

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية الشريعة والاقتصاد
قسم الفقه وأصوله
تخصص: فقه مالكي وأصوله

جامعة الأمير عبد القادر
للعلوم الإسلامية
قسنطينة

الرقم التسلسلي:

رقم التسجيل:

نظرية التوثق

دراسة تأصيلية وتطبيقية- في المذهب المالكي

أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم في الفقه وأصوله

إشراف الأستاذ الدكتور:

عبد القادر جدي

إعداد الباحثة:

سعاد رباح

لجنة أعضاء المناقشة

رئيسا	جامعة الأمير عبد القادر	أستاذ	أ.د. محمد بوركاب
مشرفا ومقررا	جامعة الأمير عبد القادر	أستاذ	أ.د. عبد القادر جدي
عضوا	جامعة النعامة	أستاذ	أ.د. صحراوي خلواتي
عضوا	جامعة وهران	أستاذ	أ.د. عبد القادر داودي
عضوا	جامعة الأمير عبد القادر	أستاذ محاضر أ	د. كمال العرفي
عضوا	جامعة أدرار	أستاذ محاضر أ	د. خالد ملاوي

السنة الدراسية: 1436-1437هـ/2015-2016م

جامعة الأمير



قَالَ تَعَالَى:

يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَكُتِبُوا عَلَيْهِ لِيُكَتَبَ
بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ
وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ
الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيَمْلِكْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا
شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ
الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا
دُعُوا وَلَا تَسْمَؤُا أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ
وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ
فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا
شَهِيدٌ وَإِن تَفَعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيَعْلَمِكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ
بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿٢٨٢﴾ وَإِن كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَنَّ مَقْبُوضَةً فَإِن
أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فليؤدِّ الَّذِي أَوْثِنَ أَمْنَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ
وَمَن يَكْتُمهَا فَإِنَّهُ ءَآثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴿٢٨٣﴾

شكر وعرفان

- «أحمد الله تعالى وأشكره على ما يسره لي برحمته من وراسة هذا البحث إلى إتمامه، ولولا توفيقه وتيسيره لما كتبت فيه حرفاً واحداً، ثم إنه من تمام شكر الله تعالى الامتثال لقوله ﷺ «من لم يشكر الناس لا يشكر الله» لأجل ذلك فإنني أتقدم بالشكر الجزيل والتقدير العظيم والعرفان بالجميل للأستاذ الدكتور: عبد القادر جري المشرف على هذا البحث والذي لم يبخل علي بالرأي والمشورة والتوجيهات السديدة، وأعطاني من وقته وجهده، وزروني من كتبه الثمينة، ما أفواني في إنجاز هذا البحث، فجزاه الله عني وعن طلبة العلم خير الجزاء.
- كما أتقدم بالشكر الموصول لكلية الشريعة والاقتصاد، وعلى رأسها أستاذي الفاضل السيد العمير. أو كمال لدرج، على حسن تفهمه، وعزم ترووه في إسراء أي خدمة، فجزاه الله عني خير الجزاء.
- كما أهدي شكري إلى إدارة الجامعة وجميع أساتذتي الأفاضل ولكل من علمني حرفاً، في هذه الجامعة الشائخة والتي أسأل الله العظيم أن يحطر شأبيب رحمته وحفظه على كل من ينتمي إليها.
- كما أتقدم بالشكر لكل مسؤولي وعمال المكتبة على خدماتهم لتسهيل البحث أمام طلبة العلم، وأخص منهم بالذكر الأخ الكريم إبراهيم بن فطيمة، كما أشكر كل من مر لي ير العون من قريب أو بعيد، سواء بالتشجيع أو النصيح أو الاهتمام أو الرعاية، فجزاهم الله عني خير الجزاء.
- هذا ولا يسعني في آخر المطاف، إلا أن أسجل بكل تقدير وامتنان خالص الشكر والعرفان، للسادة أعضاء اللجنة المناقشة، لتفضلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة، ولتجشمهم عناء قراءتها وتسدير ما فيها، للإثرائها وجعلها جريدة بأن تكون إضافة للمكتبة الإسلامية، فجزاهم الله عني وعن العلم وأهله وافر الجزاء.
- وفي الختام، أسأل الله العليّ القدير، أن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم، وأن ينفع به كل من قرأه، ويجعله لي ذخراً في الدنيا وأجرًا لي و لوالدي في الآخرة. وصل اللهم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

الإهداء

✓ إلى من تمرني بحبه وعطفه، ووثق دوماً في جدي واجتهادي،
وشجعني على مواصلة طلب العلم، إلى من يعود إليه الفضل بعد
الله تعالى في وقوفي اليوم لمناقشة هذه الأطروحة ، التي لم
يسعفه القدر لظورها، إلى روح الطاهرة أبي الغالي رحمه الله
وطيبه ثراه.

✓ إلى من تعبته في تربيته، وسمرت على راحتي ودعمت لي
الأيام والليالي، أمي الغالية حفظها الله وشفاها وأبقاها تاجاً على
رؤوسنا.

إلى حبيبيّ وسرّ وجودي، أهدي إليهما كل نفس تنفسته في
هذا البحث داعية الله العليّ القدير أن يجعل كل حرفه منه في
ميزان حسناتهما.

✓ إلى زوجي الأستاذ الفاضل عبد العزيز حداد.

✓ إلى بسمتي ونور حياتي أبنائي: نوفل، شهاب الدين، ريان، سيرين
ورندة، على تحملهم وصبرهم معي على متاعبه إنجاز هذا البحث
وتشجيعهم المستمر لي.

✓ إلى كل هؤلاء أهدي هذا الجهد المتواضع.

الفقيدة

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الحمد لله الذي أفاض على عباده بالنعمة والخير، وهداهم إلى سواء السبيل نحمده و نستعينه وننتوب إليه ونستغفره، ونفوض إليه الأمر كله، ونطلب منه العون والهداية إلى الصراط المستقيم، ونصلي ونسلم على إمام المتقين وسيد المرسلين ورحمة الله للعالمين وعلى آله وصحبه الغر الميامين، وبعد:

من فضل الله على الأمة المحمدية، أن خصها بشريعة انطوت على مقومات هذا الفضل، وذلك بما تضمنته من نظم جاءت لتحمي الحقوق وتمنع الظلم والتعدي، ومنها نظام التوثق الذي أرسلت ركائزه آية الدين وبينت شروطه وضوابطه، ثم عكف فقهاؤنا منذ وقت مبكر، على التعميد والتأصيل والتأسيس له، بمؤلفاتهم وممارساتهم له، ما يجعله فقها متصلا بواقع الناس ومعاملاتهم، وهو دليل على اهتمام المسلمين عامة والمالكية خاصة بنظام التوثق للحقوق، عبر العصور والأزمان مما يعبر عن تجذر المنظومة الحقوقية والحرص على العدالة في قيم التشريع الإسلامي.

وقد خصصت البحث في هذا الموضوع في المذهب المالكي، وتتبع مسائله من مختلف مظاهرها في المذهب، وجمعها وتحليلها، ولم الجزئيات المتناثرة في كتب الفقه والقضاء والتوثيق، التي تشترك في هذا الموضوع، والربط بينها في نسق موضوعي واحد، للخروج بنظرية تخص المذهب المالكي في التوثق، ولذلك جاءت أطروحتي هذه موسومة ب: «نظرية التوثق - دراسة تأصيلية وتطبيقية - في المذهب المالكي» وهو موضوع مهم وواسع، احتاج إلى صبر وجهد للمشتات من مظاهره القديمة والحديثة، وسير أغواره وكشف مبهمات، وتتبع فروع وأصوله، وجمع مقوماته، وأسبابه وشروطه ووسائله، في شكل نظرية عامة جامعة لجوانبه المختلفة، وليتضح الأمر أكثر، أجملت الحديث فيه في النقاط الآتية:

1- أهمية الموضوع:

لما كان التوثق موضوعا مهما له المكانة القصوى، والخطر العظيم في الحياة اليومية والعملية للأفراد والجماعات، لما يؤمنه من ضمان وحماية للحقوق وصيانة للمصالح وتطبيق للعدالة، فقد كان محل اهتمام كبير من طرف العلماء والفقهاء المسلمين عبر كل زمان ومكان، ومنهم المالكية الذين ألفوا فيه وشرحوا مسائله وفصلوا في جزئياته وانفردوا فيه بفروع وأحكام لها وجهها من النظر، زادت الفقه الإسلامي سعة وواقعية.

ومن هنا جاءت أهمية موضوع «نظرية التوثق - دراسة تأصيلية وتطبيقية - في المذهب المالكي» مساهمة علمية ومحاولة مني لمسك جوانب هذه الفروع والمسائل -على اختلاف أبوابها وموضوعاتها- بعضها ببعض برابط موضوعي تلتقي عنده جميعها، وتكون نظرية فقهية شاملة لموضوع التوثق جامعة لأجزائه من مظاهرها قديمة كانت أو حديثة، تمكينا لطالب العلم من فهمه، وتسهيل الطريق عليه للحصول على فروع وجزئياته وأحكامه.

فمحاولة صياغة أحكام الفقه الإسلامي في شكل نظرية، فيه تيسير سبيل فهمه، وتقريبه إلى أذهان طلابه المتدئين في دراسته، لأن الأسلوب الفقهي القديم الذي كتبت به مصنفات تراثنا-والتي نعتر ونفتخر بها- يصعب على القارئ البسيط فهمه إلا من كانت له ملكة فقهية، من ذوي التخصص في الدراسات الشرعية الفقهية. من هنا يكتسي هذا الموضوع أهميته من كونه تكميلاً وتكميلاً لما أسسه وأصله القدماء، وتقديمه بأسلوب علمي شامل مبسط يسهل فهمه واستيعابه.

وعليه، فالمهم في هذا الموضوع، أنه يأتي كمحاولة لصياغة الفقه المالكي في موضوع التوثق للحقوق، في شكل نظرية على غرار الدراسات الحديثة، لها أركانها وشروطها وأسبابها ووسائلها، وعناصر تبيين حقيقتها، خاصة إذا نظرنا إلى بعض الكتابات في النظريات كما هي في وضعها الحالي عند المعاصرين، مع تسميتهم لها بالنظريات إلا أنها جاءت خلواً من هيكلها العام، وهو بناؤها على أركان وشروط وأسباب... وغيرها من العناصر التي تدخل في حقيقة النظرية، وتجعلها واضحة المعالم متكاملة الأطراف، حيث تعرض هؤلاء في دراساتهم لموضوعاتهم لشرح الأحكام وآراء العلماء وبيان الشروط والأقسام وما يبني عليها من آثار، إلا أنهم لم يؤسسوها على الشكل المفروض في النظريات، وغاية ما سموه بالنظرية هو نسق من الأفكار الشاملة والتصورات المجردة، لمسائل عامة متشابهة في اجتماعها تحت موضوع واحد.

كما تبرز أهمية هذه الدراسة المتواضعة في أن موضوع نظرية التوثق ينتمي إلى قسم من أقسام النظريات الفقهية، وهي النظريات ذات الموضوع الواسع العام، كمنظرة الإثبات، ونظرية الحق وغيرها، لأن هناك بالمقابل نظريات ذات موضوع خاص تبحث في جزئية من جزئيات أحد الموضوعات العامة، كمنظرة الإقرار مثلاً التي هي جزئية من الموضوع العام وهو الإثبات، أو نظرية الإشهاد، أو الكتابة أو غيرها، كوسيلة من وسائل الإثبات، أو التوثق كذلك، ومن هنا فالتوثق موضوع عام يشمل كثيراً من العناصر والموضوعات التي يصلح كل واحد منها أن يكون نظرية خاصة بذاتها.

2- إشكالية الموضوع:

إن البحث يعالج مسألة مهمة أولتها الشريعة الإسلامية عناية كبيرة، وهي قضية المحافظة على الحقوق من الضياع، وما أكثر الحقوق التي يجب التوثق لها بتقويتها وتأكيداتها، للحفاظ عليها وتأمينها وضمان استردادها وخاصة في يوم الناس هذا.

ونظراً لأهمية مثل هذا الموضوع في حياتنا اليومية، ولما كانت مسأله منثورة وتكاد لا تحصى كثرة، ولكون الباحث وطالب العلم لا يستطيع الإمام بما جميعاً، ناهيك عن فهمها أو حفظها، كما لا يستطيع تتبع كل أبواب الفقه وقراءتها لاستخراج موضوع التوثق من مواضعه، ذلك لكثرتها وصعوبة النصوص الفقهية القديمة، ولما كانت الإحاطة بكل ذلك والكشف عن معالجة كل مسألة، يحتاج إلى زمن لا تنهض

به فترة إعداد أطروحة جامعية ويحتاج إلى مجلدات، لذلك رأيت أنه من المناسب جدا عرض الموضوع من خلال نظرية عامة متينة الأسس، واضحة الأركان والشروط، بيّنة الأسباب والمعالم، تلمّ شتات الموضوع في مسائل مختلفة وفروع عامة، وأحكام كلية، وتجمع أصول المسائل المشتركة في هذا الموضوع، وذلك في المذهب المالكي خاصة، ومن ثم كان هذا البحث إجابة عن التساؤلات الآتية:

- ما هو التوثيق؟ وما هي أصوله؟ وما أسبابه ومسوغاته؟ كيف يتم التوثيق للحقوق؟ ما هي جهود المالكية خاصة، وما مظاهر اهتمامهم بمنظومة التوثيق للحقوق؟ وهل نستطيع استخلاص نظرية متكاملة من خلال ما بسطوه في مدوناتهم من مسائل التوثيق وما شرحوه من أحكام ذات الصلة به، وما برعوا وتفننوا فيه من مصنفات في علم الوثائق، وما حبكوه من خطط التوثيق؟ وإذا كان كذلك فما هي مقومات نظرية التوثيق عند المالكية؟ وما نطاقها وما مجالاتها؟

فهذه جوانب من الإشكالية التي رأيتها جديرة بالطرح والمعالجة، ويمكن أن تظهر قضايا في حنايا البحث لها صلة بالموضوع من قريب أو بعيد، خاصة وأن التوثيق لم يقتصر على جانب واحد فقط، بل استخدم ووجد في عدد من الميادين ومختلف المعاملات، وهو ذو صلة بكل فرد من أفراد المجتمع سواء كان مكلفا أو غير مكلف.

3- أسباب اختيار الموضوع:

بالإضافة إلى أهمية موضوع التوثيق، فإن هناك أسبابا كانت وراء رغبتي في بحثه وشجعتني على المضي فيه قدما وهي:

- كون الأستاذ المشرف -جزاه الله خيرا- قد شجعني وأشار علي بالبحث في هذا الموضوع.

- عدم كفاية الدراسات القديمة والحديثة في موضوع التوثيق كغاية، لأن ما درس هو وسيلة من وسائله وهو علم التوثيق، أو التوثيق بالكتابة وذلك كموضوع مستقل عن مسائل الفقه الأخرى، فضلا عن بنائه كنظرية تجمع شتات موضوعاته وأجزائه.

- كثرة الفروع الفقهية المتشعبة في أبواب الفقه عامة والمالكي خاصة، المتضمنة لمعنى التوثيق وموضوعه، والتي يغرق الباحث والطالب في بحرهما اللجج، دون أن يقف على الأساس المتين والرابط الموضوعي الذي يمسك بين جوانبها جميعا وتلتقي فيه كلها عند موضوع التوثيق.

- رغبتي في البحث في موضوع المعاملات لما لها من أهمية وخطورة، وخاصة في ظل المستجدات، وما يطرأ من نوازل تحتاج إلى بحث ودراسة جادة للوصول إلى حلول تعود بالصلحة على الناس، ومنها موضوع التوثيق للحقوق الذي يحتاج إلى تنظير وتأسيس.

-الرغبة في إبراز علم التوثيق خاصة كوسيلة من وسائل التوثيق الذي هو الغاية- لإزالة الالتباس والخلط بينهما- كما بينه علماؤنا ودوره في التوثيق للمعاملات وسائر التصرفات، لانعدام الاهتمام به أو لقلته، والدعوة إلى إعادة بحثه لمعرفة تاريخه وأصوله وأهميته، والذروة التي بلغها عند المسلمين الأوائل والأضرار والمفاسد التي لحقت بالأمة في إهماله والتفريط فيه.

-رغبتي الشديدة في خدمة المذهب المالكي ببيان تراثه الفقهي الواسع في شتى أبواب الفقه عامة والتوثيق خاصة.

-اهتمام الدارسين من المسلمين سواء الفقهاء أو المؤرخين بموضوع التوثيق للحقوق وبمسائله- وخاصة التوثيق بالكتابة أو ما يسمى بعلم التوثيق- كخطة من الخطط الدينية التي دعت إليها حاجة المجتمع، أو مسألة من المسائل الفقهية سواء ضمن مدوناتهم أو في كتب مستقلة، أما الحديث عن التوثيق للحقوق كمنظومة متكاملة في تراثنا الفقهي، أو كعلم من علوم الفقه وثمره من ثماره، فلا يزال حقلًا بكرًا وروضا أنفا.

-أن وقوع التوثيق في المجتمع من الكثرة بمكان، وأن طرق وقوعه متنوعة، إذ يتم بوسائل عديدة تبعا لنوع المعاملة ووجود الحق، فكلما وجد الحق بين طرفين استلزم التوثيق له وهو من الحزم، وقد عالج الفقهاء والمالكية منهم خاصة، التوثيق في أبواب متفرقة، وفي مناسبات عديدة، في مظان مختلفة، وأن الدارس والباحث يصعب عليه العثور على الحكم الشرعي المتعلق بموضوعات ذات الصلة بالتوثيق لكثرتها وتناثرها في غضون تلك المظان، فضلا عن ذلك فهو لم يبحث في إطار موضوع محدد، وإن درس فهو يشمل على دراسة وسيلة من وسائله ويركز على جزئية من جزئياته بمعزل عن الموضوع في ذاته، ولذلك فهو لم يحظ عند الباحثين المعاصرين بالعناية الكافية والبحث العلمي الموضوعي.

-كون المنهجية الفقهية بالأسلوب المعروف في تراثنا، ليست سهلة الفهم بالنسبة لغير المتخصصين في الفقه الإسلامي، وإن كانت بالنسبة لمن تمرسوا في هذا الأسلوب من ذوي التخصص واضحة المعالم، فلأجل ذلك قمت بمثل هذه الدراسة، حتى لا يغلق الباب أمام من يريد الاستفادة من المراجع الفقهية، سواء لأهل الاختصاص أو لغيرهم، وفي ذلك تمكين لطلبة العلم عامة من الرجوع إلى مصادر الفقه الإسلامي عموما والمالكية خصوصا والإفادة من أكبر ثروة علمية فقهية في تاريخ الشرائع.

-كون الموضوع متشعب الأطراف، منتشر في أبواب الفقه وفروعه، فجمعه والإلمام به يفيد الباحث ويزيد من تحصيله العلمي وينوعه، كما يسهل على طلبة العلم والباحثين الرجوع إلى ما يحتاجون إليه من معلومات بهذا الموضوع أو ذات الصلة بجزئية من جزئياته، مجتمعة في مؤلف واحد دون عناء البحث عنها في طيات المجلدات الفقهية، وفي غضون مدوناته المختلفة.

4- أهداف الموضوع:

لكل دراسة في موضوع ما هدف تصبو لتحقيقه حتى يكون ذا قيمة علمية، وقد حاولت بهذه الدراسة الاتجاه في هذا المنحى متوخية جملة من الأهداف البحثية يمكن إجمالها في النقاط الآتية:

- محاولة صياغة نظرية فقهية واضحة المعالم وفق هيكلها العام الذي تبني عليه النظريات في الأصل، وهي الأركان والشروط والأسباب والآثار والأقسام وغيرها من المباحث الخاصة بالنظريات والتي تدخل في حقيقة النظرية.

- تأصيل نظرية التوثق عند المالكية بالرجوع إلى النصوص الشرعية ومصادرها الأولى من الكتاب والسنة وعمل الصحابة والسلف الصالح، إذ يجب مراعاتها عند تأسيس أي نظرية فقهية، فتكون هي أساس التنظير وأصله، لا كما يظن البعض أن أصلها النظر والتأمل القابل للأخذ والرد، أو الاعتماد فقط على آراء الفقهاء في الموضوع، من خلال اجتهاداتهم في مسائل متشابهة، وإن كان يرجع إليها كذلك بعد النصوص، إذ عليها تبني وجهة نظر المذهب في كثير من مسائل التوثق، مع التجديد في طريقة تناول الموضوع، من أجل تطبيقه وبقائه واستمراره، وتمكين الناس من فهمه بأسلوب العصر والعمل بما جاء به من أحكام كما أمر الله عز وجل.

- يحاول البحث بيان أحكام الشريعة في موضوع التوثق، من خلال آراء المالكية، في شكل نظرية، مع الالتزام بهذه الصبغة الفقهية المالكية على طول البحث، مما يحقق له الأصالة والمعاصرة في نفس الوقت، وفي ذلك خطوة نحو التجديد والإبداع الذي هو من روح ديننا الحنيف.

- بيان أن فقهاءنا الأفاضل وخاصة المالكية منهم، قد نظروا أيضا لموضوعات كثيرة، رغم ما شاع أنهم اهتموا بالفروع والجزئيات دون الدراسات الشاملة والنظريات العامة، وهذا وإن لم يكن عيبا بل يعد حسنة من محاسن هذا الفقه وليس هو أمانة قصور، إلا أن إبراز نظرية في الفقه الإسلامي والمالكي خاصة، يسهم في بيان فضل الفقهاء المسلمين في التأصيل والتأسيس لعلم النظريات، من خلال المنهج العلمي والتفسير المنطقي الذي جروا عليه في طرحهم لموضوعاتهم الفقهية، وترتيبهم لها وتقسيمهم وتبويبهم لمسائلها وأحكامها، ويكشف في نفس الوقت عن شمولية هذا الفقه وواقعيته وحيويته ومرونته. فإن الناظر لفقهنا الإسلامي الواسع يجد كثيرا من الموضوعات تطرق إليها هؤلاء الفقهاء، ووضعوا مباحثها على شكل مجموعة من الأحكام الفقهية لمجموعة من الجزئيات تحت موضوع واحد، مثل تبويبهم للفقه على طريقة الكتاب الذي يحتوي على الموضوع العام، وتحت أبواب تدخل في حقيقته وتشكل عناصره، إلا أنها بالأسلوب الفقهي القديم- وهم قد كتبوه لزمانهم وبلغة عصرهم- الذي يصعب على المبتدئ فهمه الآن، كما أنها لم توضع بأسلوب ممنهج وفق نظام النظريات الذي يعرف الآن.

- محاولة بيان اجتهادات المالكية في قضايا التوثيق أو الموضوعات ذات الصلة به وهي طرقه ووسائله، وذلك لجعل الموضوع ومباحثه أكثر واقعية وأقرب إلى التطبيق.

-أحاول من خلال تعرضي بالبحث لهذا الموضوع، التعريف بأحد النظم الشرعية الفقهية والاجتماعية التي صاحبت المسلمين والمالكية منهم خاصة بالأندلس والمغرب خصوصا، وانتهت معهم وهو نظام التوثيق للحقوق، متمثلا في أهم وسائله وطرقه وهو علم التوثيق أو علم الشروط والوثائق، والذي لم ينازعوا ريادتهم فيه، حيث تميز عندهم بميزات منفردة عن غيرهم تمثلت في إبداعهم لهذا الفن، واتساعهم في بعض مسائله وتفردهم باجتهادات ووجهات نظر كانت في الكثير من الأحيان متمشية مع واقع الناس ومحقة لمصالحهم.

5-الدراسات السابقة:

لقد أتى هذا البحث محاولة مني لصياغة موضوع التوثيق، بجمع الفروع والمسائل التي تشترك جميعها في موضوعه في الفقه الإسلامي المالكي على الخصوص، ثم البناء من أركانه وشروطه ووسائله وأحكامه نظرية عامة على غرار النظريات الأخرى، وقد كانت كل الدراسات التي اطلعت عليها قد كتبت في التوثيق منها ما قصد به التوثيق بالكتابة خاصة، ومنها ما أريد به مفهوم التوثيق للحق عموما، ويذكر بعض وسائله ولكن يصيغه بلفظ التوثيق وليس "التوثيق" وهو ما جعلني أخلط في بداية الأمر بينهما، ومن ثم جاءت تسمية البحث بهذا الاسم وهو التوثيق وليس التوثيق، -وأحسبها التسمية الأولى في ذلك- ولذلك كان هذا جانب من الجدة في هذا الموضوع، حيث لم يذكره بهذا اللفظ إلا القليل من العلماء-حسب اطلاعي- في أثناء حديثهم عن توثيق الحقوق وكتابتها أو الإشهاد عليها.

هذا وقد أفدت عند إنجاز هذا البحث من بعض الدراسات التي تناولت بعض جزئيات هذا الموضوع وليست كلها، وإن لم أعثر في حدود اطلاعي المتواضع على دراسة سابقة بعنوان البحث وموضوعه وبتفصيلات ما جاء فيه، اللهم فيما يتعلق ببعض الدراسات التي ألفت خصيصا في علم التوثيق وهو التوثيق بالكتابة خاصة وهو وسيلة من وسائل التوثيق، كبعض المؤلفات أو الرسائل الأكاديمية، ولكنني لم أجد فيها شيئا يشبه ما أريده من دراستي لهذا الموضوع، وإن جاء بعضها في شكل نظرية، ومن تلك الدراسات:

- "نظرية التوثيق في الشريعة الإسلامية" لعبد الغني شاهين، جامعة الأزهر، لم أستطع الحصول عليها، وإن تمكنت من الاطلاع على خطة البحث فقط دون المحتوى، وعلى كل، فمن خلال العنوان، يتضح أن الدراسة مركزة على جزء من التوثيق ووسيلة من وسائله وهو التوثيق وليس على التوثيق كنظام وغاية يندرج تحتها كثير من الوسائل لتحقيقه منها التوثيق، وهو ما عكفت دراستي عليه في هذا البحث.

كما أن الدراسة- كما يظهر من خلال العنوان- تحددت في إطار واسع وهو الشريعة الإسلامية أو

الفقه الإسلامي بكل مذاهبه، بينما قصرتها في بحثي على المذهب المالكي.

- "توثيق الدين بالكتابة" لعبد الفتاح عبد الصابر، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، والدراسة كما يبدو مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وهي أيضا مركزة على التوثيق كوسيلة وليس التوثيق كغاية، كما أنها قصرت البحث على توثيق الدين بالذات، بينما موضوع بحثي يتناول بالدراسة التوثيق كنظام شامل لمجموعة من الوسائل والإجراءات تحققه ويتوثق بها لمجموعة من المعاملات والحقوق، كما أنها دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بينما دراستي تخص المذهب المالكي دون غيره.

- كما كانت فيه دراسات ومقالات تناولت جوانب توثيقية متفرقة وغير شاملة، حيث خصت جانبا معيناً، أو وسيلة من الوسائل المتوثق بها للحق أو المعاملة، وخاصة التوثيق بالكتابة. مثل مقال لعمر الجيدي بعنوان "ظهور علم التوثيق في المذهب المالكي"، وكذا "مقدمة في الوثائق الإسلامية" للسامرائي، و"المعين في التوثيق وفق الضوابط المنظمة لخطة العدالة" لمحمد الشتيوي.

- هذا وقد اطلعت على مخطوطات وكتب مطبوعة محققة وغير محققة في الوثائق وخاصة خارج الوطن وفي المغرب على الخصوص تمكنت من الحصول على بعضها، كـ"الوثائق والسجلات" لابن العطار، و"الوثائق الفاسية" لمحمد بناني، و"الوثائق السجلماسية" للمصمودي، و"التقييد اللائق لمعلم الوثائق" لابن عرضون، و"الوثائق المختصرة" للغرناطي وغيرها، كلها حول علم التوثيق بعرض نماذج من الوثائق في شتى المعاملات، وكيفية كتابتها وتدوينها بعضها مرفقة بفقه الوثيقة وشرحها وبعضها مجرد عن ذلك. ولكنها تدور حول وسيلة من وسائل التوثيق وأهمها وهي التوثيق، بينما دراستي كانت حول التوثيق كنظام وغاية يشمل التوثيق وغيره من الوسائل المحققة له.

كما وجدت بعض الدراسات التي أفدت منها وتمكنت بفضلها من تحديد معالم الطريق الذي أسلكه في إنجاز بحثي، وهي كالاتي:

-دراسة في تحقيق كتاب "المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بأداب الموثق وأحكام الوثائق" للونشريسي وهو رسالة دكتوراه مطبوعة، من تحقيق الدكتور عبد الرحمن محمود الأطرم، بقسم السياسية الشرعية بالمعهد العالي للقضاة، بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالمملكة العربية السعودية سنة 1417هـ في جزئين، الجزء الأول في التعريف بعلم التوثيق ببيان فضله وحكمه وصفات الموثق وآدابه وما يجب أن يجترز منه في كتابة الوثيقة، ثم المسائل الفقهية التي تكتب في الوثائق وكيفية تسجيلها، ومثلها في الجزء الثاني. أفدت منها في هذا الجانب عند الكلام عن ركن من أركان التوثيق وهو الموثق وشروطه وآدابه، كما أفدت من دراسة في تحقيق نفس الكتاب للطيفة الحسيني من المغرب، وذلك في

الناحية التاريخية والوصفية لكتب الوثائق خاصة وأسماء مؤلفيها.

- "التوثيق لدى فقهاء المذهب المالكي بأفريقية والأندلس من الفتح الإسلامي إلى القرن 14 هـ" وهي رسالة جامعية لمؤلفها عبد اللطيف أحمد الشيخ، وهو كتاب يعدّ موسوعة في تاريخ علم التوثيق ورجاله في الغرب الإسلامي، والملاحظ أن المؤلف تكلم فيه عن فن التوثيق خاصة وآدابه، وعن بعض طرق التوثيق الأخرى وهي الإشهاد باختصار شديد، ويركز على حالة الموثق وشروطه وآدابه، فقد أفادني في الدراسة التاريخية للتوثيق باعتبار التوثيق جزء منه، وما يتعلق ببعض الجوانب من الموضوع.

- وكذا اطلعت على رسالة ماجستير للطالب محمد الطيب إخلف، بعنوان "توثيق الدين في الشريعة والقانون" جامعة الأمير عبد القادر بين فيه أن الدين عام في كل معاملة تعلقت بالذمة، فشمّل كل المعاملات المؤجلة، ولكنه لم يفصل في هذه المعاملات، وكذا في كلامه عما يوثق من الديون المؤجلة وخص كتابة الدين وهو جزء من التوثيق وليس كل التوثيق.

- "التوثيق وأحكامه في الفقه الإسلامي" لسعد سليمان الحامدي، تناول فيه الباحث التوثيق كوسيلة من وسائل التوثيق، وهو كتابة الوثائق أو ما يسمى بعلم التوثيق أو علم الشروط، والمؤلفات فيه، وقد أفدت منه في هذا الجانب، وكذا من الناحية التاريخية له، وكذا أحكام الموثق وشروطه وتوسع في بيان ذلك مع الكلام عن اختصاصات الموثق ومسؤولياته وطرق إنهاء ولايته وأشار إلى جرائم التزوير وعقوبتها، وهو ما لم أشر إليه، ولم يشر إلى بقية الوسائل إلا الرهن والإشهاد باختصار شديد بلغ الصفحتين فقط.

- "التوثيق بالكتابة والعقود" لحسين الترتوري، أشار في دراسته إلى موضوع التوثيق للحقوق مستعملا مصطلح التوثيق، كما هو الجاري عند أغلب العلماء لشيوعه بين الناس، مقتصرًا على أحد وسائله وهي التوثيق بالكتابة أو التوثيق فقط، في غير العقود، وأما التوثيق بالعقود، فقد تكلم عن الرهن والكفالة والحوالة كل ذلك بإيجاز شديد وعند المذاهب الأربعة، دون أن يشير إلى باقي التوثيق التي أشرت إليها وتوسعت في دراستها وهي التوثيق بالشهادة على أنواعها من الشهادات الاسترعاء، واللفيف، والسماع وغيرها مما يبين الجانب التوثيقي في الشهادة، وكذا التوثيق بيمين القضاء وحبس المدين، ومنعه من السفر، والحجر وغيرها من وسائل التوثيق للحق التي انصبت دراستي عليها.

- "توثيق الديون في الفقه الإسلامي" رسالة جامعية لصالح بن عثمان الهليل، المملكة العربية السعودية، وهي كما يظهر من العنوان تخص جانبًا من جوانب المعاملات والحقوق، التي يتوثق لها وهي الديون، أي الحقوق المالية، بينما بحثي يتناول المعاملات والحقوق جميعها وسائر التصرفات، لأن موضوعي هو التوثيق كغاية، كما أنه يركز على وسيلة من وسائل التوثيق وهي الكتابة على الخصوص، وإن كان قد أشار أيضا إلى بعض الوسائل الأخرى، وهي الشهادة والرهن والضمان، ولكن باختصار ولم يشر إلى بقية

الوسائل.

وعليه، فدراسة موضوع التوثق في حد ذاته وبهذا اللفظ، كغاية ونظام وعملية تأمين للحقوق ثم دراسة وسائله التي تصلح كل واحدة منه أن تكون موضوعا للبحث في حد ذاتها وما يتعلق بها من أحكام وأركان وشروط، دراسة تأصيلية وتطبيقية في المذهب المالكي فقط، وصياغة كل ذلك في شكل نظرية عامة لها مقوماتها وشروطها وأسبابها وطرقها وأحكامها المتصلة بها، بهذه السعة وبهذه المعالجة، فإنه -وبحسب اطلاعي القاصر- مما يجعله موضوعا جديدا، وأحسبه الأول في ذلك -والله أعلم-.

6- صعوبات البحث:

لاشك أن كل من خاض غمار البحث واقتحم لججه، إلا واجهته صعوبات واعترضته مشكلات تتفاوت في كثرتها وأهميتها من بحث لآخر، حسب كبر هذا البحث أو دقته أو بما يتعلق به من قريب أو بعيد.

ولقد عانيت بدوري عند محاولتي الإبحار في أعماق هذا الموضوع من صعوبات لا يماثلها إلا من اختار الغوص في بحر لا يصل أحد إلى قراره وذلك:

-لسعته وترامي أطرافه في كل باب من أبواب الفقه تقريبا، وضخامة مادته العلمية المتمثلة في فصوله ومباحثه وجزئياته، فقد تضمن البحث أبرز ما ورد في كتب الفقه المالكي حول موضوع التوثق للحقوق، ولا أدع استيفاء الموضوع وتفريعاته، فهو واسع فضفاض، إذ كلما ولجت جزئية إلا وفتحت لي أبواب للولوج إلى جزئيات ومسائل أخرى، والجهد والوقت لا يسمحان **لولوجها** جميعا، ولم يدر في خلدي عندما بدأت في التحضير حول موضوع التوثق عند المالكية، أن أتوسع فيما توسعت فيه، لما اطلعت عليه من الدرر الثمينة في طيات المصادر الفقهية المالكية القيمة، التي تستدعي التوقف عندها، والنهل من معينها، وقد كلفني الولوج إلى ذلك وجمعه والإمام به، وإعطاؤه حقه من البحث والدراسة والتنظيم الوقت والجهد الكبيرين، ولولا ما وقفت عليه من كنوز نفيسة حول هذا الموضوع الشيق فتحت شهيتي للبحث وحببتي فيه، ولولا ما أكرمني الله به- وله الحمد والمنة- من صبر وقوة إرادة، لما واصلت البحث في هذا الموضوع حيث ترددت كثيرا في التوقف عنه، لضخامته وتشعب مسائله وكثرتها، ولكنني لم استطع ذلك وقد صدق في قول الشاعر:

ولقد أردت الصبر عنك فعاقني علق بقلبي من هواك قديم

-لعدم كفاية المصادر والمراجع في هذا الموضوع بالذات، وهو "التوثق" وبالذات كنظرية، لأن ما وجدته من مصادر كالمخطوطات على كثرتها محققة أو غير محققة، وكذا الكتب المطبوعة والمقالات وغيرها من المراجع، إنما هي حول "التوثيق" كوسيلة من وسائل "التوثق" موضوع البحث، مما جعلني أنطلق من الجزء

للوصول إلى الكل ، إذ انطلقت من تعريف "التوثيق" وهو وسيلة، لأصل إلى تحديد ماهية "التوثيق" وهو الغاية والنظام الذي يحمي الحق بتلك الوسائل، مما جعل بحثي -لكونه كما أحسبه لم يبحث من قبل- مجازفة كلفتني في بادئ الأمر الخلط بين التوثيق كغاية والتوثيق كوسيلة، مما استدعى مني إعادة الخطة تكرارا ومرارا، لوضع كل عنصر وجزئية في محله المناسب، وهو أمر شاق متعب، يستنزف القوة والجهد والوقت، لولا أي دافعه بالصبر والتحدي .

-لعدم توفر الدراسات في التوثيق خصوصا والتوثيق عموما- كما يسميه غالب العلماء- بالشكل الكافي الذي يجعلها ميسرة الوجود عند الحاجة وفي متناول الجميع، إذ أغلب المصادر التي تحتوي على موضوع التوثيق كعلم وفن كتابة الأحكام في وثائق وسجلات، الكثير منها في عداد المفقود، ومنها ما لا يزال مخطوطا يصعب الرجوع إليه وقراءته، وأما الدراسات الحديثة في هذا الموضوع، فتكاد تكون منعدمة- لولا وجود دراسات قليلة ذات الصلة من قريب أو بعيد- وأما مؤلفات الفقه العام فموجودة-ولله الحمد- ولكن الرجوع إلى أمهات تلك الكتب لاستخراج أحكام الجزئيات المتعلقة بالتوثيق واستنباطها منها، يتطلب صبرا وتحمل عناء ومشقة، نظرا لترتيب وتبويب موضوعات هذه الكتب بشكل مغاير لما وصل إليه أسلوب التأليف اليوم من حسن التقسيم والتنظيم.

-لصعوبة تحديد الموضوع وضبط ماهيته، فقد بقيت مدة ليست باليسيرة-تقارب الستين بعد التسجيل الأول- أقرأ وأجمع وأكتب ثم أغير وأبدل، حتى انتهى بي الأمر في الأخير إلى تحديد الموضوع - وخاصة بعد طلب المشرف مني تغيير التعريف بالتوثيق إلى التعريف بالتوثيق لأنه هو الموضوع-وقد كنت قبل ذلك قد اختلط علي الأمر بينهما، خاصة وأن من كتبوا في الموضوع، أغلبهم قد أراد به الوسيلة وهي "التوثيق أو علم الوثائق"، وإن أشار بعضهم إلى بعض الوسائل الأخرى للتوثيق، مع علم التوثيق أو الكتابة، فإنهم يأتون بذلك عرضا دون تفصيل، وأخذ مني ذلك فترة من الزمن قبل استقراري على تحديد ماهية موضوع التوثيق، لقلّة بضائعي العلمية وخاصة في هذا الموضوع، مع كثرة المشاغل والمتاعب التي لولا رحمة الله بي لحال ذلك دون إخراج البحث إلى صورته النهائية.

-صعوبة التحكم في خطة البحث، لتشعب مسائله وترامي أطرافه وتناثر جزئياته هنا وهناك في شتى أبواب الفقه العام وكتب القضاء والأحكام ومؤلفات التوثيق، مع دقة الموضوع وخصوصيته، حيث تتطلب مني الأمر ألا أستخرج من هذه المسائل وأقتطع من هذه الجزئيات واستنبط من هذه الفروع والدقائق على كثرتها في هذه المصنفات، إلا ما يتعلق منها بالتوثيق للحقوق ويبيّنه، فوجدتني أمام زخم هائل من المسائل والفروع أقرؤها وأنتقي منها ما له علاقة بالبحث، ثم أتوقف أكثر من مرة، لأضع هذا الفرع تحت هذا المبحث ثم أغيره إلى المبحث ذاك، أو أجعل هذه المسألة في هذا الفصل أو أنقلها إلى الفصل ذاك، أو أحذفها أصلا من البحث، وهكذا حيث كلفني ذلك جهدا ووقتا-لا أحسد عليهما- والحمد لله على كل حال.

7- المنهج المتبع:

من خلال ما تتطلبه الموضوع من بحث ودراسة لما تم التسطير له من الأهداف المتوخاة منه، فقد اقتضى مني ذلك استخدام عدة أنواع من المناهج التي اتبعتها عند معالجة هذا الموضوع تمثلت في:

- المنهج الوصفي والتاريخي: وذلك بتتبع تاريخ التوثيق وكذا علم التوثيق ومن صنف فيه من العلماء ووصف أهم مصنفاتهم ومضمونها.

- المنهج الاستقرائي: عند جمع المادة العلمية لرسم معالم نظرية متكاملة حول "التوثيق"، بتتبع وتفصي مختلف المصادر والنصوص والقواعد التي انطوى عليها التشريع الإسلامي عامة والمالكي خاصة، التي لها علاقة بالتوثيق لأتمكن من تتبع ونقل الآراء والمسائل من مظاهرها وحصرها وتحديد دلالتها على التوثيق فقط.

- المنهج التحليلي: وذلك بدراسة أقوال الفقهاء- والمالكية منهم خاصة- في مسائل التوثيق وأحكامه، وتحليلها ومحاولة الوصول إلى بيان وجهة نظر المالكية ومذاهبهم في كثير من مسائل التوثيق من خلال ما بنوه من أقوال وآراء.

وقد خصصت الدراسة لهذه النظرية في المذهب المالكي، ولم أشر إلى المقارنة بينه وبين القانون الوضعي، على غرار ما هي عليه الدراسات الحديثة للنظريات، ذلك أن المسائل في النظريات الفقهية عادة ما تبحث على ما هي عليه في فقه المذاهب كلها، وتبين حالات الاتفاق والاختلاف فيما بينها، مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، إلا أنني أردت بهذه الدراسة حصر الموضوع في المذهب المالكي فقط، بتتبع كل الجزئيات والمسائل التي تتعلق بموضوع التوثيق في المذهب، واستخلاص نظرية شاملة من ذلك من خلال مصنفات المالكية وآرائهم.

وقد أشير إلى المذاهب الأخرى ليس للمقارنة، وإنما لتمييز ما انفرد به المذهب المالكي دون غيره، من باب "وبضدها تتميز الأشياء" ولذلك أبدأ بالمذهب المالكي، ثم أشير إلى من وافقه أو خالفه من المذاهب مجرد إشارة، ولا أفصل في الأدلة وشرح المسائل الخلافية ولا أتبع التسلسل الزمني لهذه المذاهب مثل بيان آراء الحنفية أولاً ثم المالكية ثم الشافعية ثم الحنابلة، حتى لا تكون فقها مقارنا، لأنه ليس قصدي من هذا البحث. ولذلك في الهامش أذكر المصادر المالكية أولاً ثم بقية المذاهب بعدها بالترتيب: الحنفي، الشافعي، الحنبلي.

- لا أترجم سوى للمغمورين من الأعلام، وأما من لهم صلة بموضوع البحث كأعلام التوثيق فلا أترجم إلا لمن لم تذكر ترجمته في المتن. كما لا أترجم للمعاصرين لكثرة عدد الأعلام في الرسالة الذين يعدون بالمئات، و ترجمتهم تعني عشرات الصفحات التي تزيد في حجم الرسالة مما يعتبر أمراً معيباً فيها.

-وأما المقارنة مع القانون فلا أشير إلى ذلك، لأنه ليس مجال تخصصي، والخوض في ذلك -في نظري- يعتبر من باب التطفل، وإقحام الإنسان نفسه فيما لا علاقة له به، ولأن غرض الدراسة ليس المقارنة بين الفقه والقانون وإنما هو بيان أن الملكية قد أسسوا نظرية فقهية تتعلق بالتوثق للحقوق وكيفية حمايتها.

-إذن فقد حاولت في هذه الدراسة التأصيل لموضوع التوثق بصفته نظرية عامة لها أركانها وشروطها وأسبابها ووسائلها وأحكامها المختلفة في الفقه المالكي خاصة، وقد اقتضى تشعب مسالك الموضوع وتناثر جزئياته، أن أرجع إلى كتب الفقه والقضاء والوثائق والأحكام والسياسة الشرعية، وكتب التفسير والحديث وشروحهما، وإلى كتب القواعد وما ألف في النظريات لمعرفة هيكلها الذي تبني عليه، هذا فضلا عن الرجوع إلى كتب اللغة والمصطلحات الفقهية، لتحديد معاني الألفاظ ودلالاتها.

8- خطة البحث:

وقد تناولت البحث بالدراسة وفق مقدمة وفصل تمهيدي ثم أربعة فصول وخاتمة وفهارس فنية على النحو الآتي:

المقدمة: وقد تضمنت بين جنباتها التعريف بالموضوع وأهميته وإشكاليته وأسباب اختياره، وأهم الأهداف المتوخاة من إنجازها، مع بيان الدراسات السابقة للموضوع، ثم التعرّيج على بيان الصعوبات التي واجهتني أثناء البحث، ثم بيان المنهج المتبع في دراستي للموضوع، مع ذكر المنهجية التي توخيتها في إعداد هذا البحث، شافعة كل ذلك ببيان مخطط موجز لهيكل الموضوع.

أما الفصل التمهيدي: فقد جاء في التعريف بمصطلحات البحث الأساسية وقد قسمته إلى مبحثين:

المبحث الأول: في بيان ماهية نظرية التوثق، وذلك بتعريف مصطلح النظرية والفرق بينها وبين القاعدة، ثم تعريف مصطلح التوثق وبيان علاقته ببعض الألفاظ ذات الصلة.

المبحث الثاني: وخصصته لبيان مكانة التوثق في المذهب المالكي، وذلك بتعريف المذهب المالكي أولاً، ثم بيان مظاهر عناية الملكية بنظام التوثق متمثلاً بشكل خاص في أسسه وهوعلم التوثيق، إن تأليفاً أو تدريساً أو خطة ومهنة.

وأما الفصل الأول: فقد تطرقت فيه لبيان أهمية التوثق ثم تاريخه ثم الكلام عن أسبابه، ثم التعرّيج إلى بيان أصل مشروعيته، وذلك في أربعة مباحث:

المبحث الأول: في بيان أهمية التوثق وفوائده وعلاقته ببعض العلوم.

المبحث الثاني: وتكلمت فيه عن تاريخ التوثق نطاقه ومجالاته.

المبحث الثالث: وبينت فيه أسباب التوثق للحق ومسوغاته الداعية إليه.

المبحث الرابع: خصصته لبيان حكم التوثيق وأصل مشروعيته.

وأما الفصل الثاني: فقد خصصته لمقومات التوثيق وهي أركانه التي يتوقف عليها وجوده، وقسمته إلى أربعة مباحث:

المبحث الأول: تناولت فيه الكلام عن الركن الأول وهو الموثق مع بيان اختصاصاته، شروطه وآدابه.

المبحث الثاني: وخصصته للركن الثاني، وهو المستوثق وقصدت به طرفي العقد من مستوثق له ومستوثق منه، وشروط كل منها.

المبحث الثالث: وفيه تعرضت لبيان الركن الثالث وهو المستوثق به أو الوثيقة، مع بيان شروطها وآدابها وضوابطها.

المبحث الرابع: وتطرق في الركن الرابع وهو المستوثق له أو محل التوثيق، وفيه تكلمت على المعاملات التي يجري التوثيق لها مع بيان ضوابط في ذلك، ثم ختمت الفصل بالكلام عن شروط التوثيق لهذه المعاملات عموماً.

وأما الفصل الثالث: فقد جعلته للكلام عن وسائل التوثيق بغير عقد، وخصصتها في الكتابة والشهادة والسفحة، وحبس المدين، والحجر عليه، ومنعه من السفر وحبس العين المبيعة، ويمين القضاء. وقد قسمته بذلك إلى خمسة مباحث هي كالآتي:

المبحث الأول: وتطرق في فيه إلى التوثيق بالكتابة أو التوثيق باعتبارها الوسيلة الأهم والشائعة بين وسائل التوثيق الأخرى، فعرفتها ثم بينت علاقته ببعض المصطلحات أو مسمياته، كما أعطيت لمحة عن تاريخ التوثيق خاصة، ثم بيان حكمه، ثم حجية الكتابة في التوثيق أو ما يسمى بحجية الخط ومدى العمل به وأثره في التوثيق للحق وشروط ذلك.

المبحث الثاني: وخصصته للكلام عن الوسيلة الثانية للتوثيق وهي الإشهاد، وفيه تناولت تعريف الشهادة، وعلاقتها بالكتابة خاصة، ثم عرّجت للكلام عن حكم التوثيق بالشهادة تحملاً وأداء وشروطها، ثم تعرضت لذكر أنواع الشهادات ودورها في التوثيق للحقوق، كشهادة السماع والاسترعاء واللفيف والشهادة على الشهادة والشهادة على الخط، مبينة ذلك بمسائل تطبيقية في المذهب المالكي، كالشهادة على كتاب القاضي إلى القاضي، والشهادة على خط المقر، والشهادة على خط الميت والغائب وغير ذلك لعلاقتها بالتوثيق.

المبحث الثالث: وتعرضت فيه للوسيلة الثالثة من وسائل التوثيق بغير عقود، سواء كانت توثيقاً إثباتية كالكتابة والشهادة، أو استيفائية أيضاً وهي التوثيق بالسفحة، وذلك ببيان تعريفها وصورها المختلفة ثم

عرجت للكلام عن حكمها وشروط العمل بها عند المالكية.

المبحث الرابع: وتطرق في الوسيلة الرابعة من وسائل التوثق بغير عقود، والتي تؤكد وتقوي جانب صاحب الحق، وهي يمين القضاء عند المالكية، وقد تعرضت أولاً لتعريف اليمين ثم بيان الحكمة من مشروعيتها ثم أشفعت ذلك بالكلام عن أنواع اليمين التي يحتاط بها وهي يمين القضاء، وقد عرفتها مع بيان حكمها وعلى من تتوجه ثم عرجت للكلام عن محلها، لأشفع ذلك بالكلام عن أقسامها الأخرى وهي يمين الاستحقاق ويمين الاستظهار، بتعريفها ومحلها من يمين القضاء مع بيان دورها جميعاً في التوثق.

المبحث الخامس: وتكلمت فيه عن الوسيلة الخامسة من وسائل التوثق بغير عقود، وهي التوثق بالحجر والحبس في الحقوق، حيث تطرقت أولاً للتوثق بالحجر، بتعريفه، وبيان أنواعه وأسبابه مع التنبيه على وجهة نظر المالكية في الحجر على هؤلاء وعلاقته بالتوثق للحقوق.

ثم تطرقت إلى الحديث عن التوثق بالحبس في الحقوق، وذلك بتعريفه وبيان أصل مشروعيته، ثم عرجت إلى الكلام عن صفة التوثق بالحبس وأحكامه، لأصل إلى الحديث عن حبس العين المبيعة وما يتعلق به من أحكام وشروط، تبرز دور ذلك في التوثق للحقوق.

ثم تطرقت بعد ذلك إلى الكلام عن منع المدين من السفر، وبيان أحكامه وشروطه وضوابطه التي تبين علاقته بالتوثق للحقوق.

أما الفصل الرابع: فقد خصصته للكلام عن وسائل التوثق بالعقود، وهي ما تسمى بعقود التوثيق وهي الرهن والكفالة والحوالة، ولذلك فقد قسمت الفصل إلى ثلاثة مباحث وهي الآتي:

المبحث الأول: جعلته للكلام عن الرهن كوسيلة توثق، وذلك بتعريفه ثم بيان مشروعيته، لأشفع ذلك بالحديث عن أركان الرهن وشروطه وما تعلق بها من أحكام تبرز دور الرهن وأثره في التوثق.

المبحث الثاني: وتطرق في التوثق بالكفالة كوسيلة من وسائل التوثق بعقود، وفيها تعرضت لتعريف الكفالة، ثم بيان مشروعيتها لأعرج بعد ذلك للحديث عن أقسامها وإبراز وجه التوثق فيها، ثم شفعت ذلك بالكلام عن أركان الكفالة وبيان أثر التوثق بها من خلال شروطها، لأصل إلى بيان بعض أحكام الكفالة ووجه التوثق للحق فيها.

المبحث الثالث: وجعلته للكلام عن التوثق بالحوالة باعتبارها وسيلة وعقداً من عقود التوثيق، مبتدئة بتعريفها ثم بيان مشروعيتها، لأشفع ذلك بذكر طبيعة الحوالة وتكييفها الشرعي عند المالكية، هل هي عقد شبيه بالبيع أو الكفالة، أو السفتجة، أو الوكالة، أو عقد مستقل بذاته؟ ثم وصلت بعدها لبيان أركان الحوالة وأثرها في التوثق من خلال شروطها، لأختتم المبحث بالكلام عن بعض أحكام الحوالة، مبرزة من كل ذلك وجه التوثق فيها، مع بيان رأي المالكية في ذلك ووجه نظرهم في كل ما عرضته

من مسائل وأحكام على طول البحث.

وأما الخاتمة فقد خصصتها لإبراز أهم النتائج وبعض المقترحات، المتوصل إليها من هذه الدراسة. هذا وقد ذيلت ذلك كله بأثبات وفهارس فنية، شملت فهرس الآيات والأحاديث والآثار، وفهرسا للأعلام المترجم لهم، مع قائمة مفصلة لثبت المصادر والمراجع، خاتمة ذلك كله بفهرس المحتويات.

وأخيراً، فهذا عملي وما توصلت إليه، وهو جهد المقل القاصر، أضعه بين يدي أساتذة أفاضل، بذلت فيه وسعي وأعملت فيه فكري وجهدي، ومع ذلك فما أبرئه من نقص وما أحاشيه من خطأ، ولا أدعي فيه الكمال، لعلمي أن الكمال لله وحده وإنما أنا بشر قد يخطئ وقد يصيب، فالله أسأل أن يكسو هذا العمل المتواضع حلال القبول منه عز وجل، ثم من أساتذتي الأفاضل، على ما بذلته من قصارى جهدي ووقتي ليخرج هذا البحث على الوجه المطلوب، وأنا أعتقد تمام الاعتقاد أنني مهما بلغت في تحريره وتحرير في إتقانه، فلا بد مع ذلك من وجود الخلل والزلل، لقوله تعالى: ﴿وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ آخِثًا كَثِيرًا﴾⁽¹⁾. لأن النقص من صفات البشر.

هذا وما كان في هذه الرسالة من صواب وسداد فهو بتوفيق الواحد المتان جلّ وعلا، وما كان فيه من خطأ وخلل فمن نفسي، واستغفر الله من ذلك إنه سميع مجيب، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

(1) - سورة النساء، الآية، 82.

الفصل التمهيدي:

التعريف بمصطلحات البحث الأساسية

المبحث الأول: ماهية نظرية التوثيق

المبحث الثاني: مكانة التوثيق في المذهب المالكي

الفصل التمهيدي: التعريف بمصطلحات البحث الأساسية

قبل أن أخوض في دراسة هذا البحث، لا بد أن أقدم تعريفاً لموضوعه محددة إطاره كاشفة عن ماهيته، وإنما يتم ذلك بالتعريف بدلالة الألفاظ التي يتضمنها العنوان إفراداً وتركيباً، وعلى هذا الأساس ولأني أروم تأصيل التوثيق وبناء نظرية متماسكة، مستنبطة من قواعد الشريعة و نصوصها و تطبيقات الفقهاء والمالكية منهم خاصة فإنني سأتناول في هذا الفصل -إن شاء الله- المباحث الآتية:

المبحث الأول: ماهية نظرية التوثيق: وأتناول فيه تعريف النظرية والفرق بينها وبين القاعدة، ثم التعريف بالتوثيق وعلاقته ببعض المصطلحات.

المبحث الثاني: عناية المذهب المالكي بالتوثيق: وأتناول فيه تعريف المذهب المالكي ومظاهر اهتمامه بالتوثيق، مبرزة عناية المالكية بكل وسائله ودراساتهم لها في كتبهم و مصنفاتهم وبيان أحكامها كاهتمامهم بالفقه نفسه، مشيرة إلى ما يظهر اهتمامهم أكثر بالتوثيق، وذلك باجتهادهم في مسائل جديدة لم يسبقهم إليها غيرهم كشهادة اللغيف و الاسترعاء والرفع على الخطوط ومسائل أخرى في هذا الموضوع، مركزة على وسيلة من أهم وسائله التي برعوا فيها وهي التوثيق بالكتابة أو ما يسمى بعلم التوثيق الذي برعوا فيه تأليفاً و تدريساً و ممارسة، براعة منقطعة النظير لم يضاهيهم فيها أحد.

المبحث الأول: ماهية نظرية التوثق

قبل الولوج إلى دراسة التوثق وتأسيسه كنظرية لها مقوماتها من أركان وشروط وأسباب وأنواع، وما يتعلق بذلك من أحكام، باعتبارها لقباً على نوع من الدراسة الفقهية الشاملة، يقتضي أولاً تعريف جزئياً، وهما "نظرية" و"التوثق" كل على حدة، ثم نعرف المركب "نظرية التوثق".

المطلب الأول: تعريف النظرية

النظرية مصطلح حديث ولكن لها جذورها في اللغة قبل أن تصير مصطلحاً على حقائق علمية وتصورات شاملة.

الفرع الأول: تعريف النظرية لغة

النظرية مشتقة من النظر، وتتسع مادة "نظر" في اللغة إلى معان عديدة منها:

- الإبصار: وهو تأمل الشيء ومعاينته بالعين المجردة⁽¹⁾، وقد قيل إنه يتعدى إلى المبصرات بنفسه كنظرت الشيء، ويتعدى إلى المعاني بـ"في" فنقول: نظرت في الكتاب⁽²⁾، فهو النظر المادي المحسوس، ومنه قوله تعالى: ﴿وَجُوهٌ يَوْمَئِذٍ نَّاصِرَةٌ ﴿٢٣﴾ إِلَىٰ رَبِّهَا نَاظِرَةٌ ﴿٢٤﴾﴾⁽³⁾؛ أي تراه عياناً وتنظر إلى وجهه خاصة، تراه مستغرقة في مطالعة جماله ^{وَجَلَّ}، بحيث تغفل عما سواه⁽⁴⁾.

- الفكر: وهو نظر القلب⁽⁵⁾، وهو تأمل الشيء وتقليب بصره أو بصيرته فيه ليدركه ويراه، فنظر في الشيء تدبره⁽⁶⁾، وهو النظر المعنوي، ومنه قوله تعالى: ﴿أَوَلَمْ يَنْظُرُوا فِي مَلَكُوتِ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ ﴿٧﴾﴾⁽⁷⁾، أي نظر استدلال، قال ابن كثير: «أي يتدبروا ذلك ويقيسوا فيما تدلان عليه من

(1) - ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، ط3، القاهرة، مكتبة الخانجي، 1988، مادة: نظر، ج5، ص444. ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، مادة: نظر، ج6، ص4465. الفيومي، المصباح المنير، ط5، القاهرة، المطبعة الأميرية، 1922م، مادة: نظر، ج2، ص840-841.

(2) - الفيومي، المصدر نفسه، ج2، ص840-841.

(3) - سورة القيامة، الآيتين: 22-23.

(4) - الزمخشري، الكشاف، بيروت، دار المعرفة، ج4، ص165. ابن كثير، تفسير القرآن، دار الكتاب الحديث، ط1، ج4، ص2193.

(5) - ابن منظور، لسان العرب، مادة: نظر، ج6، ص4465.

(6) - أحمد رضا، معجم متن اللغة، لبنان، منشورات دار مكتبة الحياة، مادة: نظر، ج5، ص489-490.

(7) - سورة الأعراف، الآية: 185.

عظم الملك والملكوت للملك العظيم، فيتدبروا ويعتبروا به»⁽¹⁾، قال ابن عطية⁽²⁾: «والنظر هنا بالقلب عبرة وفكرا»⁽³⁾.

والنظرية بالمعنى المراد دراسته مأخوذة من المعنى الثاني، ولذا جاء في لسان العرب: «والنظر الفكر في الشيء تقدره وتقيسه»⁽⁴⁾، وقد أُطلق العلم النظري على ما يتوقف حصوله على نظر وتفكير وتأمل وكسب، وهو في مقابل العلم الضروري⁽⁵⁾ الذي لا يحتاج إلى نظر واستدلال.

الفرع الثاني: تعريف النظرية اصطلاحاً

ورد للنظرية بالمعنى الاصطلاحي عدة تعريفات، فقول هي: «فرض علمي يربط عدة قوانين بعضها ببعض ويردها إلى مبدأ واحد، يمكن أن نستنبط منه حتماً أحكاماً وقواعد»⁽⁶⁾.

وعرفها بعضهم بأنها: «جملة من التصورات المؤلفة تأليفاً عقلياً تهدف إلى ربط النتائج بالمقدمات»⁽⁷⁾.

وقيل هي: «تصور أو فرض أشبه بالمبدأ، له قيمة التعريف على نحو ما، يتسم بالعمومية، وينتظم علماً أو عدة علوم، ويقدم منهاجاً للبحث والتفسير ويربط النتائج بالمبادئ»⁽⁸⁾.

وعرفت النظرية بأنها: «التفسير العلمي الشامل الحاصل على سبيل الرجحان من تضافر عدة قوانين علمية جزئية ومن ترابطها وتكاملها، مثل نظرية النسبية ونظرية التطور، وتقابلها المعرفة

(1) -الزمخشري، الكشاف، ج2، ص106. ابن كثير، تفسير القرآن، ج2، ص815.

(2) -ابن عطية، عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن أبو محمد الحاربي الغرناطي الفقيه المفسر، المحدث والأديب، روى عن ابن عتاب وابن الفرغ وغيرهما، كان قاضياً في الأندلس ولد سنة 481هـ. النباهي، المرقبة العليا، بيروت، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، ص109. ابن فرحون، الديباج المذهب، تحقيق: علي عمر، ط1، القاهرة، مكتبة الثقافة الدينية، 2003، ج2، ص53-54.

(3) -ابن عطية، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: عيد بن إبراهيم الأنصاري، وعبد العال السيد إسماعيل ومحمد الشافعي، ط1، الدوحة، 1982، ج6، ص162.

(4) -ابن منظور، لسان العرب، مادة: نظر، ج6، ص4465-4468.

(5) -الجرجاني، التعريفات، تحقيق: عبد المنعم الحفني، القاهرة، دار الرشاد، ص251، البورنو محمد صدقي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، ص35.

(6) -علي أحمد الندوي، القواعد الفقهية، دمشق، دار القلم، 1991، ص53.

(7) -نديم مرعشلي، أسامة مرعشلي، الصحاح في اللغة، بيروت، دار الحضارة العربية، ج2، ص580-583.

(8) -عبد المنعم الحفني، الموسوعة الفلسفية، ط1، بيروت، دار ابن زيدون، ص297.

الساذجة»⁽¹⁾.

هذا تعريف النظرية في اللغة وفي الاصطلاح، أما النظرية الفقهية فهي مصطلح حادث، إذ من المعلوم أنه لم يوجد في كتب الفقه القديمة دراسة المادة الفقهية على نطاق هذه النظريات الحديثة بالمعنى الذي جاء في كتب العلماء والباحثين المعاصرين، الذين اتجهت أبحاثهم الفقهية الحديثة إلى دراسة النظريات أخذًا بمنهج علماء القانون في مثل هذه الدراسات التي عرفت عنهم في العصر الحديث، ولعلّ السبب الرئيسي الذي أدى إلى عدم وجود نظريات في الدراسات الفقهية القديمة، هو أن فقهاءنا كانوا يضعون الفقه في خدمة الدين والحياة، فوجدناهم يتجهون في صياغة الفقه الإسلامي بمنهجية مختلفة حيث كانت منصبة على الأحكام الجزئية للقضايا التي تعرض للناس في حياتهم اليومية، سواء في أمور الدين و الدنيا، ومن هنا كانت سمة الفقه الإسلامي هي الواقعية وذلك بالتعرف على حكم الله في الوقائع الحادثة وإيجاد الحلول لها، وهذا لا ينقص من قيمة الفقه الإسلامي ولا من أحكامه بقدر ما يدل على أصالته وواقعيته ومراعاته لحاجيات الناس ولذلك رأينا هذه الثروة الضخمة التي زحرت بها كتب الفقه في مذاهبه المختلفة⁽²⁾.

وإن كانت أسس هذه النظريات ومادتها العلمية موجودة ومثبتة في مصنفات الفقهاء، بشكل مفرق وموزع على أبواب الفقه الإسلامي وموضوعاته و كلياته، إذ يزخر بثروة علمية هائلة تحتوي من التطبيقات العملية والفروع والمسائل الكثيرة، التي لو أحسن صياغتها وترتيبها وتنقيحها لصيغت منها كثير من النظريات التي تفوق في الرقي والشمول ومسايرة تطورات العصر أهم النظريات الحديثة، وليس على الباحثين إلا القيام بجولة علمية في هذه الأبواب، والنظر إلى فقه الفروع والجزئيات والكليات من أجل تجريد النظريات واستخلاصها منها، وإعادة صياغة الفقه الإسلامي على نطاقها⁽³⁾. وعليه فلقد استحدث الفقهاء المسلمون في هذا العصر هذا الأسلوب الجديد في التأليف في مواضيع الفقه الإسلامي، الذي يعتمد على استخلاصهم المفاهيم الكلية من فروعها المنتشرة في كتب الفقه وأبوابه، مستندين في ذلك إلى الأدلة الجزئية والأصول العامة لهذه المسائل من أجل

(1) - محمود اليعقوبي، معجم الفلسفة، الجزائر، الشركة الجزائرية، دت، دط، ص 228-229. عبد المنعم الحفني، المرجع السابق، ص 484-485.

(2) - يوسف عبد الفتاح، النظريات الفقهية، ط1، مصر، مطبعة الأمانة، 1988، مقدمة المؤلف ص ج.

(3) - محمد الروكي، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، المملكة المغربية، جامعة محمد الخامس، منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية، الرباط، 1994، ص 56. كمال لدرع، نظرية الأعدار الطارئة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، 1996، ص 10.

انتظامها جميعا تحت موضوع واحد، وإخراج ذلك في ثوب جديد يتماشى مع تطورات العصر، استفادوه من دراستهم للقانون وأسموه بالنظريات الفقهية⁽¹⁾.

يقول السنهوري: «إن الفقه الإسلامي في مراجعه القديمة لا توجد فيه نظرية عامة للعقد، بل هو يستعرض العقود المسماة عقدا عقدا، وعلى الباحث أن يستخلص النظرية العامة للعقد من بين الأحكام المختلفة لهذه العقود المسماة، ويقف عند الأحكام المشتركة التي تسري على الكثرة الغالبة من هذه العقود»⁽²⁾. وإن كان من الإنصاف القول بأن هناك من الدراسات السابقة لعلمائنا من اتجه إلى هذا النوع من الدراسة الشاملة والتصورات الكلية، ككتاب الأموال لأبي عبيد والخراج لأبي يوسف وصحيح البخاري ومسلم في تبويبهما وطريقة تصنيفهما وعنوانتهما لمختلف الموضوعات، وكذا كتاب السياسة الشرعية لشيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - ومؤلفه "كتاب العقود"⁽³⁾⁽⁴⁾، وغيرهم، حيث يعتبر هؤلاء العلماء من أقدم من وضع بذور مثل هذه الدراسات التي اتجه إليها الباحثون في الوقت الحاضر.

ولهذا، ونظرا لكون دراسة الفقه الإسلامي على هيئة نظريات بشكلها المعروف أمر مستحدث، فإن من ألفوا فيها اختلفوا في تعريفها إلى تعاريف عديدة منها:

1- عرفها أحمد فهمي أبو سنة بأنها: «القاعدة الكبرى التي موضوعها كلي تحته موضوعات متشابهة في الأركان والشروط والأحكام العامة، كنظرية الملك ونظرية العقد ونظرية البطلان»⁽⁵⁾.

إلا أنه يلاحظ على هذا التعريف أنه عرف القاعدة بحقيقة النظرية، ومثل لها بالنظرية.

وقد تبعه في ذلك أحمد بن عبد الله بن حميد في مقدمة تحقيقه لكتاب القواعد لأبي عبد الله

(1) - ذياب زياد صبحي، تقديم لكتاب نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة لمجيد محمود وسعيد أوحجير، ط1، عمان، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة، 2002م، ص 12، 14. كمال لدرع، نظرية الأعدار الطارئة، ص9.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط2، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998، ج1، ص40، ج6، ص51. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط1، دمشق، دار الفكر، 1998، ج4، ص2837.

(3) - هذا هو الاسم الحقيقي الذي وضعه ابن تيمية، وقد أشار إلى هذا الكتاب ابن تيمية نفسه في مؤلفه "مجموع الفتاوى"، كما أشار إليه أبو زهرة في كتابه "ابن تيمية". القاهرة، دار الفكر العربي، 1991م، ص434.

(4) - يوسف عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ج. محمد الروكي، المرجع السابق، ص55.

(5) - أبو سنة أحمد فهمي، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، مصر، مطبعة دار التأليف، 1967، ص44. نقلا عن:

أبي عبد الله المقرئ، القواعد، تحقيق، أحمد بن عبد الله بن حميد، مكة المكرمة، مركز إحياء التراث، ج1، ص109.

المقري، حيث يورد هذا التعريف للنظرية الفقهية، ثم يذكر الفروق بينهما⁽¹⁾.

وكذا يصرّح الشيخ أبو زهرة -رحمه الله- في كتابه أصول الفقه أن القاعدة⁽²⁾ هي النظرية، إذ يسوي بينهما، فيعرف الأولى بحقيقة الثانية، فيقول: «إِنَّه يجب التفرقة بين علم أصول الفقه وبين القواعد الجامعة للأحكام الجزئية، وهي التي مضمونها يصح أن يطلق عليها النظريات العامة للفقه الإسلامي، كقواعد الملكية في الشريعة، وكقواعد الضمان، وكقواعد الخيارات... فأصول الفقه يبنى عليه استنباط الفروع الفقهية، حتى إذا تكونت المجموعات الفقهية المختلفة أمكن الربط بين فروعها، وجمع أشتاتها في قواعد عامة جامعة لهذه الأشتات، وتلك هي النظريات الفقهية»⁽³⁾.

وقد أخذ برأيه الشيخ أحمد أبو طاهر الخطابي في مقدمة تحقيقه لكتاب إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك للونشريسي⁽⁴⁾، ولعلّ هذا يرجع إلى إرادة المؤلفين المعاصرين تسهيل المعنى وإيصاله إلى القارئ باستعمال المصطلحات المتعارف عليها اليوم.

2- ويعرفها جمال الدين عطية بأنها: «التصور المجرد الجامع في القواعد العامة الضابطة للأحكام الفرعية الجزئية... فهو تصور جامع يحاول أن يحيط بجميع جوانب الموضوع، ويبحث كافة مستوياته وأبعاده»⁽⁵⁾، وممن عرف النظرية الفقهية أيضا الدكتور وهبة الزحيلي، حيث قال: «النظرية معناها المفهوم العام الذي يؤلف نظاما حقوقيا موضوعيا تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة، كنظرية الحق ونظرية الملكية...»⁽⁶⁾.

3- وكذا عرفها محمد الزحيلي بقوله: «هي دساتير ومفاهيم كبرى تشكل نظاما متكاملا في جانب كبير من جوانب الحياة والتشريع، وأن كل نظرية تشمل مجموعة من القواعد الفقهية»⁽⁷⁾،

(1)- المقري، المصدر نفسه، ج 1، ص 109.

(2)- القاعدة كما عرفها الفقهاء القدماء: «حكم كلي ينطبق على جزئياته لتعرف أحكامها منه». التفتازاني، التلويح على التوضيح، ضبطه: زكريا عميرات، ط 1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1996، ج 1، ص 34.

وعرفها الشيخ مصطفى الزرقاء بأنها: «أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية، تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها». المدخل الفقهي العام، دار الفكر، 1967م، ج 2، ص 947.

(3)- أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر، ط 1، ص 10.

(4)- الونشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، الرباط، 1980، مقدمة المحقق: أبو طاهر الخطابي، ص 111.

(5)- جمال الدين عطية، التنظير الفقهي، ط 1، الدوحة، مطبعة المدينة، 1987م، ص 9.

(6)- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 2835.

(7)- محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، ط 1، دمشق، دار القلم، بيروت، الدار الشامية، 1993، ص 22، القواعد الفقهية، ط 2،

لجنة الدفتر العلمي، 2004، ص 22.

وهو بهذا لا يخرج عن تعريف الشيخ مصطفى الزرقاء، إذ يعرف النظريات الفقهية العامة بأنها: «تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حده نظاما حقوقيا موضوعيا، منبثا في تجاليد الفقه الإسلامي... ويحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الأحكام، وذلك كفكرة الملكية وأسبابها، وفكرة العقد... وفكرة التعليق والتقييد والإضافة في التصرف القولي،... وفكرة العرف»⁽¹⁾.

4- وقريب منه تعريف آخر بأنها: «موضوعات فقهية أو موضوع يشتمل على مسائل فقهية أو قضايا فقهية، حقيقتها: أركان وشروط وأحكام، تقوم بين كل منها صلة فقهية، تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعا»⁽²⁾.

وتعريف الأستاذ الزرقاء، مع ما فيه من وضوح ودقة إلا أن فيه من الاتساع ما يشمل الموضوعات الأصولية⁽³⁾، والموضوعات الجزئية الصغيرة الداخلة في إطار ما هو أوسع منها⁽⁴⁾. وبهذا ندرك الفرق بين النظرية والقاعدة، فالنظريات الفقهية غير القواعد الفقهية، يؤكد ذلك أحمد مصطفى شلي ملتصقا بالعلماء القدماء في عدم تأليفهم الفقه في شكل نظريات: «ومع هذا الذي فعلوه فنحن لا ننفي عنهم تهمة التقصير في التأليف فيه على هيئة نظريات عامة»⁽⁵⁾، وهي نوع آخر غير القواعد السابقة، كنظرية العقد، ونظرية الالتزام»⁽⁶⁾.

(1) - مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج 1، ص 235.

(2) - الندوي علي أحمد، القواعد الفقهية، ط 3، تقدم مصطفى الزرقاء، دمشق، دار القلم، 1994، ص 62-64. محمد الروكي، قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف، ط 1، دمشق، دار القلم، جدة، مجمع الفقه الإسلامي، 1998، ص 115، علي جمعة، المدخل، ط 1، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 1996، ص 146.

(3) - كفكرة العرف أو نظرية العرف، حيث عدّها من النظريات الفقهية، بينما هي من مباحث أصول الفقه، إذ نجد في موضوعات مخصصات العموم، أو في مبحث مستقل كدليل من أدلة التشريع، ويمكن صياغته كنظرية أصولية أو نظرية في مصادر الفقه. فهو لا يدخل في نطاق النظريات الفقهية.

(4) - كعدّه (فكرة التعليق والتقييد والإضافة في التصرف القولي) كنظرية عامة، بينما هي موضوعات جزئية صغيرة تدخل تحت نطاق التصرفات أو تحت موضوع أشمل وهو العقود وأركانها ومحملها وغير ذلك مما يدخل تحت نظرية العقد.

(5) - وقد سبق بيان أهم لم يكونوا مقصرين في ذلك، وإنما منهجيتهم في صياغة الفقه الإسلامي كانت تختلف عنها في العصر الحديث، إذ كانت استجابة للبيئة التي نشأ فيها وتمشيا مع السقف المعرفي في ذلك العصر، وهو الاهتمام بفقه الجزئيات والفروع ووضع الحلول للوقائع الحادثة، وذلك لا ينقص من قيمة جهودهم ولا يعتبر تقصيرا منهم، بقدر ما يدل على اجتهادهم وعلى أصالة هذا الفقه وواقعيته.

(6) - محمد مصطفى شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، بيروت، دار النهضة العربية، 1985، ص 328.

الفرع الثالث: الفرق بين النظرية والقاعدة

1- النظرية بناء عام لقضايا ذات مفهوم واسع مشترك، أما القاعدة فهي ضابط أو معيار كلي في ناحية مخصوصة من نواحي النظرية⁽¹⁾. يقول مصطفى الزرقا: «فإن تلك القواعد إنما هي ضوابط وأصول فقهية تراعى في تخريج أحكام الحوادث ضمن حدود تلك النظريات الكبرى»⁽²⁾.

2- القاعدة حكم شرعي، وأما النظرية فدراسة وبحث وتجميع⁽³⁾ لكل تلك الأحكام الشرعية الفرعية من أبواب مختلفة من الفقه لتكوين العناصر التي تشكل لنا تصورا شاملا لموضوع ما، ولذلك «فالأحكام الفقهية الفرعية؛ أي التي تتعلق بمسألة محددة لا تدخل في باب النظريات الفقهية، حتى ولو أخذت صورة القاعدة، إذ أن صياغتها التقنينية في صورة قاعدة، لا تخرج بها عن كونها قاعدة فرعية تنطبق على مسألة محددة، مهما تعددت التصرفات والوقائع التي تنطبق عليها»⁽⁴⁾، فالقاعدة الفقهية تستند في تعييدها إلى أحد المصادر الشرعية، بينما تستند النظرية الفقهية في تكوينها إلى دراسة الفقه الإسلامي ومصنفات الفقهاء⁽⁵⁾.

3- تقوم النظرية على أركان وشروط ومقومات أساسية، وكثيرا ما تخلو من بيان الأحكام الفقهية باستفاضة، أما القواعد فلا يوجد لها أركان وشروط في الغالب الأعم⁽⁶⁾، وتنطوي على عدد كبير من الأحكام الفقهية والفروع والمسائل⁽⁷⁾.

4- النظرية أوسع نطاقا من القاعدة، فنظرية العقد مثلا تتناول التعريف بالعقد وبيان أركانه وشروط انعقاده وصيغته، واقتران الصيغة بالشروط وأثر ذلك في العقد، وأحكام العقود وعيوبها، والخيارات وأثرها في العقود... والقاعدة تمتاز بإيجاز في صياغتها على عموم معناها، وسعة استيعابها للفروع الجزئية⁽⁸⁾، فهي ضوابط وأصول تجمع الفروع وتعين الفقيه في معرفة الأحكام الشرعية.

(1)- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص2837.

(2)- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ص235.

(3)- مصطفى الزرقا، المرجع نفسه، ج1، ص235.

(4)- جمال الدين عطية، التنظير الفقهي، ص10.

(5)- محمد الروكي، قواعد الفقه الإسلامي، ص54.

(6)- إذ هناك من القواعد ما يشتمل على شروط وقيود، كقاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) فهي ليست على إطلاقها بل مقيدة بشروط، فلا تباح المحظورات إلا بشرط وجود الضرورة. وكذا قاعدة (الضرورة تقدر بقدرها) وغيرها من القواعد.

(7)- محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، ص22. القواعد الفقهية، ص23.

(8)- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص947.

ومن ثم تدرج مجموعة من القواعد الفقهية - والتي تختلف في فروعها وجزئياتها ولكنها تتحد في الموضوع - تحت نظرية معينة، فتكون خادمة لها، بحيث تنضبط بها الأحكام المختلفة لمسائل الموضوعات الفقهية التي تدرس كنظريات، مما يزيد الباحث إحاطة بمعالم هذه النظريات المتداخلة في شتى الفروع الفقهية⁽¹⁾.

ولهذا، فيمكن لكل نظرية أن تشمل مجموعة من القواعد الفقهية⁽²⁾، - وليس العكس - التي يمكن للباحث أن يجدها في مصنفات الفقهاء للقواعد والكلية، أو يستخلصها من كلامهم ونصوصهم حتى وإن لم يبرزوها على أيهما قواعد.

ومن ذلك على سبيل المثال القواعد الآتية:

- 1- المباشر ضامن وإن لم يتعمد⁽³⁾.
- 2- المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي⁽⁴⁾.
- 3- إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر⁽⁵⁾.
- 4- الضرر يزال⁽⁶⁾.
- 5- الجواز الشرعي ينافي الضمان⁽⁷⁾.

فهذه المجموعة من القواعد الفقهية المعروفة ولو اختلفت في الفروع والجزئيات تحت كل منها،

(1) - مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص946، وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دمشق، دار الفكر، 1982، ص188، البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص35.

(2) - محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، ص22.

(3) - الزيلعي، تبين الحقائق، شرح كثر الدقائق، ط1، دار الكتاب الإسلامي، دت، ج6، ص150. علي حيدرة، درر الأحكام، ط1، بيروت، دار الجيل، 1991م، ج2، ص273، البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه، ص128.

(4) - السرخسي، المبسوط، بيروت، دار المعرفة، ج26، ص186. مجلة الأحكام العدلية، تعليق: نجيب هواديني، نشر كارخانة، تجارة كتب، دت، ص92.

(5) - السرخسي، المصدر نفسه، ج26، ص185. السيوطي، الأشباه والنظائر، مصر، دار إحياء الكتب العربية، دت، دط، ص145. مجلة الأحكام، ص90.

(6) - السيوطي، المصدر نفسه، ص76. مجلة الأحكام، ص20. البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه، ص112.

(7) - مجلة الأحكام، ص91. علي حيدرة، درر الأحكام، ج2، ص109-111. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص236.

إلا أنه يمكن أن ندرجها جميعاً تحت عنوان "نظرية الضمان"⁽¹⁾، فإن الضمان ومسائله هو الطابع والموضوع العام الذي يجمع بين هذه القواعد.

وكذا القواعد الآتية:

1- الضرر ينجر بضمنان النقص⁽²⁾.

2- الغرم مجبور بالغنم⁽³⁾.

3- جناية العجماء جبار⁽⁴⁾.

4- كل سهو أو جوب نقصانا يستدعي جابراً⁽⁵⁾.

فكل هذه القواعد يمكن وضعها تحت عنوان "نظرية الجبر"⁽⁶⁾، لأن موضوعها الغالب والعام الذي يجمعها هو الجبر.

فالنظرية الفقهية أسلوب علمي جديد للبحث الفقهي، استخلصه العلماء المعاصرون الذين درسوا القانون الوضعي بكليات الحقوق، كما درسوا الفقه في نطاق واسع، فنتج عن ذلك تبويب للمباحث الفقهية على هذا النمط الجديد، حيث جمعت المسائل الفرعية من بحار الكتب القديمة المترعة بالثروة الفقهية الضخمة، وحددت في شكل النظريات، التي تكمن وراء هذه المسائل ببيان التعريفات والخصائص والشروط والأركان والآثار وغير ذلك من الأمور العامة التي تأتي العناصر الفرعية كعناصر وأمثلة تطبيقية لها.

فإذن، ما لا نجد في كتب الفقهاء الأقدمين هو مصطلح النظرية، وعلى هذا الشكل الجديد،

⁽¹⁾ يذكر وهبة الزحيلي هذه القواعد في كتابه: نظرية الضمان، أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، ص 188-211.

⁽²⁾ ابن عبد البر، الكافي، ط 1، بيروت، دار الكتب العلمية، ص 404. الشيرازي، المهذب، بيروت، دار الفكر، دت، دط، ج 2، ص 209. السرخسي، المسوط، ج 13، ص 184-185. ابن قدامة، المغني، ط 1، بيروت، دار الفكر، 1985، ج 5، ص 25.

⁽³⁾ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 136. محمد بن محمد بن أمير حاج، التقرير والتحجير في شرح التحرير، ط 2، بيروت، دار الكتب العلمية، 1983، ج 2، ص 202.

⁽⁴⁾ أصله حديث في صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب: في الركاز الخمس. ذكرت هذه القاعدة أيضاً في بداية المجتهد لابن رشد، بيروت، دار الفكر، ج 2، ص 348. ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 156.

⁽⁵⁾ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط 2، بيروت، دار الكتاب العربي، 1982، ج 1، ص 167.

⁽⁶⁾ يذكر هذه القواعد وصفى عاشور أبو زيد، في كتابه: نظرية الجبر في الفقه الإسلامي، ط 1، القاهرة، دار السلام، 2007، ص 60 وما بعدها. حيث استخلصها من تضاعيف كلام الفقهاء ومن خلال إشاراتهم في نصوصهم ضمن مصنفاتهم القديمة.

أما أساس النظرية ومادتها الفقهية، فكتب الفقه زاخرة بالثروة الفقهية الضخمة، التي تمتاز بالخصوبة والمرونة ما يجعلها «لا تقل عن أروع ما ابتكره الفكر القانوني الحديث من نظريات بل تفوقه أحيانا بالحرص على القيم العالية والمصلحة العامة»⁽¹⁾.

المطلب الثاني: تعريف التوثيق

الفرع الأول: تعريف التوثيق لغة

التوثيق عند أهل اللغة بمعنى الإحكام والإتقان والائتمان والتثبيت والعهد، والشد والربط، وكذا من التقوي والاعتماد والتأكيد. من وثقت الشيء توثيقا فهو موثق، أي أحكمته⁽²⁾، فهو ثابت ومحكم.

قال ابن فارس⁽³⁾: «الواو والثاء والقاف كلمة تدل على عقد وإحكام»⁽⁴⁾، ويقال: وثق الشيء توثيقا؛ أي ثبت وقوي وصار محكما⁽⁵⁾، ووثق بفلان ثقة وموثقا إذا ائتمنه، والأمر الوثيق المحكم⁽⁶⁾، والموثق والميثاق العهد المحكم⁽⁷⁾، قال صاحب "أساس البلاغة": «وبيننا موثق وميثاق ووثقه عاهده، ووثقني بالله ليفعلن وتوثقوا على كذا»⁽⁸⁾.

جاء في لسان العرب: «والوثيقة في الأمر إحكامه والأخذ بالثقة، والجمع الوثائق... ويقال أخذ بالوثيقة في أمره أي بالثقة، وتوثق في أمره مثله... وأخذ الأمر بالأوثق أي الأشد الأحكم»،

(1) -وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص2835.

(2) -ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة: وثقة، ج6، ص85. الرازي، مختار الصحاح، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1994، مادة: وثق، ص836 ابن منظور، لسان العرب، مادة: وثق، بيروت، دار صادر، 1968، ج10، ص371-372. الفيومي، المصباح المنير، ج2، ص647.

(3) -ابن فارس: هو أحمد بن زكريا محمد بن حبيب أبو الحسين الرازي القزويني اللغوي المالكي، كان أدبيا بارعا ولغويا حافظا، من كتبه: "الأمالي"، و"الأفراد"، وغيرها، توفي سنة 395هـ. السيوطي، بغية الوعاة، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، ط2، دار الفكر، 1979، ج1، ص352-353 ابن الأثير، الكامل في التاريخ، بيروت، دار صادر، 1966، ج8، ص711.

(4) -ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج6، ص85.

(5) -الفيومي، المصباح المنير، ج2، ص891. محمد رواس قلعة جي، معجم لغة الفقهاء، ط2، بيروت، دار النفائس، 1988، ص499.

(6) -الرازي، مختار الصحاح، ص836. ابن منظور، لسان العرب، ج10، ص371-372. الفيومي، المصدر نفسه، ج2، ص891 الفيروز آبادي، الفاموس المحيط، ط2، مصر، المطبعة الحسينية المصرية، 1344هـ، مادة: وثق، ج3، ص288.

(7) -ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج6، ص85. الرازي، المصدر نفسه، ص836. الفيومي، المصدر نفسه، ج2، ص891.

(8) -الزمخشري، أساس البلاغة، تحقيق: عبد الرحيم محمود، ط1، مصر، مطبعة دار الكتب المصرية، ص890.

كما يقال: استوثقت من فلان وتوثقت من الأمر إذا أخذت فيه بالوثاقة. (1)

وقال صاحب القاموس: «وأوثقه في الوثاق شده، ووثقه توثيقاً أحكمه» (2).

وقال ابن العربي (3): «وسميت وثائق من الوثيقة وهي ربط الشيء لئلا ينفلت ويذهب» (4)، والثقة من يعتمد عليه في الأمور، فيقال: «وثقت بالشيء أي اعتمدت عليه» (5). وقيل: «توثيق الشيء هو تقويته، وتوثيق الدين هو تقويته حتى لا يضيع على الدائن، وتوثيق الدين أيضاً كتابته حتى لا ينكر» (6). فالتوثق إذن هو التأكد والتثبيت للشيء وتقويته وإحكامه، وشده وربطه، وهذا الربط معنوي لا حسي، وليس له طريقة واحدة بل له طرق متعددة كلها تؤدي إلى نتيجة واحدة، وهي جعل الشيء الموثق في أمان واثمان وثقة تامة، ولذلك فكل المعاني المذكورة أعلاه مقصودة بكلمة التوثق في معناها العام.

وقد ذكرت كلمة التوثق بمعناها اللغوي في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، كما وردت في أشعار العرب وقصائدهم، وهي لا تخرج عن المعاني المشار إليها:

- أما في القرآن الكريم فقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا

أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ﴾ (7)، فكلمة "ميثاقه" هو

(1)- ابن منظور، لسان العرب، ج10، ص372. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق: مكتبة تحقيق التراث، ط6، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1998، ج3، ص283.

(2)- الرازي، مختار الصحاح، ص836. ابن منظور، المصدر نفسه، ج10، ص372. الفيروز آبادي، المصدر نفسه، ج3، ص288.

(3)- ابن العربي: أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعافري الإشبيلي المالكي قاض من حفاظ الحديث أدبياً بارعاً بلغ رتبة الاجتهاد، أخذ عن أبي بكر الطرطوشي، وأبي الحسن الصيرفي وغيرهما، توفي سنة 543هـ. ابن خلكان، وفیات الأعيان، تحقيق: إحسان عباس، بيروت، دار الثقافة، ج4، ص296-297.

(4)- ابن العربي، عارضة الأحوذى، شرح: صحيح الترمذي، دار الكتاب العربي، ج5، ص220.

(5)- البعلبي: أبو عبد الله بن أبي الفتح شمس الدين، المطلع على أبواب المقنع، دمشق، المكتب الإسلامي، 1965، ص247. نقلاً عن: محمد بن عبد الله بن محمد العامر، علم الشروط في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في كتابات عدل المملكة العربية السعودية، ط1، الدار السعودية للنشر والتوزيع، 2004م، ص16.

(6)- قلعة جي محمد رواس، موسوعة فقه الحسن البصري، ط1، بيروت، دار النفائس، 1989، ج1، ص256.

(7)- سورة البقرة، الآية: 27.

«العهد المؤكد باليمين»⁽¹⁾.

وكذا قوله تعالى: ﴿فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّىٰ إِذَا أَنتَحَمْتُمُوهُمُ فَشَدُّوا الوَثَاقَ فَمَا مَنَّا بَعْدُ وَإِنَّمَا فِدَاءٌ حَتَّىٰ تَضَعَ الحَرْبُ أوزَارَهَا﴾⁽²⁾. فكلمة "وثاق" بالفتح والوثاق بكسر الواو لغة فيه، هو الحبل أو الشيء الذي يوثق به⁽³⁾، وقال صاحب الجامع لأحكام القرآن: «الوثاق بالكسر هو اسم الشيء الذي يوثق به كالرباط، وأوثقه في الوثاق شده»⁽⁴⁾.

وجاء في قوله تعالى: ﴿وَإِذَا أَخَذْنَا مِيثَاقَكُمْ وَرَفَعْنَا فَوْقَكُمُ الطُّورَ خُذُوا مَا آتَيْنَاكُمْ بِقُوَّةٍ وَاذْكُرُوا مَا فِيهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾⁽⁵⁾، وقوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ اللهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْنَاكُمْ مِنْ كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ﴾⁽⁶⁾، فالميثاق العهد، والمعاهدة، وهو كما يقال ميثاق الله وعهده⁽⁷⁾.

وكذا قوله تعالى على لسان يعقوب -عليه السلام-: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِنَ اللهِ﴾⁽⁸⁾ أي عهدا موثوقا به بسبب تأكده بإشهاد الله وبسبب القسم بالله عليه⁽⁹⁾.

-وأما من السنة النبوية الشريفة: فقوله ﷺ: «ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق

⁽¹⁾ -القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: ابراهيم أطفيش وأحمد البردوني، ط2، القاهرة، دار الكتب المصرية، 1964، ج1، ص246-247.

⁽²⁾ -سورة محمد، الآية: 4.

⁽³⁾ -ابن منظور، لسان العرب، ج10، ص372.

⁽⁴⁾ -القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج16، ص225-226.

⁽⁵⁾ -سورة البقرة، الآية: 63.

⁽⁶⁾ -سورة آل عمران، الآية: 81.

⁽⁷⁾ -ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج6، ص85، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج1، ص432-433، ج4، ص124، الفخر الرازي، التفسير الكبير، دار الفكر، ط1، 1981م، ج4، ص127 الرازي، مختار الصحاح، ص836. ابن كثير، تفسير القرآن، ج1، ص106.

⁽⁸⁾ -سورة يوسف، الآية: 66.

⁽⁹⁾ -القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج9، ص225. الرازي، التفسير الكبير، ج18، ص175. ابن كثير، تفسير القرآن، ج2، ص1055.

وشرط الله أوثق»⁽¹⁾، وفي رواية: «قضاء الله أحق وشرط الله أوثق»⁽²⁾، قال ابن حجر: «أي بإتباع حدوده التي حدها»⁽³⁾، وكذا قوله ﷺ في حديث أبي موسى الأشعري ومعاذ بن جبل -رضي الله عنهما- لما بعثهما إلى اليمن وفيه: «... فإذا رجل عنده موثق»⁽⁴⁾؛ وفي فتح الباري: «وأخرج الطبراني من وجه آخر عن معاذ وأبي موسى... «فإذا عنده رجل موثق بالحديد»⁽⁵⁾.

-وأما في أشعار العرب فنجد مثلاً:

قول كعب بن زهير⁽⁶⁾:

ليوفوا بما كانوا توثقوا بخيف مني والله راء وسامع⁽⁷⁾

يقول الزمخشري⁽⁸⁾: «وبيننا موثق وميثاق، ووثاقه عاهده، ووثاقي الله ليفعلن، وتوثقوا على كذا»⁽⁹⁾.

وقال ابن الأعرابي⁽¹⁰⁾:

⁽¹⁾-البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب: إذا اشترط شروطاً لا تحل، دار الفكر، ج3، ص29. مسلم، الجامع الصحيح، مراجعة: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1954، كتاب العتق، باب: إنما الولاء لمن أعتق، رقم (1504)، ج2، ص1144.

⁽²⁾-البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشروط في الولاء عن عائشة، ج5، ص326.

⁽³⁾-ابن حجر، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، رقم أبوابه وأحاديثه محمد فؤاد عبد الباقي، وأخرجه محيي الدين الخطيب، بيروت، دار المعرفة، كتاب الشروط، باب: الشروط في الولاء، ج5، ص312.

⁽⁴⁾-البخاري، صحيح البخاري، كتاب الاستتابة، باب: حكم المرتد والمرتدة، ج6، رقم (2537).

⁽⁵⁾-ابن حجر، فتح الباري، ج12، ص274.

⁽⁶⁾-كعب بن زهير: بن أبي سلمى هو وأبوه زهير الشاعر الحكيم، من شعراء العرب، المازني أبو المضرب، من أهل نجد، له ديوان شعر (مطبوع) كان ممن اشتهر في الجاهلية، ولما ظهر الإسلام هجا النبي ﷺ فهدر النبي ﷺ دمه، فجاءه كعب مستأماً وقد أسلم، فأنشده وهو في المسجد لاميته المشهورة ومطلعها (بانت سعاد فقلبي اليوم متبول)، فعفا عنه النبي ﷺ وخلع عليه برده. ابن هشام، السيرة النبوية، بيروت، دار القلم، ج4، ص144. الزركلي، الأعلام، ج6، دار العلم للملايين، 1984، ج6، ص81.

⁽⁷⁾-الزمخشري، أساس البلاغة، ص890.

⁽⁸⁾-الزمخشري: أبو القاسم محمود بن عمر بن محمد الخوارزمي الزمخشري المعتزلي، الإمام الكبير في التفسير والحديث، كان إمام البلاغة والعربية والمعاني والبيان، من مصنفته: "الكشاف"، "أساس البلاغة"، ولد سنة 467هـ توفي 538هـ. ابن خلكان، وفيات الأعيان، ج5، ص168. الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد نعيم العرقسوسي، ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1990، ج20، ص151-156.

⁽⁹⁾-الزمخشري، أساس البلاغة، ص890.

⁽¹⁰⁾-ابن الأعرابي: محمد بن أحمد بن زياد أبو عبد الله الكوفي، كان راوية علامة باللغة والشعر، له تصانيف منها: أسماء "الخيل وفسانها"، و"تاريخ القبائل" وغيرها، توفي سنة 231هـ. ابن خلكان، وفيات الأعيان، ج4، ص306-309.

عطاءً لا يغيب كأنما عليك بإتلاف التلاد وثيق⁽¹⁾

وقال ابن منظور «وعندي أن الوثيق ها هنا إنما هو العهد الوثيق»⁽²⁾.

الفرع الثاني: تعريف التوثيق اصطلاحاً

التوثيق هو جعل الشيء الموثق في أمان واثمان وثقة تامة وإحكامه والتثبيت له، ولذلك عرفه صاحب درر الحكام بأنه «يطلق على الشيء الذي يوثق ويؤكد به شيء ومنه الوثيقة، لأنه يوثق بها العقود»⁽³⁾، وقيل هو: «تقوية الدين حتى لا يضيع على الدائن وتوثيق الدين أيضاً كتابته حتى لا ينكر»⁽⁴⁾.

فهو في مفهومه اللغوي الأخذ بالوثيقة لإحكام الأمر وتقويته والتثبيت له، ولذا كان التعريف الاصطلاحي قريب من هذه الدلالات اللغوية، لأن مؤداه تقوية جانب صاحب الحق والتثبيت لحقه بكل ما يمكنه للوصول إليه، فالتوثيق في الاصطلاح حقيقته: «الأمر الذي يحصل به التقوي على الوصول للحق»⁽⁵⁾، إلا أنه تعريف عام غير مانع من دخول معان أخرى لا علاقة لها بالتوثيق، كالدعوى⁽⁶⁾ فإنه يتقوى بها للوصول إلى الحق، ولكنها ليست توثيقاً، ولهذا فعمل أنسب التعاريف مع موضوع البحث وأدلها عليه هو أنه: «عبارة عن مجموعة من الوسائل التي تؤدي إلى استيفاء الحق عند تعذره من المدين أو إثباته في ذمته عند الإنكار»⁽⁷⁾.

وكذا تعريفه بأنه: «تقوية الحق بصيانتته من التبديل والجحود أو ضمان تحصيله»⁽⁸⁾.

فهذان التعريفان كانا جامعين مانعين لاشتمالهما على معنى التوثيق المراد دراسته، وهو التوثيق للحقوق بكل أنواع التوثيق، فقد أشار كلاهما إلى وسائل تقوية الحق، وإن كان صرح بها التعريف الأول بقوله: "هو مجموعة من الوسائل"، وذكرها الثاني ضمناً، إذ تقوية الحق تتم بوسائل منها، العقود كالرهن والكفالة والحوالة... كما تكون بغير عقود كالشهادة والكتابة... غيرها، كما بين

(1)- ابن منظور، لسان العرب، مادة: وثق، ج10، ص372.

(2)- ابن منظور، المصدر نفسه، ج10، ص372.

(3)- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج2، ص63.

(4)- قلعه جي، موسوعة فقه الحسن البصري، ج1، ص256.

(5)- صالح بن عثمان الليل، توثيق الديون في الفقه الإسلامي، الرياض، الإدارة العامة للثقافة والنشر، 2001، ص22.

(6)- الدعوى: هي أن يضيف الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته. ابن قدامة، المغني، ج9، ص276.

(7)- مجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي، جامعة أم القرى، عدد 6، ص41-42.

(8)- حسن الترتوري، التوثيق بالكتابة والعقود، ط1، القاهرة، دار ابن الجوزي، 2005، ص13.

التعريفان ثمرة التوثق النهائية وهي استيفاء الحق وضمأن تحصيله، وعلى هذا فقد اجتمعنا على أن التوثق للحقوق يكون بوسائل على نوعين:

- وسائل توثيقية إستيفائية وهي: الرهن والكفالة والحوالة وهي من العقود المتوثق بها.

- ووسائل توثيقية إثباتية وهي: الكتابة والإشهاد... وغيرها من وسائل التوثق غير العقود.

وأما ما نجد في كتب الفقهاء في فن التوثيق ومخطوطاتهم فهو اقتصارهم على تعريف علم التوثيق أو التوثق بالكتابة على وجه الخصوص، أو ما يسمى بعلم الشروط أو علم الوثائق، وهو وسيلة من وسائل التوثق ونوع من أنواعه، بينما المراد بالبحث هو التوثق للمعاملات بشتى وسائل التوثق، وليس بالكتابة فقط، وإن كان هو الغالب في الاستعمال.

ومن هنا يمكن القول وانطلاقاً من التعريف اللغوي للتوثق ومن تعريفات العلماء أن التوثق هو: تأكيد الحق وتقويته بتأمينه بطرق ووسائل مشروعة لصيانته وضمأن استيفائه عند الطلب.

ومعنى ذلك أن التوثق عملية أو نظام يراد به تقوية جانب صاحب الحق وتثبيتته، وهو يعتمد على وسائل بعضها عقود وبعضها غير ذلك، فالحقوق والتصرفات المختلفة تحتاج إلى حفظها وصيانتها، وكل وسيلة أو طريق يضمن حفظها وتأمينها وإحكامها وتقويتها وصيانتها من الجحود والإنكار، ويجول دون ضياعها بالتزوير أو التغيير يمكن أن يدخل ضمن طرق ووسائل التوثق، واتباع هذه الوسائل والطرق واتخاذها لتأمين الحق والاحتياط له وضمأن استرداده عند طلب صاحبه، سواء كان ذلك بينهما أو أمام القضاء عند الاقتضاء، هو ما يمكن أن نسميه (التوثق).

وبناء عليه، ومن خلال تعريف كلمتي (النظرية) و(التوثق) يمكننا تعريف المركب منهما وهو (نظرية التوثق)، بأنها: ذلك التركيب الفقهي العام والمفاهيم الشاملة، لذلك النظام الذي يتم به تأكيد الحق وتقويته بتأمينه بطرق ووسائل مشروعة، تضمن صيانته واستيفائه عند الطلب، مع بيان حقيقة ذلك كله من حيث التعريف والأركان والشروط والوسائل... وغيرها من المسائل التي تشكل كل واحدة منها عنصراً من عناصر هذه النظرية.

الفرع الثالث: علاقة التوثق ببعض المصطلحات

لمصطلح التوثق ألفاظ متصلة به تختلف من حيث قربها منه وقوة دلالتها عليه، فبعضها يكون قوي الدلالة على معنى التوثق حتى عدّ مرادفاً له، أو لفظاً مشتقاً منه ومنتمياً إليه في جانب من الجوانب، وبعضها قريب ذو صلة به في جزء من معناه، ويختلف عنه في معانٍ أخرى.

أولاً: التوثيق

لغة: من الائتمان والإحكام والتقوي والتثبت⁽¹⁾.

اصطلاحاً: هو «علم يبحث فيه عن كيفية إثبات العقود والتصرفات وغيرها على وجه يصح الاحتجاج والتمسك به»⁽²⁾.

ومن الملاحظ أن لفظي التوثق والتوثيق بنفس المعنى اللغوي، ولكن يفهم من لفظ التوثق أن فعل الاستيثاق، أو التوثق راجع في جزء هام منه إلى أشخاص عملية التوثيق، وهو ينصرف إلى كونه الغاية من العملية التعاقدية، بينما التوثيق يطلق على العملية نفسها الخاصة بتدوين وتسجيل التعامل أو التصرف، وقد يرجع إلى شخص واحد وهو الكاتب الذي يوثق المعاملة، فبينهما عموم وخصوص، فالتوثق أشمل وأعم، وهو غاية والتوثيق وسيلة، حيث يتم التوثق بوسائل كثيرة، من بينها: التوثيق أو ما يعرف بالتوثق بالكتابة، إلا أنه شاع استعمال عبارة "التوثيق" بدل "التوثق"، فهي الأكثر تداولاً بين العلماء والمؤلفين، ومع أن الأصل في التوثق للحقوق أن يكون بوسائل عديدة كالكتابة والشهادة والرهن وغيرها، إلا أنه ولما كانت الكتابة أكثر تلك الوسائل استعمالاً، وأكدها في ضمان الحقوق وتثبيتها، وكان الاهتمام بها أكبر من غيرها من الوسائل، صارت بذلك هي الأصل في هذا العلم، وصار لفظ التوثيق -مع ما فيه من معنى التوثق وهو تقوية الشيء وتأكيده- إذا أطلق يراد به المعنى الشائع وهو التوثق بالكتابة، وكان هو المقصود أصالة عند الإطلاق⁽³⁾.

ولهذا فإن "التوثق بالكتابة" هو المراد به مصطلح "علم التوثيق"، وهو الذي أُلّف فيه العلماء مؤلفات خاصة، تسمى بكتب الوثائق أو الشروط، أو المحاضر والسجلات وغيرها من المسميات... فشاع هذا اللفظ في خصوص الوثائق التي يجررها العدول أو كتاب العدل أو الموثقون، إلهاداً بما فيها على المتعاقدين لما التزموه وتعهدوا به، لتكون حجة عند النزاع أمام القضاء، حتى صار علماً قائماً بذاته، كما أصبح مهنة يتفرغ لها، وصار عند الإطلاق لا يراد به إلا هذا العلم، أو هذه المهنة، ومن هنا، نجد أن لفظ "التوثيق" متضمن في لفظ "التوثق"، فهو نوع من أنواعه، فالتوثق يراد به تقوية الحق بكل وسائله من كتابة وغيرها، فلا يختص بوسيلة دون غيرها، بينما "التوثيق" قد يشمل أيضاً جميع الوسائل، ولكن مع إرادة الكتابة خاصة، ولهذا جاءت تعريفات ومصطلحات العلماء للتوثيق

(1)- ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج2، ص85.

(2)- محمد الزحيلي، وسائل الإثبات، دمشق، مكتبة دار البيان، 2007، ج1، ص27.

(3)- حسن الترتوري، التوثيق بالكتابة والعقود، ص8.

خاصة بإرادة تسجيل وتدوين المعاملات في وثائق خاصة للاحتجاج بها. ومن هنا جاءت الرغبة في إطلاق لفظ التوثق على موضوع البحث دون التوثيق -مع أنه اللفظ الشائع- وذلك لوجود مصطلح التوثق في كتابات العديد من العلماء، كالقرافي، وابن عبد البر، وابن جزري والقرطبي والونشريسي والخصاص، وابن عاشور... وغيرهم، و حتى يشمل جميع أنواع التوثق للحق، إذ كلها مقصودة بالبحث، فيكون بذلك لفظ التوثق أوسع وأشمل من لفظ التوثيق، وإن كان كلاهما من حيث الأصل اللغوي بمعنى واحد، إلا أن التوثق عام والتوثيق خاص، و هو فرد من أفراد التوثق ووسيلة من وسائله.

ثانيا: الإثبات

الإثبات لغة: من ثبت الشيء ثباتا وثبوتا، دام واستقر، فهو ثابت، وثبت الأمر صح، وأثبت الكاتب الاسم كتبه، والثبت الحجة والبينة، ورجل ثبت إذا كان حجة ثقة، والجمع أثبات: ثقات، والإثبات: تقديم الثبوت وهو الحجة وهو ضد الإزالة⁽¹⁾.

فيلاحظ أن بين التوثق والإثبات علاقة لغوية، ففي التوثق معنى الإثبات، فإذا قلت أو ثقت الأسير أو وثقته، فإن معنى ذلك أثبته في مكانه لا يبرحه.

غير أن التوثق أقوى من الإثبات، إذ في التوثق معنى الإحكام والربط بخلاف الإثبات الذي لا يعني إلا مجرد الإقامة والدوام والاستقرار، فهما لا يشتركان إلا في معنى الإقامة والاستقرار.

والإثبات من أكثر الألفاظ صلة بالتوثق لما بينهما من التشابه الكبير، والفرق بينهما غير كبير، إلا أنه أحيانا يكون جوهريا، وهما يتفقان من حيث الغاية، لأنها في كل منهما رد الحقوق لأهلها وإيصالها لأصحابها بطرق ووسائل.

واصطلاحا: عرفه الجرجاني بأنه: «الحكم بثبوت شيء لآخر»⁽²⁾، وعرفه الفقهاء بتعريفين خاص وعمام، لا يخرج كل منهما عن كونه إقامة الحجة.

-أما التعريف الخاص: فهو إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو

⁽¹⁾- ابن منظور، لسان العرب، مادة ثبت، ج1، ص467-468. الفيومي، المصباح المنير، ج1، ص110. الفيروز آبادي: القاموس المحيط، مادة: ثبت، ج1، ص144.

⁽²⁾- الجرجاني، التعريفات، ص19.

واقعة⁽¹⁾، وتترتب عليها آثار شرعية⁽²⁾.

- أما التعريف العام: فهو إقامة الحجّة مطلقاً، سواء أكان على حق أو واقعة، وسواءً أكان أمام القاضي أو أمام غيره، وسواء أكان عند التنازع أم قبله⁽³⁾.

ومما يظهر من التعريف العام، أن الفقهاء يطلقون الإثبات، ويريدون به وسيلة من وسائل التوثيق أيضاً وهو التوثيق، فيجعلونه مرادفاً له، وهذا ما أكدّه محمد الزحيلي، حيث قال: «حتى أطلقوه على توثيق الحق وتأكيدّه عند إنشاء الحقوق والديون، وعلى كتابة المحاضر والسجلات والدعاوى عند الكاتب العدل»⁽⁴⁾.

كما نجد هذا الإطلاق عند الفقهاء، نجده كذلك عند الأمراء في رسائلهم إلى قضاتهم وولاتهم، فيطلقون لفظ الإثبات وغيره من المصطلحات ويريدون به التوثيق، أي كتابة الحقوق وتدوينها في وثائق، وهو ما أكدّه القلقشندي⁽⁵⁾، عند حديثه عن الرسالة التي كتبها الأمير الناصر لدين الله أحمد، للقاضي محيي الدين ابن الضحاك، وهي عهد بقضاء القضاة شرقاً وغرباً، قال له فيها: «وأمره بتسليم ديوان القضاء والحكم والاستظهار على ما في خزائنه بالإثبات والختم والاحتياط على ما به من المال والسجلات، والحجج والمحاضر، والوكالات، والقرض والوثائق والإثبات والكفالات»⁽⁶⁾.

ولهذا فإنّه بالنظر إلى تعريف كل من التوثيق أو التوثيق أو الإثبات، نجد أن كلا منهما له هدف واحد، وهو حماية الحقوق والتمكّن من إيصالها إلى أصحابها، فكل منهما يراد منه التوصل به إلى البرهنة والتأكيد على اختصاص الحق المتنازع فيه بمن يدعيه، ومنع الآخرين من الاعتداء عليه بحمايته وأخذ الحيطة له بوسائل، كما أن التوثيق يتم بوسائل يمكن تقسيمها إلى قسمين:

(1) - الحق هو محل الإثبات، وهو كل ما ثبت للمسلم استفاءه، أو مصلحة تختمها الشريعة، والواقعة هي محل الإثبات أيضاً، وهي مصدر من مصادر الحق، أو السبب المنشئ له. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات، ج 1، ص 24.

(2) - محمد الزحيلي، المرجع نفسه، ج 1، ص 23.

(3) - محمد الزحيلي، المرجع نفسه، ج 1، ص 22.

(4) - محمد الزحيلي، وسائل الإثبات، ج 1، ص 23.

(5) - القلقشندي: أحمد بن علي بن أحمد بن عبد الله أبو العباس القلقشندي الشافعي، كان فقيهاً أديباً، تولى كتابة الإنشاء وناب في الحكم، من مؤلفاته: "صبح الأعشى في معرفة الإنشاء"، وكتاب "العيون الصوامع في شرح جامع المختصرات"، وغيرها، توفي سنة 821هـ. السخاوي، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، بيروت، منشورات دار مكتبة الحياة، ج 2، ص 108. ابن العماد الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، بيروت، منشورات دار الآفاق الجديدة، ج 7، ص 149.

(6) - القلقشندي، صبح الأعشى، المؤسسة المصرية العامة نسخة مصورة عن الطبعة الأميرية، القاهرة، مطابع كوستا توماس وشركاه، ج 1، ص 230-231.

- وسائل استيفائية متمحضة له دون غيره وهي الرهن والحوالة والكفالة...

- ووسائل إثباتية وتتعلق بالتوثق وبغيره كالإثبات، وهي الكتابة والشهادة...

ومن أجل الوقوف على الفرق بين الإثبات والتوثق، يجب تحديد موضوع كل منهما، فموضوع الإثبات هو الحجج الشرعية التي يمكن من خلالها إثبات الحقوق المتنازع عليها أمام القضاء، كالشهادة والكتابة والإقرار واليمين والقرائن... الخ، لأن الإثبات عادة ما يحتاج إليه للفصل في أمر متنازع عليه بين المدعي والمدعى عليه⁽¹⁾، وأما موضوع التوثق فتلك الوسائل والطرق التي يمكن من خلالها تقوية الحق وتأكيد مسبقا والحيطه له لاستيفائه، كالشهادة والكتابة والحجر والحبس في الحق والرهن والكفالة والحوالة... وغيرها.

ومن هنا تنشأ العلاقة بين التوثق والإثبات، فالإثبات ثمرة من ثمار التوثق، كما يشترك معه في بعض وسائله وطرقه، وبهذا فالتوثق مرحلة ضرورية لقيام الإثبات، بعد ذلك إذا حدث نزاع، فالإثبات يعتمد على التوثق، حيث توثق المعاملات بوثائق يتم الإثبات بها، إلا أن بينهما فروقا وهي:

1- التوثق يسبق الإثبات، ومتقدم عنه في الوجود، فما هو إلا وسيلة إعداد مقدم للإثبات عند إنشاء المعاملة التي تقتضي انشغال الذمة بالحق وقبل التنازع، بينما الإثبات يكون عند التنازع وإنكار الحق وأمام القضاء⁽²⁾. فيكون الإثبات مرتكزا على التوثق ومرتبيا وجوده على وجوده.

2- التوثق احتياطي للحق وتأمينه، بتأكيد وحفظه بمجموعة وسائل لمنع إنكاره أو نسيانه، أو ادعائه بين المتعاملين، عند إنشاء التصرف ولو قبل النزاع، كما يكون وسيلة إثبات قوية عند التنازع أيضا أمام القضاء، أما الإثبات فأكثر ما يحتاج إليه لقطع المنازعات وفصلها أمام القضاء عن طريق الحجج الشرعية المعتمدة في ذلك، فينصب فقط على أمر متنازع فيه، مرفوع أمام القضاء ليبت في شأنه، وعليه فبينهما خصوص وعموم، فكل توثق إثبات وليس كل إثبات توثق⁽³⁾.

3- قد يكون التوثق - وخاصة بالكتابة والإشهاد - من وسائل الإثبات عند التنازع، إلا أن الإثبات أوسع طرقا ووسائل من التوثق، وهذا ما أكده ابن القيم، - رحمه الله - بأن الطرق التي يحكم بها الحاكم (وهي طرق الإثبات) أوسع من الطرق التي أرشد الله سبحانه وتعالى، صاحب الحق إليها،

(1) - القرافي، الفروق (أو أنوار البروق في أنواء الفروق)، ط1، اعتنى به: خليل المنصور، بيروت، دار الكتب العلمية، 1998، ج4، ص189.

(2) - محمد الزحيلي، وسائل الإثبات، ج1، ص22-23.

(3) - محمد الزحيلي، المرجع نفسه، ج1، ص31.

حتى يحفظ حقه من الضياع أو النسيان وتلك وسائل التوثيق⁽¹⁾.

4- ووسائل كل منهما قد تتمحض له، وتختص به، وقد يشتركان في بعضها، فالتوثيق قد يمثل بعض طرق الإثبات ويشترك فيها معه ويؤدي مؤداها، كالشهادة مثلا عند عقد البيع، تكون وسيلة إثبات حق المشتري في ملكية المبيع وحق البائع في ملكية الثمن، فيكون التوثيق بالشهادة بذلك سببا مولدا للإثبات، وتكون العلاقة بينهما كالعلاقة بين الأثر والمؤثر من التقارب والاختلاف في المفهوم والحقيقة⁽²⁾، والإثبات بعد ذلك قد ينفرد بطرق هي حجج شرعية أمام القضاء، ولكنها ليست من التوثيق في شيء كالإقرار مثلا، وكذا التوثيق قد ينفرد بطرق ووسائل هي عقود وأحكام شرعية كالرهن والكفالة والحوالة مثلا.

وعلى كل، فالذي يهمنا هنا هي وسائل التوثيق فقط، سواء كانت متمحضة له كالرهن والكفالة والحوالة، أو ما كانت مشتركة بينه وبين الإثبات كالإشهاد والكتابة.

⁽¹⁾ - ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، حققه محمد حامد الفقي، القاهرة، مطبعة السنة المحمدية، 1953، ص71. و

أعلام الموقعين من رب العالمين، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مصر، مكتبة الكليات الأزهرية، ج1، ص96.

⁽²⁾ - نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات في الفقه الإسلامي، ط1، الطائف، دار الفاروق، 1990، ص76-77.

المبحث الثاني: عناية المذهب المالكي بالتوثيق

اهتم علماء المالكية بالتوثيق للمعاملات، حفاظاً على الحقوق وصيانة للأموال والأعراض، وطبقوا ذلك بشتى وسائل التوثيق وطرقه المعروفة، من كتابة وإشهاد، ورهن وكفالة، وحوالة... وغيرها مما يعرف في كتب الفقه وثنايا مسائله وفروعه، كما يظهر اهتمامهم أكثر بالتوثيق في اجتهادهم في مسائل جديدة لم يسبقهم إليها غيرهم، كمسألة شهادة الليف، وشهادة الاسترعاء، وكذا قولهم بالرفع على الخطوط وتوسعهم فيه وغيرها من المسائل التي سأفرد لها فصولاً مستقلة بها -إن شاء الله-.

كما مارسوه عملياً في صورة عقود ووثائق، فانكبوا على نوع من أنواع التوثيق للمعاملات، وهو التوثيق بالكتابة -أوما يسمى بعلم التوثيق- وأولوه عناية فائقة لإدراكهم مكانة الكتابة من هذا النظام وعلاقتها بجميع وسائله وطرقه، إذ كتابة الوثائق هي القالب الذي تصب فيه كل المعاملات المتوثق لها بكل تلك الوسائل والطرق، حيث أسهموا في معالجة الآداب والأركان والألفاظ الخاصة بهذا العلم، وكيفية صياغة وكتابة العقود والشروط والأحكام، وأفردوا له ولشروطه ووسائله وكل ما يتعلق به من أحكام كتبها خاصة، ليوكدوا علاقة التوثيق ووسائله -وخاصة التوثيق بالكتابة- بالفقه وأنه لا ينفصل عنه.

وقبل الكلام في هذا المبحث يجدر بي أن أعرف أولاً بالمذهب المالكي، ثم أبين بعد ذلك عنايته بالتوثيق ووسائله تصنيفاً وخطة وتدریسا.

المطلب الأول: تعريف المذهب المالكي

قبل معرفة اصطلاح الفقهاء على المذهب المالكي، وماذا تعني كلمة المذهب عند المالكية، نعرف أولاً لفظ "المذهب" في اللغة ثم في الاصطلاح.

الفرع الأول: تعريف المذهب

أولاً: لغة: المذهب مصدر كالذهاب،... والمذهب المتوضأ، لأنه يذهب إليه وكذا الخلاء... والمذهب المعتقد الذي يذهب إليه، وذهب فلان لذهبه؛ أي لمذهبه الذي يذهب إليه، والمذهب: الطريقة، يقال: ذهب فلان مذهباً حسناً أي طريقة حسنة، والمذهب الأصل: لا يدري له مذهبه أي لا يدري أين أصله⁽¹⁾.

⁽¹⁾ -ابن منظور: لسان العرب، مادة: ذهب، ج1، ص1081-1082. الزبيدي، تاج العروس، تحقيق: علي هلاي، الكويت، التراث العربي، 1966، مادة: ذهب، ج2، ص450-451.

وفي المصباح المنير: «ذهب في الأرض ذهاباً ومذهباً مضى، وذهب مذهب فلان، قصد قصده وطريقته، وذهب في الدين مذهباً رأى فيه رأياً»⁽¹⁾.

ثانياً: تعريف المذهب اصطلاحاً

المذهب في اصطلاح الفقهاء: «حقيقة عرفية فيما ذهب إليه إمام من الأئمة من الأحكام الاجتهادية»⁽²⁾.

قال صاحب حاشية العدوي في شرحه للمذهب: «هو في الأصل مصدر ميمي، يطلق مراداً به المكان والزمان والحدث، ثم تعورف في الأحكام التي ذهب إليها إمام من الأئمة»⁽³⁾.

وقال القرافي⁽⁴⁾ في الإحكام تعريفاً للمذاهب عموماً وهو: «الأحكام الشرعية الفروعية، والاجتهادية، وأسبابها، وشروطها، وموانعها، والحجاج المبينة للأسباب، والشروط والموانع»⁽⁵⁾.

فقوله للأحكام احترازاً عن الذوات.

وقوله الشرعية قيد خرج به الأحكام العقلية كالحساب والهندسة، والأحكام الحسية وغيرها.

وقوله الفروعية قيد خرج الأحكام التي هي من أصول الدين كالعقائد وغيرها، كما خرج به أصول الفقه، فإنّ الشرع طلب منا العلم بما يجب له سبحانه وتعالى، وما يستحيل وما يجوز، كما طلب منا العلم بأصول الفقه لاستنباط الأحكام الشرعية، فأحكام كل ذلك أصولية ولا تقليد فيها.

وخرج بقوله الاجتهادية، الأحكام الفرعية المعلومة من الدين بالضرورة.

(1) - الفيومي: المصباح المنير، مادة ذهب، ج 1، ص 286-287.

(2) - الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ضبطه وخرج أحاديثه الشيخ: زكريا عميرات، بيروت، دار عالم الكتب، 2003، ج 1، ص 34. إبراهيم اللقاني، منار الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى، تحقيق: زياد محمد محمود حميدان، ط 1، بيروت، دار الأحياء، 1992، ص 195.

(3) - العدوي، حاشية العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، مطبعة عيسى باي الحلبي وشركاه، دار إحياء الكتب العربية، ج 1، ص 26.

(4) - القرافي: أحمد بن إدريس بن عبد الله الصنهاجي البهنسي المصري، كان فقيهاً أصولياً، مفسراً، مشاركاً في كثير من العلوم، أخذ عن العز بن عبد السلام وغيره، من مصنفاته "الدخير"، و"شرح محصول فخر الدين الرازي"... وغيرهما، (ت 684هـ). ابن فرحون، الدياج المذهب، ج 1، ص 205. السيوطي، حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة، تحقيق: محمد أبي الفضل إبراهيم، القاهرة، 1967، ج 1، ص 316.

(5) - القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق: أبو بكر عبد الرزاق، ط 1، مصر، المكتب الثقافي، 1989، ص 98. النفراوي، الفواكه الدواني، بيروت، دار الفكر، ج 1، ص 24.

وقوله: أسبابها: يريد به ما تعلق الحكم به على وجه الوضع، كالزوال سبب لحكم وجوب الصلاة، ونحوه، مما هو متفق عليه، ومن المختلف فيه الرضعة الواحدة سبب للتحريم كما هو عند مالك والشافعي وغير ذلك.

وقوله: وشروطها: نحو الحول في الزكاة والطهارة في الصلاة من المجمع عليه، والولي والشهود في النكاح من المختلف فيه.

وقوله الموانع: كالحيض، يمنع الصلاة والصوم من المجمع عليه، والنجاسة تمنع الصلاة، والدين يمنع الزكاة من المختلف فيه.

وقوله الحجاج المبينة لكل ذلك: يريد ما يعتمد عليه الحكام من البيئات والأقارير ونحو ذلك، كالشاهدين في الأموال والأربعة في الزنا، وغير ذلك من المجمع عليه، ومن المختلف فيه، كالشاهد واليمين، وشهادة الصبيان في القتل والجراح عند مالك، وشهادة اثنين من النساء فيما يختص بهن، فهذه الحجاج يثبت بها عند الحكام: الأسباب كالقتل، والشروط كالكفالة، وعدم الموانع نحو الخلو من الأزواج وغيره، فنحن كما نقلد العلماء في الأحكام وأسبابها وشروطها وموانعها، فكذلك نقلدهم في الحجاج المثبتة لها⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تعريف الفقهاء للمذهب المالكي

مما سبق من تعريف المذهب في اللغة والاصطلاح، يكون تعريف مذهب مالك أنه: «ما ذهب إليه الإمام من الأحكام معتمدة كانت أم لا»⁽²⁾.

وقيل المراد به: طريقة الإمام مالك، وقيل المراد به قوله⁽³⁾، وقيل هو رأيه أي الحكم الذي رآه واعتقده⁽⁴⁾.

ومما يلاحظ في هذه التعريفات أنها تضيق من دائرة الأقوال والآراء الفقهية والاختيارات التي يمكن إدراجها جميعا تحت لفظ "المذهب" إذ تخرج أقوال وآراء أصحاب وتلاميذ الإمام مالك، فهم قد

(1) - القرافي، الإحكام، ص 98-99.

(2) - النفراوي، الفواكه الدواني، ج 1، ص 23.

(3) - النفراوي، المصدر نفسه، ج 1، ص 23.

(4) - العدوي، حاشية العدوي، ج 1، ص 26.

خالفوه في أكثر من مسألة، وتابعهم كثير من الناس فيما ذهبوا إليه⁽¹⁾، ومن المعلوم أن «أصحاب مالك عليه السلام كابن القاسم وأشهب وغيرهما قد قيدوا ما أطلق وخصصوا ما عمم من الآثار»⁽²⁾.
ومن ثم، ذهب بعض المتأخرين⁽³⁾ من العلماء إلى تعريف المذهب المالكي بأنه: «ما قاله -أي الإمام مالك- هو وأصحابه على طريقته ونسب إليه مذهبا لكونه يجري على قواعده وأصله الذي بنى عليه مذهبه، وليس المراد ما ذهب إليه وحده دون غيره من أهل مذهبه»⁽⁴⁾.
وفي حاشية العدوي أن رأي أصحاب مالك -رحمه الله- هو من المذهب لأنها على طريقة الإمام وأصوله، ولذلك يقول في تعريف مذهب مالك هو: «رأيه أي الحكم الذي رآه واعتقده وكذا يقال في رأي أصحابه... ووجه كون رأي أصحابه طريقته أنه لما كان مبنيًا على قواعد صح أن يجعل طريقة له، وقيل المراد بطريقته مذهبه»⁽⁵⁾.
ولهذا نجدهم يعدّون اختيارات بعض المتأخرين من المالكية كاللخمي⁽⁶⁾، وابن بشير⁽⁷⁾، أقوالا

(1) -فقد نقل عن الإمام ابن القاسم أنه خالف الإمام مالك في أكثر من مسألة وقد ألف أبو عبد القاسم ابن خلف الجنبيري الطرطوشي المالكي (ت378)، كتابا عن المسائل التي خالف فيها الإمام ابن القاسم الإمام مالك وسمه بـ"التوسط بين مالك وابن القاسم في المسائل التي اختلفا فيها من مسائل المدونة"، وقد أوصلها إلى 44 مسألة، بينما «يذكر ابن ناجي في كتاب الزكاة من شرح المدونة لابن ناجي هذه المسائل التي خالف فيها ابن القاسم الإمام مالك وعدها أربع مسائل فقط». الحجوي، الفكر السامي في تاريخ

الفقه الإسلامي، اعتناء: أيمن صالح شعبان، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1995، ج1، ص439-441. وكذا يحيى بن يحيى الليثي صاحب الرواية المشهورة لموطأ مالك، وأحد كبار تلاميذه، وناشر مذهبه بالأندلس، فقد خالف مالكا -رحمه الله- في بعض المسائل كالقنوت... وتابعه أهل الأندلس فيها وفي غيرها. ابن الفرضي، تاريخ علماء الأندلس، تحقيق: إبراهيم الأبياري، ط1، القاهرة، دار الكتاب المصري، بيروت، دار الكتاب اللبناني، 1983، ج2، ص898. النباهي، المرقية العليا، ص50-51.

(2) -الفراوي، الفواكه الدواني، ج1، ص24.

(3) -المتأخرون من جاءوا بعد ابن أبي زيد القيرواني، فأول طبقة المتأخرين في اصطلاح المذهب هي ابن أبي زيد القيرواني ومن بعده، والمتقدمون من قبله. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، اعتنى به محمد عبد الله شاهين، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1996، ج1، ص26.

(4) -العدوي، حاشية العدوي على الخرشي، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1997، ج1، ص66.

(5) -العدوي، حاشية العدوي على أبي الحسن، ج1، ص26.

(6) -اللخمي: أبو الحسن علي بن محمد الربيعي المعروف باللخمي، تفقه بآب من محرز وعنه أخذ الإمام المازري، له تعليق على المدونة سماه التبصرة مشهور معتمد عند المالكية، (ت478هـ). ابن فرحون، الديباج المذهب، ج2، ص95.

(7) -ابن بشير: إبراهيم بن عبد الصمد التنوخي أبو الطاهر، كان من العلماء المبرزين في المدرسة المالكية، تفقه على أبي الحسن اللخمي وتعبه في كثير من مسائله في التبصرة، كان إماما عالما حافظا للمذهب، من تأليفه: كتاب التنبيه وكتاب الأنوار البديعة، والتهذيب = على التهذيب، والمختصر الذي انتهى من تأليفه سنة 526هـ. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج1، ص233-234. محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، بيروت دار الفكر، ص126.

في المذهب، لأنها بنيت على أصول مذهب مالك وقواعده وإن خالفته، فهم أفتوا بما على مذهبه، لذلك فهي من المذهب، قال صاحب عنوان الدراية: «سألت عن هذه القضية شيخنا الفقيه أبا القاسم ابن زيتون⁽¹⁾، فقال لي: نعم يحكي قول اللخمي وغيره قولاً في المذهب، كما يحكي قول من تقدم من الفقهاء قولاً في المذهب»⁽²⁾.

وهو جواب يقول عنه صاحب عنوان الدراية: «مبني على سبيل النظر لأنه رأى أن كل جواب بني على أصول مذهب مالك وطريقته، فإنه من مذهبه والمفتي به إنما أفتى على مذهبه، فصحّ أن تضاف هذه الأقوال إلى المذهب وتعد منه»⁽³⁾.

كما يطلق المتأخرون من أئمة المذهب «على ما به الفتوى»⁽⁴⁾ من باب إطلاق الشيء على جزئه الأهم نحو قوله ﷺ: «الحج عرفة»⁽⁵⁾، لأن ذلك هو الأهم عند الفقيه المقلد»⁽⁶⁾.

وقد غلب استعمال لفظ المذهب على الراجح قال صاحب منار أهل الفتوى: «اعلم أن المذهب لغة: مكان الذهاب ثم استعير لما ذهب إليه المجتهد من الأحكام تشبيهاً للمعقول بالمحسوس، ثم غلب على الراجح، ومنه قولهم: المذهب في المسألة كذا»⁽⁷⁾، ومنه قولهم: المذهب في المسألة كذا؛ أي

(1)- ابن زيتون: أبو القاسم بن أبي بكر بن مسافر بن عبد الرفيع المالكي اليمني، قاضي الجماعة بتونس، الفقيه الأصولي، ولد في 621هـ، كان إماماً عالماً، يفرع إليه في الفتيا بتونس توفي بها (691هـ). ابن فرحون، الدياج المذهب، ج1، ص271-278.

(2)- أبو العباس الغبريني، عنوان الدراية فيمن عرف من العلماء في المائة السابعة ببجاية، ط1، المطبعة الثعالبية، 1910، ص59.

(3)- الغبريني، المصدر نفسه، ص59.

(4)- مابه الفتوى: أي القول الراجح أو المشهور في المذهب، إذ لا تجوز الفتوى ولا الحكم بغير المشهور ولا بغير الراجح. الخطاب، مواهب الجليل، ج1، ص32. الخرشى، حاشية الخرشى على سيدي خليل، ضبطه: زكريا عميرات، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1997، ج1، ص68. محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر سدي خليل، دار صادر، ص9. حسن بن محمد المشاط، الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة، تحقيق: عبد الوهاب بن إبراهيم أبو سليمان، ط2، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1990، ص288.

(5)- أحمد بن حنبل، مسند أحمد، ح(18774)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ط1، مؤسسة الرسالة، 2001، ج31، ص64. ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب المناسك، باب: من أتى عرفة قبل الفجر ليلة جمع، ح(3015)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، مطبعة عيسى البابي الحلبي، ج2، ص1003. أبو داود، سنن أبي داود، كتاب المناسك، باب: التزول بمنى. تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط1، دار الرسالة العالمية، 2009، ج3، ص322. الترمذي، سنن الترمذي، باب: ما جاء فيمن أدرك الحج... ح(889)، وقال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط2، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1975، ج3، ص228.

(6)- الخطاب، مواهب الجليل، ج1، ص34. العدوي، حاشية العدوي على الخرشى، ج1، ص66. النفراوي، الفواكه الدواني، ج1، ص23.

(7)- إبراهيم اللقاني، منار أهل الفتوى، ص195.

الراجح⁽¹⁾، وقد يطلق ويراد به الحكم المنصوص لمالك، أو أن يكون هو مشهور⁽²⁾ المذهب⁽³⁾.

والمذهب المالكي، هو مذهب أهل المدينة، و«مذهب أهل المدينة النبوية دار السنة، ودار الهجرة، ودار النصر...، مذهبهم في زمن الصحابة والتابعين وتابعيهم، أصح مذاهب أهل المدائن الإسلامية شرقاً وغرباً، في الأصول والفروع»⁽⁴⁾، وهو نسبة إلى مؤسسه الإمام مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي⁽⁵⁾، أحد الأئمة الأربعة المشهورين (93هـ-179هـ)، إمام دار الهجرة عالم العلماء وعالم أهل المدينة ومفتي الحرمين، وقد ورث مالك رحمه الله علم المدينة عن الفقهاء السبعة المعروفين⁽⁶⁾ «فلا ريب عند أحد أن مالكا رحمه الله أقوم الناس بمذهب أهل المدينة رواية ورأياً»⁽⁷⁾، ولذلك شدت الرحال إليه وضربت إليه أكباد الإبل من مشارق الأرض ومغاربها، وصار له تلاميذ وأصحاب بلغوا من الكثرة بمكان، وقد تفرقوا في الأمصار الإسلامية مشرقاً ومغرباً، ومنهم من آثر البقاء في المدينة، فكل منهم حامل لفقته مالك أينما حلّ وحيثما ذهب، يعلمه ويرويه ويعمل على

(1)- إبراهيم اللقاني، منار أهل الفتوى، ص195.

(2)- المشهور: اختلف فيه المتأخرون، فقيل: هو ما قوي دليله، فيكون بمعنى الراجح، وهو ما رجحه ابن فرحون وابن خويز منداد وابن رشد وغيرهم. ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج1، ص49-50. وكشف النقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب، تحقيق: حمزة أبو فارس، عبد السلام الشريف، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1990، ص62. الونشريسي، المعيار العرب والجامع المغرب من فتاوى أهل الأندلس والمغرب، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف: محمد حجي، الرباط، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1981، ج12، ص37. محمد عليش، شرح منح الجليل، ص9. وقيل: ما كثر قائلوه وهو المعتمد، ورجحه محمد عليش في شرح منح الجليل، ص9. وفي فتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب مالك، دار الفكر، ج1، ص67. وقيل هو: رواية ابن القاسم في المدونة عن مالك، وبه قال المغاربة والمصريون من المالكية. ابن فرحون، كشف النقاب الحاجب، ص67-69. إبراهيم اللقاني، منار أهل الفتوى، ص195. الخرشبي، حاشية الخرشبي، ج1، ص68. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج1، ص20.

(3)- ابن فرحون، كشف النقاب الحاجب، ص119.

(4)- ابن تيمية، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ط1، الرياض، مطابع الرياض، 1382هـ، ج20، ص224.

(5)- ترجمته - رحمه الله - ورضي عنه - وردت في: - ابن عبد البر، الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء. - السيوطي، تزيين الممالك بمناب سيدنا الإمام مالك. - القاضي عياض، ترتيب المدارك. - ابن فرحون، الديباج المذهب، ج1، ص52-118.

(6)- وهم: سعيد بن المسيب، عروة بن الزبير، وأبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث، والقاسم بن محمد بن أبي بكر، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود الهذلي، وسليمان بن يسار، وخارج بن زيد بن ثابت، وعلى هؤلاء تلقى خمسة من شيوخ مالك الفقه والحديث، كابن شهاب الزهري، وابن هرمز، ويحيى بن سعيد، وربيعة الرأي، ونافع مولى ابن عمر، ومن ثم فقد كان مالكا تلميذا لهؤلاء الفقهاء الأعلام بطريق الوساطة. مصطفى الشكعة، الإمام مالك بن أنس، ط3، القاهرة، دار الكتاب المصري، بيروت، دار الكتاب اللبناني، 1991، مقدمة الكتاب. محمد الفاضل بن عاشور، ومضات فكر (2)، تونس، الدار العربية للكتاب، 1982م، ص60.

(7)- ابن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، ج20، ص320.

نشره، فانتشر بذلك مذهب مالك في أنحاء المعمورة، وغلب على المذاهب الأخرى، قال القاضي عياض⁽¹⁾: «غلب مذهب مالك - رحمه الله - على أهل الحجاز والبصرة ومصر، وما ولاها من بلاد إفريقيا والأندلس وصقلية والمغرب الأقصى، إلى بلاد من أسلم من السودان إلى وقتنا هذا، وظهر ببغداد ظهوراً كثيراً، وضعف فيما بعد أربع مائة سنة وضعف بالبصرة بعد خمسمائة سنة، وغلب من بلاد خرسان على قزوين وأبهر، وظهر بنيسابور أولاً وكان بها وبغيرها له أئمة ومدرسون... وكان ببلاد فارس وانتشر باليمن وكثير من بلاد الشام»⁽²⁾، وكذا ساهم الحكام في بعض البلاد الإسلامية على جعله هو المذهب الرسمي، وذلك لما عرفوه عن شخصية مالك - رحمه الله - وفقهه وعلمه ومرونة مذهبه، وما تميز به من خصائص أخرى، ففي الأندلس أخذ هشام بن عبد الرحمن بن معاوية (ت 180هـ) الناس جميعاً بالتزام مذهب مالك، وصير القضاء والفتيا عليه، وذلك في (170هـ)، أي في حياة الإمام وقبل وفاته بقليل⁽³⁾، إذ توفي - رحمه الله - سنة (179هـ)، وكذا ما فعله الإمام إدريس بن عبد الله بن الحسن المثنى بن الحسين بن علي بن أبي طالب مؤسس دولة الأدارسة في المغرب، حيث قرر أن يكون فقه مالك مذهباً له، وقال عن مالك: نحن أولى بمذهبه، حيث إن الأدارسة هم سلالة الحسن بن علي بن أبي طالب⁽⁴⁾، وكذا في تونس ومصر والعراق وغيرها من بقاع الأرض، حيث انتشر «ولا يزال هذا المذهب غالباً إلى يومنا هذا على أهل المغرب الأقصى والجزائر وتونس، طرابلس الغرب، وكذلك انتشر المذهب في صعيد مصر والسودان والبحرين والكويت...»⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: مظاهر عناية المالكية بالتوثق

لقد اهتم المالكية بالتوثق للمعاملات، وسائر التصرفات الجائزة فبحثوا هذا النظام بشتى فروع

(1) - عياض: أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض بن محمد بن عبد الله بن موسى بن عياض اليحصبي القاضي، أندلسي الأصل، سبني الدار والميلاد، كان إمام وقته في كثير من العلوم، فقيهاً أصولياً، بصيراً بالأحكام، عاقداً للشروط، حافظاً لمذهب مالك، أهم مصنفاته: التنبهات، الشفا، تعريف حقوق المصطفى ﷺ، وترتيب المدارك... وغيرها، (ت 544هـ). الذهبي، تذكرة الحفاظ، بيروت، دار إحياء التراث العربي، دار الكتب العلمية، ج 4، ص 1304. ابن الخطيب، الإحاطة في أخبار غرناطة، تحقيق: محمد عبد الله غسان، ط 1، القاهرة، الشركة الوطنية للطباعة والنشر، مكتبة الخانجي، 1974، ج 4، ص 222. ابن فرحون، الديباج، ج 2، ص 43-47.

(2) - القاضي عياض، ترتيب المدارك، دار مكتبة الحياة، طرابلس، ليبيا، دار مكتبة الفكر، ج 1، ص 65.

(3) - القاضي عياض، المصدر نفسه، ج 1، ص 27. الونشريسي، المعيار، ج 6، ص 356، ج 11، ص 379.

(4) - محمد الشففة، الإمام مالك، ص 80.

(5) - بن عبد الله، معلمة الفقه المالكي، ص 296.

ومسائله وأحكامه ليس كموضوع بعينه-مثلما هو في هذا البحث-، وإنما من خلال شرحهم لطرقه وأنواعه كموضوعات فقهية لها صلة بالتوثيق، من إسهاد وكتابة ورهن وكفالة، وغير ذلك، مما يعد من طرق ووسائل التوثيق للحقوق، وهو في الواقع من المسائل المنبثقة في أبواب الفقه، ومما يبرز اهتمامهم بالتوثيق وما يتعلق به من أحكام للمحافظة على الحقوق، سبقهم إلى الاجتهاد في مسائل كثيرة وتوسعهم فيها، من ذلك المسائل التي تتعلق بباب الشهادة، كمسألة شهادة اللفيف والاسترعاء والسماع... التي أدخلوها في باب الفقه القضائي وتوسعوا فيها، وكذا الرفع على الخطوط وما استثنوه من بعض الأحكام في الرهن وتوسعوا فيه، وكذا مسائل في الكفالة وغيرها من المسائل الأخرى التي أعطت للفقه توسعا أكثر مما كان عليه، وأيضا واقعية بدل الفقه النظري والافتراضي الذي عجت به كتب الفقه المعهودة. كما مارسوا هذا النظام وطبقوه عمليا عن طريق التوثيق بالكتابة أو ما يعرف بعلم التوثيق في صورة عقود، وقيدوه في وثائق وسجلات، لأن الكتابة صارت هي الركن الأساس في التوثيق للمعاملات، فمنها يتكون وعليها يقوم ويتأسس، وبدونها لا تقوم له قائمة، إذ كل المعاملات يتم التوثيق لها بطرق شتى من رهن وإسهاد وغيرهما، إضافة للكتابة، ففي كل العقود والتصرفات، تجتمع الكتابة مع كل نوع من أنواع التوثيق المذكورة، إذ هي الآكد والأوثق للحقوق، وقد اقتضتها التطورات الاجتماعية والاقتصادية التي مرّ بها العالم الإسلامي شرقا وغربا وخاصة في الأندلس والمغرب، ومن ثم غلب استعمال هذا النوع من التوثيق وهو -التوثيق بالكتابة- في توثيق المعاملات وحفظ الحقوق، وشاع بين الناس، وطغى على سائر أنواع التوثيق، حتى أصبح هو المقصود من إطلاق لفظ التوثيق، وصار علما قائما بذاته، وبرز فيه علماء المالكية الأجلاء الذين انبروا له تأليفا وتدريسا وممارسة، حتى نبغوا فيه نبوغا منقطع النظير، وتفننوا فيه، حتى يخيل إليك مع هذا الزخم الهائل من أسمائهم التي تعجّ بها كتب التراجم والفقه، أنك لا تكاد تجد فيهم عالما متمكنا ولا فقيها حاذقا ولا قاضيا متمرسا، إلا وقد أتقن هذا الفن وكانت له فيه اليد الطولى.

هذا وتظهر عناية المالكية بالتوثيق للمعاملات وسائر التصرفات وخاصة من خلال علم التوثيق بالاهتمام به في المجالات الآتية:

الفرع الأول: عناية المالكية بالتوثيق تأليفا

لقد ضمت مؤلفات المذهب المالكي في مختلف أبوابه منذ تأسيسه على يد الإمام مالك -رحمه الله- إلى يوم الناس هذا، الإشارة إلى معنى التوثيق بمفهومه الواسع، متمثلا في وسائله وطرقه، والمعاملات التي يدخلها التوثيق، وكل ذلك نجده منبثا في مسائل مختلفة من أبواب الفقه، وإن لم

يشيروا إليه صراحة، أو يقصدوه أصالة عند السياق، وإنما يستنبط ذلك الباحث من خلال كلامهم عن هذه المسائل، كالشهادة وأنواعها، من شهادة السماع والاسترعاء، والليف، والرفع على الخطوط وغيرها، وأحكام كل ذلك، والرهن والكفالة والحوالة والبيع بالدين والحبس في الحقوق والحجر وغيرها من الفروع الفقهية، كما تفننوا وتوسعوا في الكتابة وأحكامها وهي ما يسمى بعلم التوثيق باعتباره أس نظام التوثيق للحقوق وقالبه الذي تفرغ فيه مادته وتزل على أرض الواقع، دليل أنه جزء لا يتجزأ من علم الفقه، وأنهم اهتموا به اهتمامهم بالفقه نفسه، ولم يكتفوا بذلك، وإنما جعلوا كتابة المعاملات المتوثق لها بوسائل التوثيق المختلفة علما قائما بذاته، مستقلا عن كتب الفقه، فأفردوه بمصنفات، وجعلوا له أصولا وقواعد وضوابط ومنهجية وصياغة بذاتها، هذا العلم الذي ظهر ابتداء من القرن الثالث الهجري (3هـ)، وإن كان في الحقيقة قد ظهر قبل هذه المرحلة، ولكنه كان مجردا عن التدوين العلمي، حيث كان يتم في صورة عقود ووثائق، كتبت بشكل بسيط موجز واضح، يقتصر على موضوع الوثيقة دون حشو أو تكلف، كما كان في عهد النبي ﷺ وصحابته ﷺ كوثيقة بيع مملوكة منه ﷺ للعداء بن هود، ونصّها: «هذا ما أشتري العداء بن هود من محمد رسول الله ﷺ اشتري عبدا أو أمة لا داء ولا غائلة، ولا خبيثة، بيع المسلم للمسلم»⁽¹⁾.

فقد بدأ هذا العلم بسيطا جنينيا قبل أن تكثر مؤلفاته، وتنضبط قواعده، وتصاغ قوانينه، تبعا لتشعب حياة الناس، وازدياد رغبتهم وحاجتهم، فظهر الكتاب المتخصصون في الوثائق، سواء أكانت وثائق سياسية، كوثائق العهد والاستخلاف والبيعة، أو وثائق المراسلات والمعاهدات والصلح⁽²⁾، أو وثائق الالتزامات والمعاملات والعقود - وهي ما يهمننا من هذا النوع - أو غير ذلك مما أفرزته التفاعلات الاقتصادية والاجتماعية والحضارية التي عاشها المسلمون شرقا وغربا عبر تاريخهم الإسلامي الزاهر، وقد تميّزت هذه الوثائق بالبساطة والوضوح والإيجاز في الشكل والمضمون، قبل أن تتخذ أشكالا جديدة من الوثائق التي عرفت التعقيد والتطويل في صياغة نصوصها، وذلك حين كثرت المعاملات التجارية والمدنية في العصور اللاحقة، يؤكد ذلك القاضي بقي بن مخلد⁽³⁾، عند حديثه عن كتابة السجلات للقاضي محمد بن بشير (ت198هـ) ما نصه: «كانت لمحمد بن بشير

(1) - الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب: ما جاء في كتابة الشروط، ح (1234)، ج3، ص512.

(2) - يذكر القلقشندي، في كتابه صبح الأعشى كثيرا من هذه الوثائق.

(3) - بقي ابن مخلد بن يزيد أبو عبد الرحمن القرطبي حافظ مفسر محقق إمام مجتهد، كتبه وتداولها الدارسون في حياته، من مؤلفاته: كتاب في التفسير، وكتاب في الحديث.. وغيرها (ت276هـ). ابن الفرضي، تاريخ قضاة الأندلس، ج1، ص91-93. المقري(الحفيد)، فح الطيب من غصن الأندلس الرطيب، تحقيق: إحسان عباس، ط1، بيروت، دار صادر، 1968، ج2، ص253.

في قضائه مسالك رفاق ومذاهب لطاف، لم تكن لقاض قبله بالأندلس، وما يقارن إلا بمن تقدم من صدر هذه الأمة، ورأيت له غير سجل، فوجدتها مختصرة جدا محتوية على قصر المعاني من غير إكثار، إنما هي أسطار قليلة خلاف ما يجتذب الآن في زماننا من الكلام»⁽¹⁾، ومن ذلك أيضا وثيقة عقد زواج يحيى بن يحيى الليثي المكتوبة سنة (211هـ)، ونصها: «بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أصدق يحيى بن يحيى الليثي⁽²⁾ امرأته عبدة بنت محمد القرشي أصدقها ألف دينار دراهم، النقد من خمسمائة دينار، وهضم⁽³⁾ عنها والدها من العقد مائتي دينار، وبقي لها عليه بعد النقد والهضيمة ثلاثمائة دينار مؤخرة عنه إلى تاريخ مائتي سنة وست عشرة سنة (216هـ)... وشهد إبراهيم بن عباس القرشي، وكتب عنه في جمادة الأخيرة سنة إحدى عشرة ومائتين (211هـ) والحاج بن يربوع القرشي، ومحمد بن خالد الأموي⁽⁴⁾»⁽⁵⁾.

ومنها وثيقة شراء للأمير زيادة الله بن إبراهيم⁽⁶⁾، التي دفعها لأسد بن الفرات⁽⁷⁾ ليقرأها، وكان جالسا عن يساره وابن محرز الكناني⁽⁸⁾ عن يمينه، وكان كاتب الوثيقة، فقرأها أسد فنسي أن

(1) -القاضي عياض، ترتيب المدارك، ج2، ص332-333.

(2) -يحيى بن يحيى الليثي بن أبي عيسى كثير بن وسلاس أبو محمد عالم الأندلس في عصره، قرأ بقرطبة ورحل إلى المشرق فسمع موطأ مالك، ثم عاد إلى الأندلس ونشر مذهب مالك، توفي بقرطبة سنة 234هـ. ابن الفرضي، تاريخ قضاة الأندلس، ج2، ص179-180. القاضي عياض، ترتيب المدارك، ج3، ص379-394. المقرئ، نفع الطيب، ج2، ص217-220.

(3) -هضم: نقص، يقال: هضمه حقه نقصه. ابن منظور، لسان العرب، مادة: هضم، ص4682. الفيومي، المصباح المنير، مادة: هضم، ج2، ص353.

(4) -محمد بن خالد بن مرتيل الأموي، ويعرف بالأشج القرطبي، كان يغلب عليه الفقه، ولم يكن له علم بالحديث، ولي الشرطة والصلاة والسوق بقرطبة، توفي بقرطبة في (224هـ). ابن الفرضي: تاريخ قضاة الأندلس، ج2، ص504. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج2، ص149.

(5) -الغرناطي، الوثائق المختصرة، إعداد: مصطفى ناجي، ط1، الرباط، مركز إحياء التراث المغربي، 1988م، ص12-13.

(6) -زيادة الله بن إبراهيم: أبو محمد بن الأغلب بن سالم، ولي بعد وفاة أخيه عبد الله سنة (201هـ)، ضعف أمره حتى لم يبق على طاعته سنة (209هـ) من إفريقية إلا قابس والساحل وطرابلس، ثم قوي فجهز أسطولا سنة (212هـ) وسيره إلى جزيرة صقلية، فاستولى على معظم حصونها، وقد كان فصيحاً أدبياً، (ت223هـ). ابن عذارى، البيان المغرب في أخبار الأندلس والمغرب، تحقيق ومراجعة: ج.س. كولان، وإليفي بروفنسال، ط3، دار الثقافة، بيروت، 1983، ج1، ص96. الزركلي، الأعلام، ج3، ص56.

(7) -أسد بن الفرات: أبو عبد الله بن سنان القيرواني، قاضي القيروان، وأحد القادة الفاتحين، طلبه الأمير زيادة الله مع أبي محرز للشهادة على شراء اشتراه (ت213هـ). القاضي عياض، ترتيب المدارك، ج3، ص291-309. ابن عذارى، البيان، ج1، ص97-104. النباهي، المرقبة العليا، ص54. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج1، ص305-306.

(8) -ابن محرز: بن مسلم الكناني، محمد بن عبد الله بن قيس، كان فقيها عارفا بالحجة، ولي القضاء سنة (191هـ)، طلبه الأمير زيادة الله مع أسد بن الفرات للشهادة على وثيقة شراء، (ت214هـ). ابن عذارى، المصدر نفسه، ج1، ص97-104. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج2، ص325.

يقراً في أولها "بسم الله الرحمن الرحيم"، وقال: «هذا ما اشترى الأمير زيادة الله بن إبراهيم»، فقال له ابن محرز: «أخطأت»⁽¹⁾. وهكذا فقد عرفت بلاد الغرب العربي كالأندلس وغيرها من بقاع العالم الإسلامي في هذه المرحلة من العلماء الذين تصدروا لكتابة الوثائق والسجلات والعقود، منهم: عبد الله بن غانم⁽²⁾ (ت190هـ)، ومحمد بن عبدوس صاحب المجموعة⁽³⁾ (ت260هـ)، وابن مزين (ت259هـ) صاحب "الوثائق"، ومحمد بن عبد الله بن عبد الحكم⁽⁴⁾ (ت268هـ) في كتابه "الوثائق والشروط"، وابن الملون (ت280هـ) في "وثائقه" وابن زياد الفاسي القيرواني⁽⁵⁾ (ت318هـ) وغيرهم، مما يؤكد أن علم التوثيق بالكتابة أو التوثيق، وجد قبل القرن الثالث الهجري (3هـ)؛ أي أواخر القرن الثاني للهجرة (2هـ)، ولكنه لم يدون كعلم قائم بذاته، له مصنفات وإنما وجد عملياً في شكل عقود ووثائق تنجز عند المعاملة، وأن نهضة هذا العلم في الحقيقة بدأت في الأندلس والمغرب العربي منذ القرن الثالث الهجري، حيث ظهر كعلم له كتبه، فبرزت كتب الوثائق الفقهية الجديدة في أسلوبها ومادتها، والتي اقتضتها الحركة الاقتصادية وتطور الحياة الاجتماعية⁽⁶⁾.

ومن هنا، كان القرن الثالث الهجري (3هـ)، يمثل مرحلة النهضة الحقيقية والانفجار الهائل

(1) -المالكي، رياض النفوس، ج1، ص279. نقلاً عن: عبد اللطيف الشيخ، التوثيق لدى فقهاء المذهب المالكي بإفريقية والأندلس من الفتح الإسلامي إلى القرن الرابع عشر الهجري، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، الجمع الثقافي، دبي، مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، 2004، ص397.

(2) -عبد الله بن عمر بن شرجيل بن غانم بن ثوبان الرعيبي أبو عبد الرحمن الإفريقي، كان فقيهاً، ولي القضاء وصاحب مالك بن أنس ودخل الشام والعراق في طلب العلم، كتب وثيقة عرضت على أسد بن الفرات، فقال عنه: «ما كان أفقهه» (ت190هـ). القاضي عياض، ترتيب المدارك، ج3، ص65-79.

(3) -من العلماء من جعل أقدم مصنف في هذا الفن بالمغرب العربي في المائة الثالثة هو وثائق ابن عبدوس القيرواني محمد بن إبراهيم (ت260هـ)، إلا أن من العلماء من رجح عدم صحة نسبة هذا الكتاب إلى ابن عبدوس، لأن كل كتب التراجم -على ما اطلعت عليه- التي ترجمت لابن عبدوس لم يذكر ولا أحد منهم كتاباً لابن عبدوس في الوثائق، وذكروا كتابه "المجموعة" مع غيره من الكتب، ما عدا كتاب "معين الحكام" لابن عبد الرفيع، الذي نصّ على هذه الوثائق ونسبها إلى ابن عبدوس، ولعله يقصد كتابه "المجموعة". كما أنه ربما عدّ من المؤثّقين الذين كانوا يكتبون الوثائق؛ أي من تولوا خطة التوثيق وإن لم يؤلف فيه كتاباً خاصاً.

(4) -ابن عبد الحكم: محمد بن عبد الله بن عبد الحكم أبو عبد الله، كان من العلماء الفقهاء، كان فقيه مصر في عصره على مذهب مالك، وإليه انتهت رئاسة المذهب، سمع عن أبيه وابن وهب وأشهب وابن القاسم وغيرهم، له تأليف كثيرة منها: كتاب الوثائق والشروط، وكتاب أدب القضاة وغيرها (ت268هـ - وقيل 269هـ). ابن فرحون، الديباج المذهب، ج2، ص152.

(5) -القيرواني: أحمد بن أحمد بن زياد الفاسي القيرواني، كان عالماً بالوثائق، وضع فيه عشرة أجزاء، (ت318هـ). ابن فرحون، الديباج المذهب، ج1، ص170. محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ص81.

(6) -عمر الجيدي، محاضرات في تاريخ المذهب المالكي بالمغرب، الدار البيضاء، منشورات عكاظ، مطبعة النجاح الجديدة، 1987، ص118.

لفن التوثيق بالنسبة للمالكية في المشرق والمغرب باعتباره أداة لعملية التوثيق، حيث وقبل دخوله مرحلة التوثيق القانوني المنظم بقوانين وظهائر ومراسيم في قرون لاحقة، مرّ التوثيق بمرحلة التوثيق الفقهي الشرعي أولاً، حيث كانت الكلمة الأولى للأحكام الشرعية الإسلامية في تنظيم الوثائق، وخاصة قواعد الفقه المالكي في هذا الباب، إذ اضطلع فيه علماء المالكية بضبط أصول وأحكام تحرير الوثائق كوسيلة من وسائل التوثيق، وكذا بناء مسائل تتعلق بوسائل التوثيق الأخرى وموضوعاته توسعوا في أحكامها وانفردوا في بعضها، وذلك لأنّ المذهب المالكي انتشر في الأقطار الإسلامية وازدهرت مدرسته في المناطق الاقتصادية الإسلامية الحيوية، حيث نشطت المعاملات وتشعبت فاقترضت هذا النوع من التوثيق خاصة من ذلك مناطق شمال إفريقيا والأندلس، مع امتدادات أخرى في مصر والعراق والحجاز، الأمر الذي جعله ينال الحظوة الكبرى في التأليف لعلم الوثائق أو الشروط⁽¹⁾، والتي عُرف المغاربة والأندلسيون بالريادة فيها، وإن كان هذا العلم قد ظهر في كل بقاع العالم الإسلامي شرقه وغربه، إلاّ أنّه ازدهر في الأندلس والمغرب أكثر من غيره للأسباب السالفة، كما أنّه لم يبرز لنا علماء التاريخ دور كاتب العدل أو الموثق في المشرق العربي في هذا القرن، لأنّ كتابة العقود والوثائق لم تصبح بعد من الأعمال الرسمية في الدولة في ذلك الوقت، ولاحتمال آخر أن هناك من يقوم بكتابة الوثائق تطوعاً بدون مقابل ولم يكن منتصباً لذلك⁽²⁾، وإلاّ فإنّ صناعة التوثيق قد انتشرت حتى شملت مختلف أجزاء العالم الإسلامي، بل تذكر المصادر أن المشرق كان وجهة للعديد من العلماء الذين يرغبون في إتقان هذه المهنة، حتى شاع أنه «لا ينصب لكتابة الوثائق بالقيروان إلا من تشرق»⁽³⁾، ولكن مع ذلك لم ينل من الانتشار والاهتمام والازدهار الهائل في هذا الجزء من العالم الإسلامي، مثل ما ناله في مغربه.

وقد اعتنى المالكية بهذا العلم عناية فائقة، ظهرت وتطورت مع تطور مراحل المذهب ومع اهتمامهم بالفقه وجزئياته، ونبغ جلة من الفقهاء أعطوا هذا العلم حقه، وخدموه خدمة جلييلة، بتأليفهم فيه مؤلفات جمعت فأوعت «كانت جديدة في جوهرها وشكلها، تلائم المعاملات المدنية

(1) -عبد المجيد بوكيز، التوثيق العصري المغربي، ص8.

(2) -سعد سليمان الحامدي، التوثيق وأحكامه في الفقه الإسلامي، ط1، مصر، دار السلام، 2010، ص37. ظافر القاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي -السلطة القضائية-، ط1، بيروت، دار النفائس، 1978، ص374.

(3) -حامد العجيلي، قراءة في مصنفات كتب الوثائق، مقال بالجملة العربية للأرشيف والتوثيق، الرباط، المكتبة الوطنية، ع20/19، 2006، ص148.

والتجارية المتطورة، وتعكس صوراً من العقود المبرمة، ذات الأشكال المتعددة⁽¹⁾، وقد جاءت مؤلفاتهم فيه، منها ما كان موضوعاً من موضوعات التوثيق وما يتعلق به، في كتب الفتاوى والنوازل والأحكام، كـ "الإعلام بنوازل الأحكام" لأبي الأصبع عيسى بن سهل الأندلسي (ت 486هـ—)، و"تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام" لأبي عبد الله محمد بن عيسى بن المناصف (ت 620هـ—)، و"المفيد للحكام فيما يعرض لهم من نوازل الأحكام" لأبي الوليد هشام بن عبد الرحمن بن هشام الأزدي القرطبي (ت 606هـ—)، و"الفائق في علم الأحكام والوثائق" لابن راشد القفصي (ت 685هـ—)، و"معين الحكام" لابن عبد الرفيق (ت 733هـ—)، و"تبصرة الحكام" لابن فرحون (ت 799هـ—)، و"الفروق" للقرافي (ت 684هـ—)، و"المعيار" للونشريسي (ت 914هـ—).... وغيرهم.

ومنها ما كان مؤلفاً مستقلاً عن الفقه والقضاء، في كتب خاصة، وضعت له أركانها وشروطه وآدابها، وضبطت قواعده وأحكامه، وكانت بين مطول وشارح ومختصر وناظم، وبين جامع التوثيق وفقهه وبين مجرد لذلك ومقتصر على صور الوثائق فقط، كما ظهرت طريقة أخرى في الأندلس منذ القرن الرابع الهجري، هي في الحقيقة امتداد لطريقة التأليف في علم الوثائق وشروطها وآدابها، وكل ما يتعلق بالعقود، التي بدأت في القرن الثالث الهجري، وازدهرت ونمت، وزادت رواجاً في هذا القرن على يد ابن أبي زمنين الألبيري (ت 399هـ—)⁽²⁾ في كتابه "منتخب الأحكام" وقد بين فيه الأصول التي ينبني عليها فقه القضاء المالكي، وهي "طريقة التأليف في الأحكام وإجراءات النوازل وتحقيق النكت المتعلقة بالأحكام والوثائق والعقود"⁽³⁾، ولقد كان كتابه هذا وغيره من كتب الفقه المتعلقة بالقضاء، وتسمى أيضاً كتب الأحكام التي تجمع أبواباً في القضاء وبعض المعاملات، مرجعاً هاماً لمن كتب حول الوثائق والتوثيق وخاصة من الأندلسيين والمغاربة⁽⁴⁾، وكذا كتابه "المشتمل على أصول الوثائق"⁽⁵⁾، وهو ما يصح أن نطلق عليه الفقه التطبيقي، حيث مكنت هذه الطريقة من توسيع

(1) -الونشريسي، المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بأداب الموثق وأحكام الوثائق، تحقيق: لطيفة حسني، المملكة المغربية، 1997م، ص 112.

(2) -ابن أبي زمنين محمد أبو عبد الله عيسى المرّي الألبيري، من كبار الفقهاء ومن المفاخر الغرناطية، له تأليف منها: تفسير القرآن والمغرب في المدونة أو "المقرب" وغيرها (ت 359هـ—). الذهبي، تذكرة الحفاظ، ج 3، ص 1029. ابن الخطيب، الإحاطة في أخبار غرناطة، ج 3، ص 172. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج 2، ص 214-215.

(3) -محمد الفضل بن عاشور، ومضات فكر (2)، ص 70.

(4) -الونشريسي، المنهج الفائق، ج 1، ص 39.

(5) -ابن فرحون، الديباج المذهب، ج 2، ص 215.

المفاهيم الفقهية لتطبيقها على الحياة العملية والواقعية، وقد طرأت على هذا العلم في هذه المرحلة تغيرات جوهرية، حيث استفاد هذا الباب من الفقه سعة زائدة مما في أصل المذهب المالكي، من أعمال الخط وقبول الاحتجاج بالشهادة المودعة بالكتابة قبل نشر القضية أمام القضاء وبين يدي غير القاضي، وهي ما يسمى "وثيقة الاسترعاء"⁽¹⁾، وكذا قبول شهادة من كثر عددهم ولم تثبت عدالتهم وهم اللفيف، ويمين الاحتياط والتوثق وهي يمين القضاء... وغير ذلك مما يدخل في التوثق للحقوق ويترجمه في الواقع علم التوثيق، كما برزت ظاهرة جديدة على بعض المؤلفات، تمثلت في كونها إما ردا على وثائق سابقة، أو اختصارا لها - كما سيأتي بيانه بأمثلة-، وقد تميزت أيضا هذه المرحلة بطابع التوثيق المختلط بالفقه أو المجرد عنه تارة، ثم تتالى التأليف في هذا المضمار وتفصيل مسأله، وقد شهد نشاطا كبيرا في هذه المرحلة -أي القرن الرابع والخامس والسادس الهجري-، حيث ألفت جل الكتب القيمة، التي احتوت على علم غزير وفقه جم، وكانت بين مطول ومختصر، وبين شارح للوثائق أو اختصار لها، حتى صارت مصدرا مهما للقضاة في فصل خصوماتهم، والمفتين والفقهاء في إصدار أحكامهم وفتاويهم، ومعتمد أصحاب الوثائق والشروط في كتابة العقود⁽²⁾ والتوثق للحقوق.

وظهر في القرن الخامس ابن فتوح⁽³⁾ في كتابه "الوثائق المجموعة"، والمتيطي في القرن السادس في كتابه "النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام"، وابن عات في أوائل السابع في كتابه "طرر ابن عات"⁽⁴⁾، وابن سلمون في الثامن، وغيرهم خلق كثير من علماء المذهب المالكي، الذين اهتموا بعلم التوثيق وكتابة المعاملات المتوثق لها اهتمامهم بالفقه والقضاء.

ثم ظهر في القرن السابع وبداية الثامن كتب الأحكام والتوثيق، أو التوثيق المختلط بالأحكام القضائية، وقد بلغت في هذه المرحلة هذه الطريقة أوجها، لكنها امتازت بالقلة وضعف الإنتاج التأليفي فيها عموما، وخاصة في المغرب، كما أنها في هذه الحقبة تميزت بكونها اختصارات وشروح لما سبق، واعتماد علمائها على مؤلفات سابقهم⁽⁵⁾، فكانت كتبهم نقولا أكثر منها إنتاجا وإبداعا، وفي المائة الثامنة التي كانت إيذانا بتطور حركة التأليف وانتعاشها في هذا العلم، حيث كثرت فيها المؤلفات بعد الضعف الذي أصابها في المائة السابعة، وخاصة في المغرب، مع حفاظها على خصائص

(1)- محمد الفاضل بن عاشور، ومضات فكر (2)، ص 70.

(2)- عبد اللطيف الشيخ، التوثيق لدى فقهاء المذهب، ص 344.

(3)- ستأتي ترجمته مع التعريف بكتابه.

(4)- ستأتي ترجمته مع التعريف بكتابه.

(5)- عبد اللطيف الشيخ، التوثيق لدى فقهاء المذهب، ص 399.

المراحل السابقة، وهي كون كتب هذه المرحلة بين مطول وشارح ومختصر ومجرد لهذه الكتب عن الفقه، ومازج لها بفقها...، ويلاحظ على هذه المصنفات أنها تميزت بظاهرة التعقيد في نصوص الوثائق وتنافس الموثقين في صياغة وثائقهم، كل حسب فقهه ودرجة علمه، وقدرة استيعابه لهذه المادة، وإطلاعه على أسرارها، الأمر الذي أدى إلى مجيء هذه المصنفات ضخمة في حجمها كثيرة في عددها، أكثر مما كان عند الأقدمين⁽¹⁾، وكذا تميزت بإدراج الأحكام القضائية في طياتها، كوثنائق الغرناطي (ت760هـ)، وكوثنائق ابن سلمون (ت767هـ)، المسمى بالعقد المنظم للحكام... ورغم ذلك فقد برزت ظاهرتان جديدتان في هذا الطور تمثلت إحداهما في دراسة أحوال الموثقين وما يقومون به من أعمال ككتاب "مثلى الطريقة في ذم الوثيقة" للسان الدين بن الخطيب الأندلسي (ت776هـ)، والثانية تمثلت في نظم الوثائق كنظم ابن المرحل (ت699هـ)، وثيقة صداق قران أمير عرني في سبتة⁽²⁾، وأما في المائة التاسعة والعاشر، فقد كانت تمثل مرحلة ركود وانحسار لهذا العلم في الأندلس، وازدهاره ومواصلة الإنتاج فيه في بلاد المغرب، وقد تنوعت أساليب تأليف الوثائق في هذه القرون اللاحقة وخاصة في بلاد المغرب، وكذا المحافظة على الأساليب القديمة⁽³⁾، ولذلك نجد من العلماء من قام بتجريد الوثائق عن الأحكام الفقهية ذات الصلة بموضوع التوثيق ووسيلته وشروح ذلك، رجوعا بها إلى الأصل الذي كانت عليه عند ظهورها، وكان مصنفه نقلا عن غيره ككتاب ابن عرضون "اللائق لمعلم الوثائق".

ومن هنا، يمكن تقسيم فترة التوثيق الفقهي والتأليف فيه، التي عرفها الغرب الإسلامي، أندلسه ومغربه، من القرن 3هـ بداية نهضته وانتشاره، إلى القرن 14هـ وبداية 15هـ، حيث أقل نجمه واضمحلا، لتحل محلّه القوانين العصرية، إلى مرحلتين أساسيتين:

الأولى: مرحلة النهضة الأندلسية، والتي كانت الريادة فيها للموثقين الأندلسيين، وذلك من القرن 3هـ إلى القرن 8هـ.

الثانية: مرحلة النبوغ المغربي، حيث سطع فيها نجم نظائرهم المغاربة، وذلك من القرن 8هـ إلى القرن 10هـ.

⁽¹⁾ - أبو الشتاء الصنهاجي، التدريب على تحرير الوثائق العدلية، ط1، تقدم أحمد الغازي الحسيني، مطبعة الأمنية، الرباط، المغرب، 1968، ص ط.

⁽²⁾ - يذكر عبد اللطيف الشيخ هذا النظم في كتابه التوثيق لدى فقهاء المذهب في الملحق رقم 13، ص 722-725.

⁽³⁾ - عبد اللطيف الشيخ، التوثيق لدى فقهاء المذهب، ص 383.

أما القرون التي تلي حتى القرن 15هـ، فهي تمثل مرحلة ضعف وركود ثم اضمحلال لهذا الفن عبر العالم الإسلامي كله، حيث تلاشى الإنتاج التأليفي فيه، بل أدخلت عليه القوانين الحديثة، وأفرغ من محتواه الفقهي، وأسندت مهنته أو خطته إلى المؤسسات القانونية أو وزارات العدل، حيث أصبح تابعا لها بينما هو من حيث الأصل وظيفة وخطّة من الخطط الدينية، كما عبّر عن ذلك ابن خلدون - رحمه الله - ويمكن تلخيص عناية المالكية بالتوثيق للحقوق من خلال التأليف في أداته المهمة وهي التوثيق، عبر المراحل الآتية:

1- مرحلة النهضة الأندلسية: طور الأندلسيون في الفترة من القرن 3هـ إلى غاية القرن 8هـ، فن التوثيق وهو التوثيق بالكتابة لمختلف الحقوق والتصرفات لمواكبة المعاملات الاقتصادية، والتفاعلات الاجتماعية والسياسية والحضارية التي كانت تعيشها أمة الإسلام في الغرب الإسلامي وقتئذ نظرا لاتساع رقعة الخلافة الإسلامية، والتي شملت لهذه المرحلة ما بين فارس شرقا إلى حدود الأندلس غربا⁽¹⁾، حيث ازدهرت المعاملات المدنية والتجارية، نتيجة الاستقرار السياسي وخاصة في هذه المنطقة من العالم الإسلامي، مع ما رافق ذلك من خروج للتوثيق من دائرته الضيقة البسيطة إلى المجال المعرفي العلمي الواسع، ولهذا تميّزت هذه الفترة، بكثرة الموثقين وغازرة التأليف في علم التوثيق، أو ما يسمى بعلم كتابة الوثائق وموضوعها وهو التوثيق لمختلف المعاملات، حيث زحرت المكتبة الإسلامية شرقا وغربا بمصنفات جليلة في هذا الباب، دونت وفق منهجية علمية مضبوطة⁽²⁾، فترسخت أحكام التوثيق للحقوق واستقرت معها المعاملات، وازدهرت بذلك الحضارة الإسلامية، حتى بلغت شأوا لا تنازع فيه⁽³⁾.

وقد كانت الكتابة في موضوع التوثيق للحقوق والمعاملات وسائر التصرفات ما بين القرنين الثالث والثامن الهجري، تمثل المرجع الأساسي للبحث والتدوين في هذا الفن، إذ تعتبر مؤلفات هذه المرحلة تأسيسية بامتياز، وقد اتبع المالكية في تصنيفها طرقا متميزة - كما سبقت الإشارة إليه - تبعاً لتعدد المؤلفين واختلاف مناهجهم بين مطول وشارح ومختصر وناظم، وبين جامع للتوثيق وفقهه، ومجرد لذلك، ومقتصر على صور الوثائق دون فقهاها، وكذا مازج بين الوثيقة والأحكام

(1) -عبد المجيد بوكيز، التوثيق العصري المغربي، ص 8.

(2) -عبد المجيد بوكيز، المرجع نفسه، ص 8-9.

(3) -مرزوق آيت الحاج، الوجيز في التوثيق العدلي بين النظر والتطبيق، ط1، طوب بريس، المغرب، 2005، ص 20. عبد الرزاق وورقية مدخل إلى علم التوثيق في المذهب المالكي، فاس، مطبعة أنفوبرانت، 2005، ص 56. عبد المجيد بوكيز، التوثيق العصري، ص 11.

القضائية... الخ.

ويمكن تلخيص أهم وأبرز ما تميزت به هذه المنهجية كما يلي:

أ- طريقة جمع الوثائق النموذجية حسب أبواب الفقه بلا قواعد ولا أحكام:

وهذه الطريقة سلكها أغلب أهل التوثيق المالكية، بين القرنين 3هـ و8هـ، حيث كانوا يجمعون الوثائق النموذجية حسب كل باب فقهي مع تجريدها من الأحكام الفقهية النظرية، أو الأحكام التطبيقية القضائية، تسهيلا على الموثقين، وإمدادا لهم بنماذج وصور جاهزة للوثائق، كوثائق ابن سيد أبيه الإشبيلي⁽¹⁾، والعلامة أبو إسحاق الغرناطي⁽²⁾ (ت579هـ) في كتابه "الوثائق المختصرة" والتي جردها عن أي تعليق أو مقدمة تفصيلية لهذه الوثائق، بالإضافة إلى ما ذكرته آنفا من بروز ظاهرة الاختصار أو الرد على وثائق سابقة كاختصار الوثائق لابن قصير الغرناطي (ت576هـ)، وكذا الوثائق المختصرة للغرناطي، السالفة الذكر، والمقصد المحمود في تلخيص العقود للجزيري (ت585هـ)، وطرر ابن عات الشاطبي (ت609هـ) وهي اختصار وتعليقات على "الوثائق المجموعة" لابن فتوح (ت462هـ)⁽³⁾.

ب- طريقة عرض الوثائق النموذجية مختلطة بأحكامها الفقهية

وقد انتهج هذه الطريقة العديد من علماء التوثيق المالكية الذين أسسوا وأصلوا بذلك لفن التوثيق بالكتابة للحقوق، وقد ظهرت هذه الطريقة مبكرا منذ القرن 3هـ، واستمرت في القرون اللاحقة حتى القرن 8هـ، الذي يمثل مرحلة الركود والتقهقر بالنسبة للأندلسيين، بينما كان عودة للنهضة التي عرفها من قبل وزيادة في الإنتاج العلمي بالنسبة للمغاربة حتى القرن 10هـ، ولذلك أصبحت تعرف هذه المصنفات بالوثائق المختلطة، لمزجها بين التوثيق النظري وهو الأحكام الفقهية

(1) - أحمد بن محمد بن سيد أبيه الزهري الإشبيلي أبو القاسم، كان حيا سنة 567هـ، ذكره ابن فرحون فقال: «كان عاقدا للشروط... مبرزا في العدالة، وصنف في الوثائق مصنفا نافعا مجردا عن الفقه، وهو مشهور متداول بين الناس، استجازة له». ابن فرحون، الديباج المذهب، ج1، ص195.

(2) - إبراهيم بن الحاج أحمد بن عبد الرحمن بن عثمان الأنصاري الغرناطي (ت579هـ)، ذكره النباهي في مرقبته «كان بصيرا بالوثائق المختصرة المنسوبة إليه». وابن فرحون في ديباجه قال: «هو صاحب الوثائق المختصرة... وكتاب الشروط والتمويه بما لا غنى عنه لكل فقيه». النباهي: المرقبة العليا، ص116-117. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج1، ص239. محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ص155. المراكشي، الإعلام بمن حلّ مراكش وأغامت من الأعلام، ط1، فاس، المطبعة الجديدة بطالعة، 1997م، ج1، ص150-151.

(3) - عبد الرزاق وورقية، مدخل إلى علم التوثيق، ص56. مرزوق آيت الحاج، الوجيز في التوثيق العدلي، ص20.

لكيفية التوثق للمعاملات، والتوثيق التطبيقي وهو صورة الوثيقة، فكانوا يأتون بنماذج وصور الوثائق ثم يشرحون أحكامها الفقهية، ولذا جاءت هذه الكتب كبيرة في حجمها، غزيرة في علمها، ومن ذلك وثائق فضل بن سلمة (ت317هـ)، ووثائق محمد بن عمر بن لبابة المشهور بالبرجون (ت330هـ)، ووثائق ابن أبي زمنين (ت399هـ)، ووثائق ابن العطار (399هـ)، وكذا وثائق ابن مغيث الطليلي (ت459هـ)، والذي عدّه البعض رائداً في التأليف في الوثائق، وفق هذا المنهج، حيث رتب الوثائق النموذجية في كل باب فقهي، وذيّلها بأحكامها الفقهية ومذاهب العلماء وأقوالهم فيها⁽¹⁾.

هذا، ويمكننا إجمال ما ألف خلال هذه الفترة ما بين القرن 3هـ و8هـ بالنسبة للأندلسيين، بالاختصار على ذكر بعضهم، إذ حصر هؤلاء في عدد معين مما لا مطمع فيه، فكتب الفقه والتراجم تعجّ هؤلاء الأفاضل ومصنفاتهم، ومن أشهر مؤلفات المالكية في الأندلس في التوثق للمعاملات كتابة، وأكثرها إفادة للعلماء الذين جاءوا من بعد ونقلوا عنها ما يأتي:

- وثائق ابن حبيب عبد الملك بن سليمان (ت238هـ)⁽²⁾، وذكر الدكتور عمر الجيدي: «ولعلّه أقدم ما ألف في هذا الفن»⁽³⁾.

- وثائق ابن الملون محمد بن سعيد أبو عبد الله القرطبي (ت280هـ) نقل عنه الونشريسي في معياره⁽⁴⁾.

- وثائق فضل بن سلمة بن جرير بن منخل الجهني (ت317هـ)⁽⁵⁾، وقيل في (319هـ)⁽⁶⁾، نقل

(1)- المرجعين نفسيهما.

(2)- ابن فرحون، الديباج المذهب، ج2، ص8-14.

(3)- عمر الجيدي، محاضرات في تاريخ المذهب المالكي، ص119.

(4)- الونشريسي، المعيار، ج9، ص32.

(5)- ابن الفرضي، تاريخ علماء الأندلس، ج2، ص645، الحميدي، جذوة المقتبس في تاريخ علماء الأندلس، ط2، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتب الإسلامية، بيروت، دار الكتاب اللبناني، القاهرة، دار الكتاب المصري، 1983، قسم1، ص103. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج2، ص206.. قاسم علي سعد، جمهرة تراجم فقهاء المالكية، ط1، دبي، دار البحوث والدراسات الإسلامية وإحياء التراث، 2002، ج2، ص1082.

(6)- ابن الفرضي، المصدر نفسه، ج2، ص592. الحميدي، المصدر نفسه، القسم الثاني، ص520. القاضي عياض، ترتيب المدارك، ج5، ص221. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج2، ص125.

عنه ابن عبد الرفيق في معينه⁽¹⁾ عدة مسائل، والونشريسي في عدة مواضع من معياره⁽²⁾، وفي منهجه الفائق⁽³⁾.

- وثائق إبراهيم بن سليمان بن أبي زكريا الأندلسي (ت326هـ)⁽⁴⁾.

- وثائق البرجون محمد بن يحيى بن عمر بن لبابة (ت330هـ)⁽⁵⁾.

نقل عنه العلماء في كتبهم، كابن العطار في وثائقه⁽⁶⁾، والونشريسي في منهجه⁽⁷⁾.

- وثائق البلوي فرج بن سلمة أبو سعيد القرطبي (ت345هـ)⁽⁸⁾.

- وثائق ابن هلال عبد الله بن أحمد بن قاسم القرطبي (ت354هـ)⁽⁹⁾.

- الشروط للوتد موسى بن محمد بن أحمد اليحصبي المعروف بالوتد القرطبي (ت377هـ)⁽¹⁰⁾،

نقل عنه العلماء كالونشريسي في منهجه⁽¹¹⁾ وغيره.

- وثائق ابن زرب محمد بن بقي بن محمد أبو بكر القرطبي (ت381هـ)⁽¹²⁾.

ذكر عمر الجيدي في محاضراته أنه وجد جزءاً من وثائق ابن زرب عند بعض الخواص

(1)- ابن عبد الرفيق، معين الحكام على القضايا والأحكام، تحقيق محمد بن القاسم، ابن عياد، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1989م، ج2، ص396، 578.

(2)- الونشريسي، المعيار، ج6، ص260، 522، ج8، ص55، 317، ج9، ص32.

(3)- الونشريسي، المنهج الفائق، تحقيق: عبد الرحمان الأطرم، رسالة دكتوراه بقسم السياسة الشرعية بالمعهد العالي للقضاة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1417هـ، ج1، ص93.

(4)- ابن الفرضي، تاريخ علماء الأندلس، ج1، ص47. أبو الشتاء الصنهاجي، التدريب على الوثائق العدلية، مقدمة المحقق، ص9.

(5)- ابن الفرضي، المصدر نفسه، ج2، ص706. الحميدي، جذوة المقتبس، ق1، ص159-160. القاضي عياض، ترتيب المدارك، ج2، ص398-403. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج2، ص185.

(6)- ابن العطار محمد بن أحمد، الوثائق والسجلات، تحقيق ونشر: ي: شالميا، ف: كورنيطي، مدريد، مجمع الوثائق المخريطي، المعهد الإسباني العربي للثقافة، 1983م، ص71.

(7)- الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص71. ج2، ص504-505 وغيرها.

(8)- ابن الفرضي، تاريخ علماء الأندلس، ج2، ص587-588.

(9)- ابن الفرضي، المصدر نفسه، ج1، ص398.

(10)- القاضي عياض، ترتيب المدارك، ج2، ص656. ابن فرحون، الديباج، ج2، ص318-319. قاسم علي سعد، جمهرة تراجم فقهاء المالكية، ج3، ص1278.

(11)- الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص67 وغيرها.

(12)- ابن الفرضي، تاريخ علماء الأندلس، ج2، ص775-776. الحميدي، جذوة المقتبس، ق1، ص162. القاضي عياض: ترتيب المدارك، ج2، ص631. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج2، ص213-214.

بالمغرب⁽¹⁾، وقد نقل عن مسائله كل من ابن عبد الرفيح في معينه⁽²⁾، والونشريسي في معياره ومنهجه⁽³⁾.

-وثائق ابن الهندي أحمد بن سعيد بن إبراهيم الهمذاني القرطبي (ت399هـ)، وحيد عصره في الشروط وعليه اعتماد الحكام والمفتين وأهل الشروط بالأندلس والمغرب⁽⁴⁾، أفاد منه الفقهاء ونقلوا عنه في كتبهم، كابن العطار في وثائقه⁽⁵⁾ وابن عبد الرفيح في معينه⁽⁶⁾، وابن فرحون في تبصرته⁽⁷⁾، والونشريسي في معياره ومنهجه⁽⁸⁾، وقد اختصر هذه الوثائق عدد من العلماء كأحمد بن سعيد بن دينار الأموي القرطبي (ت435هـ)⁽⁹⁾، والقنازعي (ت413هـ) في مختصره في الشروط⁽¹⁰⁾.

-الوثائق والسجلات لابن العطار محمد بن أحمد بن سعيد القرطبي (ت399هـ)⁽¹¹⁾، «نقل عنه ابن سهل في نوازله وابن عات في طوره والفشتالي في وثائقه»⁽¹²⁾، وابن عبد الرفيح في معينه⁽¹³⁾، والونشريسي في المعيار والمنهج⁽¹⁴⁾، وغيرهم.

وقد شرحها عدد من العلماء كابن الفخار محمد بن عمر (ت419هـ)، وابن ورد بن عمر

(1)-عمر الجيدي، محاضرات في تاريخ المذهب، ص125.

(2)-ابن عبد الرفيح، معين الحكام، ج1، ص165-166.

(3)-الونشريسي، المعيار، ج6، ص255. المنهج الفائق، ج1، ص400، 410، 423 وغيرها...، ج2، ص493... وغيرها.

(4)-القاضي عياض، ترتيب المدارك، ج2، ص649. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج1، ص149.

(5)-ابن العطار، الوثائق والسجلات، ص48.

(6)-ابن عبد الرفيح، معين الحكام، ج1، ص124، 189. ج2، ص660-668.

(7)-ابن فرحون، تبصرة الحكام، ط1، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، 1986، ج1، ص158-165.

(8)-الونشريسي، المعيار، ج3، ص71، ج6، ص568، ج9، ص47. والمنهج الفائق، ج1، ص210، 211، ص211، 345، 482 وغيرها. وج2، ص536 وغيرها.

(9)-عمر الجيدي، محاضرات في تاريخ المذهب، ص118.

(10)-الحميدي، جذوة المقتبس، ق2، ص441. القاضي عياض، ترتيب المدارك، ج2، ص726-728. ابن فرحون، الديباج، ج1، ص488.

(11)-الحميدي، المصدر نفسه، ج1، ص133. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج2، ص264.

(12)-عبد اللطيف الشيخ، التوثيق لدى فقهاء المذهب، ص348.

(13)-ابن عبد الرفيح، معين الحكام، ج1، ص26، 164، 361.

(14)-الونشريسي، المعيار، ج1، ص35، 43، 325، ج6، ص468، 523، ص528 وغيرها، والمنهج الفائق، ج1، ص69، 90، 358، ج2، ص182، 193-328.

التميمي (ت540هـ)، وغيرهما⁽¹⁾. وقد حظي هذا الكتاب بتحقيق المستشرقين الإسبانين: شالميتا وكورنيطي تحت إشراف مجمع الوثائق الجريطي بالمعهد الإسباني العربي للثقافة بمدريد عام 1983م، وقد صدر الكتاب بمقدمة باللغة الإسبانية، وهو كبير الحجم يصل عدد صفحاته إلى 675 صفحة.

- أصول الوثائق لمحمد بن عبد الله بن أبي زمنين القرطبي (ت399هـ)⁽²⁾، وقد نقل عنه الكثير منهم: الونشريسي في كل من المعيار والمنهج⁽³⁾.

وهذا دليل على اشتهاار هذه الوثائق وتداولها بين العلماء.

- المقنع للوثائق لابن مغيث، أحمد بن محمد أبي جعفر الطليطي (ت419هـ)⁽⁴⁾، وقد نقل عنه ابن عبد الرفيع في معينه⁽⁵⁾، والونشريسي في معياره ومنهجه⁽⁶⁾، وابن عرضون في لائقه⁽⁷⁾، وعده البعض رائدا في التأليف في الوثائق وفق منهج المزج بين التوثيق النظري والتطبيقي، أي ذكر صورة الوثيقة مذيلا بالأحكام الفقهية⁽⁸⁾.

- الوثائق المجموعة لعبد الله بن فتوح الفهري الأندلسي (ت460هـ)⁽⁹⁾، وهو تأليف مشهور مفيد، جمع فيه أمهات كتب الوثائق وفقهها، وهو مستعمل⁽¹⁰⁾، يؤكد ذلك نقل ابن فرحون عنه في

(1) - الونشريسي، المنهج الفائق، تحقيق: لطيفة الحسيني، ص115. وعبد اللطيف الشيخ، التوثيق لدى فقهاء المذهب، ص352.

(2) - الحميدي، جذوة المقتبس، ق1، ص100. القاضي عياض، ترتيب المدارك، ج2، ص672-673. وقال عنه بنعبد الله: «هو أول من ألف في فن التوثيق في المذهب المالكي»، محمد بنعبد الله، ناظر الوقف، مقال بمجلة دعوة الحق، المغرب، العدد283، دجنبر، 1984م، ص48.

(3) - الونشريسي، المعيار، ج6، ص466، ج7، ص108. والمنهج الفائق، ج1، ص479، وج2، ص539، 593-594 وغيرها.

(4) - القاضي عياض، ترتيب المدارك، ج2، ص819. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج1، ص158. محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ص119.

(5) - ابن عبد الرفيع، معين الحكام، ج2، ص643.

(6) - الونشريسي، المعيار، ج4، ص428، ج10، ص449. والمنهج الفائق، ج1، ص31، 74، 78، 289، وج2، ص595 وغيرها.

(7) - ابن عرضون، اللائق لمعلم الوثائق، نسخته خطية، بمكتبة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ص8.

(8) - عبد الحميد بوكيز، التوثيق العصري، ص11. مرزوق آيت الحاج، الوجيز في التوثيق العدلي، ص20.

(9) - القاضي عياض، ترتيب المدارك، ج2، ص830. قاسم علي سعد: جمهرة تراجم فقهاء المالكية، ج2، ص734.

(10) - القاضي عياض، المصدر نفسه، ج2، ص830.

- تبصرته⁽¹⁾، والونشريسي في كل من المعيار والمنهج⁽²⁾، وابن عرضون في اللائق⁽³⁾، وغيرهم.
- وئاق ابن الطلاع محمد بن فرج الأندلسي (ت499هـ)⁽⁴⁾.
- وئاق ابن فتحون خلف بن سليمان الأريواني (ت505هـ)⁽⁵⁾، نقل عنه العلماء في كتب نوازلم ووثائقهم «كابن عات في طرره، والفشتالي في وثائقه وكذا الونشريسي في شرحه لوثائق الفشتالي»⁽⁶⁾، كما نقل عنه في معياره ومنهجه⁽⁷⁾، وابن عرضون في اللائق⁽⁸⁾.
- وئاق الزهري أحمد بن محمد بن سيد أبيه الإشبيلي (ت567هـ)⁽⁹⁾.
- المنهج الرائق في المدخل لعلم الوثائق، لابن عياد يوسف بن عبد الله ابن سعيد الأندلسي (ت575هـ)⁽¹⁰⁾، وهو غير ابن عياد المتوفي سنة (722هـ)، يوجد منه مخطوط بالرباط عند بعض الخواص⁽¹¹⁾.
- الوثائق المختصرة لأبي إسحاق إبراهيم بن الحاج أحمد الغرناطي (ت579هـ)⁽¹²⁾، وقد تداولها ونقل عنها الفقهاء والقضاة والموثقون في كتبهم⁽¹³⁾.
-
- (1)- ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص187، 290، 313، 348.
- (2)- الونشريسي، المعيار، ج3، ص372، 375. ج5، ص231. ج6، ص466، 514. والمنهج الفائق، ج1، ص73.
- (3)- ابن عرضون، اللائق، ص12.
- (4)- ابن فرحون، الديباج المذهب، ج2، ص224.
- (5)- ابن بشكوال، الصلة، القاهرة، مكتبة الخانجي، دت، ج1، ص174.
- (6)- عبد اللطيف الشيخ، التوثيق لدى فقهاء المذهب، ص372.
- (7)- الونشريسي، المعيار، ج3، ص232، ج6، ص55، ج10، ص419، 427.
- (8)- ابن عرضون، اللائق، ص8.
- (9)- ابن فرحون، الديباج المذهب، ج1، ص195.
- (10)- أحمد بابا التنبكي، نيل الابتهاج، نيل الابتهاج بتطريز الديقاج، تقديم: عبد الحميد عبد الله الهدامة، طرابلس، ليبيا، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، 1989، ص351. محمد مخلوق شجرة النور الزكية، ص153.
- (11)- عمر الجيدي، محاضرات في تاريخ المذهب، ص128.
- (12)- النباهي، المرقبة العليا، ص116.
- ابن فرحون، الديباج المذهب، ج1، ص239. المراكشي، الإعلام، ج1، ص150-151. الزركلي، الأعلام، ج1، ص29.
- (13)- مثل ما ذكره الونشريسي في المنهج الفائق، ج1، ص69، 76، 219، وغيرها من المواضع، وج2، ص537 وغيرها. وابن عرضون في اللائق، ص5-6 وغيرها، وتوجد نسخة من هذه الطرر في الخزانة العامة بالرباط، تحت رقم 1700.

-الطرر⁽¹⁾ لابن عات أبي محمد هارون النفري الشاطبي (ت582هـ)⁽²⁾.

وهو شرح للوثائق البوننية لابن فتوح البونتي (ت462هـ) والمسماة "الوثائق المجموعة"، وهو غير ابن عات الشاطبي أحمد بن أبي محمد هارون بن أحمد (ت609هـ)، فهذا الأخير هو ولد ابن عات صاحب الطرر، وقد وقع بينهما خلط في بعض كتب التراجم.

-وثائق ابن القصير عبد الرحمن بن أحمد الأزدي الغرناطي (ت596هـ)⁽³⁾.

-وثائق الشريف الغرناطي محمد بن أحمد (ت760هـ)⁽⁴⁾.

-وثائق ابن سلمون، أبو القاسم سلمون بن علي بن عبد الله بن سلمون الكناي الغرناطي (ت767هـ)⁽⁵⁾، وتسمى «العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام»⁽⁶⁾.

-مثلى الطريقة في ذم الوثيقة⁽⁷⁾، لابن الخطيب محمد بن عبد الله بن سعيد بن يحيى بن أحمد السلماني الغرناطي القرطبي الأصل، أبي عبد الله لسان الدين ويعرف بابن الخطيب وبذي الوزارتين

(1)-الطرر: هي التعليقات والشروحات والخواشي القصيرة التي يكتبها الطلبة زمن الإقراء عن مشايخهم، ثم أصبح الاسم علما على هذا النوع من المؤلفات وتنسب إلى مؤلفها، كطرر ابن عات وغيره. محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب، ط1، دبي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، 2000، ص342.

(2)-ابن فرحون، الديباج المذهب، ج1، ص202-204. النباهي، المرقبة العليا، ص110. المقرئ(الحفيد)، نفع الطيب، ج3، ص357-359. محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ص172.

(3)-ابن فرحون، الديباج المذهب، ج1، ص429. محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ص154. عمر الجيدي، محاضرات في تاريخ المذهب، ص120.

(4)-ينعبد الله، معلمة الفقه المالكي، ص23.

(5)-النباهي، المرقبة العليا، ص167-168. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج1، ص348.

(6)-توجد نسخة منه في مكتبة الطاهر التليلي بمكتبة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، ط1302هـ، تنسب لأبي محمد عبد الله بن عبد الله بن سلمون الكناي، وهو أخ المترجم له أعلاه أبي القاسم سلمون، ولعلّه خلط كما ذكره الباحثون، وقع لنساخ هذا الكتاب، وهذه النسخة مطبوعة بهامش تبصرة الحكام لابن فرحون، كما توجد نسخة خطية منه بالخزانة العامة بالرباط تحت أرقام (D670)، و(D1076).

(7)-وهي عبارة عن رسالة أو كناشة كما وصفها هو نفسه، لصغر حجمها جمعت بين الهزل والجد، فلا هي رسالة فقهية خالصة، ولا هي رسالة الهزل والسخرية الصرفة، اشتملت على ذم الوثائق ونقد المشتغلين بها، لما تحلوا به من صفات أخلت بمهنة التوثيق، كما احتوت على بيان أعمال الموثقين وأحوالهم، بالإضافة إلى بعض الأحكام الفقهية، كحكم أخذ الأجرة على كتابة الوثيقة، وحكم الشركة المستعملة فيها... الخ. وتوجد نسخة منها مطبوعة بالرباط دار المنصور للطباعة والوراقة، 1973، ونسخة طبعت بالجزائر سنة 1983م، وقد تحدث هو نفسه عنها في كتابه "الإحاطة في أخبار غرناطة"، ج1، ص194.

(ت776هـ)⁽¹⁾.

وغيرها من المؤلفات النفيسة، والدرر الغالية في علم التوثيق، التي يطول المقام لذكرها، وهي التي ستؤسس لظهور المدرسة المغربية فيما بعد.

2- مرحلة النبوغ المغربي:

رغم أن القرن السادس الهجري (6هـ) كان يمثل مرحلة ازدهار في كتابة الوثائق بالمغرب العربي، يدل على ذلك الأسماء الكثيرة للمؤلفين المغاربة في هذا القرن⁽²⁾، إلا أن هذا الازدهار انطفأت جذوته في القرن السابع (7هـ)، كما كان الحال في الأندلس⁽³⁾، ولكن ابتداء من القرن الثامن الهجري (8هـ) شهد المغرب نهضة كبرى على مستوى كتابة الوثائق والتأليف لعلم التوثيق والضبط لفقهاء بيان الأحكام الفقهية للمعاملة المتوثق لها وشرحها مع وسيلتها في ذلك، من طرف المغاربة فقهاء وقضاة، وقد أسهموا بذلك في هذه النهضة التي كانت إيذانا بتطور حركة التأليف في هذا العلم، وانتعاشا فيه إلى جانب الأندلسيين، تمثلت في ظهور كتابات كثيرة متطورة، بعد الضعف الذي أصابها في القرن 7هـ، وقد دون المغاربة في كل أنواع الوثائق ولمختلف المجالات الحياتية⁽⁴⁾، فظهرت اللمسة المغربية على وثائق هذه المرحلة، حيث تميّزت بالتطوير والتعميق في صياغتها، وذلك بإدخال بعض المسائل التي لم تكن واردة على الوثيقة، كتضمين الوثيقة الآراء الفقهية والأحكام القضائية جنبا إلى جنب، مع موضوع الوثيقة، وضوابطها، وهو ما يعرف بالتوثيق المقترن بفقهاء القضاء، ويعتبر العالم برهان الدين ابن فرحون (ت799هـ) أحسن من جمع في كتاباته بين القضاء

(1) -المقري، نفع الطيب، ج8، ص381، 386. أحمد بابا التنبكي، نيل الابتهاج، ص254-255.

(2) -كابي الحسن علي بن يحيى بن القاسم الصنهاجي الجزيري (ت585هـ)، صاحب "المقصد المحمود في تلخيص العقود"، وأبي الحجاج يوسف بن زيري الطرابلسي (ت553هـ)، ويحيى بن محمد بن فرج بن فتح المعروف بابن الحاج، وابن المناصف محمد بن عيسى (ت620هـ)، وأبي الحسين علي بن عبد الله بن إبراهيم الأنصاري السبتي المعروف بالمتيطي (ت570هـ) صاحب "النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام" وغيرهم. ابن مريم: البستان في ذكر الأولياء والعلماء بتلمسان، راجعه محمد بن أبي شنب، الجزائر، المطبعة الثعالبية، ص205. البغدادي، هدية العارفين في أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، اسطنبول، وكالة المعارف، 1951، ج1، ص700. أحمد بابا التنبكي، نيل الابتهاج، ص199، محمد مخلوف، شجرة النور، ص158، 163. الزركلي، الأعلام، ج5، ص178.

(3) -الونشريسي، المنهج الفائق، تحقيق لطيفة الحسني، ص118.

(4) -عبد المجيد بوكيز، التوثيق المغربي، ص11-12.

والتوثيق، ولعل كتابه الشهير "تبصرة الحكام"، خير دليل على ذلك، وكذا بوضعهم شهادة اللقيف⁽¹⁾ في الوثيقة، والتي يعد الفقيه محمد بن أحمد بن عبد الملك الفشتالي (ت779هـ) أول من أحدثها وقال بها⁽²⁾، فكثرت كتب الوثائق في هذا العصر لحد التضخم والتعقيد، وتنافس الموثقون في صياغة وثائقهم كل يريد صياغة وثيقته صياغة متفردة، بحسب فقهه ودرجة علمه وقدرة استيعابه لهذه المادة، وإطلاعه على آراء الفقهاء وأحكام القضاء، دونما إغفال لمستجدات العصر، ومع كل هذا فقد حافظ الموثقون المالكية المغاربة على أسلوب الأندلسيين في صياغة الوثائق، ولم يستنبطوا أسلوبا خاصا بهم، بعيدا عن أساليب غيرهم⁽³⁾، ورغم ذلك، تستحق هذه المرحلة، وصفها بمرحلة النبوغ المغربي بحق، حيث كثرت فيها مؤلفات المغاربة وتعددت في مجال التوثيق بالكتابة للحقوق والمعاملات، وتنوعت أساليب تأليفهم فيه، بين شارح ومختصر، وبين مجرد له عن الأحكام وشرحها، وبين محافظ على المنهج السابق في الجمع بين الوثائق وفقهها، وهذا طيلة هذه القرون 8هـ إلى 10هـ، بينما كانت المائة العاشرة فترة ركود وانحسار لهذا العلم في الأندلس وقلة الإنتاج فيه، والملاحظ أنه انطلاقا من هذا القرن، ظهر تيار تصحيحي ضمن علماء التوثيق بالمغرب، عمل على العودة بالوثيقة إلى الحالة التي كان الإسهاد والتوثيق بالكتابة هو شغلها وصلب موضوعها، حيث اكتفى بمجرد تحرير صور ونماذج الوثائق، دونما إقحام للأحكام القضائية ولا القواعد والأحكام الفقهية في ذلك، وعليه فقد ترك لنا هؤلاء العلماء ميراثا ضخما لنماذج من التوثيق للعقود والمعاملات، في وثائق محررة حسب الضوابط والشروط المرعية في علم الفقه⁽⁴⁾، ويعد القاضي ابن عرضون الشفشاوني (ت992هـ) إمام هذه الطريقة التي اعتمدها في كتابته "اللائق لمعلم الوثائق"⁽⁵⁾، وعلى نفس المنوال سار كل من المصمودي (ق11هـ)، والشيخ بناني (ت1261هـ)، والقاضي الهواري (ت1328هـ) والصنهاجي (ت1365هـ)، وغيرهم، واستمر كذلك إلى أن أفل نجمه في القرن 14هـ، حيث

(1) - شهادة اللقيف: هي شهادة جماعة غير عدول، حيث يكون ذلك على سبيل التواتر المفيد للعلم، عند انعدام شاهدي عدل. يقول اللخمي «متى وقع العلم من المخبرين لا تراعى عدالتهم». الونشريسي، المعيار، ج10، ص147. وهي شهادة بالمغرب أحدثت في منتصف القرن 9هـ عند تعذر إسهاد العدول، وذلك بعد هجرة الغرناطين إلى المغرب. بنعبد الله، معلمة الفقه المالكي، ص294.

(2) - الونشريسي، المنهج الفائق، تحقيق لطيفة الحسني، ص120. أبو الشتاء الصنهاجي، التدريب على تحرير الوثائق العدلية، ج1، مقدمة المحقق ص ج. محمد الشتيوي، المعين في التوثيق وفق الضوابط المنظمة لخطة العدالة، المملكة المغربية، 2001م، ص17.

(3) - الونشريسي، المنهج الفائق، تحقيق لطيفة الحسني، ص119.

(4) - عبد المجيد بوكيز، التوثيق المغربي، ص13.

(5) - توجد نسخة خطية منه بالخرزانة العامة بالرباط تحت رقم (1090) كما توجد منه نسخة خطية بمكتبة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة، الجزائر.

سيدخل التوثيق طور التقنين والذي سيسفر فيما بعد عن التوثيق العصري الحديث.

ولعلّ من أبرز ما ازدانت به المكتبة المغربية من مؤلفات المالكية مايلي:

- الفائق في معرفة الأحكام والوثائق لابن راشد القفصي (ت736هـ) (1).

- وثائق أبي الروح الزواوي عيسى بن يونس (ت743هـ) (2).

- وثائق ابن هارون الكناي أبي عبد الله محمد (ت750هـ) (3)، وهي اختصار للنهاية والتمام للمتيطي (4).

- وثائق الفشتالي محمد بن عبد الملك أبي عبد الله الفاسي (ت773هـ)، وقيل (779هـ) (5)، وقد شرحها الونشريسي في مصنفه "بغية المعاصر والتالي في شرح وثائق القاضي أبي عبد الله الفشتالي" (6).

- المذهب الرائق في تدريب الناشئ من القضاة وأهل الوثائق للمغلي: موسى بن عيسى بن يحيى المغلي المازوني (ت791هـ) (7)، توجد منه نسخة في المتحف البريطاني عدد (242) (8)، ونسخة بتونس تحت رقم (307) (375) (9).

(1) - ابن قنفذ القسنطيني، الوفيات تحقيق: عادل نويهض، ط3، بيروت، دار الآفاق، 1980، ص346. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج2، ص308. أحمد باب التنبكي، نيل الابتهاج، ص392. وكفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج، ضبطه أبو يحيى عبد الله الكلدي، ط1، بيروت، دار ابن حزم، 2002م، ص302-303. ابن أبي الضياف، إتخاف أهل الزمان، ج1، ص219. (2) - ابن فرحون، الديباج المذهب، ج2، ص67. ابن حجر، الدرر الكامنة، دار الجيل، ج3، ص211. محمد مخلوف، شجرة النور، ص219.

(3) - أحمد بابا التنبكي، نيل الابتهاج، ص242. وابن أبي الضياف، إتخاف أهل الزمان بأخبار ملوك تونس وعهد الأمان، تحقيق: لجنة من كتابة الدولة للشؤون الثقافية، تونس، 1965، ج1، ص224. محمد مخلوف، المصدر نفسه، ص211.

(4) - وهو مخطوط بالخزانة العامة، بالرباط، تحت رقم (5828)، و(5886)، الرجراجي وعلوش، فهرس المخطوطات العربية بالخزانة العامة، بالرباط، ق348/1/2.

(5) - ابن الخطيب، الإحاطة، ج2، ص187. أحمد بابا التنبكي، نيل الابتهاج، ص446. كفاية المحتاج، ص349.

(6) - توجد منها نسخة بالخزانة العامة بالرباط تحت رقم (1096هـ).

(7) - البغدادي، إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، عني بتصحيحه وطبعه: محمد شرف الدين بالتقبا ورفعت بيلكه الكليسي، دار الفكر، 1982، ج2، ص334. أحمد بابا التنبكي، نيل الابتهاج، ص605. كفاية المحتاج، ص482. بنعبد الله، معلمة الفقه، ص23.

(8) - بنعبد الله، المصدر نفسه، ص23.

(9) - عبد اللطيف الشيخ، التوثيق لدى فقهاء المذهب، ص422.

- الوثائق العصرية لابن كحيل التونسي: أبي العباس أحمد بن محمد التجاني (ت 869هـ)⁽¹⁾.
- أمهات الوثائق للتأملي الجزولي: داود بن محمد (ت 899هـ)⁽²⁾.
- وثائق الزقاق أبي الحسن علي بن قاسم بن محمد التجيبي (ت 912هـ)، والموسومة بـ "تحفة الحكام بمسائل الدعاوي والأحكام"⁽³⁾، والتي تعرف أيضا بلامية الزقاق وقد شرحها الكثيرون منهم العلامة المنجور (ت 1025هـ)⁽⁴⁾ وكذا ميارة الفاسي (ت 1072هـ)، وكذا أحمد الرهوني التطواني (ت 1278) في حادي الرفاق... وغيرهم وهي منظومة مشتملة على عدد من قواعد الفقه والإجراءات القضائية الشرعية وقواعد التوثيق.
- المنهج الفائق والمنهل الراق والمعنى اللائق بآداب الموثق وأحكام الوثائق، للونشريسي أحمد بن أبي العباس الونشريسي التلمساني (ت 914هـ)⁽⁵⁾.
- توجد منه نسخة بالخزانة العامة بالرباط، تحت رقم (1354هـ). وقد حققه كل من عبد الرحمن الأطرم دبي، ولطيفة الحسيني بالمغرب.
- وثائق المكناسي محمد بن أحمد اليفرني (918هـ)⁽⁶⁾، ويسمى التنبيه والإعلام على مستفاد القضاة والأحكام أو "مجالس القضاة والحكام".
- اللائق لمعلم الوثائق لابن عرضون: أحمد بن الحسن بن يوسف الشفشاوني (ت 992هـ)⁽⁷⁾، وقد اشتهر هذا الكتاب في عصره وصار عمدة الموثقين والدليل الرسمي للمغاربة⁽⁸⁾، وتوجد منه نسخة بالخزانة العامة بالرباط تحت رقم (D 1090)، (كما توجد منه نسخة خطية بمكتبة الشيوخ
-
- (1) - السخاوي، الضوء اللامع، ج 2، ص 136-137. أحمد بابا التنبكي، نيل الابتهاج، ص 126. وكفاية المحتاج، ص 66.
- (2) - عمر الجيدي، محاضرات في تاريخ المذهب، ص 124. بن عبد الله، معلمة الفقه، ص 136.
- (3) - أبو الشتاء الصنهاجي، التدريب على تحرير الوثائق العدلية، ج 1، مقدمة المحقق، ص ح. عمر الجيدي، محاضرات، ص 121.
- (4) - شرح المنجور على لامية الزقاق، من الشروح التي تعتبر في عداد المفقودة والمغمورة التي لا نجد لها ذكرا إلا في بعض المصادر، كالتسولي في البهجة، وابن أبي الشتاء الصنهاجي في التدريب، وجعيط في الطريقة المرضية...
- (5) - ابن مريم، البستان، ص 54. البغدادي، إيضاح المكنون، ج 2، ص 592. أحمد بابا التنبكي، نيل الابتهاج، ص 135. محمد مخلوف، شجرة النور، ص 275.
- (6) - أحمد بابا التنبكي، المصدر نفسه، ص 333. محمد مخلوف، المصدر نفسه، ص 275. الحجوي، الفكر السامي، ج 4، ص 99.
- (7) - أبو الشتاء الصنهاجي، التدريب على الوثائق لابن الشتاء، ج 1، مقدمة المحقق، ص ح. الزركلي، الأعلام، ج 1، ص 244.
- (8) - محمد مخلوف، شجرة النور، ص 282. الزركلي، الأعلام، ج 1، ص 112. بن عبد الله، معلمة الفقه، ص 22، ص 89.
- (8) - أبو الشتاء الصنهاجي، التدريب على تحرير الوثائق العدلية، ج 1، مقدمة المحقق، ص ح.

بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة).

- شهادة الليفيف: لأبي عبد الله الفاسي (ت1052هـ)⁽¹⁾، تناول فيها موضوعا من موضوعات التوثيق وهو الشهادة، أو بمعنى أدق شهادة من كثر عددهم وانعدمت عدالتهم وهو المسمى بالليفيف. وهو كتاب مطبوع بالمغرب.

- الوثائق الفقهية للفاسي عبد الرحمن بن عبد القادر بن علي بن أبي الحسن (ت1096هـ)⁽²⁾.

- الوثائق السجلماسية لأبي عبد الله المصمودي، محمد بن أحمد الغريسي (من وفيات القرن 11هـ)⁽³⁾.

- الوثائق الفاسية أو "الفرعونية" لأبي عبد الله محمد أحمد بن محمد بناني المعروف بفرعون (ت1261هـ)⁽⁴⁾.

- شرح الوثائق الفاسية لعبد السلام بن محمد الهواري (ت1328هـ)⁽⁵⁾.

- شرح الوثائق الفاسية المسمى بـ"التدريب على تحرير الوثائق العدلية" للصنهاجي، أبي الشتاء بن محمد الغازي الحسيني (ت1365هـ)⁽⁶⁾.

ويعدّ هذا الكتاب آخر ما كتب في فن التوثيق على أسلوب السابقين، حيث هو نفسه جعل كتاب الوثائق الفرعونية عمدته في تأليفه لهذا الكتاب، كما أنّه يمثل بداية دخول القوانين الحديثة والأساليب الجديدة على هذا الفن.

هذا، وإضافة إلى ما تقدم من المؤلفات في علم التوثيق في هذه الحقبة من التاريخ في المغرب

(1) - محمد مخلوف، شجرة النور، ص302.

(2) - بنعبد الله، معلمة الفقه، ص23. عمر الجيدي، محاضرات، ص127.

(3) - الزركلي، الأعلام، ج6، ص8. الرجراجي، وعلوش، فهرس المخطوطات العربية بالخزانة العامة بالرباط، ويذكر مصطفى ناجي في مقدمته لكتاب الوثائق السجلماسية، أنه وقع على مخطوط آخر للمصمودي في مديح النبي ﷺ، جاء فيه أنه أتمه في عام (1016هـ).. المصمودي، الوثائق السجلماسية، تحقيق وتقديم: مصطفى ناجي، الرباط، مركز إحياء التراث المغربي، مطبعة دار الثقافة للطباعة والنشر، ص4.

(4) - أبو الشتاء الصنهاجي، التدريب على تحرير الوثائق العدلية، ج1، مقدمة المحقق، ص ط . بنعبد الله، معلمة الفقه، ص22 و160.

(5) - أبو الشتاء الصنهاجي، المصدر نفسه، ج1، ص ط . بنعبد الله، المرجع نفسه، ص22.

(6) - عمر الجيدي، محاضرات، ص206. وهو كتاب مطبوع بمطبعة الأمانة بالرباط في جزئين، صححه وحققه ابنه أحمد الغازي الحسيني، والذي صرّح في مقدمته في ط1، أنه أول كتاب في التوثيق المطعم بالقوانين الحديثة والأساليب الجديدة. ينظر، ج1، ص ي.

العربي والأندلس، فهناك مجموعات أخرى من المصنفات في هذا العلم، لم نذكرها، وأخرى منسوبة إلى أصحابها ولا يعرف تاريخ وفاتهم، أو أنها مجهولة المؤلف تماما⁽¹⁾، وإنما اكتفيت بذكر المشهور والمعروف منها، وهو بعض ما ازدانت به المكتبة الإسلامية، مما جادت به قريحة هؤلاء الأفاضل وليس كلهم، إذ أن رومَ إحصاء مؤلفات المالكية في هذا المجال، يعدّ ضرباً من إرادة المحال لكثرة أعدادهم، وغزارة تأليفهم المذكورة في كتب التراجم والفقهاء وباقي المصنفات، وإن كانت كتب الوثائق هذه، لم يعد يوجد منها الآن إلا التزر القليل، سواء المخطوط منها أو المطبوع إذا قيست بأعدادها الكثيرة التي ذكرتها كتب التراجم والتاريخ وغيرها، ولعلّ ذلك يرجع إلى ضياعها مع جملة ما ضاع من التراث الهائل الذي فقده المسلمون إما إهمالاً منهم، أو «بسبب السلب والنهب إلى المكتبات الخاصة، أو عن طرق الحرق أو الإغراق، كما فعل التتار بالمؤلفات الإسلامية»⁽²⁾، وكذا الاستعمار في الدول الإسلامية وترحيله للعديد من هذه المصنفات ضمن ما رحّله من تراث أمتنا.

إذن، فإنّ ما نشر من وثائق في علم التوثيق، أو كتب التوثيق للمعاملات والحقوق، قليل جداً بالمقارنة مع أعدادها الهائلة، ومع هذا فإنّ بعض المهتمين بعلم التوثيق لم تتوقف محاولاتهم في نشر ما تيسر منها أو التنويه على الأقل بوجودها، والغريب أن هؤلاء لم يكونوا من المسلمين، فبينما أصبح هذا العلم الجليل النافع مهمشاً مطرحاً منبوذاً من طرف الباحثين المسلمين، نجد من تقلّده من المستشرقين وأولوه كل عنايتهم، فقد نشر المستشرق الإسباني (لويس سيكودي لوثيا) خمسا وتسعين (95) وثيقة غرناطية مع ترجمتها إلى الإسبانية، وأشار في مقدمته إلى علم الشروط، الذي ازدهر في الأندلس ومن ثم في المغرب، فقال: «ونحن نعرف نوعاً ذائعاً من التأليف الشرعية التي نجد فيها تلك القواعد النظرية القانونية التي تتضمنها كتب الشريعة، مطبقة على حالات محددة واقعية، وهي تقدم لنا تبعاً لذلك معلومات طريفة في القانون الجاري والتقاليد الشرقية التي كانت لا بد من اتباعها في النواحي والبلاد التي عاش فيها محرروا هذه المجموعات الوثائقية ومارسوا أعمالهم فيها»⁽³⁾، وقد أشار هذا المستشرق إلى ما كتب من مصنفات علم التوثيق في الأندلس .

كما نشر (وليم نرباخ) ستين (60) وثيقة في علم التوثيق تعود إلى عصر بني نصر

(1) -أشار إلى هذه المصنفات باستفاضة عبد اللطيف الشيخ في كتابه التوثيق لدى فقهاء المذهب، ص335-485.

(2) -محمد بن عبد الله بن محمد العامر، علم الشروط في الفقه الإسلامي، ص55.

(3) -وثائق غرناطية، من القرن 9هـ/15م، منشورات معهد الدراسات الإسلامية بمدريد 1966م. نقلاً عن قاسم السامرائي،

مقدمة في الوثائق الإسلامية، ط1، الرياض، دار العلوم، 1983م، ص70.

"المورسكو"⁽¹⁾، منها ما هو باللغة العربية، ومنها ما هو بخط الحميادو (اللغة الإسبانية بخط عربي)، وقد ذكر مصنفات الشروط والتوثيق في الأندلس، وأشهر المعروفين بالتوثيق، وكان محمد بن سعيد ابن الملون القرطبي (ت275هـ) أول من ذكره في قائمته التي احتوت على خمس وثلاثين (35) شروطيا، كما كتب هذا المستشرق مقالة طريفة في اللغة والمصطلحات الواردة في الوثائق⁽²⁾.

وكذا نجد منهم الإسباني (سالفادور فيلا Salvador Vila) الذي أنجز دراسة حول كتاب "المقنع في علم الوثائق لابن مغيث"⁽³⁾.

وكذا شالميتا Chalmeta وكرنيطي Cornété اللذين حققا كتاب الوثائق والسجلات لابن العطار⁽⁴⁾، وجعلا له مقدمة باللغة الإسبانية، بالإضافة إلى هؤلاء هناك بعض الجمعيات المهنية للموثقين الإسبان -من غير المستعربين- الذين أظهروا اهتماما بكتب الوثائق أو التوثيق الإسلامية الأندلسية، بدافع الرغبة في الاطلاع على التطور التاريخي لهذا الفن، واستجلاء آثاره وتأثيراته في التوثق للحقوق⁽⁵⁾.

وهناك الكثير من هذه المصنفات المالكية في علم التوثيق التي حوتها الدراسات العربية والغربية المعنية بالتوثيق، وتحتفظ كاتدرائية طليطلة والمكتبة الوطنية بمدريد وأشبيلية وغرناطة ولشبونة ومكتبات شمال إفريقيا⁽⁶⁾، أيضا وخاصة المغرب الأقصى، بالعديد من مصنفات التوثيق، لا تزال معظمها مخطوطا ينتظر نفض الغبار عنه وإخراجه إلى النور.

وعموما، فإنه ومن خلال تقديمنا لمختلف هذه المصنفات في علم التوثيق، يمكن القول إنه بالرغم من اختلاف وجهات النظر في عملية التأليف فيها، فإنها قدّمت لنا منهجا نظريا وقاعدة فقهية هامة لكتابة الوثائق الخاصة بكيفية التوثق للحقوق، كما حرصت على ضبط التقنيات المتبعة من قبل الموثق الذي خصّته بجملة من الصفات واشترطت فيه شروطا عديدة، كما بينت لنا الأسس التي تبنى

(1)-المورسكو: المسلمون الذين كانوا يعيشون في إسبانيا أو الأندلس، الذين بعد سقوطها واستيلاء الإسبان الإفرنج عليها، لم يخرجوا منها وإنما بقوا فيها مع إخفاء إسلامهم. محمد عبد الوهاب خلاف، تحقيق: ثلاث وثائق في محاربة الأهواء والبدع في الأندلس، من كتاب الأحكام لابن سهل، ط1، القاهرة، 1981، ص5.

(2)-قاسم السامرائي، مقدمة في الوثائق الإسلامية، ص70.

(3)-الونشريسي، المنهج الفائق، تحقيق لطيفة الحسيني، ص124.

(4)-ياشرف مجمع الموثقين الجريطي، بالمعهد الإسباني العربي للثقافة بمدريد.

(5)-مثل مجمع الموثقين الجريطي بالمعهد الإسباني العربي للثقافة بمدريد الذي أشرف على نشر وتحقيق كتاب ابن العطار السالف ذكره.

(6)-قاسم السامرائي، مقدمة في الوثائق الإسلامية، ص70.

عليها الوثيقة وأبرزت كذلك مراحل عملية توثيق التصرفات وسائر المعاملات، وترجمت عن الإشكالات التي يطرحها هذا العلم "علم التوثيق" والمشتغلين به وسبل تجاوزه ذلك، وقد حاولت بذلك هذه المصنفات أن تقدم القاعدة النظرية لكتاب الوثائق، قصد الإمام بمختلف الجوانب الفقهية والشرعية والمحافظة على نمط ونموذج لكتابة العقود والتوثيق للمعاملات، يحفظ حقوق الشرع من ناحية، وحقوق المتعاقدين من ناحية أخرى.

الفرع الثاني: عناية المالكية بالتوثيق خطة وتدريسا

لقد اشتهر عدد لا حصر له من الموثقين والعدول المالكية، الذين انتصبوا للقيام بالتوثيق للمعاملات، ومارسوه عمليا في شكل عقود ووثائق تسجل فيها شتى المعاملات والتصرفات لحفظها والتوثيق بها، فاشتغلوا بخطة العدالة، وبرعوا فيها وأتقنوها، وكانت لهم اليد الطولى في ذلك، وقد عجت بأسمائهم كتب التراجم والتاريخ القديمة منها والحديثة، وإنه لا يسعنا ذكرهم جميعا، إذ يحتاج ذلك لمؤلف مستقل، وقد عرضت أهم ما صنفه هؤلاء الأفاضل في هذا العلم، وإلا فإن هناك أسماء كثيرة حفظتها لنا ذاكرة التاريخ ارتبطت بالتوثيق ليس تصنيفا فقط وإنما تدريسا وممارسة له كوظيفة.

وقد بلغت عناية المالكية بهذا الفن، أن العارفين بعقد الشروط وكتابة الوثائق وتدوين المعاملات، فقهاء وقضاة، منهم من لم يكتب بالتأليف فيه، وإنما جمع بين التصنيف لكتب الوثائق وبين ممارستها خطة وتدريسا، ومنهم من لم يؤثر عنهم تأليفهم كتابا أو رسالة في هذا العلم رغم كون بعضهم من المؤلفين في مسائل الفقه، وإنما كانوا مشتغلين به متمرسين في عقد الوثائق بين الناس، عارفين لعلها.

وقد آثرت ذكرهم لبيان اهتمام المالكية بالتوثيق للمعاملات بشتى الطرق والوسائل، وكذا تواصل المعرفة في هذا العلم عبر العصور المختلفة بين أقصى الشرق الإسلامي وأقصى غربه، هذا وإن كانت الأندلس أكثر عددا من حيث الموثقين من غيرها من دول العالم الإسلامي بسبب النهضة المبكرة لهذا العلم فيها، فكان لها السبق في ذلك.

وإلا فإن صناعة التوثيق والاشتغال بكتابة عملية التوثيق، قد انتشرت حتى شملت مختلف أجزاء العالم الإسلامي، بما فيه المشرق الذي كان وجهة للعديد من العلماء المريدين إتقان هذا الفن، حيث كان لا ينصب لكتابة الوثائق بالقيروان إلا من تشرق⁽¹⁾، ولكن هذه المهنة أو الخطة انتشرت

(1) - حامد العجلي، قراءة في مصنفات كتب الوثائق، ص 148.

وازدهرت في الغرب الإسلامي أكثر من مشرقه للأسباب التي ذكرناها من قبل.

وقد كان القضاة يتخذون شهودا يشهدونهم على أحكامهم، ويوثقون بين الناس، ويصادق القضاة على توثيقهم، ثم أصبحت كتابة الوثائق وتعيين الموثقين الذين لهم دراية بفقهاء الوثائق عمل رسمي من أعمال الدولة الإسلامية، وإحدى الولايات الدينية، وخطوة من خططها المعتبرة، في الأندلس خاصة منذ وقت متقدم، إذ كانوا يعينون كتاب العدل أو الموثقين، على اعتبار أنها وظيفة دينية أو ولاية شرعية ولا ينصب لها إلا من كان عارفا بالتوثيق، ملما بهذه الصناعة وشروطها وأحكامها المستمدة من الفقه الإسلامي، وقد بين ابن خلدون أنها: «ولاية دينية تابعة للقضاء»⁽¹⁾، ف يتم تعيينهم من طرف السلطان أو ولي الأمر بكتابة الوثائق والحجج الشرعية، وقد كان ذلك في الأندلس ثم لحقه المغرب بعد ذلك، في بداية القرن الرابع الهجري (4هـ) على الأقل، فقد ذكر صاحب الفكر السامي أن «ابن لبابة تولى خطة الوثائق وعقد المعاوضة في عهد الخليفة الثامن لبني أمية عبد الرحمن الناصر في القرن الرابع بالأندلس فلم يزل يتقلد خطّي الشوري والوثائق إلى أن مات -رحمه الله- سنة (336هـ)»⁽²⁾، وقد ذكر ذلك قبله كل من ابن الفرضي وابن فرحون في ترجمته أنه «محمد بن لبابة الملقب بالبرجون الأندلسي (ت336هـ)، كان عالما بعقد الشروط بصيرا بعللها، وواه أمير المؤمنين خطة الوثائق والشورى»⁽³⁾، بل إن ابن فرحون، يخبرنا عن أسماء لموثقين اشتهروا قبل ابن لبابة، أي في بداية القرن الرابع الهجري، حيث يذكر في ترجمة أحمد بن محمد بن غالب، أبي الوليد من أهل قرطبة أنه كان بصيرا بعقد الشروط (ت301هـ)⁽⁴⁾، وكذا في ترجمته لأحمد بن بيطر القرطبي الذي «كان حافظا للفقهاء، عاقدا للشروط إلى أن توفي بالطاعون سنة303هـ»⁽⁵⁾. وكذا في ترجمة أحمد بن يحيى بن قاسم أبي عمر (ت310هـ) أنه كان عالما بصيرا بالمسائل وعقد الوثائق⁽⁶⁾.

ويذكر بعد ذلك في ترجمته لمحمد بن عبد الله بن أبي دليم الأندلسي، أنه كان يحكم عقد الوثائق ويعرف عللها (ت372هـ)⁽⁷⁾.

(1)- ابن خلدون، المقدمة، اعتنى بها هيثم جمعة هلال، ط1، بيروت، مؤسسة المعارف، 2007، ص224.

(2)- الثعالبي الحجوي، الفكر السامي، ج2، ص144.

(3)- ابن الفرضي، علماء الأندلس، ج2، ص53. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج2، ص184-185.

(4)- ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص131.

(5)- ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص132.

(6)- ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص127.

(7)- ابن فرحون، المصدر نفسه، ج2، ص187-188.

ويذكر ابن فرحون في ترجمته لإسماعيل بن إسحاق القيسي المصري المعروف بابن الطحان القرطبي (ت384هـ)، أنه كان يعقد الشروط ويفتي⁽¹⁾، وكذا في ترجمة عبد الله بن قاسم بن محمد من أهل قرطبة (ت686هـ) أنه: «وليّ خطة الوثائق بعد أبيه قاسم بن محمد»⁽²⁾.

كما يذكر القاضي عياض في مداركه، أن «عبد الوارث أبو الأزهر حسن بن أحمد بن معيتب بن أبي الأزهر القيرواني كان فقيها موثقا يجيد الوثائق والأحكام (ت392هـ)»⁽³⁾.

و يذكر القاضي عياض في مداركه عن ابن العطار (ت399هـ) صاحب "الوثائق والسجلات" أنه «كان حاذقا بالشروط، فقيها موثقا، لم يحفظ عنه أنه أخذ عليها أجرا»⁽⁴⁾، دليل على أنه كان يشتغل بالتوثيق للمعاملات بين الناس، وعقد شروطهم.

وكذا في ترجمة أحمد بن عفيف (ت410هـ) أنه: «تولي عقد الوثائق لمحمد المهدي أيام توليه الملك بقرطبة، وقد ولاه خطة الشرطة والوثائق»⁽⁵⁾.

وفي ترجمته الباجي أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عبد الله الإشبيلي (ت433هـ) أنه «كان عاقدا للشروط محسنا لها»⁽⁶⁾.

وكذا عن ابن القطان أحمد بن محمد بن عيسى بن هلال (ت460هـ) أنه «كان قائما بالشروط بصيرا بعقدها»⁽⁷⁾.

وكذا محمد أبو عبد الله بن عتاب القرطبي (ت462هـ)، أنه كان مقدما في معرفة الأحكام وعقد الشروط وعللها⁽⁸⁾.

وفي ترجمة إبراهيم بن جعفر السبتي أبي إسحاق الفقيه المشاور كان بصيرا بالشروط والوثائق، ولم يكن في عصره من هو أقوم منه عليها (ت513هـ)»⁽⁹⁾.

(1) -القاضي عياض، ترتيب المدارك، ج6، ص263. ابن فرحون، الديات المذهب، ج2، ص41.

(2) -ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص255-256.

(3) -ابن الفرضي، تاريخ علماء الأندلس، ج1، ص416.

(4) -القاضي عياض، ترتيب المدارك، ج2، ص656-659.

(5) -ابن فرحون، الديات المذهب، ج1، ص152.

(6) -القاضي عياض، ترتيب المدارك، ج3، ص758.

(7) -القاضي عياض، المصدر نفسه، ج2، ص813. ابن فرحون، الديات المذهب، ج1، ص157-158.

(8) -ابن فرحون، المصدر نفسه، ج2، ص222.

(9) -ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص228.

وكذا القاضي عياض نفسه، أبو الفضل عياض بن موسى اليحصبي الأندلسي (ت544هـ) «كان عاقدا للشروط»⁽¹⁾.

وإبن غازي أبو عبد الله بن عطية السبتي (ت560هـ) كان متقنا عارفا بالشروط⁽²⁾، والأنصاري الخزرجي أحمد بن عبد الرحمن الصقر (ت569هـ) الذي كان عارفا بالأحكام وعقد الشروط⁽³⁾.

وقد ذكر صاحب الشجرة في ترجمته لابن قصير الغرناطي أبي جعفر عبد الرحمن الأزدي (ت576هـ) أنه «كان وافر الحظ في الأدب والاشتغال بعقد الشروط»⁽⁴⁾.

وفي ترجمة أحمد بن محمد بن خلف أبي القاسم الحوفي الإشبيلي أصله من مصر أنه كان بصيرا بعقد الشروط (ت588هـ)⁽⁵⁾.

وإبن الفخار أبو عبد الله محمد بن إبراهيم المالكي (ت590هـ)، الذي كان عالما نظاراً، فقيهاً، مع معرفة ودراية بالشروط⁽⁶⁾.

ويذكر صاحب الشجرة، مجموعات من الموثقين العارفين بالشروط والوثائق من بينهم أيضاً، إبن ميمون أبو بكر محمد بن يوسف الأزدي (ت614هـ) الذي كان إماماً عارفاً بالشروط عمدة⁽⁷⁾.

وكذا أبو عبد الكبير بن محمد بن بقي الغافقي (ت617هـ) الفقيه الحافظ الذي كان بصيراً بالشروط⁽⁸⁾.

وفي ترجمة إبن فرحون لأحمد بن علي بن محمد بن هارون السماني أنه «كان عاقداً للشروط

(1) - إبن الخطيب، الإحاطة، ج4، ص222. النباهي، المرقبة العليا، ص101. إبن فرحون، الديباج المذهب، ج2، ص43. المقرئ (الحفيد)، أزهار الرياض في أخبار عياض، تحقيق: عبد السلام العراس وسعيد أحمد أعراب، المملكة المغربية والإمارات العربية المتحدة، اللجنة المشتركة، نشر التراث الإسلامي، 1980، ج2، ص363، نفح الطيب، ج7، ص333.

(2) - محمد مخلوف، شجرة النور، ص163.

(3) - محمد مخلوف، المصدر نفسه، ص151.

(4) - إبن فرحون، الديباج المذهب، ج1، ص429-430. محمد مخلوف، المصدر نفسه، ص154.

(5) - إبن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص154.

(6) - محمد مخلوف، شجرة النور، ص159.

(7) - محمد مخلوف، المصدر نفسه، ص174.

(8) - محمد مخلوف، المصدر نفسه، ص176.

بصيرا بها، مميّزا في المعرفة بعلمها والضبط لأحكامها (ت649هـ)»⁽¹⁾.

وكذا محمد بن إبراهيم بن محمد ابن المفرّج الأوسي المعروف بابن الدبّاغ الإشبيلي (ت668هـ)، كان واحد عصره في مذهب مالك وفي عقد الوثائق ومعرفة علمها⁽²⁾.

وإبراهيم بن أبي بكر بن عبد الله الأنصاري التلمساني (ت697هـ) كان فقيها عارفا بعقد الشروط⁽³⁾.

وفي ترجمة أحمد بن أحمد بن داود اللّخمي ويعرف بابن الكمّاد المكي، رحل إلى الأندلس، وكان أعرف الناس بعقد الشروط (ت712هـ)⁽⁴⁾.

وأحمد القباب (ت778هـ)، صدر عدول فاس وموثقيها⁽⁵⁾، كان يحترف كتابة الوثيقة، وقد وقع بينه وبين ابن الخطيب السلماني (ت776هـ) سوء تفاهم، أدى بابن الخطيب لدم مهنة التوثيق وكذا المشتغلين بها، وكتابة كُناشته "مثلى الطريقة في ذمّ الوثيقة"⁽⁶⁾.

ويذكر النباهي في ترجمته للقاضي الحسين بن محمد الجذامي من أهل مالقة (ت800هـ) أنه «كان يتولى عقد الوثائق ويحترف بها وكان من جلة العدول»⁽⁷⁾.

والدمامي بدر الدين محمد بن أبي بكر القرشي الإسكندري (ت828هـ) الذي كان عمدة متقنا عارفا بالشروط⁽⁸⁾.

وكذا الدكالي أبو محمد عبد الرحمن الفاسي الموثق (ت952هـ)⁽⁹⁾.

هذه جملة من أسماء هؤلاء العلماء الموثقين، وليس كلهم، تدلنا على أن التوثيق للمعاملات كان يطبق عمليا ويمارس كمهنة أو حطة، تمثلت في التوثيق بين الناس، وأنه كان وظيفة من وظائف الدولة

(1) - ابن فرحون، الذبيح المذهب، ج1، ص192.

(2) - ابن الخطيب، الإحاطة، ج3، ص68. ابن فرحون، الذبيح المذهب، ج2، ص262-263.

(3) - ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص242-243.

(4) - ابن الخطيب، الإحاطة، ج3، ص60. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج2، ص260-261.

(5) - ابن الخطيب، المصدر نفسه، ج1، ص187. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص162. أحمد بابا التنبكي، نيل الابتهاج، ص102.

(6) - قد أشرت إلى هذه الكناشة أو الكتيب، فيما سبق عند الكلام عن مصنفات المالكية في التوثيق، ص44 من هذا البحث.

(7) - النباهي المالقي، المرقبة العليا، ص129.

(8) - محمد مخلوف، شجرة النور، ص240.

(9) - محمد مخلوف، المصدر نفسه، ص284.

الرسمية، التي انتشرت في الأندلس خاصة ثم المغرب وبقية العالم الإسلامي، وقد اكتفيت بذكر بعض الأسماء لبيان ذلك، وذلك لكثرتهم، فكتب التراجم تعجّ بأسمائهم، ولا يسع لا الوقت ولا الجهد ولا المقام لذكرهم جميعاً.

هذا، وقد بلغت عناية المالكية بالتوثيق للمعاملات وسائر التصرفات ليس فقط بالتأليف فيه، أو الاشتغال به كخطة ومهنة من المهن متمثلة في التوثيق، وإنما وصل اهتمامهم به إلى درجة تدريس علم التوثيق، وتعليمه للناس كغيره من العلوم الشرعية، ولهذا برز فيه علماء كثيرون جمعوا بين مهنة التوثيق والتدريس، أو التأليف فيه وتعليمه، وقد سبق لنا معرفة العديد منهم عند الكلام عن مؤلفات المالكية في التوثيق، وكذا اشتغالهم به، ولكن لا بأس أن ننوه ببعض من تصدروا لتعليمه مع سائر العلوم الشرعية كالفقه وغيره، والتي ينبغي على المسلم معرفتها، فنضيف أسماء أخرى في هذا المضمار. فيخبرنا ابن فرحون في ديباجته عن محمد بن أسباط بن حكم المخزومي القرطبي أبي عبد الله (ت279هـ)، أنه كان «حافظاً للفقه عالماً بالوثائق وكانت له ولأخيه قاسم حلقة بجامع قرطبة يجلسان للفتيا، وكانا حافظين للفقه، بصيرين بالوثائق»⁽¹⁾.

وكذا في ترجمة ابن الفرضي لسعيد بن خمير بن عبد الرحمن ابن عثمان من أهل قرطبة، أنه: «كان يسكن ببلاط مغيث، فنقله عبد الله الأمير إلى المدينة بقرب المسجد الجامع، فكان يجلس فيه، ويتحلق إليه ويفتي ويعقد الوثائق وسمع منه (ت301هـ)»⁽²⁾.

كما يخبرنا ابن فرحون عن أحمد أبي جعفر بن نصر بن زياد الهواري من أهل إفريقية (ت319هـ) «كان حسن الكلام في علم الفرائض والوثائق»⁽³⁾.

ويقول ابن الفرضي في ترجمته لأحمد بن يوسف أبي القاسم الصبلاطي الموثق من أهل قرطبة (ت327هـ) «سمع من محمد بن عمر بن لبابة، وكان معتنيا بدرس الرأي والشروط»⁽⁴⁾.

وكذا في ترجمته لعيسى بن محمد بن عيسى بن أيوب المعروف بالبجاني من أهل قرطبة (ت355هـ) أنه «سمع من كثيرين وسمع من محمد بن يحيى ابن لبابة وتردد عليه، وكتب بين يديه في

(1)- ابن فرحون، الديباج المذهب، ص206.

(2)- ابن الفرضي، تاريخ علماء الأندلس، ج1، ص294.

(3)- ابن فرحون، الديباج المذهب، ج1، ص135.

(4)- ابن الفرضي، تاريخ علماء الأندلس، ج1، ص75-76.

الوثائق حتى فقه فيها، ونبل في عقدها»⁽¹⁾.

وذكر القاضي عياض في مداركه في ترجمته لابن عفيف القرطبي (ت410هـ) أنه أخذ بحظ وافر من الفقه، ويرع في الوثائق والشروط، فلم يكن في عصره أعلم بها منه، وكان يعظ الناس في مسجده، ويقرأ عليهم كتب الوثائق»⁽²⁾.

وفي ترجمة جابر بن خلف الجذامي (ت480هـ) أنه: «كان من أهل المعرفة والذكاء والنباهة، وكان يجلس لعقدها بجوفي المسجد الجامع بقرطبة، ثم صار إلى بطليوس وأخذ الناس عنه»⁽³⁾.

وفي ترجمة صاحب الصلة لمحمد بن عبد الرحمن الرعيبي (ت518هـ) أنه: «كانت عنده رواية ومعرفة ونباهة، ودراية وتقدم في معرفة الشروط وإتقانها، وكان مجلس لعقدها، وقد أخذنا عنه»⁽⁴⁾.

كما جاء أيضا في ترجمة محمد بن خلف بن يونس (ت557هـ) أنه: «أخذ الشروط عن أبي الأصبح عيسى بن موسى المترلي»⁽⁵⁾.

وفي ترجمة المتيطي أبي الحسن بن عبد الله الأنصاري السبتي الفاسي (ت570هـ) صاحب "النهاية والتمام في معرفة الوثائق"، أنه «عارف بالشروط... لازم بفاس أبا الحجاج المتيطي وبه تفقه وبين يديه تعلم الشروط»⁽⁶⁾.

- كما جاء في ترجمة محمد بن أبي بكر الغافقي (ت584هـ) أنه: «روى عن أبي عبد الله بن بركة، وأبي محمد عبد الغني بن مكى وتفقه به، وأخذ علم الشروط عنه»⁽⁷⁾.

- وكذا في ترجمة الصنهاجي الجزيري أبي الحسن علي بن القاسم (ت585هـ) أنه: «نزل

(1)- ابن الفرضي، المصدر نفسه، ج1، ص561.

(2)- القاضي عياض، ترتيب المدارك، ج2، ص735.

(3)- ابن بشكوال، الصلة، ج1، ص133.

(4)- ابن بشكوال، المصدر نفسه، ج2، ص544.

(5)- ظافر القاسمي، نظام الحكم في الشريعة، السلطة القضائية، ص351. عمر الجيدي، ظهور علم التوثيق في المذهب المالكي، مقال في مجلة دار الحديث الحسنية، المغرب، ع5، 1406هـ، ص123، 138.

(6)- محمد مخلوف، شجرة النور، ص163.

(7)- ابن الأبار، تكملة الصلة، تحقيق: عزت العطار الحسني، القاهرة، مكتب نشر الثقافة الإسلامية، 1956م، ج2، ص537.

الجزيرة الخضراء (بالأندلس) فنسب إليها، ودرس بها الفقه وعقد الشروط»⁽¹⁾.

- وكذا يذكر صاحب الشجرة في ترجمته للدكالي أبي محمد عبد الرحمن الموثق (ت962هـ) أنه فقيه موثق، عالم أستاذ صالح، أخذ عن ابن العباس الزقاق، وابن هارون، وعبد الواحد الونشريسي وغيرهم، وأخذ عنه أبو عبد الله القصار وغيره⁽²⁾.

وكل هؤلاء الذين أخذ عنهم الدكالي كالزقاق وابن هارون والونشريسي أو الذين أخذوا عنه كابن القصار، هم من الفقهاء المالكية العارفين بالتوثيق تأليفاً وتدریسا وممارسة.

وبعد، فهذا غيض من فيض مما تعجب به كتب التراجم والنوازل وباقي المصنفات، من أسماء هؤلاء الأفاضل ودرهم السنّة، الذين برعوا في علم التوثيق، وأسهموا في ميدان التوثيق للمعاملات، فأقاموه حق إقامته إن تأليفاً أو تدریسا أو خطّة ووظيفة، وهذا إن دلّ على شيء، فإنما يدل على مدى عناية المالكية بالتوثيق وبوسائله وخاصة علم التوثيق منه، وما يحمله من منافع عظيمة ومكانة منيفة، تبرز مدى ما بلغته الحضارة الإسلامية في الأندلس والمغرب خاصة، والعالم الإسلامي عامة، من أوج عزّها وازدهارها في شتى الميادين، وكذا إسهام المسلمين في مختلف العلوم والمعارف، وإتقانهم لمختلف الفنون والصناعات والمهن.

(1) - محمد مخلوف، شجرة النور، ص158.

(2) - محمد مخلوف، المصدر نفسه، ص284.

الفصل الأول:

أهمية التوثيق تاريخه وأسبابه

ومشروعيته

المبحث الأول: أهمية التوثيق، فوائده وعلاقته ببعض العلوم

المبحث الثاني: تاريخ التوثيق نطاقه ومجالاته

المبحث الثالث: أسباب التوثيق

المبحث الرابع: أصل مشروعية التوثيق وحكمه

الفصل الأول: أهمية التوثيق تاريخه وأسبابه ومشروعيته

لقد اعتنت الشريعة الإسلامية بالتوثيق للحقوق وبوسائله وكذا القائمين به من قضاة وموثقين، ورغبت فيه وحثت الناس على التوثيق لحقوقهم ومعاملاتهم، بتدوينها أو الإشهاد عليها أو أخذ الرهن أو الكفيل لأجلها وغير ذلك من الوسائل، نظرا لما للتوثيق من أهمية بالغة في الحياة العملية واليومية للأفراد والجماعات، ولما يؤمنه من ضمان وحماية للحقوق والمصالح من كل أسباب الضياع والفوت، ولذلك مارسته الشعوب والأمم واهتم به فقهاء المسلمين عبر كل زمان ومكان، وبنوا حكمه وأحكامه.

ومن هنا سأتطرق في هذا الفصل لبيان أهمية التوثيق ثم الكلام عن تاريخه وأسباب اللجوء إليه، ثم أعرج إلى بيان حكمه وأصل مشروعيته، وذلك في المباحث الآتية:

المبحث الأول: أهمية التوثيق، فوائده وعلاقته ببعض العلوم

المبحث الثاني: تاريخ التوثيق نطاقه ومجالاته

المبحث الثالث: أسباب التوثيق

المبحث الرابع: مشروعية التوثيق

المبحث الأول: أهمية التوثيق فوائده وعلاقته ببعض العلوم

إنّ التوثيق شرعه الله لمصلحة عباده، حفظاً لحقوقهم وما من شيء يشرعه الله لعباده، إلا وقد علم بعلمه المطلق أهميته وضرورته لهم وحاجتهم إليه.

ومن هنا سألنا في هذا المبحث أهمية التوثيق من خلال الكلام عن أهمية وسائله وطرقه، وتنويه العلماء بما وحثهم على تعلّمها، وكذا عن فوائده الجمة ومنافعه العظيمة، ثم أعرض لعلاقته ببعض العلوم التي يستمد منها أو الخادمة له.

المطلب الأول: أهمية التوثيق

تظهر أهمية التوثيق من عدة أمور:

- **الحكمة منه:** لقد جاءت الشريعة الإسلامية الغراء بالأحكام الشرعية من أجل تحقيق مقاصد أرادها الشارع الحكيم، منها حفظ الأموال والأعراض والحقوق ونحوها... وإيجادها والحفاظ عليها شرعت أحكاماً مختلفة منها نظام التوثيق بشئ وسائله وطرقه، لضمان معاملات صحيحة مستقرة، إذ النفوس جبلت على حب الذات، والتطلع لما في أيدي الناس، والطمع فيه وربما الاعتداء عليه إما بالقوة أو الادعاء، فتنشأ المشاحنات والخصومات وتندم الثقة وتتصدع ذات البين، من هنا تأتي أهمية التوثيق في حفظ نظام الأمة واستقرارها، إذ به تحمي الحقوق ويحاط لردّها، وتضامن الأموال والأعراض والأنفس، ويمنع الظلم والاعتداء، وبه ينتصف الناس بعضهم من بعض، وهو وسيلة ائتمان ضد الجحود والإنكار، وبه ترد وتدفع الأكاذيب والدعاوى الباطلة، وهو أداة لضبط معاملات الناس وتصرفاتهم على الضوابط المرعية والقوانين الشرعية، وهو عون الذاكرة على النسيان، إذ الآدمي ليس في وسعه التحرز عن النسيان والغفلة، وبه يستتب الأمن في المجتمع وتسود الثقة والطمأنينة بين الأفراد.

- **مكانته عند العلماء:** من أجل ذلك كلّ، نوّه بهذا العلم الشريف ذي القدر المنيف، كثير من علماء السلف والخلف مبرزين أهميته وخطورته، وذلك من خلال كلامهم عن طرقه ووسائله، وبيّانهم لأهميتها وخطورتها، كالتوثيق بالكتابة أو علم التوثيق والشهادة واليمين والرهن.. وغيرها من الطرق، إذ كلها وسائل خادمة لغاية شريفة عالية، هي التوثيق للوصول إلى الحق، من ذلك ما قاله

الونشريسي⁽¹⁾ مفتتحا كتابه المنهج الفائق في أول بابيه الثاني بعنوان "في شرف علم الوثائق": «اعلم أن علم الوثائق من أجل العلوم قدرا، وأعلها إنافة وخطرا، إذ بها تثبت الحقوق، ويتميز الحر من الرقيق، ويتوثق بها، ولذا سميت معانيها وثاقا، وقد وقعت الإشارة إلى كثير من مقدماتها ولواحقها في كتاب الله -عز وجل-»⁽²⁾، وقال في موضع قبل هذا: «فإني لما رأيت علم الوثائق من أجل ما سطر في قرطاس، وأنفس ما وزن في قسطاس، وأشرف ما به الأموال والأعراض والدماء والفروج تستباح وتحسى، وأكبر زكاة للأعمال وأقرب رحى، وأقطع شيء تنبذ به دعوى الفجور وترمى، وتطمس مسالكها الذميمة وتعمى»⁽³⁾.

ويقول ابن مغيث⁽⁴⁾، ميرزا دور علم التوثيق وهو جزء من التوثيق ووسيلته «علم الوثائق علم شريف يلجأ إليه الملوك والفقهاء وأهل الحرف، والسوقة، والسواد، كلهم يمشون إليه ويتحاكمون بين يديه، ويرضون بقوله، ويرجعون إلى فعله، فيتزل كل طبقة منهم على مرتبتها، ولا يخل بها عن منزلتها»⁽⁵⁾.

وقال ابن فرحون⁽⁶⁾: «وهي صناعة جلييلة شريفة، وبضاعة عالية منيفة تحتوي على ضبط أمور الناس على القوانين الشرعية، وحفظ دماء المسلمين وأموالهم، والإطلاع على أسرارهم وأحوالهم، ومجالسة الملوك والإطلاع على أمورهم، وعيالهم، وبغير هذه الصناعة لا ينال أحد ذلك ولا يسلك هذه المسالك»⁽⁷⁾.

ويقول السرخسي في مبسوطه منوها بعلم الشروط أو التوثيق بالكتابة: «اعلم بأن علم الشروط من

(1)-الونشريسي: أبو العباس أحمد بن محمد بن عبد الواحد الونشريسي الأصل التلمساني المنشأ، الفاسي الدار والمدفن، من كبار شيوخ المذهب المالكي من مصنفاته: المعيار المعرب، عدة البروق، وإيضاح السالك، المنهج الفائق، ...، توفي سنة (914هـ). ابن مريم، البستان، ص453. أحمد بابا التنبكي، نيل الابتهاج، ص135-136. كفاية المحتاج، ص73-74.

(2)-الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص31. ابن عرضون، اللائق لمعلم الوثائق، ص3.

(3)-الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص3-4.

(4)-أحمد بن مغيث بن أحمد بن مغيث الصديفي أبو جعفر، من طليطة من علماء المالكية، الحافظ، له كتاب في الوثائق اسمه "المقنع" توفي سنة 453هـ. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج1، ص158.

(5)-الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص31. ابن عرضون، اللائق لمعلم الوثائق، ص4.

(6)-ابن فرحون: إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد برهان الدين المالكي المدني، قاضي المدينة، أخذ عن والده وعن ابن عرفة، له مصنفات منها: تبصرة الحكام، والديباج المذهب، وغيرهما، توفي سنة 799هـ. ابن حجر، الدرر الكامنة، ج1، ص48. محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ج1، ص222.

(7)-ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص282. الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص34. ابن عرضون، اللائق لمعلم الوثائق، ص4.

أكد العلوم وأعظمها صنعة»⁽¹⁾.

- اشتراطه في القضاء: ولم يكتف العلماء بالتنويه بأهمية التوثيق وبيان منزلته الجليلة الشريفة، وإظهار مكانته العالية المنيفة من خلال وسائله، بل ذهبوا أبعد من ذلك عندما اشتراطوا العلم بالتوثيق، أو التوثيق بالكتابة أو ما يسمى علم الشروط وهو الأس في نظام التوثيق للحقوق، وممارسته فيمن يتولى خطة القضاء، جاء في المرقبة العليا: «قال الأشعري⁽²⁾: من لم يتمرن في عقود الشروط، ولا أخذ نفسه بالنفقة في كتب التوثيق، فلا ينبغي له أن يكون قاضيا، وإن كان قويا فائقا في سائر العلوم»⁽³⁾.

وفي إتخاف أهل الزمان: في ترجمة الشيخ إبراهيم الرياحي⁽⁴⁾ الذي رفض تولي خطة القضاء، معتذرا أنه لا يصلح لها لعدم مباشرته التوثيق قال: «في أواخر صفر من سنة (1225هـ) أو أوسط ماي (1806م)، بعد انفصال الشيخ أبي حفص عمر المحجوب⁽⁵⁾، من خطة القضاء بعث البايع إلى الشيخ (أي إبراهيم الرياحي) بتوليته خطة القضاء، فامتنع وتعلل بأنه لا يسوغ له أن يتقدم على شيخه أبي الفداء إسماعيل التميمي⁽⁶⁾، وأبي العباس أحمد بوخريص⁽⁷⁾، فهما أصلح منه لمباشرتهما التوثيق، وهو الأس في فقه القضاء»⁽⁸⁾.

وقد كان الفقهاء عندما يتولى أحدهم خطة القضاء يجد الحاجة ماسة إلى تأليف كتاب مستقل في علم الشروط والوثائق وهي إحدى الوسائل التي توثق بها الحقوق، ليعينه على ما تولاه من القضاء،

(1)- السرخسي، المبسوط، ج30، ص168.

(2)- الأشعري محمد بن يحيى بن بكر الملقى توفي سنة (741هـ). النباهي الملقى، المرقبة العليا، ص146.

(3)- النباهي الملقى، المرقبة العليا، ص146.

(4)- إبراهيم الرياحي أبو إسحاق عبد القادر، ولد بتشور من الأندلس، وهاجر إلى تونس في طلب العلم، كان مؤرخا، توفي في (1266هـ-1850هـ)، ابن أبي الضياف، إتخاف أهل الزمان، ج7، ص78-81.

(5)- عمر أبو حفص بن قاسم المحجوب الشريف التونسي، كان بارعا في المعقول والمنقول، عالما بالتوثيق والأدب، كان قاضيا، وكان يكتب للبايع ما يحتاجه من مهمات الإنشاء، وخطاب الملوك، توفي سنة (1227هـ-1807م). ابن أبي الضياف، المصدر نفسه، ج7، ص52-55. ومحمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ص366. رضا كحالة، معجم المؤلفين، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ج7، ص304.

(6)- أبو الفداء إسماعيل التميمي: من كبار الفقهاء المحققين، احترف صناعة التوثيق وتقلب بين خطة القضاء والفتوى توفي في (1248هـ-1836م). محمد مخلوف، المصدر نفسه، ص370-371. الحجوي، الفكر السامي، ج4، ص31.

(7)- أبو العباس أحمد بوخريص، كان حافظا بارعا في الفقه والتوثيق وغيرها من العلوم، تصدر للتدريس بجامع الزيتونة وألزم خطة القضاء، توفي سنة (1240هـ-1824م)، ابن أبي الضياف، إتخاف أهل الزمان، ج7، ص138-139.

(8)- ابن أبي الضياف، المصدر نفسه، ج7، ص78.

وهو ما أكده صاحب كشف الظنون عند نقله عن أحد القضاة، عندما ابتلى بالقضاء: «وبعد: فلما ابتليت بالقضاء وجرى الحكم ومضى، أحببت أن أجمع مختصرا في الأحكام، منتخبا من كتب العلماء الأعلام، ذاكرا فيه ما يكثر وقوعه بين الأنام على وجه الإلتقان والإحكام، ليكون عوننا للحكام على فصل القضايا والأحكام»⁽¹⁾.

—جعله خطة وولاية: وقد بلغ من أهمية التوثيق، أن صار خطة يتولاها من توفرت فيه الشروط، متمثلة في أحد أهم وسائله وهي التوثيق بالكتابة وتدوين المعاملات، فقد كان الحكام يتخبرون لتولي خطة الموثق أو الشاهد أو العدل، من له الباع الطويل والقدح المملّى في علم الوثائق والشروط، فكانوا يجرون لهم اختبارات في ذلك، حتى يثبتوا عدالتهم ويولونهم بعد ذلك خطة التوثيق، ويذكر ابن أبي الضياف في كتابه إتحاف أهل الزمان: «أنّ علي باشا كان له تثبيت في تقليد الخطط الشرعية، بل سائر الخطط وفي الشهود، حتى إنه لا يولي شاهدا إلا بعد التثبيت من عدالته، ويمتحنه بعد ذلك بنفسه أو بوساطة بعض كتابه ليعرف مقدار ما عنده من العلم ويقول: إني لا أفكر في ولاية قاض كما أفكر في ولاية شاهد»⁽²⁾.

وكانوا يحرصون على ذلك بأنفسهم، وقد كان السلطان أبو عنان فارس⁽³⁾، يقتصر على عشرة فقط من الموثقين، ممن توفرت فيهم الشروط، ومنهم العالم العلم العدل الفرضي القاضي الصدر أبو علي الحسن بن عثمان بن عطية بن موسى الونشريسي⁽⁴⁾، كان قد أثبتهم لعدالتهم ومنع قبول من عداهم⁽⁵⁾.

وجاء في مقدمة ابن خلدون ما يشير إلى خطورة منصب العدل وأن القاضي مسؤول عن اختيارهم وتبوع أحوالهم، وإثبات عدالتهم، «ويجب على القاضي تصفح أحوالهم والكشف عن

(1) - حاجي خليفة، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، عني بتصحيحه وطبعه: محمد شرف الدين بالتقبا ورفعت بيلكه الكليسي، وكالة المعارف، 1943، ج2، ص1549.

(2) - ابن أبي الضياف، إتحاف أهل الزمان، ج2، ص149.

(3) - أبو عنان فارس: بن علي بن عثمان بن الحسن المريني، كان يلقب بالمتوكل، ثار على أبيه أبي الحسن وملك المغرب الأقصى وبجاية، وقسنطينة وتلمسان، وتونس، توفي سنة 759هـ. ابن خلدون، تاريخ ابن خلدون (ديوان العبر)، بيروت، دار الكتاب اللبناني، 1983، ج7، ص278. القلقشندي، صبح الأعشى، ج1، ص198.

(4) - أبو علي الحسن بن عطية الونشريسي، الفقيه الفرضي، أخذ عن ابن الحاج البلقيني وغيره، ذكر أبو العباس الونشريسي بعض فتاويه في المعيار، ولد سنة 724هـ وتوفي في 790هـ. أحمد بابا التنبكي، نيل الأبتهاج، ص107. محمد مخلوف، شجرة النور، ص238.

(5) - ابن الخطيب، مثلى الطريقة، ص37. الونشريسي، المنهج الفائق، تحقيق: عبد الرحمان الأطرم، ص50.

سيرهم رعاية لشرط العدالة فيهم، وألا يهمل ذلك، لما يتعين عليه من حفظ حقوق الناس، فالعهدة عليه في ذلك كله وهو ضامن دركه»⁽¹⁾.

وكما قال ابن بري⁽²⁾: «كفى بعلم الوثائق شرفا وفخرا، انتحال أكابر التابعين لها، وقد كان الصحابة رضي الله عنهم يكتبونها على عهد النبي صلى الله عليه وسلم وبعده»⁽³⁾.

وتأكد أهمية التوثيق في تسمية القائمين بهذه العملية بين الناس بالعدول والشهود، دليل على مكانتهم في المجتمع، لما اتصفوا به من العدالة التي تؤدي إلى حفظ الحقوق والتوثيق لها بشهادتهم الصادقة.

- جعله علما يدرس ويؤلف فيه: ونظرا لما للتوثيق من أهمية بالغة، وخاصة علم التوثيق منه، وهو التوثيق بالكتابة في الحفاظ على الحقوق، فقد اعتنى به علماء الإسلام بالكتابة فيه والتأليف، وبيان أحكامه وآدابه، كما اهتموا به ودرسوه علما وفقها ومارسوه خطة وصنعة، وقد كان يدرس كعلم من العلوم الشرعية الواجبة التحصيل، يجزنا عن ذلك أبو بكر بن العربي فيقول: «وصار الصبي إذا عقل وسلخوا به أمثل طريقة لهم، علموه كتاب الله تعالى ثم نقلوه إلى الأدب، ثم إلى الموطأ ثم إلى المدونة، ثم إلى وثائق ابن العطار، ثم يختم له إلى أحكام ابن سهل⁽⁴⁾»⁽⁵⁾.

وقد كان علم الشروط يدرس وبرز فيه علماء كثيرون، فقد جاء في ترجمة محمد بن خلف بن يونس: «أخذ علم الشروط عن أبي الأصبح عيسى بن موسى المتزلي»⁽⁶⁾، وقد مر معنا في الفصل التمهيدي كثير من تراجم هؤلاء الذين انبروا لهذا الفن، تأليفا وتدريسا وممارسة.

وقد كان العلماء يحنون على تعلمه أو بالأحرى تعلم وسائله المحققة له يقول في ذلك السرخسي منوها بقدر علم الشروط - وهو أحد وسائل التوثيق - وأهميته: «فينبغي لكل أحد أن يصرف همته إلى تعلم الشروط لعظم المنفعة فيها ولأن الله تعالى عظمها لقوله جل جلاله: ﴿وَلَا يَأْبَ

⁽¹⁾- ابن خلدون، المقدمة، ص246.

⁽²⁾- ابن بري: أبو الحسن علي بن محمد بن علي الرباطي المغربي المالكي، مقرئ ناظم، له منظومة، الدرر اللوامع في قراءة نافع في 300 بيت، ولد سنة 660هـ، وتوفي في 730هـ. البغدادي، إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون، ج1، ص468.

⁽³⁾- الوئرشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص32.

⁽⁴⁾- ابن سهل عيسى أبو الأصبح بن عبد الله الأزدي، كان فقيها عارفا بالنوازل والأحكام، له كتاب "الإعلام بنوازل الأحكام"، عول عليه الفقهاء والقضاة والحكام، توفي بغرناطة سنة 486هـ. ابن فرحون، الدياج المذهب، ج2، ص65.

⁽⁵⁾- ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص333-334.

⁽⁶⁾- الوئرشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص20.

كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ﴿١﴾ ، فقد أضاف تعليم الشروط إلى نفسه، كما أضاف تعليم القرآن إلى نفسه ﴿الرَّحْمَنُ عَلَّمَ الْقُرْآنَ﴾ ﴿٢﴾ ﴿٣﴾.

وقد كان بعضهم لا يرى أن الفقيه يستحق هذا الاسم والمتزلة إلا إذا برع في الوثائق، وهو جزء من نظام التوثيق للحق وفرد من أفرادها، فكان محمد بن أبي دليم⁽⁴⁾ لا يرى أن يسمى طالب العلم فقيها حتى يكتمل ويكمل سنه ويقوى نظره، ويرع في حفظ الرأي، ورواية الحديث، ويتميز فيه ويعرف طبقات رجاله، ويحكم عقد الوثائق، ويعرف عللها، ويطالع الاختلاف ويعرف مذاهب العلماء والتفسير ومعاني القرآن، فحينئذ يستحق أن يسمى فقيها⁽⁵⁾.

ومما يؤكد عناية المسلمين بعلم التوثيق وهو جزء من نظام التوثيق والأسس فيه، أنه صار يدرس كمادة علمية ضمن المنهج الدراسي لطلبة جامع القرويين بفاس، حيث يدرسون كتاب وثائق البناني مع شرح الهوارى عليه، وذلك ما بين سنة (1337-1351هـ / 1918-1932م)⁽⁶⁾، حتى نوه بأهميته الشعراء، في منظوماتهم وقصائدهم⁽⁷⁾.

المطلب الثاني: فوائد التوثيق

تّما سبق، نخلص إلى أن التوثيق نظام عظيم وعلم جليل القدر، وأنه تبوأ مكانة عالية ومترزة منيفة لدى الفقهاء، وخاصة علم التوثيق منه إذ هو قلبه الذي تصب فيه مادته وتصاغ، حيث وجد منهم العناية الكاملة والاهتمام التام بدراسته وبحته، لعظيم فائدته وكثرة مزاياه، وقد جاء به الشرع

(1)-سورة البقرة، الآية 282.

(2)-سورة الرحمن، الآيتين: 1-2.

(3)-السرخسي، المبسوط، ج30، ص168.

(4)-ابن أبي دليم: محمد بن محمد عبد الله أبو عبد الله، كان عالما فقيها، زاهدا، من أهل قرطبة من الأندلس، ضابطا، ثقة، ولد عام 288هـ، توفي سنة 372هـ. ابن الفرضي، تاريخ قضاة الأندلس، ج2، ص86. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج2، ص187-188.

(5)-ابن فرحون، المصدر نفسه، ج2، ص188.

(6)-عبد اللطيف الشيخ، التوثيق لدى فقهاء المذهب المالكي، ص84.

(7)-فقال بعضهم في مدح الوثيقة والموثق:

حمدت لكتاب الوثيقة صنعتي	وليس بكتاب الوثيقة ما يذم
لأقلامهم طول الزمان تصرف	مع البيع والتزويج والقرض والسلم
فله ككتاب الوثيقة إنهم	بأرزاقهم في كل يوم جرى القلم
ابن عرضون، اللائق لعلم الوثائق، ص4.	

لحكم جليلة كثيرة، أشار الإمام السرخسي في مبسوطه لبعضها من أوجه عديدة بعد أن أشاد بعلم التوثيق، أو كما سماه علم الشروط، مبينا عظيم نفعه فقال: «اعلم بأن علم الشروط من أكد العلوم وأعظمها صنعة، فإن الله تعالى أمر بالكتاب في المعاملات فقال عز وجل: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾⁽¹⁾، ورسول الله ﷺ أمر بالكتابة في المعاملات بينه وبين من عامله، وأمر بالكتاب فيما قلد فيه عماله من الأمانة، فأمر بالكتاب في الصلح فيما بينه وبين المشركين، والناس تعاملوه من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا، ولا يتوصل إلى ذلك إلا بعلم الشروط، فكان من أكد العلوم وفيه المنفعة من أوجه»⁽²⁾.

هذا، وإذا كان صاحب المبسوط قد تكلم عن علم الشروط والوثيقة المكتوبة وفوائدها، فكذلك سائر الوثائق من شهادة وكفالة ورهن وحوالة... وغيرها من وسائل التوثيق، فكلها لها فوائد ومنافع كثيرة وآثار طيبة في قطع المنازعات وإيصال الحقوق لأصحابها.

فلا مرأ أن للتوثيق منافع عدة وحكم كثيرة وفوائد جمّة يمكننا إجمالها فيما يأتي:

1- في التوثيق للمعاملات تحقيق لمقاصد الشريعة على أرض الواقع، إذ في تطبيقه امتثال لأمر الله تعالى، إذ أمر بكتابة المعاملات، واقتداء برسوله ﷺ الذي كتب معاملاته وأمر الناس بذلك، كما دعا إلى الإشهاد وأشار إلى الرهن وإلى التكافل عن طريق الكفالة والحوالة، وغيرها من وسائل التوثيق، وكذا بصحابه الأبرار ﷺ، الذين باشروا التوثيق في عقودهم وتصرفاتهم، وفي ذلك حفظ لشرع الله تعالى ودينه، كما فيه حفظ مقصد المال من جانب عدم، وحفظ مقصد النفس والعرض والنسب كذلك، إذ به يتميز النكاح من السفاح ويتم ذلك على بينة كما يثبت به نسب الأبناء وحقوقهم.

2- بالتوثيق وخاصة علم التوثيق منه يمكن معرفة الأنساب في مسائل الموارث وغيرها⁽³⁾.

3- في التوثيق صيانة للأموال وحفظها من الضياع⁽⁴⁾، إذ هانا الشرع عن إضاعته كما أمرنا

شرعا بحفظها وصيانتها والدفاع عنها بكل الوسائل حتى بالنفس، قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾⁽⁵⁾، وقال أيضا: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا﴾⁽¹⁾، وقد روى

(1)- سورة البقرة، الآية: 282.

(2)- السرخسي، المبسوط، ج30، ص168.

(3)- الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص29.

(4)- السرخسي، المبسوط، ج30، ص168.

(5)- سورة البقرة، الآية 188.

مسلم عن أبي هريرة قال: «جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي. قال: فلا تعطه مالك، قال: أرأيت إن قاتلني، قال: فأنت شهيد، قال: أرأيت إن قتلته، قال: هو في النار»⁽²⁾.

والتوثيق للمعاملات بالطرق المتعارف عليها، من كتابة وإشهاد وضمنان استرداد المال بالكفالة والحوالة والرهن وغيرها من الطرق، من المحافظة على الأموال وصيانتها.

4- في التوثيق للمعاملات تأمين للحقوق فتحصل الطمأنينة لأصحابها في استيفاء حقوقهم عند المطالبة بها، ووسيلة إثبات لها عند التنازع أمام القضاء، فقد يقرض شخص آخر مبلغا من المال، فإذا لم يكن قد أخذ رهنا توثيقة لحقه، أو كفيلا يضمن له استرداده، أو لم يكن قد كتب وثيقة بذلك على المقرض للمقرض أو لم يشهد عليها، وطالبه بذلك، فإنه قد تسول له نفسه أن ينكر القرض، وبهذا يضيع مال المقرض، وكذا إذا رفع أمره إلى القضاء مطالبا بماله وليس له وثيقة تثبت ذلك، ككتابة الحق أو شهود عليه أو غيرها، فإن المقرض قد ينكر، بل قد يحلف اليمين الكاذبة، فتدعوى المقرض ويضيع ماله نتيجة إهماله بعدم التوثيق لحقه.

5- في التزام التوثيق في المعاملات والتصرفات قطع للمنازعات والخصومات بين المتعاملين ووضع حد للدعوى الكيدية في الزواج وغيره، إذ يمكنهما الرجوع إلى تلك الوثائق التي كتبت بالعدل عند التنازع، فهي بمثابة الحكم بينهما، فتسكن الفتنة ويتوقف النزاع، ولا يجحد أحدهما حق الآخر، إذ المكتوب عليه إذا عرف تأكد الأمر عليه بوضوح الحق بشهوده، لم تحدته نفسه بالإنكار والجحود، مخافة أو حياء أن تبرز الحجة فيفتضح أمره بين الناس⁽³⁾.

6- التوثيق يرفع الريبة بين المتعاملين، كما أشار القرآن الكريم إلى هذه الحكمة في قوله تعالى: ﴿ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَدَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾⁽⁴⁾، فقد يشتهب على المتعاملين مقدار البدل ومعرفة الأجل وحلوله، فقد ينسيانه بطول الزمن، فإذا رجعا إلى الوثيقة المكتوبة بينهما زال الشك والريبة، لأن الإنسان ليس في وسعه التحرز عن النسيان، فعليه الاستعانة بالكتابة لأن الكتاب

(1)-سورة النساء، الآية: 5.

(2)-مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأيمان، باب: الدليل على من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه، وإن قُتل كان في النار، وأن من قُتل دون ماله فهو شهيد، ج1، ح(140)، ص124.

(3)-القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج5، ص44. السرخسي، المبسوط، ج30، ص168.

(4)-سورة البقرة، الآية: 282.

للقلب كالمرآة للعين يحصل به التذكر كما يحصل بها الإدراك⁽¹⁾، هذا في حياتهما، وكذلك الأمر بالنسبة لورثتهما بعد وفاتهما، أو وفاة أحدهما⁽²⁾.

7- في التوثيق تحرز من العقود الفاسدة، وإصلاح لها، ونفي للفساد عنها، ويبرز ذلك في التوثيق بالكتابة خاصة إذ يبين الموثق للمتعاقدين صحة العقود وشروط ذلك، لأنهما ربما يجهلان الأسباب المؤدية إلى فساد العقد، فيشترطان بعض الشروط المخلة بالعقد، فيبين لهما الصحة من ذلك، ويبيعهما عن كل ما يخل بحجية الوثيقة⁽³⁾، إذ أنه أمر بالكتب بالعدل كما قال تعالى: ﴿وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾⁽⁴⁾.

8- في التوثيق تحقيق للعدالة وزرع للثقة بين المتعاملين ونشر للطمأنينة بينهم، إذ يتعاملون مع بعضهم البعض وكل منهم مطمئن على حقوقه، إذ يعلم كل العلم أن لديه الحجة الضامنة لذلك، وإن الوثيقة المأمونة، سواء أكانت مكتوبة أو متمثلة في الشهود، أو كانت رهنا أو جلب كفيل لرد المال، أو أحيل على شخص آخر غير المدين، إن جعلت بطريقة فيها العدل والضبط للشروط والأوصاف الخاصة بالمعاملات والتصرفات المنشأة بينهم، فلا يخاف من ضياع ماله إن هو أقرضه لآخر، ولا يخشى الإنكار والجحود لأي تصرف أو معاملة بينه وبين غيره، وبذلك يكثر فعل الخير بين الناس وتشيع المودة والتعاون وتتقوى عرى الوحدة بينهم، ويأمن الناس على أموالهم وحقوقهم وأعراضهم من الاعتداء عليها، إن بالقوة أو الادعاء، فينتشر الأمن والأمان في المجتمع وتنصلح ذات بينهم التي يحرص الإسلام دوما على إقامتها.

9- في التوثيق للمعاملات بالرهن حث للمدين على الإسراع في سداد الدين ليتمكن من فك رهنه، إذا كان موثقا به، وحتى لا يطالب كفيله الذي أحسن إليه، وفيه تأمين الدائن على استرداد حقه.

10- عقود التوثيق كالرهن، والكفالة والحوالة، صورة من صور التعاون على البر والتقوى الذي أمرنا به في قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾⁽⁵⁾، فهي من عقود الارتفاق التي تيسر

(1) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص382. السرخسي، المبسوط، ج16، ص92.

(2) - السرخسي، المبسوط، ج30، ص168. الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص30.

(3) - السرخسي، المبسوط، ج30، ص168.

(4) - سورة البقرة، الآية: 282.

(5) - سورة المائدة، الآية: 2.

على الدائن والمدين تحقيق مقاصدهم، وهي تعين المحتاجين على قضاء حوائجهم والحصول على ما يريدون، فهي تحقق مبدأ اليسر ورفع الحرج الذي اتسمت به شريعتنا الغراء.

11- في التزام التوثيق في كل المعاملات والتصرفات، دفع لعجلة التنمية الاجتماعية والاقتصادية، وتحريك لدولاب التمويل والاقتصاد في الأمة، إذ يساعد التوثيق على سرعة جريان المعاملات وسهولتها ويشجع على التبادلات التجارية في جو تسوده الثقة والطمأنينة بين المتعاملين، وفي ذلك يقول الطاهر ابن عاشور «إن تحديد التوثيق في المعاملات من أعظم وسائل بث الثقة بين المتعاملين، وذلك من شأنه تكثير عقود المعاملات ودوران دولاب التمويل»⁽¹⁾.

12- في التوثيق بالشهادة دور كبير في حفظ الأنفس والأعراض والأموال وصيانتها من الضياع، أمر الله بها إثباتا للحقوق وتنبیها على التحصين وزوالا لثبهم، وتعتبر دليلا أمام القضاء عند النزاع، وإذا اقترنت بالكتابة قويت وأصبحت عوناً وتثبيتاً وأكثر توثيقاً للشاهد وبعداً له من الشك والريبة، وقطعا للنزاع ووقاية من الجحود⁽²⁾.

13- علم التوثيق يزيد في توسيع المعاني الفقهية من حيث تطبيقها على الحياة العملية، كما يحكم الربط بين الأعراف الجارية في العوائد وفي الأوضاع التجارية والفلاحية والصناعية، وبين مقتضيات الحكم الشرعي في إجراء النوازل⁽³⁾، لأن الموثق يكتب وفق العرف الجاري، وكذا الشروط المنصوص عليها في شريعتنا.

14- إن علم الوثائق كونه يقوم على تحديد الصيغ والعبارات في إنشاء مخصوص، جعل منه سندا تاريخيا مهما في الكشف عن الأسماء والأمكنة المختلفة، ومعرفة الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية وكذا الأعراف التي سادت في أزمنة معينة، فلا تاريخ بدون وثائق، لأنها هي التي تسجل أحداث الدول والأفراد وأعمالها الرسمية وغير الرسمية، فهي المنبع المادي البكر الذي يرد فيه الكثير مما أهمله بعض المؤرخين للتاريخ.

المطلب الثالث: علاقة التوثيق ببعض العلوم

إن التوثيق كمبدأ ونظام يتعلق بالحقوق، له أسس وقواعد يقوم عليها، ومنهج تنضبط به

⁽¹⁾ - محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1973، ج3، ص98.

⁽²⁾ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج5، ص44.

⁽³⁾ - محمد الفاضل بن عاشور، ومضات فكر، ص70.

كيفية في حماية الحقوق والحيطرة لها، وله وسائل تحقق ذلك، فهو بذلك يعدّ علما من العلوم له محل يتضمنه ونطاق يشملها، وهي العقود والتصرفات وكيفية ضبطها على القوانين الشرعية، ومن هنا فهو يحتاج إلى بعض العلوم التي يستمد منها هذه الكيفية، حتى تعينه على تحقيق غايته وهو حفظ الحق واستيفائه، وهي علوم وثيقة الصلة بوسائل وأهمها التوثيق بالكتابة وهو أسّ نظام التوثيق وقاله الذي تفرغ فيه مادته، حيث تعين القائم بالتوثيق على تحقيق ثمرته، و من تلك العلوم الفقه باعتبار أن التوثيق بوسائله من إظهار وكتابة ورهن وكفالة وحوالة... وغيرها من الوسائل، هي من صميم فقهننا الإسلامي، وكذا الإنشاء باعتبار بناء الوثيقة، كما له علاقة ببعض العلوم الأخرى، كالقضاء وعلم التاريخ، الذي تعتبر الوثائق حينئذ من أهم المصادر التي يستعين بها القاضي على إصدار الأحكام، والمؤرخ لتصحيح الكثير مما أهمل في كتب المؤرخين، فهو مستمد من بعضها ومأخوذة مبادئه من بعضها الآخر، و الموثق يحتاج إلى معرفته هذه العلوم حتى تعينه على إتقان هذه الصناعة وجني ثمارها، قال النويري⁽¹⁾ بعد ذكر صفات الموثق: «... ويحتاج مع ذلك إلى معرفة علوم وقواعد تعينه على هذه الصناعة لا بد له منها، ولا غنية له عنها»⁽²⁾.

أولا: علم الفقه: فالتوثيق له صلة كبيرة بعلم الفقه، إذ يعد من فروع، وذلك من حيث كون ترتيب معانيه وأحكامه موافقا لقوانين الشرع وضوابطه، و ما وسائله وطرقه التي يتم بها من كتابة وشهادة ورهن وكفالة وحوالة... وغيرها، إلا فروع من صميم الفقه ولا يمكن تطبيقها توثيقة للحق، إلا للعارف بالفقه ومسائله، ولأن الوثيقة مثلا وهي القالب التطبيقي للتوثيق، يشترط فيها أن تكون مكتوبة على وفق الشرع، فلا تتضمن شرطا يفسدها أو يبطلها، بل تتضمن الشروط التي تصححها⁽³⁾. وقد ذهب إلى ذلك الإمام الزمخشري في تفسيره للآية: ﴿وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبًا بِالْعَدْلِ﴾⁽⁴⁾، حيث قال -رحمه الله-: «وفيه أن يكون الكاتب فقيها عالما بالشروط حتى يجيء

(1)- النويري: أحمد بن عبد الوهاب بن أحمد بن عبادة البكري الشافعي شهاب الدين أبو العباس، كان مؤرخا أدبيا مشاركا في علوم كثيرة، من مصنفاته: نهاية الأرب في فنون الأدب، توفي سنة (733هـ). ابن حجر، الدرر الكامنة، ضبطه وصححه: عبد الوارث محمد علي، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، ج1، ص197. السيوطي، حسن المحاضرة، تحقيق: محمد أبي الفضل إبراهيم، القاهرة، 1967م، ج1، ص565.

(2)- النويري، نهاية الأرب في فنون الأدب، مطابع كوستاتوماس، نسخة مصورة عن طبعة دار الكتب وزارة الثقافة والإرشاد القومي، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والترجمة، 1933، ج9، ص1.

(3)- طاش كبري زاده، مفتاح السعادة ومصباح الريادة، تحقيق: كامل كمال بكري و عبد الوهاب أبو النور، مصر، دار الكتب الحديثة، ص499. حاجي خليفة، كشف الظنون، ج2، ص1045.

(4)- سورة البقرة، الآية: 282.

مكتوبه معدلا بالشرع، وهو أمر للمتدائنين بتخير الكاتب، وأن لا يستكتبوا إلا فقيها ديناً⁽¹⁾.

وبين التوثيق وعلم الفقه علاقة تداخل، بل التوثيق ثمرة الفقه، وذلك لأن الفقه تحدد به الأحكام، وتضبط به وجوه التصرفات، وتتميز العقود الصحيحة عن الفاسدة، وبالتوثيق تثبت تلك الأحكام وتضبط وتدون وترتب عليها آثارها من حيث صيانة حقوق الناس وأموالهم وأعراضهم، ولذلك عدّ العلماء علم التوثيق وهو أهم وسائل التوثيق وأداته التي يتحقق بها على أرض الواقع، من فروع علم الفقه، قال صاحب الوثائق المختصرة في مقدمة كتابه: «فجمعت فصولها وربطت أصولها، وأثبت من الحدقة إنسانها، ومن القناة سنانها، لأن ثمرة الفقه الوثائق»⁽²⁾.

وقال طاش كبري زاده وكذا حاجي خليفة: إن مبادئ علم التوثيق مأخوذة من الفقه، فهو باعتبار مدلوله وفحواه من فروع علم الفقه، وذلك من حيث كون ترتيب معانيه موافقا للشرع⁽³⁾.

وقد جعل العلماء من شروط الموثق أن يكون عارفا بالأحكام مضطلعا على الحلال والحرام، إذ لا تعرف أحكام التوثيق وطرقه ووسائله إلا بمعرفة الفقه، قال صاحب البهجة: «فمعرفة طريق معرفة ما يصح من الوثائق وما يبطل منها»⁽⁴⁾. وقد وردت أحكام المعاملات والتصرفات مع بيان شروطها وأركانها في كتب الفقهاء، فيجب أن تراعى هذه الأحكام عند عملية التوثيق للمعاملة، لأن معرفة الفقه طريق لمعرفة ما يصح من الوثائق والعقود وما يبطل منها، فعليه بنيت وبه رسمت، وليس للتوثيق أركان وشروط خارجة عن الفقه، لأن مدار الوثائق كلها مكتوبة كانت أم عقودا إنما هو على الفقه، وإنما ذكرت بعض ألفاظها وبنيت صيغتها على شكل مخصوص عند كتابتها لزيادة البيان والابتعاد عن الخلاف⁽⁵⁾.

قال الجزيري⁽⁶⁾: «ومدار التوثيق على معرفة الفقه والأحكام والفهم لمعاني الكلام»⁽⁷⁾. فمن لم

(1) -الزنجشيري، الكشاف، بيروت، دار الكتاب العربي، ج1، ص325.

(2) -أبو إسحاق الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص7.

(3) -طاش كبري زاده، مفتاح السعادة، ص499. حاجي خليفة، كشف الظنون، ج2، ص1045.

(4) -التسولي: البهجة في شرح التحفة، بيروت، دار الفكر، ج1، ص11.

(5) -التسولي، المصدر نفسه، ج1، ص11-12.

(6) -أبو الحسن علي بن يحيى بن القاسم الصنهاجي الجزيري، فقيه مالكي مغربي، سكن الجزيرة الخضراء بالأندلس، وتولى قضاءها فنسب إليها، وله في الشرط مختصر مفيد اسمه "المقصد الحمود في تلخيص العقود"، توفي سنة 585هـ. أحمد بابا التنبكي، نيل الابتهاج، ص200.

(7) -الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص71، 73.

يكن عارفاً بالفقه والأحكام الشرعية فإنه لا يوثق بتوثيقه ولا يعتبر⁽¹⁾.

ولهذا، برز علماء أجلاء كان لهم باع طويل في عمليات التوثيق للحقوق والمعاملات، كما كانت لهم اليد الطولى في علم الفقه، فمن ذلك أنهم ألفوا الكتب التي تميّزت باختلاط علم التوثيق - وهو أس نظام التوثيق - مع الفقه، إذ قلما تجد كتاباً في الوثائق خالصاً من الفقه، فقد كان لا يكتب في الوثائق إلا من يكتب في الفقه.

وقد عجت كتب التراجم بعدد هائل من العلماء الذين جمعوا بين الفقه وعلم التوثيق، فصنفوا فيه أو درّسوه أو كانوا فقهاء موثقين، انتحلوه خطة وإن لم يؤلفوا فيه مصنفاً⁽²⁾، ومن هؤلاء: فضل بن سلمة «الفقيه العالم بالمسائل والوثائق»⁽³⁾، ومنهم محمد بن يحيى بن عمر بن لبابة الملقب بالبرجون كان حافظاً للفقه على مذهب مالك وأصحابه عالماً بعقد الشروط بصيراً بعقلها، وكان له في الفقه كتب مؤلفة منها المنتخبة وكتاب الوثائق⁽⁴⁾.

وجاء في ترتيب المدارك في ترجمة أحمد بن سعيد الهمداني المعروف بابن الهندي، الذي كتب في الوثائق والشروط: «وله فيها كتاب مفيد جامع محتو على علم كثير وفقه جم، عليه اعتماد الحكام والمفتين وأهل الشروط بالأندلس والمغرب»⁽⁵⁾، وغيرهم خلق كثير.

وقد جاءت كتبهم ممزوجة بالفقه، وكثر ذلك حتى عرفت باسم الوثائق المختلطة بالفقه، ولذلك جاءت هذه المصنفات كبيرة والعلم فيها غزير، مثال ذلك ما جاء في وثائق ابن العطار في باب السلم والعقد فيه، بذكر الوثيقة ثم يتبعها بفقهها، فبعد بيان صورة ونموذج الوثيقة، يأتي بعنوان "فقه" ثم يشرح ما يتعلق بفقهه وأحكام هذه الوثيقة، كبيان آجال السلم والنوع الذي يسلم فيه وشروط ذلك وكذا في مسألة اتفاق العاقدين واختلافهما في الأجل أو الجنس أو العدد، وهل يجوز الفسخ أم لا... مستدلاً في كل ذلك بما جاء في المدونة وغيرها من أمهات المذهب وأقوال الفقهاء⁽⁶⁾. كما أفرد المالكية لكتب الشروط والوثائق وكيفية صياغتها، وكل ما يتعلق بها من أحكام

(1)-الونشريسي المصدر نفسه، ج1، ص78.

(2)-وقد سبقت الإشارة إليهم في الفصل التمهيدي ص51-57.

(3)-محمد مخلوف، شجرة النور، ج1، ص82.

(4)-ابن الفرضي، تاريخ علماء الأندلس، ج2، ص706. محمد مخلوف شجرة النور، ج1، ص86. قاسم علي سعد، جمهرة تراجم فقهاء المالكية، ج3، ص232.

(5)-القاضي عياض، ترتيب المدارك، ج2، ص246. قاسم علي سعد، جمهرة تراجم فقهاء المالكية، ج1، ص205-206.

(6)-ابن العطار، الوثائق والسجلات، ص43-46.

شرعية ووسائل توثيقية، كتبها خاصة ليؤكدوا علاقة التوثيق بالفقه، حيث لا يمكن أن ينفصل عنه وعن أحكامه، فعلى الفقه تبني وثائق تلك الأبواب، وليس للتوثيق أركان وشروط خارجة عن الفقه الذي ذكره⁽¹⁾، وإنما الفرق فقط أن طريقة التوثيق بشئى طرقه وخاصة علم التوثيق، مبنية على الاحتياط والجزم والخروج عن الخلاف، وارتكاب الوجه المتفق عليه قطعاً للتزاع والخصومات⁽²⁾.
ولذا نجد كثيراً من كتب الوثائق انتفع بها العلماء والفقهاء ونقلوا عنها، كابن عبد الرفيح في معينه⁽³⁾، والونشريسي في معياره⁽⁴⁾، وابن فرحون في تبصرته⁽⁵⁾ وغيرهم.

فمثلاً نجد كتاب المتبوية أو النهاية والتمام الذي اشتهر واعتمده المفتون في الإفتاء والحكام في القضاء، وانتفع الفقهاء منه ونقلوا عنه في كتبهم المؤلفة في الأحكام والنوازل والتوثيق، كالونشريسي في المعيار⁽⁶⁾، في مسألة "من يقر في السر ويحدد في العلانية" حيث نقل عن المتبوية الخلاف في هذه المسألة، وكذا في مسألة "الاسترعاء في العتق" حيث ينقل عن المتبوية أنه جائز، ويفسخ العتق به وإن لم يعرف الشهود السبب الذي يذكره المعتق في استرعائه، كما ينقل عنها أيضاً جواز الاسترعاء في الحبس لتقية أو لأمر يذكره⁽⁷⁾. وكذا نقل عنه ابن فرحون في التبصرة⁽⁸⁾، في مسألة اليمين وصفتها وما يتعلق بها من الأحكام، جاء فيها ما نصه: «وفي المتبوية: «واختلف في إخراج المرأة من بيتها عند وجوب اليمين عليها، فقال في المدونة: تخرج المرأة فيما له بال، فتحلف في المسجد، فإن كانت ممن لا تخرج نهاراً فلتخرج ليلاً، وتحلف في بيتها، إن لم تكن ممن تخرج»⁽⁹⁾. وكذا نجد اعتماد الخطاب في مواهب الجليل على المتبوية، فنجده مثلاً ينقل عنها فصل ما يتناوله البيع وما لا يتناوله وفي حكم بيع الثمرة وشراء العرية بخرصها والجائحة⁽¹⁰⁾، وكذا في بيان أحكام الوصية⁽¹¹⁾، وفي الرد بالغيب⁽¹²⁾.

(1) -التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص12. محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب عند المالكية، ص209-210.

(2) -ميارة، شرح تحفة الحكام، دار الفكر، دت، دط، ج1، ص8. محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب عند المالكية، ص210.

(3) -ابن عبد الرفيح، معين الحكام، على القضايا والأحكام، ج1، ص121، 174-189.

(4) -الونشريسي، المعيار، ج3، ص71، 106، ج6، ص530-531.

(5) -ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص158-165.

(6) -الونشريسي، المعيار، ج9، ص218.

(7) -الونشريسي، المصدر نفسه، ج6، ص521-522، 524.

(8) -ابن فرحون تبصرة الحكام، ج2، ص93.

(9) -ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص221-222، 224، 232، 238، 320، 346...، ج2، ص84، 88...

(10) -الخطاب، مواهب الجليل، شرح مختصر خليل، ضبطه: زكريا عميرات، بيروت، دار الكتب العلمية، ج4، ص498.

(11) -الخطاب، المصدر نفسه، ص403.

(12) -الخطاب، المصدر نفسه، ج4، ص456.

وكذا ينقل النفرأوي المالكي في الفواكه الدواني عن المتيطية أو النهاية والتمام، كما في كتاب الأفضية والشهادات، باب: في أحكام الأفضية⁽¹⁾، كمسألة يمين القضاء التي جاء فيها عن مختصر المتيطية: «ولا بد من يمين الطالب مع البينة، لأن الصبي في حكم الغائب، والميت والمساكين؛ أي والحق لا يثبت على هؤلاء إلا بالبينة ويمين القضاء»⁽²⁾. وكذا الدسوقي في حاشيته باب الصلح⁽³⁾. ونجد هؤلاء الفقهاء كما يستدلون بأقوال الشيوخ والمفتين يستدلون أيضا بأقوال الموثقين، ويعتمدونها في فتاويهم وأحكامهم، مثال ذلك ما جاء عن الونشريسي في المعيار: «هكذا قال أصحاب الوثائق والأحكام»⁽⁴⁾، و«على أن المشهور المعمول به عند الموثقين والحكام»⁽⁵⁾، و«على ما جرى به عمل أهل الوثائق»⁽⁶⁾.

كما جاء عن ابن عبد الرفيح في مسألة "كون المهر للتجهيز" ما نصه: «قال بعض الموثقين: ولو قامت البنت على أبيها وزعمت بعد دخولها بيتها بزمان أن الأب لم يجهزها بنقدها وطالبته به، فإن كان الأب ميتا فلا شيء لها، وإن كان حيا فالقول قوله مع يمينه للزوج وإن لم يكن لها يومئذ زوج لم يحلف لها الأب وبه الحكم»⁽⁷⁾.

كما نجد العكس، حيث يورد بعض الموثقون أقوالا يستشهدون بما أفناه بعض الفقهاء، كما جاء في وثائق ابن العطار في مسألة "إنكاح الوصي من قبل الأب" نجده يستشهد بأقوال الفقهاء لبيان فقه الوثيقة المذكورة، فيأتي مثلا بقول بعضهم أنه يرى على الوصي مشورة الولي، وكذا قول ابن حبيب: «ليس قول الموصي: فلان وصي على بضع بناتي أو على تزويجهن مما يجوز له إنكاحهن قبل البلوغ ودون المشورة، حتى يكون في وصيته أمره بتزويجهن»⁽⁸⁾.

وقد كان أهل المغرب يطلقون على الموثق اسم "الفقيه"، إيماننا منهم بوجوب تحليه بصفة وشروط الفقيه⁽⁹⁾، وهذا وإن دلّ على شيء، فإنما يدل على مدى التمازج والتداخل بين الفقه

(1) - النفرأوي، الفواكه الدواني، ج2، ص222.

(2) - النفرأوي الفواكه الدواني، ج2، ص241

(3) - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص314.

(4) - الونشريسي، المعيار، ج6، ص568.

(5) - الونشريسي، المصدر نفسه، ج6، ص547.

(6) - الونشريسي، المصدر نفسه، ج5، ص231.

(7) - ابن عبد الرفيح، معين الحكام، ج1، ص172.

(8) - ابن العطار، الوثائق والسجلات، ص13.

(9) - عبد اللطيف الشيخ، التوثيق لدى فقهاء المذهب المالكي، ص87.

والتوثيق للمعاملات بشتى وسائله.

-علم الإنشاء⁽¹⁾ أو الأدب:

إن نظام التوثيق له وسائل تحققه على أرض الواقع كما أسلفت، وأهمها علم التوثيق أو التوثيق بالكتابة، وموضوعه هو الأحكام المتعلقة بالعقود وسائر التصرفات، من حيث ضبطها وكتابتها وتدوينها، وصياغة ذلك في وثيقة بألفاظ خاصة حسنة مرتبة، حتى يصح الاحتجاج بها عند الحاجة إليها، فالتوثيق من خلال هذه الوسيلة، يستمد مبادئه من علم الإنشاء كما يستمدها من علم الفقه⁽²⁾.

ولذا عدّه العلماء من فروع الأدب والإنشاء، وذلك من حيث الشكل، وهي الوثيقة وكيفية كتابتها من حيث اعتبار تحسين الألفاظ⁽³⁾، إذ الوثيقة كما سبق هي القالب الذي تفرغ فيه مادة وموضوع التوثيق، قال طاش كبري زاده: «وهو باعتبار لفظه من فروع علم الإنشاء وباعتبار مدلوله من فروع علم الفقه، أو هو علم يبحث فيه عن إنشاء الكلمات المتعلقة بالأحكام الشرعية»⁽⁴⁾، وتدوينها في الوثيقة، وهي عبارة عن ترتيب المعاني وتأليف الألفاظ التي تتكون منها هذه الوثيقة، وهذا كله يختص به علم الإنشاء.

ولذلك اشترط العلماء فيمن ينتدب لهذه الخطة، بالإضافة إلى شرط الفقه شروطاً أخرى كثيرة، من بينها الإحاطة بعلم الإنشاء، قال ابن بري في شروط الموثق: «أن يكون عالماً بالترسيل⁽⁵⁾ لأنها صناعة إنشاء»⁽⁶⁾، وفي تبصرة الحكام: «وينبغي للكاتب أن يكون حسن الكتابة قليل اللحن، عالماً بالأمر الشرعية...»⁽⁷⁾.

وقد نقل في ذلك الونشريسي في المنهج عن الجزيري قوله: «ومدار التوثيق على معرفة الفقه والأحكام والفهم لمعاني الكلام، فإذا رام العاقد المحسن عقداً من العقود ربط أصوله وهذب فصوله وسد مسالك الخلل، وعفي موارد الزلل، حتى لا يجد الناقد مدخلاً للخلل ولا لينا في ألفاظ الوثيقة،

(1)-علم الإنشاء: هو علم يبحث فيه عن المنشور من حيث إنه بليغ وفصيح. طاش كبري زاده، مفتاح السعادة، ج1، ص221.

(2)-طاش كبري زاده، المصدر نفسه، ج1، ص272.

(3)-حاجي خليفة، كشف الظنون، ج2، ص1045.

(4)-طاش كبري زاده، مفتاح السعادة، ج1، ص221.

(5)-قال في مفتاح السعادة: الترسيل هو من فروع علم الإنشاء وهو علم يذكر فيه أحوال الكاتب والمكتوب إليه من حيث الآداب

والأحوال والاصطلاحات الخاصة الملائمة لكل طائفة. طاش كبري زاده، المصدر نفسه، ج1، ص248.

(6)-الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص63.

(7)-ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص188.

يتأتى فيها الغل⁽¹⁾»⁽²⁾، بأن لا يكون فيها خلل ولين يكون مدخلا لانتقادها وجرّها بالغل أي الطوق إلى ما يريده الناقد.

إذ اختيار الألفاظ في الوثيقة وحسن ترتيبها ونظمها مما يزيد من جمالها وحسن بيانها، وكذا صلاحيتها للاحتجاج بها عند الحاجة، وترتب الآثار على ما فيها من العقود والتصرفات، ولذا كان من شروط كتابة الوثيقة العلم بالنحو والعربية، والحذق والمهارة في الكتابة، وما يقتضيه فن الإنشاء، "ورسوم الوثائق إنما يستبين الكامن من جوهرها ويخرج المستتر من ألفاظها بحركات المستخرج لها بحسن الإشارة وحلاوة اللفظ والعبارة، ونظم الحرف بمتله حتى ينتصب صوراً ناطقة تعرب عن أنفسها، وتدل على عيونها،...»⁽³⁾. فعلم التوثيق بالكتابة ينبي على إنشاء مخصوص وعبارات واضحة دقيقة، لا تحمل اللبس والوهم حتى تؤدي الوثيقة الوظيفة التي كتبت لأجلها وهي التوثيق للحقوق، إذ هو جزء منه ووسيلة من وسائله.

3- علم القضاء: لقد بينت سلفاً ما بين الفقه و التوثيق من علاقة وطيدة، فما الوثائق مكتوبة كانت أو عقوداً إلا ثمرة الفقه، وهي تمثل الجانب التطبيقي له، والقضاء باب من أبواب الفقه، اهتم به العلماء فبحثوه ضمن أحكام الفقه، كما أفرد له علماء المالكية مصنفات خاصة، تركز على الاهتمام بالجانب التطبيقي للأحكام الشرعية من حيث كونها موضوعاً قضائياً.

ومن ثم، فإن علاقة التوثيق بعلم القضاء هي علاقة تداخل، حيث إن التوثيق يعتبر بمادته جزءاً لا يتجزأ من علم القضاء وفقهه، والوثائق لا تكاد تنفصل عن الأفضية، إذ الوثائق «هي العقود التي يسجلها الموثقون العدول⁽⁴⁾، لإثباتها عند التقاضي، ترتبط بها حقوق أو شروط، أو هي سجلات تحوي الأحكام القضائية التي يبت فيها الحاكم أو القاضي بعد اطلاعه على الوثيقة وتأكيده من صحتها وسلامتها، وقد عالجها الفقهاء وخاصة المالكية منهم في كتب الأفضية، واشتهر منهم عدد كبير اختص بهذا المجال كابن زنين في الأندلس في كتابه "منتخب الأحكام"، وابن فتوح في "الوثائق المجموعة"، والمتيطي في "النهاية والتمام"، وابن فرحون في "تبصرة الحكام"، وابن عاصم الأندلسي في أرجوزته البديعة "تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام"⁽⁵⁾ وكذا الزقاق في لاميته المشهورة...

(1)- الغل: الطوق من حديد يجعل في العنق. الفيومي، المصباح المنير، مادة: غل، ج2، ص618.

(2)- الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص78-79.

(3)- الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص78-79.

(4)- محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب، ص208.

(5)- بنعبد الله، معلمة الفقه المالكي، ص21، 326.

وغيرهم ممن يربطون بين التوثيق أو التوثيق بالكتابة وبين الفقه في مؤلف واحد، بحيث يقدمون الأحكام الشرعية المتعلقة بالقضايا الفقهية المختلفة ثم يعقبون ذلك بذكر صيغة الحكم أو العقد الذي ينبغي كتابته، وهو الوثيقة، ثم يبينون الأحكام المتصلة بها، فكأنهم بذلك يطلعون القارئ على ما يعرض في مجالس القضاة والحكام، وما يجري فيها من الأفضية والأحكام والدعاوى، كابن سلمون في كتابه "العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام"⁽¹⁾، والقاضي أبو عبد الله المكناسي (ت 917هـ) في مجالس القضاة والحكام⁽²⁾ وغيرهم.

ولهذا عجت كتب التراجم وبرامج الشيوخ بأسماء كثيرة لا تحصى لهؤلاء العلماء وخاصة من المالكية، الذين جمعوا بين الفقه والتوثيق والقضاء، واعترف لهم بالتمكن فيها، ففي ترجمة عيسى أبي الأصبع ابن سهل بن عبد الله الأسدي: «كان جيد الفقه مقديماً في الأحكام، وله كتاب "الإعلام بنوازل الأحكام"»، وفي موضع آخر «عارفاً بالنوازل بصيراً بالأحكام عول الحكام على كتابه فيها»⁽³⁾.

وفي ترجمة القاضي عياض أنه كان: «بصيراً بالأحكام عاقداً للشروط وولي قضاء سبته ثم غرناطة»⁽⁴⁾. وفي الديباج أيضاً في ترجمة عبد الوارث أبي الأزهر بن معتب بن أبي الأزهر «... ذا فقه بارع، وعلم بالأصول، مجوداً للوثائق والأحكام وعلم القضاء»⁽⁵⁾.

وفي ترجمة ابن الفرضي محمد بن إبراهيم بن مسرور المعروف بابن الجناح من أهل قرطبة: «كان حافظاً للفقه بصيراً بالوثائق عالماً بالأفضية والأحكام»⁽⁶⁾... وغيرهم.

ومما يؤكد علاقة التوثيق بالقضاء متمثلاً في علم التوثيق وأنه الأس فيه، أن علماءنا -رحمة الله عليهم- كانوا لا يولون خطة القضاء إلا من عرف التوثيق للمعاملات وباشره بكتابة الوثائق فيها، لأن القاضي في أحكامه التي يصدرها بين الخصمين يعتمد على وثيقة مكتوبة أو على شهادة الشهود وهما وسيلة من وسائل التوثيق، فلزم العلم به.

(1) - موجود على حاشية تبصرة الحكام لابن فرحون، ط 1302هـ.

(2) - محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب، ص 210. عبد اللطيف الشيخ، التوثيق لدى فقهاء المذهب المالكي، ص 89.

(3) - ابن فرحون، الديباج المذهب، ج 2، ص 65، 66.

(4) - ابن فرحون، المصدر نفسه، ج 2، ص 43.

(5) - ابن فرحون، المصدر نفسه، ج 2، ص 41.

(6) - ابن الفرضي، تاريخ علماء الأندلس، ج 2، ص 285-286.

يقول صاحب المرقبة العليا: «إن من جهل علم الوثائق لا يجوز توليته منصب القضاء»⁽¹⁾.

وقد سبق أن ذكرنا في ترجمة الشيخ إبراهيم الرياحي أنه في أواخر صفر سنة (1221هـ / 1806م) ، بعث الباي ليوليه خطة القضاء، فامتنع وتعلل له بأنه لا يسوغ له أن يتقدم على شيخه أبي الفداء إسماعيل التميمي وأبي العباس أحمد بوخريص، وأنهما أصلح للخطة منه لمباشرتهما التوثيق وهو الأس في فقه القضاء⁽²⁾.

كما أن الأحكام القضائية التي يصدرها القاضي بعد النظر في الدعاوى، وتدوينها في سجلات أو محاضر بعد الختم عليها من طرف القاضي هي داخلة في عملية التوثيق، وتعد وسيلة من وسائله أيضا، إذ بها يثبت الحق لصاحبه وتصبح حجة في يده على خصمه، قال صاحب شرح التحفة: «إن القاضي إذا حكم على الخصم وطلب أحد الخصمين من القاضي تسجيل الحكم، أي في سجل (أي صك) فإن ذلك يجب على القاضي لمن طلبه، ليحصن به لنفسه ما حكم له به، لما فيه من دفع مفسدة تجديد الخصومة وتعنت المطلوب فيها بعد انقضاء النزاع، باستئنافه مرة أخرى، فإن فعله القاضي لنفسه من غير أن يطلب به جاز»⁽³⁾.

ويستعين القاضي بالوثائق لمعرفة تواريخ الأحداث والوقائع حتى يصدر الأحكام وفقها، فتكون أقرب إلى الصواب، إذ الوثيقة - كما سأبينه في شروطها وكيفية صياغتها - لا بد أن تحتوي على التواريخ الضابطة للوقائع وكذا تاريخ تدوينها.

وقد كان القضاة يستعينون بكتاب لهم يدونون أحكامهم في سجلات وقد كان هؤلاء الكتاب يتصفون بمعرفة الشروط والسجلات أو الوثائق، ومن ذلك ما نقله لنا القلقشندي من الرسالة التي بعث بها الخليفة المسترشد بالله لقاضي القضاة أبي القاسم الزيني وهي عهد له بولاية حاضرة بغداد يأمره باتخاذ الكاتب فيقول: «وأمره أن يتخذ كاتباً بالظلف موسوماً، وبأدق ما يناط به قنوماً، خبيراً بما يسطره، عالماً بما يذكره عارفاً بالشروط والسجلات»⁽⁴⁾.

ثم أصبحوا يجلبون المتقاضين على الموثقين ليحرروا لهم الأحكام الصادرة في حقهم من طرف القضاء⁽⁵⁾، بل إن بعض الفقهاء والموثقين كانوا في بداية حياتهم كتابا لدى القضاة، يسجلون لهم

(1)-النباهي، المرقبة العليا، ص146.

(2)-ابن أبي الضياف، إتحاف أهل الزمان ج7، ص78.

(3)-مبارة، شرح تحفة الحكام، ج1، ص49.

(4)-القلقشندي، صبح الأعشى، ج1، ص273.

(5)-عبد اللطيف الشيخ، التوثيق لدى فقهاء المذهب، ص89.

الأحكام ويوثقونها، قبل أن يصيروا بعد ذلك قضاة بدورهم، ومن هؤلاء: عبد الله بن محمد بن معدن من أهل قرطبة المتوفى سنة (406هـ) الذي تولى عقد الشروط، وكان كاتباً للقاضي يونس بن عبد الله⁽¹⁾. هذا وقد أورد القلقشندي لفظة لطيفة، وهي أن الكثير من الصحابة والتابعين ممن مارسوا التوثيق للحقوق وطبقوه في شكل عقود ووثائق، من الذين انتحلوا خطة التوثيق منهم صاروا بعد ذلك خلفاء، فأبو بكر كان يكتب لرسول الله ﷺ ثم صارت الخلافة إليه، وعمر بن الخطاب كان يكتب للنبي ﷺ ثم صارت الخلافة إليه، وعثمان بن عفان كان يكتب للنبي ﷺ ثم كتب لأبي بكر بعده، ثم صارت الخلافة إليه، وعلي بن أبي طالب كان كاتباً للنبي ﷺ ثم صارت الخلافة إليه⁽²⁾، ومعاوية كان يكتب للنبي ﷺ ثم صارت الخلافة إليه بعد الحسن، ومروان بن الحكم كان يكتب لعثمان بن عفان ثم صار الأمر إليه فيما بعد، وعبد الملك بن مروان كان يكتب لمعاوية بن أبي سفيان ثم انتقل الأمر إليه⁽³⁾. إشارة منه إلى أن التوثيق بالكتابة، من الوظائف التي كان يتولاها أصحاب المكانة العالية والمرتبة المرموقة من ذوي العلوم المنيفة كالفقهاء والقضاة لما لذلك من علاقة بهذين العلمين، وأنه من المناصب العظيمة التي كان يرتقي إليها محترفوا التوثيق للمعاملات وهم الكتاب والموثقون، وفي ذلك دلالة على علو خطر التوثيق بوسائله كلها وخاصة الكتابة منه وارتفاع قدرها⁽⁴⁾.

4- علاقته بعلم التاريخ:

إن التوثيق كنظام له كيفية يتم بها ووسائل تحققه بشكلية معينة وخاصة علم التوثيق منه، له صلة وطيدة بعلم التاريخ فبالوثائق تعرف الأحداث التاريخية، وتضبط الوقائع وتواريخها، وبواسطتها يمكننا التثبت من الأخبار، والاطلاع على الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية والعلمية للأمم السالفة، فالوثائق هي أحد المصادر الرئيسية لفهم التاريخ وتفسيره والتأكد من رواياته، فلا تاريخ بدون وثائق، فهي الأوراق التي تشمل دراسة كل السجلات التي كان يحتفظ بها في الدواوين المختلفة⁽⁵⁾.

إذا، فالتوثيق من جانب آخر له علاقة بالتاريخ، إذ يتوثق للأخبار والأحداث بكتابتها

(1)- ابن بشكوال، الصلة، ج5، ص267.

(2)- لم يذكر القلقشندي عليا-رضي-ضمن هؤلاء الكتاب مع أنه كان كاتباً.

(3)- القلقشندي، صبح الأعشى، ج1 ص40.

(4)- القلقشندي، المصدر نفسه، ج1 ص40.

(5)- محمد حضر، علم الشروط عند المسلمين وصلته بعلم الوثائق العربية، مجلة الدارة، المغرب، ع4، 1975، ص151.

وتسجيلها في وثائق، لتكون أدلة و موادا للتاريخ أو بعبارة أخرى يمكننا اعتبار الوثائق مصادر مادية للتاريخ، أو سندا تاريخيا كتب في أعصار وأزمنة مختلفة، فبه يمكننا معرفة أنماط الحياة عند الأمم السالفة وطرق معاملتهم وأنكحتهم، ونظام حكوماتهم وسياستها، ووسائل عيشهم، وأسماء رجالهم، وأماكنهم...⁽¹⁾. ولو تتبعنا سائر النماذج التي وردت في كتب التوثيق لهذه الوثائق، لوجدنا أن مؤلفيها حاولوا ترسيخ الشروط الشرعية الصحيحة التي سطرها الفقهاء في التصرفات و المعاملات بين الأفراد، ثم اجتهدوا في صياغة كل العبارات الخادمة لذلك بمنهج خاص في وثائق البيع، و وثائق الزواج و الرهن و الطلاق، والشفعة، و الوقف، و الشركات...، ومن هنا يتبين لنا أهمية دراسة كتب الوثائق بالنسبة لتاريخ الحضارة الإنسانية عامة والإسلامية خاصة، وإلقاء الضوء عن كثير من الأحوال الاقتصادية السائدة في أنحاء متفرقة من العالم الإسلامي وغيره، لأنّ كاتب الوثائق كان يراعي عند تأليفه الوثائق تلك الأحوال، ويكتب النماذج وفقا للأعراف السائدة في المعاملات و سائر الأفضية في زمنه⁽²⁾.

ولهذا اتخذ المؤرخون هذه الوثائق كأدلة وسند للتحليل والنقد والبحث عن الحقائق، فمن خلال وثائق البيع والشراء و سائر التصرفات المالية، أمكنهم التعرف على عادات الأمم وأعرافهم في ذلك الأمر، وطرق اقتصادهم، ومن خلال وثائق النكاح استطاعوا معرفة كيفية مباشرة هذا الأمر في المجتمع الذي ذكرت فيه الوثيقة وعادات الناس في ذلك، وكذا من وثائق أحكام القضاء أمكنهم إدراك كيفية تنظيم الجهاز القضائي في ذلك الزمن وطريقة الدعاوى وإصدار الأحكام، وكيفية تسجيلها، وكذا تعرفوا على أسماء الخلفاء والحكام وكيفية سياستهم من خلال وثائق البيعات، ومن خلال نصوص عهود هذه الوثائق التي مكنتهم من معرفة تلك التنظيمات السياسية والإدارية والقضائية والعسكرية التي كانت تكتب عن الخلفاء والسلطين لولاية العهد بالملك ولأرباب المناصب، كقواد الجيش، والعسكر، والقضاة، والمحتسبة، و الكتاب والدعاة وغيرهم من أرباب الوظائف والسيوف والأقلام⁽³⁾، لتسند إليهم ولاية من هذه الولايات، ومن ذلك ما يذكره القلقشندي في العهد الذي كتبه أبو بكر بن القصيرة المغربي الكاتب عن أمير المسلمين يوسف بن تاشفين سلطان المغرب، بولاية عهده لابنه أبي الحسن على ما بيده من الغرب والأندلس في ذي

(1) -عبد اللطيف الشيخ، التوثيق لدى فقهاء المذهب، ص89.

(2) -محمد خضر، علم الشروط عند المسلمين وصلته بعلم الوثائق العربية، ص158.

(3) -القلقشندي، مآثر الأنافة في معالم الخلافة، تحقيق: عبد الستار أحمد فراج، ط1، بيروت، عالم الكتب، 1980، ج2، ص318-319، صبح الأعشى، ج10، ص158-192.

الحجة سنة (496هـ) - (1).

وكذا ما نجده من خلال وثيقة إسلام نصراني لابن العطار، وكذا وثيقة إسلام يهودي ومجوسي، ففي وثيقة إسلام النصراني نجد «أشهد فلان بن فلان الفلاني شهداء هذا الكتاب في صحته وجواز أمره وثبات ذهنه وعقله أنه نبذ دين النصرانية رغبة منه، ودخل في دين الإسلام رغبة منه... وكان إسلامه طائعا أمنا غير فارّ من شيء ولا مكره ولا متوقع لأمر على يدي فلان الفلاني، وإن كان حكما قلت: على يدي فلان بن فلان قاضي الجماعة بقرطبة...» (2)، ومثلها وثيقة إسلام يهودي وأخرى بإسلام مجوسي (3).

فمن خلال هذه الوثائق يتبين لنا كيف استدل المؤرخون على الحرية الدينية بالأندلس، وكيف أن الموثقين كانوا يؤكّدون على صدق وحرية الاختيار عندما يسلم نصراني أو غيره من غير إكراه أو خوف أو طمع، ومن هذه الوثائق يتبين لنا التأكيد على الحرية التامة التي يتم بها اعتناق هؤلاء للإسلام، والإلحاح على صدق اختيارهم له طواعية من غير إكراه.

وفي الوثائق الفاسية وتسمى (الفرعونية)، جاء في وثيقة صداق البكر ذات الأب «الحمد لله حق حمده... وبعد: فقد تزوج على بركة الله تعالى، وحسن عونه وتوفيقه الجميل وبمنه الكريم، فلان بن فلان الفلاني البنت فلانة بنت فلان الفلاني البكر العذراء، في حجر والدها المذكور، وتحت ولاية نظره، حلاً للنكاح على صداق مبارك، جملته عشرون مثقالاً دراهم تاريخه، مناصفة بين نقد وكالء (4)، قبض والدها المذكور من الزوج المذكور جميع النقد المذكور قبضا تاماً، معاينة، أو اعترافاً في خلالتين من فضة بسلسلتيهما فضة أيضاً، في ستين أوقية وإزار من كتان في ثلاثين أوقية، وحائك من صوف في عشرين أوقية، وسببنتين من حرير بالصقلي في ثلاثين أوقية، وحزام حرير بعشرين أوقية، وشريية حرير بالصقلي في أربعين أوقية، وقبل ذلك ورضيه في النقد المذكور، وأبرأ الزوج المذكور منه فبرئ، والكالء المذكور يؤده لها مقسطاً عليه بالسواء، والاعتدال، والتوالي، والاتصال على أعقاب عشرين عاماً، تأتي من تاريخه خمس أواقي آخر كل عام إلى تمامه...» (5).

(1) - القلقشندي، صبح الأعشى، ج 10، ص 160. مآثر الأنفاة في معالم الخلافة، ج 2، ص 452 - 460.

(2) - ابن العطار، الوثائق والسجلات، ص 405 - 409.

(3) - ابن العطار، المصدر نفسه، ص 409 - 413.

(4) - الكالء: الصداق المؤجل، أو هو الشيء في الذمة أو هو الدين كما هو هنا. الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد أبو الأحناف والطاهر العموري، ط 1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1993، ص 252.

(5) - بناني محمد بن أحمد، الوثائق الفاسية (الفرعونية)، أعدها: عبد الكريم مسرور، الرباط، مركز إحياء التراث المغربي، ص 5.

فيمكن للمؤرخ من خلال هذه الوثيقة أن يتعرف على الزمن والمكان الذي دون فيه هذا العقد من خلال التاريخ وكذا النقود المستعملة آنذاك وكذا ذكر البلد، بالإضافة إلى معرفة عادات ذلك المجتمع وأعرافه في الكيفية التي يتم بها الزواج وكذا طبيعة الصداق وأوصافه وما يحتويه من الأشياء التي تحتاجها العروس، كما يمكنه التعرف على نوعية الألبسة التي كانت منتشرة في ذلك الزمن، وما يقابلها من قيمتها نقودا وهكذا...، ومن أمثلة تلك الوثائق التي دونت عمليات التوثيق للمعاملات، ما جاء في الوثائق السجلية من عقود البيوع ما نصه: «الحمد لله، إشتري فلان بن فلان الفلاني، من البائع له فلان بن فلان الفلاني جميع الجنان، المشتمل على أرض ونخيل و فسلان، وأشجار، الشهرير بكذا الكائن ببلدة كذا، قبله كذا وشرقيه كذا، وجوفيه كذا، وغربيه كذا، وبجميع ما له من المنافع والمرافق، وكافة الحقوق كلها، وشرابه المعلوم له وهو نوبة كذا، بساقية كذا، تدور على كذا، تارة ليلا وتارة نهارا، على العرف والعادة، إشتراء صحيحا تماما... بثمان قدره كذا وكذا، ديناراً ذهبياً بسكة تاريخه، قبض البائع المذكور جميع الثمن المذكور قبضا تاما معاينة... شهد به عليهما وهما بحال صحة وطوع وجواز، وعرفهما وفي كذا...»⁽¹⁾.

فهذا مثال على وثيقة في البيع، تمثل نمودجا على صياغة العقود بمختلف أنواعها في شكلها النظري، وذلك من خلال شكل ونمط محدد نجد في كل كتب التوثيق أو الوثائق، حيث يقع ذكر كلمة: "فلان بن فلان"، عوضا عن إسم معين، ثم يحدد المكان بكلمة "في مدينة كذا" مع الإتيان بجميع التفاصيل للمبيع وفي ذلك إشارات للمؤرخ والفقهاء، يستطيع أن يستخلص منها الحالة الاقتصادية التي كان يعيشها بلد ما في عصر ما، والعرف السائد عندهم في التعامل وكذا طريقة التوثيق والكتابة الشائعة من بلد إلى آخر.

فالوثائق هي الشاهد الأكبر على التاريخ، والدليل الأعظم على الشخصية الحضارية لأي شعب من الشعوب «فهي الأصول التزيهة التي يجد المؤرخ بين ثنايا سطورها من الحقائق ما يسد الثغرات الناقصة، ويستكمل الحلقات المفقودة، ومن هنا كان اهتمام الدول المتقدمة بدور الوثائق التاريخية، المعروفة عندهم باسم الأرشيف، وذلك بحكم الصلة المتينة بين التدوين التاريخي وعلم الوثائق»⁽²⁾، وكذا علاقته القوية بنظام التوثيق، إذ بواسطة هذه الوثائق التاريخية يتم التوثيق للأخبار والروايات والمعاملات والوقائع والأحداث، وحفظ الحقائق والحقوق والتثبت منها رغم مرور الأيام والسنين.

(1) -المصمودي، الوثائق السجلية، أعدها مصطفى ناجي، الرباط، مركز إحياء التراث المغربي، ص 10-11.

(2) -الونشريسي، المنهج الفائق لطيفة الحسيني، تحقيق: لطيفة الحسيني، المقدمة، ص أ.

المبحث الثاني: تاريخ التوثيق نطاقه ومجالاته

إن التوثيق نظام قديم حديث، ظهر بظهور حاجة الناس إلى التعامل فيما بينهم، ثم إقرارهم لما على بعضهم البعض من حقوق سماحة وطوعاً، ثم استعمالهم للشهود على المعاملة، ثم الإتيان بمن يعرف الكتابة لتدوين العقد أو التصرف في صكوك وسجلات، أو بحبس ممتلكات بعضهم بعض رهينة لاستيفاء الدين، أو إحضار الضامن أو الكفيل الذي يوثق به فيكفل إرجاع الحق من طرف آخذه، إلا أن طريقة ذلك كانت بسيطة، ثم تطورت شيئاً فشيئاً إلى أن أصبحت نظاماً متكاملًا له قواعده ومنهجه، وله وسائله وصيغته وأحكامه ومصنفاته، وبيان ذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تاريخ التوثيق

التوثيق قديم قدم التاريخ نفسه، حيث ظهر في الأمم السالفة، ثم بعد مجيء الإسلام، ثم تواصل تطوره إلى عصرنا الحاضر، لعلاقته بحياة الناس ومعاشهم، وللحاجة الداعية إليه وهي التعامل وما ينتج عنه من مشاحة.

الفرع الأول: التوثيق في الحضارات القديمة

إن المتتبع لتاريخ التوثيق للمعاملات يجده موغل في القدم، حيث يضرب بأطنابه جذور التاريخ القديم، فقد عرفته الحضارات القديمة والأمم السالفة للإسلام في عاداتها ومعاملاتها المالية وغير المالية، لارتباطه بحقوق الإنسان كمقصد جاءت الشرائع كلها لتحقيقه وصيانتته. وقد ارتبط ظهور التوثيق لهذه الحقوق بظهور الكتابة نفسها، فقد أخبرنا القرآن الكريم عن كتاب سليمان -عليه السلام- إلى بلقيس، أنه بدأه بالبسملة وأنه كان محتوماً وهي الطريقة التي تكتب بها الوثائق، قال تعالى: ﴿إِنَّهُ مِنْ سُلَيْمَانَ وَإِنَّهُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ﴾⁽¹⁾، وقد ذكر العلماء أن أول من كتب "بسم الله الرحمن الرحيم" مبتدئاً بها كتابه هو نبي الله سليمان -عليه السلام-⁽²⁾.

وقد قال تعالى حكاية عن بلقيس: ﴿إِنِّي أُلْقِيَ إِلَيْكَ كِتَابٌ كَرِيمٌ﴾⁽³⁾، قيل في معنى "كريم" إن المراد به المطبوع عليه بالخاتم⁽⁴⁾. والكتابة وختمها من وسائل التوثيق للحقوق.

(1)-سورة النمل، الآية: 30.

(2)-القلقشندي، صبح الأعشى، ج1، ص422 .

(3)-سورة النمل، الآية: 29.

(4)- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج13، ص191.الزمخشري، الكشاف، ج3، ص141، ابن كثير، تفسير القرآن، ج3، ص1528.

كما سجل لنا القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة قصصا رائعة في التوثق للمعاملات، يتبين لنا من خلالها قدم الأخذ به منذ بدء الخليقة، وممارسته ومدى مكانته لدى الشعوب والأمم، كما تفصح لنا عن سبب مشروعيته، فقد أخرج الإمام البيهقي عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ في قول الله عز وجل: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى...﴾⁽¹⁾، «أن أول من جحد آدم -عليه السلام- إن الله تبارك وتعالى أراه ذريته فرأى رجلا أزهر ساطعا نوره، فقال: يا رب من هذا؟ قال: هذا ابنك داود، قال: يا رب فما عمره؟ قال ستون سنة، قال: يا رب، زدني في عمره، قال: لا إلا أن تزيده من عمرك، قال: وما عمري؟ قال: ألف سنة، قال آدم: فقد وهبت له أربعين سنة، قال: وكتب الله عليه كتابا وأشهد عليه ملائكته، فلما حضرت الموت وجاءته الملائكة قال: إنه بقي من عمري أربعون سنة، قالوا: إنه قد وهبته لابنك داود، قال: ما وهبت لأحد شيئا، قال: فأخرج الله الكتاب، وأشهد عليه ملائكته وفي رواية بزيادة: فأكمل لآدم ألف سنة ولداود مائة سنة، وفي رواية أخرى لأبي هريرة بألفاظ مختلفة، فجحد آدم فجحدت ذريته فيومئذ أمر بالكتاب والشهود»⁽²⁾. والكتاب والشهود من وسائل التوثق للمعاملات، وبهذا، يتأكد لنا أن تشريع التوثق مبدأ ضارب في عمق التاريخ البشري، حيث ظهر بظهور الإنسان الأول آدم -عليه السلام-.

كما يحكي لنا القرآن الكريم قصص الأولين من حيث توثقهم للمعاملات، فقد كانوا يأخذون بشهادة الشهود ويعتمدها في بيان الحقائق، فيخبرنا تعالى عن ذلك في قصة يوسف -عليه السلام- فيقول تعالى: ﴿أَرْجِعُوا إِلَيَّ أَيْكُمْ فَقُولُوا يَتَابَانَا إِنَّا بَكُّ أُنْكَ سَرَقَ وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلَّمْنَا وَمَا كُنَّا لِلْغَيْبِ حَافِظِينَ﴾⁽³⁾. ويقول أيضا في تربة يوسف -عليه السلام- من التهمة التي نسبت إليه في شأن زوجة العزيز: ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ﴾⁽⁴⁾ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾⁽⁵⁾. والشهادة وسيلة من وسائل التوثق.

كما تخبرنا السنة النبوية عن قصص الأمم السابقة، ما يفيد ممارستها للتوثق في معاملاتها وسائر

(1)-سورة البقرة، الآية: 282.

(2)-البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب: الاختيار في الإشهاد، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط3، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003، ج10، ص247. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص382.

(3)-سورة يوسف، الآية: 81.

(4)-سورة يوسف، الآيتان: 26-27.

تصرفاتها، منها ما أخرج به البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أنه ذكر رجلا من بني إسرائيل سأل بعض بني إسرائيل أن يسلفه ألف دينار. فقال: ائني بالشهداء أشهدهم، فقال: كفى بالله شهيدا، قال: فأئني بالكفيل، قال: كفى بالله كفيلا، قال: صدقت، فدفعها إلى أجل مسمى، فخرج في البحر فقضى حاجته ثم التمس مركبا يركبها، يقدم عليه للأجل الذي أجله، فلم يجد مركبا، فأخذ خشبة فنقرها فأدخل فيها ألف دينار وصحيفة منه إلى صاحبه ثم زجج موضعها ثم أتى بها إلى البحر، فقال: اللهم تعلم أنني كنت تسلفت فلانا ألف دينار فسألني كفيلا فقلت: كفى بالله كفيلا، فرضي بك، وسألني شهيدا فقلت: كفى بالله شهيدا، فرضي بك، وإني جهدت أن أجد مركبا أبعث إليه الذي له، فلم أقدر، وإني أستودعكها، فرمى بها في البحر حتى ولجت فيه، ثم انصرف وهو في ذلك يلتمس مركبا يخرج به إلى بلده، فخرج الرجل الذي كان أسلفه ينظر لعل مركبا قد جاءه بماله، فإذا بالخشبة التي فيها المال، فأخذها لأهله حطبا فلما نشرها، وجد المال والصحيفة، ثم قدم الذي كان أسلفه ليأتي بالألف دينار، فقال: والله ما زلت جاهدا في طلب مركب لآتيك بمالك فما وجدت مركبا قبل الذي أتيت فيه، قال: هل كنت بعثت إلي بشيء؟ قال: أخبرك أنني لم أجد مركبا قبل الذي جئت فيه، قال: فإن الله قد أدى عنك الذي بعثت في الخشبة، فانصرف بالألف دينار راشدا»⁽¹⁾. فقد وصلت الأمانة إلى صاحبها عن طريق أمواج البحر.

فكل من الشهادة والكفالة نوع من أنواع التوثيق للمعاملات ووسيلة من وسائله، كما سألينه في فصول قادمة، -إن شاء الله-.

ومن ذلك أيضا، ما روي عن ابن الحارث عن أبيه قال: «سمعت عثمان رضي الله عنه يقول: اجتنبوا الخمر فإنها أم الخبائث، فإنه كان رجلا ممن خلا قبلكم يتعبد ويعتزل النساء، فعلقته امرأة غوية فأرسلت إليه جاريتها فقالت له: إنا ندعوك للشهادة، فانطلق مع جاريتها فطفقت كلما دخل بابا أغلقته دونه، حتى أفضى إلى امرأة وضيئة عندها غلام وباطية خمر فقالت: إني والله ما دعوتك للشهادة، ولكن دعوتك لتقع علي أو تشرب من هذه الخمرة كأسا أو تقتل هذا الغلام، قال: فاسقني من هذا الخمر كأسا، فسقته كأسا، قال فزيدوني، فلم يدم حتى وقع عليها وقتل النفس، فاجتنبوا الخمر فإنها والله لا يجتمع الإيمان وإدمان الخمر إلا أن يوشك أن يخرج أحدهما صاحبه»⁽²⁾.

ففي هذا الأثر، إشارة إلى أن الناس قبل الإسلام كانوا يستشهدون على أمورهم وتصرفاتهم،

⁽¹⁾-البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الكفالة، باب: الكفالة في القرض، والديون بالأبدان وغيرها، ج3 ص56.

⁽²⁾-النسائي، سنن النسائي، بشرح السيوطي، كتاب الأشربة، باب: ذكر الآثام المتولدة عن شرب الخمر، تحقيق: حسن عبد المنعم شليبي ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 2001، ج5، ص101.

من يرضونهم من النساك والعباد، وأهل الثقة فيهم، دليل على أن الشهادة وهي نوع من التوثيق ووسيلة من وسائله، كانت مشروعة أيضا في الديانات السابقة، وأن نظام التوثيق كان معمولا به عندهم.

ويذكر الباحثون في التاريخ القديم، أن المجتمعات البدائية كانت تحتكم إلى رئيس القبيلة الذي كان يمثل الحاكم أو السلطة القضائية، حيث كان قبل أن يصدر أحكامه ويفصل بين الخصمين طبقا للأعراف السائدة آنذاك، كان يستمع أولا إلى الشهود في القضية، ثم على ضوءها يصدر أحكامه، وقد كانت التصرفات والمعاملات في هذه المجتمعات تتم بالمشافهة أمام عدد من الشهود⁽¹⁾.

كما يذكر الباحثون المهتمون بالكتابة أن الإنسان الأول اهتدى إليها تحت ضغط حاجته الملحة، من أجل تسهيل معاملاته التجارية والمالية والزراعية أيضا، حيث عثر في الكهوف على صور ورسومات رائعة على الأحجار والجدران، ترجع إلى عام 3600 قبل الميلاد⁽²⁾. تدل على توثيقهم لهذه المعاملات.

وقد اكتشفت أقدم وثيقة في تاريخ الكتابة والتوثيق، يرجع تاريخها إلى ما بين 15 ألف سنة إلى 8 آلاف سنة قبل الميلاد، تمثل مقايضة ثلاثين من حيوان القندس بحيوان البيزون، وبجوان برّي ونعجة⁽³⁾.

- وهذه الحضارة السومرية التي قامت في بلاد الرافدين وتعتبر المؤسسة للحضارة العربية⁽⁴⁾ قد عرفت الكتابة ووضعت الأسس لكتابة أولية، لحاجتهم إلى تدوين أفكارهم ومنجزاتهم وأعمالهم وحماية مصالحهم، التي حفظت في مكتبة "أشور بانيال" الملك السومري، وقد وظفوا هذه الكتابة في التراسل بين عاصمة الدولة والمقاطعات الأخرى⁽⁵⁾، وقد عثر على قانون حمورابي الملك البابلي، الذي دونه ووجدت نصوص منه بالكتابة السومرية على ألواح خاصة⁽⁶⁾، امتلأ بها عدد من المكتبات في دواليب الدولة البابلية ومؤسساتها، استطاع الباحثون من خلال ما بقي منها أن يستقوا معلومات

(1) -العلمي الحراق، التوثيق العدلي بين الفقه المالكي والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الأسرة، المغرب، 2009، ج1، ص38.

(2) -ول ديورانت، قصة الحضارة، ترجمة: زكي نجيب محفوظ، بيروت، دار الفكر، 1988م، ج2، ص34.

(3) - عماد حاتم، فقه اللغة وتاريخ الكتابة، ط1، روما، مطبعة البيان، 1982م، ص164. نقلا عن: عبد اللطيف الشيخ، التوثيق لدى فقهاء المذهب المالكي، ص40.

(4) -أسعد طلس، تاريخ العرب، ط3، لبنان، دار الأندلس، 1983، ج1، ص16.

(5) -لييب عبد الساتر، الحضارات، ط9، بيروت، دار المشرق، ص48-59.

(6) -لييب عبد الساتر، المرجع نفسه، ص48-50.

مفيدة عن الحضارة البابلية، باعتبارها وثائق تاريخية شاهدة على هذه الحضارة العظيمة، إذ قدمت للإنسانية أثمن ميراث وهو فن الكتابة، حيث استطاع السومريون بفضل اكتشافهم لمادة الطين، واهتمامهم للكتابة عليها، أن يحتفظوا بالسجلات ويوثقوا العقود والمعاملات، ويكتبوا الوثائق الرسمية، ويسجلوا الأحكام القضائية والبيوعات والممتلكات⁽¹⁾.

كما أن الشهادة كانت في شريعة حمورابي من أهم وسائل التوثيق للحقوق وإثباتها، حيث كانت جريمة شاهد الزور قطع لسانه، وقد كانت الوثائق القانونية تحاط بشهادة الشهود، مهما كانت أهمية موضوعها، وقد كان عدد الشهود يختلف من عقد إلى آخر، فقد يكتفى بشاهد واحد، وقد يتطلب الأمر عددا من الشهود، قد يصل في بعض الوثائق إلى خمسة وعشرين شاهدا⁽²⁾.

كما تم العثور على وثائق كثيرة تدل على ما بلغته الحضارة السومرية من درجة عالية في التنظيم، من ذلك قانون حمورابي، الذي يتحدث في بعض مواده عن التوثيق للمعاملات بكتابتها، كالزواج والبيع والشراء والوديعة، والعقاب المترتب على عدم إجراء ذلك التوثيق، الذي كان إجباريا، حيث تصل عقوبته إلى عدم سماع الدعوى إذا حصل نزاع بين المتعاقدين، كما تصل إلى درجة القتل⁽³⁾.

- كما عرفت الحضارة الفرعونية، نظام التوثيق في المعاملات وغيرها، حيث كانوا يعتمدون على الشهادة لتوثيق وإثبات كل العقود والتصرفات كما كانت لازمة للحكم ببراءة المتهم أو إدانته في القضايا الجنائية، وكان الشهود يؤدون اليمين قبل إدلائهم بالشهادة، ويقال أن في هذا العهد فرضت قيود على حرية اختيار الشهود وشرعت جزاءات للامتناع عن الشهادة⁽⁴⁾.

وقد كانت المعابد آنذاك أهم الجهات الرسمية التي كانت لها حق الإشراف على شؤون الحياة العامة، فقد كان الكهنة وسدنة المعابد هم أول من مارسوا التوثيق للمعاملات التجارية والاقتصادية والزراعية والمالية⁽⁵⁾، بالشهادة والكتابة واليمين كما رأينا، فكان التعاقد يتم في جو ديني أو شكلي طقوسي، مما يضفي عليه صفة القداسة، ويعطيه قوة التنفيذ⁽⁶⁾. وكل من الكتابة والشهادة واليمين من

(1)-ول ديورانت، قصة الحضارة، ج2، ص34.

(2)-العلمي الحراق، التوثيق العدلي، ج2، ص39.

(3)-سعد سليمان الحامدي، التوثيق وأحكامه في الفقه الإسلامي، ص66-68.

(4)-العلمي الحراق، التوثيق العدلي، ج2، ص42.

(5)-العلمي الحراق، المرجع نفسه، ج2، ص42.

(6)-سعد سليمان الحامدي، التوثيق وأحكامه في الفقه الإسلامي، ص68.

وسائل التوثيق.

وقد عرف المصريون كثيرا من العقود كالبيع والقرض والرهن والوصية وغيرها... وقد كانوا يوثقون هذه المعاملات على ورق البردي بالكتابة الهيروغليفية⁽¹⁾.

كما عرف المصريون القدامى التوثيق لعقود الزواج، غير أن الكتابة لم تكن شرطا لانعقاده، بل مجرد أداة لإثبات الحقوق لكل من الزوجين والأولاد، وتتضمن الوثيقة العديد من الشروط المتفق عليها بينهم، الخاصة بتنظيم العلاقة المالية بينهما...⁽²⁾

كما عرفت الحضارة المصرية القديمة نظام السجل العقاري العيني، وإن الملكية العقارية في مصر لا تنتقل إلا بعد إشهار التصرف الناقل للملكية في السجل الخاص المعد لذلك⁽³⁾، وما يؤكد على أن الحضارة المصرية كانت تعمل بالتوثيق «أن سكان برقة في عهد البطالمة، عرفوا نظام تسجيل العقود في الأراضي الزراعية والمنازل وأراضي البناء، وذلك من خلال الوثائق التي اكتشفت في تاريخ مصر في العهد البطلمي، منها وثيقة خاصة بتسجيل العقود الإغريقية بصفة عامة يرجع تاريخها إلى سنة 210 إلى 209 قبل الميلاد، والثانية خاصة ببيع العمارات، والثالثة أمر ملكي أصدره أحد البطالمة في القرن الثالث قبل الميلاد ليحظر فيه على أمناء الخزانة في الإسكندرية تسجيل بيع أي عين إلا أن يثبت البائع ملكيته لهذه العين»⁽⁴⁾، أي تقديم وثيقة تدل على ملكيته، وقد كانت تكتب بالصيغة تقريبا المتعارف عليها وهي: «أن يذكر فيها اسم البائع واسم أبيه، وجاهه، وكذلك المشتري مع دفع رسوم التسجيل الذي يجب أن يتم لدى أمناء الخزانة، وذكر موقع العقار ومكانه وأسماء الشهود، وتحديد المدة التي يجب فيها إعلان البيع وتسجيله»⁽⁵⁾.

وأما الرومان فقد عرفوا التوثيق للحقوق، فوثقوا العقود وذلك بكتابة الدين في سجل الدائن، كما عرفوا نظام التسجيل العقاري، ونظام تسجيل أموال الملكية المنقولة، كما وجد عندهم كاتب

⁽¹⁾ -وهي ذات أصل يوناني، أو ظهرت عند اليونان أولا وتعني الكتابة المقدسة، وهي مركبة من لفظتين يونانيتين (هيروس) وتعني

مقدس (وغلفين) وتعني نقش أو ينقش. العلمي الحراق، التوثيق العدلي، ج2، ص42-43.

⁽²⁾ -سعد الحامدي، التوثيق وأحكامه، ص69.

⁽³⁾ -علي حنبولة، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، الإسكندرية، مصر، ط1، 1974، ص71.

⁽⁴⁾ -محمد عبد الجواد، ملكية الأراضي في ليبيا في العهود القديمة والعهد العثماني، مطبوعات جامعة الأزهر، دار الاتحاد العربي

للطباعة، مصر، ص43.

⁽⁵⁾ -الزريقي، نظام الشهر العقاري، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط1، 1981، ص33.

الضبط في المحكمة، يتولى وظيفة تسجيل العقود في الأمور القضائية⁽¹⁾، كما عرف القانون الروماني الشهادة كدليل من أدلة التوثيق والإثبات.

وجاء العهد الروماني بتشريعات جديدة، إذ وضعت في شأنها قواعد لا يزال أثرها موجودا في القوانين الوضعية الحديثة كقاعدة «على الشاهد أن يقرر ما عرفه مما حصل بحضورته أو ما أدركه بحواسه هو لا بحواس غيره»⁽²⁾.

- ونجد الإغريق وغيرهم من الأوروبيين قد عرفوا علم الوثائق، حيث عرفوه باسم علم الدبلوماسية (Diplomatic) التي اشتقوها من اللفظة الإغريقية (Diploûma) وتعني عندهم الصحيفة التي تطوى مرتين، وهي الأداة التي كان يسجل فيها ما يورده القاضي وما يقف عليه الشهود، وكذا عند الرومان الذين استعملوا هذه اللفظة للدلالة على الجواز أو رخصة السفر، وكل ذلك يعتبر وثيقة، وفي اللغات اللاتينية، فإن لفظة Diploma التي عرفوا بها علم الوثائق، تعني عندهم ضعف أو مضاعف مرتين، وهي تعني الرسالة المطوية مرتين، أو تعني تلك الرسالة الصادرة عن جهة حكومية⁽³⁾.

- كما تعرف الفينيقيون أيضا على نظام التوثيق للمعاملات وخاصة كتابة العقود، وكان ذلك يتم على ألواح خشبية، حيث اخترعوا طريقة مختلفة عن طريقة السومريين على الألواح الطينية، حيث اهتموا إلى طريقة تغطي فيها الألواح بطبقة رقيقة من شمع العسل لتتم بها الكتابة بقلم حاد يحفر في الشمع خطوطا تحتها لون الألواح الخشبية الأبيض⁽⁴⁾، تكتب عليها العقود والحقوق.

- وأما الفرس، فقد عرفوا أيضا نظام التوثيق ومارسوه في معاملاتهم ويخبرنا المسعودي⁽⁵⁾ في مروج الذهب أن ملك الفرس بهرام بن بهرام كان لا يفكر في ملكه، ولا ينظر في أمور رعيته، بل إنه انتزع الضياع من أصحابها، وأقطعها لحاشيته وخواصه، وأسقط عنهم المطالبة بالخراج، فخرّبت البلاد

(1)- سعد الحامدي، التوثيق وأحكامه، ص 70-71.

(2)- العلمي الحراق، التوثيق العدلي، ص 39.

(3)- محمد خضر، علم الشروط، ص 151، المنهج الفائق، تحقيق: لطيفة الحسني، ص 86.

(4)- العلمي الحراق، التوثيق العدلي، ص 43.

(5)- المسعودي: علي بن الحسين بن علي أبر الحسن البغدادي، كان إخباريا مؤرخا، رحالة، أخذ عن نبطويه وغيره، من مصنفاته: "مروج الذهب"، و"أخبار الزمان"، وغيرها. توفي سنة 957هـ. الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، إبراهيم الزبيق، ط 1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1983، ج 15، ص 569. ابن تغري بردي، النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، القاهرة، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والترجمة والطباعة والنشر، 1963م، ج 3، ص 315-316.

وشاعت الفوضى، وشعر الناس بالظلم، وبعد نصيحة أحد القضاة له أو القائمين بأمور الدين وهو ما يسمى بالفارسية -الموبدان- أدرك الملك خطأه، وأسرع إلى تصحيحه بأن «أحضر الوزراء والكتاب وأرباب الدواوين، وأحضرت الجرائد، فأنترعت الضياع من أيدي الخاصة والحاشية، وردت إلى أربابها، وجروا على رسومهم السالفة»⁽¹⁾. مما يدل على أن أهل فارس عرفوا التوثيق للحقوق المتعلقة بالعقار، تمثلت في إجراءات نزع ملكية العقارات وردها إلى أصحابها بواسطة سجلات تثبت الملكية أطلق عليها اسم الجرائد.

وفي موضع آخر، يخبرنا المسعودي عن ملوك الصين، أنهم كانوا يوكلون كتّابا بإحصاء من في مملكتهم من الرعية، وكذا من جاورها من الأمم، ليصير ذمة لهم في دواوين لهم، وذلك لما يراعونه من حيطة من شمله ملكهم⁽²⁾، مما يدل على استعمالهم للإحصاء وتوثيقه وتدوين أمور الرعية والملك في السجلات والدواوين، مما يؤكد أن الشعوب والأمم السالفة قبل الإسلام، قد عرفت نظام التوثيق ومارسته في حياتها اليومية.

-وقد عرف العرب قبل الإسلام نظام التوثيق للمعاملات فيما بينهم أيضا، فقد كان الرهن شائعا عندهم، حيث «كانوا يرهنون في الحملات (وهي الديون) وكذا في الديات إلى أن يقع دفعها، فرّما رهنوا أبناءهم وربما رهنوا واحدا من صناديدهم»⁽³⁾، و«يذكر شاعرهم ذلك وهو الأعشى عندما رام كسرى أخذ رهائن من أبناءهم:

آليتُ لا أعطيه من أبنائنا رهنا فنفسدهم كمن قد أفسدا

وقال آخر:

فلما خشيت أظافيرهم نجوت وأرهننتهم مالكا

ومن حديث كعب بن الأشرف أنه قال لعبد الرحمن بن عوف: "ارهنوني أبناءكم"⁽⁴⁾.

وذكر الله -عز وجل- في آية الدين الرهن وإحالة المتعاملين عليها عند الضرورة، على وجه

(1)-المسعودي، مروج الذهب ومعادن الجوهر، الجزائر، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 1989، ج1، ص331-334. وط من تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، مصر، مطبعة السعادة، 1964، ط4، ج1، ص253-254.

(2)- المسعودي، المصدر نفسه، ج1، ص182.

(3)-ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، ص120.

(4)-مسلم، صحيح مسلم، كتاب: الجهاد، باب: قتل كعب بن الأشرف، ح(1801)، ج3، ص1425. ابن عاشور، المصدر نفسه، ج3، ص120-121.

الإرشاد والتنبية، دليل على أنه كان معاملة معلومة للعرب⁽¹⁾. كما كانوا يستخدمون الإشهاد في معاملاتهم وكذا الكتابة على قلتها بينهم. وقد عرفوا كثيرا من العقود وأنواع التصرفات والمعاملات، أنكر بعضها الإسلام وأبطلها لما فيها من ضرر وغرر وأكل أموال الناس بالباطل، كالربا، والنجش، والغرر، والمزابنة والملاسة، وبيع الحصاة، وبيعتين في بيعة... وغيرها، مما أبطله الشرع الحنيف، ومنها ما استحسنته وأبقاه لما فيه من خير وتعاون على البر ورضا بين الطرفين، كعقود البيع والزواج، والوفاء بالدين وبالعقود، والقرض، والرهن، وغيرها، وكانت كل هذه العقود والمعاملات، إما أن يتم عقدها مشافهة دون كتابة وهو ما يسمى ببيع بالأمانة، كما قد تعقد بكتاب يدون فيه ما اتفق عليه، وقد يشهد على العقد شهود يدونون أسماءهم جميعا: الكاتب، والشهود ويحفظ العقد أو الصك أو الكتاب عند الطرفين أو في الأماكن المقدسة⁽²⁾.

كما عرفوا توثيق الأحلاف والعهود، ويسجلون كل ذلك في سجلات أو صحائف خاصة عرفت عندهم باسم: "المهراق"، و"الصحف"، و"الكتب". وأما ديونهم ورهونهم وسائر تجاراتهم، فكانوا يسجلونها في وثيقة تسمى عندهم بـ: "الصكوك"، أو الكتب "يرجعون إليها عند الاختلاف..."⁽³⁾.

وهذا يؤكد أن العرب قبل الإسلام اهتموا كثيرا بالتوثيق للمعاملات بشتى أنواعه، كالتوثيق بالرهن أو بالإشهاد أو بالكفالة أو الحوالة... واستعملوه في حياتهم اليومية، شعورا منهم بضرورته لاستقرار أوضاعهم الاجتماعية والمالية، والمحافظة على نظامهم العام، كما عرفوا التوثيق للمعاملات بواسطة الكتابة مع قلة تداولها في أوساطهم، فدونوا بها معاملاتهم وسائر تصرفاتهم، علما منهم بأهميتها.

ومن هنا ندرك أن التوثيق، ليس أمرا مستحدثا، وإنما عرفته الشعوب والأمم واستعملته في معاملاتها لنفس الغرض وهو تأمين الحقوق والحفاظ عليها، وإن اختلفت طريقة التوثيق ووسائله من حضارة لأخرى.

الفرع الثاني: التوثيق بعد ظهور الإسلام

لقد عرف الناس قبل ظهور الإسلام، نظام التوثيق في معاملاتهم، ولكن بصورة قليلة، أو شبه

(1) - ابن عاشور، المصدر نفسه، ج3، ص120-121.

(2) - سعد الحامدي، التوثيق وأحكامه، ص73.

(3) - سعد الحامدي المرجع نفسه، ص72-73.

نادرة، وذلك لاعتمادهم على الثقة والسماحة في تعاملاتهم أحيانا كثيرة، وقد رويت لنا الكثير من الأخبار عن صدقهم، ومروءتهم وأمانتهم، حيث كانوا يعظمون الوفاء بالوعد ويقدرّون صفة الصدق والأمانة، ولذلك كانوا يعترفون للنبي ﷺ بقيمة هذه الصفة، فكانوا يقبونه بالصادق الأمين، احتراماً وتقديراً، وقد كانوا أحيانا يتعاملون فيما بينهم بما يسمى ببيع الأمانة، حيث كانت عقودهم تتم شفاهة دون اكتاب، فهذا أبو بكر الصديق رضي الله عنه كان في الجاهلية وجيها ورئيسا من رؤساء قريش، وإليه كانت الأشناق - أي الديات -، كان إذا حمل شيئا - أي تكفل بدفع دين غيره - قالت فيه قريش «صدقوه وامضوا حمالته وحمالة من قام معه أبو بكر»، لصدقه وأمانته⁽¹⁾. والكفالة أو الحمالة وسيلة من وسائل التوثيق.

ومن ذلك ما روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أنه قال: «قال رسول الله ﷺ من لكعب بن الأشرف فإنه آذى الله ورسوله، فقال محمد بن مسلمة: أنا. فأثاه فقال: أردنا أن تسلفنا وسقا أو وسقين، فقال: إرهنوني نساءكم. قالوا: كيف زهنتك نساءنا وأنت أجمل العرب؟ قال: فارهنوني أبناءكم، قالوا: كيف زهنا أبناءنا فيسب أحدهم فيقال: زهنا بوسق أو وسقين، هذا عار علينا ولكنا زهنتك اللامة، قال سفيان: يعني السلاح، فوعده أن يأتيه فقتلوه ثم أتوا النبي ﷺ فأخبروه»⁽²⁾. فالعرب عرفت الرهن وهو وسيلة من وسائل التوثيق.

كما كان منهم أحيانا أخرى، من يعتمد على القوة الشخصية، فكان كل شخص يقضي لنفسه بنفسه، ويصل إلى حقه بقوته، فكانت الغلبة لأهل القوة، والحق لهم، ضف إلى ذلك الأمية التي كانت متفشية في مجتمعاتهم، بحيث لم يكن يعرف الكتابة منهم إلا التزر القليل، ولهذا كان منهم من يكتب العقود ويسجلها في صحف خاصة مع قلة ذلك بينهم⁽³⁾، إلى أن جاء الإسلام، فكان النبي ﷺ يوثق معاملاته، ويعلم صحابته ذلك، ويحث الناس عليه، وقد أخذ عن هؤلاء التابعون رضي الله عنهم فكانوا يوثقون معاملاتهم وسائر تصرفاتهم، وانتشر ذلك حتى طوره الفقهاء وجعلوه علما قائما بذاته متمثلا في أهم وسيلة فيه وهي علم التوثيق، له مصنفاة ومنهجه وقواعده، وخطّة لها منتحلوها ومحترفوها الذين يجكون منها وصنعتها.

(1) - ابن عبد البر، الاستيعاب على هامش الإصابة لابن حجر، دار صادر، ج2، ص746.

(2) - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الرهن في الحضر، باب: رهن السلاح، ج3 ص115. مسلم، صحيح مسلم، كتاب الجهاد، باب: قتل كعب بن الأشرف، ج3، ص1425.

(3) - ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3 ص100، حاجي خليفة، كشف الظنون، ج2 ص1046.

أ- التوثيق في عهد النبي ﷺ:

بعد ظهور الإسلام، وحثه الناس على القراءة والكتابة لما لها من أهمية في توثيق المعاملات وسائر الحقوق والالتزامات، بدأت رقعة الكتابة تنتشر وخاصة بعد غزوة بدر الكبرى، حين أسر المسلمون سبعين رجلاً من صناديد قريش... وحرصاً منه ﷺ على تعليم الكتابة بين المسلمين أمر من عجز من الكفار على افتداء نفسه بالمال، أن يعلم عشرة من المسلمين، وبهذا انتشرت الكتابة فيهم، فكان للنبي ﷺ نيف وثلاثون كاتباً⁽¹⁾، وقال بعضهم إن عددهم بلغ اثنان وأربعون رجلاً⁽²⁾ وقيل إنهم «نحو من أربعة وأربعين كاتباً⁽³⁾»⁽⁴⁾. كانوا يكتبون الوحي، ويدونون له الاتفاقيات والمعاهدات التي كان يبرمها مع غير المسلمين، ويسجلون العقود والمعاملات ويوثقونها بين الناس، فمثلاً يخبرنا ابن عبد البر عن أبي بن كعب وزيد بن ثابت، أنهما كانا يكتبان للرسول ﷺ الوحي، كما يكتبان كتبه إلى الناس وما يقطع وغير ذلك⁽⁵⁾.

ولقد بعث الله تعالى نبيه الكريم ﷺ مصححاً للناس مسار حياتهم، ومن ذلك معاملاتهم، فجاءت نصوص الوحي بأحكام تنظم المعاملات المختلفة بين الناس، ومنها تعليمهم التوثيق لحقوقهم وتصرفاتهم، فكانت آية الدين صريحة واضحة في ذلك، قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُكُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْمَدْلِ﴾⁽⁶⁾، جاء في الجامع لأحكام القرآن: "أمر بالكتابة ولكن المراد الكتابة والإشهاد لأن الكتابة بغير شهود لا تكون حجة،

(1)- القلقشندي، صبح الأعشى، ج 1، ص 92.

(2)- الكتاني، التراتيب الإدارية، بيروت، دار الكتاب العربي، ص 48-49، وطبعة أخرى تحقيق: عبد الله الخالدي، ط 2، بيروت، دار الأرقم، ص 108.

(3)- وقد عددهم العلماء منهم: «الخلفاء الأربعة وعبد الله بن الأرقم الزهري، ومعيقب بن أبي فاطمة، وعامر بن فهيرة، وزيد بن ثابت، ... وأبي ابن كعب...، ومعاوية بن أبي سفيان بعد عام الفتح، وكتب له أيضاً الزبير بن العوام، والمغيرة بن شعبة وعبد الله بن زيد، وشرحيل ابن حسنة، وخالد بن الوليد... ومحمد بن مسلمة وعبد الله بن سعد بن أبي سرح، ...، وأبو أيوب الأنصاري، ... وأبو سفيان ابن حرب...» وغيرهم. محمد بن حديدة الأنصاري، المصباح المضي في كتاب النبي الأمي ورسول إلى ملوك الأرض من عربي وعجمي، صححه وعلق عليه محمد عظيم الدين، ط 2، عالم الكتب، 1985، ج 1، ص 28. وكل هؤلاء وغيرهم، ذكرهم ابن كثير في البداية والنهاية، ط 1، بيروت، مكتبة المعارف، 1966، الرياض، مكتبة النصر، ج 5، ص 339. «من كتاب الوحي وغيره بين يديه ﷺ».

(4)- محمد بن حديدة الأنصاري، المصباح المضي في كتاب النبي، ج 1، ص 28.

(5)- ابن عبد البر، الاستيعاب على هامش الإصابة، ج 1، ص 51.

(6)- سورة البقرة، الآية: 282.

ويقال: أمرنا بالكتابة لكيلا ننسى" (1)، وقال صاحب الكشاف: «وإنما أمر بكتابة الدين لأن ذلك أوثق وآمن من النسيان وأبعد من الجحود... و"بالعدل"، متعلق بكاتب صفة له، أي كاتب مأمون على ما يكتب، يكتب بالسرية والاحتياط، لا يزيد على ما يجب أن يكتب ولا ينقص» (2)، حتى يأمن الناس الحيف والظلم، من أجل ذلك، يمكننا القول أن أصل التوثيق للمعاملات المضبوط بقواعد وشروط، ومحدد بشكل ومنهجية وطرق معينة هو القرآن الكريم، إذ فصل في الآية السابقة في كيفية التوثيق، وصفته، وبيّن طرقه ووسائله والغاية منه، وذلك قبل أن يتمثل في علم على فنّ مخصوص، قائم بذاته يعتبر أسسه وقالبه هو علم التوثيق، دليل على أن التوثيق للمعاملات وسائر العقود والتصرفات كان موجودا في عهد النبي ﷺ وأصحابه وكذا التابعين ولكنه لم يكن مدونا في السطور ضمن كتب العلم التي تحتويه، وإنما طبقوه ومارسوه في حياتهم اليومية، فقد عرف الرسول ﷺ التوثيق للمعاملات بالإضافة إلى انتقال الصحابة والتابعين له، ومن جاء بعدهم، فمارسوه وطبقوه في عقودهم وتصرفاتهم، وبخاصة التوثيق بالكتابة إلا أن ذلك كان قليلا لقلّة العارفين بالكتابة في بادئ الأمر، وكذلك لقوة إيمان الناس وقتئذ، وكثرة الوازع الديني لديهم، وصفاء الضمائر عندهم وسماحتهم في معاملاتهم حيث لم يحتاجوا لإشهاد بعضهم على بعض أو الحيلة للحق بأخذ كفيل أو رهن على ذلك إلا في حالات نادرة، ومع ذلك فقد انتحله عدد من الصحابة والتابعين وصار للنبي ﷺ موثقين، وفي ذلك يقول ابن بري: «كفى بعلم الوثائق شرفا وفخرا، انتحال أكابر التابعين لها، وقد كان الصحابة يكتبونها على عهد النبي ﷺ وبعده» (3).

وإن وجدت بعض الوثائق التي كتبت في عهده ﷺ إلا أنها قليلة في عددها، فقد كان عليه الصلاة والسلام - يملئ كتبه وعهوده وبعض عقودهم (4)، على كتابه من الصحابة، إلا أنها مع قلتها في العدد كانت تحتوي على الخطوط العريضة والمبادئ الأولى لكتابة الوثائق، وقد كانت تمتاز بالبساطة في أسلوبها، وبالوضوح والإيجاز، وكانت تبدأ بالبسملة، وقد ذكر عن الرسول ﷺ أنه كان يفتتح كتبه بالبسملة (5)، وكان يكتب في أول كتبه «من محمد رسول الله إلى فلان»، أو «هذا كتاب من محمد النبي لفلان»، أو هذا ما أعطى محمد رسول الله لفلان» (6)، وكان أبي بن كعب أول من

(1) -القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص376-377.

(2) -الزمخشري، الكشاف، ج1، ص325.

(3) -الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص32. ابن عرضون، اللائق لعلم الوثائق، ص3-4.

(4) -حاجي خليفة، كشف الظنون، ج2، ص1046.

(5) -علي زوين، علم الوثائق والتوثيق في تراثنا الإسلامي، مجلة آفاق الثقافة والتراث، س14، ع53، ص154.

(6) -علي زوين، المرجع نفسه، ص154.

كتب في آخر الكتاب "وكتب فلان"⁽¹⁾. وقد أصبحت هذه الكتابات فيما بعد عصر الرسالة من الأمور العرفية، اتبعها الخلفاء والوزراء والملوك والسلاطين في كتبهم وتوثيقاتهم.

ومن الوثائق التي سجّلت في عهده ﷺ للعديد من عقود البيع والشراء والعتق والصلح والإقطاع ونقلتها إلينا المصادر كالاتي:

- وثيقة إقطاع أرض لمجاعة اليمامة⁽²⁾: روى هلال بن سراج بن مجاعة عن أبيه، أن رسول الله ﷺ أعطاه أرضا باليمن وقيل باليمامة⁽³⁾، فكتب له عنه بريدة⁽⁴⁾، «هذا كتاب كتبه محمد رسول الله لمجاعة بن مرارة بن بني سلمى، إني أقطعك الغورة⁽⁵⁾ وغرابة⁽⁶⁾ والحبل⁽⁷⁾ فمن حاجك فيالي⁽⁸⁾». دليل على اعتبار النبي ﷺ تلك الوثيقة حجة يتوثق بها الحق ويتقوى جانب صاحبه في إثباته وضمان استيفائه.

- ومنها وثيقة بيع مملوكة للغير، التي اشتراها العداء بن خالد ابن هودة من سول الله ﷺ وجاء فيها: «هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هودة من محمد رسول الله ﷺ اشترى منه عبدا أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم»⁽⁹⁾. وفي رواية للبخاري بلفظ: «هذا ما اشترى محمد

⁽¹⁾- ابن عبد البر، الاستيعاب، ج1، ص51.

⁽²⁾- ابن مرارة بن سلمى بن حنيفة اليمامي، كان من رؤساء بني حنيفة وكان حكيما بليغا. ابن عبد البر: الاستيعاب، ج3، ص362-363.

⁽³⁾- ابن عبد البر، الاستيعاب، ج3، ص363.

⁽⁴⁾- بريدة الأسلمي: كان من كتّاب النبي ﷺ أسلم قبل بدر ولم يشهدا وشهد الحديبية، ويبيع بيعة الرضوان، غزا عدّة غزوات مع النبي ﷺ، سكن مرو، إلى أن مات في خلافة يزيد بن معاوية، وقال ابن سعد مات سنة 63هـ. ابن سعد، الطبقات الكبرى، بيروت، دار صادر، 1957، ج4، ص241. ابن عبد البر، الاستيعاب، ج1، ص146. ابن حنيفة الأنصاري، المصباح المضيء، ج1، ص76-77.

⁽⁵⁾- الغورة: بفتح أوله ورواه بعضهم بالضمّ ثم السكون والراء والهاء، موضع جاء ذكره في الأخبار فيما أقطع النبي ﷺ مجاعة بن مرارة من نواحي اليمامة. ياقوت الحموي، معجم البلدان، مصر، مطبعة السعادة، ج4، ص247.

⁽⁶⁾- الغرابة: باليمامة، هي جبال سود وسميت لذلك لسوادها. ياقوت الحموي، معجم البلدان، ج4، ص215.

⁽⁷⁾- حبل: موضع باليمامة ياقوت الحموي، معجم البلدان، ج2، ص248. وكانت كل هذه الأراضي موات، أعطاه إياها النبي ﷺ يتألف بذلك. أبو عبيد بن سلام، الأموال، شرحه: عبد الأمير علي مهنا، بيروت، دار الحدائث للطباعة والنشر والتوزيع، ص283.

⁽⁸⁾- أبو عبيد، المصدر نفسه، ص283.

⁽⁹⁾- الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب: ما جاء في كتابة الشروط (رقم 1216) وقال: هذا حديث حسن غريب، ج3، ص512.

رسول الله ﷺ من العداء ابن خالد، لا داء ولا خُبثة ولا غائلة⁽¹⁾»⁽²⁾.

- ومنها وثيقة أو عقد الهدنة بينه ﷺ وبين قريش يوم الحديبية ونصها: «هذا ما صالح عليه محمد بن عبد الله سهل بن عمرو، تصالحا على وضع الحرب عن الناس عشر سنين يأمن فيهن الناس، ويكف بعضهم عن بعض...» وأشهد على الصلح رجالا من المسلمين ورجالا من المشركين: «وشهد أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب، وعبد الرحمان بن عوف... وعلي بن أبي طالب وكتبه»⁽³⁾. ومنها وثيقة دستور المدينة... فهذه الوثائق وغيرها تدل على انتقال النبي ﷺ للتوثق، وتعليمه لصحابته عمليا، متمثلا في الكتابة والشهادة وغيرها من الطرق. فقد كان ﷺ قادرا على عدم كتابة هذه الوثائق، والاكتفاء بذكر مضمونها وتوجيهاتها شفاهة في خطبه التي يلقيها على الناس كما فعل ﷺ في الغالب من أحاديثه، ولكنه أراد تدوينها وكتابتها ليضفي عليها صفة الرسمية القانونية- بالتعبير الحديث- فتكون حجة للامثال والتطبيق، وسندا قويا لحماية الحقوق والحفاظ عليها، وليقدم درسا عمليا تطبيقيا لصحابته وللمسلمين وللإنسانية جمعاء، في ضرورة التوثق للحقوق صيانة لها وتحقيقا للعدالة.

- كما عرف عهده ﷺ التوثق بالشهادة، وقد طبق ذلك الرسول ﷺ وأمر أصحابه به، ومن ذلك ما روي عن الأشعث بن قيس رضي الله عنه أنه قال: «كانت بيني وبين رجل خصومة في بئر فاختصمنا إلى رسول الله ﷺ فقال: شاهداك أو يمينه. قلت: إنه إذا يحلف ولا يبالي، فقال رسول الله ﷺ: من حلف على يمين يستحق بها مالا وهو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان»⁽⁴⁾. فوجه الاستدلال من الحديث، أن النبي ﷺ طلب من المدعي إحضار شاهدين على ما ادعاه، وإلا حلف المدعى عليه، وكل من الشهادة واليمين من وسائل التوثق.

- كما عرفت الكفالة في عهده ﷺ، حيث روي عنه ﷺ قوله في خطبة الوداع: «العارية مؤداة

(1)- الخبثة، هو الحرام، نوع من أنواع الخبث، والغائلة أي المسروق ماله، والغائلة الخصلة التي تغول المال، أي تملكه من إباق وغيره. الزمخشري الفائق في غريب الحديث، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، ط2، بيروت، دار المعارف، ج1، ص350. وذكره قتادة في صحيح البخاري، ج3، ص10، تعليقا على الحديث السابق.

(2)- البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب: إذا بين البيعات ولم يكنما ونصحا، ج3، ص10.

(3)- ابن هشام، السيرة النبوية، حققها مصطفى السقا وإبراهيم الأبياري وعبد الحفيظ شلي، بيروت، دار القلم، ج3، ص332،

(4)- البخاري، صحيح البخاري، كتاب الرهن في الحضرة، باب: إذا اختلف الراهن والمرهن، ج3، ص116.

والزعيم غارم...»⁽¹⁾. فقوله ﷺ "الزعيم غارم" معناه الكفيل ضامن، إذ الكفالة لها مسميات عديدة منها الزعامة. دليل على أن النبي ﷺ قد أقر العمل بالكفالة ورتب عليها أحكاما. كما أنه ﷺ كان يؤتى بالحنازة ليصلي عليها، فيسألهم إن كان على الميت دين، فإن قيل له ليس عليه دين صلى عليه، وإلا لم يصلي عليه حتى يقوم أحد الصحابة بالتكفل بسداد الدين عنه⁽²⁾. دليل على أن الكفالة كانت معروفة وممارسة في عهده ﷺ وهي وسيلة من وسائل التوثق للحقوق.

- وقد كان ﷺ ينهى عن المطل ويأمر صحابته بالحوالة في قوله: «مطل الغني ظلم، فإن أتبع أحدكم على مليء فليتبع»⁽³⁾. فيه دلالة على تحصيل الأموال وذلك بأمره ﷺ الدائن بقبول حوالة مدينه على مليء واتباعه⁽⁴⁾، دليل على العمل بالحوالة في عهده ﷺ وهي وسيلة من وسائل التوثق.

- ودعاهم ﷺ إلى جواز حبس المدين في الحق، ومن ذلك قوله ﷺ «لي الواحد يحل عرضه وعقوبته»⁽⁵⁾. فعقوبته هي الحبس وهو وسيلة من وسائل التوثق للحقوق⁽⁶⁾.

- كما عرف في عهده الرهن وعمل به حيث بين النبي ﷺ أحكامه للناس وشروطه، حتى تتوثق أموالهم ويطمئنون على استيفائها، مثل قوله: «الرهن يركب بنفقته...»⁽⁷⁾، كما صحح ما كان موجودا منذ الجاهلية من غلق الرهن، حيث كانوا يملكون المرتهن الرهن (العين المرهونة) إذا لم يؤد الرهن إليه ما يستحقه في الوقت المعين، فأبطل ﷺ ذلك وأبقى على أصل الرهن وأنه لا ينفك عن صاحبه إذا لم يؤده في الوقت المشروط بقوله: «لا يغل الرهن»⁽⁸⁾. والرهن من أهم وأكبر وسائل التوثق الاستيفائية للحقوق. وغيرها من الوسائل التي عرفت في عهده ﷺ وفي كل ذلك دليل على انتحاله للتوثق وإعطائه بذلك لصحابته وللمسلمين جميعا، درسنا عمليا لتطبيق التوثق في المعاملات لحفظها والاحتياط لها.

(1) - الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب: ما جاء في أن العارية مؤداة وقال عنه "حديث حسن غريب"، ح (1265)، ج 3 ص 557.

(2) - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الكفالة، باب: من تكفل عن ميت دينا فليس له أن يرجع، ج 3، ص 57.

(3) - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحوالات، باب: الحوالة، ج 3، ص 55.

(4) - ابن بطال، شرح ابن بطال على صحيح البخاري، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ط 2، الرياض، مكتبة الرشد، 2003، ج 6، ص 415-416.

(5) - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الإستقراض، باب: لصاحب الحق مقال، ج 3 ص 85.

(6) - ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، ص 281، 285.

(7) - البخاري، صحيح البخاري، كتاب: الرهن، باب: الرهن مركوب، ج 3، ص 115.

(8) - الإمام مالك، الموطأ، برواية يحيى بن يحيى الليثي، باب: ما لا يجوز من غلق الرهن، إعداد: أحمد راتب عرموش، ط 2، دار النفائس، 1977، ص 516. البيهقي، السنن الكبرى، باب: الرهن غير مضمون، ح (11218) ج 6، ص 66-67.

ب- التوثيق في عهد الصحابة:

ففي عهد الصحابة رضي الله عنهم نجد الخلفاء الأربعة -رضوان الله عليهم- اتخذوا كتابا لرسائلهم ومكاتبتهم يوثقون عهودهم ومواثيقهم وسائر معاملاتهم، تأسيا بالنبي صلى الله عليه وسلم وإيمانا منهم بما للتوثيق للمعاملات والحقوق من أهمية في حفظ الحقوق وتحقيق العدالة وصيانة الدين والدنيا، فقد كتب لأبي بكر عثمان بن عفان، وزيد بن ثابت وكتب عثمان عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه بالخلافة عن أبي بكر رضي الله عنه وكتب لعمر رضي الله عنه زيد بن ثابت وعبد الله بن خلف⁽¹⁾، وكتب لعثمان رضي الله عنه مروان بن الحكم، وكتب لعلي رضي الله عنه عبد الله بن أبي رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم⁽²⁾ وهكذا...

ومن الوثائق التي سجلت في عهد الصحابة رضي الله عنهم نجد:

- وثيقة إقطاع أرض كتبها أبو بكر الصديق رضي الله عنه لطلحة بن عبيد الله، وأشهد عليه عمر رضي الله عنه⁽³⁾، ذكرها أبو عبيد في الأموال ولم يذكر نص الوثيقة.

- ومنها وثيقتا الصدقة التي كتبها عمر بن الخطاب رضي الله عنه ونصهما⁽⁴⁾:

الأولى: «بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما كتب عبد الله عمر في ثمن⁽⁵⁾ أنه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث، للفقراء والقربى والرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم صديقا غير متأثر⁽⁶⁾ مالا، فما عفا عنه من ثمره فهو للسائل والمحروم، وإن شاء ولي ثمن اشترى من ثمره رقيقا لعمله، وكتب معيقب، وشهد عبد الله بن الأرقم».

(1)- عبد الله بن خلف بن سعد الخزاعي والد طلحة الطلحات، كان كاتباً لعمر بن الخطاب على ديوان البصرة، شهد وقعة الجمل مع عائشة فقتل، وكان أخوه عثمان مع علي. وقال أبو عمر بن عبد البر: لا أعرف له صحة، وفي ذلك نظر: إذ استكتاب عمر له يؤذن بأن له صحة. ابن عبد البر، الاستيعاب، ج 2، ص 291. ابن حجر الإصاوية، ط 1، مصر، دار صادر، مطبعة السعادة، 1328، ج 2، ص 303.

(2)- القلقشندي، صبح الأعشى، ج 1، ص 92.

(3)- أبو عبيد، الأموال، ص 279.

(4)- البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشروط، باب: الشروط في الوقف، ج 3، ص 159. و أبو داود، السنن، كتاب الوصايا، باب: ما جاء في الرجل يوقف وقفا، ح (2878)، ج 4، ص 502.

(5)- ثمن: بالفتح ثم السكون، موضع مال لعمر بن الخطاب، وقبل هي أرض تلقاء المدينة لعمر بن الخطاب رضي الله عنه. ياقوت الحموي، معجم البلدان، ج 2، ص 99.

(6)- غير متأثر: قال ابن منظور: «أي غير جامع، وأثل يأثل وتأثل: تأصل، ويقال: مال مؤثل ومجد مؤثل أي مجموع ذو أصل، ومن مأخوذة من حديث النبي صلى الله عليه وسلم «ولمن وليها أن يأكل ويؤكل صديقا غير متأثر مالا». البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشروط، باب: الشروط في الوقف، ج 3، ص 158. ابن منظور، لسان العرب، مادة: أثل، ج 1، ص 28.

والثاني: «بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث له حدث، أن ثمغا وصرمة⁽¹⁾ بن الأكوع، والعبد الذي فيه، والمائة سهم التي بخير، ورقيقه الذي فيه، والمائة التي أطعمه محمد ﷺ بالوادي، تليه حفصة ما عاشت، ثم يليه ذو الرأي من أهلها، أن لا يباع ولا يشتري، ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم، وذو القربى، ولا حرج على من وليه أن أكل أو آكل أو اشترى رقيقاً منه».

وأورد ابن سعد في طبقاته، نص وثيقة صدقة دار الأرقم: «بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما قضى الأرقم في ربعه ما حاز الصفا، إنها محرمة بمكانها من الحرم، لا تباع ولا تورث، شهد هشام بن العاص وفلان مولى هشام بن العاص»⁽²⁾.

هذا عن التوثق بالكتابة والشهادة، وأما غيرها من الوسائل كالكفالة مثلاً، فقد روي أن العباس بن عبد المطلب تكفل بأبي سفيان بن حرب عام الفتح لرسول الله ﷺ، وكذا ما روي أن علي بن أبي طالب أخذ من عبد الله بن عمر ﷺ كفيلاً بنفسه حين توقف عن بيعته، فكفلت به أم كلثوم بنت علي ﷺ وقيل بل كفلت به أخته حفصة⁽³⁾. وكذا ما رواه الصحابي حمزة بن عمرو الأسلمي أن عمر ﷺ بعته مصدقاً، فوقع رجل على جارية امرأته فأخذ حمزة من الرجل كفلاء حتى قدم على عمر، وكان عمر قد جلده مائة جلدة، فصدقهم وعذره بالجهالة⁽⁴⁾. وكذا توثقهم بيمين الاحتياط أو ما يعرف عند المالكية بيمين القضاء، فهذا هو عثمان ﷺ يختصم مع المقداد إلى عمر ﷺ في دراهم فردت اليمين على عثمان ليحلفها ويأخذ حقه على المنبر، فاتقاها وافتدى منها خشية أن توافق قدر بلاء فيقال بيمينه⁽⁵⁾. وغيرها من الوسائل، كالرهن والحوالة والحبس في الحقوق والحجر... فقد عرفوا التوثق للحقوق بهذه الوسائل ومارسوها في حياتهم اليومية، وإن كان ذلك قليلاً في زمانهم لما اتصفوا به من العدالة ولما انتشر بينهم من الثقة والأمانة، أغنتهم عن اللجوء إلى الحيلة والحذر من بعضهم

(1) - صرمة: بكسر الصاد وسكون الراء، مال معروف بالمدينة لعمر بن الخطاب ﷺ، قويل المراد به القطعة الخفيفة من النخل ومن الإبل. العظيم آبادي، عون المعبود، شرح سنن أبي داود مع شرح الحافظ ابن قيم الجوزية، تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، ط2، المدينة المنورة، المكتبة السلفية، 1968، ج8، ص80-84.

(2) - ابن سعد، الطبقات الكبرى، ج3، ص243. عن يحيى بن عمران بن الأرقم قال: سمعت جدّي عثمان بن الأرقم يقول: أنا ابن سبعة في الإسلام، أسلم أبي سابع سبعة، وكانت داره بمكة على الصفا، وهي الدار التي كان النبي ﷺ يكون فيها أول الإسلام، ثم قال: وتصدق بها الأرقم على ولده فقراءت نسخة صدقة الأرقم بداره...»، ثم ذكر نص الوثيقة.

(3) - الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق: محمود مسطر جي، بيروت، دار الفكر، 1994، ج6 ص262.

(4) - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب: الكفالة في القرض والديون بالأبدان وغيرها، ج3 ص56.

(5) - البيهقي، السنن، كتاب الشهادات، باب: تأكيد اليمين بالمكان، ح(20697)، ج10، ص297.

البعض بهذه الوسائل.

ج- التوثيق في عهد التابعين:

ولما كان عصر التابعين، نهجوا نهج أسلافهم، وساروا على نبراس من سبقوهم من الصحابة ﷺ فاهتموا بالتوثيق للمعاملات، ومارسوه في حياتهم اليومية بكل طرقه ووسائله وعلى رأسها التوثيق بالكتابة، إذ هو القالب الذي تفرغ فيه العقود وسائر المعاملات والتصرفات على الصورة التي تجعلها مأمونة، فاتخذوا الموثقين والكتّاب العدول، مما يؤكد أهمية التوثيق وخاصة علم التوثيق منه ويزيده شرفا ورفعة، إذ فعله الرسول ﷺ وأصحابه والتابعون لهم ﷺ ولهذا يقول ابن بري: «كفى بعلم الوثائق شرفا وفخرا انتحال أكابر التابعين لها، وكان الصحابة يكتبونها على عهد النبي ﷺ وبعده»⁽¹⁾.
ومن هؤلاء التابعين الذين اشتغلوا بالتوثيق لحقوق الناس، خارجة بن زيد ابن ثابت⁽²⁾ وطلحة بن عبد الله بن عوف⁽³⁾ المعروف بطلحة الندي، كان في زمانهما يستفتيان، وينتهي الناس إلى قولهما، وكانا يوثقان حقوق الناس ويقسمان الموارث بين أهلها من الدور والنخل والأموال، ويكتبان الوثائق للناس، وذلك بغير جعل⁽⁴⁾، مما يدل على تعقد معاملات وعقود الناس آنذاك حتى احتاجوا لمن يكتبها ويوثقها لهم⁽⁵⁾، كما جاء في سنن النسائي أن سعيد بن المسيب كان من كبار التابعين، كان فقيها عارفا بتوثيق العقود، حيث أملى على الناس كيفية توثيق عقد القراض⁽⁶⁾. كما عرفوا غيرها من الوسائل كالكفالة، حيث روي أن شريحا القاضي خاصم إليه رجل إنا لشريح كفل له برجل عليه دين، فحبسه شريح فلما كان الليل قال (أي شريح): اذهب إلى عبد الله بفراش وطعام.

(1)-الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص32.

(2)-خارجة بن زيد بن ثابت، من فقهاء التابعين ومن المستفتين فيها، توفي سنة 99هـ وقيل 100هـ. الأصبهاني، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، مصر، مكتبة الخانجي، ومطبعة السعادة، ج2، ص189. ابن خلكان، وفيات الأعيان، ج2، ص222.

(3)-طلحة بن عبد الله بن عوف، من بني زهرة، قاض من فقهاء التابعين ولي قضاء المدينة، كان من عادته أنه إذا أصاب مالا أن يفتح بابه، فبغشاه أصحابه والناس، فيطعم ويخبز ويحمل، حتى ينفق ما عنده، توفي 97هـ. أبو عبيد الله المصعب، بن عبد الله المصعب الزبيري، نسب قريش، عني بنشره لأول مرة وصححه وعلق عليه: ليفي بروفسال، دار المعارف للطباعة والنشر، ج8، ص273.

(4)- أبو عبد الله المصعب، نسب قريش، ج8، ص273.

(5)-ظافر القاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، السلطة القضائية، ج2، ص429-430.

(6)- النسائي، سنن النسائي، كتاب الشروط، باب الشروط في المزارعة والوثائق، ج10، ص353.

وكان ابنه يسمى عبد الله⁽¹⁾.

د- التوثيق عند فقهاء المذاهب حتى العصر الحديث:

لقد كان الناس لعصور كثيرة، يتعاملون فيما بينهم بالثقة والأمانة والسماحة، حيث كان حسن الظن بينهم هو السائد في معاملاتهم، حتى إنهم وإن عرفوا أنواع التوثيق الأخرى في بعض العقود، كانوا لا يوثقون بعض الحقوق والمعاملات، بل يعتمدون في أدائها على ذمة أطراف العقد أو التصرف كبيع الأمانة الذي عرفوه، ثم إنهم لجأوا إلى التوثيق والاحتياط لبعض المعاملات بالوسائل المعتادة والتي نص عليها القرآن الكريم وبينتها السنة الشريفة، من كتابة وإشهاد ورهن، وكفالة، ويمين... وغيرها مما تناوله العلماء في كتبهم ومدوناتهم من طرق التوثيق وأحكامه، ومن ذلك ما جاء في سنن البيهقي في كتاب الأيمان بابا عنونه ب «باب الاحتياط في قراءة الكتاب والإشهاد عليه وختمه لئلا يزور عليه»⁽²⁾، فقد كانوا يحنطون للحقوق ويجذرون من الغش والتدليس عليها فيتوثقون لها بهذه الوسائل استئنا بالنبي ﷺ فقد جاء عن مطرف قوله: «احترسوا من الناس سوء الظن والحذر من أمثاله سنة متبعة»⁽³⁾، كما يدل على تناول العلماء لوسائل التوثيق، ما ذكره القرطبي في جامعه في بيان سبب اشتراط الإشهاد وخاصة في الأموال وتوثيقها بذلك، ونصه: «لأن الأموال كثر الله أسباب توثيقها لكثرة جهات تحصيلها وعموم البلوى بها وتكررها، فجعل فيها التوثيق تارة بالكتابة وتارة بالإشهاد وتارة بالرهن وتارة بالضمان»⁽⁴⁾. وتوسعوا في هذه الوسائل وأفاضوا في دقائقها، فجاءت متناثرة في أبواب الفقه المختلفة، ومنهم من صنّف فيه كتباً مستقلة وأولاهها عناية فائقة ظهرت من خلالها تجليات اهتمام المسلمين عامة والفقهاء خاصة بنظام التوثيق للحقوق، وذلك لما للتوثيق ووسائله من فوائد من شأنها تحقيق الثقة بين المتعاملين، وحفظ الحقوق من الجحود والضياع، إلا أنه مع انتشار الكتابة وهيمنتها على سائر أنواع التوثيق حيث صارت أقوى الأدلة في الإثبات، أصبح التوثيق بما هو الوسيلة الأكثر شيوعاً والأغلب استعمالاً، وذلك لكونها حاضرة في جميع المعاملات، بل حتى مجتمعة مع أنواع التوثيق نفسها، ولذا انبرى العلماء للقيام بهذا العلم حق

(1) - البيهقي، السنن، كتاب الضمان باب: كفالة البدن ج 6 ص 126، ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة (المصنف في الأحاديث والأثر)، كتاب البيوع والأفضية، باب الحبس في الكفالة، تحقيق: كمال يوسف الحوت، ط 1، الرياض، مكتبة الرشد، 1409هـ، ج 4، ص 436.

(2) - البيهقي، السنن، كتاب الأيمان، باب: الاحتياط... والإشهاد عليه لئلا يزور، ج 10، ص 218.

(3) - البيهقي، السنن، كتاب الأيمان، باب: الاحتياط... ج 10، ص 218.

(4) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 3، ص 390.

إقامته، فصنفوا فيه مدوناتهم التي جمعت فأوعت، ورسخت أصول وضوابط هذا النظام.

ومع تغير القلوب وفساد الذمم وغياب الضمائر، وظهور الغش والتحايل، وانتشار الريسة وسوء الظن بين الناس، فإن التوثيق للمعاملات وسائر التصرفات أصبح شاملا لجميع نواحي الحياة، وبطرق مختلفة ومتعددة، ومطبقا على نطاق واسع، واستمر كذلك إلى يوم الناس هذا لعلاقته الوطيدة بحياة الناس وكونه جزءا لا يتجزأ من معاملاتهم، نظرا لأن الإنسان حر في عدم الاطمئنان وأخذ الحيلة والحذر لماله، ومن ثم طبقوه إن بوسائله القديمة المعروفة وهي لا تخلو منها الحياة بتشابك معاملاتها، أو بوسائل حديثة اقتضتها عجلة الزمن وما ظهر فيها من تطورات، ولذلك تنوعت طرقه ووسائله، فبالإضافة إلى الوسائل العتيقة المعتادة فإن هناك وسائل حديثة ظهرت في العصر الحاضر، يُعتمد عليها في التوثيق للمعاملات وخاصة التجارة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، وكذا التوثيق لهذه المعاملات بأجهزة الاتصال الحديثة، من هاتف وفاكس وكمبيوتر وأترنت، وكذا بالحوالات البريدية والشيكات، وخطابات الضمان، وعقود التأمينات، والرهن الرسمي أو التأميني، وكذا باستعمال بطاقات الهوية وخاصة البيومترية منها، وكذا استخدام البصمة الوراثية وغيرها من البصمات التي يتوثق بها للعديد من الحالات والمجالات، كبصمة العين والصوت والأصابع... وغيرها من الوسائل الحديثة التي بحثها العلماء وبنوا حكمها الشرعي، ودورها الفعال في التوثيق للحقوق.

وعلى العموم، فإن التوثيق للمعاملات وسائر التصرفات بأصوله وقواعده المعروفة ليس جديدا عن فقهاء الإسلام، كما يعتقد بعض من يجهل الإسلام في عطائه الحضاري والعلمي، أو يتجاهل ذلك لهوى في نفسه ينحرف به عن رؤية الحقائق، إن هذا النظام العلمي الحياتي، هو ثمرة ما أرساه العقل الإنساني عموما والعقل الإسلامي الفذ خصوصا، وذلك لأن المسلمين بدأ عندهم تاريخ التوثيق للمعارف بتدوينها - كما سبق بيانه - وذلك بتزول القرآن الكريم، وتوالي السنة النبوية الشريفة، مما أملى على المهتم العالية فيهم القيام برعاية محكمة للوحين: الكتاب والسنة توثقا لهما، فكان جمع القرآن وكذا تدوين السنة وتوثيقهما بالكتابة على وجه علمي منفرد يعتمد ضوابط توثيقية صارمة أسفرت عن ظهور علم الجرح والتعديل، الذي كان له كبير الخطر والفائدة في التوثيق للروايات والأخبار، فكان ذلك أول وأهم توثيق مارسه المسلمون، إضافة إلى تطبيقهم لما جاء في النصوص الشرعية من أسس هذا النظام في معاملاتهم اليومية، كآية الدين التي أرست هذه الأسس وبينت طرق التوثيق وكيفية وشروطه وملاساته، وغيرها من المصادر التي تعتبر أصلا لمشروعية التوثيق - كما سأوضحه في مبحث لاحق - ثم تطور نظام التوثيق ونضج مع تطور الإنسان نفسه، وما تبعه من تطور لحياته وتشابكها واتساع مجالاتها ومعاملاتها، وما ظهر من فساد للزمان وأهله اقتضى التوثيق للحقوق.

المطلب الثاني: نطاق التوثيق ومقاصده

سأبين في هذا المطلب نطاق التوثيق، وهو ميدانه الذي يبحث فيه وموضوعه الذي يتناوله، وفلكه الذي تدور عليه أحكامه، ثم أعرج بعد ذلك إلى الكلام عن مقاصد التوثيق، التي يهتم بها وتنصرف إليها آثاره.

الفرع الأول: نطاق التوثيق

إن التوثيق المقصود هو التوثيق للمعاملات المختلفة، وكل التصرفات التي أجازها الشرع، والتي تدور بين الناس، سواء أكانت معاملات مالية من بيع وشراء ورهن ووكالة وشركة ومغارسة ومزارعة وغيرها من المعاملات المالية، أو تعلق بمسائل الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والرجعة وغيرها من المسائل، بل حتى بأعمال القضاء من كتابة المحاضر والسجلات والكتب الحكمية وغيرها مما يدخل في هذا المجال.

ومن هنا فالتوثيق شرع في كل تصرف جائز مشروع، أما المعاملات والتصرفات غير الجائزة فإنه لا يجوز التوثيق لها، لأن ذلك يتنافى مع الغرض الذي جعل له التوثيق وهو تقوية التصرف وإثبات الالتزامات التي ترتبت عليه، كما أنه يجعل لحفظ الحقوق ورعايتها، والتصرفات غير المشروعة لا يجوز تقويتها ولا إثباتها كما لا يجوز جعلها محلاً للرعاية والحفظ، ولهذا نجد الإسلام قد أبطل بعض أنواع التوثيق التي كانت سائدة عند العرب قبل الإسلام، حيث كانت تشمل كافة العقود والتصرفات ولو كان فيها ظلماً أو أكلاً لأموال الناس بالباطل، فإنهم كانوا يوثقون عقود الربا مثلاً، فيكتبون الدين ورباه في صحيفة، ويكتب كاتبها اسمه فيها ويكتب فيها اسم المدين وإقراره بدينه للدائن، وبمقدار الزيادة المترتبة عليه، ويشهد على ذلك شاهدان⁽¹⁾.

ولكن الإسلام حرّم التعامل بالربا بشق أشكاله، ومن جميع أطراف العملية الربوية، سواء كان الدائن أو المدين أو كاتبه أو الشاهد على وثيقة الربا، لما روي عنه ﷺ أنه: «لعن آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه وقال: هم سواء»⁽²⁾.

قال ابن حجر - رحمه الله -: «إنما يدخل فيه من أعان صاحب الربا بكتابته وشهادته، فتزل منزلة من قال ﴿إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا﴾⁽³⁾، فأمر بالكتابة والإشهاد في البيع الذي أحله، فأفهم النهي

(1) - سعد الحامدي، التوثيق وأحكامه، ص 74.

(2) - مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب لعن آكل الربا وموكله، ح 1598، ج 3، ص 1219.

(3) - سورة البقرة، الآية: 275.

عن الكتابة والإشهاد في الربا الذي حرّمه»⁽¹⁾.

كما نبّده ﷺ قد رفض الشهادة على عطية البشير بن سعد لابنه النعمان، عندما طلب منه ذلك، وذلك عندما عرف ﷺ أن البشير خص ابنه النعمان بتلك العطية دون سائر أولاده، ولم يعدل بينهم، فغضب ﷺ وقال: «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم»، وقال: «إني لا أشهد على جور»⁽²⁾، ولأنّ في التوثق للمعاملات والتصرفات غير المشروعة تعدّ لحدود الله، وإحداث لفعل لم يأذن فيه الشرع لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾⁽³⁾، وقوله ﷺ: «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو ردّ»⁽⁴⁾. يقول ابن تيمية -رحمه الله- «والعقود التي لم تشرع تعدّ لحدود الله وزيادة في الدين»⁽⁵⁾، ولذلك أيضا أبطلت الشريعة السمحاء كل ما يصاحب التوثق للمعاملات والتصرفات من عقود باطلة، وكذا ما يلازمها من شروط فاسدة، قال ﷺ: «ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مئة شرط»⁽⁶⁾.

بينما أقرت ما كان صالحا منها، وكان موافقا لأصولها ومبادئها، محققا لمصالح الناس في العاجل والآجل، فأجازت التوثق به وبكل أنواع هذا التوثق، ومن ثمّ فنطاق التوثق وميدان اختصاصه من معاملات وغيرها من التصرفات، هو من الأمور التي أوكلها الله إلى ولاية الأمر، وللعرف والعادة، باعتبار ذلك من المصالح الدنيوية، وليس لذلك حدّ في الشرع، وهذا ما أكدّه العلامة ابن القيم الجوزية حيث قال: «فعموم الولايات وخصوصها، وما يستفيد منه المتولي بالولاية، يتلقى من الألفاظ والأحوال والعرف، وليس لذلك حدّ في الشرع»⁽⁷⁾.

هذا، وقد قام الإمام النووي في نهاية الأرب بتعيين نطاق التوثق وجعله شاملا لكثير من المعاملات والتصرفات التي تقع بين الناس في مختلف مجالات الحياة، فقال وهو يتحدث عن

⁽¹⁾ -ابن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب آكل الربا وشاهده وكتبه، ج5، ص37.

⁽²⁾ -مسلم، صحيح مسلم، كتاب الهبات، باب: كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، ح (1623)، ج3، ص1241، 1244.

⁽³⁾ -سورة الطلاق، الآية: 1.

⁽⁴⁾ -مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب: نقض الأحكام الباطلة وردّ محدثات الأمور، ح(1718) ج3، ص1343.

⁽⁵⁾ -ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج4/77-78.

⁽⁶⁾ -البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب: إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل، ج3، ص29، وفي كتاب الشروط،

باب: الشروط في الولاية، ج3، ص177.

⁽⁷⁾ -ابن القيم، الطرق الحكمية، ص279.

اختصاصات الموثق: «وعرف كيفية ما يكتب في كل واقعة وحادثة: من الديون على اختلافها، والحوالات، والشركات، والقراض، والعارية، والهبة والنحلة والصدقة، والرجوع، والتمليك، والبيع، والرد بالعيب والفسخ، والشفعة والسلم والمقابلة، والقسمة والمنصفة، والأجائر على اختلافها، والمساقاة، والوصايا، والشهادة على الكوافل بالقبوض، والعتق والتدبير، وتعليق العتق، والكتابة، والنكاح وما يتعلق به، وإقرار الزوجين بالزوجية عند عدم كتاب الصداق، واعتراف الزوج بمبلغ الصداق، والطلاق، وتعليق الطلاق، وفسخ النكاح، ونفي ولد الجارية، والإقرار باستيلاء الأمّة، والوكالات، والمحاضر والإسجلات، والكتب الحكمية والتقاليد، والأوقاف وغير ذلك...»⁽¹⁾.

ولذلك يمكن إجمال نطاق التوثيق في المعاملات والتصرفات الآتية:

1- معاوضات: كالبيع والسلم، والرهن، والصلح، والشفعة، والقرض والقراض، والحوالة، والإجارة والمساقاة، والجعالة، والشركة والقسمة والنكاح، والخلع، والكتابة (المكاتبة)...

2- تبرّعات: كالإقرار والإبراء، والضمان، والوكالة والوديعة والعادية، وإحياء الموات، والإقالة، والهبة والوقف والوصية والطلاق والعتق.

3- محاكمات: وتشمل على التوثيق بالكتابة والإشهاد، وتتعلق بالقضاء، وهي كما يلي: تولية القضاء، وكيفية الدعوى والجواب وإقامة البيّنات والدعاوى، والمحاضر والسجلات، وما يتعلق بالكتب الحكمية، كما يشمل على ضرب الحجر، ونصب الأئمّة، وإثبات النسب والبلوغ، وفرض النفقات، وفسخ العقود⁽²⁾.

وقد يشمل التوثيق بعض الأعمال المتعلقة بالقضاء، ككتابة وتوثيق بعض كتب البيعة، أو تقليد ولاية من الولايات، والأوقاف، وكذا الإشراف على أموال اليتامى والحسبة⁽³⁾... وغيرها.

هذا وإن الشريعة الإسلامية عندما شرعت التوثيق وحددت نطاقه في كل التصرفات والمعاملات الجائزة، شمل ذلك كل أنواع ووسائل التوثيق من كتابة وإشهاد ورهن وكفالة وغيرها... ولذلك وجدنا بعض هذه المعاملات التي يمكن التوثيق لها بأكثر من نوع، أو بكل هذه الطرق والوسائل، كالبيع مثلاً، فإنّه يوثق بالرهن أو بالكتابة أو بالكفالة أو بالشهادة، أو بها جميعاً، ومنها ما لا يصح التوثيق له بالرهن وإنما بالشهادة أو بالكفالة كالجعالة، لأنّها عقد غير مضمون... وهكذا

⁽¹⁾-النويري، نهاية الأرب، ج9، ص201.

⁽²⁾-محمد التريزي، الكفاية في علم الكتابة، تحقيق: بدري محمد فهد، ط1، عمان، دار جرير للنشر، 2005م، ص69-70.

⁽³⁾-الونشريسي، المعيار، ج10، ص118. سعد الحامدي، التوثيق وأحكامه، ص143.

غيرها من المعاملات، وقد أشار إلى ذلك الإمام السيوطي، مبينا أنواع وطرق التوثيق ثم المعاملات التي يدخلها التوثيق والتي لا يدخلها، فقال: «الوثائق المتعلقة بالأعيان ثلاثة: الرهن والكفالة والشهادة، ومن العقود ما تدخله الثلاثة كالبيع والسلم والقرض، ومنها ما تدخله الشهادة دونهما وهو المساقاة، ونجوم الكتابة (المكاتبة) ومنها ما تدخله الشهادة والكفالة دون الرهن، وهو الجعالة، ومنها ما تدخله الكفالة دونهما وهو ضمان الدرك،... و ليس لنا عقد يجب فيه الإشهاد من غير تقييد إلا النكاح قطعا، والرجعة على قول، وعقد الطلاق على وجه، ومما قيل بوجوب فيه من غير العقود: اللقطة على وجه، واللقيط على الأصح لخوف إرقاقه»⁽¹⁾.

وعموما، فإن نطاق التوثيق يمكن تعميمه على كل المعاملات والتصرفات، سواء المتعلقة بالميراث، أو البيوع أو الشفعة أو الشركة أو الصلح أو التبرعات، أو تعلقت بالجراحات والقتل وغيرها، وكل ما ذكر آنفا من التصرفات وسائر المعاملات كلها يتوثق لها، لأن الشريعة تعبدنا الله بها لدرء المفسد وإزالة الأضرار ودفع كل أنواع الحرج، وجلب المصالح وتحقيق المنافع، ومن ذلك التوثيق للحقوق لحفظها وضمان تحصيلها، منعا للظلم وتحقيقا للعدالة.

الفرع الثاني: مقاصد التوثيق

جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيق مقاصد عامة، تتعلق بجلب المصالح للأنام، ودرء المفسد عنهم في العاجل والآجل، ومن هذه المقاصد العدالة والحفاظ على الحقوق، وكذا الكليات الخمس، أو ما تسمى بالضروريات من حفظ الدين والنفس، والعقل والمال والنسل (أو العرض)، لتعلقها بحياة المسلم في عاجله وآجله.

ولأجل ذلك شرعت من الأحكام كل ما يوجد ويحقق هذه المقاصد، فيقيم أركانها ويثبت قواعدها، وكذا كل ما يحافظ عليها بعد وجودها ويدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها، ومن هذه الأحكام نظام التوثيق الذي من مجاله الذي يهتم به وتنصرف إليه آثاره ونتائجه، مقصد حفظ المال وحفظ النفس، إذ به تصان الأموال والحقوق من الجحود والنكران أو الضياع والنسيان، وتحفظ الدماء والأرواح من الاعتداء والانتقام، والأعراض والأنساب من الاختلاط والضياع، كما تطبق به العدالة وتحمى الحقوق فيتحقق به الاستقرار والأمان.

وقد جعل الإمام الشاطبي -رحمه الله- التوثيق للمعاملات من الأحكام المتممة والمكملة للضروريات، فبعد أن ذكر هذه الأحكام المكملة ومراتبها التي تنظم إلى الضروريات، يعطي أمثلة

⁽¹⁾ -السيوطي، الأشباه والنظائر، ص283.

عنها من بينها التوثيق عن طريق ذكر أنواعه، من رهن وكفالة وغيرها فيقول: «كل مرتبة من هذه المراتب (أي المقاصد الشرعية بأنواعها الثلاثة) ينظم إليها ما هو كالتتمة والتكملة... فأما الأولى (وهي الضروريات ويعطي أمثلة عنها) منها القيام بالرهن والتحميل والإشهاد في البيع إذا قلنا إنه من الضروريات»⁽¹⁾.

ويقول ابن فرحون موضحاً علاقة التوثيق بهذه المقاصد، عند بيانه لشرف وخطر علم التوثيق ما نصه: «وهي صناعة حليمة شريفة، وبضاعة عالية منيفة، تحتوي على ضبط أمور الناس على القوانين الشرعية، وحفظ دماء المسلمين وأموالهم والإطلاع على أسرارهم وأحوالهم، ومجالسة الملوك، والاطلاع على أمورهم وعيالهم، ويغير هذه الصناعة لا ينال أحد ذلك ولا يسلك هذه المسالك»⁽²⁾.

أولاً: من مقاصد التوثيق المحافظة على المال

جعل الله تعالى من المال عصب الحياة وعمود الاقتصاد، وبه قيام الدول والشعوب، وقد شرع الله من الأحكام من شأنها أن تحمي هذا المقصد من جانب الوجود ومن جانب العدم، فأباح كل ما يؤدي إلى إيجاده وتحقيقه، من بيع وشراء وسائر المعاملات والعقود، كالإيجارة والشركة وغيرها... وأوجد له أحكاماً أخرى تحميه من الزوال، كتحريم السرقة، والرشوة، والغصب، وكل أنواع أكل أموال الناس بالباطل، وحتى يتحقق ذلك، شرع نظام التوثيق لحماية الأموال وحفظها من الضياع أو الجحود أو النكران، فأنزل الله تعالى آية مفصلاً فيها طريقة التوثيق للمعاملات مبيناً أركانها وأنواعه وشروطه، في قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَآكْتُبُوهُ﴾⁽³⁾، كما حث على الوفاء بالعقود فقال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽⁴⁾، ويشمل ذلك «عقود الدين من بيع وشراء وإيجارة وكراء ومناكحة وطلاق ومزارعة ومصالحة وتمليك وتخيير وعتق وتدبير وغير ذلك من الأمور، ما كان غير ذلك خارج عن الشريعة»⁽⁵⁾.

ومن المعلوم أهمية المعاملات في حياة الناس، إذ يحتاج كل فرد من أفراد المجتمع إلى التعامل

(1) - الشاطبي، الموافقات، تحقيق محمد عدنان درويش، محمد الأسكندراني، ط1، بيروت، دار الكتاب العربي، 2002م، ص204.

(2) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص282.

(3) - البقرة، الآية 282.

(4) - المائدة، الآية 1.

(5) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج6، ص32.

والتبادل مع غيره، وبالتالي تنتقل الأموال وتتداول بين الناس، ولكن إن لم يكن هناك احتياطات لازمة تحفظ هذه المعاملات وتحمي حقوق الناس، قد يسري إليها النسيان والغفلة لطول أمدها، وربما التفريط أو التعدي، أو الجحود والنكران لفساد الذمم، فتضيع أموال الناس وحقوقهم، وفي ذلك من الفساد والضرر ما فيه، ولذلك شرع الله التوثيق لحفظ المال وصيانتها من الضياع والجحود، يؤكد ذلك صاحب "حجة الله البالغة" عند كلامه عن السر في حكمة كتابة الدين إلى أجل بقوله: «اعلم أن الدين أعظم المعاملات مناقشة، وأكثرها جدلا، ولا بد منه للحاجة، فلذلك أقر الله تعالى في الكتابة والاستشهاد شرع الرهن والكفالة، وبين إثم كتمان الشهادة وأوجب بالكفالة القيام بالكتاب والشهادة، وهو من العقود الضرورية...»⁽¹⁾.

وقال في موضع آخر: «... فكان معاش كل واحد لا يتم إلا بمعاونة آخر ولا معاونة إلا بعقد وشروط واصطلاح على سنة، فانشعبت المزارعة والمضاربة والإجارة والشركة والتوكيل، ووقعت حاجات تسوق إلى مداينة ووديعه، وجربوا الخيانة والجحود والمطل فاضطروا إلى إشهاد وكتابة وثائق ورهن وكفالة، وحوالة...»⁽²⁾، كما أن في حفظ المال بالتوثيق لشتى أنواع المعاملات، من شأنه أن يحقق مصلحة المجتمع بأسره من انتفاعه بهذه الأموال، وإمكان تداولها بين الناس، وذلك يؤدي إلى دوران دولاب التجارة والاقتصاد ويسهل سير عجلة التنمية الاجتماعية.

ثانيا: من مقاصد التوثيق المحافظة على النفس

إن في عدم التوثيق للحقوق ضياعا لها وعدم التمكن من إثباتها، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى الخصومات والمشاحنات بين أفراد المجتمع، قد تصل إلى درجة ارتكاب الجرائم وإزهاق الأرواح، للحصول على الحق بالقوة مما يخل بنظام الأمة والمجتمع وأمنه.

كما شرع الله الزواج من أجل بقاء النوع الإنساني، وحفاظا على الأنساب من الاختلاط، ودفعاً للشبهة والفساد ومدعاة للأمان، وسببا للمودة والرحمة واستقرار الإنسان، قال القرابي في فروقه: «إن النكاح عظيم الخطر جليل المقدر، لأنه مسبب بقاء النوع الإنساني المكرم المفضل على جميع المخلوقات، قال الله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾⁽³⁾، وسبب العفاف الحاسم لمادة الفساد

⁽¹⁾ - ولي الله الدهلوي، حجة الله البالغة، ط1، القاهرة، دار التراث، 1355هـ، ج2، ص113.

⁽²⁾ - ولي الله الدهلوي، المصدر نفسه، ج1، ص43-44.

⁽³⁾ - الإسراء، الآية 70.

واختلاط الأنساب، وسبب للمودة والمواصلة والسكون، وغير ذلك من المصالح»⁽¹⁾.

من أجل ذلك، جعلت الشريعة الغراء لتنظيم علاقات الزواج والطلاق، وغيرها من مسائل الأحوال الشخصية والأسرة، وسائل توثيق بها، حفاظا للطرفين على الحقوق والالتزامات.

ومن ثم أوجب الشرع التوثيق للنكاح لخطره وذلك بالشهادة ، لأن الشهادة متى شرعت في النكاح لم تسقط بتراضي الزوجين وأمنهما بعضهما بعضا، كما في باقي التصرفات وهذا لخطر الزواج، ويؤكد هذا الكلام السرخسي في مبسوطه بقوله: «لأن عقد النكاح عظيم خطره كبير ومقاصده شريفة، ولهذا أظهر الشرع خطره باشتراط الشاهدين فيه من بين سائر المعاوضات، فإظهار خطره، تجعل مباشرته مفوضة إلى أولي الرأي الكامل من الرجال»⁽²⁾.

فلا يصح الزواج ولا يترتب عليه آثاره إلا بتوفر هذه الإجراءات لقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»⁽³⁾، ولهذا اتفق الفقهاء على اشتراط الولي والشهود⁽⁴⁾، في النكاح واعتبروه من شروط جوازه وترتيب آثاره عليه⁽⁵⁾، فإذا نقص واحد من هذه الإجراءات كان الزواج فاسدا⁽⁶⁾ بكونه حينئذ نكاح السر أو من جنس السفاح المؤدي إلى ضياع النفس وعتتها بضياع الأنساب، باختلاطها أو جحودها.

ولما كانت الكتابة في هذا العصر هي المهيمنة على سائر الأدلة، والأوثق بينها والأكد، حيث شاعت وسادت جميع التصرفات والمعاملات، فإنها أضيفت إلى الطرق السابقة في التوثيق للزواج، زيادة في التوثيق والحيطه.

ومن هنا لزم التوثيق للزواج تعظيما لشأنه ورفعاً لقدره بكل هذه الوسائل، حيث شدد الشرع فيه باشتراط الصداق والشهادة -إن عند العقد أو عند الدخول- وكذا الولي. وزيادة في تأكيده وتقويته حرصا على حفظ النسل أو حقوق الأولاد والزوجية من الضياع والجحود والنكران،

(1)- القرافي، الفروق، ج1، ص181.

(2)- السرخسي، المبسوط، ج5، ص11.

(3)- البيهقي، السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، ح(13716)، ج7، ص201.

(4)- يجعلها الجمهور من شروط الزواج، بينما يرى الإمام مالك أنها ليست شرطا وإنما الشرط هو الإعلان، بينما الشهادة واجبة عند الدخول لنفي التهمة والمظنة عن النفس. ابن الحلاب، التفریح، تحقيق: حسن الدهاني، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1987م، ج2، ص36، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص249.

(5)- الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص523.

(6)- الشافعي، الأم، تحقيق رفعت فوزي، ط1، مصر، دار الوفاء، 2001م، ج6، ص57.

أضيفت كتابة هذا العقد، مع باقي الوسائل، فصار هذا العقد يدون لهذه المصالح، وصار الناس يوثقونه بهذه الطرق كلها، ولحاجتهم إليها عند وقوع ما يستدعي ذلك، إذ ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. (1)

يقول ابن تيمية - رحمه الله - : «لم يكن الصحابة يكتبون الصداقات لأنهم لم يكونوا يتزوجون على مؤخر، بل يعجلون المهر، وإن أخره فهو معروف فلما صار الناس يتزوجون على مؤخر، والمدة تطول وتنسى، صاروا يكتبون المؤخر، وصار ذلك حجة في إثبات الصداق، وفي أنها زوجة له». (2)

وكذا لخراب الذمم وفساد الناس، أصبحت المحاكم اليوم توجب تسجيل عقد النكاح عند القاضي أو من ينوب عنه، ويعطى الزوجان وثيقة رسمية في ذلك، وذلك لتغير عرف الناس، وتغير أساليب حياتهم، بقصد حماية حقوق الزوجية، والمحافظة على مصالح النسل الذي نشأ عن هذه الزوجية، وذلك في النسب والنفقة والميراث والحضانة، من تعرضها للحدود والغش أو الضياع (3).

(1) - القرافي، الفروق، ج1، ص186، النشرسي، المعيار، ج1، ص5.

(2) - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج32، ص131.

(3) - سعد الحامدي، التوثيق وأحكامه، ص74-75.

المبحث الثالث: أسباب التوثيق

وأقصد بأسباب التوثيق، تلك المسوغات التي تدفع بصاحب الحق إلى المطالبة بالتوثيق لحقه بأي وسيلة من وسائله، وأهمها الكتابة، وذلك خشية ضياعه وفوته عليه، إما بسبب جحود أو إنكار، أو تعدد أو تفریط، أو حتى بادعاء تلفه وضياعه من طرف الأمين ليأخذه من غير وجه حق ويحجده، و الذي تكون يده من حيث الأصل يد أمانة، أو بسبب إفسار، أو مماثلة في دفع الدين حتى يضيع، أو نسيانه أو بسبب إفلاس المدين، أو موته فيفوت الحق على صاحبه. أو لسبب من الأسباب الخارجة عن إرادته، كتغير القيم في الأسواق بكساد النقود أو انقطاعها من التداول.

هذا، وإن السبب الرئيسي من التوثيق للحقوق، هو في الأصل امتثال أمر الله تعالى، الذي أمرنا بالتوثيق لحقوقنا بوسائل بينها في كتابه العزيز وكذا سنة رسوله الكريم ﷺ، حيث أرشدتنا نصوص الشريعة إلى أخذ الحيطة والحذر، وأن لا نتهاون في الحفاظ على حقوقنا بكتابتها أو الإشهاد عليها، أو صونها وتأكيدا بأي وسيلة من الوسائل الأخرى المعروفة في الفقه الإسلامي توثقا وإثباتا لها، وذلك في آية الدين التي كانت هي الأساس لنظام التوثيق للحق، حيث أمرنا الله فيها بكتابة الدين والإشهاد عليه، وبيّن فيها شروط الكتابة والكتاب، كما علّمنا طرق التوثيق الأخرى كالرهن الذي يكون سببه تعذر كتابة المعاملة، وجاءت نصوص أخرى لتبيين وسائل وطرق أخرى يتوثق بها للحق، كالكفالة والحوالة وغيرها دفعا للجحود والتعدي والنسيان وغير ذلك من الأسباب.

وهو ما أكدّه القرطبي في بيان علة التوثيق في الأموال خاصة وأسباب ذلك وكيفيته بقوله: «لأن الأموال كثرت الله أسباب توثيقها لكثرة جهات تحصيلها وعموم البلوى بها وتكررها، فجعل فيها التوثيق تارة بالكتب وتارة بالإشهاد وتارة بالرهن وتارة بالضمان»⁽¹⁾. ولهذا قال العلماء: «إن الوثائق بالحقوق ثلاثة: شهادة ورهن وكفالة، فالأولى لخوف الجحد، والأخيران لخوف الإفلاس»⁽²⁾.

والناظر إلى هذا القول، يجد أنه أشار إلى الشهادة، وتشمل الكتابة أيضا وكل توثيق بغير عقد، كما أشار إلى السبب وهو الجحود، وقد يشمل أيضا التعدي والمماثلة في الأداء أو خشية موت المدين، وبيّن السبب الثاني وهو الإفلاس، ويشمل الإفسار أيضا فيكون لأجله التوثيق بالرهن أو الكفالة أو الحوالة، وغيرها من وسائل التوثيق بعقود أو ما تسمى بعقود التوثيق.

(1) _ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص360.

(2) _ الشريبي، معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ج3، ص39.

وتفصيل ذلك كله في المطالب الآتية:

المطلب الأول: التوثيق للحق خشية الجحود

سأتناول في هذا البحث التعريف بالجحود في اللغة والاصطلاح ثم ما يثبت به الجحود والإنكار، ثم أتكلم عن حكم الجحود وكذا عقوبته ثم كيفية التوثيق منه وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الجحود

أ- لغة: الجحود هو الإنكار مع العلم، يقال جحد جحده حقه وبحقه جحدا أو جحودا والجحد أيضا، قلة الخير، وكذلك الجحد بالضم، والجحد: نقيض الإقرار⁽¹⁾.

ب- اصطلاحاً: الجحود هو نفي الشيء المدعى به⁽²⁾ والجاحد من أنكر حق غيره، أو ادعى عدم وجوده.

الفرع الثاني: حكم الجحود وآثاره

أولاً: حكم الجحود:

إنكار الحق وجحوده محرّم، وهو أكل لأموال الناس بالباطل الذي حرّمه الله تعالى، فالجاحد لحق غيره، كالغاصب الذي أخذ مال غيره بغير حقّ فهو آثم آكل للحرام، والأدلة على تحريم الجحود كثيرة منها:

1- من القرآن: قوله تعالى: قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْمُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾⁽³⁾.

قال صاحب الجامع لأحكام القرآن: «والمعنى لا يأكل بعضكم مال بعض بغير حق، فيدخل في هذا، القمار والخداع والغصب، وجحد الحقوق ما لا تطيب به نفس مالكة»⁽⁴⁾.

وروي عن ابن عباس في تفسير الآية السابقة قوله: «هذا في الرجل يكون عليه مال وليس عليه فيه بينة، فيجحد المال ويخاصمهم إلى الحكم وهو يعرف أن الحق عليه وقد علم أنه آثم آكل

(1) _الجوهرى، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ط3، بيروت، دار الملايين، 1984، ج2، ص 451-452، باب الدال، فصل الجيم، ابن منظور، لسان العرب، مج1، ص 547.

(2) _ ابن رشد، المقدمات، تحقيق: سعيد أعراب، ط1، تونس، دار الغرب الإسلامي، 1988، ج2، ص 457.

(3) _ سورة البقرة، الآية 188.

(4) _ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج2، ص338.

حرام»⁽¹⁾.

2- من السنة: ما ورد في الحديث عن النبي ﷺ أنه قال: «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إليّ، ولعلّ بعضكم أن يكون ألحن بحجّته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنّما أقطع له قطعة من النار»⁽²⁾. وعليه فحكم القاضي لا يجرم حلالاً ولا يحل حراماً⁽³⁾، ومن أخذ شيئاً من غيره دون حق، وجحدته إياه فكأنما اقتطع لنفسه قطعة من النار، ليتعدّب فيها يوم القيامة، دلالة على حرمة أخذه⁽⁴⁾.

ولذلك جاء في صحيح مسلم عن أبي أمامة أن رسول الله ﷺ قال: «من اقتطع حقّ امرئ مسلم بيمينه، فقد أوجب الله له النار، وحرّم عليه الجنة»⁽⁵⁾.

وشبه النبي ﷺ من أكل المال بالباطل ومنه جحدته ليأخذه ظلماً وعدواناً بالمفلس، وبين أن عقوبته النار دليل على حرمة ذلك، فقال «أتدرون من المفلس. قالوا: المفلس من لا درهم له ولا متاع، فقال: إنّ المفلس من أمّتي، يأتي يوم القيامة بصلاة وصيام وزكاة، ويأتي وقد شتم هذا، وقذف هذا، وأكل مال هذا وسفك دم هذا، وضرب هذا، فيعطى هذا من حسناته وهذا من حسناته فإنّ فنيّت حسناته قبل أن يقضي ما عليه أخذ من خطاياهم فطرحت عليه، ثم طرح في النار»⁽⁶⁾.

ثانياً: آثار الجحود:

يترتب على الجحود عدّة أمور منها:

- 1- ضياع الحق وفوته على صاحبه، وصعوبة استيفائه ومن ثم تعطيل مصالح الناس.
- 2- من جحد شيئاً من أموال الناس، لزمه ردّه إلى أصحابه والتوبة إلى الله تعالى من ذلك، لأنّه فعل محرّم يعاقب عليه، وذلك تعزيراً له على فعله⁽⁷⁾.

(1) _ السيوطي، الدر المنثور في التفسير بالمتأثور، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1990م، ج1، ص 366-367.

(2) _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب: موعظة الإمام للخصوم، ج8، ص 112.

(3) _ ابن حجر، فتح الباري، ج15، ص 76.

(4) _ الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ط1، بيروت، مؤسسة الريان، 2002، ج3، ص 181.

(5) _ مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم الظلم، ج3، ص 122.

(6) _ مسلم، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب: تحريم الظلم، ح(2581)، ج4، ص 1997. ابن حجر، فتح

الباري، ج5، ص 26.

(7) _ الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج3، ص 179.

3- استحقاق الذي عليه الحق إذا جحد حق غيره، الشتم من صاحب الحق الذي ينتصر لحقه، فيجهر له بالسوء من القول لأنه ظالم استحق ذلك⁽¹⁾، لقوله تعالى: ﴿لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعًا عَلِيمًا﴾⁽²⁾.

وقد جاء في الحديث: «لِيّ الواحد⁽³⁾ يحلّ عرضه وعقوبته»⁽⁴⁾. ومعنى يحلّ عرضه وعقوبته بأن يقول ظلمي ومطلني حقي وهضمه وتكون عقوبته بالحبس والتعزير⁽⁵⁾.

والجاحد شر من المماطل، ويشترك معه في هضم حق الغير، فيقاس عليه في العقوبة والحبس والتعزير.

3- أن من أودع ودبعة عند شخص، فجحدها الوديع بعد ذلك، فللمودع (صاحب الودبعة) إن ظفر بمال الوديع أن يأخذه في مقابل ودبعتة التي جحدها الوديع، وهي المسألة التي تعرف بمسألة الظفر، وهي مسألة مختلف فيها بين المالكية⁽⁶⁾، وصورها أن من كان له حق بمال على شخص مماطل، أو منكر جاحد، أو غاصب أو سارق، أو غير ذلك، وقدر على أخذ حقه منه بعينه أو بقيمته من مال الشخص الذي عليه الحق، فهل يجوز لصاحب الحق أو المال أن يعاقب الشخص المؤمن أو الغاصب المتعدي أو الذي عليه الحق، بأخذه المال الذي تمكن منه لكونه أمانة عنده، بجحوده إياه هو أيضا بأن أخذه بنفسه دون رفع دعوى أو شكوى للقاضي، وقد استدل جمهور المالكية على عدم جواز أخذ المال إذا ظفر به صاحبه من مال الذي عليه الحق، بحديث النبي ﷺ «أدّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تحن من خانك»⁽⁷⁾ فلا تحلّ خيانة من خان.

(1) _ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج6، ص 1.

(2) _ سورة النساء، الآية: 148.

(3) _ اللي هو المطل، وهو منع ما استحق أداءه، والواحد: الموسر الغني. ابن منظور، لسان العرب، ج5، ص4107، مادة: لوى، وج6، ص4770، مادة: وجد. ابن حجر، فتح الباري، ج5، ص 78.

(4) _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الاستقراض، باب لصاحب الحق مقال، ج3، ص 85.

(5) _ ابن الجلاب، التفریع، ج2، ص247. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص281، 285. ابن حجر، فتح الباري، ج5، ص 77.

(6) _ ابن رشد، المقدمات، ج2، ص 457.

(7) _ أبو داود، سنن أبي داود، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده ح(3534)، ج5، ص 394، وقد تكلم فيه بعض أهل الحديث، بينما صححه بعضهم كالحاكم في مستدرکه ح(2296)، وقال عنه: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. المستدرک، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1990، ج2، ص53. لذا قال عنه الشوكاني، إنه ينتهض به في أمر الأحكام لتعدد طرقه ولتصحیح بعض الأئمة له، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار، تحقيق: عصام الصبايطي، ط1، دار الحديث، 1993، ج5، ص355. وقال عنه الترمذي، حديث حسن غريب، سنن الترمذي ح(1264)، ج3، ص556.

وهناك قول عن مالك-رحمه الله-أنه يجلب له أخذ ماله منه الذي قدر عليه-وكان وديعة عنده- إن لم يكن على رب الوديعة-الذي عليه الحق-دين فإن كان عليه الدين فليس لصاحب الحق أن يأخذ إلا قدر ما يجب له في المحاصة، أي ليس للمودع الذي عنده الأمانة أو الوديعة، ويريد أن يقتص لنفسه بأخذ المال، إلا حصته مع الغرماء⁽¹⁾.

بينما يرى ابن عبد الحكم: أن له أن يأخذ حقه وإن كان على الذي عليه الحق، أو صاحب الوديعة، دين، وهو قول مالك في المدونة في إجازة رهن المديان وقضائه بعض غرمائه، بينما يرى ابن الماجشون استعمال الحيلة بكل ما يقدر عليه حتى يأخذ حقه فالأمر مباح وهو ما اختاره ابن رشد في مقدماته، واستدل بحديث هند، عندما أباح لها النبي ﷺ أن تأخذ من مال زوجها-عندما شكت له شح أبي سفيان بالنفقة الواجبة عليه-ولكن بالمعروف ولو دون علمه، والمعروف معناه أن تأخذ مقدار ما يجب لها ولا تتعدى فتأخذ أكثر، وكذلك قوله: «ولا تحن من خانك» أي لا تتعدى، فتأخذ أكثر من حقه الواجب لك، فتكون قد خنته كما خانك⁽²⁾.

ورأي المالكية له وجهه من النظر، وذلك أن مال المسلم لا يباح أخذه إلا بطيب نفس من صاحبه، وعدم مبادلة الإساءة بالإساءة وليس ذلك خاصا بالمودع فقط، بل كل من أخذ منه حق ولم يقدر على تخليصه ممن هو عليه، فيباح له إن هو ظفر بما يستحقه أن يأخذ بقدر حقه ممن ظلمه وجحده، وذلك بالمعروف دون إساءة، وإن كان يستحب مع ذلك ترك الأمر إلى القضاء، لينصف صاحب الحق، إن عجز عن استرداد حقه، إذا كان ظفروه بمال المدين أو الوديع الذي عليه الحق، وأخذه منه يؤدي إلى مفسدة أكبر، لأن ترك الأمر للأفراد وحدهم، سيؤدي ذلك إلى الفوضى وإلى الهرج والمرج، ولذلك وضع المالكية شروطا لأخذ المظلوم حقه بنفسه وهي:

1- أن يكون الحق غير عقوبة، فإن كان عقوبة فلا يستوفىها المظلوم بنفسه، بل لا بد من أن تكون عن طريق الحاكم، فلا يجرح من جرحه ولا يضرب من ضربه، ولا يؤدب من شتمه، وكذلك مسائل الطلاق وغيرها، فلا بدّ فيها من الرفع إلى الحاكم، حتى لا يترتب على ذلك مفسدة.

2- أن يأمن وقوع فتنة، من قتال أو جرح أو ضرب، تنشأ عن أخذ حقه بنفسه.

3- أن يأمن نسبة الرذيلة إليه كأن يقال سارق أو غاصب⁽³⁾.

(1) _ ابن رشد، المقدمات، ج2، ص 457.

(2) _ ابن رشد، المصدر نفسه، ج2، ص 457-458.

(3) _ ابن رشد، المصدر نفسه، ج2، 458، الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص 431.

المطلب الثاني: كيفية التوثيق للحق خشية الجحود

إن الحقوق بجميع أنواعها، مالية أو غير مالية، لا تسترد عند جحودها إلا عن طريق القضاء، وذلك بإثبات المدعي صحّة نسبة تلك الحقوق إليه لقوله ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر»⁽¹⁾.

والبينة هي كل وسيلة يتحرى بها للحق لكشفه وإظهاره وهي الحجّة، ومنها الشهادة أو الوثيقة المكتوبة⁽²⁾، وقد شرعت الشهادة والكتابة توثيقاً للحقوق من الجحود والإنكار، وحفظاً لها من الضياع أو النسيان، أو التحايل والادعاء.

الفرع الأوّل: التوثيق بالشهادة

الشهادة وسيلة من وسائل التوثيق المعتبرة في الشريعة الإسلامية والتي سأفصل فيها في فصل لاحق - إن شاء الله - يتوثق بها للحقوق سواء كانت مالية أو غير مالية، كما أنها في نفس الوقت وسيلة إثبات لجميع هذه الحقوق أيضاً، ونصاها يختلف من حق إلى حق، إلا أن أغلبية هذه الحقوق تثبت بشهادة رجلين وما يدل على التوثيق للحقوق خشية الجحود، بالشهادة قوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾⁽³⁾.

كما ثبت عن النبي ﷺ قوله للمدعي: «شاهدك أو يمينك»⁽⁴⁾.

كما جاء عنه ﷺ سؤاله لرجل: «ألك بينة»⁽⁵⁾.

فهذه النصوص الشرعية، ترشدنا إلى أن صاحب الحق إذا أقام البينة - في الغالب هي الشهود - على الحق الذي يدعيه، فإنه يكون قد توثق لحقه من الضياع.

وأما إقامة الشهادة، فإما بتحمّلها من الشهود ثم أدائها أمام القضاء عند التنازع أو الجحود

⁽¹⁾ _ البيهقي، السنن الكبرى، باب: البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ح(21201)، ج10، ص 427. وفي سبل السلام: «والحديث متفق عليه، وللبيهقي أي من حديث ابن عباس بإسناد صحيح "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"» الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، تحقيق: ابراهيم عصر، القاهرة، دار الحديث، ج4، ص 1484.

⁽²⁾ _ الصنعاني، سبل السلام، ج4، ص 1483.

⁽³⁾ _ البقرة، الآية: 282.

⁽⁴⁾ _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى في الأموال والحدود، ج3، ص 159.

⁽⁵⁾ _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشهادات: باب: سؤال الحاكم المدعي هل لك بينة قبل اليمين، ج3، ص 159.

علنا، مع علم كل من صاحب الحق وكذا المطالب به، وهذه لا اختلاف فيها بين العلماء، ولكنهم اختلفوا في الشهادة على الشخص الجاحد للحق خفية عنه مع الاختباء له وذلك بان يخفى الشاهد نفسه، ويختبئ عند تحمله للشهادة وسماعها⁽¹⁾ فيخفي نفسه عن المشهود عليه لئلا يسمع إقراره، دون علم المقرّ وبحضوره وذلك كان يأتي شخص وهو صاحب لحق بشاهدين، ويختبئهما في غرفة مجاورة ويأمرها بسماع ما يجري بينه وبين غريمه أو المطالب بالحق من كلام وحفظه، فيقر الرجل المدين مثلاً بما عليه من حق لصاحب الدار والشهود يسمعون ذلك دون علم المقر⁽²⁾.

والمالكية⁽³⁾ على جواز هذه الشهادة وقبولها، لأنه كذلك يفعل بالكاذب الفاجر⁽⁴⁾ ومن عرف بالجحد والإنكار⁽⁵⁾ مستندين بما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أنه قال: «انطلق رسول الله صلى الله عليه وسلم و أبي بن كعب الأنصاري يؤمان النخل التي فيها ابن صياد، حتى إذا دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم يتقي بجذع النخل وهو يختل أن يسمع من ابن صياد شيئاً قبل أن يراه، وابن صياد مضطجع على فراشه قطيفة له فيها رمرمة أو زمزمة فرأت أم ابن صياد النبي صلى الله عليه وسلم وهو يتقي بجذع النخل، فقالت لابن صياد: أي صاف هذا محمد، فتناهى ابن صياد، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لو تركته بين»⁽⁶⁾.

وقد جاء في شرح ابن بطلال⁽⁷⁾: «في حديث ابن عمر من الفقه، جواز الاحتيال على المستترين بالفسق وجحود الحقوق، بأن يختفي عليهم حتى يسمع منهم ما يستترون به من الحق ويحكم به عليهم ولكن بعد أن يفهم عنهم فهما حسناً لقوله صلى الله عليه وسلم: «لو تركته بين»⁽⁸⁾.

وما ذهب إليه المالكية من جواز شهادة المختبئ المستتر، ليس فيها احتيال ولا تجسس منهى

(1) _ ابن حجر، فتح الباري، ج5، ص 576.

(2) _ ابن بطلال، شرح ابن بطلال على صحيح البخاري، ج8، ص8.

(3) _ ابن بطلال، شرح ابن بطلال على صحيح البخاري، ج8، ص8. الونشريسي، المعيار، ج10، ص 159-160.

(4) _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب شهادة المختئ، ج3، ص 147.

(5) _ الونشريسي، المعيار، ج10، ص 10.

(6) _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب المختبئ، ج3، ص 147، يختل أي يطلب أن يسمع. ابن حجر، فتح الباري، ج5، ص30.

(7) _ سليمان بن محمد بن بطلال، كان مقدماً في الفقه والعلم، تتلمذ على ابن أبي زمنين له عدة مؤلفات منها: المقنع، الذي عليه مدار المفتين والحكام، قال عنه ابن عبد البر: وليس للملكي مثله في معناه، وشرحه على صحيح البخاري، وغيرها من الكتب القيمة، وأخذ عنه الكثير منهم: ابن عبد البر، توفي سنة (402هـ) وقيل(404هـ). ابن بشكوال، الصلة، ج1، ص194. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج1، ص376-377.

(8) _ ابن بطلال، شرح ابن بطلال على صحيح البخاري، ج8، ص 8. الونشريسي، المعيار، ج10، ص 160.

عنه، لصحة الحديث الوارد بذلك أعلاه، فهو نصّ في المسألة، بل فيه تحرّ للحق بكل وسيلة ممكنة، توثيقاً لإثباته بعد ذلك، ولكن بعد استيفاء كل الوسائل المتاحة في استرداد الحق، حتى إذا تعذّر الوصول إليه بذلك انتقل إلى هذه الوسيلة، فلا يلجأ إليها ابتداءً ولكن إذا وقعت جاز العمل بها، وهو المعروف والثابت في كتب المالكية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: التوثيق بالكتابة

لقد أقرت الشريعة الإسلامية التوثيق بالكتابة، وسّمّاه العلماء توثيقاً، وهو تسجيل الحقوق وجعلها في وثائق احتياطي وحفظاً لها من الجحود والإنكار، والأصل في ذلك هو آية الدين، التي أرشدنا الله فيها إلى كتابة الديون وسائر الحقوق، وعلمنا فيها كيفية التوثيق ووسائله في قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾⁽²⁾.

والوثيقة المكتوبة تعتبر حجةً وبينة يعتمد عليها في التوثيق للحق وإثباته إذا كانت مستوفية الشروط كما سألناه في الفصل اللاحق- إن شاء الله- كما أنّ أهل العلم والمالكية منهم خاصة على عدم اعتبار الوثيقة حجةً إلاّ بعد الإشهاد عليها⁽³⁾، وخوفاً من أن يجحد المدين الحق، يوثقه صاحبه كتابةً في وثائق، قد تكون رسمية وقد تكون عرفية. وإن اعتبرها بعضهم كذلك ولو كانت مجردة عن الإشهاد⁽⁴⁾.

فالرسمية منها مثل ما يوثق من حقوق الناس في وثائق تصدر من جهة الدولة ومؤسساتها، والعرفية منها تلك الوثائق التي يكتبها الأفراد في معاملاتهم فيما بينهم، ككتابة الشخص شهادته أو إقراره بحق لغيره مثلاً، أو كتابة التجار والسماسرة تلك الحقوق في دفاترهم الخاصة أو الوثائق التي تتضمن صكوك العقود بين المتعاملين، وغيرها من الوثائق التي تكتب لحقوق الناس من الجحود والنكران والتي يعتمدها المالكية وغيرهم من أهل العلم، كوسيلة إثبات الحق وتوثيقه ويقضى بها في كثير من المسائل، سواء من غير إشهاد عليها كما هي عند بعضهم أو مع الإشهاد عليها وهي حجة حينئذ بالاتفاق، ومن ذلك الشهادات التي يكتبها الأشخاص في وثائق في حالة خشية الجحود أو

(1) _ الونشريسي، المعيار، ج10، ص160.

(2) _ سورة البقرة، الآية 282.

(3) _ القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص 382، الدسوقي، حاشية الدسوقي، على الشرح الكبير، (ط2)، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003م)، ج4، ص 471-473.

(4) _ سألنا إلى تفصيل ذلك في الفصل الثاني -إن شاء الله -عند الكلام عن حجية الخط المجرد.

النكران أو الضرر، أو ما يسمّى بالتقية وهي ما يعرف بشهادات الاسترعاء⁽¹⁾، والتي فصلّ فيها المالكية في مدوناتهم كوسيلة من وسائل التوثيق للحقوق خشية الإنكار⁽²⁾.

الفرع الثالث: التوثيق للحق باشتراط ضمان يد الأمانة

لقد سبق بيان أن المالكية يجيزون التحري للحق والحيطه له بكل وسيلة ممكنة، توثقا له وضمانا لاستيفائه، وذلك باستنفاذ كل الوسائل المتاحة والمناسبة لكل حالة-كما سبق-ومن ذلك التوثيق للحق باشتراط الضمان على كل من يده على الشيء يد أمانة، وهي يد الحائز للشيء بإذن صاحبه لا بقصد تملكه، لمصلحة تعود لمالكه، كالوديعة والوكيل والأجير الخاص، والولي والوصي على مال اليتيم، والناظر على الوقف وبيت المال، أو كان لمصلحة تعود للحائز، كالمستأجر والمستعير والمرقن...، أو كان لمصلحة مشتركة بينهما، كالمضارب والشريك... فالأمانة هي الشيء الذي يوجد عند الأمين، سواء أكان بقصد الاستحفاظ كالوديعة، أو كان ضمن عقد كالمأجور والمستعار والمرهون⁽³⁾. والمقصود من اشتراط ضمان الأمين، أن يشترط رب المال على الأمين عند العقد أن يصير هو المتحمل لتبعة ما هلك تحت يده من الأموال المؤمن عليها-أيا كان سبب الهلاك-بحيث يلتزم بغرم مثل التالف إن كان مثليا وقيمته إن كان من القيميات، ويرضى الأمين بهذا الشرط العقدي، وذلك توثقا لحق صاحب المال من استيلاء الأمين عليه بدعوى التلف أو الضياع دون تعد منه أو تفريط و من ثمّ جحوده له، ويتم ذلك بالوسيلتين معا من الإشهاد و الكتابة، أو بإحدهما وخاصة الكتابة لأنها الآكد والأقوى في التوثيق و عند الإثبات.

هذا، و تأتي أهمية هذه المسألة في التوثيق للحق، نظرا لكون الناس مع حاجتهم للتعامل مع هؤلاء الأمناء وضرورة الائتمان على أموالهم، فإنهم لا يشكون في أمانة هؤلاء ومن هنا تأتي الخطورة، حيث إن هؤلاء الأمناء لعلمهم بضرورة الناس إليهم وائتمانهم وثقتهم بهم، فإنهم قد تنبسط أيديهم على أموال الناس فيأخذوها بغير وجه حق مدعين ضياعها بغير تفريط أو تعد منهم، خاصة مع فساد الزمان، وعدم مبالاة الناس بأكل الحرام، وحرصهم على الوصول إلى المال بأي وسيلة، وتعذر أو تعسر إثبات صاحب الحق تعدي الأمين أو تفريطه في كثير من عقود الأمانات، وهو ما يستدعي

(1) _ سأتناولها بالتفصيل في الفصل اللاحق، -إن شاء الله- أثناء الكلام، عن أركان أو مقومات التوثيق ومنها الوثيقة.

(2) _ سأشير إلى شهادات الاسترعاء في الفصل الثالث -إن شاء الله- في أنواع الشهادة.

(3) _ نزيه حماد، مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي، ط2، جدة، البنك الإسلامي للبحوث، 2000

التوثيق للحق من خلال اشتراط غرمه أو ضمانه للمصلحة وسدا للذريعة⁽¹⁾.

- كيفية التوثيق للحق باشتراط الضمان على الأمين خوف جحوده

من المعلوم عند الفقهاء أن يد الأمانة لا تضمن شرعا إلا بالتعدي أو التفريط، لأن الأصل فيها الإرفاق والمعروف في الجملة، فلو اعتبرت ضامنة مطلقا لزهّد الناس في ائتمان بعضهم بعضا وفي ذلك تعطيل لمصالحهم، ومن هنا كان الخطر والضيق الذي يقع فيه كثير من الناس، بحيث قد يخون الأمين أو المودع عنده المال، فيأكله بالباطل مدعيا تلفه أو ضياعه بغير إرادته أو تفريط منه، فيكون بذلك جاحدا لحق من ائتمنه بحائنا له، والناس في الغالب يأتمنونه فتضيع بذلك الحقوق، خاصة عند فساد الزمان وانتشار الحياتات بين الناس، مما يدعو إلى ضرورة الاحتياط للحق باشتراط الضمان على الأمين عند العقد، ولو خالف فيه جمهور العلماء، إلا أن الكثير ومنهم المالكية على خلاف المشهور⁽²⁾، قالوا بجوازه استحسانا لما فيه من تحقيق مقصد حفظ المال، ولأنه مخرّج عما نصوا عليه من بعض المسائل المتعلقة بالضمان استثنوها من القاعدة المعروفة في عقود الأمانات: أن الأصل في يد الأمانة عدم الضمان، أو الأصل فيمن دفع مختارا لا على قصد التمليك الإئتمان⁽³⁾، وخاصة أن هذه القاعدة ليست ثابتة بنص تشريعي حتى لا يجوز مخالفتها، وإنما هي باستنباط اجتهادي يخضع للنظر والتأمل، ويرد عليه التنقيح والتصويب والتصحيح، كما أن القول ببطلان اشتراط الضمان على الأمين، ليس محل إجماع الفقهاء وهو عبارة عن وجهة نظر في مسألة فقهية خلافية كما نص عليه العلماء⁽⁴⁾.

وقد يتجرأ كثير من الناس على حقوق غيرهم، جاعلين ذلك تحت دعاوى كثيرة، ولو لم يشرع التوثيق للحقوق بكل وسيلة تؤدي ذلك الغرض، ومنه اشتراط الضمان على الأمين، لأدى إلى طمع وخيانة وجحود الكثير من الأمانة، ولذلك فالفتوى تتأثر بما تتغير به ذمم الناس، وهو ما وضحه لنا القرافي في فروقه عند شرحه للمقولة المشهورة لعمر بن عبد العزيز: «يحدث للناس من الأفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور»⁽⁵⁾، فقال: «أي يجددون أسبابا يقتضي الشرع لها أمورا لم تكن قبل ذلك،

(1) _ ابن رشد المقدمات، ج2، ص223-224.

(2) _ القرافي، الذخيرة، ج8، ص109. الونشريسي، المعيار، ج8، ص225-226.

(3) _ نزيه حماد، مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط، ص26، 34، 35.

(4) _ ابن بطال، شرح ابن بطال على صحيح البخاري، ج7، ص145. ابن رشد، المقدمات، ج2، ص243-248، القرافي،

الذخيرة، ج8، ص109. الونشريسي، المعيار، ج8، ص225-226.

(5) _ القرافي، الفروق، ج4، ص278، 284، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص170.

لأجل عدم سببها قبل ذلك»⁽¹⁾. فتغير الذمم أدى بالفقهاء إلى ضرورة إيجاد طرق مستجدة لمواجهة إخلالات الناس، ولمواجهة فساد الذمم وتحصيل ما يفوت بفسادها، بل أدى أحيانا إلى تغير الفتوى لأجل أنه لا يصلح الناس إلا هذا التغيير، ومنها القول باشتراط الضمان أو الغرم على الأمين إن ادعى تلف ما تحت يده من حقوق غيره، وهو شرط وإن أبطله بعض المالكية لكونه يتنافى مع مقتضى العقد⁽²⁾، إلا أن بعضهم أجاز له ما فيه من مصلحة، ولكونه لا يتضمن حراما بل هو ما يسند مقاصد الشرع في حفظ أموال الناس، خاصة إذا علمنا أن المراد به عندهم ينحصر في ضمان المتلفات، أي أن يصير الأمين هو المتحمل لتبعات الهلاك الكلي أو الجزئي الذي قد يحدث لما تحت يده من تلك الأموال-أيا كان سببه- فيلتزم برد المثل إن كان المال التالف من المثليات، أو قيمته إن كان من القيميات توثقا لحق المستأمن، وليس المقصود به أن تشغل ذمته بذلك المال المقبوض منذ بداية العقد، ويصير ديننا فيها يلزمه أداؤه لصاحبه كسائر الديون التي تثبت في الذمة⁽³⁾.

ومن هنا، فقد ذهب الإمام مالك وأصحابه إلى تضمين الأمين ما يتلف تحت يده استثناء للمصلحة وتوثقا لحقوق الناس وأموالهم⁽⁴⁾، وذلك بموجب التعدي أو التفريط، إلا أنهم لم يجيزوا-في المشهور عندهم- اشتراط الضمان وهو المروي عن ابن القاسم⁽⁵⁾، أما تضمينه ما ألتف دون تعد أو تفريط، فقد اختلف فيه المالكية وغيرهم من العلماء، إذ لا يجوز تضمينه إلا بموجب شرعي يسوغ ذلك، كالمصلحة أو عرف يقتضي ذلك، كأن يتطوع الأمين بقبول التزام الضمان بعد العقد⁽⁶⁾، أو وجود التهمة وهي رجحان الظن وغلبة الاحتمال، عن كذب ادعاء الأمين هلاك الأمانة دون تعديه أو تفريطه بشهادة العرف⁽⁷⁾ وغير ذلك من الموجبات، ولهذا وتخريجا على هذه المسوغات، ذهب المالكية

(1) _ القرافي، المصدر نفسه، ج4، ص284.

(2) _ القرافي، الذخيرة، ج8، ص98. لأن عقد الأمانة يقتضي عدم الضمان، و اشتراط الضمان على الأمين يفرغ عقد الأمانة من مضمونه.

(3) _ نزيه حماد، مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط، ص19.

(4) _ ابن رشد، المقدمات، ج2، ص243-244. القرافي، المصدر نفسه، ج8، ص98.

(5) _ القاضي عبد الوهاب، الإشراف على مسائل نكت الخلاف، ط1، تحقيق: الحبيب بن الطاهر، بيروت، دار ابن حزم، ج2، ص583. ابن بطلال، شرح ابن بطلال على صحيح البخاري، ج7، ص145. القرافي، المصدر نفسه، ج8، ص98، ، الونشريسي، المعيار، ج8، ص226.

(6) _أخذا من حديثه ﷺ لصفوان بن أمية لما استعار منه أدرعا يوم حنين، حين سأله: أغصبا يا محمد؟ فقال: "بل عارية مضمونة". الحاكم النيسابوري، المستدرک، ح(2300)، ج2، ص51-54، وقال: "صحيح الإسناد ولم يخرجناه". البيهقي، السنن الكبرى، باب: بل عارية مضمونة، ح(11478)، ج6، ص147.

(7) _ ابن رشد، المقدمات، ج2، ص247-248 . القرافي، الذخيرة، ج8، ص109. نزيه حماد، مدى صحة تضمين يد الأمانة، ص29.

في غير المشهور عندهم، إلى جواز اشتراط تضمين الأمين ما تحت يده ، إن ادعى تلفه أو ضياعه دون تعد أو تفريط منه⁽¹⁾، وكذا قياسا على قولهم بجواز تضمين الصناع، وهم الأجراء الذين ينتصبون لحرفة أو صناعة ما، فيدفع الناس إليهم أمتعتهم ويتعاقدون معهم على صنع شيء أو إصلاحه لهم في غيبتهم، كالخياط والطراز، والنجار، وغيرهم...، فمع أن الأصل أن الصناع مؤتمن على ما بيده من أعيان الناس، بناء على القواعد السابقة في عقود الأمانات، إلا أن المالكية في المشهور، رأوا تضمينه للمصلحة وللضرورة الناس إلى استعمالهم وسدا لذريعة الفساد بإتلاف المال وأكله دون حق⁽²⁾، ولأنهم لو لم يضمنوا مع علمهم أنهم مؤتمنون ومصدقون فيما يدعون من التلف، لتسارعوا إلى أخذ أموال الناس واجترأوا على أكلها، فكان ذلك ذريعة إلى إتلاف الأموال وإهلاكها، وللحق أصحابها في ذلك ضرر شديد⁽³⁾. وقياسا على تضمين المرهق المال الذي يغاب عليه أي ما يخفى هلاكه، كالثياب والحلي والنقود...، لقيام التهمة في دعوى الهلاك في ذلك، وهو ما أكده القراني في ذخيرته بقوله: «فنحن نجعل كونه مغيبا عليه مرجحا للضمان لكونه مظنة التهمة فهو مناسب»⁽⁴⁾. ولإن جاز تضمين الأمين جبرا دون رضاه عند جريان العرف بذلك وبالمسوغات السابقة كما في قول بعض المالكية، فلإن يجوز تضمينه بالشرط مع التراضي على ذلك بين الطرفين لقاعدة: "المسلمون عند شروطهم" من باب أولى⁽⁵⁾ و أكد، توثقا لحقوق الناس من الجحود، وصيانة لأموالهم من أكلها بغير حق، وسدا لذريعة إتلافها وضياعها تحت الدعاوى الكاذبة.

المطلب الثاني: التوثيق للحق بسبب الإعسار

وسأتناول فيه تعريف الإعسار وحكمه وثبوته، ثم كيفية التوثيق للحق وردّه خشية الإعسار وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الإعسار

وأعرض فيه لتعريف الإعسار لغة واصطلاحا.

(1) _ ابن رشد، مقدمات، ج2، ص 243. القراني، الذخيرة، ج8، ص108-109.

(2) _ ابن الجلاب، التفريع، ج2، ص189، القاضي عبد الوهاب، الإشراف، ج2، ص583، ابن رشد، المصدر نفسه، ج2، ص243.

(3) _ ابن رشد، المصدر نفسه، ج2، ص244-243.

(4) _ ابن رشد، المصدر نفسه، ج2، ص248-246. القراني، الذخيرة، ج8، ص113.

(5) _ نزيه حماد، مدى صحة تضمين يد الأمانة، ص50-51.

أولاً: تعريف الإعسار لغة:

العسر الضيق والشدة والصعوبة والمشقة والعنت... والعسرة والمعسرة خلاف الميسرة، وهي قلة ذات اليد، وكذلك الإعسار وهو مصدر أعسر فهو معسر نقيض الموسر⁽¹⁾.

ثانياً: تعريف الإعسار اصطلاحاً:

الإعسار هو عدم القدرة على النفقة أو الوفاء بالدين، وهو ضيق الحال من جهة عدم المال⁽²⁾ والمعسر قد يكون معدماً، وقد لا يكون كذلك إذ الإعسار أعم من الإعدام، إذ ليس كل معسر معدم، بينما كل معدم معسر⁽³⁾.

الفرع الثاني: حكم الإعسار وثبوته

إذا ظهر وثبت أن المدين معسر غير قادر على الوفاء بسبب إعساره فإنه ينظر وجوباً إلى حال الميسرة⁽⁴⁾، ودليله قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾⁽⁵⁾. وهو حكم متفق عليه بين المالكية وغيرهم من العلماء⁽⁶⁾ لأن المطالبة بالدين إنما يجب مع القدرة على القضاء، فإذا ثبت الإعسار فلا سبيل إلى المطالبة ولا إلى الحبس بالدين ولا ملازمته كما هو عند المالكية، لأن الخطاب مرتفع عنه إلى أن يوسر⁽⁷⁾.

وأما ثبوت الإعسار فيكون بالأمر الآتية:

1- إقرار الدائن، بأن مدينه معسر، كأن يدعي المدين الإعسار ويصدقه الدائن، فيثبت الإعسار بذلك.

2- شهادة الشهود على إعساره أو عدمه⁽⁸⁾.

(1) _ ابن منظور، لسان العرب، ج4، ص 2938-2939.

(2) _ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3 ص 373.

(3) _ ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2، ص 307.

(4) _ ابن رشد (الجد)، المصدر نفسه، ج2، ص 305، 306، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص 371-372.

(5) _ البقرة، الآية 280.

(6) _ ابن رشد (الجد)، المصدر نفسه، ج2، ص 305، القرطبي، المصدر نفسه، ج3، ص 372-373. الزرقاني عبد الباقي بن

يوسف، شرح الزرقاني على خليل، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2002، ج5، ص 497.

(7) _ ابن رشد، المصدر نفسه، ج2، ص 306. القرطبي، المصدر نفسه، ج3، ص 373.

(8) _ ابن رشد، المصدر نفسه، ج2، ص 312. القرطبي، المصدر نفسه، ج3، ص 373.

وقد لخص لنا ابن رشد في مقدماته حكم المؤاخذة بالإعسار، واعتباره في تأجيل الأداء أو تعجيله فجاء ما نصّه: «فأمّا الغريم الغني، فتعجيل الأداء عليه واجب، ومطله به عليه حرام غير جائز، يقول رسول الله «مطل الغني ظلم»⁽¹⁾ وأمّا المعسر الذي ليس بمعسر وهو الذي يجرجه تعجيل القضاء ويضرّ به، فتأخيره إلى أن يوسر وتمكنه القضاء من غير مضرة تلحقه مرغّب فيه ومندوب إليه،... وأمّا المعسر المعدوم، فتأخيره إلى أن يوسر واجب، والحكم بذلك لازم، لقوله تعالى: ﴿فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾⁽²⁾». ⁽³⁾.

كما ذهب المالكية إلى أن الغريم محمول على المأ واليسر حتى يتبيّن إعساره وعُدمه، فإذا ثبت وتبيّن إعساره فإنه ينظر إلى يسره، فإن لم يظهر ذلك ولا ثبت فقره وظهر لدده فإنه يجبس في هذه الحال حتى يؤدي ما عليه، من حقوق لغيره⁽⁴⁾، قياساً على جواز ملازمته ومنعه من التصرف عند من يقول بذلك⁽⁵⁾، بدليل قول تعالى: ﴿وَمَنْ أَهْلَ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بِدِينَارٍ لَا يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ إِلَّا مَا دُمْتَ عَلَيْهِ قَائِمًا﴾⁽⁶⁾. فإذا جازت ملازمته، جاز حبسه بينما يرى بعض المالكية⁽⁷⁾ عدم جواز ملازمة الدائن للمدين، بعد ثبوت إعساره، واستدلوا بالآية: ﴿فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾، فالآية أرشدت إلى الإنظار وإعطاء مهلة للمدين حتى يتبيّن يساره، فمن باب أولى أن تترك ملازمته، وكذلك بحديث أبي سعيد الخدري قال: أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها فكثر دينه، فقال رسول ﷺ تصدقوا عليه، فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول ﷺ لغرمائه: خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»⁽⁸⁾.

فقد أمرهم ﷺ بقوله «ليس لكم إلا ذلك» بأخذ ما وجدوه وهأهم عمّا سواه، سواء كانت

(1) _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب المساقاة، باب: مطل الغني ظلم، ج3، 85.

(2) _ سورة البقرة، الآية: 280.

(3) _ ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2، ص 307.

(4) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، بيروت، دار الفكر، 2004، ج4، ص 105، ابن رشد (الجد)، المصدر نفسه، ج2، ص308-309.

(5) _ ابن رشد (الجد)، المصدر نفسه، ج2، ص 308.

(6) _ سورة آل عمران، الآية 75.

(7) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4 ص105، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج4، ص 450.

(8) _ مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين، ح(1556)، ج3، ص 1191.

ملازمة المدين أو غيرها⁽¹⁾.

ولكن بالمقابل على المعسر المدين، إذا تبين يسره، المبادرة إلى الوفاء بجميع دينه، و أداء حق الدائن عليه.

هذا واختلف متأخروا المالكية في جواز تفتيش دار المدين المدعي الإعسار، توثقا لحق الدائن من إعساره وعدمه، إذا طلب صاحب الحق ذلك، لاحتمال أن يكون المدين قد غيب وأخفى فيها ماله، فأجازه بعضهم لذلك، وأنكره بعضهم كابن عتّاب(ت520هـ) لاحتمال أن يوجد في بيته ودائع فتؤخذ بغير حق⁽²⁾، واختار بعضهم كابن سهل وابن رشد الجواز بشرط ظهور الإلداد⁽³⁾ والمطل واستسهال الكذب⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: كيفية التوثيق للحق خوفا من الإعسار

لقد سبق بيان أن المدين إذا ثبت إعساره يجب إنظاره إلى ظهور يسره، ولكن هذا الأمر قد يطول والدائن قد يحتاج إلى ماله، ولكنه لا يستطيع الحصول عليه بسبب إعسار المدين، إلا إذا لجأ إلى التوثيق لحقه بإحدى وسائل التوثيق التي سأفصل الكلام عنها في فصل آخر- إن شاء الله- كالرهن والكفالة والحوالة وغيرها من الوسائل، ولا بأس أن أشير إلى ذلك هنا بشيء من الإيجاز، حتى تكتمل الفائدة من معرفة أسباب التوثيق للحقوق.

أولاً: التوثيق للحق بالرهن

إن الرهن وسيلة من وسائل التوثيق المشروعة للحقوق، وحقيقته أن يجعل المدين عيناً عند الدائن، لتكون وثيقة في مقابل الدين، ليستوفي من ثمنها حقه إذا تعذر الوفاء من جهة المدين بسبب الإعسار أو غيره من الأسباب⁽⁵⁾، وهذا إذا كان الدين ثابتاً لازماً في ذمة المدين، كما أجاز المالكية

(1) _ ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، ج2، ص280-281.

(2) _ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج4، ص454، عليش، تفريراته على الحاشية، ج4، ص454.

(3) _الإلداد واللد، الخصومة والجدال في الحق وحقده. ابن منظور، لسان العرب، مادة لدد، ج5، ص4020.

(4) _ ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2، ص311، 312، الدسوقي، المصدر نفسه، ج4، ص454، عليش، المصدر نفسه، ج4، ص454.

(5) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص151-152، عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: عبد الحق حميش، بيروت، دار الفكر، 1995، ج2، ص1154. ابن رشد، المصدر نفسه، ج2، ص362-363.

الرهن ولو قبل ثبوت الحق ووجوبه وبعده ومقارنا له⁽¹⁾، لما فيه من التوسعة والتيسير على الناس في التوثيق لمعاملاتهم وضمنان استيفائها.

ثانيا: التوثيق للحق بالكفالة

الكفالة من عقود التوثيق، ووسيلة مشروعة للتوثيق للحق خشية إعسار المدين وغيره من الأسباب، والتي تمكن صاحب الحق من مطالبة المدين-الذي عليه الحق-، أو الكفيل وهو الشخص الذي التزم وتعهّد بدفع ما على المدين من حق عند عجزه عن ذلك لعسره من أجل استرداد الحق الذي للدائن وتمكينه من استيفائه.

والمالكية على جواز ذلك⁽²⁾، وعلى انه يجب مطالبة المدين الأصيل أولا، فإن تعذر الاستيفاء منه لعسره، جاز مطالبة الكفيل بعد ذلك⁽³⁾، كما لصاحب الحق أن يبيع شيئا من مال الكفيل للحصول على حقه كما يجوز أن يستوفي حقه من تركة الكفيل⁽⁴⁾.

فتمكين الشرع صاحب الحق، من الانتقال إلى الكفيل، بدل المدين الأصيل للمطالبة بالحق، تيسير له على التوثيق لحقه وحفظه في حالة إعسار المدين.

ثالثا: التوثيق للحق بالحوالة

الحوالة وسيلة من وسائل التوثيق للحق التي أقرّها الشريعة، وهي عبارة عن نقل الدين من ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه⁽⁵⁾.

فإذا حلّ أجل الدين، للمدين أن يحيل دائنه ليتقاضى دينه من شخص ثالث ملئ أو غني، ورضي بذلك، فإذا تمّ عقد الحوالة مستوفيا شروطه برئ المحيل من الدين عند المالكية، ما لم يكن تغرير من المحيل بالمحال وهو صاحب الحق، بأن يوهمه بأنه ملئ، بينما هو معسر، فحينئذ يرجع المحال

⁽¹⁾ _ عبد الوهاب، البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، ط2، الرباط، دار ابي القراق للطباعة والنشر، 2007، ص 145، والمعونة، ج2، ص 1154-1155.

⁽²⁾ _ ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2، ص 376. الدردير، الشرح الصغير، مع بلغة السالك، للصاوي، بيروت، دار الفكر، ج3، ص278.

⁽³⁾ _ عبد الوهاب، البغدادي، التلقين، ص 154، ابن رشد (الجد)، المصدر نفسه، ج2، ص 380.

⁽⁴⁾ _ عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج2، ص 1233-1234.

⁽⁵⁾ _ القرافي، الذخيرة، ط1، تحقيق: محمد بوخبزة، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1994، ج9، ص 241، ابن جزى، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، بيروت، دار العلم للملايين، ص 243.

وهو (الدائن) على المحيل (المدين الأصلي) في المطالبة بالحق⁽¹⁾.

والحوالة عند الملكية لا تشرع إلا إذا كان المحال عليه مدينا للمحيل، وأن يكون الدين الذي أحاله عليه حالاً، لأن الحوالة إذا تمت دون وجود الدين بين المحيل والمحال عليه، جازت ولكنها عندهم نوع من الكفالة، كما جاء في المدونة عن مالك-رحمه الله-: «كل من أحال على رجل ليس له على الذي أحال عليه دين فإنما هي حمالة»⁽²⁾.

وعليه ففي حالة إعسار المدين، يمكن من خلال اللجوء إلى الحوالة كوسيلة توثق أن يصل صاحب الحق إلى حقه، ويضمن استيفائه لكون المحال عليه في الغالب مليئاً وأقدر من المحيل على قضاء الدين، بنص الحديث: «من اتبع على ملئ فليتبع»⁽³⁾.

المطلب الثالث: التوثيق بسبب الإفلاس

قد تتعرض الأموال للهلاك أو التلف أو الخسارة أو الضياع، وقد يؤدي ذلك إلى إفلاس الشخص الذي عليه حق لغيره وهو المدين، فيواجه الدائن بذلك مشكلة كبيرة لاستيفاء حقه من المدين، إذا حلّ أجل الدين. من أجل ذلك، وضعت الشريعة الإسلامية وسائل وقائية تقوية للحق وتوثيقاً له من الإفلاس، الذي وإن كان عارضاً ولكنه متوقع، فيؤدي إلى فوات الحق على صاحبه، ومن ثمّ سأتناول في هذا المطلب تعريف الإفلاس، وحكمه وثبوته، وكذا كيفية التوثيق للحق منه، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الإفلاس

وسيتّم فيه تعريف الإفلاس لغة ثم اصطلاحاً.

أولاً: تعريف الإفلاس لغة:

قال صاحب لسان العرب: «أفلس الرجل إذا طلبته فأخطأت موضعه، وذلك الفلاس والإفلاس. والفلاس القشرة على ظهر السمكة، والفلاس: معروف نقد معدني من غير الذهب والفضة، وأفلس الرجل إفلاسا، صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم»⁽⁴⁾.

(1) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 148. ابن رشد، المقدمات، ج2، ص 403، القرافي، المصدر نفسه، ج9، ص 241، الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص 213.

(2) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 149، القرافي، الذخيرة، ج9، ص 247.

(3) _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحوالات، باب في الحوالة، وهل يرجع في الحوالة، ج3، ص 55.

(4) _ ابن منظور، لسان العرب، مادة فليس، ج5، ص 3460 (ط، دار المعارف).

ثانيا: تعريف الإفلاس اصطلاحا:

جاء في المقدمات: «الفلس عدم المال والمفلس الذي لا مال له»⁽¹⁾، وفي بداية المجتهد: «هو أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون في ماله وفاء بديونه»⁽²⁾.

الفرع الثاني: حكم الإفلاس وثبوته:

الإفلاس أحد الأسباب التي لأجلها يشرع التوثيق للحق، وذلك لأن الديون قد تتراكم على المدين فيحل أجلها، وحينئذ يجب عليه قضاؤها، ولكن نتيجة كثرة هذه الديون عليه يصير مفلسا، بحيث لا يستطيع قضاء دينه لعدم وفاء ما عنده من المال بدينه.

وفي هذه الحال للغرماء أن يرفعوا أمره للقضاء، فيضرب على يده ويحجر عليه فيما يوجد من مال، ويحبس استبراء ويقسم على غرمائه بالحصص بعد أيمانهم⁽³⁾.

وإذا وجد الغرماء أو أحدهم عين ماله قبل أن يستوفي شيئا من الثمن فيما يوجد من مال المدين، فالمالكية على أن صاحبها أولى وأحق بها من غيره⁽⁴⁾، للحديث: «من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره»⁽⁵⁾ وهو نص في المسألة عندهم⁽⁶⁾.

الفرع الثالث: كيفية التوثيق للحق خوفا من إفلاس المدين:

إن من بين الوسائل التي يلجأ إليها الدائن توثيقا لحقه وضمانا لاستيفائه، تحسبا لإفلاس مدينه، هي الرهن والكفالة، فهي الأنسب والأففع في هذه الحالة، أكثر من الكتابة والإشهاد وغيرها من الوسائل الأخرى، التي سأفصل في الكلام عنها في فصل آخر - إن شاء الله - فهذه الأخيرة، قد لا تنفعه كثيرا في مثل هذا الوضع، لأن الكتابة والإشهاد في الغالب يتوثق بها من الجحود والنكران، من أجل إثبات الحق، والمدين هنا مقر بالدين ولا ينكره، ولكنه ليس له ما يفي به سداد دينه، ومن ثم فيتوثق لحقه بوسائل منها:

(1) _ ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2، ص 315.

(2) _ ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص 280.

(3) _ عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج2، ص 1181، ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2، ص 318.

(4) _ عبد الوهاب البغدادي، الإشراف، ج2، ص 586. ابن رشد، المصدر نفسه، ج2، ص 328.

(5) _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الاستقراض، باب: إذا وجد ماله عند مفلس... فهو أحق به، ج3، ص 85، ابن حجر،

فتح الباري، ج5، ص 78.

(6) _ عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج2، ص 1342.

أولاً: التوثيق للحق بالرهن

الرهن من عقود التوثيق، وهو وسيلة من وسائل التوثيق للحقوق التي نصت عليها آية الدين، في قوله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾⁽¹⁾.

وفائدته بيع العين المرهونة عند الحاجة لاستيفاء الحق من ثمنها⁽²⁾، والرهن يجوز ويلزم بالعقد ولا يتم وينبرم ويصح التوثيق به إلا بالحيازة والقبض⁽³⁾، ولذلك لو حجر القاضي على المدين المفلس، فإن كان أحد الدائنين قد أخذ رهنا مقابل دينه قبل الحجر فهو أحق به-أي بذلك المال المرهون- من سائر الغرماء يقدم عنهم، فيباع ويستوفى من ثمنه حق الدائن وهو المرهن، وإن لم يقبض المرهن الرهن حتى حجر القاضي على المدين فهي كسائر أمواله يكون ثمنها بالخاصة بين الغرماء فيكون أسوأهم⁽⁴⁾ ولذلك جاء في المدونة: «قلت: أرأيت إن رهنتم رجلاً رهناً فلم يقبضه حتى قامت الغرماء عليّ، أيكون أسوأ الغرماء؟ أم يكون أولى بالرهن في قول مالك؟ قال: قال مالك: هو أسوأ الغرماء»⁽⁵⁾.

ثانياً: التوثيق بالكفالة

الكفالة كوسيلة توثيق للحقوق هي من عقود التبرعات، وهي من المعروف ومن أفعال الخير والبر والإحسان، إذ يتحمل الكفيل مسؤولية أداء الحق عن المدين الأصيل عند تعذر قيامه بالوفاء لفلسه وإعساره، ولذلك كان القصد منها ثواب الله تعالى لرفع الضيق عن المدين⁽⁶⁾.

والكفالة عند المالكية شرعت للتوثيق، فلا يستوفى الحق منها إلا عند تعذر استيفائه من الأصيل (المدين المكفول عنه) كالرهن يجامع التوثيق في كل، ولذلك فالمشهور عند جمهور المالكية، أنه لا يجوز للدائن (المكفول له) مطالبة الكفيل بالدين، إذا كان الدين حالاً، والمكفول عنه (المدين الأصيل) موسر، وحاضر ولم يظهر منه اللدد، ولا المماطلة في الوفاء، وأمكن الاستيفاء من ماله، دون مشقة لبعده أو غيبته، فالدائن إنما يطالب المدين الأصيل أولاً، فإن عدم أو أفلس أو ظهرت منه أحد الأحوال السابقة، فله حينئذ مطالبة الكفيل. وهي رواية عن الإمام مالك إلا إذا اشترط المكفول له وهو الدائن، من الكفيل أن له الحق في مطالبة من شاء منهما، فينفعه شرطه ويعمل به، وهي رواية

(1) _ البقرة، 283.

(2) _ عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج2، ص 1156

(3) _ ابن رشد، المقدمات، ج2، ص 363.

(4) _ عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج2، ص 1156.

(5) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 151.

(6) _ عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 155.

ثانية عن الإمام مالك⁽¹⁾.

وللكفيل عند المالكية إذا مات المدين، وحل أجل الدين بموته وقد أدى عنه لفسه، الرجوع على ورثة المدين ومطالبتهم بالدين الذي تحمله عن مورثهم بسبب إفلاسه⁽²⁾.

ثالثاً: التوثق للحق بالحوالة

شرعت الحوالة كوسيلة للتوثق للحقوق، على سبيل المعروف والإرفاق بالمدين المعسر، فله عند حلول الدين و قبل الحجر عليه لإفلاسه، أن يحيل المحال (الدائن)، على المحال عليه (الشخص الثالث) ليقبض عنه الدين الذي هو له في ذمة المحال عليه، كوفاء لحق الدائن، فإن لم يقبض المحال شيئاً من المحال عليه حتى أفلس الخيل (المدين)، فالحوالة صحيحة لأنها عقد لازم لا تنفسخ بموت المدين أو إفلاسه⁽³⁾، وأما إذا أفلس المحال عليه قبل أن يقبض المحال منه الدين، فيكون في هذه الحالة أسوة الغرماء، وليس له أن يرجع على الخيل عند جمهور المالكية⁽⁴⁾.

المطلب الرابع: التوثق بسبب الموت

الموت سنة الله في خلقه، وقد يموت الإنسان وهو مدين لغيره أو مفلس دون أن يعلم أحد الأقارب والورثة بذلك، فيزاحم الغرماء الورثة ليقضى لهم من تركه الميت.

والمفروض في مثل هذه الحال، أن يكتب الشخص المدين، وصية بسداد ديونه توثقاً لحقوق الدائن، أو يشهد على مديونته لفلان، وقد سبق حديثه ﷺ «ما حق امرئ **بيت** ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده...»⁽⁵⁾.

الفرع الأول: تعريف الموت:

وأتناول فيه تعريف الموت لغة واصطلاحاً:

أولاً: تعريف الموت لغة:

الموت ضد الحياة، وهو من السكون، وكل ما سكن فقد مات⁽⁶⁾.

(1) _ ابن عبد الرفيع، معين الحكام، ج2، ص 798، ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 292، ابن جزى، القوانين الفقهية، ص354.

(2) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 145.

(3) _ القرافي، الذخيرة، ج9، ص 253.

(4) _ عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج2، ص 1227-1228.

(5) _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب: الوصايا، باب: الوصايا، ج3، ص 185-186. مسلم، صحيح مسلم، كتاب: الوصية،

ح(1627)، ج3، ص 1249.

(6) _ ابن منظور، لسان العرب، ج6، ص 4294-4295.

ثانيا: تعريف الموت إصطلاحا:

عرفه صاحب التعريفات: «هو صفة وجودية خلقت ضدّ الحياة»⁽¹⁾.

كما عرّف بأنّه: حال خفاء وغيب يضاف إلى ظاهر عالم يتأخر عنه أو يتقدمه تفقد فيه خواص ذلك الظهور، وإطلاق الموت على ما لم تحله الحياة مجاز⁽²⁾.

الفرع الثاني: كيفية التوثيق للحق خشية موت المدين

إذا توفي المدين حلت ديونه المؤجلة، لأن الدين تعلق بذمته فإذا خربت لم يبق له محل يتعلق به، فوجب أن ينتقل إلى التركة وذلك يقتضي حلوله⁽³⁾. ولكن قد يجحد الورثة الدين الذي على مورثهم للدائن، فيصعب استيفاء الدائن حقه، ومن ثمّ يكون عليه إثبات ذلك بشهادة الشهود، أو إقرار المدين بما عليه من دين، وذلك في وثيقة مكتوبة إمّا بخطه أو بخط موثق، ولذلك يكون الموثق أو الدائن قد توثق لحقوقه واحتاط لنفسه بهذه الوسائل، لأنّها الضمان لاستيفاء حقوقه من تركة المدين بعد موته.

وقد يموت المدين وهو مفلس، فلا يجد الدائن ما يستوفي به حقه فيضيع منه وتفوت مصالحه، إلا إذا توثق لحقه بإحدى الوسائل المشروعة من إشهاد وكتابة كما يتقوى الحق أكثر إن وثقه بالرهن أو الكفالة أو غيرها من عقود التوثيق... وذلك كما يأتي:

أولاً: التوثيق بالرهن

لقد نصّ المالكية على أن عقد الرهن إذا تمّ بين الرّاهن والمرتهن وقبض المرتهن العين المرهونة، كان له حبسها حتى يستوفي حقه فإن تعذر ذلك باعها ليستوفي من ثمنها⁽⁴⁾.

ولكن إذا توفي أحد العاقدين الراهن أو المرتهن، فإن المالكية على أنّ الرهن لا يفسخ بموت أحدهما، بعد قبض المرتهن العين المرهونة، لأن الرهن حينئذ يكون لازماً في حق الراهن، والعقود اللازمة لا تبطل بالموت، جاء في الذخيرة: «ولا يفسخ عقد الرهن بموت أحدهما ولا جنونهما ولا الحجر عليها»⁽⁵⁾، وإنما يقوم وارث أحدهما مقامه إذا توفي، قال القرافي في ذخيرته: «إذا مات الراهن

(1) _ الجرجاني، التعريفات، ص 304.

(2) _ المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، ط1، تحقيق محمد، رمضان الداية، بيروت، دار الفكر، 1990، ص 683.

(3) _ عبد الوهاب البغدادي، الإشراف، ج2، ص 589.

(4) _ ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، ج2، ص 272.

(5) _ القرافي، الذخيرة، ج8، ص 101.

قبل أجل الدين بيع الرهن وقضي الحق لأن من مات حلّت ديونه⁽¹⁾، وإذا مات المرهن، يحل وارثه محله في المطالبة باستيفاء الحق إلى أجله.

ثانياً: التوثيق بالكفالة

ذهب المالكية إلى أن المدين-الأصيل- إن مات تحلّ جميع ديونه الواجبة عليه بالموت، ولا يحلّ الأجل على الكفيل لبقاء ذمته وحاجته إلى الأجل، فإذا لم يكن في التركة ما يكفي لقضاء الدين فإن المكفول له-الدائن- لا يطالب الكفيل إلاّ بعد حلول الأجل الذي تعهدّ بالكفالة إليه⁽²⁾، وأمّا إذا مات الكفيل، فإنّه في رواية عند المالكية يؤخذ قدر حق الدائن-المكفول له- من التركة فيعزل إلى أن يحلّ أجل الدّين، فإن أمكن أخذ الحق من الأصيل -المدين- كان به، وردّ المال الموقوف إلى الورثة، وإن تعذّر أخذ المال من المدين الأصيل، أخذه من المال المعزول من التركة لهذا الغرض⁽³⁾.

ويرى المالكية أن الكفيل إذا التزم بأداء الدين الذي لم يثبت بعد على المدين، فمات قبل أن يثبت شيء في ذمّة المدين الذي سيتحمل عنه، ثم ثبت الحق عليه بعد موت الكفيل، فإن المكفول له- الطالب أو الدائن- له أن يستوفي حقه من تركة الكفيل⁽⁴⁾. وذلك راجع لقاعدة التزام التبرعات في مذهبهم، ولقولهم بجواز تطوع المتبرع بالتزام الضمان وصحته في المعلوم والمجهول سواء، قبل أو بعد العقد، لعموم قوله-ص- "الزعيم غارم"، و الكفالة التزام رضائي وعقد من عقود التبرعات والإرفاق، فتلزم الكفيل سواء في حياته أو بعد وفاته⁽⁵⁾.

المطلب الخامس: التوثيق بسبب المطل

وسأتناول فيه تعريف المطل، وحكمه وبعض صورته، ثم كيفية التوثيق للحق خشية المطل، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف المطل

وذلك في اللغة وفي الاصطلاح:

(1) _القراقي، المصدر نفسه، ج8، ص 127.

(2) _ عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص155، ابن رشد، المقدمات، ج2، ص378. الآبي، جواهر الإكليل، مطبعة عيسى البابي الحلبي، ج2، ص 167.

(3) _عبد الوهاب، البغدادي، المعونة، ج2، ص 1234.

(4) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 133. الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، تحقيق محمود شاكر، ط1، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 2012م، ج5، ص 66.

(5) _عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص145. المعونة، ج2، ص1154-1155.

أولاً: تعريف المطل لغة:

المطل: التسوية والمدافعة بالعدّة في الدين وليّانه. وهو المدّ، والطول، والمطل في الحق والدين مأخوذ منه، وهو تطويل العدّة التي يضر بها الغريم الطالب، يقال: مطله وماطله بحقه⁽¹⁾.

ثانياً: تعريف المطل اصطلاحاً:

هو منع قضاء ما استحق أداءه مع التمكن من ذلك، وطلب صاحب الحق حقه⁽²⁾، أو هو تأخير ما استحق أداءه بغير عذر⁽³⁾.

فالمماطل هو من امتنع عن قضاء ما يجب عليه من الدين بعد حلول أجله، وأظهر اللدد مع قدرته على قضاء ما عليه بعد مطالبة صاحب الحق منه ذلك، فيؤخر ويماطل ويطيّل المدة الواجبة للقضاء تهرباً من دفع ما عليه.

وعليه، فالمعسر لا يعد مماًطلاً لعجزه وتأخيره دفع الحق، كما أنه يشترط حلول الأجل، وقبل حلوله لا يكون المدين مماًطلاً، وكذا قبل مطالبة صاحب الحق حقه، أمّا بعدها إذا كان قادراً وألّد فهو مماًطل⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: حكم المطل

إذا تبين كون المدين مماًطلاً، وهو موسر قادر على الوفاء بدينه، متى حلّ أجله وطالب به صاحبه، فإنه يكون آثماً وظالماً بتأخيره قضاء الدين⁽⁵⁾، فقد جاء في الحديث الشريف: «مطل الغني ظلم»⁽⁶⁾.

قال صاحب الاستذكار: «ومن الدليل على أن مطل الغني ظلم محرم موجب للإثم، ما ورد به الخبر عن النبي ﷺ من استحلال عرضه والقول فيه، ولولا مطله لم يحل ذلك منه»⁽⁷⁾، وذلك في قوله

(1) _ ابن منظور، لسان العرب، مادة مطل، ج6، ص 4225-4226

(2) _ الباجي، المنتقى، ج5، ص 66.

(3) _ ابن حجر، فتح الباري، ج5، ص 77.

(4) _ الزرقاني محمد بن عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على موطأ مالك، بيروت، دار الكتب العلمية، ج3، ص 411.

(5) _ ابن عبد البر، الاستذكار، ط1، تحقيق: سالم محمد عطا، ومحمد علي معوض، بيروت، دار الكتب العلمية، 2000، ج6، ص492.

(6) _ البخاري، صحيح البخاري، باب في الحوالة، ج3 ص55.

(7) _ ابن عبد البر، الاستذكار، ج6، ص 492.

ﷺ: «لي الواحد يحل عرضه وعقوبته»⁽¹⁾.

وهذه عقوبته الأخروية أمّا العقوبة الدنيوية، فتتمثل فيما ذهب إليه المالكية من جواز حبس المماطل المملد حتى يؤدي ما عليه⁽²⁾. كما أجاز المالكية ضربه وتعزيره إذا رضي بالحبس ليراوغ ويزيد مماطلة في دفع الحقوق لأصحابها، وذلك زجرا له وصيانة لأموال الناس، أو يأتي بكفيل ينوب عنه في وفاء الدين⁽³⁾. كما ذهب المالكية إلى أن للقاضي بيع مال المدين المماطل وقضاء ما عليه من الديون⁽⁴⁾.

والحقيقة أن عقوبة المماطل وإن فسرها المالكية بالحبس وحل العرض بشكايته، فهو تفسير ببعض معاني العقوبة وأنواعها، لأن الناظر إلى لفظة "عقوبته" يجدها مطلقة، والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يقيم الدليل على التقييد، وهي بإطلاقها تتناول الحبس وغيره من كل ما يؤدي إلى زجر المماطلين حقوق الناس، والمتلاعين بالالتزامات التي يلتزمون بها، فكل من لزمه حق فأخره من غير عذر فهو مماطل مملد، وكل من منع الناس حقوقهم مع تمكنه من أدائها، فهو يدخل في حكم الماطل الذي وصفه النبي ﷺ بأنه ظلم، لما فيه من أكل لأموال الناس بالباطل، وتفويت لمصالحهم وتعطيل لحاجاتهم، لذلك استحق العقوبة التي تناسب الضرر المترتب على المماطلة وتهدف للزجر عن ذلك، فكما تكون بالحبس عند عدم الأداء، تكون باشتراط التعويض أو الضمان أو التبريم عن ذلك الضرر أيضا توثقا لأموال الناس⁽⁵⁾.

الفرع الثالث: كيفية التوثيق للحق خشية مظل المدين:

إن التوثيق للحق للوقاية من مظل المدين، تكون بوسائل مشروعة لذلك، كحبس المماطل وحل عرضه، كما يكون باشتراط الغرم أو الضمان وغير ذلك من الوسائل التي يتحرى بها للحق-كما سبق-إلا أن أكثر هذه الوسائل فعالية وتأدية لغرض التوثيق في هذه الحال، هي الرهن والكفالة والحوالة، وبيان ذلك كالآتي:

(1) _ البخاري، صحيح البخاري، باب: لصاحب الحق مقال، كتاب: الاستقراض وأداء الديون، ج3، ص85.

(2) _ ابن الجلاب، التفرغ، ج2، ص247. القرافي، الذخيرة، ج8، ص206. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص281.

(3) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص264. ابن رشد، المقدمات، ج2، ص308-309.

(4) _ عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج2، ص1181-1182.

(5) _ نزيه حماد، مدى صحة تضمين الأمين بالشرط، ص26، 28. جواد أحمد بحر، نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، رسالة

ماجستير في القضاء الشرعي، فلسطين، 2009، ص167، 179.

أولاً: التوثيق بالرهن

الرهن من أكد الوسائل وأقواها في حفظ حقوق الدائنين والحيطة لها من مطل المدينين، وذلك لأن للدائن إذا حل أجل الوفاء بحقه ولم يتمكن منه، أن يبيع العين المرهونة ويستوفي من ثمنها، وقد يطلب المدين أو يشترط على الدائن تمديد أجل الوفاء إلى أجل جديد، مقابل أن يدفع له الرهن، فالمالكية في هذه الحالة، على أن الدين إذا كان إلى أجل، ولم يكن الدائن قد أخذ من المدين رهنا، فطالبه الدائن برهن على أن يوفيه المدين حقه إلى الأجل المضروب أو دونه، فهو جائر عندهم لأنه زيادة توثق ولكن بشرط أن يكون الدين مما يجوز تعجيل قضائه لدون الأجل، وأمّا إذا لم يحلّ الأجل فأعطاه رهنا على أن يؤخره إلى أجل جديد أبعد من الأجل الأول المتفق عليه بينهما، فهذا لا يجوز لأنه يكون في هذه الحالة قرض جرّ نفعاً، وأمّا إذا حلّ الدين وكان المدين موسراً في جميع أجل الدين، فأعطى المدين للدائن رهنا على أن يؤخره لأجل جديد، فذلك جائر لأنه كابتداء سلف أو قرض جديد برهن⁽¹⁾.

جاء في المدونة: «قلت: رأيت إن أخذت منه حميلاً قبل محل الأجل، على أن يوفني قبل محل الأجل؟ قال: لا بأس بذلك و رهنا قبل محل الأجل، على أن يعطيني حقي عند محل الأجل أيجوز هذا أم لا؟ قال: لا بأس به»⁽²⁾.

ثانياً: التوثيق بالكفالة

للدائن أن يتوثق لحقه من مطل المدين وإدادته، بأن يأتي بكفيل يضمن الوفاء بحقه من المدين في وقته، حتى لا يماطل هذا الأخير في دفع ما عليه فتضيع مصالحه.

ولذلك ذهب المالكية إلى أن الشخص إذا كان له على آخر دين، ويخشى من المدين المماطلة والدد عند حلول الأجل، فيأتي المدين بكفيل للدائن ليضمن ردّ المال إلى صاحبه إلى أجل أقل من الأجل المحدد بين الدائن والمدين، فإن هذه الكفالة جائزة لضمان الدين المؤجل وجعله حالاً⁽³⁾.

ثالثاً: التوثيق بالحوالة

قد يكون المدين مماطلا فيطلب الدائن منه أن يجيله لاقتضاء دينه من غيره توثقاً لماله، إذ قد

(1) ابن هشام، المفيد للحكام فيما يعرض لهم من نوازل الأحكام، تحقيق: سليمان بن عبد الله، الرياض، دار العاصمة، 2012، ج2، ص147، المواق، التاج والإكليل، بيروت، دار الكتب العلمية، 1995، ج7، ص33.

(2) الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص139.

(3) الزرقاني عبد الباقي، شرح الزرقاني على خليل، ج6، ص43. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج4، ص140.

يكون لهذا المدين دين على شخص آخر، فيكون أفضل وأحسن معاملة من المدين الأصيل، وأقدر منه على قضاء الدين.

وبذلك تكون الحوالة سببا لخلاص المحيل من مطالبة غريمه المحال -الدائن- وكذا خلاص المحال من مطالبة مدينة المحيل، و ضمان استيفاء حقه عند حلول أجله على مثله في الأجل⁽¹⁾.

المطلب السادس: التوثيق للحقوق بسبب كساد النقود وانقطاعها

لقد كانت النقود دائما وسيلة التعامل التجاري، وطريقا من طرق المبادلات بين الناس، إلا أنها في فترة من الفترات الزمنية، قد تتغير قيمتها أو وزنها، فترتفع حينئذ أو تنزل، أو يقطع التعامل بها، وقد تكلم الفقهاء عن الدنانير والدراهم النازلة والصحيحة، السائدة والمنقطعة، وتحدثوا عنها في مدوناتهم وكتب نوازهم⁽²⁾.

ومن هنا فما مصير المعاملات التي أبرمت بين المتعاقدين وتمت عن طريق هذه النقود إذا حدثت التغيرات؟ وكيف للمتعاملين أن يتوثقوا لحقوقهم احتياطاً لها ووقاية في حالة كساد هذه النقود أو انقطاعها؟

ومن هنا سأتناول تعريف الكساد والانقطاع، ثم حكمه وأثره في المعاملات، ثم كيفية التوثيق للحق بسبب كساد النقود في الأسواق أو انقطاعها، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الكساد والانقطاع:

وذلك من خلال تعريف الكساد والانقطاع لغة ثم اصطلاحاً.

أولاً: تعريف الكساد والانقطاع لغة:

-الكساد خلاف النفاق ونقيضه، وأصله الفساد⁽³⁾.

-والانقطاع هو الانتهاء، وينقطع كل شيء حيث ينتهي إليه طرفه، وانقطع الشيء ذهب

(1) ابن رشد، المقدمات، ج2، ص 403-404. الآبي، جواهر الاكليل، ج2، ص 162.

(2) ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج6، ص 423-452. ابن رشد، البيان والتحصيل، ج7، ص 391، وج9، ص 328.

عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج6 ص 52-53. الونشريسي، المعيار، ج5، ص 192-195، وج7، ص 25

(3) ابن منظور، لسان العرب، ج5، ص 3872.

وقته، وانقطع الكلام، وقف فلم يمض (1).

ثانيا: تعريف الكساد والانقطاع اصطلاحا:

-الكساد اصطلاحا: هو ترك المعاملة بتلك النقود في جميع البلاد وإن كانت رائجة في بعض البلاد الأخرى، فلا يطل ولكنه يتغيّب إذا لم يرج في بلدهم، فيتخيّر البائع إن شاء أخذه وإن شاء أخذ قيمته (2).

-الانقطاع في الاصطلاح: هو عدم وجود النقد في السوق وترك التعامل به، وإن كان يوجد في يد الصيارفة وفي البيوت (3)، وعليه فكل من الكساد والانقطاع يختلفان من الناحية اللغوية، فالأول يعني الفساد، والثاني يعني الانتهاء ومن ثم هما يختلفان أيضا من حيث كون الأول بمعنى ترك التعامل بالنقد لعدم رواجه مع وجوده في السوق، وكون الثاني معناه عدم وجود النقد أصلا في السوق مع كونه رائجا ويشتركان في ترك التعامل بالنقد في كلتا الحالتين.

الفرع الثاني: حكم كساد النقود وانقطاعها والتوثيق بسببه للحقوق

والمقصود بذلك بيان أثرهما في المعاملات، من حيث استمرارها أو إنهاؤها بين المتعاملين، وكذا من حيث ما يأخذه أحد المتعاملين عوضا عن ذلك، مثلا أو قيمة.

والنقود معرضة للتذبذب من حيث القيمة نزولا وارتفاعا رواجا وانقطاعا، فإذا حدث ذلك فقد يؤدي الأمر إلى ظلم أحد المتعاقدين وغبنه، ولرفع ذلك عنه واحتياطا له وتوثقا، أوجد الشرع مخرجا له وهو إنهاء الالتزام بين أطراف العقد، وتعويض أحدهما برّد المثل أو القيمة.

وجمهور المالكية على ردّ المثل في هذه الحال، سواء قلّت النقود أو كسدت أو رخصت أو انقطعت (4). قال صاحب التفریح: «من اقترض دراهم أودنانير أو فلوسا أو باع بها، وهي سكة معروفة ثم غير السلطان السكة، وأبدلها بغيرها فإنما عليه مثل السكة التي قبضها ولزمته يوم العقد» (5)، وجاء في المعونة ما يؤكد ذلك وأنه يرجع إلى النقود التي انبرم عليها العقد، ويبقى التعامل بها ولو مع ظهور

(1) _ ابن منظور، المصدر نفسه، ج5، ص 3675-3676.

(2) _ القرّة داغي، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ط1، بيروت، دار النشر الإسلامية، 2002م، ص 24.

(3) _ القرّة داغي، المرجع نفسه، ص 24.

(4) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص154. ابن الجلاب، التفریح، ج2، ص158-159، 180، ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج6 ص423. الونشريسي، المعيار، ج5، ص192-193. الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص 188.

(5) _ ابن الجلاب، المصدر نفسه، ج2، ص158.

سكة جديدة وتغيرها بما توثقا للحق، ونصه: «إذا اقترض دراهم أو دنانير أو فلوسا أو باع بها جميعا ثم غيرت سكتها وصار النقد غيرها، فله ما اقترض أو باع وليس له النقد الجديد»⁽¹⁾ وفي مواهب الجليل: «من أقرض فلوسا أو باع بها سلعة ثم إنه بطل التعامل بتلك الفلوس وصار التعامل غيرها، فإنه يجب له الفلوس ما دامت موجودة ولو رخصت أو غلت»⁽²⁾ وهو المشهور في المذهب، بينما قال بعضهم بردّ القيمة يوم تغييرها، لأنه إنما باع وتعامل بها رائجة وتغيير رواجها كتغيير ذواتها، بخلاف الذهب والفضة فترد مثلها إذ لا يخل بها تغيير سكتها لأنها رائجة في كل الأحوال.

وإنما قال المالكية ومن وافقهم من أهل العلم، بردّ المثل في حال كساد النقود أو انقطاعها أو رخصها أو غلائها، وذلك لمبدأ رد المثل في المثليات، ومنها النقود للقاعدة: إن المثلي إذا عزّ أو عدم بالكلية بحيث لا يقدر عليه لعدم وجوده، فالواجب عندها ردّ القيمة، فلا يصار إليها إلا عند عدم المثلي للضرورة⁽³⁾، وكذلك اعتبارا لوصف التعامل على كفيته وقت انبرام العقد، لأن قيمة الشيء بمثلته⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: كيفية التوثيق للحق بسبب كساد النقود وانقطاعها:

لقد سبقت الإشارة إلى أن النقود التي تمت المعاملة بها، معرضة للتغيير والتذبذب في قيمتها إن بالارتفاع أو الهبوط، كأن تغلو أو ترخص أو بالكساد في السوق وعدم رواجها، أو بانقطاعها من التعامل بها بين الناس وفي هذه الحالة ليس لأحد طرفي العقد أو المعاملة إلا رد المثل توثقا لحقه. وقد يتوثق للحق بالوسائل المعروفة ثم يحدث هذا التغيير، فيتوثق المتعاملان حينئذ لحقهما بالكيفية الآتية:

أولا: التوثيق للحق بالرهن

إذا تمت المعاملة، وأخذ الدائن على المدين رهنا، ثم كسدت النقود أو انقطع التعامل بها، فإنّ المالكية عل أنه ليس للدائن إلا مثل الدين الذي جرت به المعاملة، فيرد له مثل نقوده ويأخذ الرهن، لأن الأصل في النقود أنها مثلية وليس في المثليات إلا ردّ المثل كما مرّ من اتفاق العلماء حول هذه مسألة، ولذلك جاء في المدونة: «قلت: رأيت إن أسلفت رجلا فلوسا، وأخذت بها رهنا ففسدت

(1) - عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج6، ص52-63.

(2) - الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص188.

(3) - ابن الجلاب، المصدر نفسه، ج2 ص180. الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص188.

(4) - الوئشيسي، المعيار، ج5، ص192-193.

الفلوس؟ قال: قال مالك: ليس لك إلا فلوس مثل فلوسك، فإذا جاء بها أخذ رهنه»⁽¹⁾.

ثانيا: التوثيق بالكفالة

قد يتغير التعامل بالنقود، بأن يصيبها كساد أو انقطاع، وقد يكون الدائن توثق بالكفالة لضمان استيفاء حقه من المدين، فإن الكفيل في هذه الحالة ملزم بدفع الدين الواجب على المدين الأصيل، وبما أنه في هذه الحالة يجب عليه ردّ مثل الدين الذي جرت به المعاملة، فكذلك الكفيل لا يجب عليه إلاّ مثل الدين الواجب على الأصيل أداؤه كما هو، ولا يجب عليه غير ذلك عند كساد أو انقطاع النقود، فقد جاء في المدونة: «فإن هو دفع الذهب من الورق - الفضة- التي تحمل بها - تكفل - فلا يحلّ ذلك ولا يجوز ويفسح ذلك، ويرجع الكفيل الذي دفع الذهب إلى صاحب الدين يأخذ منه ذهبه، ويكون الورق على الذي عليه الأصل وعلى الكفيل كما هي»⁽²⁾.

ثالثا: التوثيق للحق بالحوالة

قد يلجأ الدائن والمدين إلى الحوالة كوسيلة من وسائل التوثيق للحق واستيفاء الدين، وقد اشترط المالكية لصحة الحوالة، أن يكون الدين المحال به من جنس الدين المحال عليه، وأن يتحدا في القدر والصفة، فلا تجوز الحوالة مثلا بدراهم من فضة على دنانير ذهبية أو العكس، فلا يرجع المحال على المحال عليه -الطرف الثالث- إلاّ بمثل الدين وقدره وصفته الذي كان على المحيل.⁽³⁾

وعليه ففي حالة كساد النقود أو انقطاعها، فإن المحيل لا يجوز له أن يحيل الدائن على المحال عليه إلاّ بمثل الدين أو النقود التي تمّ التعامل بها، وبذلك فإن المحال عليه يُلزم بدفع نفس النقود التي تمت بها المعاملة بين المحال والمحيل، ولا يجوز له أن يحيله على جنس آخر من النقود، لأنّ العملات الورقية تعتبر أجناسا مختلفة⁽⁴⁾ ومن ثمّ فلا تجوز ولا تصح الحوالة بالدين أو النقود مع اختلاف الجنس⁽⁵⁾.

(1) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 165.

(2) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 164.

(3) _ عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، بيروت، دار الفكر، 1989، ج6، ص 191.

(4) _ العثماني محمد تقي، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، ط1، دمشق، دار القلم، 1999، ص 166.

(5) _ ابن الجلاب، التفرغ، ج2، ص 288-289. ابن رشد، المقدمات، ج2، ص 404. البيان والتحصيل، تحقيق: محمد حجي وأحرين، ط2، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1988، ج11، ص296. القراني، الذخيرة ج9، ص 244.

المبحث الرابع: مشروعية التوثيق

إن الناظر في نظام التوثيق، يجد أنه علم وعمل جليل القدر عظيم الفائدة، جاء به الشرع الحنيف، فهو مأمور به شرعا لما فيه من تحقيق مصالح الناس ودرء المفاسد عنهم، وقد نصت على ذلك أدلة كثيرة، فما هو حكمه وما هو دليله وما أصل مشروعيته؟، وهو ما سأبينه فيما يلي:

المطلب الأول: أصل مشروعية التوثيق

لقد أرسل الله سبحانه وتعالى نبيه الكريم ﷺ ليصحح للناس مسار حياتهم، لذا فقد أوحى إليه تعالى بما يحقق هذا الهدف، ومن بين ذلك الأحكام التي تنظم معاملات الناس المختلفة، والتي من شأنها أن تقضي على التنازع والتهارج، واختلال نظام الحياة، ومن هذه الأحكام كتابة العقود والمداينات والإشهاد عليها، وغيرها من وسائل التوثيق، كالرهن والكفالة والحوالة...، التي تحفظ حقوق الناس وتضبط تصرفاتهم، وتكون وسيلة للإثبات عند التنازع، وتعمل على بقاء الثقة بين الأفراد، ومن ثم صلاح ذات بينهم، قال صاحب التحرير والتنوير: «إن تحديد التوثيق في المعاملات من أعظم وسائل بث الثقة بين المتعاملين، وذلك من شأنه تكثير عقود المعاملات ودوران دولاب التمول، والتداين من أعظم أسباب رواج المعاملات... فشرع الله تعالى للناس بقاء التداين المتعارف بينهم، كيلا يظنوا أن تحريم الربا والرجوع بالمتعاملين إلى رؤوس أموالهم، إبطال للتداين كله، وأفاد ذلك التشريع بوضعه في تشريع آخر مكمل له وهو التوثيق له بالكتابة والإشهاد»⁽¹⁾.

من أجل ذلك، حث الشرع الكريم على التوثيق وأكد عليه، ودليل ذلك الكتاب والسنة، وعمل الصحابة والتابعين، وإجماع الأمة، وكذا العرف والعادات الجارية، وكذا المعقول من المصالح.

أولا: أما من الكتاب: فقوله تعالى في آية الدين: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَحَدٍ مِّنكُمْ فَأَكْتَبُوهُ وَلِيَكُن بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلِيَمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلِيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيَمْلِكْ وَلِيَهُ بِالْعَدْلِ﴾⁽²⁾، فالله تعالى أمر بكتابة المداينات

(1)- ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، ص98.

(2)- سورة البقرة، الآية: 282.

وتوثيقها، حفاظا على الحقوق وسدا لباب التنازع والتخاصم بين المتعاملين، يقول القرطبي⁽¹⁾: «واعلم أن الذي أمر الله تعالى به من الشهادة والكتابة لمراعاة صلاح ذات البين ونفي التراع المؤدي إلى فساد ذات البين، لئلا يسول له الشيطان جحود الحق، وتجاوز ما حد له الشرع أو ترك الاقتصار على المقدار المستحق»⁽²⁾.

وأمر الله تعالى بالتوثيق للحقوق، ليس معناه إبطال ائتمان الناس بعضهم لبعض، ونزع الثقة بينهم، بل هو تدبير وقائي نبه عليه الله -عز وجل- حتى يجتاط الناس لحقوقهم في حالة تغير القلوب والأحوال، ولذلك يقول ابن عاشور⁽³⁾ «ومقصد الشريعة تنبيه أصحاب الحقوق حتى لا يتساهلوا ثم يندموا، وليس المقصود إبطال ائتمان بعضهم بعض، كما أن من مقاصدها دفع موجدة الغريم من توثق دائته، إن علم أنه بأمر من الله ومن مقاصدها قطع أسباب الخصام»⁽⁴⁾، ويقاس على الدين في الآية جميع العقود والمعاملات الأخرى على مختلف أنواعها، فتلحق به، فيطلب فيها التوثيق كذلك حفاظا عليها، قال أبو إسحاق الغرناطي: «وقوله تعالى: "فَاكْتُبُوهُ" يدل على وجوب كتب الوثائق لدفع الدعاوي وحفظ الأموال والأنساب وتحسين الفروج»⁽⁵⁾.

وأمر الله بالكتابة-وهي أهم وسائل التوثيق- في قوله "فاكتبوه" يفهم منه وقوعها على جميع الأوصاف المبينة لشكل المعاملة حتى يصح الاحتجاج بها عند الحاجة، وفي ذلك يقول القرطبي: «وفي قوله "فاكتبوه" إشارة ظاهرة إلى أنه يكتب بجميع صفتة المبينة له، المعربة عنه، للاختلاف المتوهم بين المتعاملين، المعرفة للحاكم ما يحكم به عند ارتفاعها إليه»⁽⁶⁾.

ومن ثم، زاد تعالى وأوضح الأساس التي تبني عليه الكتابة، وهي أن يكتب الوثيقة عارف بالكتابة، التي يكون قوامها العدل بين الطرفين، وأما الذي يقوم بالإملاء هو صاحب الحق، ويكون

(1)-القرطبي: محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي الأندلسي، من كبار المفسرين، رحل إلى المشرق واستقر بمصر، من مصنفاته: "الجامع لأحكام القرآن"، و"قمع الحرص بالزهد والقناعة"... وغيرها، (ت671هـ). ابن فرحون، الديباج المذهب، ج2، ص308-309.

(2)-القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص416.

(3)-محمد الطاهر بن عاشور التونسي، كان ضليعا في العلوم الشرعية واللغوية والأدبية والتاريخ، وكان رئيسا للمفتين المالكيين بتونس، وشيخ جامع الزيتونة، من مصنفاته "التحرير والتنوير"، و"مقاصد الشريعة الإسلامية"... وغيرها، (ت1394هـ-1973م). الزركلي، الأعلام، ج6، ص174.

(4)-ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، ص100.

(5)-الغرناطي، الوثائق المختصرة، تحقيق: إبراهيم السهيلي، ط1، المدينة المنورة، 2011، ص8.

(6)-القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص382-383.

ذلك بحضور من عليه الحق، وأن يشهد على الكتابة، وكل هذه الأمور هي من وسائل التوثيق، فدل ذلك على مشروعيتها والأمر بتعلمه⁽¹⁾.

ومنه قوله تعالى في آية المكاتب: ﴿وَالَّذِينَ يَبْنِعُونَ الْكُتُبَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَاكْتَبُوهُمْ إِنَّا عِلْمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾⁽²⁾، فقد أمر الله تعالى بمكاتبه العبيد إن علم أن في ذلك خيرا لهم، ومن المعلوم أن الكتاب الذي يكتب بين العبد وسيده هو وثيقة، تتضمن شروطا تبين اسم العبد وقيمته وثمان المكاتبه، وذلك بأن يكتب الرجل عبده أو أمته على مال ينجمه عليه، ويكتب عليه أنه إذا أدى نجومه في كل نجم كذا وكذا فهو حر⁽³⁾، وكانوا إذا كاتبوا العبد سجلوا عليه وعلى أنفسهم هذا الكتاب لعتقه ويدفع إليه⁽⁴⁾. وكل هذا من التوثيق، فدل ذلك على مشروعيتها والحث عليه.

ومنه قوله تعالى في الرهن: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنُمْ مَقْبُوضَةً﴾⁽⁵⁾، فالله تعالى أمر المتعاملين إن كانوا على سفر ولم يتمكنوا من الكتابة لعدم وجود الكاتب أو الشاهد بحكم آخر بديل وهو الرهن، بأن يجعل شيئا من متاع المدين بيد الدائن، توثقة له في دينه، تحفظ به الحقوق⁽⁶⁾، فهو من صميم التوثيق للالتزامات، وقد دعا إليه القرآن لما فيه من تأمين صاحب الحق على ماله باستيفائه من ثمن العين المحبوسة عنده، ولأن الحق المضمون بالرهن قلما يحاول صاحبه إنكاره، بل يؤديه طائعا مختارا، فالرهن وسيلة من وسائل التوثيق حث عليه الشرع، وأمر بها.

وقوله تعالى في الشهادة: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ رَضُونَ مِنَ الشَّهَدَاءِ أَنْ تَضَلَّ أَحَدُهُمَا فَتَذَكَّرَ أَحَدُهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبُ الشَّهَادَةُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْمَعُوا أَنْ تَكْفُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَٰلِكُمْ أَفْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدَقُّ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُوبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾⁽⁷⁾، وقوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ

(1) -السرخسي، المبسوط، ج30، ص168.

(2) -سورة النور، الآية: 33.

(3) -ابن منظور، لسان العرب، ج1، ص700.

(4) -القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص383-384.

(5) -سورة البقرة، الآية: 283.

(6) -القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص406-407.

(7) -سورة البقرة، الآية: 282.

حَسِبًا ﴿١﴾، وقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ ﴿٢﴾.

فالآيات تدل على مشروعية التوثيق للمعاملات والتصرفات بالشهادة والكتابة أيضا، قياسا على الدين، وجميع المندوب إليه من الكتابة والإشهاد مراد بها كل العقود وسائر التصرفات، فيكون ما ذكر من عدد الشهود وأوصاف الشهادة معتبرا في سائر المعاملات⁽³⁾، إذ هي نوع من التوثيق ووسيلة من وسائله، وأنها وثيقة احتياط لصاحب الحق، وهي أنفى للريب وأبقى للحق وأدعى إلى رفع النزاع والاختلاف، والشهادة إذا أقيمت بشروطها كانت وثيقة معتبرة وحجة شرعية في إثبات الحق، وبيّنة قوية يعتمد عليها القاضي لإعطاء الحق لطالبه، وهذا دليل على أهمية التوثيق واعتبار الشرع له وحنه عليه.

ومنها قوله تعالى في قصة يوسف -عليه السلام-: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ جُمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ ﴿٤﴾؛ أي أنا كفيل⁽⁵⁾ بحمل بعير لمن يجلب صواع الملك... فالله جل ثناؤه شرع في هذه الآية وسيلة الكفالة أو الضمان ليتوثق بهما الالتزام، إذ الكفالة المقصود بها ضمان استرداد الدين، فهي تأمين لاستيفائه⁽⁶⁾، وهي وسيلة من وسائل التوثيق للحقوق احتياطا لاستردادها والمحافظة عليها، وهذا إن دل على شيء، فإنما يدل على أن أصل التوثيق ومصدره هو القرآن الكريم، الذي شرعه وأمر بانتحاله وتطبيقه لما فيه من المصالح.

ثانيا: وأما من السنة: فقد سبق الذكر أن النبي ﷺ أملى كتبا عديدة في معاملاته وعهوده وموثيقه وبيعه وشرائه، وقد أمر ﷺ بالكتابة في المعاملة بينه وبين من عامله وأمر بها فيما قلده فيه عماله من الأمانة، وأمر بالكتاب في الصلح فيما بينه وبين المشركين⁽⁷⁾.

(١)-سورة النساء، الآية: 6.

(٢)-سورة الطلاق، الآية: 2.

(٣)- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3ص391. الحصص، أحكام القرآن، بيروت، دار الكتب العلمية، 1995، ج1، ص660.

(٤)-سورة يوسف، الآية: 72.

(٥)- ابن أبي زمنين، تفسير ابن أبي زمنين، تحقيق: حسين بن عكاشة، ط1، مصر، الفارق الحديثة، 2002، ج2ص334. القرطبي،

الجامع لأحكام القرآن، ج9ص231. الزمخشري، الكشاف، ج2، ص267.

(٦)-قلعه جي محمد رواس، موسوعة الحسن البصري، ج2، ص808.

(٧)-السرخسي، المبسوط، ج10، ص167.

ومن تلك الوثائق، وثائق في البيع والشراء، ووثائق الإقطاع ووثائق المعاهدات منها:

- وثيقة شراء للعداء بن خالد بن هوذة⁽¹⁾.

- وثيقة إقطاع لتميم الداري⁽²⁾.

- كما كتب ﷺ كتاب صلح ووثيقة معاهدة بينه وبين كفار قريش في الحديبية⁽³⁾.

- كما كتب ﷺ وثيقة مؤاخاة بين المؤمنين وأهل يثرب، ومواد عنه ليهود المدينة⁽⁴⁾.

ومنها كتب العهود التي كتبها رسول الله ﷺ لأهل الصلح من أهل نجران⁽⁵⁾، وكتابه لتقيف⁽⁶⁾.

وغيرها من الكتب التي يذكرها أبو عبيد في كتابه الأموال.

كما كتب الرسول ﷺ كتباً ورسائل إلى ملوك الأرض يدعوهم إلى الإسلام ومنها ما رواه البخاري من كتابه إلى كسرى وقيصر والنجاشي⁽⁷⁾.

ومن خلال هذه الرسائل التي كتبها الرسول ﷺ لملوك الأرض ولأهل الأمصار، والأراضي المصالح عليها وكتب العهود والمواثيق وإقطاع الأراضي، ووثائق المعاملات من أشرية وبيوعات، رجح بعض العلماء أن تاريخ الرسائل الرسمية وأساليبها يعود إلى عصر النبوة⁽⁸⁾، وذلك لأنه من خلال تتبع هذه الوثائق لوحظ أنه استقرت صيغ معينة وترتيب مخصوص في كتابة هذه الرسائل، أصبحت فيما بعد عصر الرسالة من الأمور العرفية اتبعها الخلفاء والوزراء والملوك والسلاطين

(1)- البخاري، صحيح البخاري، باب: إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا، ج3، ص10.

(2)- القلقشندي، صبح الأعشى، ج13، ص119.

(3)- البخاري، صحيح البخاري، كتاب الصلح، باب: كيف يكتب، هذا ما صلح عليه فلان بن فلان، ج3، ص167. وباب: الصلح مع المشركين، ج3، ص168.

(4)- أبو عبيد، الأموال، ص138. ابن هشام، السيرة النبوية، ج2، ص147-148.

(5)- نجران: عدة مواضع منها نجران اليمن من ناحية مكة وفتح في زمن النبي ﷺ سنة 10 للهجرة صلحا على الفيء، ونجران أيضا موضع على يمين من الكوفة فيما بينها وبين واسط على الطريق وقد وفد منهم وفد على النبي ﷺ وأراد ﷺ مبايحتهم فامتنعوا وصالحو النبي ﷺ وكتب لهم كتابا. ياقوت الحموي، معجم البلدان، ج5، ص308-312.

(6)- أبو عبيد، الأموال، ص199 و203، 204.

(7)- البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الجهاد والسير، باب دعوة اليهودي والنصراني على ما يقاتلون عليه وما كتب النبي ﷺ إلى كسرى، ج3، ص235، وكتاب الجهاد والسير، باب دعاء النبي ﷺ إلى الإسلام والنبوة...، ج4، ص2-5، أبو عبيد، الأموال، ص29-31.

(8)- علي زوين، علم الوثائق والتوثيق في تراثنا الإسلامي، ص154.

والقضاة في كتبهم ووثائقهم⁽¹⁾.

وقد ثبت في الصحيحين عن أنس أن رسول الله ﷺ توفي ودرعه مرهونة عند يهودي على ثلاثين وسقاً من شعير⁽²⁾ رهنها قوتا لأهله. والرهن كما سألينه وسيلة من وسائل التوثق لاستيفاء الحقوق والحفاظ عليها.

وكما طبق النبي ﷺ التوثق في الكثير من معاملاته، ومراسلاته فقد أمر المسلمين بالتوثق في سائر معاملاتهم، وتصرفاتهم المالية كانت أم غير مالية. فهذا نحن نجد ﷺ في الزواج يأمر بإعلانه بالشهادة وغيرها لإظهاره وضمان النتائج المترتبة عليه، قوله ﷺ فيما روته عائشة رضي الله عنها: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»⁽³⁾. وغيرها من الأحاديث في هذا المعنى. ومن المعلوم أن الإشهاد وسيلة من وسائل التوثق كما سأوضحه في فصل لاحق - إن شاء الله -.

وكذا نجد ﷺ يدعو أمته إلى التوثق لكل ما يحسن التوثق له من معاملات مالية كما في شأن الوصية، حيث قال: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»⁽⁴⁾.

وقد حث ﷺ على التوثق ورهب من تركه، لما فيه من مخالفة أمر الله فقال ﷺ: «ثلاثة يدعون الله فلا يستجاب لهم، رجل كان تحتته امرأة سيئة الخلق فلم يطلقها، ورجل باع يبعاً فلم يشهد والله تعالى يقول: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾⁽⁵⁾، ورجل أتى سفيهاً ماله وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾⁽⁶⁾»⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ - ينظر في ذلك: كتاب صبح الأعشى في صناعة الإنشاء للقلقشندي، ج 10، ما يوضح صياغة هذه الرسائل والكتب.

⁽²⁾ - البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الرهن في الحضرة، باب من رهن درعه، ج 3، ص 115 وباب الرهن عند اليهود وغيرهم، ج 3، ص 116، مسلم، الجامع الصحيح، كتاب المساقاة، باب الرهن وجوازه في الحضرة والسفر، (ح رقم: 1603)، ج 3، ص 1226. ابن حجر، فتح الباري، ج 5، ص 438.

⁽³⁾ - البيهقي، السنن، كتاب النكاح، باب: لا نكاح إلا بشاهدي عدل، ج 7، ص 125.

⁽⁴⁾ - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب: الوصايا، ج 3، ص 185-186. ومسلم، صحيح مسلم، كتاب الوصية، ح 1627، ج 3، ص 1249.

⁽⁵⁾ - سورة البقرة، الآية: 282.

⁽⁶⁾ - النساء، الآية 5.

⁽⁷⁾ - الحاكم، المستدرک علی الصحيحین، کتاب التفسیر، باب: تفسیر سورة النساء، ح (3181) ج 2، ص 331، وقال صحيح الإسناد على شرط الشيخين ولم يخرجاه. البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب: الاختيار في الإشهاد، ح (20517)، ج 10، ص 24. ابن كثير، تفسير القرآن، ج 1، ص 441.

كما طبق ﷺ التوثيق للحقوق بوسائله الأخرى وعلمها لصحابته ﷺ، كالرهن والكفالة والحوالة والحجر على المدين والمفلس والحبس في الحقوق واليمين... وغيرها من الوسائل.

كل هذا دليل على مشروعية التوثيق والحث على تعلمه وتطبيقه في الحياة اليومية لما فيه من حفظ الحقوق وصيانتها.

ثالثا: من فعل الصحابة والتابعين

فقد رأينا أن الصحابة ﷺ قد استنوا بسنة النبي ﷺ في العمل بالتوثيق، فباشروه في معاملاتهم في بيعهم وشرائهم، وفي عهودهم وموائيقهم ومراسلاتهم، فها هو أبو بكر ﷺ بعد وفاة الرسول ﷺ يأتيه أهل نجران بكتاب النبي ﷺ لهم الذي صالحهم فيه، فوفى لهم أبو بكر بذلك وكتب لهم كتابا نحو من كتاب رسول الله ﷺ⁽¹⁾. كما كتب وثيقة إقطاع لعينة بن حصن.

ولما ولي عمر بن الخطاب ﷺ أصاب أهل نجران الربا في زمانه فخالفوا بذلك شروط الرسول ﷺ في ترك الربا، فأجلاهم عمر وكتب لهم وثيقة⁽²⁾، كما قام بوقف أراضيه في خيبر وكتب فيها كتابا ووثقها⁽³⁾، وكذا تدوينه للدواوين⁽⁴⁾ وهي المحاضر والسجلات أو الدفاتر الموضوعة لحفظ ما يتعلق بالسلطان أو أمور الدولة، من ضبط الجيوش والأموال... وغيرها، فكان عمر أول من وضع الديوان في الإسلام، وذلك لما كثرت جنود الإسلام وأمواله، واحتيج إلى ضبط ذلك فاستشار الصحابة (ومنهم عثمان وخالد -رضي الله عنهما-) فأشاروا عليه به، فأمر الكتبية: «أكتبوا الناس على منازلهم»، وكان ذلك في محرم سنة عشرين للهجرة (20هـ)⁽⁵⁾ توثقا لحقوق الناس.

وكذا قضاؤه ﷺ على رجل مفلس في حبسه وتقسيم أمواله على غرمائه⁽⁶⁾.

(1) - أبو عبيد، الأموال، ص199.

(2) - أبو عبيد، المصدر نفسه، ص199، 201.

(3) - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب الوقف كيف يكتب، ج3، ص196.

(4) - كلمة فارسية مأخوذة من الديوانة، وهو اسم للشياطين، فسمي الكتاب بذلك لحذقهم في الكتابة... ثم حذفت الهمزة تخفيفا، ويجوز أن تكون مأخوذة من دَوْن الأشياء أي جمعها، ثم أطلقت على المحاضر والسجلات والدفاتر التي يحفظ فيها ما يتعلق بحقوق السلطنة من أعمال وأموال وغيرها. بدر الدين بن جماعة، تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام، تحقيق: فؤاد عبد المنعم، ط3، قطر، دار الثقافة للطباعة والنشر، 1988، ص138-143.

(5) - الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1985، ص199-200. أبو يعلى، الأحكام السلطانية، صححه وعلق عليه: محمد حامد الفقي، بيروت، دار الكتب العلمية، 1983، ص236-237.

(6) - الإمام مالك، الموطأ، كتاب الأفضية، باب: جامع القضاء وكراهيته، ص547. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص282.

كما سجن ابن الزبير رضي الله عنه بمكة⁽¹⁾.

وقد كتب علي رضي الله عنه وثيقة الهدنة بين النبي صلى الله عليه وسلم وبين كفار قريش في صلح الحديبية وكتابته وثيقة إقطاع لتميم الداري، وقد سبق ذكر كتابه صلى الله عليه وسلم من الصحابة الذين كانوا يوثقون المعاملات ويكتبون العهود والمراسلات كحذيفة بن اليمان والزيبر بن العوام والمغيرة بن شعبة وغيرهم.

وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عقد نكاحا بطريقة التوثيق المعروفة فقال: «الحمد لله ونصلي على محمد صلى الله عليه وسلم وقد أنكحتك على ما أمر الله به من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان»⁽²⁾.

ويذكر أبو عبيد كتاب صلح خالد بن الوليد إلى أهل دمشق ونصه: «هذا كتاب خالد بن الوليد لأهل دمشق إني قد أمنتهم على دمائهم وأموالهم وكنائسهم»⁽³⁾.

وكتب عياض بن غنم⁽⁴⁾ كتاب صلح لأهل الجزيرة في الأندلس ونصه: «هذا كتاب من عياض بن غنم ومن معه من المسلمين لأهل الرها»⁽⁵⁾ أي أمنتهم على دمائهم وأموالهم وذرائعهم ونسائهم، ومدينتهم وطواحينهم، إذا أدوا الحق الذي عليهم، شهد الله وملائكته»⁽⁶⁾.

وقد جاء في كتاب "نسب قريش" أن التابعين الجليلين «طلحة بن عبد الله بن عوف المعروف بطلحة الندي، وخارجة بن زيد بن ثابت كانا في زمانهما يستفتيان وينتهي الناس إلى قولهما ويقسمان المواريث بين أهلها والدور والنخل والأموال، ويكتبان الوثائق بين الناس»⁽⁷⁾.

وبهذا ندرك أن النبي صلى الله عليه وسلم قد مارس التوثيق بشئ وسائله في معاملاته ومراسلاته، كما طبقه الصحابة رضي الله عنهم فكتبوا الوثائق والعهود، ووثقوا الحقوق والمعاملات في حياته صلى الله عليه وسلم وبعده وتبعهم التابعون رضي الله عنهم مما زاد هذا العلم شرفا ورفعة. قال ابن بري مادحا علم الوثائق وهو الصورة التطبيقية للتوثيق:

(1) - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الاستقراض، باب: الربط والحبس في الحرم، ج3، ص91.

(2) - الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص12.

(3) - أبو عبيد، الأموال، ص216.

(4) - عياض بن غنم بن زهير الفهري قائدا من شجعان الصحابة وغزاهم، أسلم قبل الحديبية وشهد بدرا وأحدا والخندق فتح بلاد الجزيرة في أيام عمر وهو أول من اجتاز الدرب إلى الروم غازيا وكان يقال له "زاد الراكب" لكرمه. ت 20هـ. ابن الجوزي، صفة الصفوة، حققه: محمود فاحوري، ط4، بيروت، دار المعرفة، 1986، ج1، ص277. الزركلي، الأعلام، ج5، ص99.

(5) - الرها: مدينة بالجزيرة بين الموصل والشام بينهما سنة فراسخ، باقوت الحموي، معجم البلدان، ج3، ص106.

(6) - أبو عبيد، الأموال، ص216-217.

(7) - أبو عبد الله المصعب بن عبد الله المصعب الزبيري، نسب قريش، ج8، ص273.

«كفى بعلم الوثائق شرفا وفخرا انتحال أكابر التابعين لها وقد كان الصحابة رضي الله عنهم يكتبونها على عهد النبي صلى الله عليه وسلم وبعده»⁽¹⁾.

رابعاً: من الإجماع

فقد تتالى العمل بالتوثيق بوسائله المختلفة، منذ عهد النبي صلى الله عليه وسلم وعهود من تلاه من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم حيث درجوا من بعده صلى الله عليه وسلم على هذه السنة، فوثقوا المعاملات وكتبوا العهود والمواثيق وتبعهم من جاء بعدهم من المسلمين، في انتحالهم التوثيق في سائر تصرفاتهم وعقودهم ومعاملاتهم، استشعاراً منهم لما في التوثيق من حفظ الحقوق والمصالح وتحقيق للعدالة. يقول ابن بري: «وقد سلف للأمة رضي الله عنهم اعتناء بكتب الوثائق وانتحله أكابر المفتين، وأهل الشورى من كبار الأندلسيين وغيرهم»⁽²⁾.

واستمر التوثيق قائماً عبر العصور الإسلامية إلى يومنا هذا دون نكير من أحد، فكان ذلك دليلاً على إجماع الأمة على مشروعية التوثيق وصلاحيته لكل زمان ومكان، ونفهم ذلك من قول السرخسي في مبسوطه في معرض بيان أهمية علم التوثيق: «فإن الله أمر بالكتاب في المعاملات فقال عز وجل: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾⁽³⁾، ورسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بالكتابة في المعاملة فيما بينه وبين من عامله، وأمر بالكتاب فيما قاد فيه عماله من الأمانة، وأمر بالكتاب في الصلح فيما بينهم وبين المشركين، والناس تعاملوه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا، ولا يتوصل إلى ذلك إلا بعلم الشروط، فكان من أكد العلوم وفيه المنفعة من أوجه»⁽⁴⁾.

خامساً: من العرف والعادات الحسنة

من خلال استقراءنا لتاريخ نشأة نظام التوثيق للحقوق، نستخلص أن الشعوب والأمم والحضارات، قد مارست التوثيق في معاملاتها، وطبقته في بيعها وشرائها وسائر التزاماتها وإن اختلفت في الوسائل والطرق، ولكنها تتفق جميعاً في أهداف التوثيق وهو الحيلة والحذر وتأمين الحقوق وصيانتها، والتمكين من إثباتها عند التنازع، فرأينا ذلك عند السومريين والفرس والإغريق والرومان والصينيين وعند العرب في الجاهلية وبعد الإسلام، واستمر تعامل الناس بالتوثيق إلى يومنا هذا حتى

(1)-الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص32.

(2)-الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص35.

(3)-البقرة، الآية 282.

(4)-السرخسي، المبسوط، ج10، ص168.

صار من الأمور العرفية التي يمارسها الناس بل كان ولا يزال من محاسن العادات التي يمارسونها عند التعامل ومن الأمور التي يستحسنونها، لما فيه من جلب المصالح لهم وحفظ أموالهم وصيانة أعراضهم وتأمين حقوقهم، وضبط تصرفاتهم وإصلاح ذات بينهم، ولما يدرأه من مفسد عنهم، بسد باب الريبة وقطع المنازعات بينهم.

يقول صاحب كشف الظنون معرفا بعلم التوثيق وهو أسّ نظام التوثيق للحقوق: «... وموضوعه تلك الأحكام من حيث الكتابة، وبعض مبادئه مأخوذة من الفقه وبعضها من علم الإنشاء، وبعضها من الرسوم والعادات والأمور الاستحسانية»⁽¹⁾.

ويقول طاش كبري زاده عن التوثيق: «... ومبادئه علم الإنشاء والفقه، وله استمداد من العرف»⁽²⁾.

فعلم التوثيق وهو فرع من نظام التوثيق للحقوق، له ارتباط بواقع الناس، وبعاداتهم وأعرافهم، فيكون أصله كذلك وهو التوثيق، حيث تقتضيه ضرورة معاملاتهم وتصرفاتهم فيما بينهم، إذ هم في حاجة إلى حفظ حقوقهم حفظاً كاملاً، دون أن يظلم أحد الطرفين ولا يتأتى ذلك إلا بوسائل التوثيق فيلجأون إليه على اختلاف طبقاتهم استحساناً له لما فيه من المصلحة، وقد جاء في المنهج الفائق: «علم الوثائق علم شريف يلجأ إليه الملوك والفقهاء، وأهل الحرف والسوق والسواد، كلهم يمشون إليه ويتحاكمون بين يديه، ويرضون بقوله، ويرجعون إلى فعله، فيتزل كل طبقة منهم على مرتبتها، ولا يخجل بها عن منزلتها»⁽³⁾، وأخذهم بالتوثيق ليس معناه عدم الثقة والائتمان بينهم، ولكن ذلك من باب الحزم في الرأي والحيطه للأمور، ولذا «قال بعضهم: إن أشهدت فحزم وإن ائتمنت ففي حل وسعة»⁽⁴⁾.

وهو مستمد من الفقه، إلا أنه يمثل الجانب التطبيقي العملي للفقه، فهو مرتبط بممارسات الناس وتعاملاتهم، حتى أن القرآن الكريم في آية كتابة الدين قد أرشد المسلمين ونبههم إلى وسيلة من وسائل التوثيق وهي الرهن كبديل عن الكتابة، وأحاطهم عليها عند الضرورة، فأعلمنا بذلك أن الرهن معاملة معلومة للعرب متعارف عليها بينهم⁽⁵⁾، فدل ذلك على أن عملية التوثيق نفسها يجب أن تتم

(1) - حاجي خليفة، كشف الظنون، ج2، ص1045.

(2) - طاش كبري زاده، مفتاح السعادة، ص499.

(3) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص31.

(4) - الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص26.

(5) - الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، ص121.

وفق الطرق التي تعارف عليها الناس فيما بينهم للمعاملات، وما اصططلحوا عليه من ألفاظ ومصطلحات ومسميات، بل إن من شروط كاتب المعاملة (العقد أو الوثيقة) أن يكون ملما عارفا بمصطلحات كل منطقة أو بلد، وما تعارفوا عليه من أسماء وصفات وغيرها مما يتصل بمعاملاتهم وتصرفاتهم، لاختلاف الناس في ذلك من بلد إلى آخر، كاختلافهم في بعض الألفاظ أو الصيغ وفي المكاييل والموازين والمقاييس، وغيرها من الأمور التي تعارف عليها الناس ولم تخالف الشرع، وكانت من محاسن العادات بينهم، والتي يجب مراعاتها عند عملية التوثيق للمعاملة أو التصرف، ولذلك جاء في التبصرة الفرحونية: «وينبغي للكاتب إذا سافر إلى جهة لا يعرف اصطلاح أهلها أن لا يتصدى للكتابة بين أهلها إلا بعد معرفة سنتهم ومذهبهم ونقودهم ومكياهم، وأسماء الأصقاع، والطرق والشوارع، فبمعرفة ذلك يتم له الأمر»⁽¹⁾.

سادسا: من جانب تحقيقه المصالح والمقاصد الشرعية

جاءت الشريعة الغراء بتحقيق مصالح الناس من جلب المنافع لهم ودرء المفسد عنهم، في الحال والمآل، فشرع الله تعالى من الأحكام ما يحقق ذلك، وجعل هذه الأحكام على جانبين: جانب الوجود وجانب العدم، أي شرع أحكاما لإيجاد هذه المصالح وتحقيقها في واقع الناس، وأحكاما أخرى تحفظها من الزوال. ومن هذه المصالح والمقاصد التي شرعت لأجلها الأحكام، حفظ الأنفس والأموال والأعراض والأنساب..، ولإيجادها شرع الله عز وجل أحكاما كثيرة كما شرع لها أحكاما لصيانتها وحفظها، ومن ذلك التوثيق الذي فيه من المنافع الجمّة والمصالح الكثيرة، ما من شأنه أن يؤدي إلى حفظ هذه المقاصد الشرعية وصيانتها، وضبط المعاملات وحمايتها، جاء في المنهج الفائق: «ويبقى الأمر بالإشهاد ندبا لما فيه من المصلحة في الأغلب»⁽²⁾.

ويقول الونشريسي مشيدا بعلم التوثيق وما يحققه من مصالح وهو جزء من نظام التوثيق: «... علم الوثائق من أجل ما سطر في قرطاس، وأنفس ما وزن في قسطاس، وأشرف ما به الأموال والأعراض والدماء، والفروج تستباح وتحسى وأكبر زكاة للأعمال»⁽³⁾.

هذا وإن للناس في التوثيق مآرب أخرى، مرتبطة بتحقيق مصالحهم في الأنفس والأموال والأعراض... وذلك كإصلاح ذات البين التي هي من أهم ما يبحث عليه الإسلام ويدعو إليه، فبتحقق

⁽¹⁾- ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 1، ص 286.

⁽²⁾- الونشريسي، المنهج الفائق، ج 1، ص 26.

⁽³⁾- الونشريسي، المصدر نفسه، ج 1، ص 31.

هذه المنفعة تنتشر الثقة بين الناس، ويسود الأمن والأمان، ومن ثم يكتمل تحقق المقاصد والمصالح الشرعية، يقول القرطبي: «إعلم أن الذي أمر الله تعالى به من الشهادة والكتابة لمراعاة صلاح ذات البين، ونفي النزاع المؤدي إلى فساد ذات البين»⁽¹⁾.

ومن ثم يتبين لنا أن الله تعالى شرع التوثيق لمصلحة عباده حفظاً لحقوقهم، وما من شيء يشرعه الله تعالى لعباده، إلا وقد علم بعلمه المطلق ضرورته لهم وحاجتهم إليه، فلا مرأى في أن التوثيق مبدأ هام ونظام خطير، لما فيه من ضبط أمور الناس على القوانين الشرعية وتحقيق مصالحهم بحفظ دمائهم وأموالهم، وصيانة أعراضهم وأنسابهم، وبهذا ندرك المكانة السامية والمرتبة المنيفة التي يتبوأها هذا النظام والتي تدفعنا إلى الاهتمام به وعدم إهماله في معاملاتنا وسائر تصرفاتنا، وفي هذا العصر الذي تعقدت فيه المشكلات، وتعددت فيه أسباب النزاع، وتغيرت فيه القلوب وخربت الذمم، وكثر فيه الغش والتدليس والتزوير، وانعدمت فيه الثقة والأمان، أصبح اللجوء إلى التوثيق أدعى، والتعامل به أكد.

المطلب الثاني: حكم التوثيق

اتفق العلماء على مشروعية التوثيق والأمر بتعلمه وممارسته ولكنهم اختلفوا في حكمه هل الأمر به للإيجاب أم للندب؟

وإن كانوا في الحقيقة لم يذكروا حكم التوثيق صراحة وإنما نفهه ضمناً، وذلك لأنهم في كتبهم لم يفصلوا القول إلا في حكم كتابة الدين والإشهاد، وكذا الرهن والكفالة والحوالة وحكم الحجر والحبس في الحقوق... وغيرها من المسائل التي تكلموا عنها في أبواب الفقه المختلفة كل على حدة، والتي هي في الحقيقة طرقاً ووسائل للتوثيق للحقوق، ومن ثم فهم لم يبينوا حكم التوثيق بالذات، إلا أنه يمكننا أن نستنتج حكم ذلك واختلافهم فيه، من خلال تتبعنا لأرائهم وأقوالهم في حكم كتابة الدين والإشهاد وغيرها من الطرق، وذلك بالقياس عليها، إذ الدين نوع من أنواع المعاملات وكتابته والإشهاد عليه طريقتان من طرق التوثيق وكذا سائر الطرق، فنطبق حكم ذلك على التوثيق لكافة أنواع المعاملات وسائر التصرفات. وإن كنت سأكتفي ببيان حكم التوثيق للدين بالكتابة والإشهاد وكلام العلماء في ذلك من مالكية وغيرهم، تاركة الحديث عن حكم باقي الطرق في مواضعها من البحث.

(1)- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص418.

إن الله تعالى أمر بكتابة الدين فقال: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَآكْتُبُوهُ﴾ وقال أيضا: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ إلى أن قال تعالى: ﴿وَاشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾⁽¹⁾، ولقد اختلف الفقهاء في حكم كتابة الدين والإشهاد عليه نتيجة اختلافهم في دلالة الأمر الوارد في الآية هل هو للندب أو للوجوب؟

- فذهب الجمهور ومنهم الإمام مالك وأبو حنيفة والشافعي وأحمد، إلى أن الأمر به أمر ندب وإرشاد إلى حفظ الأموال وإزالة الريب⁽²⁾، ورجحه ابن عطية في محرره⁽³⁾، قال صاحب المنهج الفائق: «قال القاضي أبو محمد بن عطية - رحمه الله - وهو الصحيح»⁽⁴⁾، وبمثله قال ابن العربي ما نصه: «إنه قول الكافة وهو الصحيح»⁽⁵⁾.

واستدل أصحاب هذا الرأي بما يأتي:

1- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنُمْ مَقْبُوضَةً فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ. وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾⁽⁶⁾.

ووجه الاستدلال من الآية أنها جاءت بعد الأمر بالكتابة والإشهاد، وفيها إذن للمتعاملين بعدم الكتابة والإشهاد وأن يقبض الرهن بدلا عن ذلك في حالة الائتمان وعدم وجود الكاتب، فكان ذلك قرينة على صرف الأمر بالكتابة والإشهاد من الوجوب إلى الندب⁽⁷⁾، وكانت الآية «فإن أمن بعضكم بعضا» تكميلا لمعنى الاستحباب⁽⁸⁾. أي تكميلا لطلب الكتابة والإشهاد طلب ندب واستحباب.

2- ما ثبت عنه ﷺ من ترك الإشهاد والكتابة ومن ذلك ما جاء في حديث عمارة بن

(1)- سورة البقرة، الآية 282.

(2)- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص383. الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص9، ابن عرضون، اللائق لمعلم الوثائق، ص2. ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، ص100.

(3)- ابن عطية، المحرر الوجيز، ج2، ص286.

(4)- الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص12.

(5)- ابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق: علي البجاوي، بيروت، دار الفكر، دت، دط، ج1، ص258، 259.

(6)- سورة البقرة، الآية: 283.

(7)- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج2، ص404.

(8)- ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، ص100، 123.

خزيمة⁽¹⁾، أن عمه حدثه وهو من أصحاب النبي ﷺ: «أن النبي ﷺ ابتاع فرسا من أعرابي فاستتبعه النبي ﷺ ليقضيه ثمن فرسه، فأسرع رسول الله ﷺ المشي وأبطأ الأعرابي، فطفق رجال يعترضون الأعرابي فيساومونه بالفرس ولا يشعرون أن النبي ﷺ ابتاعه، فنادى الأعرابي رسول الله ﷺ فقال: إن كنت مبتاعا هذا الفرس وإلا بعته، فقام رسول الله ﷺ حين سمع الأعرابي فقال: أوليس قد ابتعته منك؟ فقال الأعرابي: لا والله ما بعته. فقال النبي ﷺ: بل قد ابتعته منك. فطفق الأعرابي يقول: هلم شهيدا، فقال خزيمة بن ثابت أنا أشهدا أنك قد بايعته، فأقبل النبي ﷺ على خزيمة فقال: بما تشهد؟ فقال: بتصديقك يا رسول الله، فجعل رسول الله ﷺ شهادة خزيمة بشهادة رجلين»⁽²⁾.

وحديث طارق بن عبد الله المحاربي⁽³⁾، وفيه قال: «أقبلنا على الربذة⁽⁴⁾ وجنوب الربذة حتى نزلنا قريبا من المدينة، ومعنا ظعينة لنا فبينما نحن قعود إذ أتانا رجل عليه ثوبان أبيضان، فسلم فرددنا عليه، فقال: من أين أقبل القوم؟ فقلنا: من الربذة وجنوب الربذة، قال: ومعنا جمل أحمر فقال: تبعوني جملكم قلنا نعم، قال: بكم، قلنا بكذا وكذا صاعا من تمر، قال: فما استعرضنا شيئا، وقال: قد أخذته. ثم أخذ برأس الجمل حتى دخل المدينة، فتوارى عنا، فتلاومنا بيننا وقلنا أعطيتكم جملكم من لا تعرفونه؟ فقال الظعينة: لا تلاوموا، فقد رأيت وجه رجل ما كان ليحقركم، ما رأيت وجه رجل أشبه بالقمر ليلة البدر من وجهه. فلما كان العشاء، أتانا رجل فقال: السلام عليكم، أنا رسول الله ﷺ إليكم، وأنه أمركم أن تأكلوا من هذا حتى تشبعوا، وتكتالوا حتى تستوفوا. قال: فأكلنا حتى شبعنا واكتلنا حتى استوفينا...»⁽⁵⁾.

ووجه الاستدلال من الحديثين، أن الرسول ﷺ اشترى ولم يكتب ولو كانت الكتابة والإشهاد واجبين لما تركهما ﷺ وهو المبلغ والمبين عن الله تعالى، فكان ذلك دليلا واضحا على أن الأمر الوارد

(1) -عمارة بن خزيمة أبو عبد الله ويقال أبو محمد المدني بن ثابت الأنصاري الأوسي، روى عن أبيه وعمه وعمرو بن العاص وغيرهم. ت 105هـ. ابن حجر، تهذيب، دار صادر، ج 7، ص 364.

(2) -أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الأفضية، باب إذا علم الحاكم صدق الشاهد الواحد فيجوز له أن يحكم به، (ح رقم: 3607)، ج 3، ص 308، النسائي، سنن النسائي، كتاب البيوع، باب التسهيل بترك الإشهاد على البيع، ج 7، ص 301.

(3) -طارق بن عبد الله المحاربي صحابي نزل الكوفة روى عنه أبو الشعثاء وأبو ضمرة. ابن حجر، الإصابة، ج 5، ص 214، ابن الأثير، أسد الغابة، ج 2، ص 453.

(4) -الربذة: فتح أوله وثانيه هي من قرى المدينة قرية من ذات عرق على طريق الحجاز، بها قبر أبي ذر الغفاري. ياقوت الحموي، معجم البلدان، ج 3، ص 24.

(5) -الدارقطني، السنن، كتاب البيوع، ح(2976)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ط 1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 2004، ج 3، ص 462.

في آية الدين للندب لا للوجوب⁽¹⁾.

3- من المعلوم عند العلماء أن الرهن شرع بدلا عن الكتابة والشهادة في حالة تعذرهما، ولا خلاف بينهم في أن الرهن مشروع ومندوب إليه، وليس واجبا، فدل ذلك على أن حكم الكتابة والإشهاد مثل ذلك، لأنه بدل عنهما، فلو كانا واجبين لما أبدلا بما هو مندوب، فثبت بذلك أن الأمر الوارد في الآية إنما هو للندب والإرشاد وليس للوجوب⁽²⁾.

4- أن جمهور المسلمين منذ عهد النبي ﷺ والخلفاء الراشدين كانوا يتبايعون بالأثمان المؤجلة دون كتابة أو إشهاد، ودون نكير من أحد من الفقهاء عليهم، فكان ذلك إجماعا على عدم وجوب الكتابة أو الإشهاد، ولذا قال بعضهم: إن أشهدت فحزم، وإن ائتمنت ففي حل وسعة⁽³⁾.

يقول الجصاص في تفسيره: «قد نقلت الأمة خلفا عن سلف عقود المداينات والأشربة والبياعات في أمصارهم من غير إشهاد، مع علم فقهاءهم بذلك من غير نكير منهم عليهم، وفي ذلك دليل على أنهم رأوه ندبا»⁽⁴⁾.

5- ولأن في إيجاب الكتابة على المتدينين أعظم التشديد على المسلمين، وهذا يتنافى مع اليسر ورفع الحرج الذي اقتصت به الشريعة الغراء، وكذا يخالف كونه ﷺ بعث بالحنفية السهلة السمحة، فالأمر بالكتب ندب إلى حفظ الأموال وإزالة الريب وهو على جهة الحيلة للناس⁽⁵⁾.

- ويرى فريق آخر أن الأمر بكتب الديون كان واجبا ثم خففه الله تعالى بقوله: ﴿فَإِنْ آمَنَ بِبَعْضِكُمْ بَعْضًا فليؤدِّ الَّذِي أَوْثَمَنَ أَمَنَّتَهُ﴾⁽⁶⁾، فهي ناسخة⁽⁷⁾ لأمره تعالى بالكتابة⁽⁸⁾. وهو ما روي

(1) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص404-405. ابن قدامة، المغني، ج4، ص302.

(2) - القرطبي، المصدر نفسه، ج3، ص383. الجصاص، أحكام القرآن، ج2، ص206.

(3) - القرطبي، المصدر نفسه، ج3، ص383. الرازي، التفسير الكبير، ج7، ص110.

(4) - الجصاص، أحكام القرآن، ج2، ص206.

(5) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص383. الرازي، التفسير الكبير، ج7، ص110. ابن قدامة، المغني، ج4، ص302.

(6) - سورة البقرة، الآية: 283.

(7) - والجمهور يستدلون بهذا أيضا فهو يوافق رأيهم ويجعلون الآية مخصصة لعموم الأمر بالوجوب، إلا أن الأقدمين يسمونه نسخا.

الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص14. ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، ص100.

(8) - الطبري، تفسير الطبري (جامع البيان)، تحقيق: أحمد محمد شاكر، ط1، مؤسسة الرسالة، 2000، ج6، ص48-50، ابن

عطية، المحرر الوجيز، ج3، ص359، الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص14-15، ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3،

ص100.

عن أبي سعيد الخدري⁽¹⁾، وذهب إليه الربيع⁽²⁾، والشعبي⁽³⁾، والحسن⁽⁴⁾، وهو قول ابن جريج⁽⁵⁾.
 ويناقش هذا القول: بأن الله تعالى ندب إلى الكتابة على جهة الحيلة للناس والحزم في الرأي،
 وقد رأينا الأدلة في ذلك، فالأمر مصروف عن الوجوب إلى الندب، ولا يترتب على ذلك نسخ⁽⁶⁾.
 وأن الآية لم تكن ناسخة وإنما بينت أن الكتابة والإشهاد بين المتدائنين، مقصود بهما حسن
 التعامل بينهما، فإن بدا لهما أن يأخذا بهما فنعماً، وإن اكتفيا بما يعلمانه من أمان بينهما فلهما
 تركهما، فهي تكميل لمعنى الندب في الكتابة والإشهاد وليس نسخاً لهما⁽⁷⁾.
 ويجاب عليه أيضاً بما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال لما قيل له: إن آية الدين منسوخة قال:
 لا والله إن آية الدين محكمة ليس فيها نسخ⁽⁸⁾، كما أنه لا دليل على النسخ، إذ لم يعلم تقدم أحد
 الحكمين على الآخر، وقد أمكن الجمع بين الأدلة⁽⁹⁾.
— وذهب آخرون إلى أن الأمر بالكتاب في آية الدين للوجوب، وهؤلاء انقسموا إلى قسمين:

(1) - أبو سعيد سعد بن مالك بن سنان بن عبيد الخدري الخرجي الأنصاري، صحابي جليل غزا مع النبي صلى الله عليه وسلم 12 غزوة أولها غزوة الخندق، كان من علماء الأنصار، ت 74هـ. ابن حجر، الإصابة، ج 2، ص 35، ابن الأثير، أسد الغابة، ج 2، ص 290.
 (2) - الربيع بن أنس بن زياد البكري الخرساني البصري، سمع عن أنس بن مالك والحسن البصري وغيرهما، قال عنه الذهبي حديثه في السنن الأربعة، توفي سنة 139هـ وقيل 140هـ. الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 6، ص 169.
 (3) - عامر بن شراحيل الشعبي الحميري أبو عمر الكوفي كان من علماء التابعين، قال عنه الذهبي كان إماماً حافظاً فقيهاً، متقناً، روى عن علي وزيد بن ثابت وغيرهما من الصحابة، توفي سنة 109هـ. ابن سعد، الطبقات الكبرى، ج 6، ص 246. الذهبي، تذكرة الحفاظ، ج 1، ص 79.
 (4) - الحسن بن يسار البصري أبو سعيد، تابعي كان إمام أهل البصرة، وهو أحد العلماء الفقهاء النساك، ولد بالمدينة سنة 21هـ، وسكن البصرة، وعظمت هيئته في القلوب، توفي سنة 110هـ. الشيرازي، طبقات الفقهاء، ط 1، تحقيق: إحسان عباس، بيروت، دار الرائد العربي، 1970، ص 87. الزركلي، الأعلام، ج 2، ص 242.
 (5) - عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج أبو الوليد الأموي القرشي بالولاء، المكي وهو أحد العلماء المشهورين، ويقال أنه أول من صنف الكتب في الإسلام، ولد سنة 80هـ وتوفي سنة 149هـ. ابن الجوزي، صفة الصفوة، ج 2، ص 216-217. الذهبي، تذكرة الحفاظ، ج 1، ص 169-171.
 (6) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 3، ص 383.
 (7) - ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج 3، ص 123.
 (8) - الطبري، تفسير الطبري، ج 6، ص 49. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 3، ص 383.
 (9) - الجصاص، أحكام القرآن، ج 2، ص 206.

-القسم الأول: يقول بالوجوب مطلقاً⁽¹⁾: قاله عطاء⁽²⁾ وابن جريج، والنخعي⁽³⁾ واختاره محمد بن جرير الطبري⁽⁴⁾، وداود الظاهري⁽⁵⁾ وأصحابه، وقد حكاه ابن حزم⁽⁶⁾ واختاره ورجحه ابن عاشور في التحرير⁽⁷⁾.

ودليلهم في ذلك:

-قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُم بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾⁽⁸⁾، فقوله تعالى "فاكتبوه" أمر والأمر إذا ورد في نص فإنه يقتضي الوجوب، ما لم توجد قرينة تصرفه عن الوجوب إلى غيره، ولا قرينة هنا، بل هناك قرائن تؤكد حملة على الوجوب، كتكرار الحث على الكتابة في الآية، والحث عليها حتى للسفيه والضعيف والذي لا يستطيع الإملاء للجهل وغيره، والنهي عن السأمة منها في الأمر الصغير والكبير، ووصف الأمر بالكتابة في الآية بأنه أقسط عند الله، وبأنه تترتب عليه مصالح، فدل ذلك على تأكيد طلبه وكونه واجب، قال ابن حزم: «لا يجوز أن يقول الله تعالى "فاكتبوه" فيقول القائل "لا أكتب إن شئت"»⁽⁹⁾.

ويقول ابن عاشور: «والأرجح أن الأمر للوجوب فإنه الأصل في الأمر، وقد تأكد بهذه

(1)-الطبري، تفسير الطبري، ج6، ص47. ابن عطية، المحرر الوجيز، ج3، ص359. الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص12-28.

(2)-عطاء بن أبي رباح القرشي مولاهم أبو محمد المكي من فقهاء التابعين، قال قتادة: أعلم الناس بالمناسك عطاء، روى عن ابن عباس وابن عمر وغيرهما، توفي سنة 114هـ. الشيرازي، طبقات الفقهاء، ص69.

(3)-النخعي: إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود أبو عمران، من أكابر التابعين صلاحاً وصدق رواية وحفظاً للحديث من أهل الكوفة، ولد سنة 46هـ وتوفي في 96هـ، محتفياً عن الحجاج. الزركلي، الأعلام، ج1، ص76.

(4)-أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، الإمام المفسر المؤرخ صاحب التفاسير والتاريخ، كان من الأئمة المجتهدين، من مؤلفاته: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ولد بطبرستان سنة 224هـ وتوفي ببغداد سنة 310هـ. الذهبي، تذكرة الحفاظ، ج2، ص710. ابن كثير، البداية والنهاية، ج3، ص163. ابن العماد الحنبلي، شذرات الذهب، ج2، ص260.

(5)-أبو سليمان داود بن علي بن داود الأصفهاني المعروف بالظاهري، وهو من استعمل قول "الظاهر"، وأخذ بالكتاب والسنة وألغى من سوى ذلك من الرأي والقياس، توفي سنة 270هـ. البغدادي، هدية العارفين، ج1، ص359.

(6)-أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، ولد بقرطبة من بلاد الأندلس، سنة 384هـ. كان حافظاً عالماً بعلوم الحديث وفقهه، مستنبطاً للأحكام من الكتاب والسنة، انتقل إلى مذهب أهل الظاهر بعد أن كان شافعيًا، له مؤلفات كثيرة، توفي سنة 456هـ. ابن خلكان، وفيات الأعيان، ج3، ص325.

(7)-ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، ص100.

(8)-سورة البقرة، الآية: 282.

(9)-ابن حزم، المحلى بالأنوار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، بيروت، دار الكتب العلمية، دت، ج8، ص80.

المؤكدات»⁽¹⁾.

- أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يوثقون بالكتابة والإشهاد وهم أفهم الناس بنصوص الكتاب والسنة، فهذا ابن عمر «كان إذا باع بنقد أشهد، وإذا باع بنسيئة كتب وأشهد»⁽²⁾.

- وأن قوله تعالى: ﴿فَإِنْ آمَنَ بَعْضُكُمْ بِبَعْضٍ فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ﴾⁽³⁾. رخصة خاصة بحالة الائتمان بين المتعاقدين، وكذا حالة عدم وجود الكاتب، وهي رخصة لا يلجأ إليها إلا في حالة الضرورة، والضرورات تبيح المحضورات، إذ في حالة عدم وجود الكاتب مع ائتمان بعضهم بعض ينتفي التناكر والتشاحن، الذي لأجله شرع التوثق، يقول ابن عاشور: «إن حالة الائتمان حالة سالمة من تطرق التناكر والخصام، لأن الله تعالى أراد من الأمة قطع أسباب التهاجر والفوضى فأوجب عليهم التوثق في مقامات المشاحنة، لئلا يتساهلوا ابتداء، ثم يفضوا إلى المنازعات في العاقبة»⁽⁴⁾. فالأصل في حكم الكتب هو الوجوب وتركه رخصة في حالة الائتمان، مع عدم وجود الكاتب.

- أن في جعل الأمر للوجوب رفع للخرج عن المتدانيين فيما بينهم عند التعامل بالكتب، وتسهيل أمره عليهم، حتى لا يعتبر أحدهما أن في طلب الكتب سوء ظن بأحدهما، فإن في ذلك دفع موجدة الغريم من توثق دأته إذا علم أنه بأمر من الله وذلك من شأنه قطع أسباب الخصام، يقول ابن عاشور: «ويظهر لي أن في الوجوب نفي للخرج عن الدائن، إذا طلب من مدينه الكتب حتى لا يعد المدين ذلك من سوء الظن به، فإن في القوانين معذرة للمتعاملين»⁽⁵⁾.

- القسم الثاني: يرى الأمر بالكتابة أنه للوجوب في حالة المبايعة بالدين فقط، ذهب إلى ذلك ابن عمر وأبو موسى الأشعري -رضي الله عنهما-⁽⁶⁾، ودليلهم في ذلك قوله تعالى في آية الدين: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾⁽⁷⁾، أن الآية دلت على أن الأمر بالكتب يكون واجبا في حالة المبايعة بالدين، ولم تذكر غيره من التعاملات، فدل ذلك على أن الوجوب محصور في الدين فقط لا غيره⁽⁷⁾.

⁽¹⁾- ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، ص100.

⁽²⁾- رواه ابن حزم بسنده عن مجاهد. المحلى، ج7، ص226.

⁽³⁾- سورة البقرة، الآية: 283.

⁽⁴⁾- ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، ص100.

⁽⁵⁾- ابن عاشور، المصدر نفسه، ج3، ص100.

⁽⁶⁾- ابن عطية، المحرر الوجيز، ج2، ص286. الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص13.

⁽⁷⁾- ابن عطية، المصدر نفسه، ج2، ص286. الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص13.

ويرد على هذين الفريقين بمايلي:

1- أنه لا يسلم القول، بأن الأمر في الآية للوجوب فهو مصروف عنه إلى النذب، وذلك للأدلة السابقة للجمهور، التي بينت الإجماع على التباعد بالأثمان المؤجلة دون كتابة، وأن في إيجاب الكتابة تضييق وتشديد على المتعاملين⁽¹⁾.

2- أنه لا يستقيم القول بأن الأمر بالكتب للوجوب، لأن للمرء أن يهب هذا الحق ويتركه بإجماع، فكيف يجب عليه أن يكتبه، فدل على أن الأمر إنما هو نذب واحتياط⁽²⁾.

3- عدم التسليم لما سبق من القول، بأن الآية ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فليؤدِّ الَّذِي أُوتِيَ مِنْ أَمْنَتِهِ﴾ تدل على أن الأصل في الأمر بالكتب الوجوب وتركه رخصة، لوجود ضرورة وهي حالة الائتمان وعدم وجود الكاتب، وذلك لإمكان الجمع بين الأدلة، حيث إن الآية تكميل لمعنى النذب في كتابة الدين الذي أمرت به الآية ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾، فالآية أرشدت المتدائنين إلى حسن التعامل بينهما عن طريق الكتب، فهو حق لهما، إن شاء أخذا به حزما وحيطة - وليس إبطال ائتمان بعضهما بعضا- وإن اكتفيا بما بينهما من ثقة وأمانة، فلهما ترك التوثيق، وقد جاء في المنهج الفائق «قال بعضهم إن أشهدت فحزم وإن ائتمنتا ففي حل وسعة»⁽³⁾.

4- أن الآية حصرت الأمر بالكتابة في حالة التعامل بالدين فقط، ولكن الناظر إلى العلل التي لأجلها أمر المسلم بكتابة الدين، يجدها متوفرة في سائر المعاملات والتصرفات، ومن ثم يمكن قياسها على كتابة الدين بجامع تعلق الحقوق بكل منها، فيكون حكم التوثيق بشئ وسائله لسائر التصرفات والمعاملات هو حكم كتب الدين وهو النذب والإرشاد بالأدلة السابقة للجمهور من المالكية ومن وافقهم، ولا معنى لتخصيصه بالوجوب.

ومما سبق، ومن خلال استعراض أدلة كل فريق وما اعترأها من ردود ومناقشات، يتبين أن قول جمهور المالكية ومن وافقهم من العلماء، بأن الأمر بالكتب في الآية مصروف إلى النذب والإرشاد هو الأكثر صوابا، وذلك لأن قول الجمهور بالنذب يتماشى مع اليسر ورفع الحرج الذي

(1)-الرازي، التفسير الكبير، ج7، ص110.

(2)-ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، ص100.

(3)-الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص26.

خصت به الشريعة الغراء، ولأنّ القول بالوجوب يترتب عليه ضيق ومشقة على المسلمين في معاملاتهم، خاصة عند كثرتها، وفي حالة ائتمان بعضهم بعضاً، كما أنه قد لا يتوفر الكاتب في جميع الأمكنة والأزمنة، ولأنّ القول بالوجوب يؤدي إلى إبطال كثير من المعاملات التي تجري بين المسلمين وتكون خالية من الكتب أو الإشهاد، طوعاً وسماحة بينهم، لا ئتمان بعضهم البعض.

ولكن مع قوة هذا الرأي، فإنه يظهر -والله أعلم- أن في حالة المعاملات الخطيرة التي يترتب عليها حفظ الأنساب والأموال والأنفس والأعراض، إذا خيف ضياعها بترك كتابتها والتوثيق لها، بأي وسيلة من وسائله القديمة والحديثة، مما يؤدي إلى الخصومة وفساد ذات البين، وخاصة في هذا العصر الذي فسدت فيه الذمم وضاعت الضمائر، وتغيرت فيه الأحوال والقلوب، يكون التوثيق لها في هذه الحال أمر واجب تحقيقاً لمقصد الشارع الحكيم من التوثيق، وعلى هذا يكون حكم التوثيق للمعاملات والالتزامات وسائر التصرفات من حيث الأصل هو الندب والاستحباب -كما أشار إليه مذهب الجمهور من المالكية ومن وافقهم- في عموم الأحوال، وقد يصير واجباً إذا عمّ الفساد وانتشر التحايل والتلاعب وانعدمت الثقة بين الناس، وخيف جحود الحقوق ونكرانها أو ضياعها بأي سبب من الأسباب والمسوغات الدافعة للتوثيق لها، كما هو الحال في عصرنا الحاضر، إذ كثير من التصرفات يتوثق لها حيطة وحذراً من باب الإلزام، بل صار ذلك هو الأصل في التعامل وخاصة إذا طلبه أحد المتعاقدين أو كلاهما. ولذلك رأينا المالكية يجيزون الإشهاد كوسيلة للتوثيق في البيع وسائر التصرفات ولا يوجبونها، إلا أنهم يأخذون في رواية عن مالك -رحمه الله- بوجوب الإشهاد على الرجعة، توثقاً للفروج والأنساب وتحصيناً لها لخطورة ذلك، خلافاً للطلاق عموماً فالإشهاد عليه عندهم جائز لا واجب، بينما يقولون بلزومه في الطلاق الرجعي بالذات، مخافة الموت توثقاً لحق الورثة، إذ قد تدعي المرأة الميراث أو تزعم أن عدتها لم تنقض بعد وأنها لا تزال زوجة لثرت⁽¹⁾، وأما في عصرنا الحالي فإنه يتوثق لكل ذلك بالإضافة للشهادة، بكتابة الزواج أو الطلاق وتوثيقهما وجوباً، حيطة وضمناً للحقوق، كما يجعل المالكية الإشهاد حقاً لكل من دعا إليه من المتعاقدين على صاحبه، يقضى له به عليه إن أباه الآخر، لأن من حقه ألا يأتمنه⁽²⁾ ولذلك جاء عن بعض المالكية، أنه يجب على من باع سلعة لغيره الإشهاد على البيع -ولا يكون ذلك طبعاً إلا فيما كان ذا بال من المعاملات- فإن لم يفعل ضمن لأن رب السلعة لم يرض بائتمانه، وكذلك ما كان فيه حق لغائب يكون فيه التوثيق لذلك

(1)-القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج18، ص158-159.

(2)-ابن رشد، المقدمات، ج2 ص278.

واجبا، سواء كان إسهادا أو غيره⁽¹⁾ احتياطا للحقوق.

ولو كان هؤلاء العلماء من القائلين بالندب من المالكية وغيرهم في زماننا هذا، ورأوا ما يحدث من غش وتدليس، ونصب واحتيال، لما اعترى الناس من فساد الذمم، لقالوا بالوجوب أيضا بل بمعاقبة كل من يترك ذلك الإجراء الوقائي للحقوق، فيفضي ذلك إلى التنازع والتهارج، فيخل بأمن المجتمع لما فيه من فساد ذات البين.

وعليه، فكل التوثيق بوسائله جميعا مندوب إليه من حيث الأصل، لأنه من باب الحيطة والوقاية للحقوق، لكن تعلقه بحقوق الإنسان التي تكرم الله تعالى بها عليه، وحرمة الاعتداء عليها وتضييعها والمساس بها، من أي كان حتى من الإنسان نفسه، كل ذلك يجعل من الأجدر والأحسن عدم تعليق التوثيق لهذه الحقوق، بحرية الإنسان واختياره وطواعيته- كما كان عليه الأمر من قبل- لفساد الزمان وأهله، وجعل الأمر بيد السلطة المخولة بذلك توجيهه وتعاقب من تركه، تحقيقا للعدالة وصيانة للحقوق التي لأجلها شرع التوثيق، لأنه بالفعل: يزع الله بالسلطان ما لا يزع بالقرآن.

⁽¹⁾-ابن رشد، المصدر نفسه، ج 2 ص 278- 279.

الفصل الثاني: مقومات التوثيق

المبحث الأول: الموثق.

المبحث الثاني: المستوثق: وهو المستوثق له والمستوثق منه.

المبحث الثالث: المستوثق به.

المبحث الرابع: المستوثق له.

إن الغاية من نظام التوثق، هو صيانة الحقوق والاحتياط لها بتأكيدهما وتأمين استردادها، وإثباتها عند النزاع، كما فيه امتثال لأمر الله تعالى الذي أرشد عباده فيه إلى التوثق لحقوقهم بوسائل مختلفة بينها وفصلها في آية الدين، وذلك تحقيقاً للمبدأ الإسلامي العظيم، والتوجيه الرباني لبني آدم، الذي يأمرهم فيه بأداء الحقوق إلى أصحابها في قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾⁽¹⁾.

إذ في ظل هذا المبدأ يكون الناس أكثر أماناً وأماناً، والمعاملات أكثر استقراراً، ولا بد ليتحقق ذلك من أن تنتشر ثقافة التوثق للحقوق وتمارس بين الأفراد، على أن تتوفر كل مقومات هذا النظام الموصلة لتلك الغايات، فتؤتي ثمرتها.

ومن مقومات التوثق، وجود أركانه وشروطها التي تشكل عملية التوثق وهو ما سأحاول بيانه في المباحث الآتية:

المبحث الأول: الموثق، وفيه بيان شروطه وأقسامه.

المبحث الثاني: المستوثق، وهو كل من المستوثق له والمستوثق به أو طرفا العقد.

المبحث الثالث: المستوثق به، وهو كل وثيقة يتوثق بها للحق، مكتوبة كانت أم غير مكتوبة .

المبحث الرابع: المستوثق له، وهو محل التوثق و فلكه الذي يدور فيه.

⁽¹⁾ _سورة النساء الآية، 58.

المبحث الأول: الموثق

وسأتناول فيه الكلام عن هذا الركن باعتباره طرفاً مهماً في قيام عملية التوثيق للحق، وذلك بتعريفه وبيان أقسامه و اختصاصات كل قسم و شروطه وهي أوصافه التي لا بد أن تتوفر فيه حتى يصح قبول الاحتجاج بوثيقته التي يكتبها، وكذا إلى آدابه التي يستحب له التحلي بها وحكم اتخاذها، وحكم أخذها للأجرة وعلى من تكون وكل ذلك في العناصر الآتية:

المطلب الأول: تعريف الموثق

وذلك من حيث اللغة واصطلاح العلماء

الفرع الأول: لغة:

الموثق اسم فاعل، من وثق الشيء توثيقاً بتشديد القاف مأخوذ من الثقة، فتقول: وثقت وأثق به فهو ثقة وأنا واثق به وهو موثوق به»⁽¹⁾.

ووثقت به أثق ثقة سكنت إليه واعتمدت عليه، وأوثقته شددته»⁽²⁾. ووثق الشيء أحكمه وربطه، ووثق الشيء كالضم وثاقه، قوي وثبت فهو وثيق ثابت محكم، ووثقته جعلته وثيقاً⁽³⁾.

الفرع الثاني: اصطلاحاً:

عرف العلماء الموثق بعدة تعريفات منها:

- أنه «من يوثق العقود ونحوها بالطريق الرسمي»⁽⁴⁾. فالموثق هو الكاتب الذي يقوم بكتابة الوثائق بطريقة تجعلها صالحة للاحتجاج بها أمام القضاء عند الاقتضاء.

- كما عرف بأنه: «الموظف الرسمي المختص بتحرير العقد بنفسه والتوقيع عليه وذلك بعد تأكده من توافر أركانه وشروط صحته»⁽⁵⁾. وقد أشار التعريف إلى صفة الرسمية في الموثق حيث لا يكتب الوثائق بين الناس إلا من نصب لهذه المهنة.

(1) _ الفراهيدي، كتاب العين، باب القاف والتاء، تحقيق مهدي المخزومي وإبراهيم السامر، دار الرشيد للنشر، ج6، ص202.

(2) _ الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، تحقيق محمد سيد كيلاني، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر، ص511.

(3) _ الجوهري الصحاح، باب القاف فصل الواو، ج4، ص1563. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج6، ص85.

(4) _ مجموعة من العلماء، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، وإحياء التراث، دار الدعوة للتأليف والطباعة، 1981م، ج2، ص1011.

(5) _ عبد المنعم عبد العظيم حيرة، نظام القضاء في المملكة العربية السعودية، الرياض، 1988، ص162، نقلاً عن سعد سليمان الحامدي، التوثيق وأحكامه، ص101.

- كما عرف بأنه: «كاتب القاضي الذي يضبط ما يجري في مجلس القاضي في الدعاوى، ويكتب المحاضر والسجلات والحجج»⁽¹⁾. أي أنه الكاتب الذي يختص بكتابة الأحكام القضائية في سجلات ومحاضر وكل ما يجري في مجلس القاضي.

وعليه فإن هناك من عرف الموثق بكونه كاتب القاضي، ومنهم من عرفه بأنه كاتب الوثائق بين الناس، وذلك أن كلاهما يصدق عليه مسمى الموثق، ومن هنا وجدنا الفقهاء وعلماء "التوثيق"، قد تحدثوا عن نوعين من الموثقين، أحدهما: كاتب القاضي، وثانيهما: كاتب الوثائق بين الناس.

وقد فصل بعضهم في شروط الكاتب ضمن الكلام عن كاتب القاضي، وتحدث عنها بعضهم في الموثق بين الناس، وكلاهما يصدق عنه أنه: «كاتب الوثائق» أو «الموثق».

كما أن هذه المهنة أو الوظيفة بهذين النوعين، عرفت بها بعض الدول الإسلامية، حيث توزعت بين وزاراتها وخاصة وزارة العدل، كما في المملكة العربية السعودية، حيث يكون الموثق أو كاتب العدل تابعا للمحاكم ويعين من طرف القاضي⁽²⁾، بينما نجد في المغرب العربي أن هذه المهنة تسند لموظف رسمي مساعد للقضاء، أو مهنة حرة، وليس كاتباً للقاضي أو تابعا للمحاكم، ويقوم بعقد المعاملات وضبط الشروط في سائر التصرفات بين المتعاقدين في وثيقة يحتج بها عند الاقتضاء، وان كان لا يسمح له بذلك إلا بإذن من القاضي، فكلاهما تابع للقضاء⁽³⁾.

ولهذا ستكون دراستي في هذا المطلب، للنوعين معا لهذه الاعتبارات، وحتى يتبين الفرق بين الوظيفتين بوضوح، وإن سمي كل واحد منهما بالموثق أو كاتب الوثائق.

ولذا سأتناول أولا: التعريف بكاتب القاضي وأحكامه الخاصة به، ثم أتكلم عن كاتب الوثائق بين الناس وأبين أحكامه المتعلقة به، وذلك على النحو الآتي:

⁽¹⁾ - حسن الترتوري، التوثيق بالكتابة والعقود، ص 96.

⁽²⁾ - محمد بن عبد الله العامر، علم الشروط في الفقه الإسلامي، ص 241 وما بعدها.

⁽³⁾ - العلمي الحراق، مدونة الأسرة والتوثيق، ص 152.

المطلب الثاني: أقسام الموثقين وشروطهم:

الفرع الأول: أقسام الموثقين:

أولاً: كاتب القاضي:

1- تعريفه: سمي أيضاً "كاتب الحكم"⁽¹⁾، لأنه يتولى كتابة الحكم الذي يصدر عن القاضي، ومهنة "كاتب القاضي" قديمة قدم القضاء في الإسلام، وقد ذكرت في الفصل الأول من هذا البحث، أن أغلبية الموثقين كانوا كتاباً لدى القضاة يدونون الأحكام في المحاضر والسجلات، أو شهوداً لدى القضاة ثم أخذوا عنهم فن التوثيق، وقد رأينا أن النبي ﷺ بوصفه حاكماً وقاضياً، كان له كتاباً من الصحابة، يدونون الأحكام والعقود، ويكتبون معاملاته ومراسلاته، وكذلك الخلفاء الراشدون، كان لهم كتاب، كزيد بن ثابت وعثمان بن عفان، كاتبين لأبي بكر ﷺ وعبد الله بن الأرقم وزيد بن ثابت الذين كانا كاتبين لعمر بن الخطاب ﷺ وكان مروان كاتباً لعثمان، وعبد الله بن رافع كاتباً لعلي ﷺ جميعاً⁽²⁾ وقد كان هؤلاء الخلفاء ﷺ يفصلون بين الناس في قضاياهم.

2- حكم اتخاذ القاضي للكاتب: اختلف المالكية في ذلك إلى قولين:

القول الأول: لجمهور المالكية وهو ظاهر كلام المتقدمين منهم⁽³⁾، وكذا غيرهم من المذاهب على أن اتخاذ القاضي للكاتب أمر مستحب⁽⁴⁾، وهو الراجح في المذهب المالكي⁽⁵⁾.

وما يؤيد ذلك أن القرافي جعله في ذخيرته ضمن آداب ومستحبات القاضي⁽⁶⁾، ولأنه لا يوجد نص يدل على الوجوب، لأن للقاضي الاستغناء عن الكاتب والقيام بأمور الكتابة بنفسه، وقد نص بعض العلماء على أن قضاة السلف كانوا يتولون الكتابة بأنفسهم، وهذا يؤيد القول بعدم وجوب

(1) _النويري، نهاية الأرب، ج9، ص1-6، الأسيوطي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، ط1، القاهرة، مطبعة السنة المحمدية، 1955، ج2، ص448.

(2) _ابن عبد ربه، العقد الفريد، ط3، طبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، 1965، ج4، ص163 وما بعدها.

(3) _ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص35.

(4) _ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، تحقيق: محمد بوخبزة، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1999، ج8، ص30، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص35، الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص115، الكاساني، بدائع الصنائع، ج9، ص4101، ابن أبي الدم، أدب القضاء أو الدرر المنظومات، تحقيق: عبد القادر رعط، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1987، ص326، البهوتي، كشف القناع، مراجعة: هلال مصيلحي، بيروت، دار الفكر، 1982، ج6، ص319.

(5) _ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص35، الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص115.

(6) _القرافي، الذخيرة، ج10، ص62.

اتخاذ الكاتب ومن ذلك ما جاء عن المالكية في كتاب "قضاة قرطبة" في ترجمة محمد بن بشير⁽¹⁾ القاضي الأندلسي أنه: «كان إذا قعد للقضاء جلس وحده لا يجلس معه أحد، وخريطته بين يديه يتولى أكثر الكتاب بيده»⁽²⁾.

وكذا ما جاء في منتخب الأحكام حيث ينقل ابن أبي زمنين عن مطرف وابن الماجشون، ما يدل على عدم وجوب اتخاذ القاضي للكاتب وأن ذلك مشروط بأمانته ما نصه: «وإن تولى (أي القاضي) إيقاع الشهادة بين الناس أو كاتبه، إذا كان عنده ثقة مأمونا فلا بأس وأحب إلينا أن ينظر فيما أوقعه كاتبه إذا كتبه»⁽³⁾. حيطة وتوثقا لحقوق الناس .

القول الثاني: لبعض المالكية بوجوب اتخاذ الكاتب⁽⁴⁾، مستدلين بأن عدم اتخاذ الكاتب تعطيل لمصالح المتقاضين وتأخير للبت في القضايا، وذلك لانشغال القاضي بأمر الكتابة عما هو أهم منها وهو النظر والبت في القضايا المعروضة عليه وخاصة مع كثرتها الآن، ولعل هذا ما جعل استغناء القاضي عن الكاتب يكاد لا يحصل إلا نادرا، وذلك في حالة قلة المسائل المعروضة على القاضي، وهو ربما ما يفسر استغناء قضاة السلف عن الكتاب لقلة الخصومات والدعاوى التي ترفع للقضاء، وإلا فإنه لا ينبغي للقاضي أن ينشغل بأمر أخرى-ولو طبيعية كالجوع أو نفسية كالغضب وغيره- ومنها أمر كتابة الأحكام والدعاوى بين الناس، ويترك ما هو أهم منها وهو إعمال النظر في قضايا الناس⁽⁵⁾، فتتعطل مصالحهم بذلك ومن ثمّ لزم اتخاذه كاتباً ينوب عنه في الكتابة . وينقل لنا ابن أبي زمنين في منتخبه ما يؤكد هذا المعنى، حيث سأل ابن حبيب ابن الماجشون عن كاتب القاضي هل تجوز شهادته وحده على ما كتب بأمره؟ فأجاب: «نعم كل ما كان القاضي يأمر به من أموره التي لا يستطيع ولايتها بنفسه (لانشغاله بالنظر في الحكم والاجتهاد) مثل القسم والأحلاف والكتاب والنظر إلى العيوب وأشباه هذا فمأموره (أي كاتبه) مأمور مقبول القول في ذلك»⁽⁶⁾.

(1) محمد بن بشير بن محمد، أبو بكر المعافري، أندلسي من أهل باجة، حج ولقي الإمام مالك، فكان معاصرا له، ولما عاد إلى الأندلس جعله الحكم بن هشام قاضيا بقرطبة توفي سنة (198هـ)، الخشني، قضاة قرطبة، تحقيق: ابراهيم الأبياري، ط1، بيروت، دار الكتاب اللبناني، 1928، ص30.

(2) الخشني، المصدر نفسه، ص30.

(3) ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، تحقيق: محمد حماد، ط1، الرباط، دار الأمان، 2009 مج2، ج10، ص1151.

(4) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص35، الدردير، الشرح الكبير (مع حاشية الدسوقي)، ج4، ص138.

(5) ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص22-25.

(6) ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص73. ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، مج2، ج10، ص1123.

ولذا كان من الراجح و الأقرب إلى الصواب، اتخاذ القاضي لكاتب ينوب عنه في ضبط و تحرير ما يجري بين يديه وفي مجلسه من إجراءات و أحكام، وتدوينها في المحاضر والسجلات المعدة لذلك كيده وفعله في ذلك كفعله⁽¹⁾، ولذلك أكد المؤلفون في الشروط و علم التوثيق، على وضع كل من القضاة وكتابهم في موضع تخصصاتهم، و حددوا لكل منهما وظيفته، حيث جاء في النوادر عن أشهب: « وينبغي للقاضي أن يتخذ كاتباً من أهل العفاف ثم يقعه معه، وهو في سعة أن يجلس حيث جلس بقرب منه أو بعد، فإن استحب هو نفسه إيقاع الشهادات، فذلك حسن، وإن أوقعها كاتبه، وهو ينظر أجزأه»⁽²⁾. وجاء في التبصرة الفرحونية عن ابن المواز مبينا صفات كاتب القاضي: «ينبغي أن يكون كاتبه عدلاً فقيها يكتب بين يديه ثم ينظر هو فيه»⁽³⁾. وهو ما ذهب إليه الحنفية⁽⁴⁾. والشافعية⁽⁵⁾ وفاقاً للمالكية.

فإذا اتخذ القاضي كاتباً، أجلسه بين يديه ليمليه ما يريد، وليرى ما يكتبه و يطلع عليه، ليحتاط لحقوق الناس، جاء في الذخيرة في تعليل اشتراط عدالة كاتب القاضي وأنه مع ذلك لا يغيب عنه ليطلع على ما يكتب: «...لأنه يخشى تغيير القضاء و تبديل الأسماء، و التميم على القاضي، ولا يغيب له على كتاب احتياطاً»⁽⁶⁾.

و يتحتم ذلك خاصة إن استكتب كاتباً غير عدل، فقد جاء عن ابن فرحون في تبصرته أن القاضي إن اضطر إلى استكتاب كاتب غير عدل، فيجب أن ينظر فيما يكتب ولا يكله إليه⁽⁷⁾.

وقد نقل عن ابن شاس أنه لا تشترط العدالة في الكاتب، و أوّل ذلك ابن فرحون بأنه لعله يريد أن القاضي يقف على كاتبه ولا يغيب عن شيء من ذلك فلا حاجة لاشتراط ذلك، بل ذهب المازري إلى وجوب اطلاع القاضي على ما يكتب كاتبه إن لم يكن عدلاً، وإن كان عدلاً فالمذهب أنه مأمور بالنظر إلى ما يكتب أيضاً⁽⁸⁾. ويستحب له ذلك، من باب الحيطة و التوثيق لحقوق الناس ولذلك جاء في المفيد للحكام عن أصبغ أن القاضي: « لا يغيب له على كتاب وان كان مرضياً مثله

(1) ابن أبي زيمين، منتخب الأحكام، مج2، ج10، ص1151.

(2) ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص30، ابن هشام، المفيد للحكام، ج1 ص209.

(3) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص35.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج9، ص4101.

(5) الماوردى، أدب القاضي، تحقيق هلال السرحان، بغداد، مطبعة العاني، 1392هـ، ج2، ص59.

(6) القرافي، الذخيرة، ج10، ص62.

(7) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص35.

(8) ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص35-36.

أو فوقه»⁽¹⁾.

3- اختصاصات كاتب القاضي:

وهي أعماله التي يقوم بها في مجلس القضاء، وقد ذكر العلماء والشروطيون، ومنهم صاحب كتاب نهاية الأرب أثناء شرحه لصفات الموثق، نوعين من أعمال كاتب القاضي: أعمال كتابية وأخرى غير كتابية⁽²⁾.

أولاً: الأعمال الكتابية: وهذا النوع هو أكثر ما يقوم به كاتب القاضي. وتتمثل فيما يلي:

1- كتابة المحاضر والسجلات:

والمحاضر والسجلات كل ما يكتبه كاتب القاضي بإذنه، مما جرى بين الخصوم، وسمي محضراً من حضورهم أمام القاضي وإدلاء كل منهما بحجته⁽³⁾.

وقد بدأت كتابة المحاضر في وقت مبكر من تاريخ القضاء الإسلامي، وقد ذكر أن أول من كتب المحاضر هو ابن شبرمة⁽⁴⁾.

كما روى أيضاً أن سليم بن عتر التيجي⁽⁵⁾ قاضي معاوية على مصر سنة أربعين هو أول القضاة بمصر من سجلّ سجلاً قضائياً، وذلك إثر الخصومة التي نشبت بين قوم على ميراث حيث قضى بينهم ولكنهم تناكروا فقضى بينهم ثانية وكتب كتاباً بذلك⁽⁶⁾ الحكم ليكون حجة عليهم عند الإنكار. وفي المحاضر يكتب كاتب القاضي، كل ما يجري أمامه في مجلس القاضي من إجراءات الدعوى، وكل ما دار بين الخصوم من دعوى وردود، وكذا شهادة الشهود وتاريخ ذلك⁽⁷⁾.

وأما السجلّ فقد خصص في عرف القضاة، بالكتاب الذي يسجل به حكم القاضي الذي

(1) ابن هشام، المفيد للحكام، ج1، ص210.

(2) النويري، نهاية الأرب، ج9، ص1-6.

(3) النباهي، المرقبة العليا، ص194.

(4) عبد الله بن شبرمة بن حسان بن المنذر، القاضي الفقيه، كان قاضياً على السواء لأبي جعفر، ولد سنة (72هـ) وتوفي سنة (144هـ)، ابن حجر، تهذيب التهذيب، ج5، ص250.

(5) سليم بن عمر التيجي، كان من التابعين، كان قاضياً على معبر، كان يسمى بالناسك لكثرة فضله وشدة عبادته، تولى القضاء زمن معاوية سنة 40هـ، مكث فيه عشرين سنة، وهو أول قاض نظر في الجراح وحكم فيها، توفي سنة 75هـ. السيوطي، حسن المحاضرة، ج1، ص295.

(6) الوائلي، المنهج الفائق، ج1، ص19. السيوطي، المصدر نفسه، ج1، ص295.

(7) الماوردي، أدب القاضي، ج2، ص302.

أصدره في القضية المعروضة، محتوما بتوقيع القاضي⁽¹⁾، وإذا انتهى كاتب القاضي من كتابة المحضر أو السجل⁽²⁾، أمر القاضي بطيه قبل أن يغيب عن بصره، وبعد أن يطلع عليه، فيضع ختمه أو توقيعه عليه، ثم يجتم حتى لا يفتح ويوضع في قمطره أو كيسه أو مكانه المخصص له⁽³⁾.

والهدف من كتابة كاتب القاضي للمحاضر، هو التوثيق للأحكام بتذكير القاضي بما جرى بين المتنازعين في مجلسه، ليبت فيه ويعطي حكمه، وأما السجلات فيكتبها الكاتب لتكون حجة بين المتنازعين لتنفيذ الحكم⁽⁴⁾، فهو نتيجة للإجراءات المتخذة في مجلس القضاء، وقد يأمر القاضي كاتبه أن يضيف في المحضر زيادة على ما كتبه من إجراءات داخل المجلس، ما يفيد إصدار الحكم وإنفاذه، بعد إمهال الخصم ما يدفع به عن نفسه من دعوى المدعي، فيكون المحضر والسجل حينئذ بمعنى واحد⁽⁵⁾.

2- كتابة "كتاب القاضي إلى القاضي"⁽⁶⁾: وهو أن يكتب قاضي - في مكان قضائه - إلى قاضي آخر - في مكان قضائه - كتابا متعلقا بالحكم بين الناس، وذلك كأن يثبت حق لإنسان في بلد القاضي الكاتب على آخر في بلد القاضي المكتوب إليه⁽⁷⁾، ويطلق عليه بعض الفقهاء "خطاب القاضي"⁽⁸⁾، كما يطلق عليه آخرون "الكتاب الحكمي"⁽⁹⁾.

3- ومن ذلك أيضا الكتابة إلى جهات أخرى، يرى القاضي الكتابة إليها للنظر في أمور الرعية بتنفيذ الأفضية وأشباه ذلك⁽¹⁰⁾، مما يتوثق بواسطته لحقوق الناس.

(1) _ الماوردي، أدب القاضي، ج2، ص302.

(2) _ وقد سبق في الفصل الأول، بيان الفروق بينهما، وأن هناك من لم يفرق بينهما، وهناك من فرق بينهما، وهو ما بينه الماوردي في أدب القاضي، ج2، ص302-304.

(3) _ ابن عبد البر، الكافي، ص498. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص35-36.

(4) _ الماوردي، أدب القاضي، ج2، ص304.

(5) _ الماوردي، المصدر نفسه، والصفحة. لجنة وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، الكويت، 1992م، ج24، ص190-191. الموسوعة الفقهية، الكويت، 1992، ج24، ص190-191.

(6) _ سأفصل فيها في الفصل الثالث - إن شاء الله - عند الكلام عن أنواع التوثيق بغير عقد، في مبحث التوثيق بالكتابة.

(7) _ ابن أبي زمين، منتخب الأحكام، مج2، ج10، ص1139. ابن عبد البر الكافي، ص498. ابن هشام، المفيد للحكام، ج1، ص8-9. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص25، و34.

(8) _ ميارة، شرح ميارة على التحفة، ج1، ص41.

(9) _ ابن أبي الدم، أدب القضاء، ج2، ص146.

(10) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص34.

ثانيا: الأعمال غير الكتابية:

فبالإضافة إلى مهمة كاتب القاضي الرئيسية وهي الكتابة في مجلس القضاء، وتسجيل كل مجريات الدعاوى بين الناس، فهو يقوم بأعمال أخرى لا تتمثل في الكتابة، وذلك: كقراءته الوثائق التي يأتي بها الخصوم إلى القاضي⁽¹⁾، ومنها تحمّل الشهادة، فقد يكون هو نفسه الشاهد في القضية، وذلك كأن يشهد بأن القاضي قضى بكذا، وتولّى هو كتابة ذلك، أو يشهد على شهادة شهود غابوا وفقدت الوثيقة التي سجّلت بها شهادتهم، وقد يكون الكاتب أحد الشاهدين الذين يحضران مجلس القاضي، ليسمعا ما يجري بين الخصمين، ويشهد بما سمعا منهما⁽²⁾، وبذلك يجمع بين مهمة الكتابة ومهمة الشهادة.

جاء في النوادر والزيادات عن سحنون: «تجوز شهادة كاتب القاضي في قضاء كتبه بيده، عُزل عن الكتابة أو لم يُعزل، يقول: كتبه بيدي إذ كنت كاتباً، أو: أنا شاهد على ما فيه»⁽³⁾. كما يستعين به القاضي في وظائف أخرى، كالإشراف على الأوقاف وأموال الأيتام والحسبة، أو يكلفه بأعمال عامة كقيامه بكتابة بيعة أو قضية أشكلت أو للوقوف والشهادة على إقامة حد من الحدود أو رؤية الهلال... أو غيرها من الأعمال التي يستعين فيها القاضي بكتّابه لمساعدته والنيابة عنه فيها⁽⁴⁾.

ثانيا: كاتب الوثائق بين الناس

1- تعريفه: يطلق مصطلح "الموثق" أو "كاتب الوثائق"، على من يقوم بتحرير العقود، وتسجيل المعاملات وضبط التصرفات وكتابة الحقوق، في وثيقة رسمية، يحتج بها عند الاقتضاء.

ومهنة أو وظيفة التوثيق، الأصل فيها أنها وظيفة دينية تابعة للقضاء⁽⁵⁾، كما عرفها ابن خلدون، وذلك بقوله: «و حقيقة هذه الوظيفة القيام عن إذن القاضي بالشهادة بين الناس فيما لهم وما عليهم، تحملاً عند الإشهاد، وأداء عند التنازع وكتبا في السجلات، تحفظ به حقوق الناس وأملاكهم وديونهم وسائر معاملاتهم»⁽⁶⁾.

(1) _النويري، نهاية الأرب، ج9، ص3.

(2) _ابن العطار، الوثائق والسجلات، ص493.

(3) _ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص71.

(4) _الونشريسي، المعيار، ج10، ص118.

(5) _ابن خلدون، المقدمة، ص246.

(6) _ابن خلدون، المصدر نفسه، ص246.

وقد عرّفت بأنها: «حطّة يتولّاها العدول المنتصبون لكتابة العقود وضبط الشروط بين المتعاقدين في الأنكحة وسائر المعاملات ونحوها على وجه يجتج به»⁽¹⁾.

2- مستند هذه الوظيفة:

الأصل الشرعي الذي تستند إليه وظيفة أو حطّة التوثيق بالكتابة أو التوثيق بين الناس، هو قوله تعالى: ﴿وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبًا بِالْعَدْلِ﴾⁽²⁾، ومن ثمة عرفت هذه الوظيفة منذ فجر الإسلام، وقد سبق ذكر كثير من كتّاب وموثقي النبي ﷺ، وكذا بعض التابعين رضي الله عنهم، الذين كانوا ينتحلون هذه المهنة ويمارسونها بين الناس، وهؤلاء جميعا كانت وثائقهم تمثل الأرضية التي اعتمد عليها العلماء فيما بعد في صياغة صور ونماذج ووثائقهم في مختلف المجالات.

3- مسميات كاتب الوثائق بين الناس:

لقد أطلقت على كاتب الوثائق بين الناس، أو القائم بخطة التوثيق أو العامل على صناعة الوثائق هذه التسمية⁽³⁾، ومسميات أخرى عديدة وهي:

أ- الموثق: وذلك لأنه يقوم بالتوثيق بين الناس، بكتابة العقود والسجلات، ولهذا نجد الونشريسي في منهجه الفائق، قد عقد فصلا بدأه بهذا العنوان: «وأما صفة الموثق»⁽⁴⁾، وهو الاسم الذي نصادفه كثيرا في هذا الكتاب، كما جاءت هذه التسمية في كثير من المؤلفات، وذلك مثل ما جاء في كتاب الصلة في ترجمة أحمد بن أفلح الأموي، بأنه: «الأديب الموثق»⁽⁵⁾، وترجم ابن الفرضي لعلي بن حسن المعروف بابن شبوقة الإشبيلي، بقوله: «وكان موثقا»⁽⁶⁾.

ب- العدل: وذلك لاشتراط العدالة في متولي منصب التوثيق بين الناس، أو كتابة وثائقهم، وقد أطلق ابن خلدون هذه التسمية على الوظيفة التي يتولّاها كاتب الوثائق بين الناس، وسّمّاها "العدالة" وبين شروط هؤلاء العدول وواجباتهم وأماكن تواجدهم...⁽⁷⁾. كما عقد لها ابن الحاج في

(1) _ الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص15.

(2) _ سورة البقرة، الآية: 282.

(3) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص282-287.

(4) _ الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص62.

(5) _ ابن بشكوال، الصلة، ج1، ص45.

(6) _ ابن الفرضي، تاريخ علماء الأندلس، ج2، ص529.

(7) _ ابن خلدون، المقدمة، ص246.

كتابه المدخل فصلا، يبين فيه حال العدول وآدابهم وما يتعلق بهم⁽¹⁾.

وهي تسمية كانت ولا تزال شائعة في المغرب الأقصى، وأصلها يرجع إلى الأندلس، وإذا كانوا يسمون من يوثق بـ «العدل أو العدل»⁽²⁾، وهو الموظف القضائي الذي مهمته صياغة الوثائق التي يطلبها المتقاضون، والقاضي هو من يقرر صحتها، فلا يقوم العدل بوظيفته ولا يحظى بها، إلا إذا عدله القاضي وزكاه فلا يقوم إلا بإذنه⁽³⁾.

وفي صبح الأعشى عند الحديث عن تولية القضاء، يذكر القلقشندي الموثق كاتب العدل، أو كاتب القاضي، ويسميه بالعدل، فيقول: «وأمره بتسليم ديوان القضاء، وما فيه من الحجج والسجلات، والوثائق والكفالات، والمحاضر والوكالات، ومحضر من العدول ليكونوا له شاهدين»⁽⁴⁾

ج- الشاهد:

لأنه يشهد على ما يكون في الوثيقة، وهذه الشهادة معتبرة عند القضاة، حيث يكون أحد الشاهدين اللذين يحضران مجلس القاضي، ليسمعا ما يجري بين الخصمين ويشهدا بما سمعا منهما⁽⁵⁾، وقد جاء في المنهج الفائق أن السلطان المتوكل على الله أبا عنان فارس -أمر بالاختصار على عشرة من الشهود بمدينة مكناسة⁽⁶⁾، ويقصد بهم العدول أو الموثقين الذين يكتبون الوثائق بين الناس ويشهدون فيها، وجاء في "مثلى الطريقة"، في معرض ذم المشتغلين بالتوثيق دون توفر الشروط فيهم: «ومما يفعله الشهود أن يجلس اثنان منهم فأكثر، في حانوت واحدة على جهة الشركة فيما يقع من الأجرة»⁽⁷⁾.

د- الشاهد العدل:

وسمي بذلك لاتصافه بالعدالة وقيامه بالشهادة بين الناس، حيث يجمع حينئذ بين التوثيق وهو

(1) - ابن الحاج، المدخل، ط2، بيروت، دار الكتاب العربي، 1972، ج2، ص163-170.

(2) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص17. عبد المجيد تركي، قضايا ثقافية من تاريخ الغرب الإسلامي، دار الغرب الإسلامي، ص280.

(3) - عبد المجيد التركي، قضايا ثقافية، ص280.

(4) - القلقشندي، صبح الأعشى، ج1، ص274.

(5) - ابن العطار، الوثائق والسجلات، ص493.

(6) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص50.

(7) - ابن الخطيب، مثلى الطريقة في ذم الوثيقة، الرباط، دار المنصورة للطباعة والوراثة، 1973، ص19.

الكتابة المعاملات وبين الشهادة، وقد أشار إلى ذلك ابن خلدون فيما سبق من تعريفه لخطة العدالة وبيان حقيقتها بأنها: «القيام بإذن القاضي بالشهادة بين الناس فيما لهم وعليهم، تحملا عند الإشهاد، وأداء عند التنازع، وكتبا في السجلات»⁽¹⁾. حيث بين التعريف أن القائم بهذه الوظيفة يجمع بين عنصرين: تحمل الشهادة وأداؤها، ولذلك فهو شاهد، وكتابة الوثائق، فهو عدل، لأن الله أمر الكاتب بالعدل حين يكتب، فسمي عدلا، ولذلك يسمى أيضا «الكاتب العدل».

هـ- الوثائقي:

وذلك لكتابة الوثائق، وهي الكتب التي يسجل فيها معاملات الناس وعقودهم، وقد جاءت هذه التسمية في كتاب «التكملة» في ترجمة العالم الأندلسي محمد بن موسى وسماه «الوثائقي»⁽²⁾. وكذا ما ورد في كتابه «الصلة» في ترجمة محمد عبد الله بن حزب الله من أهل بلنسية جاء فيها تسمية: «الوثائقي»⁽³⁾.

و- الشراط أو الشرطي:

لأنه يكتب الشروط المتعلقة بالعقود بين الناس، وما كتبه يسمى شروطا أو عقودا، من باب تسمية الكل بالجزء، لأن هذه العقود التي يوثقونها بين الناس، وتخلو من شروط تقوم عليها صحتها أو بطلانها⁽⁴⁾.

وقد ذكر السمرقندي في كتابه الشروط، أن من يتولى كتابة الوثائق يسمى «الشرطي»، وكاتب الشروط، وصاحب الشرط»⁽⁵⁾.

4- إختصاصات كاتب الوثائق بين الناس:

يقوم كاتب الوثائق بين الناس بعدة وظائف أو إختصاصات، تسند إليه من طرف ولي الأمر لا يجوز له أن يتعدها، وإلا بطلت وثيقته من حيث الاحتجاج بها، وذلك بحسب ما يراه ولي الأمر أو عرف الناس ومصالحهم، لأن التوثيق بين الناس كولاية من الولايات يستند إلى ذلك، ولذلك قال ابن

(1) - ابن خلدون، المقدمة، ص 246.

(2) - ابن الأبار، التكملة، ج2، ص 656.

(3) - ابن بشكوال، الصلة، ج2، 766.

(4) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 17.

(5) - السمرقندي، كتاب الشروط، وعلوم الصكوك، تحقيق محمد باسم الحرشي، ط1، دار الشؤون الثقافية العامة 1987م، ص14.

القيم: «فعموم الولايات وخصوصها، وما يستفيدة المتولي بالولاية، يتلقى من الألفاظ والأحوال والعرف، وليس لذلك حد في الشرع»⁽¹⁾. ومن ثم فاختصاصات الموثق لا تخرج عن الأمور الآتية:

أ- ضبط معاملات الناس وتقييدها على الشروط الشرعية والإشهاد عليها، وذلك في مختلف مجالات الحياة من ديون على اختلافها، وحوالات، وشركات، وقراض، وعارية، وهبة، ووصية، ورجعة، وبيع، ورد بالعيب وفسخ، وشفعة وسلم، والنكاح وما يتعلق به، وإقرار الزوجين بالزوجية عند عدم كتاب الصداق، والطلاق، و... غير ذلك⁽²⁾. وهو ما أكده ابن خلدون مبينا حقيقة هذه الوظيفة: «وحقيقة هذه الوظيفة القيام عن إذن القاضي بالشهادة بين الناس،... وكتبا في السجلات تحفظ به حقوق الناس وأملاكهم وديونهم وسائر معاملاتهم»⁽³⁾.

ب- القيام بأعمال عامة يسندها إليه القاضي باعتباره نائبا عنه عند حاجته إليه، كالشهادة على حد من الحدود أو رؤية هلال رمضان، أو كتابة عهد بالبيعة، أو الإشراف على الأوقاف وأمور الحسبة، وغير ذلك من الأعمال التي يكلفه بها القاضي وهي في مجال اختصاصاته⁽⁴⁾.

ج- يتحدد اختصاص الموثق بزمان و مكان معين لا يتعداهما، فإذا كلف بمزاولة أعمال في مدة زمنية معينة، فإذا هذه المدة انتهت مهمته، وعليه فإنه إن عزل أو انتهت مدة وظيفته واختصاصه، فإنه لا يجوز له مباشرة أي عمل يدخل في مجال هذه الوظيفة، ومن ثم تكون الوثيقة التي يكتبها بعد ذلك باطلة كسند رسمي⁽⁵⁾.

كما لا تقبل منه تلك الأعمال في غير المكان الذي عين فيه لذلك المنصب، يقول القرافي في ذخيرته: «إنما يستفاد من الولاية، فإن ولي معيناً أو بلداً معيناً كان معزولاً عما عداه، لا ينفذ فيه حكمه»⁽⁶⁾، ولذلك عينت للموثق أماكن خاصة، كانت في البداية المساجد حيث يباشر فيها الموثق عملية التوثيق لحقوق الناس، بكتابة وثائق معاملاتهم وسائر تصرفاتهم، وقد نقل لنا صاحب كتاب الصلة عن عدد من الموثقين في الأندلس، كانوا يوثقون للناس معاملاتهم في المساجد، ومن هؤلاء ما

(1) ابن القيم الطرق الحكمية ص 279.

(2) النويري، نهاية الإرب، ج 9، ص 1-2.

(3) ابن خلدون، المقدمة، ص 224.

(4) الونشريسي، المعيار، ج 10، ص 118.

(5) سعد سليمان الحامدي، التوثيق وأحكامه، ص 144.

(6) القرافي، الذخيرة، ج 10، ص 118.

جاء في ترجمة جابر بن أحمد الجذامي أنه: «كان يجلس للوثائق بجوفى المسجد الجامع بقرطبة»⁽¹⁾ وغيرهم.... إلا أن ذلك كان في القرن 5هـ، لأن بعد ذلك أبعده المسجد عن كتابة الوثائق، حتى لا يُشغل بها عن ذكر الله، ويزه المسجد عن اللغو والمهرج والمرج، الذي يستتبع عملية التوثيق بين الناس عادة، جاء في الذخيرة: «والرحاب أحسن لأن المسجد يزه عن الخصومات وغيرها»⁽²⁾ ولذلك جعلت للموثقين في القرون اللاحقة - كما يجبرنا ابن خلدون - دكاكين ومصاطب يجلسون عليها في الأسواق⁽³⁾ ليكونوا أقرب من الناس، تيسيرا عليهم في قضاء حوائجهم وحفظ مصالحهم بتوثيق معاملاتهم.

الفرع الثاني: شروط الموثق وآدابه:

تعد وظيفة أو خطة التوثيق بالكتابة بين الناس، من أهم الولايات والخطط الدينية، ولذلك كان على متوليها أن تتوفر فيه كل ما يشترط في الولايات الأخرى، فالموثق يقدم خدمة جليلة للقضاء، إذ هو الذي يمهّد الطريق أمام القاضي للحكم بين أطراف النزاع، ولذلك فإن مهمته لا يستطيعها كل أحد، بل لا بد من توفر أوصاف وشروط حددها الفقهاء تناسب من يتصدر هذا المنصب، وقد روي عن الإمام مالك رحمه الله قوله: «لا يكتب الكتب بين الناس إلا عارف بها، عدل في نفسه، مأمون على ما يكتبه، لقوله تعالى: ﴿وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾»⁽⁴⁾.

وقد بين العلماء شروط الموثق وشرحوها في مصنفاتهم، وعموماً فإن من أهم شروط الموثق كما نص عليها الإمام مالك رحمه الله: الإسلام، والعدالة، وإتقان الصنعة، وما تقتضيه من الاتصاف بسلامة الحواس، والفقّه بالوثيقة وغيرها من الشروط، كما حددوا له آداباً يستحب له التحلي بها. وسأحاول هنا بيان الشروط التي ينبغي للموثق الاتصاف بها بشيء من التفصيل، ثم أخرج بعد ذلك إلى ذكر آداب الموثق وما يستحب له التحلي به من الصفات ليتضح دوره في التوثيق لحقوق الناس.

أولاً: شروط الموثق:

يجب أن تتوفر في الموثق عدة شروط إذا عري عن واحد منها، لم يجز له التصدي لهذه الخطة،

(1) ابن بشكوال، الصلة، ج 1، ص 22.

(2) القرافي، الذخيرة، ج 10، ص 60.

(3) ابن خلدون، المقدمة ص 225، الونشريسي المنهج الفائق، ج 1 ص 17، 18.

(4) الونشريسي، المصدر نفسه، ج 1، ص 62.

وهو ما نص عليه الغرناطي في وثائقه فقال: «ويعتبر في الموثق عشر خصال متى عري عن واحدة منها لم يجز لأن يكتبها وهي: «أن يكون مسلماً عاقلاً، محتنباً للمعاصي، سميعاً بصيراً متكلماً يقظاً، عالماً بفقهِ الوثائق، سالماً من اللحن، وأن تصدر عنه بخط بين يقرأ بسرعة وسهولة، وبألفاظ بينة غير محتملة ولا مجهولة»⁽¹⁾.

وبيان هذه الشروط فيما يأتي:

1- الإسلام:

وهذا الشرط قد سبق أنه مما يجب أن يتحلى به كل من يتصدر لولاية من الولايات الدينية في النظام الإسلامي، ومنها التوثيق بالكتابة، أو كتابة الوثائق، و العلماء يكادون يجمعون على اشتراطه في كل من كاتب القاضي، وكذا كاتب الوثائق بين الناس لصدق لفظ الموثق عليهما معاً، وقد ثبت أن أبا موسى الأشعري رضي الله عنه قد قدم على عمر بن الخطاب رضي الله عنه ومعه كاتب نصراني، فأحضر أبو موسى شيئاً من مكتوباته عند عمر، فأعجبه خطه واستحسنه، فقال له عمر: «قل لكاتبك يجيء ويقرأ كتابه، قال أبو موسى: إنه نصراني، لا يدخل المسجد، فانتهره عمر رضي الله عنه، وقال لا تأمنوهم وقد خونهم الله، ولا تدنوهم وقد أبعدهم الله، ولا تعزوهم وقد أذلهم الله»⁽²⁾. ولأنها ولاية وغير المسلم ليس له على المسلم ولاية بنص القرآن، كما أن الموثق سيكتب المعاملات كما أمره الله وعلمه بالضوابط الشرعية والقوانين المرعية، ولا يكون ذلك إلا للمسلم، وقد ذهب المالكية ووافقهم على ذلك جمهور العلماء إلى أن القاضي لا يجوز له أن يتخذ كاتباً غير مسلم، وذلك حتى لا يعتمد المسلم على الكافر في أمر من أموره ولا يكون في حاجة إليه، ولأن الكاتب نائب عن القاضي، فينبغي أن تتوفر فيه صفات القاضي من إسلام وغيره⁽³⁾.

فقد جاء في المدونة في سؤال سحنون ابن القاسم عن القاضي أيكره له مالك أن يتخذ كاتباً من أهل الذمة؟ فأجاب بقول مالك: «لا يستكتب أهل الذمة في شيء من أمور المسلمين»⁽⁴⁾. إلا أنني أقول-والله أعلم- أن ذلك كان في زمانهم حيث كانت الكلمة الأولى لأحكام الشريعة الإسلامية، وكان المسلمون في أوج عزهم وغلبتهم، أما اليوم مع ما نشهده من واقع المسلمين،

(1) - الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص 79-80. النشرسي، المنهج الفائق، ج1، ص 63، أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، إعداد وعناية محمد القدوري، ط1، الدار البيضاء، المغرب، مطبعة النجاح، 2004، ص 474.

(2) - الماوردي، أدب القاضي، ج2، ص 63، القلقشندي، صبح الأعشى، ج1، ص 94.

(3) - الأمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص77، ابن عبد البر، الكافي، ص498. السرخسي، المبسوط، ج10، ص93، 94.

(4) - الإمام مالك، المصدر نفسه، ج4، ص77.

وحلول القوانين الوضعية محل أغلبية- إن لم أقل كل- أحكام الشريعة، بما فيها التوثيق العصري الذي حل محل التوثيق الشرعي بدخول هذه القوانين عليه لعوامل كثيرة منها الاستعمار ولواحقه، فإن المسلم مع حاجته للتوثيق لكثير من معاملاته، فإنه يلجأ إلى هؤلاء الموثقين وإن كانوا - كما هو في بعض الدول التي يتواجد فيها أكثر من ديانة- غير مسلمين، أو أحيانا يكون المسلم في بلد غير مسلم ويتحتم عليه توثيق بعض معاملاته هناك حيث لا يوجد الموثق المسلم، فلو قلنا بهذا الشرط لتعطلت كثير من مصالحه.

2- العدالة:

وذلك لأنه يعتمد على ما يكتب، سواء اقتصر على الكتابة وحدها، أم كان شاهدا على ما يكتب، بحيث يجمع حينئذ بين الكتابة والشهادة، فإن اقتصر على الكتابة اشترطت عدالته حتى لا يكتب ما لم يملل عليه، وإن جمع إلى الكتابة الشهادة على ما كتب، فالعدالة من أهم صفات الشاهد. ويفهم اشتراط العدالة من قوله تعالى: «وليكتب بينكم كاتب بالعدل».

وقد استدل الإمام مالك رحمه الله كما أسلفت بهذه الآية على اشتراط العدالة، إلا أن ابن عطية في محرره لم يعتبر قوله تعالى: «بالعدل» صفة لـ «كاتب»، وإنما المراد منها بيان وجوب الكتابة بالعدل أي دون زيادة أو نقصان، لأن القول بكونها صفة للكاتب، يقتضي أن لا يتولى الكتابة إلا العدل في نفسه، وليس ذلك بشرط عنده، حيث يجوز أن يكتب الوثيقة الصبي والعبد والمسخوط⁽¹⁾، إذا أتقنوها وأقاموا فقهها، ولم لم يكونوا منتصبين، فهو لم يشترط العدالة إلا في المنتصب للتوثيق، ولذلك نجده يقول: «وأما المنتصبين لكتبتها، فلا يجوز للولادة أن يتركوهم إلا عدولا مرضيين»⁽²⁾.

إذن فهو يفرق بين صنفين من الموثقين: المنتصب للكتابة، وهو المتصدر أو المتولي لها بشكل رسمي (الموظف الرسمي)، وغير المنتصب لها، أي المتطوع لكتابتها دون تعيين رسمي، فيشترط العدالة في الأول دون الثاني، ولكن بالنظر إلى سياق الآية: ﴿وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾ نجده

(1) - المسخوط: هو غير المرضي، من السخط ضد الرضا، ويقصد به غير العدل أخذاً من مفهوم قوله تعالى: «من ترضون من الشهداء» ومفهومه ممن لا تسخطون من الشهداء، وقد استعمل فقهاء المالكية لفظة «المسخوط» يريدون بها ضد العدل، ونجد ذلك مثلاً في ذكر صفات القاضي أن يكون عدلاً حال توبته بعد حده من زنى: «إن كانت شهادته لا تجوز في الزنى، فإن حكمه يجوز فيه، ألا ترى أن الحكام المسخوطين قد تجوز أحكامهم وما لم يحكموا بجوز أو خطأ، ولا تجوز شهادتهم». النوادر والزيادات لابن أبي زيد، ج8، ص12، وكذا في البيان والتحصيل لابن رشد مثلاً، نجد قوله: «فوجب إذ قال قوم إنه عدل وقال آخرون إنه مسخوط أن ينظر إلى عدل لبيتين»، ج9، ص453. وغيرها من كتب المالكية.

(2) - ابن عطية، المحرر الوجيز، ج2 ص360. الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص62.

يقتضي عموم الأمر بالعدل في الكتابة، أي أن الكاتب لا بد أن يكون عدلا على كل حال، ولذلك جاء عن مالك، رحمه الله، «لا يكتب الوثائق بين الناس إلا عارف بما عدل في نفسه مأمون، لقوله تعالى: ﴿وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾»⁽¹⁾ وهو ما يفسر عدم وجود من قال بهذه التفرقة من العلماء حسب ما اطلعت عليه غير ابن عطية رحمه الله تعالى وقد ذكر له الونشريسي في منهجه⁽²⁾ تلك التفرقة ولم يذكرها لغيره من العلماء.

وقد أكد ابن خلدون أيضا على هذا الشرط في الموثق بقوله: «وشرط هذه الوظيفة الاتصاف بالعدالة الشرعية، والبراءة من الجرح ثم القيام بكتب السجلات والعقود من جملة عباراتها وانتظام فصولها، ومن جهة إحكام شروطها الشرعية وعقودها»⁽³⁾ ولأنه يعتبر هذه الوظيفة ولاية من الولايات الشرعية، وولاية من الولايات الدينية فلا يصح أن يتولاها فاسق ولا غيرها من أمور المسلمين⁽⁴⁾.

3- الفقه بصناعة التوثيق وكتابة المعاملات: وهو أن يكون عارفا لما يكتب، متقنا لصناعة الكتابة والتوثيق، فيحسن كتابة المحاضر والسجلات والأوقاف والمبيعات والوصايا، وكل الوثائق بين الناس، مما يجعلها سالمة من العيوب التي تؤدي إلى رفض الاحتجاج بها، أو إلحاق الضرر بأحد طرفي المعاملة، لأن عدم معرفته بذلك، يؤدي إلى إفساد مراد الناس من الكتابة والتوثيق، فيبطل معاملاتهم وعقودهم، ومن ثم تضييع حقوقهم⁽⁵⁾ وقد جاء في التبصرة الفرحونية: «وقد ذكر بعضهم في أوصافه -أي كاتب القاضي- أربعة وهي: العدالة والعقل والرأي والعفة، وإن لم يكن عالما بأحكام الشرع فلا بد أن يكون عالما بأحكام الكتابة»⁽⁶⁾.

ووفقا لما رآه المالكية من هذا الشرط، جاء في كتب الحنفية ما نصّه: «والتوثق من الأمور التي من أجلها يكتب الكتاب، بأن يكون شرطا صحيحا جائزا على ما توجبه الشريعة وتقتضيه، ولأن الكاتب بذلك إذا كان جاهلا بالحكم لا يأمن أن يكتب ما يفسد عليهما ما قصدها ويبطل ما تعاقدها»⁽⁷⁾.

(1) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 62.

(2) - الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص 61.

(3) - ابن خلدون، المقدمة، ص 246.

(4) - عبد البر، الكافي، ص 498.

(5) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 282.

(6) - ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص 35.

(7) - الجصاص، أحكام القرآن، ج1، ص 661.

وقد ذكر الفقهاء المالكية منهم وغيرهم من المذاهب، شروطا كثيرة، كلها تعود إلى هذا الشرط لأنها من مقتضياته، فلا يتقن صنعة التوثيق بالكتابة أو التوثيق إلا من اتصف بجملة من هذه الشروط، وهي كما يأتي:

أ- العقل:

وأما هذا الشرط فالمقصود به ما يناط به التكليف، وقد اتفق كثير من الفقهاء على اشتراط الأهلية الكاملة في الموثق التي تمكنه من كتابة الوثائق والسجلات بين الناس، وليفرق بين الخير والشر والصالح والفساد، وليتميز به بين الحق والباطل، ولذلك فقد جاء في وثائق الغرناطي وكذا ما نقله عنه الونشريسي في منهجه ما نصه: «تعتبر في الموثق عشر خصال متى عري عن واحدة منها لم يجوز أن يكتبها، وهي: أن يكون مسلما عاقلا متجنباً للمعاصي سميعاً بصيراً متكلماً يقظاً»⁽¹⁾.

بينما لم يذكر بعض العلماء هذا الشرط، لأنه عندهم من الأمور البديهية لأن غير العاقل لا يعي ولا يدرك الأمور المذكورة أعلاه، وبالتالي لا يستطيع التمييز بينها، كما أنه لا قدرة له على فهم الخطاب المطلوب من التكليف الشرعية، ولذلك فإنه لا ولاية على نفسه، فلا يمكنه التصرف في خاصة ماله بأي تصرف، كبيع أو شراء أو هبة لأنه لا يدرك المنفعة أو الضرر اللذان يعودان عليه من ذلك، فمن باب أولى أن لا تصح ولايته لهذه الوظيفة، لأنه لن يكتب بالعدل بين الناس كما أمره الله، لما سيلحقه من الضرر سواء لنفسه أو بهم بعدم إدراكه، وإمكان خداعه والتدليس عليه، وهذا ما جعل بعضهم يذهب إلى أن المقصود بشرط العقل ليس ما يراد للتكليف، وإنما المقصود به الفطنة واليقظة وأمن التدليس عليه، فقد جاء في التبصرة الفرحونية- كما سبق كاتب القاضي- ذكر صفات الموثق أو الكاتب منها: كونه ذكياً فطناً وافر العقل لئلا يخدع فيلحق الضرر بالناس لجهله بهذه الصناعة⁽²⁾، وهو ما ذكره القرافي كذلك في ذخيرته⁽³⁾.

وهو ما أكده الماوردي عند بيانه اتصاف الكاتب بهذه الصفة فقال: «وليس يريد ما يتعلق به التكليف، وإنما أن يكون جزل الرأي، شديد التحصيل، حسن الفطنة، حتى لا يخدع أو يدلّس عليه»⁽⁴⁾.

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 35 وص 285.

(2) - القرافي، الذخيرة، ج10، ص 62.

(3) - الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص 79-80، الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 63.

(4) - الماوردي، أدب القاضي، ج2، ص 61.

ولعل هذا ما جعل بعض الفقهاء يشترطون وفرة العقل في الموثق ويجعلونه شرط استحباب، والمراد به زيادة الفطنة وسداد الرأي واليقظة أو التيقظ: والتحرز، لأنه إن كان من أهل الغفلة أو البله لم يؤمن عليه التحيل من أهل الحيل فيشهد بالباطل⁽¹⁾.

وأما شرط العقل الذي يراد للتكليف، فيجعلونه شرط وجوب في الموثق وفي غيره لصحة التصرفات، ولذلك رأينا ابن فرحون مثلاً في تبصرته عند عقده فصلاً «في أحكام كاتب الوثائق»، يذكر الشروط التي ينبغي لكاتب الوثائق بين الناس أن تتوفر فيه، ومنها: «أن يكون حسن الكتابة، قليل اللحن عالماً بالأمور الشرعية... متحلياً بالأمانة...»⁽²⁾ وغيرها من الشروط والأوصاف دون أن يذكر شرط العقل، في حين وجدناه في موضع آخر، يذكر وفرة العقل والفطنة التي يجب أن يكون عليها الموثق، توثيقاً لحقوق الناس، من جهله والتدليس عليه في حالة انعدام ذلك⁽³⁾، كما ينقل لنا الونشريسي في منهجه، هذه الشروط عن كثير من العلماء ولم يذكروا فيها هذا الشرط إلا الغرناطي في وثائقه⁽⁴⁾.

ب- سلامة الحواس:

من سمع وبصر ونطق، وذلك ليتمكن من أداء مهمته بكتابة الوثائق بين الناس كما ينبغي، حيث يستطيع بذلك توثيق الحقوق وتسجيلها في الوثائق الخاصة والمعدة لذلك، لإثباتها عند الحاجة وليتمكن من معرفة كل من المشهود له والمشهود عليه، أي طرفي العقد، ويسمع منهما ما يملئانه عليه من معاملات وعقود، وكذا ليقدر على استفسارهما وسؤالهما عما يحتاج إليه عند الكتابة، وبذلك يحقق التوثيق بالكتابة أو التوثيق الهدف الذي شرع لأجله، وهو التوثيق للحق وإمكانية إيصاله لأصحابه، وفي ذلك يقول الونشريسي في منهجه: «وأما اشتراط كونه متكلماً فلائ الأخرس لا يتمكن من استفسار المملي، واستكشافه عما أجمل عليه من المعاني، ومراجعته في التقرير على أغراضه وقصده»⁽⁵⁾.

(1) - ميارة، شرحه على تحفة الحكام، ج1، ص 50.

(2) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 282.

(3) - ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص 285.

(4) - الغرناطي الوثائق المختصرة، ص 79-80. الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 62-102.

(5) - الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص 68.

ج- الفقه بعلم الوثائق:

وما يتعلق بأحكام كتابتها وضبط قوانينها وهو شرط لازم في الموثق، بأن يكون له حذق ومهارة بكتب الشروط والإقرارات والمحاضر والسجلات⁽¹⁾ «لأنها صناعة جليلة شريفة، وبصناعة عالية منيعة تحتوي على ضبط أمور الناس على القوانين الشرعية، وحفظ دماء المسلمين وأموالهم، والإطلاع على أسرارهم وأحوالهم، ومجالسة الملوك والإطلاع على أمورهم وعيالهم، وبغير هذه الصناعة لا ينال أحد ذلك، ولا يسلك هذه المسالك»⁽²⁾، لذلك كان لا بد لكاتب هذه الوثائق أن يكون خبيراً بما يكتب، حاذقاً لما يصنع، وذلك باستعمال الألفاظ الموضوعية لها والتحرز من الألفاظ المحتملة، وذلك ليتمكن من تحقيق أمره تعالى الكاتب أن يكتب بالعدل، ولن يتأتى ذلك إلا بمعرفته وإجادته علم الوثائق والشروط⁽³⁾.

لأنه إن لم يكن عالماً بفقه الوثائق فإنه ربما أفسد ما يكتبه بجهله، فتضيع حقوق الناس التي أمر وطلب التوثيق لها.

ولذلك ينقل لنا ابن فرحون وكذا الونشريسي قول ابن المناصف، في كتابه «تنبيه الحكام»: «ولا ينبغي أن ينتصب لكتابة الوثائق إلا العلماء العدول... وأما من لا يحسن وجوه الكتابة، ولا يقف على فقه الوثيقة، فلا ينبغي أن يمكن من الانتصاب لذلك، لئلا يفسد على الناس كثيراً من معاملاتهم»⁽⁴⁾.

وقد سبق أن بينت في أول هذا البحث، العلاقة المتينة بين التوثيق والفقه، وأن علم الوثائق هو ثمرة الفقه، لذلك اشترط فيمن يتولى هذه المهمة وهي التوثيق لحقوق الناس عن طريق الكتابة، أو ما يسمى بالتوثيق أو كتابة الوثائق، أن يكون فقيهاً وهو ما يؤكد صاحب كتاب «روح المعاني» بقوله: «ذهب الفقهاء إلى اشتراط الفقه في الكاتب، لأنه لا يقدر على التسوية في الأمور الخطرة إلا من كان فقيهاً... ومن لم يكن كذلك يجب على الإمام أو نائبه منعه، لئلا يقع الفساد ويكثر النزاع، والله لا يحب المفسدين»⁽⁵⁾.

(1) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 72.

(2) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 282.

(3) - الأسيوطي، جواهر العقود، ج1، ص 07.

(4) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 282، الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 75.

(5) - الأثوسي، روح المعاني في تفسير القرآن والسبع المثاني، ط1، ضبطه وصححه علي عبد الباري عطية، بيروت، دار الكتب العلمية، 2001م، ج2، ص 54.

كما نبه على هذا الجزيري في كتابه «المقصد المحمود» بقوله: «ومدار التوثيق على معرفة الفقه والأحكام، والفهم لمعاني الكلام، فإذا رام العاقد المحسن عقدا من العقود ربط أصوله، وهذب فصوله، وسد مسالك الخلل، وعفى موارد الزلل، حتى لا يجد الناقد مدخلا للحل، ولا لنا في ألفاظ الوثيقة يتأتى فيها الغل⁽¹⁾». (2)

كما ينبغي له مع ذلك، أن يكون مطلعاً على أحكام الشرع في المعاملات، وما يدور حولها من حلال أو حرام، عالماً بدلالات الألفاظ، وكذا بفتاوى العلماء وما جرى به العمل بين القضاة والمفتين من عصره، حتى لا يفسد على الناس معاملاتهم، ويضيع عليهم حقوقهم بجهله، وهو ما أكده الونشريسي عندما نقل لنا قول المتيطي في شروط الموثق: «وينبغي له مع ذلك أن يكون عارفاً بالحلال والحرام، بصيراً بالسنن والأحكام، وما توجبه تصاريف الألفاظ وأقسام الكلام، ويطلع مع ذلك من أجوبة المتأخرين، وما جرى به العمل بين المفتين ما يكون له أصلاً، يعتمد عليه ويرجع في نوازل الأحكام إليه»⁽³⁾. ومن الفقه علمه بالحساب، وعلم الفرائض والموارث، لأنه سيحتاج إلى ذلك عند تقسيم التركات أو الشركات أو حساب الديون بين أصحابها، إذا لجأوا إليها لتوثيقها وتسجيلها، توثقاً وحيطة لحقوقهم، فإذا لم يكن عارفاً بذلك، كانت وثائقه غير موثوق في صحتها وسلامتها، «وكان ذلك عجزاً منه وتقصيراً، ونقصاً في صناعته، ويقبح به أن يعتمد على غيره فيه ويقلده»⁽⁴⁾، ولذلك جاء عن الونشريسي في منهجه: «ينبغي للموثق أن يكون ذا حظ من علم الفرائض والحساب.. حتى لا يورث من لم يكن له في الميراث حق، ويحرم من كان له الميراث»⁽⁵⁾.

ولذلك نجد أن كثيراً من العلماء الذين تولوا منصب القضاء، كانوا قبل ذلك كتاباً للقضاة في المراحل الأولى للقضاء، ثم موثقين فجمعوا بذلك بين الفقه وعلم التوثيق أو الكتابة. وهو ما أشار إليه ابن خلدون في تاريخه فقال: «وكان منهم كتاب لدواوين القضاة، والتوقيع في مجالسهم، قد دربوا على إملاء الدعاوى، وتسجيل الحكومات، واستخدموا للأمرء فيما يعرض لهم من العقود، بإحكام كتابتها وتوثيق شروطها»⁽⁶⁾.

(1) - الغل: بالضم: الطوق من حديد يجعل في العنق، الجوهري، الصحاح، ج5، ص 1783-1784 باب اللام فصل العين، ابن منظور، لسان العرب، ج5، فكان ألفاظ الوثيقة إذا وجد فيها لين أو خلل، تكون مدخلا للناقد في جرها بالغل إلى ما يريد.

(2) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 74.

(3) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 71-72.

(4) - النويري، نهاية الأرب، ج9، ص 6.

(5) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 70.

(6) - ابن خلدون، تاريخ ابن خلدون (العبر وديوان المبتدأ والخبر) بيروت، دار الكتاب اللبناني، 1983، ج14، ص 1068.

د- السلامة من اللحن المغير للمعنى:

وذلك بالنسبة لمعاني الكلمات التي يستخدمها الموثق في الوثيقة، بأن تكتب بلغة سليمة مفهومة، بعيدة عن أي احتمال أو إجمال أو إبهام، «لأن الوثائق مبنية على رفع الاحتمال، وإزالة الإجمال»⁽¹⁾، وإنما اشترط السلامة من اللحن لأنه ليس من العدل الذي أمر به تعالى الكاتب، لما ينتج عنه من الزيادة والنقصان وإخلال بالمعنى المراد، وقد جاء في المنهج الفائق: «اللحن خطأ، والخطأ ليس من العدل، وقد أمر الله سبحانه وتعالى في كتابه العزيز، والكاتب أمر بإيجاب أن يكتب بالعدل، واللحن ربما قلب الكلام عن جهته، وأخلاه عن المعنى المراد به، حتى يصير الذي له الحق عليه الحق، والذي عليه الحق له الحق، وهذا من الظلم الذي لا يحل»⁽²⁾.

والوثائق يشترط فيها «أن تكون بألفاظ بينة غير محتملة ولا مجهولة، لأن الألفاظ قوالب المعاني، ومنها اقتناصها وهي الكاشفة عنها»⁽³⁾، ولذلك من عري عن هذا الشرط فلا ينبغي له أن يتصدر للتوثيق والكتابة بين الناس، للضرر الذي سيلحقه بهم، من عدم التوثيق لحقوقهم، وهذا ما أكده الونشريسي بقوله: «وأما اشتراط السلامة من اللحن، فإن كان لحنه يغير المعنى بحيث يصير المتنازع بائعاً، والمطلوب طالباً، ويقصر عن معرفة العوامل والتشنية والجمع ونحو ذلك، فلا يجوز أن يكتب بين الناس اتفاقاً»⁽⁴⁾.

ولأن اللحن في الوثيقة يشين بالموثق، ويحط من قيمة الوثيقة التي كتبها ويشكك في صحتها، مما يحل بأهليته لهذه الوظيفة، قال النويري: «لأنه إنما يكتب عن حاكم المسلمين في الأمور الشرعية، فلا يجوز أن يصدر عنه لحن لفظه، فكيف إذا سطره بقلمه؟ فإن وقع ذلك كان من أقبح العيوب وأشنعها، وربما أخل بالمقصود وحرف المعنى المراد، وأخرجه عن موضعه، ونقله إلى غير ما أريد به»⁽⁵⁾، ومثال ذلك ما ساقه الونشريسي عن بعض جهلة الموثقين أنه كتب: «صدق فلان زوجه كذا»، ولم يفرق بين صدق وأصدق، فبدل أن يقول أصدقها قال صدقها، فأخرجها عن حد الإصداق إلى الصدق، ولا معنى له فيما كان يحاول إرادته بالكتابة⁽⁶⁾ وغيرها من الأمثلة وهي كثيرة

(1) - الونشريسي، المعيار، ج7، ص 346.

(2) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 67.

(3) - الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص 65.

(4) - الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص 67.

(5) - النويري، نهاية الأرب، ج9، ص 4.

(6) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 45، و68.

في المنهج الفائق.

هذا وقد اختلف العلماء في بعض شروط الموثق، كالحرية التي أوجبها المالكية⁽¹⁾، ووافقهم في ذلك الحنفية⁽²⁾، بينما خالفهم الشافعية⁽³⁾ فجعلوها شرط كمال العدالة، وذهب الحنابلة⁽⁴⁾ خلافا للمالكية أيضا إلى عدم اشتراطها، وإن قالوا باستحبابها خروجاً عن الخلاف.

ويلاحظ أن هذه الشروط ذكرها العلماء من مالكية وغيرهم، والتي تتعلق بشخص الموثق وبسلامة وثيقته التي يكتبها، كلها لا بد منها في آن واحد ولا يكفي أن يتوفر منها شرط وينعدم آخر، فلا يكفي أن يكون الموثق مسلماً عادلاً عاقلاً، ثم يكون مع ذلك جاهلاً بكيفية تحرير الوثيقة، كما لا يكفي أن يتقن صناعة التوثيق، ويكون مع ذلك متهماً في دينه، فأما الأول هنا مثلاً فلأنه يفسد على الناس معاملاتهم، وأما الثاني فلأنه لا يؤمن من التزوير، فيعلم الناس وجوه الفساد، ولعل هذا ما أدى بالعلماء إلى القول بعدم جواز تولية أمثال هذه الوظيفة سداً لباب الفساد أمامهم، وهو ما نستشفه من قول الغرناطي السابق: «ويعتبر في الموثق عشر خصال متى عري عن واحدة منها، ولم يجز أن يكتبها»⁽⁵⁾.

وكذا قول ابن لبابة⁽⁶⁾: «ينبغي لم رسم الوثائق أن لا يخلو من ثلاثة: فقه يعقد به الوثيقة، ويضع كل شيء منها موضعه، وترسيل يحسن به مساقها، ونحو لاجتناب اللحن فيها»⁽⁷⁾، فهو حصر الشروط في هذه الثلاثة، وأنه لا يجب أن يتخلف شرط منها في الموثق.

وهو ما أكده ابن المناصف أيضاً بقوله: «فأما من لا يحسن وجوه الكتابة ولا يقف على فقه الوثيقة، فلا ينبغي أن يترك للانتصاب، لئلا يفسد على الناس كثيراً من معاملاتهم... وكذلك إن كان عالماً بوجوه الكتابة، إلا أنه متهم في دينه فلا ينبغي تركه لذلك... لأن مثل هذا يعلم الناس وجوه

(1) - الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص78.

(2) - السرخسي، المبسوط، ج16، ص161.

(3) - الماوردي، أدب القاضي، ج2، ص61-62.

(4) - ابن قدامة، المغني، ج10، ص64.

(5) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص63.

(6) - هو أبو عبد الله محمد بن يحيى بن لبابة، الملقب بالبرجون، سمع من عمه محمد بن عمر ابن لبابة، وغيره، وكان من أحفظ أهل زمانه للمذهب المالكي، وكان عالماً بعقد الشروط من مؤلفاته: المنتخب، وكتاب الوثائق (ت333هـ)، ابن الغرضي، تاريخ علماء الأندلس، ج2، ص51. ابن فرحون الديباج المذهب، ج2، ص184.

(7) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص71.

الشر والفساد ويلهمهم تحريف المسائل»⁽¹⁾.

ثانيا: آداب الموثق:

وهي شروط تمام لا صحة ينبغي توفرها في موثق معاملات الناس وتصرفاتهم، حتى تكتمل أهليته لهذا المنصب منها:

1- العفة والصلاح والورع:

لأنّ الكاتب مؤتمن على كتابة أسرار البيوت، فيجب عليه كتمها وعدم إفشائها، جاء في تبصرة الحكام: «وقد ذكر بعضهم في أوصافه (أي كاتب القاضي) أربعة، وهي العدالة والعقل والرأي والعفة»⁽²⁾.

وقال ابن عبد البر في كافيته: «وينبغي للقاضي أن يتخير كتابا من أهل العفاف والصلاح والفهم جائز الشهادة ثم يقعه حيث يرى ما يكتب وما يصنع»⁽³⁾.

وهو ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة وفاقا للمالكية، أمّا العفة والصلاح، فلأن هذا من باب الأمانة، والأمانة لا يؤديها إلاّ العفيف الصالح⁽⁴⁾، وأمّا الورع فيمنعه من الطمع والاستجابة لإغراءات الرّاشين، حتى لا يغيّر الحقائق، فتضيع الحقوق على أصحابها⁽⁵⁾.

وفي ذخيرة القرافي: «أن يكون فقيها فطنا فاضلا... ونزيها لئلا يُستمال بالرّشّي»⁽⁶⁾.

لأنه أمين على حقوق الناس، والأمانة لا يؤديها إلا من اتصف بهذه الصفات، فيؤمن عليه الطمع فلا يرتشي ولا يجابى أحدا، وبذلك يكتب كما علمه الله بالقسط والحق، دون زيادة أو نقصان، قال ابن فرحون مبينا هذه المعاني في الموثق: «...متحليا بالأمانة، سالكا طرق الديانة والعدالة داخلا في سلك الفضلاء، ماشيا على نهج العلماء الأجلاء»⁽⁷⁾.

وينقل الونشريسي عن الجزيري قوله: «ويجب عليه أن يتقي الله تعالى ويكتب كما علمه الله،

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 282. الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص 75.

(2) - ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص 35.

(3) - ابن عبد البر، الكافي، ص 498.

(4) - الكاساني، بدائع الصنائع، ج9، ص 4101.

(5) - ابن قدامة، المغني، ج10، ص 114.

(6) - القرافي، الذخيرة، ج10، ص 62-63.

(7) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 282. الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 69.

وينصح لمن استعمله، ويتوثق للحق ويتحرز من إبطال حق»⁽¹⁾.

2- دماثة الخلق: بان يكون حسن التعامل مع الأطراف أخرى، لبيبا فطنا لكل ما يجري أمامه لتلا يحدع فيلحق الضرر بالناس لجهله وعدم فطنته⁽²⁾، قال الميطي بعد أن بين ما ينبغي أن يكون عليه الموثق من صفات، مضيئا إليها بعض الآداب، كاشتغال الكاتب على حلاوة وحرارة الشمائل واللباقة والذكاء والفطنة، بحيث يفهم بالإشارة قبل العبارة⁽³⁾.

3- الإخلاص: بأن تكون بغيته من عمله إتقانه وإحسانه، ليحقق هدفه ويؤتي ثمرته، وهي التوثق لحقوق الناس وحفظ أموالهم، وقد نقل الونشريسي عن ابن فتوح (462هـ) في وثائقه قوله: «وينبغي لمن أراد محاولة هذا الفن أن تكون بغيته إحسانه، إذ به تحصن أموال المسلمين، وفروجهم، ودماؤهم لأن المقصر فيه يغتر به المسلمون، ويعقد لهم ما ينحل لهم عند الحاجة»⁽⁴⁾.

4- الإحتراز من كل ما يؤدي إلى التدليس والتزوير:

فيسد كل ذريعة إليه، كالعبارات للمعاني المبهمة في الوثيقة، وكاستعمال الأقلام المختلفة وكذا الخطوط، أو أن يترك في أواخر السطور بياضا، أو يفرق بين الحروف، وكل ذلك خشية الزيادة والتحريف⁽⁵⁾، وهو ما نبه إليه ابن مغيث في وثائقه بقوله: «يجب على مرسوم الوثيقة أن يجتنب في ترسيمها الكذب والزور، وما يؤديه إلى ترسيم الباطل والفجور، فإن الناقد بصير، يسأله عند وقوفه بين يديه عن النقيير والقطمير⁽⁶⁾»⁽⁷⁾.

5- حسن الخط وجودته: بأن يكون واضحه وجيده، مع ضبطه للحروف وترتيبها⁽⁸⁾ فقد

(1) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 74.

(2) - القراني، الذخيرة، ج10، ص62. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص35 و38.

(3) - وقد أورد في ذلك أبياتا تتضمن هذه المعاني فقال: كما قال قائل:

عليك بكاتب لبق رشيق ذكي في شمائله حرارة
تناجيه بطرفك من بعيد فيفهم رجح لحظك بالإشارة.

الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 72.

(4) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 73.

(5) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص283، 284. الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص 89.

(6) - النقيير: هو النكتة في ظهر النواة، والقطمير: القشرة الرقيقة التي في النواة كالغافة لها، ابن منظور، لسان العرب، مج6، ص 4518-1519، ومج5، ص 3682.

(7) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 74.

(8) - الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص 89. النويري، نهاية الأرب، ج9، ص1.

عقد الونشريسي في منهجه فصلا في آداب الموثق جاء فيه: «أن المتعرض لهذه الصناعة لا بد له من آلة يجمعها وأدوات يحسنها، فأولها حسن الخط، وإقامة الهجاء، ووضع الحروف على أحسن صورها حتى لا يدخل في ألفاظ الوثيقة إشكال...والعرب تقول: الخط أحد اللسانين وحسنه إحدى الفصاحتين»⁽¹⁾.

كما سبق بيان كلام الغرناطي في ذكر صفات الموثق ومنها: «أن تصدر عنه (أي الوثائق) بخط بين يقرأ بسرعة وسهولة، وبألفاظ بينة غير محتملة ولا مجهولة»⁽²⁾. ويمكن أن يضاف إلى ذلك كل ما يكون عوناً له على إتقان صنعه وأداء عمله وهو التوثيق لحقوق الناس، وهو في عصرنا الحالي إتقانه استعمال الحاسوب وآلياته من كتابة وغيرها .

كما استحب العلماء له اتصافه بإتقان علم الحساب، لما يتوقف عليه من كتابة قسمة المواريث والفرائض، وكذا العلم بلغات الخصوم⁽³⁾، إذ قد يحتكم إلى مجلس القاضي أجنب عن ذلك البلد، وكذا أن يكون منظماً في عمله، بحيث يجعل للأحكام وغيرها من إجراءات مجلس القضاء، سجلات بها، في مواضع محددة كل على حدة محتومة منظمة⁽⁴⁾، حفظاً لحقوق الناس وتوثيقاً لها.

6- إعادة النظر فيما كتب من وثيقة بعد الفراغ منها: لتفقد ألفاظها وأحكام فصولها، من باب الاحتياط وزيادة التحرز من الخطأ أو اللحن⁽⁵⁾.

7- معرفة اصطلاحات كل بلد أو جهة سافر إليها: وتصدر فيها للتوثيق لحقوق الناس، وكتابة وثائقهم، وكذا معرفة نقودهم ومكاييلهم ولغاتهم حتى لا يحتاج إلى ترجمان وإنما يكتب ما يملى عليه مباشرة وكذا أسماء الطرق والشوارع وغيرها، مما يحتاجه الموثق حتى يتقن مهنة التوثيق والتوثيق لحقوق الناس⁽⁶⁾.

8- أن يكون له حظ من النحو والعربية: حتى لا يخطئ في الكتابة، ويتمكن من كتابة اللفظ الدقيق الذي يعبر عنه تعبيراً صحيحاً للمعنى المراد⁽⁷⁾، وقد نقل لنا الونشريسي عن أبي محمد

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 282.

(2) - الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص 78-79. الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 63.

(3) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 285. الأسيوطي، جواهر العقود، ج2، ص 449.

(4) - الكاساني، بدائع الصنائع، ج9، ص 4101. النويري، نهاية الأرب، ج9، ص 1-6.

(5) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 89. الفلقشندي، صبح الأعشى، ج6، ص 262.

(6) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 282. الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص 88-89.

(7) - الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص 88.

الوثوق (ت397هـ) «أن معرفة النحو للموثوق شرط كمال»⁽¹⁾.

9- الاهتمام بحسن المظهر و الوقار: لأن في ذلك أخذه بمحاسن العادات، وفي ذلك مدعاة لاحترام الناس له وإقبالهم عليه لثقتهم في وثيقته، وليس كما كان يفعل أراذل الموثقين في عصر ابن الخطيب، كما يخبرنا هو وكذا الونشريسي الذين كانوا يتركون التزين والتحلي بالمظهر الحسن، خوفا من عزوف الناس عنهم لظنهم يسرهم - إن هم تزينوا- وأن ترك ذلك مدعاة لإقبالهم عليهم⁽²⁾.

وقد أنكر ابن الخطيب على هؤلاء الموثقين الذين ذم تصرفاتهم، واستقبح أفعالهم، بعد أن عدد عيوبهم، فوصف هيتهم وأحوالهم من فقد هيتهم ووقارهم، بقوله: «فإنه يرى أن الأبهة وحسن الزي والرياش، ينفي كثيرا من رزقه لتهديب الضعفاء إياه، وتخيلهم أن إجارتهم من نسبة هيتهم، فلا يقدمون على استخدامه ومعاملته يسيرهم»⁽³⁾.

هذا وقد لخص النويري ما ينبغي أن يكون عليه الكاتب أو الموثق من صفات وأخلاق، وهو يتعاطى هذا النوع من الكتابة توثقا لحقوق الناس، وهو أن يكون عدلا، دينا، أمينا، طليق العبارة، فصيح اللسان، حسن الخط، وأنه يحتاج مع ذلك إلى معرفة علوم أخرى وقواعد تعينه على هذه الصناعة وهذا الفن، لا بد منها ولا غنية له عليها، وهي أن يكون عارفا بالعربية والفقه، متقنا علم الحساب، وتقسيم الفرائض بين أصحابها، خبيرا بالأسجال الحكيمة (السجلات القضائية)، على اختلاف أوضاعها، وأن يتقن مصطلحات الكتاب والموثقين في كتاباتهم ولا سيما في زمنه الذي يعيش فيه، وأن يكون عارفا لما يكتب في كل واقعة من الأمور الموثوق لها⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: مراقبة الموثق

والمراد بها تصفح أحوال الموثق وتتبع سيرته، رعاية لاستمرار صفة العدالة فيه، ومن ثم قرر الفقهاء أن الرقابة على الموثق تكون على مرحلتين سابقة ولاحقة.

المرحلة الأولى: المراقبة السابقة

وهي مرحلة التزكية قبل مباشرة الموثق لعمله، وتتمثل في تحديد الشروط العامة التي تهيم الموثق الكفء للقيام بهذه الوظيفة، وذلك بالتأكد من توفر كل هذه الشروط في المترشح للخطة، حتى يحظى

(1) - الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص78. الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص67.

(2) - ابن الخطيب، مثلى الطريقة، ص301-45 وما بعدها، الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص68.

(3) - ابن الخطيب، مثلى الطريقة، ص45.

(4) - النويري، نهاية الأرب، ج9، ص1-6.

يأذن القاضي له، لأن حقيقة هذه الوظيفة هي حسب عبارة ابن خلدون: «القيام عن إذن القاضي بالشهادة»⁽¹⁾، إذ أن كتابة الوثائق توثقا لحقوق الناس ومعاملاتهم، ووظيفة تابعة للقضاء، أي لا يستطيع الموثق تحرير وكتابة الوثائق بين الناس إلا بإذن القاضي، وإذا كان كذلك، فإن للقاضي سلطة مراقبته و تصفح أحواله، للتأكد من استمرار وصف العدالة فيه، وبقاء الشروط اللازمة للقيام بتلك الوظيفة فهو المسؤول عنه، يقول ابن خلدون مؤكداً ذلك: «ويجب على القاضي تصفح أحوالهم والكشف عن سيرهم، رعاية لشرط العدالة فيهم، وأن لا يهمل ذلك، لما يتعين عليه من حفظ حقوق الناس، فالعهدة عليه في ذلك كله وهو ضامن دركه»⁽²⁾. وما ذلك إلا حفظاً لهذه الوظيفة مما يمكن أن يشوبها من شوائب، ولعل مرد ذلك هو الرغبة في ترصد عدالة المترشحين لهذه الخطة وغربلتهم، لضمان شروطها الواجب توفرها في كل من ينتصب للقيام بها⁽³⁾، في وقت تكاثر فيه عددهم، وندرت العدالة والعفة والورع فيهم، كما هو الحال في عصر ابن الخطيب والونشريسي اللذان نقلنا لهما صوراً كثيرة عن هذه الفئة، وكذا ابن خلدون الذي صور لنا فساد هؤلاء عند توليه القضاء على مصر.

الثانية: مرحلة المراقبة اللاحقة

تتمثل في المراقبة الحقيقية للموثق أثناء قيامه بعمله من قبل السلطة القضائية، وذلك بتتبع سيرته المهنية، وتعهد الوثائق التي يكتبها والتحقق منها جاء في نوازل ابن سهل عن مطرف وابن الماجشون: «إن تولى القاضي أو كاتبه إيقاع شهادات الناس فلا بأس، وينظرها إذا أوقعها كاتبه»⁽⁴⁾ فإن وجد بها خللاً نبهه إليه، وإن حدثت منه تجاوزات أثناء ذلك تخل بمهنته وتضر بحقوق الناس ومصالحهم، تدخل بالعزل أو بالتقليص من عدد الموثقين، ومنع غير الأكفاء منهم الجاهلين بأحكام التوثيق، من كتابة الوثائق وعقد المعاملات بين الناس، وذلك توثقا لأموال الناس، وحفاظا على حقوقهم، وله أن يعاقبهم إن صدر منهم ما يتنافى مع مقتضيات هذه المهنة، وقد أكد هذا صاحب مواهب الجليل بقوله: «للحاكم إذا وجد عقد الوثيقة خطأ أن يقطعه، ويؤدب الكاتب على ذلك»⁽⁵⁾.

وقد ذكر النباهي في ترجمته لمحمد بن يحيى القاضي أنه: «ولي قضاء الجماعة فقام بالوظائف،

(1) - ابن خلدون، المقدمة، ص 246.

(2) - ابن خلدون، المصدر نفسه، ص 246-247.

(3) - ابن خلدون، تاريخ ابن خلدون، ج 14، ص 1067.

(4) - ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام أو (الأحكام الكبرى)، تحقيق: يحيى مراد، القاهرة، دار الحديث، 2007، ص 61.

(5) - الخطاب، مواهب الجليل، ج 6، ص 116.

وصدع بالحق، وبهرج العدول فزيف منهم ما ينيف على الثلاثين عدلا، استهدف بذلك إلى محادة ومناصة ومعادة خاض ثيحتها وصادم تيارها، غير مبال بقليل وقال، فأصبح في عمله مع كتبه الوثائق بغرناطة أشبه بيحي بن معمر بقرطبة، إذ بلغ من مناقشته أن سجل في يوم واحد بالسخطة (أي عدم العدالة) على تسعة عشر رجلا منهم...»⁽¹⁾.

كما يورد النباهي عن قاضي غرناطة محمد بن يحيى بن أبي بكر الأشعري (ت 741هـ) أنه عزل ما ينيف عن الثلاثين عدلا⁽²⁾.

ويذكر أيضا في ترجمة محمد بن بشير المعافري، أنه أمر بقطع يد موثق عقد وثيقة باطل على رجل من التجار⁽³⁾.

كما يخبرنا لسان الدين ابن الخطيب، أن شيخه قاضي الجماعة بفاس وتلمسان محمد بن أبي بكر (ت 759هـ) عزل ما ينيف عن سبعين موثقا بغرناطة⁽⁴⁾.

وكذا يروي ابن خلدون، أنه لما كان قاضيا بمصر، أوقع عقوبات جسيمة على عدول ثم عزلهم لما رأى منهم من تفشي المفاسد بالتزوير والتدليس بين الناس⁽⁵⁾.

كما نقل الونشريسي نصوصا وأمثلة كثيرة تفيد اتفاق نصوص المذهب على تعزيز هؤلاء الجهلة والمفلسين من الموثقين وعزلهم⁽⁶⁾، وكذا روى ابن عبد البر إجماع علماء المالكية على ذلك⁽⁷⁾.

قال الونشريسي في منهجه: «والحكايات عنهم من مثل هذا كثيرة لا تحصى ولا تستقصى، ولم يزل يقع من فحول القضاة وكفأة الملوك، والولاية في مثل هؤلاء الجهلة، وشهود الزور على مر الأيام منكللة وقلما تجافي عن تتريبهم⁽⁸⁾ وعزلهم من لا يبالي في الله لومة لائم من المفتين والقضاة»⁽⁹⁾.

(1) - النباهي، المرقبة العليا، ص 132.

(2) - النباهي، المصدر نفسه، ص 142.

(3) - النباهي، المصدر نفسه، ص 48.

(4) - ابن الخطيب، مثلى الطريقة، ص 111. (تحقيق عبد الحميد تركي، الجزائر وص 339 (ط تحقيق عبد الحميد تركي، في قضايا ثقافية من التاريخ، بيروت، الغرب الإسلامي، 1988م). الونشريسي، المنهج الفائق، ج 1، ص 48-49.

(5) - ابن خلدون، تاريخ ابن خلدون، ج 14، ص 10-1067.

(6) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج 1، ص 53-60.

(7) - ابن عبد البر، الكافي، ص 499، ج 2، ص 917. الونشريسي، المصدر نفسه، ج 1، ص 60.

(8) - تتريبهم، أي إلزاق التراب بهم، ابن منظور، لسان العرب، مادة ترب، مج 1، ص 424.

(9) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج 1، ص 47-48.

وقد بلغت درجة مراقبة هؤلاء الموثقين أن السلاطين أيضا، كانوا يتولون عزل الجهلة منهم ومن لم تتوفر فيهم العدالة وباقي الشروط، وقصروا مهنة التوثيق وكتابة ومعاملات الناس والتوثيق لحقوقهم، على عدد معين أو أشخاص معينين ممن توفرت أهليتهم لهذا المنصب، وذلك بتجريح العلماء والمفتين لهؤلاء وما لاحظوه عنهم من عيوب، مما يؤكد أن الموثقين أو من يسمون بالعدول أو كتاب الوثائق، كانوا خاضعين لمراقبة صارمة من قبل الحكام والقضاة والمحاسبين في بعض العصور والبلدان⁽¹⁾، فقد ظهر عدد من أمثال هؤلاء، وانتشروا في البلاد الإسلامية في فترة ما، شرقا وغربا، حيث لم يكن عدد كبير منهم يتقن علم التوثيق، كما لم يكونوا على دراية بفقهاء الوثيقة، ولا يحسنون إنشاءها، ولكنهم مع ذلك تصدروا لهذه الوظيفة، واتخذوها مهنة للتكسب بلا علم ولم يتورعوا عن التزوير والتحايل ابتغاء لغرض زائل، فأساءوا إلى خطة التوثيق ولوثوا سمعة الموثقين، وأضرروا بالناس غاية الضرر، يؤيد ذلك قول ابن المناصف عنهم: «وكثيرا ما يأتي الناس يستفتون في نوازل المعاملات الربوية، والمشاركة الفاسدة والأنكحة المفسوخة، ونحو ذلك مما لا يجوز، فإذا صرفهم عن ذلك أهل الديانة والتحقيق، أتوا إلى مثل هؤلاء فحرفوا ألفاظها، وتحيلوا لها العبارة التي ظاهرها الجواز، وهي مشتملة على صريح الفساد، فضلوا وأضلوا، يسهلون بذلك للباطل سبيلا، ويمتطون من جوانح الشرع مراكب من الفساد، وتمالأ الناس بذلك على التهاون بحدود الإسلام، والتلاعب في طريق الحرام»⁽²⁾. واكتشاف مثل هذا النوع من الموثقين، هو ما جعل بعض العلماء يتحامل عليهم فيذمهم ويجرحهم، مثل ما صرح به لسان الدين بن الخطيب في رسالته: «مثل الطريقة في ذم الوثيقة»، التي بين فيها حالة الموثقين في عصره والتي صارت إلى الفساد، فعدد مثالبهم لما رآه من جهلهم وغباءهم وإساءتهم لمهنة التوثيق⁽³⁾، وقد ذكر الونشريسي في منهجه، نماذج لهؤلاء وحوادث في عزل بعضهم⁽⁴⁾.

ولقد نتج عن مراقبة هؤلاء، ملاحظة بعض المثالب والعيوب في سلوك هذه الطائفة أو عدم توفر الشروط اللازمة فيهم، ما دفع بعض الفقهاء، إلى إصدار فتاوى توافق كلام ابن الخطيب عنهم في «مثل الطريقة» في أكثر من وجه، بل تعدته أحيانا إلى ضرورة إسقاط عدالتهم، لما لمسوه من جهلهم وكذا كثرة الحسد والبغضاء في وسطهم وتماقتهم على استثثار كل واحد منهم بهذه الوظيفة لنفسه

(1) - الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص 5-114-184. عبد المجيد تركي، قضايا ثقافية، ص 281.

(2) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 282، الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 75.

(3) - ابن الخطيب، مثل الطريقة، ص 35 وما بعدها.

(4) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 48.

دون سواه، جرأتم على تعاطي المحرم للحصول على المال حتى قال فيهم صاحب «المدخل»: «فهم يتعاطون في هذا الزمان ما هو محرم اتفاقاً»⁽¹⁾.

حيث قال ابن المناصف فيمن طلب منهم قصر هذه المهنة عليه للاستكثار من الفائدة لنفسه، أن ذلك: «جرحة في حقه وقدح في عدالته»⁽²⁾.

وكذا ما جاء في أحكام ابن سهل: «لا كثر الله أمثال هذا الفقيه، إذ طلب ما لا يجوز له ولا يجل له، ومن طلب ذلك فإمامته غير جائزة وشهادته ساقطة»⁽³⁾.

وقد أدت مراقبة أمثال هؤلاء الموثقين وما لوحظ عنهم من الفساد، وخوفاً من تكاثر هذه النوع منهم وانتشاره، إلى جعل بعض العلماء يبيح لولي الأمر قصر مهنة التوثيق على شخص أو أشخاص معينين، ممن توفرت فيهم الشروط، وكان موثوقاً بهم، إذا كان في ذلك مصلحة للمسلمين وهو ما نبه عليه ابن المناصف بقوله: «وإذا رأى السلطان من النظر للمسلمين، قصر الوثائق على إنسان بعينه أو اثنين، لكون ذلك الرجل يوثق به في دينه ومعرفته ونظره في الوثائق، ولنفوذه في مشكل النوازل، ولقصور غيره عن إدراك تلك الحقائق، فذلك سائغ حسن»⁽⁴⁾.

ولذلك نجد تدخل بعض السلاطين عدة مرات، لتنظيم هذه الهيئة وضبط أحوالها، عندما استدعت الضرورة ذلك، فلم يبق السلطان المريني أبو يعقوب منهم سوى خمسة عشر رجلاً من أهل العدالة، من توفرت فيهم الشروط، سنة (693هـ)⁽⁵⁾.

وكذلك فعل أبو عنان فارس، السلطان المريني (ت759هـ)، بحيث أمر بالاختصار على عشرة من الشهود بمكناس وعزل الباقيين على كثرتهم، لعدم توفر كل الشروط فيهم⁽⁶⁾ وعين لكل بلد من بلاده عدداً قليلاً، ومنع من قبول من عداه حيث أمر بعدم تجاوزه⁽⁷⁾، ومما يبرز أثر هذه المراقبة أيضاً هو أن جواز تعيين هؤلاء الموثقين وخصّهم بهذه الوظيفة، مشروط بكونه مصلحة للمسلمين لا قصراً للمنفعة الشخصية، ولذلك لم يجوز بعض العلماء تولية هذه الوظيفة من يطلبها من الموثقين، لربط

(1) - ابن الحاج، المدخل، ج2، ص 164-168، الونشريسي، المعيار، ج10، ص 177.

(2) - ابن فرحون، نبصرة الحكام، ج1، ص 283.

(3) - ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص 61، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 283، الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 64-65.

(4) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 282-283، الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 65.

(5) - علي ابن أبي زرع، روض القرطاس، نشر عبد الوهاب بن منصور، الرباط، 1973م، ص 409.

(6) - ابن الغازي محمد بن أحمد، الروض المتهون في أخبار مكناسة والزيتون، الرباط 1952، ص 141، ابن الخطيب، مثلى

الطريقة، ص 139، الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 50.

(7) - ابن الخطيب، مثلى الطريقة، ص 139.

صلوات بخدمة السلطان والولاية من أجل تحقيق أغراضه في الانفراد بكتابة العقود واكتساب الدنيا⁽¹⁾، ولو كان فقيها أهلا لمعرفة إذ في ذلك جرح في حقه وقدح في عدالته⁽²⁾، فما بالك بمن لم تتوفر فيه الشروط أو وجد فيه شرط وخلا منه آخر، فعدم توليته هذا المنصب، ولا تقديمه على من يستحقه من باب أولى⁽³⁾.

الفرع الرابع: حكم أخذ الموثق للأجرة على الكتابة

اختلف المالكية حول أخذ الأجرة على كتابة الوثائق⁽⁴⁾ وذلك إلى رأيين:

الرأي الأول: جواز أخذ الأجرة

ذهب جمهور المالكية⁽⁵⁾، إلى جواز أخذ الأجرة على الكتابة، واستدلوا على ذلك بعموم قوله تعالى: ﴿وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾⁽⁶⁾. ووجه استدلالهم بالآية: أن من مضارة الكاتب مطالبته من غير إعطائه عوضا على ذلك، وقد تستغرق الكتابة وقتا طويلا من حياته، إن كان يمارسها باستمرار، فرما كان مفوتا لشيء من مصالحه، فلذلك كان من حقه أخذ الأجرة على عمله⁽⁷⁾.

وقد أفق الإمام مالك رحمه الله بجواز أخذ الأجرة على كتابة الوثائق والتوثيق لحقوق الناس بذلك، وقد مر أنه ممن يرى أنها فرض كفاية⁽⁸⁾. جاء في المدونة: «ولقد سئل مالك عن القوم يكون

(1) - الونشريسي، المعيار، ج10، ص 177-183-184، والمنهج الفائق، ج1، ص 64.

(2) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 283.

(3) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 64.

(4) - تجدر الإشارة هنا، أن بعض العلماء لم يقولوا بهذا الاختلاف، بل ادعوا الاتفاق على جواز أخذ الأجرة على الكتابة، حيث نقل الونشريسي عن ابن عرفة قوله: «وأخذ الأجرة لمن يحسن كتب الوثيقة فقها وعبارة على كتبه وشهادته لا يختلف فيه...». المنهج الفائق، ج1، ص 111، كما قال القرطبي أيضا: «و لم يختلف العلماء في جواز أخذ الأجرة على كتب الوثيقة...». الجامع لأحكام القرآن، ج2، ص 1193، في حين سنرى أنهم اختلفوا فيما بينهم إلى أقوال في ذلك. وإنما اتفاهم كان على جواز أخذ الأجرة من بيت المال تحديدا .

(5) - الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 271، ابن الجلاب، التفریح، ج2، ص 248.

ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 286-287. الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 111 وما بعدها، المعيار، ج5، ص 154، وج1، ص 5، وص 184. أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ص 478.

(6) - سورة البقرة، الآية 282.

(7) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج2، ص 1193، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 286. الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 103.

(8) - الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص 18-19. وهو المصدر الوحيد - حسبما اطلعت عليه من المصادر المالكية- الذي نسب هذا القول للإمام مالك- والله أعلم.

لهم عند الرجل المال، فيستأجرون رجلاً يكتب بينهم الكتاب ويستوثق لهم جميعاً، على من ترى جعل ذلك؟ قال: أراه بينهم...»⁽¹⁾.

هذا، وانقسم المحيزون لأخذ الأجرة على الكتابة، إلى قسمين:

الأول: الجواز المطلق:

حيث يرى بعضهم ذلك إذا كان الموثق يأخذ قدر عمله دون زيادة أو نقصان، وهو رأي جمهور المالكية، وهناك العديد منهم ممن باشر مهنة كتابة الوثائق، وكان يأخذ الأجرة عليها دون حرج، لأنه كان يرى الجواز، ومن هؤلاء، ابن البرذون الضبي⁽²⁾، وأبو بكر بن الحصار⁽³⁾. وأبو بكر الفاسي القيرواني (761هـ)، والشيخ بلقاسم عظيم (1013هـ) وأبو عبد الله المازري (1248هـ) وغيرهم⁽⁴⁾.

وقد جاء عن ابن المناصف في تنبيهه: «ويدل على الجواز قوله تعالى: ﴿وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ لأنه من استبيح عمله، وكد خاطره، في كل وقت احتاج إلى ذلك إنسان، ويستغرق مدة حياته من غير عوض على ذلك، وهذا غاية الضرر»⁽⁵⁾.

الثاني: الجواز مع التره عنها وتفضيل تركها:

والقائلون بذلك يستحبون للموثق - إذا استغنى عن الأجرة - أن يتزه عنها، ويحتسب عمله عند الله تعالى، ويجعل كتابته بين الناس، بمنزلة شكره الله على نعمة الكتابة التي علمه إياها، وكذا على معرفة أحكام الشريعة، وهو أبرأ للدين والعرض، وقد نقل لنا الونشريسي في منهجه، عن الموثق ابن عبد الغفور⁽⁶⁾ قوله: «أخذت درهمين على وثيقة لطيفة، فرأيت في النوم ثلاث مرات بعد أن سألت الله تعالى أن يريني ذلك، فرأيت ما يقتضي أن التزه عنها أفضل»⁽⁷⁾. وهو ما أكده ابن سهل في

(1) - الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 271.

(2) - عاش في منتصف المائة الثالثة، ابن أبي الضياف، تحاف أهل الزمان، ج8، ص 44-155-162.

(3) - عاش في أوائل المائة الخامسة، ابن بشكوال الصلة، ج1، ص 262.

(4) - الحشني، طبقات إفريقية، ص 218، اعتناء محمد بن أبي الشنب، مطبعة الشرقية بوردان، الجزائر 1915م.

(5) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 285، الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 103.

(6) - أبو قاسم خلف بن مسلمة بن الغفور، فقيه حافظ، تولى قضاء بلدة، «أقليش» من أعمال طليطلة، ألف كتاب «الاستغناء في

آداب القضاء» قال عنه، ابن فرحون، عظيم الفائدة، نحو خمسين جزءاً، توفي سنة 440هـ. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج1،

ص351، الحجوي، الفكر السامي وأدلته، ج2، ص 210.

(7) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 105.

نوازه أيضا فقال ما نصه: «... ولم يحفظ عن ابن العطار رحمه الله تعالى أنه أخذ عليها أجرا قط، وقد أخذ من لا يحسن إحسانه، ولا يقوم مقامه، وليس على الآخذ عيب إذا قصد الحق، وتحري الصدق، ولكن التارك أفضل بإجماع من الأئمة، لقوله تعالى: ﴿وَأَحْسِنَ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾⁽¹⁾»⁽²⁾.

ويريد إجماع القائلين بجواز أخذ الأجرة، ولكن تركها أفضل، لأن ذلك من باب الشكر لله لما علمه من الكتابة وشرفه من العلم، وهو ما أشار إليه ابن عطية في محرره⁽³⁾، وابن فرحون في تبصرته⁽⁴⁾، والونشريسي في منهجه⁽⁵⁾.

كما نجد ابن المناصف أيضا وهو يؤكد على جواز أخذ الأجرة على كتابة الوثائق، يبين أن الأولى تركها إذا استغنى الموثق عن ذلك، فيقول: «وإذا ثبت أخذ الأجرة على الكتابة، فالأولى لمن قدر واستغنى التزهر عن ذلك واحتساب عمله عند الله تعالى»⁽⁶⁾.

مما يفيد أن هذه الوظيفة، وإن جاز أخذ الأجرة عنها، إلا أنها تعتبر من الناحية الشرعية غير مؤدى عنها⁽⁷⁾، وقد أثر عن كثير من أهل العلم والورع ممن كانوا يتعاطون هذه الوظيفة وهي الكتابة بين الناس، توثقا لمعاملاتهم وحقوقهم، أنهم كانوا يقومون بعملهم تحسبا لله تعالى، فلم يحك عن الصحابة رضي الله عنهم الذين كانوا يتولون كتابة الوثائق للناس، أنهم كانوا يتقاضون أجرا على ذلك، وكذا روي عن كثير من الموثقين العدول من السلف الصالح، أنهم كانوا يكتبون للناس ما يحتاجونه للتوثيق لحقوقهم، دون أن يكون لهم أجرا على ذلك، كخارجة بن زيد وطلحة الندي⁽⁸⁾. وكذا ما رواه الإمام مالك رحمه الله عن خارجة بن زيد ومجاهد⁽⁹⁾، وكذا ما روى عن ابن العطار (399هـ) الذي مارس مهنة التوثيق، والذي لم يحفظ عنه أنه أخذ محلها أجرا قط، إلا أنه كان لا يرى في أخذ الأجرة عيبا إذا كان متعاطيها قد «قصد الحق وتحري الصدق»⁽¹⁰⁾. وكذا ما جاء في ترجمة الفقيه

(1) - سورة القصص، الآية: 77.

(2) - ابن سهل، لإعلام بنوازل الأحكام، ص 62-63، الونشريسي، المنهج الفائق، ج 1، ص 104.

(3) - ابن عطية، المحرر الوجيز، ج 2، ص 288.

(4) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 1، ص 286.

(5) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج 1، ص 104.

(6) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 1، ص 286. الونشريسي، المنهج الفائق، ج 1، ص 103-104.

(7) - محمد فتحة، أبحاث في تاريخ الغرب الإسلامي، ص 49.

(8) - أبو عبد الله المصعب، نسب قريش، ج 8، ص 273، الونشريسي، المنهج الفائق، ج 1، ص 104.

(9) - الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج 4، ص 78.

(10) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج 1، ص 104. المقرئ، نفع الطيب، ج 3، ص 197.

عبد الله بن أحمد المعافري (ت 443هـ) «الذي كان يعقدها ولا يأخذ عليها أجرا»⁽¹⁾، وكذا الفقيه الموثق ابن عتاب (ت 462هـ) «الذي كتب الوثائق مدة حياته فلم يأخذ عليها من أحد أجرا»⁽²⁾.

إلا أنه بالمقابل نجد أن هذه الوظيفة، كانت في الواقع مصدر رزق بالنسبة للأغلبية ممن انتحلوها، لما يحصلون عليه من مال لقاء كتابتهم وتحريرهم للعقود، وتوثيقهم لمعاملات الناس، ولم يكونوا يمتنعون عن ذلك، ولا يتحرجون من أخذ الأجرة، بل لقد نظموا أنفسهم تنظيماً شبيهاً بالحرف، واتخذوا لأنفسهم حوانيت بالقرب من الجوامع التي تنعقد بها مجالس القضاء⁽³⁾ يزاولون بها هذا العمل، فقد تجبر الضرورة هؤلاء الموثقين على تقاضي الأجرة على هذه المهنة، إذ قد يصعب على من يستغرق هذا العمل كل وقته، وليس له مصدراً آخر من الرزق، أن لا يأخذ الأجرة عليه، لأن ذلك يضر به، ويفقده الكثير من مصالحه⁽⁴⁾، وقد كان من هؤلاء من كان في عصر الصحابة، حيث لم تتشعب المعاملات ولم تكثر الحاجيات، ومع ذلك كان يأخذ عن التوثيق لحقوق الناس بكتابة الوثائق أجرة وعوضاً، فقد روي «عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أنه كان يأخذ الأجر على القضاء»⁽⁵⁾، كما روي عن عمر رضي الله عنه أنه فرض رزقاً لابن مسعود وعمار، وشريح، لما ولاهم القضاء⁽⁶⁾، فما بالك كون هؤلاء الموثقين في زمان كثرت فيه متطلبات الحياة وصعبت، حيث وجدت هذه الطائفة نفسها - نظراً لظروفها المادية، ومع تطور حاجيات المجتمع - مضطرة إلى التكيف مع هذه التطورات، وتنظيم نفسها بشكل يسهل الإقبال على خدماتها، وبالتالي أخذ الأجرة عليها كسائر الحرف والمهن، وقد صار ذلك عرفاً تعود عليه الشهود والعدول والموثقون، وصاروا يعيشون منه ولم يعد مشكلة بالنسبة لأواخر القرن الوسيط⁽⁷⁾، (القرن الثامن والتاسع تقريباً)، فلو منع الموثق من أخذ الأجرة على كتابته الوثائق، لعدم من يكتب للناس حوائجهم ويوثق لهم معاملاتهم، لأنه نظراً لما في كتابة الوثائق من مشقة وقضاء وقت طويل وجهد كبير، مع كونها غير واجبة على الموثق، فإنه سيمتنع عن الكتابة والتوثيق لحقوق الناس دون مقابل، وبذلك تضيع مصالحهم.

(1) - ابن شكوال، الصلة، ج2، ص 419.

(2) - ابن شكوال، المصدر نفسه، ج3، ص 798.

(3) - محمد فتحة، أبحاث في تاريخ الغرب الإسلامي، ص 49.

(4) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 286. الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 103.

(5) - ابن بطلال، شرحه على صحيح البخاري، ج8، ص 239. ابن حجر، فتح الباري، ج1، ص 254.

(6) - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب رزق الحكام، ج8، ص 111. ابن بطلال، المصدر نفسه، ج8، ص 239.

(7) - محمد فتحة، أبحاث في تاريخ الغرب الإسلامي، ص 50.

الرأي الثاني: عدم جواز أخذ الأجرة

خالف فيه بعض الفقهاء من المالكية، ما ذهب إليه جمهورهم، فقالوا بعدم جواز أخذ الأجرة على الكتابة، ويمثل هذا الرأي كل من أبي الحسن الرجرجاني⁽¹⁾ ولسان الدين بن الخطيب، وهؤلاء انقسموا إلى قسمين:

الأول: المنع عن أخذ الأجرة على الكتابة مقترنة بالشهادة

وهو مذهب الرجرجاني، حيث أورد كل من الونشريسي في منهجه، وابن الخطيب في «مثلى الطريقة» آراءه في هذه القضية، التي تكلم عنها أثناء شرحه للمدونة في كتابه الموسوم⁽²⁾ بـ «مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح مشكلات المدونة» حيث فرق بين مجرد الكتابة دون الشهادة، فلا إشكال في جواز أخذ الأجرة على ذلك، لبقائه على الأصل في الحل ولعدم ورود دليل على تحريمه وهو بهذا يوافق رأي الجمهور، وبين كتابة الوثيقة مع الشهادة فيها فلا تجوز، فقد جاء في المنهج الفائق ما يبين ذلك مع شدة إنكاره على المتقاضين للأجرة ما نصه: «إن كان يكتب الوثيقة ولا يشهد فيها، فلا إشكال في جواز أخذ الأجرة على ذلك، يعني لأنه يجري مجرى النساخ وكاتب الرسائل، قال: وإن كان يكتب الوثيقة ويشهد فيها، فقد استمر عملهم في مشارق الأرض ومغاربها على أخذ الإجارة على ذلك...ويا ليت شعري من أين أخذوا ذلك؟»⁽³⁾.

فأراه أن الأجرة على كتب الوثيقة والشهادة فيها لا يجوز، وهو في رأيه من باب بيع الشهادة، وذلك لا يجوز، ولأنه لا دليل على جواز أخذ الأجرة، كما جاء عنه في المنهج وفي مثلى الطريقة قوله مستنكرا على من يتقاضون الأجرة على الكتابة والشهادة عليها ما نصه: «وقد استمر عملهم في مشارف الأرض ومغاربها على أخذ الإجارة على ذلك، واتخذوا لذلك في أمهات البلدان أسواقا يجلسون فيها لبيع الشهادة، ويرون ذلك من أطيب المباحات، ويا ليت شعري من أين أخذوا ذلك؟ هل وجدوا نصا للإمام أبي عبد الله مالك بن أنس رحمه الله تعالى، أو لأحد الصحابة أو غيرهم؟

(1) - هو أبو الحسن علي بن سعيد الرجرجاني، عاش في أواسط القرن السابع، الفقيه الفروعى، كان ماهرا بالعربية، له مناهج التحصيل وهو شرحه على المدونة الموسوم بـ: «مناهج التحصيل، ونتائج لطائف التأويل في شرح مشكلات المدونة وقد فرغ من تأليفه سنة 633هـ، يخص فيه ما للأئمة من المالكية من التأويلات، واعتمد على كلام ابن رشد والقاضي عياض، وتخريجات أبي الحسن القابسي. أحمد بابا التنبكي، نيل الابتهاج، ص 200.

(2) - وقد ذكر هذا الكتاب، الونشريسي في منهجه، ج1، ص 106-107. وهو كتاب مطبوع في عشر مجلدات.

(3) - ابن الخطيب، مثلى الطريقة، ص 18 (طبعة الجزائر...)، ص 85-86 (الطبعة المغربية...). الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 106-107.

هيات لغريق يتعلق بأرجل الضفادع»⁽¹⁾.

وفي ذلك إشارة إلى أن كتابة الوثائق مقترنة مع الشهادة عليها، كانت أمرا شائعا في عصر الرجراجي - وهو القرن السابع الهجري - وكان يؤخذ على ذلك الأجرة، وأنه صار أمرا متعارفا بين الناس حيث استمر العمل على ذلك في مشارق الأرض ومغاربها، بل إن الموثق أو الكاتب لو اقتصر على الكتابة وحدها، ولم يشهد لصاحب الوثيقة، لم يأتها لكتابتها ولا أعطاه أجرا، ولما قصده أحد لذلك⁽²⁾.

و في ذلك دلالة على جواز أخذ الأجرة على ذلك «لو كان حراما ما جاز تواطؤ أهل الأرض عليه مع وجود العلماء وموالاته الموثقين للقضاة والفقهاء ولا نكير لهم»⁽³⁾ فهو بذلك إجماع منهم على ذلك ولو سكوتيا، كما أن أخذ هؤلاء الموثقين للأجرة مع الشهادة ليس فيه بيع للشهادة، لأنهم إنما يأخذون تلك الأجرة مقابل الكتابة فقط، وأما الشهادة فهي تبع فلا أجرة عليها، أي أن ذلك من باب تحصيل الحاصل ليس إلا، خاصة وأن الرجراجي نفسه، ممن يميز لكاتب الوثيقة أخذ الأجرة عليها إذا كانت مجردة عن الشهادة، وهو ما رد به الونشريسي على الرجراجي، فأورد ما نصه: «وقال ابن بري في قول صاحب المناهج (أي الرجراجي): "بيعون الشهادة في الأسواق"، تهويل وشناعة عليهم، إذ جعل إنما هو على الكتب فقط ولا حظ للشهادة فيه... فإن العدالة تنافي لحوق هذه التهم»⁽⁴⁾. لأن الشهادة ما هي إلا تبع للكتابة، والتابع لا حظ له في العوض .

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن بعض المالكية ذهب إلى القول بجواز أخذ الأجرة على الكتابة وعلى الشهادة معا في آن واحد دون التفرقة بينهما، واشترط لذلك كون الشاهد منقطعاً عن أسبابه إليها، أو كان له من المعرفة ما يفتقر بها إليه لعدم وجود غيره، في النظر في الوثيقة ليصححها فقها وكتابة، باعتبار سلامتها من اللحن، فيجوز له أخذ الأجرة وإلا فلا⁽⁵⁾.

(1) - ابن الخطيب، المصدر نفسه، ص 18 (طبعة، الجزائر...)، ص 85-86 (الطبعة المغربية...). الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص 106-107.

(2) - وقد أورد الونشريسي أبياتا تدل على هذا المعنى:

سوق الوثيقة عند قوم نافق
لا خير في كتب الوثيقة وحدها
وأنا أعالج منه سوقا كاسدا
إلا إذا كان الموثق شاهدا

المنهج الفائق، ص1، ص 112.

(3) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 108.

(4) - الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص 111-112.

(5) - الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص 111.

الثاني: عدم أخذ الأجرة مطلقا

وهو مذهب من يرى عدم جواز أخذ الأجرة على كتابة الوثائق، مطلقا دون تفريق بين الكتابة مجردة أو مقترنة بالشهادة، ويمثله لسان الدين بن الخطيب، الذي ينكر إنكارا تاما للإجماع - ولوسكوتيا- الذي ساقه وتبناه الونشريسي فيما سبق، حول شرعية مهنة التوثيق، وقبول الانتصاب لها في محلات خاصة وفي أوقات معينة، وأخذ الأجرة عليها كغيرها من الحرف والمهن الأخرى⁽¹⁾.

وقد أُلّف في ذلك- كما أسلفت- كناشته المسماة: «مثلى الطريقة في ذم الوثيقة»، التي ذم فيها وانتقد صناعة التوثيق، وحمل فيها على الموثقين بذكر العديد من مثالبهم، ومنع أخذ الأجرة عليها مطلقا، سواء كانت مصحوبة بالشهادة أو مجردة عنها، فأخذها في نظره لا يجوز بالنظر إلى الفقه فضلا عن الورع⁽²⁾.

وقد استند ابن الخطيب إلى أدلة ليؤكد وينتصر لرأيه منها:

1/- إيراد لقاعدة وهي:

«ما أوجب الله تعالى على عبده لا يجوز أخذ الأجرة عليه، كإنقاذ الغرقى وشبهه للقادر عليه»⁽³⁾.

ويوافق ابن الخطيب في هذا الرأي - وهو عدم جواز أخذ الأجرة على الفروض - جملة من الفقهاء، منهم ابن العربي، الذي قال بعد أن ذكر أقوال العلماء في حكم أمر الكاتب بالكتابة، ما نصه: «والصحيح أنه أمر إرشاد، فلا يكتب حتى يأخذ حقه»⁽⁴⁾ فيفهم من كلامه أن القول بجواز أخذ الأجرة مرتبط بكون الأمر بالكتابة للندب والإرشاد، فإذا كان الأمر فيها للوجوب، فيتعين على الكاتب ألا يأخذ الأجرة عليها وكذا ما ذهب إليه القرطبي في جامعهم، بأنه لو كانت الكتابة واجبة لما صح الاستتجار عليها، لأن الإجارة على فعل الفروض والواجبات باطلة، وأن العلماء لم يختلفوا في جواز أخذ الأجرة على كتب الوثائق، فدل ذلك على أن كتابتها ليست بفرض⁽⁵⁾.

ولكن ليس كل فرض يمنع أخذ الأجرة عليه، فتعليم القرآن مثلا فرض كفاية، ولكن يجوز

(1) - ابن الخطيب، مثلى الطريقة، ص 36-37.

(2) - ابن الخطيب، المصدر نفسه، ص 17-18.

(3) - ابن الخطيب، المصدر نفسه، ص 17.

(4) - ابن العربي، أحكام القرآن، ج 1، ص 367.

(5) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 2، ص 1193.

لمعلمه أخذ الأجرة على ذلك، وهو مذهب مالك - رحمه الله - وجل أهل العلم⁽¹⁾.

2/- كما يستدل ابن الخطيب على عدم جواز أخذ الأجرة على التوثيق لعقود الناس وحقوقهم بالكتابة، أنه حتى مع فرض جواز أخذ الأجرة على الكتابة وحدها مجردة عن الشهادة، فإن ذلك أيضا يعتبر حسب رأيه - محل شبهة، والورع يقتضي التزهر عنه⁽²⁾.

و لكن - كما رد عليه الونشريسي - دليله هذا يستقيم لو أن الموثق غير منتصب لهذه الوظيفة، وكان يكتب للناس نادرا بعض الوثائق لمن طلبها منه، فالأحرى به هنا أن يتعفف عن أخذ الأجرة عليها، وجمهور العلماء متفقون مع ابن الخطيب في هذا - كما أشرت من قبل - وذلك أنهم مع القول بجواز الأجرة إلا أنهم يفضلون عدم أخذها والتزهر عنها، من باب شكر الله تعالى على علمهم بالكتابة⁽³⁾، لا كما اعتبرها ابن الخطيب أنها محل الشبهة.

الترجيح: وعلى هذا، فإن قول جمهور العلماء من مالكية وغيرهم، بجواز أخذ الأجرة على كتابة الوثائق، هو الراجح وهو ما قال به الونشريسي في منهجه، لما فيه من تحقيق المصلحة، إذ لو لم يجعل للموثق أجرة على عمله، للحقه ضرر كبير نتيجة قضائه وقتا من حياته في هذا العمل دون عوض، مما يفوت عليه كثير من مصالحه⁽⁴⁾.

كما أن في عدم إعطاء الموثق الأجرة على عمله، إحجام الكثير من الناس عن تعلم هذا العلم، ونفع الناس الآخرين به، وبذلك يقعون في ضيق وحرَج، لعدم تمكنهم من التوثيق لمعاملاتهم وحقوقهم، بتوثيقها وكتابتها⁽⁵⁾.

ولا يضر هذا، ما نقرأه عن كثير من هؤلاء الموثقين الذين أشار إليهم ابن الخطيب وغيره ممن أنكروا أخذ الأجرة أو تكلم فيها، سواء من باب الفقه أو من باب الورع، أنهم كانوا يستنكفون عن أخذ الأجرة ويسميهم ابن الخطيب فيقول: «كيني الجد بأشبيلية، وبني خليل وغيرهم من بلاد الأندلس، الذين كانوا يتعيشون من فضول أملاكهم، ويستغنون بذلك عن أجرة الوثيقة»⁽⁶⁾، وغير

(1) - الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج3، ص396. ابن رشد (الجد): مسائل ابن رشد، تحقيق: محمد الحبيب التحكاني، ط2، بيروت: دار الجيل، المغرب: دار الآفاق الجديدة، 1993، ج1، ص182-183، القراني، الذخيرة، ج2، ص186.

(2) - ابن الخطيب، مثلى الطريقة، ص18.

(3) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص104.

(4) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص286. الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص111، 113.

(5) - محمد العامر، علم الشروط، ص112.

(6) - ابن الخطيب، مثلى الطريقة، ص40-41.

هؤلاء من الموثقين الذين كانوا لا يأخذون أجرا على مهمة التوثيق بين الناس، كابن العطار، وابن عرفة... وغيرهما، وهؤلاء في الحقيقة، حالات زهاد أو رجال ذوي مكانة اجتماعية وعلمية مرموقة، حبسهم الورع عن تقاضي الأجر، فاكتفوا بشرف اللقب، حيث تنازل بعضهم إلى قبول الصدقة أو الزكاة، بينما ترفع بعضهم الآخر وهم الأقلية فأمسكوا أيديهم عن كل أجر، واعتبروا عملهم نوعا من الصدقة في سبيل الله⁽¹⁾.

ولكن بالمقابل نجد أن التوثيق لحقوق الناس بكتابة عقودهم ومعاملاتهم، أصبحت في الواقع، مصدر رزق و ثراء بالنسبة لكثير من الموثقين، نظرا لما يحصلون عليه من مال كأجرة مقابل شهادتهم وتحريرهم للعقود، بل إننا نجد حتى هؤلاء الذين عارضوا بشدة تقاضي الأجرة على الوثائق، وكانوا يتخرجون منها، أجبرت الظروف والضرورة العديد منهم بعد الصمود والثبات طويلا، أمام ضغط الحاجة وعجلة التطور الحاصل في بلادهم، إلى أن ينتهي الأمر بهم إلى أن يتساحوا في اعتبار جواز تقاضي الأجرة، ويقبلون بها⁽²⁾، كالفقيه القاضي، الآجمي (ت749هـ)، الذي عمل كعدل أو موثق فيما بعد، واكتفى بدينار في كل يوم يدفعه إليه الموثقون العاملون في دكانه، والذين كانوا يربحون أضعاف ذلك⁽³⁾. وغيره، كابن قداح (ت734هـ)⁽⁴⁾، والآبي (ت828هـ)⁽⁵⁾، والبرزلي (ت833هـ) أو 842هـ⁽⁶⁾، وابن ناجي (ت837هـ)⁽⁷⁾، وابن عرفة (ت803هـ)⁽⁸⁾ وغيرهم.

هذا ثم يدخل في هذه المسألة، بعض المسائل التي أشار ونبه إليها الونشريسي في منهجه ومن ذلك المسائل الآتية:

(1) - عبد المجيد تركي، قضايا ثقافية، ص 284.

(2) - عبد المجيد تركي، قضايا ثقافية، ص 286.

(3) - الونشريسي المعيار، ج10، ص5. محمد مخلوف شجرة النور، ص210. محمد فتحة، أبحاث في تاريخ الغرب الإسلامي، ص50.

(4) - محمد مخلوف المصدر نفسه، ص 207.

(5) - محمد مخلوف المصدر نفسه، ص 244.

(6) - السخاوي، الضوء اللامع، ج1 ص433. ابن مريم، البستان، ص150-151. محمد مخلوف، المصدر نفسه، ص 245.

(7) - ابن أبي الضياف، إتحاف أهل الزمان، ج7، ص62. التنبكي، نيل الإبتهاج، ص225-226. محمد مخلوف، المصدر نفسه، ص247.

(8) - محمد مخلوف، المصدر نفسه، ص 247.

المسألة الأولى: الطرف الملتزم بالأجرة

ذهب جمهور العلماء⁽¹⁾، إلى جواز أخذ الأجرة لمن يتولى التوثق لحقوق الناس من بيت المال، كما تجوز لكل من يتولى وظيفة من الوظائف الاجتماعية الأخرى، أو مصلحة من مصالح المسلمين⁽²⁾.

والدليل على ذلك، الحديث الذي رواه البخاري عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال لعبد الله بن السعدي⁽³⁾، «ألم أحدث أنك تلي من أعمال الناس أعمالاً، فإذا أعطيت العمالة كرهتها؟ فقلت: بلى، فقال عمر، ما تريد إلى ذلك؟ قلت: إن لي أفراساً وأعبداً، وأنا بخير، وأريد أن تكون عمالي صدقة على المسلمين، فقال عمر: لا تفعل، فإني كنت أردت الذي أردت، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطيني العطاء، فأقول: أعطه أفقر إليه مني، حتى أعطيني مرة مالا، فقلت: أعطه أفقر مني فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «خذه فتموله وتصدق به، فما جاءك من هذا المال وأنت غير مشرف ولا سائل فخذ، وإلا فلا تتبعه نفسك»⁽⁴⁾.

ولذلك جاء في شرح ابن بطل ما نصه: «في هذا الحديث: الدليل الواضح على أن لمن شغل بشيء من أعمال المسلمين، أخذ الرزق على عمله بذلك وذلك كالولاية والقضاة وجباة الفيء وعمال الصدقة وشبههم، لإعطاء رسول الله صلى الله عليه وسلم عمر العمالة على عمله الذي استعمله عليه، فكذلك سبيل كل مشغول بشيء من أعمالهم، له من الرزق على قدر استحقاقه عليه سبيل عمر في ذلك»⁽⁵⁾.

كما جاء في المنهج الفائق ما نصه: «وأما الارتزاق على التحمل من بيت المال وأموال المصالح والأوقاف التي تتبع ذلك، فحائز على المذهب كما جاز ذلك لإمام الصلاة والحاكم والمدرس والمفتي والقاسم»⁽⁶⁾.

(1) - يشير الونشريسي في المنهج إلى بعض من خالف فممنع أخذ الأجرة من بيت المال، وإن كان التحمل للشهادة أو الكتابة فرض كفاية، ولو تعلق به مصلحة عامة وهما: أبو حامد الإسفراييني (ت406هـ)، وابن الصباغ (ت477هـ). المنهج الفائق، ج1، ص119.

(2) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص117-120.

(3) - عبد الله بن وقدان بن عبد شمس السعدي، لأن أباه كان مسترضعا في بني سعد، مات بالمدينة سنة 57هـ. ابن حجر، فتح الباري، ج13، ص162.

(4) - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب رزق الحكام والعاملين عليها، ج8، ص111.

(5) - ابن بطل، شرحه على صحيح البخاري، ج8، ص238. ابن حجر، فتح الباري، ج13، ص154.

(6) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص117.

مع العلم أن العلماء لم يتخرجوا من أخذ الأجرة من بيت المال وأجازوها، وإنما تخرج بعضهم مما يؤخذ من الناس، وقد قال الإمام مالك رحمه الله في قسّام القاضي: «لا أرى أن يأخذوا على القسم أجرا»⁽¹⁾، مع أنه يرى جواز أخذ العمال والقضاة أجرهم على أعمالهم، وقد علل كراهيته لأخذ قسّام القاضي الأجرة على عملهم بخلاف العمال والقضاة، بأن القسّام إنما يأخذونها من أموال الناس، وقد تكون من أموال اليتامى، وأما أرزاق العمال فإنما يأخذونها من بيت المال، فإذا جعلت أجرة القسّام من بيت المال، فلا كراهة حينئذ عند مالك رحمه الله فيجوز أخذها⁽²⁾.

هذا وتجدد الإشارة هنا، إلى أن ابن الخطيب - مع قوله بعدم جواز أخذ الأجرة على الكتابة كيفما كانت صورتها - فإنه يستثني من ذلك حالة يجوز فيها للكاتب أخذ الأجرة، وهي أن يكون الموثق يتقاضى أجره من بيت المال، وأموال المصالح والأوقاف التي تسع ذلك، ويجري عليه مثلما يجري على إمام الصلاة بالمسجد، فكأنه بذلك يقترح حلا يراه كفيلا بتجاوز تلك المؤاخذات والنقائص التي سجلت على مهنة التوثيق عند مراقبة هؤلاء الموثقين الذين يأخذون الأجرة عليها، فقد جاء في «مثلى الطريقة» ما نصه: «فإن قيل: ترك الأجرة وقبول العوض في هذا الأمر، يدعو إلى تعطيله، فيفقد الناس منفعة هذه الطريقة، قلت: الإنصاف فيها اليوم أن لو كان متوليها يرتزق من بيت المال وأموال المصالح والأوقاف التي تسع ذلك، وحال الجماهير في فقدها والاضطرار إليها، ورفع أمورهم إلى السلطان، ورغبتهم في نصب من يتولى ذلك، حالهم في فقدان أئمة الصلاة في المساجد الراتبية في جريانه من بيت المال، لعلّة التزامهم وارتباطهم فقط»⁽³⁾. وهي العلة التي رجحها ابن رشد الجد في مسأله في تعليل جواز أخذ معلم القرآن للأجرة، حيث قال: «ولم يجب على أحد أن يترك أشغاله ومنافعه ويجلس لتعليم القرآن، كان له أن يأخذ الأجرة على ذلك»⁽⁴⁾.

ولعلنا نفهم من اقتراحه هذا، أنه يريد أن تصبح مهنة التوثيق وكتابة العقود توثقا لحقوق الناس وأموالهم، ووظيفة رسمية من جملة الوظائف الدينية التي يؤدي أجرها من بيت مال المسلمين، كإمامة الصلاة وغيرها... وهي لفئة مهمة منه، مؤداها أن علم التوثيق أو التوثق لحقوق الناس بالكتابة، هو من أساسه وظيفة دينية كما ذكر ذلك ابن خلدون أيضا، ولذلك فالأصل أن يتولاها من كان ملما بالإحكام الشرعية، وبكل ما يقتضيه فقه الوثائق، وكونها من الولايات والأعمال الرسمية التي ينبغي

(1) - الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 270-271.

(2) - الإمام مالك، المصدر نفسه، ج4، ص 271. ابن بطال، شرحه على صحيح البخاري، ج8، ص239.

(3) - ابن الخطيب، مثلى الطريقة، ص 39.

(4) - ابن رشد، مسائل ابن رشد، ج1، ص183.

الاعتناء بها.

فبيت مال المسلمين إذن، هو من يتكفل بإعطاء الأجور لكل من يتولى أمور المسلمين ومصالحهم حتى لا تنقطع، بل إن من العلماء من نص على أن على بيت المال أن توفر مستلزمات الكاتب والقاضي لكتابة العقود والأحكام، من الورق وكل ما يعينه على أداء عمله، فقد نقل لنا الونشريسي في منهجه عن المتيطي قوله: «ورأى مالك أن تكون أجرة القسام، شرط القاضي، وكاتبه، وثن الرق الذي تعقد فيه أحكامه من بيت المال»⁽¹⁾.

كما جاء في المنهج أيضا التأكيد على أن أجرة الموثق ومن يقوم مقامه من أصحاب المهن والوظائف، إنما هي من بيت المال وأنها تعطيتهم وتوفر لهم من الرزق ما يغنيهم عن الاحتراف وطلب الرزق ونصه: «وعلى الإمام أن يفرض لمن نصب نفسه لتدريس الفقه والفتوى في الأحكام، ما يغنيه عن الاحتراف ويكون ذلك من بيت المال»⁽²⁾.

وهذا إذا لم يتعذر بأن كان دخل بيت المال يسمح بذلك، وإلا فإن أجرة الموثق تكون على طالب الكتابة، أي المتعاقدين⁽³⁾، كما جاء في التفريع لابن الجلاب ما يفيد ذلك فقال: «وأجرة الكاتب عليهما جميعا وإن كانت لجماعة حق على رجل، فكتبوا عليه بذلك كتابا واحدا وسهامهم فيه مختلفة، فإن أجرة الكاتب بينهم بالسوية»⁽⁴⁾.

المسألة الثانية: وقت تعيين الأجرة ومقدارها:

أولا: وقت تعيين الأجرة: وعلى القول بجواز الأجرة على كتابة الوثائق، فإن العلماء اختلفوا في وقت تعيين أجرة الموثق، هل تكون قبل الشروع في الكتب أم بعده؟ ومعناه إما أن تسمى الأجرة بين الموثق والمستوثق وإما أن لا تسمى، وذلك على النحو الآتي:

1- أن تسمى الأجرة بين الموثق والمستوثق قبل الشروع في الكتابة، لجهل الموثق بالمكتوب، إذ لا يمكن حصره في مقدار أو أسطر معينة حتى لا يتعداه، وهو قول للمازري⁽⁵⁾ - رحمه الله - كما

(1) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 133.

(2) - الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص 120.

(3) - الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص 121. الخطاب، مواهب الجليل، ج4، ص 98.

(4) - ابن الجلاب، التفريع، ج2، ص 248.

(5) - هو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي، قيل أصله من مازر من جزيرة صقلية، أحد أعلام المالكية، اشتهر بالإمام، أخذ عن اللخمي وغيره، من مؤلفاته: «شرح التلقين للقاضي عبد الوهاب»، «والمعلم في شرح مسلم»، توفي سنة 536هـ. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج2، ص 251.

حكاه عنه الونشريسي⁽¹⁾.

وجاء في التبصرة الفرعونية، والمنهج الونشريسي، عن ابن المناصف في تنبيه الحكام، قوله: «وإذا لم يكن بد من أخذ الأجرة فنقول: وجه الإجارة أن يسمى الأجرة ويعين العمل، فإن وافق الكاتب المكتوب له على ذلك، وجاء الكتاب على ما اتفق معه عليه، فهي إجارة صحيحة»⁽²⁾.

2- أن تسمى أجرة الموثق بعد الفراغ من كتابة الوثيقة، وذلك للجهل بمقدار الأجرة، وقد لا يحصل الاتفاق بين الموثق والمستوثق في مقدار الأجرة فيتم العمل مجاناً⁽³⁾. فإذا قام الموثق بتحرير الوثيقة دون تسميته أجرة له على عمله، فإن ما يأخذه حينئذ مقابل عمله، يكون:

- إما من باب هبة الثواب⁽⁴⁾ وذلك لكونه ليس من باب الإجارة، لأن العوض مجهول للموثق، والإجارة من شروطها أن يكون العوض معلوماً، كما أنه ليس من باب الهبة المطلقة، لأن الموثق لم يقصد إلا أخذ العوض على عمله وإن لم يحدده مسبقاً، وتركه لمروءة وكرم المستوثق، ولذلك وجد ابن المناصف تكييفاً لهذه المسألة وهي أن ما يأخذه يكون من باب هبة الثواب. وفي ذلك يقول في تنبيهه: «وإن لم يوافق الكاتب المكتوب له على شيء فهاهنا نظر: وعلى هذا الوجه غالب كتابات الناس اليوم، لأن الموثقين يتعففون عن ذكر ذلك، من باب الحياء والمروءة، لئلا يتزلوا منزلة أهل الحرف... في المكاسب والمشاحة، وهذا غرض حسن... إن كان فاعل ذلك يقنع بما أعطي على عمله بعد إكماله... وهذا النوع إجارة حقيقية لأن ما يعاوض به مجهول عند الكاتب... وليس ذلك من الكاتب على سبيل الهبة المطلقة لأنه لم يرد إلا المعاوضة على عمله... ففعله محمول على طلب الثواب من المكتوب له بحسب ما أدته مروءته إليه... وذلك أصل هبة الثواب»⁽⁵⁾.

فابن المناصف يؤكد لنا أن ما اشتهر بين الموثقين في عصره - أي القرن السادس الهجري وبداية السابع - وتعارفوا عليه، هو عدم تسمية الأجرة، وإنما يعطون من الأجر على سبيل المروءة والكرم، ولكنه كيف ذلك تكييفاً فقهيًا، فسماه «هبة الثواب».

- أو من باب أجرة المثل: وذلك لأن ما يأخذه الموثق من أجرة بعد إكمال عمله، هي إجارة

(1) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 150.

(2) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 286-287، الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص 113.

(3) - الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص 150.

(4) - هبة الثواب: هي التي يقصد بها عوضاً مالياً، بخلاف الهبة المطلقة التي هي العطية لوجه المعطى من غير عوض مالي. الإمام مالك المدونة الكبرى، ج4، ص 323-324.

(5) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 287، الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 151.

صحيحة ويرجع في تقديرها إلى أجرة المثل، وهذا الذي عليه جمهور الفقهاء، فقد جاء في المعيار للونشريسي، أن ما له أجرة معلومة من الوثائق معروفة لدى الناس، فلا يحتاج فيه إلى التسمية، والعادة فيه كالتسمية⁽¹⁾ ولم يعتبرها هبة ثواب - كما فعل ابن المناصف - بل اعتبرها إجارة صحيحة، ولو بلا تسمية إذا كان العرف يقضي بذلك، وأما بعض الوثائق التي تقل كتابتها ولم يحدد العرف أجرتها، فيرى الونشريسي، أنه لا بد فيها من التسمية قبل قيام الموثق بكتابتها، «إلا أن يكون الكاتب كريم الطباع يقبل ما أعطي له فلا يحتاج إلى تسمية»⁽²⁾.

هذا وقد استحسن بعضهم تسمية الأجرة قبل الشروع في العمل، وذلك للخروج عن الخلاف، لأن الوثائق مبناها على الاحتياط والابتعاد عن الخلاف، ولذلك نجد الإمام مالك رحمه الله - كما نقل لنا الونشريسي في معياره - يؤكد ذلك بقوله: «والتسمية أحب إلي»⁽³⁾.

ونلاحظ من خلال نازلتين في المعيار، أن المفتين كانوا يرفضون تحرير الوثائق قبل الاتفاق على أجرة معلومة - وقد كانت تلك عادة جارية بفاس وبعض أنحاء المغرب - وكانوا يلحون على ضرورة البت في الأجرة قبل أي شيء آخر، كما كانوا يطلبون من الموثقين إطلاع روادهم خصوصا من البدويين على الأسعار الفعلية المعمول بها في بلادهم⁽⁴⁾، ويتفقون معهم على ذلك اتفاقا صريحا وتاما.

ثانيا- مقدار الأجرة: أما عن تحديد مقدار الأجرة، فإن معظم الفقهاء قد أوقفوا ذلك على مقتضى عادات وأعراف الناس، فتركوه حسب الاتفاق القائم على ذلك بين الموثق والمستوثق⁽⁵⁾، إلا أن البعض منهم قد حرص على تحديد قيمة مضبوطة معينة لا يجب بأي حال تجاوزها، ولذلك وكمحاوله لضبط مداخل الموثقين، نجد البرزلي الموثق القيرواني، قد أفق بأن تكون الأجرة بمقدار عشرة دراهم في اليوم، لا تتعداه⁽⁶⁾، بينما نجد ابن ناجي امتنع عن تحديد نسبة ما، إذ العبرة في نظره ليست في كمية ما يتقاضاه العدل من أجرة، بل في حظ عمله من الورع والصدق⁽⁷⁾، وكذا ما يلحقه من مشقة في كتابتها.

كما أن الونشريسي نقل لنا إجابة أحد الفقهاء، عن سؤال أحد الموثقين، وهو إذا أعطي الموثق

(1) - الونشريسي، المعيار، ج5، ص 154، وج10، ص 184.

(2) - الونشريسي، المصدر نفسه، ج5، ص 154.

(3) - الونشريسي، المصدر نفسه، ج5، ص 154.

(4) - من نازلة أجاب عنها الفقيه سيدي مصباح (ت750هـ). الونشريسي، المعيار، ج5، ص 154، وج10، ص 184.

(5) - الونشريسي، المعيار، ج5، ص 154، وج10، ص 184.

(6) - عبد المجيد تركي، قضايا ثقافية، ص 287. محمد فتحة، أبحاث في تاريخ الغرب الإسلامي، ص 50.

(7) - عبد المجيد تركي، المرجع نفسه، ص 287-288.

عن وثيقة كتبها أكثر من المعتاد أي مما يستحق على مثلها، فإنه⁽¹⁾:
- إن كان الموثق يعلم أن الذي أعطاه ذلك عارف بما يعطى على مثلها، وأن ما أعطاه أكثر مما يستحق، ساغ له أخذها إذا رضي ممتنه في الزيادة وله الخيار في ردها.
- وإن كان الموثق يعلم أن المستوثق لا يعرف أجره المثل، لم يسغ له أخذ هذه الزيادة، إلا بعد أن يعرفه بما وبما زاد، وهما بالخيار بعد ذلك، الدافع في استرجاعه، والقابض في قبوله.
- وإن كان الموثق يجهل حال المستوثق، هل يعرف أجره المثل، وأن ما أعطاه أكثر من ذلك أم لا؟ فإن كان من أهل الحضر وحقاقه كمن يباشر تكليف الموثقين بكتابة الوثائق، وله دراية بتلك الأمور، فهو محمول على العلم بأجرة المثل، ولكن تعريفه أحوط.
- وإن كان ممن لا يباشر تلك الأمور، أو كان بدويا لبعده عن هذه الأمور، أو امرأة لعدم مباشرتها وحضورها مثل هذه الأمور، فهؤلاء محمولون على الجهل بأجرة المثل، فوجب تعريفهم بما فتجوز الأجرة إذا بما اتفقا عليه قليلا أو كثيرا، إلا إذا اضطر المكتوب له (المستوثق) إلى الكاتب (الموثق) بأن لم يجد غيره، فلا يجوز للموثق أن يأخذ فوق ما يستحق، فإذا غالى في الأجرة، والحالة هذه عد ذلك "جرحة في حقه لأنه قد تعين عليه القيام بذلك من غير إضرار"⁽²⁾.

(1) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 106-107، والمعيار، ج10، ص 184.

(2) - المصدرين نفسهما.

المبحث الثاني: المستوثق

يتعلق الكلام في هذا المبحث عن أحد مقومات نظرية التوثيق للحق، وهو المستوثق، والمراد به المكتوب له إن كان العقد محررا في وثيقة، أو طرفي العقد في المعاملة الموثقة بأي وسيلة من وسائل التوثيق للحقوق، وهما الطرف الأول والثاني اللذان لا تقوم عملية التوثيق إلا بهما، وهما صاحب الحق، والذي عليه الحق، أو المستوثق له، والمستوثق منه، وقد يحتاجان إلى طرف ثالث وهو الموثق أو الكاتب، الذي يوثق لهما المعاملة بالشروط المعروفة، وقد سبق الكلام عنه في المبحث السابق.

المطلب الأول: تعريف المستوثق

سأعرف في هذا المطلب كل من المستوثق له والمستوثق منه، وأبين أصل حضورهما مجلس العقد، وعملية التوثيق للحق.

والمستوثق، بكسر الهمزة، هو الشخص المكتوب له، أو الطالب للتوثيق والمحرر له الوثيقة، والمقصود به طرفي العقد أو طرفي التصرف وهما المستوثق له، والمستوثق منه.

الفرع الأول: المستوثق له

بفتح الهمزة، وهو صاحب الحق الذي يريد التوثيق لحقه، وهو ما له على آخر حق، ويريد أن يوثقه أو يكتب به عليه، والذي إذا طلب الوثيقة ينبغي أن يجاب إليها⁽¹⁾.

الفرع الثاني: المستوثق منه:

بفتح الهمزة أيضا، وهو من عليه الحق الذي يملي إقراره في الوثيقة التي يحررها الكاتب بثبوت الحق عليه في قدره وجنسه وصفته وأجله، إلى غير ذلك، أو طرف ثالث هو الكاتب إن رضي هو ومن له الحق ذلك.

جاء في التفريع ما نصه: «من كان له على رجل حق، وأراد أن يكتب به عليه فينبغي أن يمله الذي عليه الحق، وإن أمله الذي له الحق بحضرتة ورضاه، فذلك جائز وإن أمله رجل غيرهما فرضيا به جميعا، فذلك جائز»⁽²⁾.

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 179.

(2) - ابن الجلاب، التفريع، ج2، ص 248.

الفرع الثالث: أصل حضور المستوثق:

وأصل حضور المستوثق له والمستوثق منه مجلس العقد للتوثيق للحق الذي بينهما، هو قوله تعالى: ﴿فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمْلِعَ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾⁽¹⁾.

فالآية الكريمة، اهتمت بالوثيقة ووضعت الأساس الذي تقوم عليه عملية التوثيق للحق إن بالكتابة أو غيرها، وهو كاتب الوثيقة وطرفي العقد أو التصرف، وهما المستوثق له والمستوثق منه ، ووضحت أن الكتابة تكون مبنية على العدل بين الطرفين، وأن الذي يقوم بالإملاء هو صاحب الحق، ويكون ذلك بحضور من عليه الحق، وأن يشهد على الكتاب، وأن الذي يملي الحق هو من عليه الحق ذاته، وأن ذلك بمثابة إقرار منه واعتراف بما عليه من الحق، في قدره وجنسه وصفته وأجله...⁽²⁾.

وهذا الإقرار لا بد أن يصدر ممن هو أهل لإصداره، ولذلك أشارت الآية إلى أنه في حالة ما إذا كان المستوثق منه، ليس أهلاً للإقرار، أن الذي يملي الوثيقة هو المسؤول عنه والناظر في شؤونه، وهو الولي أو الوصي، وقد يتعذر على من عليه الحق أن يحضر بنفسه إلى مجلس العقد فحينئذ ينوب عنه وكيله الذي يختاره لذلك.

كما أن صاحب الحق، يكون حاضراً بنفسه ليستمع إلى الإقرار بحقه فإن لم يستطع، يحضر عنه وليه أيضاً أو وصيه أو وكيله، للمصادقة على هذا الإقرار أو رفضه.

فالوثيقة فيها جانب الإلزام من المستوثق له، والإلتزام من المستوثق منه وهما أمران، يحتاجان من الملزم والمتلزم أن يكونا أهلاً للتصرف، سواء أكانا طرفين أصليين في العقد أم كانا ممن ينوب عنهما بأن كانا وليين أو وكيلين عنهما.

ولذلك كان عليّ دراسة بعض الأحكام والشروط المتعلقة بهما، لكونهما طرفا العقد لعملية التوثيق، وبدونهما لا تنعقد.

المطلب الثاني: شروط المستوثق

لصحة عملية التوثيق للحق بين المتعاقدين، أو طرفي العقد اللذان يباشران عملية التوثيق للمعاملة بينهما، يجب أن تتوفر فيهما الشروط اللازمة لانعقاد العقد والتعامل بينهما، سواء كان أصليين أو

(1) - سورة البقرة، الآية 282.

(2) - ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3 ص100، 102.

وليين عن الطرفين أو وكيلين عنهما، وهي الشروط التي نص عليها الفقهاء في أركان أي عقد من العقود.

الفرع الأول: شروط المستوثق إن كان أصليا

والمستوثق إما أن يكون مستوثقا له أو مستوثقا منه، فإنه يجب أن تكون له أهلية كاملة تجعله صالحا لأن تثبت له حقوقه بعملية التوثيق، وأن تصح تصرفاته بصحة عبارته، فيصح منه التوثيق عند إملائه الحق الذي له أو عليه.

1- المستوثق له:

هو من له الحق على غيره، أو هو طالب الوثيقة والذي ينبغي أن يجاب إذا طلبها⁽¹⁾، فشرطه الأهلية التي تجعله صالحا لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، وهي ما تسمى بأهلية الوجوب، ومناطقها العقل والبلوغ، والرشد، والحرية، وحينئذ تكون كاملة، وقد تكون ناقصة به، وذلك عند كونه جنينا قبل انفصاله عن أمه، فيصلح وهو كذلك أن تجب له حقوق، ولكن لا يجب عليه شيء من الحقوق أو الواجبات.

ومن ذلك التوثيق للحقوق، فيجب للشخص التوثيق لحقوقه من أموال وغيرها، وهو جنين في بطن أمه، لأنها تجب له على غيره منذ ذلك، كالوصية والإرث والنسب... وذلك حماية لحقوقه، ولكن لا يجب عليه شيء منها، لعدم صلاحيته أن يجب عليه الحق، فلا يلزم بالنفقة على أقاربه مثلا... ومن ثم فوليه ملزم بالتوثيق له في حقوقه لحفظها له وهو جنين من الاعتداء أو الضياع، فيحتاج لماله، ويتوثق لنصيبه من التركة أو الإرث وهو جنين، وذلك بأن يؤتى بكفيل من الورثة لرد ماله، ويوقف له شيء من التركة ولا يعطى للورثة⁽²⁾، حفاظا على حقوقه.

2- المستوثق منه:

وهو معطي الوثيقة، أو هو الشخص الذي وجب عليه الحق، والوثيقة نوع من التصرف، فيشترط فيه حتى يكون تصرفه صحيحا معتادا به شرعا: البلوغ والعقل، لأنهما مناط التكليف، ومن ثم حتى تصح منه الوثيقة ويقبل توثقه، يشترط فيه أن يكون صحيح التصرف أهلا للتبرع، ولا يتم

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 179.

(2) - عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، بيروت، دار الكتاب العربي، 1974، ج4، ص

ذلك إلا بعد بلوغه خاليا من العوارض التي تقدر في أهليته، كالجنون، والسفه ونحوها من العوارض. فالإنسان البالغ العاقل، جميع تصرفاته صحيحة، معتبرة شرعا فيصح منه التوثق، فله أن يملي الحق الذي عليه، على كاتب الوثيقة أو يرهن أو يرهن أو يكفل أو يحيل... أو غيرها من التوثقات فكلها صحيحة منه معتبرة شرعا.

أما إذا بلغ سفيها، وهو أن يظهر منه التبذير وسوء التصرف في المال، فأهليته حينئذ ناقصة، حيث يحجر عليه، ويمنع من التصرف، حتى يظهر عليه علامات الرشد والصلاح، أو يأذن له وليه⁽¹⁾، ومن ثم لا يصح منه التوثق إلا بإجازة الولي أو من ينوب عنه، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾⁽²⁾.

فيشترط في المستوثق منه إذن، أن يكون صحيح العبارة أهلا للتبرع، مطلق التصرف، غير محجور عليه لسفه أو غيره مما يخل بعبارته ويحد من تصرفه، ليصح منه التوثق للحقوق.

وهذا إذا كانت حياته تسير سيرا طبيعيا، ولم يعرض لها أو يكون بها عارض يؤدي إلى نقصان أو فقدان أهليته، كالسفه والجنون والحجر والصغر ونحوها... فحينئذ يستطيع الإنسان أن يتولى بنفسه تصرفاته أصالة عن نفسه، كإملاء الحق، أو المطالبة به، وحضوره ذلك...

وإلا، فإن السفه والجنون والمحجور عليه، والصبي الصغير، ليس لهم أهلية كاملة، وبالتالي ليس من حقهم إملاء الحقوق، ولا يتولون ذلك أصالة عن أنفسهم، بل يتولى الإملاء عنهم وليهم أو وصيهم أو الوكيل عنهم، ويضاف إليهم الأحمق أو الغبي الذي يفهم منفعة لكن لا يستطيع التعبير عنها، وكذا الأخرس الذي لا يستطيع الكلام أصلا، وقد عبرت عن كل ذلك الآية الكريمة في قوله تعالى: ﴿أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾.

فالآية نصت على السفه، ويدخل معه الجنون والمحجور عليه، وعلى الضعيف وهو الصبي الصغير، وعلى من لا يستطيع أن يملي وهو الغبي أو الأحمق، وكذا الأخرس⁽³⁾، فينوب عن هؤلاء الولي أو الوصي، أو الوكيل عنهم، فيما لا يقدر على التصرف فيه أصالة عن أنفسهم، ولكل واحد من هؤلاء شروط وأحكام تتعلق به.

(1) - عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج2، ص 130-145.

(2) - سورة البقرة، الآية 282.

(3) - ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، ص 249-250. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص 388.

هذا، وقد نص الغرناطي في وثائقه، على أن المتعاقدين (أي المستوثق له والمستوثق منه)، يعتبر فيهما بالإضافة إلى كمال الأهلية، حصال أخرى، عددها إلى عشرة وهي:

أن يكونا عاقلين، بالغين، (وهما مناط الأهلية)، سالمي حاسي السمع والبصر، رشيدين، حرين، عالمين بما تعاقدا فيه غير مكرهين على ذلك ولا سكرانين، ولا مرتدين ولا مفلسين⁽¹⁾.

الفرع الثاني: شروط المستوثق إن كان وليا أو وكيلًا:

وسأين في هذا الفرع تعريف الولاية والوكالة لغة واصطلاحًا، ثم شروطهما، باعتبارهما ركنا هاما في عملية التوثيق لحقوق من ينوبا عنه في ذلك.

أولًا: تعريف الولي:

1- لغة: من الولاية وهي النصرة⁽²⁾، والولي هو من يلي أمر غيره ويقوم بكفالاته⁽³⁾.

2- اصطلاحًا: هي سلطة شرعية على الغير، تمكن صاحبها من مباشرة التصرفات وتنفيذها على وجه يعتد به شرعًا، وهي تنفيذ القول على الغير، شاء الغير أو أبي، والولي هو الذي يلي ذلك ويلزم به الغير، ويشرف على شؤونه⁽⁴⁾، وهو من يتولى العقد نيابة عن غيره⁽⁵⁾.

ثانيًا: تعريف الوكيل:

1- تعريفه لغة: من وكل الأمر إليه توكيلاً، إذا أسند حفظه إلى غيره، وهي غير التوكيل بمعنى العجز، والاعتماد على الغير⁽⁶⁾.

فالوكالة بمعنى التوكيل، والوكيل حافظ لما وكل عليه، ينوب في الحفظ والرعاية مناب من وكله.

والوكيل هو الكفيل، ووكيل الرجل الذي يقوم بأمره، سمي وكيلاً لأن موكله قد وكل إليه

(1) - الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص 81.

(2) - ابن منظور، لسان العرب، مج 6، ص 4920-4922، مادة ولي، الجوهري، الصحاح، ج 6، ص 253.

(3) - الجوهري، الصحاح، ج 6، ص 3529، باب الواو فصل اللام، الفيروزي آبادي، القاموس المحيط، فصل الواو باب الواو الياء، ج 4، ص 406.

(4) - الجرجاني، التعريفات، ص 329، المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، ص 734. محمد رواس قلعجي، معجم لغة الفقهاء، ص 1985م، ص 510.

(5) - الدردير، الشرح الكبير، ج 2، ص 231.

(6) - الجوهري، الصحاح، ج 5، ص 1845، ابن منظور، لسان العرب، ج 6، ص 4909-4910 مادة وكل.

القيام بأمره⁽¹⁾.

والوكالة مساوية للنيابة، عند بعض المالكية كابن رشد والقرافي والغرناطي وغيرهم حيث يدخل فيها عندهم النيابة في كل شيء، فحيث تجوز النيابة تجوز الوكالة⁽²⁾، فسمى عندهم من ينوب ويخلف إمام الطاعة، حاكما كان أو قاضيا أو إمام الصلاة بدلا عنه، وكيلا ولا يسمى كذلك عند غيرهم بل نائبا، ولذلك جعلوا من شروط محل التوكيل أن يكون قابلا للنيابة، فتجوز الوكالة في كل شيء، ما عدا العبادات البدنية، حيث لا تجوز النيابة فيها⁽³⁾، فكل من جاز له أن يتصرف لنفسه في شيء جاز له أن ينوب فيه عن غيره إذا كان قابلا للاستنابة وتجوز الوكالة في كل ما تصح فيه النيابة⁽⁴⁾.

ب- اصطلاحا: قال صاحب التعريفات الوكيل هو: «الذي يتصرف لغيره لعجز موكله»⁽⁵⁾.

كما عرف المالكية الوكالة بأنها: استنابة الإنسان غيره، وإقامته مقام نفسه، فيما له حق التصرف فيه، بما يدل عرفا⁽⁶⁾.

ثالثا: شروطهما:

اشترط الفقهاء في المستوثق له أو منه إن كانا وليين عن طرفي العقد أو وكيلين عنهما شروطا معينة منها:

1- الإسلام: وذلك في الوليين إذا كان المولى عليه مسلما⁽⁷⁾، لأن الله لم يجعل للكافر على المؤمن سبيلا، ولا بين المسلم والكافر ولاية⁽⁸⁾. أما إن كانا وكيلين فلا يجوز للمسلم توكيل غير المسلم في بيع أو شراء أو سائر التصرفات، ومنها التوثيق لحقوقه، لثلا يتعامل بالمحرمات لأنه لا يتقي

(1) - ابن منظور، المصدر نفسه، مادة (وكل)، ج6، ص 4909.

(2) - الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص 208. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص 296-297.

(3) - ابن رشد، المصدر نفسه، ج2، ص 297. القرافي، الذخيرة، ج8، ص 6.

(4) - الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص 208. القرافي، المصدر نفسه، ج8، ص 5.

(5) - الجرجاني، التعريفات، ص 329.

(6) - ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 297. الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص 386. الجعلي المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، مصر، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ج1، ص 160.

(7) - ابن عبد البر، الكافي، ص 232. ابن رشد، المصدر نفسه، ج2، ص 12، الدردير، الشرح الكبير، ج2، ص 230، (مطبوع

بهاشم حاشية الدسوقي)، التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص 252.

(8) - القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج2، ص 740.

الحرام في معاملاته، ولأن الوكالة نوع من الولاية ولا ولاية للكافر على المسلم⁽¹⁾، كما لم يرتض المالكية أن يكون المسلم وكيلا للذمي وكرهوه لما في ذلك من إهنته وإذلال نفسه⁽²⁾، ولأن الوكالات أمانات، وينبغي لأولي الأمانات أن لا يوكلوا أولي الخيانات⁽³⁾.

وخالفهم في ذلك الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة⁽⁴⁾، فقالوا بعدم اشتراط الإسلام في الوكيل، وذلك لأن العدالة غير مشترطة في الوكيل، وهي متضمنة في شرط الإسلام.

إلا أن بعض المالكية، أجازوا توكيل غير المسلم، إذا أمن منه التعامل بالمحرمات في كل التصرفات الموكول بها إليه، فلا يحرم توكيله حينئذ⁽⁵⁾ ليتوثق له في حقوقه، لحديث عبد الرحمان بن عوف رضي الله عنه قال: «كاتب أمية بن خلف كتابا، بأن يحفظني في صاغيتي⁽⁶⁾ بمكة، أحفظه في صاغيته في المدينة»⁽⁷⁾.

2- التكليف: وهو كونهما عاقلين بالغين، أي أن تكون لهما أهلية أداء كاملة، لأن من اختل فيه شرط من هذين الشرطين كانت له أهلية أداء ناقصة، ومن ثم فليس له ولاية على نفسه، ولا مباشرة التصرف الموكول فيه لنفسه فلا يصح أن يتوكل فيه عن غيره أو أن يكون له ولاية عليه من باب أولى⁽⁸⁾، فمن لا عقل له لجنون، أو لصغر أو لكبر سن كالشيخ الهرم الذي ضعف رأيه، فلا يعرف الحفظ لمصالحه، فهؤلاء لا يمكن لهم النظر، ولا ولاية لهم على أنفسهم، فعلى غيرهم أولى. وكذا غير البالغ، مسلوب الولاية وكذا الوكالة لكونه صبيا، لأن الولاية أو الوكالة يعتبر لهما

(1) - القرافي، الذخيرة، ج8، ص 6. ميارة، شرح تحفة الحكام، ج2، ص 206-207.

(2) - الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 57. ميارة، المصدر نفسه، ج1، ص 207. ابن رحال، حاشيته على الشرح والتحفة، ج1، ص 206.

(3) - ميارة، شرح تحفة الحكام، ج1، ص 207-208.

(4) - السرخسي، المبسوط، ج19، ص 159. الشريبي، مغني المحتاج، ج2، ص 218. ابن قدامة، المغني، ج1، ص 87.

(5) - الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 57. القرافي، الذخيرة، ج8، ص 6.

(6) - الصاغية: هي كل من ألم بالرجل من أهله وخاصته ابن منظور، لسان العرب، مج4، ص 2454، مادة صغا.

(7) - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوكالة، باب: إذا وكل المسلم حربيا في دار الحرب أو في دار الإسلام جاز، ج3، ص 60.

(8) - ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 12، الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص 327. ميارة، شرح تحفة الحكام، ج1، ص 205.

الدردير، الشرح الكبير، ج2، ص 230. التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص 252. عبد السميع الآبي، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج2، ص 125.

كمال الحال لأنهما تتقيدان بالتصرف في حق غيره، فاعتبرت نظرا لذلك الغير⁽¹⁾.

3- أما العدالة والرشد: فمختلف فيهما، والمشهور في المذهب المالكي أنهما ليسا بشرط في الولاية⁽²⁾، والمراد به كونهما شرط كمال في الولي، وليس شرط صحة⁽³⁾. وأما في الوكالة فقد اشترط المالكية في الوكيل أن يكون كامل الأهلية، بالغا رشيدا، غير ممنوع من التصرف فيما وكل به، فلا تصح وكالة الصبي أو المجنون - كما سبق - لأنه غير مكلف، ولا السفية، لأن تصرفه موقوف على إذن وليه، ولأنه لا يحسن التصرف لنفسه، فكيف يتصرف عن غيره، فلا يجوز توكيله عن التصرف في حقوق غيره والتوثيق لها، لأنه تضييع للمال⁽⁴⁾.

(1) - القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج2، ص 739-740، ابن عبد البر، الكافي، ص 232-234. ميارة، شرح تحفة الحكام، ج1، ص 208. العدوي، حاشية العدوى على كفاية الطالب الرباني، ج3، ص 92. الجعلي المالكي، سراج السالك، ج1، ص 160.

(2) - ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 12،

(3) - الدردير، الشرح الكبير، (بهاشم الدسوقي)، ج2، ص 231.

(4) - ميارة، شرح تحفة الحكام، ج1، ص 205-206.

المبحث الثالث: المتوثق به

من أهم أركان التوثيق للحقوق، تلك الوسائل التي يتوثق بها أطراف العقد أو المعاملة لحقوقهم، فتكون وثيقة ائتمان على أموالهم ومعاملاتهم وسائر تصرفاتهم، وأداة تمكنهم من استيفاء حقوقهم عند الحاجة.

ومن أجل ذلك، كانت كل وسائل التوثيق، عبارة عن وثيقة يحفظ بها الحق ويحتاط له، سواء كانت بالكتابة أو بالإشهاد، أو بالرهن أو بالحوالة أو بالكفالة، أو حتى بجس المدين أو الحجر عليه أو منعه من السفر، أو حبس العين المبيعة حتى يستوفي ثمنها... وغيرها من الوسائل التي سأتناولها بالشرح والتفصيل في الفصول اللاحقة - إن شاء الله-.

وأما في هذا المبحث، سأركز الحديث عن الوثيقة التي يقصد بها الكتاب الذي تسجل وتوثق فيه الحقوق وسائر المعاملات، والذي يعد ركنا هاما في عملية التوثيق ولا يستغني عنه كل أطراف العلاقة التعاقدية، فبدونه لا يمكن الائتمان على الحق ولا إثباته واستيفاءه عند الاقتضاء وأمام القضاء، وذلك باعتبار الكتابة من أهم وأكد الوسائل في التوثيق للحقوق، وخاصة في عصرنا الحاضر، حيث احتلت المرتبة الأولى بلا منازع، بل إنها دخلت حتى على وسائل التوثيق الأخرى، فصارت يتوثق بها جميعا، زيادة في التوثيق.

ومن هنا سيكون الكلام في هذا المبحث، عن تعريف الوثيقة وبيان مسمياتها والألفاظ ذات الصلة، ثم شروطها وضوابطها، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف الوثيقة:

سأتناول في هذا المطلب تعريف الوثيقة اللغوي والاصطلاحي بشقيه العام والخاص.

الفرع الأول: الوثيقة لغة:

من وثق الأمر إذا أحكمه، والوثيقة في الأمر إحكامه، والأخذ بالثقة، يقال: أخذ بالوثيقة في أمره أي بالثقة، والوثيق الشيء المحكم، وجمعهما وثائق⁽¹⁾.

وقال ابن العربي المالكي: «وسميت وثائق من الوثيقة، وهي ربط الشيء لثلا ينفلت ويذهب»⁽²⁾.

(1) - ابن منظور، لسان العرب، مادة وثق، ج6، ص 4674.

(2) - ابن العربي، عارضة الأحوذى، ج5، ص 220.

الفرع الثاني: الوثيقة اصطلاحاً:

لم يتعرض فقهاؤنا لتعريف إصطلاحى للوثيقة، ولكنهم تعرضوا لها عند التفريق بينها وبين المحضر والسجل والصك وغيرها من المسميات وظهر من كلامهم عنها، أنهم أشاروا إلى معنيين لها، العام والخاص، وذلك من خلال تعريفاتهم التالية:

1- تعريف ابن العربي أن الوثائق سميت كذلك: «من الوثيقة وهي ربط الشيء لثلا ينفلت ويذهب»⁽¹⁾. وهو بمعنى توثيقه وتأكيده.

فيلاحظ من هذا التعريف، أنه أراد الوثيقة بمعناها العام فتشمل بهذا جميع أنواع الوثائق أو جميع وسائل التوثيق، مثل الكتابة والشهادة، وهما من أعم وأهم الوثائق وأكثرها شيوعاً، إذ ما من حق إلا وتصلح الكتابة أو الشهادة وثيقة له، وكذا تشمل الرهن والكفالة والحوالة أيضاً، وغيرها من عقود التوثيق، فهي وثائق وكل ما يصلح للتوثيق به للحقوق فهو يدخل في مسمى الوثيقة.

2- تعريف الونشريسي، عند كلامه عن أخذ الأجرة على كتب الوثيقة، فقال: «وأما أخذ القاضي الأجرة على كتب الوثيقة فيما حكم أو كتب المفتي... كان جائزاً إذا جرى على الصحة والسلامة...»⁽²⁾.

فيفهم من كلامه أنه عرف الوثيقة هنا بالمعنى الخاص، وهي تلك الصحيفة أو الورقة المكتوبة بين شخصين أو أكثر في حق من الحقوق، وهو المعنى الذي يغلب استعماله في عرف الناس اليوم، وإذا ذكرت ينصرف معناها الخاص إلى الأذهان.

3- كما عرفت بأنها: الصحيفة التي تثبت فيها الواقعة، أو يكتب فيها الحق لإثباته وتقويته، وصيانتته عن التبديل والجحود أو ضمان تحصيله⁽³⁾.

4- وعرفت أنها كل تقييد لتصرف أو معاملة بين طرفين أو أطراف متعددة أو إثبات حق لشخص، على وجه يضمن الشروط والالتزامات على كل طرف والآثار المترتبة على ذلك⁽⁴⁾. وكلا التعريفين ذكر الوثيقة بالمعنى الخاص وهي الوثيقة المكتوبة التي يدون فيها المعاملة، لتقوية جانب صاحب الحق، مع الإشارة إلى أهم عناصر الوثيقة، وهي كل أطراف المعاملة والشروط اللازمة في كل

(1) - ابن العربي، عارضة الأحوذى، ج5، ص 220.

(2) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 127- 128.

(3) - حسن الترتوري، التوثيق بالكتابة، ص 57.

(4) - عبد اللطيف الشيخ، التوثيق لدى فقهاء المذهب، ص 65.

ذلك، وما يترتب على عملية التوثيق بهذا التقييد من آثار.

الفرع الثالث: مسميات الوثيقة:

أطلق الفقهاء على الوثيقة أو الكتاب الذي يدون فيه المعاملات وسائر الحقوق والتصرفات، أسماء مختلفة استعمل بعضها للدلالة على معنى بعض، واختلف بعضها عن بعض في بعض المعاني، من حيث الوضع اللغوي، وكذا من حيث عرف استعمالها أحيانا، أو من حيث نوعية التصرف المسجل بها أحيانا أخرى، وسأشير إلى بعضها عند الكلام عن مسميات علم التوثيق (التوثيق بالكتابة) في الفصل المقبل - إن شاء الله - ومن بين ما اصطلاح عليه أيضا من هذه المسميات ما يأتي:

1- الحجة:

- لغة: الدليل والبرهان، والجمع حجج وحجاج⁽¹⁾.

- اصطلاحا: أطلق الفقهاء قديما على الوثيقة التي تحتوي علامة القاضي في الأعلى وخط الشهود في الأسفل، اسم الحجة، يؤيد ذلك قول ابن عابدين في حاشيته: «الحجة هي ما عليه علامة القاضي أعلاه، وخط الشاهدين أسفله، وأعطي للخصم»⁽²⁾.

2- المحضر: وسمي المحضر محضرا لأنه يصور حضور الخصوم أمام القاضي، وقد نقل النباهي في مرقبته في ترجمة محمد بن حارث قوله: «سميت فصول المقالات التي تكون عند القضاة مقدمة قبل السجلات، وهي التي تفتح بها الخصومات بالمحاضر، وأحدها محضر لما لزمها من هذا الاسم عند العلماء المتقدمين، وهو مأخوذ من حضور الخصمين بين يدي القضاة»⁽³⁾.

والمحضر هو وثيقة تشتمل على وصف دقيق لإجراءات الدعوى، وحكاية لكل ما دار بين المتداعيين في مجلس القاضي من ادعاءات وردود، وهو يشمل أربعة أمور حددها الماوردي وهي:

1- وصف الدعوى ويلحق به البيانات عن المدعي والمدعى عليه.

2- ما يعقب الدعوى من جواب المدعي والمدعى عليه.

3- حكاية شهادة الشهود.

⁽¹⁾ - ابن منظور، لسان العرب، ج2، ص 779، مادة: حجج.

⁽²⁾ - ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ط2، دار الفكر، 1966، ج5، ص 369.

⁽³⁾ - النباهي، المرقبة العليا، ص 194.

4- ذكر التاريخ⁽¹⁾.

3- **الصك**: كما أطلق فقهاؤنا قديما على الوثيقة اسم الصك إذا تضمن تصرفات مالية، كالبيع والرهن، والإقرار وغيرها⁽²⁾.

4- كما أطلقوا على الوثيقة مسمى السجل الذي يدون فيه حكم القاضي مع إنفاذ القضاء.

5- **السفتجة**⁽³⁾: بضم السين وفتحها، وهي الوثيقة أو الكتاب الذي يكتبه صاحب المال لو كيله أو نائبه في بلد آخر ليدفع لحامله -سواء المقرض أو وكيله- بدل ما قبضه منه وذلك خوف خطر الطريق وغرره⁽⁴⁾، توثقا للمال واحتياطا له.

6- **الأوراق التجارية**: كما أطلق على الوثائق التي تحتوي على حقوق نقدية، بالأوراق التجارية وهي الصكوك القابلة للتداول والتي تمثل حقا نقديا بالمبلغ المكتوب، وتستحق الدفع بمجرد الاطلاع عليها، وقد جرى العرف على قبولها كأداة للوفاء، كما تعتبر أيضا أداة ائتمان للحقوق، بدلا عن النقود، فهي وثيقة استيفاء للحق، حيث يستطيع الدائن بها أن يقتضي حقه نقدا عن طريق خصمها لدى البنك كما تعد وثيقة ائتمان حيث يستطيع التاجر أن يسحب بضاعة من تاجر الجملة بقيمة الورقة التجارية التي وضعها عنده⁽⁵⁾. ومن أنواع الأوراق التجارية الكمبيالة، والشيك.

- **فأما الكمبيالة**: فهي كلمة غير عربية، وهي مأخوذة من الكلمة الإيطالية «كبيال» «Cambiale»، هي وثيقة أو ورقة تجارية مكتوبة وفق قيود شكلية، تتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه، بأن يدفع مبلغا معيناً من النقود لدى الإطلاع على الوثيقة المكتوبة، أو في تاريخ معين، لإذن شخص ثالث هو المستفيد أو لحاملها⁽⁶⁾، أو هي «محرر يتعهد فيه المدين بأن يدفع مبلغا معيناً في تاريخ معين، لإذن الدائن نفسه أو لإذن الحامل للمحرر»⁽⁷⁾. وهي بهذا تشبه السفتجة كثيرا، والتي ظهرت عند المسلمين قديما بل إن هذه الكمبيالات

(1) - الماوردى، أدب القاضي، ج2، ص 302.

(2) - محمد التبريزي، الكفاية في علم الكتابة، ص 21.

(3) - سأعرض للسفتجة بشيء من التفصيل عند الحديث عن وسائل التوثيق دون عقد، في فصل لاحق- إن شاء الله...

(4) - القراني، الذخيرة، ج5، ص 293، الخطاب، مواهب الجليل، ج4، ص 548.

(5) - محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامية، ط6، الأردن، دار النفائس، 2007م، ص 240.

(6) - محمد عثمان شبير، المرجع نفسه، ص241. سعيد تركي الخثلان، فقه المعاملات المالية المعاصرة، ط2، الرياض 2012م، ص

75-74.

(7) - محمد عثمان شبير، المرجع نفسه، ص 241.

تسمى في بعض البلاد العربية بالسفتجة ذاتها، كالعراق ولبنان⁽¹⁾.

فالكميالة وثيقة لكثير من المعاملات، ومنها الديون حيث يطلب الدائن من المدين أن يجر له كميالة يتعهد بموجبها الوفاء بالمبلغ الذي إستدانه في أجل معين هو أجل حلول الدين⁽²⁾.

وأما الشيك: فهو مأخوذ من الصك، وهو وثيقة بمال أو نحوه أو هو وثيقة مكتوبة وفق قيود وشروط بشكل معين، تتضمن أمرا مكتوبا يطلب به الساحب من المسحوب عليه، وهو هنا البنك أو المصرف، بأن يدفع مبلغا معيننا من النقود من حساب الساحب، بمجرد الإطلاع على الوثيقة، أو في تاريخ معين، لإذن المستفيد أو لحاملها⁽³⁾.

وهو بالتالي وثيقة وأداة وفاء كالكميالة، إلا أن الفرق بينهما أن الشيك يكون مسحوبا على البنك، بينما الكميالة تكون مسحوبة على شخص كالتاجر، والشيك يشترط في إصداره وجود رصيد في البنك لمن أصدره، في حين لا يشترط ذلك في إصدار الكميالة⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: حجية الوثيقة وأقسامها

إن الكتب التي تكتب فيها الحقوق، توثقها من الضياع أو الجحود أو النسيان، تعتبر حجة ووسيلة إثبات، إذا استوفت الشروط الواجب توفرها فيها - كما سأبينه لاحقا- وذلك لأن الله تعالى أمر بها في آية الدين، ولو لم تكن حجة لما أمر بها.

وإنما تكون الوثيقة على المعاملة أو التصرف حجة، بحسب نوعية الوثيقة نفسها ومدى صحتها وبالتالي مدى الاعتماد عليها، وكذا بحسب الغرض الذي يرمى إليه المتصرف أو المتعاقد، من كتابة الوثيقة، والسبب الذي كتبت لأجله- ومن هنا يتبين لنا أن الوثائق التي تعتبر حجة بالاعتبارات المذكورة أعلاه هي:

الفرع الأول: أقسام الوثائق بحسب حجيتها

1- الوثائق الرسمية:

(1) - سعيد تركي الختلان، فقه المعاملات المالية المعاصرة، ص 75. حسن الترتوري، التوثيق بالكتابة، ص 92.

(2) - محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص 241.

(3) - محمد عثمان شبير، المصدر نفسه، ص 243. سعيد تركي الختلان، فقه المعاملات المالية المعاصرة، ص 75-76. حسن

الترتوري، التوثيق بالكتابة، ص 94.

(4) - المراجع نفسها.

وهي التي يقوم بكتابتها موظف حكومي رسمي مختص بكتابة الوثائق وتحريرها وفق الضوابط والقواعد المنصوص عليها في كتابة الوثائق، يثبت فيها ما تم على يديه أو ما تلقاه من أصحاب المعاملة أو أطراف التصرف، وتختتم من الجهة الرسمية وتوقع، ويشهد عليها شاهدان عدلان أمام تلك الجهة، على ما هو معمول به عند المالكية⁽¹⁾.

وهي وثائق تكتسي صفة الرسمية، فهي محررات كتابية تصدر من الدوائر الرسمية الحكومية بطابع رسمي وموقع عليها أو ما في حكمها من المؤسسات العامة التي تخضع لسلطان الدولة وأنظمتها⁽²⁾.

فهي بذلك حجة ووثيقة للحق، غير مشكوك في صحتها وحجيتها ويحكم بها دون حاجة إلى إعادة الإثبات فيما ورد فيها، وذلك كوثائق البيع والشراء والرهن، والوكالة، ووثائق الزواج والطلاق وكذا وثائق شهادات الميلاد، والشهادات الدراسية على اختلاف أنواعها، وغيرها من الوثائق الرسمية التي يوثقها الموظف الرسمي، المسمى بالكاتب العدل أو الموثق (Notaire).

وما دامت هذه الوثائق حجة بذلك، فلا يجوز إنكارها، إلا إذا طعن عليها بدعوى التزوير في التوقيعات أو في ختم الجهة المختصة بالتوثيق، فإن القاضي في هذه الحالة يحيل الأمر إلى الجهة المختصة كأهل الخبرة، لإجراء المضاهاة بين الخطوط على الوثائق، للتأكد من صحة هذا الادعاء وبالتالي معرفة مدى صحة الوثيقة من تزويرها⁽³⁾.

وحتى تكون هذه الوثائق حجة يعتد بها في التوثيق للحقوق، لا بد أن تكون مكتوبة من طرف موظف رسمي مختص بكتابة الوثائق، أي كاتب أو موثق منتصب لهذه الوظيفة، وأن تكون الوثائق مستوفية الشروط المعمول بها، وهذه الوثائق الرسمية تعتبر حجة لما تقتضيه مصلحة الجماعة، وذلك محافظة على الحقوق من الأموال وغيرها⁽⁴⁾.

كما أن هذا النوع من الوثائق يكون صادرا من هيئات رسمية، كولي الأمر أو من يقوم مقامه

(1) - ابن رشد، البيان والتحصيل، ج4، ص 438-475. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص 51 وما بعدها، التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص 102-103.

(2) - صالح بن عثمان الهليل، توثيق الديون في الفقه الإسلامي، ص346.

(3) - أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص 103، سعد سليمان الحامدي، التوثيق وأحكامه، ص 171.

(4) - وقد أشار إلى ذلك كل من كتب في هذا الموضوع من فقهاءنا الأجلاء، كالإمام مالك في المدونة، ج4، ص 77-78. ابن أبي زيد في النوادر والزيادات، ج8، ص 30. ابن هشام في مفيد الحكام، ج1، ص 209-210. ابن فرحون في تبصرة الحكام، ج1، ص35، وغيرهم من علماء المذهب.

من نوابه وغيرهم، فيجب بالتالي أن تحظى بالرعاية والثقة والاحترام، لما تقتضيه الطاعة لهؤلاء، وهو ما يؤكد حجيتها ووجوب الاعتداد بها كوثيقة رسمية.

2- الوثائق العرفية:

وهي الوثائق التي لم تصدر من دائرة رسمية ولم يجرها موظف مختص أي لم يكن موثقا منتصبا لكتابة الوثائق، كالموثق الرسمي، أو كاتب العدل، وهي تلك الوثائق التي يقوم بكتابتها المتعاقدون فيما بينهم، دون اللجوء إلى الجهات الرسمية، كالموثق الرسمي الحكومي، أو الكاتب العدل لكتابتها وتحريرها⁽¹⁾.

وسميت كذلك لتعارف الناس عليها فيما بينهم، ويدخل في هذه الوثائق العرفية، الأوراق والوثائق الشخصية التي يكتبها الناس بأنفسهم، يقرون فيها بحقوقهم على غيرهم، أو حقوق غيرهم عليهم، ككتابة أحد الأشخاص وصيته بيده، دون إشهاد عليها، أو هبته لأخر دون تسجيل هذه الهبة، وكذلك الإقرار بالدين، أو الوقف وغير ذلك من التصرفات⁽²⁾.

وهذه الوثائق اعتبرها المالكية نوعا من الإقرار إن كان بالكتابة، فيعتد به كما يعتد بالإقرار باللسان، فتكون عندهم هذه الوثائق حجة يجوز للقاضي أن يحكم بمقتضاها متى أقر الشخص بخطه فيها، أو أمكن التعرف على خطه أو لأنه كالإقرار باللسان، إلا أن المالكية اشترطوا فيها -إضافة إلى ما ذكر- أن يكون ذلك بشهادة شاهدين حتى يعمل بمقتضى هذا السند، لاحتمال طرو الطعن والإنكار عليه، فإن أقر الشخص بما في وثيقته أمام الشاهدين، أخذ بوثيقة إقراره ولا ينفعه إنكاره وجحوده لها بعد ذلك، وقد نقل ابن رشد في بيانه عن الإمام مالك رحمه الله أنه سئل عن رجل كتب عليه رجل وثيقة حق وأشهد فيها رجلين، فكتب الذي عليه الحق شهادته على نفسه في الوثيقة، فهلك الشاهدان ثم جحد، فأتى رجلان فقالا: نشهد أنه كتبه بيده، فأجاب: «إذا شهد عليه شاهدان أنه كتبه بيده، رأيت أن يؤخذ منه الحق، ولا ينفعه إنكاره، وإنما ذلك عندي بمثلة ما لو أقر ثم جحد وشهد عليه رجلان بإقراره، فأرى أن يغرم»⁽³⁾.

فالإمام مالك رحمه الله لم يفرق بين الإقرار باللسان، وبين الإقرار بالكتابة في حجة ذلك إن كان مع الشهادة، فكما يؤخذ المقر بلسانه بشهادة رجلين على إقراره، يؤخذ المقر بكتابه بشهادة

(1) - أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص 79، سعد سليمان الحامدي، التوثيق وأحكامه، ص 172.

(2) - أحمد إبراهيم، المرجع نفسه، ص 79.

(3) - ابن رشد، البيان والتحصيل، ج 9، ص 438.

رجلين على إقراره، وقد نص على ذلك علماء المذهب حيث لم يعتبروا الوثيقة حجة إلا إذا أشهد عليها، واشتمل هذا الإشهاد جميع ما تضمنته من الحقوق والشروط المتعلقة بها، وما جاء فيها زائداً عن علم الشهود فلا يعتد به.

فقد جاء عن الغرناطي في وثائقه: «ومدار الوثائق على ما تضمنه الإشهاد وأما ما يأتي فيها من خبر لم تتضمنه معرفة الشهود في الإشهاد فلا يثبت بثبوت الوثيقة، إلا أن يزيده الشهود عند أداء شهادتهم أو يشهد لذلك غيرهم»⁽¹⁾.

أما إن أقر على نفسه بحق في وثيقة، دون أن يشهد عليها، فإن كان حيا حالة الإقرار بكتابته في الوثيقة، واعترف أن الخط خطه أخذ بإقراره وعمل بالوثيقة، وإن أنكر كون الخط في الوثيقة خطه، فإن الوثيقة لا يعتد بها إلا إذا شهد شاهدان أنه خطه⁽²⁾.

وقد عمم المالكية هذا الحكم في جميع الحقوق و سائر التصرفات، فينطبق ذلك على كل الوثائق العرفية، كالرسالة التي يحررها الشخص ويرسلها إلى غائب يقر له فيها بحق من الحقوق، فاعتبروه إقراراً منه، فإن أنكر وقامت البينة بأن ما في الوثيقة خطه، أو مضمونها من إملائه، أخذ بما في الرسالة واعتد بالوثيقة، سواء كان ذلك نكاحاً، أو طلاقاً أو إقراراً بمال، أو غير ذلك من الحقوق والتصرفات⁽³⁾.

وأما إن كان المقر بالحق ميتاً، ولم يشهد أحداً على وثيقته التي كتبها، لم يعتد بها إلا ببينة، وهو ما أكده ابن القاسم، حين سئل عن رجل توفي ففتح له تابوت له، فإذا فيه كيس مكتوب عليه: لفلان بن فلان، وفيه مال، فطلب ذلك الرجل الكيس (الذي أقر له به الميت) فقال (أي ابن القاسم): «أرى إن شهد له أنه خط الميت المستودع وكتابه بيده، رأيت أن يدفع إليه، وإن لم يشهد على ذلك لم يدفع إليه إلا ببينة، وإنما هو بمنزلة القرطاس يوجد عنده فيه حساب: لفلان عندي كذا وكذا، فإن شهد أنه خط الميت رأيت ذلك، وإلا لم يكن له شيء»⁽⁴⁾.

وهذا -والله أعلم- إذا لم يكن هناك ما ينفي الريبة عن الوثيقة في كونها بخط المقر، كمعرفة غيره لخطه لرؤيته قبلاً أو لكونه خبيراً بالخطوط، وبالتالي إذا وجد ما ينفي الريبة، فإنه يعتد بالوثيقة

(1) - الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص 93. الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 261. أبو الشتاء الصنهاجي، التدريب على الوثائق العدلية، ج1، ص 209-210.

(2) - ابن رشد، البيان والتحصيل، ج9، ص 474-475. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص 51-52.

(3) - ابن رشد، المصدر نفسه، ج9، ص 474-475. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج2، ص 51.

(4) - ابن رشد، المصدر نفسه، ج9، ص 444.

حينئذ ويعمل بما فيها، وذلك عملاً بالقول المحيى للعمل بالخط المجرى - كما سآيينه فى فصل لاحق إن شاء الله - ومع ذلك اشترط لها المالكىة، حتى تكون وثيقة معتدا بها، أن تكون مما يكتب عليها فى العادة، فلا تكون كتابة على رمل أو أرض، أو غيرها مما يكتب عليه الإنسان فى العادة إلا هازلاً مازحاً، وأيضاً أن يشهد عليها، حتى ينتفى عنها احتمال الهزل أو الإنكار فتكون حجة على صاحبها، جاء فى التبصرة الفرعونىة: «ولو كتب فى الأرض: لفلان على كذا، وقال: اشهدوا على بهذا لزمه، وإن لم يقل اشهدوا لم يلزمه، ولو كتب ذلك فى صحيفة أو لوح أو خرقة لزمه إن شهد أنه خطه بخلاف كتابته فى الأرض»⁽¹⁾. وأضاف بعضهم اشترط الإمضاء على وثيقة الإقرار حتى يعتد بها، وفى ذلك يقول الشىخ جعيط فى طريقتة: «وعمل الناس اليوم فى العقود والالتزامات الواقعة بخط اليد إذا كانت بإمضاء العاقد أو الملتزم... جار على اعتبار ذلك إذا ثبت الخط بشهادة عدلين... لأن العادة عندنا جارية على أن الكتابة لا تعتبر تامة إلا بالإمضاء، ومراعاة العادة من الأصول التى انبنت عليها الأحكام»⁽²⁾.

وتعد من الوثائق العرفىة أيضاً، تلك السجلات والدفاتر التى يكتبها التجار فيما بينهم أو بين عملائهم، مثبتين فيها الحقوق التى عليهم لغيرهم، فتعتبر هذه الوثائق أيضاً من باب الإقرار بالكتابة، فهى حجة يعمل بها، وتكون كالإقرار الشفاهى⁽³⁾، كما نص على ذلك المالكىة بخلاف الوثائق التى يقيدون فيها الديون التى لهم على الناس، فإنها لا تعد وثيقة معتبرة، ولا حجة مثبتة للحقوق، لأنهم كتبوها بأيديهم، فكل الوثائق التى تقيد ضدهم تعتبر حجة عليهم، أما الوثائق التى تكون لصالحهم فلا تكون حجة لهم وهو ما جاء فى التبصرة الفرعونىة عن أشهب: «قول كل أحد على نفسه أو جب من دعواه على غيره»⁽⁴⁾، لأنه لو قلنا بحجىة الوثائق العرفىة التى يكتبها التجار على عملائهم، نكون قد فتحنا بذلك باب التزوير والغش والنصب والاحتىال على مصراعيه حيث يصبح كل من أراد أن يلزم الطرف الآخر بشىء لم يلزم، يكتب وثيقة مسجل عليها مبلغاً من المال باسمه، ثم يطالبه بدفعه⁽⁵⁾ كذبا وبهتاناً وأكلاً لماله بالباطل.

وأما هذه الدفاتر التى يكتبها التجار يقيدون فيها الديون التى لهم على زبائنهم، كأثمان مؤجلة

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص 52.

(2) - جعيط، الطريقتة المرضىة فى الإجراءات الشرعىة على مذهب المالكىة، ط1، تونس، مكتبة الاستقامة، مطبعة الإرادة، ص186.

(3) - أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص 79.

(4) - ابن عبد البر الكافى، ص 457. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص 51.

(5) - صالح بن عثمان الهليل، توثيق الديون، ص 350.

لسلع يأخذونها عنهم معجلة، فإنها تدخل أيضا في الوثائق العرفية، وهي في الواقع وثائق لا يعتد بها، لأنها تكتب بأيديهم، وليس يتوفر فيها شروط الوثيقة، من ختم أو طابع أو توقيع المدين مثلا، أو إشهاد عليها... وغير ذلك من شروط الوثيقة، ومن ثم فهي ليس حجة ملزمة للمدين، إلا أن يكون له وازع ديني، أو خلق أو ضمير، فيسدد الدين الذي عليه، وقد يتعارف الناس فيما بينهم على تعامل بعضهم بهذه الطريقة، نظرا لمعرفتهم لهذا التاجر وقربهم منه، فيتعاملون بذلك على أن يسددوا ما عليهم في وقت يحدونه هم وليس التاجر، على جهة الأمانة والثقة، وإلا فإنه إن جحد الزبون ضاع حق التاجر، لأنه غير موثق له بالشروط المعتبرة في التوثيق للحقوق، ولذا رأينا اختلاف المالكية في هذه المسألة، حيث ينقل لنا ابن عبد البر في الكافي، وكذا ابن فرحون في تبصرته عن ابن القاسم، في رجل أتى مجلس قوم فقال: «أشهدكم أن لي كذا وكذا على هذا الرجل، والرجل جالس في ذلك المجلس ساكت، ولم يقل: نعم، ولا: لا، ولا مسألة الشهود عن شيء، فلو طولب بذلك أنكرك، فقال ابن القاسم: ذلك يلزمه إذا سكت ولم يقل: لا، بينما ذهب غيره من أئمة المذهب إلى أن ذلك لا يلزمه إلا أن يقول: نعم»⁽¹⁾، أي يقر بما ادعى عليه الرجل، فيلزمه السداد.

وعليه، فإن الوثيقة لا تعد حجة بمجرد كتابتها، وإنما لا بد من الإشهاد عليها، مع اطلاع الشهود وطرفي العقد، على جميع ما فيها، وإلا ألغيت بما فيها من الشروط والأحكام، فلا يعمل بها، ولذلك قال جمهور فقهاءنا بلزوم قراءتها على الشهود قبل أدائها⁽²⁾، خوف أن يكون فيها عقد فاسد أو شرط محفل، أو يزداد فيها وغيرها مما يبطل الوثيقة.

فالأولى أن يتوثق هؤلاء التجار أو غيرهم من الناس، لأموالهم وحقوقهم بكتابتها في وثائق مستوفية الشروط، التي تجعلها حجة يعمل بها عند الاقتضاء وأمام القضاء، وقد أشار بن عبد الله في معلمته، أن إثبات الملكية في المغرب، كان لا يؤخذ به إلا إذا كان مدونا في وثائق عدلية⁽³⁾، أي موثق من طرف كاتب انتصب لخدمة العدالة، عارفا بشروط الوثائق وضوابطها، وهذه الشروط والضوابط، هي ما سأفصل فيه فيما يلي:

(1) - ابن عبد البر، الكافي، ص 460. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص 52.

(2) - ابن رشد، البيان والتحصيل، ج10، ص 29. ابن هشام، المفيد للحكام، ج2، ص 9. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص281.

(3) - بن عبد الله، معلمة الفقه المالكي، ص 320.

الفرع الثاني: شروط الاحتجاج بالوثيقة

لقد نص الفقهاء على مجموعة من الشروط الواجب توفرها لصحة الوثيقة وجعلها حجة تتقوى بها الحقوق لترد إلى أصحابها، والمقصود بها تلك الشروط، التي يكون الغرض منها إحاطة الوثائق بالضمانات التي تكفل الثقة بها، والاطمئنان إليها، تحاشيا للتلاعب، وتفاديا للتزوير والضرب عليها ما أمكن ذلك، وتجعلها وثائق معتبرة في التوثيق للحقوق والالتزامات. ومن هذه الشروط ما يأتي:

1- أن يقوم بتحريرها موظف رسمي، متخصص في كتابة الوثائق عالم بشروط التوثيق بالكتابة، أو علم التوثيق، سواء كانت الوثائق التي يقوم بتحريرها وكتابتها وثائق رسمية، أو عرفية حيث يقوم بالتصديق عليها وختمها وإثبات تاريخها... الخ.

2- أن يقوم بتحريرها وكتابتها في الجهة والمكان المخصص له لأداء وظيفته، وإلا لم تقبل⁽¹⁾.

3- أن يشهد على ما فيها من الحقوق والشروط المتعلقة بها، فلا يؤخذ بما زاد على حد علم الشهود إلا إذا أشهد عليه⁽²⁾، جاء في كتاب التدريب على الوثائق العدلية ما نصه: «اتفق الموثقون عن آخرهم على أن الوثائق يثبت منها بشهادة شهودها إلا ما جيء بها من أجله، وما لم يجيء بها من أجله لا يثبت بثبوتها»⁽³⁾.

4- مراعاة الضوابط والقواعد التي نص عليها العلماء، وأقرها أولوا الأمر في تحرير الوثائق⁽⁴⁾، وجرى بها العمل بين القضاة والموثقين، حتى تحقق الهدف الذي كتبت لأجله وهو التوثيق للحقوق، والحيلولة دون وقوع النزاع فيها بإنكارها أو ادعائها، وفض النزاع الواقع بعد ذلك، ومن ذلك:

• كتابة الوثيقة بألفاظ واضحة لا غموض فيها ولا اشتراك ولا عموم ولا إطلاق، إلا إذا احتاج الموثق إلى ذلك، فيستعمل منها ما يزيل الاشتراك ويخصص العام ويقيد المطلق، حتى يتحرر من الألفاظ المحتملة للمعاني المختلفة والغامضة، وهذا يقتضي أن يكون للموثق ثروة لغوية، وقدرة على انتقاء الألفاظ المناسبة المعتبرة شرعا وعرفا، في المعاملات والتصرفات، وقد نبه العلماء إلى

(1) - سعد سليمان الحامدي، التوثيق بأحكامه، ص 171.

(2) - الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص 93. الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 261. أبو الشتاء الصنهاجي، التدريب على الوثائق العدلية، ج1، ص 209-210.

(3) - أبو الشتاء الصنهاجي، المصدر نفسه، ج1، ص 210.

(4) - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1973م، ج2، ص 130-133.

مسائل دقيقة في هذا المجال لا يدركها إلا من تضرع في اللغة، ومن ذلك ما نقله الونشريسي في منهجه عن ابن السيد البطليوسي⁽¹⁾، أن كثيرا من الموثقين والشروطيين يقولون عند إرادة تسليم الدين، عبارة: «بغير دافع ولا مانع»، فيضعون «غير» مكان «لا» وكلمة «غير» لا تقوم مقام «لا»، إلا إذا كانت «لا» في موضع الجحود و«غير» هنا في قولهم «بغير دافع ولا مانع» تحمل غير الجحود، بأن تكون تحمل معنى الكثرة، كقولنا: لقيت غير واحد من الناس، أو قولنا: لقيت فلانا غير مرة، أي أكثر من مرة وأكثر من واحد، وبالتالي: قولهم «بغير دافع ولا مانع» يمكن تأويله بإرادة أكثر من دافع، فينقلب المعنى فكان عليهم أن يقولوا: «بلا دافع ولا مانع»⁽²⁾ حتى يصح المعنى. وهذا الاحتمال الذي ذكره البطليوسي لهذه العبارة، يمكن أن لا يرد، ولكن المبالغة في الحرص على صحة الوثيقة، هو الذي جعل هؤلاء العلماء يجتاطون لها باستبعاد كل ما من شأنه أن يؤدي معناه بغير مراد الطرفين ولو كان احتمالها بعيدا.

ومما عده الموثقون غموضا في الوثيقة أيضا ما جاء في المرقبة العليا:

«أن يكتب لفلان قبلي كذا، لأن لفظة «قبلي» تحمل أن تكون إقرارا بدين أو هبة، أو صدقة، فإن مات المقر أو فلس قبل قبضها بطلت⁽³⁾. وغيرها من الاحتمالات التي تطرأ على الوثيقة، ولذا كان لزاما أن تكون بألفاظ بينة غير محتملة ولا مجهولة، «لأن الألفاظ قوالب المعاني، ومنها اقتناصها وهي الكاشفة عنها»⁽⁴⁾.

● التحرز والحذر مما يسهل تزوير الوثيقة بعد تحريرها، فيتجنب الموثق الكشط واللحق والإقحام في أسطر الوثيقة، ونحو ذلك حتى لا يفسح مجالاً للتدليس والتزوير فيها، وقد جاء في المنهج الفائق: «وينبغي للموثق أن لا تختلف أقلامه وخطوطه وأوضاعه خوفا من التزوير»⁽⁵⁾.

وقد أورد الموثقون نماذج من التحفظات والاحترازا⁽⁶⁾ التي على الموثق أن يضعها نصب

(1) - ابن السيد البطليوس: هو أبو محمد عبد الله بن محمد، إمام في اللغة والأدب، ولد سنة 444هـ وتوفي سنة (521هـ).

ابن بشكوال، الصلة، ج1، ص 292.

(2) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 200.

(3) - النباهي، المرقبة العليا، ص 199.

(4) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 65-66، 80.

(5) - الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص 89.

(6) - وقد وضع الونشريسي باب عنوان له بـ «فيما ينبغي للموثق أن يتحرز منه ويتفطن إليه» عند كتابه الوثيقة، في كتابه المنهج

الفائق، ج1، ص 165-194.

عينه وهو يجرر الوثيقة، وذلك كالتمييز بين الألفاظ والأسماء المتشابهة وضبطها، لكيلا يسهل تزويرها، فقد تنقلب إحدهما إلى الأخرى بشيء يسير من الإصلاح في بعض حروفها، كسبعة وتسعة، وبكر فإنه يسهل تغييره إلى بكير، وفرحون إلى فتحون... وهكذا⁽¹⁾. وكذا التنبه لآخر كلمة في السطر، فلا يترك بياضا يمكن زيادة حرف فيه فتغير الكلمة، فإن كان آخر السطر مثلا في الوثيقة أنه «أقر بألف درهم لزيد وعمرو» فإن كان بينهما بياض يسير، ممكن زيادة ألف بين زيد وعمرو، فتصير «لزيد أو عمرو» فيبطل الدين من أصله، لأن الألف درهم لم يجزم بها لواحد منهما⁽²⁾... وهكذا.

وإذا بقي في آخر السطر بياض لا يسع الكلمة المراد كتابتها، فليلاً ذلك ويسده بما يمنع التزوير وحذرا من التميم بكلام آخر لم يكتبه الموثق، فيقوم بتكرار آخر كلمة إن اتسع لها المكان، أو يضع في البياض كلمة «صح» ونحو ذلك⁽³⁾.

● صياغة الوثيقة بطريقة متفق عليها بين الفقهاء والموثقين فلا يقتصر على ذكر ما يوافق رأيا ويخالف آخر، لأن الوثيقة ربما يحتج بها أمام قاض يرى غير ما في الوثيقة فيبطلها، ولذلك لزم أن تكون الوثيقة مشتملة على تحديد موضوع العقد، وذلك بتعريف المتصرف فيه أو المعقود عليه، من مبيع أو مستأجر، أو مرتهن أو نحو ذلك، تعريفا شاملا دقيقا لجميع عناصره ومشملاته، وشروط صحته وفساده وأوصافه المميزة له⁽⁴⁾... ومن ذلك: ذكر الحدود الأربعة⁽⁵⁾ المحيطة بالمعقود عليه من عقار وغيره خروجا عن الخلاف⁽¹⁾، فبعض

(1) - ابن فرحون، الديباج المذهب، ج1، ص 283-284-278. الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 195-196.

(2) - ابن فرحون، الديباج المذهب، ج1، ص 278. الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 165.

(3) - ابن فرحون، الديباج المذهب، ج1، ص 284. الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 166-167. وكل هذه الاحترازا والاحتياطات، دليل على وقوع كثير من التزوير في الوثائق، وقد ذكر القراني أن بعض العلماء استفتي في رجل مات وترك أما وأحا لأم، وترك الكاتب في آخر السطر بياضا ثم كتب في السطر الذي يليه: «وابن عم» فكتب ثم قال المفتي في جوابه: للأم الثلث، وللأخ لأم السدس، والباقي لابن العم، فلما أخذ المستفتي الفتيا كتب في ذلك البياض: وأبا، ثم دور الفتيا على الناس بالكوفة، يخبرهم بأن فلانا المفتي قد حجب الأب بابن العم، وورث الأخ مع وجود الأب، فقال أصحابه: مثله ما يجهل فقد قال: هذا خطه شاهد عليه، فوقع فتنة عظيمة، بين فئتين عظيمتين من الفقهاء. الإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام، ص 74.

(4) - ابن العطار، الوثائق والسجلات، ص 20-35، المصمودي، الوثائق السجلماسية، ص 10-11، محمد بناني، الوثائق الفاسية ص 26-30.

(5) - هذا عند المالكية مثل: ابن العطار، الوثائق والسجلات، ص 31-43. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 286. الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 192-193. المصمودي، الوثائق السجلماسية، ص 11-20. محمد بناني، الوثائق الفاسية، ص 26-30. ابن أبي الشتاء الصنهاجي، التدريب على الوثائق العدلية، ج1، ص 129-130. جعيط، الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية، ط1، تونس، مكتبة الاستقامة، مطبعة الإرادة، ص 178.

العلماء يرى أن ذكر حد واحد يكفي في التعريف، وبعضهم يحصل عنده التعريف بحدين، وبعضهم بثلاثة حدود⁽²⁾، وبعضهم يرى أنه لا يتم التعريف إلا بذكر الحدود الأربعة وذلك لأن الوثيقة تكتب على أحوط الوجوه⁽³⁾، فيكتب: قبلي الملك المبيع كذا، وشرقيه كذا، وجوفيه كذا، وغربيه كذا⁽⁴⁾.

وقال صاحب الطريقة المرضية: «ويلزم في الدعاوى المتعلقة بالعقار تشخيص العقار وتعيينه بذكر حدوده متى جهاته الأربع⁽⁵⁾».

- ومن ذلك أيضا النص على إذن المضمون عنه للضامن من في كتابه وثيقة الضمان، وذلك خروجاً عن خلاف من يقول من العلماء باشتراط هذا الإذن⁽⁶⁾، وإن كان المشهور عدم اشتراطه⁽⁷⁾.

- ومنه ذكر شروط صحة المعقود عليه، وذلك إذا كان عينا، أو رهنا أو دينا في الذمة، أو قرضاً أو سلماً، أو غير ذلك، فيعرف هذا التصرف بذكر شروط صحته المتفق عليها بين الفقهاء في كل نوع منها، وذلك بأن يذكر تفصيلاته الضرورية التي وقع عليها الاتفاق بين الأطراف، وما التزم كل منهما، وكل ما يتعلق به من آجال ومقادير وأوصاف، وغير ذلك مما تم الاتفاق عليه أو أملاه المشهود عليه: (المستوثق منه) واعترف به، وقد أتى ابن العطار في وثائقه، وكذا المصمودي أيضا بكثير من الصور النموذجية لكتابة الوثائق على هذه الضوابط⁽⁸⁾.

● التعريف بالمتعاقدين وذلك بأن يكتب الموثق في الوثيقة ما يصفهما، وما يعرف كل واحد

(1) - قال بذلك المالكية، ووافقهم، زفر من الحنفية، جعيط، الطريقة المرضية، ص 178، السمرقندي، الشروط وعلوم الصكوك، ص 59.

(2) - وهم الحنفية عموماً. السرخسي، المسبوط، ج 30، ص 171.

(3) - السمرقندي، الشروط وعلوم الصكوك، ص 59. السرخسي، المسبوط، ج 30، ص 171. الشريبي، مغني المحتاج، ج 2، ص 412. وهو قدر متفق عليه وذلك ما نص عليه جمهور العلماء من مالكية وغيرهم.

(4) - ابن العطار، الوثائق والسجلات، ص 32-45. الونشريسي، المنهج الفائق، ج 1، ص 192-193. المصمودي، الوثائق السجلماسية، ص 11-20. ابن أبي الشتاء، الصنهاجي، التدريب على الوثائق العدلية، ج 1، ص 129-130.

(5) - جعيط، الطريقة المرضية، ص 178.

(6) - وهم أبو حنيفة والشافعية في قول عندهم، خلافاً للمالكية والحنابلة والشافعية في الأصح عندهم، وأبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية، الذين لم يشترطوا إذنه أو رضاه. الدردير، الشرح الكبير، (بهاشم الدسوقي)، ج 3، ص 334. الطحاوي، الشروط الكبير، تحقيق روعي أوجان، ط 1، بغداد، مطبعة العاني، إحياء التراث الإسلامي، 1974م، ج 1، ص 94. الشريبي، مغني المحتاج، ج 2، ص 200.

(7) - ميارة، شرح تحفة الحكام، ج 1، ص 196.

(8) - ابن العطار، الوثائق والسجلات ص 31-43-92-98، وغيرها من المواضع، والمصمودي، الوثائق السجلماسية، ص 12-14 وما بعدها.

منهما وبميزه حتى لا يختلط بغيره، ومن ذلك، ذكر اسمه واسم أبيه وجده ونسبه وقبيلته ونحو ذلك من الأوصاف التي تميزه عن غيره، كصناعته وسكنه أو بلدته مثلا، وهذا إذا لم يكن معروفا للشهود، فإن كان معروفا لديهم قال: «وشهود هذا الكتاب بالمقر عارفون وله محققون، ويفعل كذلك باسم المقر له⁽¹⁾ جاء في المنهج الفائق عن ابن عبد السلام قوله في ذلك: «والذي جرت به عادة شهود بلدنا أنهم يكتبون المعرفة أو ما يقوم مقامها عندهم من التعريف، فإن لم يكتبوا شيئا من ذلك دل على أن المشهود عليه عندهم معروف»⁽²⁾.

ومن ثم يعرف العاقدان تعريفا جامعا مانعا من الجهالة ورافعا للإشكال حيث لا يقع معه الالتباس والتشابه في شخصيتهما⁽³⁾، وهو ما قرره الفقهاء قديما وحديثا، حيث ألزمو الموثق بضرورة تحديد شخصية المتصرف، ورتبوا على عدم تعريفه بطلان الوثيقة، فقد جاء في كتاب البهجة في شرح التحفة ما يؤكد ذلك، ونصه: «أما تسمية المتبايعين فلا بد منهما لأنهما ركنا، فإن سقط واحد منهما بطل الرسم، وأما ما يعرفان به من صفاتهما فإنما ذلك عند عدم معرفتهما، فإن سقطت المعرفة والتعريف والوصف بطل الرسم»⁽⁴⁾. وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من متقدمي المالكية⁽⁵⁾، ووافقهم عليه الحنفية، والشافعية والحنابلة⁽⁶⁾، خلافا لما استحسنت متأخروا المالكية⁽⁷⁾ وما قال به أبو يوسف من الحنفية⁽⁸⁾، حيث اكتفوا في تعريف المتعاقدين بذكر اسم الرجل واسم أبيه دون اسم الجد. وإنما كان هذا الاختلاف في الوثائق عند الفقهاء، في مبلغ وصف المتعاقدين، إنما هو راجع

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص283. الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص226.

(2) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص222.

(3) - هذا في عصرهم، حيث كان التثبت من هوية المتعاقدين والتوثيق لذلك والتحقق منه، شيء غاية في الصعوبة، تستدعي من الموثقين إحضار الشهود للتحقق والتأكد من ذلك، بحيث يسأل عن نسبه وقبيلته ومسكنه وتجارته، أو حرفته، ووظيفته، وحتى المسجد الذي يصلي فيه... وكان ذلك يستغرق وقتا وجهدا كبيرين، وأما في عصرنا الحاضر، فقد سهلت إجراءات التحقق من شخصية المتعاقدين، بفضل ما استحدثت من وسائل إثبات الهوية، كبطاقة التعريف، وما يقوم مقامها، وما تحتويه من بيانات دقيقة مفصلة عن الشخص، وكذا البصمة الوراثية وغيرها من البصمات، كبصمة الأصابع، والعين والصوت،... وغير ذلك من الوسائل الحديثة التي تستعمل اليوم، للكشف والتحقق من الهوية.

(4) - التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج2، ص3.

(5) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص379-283.

(6) - السرخسي، المبسوط، ج30، ص169. الأسيوطي، جواهر العقود، ج1، ص75. ابن مفلح، المدع في شرح المنع، بيروت،

المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، ج10، ص115.

(7) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص283. الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص226.

(8) - السرخسي، المبسوط، ج30، ص169.

للاحتياط والحذر عند تحرير الوثائق، حتى أننا نجد بعضهم يبالغ فيذكر بعض الزيادات في الوثيقة عند التعريف بالمتعاقدين، ليقطع الشك والاحتمال الوارد في اشتباه الأسماء، فيتوثق لذلك، بالإضافة إلى ذكر الاسم واسم الأب والجد، بزيادة اسم نسبه أو قبيلته أو صناعته ومسكنه، أو أي شيء يميزه عن غيره، زيادة في التعريف ومبالغة في الاحتياط للوثيقة وخروجاً من الخلاف⁽¹⁾.

ولذلك وجدنا من باب الاحتياط والتوثيق أيضاً في ضبط الوثيقة لتحديد شخصية المتعاقدين، أن زاد العلماء ما يسمى بالتحلية، وهي ذكر أوصاف المتعاقدين الجسمية، إذا احتيج إلى زيادة التعريف بهما. وقد اختلف المالكية أيضاً في هذه المسألة، فمذهب ابن القاسم القول بالتحلية، بينما تركها هو مذهب الأندلسيين⁽²⁾، حيث جاء في التبصرة الفرحونية وكذا في المنهج الونشريسي ما نصه: «وقال بعض الأندلسيين: يكتب اسمه وقريته ومسكنه ويجتزئ بذلك، وقال غيره: الأحسن أن يكتب نعته وصفته (أي التحلية) ويشهد الشهود على الصفة حياً أو مات أو غاب»⁽³⁾.

وقد رجح الونشريسي التحلية زيادة في الاحتياط والتوثيق، لمعرفة العاقدين حيث قال: «والحزم عندي في المجهول العين والاسم، ما قال ابن القاسم بقول واضحة ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: يزداد فيمن ليس بمعروف على التسمية، كتب التحلية والصفة والنسب والحرفة والمسكن»⁽⁴⁾، وهو ما قال به ابن فرحون أيضاً في تبصرته⁽⁵⁾. مما يشير إلى المبالغة في التوثيق والاحتياط، الذي التزمه فقهاؤنا الموثقون، والخروج عن الخلاف الذي ينبغي مراعاته أثناء تحرير الوثيقة، حتى تكون حجة في التوثيق للحقوق والالتزامات.

● التحقق من حضور المستند قبل تحرير الوثيقة، وذلك في المعاملات التي تستوجب وجود المستندات التي تشهد بصحة الملك، وتمكن صاحبها من التصرف فيه، فلا يكتب الموثق لأحد شيئاً من هذه العقود إلا بعد أن يحضر مستنده، فإذا أثبت صحة ما يطلب كتابته بانتقالها إليه وملكيته لها بشراء أو ميراث أو هبة أو غير ذلك كتب الموثق حينئذ الوثيقة، بناء على معطيات ذلك المستند، وإذا لم يحضر شيئاً من ذلك فلا يكتبها، وإن ادعى المتعاقد (المستوثق له أو منه) أو المالك، ضياع المستند

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص273-283. الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص247.

(2) - وهي إحدى المسائل التي خالف فيها الأندلسيون مذهب ابن القاسم وهي ثمان عشرة مسألة ذكرها الغرناطي في وثائقه المختصرة، ص292-298 وكذا الونشريسي في المنهج الفائق، ج1، ص246.

(3) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص273. الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص227.

(4) - الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص247.

(5) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص273.

الذي يثبت ملكيته، فلا يكتب له حتى يأتي بشهود يشهدون له بالملك، لأنه لو فتح هذا الباب لبيعت أملاك الناس بغير مستند⁽¹⁾. جاء في التبصرة الفرعونية: « إذا حضر رجل بمفرده أو مع امرأة وذكر أنها زوجته وأنه يقصد طلاقها وليس معها كتاب نكاح يدل على الزوجية وأراد كتابة الطلاق في ورقة مجردة فليحترز...وينبغي له أن لا يكتب لأحد مبايعة إلا بعد أن يحضر كتبها، فإن شهدت بصحة ما يطلب كتابته بانتقالها إليه بشراء أو ميراث أو صدقة ونحو ذلك كتب، وكذلك كتب الإجارة...ومتى لم يحضر شيئاً من ذلك فلا يكتب له»⁽²⁾.

- ذكر التاريخ ووضعه في الوثيقة من الأمور التي ينبغي على الموثق أن يلتزم بها، في كل عقد من العقود، لما يبنى على التاريخ من الأحكام، ولما له من فوائد فهو يعطيها قوة في التوثيق والضبط والإثبات، فقد يتغير الحكم به تغيراً جذرياً، وبه يمتنع التزوير ويحسم النزاع الذي ينشأ عن الوثيقة⁽³⁾. وقد نقل ابن سهل في أحكامه ونوازله وكذا الونشريسي في منهجه، عن ابن عتاب رحمه الله قوله: «وقد يقع في المشهود به تخاصم ونزاع يضطر فيه إلى تاريخ الشهادة، فلا بد من تقييد شهادته بتاريخ وقت الإشهاد»⁽⁴⁾.

وإذا ألقينا نظرة على الوثائق النبوية، نجد أنها كلها تقريباً خالية من ذكر تاريخ كتابتها، والسبب في ذلك والله أعلم أن التاريخ لم يعمل به إلا في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه كما ترجحه أغلب المصادر⁽⁵⁾.

وقد تعارف المسلمون على كتابة التاريخ في كتبهم ووثائقهم، ضبطاً لها وزيادة في التوثيق وعونا للذاكرة، ولذلك جرى عمل الموثقين والشروطيين، على أن تكون الوثيقة مشتملة على تاريخ المعاملة أو التصرف المحرر فيها، ويكون تأريخه بالساعة واليوم والشهر والسنة، التي حدثت فيها التوثيق للمعاملة، ومكان صدور الوثيقة، وهو أمر اتفق عليه الكثير من العلماء، جاء في نوازل ابن سهل: «وينبغي للقاضي إذا شهد الشاهد عنده أن يكتب شهادته واسمه وقبيلته وبعته، ومسكنه ومسجده

(1) - ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص 286. جعيط، الطريقة المرضية، ص 153-154.

(2) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 285، 286.

(3) - الونشريسي، المعيار، ج5، ص 250-251، المنهج الفائق، ج1، ص 291. القلقشندي، صبح الأعشى، ج6، ص 235-252.

(4) - ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص 62. الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 317.

(5) - الونشريسي، المصدر نفسه، ج1، ص 250-251. الكناي، التراتيب الإدارية، ج1، ص 172. الأسيوطي، جواهر العقود، ج1، ص 599-600.

الذي يصلي فيه، والشهر الذي شهد فيه، والسنة»⁽¹⁾.

ويكتب التاريخ عادة في آخر الوثيقة بعد الفراغ من تحريرها، وهو ما استقر عليه عمل الموثقين، ويؤكد النويري ذلك بقوله: «فإذا انتهى إلى آخر الكلام فيه أرخ المكتوب باليوم من الشهر، وبما مضى من سنين الهجرة النبوية، ولا بأس بأن يورخه بالساعة من اليوم»⁽²⁾.

• وضع الإشهاد في الوثيقة من الضوابط التي أحيطت بالوثيقة والقواعد التي بنيت عليها، لتكون حجة على صحة التصرف المكتوب فيها، ولأن الإشهاد زيادة في التوثيق، امتثالاً لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾⁽³⁾. وقوله: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ﴾. فالكتابة كما عليه المالكية - بغير إشهاد لا تكون حجة⁽⁴⁾.

وينقل الونشريسي في معياره عن بعض متأخري المالكية قوله: «إن الشهادة في الطريقة التوثيقية، لبنة تمامها ومسكة ختامها، وانفحة ذلك الدور، وسلك ذلك النور، وإلا فلا معنى للوثيقة حتى تكون محتومة بالشهادة»⁽⁵⁾.

والشاهد في الوثيقة - كما تقدم - إما أن يكون هو كاتبها نفسه، وإما أن يكون غيره، فإن كان الموثق شاهداً في الوثيقة، فحينئذ يسجل شهادته بطريقة تميزه عن غيره من الشهود، بأن يضع علامته الخاصة به - أي توقيع - ويكتب اسمه واضحاً لأن ذلك أمانع للتزوير وأعون على اكتشافه إن حدث في الوثيقة فلا يزداد فيها أو ينقص⁽⁶⁾.

ويتم كتابة الشهادة عقب تاريخ الوثيقة بعد الفراغ من تحريرها⁽⁷⁾، وإن كان الشاهد غير الموثق، فلا يضع شهادته في الوثيقة حتى يقرأها ويطلع على جميع تفاصيلها ويعرف موضوعها، ويفهم معانيها ومقصدها لأنها قد تتضمن شيئاً لم يطلع عليه الشاهد أو لم يفهمه، فيطلب منه تسجيل شهادته عليه، فلا ينبغي له ذلك حتى يكون عن يقين، فإذا طلب من الشاهد مثلاً ذكر معاينته قبض

(1) - ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص 61، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 1 ص 283، الفلقشندي، صبح الأعشى، ج 6، ص 251.

(2) - النويري، نمابة الأرب، ج 9، ص 7.

(3) - سورة الطلاق، الآية 2.

(4) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 3، ص 382، ابن كثير، تفسير القرآن، ج 1، ص 595.

(5) - الونشريسي، المعيار، ج 10، ص 199.

(6) - ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص 61.

(7) - ابن سهل، المصدر نفسه، ص 61. الونشريسي، المنهج الفائق، ج 1، ص 315.

البائع للثمن، فلا يشهد حتى يتم إحضار الثمن ووزنه ونقده، لئتم معاينته وتسليمه أمامه وأنه بالفعل موافق لما كتب في الوثيقة، ثم يضع الموثق شهادته على جميع ما جاء فيها⁽¹⁾.

كما على الشاهد التحقق من معرفته لأطراف المعاملة أو المشهود لهم، كما عليه أيضا التنبه حتى إلى نوعية الورق الذي منه الوثيقة قبل وضع شهادته عليها، احتياطا لما قد يطرأ عليها من التزوير والتغيير حيث إن بعض أنواع الورق يسهل بشرها ومحوها، وكذا يحترز من الحبر الذي ينتقض ويزول بسرعة⁽²⁾، توثقا وحيطة لما تتضمنه الوثيقة من حقوق الناس، فالتحفظ في الشهادة ضروري للشاهد، احتياطا وحذرا لها، لأنها هي التي تعطي الوثيقة قيمتها الإثباتية، ولذلك لا ينبغي التساهل في أمرها. والوثيقة دون إشهاد قد تقبل إذا انتفت الشكوك حولها، وتيقن عدم التزوير، ولكنها لا تصل في قوتها التوثيقية والإثباتية إلى قوة الوثيقة التي تم الإشهاد عليها، لما فيها من زيادة التوثق، والحيطة، والتأكد.

وفي كتابة الوثائق قد تجتمع الكتابة مع الشهادة أحيانا في نظام مزدوج، وقد تنفرد كل منهما عن الأخرى، أي يكون الموثق تارة هو الشاهد نفسه، وبذلك يجمع بين الكتابة والشهادة، وتارة يكون كاتبها فقط، والشاهد شخص آخر - كما سأشير إليه في الفصل اللاحق - إن شاء الله.

● على الموثق بعد الفراغ من تحرير الوثيقة أن يضع عليها مجموعة من الأمور، يقصد بها إعطاء الحجية والمصدقية للمكتوب وتأكيد صدوره عنه، وأنه سليم من التغيير والتبديل، أو أي ضرب وتزوير، و من هذه الأمور : الختم أو الطبع على الوثيقة وهو وضع الخاتم أو الطابع⁽³⁾ عليها للاستيثاق لها من ألا يدخلها شيء، وصيانتها ومنع الناظرين من معرفة ما فيها⁽⁴⁾. وختم الرسائل والوثائق معروف منذ القدم، حتى قيل إن أول من ختم الكتاب سليمان بن داود عليهما السلام⁽⁵⁾ وقد تقدم تفسير قوله تعالى على لسان بلقيس: ﴿قَالَت يَا أَيُّهَا الْمَلَأُؤِاِي أَلْقِي إِلَي كِتَابِي كَرِيْمًا﴾⁽⁶⁾. أي محتوم⁽⁷⁾.

وقد اتخذ الرسول ﷺ خاتما يختم به الرسائل إلى الملوك والحكام، فقد أخرج البخاري عن قتادة

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 281.

(2) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 279-280.

(3) - الطبري، تفسير الطبري، ج1، ص 258.

(4) - الجوهري، الصحاح، ج5، ص 1908 فصل الخاء، ابن منظور، لسان العرب، مادة ختم، مج2، ص 1101.

(5) - القلقشندي، صبح الأعشى، ج6، ص 422.

(6) - سورة النمل، الآية 29.

(7) - الرمنشيري، الكشف، ج3، ص 141. ابن كثير، تفسير القرآن، ج3، ص 1528.

قال: «سمعت أنسا رضي الله عنه يقول: لما أراد النبي صلى الله عليه وسلم أن يكتب إلى الروم قيل له: إنهم لا يقرأون كتابا إلا أن يكون محتوما، فاتخذ خاتما من فضة، فكأني انظر إلى بياضه في يده، ونقش فيه: محمد رسول الله»⁽¹⁾.

ويظهر من هذا الأثر -والله أعلم- أن أول من ختم الوثائق في الإسلام من العرب هو النبي صلى الله عليه وسلم، وليس فقط من قريش كما ذكر السيوطي في أوائله: «أول من ختم الكتاب من قريش سيد العالمين رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أراد مكاتبة الملوك يدعوهم إلى الإسلام»⁽²⁾.

وختمه صلى الله عليه وسلم للكتب يكون بغمس الخاتم في مداد أو غيره كالطين الذي يصنع خصيصا لهذا الغرض، فيوضع على صفح الوثيقة فترسم الكلمات الشريفة المنقوشة في الخاتم الشريف على الوثيقة⁽³⁾.

وهو أيضا أول من اتخذ الطين لختم الكتب، على عكس ما ذكره القلقشندي في صبحه أن أول من فعل ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه⁽⁴⁾. وقد جاء في شرح التحفة، أن بعض الفقهاء يعبر عن الطبع بالختم والعكس، فينقل عن طرر ابن عات ما نصه: «من ادعى على غيره دعوى ودعاه للقاضي، فإن امتنع ختم له خاتما من طين...» وقال: «ويطبع عليها بطابع عليه نقش أو كتابة»⁽⁵⁾ أي يختم عليه.

وقد يطلق الختم على «الإمضاء»، وهو عبارة عن كلمات مصطلح عليها يكتبها محرر الوثيقة (الموثق) في آخرها، للدلالة على أنها نافذة وصحيحة، وتعطيها مصداقية وثقة كبيرتين، وتكون - كما في زمانهم - عبارة إما عن تسبيح أو تحميد، أو اسم السلطان أو الأمير، أو صاحب الكتاب ويطلق عليها لذلك لفظ «العلامة» أو الختم⁽⁶⁾.

ولذلك جاء في المقدمة: «فصار الحاجب يرسم للكاتب إمضاء كتابه بذلك، بخط يضعه ويتخير له

(1) - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الجهاد والسير، باب: دعوة اليهودي، والنظر في وعلى ما يقاتلون... ج3، ص 235، وكتاب اللباس، باب النقش الخاتم، وباب: اتخاذ الخاتم ليختم به الشيء... ج7، ص 52-53.

(2) - علي وده السنوي، محاضرة الأوائل ومسامرة الأواخر، ط2، بيروت، دار الكتاب العربي، 1978م، ص 27-28. الكتاني، الترتيب الإدارية، ج1، ص 170.

(3) - ابن خلدون، المقدمة، ص 246. الكتاني، الترتيب الإدارية، ج1، ص 171.

(4) - القلقشندي، صبح الأعشى، ج6، ص 422. الكتاني، المصدر نفسه، ج1، ص 171.

(5) - ميارة، شرح تحفة الحكام، ج1، ص 40-41.

(6) - ابن خلدون، المقدمة، ص 246-247.

من صيغ الإنفاذ ما شاء»⁽¹⁾ كما جاء فيها أيضا: «ثم صارت السجلات تصدر باسم السلطان، ويضع الكاتب فيها علامته أولا أو آخرها على حسب الاختيار»⁽²⁾.

وهذا يدل على أن هذا الإمضاء أو العلامة أو الختم، قد يكون في صدر الوثيقة أو في آخرها، للإشارة إلى الجهة أو الهيئة الرسمية، أو الشخص الذي أصدرها، وأنه يكلف بكتابتها كاتب حكومي أو رسمي، حيث هو من يضع صيغته التي يتخيرها، لتكون ختم الدولة أو الجهة الرسمية، بحيث لا تقبل التغيير أو التبديل فيها، ولذلك كان من باب التوثيق للمعاملات وجعل الوثيقة أكثر صحة وأبعد عن التزوير وأنفى للشك والريبة والالتباس، أن تكتب العلامة أو الختم أو الإمضاء على شكل واحد لا يتغير، فقد أشار ميارة في شرحه على التحفة إلى ذلك بقوله: «مما ينبغي للشاهد ويتأكد عليه أن يثبت على علامة واحدة، ولا ينوعها فيقع الالتباس في شهادته»⁽³⁾ وهو المعمول به إلى يومنا هذا. ولعل التحفظ من التزوير من أسباب نهي النبي ﷺ أن ينقش أحد خاتما على صفة خاتمه⁽⁴⁾، ولذلك كان الختم أو العلامة أو الإمضاء، برهاننا على أن الوثيقة المختومة سالمة من التزوير.

5- إحاطة الوثيقة بمجموعة من الآداب التي ذكرها العلماء، و التي يجب على الموثق أن يحرص على وجودها في الوثيقة زيادة في التوثيق والإيضاح، واستئناسنا بما جاء في السنة النبوية الشريفة، في طريقة كتابة الوثائق، ومن هذه الآداب ما يلي:

أ- يستحب لكاتب الوثيقة أن يفتتحها بالبسملة في أولها وأعلىها، اقتداء بالنبي ﷺ فقد كان عليه الصلاة والسلام يفتتح وثائقه كلها بـ «بسم الله الرحمن الرحيم»، سواء كان ذلك في وثائق صلحه أو إقطاعه أو عتقه أو معاملاته كلها من بيع ونحوه، وقد مر معنا أمثلة كثيرة عن هذه الوثائق، وقد رأينا بعض علمائنا من خطأ غيره من الموثقين لكونه لم يذكر البسملة، حرصا منه عليها، ودليل على لزومها، ومن ذلك الوثيقة التي قرأها أسد بن الفرات أمام الأمير زيادة الله بن إبراهيم بن الأغلب، وكان كاتبها ابن محرز⁽⁵⁾، فنسي ابن الفرات أن يقرأ بالبسملة وتركها، فقال له ابن محرز:

(1) - ابن خلدون، المقدمة، ص 247.

(2) - ابن خلدون، المصدر نفسه، ص 246.

(3) - ميارة، شرح تحفة الحكام، ج 1، ص 40-41.

(4) - البخاري، صحيح البخاري، كتاب اللباس، باب قول النبي ﷺ، ألا ينقش على نقش خاتمه»، ج 7، ص 53.

(5) - ابن محرز: محمد بن محمد أحمد بن أحمد بن عبد الرحمان، فقيه حافظ، متفنن في كثير من العلوم كالحديث واللغة والتاريخ، قرأ بالأندلس، ثم نزل بجاية، وكان رأس أهل الأندلس في المذهب المالكي، توفي ببجاية سنة 655هـ، الغبريني، عنوان الدراية، ص 170. أحمد بابا التنبكي، نيل الابتهاج، ص 380.

«أخطأت»⁽¹⁾. دليل على حرص الموثقين على كتابتها، وكذا حتى قراءتها في الوثيقة والانتباه إليها. كما يستحب ختم الوثيقة بالحمد والتصليّة على الصلاة على النبي ﷺ في آخرها⁽²⁾، تبركاً بها، كما في قوله تعالى: ﴿وَتَرَى الْمَلَائِكَةَ حَافِينَ مِنْ حَوْلِ الْعَرْشِ يُسَبِّحُونَ بِحَمْدِ رَبِّهِمْ وَقُضِيَ بَيْنَهُم بِالْحَقِّ وَقِيلَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾⁽³⁾. أو قوله تعالى: ﴿دَعْوَتُهُمْ فِيهَا سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ وَتَحِيَّتُهُمْ فِيهَا سَلَامٌ وَعَاجِرُ دَعْوَتُهُمْ أَنْ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾⁽⁴⁾.

وقد جاء في سيرة ابن هشام، أن النبي ﷺ كتب في آخر عهده لعمر بن حزم حين وجهه إلى اليمن: «صلوات الله على محمد»⁽⁵⁾.

ب- ذكر الشروط المصاحبة للعقد في الوثيقة، والتي يكون لأحد أطرافها مصلحة فيها، على أن لا تكون مخالفة لكتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ، لقوله ﷺ: «ما بال رجال يشترطون شروطاً ليس في كتاب الله؟ ما كان من شرط ليس كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أجل وشرط الله أوثق»⁽⁶⁾.

ج- الاعتذار عما في الوثيقة، فقد يقع من الموثق سهو أو خطأ أثناء تحرير الوثيقة، فتسقط منه كلمة أو يكررها، أو يبشر كلمة أو يضرب عليها، أو يحوها لإصلاح بعض الكلمات، وذلك لا يؤثر على صحة الوثيقة، ولكن على الموثق إن حصل ذلك، أن ينبه عليه بعد الانتهاء من تحرير الوثيقة، وهذا ما يعرف عند الموثقين بالاعتذار عما وقع في الوثيقة من تلك الأمور، بأن يقول في الوثيقة: «وفيه إصلاح كذا وكذا»⁽⁷⁾.

د- ويستحب بعد الفراغ من كتابة الوثيقة، قراءتها على أصحابها للتحقق من موافقة المكتوب لما أرادوه، واعتراف المتعاقدين بأن ما سمعاه وفهماه من الوثيقة هو من إقرارهما، وذلك حتى يزول الوهم والشك أو أي إشكال في أي لفظ من ألفاظ الوثيقة⁽⁸⁾.

(1) - سبقت الإشارة إلى هذا النص في الفصل التمهيدي من هذا البحث، ص 32.

(2) - القلقشندي، صبح الأعشى، ج 6، ص 255-256.

(3) - سورة الزمر، الآية، 75.

(4) - سورة يونس، الآية 10.

(5) - ابن هشام، السيرة النبوية، ج 4، ص 194.

(6) - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب الشروط، باب الشروط بالولاء، ج 3، ص 177.

(7) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 1، ص 279-284، الونشريسي، المنهج الفائق، ج 1، ص 299-305.

(8) - ابن رشد، البيان والتحصيل، ج 10، ص 29. ابن هشام، المفيد للحكام، ج 2، ص 09. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج 1،

ص 281. الونشريسي، المنهج الفائق، ج 1، ص 363.

وبهذا ندرك القيمة التي أعطاها علماءنا للوثيقة، فأحاطوها بكل تلك الشروط والضوابط، التي مازلنا اليوم نعمل ونتقيد بها عند كتابتها، حرصاً منهم على تطبيق وامتثال الأمر الإلهي: ﴿وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ﴾.

وكذا حفاظاً على حقوق الناس ومصالحهم، التي لولا الوثيقة لضاعت ولما وصلت إليهم، فمدار الوثيقة على هذه الحقوق حيث لا تقوم عملية التوثيق إلا على شيء يتوثق له ويكون محلاً لهذا التوثيق، وهو ما سأحدث عنه في المبحث التالي- إن شاء الله- .

المبحث الرابع: المستوثق له

والمراد به محل التوثيق، وهي الحقوق والمعاملات المراد التوثيق لها، وهي إما أن تكون حقوقاً مالية أو غير مالية، ومعرفة أحكام التوثيق لهذه الحقوق بنوعيتها، لا يقل أهمية عن معرفة أحكامها بذاتها، إذ هي محلّه ونطاقه الذي يدور في فلكه.

المطلب الأول: حكم المستوثق له من التوثيق

الحق المالي إما أن يكون عيناً أو ديناً أو منفعة أو التزام فعل، أو حقاً من حقوق الابتكار والاختراع... وغير ذلك.

والحق غير المالي قد يكون غير ذلك كالقصاص أو الشفعة أو الحضانة أو الزواج أو الطلاق...، وقد يختلف فيه، فيكون مالياً عند قوم، وغير مالي عند آخرين، إلا أن الجامع بين ذلك كله، أن هذه الحقوق جميعها على اختلاف أنواعها، وكذا سائر المعاملات والتصرفات شرع التوثيق لها، وإتمام الاختلاف كان في حكم ذلك هل هو للوجوب أم للندب - كما تقدم -.

ومن المعروف أن الشهادة والكتابة تصحان وثيقة في جميع الحقوق والعقود والمعاملات، فكما توثق الشهادة نفسها بالكتابة، تكون الكتابة أيضاً وثيقة في جميع الحقوق والعقود، فكذلك تصح باقي الوسائل وثيقة لهذه الحقوق⁽¹⁾، فكيفما كان الحق ديناً أو عيناً، أو منفعة، أو ابتكاراً أو قصاصاً أو بيعاً، أو زواجاً أو طلاقاً.. وسواء كان مالياً أو غير مالي، جاز التوثيق له بالشهادة أو الكتابة، أو الرهن، أو الكفالة، أو الحوالة، أو بالحجر في الحقوق، أو بمنع الشخص من السفر حتى يفي بالحق... وغيرها من وسائل التوثيق المشروعة لهذا الغرض.

ولقد سبق بيان أن كل العقود والمعاملات الجائزة، والحقوق المشروعة هي نطاق التوثيق وميدانه الذي يدور عليه⁽²⁾، ومن ثم ففي عدم التوثيق لها كبير الضرر، ولذا شرع التوثيق لها دفعا للحرص ودرءا لهذا الضرر لأن كل عقد يتحقق الضرر بعدم التوثيق له بأي وسيلة من وسائل ذلك يجب أن يوثق، لما تعبدنا الله بهذه الشريعة من درء المفسد وإزالة الضرر. ولقد أرشدت إلى الكثير من وسائل التوثيق التي سأفصل فيها في فصول لاحقة - إن شاء الله -.

وإن الناظر في آيات الكتاب الكريم والأحاديث الشريفة، يرى أنها نذبت إلى الأخذ بالتوثيق في

(1) - سأحدث عن هذه الوسائل في الفصل اللاحق - إن شاء الله -.

(2) - في الفصل الأول من هذا البحث، ص 103.

كثير من الحقوق والمعاملات كالإشهاد عند عقد البيع، أو كتابة وثيقة في ذلك، أو أخذ الرهن في الدين وكتابته أو الإشهاد عليه، وكذا ضرورة التوثيق للزواج بالإشهاد عليه، - وكتابته كما في عصرنا الحاضر-، وكذا الطلاق، والرجعة، والوصية، والحجر على المفلس، والإشهاد على الإقرار، أو كتابته في وثيقة، وغير ذلك من الحقوق والتصرفات التي ندبت الشريعة إلى التوثيق لها بإحدى الوثائق المشروعة، لما في ذلك من النفع الذي يترتب على التوثيق.

ولكن من هذه الحقوق والمعاملات، ما اتفق على جواز التوثيق لها، ومنها ما اختلف في كونها محلا للتوثيق أم لا، ومنها ما أرشد الشرع إلى التوثيق لها بوسيلة من وسائل التوثيق، وبعضها ببعض هذه الوسائل دون بعض، كالشهادة فقط أو الشهادة والكتابة، أو الرهن مع الشهادة أو كلاهما مع الكتابة، أو بالكفالة... وهكذا...

وعلى هذا فإن الحقوق سواء كانت مالية أو غير مالية، وغيرها من التصرفات بالنظر لكونها محلا للتوثيق أو عدمه، بحسب اختلاف العلماء، يمكن تقسيمها إلى قسمين:

الفرع الأول: الحقوق المتفق على مشروعيتها التوثيق لها

وهي المعاملات المؤجلة عموماً، أو الديون، فإنه لا خلاف بين العلماء على مشروعيتها التوثيق لها، ولكن اختلفوا في الحكم هل هو للإيجاب أو النذب أو الإباحة؟ وقد فصلت الكلام في ذلك عند عرضي لحكم التوثيق للمعاملات في الفصل الأول، بما يجيب عن هذا السؤال.

ولكن تجدر الإشارة هنا إلى أن العلماء لم يفرقوا بين كثير الدين وقليله في جواز التوثيق له، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَسْمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ﴾⁽¹⁾.

فإنه تعالى يرشدنا إلى التوثيق للدين مهما كان نوعه، قليلاً أو كثيراً صغيراً أو كبيراً، وألا نسأم أو نمل من ذلك، لأن ما يحصل من نزاع بسبب الدين القليل، قد يؤدي إلى فساد عظيم ولجاج شديد⁽²⁾.

فيتوثق لهذه الديون، خوف الجحود والنكران، بالكتابة والإشهاد وغير ذلك من وسائل التوثيق، وكذا إثباتا لحق الملكية لصاحب الحق، وبالتالي ضمان استرداده، حتى لا يدعيه من ليس له ذلك،

(1) -سورة البقرة، الآية: 282.

(2) -ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، ص102-103. الرازي، التفسير الكبير، ج7، ص124.

لأنه «لو فتح هذا الباب لبيعت أملاك الناس بغير مستند»⁽¹⁾ وقد أرشدت الشريعة إلى التوثيق للدين بكتابتها أو الإشهاد عليه أو بالرهن أو الكفالة أو الحوالة، وغيرها من الوسائل.

الفرع الثاني: المعاملات المختلف في التوثيق لها

وهي المعاملات غير المؤجلة أو ما يسمى بالتجارة الحاضرة، وهي إما أن تكون تجارة حاضرة ذات بال وخطر، وذلك فيما كان ثمنه كثيرا وكبيرا، وإما أن تكون تجارة حاضرة فيما ليس ذي بال، أو فيما كان ثمنه صغيرا وقليلًا. فقد اختلف العلماء في حكم التوثيق لهذه المعاملات بنوعيتها كالأتي:

1- التجارة الحاضرة الكبيرة الشأن الكثيرة المال: قال العلماء بإباحة التوثيق لها وذلك

بكتابتها، كما يباح ترك التوثيق لها، وذلك لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا﴾⁽²⁾.

فرخص تعالى في ترك كتابة هذا النوع من المعاملات لكثرة جريانه بين الناس، ولانتفاء إمكان التجاحد أو النسيان، إذ يحصل التقابض بين المتبايعين بالنقد في مجلس العقد، كل يأخذ حقه، ولذلك انتفت الحاجة إلى الكتابة أو التوثيق عموماً⁽³⁾، فالآية نفت الإثم عن ترك الكتابة أو التوثيق للتجارة الحاضرة التي يديرها الناس فيما بينهم يومياً، فمن كتبها ووثقها بسائر وسائل التوثيق فقد فعل أمراً مباحاً، ومن ترك ذلك فلا إثم عليه، ولهذا قال بعضهم: «إن أشهدت فحزم، وإن ائتمنت ففي حل وسعة»⁽⁴⁾.

وأما التوثيق بالإشهاد للتجارة الحاضرة الكثيرة الثمن، فقد اختلف فيه العلماء إلى ثلاثة أقوال، وهي الاستحباب⁽⁵⁾ والإيجاب⁽⁶⁾ والإباحة⁽⁷⁾. على ما بينته في حكم التوثيق- في الفصل الأول-.

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 286.

(2) - سورة البقرة، الآية: 282.

(3) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص401-402، ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، ص102-103. الرازي، التفسير الكبير، ج7، ص126.

(4) - الوائلي، المنهج الفائق، ج1، ص26.

(5) - وهو للجمهور: ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، ص257. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص401 الجصاص: أحكام القرآن، ج1، ص521. الرازي، التفسير الكبير، ج7، ص124.. ابن قدامة، المغني، ج4، ص302.

(6) - ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، ص259. الجصاص، أحكام القرآن، ج1، ص481. ابن كثير، تفسير القرآن، ج1، ص336.

(7) - الجصاص، أحكام القرآن، ج1، ص522.

2- التجارة الحاضرة التي ليس لها خطر، أو ما كانت قليلة الثمن

فقد قال العلماء باستحباب التوثيق لها⁽¹⁾، وبأنه لا حاجة إلى ذلك أصلاً، لكثرة شيوع وحصول هذا النوع من المعاملة بين الناس، ولأنّ القول بوجوب التوثيق لها فيه كبير كلفة ومشقة عليهم، وكذا لما تعارفوا عليه من ترك التوثيق لهذا النوع من التعامل، لأنّ المعروف عرفاً، كالمشروط شرطاً، ولأنّ العادة محكمة إذا لم تعارض نصاً شرعياً⁽²⁾.

وعلى ذلك يؤكد القرطبي - رحمه الله - أن التجارة الحاضرة لا حاجة إلى التوثيق لها بالكتابة، إذا كانت في قليل الثمن، أما إذا كانت في كثير الثمن كالأملأك من الأراضي والمباني ونحوها، فلا مانع من التوثيق لها بتسجيلها وكتابتها مثلاً، وإن كانت من قبيل التجارة الحاضرة⁽³⁾.

ومن هنا فيمكن تلخيص كل ما مر فيما يلي:

1- المعاملات المؤجلة: فإنها محل للتوثيق على سبيل الاستحباب باتفاق مطلقاً قليلاً وكثيرها.

2- المعاملات غير المؤجلة: اختلف فيها بين حكم التوثيق لها بالكتابة فيكون مباحاً في القليل منها في ذلك أو الكثير باتفاق.

وبين التوثيق لها بالإشهاد والذي فيه تفصيل للعلماء، الذين اختلفوا فيه بين الإيجاب والاستحباب والإباحة، ويرجح الاستحباب في الكثير منها دون القليل.

المطلب الثاني: أقسام الحقوق المتوثق لها

وهذه الحقوق جميعها، سواء كانت مالية بأن كانت ديناً أو عيناً أو منفعة، أو حقاً من حقوق الابتكار (أو ما يسمى بالحقوق المعنوية) باعتبار عائدها المادي أو المالي على صاحبها، أو كانت غير مالية، كالقصاص، والشفعة، وحق الحضانة، والزواج والطلاق،... ونحو ذلك، فإنها جميعاً توثق بشتى وسائل التوثيق للحقوق، من كتابة وإشهاد، ورهن، وكفالة، وحوالة،... وغيرها.

كما أن الغالب في كثير من هذه الحقوق والتصرفات، - وخاصة في عصرنا الحاضر - وجوب

⁽¹⁾ - ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، ص257. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص401. الرازي، التفسير الكبير، ج7،

ص124. ابن قدامة، المغني، ج4، ص302.

⁽²⁾ - السيوطي، الأشباه والنظائر، ص99.

⁽³⁾ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص402.

التوثيق، وذلك لنفي الضمان عن النفس⁽¹⁾، وحيطة للحق وحفاظا عليه، ولما في ترك التوثيق له من الضرر لفساد الزمان وأهله.

الفرع الأول: الحقوق المالية

سواء كانت ديناً أو عيناً أو منفعة - على اختلاف في ذلك بين العلماء⁽²⁾ - أو حق ابتكار، أو فعلاً كإجارة أو توكيل بدفع أو قبض أو غير ذلك... فإنه يتوثق لها بوسائل التوثيق المشروعة، وبيان ذلك في مسائل على النحو الآتي:

- قد يكون لشخص عند آخر عين هي أمانة كالوديعة، أو مضمونة على من هي عنده كالعين المغصوبة، فلصاحب العين أن يتوثق لها بإحدى وسائل التوثيق، من كتابة وإشهاد ورهن، لضمان استيفائها⁽³⁾ بأخذ قيمتها من ثمن الرهن، جاء في ذخيرة القرافي ما نصه: «فلا يرهن في عين مشار إليها ولا منافع معينة، وحيث وقع في المذهب في معين، فالمراد قيمته»⁽⁴⁾ وكذا في حاشية الدسوقي: «...وأما أخذ رهن على أن يستوفي من ثمنه قيمة العين أو قيمة منفعته فذلك جائز»⁽⁵⁾.

- وقد يلي الإنسان بعض الأعمال ليقوم بها لبعض الناس، كأن يكون وصياً على بعض الأيتام، أو وديعاً يقوم بحفظ الودائع وبعض الأغراض لأصحابها، فهو يعتبر أميناً لأنه يقبض أموال الناس على وجه الأمانة، فإذا تلفت فالمالكية على أنه لا يضمنها إلا إذا تعدى أو فرط في حفظها، ويصدق في دعواه التلف أو الرد⁽⁶⁾، إلا أنه قد يضمن إذا لم يتوثق لتصرفه هذا بالإشهاد أو الكتابة على ذلك، ولا يعتد بقوله، سواء ادعى تلف الوديعة، أو رد مال اليتيم، وإنما يعتد بقول المودع أو اليتيم⁽⁷⁾، فيتوثق لهذا التصرف لما في ذلك من حفظ حقوق اليتامى من جهة، وحقوق الأوصياء من

(1) - بمعنى أن المتعاقد إذا ترك التوثيق لا حرج عليه، وتصرفه صحيح، لأن الأصل في التوثيق الندب وليس الوجوب ولكن لا يعتد بهذا التصرف إذا أنكره الطرف الآخر، فيضمن بذلك بتفريطه في عدم الحيطة وأخذ أسباب الحذر.

(2) - اختلف العلماء في كونها حقاً مالياً أم لا، فالحنفية على أن المنافع لا تعتبر أموالاً، لأن المال عنده ما يمكن إدخاره، ولا يتحقق ذلك في المنافع وأما عند غيرهم فتعتبر المنافع أموالاً، لأن المقصود من الأموال منافعها... الدسوقي، حاشية الدسوقي، على الشرح الكبير، ط1، اعتنى به محمد عبد الله شاهين، بيروت، دار الكتب العلمية، 1996م، ج4، ص398. ابن عابدين، رد المحتار، ج7، ص10.

الشريبي، مغني المحتاج، ج3، ص322.

(3) - عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج2، ص1153. ابن جزى، القوانين الفقهية، ص240.

(4) - القرافي، الذخيرة، ج8، ص93.

(5) - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج4، ص398.

(6) - ابن جزى، القوانين الفقهية، ص249-250.

(7) - عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج2، ص124. ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، ص425-426.

جهة ثانية، وكذا حماية وحيطة لنفس الوديع من الضمان، ولحقوق المودع أيضاً، وكذا يتعين التوثيق له عند دفعه أو رده، فكل مال قبض على وجه الأمانة بإشهاد أو غيره من وسائل التوثيق و لو باشتراط الضمان، لا يبرأ منه إلا بمثل ذلك على دفعه والوفاء به⁽¹⁾.

جاء في منح الجليل: «إلا أن يكون دفعها إليه بإشهاد فيتبين أنه إنما إئتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردها، فيصدق في الضياع الذي ائتمنه عليه، ولا يصدق في الرد الذي استوثق منه ولم يأتمنه عليه، وهذا قول مالك وجميع أصحابه رضي⁽²⁾».

ويتعين هذا القول في عصرنا الذي فسدت فيه الذمم، وضاعت الضمائر، وكثرت الخيانة والجحود، فالأولى والأحوط لذلك كله وجوب التوثيق لهذه الحقوق والتصرفات، حماية للطرفين.

- وكذا إن وكل رجل آخر بدفع دينه للدائن، فادعى الوكيل دفعه إليه، وأنكر الدائن، فالمالكية على أن الوكيل ضامن⁽³⁾ وذلك لتفريطه في حقوقه وحقوق موكله، بتركه التوثيق لتصرفه لأنه مأمور بالنصح والاحتياط لمال موكله، فيضمن لذلك، فقد جاء في التاج والإكليل: «إذا وكله بأن يقضي عنه ديناً أو يودع له مالا، لم يكن له أن يدفع ذلك إلا ببينة، فإن دفعه بغير بينة ضمن⁽⁴⁾».

وأما قاعدة: «الإذن والجواز الشرعي ينافي الضمان»⁽⁵⁾، فذلك إذا حضر الموكل نفسه مع وكيله للدفع، فيكون ذلك حينئذ بمثابة الإذن له بالدفع وبترك الإشهاد، فلا يضمن حينئذ لأنه لا داعي للبينة على ذلك⁽⁶⁾.

وكذا إذا وكله بقبض الدين أو الوديعة، فإنه عليه أن يتوثق لذلك بإحضار البينة على ذلك، حفاظاً على حق موكله واحتياطاً لحق الغريم، ومعروف عند المالكية قاعدة: «كل حق ثبت بالبينة لا يبرأ منه إلا بالبينة عند دفعه»⁽⁷⁾.

فقد جاء في المعونة: «ولا يلزم الغريم أن يدفع إلا ما يبرأ به، بدليل أنه لو كان عليه حق فطالبه

(1) - ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، ص 425.

(2) - عليش، منح الجليل، ج7، ص 36.

(3) - الخرشبي، حاشية الخرشبي، ج6، ص 415-416.

(4) - المواق، التاج والإكليل، ج7، ص 198.

(5) - أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 449-452.

(6) - النووي، روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، بيروت، دار الكتب العلمية، ج5، ص 307.

(7) - ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 249-250.

به كان له أن يمنعه حتى يحضر الوثيقة»⁽¹⁾.

وكذا إذا كانت هذه الحقوق المالية، حقا من حقوق الابتكار، أو ما يسمى بالحقوق الأدبية أو المعنوية أو الذهنية، فقد اعتبرها الفقهاء المعاصرون من الحقوق المالية، التي يجوز أو يصح الاعتياض عنها بالمال⁽²⁾، كحق المؤلف على مصنعه، أو حق الاسم التجاري للبضائع وغيرها من المحلات... وغير ذلك.

فهذه الحقوق قرر مجمع الفقه الإسلامي في أحد دوراته، أنها حقوق مالية، وأن عائداتها المالية والمعنوية من حقوق أصحابها، ولا يجوز الاعتداء عليها⁽³⁾، بل يجب التوثيق لها لأجل حفظها لهم، وذلك بوسائل التوثيق المشروعة من إشهاد وكتابة وغيرها من الوسائل، حيث يسري عليها ما يسري على الحقوق المالية.

الفرع الثاني: الحقوق غير المالية

كالقصاص، والحدود والعقوبات بشكل عام، والشفعة، والحضانة والزواج والطلاق... وغيرها، فهي حقوق يصح التوثيق لها، ويكون ذلك بالكتابة أو الإشهاد، أو كليهما معا، لعموم الأدلة الواردة في ذلك، دون غيرها من وسائل التوثيق للحقوق الأخرى، كالرهن والكفالة وغيرها، لأنها جعلت وثيقة في مال يستوفى منه عند تعذره، وهذه الحقوق ليست مالا، فلا يمكن الاستيفاء منها⁽⁴⁾، ولذلك جاء في المعونة عن التوثيق بالكفالة أو الضمان في الحقوق غير المالية، ما نصه: «وهي جائزة (أي الكفالة) بكل حق يمكن الاستيفاء من الضامن (الكفيل)، لأن فائدتها قيام الضامن مقام الغريم (المدين) في شغل ذمته بالحق الذي عليه، ولا تجوز في الحدود لتعذر هذا المعنى فيها، لأن استيفاءها من الضامن غير جائز»⁽⁵⁾.

وينطبق هذا الأمر على سائر الحقوق غير المالية، كحق الشفعة وحق الحضانة وغيرها....

- ومن تلك الحقوق والتصرفات، عقد الزواج، يتوثق له لما فيه من حفظ الأنساب، والأعراض والاحتياط لها، ولما في هذا التوثيق من المصالح، إذ به تحفظ حقوق الزوجين، وكذا حقوق الأبناء،

(1)-عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج2، ص 124. الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ج2، ص 610.

(2)- عبد السلام العبادي، الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية، مقال بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع5، ج3، ص 247.

(3)- سعيد رمضان البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ط5، دمشق، مكتبة الفارابي، 1994م، ج1، ص 85.

(4)-عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج2، ص 1153.

(5)-عبد الوهاب البغدادي، المصدر نفسه، ج2، ص 1230.

وسواء كان ذلك بالكتابة- وهي واجبة في عصرنا هذا- أو بالإشهاد وهو أمر واجب لا يصح العقد بدونه عند المالكية⁽¹⁾، سواء وقت إنشاء العقد كما قال به جمهور أهل العلم⁽²⁾، أو قبل الدخول، والحاصل من هذا أن التوثيق بالإشهاد شرط في صحة عقد النكاح، وإلا كان باطلا، فيكون التوثيق للزواج واجبا سواء بالإشهاد أو بالكتابة، لما فيه من خير وفائدة لكل طرف وكذا بالنسبة للطلاق وإن كان جمهور الفقهاء على ندبه، وكذا اللعان وغيرها من التصرفات المتعلقة بأحكام الأسرة.

وعليه، يمكن إجمال ما تقدم من محل التوثيق، في الضوابط الآتية:

- أن كل من دفع إلى غير اليد التي ائتمنته أو أعطته وجب عليه التوثيق لذلك عند الدفع أو عند القبض⁽³⁾.

- وأن كل أمر فيه حق لغائب وجب التوثيق له، بالإشهاد أو غيره، كالإشهاد على بيع مال الغير، أو الإشهاد على اللعان أو الزواج، أو الوصية⁽⁴⁾، وغير ذلك.

- كل حق يخشى جحوده ونكرانه، أو نسيانه أو ضياعه بموت أو إفلاس أو غير ذلك، فالخزم الحيطه له بالتوثيق.

وذلك لما في التوثيق من الحيطه والحذر وتأمين الحق باسترداده وحفظه من الجحود أو النسيان، أو الخوف من ضياعه بموت أو إفلاس من عليه الحق، أو غيرها من الأسباب التي تدعو إلى التوثيق للحقوق لأجلها، فكل من طلب التوثيق لذلك ينبغي أن يجاب إليه⁽⁵⁾، لأن من حقه عدم الائتمان لغيره، وأخذ الحيطه لكل تلك الأسباب، ولكن ينبغي أن تتوفر شروط عامة تجعل عملية التوثيق صحيحة سليمة معتبرة شرعا، تعزيزا للشروط الخاصة السابق بيانها، وتفصيل ذلك في المطلب الآتي.

المطلب الثالث: شروط التوثيق للحق

مما سبق بيانه في الفصول والمباحث السالفة، نصل إلى خلاصة منهجية، وهي أنه حتى تصح عملية التوثيق للحقوق، وتترتب عليها آثارها، وتتحقق مقاصدها، من حفظ الحقوق وضمأن

(1) - العدوي، حاشية العدوي على الخرشي، ج4، ص 127.

(2) - المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى، ج1، ص 206. الماوردي، الحاوي الكبير، ج11، ص 84-85. ابن قدامة، المغني، ج9، ص 344-351.

(3) - الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج4، ص 143.

(4) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص 51-52.

(5) - ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص 179.

استيفائها لمستحقيها، لا بد من توافر الشروط اللازمة لذلك، سواء في طرفي العقد، وهما "المستوثق والمستوثق منه" وكذا في الطرف الثالث وهو الموثق أو الكاتب وكذا في الوثيقة نفسها سواء كانت مكتوبة، أو كانت عقدا من العقود أو تصرفا ومعاملة، وغيرها من الوسائل والطرق التي يتم بها التوثيق للحقوق.

وكل ذلك قد مر بيانه في المباحث السابقة، وبقيت الإشارة هنا إلى الشروط العامة التي يجب توفرها في عملية التوثيق نفسها، وفي الفعل والنظام نفسه، وبيان ذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: أن يكون الحق الموثق له معتبرا شرعا

وذلك بأن يكون قد ثبتت ملكيته لصاحبه وفق طرق التملك المشروعة، وأن يكون متقوما من جهة الشرع بحيث يجوز الانتفاع به وذلك كإحراز المباحات والعقود المشروعة والإرث وغيرها مما ينتقل إلى الشخص بأسباب الملك المعروفة، قهرية كانت ودون دخل المالك، كالإرث ونماء الملك من الثمار ونتاج البهائم، أو أسباب إختيارية للمالك يد فيها كانتقال الملكية عن طريق العقود، كالبيع والهبة والصدقة وإحياء الموات⁽¹⁾.

وعليه فما تم تملكه من غير وجه شرعي، كالسرقة والغصب والرشوة وغيرها من أنواع أكل أموال الناس بالباطل، فهي ليست معتبرة شرعا كأسباب للتملك بل هي محرمة، وكل ما هو محرم من المعاملات لم تجزه الشريعة- كما سبق- ولا يجوز التوثيق له ولا يصح لفقدانه شرط الاعتبار، كما أن ما تم ملكيته إذا لم يكن متقوما بأن كان يباح الانتفاع به شرعا، فلا يصح تملكه ومن ثم لا يصح الانتفاع به شرعا، كالخمر والميتة وغيرها وذلك لأن التوثيق لا يصح إلا للحقوق المعترفة والمتقومة شرعا.

وعليه فكل ما اكتسب بغير وجه شرعي لا اعتبار له، وكله يدخل في حكم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾⁽²⁾. من حيث الحرمة وعدم الاعتبار⁽³⁾.

كما يدخل في حكم قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ

(1) _ الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ص242-254.

(2) _ البقرة 275.

(3) _ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص348.

بِالْبَطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَجْكَرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴿١﴾. في كونها كلها أكل الأموال الناس بالباطل، وذلك لأن أكل الأموال بالباطل يشمل كل مأخوذ بغير حق، سواء كان على جهة الظلم كالغصب والخيانة والسرقة، أو اللعب والهزل كالمأخوذ بالقمار والملاهي، أو على جهة المكر والخديعة كالمأخوذ بعقود فاسدة.

ولذلك جاء في الحديث الصحيح عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه: « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل الربا، وموكله وكاتبه وشاهديه، وقال : هم سواء»⁽²⁾. وهذا يشمل جميع صور المعاملات المحرمة حتى الثمن في البيع الفاسد، والجوائز من المال الحرام، فكل هذه التصرفات لكونها محرمة، فلا يجوز التوثق لها، لأن التوثق لها تقوية للحق وتثبيت له وتأكيد له وهذه التصرفات المحرمة لا يجوز تأكيدها ولا تقويتها، وإنما هي باطلة، ويعاقب عليها الشرع لمخالفتها له، ولا يعتبرها بل الواجب إتلافها وإلغاؤها والتخلص منها.

وكما أنه لا اعتبار للمعاملات والعقود المحرمة لأنها لا اعتبار لها شرعا، فكذلك حرمت شهادة الزور فلا اعتبار لها، لما فيها من المعصية وإعانة الظالم على المظلوم، فعن أنس رضي الله عنه قال: «سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن الكبائر قال: الإشراف بالله، وعقوق الوالدين، وقتل النفس، وشهادة الزور»⁽³⁾. وفي الحديث دلالة على تحريم شهادة الزور، وكل ما في معناها من تصرفات لما فيها من الظلم والإعانة على المعصية والإثم والعدوان⁽⁴⁾.

ولذلك نجد النبي صلى الله عليه وسلم حينما أتاه البشير بن سعد رضي الله عنه ليشهده على عطية لابنه النعمان رضي الله عنه الذي خصه بها دون سائر أولاده، رفض -عليه الصلاة والسلام- الإشهاد عليها لما فيها من الظلم، والتمييز بين الأبناء وقال: «لا أشهد على جور»⁽⁵⁾. وعليه فرفض النبي صلى الله عليه وسلم لتلك الشهادة وتحريم شهادة الزور، فيه تصريح بالنهاي عن التوثق للتصرفات المحرمة، لأنها فيها تعاون على الإثم والعدوان الذي نهانا عنه تعالى بقوله: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾⁽⁶⁾.

والدليل على اشتراط كون الحق المراد التوثق له متقوما، مباح الانتفاع به شرعا، هو ما روي

(1) _ النساء، 29.

(2) _ مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب لعن أكل الربا وموكله ح(1589-1590)، ج3، ص1318.

(3) _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب: ما قيل في شهادة الزور، ج3، ص151.

(4) _ ابن حجر، فتح الباري، ج5، ص593.

(5) _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب: لا يشهد على شهادة جور، ج3، ص151.

(6) _ المائدة: 2.

عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والختير والأصنام»⁽¹⁾. وجاء في حديث آخر: «نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن»⁽²⁾. فالحديثين فيهما دلالة على أن الأمور المذكورة، من خمر أو ميتة أو ختير أو أصنام، أو حلوان الكاهن أو ثمن الكلب، وغيرها... هي أمور غير متقومة شرعا، فلا يباح بيعها ولا الانتفاع بها⁽³⁾. ومن ذلك أجرة المغنية والنائحة لأنها عوض عن محرم ونجس، وبالتالي يحرم التوثق لها بأي وسيلة من وسائل التوثق من شهادة، أو كفالة، أو رهن أو حوالة، وغيرها من الوسائل، ولأنها تصرفات باطلة فيكون التوثق لها باطل أيضا.

الفرع الثاني: أن يكون الحق المراد التوثق له معلوما

إن محل التوثق هي الحقوق، وآثاره هي استيفاء هذه الحقوق وردها إلى أصحابها دون منازع، وحتى تتحقق هذه الآثار لا بد أن يكون الحق المراد التوثق له بأي وسيلة من وسائل التوثق معلوما لكل أطراف المعاملة، جنسا وصفة وقدرا وأجلا، دفعا لأي ملابسة أو توهم أو منازعة. والدليل على اعتبار هذا الشرط في التوثق للحقوق، أن القرآن الكريم وصنوه السنة النبوية الشريفة، جاء ناطقين بذلك، وكذا آثار بعض الصحابة.

فمن القرآن الكريم رأينا قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسْمُوا أَنْ تَكُنُّوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَدَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾⁽⁴⁾.
ومن السنة النبوية الشريفة: «من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»⁽⁵⁾.

ومن آثار الصحابة رضي الله عنهم قول ابن عمر رضي الله عنهما «لا بأس بالسلم في الطعام الموصوف بسعر معلوم إلى أجل معلوم، ما لم يك ذلك في زرع لم يبد صلاحه»⁽⁶⁾.

(1) _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب: بيع الميتة والأصنام، ج3، ص43. مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم، بيع الخمر والميتة والختير والأصنام، ح(1581)، ج3، ص1207.

(2) _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب: ثمن الكلب، ج3، ص43. مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن، ح(1567)، ج3، ص1198.

(3) _ ابن بطال، شرح ابن بطال على صحيح البخاري، باب: ثمن الكلب، ج6، ص361. النووي، شرح صحيح مسلم، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط2، 1392هـ، ج10، ص231، وح11، ص8-9.

(4) _ سورة البقرة، الآية 282.

(5) _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب السلم، باب: السلم في كيل معلوم، وباب السلم في وزن معلوم، ج3، ص43-44.

(6) _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب السلم، باب: السلم على أجل معلوم، ج3، ص46.

فهذه النصوص ترشدنا إلى أن الأشياء المبيعة بالسلم أو السلف، بالأجل وهو من عقود المدائيات، يجب أن تكون معلومة الأوصاف والمكاييل والأوزان والآجال، حتى يعرف الحق ويتضح، دفعا للجهالة التي تؤدي إلى النزاع والمشاحنة.

وقد ثبتت إباحة عقود المدائيات بقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾⁽¹⁾. فهذه الآية تشمل جميع المدائيات بالإجماع⁽²⁾. وهي أصل لإباحتها، وعليه فقد بينت هذه النصوص أن الواجب عند عملية التوثيق أن يكون الحق معلوما، واضح المعالم، مستبيناً لدى أطراف المعاملة، نفيًا للجهالة، وقطعا للمشاحنات والتراعات، وذلك حتى يصح التوثيق له، ومن ثم تصح شتى وسائل التوثيق نفسها، من كتابة وشهادة ورهن وكفالة وحوالة وغيرها... وتتحقق آثارها من حفظ الحقوق وضمان استيفائها.

ولكن قد يكون الحق المراد التوثيق له مجهولا لأحد طرفي المعاملة أحيانا، والمالكية على جواز التوثيق للحق المجهول، وذلك للضرورة والحاجة الداعية، استثناء من النهي عن الغرر، وذلك بعدة طرق ووسائل للتوثيق، فهم يميزون التوثيق للحقوق المجهولة جهلا يسيرا عن طريق الرهن مثلا، فقد نصوا في مدوناتهم على أنه: «إن دفعت إلى رجل رهنا بكل ما أقرض لفلان جاز... ويكون الرهن بما دايته به رهنا لم يجاوز قيمة الرهن»⁽³⁾ فالرهن كان مقابل ما أقرض لفلان وهو مجهول في أول الحال، فدل ذلك على جواز الرهن مقابل الحق المجهول، ولأن الرهن شرع للتوثيق وشيء في الجملة خير من لاشيء⁽⁴⁾.

وجاء في الكافي « وقد يجوز عند مالك في الرهون من الغرر والمجهول مالا يجوز في البيوع، مثل رهن العبد الآبق، والجمل الشارد والثمرة التي لم يبد صلاحها»⁽⁵⁾.

وفي المنتقى: « والمجهول يصح ارتقانه كما يصح أفراد الثمرة التي لم تؤبّر بالإرتهان»⁽⁶⁾.

وكما أجاز المالكية التوثيق للحق المجهول بالرهن، كذلك أجازوا التوثيق له بالكفالة وذلك كأن

(1) _ البقرة، 282.

(2) _ المواق، التاج والإكليل، ج6، ص560.

(3) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص153، ابن الجلاب، التفريع، ج2، ص260، ابن عبد البر، الكافي، ص410-411، القرافي، الذخيرة، ج8، ص92.

(4) _ ابن عبد البر، الكافي، ص410-411. القرافي، الذخيرة، ج8، ص98.

(5) _ ابن عبد البر، المصدر نفسه، ص410.

(6) _ الباجي، المنتقى، ج7، ص245.

يقول شخص لآخر، دون أن يعلم مقدار الدين وصفته أو جنسه... تكفلت بدينك على فلان، فتصح الكفالة هنا ولو مع الجهالة⁽¹⁾.

واستدلوا على جواز ذلك بقوله تعالى: ﴿قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعَ الْمَلِكِ وَلَمَن جَاءَ بِهِ حَمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾⁽²⁾. فالآية تدل على أن الزعامة أو الكفالة كانت على حمل بعير دون تعيين، فهو يختلف من بعير إلى آخر، ولذلك فهو مجهول المقدار غير محدد، فكانت كفالة أو حمالة أو ضمان للمجهول⁽³⁾.

كما استدلوا بقوله ﷺ: «الزعيم غارم»⁽⁴⁾ فالحديث لم يفرق بين الغرم في الضمان على المعلوم أو المجهول، فدل ذلك على جواز الكفالة على المجهول⁽⁵⁾، كما استدلوا أيضا من المعقول، بأن الكفالة بالحق المجهول هي عبارة عن التزام بحق في الذمة من غير معاوضة، فصحت في المجهول قياسا على النذر والإقرار⁽⁶⁾. ولأن الكفالة معروف وإرفاق فجاز في المعلوم والمجهول⁽⁷⁾.

ويصح الضمان والكفالة عند المالكية بالمجهول حالا ومآلا، وذلك بالنسبة للكفيل، فإذا غرم الكفيل شيئا رجع على الأصيل بما غرم لا بما تكفل وتحمّل، لأن الذي غرمه معلوم⁽⁸⁾.

ومن الحقوق المجهولة، الحقوق اللازمة أو الآيلة إلى اللزوم، فالمالكية على جواز التوثيق لها بأي وسيلة من وسائله كالكفالة وغيرها⁽⁹⁾ كضمن الجعالة وعضو القرض وثن المبيع وأرش الجناية وغير ذلك من الحقوق اللازمة أو الآيلة إلى اللزوم.

ولذلك نجد نصوصهم ترشد إلى جواز الكفالة مثلا في مقابل عوض الجعل ولو قبل العمل، لأن هذا العوض يؤول إلى اللزوم بعد تمام العامل لعمله، فالكفالة هنا إنما صحت لأنها في مقابل عوض الجعل... وأمّا إن كان مقابل عمل الجعل نفسه أو غيره... فإنه لا يجوز ذلك، لأنه لا يؤول إلى

(1) _ الخرشني، شرح الخرشني، ج6، ص 24.

(2) _ سورة يوسف، الآية: 72.

(3) _ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج10، ص 151. عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 155. ابن عبد البر، الكافي، ص 398، الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص99..

(4) _ سبق تخريجه، ص97 من هذا البحث .

(5) _ عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج2، ص 1232.

(6) _ عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 155.

(7) _ عبد الوهاب البغدادي، الإشراف، ج2، ص602

(8) _ ابن عبد البر الكافي، ص 398. الخرشني، شرح الخرشني، ج6، ص25.

(9) _ عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج6، ص560. الصاوي، بلغة السالك، ج3، ص202.

اللزوم لجواز ترك العامل لعمله، وكذا يجوز عندهم التوثيق للحق الآيل إلى اللزوم بالرهن، كالرهن في مقابل عوض الجعل مثلا، وذلك قبل الشروع في العمل أو بعده وقبل تمامه⁽¹⁾، وقد جاء في شرح الخرشي ما نصّه: «وأشار بقوله «وإن في جعل» إلى أن الشخص إذا جاعل شخصا على تحصيل شيء ضائع—ويدفع له رهنا على ما يلزمه من الجعل فإنه صحيح، لأن الجعل وإن لم يكن لازما فهو يؤول إلى اللزوم، لا أنه يأخذ منه رهنا في العمل لأنه ليس لازما ولا آيلا للزوم، إذ لا يلزم العامل ولو شرع في العمل، فقوله «وإن في جعل» أي في عوض جعل لا في عمل جعل»⁽²⁾، ومن ثم فما تقرر عند جمهور المالكية—كما سبقت الإشارة—من جواز التوثيق للحق الآيل إلى اللزوم بالرهن أو بالكفالة أيضا، يعني ذلك كونه قبل الشروع في العمل وقبل تمامه، في حين نجد بعضهم كصاحب المعونة ينص على عدم صحّة التوثيق للحق في مقابل عوض الجعل إلا بعد تمام العمل ولا يجوز قبله⁽³⁾.

الفرع الثالث: أن يكون الحق المراد التوثيق له ثابتا

ومعنى ثبوت الحق هنا، كونه موجودا وملكا لصاحبه قبل التوثيق وفي ذمة المدين حال التوثيق، فيكون ضمانه ووجوب ردّه عليه، لكونه موجودا مستقرا تحت يده أو ماله إلى ذلك، ولذلك يمتنع عند المالكية التوثيق بالكفالة لما هو غير مستقر ولا يؤول إلى ذلك، كالكتابة (مكاتبة العبد سيده) لأن العجز يفسخها، أو جعل الجعالة (أي عوضه) إلا بعد العمل أو تمامه لعدم استقرارها قبله، ولأن ما لا يستقرّ ويثبت في ذمة الأصيل (المدين أو المكفول عنه)، لا يثبت ولا يستقر كذلك على الكفيل لأنه فرعه⁽⁴⁾.

ولكن المالكية لهم استثناءات في ذلك للحاجة الداعية إليه، قد انفردوا بها عن الجمهور، فأجازوا الكفالة بالحق أو الدين غير الثابت حال العقد، فيصح عندهم كفالة الدين الذي لم يجب بعد ويصح قبل وجوبه وبعده⁽⁵⁾، بدليل الآية ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾⁽⁶⁾. إذ دلّت على جواز كفالة حمل بعير مع أنه لم يكن قد وجب بعد، وكذا أجاز المالكية الرهن قبل ثبوت

(1) _ عبد الوهاب البغدادي، المصدر نفسه، ج2، ص1234.

(2) _ الخرشي، شرح الخرشي، ج6، ص152.

(3) _ عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج2، ص1153.

(4) _ القرافي، الذخيرة، ج9، ص206.

(5) _ عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص155. ابن عبد الر، الكافي، ص398. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص294. ابن

هشام، المفيد للحكام، ص124. ابن جزري، القوانين الفقهية ص353.

(6) _ سورة يوسف، الآية: 72.

الدين، ولكن اشترطوا لذلك أن يحصل ما علق عليه الرهن من بيع أو قرض في المستقبل وإلا لن يستمر الرهن أو التوثق عموماً وللرهن أخذ رهنه⁽¹⁾، وإنما قالوا بذلك لما فيه من التوسعة والتيسير على الناس في معاملاتهم وهو ما جاءت به الشريعة السمحاء.

ومع أن الأصل في التوثقات أنها لا تكون إلا بعد ثبوت الحق وحصوله في الذمة ووجوده في الحال، إلا أن هذه التوثقات إذا حصلت في مقابل الحق قبل ثبوته، فإن المالكية-كما سبق- لهم رأيهم في هذه المسألة، وهو أنهم فرقوا في ذلك بين التوثق بالكتابة والإشهاد فقالوا بعدم صحته إلا على الشيء الثابت والموجود في الحال⁽²⁾ لأن الشهادة عندهم من شروطها المعاينة عند التحمل وحصول اليقين، ولا يكون ذلك إلا للشيء الثابت الموجود في الحال ولذلك جاء في الحديث قول النبي ﷺ للرجل: «ترى الشمس؟ قال نعم، قال ﷺ: «عليها فاشهد أو دع»⁽³⁾.

وفي هذا دليل على اشتراط ثبوت وجود الشيء المشهود به أو المشاهد وحصوله⁽⁴⁾، كما فرقوا بينها وبين الرهن والكفالة، فأجازوا التوثق بهما قبل وجوب الحق وثبوته-كما سبق- يؤكد صاحب المعونة بقوله: «يصح عقد الرهن قبل وجوب الحق فإذا وجب الحق كان رهنا به بذلك العقد، ولا يحتاج إلى استئناف عقد ثان»⁽⁵⁾ واستدلوا بقوله تعالى: ﴿فَرَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾. "حيث أمر بالرهن وأذن بها في جميع الأحوال، سواء قبل ثبوت الحق وعنده، وبعده، لأنه إذن بالقبض على وجه الأمانة والضمان والاستيثاق فصح، كمن قال لشخص: خذ هذا الكيس فاقبض منه حقك"⁽⁶⁾، وكذا بالنسبة لجواز الكفالة بما لم يجب على الأصيل قبل ثبوته، حتى إذا وجب الحق على الأصيل تمت الكفالة وترتبت عليها أحكامها⁽⁷⁾.

ورأي المالكية فيه توسعة وتيسير على الناس، للضرورة الداعية إلى ذلك في بعض الحالات توثقا لحقوقهم، وهو لا يصادم نصاً ولا قاعدة من الشرع، بل هو المعنى الذي جاء به هذا الشرع في مراعاة

(1) _الخرشي، شرح الخرشي، ج6، ص 152-153.

(2) _القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص 330.

(3) _الصنعاني، سبل السلام، باب: الشهادة على ما استيقن، ح (1319)، ج2، ص 585، وقال: الحديث صححه الحاكم، وقال البيهقي: لم يرو من وجه يعتمد عليه. البيهقي، شعب الإيمان، باب: الجود والسخاء، ح(10469)، تحقيق: عبد العلي عبد الحميد حامد، ط1، الرياض، مكتبة الرشد، 2003، ج13، ص349.

(4) _القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص 330.

(5) _عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج2، ص 1154.

(6) _عبد الوهاب البغدادي، المصدر نفسه، ج2، ص 1155.

(7) _عبد الوهاب البغدادي، المصدر نفسه، ج2، ص 1234. ابن جزري، القوانين الفقهية، ص 241.

مصالح الناس في العاجل والآجل.

الفرع الرابع: أن لا يؤدي التوثيق للحق إلى مضرة أو مفسدة

وذلك انطلاقاً من قوله تعالى: ﴿وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ وذلك سواء بالنسبة للموثق أو أطراف المعاملة، ومن ذلك أخذ الشخص حقه بنفسه إن ظفر به، كأن يأخذ سلعة استودعها إياه المدين الذي ماطل في تسديد الدين، أو جحده إياه، فأجاز المالكية لصاحب الحق أخذها أو أخذ قيمتها، ولكن على أن لا يؤدي ذلك إلى مفسدة، كأن يكون الحق المراد التوثيق له وأخذه عقوبة، لأنه حينئذ لا يحق له أن يستوفيه بنفسه بل لا بد من رفعه للحاكم، حتى لا يؤدي ذلك إلى مفسدة أكبر أو فتنة تنشأ من أخذه حقه بنفسه، وكذلك على ألا يؤدي التوثيق للحق المراد أخذه عند الظفر به، إلى التعدي بأخذ الزائد عن الحق⁽¹⁾ لأنه ظلم والتوثيق نفسه شرع لمنع الظلم وتحقيق العدالة.

وألا يؤدي فعل التوثيق نفسه إلى ضياع الحقوق، وذلك كاشتراط تذكّر الشهادة فيترك العمل بما جاء في الوثيقة المكتوبة من الحقوق، لاحتمال بعيد وهو خوف التزوير لأنها وثيقة مجردة عن الشهادة، فتضيع الحقوق التي شرع التوثيق لحفظها. ولأجل ذلك أجاز المالكية التوثيق بالخط المجرد عن الشهادة، واكتفوا فيه بمعرفة الخط والتيقن منه، تيسيراً على الناس في تحصيل مصالحهم، لأنه لو كلف كل من يريد التوثيق لحقوقه وإثباتها من خلال الوثائق المكتوبة بخطه أو بخط غيره، تذكّر شهادته فيها أو شهادة الشاهد عليه إن كان ميتاً أو غائباً، لضاق الأمر على الناس لعدم يسر ذلك دائماً، ولتعطلت مصالحهم وضاعت حقوقهم، والتوثيق هو ما يحفظها ويقويها⁽²⁾.

⁽¹⁾ _ الدردير، الشرح الكبير، ج4، ص225. الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج3، ص669.

⁽²⁾ _ الإمام مالك، المدونة الكبرى ج4، ص76، ابن رشد، البيان والتحصيل ج9 ص460، الدردير، الشرح الكبير ج4، ص193، جعيط، الطريقة المرضية، ص179

الفصل الثالث:

التوثيق بغير عقد

المبحث الأول: التوثيق بالكتابة

المبحث الثاني: التوثيق بالشهادة

المبحث الثالث: التوثيق بالسفينة

المبحث الرابع: التوثيق بيمين القضاء

المبحث الخامس: التوثيق بالحجر والحبس في الحقوق

يتم التوثيق للدين أو الحق بغير عقد، وذلك بوسائل وطرق كالشهادة والكتابة وهي الشائعة منها، وقد يتوثق للحق باستيفائه في بلد آخر خوف الطريق وذلك بالسفحة، أو يحتاط له أيضا بيمين القضاء، كما يكون بالحجر على المدين، أو منعه من السفر، أو حبسه بسبب الدين حتى استيفائه، وهذه الوسائل يأمن الدائن إنكار الدين من قبل المدين، ويضمن إثبات حقه عند التنازع وأمام القضاء، ولهذا سيكون الكلام في هذا الفصل عن التوثيق بالكتابة والشهادة، والسفحة، واليمين والحجر والحبس في الحقوق... وأحكام كل منها وذلك في المباحث الآتية:

المبحث الأول: التوثيق بالكتابة

المبحث الثاني: التوثيق بالشهادة

المبحث الثالث: التوثيق بالسفحة

المبحث الرابع: التوثيق بيمين القضاء

المبحث الخامس: التوثيق بالحجر والحبس في الحقوق

المبحث الأول: التوثيق بالكتابة

يعتبر التوثيق بالكتابة وسيلة لضمان استيفاء الحقوق وتأمينها، ولها وجهان للوقوع، وقد بينها الشيخ ابن عاشور بقوله: «الأولى: حالة كتابة المتدائنان بخط أحدهما ويسلمه للآخر إذا كانا يحسنان الكتابة معا، لأنَّ جهل أحدهما بما ينفي ثقته بكتابة الآخر، والثانية: حالة كتابة ثالث يتوسط بينهما (الموثق) فيكتب ما تعاقدا عليه ويشهد عليه شاهدان ويسلمه بيد صاحب الحق إذا كانا لا يحسنان الكتابة أو أحدهما، وهذه غالب أحوال العرب عند نزول الآية...»⁽¹⁾.

وبالجملة فإنَّ الكتابة وسيلة أغلب الناس، والجمهور منهم عند التعاقد والتقييد للحقوق وتأمينها⁽²⁾. ويحتل التوثيق بالكتابة اليوم المقام الأول في التوثيق للحقوق، كما يتصدر جميع وسائل الإثبات بلا منازع.

ولقد سبق تعريف التوثيق في الفصل الأول من الباب التمهيدي من هذا البحث، ولذا سأقتصر على تعريف الكتابة وحدها، في اللغة وفي الاصطلاح، ثم أعرض إلى المركب الإضافي منهما فأعرفه وأذكر معناه وما يتعلق به من أحكام، وهو التوثيق بالكتابة إذ هو المقصود هنا.

وبيان ذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف الكتابة

الفرع الأول: تعريف الكتابة لغة

الكتابة مصدر كتب يكتب كتباً، وكتابة وكتابا وكتبة، وكتبه وكتبه: خطه.

والكتابة مشتقة من الكتب، أي الجمع، وسمي الكتاب كتاباً لأنه يجمع بين الحروف، والكتيبة كتبية لأنها تجمع الجيش، ومنها تكتب الخيل إذا تجمعت⁽³⁾، ويقال: كتبت الشيء كتباً وكتاباً وكتابة، أي ضمنت حروفه بعضها إلى بعض ونظمها بالخط⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ - ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، ص100-101.

⁽²⁾ - ابن عاشور، المصدر نفسه، ج3، ص100-101.

⁽³⁾ - ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة: كتب، ج5، ص158، ابن منظور لسان العرب مادة كتب، 3816 (دار المعارف)، النويري، نهاية الإرب، ج7، ص1.

⁽⁴⁾ - ابن فارس، المصدر نفسه، ج5، ص158. الراغب الأصفهاني، المفردات، ص440، 442. الرازي: مختار الصحاح، ص199. ابن منظور، لسان العرب، ج5، ص3816. الفيومي، المصباح المنير، ج2 ص524. المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، ص599-600.

الفرع الثاني: تعريف الكتابة اصطلاحاً:

عرفها ابن خلدون بأنها: «رسوم وأشكال حرفية تدل على الكلمات المسموعة الدالة على ما في النفس»⁽¹⁾. وعلى هذا التعريف تكون الكتابة اسم للخط أو الحروف نفسها⁽²⁾.

وقال صاحب التعريفات بأنها: «تصوير اللفظ بحروف هجائه»⁽³⁾.

وعلى هذا التعريف تكون الكتابة هي الخط نفسه، وإعمال اليد بالقلم لرسم حروف الكلمات.

الفرع الثالث: تعريف التوثيق بالكتابة:

المراد بالمركب الإضافي وهو مصطلح "التوثيق بالكتابة" جعله مصطلحاً يدل على نوع من أنواع التوثيق للمعاملات وسائر التصرفات، ويقصد به ذلك العلم القائم بذاته، الذي يعنى بتحرير الوثائق وتسجيلها بالحرف، بطريقة معينة من أجل الاعتماد عليها فيما بعد، وهو ما يسمى بعلم التوثيق أو علم الشروط، أو علم الوثائق كما سألينه في المطالب الآتية.

هذا وقد وضع العلماء لمصطلح "التوثيق بالكتابة" أو كما يسمى "علم التوثيق" عدة تعريفات، بحسب استعمالهم له منها:

- جاء في مفتاح السعادة ومصباح السيادة أنه: «علم يبحث فيه عن كيفية سوق الأحكام الشرعية المتعلقة بالمعاملات في الرقاع والدفاتر ليحتج بها عند الحاجة إليها»⁽⁴⁾.

- وفي كشف الظنون أنه: «علم باحث عن كيفية ثبت الأحكام الثابتة عند القاضي في الكتب والسجلات على وجه يصح الاحتجاج به عند انقضاء شهود الحال»⁽⁵⁾.

- وعرفه محمد الزحيلي بأنه: «علم يبحث فيه عن كيفية إثبات العقود والتصرفات وغيرها على وجه يصح الاحتجاج والتمسك به»⁽⁶⁾.

(1)- ابن خلدون، المقدمة، ص 417 .

(2)- ولهذا نجد ابن خلدون قد عنون في مقدمته في الفصل الثلاثين لهذا المعنى حيث جمع بين الخط والكتابة يقوله: «الفصل الثلاثون: في أن الخط والكتابة من عداد الصنائع الانسانية».

(3)- الجرجاني، التعريفات، ص 59.

(4)- طاش كبري زاده، مصطلحات مفتاح السعادة، ج 1، ص 272.

(5)- حاجي خليفة، كشف الظنون، ج 2، ص 1045.

(6)- محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، الطبعة الشرعية، دمشق، مكتبة دار البيان، 2007، ج 1، ص 27.

-وعرفه عمر الجيدي بأنه: «علم يبين عناصر كل اتفاقية معقودة بين شخصين أو عدة أشخاص يضمن استمرارها وأثر مفعولها، ويحسم مادة النزاع بين الأطراف المتعاقدة، موضحا لكل من العاقد والمعقود عليه ما له وما عليه»⁽¹⁾.

-وعرفه عبد الرحمن الأطرم بأنه: «خطة يتولاها العدول المنتصبون لكتابة العقود وضبط الشروط بين المتعاقدين في الأنكحة وسائر المعاملات ونحوها على وجه يحتج به»⁽²⁾.

ولعله مأخوذ من تعريف عبد الرحمن بن خلدون أو هو في معناه، إذ عرف التوثيق بكونه وظيفة تابعة للقضاء، حيث جاء في كتابه "المقدمة" عند تعريفه للخطط الدينية الخلافية: «العدالة: وهي وظيفة دينية تابعة للقضاء ومن تصريفه، وحقيقة هذه الوظيفة القيام عن إذن القاضي بالشهادة بين الناس فيما لهم وعليهم، تحملا عند الإشهاد وأداء عند النزاع، وكتبا في السجلات، تحفظ به حقوق الناس وأملاكهم وديونهم وسائر معاملاتهم»⁽³⁾.

وهذه التعريفات كلها تدور حول كون التوثيق بالكتابة أو التوثيق علم يبحث في كيفية تأمين العقود والتصرفات والالتزامات بكتابتها، والطريقة التي تصاغ بها الوثيقة المعدّة لذلك، بحيث تكون حجة يصح الاعتماد عليها والاحتجاج بها لإثبات الحقوق عند الحاجة إليها، ولكن ما يلاحظ على التعريفين الأولين أنهما لم يكونا جامعين مانعين، فإن الأول جعل علم التوثيق بالكتابة يتناول ثبت الأحكام عموما، سواء عند القاضي أو عند غيره وقيل التقاضي، فنصّ بذلك على أن التوثيق بالكتابة، كما يكون وسيلة تأمين واحتياط قبل النزاع، يكون كذلك وسيلة إثبات للحقوق بعده عند القاضي، وهو كذلك ولكنه جاء بصورة غامضة وغير واضحة.

وأما التعريف الثاني، فقد جعل التوثيق متعلقا بثبت الأحكام التي تسجل عند القاضي خاصة وكأنه يشير أن التوثيق بالكتابة وسيلة إثبات فقط، إذ الإثبات لا يكون إلا عند النزاع وأمام القاضي، فكأنه حصر موضوع علم التوثيق أو علم الشروط بالأحكام القضائية، وهذا ينطبق أكثر على علم المحاضر والسجلات لكونها خاصة بدواوين القضاء وهي بعض مدلولات علم التوثيق، في حين هذا الأخير وسيلة حفظ للحق وإثباته سواء أمام القاضي أم غيره.

وأما تعريف العلامة ابن خلدون، وإن كان لم يعرف التوثيق بالكتابة كعلم وإنما كوظيفة تابعة

⁽¹⁾-عمر الجيدي، محاضرات في تاريخ المذهب المالكي بالمغرب، ص113.

⁽²⁾-الونشريسي المنهج الفائق، ج1، ص15.

⁽³⁾-ابن خلدون، المقدمة، ص246.

للقضاء، وسماها بالعدالة أو الشهادة، إلا أنه أشار إلى أهم عناصره وهي الوثيقة، وسماها بالسجلات، كما أشار إلى نوعي التوثيق أو (العدالة والإشهاد)، وهما: التوثيق للائتمان والحيلة للحق عند إنشاء العقد، ويكون ذلك عند التحمل لتلك الشهادة، والتوثيق لإثبات الحق وذلك عند النزاع أمام القضاء، بأداء تلك الشهادة، وسماها بالعدالة لأنها من شروط اختصاص القائمين بهذه الوظيفة.

والملاحظ في تعريف ابن خلدون، أنه وإن عرّف هذا العلم انطلاقاً من وظيفته أو خطته، إلا أن المتبع لهذا التعريف يفهم أنه أراد به التوثيق بالكتابة، حيث بين أهميته وغايته، ثم شروط القائم بهذه الوظيفة وطريقة كتابة السجلات والعقود ومعرفة أحكامها وما يتعلق بها من علم الفقه.

وأما تعريف الأظرم، فيلاحظ عليه أنه لم يبتعد عن مضمون ما سبقه من تعريفات، إلا أنه عرف هذا العلم بالوظيفة التي يمارس بها، وبالآداة التي يطبق بها، وليس بماهية التوثيق بالكتابة.

وأما تعريف الزحيلي والجدي في نفس سياق التعريفات السابقة، وبالنظر إلى تعريفهما يتضح أنهما جعلوا الغاية من التوثيق هي إثبات الحق، بينما التوثيق قد يكون الغاية منه استيفاء الحق أيضاً والحصول عليه، لأن صاحب الحق قد يستطيع أن يثبت حقه ولكنه لا يستطيع الحصول عليه أحياناً، لسبب أو لآخر.

إلا أن أقرب التعريفات إلى ماهية التوثيق بالكتابة، هو تعريف عبد اللطيف الشيخ، ويقاربه تعريف الجدي لجمعه بين العناصر التي يقوم عليها هذا العلم، حيث قال: «هو علم يضبط أنواع المعاملات والتصرفات بين شخصين أو أكثر، على وجه يضمن تحقيق الآثار المترتبة عليها ويكسبها قوة الإثبات عند التقاضي»⁽¹⁾.

فقد أشار في تعريفه إلى عناصر مهمة يركز عليها التوثيق بالكتابة وهي:

- 1- ضبط المعاملات والتصرفات وغيرها من الالتزامات وتحديد شكلها ونوعها تماماً كما وقعت عند إنشائها أو بعد ذلك، حفظاً لها من التغيير والتصرف فيها.
- 2- صياغة الوثيقة وهي الورقة التي يدون فيها ما يصدر عن شخص أو أكثر من العقود أو التصرفات أو الالتزامات وغيرها مما يتعلق بالتعامل على وجه يمنع الشك والتلاعب بها، ويمكن من ضمان الحقوق وتنفيذ الشروط المتعلقة بها في أي حال من الأحوال.
- 3- أن تكون الوثيقة صالحة للاحتجاج بها، بحيث يكون شكلها معتمراً في إثبات مضمونها، إذا

(1) -عبد اللطيف الشيخ، التوثيق لدى فقهاء المذهب المالكي، ص 26.

اقتضى الأمر ذلك، سواء عند القاضي أو من يهمله الأمر.

ومن خلال تتبع هذه التعريفات، يمكننا القول أن التوثيق بالكتابة باعتباره وسيلة إثبات واستيفاء في آن واحد، هو عبارة عن اتخاذ إجراءات معينة لتدوين وتسجيل التصرفات وسائر العقود في محرر، بحيث تجعله محكما وموثوقا به على وجه يكسبه قوة وصلاحيه في الإثبات أمام القضاء، ويتمكن به من استيفاء الحق عند الاقتضاء.

و تجدر الإشارة إلى أن هذه الإجراءات تتمثل في اتباع شروط محددة وكيفية معينة عند تحرير الوثائق، لأن مجرد كتابة العقد في ورقة أو أي شيء آخر لا يسمى توثيقا ولا يسمى المكتوب وثيقة ولا الكاتب موثقا، إلا إذا اتخذت هذه الإجراءات التي تكسب الوثيقة قوة وإحكاما، فيصير مؤتمنا وموثوقا بها.

والعلم الذي يتكفل ببيان هذه الإجراءات هو ما يسمى بـ "علم التوثيق" و "علم الوثائق" أو "علم الشروط"، ومصطلحات أخرى، ومن يتولى كتابة الوثائق يسمى بالموثق أو الوثائقي وبأسماء أخرى، وهو ما سألينه في المطلب الآتي:

المطلب الثاني: مسميات التوثيق بالكتابة

لقد سبقت الإشارة أن التوثيق بالكتابة هو ما يسمى بعلم التوثيق، وقد يطلق على هذا العلم عدة تسميات تشترك معه في المعنى من قريب أو من بعيد، وتختلف في اللفظ، منها:

الفرع الأول: علم الشروط

الشرط لغة: العلامة، ويجمع على أشراط ومنه أشراط الساعة أي علاماتها⁽¹⁾، قال صاحب الكليات: «والشروط للصكوك لأنها علامات دالة على التوثيق»⁽²⁾.

وأما اصطلاحا:

جاء في عارضة الأحوذى: «وهو عبارة عن كل شيء يدل على غيره ويعلم من قبله، ولما كانت العقود يعرف بها ما جرى سميت شروطا»⁽³⁾.

(1)-ابن منظور، لسان العرب، مادة: شرط، ج4، ص2235. الفيومي، المصباح المنير، مادة: شرط، ج1، ص421.

(2)-الكفوي أبي البقاء الحسيني، الكليات، ط2، دمشق، وزارة الثقافة والإرشاد، 1982، فصل: العين، ج3، ص213. نقلا عن:

محمد بن عبد الله العامر، علم الشروط، ص15.

(3)-ابن العربي، عارضة الأحوذى، ج5، ص220.

وقد أطلق العلماء لفظ الشروط على معنى التوثيق، وهذا ما نستشفه من كلام أبي بكر بن العربي، حيث يقول بعد كلامه السابق عن الشروط: «وسميت وثائق من الوثيقة، وهي ربط الشيء لثلا ينفلت ويذهب»⁽¹⁾، وهذا ما نجده أيضا عند صاحب كشف الظنون وفي مفتاح السعادة، حيث سُمي كل منهما علم التوثيق أو الوثائق بعلم الشروط والسجلات⁽²⁾، ويأتي بعناوين لكتب كثيرة في الشروط، كالشروط للحاكم أبي نصر محمد السمرقندي (550هـ) وشروط ابن بهرام، وشروط الأحكام لابن عبدان⁽³⁾... وغيرها.

ويعنون النويري⁽⁴⁾ عند حديثه عن شروط الموثق في كتابه "نهاية الأرب" بقوله: «ذكر كتابة الحكم والشروط وما يتصف به الكاتب ويحتاج إليه»⁽⁵⁾.

وقد عقد السرخسي الحنفي بابا في كتابه المبسوط سماه بالشروط وقال في بيان شرف هذا العلم: «اعلم أن علم الشروط من أكد العلوم وأعظمها صنعة»⁽⁶⁾، وكذا صاحب الفتاوى الهندية⁽⁷⁾، وعقد لها ابن أبي الدم الحموي الشافعي بابا أيضا في كتابه "أدب القضاة" عنوانه بـ"كتاب الشروط"⁽⁸⁾.

ولذلك يغلب على هذا العلم مصطلح "علم الشروط" لأن العقود والتصرفات المختلفة لها شروط شرعية يجب أن تتوافر فيها، ولا بد أن يكون الكاتب على علم ودراية بها، ليراعي كتابتها في الوثيقة. فتسمية علم التوثيق بعلم الشروط، من باب تسمية الكل بالجزء، ويرجع ذلك لاهتمام العلماء بالشروط التي تتعلق بها التوثيق للمعاملات، أو الشروط الواجب توفرها في العقود، والتأكيد على التقيد بها ومراعاتها في كل عملية توثيق⁽⁹⁾، فالوثائق تحتوي على الشروط التي يلزم المتعاقدين

(1) - ابن العربي، عارضة الأحوذى، ج5، ص220.

(2) - حاجي خليفة، كشف الظنون، ج2، ص1045. طاش كبرى زاد، مفتاح السعادة، ص499.

(3) - حاجي خليفة، المصدر نفسه، ج2، ص1045-1046.

(4) - النويري: أحمد بن عبد الوهاب بن أحمد بن عبد الوهاب بن عبادة البكري الشافعي شهاب الدين أبو العباس، كان مؤرخا أديبا: مشاركا في علوم كثيرة، من مصنفاته: «نهاية الأرب في فنون الأدب»، توفي سنة 733هـ. ابن حجر، الدرر الكامنة، ج1، ص197. السيوطي، حسن المحاضرة، ج1، ص565.

(5) - النويري، نهاية الأرب، ج9، ص1.

(6) - السرخسي، المبسوط، ج30، ص167.

(7) - النظام وجماعة علماء الهند، الفتاوى الهندية، ط4، بيروت، دار إحياء التراث العربي للنشر والتوزيع، ج6، ص160.

(8) - ابن أبي الدم الحموي، أدب القضاة، ج2، ص184.

(9) - عبد اللطيف الشيخ، التوثيق لدى فقهاء المذهب المالكي، ص29.

مراعاتها في مجال المعاملات، وعلى الشروط اللازم توافرها في الوثيقة لقبولها في مجال التصرفات، والشروط من أهم ما تحتويه الوثيقة وكثير من الوثائق لا تخلو من ذكر "الشروط" فأطلقت بذلك الشروط على كل الوثائق.

وقد أطلق العلماء على القائمين بمخطة التوثيق أو الموثقين اسم عاقدى الشروط أو الشرطيين، لأنهم يكتبون الشروط بين الناس في عقودهم على وجه يحتج به⁽¹⁾.

قال صاحب معلمة الفقه المالكي: «عاقد الشروط هو كاتبها ومسجلها هو عدل موثق كان يشرف على ما يسمى بعقد الشروط»⁽²⁾.

وهذا ما نلاحظه في كتب التراجم لكثير من الموثقين، فمثلا جاء في ترجمة أحمد بن محمد بن عيسى بن هلال أبو عمر بن القطان: «وكان عالما بالشروط بصيرا بعقدها»⁽³⁾ وغيره خلق كثير.

ويطلق على حامل هذا العلم وصف "الشروطي" (الموثق)، ففي ترجمة عبد الرحمن بن مروان القنازعي، قال صاحب الجذوة: «قرطي فقيه محدث شروطي»⁽⁴⁾.

ويمكن القول أن مصطلح "الشروط" وهو مصطلح إسلامي محض، يعود إطلاقه الأول إلى عصر النبي ﷺ حين استعمل ﷺ كلمة الشرط، في صلح الحديبية، حين قال لعلي رضي الله عنه: «أكتب الشرط بيننا، فكتب: بسم الله الرحمن الرحيم...»⁽⁵⁾، ومما يؤكد قدم هذا المصطلح، وروده في كتب لبعض المحدثين، إذ عنوانوا كتبهم أو أبوابهم بالشروط، فقد جاء في صحيح البخاري كتاب عنوانه بـ"الشروط" جعل من أبوابه «باب الشروط في الجهاد... وكتاب الشروط»⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: علم العقود

العقد لغة: يأتي بمعنى الشد والإمساك، والتوكيد، والإبرام، والإحكام، كما يأتي بمعنى العهد والميثاق، وكلها معاني مساوية لفظ التوثيق في الدلالة.

(1)-الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص17.

(2)-بن عبد الله، معلمة الفقه المالكي، ص270.

(3)-ابن الفرضي، تاريخ علماء الأندلس، ج1، ص101. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج1، ص157. المراكشي، الإعلام بمن حل مراكش وأغمات من الأعلام، ج1، ص41.

(4)-الحميدي، جذوة المقتبس، ج2، ص441.

(5)-مسلم، صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب صلح الحديبية، ج3، ص1409.

(6)-البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشروط، ج3، ص172، 185.

جاء في لسان العرب: «عقد العهد واليمين أكدها، والمعاهدة المعاهدة والميثاق، فإذا قلت عاقده أو عقدت عليه فتأويله أنك ألزمتك ذلك باستيثاق»⁽¹⁾.

أما اصطلاحاً: فعرفه الجرجاني بأنه: «ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً»⁽²⁾.

ومن ثم سميت الوثيقة التي تحتوي شروطاً وأحكاماً في الزواج وسائر المعاملات بالعقد، يقول أبو بكر ابن العربي: «ولما كانت العقود يعرف بها ما جرى سميت شروطاً، وسميت وثائق من الوثيقة وهي ربط الشيء لثلاً ينفلت ويذهب، وسميت عقوداً لأنها ربطت كتبه كما ربطت قوله»⁽³⁾.

وجاء في معلمة الفقه المالكي: «الوثائق هي العقود التي يسجلها الموثقون العدول»⁽⁴⁾، ومنها تعريف محمد عمارة للوثيقة أنها الحجة والصك والمخضر، وقال: «هي العقد بين الطرفين المتبايعين، وبين الوكيل وموكله، فيرجع إليه عند الحساب أو الاختلاف»⁽⁵⁾.

وتسمية علم التوثيق بعلم العقود من باب إطلاق الجزء على الكل، لأن التوثيق هو تقوية الحق الناشئ في عقد من العقود، ويدخل في عقود كثيرة، ولذا نجد الإمام الغزالي في إحيائه عند كلامه عن علم الكسب بطريق البيع والسلم والإجارة والشركة والقراض وغيرها من العقود، يطلق على ذلك (علم العقود)، ويدعو إلى تعلمه⁽⁶⁾، وهذه العقود وغيرها من التصرفات هي جزء من علم التوثيق من حيث الكتابة والضبط والتدوين، ولما كان محل التوثيق هي العقود المبرمة بين المتعاقدين، سواء كانت معاوضات أو تبرعات، أطلق على علم التوثيق اسم محله وموضوعه وهي العقود، وكذا لأن من وسائله التوثيق ببعض العقود كالرهن والكفالة والحوالة... فسميت الوثائق بذلك "العقود".

وقد أطلقوا كذلك على الموثق الذي يبرم العقود ويكتبها بين الناس بأنه عالم بالعقود أو كاتب لها، ففي ترجمة أصبغ بن خليل يقول ابن الفرضي: «كان فقيهاً في الشروط بصيراً بالعقود»⁽⁷⁾. وفي

(1)- ابن منظور، لسان العرب، مادة: عقد، ج4، ص3031.

(2)- الجرجاني، التعريفات، ص175.

(3)- ابن العربي، عارضة الأحوذى، ج5، ص223.

(4)- بن عبد الله، معلمة الفقه المالكي، ص21.

(5)- محمد عمارة، قاموس المصطلحات الاقتصادية في الحضارة الإسلامية، ط1، (بيروت: القاهرة)، دار الشروق، 1993، ص164.

(6)- أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، ط3، بيروت، دار القلم، 1985، ج2، ص61.

(7)- ابن الفرضي، تاريخ علماء الأندلس، ج1، ص150.

ترجمة محمد بن عتاب بن محسن الجذامي، قيل: «كان بصيرا بالأحكام والعقود»⁽¹⁾.

الفرع الثالث: علم المحاضر والسجلات

1-السجلات:

السجل لغة: الكتاب يدون فيه ما يراد حفظه، ككتاب العهد ونحوه، ويُطلق على كتاب القاضي سجل والجمع سجلات، والسجل الكاتب، وقد سجل له وأسجلت للرجل اسجالا كتبت له كتابا. وسَجَّلَ القاضي بالتشديد قضى وحكم وأثبت حكمه في السجل، وقيل السجل اسم كاتب كان للنبي ﷺ، والسجل: الصك⁽²⁾.

السجل اصطلاحا: يطلق السجل على كتاب القاضي الذي فيه حكمه، ويشمل في عرف بعض الفقهاء ما كان موجهها إلى قاض آخر، ثم أصبح يطلق في عرفهم كذلك على الكتاب الكبير الذي تضبط فيه وقائع الناس⁽³⁾. فالمحاضر والسجلات يرى البعض أنها تتعلق بالوثائق التي تقيد عند القاضي وهي غير الوثائق التي تكتب بين الناس.

وعرف أيضا بأنه: «تنفيذ ما ثبت عند القاضي وإمضاء ما حكم به»⁽⁴⁾.

وفي معلمة الفقه: «السجلات: وثائق العدول كان يشرف عليها خبراء خصوصيون يسمى أحدهم كاتب الشروط، أو موثقا، مثل: الفقيه علي بن عبد الله بن إبراهيم المتيطي،.. الذي كان موثق فاس وصاحب السجلات فيها في القرن السادس الهجري»⁽⁵⁾.

وقد يطلق العلماء السجلات ويريدون بها الوثائق التي تدون فيها العقود والتصرفات المنشئة للحقوق، ومن ذلك نجد كثيرا من علماء الحنفية يسمون علم الوثائق: المحاضر والسجلات⁽⁶⁾، وقد سبق وأن أشرت إلى أن كلا من صاحبي مفتاح السعادة وكشف الظنون عنونا لتعريف علم التوثيق

(1)-القاضي عياض، ترتيب المدارك، ج2، ص810-813. الحجوي، الفكر السامي، ج2، ص213.

(2)-ابن منظور، لسان العرب، مادة: سجل، ج3، ص1946. الفيومي، المصباح المنير، مادة: سجل، ج1، ص363. الفيروز

آبادي، القاموس المحيط، مادة: السجل، (فصل السين باب: اللام)، ج3، ص381.

(3)-محمد التبريزي، الكفاية في علم الكتابة، (مقدمة المحقق)، ص20.

(4)-الماوردي، أدب القاضي، ج2، ص74.

(5)-بعبد الله، معلمة الفقه المالكي، ص236.

(6)-إذ يستعملون المحاضر والسجل. بمعنى واحد فهما عندهم مترادفان، وأما غير الحنفية فيفرون بينهما وسيأتي الكلام عنه في بحث المحاضر.

بـ"علم الشروط والسجلات"⁽¹⁾. وكذا محمود بن أحمد بن مازة البخاري في كتابه "الحيط البرهاني"، عقد له بابا سماه "كتاب المحاضر والسجلات"⁽²⁾.

ومما يؤكد هذا الاتجاه أن الأمراء المسلمين كانوا يستعملون لفظ السجلات ويريدون بها توثيق الأحكام القضائية، وهو ما يرويه القلقشندي عند الكلام عن كيفية رسم العهود على تولية القضاء التي يبعث بها الأمراء إلى قضاتهم وولاتهم في الأمصار، ومنها العهد بولاية قضاء حاضرة بغداد الذي كتب به المسترشد بالله لقااضي القضاة أبي القاسم علي بن الحسين الزيني، فقال: «وأمره أن يتخذ كاتباً بالظلف موسوماً وبأدق ما يناط به فتوماً، خبيراً بما يسطره، عالماً بما يذكره، عارفاً بالشروط والسجلات»⁽³⁾. فعلم التوثيق أو الوثائق له علاقة وطيدة بالسجلات، التي يدون فيها حكم القاضي الذي يصدره في الدعوى بعد تقديم وسائل إثبات الحقوق، ومن ثم تدوين ذلك في السجلات التي يحتفظ بها في ديوان القاضي. كما أن له ارتباط بعلم آخر، هو علم الشروط والسجلات أو علم المحاضر والسجلات أيضاً، الذي يدرس الصيغ اللازمة لكتابة الحكم الذي أصدره القاضي في الدعوى وإثباته في السجلات التي يحتفظ بها عنده في ديوانه⁽⁴⁾، ومعنى هذا أن علم الشروط والسجلات إنما كان يختص أساساً بتثبيت الأحكام.

ومن هنا نستنتج أن علم الشروط والسجلات هو علم آخر مستقل بذاته يختص بكيفية كتابة الأحكام الصادرة عن القضاء وتدوينها في السجلات المختصة بالأحكام القضائية لا المعاملات بين الأفراد، ولكن كان يحمي مصالحهم ويحافظ على حقوقهم ويتوثق لها بالتبعية، من خلال توثيق الحجج والبيانات التي تستند عليها هذه الأحكام، وكذا من خلال توثيق الأحكام القضائية مطلقاً، ولذلك صار يطلق من باب التجاوز والتساهل على علم التوثيق أو علم الوثائق الذي يعني بتوثيق العقود، وكل المعاملات والاتفاقيات التي تتم بين الأفراد، وهذا للتشابه الحاصل بينهما فيما يتعلق بحفظ حقوق الناس ومصالحهم وأموالهم والاحتياط لها بالكتابة.

2- المحاضر

المحاضر لغة: جمع محضر، وفعله حضر حضوراً وحضارة، قال صاحب "تاج العروس" «المحضر

(1)- طاش كبري زاده، مفتاح السعادة، ص 499، حاجي خليفة، كشف الظنون، ج 2، ص 1045.

(2)- محمود بن أحمد بن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: أحمد عزو عناية، ط 1، بيروت: دار إحياء التراث العربي، 2003، ج 11، ص 559 وما بعدها.

(3)- القلقشندي، صبح الأعشى، ج 10، ص 273، 274، 276، 284، 290.

(4)- محمد خضر، علم الشروط عند المسلمين، ص 155.

خط يكتب في واقعة خطوط الشهود في آخره بصحة ما تضمنه في صدره»⁽¹⁾.

المحاضر اصطلاحاً: فعرفت بأنها «ما يكتب فيها حضور الخصمين عند القاضي، وما جرى بينهما من الإقرار من المدعى عليه أو النكول منه والإنكار عن اليمين، والحكم بالبينة للمدعى على وجه يدفع عند الاشتباه»⁽²⁾، وسمي الكتاب أو الوثيقة محضراً: «لحضور الخصوم والشهود أمام القاضي»⁽³⁾.

وفي "أدب القاضي": «أن المقصود بالمحضر أن يتذكر به الحاكم ما جرى بين المتنازعين ليحكم فيه بموجب الشرع»⁽⁴⁾، ولهذا فالمحاضر تطلق على الحجج والوثائق والسجلات، وهي ما يدون فيها ما يجري من الدعاوي عند القاضي، وهو يرتبط بعلم التوثيق بالكتابة ارتباطاً وثيقاً، كما أسلفت في السجلات.

وهناك من استعمل من العلماء بالإضافة إلى لفظ الوثائق والشروط لفظ المحاضر والسجلات في كتبهم ولم يفرق بينها، وكلها معان يكمل بعضها الآخر، وتدل على بعضها البعض، فيذكر المتيطي⁽⁵⁾ بعد أن عدد شروط الموثق: «ويكون له حذق ومهارة، يكتب الشروط والإقرارات والمحاضر والسجلات»⁽⁶⁾، وكذا ابن خلدون في مقدمته⁽⁷⁾، وكذا القلقشندي في صبحه⁽⁸⁾.

والمحاضر والسجلات عند الحنفية بمعنى واحد فهما وثيقة واحدة، بينما فرّق بينهما غيرهم من الفقهاء، إذ جعلوا المحاضر أصول السجلات، فهي الصحيفة التي يكتب فيها ما جرى بين الخصمين، وأما السجلات فهي ما تضمن النص على الحكم، أي إنفاذ القضاء بما تضمنه المحضر، ويّين ذلك صاحب "أدب القاضي" من خلال تعريفه لكل منهما بقوله: «والمحضر: هو حكاية الحال وما جرى

(1)- الزبيدي، تارح العروس من جواهر القاموس، تحقيق: عبد الستار أحمد فراج، الكويت، التراث العربي، 1965، ج3، ص147.

(2)- الماوردي، أدب القاضي، تحقيق: هلال السرحان، بغداد، مطبعة الإرشاد، 1971م، ج2، ص74. ابن قاضي سمان، جامع الفصوليين، ج2، ص324. نقلاً عن محمد بن عبد الله العامر، علم الشروط، ص165.

(3)- البعلبي الحنبلي، المطلع على أبواب المقنع، ج10، ص115. نقلاً عن: محمد العامر، علم الشروط، ص163.

(4)- الماوردي، أدب القاضي، ج2، ص74. الشريبي، مغني المحتاج، ج4، ص389.

(5)- المتيطي: أبو الحسن علي بن عبد الله الأنصاري المتيطي الفقيه العارف بالشروط، له كتاب النهاية والتمام في معرفة الأحكام، اعتمده المفتون والحكام، توفي سنة 570هـ. أحمد بابا التنبكي، ص199. محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ص163.

(6)- الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص72.

(7)- ابن خلدون، المقدمة، ص224.

(8)- القلقشندي، صبح الأعشى، ج10، ص274، 282.

بين المتنازعين من دعوى وإقرار وإنكار وبينة...، وأما السجل فهو تنفيذ ما ثبت عنده وإمضاء ما حكم به فهذا فرق ما بين المحضر والسجل»⁽¹⁾.

الفرع الرابع: علم الصكوك

الصك لغة: هو الضرب، ومنه قوله تعالى: ﴿فَصَكَّتْ وَجْهَهَا﴾⁽²⁾، أي ضربت بيدها على وجهها، قال ابن عباس -رضي الله عنهما- لطمته⁽³⁾، وصكّه يصكّه صكّا أي ضربه، والصكّ الكتاب جمعه: أصكّ وصكوك وصكاك⁽⁴⁾.

الصك اصطلاحاً: فقد عرفه صاحب المصباح بأنّه: «الكتاب الذي يكتب في المعاملات والأقارير»⁽⁵⁾، وقيل: «هو الورقة المكتوبة بدين»⁽⁶⁾، وقيل: «هو ما كتب في البيع والرهن والإقرار وغيرها»⁽⁷⁾. وهذا ما جاء في لسان العرب: «الصك الذي يكتب للعهد، معرّب أصله جكّ، وكانت الأرزاق تسمى صكاكا لأنها كانت تخرج مكتوبة»⁽⁸⁾، ومن ذلك ما جاء في حديث أبي هريرة: «أنّه قال مروان: أحللت بيع الربا؟ فقال مروان: ما فعلت، فقال أبو هريرة: أحللت بيع الصكّك؟ وقد نهي رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يستوفي، قال: فخطب مروان الناس فنهي عن بيعها»⁽⁹⁾.

فهي ورقة كانت تخرج من ولي الأمر بالرزق لمستحقه، إذ كان الأمراء يكتبون للناس أرزاقهم وأعطياتهم كتبا، فيبيعون ما فيها لآخرين قبل أن يقبضوها معجلا، ويعطون المشتري الصكّ ليمضي ويقبضه، فنهوا عن ذلك، لأنه بيع ما لم يقبض⁽¹⁰⁾.

(1)-الماوردي، أدب القاضي، ج2، ص74.

(2)-سورة الذاريات، الآية: 29.

(3)- الطبري، تفسير الطبري، ج22، ص427. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج17، ص47. ابن كثير، تفسير القرآن، ج4، ص1978.

(4)-ابن منظور، لسان العرب، مادة: صك، ج4، ص2474-2475. الفيومي، المصباح المنير، مادة: صك، ج1، ص471.

الفيروز آبادي: القاموس المحيط، مادة: صك، ج3، ص300.

(5)-الفيومي، المصباح المنير، ج1، ص471.

(6)-مسلم، صحيح مسلم، ج3، ص1162 بامشه.

(7)-ابن عابدين، حاشية رد المختار، ج5، ص369.

(8)-ابن منظور، لسان العرب، مادة: صكّ، ج4، ص2475.

(9)-مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، ج3، ص1162.

(10)-ابن منظور، لسان العرب، ج4، ص2475.

وقد يطلق بعض الفقهاء على علم التوثيق بالكتابة أيضا اسم علم الصكوك، وبحثوه ودرسوا شروطه في ثنايا كتبهم ومؤلفاتهم، باعتبار أن الصك هو ما كتب فيه المعاملة عموما من بيع ورهن وإقرار وغيرها⁽¹⁾، فهو مسمى آخر وأحد مدلولات علم التوثيق أو علم الشروط، يقول الماوردي: «علم كتابة المحضر والصكوك المسمى بعلم الشروط أجل العلوم قدرا»⁽²⁾، وقد ألف الإمام أبو نصر أحمد السمرقندي⁽³⁾ كتابا في علم الشروط والسجلات وسمه بـ"الشروط وعلوم الصكوك"⁽⁴⁾.

وقد عرفه السرخسي بأنه اسم خاص لما هو وثيقة بالحق الواجب، ويطلق الصك أيضا على ما يكتبه القاضي عند إقراض مال اليتيم⁽⁵⁾.

الفرع الخامس: علم الوثائق:

وقد يطلق على علم الشروط والعقود والسجلات والصكوك علم الوثائق أيضا، بل تكاد تُجمع الكتب الفقهية للعلماء وخاصة المالكية منهم على تسمية التوثيق بالكتابة بعلم الوثائق.

هذا وقد يسمى أيضا التوثيق بالكتابة، أو علم التوثيق، فبن التوثيق وصنعة أو صناعة التوثيق، كما أطلق عليه أيضا علماء الأندلس سابقا، تسمية العدالة أو خطّة العدالة، وهي التسمية التي مازالت تطلق عليه لحدّ الآن بالمغرب⁽⁶⁾، بينما سَمَّاه بعض الفقهاء المعاصرين بالفقه التطبيقي⁽⁷⁾.

ولذلك نجد عبارات كثيرة في كتب الفقهاء عند كلامهم عن هذا العلم، تحمل اسم "علم الوثائق"، وكذا عناوين مصنفاتهم المستقلة فيه، وخاصة المالكية منهم، كوثائق ابن المّون، ووثائق ابن مزين، ووثائق ابن الهندي، ووثائق ابن العطار، والوثائق الفاسية، والوثائق السجلماسية... وغيرها⁽⁸⁾.

(1) - محمد التريزي، الكفاية في علم الكتابة، ص 21.

(2) - الماوردي، أدب القاضي، ج 2، ص 73.

(3) - الحاكم السمرقندي: أبو نصر أحمد بن محمد بن عبد الجليل بن إسماعيل الإبريسي (ت 550هـ)، الحنفي، له كتاب الشروط. حاجي خليفة، كشف الظنون، ج 2، ص 1045. رضا كحالة، معجم المؤلفين، ج 2، ص 109.

(4) - السمرقندي، الشروط وعلوم الصكوك، تحقيق: محمد جاسم الحديثي، ط 1، بغداد، دار الشؤون الثقافية، 1987م، ص 17. وسماه بعضهم كتاب الشروط وبعضهم كتاب "الشروط والوثائق"، كما هو موجود مع كتاب "أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء" لقاسم بن عبد الله القنوي الحنفي، تعليق: يحيى مراد، بيروت، طبعة دار الكتب العلمية.

(5) - السرخسي، المبسوط، ج 18، ص 94، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 24، ص 192.

(6) - العلمي الحرّاق، مدونة الأسرة والتوثيق العدلي، ص 18.

(7) - عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي، ص 111.

(8) - وقد أوردت الكثير منها في الفصل التمهيدي، في بيان اهتمام المالكية بالتوثيق ومنه اهتمامهم بالتصنيف بوسيلة من وسائله وهي التوثيق بالكتابة، ص 29-57.

وقد أطلق الونشريسي على التوثيق بالكتابة اسم "علم الوثائق" أيضا حيث قال: «اعلم أن الوثائق من أجل العلوم قدرا...»⁽¹⁾. وهو ما سماه به ابن عبد السلام الهواري⁽²⁾ حيث جاء عنه في شرحه: «علم الوثائق من أجل العلوم قدرا وأعظمها خطرا...»⁽³⁾.

وعرفه ابن فرحون على أنه صناعة أو صنعة وهو يريد التوثيق بالكتابة، حيث قال في تبصرته عن كتابة الوثائق: «فهي صناعة جلييلة شريفة وبضاعة عالية منيفة، تحوي على ضبط أمور الناس...»⁽⁴⁾.

وهناك من العلماء من يستلطف عبارة "فن التوثيق"، كما ينقل لنا الونشريسي في منهجه عن ابن فتوح⁽⁵⁾ ما نصّه: «وينبغي لمن أراد محاولة هذا الفن-أي علم التوثيق - أن تكون بغيته إحسانه، إذ به تتحصن أموال المسلمين، وفروجهم، ودمأؤهم...»⁽⁶⁾.

وهناك من يستحسن صنعة التوثيق، وبعضهم علم التوثيق، وعلى كل، فجميع هذه الإطلاقات متعلقة بعضها ببعض، بحيث لا نستطيع أن نفصل بينهما في الاستعمال، ودليل ذلك ما جاء في المنهج الفائق للونشريسي، من بيان شرف علم الوثائق ثم يتكلم بعدها مباشرة عن صناعة التوثيق، أو خطة التوثيق أو مهنة التوثيق... وهكذا، وكلها تدل وتفيد مقصودا واحدا بالكلام، وهو التوثيق بالكتابة، حيث جاء عنه ما نصّه: «لا خفاء في شرف علم الوثائق في الجملة، إلا أنها-أي صنعة التوثيق-في زماننا هذا كما قال ابن الخطيب السلماني، في كتابه "مثلى الطريقة في ذم الوثيقة" أنها قد استحالت إلى الفساد وخلعت صورتها الشرعية...»⁽⁷⁾.

(1)-الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 31 وكذا في ص 3.

(2)-ابن عبد السلام الهواري: أبو عبد الله محمد بن عبد السلام بن يوسف بن كثير الهواري التونسي، قاضي الجماعة بها، الفقيه المالكي، له شرح بديع على مختصر ابن الحاجب الفرعي، وله أيضا شرح على وثائق بناني، توفي سنة (749هـ). ابن فرحون، الديباج المذهب، ج2، ص 309، محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ص 210.

(3)-عبد السلام الهواري، شرح وثائق محمد بناني، فاس، الشركة المغربية، 1949م، ص 2.

(4)-ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 282.

(5)-أبو محمد عبد الله بن فتوح بن موسى بن أبي الفتح بن عبد الواحد الفهري، قال عنه ابن بشكوال: كان من أهل المعرفة والعلم والحفظ والفهم، وله كتاب حسن في الوثائق، جمع فيه أمهات كتب الوثائق وفقهها، واختصر أيضا المستخرجة وغيرها، توفي سنة (462هـ). القاضي عياض، ترتيب المدارك، ج2، ص 830. ابن بشكوال، الصلة، ج1، ص 280.

(6)-الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 73.

(7)-الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 34.

وكذا تعريف ابن فرحون له بأنه صنعة جليلة⁽¹⁾، بدلا عن تعبيره بأنه علم التوثيق...

وبيان ذلك أيضا، أنه من حيث تعلق التوثيق بالكتابة بالفقه والأدب هو علم، لأن الموثق يجب أن يكون ملما بجميع الشروط والنوازل والأحكام والأعراف، وبهذا يكون من فروع الفقه باعتبار المعنى، كما يلزمه أن يكون مطلعاً على الفنون الأدبية، وبهذا يكون من فروع الأدب باعتبار تحسين الألفاظ⁽²⁾، فيطلق عليه بذلك علم الوثائق.

ومن حيث شكله كوثيقة لها مدلولاتها ولها معاييرها وصياغتها وضوابطها، وغير ذلك من متعلقاتها، وخاصة ما له علاقة بتطورها، فمن هذه الناحية يعتبر التوثيق بالكتابة-أو علم التوثيق- فنا، فيطلق عليه "فن التوثيق" أو "فن الوثائق".

وأما من حيث رسم الوثيقة فهو صنعة أو صناعة، «وهذه الصنعة قد يتفنن بعضهم فيحسنها بتزيينها وتنميقها ورونقتها وتدبيجها أحيانا -بالألوان- ورسم حروفها طبقاً لقواعد الخط المحلي في البلد، كالكاف البارزة والراء المنحدرة»⁽³⁾... ومن الملاحظ أن هذه الإطلاقات بينها تداخل وتكامل، أو خصوص وعموم، ولذلك حاول بعضهم الجمع بين هذه الإطلاقات لعلم التوثيق بقوله: «هو مجموعة من الضوابط والقواعد التي تحدد منهجية توثيق أقوال أو أعمال أو علاقات ما، وما يتعلق بهذه المنهجية من الاجتهادات ومن آراء...وفن التوثيق أو صنعة التوثيق هي العملية الإجرائية التي يقوم بها الموثق طبقاً لتلك القواعد»⁽⁴⁾.

هذه باختصار جملة ما ذكر من مسميات التوثيق بالكتابة، فمنهم من سماه علم التوثيق أو علم الوثائق، ومنهم من سماه علم الشروط وأطلق عليه بعضهم علم المحاضر والسجلات، كما سماه بعضهم علم الصكوك، ومنهم من وصفه بعلم العقود، ومنهم من قال عنه صنعة، وفضل آخر تسميته فن التوثيق وهكذا...وليكن ذلك، فكل هذه تسميات لمسمى واحد هو التوثيق للمعاملات وسائر التصرفات بالكتابة، وهي وإن اختلفت في المعنى اللغوي، فإنها من حيث الاصطلاح الشرعي، تجتمع كلها على غرض واحد وهو حفظ الحقوق وصيانتها وتثبيتها والاحتياط لها عن طريق كتابتها وتدوينها بقواعد وضوابط معينة، سواء بين الناس أو أمام القاضي.

(1)-ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 282.

(2)-حاجي خليفة، كشف الظنون، ج2، ص 76، طاش كبرى زادة، مفتاح السعادة، ج2، ص 557.

(3)-الونشريسي، المنهج الفائق، تحقيق: لطيفة الحسيني، ص 87.

(4)-الونشريسي، المصدر نفسه، ص 87-88.

المطلب الثالث: نشأة التوثيق بالكتابة

وسأشير هنا إلى تاريخ التوثيق بالكتابة، بشكل موجز، مختصر، لأنه سبقت الإشارة إلى ذلك ضمناً، عند الكلام عن تاريخ التوثيق عموماً، وذلك في الفصل الأول من هذا البحث، ومع ذلك لا بأس أن أركز هنا على بعض المسائل التي تتعلق بالتوثيق بالكتابة أو علم التوثيق على الخصوص وأنا أتحدث عن تاريخه ومراحل نشأته .

لقد عمل المسلمون على استخدام الكتابة كوسيلة للتوثيق وبالضبط في التدوين والتوثيق، ظهرت بشكل ملحوظ، في تدوينهم القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة⁽¹⁾، متبعين في ذلك إجراءات حاسمة في التحقق من صحة النص، مراعين أدق وجوه البحث والتحري وأسلم أصول التثبت العلمي، وكل ذلك توثيقاً للوحيين من التحريف والضياع⁽²⁾، فكانت هذه أولى مقدمات علم التوثيق أو التوثيق بالكتابة وأهمها، بتلك الضوابط والقواعد التي تطورت فيما بعد شيئاً فشيئاً، إلى أن ظهرت في علم التوثيق الذي أصبح علماً قائماً بذاته في العصور اللاحقة له أصوله وقواعده، نشأ عن الحاجات العملية اليومية التي كانت تحتم إثبات تصرفات الأفراد بالكتابة، وعدم الاكتفاء بالشهادة - التي كان يعتمد عليها القضاة سابقاً كوسيلة أولى في الإثبات مع اليمين-⁽³⁾، لاتساع رقعة الدولة وتشابك المعاملات، وتغير النفوس وظهور الخيانات، فاحتاج الناس إلى كثير من الموثقين العدول، فظهر من يكتب للناس مديانهم وعقودهم، وكان هؤلاء من الصالحين والفقهاء الحاذقين، ثم كتبهم الكتب والرسائل والمعاهدات والعقود وغيرها من التصرفات واتخاذهم كتاباً لذلك⁽⁴⁾، كما اتخذوا سجلات الدواوين لتدوين المراسلات، وجباية الأموال، وكذا ما يتعلق بتقييد أسماء الجند وأعطياهم⁽⁵⁾.

وقد وقعت حادثة دفعت بالقضاة فيما بعد، إلى ضرورة اتخاذ السجلات والدفاتر لتقييد وكتابة الأحكام القضائية خوف الإنكار، فكان أول من دون هذه الوثائق القاضي سليم بن عمر التجيبي، الذي ولّاه معاوية بن أبي سفيان سنة 40هـ، وكان سبب تدوينه لهذه الوثائق القضائية،

(1) _ عبد الحي الكتاني، التراتيب الإدارية، ص 108.

(2) _ ابن حجر، فتح الباري، ج9، ص 13.

(3) _ ظافر القاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، السلطة القضائية، ص428. محمد بن عبد الله العامر، علم الشروط، ص32. محمد خضر، علم الشروط عند المسلمين، ص124-155.

(4) _ ابن خلدون، المقدمة، ص224-247، 420.

(5) _ ابن خلدون، المصدر نفسه، ص243-244. القلقشندي، صبح الأعشى، ج1، ص89-90.

هو أنه اختصم إليه ورثة فيما بينهم ففضى بينهم، ولكنهم تناكروا فرجعوا إليه ففضى بينهم، ولكنه دون الحكم في كتاب أو وثيقة أو سجل خاص، وأشهد عليه⁽¹⁾.

ثم تتابع القضاة في كتابة القضايا والأحكام في محاضر وسجلات، وذلك قطعاً للتزاع والتناكر، ومن ثم اتخذوا الشهود العدول، ليشهدوا في مجالسهم، بحيث لا يقبلون شهادة إلا منهم ودونوا أسماءهم في مجلس القضاء، وأول من دون أسماء الشهود، القاضي عبد الرحمن بن عبد الله بن الحسين بن عبد الرحمن بن عمر بن الخطاب، حيث كان قاضياً على مصر، حتى عزل في جمادى الأولى سنة 94هـ⁽²⁾. ثم اتخذت هذه السجلات القضائية بصورة رسمية في شكل أوسع وأكثر تنظيماً وذلك سنة 120هـ على يد القاضي عبد الله بن شبرمة (ت 144هـ)، وذلك لكثرة الحوادث القضائية والوقائع⁽³⁾.

وقد كانت مهمة كتابة الوثائق في القديم من اختصاص القاضي نفسه يقوم بها مباشرة، فهو الموثق في بداية الدولة الإسلامية، حيث ورد في بعض الكتب أن القاضي الإسلامي في أي بلد يعتبر صاحب الوثائق لها⁽⁴⁾، إلا أنه أمام كثرة الأعباء التي أصبح القاضي يتحملها، فقد أوكل هذه المهمة لأشخاص عرفوا شروطها وأتقنوا أمورها بعد أن يكون قد تأكد من أحوالهم وأخلاقهم عن طريق ما يعرف بالتركية⁽⁵⁾، وبناء على هذا التوكيل يقوم عدلان بكتابة الشهادة ويضعان توقيعهما على المحرر الذي يتضمنها، ويقدمانه للقاضي من أجل مراقبته ووضع خطابه عليه⁽⁶⁾.

ثم أصبح هؤلاء الشهود والكتّاب، يمارسون كتابة الوثائق خارج مجلس القضاء وكان لهم دكاكين تسمى بالمصاطب في المشرق، وفي المغرب بسماط العدول⁽⁷⁾، وأشتهر منهم العديد من العلماء ممن صار لهم اليد الطولى في هذه الصناعة، وبهذا صار التوثيق صنعة وخطّة، ووظيفة رسمية من وظائف وأعمال الدولة، وقد عرفت ذلك الدولة الإسلامية في الأندلس في وقت متقدم في القرن

(1) -السيوطي، حسن المحاضرة، ج1، ص295، الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص19.

(2) -الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص19، محمد بن عبد الله العامر، علم الشروط، ص31.

(3) -محمد مرابط، العقد العدلي، ص23.

(4) -محمد الزريقي، نشأة نظام العدول وتطوره في المغرب، مقال بمجلة جمعية المحافظين والمراقبين على الملكية العقارية، المملكة المغربية، ص68.

(5) -عبد السلام الهواري، شرح وثائق محمد بناني، ص124.

(6) -الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص19. القلقشندي، صبح الأعشى، ج10، ص273، 290-291. محمد مرابط، العقد العدلي، محاولة تأصيل مقال بمجلة المقال، المغرب، ع1، 2009، ص23.

(7) -الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص17. محمد بن عبد الله العامر، علم الشروط، ص33.

4هـ، حيث ينقل لنا صاحب الصلة في ترجمة الحسين بن حي بن عبد الملك بن حي التجيبي من أهل قرطبة (ت401هـ)، أنه «وليّ خطة الوثائق السلطانية في صدر دولة المظفر عبد الملك بن أبي عامر»⁽¹⁾، وفي ترجمته لأحمد بن عفيف (ت420هـ) يقول: «تولى عقد الوثائق لمحمد المهدي، أيام توليه الملك بقرطبة»⁽²⁾. ومستند اتخاذ هذه الوظيفة هو قول الله عز وجل ﴿وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبًا بِالْعَدْلِ﴾ وتتلخص في الكشف عن حال الشهود الذين يشهدون في القضايا المرفوعة أمام القاضي، وكذا كتابة الوثائق بين الناس في العقود والتصرفات والشهادة عليها وتصديقها أو إمضاءها، مقابل أجر يدفعه لهم أصحاب العلاقة أو المعاملة، وهي في الأصل وظيفة دينية لما لها من علاقة بالفقه والقضاء⁽³⁾.

وفي عصرنا الحاضر، تلاشت هذه الوظيفة بسبب تسلل الفساد إليها، وقد أشار ابن الخطيب إلى هذه المساوئ في القرن الثامن الهجري وما بعده، وذمّ هذه الوظيفة في كتابه أو كناشته الموسومة بـ"مثلى الطريقة في ذم الوثيقة"، ثم لظروف اجتماعية وسياسية ووجود الاستعمار في الدول الإسلامية، وحلول القوانين الحديثة محل الشريعة، أسندت هذه الوظيفة لموثقين رسميين ينتمون لكليات الحقوق، يخضعون لإشراف الدولة ومراقبتها، أو مهن حرة كما في بعض الدول، ويكونون تابعين لوزارات العدل، ويحكمهم قوانين وتشريعات تحدد شروطهم وكذا حقوقهم وواجباتهم وكيفية انتصابهم لهذه المهنة، وهم يعرفون اليوم بالموثقين "Notaires" أو "كتاب العدل".

ومنذ استحداث ابن شيرمة للمحاضر والسجلات القضائية سنة 120هـ، أولى فقهاء المسلمين اهتماما بالغا بالمحاضر والسجلات والوثائق، ونشأ لذلك علم خاص يسمى "علم التوثيق"، وعنوا به عناية فائقة وأفردوا له المؤلفات ووضعوا له القواعد والشروط، وحرصوا على وضع نماذج متعددة ودقيقة لأنواع الصكوك والوثائق والمحاضر والسجلات، لتكون أمثلة يحتذي بها كاتب الوثائق، وصار التوثيق بالكتابة علما قائما بذاته من علوم الفقه يدرس ويمارس، وبرز فيه علماء كثيرون، وقد أرسدت قواعد هذا العلم المدرسة الحنفية ببغداد في منتصف القرن الثاني للهجرة، ومنها سرى إلى بقية العالم الإسلامي، حيث ازدهر ازدهارا كبيرا في الأندلس والمغرب، أين عرف على يد المالكية نهضة وانفجارا كبيرين، أسفر ذلك عن علماء نبغوا فيه تأليفا وتدريسا وخطة، نبوغا منقطع

⁽¹⁾ -ابن بشكوال الصلة، ج2، ص230. محمد بن عبد الله العامر، المرجع نفسه، ص33-34.

⁽²⁾ -ابن بشكوال المصدر نفسه، ج1، ص74-75.

⁽³⁾ -ابن خلدون، المقدمة، ص224-225.

النظير- كما سبقت الإشارة إليه في الفصل التمهيدي- وقد أُنجبت المدرسة الحنفية علماء في التوثيق صنفوا فيه كتباً مستقلة عن الفقه أمثال: أبي سعيد يحيى ابن زكريا بن أبي زائدة الكوفي الهمداني المعروف بالوادعي من أصحاب أبي حنيفة (ت182هـ) وقيل 183هـ⁽¹⁾، في كتابه "الشروط والسجلات"، وابن زيد أحمد بن زيد الشروطي الحنفي (ت200هـ) تقريباً⁽²⁾، في كتابه "الشروط الصغير والمتوسط والكبير"،... وغيرهم. وكذا فقهاء المالكية الذين أولوا هذا الفن عناية كبيرة، وبرعوا فيه براعة لم يبلغ شأوهم فيها أحد، وبعض من فقهاء الشافعية كالمروزي⁽³⁾، والأسطخري⁽⁴⁾، والمزني في كتابه الوثائق⁽⁵⁾، والسيوطي محمد بن أحمد (ت911هـ) في كتابه جواهر العقود ومعين القضاة والشهود... وغيرهم، على أن بعضاً منهم ذكره في أدب القضاء، كالماوردي في كتابه "أدب القاضي"، وابن أبي الدم الحموي في كتابه "أدب القضاة".

في حين نجد الحنابلة وكثير من الشافعية، لم يفرده بمصنفات خاصة، لأنهم يرون أن علم التوثيق، مندرج في أبواب الفقه، فالعالم بالفقه عندهم يكون عالماً بالتوثيق ضرورة، مما يؤكد أن علم التوثيق جزء لا يتجزأ من علم الفقه - كما أسلفت - وقد أكد ذلك ابن أبي الدم الحموي الشافعي، وأنه لا ضرورة لإفراد علم التوثيق بمصنفات مستقلة، إذ كل ذلك منثور في أبواب الفقه المختلفة⁽⁶⁾.

-أول من صنف في علم التوثيق

وأما أول من ألف في هذا الفن، فقد اختلف فيه العلماء والباحثون، فيذكر السرخسي في مبسوطه أن الإمام أبا حنيفة النعمان (ت150هـ)، هو أول من بين هذا العلم، وإن لم يكن بصورته الدقيقة العلمية المتعارف عليها فيما بعد⁽⁷⁾.

كما ينقل لنا ذلك حاجي خليفة أيضاً⁽⁸⁾، بينما ينقل ابن حجر في "تهذيبه" عن بعض العلماء أن أول من صنف في هذا الفن هو يوسف بن خالد بن عمير السميتي البصري (ت190هـ)⁽⁹⁾. وهو

(1)-البغدادي، هدية العارفين، ج2، ص513.

(2)-البغدادي، المصدر نفسه، ج1، ص46. حاجي خليفة، كشف الظنون، ج2، ص1045-1046.

(3)-في كتابة الشروط والوثائق، ابن النديم، الفهرست، مصر، مطبعة الرحمانية، 1929، ج6، ص266.

(4)-في كتابه الشروط والوثائق والحاضر والسجلات، البغدادي، هدية العارفين، ج1، ص269.

(5)-ابن خلكان، وفيات الأعيان، ج1، ص217، البغدادي، المصدر نفسه، ج1، ص207.

(6)-ابن أبي الدم الحموي، أدب القضاء، ص494.

(7)-السرخسي، المبسوط، ج30، ص168.

(8)-حاجي خليفة، كشف الظنون، ج2، ص1046.

(9)-ابن حجر، تهذيب التهذيب، ج11، ص362.

ما يرجحه عبد اللطيف الشيخ في كتابه "التوثيق لدى فقهاء المذهب المالكي"⁽¹⁾.

وذهب حاجي خليفة إلى أن أول من صنف في علم الوثائق والشروط هو هلال بن يحيى البصري الحنفي⁽²⁾ (ت245هـ)⁽³⁾.

في حين نجد عمر الجدي يذكر أن أقدم مؤلف في التوثيق هو لابن حبيب، إلا أنه يرجح كتاب ابن الملون⁽⁴⁾ وهو الغالب على الظن⁽⁵⁾، وإنما رجح عمر الجدي ابن الملون لأنه إذا كان المقصود بابن حبيب صاحب الواضحة، فإنه توفي في (235هـ)، بينما ابن الملون توفي قرابة (280هـ)، فيكون ابن حبيب أسبق منه في هذا المضمار، ولكن يبقى ذلك بالنسبة للأندلسيين خاصة، وليس للعالم الإسلامي عامة⁽⁶⁾، وذلك لأنه - كما سبق وأن ذكرت - ترجيح عبد اللطيف الشيخ ليوسف بن خالد السمي البصري الحنفي (ت190هـ)، والذي هو متقدم عنهما وليس أندلسيا.

إلا أن هناك كتاب آخر أشار إليه الونشريسي في كتابه "المنهج الفائق"⁽⁷⁾، وهو الوثائق ليحيى بن مزين، وهو فقيه أندلسي (ت259هـ) وقيل (260هـ)⁽⁸⁾، الذي هو أسبق من كتاب ابن الملون بالنظر إلى تاريخ وفاة كل منهما، فيكون يحيى بن مزين متقدم عن ابن الملون في ذلك بالنسبة للأندلسيين، فينتج عن ذلك أن كتاب ابن الملون ليس هو أول ما صنفه الأندلسيون. كما أن هناك كتاب آخر لمحمد بن عبد الله بن عبد الحكم (ت268هـ) سابق لكتاب ابن الملون أيضا، قال عنه

(1)-عبد اللطيف الشيخ، التوثيق لدى فقهاء المذهب ص50، 51.

(2)-هلال بن يحيى بن مسلم الرأي البصري، قيل له الرأي لسعة علمه وكثرة فهمه، وأخذته بالقياس، أخذ الفقه عن أبي يوسف وزفر وأبي يوسف صاحبي أبي حنيفة، له مصنف في الشروط وأحكام الوقف (ت245هـ). حاجي خليفة، كشف الظنون، ج2، ص1046. طاش كبري زادة، مفتاح السعادة، ج2، ص235.

(3)-حاجي خليفة، المصدر نفسه، ج2، ص1046.

(4)-محمد بن سعيد القرطبي، المعروف بابن الملون، الموثق، كان يعنى بأسباب الوثائق وكان حسن الفطنة فيها، لطيف الحيلة في أبوابها، له فيها تأليف حسن مشهور، روى عن يحيى بن يحيى الليثي وغيره من شيوخ الأندلس، توفي في صدر أيام الأمير عبد الله بن محمد (ت300هـ) وكان ذلك قرابة 280هـ. ابن الفرضي، تاريخ علماء الأندلس، ج2، ص12. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج2، ص206. الحشني، قضاة قرطبة، ص164.

(5)-عمر الجدي، محاضرات في تاريخ المذهب المالكي، ص119.

(6)-عبد اللطيف الشيخ، التوثيق لدى فقهاء المذهب ص50، 51.

(7)-الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص94.

(8)-القاضي عياض، ترتيب المدارك، ج2، ص132.

بنعبد الله: «وهو أقدم كتاب مصري مؤلف في هذا الفن»⁽¹⁾، وهو ليس من الأندلسيين.

وإن يكن الأمر، وبغض النظر عن كان له قصب السبق في وضع كتاب في علم الوثائق، فإننا ومن خلال تتبعنا لتاريخ هذا العلم، وبالنظر إلى شكله وموضوعه، نلاحظ أن النبي الكريم ﷺ هو أول من أملى كتب العهود والمواثيق، ووثق للمعاملات بالصيغة المعروفة، وهي التي ذكرها القرآن الكريم وفصل في بيانها في آية الدين، وقد سبق ذكر كتبه ووثائقه ﷺ في ذلك، ثم أخذ عنه الفقهاء والعلماء أصول هذا الفن وساروا على نهجه وكذا تعلموا طريقة عمل من بعده من صحابته والتابعين له ﷺ أجمعين في التوثيق للمعاملات حتى تكون وفق أحكام الله وسنة نبيه ﷺ فيأخذ كل ذي حق حقه ولا تؤكل أموال الناس بالباطل، تطبيقاً للشرع القويم، الذي جاء للحفاظ على مصالح الناس ودرء المفسد عنهم.

المطلب الرابع: حكم التوثيق بالكتابة:

الكلام في حكم التوثيق بالكتابة في الحقيقة يتناول الكلام عنه في حق طرفي العقد في معاملاتهم، وحكمه هنا، هو حكم نظام التوثيق عموماً، وقد سبق الكلام عن هذا الموضوع في الفصل الأول من هذا البحث، كما يكون الكلام فيه عن حكم التوثيق بالكتابة في حق من طلب منه الكتابة أو توثيق المعاملة وهو الكاتب أو الموثق وهو ما سأوضحه فيما يأتي:

لقد أمر الله أطراف العقد بأن يختاروا لهم كاتباً يتصف بالعدالة ليقوم بتحرير وكتابة العقد، لأن الناس ليسوا جميعاً على علم بالكتابة والخط، وليسوا على دراية بكيفية تحرير العقود والوثائق على الوجه الشرعي الصحيح، ولأن الدائن ربما يكون في موضع اتهام إذا قام بالكتابة بنفسه، ونفس الأمر إذا قام بما المدين، ولكي تستبعد محاباة أحد طرفي العقد أو الإضرار به، كأن تصاغ ألفاظ الوثيقة صياغة بعيدة عن الاحتراز أو العدل فتصب في مصلحة أحدهما على حساب الآخر لذلك وتفادياً لكل هذا، فقد أمر الله باختيار شخص ثالث ليتولى تحرير وكتابة الوثيقة بالصورة الدقيقة التي بينها تعالى في قوله تعالى: ﴿وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾ ، ومن هنا يفهم منه أن يكون الكاتب طرفاً ثالثاً لا علاقة له بالعقد، فلا هو دائن ولا هو مدين، لأنه تعالى لم يقل -وليكتب بينكم أحدكم-، وهو أعلم تعالى بحقيقة المراد من أمره⁽²⁾.

لكن كون الكاتب طرف ثالث، لا يعني عدم جواز كتابة العقد من قبل أحد طرفيه، وهو

(1)- بنعبد الله عبد العزيز، ناظر الوقف، ص 48.

(2)- ابن العربي، أحكام القرآن، ج 1، ص 248، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 3، ص 383.

الدائن أو المدين، أو المتعاملين، فقد يكتب أحدهما بيده إقرارا بدين أو استحقاقه له، ويوقع عليه ويثبت فيه شهادة الشهود فيكون جائزا.

وقد اختلف الفقهاء في حكم التوثيق بالكتابة في حق الكاتب أو الموثق، وأعني بذلك حكم تعلم التوثيق بالكتابة، والقيام به وإتقانه في حق من طلب منه الكتابة أو التوثيق للمعاملة، وهو الكاتب أو الموثق، أو بعبارة أخرى حكم الصناعة التوثيقية في حقه، وذلك تبعا لاختلافهم في حكم التوثيق نفسه، إلى أقوال:

القول الأول: فرض كفاية : وهو مذهب مالك-رحمه الله- (1) ووافق الشافعي (2) قياسا على غيرها من العلوم التي لا يستغنى عنها أي مجتمع من المجتمعات في أي عصر من العصور، وقياسا لها على الجهاد والفتوى وصلاة الجنازة وحفظ القرآن سوى الفاتحة وغيرها (3).

القول الثاني: الندب : ومن المالكية من رأى أنه للندب والاستحباب في الجملة قال ابن عطية: «وأما الكتب في الجملة فيندب كقوله تعالى: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ (4)، ولأن الأمر للإرشاد لا أمر وجوب للقرينة الصارفة عن ذلك وهي قوله تعالى: ﴿فَإِنْ آمَنَ بَعْضُكُمْ بِبَعْضٍ فَمَلُودٌ لِّذِي أَوْثَمِنَ أَمْنَتَهُ﴾ (5) (6)، كما أن الأمر المتوجه إلى الكاتب بالكتابة "وليكتب" إنما هو على وجه الندب وللإرشاد، ولقوله تعالى: ﴿وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ ومن مضاره إكراه الكاتب وإجباره على الكتابة (7). وكذلك لجواز أخذه للأجرة على كتابة الوثائق، لو كانت واجبة لما جاز له أخذ الأجرة عليها، إذ الإجارة على فعل الفروض باطلة وهو ما رجحه ابن العربي والقرطبي (8)، قال ابن العربي «والصحيح أنه أمر إرشاد فلا يكتب حتى يأخذ حقه» (9).

(1)-ابن العربي، المصدر نفسه، ج1، ص 248.

(2)-الشافعي، الأم، ج7، ص 84.

(3)-الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص 19-20.

(4)-سورة الحج، الآية: 77.

(5)-البقرة 283.

(6)-ابن عطية، المحرر الوجيز، ج2، ص 360.

(7)-القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص 406.

(8)-ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، ص 248 وج1، ص 361. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص 384، الونشريسي،

المنهج الفائق، ج1، ص 20.

(9)-ابن العربي، المصدر نفسه، ج1، ص 361.

القول الثالث: الوجوب: وقد خالف المالكية قوم ذهبوا إلى القول بوجوب الكتب على الكاتب كعطاء ومجاهد وغيرهما⁽¹⁾، ومنهم من رأى وجوبه مع فراغ الكاتب⁽²⁾، وذهب الشعبي وعطاء بن أبي رباح أيضا إلى أن الكتابة واجبة على الكاتب إذا لم يوجد كاتب سواه⁽³⁾.

الترجيح: مما لا شك فيه أن التوثيق بالكتابة للمعاملات وسائر التصرفات من العلوم والصنائع التي لا يستغني عنها أي مجتمع في أي عصر، لما لها من أهمية فهو يحتل منزلة رفيعة ومكانة كبيرة في الحياة الإنسانية، إذ به تصان الحقوق وتسترد طبقا للقوانين الشرعية، فوجب تعلّمه وجوبا كفايّا كما قال المالكية بحيث إذا قام به أحد سقط التكليف عن الآخرين، شأنه شأن كثير من العلوم التي هي من فروض الكفايات كالطب والحساب، والنحو وحفظ القرآن والفتوى والولايات العامة والخاصة وغيرها مما لا يستغني عنه قوام أمور الدنيا، وما عمت المصلحة به ومستت الضرورة إليه، فيقدم على ما قصرت فيه المصلحة على فاعله، وما كان كذلك يجب على الأمة أن تُكَوّن من يشتغل ويقوم به وتصرف له العناية، لكي لا تضيع الحقوق على أصحابها، ولذلك رجّح العديد من العلماء قول جمهور المالكية ومن وافقهم بالوجوب الكفائي على الكاتب، إلا إذا كان له عذر يمنعه من الكتابة لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُضَارُّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾⁽⁴⁾ ومن هؤلاء الجصاص الحنفي حيث قال: «يلزم من عرف الوثائق والشروط بيانها لسائلها، على حسب ما يلزمه بيان سائر علوم الدين والشريعة، وهذا فرض لازم للناس على الكفاية إذا قام به بعضهم سقط عن الباقيين»⁽⁴⁾.

وهذا ما أكدّه صاحب حجة الله البالغة بقوله: «اعلم أن الدين أعظم المعاملات مناقشة وأكثرها جدلا، ولا بد منه للحاجة، فلذلك أكدّ الله تعالى في الكتابة والاستشهاد، وشرع الرهن والكفالة وبيّن إثم كتمان الشهادة وأوجب بالكفاية القيام بالكتابة والشهادة وهو من العقود الضرورية»⁽⁵⁾ وقد ذهب الشافعية وفاقا للمالكية، إلى القول بأن الكتابة فرض كفاية على الكاتب، حيث جاء في كتبهم: «وكتابة الصك وهو الكتاب، فالتحمل في كل منها فرض كفاية في الأصحّ

(1)- وهو ما اختاره ابن جرير الطبري في تفسيره، ج6، ص53.

(2)- الطبري، تفسير الطبري، ج6، ص53. ابن عطية، المحرر، ج2، ص387. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص383.

(3)- ابن عطية، المصدر نفسه، ج2، ص360، الونشريسي، المنهج ج1، ص18، ونسب ابن العربي إلى الشعبي قوله بالوجوب الكفائي، ومعنى ذلك أن مذهب الشعبي أصلا هو القول بالوجوب الكفائي إلا إذا لم يوجد كاتب سواه، فيصبح عليه الكتب فرض عين، أحكام القرآن، ج1، ص248.

(4)- الجصاص، أحكام القرآن، ج2، ص537.

(5)- الدهلوي، حجة الله البالغة، بيروت، دار المعرفة، ج2، ص113.

للحاجة إلى إثبات ذلك عند النزاع، وكتابة الصكوك يستعان بها في تحصين الحقوق»⁽¹⁾.

وقد سرد السيوطي عددا من الوظائف التي تعتبر من فروض الكفاية وفاقا للمالكية، نذكر منها: «تحمل الشهادة وأداؤها، وتولي الإمام والقضاء وإعانة القضاء على استيفاء الحقوق»⁽²⁾.

وقد تبين لنا أن التوثيق للمعاملات بالكتابة أو صنعة التوثيق، من أهم الوظائف التي يتوثق بها للحقوق، وتعين القضاة على استيفائها، وذلك لأن القاضي ليس له أمر ولا نهي في الغالب إلا بشهادتهم (أي الموثقون أو الكتاب) فكأنه أسيرهم لأنه بحسب ما قالوا حكم، فهم الباعثون على الحكم⁽³⁾.

المطلب الخامس: حجية الكتابة في التوثيق

التوثيق بالكتابة أمر مشروع، لقوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾⁽⁴⁾. والمالكية هم أكثر من توسع في العمل بالخط، كما سنرى - إلا أنهم يشترطون للعمل بالكتابة وإعمال الخط، واعتباره حجة شرعية للتوثيق للحقوق وإثباتها، أن يشهد على ما في الوثيقة - أي على الخط - شاهدي عدل، ولذلك قال صاحب الجامع لأحكام القرآن: «أمر بالكتابة، ولكن المراد الكتابة والإشهاد، لأن الكتابة بغير شهود لا تكون حجة»⁽⁵⁾. وذلك لأن الكتابة إنما شرعت في الأصل، لضبط الحق وحفظه خوفا من النسيان، ثم بعد ذلك يشهد على ما في الوثيقة فتكون الحجة بالشهادة، وأما الوثيقة المحررة والمكتوبة، فلأجل ضبط الحق خوف النسيان وعدم الاختلاف فيه قطعاً للنزاع، قال صاحب الجامع: «أمرنا بالكتابة لكيلا ننسى»⁽⁶⁾.

فالخط أو الكتابة تعتبر وسيلة أغلب الناس لضمان استيفاء الحقوق وإثباتها، فتقيد بها الحقوق وتؤمن عند التعاقد، على أن الخط حتى يكون حجة عند الاقتضاء، يجب أن تتوفر فيه شروط وضوابط، ذكرها المالكية وغيرهم من العلماء، منها ما ذكرته أعلاه من وجوب توفر شاهدين، ومنها شروط في الوثيقة وقد سبقت الإشارة إليها في الفصل الثاني من هذا البحث.

(1) - الشريبي، معنى المحتاج، ج3، ص 398.

(2) - جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 443.

(3) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1 ص 249. ابن خلدون، المقدمة، ص 246 - 247.

(4) - سورة البقرة، الآية 282.

(5) - القرطبي، الجامع لحكام القرآن، ج3، ص 382.

(6) - القرطبي، المصدر نفسه، ج3، ص 382.

والخط أو الكتابة يعتبر قرينة من القرائن التي يعتمد عليها للتوثيق في المعاملات وإثبات الحقوق، والمالكية أكثر من توسع في العمل به والمراد بالخط هنا، هو الخط المجرد عن الشهادة، أي أن الوثيقة حررت دون أن يتم الإشهاد عليها أصلاً، أو الخط المقترن بالشهادة عليه، ولكن الشاهد نسي شهادته فيما بعد فاعتبر كالمجرد عنها. وقد اختلفت المالكية وغيرهم من الفقهاء في جواز الخط المجرد عن الشهادة والعمل به في التوثيق للحقوق والالتزامات، وذلك كالآتي:

الفرع الأول: المميزون للعمل بالخط المجرد:

ذهب أكثر المالكية⁽¹⁾ إلى اعتبار الخط المجرد حجة وأن الكتابة دليل من الأدلة المعتبرة شرعاً، فإذا رفعت للقاضي وثيقة تتضمن حقاً من الحقوق فيستطيع أن يعتمد عليها ويصدر حكماً بها، ووافقهم في ذلك أكثر الحنفية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾.

وقد استدل جمهور المالكية ومن وافقهم على هذا الرأي، بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

فأما من الكتاب: فيقول تعالى: ﴿فَأَكْتُبُوهُ﴾⁽⁴⁾. فالله تعالى أمر بالكتابة بقوله ﴿فَأَكْتُبُوهُ﴾ ولو لم تكن الكتابة ذات فائدة في الاعتماد عليها لما أمر الله بها، فدل ذلك على أن الكتابة حجة يعتمد عليها ومنها الخط المجرد⁽⁵⁾. فالآية كما ذكر ابن عاشور أصل عند جمهور العلماء في اعتبار وصحة الاحتجاج بالخط.

وقوله تعالى أيضاً حكاية عن بلقيس: ﴿قَالَتْ يَا أَيُّهَا الْمَلَأُ إِنَّ إِلِيَّ لَكِنٌّ كَرِيمٌ ﴿٢٩﴾ إِنَّهُ مِنْ سُلَيْمَانَ وَإِنَّهُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ﴿٣٠﴾ أَلَّا تَعْلَمُوا عَلَيَّ وَأَتُونِي مُسْلِمِينَ ﴿٣١﴾﴾⁽⁶⁾. فالآية أخبرت عن سليمان - عليه السلام بأنه اعتمد على الكتابة في الإنذار والدعوة إلى الدين الحق، وجعلها بمنزلة كلامه⁽⁷⁾. فدل ذلك على أن الكتابة يعتمد عليها في الاحتجاج، وإن كان هذا في شرع من قبلنا،

⁽¹⁾ _ ابن فرحون، تبصيرة الحكام ج1، ص440. الونشريسي، المعيار، ج10، ص196. علبش، فتح العلي المالک في الفتوى على مذهب مالک، ج2، ص311-312. ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، ص101.

⁽²⁾ _ السرخسي، المبسوط، ج6، ص92.

⁽³⁾ _ ابن قدامة المغني ج9، ص76. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج1، ص326.

⁽⁴⁾ _ سورة البقرة، الآية: 282.

⁽⁵⁾ _ ابن عاشور، التحرير والتنوير ج3، ص101.

⁽⁶⁾ _ سورة النمل آية: 29-31.

⁽⁷⁾ _ الماوردي، أدب القاضي، ج2، ص89-91.

فهو شرع لنا، ما لم يرد في شرعنا ما ينسخه، وقد جاءت آية الدين في شرعنا بما جاء به شرع من سبقنا في هذه الآية فهو بالتالي شرع لنا، فإن استكتاب الكاتب إنما ينفع بقراءة خطه⁽¹⁾.

- وأما من السنة: فاستدل المالكية ومن وافقهم على حجة الخط والاعتماد عليه في التوثيق بالسنة القولية والفعلية.

- فأما السنة القولية: فقوله ﷺ «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي به، يبيت ليلتين إلا وصيته مكتوبة عنده»⁽²⁾.

فقوله "مكتوبة عنده" دليل على جواز الاعتماد على الكتابة والخط ولو لم يقترن بالشهادة⁽³⁾. ولذلك قال ابن القيم - رحمه الله: «ولو لم يجز الاعتماد على الخط لم يكن لكتابة وصية فائدة»⁽⁴⁾. فلزم من الإرشاد إلى كتابة الوصية حجية الكتابة أو الخط المجرد، في التوثيق بها للحقوق وكذا إثباتها.

- وأما من السنة الفعلية: اعتماده ﷺ على كتبه التي كان يبعث بها إلى الملوك وغيرهم في تبليغ الرسالة، حيث كانت تقبل ويعمل بها فيها من غير إشهاد عليها وتقوم بها الحجة، وهو معلوم من سيرته ﷺ⁽⁵⁾. فهذه الكتب منه ﷺ تدل على حجية الكتابة - أي الخط المجرد - واعتمادها سواء كان ذلك في أمر تبليغ الرسالة أو غيره لأن فعله ﷺ حجة⁽⁶⁾.

وإن كان الاعتماد على الكتابة في الدعوة و تبليغ الرسالة، وهو أمر عظيم الشأن والخطر، فلإن تكون الكتابة حجة في التوثيق للحقوق والمعاملات والالتزامات من باب أولى، لأنها أقل خطرا من تبليغ الرسالة.

فكتابة الرسول ﷺ لوثائق الصلح والإقطاع والبيع والوصايا وغيرها... دليل على مشروعية الكتابة وحجيتها في التوثيق للحقوق، وإثباتها عند التنازع، وإلا لما كان لفعل النبي ﷺ أي فائدة⁽⁷⁾، إذ أنه ﷺ كان يكتب للناس تلك الوثائق وخاصة ما تعلق منها بالإقطاع، حتى لا ينازعهم أحد في

(1) _ ابن عاشور، التحرير والتنوير ج3، ص 101.

(2) _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوصايا باب الوصايا وقول النبي -ﷺ- وصية الرجل مكتوبة عنده ج3، ص 185-186.

(3) _ ابن حجر، فتح الباري ج5، ص 437.

(4) _ ابن القيم، الطرق الحكيمة، ص 216.

(5) _ الماوردى، أدب القاضي ج2، ص 9، ج1، ص 92. ابن القيم المصدر نفسه، ص 205.

(6) _ وقد تقدم تخريج كتبه ﷺ إلى قيصر وكسرى، وكذا كتبه التي كتبها في الاقطاعات أو البيوعات وغيرها... ص 144 وما بعدها

من الفصل الأول من هذا البحث .

(7) _ ابن القيم، الطرق الحكيمة، ص 241.

الأراضي المقطعة لهم، ولو نازعهم أحد في ذلك، فإن وثيقة الإقطاع تكون حجة شرعية وتوثقة بيد المقطع له دفعا للتراع عنه، وليكون ذلك شاهدا على من رام نقض ذلك⁽¹⁾.

- كما استدلل الجمهور، أن عبد الله بن عمر رضي الله عنه كتب بيعته إلى عبد الملك ابن مروان كما روى الإمام مالك ذلك في الموطأ⁽²⁾. فاكتفاؤه بالخط، دليل على اعتباره وحده حجة ولو دون استشهاد عليه، ولو لم يكن الخط المجرد معتبرا لما اكتفى به عبد الله بن عمر، في هذا الأمر العظيم⁽³⁾.

و أما من الإجماع:

فقد ذهب كثير من الفقهاء قديما وحديثا إلى اعتبار الكتابة والعمل بالخط المجرد، والاحتجاج به عند التنازع من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم الصحابة رضي الله عنهم من بعده إلى يومنا هذا . وهو دليل على حجية الكتابة، عبر الزمان مادامت تتوفر شروط اعتبارها، ولذلك يؤكد ابن رشد أنه إذا تقرر الدين وكتب بوثيقة مكتوبة، فإنه لا يبطل وإن طال، لأن بقاء الوثيقة بيد صاحبها، دليل على أنه لم يقبض دينه، إذ العادة إذا قبض دينه أخذ عقده أو مزقه⁽⁴⁾.

ومما يؤكد أيضا على ما نص عليه جمهور المالكية من أن الكتابة أو الخط حجة في التوثيق للحق وإثباته ولو تقادمت، ما نقله الونشريسي في معياره من إجابة أحد متأخري المالكية عن سؤال وجه إليه، فيمن له دين على رجل برسم (وثيقة) وللرسم المذكور مدة أربعين سنة، فهل يبطل الدين لتقادم عهده أم لا ؟ فأجاب بأن: « طول المدة المذكورة لا يبطل الدين عن المدين المذكور، ولا خلاف في ذلك»⁽⁵⁾ دليل على إعمالهم للخط الموجود في تلك الوثيقة.

- وأما من المعقول:

فاستدلوا بأمر منها:

-أن الضرورة داعية إلى اعتبار الكتابة حجة في التوثيق للحقوق، ومن ثم إثباتها عند التنازع،

(1) _ ابن بطال، شرحه على صحيح البخاري، ج8، ص126. ابن حجر، فتح الباري ج5، ص 60-61.

(2) _ الإمام مالك، الموطأ، باب ما جاء في البيعة: مالك عن عبد الله بن دينار، أن عبد الله بن عمر كتب إلى عبد الملك بن مروان يبايعه، فكتب إليه، بسم الله الرحمن الرحيم، أما بعد: عبد الله عبد الملك أمير المؤمنين سلام عليك، فإني أحمد إليك الله الذي لا اله إلا هو، وأقر لك بالسمع والطاعة على سنة الله وسنة رسوله فيما استطعت» رواية يحيى بن يحيى الليثي، إعداد: أحمد راتب عرموش، ط2، بيروت، دار النفائس، 1977، ص696.

(3) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص444.

(4) _ الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص229.

(5) _ الونشريسي، المعيار، ج5، ص185.

محافظة عليها من الضياع⁽¹⁾. وتيسيرا على الناس في معاملاتهم اليومية، إذ أن الكتابة تبقى صالحة للتوثيق للحقوق مدة طويلة، بخلاف الشهادة، فقد يموت الشهود أو يطرأ الحرج وتتعلل مصالحهم، فتعرض حقوقهم للضياع.

الفرع الثاني: المانعون للعمل بالخط المجرد

ذهب الإمام مالك في قول له⁽²⁾، إلى عدم إعمال الخط المجرد، وعدم اعتباره حجة وهو رأي أبو حنيفة⁽³⁾. وذهب مذهبه الشافعي⁽⁴⁾. وأحمد في رواية عنه⁽⁵⁾.

وقد استدلل المانعون لاعتبار الكتابة المجردة حجة في التوثيق للحقوق، بما يلي:

الدليل الأول: أن رجلا ادعى على آخر أمام رسول الله ﷺ حقا غائبا، فقال له: «شاهدك أو يمينك»⁽⁶⁾. فقصر الحكم على الشهادة ولم يذكر الكتابة، وهذا يدل على أن الكتابة لا تعتبر، إذ لو كانت معتبرة لذكرها الرسول ﷺ ولم يكتف بذكر الشاهدين⁽⁷⁾.

واعترض على هذا الدليل بأن عدم ذكر الكتابة في الحديث ليس دليلا على عدم اعتبارها، فالمراد ب: "شاهدك" في الحديث أي بينتك، وتخصيصهما بالذكر إنما لأنه الأكثر الأغلب، فالمعنى شاهدك أو ما يقوم مقامهما من الحجج والبيئات الأخرى، فلفظ الشاهدين غير مراد لذاته، بل المراد هو الشاهدان أو كل ما يقوم مقامهما من البيئات والأدلة الأخرى⁽⁸⁾، والكتابة من جملة الحجج والأدلة فتدخل في معنى البيئية.

الدليل الثاني: استدلووا من المعقول بأمور منها:

1- أن الخطوط متشابهة، وقابلة للمحاكاة، مما يخشى منه التزوير والتدليس في الوثائق، فلا يجوز قبول الكتابة ولا العمل بها، مع إمكان ما هو أحوط منها وهو الشهادة⁽⁹⁾.

(1) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص77. الماوردي، أدب القاضي، ج2، ص95.

(2) ابن فرحون تبصرة الحكام، ج1، ص440-441.

(3) السرخسي، المبسوط، ج16، ص92.

(4) النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، ج2، ص306.

(5) ابن قدامة، المغني، ج9، ص76 ابن القيم، الطرق الحكمية، ص204.

(6) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الرهن، باب: إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه...، ج3، ص116.

(7) الماوردي، أدب القاضي، ج2، ص97-98، ابن حجر، فتح الباري، ج5، ص346.

(8) ابن حجر، المصدر نفسه، ج5، ص346.

(9) النباهي، المرقبة العليا، ص198. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص440-441. الماوردي، أدب القاضي، ج2، ص80،

المرغيناني، الهداية، ج3، ص120. ابن قدامة، المغني، ج9، ص76.

و أجيب عن هذا الدليل بأن القول: إن الخطوط تتشابه غير مسلم لأن الله تعالى، قد جعل لكل شخص خطا خاصا به، يتميز به عن خط غيره كما تتميز صورته وصوته عن صورة وصوت غيره، ولا يكاد خطان لشخصين يتشابهان، الأمر الذي جعل الناس يشهدون شهادة قاطعة لا يستريبون فيها- بأن هذا الخط هو خط فلان⁽¹⁾، ولذلك روي عن ابن القاسم أنه قال في معرفة الخط: أنها كمعرفة الشهود الثياب والدواب وسائر الأشياء، لا فرق بين ذلك⁽²⁾، كما نص على ذلك ابن الصلاح في مقدمته بقوله: « والظاهر أن خط الإنسان لا يشتهه بغيره ولا يقع فيه إلباس»⁽³⁾.

ومع ذلك فإنه لا ينكر وجود أشخاص لهم القدرة على تقليد الخطوط ومحاكاتها، ولكن ذلك لم يعد مشكلة في عصرنا الحاضر، لوجود الوسائل العلمية والتقنية الحديثة التي تمكن الخبراء بالخطوط من اكتشاف ذلك بسهولة شديدة مما يبعد احتمال الضرب والتزوير.

و هو ما قال به المجوزون للعمل بالخط وهم المالكية خاصة، حيث يشترطون للشاهد عليه، أن يكون خبيرا في معرفة الخطوط، كما يشترطون للاعتماد على الخط، ألا يحدث للقاضي ارتياب في نسبة الخط إلى صاحبه، كأن يكون عليه إمضاءه مثلا⁽⁴⁾، وإلا توقف العمل به⁽⁵⁾.

وهو ما يقال أيضا في الوثائق المكتوبة بغير اليد- بوسائل الكتابة الحديثة كالكومبيوتر وغيرها- فلا يعتد بها إلا بتوقيعه وإمضائه عليه، سواء بخط يده أو كما هو الآن بالتوقيع الإلكتروني مع البصمة في الوثائق البيومترية .

2- كما قالوا باحتمال كون الشخص كتب للهو واللعب مثلا، لا لإرادة الإقرار على نفسه بحق للغير، فلا تعتبر الكتابة بذلك دليلا للتوثق للحق وإثباته، ومن المعلوم أن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال، بطل به الاستدلال، وبذلك يبطل الاستدلال بالكتابة في هذه الحالة، والشهادة هي التي تخرجها من كونها للتجربة أو للهو واللعب، إلى التوثق بها وترتب الآثار عليها⁽⁶⁾.

(1) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص440-441.

(2) _ النباهي، المرقبة العليا، ص198 ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص440-441. ابن القيم الطرق الحكمية، ص207.

(3) _ الشهرزوري، مقدمة ابن الصلاح، علق عليه وخرج أحاديثه وشرح ألفاظه صلاح بن محمد بن عويقة، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003م، ص208.

(4) _ جمعيت، الطريقة المرضية، ص153-154.

(5) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص440.

(6) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1 ص440، 441. أحمد إبراهيم بك، طرق الإثبات الشرعية، ط3، مصر، مطبعة القاهرة الحديثة، 1985م، ص56.

وأجيب عن هذا الدليل، بأن احتمال كون الكتابة للتجربة واللهو، هو احتمال ضعيف وبعيد لأنه من المستبعد أن يكتب الإنسان ما له وما عليه من الحقوق والالتزامات على سبيل اللهو واللعب، وإن وقع فهو نادر والنادر لا حكم له، إذ ليس من شأن الإنسان العاقل أن يلهو أو يجرب خطه بكتابة الدين على نفسه⁽¹⁾.

الترجيح: وعليه ومما سبق بيانه، يترجح لنا أن قول المالكية ومن وافقهم بكون الكتابة حجة يعتمد عليها في التوثيق للحقوق والالتزامات، هو الأقرب إلى الصواب وذلك بقوة أدلتهم وردودهم على المانعين، ولتماشي هذا الرأي مع مراعاة المصلحة التي جاءت بها الشريعة الغراء، وذلك لأن حاجة الناس تدعو إلى استعمال الكتابة في معاملاتهم اليومية، والتوثيق لحقوقهم بها وخاصة في عصرنا الحالي، الذي كثرت فيه أنواع المعاملات وتشعبت أطرافها وتعقدت إجراءاتها، حيث لا يضبط ذلك إلا الكتابة ولولا ذلك، لوقع الناس في الحرج والمشقة، وتعطلت مصالحهم وضاعت حقوقهم لأن الشهود قد لا يتيسر وجودهم دائماً⁽²⁾. فالخط المجرد حجة يعول عليها، في التوثيق للحقوق وإثباتها، بشرط أن تخلو من التزوير أو الضرب عليها، ولذلك يُرَجَّح أن المانعين للعمل بالخط كالإمام مالك- رحمه الله- وغيره ممن وافقه من الفقهاء، إنما ذهبوا إلى عدم الاكتفاء بالكتابة كحجة شرعية مجردة عن الشهادة، لخوف التزوير في الكتابة، نظراً لما ظهر من فساد في الناس، وإلا فإن الأدلة النقلية جاء الكثير منها يرشد إلى أن الكتابة وسيلة من وسائل التوثيق للحقوق وحجة شرعية في إثباتها، وليس أدل على ذلك من آية الدين، وكذا ما ذكره أهل العلم من كتب النبي ﷺ للناس والعمل بها دون أن يشهد عليها، كما أن في عصرنا ونظراً للتطور الحاصل في الميدان العلمي وتقنياته يمكن من التمييز بين الخطوط ومعرفتها بسهولة، وكذا الكشف عما خشيته علماؤنا القدامى من الضرب على الخطوط وتزويرها، ولعل ذلك ما جعل القضاء في عصرنا الحديث، يضع الكتابة في المرتبة الأولى بين سائر الأدلة.

ولكن لسائل أن يسأل: إذا كانت الكتابة تعتبر حجة في التوثيق للحقوق ومنصوصاً عليها في القرآن الكريم إلى جانب الشهادة في آية الدين، فلم يختلف في التوثيق والإثبات بها؟ والجواب: أن الكتابة وسيلة لا تستقل بنفسها في عملية التوثيق أو الإثبات، بل لا بد أن تتقوى بغيرها من الوسائل، وأكثر ما تتقوى به الكتابة: الشهادة. ولذلك اشترطت آية الدين أن تكون الكتابة متأيدة بالشهادة،

(1) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1 ص440، 441. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات، ج1، ص224.

(2) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص77، محمد الزحيلي، المصدر نفسه، ج2، ص431.

فقوله تعالى: ﴿فَأَكْتُمُوهُ﴾ يعتضد بقوله تعالى: ﴿وَأَسْأَلُ شُهَدَاءَ الَّذِينَ كَفَرُوا سُبْحَانَ اللَّهِ مَا كُنْتُمْ بِهِ بِمُتَّبِعِينَ أَمْرًا مِّنْ لَّدُنْهُ يَخْفَىٰ عَلَى اللَّهِ سِرَّهُمْ وَنَجْوَاهُمْ﴾ وقد ذهب بعض المفسرين - كالقرطبي - إلى أن المعنى: واستشهدوا على ما كتبتم، لأن الكتابة إنما شرعت احتياطا وتوثقا للحقوق وتأمينها من النسيان⁽¹⁾.

وعلى الجملة، فإن المالكية وغيرهم من الفقهاء، يعدون الكتابة أو الخط من أهم الوسائل للتوثق وإثبات الحقوق، كل ما في الأمر أنهم يشترطون شروطا لقبول الكتابة في مجال التوثق والإثبات، ورأوا أن هذه الشروط ضرورية لحماية الحقوق، ولأن الشهادة أيضا لا بد لها من شروط وآية الدين نفسها قد أمرت بالإشهاد على الكتابة احتياطا للأموال، فكتابة العقود والإشهاد عليها أمران مرتبطان، وفي ذلك غاية التوثق والحيلة لقطع دابر المنازعة المحتملة مع عدم الكتابة والإشهاد، ولهذا اعتمدها أكثر المالكية وتوسعوا فيها.

ورفض من رفض من العلماء الاعتماد على الخط المجرد أو الكتابة كالإمام مالك في قوله الثاني، ومن وافقه من العلماء، إنما هو - كما أسلفت - خشية الضرب على الخط وتزويره، حتى أن الإمام مالك نفسه، سئل عن الكتاب لا يكون فيه إشهاد وإنما ختم القاضي وحده فأجازه، وفي قول ثان له: أن المعمول به كان يقبل كتب القضاة بختمها فقط، ولكن لتغير الزمان وفساد أهله، وظهور التزوير، أحدثت الشهادة على الخط⁽²⁾. ولذلك سئى متأخري المالكية - فيما يتعلق بكتاب القاضي إلى القاضي مثلا - يرجعون إلى رأي السلف، في قبول هذا الكتاب، أو خطه دون إشهاد، واكتفوا بمعرفة الخط وحده ووجود الختم وهي شروط مطلوبة أيضا في الوثيقة⁽³⁾، للضرورة والحاجة الداعية إلى ذلك توثقا للحقوق.

وعلى كل فإن الكتابة كغيرها وسيلة معتبرة وحجة يعتمد عليها، سواء في التوثق بها للمعاملات بين الناس، أو في إثبات الحقوق أمام القضاء عند الاقتضاء، وإنما الاختلاف هو في اعتبارها مجردة عن الشهادة، ومما يبرز ذلك تطبيقيا، اختلافهم في حجية بعض الأنواع من الخطوط ومدى اعتبارها في التوثق، وبيان ذلك على النحو الآتي:

الفرع الثالث: أقسام الخط المعبر في التوثق

اختلف العلماء حول قسمين من أقسام الخط المجرد، أحدهما: الخط المتعلق برواية الأخبار

(1) _ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص382.

(2) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص77، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص26.

(3) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص444.

وثانيهما: الخط المتعلق بالأحكام القضائية باعتبار دورهما في عملية التوثيق⁽¹⁾. ولقد فرق الفقهاء بين القسمين⁽²⁾ في قبول ما تعلق بهما من الأمور والاعتماد عليهما كحجة وتوثقة، دون إسهاد في الأحكام القضائية، ودون سماع أو حفظ في الرواية، وتفصيل ذلك كالآتي:

أولاً: الخط المتعلق برواية الأخبار

ذهب جمهور المالكية ومن وافقهم من العلماء، إلى قبول الخط المجرد عن الحفظ والسماع في الأمور المتعلقة بالأخبار، فأجازوا للمحدث أن يعتمد على كتابه في ضبط مسموعاته، وأن يروي من كتابه وإن كان لا يذكر سماعه⁽³⁾، كما عدوا المكاتبة بين الشيخ وتلميذه، من أقسام طرق نقل الحديث وتلقيه، فإذا كتب الشيخ للطالب، غائباً كان أو حاضراً، شيئاً من حديثه بخطه، فإن المكتوب إليه يعتمد على خط الكاتب وإن لم تقم البيينة على أن الخط خطه⁽⁴⁾، ومن هذا الباب: نسخ عثمان ابن عفان رضي الله عنه للمصاحف وبعثها إلى الأمصار وقبول المسلمين لها⁽⁵⁾.

وقد خالف الإمام مالك - رحمه الله - في ذلك حيث روي أنه قال: «فيمن يحدث من الكتب ولا يحفظ حديثه: «لا يؤخذ عنه، أخاف أن يزداد في كتبه بالليل»⁽⁶⁾. وعقب القاضي عياض على نص الإمام مالك بقوله: «وقد قال بمثل هذا جماعة من أئمة الحديث وشددوا في الأخذ»⁽⁷⁾، توثقاً للحديث.

(1) _ وقد بينت سابقاً في الفصل التمهيدي، ص 93-94 من هذا البحث، أن التوثيق دخل جميع المجالات مبكراً، وكان أولها التوثيق للنصوص الشرعية، باعتبارها المرجعية الأولى للمسلمين عالمهم وعاميهم في الأحكام، فوضعت قواعد صارمة وشروط وضوابط في منتهى الدقة لتمحيص الأخبار، وقبول ما يتوافق مع هذه الشروط، توثقاً واحتياطاً لها.

(2) _ ولم يفرق البخاري بين الخط في الرواية والخط في الأحكام في اعتبارهما حجة، فقد بوب للشهادة على الخط المختوم وكتاب القاضي إلى القاضي، والحاكم إلى عماله، واستدل بحديث أنس وهو من باب الرواية: «لما أراد النبي ﷺ أن يكتب إلى الروم، قالوا: إنهم لا يقرأون كتاباً إلا محتوماً، فاتخذ النبي ﷺ خاتماً من فضة كأنى أنظر إلى وبصه، ونقشه: محمد رسول الله". صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب الشهادة على الخط المختوم، ج 8، ص 109-110.

(3) _ القاضي عياض، الإلماع في معرفة أصول الرواية وتقيد السماع، تحقيق: أحمد صقر، ط 1، القاهرة: دار التراث 1970م، ص 136، الشهرزوري، مقدمة ابن الصلاح، ص 235-236.

(4) _ الشهرزوري، المصدر نفسه، ص 207-208.

(5) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 1، ص 444.

(6) _ القاضي عياض، الإلماع، ص 136.

(7) _ القاضي عياض، المصدر نفسه، ص 136.

-شروط العمل بالخط المتعلق بالرواية:

والعمل بالخط إنما يعتمد عليه إذا تحقق فيه شرطان هما الأصل الذي بنى عليه الفقهاء والمحدثون قولهم بحجتيه واعتمادهم عليه.

الشرط الأول: أن يتيقن الذي يعتمد على الكتاب من سلامته من أي شائبة تغيير أو تزوير، يقول في ذلك القاضي عياض « ولم يرتب في حرف منه ولا في ضبط كلمة ولا وجد فيه تغييراً، فمتى كان بخلاف هذا أو دخله ريب أو شك لم يجوز له الحديث بذلك...»⁽¹⁾.

ومنه قول ابن الصلاح في مقدمته: «... وما عليه أكثر أهل الحديث تجويز الاعتماد على الكتاب المصون في ضبط المسموع حتى يجوز له أن يروي ما فيه، وإن كان لا يذكر أحاديثه حديثاً حديثاً، إذا وجد شرطه وهو أن يكون السماع بخطه أو خط من يثق به، والكتاب مصون بحيث يغلب على الظن سلامة ذلك من تطرق التزوير والتغيير إليه،... وهذا إذا لم يتشكك فيه وسكنت نفسه إلى صحته، فإن تشكك فيه لم يجوز الاعتماد عليه»⁽²⁾.

ولذلك ولأجل تحقيق هذا الأصل، اشترط العلماء لمن أراد العمل بما في كتاب من كتب الحديث المعتمدة، أو كتب الفقه أو غيرها، ألا ينسب ما ينقله منها لفلان، إلا إذا وثق بنص النسخة واشتهارها، توثقاً لتلك الرواية، فيجوز له حينئذ الاعتماد عليها ونسبتها إلى أصحابها، لحصول الثقة بما في تلك الكتب بعد اشتهاؤها وانتشارها، وبعدها عن التعرض للتحريف والتغيير⁽³⁾، ككتاب الموطأ للمالك والمدونة وغيرهما، ولذلك قال ابن عبد السلام: «وأما الاعتماد على كتب الفقه الصحيحة الموثوق بها، فقد اتفق العلماء في هذا العصر على جواز الاعتماد عليها، لأن الثقة قد حصلت بها كما تحصل بالرواية»⁽⁴⁾.

فعلة جواز الاعتماد على الخط في الكتاب، هي اشتهاؤه وحصول الثقة بما فيه، وهو الأمر الذي دفع الناس إلى قبول كثير من كتب العلم، كالأدب والطب وغيرها... لبعدها عن احتمال التزوير والتدليس فيها، ولكن إن حصل الشك في كتاب ولم يكن مشهوراً بين العلماء لم يجوز الاعتماد عليه حيطة وتوثقاً للرواية والعلم فيه، فالكتب المشهورة إنما اعتمدها الناس لأجل شهرتها

(1) _ القاضي عياض، الاماع ، ص135.

(2) _ الشهروري، مقدمة ابن الصلاح، ص235-236.

(3) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص356. الشهرزوري، المصدر نفسه، ص212.

(4) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص77.

وبعدها عن التحريف والتزوير...وعلى هذا تحرم الفتيا من الكتب الغريبة التي لم تشتهر، حتى تتظافر عليها الخواطر ويعلم صحة ما فيها، وكذلك الكتب الحديثة التصنيف إذا لم يشتهر عزو ما فيها من المنقول إلى الكتب المشهورة⁽¹⁾.

وفي ذلك يقول الإمام أبو عبد الله المقري⁽²⁾ -رحمه الله- مستنكرا على من ينقل من الكتب الغريبة غير المشهورة وغير المصححة، لطوء التغيير والتبديل عليها حيطة وتوثقا للأمهات، ما نصه: «ولقد استباح الناس النقل من المختصرات الغريبة.. ونسبوا ظواهر ما فيها إلى أمهاتها... ثم تركوا الرواية فكثر التصحيف وانقطعت سلسلة الاتصال، فصارت الفتاوى تنفذ من كتب لا يدري ما زيد فيها مما نقص منها، لعدم تصحيحها وقلة الكشف عنها»⁽³⁾.

ولعل القصد من ذلك، أن كل ما يدفع توهم التغيير والتدليس، يصح وضعه شرطا لقيام الحجة بالكتابة، وذلك كاشتراطهم اشتهار الكتب أو على الأقل عزوها إلى الكتب المشهورة ليصح النقل عنها، أو كما قال القرافي بوجود شرط آخر إذا لم يوجد هذا الشرط، وهو أن تعلم عدالة المصنف لها، وذلك فيما نصه: «أو يعلم أن مصنفها كان يعتمد هذا النوع من الصحة، وهو موثوق بعदالته»⁽⁴⁾ وذلك توثقا للرواية من هذه الكتب.

بل إن معظم المحدثين والفقهاء المتقدمين من المالكية وغيرهم، لا يرون العمل بما يوجد من أحاديث وفتاوى في الكتب بمعزل عن روايتها وسماعها ولو ما يوثق به منها، حيطة وحذرا، فقد حكى ذلك المقري الجدي حيث بين أن المتقدمين من المالكية لم يأخذوا إلا من الكتب المشهورة المسائل والانتساب لأصحابها، بل إنهم تركوا الأخذ من بعض الكتب مع نبلها، ومعرفة أصحابها، حيطة وتوثقا، لا لشيء إلا لأنها مختصرات ويخاف فيها الزيادة والنقصان على ما في الأمهات⁽⁵⁾. وهو السبب الذي بنى عليه المانعون للتحديث من الكتاب دون أن يكون مقرونا بالحفظ أي عدم الاعتماد على الخط وحده، ويدل عليه قول مالك -رحمه الله- السابق - فيمن يحدث من الكتاب ولا يحفظ ما

(1) _ القرافي، الإحكام في تميز الفتاوى عن الأحكام، ص77، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص78.

(2) _ هو محمد بن أحمد بن أبي بكر، أبو عبد الله المقري، التلمساني، قاضي الجماعة بفاس كان نسيجا وحده في المتأخرين، أخذ عن ابني الإمام، وعلى ناصر الدين المشدالي، وغيرهم وأخذ عنه الشاطبي، وابن خلدون، وابن الخطيب، وغيرهم... له تأليف عديدة منها "القواعد" ومنها "الكليات" ومنها في التصوف كتاب "الحقائق والرقائق" وغيرها. توفي سنة (759هـ) وقيل سنة (758هـ). ابن الخطيب، الإحاطة، ج1، ص191، ابن فرحون، الديباج، ج2، ص245-246.

(3) _ الونشريسي، المعيار، ج2، ص479-480.

(4) _ القرافي، الإحكام، ص77.

(5) _ الونشريسي، المعيار، ج2، ص479-480.

فيه من حديث«لا يؤخذ عنه، أخاف أن يزداد في كتبه بالليل»⁽¹⁾. بينما خالفهم الشافعي وطائفة من أصحابه، فجوزوا العمل بذلك⁽²⁾.

الشرط الثاني: وهو الأصل الذي بنى عليه المالكية من محدثين وفقهاء ومن وافقهم، اعتمادهم على الخط، وهو حاجة الناس في معاملاتهم إلى العمل بالخط والكتابة، وخوفهم من فوات مصالحهم. بمعنهم ذلك.

فقد نص جمهور المالكية على أن الضرورة والحاجة هي التي تدعو الناس للعمل بالخط المجرد، وإلا تعطلت مصالحهم، يؤكد ذلك ابن فرحون في نقله عن ابن عبد السلام، مبينا جواز الاعتماد على الكتب المشهورة في مختلف العلوم، لبعدها عن احتمال التدليس بشهرتها وانتشارها، فقال: «ولولا جواز اعتقاد ذلك أي صحة النقل من هذه الكتب المشهورة-لتعطل كثير من المصالح المتعلقة بالطب والنحو واللغة العربية في الشريعة، وقد رجع الشرع إلى أقوال الأطباء في صور وليست كتبهم في الأصل إلا عن قوم كفار، ولكن لما بعد التدليس فيها، اعتمد عليها، كما اعتمد في اللغة على أشعار كفار من العرب لبعده التدليس فيها»⁽³⁾.

ثانيا: الخط المتعلق بالشهادات والأحكام القضائية

لقد تشدد العلماء في الشهادة والحكم، ولم يفعلوا في الرواية حيث قبلوا الخط المجرد فيها، ولم يقبلوا العمل به فيهما، وذلك لأن الخبر أو الرواية مبني على حسن الظن فرخص فيه ما لم يرخص في الشهادة التي بنيت على التشديد لما فيها من الإلزام⁽⁴⁾، كما أن الشهادة شرط فيها العدد احتياطا وتوثقا بخلاف الرواية، لأن الشهادة مظنة العداوة والتهمة بين الشاهد والمشهد عليه، فاشتراط التعدد فيها لسد هذه المظنة⁽⁵⁾ وليس كذلك في الرواية. وحتى الذين رخصوا في العمل بالخط في مجال الأحكام والشهادات في بعض الحالات، إنما اشترطوا لذلك حصول اليقين بسلامة الخط من التزوير- كما سبق بيانه-.

وما يوضح دور هذا النوع من الخط في التوثيق وعلاقته به، بعض المسائل تظهر كتطبيق وثمره

(1) _ القاضي عياض، الإلماع، ص136.

(2) _ الشهرزوري، مقدمة ابن الصلاح، ص213.

(3) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص71، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص310

(4) _ القاضي عياض، الإلماع، ص139، 140.

(5) _ القرافي، الإحكام، ص59.

للخلاف بين المالكية وغيرهم من العلماء في هذه القضية من ذلك:

المسألة الأولى: الشهادة المكتوبة بخط الشاهد ولم يتذكرها:

إذا شهد إنسان في حادثة، ثم بعد مرور الزمن أحتيج إلى هذه الشهادة، وكانت مسجلة في وثيقة، وطلب من الشاهد إعادة شهادته المكتوبة لكنه نسيها، فهل يشهد بناء على هذه الوثيقة اعتماداً على خطه الذي تأكد من أنه خطه؟ أم ليس له إعادة شهادته، مادام لا يحفظها ولم يذكر الحادثة التي يشهد عليها؟

فعلى قول المجيزين يشهد بناء على ما في الكتاب، وعلى قول المانعين لا بد من تذكر الحادثة، فإن ذكرها شهد بما في الكتاب وإلا فلا .

وهذه المسألة جرى فيها خلاف بين المالكية، نتيجة أنه ثبت عن الإمام مالك فيها قولان⁽¹⁾ وذلك أنه ذهب -رحمه الله- في قول أول له، إلى أن للشاهد أن يشهد بناء على خطه ولو لم يذكر الشهادة إذا لم يكن في الوثيقة ما يريه من محو أو بشر⁽²⁾، ثم رجع عن ذلك فقال في قول ثان: «ليس له أن يشهد وإن عرف أن الخط خطه، ما لم يذكر الشهادة أو بعضها، أو ما يدل منها على أكثرها وحقيقتها، وينفي التهمة عنه فيها»⁽³⁾. «وبه قال ابن القاسم وأصبغ، وقال ابن حبيب وهو أحوط والأول جائز، وفي المدونة: لا يشهد حتى يستيقن الشهادة ويذكرها»⁽⁴⁾.

فالذي حمل الإمام مالك -رحمه الله- على تغيير رأيه هو خشية التزوير، فقال بالمنع ومن ثم الاحتياط والتوثيق لما في الوثيقة، وذلك لما حدث من التزوير وانعدام الثقة بين الناس في عصره، يدل عليه قوله: «كان من أمر الناس القديم إجازة الخواتم، حتى إن القاضي ليكتب للرجل بالكتاب فما يزيد على ختمه فيجاز له، حتى أتهم الناس فصار لا يقبل إلا بشاهدين»⁽⁵⁾.

كما يدل عليه قول القرطبي عنه: «وقد كان مالك -رحمه الله- يحكم بالخط إذا عرف الشاهد خطه، وإذا عرف الحاكم خطه أو خط من كتب إليه حكم به، ثم رجع عن ذلك حين ظهر

(1) _ جعيط، الطريقة المرضية، ص178.

(2) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص450، جعيط، الطريقة المرضية، ص178.

(3) _ ابن رشد، البيان والتحصيل، ج9، ص440-410.

(4) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص46.

(5) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4ص76. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج2، ص26.

في الناس ما ظهر من الحيل والتزوير⁽¹⁾. ولذلك تشدد أغلب الفقهاء في هذه المسألة، وقالوا إذا شهد الشاهد في وثيقة ورآها بعد ذلك وعرف خطه، ولكنه لم يذكر الحادثة التي شهد عليها فليس له أن يشهد بما في الوثيقة، وهو ما نص عليه القرطبي بقوله: «أكثر من نحفظ عنه من أهل العلم، يمنع أن يشهد الشاهد على خطه إذا لم يذكر الشهادة»⁽²⁾. واستدل على ذلك ابن العربي بقوله تعالى: ﴿وَأَقُومُوا لِلشَّهَادَةِ﴾، لأن في ذلك دليل على أن الشاهد إذا رأى الكتاب ولم يذكر شهادته لا يؤديها⁽³⁾. ولأن الشهادة مبنية على العلم، ولا علم عنده بالشهادة وقت رؤيته للكتاب لعدم تذكره⁽⁴⁾. وقد لخص ابن رشد في بيانه⁽⁵⁾. أقوال المالكية في هذه المسألة كما يلي:

القول الأول: أنه لا يشهد بتلك الشهادة ما لم يستيقنها ويذكرها لكن عليه أن يؤديها كما هي وان كانت لا تنفع ولا يعمل بها، لما في ذلك من التوثيق وهو الاحتياط لما كثر من الفساد والتدليس⁽⁶⁾. وهو القول المشهور ومذهب المدونة، والقول المرجوع إليه⁽⁷⁾. وقد قيل لمالك-رحمه الله: «أرأيت أن كان جلدا أبيض لا محو فيه ولا شيء وعرف خطه؟ قال: إنه ربما ضرب على الخط والكتاب، فأرى أن يرفع شهادته إلى السلطان على وجهها»⁽⁸⁾.

ويبدو من هذه الرواية، أن الإمام مالك كان شديد الحذر من التزوير مما دفعه إلى القول بوجوب أداء الشهادة كما هي - وإن كانت لا تصلح للحكم بها ولا يعمل بها لعدم تذكرها- أمام القاضي احتياطاً وتوثيقاً لها، لأن القاضي هو الذي له النظر في قبول الشهادات أو ردها، فقد يكون ممن يجوز الحكم بتلك الشهادة، حيث تكون تلك الكتابة مستندا للقاضي في قبول هذه الشهادة إن رأى قبولها أو العكس⁽⁹⁾، لأنه وإن كان الأصل فيها عدم العمل بها، وهو ما نقله لنا ابن فرحون في تبصرته عن أحد شيوخ المذهب ونصه: «ما علمت من حكم بها»⁽¹⁰⁾، إلا أنه -حسب رأي مالك-

(1) _ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج16، ص181

(2) _ القرطبي، المصدر نفسه، ج3، ص401.

(3) _ ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، ص258.

(4) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص441.

(5) _ ابن رشد، البيان والتحصيل، ج9 وص440 وما بعدها.

(6) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص441.

(7) _ جعيط، الطريقة المرضية، ص178.

(8) _ ابن رشد، البيان والتحصيل، ج9، ص460.

(9) _ جعيط، الطريقة المرضية، ص178-179.

(10) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص441.

قد يحكم بها ويعمل إذا كان القاضي ممن يرى ذلك توثقا لحقوق الناس.

القول الثاني: يؤدي تلك الشهادة وإن لم يتذكرها، ويعمل بها وقد نص في المدونة أنه يقول: «هذا خطي ولكني لا أذكر الشهادة، أنه يعمل بذلك»⁽¹⁾، «وبه العمل»⁽²⁾ كما روى ابن وهب عن مالك أنه إذا قال: «هذا كتابي ولا يذكر الشهادة أنه يجيزها ويحكم بها»⁽³⁾.

و عليه فقد ثبتت عن مالك-رحمه الله- روايتان في المسألة، الأولى: تؤدي الشهادة كما هي من باب الاحتياط ولا يعمل بها فلا تنفع المشهود له أو الطالب وهو القول المشهور في المذهب⁽⁴⁾. والثانية: تؤدي الشهادة إن لم يكن في الكتاب محو أو بشر وتنفع المشهود له توثقا للحقوق، وهو ما جرى به العمل. وقد نقل لنا صاحب المرقبة العليا اختيار سحنون لهذا القول وأنه من باب التيسير ونصه: «اختلف في هذا أصحابنا، والذي أقول به، إذا لم ير في الكتاب محوا ولا لحقا ولا شيئا يستنكر، ورأى الكتاب كله خطأ واحدا، فأرى أن يشهد، وأن يقول: أشهد بما فيه، وهذا الأمر لا يجد الناس منه بدا، ولا يستطيع أحد أن يذكر جميع ما في الكتاب»⁽⁵⁾، وهو الذي استمر عليه عمل المالكية كما قال ابن العربي: «وهو الذي عليه الناس»⁽⁶⁾. وهو اختيار اللخمي، حيث أكد ذلك بقوله: «لو وكل الناس اليوم إلى الحفظ، لما أدى واحد شهادته ولضاعت الحقوق»⁽⁷⁾، وكل ما اشترطه وحرص عليه المالكية، هو أن لا يكون في الكتاب أو الوثيقة أو الخط محو أو شك أو ريبة، لحاجة الناس إلى ذلك، لذلك قال ابن رشد: «وصوب الجماعة أنه يشهد إن لم يكن محو ولا ريبة فإنه لا بد للناس من ذلك لكثرة نسيان الشاهد المنتصب، ولأنه لو لم يشهد حتى يذكرها لما كان لوضع رسم خطه فائدة»⁽⁸⁾.

المسألة الثانية: إذا كتب الرجل وصيته أو خطه باعترافه بمال لغيره ولم يشهد عليها، فهل يعتمد على خطه في تنفيذ الوصية، ومن ثم التوثيق لحقوق الموصى له أم لا؟.

(1) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص76

(2) _ جعيط: الطريقة المرضية، ص179.

(3) _ ابن رشد، البيان والتحصيل، ج9، ص441-442.

(4) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص76، جعيط، الطريقة المرضية، ص178-179.

(5) _ النباهي، المرقبة العليا، ص184، ميارة، شرح ميارة على التحفة، ج1، ص99.

(6) _ ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، ص258.

(7) _ جعيط، الطريقة المرضية، ص178.

(8) _ ابن رشد، البيان والتحصيل، ج9، ص441-442. ميارة، شرح ميارة على التحفة، ج1، ص99. جعيط، المصدر نفسه،

ص178.

فعلى القول الثاني لمالك-رحمه الله- ومن وافقه يجب اشتراط الإشهاد على الوصية وإلا لا تنفذ، وقد علل مالك ذلك بأن الرجل قد يكتب وصية ولا يعزم، والإشهاد دليل على العزم⁽¹⁾. وقد أكد القرطبي ذلك وأنه إذا شهد الشهود أنه خطه ونحو ذلك، فلا يختلف المذهب أنه يحكم به⁽²⁾. لأن في ذلك زيادة توثق.

المسألة الثالثة: الوثائق الموجودة في ديوان القاضي أو ما يسمى بالمحاضر والسجلات، قد تتعلق بها مصلحة شخص، فيطلب من القاضي أن يحكم له بناء على ما فيها من أحكام أو شهادات، وقد لا يذكر القاضي الحكم، فهل له أن يعتمد على ما كتب في ديوانه من محاضر وسجلات ويحكم بما فيها، أم لا بد من تذكره للحكم توثقا للحقوق؟.

ذهب المالكية إلى اشتراط التذكر في العمل بالخط الموجود في ديوان القاضي وحكم القاضي بناء عليه، وإلا ألغى العمل به، وقد ذكر القرطبي في تفسيره عن مالك-رحمه الله- أنه كان يحكم بخط القاضي أو خط كاتبه، وكذا بخط الشاهد إذا عرف كل منهما خطه، ولولم يتذكر الحكم الذي أصدره ثم رجع عن ذلك واشترط التذكر، حين ظهر في الناس ما ظهر من الحيل والتزوير، لأنه كلما أحدث الناس فجورا فتحدث لهم أفضية⁽³⁾، وهو ما أكده ابن فرحون والنباهي⁽⁴⁾ وأنه روي عن مالك-رحمه الله- وجماعة من أصحابه. جاء في المدونة: «لا يشهد حتى يستيقن الشهادة ويذكرها»⁽⁵⁾، وفي التبصرة الفرحونية «لا يشهد حتى يذكر ما في الكتاب حرفا بحرف»⁽⁶⁾.

ثم رجع المالكية إلى قول مالك الأول في العمل بالخط في حكم القاضي ولولم يتذكر الشهادة عليه، ولكن اشترطوا توثقا للحقوق، أن يشهد عنده شاهدان عدلان، أنه حكم بذلك الحكم الذي دون في ديوانه بخطه وإلا فليس له أن يعمل به⁽⁷⁾.

هذا و ما يوضح وجهة نظر المالكية في قولهم بحجية الخط والعمل به ولو لم يذكره الشاهد توثقا للحقوق، ما يلي:

(1) _القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج16، ص182. الونشريسي، المعيار، ج9، ص357.

(2) _القرطبي، المصدر نفسه، ج16، ص182.

(3) _القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج16، ص181.

(4) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص450. النباهي، المرقبة العليا، ص197.

(5) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص76.

(6) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص450.

(7) _ النباهي، المرقبة العليا، ص197، جعيط، الطريقة المرضية، ص179.

أولاً: أن الله تعالى أمر بالكتابة والإشهاد، وجعل فائدة الكتابة، إقامة الشهادة إذا نسيها الشاهد، ولو لم تقبل شهادته بمعرفته خطه، لما كان للكتابة والحالة هذه، أي فائدة أو معنى⁽¹⁾.

ثانياً: أن اشتراط تذكر الشهادة يؤدي إلى ضياع حقوق الناس، فحاجتهم إلى ذلك قائمة، وإذا أمكن التذكر بالنسبة للشهود العدول غير المنتصبين، لقلة الشهادات التي يقومون بها ويحرونها، فإن نسيان الشهادات بالنسبة للعدول المنتصبين أمر وارد، لكثرة الشهادات التي يحرونها بين الناس أو أمام القضاء⁽²⁾، وينقل لنا ميارة في شرحه على التحفة قولاً لابن المناصف في مفیده، مؤكداً ما سبق ونصه: "ولو وكل الناس في كل ما يعرض من الحقوق على كثرتها واختلافها إلى حفظ الشهادات، ما قام بذلك أحد، ولا ثبت لكثير من الناس حق"⁽³⁾.

وقد ذهب الحنفية وفاقاً للمالكية إلى القول الذي لا يعتمد على الخط المجرد، وقد كانوا أكثر الفقهاء رفضاً للعمل بالخط⁽⁴⁾، بينما روي عن الصحابين أبي يوسف وكذا محمد بن الحسن قولهما بجواز الاعتماد على ذلك متى أمن الالتباس والتزوير⁽⁵⁾.

وبهذا يظهر أن الحنفية - كما المالكية - إنما رفضوا الاعتماد على الخط المجرد احتياطاً وحذراً من التزوير، وتوثقاً للكتب والشهادات ولكن إذا عرف خطه وجزم بذلك، وكان الخط مأموناً عليه من التزوير والتحريف، جاز له أن يشهد عليه.

و أما الشافعية، فقد وافقوا المالكية في القول بعدم قبول العمل بالخط المجرد إلا إذا تذكره، وخالفوهم إلى القول بأنه لا يعمل بذلك ولو كانت الوثيقة محفوظة وبعيدة عن احتمال التزوير والتحريف⁽⁶⁾.

و أما الحنابلة، فهم كالمالكية كانت لهم أقوال في المسألة، ومذهبهم القوي يوافق رأي المالكية في العمل بالخط⁽⁷⁾.

(1) _ ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، ص101.

(2) _ ميارة، شرح ميارة على التحفة، ج1، ص99.

(3) _ ميارة، المصدر نفسه، ج1، ص100.

(4) _ ابن مازة البخاري(الصدر الشهيد)، شرح أدب القاضي للخصاف، ج4، ص4070.

(5) _ أحمد بن محمد الحموي، غمز عيون البصائر، شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية،

1405هـ، ج2، ص306.

(6) _ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص311.

(7) _ ابن القيم، الطرق الحكيمة، ص216. ابن أبي الدم، أدب القضاء، ج1، ص348-349.

وبهذا يتبين، أن المسألة فيها خلاف بين علماء المالكية أنفسهم وبين غيرهم من المذاهب، ولكن يكاد يتفق الكل في أكثر أقوالهم مع رأي جمهور المالكية في جواز العمل بالخط، وإعمال الشهادة عليه، لما فيه من التوثيق للحقوق ومراعاته لمصالح الناس وضرورتهم، وقد صرحت كثير من كتب المذهب وعلمائه أن العمل مستمر على أعمال الخط⁽¹⁾، وقبوله حجة في التوثيق للحقوق والمعاملات وسائر التصرفات، ولذلك كان المذهب المالكي أوسع المذاهب عملاً بالخط.

⁽¹⁾ _ جعيط، الطريقة المرضية، ص 179.

المبحث الثاني: التوثيق بالإشهاد

سأتناول في هذا المبحث، التعريف بالإشهاد أو الشهادة، لغة واصطلاحاً، ثم الحكمة منها وعلاقتها بالكتابة خاصة، ثم أعرج بعد ذلك للكلام عن حكم التوثيق بالشهادة أو مشروعيتها، وأما حكم الشهادة على الوثيقة بالنسبة للشاهدين كطرفين في عملية التوثيق أو بالنسبة للشاهد كشاهد أو موثق أيضاً لعلاقتهما، وكذا شروط الشهادة، فلا أتعرض لكل ذلك لأنه سبق الكلام عنه في حكم التوثيق عموماً وكذا في حكم الكتابة، وما قيل هناك يقال هنا بجامع أن كلا منهما وسيلة توثيق، كما أن الشهادة تطلق على كتابة الوثائق أيضاً، ثم أتكلم عن أنواع الشهادات وبيان علاقتها بالتوثيق، وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف الإشهاد:

وسأتناول فيه تعريف الإشهاد لغة ثم اصطلاحاً

الفرع الأول: تعريف الإشهاد لغة:

مصدر أشهد، يقال أشهدته الشيء واستشهدته أي طلبت منه أن يشهد، فأشهد واستشهد بمعنى واحد⁽¹⁾. وهو طلب تحمل الشهادة وهو من الشهادة أيضاً وهو الحضور والعلم والإعلام، فشهدت الشيء اطلعت عليه وعاینته، وشهد فلان كذا أي حضره، ومنها قوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾⁽²⁾ أي حضر رمضان ولم يسافر، وشهد فلان عند القاضي إذا بين وأعلم لمن الحق وعلى من هو، والجمع أشهاد وشهود⁽³⁾. والإشهاد الإيجاب، ومنه شهد الرجل على كذا أي أخبر⁽⁴⁾.

وقد وردت في القرآن الكريم بمعان أخرى بالإضافة إلى تلك المعاني، ومنها القضاء⁽⁵⁾، والحكم⁽⁶⁾، والхلف⁽⁷⁾.

(1) _ الرازي، مختار الصحاح، ص349، الفيومي، المصباح المنير، ج1، ص349.

(2) _ سورة البقرة، الآية: 185.

(3) _ الفيومي، المصباح المنير، ج1 ص169.

(4) _ ابن المنظور، لسان العرب، مادة شهد ج3، ص239.

(5) _ كما في قوله تعالى: ﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ﴾ سورة آل عمران: الآية 18

(6) _ كما في قوله تعالى: ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا﴾ سورة يوسف، الآية: 26

(7) _ كما في قوله تعالى: ﴿فَشَهِدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ﴾ سورة النور، الآية: 6

الفرع الثاني: تعريف الإشهاد اصطلاحاً

عرفه ابن عرفة بأنه: « قول هو بحيث يوجب على الحاكم سماعه والحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده أو حلف طالبه»⁽¹⁾. ولعله من أهم تعاريف الشهادة لدى المالكية، لكونه دالا على حقيقة الشهادة المقصودة للتوثيق وضوابطها.

وعرفه ابن فرحون بأنه « إخبار يتعلق بمعين»⁽²⁾. ليدل على أنه ليس القصد منه الرواية، وذلك يفهم من قيد "بمعين" إذ الرواية قد تكون على معين وقد تكون على غير معين، ففارقت بذلك الشهادة.⁽³⁾

ويظهر من تعريف المالكية للشهادة، أنه لا يشترط فيها لفظ خاص، بل يجوزونها بأي لفظ يفيد العلم بالحق المشهود به، كلفظ أشهد أو أعلم، أو أتيقن وأعتقد ونحوه⁽⁴⁾. خلافا للحنفية الذين يشترطون في الشهادة أن تكون بلفظ "أشهد" فلا تصح بأي لفظ غيره⁽⁵⁾.

إلا أن الناظر إلى هذه التعاريف، يلاحظ أنها جعلت الشهادة قولية وهو الأصل فيها، إذ هي قول يصرح به الشاهدان- أو الشهود- لدى الحاكم أو من ينوب عنه والذي عليه أن يحكم بمقتضاها، إن ثبتت عنده عدالة الشهود. في حين المقصود من التوثيق بالشهادة في هذا البحث، ليس الشهادة القولية فقط، وإنما يراد بها أيضا الشهادة التي تكون عبارة عن كتاب أو وثيقة، تصاغ في شكل محدد، بحسب ضوابط وقواعد معينة في التوثيق « وتؤدي لدى القاضي بطريقة مختلفة عن الشهادة القولية»⁽⁶⁾.

ولكن إذا تأملنا بعمق هذه التعريفات، نجد أنها تنطبق على الشهادة القولية كما تشمل غيرها أيضا وهي الشهادة المكتوبة في محرر أو وثيقة، من طرف العدل الكاتب أو ما يسمى بالموثق إذ كلاهما شهادة تتحمل وتتلقى ولكن إحداها تؤدي قولاً، والأخرى تؤدي كتابة، فالاختلاف بينهما أن الشهادة المكتوبة، تتلقى وتحرر في وثيقة من طرف عدل أو موثق، أو من طرف عدلين منتصبين للإشهاد معروفين للقاضي بعدالتهما وتؤدي أمامه بحضورهما عنده، إذ يقومان بتقديم الوثيقة أو رسم

(1) _ الدردير، الشرح الصغير، بهامش بلغة السالك للصاوي، ج2، ص322. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدرورير، ج4، ص164-165.

(2) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص245

(3) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص245.

(4) _ الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج2، ص249.

(5) _ ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج6، ص571.

(6) _ ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3 ص106، العلمي، الحراق، التوثيق العدلي، ص159.

الشهادة لمراقبتها ووضع خطابه⁽¹⁾ عليها⁽²⁾. ويؤكد ابن عاشور على هذا المعنى في تفسيره لقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾⁽³⁾، بقوله «فالشهادة المقصودة هنا هي نوع من أنواع التوثيق للمعاملات، وليست الشهادة العامة وهي الإخبار فقط، فالمقصود بها الشهادة على الأموال أو المعاملات والمراد بها هنا حضور خاص، وهو حضور لأجل الاطلاع على التداين أو مشاهدة تعاقد بين المتعاقدين أو لسماع عقد من عاقد واحد مثل الطلاق والحبس وغيره⁽⁴⁾».

ورغم هذا الاختلاف⁽⁵⁾، إلا أن الشهادة المكتوبة - كما سبقت الإشارة في المبحث الأول - لا تقوم ولا تقبل دون الشهادة القولية، ولأهمية الشهادة المكتوبة في الوثيقة، دأب فقهاء الشريعة ومنهم المالكية، على تسمية الوثيقة بالشهادة نفسها⁽⁶⁾، إذ الوثيقة هي الرسم المتضمن للشهادة بعينها، التي تتلقى وتؤدى كتابة، ولذلك رأينا ابن فرحون - رحمه الله - في تبصرته يقسم الشهادة نفسها إلى نوعين: ⁽⁷⁾.

النوع الأول: شهادة قولية عند القاضي: «عبارة باللسان يصرح بها الشاهد عند الحاكم فيتلقى الحاكم منه الشهادة بحسب لفظه».

- النوع الثاني: الشهادة المكتوبة وهي التي وثقها الكاتب على طرفي العقد في وثيقة بينهما، «وهي دفع شهادات ارتسمت في كتاب والشاهد ميت أو غائب».

ومن هنا، فالكلام عن الشهادة أو الإشهاد، في نظام التوثيق للمعاملات والحقوق وسائر التصرفات، لن يقتصر على معناها العام فقط، وهي الشهادة القولية التي لا تعد سلفاً، وقد تتحمل من

⁽¹⁾ خطاب القاضي هو عبارة عن شهادة منه على أداء العدلين لشهادتهما عنده وعلى كونهما منتصبين للإشهاد وفي دائرته، وفي آخرها يضع القاضي ختمه ويضع أسفله اسمه الكامل. محمد مرابط، العقد العدلي، مجلة المقال، ع1، السنة 2009، المغرب، ص27.

⁽²⁾ العلمي الحراق، التوثيق العدلي، ص159، محمد مرابط، العقد العدلي، ص27.

⁽³⁾ سورة البقرة، 282.

⁽⁴⁾ ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، ص106.

⁽⁵⁾ هذا الاختلاف بين الشهادة المكتوبة والشهادة القولية هو من حيث وجهة نظر فقهية، إذ بينهما خصوص وعموم، فالشهادة، فض من الوثيقة، فكل وثيقة شهادة وليست كل شهادة وثيقة، والشهادة جزء من الوثيقة وليست كلها بحيث يمكن أن تقوم الشهادة دون وثيقة، بينما لا يمكن أن تقوم وثيقة - الشهادة المكتوبة - بدون شهادة العدول، بينما في نظر القانون، فالأمر سيات بينهما، فهما وجهان لعملة واحدة، فلا يتصور وجود إحداهما دون الأخرى. العلمي الحراق، التوثيق العدلي، ص160.

⁽⁶⁾ العلمي الحراق، المرجع نفسه، ص159.

⁽⁷⁾ ابن فرحون، تبصرة الحكام ج1، ص292.

طرف الشاهد عن طريق الصدفة وتؤدي في مجلس القضاء، وبدون رضا أو طلب الطرفين، لأن الاحتجاج بها لم يكن مقصودا سلفا، بينما الكلام عن الشهادة أو الإشهاد، باعتباره وثيقة- وهو من الشهادات أيضا- تتم برضا الطرفين بناء على مطالبة طرفي المعاملة، العدل الكاتب أو العدلين الكاتبين كما كان هذا النظام سابقا- الإشهاد عليهم في وثيقة مكتوبة، وتوقيعهم عليها أمامهما وأمام الشاهد أو الكاتب أو الموثق. كما أن هذه الشهادة لا يمكن للموثق أو الكاتب أن يكتبها أو يحررها دون طلب أصحابها، فهي عكس الشهادة القولية، تهيأ مسبقا للاحتجاج بها عند الاقتضاء⁽¹⁾.

ومن ثم ففي نظام التوثيق للمعاملات، لا تكون الشهادة عبارة عن ذكر باللسان وسماع بالأذنين ورؤية بالعينين فحسب، وإنما تكون مع الكتابة تلقيا وأداء، أي عند تحمل الشهادة وتلقيها من أصحابها طرفي العقد ثم تحريرها في وثيقة، وتسليمها للقاضي عند الاقتضاء لوضع خطابه عليها⁽²⁾. ولذلك عرفها ابن خلدون في مقدمته مبينا حقيقتها بقوله: « وهي وظيفة دينية تابعة للقضاء، وحقيقة هذه الوظيفة القيام عن إذن القاضي بالشهادة بين الناس فيما لهم وعليهم تحملا عند الإشهاد وأداء عند التنازع، وكتب في السجلات تحفظ به حقوق الناس... وسائر معاملاتهم⁽³⁾ ».

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن الشهادة يمكن أن يقوم بها الكاتب أو الموثق ويسمى الشاهد العدل، أو عدلين منتصبين لهذه الخطة أو الوظيفة - كما كان عليه الأمر سابقا- أو يقوم بها طرفان آخران غير الموثق، وهذا ما سأوضحه في المطلب الآتي، ومن ثم أبين علاقة الكتابة بالشهادة وما بينهما من تداخل في عملية التوثيق للحقوق والمعاملات وسائر التصرفات.

المطلب الثاني: علاقة الشهادة بالكتابة

الكتابة والشهادة يتأيد بعضهما ببعض، فالكتابة تتأيد بالشهادة في معظم أحوالها، والشهادة تتأيد بالكتابة في بعض أحوالها، فإحدهما في حاجة إلى الأخرى، إلا أن افتقار الكتابة إلى الشهادة أشد من افتقار الشهادة إلى الكتابة، ولذلك لم تذكر الكتابة في القرآن الكريم إلا متأيدة بالشهادة، بينما ذكرت الشهادة بمعزل عن الكتابة، بل هناك قضايا لا تثبت إلا بالشهادة ولا دخل للكتابة في إثباتها كالجنايات مثلا- وربما يكون ذلك في حالات نادرة فقط-.

ولعل هذا ما أدى بالعلماء- كما سبق بيانه- إلى اعتبار الشهادة من أقوى البينات، وأنها

(1) _ العلمي، الحراق، التوثيق العدلي، ص163.

(2) _ محمد مرابط، العقد العدلي، ص25-26، العلمي الحراق، مدونة الأسرة والتوثيق العدلي، ص25.

(3) _ ابن خلدون، المقدمة، ص224.

الأصل في إثبات الدعوى عند التنازع والتجاحد، ولا ينتقل إلى غيرها من طرق إثبات الحقوق إلا عند تعذرهما، كما اعتبروها أقوى من الكتابة، بل جعلوا من شروط قبول الوثيقة قبولاً مجمعا عليه، أن يتم الإشهاد عليها، وذلك لسلامة الوثيقة من التزوير، وللدلالة على جدية المتصرف في التصرف الذي وثقه على نفسه بالكتابة، فالكتابة محتاجة إلى الشهادة احتياج الشيء إلى دليله، والشهادة محتاجة إلى الكتابة احتياج الشيء إلى ما يحفظه، ولذلك قال تعالى في بيان خدمة الكتابة للشهادة:

﴿وَأَقِمْ لِلشَّهَدَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَا تَرْتَابُونَ﴾⁽¹⁾ فالكتابة تقيم عوج الشهادة، وتنفي كل ارتياب بين

المتعاملين.

أما الكتابة المحردة عن الشهادة، فهي محل نزاع بين الفقهاء وأغلبهم لا يقبلها - كما سبق بيانه - توثقا وحيطة من الضرب والتزوير، خلافاً لجمهور المالكية الذين توسعوا في العمل بها توثقا للحقوق أيضاً.

وأما علاقة الشهادة بالكتابة في مجال بحثي هذا، فسيظهر ذلك من خلال التعرض لعلاقة التوثيق بالشهادة، ومن ثم بيان نظام التوثيق القائم على طريقتين، الأولى عندما يكون الكاتب العدل أو الموثق مع الشهود، والثانية النظام المزدوج، وهو كون الكاتب أو الكاتبين العدلين هما الشاهدين في آن واحد، وكذا عند التعرض للشهادة على الخط، وكذا الشهادة على كتاب القاضي إلى القاضي وشهادات الاسترعاء، والسماع، واللفيف... وغير ذلك في مطالب لاحقة - إن شاء الله -

وكتابة الوثائق - أي العقود - حتى تكون حجة، تشترط فيها الشهادة - على ما سبق بيانه - وذلك لأن التوثيق للمعاملة بالكتابة والشهادة عليها، هما الركنان الأساسيان في عملية التوثيق.

ولكن نظام التوثيق للحقوق والمعاملات على اختلاف أنواعها، بهذين الركنين عرف طريقتين في القيام به وممارسته على مر الزمان، تبين بشكل واضح علاقة الكتابة بالشهادة، أي كتابة الوثائق لحفظ الحقوق وتأمينها، بالشهادة عليها إثباتاً واستيفاء لها. وتمثل هاتين الطريقتين في:

1- طريقة الكاتب العدل مع الشهود.

2- طريقة الكاتبين العدلين الشاهدين في آن واحد.

وقد ظهرت طرق التوثيق هذه وأساليبه، منذ نشأة نظام التوثيق للمعاملات وتطوره وتجدده على مر الأزمان بحسب ما تقتضيه مصالح الناس وأحوالهم وبيئاتهم إلى يوم الناس هذا.

(1) - سورة البقرة، الآية: 282.

الفرع الأول: طريقة الكاتب مع الشهود:

والمراد به أن يقوم الكاتب أو الموثق، بكتابة العقود وتوثيق المعاملات بين المتعاقدين، دون أن يكون شاهداً عليهم بما فيها، ولكن يشهد عليهم بذلك شهود آخرون، فالكاتب هنا إنما يوثق ما اتفق عليه أطراف التعاقد وتحمله الشهود، بينما الشهود وهم طرف آخر في عملية التوثيق، يقتصر دورهم في الإشهاد أو الشهادة على الوثيقة وما كتب فيها من المعاملة، فيشهدون عليها ويتحملون بعلمهم ما ذكره المتعاقدون وما صرحوا به أمامهم⁽¹⁾.

أي أن الشهادة والكتابة في هذه الطريقة، منفصلان ولا يجتمعان في شخص واحد أو أكثر، فالذي يكتب الوثيقة ليس هو من يشهد عليها، والشهادة التي يتحملها الشهود الحاضرون في مجلس العقد، يوثقها الكاتب بالعدل ويسجلها في الوثيقة ولا يشترط أداؤها لدى القاضي⁽²⁾.

وبالعودة قليلاً إلى تاريخ التوثيق للمعاملات وتطوره، نجد أن هذا النظام وبهذه الطريقة، قد وجد منذ عهد النبي ﷺ ولا يزال إلى يوم الناس هذا. فقد رأينا في وثائقه ﷺ ما يؤكد ذلك.

- من ذلك مثلاً وثيقة صلح الحديبية التي جاء فيها بعد ذكر نصها: « بسمك اللهم... شهد أبو بكر بن أبي قحافة وعمر بن الخطاب، وعبد الرحمن بن عوف وسعد بن أبي وقاص وعثمان بن عفان وأبو عبيدة بن الجراح، ومحمد بن مسلمة، وحويطب ابن عبد العزى، ومكرز بن حفص، وكتب علي بن أبي طالب »⁽³⁾.

فبالنظر إلى هذه الوثيقة، نجد أن من كتبها هو علي بن أبي طالب ﷺ ولم يكن شاهداً عليها، أما باقي الصحابة ﷺ المذكورين، فقد كانوا شهوداً فقط، أي اقتصر دورهم على الشهادة، ولم يشتركوا مع علي في كتابتها وتحريرها، ولم يكن أداؤها للشهادة لدى قاض، وهذه الوثيقة وإن كانت على موضوع معين غير المعاملات، فهي دليل واضح على جريان العمل بنظام الكاتب العدل الواحد، الذي مهمته تحرير الشهادة التي يتلقاها من شهود لا يشاركونه في الكتابة.

- ومن ذلك أيضاً وثيقة الصدقة لعمر بن الخطاب ﷺ في أرض ثمغ « أنها لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث، للفقراء والقريب... وكتب معيقب وشهد عبد الله بن الأرقم »⁽⁴⁾.

(1) _ العلمي الحراق، مدونة الأسرة، ص28.

(2) _ العلمي الحراق، المرجع نفسه، ص26، التوثيق العدلي، ص56.

(3) _ ابن هشام، السيرة النبوية، ج3، ص332-333.

(4) _ البخاري صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب: الشروط في الوقف، ج3 ص159.

فلاحظ في هذه الوثيقة، أن الشاهد عليها غير كاتبها، كما نلاحظ أن الشاهد فيها شخص واحد لا أكثر من شاهد كما في الوثيقة التي سبقتها، وهذا يعني أن الشاهد الواحد يكفي في التوثيق للحقوق المالية، ومنه الصدقة موضوع الوثيقة أعلاه ونلاحظ كذلك أن عبد الله بن الأرقم رضي الله عنه إنما تحمل الشهادة على عمر رضي الله عنه بأنه تصدق أو حبس أرضه، ووثق هذا التصرف بالشهادة عليه في غياب القاضي ولم تؤد لديه، وهذا هو المراد بالشهادة في عملية التوثيق للمعاملات، وهو الإجراء المسبق الذي يهيأ سلفاً لهذه العملية، ليكون وسيلة توثيق وتوثق للحق، ووسيلة إثبات به أمام القضاء عند الاقتضاء.

وهذا النظام لا يزال معمولاً به في أغلب دول العالم الإسلامي مشرقه ومغرب، وإن اختلفت القواعد التي تضبطه والتسميات التي تطلق عليه في كل قطر، كالمأذون في بعضها، وهو المختص بتحرير عقود الزواج والطلاق والرجعة، وتلقي الشهادة عليها، واسم كاتب العدل أو العدل في بعضها كما في السعودية والمغرب...، أو اسم الموثق كما في بلادنا- الجزائر- وفي دول أخرى، وهو المكلف بتلقي جميع المحررات الرسمية فيوثقها ويجررها، وإن كانت القواعد التي يعمل في إطارها الموثق الآن مستمدة عموماً من التوثيق الغربي والفرنسي خصوصاً⁽¹⁾. وفي هذه الدول نجد أن الموثق، لا يجوز توثيقه أي محرر أو وثيقة، إلا بحضور شاهدين دليل على أن مهمته تقتصر على تحرير الوثائق وكتابتها وتوثيق المعاملة فقط دون الشهادة عليها، وإنما الذي يتحمل الشهادة عليها، شاهدان آخران، يشاركان الموثق أو الكاتب في التوقيع معه أسفل الوثيقة⁽²⁾.

الفرع الثاني: طريقة ازدواجية الكتابة والشهادة في آن واحد:

فهي طريقة أو نظام يجمع بين الشهادة والكتابة من طرف كاتبين عدلين منتصبين، الذين يوثقان المعاملة ويجرأها ويكونان شاهدين في نفس الوقت، فالشهادة والكتابة هنا متحدتان غير منفصلتان، والتوثيق للحقوق أو المعاملات يتم في ازدواجية بينهما، فالموثق الذي يكتب الوثيقة هو نفسه الذي يشهد على ما كان من المتعاقدين فيها⁽³⁾.

وأشير هنا أيضاً، أن هذا النظام كان موجوداً أيضاً منذ عهد النبي صلى الله عليه وسلم مثال ذلك :

(1) _ في المملكة المغربية مثلاً، لا تزال هذه الوظيفة بنوعها الشرعية والعصرية، فالأولى هي ما يطلق عليها التوثيق العدلي، نسبة إلى العدل أو العدل وهو الكاتب بالطريقة الشرعية المذكورة في كتب الفقهاء، والثانية هي التوثيق العصري الذي أدرجت فيه القوانين الحديثة المستمدة من القوانين الفرنسية خاصة.

(2) _ العلمي الحراق، مدونة الأسرة، ص31، محمد مرابط، التوثيق العدلي، ص25-27.

(3) _ العلمي الحراق، المرجع نفسه، ص31، محمد مرابط، المرجع نفسه، ص25-27.

- وثائقه ﷺ التي صدرت عنه في إقطاعه لبعض صحابته ﷺ كوثيقة إقطاع لتميم الداري⁽¹⁾ التي جاء فيها : «بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أعطى محمد رسول الله ﷺ - لتميم الداري... وشهد أبو بكر بن أبي قحافة وعمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب، ومعاوية بن أبي سفيان وكتب».

فلاحظ أن هذه الوثيقة كتبها معاوية بن أبي سفيان، وهو نفسه من شهد عليها، إلى جانب الشهود الثلاثة الآخرين وهم أبو بكر وعمر وعلي ﷺ فالشهادة هنا اجتمعت مع الكتابة في شخص واحد، هو معاوية من جهة، وانفصلتا عن بعضهما من جهة ثانية، لوجود الشهود الذين لم يشاركوا الكاتب وهو معاوية في الكتابة، وإنما يشار إليهم هو في الشهادة فقط، ولذا نلاحظ هنا تعدد الشهود حيث كانوا أكثر من شاهد أو شاهدين.

-ومن ذلك أيضا وثيقة معاهدة بين الرسول -ﷺ- وقبيلة أسلم من خزاعة والتي جاء في نصها: «لأسلم من خزاعة، لمن آمن منهم وأقام الصلاة وآتى الزكاة، وناصح في دين الله أن لهم النصر... وكتب العلاء بن الحضرمي وشهد»⁽²⁾.

وهذه الوثيقة تؤكد أيضا على أن هذا النظام المزدوج من الشهادة والكتابة في آن واحد، كان موجودا في زمن النبي -ﷺ- فلاحظ فيها أن الشاهد الكاتب هنا هو شخص واحد، مما يوحي بجواز كون الموثق الشاهد منفردا في عملية التوثيق للعقود والمعاملات والشهادة عليها.

ولعل هذا الحكم دعت إليه ظروف خاصة أو حالات استثنائية، تعذر فيها حضور شاهدين على الأقل، كما تنص عليه القاعدة العامة في الإشهاد في النصوص الشرعية⁽³⁾.

وقد يكون هناك حالات يحضر فيها الشاهدان، ولكن يكون أحدهما شاهدا وكاتبا في آن واحد، فيشترك مع الشاهد الآخر في الشهادة، وينفصل عنه في قيامه بمهمة الكتابة وحده وذلك:

- كما في وثيقة المعاهدة التي كتبها النبي ﷺ لأهل نجران يصلحهم فيها، جاء فيها : « بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما كتب محمد النبي ﷺ لأهل نجران...شهد بذلك عثمان بن عفان، ومعيقب وكتب»⁽⁴⁾.

(1) _ أبو عبيد، الأموال، ص278، ياقوت الحموي، معجم البلدان، ج2 ص245، 246 .

(2) _ أبو عبيد، المصدر نفسه، ص210.

(3) _ العلمي الحراق، مدونة الأسرة، ص32.

(4) _ أبو عبيد، الأموال، ص198-199.

-ومن ذلك أيضا كثير من الروايات التي تحدثت عن كثير من الصحابة الذين كانوا يوثقون للنبي ﷺ أموره الخاصة والعامة، كما كانوا يوثقون للناس كافة معاملاتهم وعقودهم وتصرفاتهم.

والملاحظ على هذه الروايات التي تتحدث عن توثيق الصحابة للمعاملات أنها جاءت بصيغة الثنائية «كالزبير ابن العوام وجهم بن الصلت كانا يكتبان أموال الصدقات ويوثقان المعاملات والمداينات» ومثل «المغيرة بن شعبة والحصين بن نمير» و«العلاء بن الحضرمي وعبد الله بن الأرقم» وغيرهم من الصحابة. وكذا في عهد التابعين مثل خارجه بن زيد وطلحة بن عبد الله، كانا يكتبان الوثائق للناس.⁽¹⁾

مما يعني أن كتابة الوثائق والعقود والمعاملات والشهادة عليها، كان يقوم بها كاتبان شاهدان في آن واحدا، فهما الموثقان وهما الشاهدان في وقت واحد، كما يدل هذا أيضا على أن هذا النظام هو الذي كان معمولا به أكثر في الصدر الأول للإسلام، باعتبار القاعدة العامة في الشهادة، وهي كونها لا تعتبر شهادة إلا إذا كانت صادرة من شاهدين عدلين.

ومما سبق يتبين لنا العلاقة الوثيقة بين التوثيق بالكتابة والتوثيق بالإشهاد، وأن كلاهما خادم للآخر ومعتمد عليه، وأنها قد تجتمعان في طرف واحد للتوثيق في المعاملات، وقد تنفصلان كل في طرف ولكن لأداء المهمة نفسها وهي التوثيق، وفي المجلس الواحد للمعاملة.

المطلب الثالث: حكم التوثيق بالإشهاد:

اتفق العلماء على مشروعية التوثيق بالإشهاد، وأنه نوع من أنواع التوثيق للمعاملات، ووسيلة من وسائل حفظ الحقوق وإثباتها عند الاقتضاء، فمن المعلوم أن الله تعالى أمر عباده المؤمنين بأن يشهدوا على بيوعاتهم ومدايناتهم، ومعاملاتهم في غير ما آية، منها قوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ ثم قوله تعالى في الآية نفسها: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ﴾⁽²⁾. فالآية صريحة في الدلالة على مشروعية التوثيق للعقود من بيع وغيره، عن طريق الإشهاد.

ومنها قوله تعالى في الطلاق: ﴿فَإِذَا بَلَغَ أَجْلُهُنَّ فَامْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا

(1) _ أبو عبد الله المصعب، نسب قريش، ج 8 ص 273 .

(2) _ سورة البقرة، الآية: 282.

ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴿١﴾. فالله تعالى أمر بإشهاد ذوي العدالة على الرجعة في العدة، أو على استمرار الطلاق، وهذا دليل على مشروعية الإشهاد، أكد تعالى على ذلك بقوله: «وأقيموا الشهادة لله» أي دون تضييع ولا تغيير مع الإبقاء على الشهادة على وجهها^(٢). والآية وإن كانت في الطلاق إلا أنها شاملة له ولغيره، إذ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب كما هو مقرر، وبناء على هذا الأمر، ثبتت مشروعية التوثيق للمعاملات وسائر التصرفات عن طريق الإشهاد.

وجاء في السنة المطهرة كثير من الأحاديث الدالة على مشروعية التوثيق بالإشهاد، منها ما رواه مسلم في صحيحه عن الرجل الذي كانت بينه وبين آخر خصومة على بئر، فاختصما إلى رسول الله ﷺ فقال: «شاهداك أو يمينه»^(٣).

-ومنها قوله ﷺ «ألا أخبركم بخير الشهداء، الذي يأتي بشهادته-أو بخبر بشهادته- قبل أن يسألها»^(٤). وفي الحديثين دلالة على أن الإشهاد أمر مطلوب ومشروع في التعامل لما فيه من الاحتياط في حفظ الأموال والتوثيق للحقوق وصيانتها^(٥).

فهذه النصوص الشرعية وغيرها، تؤكد على قصد الشريعة لإقامة الشهادة، حفظاً للدماء والأعراض، وتوثقاً للحقوق والأموال، حتى إن الأمة أجمعت من لدنه ﷺ إلى عصرنا الحاضر على مشروعيتها وحجيتها، وأنها نوع من أنواع التوثيق للمعاملات وسائر التصرفات ولم يخالف في ذلك أحد، إلا أن العلماء اختلفوا بعد ذلك في حكم الإشهاد، اختلفهم في حكم التوثيق نفسه هل هو للندب أم للإلزام؟، وما قيل في حكم الكتابة يقال في حكم الشهادة، باعتبارهما وسيلتين من وسائل التوثيق، وذلك في حق طرفي العقد إذا أبرموا تصرفاً من التصرفات، وكذا في حق الشاهد، باعتباره شاهداً أو كاتباً للوثيقة أو العدل المنتصب لمهنة توثيق المعاملات، أو ما يسمى عند الفقهاء أيضاً بخطبة العدالة أو الشهادة^(٦)، إذا طلب منهم تحمل الشهادة من أجل التوثيق لبعض التصرفات والمعاملات، أو

(١) _ سورة الطلاق، الآية: 2.

(٢) _ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 18، ص 159، ابن كثير، تفسير القرآن، ج 4، ص 2122.

(٣) _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه، ج 3، ص 159-160.

(٤) _ مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب خير الشهود، ج (1719)، ج 3، ص 1344، 159-160. وذكره ابن حجر

أيضاً في فتح الباري، ج 5 ص 317.

(٥) _ ابن حجر، فتح الباري، ج 5، ص 317، 343.

(٦) _ ابن خلدون، المقدمة، ص 224-225.

تحملوها وطلب منهم أداؤها⁽¹⁾، وقد ذكرت من قبل أن الشهادة ليس المقصود بها الشهادة القولية فقط، وإنما المراد بها أيضا شهادة العدول أو الموثقين وتسمى أيضا بالشهادة العدلية وهي المحررة في وثيقة من طرف الكاتب العدل (الموثق) المنتصب لذلك، لأن العدل المنتصب يأخذ العوض في مقابل ذلك، ولأن الشهادة على حقوق الناس من أهداف تنصيبه عدلا موثقا⁽²⁾، كما أن حقيقة هذه الوظيفة كما قال ابن خلدون في مقدمته: «...القيام عن إذن القاضي بالشهادة بين الناس فيما لهم وعليهم، تحملا عند الإشهاد وأداء عند التنازع، وكتبا في السجلات»⁽³⁾. ولذلك فما قيل في حكم التوثيق بالكتابة في حقه يقال في حكم التوثيق بالإشهاد بالنسبة له كذلك.

وعموما فإن هذا الذي تقرر من حكم تحمل الشهادة وأدائها بعد التحمل إذا دعي إلى ذلك، فمن كانت عنده شهادة (قولية أو وثيقة محررة بذلك) فلا يجلب له أن يكتمها، ويلزمه إذا دعي إليها أن يقوم بها، وأما إذا لم يُدع إليها، فقد فرق المالكية وغيرهم أيضا من العلماء في هذه الحالة بين تحمل الشهادة وأدائها إذا كانت في حقوق الله تعالى، وبين تحملها وأدائها إذا كانت في حقوق العباد⁽⁴⁾.

1- حكم تحمل الشهادة وأدائها في حقوق الله تعالى: وقد فرق فيها المالكية أيضا بين نوعين من الحقوق التي يتوثق لها بذلك⁽⁵⁾:

أ- نوع لا يستدام فيه التحريم: كالزنا وشرب الخمر والحدود، فهذا لا يجب فيه الشهادة ولا تندب، ولا يضر الشاهد ترك إخباره بالشهادة، بل الستر فيها أفضل لما فيه من صيانة الأعراض وتوثيق لها⁽⁶⁾.

والأصل في ذلك، قول الرسول ﷺ لهزال في قضية ماعز «هلا سترته بردائك لكان خيرا

(1) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص245.

(2) _ العلمي، الحراق، التوثيق العدلي، ص162.

(3) _ ابن خلدون، المقدمة، ص224.

(4) _ ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2، ص282. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص245-246.

(5) _ ابن رشد، المصدر نفسه، ج2، ص282. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص245-246. الخطاب، مواهب الجليل ج6، ص163-164.

(6) _ ابن رشد، المصدر نفسه، ج2، ص282. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص245-246. الخطاب، المصدر نفسه، ج6، ص163-164.

لك⁽¹⁾»⁽²⁾. إلا أن بعضهم جعل عدم وجوب تحمل الشهادة أو أدائها إذا لم يدع إليها، فيمن ينذر منه ذلك وأما من كثر ذلك منه، وعلم أنه يشتهر منه، فينبغي أن يشهد عليه، وأن يعلم الإمام بذلك وان لم يدع إلى التحمل والأداء⁽³⁾، توثيقاً للمصلحة العامة.

ب- نوع يستدام فيه التحريم: من حقوق الله تعالى، كالرضاع والطلاق والخلع والعتق، والعفو عن القصاص، والأحباس، وما شابه ذلك، فيجب على الشاهد أن يخبر بشهادته ويلزمه المبادرة لأدائها ولو لم يدع إليها⁽⁴⁾، حماية لحقوق الله تعالى وتوثيقاً لها.

2- حكم تحمل وأداء الشهادة في حقوق العباد:

وهو ما ذكرنا سابقاً من وجوب تحملها وأدائها، وجوباً كفايياً وتعيين ذلك إن لم يوجد غيره من الشهود العدول أو الموثقين، وذلك للحاجة إلى التوثيق للحقوق والتصرفات وسائر المعاملات عن طريق الشهادة، خشية ضياعها أو تلفها أو جحودها بعدمها⁽⁵⁾.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن المالكية يرون أن كتب الشهادة على الوثيقة كأدائها عند الحاكم، ولذلك يقول الشيخ عظم⁽⁶⁾: « إن كتب الشاهد شهادته في صك بمترلة أدائها، فأعطي حكم الأداء⁽⁷⁾ ».

ولذلك رأينا-فيما سبق من المباحث- أنه قد دلت الوقائع الكثيرة من الرسول ﷺ ومن صحابته

(1) _ هزال هو أبو عمر بن ذئاب بن يزيد بن كليب الأسلمي، وهو الذي حمل ما عزا على الاعتراف عند النبي ﷺ فأمر به فرجم- فقال الرسول ﷺ-«ذلك لهزال». ابن حجر، الإصابة، ج2، ص623. ابن الأثير أسد الغابة، ج4، ص220-221. والحديث أخرجه الإمام مالك في الموطأ، كتاب الحدود، باب ما جاء في الرجم ح(1494)، ص590. وأبو داود: سنن أبي داود، كتاب الحدود، باب في الستر على أهل الحدود، ح(4377)، ج6، ص430.

(2) _ ابن رشد، المقدمات، ج2، ص282. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص226.

(3) _ ابن رشد، المقدمات، ج2، ص282. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص226.

(4) _ ابن رشد المصدر نفسه، ج2، ص282. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص246-247. الخطاب، مواهب الخليل ج6، ص164.

(5) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص246.

(6) _ بلقاسم عظم بن محمد مرزوق بن عبد الجليل بن محمد بن فندار المرادي، كان فقيهاً عالماً مطلعاً محققاً للفتيا والنوازل، ارتحل الى تونس وتولى بها خطة العدالة ثم الإفتاء، له عدة مؤلفات منها: برنامج وثائق الفشتالي، ورسالة في نعوت المشهود عليه» توفي سنة (1013هـ). البغدادي، إيضاح المكنون ج2، ص455، محمد مخلوف شجرة النور الزكية، ص292، رضا كحالة معجم المؤلفين، ج8، ص124.

(7) _ الشيخ عظم، فتاوى عظم، ج7، ص141 ب، مخطوط بدار الكتب التونسية رقم (18533)، نقلاً عن عبد اللطيف الشيخ، التوثيق لدى فقهاء المذهب، ص120.

ﷺ على أنهم كانوا يكتبون إسهاد الشهود في وثائق العقود وغيرها تحملا وأداء.

هذا وقد ذكر ابن عطية في محرره- كما فعل ابن فرحون في تبصرته- تفصيلا في حكم تحمل الشهادة وذلك عند تفسيره لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾⁽¹⁾ ونصه: «فالمسلمون مندوبون إلى معونة إخوانهم، فإذا كانت الفسحة لكثرة الشهود والأمن من تعطل الحق، فالمدعو مندوب، وله أن يتخلف لأدنى عذر، وإذا تخلف لغير عذر فلا إثم عليه ولا ثواب له، وإذا كانت الضرورة وخيف تعطل الحق أدنى خوف، قوي الندب وقرب من الوجوب وإذا علم أن الحق يذهب ويتلف بتأخر الشاهد عن الشهادة، فواجب عليه القيام بها لاسيما إذا كانت مصلحة وكان الدعاء إلى أدائها، فإن هذا الظرف أكد لأهما قلادة في العنق وأمانة تقتضي الأداء»⁽²⁾.

وهو ما سبق ترجيحه من حكم التوثيق بالكتابة أيضا، وقوله هذا وان خصه بتحمل الشهادة وحده، إلا أنه يصلح كذلك في شأن الكتابة والإسهاد معا سواء بسواء.

المطلب الرابع: أنواع الشهادة:

و المقصود بها الطريقة التي تؤدي بها الشهادة عند الملكية وهي أنواع:

- الشهادة الأصلية - الشهادة على الشهادة- الشهادة على الخط أو الرفع على الخطوط- شهادة السماع أو "الاستفاضة"-شهادة الاسترعاء-شهادة اللفيف.
وبيان هذه الأنواع من الشهادات عند الملكية، وما تفردوا فيه منها وما توسعوا فيها أكثر من غيرهم، وعلاقتها بالتوثيق للحقوق فيما يأتي:

الفرع الأول: الشهادة الأصلية:

وهي الشهادة التي تتم من قبل الشاهد نفسه، أي ما يشهد به الشاهد «من تحمل وأداء» على حق من الحقوق، أو واقعة... ونحوها، وهي ما ذكرناه سابقا- من عناصر تتعلق بالشهادة، أي ما شهده الشاهد عن المتعاقدين من معاملة أو تصرف، أو ما يمليه المشهود عليه على الشاهد كإسهاد المتعاقدين بالبيع أو النكاح أو غيرهما⁽³⁾.

فالشهادة الأصلية هي التي يملئ مضمونها الطرفان على العدل (الموثق) أو العدلين، أو هي التي

(1) _ سورة البقرة، الآية: 282 .

(2) _ ابن عطية، المحرر الوجيز، ج2، ص368، 369.

(3) _ الونشريسي، المعيار، ج10، ص199، جعيط، الطريقة المرضية، ص45.

يتلقاها العدلان أو العدل (الموثق والكاتب) من أطرافها، وقت إبرام العقد، أو وقوع المعاملة بالشروط المعروفة.

الفرع الثاني: الشهادة على الشهادة:

أولاً: تعريفها: وذلك بأن يشهد الشاهد بناء على شهادة غيره، مع أنه لم ير المشهود به بنفسه، وبذلك يسمى الشاهد الناقل شاهد الفرع، والشاهد المنقول عنه شاهد الأصل⁽¹⁾. وهي أن يشهد شاهدان على شهادة شاهدين يشهدان جميعاً على شهادة كل واحد من الشاهدين الأولين⁽²⁾.

ثانياً: حكم الشهادة على الشهادة:

وهذا النوع جائز استحساناً للضرورة عند المالكية⁽³⁾ لأن الحاجة داعية إليها وهي التوثيق للحقوق، لأنها لو لم تقبل لبطلت الشهادة على الوقف وغيره مما يتأخر إثباته عند الحاكم، ثم يموت شهوده وفي ذلك ضرر على الناس ومشقة بضياع حقوقهم⁽⁴⁾.

ولذلك أجزت الشهادة على الشهادة توثيقاً للحقوق، واستحساناً مع أن القياس لا يجيز ذلك، لأن الشهادة عبادة بدنية وجبت على شاهد الأصل وليست بحق للمشهود له، والنيابة لا تجري في العبادات البدنية ولهذا لا يصار إلى الفرع إلا عند العجز عن الأصل وتعذره، كما أن «الظن الحاصل للقاضي من سماع بشهادة الأصل، أقوى من الظن الحاصل له من شهادة الفرع، فلا ينبغي أن يقتصر على الأضعف مع قدرته على الأقوى»⁽⁵⁾.

ووجه الاستحسان الذي أجزت به الشهادة على الشهادة، هو الحاجة الماسة إليها من التوثيق للحقوق والضرورة التي تدعو إليها، فقد يعجز شاهد الأصل عن أداء الشهادة التي تحملها، لسبب من الأسباب، كمرض أو غيبة طويلة، فإن قلنا بعدم جواز الشهادة على الشهادة، لأدى ذلك إلى ضياع الحقوق وعدم إثباتها. ولكون الشهادة على الشهادة جائزة استحساناً للضرورة مع أن القياس لا يجيز ذلك، فقد اشترط المالكية لجوازها شروطاً أو ضوابط لا تجوز بدونها وبيان ذلك فيما يأتي:

(1) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص435، ناصر بن محمد البقسمي، الشهادة وحجتها في إثبات جرائم الحدود، المملكة العربية السعودية، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية 1997م، ص133.

(2) _ ابن عبد البر، الكافي، ص466.

(3) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص82-83. ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص383-387. ابن عبد البر، الكافي 466. ابن فرحون، تبصرة الحكام ج1، ص435.

(4) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص435، ص437.

(5) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص435، ص437.

ثالثا: شروط العمل بالشهادة على الشهادة:

اشترط المالكية شروطا لصحة تحمل الشهادة على الشهادة، وقبولها في التوثيق للحقوق وهي:

- 1- أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع: إشهد على شهادتي أو على أن فلانا أشهدي بكذا.
- 2- أن يأذن المنقول عنه في شهادة الناقلين على شهادته، لأنه أداء لتلك الشهادة استحلفهما على القيام به للضرورة.
- 3- أن ينقل الشاهد الفرع ما سمع ويشهد به من غير زيادة ولا نقص⁽¹⁾.
- 4- أن لا تسمع الشهادة على الشهادة ولا تنقل إلا عن مريض أو غائب، أو بموت الأصيل، وذلك لأن النقل إنما أبيض للضرورة ولا يباح مع غيرها⁽²⁾. ولذا ينقل لنا صاحب النوادر عن الإمام مالك: « فيمن دعي إلى أن يشهد على شهادة رجل حاضر ليس بمريض، قال: ما أرى أن يشهد على ذلك ولا أحبه»⁽³⁾.
- 5- أن يغيب الشاهد الأصيل غيبة بعيدة لا اليومان والثلاثة⁽⁴⁾.

6- كما يشترط في نقل الشهادة عن الغائب (الشاهد الأصيل)، علم الناقل عنه (الشاهد الفرع) بغيبته البعيدة وبغير حدثتها⁽⁵⁾ بأن كانت منذ زمن طويل.

رابعا: الحقوق التي يتوثق لها بالشهادة على الشهادة:

و أما الحقوق التي يتوثق لها بنقل الشهادة على الشهادة وتثبت بها، فإن جمهور المالكية على أنها جميع الحقوق دون استثناء، كما تثبت بالشهادة الأصلية، ولم يفرقوا بين قبولها في الأموال وغيرها من الحقوق من حدود وغيرها⁽⁶⁾. وخالف بعض المالكية ذلك، فلم يجز نقل الشهادة عن الشهادة في

(1) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص435.

(2) _ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص383. ابن عبد البر، الكافي، ص466. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص437.

(3) _ ابن أبي زيد، المصدر نفسه، ج8، ص383.

(4) _ ابن أبي زيد، المصدر نفسه، ج8، ص383. ابن عبد البر، الكافي، ص466. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص358. المواق، التاج والإكليل، ج6، ص198.

(5) _ ابن أبي زيد، المصدر نفسه، ج8، ص383.

(6) _ الإمام مالك، المصدر نفسه، ج4، ص82-83. ابن أبي زيد، المصدر نفسه، ج8، ص383-387. ابن عبد البر، الكافي، ص466. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص435.

الحدود، وأجازها في الأموال خاصة، وقد نقل لنا ابن أبي زيد في نوادره من كتاب المجموعة قول مالك-رحمه الله-: «الشهادة على الشهادة جائزة في كل شيء، في الحدود والزنا وغيرها. قال أشهب: وما علمت من خالف ذلك، إلا بعض العراقيين فلم يجز النقل في الزنا والحدود، ولا حجة لهم في ذلك»⁽¹⁾.

ويؤكد لنا ابن فرحون في تبصرته، اختلاف المالكية في ذلك حيث ينقل عن ابن عبد السلام الهواري التونسي(ت749هـ): «أنه وقع فيها اختلاف العلماء-أي الشهادة على الشهادة- ومذهب مالك قبولها وإعمالها في سائر الأمور مالا كان أو عقوبة»⁽²⁾.

بينما هناك من فرق داخل المذهب، بين الحدود وغيرها من الحقوق كالأموال، فاشتراط في الأولى لجواز نقلها غياب الشاهد الأصل غيبة طويلة، بينما لم يشترط ذلك في الثانية وهي الأموال وغيرها من الحقوق، ويروى ذلك عن ابن المواز، جاء في النوادر: «... عن ابن المواز" إنما ينقل عن مريض أو غائب، وأما في الحدود، فلا ينقل عن بينة -أي شهادة- إلا في غيبة بعيدة وأما اليومان والثلاثة فلا، وأما في غير الحدود فجائز إن كانوا مرضى لا يقدرّون على الحضور»⁽³⁾، وهو ما نقله ابن فرحون في تبصرته أيضا⁽⁴⁾.

وقدر جمهور المالكية هذه الغيبة البعيدة التي اشترطوها في الشاهد الأصل بمسافة القصر، ولا فرق في ذلك بين الحدود وغيرها من الحقوق الأخرى⁽⁵⁾. جاء في تبصرة الحكام: «قال سحنون: إن كانت المسافة يقصر في مثلها الصلاة أو الستين ميلا، كتب القاضي إلى رجل تشهد عنده البينة، ولم يفرق بين حد ولا غيره»⁽⁶⁾.

فالشهادة على الشهادة، أجزيت للضرورة استحسانا، لما فيها من حفظ حقوق الناس، وتوثق لها من الضياع أو التغيير أو الجحود أو النسيان، وذلك بموت الشاهد الأصيل أو بغيته غيبة طويلة أو

(1) _ ابن أبي زيد، المصدر نفسه، ج8، ص383-387.

(2) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص435، 437.

(3) _ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص383.

(4) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص437.

(5) _ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص383-387. ابن عبد البر، الكافي، ص466. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص437. المواق، التاج والإكليل، ج6، ص198. الخرشبي، شرح الخرشبي، ج4، ص218. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج4، ص204-205.

(6) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1 ص437.

بمرضه مرضا يعجزه عن أداء شهادته التي تحملها، فتتعطل مصالح الناس وتضيع حقوقهم.

الفرع الثالث: شهادة السماع:

قبل التعرض للكلام عن شهادة السماع وأحكامها، لابد من الإشارة أولا إلى مراتبها من حيث العلم الذي تفيده، قصد تعيين أي مرتبة بالضبط هي محل دراستي في هذا المبحث، وذلك على النحو الآتي: شهادة السماع لها ثلاث مراتب⁽¹⁾:

-المرتبة الأولى: التواتر- الخبر المتواتر- وهذه تفيد العلم اليقيني ، كالسماع بأن مكة موجودة ومصر والجزائر ... ونحوه. وهذا النوع من شهادة السماع يكون بمترلة الرؤية للواقع لإفادته اليقين.

-المرتبة الثانية: شهادة الاستفاضة: وهذه تفيد الظن القوي، القريب من القطع ويرتفع عن شهادة السماع، كأن يشهد أن عبد الرحمن بن القاسم من أوثق من أخذ عن الإمام مالك رضي الله عنه ومنها إذا ثبت رؤية الهلال بشهادة مستفيضة، برؤية الجمع الغفير من أهل البلد وشاع أمره منهم، لزم الصوم أو الفطر من رآه ومن لم يره، فهي شهادة لا تحتاج فيها إلى السؤال عن عدالة الشاهد ولا المثول أمام الحاكم.

-المرتبة الثالثة: شهادة السماع : وهي المقصودة من كلام الفقهاء عنها في مصنفاتهم في التوثيق للحقوق وإثباتها، وهي محل بحثي هنا: والتي سيكون الكلام فيها عن تعريفها وصفتها وحكمها، والعلم الذي تفيده، وكذا محلها وشروطها وذلك في النقاط الآتية:

أولا: تعريفها: هو ما يسمعه الناس بعضهم عن بعض، واشتهر بينهم وشاع وتحدثوا به وصار قاض بينهم، وكثر سماعه وفشا حتى لا يدرون ولا يحفظون ممن سمعوه، بأن كذا هو حق لفلان⁽²⁾.

وهي لقب لما يصرح فيه الشاهد باستناد شهادته لسماع من غير واحد معين⁽³⁾. وصفتها أن

(1) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام ج1، ص426-427.

(2) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى ج4، ص88. ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص377. ابن عبد البر، الكافي ص467-467. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص427.

(3) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص428. الخطاب، مواهب الجليل ج6، ص132. الغرناطي، الوثائق المخترة، ص230. جعيط، الطريقة المرضية، ص202.

يقول الشاهد : لم أزل أسمع من الثقات وغيرهم سماعا فاشيا كذا وكذا... (1).

وأما العلم الذي تفيده، فهو الظن الغالب، دون ما تفيده شهادة الاستفاضة (2).

ثانيا: حكمها: جائزة للضرورة، وهي من باب التيسير ورفع الحرج الذي جاءت به الشريعة الغراء، توثقا لحقوق الناس إذ فيها توسعة عليهم لتحصيل أملاكهم وأخذ أموالهم واستحقاقها، في حالة تقادم الزمان بينهم وبين مورثيهم، وانعدام البيئات وموت الشهود، ولذلك ينقل لنا ابن أبي زيد في نوادره عن أصبغ قوله «شهادة السماع توسعة لأهل الحيازات فيما قدم من الزمان، وماتت فيه البيئات» (3). مع أن الأصل في الشهادة أن تكون عن مشاهدة ومعاينة، إلا فيما تصح فيه بالسماع من الناس، وجريانه مجرى الاستفاضة، لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للرجل : «تري الشمس؟ قال: نعم: قال على مثلها فاشهد أو دع» (4). ولا يتم العلم مثل الشمس إلا بالمعاينة والمشاهدة. وهذا النوع من الشهادة، يحصل في أمور يصعب على كل إنسان أن يراها ويجزرها، وإنما يختص بمشاهدتها ومعاينتها وحضورها خواص الناس، فإذا أخبر الشاهد من يثق به من الناس بهذه الأمور، فله أن يشهد عليها ولو سمعها دون أن يراها ولكنها بشروط، لأنها أمور يترتب عليها أحكام دائمة كالملكية، والنسب والرضاع... ونحو ذلك، فلو لم تقبل فيها شهادة السماع لأدى ذلك إلى الحرج وتعطيل الأحكام وضياع الحقوق.

ثالثا: الحقوق التي يتوثق لها بشهادة السماع:

جمهور المالكية على جواز شهادة السماع وقبولها في حقوق كثيرة ومسائل معدودة وقع التنصيب عليها، وهي محلها الذي قصد بالتوثيق ويمكن إجمالها في الأمور الآتية: -الأحوال الشخصية: كالنسب والرضاع، والنكاح، والحمل والولادة، وتضرر الزوجة،...-الحقوق المالية: كالوصية، والملكية، والوقف أو الحبس، والإرث، والاستحقاق والزكاة، والصدقات، والصدقات...-مسائل الأهلية: كالموت، والولاية والعزل، والجرح والتعديل، والرشد والإسلام... وكل ما

(1) _ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص377. ابن عبد البر الكافي، 468. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص427.

الخطاب، مواهب الجليل ج6، ص192. الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص230. جعيط، المصدر نفسه، 302.

(2) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص427.

(3) _ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص378.

(4) _ سبق تخريجه، ص250 من هذا البحث.

تقادم وطال زمانه واشتهر وشاع أمره بين الناس⁽¹⁾.

بينما فرق بعضهم بين الأموال والأحوال الشخصية، فأجازها في المال دون النسب وهو قول أصبغ وكذا سحنون، ولم يجزها إلا بالشهادة على الشهادة أو بتواتر الخبر⁽²⁾، وأنها لا تجوز إلا بها⁽³⁾.

وفي رواية عن ابن القاسم أنه لا يثبت بها النسب، وإنما هي في الأموال خاصة، إلا أن تشتهر، وكذا في كل ما يصح بالاستفاضة، كأن يكون النسب مشهورا والولاء مشهورا، وكذا اشتهار النكاح والوقف، قال صاحب الكافي: «قال ابن القاسم: لا يثبت بذلك نسب وإنما يستحق به المال، إلا أن يكون أمرا مشتهرا مثل: نافع مولى ابن عمر، أو عبد الرحمن بن القاسم بن محمد...»⁽⁴⁾.

و أكثر المالكية على أنها جائزة في النسب أيضا وغيره من الأحوال الشخصية، وفي كل أمر يراد التوثيق له وهو أكثر قول مالك وابن القاسم⁽⁵⁾. وجمهورهم على أنها تجوز في مواطن تقتضيها الضرورة والحاجة، قد توسعوا فيها حتى أوصلها بعضهم إلى سبعة وثلاثين موطنًا⁽⁶⁾.

ووافقهم في ذلك الشافعية⁽⁷⁾، بينما خالفهم الحنفية⁽⁸⁾ والحنابلة⁽⁹⁾، وجعلوها في أمور مخصوصة، وقالوا بعدم التوسع في الأخذ بها، كالنكاح والنسب والدخول والموت، وولاية القاضي والوقف.

(1) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، 87-90، ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص379، ابن عبد البر، الكافي، ص468، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص430، 431، شرح الخرشبي، ج7، ص212، الدردير، الشرح الكبير، ج4، ص198، وقد ذكر ابن رشد من المواطن التي يشهد فيها بالسماع أحدا وعشرين موطنًا، نظمها ابن فرحون في أبيات في تبصرته، ج1، ص430-431.

(2) _ أي إذا تواتر الخبر واستفاض على نسب فلان، مثل العلم بنسب الإمام مالك أنه ابن أنس، وسعيد بن المسيب، وابن القاسم،... جازت الشهادة وإلا فلا.

(3) _ ابن أبي زيد، النوادر، ج8، ص379.

(4) _ ابن عبد البر، الكافي، ص468.

(5) _ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص380.

(6) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص430.

(7) _ الشريبي، مغني المحتاج، ج4، ص448-449.

(8) _ الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص267.

(9) _ ابن قدامة، المغني، ج9، ص161.

وعليه، فالذي جرى به العمل عند المالكية، جواز العمل بشهادة السماع في كل أمر طال زمانه وتقادم أمره، إذا حملها الثقات أو غيرهم⁽¹⁾، فتوثق بها الحقوق وتثبت، فإذا قال الشهود: لم نزل نسمع أن هذه الدار حبس على فلان، تحاز حوز الأعباس، كما يثبت بها النسب، والولادة، والولاء والنكاح...، وكل أمر أريد التوثيق له سواء تعلق بالأموال، أو بالأحوال الشخصية أو بمسائل تتعلق بالأهلية، وبيان ذلك كالآتي⁽²⁾:

أولاً: الأحوال الشخصية

1- الحمل:

جاء في البهجة: «فإذا شهدت بينة السماع الفاشي من أهل العدل وغيرهم، أن الأمة الفلانية حملت من سيدها فلان، حملاً ظاهراً لا خلاف فيه، فإنها تصير بذلك أم ولد، إن ادعت سقوطه، وتصديق في ذلك إن أقر السيد بوطنها، وإلا فلا»⁽³⁾. وكذا إذا ثبت أن فلانة المطلقة قد حملت من زوجها قبل طلاقها، أو المتوفى عنها زوجها قبل وفاته بينة السماع الفاشي، فيثبت بذلك نسب الولد إلى أبيه، وكذا استحقاق النفقة.

2- النكاح:

فإذا أتى المدعي منهما بينة بالسماع الفاشي على النكاح وإشهاره بالدف وغيره، ثبت على المشهور، وبه العمل⁽⁴⁾. كما يثبت بالسماع الفاشي الزوجية لاستحقاق الميراث لأحدهما إن توفي الآخر⁽⁵⁾.

أما في إثبات النكاح ودعوى الزوجية على امرأة في عصمة رجل آخر، فإن شهادة السماع لا تفيد، لأن شهادة السماع لا ينتزع بها من يد حائز، أما لو ادعى رجل على امرأة ذات زوج أنها امرأته وأقام على ذلك شهادة قطع أوبت، لا شهادة سماع، فإنه يفسخ نكاحها وترد إليه بعد الاستبراء إن كان الثاني قد وطئها⁽⁶⁾.

(1) _ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص378، جعيط، الطريقة المرضية، ص203.

(2) _ ميارة، شرح التحفة، ج1، ص134-136. جعيط، المصدر نفسه، ص204-209.

(3) _ التسولي، البهجة شرح التحفة، جج1، ص133.

(4) _ التسولي، البهجة، جج1، ص133. جعيط، الطريقة المرضية، ص204.

(5) _ ميارة، شرح ميارة على التحفة، ج1 ص134

(6) _ الخطاب، مواهب الجليل ج3، ص533. الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ج2، ص330. الغرياني، مدونة الفقه

المالكي، ج2، ص577.

3-الرضاع: فإذا قامت بينة بالسماع به، لم يكن للرجل أن يعقد على المرأة وتنتشر الحرمة توثقا للأنساب، أما إذا قامت بينة بالسماع به، وكان ذلك بعد العقد على المرأة، فليس لها أن تمنع نفسها بذلك، لكونها في حوز الزوج وعصمته⁽¹⁾، للقاعدة: بينة السماع لا ينتزع بها من يد حائز والزوجة هنا محوزة بالعقد عليها، فلا تفيد بينة السماع بالرضاع فيها شيئا⁽²⁾.

4-الحيض: فتقبل بينة السماع به ويثبت البلوغ، ويتوثق للخروج من العدة احتياطا للأنساب.

5- النسب والولاء: بأن فلانا ابن فلان، أو أن فلانا معتق لفلان أو معتق لأبيه أو جده فيرثه بذلك إن لم يكن له عاصب من نسبه⁽³⁾. واختلف فيه المالكية كما جاء في الكافي: «الشهادة على السماع عند مالك وأصحابه جائزة في النسب المشهور وفي الولاء المشهور، فإذا قال الشهود: «لم نزل نسمع أن فلان بن فلان مولى فلان بن فلان، مولى عتاقه» من عتق جده أو «أنه ابن عمه»، ثبت بذلك النسب والولاء، وقال ابن القاسم: لا يثبت بذلك نسب، وإنما يستحق به المال إلا أن يكون أمرا مشتهرا، مثل نافع مولى ابن عمر، أو عبد الرحمن بن القاسم»⁽⁴⁾.

كما يؤكد هذا الاختلاف ابن رشد في البيان والتحصيل بما نصه: «وأما إن لم يكن السماع بذلك مشهورا-(أي بالنسب)- يصح للشاهد به الشهادة على القطع، فقال: لم أزل أسمع، من أهل العدل وغيرهم، أن فلانا هو ابن فلان، أو مولى فلان، ففي ذلك اختلاف، قيل إنه يثبت بذلك النسب والولاء، وهو قول أشهب وكذا قول ابن القاسم، وقيل إنها لا يثبت بها النسب ولا الولاء، ويستحق بها الميراث، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية، وفي المدونة»⁽⁵⁾. وينقل صاحب الطريقة المرضية عن وثائق الجزيري: أن يقول ابن القاسم العمل، وكذا عن مفيد الحكام لابن المناصف: أن هذا كله إذا لم يكن للمال وارث مستحق⁽⁶⁾. كما خرج الشيخ جعيط⁽⁷⁾ في طريقته المرضية، في هذه

(1) _ التاودي، حلي المعاصم لبنت فكر ابن عاصم (شرحه للتحفة وهو على هامش البهجة) ج1، ص133.

(2) _ جعيط، الطريقة المرضية، ص204.

(3) _ ميارة، شرح ميارة على التحفة، ج1، ص135.

(4) _ ابن عبد البر، الكافي، ص468. جعيط، الطريقة المرضية، ص205.

(5) _ ابن رشد، البيان والتحصيل، ج9، ص462-463، جعيط، المصدر نفسه، ص205.

(6) _ جعيط، المصدر نفسه، ص205.

(7) _ محمد العزيز ابن الوزير يوسف جعيط، كان شيخا علامة محققا، تخرج من جامع الزيتونة، كان يباشر خطة التوثيق، وأستاذا مدرسا بجامع الزيتونة وكان سمي مفتيا مالكيا، كلف بإدارة مشيخة جامع الزيتونة وفروعه، كما تولى وزارة العدل ثم مفتيا للجمهورية التونسية سنة 1366هـ/1947م. توفي سنة (1389هـ/1970م). كتب مكتبة الزيتونة وفهرستها، وله كتاب في

المسألة قولاً ثالثاً، وهو ما ذهب إليه أشهب⁽¹⁾ وهو أن شهادة السماع لا يتوثق بها للحقوق، فلا يثبت بها النسب، ولا يستحق بها المال⁽²⁾.

6- الميلاد: أو الولادة فيتوثق بها لحق المرأة والولد، فإذا قال شهود السماع: «لم نزل نسمع من أهل العدل وغيرهم، أن هذه الأمة ولدت من فلان» تصير بذلك أم ولد، أو أن هذه المرأة المطلقة، أو المتوفى عنها زوجها، ولدت فتخرج بذلك من عدتها⁽³⁾.

7- ضرر الزوجين: ويترتب على شهادة السماع بها التوثيق لحق الزوجة في ثبوت الخيار لها في تطليق نفسها، وهو ما ذكره صاحب التحفة⁽⁴⁾.

ثانياً: مسائل الأهلية

1- الإسلام والردة: ويبني على شهادة السماع بالإسلام التوثيق للحق في الميراث، ذلك أن هذا المسلم يرثه ورثته المسلمون دون الكفار، وكذا على شهادة السماع بالردة، أن هذا المرتد يرثه بيت المال.

2- الجرح والتعديل: ويبني على شهادة السماع بالتعديل، قبول شهادة من عدل، وعلى شهادة السماع بالجرح، رد شهادة من جرح، توثقاً للرواية والشهادة نفسها.

3- الرشيد والسفه: ويبني على الشهادة بالسماع بترشيد فلان، نفوذ تصرفات من شهد برشده وعلى شهادة السماع بسفه فلان، رد تصرفاته وعدم نفوذها⁽⁵⁾. توثقاً للحقوق المتعلقة به أو بغيره.

4- ولاية الحاكم وعزله: تترتب على شهادة السماع بالولاية، مضي حكمه، وبالعزل عدم مضيئه، توثقاً للأحكام والحقوق.

ثالثاً: الحقوق المالية

التوثيق هو "الطريقة المرضية في الاجراءات الشرعية على مذهب المالكية. ينظر عبد اللطيف الشيخ، التوثيق لدى فقهاء المذهب، ص 686.

(1) _ ابن رشد البيان والتحصيل، ج 9، ص 463.

(2) _ الونشريسي، المعيار، ج 10، ص 157. جعيط، الطريقة المرضية، ص 205.

(3) _ ميارة، شرح ميارة على التحفة ج 1، ص 135. جعيط، المصدر نفسه، ص 205.

(4) _ ميارة، المصدر نفسه، ج 1، ص 136.

(5) _ ميارة، المصدر نفسه، ج 1، ص 135. جعيط، الطريقة المرضية، ص 206.

1- انتقال الأملاك: والتوثيق لها حيث يبنى على شهادة السماع بذلك، تملك المشهود له الحائز على العقار بسبب من أسباب انتقال الملك، من القائم أو من أحد آباءه، إذا طال زمانه وتقادم، بأن أقام العقار بيد الحائز عشرين سنة على ما به عمل أهل قرطبة⁽¹⁾. أو أكثر من ذلك مثل ما هو مختلف فيه.

2- الأحباس القديمة: التي مضى عليها نحو العشرين عاما، فإذا شهدت بينة السماع للحائزين له⁽²⁾، أو لمن لا يد عليه لأحد، فإنها تحاز بما تحاز به الأحباس وأنها تحترم باحترامها⁽³⁾. ولا تشترط تسمية المحبس ولا إثبات ملكه في شهادة السماع، بخلاف ما لو شهد على المحبس بالبت أو القطع⁽⁴⁾، فإنه لا يثبت المحبس حتى يشهدوا بالملك للمحبس⁽⁵⁾.

هذا وقد زيد على هذه الأمور التي تجوز فيها شهادة السماع، الصدقات، والخلع، والطلاق، والقسمة والحراية، والفقر، واللوث، والعتق والموت... الخ فيتوثق بهذه التصرفات والحقوق، في النسب والعدة واستحقاق المال أو الميراث، أو انتقال الملكية وغيرها بهذه الشهادة.

وقد ترجم البخاري: (باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض والموت القديم) و ذكر حديث عائشة رضي الله عنها في رضاعها من زوجة أفلح، وقول النبي صلى الله عليه وسلم لها: "إئذني له"، وحديثها في استئذان عم لحفصة من الرضاع، فإن فيهما الحكم بشهادة السماع المستفيض في الرضاع والنسب⁽⁶⁾ توثقا للحقوق.

رابعا: شروط قبول شهادة السماع:

اشترط المالكية لقبول شهادة السماع والتوثيق بها للحقوق عدة شروط هي:

1- أن لا يستخرج بها من يد حائز، وإنما يشهد بها لمن كان الشيء بيده فيحكم له بصحة

(1) _ أبو علي الحسن بن رحال، حاشيته على شرح ميارة على التحفة ج1، ص138. جعيط، الطريقة المرضية، ص206

(2) _ الخطاب، مواهب الجليل وبهامشه التاج والإكليل للمواق، ط3، دار الفكر 1992م، ج6، ص191-192.

(3) _ الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص230-231. جعيط، الطريقة المرضية، ص207. ميارة، شرح تحفة الحكام ج1، ص136.

(4) _ شهادة البت أو القطع عكس شهادة السماع، فالشاهد لا يصرح فيها بالسماع أي لا يشهد به، وإنما تتضمن علم الشهود وتحققهم لما شهدوا به، ولذلك لا يجب فيها يمين على أحد، بخلاف شهادة السماع لضعفها من شهادة البت. الونشريسي، المعيار، ج10 ص157. عليش، منح الجليل، ج8، ص481. جعيط، المصدر نفسه، ص203.

(5) _ الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص191-192. الغرناطي، لوثائق المختصرة، ص242-243. جعيط، المصدر نفسه، ص207.

(6) _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب: الشهادة على الأنساب والرضاع، ج3، ص149-150.

حيازته، ومثاله أن تكون دار في يد رجل تعرف به وبآبائه، فيأتي رجل ويزعم أنها لأبيه أو جده، وأنه كان غائباً، ويأتي بمن يشهد له أنها ملكه قديماً فيطالب باستردادها، فيقيم الرجل الذي بيده حيازة الدار، البينة بشهادة السماع الفاشي على حيازته للدار منذ زمن طويل، حيث انتقلت ملكيتها من قبل الطالب لها أو آباءه أو أجداده إلى الحائز لها، أو لأبيه، بالشراء أو الصدقة أو نحوها من وجوه انتقال الأملاك، فهذه الشهادة توجب عند المالكية بقاء حيازة الدار لمن هي بيده دون الطالب لها⁽¹⁾، أي لمن بيده الشيء المشهود به وهو المدعى عليه، ولا تفيد المدعى وهو الطالب، للشرط المذكور أعلاه، فهو قاعدة، إلا أن تكون اليد الحائزة كعدمها، مثل أن يكون الذي بيده الشيء غاصبا له، فيستخرج منه ما تحت يده بشهادة السماع⁽²⁾.

2- طول الزمان: يشترط المالكية لصحة التوثيق بشهادة السماع، طول الزمان والتقدم وتصرف الحائز بالشيء المشهود به المتنازع عليه تصرف المالك، وحدد بعضهم التقدم، أو الزمان بأربعين أو خمسين سنة، وروي أنها تجوز في العشرين سنة، ومنهم من جعلها من الخمس عشرة سنة ونحوها لتقاصر أعمار الناس⁽³⁾. وروي ذلك عن ابن القاسم، ومطرف وابن الماجشون، هذا في الحقوق وسائر الأمور، بخلاف الموت فالشرط فيه قصر الزمان، وأما طوله فمبطل للسماع فيه، ولا بد من نية القطع فيه⁽⁴⁾. وبه قال ابن رشد، وعليه العمل، بينما ظاهر المدونة أن مدة السماع أربعون سنة وذلك في الملك المحاز من العقارات والأوقاف لا غير، ولا يشترط في غيرها كالموت كما ذكر، وكذا ضرر الزوجين فلا يشترط فيه طول الزمان⁽⁵⁾. بينما اختار بعضهم كأصبع عدم التحديد بمدة معينة، وإنما اكتفى بجوازها في كل أمر طال زمانه إذا حملها العدل عن أهل العدل⁽⁶⁾.

هذا واختلف المالكية أيضا في هل يجوز ذكر المدة التي سمعوا فيها الخبر أو الأمر المتقدم أم لا، فينقل ابن فرحون عن المتيطي أنه لا يجب ذكرها، بل إن الذي جرى به العمل، إسقاطها من الوثيقة وعدم ذكرها لعدم جدواها في التوثيق للحق بشهادة السماع، بينما ينقل عن بعض فقهاء الأندلس،

(1) _ ابن عبد البر، الكافي، ص468، 469. ابن فرحون، تبصرة الحكام ج1، ص428.

(2) _ التسولي، البهجة، ج1، ص136، الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج4، ص429.

(3) _ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص378، ابن فرحون، تبصرة الحكام ج1، ص428.

(4) _ ابن أبي زيد، المصدر نفسه، ج8، ص382. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص428. الخرشي، شرح الخرشي، ج7، ص211-212. الدردير، الشرح الكبير ج4، ص197-198.

(5) _ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج4، ص197. التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص134. ابن رحال، حاشيته على الشرح والتحفة، ج1، ص137.

(6) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4 ص90، ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8 ص378.

أنه لا بد من ذكر مدة السماع في الوثيقة، لما وقع من الخلاف في قدر المدة التي تجوز فيها شهادة السماع⁽¹⁾.

3-السلامة من الريب: وذلك كأن يشهد اثنان فأكثر بالسماع ووجد غيرهما في مثل سنهما لا يعلمون شيئاً عن ذلك، لم تقبل شهادتهما للريبة في ذلك توثقاً للحقوق، إلا أن يكون علم ذلك فاشياً فيهم فتقبل، وأما إن يشهد شاهدان شيخان كبيران قد باد جيلهما، قبلت شهادتهما وإن لم يشهد بها غيرهما⁽²⁾ لانتفاء الريبة في شهادتهما.

4-اليمين: وذلك بأن يحلف المشهود له ببينة السماع، فلا يقضى لأحد بشهادة السماع وحدها إلا بعد يمينه لأنها ضعيفة، ولاحتمال أن يكون أصل السماع من شاهد واحد، والشاهد الواحد لا بد معه من يمين، وروي ذلك عن ابن محرز⁽³⁾.

5- عدم تسمية المسموع عنهم: وعدم تعيينهم، وإلا خرجت من شهادة السماع إلى شهادة النقل، أو الشهادة على الشهادة فلا تقبل، لاحتمال أن يكون المنقول عنهم غير عدول، وقد اشترط في الشهادة على الشهادة عدالة الناقلين⁽⁴⁾. وينقل صاحب النوادر قول ابن الماجشون في ذلك، ونصه: «وإن ذكروا من سمعوه فقال هذا: سمعت فلانا، وهذا: سمعت فلانا، فلا يكون السماع هكذا، إنما هو عن غير معروف بعينه، فالذي يقضى من شهادة السماع أن لا ينص من سمع منه»⁽⁵⁾.

6- أن يكون السماع فاشياً من الثقات: وقد اختلف المالكية في هذا الشرط، فمنهم من جوز شهادة السماع من غير العدول، ومنهم من اشترط العدالة وينقل لنا ابن فرحون، عن ابن عبد السلام قوله: «أما كونه فاشياً فمتفق عليه، وأما كونه من الثقات فمختلف فيه، فمنهم من اشترطه ومنهم من لم يشترطه»⁽⁶⁾ لأن الشهادة على السماع - كما سبق - تفيد حصول العلم أو ظن يقاربه،

(1) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص434، التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص134-135، جعيط، الطريقة المرضية، ص206-207.

(2) ابن أبي زيد، النوادر ج8، ص378. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص429. الخرشي، شرح الخرشي، ج7، ص211-212. الدردير، الشرح الكبير ج4، ص197-198.

(3) المصادر نفسها، والتسولي، البهجة، ج1، ص138.

(4) الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص89. ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص378. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص429.

(5) ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص378.

(6) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص429.

سواء أكان من أهل العدل أو من غيرهم وهو ما نقله صاحب البهجة عن ابن الهندي في وثائقه⁽¹⁾. كما ينقل لنا ابن فرحون عن بعض الشيوخ تفصيل في ذلك، وهو أن شهادة السماع إذا كان يتوثق بها للحق وينتزع بها، فلا يجوز نقلها إلا على السماع من العدول، وإن كانت ليقر بها ويشهد على ما في يد الحائز، فهذه مختلف في اشتراط العدالة فيها، «وما جرى به العمل أهما جائزة من العدول وغيرهم، وعلى تجويز ذلك وعقده في المكاتب، مضى الناس وأثبتت السجلات والأحكام»⁽²⁾. ولأن في اشتراط العدالة من الشهود، وجعل السماع مقصورا على العدول الثقات، إخراج لشهادة السماع إلى شهادة نقل عن معينين⁽³⁾.

ولأن في قصر ذلك على الثقات العدول فقط، فيه إسقاط للعمل بالشهادة عند ضرورتها لأنه قد يسمع ذلك السماع الفاشي من اللئيم وهم غير العدول⁽⁴⁾ مع حاجة الناس الداعية لذلك عند التوثيق لحقوقهم، كما في ضرر الزوجين، فالمشهور صحة الشهادة بالسماع فيه وإن لم يكن من عدول بل من لئيم، كلفيف النساء والجيران، وكذا في غيره مما يثبت بشهادة السماع، فلا بد فيه من الجمع بين أن يكون من العدول أو من غيرهم، لأنه إن كان لا يشترط كون السماع من العدول في الضرر المؤدي للفراق فأحرى ألا يشترط في غيره⁽⁵⁾. وهذا الذي به العمل واعتمده الموثقون وأقروه⁽⁶⁾، لما فيه من التوثيق للحقوق وصيانة المصالح.

7- أن يشهد على ذلك شاهدان فأكثر: والمشهور في المذهب الاكتفاء بشهادة اثنين، كما قيل بأربعة، وهي رواية عن ابن حبيب وابن الماجشون⁽⁷⁾، وقيل بشاهد دون يمين إن لم يكن معه غيره وكان سماعا قاطعا، أو كان سماعا منتشرا فاشيا مشهورا، وذلك في سائر الأمور وبه قال أصبغ وابن القاسم⁽⁸⁾ وقيل يكفي فيها الشاهد الواحد مع اليمين وذلك في الأموال⁽⁹⁾.

(1) _ التسولي، البهجة شرح التحفة، ج1، ص136-137.

(2) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام ج1، ص429-430. ميارة، شرح تحفة الحكام، ج1، ص139، التسولي، المصدر نفسه، ج1، ص137.

(3) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص429-430.

(4) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص429-430.

(5) _ التسولي، البهجة شرح التحفة، ج1، ص137، جعيط، الطريقة المرضية، ص203.

(6) _ جعيط، المصدر نفسه، ص203.

(7) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص430.

(8) _ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص381.

(9) _ الدردير، الشرح الكبير، ج4 ص198.

8- ذكر سبب أو طريق الحيازة: أو انتقال الملكية إلى المالك، أو من هي في يده كالإرث أو الشراء أو الصدقة ونحوها من أسباب وطرق انتقال الملكية إلى المالكين، أما عدم العلم به وعدم ذكره، فلا يتم به شهادة السماع، وبه قال مالك وابن القاسم وأشهب⁽¹⁾. وكذا اشترط في المذهب لقبول شهادة السماع في تقرير الحيازة، ذكر من اشترى الدار أو أبوه أو جده من هذا القائم فيها أو من أبيه أو من جده، فإن لم يعلم من اشتراها، أي لم يذكر ممن تم نقلها، لم تنفع الشهادة لجواز أن يكون قد اشتراها من غاصب⁽²⁾. وذلك توثقا وحيطة للحقوق.

هذا وإن حيازة الشيء ووضع اليد عليه لا يعني استحقاقه وملكيته، وإنما يكون بشهادة السماع مع طول الزمان وتقدم ذلك ومعرفته أصل الحيازة، ولذلك يروي صاحب النوادر عن ابن القاسم عن مالك فيمن غاب عن أرض أو دار مدة من الزمن، فدخلها رجل في غيبته فيسكنها زمانا ثم مات فورثت عنه، ثم أتى الغائب فطالب بها واستحقها فهو أولى بها، ولا يلتفت إلى ما كان يسمع من الميت بأنه اشتراها أو ما شابه، لأنه قد عرف أصل حيازته لها وشاع بين الناس⁽³⁾. وفي ذلك حفظ للممتلكات وتوثق للحقوق، ولولا ذلك لادعى أقوام أموال أقوام بغير حق.

الفرع الرابع: الشهادة على الخط:

أولاً: تعريفها:

الشهادة على الخط وتسمى أيضا عند المالكية «بالرفع على الخط»⁽⁴⁾، هي أن يشهد شاهد على شيء مكتوب، أي أن يشهد أن هذا المكتوب هو بخط فلان، والمالكية هم أكثر الفقهاء تناولا لهذه المسألة بالتفصيل.

ثانياً: حكم الشهادة على الخط:

الشهادة على الخط أو "الرفع على الخط"، جائزة عند المالكية، نقل ابن فرحون عن الطرر لابن عات قوله: «الخط عندنا شخص قائم، ومثال مماثل تقع العين عليه، ويميزه العقل كما يميز سائر الأشخاص والصور، فالشهادة على الخط جائزة لما ذكرناه»⁽⁵⁾.

(1) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى ج4، ص89-90، ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص382.

(2) _ الإمام مالك، المصدر نفسه، ج4، ص89. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص428.

(3) _ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص382.

(4) _ ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، 68. ابن رشد، البيان والتحصيل، ج9، ص459-450. التسولي، البهجة في شرح

التحفة ج1، ص102، 104، 105. جعيط، الطريقة المرضية، ص34، 165، 184.

(5) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص440.

ودليل المالكية في ذلك، أن لكل شخص خطا متميزا لا يكاد يشاركه فيه غيره، كما أن لكل شخص صورة وصوتا تميزاه، فكما يميز العقل شخصا عن آخر، يميز خطه عن بقية الخطوط، وكما تجوز الشهادة على شخص بمعرفة صورته وخصائصه، فكذلك تجوز الشهادة على خطه بمعرفته. وإن كان احتمال التشابه فيها وارد كاحتمال تشابه شخص بشخص، جاء في التبصرة الفرعونية: «... أن الخط شخص يميزه العقل كما يميز الأشخاص، مع جواز الاشتباه فيها، فتجوز الخطوط»⁽¹⁾. وقد روي عن ابن القاسم قوله في معرفة الشهود للخط: «إنها كمعرفة الشهود للثياب والدواب، وسائر الأشياء، لا فرق بين ذلك»⁽²⁾.

- كما استدلت المالكية أيضا على جواز الشهادة على الخط بالقياس، حيث قاسوها على شهادة الأعمى على معرفة الصوت، فكما تجوز شهادة الأعمى على معرفة الصوت، مع إمكان التشابه في ذلك عليه، فإنها تجوز أيضا في معرفة الخط من باب أولى لأنه أقوى⁽³⁾.

- ومن الحجة أيضا عند المالكية بجواز الشهادة على الخط وقوته «أن عثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب، وطلحة والزبير وغيرهم -رضي الله عنهم أجمعين- قد شهدوا في كتاب مروان بن الحكم، الذي كتبه على لسان عثمان بن عفان رضي الله عنه في محمد بن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه بخط مروان ومن ذلك تولد على عثمان رضي الله عنه ما تولد، وهو أول حادث حدث من جهة الشهادة على الخط، فلو كانت الشهادة لا تجوز عليه، لم يشهد بها أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لاسيما في التبطن في الدماء»⁽⁴⁾.

-ومن أدلتهم أيضا أن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب ببيعته إلى عبد الملك بن مروان، ولو لم يكن الخط كافيا، لم يكتب عبد الملك من ابن عمر رضي الله عنه بالخط في هذا الأمر العظيم، وقد أدخل مالك رضي الله عنه بيعة عبد الله بن عمر لعبد الملك في الموطأ، ولم يذكر أنه أشهد على ذلك⁽⁵⁾، دليل على جواز العمل بالشهادة على الخط المجرد والرفع عليه وقبوله.

ثالثا: مجال قبول الشهادة على الخط ودورها في التوثيق للحقوق:

وإذا كان المالكية يقولون: بجواز الشهادة على الخط أو "الرفع على الخطوط" فإنهم اختلفوا

(1) _ النباهي، المرقبة العليا، ص198. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص440.

(2) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص441.

(3) _ النباهي، المرقبة العليا، ص198.

(4) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص443-444.

(5) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص444.

بعد ذلك فيما تجوز فيه هذه الشهادة، فمنهم من قصرها على المجال المالي وحده، ومنهم من عممها على جميع الحالات، في الحقوق والحدود والأموال والأحوال الشخصية، كالأنكحة والطلاق ومسائل الأهلية كالعتاق وغيرها من الأشياء.

جاء في البيان والتحصيل: «ففي الواضحة عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ، أن الشهادة على الخط لا تجوز في طلاق ولا عتاق ولا نكاح، ولا حد من الحدود ولا في كتاب القاضي إلى القاضي بالحكم، ولا تجوز إلا في الأموال خاصة، وحيث لا تجوز شهادة النساء ولا اليمين مع الشاهد، لا تجوز الشهادة على الخط وحيث يجوز هذا يجوز هذا»⁽¹⁾.

بينما يرى ابن راشد القفصي خلاف ذلك، حيث علق على قول ابن الماجشون ومطرف وأصبغ السابق، بأنها تفرقة لا معنى لها، وأن الصواب أن الشهادة على الخط تجوز في الجميع⁽²⁾، أموالاً وحدوداً وأنكحة، وأحباساً... وغيرها من الحقوق.

كما يخالف ما ذهب إليه مطرف وابن الماجشون وأصبغ وغيرهم، من عدم جواز الشهادة على الخط إلا في الأموال خاصة، ما ذكره ابن رشد في بيانه، عما روي عن الإمام مالك رضي الله عنه أنه سئل: «عن امرأة كتبت إليها زوجها بطلاقها مع من لا شهادة له، فوجدت المرأة من يشهد أن هذا خط يد زوجها، فقال: إن وجدت من يشهد لها على ذلك نفعها ذلك»⁽³⁾.

أي أن الشهادة على الخط على هذا، تجوز في الطلاق وغيره، كما هو مروى عن الإمام مالك -رحمه الله- بينما ذهب ابن لبابة⁽⁴⁾، ومحمد بن المواز⁽⁵⁾، ومحمد بن الحارث الحشني⁽⁶⁾، أن الشهادة على

(1) _ ابن رشد، البيان والتحصيل، ج9، ص474-475. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص443.

(2) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص443.

(3) _ ابن رشد، البيان والتحصيل، ج9، ص474، 475. النباهي، المرقبة العليا، ص198.

(4) _ ابن لبابة، هو أبو عبد الله أحمد بن عمر بن لبابة القرطبي، كان إماماً في الفقه والفتوى، وهو فقيه الأندلس، كما قال عنه الباجي، له مؤلفات في التوثيق وعلم الشروط، توفي سنة (314هـ). ابن فرحون، الديباج المذهب، ج2، ص189، محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ص86.

(5) _ محمد بن إبراهيم بن رباح الاسكندراني المعروف بابن المواز، روى عن ابن القاسم، وابن عبد الحكم وأصبغ كان راسخاً في الفقه والفتيا، له كتاب معروف بالموازية من دواوين وأمّهات المذهب المالكي، ولد سنة (180هـ)، وتوفي سنة (269هـ) بدمشق. عياض، ترتيب المدارك، ج2، ص72. محمد مخلوف، المصدر نفسه، ص68.

(6) _ محمد بن حارث الحشني، تفقه بالقيروان، ثم قدم الأندلس واستوطن قرطبة، كان حافظاً للفقه مقدماً فيه، عالماً بالفتيا، له مؤلفات كثيرة، توفي بقرطبة سنة (361هـ) وقيل سنة (364هـ). ابن فرحون الديباج المذهب، ج2، ص212. محمد مخلوف، المصدر نفسه، ص94.

الخط لا تجوز في أي شيء، وذلك احتياطاً وتوثقاً لما كثر من الفساد والتدليس⁽¹⁾.

وخصها بعض المالكية كابن أبي زمنين، ومحمد بن فرج مولى ابن الطلاع، وكذا ابن سهل في الأحباس دون غيرها، احتياطاً لها من التغيير وتوثقاً من أن تحال عن أحوالها، وهو عندهم مما جرى به عمل الشيوخ والقضاة في عصرهم، فينقلون لنا عن محمد بن فرج مولى ابن الطلاع الموثق قوله: «الأصل في الشهادة على الخطوط، قول مالك، وأكثر أصحابنا أنها تجوز في الحقوق والطلاق والأحباس وغيرها، إلا أن الذي جرى به العمل عند الشيوخ أنها تجوز في الأحباس وما يتعلق بها»⁽²⁾.

وقد نقل لنا النباهي المالقي في مرقبته، توجيه قول بعض هؤلاء المالكية بأن خصوص الشهادة على الخط في الأحباس دون غيرها، وكونه مما جرى به عمل شيوخ المالكية في عصرهم ونصه: «أن الأحباس يحتاط لها غاية الاحتياط حتى لا تغير عن سبيلها، كما هو مذهب مالك، أنه لا يجوز بيعها ولا نقلها وإن خربت»⁽³⁾، وأنه كان حيلة لما اشتهر من الضرب على الخط وتحسينها لها من أن تحال عن أحوالها، وتوثقاً لها من أن تغير عن سبيلها، واتباعاً لمالك في المنع من بيعها ومناقلتها وان خربت⁽⁴⁾. والشهادة على الخط فيها مما يساعد على هذا التوثق والاحتياط، بخلاف غيرها فلا تجوز فيه لأن الخط قد يزور. وهو ما ذهب إليه ابن سهل في أحكامه، رغم اعتقاده بعدم جواز الشهادة على الخط وترجيحه له، ولكنه يميز ذلك في الأحباس نزولاً عند رأي الجماعة من المالكية وما جرى به العمل عندهم، وذلك بقوله: «الصحيح عندي الذي لا أقول بغيره ولا أعتقد سواه، أنه لا تجوز الشهادة على الخط، ولكنني أذهب إلى جواز ذلك في الأحباس خاصة، على ما اتفق عليه شيوخنا- رحمهم الله- إتباعاً لهم واقتداء بهم واستحساناً لما درجت عليه جماعتهم وقضى به قضائهم وانعقدت عليه سجلاتهم»⁽⁵⁾. فجعل ذلك إجماعاً منهم في جواز الشهادة على الخط في الأحباس، وذلك حيلة وتحسيناً لها.

وزيادة في التوثق، اشترط القائلون من المالكية بحصر جواز الشهادة على الخط في الأحباس دون غيرها، أن تكون مقرونة ومدعمة بشهادة السماع وهي أن يشهد الشهود أنهم لا يزالوا

(1) _ ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص 67 . النباهي، المرقبة العليا، ص 204. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 1، ص 441-445.

(2) _ ابن سهل، المصدر نفسه، ص 65. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج 1، ص 444، 445.

(3) _ النباهي، المرقبة العليا، ص 205. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج 1، ص 444.

(4) _ ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص 68، 69 . ابن فرحون، المصدر نفسه، ج 1، ص 444.

(5) _ ابن سهل، المصدر نفسه، ص 68 . ابن فرحون، المصدر نفسه، ج 1، ص 444.

يسمعون أن الذي شهد به حبس ، كما نقل ابن فرحون في تبصرته ما نصه: «... ولا يشهد في الأحباس حتى يشهد الشهود أنهم لا يزالوا يسمعون أن الذي شهدوا به حبس، وأنه كان محازبا بما تحاز به الأحباس»⁽¹⁾. وكون الأحباس لا بد أن يقترن بها سماع بالتحبيس، وفشو عند الناس، مما قوى جواز الشهادة على الخط فيها، بينما لا يوجد هذا المعنى في غيرها في الغالب، وهو ما حمل بعض المتأخرين من شيوخ المالكية على اختيار جواز الشهادة على الخط في الأحباس دون غيرها⁽²⁾.

وعليه، اختلفت آراء المالكية حول الشهادة على الخط بين مجيز لها في كل شيء مطلقا، وبين من منعها في كل شيء مطلقا، وبين من أجازها في الأموال خاصة دون غيرها، وبين من خصها في الأحباس، وإنما كان منطلق هؤلاء جميعا هو مدى احتمال تعرض الخط للتزوير والضرب عليه، وكذا حاجة الناس للشهادة على الخط توثقا لحقوقهم وصيانة لمصالحهم.

فمن رأى أن تزوير الخط احتمال بعيد ونادر، بينما حاجة الناس وضرورتهم داعية إلى قبول الشهادة على الخط توثقا لحقوقهم قال بالجواز، ومن رأى أن تزوير الخط وارد وكثير وأن الشهادة عليه تؤدي إلى انتشاره لتغير الزمان وفساد الذمم، قال بالمنع احتياطا وتوثقا للحقوق⁽³⁾ وهو ما جاء في أحكام ابن سهل وكذا في المرقبة العليا عن محمد بن عبد الحكم «لا أرى أن يقضى في دهرنا بالشهادة على الخط، لما أحدث الناس من الفجور والضرب على الخطوط»⁽⁴⁾.

وكذا ما أكده الرجراجي بقوله: «وجه المنع هو ما أحدثه الناس من الفجور والضرب على الخطوط، ووجه الجواز أن الضرورة دعت إلى ذلك، لاندراس البيئات وانقراضها، فالمنع ذريعة إلى إبطال الحقوق وإتلاف أموال الناس»⁽⁵⁾.

رابعا: صور الشهادة على الخط

لشهادة على الخط بعض الصور تمثل تطبيقا لما هو عند جمهور المالكية، حول هذه المسألة ومدى التوثيق بها للحقوق منها:

الصورة الأولى: الشهادة على كتاب القاضي إلى القاضي:

(1) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام ، ج1، ص 444.

(2) _ ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص71 . ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص444.

(3) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص443.

(4) _ ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص67 . النباهي، المرقبة العليا، ص204.

(5) _ التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص111.

وهذه المسألة وهي كتاب القاضي إلى القاضي وإن كانت تدخل في باب حجية الخط والعمل به في التوثيق للحقوق، إلا أن بعض المالكية يوردها ضمن صور الشهادة والرفع على الخطوط، لما فيها من اختلاف في الشهادة على كتاب القاضي إلى القاضي، وكذا ما حدث من تطور في أقوال المذهب فيما يتعلق بقبولها كوسيلة توثيق .

1-تعريفها:

وهي أن يكتب قاض ببلد معين إلى قاض آخر، بكتاب يتضمن إثبات حجة قامت عند القاضي الكاتب أو المرسل في دعوى منظورة أمام قاض آخر، أو حكما صادرا من القاضي الكاتب ويطلب تنفيذه على المحكوم عليه، ولا يعرف القاضي المكتوب إليه خط القاضي الكاتب، فيشهد عنده شاهدان يعرفان خط القاضي الكاتب، أن هذا هو خطه⁽¹⁾.

2-حكمها:

أجمعت الأمة على العمل بكتاب القاضي إلى القاضي⁽²⁾ وذلك لحاجة الناس الماسة التي تدعو إلى العمل به، ولأنه لا يتوصل إلى الحقوق ولا يتمكن منها إلا به⁽³⁾، إذ قد يكون أحد شهود الخصمين في مكان والقاضي في مكان آخر، مما يكلف ذهاب الشاهد إليه مشقة وعنت كبيرين، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾⁽⁴⁾.

فلدفع هذا الضرر، يقوم القاضي الموجود في مكان إقامة الشهود بتسجيل الشهادة وإثباتها وإرسالها إلى القاضي الثاني لينظر الدعوى وبحكم بمقتضى حكم القاضي الأول⁽⁵⁾. توثقا لحقوق الناس وتمكينهم من استيفائها.

ومذهب المالكية على قبول الشهادة على كتاب القاضي إلى القاضي استحسانا، لما فيه من التوثيق للحقوق وللضرورة الداعية إليه، مع أنه خلاف الأصل، لأن كتابة القاضي لا تكون أقوى من عبارته، فلو حضر بنفسه إلى القاضي المكتوب إليه وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به إلا بشهود، فعدم قبول كتابه أولى لأنه قد يتطرق إليه التزوير واللبس لتشابه الخطوط والأختام، ومع

(1) _ عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ج2، ص538، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص25-26.

(2) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص25-26.

(3) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج2، ص26.

(4) _ سورة البقرة، الآية:282.

(5) _ عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ج2، ص538.

ذلك أجز استحسانا للضرورة⁽¹⁾. جاء في التبصرة الفرحونية: « أن أصحاب مالك وابن القاسم يميزون كتاب القاضي إلى القاضي»⁽²⁾.

والدليل على جوازه ما روى الضحاك بن سفيان⁽³⁾. قال « كتب إلي رسول الله ﷺ » أن ورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها⁽⁴⁾. ووجه الاستدلال من الحديث أن النبي ﷺ باعتباره قاضيا، قد كتب إلى الضحاك كتابا ليحكم بموجبه بتوريث المرأة دية زوجها، مما يدل على جواز كتاب القاضي إلى القاضي وقبول العمل بموجبه لما فيه من التوثيق للحقوق، إلا أن الاختلاف بين العلماء عامة والمالكية خاصة بين متقدميهم ومتأخريهم، إنما هو حول شروط قبول التوثيق به للحقوق.

3- شروط قبول كتاب القاضي إلى القاضي للتوثيق به في الحقوق:

اشترط المالكية كغيرهم من المذاهب شروطا لقبول كتاب القاضي إلى القاضي واعتباره في التوثيق للحقوق، ومن ذلك:

-**اشترطهم الإشهاد عليه بأنه كتاب القاضي:** فلا يجوز العمل بكتاب القاضي إذا جاء إلى قاض آخر حتى يشهد عليه شاهدان بما يتضمنه زيادة في التوثيق، وقد جاء في النوادر وكذا في التبصرة الفرحونية، عن ابن وهب وابن القاسم وسحنون، أنهم كانوا لا يميزون كتاب قاض إلى قاض إلا بشاهدين عدلين أنه أشهدهما بما فيه⁽⁵⁾.

في حين كان عمل متقدمي المالكية قبول كتاب القاضي إذا جاء إلى قاض آخر ولو لم يشهد عليه، والاكتفاء بإجازة الخواتم، توثقا لحقوق الناس وحرصا عليها، فكان القاضي يكتب للرجل الكتاب الذي فيه الحكم، ليسلمه إلى قاض آخر حتى ينفذ ما فيه في بلده، فما يزيد على ختمه فيجاز

(1) _ الدردير، الشرح الكبير، ج4، ص160.

(2) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص31.

(3) _ هو الضحاك بن سفيان الكلبي، كنيته أبو سعيد، صحابي كان يتزل نجدا وكان واليا للنبي ﷺ هناك على قومه، روى عنه الحسن البصري وسعيد بن المسيب . ابن حجر، الاستيعاب، ج2، ص206-207 .

(4) _ أبو داود، السنن كتاب الفرائض، باب: المرأة ترث من دية زوجها ح(2927)، ج3، ص551، الترمذي، السنن، كتاب الديات، باب ما جاء في المرأة هل ترث من دية زوجها، ح(1415)، ج4، ص37، ح(2110)، ص435، وقال حديث حسن صحيح.

(5) _ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8 ص130 . ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص25.

على ختمه له بغير بينة⁽¹⁾.

و يظهر من هذا، أن المتقدمين من المالكية لم يشترطوا الشهادة على كتاب القاضي إلى القاضي، وإنما كان عملهم جار بما كان عليه الأمر في عهد النبي ﷺ وصحابته الكرام ﷺ حيث كانت تأتي كتب النبي ﷺ فيعمل بها دون إشهاد، ككتبه إلى عماله وسعاته وقضاته، ومنها كتابه بتوريث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها -المذكور سابقا- وكذلك لما كان عليه الناس من الثقة والأمانة واستبعاد التزوير، ولكن بتغير الزمان وفساد أهله، وحدوث التهمة بينهم بالتزوير والضرب على الخطوط والوثائق، تشدد هؤلاء المتقدمين، واشترطوا الشهادة في كتاب القاضي إلى القاضي⁽²⁾ توثقا لحقوق الناس ومصالحهم، وقد رأينا قول مالك -رحمه الله- في اشتراط الشاهدين كما روي أن سحنونا كان لا يقبل كتاب أحد من قضاته إلا بشاهدين ولو تيقن أن الخط خطه ولا يفك الكتاب إلا بمحضر الشاهدين⁽³⁾. توثقا واحتياطا للحقوق.

ومع ذلك فإن الإمام مالك وبعده جمع من أصحابه، عبد الملك بن حبيب، ومطرف، وابن الماجشون، رأوا التفرقة بين كتاب القاضي الذي يأتي من أعراض المدينة إلى قاضي المدينة فيقبلونه ويجيزونه بغير بينة، إذا عرف الشاهدان خط القاضي الكاتب وختمه وذلك لقرب المسافة، وكذا إذا كان في الحقوق اليسيرة، وبين ما إذا كانت المسافة بعيدة بين القاضيين مثل المدينة إلى مكة فلا بد من إشهاد شاهدين⁽⁴⁾. ولعلمهم قصدوا بذلك أن المسافة القريبة، وكذا الحقوق اليسيرة لا يشترط لها الشهادة لانتفاء احتمال التزوير والتبديل، بخلاف المسافة البعيدة فيشترط لها ذلك زيادة في التوثيق.

ولقد جرى عمل القضاة المالكية شرق الأندلس والمغرب، على جواز كتب بعضهم إلى بعض، بمجرد معرفة خط القاضي الكاتب وختمه، والعمل بذلك دون إشهاد من القاضي على كتابه، وإن كان حامله هو المكتوب له المحكوم في قضيته⁽⁵⁾ توسعة على الناس في تحصيل حقوقهم.

بخلاف ما ذكره ابن سهل من إجماع متقدمي المالكية، على عدم العمل بكتاب القاضي إلى

(1) _ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص130. ابن رشد، البيان والتحصيل، ج9، ص161. ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص223. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص26. 27.

(2) _ النباهي، المرقبة العليا، 181. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج2، ص26.

(3) _ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص128. الونشريسي، المعيار، ج10، ص95.

(4) _ ابن أبي زيد، المصدر نفسه، ج8، ص130. ابن رشد، البيان والتحصيل، ج9، ص160. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص26-27.

(5) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج2، ص26-31.

القاضي إذا لم يكن فيه إسهاد، وخاصة إذا كان حامله صاحب القضية نفسه⁽¹⁾، إلا أنهم- كما سبق بيانه- لم يشترطوا الإسهاد في كتاب القاضي إلى القاضي، لوجود الأمانة والثقة بين الناس، فكانوا يقبلون العمل به كذلك ويتوثقون به للحقوق ويثبتون به الأحكام.

وعليه فالصواب هو قبول كتاب القاضي إلى القاضي في التوثيق للحقوق وإثباتها ولو دون إسهاد عليها، للضرورة التي تدعو الناس إلى ذلك لحفظ حقوقهم، طالما كان الخط معروفاً، والكتاب محتوماً فيكون مأمونا من التزوير والتبديل وكأنه أشهد عليه، وهو ما أكده ابن المناصف ورجحه مستندا إلى ما ذهب إليه سحنون بقوله: «فإن كان القاضي (المكتوب إليه) يعرفه (أي خط القاضي الكاتب) ويتحققه، فجائز عندي قبوله، وقد روي عن سحنون أنه كان -يميز كتب أمنائه بمعرفة الخط دون شهود، وأن ذلك ليس من باب قضاء القاضي بعلمه⁽²⁾». ⁽³⁾.

بل إن جمهور فقهاء المالكية يرون وجوب العمل بذلك، وتنفيذه ولو عزل القاضي المكتوب إليه أو مات وولي غيره مكانه. فقد جاء في التبصرة الفرحونية عن ابن حبيب: «أخبرني ابن الماحشون في القاضي يكتب للرجل كتابا إلى قاض غيره بحق ثبت له أو حق طلبه، فمات أحدهما قبل وصول الكتاب إليه، قال لا يضره موت من مات منهما، وعلى المكتوب إليه إذا ثبت عنده أن ينفذه ويعمل بما فيه، وإن مات المكتوب إليه أو عزل فحق على من ولي مكانه إنفاذه والعمل به، كما لو كان هو المكتوب إليه بعينه»⁽⁴⁾. لأن المراد في هذا كله التوثيق للحقوق وإيصالها إلى أصحابها، ولا يكون ذلك إلا بهذا الطريق، وهو «السلطان الذي إذا زال من واحد كان في آخر، وهو قول مالك وأصحابه كلهم»⁽⁵⁾.

وهو ما أخذ به متأخرو المالكية ورجعوا إليه وتظاهروا على إجازته للضرورة الداعية للتوثيق، حيث ينقل لنا ابن فرحون في تبصرته، وكذا ميارة في شرحه للتحفة عن ابن المناصف أيضا قوله: «اتفق

(1) _ ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص31. النباهي، المرقبة العليا، ص181-182. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج2 ص26.

(2) _ قضاء القاضي بعلمه: هو أن يقضي ويحكم بعلمه على أحد دون بينة (من شهود وغيرهم) أو إقرار. وقد اختلف فيها العلماء إلى رأيين فمالك وأكثر أصحابه أنه لا يقض إلا بالبينات أو الإقرار ولا يقضي بعلمه، وقال الشافعي وجماعة أن للقاضي أن يقضي بعلمه أي دون بينة من شهود وغيرهم...بينما ذهب الحنفية إلى التفصيل وتخصيص العلم الذي يحكم به القاضي وكذا بعض أصحاب مالك أنه يقضي بعلمه في المجلس أي بما يسمع وان لم يشهد عنده بذلك». ابن حجر، فتح الباري، ج13، ص159. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص458-459.

(3) _ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص130. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج2، ص28.

(4) _ ابن أبي زيد، المصدر نفسه، ج8، ص128. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج2، ص32.

(5) _ ابن أبي زيد، المصدر نفسه، ج8، ص128. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج2، ص32.

أهل عصرنا في البلاد التي ينتهي إليها أمرنا، على قبول كتاب القاضي في الأحكام والحقوق بمجرد معرفة خط القاضي دون الشاهد على ذلك ولا خاتم معروف... وقد تماثلوا على إجازة ذلك والتزامه والعمل به في عامة الجهات للاضطرار إلى ذلك»⁽¹⁾، حيث أنزلوا معرفة الخط والاقتناع بسلامته من التزوير والتحقق منه، منزلة الشهادة عليه، فألغوا شرط الإشهاد واكتفوا بمعرفة الخط، تيسيرا على الناس وتوثقا لحقوقهم، للمشقة في تحصيل الشهادة على الوثيقة، لأنهم لو كلفوا بأن يأتوا بشاهدين يشهدان على القاضي بأن ذلك الخط خطه، لتعذر تحصيل الحقوق لخوف الطريق أو فقد الشهود في أكثر المواضع وغير ذلك من الضرورات التي تقتضي منهم التوثيق لحقوقهم⁽²⁾. وهو ما علل به النباهي في مرقبته رجوع متأخري المالكية لقول المتقدمين منهم، ونصه: «و ما استسهل المتأخرون الأخذ بذلك على ما فيه... إلا لما يلحق في ذلك من المشاق التي يتعذر مع وجودها التوصل في الغالب إلى الشيء المطلوب، فليس كل طالب يقدر على استصحاب عدلين يتحملان الشهادة له على القاضي بكتابه، ويلازمونه من البلد الذي هو به إلى البلد الذي يكون فيه مطلوبه، ولاسيما عند تباعد الأقطار، وما حدث في هذه الأزمنة من تكاثر القواطع وترادف الأعدار، فأجروا المسألة مجرى الشهادة على خط الشاهد الغائب أو الميت، إذا لم يستنكر الناظر في الرسوم شيئا... وكأنهم لاحظوا استحسان الرجوع عند الضرورة إلى ما كان عليه أمر القضاة في القديم من إجازة الخواتم، والخط في التوثيق كالخاتم وأشد منه عند التأمل»⁽³⁾.

ومع ذلك فالمالكية اشترطوا في قبول كتاب القاضي إلى القاضي، معرفة المکتوب إليه خط الكاتب، وإلا فالمطلوب شهادة شاهدين عدلين لهما دراية بالخطوط على أن ذلك هو خط القاضي الكاتب⁽⁴⁾ توثقا للحقوق وحفاظا عليها .

- اشتراطهم قراءة كتاب القاضي على الشاهدين: كما اشترط المالكية بالإضافة إلى الشهادة على كتاب القاضي قراءته على الشاهدين، ولكنهم اختلفوا في ذلك عن مالك على روايتين⁽⁵⁾.

كما أن الإمام مالك-رحمه الله- لم يشترط كون الكتاب محتوما للاعتماد على شهادة

(1) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، 28. ميارة، شرح التحفة ج1، ص101.

(2) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج2، ص28. ميارة، المصدر نفسه، ص74.

(3) _ النباهي، المرقبة العليا، ص182-183.

(4) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص28. الونشريسي، المعيار، ج10، ص197.

(5) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج2، ص25.

الشهود، مع عدم اشتراط علم الشهود بما تضمنه وإنما الحتم للاحتياط⁽¹⁾، فقد جاء في التبصرة الفرحونية ما نصه: «... ويستحب أن يكتب ذلك في كتاب محتوم، والاعتماد على الشهادة، إذ لو شهدا بخلاف ما فيه لجاز إذا طابق ذلك الدعوى، ولو شهدا بما فيه وهو غير محتوم لجاز أيضا»⁽²⁾ توثقا وحيطة للحقوق.

وعليه، فإن المالكية - كما رأينا - لم يتشددوا كثيرا في قبول كتاب القاضي إلى القاضي، وخاصة المتأخرين منهم، الذين رأى جمهورهم الرجوع إلى أقوال المتقدمين في عدم اشتراط الشهادة والاكتفاء بالخط المجرد ومعرفته، وحتى بعدم اشتراط قراءة الشهود لذلك، لأنه لو كلف رب الحق أن يأتي بشاهدين يشهدان على القاضي، مع تعذر ذلك أحيانا لتعطلت الحقوق وضاعت المصالح.⁽³⁾ وفي هذا الرأي من الوجاهة ما يدل على تيسير المالكية وعدم تشددهم في قبول الشهادة على الخط، توثقا للحقوق وحفاظا على المصالح.

4- الحقوق التي يتوثق لها بكتاب القاضي إلى مثله:

ولأجل ما سبق أطلق المالكية القول بقبول كتاب القاضي إلى القاضي، في جميع الحالات وفي جميع الحقوق بلا استثناء للحدود والقصاص، لأنه لا فرق عندهم بين كتاب القاضي وبين الشهادة، فكما يتوثق للحقوق والحدود بالشهادة وبها تثبت، فإنها تتوثق وتثبت بكتاب القاضي إلى القاضي كذلك بلا فرق⁽⁴⁾.

فقد جاء في المدونة: «قلت: رأيت كتب القضاة أتجوز في قول مالك في الحدود والقصاص؟ قال: قال مالك: شهادة الشهود على الحدود وغيرها جائزة، ففي هذا ما يدل أن كتب القضاة في ذلك جائزة في رأيي»⁽⁵⁾. ولذلك رأيناهم لا يشترطون الإشهاد ولا يوجبونه في كتاب القاضي إلى القاضي بالحقوق وغيرها، وأن ذلك ما جرى واستقر به العمل عندهم⁽⁶⁾، فقد ساووا كتاب القاضي إلى القاضي بالشهادة وقاسوه عليها في الدور الذي يلعبه في التوثيق للحقوق وإثباتها، كما ربطوا

(1) _ النباهي، المرقبة العليا، ص 180.

(2) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 2، ص 26 و ص 37.

(3) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج 2، ص 28.

(4) _ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج 8، ص 118. الخرشي، شرح الخرشي، ج 7، ص 170، الدردير، الشرح الكبير، ج 4، ص 16.

(5) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج 4 ص 77 .

(6) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 2، ص 28. ميارة، شرح التحفة، ج 1، ص 101.

كتاب القاضي إلى القاضي بالشهادة على الشهادة، فكل ما يثبت بها يثبت به، فهم يقبلون الشهادة على الشهادة في كل الحقوق والأموال والحدود والعقوبات وسائر الأموال، ولا يفرقون بينها وبين الشهادة الأصلية⁽¹⁾، فكذا يقبلون كتاب القاضي إلى القاضي في كل ذلك دون فرق بينهما. ويترتب على الشهادة في كتاب القاضي إلى القاضي، عدة مسائل تمثل تطبيقات لما ذهب إليه المالكية في هذه القضية وتبرز دورها في التوثيق، منها:

المسألة الأولى:

إذا كتب قاض إلى قاض بكتاب فيه اختلاف بين الفقهاء، والقاضي المكتوب إليه لا يرى ذلك الرأي ولا يأخذ به وإنما يخالفه، فهل يأخذ بذلك الرأي أم يدعه، وما أثر ذلك على التوثيق لحقوق الناس؟ فالمالكية على رأيين في ذلك:

الرأي الأول: لمن يقول منهم بجواز تنفيذ القاضي المكتوب إليه ذلك الحكم ولو كان مخالفا له⁽²⁾. وهو ما به العمل⁽³⁾، فقد روي عن أشهب قوله بوجوب تنفيذه من المكتوب إليه وقبوله، لأنه لا يجوز له نقض قضاء غيره إذا وافق قولاً للعلماء⁽⁴⁾. ولأن في عدم تنفيذ القاضي المكتوب إليه، الحكم الذي قضى به القاضي الكاتب، إضرار بالمحكوم له (أي صاحب القضية)، لأنه قد ثبت له ما حكم له به القاضي الأول، ولا يتوثق لحقه إلا بذلك، ولا يستطيع الوصول إليه إلا بالقضاء، فإذا رفض القاضي الثاني المكتوب إليه، تنفيذ ما حكم به القاضي الكاتب، تعطلت مصالح المحكوم له، وضاعت له حقوق حكم له بها من له نظر وسلطان⁽⁵⁾.

الرأي الثاني: لمن يقول من المالكية بعدم جواز ذلك، حيث روي عن سحنون قوله: « إذا كتب إليه بأمر، فرأى هو خلافه فلا ينفذه، لأن ذلك لم ينفذ شيئاً، فلا ينفذ هذا ما ليس بصواب عنده»⁽⁶⁾. ولا يحل له أن يميز أحداً على ما هو عنده خطأً، وذلك كأن يكتب إليه قاض حنفي مثلاً

(1) _ ابن عبد البر، الكافي، ص 466. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 1، ص 435.

(2) _ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج 8، ص 129. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 2، ص 28. التسولي، البهجة، ج 1، ص 79.

(3) _ ابن أبي زيد، المصدر نفسه، ج 8، ص 129. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج 2، ص 29.

(4) _ التسولي، البهجة، ج 1، ص 79.

(5) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 2، ص 29.

(6) _ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج 8، ص 129.

بأن يمكن رجلا من امرأة زوجته بغير ولي⁽¹⁾. وبمثله جاء في الواضحة لابن حبيب عن مطرف⁽²⁾.

وهذا إذا بت القاضي الأول(الكاتب) وحكم في القضية، أما إن كان قد كتب للقاضي الثاني المكتوب إليه في بلد آخر، بما ثبت عنده للخصم من إقرار أو شهادة، ولم يفصل أو يبت في ذلك الحكم، وإنما ترك ذلك للقاضي المكتوب إليه، ليبت فيه ويصدر فيه حكمه، بناء على ما يثبت عند القاضي الكاتب، فلا خلاف في المذهب المالكي، أن القاضي الثاني المكتوب إليه، إنما يحكم في ذلك برأيه الذي يختاره هو، ولا يعمل برأي القاضي الذي كتب له بما ثبت عنده والمخالف له في ذلك، وإنما يحكم بما يوافق مذهبه⁽³⁾. وكل ذلك حيطة وتوثقا لحقوق الناس وضمان استيفائهم لها، بكل ما يسر لهم مصالحهم ويتماشي مع أعرافهم توسعة عليهم.

المسألة الثانية: إذا كتب قاض إلى قضاة في بلد آخر يلزمهم بتنفيذ ما في كتابه، هل يشترط في ذلك تعيين القاضي المكتوب إليه، أم المهم هو تنفيذ ما جاء في الكتاب والتوثيق به لحقوق المحكوم له، ولو دون تحديد قاض بعينه؟.

ذهب المالكية إلى عدم اشتراط تعيين القاضي المكتوب إليه من طرف القاضي الكاتب، فكما يجوز للقاضي الأول أن يرسل بكتابه إلى قاض بعينه في بلد آخر ويلزمه بقبوله، فكذلك يجوز عندهم أن يرسل بكتاب مطلق إلى كل من يصله من قضاة الأمصار في أي بلد دون تعيين، ويلزمهم بتنفيذه أيضا⁽⁴⁾. جاء عن ابن رشد في بيانه: «... أن يكتب له إلى قضاة الآفاق أي كان بأي بلد كان، وأنه حق على كل من ورد عليه ذلك الكتاب أن يقضي به ويعمله دون خلاف، كما لا اختلاف أيضا أنه إذا كتب إلى قاضي موضع فوجد ذلك القاضي قد مات أو عزل وولي غيره فعليه إنفاذ ذلك الكتاب والعمل به»⁽⁵⁾. فهم لا يشترطون تعيين قاض بعينه بل إن القاضي المكتوب إليه، لو مات أو عزل مثلا، وجب على من ولي مكانه تنفيذ كتاب القاضي الأول الكاتب، كما لو كان أرسل إليه هو بعينه، قال في التبصرة الفرحونية: «وان مات المكتوب إليه أو عزل فحق على من ولي مكانه

(1) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص29.

(2) _ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص129.

(3) _ ابن أبي زيد، المصدر نفسه، ج8، ص129. ابن فرحون تبصرة الحكام، ج2، ص28-29. التسولي، البهجة، ج1، ص79.

(4) _ ابن رشد، البيان والتحصيل، ج9، ص242. النباهي، المرقبة العليا، ص184-185. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص29. جعيط، الطريقة المرضية، ص233.

(5) _ ابن رشد، المصدر نفسه، ج9، ص242-243. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج2، ص29.

إنفاذه والعمل به كما لو كان هو المكتوب إليه بعينه»⁽¹⁾. لأن المراد من هذا كله هو التوثيق للحقوق وإثباتها لأصحابها، وهو أمر لا يتحقق إلا بالسلطان الذي إذا زال من واحد كان في آخر⁽²⁾، وقد ذكر صاحب شرح التحفة عن ابن القاسم: «من ثبت حقه عند قاضي فله أن يكتب له بذلك كتابا إلى أي الآفاق كان، لا يسمى قاضيا بعينه ولا بلدا بعينها»⁽³⁾.

وهذا بناء على أن المالكية يذهبون إلى أن تغير حال القاضي الكاتب أو القاضي المكتوب إليه على أي حال كموت أو عزل مثلا، لا يؤثر على وجوب تنفيذ ما في الكتاب والعمل بمقتضاه وذلك حرصا منهم على التوثيق لحقوق الناس، وتسهيل استيفائهم لها⁽⁴⁾، وهو ما به العمل وهو مذهب المدونة⁽⁵⁾. وقد جاء فيها عن الإمام مالك-رحمه الله- «ذلك جائز من عزل منهما أو مات، فالكتاب جائز ينفذه هذا الذي ولي وإن كان الكتاب إنما كتب إلى غيره»⁽⁶⁾. ولأن الهدف من هذا هو التوثيق للحقوق، ولا يتأتى ذلك إلا بقوة القضاء ممن كان وفي أي مكان كان.

واحتياطا للحقوق، فإن بعض المالكية قيدوا جواز ذلك بما إذا أشهد القاضي الكاتب على كتابه، لأن إشهاده عليه كإشهاده على حكم نفذ⁽⁷⁾، مع أن جمهورهم لا يشترطون الإشهاد على كتاب القاضي، بل زاد بعض متأخري المالكية على ذلك، كتابة الشهادة على معرفة خط القاضي ووضع علامة الشاهد عليه، وكل ذلك احتياطا للحقوق وتوثقا لها من الإنكار والنسيان وتحفظا مما حدث في الناس من الشر والحيل⁽⁸⁾.

الصورة الثانية: الشهادة على خط الشاهد:

1- تعريفها أن يشهد شاهد في وثيقة، فيغيب أو يموت فيقوم عدلان يعرفان خطه فيشهدان

(1) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص31.

(2) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج2، ص31.

(3) _ ميارة، شرح التحفة، ج1، ص68.

(4) _ ابن رشد، البيان والتحصيل، ج9، ص159-160، ابن عبد البر، الكافي، ص500 ميارة، شرح التحفة، ج1، ص70. جعيط، الطريقة المرضية، ص233-234.

(5) _ التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص79.

(6) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص77.

(7) _ ابن رشد، البيان والتحصيل، ج9، ص160-161. ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص120. ابن عبد البر، الكافي، ص500-499. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص31. التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص78. جعيط، الطريقة المرضية، ص226-229.

(8) _ ابن رحال، حاشية بن رحال على شرح ميارة على التحفة. ج1، ص69. جعيط، المصدر نفسه، ص186، و196-226.

أن هذا خط فلان، ليبقى العمل بشهادته لتعذر حضوره عند القاضي توثقا لها وحتى لا يتطرق إليها البطلان.

2- حكمها: اختلف فيها المالكية إلى قولين :

القول الأول: الجواز، ورواه ابن القاسم وابن وهب ومطرف عن مالك، وبه قال سحنون أيضا⁽¹⁾. كما أجازها أصبغ ولكن مع عدم تعجل القاضي الحكم بها، ولا الشاهد بذلك، وإنما يتثبت منها⁽²⁾. فالمشهور في المذهب المالكي أن الشهادة على خط الشاهد الغائب أو الميت جائزة وهذا ما لم يستنكر الشاهد شيئا⁽³⁾. وقد حكى ابن رشد في بيان، عدم اختلاف قول مالك في الأمهات المشهورة في إجازتها وإعمالها⁽⁴⁾. وهو مذهب اللخمي معللا الجواز بالضرورة إلى التوثيق للحقوق بقوله « الشهادة على خط الشاهدين لغيبته أو موته، صحيحة على الصحيح من القولين لأنها ضرورة»⁽⁵⁾، ولأن الخط إذا تكررت رؤيته حصل العلم به، فصحت الشهادة عليه، كما روي ذلك عن الإمام مالك⁽⁶⁾.

هذا وقد جرى العمل في الشهادة على الخط بالاكتفاء بشهادة الواحد دون اليمين، وعلّة ذلك أنهم عدوا الشاهد على الخط بمتزلة المقوم والمخبر وغيرهما، أي أن فعله من باب الخبر لا من باب الشهادة، ولأن باب الخبر يكتفى فيه بالواحد عكس الشهادة، ولذلك فكما يرجع لأهل الصنائع في صنعتهم، كذلك يرجع لأهل الخط في الإخبار بأن هذا خط فلان⁽⁷⁾.

ثم اختلف المجيزون لهذه الشهادة بعد ذلك في مقدار غيبة الشاهد التي تجوز معها الشهادة على خطه، فحددها ابن الماجشون بما تقصر فيه الصلاة، واشترط أصبغ مسافة بعيدة، ومثل لها بمكة من العراق وافريقية من مصر ونحو ذلك، بينما لم يحددها سحنون وإنما قال: « الغيبة البعيدة» أي المعتبر

(1) _ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص261. ابن سهل، الأحكام الكبرى، ص67. ابن عبد الرفيع، معين الحكام، ج2،

ص659-660. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص441. ميارة، شرح التحفة، ج1، ص102.

(2) _ ابن أبي زيد، المصدر نفسه، ج8، ص264، ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص443.

(3) _ ميارة، شرح التحفة، ج1، ص101.

(4) _ ابن رشد، البيان والتحصيل، ج9، ص439، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص441، ميارة، المصدر نفسه، ج1،

ص101.

(5) _ ميارة، شرح المصدر نفسه، ج1، ص101-100.

(6) _ النباهي، المرقبة العليا، 204.

(7) _ الوئشريسسي، المعيار، ج10، ص196، التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص104، جعيط، الطريقة المرضية،

ص184.

عنده الغيبة البعيدة من غير تحديد⁽¹⁾، أي أن يرجع في ذلك إلى العرف، وهو رأي منطقي وعملي، إلا أنه كما ذكر صاحب البهجة، قد جرى العمل بالقول الأول⁽²⁾. وتوجيهه أن كل ما يلحق الشاهد فيه حرج ومشقة، يعتبر غيبة بعيدة يجوز معها الشهادة أو الرفع على الخط توثقا للحقوق.

القول الثاني: عدم الجواز، وهي إحدى الروايتين عن مالك، فيما نقله ابن عبد البر في الكافي⁽³⁾. وابن سهل في الأحكام⁽⁴⁾. وكذا ابن رشد في البيان والتحصيل⁽⁵⁾. كما روي عن ابن القاسم عن مالك، وقال به ابن الماجشون ومطرف ومحمد بن الحارث⁽⁶⁾، وهو ما ذهب إليه محمد بن المواز معللا ذلك بأنه «الاحتياط لما كثر من الفساد والتلبس، فلربما كان أصل المكتوب على وجه التقية، وشهوده لو كانوا أحياء أخبروا بذلك، فيعمل بالشهادة على خطوطهم فيما لا يشهدون به لو حضروا»⁽⁷⁾. وقد أكد ذلك بقوله: «ما علمت من حكم به... والذي آخذ به أنه لا تجوز الشهادة على الخط، إلا خط من كتب شهادته على نفسه فهو كالإقرار»⁽⁸⁾. وذهب ابن لبابة إلى ما ذهب إليه محمد بن المواز، وكذا قال به ابن عبد الحكم⁽⁹⁾، وفي تبصرة ابن فرحون أن مشهور قول مالك أن الشهادة على خط الشاهد لا تجوز⁽¹⁰⁾، كما نقل الونشريسي في معياره عن بعض الشيوخ منعها، بناء على انتشار الضرب على الخطوط وقلة تمييز الناس لها⁽¹¹⁾.

إلا أن ما جرى به عمل القضاة، هو إجازة الشهادة على خط الشاهد الغائب أو الميت، وذلك لتوثيق بها الحقوق وتتقوى، ولذلك لم يوجد في تلك العصور والتي تليها من القضاة من يعرج على

(1) _ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص263. ابن سهل، الإعلام بنوازل لأحكام، ص67. ابن رشد، البيان والتحصيل، ج9، ص440. النباهي، المرقبة العليا، ص204. ابن فرحون تبصرة الحكم، ج1، ص446.

(2) _ ميارة، شرح التحفة، ج1، ص103. التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص106.

(3) _ ابن عبد البر، الكافي، ص475.

(4) _ ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص67.

(5) _ ابن رشد، البيان والتحصيل، ج9، ص439.

(6) _ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص216. ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص67. النباهي، المرقبة العليا، ص204. ابن فرحون، تبصرة الحكم، ج1، ص441.

(7) _ ابن رشد، البيان والتحصيل، ج9، ص439-440. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص441.

(8) _ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص261. ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص68. ابن رشد المصدر نفسه، ج9، ص439. النباهي، المرقبة العليا، ص204. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص441.

(9) _ ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص68. ابن فرحون، تبصرة الحكم، ج1، ص441.

(10) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص441. ميارة، شرح التحفة، ج1، ص101. التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص105.

(11) _ الونشريسي، المعيار، ج10، ص196، ابن رحال: حاشية ابن الرحال على شرح ميارة على التحفة، ج1، ص102.

القول بالمنع، لما في القول بالمنع من ذريعة إلى إبطال الحقوق وإتلاف أموال الناس⁽¹⁾.

وهو ما أكده ابن حارث الخشني بقوله: «جرى العمل من القضاة ببلدنا-يعني قرطبة- بإجازة الشهادة على خط الشاهد، شهدنا ذلك من القضاة قديما وحديثا»⁽²⁾. وقد استمر العمل بذلك، ويؤكد ما نقله ابن فرحون في تبصرته عن ابن راشد القفصي قوله: «والذي جرى به العمل بافريقية في زماننا- أي القرن الثامن- الشهادة على الخط»⁽³⁾.

لأن قول هؤلاء العلماء-رحمة الله عليهم- بالمنع يؤدي إلى الضرر بحقوق الناس وعدم التوثيق لها، حتى مع علة الحذر وخوف التزوير والتدليس، ولأنه - كما سبق بيانه- ندب الكتب حفظا للأموال وتوثقا لها وإزالة للريب... وهذه الفائدة للكتب لا تتم إلا بجواز الشهادة على خط الشاهد والاعتماد عليها، فالموت والغيبة يكثران، والكتب مأمور به من الله تعالى، فإذا كان لا يشهد على خطه في غيبته أو موته لم يعد للكتب فائدة⁽⁴⁾.

ولذلك، كان القول بالجواز أقوى لفوائده ولجريان العمل به قرونا كثيرة، ولذلك جاء في الحاشية على شرح التحفة ما نصه «ولذلك الناس اليوم في حدود الثلاثين بعد مائة وألف لا تجد أحدا من القضاة يعرج إلى القول بالمنع»⁽⁵⁾.

ومع ذلك ذهب بعض العلماء الى ضرورة الحذر وعدم التعجل في قبول هذه الشهادة، وهو قول أصبغ «الشهادة على خط الشاهد الغائب أو الميت قوية في الحكم بها، ولكن لا يعجل الشاهد بذلك وليثبت»⁽⁶⁾، من باب الحيطة والتوثيق للحقوق.

هذا والجدير بالإشارة هنا، أن جمهور المالكية مع القول بجواز الشهادة على الخط، بالنسبة لخط الشاهد الغائب أو الميت، لم يتشددوا في قبولها توثقا وحفاظا على الحقوق، حتى أنهم لم يشترطوا معاصرة الشاهد لصاحب الخط ومشاهدته له وهو يكتب، فإذا مات صاحب الخط جاز لمن لم يعاصره أن يشهد على خطه إذا تردد نظره على خطه، أو نقل إليه نقلا متواترا حتى عرفه واستقر في

(1) _ النباهي، المرقبة العليا، ص204، ميارة، شرح التحفة، ج1، ص103.

(2) _ ميارة، شرح التحفة، ص103، التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص105-111.

(3) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص441.

(4) _ ابن رحال، حاشية ابن رحال على شرح ميارة على التحفة، ج1، ص102.

(5) _ ابن رحال، المصدر نفسه، ج1 ص102.

(6) _ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص264.

ذهنه أنه خطه، فلا فرق بينهما⁽¹⁾. ولذا نقل ميارة عن المتبعية «... ولا يشترط فيه - أي الشاهد - أن يكون قد أدرك صاحب الخط»⁽²⁾. وكذا قول اللخمي: «ولو تكرر عليه الخط حتى لا يشك فيه، صح أن يشهد أنه خطه، لأنه إذا تكرر وطال حصل العلم به، كما نقطع بخطوط قوم ماتوا وما أدركناهم»⁽³⁾. وهو ما نقل عن سحنون وجل فقهاء المدينة، وعن ابن رشد أيضا⁽⁴⁾. وذلك من باب التسامح والتيسير على الناس، وتوثقا لحقوقهم من الجحد والضياع، وهو ما نص عليه ابن رشد بقوله: «وإنما تسامح العلماء الأخيار في موضع شهادتهم على من لا يعرفونه بعين ولا إسم، سياسة منهم في نفع العامة، ولئلا ينهولهم على وهن شهادة من أوقع شهادته على من لا يعرف، فيجترئون على جحد الحقوق المنعقدة عليهم،... ففي ذلك صلاح عظيم، وتحصين للحقوق»⁽⁵⁾.

ولكن قيد المالكية عدم اشتراط معايرة الشاهد لصاحب الخط لقبول شهادته، بكون الشاهد خبيرا بالخطوط، قادرا على تمييزها، فقد جاء في المعيار عن ابن عبد السلام أنه رد وثيقة ناولها إياه بعض الشهود يستأذنه في الرفع على خط شاهد فيها قد مات، فمنعه وقال له: إنك لم تدرك هذا الشاهد الذي أردت الرفع على خطه، وكان ابن عرفة حاضرا فقال له: «إنما لم أقبل شهادته على الخط فيها، لأنه ليس من أهل المعرفة بالخط، وليس عدم إدراك الرافع على الخط كاتبه، بمنع من الشهادة على خطه، إذا كان الشاهد عارفا بالخطوط، فإننا نعرف كثيرا من خطوط من لم ندركه»⁽⁶⁾. ولذلك اشترط ابن فرحون في تبصرته معرفة الشاهد للخطوط معرفة تامة وكذا التمييز بينها، فقال: «وإذا قلنا بجواز الشهادة على الخط، فإنه يشترط أن يكون الشاهد على الخط من أهل اليقظة والفظنة والمعرفة التامة وحسن التمييز»⁽⁷⁾. توثقا لحقوق الناس.

الفرع الخامس: شهادة اللفي:

من المعلوم في الشريعة الإسلامية، أن الأصل في الشهادة - كما سبقت الإشارة إليه - حتى تؤتي ثمرتها وهي التوثيق للحقوق، أما لا تقبل إلا من الشهود الذين تتوفر فيهم شروطها المعتمدة شرعا، وأهم هذه

(1) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص440 و442 و445، التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص104.

(2) _ ميارة، شرح التحفة، ج1، ص104.

(3) _ الونشريسي، المعيار، ج10، ص196-197. الدردير، الشرح الكبير، ج4، ص192.

(4) _ ابن رشد، البيان والتحصيل، ج9، ص465-465. الونشريسي، المعيار، ج10، ص196-197، 210-211. الدردير، المصدر نفسه، ج4، ص192.

(5) _ ابن رشد، المصدر نفسه، ج9، ص466.

(6) _ الونشريسي، المعيار، ج10، ص191. جعيط، الطريقة المرضية، ص186-192.

(7) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص443.

الشروط شرط: العدالة، والذي يعتبر بحسب الزمان والمكان والأحوال، لأنه كما قيل «لكل زمان عدوله»⁽¹⁾. ولأهمية شهادة اللفيف كوسيلة من وسائل التوثيق وحاجة الناس إليها لحفظ مصالحهم وحقوقهم في كل زمان ومكان، وكونها أمراً جديداً أضافه المالكية-المغاربة والأندلسيون على الخصوص- وجرى به العمل في التوثيق للمعاملات، فإن الكلام عنها يقتضي شيئاً من التفصيل والتحليل، وذلك بتعريفها وبيان حكمها والأصل الشرعي فيها وأقسامها، وشروطها... وغيرها من المسائل المتعلقة بها، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: تعريفها:

إن عبارة "شهادة اللفيف" مركب إضافي، يتكون من كلمتين "شهادة" وقد سبق بيانها والكلام عنها، و"اللفييف" وهو ما سأعرفه:

اللفييف لغة: جمع لف، من لف الشيء يلفه لفا إذا جمعه، واللفييف القوم يجتمعون من قبائل شتى ليس أصلهم واحداً، وجاء القوم بلفييفهم أي بجماعتهم وأخلاقهم⁽²⁾.

ومنه قوله تعالى: ﴿فَإِذَا جَاءَ وَعَدُ الْآخِرَةَ جِئْنَا بِكُمْ لَفِيفًا﴾⁽³⁾. أي جئنا بكم مجتمعين مختلطين⁽⁴⁾.

واللفييف ما اجتمع من الناس من قبائل شتى⁽⁵⁾. وهو أيضاً: «الجمع العظيم من أخلاط شتى فيهم الشريف والدينء والمطيع والعاصي، والقوي والضعيف»⁽⁶⁾.

أما اللفييف اصطلاحاً: فلم أجد-حسب ما اطلعت عليه من المصادر- تعريفاً لشهادة اللفييف كما سماها المتأخرون من المالكية الذين أدركوا جريان العمل بها، وكل ما قالوه في ذلك أنها: «شهادة غير العدول»⁽⁷⁾، أو «شهادة الكافة» أو «اللفييف غير الموسوم بالعدالة»⁽⁸⁾. أو كما بوب لها ابن فرحون في تبصرته «فيمن انعدمت عدالتهم في الشهادة أو... في القضاء بشهادة غير العدول للضرورة»⁽⁹⁾، وإنما

(1) _الونشريسي، المعيار، ج10، 144، 145. جعيط، الطريقة المرضية، ص173.

(2) _ابن منظور، لسان العرب، ج6، ص4054.

(3) _سورة الإسراء، الآية104.

(4) _القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج10، ص219، الجوهري، الصحاح، ج4، ص1427.

(5) _الجوهري، المصدر نفسه، ج4، ص1427.

(6) _ابن منظور، لسان العرب، ج6، ص4054.

(7) _ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1 ص480، ميارة، شرح التحفة، ج1، ص65-66، الورزاني، شرح الورزاني على لامية الرقاق في القضاء، دط، دت، ص23. أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الرقاق، ص232.

(8) _الونشريسي، المعيار، ج10، ص156، جعيط، الطريقة المرضية، ص171.

(9) _ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص480.

تحدث هؤلاء العلماء عن أحكامها ومتعلقاتها- وإن ذكروها باسمها- وعقدوا لها فصولا حول الأصل فيها، وأقسامها وعددها، وكيفيةها وشروطها... وغيرها من المسائل التي رأوها- والله أعلم-تغني عن تخصيصها بتعريف أو تحديدها بحد، وإن كان قد نقل الشيخ جعيط تعريفا لها لابن رشد -رحمه الله- عند ما سأله تلميذه القاضي عياض عن شهادة الكافة يريد اللفيف، فأجاب معرفا لها: «بأما ما لم يبلغ عدد الشهود حد التواتر الذي يوجب العلم»⁽¹⁾.

ولهذا حاول بعض المعاصرين وضع تعريف لها، من خلال ما استنبطوه من كلام الفقهاء عنها ومن ذلك :

1-«هي شهادة عدد كثير من الناس لا تتوفر فيهم شروط العدالة المقررة، بحيث يحصل بها العلم على وجه التواتر»⁽²⁾.

إلا أن هذا التعريف كما يبدو عليه، قد أطلق في بعض ألفاظه، كإطلاقه في العدد مع أن العمل جار -كما سيأتي- على أن شهادة اللفيف الغالب فيها أن تكون- على الأقل- من اثني عشر رجلا مسلما. كما انه جعلها تفيد العلم المتواتر، بينما هذه الشهادة ما هي إلا بديل عن شهادة العدول عند تعذرهم، فهي تقوم مقامها، وهي أقل قوة منها، والغالب أنها تفيد ظنا غالبا ليس أكثر⁽³⁾.

2- كما عرفها بعضهم بأنها: «شهادة جماعة غير مزكين وغير معروفين بالعدالة وبالتالي غير منتصبين للشهادة من الرجال والنساء والذين لم يعرفوا بالفسق، كالزنا وترك الصلاة، يشهدون إما في الأموال وإما في غير الأموال كالنسب والجنائيات، ويعمل بهذه الشهادة للضرورة حيث ينعدم الشهود العدول»⁽⁴⁾. والملاحظ على هذا التعريف أيضا، أنه لم يقيد العدد في هذه الشهادة ولا كونها من الرجال دون النساء.

3- وعرفوها أيضا بأنها: «شهادة اثني عشر رجلا مسلما، غير منتصبين للإشهاد يتحملونها على طريق الصدفة غالبا، ويؤدونها عند الحاجة إليها في حالات خاصة وبشروط محددة، ويتلقاها منهم- نيابة عن القاضي- عدل أو عدلان منتصبان للشهادة، طبقا للأوضاع التوثيقية الجاري بها العمل»⁽⁵⁾.

(1) _ جعيط، الطريقة المرضية، ص171.

(2) _ عمر الجيدي: العرف والعمل في المذهب المالكي، ومفهومها لدى علماء المغرب، الرباط، وزارة الأوقاف، 1984، ص495.

(3) _ أحمد الرهوني، حادي الرقاق إلى فهم لامية الرقاق، ص232-234.

(4) _ محمد الحبيب التجاني، النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي، المغرب- الدار البيضاء- دار النشر المغربية، 1985م، ص264.

(5) _ العلمي الحراق، التوثيق العدلي، ج1، ص471.

وتسمى أيضا شهادة العامة وشهادة الكافة، لكونها تقبل من كافة الناس وعامتهم⁽¹⁾. كما تسمى أيضا بالشهادة العرفية، لكونها نابعة من العرف إذ هي خلاف الأصل الذي جاء به الشرع وهو شهادة العدول⁽²⁾. هذا وإن الليف عموما هي الجماعة من الشهود من لم تتوفر فيهم العدالة، وقد ظهر هذا النوع من الشهادات متأخرا، ولكن اختلفت إشارة الفقهاء والباحثين، حول البلد والتاريخ اللذين نشأت فيهما شهادة الليف، فمنهم من يشير إلى أنها نشأت بالأندلس ثم انتقلت إلى المغرب، ومنهم من يرى أنها نشأت بالمغرب ثم انتقلت بعد ذلك إلى الأندلس وذلك خلال منتصف القرن التاسع الهجري. وعلى كل، فإنه يمكن القول أن هذه الشهادة ظهرت في كل من المغرب والأندلس في القرن 9هـ، اقتضتها الحاجة والضرورة لذلك، ومسيرة لتغيرات المجتمع وأحوال الناس، وظلت تتطور مع مرور الزمن إلى أن أصبحت لها قواعد خاصة وضوابط معينة⁽³⁾.

وهي خلاف الأصل، لأن الشهادة المعتبرة شرعا هي شهادة العدول، ولكن قد يصعب وجود هؤلاء العدول في كل زمان، فللضرورة ولصيانة الحقوق والتوثيق لها حتى لا تضيع، لجأ العلماء من المتقدمين والمتأخرين إلى هذا النوع من الشهادة الذي لم يكن معروفا من قبل، إلا أنها تختلف عند المتقدمين منها عند المتأخرين من المالكية، في التسمية وفي بعض الأحكام، وتتفق معها في كونها شهادة جماعة غير عدول.

ثانيا: حكم شهادة الليف في التوثيق وأصل مشروعيتها:

ذهب فقهاؤنا من المالكية إلى القول بشهادة غير العدول وإعمالها في أحوال معينة وبشروط خاصة، وأجازوا العمل بها منذ زمن بعيد، ونص متقدموهم على الأخذ بها والحكم بموجبها، واستمر العمل بذلك إلى اليوم، وقد اصطلح متأخروهم من علماء المذهب المغاربة والأندلسيين على تسميتها ب"شهادة الليف" وتوسعوا فيها للضرورة الداعية إلى ذلك، لئلا تهمل الأحكام وتضيع الحقوق، فحدث بسبب ذلك، نوع من الشهادة لم تتناوله النصوص، ولا تعرض له نقل على الخصوص⁽⁴⁾، وإنما مستنده ما ذكره العلماء⁽⁵⁾. وما استنبطوه من قواعد الشريعة وأصولها.

(1) _محمد العربي الفاسي، شهادة الليف، تحقيق أبو أويس الحسني، المغرب، الرباط، مركز إحياء التراث المغربي، مطبعة دار الثقافة، ص6.

(2) _محمد العربي الفاسي، المصدر نفسه، ص6. العلمي الحراق، التوثيق العدلي، ج1 ص471.

(3) _العلمي الحراق، المرجع نفسه، ج1، ص471.

(4) _جعيط، الطريقة المرضية، ص171.

(5) _ والوزراني، شرح الورزاني على لامية الرقاق في القضاء، ص23. أحمد الرهون التطواني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الرقاق، ص234.

وقد نقل عن ابن العربي خلاف المذهب في ذلك بقوله: « إذا كانت قرية ليس فيها عدول وبعدوا عن العدول فهل تجوز شهادة بعضهم لبعض في الأموال أم لا؟ والذي عليه الجمهور في المذهب، ولا يعرف المتقدم منهم فيه خلاف، أن شهادتهم لا تجوز وهو ظاهر قول ابن حبيب في الواضحة، ونقله الباجي، ورأيت قوما من المتأخرين يحكون عن أشياخهم أنهم كانوا يقولون بجواز الشهادة مما ذكرناه، ويعملونها للضرورة...»⁽¹⁾.

كما ينقل الشيخ جعيط عن أحد أئمة المذهب المتأخرين، أن شهادة غير العدول فيها خلاف، فبعض الشيوخ قبل شهادتهم، وقال يستكثر منهم، وينظر الأمثل فالأمثل، والأشبه فالأشبه، وقال لكل قوم عدول، ولكل زمان عدول، وبعضهم اتبع الأصل، وقال لا يقبل إلا العدول، ولا عمل على شهادة غيرهم، فيتبين من مجموع النقول أن شهادة اللفيف إنما أجزت للضرورة فيقتصر فيها على محل الضرورة⁽²⁾.

فشهادة اللفيف إذن، جاءت على خلاف الأصل وهو شهادة العدول، وذلك للضرورة ومراعاة للمصالح وحفاظا على الأحكام من التعطيل وتوثقا للحقوق من الضياع بعدم قبول شهادة غير العدل إن تعذر العدل، ولذلك ينقل لنا الونشريسي جواب أحد الشيوخ عن مسألة فيمن يشهد في قرية ليس فيها عدول، ما نصه: «إذا لم يكن فيهم عدول ولا من يقرب منهم جازت شهادة أمثلهم، ولو تركوا لأكل بعضهم بعضا...و لأنه متى تركت الشهادة بينهم سقطت الأحكام بينهم»⁽³⁾.

لأنه قد تدعو الضرورة إلى إشهاد من لا يتوفر فيهم شرط العدالة، ولا شك أن المصلحة العامة تقتضي قبول هذه الشهادة إذ أن إعمالها خير من إهمالها لتلا تضييع المصالح⁽⁴⁾. وخاصة في عصرنا الحاضر الذي تكاد تنعدم فيه العدالة الظاهرة وتصعب معرفتها ناهيك عن الباطنة، ولذلك قال بعضهم: «كان الصدر الأول الذين فيهم رسول الله ﷺ على العدالة، حتى تظهر فيهم الجرحة، والناس اليوم على الجرحة حتى تتبين فيهم العدالة»⁽⁵⁾، خاصة أن العدالة معتبرة في كل زمان بأهله وبحسبه، فعدالة الصحابة- رضي الله عنهم- لا تساويها عدالة التابعين، وعدالة التابعين لا تساويها عدالة من يليهم...وكذلك كل زمان مع ما بعده إلى زماننا، ولو فرض زمان يعرى عن العدول جملة، لم يكن بد من إقامة الأشبه فهو العدل في ذلك الزمان، ولأن القول إذا عدم ذلك لم يصح الانتصاب مشكلا جدا⁽⁶⁾.

(1) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 486-487. الونشريسي، المعيار، ج10، ص143. التسولي، البهجة، شرح التحفة، ج1، ص88.

(2) _ جعيط، الطريقة المرضية، ص173.

(3) _ الونشريسي، المعيار، ج10، ص143.

(4) _ القرافي، الذخيرة، ج10، ص46. جعيط، الطريقة المرضية، ص171.

(5) _ الونشريسي، المعيار، ج10، ص114.

(6) _ الشاطبي، الموافقات، ص799 و801.

فالمذهب على جواز شهادة اللفيف للضرورة وتوثقا لحقوق الناس ومصالحهم « ولولا ذلك ما جاز لهم بيع، ولا تم لهم نكاح ولا عقد في شيء من الأشياء»⁽¹⁾، قال الشيخ جعيط في طريقته معلقا عن جواب ابن رشد بأن شهادة غير العدل كلا شهادة، فقال: «لكن إهمال شهادة غير العدل، لما أفضى إلى ضياع كثير من الأموال والحقوق، جرى العمل بقبولها، قبل الألف عند الفاسيين»⁽²⁾.

ومن ثم اتفق متأخرو المذهب على الحكم بما جرى بها العمل عندهم، وأنه يقتصر عليها في الشيء اليسير وفي محل الضرورة، وإن لم يكن فيها نص، وإنما يستند فيها إلى القياس على غيرها مما أجزى للضرورة استحسانا⁽³⁾، لأجل التوثيق للحقوق والحفاظ على الأموال، وفي هذا ينقل لنا صاحب "المعيار الجديد" عن أحد الفقهاء ما نصه: « شهادة اللفيف لا مستند لها ولم ينص عليها المتقدمون، وإنما اصطلاح عليها المتأخرون لمصلحة حفظ الأموال»⁽⁴⁾، لأنه لم يرد فيها بخصوصها بالذات دليل خاص، كنص من النصوص الشرعية، ولم ينص عليها صراحة من طرف متقدمي المالكية، وإنما مستندها أدلة أخرى استنبطها العلماء منها بدليل جريان العمل بها⁽⁵⁾، لما اقتضته حوادث الناس وحاجتهم للتوثيق، مما أعطها قوة ومصداقية ورجحان، ولذلك فالأصول والقواعد والأدلة الشرعية، التي روعيت في إجازة شهادة غير العدل أو شهادة اللفيف وخرّجت عليها، كثيرة ومتنوعة منها عموم بعض الآيات، ثم القياس والاستحسان، وكذا بعض القواعد الفقهية⁽⁶⁾.

1- عموم الآيات القرآنية:

منها قوله تعالى: ﴿ وَسَأَلِ الْقَرْيَةَ الَّتِي كُنَّا فِيهَا وَالْعَيْرَ الَّتِي أَقْبَلْنَا فِيهَا وَإِنَّا لَصَدِيقُونَ ﴾⁽⁷⁾.

فالآية نصت على أن إخوة يوسف-عليه السلام- خاطبوا أباهم يعقوب بأن يسأل القرية والعيير التي كانوا فيها، وسؤال القرية والعيير هو إشهداهم، ومعلوم أن في القرية والعيير عدولا وغير العدل، فيفيد هذا

(1) _ جعيط، الطريقة المرضية، ص171.

(2) _ جعيط، الطريقة المرضية، ص172.

(3) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص486، 487. الونشريسي، المعيار، ج10، ص144، 145. محمد العربي الفاسي، شهادة اللفيف، ص21-22.

(4) _ المهدي الوزاني، المعيار الجديد، (طبعة حجرية، المغرب، دت)، ج9، ص427.

(5) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص480، 478. الونشريسي، المعيار، ج10، ص143-144. البرزلي، فتاوى البرزلي(جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام)، تقدم وتحقيق محمد الحبيب الهيلة، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 200م، ج4، ص195. ابن الحاج، فتاوى ابن الحاج، جمع وتحقيق محمد الأمين بيب، ط1، 2002م، ص489. محمد العربي الفاسي، شهادة اللفيف، ص6، 9. جعيط، الطريقة المرضية، ص173.

(6) _العلمي حراق، التوثيق العدلي، ص479-481

(7) _ سورة يوسف، الآية:82.

قبول شهادة غير العدول، ولا سيما إذا دعت الحاجة إلى ذلك⁽¹⁾.

وقد جاء في التبصرة الفرعونية، أن بعض الفقهاء استدل بهذه الآية في جواز شهادة غير العدول، وقيد ذلك بما إذا كانت شهادتهم في الأموال وفي غير الجراح، وبما إذا كانت تنوسم فيهم صفتا المروءة والخير في القول والفعل، ولا يجرحوا بأنهم غير عدول، لأن شهادتهم إنما جازت للضرورة⁽²⁾.

و قد حكى ابن فرحون أيضا في تبصرته عن سحنون أنه سئل عمن ادعى على رجل بدم فأقام شاهدا ليس بعدل هل يجبس المطلوب؟ فقال: «يتوثق منه حتى يكشف اللطخ الذي ادعوا عليه، فلم يبطل حكم شهادته بل أوجبت التوثق والكشف»⁽³⁾.

- **القياس والاستحسان:** من الأصول الشرعية التي اعتمدها علماؤنا من متأخري المالكية في جواز العمل بشهادة اللفييف، القياس والاستحسان⁽⁴⁾، وذلك قصد درء مفسدة ضياع مصالح الناس وفوت حقوقهم وإهدار أموالهم، وبالتالي سقوط الأحكام وإبطالها، أو قياسا على نظائر لها مما أجاز للضرورة على أصول المذهب وقواعده⁽⁵⁾. ومما اعتبروه أصلا في هذا الصدد وقاسوا عليه شهادة اللفييف واستحسنوها نذكر ما يلي:

- قبول شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الدماء قبل تفرقهم، لكثرة الجراح التي تقع بينهم وهم منفردون، حيث تقبل عند المالكية شهادتهم بغض النظر عن عدم بلوغهم وفقدهم شرط العدالة⁽⁶⁾.

- قبول الحكم بشهادة النساء في المآثم والأعراس، فيما يقع بينهن من الجراح وفيما لم يطلع عليه الرجال عادة، وان لم يكن عدلات⁽⁷⁾.

(1) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص480. عبد السلام العسري، نظرية الضرورة والحاجة في المذهب المالكي وتطبيقهما على شهادة اللفييف"، مقال بمجلة، دار الحديث الحسنية، المغرب، 4ع، سنة 1984، ص267.

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص485، وكذا مثله جاء في المعيار للونشريسي، ج10، ص145.

(3) ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص482.

(4) وإنما ذكر هنا الأصولان أو الدليلان معا، لأن كلام فقهاءنا الذين أجازوا العمل بشهادة اللفييف، متردد بين أن يكون الأصل في جوازها قياسا أو استحسانا أو هما معا، وذلك من خلال عباراتهم التي لوحظ فيها أهم تارة ينيطون جواز هذه الشهادة بالقياس، وتارة بالاستحسان، كما في تبصرة ابن فرحون، ج1، ص480-487، وكذا في شهادة اللفييف للفاصي، ص37.

(5) ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص480-487. عبد السلام العمري، نظرية الضرورة، ص267.

(6) الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص80. ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8 ص279. القرافي، الذخيرة، ج10 ص46. ابن جزري، القوانين الفقهية، ص335. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1 ص487. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص419.

(7) الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص83. القرافي، الذخيرة، ج10، ص46. ابن جزري القوانين الفقهية، ص336-337.

ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص487.

- قبول شهادة الكافر في الوصية في السفر للضرورة، فتجوز قياسا عليها شهادة المسلم في السفر وان لم يكن عدلا⁽¹⁾.

- جواز الحكم بقول الطبيب غير المسلم في العيوب وفي مقادير الجراح ووصفها وتسميتها⁽²⁾.

- جواز الأخذ في القسامة⁽³⁾ بالشاهد غير العدل لأجل الضرورة وصيانة الدماء⁽⁴⁾. وفي هذا يقول القرافي: «نص ابن أبي زيد في النوادر⁽⁵⁾. على أنا إذا لم نجد في جهة غير العدل، أقمنا أصلحهم وأقلهم فجورا للشهادة عليهم، ويلزم ذلك في القضاة وغيرهم ليلاً تضيع المصالح... ثم يقول القرافي: «وما أظنه يخالف أحد في هذا، فإن التكليف مشروط بالإمكان، وهذا كله للضرورة ليلاً تنهدر الدماء وتضيع الحقوق وتتعلل الحدود»⁽⁶⁾.

كما ينقل لنا ابن فرحون في تبصرته هذا الكلام عن القرافي ثم يقول: «ولذلك أجازوا شهادة النساء في المآثم والأعراس والحمام فيما يقع بينهن من الجراح وأجبا القسامة بالشاهد غير العدل... وأجازوا ترجمة الكافر والعبد والمسخوط- أي غير المرضي أو غير العدل- إذا لم يوجد غيرهم على الخلاف في ذلك، وأجازوا الحكم بقول الطبيب النصراني في العيوب وفي مقادير الجراح وتسميتها، وأجازوا في شهادة السماع في الضرر بين الزوجين شهادة اللغيف من الناس والجيران وان كانوا غير عدول.... وهو المشهور»⁽⁷⁾، لما فيه من التوثيق والحيلة حفاظا على حقوق الناس.

- قياسها على حمل كتاب القاضي إلى القاضي من طرف رجلين، يشهدان عند القاضي المكتوب إليه على كتاب القاضي الكاتب، وقد وسم فيهما الصلاح وكان الخط والختم مشهورين عند المكتوب إليه توثقا للحقوق، قال ابن فرحون في ذلك: «فإني استحسنت إجازة مثل هذا لتعذر العدل، ولما جرى به العمل في صدر السلف الصالح من إجازة الخواتم»⁽⁸⁾.

كما نقل عن بعض أئمة المالكية تصريحه باعتبار الاستحسان في جواز شهادة اللغيف، وأنه أجاز

(1) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص484.

(2) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص483-487.

(3) _ القسامة: أيمان تقسم على أولياء القتيل إذا ادعوا قتل قريتهم ومعهم دليل دون البينة الكاملة، فيحلفون خمسين يمينا أن المدعى عليه قتل صاحبهم. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2 ص419.

(4) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص483.

(5) _ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج8، ص279-283.

(6) _ القرافي، الذخيرة، ج10، ص46. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص487. الونشريسي، المعيار، ج10، ص145،

التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج4، ص88.

(7) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص487.

(8) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص483.

شهادة من لا تعرف عدالته في الشيء اليسير استحساناً⁽¹⁾. وهو ما نقله أيضا الونشريسي في معياره⁽²⁾.

والذي يبدو من كلام هؤلاء الأعلام، أن كلا من القياس والاستحسان معتبر في إجازة العمل بشهادة اللفيف، ولكن اعتبار القياس في ذلك كان أظهر، كقياسهم شهادة اللفيف على شهادة الصبيان والنساء وعلى وجوب القسامة بالشاهد غير العدل... وغيرها مما أسلفت، كما أن حرصهم الشديد على درء مفسدة فوات المصالح وضياع الحقوق والأموال وسقوط الأحكام، دليل على إعمال الاستحسان في قبول شهادة اللفيف وإن كانت خلاف الأصل.

3- بعض القواعد الفقهية: مما استند إليه علماء المالكية في جواز شهادة اللفيف وقبولها، بعض القواعد الفقهية منها:

-قاعدة "المشقة تجلب التيسير". وكذا «الأمر إذا ضاق اتسع»⁽³⁾.

وذلك أن مطالبة الناس بإشهاد العدول في كل الأحوال والظروف، ليس أمرا سهلا دائما ومتأتيا في كل وقت ومن ثم فإن عدم إعمال شهادة اللفيف والحال هذه، من شأنه أن يوقع الناس في حرج كبير، ومشقة عظيمة، قد تفوت عليهم مصالحهم، وتضيع حقوقهم، ومعلوم أن المشقة تجلب التيسير، فأجيزت شهادة اللفيف، وسمح العمل بها وقبل الحكم بمقتضاها⁽⁴⁾. في بعض الأحوال والظروف لأجل ذلك، وهو ما أشار إليه القرافي حين قال في ذخيرته ما نصه: «فقد حسن ما كان قبيحا واتسع ما كان ضيقا»⁽⁵⁾. يعني بإجازة شهادة اللفيف.

-قاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات»⁽⁶⁾: أي ما كان محظورا في ظرف من الظروف العادية، قد

يباح في حالة الضرورة أو الاضطرار إليه، أخذ من قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا اضْطُرَّرْتُمْ إِلَيْهِ﴾⁽⁷⁾.

ومن ثم فإنه إذا كانت شهادة غير العدول محظورة في الأحوال العادية فإنها في بعض الحالات والظروف، تصبح مباحة للضرورة ومستثناة من الحظر تطبيقا لهذه القاعدة الفقهية الكلية.

وقد رأينا أن أقوال علمائنا من المالكية متظافرة على جواز العمل بشهادة اللفيف للضرورة الداعية

(1) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص483.

(2) _ الونشريسي، المعيار، ج10، ص144.

(3) _ البورنو محمد صدقي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، ص92، و99.

(4) _ القرافي، الذخيرة، ج10، ص46. محمد العربي الفاسي، شهادة اللفيف، ص16.

(5) _ القرافي، المصدر نفسه، ج10، ص46.

(6) _ البورنو محمد صدقي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص99.

(7) _ سورة الأنعام، الآية120.

الفصل الثالث:.....التوثيق بغير عقد

إليها، ومن ذلك ما نقله لنا ابن فرحون في تبصرته والونشريسي في معياره وكذا ابن أبي زمنين في منتخبه عن أحد أئمة المالكية، قوله: « وكل موضع يتعذر فيه حضور الشهود من الملاهي وغيرها، فشهادة بعضهم على بعض جائزة بلا مراعاة عدالة للضرورة الداعية إلى ذلك»⁽¹⁾.

-قاعدة "اختلاف الأحكام باختلاف الأزمان"⁽²⁾: يمكن اعتبار هذه القاعدة في جواز شهادة اللفيف، ذلك من خلال ما أشار إليه القرافي-رحمه الله- في ذخيرته بخصوصها حين قال: « وإذا جاز نصب الشهود فسقة لأجل عموم الفساد، جاز التوسع في أحكام المظالم والجرائم، لأجل كثرة فساد الزمان... فقد حسن ما كان قبيحا، واتسع ما كان ضيقا واختلفت الأحكام باختلاف الأزمان»⁽³⁾.

-قاعدة"التكليف مشروط بالإمكان" وأصل هذه القاعدة هو قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا

إِلَّا وُسْعَهَا﴾⁽⁴⁾.

وقد أشار إلى هذه القاعدة الإمام القرافي أيضا في ذخيرته، مؤيدا كلام ابن أبي زيد في جواز شهادة اللفيف، وذلك بقوله: «إنا إذالم نجد في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجورا للشهادة عليهم....-ثم علق القرافي على ذلك بقوله-:« وما أظن أحدا يخالفه في هذا، فإن التكليف شرط في الإمكان وهذا كله للضرورة لئلا تنهدر الدماء وتضيع الحقوق وتتعلل الحدود»⁽⁵⁾.

فقبول شهادة اللفيف في بعض الأوقات وبعض الوقائع والنوازل أمر ممكن، حتى تتوثق الحقوق ولا تتعلل المصالح.

ثالثا: المعنى الذي تفيده شهادة اللفيف عند المتقدمين والمتأخرين ودورها في التوثيق:

إن شهادة اللفيف التي جرى بها العمل عند متأخري المالكية بالغرب الإسلامي، منذ منتصف القرن التاسع الهجري، تفيد الظن الذي قد يكون قويا قريبا من اليقين لكثرة العدد، بينما تكلم المتقدمون في مصنفاتهم عن شهادة غير العدول، ويريدون بها الشهادة التي تفيده التواتر المحصل للعمل اليقيني.

وعلى هذا فإن شهادة غير العدول لم يتكلم عنها المتقدمون والمتأخرون بمفهوم واحد، والمقصود بالدراسة هنا هي شهادة اللفيف التي تحدث عنها المتأخرون من المالكية، ولم تحدث إلا في زمنهم، وقد

(1) _ ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، ج1، ص186، 187. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص486. الونشريسي، المعيار، ج10، ص144-145.

(2) _ البورنو محمد صدقي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص136.

(3) _ القرافي، الذخيرة، ج10، ص46.

(4) _ سورة البقرة الآية: 285.

(5) _ القرافي، الذخيرة، ج10، ص46. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص487. الونشريسي، المعيار، ج10، ص145.

أصلوا لها مما ذكره المتقدمون في مسألي التواتر والاستفاضة.

وبذلك صار لنا نوعان من شهادة اللفيف، نوع يفيد التواتر وهو ما عرف عند المتقدمين، ونوع يفيد الظن أجزى للضرورة وهو ما عرفه المتأخرون⁽¹⁾. ولذلك سأحدث عن شهادة اللفيف عند المتقدمين ثم عند المتأخرين من المالكية، كما يأتي:

1- شهادة اللفيف عند المتقدمين:

لقد سبق القول أن المتقدمين من علماء المذهب، لم يتحدثوا عن شهادة اللفيف، وإنما تحدثوا عن شهادة الكافة أو غير العدول، في مسألي التواتر والاستفاضة، الحاصلين للعلم اليقيني أو غلبة الظن القريب إلى اليقين⁽²⁾. فشهادة الكافة أو غير العدول هنا هي ما شهد بها «عدد يحصل بخبرهم العلم لاستحالة تواطؤهم على الكذب وهذا من باب التواتر والاستفاضة»⁽³⁾.

ومن ذلك ما نقله جعيط في طريقته عن القاضي عياض في سؤاله لشيخه ابن رشد عن شهادة من لم تتوسم فيه جرحه ولا عدالة، فأجابه: «.. وإنما تجوز إذا وقع العلم بخبرهم من جهة التواتر»⁽⁴⁾.

ومن ذلك ما جاء في حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق أن «هذا القسم لا يشترط فيه شيء ولا يقدح فيهم حتى الكفر، بل متى بلغوا العدد المحصل للعلم مع بقية الشروط كفى، لأن العبرة بحصول العلم مع قطع النظر عن محصله»⁽⁵⁾. فالمدار في التواتر هنا على الكثرة المحصلة للعلم.

و لذلك جاء في المدونة عن الإمام مالك -رحمه الله- «أما الذين أسروا أهل البيت أو نفر اليسير يتحملون إلى الإسلام فيسلمون فلا يتوارثون بقولهم ولا تقبل شهادة بعضهم لبعض، إلا أن يشهد من كان ببلدهم من المسلمين، وأما إن تحمل أهل حصن أو عدد كثير فأسلموا، فتقبل شهادة بعضهم لبعض ويتوارثون ذلك»⁽⁶⁾. وهو ما نص عليه المتقدمون، كقول خليل في الصوم، أنه يثبت برؤية أو بشهادة الجماعة "المستفيضة"⁽⁷⁾. ومنها ما جاء في المعيار: «لا يقبل في شيء من الحقوق والأحكام والموارث وغيرها إلا العدول، ما لم يكن من ذلك ما يشتهر اشتهاراً، من عدد يقع العلم بخبرهم لمن سمعهم حتى لا

(1) _ أحمد الرهوني التطواني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ص 232-234.

(2) _ أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ص 233، وهي مسألة ظاهرة ومعروفة لها مدخل في علم الأصول.

(3) _ أحمد الرهوني، المصدر نفسه، ص 233.

(4) _ جعيط، الطريقة المرضية، ص 171.

(5) _ أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ص 234.

(6) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج 4، ص 75.

(7) _ أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ص 232.

يرتاب فيه»⁽¹⁾. وجاء في التبصرة الفرعونية عن بعض شيوخ المذهب: «أنه متى وقع العلم من المخبرين لا تراعى عدالتهم»⁽²⁾. وغيرها من الأقوال التي لا يسع المقام لذكرها، والتي تدل بمجموعها أن شهادة غير العدول أو الكافة، أو اللفيف وهي التي تصدر عن جماعة من الناس، إذا أطلقت في كلام المتقدمين من علماء المذهب، فالمقصود بها ما جاء على سبيل التواتر والشهرة والاستفاضة المفيدة للعلم اليقيني فيما طريقه العلم، وغلبة الظن فيما طريقه غلبة الظن⁽³⁾، وهي حجة يؤخذ بها ويحكم بمقتضاها، متى حصل العلم بصدق شهودها، وذلك بغض النظر عن عددهم في حده الأقصى، مالم يقل عن أربعة في حده الأدنى⁽⁴⁾. وهو ما اصطلح عليه بعض المالكية "باللفيف التواتري"⁽⁵⁾.

2- شهادة اللفيف عند المتأخرين:

أما عند متأخري المذهب المالكي، فإن شهادة اللفيف لها مفهوم يختلف عما كان عليه عند المتقدمين، وإن كانت تستمد مبادئها العامة وبعض أحكامها الجزئية مما ذكره المتقدمون عن شهادة الكافة أو غير العدول.

فهي عند المتأخرين من المالكية يراد بها: شهادة «من لا يحصل بخبرهم العلم، وهو الذي جرى به عمل المتأخرين قبل الألف، فاصطلحوا عليه لتعذر وجود العدول في كل وقت وفي كل نازلة، فيضيع كثير من الحقوق»⁽⁶⁾.

فشهادة اللفيف عند المتأخرين -على عكس ما وجد عند الأقدمين- يعتبر فيها العدد وكثرة الشهود، حيث أقاموا هذه الكثرة مقام العدالة بغض النظر إن أفادت شهادتهم العلم الأكيد أو الظن، وحصروا العدد اللازم فيها في حد أدنى حتى يكون نصاب عدد الشهود محققا، كما أنهم توسعوا فيها، فأوجدوا من خلالها كثيرا من الأحكام لما يتزل بهم من حوادث تدعو إليها الحاجة والضرورة للتوثيق بها، فقد جاء في المعيار أنه: «حكى بعض المتأخرين من الثقات أن أهل البادية إذا شهدوا في حق امرأة أو غيرها، ولم يكن فيهم عدل، أن يستكثر منهم، ويقضي بشهادتهم... وفيه أيضا- إذا كان البلد لا عدول فيه فإنه يكتفى بالأمثل فالأمثل، ويستكثر بحسب خطر الحقوق... ولا يزداد منهم على النصاب»⁽⁷⁾. ومثله

(1) _ الونشريسي، المعيار، ج10، ص144.

(2) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص481.

(3) _ العلمي الحراق، التوثيق العدلي، ج1، ص479.

(4) _ العلمي الحراق، المرجع نفسه، ج1، ص481.

(5) _ أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ص234.

(6) _ أحمد الرهوني، المصدر نفسه، ص234.

(7) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص480. الونشريسي، المعيار، ج10، ص144. جعيط، الطريقة المرضية، ص172.

في التبصرة الفرعونية نقلا عن الطرر لابن عات وفيه: «... شهادة الأمثل فالأمثل منهم جائزة، ويستكثر منهم ما استطاع ويقضى بهم في ذلك... لولا ذلك ما جاز لهم بيع ولا تم لهم نكاح ولا عقد في شيء»⁽¹⁾.

وهذا النوع من شهادة اللفيف الذي جرى به عمل المتأخرين من المالكية إنما نشأ بالتدرج وذلك عند تعذر شهادة العدول، والرجوع إلى اللفيف التواتري وهو الجماعة المستفيضة الذي كان عند المتقدمين، ولما تعذرا معا، لعدم انضباط استيفاء شروطه وحصول العلم منه لاختلاف قرائن الأحوال، والناس في حاجة ضرورية إلى الشهادة وإلا ضاع كثير من حقوقهم، أخذوا بهذا النوع الثاني من شهادة اللفيف واصطلحوا عليه، فهي خلف عن شهادة اللفيف التواتري التي كانت معروفة عند المتقدمين، عمل بها للضرورة إليها⁽²⁾. ومعنى هذا أن اللفيف كان أولا خاصا بما يفيد العلم أي التواتر، ولما تعذر هذا القسم وتعذرت شهادة العدول أيضا، اقتصروا على العدد الذي لا يحصل بخبرهم العلم لكونهم غير عدول، وجعلوه عوضا عن الأول لتعذر هذا الأخير وللضرورة الداعية إلى ذلك وهي التوثيق للحقوق.

رابعا: العدد المعتبر للتوثيق به في شهادة اللفيف:

اختلفت أقوال علماء المذهب في العدد المعتبر في التوثيق بشهادة اللفيف، فكان المتقدمون يعتمدون فيه على مطلق الجماعة⁽³⁾، ثم تقيدوا بالعدد اثنا عشر رجلا غير عدول، حيث جاء في فتاوى ابن الحاج كما نصه: «ولابد من كثرة يحصل بها القطع أو الظن القريب منه، والذي جرى به عمل أهل المغرب أن يكونوا اثنا عشر شاهدا»⁽⁴⁾. وقد استمدوه من عدد التواتر الذي قال به بعض المتقدمين، وأن هذا العدد لا يجب أن ينقص عن هذا الحد، وإلا كانت الشهادة ناقصة ولا يعمل بمقتضاها⁽⁵⁾.

كما جاء في "حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق" بيان سبب اعتبار متأخري المالكية للعدد اثني عشر في شهادة اللفيف، ما نصه: «أنه لما تعذر عدد التواتر والعدول، اضطررنا لما سوى ذلك، وهو مطلق الجماعة ثم نظرنا في أقل عدد يكفي في هذه الجماعة، فراجعنا الأقوال المقول بها في العدد الذي يحصل به التواتر المحصل للعلم، فوجدنا أن أقل عدد قيل به قولا معتبرا فيه الستة، ويليه الثمانية، ثم العشرة ثم الاثنا عشر ثم الأربعة عشر، ثم العشرون، ثم كذا ثم كذا، إلى القول بعدم اعتبار عدد معين، فوجدنا الاثني عشر وسط الأعداد التي قيل بها...، فانتزعه من تلك الأقوال واعتبرناه في عدد اللفيف الذي لا يحصل العلم،

(1) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص480. جعيط، المصدر نفسه، ص171.

(2) _ احمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ص234-235، محمد العربي الفاسي، شهادة اللفيف، ص22-23.

(3) _ الونشريسي، المعيار، ج10، ص181، البرزلي فتاوى البرزلي، ج2، ص195.

(4) _ ابن الحاج، فتاوى ابن الحاج، ص489.

(5) _ المهدي الوزاني، المعيار الجديد (أو النوازل الجديدة الكبرى في أجوبة أهل فاس وغيرهم من البدو والقرى)، طبعة حجرية بفاس،

1328هـ، ج9، ص445-446.

واصطلحنا عليه اجتهادا بهذا الطريق السابق، مع مراعاة الضرورة القاضية بعدم وجود العدد الذي يحصل العلم بسبب القرائن المحتفة به أو العدول»⁽¹⁾.

و الحقيقة أن الاكتفاء بالعدد اثني عشر في شهادة اللفيف هو الغالب وإن كان بعض المتأخرين اختار عدم الوقوف مع عدد مخصوص وأن الأمر موقوف في ذلك على اجتهاد القاضي، وذلك لأن الاقتصار على عدد الاثنى عشر لا نص فيه بعينه ولا سند له في أقوال متقدمي المالكية، وإنما هو اصطلاح واجتهاد من القضاة فالتقيد به لا مبرر له، وعليه فالراجح القول بأنه لا اعتبار لحد عدد اللفيف، وإنما يوكل ذلك بحصول العلم لدى القاضي واطمئنانه إلى اجتهاده أيضا، ويختلف ذلك باختلاف أحوال الناس⁽²⁾، بل وحتى المتأخرين أنفسهم اختلفوا حول هذا العدد، مع العلم أن شهادة اللفيف نفسها إنما أجزيت للضرورة والحاجة الماسة إليها، ومن ثم فإذا استجدت أمور وتغيرت ظروف وأحوال تستدعي إعادة النظر في عدد شهود اللفيف بالنقص أو الزيادة⁽³⁾، أو بعدم اعتبار عدد معين، فلا مانع منه إذا حقق المصلحة من التوثيق للحقوق، وكذا عدم تصادمه مع ما نص عليه الشرع⁽⁴⁾.

خامسا: الحقوق المتوثق لها بشهادة اللفيف:

مع اتفاق المالكية على الحكم بشهادة اللفيف، فإنهم - والمتقدمون منهم خاصة- قد نصوا على جوازها وإعمالها في الأمر اليسير، لأنها إنما أجزيت للضرورة، فيقتصر عليها في ذلك، فقد نقل الونشريسي عن بعض الشيوخ أنه كان يميز شهادة الجماعة ليسوا بعدول وذلك في الشيء القليل، كما روي عن أئمة المالكية أنهم يميزون شهادة من لا تعرف عدالته في الشيء اليسير استحسانا⁽⁵⁾.

إلا أنهم اختلفوا، فمنهم من أنزلها منزلة الشاهد واليمين، فلا يحكم فيها إلا فيما يحكم فيه بالشاهد

(1) _ أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الرقاق، ص 236.

(2) _ محمد العربي الفاسي، شهادة اللفيف، ص 9. أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الرقاق، ص 234، 236.

الورزازاتي، شرحه على لامية الرقاق في القضاء، ص 23.

(3) _ قد نص علماء المالكية على أن الاكتفاء بالعدد اثني عشر هو الغالب وأن غير الغالب هو الزيادة أو النقصان على هذا العدد، وبينوا ذلك بأن الزيادة على هذا العدد تكون في كل موضع تكون فيه الشهادة على الظن الغالب، كالترشيد وضده فيستكثر عدد الشهود فيه، وكالتفليس، وحصر الورثة، والاستلحاق، والاستحقاق، وانتقال الملك للوارث، والشهادة بالسمع... كما أشاروا إلى النقص على هذا العدد إلى العدد عشر أو ثمان أو ست أو أربعة أو اثنان أو واحد مع اليمين. أحمد الرهوني حادي الرفاق إلى فهم الرقاق، ص 236-237.

(4) _ العلمي الحراق، التوثيق العدلي في الفقه المالكي، ج 1، ص 484-485.

(5) _ الونشريسي، المعيار، ج 10، ص 144-145.

واليمين كالأموال وما يؤول إلى الأموال⁽¹⁾.

بينما قال بعضهم إن العمل الجاري بها أمها في الأموال وغيرها، كالجراح والطلاق والعتق وغيرها من الحقوق، لأنهم أنزلوها منزلة العدلين⁽²⁾.

هذا وقد قيد المالكية جواز شهادة اللفي وكيفية أدائها وعند من تؤدي مع استفسار الشهود، بشروط يجب التزامها من باب الاحتياط والتوثيق للحقوق، وأنها تبقى قاصرة على محل الضرورة فلا يجب التوسع والتساهل في إعمالها، جاء في "الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية" ما نصه: «ولا يخفى أن الأحوط لصيانة الحقوق، أن يلتزم اشتراط الكثرة في شهادة اللفي، والأداء عند الحاكم، كما هو الأصل في الشهادة، وإذا وقع الأداء عند العدول المنتصبين للإشهاد (الموثقين)، أن يلتزم استفسار الشهود من الحاكم نفسه (القاضي)، فإذا التزم ذلك، قلت المخازفة، ولم يرج الزيف لدى الصيرفة، أما الاسترسال على قبول هذه الشهادات، وإجرائها مجرى شهادة العدول، فمجلبة للشروع، ومطية لنفاق سوق الزور والفجور»⁽³⁾.

الفرع السادس: شهادة الاسترعاء

إن التوثيق للحقوق عن طريق الإشهاد يتم بأسره بنوعين من الشهادات: أصلية واسترعائية⁽⁴⁾.

أولاً: الشهادة الأصلية: وتسمى "الأصل" وهو ما يملكه المشهود عليه على الشاهد، كإشهاد المتعاقدين بالبيع أو النكاح أو غيرها⁽⁵⁾.

ثانياً: الشهادة الاسترعائية: وهي من المسائل التي توسع فيها المالكية في علم التوثيق وتعتبر إضافة مهمة منهم إلى الفقه وخاصة ما تعلق بباب الشهادات وحفظ الحقوق والتوثيق لها، وتسمى "الاسترعاء" وهو يطلق عند الفقهاء بمعنى الاستحفاظ، وتسمى عند المالكية أيضاً بإيداع الشهادة⁽⁶⁾.

(1) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص485-486. أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ص246-248. الورزاتي، شرحه على لامية الزقاق، ص23.

(2) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص485-486، أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ص446-248.

(3) _ جعيط، الطريقة المرضية، ص178.

(4) _ ابن العطار، الوثائق والسجلات، ص234 و376. ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص100 و167. الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص132، 230. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص452 وما بعدها.

(5) _ الونشريسي، المعيار، ج10، ص199. ابن عبد السلام الهوراي، شرحه على وثائق بناني، ص169، أبو الشتاء الصنهاجي، التدريب على الوثائق العدلية، ج2، ص33، جعيط، الطريقة المرضية، ص149.

(6) _ الونشريسي، المعيار، ج6، ص527، و ج10، ص199. عبد الله بن الحاج إبراهيم، فتاوى ابن الحاج، ص417. عبد السلام الهوراي، شرح الهوراي على وثائق بناني، ص169. أبو الشتاء الصنهاجي، التدريب على الوثائق العدلية، ج2، ص333. أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ص151. جعيط، الطريقة المرضية، ص165، 166.

1- تعريف الاسترعاء:

أ- لغة: هو طلب الرعي أي الحفظ والاستماع والإصغاء، مأخوذ عن قولهم أرعني سمعك⁽¹⁾، وهي من طلب الرعي أي الحفظ للشهادة ليقوم المسترعي عند الحاجة إليها بما أشهد عليه.

ب- اصطلاحاً: عرفه العديد من فقهاء المالكية بتعريفات متقاربة منها:

- تعريف صاحب "منح الجليل" بقوله: « هو إشهاد الطالب أنه طلب فلانا وأنه أنكره، وقد تقدم إنكاره بهذه البينة، أو غيرها وأنه مهما أشهد بتأخيرها إياه بحقه أو بوضيعة شيء منه، أو بإسقاط بيينة الاسترعاء، فهو غير ملتزم لشيء من ذلك، وأنه إنما يفعله ليقر له بحقه»⁽²⁾.

- ومنها تعريف ميارة الفاسي: « هو أن يكون الحق على ظالم لا ينتصف منه ولا تناله الأحكام فيخاف صاحب الحق أن يطول الزمان ويضيع حقه، فشهد سرا وخفية أنه على حقه غير تارك له وأنه يقوم به متى أمكنه ذلك. وتسمى إيداع الشهادة عند بعض المالكية»⁽³⁾.

وعلى هذا يكون المراد بشهادة الاسترعاء، هو تحميل الشهادة للضرورة والالتجاء مع وجود النية برفع الدعوى والمطالبة بالحق. ولذلك اتفقت تعريفات الفقهاء لشهادة الاسترعاء على أنها: أن يأتي الشخص بشاهدين عدلين أو أكثر، فيشهدهم سرا وخفية أن كل ما يعقده على نفسه مع خصمه في المستقبل من بيع أو صلح أو هبة أو عتق أو غيرها، غير ملتزم به وإنما يفعله تقية وخوفاً على نفسه أو ماله أو ولده منه، أو من إنكاره، أو لفقد بينته أو ليتوصل به إلى إقراره، وبكل بيينة أشهد بها بغير علم الخصم، بأن ما يفعله معه من عقود وغيرها إنما هو تقية منه وخوفاً منه، وأنه يقوم به فيطالب بحقه متى قدر عليه وأمن مما تخوفه⁽⁴⁾.

ومن أمثلة شهادة الاسترعاء أو وثائق الاسترعاء، بهذا المعنى ما ذكره ابن فرحون في تبصرته في وثيقة استرعاء بمعنى الاستحفاظ للشهادة ما نصه «أشهد فلان شهود هذا الكتاب شهادة استرعاء واستحفاظ للشهادة، انه متى عقد في داره بموضع كذا تجبىسا على بنيه أو على أحد من الناس، فإنما يفعله لأمر يتوقعه على نفسه أو على ماله المذكور... وأنه لم يرد بما عقده فيه وجه القربة ولا وجه الحبس، بل لما

(1) _ ابن منظور، لسان العرب، ج14، ص327.

(2) _ محمد عليش، منح الجليل، ج4، ص22، وج6، ص149.

(3) _ ميارة، شرح تحفة الحكام، ج1، ص236.

(4) _ الونشريسي، المعيار، ج6، ص527. ابن الحاج ابراهيم، فتاوي ابن الحاج، ص417. أبو الشتاء الصنهاجي، التدريب على الوثائق العدلية، ج2، ص33. أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ص151. جعيط، الطريقة المرضية، ص165، 166.

يخشاه، وأنه غير ملتزم لما يعقده...»⁽¹⁾.

ومن أمثلة ذلك أيضا ما نقله الونشريسي عن وثائق ابن زرب «أن رجلا إن قال: طلقت امرأتي فلانة فإنما أفعله خوفا من أن يؤخذ من جهة السلطان وأنا غير ملتزم لطلاقها، فطلقها لم يلزمه طلاق»⁽²⁾.

ومنها ما جاء في الوثائق الفاسية في شهادة استرعاء في شفعة ونصه: "الحمد لله، شهوده الموضوعه أسماؤهم... يعرفون فلان ابن فلان الفلاني.. يشهدون... أن شريكه فلانا.. له حظ معه في أرض كذا... وأنه باع حظه المذكور في كذا لفلان.. وهو من أهل الجاه والاستطالة، ولا قدرة له الآن على الكلام معه في شأن الواجب المذكور، وأنه أشهدهم على نفسه، أنه لم يزل على طلب شفעתه معه متى أمكنه ذلك... شهادة استرعاء واستحفاظ، استحفظوها له ليقوم بها عليه في أي وقت أمكنه ذلك...»⁽³⁾.

2- حكم شهادة الاسترعاء ودورها في التوثيق:

لقد نص المالكية على جواز الاسترعاء وإعماله بهذا المعنى⁽⁴⁾. وقد نقل الونشريسي في معياره عن الحسن بن عطية الونشريسي⁽⁵⁾، ما نصه: «إن مسألة الاستحفاظ قد كثر فيها الأقاويل والألفاظ، ولا يمتري أحد في إجازتها وإنما الخلاف في إفادتها، وعدم إفادتها... والذي درج عليه الموثقون، وعليه في وثائقهم يعولون... إعمال الاسترعاء بعد زوال التيقية، لكن يشترطون القيام بالفورية، وكيف يشك في جوازها، والموثقون دونها في كتبهم، وعقدوا فيها الوثائق، وبنوا عليها ما بنوه من الحقائق»⁽⁶⁾.

فلا خلاف بين المالكية في جواز الاسترعاء، وإنما الخلاف في إفادته التوثيق وهل ينفع أم لا، والموافق للنصوص والأصول إفادته، وبها جرى العمل وعليها درج الموثقون وهو ما صوبه ابن يونس بقوله: "إن الظالم أحق أن يحمل عليه"⁽⁷⁾. فالقول بجواز الاسترعاء وإفادته للتوثيق هو القول المشهور في المذهب وهو

⁽¹⁾ _ ابن العطار، الوثائق والسجلات، ص232، وكذا مثله في ص234 وص235. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص452، ابن عرضون، اللائق لمعلم الوثائق، ص17.

⁽²⁾ _ الونشريسي، المعيار، ج6، ص523. ومثلها في وثائق ابن العطار، ص320، 335. وص364، 371، وينظر مثله أيضا في الوثائق الفاسية، لمحمد بن أحمد بناني، ص18، 21 وص34.

⁽³⁾ _ محمد البناي، الوثائق الفاسية، ص34-35.

⁽⁴⁾ _ ابن العطار، الوثائق والسجلات، ص232، ابن عبد الرفيع، معين الحكام، ج2، ص844، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص452، 456، الونشريسي، المعيار، ج6، ص520، 528، محمد بناني، الوثائق الفاسية، ص34-35، وغيرهم.

⁽⁵⁾ _ الحسن بن عثمان أبو علي بن عطية الونشريسي المكناسي، كان فقيها قاضيا عدلا، من أهل الحساب والقيام على الفرائض، وأديبا شاعرا، اختاره السلطان أبو عنان بمكناسة من أحد الشهود العشرة الذين اقتصر عليهم بتقديمه للشهادة (التوثيق) مع حداثة سنه، كان حيا سنة (790هـ)، المقرئ، نفع الطيب، ج7، ص273-274، أحمد بابا التنبكي، نيل الابتهاج، ص107-108.

⁽⁶⁾ _ الونشريسي، المعيار، ج6، ص520.

⁽⁷⁾ _ ابن الحاج ابراهيم، فتاوى ابن الحاج، ص418.

المعمول به⁽¹⁾، وهو ما جاء في التبصرة الفرعونية ونصه: «وإذا خاف الرجل أن يطلب منه عبده بالبيع ظالم، فليعتقه ويشهد سرا أي إنما أفعل ذلك لئلا يطلبه مني هذا الظالم، ويجوز ذلك وسواء أشهد على العتق شهود الاسترعاء أو غيرهم»⁽²⁾. حفاظا وتوثقا للحقوق.

فالاسترعاء جائز وينفع صاحبه في التوثيق لحقوقه متى قام بطلبها بعد ذلك، إذا تحقق سببه أو علتته وهي الخوف أو غيرها من الأسباب، قال ابن فرحون: «إذا بنى ظالم أو من يخاف شره غرfa محدثة بإزاء دار رجل، وفتح بابا يطلع منه على ما في داره على وجه الاستطالة لقدرته وجاهه، فيشهد الرجل أن سكوته عنه لخوفه منه على نفسه أن يضره ويؤذيه وأنه غير راض بذلك، وأنه قائم عليه بحقه متى أمكنه، وتشهد البينة (أي الشهود) لمعرفة للضرورة وأن المحدث لذلك مما يتقى شره، فينفعه ذلك متى قام بطلب حقه»⁽³⁾.

وقد سئل الإمام مالك -رحمه الله- عن الرجل من المسلمين يفر عبده إلى العدو من الكفار فغزا المسلمون تلك البلدة، فرآه سيده في جيش العدو، فقال لشهود من المسلمين: إني أريد أن أدعوه إلى الخروج والرجوع على أن أعتقه وأنا غير ملتزم لذلك، وإنما أريد استخراجها، ثم قال للعبد: اخرج إلي وأنت حر فخرج. فقال (أي مالك): لا يلزم السيد العتق والمملوك رقيق»⁽⁴⁾. وهو أول استرعاء وقع في الإسلام، وهذه المسألة هي الأصل في مشروعية الاسترعاء⁽⁵⁾.

وقد نقل لنا الونشريسي عن سحنون: «في الذي يقر في السر ويحدد في العلانية، فيقول: أحرني وأقر، فأشهد المدعي في السر أنه إنما يصلحه لأجل إنكاره وأنه متى وجد بينة قام، أن الصلح لا يلزمه إذا ثبت جحوده وثبت أصل الحق»⁽⁶⁾. بينما ذهب أصبغ إلى أنه لا ينفع إشهاد السر إلا على الذي لا ينتصف منه، كالسلطان والرجل القاهر الذي لا ينتصف منه، فذلك ينفع فيه إشهاد السر، وما سوى ذلك من أسباب الاسترعاء، فإشهاد السر فيه باطل⁽⁷⁾. وقد صوب ابن راشد القفصي ما ذهب إليه سحنون من جواز شهادة الاسترعاء لتقية وأي سبب من الأسباب التي يذكرها، وقال: «هو الصواب لأنه مغلوب»⁽⁸⁾.

(1) _ الونشريسي، المعيار، ج6، ص523.

(2) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص452.

(3) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص452.

(4) _ ابن عبد الرقيق، معين الحكام، ج2، ص844. الونشريسي، المعيار، ج6، ص522.

(5) _ ابن الحاج ابراهيم، فتاوى ابن الحاج، ص418.

(6) _ الونشريسي، المعيار، ج6، ص520.

(7) _ الونشريسي، المصدر نفسه، ج6، ص520-522.

(8) _ الونشريسي، المصدر نفسه، ج6، ص520.

3-الحقوق التي يتوثق لها بشهادة الاسترعاء:

و المالكية على أن شهادة الاسترعاء بهذا المعنى، إنما تنفع في التبرعات أو التطوعات كالعقود والهبة، والحبس، والتدبير، والطلاق، ونحوه، ولا تجوز في المعاوضات إلا بشروط⁽¹⁾.

—أسباب التوثيق للتبرعات بشهادة الاسترعاء: ذهب المالكية إلى أن هذه الحقوق يتوثق لها بشهادة الاسترعاء، سواء ثبت الاسترعاء لتقية أي لخوف أو لأمر آخر يذكره كإنكار أو غياب البينة مثلا، أو لم يثبت شيء من ذلك، فالحجة بذلك للمسترعي، فيصدق فيما يذكره توثقا لحقوقه، ولو لم يعرف شهود الاسترعاء بسبب ذلك، وإنما يعرف من قوله فقط⁽²⁾. قال ابن العطار في وثائقه: «ويصدق المسترعي فيما يذكره من التوقع وإن لم يعرف الشهود في الاسترعاء ذلك... وإنما جاز الاسترعاء في الحبس وشبهه (أي في التطوعات كالهبات والعقود والطلاق ونحوها من عقود التبرعات) لأن الحبس تبرع بالحبس ولو شاء لم يفعل»⁽³⁾. وهو ما يؤكد الغرناطي في وثائقه أيضا بقوله: «من استرعى بالإشهاد على نفسه أنه حبس كذا، أو أعتق أو طلق فإنما يفعل ذلك لخوف أو إكراه، فلا يلزمه فعله وإن لم يعرف السبب إلا بقوله»⁽⁴⁾. وجاء في التبصرة الفرعونية: «الاسترعاء ينفع في كل تطوع، كالعتق والتدبير، والطلاق، والتحبس، والهبة، ولا يلزمه أن يفعل شيئا من ذلك، وإن لم يعلم السبب إلا بقوله»⁽⁵⁾.

فالاسترعاء يتوثق به لعقود التبرعات أو التطوعات، ويثبت مطلقا سواء لتقية أو لغيرها، ولو لم يذكر السبب، جاء في المعيار للونشريسي عن المتيضية ما نصه: «ويجوز الاسترعاء في الحبس لتقية أو لأمر يذكره، وإن لم يعرف شهود الاسترعاء ذلك، وكذلك يجوز في الصدقات والهبات والعقود والتدبير»⁽⁶⁾.

وقد جاء في الوثائق السجلماسية نص في شهادة الاسترعاء بمعنى الاستحفاظ وهو: «أنه متى صدر منه (أي المسترعي) إبراء لفلان أو صلح أو إسقاط لحق أو تأخير دين أو إسقاط استرعاء أو غيره فإنه غير ملتزم لذلك، ولا يؤاخذ عليه، وإنما يفعله استظهارا لحقه، لكونه جحده حقه، أو تغلب عليه، أو يخاف قهره وسطوته، وأنه يقوم عليه بحقه متى أمكنه القيام، سواء طال الزمان أو قصر، إشهادا صحيحا تاما...»

(1) _ ابن العطار، الوثائق والسجلات، ص 233. ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص 167. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 1، ص 456. الونشريسي، المعيار، ج 6، ص 530، 531.

(2) _ ابن العطار، الوثائق والسجلات، ص 233. ابن عبد الرفيع، معين الحكام، ج 2، ص 844. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج 1، ص 452، 456، الونشريسي، المصدر نفسه، ج 6، ص 523، 529. ابن أبي الشتاء الصنهاجي، التدريب على الوثائق العدلية، ج 2، ص 33. أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ص 482.

(3) _ ابن العطار، الوثائق والسجلات، ص 233.

(4) _ الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص 229.

(5) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 1، ص 456.

(6) _ الونشريسي، المعيار، ج 6، ص 524.

وعرّف التقيّة إن كان الاسترعاء لأجلها وإلا أسقطها...»⁽¹⁾.

- اشتراط تقدم التوثيق بالاسترعاء على عقد التبرع: ويرى المالكية أن للمسترعي فسخ عقد التبرع أو التطوع، سواء تقدمت عليه شهادة الاسترعاء، أو كانا في وقت واحد، جاء في التبصرة الفرحونية عن طرر ابن عات: «أن من استرعى في حبس وكان تاريخ الحبس والاسترعاء واحداً كان جائزاً». ولا يجوز عندهم تأخير الاسترعاء على عقد التبرع، وإلا لم ينفعه توثقه بذلك الاسترعاء⁽²⁾. فقد نقل الونشريسي عن ابن المواز، جواز شهادة الاسترعاء في الطلاق وذلك عن «رجل كانت له امرأة، كان لها أب غائب عنها، فأرسلت إليه أن يزورها فلم يفعل، فأرسل إليه زوجها أنه قد طلق ابنته، وأشهد قبل الكتاب أنه إنما يفعل ذلك لعله يأتي لابنته، قال: إن كان استرعاها قبل ذلك شهوداً فإنه ينفعه ذلك وإن لم يفعل ذلك طلقت عليه»⁽³⁾. وقد ذهب ابن العطار في وثائقه إلى تقديم تاريخ الاسترعاء على عقد التبرع بقوله: «ويعقد التحبيس في شهر آخر بعد شهر الاسترعاء أو في وقت بعده، فيبين تاريخ التحبيس أنه انعقد بعد الاسترعاء»⁽⁴⁾.

ومن ثم فجواز التوثيق بشهادة الاسترعاء في التطوعات والتبرعات عند المالكية يقوم على أمور:

- 1- تقيّة أو إنكار أو غير ذلك من أسباب الاسترعاء، وسواء ثبت ذلك أم لم يثبت.
 - 2- عدم اشتراط معرفة الشهود سبب الاسترعاء، فيكفي الاستحفاظ وإيداع الشهادة، ولا يحتاج لإثبات التقيّة⁽⁵⁾.
 - 3- تقدم الاسترعاء على تاريخ عقد التبرع أو قاربه أو كانا معاً في وقت واحد فلا يضر، وإن كان تقديمه أتم⁽⁶⁾.
- أما البيوع وسائر المعاوضات: فالمالكية على أنه لا يجوز الاسترعاء فيها، لأن المبيعات والمعاوضات خلاف التبرعات، فالبايع قد أخذ لها ثمناً، وفي ذلك حق للمبتاع إذ أمن أسباب التوثيق، إلا إذا خشي شيئاً فاسترعى فيه بالشهادة عليه، وعرف الشهود سبب الاسترعاء كإكراه، أو إخافة أو غيرها من

(1) _المصمودي، الوثائق السجلماسية، ص15-16.

(2) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص457. ابن أبي الشتاء الصنهاجي، التدريب على الوثائق العدلية، ج2، ص33.

(3) _ الونشريسي، المعيار، ج6، ص523.

(4) _ ابن العطار، الوثائق والسجلات، ص233.

(5) _ أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ص151.

(6) _ ابن سهل، الأحكام الكبرى (الإعلام بنوازل الأحكام)، ص167. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص453. الونشريسي،

المعيار، ج6، ص528 والمنهج الفائق، ج1، ص297-298.

الأسباب أو لتقية، فيجوز حينئذ الاسترعاء وينفع إذا انعقد قبل البيع⁽¹⁾ توثيقاً للحقوق.

جاء في وثائق ابن العطار: « ولا يجوز الاسترعاء في البيوع مثل أن يشهد قبل البيع أنه راجع في البيع، وأن يبعه لأمر يتوقعه ويذكره، لأن المباعه خلاف ما يتطوع به الإنسان وفيها حق للمبتاع وقد أخذ البائع فيها ثمنًا فلا يصدق في استرعائه إلا أن يعرف الشهود الإكراه على البيع والإخافة أو التوقع»⁽²⁾.

وهو ما أكده الغرناطي أيضا في وثائقه فقال: « إذا كان الاسترعاء في بيع ونحوه مما فيه عوض، فلا بد أن تضمّن في آخر العقد، ممن (أي الشهود) يعرف الوجه الذي ذكره المسترعي (أي سبب استرعائه) من الإخافة، والإكراه والتقية، وإلا لم ينفعه»⁽³⁾. هذا وفي المعاوضات ذهب المالكية أيضا إلى لزوم تحقق تقدم الاسترعاء فيها على تاريخ المعاوضة ولو بالساعة⁽⁴⁾. وعليه، فإن التوثيق بشهادة الاسترعاء في البيوع غير جائز عند المالكية، إلا بشروط منها:

1- معرفة الشهود سبب الاسترعاء، كثبوت الإكراه على العقد أو الإخافة أو ما يتوقعه المسترعي من إنكار الخصم وغيره⁽⁵⁾. ولا يكفي في ذلك الاسترعاء أو الاستحفاظ، حتى يشهد هؤلاء الشهود بصحة ما ذكره المسترعي من الخوف أو الإنكار أو الإكراه ونحوه، وقت البيع أو الخلع أو الصلح أو غير ذلك من المعاوضات⁽⁶⁾.

2- تقديم تاريخ الاسترعاء على تاريخ العقد المكره عليه، ولذلك يقول ابن العطار في بيان اشتراط علم الشهود سبب الاسترعاء قبل البيع: «فإن وجد شهودا على هذا الاسترعاء قبل البيع على نحو ما ذكرناه...»⁽⁷⁾.

3- قيام المسترعي بما استرعى عليه فوراً بعد زوال سبب الاسترعاء كزوال الخوف من خصمه أو إقرار المنكر أو الغريم، وذلك بالمطالبة بفسخ العقد مباشرة وفور زوال ذلك، ولذلك ينقل لنا الونشريسي في معياره عن بعض شيوخ المذهب قوله: « الاسترعاء لا يجوز (أي في المعاوضات) إلا في وجهين: التقية

(1) _ ابن العطار، الوثائق والسجلات، ص233. ابن سهل، الأحكام الكبرى، ص167. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص456. الونشريسي، المعيار، ج6، ص530، 531.

(2) _ ابن العطار، الوثائق والسجلات، ص233.

(3) _ الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص230.

(4) _ ابن العطار، الوثائق السجلات، ص233. ابن سهل، الإعلام، بنوازل الأحكام، ص167. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص456. الونشريسي، المعيار، ج6، ص530، 531. أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ص485.

(5) _ الونشريسي، المنهج الفائق، ج1، ص297، 298.

(6) _ أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ص151.

(7) _ ابن العطار، الوثائق والسجلات، ص233.

والإنكار، فإذا استرعى عليهما قبل الصلح أو قبل البيع، فالحجة بذلك للمسترعى قائمة، والاسترعاء باق له في ذلك، لا يقطع بشيء ما بقيت التقية، وأقام المنكر على إنكاره، ومتى ذهب التقية، أو عاد المنكر إلى إقراره، وجب للمسترعى القيام بما استرعى، إذا قام في فور ذهاب التقية أو إقرار المنكر⁽¹⁾. وهو ما جرى به العمل عند المالكية والذي درج عليه الموثقون وعولوا عليه في وثائقهم، وأحكامهم⁽²⁾. وذلك توثقا للحقوق من ضياعها تفريطا من صاحبها، لمماطلته وتوانيه عن المطالبة بها.

ولذلك يذكر ابن فرحون وكذا الونشريسي عن المتيطية في بيان شرط القيام الفوري بالمطالبة، والمدة التي تسقط فيها الحقوق وتضيع على أصحابها نتيجة عدم الفور بالمطالبة، فجاء فيها ما نصه: «إذا باع شريكه حصته من ذي قدرة وسلطان، فلم يقدر على الأخذ بالشفعة لئلا يضرّ به في ماله أو بدنه، فاسترعى لذلك وسأل من بينته (شهوده) حفظ هذه الشهادة، فإذا زالت التقية كانت له الشفعة، إذا كان قيامه بفور زوال التقية، وان ترك القيام (أي المطالبة) بعد زوالها عشرة أعوام فلا شفعة له»⁽³⁾. وقيل قدر الطول في المدة عامان فأكثر⁽⁴⁾.

والصحيح ما أورده الونشريسي عن بعض الفقهاء، أن في أقل من هذه المدة يسقط حقه، إذا سكت عن القيام بالمطالبة بحقه بعد زوال سبب الاسترعاء بالمدة اليسيرة⁽⁵⁾. لأن سكوته يحمل أمره على الرضا بضياع حقه فيما استرعى عليه، وأما إذا لم يقيم المسترعى بما استرعه بعد زوال سبب الاسترعاء من تقية أو إنكار فلم يطالب بذلك، لعذر كغيبية أو غيرها من الضرورات والأعدار، فلا يسقط حقه ويبقى استرعاؤه إلى أن يزول عذره في تأخر المطالبة بحقه، وفي ذلك ينقل لنا الونشريسي عن أحد الشيوخ قوله: «وجب على المسترعى القيام بما استرعى، إذا قام في فور ذهاب التقية أو إقرار المنكر، إلا أن يكون المسترعى في ذلك غائبا أو معذورا بما يوجب عذره فيبقى في الاسترعاء على حجته إلى حين يمكنه القيام في ذلك»⁽⁶⁾. توثقا لحقوقه وضمانا لاستيفائها.

(1) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص453. الونشريسي، المعيار، ج6، ص527.

(2) _ الونشريسي، المصدر نفسه، ج6، ص520.

(3) _ ابن العطار الوثائق والسجلات، ص320، 335. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص453. الونشريسي، المصدر نفسه، ج6، ص524.

(4) _ أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ص151.

(5) _ الونشريسي، المعيار، ج6، ص524.

(6) _ الونشريسي، المصدر نفسه، ج6، ص527.

المبحث الثالث: التوثيق للحقوق بالسفتجة

كثيرا ما يحتاج الإنسان في معاملاته التجارية وغير التجارية إلى نقل ماله من بلد إلى آخر، وقد يكون نقل هذا المال غير متيسر، إما لبعد المسافة أو لكون الطريق غير مأمون، أو لأن في حمله ونقله مشقة، فكانت إباحة وسيلة من وسائل إيصال ونقل المال توثقا له، وهي السفتجة، توفيرا لهذا الجهد والعناء ورفعاً للضيق، فلولاها لاضطر المدين إلى نقل مال الوفاء إلى بلد الدائن، واضطر الدائن إلى نقل المال إلى بلد المدين، مع ما في ذلك من تكلفة ومشقة، فحفاظا على المال وتوثقا له من كل المخاطر، جاءت أهمية هذه الوسيلة من وسائل التوثيق للحق وهي ما يعرف عند الأقدمين بالسفتجة، فما حقيقتها؟ وما حكم التوثيق بها للحقوق؟

المطلب الأول: تعريف السفتجة

وأتناول فيه تعريف السفتجة لغة واصطلاحا

الفرع الأول: تعريف السفتجة لغة

بضم السين وقيل بفتحها، كلمة فارسية الأصل معربة، تعني كتاب صاحب المال لوكلية أن يدفع مالا قرضا يأمن به من خطر الطريق، وأصلها "سفتة" وهو الشيء المحكم⁽¹⁾ أو الجوف، وفسرها بعضهم فقال: حين أن يعطي شخص مالا لآخر، وللآخر مال في بلد المعطي، فيوفيه إياه هناك، فستفيد أمن الطريق وتجمع على سفاتج⁽²⁾. وسميت هذه المعاملة سفتجة، لما فيها من إحكام الأمر والتوثيق له، بتجنب خطر تلف المال وخطر الطريق وعنائها، أو تشبيها لها بالدرهم التي تحبأ في الأشياء الجوفة، فقد كانوا يجوفون العصا، ويضعون دراهمهم داخلها⁽³⁾.

الفرع الثاني: تعريف السفتجة اصطلاحا

عرفها المالكية عدّة تعريفات منها:

1- «هي البطائق تكتب فيها آجال الديون، كالرجل تجتمع له أموال ببلد، فيسلفها لك، وتكتب له إلى وكيك ببلد آخر لك فيه مال أن يعطيه هناك، خوف غرر الطريق»⁽⁴⁾.

(1) _ الفيومي، المصباح المنير، ج2، ص278. مادة (سفتج).

(2) _ ابن منظور، لسان العرب، ج2، ص298. الزبيدي، تاج العروس، ج2، ص59. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج1، ص201.

(3) _ الزبيدي، المصدر نفسه، ج2، ص59.

(4) _ القرافي، الذخيرة، ج5، ص293.

2- هي: «كتاب صاحب المال لو كيله في بلد آخر، ليدفع لحامله بدل ما قبضه»⁽¹⁾.

3- «هي البطائق التي يكتب فيها الإحالة بالدين، وذلك أن يسلف الرجل مالا في غير بلده لبعض أهله، أو يكتب القابض لنائبه، أو يذهب معه بنفسه ليدفع عوضه في بلد السلف»⁽²⁾.

والملاحظ على هذه التعريفات أن بعضها صرح بأنها تكون مكتوبة بقوله إنها كتاب أو بطاقة أو صك، ومنهم من لم يعرفها كذلك، وإنما اكتفى بمجرد الإشارة إلى أنها عبارة عن قرض أو سلف، يعطى بمكان ويؤخذ بآخر، ولذلك عرفها بعض المعاصرين بأنها: «وفاء الدين في بلد آخر غير بلد الدين، سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة»⁽³⁾.

فهذا تكون كتابة السفتجة ليست بأمر واجب، وإن كان المعتاد فيها أنها تكتب، أي أن تكون كتابا، أو صك يكتبه المدين للدائن أو المقرض للمقرض، فيجتمع بذلك توثقان، فعل السفتجة في حد ذاته توثقا للحق، وتوثيقه بكتابته في بطاقات أو صكوك.

المطلب الثاني: صور التوثيق بالسفتجة

ذكر المالكية في مدوناتهم صورا عديدة للتوثيق بالسفتجة منها:

الأولى: أن يقرض شخص في بلد ليقوم المقرض بتكليف نائبه بدفع بدل ما استقرضه للمقرض نفسه في بلد آخر، أو يسافر هو نفسه لدفع مال القرض إلى المقرض في البلد التي تم فيها القرض. وهو ما جاء في حاشية الخرشى ونصّه: «المراد بها الكتاب الذي يرسله المقرض إلى وكيله ليدفع لحامله ببلد آخر نظير ما سلفه»⁽⁴⁾. كما جاء في كتاب البهجة ما نصّه: «السفتجة هي البطائق التي تكتب فيها الإحالة بالدين وذلك أن يسلف الرجل مالا في غير بلده لبعض أهله، ويكتب القابض لنائبه أو يذهب بنفسه ليدفع عوضه في بلد المسلف»⁽⁵⁾.

فأطراف عملية التوثيق هنا، هو المقرض الذي سيسافر، والمقرض المقيم في بلد القرض، أو العازم أيضا على السفر، ليدفع بنفسه للمقرض مال القرض، أو وكيل المقرض الذي كلف بدفع مال الوفاء للمقرض الذي يحمل كتاب المقرض بذلك.

(1) _ الخطاب، مواهب الجليل، ج4، ص548.

(2) _ التسولي، البهجة شرح التحفة، ج2، ص288.

(3) _ رفيق المصري، الجامع في أصول الربا، ط1، بيروت، الدار الشامية، دمشق، دار القلم، 1991، ص277.

(4) _ الخطاب، مواهب الجليل، ج4، ص548. الخرشى، حاشية الخرشى، ج5، ص231.

(5) _ التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج2، ص288.

الثانية: أن يقرض شخص لآخر مالا في بلد، على أن يكتب المقرض إلى نائبه في البلد الآخر ليوفيه إلى نائب المقرض أو دائنه في ذلك البلد، جاء في منح الجليل: «السفتجة: أي ورقة يكتبها مقرض ببلد كمصر لوكيله ببلد آخر كمكة، ليقضي عنه بها ما اقترضه بمصر»⁽¹⁾.

فأطراف عملية التوثيق بالسفتجة في هذه الصورة، هم المقرض والمقرض المقيمان في بلد السلف أو القرض، ونائب أو وكيل كل منهما في بلد الوفاء بالقرض.

والملاحظ في هاتين الصورتين المذكورتين في كتب المالكية، أنها عرفت السفتجة وفسرتها بأنها قد تكون قرضا أو ديناً، وأن الغرض منها هو ضمان خطر الطريق توثقا لحق المقرض أو الدائن، وهو زيادة منفعة، إذ المنفعة الأصلية للمقرض أو الدائن من القرض أو الدين هو أن المال في ذمة المقرض أو المدين، إلى أن يردّ مثله ويضمنه في مكان العقد، فإذا شرط المقرض أو اتفق مع المقرض أو المدين أخذ ماله من طرف نائب المقرض أو المدين في بلده، توثقا لماله من خطر الطريق، فإن في ذلك توثقا لحق الدائن أو المقرض وزيادة ضمان له وحيطة لماله.

بخلاف لو دفع الشخص المال إلى آخر على سبيل الوديعة، وليس للقرض أو الدين على أن يردها له في بلد آخر، فإن ذلك ليس فيه زيادة منفعة لصاحب المال، وليس فيه توثق لحقه ولا ضمان له، لأنّ الوديعة إذا تلفت فإنها غير مضمونة لصاحبها، لكونها لم تخرج عن ملكه، أمّا القرض أو الدين، لكونه من العقود الناقلة للملكية، فإنّه يكون مضمونا على المقرض أو المدين، لأنّ المال المقرض يكون ملكه في فترة الدين، فوجب ضمانه برّد مثله عند الوفاء⁽²⁾.

كما يلاحظ أيضا، أن المالكية في تعريفاتهم للسفتجة وبيّانهم لصورها، لم يحدوها بصيغة معينة، سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة بأنّ كانت بإشارات أو علامات معينة يحملها المقرض أو الدائن أو وكيله، أو المدين نفسه ليطلع عليها المأمور بالوفاء في البلد المعين لذلك.

ولهذا نجد في عصرنا الحالي، تشدد الدول في مراقبة عملية خروج ودخول الأموال بطريق السفتجة، وتعتمد فيها رموزا وإشارات معينة بين الأمر والمأمور بالوفاء للشخص حامل الرسالة، توثقا للأموال وحفاظا عليها، كما هو في المصارف والبنوك والبريد، حيث تتعامل بهذه الوسيلة لتحويل النقود، وذلك عن طريق شيكات مصرفية أو فاكسات، أو بطاقات حوالة أو غيرها من

(1) _ عليش، منح الجليل، ج5، ص406.

(2) _ رفيق المصري، الجامع في أصول الربا، ص282.

الوسائل الحديثة التي تستخدم في التحويلات المصرفية والبريدية، والتي لا تخرج عن كونها سفتجة⁽¹⁾.

المطلب الثالث: حكم السفتجة وأثرها في التوثيق للحقوق

اختلف المالكية في هذه المسألة إلى أقوال:⁽²⁾

القول الأول: ذهب جمهور المالكية أن السفتجة إذا اشترط أحد الطرفين منفعتها—وهي أمن الطريق— في عقد القرض، تكون محرمة وهو المشهور في المذهب⁽³⁾، وذلك لأن السفتجة الأصل فيها أنها قرض، والمعروف أن كل قرض جر نفعا فهو حرام⁽⁴⁾.

وللحديث الذي أخرجه البخاري عن عائشة—رضي الله عنها— أن النبي ﷺ قال: «ما بال أقوام يشترطون شروطا ليس في كتاب الله؟ من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن اشترط مائة شرط، شرط الله أحق وأوثق»⁽⁵⁾، ووجه الاستدلال بهذا الحديث، أن الشرط قد وقع في عقد القرض، وهو اشتراط منفعة السفتجة، فيكون باطلا، لأنه ليس في كتاب الله، وهو شرط لحصول السفتجة وقيامها، ومن المعروف أن ما بني على باطل فهو باطل، فتكون السفتجة باطلة.

وكذا ما أخرجه البيهقي في سننه عن زينب امرأة ابن مسعود قالت: أعطاني رسول الله ﷺ خمسين وسقا تمرا بخير وعشرين شعيرا، قالت: فجاءني عاصم بن عدي فقال لي: هل لك أن أوتيك مالك بخير ههنا بالمدينة فأقبضه منك بكيه بخير؟ فقال: لا حتى أسأل عن ذلك. قالت: فذكرت ذلك لعمر بن الخطاب ﷺ فقال: لا تفعلي فكيف لك بالضمان فيما بين ذلك؟⁽⁶⁾. ووجه الاستدلال بهذا الأثر، أن عمر ﷺ اعترض على هذا السلف وكرهه فدل ذلك على عدم الجواز.

وقد جاء في حاشية الخرشبي ما نصه: «...وكذلك يمتنع أن يسلف كعكا ببلد بشرط أن يأخذ بدله ببلد آخر.. وكذلك يمتنع أن يدفع الشخص لصاحبه عينا، أي ذاتا عنده عظم حملها، ويشترط

⁽¹⁾ _ وزارة الأوقاف والشؤون الكويتية، الموسوعة الفقهية، الكويت، 1970، ص209.

⁽²⁾ _ ابن الجلاب، التفریع، ج2، ص139.

⁽³⁾ _ ابن الجلاب، المصدر نفسه، ج2، ص139. ابن جزري، القوانين الفقهية، ص315. التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج2، ص288.

⁽⁴⁾ _ إشارة إلى الحديث الذي أخرجه الشوكاني في نيل الأوطار، كتاب القرض، باب: جواز الزيادة عند الوفاء، والنهي عنها قبله، ج5، ص275. ابن جزري، المصدر نفسه، ص315.

⁽⁵⁾ _ سبق نخرجه، ص 14 من هذا البحث.

⁽⁶⁾ _ البيهقي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب ما جاء في السفاتج، ح(10945)، ج5، ص576.

أخذها في بلد آخر لأنه دفع عن نفسه غرر الطريق ومؤونة الحمل»⁽¹⁾.

القول الثاني: ذهب بعض المالكية إلى جواز السفتجة في عقد القرض، لأنهم يرون أنها لا تجر نفعاً مادياً وإن اشترطت المنفعة فيها⁽²⁾، مستدلين بما روي عن عطاء بن رباح أن عبد الله بن الزبير كان يأخذ من قوم بمكة دراهم ثم يكتب بها إلى مصعب بن الزبير بالعراق، فيأخذونها منه، فسئل ابن عباس عن ذلك فلم ير به بأساً، فقيل له: إن أخذوا أفضل من دراهم؟ قال: لا بأس إذا أخذوا بوزن دراهمهم، وروي ذلك أيضاً عن علي⁽³⁾. ووجه الاستدلال بهذا الأثر، أن التعامل بالسفتجة كان معروفاً بين الصحابة، وكان جائزاً بينهم، سواء اشترطت المنفعة أم لا.

والحقيقة أن القول بعدم جواز السفتجة عند المالكية، ليس على إطلاقه بل له ضابط وهو أن تكون السفتجة مشروطة، وأن يكون فيها حمل ومؤونة على المقرض، كأن يضطر إلى نقل بدل الوفاء في القرض إلى البلد الآخر، ويكون لحمله تكلفة ومؤونة، ودليل ذلك ما جاء في موطأ الإمام مالك - رحمه الله -: «أن عمر بن الخطاب⁽⁴⁾ قال في رجل أسلف رجلاً طعاماً على أن يعطيه إياه في بلد آخر، فكره ذلك عمر بن الخطاب⁽⁵⁾ وقال: فأين الحمل؟ يعني حملانه»⁽⁴⁾.

أما إن لم تكن منفعة السفتجة مشروطة في عقد القرض، كأن يكون المقرض هو الذي تبرع بالسفتجة وطلبها، أو لم يتفقا أصلاً على كتابتها، وأن لا يكون فيها حمل ومؤونة، فهي جائزة حينئذ عند المالكية ومن وافقهم من المذاهب⁽⁵⁾.

جاء في التاج والإكليل على مختصر خليل: «قال مالك: وأما إن أقرضه عينا فلا حمل فيها - أي لا مؤونة لحملها - إذ لك أخذها بها حيث لقيته، فإن شرطت أخذها ببلد آخر، فإنما يجوز ذلك إذا فعلته رفقا بصاحبك لا تعتزي أنت به نفعاً من ضمان طريق ونحوه»⁽⁶⁾.

وقد حكى ابن الجلاب في تفريعه، اختلاف المالكية في جواز السفتجة فيما لا حمل فيه، حيث قال: «ولا يجوز أن يقترض شيئاً له حمل ومؤونة في بلد على أن يقضي ذلك في بلد آخر، فأما السفاتج بالدنانير والدرهم، فقد ذكر مالك - رحمه الله - العمل بها، وأجازها غير من أصحابه، لأنه

(1) _ الخرشبي، شرح الخرشبي، ج5، ص231.

(2) _ ابن الجلاب، التفريع، ج2، ص139. المواق، التاج والإكليل، ج4، ص547.

(3) _ البيهقي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب ما جاء في السفتج، ح(10947)، ج5، ص576-577.

(4) _ الإمام مالك، الموطأ، كتاب البيوع، باب ما لا يجوز من السلف، ص474.

(5) _ ابن الجلاب، التفريع، ج2، ص139. المواق، التاج والإكليل على مختصر خليل (بهاشم مواهب الجليل)، ج4، ص547.

كمال بن الهمام، فتح القدير، ج7، ص251. الماوردي، الحاوي، ج8، ص150. ابن قدامة، المغني، ج4، ص392.

(6) _ المواق، المصدر نفسه، ج4، ص547.

ليس لها حمل ولا مؤونة»⁽¹⁾. ثم يوجه ابن الجلاب هذا الخلاف بقوله: «فأما القائلون بالجواز من أصحاب مالك، فوجه الجواز عندهم، أن جلّ المنفعة للمقترض لأنّه يتجر بذلك المال، ولا مؤونة حمل في تلك الدراهم والدنانير بخلاف العروض، وأمّا وجه الكراهة عند الإمام مالك رضي الله عنه أن ربّ المال ربما لم يهن عليه أن يوجه المال معه أمانة من أجل غرر الطريق المتوقع حتى ضمنه إياه بالقرض، فقد انتفع بذلك، فمن راعى هذا الأمر قال بالكراهة»⁽²⁾.

كما نصّ المالكية على جواز السفتجة، إذا كانت هناك ضرورة داعية إليها، كأن يعمّ الخوف لكون الطريق غير مأمونة، بحيث يغلب على الظن الهلاك، أو قطع الطريق، فيكون المقرض حينئذ أمام حلّين لا ثالث لهما: إمّا كتابة السفتجة، أو ترك ماله يضيع، ومن ثمّ جازت السفتجة، بل ندب إليها لما فيها من التوثيق للمال بحفظه وصيانتها من خطر الطريق⁽³⁾. كما نصّ المالكية أيضا على جواز السفتجة، إذا تأكّد أن المنتفع بها هو المقرض وحده، أو هو من طلب ذلك⁽⁴⁾.

فالحاصل عند المالكية أن السفتجة لا تجوز في حال اشتراط منفعتها من أمن الطريق، وأن يقترض شيئا له حمل ومؤونة، لأنّ السلف أو القرض إذا جرّ منفعة للمقترض لم يجز، فإذا أقرضه بموضع على أن يأخذ بموضع آخر، فقد انتفع بقدر الحمل وبغرر الطريق أيضا فلم يجز، وأمّا إن لم يشترط ذلك فيجوز عندهم⁽⁵⁾.

والظاهر - والله أعلم - أنّه إذا تمّ القرض دون اشتراط السفتجة ثم تراضيا على الوفاء في هذا البلد أو ذاك، فلا حرج ولا إشكال في ذلك، بأن تكتب السفتجة ولو ترتب عليها منفعتها من أمن خطر الطريق، إذ بها يتوثق لحق المقرض، بتحقيق استيفائه لماله وتأمينه من الضياع، ولأنّه إذا كان على التراضي منهما، لم يتهم المقرض أنه قصد منفعة، لأنّه ليس في مقابلة ذلك شرط من قبله، وذلك بعد حلول أجل الوفاء بالقرض، أمّا قبل حلوله فيمتنع ذلك لأنّه حينئذ يكون مشروطا، وهو ما جاء في التفريع: «ولو اصطالحا على القضاء في البلد الآخر - أي غير بلد القرض - كان ذلك جائزا، إذا كان بعد حلول الأجل، وإن كان قبل حلول الأجل لم يجز»⁽⁶⁾.

(1) _ ابن الجلاب، التفريع، ج2، ص139.

(2) _ ابن الجلاب، المصدر نفسه، ج2، ص139.

(3) _ الخطاب، مواهب الجليل، ج4، ص547-548. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص225. التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج2، ص288.

(4) _ الخطاب، مواهب الجليل، ج4، ص548. وكذا المواق على هامشه، ج4، ص547.

(5) _ ابن الجلاب، التفريع، ج2، ص139.

(6) _ ابن الجلاب، المصدر نفسه، ج2، ص140.

المبحث الرابع: التوثيق بيمين القضاء

تعتبر اليمين أحد الوسائل المعدّة للتوثيق للحقوق وإثباتها، وهي مشروعة في القضاء تأكيداً لردّ الحقوق إلى أصحابها، وتقوية لجانب الخالف، لقوله ﷺ لرجل ادعى على آخر حقاً: «شاهدك أو يمينه»⁽¹⁾. واليمين أنواع عديدة، إما أن تكون في صالح ونفع المدعي، أو في صالح المدعى عليه⁽²⁾، والمراد بها في هذا البحث هو نوع واحد هو يمين القضاء، وهو ما سأتكلم عنه في المطالب التالية، وقبل ذلك نعرض أولاً إلى تعريف اليمين لغة وشرعاً ثم معرفة أقسامها ومن ثمّ القسم المراد في البحث.

المطلب الأول: تعريف اليمين

وسأتناول فيه معرفة حقيقة اليمين لغة واصطلاحاً

الفرع الأول: تعريف اليمين لغة

من القسم والحلف والجمع أيمن وأيمان⁽³⁾ وقد أطلقت اليمين على الحلف، لأنّ العرب في الجاهلية كانوا إذا تحالفوا أو تعاهدوا أخذ كل واحد بيد صاحبه اليمين، أو ضرب كل واحد منهم بيمينه على يمين صاحبه كناية عن الموافقة والرضا، فسمي الحلف يميناً مجازاً. أو لأنّ الحالف يتقوى بقسمه باليمين، إذ تطلق ويراد بها القوة والشدة أيضاً، فكأنما الحالف يقوي موقفه باليمين⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: تعريف اليمين اصطلاحاً

عرّفها المالكية بأنها:

-توكيد المحلوف عليه وعقده، بذكر اسم الله تعالى، أو اسم من أسمائه أو الحلف بكل معظم بالشرع⁽⁵⁾.

-الحلف الذي يقوي الخير على الوجود والعدم⁽⁶⁾.

-حلف المكلف على إثبات أمر أو نفيه، أو إلزامه نفسه أو غيره، بفعل أو ترك، بقسم أو

(1)- البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه، ج3، ص159.

(2)- أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ص296-299. جعيط، الطريقة المرضية، ص88-92. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات، ج1، ص312، 414.

(3)- الفراهيدي، العين، باب الباء، ج4، ص414. الجوهري، الصحاح، باب النون فصل الباء، ج6، ص222.

(4)- الفيومي، المصباح المنير، مادة يمين، ج2، ص939.

(5)- ابن عبد البر، الكافي، ص193. ابن رشد، بداية المجتهد، ج1، ص408.

(6)- الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص189.

تعليق بقربة، أو حلّ عصمة⁽¹⁾.

الفرع الثالث: حكمة مشروعية اليمين وعلاقتها بالتوثيق

إنّ اليمين إنما شرعت كمنبه للحالف، أن يفكر فيما سيقدم عليه من الحلف عليه بهذه اليمين، التي هي تعظيم لله تعالى وحلف باسمه الأعظم، على استحقاق المال، فإن كانت لأجل أكل أموال الناس بالباطل، فإنها من المحرم الذي يستحق فاعله غضب الله تعالى، لما جاء في الحديث: «من حلف على يمين وهو فيها فاجر ليقطع بها مال امرئ مسلم، لقي الله وهو عليه غضبان»⁽²⁾. فاليمين تثير الوازع الديني في الحالف، ليكون صادقاً في حلفه، وأن يمينه سترجح جانب المحلوف له، كأن يمينه هي التي تقرر الجهة التي يحكم لها، فبعض المنكرين للحق قد يمتنعون عن اليمين حين يطلب منهم ذلك، ويقرون بالحقيقة بدافع إيماني، كما أنّ من لهم الحق قد ينكلون عن اليمين، حين يطلب منهم ذلك، ويخسرون ما ادعوا به، خوفاً من أن يصادف يمينهم نزول مصيبة بهم فيربط الناس بينهما⁽³⁾، وهو ما صرح به عثمان ابن عفان رضي الله عنه حين امتنع عن اليمين التي ردت عليه في خصومة بينه وبين المقداد فاتقاها وافتدى منها⁽⁴⁾.

الفرع الرابع: أنواع اليمين

اليمين أنواع متعددة منها:

- أ- نوع باعتبار حكمها: وهي اليمين الواجبة والمندوبة والمباحة والمكروهة والمحرمة، وهذا القسم ليس هو المراد في بحثنا.
- ب- نوع باعتبار الكفارة: أي من آثارها المترتبة عليها، وهي اليمين الغموس، واليمين اللغو،

(1) - عبد العزيز محمد آل مبارك الأحساني، تبيين المسالك لتدريب السالك إلى أقرب المسالك، شرح: محمد الشباني الشنقيطي، دار الغرب الإسلامي، ج2، ص377.

(2) - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأيمان والندور، باب قول الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْرُونَ عَهْدَ اللَّهِ وَأَيْمَانَهُمْ ثَمَنًا قَلِيلًا...﴾، ج7، ص228.

(3) - عكرمة سعيد صبري اليمين في القضاء الإسلامي، ط1، الأردن، دار النفائس، 2009، ص352.

(4) - وهو ما روي أبو عبيد عن الشعبي أنّ المقداد استلف من عثمان سبعة آلاف درهم، فلما قضاها أتاه بأربعة، فقال عثمان: إنها سبعة. فقال المقداد: ما كانت إلا أربعة، فلم يزالا حتى ارتفعا إلى عمر. فقال المقداد: يا أمير المؤمنين ليحلف أهما كما يقول وليأخذها. فقال عمر: أنصفك، أحلفها كما تقول وخذها. فأبى أن يحلف. فقال عمر لعثمان: خذ ما أعطاك. وقال عثمان قولته المشهورة: «أخاف أن يوافق قدر بلاء فيقال: يمينه». البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب: تأكيد اليمين بالمكان، ح(20697)، ج10، ص297.

واليمين المنعقدة⁽¹⁾. وهذا القسم أيضا ليس هو المراد بالبحث هنا.

ج- نوع باعتبار الخالف في الدعاوى والخصومات ومن خلال المدعيين والشاهد، وهذه هي التي لها علاقة بالبحث، وهي أيمان إما للإثبات أو للاحتياط والتوثيق. والأولى هي: التي تعتبر وسيلة من وسائل الإثبات في القضاء وتكون إما متوجهة إلى المدعي أو إلى المدعى عليه حين إنكار المدعي لها ونكوله عنها، وهي إما: يمين أصلية، أو يمين مردودة أو يمين التهمة وكذا يمين اللعان، وكلها غير مرادة في البحث.

وأما الثانية: فهي يمين الاحتياط والتوثيق؛ وهي اليمين التي توجه إلى المدعي بعد إقامة البينة، وأخرى توجه إلى الشاهد قبل الإدلاء بشهادته، وهذه اليمين لم يرد نص شرعي بها، وإنما أجازها الفقهاء اجتهادا واستحسانا للاحتياط والتوثيق للحقوق، وللتحرز وذلك لفساد الزمان وأهله، ولاتساع رقعة البلاد⁽²⁾ حيث يتعذر حضور المدعى عليه، فيتم توجيه هذه اليمين إلى كل من المدعي والشاهد من طرف القاضي، وهذه هي المقصودة في هذا البحث.

وهذه اليمين هي التي سأقتصر الكلام عنها، لعلاقتها ودورها في التوثيق للحقوق، وهي يمين القضاء كما تسمى عند المالكية، وقسماتها وهي يمين الاستحقاق ويمين الاستظهار.

المطلب الثاني: يمين القضاء

وتعرف كذلك عند المالكية⁽³⁾، كما تسمى يمين الاستظهار عند الجمهور⁽⁴⁾ -الحنفية والشافعية والحنابلة- لأن البينة التي اعتمد عليها المدعي شهدت بظاهر الأمر، والمدعى عليه غير موجود، فيستظهر بيمين الطالب على باطن الأمر⁽⁵⁾، كما أطلقوا عليها يمين الاستبراء ليكون المدعي برئ الذمة، لأنه من المحتمل أن يكون الدائن قد أسقط حقه من الدين ولم يعلم الشهود بذلك،

⁽¹⁾ _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج2، ص28-33. ابن رشد، بداية المجتهد، ج1، ص409. الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص204-205.

⁽²⁾ _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص335. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، ص601.

⁽³⁾ _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص931. التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص156. جعيط، الطريقة المرضية، ص88-89.

⁽⁴⁾ _ السرخسي، المبسوط، ج16، ص331. الرملي، مغني المحتاج، ج4، ص407. ابن القيم، الطرق الحكمية، ص15، 146.

⁽⁵⁾ _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص334. أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ص299.

والمتممة لأن القاضي يوجهها إلى المدعي تميماً للبيئة⁽¹⁾، وهي التي تعرف كذلك في القوانين الوضعية⁽²⁾. والمالكية يعتبرون كلا من يمين الاستحقاق ويمين الاستظهار قسم من يمين القضاء، وقد صرح بذلك ابن رشد وابن فرحون وغيرهما، وأنها ليست قسماً زائداً⁽³⁾، فيمين الاستحقاق هي أيضاً يمين لردّ دعوى القضاء، وهي دعوى مقدرّة غير محققة، دفعا للتهمة والاحتمال⁽⁴⁾، كما أن كلاهما يتوقف الحكم عليهما⁽⁵⁾. وإن كان بعضهم يجعل بينهما فروقاً⁽⁶⁾، وكذا يمين الاستظهار فهي تلك اليمين التي تجب على المشهود له فيها إذا اعتمد الشاهد على ظاهر الحال في شهادته، فكأنهم يعتبرون يمين القضاء أتمّ في المدلول وأعمّ، ويمين الاستظهار أخص، وضابطهم في ذلك: أن كل بيّنة شهدت بظاهر فإنّه يستظهر بيمين الطالب على باطن الأمر كما تقدم، فسميت هذه اليمين بيمين الاستظهار من هذا الباب.

أولاً: تعريف يمين القضاء

يمين القضاء، سميت بذلك لأنّها اليمين التي توجه من طرف القاضي، فإذا رفع شخص دعوى وكان المدعى عليه حاضراً، أو أثبت المدعي دعواه، فإنّه يحكم له بها دون أن يطلب منه أيّ يمين، وأمّا إذا رفع دعواه على غائب أو ميت أو صغير أو وقف أو مسجد أو غير ذلك ممن لا يستطيع أن يدافع عن نفسه، فإنّ المدعي يحلف من قبل القاضي دون طلب من الخصم، مع أن بيّنة المدعي مكتملة، وذلك احتياطاً وتوثقاً للحقوق وتحرزاً لها.

ولذلك عرفها المالكية بأنّها: اليمين التي يطلبها الحاكم من المدعي بعد إثباته ما يدعيه بيّنة، أن بيّنته شهدت بالحق. أو هي: تحليف القاضي المدعي بعد البيّنة على عدم الإبراء والاستيفاء والاعتياض والإحالة والاحتيايل والتوكيل على الاقتضاء في جميع الحقوق، وتتوجه في الغالب على كل مدع على ميت أو غائب أو يتيم أو حبس أو مساكين أو على وجه من وجوه البر أو على بيت المال وعلى

(1) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج16، ص331. أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ص298. السرخسي، المبسوط، ج16، ص118. الرملي، مغني المحتاج، ج4، ص407. ابن القيم، الطرق الحكمية، ص15، 146.

(2) _ أحمد إبراهيم، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية، ص378-380.

(3) _ ابن رشد، البيان والتحصيل، ج11، ص143. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص331-332. ميارة، شرح تحفة الحكام، ج1، ص164. أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ص297-299.

(4) _ أحمد الرهوني، المصدر نفسه، ص298.

(5) _ الحسن بن رحال، حاشيته على الشرح والتحفة، ج1، ص164.

(6) _ أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ص301.

مستحق الحيوان، ولا يتم الحكم إلاّ بها⁽¹⁾.

فإذا ادعى إنسان أنّه معدم ليأخذ حقه من بيت المال أو أنّه ابن فلان الذي مات ووضع ماله في بيت المال لظن أنّه لا وارث له، فلا بد من يمين القضاء مع البيّنة⁽²⁾.

فيمين القضاء هي اليمين التي يحلفها من حكم له بشيء على غائب أو ميت، أو كل من لا يستطيع الدفاع عن نفسه، بطلب من القاضي، لدفع التهمة عن الحالف في الأمور التي لا يطلع عليها الشهود، فإنّه مع إقامة الأدلة المطلوبة القاضية على الغائب أو الميت أو غيرهما، يبقى هناك احتمال أن يكون المدعي قد استوفى حقه بوجه من الوجوه غير الموثقة، كأن يكون الدائن أبراً الغائب أو أحاله، أو أخذ الدائن في دينه رهناً من الغائب أو خصمه منه في مقاصّة، فيحلف القاضي المدعي أن شيئاً من هذا لم يكن، وأنّه لا وهب ولا أبراً، ولا أحال، ولا أخذ رهناً، ولا اقتضى بوجه من الوجوه، وقواعد الشرع لا تأبى مثل هذا التوثيق والاستيثاق خصوصاً مع قيام التهمة في الناس⁽³⁾.

وصورة ذلك أن يشهد شاهدان لرجل بشيء معين في يد آخر، فإنّه لا يستحقه حتى يحلف أنّه ما باع ولا وهب ولا خرجت عن يده بطريق من الطرق المذيلة للملك، وأنها لباقية له عليه إلى يمينه تلك، وهو الذي عليه الفتيا والقضاء⁽⁴⁾.

جاء في المدونة عن ابن القاسم: «سمعت مالك غير مرة يقول في الذي يدعي العبد أو الشيء من العروض أنّه سرق منه ويقيم البيّنة، أنّه شيء له لا يعلمونه باع ولا وهب... استوجب ما ادعى وأرى أن يحلف الإمام المشهود له بالله الذي لا إله إلا هو ما باع ولا وهب ولا خرجت من يده بشيء مما يخرج له من ملكه ويحلفه على البت»⁽⁵⁾. وقد علل المالكية ذلك بأنّه يجوز أن يكون باعها من المدعي عليه أو غير ذلك من الاحتمالات، ومع قيام الاحتمال لا بد من اليمين⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص332. الخرشي، شرح الخرشي، ج7، ص537، 539. التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص156-157. عليش، منح الجليل، ج8، ص372.

⁽²⁾ _ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج6، ص56.

⁽³⁾ _ ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص455 وما بعدها. الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج4، ص448.

⁽⁴⁾ _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص331. التاودي، شرح التاودي (حلي المعاصم لبنت فكر ابن عاصم) على التحفة، بما مش البهجة، ج1، ص156. التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص156.

⁽⁵⁾ _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص101-102. ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، مج1، ج1، ص190.

⁽⁶⁾ _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص331-332.

ثانيا: حكم يمين القضاء وأثرها في التوثيق

يمين القضاء عند الملكية، يمين واجبة لا يتم الحكم إلا بها، وهي تحليف القاضي للمدعي مع إقامة البيّنة، لدفع الاحتمالات التي قد تطرأ على الدعوى، توثقا واحتياطا للحقوق، لأن البيّنة تشهد بظاهر الأمور والمحكوم عليه ليس حاضرا حتى يردّها ويقدم في الجوانب الخفية التي قد يطعن بها لو كان موجودا، من أجل ذلك جاءت يمين القضاء ضمانا وتوثقا لحق الغائب، فهي إذا يمين لازمة لردّ توهم القضاء، شرعت استحسانا للضرورة، لما فيها من الاحتياط في أمر الحقوق وتوثقا لها، كإيصالها إلى أربابها، حتى لا يأخذها إلا من يستحقها وبقدر ما يستحق.

وهذه اليمين لا نص لها في الكتاب والسنة، إلا أن أهل العلم من السلف رأوا ذلك على سبيل الاستحسان لمصلحة الغائب واليتيم والوقف والميت، وكل من لا يمكنه الدّفع عن نفسه، وذلك بتوصيل الحقوق إلى أصحابها بتبرئة ذمته منها⁽¹⁾، ولذلك فلا مانع شرعي من تحليف المدعي من قبل القاضي حين وجود الشك أو احتمال التهمة بأخذ مال الغير، وذلك للاحتياط والتوثيق للحقوق، وليطمئن القاضي حين إصداره الحكم⁽²⁾. فهي في مقابلة دعوى مقدرة، لأنّها على غائب أو من لا يمكنه الدّفاع عن نفسه، وليست محققة كما في الحاضر الذي يدعي القضاء، فإن يمينه حينئذ يمين إنكار، وهي واجبة بنصّ الحديث⁽³⁾⁽⁴⁾، بخلاف يمين القضاء التي شرعت على سبيل الاجتهاد والاستحسان توثقا للحقوق. ولذلك جاء في التبصرة الفرحونية: «يمين القضاء لا نصّ على وجوبها لعدم الدعوى على الخالف بما يوجبها، إلا أن أهل العلم رأوا ذلك على سبيل الاستحسان، نظرا للميت والغائب وحياطة عليه وحفظا لماله للشك في بقاء الدين أو سقوطه عنه»⁽⁵⁾.

فيمين القضاء تتوجه في الحكم على الغائب ومن ذكر معه، سواء كانت بيّنة المدعي تشهد بثبوت الدين على الغائب، أو كانت تشهد بأن الغائب أقرّ على نفسه بأنّ في ذمته لفلان كذا وكذا... لأن الغائب أو الميت قد يكون قضى الدين بعد أن أقر به، أو أن الدائن أبرأه منه دون توثيق

⁽¹⁾ - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص335. التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص154. أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الرفاق، ص296.

⁽²⁾ - الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص101. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص455 وما بعدها.

⁽³⁾ - إشارة إلى الحديث الذي ترجم له البخاري في صحيحه بقوله: «باب: إذا اختلف الراهن والمرهن ونحوه فالبيّنة على المدعي واليمين على المدعي عليه»، ج3، ص116.

⁽⁴⁾ - التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص154. أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الرفاق، ص299. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، ص601.

⁽⁵⁾ - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص335. التسولي، المصدر نفسه، ج1، ص156.

ذلك بأي وثيقة، أو غير ذلك من الاحتمالات التي يحلف المحكوم له على نفيها⁽¹⁾.

وقد تتوجه يمين القضاء على الغائب إذا كان هو المحكوم له، فإن كان له وكيل سلّم الحق لوكيله، وتؤخّر اليمين حتى يقدم الغائب فيحلف أو يموت فتحلف ورثته، فإن نكل عن اليمين أو نكل ورثته بعده غرموا ما أخذ من الحق⁽²⁾. فمن ادعى على غائب أو ميت دينا وأثبتته بالبيّنة، لم يقض له به إلا بعد حلفه يمين القضاء، أنه ما قبض حقه ولا شيئاً منه، ولا أحال ولا أسقطه، ولا سقط عن الميت بوجه من الوجوه، ولا فرق في الديون بين أن تكون موثقة برهون وغيرها من عقود التوثيق، أو ثابتة بحجج ووثائق كأن تكون موثقة بخط المدين الغائب أو الميت، أو أن تكون موثقة بالإشهاد⁽³⁾.

وإذا توجهت يمين القضاء على المدعي وكان محجوراً عليه، فإن كان صغيراً أخرت اليمين لرشده، ويعجل له حقه⁽⁴⁾، فإذا بلغ طولب بالحلف توثيقاً للحق الذي يدعيه، فإن حلف بقي حقه بيده، وتم له الحكم به، وإن نكل عنها فلم يحلف، ردّ الحق إلى من أخذ منه⁽⁵⁾.

وإن كان سفيهاً ففيه ثلاثة أقوال في المذهب:

الأول: ما أفتى به ابن عتاب وابن سهل وابن رشد وأكثر الأندلسيين أنه يقضى له بحقه، وتؤخّر عنه اليمين إلى أن يرشد كالصغير، وهو ما مضى به العمل عند أكثر القضاة⁽⁶⁾، احتياطاً وتوثيقاً لحقه.

الثاني: سقوط يمين القضاء عن السفيه، وعدم تعلّقها به لا عاجلاً الآن، ولا آجلاً عند الرشد، إذ لو وجّهت عليه ونكل عنها لم يستحق المدعي عليه بنكوله حقاً، ونقل هذا عن معظم الأندلسيين⁽⁷⁾، تحرزا وتوثيقاً لحق الخصم.

(1) -الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص144. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج4، ص162.

(2) -ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج8، ص162. أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ص299.

(3) -جعيط، الطريقة المرضية، ص88.

(4) -وذلك كما نقله صاحب البهجة عن التحفة وهو قول الناظم:

وترجأ اليمين حقت للقضا
لغير بالغ وحقه اقتضى

التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص163.

(5) -التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص163-164. جعيط، الطريقة المرضية، ص90.

(6) -ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ج1، ص114. بن رخال، حاشية على شرح ميارة والتحفة، ج1، ص164. أحمد

الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ص304. جعيط، الطريقة المرضية، ص91.

(7) -التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص163. أحمد الرهوني، المصدر نفسه، ص304. جعيط، المصدر نفسه، ص91.

الثالث: يلحف السفية يمين القضاء عاجلا، أي الآن، ولا تؤخر عنه إلى الرشد، لأنها لدفع التهمة والاحتمال، وهو ما رجّحه ابن رشد وهو قول مطرف وما اختاره ابن حبيب، وهو إنما يلحفها عاجلا لثلا يضيع حق الخصم باستمراره في السفه طول عمره، فإن نكل قضي له بحقه، وأخرت عنه اليمين لرشده، فإن حلف حينئذ استمر قبضه لحقه، وإلا ردّ ما أخذ، فاليمين تتوجه للسفيه، وإن نكل لا يسقط حقه⁽¹⁾ توثقا له، وهو الذي أخذ به ابن رحال في شرحه فقال: «وهذا هو الذي أتقلده ولا أقول بغيره»⁽²⁾.

وإن كان المدعى عليه ميتا وله ورثة كلهم كبار راشدون، وأقروا بالدين وأرادوا الدّفع بحكم القاضي، فاختلف المالكية: فقيل لا تلزم ربّ الدين أي المدعي يمين وقيل بلزومها⁽³⁾، وعلل بعض شيوخ المذهب لزوم اليمين، بخوف طرو وارث آخر قد ينكر الدين⁽⁴⁾، توثقا لحق المدعي وهو المشهور⁽⁵⁾.

ثالثا: الحقوق التي يتوثق لها بيمين القضاء

توجّه هذه اليمين عند المالكية في ديون الأموال والتبرعات، كنفقة الزوجة وفي الدعوى على الميت والغائب واليتيم والأحباس، وعلى كل وجه من وجوه البر كالهبة والوصية، وعلى الاستحقاق من بيت المال، وعلى من استحق شيئا من الحيوان ولا يتم الحكم في ذلك إلاّ بهذه اليمين⁽⁶⁾.

وقد اختلفت المالكية وخاصة المتأخرين منهم في محلّ يمين القضاء، هل تلزم في الديون وغيرها من المنقولات خاصة فيتوثق لها بهذه اليمين دون العقارات، أم تلزم فيهما معا؟

الرأي الأول: ذهب المتقدمون من المالكية وبعض المتأخرين منهم إلى أن يمين القضاء إنما يتوثق

(1) _ الحسن بن رحال، حاشية بن رحال على الشرح والتحفة، ج1، ص163. التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1،

ص163-164. أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ص304. جعيط، الطريقة المرضية، ص91.

(2) _ الحسن بن رحال، حاشية بن رحال على الشرح والتحفة، بهامش: شرح ميارة على التحفة، ج1، ص163.

(3) _ ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج8، ص165، 335. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص332. جعيط، الطريقة المرضية، ص89.

(4) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص332. جعيط، المصدر نفسه، ص89.

(5) _ جعيط، المصدر نفسه، ص89.

(6) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص90-91. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص469. ابن جزري، القوانين الفقهية،

ص322. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص332. الدردير، الشرح الصغير، ج4، ص317. أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ص296-297.

بها في الديون ونحوها من كل متمول من حيوان وعروض خاصة⁽¹⁾. فمن ادعى بحق على غائب أو ميت، أو على يتيم أو مسكين، أو ادعى بشيء محبوس أنه ملك له، أو ادعى بشيء على بيت المال، كمن يدعي أنه معدم ليأخذ حقه من بيت المال فتلزمه اليمين مع ما يقدمه من وسائل الإثبات الأخرى، توثقا واحتياطا للحقوق، أو يدعي باستحقاق حيوان ممن هو بيده، كأن يدعي أن هذا الجمل الذي في يد صاحبه ملك له، وأقام على ذلك البيّنة، فإنه يحلف معها يمين القضاء، وذلك في استحقاق الحيوان أو العروض خاصة، لأنها قد تشبهه بغيرها، فلذلك لا تكفي فيها البيّنة حتى يحلف، بخلاف العقار ونحوه، مما لا يشبهه بغيره ولأنه متوثق له فلا تلزم فيه اليمين عند بعض أئمة المذهب⁽²⁾.

الرأي الثاني: بينما رأى بعضهم -وخاصة من المتأخرين- لزوم يمين القضاء في العقار والرباع⁽³⁾ أيضا، كما في العروض والحيوانات، ولذلك جاء في التبصرة الفرحونية عن ابن رشد قوله: «ويمين القضاء متوجهة على من يقوم على الميت، أو على الغائب، أو على اليتيم، أو على الأحماس أو على المساكين، وعلى كل وجه من وجوه البر، وعلى بيت المال، وعلى من استحق شيئا من الحيوان، ولا يتم الحكم إلا بها»⁽⁴⁾.

وقد نقل لنا ابن أبي زمنين في منتخبه وابن فرحون في تبصرته الإجماع على وجوب اليمين فيما استحق من العروض والحيوانات، وإنما الاختلاف فيما استحق في غيرها، من الرباع والعقار بين المتأخرين من المالكية فينقل عن العتبية: «أجمع كل من علمت من أصحاب مالك على اليمين فيما استحق من غير الرباع والعقار أنه لا يتم الحكم لمن استحق شيئا من ذلك إلا بعد يمينه، واختلف كل من أدركت من مشايخنا المقتدى بهم في الفتوى فيمن استحق شيئا من الرباع والعقار، فكان بعضهم يفتي أنه لا يتم الحكم لمن استحق شيئا من ذلك إلا بعد يمينه، وكان بعضهم يرى ألا يمين عليه»⁽⁵⁾.

كما جاء في معين الحكام: «اختلف فيمن استحق شيئا من الرباع أو الأصول هل عليه يمين أم لا؟ فالذي ذهب إليه مالك -رحمه الله- وجرى عليه العمل، أنه لا يمين على مستحق ذلك، وقال

(1) _ المصادر نفسها.

(2) _ أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الرقاق، ص 299.

(3) _ الرباع: مفردها رُبْع بفتح الراء، المنزل والدار بعينها حيث كانت، وجمعها رباعٌ ورُبُوعٌ وأرباعٌ وأربعٌ. ابن منظور، لسان العرب، مادة ربع، ج 3، ص 1563.

(4) _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 1، ص 332.

(5) _ ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، مج 1، ص 191. ابن فرحون، المصدر نفسه، ج 1، ص 332.

ابن وهب وابن القاسم في كتاب الاستحقاق من العتبية: لا بدّ من يمين من استحق شيئاً من ذلك، أنّه ما باع ولا وهب كالحيوان والعروض، واتفقوا في غير الأصول (العقار) أنّه لا يُقضى لمستحق شيء من ذلك حتى يحلف»⁽¹⁾.

وقد علل ابن فرحون في تبصرته، ما ذهب إليه الإمام مالك -رحمه الله- ومن أخذ برأيه، من عدم لزوم يمين القضاء لمستحق الرباع والعقار، أن الرباع أو العقارات، ممّا جرت العادة بكتب الوثائق فيها عند انتقال الملك عليها، والإعلان بالشهادة فيها، أي أنّها تكون في العادة موثقة بتلك الوسائل، فإذا لم يكن عند المدعى عليه شيء من العقود أو الوثائق، وكان للمدعي أو الطالب ذلك، وقامت البيّنة له من الشهود وغيرهم ممّا يقوي حجته، فيكتفى بالبيّنة التي أقامها عن تحليفه، فلا تلزمه اليمين ولا حاجة له بذلك، بخلاف سائر الحقوق من المنقولات، -أي غير الأصول- التي يخفى وجه انتقالها، ويقل حرص الناس على المشاحة في كتابة الوثائق فيها، ولذلك لزمّت اليمين فيها وتوجّهت لذلك⁽²⁾ توثقاً وحيطّة لها.

هذا إذا استحققت هذه الأمور، سواء كانت رباعاً أو عقارات وسائر الأصول، أو كانت منقولات من عروض وحيوانات وسائر الحقوق، من يد غير غاصب، فأما إذا استحققت من يد غاصب فلا يمين على مستحقها إذا ثبت ملكه لها، ولا تلزمه اليمين أصلاً في الجميع، كما قاله بعض متأخري المذهب⁽³⁾. حفاظاً على حقوق الناس.

وعليه، فيمين القضاء بقسميها، يمين الاستحقاق ويمين الاستظهار، كلها يمين للتوثق والاحتياط للحقوق، فهي ليست دليلاً في الإثبات، وإنما هي لزيادة التأكيد والاطمئنان وإقناع القاضي بصحة الأدلة المقدمة إليه، لأنّ القاضي يوجهها للاحتياط في الحكم⁽⁴⁾، توثقاً وحفظاً للحقوق.

(1) _ ابن عبد الرفيق، معين الحكام، ج2، ص834. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص332. أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى منهم لامية الزقاق، ص296.

(2) _ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج1، ص332.

(3) _ ابن عبد الرفيق، معين الحكام، ج2، ص834. ابن فرحون، تبصرة الحكم، ج1، ص333. أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ص297.

(4) _ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، ص607.

المبحث الخامس: التوثق بالحجر والحبس في الحقوق

من وسائل التوثق للحقوق والمعاملات وسائر التصرفات، الحجر على المدين والمفلس، وحبسه أحيانا حبسا مؤقتا ومنعه من التصرف حتى من السفر، أو حبس العين المبيعة عنه أيضا أحيانا أخرى، حيلة وتوثقا لمال الدائنين، وبيان ذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: التوثق بالحجر

وسأتناول فيه تعريف الحجر في اللغة والاصطلاح، وكذا بيان أثره في التوثق عند المالكية من خلال الكلام عن حكمه ثم أنواعه وأسبابه وعلاقة كل ذلك بالتوثق.

الفرع الأول: تعريف الحجر لغة

هو المنع والتحریم والإحاطة بالشيء⁽¹⁾، كقوله تعالى: ﴿وَقَالُوا هَذِهِ أُنْعَمٌ وَسَحَرْتُمْ حِجْرًا لَا يُطْعَمُهَا إِلَّا مَنْ نَشَاءُ﴾⁽²⁾؛ أي أنعام محرمة وممنوعة لا يطعمها إلا من نشاء⁽³⁾.

وكذا قول الملائكة للكفار ويوم القيامة ﴿حِجْرًا مَحْجُورًا﴾⁽⁴⁾، عقب قوله تعالى: ﴿يَوْمَ يَرَوْنَ الْمَلَائِكَةَ لَا بُشْرَىٰ يَوْمَئِذٍ لِلْمُجْرِمِينَ﴾. أي حراما محرما أن تكون لهم البشري إلا للمؤمنين⁽⁵⁾.

ومنه الحجر للدار، سميت كذلك لأنها تمنع من الدخول إليها، وسمي العقل حجرا، لمنعه صاحبه من الوقوع في الرذائل، لقوله تعالى: ﴿هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِذِي حِجْرٍ﴾⁽⁶⁾. أي لذي لبّ وعقل⁽⁷⁾.

الفرع الثاني: تعريف الحجر اصطلاحا

عرّفه المالكية بأنه: «صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه في الرائد على قوته، أو تبرعه بماله»⁽⁸⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب، مادة حجر، ج4، ص167. الفيومي، المصباح المنير، ج2، ص47. الجرجاني، التعريفات، ص89.

(2) سورة الأنعام، الآية 138.

(3) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج7، ص94.

(4) سورة الفرقان، الآية 22.

(5) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج13، ص20-21.

(6) سورة الفجر، الآية5.

(7) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج13، ص43، وج7، ص94.

(8) ابن الجلاب، التفريع، ص256. الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ج2، ص419.

كما عرفوه بأنه: منع القاضي المدين من التصرف في ماله الموجود حال الحجر، بما زاد على حاجته، ويبتل حق الغرماء، كالبيع والشراء والرهن، والتبرع، والهبة والصدقة، والوقف، والزواج، والطلاق، والخلع، ونحو ذلك من التصرفات⁽¹⁾، فالحجر منع الإنسان من التصرف في ماله لمنفعة نفسه أو غيره⁽²⁾ أي توثقا لحقوقه وحقوق غيره. فيدخل في ذلك الحجر على الصبي والمجنون والسفيه والمفلس، في الزائد على قوته سواء بالتبرع أو بالمعاوضة لمصلحة نفسه وكذا المفلس لمنفعته ومنفعة غيره، وكذا الحجر على المريض والمرأة ذات الزوج بالتبرع في الزائد على الثلث لمصلحة غيرهما.

الفرع الثالث: حكم الحجر في الحقوق

ذهب المالكية إلى جواز الحجر توثقا للحقوق، وذلك على أشخاص معينين، ولأسباب خاصة، سواء لمنفعة المحجور عليهم، أو لمنفعة غيرهم ممن تعلق الحق بهم⁽³⁾. وقد استدلل المالكية على جواز الحجر استحسانا، توثقا لحقوق المحجور عليهم وحقوق الغرماء بما يلي:

1- بقوله تعالى: ﴿وَابْتُلُوا آلِنَمَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾⁽⁴⁾، ﴿وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾⁽⁵⁾، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ﴾⁽⁶⁾، فللت الآيات، على منع الصغير والسفيه ومن في حكمهما كالمجنون وغيره، من التصرف في ماله، حتى يزول عنهم سبب ذلك المنع من بلوغ ورشد ونحوهما، فدل ذلك على جواز الحجر⁽⁷⁾.

2- بفعله ﷺ حيث ثبت عنه ﷺ أنه حجر على معاذ ابن جبل وباع ماله في دين كان عليه،

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص284. القرافي، الذخيرة، ج8، ص229. الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص590-591.

(2) القرافي، المصدر نفسه، ج8، ص222.

(3) عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ج2، ص422، 425. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص275. القرافي، المصدر نفسه، ج8، ص222. الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص588، 598.

(4) سورة النساء، الآية: 6.

(5) سورة النساء، الآية: 5.

(6) سورة البقرة، الآية: 282.

(7) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج5، ص28، ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج4، ص238.

الفصل الثالث:التوثيق بغير عقد

وقسّمه بين غرمائه، فأصاهم خمسة أسباع حقوقهم، فقال لهم النبي ﷺ: «ليس لكم إلا ذلك»⁽¹⁾، فدلّ الحديث صراحة على جواز الحجر على المدین، ومنعه من التصرف في ماله توثيقاً لحقوق الغرماء، وذلك بفعله ﷺ⁽²⁾.

3- وقد استدلت المالكية ومن وافقهم أيضاً من المعقول، وذلك بالنظر إلى المصالح التي يحققها الحجر على من يستحقه كالمدين وغيره، فإنّ التصرفات شرعت - لمصالح العباد، والمصلحة تتحقق بالحجر تارة وبالإطلاق تارة أخرى، وفي الحجر على هؤلاء مصلحة لأصحاب الحقوق من غرماء وغيرهم، فقد يختص بعضهم بالوفاء فيضّرّ الباقين، وقد يتصرف المدين مثلاً في ماله فيضيع حق الجميع. فيحجر عليه لذلك، قياساً على المريض مرض الموت، فإنّه يحجر عليه توثيقاً لحق الورثة، فمن باب أولى أن يحجر على المدين لحق الغرماء⁽³⁾.

فالحجر إنما جعل على أشخاص لأسباب معينة، بمنعهم من بعض التصرفات وجعلها غير نافذة، صيانة وتأميناً لأموالهم من طمع الطامعين وحيل المحتالين، وفي ذلك إشفاق على المحجور عليه من جهة، كما في الحجر على الصبي والجنون والمعتوه، توثيقاً لأموالهم حتى لا تضيع، أو إشفاق ومحافظة على أموال غير المحجور عليهم، توثيقاً لحقوقهم من عدم الاسترداد، كما في الحجر على المدين أو السفیه أو المبذر، توثيقاً لأموال الغرماء، وكذا المريض عند تصرفه بأكثر من ثلث ماله، توثيقاً لحقوق الورثة، وكذا على الزوجة في حال تصرفها في مال زوجها فيما زاد على الثلث توثيقاً لحق الزوج⁽⁴⁾.

الفرع الرابع: أنواع الحجر وأسبابه

اتفقت المذاهب من المالكية وغيرهم على أنّ الرّق والصغر والجنون من أسباب الحجر، واختلفوا في الدين والسفه هل هو عن أسباب الحجر أم لا؟ والمالكية⁽⁵⁾ على أنّها من أسباب الحجر،

(1) _ الدارقطني، السنن، كتاب الأفضية والأحكام، ح(4551)، ج5، ص413. الحاكم، المستدرک علی الصحیحین، ح(2348) ج2، ص67. وقال: هذا حديث حسن صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(2) _ الشوكاني، نيل الأوطار، كتاب التفليس، باب: الحجر على المدین، ج5، ص292.

(3) _ ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص284-285. الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص590-591.

(4) _ إبراهيم يحيى التلمساني، الملع في الفقه على مذهب الإمام مالك، تحقيق: محمد شايب شريف، ط1، بيروت، دار ابن حزم، 2009م، ص128.

(5) _ القاضي عبد الوهاب، التلقين، ج2، ص422. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص275-276. إبراهيم يحيى التلمساني، المصدر نفسه، ص128. القراني، الذخيرة، ج8، ص229. شهاب الدين بن عسكر البغدادي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، القاهرة، دار الفضيلة، ص167.

وخالفهم أبو حنيفة وجمع من العلماء، فهي ليست من أسباب الحجر عندهم⁽¹⁾.

أولاً: أنواع الحجر

وقد قسم المالكية، الحجر إلى ضربين :

الأول: الحجر لحق النفس: وهم الذين استحق عليهم الحجر لحقوقهم أو لمصلحة أنفسهم، وهم: الصغير، أو المجنون، والمبذر أو السفیه⁽²⁾.

فهؤلاء يحجر عليهم بالنظر إلى منفعتهم شفقة بهم، وتوثقاً لحقوقهم من الضياع، كما أنهم يحجر عليهم أصالة، لأنهم لا يحتاجون إلى حجر خصوصي من القاضي أو بحكم الحاكم، فتصرفات الصبي مثلاً، لا تصح أصلاً لفقدان النية والعقل (التمييز)، كإقراره بدين لآخر مثلاً، أو لنقصان عقله إذا كان مميزاً، لاحتمال الضرر في تصرفاته، إلا أن يأذن الولي له فتصح تغليباً للمصلحة، وأما المجنون فلفقدان عقله أصلاً، فهو كالصبي غير المميز⁽³⁾.

الثاني: الحجر لحق الغير

أي لتعلق حقوق الآخرين بهم، فيستحقون الحجر لذلك، وذلك توثقاً لحقوق غيرهم وحفاظاً عليها. وهؤلاء هم: المرأة ذات الزوج فيما زاد على الثلث لحق زوجها، والعبد الذي لم يؤذن له في التجارة يحجر عليه لحق سيده، والمريض يحجر عليه فيما زاد على الثلث أيضاً لأجل حق الورثة، ثم المفلس أو المدين يحجر عليه لحق الغرماء⁽⁴⁾.

كما أن من هؤلاء من يكون محجوراً عليه أصلاً: وهم نوعان:

1- من يكون الحجر عليه مقيداً بمرض الموت، فالمرريض مرض الموت ممنوع من أن يبيع بعض ورثته شيئاً من ماله أو يهبه، أو أن يتصرف في ماله، ولو بتأدية دين بعض دائنيه مرجحاً إياهم على بعضهم الآخر أو الهبة بأكثر من ثلث ماله.

2- من لم يكن الحجر عليه مقيداً بمرض الموت، وهم من أسلفت ذكرهم من الصغير أو المعتوه

(1) _ علي حيدر، درر الحكام، ج2، ص667.

(2) _ القاضي، عبد الوهاب، التلقين، ج2، ص422. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص275-276. إبراهيم يحيى التلمساني، اللع، ص128.

(3) _ عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ج2، ص422. والمعونة، ج2، ص1175.

(4) _ عبد الوهاب المصدر نفسه، ج2، ص424-425، المعونة، ج2، ص1175. إبراهيم يحيى التلمساني، اللع، ص128. القراني، الذخيرة، ج8، ص222.

والمجنون⁽¹⁾.

ومنهم من يكون محجوراً عليه بحكم الحاكم: وهم السفیه والمدین أو المفلس فهما يحتاجان إلى حجر مخصوص من الحاكم، فأما السفیه فلصرفه المال في غير موضعه، فجاز الحجر عليه بالنظر إلى منفعته ولثلا بيتلى بالفقر بإتلاف ماله، فالحجر عليه توثقاً لحقه، وقد ذهب المالكية⁽²⁾، ووافقهم أبو يوسف ومحمد من الحنفية⁽³⁾، إلى أنه يتم الحجر عليه بأمر من القاضي، فهو إذا استحق الحجر، لا يكون محجوراً بنفسه، وإنما بحكم الحاكم، وإنما يحتاج إلى حكم الحاكم في ذلك، لأنه بالغ والحجر عليه مختلف فيه، يحتاج إلى نظر واجتهاد واختبار لأمره، فلا يقطع بأنه على صفة من يحجر عليه، إلا بحكم من القاضي وتقديره⁽⁴⁾، وكذلك فك الحجر عنه يتوقف على تقدير الحاكم (القاضي) وأمره، وهو ما جاء في الذخيرة ما نصه: «قال بعض البغداديين: ولا يزول الحجر عن محجور عليه بحكم أو بغير حكم، إلا بحكم الحاكم للحاجة إلى الاختبار»⁽⁵⁾، وأما المفلس فلتعلق حق الغرماء به، وإنما يحجر عليه من طرف الحاكم، حيث يتولى رد حقوق الغرماء، فقد نقل ابن أبي زمنين في منتخبه عن ابن الماجشون قوله: «سمعت أصبغ يقول: ينبغي إذا أفلس الغريم لغريمه أو مات وعليه دين، أن يؤمر بمنادي ينادي على باب المسجد، أو مجتمع الناس أن فلان ابن فلان مات أو فليس، فمن كان له عليه حق أو كان قبله قراض أو وديعة، أو بضاعة، فليرفع ذلك إلى القاضي، قال: وقد فعل ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الأسيف»⁽⁶⁾، حين فليس عنده فقال للناس في خطبته: من كان له عليه حق فليأتنا⁽⁷⁾»⁽⁸⁾.

ثانياً: أسباب الحجر

وعليه، فأسباب الحجر عند المالكية عدّة أمور هي: الجنون، والصبأ، والسفه أو التبذير،

(1) _ عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ج2، ص425.

(2) _ ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، ج2، ص1130.

عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج2، ص667. القرافي، الذخيرة، ج8، ص247.

(3) _ القرافي، الذخيرة، ج8، ص247. علي حيدر، درر الحكام، ج2، ص651.

(4) _ عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج2، ص1175.

(5) _ القرافي، الذخيرة، ج8، ص247.

(6) _ الأسيف الجهني، أدرك النبي صلى الله عليه وسلم، كان يشتري الرواحل فيغالي بها ثم يسرع السير فيسبق الحاج فأفلس فرفع أمره إلى عمر

فحجر عليه. وقسم أمواله بين غرمائه، ابن حجر، الإصابة، ج1، ص106.

(7) _ الإمام مالك، الموطأ، باب جامع القضاء وكراهيته، ص546.

(8) _ ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، مج1، ج2، ص330، 332.

والفلس، والمرض، والنكاح في حق الزوجة، والرق، إذ لا يصح للإنسان أن يتصرف في ماله تصرفاً كاملاً على وجه المصلحة، دون توقف على إذن أحد إلا بأربعة أوصاف هي: البلوغ، الحرية، وكمال العقل، والرشد، هذا وسأكتفي بالكلام عن أربعة أسباب فقط، والأخرى ستكون متضمنة.

فأما سبب الصبا فلأنني تكلمت عنه سلفاً عند الحديث عن أنواع الحجر، وأما سبب النكاح بالنسبة للمرأة ذات الزوج، فسأتكلم عنها مع سبب المرض لتشابههما، وأما الرق، فليبينه ولعدم جدوى ذلك لأنه لم يعد موجوداً.

السبب الأول: الجنون: يحجر على المجنون، وهو فاقد العقل، سواء كان جنونه مطبقاً أو منقطعاً، يفوق أحياناً ويزول عقله أحياناً، ودليل الحجر عليه قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾⁽¹⁾.

ووجه دلالة الآية على الحجر، أن المجنون ضعيف، لا يستطيع العبارة والإملاء فيكون محجوراً عليه، من قبل وليه أو وصيه إن كان قد حصل له الجنون وقت الصبا، وإن حصل له بعد البلوغ، فالحجر عليه يكون بحكم الحاكم أو بجماعة المسلمين⁽²⁾.

وتصرفات المجنون غير صحيحة فيمنع من التصرف في ماله بعوض وبغير عوض، فلا يصح بيعه ولا شراؤه ولا تبرعاته ولا يعتد بأيمانه ولا طلاقه، لأنه فاقد الأهلية، ومسلوب الاختيار، مرفوع عنه التكليف، توثقاً وحماية لحقوقه. وأما أفعاله الجنائية في الأموال، فيعتد بها، توثقاً لحقوق غيره، فإذا أتلّف شيئاً من أموال الناس، ضمن ما أتلّفه في ماله، وإذا أحيل زوجته نسب الولد إليه، ودية جنائته على النفس أو ما دونها على عاقلته إذا بلغت ثلث الدية الكاملة فأكثر، فإن كانت أقل من الثلث أخرجت من ماله⁽³⁾. كما يحجر على من يكسر خداعه في البيع، ويخفي عليه ذلك ولا يتبينه، لأنه حينئذ في حكم السفه أو المعتوه، فيحجر عليه لمنفعته ولحق نفسه توثقاً لماله⁽⁴⁾.

السبب الثاني: السفه: والسفه هو الطيش والخفة بتبذير الأموال، ووضع الأمور في غير مواضعها، والتبذير من علامات السفه وآثاره، وعكسه الرشد وهو حسن النظر في المال وإصلاحه

(1) _ سورة البقرة، الآية: 282.

(2) _ عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج2، ص1175، القرافي، الذخيرة، ج8، ص247. الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص588-598.

(3) _ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص296.

(4) _ القرافي، الذخيرة، ج8، ص244.

كما هو عند المالكية⁽¹⁾.

واستدل المالكية على مشروعية الحجر على السفهه بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا﴾⁽²⁾.

وكذا ثبت أن عبد الله بن جعفر ابتاع بيعة فرام عليّ الحجر عليه، وقال ﷺ: «لأتين عثمان فأحجرنّ عليك، فأعلم بذلك ابن جعفر الزبير ﷺ فقال: أنا شريكك في بيعك، فأتى عثمان ﷺ فقال: تعالى أحجر عليّ هذا، فقال الزبير: أنا شريكه، فقال عثمان: أحجر عليّ رجل شريكه الزبير؟»⁽³⁾.

وهذا يدلّ على أن الحجر على من كان تصرفه سفهه، أمر معروف بين الصحابة ﷺ مسلّم به، حيث لم يمنع عثمان ﷺ من الحجر على ابن جعفر إلا مشاركة الزبير له في البيع، فإنما أراد أن دخول الزبير معه في الشركة ينفي أن يظنّ به إضاعة المال، ولم يعرف على أحد إنكار ذلك⁽⁴⁾.

كما استدلووا في الحجر على السفهه من القياس، أن الحجر على الصغير إنما وجب لمعنى التبذير وإضاعة المال الذي يوجد فيه غالباً، فوجب أن يلزم الحجر على من وجد فيه هذا المعنى وإن لم يكن صغيراً، ولذلك اشترط في ارتفاع الحجر عنه مع ارتفاع الصغير، إيناس الرشد وهو إصلاح المال، حيث قال تعالى عقب الآية: ﴿وَابْتَلُوا لِيَنظُرَ مَاذَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾، قال: ﴿فَإِنِ اسْتَمْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾⁽⁵⁾. فاقتضى هذا أن السفهه هو علة وسبب الحجر⁽⁶⁾.

والسفهه يحجر عليه الحاكم ويفك حجره بإصلاحه للمال وباقي تصرفاته كالجنون، وتصرفاته غير صحيحة حال الحجر توثقاً لحقوقه وحقوق غيره⁽⁷⁾.

السبب الثالث: المرض: المريض مرضاً يخشى منه الموت ويلحق به عند المالكية من كان

(1) _ ابن الجلاب، التفریع، ج2، ص256. عبد الوهاب البغدادي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ص592. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص275. القرافي، الذخيرة، ج2، ص222-224. شهاب الدين بن عسکر، إرشاد السالك، ص167.

(2) _ سورة النساء، الآية: 5.

(3) _ الدارقطني، السنن، كتاب في الأفضية والأحكام وغير ذلك، ح(4552)، ج5، ص414. ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، ص318. القرافي، الذخيرة، ج8، ص246.

(4) _ عبد الوهاب البغدادي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ص594.

(5) _ سورة النساء، الآية: 6.

(6) _ ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص276.

(7) _ شهاب الدين بن عسکر، إرشاد السالك، ص167.

محكوما عليه بالقتل، وحاضر صف القتال وراكب البحر حال اشتداده.

فيحجر عليهم توثقا لحق الورثة، حتى لا يتحايل عليهم المريض بتبديد المال فيحرمهم حقوقهم، أو يدخل عليهم وارثا جديدا، مكرأ بهم⁽¹⁾.

والأصل في مشروعية الحجر على المريض، ما رواه الدارقطني عن عمران بن حصين رضي الله عنه قال: «توفي رجل من الأنصار فترك ستة أعبد ليس له مال غيرهم، فأعتقهم جميعا عند موته، فرفع ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم ثلاثة أجزاء، ثم أقرع بينهم، فأعتق الثلث وأرق الثلثين»⁽²⁾. أي أعتق اثنين وأرق أربعة.

والحجر على المريض يكون في عقود التبرعات، كالهبة، والصدقة، وكذلك النكاح والخلع، توثقا لحقوقه، بينما لا يكون الحجر عليه في عقود المعاوضات، كالبيع والشراء والشركة وغيرها... لأنه لا ضرر عليه في ذلك، إلا إذا اشتملت على محاباة، خوف الإضرار بحقوق الغير، كما لا يحجر عليه فيما ينفقه على نفسه للتداوي ومعيشتته، فله نفقته من رأس ماله، ويمنع من التبرع بما زاد على الثلث من ماله⁽³⁾، وإن كان تبرعه حال مرضه موقوف حتى يتبين أمره، فإن صحَّ من مرضه مضى تبرعه، سواء كان قدر الثلث أو أزيد ولا رجوع له فيه، لأن الحجر عليه كان بسبب مانع وهو المرض لا لعدم الأهلية، وإن مات في مرضه نفذ منه ما يتحمله الثلث، وما زاد على الثلث لا ينفذ إلا إذا أجازته الورثة، وإذا أوصى بشيء لينفذ بعد موته، فإنه يوقف وينفذ منه بعد الموت ما يتحمله الثلث⁽⁴⁾.

والحجر على المريض كما هو بالنسبة للمرأة ذات زوج، يكون في ثلث المال، بخلاف سائر المحجورين، فإنه يحجر عليهم في جميع المال⁽⁵⁾، كما أن الحجر على المريض والزوجة، هو حجر إيقاف وليس حجر إبطال، فللزوجة بالنسبة للزوجة وللورثة بالنسبة للمريض إمضاء تبرع كل منهما، فتصرف المريض موقوف على إجازة الورثة، وكذا الزوجة لا يجوز لها التصرف في هبة أو عتق أو

(1) _ شهاب الدين بن عسكر، إرشاد السالك، ص168.

(2) _ الدارقطني، السنن، كتاب في الأفضية والأحكام، ح(4562) ج5ص419.

(3) _ شهاب الدين بن عسكر، إرشاد السالك، ص168-169.

(4) _ ابن الجلاب، التفریع، ج2، ص256. عبد الوهاب البغدادي، الإشراف، ص594. شهاب الدين بن عسكر، المصدر نفسه،

ص168. الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص307.

(5) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج1، ص142، 147، ابن الجلاب، المصدر نفسه، ج2، ص256.

صدقة بأكثر من ثلث مالها بغير معاوضة إلا بإذن زوجها⁽¹⁾، ولا بأس في بيعها وشرائها ما لم تحاب في ذلك وليس لزوجها منعها، فإن تصدقت بأكثر من الثلث - كما في المريض -، كان لزوجها الخيار في إجازة ما زاد على الثلث من تبرّعها أو ردّه، كما قيل له ردّ كل ذلك، وكل ذلك مذهب مالك وإليه ذهب ابن القاسم⁽²⁾، توثقا لحق الورثة والزوج. فإن لم يعلم ببراء المريض حتى صحّ أو الزوجة إلا بعد موتها أو تطليق زوجها لها وإبانتها أو تأيّمها، مضى تبرّعهما ونفذ⁽³⁾ بخلاف السفية، فالحجر عليه إبطال، فبرّد وليّه - كما رأينا - كل تبرّعاته ولا يمضيها، توثقا لحقوقه وحقوق غيره.

السبب الرابع: الإفلاس

والإفلاس أو الفليس، هو عدم المال، وهو حالة المدين الناتجة عن عجزه عن الوفاء بدينه، والمفلس هو الرجل الذي فقد ماله⁽⁴⁾، وتعلق حق الغرماء بماله⁽⁵⁾.

والتفليس: هو خلع الرجل عن ماله للغرماء، وهو حكم الحاكم بخلع ما بيده لغرمائه لعجزه عن الوفاء بما عليه⁽⁶⁾.

ويكون الحجر عليه بطلب من الغرماء، فيحجر عليه القاضي ويمنعه من التصرف في ماله الموجود حال الحجر بما زاد على حاجته، ويبطل حق الغرماء، كالبيع والشراء والرهن، والتبرع، والهبة

(1) _ لأنّ الرجل تعلقّ حقه بمال زوجته، يدل على ذلك قوله ﷺ: «تنكح المرأة لأربع: لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها». البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب: الأكفاء في الدين، ج7 ص7، ومسلم، صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب: استحباب نكاح ذات الدين، ح(1466)، ج2 ص1086. فجعل المال مرغوبا فيه، وهذا معلوم بالعرف، وقوله: « لا يجوز للمرأة في مالها أمر إلا بإذن زوجها ». ابن ماجه، السنن، كتاب الهبات، باب: عطية المرأة بغير إذن زوجها، ح(2389)، ج2، ص798، وقال ابن عبد البر في الاستيعاب: « إسناده ضعيف لا تقوم به حجة ». ج4، ص1835. فيمنع تصرف المرأة فيما كان كثيرا محففا، ولا تقضي في كل ذي مال من مالها إلا بإذن زوجها، وقال العلماء: وذو المال ما زاد على الثلث. ابن الجلاب، المصدر نفسه، ج2، ص256. ابن بطلال، شرح ابن بطلال على صحيح البخاري، ج7، ص108.

(2) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج1، ص145، 146، ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، ج2، ص331-332. ابن الجلاب، التفریع، ج2، ص256. عبد الوهاب البغدادي، الإشراف، ص594-595. شهاب الدين بن عسکر، إرشاد السالك، ص168. ابن عبد البر، الكافي، ص424.

(3) _ الإمام مالك، المصدر نفسه، ج1، ص146، 147. ابن أبي زمنين، المصدر نفسه، ج2، ص331-332. ابن الجلاب، المصدر نفسه، ج2، ص256. عبد الوهاب البغدادي، المصدر نفسه، ص594-595. ابن عبد البر، المصدر نفسه، ص424. شهاب الدين بن عسکر، المصدر نفسه، ص168.

(4) _ ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2، ص315. بن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، ج2، ص280.

(5) _ عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ج2، ص427. ابن رشد (الجد)، المصدر نفسه، ج2، ص315.

(6) _ ابن رشد (الجد)، المصدر نفسه، ج2، ص315. ابن جزري، القوانين الفقهية، ص209. النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص160. الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص263.

والصدق والوقف، والزواج والطلاق والخلع ونحو ذلك... (1).

وقد ذهب المالكية⁽²⁾، إلى جواز الحجر على المدين المفلس، توثقا لحق الغرماء ووافقهم على ذلك الجمهور من الشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾، وأبو يوسف ومحمد من الحنفية⁽⁵⁾، وخالفهم في ذلك أبو حنيفة وزفر من الحنفية، والظاهرية إلى عدم جواز الحجر على المدين، توثقا لحق الغرماء أيضا، وإنما يُحبس حتى يقضي دينه مما له من مال، بينما لم تجز الظاهرية حبسه أيضا⁽⁶⁾.

والأصل في جواز الحجر على المفلس، هو فعله ﷺ حيث حجر على معاذ بن جبل وباع ماله في دين كان عليه، وقسمه بين غرمائه⁽⁷⁾.

وإذا طلب الدائنين أو الغرماء الحجر على المدين أو المفلس، حجر عليه وذلك بحكم القاضي، توثقا لحقوقهم، وانتزع لهم ماله وقسم بينهم بالمحاصة أو الحصاص، فينظر نسبة الديون بينهم، ويعطي كل واحد منهم تلك النسبة من دينه المخصصة له ويترك له ما يعيش به هو وأهله⁽⁸⁾. وهذا إذا كان دينه حالا، فإن كان مؤجلا، فلا يحجر عليه لأن الدين المؤجل لا يستحق المطالبة به فلا يحجر عليه من أجله⁽⁹⁾، وإن كانت الديون المؤجلة تحل على المفلس بتوقيف القاضي، وتعود حالة كما تحل ديون الميت المؤجلة بموته، سواء عند مالك من مات أو أفلس فقد حل دينه⁽¹⁰⁾.

وتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس يختلف، فمنهم من يتعلق حقه بمال معين، ومنهم من يتعلق حقه بجميع أموال المفلس، أي يكون مشاعا.

(1) _ ابن رشد (الجدد)، المقدمات، ج2، ص319. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، ج2، ص284. القرافي، الذخيرة، ج8، ص160-163. الخطاب، مواهب الجليل، دار الفكر، ج6، ص590-591.

(2) _ ابن الجلاب، التفریع، ج2، ص255. عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ج2، ص427، الإشراف، ص286. ابن رشد (الجدد)، المصدر نفسه، ج2، ص318، 323. شهاب الدين بن عسکر، إرشاد السالك، ص168.

(3) _ الشريبي، مغني المحتاج، ج2، ص146.

(4) _ ابن قدامة، المغني، ج4، ص292.

(5) _ الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص249.

(6) _ الكاساني، المصدر نفسه، ج7، ص249. ابن حزم، المحلى، ج8، ص170-171، و ص278-283.

(7) _ سبق تحريجه، ص376 من هذا البحث. ابن رشد (الجدد)، المقدمات، ج2، ص315.

(8) _ ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، مج1، ج1، ص244 ابن الجلاب، التفریع، ج2، ص255. عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ج2، ص427-428. الإشراف، ص586. شهاب الدين بن عسکر، إرشاد السالك، ص168.

(9) _ الشهاب الدين بن عسکر، المصدر نفسه، ص168.

(10) _ ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، مج1، ج1، ص245، ابن عبد البر، الكافي، ص418..

الأول: إذا تعلق حق الغرماء بمال معين

فإذا وجد الغريم عين سلعته أخذها، لأنه أحق بها من سائر الغرماء، فإن قبض بعض ثمنها فهو بالخيار كالبائع يجد عين سلعته على حالها، فيخبر بين رد الثمن، أو أخذها بالثمن الذي باعها أو تركها والحصاص (المحاصة) مع بقية الغرماء بباقيه⁽¹⁾.

وهو ما يسمى بمسألة الظفر، حيث أجاز المالكية لمن له حق بمال على شخص مماطل أو منكر أو غير ذلك، كالمفلس، وقدر على أخذه بعينه أو قدر قيمته من مال الشخص الذي عليه الحق، فله أخذه بنفسه، دون رفع دعوى أو شكوى، أو طلب إلى القاضي توثيقاً لحقه⁽²⁾، ويدل لذلك إباحته ﷺ، لهند بنت عتبة -عندما شكت له شح زوجها أبي سفيان بالنفقة الواجبة عليه-، أن تأخذ بقدرها من ماله دون علمه، بقوله ﷺ «خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف»⁽³⁾.

وقد عنون البخاري في صحيحه لباب: بـ«إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به»، وقال: وقال الحسن: إذا أفلس وتبين لم يُجز عتقه ولا يبيعه ولا شراؤه. وقال سعيد بن المسيّب: قضى عثمان: من اقتضى من حقه قبل أن يفلس فهو له، ومن عرف متاعه بعينه فهو أحق به»، وروى عن أبي هريرة أيضاً في نفس الباب، أنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره»⁽⁴⁾.

فإذا ظفر صاحب الدين بجنس حقه، وقد تعذر عليه أخذه مثل أن يجحده المودع عنده وديعته، ثم يودع عنده هذا الأخير بدوره شيئاً، فهل له جحد هذه الوديعة في مقابل (أي في مقابل حقه) الأولى استيفاءً لحقه؟ فيها أقوال في المذهب المالكي⁽⁵⁾.

-المنع، وهي رواية عن ابن القاسم.

(1) _ ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، مج1، ج1، ص244-246 ابن الجلاب، التفریع، ج2، ص255. عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ج2، ص427. والإشراف، ص586. ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2، ص335، 336، شهاب الدين بن عسکر، إرشاد السالك، ص168.

(2) _ ابن أبي زمنين، المصدر نفسه، مج1، ج1، ص244-246. ابن الجلاب، التفریع، ج2، ص255. عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ج2، ص427. والإشراف، ص586. القرافي، الذخيرة، ج8، ص213. شهاب الدين بن عسکر، المصدر نفسه، ص168.

(3) _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب: من رأى للقاضي أن يحكم بعلمه في أمر الناس... ج7، ص109.

(4) _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الاستقراض وأداء الديون، باب: إذا وجد ماله عند مفلس...، ج3، ص85-86.

(5) _ القرافي، الذخيرة، ج8، ص213.

-الكراهة، وهي رواية عن أشهب. وينقل ابن أبي زمنين عنه قوله: «ليس العين كالعروض، ولا سبيل له إلى أخذ العين»⁽¹⁾.

-الندب والاستحباب تخلصا للمظلوم من الظالم، وهو قول لابن الماجشون.

-يجوز إذا لم يكن عليه دين، فإن كان عليه دين لم يأخذ إلا حصته.

وجاء في منتخب الأحكام مثل ذلك في الصراف يقبض من الرجل الدنانير فصبها في كيسه وشهود ينظرون إليه، ثم فلس، وكذلك البز يشتره الرجل فيرقمه ويخلطه ببز غيره فليس ذلك بالذي يقطع عن الناس أخذ ما وجدوا من متاعهم إذا فلس من ابتاع ذلك»⁽²⁾.

ولكن يشترط أخذ الشخص حقه بنفسه والظفر به توثقا له مايلي:

1-ألا يكون الحق المراد أخذه عقوبة، فإنه إن كان عقوبة فلا يستوفيه بنفسه، بل لا بد أن تكون عن طريق الحاكم ورفعها إليه، حتى لا يؤدي ذلك إلى فتنه أو فوضى تنشأ من أخذه حقه بنفسه.

2-عدم التعدي وذلك بأخذ الزائد عن الحق، بل يأخذ قدر ما يجب له فقط، وقد قال عليه السلام هندا: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»، والمعروف هو الاعتدال، وهو أن تأخذ قدر ما يجب لها ولا تتعدى⁽³⁾.

والثاني: من تعلق حقه بمشاع، أو بجميع أموال المفلس:

فهو مع سائر الغرماء الذين لا يعرفون أعيان أموالهم، فيتساون في المحاصة، أي هو والغرماء أسوة في ذلك، وإذا حجر عليه الحاكم -القاضي- وامتنع من بيعه وتأدية الدين جمعه القاضي لبيعه وأداء ثمنه توثقا لحق الغرماء، فيترك له ثيابه وقوته المعتاد، ويباع عليه ما سوى ذلك من رباغ وغيرها، فإن تلف قبل البيع فتلفه من المفلس أي ضمانه منه، وإن تلف بعد بيعه فتلف ثمنه من الغرماء لتفريطهم، وقيل من المفلس، والأول هو المشهور في المذهب⁽⁴⁾، وهو ما أكده الخرشي في شرحه بقوله: «يعني أن الحاكم إذا وقف مال المفلس أو مال الميت كله ليقضي منه ديونه فتلف ذلك

(1) _ ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، ج1، ص 247.

(2) _ ابن أبي زمنين، المصدر نفسه، ج1، ص 247.

(3) _ الدردير، الشرح الكبير، ج4، ص20، 225. الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج3، ص669.

(4) _ ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، مج1، ج1، ص248. عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ج2، ص428. شهاب الدين

بن عسكرة، إرشاد السالك، ص168-169. الخرشي، شرح الخرشي، ج5، ص275.

المال، فالمشهور أنه إذا كان عينا كذهب وفضة، فضمامه من الغرماء الحاضرين لتفريطهم في قسمة العين، إذ لا كلفة في قسمها لأنها مهيأة للقسم، وأمّا العرض إذا تلف فضمامه من المفلس أو من الميت لا من الغرماء»⁽¹⁾. لما في ذلك من التوثيق للحقوق وتحقيق للعدالة.

المطلب الثاني: التوثيق بالحبس في الحقوق

وسأتناول في هذا المطلب تعريف الحبس لغة واصطلاحاً، وأصل مشروعيته، وصوره، وشروطه في التوثيق للحقوق، ومن ثمّ الكلام عن أنواع الحبس في الحقوق، حيث يشمل حبس الشخص ومنعه من التصرف، بيع أو هبة أو غيرها، أو منعه من السفر، كما يشمل حبس العين المبيعة توثيقاً لحق البائع خوف المماطلة بالثمن، وبيان كل ذلك فيما يأتي:

الفرع الأوّل: تعريف الحبس في الحقوق

أ- تعريف الحبس لغة: من حبسه يحبسه حبساً، فهو محبوس وحبيس، واحتبسه وحبسه: أمسكه عن وجهه، والحبس ضدّ التخلية، فالحبس: المنع والإمساك، ويطلق على الموضوع ونفس المحلّ الذي فيه الحبس⁽²⁾، كما يطلق على الوقف فالحبس جمع الحبيس يقع على كل شيء وقفه صاحبه وقفاً محرّماً لا يورث ولا يباع ولا يرهب..⁽³⁾.

ب- تعريف الحبس اصطلاحاً: هو المنع من الانبعاث⁽⁴⁾. وهو عام في كل حبس، سواء لحيوان كحبس الدابة أو امتناعها عن المسير أو حبس إنسان، وهو منعه من التصرف أو الانبعاث لحاجته، ولذلك عرف أيضاً بأنه: تعويق لشخص المحبوس، ومنعه من التصرف بنفسه، سواء بحجزه في مكان معيّن كما في بيت أو مسجد، أو كان بتوكيل نفس الخضم أو وكيله عليه، وملازمته له⁽⁵⁾.

وعليه، فليس من لوازم الحبس جعل المحبوس في مكان ضيق أو مكان خاص قد أعدّ لهذا الغرض، فالحبس أعمّ من هذا، فهو جعل المحبوس في المسجد وملازمته، أو في بيته، أو في مكان ما، فكل هذا من باب الحبس الشرعي، إلاّ أنه في العرف السائد في أيامنا هذه، لا يعرف الحبس ولا

(1) _ الخرشبي، شرح الخرشبي، ج5، ص275.

(2) _ ابن منظور، لسان العرب، مج2، ص752-753. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج2، ص205-206. (مادة حبس)

(3) _ ابن منظور، المصدر نفسه، مج2، ص753. (مادة حبس).

(4) _ المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، ص266.

(5) _ ابن القيم، الطرق الحكمية، ص102. الكتاني، الترايب الإدارية، ص246-247.

يطلق إلا على تلك الأمكنة المعدة لذلك والمعروفة بالسجون⁽¹⁾.

الفرع الثاني: أصل مشروعيته

الحبس مشروع، والأدلة على مشروعيته ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع.

فأما من القرآن: فقوله تعالى: ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾⁽²⁾، والمراد بالتفني الحبس، حيث جاء في أحكام القرآن: «والحق أن يسجن، فيكون السجن له نفياً من الأرض»⁽³⁾.

وكذا قوله تعالى: ﴿تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ﴾⁽⁴⁾. وقد نصّ صاحب الجامع لأحكام القرآن، أن هذه الآية أصل في حبس من وجب عليه حق⁽⁵⁾.

فللحاكم أن يجبس كل من وجب عليه حق، والأصل في ذلك أيضاً قوله عز وجل: ﴿الْأَمَادُ مَتَّ عَلَيْهِ قَائِمًا﴾⁽⁶⁾، أي ملازماً، والمحبوس ملزوم لرب الحق، ولأنّ الدوام على ذلك تضيق عليه كما أن الحبس تضيق⁽⁷⁾، فالآية دالة على جواز ملازمة المدين، ومنعه من التصرف، فتدل أيضاً على جواز الحبس⁽⁸⁾.

وأما من السنة المطهرة:

- فمنها ما رواه أبو داود في سننه، أن النبي ﷺ حبس رجلاً في قهقهة ساعة من نهار، ثم خلى سبيله⁽⁹⁾.

- ومنها قوله ﷺ: «مطلُّ الغني ظلُّ يجلُّ عرضه وعقوبته»⁽¹⁰⁾، وكذا قوله ﷺ: «ليّ الواحد يجلُّ

(1) _ الكتاني، المصدر نفسه، ص 246.

(2) _ سورة المائدة، الآية: 33.

(3) _ ابن العربي، أحكام القرآن، ج 2، ص 99.

(4) _ سورة المائدة، الآية: 106.

(5) _ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 6، ص 352.

(6) _ سورة آل عمران، الآية: 75.

(7) _ ابن الجلاب، التفرغ، ج 2، ص 247. القرافي، الذخيرة، ج 8، ص 205.

(8) _ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 3، ص 371.

(9) _ أبو داود، السنن، كتاب الأفضية، باب: في الحبس في الدين وغيره، ح (3630)، ج 5، ص 474. الترمذي، السنن، أبواب

الديات، باب: ما جاء في الحبس في والتهمة، ح (1417)، ج 4، ص 28، وقال: هذا حديث حسن. البيهقي، السنن الكبرى، كتاب

التفليس، باب: حبسه إذا أتم وتخليته متى علمت عسرتة، ح (11291)، ج 6، ص 88.

(10) _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب: مطل الغني ظلم، ج 3، ص 85.

الفصل الثالث:التوثيق بغير عقد

عرضه وعقوبته، وعرضه يقول مطلتي، وعقوبته الحبس»⁽¹⁾، وفي التفریع: «قالوا عقوبته حبس، ومعنى العرض هنا النفس، أي بسبه في نفسه»⁽²⁾.

- كما عنون البخاري في صحيحه باب - "الرّبط وا الحبس في الحرم"، جاء فيه: «عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: بعث النبي صلى الله عليه وسلم خيلاً قبل نجد فجاءت برجل من بني حنيفة يقال له ثمامة بن أثال، فربطوه بسارية من سواري المسجد»⁽³⁾.

- وأما من الإجماع: فقد عرف الحبس في عهد أبي بكر رضي الله عنه كذلك، فلمّا استخلف عمر رضي الله عنه اشترى داراً بمكة وجعله حبساً، وتبعه الصحابة بعده، كالزبير رضي الله عنه، في الحبس فيها، فقد أخرج البخاري في صحيحه أنه: «اشترى نافع بن عبد الحرث داراً للسّجن بمكة من صفوان بن أمية على أن عمر إن رضي فالبيع بيعه وإن لم يرض عمر فلصفوان اربعمائة، وسجن ابن الزبير بمكة»⁽⁴⁾. ولمّا كانت خلافة علي رضي الله عنه بنى أول سجن في الإسلام⁽⁵⁾.

فالحبس قد يشرع كعقوبة، فيما يتعلق ببعض أراذل الناس، من أهل الخسة والجرم والفساد، كما يشرع أيضاً للتوثيق والاحتياط للحقوق، باستكشاف حال المتهم والوقوف على حقيقة حاله، وادعائه وجبره على ردّ الحقوق لأصحابها، فللقاضي حبس المدين الذي يدعي الإعسار، وامتنع عن الأداء، بينما يدعي غريمه غناه ويسره، ولم يثبت فقره، فجاز حبسه لاستكشاف حقيقة وضعه ومعرفة إعساره من يسره⁽⁶⁾.

الفرع الثالث: صفة التوثيق بالحبس وأنواع الحقوق التي يحبس فيها

إذا كان المدين موسراً وقادراً على الوفاء، وحلّ أجل دينه، وله مال ظاهر، وطالبه الغريم بالوفاء، فامتنع وماطل في الأداء، فيرى المالكية أنه يجب على الحاكم أن يأمره بالوفاء، فإن أبي حبسه

(1) _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الاستقراض، باب لصاحب الحق مقال، ج3، ص85.

(2) _ ابن الجلاب، التفریع، ج2، ص247.

(3) _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الخصومات، باب "الرّبط والحبس في الحرم"، ج3، ص91.

(4) _ البخاري، المصدر نفسه، ج3، ص91.

(5) _ الكتاني، التراتيب الإدارية، ص247.

(6) _ ابن الجلاب، التفریع، ج2، ص247. ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، ج1، ص241-243. القرطبي، الجامع لأحكام

القرآن، ج6، ص352. القرافي، الذخيرة، ج8، ص206.

بناء على طلب غرمائه⁽¹⁾، لقوله ﷺ «لِيّ الواجد يحلّ عرضه وعقوبته»⁽²⁾، فحلّ عرضه أن يغلظ له فيقال يا ظالم...، وعقوبته حبسه⁽³⁾، فإذا ثبت عسره أنظره القاضي وإن صبر على الحبس وأصرّ على المماطلة وظهر لدّده⁽⁴⁾، أدام حبسه فأطاله، وباع ماله بغير إذنه وقضى دينه منه⁽⁵⁾.

هذا، والحبس واجب في الحقوق كلها، ما كان منها معاوضة مال أو غير مال، ولا حبس على معسر، لقوله تعالى: ﴿فَنَظْرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾⁽⁶⁾، فمن ثبتت عسرتة وجبت نظرتة، وعلى ذلك فليس للحبس حد محدود عند المالكية⁽⁷⁾، وإنما ينظر في ذلك إلى تبين حال المدين من العسر أو اليسر، فقد تقصر مدة حبسه، بظهور حاله بعد يمينه أنه لا مال له، أو بوفائه بدينه، وقد تطول - كما أسلفت - بظهور لدده ومماطلته، ولكن مع ذلك يتوثق لحق الغرماء، بأنّ يسمح لهم بالظفر بمالهم، لمن وجد منهم سلعته أو ماله بعينه قائما عند المدين، أو بتدخل القضاء، حيث يبيع القاضي مال المدين ويقسمه بينهم، وليس لهم بعد ذلك ملازمته ومتابعته كما هو عند المالكية⁽⁸⁾.

ومن ثمّ فمدة الحبس تختلف باختلاف أحوال المدين كالاتي:

1- فإن كان مجهول الحال، لا يعرف عسره من يسره، وغير متهم، حيث لم يسبق له الحبس في الحقوق، فإنّه يحبس حبس تلوم حتى يثبت عسره، أو يتبين أمره وتعرف حاله، أو أن يحضر كفيلا يضمّنه، فإنّه حينئذ لا يُحبس، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظْرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾، ولقوله ﷺ «ليّ الواجد يحلّ عرضه وعقوبته»، وهذا معسر، فدلّ على أن من كان معسرا فلا يحلّ عقوبته بسجنه

(1) _ ابن الجلاب، المصدر نفسه، ج2، ص247. ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2ص305، 307، شهاب الدين بن عسکر، إرشاد السالك، ص168. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص204-205.

(2) _ سبق تخرجه، ص82 من هذا الفصل.

(3) _ ابن حجر، فتح الباري، ج5، ص47.

(4) _ اللدد: المجادلة والمخاصمة والمراوغة. ابن منظور، لسان العرب، ج3، ص391. (مادة لدد).

(5) _ ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، ج1، ص241-243. ابن الجلاب، التفريع، ج2، ص247. القرافي، الذخيرة، ج8، ص206. شهاب الدين بن عسکر، إرشاد السالك، ص168-169.

(6) _ سورة البقرة، الآية: 280.

(7) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص59. ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، ج1، ص241. ابن الجلاب، التفريع، ج2، ص247. ابن رشد، المقدمات، ج2ص307.

(8) _ ابن الجلاب، المصدر نفسه، ج2، ص247. عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج2، ص1182. ابن رشد، المصدر نفسه، ج2ص307-308. القرافي، الذخيرة، ج8، ص206. شهاب الدين بن عسکر، إرشاد السالك، ص169. الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص278-280.

ولا عرضه بسببه وشتمه⁽¹⁾. وحبس التلوّم هذا حدده ابن الماجشون بأن أقله نصف شهر في اليسير من المال، وفي أكثره أربعة أشهر، إلا أن جمهور المالكية على أن مدة الحبس غير مقدرة بل ترجع لاجتهاد الحاكم⁽²⁾.

2- إن كان المدين متهما بالمماطلة والمراوغة، وظهر منه اللدّ والكذب ولم يتيقن من وجود المال معه وإخفائه، فإنه يُحبس حتى يؤدي ديونه أو يثبت عسره، إلا إذا أحضر كفيلاً يضمنه فيقضي الدين عنه، ويقيم بينة الشهود على فقره، فيشهدون على علمهم ولما ظهر لهم من حاله، وليس على القطع، ولذلك احتاج إلى أن يحلف مع شهوده، ليخلى سبيله، وليس لغرمائه متابعته أو ملازمته بعد ذلك، حتى يتبين يسره، ويستطيع سداد دينه⁽³⁾.

3- وإن كان المدين ممن يعرف عنه التحايل على الناس، وأكله لأموالهم بالباطل، وبإخفائه الأموال، وبكذبه وادعائه الفقر، فإنه يحبس ويدم القاضي حبسه حتى يؤدي ما عليه، أو يموت في السجن إن أبي ذلك⁽⁴⁾، وأصرّ على عدم دفع الحقوق لأصحابها، وإن رضي بالسجن وصبر عليه، ليراوغ ويزيد مماطلة في دفع الحقوق لأربابها، ضرب وعزّر حتى يؤدي ما عليه⁽⁵⁾.

- كما أنه - يجوز عند المالكية حبس القريب لقريبه في حق عليه، ولكن لا يجوز لابن أن يحبس والديه في دين عليهما، ولا أن يحلفهما اليمين، إذا توجبت عليهما، ولو ماطلا وألداً في الدّفع، لأنّ فعله ذلك من العقوق لهما، ولكن يتوثق لحق الابن ولا يظلم بهما⁽⁶⁾. وفي ذلك تحقيق للعدالة وتوثق للحقوق. و لذلك جاء عن ابن القاسم: "ولا ينبغي للسلطان - وإن لم يحبس الوالد والوالدة في دين الولد- أن يظلم الولد بهما، وإنما رأيت أن لا يسجننا له، لأنّ مالكا قال، فيما بلغني في الابن يريد

(1) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4 ص59. ابن رشد، المصدر نفسه، ج2، ص305 الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص252 وص278.

(2) _ ابن رشد، المصدر نفسه، ج2 ص308، 309، القرافي، الذخيرة، ج8، ص206.

(3) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص59. عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ص1182. ابن رشد، المقدمات، ج2 ص309.

(4) _ الإمام مالك، المصدر نفسه، ج4، ص59. ابن الجلاب، التفريع، ج2، ص247. ابن رشد، المصدر نفسه، ج2 ص308، شهاب الدين بن عسك، إرشاد السالك، ص168.

(5) _ وقد روى عن سحنون أنه ضرب رجلاً معروفاً باللدّ حتى مات. وقال: «لم أقتله أنا، إنما قتله الحق». ابن رشد، المقدمات، ج2، ص308-309. الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص279. كما قال سحنون: «يضرب بالدرّة مرة بعد مرة حتى يؤدي ما عليه أو يموت، لأنه الجاني على نفسه». القرافي، الذخيرة، ج8، ص206.

(6) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص60. ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ج1، ص99. ابن رشد، المصدر نفسه، ج2 ص310.

أن يستحلف أباه في الشيء قال: «لا أرى أن يحلف، فإذا لم يحلف له فالحلف أيسر من السجن»⁽¹⁾.
 كما جاء عن الإمام مالك - رحمه الله - أنه قال: «إن الأبوين وإن كانا لا يجبان في دين الابن، فإن الابن لا يُظلم بهما، بل يجب على الإمام أن يفعل بهما ما يفعل بالملد والمامل، إن الدّا وماطلا من الضرب وغيره، كالتقريع، لأن ذلك ليس لحق الابن، بل لحق الله تعالى، ردعا وزجرا وصيانة لأموال الناس»⁽²⁾. فالأب والأم لا يجبان ولا يحلفان في شيء مما ادعاه الابن عليهما، أما لو ادعى أحدهما على ابنه في شيء، وتوجهت اليمين على الابن فنكل عنها، فردت على الأب، فإنه حينها يحلف ليعطى له بدعواه، وإلا سقط حقه⁽³⁾.

وعليه، فالحبس على المدين توثقا للحقوق، قد يكون في الأقارب بعضهم لبعض إلا للوالدين، «ووجه ذلك عند المالكية، أن الحقوق لا يعتبر فيها الحرمة والمترلة إلا الوالد في حق الولد، لأن حقه عليه ليس لأجل حرمة ومرتبته، لأن حرمتها واحدة، وإنما ذلك لما له عليه من حق الأبوة الموجبة للنفقة»⁽⁴⁾، ولكن الحبس وكذا الحجر في الحقوق، لا يكون إلا بعد أن يعلم الدائن كون المدين مليئا موسرا، وأنه آلد وماطل في دفع الحق، فأما إن علم عدم المدين وعسره، فليس له أن يطلب حجره، ولا أن يجسه، بل له الصبر عليه وانتظاره حتى يتبين يسره، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾⁽⁵⁾. وإن لم يعلم الدائن حال مدينه من يسر أو عسر، وكان مجهول الحال لديه، أو علم يسره، ولكن ادعى المدين الإعسار، حلف الدائن على أنه لا يعلم بعسره، وأنه موسر قادر على الدفع، ويحبس المدين حتى يثبت عسره، أو يؤدي ما عليه، أو يأتي بكفيل يضمن عنه المال، فإن امتنع الدائن عن الحلف ونكل، ردت اليمين على المدين فيحلف أنه معسر، فإن فعل ذلك لم يسجن ويحلى سبيله، لأن سجنه حينئذ ظلم، وإن لم يحلف ونكل سجن، حتى يؤدي ما عليه من حقوق لغيره، أو يثبت عسره⁽⁶⁾، توثقا للحقوق وتطبيقا للعدل الذي جاءت به الشريعة.

وعليه، فمع جواز الحبس عند المالكية إلا أنهم اشترطوا له شروطا منها:

1- ألا يكون المدين أصلا للدائن، إلا في حالة امتناع الأب عن الإنفاق لما فيه من الضرر

(1) _ الإمام مالك، المصدر نفسه، ج4، ص60.

(2) _ ابن عبد البر، الاستذكار، ج24، ص142.

(3) _ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص881.

(4) _ ابن رشد المقدمات، ج2، ص310.

(5) _ سورة البقرة، الآية: 280.

(6) _ ابن رشد، المقدمات، ج2، ص307، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص264.

بولده⁽¹⁾.

2- أن يكون بعد طلب الدائن حبسه.

3- أن يكون الدين حالا مستحق الأداء⁽²⁾. وإنما قال المالكية بجواز الحبس بالديون، وإن لم يأت في ذلك أثر صريح، لأن ذلك أمر ضروري في التوثيق لأموال الناس واستيفائهم لها بعضهم من بعض⁽³⁾.

4- ألا يكون المدين معسرا أو معدما⁽⁴⁾.

5- أن يثبت لدهه ومماطلته.

الفرع الرابع: التوثيق للحق بحبس العين المبيعة

نصّ المالكية على أنه إذا تمّ عقد البيع بين البائع والمشتري من غير شرط، وجب على المشتري تسليم الثمن أولا وقبض العين من البائع ثانيا⁽⁵⁾، وقد يمتنع البائع عن تسليم العين المبيعة للمشتري حتى يقبض منه الثمن، وذلك إذا خاف من المشتري المماطلة في دفع الثمن، ولذلك قال مالك -رحمه الله-: «للبيع أن يتمسك بالمبيع حتى يقبض الثمن»⁽⁶⁾. توثقا لحقه.

وهذا إذا كان الثمن حالا غير مؤجل، أمّا إذا كان مؤجلا، فليس للبائع حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن، كما هو الحال في البيع بالتقسيط، حيث يحبس البائع العين المبيعة حتى يستوفي جميع الأقساط، فلا يجوز له ذلك، لأنه رضي بتأجيل الثمن، والمشتري إنما عقد البيع ليتملك المبيع أو العين المبيعة، فلا سبيل لحبسها عنه، ومنعه من تملكها وقبضها، وإنما للبائع في هذه الحال أن يطالب المشتري برهن أو كفيل، من أجل التوثيق لحقه في الثمن، وحينئذ يجوز له حبس العين حتى يأتي المشتري بالرهن أو الكفيل⁽⁷⁾.

فالمالكية لا يجيزون حبس المبيع إذا كان الثمن مؤجلا - كما هو الحال في البيع بالتقسيط -

(1) _ ابن رشد، المقدمات، ج2، ص310.

(2) _ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص280.

(3) _ ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، ج2، ص293.

(4) _ ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2، ص307-308.

(5) _ ابن جزى، القوانين الفقهية، ص272.

(6) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج3، ص78، 81.

(7) _ الإمام مالك، المصدر نفسه، ج3، ص202. شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص329-330.

كما جاء في الذخيرة ما نصّه: «ابتاع على أن يترك المبيع رهنا بثمنه إلى أجل الثمن امتنع، وإن جعله بيد أجنبي جاز لأنّه اشترى شيئاً لا يدري متى يقبضه ولعلّه يطول مدّة طويلة»⁽¹⁾. فقول القرافي في ذخيرته «أن يترك المبيع رهناً» المقصود به الحبس، لأنّ المالكية يجيزون اشتراط جعل المبيع رهناً في الثمن، إذا لم يكن المبيع شيئاً يسرع إليه التلف أو التغيّر⁽²⁾. فمنهم من أجازته في العروض والعقار، ومنعه في الحيوان⁽³⁾. جاء في التفريع لابن الجلاب: «ومن باع سلعة، واشترط أنّها رهن بحقه إلى أجل ثمنها - أي حبسها حتى يوفّي ثمنها-، فلا بأس بذلك في العروض والدور والأرضين، ومن باع حيواناً بثمان إلى أجل، واشترط أنه رهن إلى أجل لم يجز ذلك»⁽⁴⁾، وذلك لأنّ الحيوان مما يسرع إليه التغيّر، وهو ما ذكره القرافي في موضع آخر من ذخيرته بقوله: «إذا اشترط أن المبيع رهن بالثمن لأجله جاز إلا في الحيوان، لأنّه مبيع يتأخر قبضه، والحيوان سريع التغيّر»⁽⁵⁾.

كما كره الإمام مالك توثيقاً للحق، أن تحبس السلعة بشرط دفع الثمن إلى أجل معيّن، وإلا فلا بيع، لما في ذلك من الغرر والمخاطرة بضياح الحقوق، حيث جاء في المدونة عن سحنون: «قلت: أرايت أن اشتريت عبداً على أنّي إن لم أنقده ثمنه إلى أجل كذا (ثلاثة أيام) فلا بيع بينهما؟ قال (أي ابن القاسم): قال مالك: لا يعجبني ذلك، إلا أنّ مالكا قال: يبطل الشرط ويجوز البيع بالثمن الذي اشتراه به، فلا يكون سبيله سبيل البيع الفاسد»⁽⁶⁾.

ثم إن حبس السلعة بذلك الشرط إذا ترتب عليها تلفها أو هلاكها في يد البائع، فإنّ المالكية على أن ذلك من البائع حتى يقبضها المشتري⁽⁷⁾، توثيقاً لحق هذا الأخير. ولذلك جاء في المدونة، «ولو وقع هذا الشرط في عبد أو دابة، فلم يقبضها المتباع حتى هلكت في يدي البائع، أراها من البائع»⁽⁸⁾. أمّا إذا حبس البائع السلعة عن المشتري، توثيقاً للثمن الذي يذهب المشتري يأتيه به، فهلكت في يد البائع، فالمالكية على أن ذلك من المتباع لتفريطه. قال مالك: «..ويحبس البائع السلعة حتى يأتيه المتباع بالثمن، هلاك هذه السلعة إذا كان إنما يحبسها البائع على أن يأتيه المتباع بالثمن

(1) _ القرافي، الذخيرة، ج8، ص90.

(2) _ القرافي، المصدر نفسه، ج8، ص90.

(3) _ ابن الجلاب، التفريع، ج2، ص258. القرافي، الذخيرة، ج8، ص90.

(4) _ ابن الجلاب، المصدر نفسه، ج2، ص258.

(5) _ القرافي، الذخيرة، ج8، ص90.

(6) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج3، ص204-205. ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، مج2، ج6، ص792.

(7) _ ابن أبي زمنين، المصدر نفسه، مج2، ج6، ص792.

(8) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج3، ص204. ابن أبي زمنين، المصدر نفسه، مج2، ج2، ص792.

أراها من المبتاع»⁽¹⁾.

كما يجوز عند الملكية أن يشترط البائع على المشتري أن لا يتصرف في المبيع ببيع أو هبة حتى ينقد الثمن، وهو ما يعرف بالشرط المانع للتصرف، توثقا لحق البائع، حيث جاء في منح الجليل: «سئل مالك رحمه الله عمّن باع عبدا أو غيره، وشرط على المبتاع أن لا يبيعه ولا يهبه ولا يعتقه حتى يعطيه ثمنه، قال: لا بأس بهذا لأنه بمنزلة الرهن إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمى»⁽²⁾.

الفرع الخامس: التوثيق للحق، بالمنع من السفر

إذا ماطل المدين أو المفلس في ردّ الحق للغرماء، وأراد السفر، فهل لهم -لأجل التوثيق لحقوقهم- أن يعترضوا له ويمنعوه من ذلك حتى يؤدي لهم حقوقهم أم لا؟ فللمالكية تفصيل في المسألة:

أولا: إذا كان الدين حالا

ذهب المالكية إلى أن المدين إذا أراد السفر، وكان موسرا وكان دينه حالا، فمن حق الدائن منعه من السفر توثقا لحقه، أو يأتي بكفيل يضمن قضاء الدين، أو يدفع له رهنا توثقة له، أو يوكل أحدا يقضي عنه في غيبته، أو يشهد عليه⁽³⁾. ووجه ذلك عندهم أن المدين إذا كان موسرا لم يجب إنظاره وتحل مطالبته، ومن مطالبته منعه من السفر حفاظا وتوثقا للديون، وتحقيقا للعدالة برفع الظلم عن صاحب الحق، لقوله رحمه الله: «مطل الغني ظلم»⁽⁴⁾. ووافقتهم الحنفية والشافعية والحنابلة⁽⁵⁾.

أما إذا كان المدين معسرا، فالمالكية على أنه ليس للدائن منعه من السفر، لأن سفره حينئذ وبقائه سواء⁽⁶⁾، فقد جاء في المدونة عن سحنون في القاضي يجبس المفلسين، قوله: «فإذا تبين له أنهم لا مال لهم أخرجهم ولا يجبسهم، قلت: فإذا أخرجهم أيكون للطالب أن يلزمهم ويمنعهم من الخروج ويبتغون من فضل الله...؟ قال: (أي ابن القاسم): ليس ذلك له عند مالك... ولا يمنعهم من الخروج يبتغون من فضل الله ولا يوكل بهم من يلزمهم»⁽⁷⁾.

(1) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج3، ص204.

(2) _ محمد عليش، منح الجليل، ج5، ص52.

(3) _ الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص595. الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص262.

(4) _ سبق تخريجه ص97 من هذا البحث. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص262.

(5) _ الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص255. الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص157. ابن قدامة، المغني، ج4، ص324.

(6) _ الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص262. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص262.

(7) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص59.

كما ينقل لنا ابن أبي زمنين في منتخبه عن الموازية ما نصه: «قال أصبغ: وسمعت ابن القاسم يقول في الرجل الذي عليه الدين ولا مال له يريد أن يسافر فيعترض له غرماؤه ويقولون: نخشى أن تذهب.. ولكن تكون معنا فتبقى لنا ذمتك هاهنا، إن ذلك ليس لهم، وليخرج حيث شاء وليسافر حيث شاء.. ليس لهم أن يمنعوه من ذلك إذا تبين عدمه وظهرت عسرتة»⁽¹⁾. ووافقهم في ذلك الحنفية والشافعية والحنابلة⁽²⁾، وخلافا لهم ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية-رحمه الله- إلى جواز منع المدين المعسر من السفر، إلا إذا أتى بكفيل بدينه فلا يمنع توثقا لحق صاحب الدين، لأنه قد يوسر في البلد الذي سافر إليه فلا يتمكن الدائن من مطالبته بالحق، أما إن أقام كفילה بذلك فإنه يطالبه بالدين مكانه، أو يطلبه بإحضار المدين المماطل⁽³⁾. ولعل هذا الرأي أقرب للاحتياط والتوثيق في حفظ حقوق الدائنين، لأن قول المالكية ومن وافقهم بعدم جواز المنع من السفر للمدين المعسر مطلقا، فيه مخاطرة وتهديد لحقوق أصحاب الديون بعدم استيفائها، كما فيه تسهيل للمدين بالهروب والتملص من قضاء ما عليه من الدين، وفي ذلك تضييع لحقوق الناس وفوت لمصالحهم.

ثانيا: إذا كان الدين مؤجلا

و إذا كان الدين مؤجلا فليس للدائن منع المدين من السفر أيضا عند المالكية ووافقهم بقية المذاهب، ولكنهم اختلفوا متى يحق له ذلك ومتى لا يحق؟
فأما لو أراد المدين السفر، وكان دينه إلى أجل، وتقارب ذلك الأجل، وخشي صاحب الحق (الدائن) حلول الدين في غيبة المدين، وطالب بكفيل يضمن وفاء الدين عنه، نظر القاضي: فإن رأى أن أجل الدين يحل قبل قدوم المدين، فالمالكية على أن للدائن منع المدين من السفر توثقا لماله، إلا إذا أتى بكفيل موسر أو رهنا يفى بالدين أو أناب عنه وكفلا في الوفاء بالدين، أو أشهد عليه تثبتا واحتياطاً⁽⁴⁾.

وإن كان أجل الدين يحل بعد قدومه من السفر، فليس للدائن منعه من السفر، ولا أن يأتي له بحميل أو كفيل⁽⁵⁾، لأن في منعه من السفر والحالة هذه، إضرار به وتضييق عليه من غير موجب. وهل

(1) _ ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، مج2، ج10، ص1092.

(2) _ الزيلعي، تبين الحقائق ج5، ص200، الشيرازي المهدب ج1، ص320. البهوتي، كشف القناع، ج3، ص418.

(3) _ ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج4، ص479-480.

(4) _ ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، مج1، ج1، ص255-256. الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص594-595. الدردير،

الشرح الكبير، ج3، ص262. البيهقي، السنن الكبرى، ح(11414)، ج6، ص127.

(5) _ ابن أبي زمنين، المصدر نفسه، مج1، ج1، ص255-256.

يحلّف المدين توثيقاً لحق الدائن أم لا؟ ثلاثة أقوال في المذهب⁽¹⁾.

الأول: يحلف أنه ما يريد إلاّ سفراً لمثل ما يخرج إليه الناس من تجارة وطلب الحوائج، وأنه لا يريد بذلك فراراً من الحق الذي عليه، وأنه ينوي الرجوع لقضاء حق الدائن عند حلول أجله⁽²⁾.

الثاني: لا يحلف.

الثالث: يحلف إن كان متهماً وإلاّ فلا⁽³⁾.

— وإن كان الدين لا يحلّ في غيبة المدين، سواء قبل أو بعد غيبته، فليس للدائن منعه من السفر، إلاّ أن يخاف منه المماطلة أو الهرب بحيث لا يرجع⁽⁴⁾ فيحلف توثيقاً لتلك الأسباب.

فالحبس إنما أجازته المالكية كمجرّد وسيلة إكراه على الوفاء بالدين، وليس تنفيذاً على شخص المدين، وكذا الحجر إنما أجازوه استحساناً للحفاظ على ماله والتوثيق لمال الغرماء، وذلك إذا كان موسراً أو ظهر منه اللدد، أمّا إن كان معسراً فلا حجر عليه، كما لا حبس عليه، وإنما شرعت وسائل أخرى للتوثيق للحقوق التي يخشى ضياعها أو عدم استيفائها كتقديم الرهن أو الإتيان بكفيل أو غير ذلك من وسائل التوثيق، التي سيأتي بيانها في الفصل اللاحق — إن شاء الله.

(1) _ الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص594-595.

(2) _ ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، ج1، ص256. الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص594-595.

(3) _ ابن رشد (الجد)، البيان والتحصيل، ج11، ص323.

(4) _ ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، مج1، ج1، ص256. ابن رشد (الجد)، المصدر نفسه، ج11، ص363. الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص594-595. الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص262.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

المبحث الأول: التوثيق بالرهن
المبحث الثاني: التوثيق بالكفالة
المبحث الثالث: التوثيق بالحوالة

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

كما يتوثق للحق بوسائل إثباتية وهي ليست عقوداً، كالكتابة والإشهاد، والحبس في الحقوق، وأيمان القضاء،... وغيرها من الوسائل التي يحتاط للحق بها ويتأكد بواسطتها ويتقوى، فكذاك يتوثق له بوسائل استيفائية، تؤمن الحق وتضمن استرداده، وذلك عن طريق بعض العقود، كالرهن والكفالة وكذا الحوالة، ولذلك تسمى بعقود التوثيق، والتي سأفصل في أحكامها وعلاقتها بالتوثيق للحقوق في المباحث الآتية:

المبحث الأول: التوثيق بالرهن.

المبحث الثاني: التوثيق بالكفالة.

المبحث الثالث: التوثيق بالحوالة.

المبحث الأول: التوثيق بالرهن

وهو من أهم وسائل وعقود التوثيق المشروعة، وأكثرها نفعا وأقواها تأكيدا وضمانا للحق، لما فيه من حبس الشيء أو احتباس المال في مقابل الحق حتى استيفائه، وسأتناول في هذا المبحث تعريف الرهن، وأركانها وبيان أثره في التوثيق للحقوق من خلال شروطه وما يتعلق بكل ذلك من الأحكام، وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف الرهن

وفيه بيان معنى الرهن في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الرهن لغة:

الرهن مصدر رهن يرهن رهنا، من باب قطع ومنع، وأرهن يرهن إرهانا لغة فيه، بمعنى رهن، ومنه قول الشاعر عبد الله بن همام السلولي⁽¹⁾:

فلما خشيت أظافرهم نجوت وأرهنتهم مالكا.

وهو ما وضع عند الإنسان مما ينوب مناب ما أخذ منه⁽²⁾ فيقال رهننت فلانا دارا رهنا، وارهننته إذا أخذه رهنا، والجمع رهون ورهان ورهن.

كما يأتي بمعنى الثبوت والدوام، يقال: رهن الشيء: دام وثبت وأرهننت لهم الطعام والشراب آدمته لهم⁽³⁾. ومن معانيه أيضا: الحبس ومنه قوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾⁽⁴⁾ أي محبوسة بكسبها، ومثله قوله تعالى: ﴿كُلُّ أَمْرٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾⁽⁵⁾ أي محتبس بعمله ومرتهن به⁽⁶⁾. وكلها معان متقاربة، لأن

(1) هو عبد الله بن همام بن نبيشة بن رباح من بني مرة بن صعصعة السلولي شاعر إسلامي، أدرك معاوية وبقي إلى أيام سليمان بن عبد الملك أو بعده، وله أخبار، وكان يقال له: "القطار" لحسن شعره، توفي سنة (100هـ) ابن قتيبة، الشعر والشعراء، تحقيق مفيد قبيحة، بيروت، دار الكتب العلمية، ص 329، الزركلي، الأعلام، ج4، ص 143.

(2) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج4، ص 203، مادة (رهن).

(3) ابن منظور، لسان العرب، ج3، ص 1757، 1758، مادة (رهن).

(4) سورة المدثر، الآية 38. قال ابن كثير في تفسير هذه الآية: "رهينة" أي معتقلة بعملها يوم القيامة قاله ابن عباس وغيره."

تفسير القرآن، ج4، ص 2819.

(5) سورة الطور، الآية 21.

(6) الرّازي مختار الصحاح، ص 560. ابن منظور، لسان العرب، ج3، ص 1758. ابن كثير، تفسير القرآن، ج4، ص 1984.

الحبس فيه لزوم الشيء المحبوس، والدائم والثابت لازم ومحبوس .

وعرّفه صاحب المفردات: «الرهن ما يوضع وثيقة للدين»⁽¹⁾، وهذه أقرب التعاريف للمعنى الفقهي الاصطلاحي.

الفرع الثاني: تعريف الرهن اصطلاحاً:

عرف المالكية الرهن عدة تعريفات منها:

1- «هو مال قبض توثقاً في دين»⁽²⁾ وقد خصّ هذا التعريف الرهن المقبوض فحسب، فدلّ ظاهره على أن الرهن لا يتقرر من غير قبض ولا يسمى رهنًا⁽³⁾.

2- وعرّفه ابن الحاجب- كما نقله عنه صاحب شرح التحفة: «الرهن إعطاء امرئ وثيقة بحق»⁽⁴⁾. إشارة إلى أن الرهن مما يتوثق بها الدين ويصير مضموناً محكماً بالشيء المرهون⁽⁵⁾، فتخرج الوديعة والهبة وغيرها... فليست رهنًا.

3- وعرّف أيضاً بأنّه: احتباس العين وثيقة بحق ليستوفي من ثمنها أو ثمن منافعتها عند تعذر أخذه من الغريم مفردة أو مشاعة»⁽⁶⁾. وفي التعريف إشارة إلى جواز الرهن عند المالكية في الأشياء المنفردة بمالك واحد أو مشاعاً يملكه الاثنان فأكثر من غير تحديد نصيب كل منهما على حدة⁽⁷⁾.

4- وعرّفه أبو الشتاء الصنهاجي بأنّه: «عقد يلتزم فيه المدين بوضع منقول أو عقار في حيازة ربّ الدين أو في حيازة أمين يتفق عليه المتعاقدان، لأجل الوثوق بوفاء الدين كله»⁽⁸⁾.

(1) _ الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ص 204.

(2) _ الرضاع، شرح حدود ابن عرفة، ج2، ص 409. ميارة، شرح تحفة الحكام، ج1، ص 168. الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج5، ص 236. الدردير، الشرح الكبير(وعليه حاشية الدسوقي)، ج3، ص 213.

(3) _ ميارة، المصدر نفسه، ج1، ص 168. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص 231.

(4) _ ميارة، المصدر نفسه، ج1 ص 168 .

(5) _ الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص 538-553.

(6) _ عبد الوهاب البغدادي، التلقين ص 145. ابن عبد البر الكافي، ص 410. ابن هشام، المفيد للحكام، ج2، ص 147.

القرطبي الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص 409.

(7) _ عبد الوهاب البغدادي، التلقين ص 145.

(8) _ أبو الشتاء الصنهاجي، التدريب على الوثائق العدلية، ج2، ص 33-34.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

وفي التعريف إشارة إلى عدم اشتراط وضع الرهن في يد المرتهن أو ورثته، بل للعاقدين أن يجعلاه في يد أمين وهو "العدل"⁽¹⁾ وهو الطرف الثالث وقد يكون الموثق. والملاحظ على هذه التعاريف أنها تجتمع كلها على أن الرهن وسيلة من وسائل التوثق للحقوق، وتأمين استيفائها خشية الضياع والنسيان.

المطلب الثاني: مشروعية التوثق بالرهن:

يعتبر الرهن طريقاً ثالثاً من طرق التوثق غير الكتابة والإشهاد التي ندب إليها الله عز وجل توثقاً للحقوق في آية الدين، خصوصاً في الأوقات التي يتعذر فيها القيام بالكتابة والإشهاد، ويصعب الحصول عليهما لظروف وطوارئ حادثة، حماية لأنفس والأموال وحفظها من التلف والضياع أو الجحود والنسيان، فلذلك أرشد الشارع الحكيم إلى وسيلة الرهن بصفته نوعاً من أنواع التوثق للحق، وذلك بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أولاً: التوثق بالرهن من الكتاب: فقله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنُ مَقْبُوضَةً﴾⁽²⁾.

ووجه الاستدلال بالآية الكريمة، أنها نصت صراحة على أمر المتعاقدين بقبض رهن توثقة لحقوقهم-ديونهم-وذلك باستعمال صيغ الأمر، دليل على جواز التوثق في الحقوق بأخذ رهون عليها، فدل ذلك على مشروعية الرهن، لأن أدنى ما يثبت به الأمر الجواز⁽³⁾، وقد دلت الآية على أن الرهن توثقة في الدين تعوض بها الكتابة، فالإذن فيه دليل أنه مباح فلذلك إذا سأله رب الدين أجيب إليه⁽⁴⁾ والآية تفيد تعليم المتدانيين كيفية الاحتياط لأموالهم فلا يبذلونها بلا وثيقة خوفاً من الجحد، دليل على جوازه إذ لو لم يكن جائزاً لما جاء الأمر به.

ثانياً: التوثق بالرهن من السنة الشريفة: فهي كثيرة منها:

1- عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ «اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعه»⁽⁵⁾.

(1) _ ابن عبد البر، الكافي، ص 410، ميارة، شرح ميارة على التحفة، ج1، ص 183-184

(2) _ سورة البقرة، الآية 283 .

(3) _ الطبري، جامع البيان، ج3، ص 138-140. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص 356-358.

(4) _ ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، ص 121.

(5) _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب في الرهن في الحضرة، باب من رهن درعه، ج3، ص 115، وكذا كتاب الرهن عند اليهود وغيرهم، ج3، ص 116.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

ووجه الاستدلال: أنّ الحديث يبين أنّ النبي ﷺ رهن درعه عند يهودي في مقابل دين له عليه، وهو ثمن طعام اشتراه منه مؤجلاً وهذا فعل منه ﷺ و ليس أدل على الجواز من ثبوت فعله ﷺ بعد الأمر القرآني الصريح⁽¹⁾، فلو لم يكن الأمر مشروعاً لما فعله ﷺ فالحديث صريح الدلالة في مشروعية الرهن وجوازه لتعامله ﷺ بذلك⁽²⁾.

2- عن سعيد بن المسيب أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا يغلّق الرهن»⁽³⁾.

وجه الاستدلال بالحديث، أنه يبيّن أنّ النبي ﷺ أبطل حكماً في الجاهلية وهو غلق الرهن، وهو تملك المرهن للمرهن لعجز الرّاهن عن سداد ما عليه في وقته المعين⁽⁴⁾ فلو لم يكن الرهن مشروعاً لأبطله ﷺ بالكلية، وليس غلقه فقط، مما يدلّ على مشروعيته.

3- بعثه ﷺ إلى الناس بالرسائل والوثائق التي يقرّهم فيها على معاملاتهم بالرّهن وتوثيقهم للحقوق بواسطته، ولم يمنعهم من ذلك، مع تصحيحه وتعديله لبعض الأحكام فيه⁽⁵⁾.

(1) ابن حجر، فتح الباري، ج5، ص 145.

(2) قال ابن حجر: «قال العلماء: الحكمة من عدوله ﷺ عن معاملة مياسير الصحابة -رضي الله عنها- إلى معاملة اليهود، إمّا لبيان الجواز، أو لأنهم لم يكن عندهم إذ ذاك طعام فاضل لحاجة غيرهم، أو خشى أنهم لا يأخذون منه رهناً أو عوضاً فلم يرد التضيق عليهم، فإنه لا يبعد أن يكون فيهم إذ ذاك قادر على ذلك أو أكثر منه، فلعله لم يطلعهم على ذلك، وإنما اطلع عليه من لم يكن هو سرا من نقل ذلك، والله أعلم» فتح الباري، ج5، ص 141، 142.

(3) الإمام مالك، الموطأ، كتاب الأفضية، باب لا يجوز من غلق الرهن، ص516. وغلق الرهن هو استحقاق المرهن إياه لعجز الرّاهن عن فكاكه، وقد كان من الجاهلية كقول زهير:

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأضحى الرهن قد غلقا

فشبه لزوم قلبه واحتباسه عندها لشدة وجده بها، بالرهن الذي يلزمه المرهن ويقيه عنده ولا يفارقه، فقوله ﷺ «لا يغلّق الرهن» أي لا ينفك ملك الرهن عن صاحبه ولا يستحقه المرهن إذا لم يفتكه الرّاهن في الوقت المشروط، وفي هذا ردّ على ما كان في الجاهلية من أن المرهن كان يتملك الرهن إذا لم يؤد إليه الرّاهن ما يستحقه في الوقت المعين، فأبطله الشارع. الإمام مالك، الموطأ، ص516. القرافي، الذخيرة، ج8، ص 76، ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، ص 124.

(4) ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، ج2، ص 349. القرافي الذخيرة، ج8، ص 76، أبو الشتاء الصنهاجي، التدريب على الوثائق العدلية، ج2، ص 42.

(5) ومن تقريراته ﷺ لصحابته بالرهن، ما أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الرهن في الحضر، باب: رهن السلاح: «قال لعمر سمعت جابر بن عبد الله ﷺ يقول: قال رسول الله ﷺ من لكعب بن الأشرف فإنه آذى الله ورسوله ﷺ فقال: محمد بن مسلمة أنا، فأتاه فقال: أردنا أن تسلفنا وسقاً أو وسقين، فقال: ارهنوني نساءكم، قالوا كيف نرهنك نساءنا وأنت أجمل العرب، فقال: فارهنوني أبناءكم. قالوا: كيف نرهن أبناءنا فيسب أحدهم فيقال: رهن بوسق أو وسقين، هذا عار علينا، ولكننا نرهنك للأمة، قال: سفيان: يعني السلاح، فوعده

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

ومنه نستنتج أن الرهن جائز ومشروع يتوثق به للحقوق، وثابت بالسنة النبوية الشريفة قولاً وفعلاً وتقريراً.

ثالثاً: التوثيق بالرهن من الإجماع:

فقد أجمع المسلمون قديماً وحديثاً على جواز الرهن في الجملة⁽¹⁾. وإن اختلفوا في بعض صورته وفروعه، لكنهم مجمعون على مشروعيته، فالرهن من العقود المسماة وهي التي أقر لها التشريع إسماً يدل على موضوعها الخاص، وأحكاماً أصلية تترتب على انعقادها⁽²⁾.

رابعاً: التوثيق بالرهن من المعقول:

إن الحاجة إلى التوثيق بالرهن ماسة، ويظهر ذلك من الجانبين الراهن والمرتهن، لأنه يحقق منافع جمّة لكليهما وبه تتعلق مصالحهما.

1- فأما بالنسبة للمرتهن وهو الدائن: فالرهن يتوثق حقه، ويؤمن عليه من الجحود والإنكار، وبهذا يتحقق حفظ المال وعدم تضييعه، وهو ضرورة من الضرورات الخمس⁽³⁾. والرهن وسيلته، فيكون كذلك، لأن حكم الوسائل حكم مقاصدها.

- وبالرهن يثبت للمرتهن استحقاق اليد على المرهون، مما يؤدي إلى قلق الراهن وضجره بذلك، مما يدفعه إلى المسارعة بفكائه ملكه وذلك بأداء ما عليه من دين، وكذلك خوفه من بيع المرتهن إذا لم يوفه الراهن من مال آخر⁽⁴⁾.

- كما أن بالرهن، يسلم المرتهن عن ضرر مزاحمة الغرماء له -محاصتهم- عند الموت أو الإفلاس، فإذا أفلس الراهن أو مات، استأثر المرتهن بالمرهون ليستوفي منه حقه، فالرهن يكسبه حق الامتياز أو

أن يأتيه فقتلوه ثم أتوا النبي ﷺ فأخبروه". أي أقرهم على ذلك، ج3، ص 115. ومنها الحديث الذي رواه ابو هريرة عنه ﷺ: الرهن يركب بنفقته... الذي بين فيه بعض أحكام الرهن. البخاري، صحيح البخاري، كتاب في الرهن في الحضرة، باب: الرهن مركوب ومحلوب، ج3، ص 115-116.

(1) _ القرافي، الذخيرة، ج8، ص 75، الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص 537.

(2) _ الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ص 632.

(3) _ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص 367.

(4) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 151-152. القرافي، الذخيرة، ج8، ص 79. الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص 544-545.

الأفضلية على بقية الغرماء⁽¹⁾.

2- وأما بالنسبة للراهن وهو المدين:

فالراهن يمكنه من الحصول على المال، حيث إنه في كثير من الأوقات لا يجد من يداينه بلا رهن، فيتضرر من عدم التمكّن من الاستدانة لأنه قد يحتاجها لقضاء مصالحه والإنفاق على متطلبات حياته الضرورية من مأكّل ومشرب، وملبس، ومسكن، وتعليم، وعلاج... فيساعد الرهن على تسهيل كثير من المصالح للناس، وكذا كثير من المعاملات⁽²⁾.

-والرهن يجعل الراهن قادرا على وفاء ما عليه من الحق عند عجزه عن سداد دينه⁽³⁾، وبهذا يكون في الرهن مصلحة للجانبين (الراهن والمرهن) ولذلك فالتوثيق به مشروع، لأن العقل يقبل ذلك ولا يعارضه⁽⁴⁾.

وإذا كان التوثيق بالرهن مشروعا، فهل هو واجب أو مندوب إليه؟

فالمالكية على أنّ الرهن مشروع بطريق التدب لا بطريق الوجوب، لأنه وثيقة بدين، فلم يجب كالضمان، وإنّما جاز توثقا للأموال وسلامة من التنازع⁽⁵⁾ ووافقهم على ذلك جمهور العلماء⁽⁶⁾.

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴿٧﴾﴾⁽⁷⁾.

(1) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 151. القراني، الذخيرة، ج8، ص 78. الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص 544-

545. النفراوي، الفواكه الدواني، ج2 ص 273.

(2) _ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، وأدلته، ص 4210.

(3) _ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص 404.

(4) _ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، ص 4210.

(5) _ عبد الوهاب، البغدادي، التلقين، ص 145. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص 336-337. القراني، الذخيرة، ج8،

ص 77. ابن عبد الرقيق، معين الحكام، ج2، ص 80. التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1 ص 16.

(6) _ كمال بن الهمام، فتح القدير، ج8، ص 7. الشافعي، الأم، ج3، ص 138. ابن قدامة، المغني، ج4، ص 235. ابن حزم، المحلى،

ج8، ص 8.

(7) _ سورة البقرة، الآية: 283.

ثم بقوله تعالى بعد ذلك: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِنَ أَمْنَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آتَمُّ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾⁽¹⁾، ففي ذلك إباحة لأن يأمن بعضهم بعضاً، وهذه قرينة صارفة عن إفادة الوجوب إلى إفادة الندب والإرشاد⁽²⁾. فالله أمر بأخذ الرهن توثقاً للديون، والأمر في الآية للإرشاد، لتعلقه بمصالح الدنيا، لا للإيجاب بدليل الآية السابقة، أن الذي عليه الحق إن كان أميناً عند صاحب الحق، لحسن ظنه به فله أن يستغني بأمانته عن الارتهان، ويترك التوثق للحق بالرهن، ولكن على أن يؤدي المدين بالمقابل ما عليه من حق، وسمّاه أمانة وأضافها إليه، فدلّ هذا على أن الرهن جائز، وغير واجب⁽³⁾.

كما أن الرهن شرع عند تعذر الكتابة، فهو بدل عنها، وعوض لها ولما كانت الكتابة (وكذا الإشهاد) غير واجبة عند جمهور أهل العلم فكذلك بدلها وهو الرهن⁽⁴⁾.

ومع اتفاق المالكية وغيرهم من أهل العلم، على جواز الرهن وعدم وجوبه، إلا أنهم اختلفوا: هل يجوز في السفر عند عدم التمكّن من الكتابة (بنصّ الآية) أم في السفر والحضر؟ وهل مع التمكّن من الكتابة أو عدم التمكّن منها؟

والمالكية على أنّ الرهن جائز في السفر والحضر ومع التمكّن من الكتابة، أو عدم التمكّن منها سواء⁽⁵⁾، تمكينا من التوثق للحقوق. وهو قول من وافقهم من الحنفية والشافعية والحنابلة وقول أكثر المفسرين من المالكية وغيرهم⁽⁶⁾، واستدلوا على ذلك بالأحاديث السابقة، ومنها أن النبي ﷺ رهن درعه بالمدينة، أي مقيماً، ومن المحال أن لا يجد النبي ﷺ في المدينة حين رهن درعه كاتباً يكتب له دينه الذي

(1) _ سورة البقرة، الآية: 283.

(2) _ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص 404. ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، ص 123.

(3) _ القرطبي، المصدر نفسه، ج3، ص 336-337. ابن عاشور، المصدر نفسه، ج3، ص 136-139.

(4) _ القرطبي، المصدر نفسه، ج3، ص 339. ابن عاشور، المصدر نفسه، ج3، ص 122-123.

(5) _ ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، ج2، ص 275. ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، ص 378، القراني، الذخيرة، ج8، ص 75. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص 356-357. ابن عبد الرفيع، معين الحكام، ج2، ص 806-807. النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص 272.

(6) _ الطبري، جامع البيان، ج3، ص 141. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص 356-357. الجصاص، أحكام القرآن، ج1، ص 52. السرخسي، المبسوط، ج21، ص 4. الرّازي، التفسير الكبير، ج7، ص 121.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

عليه لليهودي⁽¹⁾، مع وجود كتابه ﷺ الذي فاق عددهم في ذلك الوقت على نيف وأربعين كاتباً⁽²⁾، فدلّ ذلك على جواز الرهن في الحضرة، مع التمكن من الكتابة، كما استدلوا بالآية الكريمة: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَنْ مَقْبُوضَةً﴾⁽³⁾. ووجه الدلالة منها على جواز التوثيق بالرهن في الحضرة والسفر معاً، وإن كان - ظاهرها يفيد جوازه في السفر فقط - ما ذكره القرطبي حيث قال: «لما ذكر الله الندب إلى الإشهاد والكتب لمصلحة حفظ الأموال والأديان، عقب ذلك بذكر حال الأعذار المانعة من الكتب وجعل لها الرهن، ونص من أحوال العذر على السفر الذي هو غالب الأعذار، ولا سيما في ذلك الوقت لكثرة الغزو، ويدخل في ذلك كل عذر فربّ وقت يتعذر فيه الكاتب في الحضرة، كأوقات أشغال الناس، وبالليل، وأيضا لخوف على حراب ذمة الغريم، عذر يوجب طلب الرهن»⁽⁴⁾. كما أنه لم يرد عن أحد من الصحابة القول بعدم جواز التوثيق بالرهن في الحضرة ولو مع التمكن من الكتابة، فكان هذا إجماعاً سكوتياً على جواز التوثيق بالرهن في الحضرة مع القدرة على الكتابة⁽⁵⁾، لما فيه من تيسير توثيق الناس لحقوقهم ومصالحهم.

فالرهن مشروع توثيقاً للحقوق وحفظاً لها من الضياع، وهذا المعنى موجود في الحضرة مع القدرة على الكتابة، كما هو موجود في السفر مع عدم القدرة على الكتابة، ولهذا نقل القرافي في ذخيرته الإجماع على جواز الرهن في الحضرة والسفر على السواء، فقال: «قال اللّخمي، الإجماع عليه - أي الرهن - سفراً وحضراً إلا مجاهداً منعه في الحضرة بمفهوم قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ﴾. فشرط السفر، وجوابه: إنما خصص السفر لغلبة فقدان الكاتب الذي هو البيّنة فيه»⁽⁶⁾ فذكر السفر هو بيان واقعة حال، وليس قيد بالأدلة السابقة، ومنها أن النبي ﷺ رهن درعه لليهودي وكان في المدينة ولم يكن في السفر، وكذا وقوعه من أصحابه في الحضرة⁽⁷⁾.

(1) _ ابن حجر، فتح الباري، ج5، ص 140.

(2) _ ابن حديدة، المصباح المضيء، ج1، ص 28. الكتاني، الترتيب الادارية، ج1، ص 151-153 و ص 315-316.

(3) _ سورة البقرة، 283.

(4) _ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص 406-407.

(5) _ القرافي، الذخيرة، ج8، ص 75، ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، ص 121.

(6) _ القرافي، المصدر نفسه، ج8، ص 75.

(7) _ ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، ص 121.

كما أن قيد السفر الوارد في الآية له فائدة أخرى، غير تخصيص الحكم بالمذكور وهي أنه خرج مخرج الغالب، ففي الغالب أن السفر يكون مظنة فقدان الكاتب والشهود الموثوق بهم⁽¹⁾، ومن ثم فالآية تدلّ على مشروعية الرهن توثقا للحق مطلقا أي في كل محل يتم فيه، ويتمكن معه المرهّن من استيفاء دينه من العين المرهونة. كما استدلووا بالقياس على الضمان والكفالة أن كلا منهما عقد توثق فالضمان أو الكفالة يجوز في الحضر والسفر، فيجوز الرهن فيهما أيضا⁽²⁾ إذ لا فرق، فالحاجة تدعو إلى التوثق في الحضر كما تدعو إليه في السفر.

المطلب الثالث: مقومات الرهن وأثر التوثق به

و سأتناول فيه بيان أركان الرهن التي يقوم عليها، وما يتعلق بها من شروط وأحكام تبرز أثر التوثق بالرهن، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: مقومات الرهن:

لا يتقرر عقد الرهن إلا إذا توفرت مقوماته من صيغة وعاقدين ومرهون ومرهون به، وهذا عند المالكية عموما ومن وافقهم من الجمهور، خلافا للحنفية الذين يجعلون له ركنا واحدا وهو الصيغة، وذلك راجع لخلافهم في قضية الركن ومفهومه عند كل منهم في كل العقود⁽³⁾.

وعليه انقسم العلماء في تحديد أركان الرهن إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: ويمثله المالكية⁽⁴⁾ ومن وافقهم من الجمهور⁽⁵⁾ حيث جعلوا أركان الرهن ثلاثة

إجمالا:

(1) _ ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، ص 121.

(2) _ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص377. ابن حجر، فتح الباري، ج5، ص 140.

(3) _ فالركن عند المالكية ومن كان على رأيهم من جمهور العلماء، أوسع منه عند الحنفية، فإن الركن عندهم ما يتوقف عليه وجود الشيء ولا يمكن تصوره إلا به سواء أكان جزءا منه أم لا، فالعاقد ركن إذ لا يتصور عقد بدون عاقد، وإن لم يكن جزءا منه، بينما عند الحنفية الركن ما كان جزءا من ماهية الشيء وتوقف وجوده عليه، فالعاقد عندهم يعدّ من شروط العقد لأنه ليس جزءا من العقد. محمد الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج66، ص 4211.

(4) _ ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، ج2، ص 272. القرافي، الذخيرة، ج8، ص 78-79. ميارة، شرح تحفة الحكام، ج1، ص168. النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص 181. الصاوي، بلغة السالك، ج3، ص 10. أبو الشتاء الصنهاجي، التدريب على الوثائق العدلية، ج2، ص 33-34.

(5) _ الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 121. البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص 321-323.

1-العاقِد: وهو:

-الرائهن: وهو المدين الذي عليه الحق ومعطي المرهون.

-المرتهن: وهو الدائن صاحب الحق وأخذ المرهون وهذا إذا كانا أصليين، ويجوز أن يتولى عنهما ذلك: الولي أو الوصي وكل من يقوم مقامه كالقاضي أو نائبه، إذا تعذر منهما الرهن وغيره من التصرفات، توثقا للحقوق ورفعاً للضرر عنهما. وإذا لم يجد الولي ومن في حكمه وسيلة أخرى ليسد بها حاجة العاقِد الأصلي-إن كان محجورا عليه أو صبيا أو سفيفا-سوى رهن ماله، جاز له ذلك حماية للمال وتوثقا للدين⁽¹⁾.

2-المعقود عليه: وهو:

المرهون: وهو الشيء المالي أو العين الذي يؤخذ وثيقة بالحق.

المرهون به: أو فيه وهو الدين (الحق) الذي يؤخذ المرهون توثقا له.

3-الصيغة: وهي الإيجاب والقبول، الأوّل من الرّاهن والثاني من المرتهن، لأنّ الرّهن عقد مالي

فافتقر إليهما كالبيع.

وفي الواقع فإن المالكية جعلوا أركان الرهن أربعة تفصيلا، قياسا على أركان كل عقد عندهم، وهي الراهن والمرتهن والمرهون والمرهون فيه أو به، وأما الصيغة، وإن تحدثوا عنها تلميحاً من خلال كلامهم عن كيفية انعقاد الرهن، إلا أنّهم لم يصرحوا بها في مدوناتهم، ولم يذكروها مع الأركان.

ولذا اختلفوا فيما يتم به عقد الرهن من الألفاظ أو غيرها، فبينما لم يشترط أشهب وغيره من أصحاب مالك اللفظ الصريح في انعقاد الرهن، يذهب ابن القاسم إلى اشتراطه، وهو ما جاء في التاج والإكليل: «ففي افتقار الرهن للفظ مصرح به تأويلان،... والخلاف بين ابن القاسم وأشهب فلو دفع رجل إلى آخر سلعة ولم يزد على قوله أمسكها حتى أدفع لك حقك، كانت رهنا عند أشهب لا عند ابن القاسم»⁽²⁾. وفي الفواكه الدواني: «لم يذكر المصنف صيغة الرهن...»⁽³⁾. وذلك للقاعدة: «العبرة في

(1) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 161- 162.

(2) _ المواق، التاج والإكليل، ج5، ص 25. (بهاشم مواهب الجليل)، ط2، (1978)

(3) _ النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص 232.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

العقود بالمقاصد والمعاني، لا بالألفاظ والمباني»⁽¹⁾، وهو ما يتماشى مع خصائص الشريعة ومقاصدها من هذه العقود والمعاملات، وهي التيسير ورفع الحرج عن الناس، فإذا تعارف الناس على صيغة معينة يتم بها عقد الرهن، ويسهل بها التوثيق للحقوق وتتقوى بها فرص الاستيفاء، فإنها تكون دالة عليه ولا تنصرف إلى غيره من العقود أو المعاملات.

الاتجاه الثاني: وهم الحنفية الذين ذهبوا خلافا للمالكية وغيرهم، إلى أن للرهن ركن واحد وهو الإيجاب والقبول "الصيغة" لأنه ينعقد بهما كسائر العقود⁽²⁾، وما سواها من العناصر المذكورة تعتبر من باب الشروط.

الفرع الثاني: أثر التوثيق بالرهن

يبرز دور الرهن في التوثيق للحقوق، من خلال ما وضعه فقهاء المالكية من مسائل و أحكام ضمن شروط عقد الرهن، وكذا عند بياهم لأثر الوثيقة بالرهن بكتابتها أو الإشهاد عليها، كما يظهر جليا في مجموعة من الأحكام تتعلق بتصرف الراهن أو المرتهن في المرهون، وبقائه في يد أحدهما بحسب نوع الرهن، أو عند طرف ثالث، وكذا بتقدم المرتهن بسبب هذه الوثيقة عن سائر الغرماء، وهو ما بينه المالكية في مدوناتهم وتوسعوا فيه، وبيان ذلك فيما يلي:

أولا- التوثيق بالرهن من خلال اشتراط أهلية العاقدین:

الراهن والمرتهن: فكلاهما طرف في عقد الرهن لأنه لا يتم بأحدهما دون الآخر وبما أن الرهن عقد من العقود، فهو يشبه البيع وغيره في وجود طرفي العقد وهما العاقدان، ولذلك يشترط فيهما ما يشترط في طرفي أي عقد، من أهلية وغيرها ولذلك اتفق المالكية وغيرهم من المذاهب، على جواز رهن وارتهان من تحققت فيه أهلية البيع والتبرع، حيث قالوا: «كل من جاز بيعه وشراؤه وتبرعه جاز رهنه وارتهانه»⁽³⁾. إلا أن ما يبرز تأكيد المالكية على دور وأثر التوثيق بالرهن أكثر من خلال هذه الشروط، هو ما يلي:

(1) _ الصاوي، بلغة السالك، ج3، ص 190-195.

(2) _ كمال بن الهمام، شرح فتح القدير، ج9، ص 66.

(3) _ ابن عبد البر، الكافي، ص 410. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، ج2، ص 272. القرافي، الذخيرة، ج8 ص 78. الخطاب، مواهب الجليل، ج6 ص 538. ميارة، شرح تحفة الحكام، ج1، ص 177. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص 231. الكاساني، بدائع الصنائع، ج8، ص 3815. الشافعي، الأم، ج3، ص 289-290. ابن قدامة المغني، ج4، ص 364.

أ- اشتراطهم العقل للتوثيق بالرهن:

وعليه فرهن الصبي غير المميز والمجنون وارتقاهما باطل، عند المالكية ومن وافقهم من المذاهب لأنه لا عقل لهما، والعقل شرط في جميع التصرفات، والرهن تصرف مالي كالبيع فيشترط فيه العقل والبلوغ لصحته وانعقاده⁽¹⁾. إلا أنهم يجعلون البلوغ شرط لزوم في عقد الرهن وليس شرط صحة، ولذلك ذهبوا إلى أن رهن وارتقاه الصبي المميز صحيح ولكنه موقوف على إذن الولي، لاحتمال حصول الضرر في تصرفاته نظرا لنقص عقله، وبإجازة وليه لترجّح جهة المصلحة والمنفعة، فإن أجازته نفذ وإلا بطل⁽²⁾، وفي ذلك تدريب للصبي على المحافظة على أمواله والتوثيق لها، ومباشرة تصرفاته ومعاملاته، وتعليق ذلك على إجازة الولي بإعطائه الحق في رد ما وقع فيه غبن للصبي، فيه حيلة وتوثيق لمال الصبي، كما فيه مصلحة له بالمسارعة في تسديد الدين والتخلص منه ثم استرجاع عينه المرهونة.

ووافقهم على ذلك الحنفية⁽³⁾ بينما خالفهم الشافعية والحنابلة⁽⁴⁾، بأن رهن الصبي المميز باطل، سواء كان مأذونا له في التجارة أم لا، أذن له الولي أم لم يأذن لأن الرهن تصرف مالي، فيشترط فيه البلوغ كالبيع.

وأما العقل فهو مناط التكليف وعليه تتوقف صحة أيّ عقد، فلا يصحّ رهن وارتقاه المجنون لعدم إدراكه لتصرفاته، فتوثيقا لحقوقه منعه الشرع من مباشرة التصرفات المالية وإنما ينوب عنه وليه في ذلك. فالرهن باب من أبواب المعروف وعقد من عقود التبرعات، والشرع منع المجنون من التصرفات التي تضرّه وليس فيها منفعته ومنها التوثيق بالرهن.

ب- اشتراطهم الرشد للتوثيق بالرهن:

كما يشترط الرشد في العاقدين، وهو ضدّ السفه، وعلى ذلك فرهن السفه وارتقاه باطل، ولكن ذهب المالكية إلى أن الرشد شرط لزوم في عقد الرهن وليس شرط صحة، ومن ثمّ يصحّ عندهم رهن

(1) _ ابن عبد البر، الكافي، ص 410. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، ج 2، ص 272. القرابي، الذخيرة، ج 8 ص 78. الخطاب، مواهب الجليل، ج 6 ص 538. ميارة، شرحه على التحفة، ج 1، ص 177. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 3، ص 231.

(2) _ ابن رشد الحفيد، المصدر نفسه، ج 2، ص 272. القرابي، المصدر نفسه، ج 8، ص 78. الخطاب، المصدر نفسه، ج 6 ص 538. ميارة، المصدر نفسه، ج 1، ص 177. الخرشبي، شرح الخرشبي، ج 5، ص 232-236.

(3) _ الكاساني، بدائع الصنائع، ج 8، ص 3715.

(4) _ الشافعي، الأم، ج 3، ص 289-290. ابن قدامة، المغني، ج 4، ص 526.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

وارتھان السفیہ ولکنہ لا یكون لازما، ویوقوف علی إجازة الولی فإن أجازہ لزم ونفذ وإلا فلا⁽¹⁾ توثقا لأموالہ وأموال غیرہ. و الحقیقة أن للمالکیة تفصیل فی المسألة:

حیث فرقوا بین السفیہ الذی یعرف المعاملة والذی لا یعرفها، فقالوا فی الأول أن رهنه وارتهانه صحیح، بخلاف الثانی ولكن یقی ذلك موقوفا علی إجازة ولیه، وذلك لأنه لا یحسن التصرف فی أمواله ولأن فی إجازة الولی لمعاملته مصلحة ومنفعة له، فإن أذن الولی وأجاز ذلك نفذ وإلا بطل⁽²⁾.

وإنما أجاز المالکیة ارتھان ورهن السفیہ، قیاسا علی إجازة ذلك من الصبی الممیّز، وذلك لأنهم یجیزون رهن وارتهان الصبی الممیّز ویعلقون ذلك علی إجازة ولیه رغم اشتراطهم البلوغ، والصبی غیر بالغ، فلأن یجوز رهن السفیہ من باب أولى، لتوافر البلوغ فیہ فهو بالغ عاقل، ولم یعدم لأهلیة الأداء وإنما هو ناقصها، وذلك لافتقاره إلى الخبرة فی التصرفات المالیه وإصلاحه للمال الذی هو سبب أهلیة الأداء ولهذا اشتراطوا الرشد إذ هو إصلاح المال عندهم، لیتمکن من التوثق له بأي وسیلة من الوسائل المحققة لذلك ومنها الرهن.

بینما خالفهم الجمهور فی ذلك فالحنفیة یرون أن رهن السفیہ وارتهانه صحیح مطلقا، بناء علی مذهبهم فی السفیہ أنه غیر محجور علیه، فتصح تصرفاته ومنها الرهن⁽³⁾.

كما ذهب الشافعیة وكذا الحنابلة⁽⁴⁾ خلافا للمالکیة، بعدم صحة رهن السفیہ ولا ارتھانه مطلقا، سواء كان مآذونا له بالتجارة أم لا، لأن الرهن تصرف مالی، والسفیہ محجور علیه لعدم صحّة تصرفات المحجور علیه.

ج- اشتراطهم عدم الحجر عند التوثق بالرهن:

اختلف المالکیة فی المفلس، هل یصحّ رهنه وارتهانه، وذلك إما قبل الحجر علیه، أو بعده.

(1) _ ابن رشد (الحفید)، بداية المجتهد، ج2، ص268. الخرشي، شرح الخرشي، ج5، ص236. التفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص231

(2) _ القرابي، الذخيرة، ج8، ص78، الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص538. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص231.

(3) _ الزيلعي، تبیین الحقائق، ج5، ص192، وخالفهم أبو يوسف ومحمد ابن الحسن، وقالوا: یحجر علیه. ابن عابدين، حاشية ردّ المختار، ج6، ص147.

(4) _ الشيرازي، المهذب، ج1، ص428. البهوتي، كشف القناع، ج3، ص322.

فالمشهور في المذهب أن رهن وارتمان المفلس قبل الحجر عليه صحيح كسائر تصرفاته من بيع وشراء، وقضاء الحقوق ونحوه⁽¹⁾، ووافقهم على ذلك جمهور أهل العلم⁽²⁾.

بينما ذهب المالكية أيضا في قول لهم إلى أن رهن المفلس وارتمانه قبل الحجر صحيح وغير لازم، ويتوقف على إجازة الغرماء⁽³⁾ توثقا لحقوقهم، وأما بعد الحجر عليه، فإن المالكية على أن رهن وارتمان المحجور عليه صحيح، ولكنه موقوف على إجازة الغرماء إذ في الرهن إبطال لحقهم أو بعضه، كما أنه عقد جائز كسائر عقود التوثيق والتبرعات فلهم إجازته أو منعه، فإن أجازوه نفذ وإلا بطل⁽⁴⁾ وفي ذلك كل الحيطة والتوثق لحقوقهم.

وقد ذهب إلى ذلك وفاقا للمالكية، زفر ومحمد من الحنفية⁽⁵⁾، كما ذهب الحنفية خلافا للمالكية في تفريقهم بين حكم رهن المفلس قبل الحجر وحكمه بعده، إلى أن رهن المفلس وارتمانه صحيح ونافذ مطلقا، لأن الحجر على المدين بسبب الفس ممتنع عندهم أصلا⁽⁶⁾. بينما خالفهم الشافعية والحنابلة⁽⁷⁾، فقالوا ببطلان رهن المفلس المحجور عليه، لتعلق حق الغرماء بماله، ولأن في تجويز رهنه إضرار بهم بإبطال حقهم، لأن الرهن تبرع وهو ممنوع عنه بالحجر كسائر التصرفات توثقا لحقوق الغرماء.

د- اشتراطهم عدم المرض المؤدي للموت:

ذهب المالكية إلى أن المريض مرض الموت إذا توثق بالرهن سواء كان راهنا أو مرتهنا ينظر:

أ- إذا استدان وهو صحيح لا يصح أن يرهن في نظير الدين وهو مريض. لإضراره بحق الورثة .

(1) الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص166. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص272. القرافي، الذخيرة، ج8، ص78. الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص564. النفراوي الفواكه الدواني، ج2، ص232.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص249-251. الشافعي، الأم، ج3، ص290.

(3) الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص117. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، ج2، ص272. القرافي، الذخيرة، ج8، ص78. الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص564.

(4) المصادر نفسها.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص249-251.

(6) الكاساني، المصدر نفسه، ج7، ص249-251.

(7) الشافعي، الأم، ج3، ص290. البهوتي، كشف القناع، ج3، ص322. ابن قدامة، المغني، ج4، ص236.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

ب- إذا استدان وهو مريض فله أن يرهن في نظير ذلك الدين وهو مريض⁽¹⁾، لأن فيه توثيق لمال الغرماء وهو الغرض من الرهن.

إلا أن جمهور المالكية وفاقا لغيرهم من الفقهاء، يرون صحة ارتهان المريض مرض الموت وجوازه دون أي قيد، لعدم إضراره بحق الغير، ولأن في رهنه مصلحة للمريض نفسه بالتوثيق لماله وحفظه عليه⁽²⁾. هذا وتجدر الإشارة إلى أن كل الشروط التي وضعها المالكية ومن وافقهم في جواز التوثيق بالرهن، يستوي فيها المسلم وغيره، لأن الرهن وثيقة بالدين وتوثق للحق فاستوى فيه المسلم وغير المسلم⁽³⁾.

ثانيا- إقرار الشروط التي فيها مصلحة عقد الرهن:

أقر المالكية شروطا يبرز فيها أثر التوثيق للحقوق بوسيلة الرهن، وهي شروط تتوافق مع مصلحة العقد وغايته لما فيها من تأكيد التوثيق للحق بالرهن، ومن ذلك:

أ- شروط إذا أخل بأحد منها بطل العقد⁽⁴⁾: لزوال الغاية من الرهن وهي التوثيق، ويمثل المالكية لذلك: كاشتراط أن يباع المرهون عند حلول الحق وعجز الرهن عن سداده ليقضي من ثمن المرهون، أو بتقدم المرهن بالعين المرهونة عند تراحم الغرماء في الموت أو الإفلاس⁽⁵⁾، أو كاشتراطهم- في رواية عن مالك⁽⁶⁾- أن يكون نماء المرهون، كثمرة الأشجار، وغلة المرهون - كأجرته - رهنا معه لأنها تابعة له⁽⁷⁾.

(1) _ الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص 538.

(2) _ الخطاب، المصدر نفسه، ج6، ص 538.

(3) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4 ص164، 168. القرافي، الذخيرة، ج8، ص78. الخطاب، المصدر نفسه، ج6، ص538.

(4) _ القرافي، الذخيرة، ج8 ص 98. الكاساني، بدائع الصنائع ج6، ص208. الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 121. ابن قدامة، المغني، ج4، ص272.

(5) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4 ص 15. ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، ج2، ص 351. القرافي، المصدر نفسه، ج8، ص119، الخطاب، مواهب الجليل، ج6 ص 570.

(6) _ ليس للمرهن الانتفاع بنماء الرهن وغلته، ولكن هل يدخل ذلك في الرهن أم لا؟ للمالكية تفصيل في المسألة: إن كان النماء غير متميز عن الرهن، كسمن الدابة وكبر الصغير وما شابهه، فلا خلاف أنه يدخل في الرهن، وإن كان متميزا عنه وكان على خلقة، كالولد مع أمه وكذا فسلان النخيل، فإن كل ذلك داخل مع أصوله، وإن لم يكن على خلقة وصورته فإنه لا يدخل في الرهن، سواء تولد عنه كثمرة الشجرة، أو غير متولد عنه ككراء الدار، وهو المشهور في المذهب من قول مالك، كما روي عنه أن كل ذلك داخل في الرهن. ابن رشد، المقدمات، ج2، ص370-371.

(7) _ الإمام مالك، المصدر نفسه، ج4، ص 154، 155. عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 145. ابن رشد (الحفيد)، بداية لختهد، ج2، ص 27. القرافي، ال المصدر نفسه، ج8، ص98-99.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

لما في ذلك من التوثيق لحق المرتهن، جاء في المدونة «...ولا يكون شيء في الرهن إلا أن يشترطه المرتهن»⁽¹⁾.

ب- شروط إذا سقطت لا يبطل التوثيق بعقد الرهن: اشترط المالكية بعض الشروط التي يكون العقد صحيحا بها، كما يتأكد بها التوثيق للحق، و لكن إذا عري من أحدها سقط الشرط ويبقى عقد الرهن صحيحا⁽²⁾ توثيقا للحقوق، ومثاله كاشتراط أن يوضع المرهون في يد عدل (أمين، أو موثق) زيادة في التوثيق، أو اشتراط بيع العدل أو المرتهن أو غيرهما المرهون عند حلول الحق وعجز الرّاهن عن السداد⁽³⁾ تحقيقا لمصلحة المرتهن من عقد الرهن وهي التوثيق لحقه لأنه الغاية التي شرع لها.

ثالثا- إبطاهم الشروط المنافية للتوثيق بعقد الرهن:

لما فيها من الإضرار بالراهن والمرتهن أو بأحدهما، لعدم التوثيق للحقوق وفوات المصالح والتضييق حتى لا يستوفى الدين، و من تلك الشروط:

أ- الشروط المضرة بالمرتهن: في التوثيق لحقه سواء أنفعت الراهن أم لا، وذلك كأن يبقى المرهون في يد الراهن ولا يقبضه المرتهن⁽⁴⁾، أو لا يباع عند حلول أجل الحق وعجز الرّاهن عن سداده، أو لا يباع إلا بما يرضى به الراهن من الثمن، أو يباع ولا يستوفى الحق من ثمنه، أو يباع بعض المرهون ويستوفى بعض الحق وليس كله، أو لا يباع إلا بعد حلول الحق بشهر أو أكثر، أو لا يتقدم المرتهن بالعين المرهونة عند تزاحم الغرماء، في حالة الموت أو الإفلاس⁽⁵⁾. أو يشترط أن يكون مالا يغاب عليه-أي لا يخفى هلاكه -من المرهون، كالدور والأرضين، مضمونا على المرتهن⁽⁶⁾ والأصل عدم ضمانه⁽⁷⁾، لما في

(1) _ الإمام مالك، المصدر نفسه، ج4، ص 154. ابن عبد البر، الكافي، ص 351.

(2) _ القرافي، الذخيرة، ج8، ص 98.

(3) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 15. ابن أبي زمنين منتخب الأحكام، ج2، ص 351. القرافي، المصدر نفسه، ج8، ص 119. الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص 578.

(4) _ ابن عبد البر، الكافي، ص 352. القرافي، الذخيرة، ج8، ص 98. الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص 547.

(5) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 159. ابن عبد البر، المصدر نفسه، ص 352. القرافي، المصدر نفسه، ج8، ص 98. الخطاب، المصدر نفسه، ج6، ص 547.

(6) _ الإمام مالك، المصدر نفسه، ج4. ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، ج2، ص 357. القرافي، المصدر نفسه، ج8، ص 109-111.

(7) _ ابن رشد، المقدمات، ج2، ص 367-369.

ذلك من ذهاب معنى الرهن وغايته وهي التوثيق لحق المرتهن.

ب- الشروط المضرة بالراهن: في التوثيق لحقوقه وإن نفعت المرتهن، وذلك عند الملكية كاشتراط أن يكون ما يغاب عليه أي ما يخفى هلاكه من الأموال الباطنة⁽¹⁾ كالعروض والثياب والحلي، غير مضمون على المرتهن والأصل ضمانه، لقيام التهمة الغالبة في الطباع⁽²⁾، فيضيع حق الراهن من عدم تحقيق الرهن غايته وهو التوثيق لحقه، وذلك بمحافظته المرتهن على العين المرهونة إلى حين حلول أجل الوفاء، فإن سدد الراهن الدين ردت إليه العين، وإن عجز بيعت واستوفى المرتهن من ثمنها .

ومن الشروط الباطلة أيضا و المضرة بالراهن لفوات المصلحة من الرهن وهي التوثيق لحقه، أن يشترط أن يكون نماء المرهون مما يتميز عنه، كغلة وثمره ولبن وصوف -موجود يوم ارتقانه إن كان تاما- رهنا معه في يد المرتهن والأصل أنه لا يدخل في الرهن⁽³⁾، مما يضر بالراهن، لفوات مصلحة الرهن وهي التوثيق لحقوقه من بقاء ذلك له، أو كاشتراط أن تجعل على الراهن نفقة المرهون الواجبة على المرتهن، أو كأن ينتفع المرتهن بالمرهون كسكنى الدار و ركوب الدابة، أو ينتفع بنمائه فيأكل من ثمار الأشجار، أو يشرب لبن الحيوان وغيرها⁽⁴⁾...مما جعل في يده في الأصل توثيقا لحقه لدى الراهن إلى حين استيفائه منه، لا أن يهلكه بذلك فيزول معنى الرهن وتضيع الغاية منه وهو التوثيق للحقوق⁽⁵⁾، فإن اقترن أحد هذه الشروط بعقد الرهن بطل منافاتها مقتضاه⁽⁶⁾.

أو أن يشترط غلق الرهن، وهو أن يرهن الرجل ويشترط أنه إن جاء بالحق عند أجله، وإلا فالرهن للمرتهن بما أخذ منه من حقه، فإن اقترن عقد الرهن بهذا الشرط بطل الشرط، وكان رهنا فاسدا وجب

(1) _ الملكية هم من فصل في ضمان الرهن: فما يغاب عليه فضمناه على المرتهن، وما لا يغاب عليه من الراهن، بينما ذهب الشافعية إلى القول بأن الضمان على الراهن مطلقا، وقال الحنفية الضمان من المرتهن مطلقا. ابن رحال، حاشيته على الشرح والتحفة، ج1، ص170.

(2) _ ابن رشد، المقدمات، ج2، ص368.

(3) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 154-155. ابن ابي زمنين، منتخب الأحكام، ج2 ص 342-343. عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 145. ابن هشام، مفيد الحكام، ج2، ص 342، و 343. القرافي، الذخيرة، ج8، ص 95-111.

(4) _ الإمام مالك، المصدر نفسه، ج4، ص 161-163. ابن عبد البر، الكافي، ص 412 و 414. ابن أبي زمنين، المصدر نفسه، ج2، ص343، 344. ابن عبد الرفيع، معين الحكام، ج2، ص 811. ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 52.

(5) _ إذا كان الدين الذي رهن لأجله من بيع وشبهه جاز إن اشترطه المرتهن، وإن كان من سلف لا يجوز، لأنه سلف جرّ نفعاً، وإن لم يشترط المرتهن منفعة المرهون، وإنما تطوع له بما الراهن لم يجز لأتيا هدية مديان. ابن جزى، المصدر نفسه، ص 352.

(6) _ ابن الجلاب، التنريع، ج2، ص 22. الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص 163. القرافي، الذخيرة ج8، ص 84، 98.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

فسخه⁽¹⁾، لأنه المعنى الذي نهي عنه ﷺ، بقوله: «لا يغلق الرهن»⁽²⁾، لذهاب الغرض من الرهن وهو التوثيق لحق المرتهن بحبس العين المملوكة للراهن إلى حين وفائه بالدين فترد إليه، فإن أبي أو عجز عن الوفاء بيعت العين واستوفى المرتهن من ثمنها وحده، أو للغرماء أيضا إن فضل من الثمن شيء، لا أن يمسك المرهون فتضيع الحقوق و في ذلك كل الظلم.

جاء في المدونة: «قال مالك هذا الرهن فاسد وينقض هذا الرهن ولا يقر»⁽³⁾ وفي منتخب الأحكام ما يؤكد قول مالك رحمه الله: «هذا رهن فاسد من قرض كان أو من بيع ويفسخ، فإن لم يفسخ حتى حلّ الأجل لم يكن للمرتهن في الرهن شيء ويردّ إلى صاحبه ويأخذ المرتهن دينه»⁽⁴⁾.

فالمالكية إذن على القول ببطان عقد الرهن بهذا الشرط لمنافاته مقتضاه، إذ ليس من مقتضى عقد الرهن وحكمه تملك المرهون عند تأخر الوفاء بالحقوق وقضائه⁽⁵⁾، إذ فيه إضرار بباقي الغرماء بعدم استيفاء حقوقهم من ثمن المرهون إن فضل منه شيء وإن امتاز عليهم المرتهن بذلك، ولأن في ذلك إضرار بالراهن أيضا لعدم رد العين له، وقد جاءت الشريعة السمحاء لدفع الضرر عن الناس.

ووافقهم في ذلك الحنفية والشافعية⁽⁶⁾، في حين خالفهم الحنابلة فقالوا بصحة عقد الرهن مع اقترانه بهذا الشرط الفاسد فلا يؤثر على العقد، وذلك لقوله ص: "لا يغلق الرهن"، حيث قالوا: إنه حكم ببطان الشرط الفاسد، وهو غلق الرهن، دون أن يحكم بفساد الرهن نفسه⁽⁷⁾.

رابعا- تسجيل الرهن وتقييده في وثيقة:

لقد سبق بيان أن المالكية نصوا على جواز عقد الرهن بكل ما يدل على معناه ويؤدي الغرض منه

(1) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 165. عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 145. القرابي، المصدر نفسه، ج8، ص 76-77. الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص 547.

(2) _ سبق تحريجه، ص97 من هذا البحث.

(3) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 165. ميارة، شرح تحفة الحكام، ج1، ص 186.

(4) _ ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، ج2، ص 349. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، ج2، ص 275. ميارة المصدر نفسه، ج1، ص186.

(5) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 165. ابن رشد (الحفيد)، المصدر نفسه، ج2، ص275. القرابي، الذخيرة، ج8، ص 76-77. الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص 547.

(6) _ السرخسي، المسوط، ج21، ص 121. الشافعي، الأم، ج4، ص324، 325.

(7) _ ابن قدامة، المغني، ج4، ص 273. البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص 350.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

وهو التوثيق للحقوق والمحافظة عليها، ومن ذلك تسجيل عقد الرهن في وثيقة مكتوبة لما في ذلك من زيادة التوثيق، حيث ذهب المالكية إلى جواز انعقاد الرهن بالكتابة كما يصح بالإشارة المفهومة لأنهما تدلان على الرضا عرفا وهو المقصود من العقود فيصحّ العقد بهما كالصيغة⁽¹⁾.

وقد سبق بيان أن الأخرس والأصمّ تصحّ منهما المعاملات بالكتابة والإشارة، وأههما تقومان مقام العبارة منهما، وقد وافقهم في ذلك الحنفية والحنابلة⁽²⁾.

وقد ذهب الشافعية خلافا للمالكية، إلى أن الرهن لا ينعقد بالكتابة ولا بالإشارة ولو مفهومة، لأنه عندهم عقد مالي يفتقر إلى الصيغة، والرضا أمر خفي، فجعلت الصيغة دليلا عليه، فلا تقوم مقامها لا الكتابة ولا الإشارة ولو مفهومة⁽³⁾.

ولكن في الواقع قد يقترن عقد الرهن بالكتابة، وذلك بقيام أطراف العقد المتراهنين بكتابته وتسجيله، زيادة في التوثيق، ونفيا لأسباب النزاع، وحيطة من النسيان، وبالتالي يجتمع توثقان بدل توثق واحد، توثق بالرهن من جهة، وتوثق بالكتابة من جهة ثانية، وفي ذلك قمة التأكيد والتقوية للحق وتام الحيطة له وفي ذلك الحزم كل الحزم، حيث تدفع الوثيقة الاختلاف بين الراهن والمرتهن حول مقدار الرهن وأجله وكيفية الوفاء به... وغيرها من الأمور المتنازع فيها بين المتعاقدين، كما تمنع وثيقة الرهن المكتوبة من اقتران عقد الرهن بالشروط الفاسدة، ولأجل ذلك شرع التوثيق بالكتابة ففسري فوائده في الرهن، وفي ذلك غاية التوثيق للحقوق.

خامسا- حبس المرهون والمنع من التصرف فيه:

من آثار التوثيق بالرهن وعناصره تعلق الدين بالمرهون، وما يترتب عليه من حق المرتهن في حبسه، والمراد بالمرهون، محلّ الرهن وهو المال الذي يجبس توثقا للحق، ليستوفي منه عند تعذر استيفائه من غيره⁽⁴⁾، وبناء عليه ذهب المالكية كغيرهم من المذاهب، إلى أن من مقاصد عقد الرهن ثبوت حق المرتهن في حبس العين المرهونة توثقا لحقه، والاستيثاق بها للتوصل إلى استيفائه منها إن كان الحق من جنسها، أو

(1) _ القرافي، الذخيرة، ج8، ص 98.

(2) _ علي حيدر، درر الحكام، ج2، ص 7. البهوتي، كشف القناع، ج3، ص 323.

(3) _ الشريبي، مغني المحتاج، ج2، ص 121.

(4) _ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، ص 4280.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

من ثمنها إن لم يكن الحق من جنسها وعجز الراهن عن الوفاء به، ولأن الرهن شرع توثقا للدين، فيلزم أن يكون حكمه ما يقع به التوثيق بالدين كالكفالة، وإنما يحصل التوثيق إذا كان المرتهن يملك حق حبس المرهون على الدوام، حيث يكون الراهن عاجزا عن الانتفاع به، فيحمله ذلك على قضاء الدين في أسرع وقت لاسترداد حقه في حوز ما يملك رقبته من المرهون، كما تتحقق بهذا الحبس مصلحة المرتهن في التوثيق لحقه.

من أجل ذلك وليحقق حبس العين المرهونة مقصود الرهن في التوثيق للحق، بثبوت حق المرتهن في حبس العين المرهونة عنده إلى حين وفاء الدين، أو استحقاق بيعها حيث يختص باستيفاء دينه من ثمنها عند تعذر الوفاء بالدين من غير المرهون، نص المالكية وفاقا لغيرهم من العلماء على بعض الشروط في المرهون التي تبرز دور الرهن هنا وأثره في التوثيق للحقوق، وهي مجموعة من الشروط والإستثناءات فيما يصحّ رهنه وحبسه وثيقة في دين، وضعها المالكية وتوسعوا فيها، وافقهم عليها بعض المذاهب وخالفهم فيها البعض الآخر، وذلك على النحو الآتي:

- أن يكون المرهون مالا: بحيث يمكن حبسه ومن ثمّ يستوفى منه الحق الذي رهن فيه، سواء كان منقولاً كالعروض والحيوان والسيارات، أو كان غير منقول كالرباع مثل الدور والمحلات، أو العقار والأشجار وغيرها وسواء أمكن الاستيفاء من عينه كالمثليات وذلك كالدراهم والدنانير، - والأوراق النقدية في عصرنا- وكذا المكيلات والموزونات وغيرها، فقد نصّ المالكية على جواز رهن كل ذلك⁽¹⁾، وإنما أجازوا الرهن في كل ما هو مالي من الحقوق، لأن فائدة الرهن التوثيق للحق بأن يستوفى الحق منه عند تعذر أخذه من الغريم وهذا إنما يتأتى في الحقوق التي في الذمم وهي المالية، أمّا حقوق الأبدان، كالجرّاح والتعزير والقتل والحدود، وغيرها ممّا ليس مموّلا، فلا يجوز فيه الرهن⁽²⁾ لانتفاء حبسه وتحقق التوثيق منه.

إلا أنّ المالكية اشترطوا في المثليات كالنقود من دنانير ودراهم خاصة، ألا ينتفع بها المرتهن عند حبسها وأن يحال بينه وبين ذلك توثقا لحق الراهن حتى ترد له عينها بعد سداد ما عليه، وأن يطبع عليها وذلك بأن تجعل في موضع محتوم عليه، لا لصحة الرهن بذلك، وإنما توثقا لها حتى لا يفتحها المرتهن

(1) - ابن الجلاب، التفرّيع، ج2، ص 258. الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص163. ابن جزري، القوانين الفقهية، ص 351. ميارة، شرح تحفة الحكام، ج1، ص177.

(2) - ابن الجلاب، التفرّيع، ج2، ص 258.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

ويستفاد منها، فيضطر إلى رد مثلها، أو أن تجعل في يد أمين (أو موثق) يتفقدان عليه، حتى لا يتهم المرتهن بكون الدين الذي أسلفه للراهن سلفاً جرّ عليه نفعاً فيكون ربا، وإلا فإن وضعت في يد أمين فلا حاجة بذلك إلى أن يطبع عليها ويصحّ الرهن لما في ذلك من زيادة التوثيق، وهذا بخلاف القيميات كالثياب والحلي وغيرها، فيصحّ رهنها ويتم حبسها لدى المرتهن دون الطبع عليها لأنه ملزم بردّ عينها⁽¹⁾، جاء في المدونة: «قلت هل يجوز في قول مالك أن أرهن دنائير ودارهم أو فلوسا؟ قال مالك: إذا طبع عليها وإلا فلا»⁽²⁾.

وفي منتخب الأحكام ما يؤكد ذلك أيضا ونصّه: «وكذلك كل ما يكال ويوزن من الطعام وغيره ما لا بأس بارتقانه إذا طبع عليه، وحيل بين المرتهن وبين أن يصير إلى الانتفاع به، ثم يرد مثله إن استهلكه لأنه لا يعرف بعينه»⁽³⁾.

- أن يكون المرهون متقوما: حتى يصح حبسه توثقا به لحق المرتهن، أي مما يباح الانتفاع به شرعا، ويمكن استيفاء الحق منه أو من ثمنه، أو من ثمن منفعتة عند تعذر أخذه من الغريم، فإن لم يمكن استيفاء الحق منه بأن كان نجسا أو غير منتفع به شرعا، وغير مقدور على تسليمه أو مجهولا أو منهيّا عنه، فلا يصح رهنه ولا التوثيق به كالخمر والخنزير لنجاستهما⁽⁴⁾، وكذا لأنها لا تباع لنجاسة ذاتها، ولا جلد الأضحية لشرفها لأنها خرجت قرابة لله تعالى، كما لا يصحّ رهن الجنين في بطن أمه، ولا السمك في الماء ولا الطير في الهواء لعدم القدرة على التسليم ومن ثم حبسه، وذلك لقوّة الغرر وفحشه في كل ذلك، ولذلك منعوا رهن ما فيه غررا وجهالة شديدين، ولأنه لا يصح بيعه فلا يصحّ رهنه⁽⁵⁾. ولأنّ الرهن توثيق للحق بتقويته وتأكيده بحبس المرهون، فلا يكون إلا فيما هو جائز من المعاملات - كما تقدم - أمّا ما هو غير جائز كالتعامل بالحرّم شرعا، بيعا أو تبرعا أو توثقا، أو غير ذلك من وجوه التصرفات، فلا يجوز

(1) - الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص16. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص270، 271. القرابي، الذخيرة، ج8، ص87، الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص54254. ميارة، شرح تحفة الحكام، ج1، ص183، 184.

(2) - الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص163.

(3) - ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، ج2، ص342، 343.

(4) - ابن الحلاب، التفرغ، ج2، ص258-25. عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص145. الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص163. ميارة، شرح تحفة الحكام، ج1، ص177.

(5) - الباجي، المنتقى، ج5، ص249. ابن جزوي، القوانين الفقهية، ص339. الخرشبي، شرح الخرشبي، ج5، ص236-238. النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص231-232.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

التوثيق له بأي وسيلة من وسائل التوثيق ومنها الرهن، للقاعدة: «كل مالا يمكن اسيفاؤه من الرهن ولم يثبت ديناً في الذمة لازماً أو صائراً إلى اللزوم فلا يجوز الرهن به»⁽¹⁾.

– أن يكون المرهون مما يجوز بيعه: بحيث يمكن حبسه للتوثيق به و الاستيفاء منه أو من ثمنه، وعليه فرهن ما لا يصلح للبيع غير جائز، للقاعدة: «كل ما جاز بيعه جاز رهنه»⁽²⁾ والعكس، وللقاعدة «كل ما يمكن أن يستوفى منه أو من ثمنه أو منافعه، الدين أو بعضه جاز رهنه وإلا فلا»⁽³⁾، فكل ما جاز التوثيق به للحق جاز رهنه والعكس، وذلك كالوقف والعين المرهونة ونحو ذلك، لأن القصد من الرهن التوثيق للحق باستيفاء الدين من ثمن المرهون عند تعذر استيفائه من الراهن، وهذا لا يتحقق مع عدم صلاحية المرهون للتوثيق به بحبسه أو لبيعه⁽⁴⁾. ولكن هذا لا يعني أطراد هذه القاعدة، إذ الفقهاء مختلفون فيما يجوز بيعه، فما يجوز بيعه في مذهب قد لا يجوز في مذهب آخر، ولكل مذهب استثناءات في ذلك.

هذا وما يوضح أيضاً دور عقد الرهن في التوثيق للحقوق من خلال ترتب أثره وهو ثبوت حق المرتهن في حبس المرهون، توسع الملكية في العمل بهذه القواعد، واستثناءهم منها مسائل كثيرة كشفت عن يسر المذهب وحرصه على حقوق الناس بتيسير التوثيق لها، ومن ذلك:

أ- استثناءهم من عموم القواعد السابقة، عدة أمور لا يجوز بيعها وأجازوا رهنها: وحبسها توثيقاً للحقوق و توسعة على الناس في استرداد أموالهم، معللين ذلك بأن طبيعة عقد الرهن تختلف عن طبيعة عقد البيع، فالرهن تبرع وتوثيق، وشيء في الجملة خير من لا شيء بخلاف عقد البيع فإنه معاوضة، ولذلك أجازوا رهن ما يلي:

– رهن ما فيه غرر غير شديد أو جهالة يسيرة كالعبد الآبق، والحيوان الشارد، والثمرة قبل بدو صلاحها⁽⁵⁾ في المشهور في المذهب⁽¹⁾، وذلك لأن المقصود من الرهن التوثيق للحقوق بحبس العين المرهونة

(1) – أبو عبد الله محمد المقرئ (الجد)، عمل من طب لمن حب، تحقيق أبي الفضل بدر بن عبد الله العمران الطنجي، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003، ص 129.

(2) – ابن عبد البر، الكافي، ص 410. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 270، 271. القرافي، الذخيرة، ج8، ص 79، 92. الدردير، الشرح الكبير، (وعليه حاشية الدسوقي)، ج3، ص 230.

(3) – أبو عبد الله محمد المقرئ، المصدر نفسه، ص 129-130.

(4) – ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، ج2، ص 344.

(5) – الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 153. ابن الجلاب، التفرغ، ج2، ص 260. ابن عبد البر، الكافي، ص 410-411.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

توثيقة للدين، وهو كل دين لازم من بيع أو قرض، أو آيل إلى اللزوم، على معنى أنه لو عجز الراهن عن أداء ما عليه من الحق، لبيع المرهون الذي حبس لدى المرتهن واستوفى حقه منه، ولو كان مما فيه غرر أو جهالة يسيرين لأنه في الأصل دين ثابت في الذمة وآيل إلى اللزوم والوجود، ومن ذلك رهن الثمرة قبل بدو صلاحها، أو كأخذ الرهن من صانع أو مستعير، ومن ثم جاز التوثيق عند الملكية بما فيه غرر غير شديد، أو جهالة يسيرة، لأن للمالك دفع ماله قرضاً أو بيعاً لأجل بلا توثيق وقد يضيع ماله، وقد يتوثق لذلك مع وجود الغرر اليسير فيكون شيء في الجملة خير من لا شيء⁽²⁾، إلا إذا اشتد الغرر فلا يجوز الرهن حينئذ، جاء في الكافي: «وقد يجوز عند مالك في الرهون من الغرر والمجهول ما لا يجوز في البيوع، مثل رهن العبد الآبق والحمل الشارد والثمره التي لم يبد صلاحها»⁽³⁾.

فقد أجاز الملكية رهن الثمرة قبل بدو صلاحها، وكذا الزرع الأخضر من غير شرط القطع مع أن الأصل عدم صحة بيعهما دون شرط القطع في الحال، وعلة ذلك عندهم، قولهم بجواز رهن العين المجهولة وغير المعينة وما فيه غرر يسير، ولأن النهي عن بيعهما إنما كان لعدم الأمن من العاهة، فيذهب الثمن دون مقابل، فيعظم الغرر، ويتضرر صاحب الحق، ولهذا أمر الشارع لصحة بيعها القطع في الحال، وهذه العلة مفقودة في الرهن، لأنه إذا كان الدين المرهون به أو فيه حالاً، فإن عقد الرهن يقتضي بيع الثمرة في الحال فيؤمن هلاكها بالعاهة، وإن كان الدين مؤجلاً وهلكت الثمرة، فإن المرهون إن هلك بطل التوثيق به، وبقي الدين بحاله لأنه يتعلق بالذمة وليس بالعين المرهونة⁽⁴⁾.

وعليه فقد أجاز الملكية رهن الثمرة قبل بدو صلاحها بحبسها، مع ما فيها من غرر وجهالة ولو يسيرة للحاجة إلى ذلك، تمكيناً من التوثيق للحقوق⁽⁵⁾، ولأنه من المجهول الذي فيه غرر خفيف على المشهور في المذهب، وقد قال المالكية: شيء خير من لا شيء، فالشخص يجوز له أن يعطي حقه أو

القراقي، الذخيرة، ج8، ص92. ميارة شرح تحفة الحكام، ج1، ص178. الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص232 (وعليه حاشية الدسوقي).

(1) _ المصادر نفسها.

(2) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص176-177. القراقي، الذخيرة، ج8، ص92-93. الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص540.

(3) _ ابن عبد البر، الكافي، ص410.

(4) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص153-154. ابن عبد البر، المصدر نفسه، ص410-411. ابن رشد (الحفيد)، بداية

المجتهد، ج2، ص269. القراقي، الذخيرة، ج8، ص82-87.

(5) _ الباجي، المنتقى، ج7، ص245.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

يقرض ماله دون وثيقة، وعليه فيجوز له بدل ذلك أن يتوثق برهن وإن كان مجهولا وفيه غرر يسير خير من أن لا يتوثق أصلا، فإن أمكنه الاستيفاء منه كان به، وإلا كان كمن دفع ماله دون وثيقة وهو جائز، كما أن دليل الملكية على جواز رهن المجهول وغير المعين، هو قياسهم ذلك على الشهادة، فكما يصح عدم تعيين الشاهد، يصح عدم تعيين الرهن (المرهون) أيضا بجامع التوثيق في كل منهما،⁽¹⁾ ولذلك فعلى المشهور عند الملكية لو اشترط رهن الغرر الخفيف في العقد فإنه لا يفسده⁽²⁾ تيسيرا للتوثيق للحقوق.

فإن مات الرهن قبل بدو صلاح الثمر مثلا، ولا مال له يوفى منه دينه، فإنه ينتظر بذلك الثمر المرهون الذي لم يبد صلاحه إلى بدو صلاحه، ثم يباع ويستوفى الدين، أما إن لم يخلق الثمر أصلا أو يظهر الزرع الأخضر على وجه الأرض، فلا يصح رهنه لأن فيه غررا شديدا، وكرهن الجنين في بطن أمه⁽³⁾ إذ لا يمكن التوثيق به حينئذ. وهو ما جاء في بداية المجتهد ونصه: «ويجوز عند مالك أن يرتهن ما لا يجل بيعه في وقت الارتهان، كالزرع والثمر لم يبد صلاحه ولا يباع عنده في أداء الدين، إلا إذا بدا صلاحه وإن حلّ أجل الدين»⁽⁴⁾. وقد روي عن ابن القاسم و ابن عرفة جواز رهن الثمر الذي لم يخلق و لكن المذهب على عدم جوازه⁽⁵⁾ للعلة السابقة.

-رهن ما كان معجوزا عن تسليمه واشتمل على غرر يسير- كما سلف-، فقد استثناه الملكية أيضا من القاعدة «كل ما جاز بيعه جاز رهنه»، خلافا للجمهور الذين اشترطوا في المرهون أن يكون مقدورا على تسليمه قياسا على البيع⁽⁶⁾، وإثما أجازته الملكية في هذه الحالة إن كان مشروطا في العقد، وذلك في أحد القولين في المذهب، وأما إن لم يكن مشروطا في العقد فجائز مطلقا، وعلتهم في ذلك أن النهي عن بيعه كان للغرر والخطر، وهذه العلة مفقودة في الرهن لما فيه من التوثيق، لأن إن لم يقدر على تسليمه يبقى الحق في ذمة الراهن، وإن قدر على تسليمه تحققت منفعة المرتهن في حبسه فيباع في الحق متى حلّ

(1) _ القرافي، الذخيرة، ج8، ص 82-93.

(2) _ الخرشي، شرح الخرشي، ج5، ص 236.

(3) _ ابن جزري، القوانين الفقهية، ص 339. الخرشي، المصدر نفسه، ج 5، ص 237.

(4) _ ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 272.

(5) _ ابن رشد، المصدر نفسه، ج2، ص272. الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص540-542 الخرشي، شرح الخرشي، ج5، ص237-238.

(6) _ الدردير، الشرح الكبير، وعليه حاشية الدسوقي، ج3، ص 231.

أجل قضائه⁽¹⁾.

ب- توسعهم في العمل بقاعدة «كل ما جاز بيعه جاز رهنه»: مما يدل على أثر التوثيق بالرهن أيضا بحسب العين المرهونة، توسع الملكية في العمل بقاعدة «كل ما جاز بيعه جاز رهنه»، فأجازوا حبس أمور توثقة للدين قياسا على جواز بيعها ولما فيها من زيادة توثق منها:

- قولهم بجواز رهن الدين⁽²⁾ ممن هو عليه توثقا للحقوق خلاف لغيرهم⁽³⁾ حيث يجعل الدين رهنا محبوسا، لأنه يتزل متزلة العين فيجوز عندهم جعل وثيقة الدين في حد ذاتها بما فيها رهنا محبوسا، وذلك لأنه يجوز بيعها ولو بثمن قليل⁽⁴⁾، عملا بالقاعدة السابقة، ولذلك يجوز رهن الشيكات والكمبيالات، أو الأوراق التجارية كما يسميها بعضهم، وذلك بإتفاق بين الراهن والمرتهن⁽⁵⁾، يؤكد هذا المعنى ما جاء في حاشية العدوي ونصه: «... وقوله «وثيقة الدين» أي أن الرهن نفس الوثيقة باعتبار ما فيها لا باعتبار نفسها، لأن قيمتها بحسب ذاتها تافهة جدا، والحاصل أنه إنما جاز رهنها لما اشتملت عليه، مع أنها تباع ولو بقليل الثمن، وكذا يجوز رهن مكتوب الوقف إن كان من الموقوف عليهم، لأنه يشتمل على المنافع ويجوز بيعها»⁽⁶⁾.

وعلة ذلك عند الملكية، أن الرهن عقد جائز غير واجب فيجوز تركه من أصله⁽⁷⁾، فإذا كان التعامل بالدين يصح بلا رهن، فالتعامل بالدين مع الرهن المشتمل على الغرر اليسير أولى من التعامل بالدين بلا رهن، إذ شيء يتوثق به في الجملة خير من لا شيء⁽⁸⁾ - كما سبق -.

(1) _ القرافي، الذخيرة، ج8، ص 87، 92. الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص 538-539.

(2) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 176. عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج2، ص1153. والتلقين، ص145-146.

القرافي، الذخيرة، ج75. ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 351. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص 203.

(3) _ ابن عبد البر، الكافي، ص 416.

(4) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 176. العدوي، حاشية العدوي، ج6، ص 127.

(5) _ محمد تقي العثماني، بحث في قضايا فقهية معاصرة، ط1، دمشق، دار القلم 2013، ج2، ص 28. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص 224، 246.

(6) _ العدوي، حاشية العدوي، ج6، ص 128.

(7) _ عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 145. القرافي، الذخيرة، ج8، ص 72-77.

(8) _ ابن عبد البر، الكافي، ص 410-411. ميارة، شرح تحفة الحكام، ج1، ص 178. الدردير، الشرح الكبير، مع حاشية الدسوقي، ج3، ص 232.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

وإنما قال المالكية بجواز الرهن بالدين، لإمكان استيفاء الحق من الدين المرهون لثبوته في الذمة أو لصيرورته إلى اللزوم، لقاعدة: «كل ما لا يمكن استيفاؤه من الرهن ولم يثبت دينا في الذمة لازما أو صائرا إلى اللزوم فلا يجوز الرهن به وبالعكس⁽¹⁾»، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك وهي التوثيق للحقوق، جاء في المدونة: «قلت: فإن كان لرجل علي دين فبعته يباعا وارثنت منه الدين الذي له عليّ أيجوز ذلك في قول ملك؟ قال: نعم وهو أقواهما، قال: وقال مالك فيمن ارثمن دينا على غيره، إن ذلك جائز، فهذا جائز عليه»⁽²⁾.

إلا أن المالكية اشترطوا لصحة رهن الدين من المدين وحسبه لمنفعة الدائن المرثمن، حتى يكون توثيق وزيادة، الإشهاد على حيازته أو قبض الوثيقة التي ذكر فيها الحق، وكيفية ذلك أن يدفع الراهن وثيقة الدين الذي له إلى المرثمن أو إلى عدل يتفقدان عليه حتى يوفيه دينه⁽³⁾، يؤكد ذلك ما جاء في المدونة «قلت لابن القاسم: هل يجوز في قول مالك أن يرثمن الرجل الدين يكون له على رجل ويتناع من رجل يباعا أو يستقرض منه قرضا فيقرضه ويرثمن منه الدين... فقال: قال مالك: نعم له أن يرثمن ذلك فيقبض ذكر الحق (أي الوثيقة) ويشهد. قلت: فإن لم يكن كتب ذكر الحق؟ قال: يشهد ويجزئه»⁽⁴⁾.

مع الإشارة أن المالكية اشترطوا لجواز حبس العين المرهونة في الديون⁽⁵⁾ أن تكون هذه الأخيرة ثابتة⁽⁶⁾ أي موجودة- في الذمة وقت العقد و مقارنة له، أو بعده⁽⁷⁾ فالرهن بما وجب على الشخص من الدين لفلان، صحيح باتفاق المالكية وغيرهم من المذاهب، لأن الرهن أضيف إلى دين ثابت بالذمة وواجب التسليم على المدين⁽⁸⁾. وأما قبل ثبوت الحق ففيه خلاف، والمالكية على جوازه في المشهور

(1) _ أبو عبد الله محمد المقرئ، عمل من طب لمن حب، ص 129.

(2) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 176.

(3) _ الإمام مالك، المصدر نفسه، ج4، ص 176. الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص 163. القرافي، الذخيرة، ج8، ص 80، 100.

الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص 539. أبو الشتاء الصنهاجي، التدريب على الوثائق العدلية، ج2، ص 35-36.

(4) _ الإمام مالك، المصدر نفسه، ج4، ص 176.

(5) _ القرافي، الذخيرة، ج8، ص 75.

(6) _ ابن هشام، المفيد للحكام، ج2، ص 147.

(7) _ عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 145. ابن عبد البر، الكافي، ص 414. القرافي، الذخيرة، ج8، ص 93.

(8) _ القرافي، المصدر نفسه، ج8، ص 93-95.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

عندهم⁽¹⁾، كأن يعقد على دفع رهن الآن ليقترض منه في الغد أو يشتري منه سلعة، وتكون رهنا في ذلك الدين، وفي ذلك يقول القاضي عبد الوهاب في الإشراف: «لأن المقصود من الرهن هو استيفاء الحق من ثمنه، وقد ثبت أن ذلك يجوز أن يتعلق بصفة تأتي وهو امتناع من عليه الحق من أدائه»⁽²⁾. كما يقول في موضع آخر في التلقين: «ويصح عقده قبل وجوب الحق وبعده ومقارنا له، ويلزم بمجرد القول»⁽³⁾. وذلك وفاقا للحنفية⁽⁴⁾، وخالفهم الشافعية والحنابلة⁽⁵⁾.

ومن المسائل المترتبة على كون المرهون به دينا، واشتراط ثبوته ووجوده، مسألة الرهن بالدرك توثقا لحق المشتري، والدرك هو استحقاق المشتري ثمن المبيع، إذا ظهر المبيع مستحقا-أي مملوكا للغير - أو معيبا أو ناقصا⁽⁶⁾، وذلك كأن يبيع شخص لآخر شيئا، ويقبض الثمن من المشتري، ويسلم المبيع إليه، فيخاف المشتري الاستحقاق، فيأخذ من البائع رهنا بالثمن قبل الدرك.

وقد ذهب المالكية إلى بطلان الرهن بالدرك سواء أوجد الدرك بعد ذلك أم لم يوجد، لأن درك المبيع قد يتحقق وقد لا يتحقق، فكان الرهن به رهنا بما لا يجب التسليم فيه حالا، بل بما لا وجود له أصلا في الحال وربما في المستقبل فتنتفي الغاية من حبس المرهون وهي التوثيق للحق الذي تعلق به هذا الحبس، أما إذا كان الدرك موجودا فعلا فأخذ المشتري من البائع رهنا به أو حبس عينا بسببه، فالرهن صحيح وترتب عليه أثره وهو التوثيق، لأن الثمن صار بالدرك ثابتا في الذمة وواجب التسليم على البائع⁽⁷⁾.

وتجدر الإشارة أن المالكية انفردوا عن غيرهم من الجمهور⁽⁸⁾، بالقول بجواز الرهن وحبس المرهون

(1) _ عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 145-146، الإشراف، ج2، ص583. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 270. ابن

هشام، المفيد للحكام، ج2، ص 147. الصاوي بلغة السالك، ج2، ص 108.

(2) _ عبد الوهاب البغدادي، الإشراف، ج2، ص 583-584.

(3) _ عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 145.

(4) _ علي حيدر، درر الحكام، ج2، ص 252.

(5) _ الماوردي، الحاوي الكبير، ج7، ص 112. البهوتي، كشف القناع، ج3، ص 308، 311.

(6) _ عبد الوهاب البغدادي، الإشراف، ج2، ص 583.

(7) _ القرافي، الذخيرة، ج8، ص 96.

(8) _ ابن عابدين، حاشية رد المختار، ج6، ص 494-495. الشريبي، مغني المحتاج ج2، ص126. البهوتي، كشف القناع، ج3،

ص308، 311.

قبل ثبوت الدين، وإنما قالوا بجوازه، لأنه ليس من شرط الدين أن يكون ثابتاً قبل الرهن عندهم، وعليه فالرهن على هذه الصورة صحيح لازم، لكن ذلك لا يستمر إلا إذا حصل ما علق عليه الرهن من بيع أو قرض في المستقبل، وإن لم يحصل كان للراهن أخذ رهنه، ولأنه كما يجوز رهن الدين عندهم فيجوز هذا أيضاً وذلك فيه توسعة وتيسير على الناس في التوثيق لمعاملاتهم للضرورة والحاجة الداعية إلى ذلك، كما أنه لا يوجد نص بمنعه ولا مصادمته لقاعدة من قواعد الفقه⁽¹⁾.

— قول بعض المالكية بجواز رهن المنافع وحبس عينها ليستوفى من ثمنها، للحاجة إلى ذلك وهي التوثيق للحق، وذلك لجواز بيعها⁽²⁾، وهو قول العدوي في حاشيته: «وكذا يجوز رهن مكتوب وقف إذا كان من الموقوف عليهم، لأنه يشتمل على المنافع ويجوز بيعها»⁽³⁾. للقاعدة «كل ما يمكن أن يستوفى منه أو من ثمنه أو منافعه الدين أو بعضه جاز رهنه وإلا فلا»⁽⁴⁾. وهو ما جاء في تلقين القاضي عند تعريفه الرهن بأنه: «احتباس العين وثيقة بالحق ليستوفى الحق من ثمنها، أو ثمن منافعها عند تعذر أخذه من الغريم»⁽⁵⁾.

كما أن في المذهب قول بعدم جوازها، فلا يحصل بها التوثيق وفاقاً لرأي الجمهور، لهلاكها قبل حلول أجل الحق، ولأنها عرضة للتلف⁽⁶⁾ فينتفي بذلك المقصود من الرهن وهو التوثيق لحق المرتهن بحبس المرهون ولذلك قال القرافي في ذخيرته: «ومنعوا رهن منفعة الدار ونحوها لتلفها قبل حلول الأجل»⁽⁷⁾. هذا وإن الرهن إن تم بقبض المرهون وثبت حق المرتهن في حبسه، منع التصرف فيه لتعلق الدين به وتوثيقاً للحقين معاً، حق المرتهن في تحقيق التوثيق بالرهن وعدم تفويته، بإبطال حقه في حبس المرهون وذلك بتصرف الراهن فيه، وحق الراهن في استرداد العين المرهونة توثيقاً في الدين الذي عليه، إذا تمكن من سداده، وهو ما شرع له الرهن. وعليه فإن التصرف في المرهون إما أن يكون من الراهن أو من المرتهن.

(1) _ ابن عبد البر، الكافي، ص 410. الخرشي، شرح الخرشي، ج 5، ص 249.

(2) _ القرافي، الذخيرة، ج 8، ص 79، 92-93.

(3) _ العدوي، حاشية العدوي على الخرشي، ج 1، ص 128.

(4) _ أبو عبد الله محمد المقرئ، عمل من طب لمن حب، ص 129.

(5) _ عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 145.

(6) _ القرافي، الذخيرة، ج 8، ص 127. ابن جزري، القوانين الفقهية، ص 351. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 3، ص 230-231.

(7) _ القرافي، المصدر نفسه، ج 8، ص 127.

- إن كان التصرف من الراهن: فإن تم حبس المرهون في يد المرتهن، فمن التوثيق لحقوقه في الرهن عند الملكية، ألا يتصرف فيه الراهن ببيع أو إجارة أو إعارة أو هبة... أو غير ذلك من أوجه التصرف، لتعلق حق المرتهن بالمرهون وهو أن يظل محبوساً من المرتهن بمسكه حتى يستوفي حقه بأداء الراهن ما عليه، لأن في تصرف الراهن بالمرهون إبطال لهذا الحق وتفويت للتوثيق بالرهن على المرتهن، فإن حلّ أجل الوفاء ولم يأت الراهن به، جاز للمرتهن بيع المرهون لينصف نفسه، ويستوفي حقه من ثمنه، إن كان الراهن قد جعل له يبعه وأذن له بذلك وتلك فائدة الرهن وإلا رفع أمره إلى السلطان أو الحاكم أو القاضي أو وكيله فيبيعه ويوفي له حقه إذا تعذر الوفاء⁽¹⁾، جاء في بداية المجتهد: «أما حق المرتهن في الرهن فهو أن يمسكه حتى يؤدي الراهن ما عليه، فإن لم يأت به عند الأجل كان له أن يرفعه إلى السلطان فيبيع عليه الرهن وينصفه منه إن لم يجبه الراهن إلى البيع وكذلك إن كان غائباً»⁽²⁾.

وكره مالك - رحمه الله - بيع المرهون ولو بإذن الراهن، سواء كان في حيازة المرتهن أو في حيازة العدل، إلا إذا رفع الأمر إلى الحاكم، جاء في المدونة: «قال مالك: لا يباع الرهن وإن اشترط ذلك كان على يدي المرتهن أو على يدي عدل إلا بأمر السلطان»⁽³⁾، تأكيداً على التوثيق للحقوق وحماية لها، وقطعا لكل نزاع ومنعاً لكل ظلم. ووافقهم على ذلك الشافعية والحنابلة⁽⁴⁾ وأبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية، بينما خالفهم الحنفية⁽⁵⁾ فلم يقولوا بجواز بيع الحاكم المرهون على الراهن، إنما يجبس حتى يوفي بدينه، وهو اختلاف مبني على آراء هؤلاء العلماء في الحجر، فمن قال به قال بجواز بيع الحاكم المرهون على الراهن ومن لم يقل بالحجر منع ذلك⁽⁶⁾.

هذا وإن الملكية على أن الراهن إن تصرف في المرهون بغير إذن المرتهن، فإن أجازته نفذ وإلا بطل لتعلق حقه بالمرهون، فإن باعه الراهن مثلاً بغير إذن المرتهن، وأجازته هذا الأخير نفذ و عجل حق المرتهن من

(1) - ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، ج2، ص 351. عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 146. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد،

ج2، ص 272. ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 352. ميارة، شرحه على التحفة، ج1، ص 182 - 183.

(2) - ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 272.

(3) - الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 156.

(4) - أبو حامد الغزالي، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج1، ص 99. ابن قدامة، المغني، ج4، ص 447، الكاساني، بدائع

الصنائع، ج8، ص 37-49.

(5) - الكاساني، المصدر نفسه والصفحة.

(6) - سبقت الإشارة إلى ذلك عند الكلام عن مبحث التوثيق بالحجر، ص 381 من هذا البحث.

ثمنه⁽¹⁾.

أما إن تم التصرف في المرهون عن طريق الانتفاع به، فإنه إن كان من قبل الراهن وهو في الأصل مالك للمرهون ولو بعد رهنه وحبسه في يد المرتهن، فإن المالكية على أنه ليس للراهن مع ذلك الانتفاع بالمرهون سواء بإذن المرتهن أم لا، لأنه يؤدي إلى خروج المرهون من الحبس ورده إلى الراهن، فيبطل حق المرتهن في القبض والحوز⁽²⁾. وأما إن كان الانتفاع من المرتهن، فإن المالكية كغيرهم من الفقهاء على أن منافع ونماء العين المرهونة ملكا للراهن وليس للمرتهن شيء منها، فلا يجوز له الانتفاع بشيء من ذلك، من شرب أو أكل أو لبس أو ركوب أو سكنى... فإن فعل ذلك كان متعديا باستهلاكه ملك الغير دون إذنه فصار كالغاصب، وإن أذن له الراهن بذلك وتطوع به، فرأي المالكية أنه لا يجوز له الانتفاع أيضا لأنه من قبيل هدية المديان، وهي منهي عنها⁽³⁾.

- إن كان التصرف من المرتهن: وإن كان حق المرتهن ثابت في حبس المرهون لحين الوفاء بالدين، إلا أن حق الراهن أيضا قائم في عين المرهون فهو ملكه، وبناء عليه نص المالكية على أنه لا يجوز للمرتهن أن يتصرف في المرهون بغير إذن الراهن، لأنه تصرف فيما لا يملك، ولأن للمرتهن حق حبس المرهون للتوثيق به لا حق التصرف والانتفاع، فإذا تصرف المرتهن في شيء من المرهون بغير إذن الراهن، يبيعا أو إجازة أو هبة أو إعارة... بلا ضرورة، فهو تصرف موقوف عندهم على إجازة الراهن، فإن أجازته نفذ وإلا بطل⁽⁴⁾.

سادسا-المسؤولية على العين المرهونة:

لقد نصّ المالكية كغيرهم من الفقهاء، على أن الرهن إنما شرع توثقا للحقوق، والحق الذي يرهن لأجله أو المرهون به أو فيه، يجب أن يكون عينا يمكن ضمائها حتى يتوثق لحق المرتهن بردها له عند حلول أجل الوفاء، وكذا الشرط في المرهون الذي يجبس في ذلك الحق توثقا له حتى يرد إلى الراهن بعد الوفاء،

(1) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 164-169. القرافي، الذخيرة، ج8، ص115-116.

(2) _ الإمام مالك، المصدر نفسه، ج4، ص 158. القرافي، المصدر نفسه، ج8، ص126-127.

(3) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 172. القرافي، الذخيرة، ج8، ص86-87. ابن جزى، القوانين الفقهية، ص352.

(4) _ الإمام مالك، المصدر نفسه، ج4، ص175. القرافي، المصدر نفسه، ج8، ص117-118. الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص554-556.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

وذلك لأنهم يفرقون بين الأعيان المضمونة وغير المضمونة⁽¹⁾ في جواز التوثيق لها بالرهن على النحو الآتي:

- فأما الأعيان غير المضمونة: ويراد بها الأمانات، كالوديعة ومال المضاربة والعارية التي لا يغاب عليها- أي لا يخفى هلاكها⁽²⁾- ونحوها، فجمهور المالكية على أن الرهن بالأمانات باطل ولا يمكن التوثيق لها، لأنه لا ضمان فيها وذلك لأنه يلزم الأمين ردّ العين إلى صاحبها، وفي حالة هلاكها دون تعدّد منه ولا تقصير فلا يلزمه شيء، وأمّا إن هلكت لتعدّد منه أو تفريط، فإنه يضمنها حينئذ لخروجها عن الأعيان غير المضمونة إلى كونها أعيانا مضمونة، فتكون هنا كالمغصوبة⁽³⁾، ووافقهم على ذلك جمهور العلماء⁽⁴⁾.

- وأمّا الأعيان المضمونة في الذمة: فهي التي لها مثل إن كانت من المثليات، كالمكيلات أو الموزونات أو المعدودات،... أو كانت لها قيمة إن كانت من القيميات، كالعروض والحيوانات، وكالعين المغصوبة والمتلفة، وكالمهر في يد الزوج، وبديل الخلع في يد الزوجة،... والعارية التي يغاب عليها- أي يخفى هلاكها- فذهب المالكية إلى أنّ المرهون به أو فيه، إن كان عينا مضمونة في الذمة، فالرهن بها صحيح ويمكن بذلك التوثيق لها حتى ترد، مستدلين على ذلك بالقياس، حيث قاسوا الرهن بالأعيان المضمونة على الكفالة بما حتى تردّ أيضا، فكما أن ضمانها جائز أو الكفالة بها، فكذلك الرهن بها جائز بجامع التوثيق في كل⁽⁵⁾.

كما أنّ هذه الأعيان مضمونة عند الهلاك بالمثل أو القيمة، والمقصود من الرهن التوثيق للحق وهذا حاصل هنا، حيث إن الرهن بهذه الأعيان يحمل الراهن على أدائها، وإن تعذر أدائها تستوفي قيمتها من ثمن الرهن فأشبهت ما في الذمة حيث إنّ للمرتهن حبس المرهون حتى يسترد العين إن كانت قائمة، أو يسترد بدلها من المثل أو القيمة حالة هلاكها، لأن المرهون يصير بملاكها رهنا بدلا عنها وبديل الشيء

(1) _ عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 145 - 146. ابن عبد البر، الكافي، ص 412 - 413. ابن عبد الرفيغ، معين الحكام، ج 2، ص 807.

(2) _ المصادر نفسها.

(3) _ القرافي، الذخيرة، ج 8، ص 95. الخطاب، مواهب الجليل، ج 6، ص 561.

(4) _ السرخسي، المبسوط، ج 2، ص 73. الشريبي، مغني المحتاج، ج 2، ص 126 - 127. البهوتي، كشف القناع، ج 3، ص 324.

(5) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج 4، ص 153. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، ج 2، ص 269، 270. القرافي، الذخيرة، ج 8، ص 93، 94. الخطاب، مواهب الجليل، ج 6، ص 560، 561.

قائم مقامه⁽¹⁾.

وإن هلك العين المرهونة نفسها في يد المرتهن من غير أن يكون هو مستهلكها، فقد فرق المالكية أيضاً بين ما يغاب عليه منها ويخفى هلاكه وبين ما لا يغاب، حيث نصّوا في المشهور عندهم على أن ضمانها من مرتهنها إذا كانت مما يغاب عليه من الأموال الباطنة كالحلي والثياب للتهمة إلا أن تقوم بينة بهلاكها بغير سبب منه، (أي من غير تفريط منه، وإنما كان ذلك بأمر من الله، أو بتعدّي أجنبي)، فلا يضمنه على المشهور وإنما يكون ضمانها على الراهن ويبقى الدين ثابتاً بحاله، وفي قول لأشهب أن ضمانها على المرتهن ولو قامت البينة بالهلاك دون سببه⁽²⁾ أو للتهمة⁽³⁾، توثقاً لحق الراهن في استرداد العين المرهونة عند وفائه بالدين، والقول بعدم الضمان هو ما نقله ابن عبد الرفيع وكذا ميارة عن المتيطي بأنه قول ابن القاسم رواه عن مالك وبه الحكم وعليه العمل⁽⁴⁾، فقد نقل لنا ابن أبي زمنين قول سحنون: «قلت لابن القاسم فمن ارتهن رهناً مما يغاب عليه ويشترط أنه مصدّق فيه ولا ضمان عليه ثم قال: قد ضاع منّي، فقال شرطهما باطل وهو مصدّق»⁽⁵⁾. وجاء في المدونة: «وهو ضامن»⁽⁶⁾.

وإن كانت العين المرهونة مما لا يغاب عليه من الأموال الظاهرة، ومما يظهر هلاكه ولا يخفى كالعقار والحيوان وهلكت، ف ضمانها على رهنها⁽⁷⁾ توثقاً لحق المرتهن، ويبقى دينه ثابتاً على حاله⁽⁸⁾.

(1) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 15، 154. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، ج2، ص 270. القرافي، الذخيرة، ج8، ص93-95. الخطاب، مواهب الجليل، ج6، ص 560-561.

(2) _ ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2، ص 367-368.

(3) _ ابن الحلّاب، التفرّيع، ج2، ص 259. ابن رشد (الجد)، المصدر نفسه، ج2، ص 368. ووجه الاختلاف عند المالكية في ضمان المرتهن هل هو بالأصالة وهو قول أشهب واحتج بحديث: "على اليد ضمان ما أخذت حتى ترد" فعلى هذا لا تفيده البينة على عدم تعدّ هلاك المرهون لأن العمد والخطأ في أموال الناس سواء، أو هل عليه الضمان للتهمة، وهو قول ابن القاسم فيسقط بالبينة. ميارة، شرح تحفة الحكام، ج1، ص 169.

(4) _ الإمام مالك المدونة الكبرى، ج4، ص 152، 155. ابن عبد الرفيع، معين الحكام، ج2، ص 807. ميارة، شرح تحفة الحكام، ج1، ص 170.

(5) _ ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، ج2، ص 357.

(6) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 155.

(7) _ الإمام مالك، المصدر نفسه، ج4، ص 152-155. ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، ج2، ص 357. عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 145. ابن عبد البر، الكافي، ص 413. ابن رشد، المقدمات، ج2، ص 368. ابن هشام، المفيد، للحكام، ج1 ص 145-147. القرافي، الذخيرة، ج8، ص 95-111. ابن عبد الرفيع، معين الحكام، ج2، ص 807.

(8) _ ابن رشد، المقدمات، ج2، ص 368-369.

سابعاً- أثر التوثيق بالرهن الحيازي⁽¹⁾، و الرسمي⁽²⁾:

يجوز الرهن ويلزم بالعقد ولا يتم وينبرم ويصح التوثيق به إلا بالحيازة، وما يؤكد أثر التوثيق بالرهن، اشتراط الملكية كون المرهون محوزاً، والمراد بالحوز القبض، مع اتصال حيازته وقبضه⁽³⁾، بدليل قوله تعالى: ﴿فَرَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾⁽⁴⁾، فوصفه بالقبض، ومعناه انه ما دام رهنا فلا بد من وصفه بالقبض، قال ابن عاشور: «والآية تشهد لهذا، لان الله جعل القبض وصفا للرهن، فعلم أن ماهية الرهن قد تحققت بدون القبض»⁽⁵⁾. فالمالكية يشترطون القبض في صحة الرهن، وهو شرط لزوم الرهن عندهم، وليس بشرط في انعقاده، حتى إن العقادين لو عقدها ولو بمجرد القول لزم وأحبر الرهن على تسليمه للمرهن، بعد تمام الإيجاب والقبول، فهم يشترطون القبض كغيرهم من العلماء ولكن يجعلونه شرط تمام وكمال في الرهن، حيث قبل القبض يكون المرهن أسوة الغرماء، وبعد القبض يختص به المرهن⁽⁶⁾. وذلك للآية: ﴿فَرَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾. ففيه دلالة على أنه شرط فيها القبض بعد أن أثبتها رهنا، وذلك يفيد أنها قد تكون رهنا وإن لم تقبض، ولأنه عقد لازم فوجب أن يلزم بنفس القول قياساً على البيع والنكاح... وقياساً على الكفالة حيث أنه عقد توثيق ووثيقة فوجب أن يلزم بنفس القول كالكفالة، بجامع التوثيق في كل⁽⁷⁾، خلافاً للجمهور حيث يرون القبض شرط لزوم، فلا يلزم ولا يصح الرهن عندهم إلا بعد القبض، أما قبله فالرهن له أن يرجع عن الرهن ولا يجبر على تسليم العين المرهونة⁽⁸⁾. فالمالكية إذن متفقون مع

(1) - وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي، وهو حبس لشيء مالي بحق يمكن الاستيفاء منه، وهو الذي يكون فيه المرهون في يد المرهن إلى أن يستوفى حقه، وهبة الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية، دمشق، دار الفكر، ص 343-344.

(2) - ويسمى بالرهن العقاري أو التأميني، يبقى الرهن أو المرهون في يد الرهن بتصرف به ولكنه يجعل للمرهن حق التقدم على الغرماء في استيفاء حقه من العقار، وهبة الزحيلي، العقود المسماة، ص 343، 344.

(3) - ابن الجلاب، التفرغ، ج2، ص 236. عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج2، ص 1154، التلقين، ص 145. ابن عبد البر، الكافي، ص 410. ابن هشام، المفيد للحكام، ج2، ص 145. القرافي، المصدر نفسه، ج8، ص 76-77. أبو الشتاء الصنهاجي، التدريب على الوثائق العدلية، ج2، ص 33-34.

(4) - سورة البقرة، الآية 283.

(5) - ابن عاشور: التحرير والتنوير، ج3، ص 122.

(6) - الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 151. ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، ج2، ص 346. عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج2، ص 1153، التلقين، ص 145.

(7) - عبد الوهاب البغدادي، الإشراف، ج2، ص 576.

(8) - الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص 198. الشريبي، مغني المحتاج، ج3، ص 231.

الفصل الرابع: التوثق بالعقود

الجمهور في اشتراط القبض للرهن، إلا أنهم يجعلونه شرط كمال وتمام، بينما يجعله الجمهور شرط لزوم، فيجوز عندهم الرهن قبل القبض ويلزم بالقول، إلا أن المرتهن لا يختص بالعين المرهونة إلا بعد القبض، جاء في حاشية الدسوقي عن ابن الحاجب ما نصّه: «يصح الرهن قبل القبض ولا يتم إلا به، فأنت ترى القبض والإقباض متأخرين عن الرهن»⁽¹⁾. ولذلك عند المالكية لو تراخى المرتهن في المطالبة بالرهون، أو رضي بتركه في يد الراهن بطل الرهن⁽²⁾، لعدم تحقق غايته من التوثق به لحق المرتهن، ولا يتم ذلك إلا بثبوت حقه في حبس المرهون وحيازته واستمرار ذلك عنده، ولو مات الراهن أو أفلس قبل الإقباض، فالمرتهن أسوة الغرماء بالعين المرهونة⁽³⁾ ولا يتميز عنهم باختصاصه بها.

-**اشتراطهم استدامة القبض في الرهن:** فمع اشتراط المالكية القبض في المرهون وحيازته، فإنه لا بد عندهم من اتصال ذلك، وذلك بأن يستمرّ القبض وتستديم حيازته، حيث جعلوه شرطاً للزوم الرهن أيضاً، فلا يردّه المرتهن إلى صاحبه ليتصرّف فيه، فإن أخرجته بإرادته واختياره بأي وجه من الوجوه، كعارية وغيرها إلى يد الراهن زال لزوم الرهن بزوال القبض، فبطل الرهن⁽⁴⁾ كالابتداء، لأن فائدة القبض أن يمتاز به المرتهن عن الغرماء وإنما يكون ذلك باستمراره، ومتى ردّه إلى الراهن بوجه من الوجوه بطل الاختصاص، ولذلك جاء في التفريع: «ومن شرط الرهن اتصال حيازته وقبضه، ومتى ارتقن رهناً ثم ردّه إلى ربه بعارية أو غيرها بطل رهنه»⁽⁵⁾ لانتفاء الغاية منه وهي التوثق بزوال عناصره من حبس المرهون وحيازته وعدم استمرار ذلك .

-**اشتراطهم حبس العين المرهونة لدى المرتهن وعدم ردها للراهن ليتصرف فيها:**

ولذلك وزيادة في التوثق لحق المرتهن، أضاف المالكية هذا الشرط مع القبض واستدامته، جاء في المعونة: «استدامة القبض شرط في صحّة الرهن، فمتى حصل مقبوضاً ثم عاد إلى يد الراهن برضا من

(1) _ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص 231.

(2) _ عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 145. ابن جزري، القوانين الفقهية، ص 352.

(3) _ ابن أبي زمين، منتخب الأحكام، ج2، ص 346. عبد الوهاب البغدادي المعونة، ج2، ص 1154. ابن جزري، المصدر نفسه، ص352.

(4) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 153. ابن الجلاب، التفريع، ج2، ص 263. عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج2، ص1154، التلقين، ص 145. ابن عبد البر الكافي، ص 410. ميارة، شرح تحفة الحكام، ج2، ص 171-172.

(5) _ ابن الجلاب، المصدر نفسه، ج2، ص 263.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

المرتهن، باستخدام أو بعارية أو وديعة أو غير ذلك، فقد خرج من الرهن»⁽¹⁾ ولم يتحقق أثره، وهو ما نقله ميارة في شرحه على التحفة، عن ابن القاسم أنّ من ارتهن رهنا فقبضه ثم أودعه عند الرّاهن أو آجره منه أو أعاره إياه أو ردّه إليه بأي وجه حتى يكون الرّاهن هو الحائز له فقد خرج من الرّهن⁽²⁾ لانتفاء أثره وهو التوثيق لحق المرتهن، ببقاء المرهون في حوزته ليستوفي منه عند عجز الراهن عن سداد ما عليه.

وخالفهم الشافعية فقالوا بعدم اشتراط ذلك، فلا تخرج العين المرهونة عن الرهن إن عادت إلى الرّاهن بإذن المرتهن⁽³⁾.

وفي الحقيقة فإنّ هذا الرأي يؤيّده حديث النبي ﷺ: «الرهن مركوب ومحلوب»⁽⁴⁾، إذ فيه دلالة على أنّه ﷺ جعل الرهن مركوبا ومحلوبا، أي منتفعا به من قبل صاحبه، وذلك لا يحصل إلا بخروج المرهون من يد المرتهن، ورجوعه وبقائه في يد الرّاهن كما فيه دلالة على أنّ هذا الإخراج لا يزيل حكم الرهن عن المرهون لكون الرّاهن مالكا لرقبة المرهون، فله أن يستوفي منافع رهنه، ولكن بشرط أن لا يضر بالمرتهن⁽⁵⁾.

وهو ما يتماشى مع واقع الناس، ويحقق مصالحهم ويرفع الحرج عنهم، حيث قد يحتاج الإنسان إلى ذلك، أي الانتفاع برهنه حيث قد تدعوه الحاجة الملحة والضرورة الداعية إلى ذلك، والشرع قد جاء لمراعاة مصالح الناس ورفع الحرج عنهم، وحتى المالكية الذين تشددوا في هذه المسألة وهي خروج الرّهن من يد المرتهن إلى الرّاهن، فأبطلوا به عقد الرهن، فإنّهم من جهة ثانية يجيزون تصرّف الرّاهن في الرّهن إذا كان بإذن المرتهن- كما سبق بيانه- إن كان ذلك سيوفيه حقه، فلا ينفذ للراهن في رهنه الذي حازه المرتهن، بيع ولا هبة إلاّ بإذن من المرتهن فإن باعه بإذنه جاز بيعه، وقضى المرتهن حقه بعد أن يحلف أنه ما أذن له في بيعه إلاّ ليستوفي حقه، وإن باعه بغير إذنه، وأجاز ذلك المرتهن فالثمن يوقف إلى الأجل فلا يعجل المرتهن حقه قبل حلول أجل الوفاء، إلاّ أن يشاء الرّاهن أن يعجل بإعطائه حقه⁽⁶⁾.

(1) _ عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج2، ص 1154.

(2) _ ميارة، شرح تحفة الحكام، ج2، ص 171-172.

(3) _ الماوردي، الحاوي الكبير، ج7، ص 104.

(4) _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الرهن في الحضر، باب الرهن مركوب ومحلوب، ج3، ص 115.

(5) _ ابن حجر، فتح الباري، ج5، ص 175.

(6) _ ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، ج2، ص 346، 347. ابن هشام، المفيد للحكام، ج2، ص 147.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

وهو ما أكده ابن أبي زمنين في منتخبه عن الإمام مالك بقوله: «قال مالك: ومن رهن ثم باعه بغير إذن المرتهن لم يجر بيعه إلا أن يجيزه المرتهن، فإن أجازه جاز وعجل للمرتهن حقه، ولم يكن للراهن أن يأبى ذلك وإن باعه بإذن المرتهن، فقال المرتهن: لم أذن لك في بيعه أنا لتأخذ ثمنه، أحلف على ذلك، فإن أتى الراهن برهن شبيه الرهن المبيع أخذه المرتهن رهنا وكان الثمن له (أي الراهن) وإن لم يقدر...وقف الثمن إلى محل أجل الدين»⁽¹⁾.

ولكن اشترط المالكية في جواز بيع أو تصرف الراهن في الرهن - أي المرهون - بإذن المرتهن، حيازة المرتهن له⁽²⁾، وهو ما جاء المدونة: «قلت وما ذكرت من أن المرتهن إذا أذن للراهن في البيع لم يكن ذلك نقضا للرهن، إنما ذلك إذا باع الرهن والرهن في يدي المرتهن، لم يخرج من يده قال: نعم»⁽³⁾. وهذا ما يسمى الآن بالرهن الحيازي، وهو ما بحثه الفقهاء في مختلف مذاهبهم ومؤلفاتهم.

والمعمول به في أيامنا هذه، ما يعرف "بالرهن الرسمي" وهو أن توضع إشارة الرهن على المرهون ويتم تسجيله في الشهر العقاري، ومن ثم يكون الرهن في يد الراهن لا في يد المرتهن، حيث ينتفع به الراهن، ولكن بكيفية لا تضرّ بالمرتهن وحقوقه، ويكون لهذا الأخير حق المطالبة ببيع الرهن أو المرهون عند حلول أجل الدين، إن امتنع الراهن عن الوفاء به، فهذا التسجيل في الشهر العقاري فيه توثيق، إذ يمكن اعتباره في حد ذاته قبضا للمرهون لصالح المرتهن، أو في محل القبض والحوز، ولهذا أقره الفقه الإسلامي أيضا، مثله مثل الرهن الحيازي، لأن الهدف من الرهن هو التوثيق للحق وتأمينه، وإلقاء الثقة والطمأنينة لدى المرتهن بتمكينه من حبس العين المرهونة تحت يده حتى يستوفي دينه وهو حاصل هنا⁽⁴⁾، سواء بالرهن الحيازي أو بالرهن الرسمي سيان، وليس المقصود من قبض المرهون التعبد، ولذلك يجوز بكل وسيلة تؤدي إلى تحقيق غرضه وهو التوثيق وتأمين المرتهن الدائن على حقه، سواء كانت الوسيلة منصوصا عليها أو معروفة عند الفقهاء، أو مستحدثة كالرهن الرسمي طالما لا تصادم نصا ولا تتعارض مع مقاصد الشرع.

وبالتالي فإن مثل هذا الرهن ليس غريبا عن الفقه الإسلامي، بل هو موجود فيه تخريجا على مذهب المالكية أنفسهم، لأنه إذا جاز عندهم أخذ الرهن الحيازي وتصرف الراهن فيه بإذن المرتهن، مع ما فيه من

(1) - ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، ج2، ص 346، 347، ومثله أيضا في المدونة الكبرى للإمام مالك، ج4، ص 153.

(2) - ابن أبي زمنين، المصدر نفسه، ج2، ص 347.

(3) - الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 153.

(4) - عبد الكريم زيدان، نظرات في الشريعة الإسلامية، ص 348-350.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

حبس المرهون واشتراط حيازته لدى المرتهن، استحسانا منهم للضرورة الداعية إلى ذلك، فإنه يجوز أخذ الرهن الرسمي هذا الذي ليس فيه حبس المرهون و لا اشتراط بقائه في يد المرتهن، من باب أولى لتحقيق الهدف من الرهن في كلّ وهو التوثيق للحقوق.

ثامنا-تقدم المرتهن وأثره في التوثيق للحق:

أو حق امتيازته عن غيره ، ومعناه أن يكون المرتهن أولى وأحق بضمن المرهون من سائر الغرماء، حتى يستوفي حقه حيا كان أو ميتا، وقد نص على ذلك المالكية⁽¹⁾ وفاقا لغيرهم من الفقهاء، وذلك لأن المرتهن تعلق حقه بالعين المرهونة وذلك لكونها وثيقة بدينه فثبت حقه في حبسها، و لأنه بناء على ذلك يمنع الراهن من التصرف في العين المرهونة بيعا أو عارية أو هبة أو غيرها من أوجه التصرف في المرهون، ولو كان مالكا له، إلا بإذن المرتهن، وعليه إذا عجز الراهن المدين عن سداد ديونه والوفاء بما عليه، أو حجر عليه لإفلاسه، وقيام الغرماء بالمطالبة بحقوقهم وأريد قسمة ماله بينهم، فإن أول من يقدم لاستيفاء حقه من ثمن المرهون أو بدل الضمان من مثله أو قيمته في حالة هلاك المرهون بالتعدي، توثقا لحقه هو المرتهن ويمتاز بذلك على سائر الغرماء وليس لهم الاعتراض على ذلك، لقوة جانب المرتهن وتأكده نتيجة توثقه بالرهن، إذ تعلق حقه بعين المرهون وبذمة الراهن معا فكان بذلك صاحب حق عيني، بينما سائر الغرماء تعلق حقهم بذمة المدين دون العين المرهونة فهو حق شخصي، فكان حقه في الامتياز عليهم أقوى⁽²⁾. فإن فضل من ثمن المرهون شيء بعد سداد الراهن لدين المرتهن، فإنه أسوة الغرماء يقسم بينهم بالسوية، أما إن فضل شيء من دين المرتهن حاص الغرماء في ذلك وسأهمهم ببقية دينه⁽³⁾. وفي ذلك كل التوثيق لحق المرتهن، إذ يأمن به من ضرر مزاحمة الغرماء و يسلم ماله من الضياع بسبب موت الراهن المدين أو إفلاسه، وهو المقصد من الرهن.

تاسعا- الإشهاد على قبض الرهن وحيازته زيادة في التوثيق:

لقد سبق بيان اشتراط المالكية للقبض في الرهن ليحقق غايته وهي التوثيق، مع إقرارهم تسجيله وكتابته في وثيقة بذلك زيادة في التوثيق، فإن عاد المرهون إلى الراهن بسبب من الأسباب لينتفع به، بطل

(1) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص165-166. القراني، الذخيرة، ج8، ص79، وص142.

(2) _ الإمام مالك، المصدر نفسه، ج4، ص166. الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ص637-638. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، ص4280.

(3) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص165-166.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

الرهن لفوات العين التي جعلت رهنا ليتوثق بها لحق المرتهن بذلك الإنتفاع، وإن ردّ الراهن المرهون إلى المرتهن قبل موته أو فلسه جاز وصحّ رهنا، وفي حالة الإفلاس أو الموت اشترط المالكية أيضا لتأكيد التوثيق للحق بالرهن، التوثيق له بالشهادة على معاينة القبض دفعا للخصام⁽¹⁾. يؤكد ذلك ما جاء في المدونة «قلت لابن القاسم: هل يجوز في قول مالك أن يرهن الرجل الدين يكون له على رجل ويتاع من رجل يبعأ أو يستقرض منه قرضا فيقرضه ويرهن منه الدين... فقال: قال مالك: نعم له أن يرهن ذلك فيقبض ذكر الحق (أي الوثيقة) ويشهد. قلت: فإن لم يكن كتب ذكر الحق؟ قال: يشهد ويجزئه⁽²⁾.

فالحوز والقبض إذن هو من تمام الرهن وكماله ولا يصحّ إلا به، وكذا التحويز وهو تمكين المرتهن من حوز المرهون ويكون بإذن من الرّاهن فإن اختلفا فيمن يودع عنده الرهن ويكون في حيازته، فدعا أحدهما إلى جعله عند المرتهن، والآخر إلى أن يكون في حيازة عدل أمين، فالقول ما قاله من دعا إلى العدل، وهو قول ابن القاسم، لأنّ المراد من الرهن التوثيق وهو يحصل بكونه على يد عدل، - أي طرف ثالث كالموثق- فيتفقان على ذلك لأجل التوثيق للحق بأنه سيوفي كله، لأن العدل (أو الموثق) كالشاهد على عقد التوثيق بالرهن. وفي معين الحكام عن اللخمي: «أرى أن يقدم قول الراهن إذا دعا إلى ثقة لأنه ماله وهو أنظر إلى نفسه»⁽³⁾ فالمذهب على جواز جعل الرهن في يد طرف ثالث وهو العدل أو يد أمين يرضيان به⁽⁴⁾، زيادة في التوثيق للمال وقطعا للتراع.

وإنما أجاز المالكية جعل الرهن بيد العدل، ليكون كالشاهد للمرتهن إلى استيفاء حقه، لأن الرهن شرع للتوثيق عند عدم الكتابة، والإشهاد كذلك فجاز أن ينوب منابه في هذه الحال، جاء في البيان والتحصيل: «وإنما جعله على يدي عدل بدليل قول الله عز وجل: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾⁽⁵⁾ لأنه تعالى لما جعل الرهن عوض التوثيق بالكتاب والإشهاد عند عدم الكتاب، وجب أن ينوب منابه في بعض أحواله وهو ما ذهب إليه مالك رحمه الله»⁽⁶⁾. إلا أن تكون العادة تسليمه إلى يد

(1) _ ابن عبد البر، الكافي، ص 410. الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص 163. ابن هشام، المفيد للحكام، ج 2، ص 145. ميارة، شرح تحفة الحكام، ج 2، ص 172. أبو الشتاء الصنهاجي، التدريب على الوثائق العدلية، ج 2، ص 35-36.

(2) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج 4، ص 176.

(3) _ ابن عبد الرفيق، معين الأحكام، ج 2، ص 808.

(4) _ عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 145. ابن جزري، القوانين الفقهية، ص 352.

(5) _ سورة البقرة، الآية 283.

(6) _ ابن رشد (الجد)، البيان والتحصيل، ج 11، ص 7.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

المرهن وإقباضه إيّاه، فيكون قبضه له وحيازته، لأن العادة كالشرط⁽¹⁾. فالرهن أو المرهون إذن إما أن تتم حيازته من طرف المرهن، أو من طرف العدل المتفق عليه بين الراهن والمرهن، مع كتابته أو الإشهاد عليه زيادة في التوثيق.

هذا ويمكن بيان كيفية التوثيق بالرهن بتطبيق الشروط والأحكام السابقة، من خلال وثيقة رهن جاءت في الوثائق الفاسية ونصها: «الحمد لله، أشهد فلان بن فلان الفلاني أن قبله وفي ماله وذمته لفلان بن فلان الفلاني كذا دراهم تاريخه، ثمن بز مختلط حرير وكتان ابتاعه منه بذلك، واعترف بالتقليب والرضى والحوز، يؤده الثمن المذكور لمضي عام واحد يأتي من تاريخه، لا يبريه إلا الواجب بموافقتي على ذلك، ورهن له كفافا في دينه المذكور ثقة بالوفاء به، جميع الدار الكائنة بكذا، تجاور دار فلان رهنا صحيحا ممنوعا من الفوت وأسبابه إلى الأمر المضروب بينهما، فإن وفاة دينه كاملا عند حلوله عاد إليه رهنه مطلقا، وإلا فعلى قاعدة بيع الرهن بفاس من التسويق والمشورة، وله الزيد، وعليه النقص، وبسط له اليد على حوز الرهن المذكور من الآن، فتوجه شهيداه للرهن المذكور، صحبة صاحب الحق المذكور، فحازه حوزا تاما معاينة، فارغا من شواغل الرهن وأمتعته كما يجب، وسوغ له الانتفاع به طول المدة المذكورة من غير شيء يجب له عليه فيها لاتفاقهما على ذلك في أصل المعاملة، عرفا قدره، شهد به عليهما بأكمله، وعرفهما أو عرف بهما وفي كذا.

وإن لم يجعل له الانتفاع بالرهن فتقول بعد قوله، وبسط له اليد على حوز الرهن المذكور: فحازه معاينة من غير منفعة له فيه... (عرفا قدره، شهد به عليهما بأكمله وعرفهما، وفي كذا)⁽²⁾.

فالرهن من عقود التوثيق، شرع تأميننا لحق الدائن وضمانا له، يعطيه حق التقدم على بقية الغارمين في استيفاء حقه من ثمن المرهون في حالة تعذر أخذه من المدين، وكما يستطيع الدائن أن يطلب من المدين ضمانا خاصا لاسترداد ماله كالرهن، فإنه يستطيع أيضا أن يطلب ضمانا من خلال إشراك شخص آخر مع مدينه للرجوع عليه بالدين بشروط معينة وأحكام حددها الفقهاء، وهذا الضمان يتمثل في الكفالة، وهي عقد من عقود التوثيق للحقوق، والتي سأوضح حقيقتها وأحكامها في المبحث التالي - إن شاء الله-

(1) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 152 و 156. ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، ج2، ص 343. ميارة، شرح تحفة الحكم، ج2، ص 171. أبو الشتاء الصنهاجي، التدريب على الوثائق العدلية، ج2، ص 33، 36.

(2) _ محمد بناني، الوثائق الفاسية، ص44. وينظر وثائق مماثلة للمصمودي في الوثائق السجلماسية، ص14.

المبحث الثاني: التوثيق بالكفالة

الكفالة - وتسمى الضمان أيضا- سواء كانت كفالة بالمال وهي تتعلق بالدين، أو كفالة بالنفس وتتعلق بإحضار الغريم، هي من وسائل التوثيق للحقوق، تهدف إلى إلزام الضامن أو الكفيل بالوفاء، مع إلزام من عليه الحق-المكفول عنه أو الأصيل، فيتعلق الحق بذمة كل منهما، ولذلك تعدّ من عقود التوثيق، لما فيها من حفظ الحقوق وضمّان استيفائها، كما أنها تعدّ من عقود التبرع والإحسان، لأن الكفيل يتبرع بالكفالة أو الضمان بإرادة منفردة، دون إجبار أو وجوب عليه.

وسأتناول في هذا المبحث الحديث عن حقيقة الكفالة من خلال التعريف بها وبيان مشروعيتها وأنواعها، ثم الكلام عن أثر و دور الكفالة في التوثيق للحقوق من خلال أركانها وشروطها وما يتعلق بها من أحكام ، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف الكفالة

سأتناول في هذا المطلب تعريف الكفالة في اللغة، ثم في اصطلاح فقهاء المالكية، وكذا ما يطلقون عليها من ألفاظ تحمل معناها.

الفرع الأول: تعريف الكفالة لغة

الكفالة مصدر كفل، فيقال: كفل الرجل وبالرجل كفلا، وكفالة، وتعني ضمّ الشيء إلى الشيء، وتكفل بالشيء أي ضمّه إليه وألزمه نفسه وتحمل به وضمّنه، ومنه قوله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾⁽¹⁾ أي ضمّها إليه في التربية والرعاية وضمن النبي ﷺ حضانة مريم عليها السلام وألزم نفسه بالقيام بأمرها⁽²⁾.

والكفيل: جمع كفلاء، وهو الضامن والقبيل والزعيم والحميل كلها بمعنى واحد⁽³⁾، لقوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾⁽⁴⁾. ومنه قوله ﷺ « الزعيم غارم»⁽⁵⁾، أي الكفيل ضامن،

(1) _ سورة آل عمران، الآية 37.

(2) _ الجوهري، الصحاح، ج5، ص 181. ابن منظور، لسان العرب، مادة كفل، ج5، ص 3906. الفيومي، المصباح المنير، ج2، ص205.

(3) _ الفيومي، المصدر نفسه، ج2، ص186.

(4) _ سورة يوسف، الآية: 72.

(5) _ سبق تخريجه في ص97 من هذا البحث.

وتسمى القبالة ومنه قوله تعالى: ﴿أَوْ تَأْتِي بِلَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَلْمَلَيْكَ قَيْلًا﴾⁽¹⁾. أي كفيلا، كما تسمى الحمالة، والحميل من تحمل دين غيره، والتزمه في ذمته، ليدفعه في إصلاح ذات البين. فالكفالة بذلك عند المالكية تصح بكل لفظ يدل عليها، فهي الضمان أو القبالة أو الزعامة أو الحمالة⁽²⁾، إذ هي عندهم مرادفة لكل تلك المسميات إلا أنهم أكثر ما يطلقون عليها من ذلك، لفظ "الضمان" و "الحمالة" ونحا إلى ذلك أكثر الشافعية⁽³⁾، بينما خالفهم الحنفية والحنابلة وجعلوا كلا من الضمان والكفالة متباينين⁽⁴⁾.

وقد جاء في كتب المالكية قول ابن عبد البر في كافيهِ: «والضمان والكفالة والحمالة، أسماء معناها واحد، فمن قال أنا كفيل بمالك على فلان، أو أنا حميل أو زعيم، فهو ضامن»⁽⁵⁾.

وإنما قالوا بذلك، لاعتمادهم على المعنى اللغوي، حيث إن الضمان مأخوذ من "الضم" فيكون بمعنى ضمّ ذمة إلى أخرى كالكفالة، أو مأخوذ من "الضمن" فتكون ذمة الضامن متضمنة ذمة المضمون أي داخلية فيها، وهو معنى الكفالة أيضا.

إلا أن من فرقوا بين الضمان والكفالة، جعلوا الضمان أوسع من الكفالة، لأنه يشتمل على ضمان المتلفات وغرمها، فهو لا يشمل هنا ضمّ ذمة إلى ذمة فلا يكون كفالة، كما أن الكفالة قد تكون أوسع من الضمان، من حيث انقسامها إلى كفالة بالمال وكفالة بالنفس وذلك بإحضار الغريم، وليس ذلك ضمانا بينما الكفالة بالمال هي التي تسمى ضمانا أيضا، ولذلك جاء في كتب الشافعية: «إنّ العرف جار بأنّ الضمين مستعمل في الأموال والحميل في الديات، والزعيم في الأموال، والكفيل في النفوس، والصبير في الجميع»⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: تعريف الكفالة اصطلاحا

عرفت الكفالة عند المالكية بعدة تعريفات لا تخرج عن مشكاة المعنى اللغوي لها، منها:

- (1) _ سورة الإسراء الآية: 92.
- (2) _ ابن الجلاب، التفریح، ج2، ص 285. عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 154. ابن عبد البر، الكافي، ص 398. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 291. ابن هشام، المفيد للحكام، ج2، ص 124.
- (3) _ الشافعي، الأم، ج3، ص 235. الشريبي، مغني المحتاج، ج2، ص 26.
- (4) _ الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص 2-10. ابن قدامة، المغني، ج4، ص 344-357.
- (5) _ ابن عبد البر، الكافي، ص 398.
- (6) _ الشريبي، مغني المحتاج، ج2، ص 198.

1- جاء في التلقين: «الحمالة معناها ما شغل ذمة أخرى بالحق ومعناها ومعنى الكفالة والزعامة والضمان واحد»⁽¹⁾.

2- وفي حدود ابن عرفة جاء بأنها: «التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له»⁽²⁾.

3- كما عرّفت عندهم أيضا بأنها: «التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره أو طلبه من عليه الدين لمن هو له بما يدل عليه»⁽³⁾.

ومن هنا فهذه التعاريف، عامة ومطلقة شملت نوعي الكفالة وهي الكفالة بالمال والكفالة بالتففس، وخاصة التعريف الأخير، حيث شمل الشطر الأول منه الكفالة بالمال، والشطر الثاني على الكفالة بالتففس، وهي التزام الكفيل بإحضار المكفول إلى المكفول له، وهو ما يسمى عند المالكية أيضاً بضمان الوجه، أو بالتزام الكفيل البحث عن المكفول وإخبار الدائن بمكانه، وهو ما يسمّى عندهم بضمان الطلب أو التفتيش ويوضح هذا المعنى ما جاء في حاشية العدوي من تعريف الكفالة أو الضمان بهذه الأنواع، وفيها أنّ «الضمان ثلاثة أنواع: ضمان مال وضمان طلب وضمان وجه، ف ضمان المال التزام دين لا يسقطه ممن هو عليه، وضمان الوجه إحضار الغريم وقت الحاجة إليه، وإنما يبرأ فيه الضامن بتسليمه المضمون، وضمان الطلب: التفتيش عن الغريم الذي عليه الدين، ثم يخبر صاحب الدين به، ولا يلزمه إحضاره ولا غرم عليه إلا أن قصر أو فرط»⁽⁴⁾. وإن كان على ما يبدو من التعريف، أنّ الضمان أو الكفالة، ليس ثلاثة أنواع، وإنما هو نوعان، إذ النوع الذي عدّ ثالثاً وهو ضمان الطلب، إنّما هو يرجع إلى النوع الثاني وهو ضمان الوجه أو الكفالة بالنفس، إذ كلاهما التزام الكفيل بضمان نفس المدين وليس المال، إمّا بإحضاره أو بالبحث عنه.

المطلب الثاني: مشروعية الكفالة:

الكفالة مشروعية، وهي وسيلة من وسائل التوثيق، والأصل في مشروعيتها الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

(1) _ عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 145. الدردير، الشرح الكبير (بمأش حاشية الدسوقي)، ج 3، ص 329.

(2) _ الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص 284.

(3) _ الخطاب، مواهب الجليل، ج 5، ص 96. الخرشي، شرح الخرشي، ج 6، ص 21.

(4) _ العدوي، حاشية العدوي على أبي الحسن، ج 2، ص 363-364.

أولاً: من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾⁽¹⁾. قال ابن عباس: الزعيم: الكفيل⁽²⁾.

ووجه دلالة الآية، هو أن المنادي قد تكفل عن الملك لمن جاء بصواعه بحمل بعير من الطعام.

قال ابن العربي «قال علماؤنا: هذا نصّ في جواز الكفالة»⁽³⁾.

وإن كان ذلك في شرع من قبلنا، إذ جاءت الآية تتحدث عن إخوة يوسف عليه السلام إلا أنها تصلح دليلاً على مشروعية الكفالة⁽⁴⁾، ونصاً على جوازها كما قال ابن العربي في تفسيره، لأن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما يخالفه أو ينسخه، ولم يرد في شرعنا ما يخالف ذلك، بل جاء فيه ما يؤيده، وهي الأدلة التالية:

ثانياً: من السنة الشريفة: وهي أحاديث كثيرة منها:

1- ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: «العارية مؤداة، والمنحة مردودة»⁽⁵⁾، والدّين مقضي، والزعيم غارم»⁽⁶⁾.

ووجه الاستدلال بالحديث أنه صلى الله عليه وآله أخبر بأن الزعيم-وهو الضامن والكفيل والحميل-غارم، ومعناه أنه يعتبر من الغارمين لأنه ألزم نفسه بأداء ما ضمنه عند مطالبة صاحب الحق، وذلك بدلا عن المدين والأصيل، وذلك بإرادته تبرعا ومعروفا منه، فيتحمّل ما يتحمّله المدين الأصيل من الغرم، وهو ضمان

(1) _سورة يوسف، الآية 72.

(2) _القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج5، ص 202.

(3) _ابن العربي، أحكام القرآن، ج3، ص 64.

(4) _ابن الجلاب، التفرّيع، ج2، ص 285.

(5) _المنحة: أي ما يمنحه الرجل صاحبه أي يعطيه، من ذات درّ ليشرب لبنها، أو شجرة ليأكل ثمرها ونحو ذلك، وقوله "مردودة" أي تردّ إلى صاحبها بعد الانتفاع بها، وفي ذلك إعلام بأنها تتضمن تملك المنفعة لا تملك الرقبة، العظيم آبادي، عون المعبود، شرح سنن أبي داوود، ج9، ص 478.

(6) _الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب: ما جاء في ان العارية مؤداة، وقال عنه "حديث حسن"، ح(1265)، ج3، ص556-557.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

الدين، إذ كل من أزم نفسه معروفًا لزمه، والكفالة معروف وتبرع فتلزمه⁽¹⁾، والمدين الأصيل من الغارمين، وهو من المستحقين للزكاة لحاجته، فدل ذلك على أنّ الكفالة بالدين مشروعة، إذ هي من أفعال البرّ والإحسان.

2- ما رواه البخاري بسنده عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه أنّ النبي صلى الله عليه وسلم أتى بجنابة ليصلي عليها، فقال: هل عليه دين؟ قالوا: لا، فصلّى عليه ثم أتى بجنابة أخرى، فقال هل عليه دين؟ قالوا: نعم، قال: فصلوا على صاحبكم، قال أبو قتادة: عليّ دينه يا رسول الله، فصلّى عليه»⁽²⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أنّ النبي صلى الله عليه وسلم صلّى على ذلك الميت بعد الكفالة. وهذا يدلّ على مشروعيتها لما فيها من حفظ الحقوق، إذ لو لم تكن الكفالة مشروعة، لما أقر الرسول صلى الله عليه وسلم أبا قتادة على كفالته دين المتوفى ولما أذن في القيام بذلك.

3- ما أخرجه مسلم عن قبيصة بن المخارق رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إنّ المسألة لا تحلّ إلا لأحد ثلاثة: رجل تحمّل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك، ورجل أصابته جائحة اجتاحت ماله، فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش، ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوي الحاجة من قومه: لقد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسألة»⁽³⁾.

ووجه الاستدلال من الحديث: أنّه صلى الله عليه وسلم جعل الذي تحمّل حمالة، وهو من أزم نفسه ما تحمّله أو تكفّله أو ضمنه، ممن يجوز لهم المسألة، أي طلب الزكاة، فتعطى لهم، فدلّ ذلك على أنّ تحمّل الكفيل للدين أمر مشروع، كما أنّه صلى الله عليه وسلم أباح المسألة للمتحمّل دون اعتبار حال المتحمّل عنه⁽⁴⁾، دليل على مشروعية الحمالة أو الكفالة توثقا للحقوق.

ثالثا: من الإجماع:

أجمع علماء الأمة على مشروعية الكفالة في الجملة وعلى جوازها في الأصل، وإن اختلفوا في بعض فروعها وتفصيلها، ولقد شرعت فيمن قبلنا وأقرّها نبينا صلى الله عليه وسلم وعليها الناس من لدن الصدر الأوّل إلى

(1) _ القرافي، الذخيرة، ج9، ص207.

(2) _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الكفالة، باب من تكفل عن ميت دينا فليس له أن يرجع، ج3، ص56.

(3) _ مسلم، صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب من تحلّ له المسألة، ح (1044)، ج2، ص722.

(4) _ ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص292، 293.

يومنا هذا من غير نكير⁽¹⁾، فدل ذلك على جوازها وتأكد دورها في التوثيق.

رابعاً: من المعقول:

أقرّ الإسلام مشروعية الكفالة وأجازها لما فيها من التوثيق للحقوق وتأمين أصحابها على استيفائها، ولما فيها من المعروف والبرّ، فهي صورة من صور التعاون على البرّ والتقوى الذي رغب فيه القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾⁽²⁾. وهي عقد من عقود التبرّع والارتفاق، تعين المتعاملين على تحقيق مقاصدهم وحاجياتهم إذ تسهل للمحتاجين قضاء حوائجهم إذا وجدوا من يكفلهم في ديونهم، كما أنّ الدائنين في حاجة إلى التوثيق لحقوقهم وضمان ردّها بوسيلة يطمئنون بها على أموالهم و الكفالة وسيلة تضمن لهم ذلك.

والكفالة تزيد من فعل الخير والبرّ وتشجّع عليه وتوثق الحق، إذ تعطي فرصاً لأهل الفضل لضمان ديون المعسرين، وفي ذلك رفع الحرج عنهم، وإزالة كربتهم وفكّ ضيقهم، فهي جائزة قياساً على العارية والقرض وكذا الرهن، وغيرها من عقود البرّ والمعروف إرفاقاً بالناس⁽³⁾ وتوثقاً للحقوق.

المطلب الثاني: أقسام الكفالة

يبرز دور الكفالة في التوثيق للحقوق، من خلال أقسامها وما يتعلق بكل قسم من الأحكام الدالة على هذا الدور. وفيما يلي بيان ذلك :

تنقسم الكفالة إلى قسمين يتمّ بهما التوثيق للحق: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال⁽⁴⁾.

الفرع الأول: الكفالة بالنفس

وتعرف أيضاً بضمان الوجه عند المالكية⁽⁵⁾، وهي التزام الكفيل إحضار من عليه حق مالي إلى

(1) ابن الجلاب، التفرّيع، ج2، ص 285. ابن رشد، المصدر نفسه، ج2، ص 21. فالعلماء متفقون على مشروعية الكفالة بالمال، وإن اختلفوا في الكفالة بالنفس، ولذلك فهي مشروعة في الجملة من حيث الأصل.

(2) سورة المائدة، الآية: 2.

(3) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، ج6، ص 4143. محمد سليمان الأشقر، بحوث فقهية، ج1، ص 426.

(4) عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 154، 155. ابن عبد البر، الكافي ص 38. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 291.

ابن هشام، المفيد للحكام، ج2، ص 123. ابن جزّي، القوانين الفقهية، ص 353. العدوي، حاشية العدوي، ج2، ص 363، 364.

(5) ابن رشد، المصدر نفسه، ج2، ص 291. ابن جزّي، المصدر نفسه، ص 353.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

الدائن توثقا لحقه، وإذا لم يتمكن من ذلك غرم المال، أي يلتزم بدفع ما على المدين من مال، بناء على قاعدة الالتزام بالتبرعات في مذهبهم.⁽¹⁾

وهي جائزة عند المالكية ومن وافقهم من الحنفية والحنابلة⁽²⁾، خلافا للشافعية إذ لم يجيزوا الكفالة بالنفس، ولم يعتبروها إلا في الأموال⁽³⁾، وذلك لان الحرّ - كما قالوا - لا يدخل تحت اليد ولا يقدر الكفيل عن تسليمه، ومن ثم لا يتحقق الغرض من الكفالة وهو تسليم المكفول عنه، فلا تصحّ الكفالة بذلك⁽⁴⁾.

إلا أن ما ذهب إليه المالكية ومن وافقهم، من جواز الكفالة بالنفس هو الأقرب إلى الصواب، لما استدلوا به على ذلك، كقوله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِنْ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ﴾⁽⁵⁾.

فقد دلت الآية على جواز الكفالة بالنفس، حيث بينت أن يعقوب عليه السلام طلب من أبنائه العهد بالحلف وهو الموثق على الإتيان بابنه يوسف أي يتعهدون ويلتزمون بإحضار ابنه - إلا في حالة عجزهم عن الإتيان به وتخليصه كأن يموتوا جميعا، فدل ذلك على جواز الكفالة بالنفس لأن ما جاء في الآية ضمانه بعينه وكفالة بنفسه⁽⁶⁾، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ما ينسخه أو يخالفه، فكيف إذا جاء في شرعنا ما يوافق، وذلك كالحديث الذي يرويه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة وقال: أخذ من متهم كفيلا تثبتا واحتياطاً⁽⁷⁾، فدلّ الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ كفيلا من متهم تثبتا وتوثقا واحتياطاً، فكان فعله صلى الله عليه وسلم دليلا على جواز الكفالة وثيقة بالنفس.

وكذا الحديث السابق «الزعيم غارم» حيث هو حديث عام لم يفرق فيه بين الكفالة بالمال أو

(1) _ الإمام مالك، المدونة، ج4، ص 129. القرافي، الذخيرة، ج9، ص 207.

(2) _ الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص 344. السرخسي، المبسوط، ج19، ص 162. ابن قدامة، المغني، ج4، ص 357.

(3) _ الشافعي، الأم، ج3، ص 235.

(4) _ الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 205.

(5) _ سورة يوسف، الآية 66

(6) _ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج9، ص 225، وجاء فيه: «هذه الآية أصل في جواز الجمالة بالعين والوثيقة بالنفس»، ابن عبد البر الكافي ص 398، 399، ابن هشام، المفيد للحكام، ج2، ص 123.

(7) _ البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الضمان، باب: ما جاء في الكفالة ببدن، ح(11414)، ج6، ص 127.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

بالتنفس، ودلّ على أن الزعيم أو الكفيل غارم فدلّ على عمومته أنّ ذلك في نوعي الكفالة، بالمال أو بالتنفس.

كما أنّ حاجة الناس تدعو إلى التوثيق لحقوقهم بضمّان المال والبدن ولو لم نقل بجواز التوثيق بالكفالة بالتنفس، لأدى ذلك إلى وقوع الحرج الذي جاءت الشريعة لرفعه ودفعه عن الناس، ولأدى ذلك إلى القول بحبس المتهم في بعض الحالات حتى يتوثق من يسره و عسره ومن إدانته أو براءته، أمّا القول بالكفالة بالتنفس، فإنّ ذلك يغنينا عن حبس المتهم وفي ذلك كل المصلحة⁽¹⁾.

وحتى في حالة تعذرّ إحضار الكفيل للمكفول به، أو امتناعه عن ذلك، فإنّه في هذه الحالة يغرم المال عند المالكية ولو كان من باب التبرع، لأنه ألزم نفسه بذلك فيلزمه، و لذلك يلزم بدفع ما على المدين من حقوق مالية⁽²⁾ كالكفالة بالمال⁽³⁾. ولأنّ الكفالة أو الضمان توثق للحقّ فلا يستوفى له منها، إلّا عند التعذر أو العجز عن استيفائه من المدين كالرهن⁽⁴⁾.

جاء في المدونة عن سحنون: «قلت لعبد الرحمن بن القاسم: رأيت إن تكفل رجل بوجه رجل أيكون هذا كفيلاً بالمال في قول مالك أم لا؟ قال: قال مالك: من تكفل بوجه رجل إلى رجل فإن لم يأت به غرم»⁽⁵⁾. وهو المشهور في المذهب، وفرّق القرافي في ذخيرته بين الكفالة بالتنفس المطلقة والمقيدة، فالمطلقة المشهور سقوطها بإحضار المطلوب أو المكفول أو الغرم إذا لم يحضره، وإن خالف في ذلك ابن عبد الحكم فقال بعدم لزوم المال على الكفيل في الوجهين سواء الكفالة بالتنفس المطلقة أو المقيدة، وأمّا المقيدة فالقرافي لا يلزم فيها المال إلا أن يقدر على إحضاره فلا يمكن منه ويرده فيهرب، فيغرم حينئذ، وإن أحرر بمكانه حبس حتى يحضره⁽⁶⁾ توثقاً لحق المكفول له، فإن مات الكفيل غرم المال ورثته من تركته إلا أن يحضروا المكفول، وهذا إذا لم يشترط ذلك عند العقد، وفي هذه الحالة تنقلب الكفالة

(1) _ ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، ج2، ص 291، 292.

(2) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 129. ابن أبي زمين، منتخب الأحكام، ج1، ص 253. ابن رشد، المصدر نفسه، ج2،

ص 291، 292. ابن عسكرو، ارشاد السالك، ص 170.

(3) _ ابن رشد، المصدر نفسه، ج2، ص 292.

(4) _ ابن جزري، القوانين الفقهية، ص 354.

(5) _ الإمام مالك، المدونة، ج4، ص 129.

(6) _ القرافي، الذخيرة، ج9، ص 207.

بالنفس إلى كفالة بالمال⁽¹⁾، فإن اشترط أنه إن لم يحضر المكفول فلا شيء عليه فإن شرطه ينفعه، وذلك لازم مذهب المالكية حيث يرون أن الكفالة المطلقة إذا لم تقيد بشرط فيها فإنها تنقلب إلى كفالة مالية، فمن باب أولى إذا اشترط الالتزام بذلك في العقد⁽²⁾.

ومن ثمّ إذا لم يتمكن الكفيل من إحضار المكفول في هذه الحالة، فلا غرم عليه والقول قوله في أنه لم يجده، وإن مات فلا شيء على ورثته، إلا أن يثبت أنه كان مفروضاً في إحضاره فيغرم حينئذ⁽³⁾، وهو ما يفسر قول مالك - رحمه الله - بغرم الكفيل بالنفس .

وإن مات الذي عليه الحق وهو المكفول بالنفس، قبل أجل الدين فإن المالكية يجعلون لصاحب الحق أخذ حقه من مال المكفول عنه وهو الميت ولا شيء على الكفيل، فإن لم يكن للمكفول عنه مال لم يكن لصاحب الحق أخذ شيء من الكفيل حتى حلول الأجل⁽⁴⁾، وهو ما يؤكده صاحب إرشاد السالك بقوله: «ويبرأ الكفيل بتسليم المكفول عنه أو المطلوب متمكناً منه، ولا يلزمه المال، إلا أن يموت المكفول عنه، أو يشترط الكفيل البراءة»⁽⁵⁾.

وأما إن غاب المكفول بالنفس أو حبس، فالمالكية على أنه يلزم الكفيل إما إحضار المكفول، أو غرم ما عليه من مال، إلا أن تكون للمكفول عنه أموالاً ظاهرة، فإنها تباع عليه ويستوفى منها⁽⁶⁾.

بينما ذهب ابن القاسم إلى التفصيل: «فإن كان المكفول عنه حاضراً أو مات في الحضر، فلا شيء على الكفيل، وإن كان غائباً فمات نظراً: فإن كان بموضع لو كلف أن يأتي به آتاه به في الأجل أو بعده بشيء، لم يكن على الحميل (الكفيل) غرم، وإن كان بموضع لو كلفه أن يأتي به لم يأت إلا إلى أبعد من

(1) _ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج2، ص 292-293. ابن جزري، القوانين الفقهية، ص 354.

(2) _ ابن رشد، المصدر نفسه، ج2، ص 291-292. ابن جزري، المصدر نفسه، ص 354.

(3) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 129-130. ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، ج1، ص 254. عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 154، 155. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، ج2، ص 291-292. ابن هشام المفيد للحكام، ج2، ص 124-125. ابن جزري، القوانين الفقهية، ص 354.

(4) _ الإمام مالك، المصدر نفسه، ج4، ص 131. ابن أبي زمنين، المصدر نفسه، ج1، ص 252-255. ابن رشد، المصدر نفسه، ج2، ص 291.

(5) _ ابن عسكرو، إرشاد السالك، ص 170.

(6) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 131. ابن أبي زمنين منتخب الأحكام، ج1، ص 251-252.

الأجل بكثير فأراه ضامنا»⁽¹⁾.

وعمدة الملكية في ذلك، أنّ الكفيل بالنفس غارم لصاحب الحق، فوجب عليه الغرم إذا غاب، قياسا على الكفالة بالمال إذ كلاهما شرعت للتوثيق في الحقوق، ولأن الكفالة عموما عقد تبرّع فكل متبرّع بكفالة تلزمه توثقا لمال صاحب الحق، ومن ألزم نفسه معروفا لزمه حتى أنه يثبت بعد الموت ويؤخذ من التركة⁽²⁾.

ولذلك فالكفالة بالنفس تنقلب عند الملكية إلى كفالة بالمال في حالة الإطلاق، أو في حالة اشتراط الكفيل التزامه بغرم المال إن لم يحضر المكفول - كما سبق -، أو في حالة وفاة المكفول عنه أو الكفيل على التفصيل المذكور، وكل ذلك توثقا للحقوق وضمانا لاستيفائها.

الفرع الثاني: الكفالة بالمال

وهي التزام الكفيل بدفع ما على المدين المكفول عنه، للدائن المكفول له من دين التزاما ماليا، وهي المقصودة بالكفالة عند الإطلاق، لأن الأصل في الكفالة أن تكون بالمال إذ محلّها هي الأموال⁽³⁾ وهي المرادة في قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾⁽⁴⁾⁽⁵⁾.

وهي التي يراد بها ضمان الوفاء بما على المكفول من مال، واستيفاؤه عند حلول الأجل إن تعذر استيفاؤه من المدين الأصلي، بل إن الكفالة بالنفس ترجع من حيث الأصل إلى الكفالة بالمال، لأنّها عبارة عن التزام الكفيل بإحضار المدين أي المكفول عنه، للوفاء بما عليه من دين للدائن الأصيل أو المكفول له.

ولذلك جاء في بداية المجتهد ما يؤكد ذلك ونصّه: «وأما محلّ الكفالة فهي الأموال عند جمهور أهل العلم، لقوله ﷺ: «الزعيم غارم» أعني كفالة المال وكفالة الوجه، وسواء تعلقت الأموال من قبل أموال أو من قبل حدود، مثل المال الواجب في قتل الخطأ، أو الصلح في قتل العمد أو السرقة التي ليس

(1) ابن رشد (الجد)، البيان والتحصيل، ج11، ص 320، 321.

(2) القرافي، الذخيرة، ج9، ص 208.

(3) ابن عبد البر، الكافي، ص 398. الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص 211. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 291، 293.

(4) سورة يوسف، الآية: 72.

(5) القرافي، الذخيرة، ج9، ص 191.

يتعلق بها قطع وهي ما دون النصاب أو من غير ذلك....»⁽¹⁾.

أو ما جاء في التلقين: «ولا تصح (أي الكفالة) إلا بحق يمكن استيفاءه من الضامن أو بما يتضمن ذلك كالكفالة بالوجه لمن عليه مال تصح الكفالة بما عليه»⁽²⁾.

والكفالة بالمال في الحقيقة هي التي سبق الكلام في أنها ثابتة بالمنقول والمعقول، وهي المجمع عليها من الصدر الأوّل ومن فقهاء الأمصار⁽³⁾.

والكفالة بالمال لا يبرئ الكفيل فيها إحضار الغريم بل حتى يؤدي المال، بينما الكفالة بالنفس أو الوجه، يبرأ الكفيل من الكفالة بأيّ الأمرين كان⁽⁴⁾ لأنه يكون قد حقق التوثيق في كل.

المطلب الرابع: مقومات الكفالة وأثرها في التوثيق للحقوق

سأتناول في هذا المطلب الحديث أولاً عن مقومات الكفالة وهي أركانها التي تقوم عليها، من حيث بيانها وتحديدها، ثم الكلام عن أثر التوثيق بها من خلال الكلام عن شروطها وبعض أحكامها، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: أركان الكفالة

ذهب المالكية⁽⁵⁾ ومن وافقهم من الشافعية والحنابلة⁽⁶⁾، إلى اعتبار أركان الكفالة عموماً -ويراد بها الكفالة بالمال لأنها المقصودة عند الإطلاق- خمسة بينما أركان الكفالة بالنفس أربعة، وإن كان المالكية في الواقع اعتبروا تلك الأركان ولكن لم يصرحوا إلا بأربعة منها، بينما الصيغة تكلموا عنها في مدوناتهم ولكن لم يذكروها على أنها من الأركان تصريحاً وإنما كان ذلك تلميحاً.

وخالفهم الحنفية⁽⁷⁾ الذين لم يعتبروا أركان الكفالة إلا واحداً وهو الصيغة بناء على اختلافهم في

(1) _ ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 293.

(2) _ عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 154.

(3) _ ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 291-293.

(4) _ عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 155. ابن عبد البر، الكافي، ص 398.

(5) _ المواق، التاج والإكليل، ج5، ص 96. الدردير، الشرح الصغير (هامش بلغة السالك)، ج2، ص 155.

(6) _ الشريبي، مغني المحتاج، ج2، ص 198. البهوتي، كشف القناع، ج3، ص 366.

(7) _ الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص 3405.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

معنى الركن -السابق الذكر- وعليه فأركان الكفالة عموماً عند المالكية ومن وافقهم هي:

الركن الأول: الكفيل: وهو الضامن الذي التزم بأداء الدين عن المدين، وهو الذي ضمّ ذمته إلى ذمة المدين ليصبح ملتزماً معه أو من التزم بإحضار من عليه الدين إلى دائته، ويقال له الضامن والقبيل والحميل والزعيم.

الركن الثاني: المكفول له: هو صاحب الحق محلّ الكفالة الذي التزم له الكفيل، أو من ثبت حقه على المتحمل عنه أو المكفول ولو جهل الحق⁽¹⁾، ويقال له الدائن أو الطالب للكفالة توثيقاً لحقه.

الركن الثالث: المكفول عنه: وهو المدين الأصلي، أو الأصيل الذي قام الكفيل بضمان دينه، وهو الذي عليه الدين اللازم أو الآيل إلى اللزوم، ويقال له الغريم كذلك.

الركن الرابع: المكفول به: وهو الحق محلّ التوثيق الذي تعهد الكفيل بأدائه وتسليمه، كالدين أو العين محلّ عقد الكفالة، مما يمكن استفاؤه من الكفيل، أو هو الشخص المطلوب إحضاره في الكفالة بالنفس أو الوجه، إذ المكفول به والمكفول عنه فيها ركن واحد.

الركن الخامس: الصيغة: وهي كل ما يدل على الالتزام بالكفالة ويقصد بها إيجاب الكفيل وقبول المكفول له، وهي الركن الوحيد عند الحنفية خلافاً للمالكية ومن وافقهم من الجمهور، أو هي الألفاظ التي تنعقد بها الكفالة أو ما يقوم مقامها، وهي إمّا صريحة أو كناية.

فأما الصريحة: فهي كأن يقول: كفلت لك دينك الذي على فلان أو تحمّلته أو تقبلته أو التزمته، أو تكفلت ببدنه أو أنا كفيل أو قبيل أو زعيم بما عليه، أو عليّ ما على فلان، وغيرها من الألفاظ التي تعبّر صراحة عن إرادة الكفيل في ضمّ ذمته إلى ذمة المكفول عنه، في المطالبة بما عليه من حق أو في أداء الدين الذي عليه بحيث لا تكون محتملة لغير هذا اللفظ والمعنى.

وأما الكناية: فهي الألفاظ التي لا تكون قاطعة في الدلالة على إرادة الكفيل في الالتزام بالكفالة، وإمّا تحتمل ذلك كما تحتمل غيره كقوله: دينك الذي على فلان عندي، فكلمة "عندي" تحتمل الوديعة أي هو في يدي أمانة ووديعة، وتحتمل الذمة أي في ذمّتي وذلك بقرينة الدين فيدلّ على الكفالة، والصيغة

(1) _الرصاص، شرح حدود ابن عرفة، ص 230.

بهذه الألفاظ تحتاج في بيان المراد منها إلى نية القائل حتى تنعقد الكفالة⁽¹⁾.

والحق أن مرجع ذلك إلى العرف، فكل لفظ يفهم منه الكفالة عرفاً ويؤدي معناها في التوثيق للحق، يتمّ به عقد الكفالة، كقوله: زوج فلانا وأنا أؤدّي لك الصداق، أو بعه وأنا أعطيك الثمن، أو خلّ سبيله ولا تطالبه، وأنا أعطيك ما عليه، أو هو عليّ وأنا زعيم به، ونحو ذلك ممّا يفيد معنى الكفالة عند الناس، لأنّ الشارع لم يحدّد ذلك بحدّ محدود فيرجع إلى العرف⁽²⁾، ولأنّ العبرة في العقود عند المالكية بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني .

لذلك فإنّ الكفالة تنعقد أيضاً كما نصّ عليه المالكية وغيرهم بالألفاظ المرادفة لها بحسب الشائع في الاستعمال، وتعتبر بذلك من الألفاظ الصريحة في الدلالة على عقد الكفالة⁽³⁾ وتؤدي مؤداها من التوثيق، وذلك كلفظ: الضمان أو الضمانة أو القبالة والزعامة والغرامة، والحمالاة والصبارة وغيرها، وتجدر الإشارة إلى أن في عصرنا الحاضر، تكاد تنحصر صيغة الكفالة في لفظي -الكفالة والضمان- وأمّا غيرها فلم يعد يستعملها الناس.

هذا والمالكية على أنّ صيغة الكفالة تنعقد بالإيجاب وحده دون الحاجة إلى القبول⁽⁴⁾، ووافقهم الشافعية والحنابلة⁽⁵⁾، بدليل الحديث المتقدم الذي رواه البخاري عن سلمة بن الأكوع في الصلاة على الميت، حيث تعهد والتزم أبو قتادة بكفالة الميت وضمان دينه عنه بحضرة ﷺ ولم يعلم قبول المكفول عنه، وقد أقرّه ﷺ على ذلك .

وكذا حديث أبي سعيد الخدري أن علياً رضي الله عنه ضمن وتكفل ميتاً عليه درهمان، فقال رسول الله ﷺ «جزاك الله خيراً عن الإسلام وفك رهانك كما فككت رهان أخيك»⁽⁶⁾.

(1) _ الصاوي، بلغة السالك، ج2، ص 144.

(2) _ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج29، ص 1 وما بعدها.

(3) _ ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 291. ابن جزى، القوانين الفقهية، ص353-354. المواق، جواهر الإكليل، ج2 ص 109. السرخسي، المبسوط، ج1، ص 168. الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 198. البهوتي، كشف القناع، ج3، ص 362.

(4) _ الدسوقي، حاشية الدسوقي، على الشرح الكبير، ج3، ص 344.

(5) _ الرملي، نهاية المحتاج، ج4، ص 324. البهوتي، كشف القناع، ج3، ص 362.

(6) _ البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الضمان، باب: وجوب الحق بالضمان، ح(11399)، ج6، ص 161. الدار قطني، السنن، كتاب البيوع، ح(2984)، ج3، ص 466.

وخالفهم الحنفية في أن صيغة الكفالة تتم بالإيجاب والقبول معا كسائر العقود⁽¹⁾.

الفرع الثاني: أثر التوثيق بالكفالة

يبرز دور الكفالة أكثر في التوثيق للحقوق وأثرها في تأمين الدائنين على أموالهم، من خلال مجموعة من الشروط والمسائل والأحكام التي تتعلق بعقد التوثيق بالكفالة، نص عليها المالكية في مدوناتهم وافقهم عليها بعض المذاهب وخالفهم فيها بعضهم، وبيان ذلك كالآتي:

أولاً: التوثيق بالكفالة من خلال شروطها

للكفالة عند المالكية بشقيها: بالمال وبالتفمس، شروط خاصة بأركانها يجب توفرها حتى يصح ويلزم انعقادها ومن ثم ترتب أثرها في التوثيق للحقوق، كما خالفوا غيرهم في بعض الشروط فلم يقولوا بها وبيان ذلك كما يلي:

1- اشتراطهم أهلية التبرع في الكفيل:

يشترط في الكفيل الذي يلتزم بدين المدين أو بإحضاره، أن يكون ممن يصح منه التصرف في ماله، لأن الكفالة إيجاب مال، فلا تصح ممن يفتقر إلى ذلك، ولأنها عقد من عقود التبرعات فمن صح تبرعه صحت كفالته أو ضمانه⁽²⁾، وعليه فيشترط في الكفيل أن يكون متمتعاً بأهلية أداء كاملة، وذلك بأن يكون أهلاً لإبرام عقد الكفالة، لأنه إذا كان الكفيل ناقص الأهلية أو عديمها، كانت الكفالة مهددة بالزوال، ومن ثم لا يتحقق المقصد منها وهو التوثيق لحق الدائن وضمان استيفائه⁽³⁾.

لكن معرفة مدى توفر هذه الأهلية التي يصح بها توثيق الكفيل، يجب التفرقة بين حالتين له في التزامه بالكفالة:

ذلك أن المعروف أن الغالب على الكفالة والأصل فيها أنها عقد تبرع، بأن يتطوع الكفيل بسداد خدمة مجانية للدائن بإرادة منفردة منه دون إجبار ولكن هذا لا يمنع الكفيل من أن يشترط مقابلاً أو تعويضاً عادلاً نظير الخسارة التي يتحملها والمخاطر التي يلاقيها فيرجع بذلك على المدين بما سدده له من الديون. وهو جاء عن ابن بطال في شرحه لقول مالك: "...إذا تكفل عن ميت فله أن يرجع في ماله،

(1) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5، ص 283.

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3 ص330 الخرشبي، شرح الخرشبي، ج6، ص 22. ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 353.

(3) حسني محمد عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، ص 119-120.

كذلك إن قال: إنما أردت لأرجع في ماله، وإن لم يكن للميت مال وعلم الضامن بذلك فلا رجوع له إن بان للميت مال، قال ابن القاسم: لأنه بمعنى الهبة⁽¹⁾، إلى أن قال في موضع آخر: "وحجة مالك أن أبا قتادة- في الحديث السابق- علم أنه لا وفاء للميت حين ضمن دينه، ولو علم أنه له مالا وتكفل بدينه على أن يرجع به في ماله، لم يمنعه من ذلك كتاب ولا سنة بل هو الذي بينه عليه السلام بقوله: لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس"⁽²⁾. من أجل ذلك، فالكفالة وبالنظر إلى هذه الحالة فهي ليست تبرعا محضا، بمعنى أن صفة التبرع هي الأصل فيها ولكنها ليست من جوهرها ولا من مستلزماتها، ومن هنا فلمعرفة مدى توفر الأهلية في الكفيل ليصح منه التوثيق، يفرق بين حالة كونه متبرعا بالكفالة وبين حالة كونه حاصلًا على عوض فيها:

فإن كان متبرعا - وهو الأصل في عقد الكفالة - فالمالكية على أنه لا بد أن تتوفر فيه أهلية التبرع. وإن كان حاصلًا على عوض ولم يقصد التبرع، فيكتفى فيه أن تتوفر لديه أهلية إبرام التصرفات الدائرة بين النفع والضرر⁽³⁾. وعليه وحتى يكون الكفيل أهلا للتبرع، اشترط المالكية فيه ما يلي:

- **اشتراطهم التكليف:** فلا تصح الكفالة من الصبي ولو كان مميزا أو مأذونا له بالتجارة⁽⁴⁾، ووافقهم الشافعية والحنابلة⁽⁵⁾، وذلك لأنّ الصبي ليس من أهل التبرع، والكفالة من عقود التبرع وهي إيجاب مال، فلم تصح من غير جائز التصرف كالبيع، إلا أن في البيع يصحّ من الصبي إذا أجاز له وليه بخلاف الكفالة، وذلك لأن البيع عقد معاوضة وفيه نفع وفائدة وهي تعليم الصبي وتدريبه على البيع والشراء، بينما الكفالة عقد تبرع ولا فائدة أو نفع للصبي فيه، وكذلك الرهن أجازوه للمأذون له بالتجارة لما فيه من المصلحة له بالمسارعة في تسديد الدين والتخلص منه ثم استرجاع عينه المرهونة، بخلاف الكفالة فلكونها تبرع وإخراج من مال الكفيل، فإنه لا مصلحة للصبي في ذلك ولو كان مأذونا له. وخالفهم الحنفية فإنهم يجيزون كفالة الصبي في حالة إذن الولي له بذلك، كأن يستدين ويأمره بالكفالة

(1) ابن بطال، شرح ابن بطال على صحيح البخاري، ج6، ص426. حسني محمد عبد الدايم، المرجع نفسه، ص120.

(2) ابن بطال، المصدر نفسه، ج6، ص426.

(3) حسني محمد عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، ص120.

(4) ابن جزري، القوانين الفقهية، ص353. الخرشي، شرح الخرشي، ج6، ص122. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3 ص330.

(5) الشريبي، مغني المحتاج، ج2، ص199. ابن قدامة، المغني، ج4، ص599.

عنه للمال⁽¹⁾.

كما لا تصح الكفالة من المجنون مثل الصبي⁽²⁾، فكل منهما ليس من أهل التبرع عند المالكية ولأن الكفالة إيجاب مال بعقد والتزام بفعل التوثيق، فلم يصح منهما ولا ممن في حكمهما، ممن هو غير جائر التصرف⁽³⁾، وهو ما ذهب إليه جمهور العلماء⁽⁴⁾ وفاقا للمالكية.

-**اشتراطهم عدم الإفلاس:** فلا تصح كفالة المفلس عند المالكية ولذلك يشترطون في الكفيل كونه مليئا لأن المفلس محجور عليه فلا تصح تصرفاته ومنها الكفالة⁽⁵⁾ إذ هي التزام من طرفه بالتوثيق لدين المكفول له وتأمينه عليه قبل المدين، فإن عجز المكفول عنه عن سداد الدين، غرمه الكفيل عوضا عنه، وإن كان مفلسا فلا تصح كفالته لانتفاء معناها، وغياب أثرها في التوثيق للحق، لأن فاقد الشيء لا يعطيه ولذلك جاء في الذخيرة: «وإذا تكفل الذي أحاط الدين بماله بطلت»⁽⁶⁾ توثقا لحق صاحب الحق.

وخالفهم الحنفية بناء على قولهم في الحجر ومنعه عن الحر البالغ العاقل، ومن ثم فيصح عندهم كفالة المفلس كسائر تصرفاته⁽⁷⁾ وكذا الشافعية والحنابلة⁽⁸⁾.

والذي يظهر من منع المالكية كفالة المفلس والمحجور عليه، هو خوف الإضرار بأصحاب الدين وإرادة التوثيق لحقهم وحفظ أموالهم، بناء على قولهم بالحجر وليس في ذلك هدر للكرامة الإنسانية أو منافاة لها كما يفهمها الحنفية.

-**اشتراطهم عدم المرض:** والمراد به عند المالكية المرض المخوف وهو ما يطلق عليه مرض الموت،

(1) _ الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص 5412. السرخسي، المبسوط، ج30، ص 84.

(2) _ ابن جزري، القوانين الفقهية، ص 353.

(3) _ ابن جزري، المصدر نفسه، ص 353.

(4) _ الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص 3411. الشريبي، مغني المحتاج، ج2، ص 19. ابن قدامة، المغني، ج4 ص 598.

(5) _ ابن جزري، القوانين الفقهية، ص 353. الخرشي، شرح الخرشي على العدوي، ج6، ص 122. التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، ص 186.

(6) _ القرافي، الذخيرة، ج9، ص 193.

(7) _ ابن عابدين، حاشية رد المختار، ج6، ص 147.

(8) _ الشريبي، مغني المحتاج، ج2، ص 199. الرملي، نهاية المحتاج، ج4، ص 434. ابن قدامة، المغني، ج4، ص 599. البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص 362.

فذلك هو الذي يؤثر في الأهلية، ويمنع التصرفات⁽¹⁾ فإن كان كذلك، وخشي عليه فيه الموت غالباً، فإن حكم كفالته حكم تبرّعه وحكم رهنه وسائر تصرفاته المالية، فلا تصحّ إلا في الثلث وهذا إذا كان الدين غير محيوط بتركته، أمّا إذا كان الدين محيوطاً ومستغرقاً كل التركة، فلا تصح كفالته لإضراره بالورثة وكذا بالغرماء⁽²⁾، وينقل القرافي عن ابن يونس أن حمالة (أي كفالة) المريض جائزة ما لم يدخل على أرباب الدين نقص⁽³⁾ وذلك لنفي الضرر عنهم وتوثقاً لأموالهم.

وأما إن كان مرضه غير مخوّف، فحكمه حكم الصحيح حينئذ في جواز التصرفات، جاء في الموطأ «فإذا كان المرض الخفيف غير المخوف على صاحبه، فإن صاحبه يصنع في ماله ما يشاء، وإذا كان المرض المخوف عليه، لم يجز لصاحبه شيء إلا في ثلثه»⁽⁴⁾. وفي حكم المرض المخوف ركوب البحر، أو الخروج للغزو، ونحوها ممّا يخشى معه الهلاك في الغالب، ولذلك قال مالك في الموطأ تبعاً لما سبق: «...والرجل يحضر القتال.. لم يجز له أن يقضي في ماله شيئاً إلا في الثلث، وإنه بمنزلة الحامل والمريض المخوف عليه ما كان بتلك الحال»⁽⁵⁾.

وفي حاشية الدسوقي ما يبين أن المرض الذي يمنع التصرف ومنه الكفالة، هو ما يكثر منه الموت، ونصّه: «وعلى مريض أو من تنزل منزلته، حكم الطب أي أهله العارفون به، بكثرة الموت به أو بسببه أو منه ولو لم يغلب»⁽⁶⁾.

-**اشتراطهم الذكورة:** ومعناه أن يكون الكفيل ذكراً، لما في الكفالة أو الضمان من مسؤولية التحمل عن الغير توثقاً لماله، سواء كانت بالمال أو بالنفس، فإن كان الكفيل امرأة، فالمالكية لهم تفصيل في المسألة كالاتي:

-**فالمرأة إمّا أن تكون بكراً ولو بعد بلوغها، فهذه تمتنع كفالته كالصبي ولو أذن لها وليّها، قياساً**

(1) _ الإمام مالك، الموطأ، ص 542. الدسوقي، حاشية الدسوقي، بيروت، دار الكتب العلمية 1996م، ج 4، ص 498.

(2) _ الباجي، المنتقى، ج 6، ص 85. القرافي، الذخيرة، ج 9، ص 192-193. الدسوقي، المصدر نفسه، ج 4، ص 498.

(3) _ القرافي، المصدر نفسه، ج 9، ص 193.

(4) _ الإمام مالك، الموطأ، ص 542-543.

(5) _ الإمام مالك، الموطأ، ص 542-543.

(6) _ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 4، ص 498.

على بيعها وهبتها وسائر تصرفاتها⁽¹⁾.

- وإما أن تكون عانسا أو غير ذات زوج كالأيم، فهذه إذا رشدت فيه خلاف، قيل بجواز كفالتها في جميع ما لها كالرجل⁽²⁾، وهو قول ابن القاسم، لأنه يجوز بيعها وعتقها وهبتها وسائر تصرفاتها، ومنعه الإمام مالك في قول له إلا بإجازة وليها وفي قول ثان له "جواز أمرها"⁽³⁾.

- وإما أن تكون ذات زوج فتصح كفالتها في ثلث ما لها فقط كالمریض فإذا زادت على ذلك، كان إضرارا بالزوج فلا تصح كفالتها ولا تلزم إلا بإذنه⁽⁴⁾، قياسا على هبتها وسائر تبرعاتها توثقا لحق الزوج.

وهذا إذا كانت مرضية في حالها غير سفيهة في تصرفاتها مصلحة للمال غير مضیعة له، أو أنها إنما زادت الشيء الخفيف اليسير، مما يكون قرينة على عدم إرادتها الضرر بالزوج فتصح كفالتها⁽⁵⁾، وإن كانت كفالتها بإذن زوجها جازت وإن كانت في جميع ما لها⁽⁶⁾ لعدم وجود ما يمنعها من التصرف كالرجل، ومنه التوثيق لحقوقها أو حقوق غيرها.

جاء في منتخب الأحكام: «قال ابن القاسم: وكذلك كفالتها لا تجوز إلا في ثلثها، لأن الكفالة معروف تصنعه فإن كانت سفيهة ضعيفة في عقلها لم يجز لها من الذي صنعه شيء وإن أحازه زوجها، وإن كانت غير سفيهة وأجاز الزوج معروفها بأكثر من ثلثها فهو ما وصفت لك»⁽⁷⁾.

وإذا تعهدت المرأة ذات الزوج بكفالة النفس دون إذن زوجها، فإنه يكون من حق الزوج أن يرد هذه الكفالة، وذلك بصرف النظر عن مقدار دين من كفلته أو ضمنته في كفالة النفس، وإنما منعت من

(1) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 142-147. ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، ج2، ص 329. القرافي، الذخيرة، ج9، ص 196-197. ابن جزى القوانين الفقهية، ص 353. الخرشى، شرح الخرشى، ج6، ص 22.

(2) _ المصادر نفسها.

(3) _ الإمام مالك، المصدر نفسه، ج4، ص 145. ابن أبي زمنين، المصدر نفسه، ج2، ص 329. القرافي، المصدر نفسه، ج4، ص 196-197.

(4) _ المصادر نفسها.

(5) _ الإمام مالك، المصدر نفسه، ج4، ص 146-148.

(6) _ الإمام مالك، الموطأ، ج4، ص 142-145. الصاوي، بلغة السالك، ج2، ص 156.

(7) _ ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، ج2، ص 331.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

ذلك لما في كفالتها من ضرر بزوجها بخدش كرامته والمساس بسمعته، والتقصير في حقوقه ومصالحه في حين التزم بالقيام بما فيه توثيق لحقوق غيره ومنفعته، وذلك بخروجها بحثاً وتفتيشاً عن المكفول أو المطلوب، وتعرضها للخصومات نتيجة ذلك وممكن للحبس إن لم تف بما تعهدت به، ولذلك جاء في الشرح الصغير: «يحق للزوج ردّ ضمان زوجته إن كان بغير إذنه حتى لو كان دون ثلث مالها، لأنّ الضمان قد يعرضها للحبس أو الخروج للخصومة أو طلب المضمون وفي ذلك معرّة»⁽¹⁾.

وقد اعتمد المالكية في منع كفالة المرأة إلاّ ما كان في حدود الثلث، على أدلة من النصوص الشرعية وهي الأحاديث الشريفة، كقوله ﷺ «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تتصرف في ذي بال من مالها إلاّ بإذن زوجها»⁽²⁾ والثلث ذو بال لقوله ﷺ: «الثلث والثلث كثير»⁽³⁾ ولأنّ الثلث معتبر في الوصية وغيرها فاعتبر هنا أيضاً⁽⁴⁾، ولذلك جاء عن ابن بطال في الأحاديث السابقة أن مالكا-رحمه الله- حملها على الشيء اليسير، أو ما ليس بالكثير المححف وجعل حدّه الثلث فما دونه يكون بغير إذن الزوج، فما زاد على الثلث فلا يجوز لها تصرف فيه إلاّ بإذن زوجها لتعلق حقه في مالها⁽⁵⁾.

وقوله ﷺ «تنكح المرأة لأربع»⁽⁶⁾ فذكر المال، دليل على تعلّق حق الزوج به⁽⁷⁾، ولذلك فهي كالمريض في عدم تجاوز الثلث في المال هبة أو صدقة أو أي تبرّع ومنه الكفالة، توثقاً لحق الورثة بالنسبة له، واحتياطاً لحق الزوج بالنسبة لها.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المالكية فرّقوا بين ما تعقده المرأة من معاوضات كالبيع وما تقوم به من توثيقات كالكفالة، فأجازوا بيع ذات الزوج في جميع مالها كالرجل ولو كره الزوج ذلك، بينما لم يجيزوا كفالتها إلاّ في حدود الثلث من مالها، وعلّتهم في ذلك أن الكفالة معروف وتبرّع ففيه خوف على حق

(1) _ الدردير، الشرح الصغير، (بها مش بلغة السالك)، ج2، ص 164.

(2) _ سبق تخريجه في ص382 من هذا البحث.

(3) _ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب: الوصية بالثلث، ج3، ص 186-187، ومسلم، صحيح مسلم، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، ح(1628-1629)، ج3، ص 1250. الإمام مالك، الموطأ، كتاب الأقضية، باب الوصية في الثلث لا يتعدى، ص541.

(4) _ ابن الجلاب، التفرّيع، ج2، ص256.

(5) _ ابن بطال، شرح ابن بطال على صحيح البخاري، ج7، ص108-109. ابن حجر، فتح الباري، ج5، ص 265-268.

(6) _ مسلم، صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين ح (1466)، ج2، ص 1086.

(7) _ ابن بطال، شرح ابن بطال على صحيح البخاري، ج7، ص109. القرافي، الذخيرة، ج9، ص 197.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

الزوج فيتوثق له، بينما البيع معاوضة وفيه نفع لها ولغيرها، باستثمار المال وحصول الربح ففيه زيادة وتتمير للمال، بينما لا يوجد ذلك في التبرع ومنه الكفالة، وهذا إذا كانت بالغه رشيدة، بأن كانت قادرة على إصلاح المال وتثمينه، -وهو معنى الرشد عند المالكية- فإن كانت سفيهة لا تحسن ذلك، أو كانت ضعيفة في عقلها لم يجز لها شيء من بيع أو هبة أو كفالة أو غير ذلك من التصرفات أجاز ذلك زوجها أو لم يجز⁽¹⁾، وهو ما أشار إليه القرافي في ذخيرته عندما علق على منع المالكية كفالة المرأة- بالتفصيل المذكور- والذي انفردوا به عن بقية المذاهب، بقوله: «ومنشأ الخلاف: أن صحة العبارة ونفوذ التصرف ينشآن عن وصف الرشد حيث وجد»⁽²⁾ حيث جعل علّة جواز التصرف أو عدمه هو الرشد أو ضده، فمتى وجد الرشد صحت منها الكفالة وغيرها من التصرفات، ومتى انعدم لم يصح منها ذلك، فالعلّة التي منعت منها البكر البالغ من الكفالة، هي كونها ليست رشيدة، وذلك لعدم قدرتها على إصلاح المال وتثمينه لقلة خبرتها أو عدمها، لعدم مخالطتها وممارستها للتجارة وغيرها من المعاملات، وكذا لأنها مولى عليها لنفس السبب، ولذلك تكون تصرفاتها مردودة في هذه الحال حفاظا عليها، وتوثقا لحقوقها وحقوق غيرها⁽³⁾.

وكذلك بالنسبة للعانس في بيت أبيها أو الأيم أي غير ذات الزوج إذا تحقق رشدها، بقدرتها على تثمين المال وإصلاحه، فإنها لا تمنع من ذلك، بل تكون في تلك التصرفات مثلها مثل الرجل، إذ هي غير مولى عليها، وكذا المرأة ذات الزوج، تمنع فيما زاد عن الثلث بغير إذن زوجها، أمّا فيما دون ذلك أو فيما أذن لها فيه زوجها إذا وجد الرشد فيها وهو إصلاح المال فيجوز منها ذلك⁽⁴⁾، وإلا إذا لم يتحقق منها الرشد فتمنع من جميع التصرفات سواء كانت تبرعا أو توثقا أو معاوضة، على التفصيل الذي ذكرته أعلاه وهو بذلك يشير إلى مسألتين مهمتين جدريتين بالانتباه، وهما:

-أولهما: أن المالكية لا يطلقون التصرف ومنه التوثق، للرجل أو المرأة بمجرد البلوغ بل بظهور الرشد أيضا، فالرشد عندهم هو سبب كمال أهلية الأداء، إذ يدل على حسن التصرف ومن علاماته

(1) -الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 14. ابن حجر، فتح الباري، ج5، ص 265-266.

(2) -القرافي، الذخيرة، ج9، ص 197.

(3) -القرافي، المصدر نفسه، ج9، ص 197، وج8، ص 234.

(4) -ابن بطال، شرح ابن بطال على صحيح البخاري، ج7، ص 108-109.

إصلاح المال وتثميته⁽¹⁾، وليس البلوغ فقط الذي رآه الحنفية⁽²⁾ مناط التكليف ومبدأه وسبب حمل الواجبات والمسؤوليات، ومن ثم فكأنهم يقولون بأن كمال الأهلية يتوقف عند البلوغ، وهو ليس كذلك، وهو ما صرح به العديد من العلماء حتى غير المالكية من الجمهور، حيث جاء في الأم للشافعي ما نصّه: «الحال التي يبلغ فيها الرجل والمرأة رشدهما حتى يكونا يليًا أموالهما، قال تعالى: ﴿وَابْتُلُوا آلَ نَبِيِّكُمْ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾⁽³⁾ فدلّت الآية على أن الحجر ثابت على اليتامى حتى يجمعوا حصلتين: البلوغ والرشد... ودلّ قوله تعالى: ﴿فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾، على أنهم إذا جمعوا البلوغ والرشد— لم يمكن لأحد أن يلي عليهم أموالهم»⁽⁴⁾.

-ثانيهما: أن المالكية لم يقصدوا من منع المرأة الكفالة—على التفصيل المذكور— التقليل من شأنها أو تصويرها على أنها عديمة الأهلية، وإنما رأيهم في ذلك له وجهته من النظر، حيث علقوا ذلك على عدم كونها مولى عليها بناء على الأصل عندهم في أن البكر ولو بالغًا، تلحق بالصبي، لوجود الولاية عليها حماية لها، فهي ليست من أهل التبرع، والكفالة معروف وتبرع فلا تصح منها.

كما علقوا ذلك على تحقق الرشد فيها، الذي هو إصلاح المال وتثميته والذي يكون بالخبرة والممارسة، ولذلك رأيهم يميزون الكفالة وغيرها من التصرفات، للعانس الرشيدة ويجعلونها كالرجل في ذلك وذلك لأنها غير مولى عليها فتلي أمر نفسها، وكذا المرأة ذات الزوج إن أذن لها زوجها بالكفالة، وجواز بيعها وشرائها إن كانت رشيدة ولو لم يأذن زوجها، إذن فهم إنما منعوا ذلك إن لم يتحقق الشرطان دفعا للضرر الذي جاءت الشريعة لإزالته، وتوثقا للمال الذي دعت إلى كسبه والحفاظ عليه بحسن تصريفه.

2-عدم اشتراط كمال الأهلية في المكفول له:

المكفول له هو صاحب الدين الذي التزم به الكفيل، وهو الذي شرعت الكفالة توثقا لحقه، إلا أنه ونظرا لاختلاف العلماء حول طبيعة الكفالة، هل هي عقد يتم بين طرفين أي إرادتين، أو هي تصرف انفرادي بإرادة الكفيل وحده؟ فإن الفقهاء اختلفوا في شروط المكفول له، والمالكية على أن الكفالة

(1) _ ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 291.

(2) _ الأنصاري، فواتح الرحموت، ط1، مصر المطبعة الأميرية ببولاق، 1904، ج1، ص 154.

(3) _ سورة النساء، الآية: 6.

(4) _ الشافعي، الأم، ج3، ص 220.

الفصل الرابع: التوثق بالعقود

تصرف انفرادي تتم بإرادة الكفيل فقط⁽¹⁾، ومن ثم كان رأيهم عدم اشتراط كمال أهلية الأداء في المكفول له، ما دامت الكفالة عندهم تصرف انفرادي يتم برضا وإيجاب وإرادة الكفيل وحده، فلا عبرة لذلك بكونه متمتعا بأهلية التعاقد لأنه لا حاجة لقبوله أصلا، و وافقهم الحنابلة والشافعية⁽²⁾، بينما خالفهم الحنفية⁽³⁾، فاشتروا ذلك باعتبار أن الكفالة عندهم عقد من العقود فهي تفتقر إلى هذه الشروط.

ونظرا لكون الكفالة عند المالكية تصرفا انفراديا يتم بإرادة الكفيل وحده، فإنهم لم يقولوا بكثير من الشروط التي أوجبها غيرهم في المكفول عنه، ورأيهم في ذلك له وجهته من النظر لا تتعارض مع مقصد الكفالة وهو التوثق للحقوق، وبيان ذلك كالآتي:

- عدم اشتراطهم رضا المكفول له:

حيث ذهب المالكية إلى عدم اشتراط رضا و إذن المكفول له، لاعتبارهم الكفالة تصرفا انفراديا من طرف الكفيل الذي يلتزم بذلك بإرادته وحده، فلا حاجة إلى قبول ورضا المكفول له، وذلك لأن الكفالة وثيقة بدينه لا قبض فيها فصحت من غير رضاه كالشهادة بجامع التوثق في كل، ولكونها التزاما بحق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر⁽⁴⁾. وكذلك أن في الكفالة نفع للطالب (المكفول له أو الدائن) بالتوثق لدينه بانضمام ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل (المدين) في المطالبة أو في الأداء، وليس في ذلك ضرر على المكفول له، فلا حاجة لقبوله أو رضاه.

وقد استند المالكية ومن وافقهم إلى أدلة من المنقول بالإضافة إلى أدلة المعقول السابقة، منها الحديثان الذي سبق ذكرهما وهما:

1- حديث سلمة بن الأكوع، أن النبي ﷺ أتى بجنابة فقال: هل عليه دين؟... فقال أبو قتادة: علي دينه يا رسول الله».

2- حديث أبي سعيد الخدري، أن علي ﷺ تحمّل على ميت درهم، فدعا له النبي ﷺ إقرارا منه على

(1) _ الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص334 وحاشية الدسوقي، ج3، ص334.

(2) _ الرملي، نهاية المحتاج، ج4، ص424. البهوتي، كشف القناع، ج3، ص366.

(3) _ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5، ص283.

(4) _ ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص294. الدردير، الشرح الصغير، ج3. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص334.

كفالتة، ثم جعلها للناس عامة⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال من الحديثين: أن النبي ﷺ أقرهما أي الصحابين رضي الله عنهما على كفالتهما مع كونها عن ميت ولم يكن في الحديث إشارة إلى رضا أو قبول المكفول له، دليل على عدم أهمية ذلك، ما دامت الكفالة في صالحه لما فيها من التوثيق لحقه.

—عدم اشتراطهم معرفة المكفول له من طرف الكفيل:

ذهب المالكية إلى عدم اشتراط معرفة المكفول له من الكفيل عند عقد التوثيق بالكفالة، ولا ضرورة لذلك⁽²⁾، ووافقهم الحنابلة⁽³⁾، وقد استدلوا على ذلك بالمنقول والمعقول.

—فمن المنقول: حديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه -في دين الميت- السابق ووجه الشاهد فيه، أن أبا قتادة رضي الله عنه كفل لشخص لم يعرفه، وأجاز ذلك النبي ﷺ وذلك بصلاته على ذلك الميت ولم يسأله عن معرفته للمكفول له ولم يأت ذكره في الحديث، فدل ذلك على عدم اشتراط معرفة المكفول له للكفيل. وأما من المعقول: فإن الكفالة المقصود منها ضمان الحق والتوثيق له، وإذا ظهر المكفول له وطالب بحقه قام الكفيل بأداء ما التزم به من الوفاء بدين غيره (وهو المدين الأصلي) ولا حاجة لمعرفته بالمكفول له أصلاً.

كما أن الكفالة وثيقة لا يعتبر فيها قبض، فقد أشبهت الشهادة والشهادة لا يشترط فيها معرفة المشهود له، فكذلك الكفالة بجامع التوثيق في كل، فلا يشترط فيها معرفة الكفيل للمكفول له بعينه حتى يؤدي الحق له، بل يمكن للمكفول له المطالبة بحقه عن طريق وكيله، فلا حاجة لمعرفة الكفيل له، وكذا لا يشترط حضوره حتى في مجلس العقد للأدلة السابقة⁽⁴⁾، زد على ذلك أن الكفالة من العقود الملزمة من جانب واحد وهو الكفيل وليست من العقود التبادلية التي تقتضي إرادة الطرفين، الكفيل والمكفول له، ومن ثم فهي تتم بإرادة منفردة واحدة وهي إرادة الكفيل للتوثيق لحق المكفول له، فيترتب عليها التزام

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 296. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص 334. البهوتي، اكتشاف القناع، ج3، ص 366.

(2) القرافي، الذخيرة، ج9، ص 200-201. المواق، التاج والإكليل، ج5، ص 100 (بمامش مواهب الجليل). الدردير، الشرح

الكبير، ج3، ص 334. الدسوقي، المصدر نفسه، ج3، ص 334.

(3) البهوتي، كشف القناع، ج3، ص 366.

(4) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص 344.

الكفيل بالوفاء بدين المكفول له الذي في ذمة المكفول عنه، وليس في ذلك أيّ ضرر على المكفول له فلا يشترط معرفته، خلافاً للشافعية والحنفية⁽¹⁾ الذين اشترطوا معرفة المكفول له من طرف الكفيل، لأنّ الجهل بالمكفول له عندهم يؤدي إلى عدم حصول التوثيق الذي لأجله شرعت الكفالة، ولأنّ الكفالة عندهم كأى عقد تفتقر إلى الرضا، إذ هي إثبات مال لآدمي، فلم يثبت إلاّ برضاه كالبيع الذي يشترط فيه رضا كل من يتعلق به ذلك المال، من منقول إليه ومنقول عنه وكذا الضامن، إلاّ أن عند المالكية هي ليست كالبيع والفرق بينها وبين البيع، أن المنتفع في البيع بذل عوضاً فيشترط رضاه لأجل ما بذله، بخلاف الكفالة⁽²⁾ فهي تبرع غيره بالتوثيق لماله دون أن يبذل هو شيئاً .

كما أن الكفالة عندهم حق مالي يتعلق بالمكفول له، فيشترط رضاه كالبيع والحوالة، ولأنّ الكفيل جهة الوفاء فيفتقر إلى رضا المستوفي وهو المكفول له قياساً على الرهن، وردّ المالكية عن ذلك بالتفريق بين الكفالة وبين البيع - كما سبق أعلاه - وكذا بالتفريق بينهما وبين التوثيق بالرهن إذ هو يفتقر إلى القبض والقبض بغير رضا الراهن محال، فبخلاف التوثيق بالكفالة⁽³⁾.

3- عدم اشتراطهم كمال الأهلية في المكفول عنه

وهو المدين الأصلي الذي يلتزم الكفيل بضمان دينه والوفاء به للمكفول له، لأنّ الدين قد وجب عليه هو والكفيل تابع له⁽⁴⁾. وقد خالف المالكية غيرهم في بعض الشروط الخاصة بالمكفول عنه كطرف في عملية التوثيق بالكفالة، فلم يشترطوها لعدم الحاجة إليها في عقد الكفالة، ولعدم منافاة ذلك لمعنى الكفالة في التوثيق، ولذلك لم يشترطوا كمال الأهلية في المكفول عنه، فلا يشترط كونه بالغاً أو عاقلاً، إذ يجوز الضمان أو الكفالة عن الصبي والمجنون، لأنّ القصد من الكفالة ضمان حق الدائن والتوثيق له من قبل عاقل بالغ وهو الكفيل وقد وجد، فلا أهمية لهذا الشرط في المكفول عنه، بل لا تشترط الأهلية أصلاً

(1) _ ابن عابدين، حاشية رد المختار، ج5، ص 308. الشريبي، مغني المحتاج، ج2، ص 200.

(2) _ القرافي، الذخيرة، ج9، ص 200-201.

(3) _ القرافي، المصدر نفسه، ج9، ص 200.

(4) _ وذلك لأنّ التزام الكفيل لا يقوم مستقلاً بذاته، بل ينشأ مستنداً إلى التزام المدين المكفول عنه (الأصيل) وذلك بقصد توفير الضمان للدائن، حيث يكون أمامه ذمتين ماليتين للتنفيذ عليهما وهما ذمة المدين وذمة الكفيل، بدل ذمة واحدة وهي المدين، ومعناه أن التزام الكفيل يكون تابعاً لالتزام آخر هو التزام المدين، فهو يعتبر مديناً تبعياً أو احتياطياً . حسني محمود عبد الدائم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، ص 60 .

فيه، فتجاوز كفالة عديم الأهلية، وقد مرّ أن الصحابييين أبا قتادة وعليّ رضي الله عنهما قد كفلا دين الميت ولم ينكر عنهما النبي صلى الله عليه وسلم ذلك، فدلّ على عدم اشتراط أهلية المكفول عنه في عقد التوثيق بالكفالة. كما حرص المالكية على قيام الكفالة بدورها في التوثيق وأكدوا عليه، مع عدم قولهم بقيام بعض الشروط في المكفول عنه قال بما غيرهم طالما حقق عقد الكفالة هدفه في التوثيق للحقوق، ومن ذلك:

-عدم اشتراطهم رضا المكفول عنه:

فلم يشترط المالكية رضا المكفول عنه أو إذنه لإنشاء الكفالة، لأنه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه جاز، فكذلك إذا تكفل بما عليه من غير رضاه أيضا لحصول مصلحته من الكفالة وهي التسديد عنه بما عليه من الدين توثيقا لحق المكفول له ⁽¹⁾، وليس في ذلك خلاف بين المالكية وغيرهم من المذاهب ⁽²⁾، وسواء عند من اعتبر الكفالة عقدا طرفاه الكفيل والمكفول له وهم الحنفية، أو من اعتبرها تصرفا بإرادة منفردة هو الكفيل كما هي الحال عند المالكية وغيرهم من الجمهور.

-عدم اشتراطهم معرفة المكفول عنه:

كذلك لا يشترط المالكية كون المكفول عنه معلوم الهوية للكفيل ⁽³⁾ لعدم توقف تحقق التوثيق بالكفالة على ذلك تيسيرا على الناس وتمكيناً لهم من التوثيق لحقوقهم، ووافقهم الجمهور ⁽⁴⁾ عدا الحنفية ⁽⁵⁾ فاشتروا علم الكفيل بهوية المكفول عنه لأن الجهل به لا يؤدي إلى حصول ما شرعت الكفالة له وهو التوثيق ⁽⁶⁾. واستدل المالكية على رأيهم بحديث أبي قتادة وحديث عليّ رضي الله عنه أن كلا منهما كفّل من لا يعرفه، وأقرهما النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك دون أن يسألهم عن معرفتهما للمكفول عنه، ولأن الكفالة تبرع بالتزام حق فلم تشترط معرفة المتبرع عنه أو المؤدى عنه، فالجهالة بالمكفول عنه غير ضارة بالعقد وغير مانعة من تحقق التوثيق، لأن الكفالة صحّت دون إذنه ورضاه وكذا حصول الغرض منها وهو التوثيق للحق،

(1) _ ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2 ص 378. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2 ص294. ابن عسكّر، إرشاد السالك، ص169. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3 ص334.

(2) _ ابن عابدين، حاشية رد المختار، ج5، ص283. الرملي، نهاية المحتاج، ج4، ص426. البهوتي، كشف القناع، ج3، ص366.

(3) _ الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص334. والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص334.

(4) _ الشريبي، مغني المحتاج، ج3، ص303. البهوتي، كشف القناع، ج3، ص82.

(5) _ الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص604.

(6) _ القرافي، الذخيرة، ج9، ص200-201. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص334.

فكذلك تصحّ دون معرفته⁽¹⁾ .

وتجدر الإشارة هنا، أنّ متأخري المالكية والموثقين منهم كانوا عند تدوينهم لعقد الكفالة يكتبون في وثائقهم، أنّ ذلك كان بإذن المضمون عنه للضامن أو المكفول عنه للكفيل، وذلك خروجاً عن خلاف من يقول باشتراط هذا الإذن مع أنّ المشهور في المذهب عدم اشتراطه، ما يؤكد أنّ كتابة الوثائق كان يراعي فيها العمل الجاري، وليس المشهور في المذهب، إذا كان في ذلك تحقيق لمصلحة الناس في التوثيق لحقوقهم وعدم فواتها وتعطيلها وهو ما يتفق مع مقاصد الشريعة التي جاءت لتحقيقها وحفظها.

– عدم اشتراطهم قدرة المكفول عنه على تنفيذ محلّ الالتزام

لم يشترط المالكية أيضاً في المكفول عنه القدرة على تنفيذ محلّ الالتزام، وهو تسليم المكفول به (الدين) فتصحّ عندهم كفالة غير القادر على تسليم دينه وقت الكفالة – لقولهم بكون الدين لازم ثابت أو آيل في المستقبل إلى اللزوم – كما في الرهن، وكذا كل من وجب عليه حق، سواء أكان حياً أو ميتاً مليئاً أو مفلساً⁽²⁾ لما في ذلك من تحقيق التوثيق للحقوق وتأمين الناس على أموالها، ووافقهم الشافعية والحنابلة، وكذا صاحباً أبي حنيفة⁽³⁾ ودليلهم صحّة إبراء المتوفى عن دين وإن لم يكن قد ترك مالا، وكذلك صحّة التبرع بالأداء عنه⁽⁴⁾.

وذلك لأنّ أبا قتادة رضي الله عنه ضمن وكفل دين الميت، وكذا علي رضي الله عنه ولم يخلف الميت وفاء لدينه، وكانت الكفالة بحضرة النبي صلى الله عليه وآله وسلم ولم ينكر عليهما كفالتهما، ولو كان ما فعلاه يجانب الصواب لما أقرّهما عليه صلى الله عليه وآله وسلم ولبيّن ذلك ولما سكت عنه، ولكن صلواته صلى الله عليه وآله وسلم على الميت الذي تكفل أبو قتادة بسداد دينه، ودعاؤه لعلي رضي الله عنه دليل على صحّة الكفالة بالدين عن الميت المفلس الذي لا يترك وفاء لدينه، ولأنّ الكفالة تبرع بالتوثيق لحق المكفول له بسداده من المدين المكفول عنه فإن عجز قضي عنه الكفيل، فجاز التبرع عن غير القادر عن قضاء دينه حياً أو ميتاً، ولأنّ الكفيل لا يطالب بالقضاء إلاّ أن يتعذر الاستيفاء

(1) _الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص 210. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص 338.

(2) _عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 155. الباجي، المنتقى، ج6، ص 378. ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2، ص 378.

ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، ج2، ص 294. ابن جزري، القوانين الفقهية، ص 352، 353. الدسوقي، ج3، ص 331.

(3) _الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص 605. النووي، المجموع، ج4، ص 8. ابن قدامة، المغني، ج5، ص 73(74/7).

(4) _ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2، ص 379.

من الأصيل⁽¹⁾.

وخالفهم الحنفية، فقالوا باشتراط كون المكفول عنه قادرا على تسليم المكفول به سواء بنفسه أو بنائبه، فلا تصح عندهم الكفالة بالدين عن ميت مفلس⁽²⁾.

4- أثر التوثيق بالكفالة من خلال شروط الحق المكفول به

أو محلّ الكفالة، وهو الحق الذي التزم به الكفيل، وهو إما أن يكون مالا، وهي الكفالة بالمال، أو كما يطلق عليها أيضا: الضمان أو الحمالة، وقد يكون نفسا، فيسمى حينئذ كفالة بالنفس أو كما يسميها المالكية أيضا كفالة بالوجه أو بالطلب، وقد اشترط المالكية في ذلك شروطا تبرز دور وأثر الكفالة في التوثيق.

1- إن كان المكفول به مالا: فهو إما أن يكون ديناً أو عيناً، وهو ما يسمّى بكفالة المال.

أ- فإن كان المكفول به ديناً: فقد اشترط فيه المالكية لصحة الكفالة وتحقق التوثيق به ما يلي:

أ- أن يكون مضموناً على الأصيل بنفسه: حتى يصحّ ضمانه من طرف الكفيل، وعليه فلا تصحّ الكفالة بالوديعة والأمانة والعارية بيد المستعير وغيرها لأنها غير مضمونة على المودع عنده، فالدين غير مضمون على الأصيل (المدين) فكذلك الكفيل، لأن التزام الكفيل تابع لالتزام الأصيل وما لا يستقر على الأصيل لا يستقر على الكفيل لأنه فرعه⁽³⁾.

ب- أن يكون الدين ثابتاً لازماً أو آيلاً للزوم: ومعناه الدين الذي لا يمكن للمدين إسقاطه إلاّ بالأداء أو الإبراء، فإن كان كذلك صحّ به التوثيق بالكفالة، فالدين غير اللازم لا تصحّ الكفالة به، إلاّ أن يكون آيلاً إلى الزوم وهو الدين الذي لا يكون ثابتاً وقت الكفالة ولكنه يؤول إليه، كضمن المبيع والأجرة، وعوض القرض وأرش الجناية... وغيرها⁽⁴⁾.

(1) ابن بطال، شرح ابن بطال على صحيح البخاري، ج6، ص427. ابن عسكر، إرشاد السالك، ص169.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص605.

(3) القرافي، الذخيرة، ج9، ص206. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص334.

(4) ابن العطار، الوثائق والسجلات، ص156. ابن عبد البر، الكافي، ص398. القرافي، الذخيرة، ج9، ص206. الدسوقي، حاشية الدسوقي (على الشرح الكبير)، ج3، ص333.

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حَمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَاءٌ بِهِ زَعِيمٌ﴾⁽¹⁾. فالآية دالة على جواز كفالة الدين غير اللازم، وذلك لكون الجعل غير لازم وقت الكفالة ومع ذلك جازت الكفالة به، ولأن الحاجة داعية إلى الكفالة بالدين غير اللازم حالا أو الآيل إلى اللزوم فتجوز حينئذ، فكذلك تجوز في الدين الثابت اللازم المستقر أيضا، بجامع الحاجة إلى التوثيق في كل⁽²⁾، ووافقهم الجمهور⁽³⁾ ما عدا الشافعية⁽⁴⁾. ولهذا أجازوا ضمان الدرك أو الكفالة بالدرك⁽⁵⁾، وهي ضمان خلوص المال المبيع من كل حق قد يلحق المبيع لغير البائع، ففيه ضمان وتوثيق واحتياط لحق المشتري إذا ظهر المبيع مستحقا، كأن يظهر مملوكا لغير البائع، أو مرهونا أو وقفا، فإن كان كذلك ضمن الكفيل رجوع الثمن للمشتري أو إحضار البائع للقضاء إن كانت كفالة بالتفيس، فالمالكية كغيرهم من المذاهب على صحة هذا النوع من الكفالة، فقد جاء في المدونة: «أرأيت لو أني بعت من رجل بيعا وأعطيته به كفيلا بما أدركه من درك أتجوز هذه الكفالة أم لا؟ قال: إن كان أعطاه كفيلا بما أدرك من درك فقال: ما أدركك فيها من درك فعلي أن أرد الثمن، فالكفالة في هذا جائزة»⁽⁶⁾. بل حتى المخالفين لهم في عدم صحة الكفالة بالدين غير الثابت حالا أو الآيل إلى الثبوت واللزوم، وهم الشافعية استثنوا هذه المسألة وهي: -الكفالة بالدرك- من عدم جوازهم لكفالة الدين الآيل إلى اللزوم، وذلك للضرورة أيضا والحاجة الداعية إلى ذلك وهي التوثيق للحقوق⁽⁷⁾.

ويترتب على هذا أن المالكية لا يشترطون كون الدين المكفول به ثابتا حال العقد، فيجوز عندهم كفالة الدين الذي لم يجب بعد وتصح قبل وجوب الحق وبعده⁽⁸⁾ كما في الرهن تيسيرا على الناس وتمكينها لهم في التوثيق لحقوقهم عند الضرورة، ودليلهم الآية السابقة، إذ دلت على جواز كفالة حمل بعير مع أنه

(1) _ يوسف، الآية 72.

(2) _ القرافي، الذخيرة، ج9، ص 206.

(3) _ ابن عابدين، حاشية رد المختار، ج5، ص 302. البهوتي، كشف القناع، ج3، ص 367.

(4) _ الشريبي، مغني المحتاج، ج2، ص 200.

(5) _ الدرك هو اللحاق، الفيومي، المصباح المنير، ج1 ص 73.

(6) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 138.

(7) _ النووي، المجموع، ج14، ص 36.

(8) _ ابن الجلاب، التفرغ، ج2، ص 287. عبد الوهاب البغدادي، التلقين ص 155. ابن عبد البر الكافي، ص 398. الباجي، المنتقى، ج6، ص 83. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 294. ابن هشام، المفيد للحكام، ج2، ص 124. ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 353.

لم يكن قد وجب بعد، فدل ذلك على جواز الكفالة قبل ثبوت المكفول به، ومن ذلك جواز ضمان النفقة المستقبلية للزوجة، وضمن جعل الجعالة بعد الشروع في العمل⁽¹⁾، وغير ذلك من الأمثلة قال صاحب الشرح الصغير ما نصّه: «وشرط الدين لزمه للمضمون في الحال بل ويلزم المضمون في المال أي المستقبل، كجعل فإنه قد يؤول للزوم كما لو قال شخص لآخر: إن أتيت لي بعدي الآبق مثلا فلك دينار، فيصح ضمان القائل فإن أتى المخاطب بالعبد لزم الضامن الدينار إن لم يدفعه رب العبد للعامل، وكذا دايين فلانا وأنا أضمنه أو إن ثبت لك عليه دين فأنا ضامن»⁽²⁾.

—عدم اشتراطهم كون الدين المكفول به معلوما: وعليه فالمالكية لا يشترطون أيضا في الدين المكفول به كونه معلوم القدر والصفة والعين، لأن الكفالة تبرّع، والتبرع يصح مع الجهالة كالنذر فتصح كفالة المعلوم والمجهول أيضا، وذلك مطلقا في الحال والمال⁽³⁾. جاء في الكافي ما نصّه: «ولا بأس بضمن المجهول عند مالك، و من ضمن لرجل مالا وهو لا يعرف قدره لزمه ما قامت به البيّنة عليه»⁽⁴⁾.

ووافقهم الحنفية والحنابلة وإن أجازوا ذلك في المجهول الآيل إلى العلم وليس مطلق الجهالة⁽⁵⁾.

واستدل المالكية ومن وافقهم بالآية السابقة، التي تبين جواز الكفالة بحمل بعير، وحمل بعير غير معلوم لأنه يختلف باختلاف البعير، فدل ذلك على جواز الكفالة بالمجهول.

كما استدلو أيضا بأن الكفالة عقد تبرع كالنذر، لا يقصد بها سوى ثواب الله تعالى، أو رفع ضيق عن حبيب، فالكفيل ألزم به نفسه راضيا متطوعا متبرعا وهو يتحمل مسؤولية غرامته بعد ذلك، فلا يبالي بما التزم في ذلك، بدليل إقدامه على تحمّل الدين وكفالاته بلا تعيين له للمقدار ولا لصفته، فكان مبناها على التوسع فتحملت فيها الجهالة⁽⁶⁾.

(1) _ القرافي، الذخيرة، ج9، ص 206.

(2) _ الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص 155-156.

(3) _ ابن الجلاب، التفریع، ج2، ص 285، عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 155. ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، ج10، ص151، ابن رشد، المقدمات، ج2، ص 376. ابن هشام المفيد للحكام، ج2، ص 376.

(4) _ ابن عبد البر، الكافي، ص 398.

(5) _ ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج5، ص 303. البهوتي، كشف القناع، ج3، ص 367.

(6) _ الباجي، المنتقى، ج6، ص 83. الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ص 320. السرخسي، المبسوط، ج19، ص 177. ابن قدامة، المغني، ج5، ص 72.

بينما خالفهم الشافعية فمنعوا كفالة المجهول، لأنه التزام مال فلم يصح مجهولا كالثمن قياسا على البيع⁽¹⁾.

ومع ما في قول المالكية بجواز كفالة المجهول، من توسعة على الناس في التوثيق لحقوقهم، وأن الكفيل إنما يلزم بذلك نفسه متبرعا متطوعا، متحملا غرامة ذلك، وأن الجهالة بالمال لا تضر الكفيل لأنها ستعلم آجلا أم عاجلا، إلا أن هذه الجهالة قد لا تقبل بهذا الإطلاق الذي قال به المالكية، ولو حددوا ذلك بجواز كفالة المجهول الآيل إلى العلم بالذات-وهو ما قال به الحنفية والحنابلة ويشتركون فيه مع المالكية أيضا-لكان مقبولا، لأنه حيث لن يكون فيه مضرّة ولن يؤدي إلى الخصومة التي تنتج عن الجهالة غالبا، لأن هذه الجهالة ستعلم آجلا أم عاجلا، بخلاف المجهول مطلقا حالا ومآلا، قد تكون فيه الجهالة فاحشة، وقد تؤدي إلى عجز الكفيل عن أداء ما عليه، وبالتالي إذا تعذر ذلك فلن تحقق الكفالة المقصود منها الرئيسي وهو التوثيق للحق، ولهذا يمكن القول أن مع إجازة المالكية كفالة المجهول جهالة مطلقة فقد أضافوا شرطا آخر حتى تقبل هذه الجهالة وهو أن يكون مما يمكن استيفاؤه من الكفيل⁽²⁾ حتى يتحقق التوثيق من عقد الكفالة. ولهذا يفهم ما اشترطه جمهور المالكية من جانب آخر من شروط توضح المعنى السابق ومن ذلك:

-كون المكفول به مقدور التسليم على الكفيل: ومما يمكن استيفاء الحق منه، وعليه فلا تصح الكفالة عندهم في الحدود والقصاص لأن مقصد الكفالة هو التوثيق للحق المالي الذي يمكن استيفاؤه وذلك لا يتحقق في الحدود وغيرها من الحقوق المتعلقة بالأبدان⁽³⁾، لأنه في هذه الحال لا يمكن للكفيل أن يحل محل المكفول عنه إذا تعذر أخذ المكفول به منه، لأن استيفاء ذلك من الحدود متعذر، لتعذر استيفاء الحق من الجاني نفسه، إذ هي أمور متعلقة بمعيّن فلا تتعلق بالذمم ولأن مبنائها على الدرء والإسقاط بينما الكفالة شرعت للتوثيق والتأكيد، فإن قلنا يجوز الكفالة بما فذلك تأكيد لها وتثبيت⁽⁴⁾، وأما الكفالة بإحضار بدن من عليه الحد أو القصاص فذلك جائز، لأن في هذه الحالة الكفيل لا يضمن

(1) _ الشريبي، مغني المحتاج، ج2، ص 202.

(2) _ عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 154. القرافي، الذخيرة، ج9، ص 206.

(3) _ ابن الجلاب، التفريع، ج2، ص 285. ابن عبد البر، الكافي، ص 398. ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2، ص 399-400. ابن

رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، ج2، ص 29. ابن جزري، القوانين الفقهية، ص 353.

(4) _ الباجي، المنتقى، ج6، ص 84. ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2، ص 399-400. الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص 321.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

إقامة الحد عليه أو القصاص، وإنما يضمن إحضار الجاني لإقامة الحد عليه، وهو ما يسمى عندهم بضمان الطلب فذلك جائز⁽¹⁾ لما فيه من تحقيق التوثيق.

ومن ثم فلا يجوز كفالة غير مقدور التسليم لما فيه من الغرر والجهالة⁽²⁾، ويرى بعض المالكية جواز ذلك فيما يؤول منها إلى المال، كالدية وأرش الجناية وغيرها فيجوز الكفالة بذلك توثقا لحقوق الناس⁽³⁾.

إلا أن هذه الكفالة على ما يبدو قد انقلبت إلى كفالة بالمال، لأنها أصبحت متعلقة بالمال وليس بالنفس أو الوجه أو البدن، وحينئذ فهي في الأصل جائزة.

ب- أن يكون المكفول به عيناً:

وكفالة العين بمعنى التزام الكفيل برد العين إذا كانت قائمة أوردّ مثلها أو قيمتها إن تلفت. والمالكية على عدم جواز الكفالة بالأعيان لأنها غير ثابتة في الذمة مما يقتضي بأنه لا ضمان فيها بمعنى تسليمها بذاتها⁽⁴⁾.

ولذلك لم يجيزوا كفالة مال القراض والعارية والوديعة وكذا عين المغصوب، على أن يأتي بعينها إذا تلفت، أما إذا كانت الكفالة بما على أنها إذا تلفت بتعد أو تفريط التزم برد مثلها أو بدفع قيمتها، فتصح الكفالة حينئذ وتكون لازمة، لأنها معلقة على لزوم وثبوت الدين وذلك جائز عندهم⁽⁵⁾ - كما سبق بيانه - بل إنه يجوز عندهم في غير المشهور اشتراط ضمان هذه الأعيان على الأمين مطلقا توثقا للحقوق خوف استحواذه عليها بعد أن كانت أمانة في يده، بادعائه ضياعها أو تلفها، لأن الأمين رضي بذلك الالتزام الذي لم يكن يلزمه واختاره، والتراضي هو مناط حل أموال العباد والمسلمون على شروطهم⁽⁶⁾،

(1) _ ابن رشد (الجد)، المصدر نفسه، ج2، ص 399. الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص 164.

(2) _ الخرشبي، شرح الخرشبي، ج6، ص 25.

(3) _ ابن عبد البر، الكافي، ص 398. ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2، ص 399-100. ابن رشد (الحفيد)، بداية الاجتهاد، ج2، ص 294. ابن هشام المفيد للحكام، ج2، ص 125. ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 353. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص 334.

(4) _ الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص 98. الدسوقي، المصدر نفسه، ج3، ص 344.

(5) _ الخطاب، المصدر نفسه، ج5، ص 98. الدسوقي، المصدر نفسه، ج3، ص 344.

(6) _ نزيه حماد، مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط، ص 44-45.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

فإذا جاز ضمانها من الأمين لتعلقها بدمته، ولزومها عليه لالتزامه بذلك، جازت الكفالة بما عنه أيضا لنفس السبب ولأجل التوثيق للحق.

ووجهة نظر المالكية في عدم صحة كفالة الأعيان إذا لم تكن مضمونة، لأنها في الأصل لا تجوز على من هي في يديه، وقد علمنا أن التزام الكفيل تابع لالتزام الأصيل فهو فرعه، ومن ثم فما لا يستقر ولا يثبت على الأصيل لا يستقر ولا يثبت على الكفيل، فإذا كان المودع لديه غير ضامن للوديعة وغيره من هو في حكمه، فلا تصح الكفالة بذلك أيضا على الكفيل، لأنه ليس عليه أن يلتزم ما لم يلتزم به الأصيل⁽¹⁾ إلا إذا اشترط الضمان على الأمين و التزمه، فإن الكفالة عنه بما التزمه تصح - كما سبق -.

2- إن كان المكفول به نفسا:

وهي التزام الكفيل بإحضار المكفول عنه إلى المكفول له أو إلى مجلس الحكم إن اشترط ذلك في عقد الكفالة. وهنا يكون المكفول به والمكفول عنه واحد في الكفالة بالنفس والمالكية على جواز الكفالة بالنفس وأطلقوا عليها الكفالة بالوجه أو كفالة أو ضمان الطلب أو التفتيش⁽²⁾، وميّزوا بينهما كالاتي:

أ- حيث جعلوا كفالة الوجه التزام الكفيل بذات المكفول عنه أو (به) وإحضاره إلى مجلس الحكم، وهذا النوع من الكفالة لا يجوز عندهم إلا إذا كان المكفول عنه مدينا، ليتمكن الدائن من استيفاء الحق منه، ومن ثم لا يجوز الكفالة بالوجه في القصاص، والحدود، إلا ما آل إلى مال، فتتقلب حينئذ إلى كفالة كفالة الزوجة بالنفس كما منعوا كفالتها بالمال إذا لم يأذن الزوج لها بذلك، وعلتهم في ذلك أنها قد تحبس إن لم تحضر المكفول عنه، أو قد تخرج لطلب المكفول عنه وتترك بيتها، أو تتدخل في حل خصومة بين الدائن والمدين، وفي كل ذلك إضرار بالزوج وخدش لكرامته وسمعته، وفيه إشغال لها عن تدبير مصالحه وحقوقه⁽³⁾ في الوقت الذي هي تتوثق فيه لحق ومصلحة غيره.

وهو ما جاء في الشرح الصغير للردديري: « (وللزوج رده) أي ضمان الوجه عن زوجته إذا ضمننت، ولو كان دين المضمون أقل من ثلثها لأنه يقول: قد تحبس أو تخرج لخصومة، أو لطلب

(1) _ القرابي، الذخيرة، ج9، ص 206.

(2) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 129 - 130. ابن عبد البر، الكافي، ص398. ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2، ص400. ابن هشام، المفيد للحكام، ج2، ص 124. ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 353، 354.

(3) _ الدسوقي، حاشية الدسوقي (على الشرح الكبير للردديري)، ج3، ص 344.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

المضمون، وفي ذلك معرّة، وهذا إذا ضمنت بغير إذن زوجها، وإلا فليس له ردّه، ومثل ضمان الوجه ضمان الطلب⁽¹⁾. وكذا لم يجزوا لها ذلك ولو شرطت عدم الغرم، وهو ما ينقله صاحب المواهب و نصه: «ولو تكفلت ذات زوج بوجه رجل على أن لا مال عليها، فلزوجها رد ذلك لأنه يقول: قد تحبس... وتخرج للخصومة.. فيمتنع أيضا تحملها بالطلب»⁽²⁾.

وكلام المالكية هنا وجيه، واستدلّاهم قد يكون في موضعه ما دامت هذه الكفالة يمكن أن تؤدي إلى ما يتنافى مع حق الزوج، بل قد تؤدي إلى ما اعتبروه معرّة، و ليس ذلك في حالة عدم إذن الزوج فقط، بل في جميع الحالات لأنه إذا كان الأمر يؤدي إلى معرّة، فإنّ الكفالة غير جائزة حينئذ ولو بإذن الزوج⁽³⁾، و كذا إذا كان لأجل التوثيق لحقه في مالها في حالة غرمها المال لعدم إحضار المكفول عنه أو به فتمنع أيضا لأن كفالتها تضره لتعلق حقه بمالها.

ب- وأمّا كفالة الطلب أو التفتيش، فهي التزام الكفيل بطلب المكفول عنه أو به، والتفتيش عنه إذا تغيّب، أو الدلالة على مكانه وإخبار الدائن عنه وإن لم يأت به⁽⁴⁾، أو لم يلتزم بإحضاره.

وبعض المالكية يعتبرون كفالة الطلب أو التفتيش نوعا ثالثا⁽⁵⁾، إلا أنّها ليست كذلك، وإنما هي في الحقيقة نوع من كفالة النفس أو الوجه، قد تكون مقيدة بشرط عدم الغرم في حالة تعذر وإحضار المكفول عنه.

جاء في المدونة ما نصّه: «أرأيت إن قال أنا كفيل بوجهه إلى أجل كذا وكذا، فإن لم آت به وإلا فعليّ طلبه حتى آت به، فأما المال فلا أضمنه، أيكون عليه من المال شيء إن مضى الأجل ولم يأت به في قول مالك؟ قال مالك: لا شيء عليه ويكون كما اشترطه»⁽⁶⁾.

كما جاء فيها أيضا: «أرأيت إن تكفلت لرجل بوجه إلى كذا وكذا فإن لم أوفاه به إلى ذلك الأجل، فلا شيء له عليّ من المال ولكنني حميل له بوجهه أطلبه حتى آت به؟ قال: قال مالك: هو على

(1) _ الدردير، الشرح الصغير، (على هامش بلغة السالك)، ج2، ص 164.

(2) _ الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص 114.

(3) _ علي أحمد السالوس، الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة، الكويت، مكتبة الفلاح، ط1، 1986م، ص 77.

(4) _ الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص 164.

(5) _ القرافي، الذخيرة، ج9، ص 207. الدردير، المصدر نفسه، ج2، ص 164.

(6) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 129.

شرطه الذي اشترطه ليس عليه إلا طلب وجهه هو شرط لنفسه ما ذكرت»⁽¹⁾.

والملاحظ هنا أن الفرق بينهما، أن موضوع كفالة الطلب هو التزام بالتفتيش والدلالة على الشخص المطلوب دون ضمان إحضاره، وأمّا كفالة الوجه أو النفس، فموضوعها هو إحضار المطلوب أو المكفول عنه أو به ذاته إلى المكفول له أو لمجلس القاضي⁽²⁾.

فالكفالة بالطلب ليست قسماً ثالثاً من الكفالة عند مالك-رحمه الله- كم تبين أعلاه، وإنما هي كفالة بالوجه أو بالنفس، إمّا بصريح اللفظ كقوله: «أنا كفيل بوجهه بطلبه، أو أطلبه حتى آت به» أو بقيد كفالة الوجه أو النفس بشرط عدم الغرم في حالة تعذر الإتيان بالكفول عنه⁽³⁾.

وهناك قول ثان في المذهب، وهو أنه يغرم إن لم يحضره في كل حال شرط ذلك أو لم يشترطه، لأن الكفيل بالوجه غارم لصاحب الحق بعموم النص "الزعيم غارم"، فوجب عليه الغرم إذا لم يوف بالتزامه⁽⁴⁾ توثقاً لحق المكفول له.

ومن المهم الإشارة هنا، إلى أن كون المالكية أجازوا هذا النوع من الكفالة، مع اشتراط عدم الغرم إن تعذر إحضار الغريم أو المدين الأصلي أو المكفول عنه، فإن ذلك لا يقدر في المقصد الذي شرعت له الكفالة وهو التوثيق للحق، وضمن استيفائه، لأنه وحتى مع وجود هذا الشرط، إلا أنه إن ثبت تقصير الكفيل أو تفريط منه في إحضار المكفول عنه فإنه يغرم المال حينئذ، كما لا ننسى القول الثاني للمالكية، بأنه يغرم سواء كان هذا الشرط أم لا، فإذا غرم المال فهو أحرى أن يكون مغروراً من أن يكون غاراً⁽⁵⁾ وهو دليل على أن المهم هو التوثيق لحق الغير وهو المقصد من الكفالة، وإنما عمل بهذا الشرط عند المالكية من باب التخفيف على الكفيل الذي تطوع بهذا المعروف، وهذا لا يتعارض مع المقصد من الكفالة وهو أنها عقد تبرع قصد للإرفاق والإحسان، توثقاً لحق المكفول له.

وعليه فإنه يترتب على هذا الفرق أن الكفالة بالطلب أو التفتيش تصح في غير الحقوق المالية، وهي

(1) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4 ص129. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، ج2، ص 292.

(2) _ الإمام مالك، المصدر نفسه، ج4، ص 129. الصاوي، بلغة السالك، (وكذا الشرح الصغير)، ج2، ص 346.

(3) _ ابن العطار، الوثائق والسجلات، ص 158. ابن رشد (الجد)، المقدمات، ص401-402.

(4) _ ابن العطار، المصدر نفسه، ص156. ابن رشد (الجد)، المصدر نفسه، ص401-402. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، ج2، ص292. الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص115-116.

(5) _ ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، ج2، ص 292.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

الحقوق البدنية من حدود وقصاص وتعزيرات، إذا تكفل بإحضار وتسليم المطلوب أو المكفول عنه لإقامة الحد عليه، أو القصاص أو التعزير، فتجوز في ذلك، لأن موضوعها حينئذ هو التفتيش عن المطلوب وتسليمه، وليس كفالة إقامة الحدّ عليه في حدّ ذاته⁽¹⁾.

كما أن الكفالة بالنفس أو الطلب، ليست كالكفالة بالمال في الغرم إذا لم يوف الكفيل بما التزم به، فإذا تعذر إحضار المطلوب فإنه لا يقام عليه الحد، قياساً على غرمه المال في الكفالة المالية أو كفالة الطلب إذا كانت لأجل المال، غير الحدود والحقوق البدنية الأخرى⁽²⁾ لأن الكفيل إذا أدى المال وجب له على صاحب المال مثله وليس كذلك في الحدود، ولذلك كان مذهب مالك-رحمه الله- أنه لا كفالة في الحدود ولا في القصاص ولا في الجراح ولا في التعزير، وإنما الواجب في ذلك السجن لا الكفالة، وهو ما صححه ابن رشد في مقدماته⁽³⁾.

5- إقرار الشروط الموافقة لعقد التوثيق بالكفالة

إنّ المالكية في مدوناتهم لم يصرحوا بركن الصيغة، وإنما أشاروا إلى أنّ صيغة الكفالة تتم بإيجاب الكفيل وحده، وأن القبول ليس شرطاً فيها، لأنّ الكفالة إرادة منفردة والتزام من قبل الكفيل بأداء الدين، ولذلك فهو تبرع أو نوع من المعروف ينشأ بعبارته وحده ألزم به نفسه فلزمه، فيكتفى فيه بإيجاب الكفيل، ومن هنا اشترطوا في الإيجاب:

- أن يكون بكل لفظ يدلّ على التزام الكفيل عرفاً: كأننا كفيل، أو ضامن أو زعيم به أو حميل، أو تحمّله أو ضمنته أو أنا كفيل بفلان، أو بنفس فلان⁽⁴⁾، أو هو علي أو دين فلان إلي، وغيرها من الألفاظ الدالة على معنى الالتزام والتعهد بالتوثيق بهذا العقد.

- وقد تكون هذه الصيغة مطلقة عن أيّ قيد أو شرط، بأن يقول الكفيل أنا كفيل أو حميل بما عليه، ولا يزيد على ذلك، وقد تكون مقيدة بشروط⁽⁵⁾.

(1) ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2، ص400. الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص164.

(2) ابن العطار، الوثائق والسجلات، ص162. ابن رشد (الجد)، المصدر نفسه، ج2، ص400.

(3) ابن رشد (الجد)، المصدر نفسه، ج2، ص400.

(4) ابن عبد الرفيق، معين الحكام، ج2، ص798.

(5) ابن عبد البر الكافي، ص398، ابن هشام، المفيد للحكام، ج2، ص124.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

كما يجوز عند الملكية أن تتم بالإشارة المفهمة من الأخرس أو بالكتابة المستبينة، لأن ذلك يقوم مقام العبارة عندهم، قياساً على بيعه وطلاقه وسائر تصرفاته بذلك⁽¹⁾.

— إذا كانت صيغة الكفالة مقيدة بشروط، فالمالكية يشترطون ألا يكون اللفظ معلقاً على شرط غير ملائم له، وهو كل شرط غير ممكن، وغير متعارف عليه، كقول الكفيل: إن هبت الريح أو إن نزل المطر، أو إن دخلت الدار فأنا كفيل، فلا تصح الكفالة به⁽²⁾، لأن تعليق العقد بهذا النوع من الشروط لا معنى له، وضرب من اللهو والعبث لأنه لا يلاحظ فيه إرادة الغرض الصحيح من الكفالة⁽³⁾ وهو التوثيق للحقوق.

أما تعليقها على شرط ملائم صحيح، فهو جائز عندهم، والشرط الملائم عندهم هو الشرط الذي يحقق أثر الكفالة في التوثيق، بأن يكون سبباً لإمكان الاستيفاء أو تعذره كأن يقول الكفيل للمشتري مثلاً: إن استحق المبيع فأنا ضامن الثمن، أو إذا قدم المكفول عنه من سفره فأنا ضامن أو كفيل بما عليه من دين، أو قال: إذا افتقر المدين، أو غاب عن البلد أو مات فأنا كفيل بما عليه⁽⁴⁾ ووافقهم الحنفية خلافاً للشافعية والحنابلة⁽⁵⁾.

— أو كان الشرط متعلقاً بوقت، كأن يشترط الكفيل تأجيل الدين الذي على الأصيل، فذهب المالكية إلى جواز الكفالة بهذا الشرط، ولكن اشترطوا لذلك أحد أمرين⁽⁶⁾:

الأول: أن يكون من عليه الدين أو الحق موسراً بما عليه أول الأجل، للسلامة من سلف جرّ نفعاً، لأن صاحب الحق كان قادراً على أخذه حالاً.

أو: الثاني: أن يكون من عليه الدين معسراً، فيجب إنظاره إلى ميسرته وتأخيرته إلى ذلك، فلا يكون صاحب الحق مسلفاً بذلك.

(1) — الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 141، القراني، الذخيرة، ج9، ص 203

(2) — ابن عبد الرفيق، معين الحكام، ج2، ص 798، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص 338.

(3) — المصدرين نفسهما.

(4) — ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5، ص 305-306.

(5) — الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 207. البهوتي، كشف القناع، ج3، ص 84.

(6) — الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 145، ج5، ص 104. الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص 104. الخرشي، شرح

الخرشي، ج6، ص 24.

ومن هنا أحاز المالكية توقيت الكفالة إلى أجل معلوم⁽¹⁾، فقد جاء في المدونة ما نصّه: «أرأيت إن قال أنا كفيل بمالك على فلان إلى خروج العطاء؟ قال: سألت مالكا عن الذي يبيع إلى العطاء قال مرّة: كان ذلك جائزا لأن العطاء كان معروفا ثم تحول فلا يعرف ولا يعجبني، ثم سمعته بعد ذلك يقول: فيه مرفق للناس ولا يجوز أعجب إليّ أن يكون معروفا، فأما الحمالة فلا بأس به»⁽²⁾.

- كتابة عقد الكفالة في وثيقة

قد تنعقد الكفالة بالكتابة أيضا زيادة في التوثيق، وحينئذ تجتمع وسيلتان للتوثيق للحق، الكفالة والكتابة، وذلك خاصة في حالة كون الكفالة بمقابل، فهي وإن كانت من عقود التبرعات ابتداء، إلا أنها قد تكون عقد معاوضة انتهاء، فإن الكفيل عندما يلتزم بالدين الذي على المدين يكون متبرعا بهذا الالتزام، فإذا دفع الدين ورجع على المدين بمثل ما دفعه يؤول ذلك إلى المعاوضة⁽³⁾، فمع أنّ الأصل فيها هو التبرّع، ولكن ذلك ليس من خصائصها الجوهرية فقد يقصد الكفيل معاوضته على ما أداه عن المدين، وحينئذ وتوثقا لحق الكفيل وحماية له، ذهبت القوانين الحديثة إلى اشتراط الكتابة توثقا لهذا التصرف والالتزام، ولأجل إثباته عند التقاضي، ولا تكفي البينة من الشهود، فالكتابة ضرورية لالتزام الكفيل ولكنها غير ضرورية لانعقاد الكفالة في حدّ ذاتها⁽⁴⁾.

والنص على ضرورة الكتابة في عقد الكفالة، وإن كان فيه خروج عن القواعد العامة في توكيد الحقوق وإثباتها والتوثيق لها بالوسائل المعروفة، من شهادة ورضا الكفيل ونحوها، إلا أن فيها توثق وزيادة، لأن الكفالة تبرع فيجب أن يستند إلى رضا الكفيل صريحا منه، ومن العسير التعرف على طبيعة هذا الرضا، أو تحديد مدى التزام الكفيل ونوع كفالته، عن طريق الشهادة وحدها ولذلك قلّمَا يتمّ عقد الكفالة من الناحية العملية بغير كتابة⁽⁵⁾، لدورها في زيادة التوثيق وتأكيد.

هذا وإن اشتراط الكتابة مع عقد الكفالة، لا يتعارض مع نصوص الشريعة ولا يصادم مقاصدها من مشروعية الكفالة وأهمّها التوثيق للحقوق، بل يعضدها ويؤكدّها فهو من باب المصالح المرسلّة، إذ أن

(1) _ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص 331.

(2) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 145.

(3) _ أحمد داود، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط1، الأردن، دار الثقافة، 2011، ج1، ص486.

(4) _ السنهوري، الوسيط في شرح القانون، ج10، ص 78.

(5) _ حسني محمد عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، ط1، الاسكندرية، دار الفكر، 2008، ص - 118.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

طبيعة العصر تستلزم هذا النوع من التوثيق للحقوق، شأنها في ذلك في كثير من العقود بكتابتها لما فيه من تحقيق المصالح ودرء المفاسد عن الناس.

ومن ثمّ نلاحظ أن الشروط التي اشترطها المالكية في قيام الكفالة، إنما هي قائمة على العرف، متمشية مع مقاصد الشريعة بمراعاة مصالح الناس، والرفق بهم ورفع الحرج عنهم بالتوثيق لأموالهم، وصيانتها بكل ما يحقق ذلك.

هذا ويتضح دور الكفالة في التوثيق عملياً بتطبيق هذه الشروط التي نص عليها المالكية، من خلال هذه الوثائق التي ذكرها ابن العطار وكذا البناي والمصمودي، وغيرهم في وثائقهم، ومن ذلك ما جاء عن ابن العطار في وثيقة الكفالة بالمال، ما نصه: «إن شئت قلت "ضمن فلان لفلان"، وإن شئت قلت "تحمل فلان لفلان"، وتقول في الضمان "الكذا والكذا دينار دراهم بدخل أربعين، أو الكذا والكذا مدياً من قمح أو شعير بكييل كذا، أو بكذا وكذا ثوباً التي صفتها كذا"، وإن كان في ابتداء العقد تحمل قلت "بكذا بعد معرفة الحميل فلان أو الضامن فلان بوجوب هذه العدة للمحتمل له، أو للمضمون له فلان قبل المضمون عنه، أو المتحمل عنه فلان، إلى أجل كذا"، وإن صدّقه في الاقتضاء قلت "وصدّق المضمون له في الاقتضاء منه دون يمين تلزمه في دعوى القضاء"، وإن كانت حمالة قلت بعد قولك "بكذا وكذا الحالة قبله" ثم صارت هذه المدّة بالضمان المذكور أو بالحمالة المذكورة في ذمّة الحميل فلان/ وماله، شهد على إسهاد الحميل فلان والمتحمل له فلان أو الضامن له فلان والمضمون عنه فلان على أنفسهما بما ذكر عنهما"، ثم تمضي إلى التاريخ، وأن حضر المضمون عنه قلت "وحضر المضمون عنه أو المتحمل عنه فلان [...] على أنفسهما بما ذكر عنهم في هذا الكتاب من عرفهم وهم بحال الصحة وجواز الأمر، وذلك في شهر كذا من سنة كذا»⁽¹⁾.

وفي الكفالة بالنفس جاء عنه أيضاً ما نصه: «تحمل فلان بن فلان الفلاني [فلان] بوجه غريمه فلان بن فلان الفلاني ليحضره إياه أول شهر كذا من سنة كذا، أو ما بينه وبين انقضاء شهر كذا من سنة كذا، فإذا أحضره إياه وجمع بينهما في موضع أمن وحكومة فهو برئ من حمالته وغير متبع بها»⁽²⁾.

⁽¹⁾ ابن العطار، الوثائق والسجلات، ص 160-161. وينظر: المصمودي، الوثائق السجلماسية، ص 16.

⁽²⁾ ابن العطار، المصدر نفسه، ص 154. وينظر: المصمودي، المصدر نفسه، ص 16.

ثانيا: بعض أحكام الكفالة ووجه التوثيق فيها

إذا تمّ عقد الكفالة صحيحا، نتج عنه تبعات على الكفيل، حيث يحق للدائن (المكفول له) مطالبة الكفيل بالدين عند حلول أجله، وذلك في حالة عدم وفاء المدين (المكفول عنه) بذلك، وقد يحق له مطالبة من شاء منهما بالدين الذي له لثبوت الدين في ذمة كل من الكفيل والمكفول عنه، وإذا قام الكفيل بالوفاء إلى المكفول له، حقّ له بعد ذلك أن يرجع على المدين ويطلبه بما وفاه، وما ذلك إلا من باب التوثيق لحقوق كل واحد منهما، المكفول له والكفيل، وبيان ذلك على النحو الآتي:

1- مطالبة المكفول له الكفيل أو المكفول عنه

إن عقد الكفالة يجعل الكفيل مشتركا مع المكفول عنه في الالتزام بوفاء الدين للمكفول له. وهو قد يكون في ذلك متبرعا في كفالته، فتكون الكفالة حينئذ التزاما رضائيا مجانيا قام به الكفيل، وقد يكون الكفيل لا يقصد التبرع وإنما ينتظر العوض، فحينئذ يرجع الكفيل على الأصيل (المكفول عنه) بما أذاه عنه للمكفول له ويعرف ذلك بلسان الحال أو المقال، كما قرره القرافي في ذخيرته، تعليقا على ما اختلف فيه العلماء داخل المذهب، في كون الكفالة تبرعا ونيابة عن المكفول عنه، أو يرجع عليه بما تكفل به، فأورد عنهم قاعدة في ذلك وهي: «كل من أدى عن أحد مالا شأنه إعطاؤه، أو فعل له فعلا شأنه أن يؤدي في عمله أجرة كغسل يديه ونحوه، فإنه يرجع عليه بذلك المال وأجرة ذلك العمل، كان واجبا أم لا، خلافا للأئمة، فإنهم يعدونه تبرعا. (ثم يعلق القرافي بقوله) والحقيقة أن لسان الحال يقوم مقام لسان المقال فهو إن صرح بذلك لزمه، فكذلك إذا دلّ عليه لسان حاله»⁽¹⁾.

وفي ذلك كله يكون للمكفول له الحق بمطالبة الكفيل بما التزم به، ولأنّ الدين ثبت في ذمته كما ثبت في ذمة الأصيل (المدين المكفول عنه)، فإن ذلك لا يسقط حق المكفول له في مطالبة المكفول عنه أيضا، ولذلك فله حق مطالبة أيهما شاء مطلقا، الكفيل أو المكفول عنه، إن حلّ الأجل دون أن يتقيد بتعذر مطالبة الأصيل لكونه معسرا مثلا، وهي رواية للإمام مالك، وهو ما جرى به العمل وبه الحكم⁽²⁾.

وأما جمهور المالكية في المشهور عندهم، أنّه لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل بالدين المكفول به، إذا

(1) _ القرافي، الذخيرة، ج9، ص 203.

(2) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 131. ابن الجلاب، التفریع، ج2، ص 286. ابن عبد الرفیع، معین الحکام، ج2، ص798. الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص 106. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج، ص 337، 338.

كان الدينّ حالا و المدين الأصيل حاضر موسر، لم يظهر منه اللدد ولا المماطلة في الوفاء، أو أمكن الاستيفاء من ماله بظهوره وحضوره دون بعد أو مشقة، ولو مع غياب المكفول عنه، إلا إذا اشترط المكفول له من الكفيل عند العقد أن له الحق في مطالبة من شاء منهما فيعمل بالشرط وذلك لأن الكفالة شرعت للتوثيق، فلا يستوفى الحق منها إلا عند تعذر استيفائه من المدين الأصيل كالرهن، فإنه حينئذ إنّما يطالب الأصيل أولا فإن غاب أو مات، أو عدم أو أفلس، فله مطالبة الكفيل بعد ذلك⁽¹⁾. وهي الرواية الثانية التي رجع إليها الإمام مالك-رحمه الله- وبها أخذ ابن القاسم وابن وهب، وهو ما اختاره ابن رشد في مقدماته⁽²⁾.

2-رجوع الكفيل على المكفول عنه

سبق بيان أن الكفالة عقد شرع لتوثيق به الحقوق وأن الأصل فيه هو التبرع، ولكن ذلك ليس من جوهر العقد ومقتضياته، وإنّما يرجع الأمر إلى إرادة الكفيل ونيته وقوله، فإن أراد بكفالاته التبرع بأن لا يرجع على المكفول عنه بعد الوفاء بدينه الذي تحمّله عنه، فحينئذ برئ المدين وسقط عنه الالتزام بالدين، أمّا إن كان لا يريد بالكفالة التبرّع، وإنّما نوى العوض والرجوع على الأصيل أو المدين المكفول عنه، كان له أن يرجع عليه بما أداه عنه⁽³⁾.

ونصّ المالكية أيضا على أن الدين إذا كان حالا، فللكفيل الرجوع على المكفول عنه بعد الأداء، فإن طالبه المكفول له فله أن يطالب المكفول عنه بالأداء، ولكن ليس له الحق في الرجوع عليه إلا إذا أدى هو الدين الذي تحمله عنه.

أمّا إذا كان الدين مؤجلا، فليس للكفيل الرجوع على الأصيل أو المكفول عنه، إلا بعد حلول

⁽¹⁾ _ الإمام مالك، المصدر نفسه، ج4، ص 131. ابن الجلاب، المصدر نفسه، ج2، ص 286. ابن عبد الرفيغ، المصدر نفسه، ج2، ص 798. ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 354. الخطاب، المصدر نفسه، ج5، ص 106. الدسوقي، المصدر نفسه، ج3، ص 337، الخرشي، شرح الخرشي، ج5، ص 33.

⁽²⁾ _ الإمام مالك، المصدر نفسه، ج4، ص 131. ابن الجلاب، المصدر نفسه، ج2، ص 286. ابن رشد (الجد)، المقدمات، حصص 380، 381. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص 292. ابن عبد الرفيغ، المصدر نفسه، ج2، ص 798. الدسوقي، المصدر نفسه، ج3، ص 337.

⁽³⁾ _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 131. ابن بطال، شرح ابن بطال على صحيح البخاري، ج6، ص 426-427. ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 355. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص 337، و(ج4، ص 548 بيروت، دار الكتب العلمية، ط2، 2003م).

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

الأجل وأداء الدين، ولذلك لو أدى الدين قبل حلول الأجل، فليس له الرجوع على المكفول عنه إلا بعد الحلول⁽¹⁾.

وإن مات الكفيل حلّ الدين المؤجل بموته، وتنتهي كفالاته في حق نفسه، وللدائن المكفول له مطالبة وريثة الكفيل، ولكنهم حينئذ ليس لهم مطالبة المدين المكفول عنه، والرجوع عليه بالدين، الذي عليه إلا بعد حلول أجله⁽²⁾.

وكذا إذا مات المدين الأصيل حلّ الدين بموته، وأدى عنه الكفيل وله بعد ذلك حق الرجوع على وريثة المدين ومطالبتهم بالدين الذي تحمّله عن مورثهم، وهو ما جاء في المدونة: «قلت: رأيت إن قلت إن لم يوفك فلان حقك حتى يموت فهو عليّ، أيكون له أن يأخذ منّي قبل موت فلان ذلك أم لا؟ قال: لم أسمع من مالك فيه شيئاً وأرى أنّه ليس له ذلك إلا بعد موت فلان لأن هذا بموتة الأجل يضربه لنفسه»⁽³⁾.

وتما جاء فيها أيضاً: «رأيت إن تكفلت لرجل بماله على رجل إلى أجل فمات الكفيل أو مات المكفول له؟ قال: قال لي مالك: إذا مات الكفيل قبل الأجل، كان لرب الحق أن يأخذ حقه من مال الكفيل، ولا يكون لورثة الكفيل أن يأخذوا من الذي عليه الحق شيئاً حتى يحل أجل المال. قال مالك: وإن مات الذي عليه الحق قبل الأجل كان للطالب أن يأخذ حقه من ماله، فإن لم يكن له مال، لم يكن له أن يأخذ الكفيل بالحق حتى يحلّ الأجل»⁽⁴⁾.

وفي الشرح الصغير ما نصّه «و(عجل) الدين (بموته) أي الضامن من قبل الأجل، من تركته إن كان له تركة (ورجع وارثه) أي وارث الضامن على الغريم (بعد الأجل أو) بعد (موت الغريم) على تركته (إن تركه) أي إن ترك ما يؤخذ منه الدين وإلا سقط»⁽⁵⁾.

هذا وإن الدائن قد لا يجد كفيلاً يضمن له استيفاء ماله من مدينه، الذي يكون سىء الأداء مماطلاً، وإنما قد يكون لهذا الأخير مديناً بدوره، فحينئذ يلجأ الدائن إلى وسيلة أخرى في التوثيق لحقه تسمى

(1) _ ابن الجلاب، التفريع ج2، ص 285. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص 332(ج4، ص 548، 549).

(2) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 131، 133.

(3) _ الإمام مالك، المصدر نفسه، ج4، ص 145.

(4) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 131.

(5) _ الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص 159.

الحوالة، وهي وسيلة من وسائل التوثيق للحقوق وعقد من عقود التوثيق التي تحفظ بها الحقوق ويضمن استيفائها، وهي ما سأفصل فيها في المبحث الآتي- إن شاء الله-.

المبحث الثالث: التوثيق بالحوالة

إنّ الإنسان معرض في معاملاته لأن يستوفي من بعض الناس، ويداين آخرين، فيكون في نفس الوقت دائنا ومدينا، وقد يحتاج إلى من يرى ذمته من دين غريمه، ويستوفي دينه من المدين، فلو منعت الشريعة أن لا يوفى الحق إلا من المدين الأصلي، لكان في ذلك ضيق وحرَج، إذ يلزم الشخص أن يستوفي الحق من مدينه بنفسه، ثم يقوم بإيفائه إلى دائنه، وقد يصعب عليه ذلك أحيانا، ويحصل له معه ضيق، خاصة إذا بعدت المسافات، وكثرت انشغالات الشخص لاتساع أعماله، فرفعا للحرَج عنه، وتيسيرا على الدائن والمدين وتوثقا لحق الدائن خاصة، أباحت الشريعة الإسلامية عقدا يمكن الإنسان من أن يحيل دائنه على مدينه ليستوفي منه بدلا عنه، وهو ما يسمى بالحوالة. ومن هنا تأتي أهمية الحوالة في التوثيق للحقوق والتي سأتناول الحديث عنها في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف الحوالة

وسأتناول فيه تعريف الحوالة في اللغة وفي الاصطلاح:

الفرع الأول: تعريف الحوالة لغة

الحوالة من الإحالة أو التحويل من حال الشيء حولا وحوؤولا، إذا تحوّل، ومنها تحويل ماء من نهر إلى نهر.

وأصلها من "حول" بمعنى النقل المطلق، يقال: حولته تحويلا، أي نقلته من موضع إلى موضع، ومنها أخذت الحوالة، من التحويل فيقال أحلته بدينه أي نقلته وحوّلته من ذمة إلى أخرى⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تعريف الحوالة اصطلاحا

عرّف المالكية الحوالة عدّة تعريفات لا تخرج عن معناها اللّغوي ومنها:

⁽¹⁾ - ابن فارس، معجم مقاييس لغة، ج2، ص121. الرّازي مختار الصحاح، ص163. ابن منظور، لسان العرب، مادة "حول"، ج2، ص106.

«هي طرح الدين من ذمة بمثله إلى أخرى⁽¹⁾، وقيل هي تحوّل الذمم»⁽²⁾.
أو هي: «صرف دين عن ذمة المدين بمثله إلى أخرى تبرأ بها الأولى»⁽³⁾.
أو هي: «تحويل اليد من ذمة إلى ذمة تبرأ بها الأولى»⁽⁴⁾.

-وهي مأخوذة من التحويل الشيء إلى الشيء لأن الطالب تحول من طلبه لغريمه إلى غريمه غريمه⁽⁵⁾.
وصورتها أن يكون رجل له على الآخر دين، ولذلك الرجل دين على رجل آخر، فيحيل الطالب له على الذي له عليه مثل دينه، (أي الأول دائن والثاني مدين له)، وهو دائن بدوره لشخص ثالث فهو مدين له، فيحيل دائنه على مدينه هذا ليستوفى دينه فإذا استحال عليه ورضي أن ينقل ذمته إلى ذمة الآخر، بريء المحيل من الدين⁽⁶⁾.

المطلب الثاني: مشروعيتها

الحوالة عقد من عقود البر والإحسان، وهي معاملة صحيحة مستثناة من بيع الدين بالدين، ورخصة في ذلك لما كانت على سبيل المعروف للضرورة والحاجة⁽⁷⁾. فالحوالة عقد جائز، ودليل جوازها عموم القرآن والسنة والإجماع والقياس .

-فأما عموم القرآن: فقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾⁽⁸⁾ .

وقوله تعالى أيضا: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَرْكَعُوا وَاسْجُدُوا وَعَبَدُوا رَبَّكُمْ وَأَفْعَلُوا

(1) _ الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص 90. الخرشي، شرح الخرشي، ج6، ص 1.
(2) _ ابن عبد البر، الكافي، ص 401. ابن هشام، المفيد للحكام، ج2، ص 131. الخطاب، المصدر نفسه، ج5، ص 90.
(3) _ الدردير، الشرح الصغير، ج4، ص 514.
(4) _ عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 154. ابن هشام، المفيد للحكام، ج2، ص 131. المواق، القاج والإكليل (بهاشم مواهب الجليل للخطاب)، ج5، ص 90. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص 225.
(5) _ الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص 90.
(6) _ ابن عبد البر، الكافي، ص 401. ابن هشام، المفيد للحكام، ج2، ص 131.
(7) _ ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2، ص 403. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، ج2، ص 294. الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص 93 (دار الفكر).
(8) _ سورة المائدة، الآية 2.

الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تَفْلِحُونَ ﴿١﴾

ووجه الاستدلال بهاتين الآيتين، أنها دعت إلى أعمال البرّ وحثت على فعل الخير، والحوالة من أفعال البرّ والخير^(٢).

-وأما من السنة: قوله ﷺ: «مطل الغني ظلم، فإذا اتبع أحدكم على ملئ فليتبّع»^(٣) ووجه الاستدلال من هذا الحديث، أن النبي ﷺ بين أن مطل أهل الملاعة واليسار ظلم محرّم في الإسلام، فلا يخشاه المسلم فيأبى من خشيته قبول الحوالة على ملئ بل إنه مأمور بقبولها، فقد أمر ﷺ الدائن عند مطالبته بالدين، بإتباع من أحاله عليه مدينه، وفي ذلك دليل على جواز الحوالة وتحصين الأموال^(٤)، وهو مقصود التوثق بها.

-وأما من الإجماع: فقد انعقد إجماع الأمة على جواز الحوالة، لحاجة الناس الداعية إليها، ولدفع الضرر عن الدائن والمدين، وذلك للحديث السابق^(٥).

-وأما من القياس: الحوالة جائزة عند المالكية، قياساً على الكفالة بجماع أن كلا منهما من أفعال البرّ والمعروف، ولأنّ كلاهما طريق لتيسير استيفاء الدين، شرع لحاجة الناس وإرفاقاً بالدائن والمدين، وكلاهما وسيلة من وسائل التوثق للحق، فإذا جازت الكفالة - كما سبق بيانه - جازت الحوالة كذلك^(٦).

ثم اختلفت المالكية بعد ذلك في حكم الأمر الوارد في الحديث في قوله ﷺ "فليتبّع" هل هو للندب، والإرشاد، أم للإباحة؟ فذهب أكثر المالكية إلى أنّه للندب والإرشاد لا للوجوب والإلزام، فالحوالة ليست واجبة عند مالك وأكثر أهل العلم^(٧). وللمحال قبول الحوالة إذا أحيل على ملئ^(٨)، بينما ذهب بعضهم

(١) - سورة الحج، الآية 77.

(٢) - القرافي، الذخيرة، ج9، ص 241.

(٣) - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحوالات، باب: في الحوالة، ج3، ص 55، وباب إذا أحال على ملئ فليس له ردّ. الإمام مالك، الموطأ، كتاب البيوع، باب: جامع الدين والحوال.

(٤) - ابن بطال، شرح ابن بطال على صحيح البخاري، ج6، ص 415-416. ابن حجر، فتح الباري، ج5، ص 77-78.

(٥) - ابن رشد، المقدمات، ج2، ص 403. الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص 213. القرافي، الذخيرة، ج9، ص 241.

(٦) - القرافي، الذخيرة، ج9، ص 241.

(٧) - ابن بطال، شرح ابن بطال على صحيح البخاري، ج6، ص 416. ابن رشد، المقدمات، ج2، ص 403.

(٨) - ابن بطال، المصدر نفسه، ج6، ص 416. القرافي، الذخيرة، ج9، ص 249.

إلى القول بالاباحة وليس للندب، لأنها رخصة مستثناة من بيع الدين بالدين، ولأن الأمر بعد الحظر للإباحة⁽¹⁾، فلصاحب الدين إذا رضي بذمة غريمه، أو طابت نفسه على الصبر عليه ألا يستحيل عليه⁽²⁾، واستدلوا على ذلك بالحديث السابق «مطل الغني ظلم... فليتبع» حيث إن الأمر فيه مصروف من الوجوب إلى الندب، وذلك لأنّ الحوالة من أفعال البرّ والمعروف من طرف المحال، وذلك قياساً على الكفالة والقرض وغيرهما من أفعال البرّ، فتكون مندوبة⁽³⁾.

وخالفهم الظاهرية في أن الحوالة واجبة على المحال وفرض واجب إذا أحيل على ملئ أن يستحيل عليه⁽⁴⁾.

المطلب الثالث: تكييف الحوالة وصلتها بالتوثيق

نظراً لكون الحوالة تشترك مع عدّة عقود، كالبيع والكفالة والسفحة، وغيرها... فقد اختلفت المالكية في تكييف وتحديد طبيعة عقد الحوالة، سواء داخل المذهب، أو مع غيرهم من المذاهب.

فذهب أكثر المالكية أنّ الحوالة من قبيل البيع المستثنى من بيع الدين بالدين لأجل المعروف⁽⁵⁾، مسامحة من الشارع، وإرفاقاً بالدائن والمدين. قياساً على العرايا، فكما خصّ شراء العريّة⁽⁶⁾ من المزانية⁽⁷⁾ والشركة والتولية⁽⁸⁾، والإقالة⁽⁹⁾ من بيع الطعام قبل قبضه، والقرض من ربا النسيئة، فكذلك الحوالة

(1) _ الباجي، المنتقى، ج5، ص 66-67. القرافي، الذخيرة، ج9، ص 249. الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص 90.

(2) _ ابن بطال، شرح ابن بطال على صحيح البخاري، ج6، ص 416. القرافي، المصدر نفسه، ج9، ص 249.

(3) _ القرافي، الذخيرة، ج9، ص 249.

(4) _ ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2، ص 403. القرافي، المصدر نفسه، ج9، ص 249.

(5) _ ابن رشد، المصدر نفسه، ج2، ص 403. القرافي، المصدر نفسه، ج9، ص 242.

(6) _ العريّة: جمع عرايا، وهي هبة الثمرة في أصول الشجر، أو الثمرة الموهوبة موساة وإرفاقاً. ابن رشد، المصدر نفسه، ج2، ص 525-526.

(7) _ المزانية هي مبادلة معلوم بمجهول وهي بيع الرطب باليابس، وهي أن يبيع الرجل تمر حائطه إن كان نخلاً بتمر كيلا، وإن كان كرماً بزيب كيلا، وإن كان زرعاً بكيل طعام وهي منهى عنها في ذلك واستثنى منها بيع العرايا. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج4، ص 86، 96.

(8) _ التولية: هي تصيير مشتر ما اشتراه لغير بائعه بثمنه، وهي جائزة وخصّصت من بيع الطعام قبل قبضه، لأنها من باب المعروف. الدسوقي، المصدر نفسه، ج4، ص 88-89.

(9) _ الإقالة: وهي فسخ العقد، ولو قبل قبض المبيع، وهي جائزة للإرفاق مستثناة من بيع الطعام قبل قبضه. ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2، ص 403. الدسوقي، المصدر نفسه، ج4، ص 96.

تجوز هنا معروفاً، وهو المشهور في المذهب⁽¹⁾.

وخالف بعضهم فقالوا إنها عقد مستقل بنفسه، وليس محمولاً على غيره من العقود والتصرفات، حيث شرع لرفع الحرج والإرفاق بالناس والتوثيق لحقوقهم، ولأن العقود تجري على معانيها، ومعنى الحوالة من الانتقال والتحول، فهي تشبه البيع ولكنها ليست بيعاً وتشبه عقوداً أخرى، كالكفالة والوكالة والسفوحة في ذلك، ولكنها ليست هي، وإنما هي عقد خاص⁽²⁾.

كما أنها عقد يشبه المقاصة، بجامع الاستيفاء والتوثيق في كل ولكنه يختلف عنها، إذ معنى الحوالة كما سبق أن يكون للرجل مع الرجل دين، وللذي عليه الدين على رجل آخر مثله، فيحيل به غريمه على الذي عليه مثله⁽³⁾، وأما المقاصة هي: «متاركة مثل صنف ما عليه لما له على طالبه فيما ذكر عليهما مالياً»⁽⁴⁾ ومن ثم الحوالة تكون بين ثلاث ذمم: ذمة المحيل وذمة المحال، وذمة المحال عليه، بخلاف المقاصة فهي بين ذمتين، وقد جاء في شرح الخرشي ما يؤكد هذا المعنى ونصّه: «ولا تؤد المقاصة إذ ليست طرحاً بمثله في أخرى لامتناع تعلق الدين بذمة من هو عليه»⁽⁵⁾.

وإنما اختلف فيها المالكية، لأن الحوالة تشبه من جهة عقود المعاوضات، ولذلك أشبهت البيع من حيث كونها مبادلة دين بدين، وتشبه عقود الاستيفاء، من حيث كونها توثيق لحق الدائن المحال، ولأنها تبرئ ذمة المحيل، ولذلك أحقها بعضهم بالعقود الاستيفائية أو التوثيقات.

كما اعتبرها المالكية من جهة أخرى نوعاً من الكفالة أو الحمالة، وذلك عندما نصوا على أنه إذا كان دين المحيل لا يفي بدين الحوالة كله يكون في واقع الأمر عقدين: عقد حوالة فيما له وفاء، وعقد كفالة أو حمالة فيما زاد⁽⁶⁾.

ولكن كما سبق بيانه، فالمشهور في المذهب اعتبار الحوالة نوعاً من بيع الدين بالدين رخص فيه استثناء للضرورة والإرفاق تمكيناً من التوثيق للحق، وهو ما يفسر كون المالكية في تعريفاتهم للحوالة،

(1) _ ابن رشد، المقدمات، ج2، ص 403. القرافي، الذخيرة، ج9، ص 242. الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص 90-91.

(2) _ ابن رشد، المصدر نفسه، ج2، ص 403. القرافي، المصدر نفسه، ج9، ص 242.

(3) _ الباجي، المنتقى، ج5، ص 66.

(4) _ الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص 301.

(5) _ الرصاع، المصدر نفسه، ص 316. الخرشي، شرح الخرشي، ج6، ص 16.

(6) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 149. الباجي، المنتقى، ج5، ص 69. الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص 90-91.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

يضيّقون من دائرتها إذ يرونها رخصة مستثناة من بيع الدين بالدين، ومن ثمّ يقيمونها على أساس الحوالة المقيدة وليس المطلقة التي يقول بها غيرهم، فيوسعون من دائرتها حتى تشمل صوراً لا تفسر بأنها بيع.

المطلب الرابع: مقومات الحوالة وأثرها في التوثيق من خلال شروطها

الحوالة كغيرها من العقود لها أركان تقوم عليها، وشروط يتوقف تحقق أثرها في التوثيق للحقوق على توفرها، وبيان ذلك على النحو الآتي:

الفرع الأوّل: أركان الحوالة

نصّ المالكية على أنّ الحوالة كأبيّ عقد، لا بدّ لها من أمور ثلاثة إجمالاً حتى يتحقق أثرها في التوثيق، وهي:

1- أطراف عقد الحوالة الثلاثة وهم: المحيل والمحال والمحال عليه.

2- صيغة تفصح عن رغبة أطراف عقد الحوالة عند إنشائها، وتعبّر عمّا تمّ بينهم من تعاقد، وهي الإيجاب والقبول.

3- محلّ عقد الحوالة، وهو الدّين المحال به، والدين المحال عليه.

وأما تفصيلاً، فإنّ المالكية لم تصرّحوا في مدوناتهم، على ركن الصيغة مستقلاً وإنما ذكروه ضمنياً مع الشروط، ولذلك فإنهم ما نصّوا عليه صراحة هي الأركان الأخرى، وهي أربعة عندهم⁽¹⁾.

الركن الأوّل: المحيل: وهو المدين الأصلي الذي أحال الدائن بما عليه من دين على آخر مديناً له هو.

الركن الثاني: المحال: وهو الدائن الذي يحال بدينه ليستوفيه من غير مدينه وهو المستفيد من الحوالة، وهو صاحب الحق.

الركن الثالث: المحال عليه: وهو المدين الفرعي، وهو الذي التزم بأداء الدين للمحال، بما عليه للمحيل (المدين الأوّل الأصلي).

الركن الرابع: المحال به (محل الحوالة): وهو الدين المحال به أو الدين المحال عليه، وهو الشيء الذي

(1) ابن رشد، المقدمات، ج2، ص404. القرافي، الذخيرة، ج9، ص243-248.

يقع عليه رضا الطرفين في عقد الحوالة.

هذا المشهور في المذهب، إلا أن ما جرى به عمل القضاة و الموثقين، أن يكتبوا في وثائقهم عند تقييد هذا العقد: «المحيل، والمحال عليه، والمحال به، وعدده صفته، وحلوله، ومما هو، وأن على المحال عليه مثله أو أكثر، وعلى صفته، وحلوله أو تأجيله، وقبول المحال ذلك، وعلمه بملاً المحال عليه، والمعرفة بقدر ذلك، وعقد الإشهاد على المحيل والمحال، وحضور المحال عليه، وإقراره بذلك ورضاه»⁽¹⁾.

فما جرى به العمل في الوثائق أن تذكر الصيغة مع أركان العقد وعبروا عنها بالقبول أو الرضا، في حين نجدها في كتب الفقهاء ضمن الشروط وغير منصوص عليها صراحة، وذلك خروجاً عن الخلاف لأن الوثائق بنيت على ذلك، توثقاً للحقوق.

الفرع الثاني: أثر الحوالة في التوثيق من خلال شروطها

ليتحقق الوجود الشرعي لعقد الحوالة، وتثبت أحكامه ويتحقق أثره، لا بد من توفر شروط في أركان هذا العقد، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

أولاً: اشتراطهم أهلية التصرف في المحيل:

وهو المدين الأصلي، وهو أحد طرفي العقد المتوثق له، فلذلك اشترط فيه المالكية ما يجعله أهلاً لصدور التصرفات منه وأن يصح منه كونه طرفاً في عملية التوثيق للحقوق، ولا يتصور ذلك إلا بتوفر صحة عبارته،⁽²⁾ ولا يكون ذلك إلا إذا كان بالغاً عاقلاً فلا تنعقد حوالة المجنون ولا غير المميز، لعدم صحة التصرفات منهما ومنها التوثيق، قياساً على عبادتهما، ولم يختلف في ذلك المالكية عن غيرهم من المذاهب⁽³⁾.

وأما المحجور عليه لسفه أو فلس وكذا الصبي المميز، فالمالكية على ضرورة إجازة الولي واشتراتها لصحة تصرفات هؤلاء لأنها كالإذن، لأن في جواز ذلك منه مصلحة للمحال بالتوثيق لدينه.

(1) _ الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص 212-213.

(2) _ القرافي، الذخيرة، ج9، ص 243.

(3) _ القرافي، المصدر نفسه، ج9، ص 243. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج8، ص6. الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص172. المرادوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، ط1، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1957، ج4، ص267.

ثانياً- اشتراط وجود الدين المتوثق به بين المحيل والمحال عليه:

لأن الدين في ذمة المحيل هو موضوع عقد الحوالة والمقصود بالتوثيق بها ، ولا تتصور حوالة دين من ذمة إلى أخرى، وهو لا وجود له أصلاً⁽¹⁾. لأنه إذا تم العقد بين المحيل والمحال ولم يكن المحيل مديناً للمحال، فالمالكية على أن ذلك يسمّى وكالة بالقبض وليس حوالة⁽²⁾.

ووافقهم على ذلك جمهور العلماء⁽³⁾، فهي عندهم وكالة بتخليص الحق من المحال عليه، فتعقد الوكالة بالقبض هذه ولو بلفظ الحوالة، لاشتراكهما في استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين كاستحقاق المحال مطالبة المحال عليه، فتتحول إلى الوكيل كما تتحول إلى المحال⁽⁴⁾.

ثالثاً: اشتراط أهلية المحال

وهو صاحب الحق المستفيد من الحوالة، أي كونه أهلاً للتصرف، صحيح العبارة كالمحيل، بأن يكون عاقلاً بالغاً، لعدم صحة تصرف المجنون والصبي غير المميز، وأما الصبي المميز فعند المالكية يتوقف الأمر فيه على إجازة وليّه، لأن الحوالة عقد من العقود⁽⁵⁾، إن كان فيها مصلحته في التوثيق لحقه.

و لعل ما يبرز دوره وأثره في التوثيق بعقد الحوالة ، اشتراط المالكية فيه عدة شروط تتوقف عليها صحة التوثيق بالحوالة، وهي كالاتي:

-**اشتراط قبوله ورضاه:** وذلك بأن يرضى بإحالته على المحال عليه، لأنه يتوثق لحق له و يضمن استيفاءه بذلك، ولأنه كالمشتري أو كالموكل⁽⁶⁾، إذ المالكية يرون الحوالة كالبيع في الحقيقة ولا يصح البيع إلا برضا البائع والمشتري، فكان رضا المحال شرطاً، جاء في منح الجليل: «اشتراطوا رضا المحيل

(1) _ ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2، ص 404. الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص 213. القرافي، المصدر نفسه، ج9، ص 243. الخرشبي، شرح الخرشبي على سيدي خليل، ج6، ص 17. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص 325.

(2) _ الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص 93. الخرشبي، المصدر نفسه، ج6، ص 17. الدسوقي، المصدر نفسه، ج3، ص 325، وج4، ص529. النسولي، البهجة شرح التحفة، ج2، ص 58.

(3) _ الرملي، نهاية المحتاج، ج4، .البهوتي، كشف القناع، ج3، ص 372.

(4) _ ابن جزري، القوانين الفقهية، ص 355. الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص 91.

(5) _ القرافي، الذخيرة، ج9، ص 243.

(6) _ ابن عبد البر، الكافي، ص401. الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص 212-213. ابن هشام، المفيد للحكام، ج2، ص 132. القرافي، الذخيرة، ج9، ص 243.

والمحال، لأنها بيع في الحقيقة وهو لا يصح إلا برضا البائع والمشتري»⁽¹⁾.

- اشتراط وجود دين له على المحيل: لما ذكرناه سابقا في شروط المحيل، ولعدم تصور الحوالة دون دين، ولانتفاء الغرض منها وهو التوثيق لهذا الحق.

رابعا: اشتراط أهلية المحال عليه:

أي المدين الفرعي، أو غريم المحيل (المدين الأصلي)، وهو من التزم بأداء الدين للمحال، فيشترط كونه أهلا للتصرف كالمحال والمحيل لأنه طرف في عملية التوثيق، فلا تصح إلا ممن صحت عبارته إذ الحوالة عقد من العقود يشترط لها ما يشترط لأي عقد.⁽²⁾ وما يوضح دوره في التوثيق بالحوالة، اشتراط المالكية فيه عدة شروط منها:

- اشتراط مراعاة مصلحة صاحب الحق في الإحالة عليه: فالمشهور في المذهب عدم اشتراط رضا المحال عليه، والدليل قوله ﷺ «وإذا اتبع أحدكم على ملى فليتبع» فلم يشر إلى رضا الملى المحال عليه، وإنما أمر المحال بقبول الحوالة⁽³⁾، وكذا لأن ذلك كالوكالة لا يعتبر فيها رضا الموكل عليه، ولأنه ما هو إلا محل للتصرف أو لاستيفاء الحق منه كالرهن، فلا يشترط رضاه أو كالدائر يكون فيها المتاع، أو الكيس يكون فيه النقود⁽⁴⁾، إلا أنهم قيدوا ذلك بما إذا لم يكن بينه وبين المحال عداوة سابقة فعندئذ لا بد من اشتراط رضاه، أما إن حدثت العداوة بينهما بعد عقد الحوالة، فيمتنع المحال من استيفاء الحق أو الدين من المحال عليه بنفسه، وإنما يوكل من يقبضه عنه⁽⁵⁾.

بينما ما جرى عليه عمل القضاة والموثقين أن يذكروا عند كتابة الوثائق وتسجيل عقد الحوالة، أن المحال عليه حضر مجلس العقد، وأقر بذلك ورضيه⁽⁶⁾، خروجاً عن خلاف من يرى اشتراط رضا الثلاثة،

(1) _عليش، منح الجليل، ج6، ص 179.

(2) _ القرائي، الذخيرة، ج9، ص 243.

(3) _ ابن بطال، شرح ابن بطال على صحيح البخاري، ج6، ص415. القرائي، المصدر نفسه، ج9، ص 24، الرهوني، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني، ج5، ص395.

(4) _ عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 154، القرائي، المصدر نفسه، ج9، ص 243، الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص 213.

(5) _ الدسوقي، حاشية الدسوقي (مع الشرح الكبير)، ج3، ص 325 الغرناطي، المصدر نفسه، ص 21.

(6) _ الغرناطي، المصدر نفسه، ص 212.

المحيل والمحال والمحال عليه وهم الحنفية⁽¹⁾، وكذا بعض المالكية ممن يرى اشتراط رضا المحال عليه قياسا على الكفيل⁽²⁾.

كما لا يشترط المالكية في المشهور عندهم ملاءة المحال عليه لصحة الحوالة، أو لزومها فالحديث عندهم ليس فيه تصريح باشتراطها، بل إنه ﷺ اعتبر وصف الملاءة مع جواز الحوالة على المعسر فلا تأثير للإعسار، وفائدة ذكر الملاءة هنا هي لنفي ضرر المظل عن المحال توثقا لحقه، ولسقوط سبيل المحال عليه في الرجوع عليه بعدما قبل الحوالة على من هو ملى⁽³⁾. بينما يرى بعض المالكية اشتراط الملاءة لأنه المعنى من الأمر الوارد في الحديث، إذ فيه دلالة على تحصيل الأموال وذلك لا يتم إلا بأمره باتباع الملىء دون المعسر، وهو ماجاء عن ابن بطال في شرحه للحديث السابق بما نصه: «أن من الظلم دفع الغني صاحب المال عن ماله بالمواعيد، ومن لا يقدر على القضاء غير داخل في هذا المعنى، لأن الله تعالى قد أنظره بقوله: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ وفيه ما دل على تحصيل الأموال وذلك بأمره باتباع الملىء دون المعسر، لأنه حض بقوله: «ومن اتبع على ملىء فليتبع»، فدل على أن من أتبع على غير ملىء فلا يتبع»⁽⁴⁾.

– اشتراط مديونيته للمحيل:

اشترط المالكية لصحة الحوالة، كون المحال عليه مدينا للمحيل⁽⁵⁾، فإن تم عقد الحوالة بين المحيل والمحال وأحاله على شخص ليس له عليه شيء أو غير مدين له، فالمالكية على جوازها، ولكنها حينئذ كالكفالة أو الجمالة ولها حكم الكفالة، وليست حوالة⁽⁶⁾، وإنما اشترط أكثر المالكية هذا الشرط، لأن الحوالة عندهم عقد توثق في معنى المعاوضة يتم بين المحيل والمحال فلا بد من ثبوت العوضين، فإذا لم يكن المحال عليه مدينا للمحيل فلا يكون فيه معاوضة، ومن ثم لا يتوثق لحق المحال. بينما يرى بعض المالكية،

(1) _ علي حيدر، درر الحكام، ج2 ص 22، القراني، الذخيرة، ج9، ص 244.

(2) _ القراني، المصدر نفسه، ج9، ص 244.

(3) _ القراني، المصدر نفسه، ج9، ص 250.

(4) _ ابن بطال، شرح ابن بطال على صحيح البخاري، ج6، ص 415-416.

(5) _ القراني، الذخيرة، 243/9. الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص 92.

(6) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 149. ابن عبد البر، الكافي، ص 401. ابن هشام، المفيد للحكام، ج2، ص 133.

القراني، المصدر نفسه، ج9، ص 243. الخطاب، المصدر نفسه، ج5، ص 92.

صحّة الحوالة دون أن يكون على المحال عليه دين للمحيل⁽¹⁾.

رابعاً: شروط المحال به:

وهو محل الحوالة المراد بالتوثيق، الذي يقع عليه الرضا بين طرفي عقد الحوالة، سواء أكان ذلك ديناً أو عيناً أو منفعة وسواء أكان ذلك المال المحال به، أو المال المحال عليه، فإن المالكية فصلوا القول في كيفية التوثيق له بالحوالة، وذلك على النحو الآتي:

1- إن كان المال المحال به أو عليه ديناً:

أجاز ذلك المالكية ووافقهم جمهور الفقهاء⁽²⁾، جاء في المفيد للحكام ما نصه: « أن تكون (أي الحوالة) من أصل دين»⁽³⁾ وفي المقدمات: «الحوالة جائزة في جميع الديون»⁽⁴⁾.

2- إذا كان المال المحال به أو عليه عيناً:

الحوالة بالعين سواء كانت أمانة كالوديعة والعارية، والعين الموهوبة كأن يقول شخص لآخر: أحلت فلاناً عليك بالألف التي له على، على أن تؤديها إليه من الدنانير التي أودعتهكها، أو كانت الحوالة بعين مضمونة، كالغصوبة، وبدل الخلع وغيرهما، وهي التي تضمن بمثلها، إن كانت مثلية أو بقيمتها إن كانت قيمية، كأن يقول شخص لآخر: أحلت فلاناً بالألف التي له عليّ، على أن تؤديها إليه من الدنانير التي اغتصبتها منّي.

فالحوالة عند المالكية بالعين سواء كانت أمانة أو مضمونة غير جائزة، فلو أحال على وديعة، أو مضاربة، أو شركة أو تركة لا تصح لأنه لم يحل على دين⁽⁵⁾، والحوالة إنما شرعت توثيقاً لحق، وهي إنما تكون على أصل دين كما مرّ.

(1) _ ابن عبد البر، الكافي، ص 401. الباجي، المنتقى، ج5، ص 68. ابن هشام: المفيد للحكام، ص 133. القرافي، الذخيرة، ج9 ص 243-244.

(2) _ ابن عبد البر، الكافي، ص 404. ابن رشد (الجدد)، المقدمات، ج2، ص 404. الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص 213. ابن هشام، المصدر نفسه، ج2، ص 132. القرافي، المصدر نفسه، ج9، ص 244. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج8، ص 7. البهوتي، كشف القناع، ج3، ص 372.

(3) _ ابن هشام، المصدر نفسه، ج2، ص 132.

(4) _ ابن رشد (الجدد)، المقدمات، ج2، ص 404.

(5) _ الدسوقي، حاشية الدسوقي، (والشرح الكبير)، ج3، ص 325.

3- إن كان المال المحال به أو عليه منفعة:

قال بصحة التوثيق بالحوالة بالمنفعة المملوكة فقط⁽¹⁾، وفرعوا على ذلك جواز أن يكرى الرجل من الرجل داره بدين له حال أو مؤجل على رجل آخر، ويحمله عليه في الوقت نفسه إن شرع في السكنى⁽²⁾ جاء في المدونة: «سألت مالكا عن الرجل يتكاري الأجير يعمل له سنة بدين له على رجل يحمله عليه يكون ذلك الدين إجارته؟ قال: لا بأس به وقد كان بعض أصحابنا أخبرنا عنه أنه يجيزه، وذلك إذا كان الذي عليه الحق حاضرا وأحاله عليه، كان الدين الذي على الرجل حالا أو إلى أجل إذا شرع في السكنى»⁽³⁾. ويتضح من هذا المقال بقوله "السكنى" أن محل الحوالة المتوثق به منفعة.

وعليه فقد اشترط المالكية عدة شروط في محل الحوالة، يبرز من خلالها دورها في التوثيق، وذلك على النحو الآتي:

- اشترط كون المحال به أو عليه لازما أو آيلا إلى اللزوم⁽⁴⁾ اشترط المالكية في الدين المتوثق به في عقد الحوالة أن يكون لازما، والدين اللازم هو الثابت الذي لا يسقط عن المدين في أي حال، كالثمن بعد قبض المبيع، والمهر بعد الدخول، والآيل إلى اللزوم هو الذي يعتربه عارض يمنع لزومه في ذمة من هو عليه، وإذا زال هذا العارض عاد إلى الأصل وهو لزومه في الذمة، واستدلوا على ذلك بقياس الحوالة على الكفالة، التي يشترط فيها هذا الشرط أيضا- كما سبق بيانه في مبحثها- بجامع أن كلا منهما التزام بما على المدين، وكلاهما توثق للحق.

- أن يكون الدين موجودا ثابتا قبل الحوالة: وقد صرح بهذا الشرط المالكية وشددوا فيه، وفرعوا على ذلك مسألة وهي: أنه لو أحال على غير المدين ثم قام الخيل بإعطاء المحال عليه ما يقضي به دين الحوالة، فأفلس هذا أو مات قبل أن يقضي الدين، كان للمحال الحق في الرجوع على الخيل بدينه، على قول ابن القاسم دون قول عبد الملك، إلا أن يعلم أنه لا شيء عليه، ثم يرجع الخيل بدوره على المحال عليه⁽⁵⁾.

(1) _ التسولي، البهجة شرح التحفة، ج2، ص 55.

(2) _ القرافي، الذخيرة، ج9، ص 247. الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص 93.

(3) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 150.

(4) _ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص 326.

(5) _ ابن الجلاب، التفريع، ج2، ص 288. الباجي، المنتقى، ج5، ص 70. ابن رشد، البيان والتحصيل، ج11، ص 291-292. المقدمات، ج2، ص 404. ابن هشام، المفيد للحكام، ج2، ص 132. القرافي، الذخيرة، ج9، ص 244، و250.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

- أن يكون الدين حالاً: اشترط المالكية في الدين المتوثق به في الحوالة كونه حالاً، وذلك لقوله ﷺ: «مطل الغني ظلم» والمطل إنما يكون فيما حلّ لا فيما لم يحل⁽¹⁾ ولأنه لو لم يكن حالاً كان بيع ذمّة بدمّة، فدخله ما هي عنه من بيع الدين أو الكالئ بالكالئ⁽²⁾، وربما النسبئة في النقدين، إلا أن يكون الدين الذي ينتقل إليه حالاً، ويقبض ذلك مكانه قبل أن يفترقا مثل الصّرف فيحوز ذلك⁽³⁾.

- كون المال الخال به والمال الخال عليه (الدينان) متحدين قدراً وصفة⁽⁴⁾: اشترط المالكية في الدينين المتوثق بهما في الحوالة كونهما متحدين في القدر والصفة «لا أدنى ولا أفضل، لأن مخالفة الجنس يصيرها بيعاً لا معروفاً فيرتكب المحذور لغير معروف، وهو بيع الدين بالدين الذي لا يحلّ على حال من الأحوال⁽⁵⁾، لأن الحوالة بيع من البيوع إلا أنها خصصت من عموم هي النبي ﷺ عن بيع الذهب بالذهب والورق بالورق، إلا مثلاً بمثل يدا بيد⁽⁶⁾. ومن عموم هي عن الدين بالدين لقوله ﷺ «ومن اتبع على مليء فليتبّع» لما كانت على سبيل المعروف⁽⁷⁾.

- ألا يكون الدينان طعاماً من سلم: وقد زاده بعض المتأخرين من المالكية، لأن فيه بيع الطعام قبل القبض ولم يرخص في ذلك إلا في الشركة والإقالة والتولية.

ولا تجوز الحوالة ولو بأحدهما على الآخر، حلّت الآجال أو لم تحل، أو حلّ أحدهما ولم يحل الآخر⁽⁸⁾.

(1) _ ابن الجلاب، التفريع، ج2، ص 288.

(2) _ الكالئ: بكسر اللام بعدها همزة، جمعها كوالئ، أي الدين يقال كالأ الدين يكلاً كلواً إذا تأخر ومنه بيع الكالئ بالكالئ، أي بيع الدين بالدين، الدسوقي، حاشية لدسوقي، ج3، ص 325-326. محمد رواس قلعة جي، معجم لغة الفقهاء، ص375.

(3) _ ابن الجلاب، التفريع، ج2، ص 288. ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2، ص 404. البيان والتحصيل، ج11، ص 295-296. الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص 213. القرافي، الذخيرة، ج9، ص 244.

(4) _ ابن الجلاب، المصدر نفسه، ج2، ص 288. ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2، ص 404. البيان والتحصيل، ج11، ص 295.

(5) _ ابن عبد البر، الكافي، ص 401. ابن هشام، المفيد للحكام، ج2، ص 132. القرافي، الذخيرة، ج9، ص 244.

(6) _ الإمام مالك: الموطأ، كتاب البيوع، باب بيع الذهب بالفضة تبراً وعينا، ص435-436، وباب ما جاء في الصرف، ص439-440.

البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الذهب بالذهب، وبيع الفضة بالفضة وباب بيع الذهب بالورق يدا بيد، ج3، ص30-31.

(7) _ ابن رشد، البيان والتحصيل، ج11، ص 295-296.

(8) _ ابن الجلاب، التفريع، ج2، ص 288. ابن رشد، المقدمات، ج2، ص 404. البيان والتحصيل، ج11، ص 296. الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص 213. القرافي، الذخيرة، ج9، ص 244.

خامسا: اشتراط رضا المحيل والمحال:

ويتمثل في الإيجاب والقبول، اللذان يعبران عن رغبة أطراف العقد، وإرادتهم في إنشائه، وهو ما يعبر عنه بالرضا، ومن شروط الصيغة، توفر رضا أطراف عملية التوثيق بعقد الحوالة، وذهب المالكية إلى اشتراط رضا المحيل خاصة، لأنه شرط لصحة الحوالة عندهم⁽¹⁾، وكذا اشتراط رضا المحال، سواء أحيل على مليء أم على غيره، وذلك لأنه صاحب الحق المراد التوثيق له بالحوالة، فلا بد من رضاه وقبوله، حتى لا يقع الضرر عليه⁽²⁾، وكذلك لما رواه أبو هريرة رضي الله عنه من قوله صلى الله عليه وسلم: «إن لصاحب الحق مقالا»⁽³⁾. ووجه الاستدلال بهذا الحديث، أن صاحب الحق هنا هو المحال، وقد نص الحديث على اعتبار قوله، فيعتبر رضاه كذلك⁽⁴⁾.

أمّا رضا المحال عليه، فهو ليس شرطا لصحة الحوالة في المشهور عند المالكية⁽⁵⁾ إلا أن تكون بينه وبين المحال عداوة سابقة فلا بد حينئذ من اشتراط رضاه- كما سبق بيانه- .

هذا وإن الضابط الذي يستدل به على وجود الرضا هو الإيجاب والقبول- كما سبق ذكره- لكون الرضا أمرا خفيا في النفس، ولا سبيل إلى معرفته عند التعاقد إلا بصيغة تبين رضا المتعاقدين عما أنشأه من تصرف فيعبر عنها بالإيجاب والقبول. ولعل ما يبرز أثر الحوالة ودورها في التوثيق للحقوق، انعقاد الصيغة فيها وهي الإيجاب والقبول بثلاثة أمور:

1- التوثيق بعقد الحوالة لفظا:

يرى المالكية أن الحوالة بيع من البيوع، ينتقل الدين بها عن ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، ولا يكون ذلك إلا بيقين، وهو التصريح بلفظ الحوالة وما ينوب منابه، ولذلك فعندهم أن الإيجاب والقبول

(1) _ الدردير، الشرح الصغير، ج5، ص 555.

(2) _ القرافي، الذخيرة، 9، ص 243.

(3) _ البخاري، صحيح البخاري- كتاب الوكالة، باب: الوكالة في قضاء الديون، ج3 ص 61. مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب: من استلف فقضى خيرا منه، ح(1600-1601) ج3، ص 1224 .

(4) _ ابن حجر، فتح الباري، ج5، ص 77، 78، وج4، ص 494.

(5) _ عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص 154. الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص 213. القرافي، الذخيرة، ج9، ص 263. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص 325.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

لا بد أن يكون بين المحيل والمحال دون رضا المحال عليه⁽¹⁾ وأما اشتراط بعض المالكية - كما سبق بيانه - رضاه وحضوره في مجلس العقد، فذلك من باب التوثيق للحقوق لاحتمال أن يبدي مطعنا في البينة إذا حضر، أو يثبت براءته من الدين ببينة⁽²⁾ على ذلك.

هذا وجمهور المالكية على جواز انعقاد الحوالة والتوثيق بها للحقوق بكل ما يدل عليها مثلها مثل سائر العقود، ولا يشترط لها لفظ خاص⁽³⁾، لأن العبرة عندهم في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، فالحوالة تنعقد بكل لفظ يدل على معناها ويحقق أثرها وهو التوثيق، مثل أن يقول: خذ من هذا حقك وأنا بريء من دينك وما أشبه ذلك، أو أحلتك واتبع فلانا بحقك علي، أو ملكتك الدين الذي لي على فلان بحقك عليّ أو اتبعتك على فلان بحقك علي⁽⁴⁾... وهكذا كل لفظ دلّ على الحوالة وكان محققا للغرض منها في التوثيق، وجرى عليه العرف والعادة، لأن الشارع الحكيم لم يحدد العقود بلفظ معين.

وقد خالف بعض المالكية الجمهور، فقالوا بأن من شروط الحوالة أن تنعقد بلفظها أو ما يشتق منها توثقا لحقوق جميع الأطراف، لأنه قد يأتي بلفظ يحتمل الحوالة ويحتمل الوكالة كقوله: «خذ الذي لك علي من الدين الذي علي فلان» وهو قول ابن القاسم، لان للمحال أن يرجع على المحيل ويقول إنما طلبت منه نيابة عنك لا عليّ أهما حوالة أبرأتك منها⁽⁵⁾.

2- التوثيق بعقد الحوالة كتابة

يرى المالكية في المعتمد عندهم، أن الحوالة كما تنعقد باللفظ فإنها تنعقد بالكتابة أيضا سواء بالنسبة للقادر على النطق أو العاجز عنه⁽⁶⁾. بينما ذهب بعضهم إلى أنه لا تكفي الكتابة أو الإشارة وحدها في انعقاد الحوالة، إلا إذا كانت من الأخرس العاجز عن النطق⁽⁷⁾.

(1) _ ابن رشد، البيان والتحصيل، ج11، ص 338-339. الدسوقي، المصدر نفسه، (مع الشرح الكبير للدردير)، ج3، ص325.

(2) _ الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص 98. الخرشي، شرح الخرشي، ج6، ص 16. الدردير، الشرح الصغير، ج4، ص 556.

(3) _ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص 326.

(4) _ ابن رشد (الجد)، البيان والتحصيل، ج11، ص 399. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص 326.

(5) _ الخطاب، مواهب الجليل ج5، ص92. الخرشي، شرح الخرشي، ج6، ص17.

(6) _ الدردير، الشرح الصغير، ج4، ص555. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص327.

(7) _ المصدرين نفسهما.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

والقريب إلى الصواب-والله أعلم-هو أن الحوالة كغيرها من العقود والمعاملات تنعقد بكل ما يدل عليها، وخاصة الكتابة-بشروطها السابقة-لأنها الوسيلة الأكدر على التعبير على رضا الطرفين ورغبتهما في إنشاء المعاملة حتى مع القدرة على النطق، وهو ما جرى به العمل في معاملاتنا في العصر الحديث. ولأن في التوثيق بالحوالة مع الكتابة زيادة توثق، حيث يكون الحق محتاط له بوثيقتين، عقد الحوالة باعتباره وثيقة، ووثيقته المكتوبة في ذلك.

ومما سبق، يتبين أن المالكية يجعلون الأصل في التوثيق بالحوالة هي الحوالة المقيدة بالدين، وإن لم يصرحوا بذلك في تعريفاتهم، إذ يكفي عندهم أن يكون المحال عليه مدينا للمحيل، حتى تعتبر عندهم حوالة مقيدة بالدين، وإن لم يصرح المحيل بهذا التقييد، كما أن جمهورهم جعلوا من شروط الحوالة، أن تكون من أصل دين هو موضوع التوثيق بها وهي الحوالة الصحيحة عندهم⁽¹⁾، وأما الحوالة المطلقة وهي التي تكون على غير مدين فإنهم ييطلونها، لأنها عندهم من قبيل بيع الدين بالدين، فهي على سبيل المعاوضة، وليست على سبيل الإرفاق والمعروف، والتوثيق للحق باستيفائه ببراءة الذمم منه، وهو ما شرعت له الحوالة، بينما في هذا النوع من الحوالة، تبقى ذمة المحيل وذمة المحال مشغولتين كل بدين فيها للآخر، وكل واحد من الدينين عوض عن الآخر، لأن المحال -في هذه الحالة- يبيع من المحال عليه -وهو غير مدين للمحيل- دينه على المحيل بدين ثبت في ذمته، وذلك لا يجوز لأنه من قبيل بيع الدين بالدين المنهى عنه⁽²⁾.

ولذلك نصّ أكثر المالكية في مدوناتهم على الشروط السابقة لجواز الحوالة وصحتها لتحقق أثرها من التوثيق، وقد أجملوا فيما يلي⁽³⁾:

- 1- أن يكون من أصل دين.
- 2- أن يكون الدين المحال فيه أو عليه حالا.
- 3- رضا المحيل والمحال.
- 4- أن يكون الحق المحتال فيه من جنس الآخر، أي أن يكون الدينان متحدين سواء في القدر أو الصفة.

⁽¹⁾ - ابن الجلاب، التفرغ، ج2، ص288. ابن رشد، المقدمات، ج2، ص404. البيان والتحصيل، ج11، ص29. الغرناطي، الوثائق

المختصرة، ص213. القرافي، الذخيرة، ج9، ص244.

⁽²⁾ - ابن الجلاب، التفرغ ج11، ص288.

⁽³⁾ - الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص213.

- 5- أن لا يكون الدينان طعاما من سلم. وهو شرط زاده بعض المتأخرين، كما زاد بعضهم شرطين هما:
- 6- أن يكون المحال عليه حاضرا مقرا بقدر الحق الذي عليه .
- 7- أن يكون مليئا بما عليه⁽¹⁾ وهو ما جرى به عمل الموثقين عند كتابتهم لعقد الحوالة في وثائقهم، جاء في الوثائق المختصرة ما نصّه: «أن ما يكتب في الوثائق: المحيل والمحال عليه والمحال أو أكثر وعلى صفته، وحلوله أو تأجيله، وقبول المحال ذلك، وعلمه بملا المحال عليه، والمعرفة بقدر ذلك، وعقد الإشهاد على المحيل والمحال، وحضور المحال عليه وإقراره بذلك ورضاه»⁽²⁾.
- وكل هذه القيود والشروط، إنما جعلت احتياطا وتوثقا للحقوق وحرصا على ضمان استيفائها.

المطلب الخامس: أثر التوثيق بالحوالة من خلال أحكامها

الحديث عن أحكام الحوالة، سيتناول التفصيل لبعض المسائل التي تبين بوضوح-أكثر مما سبق تناوله من متعلقاتها-علاقتها بالتوثيق للحقوق.

الفرع الأول: حالة إفلاس المحال عليه

من كان له على رجل مال، فأحاله على غيره، فقبله ورضي ثم أفلس المحال عليه أو مات، فليس للمحال أن يرجع على المحيل بشيء إلا أن يكون المحال عليه مفلسا ولا يعلم بفلسه.

وفلس المحال عليه، إما أن يكون كل من المحيل والمحال عالمين بذلك أو لم يعلما به، فإن كان كذلك فيجوز الرجوع في الوجهين، أو يكون أحدهما عالما بذلك فإن كان المحال جاز له الرجوع على من غره، لأنه عيب لا يرضى به صاحب الحق، وإن كان المحيل لم يجوز له ذلك⁽³⁾، وهو قول القرافي في ذخيرته: «إذا رضيت بالدين الذي على المحال عليه برئت ذمة غريمك ولا يرجع عليه في غيبة المحال عليه أو عدمه، ولو غرّك من عدم تعلمه أو فلس، فلك طلب المحيل، ولو لم يغرك لزمته الحوالة»⁽⁴⁾.

والإحالة في الحقيقة يراها المالكية في معنى البيع في الرجوع بالعيب، إلا أن الفرق بينهما، أن في

(1) _ الباجي، المتقى، ج5، ص 69. ابن هشام، المفيد للحكام، ج2، ص 132.

(2) _ الباجي، المصدر نفسه، ج5، ص 67-69.

(3) _ ابن الجلاب، التفريع، ج2، ص 288. ابن بطال، شرحه على صحيح البخاري، ج6، ص 417. ابن عبد البر، الكافي، ص 401-

402. ابن هشام، المفيد للحكام، ج2، ص 131-132.

(4) _ القرافي، الذخيرة، ج9، ص 24.

البيع لو باع دينا له من رجل فوجده معسرا لصحّ البيع ولا فرق في ذلك بين علم البائع وعدم علمه، بخلاف الحوالة فيجب العلم، فلا يحتال على أحد إلا بعد البحث عن حاله توثقا للحق، وليس كذلك في البيع⁽¹⁾.

وإذا مات المحال عليه مفلسا، فللمحال الرجوع على المحيل، لأنه إنَّما احتال بشرط السلامة، وهو مقصود العقلاء في العادة قياسا على البيع، فكما أن إفلاس المشتري بالثمن يوجب الرجوع، فكذلك إفلاس المحال عليه لأنه يجري مجرى الغبن أو الاستحقاق، فكان علة في الرجوع، فأينما كان فإنه يوجب رجوع المحال على المحيل، ولأن الحوالة في معنى المعاوضة فأشبهت البيع، ولأن المقصود منها التوثق للحق ولولا ذلك لم تصح الحوالة، فإذا أفلس المحال عليه، عاد المحال إلى مطالبة حقه من مدينه الأصلي وهو المحيل، ولقوله ﷺ «من أحال على ملئ» دلّ على اعتبار الملاءة في ترتب الحوالة لأن ترتب الحكم على الوصف يدل على عليته، فيكون وصف الملاءة هنا علة ثبوت الحوالة⁽²⁾.

الفرع الثاني: علاقة المحيل والمحال من حيث براءته من دين المحال:

إذا تمت الحوالة ترتب أثرها عليها وهو التوثق للحق، وذلك بنقلها للدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، واستيفاء المحال حقه، وبراءة المحيل من دينه فلا مطالبة له بذلك، وعليه فالمالكية على أن الحوالة في معنى القبض والاستيفاء توثقا للحق، ولولا ذلك لم تصح الحوالة، فهي تنقل ذلك كله ومن ثم فلا رجوع للمحال على المحيل في شيء لأن ذمة المحيل قد برئت براءة مطلقة بالحوالة فلا يعود الدين إلى ذمته بعد الحوالة⁽³⁾ لتمام حوزة واستيفائه، أفلس المحال عليه أو مات معدما⁽⁴⁾.

وقد جاء في المدونة ما يؤكد ذلك ونصّه: «إذا أحاله على رجل وله على المحال عليه دين، فالحال أولى بما على المحتال عليه، لأنه صار يشبه البيع، ألا ترى أنه لا يرجع على الذي كان عليه الأصل بدينه إن ترى ما على المحتال عليه فهو أولى به من غرماء الميت، لأن الذي أحاله حين أحاله سقط ما كان له

(1) ابن الجلاب، التفريع، ج2، ص 28.

(2) ابن بطال، شرحه على صحيح البخاري، ج6، ص 417. القرابي، الذخيرة، ج9، ص 252.

(3) الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 148، المواق، التاج والإكليل، ج7، ص 29، الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص 95، ابن هشام، المفيد للحكام، ج2، ص 131-132.

(4) ابن عبد البر، الكافي، ص 401، ابن هشام، المصدر نفسه، ج2، ص 131-132.

على المحتال عليه من دين وصار ذلك الدين للذي أحيل عليه وحازه»⁽¹⁾.

واستدل المالكية على ذلك بالحديث: «مطل الغني ظلم فإذا اتبع أحدكم على ملئ فليتبع» فالرسول ﷺ أمر بإتباع المحال عليه، ولا يجوز له اتباع غيره⁽²⁾.

و هذا إلا إذا حصل تغرير بالمحال، بأن يكون إفلاس المحال عليه مقترنا بالحوالة وهو جاهل به مع علم المحيل، فإن للمحال الرجوع بالدين على المحيل ومطالبته به⁽³⁾ - كما سبق في المسألة الأولى - جاء في التاج والإكليل: «لو غرّ المحيل من حال المحال عليه، وقد علم بفلسه، كان للمحال الرجوع عليه»⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: حالة الحوالة على غير أصل دين:

لقد سبقت الإشارة أن من شروط الحوالة لصحة التوثيق بها أن تكون في أصل دين، فإن أحال المحيل المحال على شخص ليس له عليه شيء ولا دين، فالمالكية على أنها جائزة إن قبل بها المحال ورضيها، ولكنها عندهم كفالة أو حمالة ولها حكم الكفالة، وليست حوالة⁽⁵⁾ وإن كان كلاهما للتوثيق، وإن أحاله على رجل بحق، ولم يكن للغريم (الشخص الثالث) ما يوفي به دين المحال كاملاً إلا دينه الذي عليه للمحيل أو المدين الأصلي، فهي حوالة فيما له عليه، وحمالة أو كفالة فيما زاد⁽⁶⁾ وفي كل منهما توثيق، فيتبع لهما المحال صاحب الحق أيهما شاء⁽⁷⁾ المحيل أو المحال عليه.

والحقيقة أن في ذلك خلاف داخل المذهب، لوجود قولين للإمام مالك في المدونة في كيفية رجوع المحال على المحيل أو المحال عليه، توثقاً لحقه وهما⁽⁸⁾:

الأول: يبدأ بالذي أحيل عليه، فإن أفلس هذا الأخير رجع على الذي أحاله (أي المحيل)، وذهب

(1) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 148.

(2) _ ابن بطال، شرح ابن بطال على صحيح البخاري، ج6، ص 415-417.

(3) _ ابن عبد البر، الكافي، ص 401. القرافي، الذخيرة، ج9، ص 249.

(4) _ المواق، التاج والإكليل، ج7، ص 29.

(5) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 149. ابن عبد البر، الكافي، ص 401-402. القرافي، الذخيرة، ج9، ص 243.

(6) _ الإمام مالك، المصدر نفسه، ج4، ص 14. الباجي، المنتقى، ج5، ص 69. الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص 90-91.

(7) _ ابن رشد (الجد)، البيان والتحصيل، ج11، ص 291.

(8) _ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 148-149.

الفصل الرابع: التوثيق بالعقود

ابن الماحشون إلى أنه لا يرجع على المحيل أبدا كالحوالة على أصل الدين⁽¹⁾. و خالفه في ذلك ابن رشد أنه يرجع توثقا لحق المحال، وناقش ذلك بقوله: «وهذا بعيد لأنه إذا كان من حق المحال عليه، أن يرجع على المحيل بما أدّى عنه فما الذي يمنع صاحب الحق أن يرجع عليه إذا أفلس»⁽²⁾.

والثاني: أن ذلك كالكفالة أو الحمالة ولا سبيل له إلى المحال عليه حتى لا يوجد للغريم أو المدين الأصلي مال، أي إلا في حالة عُدْم المحيل وهو ما اختاره ابن القاسم⁽³⁾.

فجعل مالك-رحمه الله- الحوالة على غير أصل الدين، كالحمالة أو الكفالة في رواية له، وقال أن المحال له أن يتبع أيهما شاء المحيل أو المحال عليه، قياسا على الكفالة بجامع التوثيق في كل، وللقول في الكفالة أنه يتبع أيهما شاء فكذلك الحوالة⁽⁴⁾.

ويمكن تلخيص الأقوال في أحكام الحوالة على غير دين كالاتي⁽⁵⁾:

- 1- أن له أن يتوثق لحقه فيأخذه من أيهما شاء، وهو قول مالك في هذه الرواية .
- 2- أنه لا سبيل له إلى المحال عليه إلا في عُدْم المحيل، وهو أحد قولي ابن القاسم في المدونة على ما اختاره من قول مالك في قياس غرم المحيل ورجوع المحال عليه، على غرم الحميل (الكفيل) في الحمالة (الكفالة).
- 3- عكس القول الثاني، فلا رجوع له على المحيل، ولا غرم على هذا الأخير، لأنه لا سبيل له إلى المحيل إلا في عُدْم المحال عليه، وهو أحد القولين الظاهرين في المدونة.
- 4- أنه لا يتوثق لحقه بالرجوع على المحيل بأي حال من الأحوال، كالحوالة على أصل دين، وهو قول ابن الماحشون.

وقد جاء في وثائق ابن العطار وغيره من الموثقين الفقهاء نماذج عن وثائق في الحوالة، تمثل تطبيقا لما ذهبوا إليه من أحكام وشروط فيها، ومثال ذلك ما نصه: «أحال فلان بن فلان بن فلان الفلاني بكذا

(1) _ ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2، ص 22. ابن عبد البر، الكافي، ص 401. ابن هشام، المفيد للحكام، ج2، ص 131-132.

(2) _ ابن رشد (الجد)، البيان والتحصيل، ج11، ص 291.

(3) _ ابن رشد، المصدر نفسه، ج11، ص 292.

(4) _ ابن رشد (الجد)، البيان والتحصيل، ج11، ص 291.

(5) _ ابن رشد، المصدر نفسه، ج11، ص 291-292. ابن عبد البر، الكافي، ص 401. ابن هشام، المفيد للحكام، ج2، ص 131-

132. القرافي، الذخيرة، ج9، ص 244.

وكذا ديناراً دراهم بدخل أربعين الحالة قبّله من سلف أسلفه إياه، أو من معاملة جائزة حرت بينهما، على غريمه فلان، إذ له عليه مثل هذه/ العدة [المذكورة]، وإن كانت له أكثر من هذه العدة على صفتها وسكّنها. فإنّ كانت حالة قلت "حالة له"، وإن كانت مؤجلة قلت "إلى أجل كذا"، واستحال فلان على غريمه [فلان بهذه العدة بمحضر المحال عليه فلان وإقراره للمحيل عليه وبراء] المستحيل [فلان غريمه المحيل] له فلان من هذه العدة المذكورة باستحالته بها على فلان، وبرئت ذمة المحيل فلان منها ومن تبعه المستحيل فلان قبّله، شهد على إشهاد المحيل فلان والمستحيل [فلان] والمحال عليه فلان على أنفسهم بما ذكر عنهم في هذا الكتاب، ثم تمضي إلى التأريخ»⁽¹⁾.

هذا، وإن التوثيق للحقوق في عصرنا الحاضر-على اختلاف أنواعها-ونظراً لانتشار فساد الذمم وخراجه، وغياب الضمائر، وكثرة الغش والتدليس والتغريب بالناس، والتهافت على الدنيا، ونسيان الآخرة، فإنّه بات من الضروري للإنسان، التوثيق والحيطرة والائتمان للحقوق، بأي وسيلة مناسبة من وسائل هذا النظام الفريد الذي أسسه الشرع وبنى قواعده ووضع أحكامه، حفاظاً على حقوق الناس وحماية لها من الضياع بسبب النسيان أو المظل، أو الجحود والإنكار، أو التدليس أو الإفلاس أو حتى الموت، لأنها أمور تحدث في الحياة، فلا يأمن الإنسان على حقوقه ومعاملاته، إلاّ بالتوثيق لها من هذه الأمور، ومن ثم يكون صاحب الحق مرتاحاً مطمئناً بعودة حقوقه إليه ويضمن استيفاءها، كما يكون الذي عليه الحق بذلك، حريصاً على ردّ الحقوق إلى أصحابها، فلا يخطر بباله جحودها أو إنكارها أو مماطلة في ردها أو حتى نسيانها، فإنه يعلم أنّه متوثّق لها بأي وسيلة من وسائل التوثيق المناسبة لذلك، ومن ثمّ ما عليه إلاّ الالتزام بما تمّ في عملية التوثيق.

فالتوثيق للحقوق غاية، مفادها حفظ الحقوق وتأمينها، وضمان استيفائها بوسائل وطرق، منها ما تكون بعقود كالرهن والكفالة والحوالة، ومنها ما تكون بغير عقود، كالكتابة أو توثيق المعاملات والشهادة عليها بمختلف أنواعها، والسفتحة، وبمين القضاء، والحبس في الحقوق، وغير ذلك من الوسائل التي أفاض فيها علماؤنا الأجلاء، وأبدعوا في شرحها وضبطها والتفصيل في أحكامها ومسائلها. وفي عصرنا هذا ظهرت وسائل جديدة تتوثق بها الحقوق من الجحود والتدليس والضياع، وهي وسائل غير معتادة اقتضتها التطورات العلمية والمعاملاتية الحاصلة، ومن ذلك، وسائل الاتصال الحديثة كالتليفون

⁽¹⁾ - ابن العطار، الوثائق والسجلات، ص 150.

والفاكس والبريد المصور والحاسوب والأترنت... وغير ذلك مما أجاز الفقهاء التوثيق به للحقوق إذا أحسن استخدامه، لإبعاد خطر التدليس والخداع، وذلك لأنه لا يخرج عند فقهاءنا المعاصرين في الواقع عن الوسائل القديمة المعروفة وخاصة التوثيق بالكتابة، إذ هي نوع من المراسلات التي كان يتم بها التعاقد والتوثيق قديماً، فيتوثق بهذه الوسائل الحديثة لجميع المعاملات، مع اختلاف بينهم في عقد الزواج لعدم توفر الشهادة فيه وصيانة للأعراض، - وإن كان ذلك أيضاً في المعاملات المالية-، وإنما القول فيها ما قاله فقهاؤنا القدامى في وسائل التوثيق الأخرى، وهو أننا متى أمنا التزوير والتدليس في هذه الوسائل الحديثة، وأحسن استخدامها بضبطها بشروط وضوابط، لتؤدي الغرض منها وهو التوثيق لحقوق الناس و تأمينهم عليها، فإن شرعنا القويم لا يمنع من ذلك⁽¹⁾، خاصة أن أمره بالتوثيق بالوسائل المعروفة ليس تعدياً، فكل وسيلة حققت مقصود الشارع الحكيم في التوثيق للحقوق، بحفظها وصيانتها ولم تخالف نصاً ولم تصادم مقصداً من مقاصده فهي جائزة.

فإذا أدت هذه الوسائل الهدف منها، وتمكن صاحب الحق من استرداد حقه والحصول عليه، بالشروط والضوابط المقررة في نظام التوثيق، فقد انتهت عملية التوثيق، وترتبت عليها آثارها وأحكامها، التي جاء هذا البحث لبيانها وإمالة اللثام عنها، وتحققت مصالحها وغاياتها، أقصاها الامتثال لأمر الله تعالى، تطبيقاً للعدالة وصيانة للحقوق، وأدناها رفع الضرر عن الناس وإصلاح ذات بينهم، وبين هذا وذاك مآرب أخرى... كل ذلك في منظومة متكاملة الأطراف، متماسكة الجوانب، واضحة الأحكام، منسجمة الرؤى والغايات، تسمى التوثيق للحقوق الذي إن دل على شيء، فإنما يدل على أن شريعتنا الغراء لها فضل السبق في التأسيس لمبدأ حماية حقوق الإنسان، يجعلها مقصداً من مقاصدها ومنع التعدي عليها من أي كان حتى من صاحبها نفسه، وقد أحاطت ذلك كله بسياسات الأوامر والنواهي، ثم عززتها بطرق ووسائل لحفظها بعد ذلك وتأمينها من كل طارئ، لأنها شريعة حق كلها وعدل كلها.

والحمد لله رب العالمين.

(1) _ سعد سليمان الحامدي، التوثيق وأحكامه، ص 226-228.

الذخائر الحقة

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

وهكذا يصل بي المطاف بعد أن صلت وجلت في رحاب الموضوع وفي جوانبه وآفاقه، إلى نتائج و بعض الأفكار التي أسمح لنفسي باقتراحها-وأحسبها نافعة والله أعلم- من خلال ما تجمع لي من هذا العمل المتواضع، وقد أجملت كل ذلك في النقاط الآتية:

-إن ما لا نجد في كتب الأقدمين هو مصطلح النظرية بهذا الشكل والصياغة الجديدين، أما أساس النظرية ومادتها الفقهية، فكتب الفقه زاخرة بالثروة الفقهية الضخمة المبوبة والمرتبة والتي تمتاز بالخصوبة والمرونة ما يجعلها لا تقل عن أروع ما ابتكره الفكر القانوني الحديث من نظريات، بل تفوقه بالحرص على القيم العليا والمصلحة العامة.

-إن تراثنا الفقهي أضخم ثروة علمية في تاريخ الشرائع، لم يزل مصدر إثراء يجد فيه الباحثون الثروة التي لا ينضب معينها والتي تتعدى الأزمنة وتتجاوز العقل البشري، وفيها من الموضوعات- كالتوثيق وغيره- ما لم يزل حقلًا بكرًا، ومنجمًا نفيسًا لم يستثمر إلا قليلًا.

-التوثيق نظام يراد به تقوية جانب صاحب الحق وتأكيد مجموعة من الوسائل لحمايتها من أسباب ضياعها وضمن استيفائها عند الطلب، وأنه ذلك النظام الذي يتم من خلال جملة من وسائله المحافظة على الحقوق وصيانتها وضمن استردادها.

-يتم التوثيق للحق بالاعتماد على إجراءات وآليات وهي وسائله المحققة له، بعضها عقود كالرهن والكفالة والحوالة، وبعضها غير عقود، كالكتابة والشهادة، ويمين القضاء وشهادات الاسترعاء، وحبس المدين،... وغيرها من الوسائل التي يتوثق بها للحقوق، وتضمن استيفائها وتؤمنها من أسباب الضياع والفوت.

-إن العدالة وصيانة الحقوق، مركز الإسلام وجوهر شرائعه وأحكامه، وهو حقيقة بديهية ومعلومة من الدين والتاريخ بالضرورة، فقد تكرم الله على الإنسان بأن جعل له حقوقًا، وجعلها من مقاصد الشريعة، فأوجب الحفاظ عليها وحرم الاعتداء عليها من أي كان ولأي سبب، ابتداء من الإنسان نفسه، وهذه الحقوق قابلة للمشاحة والتنازع مادام الإنسان يعيش في مجتمع يتم فيه التبادل والتعامل، وحتى تحمي من ذلك أوجب التوثيق لها حيلة وتحسبًا لأي طارئ أو سبب يؤدي إلى ضياعها، إما بفعل الإنسان نفسه كجحوده أو إفلاسه أو مطله...أو بأمر خارج عنه كنسيانه أو موته أو مرضه...فالتوثيق إجراء وقائي لحفظ حقوق الإنسان، وهو من الحزم وحسن التدبير والتخطيط لحاضر ومستقبل الأيام.

-إن الاهتمام بنظام التوثيق أمانة من أمارات الاستقرار الاجتماعي لما فيه من تحقيق العدالة بين

الناس وصيانة حقوقهم ومصالحهم وإن عناية المسلمين به والمالكية خاصة، تعتبر أحد تجليات عنايتهم بالعدالة نفسها، وحرصهم على صيانة الحقوق، كما أن ضخامة المكتبة الإسلامية التي تعج بمؤلفاتهم الكبيرة والغزيرة فيه، دليل على تجذر قيم العدالة والحق في التشريع الإسلامي.

- إن قيام التوثق على مقومات من أركان وشروط وضوابط وأحكام كل ذلك كان فيه لعلمائنا وخاصة المالكية منهم، قصب السبق إذ فصلوا وأسسوا وأصلوا ووضعوا قواعد تعتبر الأصل المتين لنظام التوثق، وعليه فقد وقفت على نظرية كاملة للتوثق عند المالكية، مستكملة الأركان والنطاق، حيث جعلها المالكية أربعة إجمالاً وخمسة تفصيلاً، من خلال ما تبين من أركان التوثق ومسائله، سواء بعقد أو بغير عقد، وذلك كأبي أركان عقد عندهم، لأن الصيغة لم يصرحوا بها، وإنما ذكروها في أثناء كلامهم عن شروط العاقدين، وتمثل في المستوثق (له ومنه) والمستوثق به ومحل التوثق والوثيقة مكتوبة كانت أو عقداً، كما جعلوا له شروطاً، حيث تشددوا في بعضها حرصاً على تحقيق الغاية وهي التوثق للحقوق.

- بالرجوع إلى مصادر الفقه المالكي العملية في القضاء والنوازل والوثائق، أدركت مدى اهتمام المالكية بنظام التوثق للحقوق، وعنايتهم الفائقة به، حيث توسعوا في بعض أحكامه وبعض طرقه ووسائله، مثل جعلهم بعض الاستثناءات لبعض القواعد العامة في التوثق، كقاعدة "كل ما جاز بيعه جاز رهنه" وذلك لاعتبارات معينة، تحتم الأخذ بعين الاعتبار لهذه الاستثناءات عند تقرير الحكم الشرعي المترتب، وهي الضرورة والحاجة الداعية وحفظ المال وصيانتها ومنع الضرر، وكذا توسعهم في استثناءاتهم، فأجازوا مثلاً رهن أشياء لا يجوز بيعها، معللين ذلك بأن طبيعة عقد الرهن تختلف عن طبيعة عقد البيع، فالأول تبرع وتوثق وحيطة، حيث شيء في الجملة خير من لاشيء، بينما الثاني معاوضة، وليس فيه شيء من ذلك، كما أجاز المالكية توثقاً للحقوق، الشهادة على الخط وتوسعوا في العمل بها أكثر من غيرهم، فأجازوا كتاب القاضي في بلد إلى كتاب قاض في بلد آخر، من أجل تنفيذ أو النظر في قضية صاحب الحق في ذلك البلد، تمكيناً له من حقه، ومن ذلك أيضاً اشتراطهم لصحة رهن الدين بالإشهاد على حيازته وقبضه الوثيقة التي كتب فيها الحق، وكذا جوازهم العمل بالشهادة على خط الغائب أو المقر... حفاظاً على الحقوق. وانفردوا بأحكام كانت تتماشى مع مقاصد الشريعة في التيسير وتحقيق المصالح، كشهادة الاسترعاء وشهادة الليف، ومنع المرأة من التوثق بالكفالة، حفاظاً عليها، وتوثقاً لمالها وحقوق غيرها، ولم يقف اهتمامهم به عند صفحات مدوناتهم، وإنما تعدى ذلك إلى تطبيقه في واقع الحياة، ولم يجعلوه فقهاً نظرياً فحسب، وإنما رسخوه فقهاً عملياً واقعياً ملبياً لحاجات الناس.

-إن مجال التوثيق هو المعاملات والحقوق عموماً، منها ما يدخله التوثيق بشتى وسائله، ومنها ما يختص بوسيلة أو بعض الوسائل دون بعض.

-التوثيق للحق نظام متكامل له وسائله وأحكامه، والتوثيق وهو كتابة الحقوق، هو إحدى وسائله الأكثر شيوعاً وفعالية، فهو المجال الفسيح الذي يجعل بإجراءاته الدقيقة والمضبوطة، التوثيق كغاية محققاً ومطبقة في أرض الواقع.

-التوثيق له أسباب ومسوغات، تستدعي كل منها وسيلة أو أكثر من وسائل التوثيق، أولها وأسهلها هو الامتثال لأمر الله تعالى بالتوثيق للحقوق، وأخرى تتعلق بالمتعاقدين، كموت أحدهما أو مطلق المدين ووجوده وظهور لده أو إفلاسه، أو مرض أحدهما أو نسيانه، وبعضها لا يتعلق بالشخص وإنما تحتمه الظروف المحيطة كتبديل التعامل بالنقود وحوالة الأسواق، كحالة كساد النقود والدرهم المتعامل بها أو انقطاع رواجها بين الناس.

-أجاز الملكية رهن ما فيه غرر يسير وجهالة خفيفة، وإن كان لا يجوز بيعه، تيسيراً للتوثيق للحقوق.

-انفرد الملكية بجواز التوثيق للحق غير الثابت في الذمة حال العقد أي قبل ثبوت الحق، ولكن اشترطوا أن يكون آيلاً إلى الثبوت واللزوم، وذلك من قولهم بجواز الرهن قبل ثبوته في الذمة، وكذا بجواز الكفالة بالدين قبل ثبوته،.... وذلك لما فيه من التوسعة على الناس، وصيانة لحقوقهم.

-يصح التوثيق عند الملكية بالمجهول غير المعين، انطلاقاً من قولهم بجواز رهن المجهول وغير المعين في الرهن، وكذا لجوازه في الشهادة عندهم، لعدم تعيين الشاهد، وكذا لقولهم بعدم اشتراط معرفة الكفيل للمكفول عنه وجهله بذلك، لأن المشهور عند الملكية جواز اشتراط الغرر الخفيف في العقد دون أن يفسده ذلك، ولأن ذلك سيؤول إلى المعرفة وليس فيه ضرر ما دام كذلك، حفاظاً على الحقوق وتيسيراً على الناس.

-لا يطلق الملكية التصرف للرجل والمرأة بمجرد البلوغ بل بظهور الرشد أيضاً، لأنهما معا سبب كمال أهلية الأداء عندهم ولأن الرشد هو ما يدل على حسن التصرف وإصلاح المال وتتميره ولذلك لم يمنعا المرأة من التوثيق بالكفالة أو الرهن، أو الحوالة وغيرها من التوثيقات على الإطلاق، وإنما اشترطوا لصحة ذلك منها كونها رشيدة، ومأذونا لها من زوجها إن كانت ذات زوج، حفاظاً على أموالها وتوثيقاً لحقوق زوجها.

-تنتهي عملية التوثيق بأمور منها: تسليم المال واستيفاء صاحبه له، سواء بالرهن أو الكفالة أو الحوالة، وتحقق الغاية منه بأي طريقة، كأدائه من طرف المدين أو إبراء الدائن للمدين منه أو بهبته له... أو غيرها من الطرق، أو بموت الموثق الذي كتب المعاملة، أو عزله أو عدم توفر أحد الشروط اللازمة فيه أو ببطلان الوثيقة في حد ذاتها، وعدم توفر شروطها، سواء كانت مكتوبة أو كانت عقدا من عقود التوثيق، أو بحصول أحد موانع الشهادة إن تم التوثيق بها، وهكذا...

-حتى تتحقق الغاية من التوثيق وثمرته، وهي الحفاظ على الحقوق وضمان استيفائها، وتكتمل صورته كنظرية متكاملة، تتجلى منها المنظومة الحقوقية في الفقه الإسلامي عامة والمالكي خاصة، فلا بد أن تتوفر كل مقوماته التي تشكل عملية التوثيق مع شروطه اللازمة لتحقيق تلك الغايات وتوثيق ثمارها. ولهذا، فإن الفقه المالكي من خلال نظرية التوثيق بكل أشكال وسائلها وأحكامها، يشكل فقها ذا طابع عملي أثري، برزت فيه العناية بالواقع العملي مراعاة لمقاصد الشريعة العامة ومنها: تحقيق العدالة، وصيانة الحقوق، وحفظ المال والأنفس والنظام العام.

-نظرا لتفشي الفساد وانتشار التدليس والتغريب بالناس فمن الضروري التوثيق والحيطة للحقوق والأموال والمعاملات وسائر التصرفات، وذلك بأي وسيلة من وسائل التوثيق الممكنة والمناسبة لأي زمان وفي أي مكان لأن ذلك هو الحزم. ولذلك فمن المهم جدا أن تنتشر ثقافة التوثيق للحقوق، وأن تمارس بين الأفراد عن طريق وسائله، صيانة للحقوق، وامتنالا لأمر الله تعالى بالمحافظة عليها، وأداء الحقوق لأصحابها.

-براعة المالكية في تطبيق التوثيق وخاصة في فن التوثيق- وبلوغه عندهم الذروة، فيه إبراز ما بلغته الحضارة الإسلامية في الأندلس والمغرب خاصة، والعالم الإسلامي عامة، من أوج عزها وازدهارها في شتى الميادين، وإسهام المسلمين بوضع بصمتهم في مختلف العلوم والمعارف والخطط والحرف والصناعات، مما يعود على الإنسانية بالخير.

-ضرورة الاهتمام بنظام التوثيق، وعلم التوثيق على الخصوص، وهو صيانة الحقوق وتأمينها بتلك الإجراءات التي تم بيانها في البحث، بتعلمه وتعليمه في برامجنا ومقرراتنا الدراسية، حتى لا يبقى غريبا بين أهله- وهم طلبه العلم- حيث الشائع عندهم أن التوثيق هو ما ينحصر في المعلومات، وفي فن كتابة الهوامش وغير ذلك. وعليه، يجب الرجوع إليه، كما كان عند أسلافنا، لأهميته البالغة ومكانته العالية بين العلوم، وخاصة في عصرنا الذي أصبح اللجوء إلى التوثيق للحقوق هو المفزع والملاذ، وصار التعامل به ادعى وأكد، حفظا للحقوق وإصلاحا لذات البين وحماية للمجتمع وإقرارا للأمن فيه.

- يتضح مما سبق من تاريخ وماهية علم التوثيق على الخصوص، مرجعيته المتأصلة في تاريخ وحضارة المغرب الإسلامي، على الرغم من ضياع الكثير من الوثائق لا سيما المخطوطة منها، نتيجة عوامل متعددة منها ما هو تاريخي استعماري، ومنها ما له علاقة بالطبيعة وفعل البشر، لهذا فإن التذكير والتوعية بحماية الوثائق و التراث المخطوط في الدول المغاربية والإسلامية بصورة عامة، يعد خطوة إيجابية نحو إحياء التراث الثقافي الحضاري للأمة العربية الإسلامية.

- إن نظام التوثيق بما فيه من إجراءات استحدثتها فقهاؤنا، وفصلوا في مناهجها وأحكامها، على ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، كل ذلك من أجل إقراره وتثبيته وتطبيقه في الواقع حتى لا يبقى فقها نظريا مجردا ومعزولا عن واقع الناس، وفي ذلك دليل على نضج الفكر والعقل الفقهي والقضائي عند علمائنا وعلو مستواه عندهم، وأسبقيتهم إلى ذلك، ولذلك فهو نظام جدير بالاهتمام والمحافظة عليه، وحرى بأن يخدم بمراجعة وإعادة النظر في بعض صوره وأحكامه وطرقه والشروط المتعلقة بها، وكذا كيفية كتب الوثائق وأشكالها، وفق التوثيق الشرعي الذي تفنن فيه فقهاؤنا.

- نظرا لأهمية التوثيق وهو علم جليل يدخل ضمن تلك المنظومة الرائعة للحقوق، وكونه مستمدا من الفقه والقضاء، فالأجدد بنا أن نضيفه كمادة علمية ضمن مقرراتنا ومنهجنا الدراسي، وأن ندرجه ضمن الشعب والتخصصات الموجودة في الجامعات، في كليات الشريعة أو كذا كليات الحقوق حتى تمكن الطلبة من دراسته و يتمكن المتخصصون فيه من الإلمام به وإتقانه لتكوفهم فيه فقها وقانونيا.

- فتح الباب والمجال أمام حاملي الشهادات العليا من كليات الشريعة للالتحاق بالمناصب المتعلقة بوظيفة التوثيق خاصة لأن الأصل في هذه الوظيفة- كما سبق بيانه في طيات هذا البحث-أنها من الخطط الدينية كباقي الوظائف والخطط والولايات الدينية، من حسة وقضاء وإمامة وغيرها... لتعلقها بالفقه والقضاء، و لأن القائمين على هذه الوظيفة اليوم، وهم المنتسبون إلى كليات القانون، إنما انتصبوا موثقين أو كتاب عدل، دون معرفة الجانب الفقهي من ذلك، بينما هي وظيفة خطيرة تتعلق بضبط أمور الناس على القواعد والقوانين الشرعية وحفظ حقوقهم على الضوابط المرعية والشروط المنصوص عليها عند فقهاءنا، وذلك يحتاج إلى معرفة حكمها شرعا وكيفية كتابتها بالرجوع إلى الكتب المتخصصة مما جادت به قريحة علمائنا الأجداد.

هذا، وفي ختام هذا العمل المتواضع الذي لا أدعي فيه كمالا ولا رفعة ولا إتقاناً، وإنما هو جهد المقل وذلك لقصر الباع وقلة البضاعة، فإني الله أسأل أن يغفر له ذلك حسن القصد والنية، وأن

يكتب لقارئه النفع والفائدة، وأن يتقبله مني بحسن المثوبة والأجر، فمنه سبحانه وتعالى وحده الاستمداد، وعليه التوكل والاعتماد، وهو حسبنا ونعم الوكيل، وصل اللهم على حبيبنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، والحمد لله رب العالمين .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث النبوية

فهرس الآثار

فهرس الأعلام المترجم لهم

فهرس المصادر والمراجع

فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	الرقم	طرفة الآية
سورة البقرة		
13	27	﴿الَّذِينَ يَنْفُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ...﴾
14	63	﴿وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَكُمْ وَرَفَعْنَا فَوْقَكُمُ الطُّورَ...﴾
294	185	﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾
112 ، 107 ، 67	188	﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾
104	275	﴿إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا﴾
244	275	﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾
138 ، 124 ، 123 ، 394 ، 389	280	﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ...﴾
ذكرت في معظم صفحات البحث	282	﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ...﴾
140 ، 71 ، 69 ، 170	282	﴿وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبًا بِالْعَدْلِ﴾
238	282	﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ...﴾
140 ، 64	282	﴿وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ﴾
302 ، 151 ، 145	282	﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾
322 ، 302 ، 192	282	﴿وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾
246 ، 237	282	﴿وَلَا تَسْمَعُوا أَنْ تَكْتُمُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ﴾
298 ، 68	282	﴿ذَلِكُمْ أَفْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾
296 ، 142 ، 116	282	﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ...﴾

379، 375، 374	282	﴿ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا ... ﴾
305، 209، 207	282	﴿ وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾
401، 152، 142 437، 432، 406	283	﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً ﴾
275، 156، 154 404	283	﴿ فَإِنْ آمَنَ بَعْضُكُمْ بِبَعْضٍ فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ ﴾
345	285	﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾
سورة آل عمران		
438	37	﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾
14	81	﴿ وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُمْ مِنْ كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ﴾
124	75	﴿ وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بِقِنطَارٍ ... ﴾
387	75	﴿ إِلَّا مَا دَمَّتْ عَلَيْهِ قَائِمًا ﴾
سورة النساء		
145، 67	5	﴿ وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا ﴾
457، 380، 375	6	﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ﴾
380، 374، 143 460	6	﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا ﴾
244	29	﴿ يَتَّأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ ﴾
161	58	﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾
114	148	﴿ لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوْءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ ... ﴾
سورة المائدة		
107	1	﴿ يَتَّأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾

69، 245، 280، 443	2	﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾
387	33	﴿أَوْ يَنْفُوا مِنَ الْأَرْضِ﴾
387	106	﴿تَحِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ﴾
سورة الأَنْعَامِ		
344	119	﴿إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾
374	138	﴿وَقَالُوا هَذِهِ أَنْعَامٌ وَحَرَّتْ هِجْرًا لَا يَطْعَمُهَا إِلَّا مَنْ نَشَاءُ﴾
سورة الْأَمْرَانِ		
3	185	﴿أُولَئِكَ يَنْظُرُوا فِي مَلَكُوتِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾
سورة يُونُسَ		
234	10	﴿دَعْوَتُهُمْ فِيهَا سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ وَتَحِيَّتُهُمْ فِيهَا سَلَامٌ...﴾
سورة يُونُسَ		
85	27-26	﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا...﴾
444، 14	66	﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ﴾
143، 247، 249، 438، 466	72	﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جِمْلٌ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾
85	81	﴿أَرْجِعُوا إِلَىٰ آبَائِكُمْ فَقُولُوا يَا أَبَانَا إِنَّكَ ابْنُكَ سَرَقٌ...﴾
341	82	﴿وَسَأَلِ الْقَرْيَةَ الَّتِي كُنَّا فِيهَا وَالْعَيْرَ الَّتِي أَقْبَلْنَا فِيهَا...﴾
سورة الْإِسْرَاءِ		
109	70	﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾
439	92	﴿أَوْ تَأْتِي بِاللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ قَبِيلًا﴾
336	104	﴿فَإِذَا جَاءَ وَعْدُ الْآخِرَةِ جِئْنَا بِكُمْ لَفِيفًا﴾

سورة العج		
480	77	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَرْكَعُوا وَاسْجُدُوا...﴾
275	77	﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾
سورة النور		
142	33	﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ...﴾
سورة الفرقان		
374	22	﴿حِجْرًا تَحْجُورًا﴾
سورة النمل		
278 ، 232 ، 84	29	﴿إِنِّي أُلْقِيَ إِلَيْكَ كِتَابٌ كَرِيمٌ﴾
84	30	﴿إِنَّهُ مِنْ سُلَيْمَانَ وَإِنَّهُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ﴾
سورة القصص		
193	77	﴿وَأَحْسِنَ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾
سورة الزمر		
234	75	﴿وَتَرَى الْمَلَائِكَةَ حَافِينَ مِنْ حَوْلِ الْعَرْشِ﴾
سورة محمد		
13	4	﴿فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ...﴾
سورة الخاريات		
265	29	﴿فَصَكَتَ وَجْهَهَا﴾
سورة الطور		
399	21	﴿كُلُّ أَمْرٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾
سورة الرحمن		

65	2-1	﴿الرَّحْمَنُ عَلَّمَ الْقُرْآنَ﴾
سورة الطلاق		
104	1	﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾
143، 229، 231، 301	2	﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾
سورة المدثر		
299	38	﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾
سورة القيامة		
3	22	﴿وَجُوهٌ يَوْمَئِذٍ نَّاصِرَةٌ ﴿٢٢﴾ إِلَىٰ رَبِّهَا نَاظِرَةٌ﴾
سورة الفجر		
374	5	﴿هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حَجْرِ﴾

ثانيا: فهرس الأحاديث النبوية والآثار

الصفحة	طرفة الحديث والآثر
113	أتدرون من المفلس...
104	اتقوا الله وأعدلوا بين أولادكم...
444	أخذ من متهم كفيلا تثبتا واحتياطاً...
114	أد الأمانة إلى من ائتمنك...
416 ، 401 ، 145	اشترى رسول الله ﷺ من يهودي طعاما ورهنه درعه...
245	الإشراك بالله وعقوق الوالدين...
153	أقبلنا على الربذة...
260	أكتب الشرط بيننا
146	اكتبوا الناس على منازلهم...
64	أكرموا الشهود فإن الله يحيي بهم الحقوق..
303	ألا أخبركم بخير الشهداء...
116	ألك بينة؟
245	إن الله ورسوله حرم بيع الخمر....
442	إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة....
152	أن النبي ﷺ ابتاع فرسا من أعرابي...
387	أن النبي ﷺ حبس رجلا في قهمة...
85	أن أول من جحد آدم ﷺ...
100	أن عمر بعثه مصدقا...
492	إن لصاحب الحق مقالا...

116	انطلق رسول الله ﷺ وأبي بن كعب...
113	إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي...
86	أنه ذكر رجلا من بني إسرائيل...
316	إتذني له
388	بعث النبي ﷺ خيلا قبل نجد...
456	تنكح المرأة لأربع...
381	توفي رجل من الأنصار...
145	ثلاثة يدعون الله فلا يستجاب لهم...
455	الثلث والثلث كثير...
450	جزاك الله خيرا عن الإسلام...
26	الحج عرفة»
200	خذه فتموله وتصدق به...
375، 124	خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك...
384	خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف...
432	الرهن مركوب ومحلوب...
98	الرهن يركب بنفقته...
445، 248، 97	الزعيم غارم...
86	سمعت عثمان يقول: اجتنبوا...
364، 303، 281، 116، 97	شاهدك أو يمينه...
97	العارية مؤداة...
311، 250	على مثلها فاشهد أو دع...
14	فيذا رجل عنده موثق..

442	فصلوا على صاحبكم...
67	فلا تعطه مالك...
173	قل لكاتبك يجيء...
212	كاتب أمية بن خلف كتابا...
325	كتب إلي رسول الله ﷺ أن ورث....
362	لا بأس إذا أخذوا بوزن دراهمهم...
361	لا تفعلني، فكيف لك بالضمان...
145، 109	لا نكاح إلا بولي...
458	لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تتصرف في مالها...
401، 98	لا يغلق الرهن...
244، 104	لعن رسول الله ﷺ آكل الربا وموكله...
232	لما أراد النبي أن يكتب إلى الروم...
117	لو تركته بين...
116	لو يعطي الناس بدعواهم...
387، 134، 114، 97	لي الواحد يحل عرضه وعقوبته...
376	ليس لكم إلا ذلك...
235، 104، 14	ما بال أقوام يشترطون...
278، 145، 130	ما حق امرئ يبني ليلتين...
129	المسلمون عند شروطهم...
97، 124، 133، 387، 393، 481، ...	مطل الغني ظلم...
483، 127، 124	من اتبع علي ملئ فليتبع..

497	من أحال على ملئ... ..
104	من أحدث في أمرنا هذا... ..
384 ، 128	من أدرك ماله بعينه عند رجل... فهو أحق به... ..
246	من أسلف في شيء فقي كيل معلوم... ..
113	من اقتطع حق امرئ... ..
378	من كان له عليه حق فليأتنا
93 ، 91	من لكعب بن الأشرف... ..
265	نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام... ..
245	نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي... ..
304	هلا سترته بردائك... ..

رابعاً: فهرس الأعلام المترجم لهم

الصفحة	العلم
63	إبراهيم الرياحي أبو إسحاق
38	إبراهيم بن الحاج أحمد أبو إسحاق الغرناطي
38	أحمد بن محمد بن سيد أبيه
62	أحمد بن مغيث بن أحمد
63	أحمد بو خريص أبو العباس
31	أسد بن الفرات
63	إسماعيل أبو الفداء التميمي
62	الأشعري يحيى بن بكر المالقي
15	ابن الأعرابي محمد بن أحمد بن زياد الكوفي
64	ابن بري أبو الحسن علي الرباطي
96	بريدة الأسلمي
25	ابن بشير إبراهيم بن عبد الصمد التنوخي
163	ابن بشير بن محمد أبو بكر المعافري
165	ابن بشير محمد بن محمد أبو بكر
30	بقي بن مخلد بن يزيد القرطبي
305	بلقاسم عظوم بن محمد مرزوق
155	أبو جعفر الطبري محمد بن جرير
264	الحاكم السمرقندي
155	ابن حزم علي بن أحمد
154	الحسن بن يسار البصري

335	الحسن علي بن محمد الربيعي القيرواني أبو
72	أبو الحسن علي بن يحيى الجزيري
100	خارجة بن زيد بن ثابت
155	أبو داود الظاهري
66	ابن أبي دليم محمد بن محمد
154	الربيع بن أنس البكري
195	الرجاجي أبو الحسن علي بن سعيد
15	الزمخشري أبو القاسم محمود بن عمر
34	ابن أبي زمنين محمد أبو عبد الله عيسى
32	ابن زياد الفاسي القيرواني
31	زيادة بن إبراهيم
26	ابن زيتون أبو القاسم بن أبي بكر
154	أبو سعيد سعد بن مالك
167	سليم بن عمر التجيبي
117	سليمان بن محمد بن بطال
265	السمرقندي أبو نصر أحمد
65	ابن سهل عيسى أبو الأصبع الأزدي
224	ابن السيد البطلوسي
167	ابن شبرمة عبد الله بن حسان
325	الضحاك بن سفيان الكلابي
153	طارق بن عبد الله المحاربي

100	طلحة بن عبد الله بن عوف
141	ابن عاشور محمد الطاهر
154	عامر بن شراحيل الشعبي الكوفي
32	ابن عبد الحكم محمد بن عبد الله
267	ابن عبد السلام الهواري التونسي
98	عبد الله بن خلف بن سعد الخزاعي
32	عبد الله بن عمر بن شرحبيل
399	عبد الله بن همام بن نبيشة بن رباح
198	عبد الله بن وقدان السعدي
154	عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج
13	ابن العربي أبو بكر محمد بن عبد الله المعافري
155	عطاء بن أبي رباح القرشي
64	ابن عطية أبو علي الحسن الونشريسي
4	ابن عطية عبد الحق بن غالب المحاربي
152	عمارة بن خزيمه أبو عبد الله الأنصاري
63	عمر أبو حفص بن قاسم المحجوب
64	أبو عنان فارس بن الحسن المريني
28	عياض أبو الفضل بن موسى اليحصبي القاضي
147	عياض بن غنم بن زهير الفهري
12	ابن فارس أحمد بن زكريا الرازي القزويني
267	ابن فتوح أبو محمد عبد الله الفهري

62	ابن فرحون إبراهيم بن علي
193	أبو القاسم خلف بن مسلمة
23	القرافي أحمد بن إدريس الصنهاجي
141	القرطبي محمد بن أحمد بن أبي بكر
20	القلقشندي أحمد بن علي بن أحمد
32	القيرواني أحمد بن أحمد بن زياد الفاسي
15	كعب بن زهير بن أبي سلمى
320	ابن لبابة أبو عبد الله أحمد بن عمر
183	ابن لبابة أبو عبد الله محمد بن يحيى
25	اللخمي أبو الحسن علي بن محمد الربيعي
203	المازري عبد الله محمد بن علي
264	المتيطي أبو الحسن علي
31	ابن محرز محمد بن عبد الله بن مسلم
314	محمد العزيز بن الوزير جعيط
286	محمد بن أحمد بن أبي بكر أبو عبد الله المقري
322	محمد بن حارث الحشني
31	محمد بن خالد بن مرتنيل الأموي
201	محمد بن علي بن عمر التميمي
265	أبو محمد عبد الله بن فتوح
95	ابن مرارة بن سلمى اليمامي
90	المسعودي علي بن الحسين البغدادي

273	ابن الملون محمد بن سعيد القرطبي
320	ابن المواز محمد بن إبراهيم
322	ابن المواز محمد بن ابراهيم بن رباح
155	النخعي ابراهيم بن يزيد
71	النويري أحمد بن عبد الوهاب البكري
304	هزال أبو عمر بن ذئاب
272	هلال بن يحيى بن مسلم الرأي البصري
61	الونشريسي أبو العباس أحمد بن عمر
31	يحيى بن يحيى اللبثي

قائمة المصادر والمراجع

- ابن الأبار محمد بن عبد الله القضاعي:
- 1. تكملة الصلة، تحقيق: عزت العطار الحسني، القاهرة، مكتب نشر الثقافة الإسلامية، 1956.
- إبراهيم أبو إسحاق بن أبي زكريا يحيى التلمساني:
- 2. اللمع في الفقه على مذهب الإمام مالك، تحقيق: محمد شايب شريف، ط1، بيروت، دار ابن حزم، 2009.
- إبراهيم اللقاني:
- 3. منار الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى، تحقيق: زياد محمد محمود حميدان، ط1، بيروت، دار الأحياء، 1992.
- إبراهيم علي محمد:
- 4. اصطلاح المذهب، ط1، دبي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، 2000.
- الآبي صالح عبد السميع:
- 5. جواهر الإكليل، مطبعة عيسى البابي الحلبي.
- ابن الأثير عز الدين أبو الحسن:
- 6. الكامل في التاريخ، بيروت، دار صادر، 1966.
- ابن الأثير علي بن محمد الجزري:
- 7. أسد الغابة في معرفة الصحابة، بيروت، دار الفكر.
- الأحساني عبد العزيز محمد آل مبارك :
- 8. تبين المسالك لتدريب السالك إلى أقرب المسالك، شرح: محمد الشباني الشنقيطي، دار الغرب الإسلامي.
- أحمد إبراهيم بك:
- 9. طرق الإثبات الشرعية، ط3، مصر، مطبعة القاهرة الحديثة، 1985.
- أحمد بابا التنبكي:
- 10. كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج، ضبطه أبو يحيى عبد الله الكلدوي، ط1، بيروت، دار ابن حزم، 2002م.

- أحمد داود:
- 11. أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط1، الأردن، دار الثقافة، 2011.
- أحمد رضا:
- 12. معجم متن اللغة، لبنان، منشورات دار مكتبة الحياة.
- الأسيوطي شمس الدين محمد بن أحمد:
- 13. جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، ط1، القاهرة، مطبعة السنة المحمدية، 1955.
- الأصبهاني أبو نعيم أحمد بن عبد الله:
- 14. حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، مصر، مكتبة الخانجي، ومطبعة السعادة.
- الآلوسي شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني:
- 15. روح المعاني في تفسير القرآن والسبع المثاني، ط1، ضبطه وصححه علي عبد الباري عطية، بيروت، دار الكتب العلمية، 2001.
- الإمام مالك بن أنس:
- 16. المدونة الكبرى، بيروت، دار الفكر، 2004.
- ابن الأبار محمد بن عبد الله القضاعي:
- 17. الموطأ، رواية يحيى بن يحيى الليثي، إعداد: أحمد راتب عرموش، ط2، بيروت، دار النفائس، 1977.
- الأنصاري عبد العلي محمد بن نظام الدين:
- 18. فواتح الرحموت، ط1، مصر المطبعة الأميرية ببولاق، 1904.
- الأنصاري محمد بن حديدة:
- 19. المصباح المضيّ في كتاب النبي الأميّ، ورسل إلى ملوك الأرض من عربي وعجمي، صححه وعلق عليه محمد عظيم الدين، ط2، عالم الكتب، 1985.
- آيت الحاج مرزوق:
- 20. الوجيز في التوثيق العدلي بين النظر والتطبيق، ط1، طوب بريس، المغرب، 2005.
- الباجي سليمان بن خلف:
- 21. المنتقى شرح موطا مالك، تحقيق محمود شاكر، ط1، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 2012.
- 22. فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام، تحقيق: محمد أبو الأجنان، الدار العربية للكتاب، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985.

- البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل:
23. صحيح البخاري، دار الفكر.
- البرزلي أبو القاسم بن أحمد البلوي القيرواني:
24. فتاوى البرزلي (جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام)، تقديم وتحقيق محمد الحبيب الهيلة، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 2002.
- البسنوي علي وده:
25. محاضرة الأوائل ومسامرة الأواخر، ط2، بيروت، دار الكتاب العربي، 1978.
- ابن بشكوال خلف بن عبد الملك:
26. الصلة، القاهرة، مكتبة الخانجي، دت.
- ابن بطال البكري بن خلف:
27. شرح ابن بطال على صحيح البخاري، ط2، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ط2، الرياض، مكتبة الرشد، 2003.
- البغدادي أبو محمد غانم بن محمد:
28. مجمع الضمانات، ط1، دار الكتاب الإسلامي، 1308هـ.
- البغدادي أحمد بن علي أبو بكر الخطيب:
29. تاريخ بغداد، بيروت، دار الكتاب العربي.
- البغدادي إسماعيل باشا بن محمد:
30. هدية العارفين في أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، اسطنبول، وكالة المعارف، 1951.
- 31. إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، عني بتصحيحه وطبعه: محمد شرف الدين بالتقبا ورفعت بيلكه الكليسي، دار الفكر، 1982.
- البقسمي ناصر بن محمد:
32. الشهادة وحجتها في إثبات جرائم الحدود، المملكة العربية السعودية، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية 1997.
- بن عاشور محمد الطاهر:
33. التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1973.
- بن عاشور محمد الفاضل:

34. ومضات فكر (2)، تونس، الدار العربية للكتاب، 1982.
- بناني محمد بن أحمد:
35. الوثائق الفاسية، (الفرعونية)، أعدها: عبد الكريم مسرور، الرباط، مركز إحياء التراث المغربي.
- بن عبد الله عبد العزيز :
36. معلمة الفقه المالكي، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1983 .
- بن عبد الله محمد:
37. ناظر الوقف مقال بمجلة دعوة الحق، المغرب، العدد 283، دجنبر، 1984.
- البهوتي منصور بن يونس:
38. كشاف القناع، مراجعة: هلال مصيلحي، بيروت، دار الفكر، 1982.
- البورنو محمد صدقي:
39. الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة.
- البوطي سعيد رمضان:
40. قضايا فقهية معاصرة، ط5، دمشق، مكتبة الفارابي، 1994.
- البيهقي أحمد بن الحسين:
41. السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط3، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003.
42. شعب الإيمان: تحقيق: عبد العلي عبد الحميد حامد، ط1، الرياض، مكتبة الرشد، 2003.
- التاودي محمد بن سوادة:
43. حلي المعاصم لبنت فكر ابن عاصم، شرحه للتحفة وهو على هامش البهجة، بيروت، دار الفكر.
- التبريزي محمد:
44. الكفاية في علم الكتابة، تحقيق: بدري محمد فهد، ط1، عمان، دار جرير للنشر، 2005.
- التجاني محمد الحبيب:
45. النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي، المغرب-الدار البيضاء-دار النشر المغربية، 1985.
- الترتوري حسن:
46. التوثيق بالكتابة والعقود، ط1، القاهرة، دار ابن الجوزي، 2005.

- تركي عبد المجيد:
- 47. قضايا ثقافية من تاريخ الغرب الإسلامي، دار الغرب الإسلامي.
- الترمذي ابو عيسى محمد بن عيسى:
- 48. سنن الترمذي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط2، شركة ومطبعة مصطفى الباوي الحلبي، 1975.
- التسولي علي بن عبد السلام:
- 49. البهجة في شرح التحفة، بيروت، دار الفكر.
- ابن تغري بردي جمال الدين أبي المحاسن:
- 50. النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، القاهرة، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والترجمة والطباعة والنشر، 1963.
- التفتازاني سعد الدين مسعود بن عمر:
- 51. التلويح على التوضيح، ضبطه: زكريا عميرات، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1996.
- التنبكي أحمد بابا:
- 52. نيل الابتهاج، نيل الابتهاج بتطريز الدياتج، تقديم: عبد الحميد عبد الله الهدامة، طرابلس، ليبيا، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، 1989.
- 53. كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الدياتج، ضبطه أبو يحيى عبد الله الكلدوي، ط1، بيروت، دار ابن حزم، 2002م.
- ابن تيمية تقي الدين أحمد:
- 54. مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ط1، الرياض، مطابع الرياض، 1382هـ.
- الجرجاني علي بن محمد بن علي الحسيني:
- 55. التعريفات، تحقيق: عبد المنعم الحفني، القاهرة، دار الرشاد.
- ابن جزري محمد بن أحمد الغرناطي:
- 56. قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، بيروت، دار العلم للملايين.
- الجصاص أبو بكر أحمد بن علي:
- 57. أحكام القرآن، بيروت، دار الكتب العلمية، 1995.
- جعيط محمد العزيز:
- 58. الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية، ط1، تونس، مكتبة الاستقامة، مطبعة

الإرادة.

- ابن الجلاب أبو القاسم عبد الله بن الحسين:
- 59. التفريع، تحقيق: حسن الدهاني، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1987.
- ابن جماعة بدر الدين:
- 60. تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام، تحقيق: فؤاد عبد المنعم، ط3، قطر، دار الثقافة للطباعة والنشر، 1988.
- جمعة علي:
- 61. المدخل، ط1، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 1996.
- جواد أحمد بحر:
- 62. نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، رسالة ماجستير في الفقه الشرعي، فلسطين، 2009.
- ابن الجوزي جمال الدين أبو الفرج:
- 63. صفة الصفوة، حققه: محمود فاحوري، ط4، بيروت، دار المعرفة، 1986.
- الجوهري إسماعيل بن حماد:
- 64. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ط3، بيروت، دار الملايين، 1984.
- الجيادي عمر:
- 65. العرف والعمل في المذهب المالكي، ومفهومها لدى علماء المغرب، الرباط، وزارة الأوقاف، 1984.
- 66. محاضرات في تاريخ المذهب المالكي بالمغرب، الدار البيضاء، منشورات عكاظ، مطبعة النجاح الجديدة، 1987.
- 67. ظهور علم التوثيق في المذهب المالكي، مقال في مجلة دار الحديث الحسنية، المغرب، ع5، 1406هـ.
- ابن الحاج أبو عبد الله محمد بن محمد:
- 68. المدخل، ط2، بيروت، دار الكتاب العربي، 1972.
- ابن الحاج عبد الله بن الحاج إبراهيم الموريتاني:
- 69. فتاوي ابن الحاج، جمع وتحقيق محمد الأمين بيب، ط1، 2002.
- حاج محمد بن محمد بن أمير:
- 70. لتقرير والتحبير في شرح التحرير، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية، 1983.

- حاجي خليفة المولى مصطفى بن عبد الله القسطنطيني:
71. كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، عني بتصحيحه وطبعه: محمد شرف الدين بالتقابا ورفعت بيلكه الكليسي، وكالة المعارف، 1943.
- الحاكم محمد بن عبد الله النيسابوري:
72. المستدرک علی الصحیحین، مع التلخیص للذهبي، كتاب البيوع، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1990م
- الحامدي سعد سليمان:
73. التوثيق وأحكامه في الفقه الإسلامي، ط1، مصر، دار السلام، 2010.
- ابن حنبل أحمد، مسند أحمد:
74. تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ط1، مؤسسة الرسالة، 2001.
- ابن حجر أحمد بن علي العسقلاني:
75. فتح الباري، شرح صحيح البخاري، رقم أبوابه وأحاديثه محمد فؤاد عبد الباقي، وأخرجه محيي الدين الخطيب، بيروت، دار المعرفة.
- 76. الإصابة، ط1، مصر، دار صادر، مطبعة السعادة، 1328.
- 77. الدرر الكامنة، دار الجيل.
- 78. الدرر الكامنة، ضبطه وصححه: عبد الوارث محمد علي، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية.
- 79. تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، عني بتصحيحه والتعليق عليه السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، بيروت، دار المعرفة.
- 80. تهذيب التهذيب، دار صادر.
- الحجوي محمد أبو الحسن الثعالبي:
81. الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، اعتناء: أيمن صالح شعبان، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1995.
- ابن حزم علي بن محمد:
82. المحلى بالأثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، بيروت، دار الكتب العلمية، دت، دط .
- حسني محمود عبد الدايم:
83. الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، ط1، الاسكندرية، دار الفكر، 2008.

- الخطاب شمس الدين محمد بن محمد الرعيبي:
- 84. مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ضبطه وخرج أحاديثه الشيخ: زكريا عميرات، بيروت، دار عالم الكتب، 2003.
- 85. مواهب الجليل وبهامشه التاج والإكليل للمواق، ط3، دار الفكر 1992.
- الحفني عبد المنعم:
- 86. الموسوعة الفلسفية، ط1، بيروت، دار ابن زيدون.
- حماد نزيه:
- 87. دراسات في أصول المداينات في الفقه الإسلامي، ط1، الطائف، دار الفاروق، 1990.
- 88. مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي، ط2، جدة، البنك الإسلامي للبحوث، 2000.
- الحموي أحمد بن محمد:
- 89. غمز عيون البصائر، شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1405هـ.
- الحموي ياقوت شهاب الدين بن عبد الله:
- 90. معجم البلدان، مصر، مطبعة السعادة.
- الحميدي محمد أبو نصر بن عبد الله الأسدي:
- 91. جذوة المقتبس في تاريخ علماء الأندلس، ط2، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتب الإسلامية، بيروت، دار الكتاب اللبناني، القاهرة، دار الكتاب المصري، 1983.
- حنبولة علي:
- 92. الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، الإسكندرية، مصر، ط1، 1974.
- حيدر علي:
- 93. درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ط1، بيروت، دار الجليل، 1991.
- الحرشي محمد بن عبد الله:
- 94. حاشية الحرشي على سيدي خليل، ضبطه: زكريا عميرات، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1997.
- الحشني أبو عبد الله محمد بن الحارث:

- 95.قضاة قرطبة، تحقيق: ابراهيم الأبياري، ط1، بيروت، دار الكتاب اللبناني، 1928.
- 96.طبقات إفريقية، اعتناء محمد بن أبي الشنب، مطبعة الشرقية بوردان، الجزائر 1915م.
- ابن الخطيب لسان الدين بن محمد بن عبد الله:
- 97.الإحاطة في أخبار غرناطة، تحقيق: محمد عبد الله غسان، ط1، القاهرة، الشركة الوطنية للطباعة والنشر، مكتبة الخانجي، 1974.
- 98.مثلى الطريقة في ذم الوثيقة، الرباط، دار المنصورة للطباعة والوراثة، 1973.
- 99.مثلى الطريقة، تحقيق عبد المجيد تركي، الجزائر. و ط أخرى تحقيق عبد المجيد تركي، ضمن قضايا ثقافية من التاريخ، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1988.
- خلاف محمد عبد الوهاب:
100. تحقيق ثلاث وثائق في محاربة الأهواء والبدع في الأندلس، من كتاب الأحكام لابن سهل، ط1، القاهرة، 1981.
- ابن خلدون عبد الرحمان:
101. المقدمة، اعتنى بها هيثم جمعة هلال، ط1، بيروت، مؤسسة المعارف، 2007.
102. تاريخ ابن خلدون(كتاب العبر وديوان المبتدأ والخبر)بيروت، دار الكتاب اللبناني، 1983.
- ابن خلكان شمس الدين أحمد بن محمد:
103. وفيات الأعيان، تحقيق: إحسان عباس، بيروت، دار الثقافة.
104. خليل بن إسحاق، مختصر خليل:
105. تصحيح وتعليق طاهر احمد الزاوي، القاهرة، دار إحياء الكتب العربية، لعيسى الباي الحلبي وشركاه. وطبعة أخرى ومعها مواهب الجليل للحطاب.
106. الدارقطني أبو الحسن علي بن عمر:
107. السنن، تحقيق: شعيب الأرنؤوطي وآخرون: ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 2004.
- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني:
108. السنن، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط1، دار الرسالة العالمية، 2009.
- الدردير أبو البركات أحمد بن محمد:
109. الشرح الصغير، مع بلغة السالك، للصاوي، بيروت، دار الفكر.
- الدسوقي محمد بن أحمد:

110. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، اعتنى به محمد عبد الله شاهين، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1996.
111. حاشية الدسوقي، بيروت، دار الكتب العلمية 1996.
- ابن أبي الدم الحموي شهاب الدين أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الله:
112. أدب القضاء أو الدرر المنظومات، تحقيق: عبد القادر رعط، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1987.
- الدهلوي ولي الله:
113. حجة الله البالغة، ط1، القاهرة، دار التراث، 1355هـ.
- الذهبي أبو عبد الله محمد بن عثمان:
114. سير أعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد نعيم العرقسوسي، ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1990.
115. تذكرة الحفاظ، بيروت، دار إحياء التراث العربي، دار الكتب العلمية.
- ذياب زياد صبحي:
116. تقديم لكتاب نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة لمجيد محمود وسعيد أوحجير، ط1، عمان، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة، 2002م.
- الرازي فخر الدين محمد بن عمر بن الحسن:
117. التفسير الكبير، دار الفكر، ط1، 1981.
- الرازي محمد بن أبي بكر:
118. مختار الصحاح، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1994.
- الراغب الأصفهاني أبو القاسم الحسين بن محمد:
119. المفردات في غريب القرآن، تحقيق محمد سيد كيلاي، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر.
- الرجراجي وعلوش:
120. فهرس المخطوطات العربية بالخزانة العامة، بالرباط، ق348/1/2.
- ابن رحال الحسن بن أحمد:
121. حاشية بن رحال على شرح ميارة على التحفة، دار الفكر، دت، دط.
- رشد أبو الوليد محمد بن أحمد (الجد):
122. المقدمات، تحقيق: سعيد أعراب، ط1، تونس، دار الغرب الإسلامي، 1988. ابن

123. البيان والتحصيل، تحقيق: محمد حجي وآخرين، ط2، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1988.
124. مسائل ابن رشد، تحقيق: محمد الحبيب التحكائي، ط2، بيروت: دار الجيل، المغرب: دار الآفاق الجديدة، 1993 .
- ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد (الحفيد):
125. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيروت، دار الفكر.
- الرصاع أبو عبد الله محمد الأنصاري:
126. شرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد أبو الأحناف والطاهر العموري، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1993.
- الرملي شمس الدين محمد بن أبي العباس:
127. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت، دار إحياء التراث.
- الرهوني أحمد بن محمد التطواني:
128. حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، إعداد وعناية محمد القدوري، ط1، الدار البيضاء، المغرب، مطبعة النجاح، 2004.
- الروكي محمد:
129. قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف، ط1، دمشق، دار القلم، جدة، مجمع الفقه الإسلامي، 1998.
130. نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، المملكة المغربية، جامعة محمد الخامس، منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية، الرباط، 1994.
- الزبيدي أبو الفيض محمد بن محمد:
131. تاج العروس، تحقيق: علي هلاي، الكويت، لتراث العربي، 1966.
- الزحيلي محمد :
132. النظريات الفقهية، ط1، دمشق، دار القلم، بيروت، الدار الشامية، 1993 .
133. القواعد الفقهية، ط2، لجنة الدفتر العلمي، 2004.
134. وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، الطبعة الشرعية، دمشق، مكتبة دار البيان، 2007.
- الزحيلي وهبة:
135. الفقه الإسلامي وأدلته، ط1، دمشق، دار الفكر، 1998.

136. نظرية الضمان، دمشق، دار الفكر، 1982، ص188.
137. العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية، ط1، دار الفكر، 2011
- ابن أبي زرع علي:
138. ورض القرطاس، نشر عبد الوهاب بن منصور، الرباط، 1973.
- الزرقاء مصطفى:
139. المدخل الفقهي العام، دار الفكر، 1967.
- الزرقاني عبد الباقي بن يوسف:
140. شرح الزرقاني على خليل، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2002.
- الزرقاني محمد بن عبد الباقي بن يوسف:
141. شرح الزرقاني على موطأ مالك، بيروت، دار الكتب العلمية.
- الزركلي خير الدين:
142. الأعلام، ط6، دار العلم للملايين، 1984.
- الزريقي جمعة محمود:
143. نظام الشهر العقاري في الشريعة الإسلامية، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط1، 1981.
- الزريقي محمد:
144. نشأة نظام العدول وتطوره في المغرب، مقال بمجلة جمعية المحافظين والمراقبين على الملكية العقارية، المملكة المغربية.
- الزمخشري جار الله محمود بن عمر:
145. الكشاف، بيروت، دار المعرفة.
146. الفائق في غريب الحديث، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، وعلي محمد البخاري، ط2، بيروت، دار المعارف.
147. أساس البلاغة، تحقيق: عبد الرحيم محمود، ط1، مصر، مطبعة دار الكتب المصرية.
- ابن أبي زمنين محمد بن عبد الله بن عيسى:
148. منتخب الأحكام، تحقيق: محمد حماد، ط1، الرباط، دار الأمان، 2009.
149. تفسير ابن أبي زمنين، ت: حسين بن عكاشة، ط1، مصر، الفارق الحديثة، 2002.
- أبو زهرة محمد:

150. أصول الفقه، دار الفكر، ط1، دت.
151. ابن تيمية. القاهرة، دار الفكر العربي ، 1991.
- زوين علي :
152. علم الوثائق والتوثيق في تراثنا الإسلامي، مجلة آفاق الثقافة والتراث، س14، ع53.
- ابن أبي زيد القيرواني عبد الله بن عبد الرحمان:
153. النوادر والزيادات، تحقيق: محمد بوخبزة، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1999.
- زيدان عبد الكريم :
154. نظرات في الشريعة الإسلامية، ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 2000 .
- الزيلعي فخر الدين عثمان:
155. تبين الحقائق، شرح كثر الدقائق، ط1، دار الكتاب الإسلامي، دت.
- السالوس علي أحمد:
156. الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة، الكويت، مكتبة الفلاح، ط1، 1986.
- السامرائي قاسم:
157. مقدمة في الوثائق الإسلامية، ط1، الرياض، دار العلوم، 1983.
- السنخاوي شمس الدين محمد بن عبد الرحمان:
158. الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، بيروت، منشورات دار مكتبة الحياة.
- السرخسي أبو بكر محمد:
159. المبسوط، بيروت، دار المعرفة.
- ابن سعد محمد الزهري:
160. الطبقات الكبرى، بيروت، دار صادر، 1957.
- السعدي أبو حبيب:
161. القاموس الفهري لغة واصطلاحا، دمشق 1988.
- ابن سلام أبو عبيد القاسم :
162. كتاب الأموال، شرحه: عبد الأمير علي مهنا، بيروت، دار الحدائث للطباعة والنشر والتوزيع.
- السمرقندي أبو نصر أحمد بن محمد:

163. كتاب الشروط، وعلوم الصكوك، تحقيق محمد باسم الحرشي، ط1، دار الشؤون الثقافية العامة 1987.
- أبو سنة أحمد فهمي:
164. النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، مصر، مطبعة دار التأليف، 1967.
- السنهوري أحمد عبد الرازق:
165. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1973.
166. مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط2، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998.
- ابن سهل أبو الأصمغ عيسى الحيايبي الأندلسي:
167. الإعلام بنوازل الأحكام أو (الأحكام الكبرى)، تحقيق: يحيى مراد، القاهرة، دار الحديث.
- السيوطي جلال الدين عبد الرحمان:
168. الأشباه والنظائر، مصر، دار إحياء الكتب العربية، دت، دط.
169. بغية الوعاة، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، ط2، دار الفكر، 1979.
170. الدر المنثور في التفسير المأثور، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1990.
171. حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة، تحقيق: محمد أبي الفضل إبراهيم، القاهرة، 1967.
- الشاطبي أبو إسحاق إبراهيم بن موسى:
172. الموافقات، تحقيق محمد عدنان درويش، محمد الأسكندراني، ط1، بيروت، دار الكتاب العربي، 2002.
- الشافعي محمد بن إدريس:
173. الأم، تحقيق رفعت فوزي، ط1، مصر، دار الوفاء، 2001.
- شبير محمد عثمان:
174. المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامية، ط6، الأردن، دار النفائس، 2007.
- الشتيوي محمد:
175. المعين في التوثيق وفق الضوابط المنظمة لخطة العدالة، المملكة المغربية، 2001.
- الشريبي محمد بن محمد الخطيب:
176. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- الشكعة مصطفى:

177. الإمام مالك بن أنس، ط3، القاهرة، دار الكتاب المصري، بيروت، دار الكتاب اللبناني، 1991.
- شلبي محمد مصطفى :
178. المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، بيروت: دار النهضة العربية، 1985.
- الشهرزوري عثمان بن عبد الرحمان:
179. مقدمة ابن الصلاح، علق عليه وخرج أحاديثه وشرح ألفاظه صلاح بن محمد بن عويقة، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003.
- الشوكاني محمد بن علي:
180. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، تحقيق: عصام الصبابطي، ط1، دار الحديث، 1993.
- ابن أبي شيبة:
181. مصنف ابن أبي شيبة المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، ط1، الرياض، مكتبة الرشد، 1403هـ.
- الشيرازي أبو إسحاق إبراهيم بن علي:
182. المهذب، بيروت، دار الفكر، دت، دط.
- الشيرازي أبو إسحاق إبراهيم بن علي:
183. طبقات الفقهاء، ط1، تحقيق: إحسان عباس، بيروت، دار الرائد العربي، 1970
- الصنعاني محمد بن اسماعيل:
184. سبل السلام شرح بلوغ المرام، تحقيق: إبراهيم عصر، القاهرة، دار الحديث
- الصنهاجي أبو الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني:
185. التدريب على تحرير الوثائق العدلية، ط1، تقديم أحمد الغازي الحسيني، مطبعة الأمنية، الرباط، المغرب، 1968.
- ابن أبي الضياف أحمد:
186. إتحاف أهل الزمان بأخبار ملوك تونس وعهد الأمان، تحقيق: لجنة من كتابة الدولة للشؤون الثقافية، تونس، 1965.
- طاش كبري زاده أحمد بن مصطفى:
187. مفتاح السعادة ومصباح الريادة، تحقيق: كامل كمال بكري وعبد الوهاب أبو النور، مصر، دار الكتب

الحديثة.

• الطبري محمد بن جرير:

188. جامع البيان في تفسير القرآن، تحقيق أحمد محمود شاكر، ط1، مؤسسة الرسالة، 2000.

• الطحاوي أبو جعفر أحمد بن محمد:

189. الشروط الكبير، تحقيق روهي أوجان، ط1، بغداد، مطبعة العاني، إحياء التراث الإسلامي، 1974.

• طلس أسعد:

190. تاريخ العرب، ط3، لبنان، دار الأندلس، 1983.

• ابن عابدين محمد أمين بن عمر:

191. حاشية رد المختار على الدر المختار، ط2، دار الفكر، 1966.

• العامر محمد بن عبد الله بن محمد:

192. علم الشروط في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في كتابات عدل المملكة العربية السعودية، ط1، الدار

السعودية للنشر والتوزيع، 2004.

• العبادي عبد السلام:

193. الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية، مقال بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع5.

• ابن عبد البر يوسف بن عبد الله:

194. الكافي، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية.

195. الاستذكار، ط1، تحقيق: سالم محمد عطا، ومحمد علي معوض، بيروت، دار الكتب العلمية، 2000.

196. الاستيعاب على هامش الإصابة لابن حجر، دار صادر.

• عبد الجواد محمد:

197. ملكية الأراضي في ليبيا في العهود القديمة والعهد العثماني، مطبوعات جامعة الأزهر، دار الاتحاد العربي

للطباعة، مصر.

• ابن عبد الرفيع أبو إسحاق إبراهيم بن حسن:

198. معين الحكام على القضايا والأحكام، تحقيق محمد بن القاسم، ابن عياد، بيروت، دار الغرب الإسلامي،

1989.

• عبد السلام العسري:

199. نظرية الضرورة والحاجة في المذهب المالكي وتطبيقاتها على شهادة اللفيف"، مقال بمجلة، دار الحديث

- الحسنية، المغرب، ع4، سنة 1984.
- عبد الفتاح يوسف:
 - 200. النظريات الفقهية، ط1، مصر، مطبعة الأمانة، 1988.
 - عبد اللطيف الشيخ:
 - 201. التوثيق لدى فقهاء المذهب المالكي بإفريقية والأندلس من الفتح الإسلامي إلى القرن الرابع عشر الهجري، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، المجمع الثقافي، دبي، مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، 2004.
 - عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي القاضي:
 - 202. الإشراف على مسائل نكت الخلاف، ط1، تحقيق: الحبيب بن الطاهر، بيروت، دار ابن حزم.
 - 203. المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: عبد الحق حميش، بيروت، دار الفكر، 1995.
 - 204. التلقين في الفقه المالكي، ط2، الرباط، دار إي الرقراق للطباعة والنشر، 2007.
 - ابن عبد ربه أحمد بن محمد:
 - 205. العقد الفريد، ط3، طبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، 1965.
 - أبو عبيد الله المصعب:
 - 206. بن عبد الله المصعب الزبيري، نسب قريش، عنى بنشره لأول مرة وصححه وعلق عليه: ليفي بروفنسال، دار المعارف للطباعة والنشر.
 - العثماني محمد تقي:
 - 207. بحوث في قضايا فقهية معاصرة، ط1، دمشق، دار القلم، 2013.
 - العجيلي حامد:
 - 208. قراءة في مصنفات كتب الوثائق، مقال بالمجلة العربية للأرشيف والتوثيق، الرباط، المكتبة الوطنية، ع20/19، 2006.
 - العدوي علي بن أحمد الصعيدي:
 - 209. حاشية العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، مطبعة عيسى بابي الحلبي وشركاه، دار إحياء الكتب العربية.
 - 210. حاشية العدوي على الخرشي، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1997.

- ابن عذارى أبو عبد الله محمد المراكشي:
- 211. البيان المغرب في أخبار الأندلس والمغرب، تحقيق ومراجعة: ج.س. كولان، وإ. ليفي بروفنسال، ط3، دار الثقافة، بيروت، 1983.
- ابن العربي أبو بكر محمد بن عبد الله المعافري:
- 212. عارضة الأحمدي، شرح: صحيح الترمذي، دار الكتاب العربي.
- 213. أحكام القرآن، تحقيق: علي البجاوي، بيروت، دار الفكر، دت، دط.
- ابن عرضون أحمد بن الحسن الشفشاوني:
- 214. اللائق لمعلم الوثائق، أو التقييد اللائق في تعلم الوثائق، نسخه خطية، بمكتبة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة. و نسخة تصحيح: الحسن بن عبد الوهاب، طبع المغرب.
- ابن عسكر شهاب الدين البغدادي:
- 215. إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، القاهرة، دار الفضيلة.
- ابن العطار محمد بن أحمد:
- 216. الوثائق والسجلات، تحقيق ونشر: ي: شالميتا، ف: كورنيطي، مدريد، مجمع الموثقين الجريطي، المعهد الإسباني العربي للثقافة، 1983.
- ابن عطية عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن:
- 217. المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: عيد بن إبراهيم الأنصاري، وعبد العال السيد إسماعيل ومحمد الشافعي، ط1، الدوحة، 1982.
- العظيم آبادي محمد أشرف بن أمير:
- 218. عون المعبود، شرح سنن أبي داود مع شرح الحافظ ابن قيم الجوزية، تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، ط2، المدينة المنورة، المكتبة السلفية، 1968.
- العلمي الحراق:
- 219. التوثيق العدلي بين الفقه المالكي والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الأسرة، المغرب، 2009.
- عليش محمد بن أحمد:
- 220. شرح منح الجليل على مختصر سدي خليل، دار صادر.
- 221. منح الجليل شرح مختصر خليل، بيروت، دار الفكر، 1989.
- 222. فتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب مالك، دار الفكر.

- عماد حاتم:
223. فقه اللغة وتاريخ الكتابة، ط1، روما، مطبعة البيان، 1982.
- ابن العماد عبد الحي بن أحمد الحنبلي:
224. شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، بيروت، منشورات دار الآفاق الجديدة.
- عمارة محمد:
225. قاموس المصطلحات الاقتصادية في الحضارة الإسلامية، ط1، (بيروت: القاهرة)، دار الشروق، 1993.
- عياض القاضي أبو الفضل بن موسى اليحصبي :
226. ترتيب المدارك، دار مكتبة الحياة، طرابلس، ليبيا، دار مكتبة الفكر.
- 227. الإلماع في معرفة أصول الرواية وتقييد السماع، تحقيق: أحمد صقر، ط1، القاهرة: دار التراث 1970.
- ابن الغازي محمد بن أحمد:
228. الروض المتهون في أخبار مكناسة والزيتون، الرباط 1952.
- الغبريني أبو العباس أحمد بن أحمد:
229. عنوان الدراية فيمن عرف من العلماء في المائة السابعة بيحاية، ط1، المطبعة الثعالبية، 1910.
- الغرباني محمد الصادق:
230. مدونة الفقه المالكي، ط1، بيروت، مؤسسة الريان، 2002.
- الغرناطي أبو إسحاق إبراهيم بن الحاج أحمد :
231. الوثائق المختصرة، إعداد: مصطفى ناجي، ط1، الرباط، مركز إحياء التراث المغربي، 1988.
- 232. الوثائق المختصرة، تحقيق إبراهيم السهلي، ط1، المدينة المنورة 2011.
- الغزالي أبو حامد محمد بن محمد:
233. إحياء علوم الدين، ط3، بيروت، دار القلم، 1985.
- ابن فارس أحمد بن فارس بن زكريا:
234. معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، ط3، القاهرة، مكتبة الخانجي، 1988.
- الفاسي محمد العربي:
235. شهادة الليفيف، تحقيق أبو أويس الحسيني، المغرب، الرباط، مركز إحياء التراث المغربي، مطبعة دار

الثقافة.

- الفراهيدي الخليل بن أحمد:
- 236. كتاب العين، باب القاف والتاء، تحقيق مهدي المخزومي وإبراهيم السامر، دار الرشيد للنشر.
- ابن فرحون إبراهيم بن علي:
- 237. الدياج المذهب في معرفة أعيان المذهب، تحقيق: علي عمر، ط1، القاهرة، مكتبة الثقافة الدينية، 2003.
- 238. تبصرة الحكام، ط1، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، 1986.
- 239. كشف النقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب، تحقيق: حمزة أبو فارس، عبد السلام الشريف، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1990.
- ابن الفرضي عبد الله بن محمد الأسدي:
- 240. تاريخ علماء الأندلس، تحقيق: إبراهيم الأبياري، ط1، القاهرة، دار الكتاب المصري، بيروت، دار الكتاب اللبناني، 1983.
- الفيروز آبادي محمد بن يعقوب:
- 241. القاموس المحيط، ط2، مصر، المطبعة الحسينية المصرية، 1344هـ.
- الفيومي أحمد بن محمد:
- 242. المصباح المنير، ط5، القاهرة، المطبعة الأميرية، 1922.
- قاسم علي سعد:
- 243. جمهرة تراجم فقهاء المالكية، ط1، دبي، دار البحوث والدراسات الإسلامية وإحياء التراث، 2002.
- القاسمي ظافر:
- 244. نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي - السلطة القضائية -، ط1، بيروت، دار النفائس، 1978.
- ابن قتيبة أبو محمد عبد الله الدينوري:
- 245. الشعر والشعراء، تحقيق: مفيد قبيحة، بيروت، دار الكتب العلمية.
- ابن قدامة عبد الله بن أحمد:
- 246. المغني، ط1، بيروت، دار الفكر، 1985.
- القرافي أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي:
- 247. الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق، ط1، اعتنى به: خليل المنصور، بيروت، دار الكتب العلمية،

1998.

248. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق: أبو بكر عبد الرزاق، ط1، مصر، المكتب الثقافي، 1989.

• القرافي أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي:

249. الذخيرة، ط1، تحقيق: محمد بو خبزة، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1994.

• القرية داغي علي محيي الدين:

250. بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ط1، بيروت، دار النشر الإسلامية، 2002.

• القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد:

251. الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: إبراهيم أطفيش وأحمد البردوني، ط2، القاهرة، دار الكتب المصرية، 1964.

• قلعة جي محمد رواس:

252. معجم لغة الفقهاء، ط2، بيروت، دار النفائس، 1988.

253. موسوعة فقه الحسن البصري، ط1، بيروت، دار النفائس، 1989.

• القلقشندي أحمد بن علي:

254. صح الأعشى، المؤسسة المصرية العامة نسخة مصورة عن الطبعة الأميرية، القاهرة، مطابع كوستا توماس وشركاه.

255. مآثر الأنافة في معالم الخلافة، تحقيق: عبد الستار أحمد فراج، ط1، بيروت، عالم الكتب، 1980،

• ابن قنفذ أبو العباس أحمد بن حسن القسنطيني:

256. الوفيات تحقيق: عادل نويهض، ط3، بيروت، دار الآفاق، 1980.

• القونوي قاسم بن عبد الله الحنفي:

257. أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء تعليق: يحيى مراد، بيروت، طبعة دار الكتب العلمية.

• ابن القيم محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية:

258. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، حققه محمد حامد الفقي، القاهرة، مطبعة السنة المحمدية، 1953.

259. أعلام الموقعين من رب العالمين، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مصر، مكتبة الكليات الأزهرية.

- الكاساني أبو بكر بن مسعود:
- 260. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، بيروت، دار الكتاب العربي، 1982.
- الكتاني عبد الحي بن عبد الكبير الحسيني الإدريسي:
- 261. التراتيب الإدارية، بيروت، دار الكتاب العربي، وطبعة أخرى تحقيق: عبد الله الخالدي، ط2، بيروت، دار الأرقم.
- ابن كثير عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن عمر :
- 262. تفسير القرآن العظيم، دار الكتاب الحديث، ط1.
- 263. البداية والنهاية، ط1، بيروت، مكتبة المعارف، 1966، الرياض، مكتبة النصر.
- كحالة رضا :
- 264. معجم المؤلفين، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- لبيب عبد الساتر:
- 265. الحضارات، ط9، بيروت، دار المشرق، ص48-59.
- لجنة وزارة الأوقاف الكويتية:
- 266. الموسوعة الفقهية، الكويت، 1992.
- لدرع كمال:
- 267. نظرية الأعدار الطارئة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، 1996.
- لعظيم آبادي محمد أشرف بن أمير:
- 268. عون المعبود شرح سنن أبي داود، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية، 1415هـ.
- ابن ماجه:
- 269. السنن، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، مطبعة عيسى البابي الحلبي.
- ابن مازة البخاري محمود بن أحمد (الصدر الشهيد):
- 270. شرح أدب القاضي للخصاف، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، أبو بكر محمد الهاشمي، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1994.
- 271. المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: أحمد عزو عناية، ط1، بيروت: دار إحياء التراث العربي، 2003.

- الماوردي أبو الحسن علي بن محمد:
- 272. الحاوي الكبير، تحقيق: محمود مسطر جي، بيروت، دار الفكر، 1994.
- 273. أدب القاضي، تحقيق: هلال السرحان، بغداد، مطبعة الإرشاد، 1971.
- 274. الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1985.
- المبار كفوري محمد بن عبد الرحمان:
- 275. تحفة الأحوذى شرح جامع الترمذى، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1990.
- مجلة الأحكام العدلية:
- 276. تعليق: نجيب هواديني، نشر كارخانة، تجارة كتب، دت.
- مجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي:
- 277. جامعة أم القرى، عدد 6.
- مجموعة من العلماء:
- 278. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، وإحياء التراث، دار الدعوة للتأليف والطباعة، 1981.
- محمد خضر:
- 279. علم الشروط عند المسلمين وصلته بعلم الوثائق العربية، مجلة الدارة، المغرب، ع4، 1975.
- محمد سليمان الأشقر:
- 280. بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ط1، دار النفائس، الأردن، 1998.
- مرابط محمد:
- 281. العقد العدلي، محاولة تأصيل مقال بمجلة المقال، المغرب، ع1، 2009.
- المراكشي عباس بن إبراهيم:
- 282. الإعلام بمن حلّ مراكش وأغمات من الأعلام، ط1، فاس، المطبعة الجديدة بطالعة، 1997.
- المرادوي علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان:
- 283. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، ط1، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1957.
- مرعشلي نديم:
- 284. مرعشلي أسامة، الصحاح في اللغة، بيروت، دار الحضارة العربية.

- المرغيناني برهان الدين علي: 285. الهداية شرح البداية، بيروت، دار المكتبة الإسلامية، دط، دت.
- ابن مريم محمد بن محمد: 286. البستان في ذكر الأولياء والعلماء بتلمسان، راجعه محمد بن أبي شنب، الجزائر، المطبعة الثعالبية.
- المسعودي علي بن الحسين: 287. مروج الذهب ومعادن الجوهر، الجزائر، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 1989. وط من تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، ط4، مصر، مطبعة السعادة، 1964.
- مسلم أبو الحسين بن الحجاج النيسابوري: 288. صحيح مسلم، بيروت، دار الكتاب اللبناني، القاهرة، دار الكتاب المصري.
- المشاط حسن بن محمد: 289. الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة، تحقيق: عبد الوهاب بن إبراهيم أبو سليمان، ط2، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1990.
- المصري رفيق: 290. الجامع في أصول الربا، ط1، بيروت، الدار الشامية، دمشق، دار القلم، 1991.
- المصمودي محمد بن أحمد الغريسي: 291. الوثائق السجلماسية، تحقيق وتقديم: مصطفى ناجي، الرباط، مركز إحياء التراث المغربي، مطبعة دار الثقافة للطباعة والنشر.
- ابن مفلح إبراهيم بن محمد: 292. المبدع في شرح المقنع، ط1، بيروت، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، 1918.
- المقرئ، أبو عبد الله محمد (الجد): 293. القواعد، تحقيق، أحمد بن عبد الله بن حميد، مكة المكرمة، مركز إحياء التراث.
- 294. عمل من طب لمن حب، تحقيق أبي الفضل بدر بن عبد الله العمران الطنجي، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003.
- المقرئ أحمد بن محمد أبو العباس (الخفيد): 295. أزهار الرياض في أخبار عياض، تحقيق: عبد السلام العراس وسعيد أحمد أعراب، المملكة المغربية والإمارات العربية المتحدة، اللجنة المشتركة، نشر التراث الإسلامي، 1980.

296. نفع الطيب من غصن الأندلس الرطيب، تحقيق: إحسان عباس، ط1، بيروت، دار صادر، 1968.
- المناوي محمد عبد الرؤوف:
297. التوثيق على مهمات التعاريف، ط1، تحقيق محمد، رمضان الداية، بيروت، دار الفكر، 1990.
- ابن منظور محمد بن مكرم:
298. لسان العرب، دار المعارف.
299. لسان العرب، بيروت، دار صادر، 1968.
- المهدي الوزاني أبو عيسى:
300. المعيار الجديد(أو النوازل الجديدة الكبرى في أجوبة أهل فاس وغيرهم من البدو والقرى)، طبعة حجرية بفاس، 1328هـ.
- المواق محمد بن يوسف العبدري:
301. التاج والإكليل لمختصر خليل، بيروت، دار الكتب العلمية، 1995.
- ميارة محمد بن أحمد الفاسي:
302. شرح تحفة الحكام، دار الفكر، دت، دط.
- النباهي أبو الحسن بن عبد الله المالقي:
303. المرقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا، بيروت، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع.
- الندوي علي أحمد:
304. القواعد الفقهية، دمشق، دار القلم، 1991.
- ابن النديم أبو الفرج محمد بن أبي يعقوب:
305. الفهرست، مصر، مطبعة الرحمانية، 1929.
- النسائي أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب:
306. سنن النسائي، بشرح السيوطي، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 2001.
- النظام فخر الدين بن منصور:
307. وجماعة علماء الهند، الفتاوى الهندية، ط4، بيروت، دار إحياء التراث العربي للنشر والتوزيع.
- النفراوي أحمد بن غنيم:
308. الفواكه الدواني، بيروت، دار الفكر.

- النووي أبو زكريا يحيى بن شرف الدين:
309. المجموع شرح المهذب، دار الفكر.
- 310. شرح صحيح مسلم، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط2، 1392هـ.
- 311. روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، بيروت، دار الكتب العلمية.
- النووي شهاب الدين أحمد بن عبد الوهاب:
312. نهاية الأرب في فنون الأدب، مطابع كوستاتوماس، نسخة مصورة عن طبعة دار الكتب وزارة الثقافة والإرشاد القومي، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والترجمة، 1933.
- ابن هشام أبو الوليد هشام بن عبد الله الأزدي:
313. المفيد للحكام فيما يعرض لهم من نوازل الأحكام، تحقيق: سليمان بن عبد الله، الرياض، دار العاصمة، 2012.
- ابن هشام عبد الملك المعافري:
314. السيرة النبوية، بيروت، دار القلم.
- 315. السيرة النبوية، حققها مصطفى السقا وإبراهيم الأبياري وعبد الحفيظ شليبي، بيروت، دار القلم.
- الهليل صالح بن عثمان:
316. توثيق الديون في الفقه الإسلامي، الرياض، الإدارة العامة للثقافة والنشر، 2001.
- ابن الهمام كمال محمد بن عبد الواحد:
317. شرح فتح القدير على الهداية، اعتناء: عبد الرزاق المهدي، بيروت، دار الكتب العلمية، 1995.
- الهواري عبد السلام بن محمد:
318. شرح وثائق محمد بن محمد بناني، فاس، الشركة المغربية، 1949.
- الورزاتي محمد بن محمد:
319. شرح الورزاتي على لامية الزقاق في القضاء، دط، دت.
- وصفي عاشور أبو زيد:
320. نظرية الجبر في الفقه الإسلامي، ط1، القاهرة، دار السلام، 2007.
- ول ديورانت:
321. قصة الحضارة، ترجمة: زكي نجيب محفوظ، بيروت، دار الفكر، 1988.
- الونشريسي أحمد أبو العباس :

322. إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، تحقيق: أبي طاهر الخطابي الرباط، 1980. عطية جمال الدين ،
التنظير الفقهي، ط1، الدوحة، مطبعة المدينة، 1987.
323. المعيار المغرب والجامع المغرب من فتاوى أهل الأندلس والمغرب، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف:
محمد حجي، الرباط، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1981.
324. المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بأداب الموثق وأحكام الوثائق، تحقيق: لطيفة حسني، المملكة
المغربية، 1997.
325. المنهج الفائق، تحقيق: عبد الرحمان الأطرم، رسالة دكتوراه بقسم السياسة الشرعية بالمعهد العالي للقضاة
بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1417هـ.
- وورقية عبد الرزاق:
326. مدخل إلى علم التوثيق في المذهب المالكي، فاس، مطبعة آنفوبرانت، 2005.
- اليعقوبي محمود:
327. معجم الفلسفة، الجزائر، الشركة الجزائرية، دت، دط.
- أبو يعلى محمد بن الحسن الفراء:
328. الأحكام السلطانية، صححه وعلق عليه: محمد حامد الفقي، بيروت، دار الكتب العلمية، 1983.

فهرس الموضوعات

أ

مقدمة

الفصل التمهيدي:

التعريف بمصطلحات البحث الأساسية

3	المبحث الأول: ماهية نظرية التوثق
3	المطلب الأول: تعريف النظرية.....
3	الفرع الأول: تعريفها لغة.....
4	الفرع الثاني: تعريف النظرية اصطلاحا.....
8	الفرع الثالث: الفرق بين النظرية والقاعدة.....
12	المطلب الثاني: تعريف التوثق.....
12	الفرع الأول: تعريف التوثق لغة.....
15	الفرع الثاني: تعريف التوثق اصطلاحا.....
17	الفرع الثالث: علاقة التوثق ببعض المصطلحات.....
22	المبحث الثاني: عناية المذهب المالكي بالتوثق.....
22	المطلب الأول: تعريف المذهب المالكي.....
22	الفرع الأول: تعريف المذهب.....
24	الفرع الثاني: تعريف الفقهاء للمذهب المالكي.....
28	المطلب الثاني: مظاهر عناية المالكية بالتوثق.....
29	الفرع الأول: عناية المالكية بالتوثق تأليفا.....
51	الفرع الثاني: عناية المالكية بالتوثق خطة وتدريسا.....

الفصل الأول:

أهمية التوثيق تاريخه أسبابه ومشروعيته

61المبحث الأول: أهمية التوثيق فوائده وعلاقته ببعض العلوم.
61المطلب الأول: أهمية التوثيق.
66المطلب الثاني: فوائد التوثيق.
67المطلب الثالث: علاقة التوثيق ببعض العلوم.
84المبحث الثاني: تاريخ التوثيق نطاقه ومجالاته.
84المطلب الأول: تاريخ التوثيق.
84الفرع الأول: التوثيق في الحضارات القديمة.
92الفرع الثاني: التوثيق بعد ظهور الإسلام.
103المطلب الثاني: نطاق التوثيق ومجالاته.
103الفرع الأول: نطاق التوثيق.
106الفرع الثاني: مجالات التوثيق.
111المبحث الثالث: أسباب التوثيق.
112المطلب الأول: التوثيق للحق خشية الجحود.
112الفرع الأول: تعريف الجحود.
112الفرع الثاني: حكم الجحود وآثاره.
116المطلب الثاني: كيفية التوثيق للحق خشية الجحود.
116الفرع الأول: التوثيق بالشهادة خوف الجحود.
118الفرع الثاني: التوثيق بالكتابة خوف الجحود.
119الفرع الثالث: التوثيق للحق باشتراط ضمان يد الأمانة خوف الجحود.
122المطلب الثاني: التوثيق للحق بسبب الإعسار.
122الفرع الأول: تعريف الإعسار.
123الفرع الثاني: حكم الإعسار وثبوته.

125	الفرع الثالث: كيفية التوثيق للحق خوفا من الإعسار.....
127	المطلب الثالث: التوثيق بسبب الإفلاس.....
127	الفرع الأول: تعريف الإفلاس.....
128	الفرع الثاني: حكم الإفلاس وثبوته.....
128	الفرع الثالث: كيفية التوثيق للحق خوفا من إفلاس المدين.....
130	المطلب الرابع: التوثيق بسبب الموت.....
130	الفرع الأول: تعريف الموت.....
131	الفرع الثاني: كيفية التوثيق للحق خشية موت المدين.....
132	المطلب الخامس: التوثيق بسبب المظل.....
132	الفرع الأول: تعريف المظل.....
133	الفرع الثاني: حكم المظل.....
134	الفرع الثالث: كيفية التوثيق للحق خشية مظل المدين.....
136	المطلب السادس: التوثيق للحقوق بسبب كساد النقود وانقطاعها.....
136	الفرع الأول: تعريف الكساد والانقطاع.....
137	الفرع الثاني: حكم كساد النقود وانقطاعها والتوثيق بسببه للحقوق.....
138	الفرع الثالث: كيفية التوثيق للحق سبب كساد النقود وانقطاعها.....
140	المبحث الرابع: مشروعية التوثيق.....
140	المطلب الأول: أصل مشروعية التوثيق.....
151	المطلب الثاني: حكم التوثيق.....

الفصل الثاني:

مفاهيم التوثيق

160	المبحث الأول: الموثق.....
162	المطلب الأول: تعريف الموثق.....
162	الفرع الأول: لغة.....

162 الفرع الثاني: اصطلاحا
162 المطلب الثاني: أقسام الموثقين وشروطهم
164 الفرع الأول: أقسام الموثقين
164 الفرع الثاني: شروط الموثق وآدابه
174 الفرع الثالث: مراقبة الموثق
187 الفرع الرابع: حكم أخذ الموثق للأجرة على الكتابة
191 المبحث الثاني: المستوثق
206 المطلب الأول: تعريف المستوثق
206 الفرع الأول: المستوثق له
206 الفرع الثاني: المستوثق منه
207 الفرع الثالث: أصل حضور المستوثق
207 المطلب الثاني: شروط المستوثق
208 الفرع الأول: شروط المستوثق إن كان أصليا
210 الفرع الثاني: شروط المستوثق إن كان وليا أو وكيلًا
214 المبحث الثالث: المتوثق به
214 المطلب الأول: تعريف الوثيقة
214 الفرع الأول: الوثيقة لغة
215 الفرع الثاني: الوثيقة اصطلاحا
216 الفرع الثالث: مسميات الوثيقة
218 المطلب الثاني: حجية الوثيقة وأقسامها
219 الفرع الأول: أقسام الوثائق بحسب حجيتها
223 الفرع الثاني: شروط الاحتجاج بالوثيقة
236 المبحث الرابع: المستوثق له
236 المطلب الأول: حكم المستوثق له من التوثق

- 237 الفرع الأول: الحقوق المتفق على مشروعية التوثيق لها.
- 238 الفرع الثاني: المعاملات المختلف في التوثيق لها.
- 239 المطلب الثاني: أقسام الحقوق المتوثق لها.
- 240 الفرع الأول: الحقوق المالية.
- 242 الفرع الثاني: الحقوق غير المالية.
- 243 المطلب الثالث: شروط التوثيق للحق.
- 244 الفرع الأول: أن يكون الحق المتوثق له معتبرا شرعا.
- 246 الفرع الثاني: أن يكون الحق المراد التوثيق له معلوما.
- 249 الفرع الثالث: أن يكون الحق المراد التوثيق له ثابتا.
- 250 الفرع الرابع: أن لا يؤدي التوثيق للحق إلى مضرة أو مفسدة.

الفصل الثالث:

التوثيق بغير عقد

- 254 المبحث الأول: التوثيق بالكتابة.
- 252 المطلب الأول: تعريف الكتابة.
- 254 الفرع الأول: تعريف الكتابة لغة.
- 255 الفرع الثاني: تعريف الكتابة اصطلاحا.
- 255 الفرع الثالث: تعريف التوثيق بالكتابة.
- 258 المطلب الثاني: مسميات التوثيق بالكتابة.
- 258 الفرع الأول: علم الشروط.
- 260 الفرع الثاني: علم العقود.
- 262 الفرع الثالث: علم المحاضر والسجلات.
- 265 الفرع الرابع: علم الصكوك.
- 266 الفرع الخامس: علم الوثائق.
- 268 المطلب الثالث: نشأة التوثيق بالكتابة.

274	المطلب الرابع: حكم التوثيق بالكتابة.....
277	المطلب الخامس: حجية الكتابة في التوثيق.....
277	الفرع الأول: المميزون للعمل بالخط المجرد.....
280	الفرع الثاني: المانعون للعمل بالخط المجرد.....
284	الفرع الثالث: أقسام الخط المعترف في التوثيق.....
294	المبحث الثاني: التوثيق بالإشهاد.....
294	المطلب الأول: تعريف الإشهاد.....
294	الفرع الأول: تعريف الإشهاد لغة.....
295	الفرع الثاني: تعريف الإشهاد اصطلاحاً.....
297	المطلب الثاني: علاقة الشهادة بالكتابة.....
298	الفرع الأول: طريقة الكاتب مع الشهود.....
300	الفرع الثاني: طريقة ازدواجية الكتابة والشهادة في آن واحد.....
302	المطلب الثالث: حكم التوثيق بالإشهاد.....
306	المطلب الرابع: أنواع الشهادة.....
306	الفرع الأول: الشهادة الأصلية.....
306	الفرع الثاني: الشهادة على الشهادة.....
309	الفرع الثالث: شهادة السماع.....
319	الفرع الرابع: الشهادة على الخط.....
336	الفرع الخامس: شهادة اللفيف.....
350	الفرع السادس: شهادة الاسترعاء.....
358	المبحث الثالث: التوثيق للحقوق بالسفحة.....
358	المطلب الأول: تعريف السفحة.....
358	الفرع الأول: تعريف السفحة لغة.....
358	الفرع الثاني: تعريف السفحة اصطلاحاً.....

359	المطلب الثاني: صور التوثق بالسفتجة.....
361	المطلب الثالث: حكم السفتجة وأثرها في التوثق للحقوق.....
364	المبحث الرابع: التوثق بيمين القضاء.....
364	المطلب الأول: تعريف اليمين.....
364	الفرع الأول: تعريف اليمين لغة.....
364	الفرع الثاني: تعريف اليمين اصطلاحاً.....
365	الفرع الثالث: حكمة مشروعية اليمين وعلاقتها بالتوثق.....
365	الفرع الرابع: أنواع اليمين.....
366	المطلب الثاني: يمين القضاء.....
374	المبحث الخامس: التوثق بالحجر والحبس في الحقوق.....
374	المطلب الأول: التوثق بالحجر.....
374	الفرع الأول: تعريف الحجر لغة.....
374	الفرع الثاني: تعريف الحجر اصطلاحاً.....
375	الفرع الثالث: حكم الحجر في الحقوق.....
376	الفرع الرابع: أنواع الحجر وأسبابه.....
386	المطلب الثاني: التوثق بالحبس في الحقوق.....
386	الفرع الأول: تعريف الحبس في الحقوق.....
387	الفرع الثاني: أصل مشروعيته.....
388	الفرع الثالث: صفة التوثق بالحبس وأنواع الحقوق التي يحبس فيها.....
392	الفرع الرابع: التوثق للحق بحبس العين المبيعة.....
394	الفرع الخامس: التوثق للحق، بالمنع من السفر.....

الفصل الرابع:

التوثق بالعقود

399	المبحث الأول: التوثق بالرهن.....
-----	----------------------------------

399	المطلب الأوّل: تعريف الرهن.....
399	الفرع الأوّل: تعريف الرهن لغة.....
400	الفرع الثاني: تعريف الرهن اصطلاحاً.....
401	المطلب الثاني: مشروعية الرهن.....
407	المطلب الثالث: مقومات الرهن وأثر التوثيق به.....
407	الفرع الأوّل: أركان الرهن.....
409	الفرع الثاني: أثر التوثيق بالرهن.....
438	المبحث الثاني: التوثيق بالكفالة.....
438	المطلب الأوّل: تعريف الكفالة.....
438	الفرع الأوّل: تعريف الكفالة لغة.....
439	الفرع الثاني: تعريف الكفالة اصطلاحاً.....
440	المطلب الثاني: مشروعية الكفالة.....
443	المطلب الثالث: أقسام الكفالة.....
443	الفرع الأول: الكفالة بالنفس.....
447	الفرع الثاني: الكفالة بالمال.....
448	المطلب الرابع: مقومات الكفالة وأثرها في التوثيق للحقوق.....
448	الفرع الأول: أركان الكفالة.....
450	الفرع الثاني: أثر التوثيق بالكفالة.....
479	المبحث الثالث: التوثيق بالحوالة.....
479	المطلب الأول: تعريف الحوالة.....
479	الفرع الأول: تعريف الحوالة لغة.....
479	الفرع الثاني: تعريف الحوالة اصطلاحاً.....
480	المطلب الثاني: مشروعيتها.....
482	المطلب الثالث: تكييف الحوالة وصلتها بالتوثيق.....

483	المطلب الرابع: مقومات الحوالة وأثرها في التوثق من خلال شروطها.....
484	الفرع الأول: أركان الحوالة.....
485	الفرع الثاني: أثر الحوالة في التوثق من خلال شروطها.....
495	المطلب الخامس: أثر التوثق بالحوالة من خلال أحكامها.....
495	الفرع الأول: حالة إفلاس المحال ليها.....
496	الفرع الثاني: علاقة المحيل والمحال من حيث براءته من دين المحال.....
197	الفرع الثالث: حالة الحوالة على غير أصل دين.....
502	خاتمة.....

الفهارس

509	فهرس الآيات القرآنية.....
513	فهرس الأحاديث النبوية.....
516	فهرس الآثار.....
517	فهرس الأعلام.....
522	قائمة المصادر والمراجع.....
549	فهرس الموضوعات.....

ملخص:

لقد عمل الإسلام على تنظيم حياة الفرد والمجتمع، بكل ما يحقق استقراره ويسهل دوران دولاب المعاملات فيه، ومنها نظام التوثيق وهو جانب مهم من الجوانب العظيمة التي عملت الشريعة الإسلامية على تحقيقها وتنظيمها بشتى الوسائل من كتابة وإشهاد ورهن وكفالة وحوالة، وحجر وحبس في الحقوق وغيرها من الطرق المعروفة التي فصلت فيها آية الدين ووضعت أسسها، ثم جاءت النصوص الأخرى لتزيدها تفصيلا وتأكيدا ورسوخا، وهي إن دلت على شيء فإنما تدل على مدى اهتمام الشريعة الإسلامية بتطبيق العدالة وصيانة الحقوق، انطلاقا من قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ النساء: 58. والمحافظة عليها، إذ هي عدل ورحمة كلها.

ومن المعلوم أن الإنسان اجتماعي بطبعه، لا يستطيع الاستغناء عن غيره من بني جنسه، ولذا تعامل الناس فيما بينهم، ولكن معاملاتهم كانت بسيطة، قائمة على أساس التسامح والوفاء والثقة المتبادلة، و مع ازدياد المعاملات وتعقدتها واحتياج الناس إلى معاملة من لا يعرفونه، وظهرت أسباب النزاع والخصومات، لفساد الذمم وانعدام الثقة، دعت الحاجة إلى التوثيق للحقوق، ضمانا لاستردادها، وصيانة لها من الجحود والضياع، وبثا للثقة بين المتعاملين، وقطعا للنزاع والمشاحة التي تكتنف حياة الناس، فأمر الشرع بالتوثيق في المعاملات وسائر التصرفات وجعل له طرقا مختلفة، وأسس له أركانها، ووضع له شروطا، وحدده بضوابط وأحكام في أنواع كثيرة من المعاملات، كان لكل منها فروع ومسائل مختلفة في كتب تراثنا الفقهي الضخم.

وفي خضم هذا الزخم الهائل من الفروع والمسائل الفقهية المتنوعة والمتعلقة بموضوع التوثيق للمعاملات والمتناثرة هنا وهناك، فإن طالب العلم والباحث وهو يواجه الكثير منها، لا يستطيع فهمها ولا هضمها، دون أن يقف على معرفة الأساس الذي يجمع بين هذه الفروع والمسائل في موضوع التوثيق، ناهيك عن معرفة أسبابه ومقوماته وأحكامه وتطبيقاته الفقهية. لذا جاء هذا البحث محاولة مني لبيان أهمية التوثيق في صيانة الحقوق وتأمينها لأصحابها في الفقه الإسلامي والمالكي خاصة، في صيغة نظرية تجمع شتات الموضوع ونصوصه وجزئياته المتناثرة في كتب المالكية، وتنظيمه تحت هيكل واحد واضح الأركان، يبين المعالم، يحدد الشروط والضوابط، تتوفر الأسباب والوسائل، ليسهل الرجوع إليه كلما احتيج لموضوع التوثيق أو لأي جزئية من جزئياته.

وبما أن للسابق فضل التأسيس والتأصيل، فإن للاحق فضل التتميم والتكميل والتجديد أيضا، الذي هو من صميم روح ديننا الحنيف، ومن هنا كان البحث تأصيلا لنظرية التوثيق في المذهب المالكي بالذات

وبيان جهود علمائه في ذلك، بالرجوع إلى النصوص الشرعية وأقوال العلماء منهم، وإبراز ما تميزوا وانفردوا به وما توسعوا فيه وما أقروه ونصوا عليه من أحكام التوثق وتطبيقاته الفقهية، بتتبع كل الجزئيات والمسائل المتعلقة بذلك في كتبهم ومدوناتهم، واستخلاص نظرية شاملة في ذلك لها أسبابها وأركانها وشروطها ووسائلها، مما يحقق للفقهاء الإسلامي عموماً والمالكي خاصة الأصالة والمعاصرة في آن واحد .

ومن هنا جاءت أطروحتي هذه بعنوان: "نظرية التوثق - دراسة تأصيلية وتطبيقية - في المذهب المالكي"، بينت من خلالها معنى التوثق وهو تأكيد الحقوق وتقويتها بمجموعة من الوسائل لحمايتها من أسباب ضياعها وضمأن استيفائها عند الطلب، وأنه ذلك النظام الذي يتم من خلال جملة من وسائله المحافظة على الحقوق وصيانتها وضمأن استردادها، وليس المراد به علم التوثيق وهو كتابة الحقوق وتسجيلها، وإن كان هذا الأخير جزءاً منه.

فالموضوع الأساس هو التوثق وهو الغاية، وعناصر هذا الموضوع هي وسائله المختلفة ومنها علم التوثيق والشهادة والرهن والكفالة والحوالة والسفحة واليمين والحجر والمنع من السفر والحبس في الحقوق، وغير ذلك من الوسائل المنبثة في أبواب الفقه المختلفة، والتي يعمل نظام التوثق بها للحقوق على تنزيل الأحكام وتطبيق المسائل في الواقع، مما يزيد في سعة الفقه الإسلامي وواقعيته أكثر مما هو عليه في حنايا الكتب والمدونات. ولأنني أروم تأصيل الموضوع، فقد تعرضت لتاريخه ثم بيان أسبابه ومسوغاته الدافعة للجوء إليه عن طريق تلك الوسائل، ثم تطرقت لمقوماته التي تقوم عليها العملية التوثيقية، ومن ثم بيان شروط التوثق التي يصح بها تأكيد الحقوق وتأمينها، إذ من المعاملات ما لا يجوز التوثق له، ولذلك تكلمت عن حكم التوثق ومشروعيته وتأصيل ذلك كله، بالرجوع إلى النصوص الشرعية وعمل الصحابة والتابعين وأقوال العلماء، ثم تعرضت لوسائلها بنوعها الإثباتية والاستيفائية، وقد تكون بغير عقود كالكتابة أو الشهادة أو الحجر وغيرها من الوسائل، وقد تكون بعقود كالرهن والكفالة والحوالة، مع بيان أثر هذه الوسائل ودورها في التوثق للحقوق والتي تأتي المسائل وأحكامها تطبيقاتاً عليها.

وقد بين البحث أن التوثق للحقوق فيه إرضاء لله تعالى وامتثال لأمره «إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه»، كما فيه تحقيق للعدالة وصيانة للحق من الجحود والنكران أو المطل واللدن، أو بسبب موت أحد المتعاقدين أو فلسه، وحمية المجتمع والنظام العام من التزاعات ودفعاً للظلم والعدوان. و أن التوثق للحق حاجة تستدعيها تعاملات الناس فيما بينهم لما فيه من الحزم، حيطة لدواعي الشر والجحد وضياع الحق، فمع حاجة الناس الماسة للتعامل، فإن لذلك أثره على العلاقات فيما بينهم، لأن الأنفس جبلت على الشح، ومن ثم إذا أطلقت المعاملات بين الناس دون توثق واحتياط لها، فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى المنازعة والمشاحة بينهم، مما يؤدي بدوره إلى انتشار العداوة وفساد ذات البين.

كما وقفت من خلال الدراسة، على أن المالكية اعتمدوا الكتابة كأهم وسيلة توثق للحق وإثباته،

وتوسعوا في مسائلها، وتفننوا في مجالاتها، فأبدعوا فيما يسمى بعلم التوثيق إذ هو القالب التطبيقي الذي تفرغ فيه كل العملية التوثيقية بوسائلها المختلفة، وأهروا العالم بما وضعوه لهذا العلم من مصنفات ودرر ثمينة لم يضاهيهم فيها أحد، صار إليها المفرع وعليها المعول، وعندهم تبلورت مصطلحات وحقيقة هذا الفن وتحددت شروطه وضبطت قواعده، واتضحت صياغته في صور ونماذج الوثائق التي ألفوها أو كتبوها بين الناس، واتسعت عندهم أحكامه ومسائله وتطبيقاته، وتفردوا عن غيرهم ببعض المسائل التي كان لهم قصب السبق إليها، ومن ذلك شهادة اللفي، وشهادة الاسترعاء، ويمين القضاء، والتوسع في قبول العمل بالخط المجرد، ومسائل أخرى... والتي أدخلوها في الفقه القضائي وأعطت للفقه توسعا أكثر مما كان عليه، وذلك لأسباب وظروف اقتضتها الحياة الاجتماعية والاقتصادية بالغرب الإسلامي خاصة.

وقد توصلت بالبحث إلى أن المتبع لموضوع التوثيق للحقوق وصيانتها في كتب الفقه الإسلامي، يلمس الزخم الفكري والعلمي لهذا الدين العظيم الذي فتح باب الاجتهاد والنظر، ويقدر الجهود الجبارة لهؤلاء العلماء الأفاضل والمالكية منهم على الخصوص، الذين حلقوا في البحث بمنهج علمي رصين، وكان لهم فضل التأصيل والتنظير والتأسيس في هذا الموضوع، وتوصلوا إلى آرائهم بموضوعية مجردة عن الهوى والتعصب، وبوجهة نظر قريبة إلى المنطق والواقعية، مما يجعله يقف وقفة إجلال وتقدير لهؤلاء العظماء لما بذلوه لخدمة هذا الدين، معترفا أمامهم بقصر الباع والتقصير، وليس أدل على ذلك من ذلك الكم الهائل من المؤلفات والدرر السننية في التوثيق للحقوق، سواء ضمن كتب الفقه العام، أو كتب النوازل أو كتب القضاء والأحكام، أو في مصنفات مستقلة تتعلق بعلم التوثيق خاصة، مما تعج به مكتبتنا الإسلامية دليل على سعة التشريع الإسلامي، وشموليته لكل جوانب الحياة وحرصه على المحافظة على مصالح العباد، وسبقه في ذلك القوانين والتشريعات الوضعية.

وأن المالكية قد بلغوا المرتبة المنيفة والدرجة السامقة في التنظير والتفصيل لموضوع التوثيق، وخاصة فيما يتعلق بجزء منه وهو علم التوثيق كوسيلة من وسائله الذي برعوا فيه خاصة - بالمغرب والأندلس - وكانت لهم اليد الطولى فيه، إن تأليفا أو تدريسا أو ممارسته كخطة من الخطط أو وظيفة من الوظائف التي انتحلوها كأداة إجرائية لنظام التوثيق، والتي تستمد إجراءاتها وأحكامها من الفقه نفسه، ولذلك فالأصل فيها أنها وظيفة دينية مثلها مثل باقي الخطط والولايات الدينية الأخرى، التي تكون الأولوية في إسنادها إلى العارفين بالفقه وأحكامه .

وأنهم بذلوا فيه جهودا ظهرت تجلياتها في اجتهاداتهم فيه وما أسسوا له من أحكام توسعوا في بعضها وتفردوا عن غيرهم في بعضها الآخر، وفي ذلك دليل على وجود نظرية في التوثيق للحقوق في الفقه المالكي، لها أركانها وشروطها وأسبابها ووسائلها وغيرها من العناصر التي يقوم عليها صرحها.

وأن نظام التوثيق للحقوق، نظام علمي حياتي وهو ثمرة ما أرساه العقل البشري الإنساني عموما،

والإسلامي الفذّ خصوصا، فهو نظام قديم حديث، يضرب بأطنابه جذور التاريخ، حيث عرفته مختلف الشعوب والأمم في مختلف عصورها، إلا أنه بالطريقة المعروفة اليوم، والتي هي أكثر دقة وتنظيما وخاصة في شكل وثائق، يعود أصل نشأتها لعهد النبي ﷺ ولذلك فهو نظام متأصل ومتجذر في ثقافتنا الإسلامية، إذ يستمد أصوله وأفكاره وقواعده وشروطه وضوابطه ووسائله وأحكام كل ذلك من شرعنا الحنيف. والحمد لله رب العالمين.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

ABSTRACT

Islam came to organize, regulate, and direct all aspects of the individual life, in a way to achieve stability and to facilitate fair transactions, including the authentication system. Sharia has given the latter an important consideration in organising, normalising and standardising the different ways to achieve it, by documentation and certification of all records and registers mainly in the credit verse in women surah.

“Surely Allah commands you to make over trusts to their owners ...”.

This verse is foundation and the basis of justice and blessing. Other texts came afterwards to explain in a detailed way confirming the application of justice and the maintenance of rights, based on the above verse. In the early periods of Islam, transactions were simple, based on tolerance and the fulfilment of mutual trust, and with the increase in transactions, and in order to avoid all sort of conflict and discounts, corruption and lack of confidence, the need arises to authenticate rights and set regulations and requirements in many kinds of transactions.

In the centre of this tremendous momentum of branches and doctrinal issues and multiplicity on the subject of authentication for transactions, dispersed in different writings, researcher cannot deal with them, without knowing the basis on which these branches combined and gathered. This research came as an attempt to illustrate the importance of authentication, in Islamic jurisprudence, and especially in the Maliki doctrine, gathered from different Maliki books to formulate a single theory, which organized under the clear approach and one structure, for easy reference whenever the subject were needed for authentication or any part of its fractions.

The early Maliki scholars has the honour and privilege to put the basics and the principles of authentication, the followers have contributed in complementing it with new aspects and forms, in order to develop and draw a comprehensive theory, characterised by specific foundations and conditions, using precise means. Thus, it allows the Islamic jurisprudence to contain newness in generally and Maliki doctrine in particular.

Hence, this research entitled: **"The theory of authentication – theoretical and applied Study –In-Maliki doctrine"**, through which the meaning of authentication was shown, which is the statement of rights and strengthening a range of means to protect it from the causes of loss and ensure they meet on-demand, the requirements of this system. Therefore, it is done through a series of its means to maintain the rights and ensure the preservation and recovery. That is not to be misinterpreted with the documentation and registration of rights, though various means of records.

The main topic in this research is authentication, and the elements of this subject are the different means such as documentation and certificate, mortgage, bail and transfer and checks and right, etc...., and others deeply discussed in various parts of the different books Fiqh, which are used in authentication system in order to deduce judgements and rules. Therefore, increasing capacity in Islamic jurisprudence and realism to include and contain transactions that are more complex.

This study has shown that authentication for the rights is one of the ways to satisfy Allah and submit to his order **“O ye who believe! When ye contract a debt for a fixed term, record it in writing...” The Cow 282**, and by which justice can be established preservation of rights can be assured and hence the social stability.

As it brought out in this study, that the Maliki scholars relied on written document as the main way to record and register rights and different transactions and deals. They expanded researches in this issues, and invented ways and technics of preserving people's rights through putting and defining conditions and rules in order to control and govern the process of authentication. By this, they could answer the newness in transaction and deals as results to the development of the social and economic life, especially of the Western Islamic world.

The conclusion is that the subject of authentication of the rights in order to preserve them has known tremendous efforts and concern from all the Maliki scholars, because of its great importance in maintaining the social justice and order, this why we find enormous literature of the subject trying to theorizing and incorporating all the details of the subject.

Moreover, that Maliki may have reached the highest rank in the issue of authentication, especially with regard to its practical part related to documentation and registration, to the point that it made this issue as a duty among other duties of the Islamic state.

Authentication of rights as system is a result of human mind in general, and the Islamic scholars, in particular.