

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

كلية الشريعة والاقتصاد
قسم الشريعة و القانون

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
قسنطينة

الرقم الترتيبي:

رقم التسجيل:

الواقعة القانونية والحقيقة القضائية
في ميدان الأحوال الشخصية
بجث مقدّم لنيل درجة دكتوراه العلوم
في الشريعة و القانون
- تخصص أحوال شخصية -

تحت إشراف الأستاذ الدكتور/

عبد الحفيظ طاشور

إعداد الطالب /

أحمد بولقصيات

الصفة	الإسم و اللقب	الرتبة	الجامعة الأصلية
الرئيس	أ.د/ كمال لدرع	أستاذ التعليم العالي	الأمير عبد القادر
المشرف والمقرر	أ.د/ عبد الحفيظ طاشور	أستاذ التعليم العالي	جامعة قسنطينة 1
العضو	أ.د/ شعبان عياشي	أستاذ التعليم العالي	جامعة قسنطينة 1
العضو	أ.د/ موسى مرحول	أستاذ التعليم العالي	جامعة قسنطينة 1
العضو	د/ رحيمة بن حمو	أستاذ محاضر (أ)	الأمير عبد القادر
العضو	د/ ياقوتة عليوات	أستاذ محاضر (أ)	الأمير عبد القادر

السنة الجامعية: 2015 - 2016 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ
الرَّحِيمِ

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

شكر و تقدير:

أَتَقَدِّمُ بِجَزِيلِ الشُّكْرِ وَالتَّعْدِيرِ إِلَى السَّيِّدِ الْمَشْرِفِ الدَّكْتُورِ عَبْدِ
الْحَفِيظِ طَاشُورِ الَّذِي فَتَحَ لِي آفَاقًا مِنَ الْعِلْمِ وَ الْإِبْدَاعِ بِإِطْلَاقِ
عِنَانِ الْفِكْرِ وَ الْحَرِّيَّةِ.

جامعة الأمير
القادر للعلوم الإسلامية

المقدمة

جامعة الأميرة
عبد القادر للعطوم الإسلامية

مقدمة

لا شك أنّ ما ثبت عن طريق القضاء يصبح حقيقة قضائية يجب التزامها و لا يجوز الانحراف عنها، وهو ما يسمّى بحجّية الأمر المقضي فيه، ولهذا كان الحديث عن الواقعة القانونية و الحقيقة القضائية إنّما هو حديث عن محلّ و غاية لأمرين، هما: الإثبات و الافتراض. إنّ القاضي أثناء نظره في النزاع المعروض أمامه من خلال أوراق الدّعوى و ملابساتها، لا يمكن بأيّ حال أن يصدر حكمه دون أن يمرّ بمرحلة الإثبات، التي تدور أساسا حول إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحدّدة فقها وقانونا. فالحقّ الذي ينكر على صاحبه و لا يقام عليه دليل قضائي ليست له قيمة عملية، ويكون عندها في حكم المعدوم من الناحية القضائية، ولهذا كان الحقّ الشّخصي و الإثبات مختلفين من حيث الأصل، مرتبطين من حيث الفعالية؛ لأنّ غياب الإثبات يمنع صاحب الحق من الانتفاع بفعالية من حقّه، والحصول على الآثار المتعلّقة به، لذلك كان عدم الاستئثار بالحقّ و عدم القدرة على إثباته يمثّل وضعية واحدة بالنسبة للشخص، إنّ في منظور التشريع الإسلامي أو في منظور التشريعات الوضعية. فالدليل هو قوّة الحقّ كما يقول (أهرنج)؛ لأنّه هو وحده الذي يحميه و يجعله مفيدا كما يقرّر (بلانيول). فهو الذي يقرب أطراف الدّعوى من الحقيقة القضائية التي تشكّل مضمون الحكم القضائي، ولهذا كانت هي القيمة المحورية التي يدور عليها نظام الإثبات بأكمله، ولهذا وجب إثباتها قضاء كما هو مقرّر فقها و قانونا، حتّى ولو ابتعدت عن الحقيقة الواقعة، فالقانون والفقهاء يتمسّكان بالحقيقة القضائية لا بالحقيقة الواقعة. و الافتراض الذي يعتبر كجزء ذا أهميّة بالغة و دقيقة في نظام الإثبات، يعدّ مكنة ربط بين الحقيقة القضائية و الواقعة القانونية، سواء كان هذا الافتراض مكنة تشريعية أو مكنة قضائية، وعلى هذا الأساس يعتبره بعض الفقهاء من أصعب الأمور و أعقدها، الأمر الذي قد يجعله مكنة تخلّ بالحقيقة القضائية التي يتضمّننها الحكم القضائي، كما ذهب إلى ذلك (ابن قيم الجوزية) و (مونتسكيو)، ممّا يتطلّب ضبطها بمجموعة من الضوابط للابتعاد عن دائرة التّحكّم و التّعسف. و في هذا الإطار جاء بحثي هذا الموسوم بـ:

الواقعة القانونية و الحقيقة القضائية

في ميدان الأحوال الشّخصية

الإشكالية:

إنّ الأحوال الشخصيّة بخصوصيتها المصدرية و الوصفية، تعتبر مجموعة من الوقائع، سواء كانت وقائع مادية أو تصرّفات قانونية، فهي بهذا الوصف تكون خاضعة لمكني الافتراض والإثبات من أجل الوصول إلى الحقيقة القضائية، كغيرها من الوقائع في المجال المدني و الجنائي، سواء كانت هذه الحقيقة من عمل المشرّع وحده، تفرض فرضا على القاضي و على الخصوم، أم كانت مؤسّسة على الاجتهاد القضائي المنشئ؛ لأنّ العدل الذي يقضي به القاضي، كقاعدة عامة، هو العدل الذي تقرّره قواعد التشريع، و في حالة الفراغ التشريعي، يكون العدل عند ذاك هو الذي يقرّره القاضي نفسه.

فإذا كانت الأحوال الشخصيّة هي وقائع قانونية تسبح في مجال واسع من العلاقات الاجتماعية، فإنّها بذلك لا تنعزل عن الواقع الاجتماعي المحيط بها، و لا عن العادات و الأعراف المحكّمة، كما لا تنعزل عن فكر القاضي الواقع تحت تأثير مبدأ الاقتناع الشخصي، الذي يكون ملزما بالإثبات القضائي متى استقام، فيتعيّن عليه أن يقضي بما يؤدّي إليه من نتائج قانونية، وإلا كان امتناعه نكولا عن أداء العدالة.

فإذا كان الأمر كذلك، فإنّ الحقيقة القضائية تتأثّر بدورها بهذه العوامل، وعندما نقول الحقيقة القضائية فإننا نقصد بالتّحديد مناهج الارتباط بينها و بين الواقعة القانونية، أي الإثبات و الافتراض، الأوّل كمنهج أصلي، و الثاني كمنهج استثنائي، على اعتبار خطورته؛ لقيامه في الأساس على نقل محلّ الإثبات من واقعة إلى أخرى من أجل بناء الحقيقة القضائية. فالافتراض هو استخلاص مسألة أو قرينة من وقائع ثابتة قاطعة في ذاتها، و لكنها ليست قاطعة فيما هو قد افترض على أساسها، فهو بذلك يمثّل المكنة التي تؤدّي إلى تبسيط الوقائع لتعدّد التحقّق من أمر أو تعدّد إثباته، و ذلك من أجل الوصول إلى الحقيقة القضائية، سواء كانت هذه الحقيقة من عمل المشرّع وحده، تُفرض فرضا على القاضي و على الخصوم، أم كانت مؤسّسة على القرينة القضائية التي تخوّل القاضي سلطة كاملة في إنشائها. فالافتراض هو الدوّاء التّاجع لحلّ معضلة الإثبات؛ لأنّه في الغالب من الأحيين تكون الواقعة المفترضة أصعب بكثير في إثباتها من الواقعة الثّابتة.

و لما كان شأن الافتراض خطيرا؛ لقيامه في الأساس على نقل محلّ الإثبات من واقعة إلى أخرى، و لما كان الافتراض القانوني الذي يقام على ما هو راجح الوقوع يقام مقدّما من طرف المشرّع ثمّ يعمّمه دون أن تكون أمامه الحالة بالذات التي يطبّق فيها، فإنّ الحكم الذي يُبنى عليه قد يكون تعسّفا؛ لأنّ الاعتماد على القرائن أمر معقّد بطبيعته قد يؤدّي إلى الظلم و الفساد، خاصّة إذا توسّع القاضي في استعمالها و جعل معوّلة عليها دون مراعاة الأوضاع الشرعية و القانونية.

و لهذا قال ابن القيم - رحمه الله - : (و الحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات و دلائل الحال، و معرفة شواهد، و في القرائن الحالية و المقالية، كفه في جزئيات و كليات الأحكام أضع حقوقا كثيرة على أصحابها، و حكم بما يعلم الناس بطلانه، و لا يشكّون فيه، اعتمادا على نوع ظاهر، لم يلتفت إلى باطنه و قرائن أحواله). ولهذا كان التكوين الفعّال للقاضي ضروريا؛ لأنه يدعم أصالة العدالة و يكيّفها، و يمكنه من أن يصدر قراراته مطابقة للقانون وقواعد التشريع الإسلامي. وليس هذا فقط، بل يجعله يفكر مليا في افتراضاته التي يقوم بها أثناء فحص ملفّ الدعوى.

بناء على كلّ ذلك، كيف يمكن لمناهج الإثبات المعتمدة فقها و قانونا أن تكون فعّالة في الرّبط بين الوقائع القانونية و الحقيقة القضائية، وما هي أهمّ الضّمّانات والشّروط التي تسهم في الوصول إلى حقيقة قضائية موضوعيّة، الأمر الذي يبعد مسألة صناعة الحقيقة من المجال الحيوي للقاضي، باعتبارها من صميم التفكير البراغماتي؟ وما مدى الدور الذي يلعبه الشّكل في الوصول إلى الحقيقة أو في الابتعاد عنها، أي بيان العلاقة الموجودة بينهما؟

وإذا تمّ اللّجوء إلى الافتراض كمكنة استثنائية للارتباط، وجب ضبطها ضبطا دقيقا، وذلك بوضع أطر نظرية لها، حتّى يتمكن صاحب الحق من الانتفاع بفعالية من حقّه، فما هي الضّوابط الرئيسيّة التي تفي بغاية ترشيد مكنة الافتراض في مجال الأحوال الشخصية، بحيث تتمكّن من تقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعة، سواء ما تعلق منها بضبط افتراض التصرفات القانونية (كافتراض كون التصرف وصيّة عندما يكون في مرض الموت)، أو ما تعلق منها بافتراض الوقائع المادية (كافتراض النتيجة الضّرورية في دعاوى التفريق القضائي)؟

و إلى أيّ مدى يمكن أن تلعب فيه هذه الضّوابط الدور المحوري في ترشيد مكنة الافتراض في مثل هذا المجال الحساس و تمكينها، كطريقة من الطّرائق المعنوية في صياغة القواعد القانونية، وكطريقة منطقية للتقريب بين الحقيقة القضائية و الحقيقة الواقعة، من تحديد المبررات التي من أجلها وضعت القواعد القانونية أو النصوص الفقهية و الأحكام و القرارات القضائية المنظمة لقضايا الأحوال الشخصية، و التي تشكّل الحقيقة القضائية قيمتها المحورية الغائية؟

وإلى أيّ مدى يمكن أن تلعب الوسائط أيّا كان تجسّدها، اجتماعيا أم علميا، دورا فعّالا في التقريب بين الواقعة القانونية و الحقيقة القضائية في مجال الأحوال الشخصية؟ الأمر الذي يكرّس العلاقة المتبادلة بين التحليل القضائي و البحث السّوسولوجي، التي تواكب ظاهرة التّغير الاجتماعي المتسارعة من جهة، و بين التحليل القضائي و البحث العلمي المتسارع والمتراكم من جهة أخرى. خاصّة إذا علمنا أنّ

طبيعة هذا المجال ذو خصوصية حادة؛ لأنه ينظم مجموعة حساسة من العلاقات الاجتماعية ابتداء من الأسرة النووية ووصولاً إلى الأسرة الممتدة.

أهمية البحث:

إنّ هذا البحث ذو غاية عملية تطبيقية قبل كلّ شيء. فلما كان الافتراض ، و هو جزء من نظام الإثبات، الذي يعتبر في نظر البعض من الفقهاء أنّه، في مجمله، لا يمكن أن يؤدي إلى يقين كامل، و إنّما يؤدي إلى درجة معينة من الاحتمال فقط، فالموضوع بذلك يستوحي أهميته ممّا يأتي:

1- أن فكرة الاحتمال هي حجر الزاوية في كلّ النظرية العامة للإثبات كما يرى (ابن القيم الجوزية) و (بيرو) ويؤكدّه (سمير عبد السيد تناغو) في كتابه (النظرية العامة للقانون) ، فما بالك بالافتراض الذي يقوم على أساس نقل محلّ الإثبات من الحقّ المدعى به إلى مصدر هذا الحقّ سواء كان هذا المصدر تصرّفًا قانونيًا أو واقعة مادية. و قد يكون هذا المصدر في ذاته فكرة مجردة يستعصى إثباتها عقلا، مما يدفع ممكنة الإثبات من الانتقال مرة أخرى من هذه الفكرة إلى وقائع مادية أخرى شبيهة أو قريبة منها، يستدلّ منها على تحقّق فكرة الفعل غير المشروع مثلا ، كما يرى (بودون) و (بيرو) و (د. سمير تناغو).

2- الاعتماد على الافتراض بنوعيه أمر معقّد قد يؤدي إلى الظلم و الفساد، خاصّة إذا توسّع القاضي، على وجه الخصوص، في استعماله دون مراعاة الأوضاع الشرعية و القانونية، و الغايات و المقاصد التشريعية. فمن هذا الجانب ، كان موضوع دراسة الأطر النظرية للافتراض مهمّاً، خاصّة و أنّها تعمل على تدعيم أصالة العدالة و تكيفها، كما تعمل على تمكين القاضي من أن يصدر أحكامه مطابقة للقانون، كما يقول بذلك (كانيفات) رئيس المحكمة العليا الفرنسية سابقاً.

أسباب اختيار البحث:

و يمكن أن أحصر الأسباب التي دفعتني إلى اختيار هذا الموضوع إضافة إلى أهميته في ثلاث نقاط:

1- الدقة التي يميّز بها البحث و الطابع العملي الذي نلاحظه فيه، خاصّة و أنّه متعلّق بالحقيقة القضائية، و بنظام الإثبات و تحوّل محلّه و سقوط عبئه و أسسه، و العوامل المؤثّرة فيه، و بيان فاعليّة الافتراض الأوّلي، و متى يتوقّف الافتراض القانوني و متى يبدأ الافتراض القضائي، و ماهي

الباب الأول:

محددات الحقيقة القضائية
ووسائطها

الفصل الأول: محددات الحقيقة القضائية

جامعة الإمام محمد
القادر للعلوم الإسلامية

جامعة الأمير
المبحث الأول:

الحقيقة الاجتماعية

علاء الدين
القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الأول: الواقعة القانونية ومجالها

إنّ نقطة الانطلاق للبحث عن الحقيقة هي الواقعة بجميع تقسيماتها، باعتبارها محور الخطاب القضائي الذي يدور في جلسات المحاكم بجميع أشخاصها ابتداء من قضاة الموضوع والمحامين والنيابة العامة وانتهاء بالشهود والخبراء. وما دام موضوع الدراسة يتجسّد تحديدا في مجال الأحوال الشخصية، فسوف يدور هذا المبحث حول دراسة الواقعة القانونية مفهوماً وتقسيمياً ومركزاً (المطلب الأول)، ثمّ دراسة مسألة تحديد نطاق المجال الذي تتحرّك، وهو الأحوال الشخصية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الواقعة القانونية

وما دامت الواقعة تشكّل منطلق الحقيقة القضائية ومركزها، لا بدّ من بيان مفهومها. وحتى تكتمل المسألة لا بدّ من بيان أنواعها المتناثرة عبر النصوص الفقهية والأحكام القضائية. ولا يكتمل الأمر إلاّ ببيان موقعها في الخطاب القضائي، وبالتالي بيان العمليّات التي يمكن للقاضي أن يقوم بها على هذه الوقائع، الأمر الذي يمكنه من نسج خيوط الطّريق إلى الحقيقة، وبالتالي سنقوم بدراسة أنواع الواقعة القانونية في (الفرع الأول)، ثمّ العمليّات الدّهنية التي يقوم بها القاضي في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أنواع الواقعة القانونية

يقوم العالم كلّهُ على مجموعات لا حدّ لها من الوقائع، التي تتموضع في كلامنا، مشكّلة ما يسمّى (القضيّة)، وحدة التّفكير محلّ وصفي الصّدق والكذب. والواقعة في مفهومها الواسع كلّ ما يحدث، أو كلّ ما ينتج، أو كلّ حدث، سواء تعلّق بظاهرة¹ فيزيائية كإعصار أو ظلمة، أو اجتماعية كحرب أو إضراب أو شخصية كمرض أو كلام². أمّا مفهومها بالنظر إلى عنصر المعاكسة القائم بينها وبين الشّيء، فإنّها "الحقيقة النّاشطة التي تلاحظ في الزّمان وتشكّل أنا في التّعاقب"³، بينما الشّيء واقع سكوني، مكّون من نظام يفترض أنّه ثابت، نظام خواص متعايشة في المكان، فإذا كانت التّفاحة شيئاً، فإنّ وقوعها واقعة، فتشكّل الأشياء مجالاً سكونياً، وتشكّل الوقائع مجالاً حركياً⁴. فهي بذلك مجموعة من الحوادث التي وقعت أو تقع، أو هي ما تقال بغرض التّعبير عن شيء مادي له علاقة بالأحداث، وهذا ينطبق على كلّ جملة ينطق بها الإنسان معيّراً عن اعتقاده بأمر من أمور الواقع، وهي نفسها واقعة من وقائع العالم. وصحّة هذه الواقعة اللفظية أو اللّغوية، تعتمد على وجود الواقعة التي تشير إليها. إذا هناك علاقة بين طرفين، اعتقاد يعبر بجملة ما عن صدق القضيّة من ناحية، وواقعة في عالم الأشياء تنطبق على هذا الاعتقاد أو لا تنطبق من ناحية أخرى، وترتكز هذه المسألة على خبرات الإنسان الخاصّة، كالمعارف والمعطيات التي يكتسبها عبر

¹ إلا أنّ هناك فرقا كبيرا بين الواقعة والظاهرة فيمكن اعتبار واقعة بمنزلة مرادف عادي لمظهر أو ظاهرة، فما يتكوّن أساسا من اسم صفة حقيقية يحتلّ مكانة محدودة في الزّمان والمكان، أو في الزّمان وحده، أو أيضا توصل زمني ومكاني أو زمني فقط.. يقال حدث على الواقعة التي يكون لعنصرها الزّمني من الأهمية أكثر ممّا يكون لعنصرها المكاني، ولا سيما الواقعة التي تظهر خصوصا كأنّها تتغيّر، وهذا ما يذهب إليه ق. إيغر، وهو يخالف رأي ج. لاشلييه، و ب. ف. بيكو برنيس، برونشفيغ بشارتيه، وقوام هذه المخالفة ضرورة التّمييز بوضوح بين واقعة وظاهرة، فللواقعة بالأولى معنى وصفي وعيني، وللظاهرة معنى تحليلي ومجرد. كلمة (واقعة) تدلّ في الحقيقة على مرّكب معطى حدسيّا في التجربة (واقعة تاريخية)، وتقال (ظاهرة) بدقّة تامّة إمّا على عنصر اختياري (ظاهرة بصرية، ظاهرة كيميائية.. الخ)، وإمّا بالتوسّع على مرّكب لكنّه يصوّر عندئذ وكأنّه كلّ مرّكب من عناصر. فإلى ذلك تتضمّن كلمة واقعة فكرة موضوعية أقوى من ظاهرة، فيمكن للظاهرة أن تكون مجرد مظهر، إدراكا فرديا، والعكس بالنسبة للواقعة التي تعدّ دائما واقعية، حقيقية، فهي تنتمي إلى الأشياء، كما هي. فعندما نقول إنّ وجودي ظاهرة يعني بكيفية ما الارتباب به، وأقول إنّ واقعة يعني الاعتراف به. أنظر: لالاند (أندريه)، موسوعة لالاند الفلسفية، تعريب خليل أحمد خليل، ج1، ط2، بيروت-باريس، منشورات عويدات، 2001، ص410.

² Cornu (G.), *vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd., paris, quadrige/puf, 2006, p.399

³ لالاند (أندريه)، المصدر نفسه، ص411

⁴ المصدر نفسه، ص411

حواسه⁵. ولهذا كانت هذه القضية محلاً لوصفي الصدق والكذب، إلا أن إطلاق هذين الوصفين، يختلف باختلاف نوع القضية، فإذا كانت القضية إخبارية أو تركيبية فإنّ مقياس حقيقتها أو صدقها التّطابق بين الصّورة التي نرّمز إليها بألفاظ القضية وبين الواقعة في العالم الخارجي، أمّا إذا كانت القضية من النوع التكراري أو التحليلي فيكون مقياس حقيقتها عندئذ وصدقها هو عدم تناقض أجزاء القضية بعضها مع بعض⁶، ولا يكون ذلك إلا إذا اتّسقت تعريفات الألفاظ المستخدمة في بناء القضية وتكوينها، الأمر الذي يبعدها عن التّنافر⁷. فالقضايا الأولى تعدّ من قبيل ما يعدّ أحد المعطيات الواقعية محلّ الاختبار، الذي يمكن أن يكون محلاً للفكر، وبيان ذلك أنّ الوقائع تتأرجح بين الأحكام الإدراكية والأحكام الذاكرة، فهي معطاة في الأولى، ومعطاة من الذاكرة في شكل أحكام ذاكرية في مرحلة التمثّل المعاد، يجري التّسليم بها على نحو غير مباشر طبقاً لأدلة تنطبق على أحكام معيّنة، تشكّل في مجموعها ما يعرف بـ: (التجربة)⁸، كالشهادة والإقرار. فمفهوم الواقعة بهذا المعنى يرجع إلى حكم برهاني على الواقع الخارجي، فتكون لهذه المفردة تبعاً لذلك قيمة تقديرية⁹. ولا يختلف الأمر إذا ما تحدّثنا عن الواقعة في الفكر القانوني، فهي بمعناها العام حادثة مادية محضة وقعت بنشاط الإنسان، اعتدّ بها القانون ليولّد منها مركزاً قانونياً عاماً دائماً لشخص ما، أو ليحدث من خلالها أثراً قانونياً محدوداً¹⁰. ومعنى ذلك أنّ كلّ حادثة من شأنها أن تنتج أثراً قانونياً تسمّى الواقعة القانونية، سواء كانت راجعة لإرادة الإنسان أم لغير إرادة الإنسان، فتكون بذلك مصدراً للروابط القانونية¹¹، وهي إمّا أن تكون طبيعية أم اختيارية، وهذه الأخيرة إمّا أن تكون أعمالاً مادية أو أعمالاً قانونية، والأعمال القانونية إمّا أن تكون صادرة من جانب واحد أم من جانبين¹².

⁵ فهناك بعض القضايا التي نبرّز صحتها بالاعتقاد ولا نعتمد على الخبرة مثل الاعتقاد بأنّ $4=2+2$ ، وأنّ الأحمر لون. وتعتمد القضية - في تبريرها- على فهم معاني الكلمات في الجملة التي تعبّر عنها، فإذا كانت الجملة صادقة بمعنى أنّها تعبّر عن قضية صادقة، فإنّها تتحدّد من خلال المعاني التي تتعلّق بفهم الكلمات في الجملة. أنظر في ذلك: مبروك (أمل)، مفهوم الحقيقة، ط1، بيروت، التنوير، 2011، ص128.

⁶ المرجع نفسه، ص128.

⁷ مبروك (أمل)، مرجع سابق، ص128.

⁸ لالاند (أندريه)، مصدر سابق، ص411.

⁹ المصدر نفسه، ص409.

¹⁰ النداوي (وهيب)، دور الحاكم المدني في الإثبات، ط1، عمان، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، 2001، ص123.

¹¹ إنّ التقنيات الحديثة جعلت مصادر الالتزام منحصرة في خمسة: العقد والإرادة المنفردة، والعمل غي المشروع والإثراء بلا سبب، والقانون. وفي حقيقة الأمر فإنّ هذا الترتيب تغلب فيه التّاحية العملية، ويفتقر إلى أساس علمي، فلا يكفي أن نقول إنّ هذه هي مصادر الالتزام، بل يجب إرجاع هذه المصادر إلى أصول علمية منطقية.

¹² ويلاحظ في هذا الترتيب أنّ صاحبه قد تدرّج من الأعمّ إلى الأخصّ، بحيث تشمل الوقائع القانونية الوقائع الطّبيعية والوقائع الاختيارية، والوقائع الاختيارية تشمل الأعمال المادية والأعمال القانونية، والأعمال القانونية تشمل الأعمال الصّادرة من جانب واحد، والأعمال

والقانون هو الذي يحدّد الآثار القانونية المترتبة على كلّ هذه الأعمال¹³. والفائدة المتحصّلة من خلال هذا الترتيب أنّه يزيل اللبس الناشئ من عدم الدقة في التفريق بين العمل المادي والعمل القانوني، حيث جرى الفقهاء على تعريف العمل المادي بأنّه واقعة اختيارية لا يقصد منها صاحبها التّيجة القانونية التي تترتب عليها، أمّا العمل القانوني فهو واقعة اختيارية يقصد نتيجتها القانونية، فتكون بذلك واقعة الاستيلاء والحيازة موجودة ضمن زمرة الأعمال القانونية؛ لأنّ القائم بهما يقصد ما يترتب عليهما من نتائج، وهذا يخالف المعقول بمخالفته أصل اعتبار هاتين الواقعتين من الأعمال المادية. لذلك كان من الواجب إعادة النّظر في مفهومي العمل المادي والعمل القانوني، باعتبار الأوّل عملاً مادياً يقع من الإنسان باختياره، سواء أراد التّيجة القانونية المترتبة عليها أو لم يردّها، كالعمل الضّار الذي يقوم به الزوج وهو يؤدّب زوجته أو أولاده فهو يعتبر عملاً مادياً اختيارياً لا يريد صاحبه ما يترتب عليه من نتائج قانونية، وكالاستيلاء الذي يعتبر عملاً مادياً اختيارياً يريد صاحبه نتائج، بخلاف واقعي الالتصاق والفضالة اللتين تعتبران من الأعمال المادية الاختيارية التي قد يريد صاحبهما نتائجهما القانونية وقد لا يريدّها. وفي مقابل كلّ ذلك، فإنّ العمل القانوني ليس بعمل مادي، بل هو إرادة محضة تتّجه إلى إحداث أثر قانوني معيّن. فالذي يميّز العمل المادي عن العمل القانوني ليس هو قصد التّيجة القانونية المترتبة كما ظنّ الكثيرون، ولكنّ المميّز بين العاملين هو أنّ الأوّل مادي والثّاني غير مادي، أو هو مجرد إرادة تتّجه إلى إحداث أثر قانوني معيّن. وفي هذا الإطار علينا أن نعرف نوعاً ثالثاً من الوقائع القانونية التي تسمّى الوقائع المركّبة أو الوقائع المختلطة، حيث إذا كانت الواقعة القانونية تتركب من عمل مادي وعمل قانوني كنّا بصدد هذا النوع، الذي تمثّله المعادلة التّالية: عمل مادي + عمل قانوني = واقعة قانونية مركّبة¹⁴. فالواقعة القانونية في

الصّادرة من جانبين. وإذا ما أردنا أن نطبّق هذا الترتيب على مصادر الحقوق العينية كان منها الوقائع الطّبيعية وهي الميراث وأسباب الأخذ بالشّفعة والتّقدم، ومنها الأعمال المادية وهي الاستيلاء والالتصاق والحيازة، ومنها الأعمال القانونية، بعضها صادر من جانب واحد وهي الوصية وإعلان الرّغبة في الأخذ بالشّفعة، وبعضها الآخر صادر من الجانبين وهو العقد، وإذا ما أردنا أن نطبّق هذا الترتيب على مصادر الالتزام نجد أنّ الوقائع الطّبيعية كالجوار والقرابة يرتّب عليها القانون التزامات معيّنة لاعتبارات ترجع للعدالة والتّضامن الاجتماعي، لذلك يصحّ إسناد هذه الالتزامات للقانون مباشرة، فيكون هو مصدرها، والأعمال المادية قسماً أعمال غير مشروعة تصدر من المدين فتفقّر الدّائن دون حقّ فيلتزم المدين بالتّعويض، ومصدر هذا الالتزام هو العمل المادي الضّار. والقسم الثّاني أعمال مشروعة تغني المدين على حساب الدّائن فيلتزم المدين أن يرّد ما اغتنى به ومصدر هذا الالتزام هو العمل المادي النّافع. والأعمال القانونية إمّا أن تكون صادرة من الجانبين وهو العقد أو صادرة من جانب واحد وهي الإرادة المنفردة، ومن ذلك نرى أنّ العقد والإرادة المنفردة تتضمّن الأعمال القانونية. ويقابلها الأعمال المادية التي يدخل فيها العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب. وكلّ هذه الأعمال القانونية والأعمال المادية وقائع اختيارية تقابلها الوقائع الطّبيعية التي تنسب إلى القانون. أنظر: السنهوري (عبد الرزاق)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، ط3، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص141 وما بعدها.

¹³ المرجع نفسه، ص141.

¹⁴ المرجع نفسه، ص144-145.

مفهومها العام قد تكون طبيعية كالموت والبركان، وقد تكون اختيارية كالعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب وهما من قبيل الوقائع المادية، وقد تكون عقودا ووصايا وهي من قبيل التصرفات القانونية¹⁵.
وبذلك يمكننا تقسيم الوقائع القانونية الاختيارية إلى وقائع مادية وتصرفات قانونية¹⁶. حيث إنّ الأولى تعتبر وضعية قانونية غير ناتجة عن محض إرادة الأشخاص في الأساس¹⁷، فهي ذات طابع مادي، نلاحظ أثر الإرادة فيها في النشوء فقط¹⁸، وهي التي تمثّل الدائرة الأكبر؛ لأنّها من الأمور الكثيرة الغالبة، وإذا ما قام بها الإنسان فإنّه قد يريد أثرها المترتب عليها، وقد لا يريد. فقد تقع الوقائع المادية من الإنسان من غير إرادته، وهو لا يريد الأثر المترتب عليها، وإتّما حصل نتيجة إهماله، وهو الجزء المناسب. وهذه الوقائع يترتب عليها القانون الآثار التي يحددها سواء أَرادها من وقعت منه أو لم يردّها، وسواء أَراد الأثر الذي يترتب عليها أو لم يرد ذلك. أمّا الثانية فهي الوقائع التي تقوم في الأساس على إرادة الإنسان، حيث إنّ الإرادة هي التي تتّجه إلى إنشاء وضعية قانونية وإحداث أثرها القانوني، فيترتب القانون عليها هذا الأثر، فهي ذات طابع غير مادي، نلاحظ تأثير الإرادة فيها في الإنشاء وفي الآثار¹⁹، كما هو الأمر في العقد (كعقد الزواج، أو عقد الهبة..)، ذلك التصرف الذي يقوم على تطابق إرادتين، وقد ينشئ الحقوق الشخصية أو يكسب الحقوق العينية²⁰، ومثال ذلك الوصية باعتبارها تصرفا قانونيا قائما على الإرادة المنفردة مكسبا للحقوق العينية. وكذا الوفاء والإبراء فكلاهما يقضي الحقوق الشخصية، إلا أنّ الأول تصرف قانوني قائم على تطابق إرادتين، أمّا الثاني فهو تصرف قائم على إرادة منفردة. فالتصرف القانوني سواء قام على إرادتين أو على إرادة منفردة قد ينشئ الحقوق الشخصية وقد يكسب الحقوق العينية وقد يقضيها جميعا، وقد يترتب آثارا قانونية أخرى²¹. والمقابلة بين التصرف القانوني والواقعة المادية هي مقابلة بين الإرادة والعمل المادي، فحيث تمخّضت الإرادة لإحداث أثر قانوني فأحدثه القانون، فشمّ تصرف

¹⁵ وبهذا يظهر لنا تعريف الواقعة القانونية بأنّها هي كلّ أمر يحدث بدون تدخّل من الإنسان المعني، كمرور الزمن أو الوفاء أو الوباء أو الإعصار أو بتدخّل من فعله لكن دون إرادة الالتزام، كارتكاب حادثة سير تضرّر بالغير، أو الإثراء على حساب شخص آخر دون قصد وبحسن نية، تعريف قاصر لأنّه يستثني دائرة التصرفات القانونية .

¹⁶ بنموسي (ميروك)، أسباب الحكم القضائي وتسيبته، د.ط، تونس، المغاربية لطباعة وإشهار الكتاب، 2011، ص122، وانظر كذلك: الطنطاوي (محمود)، حقيقة التصرف وأقسامه، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية تصدر عن كلية الحقوق بجامعة عين شمس، مطبعة جامعة عين شمس، العدد1، سنة 1973، ص(23-67).

¹⁷ Deleuze (N.), Bertrand-Mirkovic (A.), *Introduction générale au droit*, Panorama du droit, P.156.

¹⁸ Mouloungui (C.), *Introduction générale au droit*, V.2, Paris, Editions Publibook, 2004, P.37.

¹⁹ Mouloungui (C.), *Ibid*, P.37.

²⁰ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص 1-2، انظر كذلك: Deleuze (N.), Bertrand-Mirkovic (A.), *Ibid*, P.156.

²¹ السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص 1-2.

قانوني، وحيث وقع عمل مادي ولو خالطته الإرادة فرتب عليه القانون أثراً، فشمّ واقعة مادية²². ومن الأصلح أن نعتد تقسيماً ثنائياً واضحاً يقوم على تقسيم الواقعة القانونية إلى تصرّفات قانونية وهي وقائع اختيارية تقوم على محض الإرادة في الأساس كالعقود والتصرّفات القانونية القائمة على الإرادة المنفردة، ووقائع مادية (منها وقائع اختيارية يقصد من ورائها إحداث آثار قانونية كالاتيلاء والحيازة، أو لا يقصد من ورائها أي أثر قانوني كدفع غير المستحقّ والعمل غير المشروع، ووقائع غير اختيارية كالزّلال والبركان والموت والميلاد...). ويدخل ضمن زمرة الوقائع المادية نوع خاصّ من الوقائع يأخذ وصفها حكماً وهو القانون الأجنبي²³، فيكون للقاضي في مواجهته، وفق تعبير (Batiffol)، وضعيّة الملاحظين

²² إلا إنّ السنهوي لم يكن له منهج واحد في هذا التّقسيم في مؤلّفاته، بحيث نجده تارة يطلق على العمل المادي مصطلح الواقعة القانونية، وتارة أخرى يطلق عليه الواقعة المادية، في حين أنّ الواقعة القانونية كما قلنا في السابق هي كلّ حدث يرتب عليه القانون أثراً قانونياً معيّناً، وينطبق ذلك على كلّ من الوقائع الطّبيعية كالفيضان والزّلال والموت والميلاد، والوقائع الاختيارية المتضمّنة لكلّ من التصرّفات القانونية والأعمال المادية إلا إنّ السنهوي رحمه الله يأتي بمثالي الموت والميلاد في سياق شرحه لأهميّة التّفريق بين التصرّف القانوني والعمل المادي ضمن عنصر الواقعة المادية الذي اعتبرها داخلة في دائرة الوقائع الاختيارية في حين إنّ الموت والميلاد واقعتان طبيعيتان، وفي الحقيقة فإنّ الواقعة المادية إذا ما أطلقناها فإنّها تشمل دائرة أعلى وهي الوقائع الطّبيعية كما تشمل دائرة أدنى وهي دائرة الأعمال المادية سواء كانت مشروعة أم غير مشروعة، وبهذا لا نجد موضعاً في التّقسيم الذي أقرّه السنهوي للواقعة المادية إلا إذا ألغينا التّقسيم ثنائياً، واعتمدنا تقسيماً آخر يقوم على درجة واحدة بحيث نقول إنّ الواقعة القانونية تنقسم إلى التصرّف القانوني والواقعة المادية وتدخل ضمنها الوقائع الاختيارية والوقائع الطّبيعية. أنظر في ذلك: السنهوي (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج 2، ص 342، السنهوي (عبد الرزاق)، نظرية العقد، د. ط، بيروت، دار الفكر، ص 116.

²³ إنّ القاضي عادة ما يطلب من أطراف القضية ذكر الوقائع والطلّبات دون التّطرق إلى التّصوّر القانوني باعتبارها من صميم واجبات القاضي؛ لأنّه المكلف قانوناً بمعرفة النّص القانوني الذي يناسب الوقائع التي يثبتها الخصوم أمامه. فهو الشّخص الذي يفترض فيه العلم بالقانون، والذي يجب عليه في ذات الوقت تطبيقه على واقع النزاع المعروف عليه للتّظر فيه، تحت طائلة العقاب، فهو لا يستطيع أن يتمتع عن ذلك احتجاجاً بانعدام القاعدة القانونية واجبة التّطبيق، وإلا كان ذلك ارتكاباً لجرمة إنكار العدالة. والأمر الذي ينبغي إدراكه في هذا الإطار هو أنّه ليست اعتبارات المجاملة الدّولية هي العنصر الدّافع للمشرّع الوطني إلى الأمر بتطبيق القانون الأجنبي ولكنّها اعتبارات العدل التي تقضي بأن يكون القانون الواجب التّطبيق هو أكثر القوانين اتّصالاً بالنّزاع، ولو كان قانون دولة أجنبية، إلا أنّ منزلة القانون الأجنبي واجب التّطبيق لم يتم الاتّفاق عليها، حيث أنّ هناك فريقاً ينظر إليه كقانون مثل فعل أنصار نظرية الاستقبال، وهناك فريق آخر ينظر إليه كواقعة ويظهر ذلك جلياً في عمل القضاء الفرنسي، وتطلّ القاعدة العامة في ذلك أنّ القانون الأجنبي يعامل معاملة الوقائع، وهو أمر سائد في معظم عمل الاجتهاد القضائي الفرنسي منذ قرار (Bisbal) الشّهير، ولا يعمل بهذه القاعدة في الجزائر استناداً إلى المادة (358) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في دائرة القانون الأجنبي الذي يتعلّق بمسائل الأسرة. ونتيجة لهذه الرّؤية فإنّ عبء إثبات القانون الأجنبي يقع على الأطراف أو بعضهم؛ لأنّ القاضي يكون بذلك غير مكلف قانوناً بالتّوصّل إليه بل يكفي بمعاينته، فتعمل قواعد الإثبات في هذا الإطار حيث يقع على المدّعي مبدئياً إثبات القانون المدّعى به بكافة طرق الإثبات، وفي فرنسا يلجأ الأطراف عملياً إلى ممثني القانون الأجنبي الذين يقومون بتحرير شهادات تسمّى الشّهادات العرفية، وفي هذه الدّائرة يمكن للقاضي أن يتدخّل إذ له أن يحدّد أجلاً أو يأمر بإجراء خبرة أو استشارة، كما له أن يجري بحثاً خاصاً به عن القانون الأجنبي، كما تستخدم اتّفاقيات المساعدة القضائية من قبل القضاة للتّوصّل إلى القانون الأجنبي. ولمزيد من التّفصيل انظر:

Holleaux (D.), Foyer (J.), De La Pradelle (G.), *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987, P.187-188.

Batiffol (H.), Lagarde (P.), *Droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1975, P.89.

الاجتماعيين²⁴. فإذا كان القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية ذات العنصر الأجنبي أجنبيًا بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، كأن يقوم القاضي بتطبيق القانون الفرنسي إذا ما تعلّق الأمر بصحة عقد زواج بين فرنسيّة وجزائري، نكون عندها أمام مسألتين جوهريتين، (الأولى) منهما متعلّقة بقاعدة الإسناد التي توجب الرجوع في ما تعلّق بالشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج إلى قانون كلّ من الزوجين، وتحديدًا المادة (11) من القانون المدني الجزائري، وهذه تعدّ مسألة قانون يكون القاضي فيها خاضعًا للمحكمة العليا، و(الثانية) تتعلّق في الأساس بأحكام القانون الفرنسي الخاصّة بصحة الزواج، وهذه مسألة واقع فتكون محالًا للإثبات، وعبؤه يتحمّله الخصم صاحب المصلحة، ولا يكون القاضي في ذلك خاضعًا لرقابة المحكمة العليا، وكذلك في تعرّفه على أحكام القانون الأجنبي باعتباره مسألة موضوعيّة يكون واجبا على الخصم إثباته مستخدمًا في ذلك جميع الطّرق المقرّرة قانونًا ماعدا اليمين والإقرار؛ لأنّ الأمر لا يتعلّق بواقعة شخصية مرتبطة بأحد الأطراف، حتّى الشهادة لا يمكن أن تكون طريقًا لذلك في هذا الشأن، فلا يكون السبيل مفتوحًا إلّا أمام ما يراه الخبراء وهم أهل العلم بالقانون الأجنبي والتّصوص الرسمية وما يقترن بها من تفسير فقهي وقضائي²⁵، دون أن ننسى شهادات العرف (Certificats de coutume)²⁶، التي لا يمكن أن يقوم بتحريها إلّا شخص مؤهل كفقيه خبير، موثّق أو سلطة عمومية²⁷. وهذا التّقسيم له فائدته من النّاحية العمليّة، نوضّحه من خلال نقطتين: (أ) إذا كان التّصرّف القانوني إرادة تتّجه إلى إحداث أثر قانوني معيّن، وإذا كانت هذه الإرادة لها مظهر خارجي ألا وهو التّعبير، فإنّ القانون اقتضى ألاّ يكون إثبات هذا التّعبير، كقاعدة عامة، إلّا عن طريق الكتابة، مع مراعاة لبعض الاستثناءات²⁸، وذلك لاعتبارين اثنين:

Issad (M.), *Droit international privé – Les règles de conflits*, Alger, O.P.U.- Publisud, 1986, P.203-204.

Mayer (P.), *Droit international privé*, 3^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1987, P.116-117.

Walker (D.M.), *Principles of Scottish Private Law*, Vol. 1, Second Edition, Oxford, Clarendon Press, 1975, P.189-190.

²⁴ Batiffol (H.), *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, 109.

²⁵ Aubry et Rau, *Droit civil français*, Tome 12, 6^{ème} éd., Paris, Librairies techniques, 1958, P.54.

²⁶ Revillard (M.), *Droit international privé et communautaire*, 6^e éd., Paris, Defrénois, p.15-16.

²⁷ Planiol (M.), Rippert (G.), *Traité pratique de droit civil français*, Tome VII : *Obligations*, 2^{ème} partie, Paris, L.G.D.J., 1954, p.831, Mougenot (D.), *Droit des obligations-La preuve*, 3^{ème} éd., Bruxelles, éditions Larcier, 2002, p.90.

²⁸ هناك استثناءات كثيرة واردة على هذه القاعدة وقد نصّ المشرّع في هذا الإطار على حالات محدّدة منها قيام المانع من الحصول على الكتابة، والبيّنة في هذه الأحوال لا تكمل الدليل الكتابي بل تحلّ محله بعد أن فقد واستحال تحصيله، وفي حقيقة الأمر أنّ وجوب الإثبات بالكتابة يفترض إمكان الحصول على الدليل الكتابي، والمانع سواء أكان ماديا أم أدبيا، فإنّه يعتبر واقعة مادية يكلف بإثباتها الخصم الذي يدّعيها، بأيّ طريق شاء، بيّنة كانت أم قرينة، فبذلك يجب على الخصم أن يثبت قيام المانع أولًا، ثمّ يثبت بعد ذلك التّصرّف القانوني المدّعى، ويكون ذلك بجميع الطّرق كذلك. ومسألة تقدير المانع تدخل ضمن دائرة السّلطة التقديرية للقاضي، دون خضوعه إلى رقابة المحكمة العليا، مادام يورد في أسباب حكم الواقعة التي اعتبرها مانعًا، مبيّنًا أسباب إضفاء هذا الاعتبار عليها، فإن كان ما جاء به مستساغًا

أولاهما، أنّ التعبير عن الإرادة التي تتّجه إلى إحداث أثر قانوني أمر دقيق، قد لا يدرك الشهود معناه، فلا يؤدّون الشّهادة فيه بالدقّة الواجبة تبعاً لذلك، أمّا الثاني، فإنّ التّصرّف القانوني هو الذي تستطيع تهيئة الدليل الكتابي عليه وقت وقوعه، ومن ثمّ كان اشتراط الكتابة لإثباته أمراً ميسوراً²⁹. أمّا في ما تعلق بالوقائع المادية فلا نجد بشأها أيّ أثر للاعتبارين السابقين، فهي تحدث أمام أعين الناس وأفهامهم لا تختلف بشأن روايتها؛ إذ هي لا تصل في دقّتها وتعقيدها إلى درجة دقّة وتعقيد التّصرّفات القانونية، إلاّ أنّه في هذا الإطار نجد كاستثناء على ذلك بعض الوقائع المادية التي تتميّز بخطورتها بالنظر إلى ما يترتّب عليها من آثار قانونية، كالميلاد والوفاة³⁰، فأوجب فيها المشرّع تسجيلها بالكتابة عند وقوعها على نحو خاص؛ لأنّها تشترك مع التّصرّفات القانونية في أنّها يتيسّر فيها ذلك. أمّا ما كثر من الوقائع المادية المرتّبة للآثار القانونية فيكفي

معقولا حمل تكيفه على الصّحة، وإلاّ صار ما اعتبره من ذلك كأنّه منتزع من غير دليل. ومسألة الموانع الأدبية سار القضاء على منهج التوسّع فيها، ويساعد على ذلك أنّ المشرّع لم يحمّلها، والقضاء قد سار هو نفسه على هذا المنهج الأمر الذي يكون معه القاضي متحرّراً في تقدير كلّ حالة منفردة، وكثيراً ما ترجع الموانع المادية وفقاً لأحكام القضاء الفرنسي والمصري إلى أمور ثلاثة: التّوجية والقرابة، علاقة الخدمة، العرف المتّبع في بعض المهن. فكثيراً ما تقوم علاقة التّوجية أو القرابة مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على الدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون، فإذا أثبت الخصم هذه العلاقة وفقاً للقواعد الخاصة لكلّ علاقة، كالتّوجية تثبت بعقد الزواج، والقرابة تثبت بشهادة الميلاد، (إلاّ أنّه في الغالب تكون هذه العلاقة محلّ اعتراف، فتثبت عندها بالإقرار)، وقدر القاضي بعدها وفقاً لظروف كلّ حالة وملابساتها أمّا علاقة كافية لتقوم مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على الدليل الكتابي ألباح للخصم كنتيجة لكلّ ذلك الإثبات بالبيّنة والقرائن كبديل عن الكتابة. فعلاقة التّوجية قد تحوّل دون الحصول على دليل كتابي لإثبات قرض ما بين الزوجين، أو لإثبات الوفاء بالدين، أو لإثبات أيّ تصرّف قانوني آخر، ومسألة اعتبار التّوجية مانعاً أو غير مانع من الحصول على دليل كتابي بين الزوجين مسألة موضوعية، أي لمحكمة الموضوع وحدها السّلطة في تقديرها، والحكم نفسه ينطبق على علاقة المصاهرة، وفي هذا الإطار قضت محكمة استئناف مصر بأنّ الموانع الأدبية التي تسمح بالإثبات بالبيّنة والقرائن لا تكون خاضعة لشدّة القرابة وحدها بل قد تخضع لظروف الدّعى، فإذا زوجت سيّدة ابن خالتها من ابنتها بغير مهر، وجّهت هي ابنتها، وأقامت الابنة وزوجها عندها ليسره. فهذه الظروف كلّها تمنع التّزوج أدبياً منعاً قوياً بمطالبة أمّ زوجته بكتابة إذا ما أودعها مالا ما أثناء إقامته وزوجته عندها. إضافة إلى ذلك فإنّ علاقة الخطبة وحدها قد تكفي في أحوال معيّنة لقيام المانع الأدبي، ففي حكم قضائي قضت محكمة استئناف مصر بأنّ العرف جرى بين المصريّين، المسلمّين منهم خاصّة على أنّه بعد الاتّفاق على الخطبة ودفع المهر وقبل إتمام الرّفاف، يشتري الجهاز، فإذا سلّم للخاطب، ولم يتمّ الزواج، وطولب به جاز إثبات الدّعى بالبيّنة، إذ يوجد في هذه الظروف مانع أدبي يحول دون الحصول على سند كتابي من الخاطب. والعلاقة بين الولد وأبويه كثيراً ما تحوّل دون الحصول على الدليل الكتابي، وكذلك علاقة الأحمّة، كما قد تقوم صلوات أخرى غير صلوات التّوجية والقرابة مانعاً أدبياً من الحصول على الكتابة كصلة الجوار وصلة الوكالة غير المأجورة، حتّى العادة أو مركز الشخص الاجتماعي قد يكونان مانعين أدبيين يحولان دون الحصول على سند مكتوب. ولقد اختارت بعض القوانين العربية منهج التّحديد فاعتبرت صلة القرابة والتّوجية مانعاً أدبياً، فتحولت بذلك هذه الصّلة من مانع خاص ذاتي إلى مانع عام موضوعي، كالقانون السوري واللبّاني والعراقي. انظر: السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ص 458 وما بعدها.

²⁹ أنظر في ذلك: السنهوري (عبد الرزاق)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع نفسه، ص 342، وانظر كذلك: سعد (نبيل) وزهران (همام)، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د. ط، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2001، ص 111.

³⁰ وضع القانون نظاماً خاصاً لإثبات المواليد والوفيات يقيدها في سجلات خاصة يجوز الحصول على مستخرجات منها: سجلات الولادة والزواج والوفاة. انظر لمزيد من التفصيل: سعد (عبد العزيز)، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ج 2، ط 3، الجزائر، دار هومه، 2011، ص 10.

الاعتماد في إثباتها على البيّنة والقرائن؛ لأنّ إثباتها بالكتابة أمر غير متيسّر³¹، وهو الأمر الذي يفسح المجال أمام القاضي في القيام بدوره الإيجابي³² في البحث عن الحقيقة، (ب) إذا ما تعلّق الأمر بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي فإنّ الالتزامات التعاقدية قد بنى المشرّع قاعدة الإسناد المتعلّقة بها على ضابطين، (أحدهما) أساسي تمثّل في إرادة المتعاقدين، فيكون القانون الذي اختارته إرادة الأطراف، بشرط أن تكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، هو القانون الذي ينعقد له الاختصاص بالنظر في المنازعات التي تثور بشأنها في جانبها الموضوعي حسب ألفاظ المادة (18) من القانون المدني الجزائري³³، و(الآخر) احتياطي تمثّل في مكان إبرام العقد، فيكون قانونه هو الذي ينعقد له الاختصاص بالنظر في المنازعات التي تقوم بشأنها، ويعمل به في حالة عدم اختيار قانون معيّن³⁴، ولكن ما لم يكن ممكنا تطبيق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. أمّا إذا تعلّق الأمر بالوقائع المادية فإنّ قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام هو الذي ينعقد له الاختصاص بالنظر في المنازعات التي تثور بشأنها³⁵، إلا أنّ هذا الحكم لا يطبّق إذا كان الأمر متعلّقا بالوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر، حتّى ولو كانت على غير ذلك في البلد الذي وقعت فيه، ولا تتصوّر هذه الحالة إلا في دائرة الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، حسب ألفاظ المادة (20) من القانون المدني الجزائري³⁶.

ويمكن كذلك أن نقسّم الوقائع بالنظر إلى تأثيرها في النزاع، إلى وقائع أصلية ووقائع مساعدة. فالوقائع التي يثيرها أطراف الدّعى أمام القاضي بغية حسم المنازعة القائمة بشأنها ليست على درجة واحدة من القوّة، وبالتالي فهي لا تقوم بدور واحد، بحيث أنّ الوقائع الأصلية هي التي تشكّل العناصر الأساسية التي ربّب عليها القانون بصفة مباشرة نتائج قانونية محدّدة تحديدا واضحا، والتي حدّدها الخصوم

³¹ السنهوري (عبد الرزاق)، الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص340.

³² النداوي (وهيب)، مرجع سابق، ص159.

³³ يستثنى من إعمال ضابط الإرادة مسألتان: (الأولى) الأهلية التي أفردتها المشرّع بفكرة مسندة مستقلّة وأخضعها لقانون الجنسية وفق ما جاء في المادة (10) من القانون المدني الجزائري: (يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم..)، و(الثانية) شكل التصرفات القانونية الذي جعل له المشرّع فكرة مسندة مستقلّة، وأخضعها لقانون البلد الذي تمّ فيه العقد، وهذا ما جاء في نصّ المادة (19) من القانون المدني: (تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمّت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين).

³⁴ بلقاسم (أعراب)، مرجع سابق، ص303.

³⁵ السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص340.

³⁶ نصّ المادة (20) من الأمر رقم 58/75 المؤرّخ في 1975/09/26 المتضمّن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرّخ في 1975/09/30 على أنّه: (يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام. غير أنّه فيما يتعلّق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه).

بصفة أصلية وأسّسوا عليها ادّعاءاتهم، كوقائع الخلل العقلي أو الأمراض المزمنة للمرضى، التي يستند إليها المدّعي للتوصّل إلى بطلان الوصية، أو بطلان الوقف، أو بطلان الهبة³⁷، فكلّ ذلك يشكّل مجموعة وقائع القضائية الأساسية التي تستجيب للأثر القانوني الذي يطلبه الخصم³⁸. أمّا الوقائع المساعدة فهي تلك التي لا يربط القانون الأثر القانوني المطلوب بها مباشرة، وادّعاها الخصوم بصفة عارضة، إلّا أنّ لها ارتباطاً بالوقائع الأصلية، ويطلق عليها (Henry motulsky)³⁹ مصطلح الوقائع العارضة (les faits adventices)⁴⁰، وينحصر دورها في تقوية احتمالية اعتبار الواقعة الأساسية ثابتة، أو على الأقلّ السّماح بإعطائها التّكليف القانوني السّليم والملائم، ومثال ذلك ما نجد في ما كان مرتبطاً بحالات بطلان الوصية؛ فالإثبات الوضع المرضي العقلي للموصي قد نجد المدّعي متمسّكاً بما يرهق الموصي من أزمات عصبية متكرّرة وفي أوقات متزامنة مع إجراء الوصية، وكذلك حالات الهيجان المتكرّرة والمتزامنة مع إبرامها⁴¹. وبناء على كلّ ذلك، فإنّ جميع الوقائع المدّعى بها من قبل الخصوم، والتي يعتمد عليها قاضي الموضوع في استدلاله، لا يمكن أن يكون لها أداء واحد، ولذلك كان واجبا عليه بيان الدور الذي تلعبه كلّ واقعة يكون قد استند عليها، وتحديد النتائج التي ربّتها على ذلك الدور، من أجل الكشف عمّا أدخله القاضي من وقائع مستمدّة من علمه الشّخصي وكان ذلك مؤثّراً على اقتناعه الموثّق في حكمه المتعلّق بالمنازعة، ومن أجل معرفة مدى صلاحية الوقائع المعروضة على القاضي بصفة مجرّدة لإنتاج الأثر القانوني المطالب به⁴²؛ لأنّ القاضي لا يكفي بتقرير العناصر المادية للوقائع تقريراً قضائياً وإمّا يتعدّى ذلك إلى بناء الحكم من خلالها بالاستعانة بالعناصر السابقة، ولذلك فمن الضّروري فهم كلّ الوقائع المتعلّقة بكلّ حالة معطاة من خلال التّزاع

³⁷ قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 96675 المؤرخ في 1993/11/23، اجتهاد قضائي لسنة 2001، عدد خاص لسنة 2001، ص(302-304). وانظر كذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 256869، المؤرخ في 2001/02/21، المجلة القضائية لسنة 2002، العدد2، ص(428-431). وانظر كذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 265727، المؤرخ في 2002/02/13، المجلة القضائية لسنة 2002، العدد2، ص(432-435).

³⁸ عمر (نبيل)، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشّخصي، د.ط، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2011، ص25.

³⁹ أستاذ ومنظر في مجال القانون، ولد عام 1905 وتوفي عام 1971. ارتبطت حلّ أعماله على وجه الخصوص بالإجراءات المدنيّة، القانون الإجرائي (Droit processuel) والقانون الدولي الخاص. درس بجامعة (Ludwig-Maximilians) بميونخ. ألّف رسالة أكاديميّة أثناء الحرب حول تطبيق القانون الخاص (La réalisation du droit privé)، فكانت لهذه الرّسالة التّأثير الواضح على الإجراءات المدنية الفرنسية. وهو الذي عبّر عام 1962 إلى جانب (Cornu) رئيساً للجنة تعديل الإجراءات المدنية من طرف (Jean

(Foyer). www.wikipedia.org/wiki/henry_motulsky.

Gilson (S.), Bossuyt (A.) et autres, *Au-delà de la loi ?* Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2006, P.146-

147.

⁴¹ عمر (نبيل)، المرجع نفسه، ص26.

⁴² عمر (نبيل)، مرجع سابق، ص27.

الموصوف والعلاقات الموجودة بينها، وإتقان عمليّة وضع المجدي منها تحت أشعة الضوء وترك غير ذلك جانبا، بعدها فقط يتمكّن من إيجاد المبادئ القانونية التي سيؤسّس عليها حكمه، فعلى كلّ فكر قانوني أن يعمل بهذه الطريفة المنهجية، أي اعتبار مجمل الوقائع المتعلقة بكلّ حالة خاصّة ومنفردة ابتداء⁴³، رغم صعوبة حصر مظاهر الواقع وتفصيلاته لتتصافها باللائهائية التي تقابلها محدوديّة في قدراتنا الإدراكية الحسيّة، فواقّع التجربة غير متناهية، ونحن لا نمتلك إمكانيّة أخذ الواقع ككلّ متكامل، وإن وجدت هذه القدرة فهي فوق الطّبيعة البشريّة، كما يقول (Leibniz)⁴⁴. وهناك نوع آخر من الوقائع له حكمه الخاص مع مراعاة الاختلاف بين الأنظمة القانونية أطلق عليه اصطلاح (الوقائع المشهورة) التي تعتبر، من النّاحية المنطقيّة، ممّا يعلم لا باستدلال ولا بفكر ولا رويّة ولا استنباط، فتعرف بمعيّار كثرة الانتشار والرواج التي لا يعترض عليها، فهو صنف يشمل الأحكام و "الآراء الدّائعة عند جميع النّاس أو عند أكثرهم أو عند علمائهم وعقلائهم أو عند أكثر هؤلاء من غير أن يخالفهم فيها غيرهم ولا واحد منهم"⁴⁵، وهي أحد الأصناف الأربعة: المقبولات، المشهورات، المحسوسات، والمعقولات الأول⁴⁶، وهي أصناف مترابطة فيما بينها من حيث قيمة ما يحصل بها من العلم⁴⁷. هذا الصّنف من الوقائع يستنبط منه القضاة قرينة قائمة على الغالب والمألوف من أحوال النّاس العادية، مضمونها افتراض علم الكافة به، بمن فيهم القضاة، فيكون لهؤلاء الحقّ في إعماله دون أن يكون ذلك قضاء بعلمهم الشّخصي، فمن حقّ القضاة أن يكون لهم ثقافتهم وخبرتهم كما هو الأمر بالتّسبة لجميع النّاس دون حرمانهم من استعمال ذلك⁴⁸. إنّ هذه الوقائع في

⁴³ Gordillo (A.), *Une introduction au droit*, 1^{ère} éd., London, Esperia publications Ltd, 2003, P.34.

⁴⁴ Gordillo (A.), *Ibid*, P.36.

⁴⁵ وزيادة على هذه الأصناف هناك صنف المحسوسات الذي ينطوي على كلّ الأحكام الجزئية (المدرّكة بإحدى الحواس الخمس)، أي: (القضايا الشخصية المدرّكة بإحدى الحواس الخمس)، وصنف المعقولات. إنّ المشهور من الأحكام والمقبول منها يقعان في أدنى الدّرجات، ولهذا كانت العلوم المستندة إليهما علوما دنيّة من حيث قيمتها وقدرها بالنّسبة للعلوم المستندة إلى الصّنفين الآخرين من المعلومات، والسّبب في ذلك هو أنّنا لا نعول فيها على ذواتنا حسنا وعقلا، إنّما نعول على شهادة غيرنا لها، وهي شهادة لا يمكن بأيّ حال من الأحوال أن تكون دليل صدق؛ يقول الفارابي: (والمشهورات والمقبولات جميعا إنّما يقع التّصديق بها، في الجملة، عند الشّهادة، غير أنّ المشهور ما شهد به الجمع أو الأكثر ومن يجري مجراهم، والمقبول هو ما شهد به واحد أو جماعة أو جماعة مقبولون عند واحد أو جماعة فقط، وليس واحد من هذين يوقع اليقين). فلا صدق ولا يقين بالشّهادة إذن، فكلّ ما يمكن أن يحصل بالشّهادة إنّما هو التّقة فقط، وهي تحصل بالمشهور، أكثر من حصولها بالمقبول. انظر في ذلك: النقاري (حمو)، نظرية العلم عند أبي نصر الفارابي، ط1، القاهرة، رؤية، 2011، ص36.

⁴⁶ النقاري (حمو)، المرجع نفسه، ص34.

⁴⁷ صنف المعقولات الأول أوّلا، ثمّ المحسوسات والمشهورات والمقبولات، فالمشهور من الأحكام والمقبول منها يقعان في أدنى الدّرجات، وبالتالي كانت العلوم المستندة إلى هذين الصّنفين علوما دنيّة من حيث قيمتها وقدرها بالنّسبة للعلوم المستندة إلى الصّنفين الآخرين من المعلومات.

⁴⁸ Mougnot (D.), *Droit des obligations-La preuve*, 3^{ème} éd., Bruxelles, édition Larcier, 2002, P.73.

حقيقتها أحداث تتمتع بقدر كبير من الشهرة، بحيث يمكن للشخص العادي أن يحيط بها علما باستعمال وسائل المعرفة المتاحة لديه، وهو ما ذهبت إليه المادة 2/115 من قانون المرافعات الإيطالي، إلا أنّ الواقعة المعروفة بهذا المعنى في القانون الإيطالي حسب (Rigaux) يختلف عن فكرتها في القانون الفرنسي؛ لأنّ الواقعة العلنية، حسب مفاهيم القانون الفرنسي، هي الواقعة التي يعرفها الأشخاص وتخضع لإثبات الخصوم، أمّا الوقائع العامّة وفقا لنصّ المادة 2/115 من قانون المرافعات الإيطالي فتشمل جملة الوقائع التي يعرفها كلّ شخص عادي، فيفترض العلم بها من قبل القاضي، كالواقعة التاريخية، والقوانين العلمية المشهورة، وعلى هذا المعنى يكون الادّعاء بها من قبل الخصوم نوع من لغو الكلام، فلا يحتاج بذلك للإثبات، باستثناء العلاقة بينها وبين الوقائع الأصلية، أي تأثير الوقائع المشهورة على وقائع النزاع المطروح على القاضي، فلا يستطيع القاضي أن يقضي بعلمه الشخصي بشأنه، فيقع وجوب إثبات ذلك على كاهل الخصوم؛ لأنّ هذا التأثير هو العامل الذي يساهم في توليد جميع الآثار القانونية المتعيّنة من قبل الخصوم أو تشجيع ذلك. فيحوز بذلك للقاضي بناء الحكم استنادا إلى الوقائع المشهورة، على شرط ألاّ تثور منازعة في وجود هذه الوقائع أو في شهرتها أو في تأثيرها على وقائع النزاع⁴⁹.

ويمكن أن نلاحظ أنّ هناك تقسيما آخر للواقعة من حيث الإيجاب والسلب، فقد تكون الواقعة بناء على هذا المنظور واقعة إيجابية، كما قد تكون واقعة سلبية، فيكون عبء الإثبات واقعا ابتداء على من كانت في جهته الواقعة الإيجابية، فيترتب على ذلك أنّ الشك المنهجي الذي يمارسه القاضي إنّما يدور حول الواقعة الإيجابية وليس حول الواقعة السلبية المقترنة بالنفي، فيقع عبء الإثبات على من يدّعي الواقعة الإيجابية، إلاّ ما استثنى من ذلك، كما هو الأمر بالنسبة لمسألة دفع المهر، بحيث إذا ادّعت الزوجة عدم دفع المهر المعجل أو المؤجل أو كليهما⁵⁰، وادّعى الزوج دفعه، فإنّ الواقعة الثانية هي الواقعة الإيجابية والواقعة الأولى سلبية، إلاّ أنّ عبء الإثبات يقع على من كانت في جهته الواقعة السلبية وهي الزوجة، فيقع عبء الإثبات عليها ابتداء، وينتقل بعدها إلى الزوج إذا أبدى دفعا بدفع المهر للزوجة، حيث يتطلّب الأمر هنا منه إثبات واقعة الدّفع، ويمكن إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، حتّى وإنّ زادت قيمة المهر على النّصاب القانوني الذي حدّده القانون من أجل تحريره في سند كتابي، إذا تعدّد الحصول على ذلك لوجود مانع مادي أو أدبي. وإذا عجزت الزوجة عن إقامة البينة، وكان القول قول الزوج مع توجيه اليمين الحاسمة إليه، يطلب المدّعية التي قد يكون لها الأثر النهائي لحسم موضوع الدّعى. فالمدّعي الذي يقع عليه عبء

⁴⁹ عمر (نبيل)، مرجع سابق، ص 55-56.

⁵⁰ بشرط أن يكون ذلك بعد الدّخول؛ لأنّه في مرحلة قبل الدّخول تطبّق القاعدة وهي إثبات الواقعة الإيجابية، أي أنّ الزوج مطالب بإثبات الدّفع.

الإثبات قد يدّعي واقعة إيجابية، وقد يدّعي واقعة سلبية، وقد تعرّض المحشون (Glossateurs) في القرون الوسطى لشرح النصّ الروماني فأساؤوا فهمه قائلين بأنّ الدليل على من يثبت لا على من ينفي، ولذلك فإنّ النفي هو الواقعة السلبية، وعلى ذلك لا تكون الواقعة السلبية جائزة للإثبات، ومن هنا ذاع الخطأ الشائع بأنّ الواقعة السلبية لا يجوز إثباتها إطلاقاً⁵¹، إلا أنّ الواقعة السلبية في الحقيقة يجوز إثباتها إذا تضمّنت في ذاتها تأكيداً ضمّنيّاً، فإذا كان النفي مقيداً بالزمن والمكان والظروف يكون مؤكّداً لواقعة قابلة لأن تكون محلاً لإدراكها باستعمال الحواس⁵²، وهو ما عرف عند فقهاءنا الأفاضل بـ: (النفي المنضبط)، وكان لهم فضل السبق في ذلك، حيث كانوا أكثر ضبطاً لهذه المسألة، فلا تجوز الشهادة إلاّ على النفي المنضبط قطعاً أو ظناً⁵³، وقد قال (السيوطي) في كتابه (الأشباه والنظائر): " الشهادة على النفي لا تقبل إلاّ في ثلاثة مواضع، أحدها: الشهادة على أن لا مال له، الثاني: الشهادة على أن لا وارث له، الثالث: أن يضيفه إلى وقت مخصوص، كأن يدّعي عليه بقتل أو إتلاف أو طلاق في وقت كذا، فيشهد له بأنّه ما فعل ذلك في هذا الوقت، فإنّها تقبل على الأصحّ⁵⁴. ولهذا فإنّ المسألة كلّها تتمحور لا على النفي والإيجاب وإنما على التّحديد وعدم التّحديد، فالواقعة قد تكون محدّدة وقد لا تكون كذلك، أو تكون محدّدة تحديداً غير كاف. فالوقائع السلبية غير المحدّدة (المطلقة) وهو ما يسمّى عند الفقهاء النفي غير المنضبط، وهو نفي غير معلوم بالضرورة، لا يمكن الشهادة عليه⁵⁵، كأن يدّعي شخص أنّه لم يترك بلداً قطّ، أو أنّه لم يكذب أبداً، فلا يمكن قانوناً أن تكون هذه الواقعة قابلة للإثبات؛ لأنّه في هذه الحالة لا بدّ أن نحصل على شهود عاشوا جميع اللحظات مع ذلك الشخص، وشهدوا جميع حركاته في جميع الفترات، وهو أمر غير معقول لاستحالته⁵⁶، وعدم قابليتها للإثبات لا يعود إلى كونها سلبية بل لكونها غير محدّدة أو غير محدّدة تحديداً كافياً، أمّا الوقائع المحدّدة تحديداً كافياً برغم سلبيتها فتكون قابلة للإثبات⁵⁷، كما هو ملحوظ في ما يعرف بالنفي المنضبط الذي سندرسه لاحقاً. والواقعة السلبية المحدّدة لا يكون لها مظهر خارجي، فيصعب بذلك إثباتها إثباتاً مباشراً إلاّ بالإقرار أو اليمين، لكن يجوز إثبات هذه الوقائع بطريقة غير مباشرة، وذلك بتحويل

⁵¹ Mougnot (D.), *op.cit.*, P.75.

⁵² Saint-prix (Berriat), *Cours de procedure civile fait à la faculté de droit de paris*, 6^{ème}éd., Paris, Neve, Librairie de la cour de cassation, 1835, P.321-322..

⁵³ ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام، ج2، د.ط، الرياض، دار عالم الكتب (الرياض)، د.ت، ص15. القراني (شهاب الدين)، الفروق، ج4، ط1، بيروت، المكتبة العصرية، 2002، الفرق (227)، ص60.

⁵⁴ السيوطي (جلال الدين)، الأشباه والنظائر، القاهرة، دار الحديث، 2013، ص713.

⁵⁵ ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق، ج2، ص15. القراني (شهاب الدين)، المصدر نفسه، ج4، الفرق (227)، ص60.

⁵⁶ Saint-prix (Berriat), *op.cit.*, P. 322.

⁵⁷ Planiol (M.), Rippert (G.), *op.cit.*, P.845.

محلّ الإثبات إلى إثبات واقعة أخرى هي الواقعة العكسية المضادّة لها؛ ذلك أنّه حيث لا يمكن أن تجتمع واقعتان فإنّ ثبوت إحداهما ينفي الأخرى⁵⁸، ومثال ذلك، أن يثبت الدائن أنّ المدين الملزم بحراسة شيء معيّن لم يتم بحراسته، وعدم القيام بذلك واقعة سلبية، إلّا أنّ الدائن يستطيع إثبات هذه الواقعة عن طريق إثبات واقعة إيجابية، بأن يثبت أنّ المدين، على وجه التمثيل، كان في جهة أخرى في الوقت الذي كان ينبغي أن يكون موجوداً بجانب الشيء لحراسته. كما قد يراد إثبات انتفاء الرابطة السببية، وهي واقعة سلبية، لا يمكن إثباتها بطريق مباشر، ولكن يجوز تحويل محلّ الإثبات إلى إثبات واقعة إيجابية أخرى مضادّة للأولى، وهي إثبات وجود السبب الأجنبي⁵⁹. كما يلاحظ أخيراً أنّ القانون قد يقضي أحياناً بوجوب إثبات النفي، فحارس الحيوان والبناء والأشياء التي تتطلّب حراستها عناية خاصّة، في حالة وقوع ضرر للغير بسبب هذه الحراسة، عليه أن يثبت عدم وقوع خطأ منه في هذه الحراسة نشأ عن ذلك الضرر. ويلاحظ أنّه في مجال إثبات الوقائع السلبية فإنّ القاضي لا يطلب دليلاً في قوّة الدليل الذي يطلبه لإثبات الوقائع الإيجابية⁶⁰. كما أجاز الفقهاء الشهادة على النفي المطلق في أحوال قضت بها الضرورة، وتكون الشهادة حينئذ على نفي العلم لا على الثبات، من ذلك الشهادة على حصر الورثة وأنّه ليس للمتوفّي وارث غير من ذكروا في الدعوى، والعقل يجوز أن يكون له ورثة آخرون، لكن لو تركت قسمة التركة حتّى يتيقّن من أنّه لا وارث له غير هؤلاء فلا تقسم التركة أبداً، وذلك لقيام هذا الاحتمال دائماً⁶¹.

الفرع الثاني: موقع الواقعة القانونية في الخطاب القضائي

وبالنظر إلى الخطاب القضائي، فإنّ الواقعة القانونية بأنواعها المختلفة تحتلّ موضعاً خاصّاً ضمن عناصره، فهي التّوة التي يدور حولها النقاش المنهجي والموجّه للرئيس لسيرة الحدث الحجاجي وجميع الإجراءات الحاكمة في الجلسة، فعن طريقها يكون للخطاب القضائي بعد إجرائي⁶². وهي كذلك سناد ضروريّ للحلّ القضائي المقرّر، والعنصر الميسّر لعملية رقابة التّسبيب التي تشكّل بدورها شرطاً لفعالية

⁵⁸ أبو السعود (رمضان)، أصول الإثبات، الاسكندرية، د.ط، الدار الجامعية، 1993، ص181-182. وكذلك: نشأت (أحمد)، رسالة الإثبات، ج1، د.ط، 2008، ص78-79. وانظر كذلك: Planiol (M.), Rippert (G.), *Ibid.*, P.844, Aubry (Ch.),

Rau (Ch.F.), *op.cit.*, P.75.

⁵⁹ نشأت (أحمد)، المرجع نفسه، ص81.

⁶⁰ Aubry et Rau, *Ibid.*, P.75. Planiol (M.), Rippert (G.), *Ibid.*, P.845.

⁶¹ القراني (شهاب الدين)، مصدر سابق، ج4، ص60، وانظر كذلك: أبو السعود، مرجع سابق، ص181،

⁶² النّاح (عز الدين)، الحجاج في الخطاب القانوني، د.ط، تونس، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، Narvana، ص260.

المراقبة الحادّة لتطبيق القانون⁶³. فالحكم باعتباره بناءً منطقيًا يقوم بعرض الوقائع والأسباب⁶⁴، وتكون الوقائع بذلك هي السبب الأول والمباشر لتصدّي قضاة الموضوع لإشكالية النزاع، فهي بذلك أحد أسباب الحكم القضائي، ولهذا سمّيت كذلك بالأسباب الواقعيّة، كما جاء ذلك عند (Cornu)⁶⁵. إنّ الوقائع عادة تكون ناجمة عن شكوى أحد أطراف النزاع، والجانب الحاجي فيها نابع من طبيعتها وخصائصها الواقعيّة الظاهرة. وإذا كانت الوقائع في عرف (Perelman)⁶⁶ تنقسم إلى نوعين وقائع مشاهدة معاينة من ناحية، ووقائع مفترضة من ناحية أخرى⁶⁷، فإنّها في الخطاب القضائي على ضرب واحد وهو الذي قصده (Perelman) بالوقائع المشاهدة⁶⁸. وفي هذا الإطار لا بدّ أن ننتبه إلى مسألة مهمّة ألا وهي مسألة الخلط بين الواقعة والحقيقة. هذا الخلط يتّضح لنا من خلال بيان (صولة) للوقائع التي تستمدّ قيمتها الحاجية من موقعها ووقوعها على الجمهور، فتسليم الفرد بالواقعة، في حقيقته تجاوب منه مع ما يفرض نفسه على جميع الخلق؛ إذ الواقع يقتضي إجماعاً كونياً⁶⁹. وإذا أخذنا هذا الكلام على إطلاقه وعموميّته نجده صحيحاً، إلّا أنّ مدوّن الخطاب القضائي وحجاجيته في جانب الوقائع لا يمكن أن يصدق عليه مثل هذا الكلام بصورة دائمة؛ على أساس أنّ الوقائع هي محور النزاع، الأمر الذي يجعلها عرضة لاستئناف الحدث الحاجي، وهو ما لا يتناسب مع ما قال به (Perelman) و(عبد الله صوله)، حيث يلتبس في مذهبهما في كثير من الأحيان مفهوم الوقائع بمفهوم الحقائق⁷⁰. ولهذا السبب كانت الوقائع في الخطاب القضائي في حاجة إلى

⁶³ Canivet (G.), *La cour de cassation et les divergences de jurisprudence (cet article trouve son origine dans un séminaire organisé à Genève en Mai 1998 intitulé : Les divergences de jurisprudence)* publié par : Ancel (P.), Rivier (M.C.), Saine-Etienne, France, publications de l'université de Saint-Etienne, 2003, P.160.

⁶⁴ وقد جعل (Cornu) من مصطلح الوقائع رديفاً لمصطلح الأسباب، كما يجعله رديفاً في أحيان أخرى لمصطلح حيثيات (motifs).
Cornu (G.), *Linguistique juridique*, 2^{ème} éd., Paris-Beyrouth, Montchrestien-Delta, 2000-2001, p.115.

⁶⁵ Cornu (G.), *Droit civil - Introduction au droit*, 13^{ème} éd., Paris, Montchrestien, P.106.
⁶⁶ مؤسس البلاغة الجديدة، أحد رؤوس سلسلة مدرسة (Bruxelles). ولد عام 1912 بـ: (Varsovie)، هاجر إلى بلجيكا سنة 1926، أين أصبح أستاذاً للمنطق والأخلاق وما بعد الطّبيعة بالجامعة الحرّة ببروكسل (U.L.B.) إلى غاية سنة 1978. سخّلت أبحاثه في ثلاثة مجالات في آن واحد: القانون، البلاغة والاستدلال. التأثير الجوهري له الفيلسوف البلجيكي (Eugène Duprée) الذي كان له خلف بالجامعة الحرّة. أشهر تصنيف له: (الوسيط في الاستدلال) (Traité de l'argumentation) الذي ألفه بالتعاون مع (Lucie Olbrechts-Tyteca). توفّي عام 1984. انظر في ذلك: fr.wikipedia.org/wiki/chaim_perelman/

⁶⁷ صولة (عبد الله)، الحجاج في القرآن، ط2، بيروت، دار الفارابي، 2007، ص308.

⁶⁸ الناجح (عز الدين)، مرجع سابق، ص261.

⁶⁹ صوله (عبد الله)، المرجع نفسه، ص308.

⁷⁰ النّاجح (عز الدين)، المرجع نفسه، ص261. فمفهوم الواقع في الحجاج عنده يتحدّد بالأفكار التي لدينا فقط حول جنس معيّن من الاتّفاقات المرتبطة بمعطيات معيّنة، تعود إلى ما نسمّيه الحقيقة الموضوعية، التي تمثّل المشترك بين الكائنات المفكّرة. انظر في ذلك: بنو هاشم (الحسين)، نظرية الحجاج عند شايم بيرلمان، ط1، بيروت، دار الكتاب الجديد المتحدّة، 2014، ص43.

معالجة ومفهمة⁷¹؛ لأنّ مفهمة الوقائع هي المرحلة الأولى للانتقال من الأحداث إلى الإنجاز اللغوي. فالمفهمة هي معالجة القاضي للأحداث وتصريفها تصريفا لغويًا⁷². وهذا الانتقال من الحيز الحداثي الوقائعي إلى الحيز اللغوي المفهومي ستصاحبه متغيّرات تصنع حجاجيته وتوجّهها إلى نهاية معلومة، وهو نصّ الحكم، علاوة على الحجاجية في درجتها الصّفر، ونقصد بذلك الوقائع والأحداث على أرض الواقع كما هي مشاهدة عيانًا⁷³. والقاضي في تعامله مع الوقائع زيادة على عدم تشويبهها⁷⁴، يجب عليه الانضباط بمجموعة من القواعد الأساسية:

أولها: التقرير والإثبات، و التقرير هو التّثبت من العناصر المادية للنّزاع المثبتة بواسطة طرفي الدّعى⁷⁵، فما يقع على كاهل القاضي بصورة أولية هو فحص هذه العناصر قبل تقديرها. وعمليّة الفحص تقوم على التّأكد من أنّ الوقائع المدّعى بها متعلّقة بالدّعى، ومنتجة فيها⁷⁶، فهو يعمل على تنقيح الوقائع، حيث يأخذ ما تعيّن اعتباره، ويلغي ما تعيّن اجتنائه؛ لأنّه لا مدخل له في الحكم⁷⁷، ولا يكون ذلك إلاّ استنادا إلى منهج علمي واضح، يقوم على عنصرين، عنصر عقلي وعنصر واقعي، وإعمالا لهما يقوم القاضي بفحص الوقائع ذات الدّلالة، وبحث الفروض النّظرية لتفسيرها، الأمر الذي يؤدّي إلى استخلاص النّتائج المتربّبة على تطابق الفروض مع الوقائع، وهذا هو (الاستدلال) أو (القياس القضائي)⁷⁸. وقبل ذلك يكون القاضي في حيرة من أمره إذا لم يبدأ بفرض نظري أو تصوّر عقلي حول العناصر الجوهرية

⁷¹ التّاجح (عز الدين)، المرجع نفسه، ص262.

⁷² المرجع نفسه.

⁷³ المرجع نفسه.

⁷⁴ لأنّ تشويه الوقائع يؤدّي إلى نقض الأحكام والقرارات من طرف المحكمة العليا، انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.م) رقم 173310، المؤرخ في 2000/02/23، المجلّة القضائية، سنة2000، عدد1، ص(82-84).

⁷⁵ عمر (نبيل)، مرجع سابق، ص34.

⁷⁶ الوقائع المنتجة يقصد بها أساسا أن تكون ذات أثر في تكوين اقتناع القاضي بثبوت كلّ أو بعض ما يدّعيه المدّعي، أي أنّ دور الوقائع المنتجة يدور حول المساهمة الفعلية في تكوين قرار القاضي بمنح الحماية القضائية المطلوبة، وتقدير مدى إنتاجية الوقائع في الإثبات هي مسألة تقديرية تتعلّق في الأساس بفهم الواقع في الدّعى، ويقوم القاضي بذلك مستقلاً عن رقابة المحكمة العليا، أي لا يخضع لها بطريق مباشر. انظر في ذلك: عمر (نبيل)، سلطة القاضي التقديرية، د.ط، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2002، ص126.

⁷⁷ ولقد وضّح ابن خلدون في رسالته للقضاة أنّ على القاضي فهم الوقائع المدّعى بها فهما دقيقا بأن يتأبّى على المدّعي حتّى يذكر ما عنده كلّه متفهّما لمراده، وكذلك يفعل على ذات الطّريق مع المدّعى عليه، فالفهم الصّحيح أساس إصابة الحقّ وهو ذات ما قاله عمر بن الخطّاب لأبي موسى الأشعري: (فافهم إذا أدلى إليك)، وهو ما أكّده إياس بن معاوية: (القضاء فهم)، وقال ابن القيم: (إنّ صحّة الفهم وحسن القصد من أعظم نعم الله التي أنعم بها على عبده...وصحّة الفهم نور يقذفه الله في قلب العبد، يميّز به بين الصّحيح والفساد، والحقّ والباطل، والهدى والضّلال، والغيّ والرّشاد، ويمدّد حسن القصد وتحريّ الحقّ). انظر: ابن خلدون (عبد الرحمان)، منزل الملام، تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد، د.ط، الرياض، دار الوطن، ص78-79.

⁷⁸ عمر (نبيل)، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص129.

المؤثّرة في موضوع القضية، وهذا التّصوّر أمر مفترض؛ لأنّه مرتبط في الأساس بعلم القاضي وخبرته وثقافته القانونية، ولهذا لا يمكن معرفة مدى صحّة ما ذهب إليه القاضي في ذلك إلّا من خلال انعكاس ذلك في استخلاص القاضي لهذه الوقائع من مجموع الوقائع المطروحة من طرف الخصوم⁷⁹، وبعدها فقط يتعيّن على القاضي أن يقتنع بثبوت هذه الوقائع وصحّتها قبل تكييفها لإعمال القانون عليها، وكلّ هذه العمليات يجب أن تنعكس في أسباب الحكم القضائي⁸⁰، ثمّ يقوم الخصوم بإثباتها؛ لأنّ الحقّ في الإثبات الذي يتمتّع بامتلاكه كلّ شخص أو خصم يسمح له أن يقيم الدليل أمام القضاء على وجود أو انتفاء الواقعة القانونية المتنازع عليها، ويكون ذلك بالطرق التي حدّدها القانون⁸¹، والإجراءات في الأحوال الشخصية تخضع لنفس المبدأ⁸². ولهذا الحقّ أهمّية بالغة؛ إذ أنّه يؤصّل لقاعدة راقية على المستوى الإنساني، ألا وهي قاعدة عدم جواز اقتضاء الشّخص حقّه بنفسه، إن على مستوى العلاقات العامة أو العلاقات الخاصّة، كما هو الحال بين الزوجين. فالإثبات بصورة عامة، هو بيان وإظهار حقيقة قضائية ما، أو واقعة مادية معيّنة⁸³، من أجل حفظ الحقوق⁸⁴؛ لأنّ الأصل في الشريعة أنّه لا يقضى إلّا بالدليل⁸⁵، والأصل براءة الدّمة، والبيّنة على من ادّعى⁸⁶، واليقين لا يزول بالشكّ⁸⁷، ولأنّ تكليف المدّعى عليه بنفي ما ادّعى عليه به يؤدّي إلى

⁷⁹ المرجع نفسه، ص130.

⁸⁰ المرجع نفسه، ص130.

⁸¹ يتمتّع على قضاة الموضوع أن يأخذوا بعين الاعتبار بسوى الأدلّة المقرّرة قانوناً، والمقدّمة في أوضاعها الشّكلية والقانونية، ومخالفة هذا المبدأ العام يجعل أحكامهم واقعة تحت طائلة البطلان. v. Glasson (E.), Tissier (A.), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, Tome 2, 3^{ème} éd., Paris, Sirey, P.659.

⁸² Courbe (P.), *Droit de la famille*, 2^{ème} éd., Paris, Armand Colin/Masson, 2001, P.162.,

⁸³ Glasson (E.), Tissier (A.), *Ibid*, P.653

⁸⁴ ابن قيّم الجوزية (شمس الدين)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، راجعه وعلّق عليه سعد (طه)، ج1، د.ط، بيروت، دار الجيل، د.ت، ص103.

⁸⁵ ابن رشد (أبو الوليد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تنقيح وتصحيح خالد العطار، ج2، د.ط، بيروت، دار الفكر، 2001، ص386.

⁸⁶ أخرجه الترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه في جامعه، ج2، أبواب الأحكام، باب ما جاء في أنّ البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه، رقم الحديث: 1356، ص399، قال الترمذي: هذا حديث في إسناده مقال، ومحمد بن عبيد الله العرزمي يضعف الحديث من قبل حفظه. ضعفه ابن المبارك وغيره.

⁸⁷ هذه القاعدة أصل شرعي عظيم، عليها مدار كثير من الأحكام الفقهية من دوائر العبادات و المعاملات و العقوبات، و لهد قيل إنّها تتضمّن ثلاثة أرباع علم الفقه. فاليقين القوي أقوى من الشك، و لذلك لا يرتفع به، و إنّما يرفع بيقين آخر. فما ثبت من الأمور ثبوتاً يقينياً قطعياً - وجوداً أو عدماً - ثم وقع الشكّ في وجود ما يزيله يبقى الأمر المتيقّن هو المعتبر إلى حين تحقّق السبب المزيل. و قد ذكر العلماء أنّ دليلها و الأصل فيها ما رواه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة من أنّ رسول الله صلّى الله عليه و سلّم قال: " إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكّل عليه، أخرج منه شيء أم لا؟ فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتاً، أو يجد ريحاً ". انظر: السّدلان (صالح)، القواعد الفقهية الكبرى، ط1، الرياض، دار بلنسية، 1417هـ، ص 97 و ما بعدها.

فتح باب النزاع والجرأة على الأبرياء⁸⁸. والإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها⁸⁹، وفي بعدها التقني هو إجراء تقني يستعمل في إثبات وجود حق أو في تدعيم ادعاء قانوني⁹⁰، ومعناه القضائي هو إخضاع عناصر الاعتقاد المتعلقة بتسبب حقيقة واقعة مدعى بها من قبل خصم ومنفية من قبل آخر للقاضي المختصّ بالفصل في النزاع⁹¹؛ لأنّ الإثبات القضائي يهدف إلى إقناع القاضي بصفته هذه بحقيقة وقائع شكّلت محلّه، ويعتبر هذا الهدف متحقّقاً بمجرد اعتبار القاضي أنّ عناصر الاعتقاد الكافية موجودة من أجل النّظر إلى تلك الوقائع على أنّها متيقّنة، إلّا أنّ اليقين الذي يوصل إليه الإثبات لا يمكن اعتباره مطلقاً مثله مثل الإثبات التاريخي⁹²، ولهذا وجدنا من الفقهاء من قال بأنّ البحث عن الحقيقة لا يشكّل هدفاً لقانون الإثبات، وهو ما عبّر عنه (Tiger)⁹³: "هو دائما البحث، إن لم يكن عن الحقيقة في المعنى السياقي لهذا المصطلح، فعلى الأقلّ عن صدق الوقائع والوضعيات محلّ البحث"⁹⁴؛ على اعتبار أنّ دور الإثبات يتمحور حول وجوب فحص واقعة خاصة ومراقبتها وتقريرها، واستبعاد ما هو غير يقيني أو مرتبك، ولهذا السبب وجب على ترابط

⁸⁸ سراج (محمد)، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، ط1، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات، 1993، ص90. ولهذا، إذا حصل شكّ في ذهن القاضي في مسألة واقعة معيّنة فإنّه يبني على اليقين وهو عدم الفعل، ويكون بذلك شكّه المنهجي متوجّها نحو الفعل الذي يمثّل الواقعة الإيجابية. فلا شكّ أنّ الإثبات يقع عبؤه ابتداءً على من كانت في جهته الواقعة الإيجابية فيكون مدّعياً، لا على من تكون في جهته الواقعة السلبية الذي يكون مدعى عليه في هذه الحالة، وهذه المسألة مبيّنة في المنظور القانوني على نظرية الواقعة الثابتة (Théorie du fait constant)، وفي المنظور الفقهي الإسلامي على نظرية الأصل والظاهر (Théorie du normal et l'apparent). وهذا كلّ له اعتبار في ظلّ مبدأ عام يحكم مسألة تحمّل عبء الإثبات مفاده: (كلّ من يتمسك بالثابت حكماً -أصلاً أو ظاهراً أو فرضاً-، أو بالثابت فعلاً -حقيقة أو ضمناً-، لا يقع عليه عبء الإثبات)، وإنّما يقع عبء الإثبات على من يدّعي خلاف الثابت حكماً أو فعلاً؛ لأنّه يدّعي خلاف الأصل أو الظاهر أو المفروض أو الثابت. انظر في ذلك: السنهوري (عبد الرزاق)، الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص77.

⁸⁹ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ص13-14.

⁹⁰ Tiger (Ph.), *Introduction générale, (cet article trouve son origine dans le colloque organisé par le conseil supérieur du notariat et Cercle Horizon, le Club OHADA d'Orléans le 9 Février 2010, au siège du conseil supérieur du notariat à Paris, portait sur : (le droit de la preuve dans l'espace OHADA), Revue de droit uniforme africain (Actualité trimestrielle de droit et de jurisprudence), Juin 2010, conseil supérieur du notariat, P.(10-15).*

⁹¹ ويمكن أن تكون لكلمة (إثبات) عدّة مفاهيم مختلفة، فقد تطلق على تقديم عناصر الاعتقاد التي يستعين بها أحد الخصوم لإثبات حقيقة ادعاء ما، وفي سياق هذا المفهوم نتحدّث عن عبء الإثبات، كما قد تطلق ثانياً على عناصر الاعتقاد المعنوية ذاتها، وفي هذا سياق هذا المفهوم نقول أنّ طرفاً ما متحمّل للإثبات أو معفى منه، وتميّز في إطار هذا المفهوم بين مختلف وسائل الإثبات المسلّمة بها قضاءً، كما قد تعبّر عن تقديم العناصر سابقة الذكر من أجل الوصول إلى اعتقاد القاضي، وفي سياق هذا المفهوم نقول أنّ خصماً ما قد قام بذلك الإثبات أو لم يقم، أو أنّ الإثبات كامل أو ناقص. v. Aubry et Rau, *op.cit.*, P.51. Planiol (M.), Rippert (G.), *op.cit.*, P.827.

⁹² Aubry et Rau, *Ibid.*, P.52.

⁹³ هو أحد المتدخلين في الملتقى المنظم من طرف المجلس الأعلى للتوثيق في 2010/02/09 في مقرّه في باريس.

⁹⁴ Tiger (Ph.), *Ibid.*

الاستدلال القانوني أن يطرح ويستبعد المتناقضات والغوامض والمشكوكات بغية الوصول إلى حلّ ضروري ومحقق غير قابل للمنازعة⁹⁵. فالإثبات في المجال القانوني يتأسس على عقلانية خاصة به تختلف عن العقلانية العلمية، فهو تعبير لأنواع متعدّدة من العقلانيات؛ على اعتبار أنّ له وجهين، الأوّل منهما يمثله المنطق الاستنباطي الذي يمكن أن نستنتجه من نظام مغلق وكامل ونفسه بطريقة دلالية وبنويّة، أمّا الوجه الثّاني فهو الوجه الذي يستهدف الوقائع التي نحلّلها وفق المفاهيم البراغماتية، أي بطريقة دلالية ووظيفية⁹⁶، فالإثبات بذلك يجمع بين عمليّتين، الأولى ذهنية متعلّقة بالوجه الأوّل، والثانية مادية متعلّقة بالوجه الثّاني⁹⁷. ومن المبادئ المسلّم بها قانونا وقضاء، أنّ الإثبات حقّ من حقوق الدّفاع، فمن يدّعي حصول واقعة قانونية أمام القضاء يحقّ له أن يقدّم الدليل على صحّتها، ويجب على القاضي أن يمتنع عن إثبات هذا الادّعاء، إذا استوفت الواقعة الشّروط المطلوبة بعد تقرير القاضي ذلك⁹⁸، فإذا لم يمتنع القاضي من الإثبات كان مخالفاً بحقّ الدّفاع، وبالتالي يكون حكمه معيباً مستوجبا للتّقص. ويجب أن يكون ما استقرّ عليه من اعتقاد ويقين متحصّلاً من خلال عناصر الإثبات المقدّمة من أطراف الدّعوى التي يشترط فيها أن تكون متألّفة مع الجانبين، الموضوعي والإجرائي للقانون⁹⁹، وذلك وفقاً لقاعدة: (يمتنع على القاضي أن يركز في تكوين عقيدته إلى معلوماته الشّخصية) التي حصّلها من واقع النزاع، فإذا ما خالف هذه القاعدة كان قراره معيباً بعبء تجاوز السّلطة¹⁰⁰؛ لأنّ القاضي وهو يقوم بعمله يكون محكوماً بمبدأين جوهريين، مبدأ الخضوع¹⁰¹ ومبدأ الوجاهية¹⁰². ولما كان الحقّ فكرة مجردة تستعصي على الإثبات من الناحية العمليّة

⁹⁵ Busino (G.), *La preuve dans les sciences sociales (cet article trouve son origine dans le IX séminaire Interdisciplinaire de groupe d'études (Raison et Rationalités), Revue européenne des sciences sociales, 1^{ère} éd., Genève, Librairie DROZ, Décembre 2003, P. (11-62).*

⁹⁶ Busino (G.), *Ibid.*

⁹⁷ Mekki (M.), *preuve et vérité*, www.henricapitant.org

⁹⁸ زهدور (محمد)، الموجز في الطّرق المدنية للإثبات في التّشريع الجزائري وفق آخر التّعديلات، ط1، 1991، ص19.

⁹⁹ عمر (نبيل)، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص128. وانظر كذلك: بن ملحّة (الغوثي)، أفكار حول الاجتهاد القضائي، المجلة القضائية (تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا بالجمهورية الجزائرية)، العدد1 لسنة 2000، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2000، ص(43-65).

¹⁰⁰ عمر (نبيل)، المرجع نفسه، ص128.

¹⁰¹ ويوضّح مفهوم هذا المبدأ ما جاء في المادة (25) الفقرة الأولى من قانون رقم 09/08 المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (قانون رقم 09/08 المؤرّخ في 2008/02/25، ج.ر رقم 21 لسنة 2008)، الذي جاء فيه: (بتحدّد موضوع النزاع بالادّعاءات التي يقدّمها الخصوم في عريضة افتتاح الدّعوى ومذكرات الرّد)، أضف إلى ذلك ما جاء في مضمون المادة (26) من القانون ذاته حيث نصّت على أنّه: (لا يجوز للقاضي أن يؤسّس حكمه على وقائع لم تكن محلّ المناقشات والمرافعات. يجوز للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار، من بين عناصر المناقشات والمرافعات، الوقائع التي أنيرت من طرف الخصوم ولم يؤسّسوا عليها ادّعاءاتهم). فهاتان المادتان احتوتا على أحكام خاصة تمثّل أساس مبدأ الخضوع، الذي يعني حسب ما ذهب إليه الفقيهان (Vincent) و(Guinchard): "أنّ أطراف

وجب نقل محلّ الإثبات من الحقّ المدّعى به إلى مصدره، وهو الوقائع التي أدّت إلى نشوئه. فالإثبات يرد على الواقعة القانونية ذاتها بوصفها مصدرا للحقّ أو الالتزام¹⁰³. والوقائع هي أحد أسباب الحكم القضائي التي تستمدّ من أسباب الطّلب القضائي التي يعرضها الخصوم، فإنّ أول عمل يقوم به القاضي هو الكشف عن حقيقة الواقعة المعروضة عليه للتأكد من صحّتها قبل اعتمادها كسبب لحكمه¹⁰⁴. ويمتلك القضاة عدّة وسائل قانونية للتحقيق في الدّعوى من شأنها أن تمكّنهم من الوصول إلى حقيقة مختلف عناصر النزاع،

الدّعوى لهم سلطة التّحكّم في موضوع المادة النزاعية، أي تحديد عناصر النزاع"، وبعبارة أخرى حسب ما ذهب إليه الفقيهان (Cornu) و(Foyer) أنّ: "القاضي يجب عليه أن لا يخرج عن موضوعات النزاع". إذا، فإنّ الأدوار المحترمة لأطراف المنازعة والقاضي في إطار الدّعوى المدنية ومن ضمنها منازعات الأحوال الشخصية محكومة بمبدأ الخضوع الذي يسمح بتقدير الجزء المحترم لكلّ من الأطراف والقاضي في ما تعلق بسلطة التّحكّم بالمادة النزاعية بالنسبة للوقائع وبالنسبة للقانون، وبيان ذلك أنّ دور الأطراف يتمثّل في تحديد موضوع النزاع عن طريق الادّعاءات التي تشملها عرضة افتتاح الدّعوى ومذكرا الردّ. وفي مقابل ذلك فإنّ القاضي لا يكون له دور فعّال إلا في إطار تحديد عناصر القانون، وبناء على هذا الدّور تعود إليه سلطة التّكييف القانوني للوقائع دون أن يكون ملتزما بالتكيفات المقترحة من قبل أطراف الدّعوى، حسب ألفاظ المادة (29) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد. انظر في ذلك:

Vincent (J.) et Guinchard (S.), *Procédure civile*, 25^{ème} édition, Paris, Dalloz, 1999, p.487 et Théron (J.), *l'Intervention du juge dans les transmissions des biens*, Paris, L.G.D.J. édition Alpha, 2009, p.191.

¹⁰² عندما يتعلّق الأمر بمبدأ الوجاهية لا بدّ أن نأخذ بعين الاعتبار في مجال المفهوم أنّ الحكم النزاعي هو نتيجة لمواجهة بين أطراف القضيّة النزاعية المطروحة أمام القاضي، الذين يجب عليهم بالتساوي مناقشة الادّعاءات المطروحة من كلّ طرف بكلّ حيّز وأمام القاضي، وكذا الوسائل والأدلة التي يواجه بها كلّ طرف الطرف الآخر. وهو الأمر الذي يؤدي مباشرة إلى تقرير مبدأ طبيعي تقوم عليها الدّعوى مفاده أنّ كلّ طرف لا بدّ أن يكون في موضع يسمح له بمناقشة ادّعاءات خصمه، وهو الأمر الذي جاء واضحا من خلال ألفاظ المادة (3) من قانون 09/08 المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد: (.يستفيد الخصوم أثناء سير الخصومة من فرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم. يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ الوجاهية)، وهو ما تضمنته المادة (23) من القانون ذاته: (يتبادل الخصوم المستندات المدوّعة طبقا للمادة (22) أعلاه، أثناء الجلسة، أو خارجها بواسطة أمين الضبط. يمكن للقاضي، بناء على طلب الخصوم، أن يأمر شفاهيا بإبلاغ كلّ وثيقة عرضت عليه وثبت عدم إبلاغها للخصم الآخر، ويجدّد أجل وكيفية ذلك الإبلاغ). وبناء على ما تقدّم من أحكام، فإنّ مبدأ الوجاهية يمثّل ضمانا أساسية لقضاء عادل، لارتباطه بمسألتين تطبيقيتين، هما: (أ) لا بدّ أن يتأكد القاضي في جميع مراحل الدّعوى انطلاقا من رفعها وإلى غاية بناء الحكم القضائي، من أنّ الأطراف قد تمتّعوا بحقّهم في معرفة وسائل الإثبات المستعملة ضدّهم، وأنّ كلّ الوثائق المقدّمة في الجلسة قد عرضت عليهم طبقا لما جاء في المادة (22) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، (ب) يلتزم المدّعي في مواجهة المدّعى عليه بتحديد كلّ الظروف المادية التي تشكّل موضوع المطالبة، حتّى يتمكن المدّعى عليه بناء على المعلومات المنقولة إليه من قبل المدّعي والمتعلّقة بادّعاءاته من تنظيم عناصر دفاعه. انظر في ذلك:

Solus (H.), Perrot (R.), *Droit judiciaire privé*, Paris, Sirey, 1991, p.78 et aussi v. P.120. Vincent (J.), Guinchard (S.), *Ibid*, p.511. et : Couchez (G.), *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 1998., P.120.

¹⁰³ تناغو (سمير)، أحكام الالتزام والإثبات، د.ط، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2005، ص50.

¹⁰⁴ من أجل بناء القضيّة القياسية، فإنّ عمل روح التشريع يتطوّر من خلال ثلاثة مخطّطات جوهرية: تقرير القانون، بناء الواقعة، التّكييف القانوني. انظر تفصيل المسألة:

Cornu (G.), *Droit civil-introduction au droit*, op.cit., P.106.

وتختلف هذه الوسائل باختلاف الصّنف القانوني للواقعة؛ إذ أنّ وقائع الدّعى قد تكون وقائع مادية، وقد تكون تصرّفات قانونية¹⁰⁵.

ثانيها: تقدير¹⁰⁶ كلّ ما تمّ استخلاصه من هذه الوقائع من بعد ذلك، وهي نشاط ذهني يقوم به القاضي يوصله إلى بناء حكم قيمي يفترض الأخذ في الاعتبار الطّروف الخاصّة بالقضية، والاعتماد على الوقائع المطروحة في المنازعة دون غيرها¹⁰⁷. وقد يكون هذا التّقدير سابقا على الإثبات، كما إذا طلب أحد أطراف القضية الإذن في إثبات واقعة محدّدة، فمسألة تقدير كلّ ما اقترن بتلك الواقعة من شروط يكون أمرها متروكا لسلطة تقدير قضاة الموضوع دون رقابة من قضاة المحكمة العليا، باستثناء ما تعلق بمسألة مدى جواز إثبات الواقعة¹⁰⁸، ويكون للقاضي حقّ الإذن وحقّ الرّفص، كما يكون له كلّ الحقّ في أن يقابل طلب إلحاق بعض أوراق الدّعى من طرف الخصم بالرّفص في حالة ما إذا وجد أنّ الأوراق التي قدّمت سابقا كافية في منظوره للوصول إلى الحقيقة، وفي حالة عدم تمسك الخصم بعدم توافر الشّروط أو في حالة تنازله عن ذلك صراحة، لا يربّب ذلك التزاما على كاهل القاضي بالإذن بالإثبات، حسب ما رجح من رأي فقهي؛ باعتبار أنّ هذه الشّروط قد تستمدّ حسب أصلها من طبيعة الأشياء، وقد تفرض بغية احترام النّظام العام أو حسن سير العدالة¹⁰⁹. كما قد يكون التّقدير لاحقا على الإثبات، كما إذا أذن القاضي

¹⁰⁵ بنموسي (مبروك)، مرجع سابق، ص 123.

¹⁰⁶ إذا أخذنا كلمة التّقدير بمفهومها الواسع فإنّها كلمة تدلّ على كلّ عمليّة للفكر التي يقوم عن طريقها القاضي بإدخال معطيات غير التقرير البسيط للواقعة أو تكييفها أو تأكيد قاعدة القانون المطبّقة عليها ضمن أسباب الحكم، ومن بين هذه التّقديرات تقدير الواقعة (جسامة الضّرر كمثال واضح على ذلك)، تقدير النظام الأخلاقي (جسامة الخطأ كمثال واضح على ذلك)، تقدير الفرصة أو المناسبة (ثقل الطّروف الاجتماعية، الاقتصادية أو غيرها)، تقدير قيمة شئ ما. في هذا التّوع من التّقدير يمكن أن نضمّ السلطة المعدّلة التي يمنحها القانون أحيانا للقاضي والتي من خلالها يمكن لهذا الأخير أحيانا أن يخالف القانون من أجل غايات العدالة الإنسانية. ونجد المسألة الأكثر عمومية في عمليّة التّقدير هامش التّفكير والملاحظة التي ينتظرها القانون من القاضي من أجل تطبيق مفاهيم إطارية (حسن النّية، أخلاق حسنة، نظام عام، مصلحة الأسرة.. الخ)، والحكم في الغالب يكون نتاجا لهذه التّقديرات المرتبطة بما يستمى ذكاء القياس القضائي، وهذه المسألة تؤكّد بأنّ هذا القياس لا ينحصر في أيّ تطبيق من تطبيقات القياس الشكلي ما دام القياس يتمّ بمقتضى القانون وبموجبه محصّنا بمرونته، فهو بذلك يقوم بإدماج كلّ المعطيات القضائية. فالتّقديرات تتعلّق بروح الدّقة لا بروح الهندسة، إنّها دقّة الفكر التي تتوغّل في التّسبب بكلّ وسائل وآلات القياس. إنّ الجزء من الحكم المتعلّق بالتّعليل هو على نقيض البيان الأحادي الحجر؛ لأنّ التّسبب يزاوج بين مجموعة من العلوم في فنّ الحكم (القضاء): المنطق، ملاحظة الواقعة، معرفة القانون، التّكييف، تقدير الأشياء. إنّ فعلا بيان مركّب. التّسبب يرتبط بمجموعة من العوامل، ولكنّها هي العمليّة التي تولّد الحلّ بأسبابها.

Cornu (G.), *Linguistique juridique, op.cit.*, p.350-351.

¹⁰⁷ نبيل (عمر)، امتناع القاضي، مرجع سابق، ص 33.

¹⁰⁸ أمّا ما تعلق بالشّروط الأخرى كوجوب كون الواقعة محدّدة، وممكنة، ومتنازعا فيها، ومتعلّقة بالدّعى ومنتجة فيها، فتكون خاضعة لسلطة تقدير قضاة الموضوع. انظر في ذلك: السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج 2، ص 33.

¹⁰⁹ مرقس (سليمان)، أصول الإثبات وإجراءاته، ج 1 (الأدلة المطلقة)، ط 5، القاهرة، دار الكتب القانونية شتات، 1991، ص 73.

بإثبات الواقعة، ويكون تقديره متعلّقاً بمدى قوّة الدليل أو ضعفه، ومدى كماله أو نقصانه، ومدى اعتباره أو عدم اعتباره أصلاً، وهو مسألة موضوعية لا يمكن أن تكون خاضعة لرقابة محكمة القانون، فالتّناقش بشأن مسألة تقدير أدلّة الإثبات في الدّعى لا يمكن أن يثار أمام محكمة القانون، ويكون ذلك مقترناً بشرطين: وجوب استمداد العناصر التي اعتمدها في تقديره من الأدلّة الجائزة قانوناً، ووجوب تسبب ترجيح دليل على آخر. أمّا إذا كان هذان الشّروطان عرضة للانتهاك فتمسكّك عندها محكمة القانون بحقّ رقابتها¹¹⁰، إلّا ما تعلق بالأدلّة التي أعطتها القانون حجّة ملزمة كاللّيل الكتابي وخاصّة منه العقد الرسمي بتوافر شروطه¹¹¹. فعلى سبيل المثال، إذا ما عرض على القاضي ملفّ مضمونه طلب طلاق، فلا يجوز له قانوناً أن يستبعد الأسباب التي قدّمها الزوج المدّعي ضدّ زوجته، على أساس الوسط الذي تعيش فيه الزّوجة أو تتعلّم فيه، أو على أساس أصلها؛ لأنّ كلّ هذه العناصر إذا لم تقدّم للقاضي من جهة الخصوم، فإنّ استناده عليها سيكون حينئذٍ مجانباً للتّصوّر القانوني السليم، بغضّ النظر عمّا إذا كان يعرفها شخصياً أو لا يعرفها؛ لأنّ في الاستناد عليها إدخالاً لوقائع جديدة في المنازعة القضائيّة لم يقم أطرافها بتصديدها، وسيظلّ ذلك غير جائز قانوناً حتّى ولو كان ذلك بهدف إجراء التّقدير القضائي للوقائع الثابتة أمامه بشكل صحيح؛ على أساس أنّ هذا التّقدير لا هدف له سوى التّحقّق من أنّ الوقائع المدّعى بها صالحة بصفة مجرّدة لتوليد الأثر القانوني المطلوب، لهذا كان من المفروض أن تكون هناك صلة قائمة بين وقائع النزاع وعمليّة التّقدير القضائي الذي يعطى لها، والاستناد إلى وقائع مستمدّة من العلم الشّخصي للقاضي وحده يجعل هذه العمليّة مخالفة للقانون.

إنّ هذه العمليّة تختلف عن عمليّة الفحص والتّقرير من حيث المسلك، بحيث إذا كان التّقدير القضائي حرّاً في دائرة الانضباط بقاعدة امتناع القاضي من تأسيس حكمه على وقائع تحصّل عليها من خارج إطار النزاع، فإنّ التّقرير القضائي لهذه الوقائع يخضع لقواعد الإثبات القانوني المنصوص عليها قانوناً وفق الأشكال المحدّدة. وفي الحقيقة من الصّعب الفصل والتّفريق بين تقرير الوجود المادي لوقائع النزاع والتّكييف القانوني الذي يعطى لها، ثمّ إقامة عمليّة وسيطة بينهما هي عمليّة التّقدير القضائي، ولهذا هناك من رأى من الفقهاء أنّ عمليّة التّقدير لا بدّ أن تكون مندمجة إمّا في التّقرير أو في التّكييف الذي يعطى لهذه الوقائع¹¹²، وذلك من أجل أن لا يكون المجال مفتوحاً أمام القاضي وسلطته التّقديرية الأمر الذي يمكنه من استعمال معلوماته الشّخصية في المنازعة القضائيّة، إلّا أنّه في بعض الأحيان يكون ضروريّاً القيام

¹¹⁰ مرقس (سليمان)، مرجع سابق، ص 73-74.

¹¹¹ المرجع نفسه، ص 73-74.

¹¹² نبيل (عمر)، امتناع القاضي، مرجع سابق، ص 31.

بعمليّة التّقدير القضائي كعمليّة متميّزة عن عمليّتي التّقرير القضائي والتّكييف القانوني، مراعاة لظروف استثنائية معيّنة تكون فيها الواقعة المثبتة مستعصية عن مقارنتها بصورة مباشرة بالقاعدة القانونية بغية إعطائها الوصف القانوني الذي يليق بها¹¹³. وفي هذه الحالة يضطرّ فيها القاضي إلى إجراء مجموعة من التّكيفات المتتابعة تمثّل العناصر التي تتحلّل إليها عندئذ عمليّة التّقدير القضائي، على رأسها التّكييف الأوّلي ولا يكون ذلك إلا بمقارنتها بقاعدة غير قانونية، وهذه العمليّة تمثّل نشاطا ذهنيًا يقوم به القاضي بغرض تقدير مدى صلاحية الواقعة لتوليد الأثر القانوني المطلوب وذلك على وجه التّجريد¹¹⁴. فالقاضي على هذه الصّورة يجد لنفسه مسارا منطقيًا فهو يبدأ بتقرير قضائي مستخلص من الوقائع المتعلقة بالمنازعة، ثمّ ينطلق في مساره مقدّرًا لهذه الوقائع محدّدًا معناها ومبيّنًا مدى صلاحيتها المجردة لإحداث الآثار القانونية المنوطة بها، باحثًا بعد ذلك عن القاعدة القانونيّة محتملة التّطبيق على هذه الوقائع، منتهيًا إلى التّوصّل إلى القاعدة القانونية الحاكمة في النزاع المعروف أمامه¹¹⁵. وبذلك فلا ضرورة لعملية التّقدير القضائي إذا لم تتعلّق المنازعة بأيّ ظرف استثنائي، وعلى ذلك يمكن الانتقال من مرحلة التّقرير القضائي إلى مرحلة التّكييف القانوني بصورة مباشرة دونما حاجة إلى المرور بمرحلة التّقدير القضائي¹¹⁶، فتقرير نسب المدعي في دعوى الإرث كاف لوحده لتأكيد صلاحيته لاكتساب صفة الوارث، وتقرير تاريخ التّصرّف المبرم من قبل المحجور عليه مع ملاحظة أنّه كان تاليا لصدور قرار الحجر يؤدّي مباشرة إلى إبطال هذا التّصرّف، وهذه حالات نادرة¹¹⁷.

وهناك حالات لا تحصى لا يمكن فيها أن يتمّ التّكييف القانوني دون تقدير قضائي يسبقه، يكون قد ردف تقريرًا لماديات النزاع، فلكي يحكم القاضي بالطلاق لا يكفي ملاحظة وتقرير الإهانة أو التّجريح الذي لحق المدعي طالب الطلاق، بل يجب أن يلحق ذلك تقدير ما إذا كانت هذه الأخطاء تصل إلى درجة من الجسامّة بحيث تجعل من غير المحتمل بقاء الزّوجية قائمة إعمالًا للمعيار الشّخصي في هذا المجال¹¹⁸. وإذا كان التّقدير القضائي يعني إصدار حكم تقديري يتعلّق بقيمة هذه الوقائع في إنتاج الأثر

¹¹³ نبيل (عمر)، مرجع سابق، ص 31.

¹¹⁴ المرجع نفسه، ص 31.

¹¹⁵ المرجع نفسه، ص 31.

¹¹⁶ المرجع نفسه، ص 32.

¹¹⁷ المرجع نفسه، ص 32.

¹¹⁸ وهذا إذا كان الضّرر مرتبطًا في تحديده بالمعيار الشّخصي لا بالمعيار الموضوعي الذي تمثّله قاعدة: (كلّ ضرر معتبر شرعًا)؛ لأنّه إذا كان الأمر مرتبطًا بالمعيار الموضوعي يختلف نظر القاضي عمّا إذا كان الأمر مرتبطًا بالمعيار الشّخصي. وفقهاء المالكية هم الذين اعتمدوا المعيار الشّخصي بحيث لا يرجعون لا إلى الوضعية الاجتماعية للرجل وال إلى وضعية المرأة؛ بحيث قرروا أنّ الضّرر الموجب للطلاق البائن هو ما لا

القانوني المطلوب، فإنّها قد تعني كذلك إصدار حكم تقديري يتعلّق باحتماليّة أن تكون الوقائع صالحة لتوليد الأثر القانوني، أي احتماليّة أن تكون الواقعة المدعى بها من طرف أحد طرفي الدّعى والتي تمّ إثباتها متّصلة بالنّزاع المعروض أمام القاضي وداخله فيه، أي أنّ التّقدير القضائي ينصبّ على احتمال اعتبار الوقائع المدعى بها منتجة في النّزاع. فلا يبطال تبرّع معيّن، سواء كان هبة أو وقفا بسبب عدم سلامة القوى العقلية للمتبرّع، يجب إثبات أنّ ملكات تمييز المتبرّع في الوقت الذي أبرم فيه تصرّفه كانت مرتبكة وغير منظرمة، فهذه الوقائع ومثيلاها تشكّل الوقائع التي تحدّد مصير النّزاع¹¹⁹. في بعض الأحوال يعسر على القاضي التّوصّل إلى الحلّ اعتمادا على هذه الوقائع الأساسية وحدها، الأمر الذي يدفعه إلى الاستعانة بنوع آخر من الوقائع يسمّى (الوقائع المساعدة)، والتي ينحصر دورها في حلّ النّزاع بطريق غير مباشر، وهذا ما أكّدت عليه المحكمة العليا بشأن نزاع متعلّق بعقد الهبة، حيث دفعت الطّاعنات بأنّ والدهنّ الواهب أثناء تصرّفه لم يكن يتمتّع بقواه العقلية وأنّ ذلك قد حرّمهنّ من أخذ حقوقهنّ في الدّار الموهوبة، حيث أنّ قضاة الموضوع على مستوى المجلس القضائي اعتمدوا في بيان صحّة التّصرّف على المدّة الفاصلة بين يوم الهبة وموت الواهب مهملين بذلك الإجابة على ما ذكر في ملفّ الدّعى، وكان واجبا عليهم في الحقيقة

يجوز شرعا، كما هو الأمر واضح في حاشية الدّسوقي، كاشفين عن هذا الضّابط العام والمعيّر الأوحّد لديهم للضرر، بأمثلة، منها: هجر الزّوجة بقطع الزّوج كلامه عنها أو تحويل وجهه عنها في الفراش، ومنها سبّها هي أو سبّ أبيها. في حين نجد القانون الفرنسي وتبعه في ذلك القانون المصري يعتمدان المعيار الشّخصي، وعبارة: (ما لا يستطيع معه دوام العشرة) دالة كلّ الدّلالة على ذلك، والتي وردت في المادة (6) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاصّ ببعض مسائل الأحوال الشّخصية. الأمر الذي يجعل مسألة تقدير الضرر الواقع على الزّوجة محكومة بثلاثة عوامل: (أ) اختلاف بيّنة الزّوجين، (ب) اختلاف درجة ثقافة كلّ منهما، (ج) اختلاف الوسط الاجتماعي الذي يحيط بهما. كما يمكن أن نلاحظ أنّ المشرّع الفرنسي قد اعتمد هذا المعيار في الطّلاق المؤسّس على الخطأ؛ حيث لا يبرّر وقوع الطّلاق سوى الوقائع المنسوبة لأحد الزّوجين إذا كانت تشكّل اعتداء خطيرا أو متكرّرا على الواجبات والالتزامات الزّوجية، وتجعل الإبقاء على الحياة المشتركة أمرا غير محتمل. فهذا هو المعيار الشّخصي بعينه، فليس كلّ خطأ يكون مبرّرا للطّلاق، وهذا منصوص المادة (242) من القانون المدني الفرنسي، وكأثر له فإنّ القاضي فإنّ القاضي يجد نفسه مضطّرا قانونا للبتّ في هذه الأوصاف قبل حكمه بالطّلاق. انظر في ذلك: الدسوقي (محمد بن عرفة)، حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير للدّردير (أحمد)، ج2، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1996، ص345، الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية الشّيخ العدوي (علي)، ج4، ط1، بيروت، دار الفكر، د.ت، ص9، خليل (أحمد)، عقد الزّواج العربي، د.ط، الاسكندرية، منشأة المعارف، د.ت، 2002، ص117، الجندي (أحمد)، التّعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التّقاضي في مسائل الأحوال الشّخصية الصادر بالقانون رقم1 لسنة2000، ط1، دار الكتب القانونية، 2001، ص344. وانظر كذلك: Patrick courbe, *Ibid*, P.143, Christophe Sauvat, *Le divorce vu à travers la jurisprudence de la sixième chambre de la cour d'appel d'AIX-EN-PROVENCE*, Bull. Aix 2001-2, Chron. 1. www.bulletin.aix.u-3mrs.fr/content/view/45/39

¹¹⁹ ويكون ذلك في العادة باستعمال الشّهادات الطّبية. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 197335، المؤرخ في 1998/06/16، الاجتهاد القضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص(281-283). وانظر قريبا من هذا في مسألة الاعتداد بالشّهادات الطّبية في إثبات مرض موت الواهب: قرار المحكمة العليا (غ.إ.ش) رقم 219901، المؤرخ في 1999/03/16، الاجتهاد القضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص(287-291)، وفي مسألة الاعتداد بالشّهادات الطّبية في إثبات مرض موت المحبس: قرار المحكمة العليا (غ.إ.ش) رقم 96675 المؤرخ في 1993/11/23، الاجتهاد القضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص(302-304).

مواجهة هذا الادّعاء والعمل على إثباته أو نفيه بالوسائل المتوفّرة لديهم، وفي حالة إثباته يقدّرون مدى درجته، وهل هو من القوّة بمكان بحيث يؤثّر في تصرّفات الواهب، وهل يتّصف هذا المرض بالشّيع وهل المتصرّف له كان على بينة من الحالة المرضيّة للواهب، وكلّ هذه الوقائع لا يستقيم الحكم بدونها¹²⁰. وفي مسألة أخرى، لما اعتمد قضاة الموضوع على مستوى المجلس القضائي في تخفيض النفقات المحكوم بها للطّاعنة على أساس أنّ المبالغ المحكوم بها فيها اعتبار لما جرى عليه المجلس من حيث تقدير التعويضات غافلين عن أهمّ القواعد المعمول بها في هذا الشأن، منها أنّ تقدير النفقة المستحقّة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا، ثمّ مستوى المعيشة، كان قضاءهم عرضة للتّقص. ومن أجل ذلك كان واجبا على القاضي أن يبحث عن دخل الزوج وحال معيشة الزوجة ثمّ يقدر النفقة حسب مستوى المعيشة السائدة في المكان الذي يعيش فيه الزوجان، وهذه كلّها وقائع مساعدة، وبما أنّ مجلس قضاء (تيزي وزو) لم يبيّن أيّ أساس من الأسس سألته الدّكر والمتفق عليها فقها وقضاء، حين عمد إلى تخفيض النفقات المحكوم بها، يكون قراره ناقص التّسبيب ومخالفا لقواعد الشريعة فيما يخصّ أسس تقدير النفقة للزوجة، ولهذا اعتبرت المحكمة العليا وجه الطّعن الذي اعتمدته الطّاعنة مؤسّسا ووجيها ومقبولا¹²¹. ولما قضى مجلس قضاء (ورقلة) في: 1997/04/27 بتأييد حكم محكمة (ورقلة) بتاريخ 1996/12/07 القاضي بالطلاق، وعلى الطّاعنة تقديم مبلغ مائة وخمسين ألف دينار كتعويض مع تعديله من طرف المجلس بتخفيضه إلى سبعين ألف دينار، تبين، حسب المحكمة العليا، أنّ القرار لم يناقش الدّفع الذي أثارته الطّاعنة عن كون المطعون ضده قد سبق له أن طلب طلاقها على اعتبار أنّها مريضة عقليا حسب الحكم الصّادر من محكمة (القل) في 1996/03/11، الأمر الذي يجعل من مطالبتها بعد ذلك بالرجوع إلى محلّ الزوجية طلبا غير جدّي، وهذه من الوقائع المساعدة، التي تبين بأنّ امتناعها عن الرجوع بعد تعرّضها لهذه الإهانة لا يجعلها في حالة نشوز، وعليه اعتبرت وجه الطّعن مؤسّسا، وأبطلت القرار تبعا لذلك¹²². وكذلك، فإنّ واقعة

¹²⁰ أنظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 31833 المؤرخ في 1984/10/22، المجلّة القضائية، سنة 1989، عدد3، ص(65)-68.

¹²¹ لقد طعنت (م.ع) بالتّقص في القرار الصّادر من مجلس قضاء (تيزي وزو) بتاريخ 1983/03/23 الذي قضى في الموضوع بالمصادقة مبدئيّا على الحكم المستأنف الصّادر من محكمة (تيزي وزو) في ما يخصّ الطلاق والأثاث وتعديله في ما يخصّ النفقات المحكوم بها لفائدة الزوجة، وذلك بتخفيض مبلغ العدة إلى 900 دينار ونفقة المنعة إلى 5000 دينار ونفقة الإهمال إلى 2000 دينار وقضى على المستأنف عليها بالمصاريف. انظر في ذلك: قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 44630، المؤرخ في 1987/02/09، المجلّة القضائية، سنة 1990، عدد3، ص(55-57).

¹²² انظر: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 189324 المؤرخ في 1998/05/19، اجتهاد قضائي، سنة 2001، عدد خاص، ص(147)-151.

مرض أو سكر أو إفلاس المتصرّف أو كونه كان عرضة لأمراض عقلية ظاهرة أثناء إبرام الوصية أو الهبة أو الوقف، أضف إلى ذلك، الأزمات الصحية التي أدت إلى موته بعد أيام قليلة من حدوث التبرّع، تعدّ كلّها وقائع مساعدة خاضعة لتقدير القاضي الذي يؤدي إلى التأكّد من اختلال القوى العقلية للمتبرّع وبالتالي بطلان تصرّفه التبرّعي. وفي كلّ الأحوال فإنّ تقدير الوقائع يدخل ضمن السلطة المطلقة لقضاة الموضوع، ولا رقابة عليهم في ذلك من طرف المحكمة العليا¹²³.

ثالثها: التّكييف، باعتباره جسرا فاصلا بين الواقع والقانون، هو إلحاق حالة واقعية بمبدأ قانوني، بتصنيفها في فئة قانونية تليق بها وتنطبق عليها¹²⁴، ولا يكون ذلك إلا من خلال عملية ذهنية يقوم بها القاضي بقصد مقارنة الوقائع المطروحة عليه في قضية ما، بقاعدة قانونية يراها صالحة حسب تقديره لحسم النزاع¹²⁵، فهي العملية التي يقوم القاضي من خلالها بإدخال الواقعة داخل تصنيف قانوني محدّد، أي تصنيفها تصنيفا معتبرا قانونا¹²⁶، بعد تحليلها إلى عناصرها الاجتماعية¹²⁷ وعناصرها التكوينية¹²⁸ حسب ما ذهب إليه العلامة القاضي (الكرمي)¹²⁹، وهو ما يتطلّب صفة الفهم الدقيق لدى القاضي، التي تعتبر من أهمّ ضمانات الوصول السليم إلى الحقيقة¹³⁰؛ فالتعامل مع أقوال المدّعي دون تحليلها وإعطائها الصّفة

¹²³ انظر: قرار المحكمة العليا (غ.م) رقم 215653 المؤرخ في 2000/02/16، المجلة القضائية، 2001، عدد1، ص(127-131).

وانظر كذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 59335، المؤرخ في 1990/04/30، المجلة القضائية، سنة 1992، عدد1، ص(29-32).

¹²⁴ كيرة (مصطفى)، التكييف القانوني، المجلة العربية للفقهاء والقضاء (تصدرها الأمانة العامة لجامعة الدول العربية)، العدد 11، أبريل 1992، ص(77-102).

¹²⁵ عمر (نبيل)، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص135، سمير تناغو (سمير)، النظرية العامة للقانون، د.ط، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1986، ص7 وما بعدها.

¹²⁶ Cornu (G.), *Linguistique juridique*, 2^{ème} éd., Paris, Montchrestien-Delta, p.349.

¹²⁷ عمر (نبيل)، المرجع نفسه، ص128.

¹²⁸ فالواقعة قد تتربّب من عدّة عناصر واقعية، فيكون من الضّروري أن يفحص القاضي عن ذلك، ثمّ يقوم بتنقيح الواقعة، آخذا ما يبقين اعتباره، ثمّ إلغاء ما لا مدخل له في الحكم، من أجل تطبيق تسهيل الحكم على ما تنقح له باليقين. انظر في ذلك: ابن يوسف الكرمي (مرعي)، دليل الحكم في الوصول إلى دار السلام، ط1، بيروت، دار البشائر الإسلامية، 2010، ص31.

¹²⁹ هو مرعي بن يوسف بن أبي بكر بن أحمد بن أبي بكر بن يوسف بن أحمد، الكرمي نسبة إلى طوركرم، إحدى قرى نابلس، ثمّ المقدسي، نزيل القاهرة بمصر، حنبلي المذهب. تعلّم الفقه على يد محمّد المرادوي، وعلى يد القاضي يحيى بن موسى الحجاوي. تأليفه كثيرة، منها: غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، دليل الطالب، دليل الطالبين لكلام التحوّين، وكتاب دليل الحكم في الوصول إلى دار السلام. توفّي بمصر، في شهر ربيع الأول، من عام ثلاث وثلاثين وألف. انظر: آل عثيمين التّحدي (صالح)، تسهيل السّابطة لمريد معرفة الحنابلة، تحقيق أبو زيد (بكر)، ج3، ط1، بيروت، مؤسسة الرّسالة، ص1548.

¹³⁰ ولهذا ذكر لعمر بن عبد العزيز في هذا السّباق قولا مهمّا: خمس إذا أخطأ القاضي فيهنّ خصلة كانت فيه وصمة: أن يكون فهيمًا، أن يكون عفيفًا، أن يكون صابرا، أن يكون عادلا، سؤولا عن العلم. انظر في ذلك: ابن أحمد الرّحبي السمني (أبو القاسم علي)، روضة القضاة وطريق التجارة، تحقيق التّاهي (صلاح الدّين)، ج1، ط2، بيروت - عمان، مؤسسة الرّسالة - دار الفرقان، 1984، ص164-165.

القانونية للاقتناع بها يجعل أحكام القضاة وقراراتهم عرضة للنقض¹³¹، فهي إخضاع وقائع خاصّة ومحدّدة لفرض عام من قاعدة قانونيّة عامّة ومجرّدة¹³². وبذلك فهي تعتبر عمليّة معرفيّة نوعيّة، من أساسيات علم القانون، تهدف إلى الأخذ بعين الاعتبار الواقعة من أجل إلbasها معرفيا الوصف القانوني اللائق بها، والذي يجعلها منتجة للآثار القانونية¹³³، حيث يقوم القاضي بإجراء مقارنة بين الواقع ومفترض القاعدة القانونية، بين كلّ عنصر واقعي طرحه أحد الخصوم وبين كلّ عنصر نموذجي يتضمّنه المفترض، بعدئذ يقوم على وجه الضّرورة بإعمال الأثر أو الحكم الذي يتضمّنه الجزء الثاني من القاعدة المترتب على الجزء الأول، وهذا الأمر لا يجد له مجالاً إلاّ في حالة التّطابق الكامل بين الواقع وبين جميع العناصر التي يتضمّنها المفترض¹³⁴. بهذه العمليّة قام التّفكير بقفزة نوعية من الواقعة المجرّدة إلى الواقعة الموصوفة، فيكون بذلك معنى التّكييف قوننة الواقعة، فقبلها يكون عندنا معطى مجرّد، أمّا بعدها فيكون لدينا مفهوم قانوني، هذا الانتقال من الواقعة إلى الخطأ هو التّكييف تحديداً. فهي عمليّة إلbas؛ لأنّها تلبس واقعة بوصف قانوني، فهي تصنّفها تصنيفاً قانونياً. فالتّكييف بذلك يسجّل انتقالاً من الخاص إلى العام، وانتقالاً من الواقعي (الملموس) إلى المجرّد (المعنوي). كأنّ التّفكير القانوني في حركة دائمة بين مقدّمات القانون وإثباتات الوقائع، بين عناصر الواقعة المجرّدة وعناصر تصنيفها القانوني، بين الواقعي والمجرّد، هذا الأمر يجعل الشّبه قائماً بين التّكييف والهندسة؛ لأنّ الأوّل يستوجب قدراً معتبراً من الدقّة¹³⁵. وعمليّة تكييف الوقائع الثابتة سواء كانت وقائع مادية أو تصرّفات قانونية تعتبر أهمّ وسيلة قانونية يستعملها القاضي من أجل تحديد الأسباب القانونية للحكم على

131 فمسألة عدم التّكييف أو عدم إعطاء الوصف القانوني تخلّ بمسألة أخرى ذات أهمية في عمليّة الإقناع وهي التّسبب الذي يعتبر معيار صحّة الأحكام، ومبعث الاطمئنان إليها، ودليل قوّتها، ومن خلاله يظهر جهد القاضي المبذول في القضية.

قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 58797، المؤرّخ في 19/03/1990، المجلّة القضائية، سنة 1993، عدد 1، ص(52-56).
132 فالقاعدة القانونية التي يحددها التّكييف لحكم الواقعة أو التصرّف الثابت في قضية بعينها تتألف من عنصرين، كما هو الأمر بالنسبة لكلّ قاعدة قانونية، فرض يتضمّن شروط انطباقها وحلّ يتضمّن الأمر المقرّر في تلك القاعدة. انظر في ذلك: تناغو (سمير)، التّظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 7 وما بعدها.

133 إنّ تكييف القضية على أنّها تبني يترتب عليها مباشرة إلغاء عقد الميلا؛ لأنّ ذلك يعتبر أثراً للتّكييف، فتكييف القضية على أنّها تبني دون إبطال عقد ميلا المتبني هو مخالفة للقانون. وفي قضية من القضايا المعروضة على المحاكم أثارت المحكمة العليا وجها تلقائياً مأخوذ من مخالفة الشريعة الإسلامية، على أساس أنّ الأوجه التي أثارها الطّاعن ترمي كلّها إلى مناقشة موضوع التّسبب حيث أنّ ما قام به المرحوم (ر.ب) يعتبر تبنيّاً، فالتصرّجات التي أدلى بها إلى ضابط الحالة المدنيّة غير صحيحة يجب إلbasها عملاً بالمادتين 46 و 47 من الأمر رقم 70-20 المؤرّخ بتاريخ 19/02/1970 المتعلّق بالحالة المدنيّة. غير أنّ القرار المطعون فيه، رغم أنّه كيف القضية تكييفاً سليماً، لم يبطل هذا التّبيّي بإلغاء عقد الميلا، الأمر الذي جعل القرار عرضة للنقض من طرف المحكمة العليا. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 246924 المؤرّخ في 21/11/2000، المجلّة القضائية، سنة 2001، عدد 2، ص (297-299).

134 عمر (نبيل)، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشّخصي، مرجع سابق، ص 100.

135 Cornu (G.), *Droit civil-Introduction au droit, op.cit.*, p.107-108

شرط أن يكون التّكليف سليما وصحيحا¹³⁶، ولا يكون ذلك إلاّ بالتّحليل الكامل للنّزاع¹³⁷، دون أن يكون مقبّدا بالأوصاف التي وضعها الخصوم للوقائع محلّ النّزاع¹³⁸، لهذا السّبب عدّت مسألة قانونية خاضعة لرقابة المحكمة العليا¹³⁹. ومما يجدر التّنبية إليه، أنّ التّكليف بالمعنى الذي سبق ليس هو التّكليف

¹³⁶ فالتّكليف الخاطئ يؤدّي ضرورة إلى تطبيق نصّ قانوني خاطئ. وفي قضية من القضايا التي عرضت على المحاكم أنّ قضاة الموضوع اعتبروا التّنزيل المحرّر وصية استنادا منهم إلى المادة 776 من القانون المدني فقد جاء في بعض حيثيات الحكم المستأنف والموثّق بالقرار المطعون فيه: (ينبغي القول أنّ الرّسم المذكور أعلاه هو وصية للمدعية ينبغي تنفيذها فوفقا لنصّ المادة 776 من القانون المدني. إلاّ أنّ هذا التّكليف جاء خاطئا من أساسه، ذلك أنّ عقد التّنزيل من النّاحية والشّرعية وكذا القانونية لا يتمّ إلاّ بين الأصول والفروع، ويكون بتنزيل الفرع منزلة الابن المتوقّف من قبل الأصل ليأخذ المنزّل نصيب المتوقّف في حدود ما قرّره نصّ المادة 169 من قانون الأسرة وما يليها من نصوص، حيث أنّ البنت المنزّلة لا تنتمي من قريب ولا من بعيد إلى المنزّلة، فهي لا تنتمي لا على أصحاب الفروض ولا إلى العصابة ولا حتّى على ذوي الأرحام، فيكون بذلك القرار المطعون فيه قد جانب الصّواب وخرق بذلك الشّريعة الإسلامية وأخطأ تبعا لذلك في تطبيق المادة 776 من القانون المدني. أنظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 95385، المؤرخ في 1994/03/22، المجلّة القضائية، سنة 1995، عدد 1، ص(134-139).

وقد حصل وأن ناقش قضاة الموضوع الدّعوى وكأّمها دعوى نفى التّسبب وهي في حقيقتها دعوى تبنيّ، فطبّقوا بناء على ذلك قاعدة الولد للفرش، وهذا الأمر أدّى إلى نقض القرار الصّادر عن مجلس قضاء تلمسان الذي قضى بإلغاء الحكم الصّادر عن محكمة تلمسان الذي تضمّن الحكم بإزالة اللّقب من عقد ميلاد المتبنيّ والقضاء من جديد برفض الدّعوى لعدم الصّفة مع أنّهم قد قدّموا الدليل على أنّهم أبناء عم، وقد طلب هؤلاء هو إبطال التّبنيّ الذي أقامه المرحوم (ط.م) للمدعو (ط.ن). وعندما ناقش القضاة الدّعوى وكأّمها تعلق بنفي التّسبب وطبّقوا قاعدة الولد للفرش فإنّهم بذلك قد أساءوا التّكليف الأمر الذي أدّى إلى ترتّب عليه نقض القرار. أنظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 103232 المؤرخ في 1995/05/02، المجلّة القضائية، سنة 1995، عدد 2، ص(99-100)، وقرينا منه: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 122761، المؤرخ في 1994/06/28، اجتهاد قضائي، سنة 2001، عدد خاص، ص(155-157).

¹³⁷ وهذا الأمر يتحلّى لنا بوضوح من خلال قرار الغرفة المدنية رقم 63149 الذي جاء فيه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه بتبيّن أنّ النّزاع بين التّوجين لا يدور حول الخلاف على المتاع، أي لم يختلف التّوجان على ملكية المصوغ الموجود في بيت التّوجية بل اختلفا حول وجود المسكية والفلادة، إذ أنكر التّوج وجودها بينما زعمت الزّوجة أنّها سلفتها له، فأعمل قضاة الموضوع مقتضيات المادة 73 من قانون الأسرة فوجهوا اليمين إلى التّوجة، وكانّ الخلاف كان دائرا حول ملكية هذا المصوغ، إلاّ أنّ في حقيقته كان دائرا حول إثبات وجوده، وبذلك يكون قضاة الموضوع قد أخطأوا في تطبيق القانون بسبب الخطأ في تحليل النّزاع؛ لأنّه كان من الواجب عليهم تطبيق قواعد الالتزام الواردة في القانون المدني من المادة 323 إلى المادة 350، الأمر الذي أدّى إلى نقض وإبطال القرار المطعون فيه. أنظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.م) رقم 63149، المؤرخ في 1990/11/19، المجلّة القضائية، سنة 1992، عدد 1، ص(20-22).

¹³⁸ عمر (نبيل)، السّلطة التّقديرية، مرجع سابق، ص126. وانظر كمثال لذلك من النّاحية العملية: قرار المحكمة العليا (غ.م) رقم 302161، المؤرخ في 2005/05/25، نشرة القضاة، سنة 2010، عدد 65، ص(251-254).

¹³⁹ يرى جمهور الفقهاء، على خلاف بعضهم الذين يرون أنّ التّكليف لا يعدّ لا من مسائل الواقع ولا من مسائل القانون، أنّ مسألة التّكليف من مسائل القانون؛ على أساس أنّ تصنيف الواقعة وبيان ما ينطبق عليها من قواعد قانونية يعي في حقيقته تمحيص لها وتطبيق لحكم القانون عليها، الأمر الذي يؤدّي إلى اعتبار الخطأ في التّكليف مخالفة للقانون؛ لأنّ التّكليف الخاطئ يؤدّي حتما إلى الخطأ في تطبيق القانون ذاته، ويظهر ذلك في إحدى صورتين: إمّا يطبّق القانون على حالة واقعية لا ينطبق عليها، وإمّا لا يطبّق القانون على حالة واقعية كان من المفروض أن يطبّق عليها. ومراعاة لهذا الاعتبار وجب خضوع التّكليف، كقاعدة عامة، لرقابة محاكم القانون. ومحكمة الموضوع لا يمكن أن تقيد بتكليف من التّكليفات التي قدّمها الخصوم، فتمتنع عن فهم الدّعوى وإعطائها التّكليف القانوني السّليم، فسلطتها في ذلك محفوظة بنصّ المادة (29) من قانون 09/08 المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، وهو ما حكم به القضاء الجزائري كما هو

الذي تعرفه قواعد القانون الدولي الخاص، أي في حالة ما إذا كانت العلاقات القانونية قد ارتبطت بها عنصر أجنبي¹⁴⁰، فتكون المسألة عندئذ مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بـ: (قواعد الإسناد) التي تتشكّل من حيث تكوينها من ثلاثة عناصر: الفكرة المسندة، ضابط الإسناد والقانون الواجب التطبيق. فيقصد بالتكييف عندئذ تحديد طبيعة المسألة القانونية المعروضة على القاضي بغية إيجاد مكان لها في إحدى الأفكار المسندة المنظمة من طرف القوانين الداخلية للدول¹⁴¹، وكلّ هذا بهدف إعمال القانون المختصّ بالنظر في النزاع الذي يشير إليه ضابط الإسناد الذي يعتبر أحد مكونات قاعدة الإسناد، التي يعتبر التكييف بالنسبة إليها عملية فنية تضعها موضع النشاط والفعالية والحركة بعد سكونها¹⁴². ومسألة التكييف بهذا المفهوم ليست واحدة في كلّ الدول في ما تعلق بفئة الأحوال الشخصية، فألمانيا وإيطاليا تعتبر مسائل الميراث من مسائلها دون تفريق بين المنقول والعقار، أمّا فرنسا فتجعل ميراث المنقول من مسائل الأحوال الشخصية بينما ميراث العقار من فئة الأحوال العينية، حتّى أنّ قواعد الإسناد ليست واحدة، ففئة الأحوال الشخصية في فرنسا

واضح من خلال قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 95385، المؤرخ في 1994/03/22 الذي سبق ذكره. انظر في ذلك لمزيد من التفصيل: كيرة (مصطفى)، التكييف القانوني، مرجع سابق.

¹⁴⁰ إنّ الرابطة القانونية تنشأ من خلال تكامل ثلاثة عناصر: (الأول) السبب المنشئ للعلاقة، سواء أكان تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية، (الثاني) أشخاص العلاقة القانونية، (الثالث) موضوع العلاقة ممثلاً في الالتزام الذي يقع على عاتق أشخاص العلاقة. إذا كانت هذه العناصر الثلاثة وطنية، فإنّ الاختصاص ينعقد حتماً للقانون الوطني لحكمها من حيث موضوعها، ومن حيث الاختصاص تخضع المنازعات الّتي تقوم بشأنها لولاية القضاء الوطني. أمّا إذا شاب هذه العلاقة القانونية أيّ عنصر أجنبي مهما كانت طبيعته، ومهما كان نوعه، سواء ظهر في أطراف العلاقة أو في موضوعها، أو في مصدرها، كأن تكون الرابطة زواجا تمّ بين جزائري وفرنسية، أو بين جزائري وفرنسية في بريطانيا، وفي هذه الحالة تتور المشكلة حول أيّ القوانين يجب تطبيقه على مثل هذه العلاقات، وأيّ المحاكم ينعقد لها الاختصاص بالنظر في هذه المنازعات؟ ومن خلال هذه المسألة تظهر أهمية تحديد مكان وزمان العلاقة القانونية. فمن خلال معرفة مكان التصرف يمكن إدراك القانون الّذي يحكمه من حيث الشكل، ومن خلال معرفة مكان المنقول وقت التصرف يمكن الوصول إلى القانون الّذي يحكم انتقال الملكية، ومن خلال معرفة الزمان يمكن إدراك هوية القانون السائد في ذلك الوقت والّذي يطبق عليه، كما أنّ معرفة جنسية أطراف العلاقة يمكن الوصول إلى القانون الّذي يطبق على الشّروط الموضوعية للزواج، أو الهبة، أو الطلاق، إلى غير ذلك. فكلمّا كانت هناك علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي يجد القاضي نفسه أمام اللّجوء إلى قواعد الإسناد من أجل معرفة القانون الواجب التطبيق، إلّا أنّه قبل ذلك لا بدّ أن يتحقّق القاضي من مسألة اختصاصه أو عدمه بالنظر في المسألة النزاعية المعروضة عليه، فمادام أنّ هناك عنصراً أجنبياً فإنّ مسألة تنازع الاختصاص القضائي سيكون احتمالها، ومعنى ذلك تحديداً وجود محاكم مختلفة لدول مختلفة تتنازع حقّ النظر في المسألة، ولهذا كان واجبا على القاضي الفصل في هذه المسألة الأولية (تنازع الاختصاص القضائي) قبل النظر في مسألة تنازع القوانين.

انظر في ذلك لمزيد من التفصيل: الفار (عبد الواحد)، الاختصاص القضائي الدولي في المنازعات ذات العنصر الأجنبي، مجلة الدّراسات القانونية (صادرة عن كلية الحقوق بجامعة أسيوط)، العدد 18، يونيو 1996، ص(3-72)، وانظر كذلك: حافظ (ممدوح)، مبدأ النّظام العام وتنازع القوانين، مجلة القانون والاقتصاد (صادرة عن جامعة البصرة)، العددان 5 و6، السّنة الثالثة، حزيران 1971، دار الطّباعة الحديثة بصرّة، ص(105-174).

¹⁴¹ لقد نظّم المشرّع هذه الأفكار أو الفئات المسندة من خلال المواد من (9) إلى (24) من القانون المدني.

¹⁴² Walker (D.M.), *op.cit.*, P.140-141, Issad(M.), *op.cit.*, P.151, Mayer (P.), *op.cit.*, P.99

تسند إلى الجنسية، بينما في الدول الأنجلو-سكسونية تسند إلى الموطن¹⁴³. وبعد أن مرّت عملية التّكييف بمرحلة اضطراب فقهي وقضائي¹⁴⁴، استقرّ أغلب الفقه وتبعه القضاء على فكرة إخضاعه إلى قانون القاضي باعتباره (أولاً) تفسيراً لقاعدة الإسناد، وباعتباره (ثانياً) ضرورياً في مواجهة الاستحالة العملية التي يواجهها القاضي في الرجوع إلى القانون وفق ما ذهبت إليه قاعدة الإسناد، وصعوبة اللّجوء إلى القانون المقارن من أجل التّوصّل إلى وصف مناسب¹⁴⁵. ويرجع الفضل في بناء نظرية خاصّة به إلى الفقيهين، الألماني (Kahn) والفرنسي (Bartin)¹⁴⁶. هذا الأخير الذي قام من خلال نظريته بضبط القاعدة وتحديد نطاقها من خلال التّحقّق الذي أقامه عليها فيما تعلق بالتّكييف اللاحق الذي لا يمكن أن يكون خاضعاً لقانون القاضي بل للقانون المختصّ بالنّظر في النزاع بناء على ما قرّره قواعد الإسناد في دولة القاضي، فمتى تمّ تكييف العلاقة محلّ النزاع وفق قانون القاضي وتبيّن أيّ القوانين سوف يطبّق على القضية النزاعية وسوف يختصّ بحكمها، كان له الحقّ في جميع التّكليفات اللاحقة، أي (التّعريف)¹⁴⁷ وفق ما ذهب إليه

¹⁴³ Revillard (M.), *op.cit.*, P.14, Holleaux (D.), Foyer (J.), De La Pradelle (G.), *op.cit.*, P.210.

¹⁴⁴ لقد بدأ هذا الاضطراب وظهرت معه مشكلة التّكييف في المنظور القضائي ثمّ في المنظور الفقهي من خلال قضية (Caraslanis).

¹⁴⁵ Issad(M.), *Ibid*, P.152, Mayer (P.), *Ibid*, P.132, Holleaux (D.), Foyer (J.), *Ibid*, P.215. وانظر كذلك: راشد (سامية)، قاعدة الإسناد أمام القضاء - بحث في القانون الدولي الخاص المصري والمقارن، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية (تصدر عن كلية الحقوق بجامعة عين شمس)، السنة الرابعة عشر، العدد2، يولييه لسنة 1972، مطبعة جامعة عين شمس، 1972، ص(387-505).

¹⁴⁶ Issad(M.), *Ibid*, P.152, Mayer (P.), *Ibid*, P.132, et: Holleaux (D.), Foyer (J.), *Ibid*, P.215.

¹⁴⁷ إنّ إطلاق (Bartin) للفظ (التّعريفات les Définitions) على التّكليفات اللاحقة كان بهدف التّمييز بينها وبين التّكييف اللازم لتحديد قاعدة الإسناد، الذي لقي قبولا حسناً من رجال الفقه، حيث أطلق بعضهم على النوع الأول التّكييف الاختصاصي، باعتباره لازماً لتعيين القانون المختصّ في حكم العلاقة، وعلى النوع الثاني (التّكليفات الموضوعية)؛ لتعلّقها بتطبيق الأحكام الموضوعية للقانون المختصّ بحكم العلاقة، فهي لا دور لها في تعيين القانون المختصّ. كما أطلق بعض فقهاء الانجيز على النوع الأول (التّكييف الأولي Primary classification) الذي يخضع لقانون القاضي باعتباره لازماً لمعرفة قاعدة الإسناد، وعلى النوع الثاني (التّكييف الثانوي Secondary Classification) الذي يخضع للقانون المختصّ بحكم العلاقة باعتباره غير لازم لمعرفة قاعدة الإسناد، وهذا هو الذي يطلق عليه (Bartin) التّكييف اللاحق. فالأول يكون تكييفاً مجرداً عن الوصف مهما كانت تسميته اختصاصياً أو أولياً فهو لازم لمعرفة قاعدة الإسناد، أمّا الثاني (التّعريف) أو التّكييف الموضوعي أو التّكييف الثانوي فهو غير لازم لمعرفة قواعد الإسناد ولهذا لم يكن خاضعاً لقانون القاضي بل للقانون المختصّ بالنّظر في العلاقة محلّ النزاع بناء على ما ذهبت إليه قواعد الإسناد في قانون القاضي. وقد أخذ المشرّع الجزائري بما ذهب إليه الفقه الغالب وعلى رأسهم (Bartin) كما هو واضح من خلال نصّ المادة (9) من القانون المدني.

انظر في ذلك لمزيد من التفصيل: عبد الله (عزّ الدين)، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول والثاني، مارس وأبريل لسنة 1954، السنة الرابعة والعشرون، مطبعة جامعة القاهرة، 1954، ص(51-130). وانظر قريباً من هذا: راشد (سامية)، قاعدة الإسناد أمام القضاء - بحث في القانون الدولي الخاص المصري والمقارن،

مرجع سابق.

(Bartin)¹⁴⁸، على تحديد قاعدة الإسناد، حتى ولو كان قانوناً أجنبياً¹⁴⁹، ما لم يخالف النظام العام في دولة القاضي¹⁵⁰.

وفي كلّ ذلك يكون القاضي منضبطاً، وهو يمارس كلّ هذه العمليّات، بقاعدتين جوهريتين، تناسيهما يؤدّي حتماً إلى بطلان الحكم: (الأولى) قاعدة وجوب التقيّد بالفصل في النقطة القانونية المطروحة عليه¹⁵¹، أمّا (الثانية) يمتنع على القاضي أن يؤسّس حكمه على واقعة تحصل عليها من خارج إطار النزاع المطروح عليه¹⁵² على سبيل الافتراض¹⁵³، أو على سبيل الاستنتاج¹⁵⁴، الأمر الذي يؤدّي إلى

¹⁴⁸ هو (Etienne-Adolphe Bartin)، ولد في الثاني من شهر أكتوبر من عام 1860، ب: (Chauriat (Puy-de dome)). برّز في مجال القانون سنة 1887. دّرس القانون الروماني والقانون المدني ابتداءً من سنة 1907. وبعد ذلك أصبح أستاذاً للقانون الدولي الخاص سنة 1927 بباريس. توفّي بباريس في ديسمبر من عام 1948. له مصّنف مشهور موسوم: (دروس في القانون المدني) (Cours de droit civil) من اثني عشر مجلداً، ألفه على منهج (Zacharée). انظر في ذلك: data.bnf.fr/13025993/etienne_bartin/¹⁴⁹ انظر في ذلك لمزيد من التفصيل: عبد الله (عزّ الدين)، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية، المرجع نفسه. وكذلك: راشد (سامية)، المرجع نفسه.

¹⁵⁰ يعتبر النظام العام من أهمّ الآليات الفنيّة الحامية للنظام القانوني ومعه المجتمع في دولة القاضي .
¹⁵¹ انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 56036، المؤرخ في 1989/11/15، المجلّة القضائية، سنة 1990، عدد4، ص(40-42)، وانظر كذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 58037، المؤرخ في 1990/01/08، المجلّة القضائية، سنة 1992، عدد2، ص(66-70).

¹⁵² ومن خلال الخلاف الفقهي الذي ورد بشأن هذه المسألة وأدلة كلّ فريق فقهي، لا يبدو أنّ هناك نصّاً صريحاً في جواز القضاء بعلم القاضي أو منعه، فكأنّ فريق نجده مستندا على عموميّات مسلمة من الجميع، ومع كلّ هذا فإنّ القول الرّاجح يدور حول القول بمنع الحكم بعلم القاضي لاعتبارات تتعلق بتطوّر الزّمان وفساد أهله وضعف الوازع الدّيني وقلة الورع، مع سدّ الدّرائع ودرء الفتنة. وحيث لا دليل على المشروعية أو المنع فينظر إلى المصلحة العامة في ترجيح أحد التّأيين على الآخر وتقلّص أحفّ الضّررين، ودفع الضّرر الأشدّ. انظر في ذلك: الرّحيلي (محمد)، الرّحيلي (محمد)، وسائل الإثبات في الشّريعة الإسلاميّة، ج2، دمشق، مكتبة دار البيان، 2007، ص580 وما بعدها.

¹⁵³ عندما قضى قضاة الاستئناف بإلغاء الحكم المعاد الذي قضى بالطلاق بين الطّرفين بإرادة الرّوج والحكم من جديد برجوع الرّوجة إلى بيت الرّوجية بسعي من الرّوج في ظرف شهر من يوم تبليغها بمخا الرّوج وعلى الرّوج أن يدفع للرّوجة 250 دينار نفقة معاش من يوم رفع الدّعوى إلى يوم رجوعها الفعلي. وما ثبت في المسألة أنّ الرّوج المطلق تراجع فعلاً بعد ندمه عن طلاقه لكنّ ذلك لم يكن إلّا بعد مضيّ مدّة العدة، وندمه هذا لا يحول دون احتساب الطّلاق الذي تلقّظ به، وعليه إذا أراد أن يرجع زوجته وجب عليه اتّباع القواعد الفقهيّة التي تنظّم وتضبط الرّجعة، وكان واجبا على قضاة الاستئناف سلوك مسلك قضاة محكمة الدّرجة الأولى الذين حكموا بالطلاق، وحكمهم برجوع الرّوجة إلى بيت الرّوجية مخالف للشّريعة، الأمر الذي أدى إلى نقضه. انظر في ذلك: قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 35322، المؤرخ في 1984/12/17، المجلّة القضائية، سنة 1989، عدد4، ص(91-94).

وفي قضية أخرى نجد قضاة المجلس انتهوا على اعتبار الوصية صحيحة نافذة وأنّ الموصى لها تستفيد بكامل تركّة عمّتها وليس بالتّثلث فقط، اعتماداً على أنّ مورث الطّاعنين الذي هو أب الموصى لها وأخ الموصية والوارث الوحيد لها، والذي توفّي بعدها بسنة واحدة لم يعترض على هذه الوصية، واعتبر قضاة المجلس أنّ عدم الاعتراض لإجازة لهذه الوصية دون أن يوضّحوا هل تمّ حصر تركّة الموصية وهل علم الوارث بالوصية، وما هي المواقف الظّاهرة المعيرة على أنّ هذا الوارث قد أجاز هذه الوصية، مكثفين بالقول أنّ عدم وجود ما يثبت بملفّ القضية اعتراض الوارث على الوصية أثناء حياته، يقوم مقام الإجازة فتكون الوصية نافذة بذلك، ويكون قضاة المجلس قد بنوا هذه الإجازة على الافتراض والظنّ، فابتعدوا عن مفهوم أحكام المادة 185 من قانون الأسرة التي تجعل من الوصية المتجاوزة ثلث التّركّة موقوفة على إجازة

إهمال الوقائع المطروحة من أطراف الدّعى، فإذا كان النزاع بين الزوجين حول المسيس أو عدمه على سبيل المثال، فيجب على قضاة الموضوع إبداء رأيهم فيه بوضوح، وذلك بإثبات أحدهما ونفي الآخر. فادّعاء الزوج عدم المسيس وادّعاء الزوجة الإصابة يوم الدّخول، يترتب عليه أنّ القول قولها يمينها، وإن حلفت استحقت الصّداق كاملاً، وإن نكلت حلف الزوج وتشاطرا الصّداق، فإن نكل صدّقت هي، إلا أنّ القاضي أهمل كلّ هذه الأمور وسكت عنها، واكتفى بالطلاق بين الطرفين طالبا من الزوج 1000 دينار مقابل نفقة العدة و3000 دينار مقابل نفقة المتعة، والمصادقة على الحكم فيما يخصّ النفقة الماضية وتخفيضها إلى 2000 دينار، فينزّل ذلك منزلة عدم التّسبب في منظور المحكمة العليا¹⁵⁵. وخلاصة كلّ هذا، أنّه لا يجوز للقاضي أن يؤسّس حكمه على وقائع لم تكن محلّ المناقشات والمرافعات¹⁵⁶ إلا إذا كانت من قبيل الوقائع العامّة كأزمة السّكن¹⁵⁷؛ لأنّ موضوع النزاع يتحدّد بالادّعاءات التي يقدّمها الخصوم في

الوارث، وبالتالي فإنّ هذه الإجازة يجب ألا يتخلّلها أدنى شكّ، وهذا ما جعل قضاة المجلس يخطّون في تطبيق أحكام القانون، ويكون بذلك قرارهم قابلاً للتّقض. أنظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.م) رقم 241885 المؤرخ في 2001/03/14، المجلّة القضائية، سنة 2002، عدد1، ص(133-138).

¹⁵⁴ عندما ركّز قضاة الاستئناف في حكمهم على تصميم الزوجة على التّفريق بينها وبين زوجها وعلى استحالة استمرار الحياة المشتركة بينهما، فمن غير الممكن حسبهم إرغام شخص ما أن يعيش مع الآخر إذا لم يكن بينهما انسجام ولا تآلف، ودون إرادة منهما في ذلك، زيادة على أنّ الزوجة لم تقدّم للمحكمة الابتدائية والمجلس القضائي البيانات اللاّزمة لتبرير طلبها المتعلّق بالتّطبيق، رغم أنّ الشّريعة الإسلامية لا تعطي الحقّ للزوجة في طلب التّطبيق إلا بعد إثبات الصّرر الخطير والمستمرّ الذي لحقها من زوجها، ولا يكون بذلك الاستنتاج الذي وصل إليه قضاة الاستئناف كافياً للتّصريح بالتّطبيق بين الزوجين ما دامت الزوجة لم تقم بإثبات ادّعاءاتها المتعلّقة بإساءة زوجها لها. أنظر في ذلك: قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 34767، المؤرخ في 1984/12/17، المجلّة القضائية، سنة 1990، عدد1، ص(92-95). والقول كذلك بالمراجعة عن طريق الاستنتاج والتّفسير الخاطئين لأقوال الطّاعن من طرف المحكمة وقضاة المجلس أمر يخالف أحكام الشّريعة والقرار الذي يصدر بمثل هذا القول يكون منعدم الأساس القانوني والشّرعي يجب نقضه، حيث أنّ الطّاعن ينكر إنكاراً قاطعاً حضور هذه المراجعة، وما زاد الأمر وضوحاً أنّ الشهود الذين قدّمتم المطعون ضدها لم يصّرحوا أنّهم حضروا المراجعة باستثناء ما صرّح به أحدهم بأنّ المطعون ضدها والطّاعن قد زاراه معا بعد الحكم بالطلاق، ومع ذلك لا يعلم بمهذ المراجعة. ومع هذا فالقرار نجده يخالف بوضوح أحكام المادة 22 من قانون الأسرة؛ لأنّه أمر بتسجيل زواج لا تتوفّر فيه الأركان الشّرعية مكتفياً بالعلاقة الجنسية الموجودة بين الطرفين. أنظر: قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 45867 المؤرخ في 1987/06/01، المجلّة القضائية، سنة 1992، عدد4، ص(54-57).

¹⁵⁵ أنظر في ذلك: قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 34262، المؤرخ في 1984/11/19، المجلّة القضائية، سنة 1990، عدد1، ص(75-78).

¹⁵⁶ إلا أنّه يجوز للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار من بين عناصر المناقشات والمرافعات الوقائع التي أثيرت من طرف الخصوم ولم يؤسّسوا عليه ادّعاءاتهم، وهذا ما نصّت عليه المادة (26) من القانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمّن الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية رقم: 21، لسنة 2008.

¹⁵⁷ أقامت السيّدة (و.م) طعنا يرمي غلى نقض القرار الذي أصدره مجلس قضاء (عنابة) بتاريخ 1985/11/19 المؤيّد لحكم الصّادار من محكمة المدينة نفسها يوم 1984/05/25 الّذس قضى على الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية التي زقت فيه ورفض الطّلبات الأخرى؛ حيث علّقت الطّاعنة طلب الطّلاق على رفض زوجها إسكانها منفردة بعيدا عن اهله، إلا أنّ الزوج أظهر عدم قدرته على ذلك، وقيل قضاة الموضوع هذا التّبرير آخذين في عين الاعتبار أزمة السّكن العامّة بالبلاد التي تعفي الزوج من التزامه بمطلب زوجته، وعلى هذا الأساس

عريضة افتتاح الدّعى ومدكّرات الرّدّ، الّتي تقدّم كتعدّيات في طلبات عارضة إذا كانت مرتبطة بالطلّبات الأصليّة¹⁵⁸. كما يمتنع عليه أن يدخل هذه الواقعة في استدلاله الاستنباطي الّذي يرمي إلى تدعيم تقديره لوقائع النزاع، وأن يستبدل قرائن غير صحيحة مثبتة الصلّة بهذه الوقائع بالعلم المستمدّ من الوقائع الّتي خضعت للإثبات ووقع النزاع عليها¹⁵⁹. كدعوى في القضاء الفرنسي مضمونها المطالبة ببطلان عقد هبة رفعها ورثة الواهبة، وكان الطّلب مؤسساً على عدم سلامة قواها العقليّة المثبت بشهادات طبيّة من طبيّتها، قدّمها المدّعون في ملفّ القضيّة كأساس لهذا البطلان، واستند الموهوب له إلى عدم شرعيّة هذا الإثبات؛ لأنّه أخلّ بالسّرّ الطّبيّ، إلّا أنّ قاضي الموضوع رفض هذا الاعتراض مقتصرًا على بيان مسألة من محض ابتداعه، وهي أنّه لو كانت الواهبة على قيد الحياة سليمة القوى العقليّة لكانت وافقت على تقديم مثل هذه الشّهادات¹⁶⁰، إلّا أنّ محكمة التّقضّ الفرنسية ألغت هذا الحكم على أساس أنّ القاضي قد فصل في النزاع بناءً على علمه الشّخصي؛ لأنّ الافتراض الّذي تأسّس عليه الحكم لا يتساوى مع الدليل المستمدّ من وقائع تمّ إثباتها بمعرفة الخصوم، حتّى لو كان ذلك في دائرة القرائن، فإنّ الاستنباط الّذي استخلصه القاضي لا تؤدّي إليه وقائع الدّعى، وإنّما هو محض رأي شخصي للقاضي¹⁶¹؛ لأنّه لا يمكن القول بوجود رضاء ضمني للواهبة بتقديم مثل هذه الأوراق لدحض الهبة، الأمر الّذي يترتّب خطأً في الاستدلال يؤدّي بدوره إلى فساد النتيجة الّتي توصل إليها الحكم¹⁶².

ويبدو من خلال كلّ ما سبق، أنّ القاضي يستخدم، وهو يتعامل مع الوقائع، منهجاً حسياً تجريبياً، معدّلاً باستعمال المنهج العقلي ومكمّلاً بمنهجين أساسيين، المنهج الوصفي والمنهج التحليلي، كلّها تستعمل نوعين من الوسائل، الوسائل القانونية والتقنية بنوعها الشّكلية والمعايير القضائية، والوسائل المنطقية سواء كانت استدلالاً بالمشابهة أو استدلالاً بالمخالفة أو تحليلاً¹⁶³. وأصحاب المذهب الحسّي يجعلون التجربة الحسّيّة أصل كلّ معرفة، ممّا دفعهم إلى مهاجمة أصحاب فكرة (العقل المفكّر) الّذين ينظرون إلى

رفض طعنهما. أنظر: قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 44994 المؤرّخ في 1987/02/23، المجلّة القضائية، سنة 1990، عدد 3، ص(58-60).

¹⁵⁸ وهذا ما نصّت عليه المادة (25) من القانون 08-09 المؤرّخ في 25 فبراير 2008، المتضمّن الإجراءات المدنية والإدارية.

¹⁵⁹ عمر (نبيل)، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشّخصي، مرجع سابق، ص16.

¹⁶⁰ المرجع نفسه، ص14.

¹⁶¹ عمر (نبيل)، مرجع سابق، ص14-15.

¹⁶² المرجع نفسه، ص15.

¹⁶³ بن ملحّة (الغوّثي)، مرجع سابق، ص(43-65).

العقل على أنّه أصل كلّ معرفة أولية أو بديهية، المتّسمة بطابع الضّرورة¹⁶⁴ والكلية¹⁶⁵. وفي الحقيقة، فإنّ الاستدلال الذي يعتمد على العمليّات التحليلية والتّركيبية والقياسية والاستنتاجية يكون طريقاً معتبراً للبحث عن الحقيقة، إلّا أنّه ينبغي للعقل أن يستفيد ممّا تنقله إلينا الحواس من صور الأشياء الموجودة في الواقع العملي بشرط ارتباطها بالواقعة محلّ البحث، فالجمع بين الحسّ والعقل مسألة ضرورية تفرض علينا فرضاً، وهذا ما رآه الفيلسوف الألماني (Kant) فالأول يمدّدنا بمعطيات مشتتة لا يمكن أن تكون موضوعاً للمعرفة إلّا بعد خضوعها لصيغ العقل الأولية الضّرورية، فالحسّ وحده لا يستطيع أن يمدّدنا بكلّ المعرفة عن الحقيقة، والقانون ذاته ينطبق على العقل¹⁶⁶، وهذا ما يسمّى المنهج التّقدي عند (Kant).

أضف إلى ذلك المنهج الوصفي الذي تمخّض من فلسفة الظواهر التي نادى بها (Husserl)¹⁶⁷، يستعمله القاضي في تشخيص الوقائع، ثمّ تقرير ما ينبغي أن تكون عليه بتكليفها. يعتمد هذا المنهج على دراسة حالة العينة محلّ الفحص عن طريق تجميع معطيات تصلح أساساً لتفسير الوضع القائم للوحدة المبحوثة على ضوء خبراتها الماضية وعلاقتها مع البيئة المحيطة، وبذلك يمكن رسم صورة متكاملة لها¹⁶⁸. أمّا المنهج التحليلي الذي اصطنعه لنفسه الفيلسوف (Russel) كمنهج جديد للوصول إلى الحقيقة، بمقتضاه يقوم القاضي بتحليل النزاع إلى عناصره الأولية لمعرفة ما هو منتج، وما هو غير منتج في الدّعى، ثمّ يقوم بتكليفها بعد بتر العناصر غير المنتجة أي التي لا تنتج أثراً قانونياً، وذلك كلّه باستعمال المكناات والوسائل التي أعطاهها المشرّع للقاضي تقليدية كانت كالمعاينة والشهادة، أو حديثة كما هو الأمر بالنسبة للوسائل العلميّة، وهو الأمر الذي يمكنه من التفريق بين الطّلب الجديد وبين الدليل الذي يدعّم الدّعى¹⁶⁹، كما

¹⁶⁴ الضّرورة التي توجب صدق القضايا والأحكام، كما هو الحال في قوانين المنطق والرياضيات والبيدييات.

¹⁶⁵ الكلية تعني صدق القضايا والأحكام في كلّ زمان ومكان، وعدم تعرّضها للتغيّر بتغيّر الظروف والأحوال، على عكس ما يذهب إليه التجريبيون من القول بنسبية الأحكام لربطهم صدقها بمدى انطباقها على التجارب الحسّية.

¹⁶⁶ أحمد (هلاي)، الحقيقة بين الفلسفة العامة والإسلامية وفلسفة الإثبات الجنائي، ط1، دار النهضة العربية، 1987، ص790.

¹⁶⁷ Grandjean (A.), Perreau (L.), *Husserl, la science des phénomènes*, Paris, CNRS EDITIONS, 2012, p.8 et suite.

¹⁶⁸ أحمد (هلاي)، مرجع سابق، ص796..

¹⁶⁹ حيث حصل ذلك فعلاً في قضية عرضت على قضاة المحكمة العليا، حيث قدّمت الطّاعنة عقد زواجها بالمرحوم (ب.ر) ثمّ عقد زواجها بأخيه (ب.ط)، حيث أنّ الطّاعنة قد رافعت المطعون ضدهم بشأن نصيبها في تركة زوجها المرحوم (ب.ر) بن (س) المتوفّي سنة 1957 والذي تمّ زواجه بها سنة 1948، ثمّ تزوّجت بأخيه (ب.ط) في خريف سنة 1958 والمتوفّي سنة 1959، حيث لاحظ القاضي الأوّل بأنّ المدّعية لم تقدّم أيّ دليل على يثبت زواجها بالمذكورين، مع أنّه لا يوجد أيّ نزاع في الرّؤية ورفض دعواها واعتبرها تعسفية طبقاً لمادة (41) من القانون المدني. ولقد جاء في القرار المطعون فيه أنّ كلّ وثيقة لم تعرض للتقاضي الأوّل والذي يقدّمها أحد الأطراف أمام المجلس يعد ذلك من قبيل الطّلبات الجديدة، وبالتالي يتعيّن رفضه في الدّرجة الثانية، وردّت المحكمة العليا بوضوح بأنّ الطّاعنة لم تكن متعسّفة في دعواها كما قضى بذلك قضاة الموضوع، وأنّ المادة (41) من القانون المدني لا تنطبق على دعوى الميراث التي أقامتها الطّاعنة،

يمكنه من تتبّع الجزئيات الموجودة أمامه في ملفّ الدّعوى الأمر الذي يقع حائلا بينه وبين وقوعه ضحية للتّفكير غير المنطقي¹⁷⁰. دون أن ننسى استعمال القاضي لمناهج مساعدة أخرى كالمناهج النقدي والبراجماتي، وخاصّة منه المنهج العقلي التّأويلي الذي نجد له مجالا عند تقدير الوقائع والأدلة، فيجوز عند ذلك أن يرفع التّعارض الذي قد يوجد مثلا بين شهادة الشّهود وتقرير الخبير عن طريق التّأويل شريطة أن يكون هذا التّأويل سائغا في حكم العقل والمنطق¹⁷¹. وإنّ استعمال كلّ ذلك يعتبر من مقتضيات قاعدة الشكّ الديكارتّي¹⁷²، فلا يستطيع القاضي أن يبني دعواه أو حكمه على أساس متين إلّا بالشكّ ابتداء في صدق الوقائع المطروحة أمامه وهذا هو الشكّ المنهجي، الموصل إلى معرفة صادقة لحقيقة الواقعة، وهو منهج يفرضه القاضي على نفسه من أجل فحص الوقائع والبيانات التي قدّمها له أطراف الدّعوى والتّأكد من خلوّها من الأخطاء والادّعاءات الكاذبة¹⁷³. فالقاضي يقوم بوظيفتين جوهريتين يشبه فيهما صائد اللؤلؤ الذي ينتقي ويختار من بين لآلي مختلفة ثمّ ينظّم ما اختاره في عقد واحد و هي في حالة القاضي صيغة الحكم في مرحلة إصداره¹⁷⁴. ومسألة الأخذ بهذه المناهج متكاملة متناسقة من طرف القاضي هي في حقيقتها مسلك للابّجاه المعاصر الذي تزعمه (Russel) المرتكز على فكرة تكامل العلوم والمناهج، فالعلوم لم تعد مستقلّة عن بعضها البعض، وتلك الحدود التي كانت بينها لو تعد كما كانت فقد انجذرت

فينقض القرار. أنظر: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 91664 المؤرّخ في 27/04/1993، المحلّة القضائية، سنة 1994، عدد1، ص(68-71).

¹⁷⁰ فإذا كان المستأنف في القضية هو التّزوج وحده، فلا يجوز أن ينظر قضاة المجلس القضائي في طلبات حفظتها المحكمة، ولم يقع الاستئناف بشأنها ممّن قدّمها، ولا يجوز لهم أن يدخلوا عليها تغييرات بتوجيه اليمين في شأنها؛ لأنّ الجانب المنطقي يفرض نفسه في هذه القضية؛ بحيث أنّ الإجراء الذي يقوم به الخصم إنّما قام به لانتفاع به هو نفسه لا لينتفع به خصمه. ونرى في هذه القضية خرقا لهذه القاعدة فضلا عن خرق الجانب القانوني، فالمستأنف تقدّم بعدّة طلبات لكنّها بقيت بلا جواب، والرّجعة لم تستأنف إلّا أنّ القاضي كلّفها باليمين فيما تعلق بالأمتعة والحلي، وحكم تبعا على المستأنف بردها أو دفع قيمتها لها، وهذا هو عين الخرق المقصود، فالاستئناف يفترض فيه أن يكون مرتبطا بمصلحة المستأنف أو على الأقلّ بالمحافظة عليها كما هي، وإلّا لأضّرّ به استئنافه، وهذا غير مقبول منطقيا فضلا عن عدم قبوله بالأولى قانونا، ولهذا نقضت المحكمة العليا هذا القرار.

أنظر في ذلك: قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 46111، المؤرّخ في 29/06/1987، المحلّة القضائية، سنة 1990، عدد2، ص(68-70).

¹⁷¹ أحمد (هاللي)، مرجع سابق، ص796.

¹⁷² Descartes (Ch.), *Discours de la methode*, librairie générale française, 2000, p.33

¹⁷³ أحمد (هاللي)، المرجع نفسه، ص828 وما بعدها..

¹⁷⁴ المرجع نفسه، ص799-800.

لنفسها سبيلا آخر¹⁷⁵، وهذا ما يعدّ فتحاً جيداً في مجال الإثبات والبحث عن الحقيقة في الفكر القانوني¹⁷⁶.

المطلب الثاني: الأحوال الشخصية

لا يمكن، في الحقيقة، الحديث عن مسألة مصطلح الأحوال الشخصية دون الحديث عن أصله التاريخي المبين لنشأته مروراً بتحديد نطاقه، أي مجموع المسائل التي يتضمّننها، من المنظور الفقهي وكذا المنظور القضائي، وصولاً إلى الآثار القانونية التي يولدها وصف مسألة ما بالحالة الشخصية. ولهذا كان واجباً علينا خضوعاً لمقتضيات البحث التطرّق لمسألة تحديد نطاق هذا المصطلح في (الفرع الأول)، ثمّ بيان الآثار القانونية المترتبة على هذا التحديد في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد نطاق الأحوال الشخصية

إنّ هناك اتفاقاً واضحاً بين الفقهاء على دلالة مصطلح الأحوال الشخصية النسبية، وبالتالي صعوبة تحديد مفهوم واضح ودقيق له، ويعود أصل ذلك إلى نشأته التاريخية المرتبطة بالفقه الإيطالي في القرنين الثاني عشر والثالث عشر حين واجهته المشكلة الموسومة في فقه القانون الدولي الخاص بمشكلة تنازع القوانين، وذلك في الوقت الذي كان يقوم في إيطاليا نظامان قانونيان، أحدهما نظام القانون الروماني باعتباره الشريعة العامة¹⁷⁷. وتلحق صفة العمومية هذا القانون من حيث مجال تطبيقه، بمعنى أنّ القانون الروماني كان سارياً على كلّ إقليم إيطاليا، أمّا الثاني فلم تكن له هذه الصّفة بل كان نظاماً محلياً لا يتعدّى سلطانه حدود إقطاعية أو مدينة من الإقطاعات و المدن الممتدة عبر إيطاليا، والتي استقلّت من السلطة المركزية مشكلةً بذلك دويلات مستقلة وإقطاعات صغيرة قائمة بذاتها¹⁷⁸. فمن خلال نظريّة الأحوال¹⁷⁹ تبين لنا أنّ

¹⁷⁵ المرجع نفسه، ص 840.

¹⁷⁶ المرجع نفسه، ص 829.

¹⁷⁷ سلامة (أحمد)، الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين، ط 4، دار الفكر العربي، 1965، ص 18-19، البكري (محمد)، الأحوال الشخصية، ج 1، د. ط، دار محمود للنشر والتوزيع، د. ت، ص 12، وانظر قريباً من هذا: قدرى (محمد)، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية مع شرحه محمد زيد الأبياني، تحقيق: سراج (محمد أحمد)، محمد (علي جمعة)، ج 1، ط 1، القاهرة، دار السلام، 2006، ص 14.

¹⁷⁸ سلامة (أحمد)، المرجع نفسه، ص 18-19، البكري (محمد)، المرجع نفسه، ص 12.

اصطلاح (أحوال) أطلق على قوانين مدن شمال إيطاليا منذ القرنين المذكورين، وذلك بجانب القانون الروماني الذي كان هو القانون العام لها جميعا، كما تبين كذلك أنّ فقهاء نظرية الأحوال وهم يعالجون مشكلة تنازع القوانين كانوا يصفون الأحوال بوصف الشخصية أو بوصف العينية، وذلك إمّا للدلالة على موضوع الأحوال، أهو الشخص أم المال، وإمّا للدلالة على مجال تطبيقها المكاني، وهي ممتدة أم إقليمية. وفقهاء المدرسة الهولندية¹⁸⁰، أوضحوا التفرقة بين تقسيم الأموال من حيث موضوعها وبين تقسيمها من

¹⁷⁹ وهي التي يقصد بها، على وجه التحديد، مجموعة القواعد الفقهية المصاغة من قبل فقهاء أوروبا منذ أواخر القرن الثاني عشر الميلادي، بغرض وضع حلول واضحة للتنازع القائم بين قوانين البلد الواحد ابتداء، ثمّ لذلك القائم بين قوانين البلاد المختلفة. بعد أن كان فقهاء المدرسة الإيطالية للأحوال يسلكون منهج الحلول الفردية البعيدة عن الخلفيات الفكرية المسبقة (مثل ذلك إقليمية القوانين وشخصية القوانين)، إلى أن وصل الأمر إلى اعتماد منهج الحلول الدولية، الذي كان بداية نشوء نظرية عامة في تنازع القوانين. واعتمد منهجهم في ذلك على تحليل الأحوال أي القوانين في ضوء نصوص القانون الروماني وقواعد المنطق القانوني المجرد ومقتضيات التجارة. متوصلين بذلك إلى تجميع الكثير من العلاقات القانونية في فئات أو أفكار مسندة، تخضع كلّ واحدة منها إلى قانون محدّد قد يتطابق وقد يختلف عن غيره الذي تخضع له فئة أخرى. ومن بين أهمّ ما توصلوا إليه: (أ) مسألة التمييز بين الجوانب الإجرائية التي أخضعوها لقانون القاضي، والجوانب الموضوعية التي أخضعوها لغير قانون القاضي الذي يمكن أن يكون قانونا أجنبيا باختلاف الحالة محلّ النزاع، (ب) مسألة إخضاع العقد شكلا وموضوعا لقانون بلد إبرامه، فما دام المتعاقدان قد أبرما عقدهما في بلد معيّن، فلا يمكن أن يشكّل ذلك إلا رضاهما الضمني لقانون ذلك البلد، وهذا كان أساسا لمبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة، (ج) مسألة إخضاع الآثار غير المباشرة للعقد لقانون البلد الذي ينفذ فيه، على خلاف الآثار المباشرة التي تظلّ خاضعة لقانون بلد الإبرام، وهذا المسألة توصل إليها الفقيه (Bartole) أحد الفقهاء الكبار التي تعتزّ بهم مدرسة الأحوال الإيطالية، (د) مسألة إخضاع الأموال لقانون موقعها، ويعبّر عنها بعبارة (lex rei citae)، (هـ) مسألة إخضاع الجرائم لقانون المكان الذي ارتكبت فيه، ويعبّر عنها بـ: (lex loci delicti)، وتعتبر هذه المسألة أساسا لقاعدة أنّ الفعل الضار يخضع لقانون محلّ وقوعه، (و) مسألة إخضاع حالة الأشخاص وأهليتهم لقانون موطنهم، وليس معنى ذلك مسقط الرأس، كما يقول (Bald)، فقد يكون مكان التوطن الحالي، (ز) التفرقة بين الأحوال البيغضة التي لا يمتدّ تطبيقها خارج الإقليم الذي سنّها كالتي تقضي بحرمان المرأة من الميراث، والأحوال المستحسنة التي يمتدّ تطبيقها خارج الإقليم الذي سنّها، فتكون معمولا بها من طرف قضاة الأقاليم الأخرى، وهي المسألة التي أصبحت نواة لفكرة النظام العام، التي تستبعد على أساسها القوانين الأجنبية من مجال التطبيق، والتي أحيل إليها إعمالا لقواعد الإسناد التي يعود فضل ظهورها لهذه المدرسة، الذي عرف فقهاء، بناء على ما تقدّم بأنّه فقه واقعي، تحليلي، وعالمي. وسارت بعد ذلك المدرسة الفرنسية في الاتجاه نفسه وعلى رأسها الفقيهان: (Demoulin) و (D'Argentré). انظر في ذلك: Batiffol(H.), Lagarde(P.), *Droit international privé*, Tome 1, 6^{ème} éd., 1975, P.125.

Issad(M.), *op.cit.*, P.55-56.

بلقاسم (أعراب)، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، ط11، الجزائر، دار هومه، 2009، ص49-50.

زروقي (الطيب)، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، ط2، مطبعة الفسيولة، 2008، ص56-57.

¹⁸⁰ لقد اعتمدت المدرسة الهولندية فقه (D'Argentré) باعتباره معبّرا عن النزعة الاستقلالية سياسيا، وعن السيادة الإقليمية المطلقة للقانون قانونيا، ومن أشهر فقهاءهم الذين أبدوا عنايتهم المستمرة بالمتابعة البحثية للتنازع المحلي وتنازع القوانين الدولي: (Burgundus) و (Paul Voet) وابنه (Gean Voet) و (Ulricus Hober). وما اختلفوا فيه مع (D'Argentré) هو مسألة الأحوال المختلطة، فالأحوال العينية في نظرهم ما كان محلّها الرئيس المال حتّى ولو كانت متعلّقة بالأشخاص، والأحوال الشخصية ما كان محلّها الرئيس الشخص حتّى ولو كان ذا صلة بالمال، أمّا ما كان منها مختلطا كقواعد الشكل والإجراءات فيطبّق عليها القانون الإقليمي؛ أمّا (D'Argentré) فيرى أنّ الأحوال المختلطة ما كان ذا صلة بالمال والشخص في الوقت ذاته. وقد أقرت المدرسة الهولندية في فكرها: (أ) مبدأ إقليمية القانون، (ب) الطابع الدولي لنظرية تنازع القوانين، (ج) إعمال قاعدة النظام العام والمصلحة الوطنية لأجل تعطيل تطبيق القانون الأجنبي في حالة التعارض، (د) اعتماد المجاملة الدولية كأساس لتطبيق القانون الأجنبي دون أيّ التزام

حيث مجال تطبيقها المكاني، وقصروا استعمال وصف الشخصية والعينية على التقسيم الأول، وإذا ما وضعنا هذه التفرقة موضع اعتبار كان معنى اصطلاح الأحوال الشخصية القوانين التي يكون موضوعها الشخص، والأحوال العينية القوانين التي يكون موضوعها المال، وكأنّ تقسيم الأحوال وبعبارة أخرى القوانين، إلى شخصية وعينية، هو تقسيم يرد على القوانين ذاتها وليس على موضوعها أي على المسائل التي تحكمها¹⁸¹. واستعار بعد ذلك الفقه تقسيم الإيطاليين وأصبح القانون المدني المقارن يقسم إلى طائفتين من القواعد، الطائفة الأولى تتعلّق بالروابط الشخصية أو الأشخاص وأهليّتهم وجنسيّتهم واحتفظ لها بمصطلح الأحوال الشخصية، أمّا الطائفة الثانية فتتعلّق بالروابط المالية أو بالأموال واحتفظ لها بمصطلح الأموال، ثمّ اختصر كلاً من الاصطلاحين فأصبح يطلق على الأولى الأحوال الشخصية، ويطلق على الثانية الأحوال العينية. ويكون بذلك مصطلح الأحوال الشخصية في مقابل الأحوال العينية، وقد كان نتاج صراع طويل بين مبدأ الإقليمية¹⁸² ومبدأ الشخصية¹⁸³. وبذلك يكون هذا المصطلح غريباً يطلقه أهله على الأحكام

أو اعتبار من اعتبارات العدالة والضّرورة، هذه الفكرة التي استهوت الكثير من الدول فانتقلت إلى إنجلترا ثمّ أمريكا. وينسب للفقيه (Hofer) اصطلاح تنازع القوانين واستعماله لأول مرة.

Mayer(P.), *op.cit.*, P.41-42. Issad(M.), *Ibid.*, P.60-61.

وانظر كذلك: بلقاسم (أعراب)، المرجع نفسه، ص54-55، زروي (الطيب)، المرجع نفسه، ص60-61.

¹⁸¹ عبد الله (عز الدين)، القانون الدولي الخاص، ج2، 9، القاهرة، الهيئة العامة العلمية للكتاب، 1986، ص133.

¹⁸² بقيادة (D'Argentre) الذي قال بأنّ الأصل هو عينية القوانين أو إقليميتها والاستثناء هو شخصيتها وإمكان امتدادها خارج

الإقليم وينطبق القانون تطبيقاً إقليمياً إذا كان متصلاً بالأموال، وبذلك يسري قانون الإقليم على كافة الأموال الكائنة فيه بصرف النظر عن موطن أطراف العلاقة، أمّا إذا كان القانون متعلّقاً بالأشخاص وتنظيم حالتهم وأهليّتهم فإنّه يكون قابلاً للامتداد إلى الخارج، بحيث يحكم الشخص أينما ذهب، أمّا إذا اتصل بالأموال من ناحية وبالأشخاص من ناحية أخرى فإنّه يعدّ من القوانين أو الأحوال المختلطة على حدّ تعبير الفقيه الفرنسي، وهذه الأخيرة تطبّق تطبيقاً إقليمياً رجوعاً إلى الأصل العام في إقليميّة القوانين لدى دارجنترية، وقد أثرت

هذه الأفكار على المدرسة الهولندية ومن ثمّ المدرسة الانجلوأمريكية. أنظر في ذلك: Mayer (P.), *op.cit.*, P.39-40.

وانظر كذلك قريباً من هذا: الحداد (حفيظة)، الموجز في القانون الدولي الخاص، ج1، دط، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية،

2007، ص16-17.

¹⁸³ بقيادة مانشيني في إيطاليا الذي أقرّ في نظريته أنّ الأصل هو شخصية القوانين (مع ملاحظة أنّ القانون الشخصي عنده هو قانون

الجنسية لا الموطن)، ولقد أورد على هذا الأصل عدّة استثناءات يسمح فيها بالرجوع إلى فكرة الإقليمية، وهي: (أ) العقود، فالقانون الواجب التطبيق عليها من حيث موضوعها، هو قانون الإرادة، (ب) التصرفات القانونية من حيث شكلها، فالقانون الواجب التطبيق عليها هو قانون الدولة التي تمّ فيها التصرف (Locus regit actum)، (ج) القوانين المرتبطة بفكرة النظام العام، فهي تطبّق تطبيقاً إقليمياً، كقانون العقوبات وقانون الملكية العقارية والقوانين العامة التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمصلحة العليا للدولة. فيكون المنهج الذي سلكه (Manchini) هو ذات المنهج الذي سلكه الفقيه (D'Argentrie)، فكل واحد منهما وضع مبدأ وأورد عليه استثناءات، فالأول اعتمد مبدأ شخصية القوانين، أمّا الثاني فقد اعتمد مبدأ إقليمية القوانين. وقد لاقى مبدأ شخصية القوانين نجاحاً باهراً، ليس فقط على المستوى النظري بل على المستوى التشريعي، فالقوانين المدنية، الإيطالي والإسباني والألماني المحررة في نهاية القرن التاسع عشر، وكذلك اتفاقيات (La Haye) لسنوات 1896، 1902 و1905، إنّما استوحت روحها منهن بغضّ النظر عن التراجع الذي حصل بعد ذلك.

Batiffol(H.), Lagarde(P.), *op.cit.*, P.125, Issad(M.), *op.cit.*, P.60-61. Mayer(P.), *Ibid.*, P.48.

وانظر كذلك: بلقاسم (أعراب)، مرجع سابق، ص58-59، زروي (الطيب)، مرجع سابق، ص65-66.

التي تنظّم علاقة الإنسان بأسرته وما يترتب على هذه الأحكام من آثار حقوقية والتزامات أدبية، فهو موضوع عندهم في مقابلة الأحكام المدنية التي تنظّم علاقة الإنسان بأفراد المجتمع خارج أسرته¹⁸⁴. ولهذا يلاحظ البعض أنّ استبدال مصطلح الأحوال الشخصية بمصطلح نظام الأسرة أو تشريعات الأسرة أو قوانين الأسرة من قبيل الغزو الثقافي وزعزعة المفاهيم الأصيلة؛ لأنّ الإسلام، حسب هؤلاء، لا يعرف التجزئة كما عرفت العقليّة الغربية، فالأسرة ليست شأنًا شخصيًا أو أحوالا شخصية ولكنها شأن مجتمعي، وهي أساس المجتمع، بما يبدأ، وعبرها يتمدد، وبها يحفظ عقيدته وهويته¹⁸⁵. وفي الحقيقة، إنّ هذا المصطلح لم تعرفه الشريعة الإسلامية؛ لأنّ الأحكام التي جاءت بها انقسمت إلى قسمين كبيرين، قسم يتعلّق بالعقائد وتمثّل دراسات التوحيد، وقسم يتعلّق بأعمال الإنسان، وتشمل العبادات والمعاملات، هذه الأخيرة هي التي تنظّم علاقة الإنسان بغيره كالعقود والتصرّفات، سواء تعلّقت بنظام الأسرة وتكوينها، أو تعلّقت بالأموال من بيع وإجارة¹⁸⁶.

إنّ تحديد المقصود بالأحوال الشخصية من الأمور الدقيقة التي يصعب فيها وضع معايير ثابتة. ابتداءً يبدو الأمر سهلاً عندما نعرّف فكرة الأحوال الشخصية على أنّها المركز القانوني للأشخاص، والأحوال العينية على أنّها المركز القانوني للأموال. إلّا أنّ التعريف على هذا الشكل يبدو قاصراً إذا دخلنا في مجال التطبيق بخصوص كلّ حالة على حدة¹⁸⁷؛ وذلك لأنّ تعريف الأحوال الشخصية كان دائماً مثار خلاف فقهي وتشريعي وقضائي، وهو ما جعل الكثيرين في صدد تعريفهم لهذا المصطلح في نطاق القانون الدولي الخاص يفضلون القول بأنّ الأحوال الشخصية يقصد بها مجموع المسائل التي يحكمها ما يسمّى القانون الشخصي¹⁸⁸.

إنّ مدلول الأحوال الشخصية يختلف من دولة إلى أخرى، فبعض الدول تضيّق من نطاق المفهوم، والبعض الآخر يوسّع من نطاقه، ويرجع هذا إلى عدّة عوامل، فانظر إلى فرنسا على وجه التمثيل، فإنّ قانونها يدخل تحت مدلول الأحوال الشخصية الحالة (*l'état*) والأهليّة (*la capacité*)، وهذا ما جاء في نصّ المادة الثالثة من القانون المدني الفرنسي، حيث أنّ القوانين المتعلقة بها تتبع الفرنسيين أينما ذهبوا وأينما

¹⁸⁴ الاشقر (عمر)، الواضح في شرح قانون الاحوال الشخصية الأردني رقم 26 لعام 2010، ط5، عمان (الأردن)، دار النفائس، 2012، ص11.

¹⁸⁵ بدر (خديجة)، الأسرة في الغرب، ط1، دمشق، دار الفكر، 2009، ص40.

¹⁸⁶ البكري (محمد)، مرجع سابق، ص11، وانظر قريبا من هذا: داود (أحمد)، الأحوال الشخصية، ج1، ط1، عمان (الأردن)، دار الثقافة، 2009، ص18، شليبي (محمد)، أحكام الأسرة في الإسلام، ط2، بيروت، دار النهضة العربية، 1977، ص11.

¹⁸⁷ فرج (توفيق)، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريّين، ط3، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1969، ص33.

¹⁸⁸ Batiffol (H.), Lagarde (P.), T.2, *op.cit*, P.1.

حلّوا، فكانت قاعدة الإسناد المتعلقة بما ناشئة على أساس أحادي الطرف¹⁸⁹، وهذا لا يمنع من القول، كما يقول (Merlin)، أن يكون الأجنبي كذلك متمتعاً بحالته الشخصية، كالفرنسي تماماً بتمام، الأمر الذي يدعو إلى إعمال المبدأ ذاته، فالموقف لا بدّ أن يكون نفسه¹⁹⁰، إلا أنّ الاجتهاد القضائي بعد ذلك وسّع من دائرة الأحوال الشخصية، فأصبحت تصل إلى حدّ ضمّ مسائل العلاقات الأسرية¹⁹¹، فأصبحت الحالة الشخصية تتضمّن العلاقات الأسرية، فتأثيرها على الحالة المدنية وإدخال القرابة في المؤسسات التقليدية لحماية القصر تبرّر ذلك، وبناء على هذه المعطيات فإنّ القانون الشخصي هو الذي يحكم تكوين عقد الزواج وآثاره، وكذلك التفريق الجسماني، والطلاق، كما يحكم إثبات النسب وآثاره غير المالية¹⁹². أمّا إيطاليا على سبيل المثال فإنّ مدلول الأحوال الشخصية كان أوسع ممّا هو عليه في فرنسا، حيث شمل إلى جانب الحالة والأهلية، الموارث والوصايا والهبات، وذلك استناداً إلى خصوصية هذه الأنظمة لما لها من صلات وثيقة مع الروابط العائلية¹⁹³. وقد تأثر القانون الإيطالي بفقّه (Manchini). وعند ذلك يتبيّن لنا أنّ القانون الفرنسي يجعل مسائل التّركات والموارث من صميم الأحوال العينية، وذلك على خلاف القانون الإيطالي الذي يجعلها من صميم الأحوال الشخصية¹⁹⁴. وعلة ذلك الضيق في القانون الفرنسي هي تأثره بفقّه (D'Argentré) وليد النزعة الإقليمية الإقطاعية والذي يتفق وحاجة فرنسا باعتبارها بلداً مستورداً للسكّان يستهدف لتطبيق القوانين الأجنبية بوصفها القانون الشخصي للأجانب، الأمر الذي يستدعي التّضييق في مجال إعمال هذه القوانين، كما أنّ علة هذا الاتّساع في القانون الإيطالي هي التّأثر بفقّه

¹⁸⁹ (Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français, meme résidant en pays étrangers)

هذه المادة كانت محلّ مناقشة ورفض في مجلس الدولة من طرف الفقيه (Tronchet)، الذي أكّد أثناء مناقشاته أنّ الأجانب لا يمكن أن يكون خاضعاً للقوانين المدنية المنظمة لحالة الأشخاص في فرنسا. فمن خلال ما جاء في العرض الأول لأسباب الباب التمهيدي بدأ أنّ (Portalis) كان مؤيداً لمبدأ خضوع الأجنبي في كلّ جوانب حياته إلى أحكام القانون الفرنسي مؤكّداً على أنّ: (القانون يجبر كلّ من يعيش تحت امبراطوريته، و السكّن في اقليم معيّن هو خضوع للسيادة). ومنذ ذلك الوقت والخلاف قائم فقها وقضاء، إلا أنّ التّوجه السائد هو تطبيق المبدأ نفسه الوارد في المادة (3) على الأجانب.

Laurent (F.), *Principes de droit civil*, T.1, Paris, A.Durand et Pedone Lauriel, 1869, P.122-123.

¹⁹⁰ Laurent (F.), *Ibid*, P.121-122. v. Mayer (P.), *op.cit.*, P.307.

¹⁹¹ Capitant (H.), Terré (F.), Lequette (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2000, p.209.

¹⁹² Holleaux (D.), Foyer (J.), De La Pradelle (G.), *op.cit.*, p.199.

¹⁹³ أنظر علة التّضييق في القانون الفرنسي والتّوسّع في القانون الإيطالي، عبد الله (عز الدين)، مرجع سابق، بند 75، ص145.

¹⁹⁴ تناغو (سمير)، مرجع سابق، ص36.

(Manchini) القائم أساساً على امتداد القوانين، والذي يتفق وحاجة إيطاليا باعتبارها بلداً مصدرًا الأمر الذي يستدعي امتداد القانون الإيطالي في أوسع الحدود ليحكم الإيطاليين في الخارج¹⁹⁵.

أمّا في مصر، فقد كان للتفرقة في نطاق القانون الخاص بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية أهمية خاصة في توزيع الاختصاص بين جهات القضاء؛ إذ كانت مسائل الأحوال الشخصية تدخل ضمن اختصاص محاكم استثنائية كالقضاء المختلط والقنصلي بالنسبة للأجانب، والمحاكم الشرعية وجهات القضاء المملّي بالنسبة للمصريين، وقد زال تعدّد جهات القضاء على إثر انتهاء فترة الانتقال سنة 1949 بالنسبة للأجانب، تمّ بصدر القانون 462 لسنة 1955 والذي عمل به من أول يناير 1956 بالنسبة للمصريين، وبذلك توحدت جهات الاختصاص القضائي في مصر. أمّا بالنسبة للاختصاص التشريعي، وقد كان مرتبطاً كقاعدة عامة بالاختصاص القضائي، فإنّه يفرّق في هذا الصدد بين منازعات الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب حيث يرجع إلى قواعد القانون الدولي الخاص، التي تبين لنا القانون الواجب التطبيق، وبين منازعات الأحوال الشخصية الخاصة بالمصريين، وبالنسبة للمنازعات الخاصة بالمصريين يجب أن يراعى أنّ إلغاء المحاكم الشرعية وجهات القضاء المملّي وضّم اختصاصها إلى المحاكم الوطنية بالقانون 462 لسنة 1955، لم يترتب عليه توحيد القواعد الواجبة التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية، بل إنّ القانون المذكور أحال القاضي في الفصل في منازعات الأحوال الشخصية بين المصريين بصفة عامة إلى الشرائع الدينية، كما نصّت المادة السادسة منه¹⁹⁶. ولقد حصل نقاش علمي بشأن تعريف الأحوال الشخصية بين الدكتور سمير عبد السيد تناغو والدكتور أحمد سلامة الذي اعتبر أنّ ما كتبه تناغو في مقاله: (اصطلاح الأحوال الشخصية من مخلفات الامتيازات الأجنبية وتعدّد جهات القضاء) من قبيل الخطأ العلمي في مقال له عنوانه: (مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين) ، وذلك لأنّ نقطة البداية التي بدأ منها تناغو ليست صحيحة؛ لأنّه اعتمد في تحديد المقصود بالأحوال الشخصية على المادة الثالثة عشر من قانون نظام القضاء رقم 43 لسنة 1949، إلّا أنّ هذا القانون كان قد ألغي بمقتضى القانون رقم 43 لسنة 1965 فيشأن السلطة القضائية في 19 يوليو 1965، وأنّ تشريف اصطلاح الأحوال الشخصية أمر واجب بيان أهميته في القانون المصري، هذا الأمر الذي أنكر في مقال تناغو، حيث أنّ للاصطلاح أهمية كبرى في تحديد المحكمة المختصة بنظر العلاقة الأجنبية أو ذات العنصر الأجنبي، ويكفي أن نشير إلى أنّ الكتاب الرابع في قانون المرافعات قد عنون ب: (في الإجراءات المتعلقة بالأحوال الشخصية)، وأنّ هناك إمكانية تحديد المقصود من

¹⁹⁵ عبد الله (عز الدين)، مرجع سابق، ص 172.

¹⁹⁶ فرج (توفيق)، مرجع سابق، ص 30-31.

الأحوال الشخصية حيث تمثل مجموعة المسائل التي تتعدّد القواعد القانونيّة بالنسبة لها، أو مجموعة المسائل التي يترك المشرّع حكمها لقانون ديانة المتنازعين، أي لقانونهم الشخصي، إلا أنّ هذا التّحديد أمر مرحلي؛ لأنّه سيختفي متى وُحّد المشرّع القواعد القانونيّة التي تحكم جميع العلاقات الوطنيّة غير الماليّة، حينها لن يكون لتحديد الأحوال الشخصية أيّ فائدة في نظام العلاقات الوطنيّة، وإنّما يكون له فائدة في نظام العلاقات الأجنبيّة فقط.¹⁹⁷

وفي مصر لا يدرس اصطلاح الأحوال الشخصية باعتباره اصطلاحاً قانونياً وضعياً؛ لأنّ هذا الاصطلاح لم يعد له مدلول وضعي، وأنّ قيمته تاريخيّة فقط، وأنّه من مخلفات الامتيازات الأجنبيّة وتعدّد جهات القضاء، وأنّ هذا الاصطلاح كانت أهميته كبيرة في الماضي؛ لأنّ النظام القانوني في ظلّ الامتيازات الأجنبيّة وتعدّد جهات القضاء كان يقوم أساساً على التّفرة بين الأحوال الشخصية والمعاملات الماليّة سواء من ناحية الاختصاص القضائي أو القانون الواجب تطبيقه، سواء بالنسبة للمصريين أو بالنسبة للأجانب. ولذلك فإنّ البحث في اصطلاح الأحوال الشخصية، وهو في تقدير تناغو بحث تاريخي محض، لا بدّ أن يعتمد على قوانين قد ألغيت، شأنه في ذلك شأن كلّ الأبحاث التاريخيّة¹⁹⁸. ولقد قام (تناغو) بالردّ على هذه التّقاط¹⁹⁹ بحيث بالنسبة لتحديد القانون الواجب التّطبيق على المصريين فإنّه من غير المفيد استخدام اصطلاح الأحوال الشخصية كفكرة مسندة في حلّ التّنازع الداخلي بين الشّرائع؛ لأنّ هذا المصطلح بحسب مدلوله الذي كان معروفاً في مصر خلال تجربة قانونيّة وقضائيّة مدّتها حوالي ثلاثة أرباع قرن من الزّمان، كان يشمل مسائل أصبح القانون فيها موحّداً في الوقت الحاضر. ولذلك إذا عرضت مسألة من هذه المسائل وقلنا أنّها من الأحوال الشخصية، وأنّها لهذا السّبب تخضع للقانون الديني لأطراف التّنازع، فإنّنا نكون قد وصلنا إلى نتيجة مخالفة لحكم القانون، إذا كانت هذه المسألة قد خضعت لقانون موحّد بالنسبة للمصريين جميعاً كمسائل الأهليّة والميراث والولاية على المال. ولذلك فإنّ المعيار الصّحيح بالنسبة لـ: (تناغو) هو أنّ القانون الديني لأطراف التّنازع لا ينطبق على الأحوال الشخصية، فإنّ هذا الاصطلاح إذا استخدم كفكرة مسندة في التّنازع الداخلي، قد يؤديّ على نتائج مضلّلة تخالف أحكام القانون ولكن ينطبق على المسائل التي لم يصدر بشأنها قانون موحّد، وقد انحصرت هذه المسائل في علاقات الأسرة، ولهذا كان من المفروض أن يكون قانون الأسرة بديلاً عن قانون الأحوال الشخصية.

¹⁹⁷ تناغو (سمير)، مائة أخرى اصطلاح الأحوال الشخصية، مجلّة العلوم القانونيّة والاقتصاديّة، سنة 1969، العدد 2، ص(1-9).

¹⁹⁸ المرجع نفسه.

¹⁹⁹ المرجع نفسه.

إنّ مصطلح الأحوال الشخصية، بناء على كلّ الموجهات التاريخيّة، القانونية والفقهية، يطلق على المسائل المتعلّقة بالعلاقات الزوجية، وما يترتّب عليها من حقوق وواجبات، وما ينشأ عنها من آثار وأولاد وحقّهم في ثبوت نسبهم من والديهم، وحقّهم في الرضاع الذي هو الوسيلة الوحيدة لتغذيّتهم في أوّل حياتهم وحفظهم من الهلاك، وحقّهم في الحضانة والولاية عليهم في أنفسهم وفي أموالهم إن كانت لهم أموال وحقّهم في التّفقة، أمّا الأمور المتعلّقة بالمسائل المالية²⁰⁰ فكلّها بحسب الأصول من الأحوال العينيّة²⁰¹. إلّا أنّ المشرّع المصري وجد أنّ الهبة والوصيّة من عقود التبرّعات تقوم على فكرة التصدّق المنسوب إليه ديانة، ولهذا اعتبرها من مسائل الأحوال الشخصية²⁰². والأمر الذي دعا إلى إدخال بعض المسائل الماليّة في دائرة الأحوال الشخصية يمكن أن نجمله في نقطتين، الأولى تحديد اختصاص كلّ من المحاكم الشرعية والمحاكم الوطنيّة حينذاك، أمّا الثانيّة فهي إبقاء المسائل التي فيها جانب ديني كالوصيّة والهبة ولوقف أو ترتبط بأمر ديني كالتّفقة والمهر وغيرها من اختصاص المحاكم الشرعية والمجالس الماليّة التي قصر عملها على النّظر في الأمور الدينيّة. وعلى ذلك تكون مسائل الأحوال الشخصية متناولة لمجموعات ثلاث: (أ) المسائل المتعلّقة بالحالة والأهليّة والولاية على المال، (ب) المسائل المتعلّقة بالأسرة، (ج) المسائل المتعلّقة بالوصايا والموارث²⁰³.

لقد بذلت عدّة محاولات قضائية وتشريعية لتحديد المقصود بالأحوال الشخصية، إلّا أنّ النتائج كانت كلّها تقريبيّة، والسبب أنّه لا توجد تفرقة حاسمة في معاملات النّاس بين المسائل المالية والمسائل الشخصية،

²⁰⁰ التّفقات على اختلاف أنواعها ومنشئها لتعلّقها بالمال واستحقاقه وعدم استحقاقه، وقد اعتبرها القانون من الأحوال الشخصية لكي يخرجها من اختصاص القسم المدني.

²⁰¹ الجندي (حامد)، قانون الأحوال الشخصية التّونسي وعلاقته بالشرعة الإسلاميّة، ط1، تونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2011، ص17.

²⁰² قمحاوي (محمد)، عبد الله (عمر)، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، د.ط، دار المطبوعات الجامعيّة، 1986، ص16-17، شليبي (محمد)، مرجع سابق، ص13، وانظر لمزيد من التّفصيل: خليل (أحمد)، خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المتعلّقة بالولاية على النّفس وفقا للقانون المصري رقم (1) لسنة 2000، مجلة الدّراسات القانونيّة (صادرة عن كلّية الحقوق بجامعة بيروت العربيّة)، العدد الخامس، تموز (يوليو)، سنة 2000، بيروت، الدار الجامعيّة، ص(9-237)، وتحديدًا: ص24.

²⁰³ شليبي (محمد)، المرجع نفسه، ص13-14.

وبعض المسائل لها طبيعة مزدوجة كالميراث على وجه التمثيل²⁰⁴، ومن ثمّ ينبغي أخذ التعريفات التي أعطيت على أنّها تعبير فقط عن الاتجاه العام²⁰⁵.

إنّ أولّ هذه التعريفات صدر عن محكمة النقض في حكم شهير لها في 21 يونيو 1934 في الطعن رقم 40 لسنة 30 ق، قرّرت فيه أنّ: (الأحوال الشخصية هي مجموع ما يميّز به الانسان عن غيره من الصفات الطبيعيّة ككونه ذكراً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو ابناً شرعياً، أو كونه تامّ الأهليّة أو ناقصها لصغر سنّ أو عته أو جنون، أو كونه مطلق الأهليّة أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونيّة. أمّا الأمور المتعلّقة بالمسائل الماليّة فكلّها بحسب الأصل من الأحوال العينية. وإذن فالوقف والوصيّة والهبة والتفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها هي من الأحوال العينية لتعلّقها بالمال واستحقاقه)²⁰⁶. ويأخذ بعض الفقه على هذا التعريف أنّه لا يخصّ الأهليّة بالذكر واعتبرها داخله ضمن حالة الشخص، مع أنّ الأهلية متميّزة عن الحالة وإن كانت متأثرة بها، ومن ناحية أخرى يؤخذ على هذا التعريف أنّه يكاد يرادف بين اصطلاح الحالة وبين اصطلاح الأحوال الشخصية²⁰⁷، زيادة على اعتباره التفقات من صميم الأحوال العينية، الأمر الذي يجعل المسألة مشوبة بالخطأ، باعتبارها من جوهر الأحوال الشخصية بالنظر لارتباطها بالزواج والقرابة من حيث الأثر²⁰⁸. وقد بينت المادّتان الثالثة عشر والرابعة عشر من قانون تنظيم القضاء في مصر رقم 47 الصّادر في 28 أوت من عام 1949 المسائل التي تعتبر من زمرة الأحوال الشخصية فنصّت الأولى على أنّ: (الأحوال الشخصية تشمل المنازعات والمسائل المتعلّقة بحالة الأشخاص وأهليّتهم أو المتعلّقة بنظام الأسرة، كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة، والمهر ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها، والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالتفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبني والولاية والوصاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبة واعتبار المفقود ميتاً، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلّقة بالموارث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى

²⁰⁴ وهذه المسألة في ذاتها كانت سبباً في الخلط الفكري الذي قوع فيه الفقيه (Bartol)، فالأحوال الشخصية بالنسبة له إذا كان القانون يتحدّث عن الأشخاص، والأحوال العينية إذا كان القانون يتحدّث عن الأموال، فأرجع النصّ الذي مضمونه: (الولد الأكبر يرث كلّ التركة) إلى دائرة الأحوال الشخصية، أمّا النصّ الذي مضمونه: (أموال الميت تؤول إلى الولد الأكبر)، فقد أرجعه إلى دائرة الأحوال العينية، مع أنّ المعنى واحد في الحالتين، فلا عبرة بأيّهما ابتدأنا المال أو الشخص. انظر في ذلك: زروي (الطيب)، مرجع سابق، ص 56،²⁰⁵ تناغو (سمير)، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 272-273.

²⁰⁶ نقض مدني في 21 يونيو 1934، أنظر في ذلك: تناغو (سمير)، مرجع سابق، ص 274، وكذلك: قمحاوي (محمد)، عبد الله (عمر)، مرجع سابق، ص 15، وانظر كذلك لمزيد من التفصيل: البكري (محمد)، مرجع سابق، ص 14 وما بعدها.

²⁰⁷ تناغو (سمير)، المرجع نفسه، ص 274.

²⁰⁸ عبد العال (عكاشة)، قواعد التنازع في القانون المصري- دراسة مقارنة، د.ط، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2002، ص 566.

ما بعد الموت²⁰⁹. ونصّت الثّانية عل أنّه: (تعتبر الهبة من الأحوال الشّخصية بالنّسبة لغير المسلمين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك)²¹⁰. وبالرّغم من هذا التّحديد فإنّ التّزاع بين الهيئات القضائيّة في بيان المراد بالأحوال الشّخصية لم ينقطع بل كان يثور بين حين وآخر لما دعا المشرّع إلى القضاء على هذا التّزاع بإصدار القانون رقم 147 لسنة 1949، وهو القانون المنظّم للقضاء في مصر، وبينّ في المادتين السّالفتين ما يعتبر من الأحوال الشّخصية. وقد كانت الهبة في أوّل الأمر معتبرة من مسائل الأحوال الشّخصية من حيث إنّها من عقود التبرّعات كالوقف والوصيّة، ولكن عدل عن ذلك في قانون تنظيم القضاء الصادر سنة 1949 واعتبرت عندها من العقود المدنيّة المحضّة، وقد نظّمت في القانون المدني تنظيمًا كاملاً²¹¹. فالتعريف الذي وضعه المشرّع يتفق مع التعريف الذي وضعه القضاء ممثلاً بمحكمة التّقض المصريّة في التّعبير عن نفس الاتجاه، وإن كان أكثر منه تفصيلاً وربّما أكثر انضباطاً. غير أنّ المشرّع بدوره لم يحاول وضع تعريف دقيق لفكرة علميّة منضبطة، ولكنّه أشار فقط للمسائل التي يمكن اعتبارها من الأحوال الشّخصية. وبوجود هذا النصّ لم يعد هناك مبرّر لأيّ اجتهاد علمي آخر، خاصّة وأنّ المسألة لا تتعلّق كثيراً بالصّيغة العلميّة الدّقيقة. والأحوال الشّخصية بحسب هذا النصّ تشمل أربع مسائل أساسيّة: (أ) المسائل المتعلّقة بحالة الشّخص وأهليّته، (ب) نظام الأسرة من زواج وطلاق ونسب إلى غير ذلك، (ج) الولاية والوصاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبة واعتبار المفقود ميّتاً، (د) الموارث والوصايا وغيرها من التّصرّفات المضافة إلى ما بعد الموت²¹². فتضمّن مصطلح الأحوال الشّخصية مسائل مختلفة ومن بينها مادة الإرث، وذلك تحقيقا للغاية نفسها وهي إخضاع الشّخص إلى القانون الدّيني الذي ينتمي إليه أو إلى قانون طائفته في التّزاع الدّاخلي أو إلى القانون الأكثر ملاءمة في التّزاع الدّولي وهو القانون الشّخصي²¹³. وهذا النصّ يقابله نصّ المادة (2) من المرسوم رقم (12) تموز لسنة 1956 المعدّل بالمرسوم المؤرّخ في 24 حزيران من عام 1957 وبقانون 27 أيلول لعام 1957 في تونس، مع نوع من الاختلاف؛ لأنّ هذه المادة قد أضافت إلى الأحوال الشّخصية أيضا مسائل الهبات، ممّا يجعله مشابها لنصّ المادة (28) من لائحة التّنينم القضائي المختلطة في

²⁰⁹ نصّ هذه المادة منقول من نصّ المادة (28) من لائحة التّنينم القضائي للمحاكم المختلطة المغاة، إذ لا تختلف هذه المادة عن تلك

المادة في شيء.

²¹⁰ قملواوي (محمد)، عبد الله (عمر)، مرجع سابق، ص16.

²¹¹ المرجع نفسه، ص17.

²¹² تناغو (سمير)، التّظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص276.

²¹³ تناغو (سمير)، مرجع سابق، ص276.

مصر، وقد أكد القضاء اللبناني بقرارات مستمرة هذه النظرة، كالتّمييز المدني المؤرّخ في 1972/02/29، والقرار التّمييزي رقم 12 المؤرّخ في 1968/07/03²¹⁴.

أمّا في تونس، فقد نصّ الفصل الثّاني من قانون 12 جويلية 1956 المتعلّق بالحالة الشّخصية للأجانب على ما يلي: (تشتمل الأحوال الشّخصية على النزاعات المتعلّقة بحالة الأشخاص وأهليّتهم وبالزّواج ونظام الأموال بين الأزواج وحقوق الأزواج وواجباتهم المتبادلة والطلاق والتّطليق والتّفريق والبنوّة والإقرار بالأبوّة أو إنكارها والعلاقات بين الأصول والفروع وواجب التّفقة بين الأقارب وغيرهم وتصحيح النسب والتّبنيّ والوصاية والقوامة والحجر والتّرشيد والهبات والموارث والوصايا وغيرها من التّصرّفات بموجب الموت والغيبة واعتبار المفقود ميتاً)²¹⁵. وهنا يطرح إشكال علاقة الأحوال الشّخصية بمسألة الدّين، فهل احتفظ قانون الأحوال الشّخصية بصبغته الدّينية وتمسّك بمصدره العقائدي، أم أنّه طغت عليه النّصوص الوضعية كباقي فروع القانون الأخرى، والإجابة عن هذا الإشكال تختلف من بلد إلى آخر ومن قانون إلى قانون. فالدّول التي اعتمدت ازدواجيّة النّصوص المتعلّقة بالأحوال الشّخصية حسب كلّ مذهب أو طائفة أو عرق أو دين يمكن تأكيد القول بأنّ قانون الأحوال الشّخصية بقي محتفظاً بالصفّة الدّينية في جانبه الشكلي، أمّا في جانبه الموضوعي فإنّه أخذ يقترب من القوانين الأخرى ويتعدّد شيئاً فشيئاً عن الأحكام الدّينية الموروثة. أمّا في البلدان التي اعتمدت وحدة القانون المنظّم للحالة الشّخصية فإنّ مسألة علاقة قانون الأحوال الشّخصية بالدّين قد وقع تجاوزها عبر وضع نصوص منفتحة موجزة مستوعبة²¹⁶. وهنا يثور سؤال جوهرية ما المعيار المعتمد في الإجابة عن سؤال متعلّق بمعرفة مسألة ما أنّها تنتمي إلى دائرة الأحوال الشّخصية أم إلى غيرها، وما الفرق، والملاحظة الأولى المعتمدة في هذا الإطار أنّ تصنيف مسألة ما ضمن الأحوال الشّخصية له آثاره سواء كان ذلك من حيث الاختصاص الحكمي أم من حيث القانون المنطبق، إلّا أنّ هذا الاختلاف لم يشمل جميع مواد الأحوال الشّخصية حيث أمكن تقسيم الأحوال الشّخصية إلى قسمين، قسم للأحوال الشّخصية الأصليّة وتشتمل على الخطبة والزّواج والحضانة والنسب وما إليه، وهي لا تختلف في تصنيفها ضمن هذه المادة بل هي المكوّن الرئيسي لها، والقسم الثّاني هو قسم الأحوال الشّخصية بالتّبعية وهي

²¹⁴ منصور (سامي)، الدّين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشّخصية، مجلّة الدّراسات القانونية، صادرة عن كليّة الحقوق

بجامعة بيروت العربيّة، العدد 2، سنة 2003، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2004، بيروت، ص (15-32).

²¹⁵ الجندي (حامد)، مرجع سابق، ص 16.

²¹⁶ المرجع نفسه، ص 19-20.

حقوق في أصلها عينية وليست شخصية، ولكنها أصبحت شخصية نظرا لارتباطها بمعتقدات الشخص والمجتمع وقد تكون ذات بعد ديني وهي مثل الميراث والتفقة والوصية²¹⁷.

أمّا القانون الجزائري فلم يحدّد العناصر المشكّلة للأحوال الشخصية، إلاّ أنّنا نجد أثرا لهذا التّحديد بصورة ضمنيّة باستعمال وسيلة فنيّة هي ضابط الإسناد²¹⁸، أي أنّ المشرّع حدّد هذا المجال في نطاق القانون الدولي الخاص، أي أنّ ما يسمّى الأحوال الشخصية يقصد به مجموع المسائل التي يحكمها القانون الشخصي، أي قانون الجنسية بالنسبة للجزائر²¹⁹، وهكذا فأينما وجدنا إعمالا لضابط الجنسية، فمعنى ذلك أنّ تلك الفكرة المسندة تدخل ضمن فكرة الأحوال الشخصية، ولهذا فإنّنا نخلص إلى أنّ الأحوال الشخصية تشتمل على ما يلي:

(أ) الحالة المدنية للأشخاص وأهليّتهم، لأنّهما يخضعان إلى قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيّتهم²²⁰،
 (ب) الشّروط الموضوعيّة الخاصّة بصحة الزواج التي تخضع للقانون الوطني لكلّ من الزوجين²²¹، (ج) الآثار الشخصية والمالية المترتبة على عقد الزواج والتي تخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج²²²، (د) انحلال الزواج والانفصال الجسماني اللذان يخضعان للقانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدّعوى²²³، (هـ) مسائل النّسب والاعتراف به وإنكاره التي تخضع لقانون جنسيّة الأب وقت

²¹⁷ الجندلي (حامد)، مرجع سابق، ص 20.

²¹⁸ هو مكوّن أساسي لقاعدة الإسناد التي تعتبر قاعدة قانونية فنيّة دورها تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي وبالتالي تحديد القانون الواجب التطبيق على الواقعة محلّ التنازع، فهي بالإضافة إلى قانونيّتها، قاعدة توجيهية وغير مباشرة، وقد تصاغ صياغة أحادية الطّرف كما هو الأمر بالنسبة للمادة الثالثة من القانون المدني الفرنسيين وقد تصاغ صياغة مزدوجة كما هو الأمر بالنسبة للمادة العاشرة من القانون المدني الجزائري. ويعرّف ضابط الإسناد في الغالب بأنّه المعيار الذي يتمّ من خلاله الرّبط بين العلاقة محلّ التنازع والقانون الواجب التطبيق، فهي منشقة الصّلة بين الفعّة المسندة والقانون المسند إليه. فقد يكون ضابط الإسناد ماديا كأن يكون محلّ وقوع الفعل الضار، أو مكان الإقامة المعتمد من أغلب اتّفاقيات (لاهاي)، أو مكان الوفاة في مادة ميراث المنقول، أو مكان وجود الأشياء المادية في مادة الحقوق العينية، كما قد يكون ضابط الإسناد محلاً غير مباشر يتمّ تحديده عن طريق الإرادة في مادة العقود. وقد يكون علاقة قانونية بين شخص معيّن ودولة معيّن، رابطة الجنسية، في مادة الأهلية، أو الإقامة في مادة الطّلاق.

Niboyet (M.L.), De Geouffre de La Pradelle (G.), *Droit international privé*, L.G.D.G., Paris, 2008, P.99-100.

²¹⁹ وقد يكون قانون الموطن بالنسبة لدول أخرى كالدول الأنجلوسكسونية من بينها الولايات المتحدة الأمريكية.

²²⁰ انظر: المادة 10 من القانون المدني المعدّلة بالمادة (5)، من القانون رقم 10/05 المؤرّخ في 20 يونيو 2005، المعدّل والمتّم للأمر رقم 58/75 المتضمّن القانون المدني، الجريدة الرسميّة، العدد 44، المؤرّخ في 26 يونيو 2005.

²²¹ انظر: المادة 11 المعدّلة بموجب القانون رقم 10/05 المؤرّخ في 20 يونيو 2005.

²²² انظر: المادة 1/12 من القانون المدني المعدّلة بموجب القانون رقم 10/05 المؤرّخ في 20 يونيو 2005.

²²³ انظر: المادة 12 مكرّر 1/2 من القانون المدني المعدّلة بموجب القانون نفسه.

وبالنسبة للمادتين (11) و(12) فإنّ القانون الجزائري يكون ساريا لوحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، باستثناء أهلية الزواج، وهذا ما نصّت عليه المادة (13) من القانون 58/75، المتضمّن القانون المدني، وهذا ما يسمّى بالتطبيق الانفرادي للقانون

ميلاد الطّفل، وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطّفل تخضع عندئذ لقانون جنسية الأب وقت الوفاة²²⁴،
 (و) المسائل المتعلّقة بصحّة الكفالة التي يسري عليها قانون جنسية كلّ من الكفيل والمكفول وقت
 إجرائها²²⁵، (ز) المسائل المتعلّقة بآثار الكفالة التي ستخضع إلى قانون جنسية الكفيل²²⁶، (ح) التّبني²²⁷،
 (ط) الالتزام بالتّفقة بين الأقارب الذي يخضع للقانون الوطني للمدين بها²²⁸، (ي) الشّروط الموضوعية
 الخاصّة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النّظم المقرّرة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين وتخضع
 لقانون الشّخص الذي تحبّ حمايته²²⁹، (ك) الميراث والوصيّة وسائر التّصرّفات النّافذة بعد الموت، وتكون
 خاضعة لقانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التّصرّف وقت موته²³⁰، (ل) الهبة والوقف
 اللّذان يخضعان لقانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما²³¹.

كما أنّنا نجد أثرا لهذا التّحديد على مستوى القضاء الجزائري، ابتداء من المفهوم إلى إسقاط المفهوم
 على الجزئيّات، فحالة الأشخاص لا تعني حالتهم المادّية²³²، وفي مسألة الإسقاط نجد أنّ القرار رقم
 189265 المؤرّخ في 19/05/1998، جاء بمسألة عدم اعتبار الحبس من حالة الأشخاص، وذلك في
 معرض ردّ قضاة المحكمة العليا على أحد الأوجه المثارة من طرف الطّاعن والمأخوذ من مخالفة المادة (141)
 من قانون الإجراءات المدنية قبل تعديله، بدعوى أنّ الملفّ لم يرسل إلى النّائب العام، ولهذا كان هذا الوجه

الوطني، وضابطاه، هما: أ- الصّفة الوطنيّة لأحد الزّوجين، ويستوي في ذلك أن تكون الجنسية التي يحملها أحد الوطنيّين قد ثبتت له
 بمقتضى جنسية أصلية أو جنسية مكتسبة، وبمجرّد ثبوت الصّفة الوطنيّة لأحد الزّوجين يطبّق القانون الوطني على العلاقة محلّ النزاع بصفة
 انفرادية باعتباره قانون جنسية أحد الزّوجين، ب- وقت الاعتداد بالصّفة الوطنيّة هو وقت انعقاد الزّواج، وهذا ما كان محلّ انتقاد شديد.
 انظر في ذلك: بلمامي (عمر)، دراسات في القانون الدّولي الخاص المعاصر - نظرية التّكييف، ط1، الجزائر، دار هومه، 2008،
 ص106-107.

²²⁴ انظر: المادة 13 مكرّر من القانون المدني المعدّلة بموجب القانون رقم 10/05، المؤرّخ في 20 يونيو 2005.

²²⁵ انظر: المادة 13 مكرّر 1 من القانون المدني المعدّلة بموجب القانون نفسه.

²²⁶ انظر: المادة 13 مكرّر 1 من القانون المدني المعدّلة بموجب القانون نفسه.

²²⁷ انظر: المادة 13 مكرّر 1 من القانون المدني المعدّلة بموجب القانون نفسه.

²²⁸ انظر: المادة 14 من القانون المدني المعدّلة بموجب القانون نفسه.

²²⁹ انظر: المادة 15 من القانون المدني المعدّلة بموجب القانون نفسه. أمّا ما تعلق بالتدابير المستعجلة فإنّها تكون خاضعة بصورة دائمة
 للقانون الجزائري بشرط كون القصر وعديمي الأهلية والغائبين موجودون في الجزائر وقت اتّخاذ هذه التّدابير، أو إذا تعلّقت بأموالهم
 الموجودة في الجزائر، انظر في ذلك الفقرة الثّانية من المادة (15) من القانون المدني.

²³⁰ انظر: المادة (16) في فقرتها الأولى من القانون معدّلة بموجب القانون نفسه.

²³¹ انظر: المادة (16) في فقرتها الثّانية من القانون المدني المعدّلة بالقانون نفسه.

²³² وهذا في معرض الطّعن في قرار للمجلس القضائي معتمدا على خرق إجراء جوهري وهو عدم إحالة القضيّة إلى التّباينة العاتمة باعتبارها
 ومن قضايا حالة الأشخاص، وفق ماجاء في المادة (141) من قانون الإجراءات المدنيّة القديم، وهي مسألة متعلّقة بالهبة، إلّا أنّ
 المحكمة العليا رفضت هذا الطّعن باعتبار المسألة مالية بحتة. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.م) رقم 153622، المؤرّخ في
 1998/03/11، المجلة القضائيّة لسنة 1997، العدد 2، ص(69-73).

غير مؤسس في نظرهم²³³. كما نصّ القراران 235456 المؤرّخ في 2000/02/22²³⁴ و 34762 المؤرّخ في 1984/02/03²³⁵ على أنّ حضانة الأولاد تعتبر من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص²³⁶. كما جاء في القرار رقم 262912 المؤرّخ في 2001/04/18 أنّ قضايا إثبات الزواج والتّسبب تدخل في زمرة قضايا الحالة²³⁷. كما اعتبر القرار 34762 المؤرّخ في 1984/02/03 مسائل الطّلاق داخله في قضايا الأحوال الشخصية²³⁸. إلّا أنّ مسائل الميراث قد وقع بشأنها تعارض على مستوى القضاء؛ بحيث أنّ القرار 398948 المؤرّخ في 2007/11/14، اعتبر قضايا الميراث من قضايا حالة الأشخاص²³⁹، أمّا قرار المحكمة العليا رقم 179557 فقد أخرج الوفاة التي تؤوّل إلى المال من دائرة الأحوال وأدخلها دائرة الأموال بالتّظر إلى الهدف المتوخّى منها وهو الوصول إلى التّركة، وبالتالي لا تقبل فيها شهادة الأقارب، فيكون ذلك داعياً إلى فتح باب التّحقيق²⁴⁰. والقرار رقم 335844 المؤرّخ في 2005/05/18 الذي اعتبر التّفقة من مسائل الأحوال الشخصية، وذلك لم يكن بصورة صريحة وإتّماً بصورة ضمنيّة، وذلك في معرض الرّد على الوجه المثار من طرف الطّاعن والمتعلّق بدعوى عدم إبلاغ النيابة العامة لملف القضية؛ حيث جاء: (القرار محلّ الطّعن.. أشار إلى أنّ قضاة الموضوع لمجلس قضاء الشّلف قد استمعوا إلى طلبات النيابة العامة، وأنّ هذه الأخيرة لا يمكن أن تقدّم طلباتها دون الاطلاع على ملفّ قضّيّة الحال ممّا يجعل الوجه الأوّل غير مؤسس يتعيّن معه رده)²⁴¹، والأمر نفسه بالنّسبة للقرار رقم 136604 المؤرّخ في 1996/04/23 الذي اعتبر مسائل التّفقات من قضايا الأحوال الشخصية كذلك على وجه ضمني لا على وجه صريح؛ حيث جاء فيه: (لا يجوز الاحتجاج بحجّة الشّيء المقضي فيه في التّفقات)²⁴²، وهذا ما يتعارض مع قرارات سابقة للمحكمة العليا لم يعتبر فيها قضاة المحكمة العليا التّفقة من حالة الأشخاص كالقرار رقم 189260 المؤرّخ

²³³ انظر: المجلّة القضائية، لسنة 2000، العدد1، ص(178-181).

²³⁴ انظر المجلّة القضائية لسنة 2001، العدد1، ص(280-284). وهذا الأمر يعارض ما جاء في القانون المدني الذي اعتبر الوقف من الأحوال الشخصية بإعمال الجنسية كضابط إسناد.

²³⁵ انظر المجلّة القضائية لسنة 1989، العدد4، ص(108-110).

²³⁶ انظر كذلك قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 41752، المؤرّخ في 1986/10/06، المجلّة القضائية، سنة 1989، العدد2، ص(91-93).

²³⁷ انظر المجلّة القضائية لسنة 2002، العدد2، ص(409-413).

²³⁸ انظر المجلّة القضائية لسنة 1989، العدد4، ص(108-110).

²³⁹ انظر في ذلك مجلّة المحكمة العليا لسنة 2011، العدد1، ص(237-240).

²⁴⁰ انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 179557، المؤرّخ في 1998/03/17، المجلّة القضائية لسنة 1998، العدد2، ص(79-82).

²⁴¹ نشرة القضاة لسنة 2010، العدد65، ص(315-318).

²⁴² المجلّة القضائية لسنة 1997، العدد2، ص(83-89).

في 1998/04/21²⁴³. أمّا مسائل النّظام المالي بين الزّوجين فلا نجد لها أثرا على مستوى الأحكام القضائية الجزائرية، إلاّ أنّ القضاء المصري فكان له رأي في هذه المسألة، حيث جاء في قرار لمحكمة التّقض المصرية: (لما كان المرجع في تكييف ما إذا كانت المسألة المعروضة على المحكمة هي مسائل الأحوال الشخصية أم هي ليست كذلك هو القانون المصري وفقا للمادة (10) من القانون المدني، وكان يبيّن من قانون المرافعات أنّ المنازعات المتعلّقة بالنّظام المالي بين الزّوجين هي من مسائل الأحوال الشخصية، وكانت التّصوص أوجبت على النيابة العامة أن تتدخّل في كلّ قضية تتعلّق بالأحوال الشخصية وإلاّ كان الحكم باطلا لم تفرّق بين حالة وأخرى بل أطلقت التّصّص²⁴⁴).

الفرع الثاني: آثار تحديد نطاق الأحوال الشخصية

إنّ مسألة تحديد نطاق الأحوال الشخصية تظهر أهمّيته بوضوح في مسألتين إجرائيتين جوهريتين، هما: وجوب اطلاع النيابة العامة، وتحديد نطاق حجية الأمر المقضي.

(أولا) وجوب اطلاع النيابة العامة على الدّعوى المتعلّقة بمسائل الأحوال الشخصية: إنّ

مسألة تدخّل النيابة العامة في القضايا المدنية ومنها قضايا الأحوال الشخصية قد تثار في القضايا التي تستشار فيها النيابة العامة على مستوى المجلس القضائي وفق المادة (260) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، حيث تقوم بإبداء طلباتها والتماساتها المتعلّقة بموضوع الدّعوى وفق أحكام المادتين (259) و(266) منه، كما قد تثار على أساس كونها طرفا أصليا في الدّعوى، حيث تكون عندها طرفا رئيسيا أو كاملا وفق أحكام المادة (258) من القانون نفسه. لقد جاء في المادة (141) من قانون الإجراءات المدنية قبل تعديله: (يجب إطلاع النائب العام على القضايا الآتية: (1) القضايا التي تتعلّق بالدولة والجماعات المحليّة والمؤسّسات العمومية والمصالح والهبات والوصايا لصالح الخدمات الاجتماعية (2) القضايا الخاصّة بحالة الأشخاص (3) القضايا التي تتضمّن دفوعا بعدم الاختصاص في نزاع يتعلّق بصلاحيّة

²⁴³ حيث طعن المسمّى (ت.م) بالتّقض في القرار الصّادر من مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 1997/01/05 القاضي بتأييد الحكم الصّادر من محكمة سيدي محمد بتاريخ 1996/04/14 القاضي بالطلاق والتّعويض وحضانة البنّتين مع نفقتهما وبدل الإيجار مع تعديله بخفض نفقة البنّتين، مستندا في ذلك وجوع عديدة منها، إغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات متمثّلة في عدم عرض الملفّ على النائب العام كما نصّت على ذلك المادة (141) من قانون الإجراءات المدنية. فردّت المحكمة العليا: (لكن، حيث أنّ الملفّ لا علاقة له بحالة الأشخاص، بل يتعلّق بخصوص التّفقّة، وعليه فالوجه غير مؤسّس).

انظر في ذلك: الاجتهاد القضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص(213-215).

²⁴⁴ انظر: نقض 1953/03/26، س4، تمّ ذكره في كتاب: الشّواري (عبد الحميد)، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، ط1، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2001، ص485-486.

الجهة القضائية (4) تنازع الاختصاص بين القضاة وردّ القضاة (5) مخاصمة القضاة (6) القضايا المتعلقة بعدمي الأهلية (7) القضايا المتعلقة بالأشخاص المعترين غائبين (8) إجراءات الطعن بالتزوير، وترسل هذه القضايا الموضحة آنفا إلى النائب العام قبل (10) أيام على الأقلّ من يوم الجلسة بواسطة كاتب الضبط... ولقد أتينا بهذه المادة في هذا الإطار باعتبار أنّ الأحكام التي صدرت في أغلبها إنّما كانت قد صدرت في ظلّ سريانها؛ لأنّ قانون الإجراءات المدنية إنّما عدّل سنة 2008، وقد نصّت المادة (260) منه على هذه الأحكام مع بعض التعديلات، حيث جاء فيها: (يجب إبلاغ النيابة العامة عشرة (10) أيام على الأقلّ قبل تاريخ الجلسة بالقضايا الآتية: (1) القضايا التي تكون الدولة أو إحدى الجماعات الإقليمية أو المؤسسات ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها، (2) تنازع الاختصاص بين القضاة، (3) ردّ القضاة، (4) الحالة المدنية، (5) حماية ناقصي الأهلية، (6) الطعن بالتزوير، (7) الإفلاس والتسوية القضائية، (8) المسؤولية المالية للمسيرين الاجتماعيين. ويجوز لممثل النيابة العامة الاطلاع على جميع القضايا الأخرى التي يرى تدخّله فيها ضرورياً. يمكن أيضاً للقاضي تلقائياً، أن يأمر بإبلاغ ممثل النيابة العامة بأيّة قضية أخرى). مقارنة بسيطة بين النصّين نجد في ما تعلق ببحثنا أنّ مصطلح حالة الأشخاص لم يعد له مكان، ووضع المشرّع بدلا عنه مصطلح: (الحالة المدنية)، وهذا التعديل يبدو أنّ المشرّع من خلاله أراد أن يبلغ رسالة قانونية مهمّة تمثلت في الأساس بأنّه لا يعترف بالحالة الشخصية إلّا إذا كانت مدنيّة، ولا يكون ذلك إلّا بتوثيقها من طرف ضابط الحالة المدنية²⁴⁵. فيكون بذلك الأمر باقيا على حاله من حيث الأثر؛ لأنّ الحالة المدنية تشمل الولادة والوفاة والزواج والطلاق وكلّ ما ترتّب على ذلك من آثار كالنسب والحضانة والميراث والوصايا وغيرها من المسائل، إضافة إلى أنّ المشرّع قد أفرد لناقصي الأهلية فقرة مستقلّة، الأمر الذي يجعل كلّ الأنظمة القانونية المتعلقة بحمايته كالقوامة والوصاية والولاية والتّقديم داخلية فيها. وفي كلّ الأحوال، فإنّ قاعدة إرسال الملفّات التي ارتبطت موضوعاتها بالحالة الشخصية إلى النائب العام من أجل الاطلاع عليها

²⁴⁵ الحالة الشخصية بتوثيقها تصبح من حالة مدنية، فيكون لها موقع في منظور القانون فيتكلّف عندئذ بحمايتها، وهذا يعدّ تراجعاً عن استعمال مصطلح الأحوال الشخصية، وهو من قبيل إصباغ قانون الأسرة صبغة مدنية كما هو الأمر بالنسبة للقانون الفرنسي، بحيث أنّ هذا التراجع إنّما تمّ تأثراً بالأجهاين، الفقهي والقانوني، الفرنسيين. وهذا ما نلاحظه جلياً في المادة (751) الفقرة الثانية منها من قانون التنظيم القضائي الفرنسي: (في المواد المدنية تتصرّف النيابة العامة من تلقاء نفسها في الحالات الخاصة التي يحددها القانون. تراقب تطبيق القوانين والقرارات والأحكام، تتابع من تلقاء نفسها التنفيذ ضمن ما يفيد النظام العام). وقد يكون نيّة المشرّع تتمحور حول الاكتفاء بما جاء في نصّ المادة (3) مكرّر من قانون الأسرة، من كون النيابة العامة أصبحت طرفاً أصلياً في جميع القضايا التي ينظّمها قانون الأسرة.

في الأجل المحدّد قانونا قاعدة جوهرية، أصبغ عليها المشرّع صفة الوجوب²⁴⁶، على اعتبار أنّ النيابة العامة هي الكفيلة بحماية المصلحة العامة وحقوق الأطراف الضّعيفة كالمقصر وناقصي الأهلية، وهي مسألة من مسائل التّظام العام يمكن إثارته والدّفع به من صاحب المصلحة خلال مراحل المحاكمة²⁴⁷. فقد أكدت المحكمة العليا في قراراتها على وجوب إبلاغ النيابة العامة إذا ما تعلّقت الدّعوى بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، حيث قالت في أحد قراراتها:

(إن المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية توجب إطلاع النائب العام على القضايا المنصوص عليها في فقراتها الثمانية، و من بينها تلك المتعلقة بحالة الأشخاص إلا أن ذلك مقتصر على المجالس القضائية دون المحاكم)²⁴⁸، وهو نفس ما ذهب إليه القرار رقم 26709 المؤرخ في 08/02/1982، حيث جاء فيه أن ملف القضية لم يسلم إلى النيابة العامة، وكل ما في الأمر أن النائب العام استمع فقط، وهذا لا يقوم مقام التسليم حسب اجتهاد المحكمة العليا. فالتسليم مرتبط بالنظام العام، وإغفاله يؤدي إلى نقض القرار، وهذا ما تم فعلا، فمسألة تسليم ملف القضية إلى النيابة العامة ضمن شروط المادة (141) من قانون الإجراءات المدنية في قضايا حالات الأشخاص إجراء جوهرية قائم بذاته ولا علاقة له بحضور ممثّل النيابة العامة في الجلسة وتقديم رأيه في القضية²⁴⁹. وهذا بدوره تكريس لنص المادة (141) من قانون الإجراءات

²⁴⁶ أنظر في ذلك المادة (259) من القانون 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمّن الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية رقم: 21، لسنة 2008، حيث تنصّ على: (يكون ممثّل النيابة العامة طرفاً مفضّلاً في القضايا الواجب إبلاغه بها، وييدي رأيه بشأنها كتابيا حول تطبيق القانون).

²⁴⁷ ويرى بلحاج العربي أنّ التّركيز على مسألة التبليغ دون التّدخل مسألة ليست ذات أهمية، فما دام أنّ الأمر يتعلّق بالمصلحة العامة أو التّظام العام فيجب على النيابة العامة، باستثناء الدّعاوى الاستعجالية، أن تتدخّل في جميع القضايا التي تضمّنتها المادة (260) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد وذلك بتقديم ملاحظاتها وإبداء رأيها واقتراحاتها في الدّعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، باعتبار ذلك إجراء جوهرية يتربّب على إغفاله البطلان المتعلّق بالنظام العام، الذي تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها. وقد عبّئ الاستاذ بلحاج رأيه هذا بالقرارين 41752 المؤرخ في 06/10/1986، المجلّة القضائية، سنة 1989، العدد 2، و153622، المؤرخ في 11/03/1998، المجلّة القضائية، سنة 1998، العدد 2، إلا أنّ هذين القرارين لا علاقة لهما بهذه الفكرة. أنظر تفصيل ذلك: بلحاج (العربي)، أحكام التّزوية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط1، الجزائر، دار هومه، 2013، ص54-55.

²⁴⁸ قرار المحكمة العليا (غ.إ.ش) رقم 115118، المؤرخ في: 19/04/1994، نشرة القضاة، عدد 52، سنة 1996، ص(106-110).

²⁴⁹ انظر نشرة القضاة لسنة 1982، عدد خاص، ص(258-261)، وهو ذات المضمون الذي جاء في قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 39775 المؤرخ في 27/01/1986، المجلّة القضائية، سنة 1989، العدد 1، ص(108-110). حيث جاء فيه: (جاء في القرار المطعون فيه أنّه سمع ملاحظات الطّرفين وطلبات السيد ممثّل النيابة العامة، وهذا لا يقوم مقام التسليم المتصل بالنظام العام ويؤدّي إغفاله إلى نقض القرار المطعون فيه)، حيث تعلّق النزاع بالطلاق. وانظر كذلك في هذا الأمر قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 26697 المؤرخ في 08/02/1982، نشرة القضاة، سنة 1982، عدد خاص، ص(254-257)، وكذلك قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 26839، المؤرخ في 08/02/1984، نشرة القضاة، سنة 1982، عدد خاص، ص(270-272).

المدنية. إلا أنّ عدم تسليم ملفّ القضية إلى النيابة العامة لا يعتبر عيباً في القرار إلا إذا أحدثت تغييراً في حالة الأشخاص، فإذا لم يتضمّن القرار المطعون فيه أيّ تغيير في مركز الزوجين، وبقي المركز على حاله، وبقيت الرابطة الزوجية قائمة، فليس من الضروري تسليم ملفّ القضية إلى النائب العام؛ إذ لا يعتبر الحكم بالرجوع أو رفض الطلاق الوارد على غير الأصل من مشمولات المادة المحتجّ بها، عندئذ يكون الوجه في غير محلّه ويكون واجباً رفضه²⁵⁰. كما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا: (لقد جعل المشرّع لبعض القضايا ميزة خاصّة وفرض على قضاة المجالس في حالة عرضها عليهم أن يتخذوا في شأنها إجراءات معيّنة قبل أن يفصلوا فيها، ومن تلك القضايا تلك التي تتعلّق بحالات الأشخاص ومنها الطلاق. ولقد نصّت المادة (141) المحتجّ بها في السبب على أنّه حينما يتعلّق الأمر بحالات الأشخاص، فإنّ الواجب يقتضي إرسال ملفّاتها إلى النائب العام للاطلاع عليها وإعطاء رأيه فيها وذلك من مقتضيات المادة المذكورة)²⁵¹.

وقد جاء في أحد المبادئ العامّة التي أقرتها المحكمة العليا: (ومتى أوجب القانون إطلاع النائب العام على القضايا الخاصّة بحالة الأشخاص قبل 10 أيّام على الأقلّ من يوم الجلسة بواسطة كتابة الضبط، فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعدّ خرقاً للقانون)، وتكملة لهذا بيّنت المحكمة العليا توجّهها هذا من خلال ردّها على الأوجه التي استند إليها الطّاعن في طعنه، وقد جاء فيه: (لقد نظر المشرّع نظرة خاصّة لجملة من القضايا وأولاهها عناية مميّزة، ونصّ على أنّه إذا عرضت على المجالس القضائية فلا تفصل فيها قبل عرضها على النيابة العامة للاطلاع عليها وإعطاء رأيه في موضوعها، وأن يكون لهذا الإجراء إذا اتخذ أثر بالملفّ وأن ينصّ عليه في القرار كما هو المطلوب ومن تلك قضايا حالات الأشخاص، وحيث أنّ القضية الصّادر فيها القرار المطعون فيه اشتملت على شيئين من حالات الأشخاص وهما الطلاق والحضانة، وقد أهمل القضاة اطلاع النيابة عليه منتهكين بذلك مقتضيات المادة في السبب مكتفين بوضع ورقة بالملفّ على أنّهم قاموا بالإجراء، غير أنّه إذا قورن تاريخها بتاريخ الاستئناف يظهر أنّ الأول أسبق من الأخير ومن ثمّ يعتبر أمر الورقة المؤرّحة في 19/11/1983 غير قانوني، وعليه فالسبب في محلّه)²⁵². كما جاء في ما ردّت به

²⁵⁰ قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 26535، المؤرّح في 11/01/1982، نشرة القضاة، سنة 1982، عدد خاص، ص(240-242).

²⁵¹ قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 49283 المؤرّح في 09/05/1988، المجلّة القضائية، سنة 1992، العدد 2، ص(44-47).

²⁵² قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 41752، المؤرّح في: 06/10/1986، المجلّة القضائية، سنة 1989، العدد 2، ص(91-93). وانظر

قريباً من هذا قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 34262 المؤرّح في 19/11/1984، المجلّة القضائية، سنة 1990، العدد 1، ص(75-78).

المحكمة العليا على وجه من الوجوه التي استند إليها الطّاعن في طعنه بدعوى أنّ قانون الأسرة يقضي بضرورة إحالة ملفّات الأحوال الشخصية على النيابة العامة للاطلاع عليها وإعطاء الرّأي فيها، إلّا أنّ القاضي في المحكمة الابتدائية لم يحترم هذا الإجراء ممّا يعدّ خرقاً للإجراءات الجوهرية؛ لأنّ الحكم المطعون فيه خالف المادة (3) مكرّر بحيث لم تطلع النيابة العامة على الملفّ باعتبارها طرفاً أصلياً، فكّرست بذلك مبدأ مهمّاً مفاده: (يجب إطلاع النيابة العامة، باعتبارها طرفاً أصلياً على قضايا الأحوال الشخصية)²⁵³. ويبدو من خلال الأحكام والقرارات أنّ مسألة وجوب تسليم الملفّ إلى النيابة العامة في حالة تعلّقها بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية لا تكون مقتصرة على المجالس القضائية فحسب كما جاء في القرار رقم 353851 المؤرّخ في 2006/17/12 الذي جاء فيه: (. . . حيث أنّ هذا الإجراء المنصوص عليه بالمادة (141) من قانون الإجراءات المدنية لا يطبّق إلّا على القضايا المطروحة أمام قضاة الدرجة الثانية، ومن ثمّ يكون ما ينعيه الطّاعن بهذا الوجه غير قائم على أساس يتعيّن استبعاده)²⁵⁴، وإمّا قد يثار الأمر أمام المحكمة الابتدائية كما جاء في بعض قرارات المحكمة العليا، كالقرار رقم 401317 المؤرّخ في 2006/10/11 حيث طالبت (غ.ن) نقض وإبطال الحكم الصّادر من محكمة (حسين داي) الذي قضى نهائياً بالطلاق بين طرفي النزاع وابتدائياً رفض طلب الزيارة على الحال²⁵⁵، وبالفعل فقد أبطلت المحكمة العليا هذا الحكم²⁵⁶، وقبول مثل هذا الأمر على مستوى المحاكم الابتدائية يقوم على مبدأ عدم تجرؤ النيابة العامة وهي خاصية من أهمّ خصائصها.

فإذا كانت النيابة العامة صاحبة الولاية الأصلية في رفع الدّعوى الجنائية؛ لتعلّق الأمر بالمصلحة العامة المجردة، فالأمر قد لا يختلف إذا فكرنا مليّاً في بعض المصالح الشخصية أو الخاصة على اعتبار

²⁵³ قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 401317، المؤرّخ في: 2006/10/11، مجلّة المحكمة العليا، سنة 2007، العدد 2، ص (489-492).

²⁵⁴ انظر مجلّة المحكمة العليا، سنة 2006، العدد 2، ص(427-432).

²⁵⁵ انظر نشرة القضاة لسنة 1982، عدد خاص، ص(258-261)، وهو ذات المضمون الذي جاء في قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 39775 المؤرّخ في 1986/01/27، المجلّة القضائية، سنة 1989، العدد 1، ص(108-110). حيث جاء فيه: (جاء في القرار المطعون فيه أنّه سمع ملاحظات الطرفين وطلبات السيد ممثّل النيابة العامة، وهذا لا يقوم مقام التسليم المتّصل بالتّظام العام ويؤدّي إغفاله إلى نقض القرار المطعون فيه)، حيث تعلّق النزاع بالطلاق.

²⁵⁶ انظر مجلّة المحكمة العليا، سنة 2007، العدد 2، ص(489-492).

مساسها بالمصلحة الكلية للمجتمع، ولذلك نجد المشرّعين، ومن ضمنهم المشرّع الجزائري، يمنحون للتّيابة العامة اختصاصات أوسع في الدّعوى المدنية، سواء رفعتها ابتداء، ومثلت فيها كطرف أصلي أو تدخلت فيها وجوبياً أو جوازياً ومثلت فيها كطرف منضم²⁵⁷.

وحثّ نفهم موضع التّيابة العامة في مسائل الأحوال الشخصية علينا، من باب الضّرورة، النّظر في مسألتين:

المسألة الأولى: كون التّيابة العامة طرفاً أصلياً في دعاوى الأحوال الشخصية

تكون التّيابة العامة طرفاً أصلياً كما عبّرت عن ذلك المادة (3) مكرّر من قانون الأسرة الجزائري عندما تتصرّف قضائياً ضدّ شخص ما بكونها مدّع أو مدّعى عليه، وهذا الحقّ يمنحه لها القانون في حالات خاصّة، أو تعمل على استمداده من فكرة النّظام العام، كما تنصّ على ذلك المادة (423) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد²⁵⁸، حيث يكون لها الحقّ في رفع دعوى على كلّ من اعتدى على المركز القانوني الذي تهدف إلى حمايته، كما يمكن أن ترفع عليها الدّعوى، وهذا ما يسمّى حقّ الادّعاء أو الدّفاع، وذلك بوجود نصّ صريح يكون هو أساس هذا المنح؛ إذ تقوم برفع الدّعوى باسم النّظام العام²⁵⁹.

فإذا كانت التّيابة العامة طرفاً أصلياً يكون مركزها حسب موقفها من الدّعوى، فهي إمّا مدّع أو مدّعى عليه، في الحالتين تكون في موقف الطّرف في الخصومة، يكون لها ما للخصوم من حقوق، ويكون عليها ما على الخصوم من واجبات، فهي بذلك طرف كامل في الدّعوى، تعمل على توجيه سير الخصومة، وتبدي الطّلبات والدّفوع، وتقدّم أدلّة الإثبات، وتحضر الجلسات، وتحرّر كلّ الإجراءات باسمها، فهي بذلك تساهم في الوصول إلى الحقيقة. فإذا كانت مدّعية تبدأ بتقديم طلباتها كتابياً وجوباً وحضور الجلسة²⁶⁰، وتكون أوّل

²⁵⁷ إنّ التّوسّع في إعطاء الصّلاحيات للتّيابة العامة كان له ما يبرّزه في الدّول التي كانت لها تجارب سابقة علينا، فخذ مثلاً مصر فالمدكّرة الإيضاحية لقانون المرافعات لها برّرت الأخذ بنظام التّيابة المدنيّة بما أثبتته العمل القضائي من أنّ القضايا التي تبدي فيها التّيابة العامة رأياً تكون أكثر نجاحاً، ولّمّا يجانب الحكم فيها الصّحة والحقيقة فضلاً عن تيسير مهمّة رجال القضاء..

أنظر: يونس (محمود)، رؤية جديدة حول دور التّيابة العامة، ط1، القاهرة، دار التّهضة العربيّة، د.ت، ص6.

²⁵⁸ فولف (جان)، التّيابة العامة، ترجمة: هايل (نصر)، الجزائر، دار القصبية للنشر، ص55.

²⁵⁹ بلحاج (العربي)، دور التّيابة العامة أمام المحاكم المدنيّة في القانون القضائي الجزائري، المجلّة الجزائرية، سنة 1993، العدد1، ص(15-36).

²⁶⁰ انظر المادة (258) من القانون 09/08 المؤرّخ في 25 فبراير 2008 المتضمّن الإجراءات المدنيّة والإدارية.

من يتكلّم، أمّا إذا كانت مدّعى عليها تقدّم دفعها مع إمكان تطوّر موقف الخصوم في الدّعى. وإذا خسرت النيابة العامة الدّعى يحقّ لها الطّعن في الحكم الصّادر، وفي هذه الحالة لا يكون لمسألة ردّ القضاة محلّ، كما هو الأمر لو كانت متدخّلة²⁶¹. فوكيل الجمهورية بصفته ممثّلا للنيابة العامة على مستوى المحاكم الابتدائية فإنّ صفته كطرف أصلي في دعاوى الأحوال الشخصية، تمكّنه من رفع الدّعى منه أو ضده، كإقامة دعاوى متعلّقة بإلغاء الزّواج، أو بإنهاء حضانة، أو بإقامة ولاية لمصلحة معاق بالغ، أو بتصحيح عقود الحالة المدنيّة، أو بإعلان عن حالة غياب شخص²⁶²، وأنّ تبليغ إليه عريضة افتتاح الدّعى والمستندات المرفقة بها فيجيب عليها كتابيا، وأن يحضر الجلسات، كما أنّ له الحقّ في الطّعن بالاستئناف في أيّ حكم لا يرضيه أو يكون مخالفا للقانون. ولكن في الحقيقة من حيث الأثر العملي لا نجد لهذا الوصف أثرا، فلم نجد من خلال التّمعن في قرارات المحكمة العليا، سوى بعض العبارات التي استعملها القضاة كبديل عن النيابة طرف أصلي، ك: (بحضور النيابة العامة)، أو (الاستماع للنائب العام) وغيرها من العبارات؛ وذلك لأنّ ممثّل النيابة لم يقوم برفع أيّة دعوى طلاق أو رجوع أو حضانة أو نفقة ضدّ أيّ أحد، ولم يقوم أحد برفع دعوى عليه باعتباره مدّعى عليه، كما أنّنا لم نعر على حكم أو قرار طعن فيه النيابة العامة بالاستئناف، فالمشرّع يكون بذلك قد وضع النيابة العامة في وضع حرج؛ لأنّه أخرجها عن طبيعتها كجهة قضائية اتّهامية، وأقحمها في قضايا مدنيّة تتعلّق بمسائل الأحوال الشخصية دون أن يمنحها صفة المدّعي أو المدّعى عليه كما فعل في قانون الجنسية²⁶³، ودون أن يمنحها صراحة صلاحية الطّعن في الأحكام الابتدائية أمام جهات التقض أو الجهات الاستئنافية²⁶⁴، وإمّا اكتفى بنصّ المادة الثالثة مكرّر من

²⁶¹ بوبشير (مخند)، قانون الإجراءات المدنية: نظرية الدّعى - نظرية الخصومة - الإجراءات الاستئنافية، د.ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية،

2001، ص203، سعد (عبد العزيز)، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط1، الجزائر، دار هوم، 2007، ص182-183.

²⁶² فولف (جان)، المرجع نفسه، ص56.

²⁶³ وهي من الحالات التي تكون فيها النيابة العامة طرفا أصليا بنصّ القانون، وهي الحالة التي يقوم النزاع فيها بشأن تمتّع أحد الأشخاص بالجنسيّة الجزائرية، كما جاء تحديدا في المادة (38) من الأمر 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدّل والمتّم للأمر 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمّن قانون الجنسية: (لكلّ شخص الحقّ في إقامة دعوى يكون موضوعها الأصلي استصدار حكم بتمتّعه أو عدم تمتّعه بالجنسية الجزائرية، ويرفع المعني بالأمر الدّعى ضدّ النيابة العامة مع عدم الإضرار بحقّ تدخّل الغير. وللنيابة العامة وحدها الحقّ في أن ترفع ضدّ أيّ شخص كان دعوى يكون موضوعها الأصلي إثبات تمتّع المدّعى عليه بالجنسية الجزائرية أو عدم تمتّعه بها، وهي ملزمة بإقامة الدّعى في حالة ما إذا طلبت منها ذلك إحدى السّلطات العمومية).

²⁶⁴ سعد (عبد العزيز)، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، ط1، الجزائر، دار هوم، 2011، ص173-174.

قانون الأسرة²⁶⁵، والمادتين (256) و(258) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد²⁶⁶. فالأمر واضح عندما نعطي للنيابة العامة وصف الطّرف الأصلي فيكون لذلك مقتضيات محدّدة، كما هو الأمر في مصر، على سبيل التّمثيل، فللنيابة في دائرة الأحوال الشخصية أن ترفع الدّعى حسب، طبقاً لأحكام القانون رقم 96/3 المتعلّق بتنظيم إجراءات مباشرة دعوى الحسبة: (تختصّ النيابة العامة وحدها دون غيرها برفع الدّعى في مسائل الأحوال الشخصية على وجه الحسبة، وعلى من يطلب رفع الدّعى أن يتقدّم ببلاغ إلى النيابة العامة المختصّة يبيّن فيه موضوع طلبه والأسباب التي يستند إليها مشفوعة بالمستندات التي تؤيّدّه)، كما لها أن ترفع الدّعى إذا تعلّق الأمر بالنّظام العام أو الآداب، كما جاء في المادة (6): (للنيابة العامة رفع الدّعى ابتداءً في مسائل الأحوال الشخصية إذا تعلّق الأمر بالنّظام العام أو الآداب)²⁶⁷، فيلاحظ أنّ النيابة العامة قد ترفع الدّعى في مسائل الأحوال الشخصية من تلقاء نفسها، تأخذ فيها حكم المدّعي ويسري عليها ما يسري على المدّعي من أحكام، فلا تكون آخر من يتكلّم، فإذا رفعت النيابة العامة

²⁶⁵ وقبل ورود هذه المادة كانت النيابة العامة فيتمثّل الطّرف الأصلي في بعض الدّعاوى المدنية المتعلّقة بالأحوال الشخصية كما هو منصوص عليه في المادة (99) المتعلّقة بالتّقديم، وكلّ النّصوص الأخرى المتعلّقة بالحجر والحكم بوفاة المفقود، حيث منحت هذه النّصوص للنيابة العامة صلاحية تقديم طلب بتعيين مقدّم على من اكان فاقد الأهلية أو ناقصها، وصلاحية طلب الحجر على من كان معتوهاً أو سفياً، وصلاحية إصدار حكم بوفاة المفقود. إنّ مفهوم الطّرف الأصلي عند قضاة المحكمة العليا، مخالف لما هو موجود في الجانب النظري، ويبدو، حسب ما ذهب إليه عبد العزيز سعد أنّ المعنى الذي قصدته هذه المادة بالتحديد تتمثّل في أنّ أيّ دعوى يرفعها أحد الأفراد في الأسرة بصفته زوجاً أو ابناً، أو أباً، أو زوجة، أو أمّاً، وتخضع لتطبيق قانون الأسرة، فإنّ النيابة العامة ستكون حتماً طرفاً أصلياً فيها، ليس كمدّعي عليه بالمعنى القانوني، وليس الهدف الحكم لها أو الحكم عليها، ولكن تكون طرفاً أصلياً بمعنى المراقب والمكلّف بالسّهر على تطبيق القانون تطبيقاً سليماً، والحريص على كلّ ما تعلّق بالنّظام العام. أنظر في ذلك: عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص171-172.

²⁶⁶ المادة (256) من القانون 08-09 المؤرّخ في 25 فبراير 2008 المتضمّن الإجراءات المدنية والإدارية المذكور سابقاً: (يمكن لممثّل النيابة العامة أن يكون مدّعياً كطرف أصلي أو يتدخل كطرف منضمّ) والمادة (257) من القانون ذاته: (تدخل النيابة العامة تلقائياً في القضايا التي يحدها القانون، أو للدّفاع عن النّظام العام).

²⁶⁷ إلا أنّ هذا النّصّ يوحي بأنّ رفع الدّعى أمر جوازي للنيابة العامة إذا كان الأمر متعلّقاً بالنّظام العام أو الآداب العامة، في حين أنّ النيابة العامة هي ممثّلة المجتمع في كلّ دما يمسّ حرمة وكيانه، ولهذا كان من المفروض أن يأتي على سبيل الوجوب لا على سبيل الجواز، فعلى فرض أنّ رجلاً تزوّج أخته أو أمّه، فالأمّ في هذه الحالة لا يمكن أن يكون جوازيّاً.

أنظر في ذلك: الجندي (أحمد)، التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصّادر بالقانون رقم1 لسنة2000، ط1، دار الكتب القانونية، 2001، ص140.

دعوى موضوعها طلب التفريق بين رجل تزوّج امرأته المطلقة منه طليقة ثالثة قبل أن تتزوّج بغيره ويفترقان بطلاق أو موت، فإنّ النيابة في هذه الدّعى تكون مدّعية ويكون لها ما للمدّعي من حقوق وعليها ما عليه من واجبات²⁶⁸.

المسألة الثانية: كون النيابة العامة طرفاً متدخلًا، وحيث تكون كذلك ينبغي لنا التمييز بين حالتي التدخل الإجباري والتدخل الاختياري. حيث يكون التدخل الإجباري أمام المحكمة العليا وأمام مجلس الدولة في كلّ القضايا المعروضة عليها؛ إذ يجب سماع أقوالها قبل إجراء المداولات، فلا يسوغ لعضو النيابة العامة أن يبدي ملاحظاته بعد تمام المداولة القانونية²⁶⁹، وذلك لتعلّق هذا النوع من القضايا بالمصلحة العامة، فمهمّة المحكمة العليا بالدرجة الأولى تقرير القواعد القانونية السليمة، وتوحيد الاجتهاد القضائي²⁷⁰. ويكون الأمر كذلك في المنازعات الإدارية المعروضة على المحاكم الإدارية؛ لأهميتها بسبب كون أحد أطرافها من أشخاص القانون العام²⁷¹. أمّا التدخل الاختياري فيكون أمام المحكمة والمجلس القضائي وهذا لعدم وجود أي نص يلزم النيابة العامة بالتدخل وإبداء الرأي في مسألة محدّدة. والمادة (262) من قانون الإجراءات المدنية تعرّضت لحالات وجوب إبلاغ النيابة العامة في بعض القضايا المطروحة أمام المحاكم والمجالس القضائية دون إلزامها بالتدخل، وهذا ما وضّحته المادة (259) من القانون نفسه: (يكون ممثّل النيابة العامة طرفاً منضمّاً في القضايا الواجب إبلاغه بها، ويبيدي رأيه في شأنها كتابياً حول تطبيق القانون)، والبطلان في هذه الحالة يكون مترتباً على عدم الإبلاغ وليس على عدم التدخل، وهو بطلان نسبي، فإبلاغ النيابة العامة على الملقات الخاصّة بالقصر قاعدة جوهرية أوجبها المادة (141) من قانون الإجراءات المدنية رعاية لمصالح عديمي الأهلية والأحداث²⁷² دون الاكتفاء بذكر الجهة القضائية أنّه تمّ سماع النائب العام في طلباته؛ لأنّ هذا يعتبر خرقاً لقاعدة إجرائية جوهرية²⁷³. فالمشرّع جعل مسألة إخبار النيابة العامة بالدّعاوى التي أجاز لها التدخل فيها، من أجل إتاحة الفرصة لها للعلم بالنزاع، وتقدير

²⁶⁸ الجندي (أحمد)، المرجع نفسه، ص142.

²⁶⁹ المرجع نفسه، ص141-142.

²⁷⁰ امقران (محمد)، مرجع سابق، ص206.

²⁷¹ المرجع نفسه، ص206.

²⁷² قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 26598 المؤرخ في 19/01/1983، المجلّة القضائية، سنة 1989، العدد1، ص(37-39).

²⁷³ قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 32377، المؤرخ 11/07/1984، المجلّة القضائية، سنة 1989، العدد1، ص(51-52).

مدى الحاجة إلى تدخلها، وذلك مراعاة لخصوصية معينة تترتب عليها مصلحة محدّدة تغيّر المشرّع من خلال النصّ حمايتها²⁷⁴.

(ثانياً) تحديد نطاق حجية الأمر المقضي: إنّ مبدأ حجّية الأمر المقضي يعني تحديداً أنّ للحكم حجّية بين الخصوم، وبالتّسبة إلى ذات الحقّ، محلاً وسبباً، حجّية غير قابلة للدّحض إلاّ بطريق من طرق الطّعن في الحكم²⁷⁵. هذه الحجّية تثبت لكلّ حكم قطعي²⁷⁶، أي لكلّ حكم موضوعي يفصل في خصومة²⁷⁷، نهائياً كان الحكم أو ابتدائياً، حضورياً أو غيابياً، ويبقى الحكم القضائي متممّاً بهذه الحجّية إلى حين زواله²⁷⁸، ويتدرّج الحكم القضائي إلى أن يصبح نهائياً، أي غير قابل للطّعن فيه عن طريق الطّرق العادية، المعارضة والاستئناف، حتّى ولو ظلّ قابلاً للطّعن فيه بطريق غير عادي، التّقض أو التماس إعادة النّظر، حينئذ يحوز هذا الحكم قوّة الأمر المقضي بعد أن كان حائزاً على حجّية الأمر المقضي فحسب. وهنا لا بدّ أن نفرّق بين الأمرين، فكثيراً ما وقع الخلط بينهما في الفقه والقضاء والتّشريع، فقد جاء في نصّ المادة (338) من القانون المدني الجزائري: (الأحكام التي حازت قوّة الشّيء المقضي به تكون حجّة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أيّ دليل ينقض هذه القرينة، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجّية إلاّ في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغيّر صفاتهم وتتعلّق بحقوق لها نفس المحلّ والسبب،

²⁷⁴ الجندي (أحمد)، مرجع سابق، ص 141-142.

²⁷⁵ وقد تكون للحجّية مفهوم آخر في منظور القانون الفرنسي مفاده قابليّة الحكم للتّنفيد إلى أن يطعن فيه، وهذا المفهوم مأخوذ من فكرة أنّ الأحكام القضائية في القانون الفرنسي تكون قابلة للتّنفيد إلى حين الطّعن فيها، فما يوقف تنفيذها ليس ميعاد الطّعن، بل الطّعن ذاته، وبذلك فإنّ الحكم القابل للطّعن فيه تكون له حجّية الأمر المقضي بالمعنيين، فهو حجّة على الخصوم وقابل للتّنفيد، فإذا طعن فيه فعلاً زالت القابليّة للتّنفيد وبقي المعنى الأوّل، فيكون حجّة على الخصوم إلى حين إلغائه عن طريق الطّعن فيه. انظر في ذلك: Aubry (Ch.), Rau (Ch.F.), *op.cit.*, p.325.
²⁷⁶ *Ibid*, p.325.

²⁷⁷ هذه الحجّية لا تنطبق على الأحكام التحضيرية، كالفصل في الدّعوى بموجب حكم يقضي بتعيين خبير فهو لا يحوز حجّية الشّيء المقضي فيه. فالحكم الذي يقضي بتعيين موقّ كخبير للقيام بإجراء حصر مخلفات المالك وإعداد فريضة وتحرير مشروع قسمة، هو في حقيقته حكم تحضيري، لا يمكن أن يكون حائزاً لحجّية الشّيء المقضي به. انظر في ذلك: قرار المجلس الأعلى (ع.م) رقم 35351، المؤرّخ في 13/12/1984، المجلّة القضائية، سنة 1989، العدد 4، ص(95-98).

كذلك لا تنطبق هذه الحجّية على الأوامر الصّادرة عن الغرفة الاستعجاليّة؛ لأنّ هذه الأخيرة أوامر مؤقتة بطبيعتها، ونظراً لهذه الطّبيعة فهي لا تحوز الحجّية، حيث أنّ قضاة الموضوع لم يتعرّضوا للنزاع أصلاً، بل اتخذوا إجراءات تحفظية، على أساس أنّ قاضي الأحوال الشخصية لم يفصل في دعوى الطّلاق، فأصدروا أمراً يتضمّن أحقيّة المستأنف عليها في البقاء بالمحلّ الزوجي.

انظر: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 105366، المؤرّخ في 27/04/1993، المجلّة القضائية، سنة 1994، العدد 2، ص(88-92).
²⁷⁸ وهذا حسب حالة الحكم القضائي، فإن كان غيابياً فإنّه يزول بإلغائه في المعارضة، أمّا إن كان ابتدائياً فيكون زواله بإلغائه في الاستئناف، وإن كان نهائياً فيكون زواله بنقضه أو بقبول التماس إعادة النّظر فيه. انظر في ذلك: السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص632.

ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائياً). فنجد أنّ المشرّع قد استعمل مصطلح قوّة الشيء المقضي بدل أن يستعمل مصطلح حجّية الشيء المقضي وهو المقصود في النص، وقد تبعه في القضاء²⁷⁹، وهذا من قبيل الخلط الذي تبّه إليه الكثير من الفقهاء²⁸⁰. حيث تجاهل النصّ مسألة أنّ الحكم القضائي يمرّ بدرجتين، الحكم القضائي الذي يجوز حجّية الأمر المقضي دون أن يجوز قوّته، وهذه تكون للحكم بمجرد صدوره، ثمّ الحكم القضائي الذي يجوز حجّية الأمر المقضي مع قوّته. والحكم في درجته الأولى كافية لأنّ تمتع القاضي من القضاء بخلاف ما سبق به القضاء، حتّى ولو ما زال عرضة للطعن، فحجّيته ملزمة له²⁸¹. وقد أدرجت هذه الحجّية ضمن القرائن القانونية: (..ولا يجوز قبول أيّ دليل ينقض هذه القرينة..)، حيث يفترض المشرّع صحّة مضامين الأحكام تأسيساً على قرينة حجّية الأمر المقضي فيه، فالأحكام التي حازت حجّية الأمر المقضي فيه، حجّة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة؛ إذ أنّ حكم القضاء يجب أن يكون عنواناً للحقيقة فيحسم النزاع نهائياً، وهذه القاعدة لازمة لتكفل احترام أحكام القضاء²⁸². ولا يجوز لقضاة الموضوع أن يحكموا بها تلقائياً²⁸³؛ لأنّها ليست من النظام العام في القضايا المدنية²⁸⁴، والاجتهاد القضائي الفرنسي يؤكّد على أنّ القاعدة على الأقلّ إنّما قرّرت لحماية المصلحة الخاصّة²⁸⁵، ويمكن التمسك بالحجّية في دفع أيّ دعوى جديدة بشرط أن تكون في نفس

²⁷⁹ فهناك أحكام وقرارات استعملت مصطلح قوّة الشيء المقضي بدل استعمالها لمصطلح الحجّية، والمعنى الثاني هو المقصود، فانظر على سبيل التمثيل قرار المحكمة العليا رقم 35351 المؤرخ في 1984/12/13، الذي أقرّ مفاده: من المقرّر قانوناً أنّ الأحكام التي حازت قوّة الشيء المقضي به تكون حجّة بما فصلت فيه من حقوق، ولا يجوز قبول أيّ دليل ينقض هذه القرينة). أنظر في ذلك: المجلة القضائية، سنة 1989، العدد4، ص(95-98).

²⁸⁰ وأظهر سبب للخلط الحاصل في هذه المسألة يرجع في الأساس ما وجدناه في لغة القانون الفرنسي، فالحكم القطعي الذي يصطلح عليه في اللّغة الفرنسية (définitif) بجوز الحجّية (autorité) والحكم النهائي الذي يصطلح عليه في لغة القانون الفرنسي (définitif) بجوز القوّة (force)، فوقع الخلط من استعمال لفظ (définitif) بمعنى القطعي والنهائي في وقت واحد. وهذا لا يحصل مع اللّغة العربية فما أسهل التمييز بين الحكم القطعي الذي يجوز الحجّية دون القوّة، والحكم النهائي الذي يجوز الحجّية والقوّة معاً. أنظر في ذلك: السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ص632.

²⁸¹ بكوش (بيجي)، أدلّة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقّه الإسلامي، د.ط، الجزائر، الشركة الوطنية للتّشريع والتّوزيع، 1981، ص373.

²⁸² حسنين (محمد)، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، د.ط، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985، ص358.

²⁸³ من المقرّر قانوناً أنّه لا يجوز للقضاة أن يأخذوا بقرينة الشيء المقضي به تلقائياً، والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خطأ في تطبيق القانون. فإذا لم يكن هناك أيّ دفع من أحد الأطراف يستند إلى حجّية الشيء المقضي به، وأخذ قضاة الموضوع تلقائياً بهذه القرينة، يكونون بذلك قد أخطأوا في تطبيق القانون، وفيه مخالفة صريحة لنصّ المادة (338) من القانون المدني.

قرار المجلس الأعلى (غ.م) رقم 34931، المؤرخ في 1985/10/30، المجلّة القضائية، سنة 1989، العدد4، ص(68-70)، وقرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 74924، المؤرخ في 1991/06/18، المجلّة القضائية، سنة 1994، العدد2، ص(59-64).

²⁸⁴ Aubry (Ch.), Rau (Ch.F.), *op.cit.*, p.374.

²⁸⁵ Planiol (M.), Ripert (G.), *op.cit.*, p.1015.

الموضوع²⁸⁶، متى توفّرت شروط الدّفع بسبق الفصل؛ فالحكم لا يجوز حجّية الشّيء المقضي فيه إلاّ بتوافر عناصر ثلاثة، هي: وحدة الأطراف دون أن تتغيّر صفاتهم، ووحدة المحل (الموضوع)، ووحدة السّبب²⁸⁷، والقضاء بما يخالف ذلك يعدّ خرقاً للقانون²⁸⁸، وهذا ما جعل الفقهاء يقولون بأن هذه الحجّية نسبيّة. والغاية منها تكريس مبدأ أنّه لا يجوز للخصوم أن يجدّدوا النزاع بدعوى جديدة تكون قد تعلّقت بالنزاع نفسه، والقائم بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغيّر صفاتهم، بخصوص حقوق لها المحلّ نفسه والسّبب نفسه. وهذه الحجّية لا تتعلّق بسوى منطوق الحكم²⁸⁹، الذي يكون حجّة على كافّة النّاس، بمن فيهم الخصوم، إلاّ أنّه لغير الخصوم ممّن يسري في حقّهم الحكم أن يدحضوا هذه الحجّية بإثبات عكسها، إمّا عن طريق دعوى مبتدأة، وإمّا عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة²⁹⁰.

²⁸⁶ ينبغي للقضاة أن يفرّقوا بين مواضع الدّعاوى حتّى يتمكّنوا من الحكم برفض الدّعى لسبق الفصل فيها، ولهذا أقرّ قضاة المحكمة العليا مبدأ مهمّاً مفاده: لا يحتجّ ولا يحكم بسبق الفصل في دعوى تسليم باقي الأمتعة، حيث طعنت (ز.ز) بالتقضى في قرار صادر من مجلس قضاء سطيف بتاريخ: 2001/01/03، القاضي بقبول الاستئناف والمصادقة على الحكم المستأنف الصّادر في: 2000/05/25، القاضي برفض الدّعى لسبق الفصل فيها، وذلك لمخالفته للمادة (338) من القانون المدني، بدعوى أنّ القرار المطعون فيه قضى بتأييد الحكم المستأنف الذي رفض الدّعى لسبق الفصل في الدّعى التّزامية إلى تمكين الطّاعنة من باقي أمتعتها أو قيمتها، مع أنّ المطعون ضده رفض تسليمها كما هو ثابت بحضور التّنفيذ الجزئي فيما يخصّ الأثاث، وقد كان ردّ المحكمة العليا مستنبطاً من خلال الاستخلاص الذي قامت به من خلال الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه، حيث أنّ الطّاعنة رفعت دعوى جديدة مطالبة فيها بالحكم على المطعون ضده، بتمكينها من باقي أمتعتها أو بقيمتها نقداً على أساس أنّ المطعون ضده رفض تسليم ما تبقى من هذه الأمتعة، والطّاعنة قدّمت محضراً قضائياً يثبت رفض المطعون ضده للقيام به، وبالتالي فالدّعى الجديدة التي رفعتها الطّاعنة والتي تهدف إلى الحكم على الطّاعن بدفع قيمة الأمتعة التي رفض تسليمها المطعون ضده، تختلف عن الدّعى السابقة التي كانت تهدف فقط إلى الحكم على المدعى عليه بتسليم الأمتعة، وعليه فالقرار الذي رفض الدّعى لسبق الفصل فيها كان مخالفاً لأحكام المادة (338) من القانون المدني، باعتبار أنّ موضوع النزاع الحالي يختلف عن موضوع النزاع السابق، فلا مجال لتطبيق مبدأ حجّية الشّيء المقضي فيه، لغياب شرط وحدة الموضوع. انظر: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 288525 المؤرّخ في 2002/05/08، مجلّة المحكمة العليا، سنة 2004، العدد2، ص(369-372).

²⁸⁷ Planiol(M.), Rippert (G.), *op.cit.*, p.1016.

²⁸⁸ قرار المجلس الأعلى (غ.م) رقم 54168، المؤرّخ في 1989/11/15، المجلّة القضائية، سنة 1990، العدد2، ص(35-37).

²⁸⁹ Aubry 'Ch.) et Rau (Ch.F.), *op.cit.*, p.332-333.

وقد أخذ بهذا المبدأ قضاة المحكمة العليا، فهذه الحجّية لا تتعلّق بأسباب الحكم القضائي، فليس جميع البيانات الواردة في الحكم القضائي قابلة لأن تتعلّق بما حجّية الشّيء المقضي به. فالبدأ العام في هذه المسألة هو أنّ الحجّية تتعلّق بالمنطوق وليس بأسباب الحكم، وهذا ما استقرّت عليه الأحكام القضائية، كما أنّ الحجّية لا تتعلّق حتّى بجميع أجزاء الحكم القضائي، إنّما تتعلّق بالأجزاء التي فصل فيها دون أيّ شرط أو تحقّظ ولو بصورة ضمنيّة، وكان من شأن ذلك حسم المسألة التي يدور حولها النزاع، وزيادة على ذلك، لا يمكن للمنطوق أن يجوز الحجّية إلاّ إذا كانت المسألة التي فصل فيها قد تناولتها مرافعة الخصوم بصفة صريحة وكانت محلّ نزاع بينهم. انظر: قرار المحكمة العليا (غ.م) رقم 311528، المؤرّخ في 2005/12/21، مجلّة المحكمة العليا، سنة 2005، العدد2، ص(217-222).

²⁹⁰ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص635.

وبالرغم من أنّ قضاة المحكمة العليا قد أقرّوا في قراراتهم المختلفة بأنّ القضاء بشيء سبق الفصل فيه بحكم حاز حجّية الشيء المقضي فيه مخالف للقانون، إلاّ أنّ هذه الحجّية يتقلّص نطاقها في دائرة الأحوال الشخصية، وهو ما كان له أساس في أحكام قضاةنا السابقين الأجلاء، وهو ما أقرّه (الباجي) في كتابه (فصول الأحكام) فإذا سجّل القاضي، في منظوره، على العاجز عن تقديم حجّته بعد إعداره لا ينظر بعد ذلك في حجّة يأتي بها في اللاحق باستثناء ما تعلق بالولاء والنسب والطلاق، وهو مذهب (ابن القاسم)، وعليه استقرّ العمل والقضاء في السابق²⁹¹، واستمرّ الأمر على حاله عندنا في اللاحق فلا يمنع صدور حكم يقضي برفض دعوى التّطليق من رفعها من جديد، عند توفرّ أسبابها، وهذا لعدم خضوع قضايا الحالة لقاعدة حجّية الشيء المقضي به، وذلك لكونها دائمة التّغيير²⁹²، ولا يجوز الاحتجاج بهذه الحجّية في التّفقات، فيجوز للقاضي مراجعة التّفقة بعد مضيّ سنة من الحكم، ولا يجوز الطّعن بحجّية الشيء المقضي به في التّفقة تبعاً للمستجدّات التي تطرأ على المعيشة والتّفقات بصفة عامة²⁹³. وإذا كان السّكن وأجرته يعتبران من مشتّمات التّفقة وفق أحكام المادة (78) من قانون الأسرة، وأنها وفق المادة (57) مكرّر من قانون الأسرة من التّدابير المؤقتة التي يمكن المطالبة بها في أيّ وقت، وفي أيّ مرحلة من مراحل التّقاضي، فإنّ الأحكام الصّادرة بشأنه لا تكتسب إلاّ حجّية مؤقتة²⁹⁴. وكذلك ما تعلق بمسائل الحضانة يكون محلاً للحجّية المؤقتة؛ لأنّ تنازل الأم، على سبيل التّمثيل لا يعتبر نهائيّاً لأنها من مسائل حالة الأشخاص التي يمكن الرّجوع فيها مراعاة لمصلحة المحضون، وفق ما جاء في نصّ المادة (66) من قانون الأسرة²⁹⁵. وقد أقرّت المحكمة العليا بأنّ قضايا إثبات الزّواج والنّسب التي تعتبر من صميم قضايا الحالة لا تطبّق بشأنها المادة (338) من القانون المدني؛ لأنّ مثل هذه المسائل تعتمد في الغالب على شهادة الشّهود، الذين يحضرون أحياناً ويغيّبون أحياناً أخرى لتغيير إقامتهم وسكناتهم، الأمر الذي يعيق الأزواج عن تقديم حججهم، يعني ذلك أنّ مثل هذه القضايا لا تحوز حجّية القضية المقضية وبدون اعتبار هذا المبدأ لوقع

²⁹¹ ابن خلف الباجي (أبو الوليد سليمان)، فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام، تحقيق أبو الأحنف (محمد)، ط1، الرياض - بيروت، مكتبة التّوبة - دار ابن حزم، 2002، ص161.

²⁹² قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 342470، المؤرّخ في 2005/09/14، مجلّة المحكمة العليا، سنة 2005، العدد2، ص(409-412).

²⁹³ قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم136604، المؤرّخ في 1996/04/23، المجلّة القضائية، سنة 1997، العدد2، ص(89-92).

²⁹⁴ قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 548029، المؤرّخ في 2010/03/11، مجلّة المحكمة العليا، سنة 2010، العدد1، ص(238-241).

²⁹⁵ قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم235456، المؤرّخ في 2000/02/22، المجلّة القضائية، سنة 2001، العدد1، ص(280-283).

قضاة الموضوع في المحظور وهو الامتناع عن التّحقيق من أجل الوصول إلى الحقيقة²⁹⁶. فإثبات واقعة الزّواج العرفي لها حجّية مؤقتة، وذلك يعني أنّها لا تعدّ محلاً لإعمال مبدأ حجّية الشّيء المقضي فيه وفق المادة (338) من القانون المدني؛ إذ يمكن إثبات هذه الواقعة إذا ما توقّرت الأدلّة على إثباتها²⁹⁷.

²⁹⁶ لقد طالبت (ص.ف) بإبطال القرار الصادر من مجلس قضاء معسكر بتاريخ 2000/01/05 المؤيد لحكم محكمة (تغنيف) الصادر بتاريخ 1999/05/22 والذي قضى برفض الدّعوى لسبق الفصل فيها، حيث أنّ قضاة الموضوع على مستوى المجلس القضائي اكتفوا بأنّه يتّضح من خلال مطالعة أوراق القضية أنّ الطّرفين سبق لهما أن ترفعا أمام محكمة الدرجة الأولى على نفس الموضوع، وبالتالي فدعوى الحال تكون قد حازت على الحجّية (القضاة استعملوا كلمة القوّة). وعقبت عليهم المحكمة العليا حيث رأت أنّه كان من المفروض عليهم القيام بإجراء تحقيق موسّد لأهمّية القضية لأنّها تتعلّق بمصير ولدين، وذلك بسماع شهود الطّاعنة والتّأكد من أقوالهم وبسماع زوج الطّاعنة السابق (ح.م.ح) إذا اقتضى الحال ذلك، وبهذا فقط يمكن أن نصل إلى الحقيقة مهما كانت هذه الحقيقة، سواء كانت في صالح الطّاعنة أم في غير صالحها.

انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش)، المؤرخ في 2001/04/18، المجلة القضائية، سنة 2002، العدد 2، ص(409-412).
²⁹⁷ لقد اعتبرت المحكمة العليا ما ذهب إليه قضاة الموضوع في حكمهم صائبا وموافقا لأحكام القانون وبالتحديد المادة (9) من قانون الأسرة، حيث أنّ (ب.م) طعن بالتّقض في القرار الصادر من مجلس قضاء أم البواقي المتضمّن تأييد الكم المستأنف القاضي برفض الدّعوى لعدم التّأسيس، مستندا في ذلك على وجوه محدّدة منها: مخالفة نصّي المادتين (268) و (269) من قانون الإجراءات المدنية على أساس أنّه يقع على عاتق قضاة الموضوع إلزامية تطبيق قرار المحكمة العليا المتعلّق بالمسائل القانونية التي قطعت فيها، وما يوضّح الأمر جيّدا أنّ القرار الصادر من المحكمة العليا بتاريخ 1991/07/16 قد فصل بصفة نهائية بنقض القرار الصادر بتاريخ 1989/01/09 دون إحالة، حيث أنّ هذا القرار الصادر من المحكمة العليا قد فصل في مسائل قانونية لكون واقعة الزّواج العرفي المدعى به من طرف المطعون ضدها مخالف لقواعد الشّريعة والتّصوص القانونية، ولهذا فإنّ قضاة الموضوع عندما قضوا بإثبات واقعة الزّواج العرفي بين الطّرفين في قرارهم الصادر بتاريخ 1989/01/09 قد خالفوا بذلك القواعد الشّريعة والقانونية، الأمر الذي أذى بقرارهم إلى أن يكون عرضة للتّقض بدون إحالة، ولهذا فإنّ الحكم الصادر بتاريخ 1987/12/27 القاضي برفض دعوى المدّعية المتعلّقة بإثبات واقعة الزّواج العرفي هو حكم نهائيّ حائز لقوّة الشّيء المقضي فيه. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 211509، المؤرخ في 1998/12/15، اجتهاد قضائي، سنة 2001، عدد خاص، ص(56-60).

المبحث الثاني: الحقيقة

القضائية ومتعلقاتها

المبحث الثاني: الحقيقة القضائية ومتعلقاتها

في هذا المبحث سوف نتطرّق بالتّفصيل إلى كلّ ما تعلق بالحقيقة المقرّرة قضاء، ابتداء من مفهوم الحقيقة الفلسفي وكذا القانوني، مروراً بالأساس الذي تركز عليه، وصولاً إلى الخصائص التي يمكن أن نلمسها عند تحليلنا لها، ولا يمكن أن يكون ذلك في نظري إلاّ من خلال مطلبين، نعرض في (الأول) إلى مفهوم الحقيقة القضائية وأساسها، ونعرض في (الثاني) إلى خصائص الحقيقة القضائية.

المطلب الأول: مفهوم الحقيقة القضائية وأساسها

من خلال هذا المطلب سوف نتعرّض إلى مفهوم الحقيقة القضائية فلسفياً وقانونياً في (الفرع الأول)، ثمّ نقوم بتحليل خصائصها ابتداءً بخاصية النسبية، ومروراً بخاصية المنطقية والتقييد، وانتهاءً بخاصية الخدمية والمحدومية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الحقيقة القضائية

لقد كانت الحقيقة على مدار العصور منذ العهد الإغريقي التّقطعة المحورية في جميع التّقاشات الفلسفية، ولم يكن ذلك مبنياً على فراغ، فالبحث عن الحقيقة من الأمور التي عسر أمرها، كما يقول (Nietzsche)²⁹⁸؛ لتعلّق المسألة بكون هذا البحث بحثاً تقويمياً يتمّ على مستويين، مستوى الشّيء أو القضية التي يحكم عليها بالصّواب أو بالخطأ، ومستوى المعيار الذي يوزن به هذا الصّواب أو هذا الخطأ، ويصدر على أساس حكمي²⁹⁹. إلاّ أنّ الحقيقة لا يمكن أن نطلقها على الأشياء بل على ما يقال على

²⁹⁸Nietzsche (F.), *Le livre du philosophe-Etudes théoriques*, Sigma Editions, Traduction Angèle Kremer-Marietti, P.75, *Le crépuscule des idoles*, Sigma Editions, Traduction Christian Jambet, P.101.

²⁹⁹ هويدي (بجي)، ما هو علم المنطق، دراسة نقدية للفلسفة الوضعية المنطقية، ط1، القاهرة، مكتبة النهضة المصرية، 1966، ص16. في هذا الإطار، لا بدّ أن نفرّق بين البحث عن الحقيقة والبحث في الحقيقة أو في بنائها ونسقتها المعماري الذي يعتبر موضوعاً لعلم المنطق، فالفكر فيه يتّجه إلى ذاته، فيكون بذلك في الوقت نفسه ذاتاً وموضوعاً، أمّا الأول فالوقائع الموحدة في عالم الأشياء هي التي يتّخذ منها الفكر موضوعاً. فعلم المنطق هو العلم الذي يبحث في بناء الحقيقة أو في الفكر من حيث توافقه مع نفسه وانسجامه واتّساقه الداخليين. وحتى يتّضح الأمر ويخرج من غموضه الفلسفي، لا بدّ أن نعرف أولاً بأنّ الذات والموضوع تربطهما في عالم القيم علاقة تقدير

الأشياء؛ فالصدق والكذب مقولتان وصفيتان في اللغة، ولهذا كان مكان الحقيقة المنطوق أو الحكم³⁰⁰؛ لأنها بطبيعتها تسكن اللغة والأبنية الخطابية، وهذا ما عناه تحديدا (Popper) بقوله: "إننا نسمي ملفوظا ما ملفوظا حقيقيا عندما يتلاءم مع الوقائع أو تكون الأشياء مثلما يقدمها هذا الملفوظ.."³⁰¹. فالحقيقة تقال ابتداء من جهة المضمون على معنى مطابقة المعرفة لموضوعها، وتقال تبعا من جهة الشكل، أي على معنى اتّخاذ الفكر لذاته موضوعا له، وفي هذا الإطار نجد المنطق هو سيّد الموقف؛ بحيث يحدّد قواعد مطابقة الفكر لذاته التي تنحصر في الأساس في مسألتين، الانسجام الداخلي، والخلو من التناقض. فكلّ هذا نجده متعلّقا بأبنية صورية لا يمكن للعقل أن يستند عليها لوحدها في الحكم بحقيقة أيّ شيء، كما يقول (Kant)³⁰².

إنّ الحقيقة من (الحقّ) الذي هو في اللغة الثابت الذي لا يسوغ إنكاره، والذي اصطلح عليه أهل المعاني بأنّه الحكم المطابق للواقع³⁰³، أي "كون الشيء صحيح الوجود"³⁰⁴، ويطلق على الأقوال والعقائد والأديان والمذاهب باعتبار اشتغالها على ذلك، ويقابله الباطل، وأمّا الصدق فقد شاع في الأقوال خاصّة ويقابله الكذب. وقد يفرق بينهما بأنّ المطابقة في الحقّ تعتبر من جانب الواقع، وفي الصدق تعتبر من جانب الحكم، فمعنى صدق الحكم مطابقتة للواقع، ومعنى حثّيته مطابقة الواقع إيّاه³⁰⁵. ولهذا، فالحقيقة اسم لما أريد به ما وضع له، فعيلة، من حقّ الشيء إذا ثبت³⁰⁶، ولهذا فمن الغريب أن نجد من يفرّق بين الحقّ والحقيقة، كما يوضح الفقيه الجليل (أبو محمد بن حزم)؛ فالفرق بين هاتين اللفظتين لم تأت بها لغة ولا أوجبه شريعة أصلا، وفساده يبدو واضحا من خلال التأمّل في ألفاظ قوله تبارك وتعالى:

وتقوم لا علاقة معرفة. وهذا التقييم وهذا التقدير لا يترك أبدا للذات نفسها وعبثها، فالأمر منضبط بضوابط محدّدة لا بدّ أن نرجع إليها وخاصة منها ما يسمّى الحكم الجمعي ومن أهمّ مظاهره القاعدة القانونية في ما تعلق بالحقيقة القضائية. انظر في ذلك: هويدي (بجي)، المرجع نفسه، ص 18.

³⁰⁰ Heidegger (M.), *Questions I, De l' essence de la vérité*, Traduit par Henry Corbin, Roger Munier et autres, Paris, Editions Gallimard, 1968, P.163-164. Heidegger (M.), *Questions II, La doctrine de Platon sur la vérité*, Traduit par Kostas Axelos, Jean Beaufret, Paris, Editions Gallimard, 1968, P.126-127.

³⁰¹ ذكره: سبيلا (محمد)، بن عبد العالي (عبد السلام)، الحقيقة، ط2، الدار البيضاء (المغرب)، دار توبقال للنشر، 2005، ص 91.

³⁰² حسن (عمر)، التّسامح والديمقراطية، آليات لإدارة الاختلاف (هيجل وسبينوزا، روسو وكانط)، كتابات معاصرة، العدد 88، المجلد 22 (آيار-حزيران 2013)، ص (19-24).

³⁰³ الجرجاني (علي)، كتاب التعريفات، تحقيق: خضر (عادل)، ط2، بيروت، دار المعرفة، 2013، حرف الحاء، ص 85.

³⁰⁴ ابن حزم (أبو محمد)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: شاعر (أحمد)، ج 1، د.ط، د.ت، ص 41.

³⁰⁵ الجرجاني (علي)، مصدر سابق، ص 85.

³⁰⁶ المصدر نفسه، ص 85.

مع الفكر المعياري الذي يحكم عليها، وبمعنى آخر تطابق الشيء مع معايير العقل، فعندما نقول: إنَّ (نبيل) رجل نبيل، معنى هذا أنّ خلقه هذا يتطابق مع قيمة النبيل كما قدرها العقل³¹⁴. وبذلك تكون الحقيقة القضائية حقيقة منطقية وليست وجودية، كما أنّها حقيقة مادية وليست صورية، على أساس أنّ الحقيقة المادية هي تطابق الفكر أو القول مع الموضوع أو مع الأشياء، أمّا الحقيقة الصورية فهي اتّفاق الفكر مع نفسه، أي حلّوه من التناقض، ليس كما هو الأمر في القياس فالحقيقة فيه صوريّة³¹⁵. وبذلك تكون الحقيقة هي الشيء الذي حقّ، أي ثبت وجوده في الخارج، لا يشوبه التوهّم³¹⁶.

إنّ الحقيقة تتأرجح في الفلسفة بين التّطابق والتّلاؤم (التّرابط) والتّفعية. ولهذا كانت تعرّف، في الغالب، بأنّها توافق بين تصوّراتنا والواقع³¹⁷، أو مطابقة ما في الأذهان لما في الأعيان كما يقول الفيلسوف السّوري (بديع الكسم)³¹⁸، أو مطابقة الفكر للواقع الخارجي، فوصف أيّ مقولة بأنّها حقيقيّة لا يعني ذلك سوى أنّها تطابق ما يقع بالفعل، وأنّها تعبير عمّا يحصل في الواقع العملي. وقد تأثّر التفكير الفلسفي بهذا المنظور الأمر الذي ساهم بصورة مباشرة في ظهور أوّل نظرية في تفسير الحقيقة أطلق عليها اسم نظرية التّطابق³¹⁹، الذي يراه (Heidegger) أمرا لازما للحقيقة في مساراتها المفهومية، فالحقيقي، في منظوره، هو ما يتوافق ويطباق، بغضّ النظر عن كونه شيئا أم حكما، والتّوافق في هذه الحالة لا بدّ أن يكون مزدوجا،

³¹⁴ بدوي (عبد الرحمان)، مدخل جديد إلى الفلسفة، ط1، الكويت، وكالة المطبوعات، 1975، ص136-137.

³¹⁵ بمعنى أنّ القياس يضمن فقط صحّة الانتقال من المقدمات إلى التّناجج، ولا شأن له بالصّحة الواقعيّة للتّناجج؛ إذ تتوقّف هذه على صحّة المقدمات، والقاعدة في ذلك أنّ المقدمات الصّادقة تنتج دائما نتائج صادقة، أمّا المقدمات الكاذبة فقد تنتج نتائج كاذبة كما قد تنتج نتائج صادقة، وعلى حدّ تعبير الأسكلايين: من الكاذب ينتج أيّ شيء. أنظر في ذلك: بدوي (عبد الرحمان)، المرجع نفسه، ص137.

³¹⁶ ابن عاشور (محمد الطاهر)، أصول النّظام الاجتماعي في الإسلام، د.ط، تونس، الشركة التّونسية للتّوزيع، 1979، ص29.

³¹⁷ Lepeltier (Th.), *A-t-on besoin de la vérité, les grands dossiers des sciences humaines* n :10, mars-avril-mai 2008, p(56-58).

وكما يقول عام المنطق (Gottob Erege)، فإنّه لا يمكن أن يكون هناك تطابق أو توافق بين شيئين إلا إذا كانا من طبيعة واحدة. ومعنى ذلك، تحديدا لما سبق، فإنّ تحصيل شيء عن طريق تصوّر لا يمكن أن يكون ممكنا إلا إذا كان الشيء كذلك تصوّرا. وهذا ما لا نريده عندما نعرّف الحقيقة بأنّها ارتباط بين تصوّر مع شيء هو الواقع. فعند تعريفنا هذا فضروري أن يكون موقع الواقع والتّصوّر مختلفين في الطّبيعة عندما لا يكون هناك ارتباط مثالي (كامل)؛ لأنّ الواقع وتصوره ليسا من طبيعة واحدة، فلا يمكن عندئذ أن نتحدّث عن الحقيقة ودرجاتها.

³¹⁸ فراس (سعد)، نقد العقل المغلق، د.ط، عمان (الأردن)، دار ورد، 2006، ص94.

³¹⁹ وهذه النّظرية دعا لها معظم الفلاسفة التّجريبيين ويفرضها بعض الفلاسفة كأصحاب الوضعية المنطقية، منهم Neurath و Karl empel، فهم يرفضون أن تكون القضية صورة مطابقة لما هناك من واقع، بل يجب أن يكون الاتّساق شرطا ضروريّا من شروط صحّة القضية. واسم هذه النّظرية لم يعرف إلا حديثا، فالفكرة في ذاتها كانت معروفة في الفلسفة منذ القدم فقد أشار إلى ذلك (أفلاطون) في عدّة محاورات منها: (تيانتوس) و (السوفسطائي)، و (أفريطون) وذلك بقوله: (إنّ هناك ففة صالحة تقول رأيا حقيقيّا يطابق ما وقع، وهي وحدها حديرة بالاعتبار). أنظر في ذلك: مبروك (أمل)، مرجع سابق، ص131.

لكونه تطابقاً بين الشّيء وما تتصوّر عنه من جهة، ولكونه تطابقاً بين ما يدلّ عليه الملفوظ وبين الشّيء. وهذه الخاصّية المزدوجة الملاحظة تظهر بصورة جليّة مفهوم الحقيقة في تعريفها التقليدي المتمثّل في تطابق الشّيء مع العقل، الذي قد يعني أنّ الحقيقة هي تطابق الشّيء مع المعرفة، كما أنّه قد يعني تطابق المعرفة مع الشّيء³²⁰. كما يقول (Heidegger): "إنّ مكان الحقيقة هو المنطوق الحكمي، وماهيتها تقوم على تطابق الحكم مع موضوعه"³²¹، وهذه هي تحديداً الحقيقة الوجودية التي يتّخذ فيها الفكر من نفسه موضوعاً له، فعندما يصدر الإنسان أحكاماً محدّدة على الواقع الذي يراه ويدرسه فإنّ تلك الأحكام لا شكّ أنّها تكون قد اتّصلت بجملة ما ورد في تفكيره، ونظرية التّفكّر هذه وما أحيطت به من عناصر المفاهيم والأحكام تكوّن المنطق الذي يتعرّض بالدراسة للشّروط الممكنة للحقيقة الصّورية، بمعنى تطابق التّفكير مع ذاته³²². والحقيقة بذلك تتضمّن مقارنة بين حدّين، الفكر من ناحية، والشّيء من ناحية أخرى. ومن هنا يمكن تقسيم الحقيقة إلى نوعين: (أ) الحقيقة المنطقية، وهي تطابق الفكر مع الشّيء، فإذا تمّ التّطابق بين رواية شخص لحادث معيّن مع ما هو موجود حقيقة في الواقع يكون، عندئذ، وصف الرّواية بأنّها حقيقة ممكنة، (ب) الحقيقة الوجودية، وهي تطابق الشّيء مع الفكر المعياري، والمقصود بهذا التعريف هو تطابق الشّيء مع معايير العقل. كما يمكن تفسير الحقيقة على أساس فكرة (التّرابط) أو (التّلاؤم)، هذه الفكرة التي تقوم عليها نظرية تقليدية مناقضة تماماً لنظرية التّطابق التي ترى أنّ هناك تطابقاً بين الفكر والواقع الخارجي المنفصل عنه تمام الانفصال، فما دام ذلك الواقع ذاته لا يرد إلينا إلّا على صورة أحكام، فإنّ الحقيقة تكون في علاقة الحكم أو القضية بقية الأحكام أو القضايا الأخرى، وهذه العلاقة يطلق عليها المثاليّون اسم (التّرابط)، وقد نادى بهذه الفكرة كبار الفلاسفة العقلانيّين المحدثين من أمثال (Leibnitz)،

³²⁰ Heidegger(M.), *Questions I, l'Essence de la vérité, op.cit.,P.163-164.*

ويشتقّ (HEIDEGGER) كلمة الحقيقة في اللّغة اليونانية من X- نفي، والتي اشتقت بدورها من العقل، أي يستر، يحجب يخفي، يغطّي، وتبعاً لذلك فإنّ الحقيقة في منظوره: (كشف المحجوب، إزالة الغطاء). والذي يقوم بذلك هو الإنسان بذاته، ولهذا يجب عليه أن يبقى مفتوحاً للموجود، وهذا الانفتاح فعل حرّ يقوم به الإنسان. ومن هنا كانت (ماهية الحقيقة هي الحرّية) بمعنى: (الانفتاح أو التّعرّض للموجود، وإسلام الدّات إلى انكشاف الموجود ووصفه كذلك). انظر في ذلك: بدوي (عبد الرحمان)، مرجع سابق، ص151.

³²¹ Heidegger (M.), *l'Etre et le temps, paris, Gallimard, 1964, p.259.*

ويعدّ (أرسطو) أول فيلسوف ربط الحقيقة بالحكم كمجال أصلي لها، وهو الوقت الذي انفتح فيه تعريف الحقيقة كتطابق، كما قد أشار إلى ربط الحقيقة بمطابقتها للواقع وذلك في قوله: (حين نقول عن شئ موجود أنّه ليس موجوداً، أو عن شئ غير موجود أنّه موجود فإننا نقول قولاً غير حقيقي، بينما حين نقول عمّا يوجد أنّه موجود، وعمّا ليس موجوداً أنّه غير موجود فإننا في هذه الحالة نقول الحقيقة). إنّ (أرسطو) منذ البداية يبيّن بوضوح ماهية الدّلالة الحقيقية لنظرية التّطابق، وهذا يعني تحديداً تأكّيداً على أنّ طبيعة الأشياء هي التي تحكم في تفكيرنا عنها، وأنّ الحقيقة إنّما تكون في تقدينا التام بالواقع.

³²² Foubet (F.), *La vérité: l'Irrationnel, le sens, la sagesse, Paris, Ellipses, 1996, p.7.*

(Spinoza)، والفلاسفة المثاليون المحدثون والمعاصرون الذين تأثروا بفلسفة (Heigel)، ويؤلفون ما يسمّى (المثاليّة الجديدة)، أو (الميجلية الجديدة)، كما تمثّلت في فلسفات (Bradly)³²³ في إنجلترا و (Roys) في أمريكا. فبحسب ما ذهب إليه من أنّ هذه النظريّة منهجه في التعامل مع التّصور المفاهيمي للحقيقة فإنّ وجود الأشياء لا يستقلّ عن وجود الدّهن الذي يدركها محاطا بعنصر التّغيّر في إدراكنا لكلّ واقعة. فالوقائع، حسب ما ذهبوا إليه، لا تنفذ إلى الدّهن إلّا من خلال تفسيره لها، والدّهن في هذا التّفسير خاضع لطبيعته الخاصّة التي تشكّل الواقع وتضفي عليه صورتها، أي أنّ ما ندركه من الوقائع ليس إلّا ما نطوي عليه من عنصر عقلي. فما دامت المعرفة لا تكون مباشرة متعلّقة بوقائع منفصلة، بل هي نسق مترابط من الأحكام، فلا بدّ أنّ الحقيقة في النسق المترابط بأكمله وليست صفة تنتمي إلى مكوناته على حدة، بل إنّ الحكم الواحد لا يكون له أيّ معنى على الإطلاق إلّا من خلال النسق المترابط الذي يندمج فيه، وكذلك علاقة التّرابط التي يخضع لها، وتعني علاقة التّرابط انعدام التناقض بين القضايا أو الأحكام؛ ذلك لأنّ التّفكير يكون متّسقا مع ذاته إن لم يتخلّله التناقض؛ حيث يتمّ داخل التّرابط الوحدة الشّاملة والارتباط الوثيق الذي يجمع كلّ عناصر النسق بحيث لا يتصوّر الواحد منها بدون الآخر، وتبعاً لذلك فالقول إنّ القضيّة تكون صحيحة أو غير صحيحة هو قول أنّها تتّسق أو تخفق في الارتباط بنسق القضايا الأخرى. كذلك يجب أن يتحقّق بين قضايا النسق المترابط الواحد علاقة منطقيّة، أي علاقة استتباع متبادلة بحيث يتلو كلّ نسق عن الآخر بالضرورة أي يمكن اشتقاق أيّ قضيّة من باقي قضايا النسق المترابط، وأن يعتمد بعض هذه القضايا على بعضها الآخر، أيضا ألاّ يكون في النسق المترابط قضيّة مستقلّة بذاتها منعزلة منطقيّا عن المجموعة، لذلك يصبح التّرابط معيارا نحكم بفضله على صدق القضايا³²⁴. وفكرة العلاقات الداخليّة تقوم على أساس عدم انفصال الأشياء عن بعضها البعض، وأنّ الواقع لا ينطوي على كثرة مطلقة، بل على وحدة شاملة، فكلّ شيء يتّصل بكلّ شيء آخر، وقد تكون هذه الصّلة مباشرة أو غير مباشرة، ولكنّها موجودة على أيّة حال³²⁵.

³²³ هو (Francis Herbert Bradley). فيلسوف إنجليزي، ينتمي إلى المدرسة المعروفة بمدرسة (أكسفورد). له عدّة دراسات وكتب، أهمّها: دراسات الأخلاق (Etudes d'éthique) عام 1876، مبادئ المنطق (Principes de logique) عام 1883، الظاهر والواقع (Apparence et réalité) عام 1893، محاولات حول الحقيقة والواقع (Essais sur la vérité et la réalité) عام 1914. انظر في ذلك:

Dictionnaire encyclopédique Quillet, Editions Quillet, Paris, 1990, (BL-COS) P.921.

³²⁴ مبروك (أمل)، مرجع سابق، ص 138-139.

³²⁵ المرجع نفسه، ص 140.

وإذا نظرنا إلى الحقيقة، من وجهة نظر المدرسة البراجماتية³²⁶، فإنّ المعيار الذي تختبر به الحقيقة هي صلاحيتها وملاءمتها لجوانب الحياة ملائمة مناسبة³²⁷. ولهذا فإنّ البراجماتيين، سواء كانوا كلاسيكيين أو جددا من أمثال (Dewey) و(Rorty) و(Botnam) و(Davidson) بدرجة أخفّ، يرفضون قيام الحقيقة على التّطابق الحاصل بين الأحكام والتّصوّرات وبين الوقائع والأحداث وأشياء العالم الخارجي وهي نظرية (الحقيقة/الصّورة)، باعتبار تصوّرهم الذي يقوم على عدم الاعتراف بالماهية والتّمثيل والتّأسيس³²⁸، ولهذا تجدهم دائما يبحثون عن صفة أخرى للحقيقة مرتبطة بالفعل والعمل والنّجاح، ولهذا كانت الحقيقة عندهم هي ما يصلح فحسب، ومعيار ذلك ما يؤدّي إلى نتائج عمليّة³²⁹. فكان البحث عن حقيقة ثابتة أمرا غير مقبول؛ فليس هناك طريق محدّد بعينه يؤدّي إلى الحقيقة، فلا بدّ من التّخلّي عن الدّلالة الثّابتة لفكرة الحقيقة ونستبدل بها فكرة (النّجاح العملي)³³⁰. فرأى المذهب البراجماتي، بناء على هذا التّصوّر، أنّ تعريف الحقيقة بأنّها التّطابق مع الواقع لا يضع طابع الفكر الجوهرية موضع الاعتبار؛ على أساس أنّه يتعامل مع

³²⁶ إنّ أول ظهور للبراجماتية أو المذهب التّفعي كان في أمريكا خلال القرن التاسع عشر، حيث كانت الصّناعة الفنّية تسيطر على الأفكار تحت ظلّ (Charles Sanders peirce)، فهو أول من استعمل هذا المصطلح، وأوّل من استعملها كعنوان لمنهج فلسفي. وكان المؤسس الحقيقي له (Wiliam James) (1842-1910)، وكانت الحركة في أصلها ردّة فعل موجّهة ضدّ التّزعة الميحيية الانجليزية ممثلة في (Bradley) و (Metaggart) و(Bosanquet)، الذين كانوا يقولون الحقيقة يجب أن تكون واحدة بالنسبة إلى جميع العقول، كما يجب أن تكون كلية، أي ممتدّة في الزّمان والمكان فلا تتوقّف على لحظة من الزّمان ولا على موضع من المكان، إنّها صادقة في كلّ زمان وفي كلّ مكان، فهي لا تحمّل تاريخا، فما كان صادقا أمس هو صادق اليوم، وسيكون صادقا في الغد، وقد كان (برادلي) يقول: ما يصدق مرّة يصدق أبدا، إنّ مظهر الأشياء يتغيّر، والأحداث تنقلب على مدى التاريخ، لكن العقل الإنساني يسمو فوقها ويفسّر مجراها واضعا قوانين ثابتة..). وخلاصة ما جاء في المذهب أنّ العقل والعلم والتّفكير كلّها في خدمة الحياة، وأنّها أدوات لها، ولهذا سمي مذهب الأداة خصوصا عند جون ديوي الذي قام مذهبه على نقد الميتافيزيقيا ودور التّجربة في تشكيل الأفكار، ورفض كلّ دوغماتية، وقبول التعددية في المستوى الأخلاقي والسياسي والتّربوي، ولهذا كان ديوي فيلسوف ميدان. وإلى حوار هذا المذهب قامت في إنجلترا محاولة لوضع واقعية جديدة توتّى زعامتها (Russell)، و(Alfred North Whitehead) وتمتاز هذه الحركة بمشكلة ونقد المعرفة، خصوصا في مجالي الرياضيات والفيزياء الجديدة. ولم تكن للبراجماتية في أوروبا الأثر الذي وجدته في مهدها؛ لأنّ الفكر الأوروبي في عمومها مناهض لنظرية براها نفعية وأداتية لا مثالية فيها. وابتداء من سنوات الثّمانينيات ازدهرت في أمريكا براغماتية جديدة مهندسها الأساسي (Richard Rorty) حيث حافظ على بعض أفكار جيمس وبرس وديوي وأهمّها: أنّه لا حقيقة مطلقة في مجالات الفلسفة والعلم والأخلاق. والبراجماتية في عمومها تقترح نظرة سياقية وأداتية للفكر، فدور العلم مثلا عندها ليس أن يقول الحقيقة بل أن يقدّم الفرضيات المقبولة التي ستنتقض وترفض في يوم ما، ف: (الحقيقة تعيش بالتّقسيم) كما كان يقول وليم جيمس. أنظر في ذلك: و دورتييه (جان فرانسوا)، فلسفات عصرنا، ترجمة ابراهيم صحراوي، ط1، بيروت، المؤسسة العربية للدراسات والنّشر، 1980، ص15-16، مبروك (أمل)، مرجع سابق، ص142.

³²⁷ مبروك (أمل)، المرجع نفسه، ص140.

³²⁸ جديدي (محمد)، الحداثة وما بعد الحداثة في فلسفة ريتشارد رورتي، ط1، بيروت، الدار العربية للعلوم ناشرون، 2008، ص292-

293

³²⁹ المرجع نفسه، ص145.

³³⁰ White (Alan R.), *Truth*, London, The Macmillan Press Ltd, 1971, p.124-125.

الفكر على أنّه مجرد نسخة من الواقع، ومع الحقيقة على أنّها مجرد علاقة جامدة ساكنة، والفكر، في حقيقة الأمر، لا يكون إلّا مرتبطاً بالفكر والعمل، وبالتالي بالترابط والتّفعيلة³³¹. ولهذا كان لا بدّ من تعريف الحقيقة بالنّظر إلى نتائجها، فلا يكون الحقيقي النّافع الذي يوافق المطلوب في سبيل تفكيرنا فقط، كما لا يكون الصّواب الموافق النّافع المطلوب في سبيل مسلكنا فحسب، وبالنّظر إلى الاعتقاد الأخلاقي، فإنّ الحقيقي هو الذي يحقّق في النّهاية أكبر قدر من الخير عملياً³³². فالحقيقة عمليّة لا يمكن أن تقاس إلّا بإعمال معيار المنفعة في الحياة العمليّة³³³. ويمكن تلخيص أهمّ النّقط التي يقوم عليها الفكر البراغماتي في نظره للحقيقة في: (أ) أفكار الإنسان ليست حقائق كونيّة بل هي أدوات موجّهة لحلّ مشاكل عمليّة، كما يقول (Pearce)، والأفكار الحقيقية هي الأفكار ممكنة الاستيعاب والإثبات والتّحقّق³³⁴، لهذا لا يعتقد البراغماتيون بأنّ الحقيقة تشكّل هدف البحث؛ لأنّ هذا الأخير يكمن في المنفعة، من خلال مجموعة من الأهداف الخاصّة التي يسعى العلم والإثبات إلى تحقيقها³³⁵، (ب) أفكار الإنسان لا يكون لها أيّ تقدّم إلّا إذا جسّدت عملياً، بحيث يمكن إخضاع ذلك التّجسيد العملي للتّجربة، فقوّة المعرفة ترتبط بفعالية الأفعال التي توجّهها توجيهها صحيحاً، (ج) إنّ التّفكير الصّحيح هو تعلّم تحويل الخطاب إلى مقترحات تتحدّد مجالاتها بوضوح وتكون نتائجها خاضعة للقياس، فالبراغماتية روح مخبريّة؛ لأنّها تكمن فقط في الآثار المحسوسة القابلة لإحداثها على سير الحياة³³⁶، (د) ليس هناك أيّ سبيل للحصول على حقيقة مطلقة، وفي مقابل ذلك يمكن أن نلاحظ مجموعة من الحقائق الجزئيّة ذات المنفعة النسبية، أي حقائق مقبولة بحسب السّياق، (هـ) والحقيقة الموضوعية لا وجود لها ولا يمكن العثور عليها، فبتأمّل الحقائق القديمة سنجد أنّ ما كان يسمّى حقائق إنّما كان لأسباب إنسانية أي لأنّها كانت تشبع رغباتنا، فالسّبب في أنّنا نسمّي الأشياء حقيقيّة هو السّبب في أنّها حقيقيّة³³⁷. أضف إلى ذلك أنّ موضوعية الحقيقة في اعتقاد (Rorty)

³³¹ بدوي (عبد الرحمان)، مدخل جديد إلى الفلسفة، مرجع سابق، ص146.

³³² إنّ إعطاء نسخة من الواقع ليس بالأمر المهمّ، وإن كان ذلك أحد الطّرق المهمّة للاتّفاق معه والانطباق، بل المهمّ أن نجد في الفكرة دليلاً للتّحرّك ضمن معطيات الواقع. إنّ الفكرة إذا أعانتنا على أن تكون عقلياً أو عملياً على علاقة إمّا بالواقع إمّا بأسباب الواقع. وإذا كيفت حيلتنا بالفعل مع الواقع، بدلا من تعويق مسيرتنا بكلّ ألوان المضايقات، هنالك سيكون انطباق واتّفاق، فيه تتوافر بدرجة كافية الشّروط التي تقتضيها للحقيقة، وستكون هذه الفكرة حقيقيّة تجاه الواقع موضوع النّظر، فالحقيقة شيء يصنع خلال تجربتنا. انظر في ذلك: بدوي (عبد الرحمان)، مرجع سابق، ص145.

³³³ White (Alan R.), *op.cit.*, p.125.

³³⁴ جديدي (محمد)، مرجع سابق، ص290.

³³⁵ المرجع نفسه، ص284.

³³⁶ White (Alan R.), *Ibid*, p.126.

³³⁷ بدوي (عبد الرحمان)، دراسات في الفلسفة الوجودية، مرجع سابق، ص146.

تستند إلى موضوعية القواعد، ومثل هذا الأمر غير متحقّق إلاّ في مجال العلم السّويّ باعتباره علماً مشتملاً على المعايير والقواعد الموضوعية، وعلامة الحقيقة الموضوعية كونها حقيقية بغضّ النظر عن كونها محلاً لاتّفاق النّاس المشترك أم لا³³⁸، (و) ودور العلم ليس أن يقول الحقيقة بل أن يقدّم الفرضيات المقبولة التي ستنتقض وترفض في يوم ما، ف: (الحقيقة تعيش بالتّقسيم)، وهذا من نتائج مذهب (William James) البراغماتيّ الذي وصف بـ: (التّجريبيّ الرّاديكالي)³³⁹، (ز) والحقيقة كما يقول (Dewey) عبارة عن تحقيق وتحقّق، وما كان قوله هذا إلاّ بناء على مبدأ التّطوّر في المعرفة، والحقيقة والتّحقّق مصطلحان يطلقان على معنى واحد، والفرق الوحيد متعلّق بالمرحلة الزّمنية التّطوّرية، فيسمّى تحقّقاً عندما ينظر إلى التّطوّر باعتباره عمليّة، فالفكرة، أيّ فكرة، تكون في البداية عرضة للتّمحيص والفحص من أجل إدراجها ضمن دائرة الأفكار الحقيقيّة، وتسمّى حقيقة إذا أخذت كنتيجة³⁴⁰. والمقصود بالتّحقيق الطّريقة التّجريبية المنتهجة من قبل العلوم في البحث والاستقصاء والبحث والكشف، فإذا سئل رجل العلم، حسب فكر (Dewey)، عن ماهية الحقيقة، فإنّه سيّجيب حتماً بأنّه ما هو مقبول على أنّه بيّنة كافية، وإذا سئل عن وصف محدّد لكفاية البيّنة، فسيرجع عندئذ إلى مواد الملاحظة والتّجريب³⁴¹، (س) الحقيقة تصنع وصنعها يتجسّد من خلال العبارات التي نطلقها والجمل التي نشكّلها، حسب ما ذهب إليه (Rorty)³⁴². وبناء على هذا المنظور هناك من ذهب إلى أنّ انشغال الإنسان بالبحث عن الحقيقة مجرد وهم؛ لأنّ "الحقيقة مستحصل يبنى ومنتهى يصنع"³⁴³.

ولقد ورد مصطلح الحقيقة لمّرات عديدة في عبارات مختلفة تضمّنتها قرارات غرفة الأحوال الشّخصية في المحكمة العليا، منها عبارة: (القاضي ملزم ببيان الحقيقة التي اعتمد عليها وبنى حكمه عليها، كما أنّه ملزم بأن يثبتها بأدلة وإجابة واضحين على ادّعاءات الخصوم)³⁴⁴، وكذلك عبارة: (حيث يستخلص فعلاً

³³⁸ حديدي (محمد)، المرجع نفسه، ص 283.

³³⁹ فوليم جيمس تأثّر بفكر (داروين) فاقترح للفكر نظريّة تكيفية ومنفعة صارمة، ويجعل هذه الأفكار تمتدّ لتشمل معارف العالم الطّبيعي، كما تشمل المفاهيم الأخلاقية والدينية، فلا يوجد حسبه خير مطلق بقدر ما لا توجد حقائق نهائية. فيرفض بالتّالي ما يضعه المنظرون من منظومات أخلاقية أو منظومات متعلّقة بمسائل العدالة أو نظام سياسي كامل انطلاقاً من بعض المبادئ الأولى الكوتية. دورتييه (جان فرانسوا)، مرجع سابق، ص 366 وما بعدها.

³⁴⁰ حديدي (محمد)، مرجع سابق، ص 277.

³⁴¹ المرجع نفسه، ص 277.

³⁴² المرجع نفسه، ص 299.

³⁴³ الشبعان (علي)، الحجاج والحقيقة وآفاق التّأويل، ط 1، بيروت، دار الكتاب الجديد المتّحدة، 2010، ص 477.

³⁴⁴ قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 31833، المؤرّخ في 1984/10/22، المجلة القضائية، سنة 1989، العدد 3، ص (65-68).

من وقائع القضيّة والقرار المنتقد أنّ الطّاعن وأمام تناقض الخبرتين طلب إجراء خبرة فاصلة بين الخبرتين المتناقضتين كما هو موضح، وعرض أن تراعي جهة الاستئناف هذا التناقض الجلي الذي لا تتضح معه الحقيقة، ويظلّ معه الغموض يكتنف القضيّة، ويتعدّر الفصل فيها، وتعمل على إزالته بإجراء خبرة فاصلة بين الخبرتين تماشياً ومتطلّبات تحقيق العدل والإنصاف في فضّ النزاع بين الطّرفين..³⁴⁵، وعبارة: (ولكن حيث أنّ لقضاة الموضوع سلطة مطلقة في تقدير خطورة الوقائع التي يسندها المطعون ضدهم إلى مخاصمهم ومن ثمّ فإنّ من حقّهم أن يستنتجوا وجود خطأ في زعم الزوج، خلافاً للحقيقة، وأنّ زوجته ليست بذات بكاراة ليلة زفافها..)³⁴⁶. كما جاء كذلك: (وذلك أنّ قضاة الموضوع استبعدوا شهادة وجه الثقة ولم يقوموا بأيّ تحقيق لانتصار الحقيقة مخالفين بذلك الإجراءات الجوهرية الشّكلية..)³⁴⁷. كما جاء: (..وحيث كان من المفروض على قضاة الموضوع القيام بإجراء تحقيق موسّع لأهميّة قضيّة الحال ومصير ولدين بسماع شهود الطّاعنة والتّأكد من أقوالهم وأيضاً سماع زوج الطّاعنة السابق(ح.م.ح) إذا اقتضى الحال وبهذا فقط يمكن الوصول إلى الحقيقة مهما كانت وسواء كانت في صالح الطّاعنة أم ضدها..)³⁴⁸. والمقصود هنا دائماً هو الحقيقة الواقعة.

إنّ المعنى الأوّل للحقيقة في المنظور القانوني هو: (الحقيقة الواقعة)، وبناء على ذلك فإنّ الحقيقة، أو ما هو حقيقي بصفة موضوعية حقيقي في ذاته، أي صفة جوهرية للواقع الذي في هذه الأثناء لا يمكن إلاّ أن نضبطه بصفة شخصية. أو هي صفة لما هو في الواقع قد وقع أو يقع، وهي صفة لواقعة حاضرة أو ماضية، صفة لإثباتها، عندها تفرض نفسها على كلّ عقل نير، وتولّد لنا الثقة مصدر الاعتقاد الشّخصي، ومخرج قوّة البرهان ودقّة العدالة، وبهذا المعنى تنطبق الحقيقة فقط في مواجهة معرفة وإثبات الوقائع، ولا تقوم في مواجهة قواعد القانون واقتراحاته، إلاّ أنّه يقوم في مواجهة جميع الوقائع التي يحدثها الإنسان، أو الطّبيعة، مادية كانت أم نفسية أم اجتماعية³⁴⁹. وهذه هي ما تسمّى بحقيقة الواقع وهي ثابتة بذاتها، لا تستند إلى

³⁴⁵ قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 159373 المؤرخ في 1998/11/18، المجلة القضائية، سنة 1998، العدد2، ص(55-58).

³⁴⁶ قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) المؤرخ في 1971/06/09، نشرة القضاة، سنة 1972، العدد2، ص(86-88).

³⁴⁷ قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 50263، المؤرخ في 1987/02/23، نشرة القضاة، سنة 1988، العدد44، ص(167-170).

³⁴⁸ وقضيّة الحال قد تعلّقت في هذه المسألة بقضيّة إثبات التّزوج والتّسب التي تعدّ من قضايا الحالة. أنظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 262912 المؤرخ في 2001/04/18، المجلة القضائية، سنة 2002، العدد2، ص(409-412).

³⁴⁹ Cornu (G.), *vocabulaire juridique*, quadrige/puf, 2009, 4^{ème} éd., p.959.

أيّ دليل خارجي أو واقعة بشرية كحقيقة المبدأ³⁵⁰؛ لأنّ الواقعة لا يمكن أن تحدث إلاّ عن طريق وحيدة، فإذا تدخّلنا في تغيير ملابسها ولو جزئياً فلن تكون الواقعة نفسها، وبقينيّة هذه الحقيقة لا يمكن أن تكون دائماً معروفة؛ لأنّها ترتبط بإثبات الملابس المحيطة والتي يمكن من خلال بعض المظاهر أن نقع في الخطأ بشأنها، وبسبب عدم يقينيّة معرفة هذه الوقائع نجد القانون يلزمنا باللّجوء إلى طرق الإثبات المعروفة من أجل الوصول إلى الحقيقة³⁵¹، فالحقيقي حسب المفاهيم الديكارتية هو ما يكون واضحاً ومميّزاً استناداً إلى البدهة العقلية والشك المنهجي³⁵². أمّا المعنى الثّاني للحقيقة، فهو صفة لما هو مطابق للحقيقة بمعناها الأوّل، أي لما هو مطابق للحقيقة الواقعة بعد الفحص والاختيار والتّحقيق³⁵³، أو ما هي تعبير وفيّ أيّ جدّي ودقيق وليس خاطئاً أو مكذوباً، ما يعادل بهذا المعنى الصّدق أو الدّقة، والذي لا ينطبق على الواقعة ذاتها، ولكن ينطبق على إثبات واقعة ما (ادّعاء، إعلان، شهادة)، أو على حالة قانونية والذي يمكن أن تكون مطابقة أو غير مطابقة للواقع (الحقيقة الواقعة)³⁵⁴، فتكون بذلك وسيلة لشرعنة القبول الاجتماعيّ تستجيب لطلب المتقاضين الاستفساري³⁵⁵، أو صفة تقييم علاقة تطابق بين عبارة والواقع الذي تريد الوصول إلى معرفته³⁵⁶، أو وصفاً مرتبطاً بفكرة أو تصوير معبّر عن الواقع³⁵⁷، فهي في آن واحد عنصر انتقادي تأمليّ في دعامة القرار القضائي ونهاية للإجراءات القضائية³⁵⁸. فالحقيقة، كما قلنا سابقاً، لا تطلق على الموضوع، وإمّا على ما نتلقّظ به عليه، فالحقيقة لا تسكن الأشياء أو موضوعها ولكنها توجد ضمن علاقة سببيّة حسب المفهوم الأرسطي³⁵⁹. وعن طريق المماثلة، الحقيقة هي كلّ ما هو غير قابل

³⁵⁰ وهي الحقيقة القانونية، والتي تحمل إثباتها معها؛ لأنّها ثابتة بذاتها ومستقلّة عن الحدث الإنساني، هذا الثبوت هو الذي يصنع يقينيّة المبادئ العلمية، وليس هذا النوع من الحقائق الذي يكون محلّ إثبات قضاء. انظر في ذلك:

Danty (M.) *Traité de la preuve par témoins*, librairie au palais, Paris, cinquième éd., p.405.

³⁵¹ *Ibid*, p.4-5.

³⁵² Descartes, *op.cit.*, p.33.

³⁵³ Cornu (G.), *vocabulaire juridique*, *op.cit.*, p.959. voir: (verite) et (veridique).

³⁵⁴ *Ibid*, p.959.

وهذا مأخوذ من نظرية التّطابق في المدارس الفلسفية، ومسألة التّطابق هذه لا يمكن أن ندرکها، ولهذا كانت الحقيقة دائماً نسبيّة غير مطلقة. فالشهادة، على وجه التمثيل، قضية خبرية، فهي بذلك قابلة للصّحة والخطأ، فتكون صحيحة إذا طابق المحمول الموضوع، وتكون خاطئة إذا انعدم التّطابق، إلاّ أنّ التّطابق بشأنها لا يمكن إدراك أو الحصول عليه. والأمر ذاته في الإقرار، فهو قضية خبرية، إلاّ أنّ احتمال الصّحة يرجح فيه على احتمال الخطأ، إذا حكمنا العادة وطبائع الأشياء، والعادة محكّمة، فلا يمكن أن يقرّ شخص على نفسه بما يضره. ففي الحقيقة القضائية لا يمكن تصوّر (التّطابق)؛ باعتباره عنصراً مجهولاً بالنسبة للقاضي.

³⁵⁵ Dalbignat-Deharo (G.), *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 2004, p.45.

³⁵⁶ *Ibid*, p.21.

³⁵⁷ *Ibid*, p 21.

³⁵⁸ *Ibid*, p 19.

³⁵⁹ Stamatis (C.M.), *Argumenter en droit*, Paris, éditions publisud, 1995, p.158.

للمعارضة، وهي ما أمر به القانون أن يكون حقيقة، وهذا ما يسمّى بالحقيقة القانونية، أو ما أمر به القانون أن يكون خاضعا للتّحقّق والرّقابة³⁶⁰، وهو ما يسمّى بالحقيقة القضائية تطبيقا لقرينة فاطعة، والتي تجعل من المنظور الرّسمي القانوني غير قابل للمعارضة³⁶¹. والحقيقة القضائية هي من إنتاج السّلطة الخلاّقة للقاضي³⁶²، محاطا في ذلك بثلاثة عوامل رئيسة، عالم الأشخاص (القاضي في ذاته، النيابة العامة، الخبير، الشهود، كأشخاص مكلفون قانونا بالبحث عن الحقيقة)، وعالم الأفكار (التّفكير المنطقي، تكييف الوقائع، تطوير القانون عبر العلوم الاجتماعية..)، وعالم الأشياء (الدنا، التّطور العلمي والتّكنولوجي، الخبرة..). وعندما نطلق مثل هذا الكلام، فإنّنا نقصد بالتّحديد أنّ الحقيقة لا بدّ أن تكون متضمّنة في الحكم القضائي، وهذا ما يفسّر أنّ قاعدة (res judicata pro veritate accipitur) ظلّت لمُدّة طويلة ممثّلة للرباط الوحيد بين الجلسة المدنيّة والحقيقة؛ أي أنّ القوانين تريد أن تعامل الأشياء المحكوم عليها على أنّها الحقيقة³⁶³. وهذا ما قرّره الفلاسفة وخاصّة (Heidegger) الذي قرّر أنّ مكان الحقيقة هو المنطوق (الحكم)، وأنّ أرسطو هو الفيلسوف الذي ربط الحقيقة بالحكم كمجال أصلي، وذلك في الوقت الذي افتتح فيه تعريف الحقيقة كتطابق³⁶⁴. وبذلك فإنّه لا يمكن أن نفهم الحقيقة القضائية إلاّ ببيان وعائها، وهو الحكم القضائي، فهو عنوانها. وعندما نقول أنّ الحكم القضائي هو وعاء الحقيقة القضائية لا نقصد بذلك

³⁶⁰ وهذا قريب من تعريف (لالاند) للحقيقة عندما قال بأنّها ما جرى التّحقّق منه عمليّا، ما جرى وقوعه أو لحظه من قبل شاهد يرويه (شهادة متطابقة مع الحقيقة). أنظر: لالاند، مرجع سابق، ص1540-1541.

³⁶¹ Cornu (G.), *op.cit.*, p.959.

³⁶² أي أنّها تخلص من قرار قضائي الذي يطبّق التّكييف القانوني الملائم على الوقائع المثبتة، يعني ذلك أنّها تمرّ عبر البحث عن القانون المطبّق. ولما كانت الحقيقة القضائية تصدر عن تطبيق القانون على الواقع، هذه العمليّة التي يمتلكها القاضي، فإنّ للقاضي في العموم سلطة البحث عن القاعدة القانونية واجبة التّطبيق على الوقائع المقدّمة إليه في ملفّ الدّعوى. وهنا لا بدّ أن نفرّق دائما بين أنّ الحقيقة يتضمّنها الواقع، والحقيقة التي يتضمّنها الخطاب، فكان (Cornu) خلال دراسته لهذا الموضوع يطرح سؤالاً واضحاً ومحدّداً: هل الحقيقة تتموضع في الواقع أم في الخطاب؟ فإذا كانت الحقيقة يتضمّنها الواقع فالحقيقة هي ما هي، أمّا إذا كانت الحقيقة يتضمّنها الخطاب، فتصبح هي تطابق ما قيل مع ما هو. وفي منظور القانون، فالحقيقة يمكن أن تكون على المعنى الأول، كما قد تكون على المعنى الثاني. فالقانون يسعى إلى البحث عن الحقيقة المثبتة، لكنّه لا يستثني أو يلغي، عندما يكون الأمر ضروريّاً، إمكانيّة حقيقة مبنيّة (حيلة، ..).

Le masson (J.M.), *La recherche de la verite dans le proces civil*, Droit et societe, N :38, 1998, p.(21-32).

v.aussi *la verite et le droit*, rapport de synthese auxjournées canadiennes de l'association Henri Capitant (Quebec Mai 1986) est repris dans G.Cornu(dir.), *l'Art du droit en quete de sagesse*, Paris, Puf, 1998, p.211.

³⁶³ Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1771, Livre III, Titre VI, section IV, N :5, p.213.

³⁶⁴ Heidegger, *l'Etre et le temps*, Paris, Gallimard, 1964, p.259.

أيّ حكم، بل لا نقصد سوى الحكم التّقريري³⁶⁵، والحكم المنشئ³⁶⁶، والحكم الفاصل في الموضوع (القطعي)³⁶⁷، أمّا الأحكام الإلزامية³⁶⁸، والأحكام الإجرائية³⁶⁹، لا تكون وعاء للحقيقة القضائية. والأحكام غير القطعية كذلك لا يمكن أن تكون وعاء للحقيقة القضائية، سواء أكانت أحكاماً تمهيدية أم أحكاماً تحضيرية، بالرّغم من أنّ الأحكام التّمهيدية قد تظهر الحقيقة التي اقتنع بها القاضي من خلالها³⁷⁰، كالحكم بتعيين خبير في دعوى التعويض الذي غرضه مجرّد تقدير الأضرار التي لحقت المدّعي، أمّا إذا كان الغرض منه التّأكد من وقوع الخطأ من المدّعي عليه ففي هذه الحالة يكون حكماً تحضيرياً. فالحكم يكون تمهيدياً قابلاً للاستئناف³⁷¹ إذا فصل في جانب من جوانب النزاع، ومسّ بحقوق الطرفين، وأبدى القاضي من خلاله رأيه في النزاع، فيمكن أن نستشفّ من خلاله اتجاه المحكمة في الموضوع، ولصالح أيّ من الخصمين³⁷². أمّا الحكم الذي لم يفصل في النزاع ولم يمسّ بحقوق الأطراف، ولم يبد القاضى من خلاله رأيه في موضوع النزاع، فإنّه يكون تحضيرياً لا يجوز استئنافه إلاّ مع الحكم القطعي الفاصل في موضوع

³⁶⁵ هو الحكم الذي يكتفي بالقضاء بوجود أو عدم وجود الحقّ أو المركز القانوني للمدّعي، كالحكم ببراءة الدّمة، والحكم بالبطلان، والحكم بصحّة عقد البيع ونفاذه، والحكم بصحّة عقد الزواج. انظر: أمقران (مخند)، قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدّعى-نظرية الخصومة-الإجراءات الإستئنائية)، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، ص260.

³⁶⁶ والحكم الذي ينشئ أو يعدّل أو ينهي حقاً أو مركزاً قانونياً موضوعياً، كفسخ العقد الملزم للجانبين في غياب كلّ شرط فاسخ، والحكم بشهر الإفلاس. انظر: المرجع نفسه، ص261.

³⁶⁷ هو ذلك الحكم الذي يفصل في الطلبات والدّفوع الموضوعية قبولاً أو رفضاً. انظر: المرجع نفسه، ص261.

³⁶⁸ الحكم الملزم هو ذلك الحكم الذي يقضي بإلزام المحكوم عليه بأداء معيّن قابل للتّفيذ الجبري، كإلزام المتسبّب في حصول ضرر معيّن بالتّعويض، وإلزام البائع بتسليم الشّيء المبيع. انظر: المرجع نفسه، ص261.

³⁶⁹ سواء كانت قطعية أو غير قطعية، فمثال الأولى الأحكام الصّادرة في مسألة متفرّعة كالحكم باختصاص أو عدم اختصاص المحكمة، أو بسقوط الخصومة، أو ببطلان إجراءات المطالبة القضائية، فهي أحكام قطعية، إلّا أنّها لا تحوز حجّية الشّيء المقضي فيه، وذلك لأنّها لم تفصل في موضوع النزاع، ولكن المحكمة تستنفذ ولايتها بصورها. ومن النّوع الثاني الأحكام التي ترمي تحديداً إلى اتّخاذ إجراء تحفظي أو وقتي، كتعيين حارس قضائي على عين متنازع عليها، أو تقرير نفقة مؤقتة، أو الحكم بسير الدّعى المتعلّق بإجراءات الإثبات كالحكم الصّادر بضمّ الدّعويين، أو الحكم بانتقال المحكمة لمعاينة العقار المتنازع عليه. زودة (عمر)، الإجراءات المدنية والإدارية، د.ط، الجزائر، Encyclopedia communication، ص598-599.

³⁷⁰ Aubry et Rau, *op.cit.*, p.215.

9 بالنظر إلى ما فصل فيه يعتبر جزء منه موضوعي، وعدم استئنافه يكسبه حجّية الشّيء المقضي فيه وتصبح بموجبه الحقوق التي حازها المستفيد منه ثابتة. وإنّ قيام جهة الاستئناف بإبطال الدّعى حين التّظر في استئناف الحكم الابتدائي الذي فصل في الرجوع بعد الخبرة يعدّ تجاوزاً للسلطة الأمر الذي يستوجب نقضه. أنظر قرار المجلس الأعلى (الغرفة المدنية) رقم 24509، المؤرخ في 1982/03/03، المحلّة القضائية، سنة 1989، العدد 1، ص(26-28).

³⁷² أمقران (مخند)، المرجع نفسه، ص263-264.

الدّعى³⁷³. وقد دأبت المحكمة العليا على اعتماد معيار محدّد للتمييز بين الحكم التّحضيّري والحكم التّمهيدى متمثلاً في التّظر إلى طبيعة الحكم الصّادر قبل الفصل في الموضوع، فإذا ظهر من خلاله اتّجاه المحكمة فعندئذ يدخل في زمرة الأحكام التّمهيدية، أمّا إذا لم يظهر ذلك فيكون الحكم من قبيل الأحكام التّحضيّرية غير القابلة للطّعن فيها بالاستئناف استقلالاً، وهذا يعدّ من القواعد الجوهرية في الإجراءات³⁷⁴. فإعداد مشروع قسمة لتبيان مدى أحقيّة المطعون ضدهم في التّركة في دعوى يتنازع فيها الأطراف حول وجود هذا الحقّ، والحكم بتوجيه اليمين الحاسمة³⁷⁵ لأحد الخصوم يعتبران حكماً تمهيديين؛ لأنّه يتبيّن من الحكم الأوّل القبول المبدئي بحقّ المطعون ضدهم في الإرث³⁷⁶، وإمكان التّنبؤ بالحكم المحتمل للقاضي في موضوع النزاع بالنّظر إلى موقف الخصم من اليمين الموجهة إليه³⁷⁷. أمّا الحكم بانتقال المحكمة للمعاينة، والحكم بتعيين موثّق كخبير للقيام بجد ممتلكات المالك وإجراء فريضة جدلية وتحرير مشروع قسمة³⁷⁸، أو للبحث في مزاعم الأطراف وعند الاقتضاء القيام بمشروع قسمة معتمدة على فريضة³⁷⁹، كلّها تعدّ أحكاماً تحضيّرية؛ لأنّها تسمح للقاضي بالإلمام الجيّد بجزئيات موضوع التّنازع، والفصل فيه بعد ذلك على ضوء نتائجها، ولا يقوم على أساسها رأي للقاضي، ناهيك عن موقف يتّخذه لاحقاً بخصوص محلّ التّنازع³⁸⁰.

الفرع الثّاني: أساس الحقيقة القضائية

³⁷³ قرار المجلس الأعلى (الغرفة المدنية) رقم 47395، المؤرخ في 1988/12/07، المجلّة القضائية، سنة 1990، العدد 2، ص(17-19).

³⁷⁴ قرار المحكمة العليا (الغرفة المدنية) رقم 247144، المؤرخ في 2001/04/03، المجلّة القضائية، سنة 2002، العدد 1، ص(143-146). والتّفرة بين الحكمين له أهميّة خالصة يمكن حصرها في نقطتين: (أ) يجوز استئناف الحكم التّمهيدى ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وذلك عكس الحكم التّحضيّري الذي لا يجوز استئنافه استقلالاً عن الحكم القطعي، وهذا ما جاء في المادة 106 ق.غ.م. القديم، (ب) يجوز الحكم التّمهيدى الذي يفصل في جزء من الموضوع حجّة الشّيء المقضى فيه وذلك خلاف الحكم التّحضيّري. أنظر في ذلك: أمقران (مخند)، مرجع سابق، ص 287.

³⁷⁵ أمقران (مخند)، المرجع نفسه، ص 287.

³⁷⁶ المرجع نفسه، ص 287.

³⁷⁷ المرجع نفسه، ص 285.

³⁷⁸ المرجع نفسه، ص 286.

³⁷⁹ المرجع نفسه، ص 286.

³⁸⁰ المرجع نفسه، ص 286.

إنّ الحقيقة القضائيّة، في عمومها، دون تخصيصها بمجال الأحوال الشخصيّة، تجد أساسها في مبدأ حجّية الشّيء المقضي فيه، الذي يعني تحديداً أنّ للحكم حجّية فيما بين الخصوم أنفسهم وبالتّسبة إلى ذات الحقّ محلاً وسبباً³⁸¹، والذي يقوم بدوره على القرينة القانونية القاطعة التي ترتبط حصرياً بالأحكام القطعية في المسائل النزاعية³⁸²؛ فالأحكام الحائزة على قوّة الأمر المقضي تكون حجّة بما فصلت فيه، وليس من الجائز قبول دليل ينقض هذه القرينة³⁸³. وبالتّيجة تصبح الحقيقة محلاً للإثبات ونتيجة لإجراء إثباتي، الأمر الذي يجعل منها معطى وبناء، وبالتالي فهي حقيقة حوارية³⁸⁴ تستند على لغة قانونية قضائية. فالمشرّع يفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس أنّ الحكم هو عنوان الحقيقة، وبالتالي فالحقيقة القضائية قرينة قاطعة على الحقيقة الواقعة، لا تقوم على الحجّة البرهانية³⁸⁵، وإنّما تقوم على الحجّة الجدلية³⁸⁶ أو الحجّة الخطائية³⁸⁷، ولهذا كان المنطق القانوني يختلف عن المنطق الشكلي أو الصّوري (الأرسطي)، باعتباره منطقاً طبيعياً؛ لأنّ الأوّل تتدخل فيه عدّة عوامل تتأرجح بين التّفسية والاجتماعية والاقتصادية³⁸⁸، فالحقيقة لا تقال على الأشياء بل على ما يقال على الأشياء، فهي لا تسكن موضوعها وإنّما تسكن اللّغة والأبنية الخطائية والإنشاءات الدّهنية³⁸⁹، فالحقيقة بذلك يتضمّننها الخطاب³⁹⁰. فالنّظر الإنساني بطبيعته، ومنه النّظر القضائي، لا يسير بصورة تلقائيّة من قضايا تمثّل المقدمات إلى قضايا أخرى تمثّل النتائج التي تلزم

³⁸¹ Couchez (G.), *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 1998, pp.464-465.

³⁸² أنظر قرار المجلس الأعلى (غ.م) رقم 47395، المؤرخ في 1988/12/07، المحلّة القضائية، سنة 1990، العدد2، ص(17-19).

³⁸³ وبالتالي فإنّ الأحكام التمهيدية والتحضيرية والوقائية لا يمكن أن تكون محلاً لقرينة حجّية الأمر المقضي فيه.

Planiol (M.), Rippert (G.), *op.cit.*, p.1018.

³⁸⁴ Mekki (M.), *Preuve et vérité*, www.henricapitant.org.

³⁸⁵ وتسمّى البرهان، وهي الحجّة التي تفيد اليقين، وتتألّف في القياس من مقدمات يقينية على هيئة تفيد نتيجة يقينية، واليقين فيها مساو لليقين في مقدماته، وطريق هذه الحجّة أحد طرق الاستدلال المباشر، أو القياس الصّحيح المصوغ وفق أحد الأشكال المنتجة بيقين، ونلاحظ وجودها في الحقائق الفكرية. أنظر: حبكة الميداني (حسن)، حبكة الميداني (عبد الرحمان)، ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة، ط3، دمشق، دار القلم، 1988، ص298.

³⁸⁶ وهي الحجّة المؤلفة من مقدمات مشهورة تعتقد الجماهير مضمونها اعتقاداً مقاربا لليقين، فلا يشعر الذّهن لأوّل النّظر بأنّ نقيضه ممكن، أو المؤلفة من مقدمات يسلمّ بها المخاطب، ولكن هذه المقدمات لا ترقى في حقيقة حالها إلى مرتبة اليقين الثّام. أنظر: حبكة الميداني (حسن)، المرجع نفسه، ص299.

³⁸⁷ وهي الحجّة التي لا تلزم الطّرف الآخر بالأخذ بها، ولكنها تفيد ظلّنا راجحاً مقبولاً، أو هي تعتمد على مقدمات ظنية، سواء سلّم بها المخاطب أو لم يسلمّ، وسواء أفادته ظلّنا راجحاً أو لم تفده، لكنها من وجهة نظر المستدلّ بها تفيد ظلّنا راجحاً. والظنّ الراجح درجات لم تحصر أداها قريب من الشكّ وأعلها قريب من اليقين. أنظر كذلك: حبكة الميداني (حسن)، المرجع نفسه، ص300-301.

³⁸⁸ فصلّ في هذا الأمر عن طريق: Dalbignat-Deharo (G.), *op.cit.*, p.45 et suite.

³⁸⁹ حسن (عمر)، مرجع سابق.

³⁹⁰ Cornu (G.), *La vérité et le droit, rapport de synthèse, op.cit.*

عنها، فقد نرى بين الفينة وأختها أنّ الأمر يكون انتقالاً من موضوع إلى موضوع؛ لأنّ المسائل المتعلّقة بالنظر الطبيعي لا بدّ أن تكون مختلفة عن دوران القضايا في الأنساق المنطقية الصورية بين أن تكون مسلّمات أو مبرهنات، فالبعض منها قد يكون من التقريرات ومن أحكام الواقع، ومن الدعاوى والفرضيات، هذا التنوع يؤدّي بنا إلى التنوع في الأنماط التدلّيلية للنظر الطبيعي، ويكون ذلك تحت تأثير مجموعة من العوامل المتأرجحة بين النفسية والاجتماعية، الأمر الذي يجعل المنطق الرياضي باعتباره نظرية عامة للأنساق الصورية يهمل كلّ ما تعلق بالتقريرات وأحكام الواقع والدعاوى والفرضيات، لارتباطها بهذه العوامل، وهو الأمر الذي يؤدّي إلى أنّ القول باعتبارها يقتضي افتراض وجود أنساق أخرى من العمليات غير التي يشملها المنطق الرياضي، وهي عمليات تقوم على التخطاب الذي ينبغي أن يشكّل الموضوع الرئيس للمنطق الطبيعي³⁹¹. والآلية التي تجسّد هذا التخطاب أو الخطاب الإقناعي هي الحجاج الذي يعرف بأنه: "توجيه خطاب إلى متلقّ ما لأجل تعديل رأيه أو سلوكه أو هما معاً، وهو لا يقوم إلاّ بالكلام المتألف من معجم اللغة الطبيعية"³⁹². وقد قام إجماع الباحثين المختصين على تعريف الحجاج عن طريق معارضته بالبرهنة، وبناء على هذا لا يكون لدينا إشكال؛ لأنّه يكون عندنا برهنة من نمط منطقي رياضي، من دون أيّ علاقة بالبلاغة، وقد يكون هناك من جهة أخرى تهيج سيكولوجي ذو علاقة أكيدة بالبلاغة، ولكنّه غير ذي علاقة بالحجاج. وفي مقابل ذلك إذا ما رأينا في الحجاج خطاباً عقلياً يهدف إلى الإقناع من دون أن تكون له الصرامة الشكلية التي تتمتع بها البرهنة، فحينئذ سي طرح مشكل علاقته مع البلاغة³⁹³. وهذا لا يعني أنّ الحجاج القضائي ينتمي فقط إلى التيار البلاغي في معناه العام³⁹⁴، وإمّا تنتمي إلى كلّ تيارات المنطق الطبيعي المتصلة بالأرسطية الحديثة، التيار الجدلي بالدرجة الأولى الذي يهتم بدراسة الإجراءات أو القواعد التي تضمن نجاح الحجاج، والتيار المنطقي الذي يشدّد على مقياس الملاءمة الشكلية أو الصورية، فيعتبر الحجّة نتيجة ترابط مجموعة من المقدمات متعلّقة في ذلك بالقياس المنطقي

³⁹¹ النقاري (حمو)، منطق الكلام، ط1، بيروت، الدار العربية للعلوم ناشرون، 2010، ص460.

³⁹² الولي (محمد)، مدخل إلى الحجاج، عالم الفكر، أكتوبر- ديسمبر 2011، المجلد 40، الكويت، ص(11-40).

³⁹³ العمري (محمد)، البلاغة والحجاج أو بلاغة الحجاج، عالم الفكر، العدد 4 (ابريل- يونيو)، المجلد 40، 2012، ص(263-277).

³⁹⁴ وهو التيار الذي يركّز على مختلف وسائل الإقناع، وعلى طبائع المستمع، ولهذا نجد أنّ أصحاب هذا التيار يلجأون أكثر من غيرهم إلى المؤثرات الأخلاقية (Ethos) والانفعالية (Pathos)، ويعترف بدورها في تحصيل قبول المستمع لحجّة ما. ونقصد بالتحديد البلاغة الكلاسيكية التي تتمسك بالمشاريع الحجاجية المصرّح بها، ولا تعترف إلاّ بالخطابات ذات الهدف الإقناعي. وفي الحقيقة أنّ العلاقة بين البلاغة والحجاج مازالت ملتبسة، تثير الاختلاف بين الفقهاء والباحثين، كلّ واحد منهم بحسب موقعه، وطرح سؤال مهمّ مفاده: هل الحجاج مبحث بلاغي؟ أم أنّه مبحث مستقلّ قائم بذاته، أم هو تابع لمبحث آخر غير البلاغة اللسانيات أو المنطق. انظر في ذلك: العمري (محمد)، مرجع سابق.

الأرسطي³⁹⁵. فالحجاج بهذه الصّورة يتميّز بملامح مهمّة، يمكن تلخيصها في ما يلي³⁹⁶: (أ) يتوجّه إلى مستمع (القاضي)، (ب) يعبر عنه بلغة طبيعيّة، (ج) مسلّمات لا تعدو أن تكون احتماليّة، (د) لا يفتقر تناميّه إلى ضرورة منطقيّة (هـ) نتائجها ليست ملزمة. والتّفاعل الحجاجي باعتباره مخاطبا عبر الحجج يعتبر نشاطا اجتماعيا تتجلّى فيه مظاهر خطابية مبنية على التّقابل والتّعارض، أداته الجوهرية اللّغة، وإذا كان الأمر كذلك، فمن غير الجائز إغفال نظريّة أفعالها من العلاقات التي تربط التّواصل الحجاجي الطّبيعي، خاصّة إذا تعلّق الأمر بغايته التّمودجية المتمثّلة أساسا في تحقيق الفعالية والتّجّاح في تبادل الإفادة بين أطراف التّخاطب³⁹⁷. وإذا كانت العلاقة بين الحجاج واللّغة على هذا المنوال، فإنّ تعريف طه عبد الرّحمان يكون فعّالا وذو أهميّة: "كلّ منطوق، موجّه إلى الغير لإفهامه دعوى مخصوصة يحقّ له الاعتراض عليها"³⁹⁸. وإذا كان ما قيل في الحجاج في صورته العامة ينطبق على الحجاج في صورته القضائيّة، فإنّ الخطاب وهو متضمّن الحجاج في صورته العامة لا يمكن أن ينطبق على الخطاب في صورته القضائيّة. وبيان ذلك، أنّ الخطاب القضائي أو بتعبير آخر، اللّغة القانونية القضائيّة هي الأداة التي من خلالها يمكن أن تتشكّل القرارات والأحكام النّاتجة عن تطبيق القانون الذي يحقّق من خلال العامل النّفعي.

إنّ اللّغة القانونية القضائيّة هي، في حقيقتها، تععيد لغة بالنّسبة للّغة القانونية، عندما تقدّم بيانا أو تقويما للتّصوص المعياريّة على العموم، وأمر تطبيقيّة على وجه الخصوص في اللّغة القانونية القضائيّة نذكر خصوصا مراسيم معيارية ونستعملها، ولكن هذه اللّغة تحتل كذلك بيانات لا تعتبر من قبيل تععيد اللّغة، منها ما تعلّق بإثبات الوقائع وتكييفها وقبول أدلّة الإثبات ورفضها. وكنتيجة لذلك، فإنّ اللّغة القانونية القضائيّة متنافرة أي أنّها متغايرة الخواص والعناصر (غير متجانسة) بالنّظر إلى علاقتها مع اللّغة القانونية (L.L). والحال هذه، فاللّغة القانونية القضائيّة لها علاقة مع اللّغة الطّبيعيّة سواء بطريق مباشر، أو عن طريق وساطة اللّغة القانونية³⁹⁹. فالبناء المفاهيمي (علم الدّلالة) للّغة القانونية القضائيّة معقّد أكثر من البناء المفاهيمي (الدّلالي) للّغة القانونية، وبيان ذلك:

³⁹⁵ العمري (محمد)، المرجع نفسه.

³⁹⁶ الشهري (عبد الهادي)، استراتيجيات الخطاب، ط1، بيروت، دار الكتاب الجديد المتّحدة، 2004، ص477.

³⁹⁷ التّقاري (حمو)، منطق الكلام، مرجع سابق، ص460.

³⁹⁸ الشهري (عبد الهادي)، المرجع نفسه، ص456.

وهذا التّعريف منتقد، مع كونه صحيحا، من جهة أنّه قد تضمّن الجانب الشّكلي فحسب، وهو التّلفظ وهو الإطار الذي يظهر به الحجاج، غير أنّه بالغرض التّداولي من الحجاج، وهو تحصيل الإقناع، وبذلك يكون تعريف (بيرلمان وصاحبه) أكثر شمولاً؛ لأنّه يجمع بين شكل الحجاج والغاية منه. أنظر في ذلك: الشهري (عبد الهادي)، المرجع نفسه، ص456.

³⁹⁹ Wroblewsky (T.), *Les langues juridiques, une typologie*, Droit et Société, n° 8, 1988, p.(15-30).

(أ) إنّ معيارية اللّغة القانونية القضائية تقدّم مجموعة إشكاليات، ففيها وعلى أساس عناصرها تتشكّل الأحكام والقرارات التّطبيقية للقانون المعتمدة كقواعد ذاتية فردية،
 (ب) الخطاب القضائي وهو خطاب تطبيق القانون يتكوّن من أسباب الأحكام أو القرارات التي لا يمكن اختصارها في أقوال (ألفاظ) لقواعد مطبّقة (تعبيرات تععيد لغة)؛ لأنّ التّسبيب أغنى من هذا كلّ، فهناك أحكام جزئية، منها أحكام الصّحة، وكذلك التّفسير، وكذلك المتعلّقة بالإثبات، تتمتع بطابع تعديدي (معياري)، إلا أنّ هذه الأحكام الجزئية معلّلة عن طريق استدلالات معقّدة والتي من خلالها تحدّد التقويمات والافتراضات⁴⁰⁰. وتقنيات الحجاج⁴⁰¹ ترتبط بتشكيل القواعد المطبّقة في اللّغة القانونية، وأيضا ترتبط بشكل الأحكام والخصوصيات المرتبطة بكلّ حالة يطبّق فيها القانون، فالحكم مع تسببه يظهر كسرد معقّد يربط عدّة استدلالات تعلّلها كنتيجة حاتمية⁴⁰².

المطلب الثاني: خصائص الحقيقة القضائية

إنّ الحقيقة باعتبارها قضية خبرية صحيحة، أي طابق فيها المحمول الموضوع يمكن أن توصف بالضرورة والكليّة، باعتبار أنّ كلّ ما هو حقيقي يجب أن يلزم الكافّة، فالإلزام يعبر عن الصّورة والكافّة تعبر عن الكليّة. لكنّ الإلزام لا يكون واقعا بل ذهنيا، ولهذا نجد بجانب الحقيقة مفهوم آخر ألا وهو الخطأ. وبيان ذلك، أنّ الإنسان يتمتع بالحريّة بما فيها الحريّة الفكرية، فيبنى على ذلك أن لا حقيقة في منظوره إلاّ التي يقرّر بإرادته الحرّة الخضوع لها. فالحقيقة ضرورة ذهنية، وهذه هي علّة وجودها، إلاّ أنّها ليست ضرورة واقعية، وهذا هو علّة وجود الخطأ⁴⁰³. ولهذا ما سنطرحه الآن في العناصر اللاحقة متعلّق موضوعيا بالحقيقة من حيث العمل لا من حيث الدّهن، فسوف نخصّص (الفرع الأوّل) للتّسبية والمنطقية، ونتحدّث بعد ذلك عن خاصّيتي التّقييد والخدمية في (الفرع الثاني).

⁴⁰⁰ Ibid.

⁴⁰¹ إنّ هذه التّقنيات تنقسم إلى: (أ) الأدوات اللّغوية الصّرفة، مثل ألفاظ التّعليل بما فيها الوصل السّبي، والتّركيب الشّرطي، وكذلك الأفعال اللّغوية والحجاج بالتبادل والوصف وتحصيل الحاصل، (ب) الآليات البلاغية، كتقسيم الكلّ إلى أجزائه والاستعارة والبدع والتمثيل، (ج) الآليات شبه المنطقية ويجسدها السّلم الحجاجي بأدواته وآلياته اللّغوية. أنظر في ذلك: الشهري (عبد الهادي)، مرجع سابق، ص477.

⁴⁰² Wroblewsky (T.), Ibid.

⁴⁰³ الزّروقي (عبد المجيد)، المساواة في الإرث، ط1، تونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2011، ص36-37.

الفرع الأول: النسبية والمنطقية

لقد اتفق الفلاسفة رغم تضارب وجهات نظرهم الظاهرة على التفريق بين طريقتين مختلفتين في العمق للتعرف على الأشياء، الأولى تنطوي على الدوران حول الشيء، والثانية تنطوي على الدخول في الشيء. فالأولى تتعلق بالرأي من خلال المكان المت موقع فيه، والرموز التي تستعمل في التعبير عن الرأي، أما الثانية فلا تركز على رأي معين ولا على رمزية معينة. فالمعرفة التي تنتج عن اتخاذ الطريقة الأولى منهجا لا يمكن إلا أن تنتهي عند النسبية، أما المعرفة التي تنتج عن اتخاذ الطريقة الثانية منهجا فيمكن أن تصل إلى حدّ الإطلاق⁴⁰⁴. وإذا كان القاضي عندما يقوم بعمله إنما يقوم به محاطا في ذلك بثلاثة عوالم مختلفة، ولكنها مكتملة بعضها بعضا، وهي عالم الأشخاص وعالم الأفكار وعالم الأشياء⁴⁰⁵، فإنه يقوم بالدوران حول الشيء، وبناء على ذلك، فإنّ الحقيقة التي يصل إليها لا تعدو أن تكون حقيقة نسبية؛ لأنّ من أهمّ الخصائص التي تميّز الحقيقة المطلقة التجرد من كلّ القيود، فهي لا تفتقر من أجل وجودها إلى علل أو أسباب، كما لا تحتاج لا إلى حدود زمانية أو حدود مكانية، ولا ترتبط بأحكام الإنسان وتصوّراته، وهو الأمر الذي يجعلها واحدة في ذاتها، ثابتة لا تتغير، وتصدق في كلّ زمان ومكان. وبهذا يتضح أنّ النسبي يشير دائما إلى ما يتوقّف وجوده على غيره، وهو عين ما نجد متوقّفا في الحقيقة القضائية، فهي تتوقّف على وجود مجموعة من العناصر بشروطها الشكلية والموضوعية منها القاضي وحسن استعمال تفكيره النظري، والشاهد، والخبير، والنائب العام.. وغيرها، فهي بذلك تفتقر من أجل وجودها إلى علل وأسباب، كما أنّها مقيّدة بحدود زمانية ومكانية، وترتبط بأحكام الإنسان وتصوّراته. وفي كلّ الحالات، فإنّ القاضي يطالب من حيث الجهود بجهد الفيلسوف، ويطلب من حيث النتيجة بما يصل إليه الفيلدوق؛ فـ "الفيلسوف يصدّق بالبرهان ويحكم باليقين ويبلغ رتبة التحقيق، فمطلوبه العلم بحقائق الأمور والوقوف على ماهيات الأشياء، أي العلم بالشيء في ذاته وبالحق في نفسه.. بينما الفيلدوق تخميني يعمل بالظن، فأقواله تحتل الصدق والكذب، فهي إذا تقصر عن رتبة القول اليقيني والتحقيق العلمي، فإنّ الفيلدوق لا يتعدّى في معرفته ما يعرض للأشياء من كثرة وتبدّل إلى الجواهر والدّوات فهو لا يرى إلا الظاهر، والعلم بالظاهر ظنّ وليس

⁴⁰⁴ Bergson (H.), *la pensée et le mouvent*, Bréal, la philothèque, 2002, p.58.

⁴⁰⁵ ويعتبر هذا المجال من المجالات التي تصلح لأن تكون محلا للدراسة وفق نظرية (مالك بن نبي) الاجتماعية، بناء على ما جاء في مؤلفاته.

تحقيقاً، إذ الظّاهر متغيّر وكثير، والدّات هي أي وحدة وثبات⁴⁰⁶. وعلى كلّ فإنّنا يمكن استنتاج نسبة الحقيقة القضائيّة من خلال بعض الاعتبارات يمكن تلخيصها كما يلي:

(أ) اعتبار الحقيقة القضائيّة حقيقة جامعة بين حقيقة المعرفة وحقيقة التّعبير عن المعرفة، فالحقيقة كما يدركها الإنسان هي حقيقة المعرفة وتعتمد في الأساس على الفهم والإدراك، ومعنى ذلك أنّها تعتمد على وسائل المعرفة الإنسانيّة التي يمكن أن تكون قاصرة وناقصة، والحقيقة كما يعبر عنها الإنسان تسمّى حقيقة التّعبير التي تعتمد على الخطاب المشكّل من المفردات اللّغوية وعمليّات تركيب الجمل التي تقوم بتشكيل قالب لفظي يتناسب مع حقيقة التّعبير. وما دام الأمر يتعلّق بوسائل المعرفة الإنسانيّة أولاً ووسائل التّعبير عن هذه المعرفة ثانياً، فالحقيقة القضائيّة لا تعدو أن تكون نسبة⁴⁰⁷. وإذا كان قد قيل أنّ الحكم بعد صدوره باتّاً نهائيّاً تكون الحقيقة التي تضمّنها حقيقة مطلقة، فإنّ هذه المسألة لا تعدو أن تكون افتراضاً يتغيّر منه استقرار الأوضاع القانونيّة بفرض الحقيقة ذاتها اجتماعياً بالنسبة إلى الكافة، على أساس أنّ مسألة ضرورة استقرار الأوضاع القانونيّة مقرونة بوجود احترام الأحكام التي حازت الحجّية والتّعامل معها كما لو كانت قانوناً؛ لأنّ العبرة في النهاية هي بالحقيقة القضائيّة التي يعلن عنها القاضي في حكمه من حيث التّفاد، فهي التي تحسم الخصومة على ضوئها، حتّى ولو أدى ذلك إلى التّضحية بالحقيقة الواقعة وذلك بناء على اعتبارين، اعتبار العدالة في ذاتها واعتبار استقرار التّعامل⁴⁰⁸، فلو شهد شاهدان على نكاح أو طلاق وهما شاهدا زور، فقضاء القاضي لا ينفذ إلّا ظاهراً، ولا يحيل قضاء القاضي الأمور في الباطن عمّا هي عليه، وبيان ذلك أنّه إذا شهد شاهدان على رجل أنّه طلق زوجته ثلاثاً وفرّق القاضي بناء على ذلك بينهما، وهما عالمان بكذبهما نفذ حكم القاضي ظاهراً لا باطناً، فلا يجوز لواحد من الشّاهدين الزّواج بها مع علمه بالحال، وكذلك الأمر لو ادّعى رجل على امرأة تحت رجل أنّها امرأته، وشهد معه شاهدا زور يعلمان أنّها امرأة غيره، فقضى القاضي له بالمرأة لظاهر ستر الشّاهدين، فيكون قضاء القاضي نافذاً ظاهراً دون أن يكون كذلك باطناً، فلا يحلّ للمقضي له وطؤها⁴⁰⁹؛ فالأحكام متعلّقة بالظّواهر المنضبطة، والتّعليق

⁴⁰⁶ حرب (علي)، الفيلدوق والفيلسوف، ما أكثر وما أنذر، جريدة النهار، 1987/06/26، عن طريق: خليل أحمد خليل، العقل في الإسلام، ط2، بيروت، دار الطليعة، 2010، ص45-46.

⁴⁰⁷ أحمد (هلاي)، مرجع سابق، ص593.

Normand (J.), *Le juge et le litige*, Paris, L.G.D.J., 1965, P.319.

⁴⁰⁸ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص27.

⁴⁰⁹ ابن يوسف الجويني (عبد الله)، الجمع والفرق، تحقيق المزيبي (عبد الرّحمان)، ج3، ط1، بيروت، دار الجليل، 2004، ص627. وانظر كذلك: ابن حبيب الماوردي (أبو الحسن علي)، مصدر سابق، ج17، ص15.

بالظاهر لانضباطه أولى من الخفي لاضطرابه⁴¹⁰. كما استند هؤلاء لإثبات أنّ الحقيقة القضائية قد تكون فعلا حقيقة مطلقة إلى مسألة أنّ الحقيقة يمكن أن تكون موضوعية في حالة تصوّرها مستقلة عن الشخص الذي وصل إليها، بحيث تثير الانطباعات نفسها لدى كلّ الأذهان، كما يمكن أن تكون ذاتية، إذا ارتبط مفهومها بالذهن ذاته الذي يهتم بملاحظتها، والحقيقة الذاتية نصل إليها باستعمال نظام الإثبات الاقتناعي، أمّا الحقيقة الموضوعية فتفضي إلى نظام الأدلة القانونية⁴¹¹. إلا أنّ أصحاب هذا الرأي قد غفلوا عن حقيقة أنّ نظام الإثبات في مجمله يقوم على الافتراض⁴¹².

(ب) عدم ارتباط الحقيقة النهائية بالحكم النهائي، فليس معنى أن نصف الحكم بأنّه نهائيّ أنّه قد زالت عنه القابلية للطعن، ففي هذه المرحلة يكون لا زال قابلا للطعن فيه بالتقضى، وبالتالي نكون بصدد حقيقة قضائية مؤقتة، التي منها ما يظلّ مؤقتا بصفة دائمة، ولا تصبح نهائية أبدا، أي لا يحتجّ فيها بحجية الشيء المقضي فيه، كمسائل الحالة الشخصية ومسائل الزواج، ومنها ما تعتبر صفة التآقيت صفة مرحلية، ثمّ تصبح بعدها نهائية عند انقضاء أجل الطعن بالتقضى أو عند رفض الطعن عند الطعن بالتقضى، وفي حالة قبول هذا الطعن، معنى ذلك أنّ الحقيقة القضائية عندئذ تكون نوعا من الخطأ، فتحيل المحكمة العليا الملفّ إلى المجلس نفسه أو إلى المحكمة نفسها مشكّلة تشكيلا آخر، أو دون إحالة وبقاء الحال على حاله، مع ملاحظة أنّ الطعن في الحكم أو في القرار يعبر عن عدم رضی بالحقيقة التي وصل إليها قضاة الموضوع، فالأمر الذي وصل إليه قضاة الموضوع، في نظر المتقاضين، عبارة عن خطأ، قد يؤكده قضاة الدرجة الأعلى، كما قد لا يؤكّدونه، ولهذا السبب اعتبرت الحقيقة القضائية حقيقة نسبية.

(ج) إنّ أفكارنا في حقيقتها ترجمة للواقع لا انعكاسا له، وكلّ ترجمة للواقع لا بدّ وأن تتضمن بعض مزالق الخطأ⁴¹³، وهو عين ما يقول به (Karl Popper): "إنّ ما أقصده بقولي إنّنا لا نعرف شيئا هو أنّنا حتّى عندما نقول الحقيقة فإنّنا لسنا، على العموم، متأكّدين من أنّ الأمر يتعلّق بها، وذلك لأنّنا معرّضون للخطأ، وإذا ما أبعدها القابلية للخطأ، فإنّنا نبعد الحقيقة ذاتها أيضا"⁴¹⁴. وبذلك تكون فكرة الحقيقة هي

⁴¹⁰ إنّ من محاسن الشّرع ضبط الأحكام بالأسباب الظاهرة وإقامتها عللا يدور الحكم معها وجودا وعدمًا، والعدول عن الأسباب الخفية وإن كانت هي الحكم ولها مناط الحكم بالأصالة، لعسر انضباطها وما تؤدّي إليه محاولته إليه من المنازعة. انظر في ذلك: ابن عبد الكافي السبكي (تاج الدّين)، الأشباه والنظائر، تحقيق عبد الموجود (عادل) وعوض (علي)، ج2، ط1، بيروت، دار الكتب العلميّة، 1991، ص188-189.

⁴¹¹ أحمد (هلاي)، مرجع سابق، ص598.

⁴¹² تناغو (سمير)، مرجع سابق، ص390.

⁴¹³ Heidegger (M.), *Questions I, op.cit.*, P.211

⁴¹⁴ ذكره: سبيلا (محمد)، بنعبد العالي (عبد السلام)، مرجع سابق، ص38.

المصدر الجوهرى للخطأ، وأكبر خطأ يرد في هذا السياق هو التّمكك الوحيد الجانب للحقيقة، التي يعتبر سبيلها بحثاً بدون نهاية، والذي يمرّ عبر المحاولة والخطأ، والبحث عن الحقيقة لا يتمّ صائباً إلاّ عبر التّيه، الذي من مقتضياته الأساسية أنّ من الخطأ البحث عن الحقيقة دون البحث عن الخطأ⁴¹⁵، على اعتبار الخطأ مشكلة أولية، أصلية وذات أولوية، فهو نقيض الحقيقة⁴¹⁶. وإذا كان الخطأ كذلك، فهو لا يكون في الأشياء، بل يكون في الحكم، وهو بهذا فعل إراديّ إيجابي؛ لصدوره عن الإرادة الحرّة⁴¹⁷، ولهذا يرى (Descartes) أنّ من أسباب الخطأ الاندفاع، الذي يرجع إلى عدم الرّوية، وعدم استقصاء الأوجه المختلفة للظاهرة أو الواقعة أو المسألة، وقد تدفّنا الحاجة العمليّة الملحّة إلى عدم التّروي، وبالتالي الاندفاع⁴¹⁸.

(د) إذا كانت الحقيقة، في المنظور القانوني، تنقسم إلى حقيقة واقعة وحقيقة قضائية⁴¹⁹، فهاتان الحقيقتان غالباً ما تتعدان؛ لارتباط الحقيقة القضائية بطبيعة الوقائع القانونية المراد الوصول إلى حقيقتها، وبطبيعة الأدلّة التي تتخذ كوسائل لذلك، وبطبيعة العنصر البشري في ذاته، قاضياً كان أم شاهداً أم خبيراً. إنّ الغاية من الإثبات القضائي حماية الحقوق عند قيام نزاع بشأنها وذلك على نحو ملزم، ويكون ذلك عن طريق عمل القاضي الذي يصدر قراره بناء على هذه الأدلّة التي تحصل عليها، والتي حصل من خلالها على اقتناعه، فإذا كان الأمر كذلك فنكون أمام حقيقة قضائية ثبتت عن طريق مرسوم قانوناً⁴²⁰. والقاضي بذلك وهو يصدر حكمه يكون مقيّداً في الإثبات شكلاً وموضوعاً، وهو الأمر الذي لا يمكن أن يؤدّي في الغالب إلى اليقين؛ لأنّه سوف يلجأ حتماً إلى التّرجيح والاستنباط على أساس بسيط من الاحتمال⁴²¹، وهذا الأمر يؤدّي إلى خطأ في انطباق الأحكام على الواقع، وهو ذاته الأمر الذي يفسّر مسألة تكرّر الأخطاء القضائية في الدعاوى المدنيّة⁴²²، خاصّة إذا استحضرنّا في أذهاننا مسألة مهمّة وهي أنّ وسائل الإثبات لا تقدّم أكثر من الفرض الرّاجح، مادام لا يمكن بلوغ الحقيقة، فلا وجود للحقيقة اليقينيّة خارج دائرة العلوم الرّياضية، وقد أكّدت هذه المسألة المحكمة العليا في ألمانيا في قرار شهير لها مؤكّدة أنّ استحالة الحصول على معرفة أكيدة على وجه الإطلاق بحقيقة وجود الواقعة، يجعلنا نكتفي كما هو الحال في الحياة العمليّة بدرجة عالية من فرضيّة التّرجيح التي نحصل عليها من تطبيق أساليبنا في الأقوى في

⁴¹⁵ المرجع نفسه، ص 27.

⁴¹⁶ Heidegger (M.), *Ibid.* p.211.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p.211.

⁴¹⁸ Descartes (R.), *règles pour la direction de l'esprit*, Classiques de la philosophie, p.70-71.

⁴¹⁹ Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, P.959.

⁴²⁰ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج 2، ص 15.

⁴²¹ Planiol et Ripert, *op.cit.*, P.211.

⁴²² النداوي (وهيب)، مرجع سابق، ص 94.

المعرفة والدّراية، وكلّ المسألة متعلّقة بحسم النزاع واتّخاذ موقف معيّن حتّى ولو كانت وسائل الإثبات والنّفى في تعادل مستمرّ⁴²³.

والحقيقة القضائية قد تبتعد عن الحقيقة الواقعة، وقد يصل الأمر إلى حدّ التعارض، ومرّد ذلك دائماً أنّ الحقيقة القضائية لا تثبت إلّا عن طريق قضائيّ رسمه القانون⁴²⁴. وهذا كلّ ناتج عن طبيعة الروابط القانونيّة وطبيعة الأدلّة وطبيعة البشر، فما من دليل يمكن اللّجوء إليه لإثبات الوقائع القانونيّة إثباتاً يقينيّاً. فضلاً عن أنّ نظام الإثبات يقوم على الافتراض في مجموعه، أي يقوم على مسألة نقل محلّ الإثبات، فالأصل أنّ محلّ الإثبات هو الحقّ المدّعى بوجوده أو زواله أو إلحاق وصف به، إلّا أنّ فكرة الحقيقة في أصلها فكرة مجردة يصعب على العقل التّفكير في إثباتها، فكانت عمليّة نقل محلّ الإثبات من الحقّ المدّعى به إلى مصدره سواء كان تصرفاً قانونيّاً أو واقعة مادية هو الحلّ الأمثل لهذا الاستعصاء، ولا يتوقّف الأمر عند هذا الحدّ فقد يكون هذا المصدر فكرة مجردة أيضاً فيصعب إثباته، فيكون من الضّروري نقل محلّ الإثبات مرّة أخرى إلى الوقائع والأعمال التي يمكن أن يستدلّ منها وجود الحقّ. وإذا نظرنا إلى مسألة ضرورة نقل محلّ الإثبات من الحقّ المدّعى به إلى مصدره ثمّ إلى الوقائع المحيطة به والتي ليست لها علاقة مباشرة بالحقّ المدّعى بوجوده أو زواله، فإنّنا عندها نتيقّن من مسألة أنّ الإثبات لا يمكن أن يؤدّي إلى يقين كامل، فلا يمكنه أن يتعدّى بذلك درجة معيّنة من الاحتمال، فكما يلاحظ فإنّ فكرة الاحتمال هي حجر الزاوية في كلّ النّظرية العامة للإثبات⁴²⁵. وقد قال المستشار (D'Aguesseau): "إنّ معظم الحقائق الواقعيّة ليست حقائق خالدة لا تتغيّر، وإنّما هي حقائق تحكّمية ناتجة عن الإرادة المضطربة للإنسان، ومادامت هذه الحقائق غير أكيدة بطبيعتها، فإنّ الإثبات الذي تقوم عليه هذه الحقائق لا يمكن أن تكون له هذه الصّفة من الدّقة والوضوح القادرة على تكوين يقين كامل أو دليل قاطع. والقول بأنّ الإثبات يحقّق الاحتمال ولا يقود إلى اليقين يصدق على أقوى أدلّة الإثبات كالكتابة والإقرار، حيث توجد مع وجود أيّ منها درجة من

⁴²³ السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص 27 وما بعدها.

⁴²⁴ فقد يكون القاضي مطلعاً بحقيقة الواقعة المعروضة أمامه اطلاعاً لا يداخله الشكّ إلّا أنّ الأمر لا يستقرّ مع هذه الصّورة لانعدام الطّريق القانوني المتخذ في الإثبات فلا يجوز له أن يحكم في المسألة بعلمه، وبصورة طبيعيّة قد يحصل من خلال ذلك التعارض الذي تحدّثنا عنه.

السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج 2، ص 27.

⁴²⁵ تناغو (سمير)، مرجع سابق، ص 390.

الشك ولو ضئيلة في مخالفتها للحقيقة⁴²⁶. زد على ذلك، فإنّ مفهوم الإثبات في اللّغة الفرنسيّة (preuve) يرجع في أصله اللاتيني إلى كلمة (probatio)، التي تعتبر مخرجا لكلمة (probabilité) في اللّغة الفرنسيّة، وترجمتها في اللّغة العربيّة (الاحتمال)، هذا البعد اللّغوي هو الذي يؤكّد العلاقة البيّنة بين نظريّة الإثبات وفكرة الاحتمال أو الافتراض⁴²⁷. فإذا ما تعلّق الأمر بالكتابة فقد تخالف الحقيقة رغم ما تتمتع به من حجّية بين وسائل الإثبات الأخرى، ولهذا أجاز القانون إمكانيّة إثبات عكسها أو الطّعن فيها بالتزوير، وإذا ما تعلّق الأمر بالشهادة فقد تخالف الحقيقة هي أيضا من حيث كونها معرّضة للزور، وبالتّسبة لليمين فقد تكون كاذبة، كما أنّ التّغيير في الواقع قد يسبق المعاينة القضائية بهدف التّضليل والتّعمية، أمّا إذا ما تعلّق الأمر بالخبرة، فإنّ الأمر حينئذ يكون أعقد؛ لأنّ مخالفتها للحقيقة قد يكون مصدره أمران، عدم دقّة الوسائل العلميّة وعدم أمانة وكفاءة الخبراء⁴²⁸. والأمر يزيد تعقيدا إذا ما تعلّق الأمر بالجانب التّفنسي الذي يمكن أن نراه في بعض عناصر الوقائع القانونيّة كحسن النّيّة والتّواطؤ وجسامة الخطأ، الأمر الذي يتعدّر معه الإثبات، فيترك بعد ذلك لتقدير القاضي، فيغيب مع ذلك كلّ اليقين ويقيم باب الاحتمال دائما مفتوحا. وما يترتّب على كلّ ما سبق، هو أنّ الحقيقة القضائيّة يمكن أن تبتعد عن الحقيقة الواقعة التي اقتنع بها القاضي يقينا، بوقوفه عليها بصفة شخصيّة وتعريفه عليها تعريفا لا يترك مجالاً للشك، إلّا أنّه لا يمكنه أن يجعل منها حقيقة قضائيّة بتضمينها في حكمه، وذلك لسبب وحيد وهو انعدام الطّريق القانوني أمامها لإثباتها، فيدير لها القاضي ظهره، ويأخذ بالطّريق المقرّر قانونا حتّى ولو أدّى ذلك إلى المخالفة⁴²⁹. فالعبرة في الأخير لا تكون إلّا بالحقيقة التي يتمّ الإعلان عنها من طرف القاضي التي ينظر في المسألة المتنازع حولها من حيث التّفنّاذ، فعلى ضوءها تحسم الخصومة ولو أدّى ذلك إلى التّضحية بالحقيقة الواقعة، من أجل ضمان استقرار المعاملات على حساب الواقع، فتعلو الحقيقة الاجتماعيّة على الحقيقة الفرديّة⁴³⁰، وهذا ما يتمسك به القانون موازنة منه بين اعتبارين أساسيين: اعتبار العدالة في ذاتها⁴³¹، واعتبار استقرار

⁴²⁶ Aubry et Rau, *op.cit.*, P.129.

⁴²⁷ Toullier (C.B.M.), *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*, T.8, 5^{ème} éd., Bruxelles, Wahlen et Campe. laibrairies, 1824, p.7.

⁴²⁸ Dalbignat-Deharo (G.), *op.cit.*, p.94.

⁴²⁹ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص27.

⁴³⁰ المرجع نفسه، ص27.

⁴³¹ العدل هو غاية البحث عن الحقيقة، والعدل مقصد أساسي من مقاصد الشريعة، وقد أقرّه المولى تبارك وتعالى في أكثر من موضع، وقد جعل ابن تيمية العدل أساس لبقاء الأمم، كما عبّر ابن القيم عن أهمّيته حيث قال: (إنّ الشريعة عدل كلّها.. فكلّ مسألة خرجت عن العدل إلى الجور.. فليست من الشريعة وإن دخلت فيها بالتأويل. فالشريعة عدل الله بين عباده... فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأيّ طريق كان، فتمّ شرع الله ودينه... بل قد بيّن سبحانه بما شرعه من الطّرق أنّ مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط.

التعامل⁴³². زيادة على ذلك فإنّ القانون لا يطلب المستحيل، وإتّما يكتفي ممّن يقع عليه عبء الإثبات أن يقنع القاضي بأنّ الأمر الذي يدّعيه أمر مرجّح الوقوع، ويقوم القاضي بنفي ما تبقى أمامه من شكّ، ويكون ذلك في العادة العمليّة بنقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر، ليثبت بناء على ذلك أنّه بالرغم من الظواهر التي ترجّح وقوع الأمر، فإنّه توجد قرائن أخرى تجعل الرّاجح مرجوحاً، "بحيث يكون من المعقول التسليم بوقوعه فعلاً"⁴³³، ثمّ يردّ عبء الإثبات إلى الخصم الأوّل ليهدم هذه القرائن بقرائن أخرى تعيد للأمر كفة الرّجحان⁴³⁴. فمهمّة كلّ طرف من أطراف الدّعوى يتجسّد في نقل عبء الإثبات إلى الطرف المقابل، وكذلك بالنسبة للطرف المقابل في حالة عجزه عن الإثبات، وهكذا دواليك حتّى يتبيّن الخاسر في الدّعوى، وعبء الإثبات يكون واقعا دائما على من يدّعي شيئا مخالفا لما هو ثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا أو بفضل قرينة قانونيّة، ومن ذلك تكون مسألة التّسببية واضحة وظاهرة⁴³⁵. وما يزيد الأمر وضوحا، استقرار الفقه على مبدأ أنّ من يقع عبء الإثبات على كاهله لا يكون مطالبا بإثبات كامل قاطع، ولا يكون مكلفا بإثبات كلّ عنصر من العناصر التي تتكوّن منها الواقعة مصدر الحقّ المدّعى به، فالخصم يمكنه أن يخفّف من عبء الإثبات باستعماله أمرين، أولاها تحليل الواقعة المراد إثباتها إلى عناصر متعدّدة يتوزّع

والقاضي في الشريعة دوره الجوهرى الذي يجب القيام به هو إظهار الحقيقة وتحقيق العدل، وهو يتممّ في تقدير الأدلّة بسطة تسمح له بتأدية دوره كما يجب وأكثر، كما يرى الأستاذ (مهنا)، والقاضي لا يكون ملزما بعدئذ بإصدار أيّ حكم بخصوص النزاع المعروض عليه إذا لم يكن مقتنعا بصحة الوقائع. وقد جاء بيان ذلك في قرار مجلس التمييز الشرعي الجعفري: (تقدير البيّنة واعتبارها فيعود للمحكمة فإن وثقت بالشهود قبلتها وإن لم تثق طرحتها)، وقد قال الشيخ أحمد إبراهيم دورانا حول هذه الفكرة: (وقد صرح الفقهاء كلّهم بأنّ الحاكم إذا ارتاب بالشهود فرّقه وسألهم كيف تحمّلوا الشهادة وأين تحمّلوها وذلك واجب عليه متى عدل عنه أتم، وكذلك إذا ارتاب بالدّعوى سأل المدّعي عن سبب الحقّ، ونظر في الحال هل يقتضي صحته ذلك)، فالعدل فوق الحقيقة. أنظر في ذلك: النداوي (وهيب)، مرجع سابق، ص123.

⁴³² ويدفعه إلى تقييد القاضي في الأدلّة التي يأخذ بها، وفي تقدير كلّ دليل فيحدّد له طرق الإثبات، وقيمة كلّ طريق منها؛ حتّى يأمن جوره إذا مال إلى الجور. وفي الموازنة بين الاعتبارين يمكن تصوّر قيام مذاهب ثلاثة في الإثبات يطلق عليها أنظمة الإثبات، المذهب الحرّ الذي يغلب اعتبار العدالة على استقرار التعامل بحيث يضحّي بالثاني من أجل إقامة الأوّل، والمذهب المقيّد الذي يغلب استقرار التعامل على اعتبار العدالة، فيقيّد القانون الإثبات تقييدا جامدا من أجل استقرار التعامل، والمذهب المختلط الذي يجمع بينهما ويحاول أن لا يضع اعتبار العدالة ويحافظ في الوقت ذاته على استقرار التعامل، وهذا المذهب يلاحظ في ظلّ إعماله أنّ اقتراب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعة لا يصل فيه إلى حدّ يجعل للأدلة قوّة قطعيّة، فالأدلة تظلّ في ظلّه حجج ظنيّة، والحقيقة القضائية تظلّ مبنية على مجرد الاحتمال الرّاجح، ومن التّاحية العمليّة فلا بدّ من الاكتفاء بالحجج الظنيّة مع رجحانها؛ لأنّ اشتراط الحجج القاطعة أمر عسير يكون معه الإثبات مسألة مستعصية على القاضي الناظر في وقائع الدّعوى. أنظر في ذلك: السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص27-28.

⁴³³ السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص85.

⁴³⁴ المرجع نفسه، ص85.

⁴³⁵ نشأت (أحمد)، مرجع سابق، ج1، ص81 وما بعدها.

عبء إثباتها بين طرفي الدّعى، والأمر الثاني يتلخّص في عدم مطالبة الخصم في ما تعلق بالعناصر التي يكلف بإثباتها بإثبات قاطع يصل بها إلى درجة الحقيقة المطلقة، بل يكفي ثبوت رجحانها⁴³⁶. وما يدلّ دلالة واضحة على أنّ الحقيقة القضائية نسبيّة قول صاحب المرسوم: "القياس يأبى كون الشّهادة حجّة في الأحكام لأنّه محتمل للصدّق والكذب، والمحتمل لا يكون حجّة ملزمة، ولأنّ خبر الواحد لا يوجب العلم، والقضاء ملزم فيستدعي سببا موجبا للعلم وهو المعاينة، فالقضاء أولى، ولكنّا تركنا ذلك بالنّصوص التي فيها أمر للأحكام بالعمل بالشّهادة.. وفيه معنيان أحدهما حاجة الناس إلى ذلك لأنّ المنازعات والخصومات تكثر بين الناس وتتعدّد إقامة الحجّة الموجبة للعلم في كلّ خصومة، والتكليف بحسب الوسع، والثاني معنى إلزام الشّهود.."⁴³⁷. ويعتبر مجال البيّنات الشّرعية والأحكام القضائية تبعا من المجالات الواسعة التي يعمل فيها بأصل التقريب والتّغليب، فالأصل في هذا المجال أن تجري أموره على القطع واليقين والتّبوت الجازم، حتّى لا تؤخذ الحقوق بالظّنون، ولكنّ الإثبات اليقيني أمر يكاد يكون مستحيلا، فلا بدّ إذن أن نعمل بالظّن الغالب القويّ، ولكن بعد تعدّد اليقين، فالقاضي يسعى أوّلا إلى معرفة الأمر معرفة قاطعة، فإذا بذل كلّ ما في وسعه، ولم يحصل إلاّ معرفة تقريبية مبنية على بيّنات تصحّ وتصدق في الغالب، أخذ بها وحكم بمقتضاها⁴³⁸، وهو ما يسمّى الرّجحان المنتج للحقيقة التّسبية التي تفرضها طبيعة العنصر البشري أوّلا، وطبيعة الوقائع القانونية ثانيا، وطبيعة الأدلّة المستخدمة في إثباتها ثالثا، فيكون الإثبات بذلك إثباتا ترجيحيا لا يقينيا⁴³⁹. وليس من المعاني التي يقتضيها هذا الكلام الوقوف عند مجرّد الاحتمال، ولهذا وجدنا بعض الفقهاء والقضاة يحكمون بجواز الأخذ ببعض أنواع الشّهادات والبيّنات ضرورة، حيث لا تجوز في غير الحالات التي أجازوها فيها، فيتأتّى فيها التّحقّق والتّيقن. والشّافعي-رحمه الله- قدّم علم القاضي في النّظر إلى الوقائع والنّوازل على سائر وسائل الإثبات الأخرى؛ لأنّه أقواها، وقد منعه المالكية إعمالا لمبدأ سدّ الدّرائع، فيستغلّ بعض القضاة هذه الصّلاحية استغلالا لا وجه فيه من العدل والقسط⁴⁴⁰. وتعتبر شهادة الاستفاضة أو التّسامع من البيّنات التي أجازها الفقهاء على وجه الضّرورة، وهي أن يشهد شاهد بما لم يقع تحت حواسه، أي بما لم يباشره ولم يعاينه بنفسه، وإمّا بما هو شائع متداول بين الناس إذا استفاض خبره، وهذا لا يفيد سوى غلبة الظّن. وليس هناك أحسن مثلا من إثبات الأنساب والإضرار بالزّوجة؛ لأنّ مثل

⁴³⁶ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ص 85.

⁴³⁷ السرخسي (شمس الدين)، ج 16، د. ط، بيروت، دار المعرفة، ص 112.

⁴³⁸ بوشير (محمد)، مرجع سابق، ص 279.

⁴³⁹ العدوي (جلال)، أصول أحكام الالتزام والإثبات، د. ط، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1996، 248.

⁴⁴⁰ الريسوني (أحمد)، نظرية التقريب والتغليب، ط 1، القاهرة، دار الكلمة، 2011، ص 255-256.

ذلك لا يكون في الغالب إلاّ داخل البيوت حيث لا ناظر ولا شاهد على ذلك، فيكون من غي العدل حينئذ لو بحث القاضي عن الإثبات أو التّفي بطريق قطعي، فلا مجال لذلك، فيحصل الظلم، وبناء على ذلك لو تلقى القاضي شهادات ووجدها قويّة الدّلالة حتّى ولو لم تصل إلى درجة اليقين والقطع، جاز للقاضي الحكم بمقتضى ذلك دفعا للحرّج وتحقيقا للعدل ما أمكن⁴⁴¹.

أمّا في ما تعلق بمنطقية الحقيقة القضائية، فليس معنى ذلك أن تكون منطقيّتها وفق قواعد المنطق الأرسطي أو الشكلي؛ لأنّ هذا الأمر تتحكّم فيه عدّة عوامل اجتماعيّة ونفسية مسببة ومعلّلة. فمسألة المنطقية في هذه الدّائرة لها علاقة وطيدة بمسألة التّسبيب. فإذا كان الحكم القضائي هو وعاء الحقيقة القضائيّة، فلا يعني ذلك سوى أنّ الشّروط التي يجب أن تتوفّر في الحقيقة هي ذاتها الشّروط التي يجب أن تتوفّر في الحكم القضائي. وإنّ أحد أجزاء الحكم القضائي الوقائع والأسباب والمنطوق الذي يتضمّن الموقف الفاصل في موضوع الدّعى. ومعنى أن تكون الحقيقة القضائية منطقيّة أن تكون الأسباب التي استندت عليها موجودة أوّلا وكافية بعدها ومنطقيّة أخيرا. وتمثّل الأسباب في الأدلّة الواقعية والحجج القانونيّة التي يبني القاضي على أساسها حكمه، وتسمّى في العادة الحيثيات. وفي هذا الجزء بالذات يظهر الجهد الذي يبذله القاضي وهو يناقش طلبات الخصوم ودفعهم وفق ما جاء في نصوص القانون المعمول به، وذلك بيانا لموقفهم الذي سيفصل في الدّعى، والذي يتضمّن جزئيات الحقيقة القضائية. ولا شك أنّ التّسبيب يعدّ عاملا مساهما في تكوين اجتهاد قضائي حيّ ومتلائم، كما يؤمّن توقّعية الحلول القانونية، وهو ما يمثل عملية أساسية في العملين، القانوني والقضائي⁴⁴²، إلاّ أنّه يعتبر من المسائل الشّائكة، وينبع ذلك من أنّه يتطلّب اقتناعا من القاضي بما ذهب إليه من رأي في المسائل المتنازع حولها، ومن كون هذا الاقتناع لا بدّ أن يكون مقنعا لأطراف الدّعى؛ وذلك قصد مراقبته المراقبة القانونية المطلوبة⁴⁴³. ولضمانة تسيب الأحكام مقاصد يمكن أن نلخصها في نقاط محدّدة أهمّها:

(أ) التّحقّق من أنّ القاضي قد اطّلع على كلّ وقائع القضية وجميع المستندات والأوراق المقدّمة فيها، واتّصل علمه بجميع ما أبداه الخصوم من طلبات ودفع.

⁴⁴¹ الرّيسوني (أحمد)، مرجع سابق، ص 255-256.

⁴⁴² Piazzon (Th.), *La sécurité juridique*, Paris, Defrénois-Lextenso, 2010, p.524.

⁴⁴³ أبو الوفا (أحمد)، تسيب الأحكام، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة 7، العدد 5، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية،

ص(30-98).

- (ب) التّحقّق من أنّ القاضي قد استخلص الوقائع الصّحيحة في الدّعوى من واقع إثبات يجيزه المشرّع، ثمّ صحيحاً في مواجهة أصحاب الشّأن أو من واقع الأوراق المقدّمة فيها والأدلة بحسب قوّتها التي يمنحها إياها القانون الموضوعي، وفي حالة المخالفة يترتّب على ذلك التّقض من طرف محكمة القانون.
- (ج) التّحقّق من أنّ القاضي قد فهم ما أحاط بالدّعوى من مسائل قانونيّة، وأنّه قد يكيّفها التّكييف الصّحيح بعد التّحقّق من توافر شروطه، وأنّه قد أرسى عليها الآثار القانونيّة الصّحيحة⁴⁴⁴.
- (د) الإقناع بوجهة نظر القاضي في النزاع، وهو الأمر الذي يفرض على القاضي عرض وجهة نظره بطريقة منظّمة ومنهجية، والمنهجية تعني اتّباع قواعد المنطق وتطبيقها على المسائل القانونيّة⁴⁴⁵.
- (هـ) تسهيل مراقبة حياد القاضي الذي يعني فنياً أنّ القاضي لا يستطيع أن يؤسّس اقتناعه ويبيّن حكمه إلّا على أدلة الإثبات التي أدلى بها الأطراف⁴⁴⁶.
- (و) والقضاء المسبّب في حقيقته هو المظهر الجوهري لقيام القاضي بواجب التّمحيص والتّدقيق في جزئيات المسألة النزاعية بغية تعرّف الحقيقة، وبذلك فقط يسلم من مظنة التّحکم والاستبداد، ويبقى بمنأى عن الشّبهة ويحصل الاقتناع كنتيجة لذلك بالحقيقة التي يتضمّنهما حكمه من طرف كلّ من له علاقة به، فيحصل بذلك الاستقرار الاجتماعي الذي ينشده القانون من خلال حصول الاطمئنان لدى المتقاضين⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ Boré (J.), *La cassation en matière civile*, paris, Dalloz, 1997, p.123.

⁴⁴⁵ فالمنهجية التي يسلكها القضاة في عملهم القضائي تتكوّن من المراحل الآتية: فحص الوقائع المعروضة ثمّ انتقاء الوقائع الثابتة والمنتجة في الدّعوى والألزّمة للحكم في النزاع، ثمّ تكييف تلك الوقائع واختيار القاعدة القانونيّة الملائمة لحكمها، وفي هذه المرحلة بالذات قد يحتاج القاضي إلى التّفكير والتأويل فيلجأ إلى القواعد والمناهج العامة لتفسير القانون وتأويله. فإذا استقرّ رأيه على فهم محدّد للقاعدة التي اختارها طبّقها على الواقع الذي قد ثبت لديه، أو كيفها تكييفاً قانونيّاً صحيحاً وانتهى إلى الحكم الواجب التّطوّل به في القضية، وتمثّل هذه العملية القياس القضائي، الذي تكون فيه القاعدة القانونيّة المقدّمة الكبرى، والواقع الثابت المقدّمة الصّغرى، ومنطوق الحكم هو النتيجة المنطقية في هذه المنظومة الفكرية. انظر في ذلك:

Stamatis (C.M.), *Argumenter en droit*, Paris, publisud, 1995, p.158.

⁴⁴⁶ هذا المفهوم الفني أخذ في التّراجع في الأنظمة القانونيّة الحديثة حيث هجرت مذهب الإثبات المقيد في النزاعات المدنية، متّجهة بذلك نحو الأخذ بمذهب الإثبات المختلط، الذي لا يجعل دور القاضي في المنازعة المدنية منحصراً في إدارة الدّعوى وتسييرها لضمان سلامة الإجراءات، بل يتعدّى بإعطائه دوراً إيجابياً في البحث عن الحقيقة، إلّا أنّ هذا الأمر لا يكفي في تكريس هذا الدور، بل لا بدّ من أن تعطى له سلطات معيّنة تمكّنه من البحث عن الحقيقة بحثاً في صورته الإيجابية.

أنظر في ذلك: القضاة (مفلح)، البيّنات في المواد المدنية والتّجارية، ط1، عمان، دار الثقافة، 2007 ص59 وما بعدها، وانظر كذلك:

المصاروة (يوسف)، تسييب الأحكام، ط2، عمان، دار الثقافة، ص93.

⁴⁴⁷ أبو الوفا (أحمد)، مرجع سابق.

إنّ المنطق القانوني، الذي لا يعتمد على الحدس والتّخمين والذي يقوم على مبادئ وأصول التّفكير العلمي يسمح للقاضي بمعالجة المسائل القانونيّة بطريقة علميّة تمكّنه من الإجابة الصّحيحة على الإشكالات المطروحة في المسألة المطروحة للنزاع⁴⁴⁸، كما يجنّب القاضي الوقوع في الخطأ، ويجعل رأيه متّسماً بوضوح دقيق، وهو الأمر الذي يمكّن القاضي من إقناع أطراف الدّعوى وكذا الرّأي العام المتتبّع للعمل القضائي، كما ييسّر عمليّة الرّقابة التي تقوم بها المحكمة العليا في مسائل القانون، والذي يؤدّي بدوره إلى الاستقرار القانوني⁴⁴⁹. فالتّسبب هو بيان ما اقتنع به القاضي واطمأنّ إليه، ولهذا كان يشمل الحجج القانونيّة والأدلة الواقعية التي بنى عليها الحكم⁴⁵⁰. وبذلك تكون منطقية الحقيقة مرتبطة بمنطقية أسبابها، ومعنى ذلك أنّه يجب على القاضي أن يسلك مجموعة من القواعد لا يتخطّأها، وهي: (أ) سرد وقائع الدّعوى، (ب) استخلاص الصّحيح من الوقائع وتقديره، (ج) تكييف الوقائع الصّحيحة، وجعلها محلاً لقاعدة قانونية محدّدة، (د) تنظيم الوقائع المكوّنة للدّعوى بحسب طبيعتها ونوعها⁴⁵¹.

ورغم خضوع التّسبب إلى مبادئ أصولية مستمدّة من قواعد قانون الإجراءات المدنية التي تفرض توفّره كالتزام شكلي مفروض على القضاة⁴⁵²، إلاّ أنّه لا يعدّ إجراء شكلياً حقيقة، وإمّا هو في حقيقته بيان للنشاط الإجرائي الذي حمل القاضي إلى الحكم الذي انتهى إليه، وهو بذلك يكشف عن مدى كفاية هذا النشاط ومنطقيّته للوصول إلى ذات التّتيحة التي انتهت إليها قاضي الموضوع؛ لأنّ الأمر له علاقة مباشرة بالمنطوق الذي هو التّتيحة التي تترتّب على الأسباب التي تعتبر هي مجموع الأسانيد الواقعية والقانونية التي تقود إلى المنطوق⁴⁵³. وفي كلّ الأحوال، فإنّه لا يكفي الوجود الشكلي للتّسبب⁴⁵⁴، بل لا بدّ أن تكون

⁴⁴⁸ Cornu (G.), *vocabulaire juridique, op.cit.*, P.106.

⁴⁴⁹ بن موسى (مبروك)، مرجع سابق، ص358.

⁴⁵⁰ أبو الوفا (أحمد)، المرافعات المدنية والتجارية، ط14، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1986، ص723.

⁴⁵¹ المرجع نفسه، ص723.

⁴⁵² الحجار (حلمي)، المنهجية في حلّ النزاعات، ط1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص264.

⁴⁵³ القضاة (مفلح)، مرجع سابق، ص59 وما بعدها.

⁴⁵⁴ انعدام التّسبب له صورتان، الانعدام الكلي والانعدام الجزئي، وكلاهما يعدّ عيباً شكلياً. فالمبدأ العام المستقرّ عليه قانوننا وقضاء هو أنّ القاضي أثناء نظره في الدّعوى يكون ملزماً بالزّد على كلّ الطّلبات والدّفوع وجميع المستندات الجوهرية التي قدّمت من طرف أطراف الدّعوى. فإذا تعدّدت الطّلبات وفضل الحكم فيها دون أن يشتمل الحكم الذي أصدره القاضي على كلّ الأسباب، بل اشتمل على الأسباب التي تحمل بعض الطّلبات، فإنّ الحكم بالنسبة للطّلبات الأخرى يكون خالياً من الأسباب، ويكون الحكم معيباً بعبء الانعدام الجزئي. المصاروة (يوسف)، مرجع سابق، ص212، أبو الوفا (أحمد)، تسبب الأحكام، مرجع سابق.

الأسباب كافية⁴⁵⁵، وإغفال ذلك يؤدي بصورة حتمية إلى القصور في التّسبب أي نقصان الأساس القانوني للحكم⁴⁵⁶، كما أنّه لا بدّ أن تكون منطقيّة، وإغفال ذلك يؤدي حتماً إلى الفساد في الاستدلال، ونقص تدبيرا بالمنطقيّة عدم التناقض في الأسباب، الذي يتحقّق عندما تتضمّن هذه الأسباب التّجاهين متضادّين، أحدهما يكون متّفقا مع المنطوق تمام الاتّفاق، ويكون مبنياً عليه، بحيث لا تقوم له قائمة بدونه، في حين يكون التّجاه الآخر مناقضا ومغايرا للتّجاه الأوّل فيؤدّي بذلك إلى منطوق مضاد للمنطوق الذي ورد في الحكم، الأمر الذي يجعل من المتعدّر معرفة أيّ من التّجاهين قد بني عليه الحكم⁴⁵⁷. ولهذا اعتبر الفقه الغالب التناقض في الأسباب انعداماً للتّسبب؛ لأنّه يؤدي إليه حتماً، في مواجهة البعض من الفقهاء الذين قالوا بأنّ تناقض الأسباب لا يؤدي إلى انعدام التّسبب بل يؤدي إلى إهدار الأساس القانوني للحكم⁴⁵⁸.

الفرع الثاني: التقييد والخدمية

والتقييد، قد يكون من حيث الزّمان، أو من حيث المكان، أو من حيث الموضوع، أو من حيث الشّكل. فمن النّاحية الشّكلية، لا يكون الحقّ لأيّ قاضٍ أن يفتح باب الحقيقة إلّا بناء على دعوى؛ لأنّ الدّعوى بالنسبة للمدّعي لإقرار الحقّ الشّخصي، وبالنسبة للقاضي فتح باب البحث عن الحقيقة، فهو بذلك بحث علمي مصعّر في كلّ قضية، يدرس القاضي من خلاله القضية ويتعرّف على ظروفها وملاساتها

⁴⁵⁵ والتّسبب لا يكون كافياً إلّا : (أ) إذا كانت أسباب الحكم مستمدّة من الوقائع الثابتة بأدلة إثبات صحيحة قانوناً، وأن تحقّق هذه الأسباب ما تعلق بوظائف التّسبب في حماية المصلحتين، العامة والخاصّة، (ب) إذا كانت الأسباب في ذاتها واضحة لا لبس فيها ولا غموض ولا إبهام، وتكفي لمن يطّلع أن يقتنع بالنتيجة التي توصل إليها القاضي في حكمه، ولا يتحقّق هذا بدوره إلّا بمراعاة مسألتين: (الأولى) ذكر البيانات اللازمة للتّسبب، من بيانات متعلّقة بوقائع الدّعوى وطلبات الخصوم ودفعهم، وذكر الأدلّة التي تؤسّس عليها الأسباب، التي يجب أن تكون أدلّة قانونيّة لها أصل ثابت في أوراق الدّعوى، مع ذكر مضمون الأدلّة وتقديرها لاستخلاص الصّحيح من وقائع الدّعوى، (الثانية) الرّد على المسائل القانونيّة. أنظر في ذلك: المصاروة (يوسف)، المرجع نفسه، ص 225.

⁴⁵⁶ لا بدّ في هذا الإطار أن نفرّق بين مسألة انعدام الأسباب ومسألة القصور في الأسباب، حيث الأولى تعتبر عيباً شكلياً؛ لأنّها تتضمّن مخالفة الشّروط الشّكلية التي أوجبتها المادة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية... ومن بينها اشتغال الحكم على أسبابه، بينما الثانية تعتبر عيباً موضوعياً؛ إذ أنّ هذا العيب يعني وجود الأسباب شكلاً، إلّا أنّها لا تكفي من النّاحية الموضوعية لتحقيق غاية المشرّع من وجوب تسبب الأحكام. ولا يجب أن نخلط بين المسألتين حتّى لا نقع في الخطأ نفسه الذي وقعت فيه محكمة التمييز الأردنيّة التي تأثرت بدورها بما ذهبت إليه محكمة التقض المصريّة التي تأثرت بقانون المرافعات الذي لم ينصّ ضمن مواده سوى على عيب القصور في التّسبب. أنظر في ذلك: المصاروة (يوسف)، المرجع نفسه، ص 193.

⁴⁵⁷ بن موسى (مبروك)، مرجع سابق، ص 358.

⁴⁵⁸ أبو الوفا (أحمد)، المرجع نفسه، المصاروة (يوسف)، المرجع نفسه، ص 203.

والمؤثّرات الخاصّة بها⁴⁵⁹. فالدّعى إجراء لا بدّ منه من أجل افتتاح البحث عن الحقيقة، التي تعتبر وسيلة للشرعنة والقبول الاجتماعي فتجيب على الطّلبات التّفسيّريّة التي تقدّم بها الدّعى⁴⁶⁰، وهذا هو السّؤال الذي يولد داخل ظروف وملايسات القضائيّة⁴⁶¹. وإذا كانت الدّعى بحثاً علمياً فمعنى ذلك أنّه يجب على القاضي أن يسلك مسلك الشك المنهجي⁴⁶². فلا بحث عن الحقيقة القضائيّة إلاّ بناء على المطالبة القضائيّة، وهي الإجراء الذي يتمّ به رفع الدّعى إلى القضاء، ويتمّ كقاعدة عامة بإيداع عريضة مكتوبة لدى مكتب الضبط، وبالتالي تعدّ المطالبة القضائيّة وسيلة لرفع الدّعى⁴⁶³. ويجب على المدّعي أن يوضّح كلّ البيانات التي تسمح للمحضر بتحرير التّكليف بالحضور وتمثّل هذه البيانات في ما يلي: (أ) بيان ما يسمح بالتعرّف عليه ذاته (المدّعي)، وكذا على المدّعي عليه، (ب) ذكر المحكمة المختصة بالطلب، (ج) بيان ملخّص الموضوع، بمعنى منطوق الحكم المقترح للقاضي، والذي ينبغي أن يكون محدّداً وواضحاً. فإذا كان المنطق يستدعي أن تشتمل ورقة التّكليف بالحضور على ملخّص الموضوع، فإنّ المفروض أن تشتمل العريضة المفتوحة للخصومة على كلّ تفاصيل الموضوع قصد إمام القاضي بالدّعى، والسّماح للمدّعي عليه بالإجابة مباشرة على صميم الموضوع، (د) بيان مستندات الطّلب، بمعنى الأوراق المتعلّقة بالدّعى، ويتمّ التّمييز بين نوعين من المستندات، المستندات اللاّزمة لقبول الدّعى ويستحسن تقديمها على عريضة افتتاح الدّعى، كتقديم عقد الزواج، وشهادة الحالة العائلية حين رفع دعوى الطّلاق، ثمّ المستندات المؤيّدّة للدّعاءات التي تتضمنها الدّعى، وهي تقدّم في الجلسات التي تنعقد لنظر الدّعى، ولا يلزم تقديمها فور تقديم العريضة المفتوحة للدّعى. وعلى كلّ حال، فإنّ الحقيقة القضائيّة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالجانب الإجرائي؛ لأنّ البحث عنها يجب أن يتمّ من خلال أشكال وإجراءات منصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سواء تعلّق الأمر بمسائل الاختصاص القضائي، نوعياً كان أم إقليمياً، وسواء كان الأمر متعلّقاً بإجراءات الإثبات والتّحقيق، أو كان متعلّقاً بالمبادئ المسيرة للعلاقات بين القاضي والمتخاصمين

⁴⁵⁹ العيسوي، علم النّفس والقضاء، ط1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ت، ص35.

⁴⁶⁰ Dalbignat-Deharo (G.), *op. cit.* p.45.

⁴⁶¹ Cornu (G.), *Linguistique juridique, op.cit.*, p.341.

⁴⁶² إنّ الحقيقة نوع من أنواع المعرفة، والشك ضروري لكل معرفة، فإنّ أوّل واجب يلزم المكلف هو الشك؛ لأنّ التّظن إذا لم يسبقه شكّ كان تحصيل حاصل، كما كان يقول أبو هاشم البصري. فالشك في الحواس أداة للمعرفة اليقينيّة كما اعتقد ذلك الغزالي وديكارت. وإذا كان ديكارت قد انتهى من شكّه إلى يقين الفكر، فردّ للعقل سلطانه، وكان الشك عنده خطوة موصلة إلى اليقين، فإنّ الغزالي قد انتهى من شكّه إلى يقين الحدس أو الكشف أو العيان الذي يقابل البرهان العقلي، فكان شكّه بدوره أداة موصلة إلى اليقين وإن اختلف اليقين في الحالين. انظر في ذلك: الطويل (توفيق)، في تراثنا العربي الإسلامي، عالم المعرفة، العدد 87، مارس 1985، ص11-12.

⁴⁶³ بوبشير (محمد)، مرجع سابق، ص29.

كمبدأ الوجيهة ومبدأ الخضوع، وكلّ هذا تحت طائلة البطلان، حتّى ولو كان من النّاحية الموضوعية صحيحاً وحقيقياً، أي موافقاً للحقيقة الواقعة. أمّا من النّاحية المكانية، فالحقيقة القضائية لا بدّ أن تكون محدّدة بإقليم محدّد ومعين، ومفاد هذا الكلام وجوبية البحث عن الحقيقة داخل إقليم محدّد، وهذا الإقليم حدّدته نصوص قانون الإجراءات المدنية مع مراعاة طبيعة كلّ دعوى، في ظلّ القاعدة العامّة التي نصّت عليها المادة (37) التي جاء فيها ما يفيد أنّ الاختصاص الإقليمي يكون للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه⁴⁶⁴، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطنه، يؤوّل الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، وبطبيعة الحال ما لم ينصّ القانون على خلاف ذلك، فهذه هي القاعدة العامة في النطاق الإقليمي للحقيقة القضائية، كما هو الأمر بالنسبة لمسائل العدول عن الخطبة، وقضايا إثبات عقد الزواج، إضافة إلى المنازعات حول الصّدق⁴⁶⁵ ودعاوى الاعتراف بالنسب والاعتراف بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لشخص مجهول النسب أو إنكار الأبوة. أمّا الحالات الاستثنائية فجاء تفصيلها في نصّ المادة (40) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ حيث أنّ: (أ) المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفّي هي المحكمة المختصة بالفصل في مواد الميراث، (ب) المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية هي التي ينعقد لها الاختصاص بالنظر في دعاوى الطّلاق أو الرجوع، (ج) محكمة مكان ممارسة الحضانة هي المحكمة المختصة بالفصل في قضايا الحضانة، (د) المحكمة التي تقع في موطن الدّائن بالتّفقة هي المحكمة المختصة بالفصل في مسائل التّفقة الغذائيّة، (هـ) محكمة وجود السّكن هي المحكمة المختصة بالفصل في مسائل السّكن، (و) محكمة مكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما هي المحكمة المختصة بالنظر في مسائل الطّلاق بالتّراضي، (ز) محكمة مكان ممارسة الحضانة هي المحكمة التي يخوّل لها القانون حقّ النظر في مواضيع الحضانة وحقّ الزيارة والترخص الإدارية التي تسلّم للقاصر المحضون، (ح) محكمة مكان وجود المسكن الزوجي هي المحكمة المختصة بالنظر في موضوع متاع بيت الزوجية، (ط) محكمة مكان طالب التّرخيص هي المحكمة التي لها الحقّ في النظر في جميع المسائل المتعلّقة بمسائل التّرخيص بالزّواج، (ي) محكمة

⁴⁶⁴ وهذه القاعدة إنّما أسست على ما ذهب إليه المالكية. وبيان ذلك أنّ عبد الملك بن حبيب لما سأل مطرفاً عن الرّجل من أهل المدينة تكون له دار بمكّة، يدعيها رجل من أهل مكّة. أين تعرض خصومتها للفصل فيها، والوصول إلى حقيقة الأمر، أعند قاضي مكّة حيث المدعى، أم عند قاضي المدينة حيث المدعى عليه؟ فقال له مطرف: هذا يختصم فيه عندنا اليوم..، والذي علمناه في ذلك وجرت به أحكامنا أنّ الخصومة إنّما تكون حيث المدعى عليه، وليس حيث المدعى والدّار التي ادّعى. انظر في ذلك: ابن حبيب بن سليمان (عبد الملك)، الأحكام، تحقيق نجيب (أحمد)، ط1، قطر، إدارة الشؤون الإسلامية، 2014، ص69.

⁴⁶⁵ وهو ما نصّت عليه المادة (426) من قانون (08-09) المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

مكان ممارسة الولاية هي المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص بالنظر في مواضيع الولاية، (ك) محكمة مقرّ موطن طالب الكفالة هي المحكمة المختصة بالنظر في دعاوى إلغاء الكفالة أو التخلّي عنها، (ل) المحكمة التي يقع فيها موطن المتوفّي هي المحكمة التي يؤول إليها اختصاص النظر في دعاوى التّركات حتّى وإن وجدت بعض أملاك التّركة خارج دائرة الاختصاص الإقليمي لهذه المحكمة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. أمّا موضوعيا، ففي داخل هذه الأقاليم المحدّدة كما سبق، لا بدّ أن تعرض الدّعاوى أمام قسم شؤون الأسرة الذي ينعقد له الاختصاص بالنظر في جميع القضايا المتعلّقة بالخطبة والزّواج والرّجوع إلى بيت الزّوجية كما هو الأمر بالنسبة لانحلال الرّابطة الزّوجية وتوابعها حسب الحالات والشّروط المذكورة في قانون الأسرة، وكذا جميع الدّعاوى المتعلّقة بالنّفقة والحضانة وحقّ الزيارة، وإثبات الزّواج والنسب، والكفالة والولاية وسقوطها، والحجر والفقدان والغياب والتّقسيم⁴⁶⁶. إلّا أنّه في بعض الحالات تكون مسألة عودة الاختصاص لقسم شؤون الأسرة معقّدا نوعا ما، فعلى سبيل المثال، إذا تعلق النزاع بالهدايا التي يقدّمها الخاطب أثناء فترة الخطوبة وبمناسبتها، فالقضاء المدني أيضا يكون مختصّا بالنظر في مثل هذه المسائل، ويكون صاحب ولاية واختصاص بها⁴⁶⁷. وكذلك المسائل المتعلّقة بالهبات، كانت طبيعتها غير محدّدة، الأمر الذي عسر معه تحديد القضاء المختصّ بالفصل في قضاياها، لولا أنّ المحكمة العليا حسمت الخلاف معتبرة الهبة من مسائل الأحوال الشخصية، التي تكون خاضعة لقواعد الشريعة الإسلامية⁴⁶⁸. والأمر نفسه بالنسبة لمسائل الوصايا التي صدر بشأنها قرار من مجلس الدّولة والذي كيّفها على أنّها مسألة من مسائل الأحوال الشخصية الأمر الذي يعطي الاختصاص بشأنها للقضاء العادي وبالتحديد قسم شؤون الأسرة⁴⁶⁹. وكذلك إذا ما تعلق النزاع بالدّيون المستحقّة بين الزّوجين، وهو ما يطلق عليه الحقوق الشخصية أو الالتزامات، فالأصل أنّ هذا النزاع يعود للاختصاص بشأنه إلى القضاء المدني؛ باعتباره صاحب الولاية والاختصاص العام بالفصل في مثل هذه المنازعات، كما هو وارد في نصّ المادة (32) من قانون الإجراءات المدنية الجديد، وهذا الأمر لا يكون إلّا في المحاكم التي لم تنشأ فيها الأقسام⁴⁷⁰. إلّا أنّه إذا اعترف الزّوج

⁴⁶⁶ أنظر في ذلك: المادتين (423) و(424) من قانون 08-09 المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁴⁶⁷ بلحاج (العربي)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط6، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص112.

⁴⁶⁸ قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش.) رقم 179724، المؤرخ في 1998/03/13، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ص(277-231).

⁴⁶⁹ قرار مجلس الدولة رقم 3358، المؤرخ في 2001/12/04، مجلة مجلس الدولة، غ4، سنة 2003، العدد3، ص(158-151).

⁴⁷⁰ وبطبيعة الحال يستثنى من هذه القاعدة المسائل المتعلّقة بالقضايا الاجتماعية، حتّى ولو كان القضاء المدني هو صاحب الولاية العامة، إلّا أنّه لا يجوز له أن ينظر في هذا النوع من القضايا، وانظر ما جاء في نصّ المادة (32): (غير أنّه في المحاكم التي لم تنشأ فيها أقسام، يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع المنازعات باستثناء القضايا الاجتماعية).

بهذا الدّين أمام قاضي شؤون الأسرة يجعل هذا الأخير مختصاً للفصل في مبلغ الدّين المتنازع عليه⁴⁷¹؛ على اعتبار أنّ الدّيون المستحقّة على كلّ من الزّوجين هي أثر من آثار نظام استقلال ذمّتي الزّوجين المعروف في الفقه الإسلامي، وهي بذلك أثر من آثار عقد الزّواج أو بمناسبة عقد الزّواج، فيجب بناء على ذلك أن يحكمها قانون عقد الزّواج وأحكامه وفق المادتين (57) و(57) مكرّر من قانون الأسرة، وكذا المادتين (423) و(426) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد⁴⁷². ومن النّاحية الموضوعية كذلك، يكون القاضي مقيداً بحيث يمتنع عليه النّظر في قضية تمّ الفصل فيها بحكم؛ لأنّ هذا الحكم يكون قد حاز الحجية بين الخصوم، وبالتّسبب إلى ذات الحقّ، محلاً وسبباً، وهي غير قابلة للدّحض إلّا بطريق من طرق الطّعن في الحكم، ولا يتحقّق ذلك إلّا بعناصر ثلاثة: وحدة الأطراف دون أن تتغيّر صفاتهم، ووحدة المحلّ (الموضوع)، ووحدة السّبب، وهو الأمر الذي أخذت به التّطبيقات القضائية⁴⁷³، وفق ما جاء في نصّ المادة (338) من القانون المدني الجزائري: (الأحكام التي حازت قوّة الشّيء المقضي به تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أيّ دليل ينقض هذه القرينة، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلّا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغيّر صفاتهم وتتعلّق بحقوق لها نفس المحلّ والسّبب، ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائياً).

أمّا من حيث خاصية الخدمية، فيمكن أن نرى وصفها بالخدمة بوضوح في ما تعلّق بالمسائل الأولية، بحيث تختصّ المحاكم الجنائية بالفصل في جميع المسائل التي يتوقّف عليها الحكم في الدّعوى الجنائية المرفوعة أمامها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، تطبيقاً لقاعدة أنّ قاضي الدّعوى هو قاضي الدّفع،

⁴⁷¹ قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 279878، المؤرخ في 2002/04/10، المجلة القضائية، سنة 2003، العدد 1، ص 378-382.

حيث ممّا جاء فيه أنّ قضاة الموضوع طبّقوا صحيح القانون؛ على أساس أنّ الزّوج الطّاعن يعترف صراحة بأنّه مدين لزوجته بقيمة ماليّة قدرها 100 ألف دينار، ويطلب بعدم اختصاص قاضي الأحوال الشخصية؛ غير أنّ اعترافه بما في ذمّته يجعل قاضي الدرجة الأولى مختصاً بالفصل في هذه القضية، ولهذا فقد كان الوجه الذي اعتمده الطّاعن في طعنه غير مؤسس، الأمر الذي ترتّب عليه رفض الطّعن.

⁴⁷² ويقع عبء الإثبات على كلّ من يدّعي من الزّوجين دينا في ذمّة الآخر، ويكون ذلك باعتماد كافّة الطّرق المقرّرة شرعاً وقانوناً، وفق ما جاء في المادة (323) من القانون المدني وما يلي ذلك من نصوص قانونيّة، على اعتبار أنّ سكوت المشرّع عن بيان ذلك لا يمكن أن يفسّر إلّا بالعودة إلى القواعد العامة للإثبات، وهذا ما جاء به قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 251682 المؤرخ في 2000/11/21، المجلة القضائية لسنة 2001، العدد 1، ص(290-293). مع بيان أنّه إذا كانت قيمة التّصرف تفوق المائة ألف دينار، فلا يجوز عندها الإثبات بشهادة الشهود، كما جاء في المادة (332) من القانون المدني.

⁴⁷³ أنظر في ذلك: قرار المجلس الأعلى (غ.م) رقم 54168، المؤرخ في 1989/11/15، المجلة القضائية، سنة 1990، العدد 2، ص(35-37)، و قرار المحكمة العليا (غ.م) رقم 311528، المؤرخ في 2005/12/21، مجلّة المحكمة العليا، سنة 2005، العدد 2، ص(217-222).

وهذه القاعدة تنطبق بإطلاقها على كلّ المسائل المدنية بمعناها الدقيق وكذلك المسائل التجارية، فإذا رفضت المحكمة الجنائية النظر في هذه المسائل وأوقفت الدعوى الجنائية من أجل النظر فيها من طرف المحاكم المدنية كان حكمها مخالفا للقانون، إلا أنّ هذه القاعدة ورد عليها استثناء تعلق بمسائل الأحوال الشخصية، فإذا كان الحكم في الدعوى الجنائية يتوقّف على الفصل في مسائل الأحوال الشخصية جاز للمحكمة الجنائية أن توقف الدعوى وتحدّد للمتهم أو للمدعي بالحقوق المدنية أو للمجني عليه حسب الأحوال أجلا لرفع المسألة المذكورة إلى الجهة ذات الاختصاص⁴⁷⁴. ويكون ذلك مقترنا بشروط ملخّصة في ما يلي⁴⁷⁵: (أ) أن يتوقّف الفصل في الخصومة الجنائية على البتّ في إحدى مسائل الأحوال الشخصية، كالدعوى الجنائية بشأن جريمة الزنا ووقع شكّ في قيام علاقة الزوجية بين المتهم والمجني عليه، أو الدعوى الجنائية عن جريمة التزوير في عقد الزواج، إذا أثبتت المتهمة في العقد أنّها خالية من الموانع الشرعية على الرغم من كونها متزوّجة، وإذا كان هناك شكّ حول كونها في عصمة رجل آخر وقت الزواج، ومناطق كلّ ذلك أن تتصل مسألة الأحوال الشخصية بأحد أركان الجريمة، فإذا لم تتوفر هذه الصلّة فلا مبرر للإيقاف، (ج) وجوب توافر نزاع جدّي حول مسألة الأحوال الشخصية، ولا يشترط لذلك أن تكون هناك دعوى مرفوعة بشأنه أمام قضاء الأحوال الشخصية، بل إثارته تكفي سواء من جانب المتهم أو النيابة العامة أو من جانب المحكمة ذاتها. ويعود تقدير جدية النزاع إلى السلطة التقديرية للقاضي، فإذا رأى أن النزاع غير جدّي أو أنّ الأمر واضح في المسألة لا يوقف الدعوى ولا ينتظر استصدار حكم فيه من المحكمة المختصة. ومجرّد الدّفع بهذه المسألة من قبل المتهم لا يجعلها محلاً للنزاع، بل يجب أن يكون مقترنا بالجدية، فإذا ظهر للمحكمة أنّه لم يكن له قصد سوى عرقلة سير الدعوى أو تأكّدت من عدم صحّته من خلال التّحقيقات السابقة، فإنّه يكون من الواجب عليها الفصل في الموضوع. ويكون للمتهّم أو للمدعي المدني الحقّ في التمسك بهذا الدّفع في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولا يكون جائزا التمسك به لأوّل مرّة أمام المحكمة العليا. وإذا توفّرت الشّروط السابقة ورأى قضاء الموضوع وقف الخصومة وجب أن تحدّد وفق القانون للمدعي بالحقوق المدنية أو للمجني عليه حسب الأحوال أجلا لرفع دعوى بشأن مسألة الأحوال الشخصية موضوع النزاع إلى الجهة ذات الاختصاص، دون أن يكون وقف الخصومة مانعا من اتّخاذ الإجراءات أو التّحقيقات الفردية أو المستعجلة. وانقضاء الأجل دون رفع الدعوى يربّب صرف النظر عن الدّفع والفصل في الدعوى، إلا إذا رأت المحكمة أنّ هناك مبررا مقبولا لتحديد أجل آخر. ويجب على المحكمة الجنائية في حالة وقف الخصومة

⁴⁷⁴ سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ط7، 1993، ص688-689.

⁴⁷⁵ المرجع نفسه، ص689.

ورفع دعوى الأحوال الشّخصية أمام الجهة ذات الاختصاص، أن تنتظر الفصل فيها دون أن يكون لها الحقّ في الرّجوع عن قرارها بالإيقاف. أضف إلى ذلك أنّ صاحب المصلحة في رفع الدّعى في مسألة الأحوال الشّخصية هو المجني عليه ذاته الذي جوّز القانون للمحكمة الجنائية بتكليفه رفع الدّعى بشأنها، كما هو الأمر بالنّسبة لمسألة الرّوجية المثارة في دعوى الرّنا⁴⁷⁶. فالأصل أنّ المحكمة الجنائية تكون مختصّة بالفصل في المسائل الأولى، إلّا ما تعلّق بمسائل الأحوال الشّخصية.

وإذا تمّ الفصل في المسألة الأولى غير الجنائية من قبل الجهة القضائية ذات الاختصاص بحكم حائز حجّية الأمر المقضي، فإنّ هذا الحكم تكون له الحجّية أمام القضاء الجنائي، على خلاف القاعدة التي تكون محلّ نظر إذا انصبّ الحكم المدني على مسألة أولى مدنية، ففي هذه الحالة يجب أن يجوز الحكم حجّية أمام القضاء الجنائي، وعلى هذه الصّورة تكون الحقيقة القضائية في الأحوال الشّخصية خادمة للحقيقة القضائية في جانبها الجنائي.

ويمكن أن نرى وصف الحقيقة القضائية بالمخدومة في مسألة حجّية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني، فالامتناع عن تقديم نفقة مقرّرة قضاء لصالح الرّوجة يعتبره المشرّع الجزائري جريمة بنصّ المادة (331) من قانون العقوبات⁴⁷⁷. فحتّى تتمكّن الرّوجة من رفع دعوى مضمونها الامتناع عن دفع نفقة مقرّرة قضاء لا بدّ من وجود حكم قضائي، عندئذ يكون الأمر متعلّقًا بالامتناع عن تنفيذ حكم قضائي يقضي بأداء التّفقة الغذائية⁴⁷⁸، ويجب أن يكون الحكم نافذاً، والأصل أن يكون نهائيًا، ولكن من الجائز أن يكون غير ذلك إذا أمر القاضي بالتنفيذ المعجل⁴⁷⁹. وإضافة إلى ذلك، لا بدّ أن تنقضي مهلة شهرين⁴⁸⁰، وهذا الأمر يعدّ عنصرا من عناصر قيام جريمة الامتناع عن دفع التّفقة المقرّرة قضاء، وبصورة أدقّ هو أحد

⁴⁷⁶ سرور (أحمد فتحي)، مرجع سابق، ص 690.

⁴⁷⁷ المادّة (331) من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمّن قانون العقوبات (الجريدة الرّسمية، العدد 49، المؤرخ في 11 يونيو 1966): (يعاقب بالحبس من ستّة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 500 إلى 5000 دج كلّ من امتنع عمدا و لمُدّة تجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقرّرة قضاء لإعالة أسرته و عن أداء كامل قيمة التّفقة المقرّرة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه و ذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم. و يفترض أنّ عدم الدّفْع عمدي ما لم يثبت العكس، و لا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتقاد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أيّة حالة من الأحوال. و المحكمة المختصّة بالجنح المشار إليها في هذه المادّة هي محكمة موطن أو محلّ إقامة الشّخص المقرّر له قبض التّفقة أو المنتفع بالمعونة).

⁴⁷⁸ بوسقيعة (حسن)، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، د.ط، الجزائر، دار هوم، 2002، ص 157.

⁴⁷⁹ في هذا الصّدّد نصّت المادة (40) من الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 1966/6/8 المتضمّن قانون الإجراءات المدنية على أن يكون الأمر بالتنفيذ المعجل، رغم المعارضة أو الاستئناف، وجوبا عندما يتعلّق الأمر بالتّفقة الغذائية.

⁴⁸⁰ سعد (عبد العزيز)، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002، ص 27.

عنصري الرّكن المادي إلى جانب عدم دفع المبلغ المالي كاملاً⁴⁸¹. ويبدو أنّ الرّأي السائد في المحكمة العليا أنّ حساب مهلة الشّهرين يبدأ اعتباراً من تاريخ انقضاء مهلة العشرين يوماً المحدّدة في التّكليف بالدّفع⁴⁸². فبعد توقّف هذه الشّروط يكون حقّاً للزّوجة أن ترفع دعوى جنائية بهذا الخصوص، وعند الحكم لصالحها يكون ذلك دليلاً واضحاً لإثبات واقعة عدم الإنفاق أمام قاضي الأحوال الشّخصية، تأسيساً على ذلك الحكم بتطليقها من زوجها.

فكما كان الحكم الجنائي دليلاً للإثبات في دائرة الضّرر المحدّد، فكذلك هو دليل في دائرة الضّرر المطلق من أيّ قيد سببيّ. فالحكم الجنائي الحائز لقوّة القضيّة المقضية قرينة قانونية قاطعة على صحّة ما يتضمّنه، وبذلك تكون له قوّة الشّيء المحكوم به أمام المحاكم المدنية براءة أو إدانة في الدّعوى التي لم يكن قد فصل فيها نهائياً فيما يتعلّق بوقوع الجريمة وبوصفها القانوني ونسبتها إلى فاعلها. وقد جاء في المادة (339) من القانون المدني الجزائري: (لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلّا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريّاً). ويبدو واضحاً أنّه يشترط، لكي يجوز الحكم الجنائي حجّيته أمام المحاكم المدنية⁴⁸³، والتي تشمل دوائر الأحوال الشّخصية توقّف الشّروط الآتية:

(أ) أن يكون الفعل الذي فصل في شأنه جنائياً هو نفسه الذي أثير أمام غرفة الأحوال الشّخصية، وبمعنى آخر أن يكون الفعل يشكّل أساساً مشتركاً بين الدّعويين الجنائية والمدنية⁴⁸⁴.

(ب) أن يكون الحكم الذي يتمسّك بحجّيته ذا طبيعة جنائية، فلا يكفي أن يكون صادراً من محكمة جنائية، فالحكم في الدّعوى المدنية التّبعية الصّادر من المحكمة الجنائية لا يكون حائزاً لهذه الحجّية

⁴⁸¹ بوسقيعة (حسن)، مرجع سابق، ص 159-160.

⁴⁸² المرجع نفسه، ص 161.

⁴⁸³ إنّ حجّية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني مسألة تتصل بالمصلحة العامة والنّظام العام، لذلك فإنّه يجوز التّمسك بها في أيّة حالة كانت عليها الدّعوى، و لو لأوّل مرّة أمام محكمة النّقض، و للمحكمة أن تقضي بما من تلقاء نفسها. فالحجّية لا ترجع إلى مبدأ حجّية الأمر المقضي، بل ترجع إلى اعتبارات المصلحة العامة، فليس هناك أيّ مجال للتّمسك بحجّية الأمر المقضي؛ لاختلاف الموضوع والحصوم في الدّعويين، ففي الدّعوى الجنائية يكون هدفها معاقبة المتّهم عن الجريمة التي ارتكبتها، بخلاف الحالة في الدّعوى المدنية، أمّا بالنسبة للخصوم فالمدعي في الدّعوى الجنائية هو النيابة العامة، و ليس الحال كذلك في الدّعوى المدنية أو دعوى الأحوال الشّخصية، و الحكم الجنائي يتعلّق بمقدّرات التّاس و حرّياتهم و أعراضهم، و الحكم بالإدانة في جريمة أو البراءة منها يعني مطابقة الحكم الصّادر للحقيقة الواقعة و إن اختلفت معها الحقيقة القضائية، فلا يجوز بعد ذلك للمحكمة المدنية أن تعود لبحث هذه المسألة مخطّئة الحكم الجنائي؛ إذ للقاضي الجنائي الصّلاحيات الكاملة لتحريّ الحقيقة، و عدم الاكتفاء بدليل معيّن، و ما دام الأمر كذلك فيجب أن تكتسب هذه الأحكام حجّية مطلقة.

أنظر: فوده (عبد الحكم)، حجّية الأمر المقضي و قوّته في المواد المدنية و التجارية، د.ط، الاسكندرية، منشأة المعارف، د.ت، ص 464-465.

⁴⁸⁴ البكري (محمد عزمي)، مرجع سابق، ص 388.

الاستثنائية، وإتّما يكون خاضعا للأحكام العامة لحجّية الأحكام، مع إعطاء الاعتبار لكلّ مسألة أولية باعتبارها جزءا من الحكم الجنائي يكون إثباتها لازما ابتداء لتوافر الجريمة، كعقد الزّواج في جريمة الزّنا، فما يصدر من المحكمة الجنائية فاصلا في هذه المسائل يجوز الحجّية أمام القضاء المدني⁴⁸⁵.

(ج) أن يكون الحكم الجنائي سابقا على الحكم المدني⁴⁸⁶.

(د) أن يكون الحكم الجنائي باتّنا، فإذا حصل وأن رفعت الدّعى المدنية أثناء تحريك الدّعى الجنائية وقبل صدور حكم باتّ فيها يكون واجبا على المحكمة المدنية وقف الفصل في الدّعى المدنية إلى أن يصدر حكم باتّ في الدّعى الجنائية، وأن يكون فاصلا في موضوع الدّعى الجنائية، فلا تحوز الحجّية الأحكام الوقّية أو الأحكام التّحضيرية، وأوامر التّحقيق أو الإحالة حتّى ولو كانت فاصلة في نزاع معيّن، ويكون منطوق الحكم الجنائي هو الذي يجوز الحجّية دون أسبابه إلّا إذا كانت الأسباب دعامة قويّة للمنطوق⁴⁸⁷.

(هـ) أن تكون الوقائع التي يحتجّ بها بمقتضى الحكم الجنائي قد فصل فيها هذا الحكم، وكان فصله فيها ضروريّا للحكم في الدّعى الجنائية⁴⁸⁸. ويتربّط على ذلك أنّه إذا أقامت الزّوجة دعوى تفريق للضرّر استنادا إلى اعتداء زوجها عليها بالضّرب أو السّبّ على سبيل التّمثيل، وصدر حكم جنائي باتّ بإدانته في هذا الفعل، فإنّ هذا الحكم يكون له حجّيته أمام المحكمة التي تنظر دعوى التفريق لوقوع فعل الضّرب أو السّبّ⁴⁸⁹، ولا يجوز لها معاودة بحثه⁴⁹⁰.

⁴⁸⁵ سرور (أحمد)، مرجع سابق، ص 193-194.

⁴⁸⁶ البكري (محمد)، المرجع نفسه، ص 388.

⁴⁸⁷ ولقد رجح في الفقه القانوني أنّه إذا أصدرت محكمة الجنايات حكما غيايبيا، لا يكون هذا الحكم حائزا للحجّية أمام القضاء المدني؛ لأنّه معرّض للإلغاء في حالة حضور المتهم أو القبض عليه. ولهذا فإنّ إيقاف الدّعى المدنية ينتهي بصدور هذا الحكم، وبه يستردّ القضاء المدني سلطته على الدّعى المدنية. انظر: سرور (أحمد)، مرجع سابق، ص 193-194.

⁴⁸⁸ البكري (محمد)، مرجع سابق، ص 388.

⁴⁸⁹ قرار رقم 127948 المؤرّخ في 1996/01/16، السّابق ذكره.

فالمحكمة قضت بتطبيق الزّوجة على أساس الحكم الجزائي الصّادر في 1986/05/03 والقاضي بإدانة الزّوج بتهمة الضّرب والجروح العمدية ضدّ زوجته و حكم عليه بتسعة أشهر حبس نافذة، و قد طعن الزّوج (ب.ب) بواسطة محاميه مثيرا الوجه الوحيد للتّقصّ تدعيما لظنّه المأخوذ من مخالفة القانون و خاصّة الفقرتين (4) و (6) من المادّة (53) من قانون الأسرة (ف4، ف10 في التّعديل الجديد)، و أسس كلامه على أنّ المادّة (53) تنصّ على أنّه يجوز للزّوجة أن تطلب التّطبيق إذا صدر حكم بعقوبة مقيدة لحرّية الزّوج لمُدّة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة، و هذا من الخطأ الجسيم؛ حيث أنّ هذه الفقرة لا تتضمّن وقوع حالة الاعتداء على الزّوجة، و إتّما يكون محلّها جريمة واقعة على شخص آخر؛ لأنّ المناط هنا هو الضّرر النّاتج عن تقييد الحرّية، أمّا المناط في حالتنا هذه هو الضّرر النّاتج عن الفعل الجرمي ذاته، و لهذا يُعتدّ بالحكم الجنائي باعتباره قرينة قانونية قاطعة على صحّة ما يتضمّنه.

وقد اعتبر القضاء الجزائري الحكم الجنائي دليل إثبات، حيث ركّز القضاة في حكم من أحكامهم حين إصدارهم حكما بالتطليق الذي جاء نتيجة حكم جزائي صدر في مواجهة الطّاعن بتاريخ 1982/11/23، غير أنّهم لم ينظروا إلى الحكم المذكور، ولم يوجّبا إحصاره أمامهم حتّى يستنبطوا مدى خطورة الضّرب المؤدّي إلى الضّرر البيّن الذي تستحقّ بموجبه الرّوجة التّطليق، فعدم إرفاق ملفّ الطّعن بالحكم المذكور من جانب المطعون ضدها التي أمرت بإحصاره يجعل الضّرب المعوّل عليه غير ثابت، كما يستحيل على المحكمة العليا أن تمارس حقّ رقابتها كما ينبغي⁴⁹¹. كما حكم القضاء الجزائري بناء على حكم محكمة حسين داي - القسم الجزائري - التي حكمت على المدّعي في الطّعن مرتين في 1980/09/27 وفي 1982/03/01. فالطلاق الذي تمّ بناء على هذا الحكم جاء معلّلا ومطابقا لأحكام الشّرع الإسلامي⁴⁹². وهو ما ذهب إليه المحكمة الكليّة للأحوال الشّخصية في الكويت، حيث اعتمدت في حكمها بالتفريق بين زوجة وزوجها بناء على صورة طبق الأصل من حكم الدائرة الجزائرية بتغريمه عشرين دينارا، لثبوت اتّهامه بالاعتداء عليها وعلى والدها، فثبتت التّهمة عليه بوصفها وأركانها وفق القانون العقابي الكويتي، ولذا حكمت المحكمة حضوريا بطلاق المدّعية من المدّعي عليه طلقة بائنة⁴⁹³.

والواضح أنّ هذا المبدأ، أي مبدأ حجّية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني، معمول به أمام القضاء المدني، فيشمل جميع دعاويه، فلا يكون مقتصرًا على دعوى التّعويض، وإنّما قد يشمل دعوى الطّلاق المترتبة على جريمة الزّنا، ودعوى الرّجوع في الهبة الناشئة عن الاعتداء على حياة الواهب، ودعوى الحرمان من الإرث الناشئة عن الاعتداء على حياة المورث⁴⁹⁴، أمّا الحكم المدني لا يتمتّع بهذه الحجّية أمام القضاء الجنائي فيما تعلق بوقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعلها. كما أنّ المشرّع يقرّر حجّية الحكم الجنائي رغم عدم وحدة السّبب والموضوع والخصوم في الدّعويين الجنائية والمدنية. ولقد اختلفت الآراء الفقهية في تحديد

⁴⁹⁰ بناء على المعيار الشّخصي للضّرر المعتمد لدى المشرّع و القضاء المصريين، فالحكم الجنائي لا يسمح للقاضي المدني بمعاودة البحث، و لكن له أن ينظر فيما إذا كان هذا الفعل كافيا لإنتاج الضّرر الذي تستحيل معه العشرة بين أمثال الزوجين، فإذا كان كذلك حكمت بتطليقها، أمّا إذا لم يكن كافيا لتوافره كان لها الاستناد إلى أدلة أخرى لتكوين عقيدتها بشأنه، أمّا بناء على المعيار الموضوعي فيكون عندها الحكم الجنائي كافيا لأن يكون مستندا قويا للتطليق.

⁴⁹¹ قرار رقم 40934 المؤرخ في 1986/05/05، غير منشور. ذكره د. بلحاج (العربي)، قانون الأسرة - مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، دط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، ص 86.

⁴⁹² قرار رقم 41104 المؤرخ في 1986/05/05، غير منشور. ذكره د. بلحاج (العربي)، المرجع نفسه، ص 86-87.

⁴⁹³ حكم المحكمة الكليّة بالكويت، دائرة الأحوال الشّخصية، برئاسة فضيلة الأستاذ محمود مكادي القاضي. ذكره د. الغندور (أحمد)، مرجع سابق، ص 511-512.

⁴⁹⁴ سرور (أحمد)، مرجع سابق، ص 192.

أساس ذلك، وما رجح في الفقه القانوني أنّ النّظام القانوني يعطي الأولويّة للقضاء الجنائي في مواجهة القضاء المدني بما فيه قضاء الأحوال الشخصية في تحديد عناصر الجريمة؛ لارتباط الدّعوى الجنائية بحقّ المجتمع والدّولة، إلّا أنّ هذه المسألة لم تقم على نصّ قانوني محدّد وإنّما قامت على نظريات فقهية وقضائية راعت طبيعة الحكم الجنائي⁴⁹⁵.

والحقيقة القضائية قد تكون حقيقة نهائية كما قد تكون حقيقة مؤقتة، وهذه المسألة لا يمكن فهمها إلّا من خلال فهم حجّية الأمر المقضي وقوّة الأمر المقضي. فحجّية الأمر المقضي يعني تحديداً أنّ الحكم له حجّية فيما بين الخصوم وبالتّسبة إلى ذات الحقّ محلاً وسبباً، وحجّيته لا تقبل الدّحض إلّا بطرق الطّعن المعتبرة قانوناً⁴⁹⁶. هذه الحجّية تثبت لكلّ حكم قطعي، أي حكم موضوعي يفصل في خصومة، سواء كان الحكم نهائياً أو ابتدائياً، حضورياً أو غيابياً. وتبقى للحكم حجّيته إلى حين زواله، فإن كان غيابياً يزول بإلغائه في المعارضة، وإن كان ابتدائياً يزول بإلغائه في الاستئناف، وإن كان نهائياً يزول بنقضه أو بقبول التماس إعادة النّظر فيه⁴⁹⁷. في هذه المرحلة يكون الحكم عنواناً للحقيقة المؤقتة. أمّا قوّة الأمر المقضي فهي مرتبة يصل إليها الحكم إذا أصبح نهائياً غير قابل للمعارضة ولا للاستئناف، أي غير قابل للطّعن فيه بطريق من طرق الطّعن العادية، وإن ظلّ قابلاً للطّعن فيه بطريق غير عادي، وفي هذه المرحلة كذلك يكون الحكم القضائي عنواناً للحقيقة المؤقتة؛ لأنّ الحكم ولو وصل إلى هذه المرتبة من القوّة يبقى بالرّغم من حيازته حجّية الأمر المقضي وقوّة الأمر المقضي يكون معرّضاً للإلغاء عن طريق طعن غير عادي، فإذا لم يبلغ، أو فات الميعاد دون أن يطعن فيه، أو كان منذ البداية غير قابل للطّعن فيه بطريق غير عادي، استقرت له الحجّية والقوّة على وجه غير قابل للزوال، فنكون بذلك أمام الحقيقة القضائية النهائية. فالحقيقة القضائية المؤقتة هي حقيقة أعطى لها القانون مدّة زمنية لدحضها والإتيان بحقيقة أخرى بدلا عنها، وبالتالي تكون الحقيقة الأولى خطأ وليست حقيقة، وهذا نظر للحقيقة القضائية على أنّها نسبية. فالحكم القضائي يمرّ بمرحلتين، الأولى منهما تتضمّن الحكم القضائي الذي يجوز حجّية الأمر المقضي دون قوّته، يكون عنواناً لحقيقة قابلة للتغيّر؛ لأنّ الحكم يكون معرّضاً للطّعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف، أمّا الأخرى فتتضمّن الحكم القضائي الذي يجوز حجّية الأمر المقضي مع قوّته الذي يكون عنواناً لحقيقة قابلة للتغيّر؛ لأنّ الحكم في هذه الحالة يكون عرضة للطّعن فيه بطرق الطّعن غير العادية، إلّا إذا لم يبلغ، أو فات الميعاد دون أن

⁴⁹⁵ سرور (أحمد)، مرجع سابق، ص191. Tomassin, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*,

Paris, L.G.D.J., 1961, p.187-188.

⁴⁹⁶ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص632.

⁴⁹⁷ المرجع نفسه، ص632.

يطعن فيه، أو كان منذ البداية غير قابل للطّعن فيه بطريق غير عادي، فتستقرّ عندها الحجّية والقوّة للحكم القضائي، وتستقرّ معهما الحقيقة بصفة نهائية، ونكون بذلك أمام حقيقة قضائية نهائية. ومع ذلك حتّى ولو أصبحت الحقيقة القضائية نهائية فقد تبقى قابلة للاضطراب، في حالة إعمال نظرية استرداد القرار القضائي (Requête en rabat d'arrêt)، والتي بموجبها يعود ملفّ القضية إلى يد محكمة القانون أو محكمة الاستئناف في حالة نظرها النزاع بالدرجة الأخيرة، ولا يكون ذلك إلّا عند ظهور خطأ إجرائي لا يد لأحد المتخاصمين فيه، فيقوم نتيجة ذلك قرار قضائي جديد حول المسائل التي تكون مبيّنة في عريضة الاسترداد. ولقد بدا لمحكمة النقض الفرنسية أنّ طلب الاسترداد لا يتفق بأيّ حال مع طبيعة القرار القضائي، مبررة ذلك بمسألتين، إحداهما أنّ قرارات محكمة النقض غير قابلة لأيّ طريق من طرق الطّعن، والثانية أنّ طلب الاسترداد نفسه يتضمّن احتيالا بإخفائه ضمنا طلب نقض ثانٍ مستتر بطلب استرداد، بسبب رفض طلب النقض الأوّل. إلّا في مثل هذا التبرير فيمكن ردّه من جهة أنّ عدم قابليّة قرارات محكمة النقض لأيّ طريق من طرق الطّعن، هو الذي يشكّل مبررا قويا وقاطعا لطلب استردادها للقرارات الصّادرة عنها عند اقتراها بخطأ واضح ومؤثّر⁴⁹⁸.

وحثّى يكون طلب الاسترداد مؤسّسا لا بدّ أن تتوفر الشّروط الآتية: (أ) وجوب كون الخطأ إجرائيا، (ب) وجوب كون الخطأ ماديا، وبناء على ذلك، فإنّ التقص في التعليل لا يمكن أن يشكّل سببا لاسترداد القرار القضائي، كما لا يمكن أن يكون طلب الاسترداد مستندا على سوء تفسير المحكمة العليا لسبب النقض، (ج) وجوب كون الخطأ مؤثرا على القرار موضوع الاسترداد، (د) وجوب كون الخطأ غير راجع إلى طالب الاسترداد أو حصلا نتيجة إهماله، ويعني هذا تحديدا أنّ الخطأ يشترط فيه أن يكون صادرا من المحكمة، فيكون بذلك عبء الإثبات واقعا على اتق طالب الاسترداد، فإذا لم يثبت الخطأ يردّ طلب الاسترداد، (هـ) وفي الممارسة العملية، يقدّم طلب الاسترداد بعد صدور القرار المطلوب استرداده بوقت قصير، ولكنها غير محصورة بمهلة إسقاط، (و) وجوب احترام قاعدة الواجهية، سواء قدّم الطّلب من قبل أحد الخصوم المتضررين من القرار، أو من قبل النائب العام على مستوى محكمة النقض، أو كان طلب الاسترداد ماثرا من المحكمة بصورة عفوية؛ حيث في هاتين الحالتين الأخيرتين، يفترض إشعار الخصوم بوجوب إبداء ملاحظاتهم بشأن هذا الطّلب، الأمر الذي يتّضح من خلاله اختلاف ظاهر بين المراجعة

⁴⁹⁸ غصوب (عبده)، استرداد القرار القضائي في الاجتهاد اللبناني الحديث، نحو تغليب الحقيقة على الشكل، مجلة الدراسات

القانونية، جامعة بيروت العربية، العدد 2، ط 1، 2003، ص (213-244).

المؤسّسة على طلب الاسترداد ومراجعة تصحيح الخطأ المادي التي لا تخضع سوى لقاعدة وجوب صدور الحكم الفاصل فيها في جلسة علنية⁴⁹⁹.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

⁴⁹⁹ غصوب (عبده)، المرجع نفسه.

الفصل الثاني: وسائط الحقيقة القضائية

جامعة الإمام
القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الأول:

الحقيقة الإجتماعية

جامعة الامير بيلال القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الأول: الحقيقة الاجتماعية

تعتبر الحقيقة الاجتماعية من قبيل الحقائق الواقعية في فقه الفقيه (Gény)⁵⁰⁰، باعتبارها متكوّنة من الظروف الواقعية المحيطة بالإنسان، فردا وجماعة. وليس من قبيل نموذج الحقيقة الاجتماعية الذي يعتبر أحد النماذج العامة في دراسات وبحوث المحاكم⁵⁰¹، والذي يرتبط في حقيقته من الناحية المفاهيمية بتحليلات (Durkheim) وتصوّرات (Parsons)، فحسب بعض العلماء فلهذين العالمين يعود فضل ابتكار مفهوم الحقيقة الاجتماعية (social fact)، اللذان مثلاً مع غيرهما ممن تبعهما من العلماء والمحلّلين الاجتماعيين نموذج الحقيقة الاجتماعية⁵⁰²، إلا أنّ الأمر على غير حقيقته نسبياً، فإذا تمعّنّا جيّداً في كتب فقهاء الإسلام سوف نجد لذلك أثراً واضحاً؛ بحيث يقول (ابن عابدين)⁵⁰³ في كتابه الرسائل: "إنّ العادة مأخوذة من المعاودة فهي بتكرّرها ومعاودتها مرّة بعد أخرى صارت معروفة مستقرّة في النفوس والعقول متلقّاة بالقبول

⁵⁰⁰ لقد اتّخذ جيني في مذهبه المعروف بمذهب العلم والصّيّغة مكاناً وسطاً بين المذاهب المثالية الميتافيزيقية والواقعية؛ حيث اعتمد على فكرة الجوهر والمادة الأولية المستخلصة من حقائق الحياة الاجتماعية التي تساهم في إصباغ الجوهر بالخاصية العملية التطبيقية، أولاً، ثم نوعية البناء الصّيّغي التي تجعل من المادة الأولية أو العلم صالحة للتطبيق. إنّ هذه التفرقة الواضحة بين العلم والصّيّغة تشكّل حالياً أصلاً من أصول القانون؛ إلا أنّ مفهوم العلم عند (جيني) ليس هو مفهومه المعتمد لدى المدرسة الواقعية الذي تنظر إليه بناء على المفهوم الضيق القائم على المشاهدة والتجربة، فكلّ معرفة مهما كان مصدرها، منطقية كانت أو منهجية، أو تجريبية أو عقلية تعتبر علماً في منظور (جيني). فيكون بذلك قد جمع بين المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية، فردّ جوهر العلم إلى أربع حقائق بعضها تجريبي والآخر عقلي، وهي: الحقائق الواقعية أو الطبيعيّة، الحقائق التاريخية، الحقائق العقلية، الحقائق المثالية. انظر في ذلك:

Wortley (B.A.), *La théorie des sources en droit privé positif de François Gény considérée dans son rapport avec la jurisprudence anglaise, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, T.2, Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1977, p.19-20.

⁵⁰¹ لقد كانت دراسة المحاكم محلّ بحث لعدد من الباحثين باعتبارها من أهمّ التّظيمات الاجتماعية التي تلعب الأدوار المهمّة في المحافظة على النّظام الاجتماعي واستقراره. يمكن أن نذكر في هذا السّياق بعض الباحثين من أمثال: (Jacob)، (Mother)، (Ritzer). هؤلاء ساهموا في الاهتمام بدراسة المحاكم، وتحليل أنماط القضايا القانونية التي تعالجها، مع الأخذ بعين الاعتبار العلاقة المتبادلة بينهما كمؤسّسات قضائية، والجنم الذي تمارس مهامها في ظلّه.

⁵⁰² عبد الرحمان (عبد الله)، علم الاجتماع القانوني، د.ط، دار المعرفة الجامعية، دت، ص 252-253.

⁵⁰³ هو محمّد بن محمّد أمين بن عمر، علاء الدّين، ابن عابدين. فقيه حنفي، من علماء دمشق. كان من أعضاء الجمعية العمومية لجمع (المجلة الشرعية) بالأستانة، فأقام ثلاث سنوات. وعاد إلى بلده فأكمل حاشية أبيه (ردّ المحتار) بكتاب أسماه (قرّة عيون الأخبار لتكملة ردّ المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار. وتوفّي بدمشق عام 1306 للهجرة الموافق لسنة 1889 للميلاد. انظر في ذلك: الزركلي، الأعلام، ج7، ط15، بيروت، دار العلم للملايين، ص75.

من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية⁵⁰⁴، وقول (القرافي) في (الفروق): "إنّ الحقائق العرفية مقدّمة على الحقائق اللّغوية"⁵⁰⁵، فسُمّيت الحقيقة الاجتماعية حقيقة عرفية بحسب مصدرها وهو العرف. والحقائق الاجتماعية بالمعنى الأوّل، وهو المطلوب، من الضّروري التّنبيه القضائي لها، وتطوير الأساليب القضائية من خلالها تقليصاً للهوّة الموجودة بين القضاء وبين الواقع الاجتماعي، كما أكّد ذلك القاضي الأمريكي (Cardozo)⁵⁰⁶؛ على أساس أنّ اعتبارات السياسة الاجتماعية تلعب دوراً كبيراً في فنّ القضاء، باعتبار أنّ العمليّة القضائية في ذاتها تتضمّن عنصرين، عنصر خلق، وعنصر كشف، فيكون القاضي ملزماً في كثير من الأحيان، متأثراً في ذلك بالعقائد المتعارفة والمعتقدات المكتسبة ومفاهيم الحاجة الاجتماعية، بوزن المصالح المتعارضة من أجل الوصول إلى قرار صائب من بين قرارين بديلين كلاهما منطقيّين أو أكثر⁵⁰⁷. والتّنبيه القضائي للحقائق الاجتماعية يقوم على مسألة اجتماعية القانون والشريعة، وهو الأمر الذي يقودنا إلى تحديد مصدرها المتمثّلين في العرف والعادة. سنقوم بدراسة هاتين المسألتين في مطلبين مستقلّين، بحيث نخصّص المطلب الأوّل لأساس الحقيقة الاجتماعية، والمطلب الثاني لمصدرها.

⁵⁰⁴ افندي (محمد) الشّهير بابن عابدين، ج2، د.ط، مجموعة رسائل ابن عابدين، د.ت، ص114.

⁵⁰⁵ القرافي (شهاب الدين)، مصدر سابق، ج1، الفرق (28)، ص194.

⁵⁰⁶ هو (Benjamin Cardozo)، رجل قانون أمريكي. ولد في 24 ماي 1870 بنيويورك، وتوفي بها في 09 جويلية 1938. درس في كلىة الحقوق بجامعة كولومبيا. عمل بمحكمة نيويورك للاستئناف، وبعد ذلك بالمحكمة العليا لمدة ست سنوات ابتداء من 1932 إلى غاية وفاته. عرف بتأثيره الفعلي في تطوير القانون الأمريكي في القرن العشرين. له كتاب لاقي شهرة كبيرة وألّف حول مسائل موسوم ب: (طبيعة القرار القضائي). انظر في ذلك: www://fr.wikipedia.org/wiki/Benjamin_cardozo

⁵⁰⁷ بودخيمر (إدجار)، علم القانون، فلسفة القانون ومنهجه، ترجمة: د.محمود سلام زناقي، مجلة العلوم القانونية، العدد 2، سنة 1986، ص(71-129).

المطلب الأول: أساس الحقيقة الاجتماعية

إنّ المفهوم السوسولوجي للقانون لم يكن له ظهور إلاّ في نهاية القرن التاسع عشر⁵⁰⁸، والذي ارتكز على قاعدة أنّ القانون يعتبر جزء من الحياة الاجتماعية؛ لأنّه يتكوّن بواسطة المجتمع، وهو الذي يشكّل بعد ذلك المجتمع، فالتأثير متبادل بينهما⁵⁰⁹. وما يؤكّد هذه المسألة أنّ القانون، وفق المذهب الحتمي بصنفيه الاجتماعي والتاريخي، لا تنشئه عبقرية الإنسان، وإنّما ينشئه إبداع الأزمان، وهو ما عبّر عنه (Portalis)⁵¹⁰ بقوله: "إنّ مدوّنات الشّعوب يصنعها الزّمن ولا تقام بالمعنى المعتاد"⁵¹¹. فيكون المجتمع هو البيئة التي يتولّد عنها القانون كظاهرة مفرزة من قبل التاريخ، وذلك من خلال المعطيات الحقيقية، ولهذا كان العرف في منظور هذه المدرسة هو الواقعة الاجتماعية النموذجية بحكم تكوينه التلقائي وخضوعه للملاحظة المباشرة. فالحقيقة القانونية وفق هذا المنظور تكون متجسّدة في العرف؛ باعتباره يمثّل تلقائية القانون في الفئة الاجتماعية والأولية للقانون التلقائي، وتدخّل المشرّع كما يقول (Gurvitch)⁵¹² لا يكون إلاّ لإقرار القانون، فهو مجرد إجراء تقني لا أكثر⁵¹³. وبناء على ذلك، فإنّ مشروعية القانون لا يمكن إلاّ أن نستمدّها من مكونات البنية المجتمعية، التي تنشأ فيها القاعدة القانونية نشوء تلقائياً من السلوك المعتاد، وهذا ما يساهم في إحداث التناسق المأمول بين الأحكام التشريعية وبين مستوى تطوّر المجتمع، الذي يحول دون وقوع أيّ قطيعة مجتمعية، فيكون دور القانون بذلك منحصراً في تثبيت ما هو كائن وكشف الواقع، ولهذا كان العمل التشريعي للدولة غير متجاوز للحدّ التقني المحايد الذي لا يؤثّر في مسيرة المجتمع منضبطاً

⁵⁰⁸ Duguit (L.), *Traité de droit constitutionnel*, Vol.1, 3^{ème}éd., Paris, Fontemoing, 1929, P.65 et suite.

وانظر كذلك: الشاوي (منذر)، فلسفة القانون، ط1، عمان (الأردن)، دار الثقافة، 2009، ص111.

⁵⁰⁹ أبو زيد (محمود)، علم الاجتماع القانوني - الأسس والاتجاهات، د.ط، القاهرة، مكتبة غريب، د.ت، ص65.

⁵¹⁰ هو (Jean -Etienne-Marie Portalis). فقيه ومحامي ورجل دولة وفيلسوف القانون الفرنسي. ولد في الأوّل من أفريل عام

1746 ب: (Beausset)، وتوفيّ بباريس في 25 من شهر أوت عام 1807. كان عضواً في الأكاديمية الفرنسية، وأحد واضعي القانون

المدني الفرنسي. انظر في ذلك: www://fr.wikipedia.org/wiki/Jean-Etienne-Marie_Portalis

⁵¹¹ Portalis (J.M.), *Discours préliminaire*, p.23 et suite *les classiques des sciences sociales*, <http://classiques.uqac.ca/>

⁵¹² هو (Georges Gurvitch). عالم اجتماع فرنسي ذو أصل روسي. ولد في الحادي عشر نوفمبر من عام 1894 ب:

(Novorossiisk) بروسيا. كان اسمه: (Guéorgui davidovitch Gourvitch). تجنّس في 1928. مات في 12 ديسمبر عام

1965 بباريس. انظر في ذلك: www://fr.wikipedia.org/wiki/Georges_Gurvitch

⁵¹³ الشاوي (منذر)، المرجع نفسه، 111-112.

في ذلك بالمعطيات الموضوعية، دون أن يكون للإرادة أيّ دخل في ذلك⁵¹⁴. فلا بدّ أن ينظر إلى القانون، كما يرى (Holmes)⁵¹⁵، باعتباره وثيقة انثروبولوجية على أساس أنّ حياة القانون لا تقوم على المنطق، بل على التجربة الحية، فالقانون لا بدّ أن يتنزل منزلة الظواهر الاجتماعية المتأثرة بالحقائق، وإذا كان الأمر كذلك فحتى يكون فاعلا في حلّ النزاعات، لا بدّ أن يكون نابعا من الواقع الاجتماعي الذي يعمل فيه، وبالمعنى العكسي، أن لا يكون غريبا عن واقع المواطنين ومجتمعهم وقيمهم وعاداتهم وتقاليدهم. فكلّما كان القانون واقعيًا وموضوعيًا، أي قريبًا من أفهام الناس، كلّما كان المواطنون أكثر استيعابًا لمفرداته وأكثر احترامًا لأحكامه وتنفيذًا لنصوصه، الأمر الذي يساهم في تكريس الاستقرار الاجتماعي المأمول⁵¹⁶. ففاعلية القانون مرهونة بمدى قربه أو بعده عن بيئة الناس الذين يحكمهم، وقربه من حياة الناس هو الذي يصنع له موضوعيته وواقعيته، اللتان بدورهما تصنعان له فاعليته واقتداره على تطوير مختلف الأوضاع التي يعيشها الناس، وتخفيف الأعباء بمختلف أشكالها، وبهذه الشروط فقط يمكن أن يكون القانون أداة فعالة في ضبط سلوك الناس وتسوية نزاعاتهم⁵¹⁷. ولهذا كانت المهمة الأساسية التي تنقل كاهل المشرع على وجه الدوام هي تحديد الحادث الاجتماعي الحقيقي⁵¹⁸. وليس معنى ذلك إطلاقًا، أنّ القانون لا تكون له قيمته فيكتب له الاستمرار إلّا إذا كان يؤيد ما يعرب عنه الحادث الاجتماعي، كما يذهب إلى ذلك (Batiffol)، الذي

⁵¹⁴ وهذه مسألة تتضمن حللا كبيرا فلا يمكن استبعاد الإرادة من صناعة القاعدة القانونية بأيّ حال، والوقوف عند حدّ المعطيات الموضوعية لا يكون كافيا، رغم القسط الذي تحوزه في تلك الصناعة. ولا يتجلى دور الإرادة إلّا عند تباين الرؤى والضغوط و تضارب التوجّهات والمصالح. ففي هذا النوع من التعقيد لا يكون لأيّ عنصر دور حيويّ غير الإرادة، فهي فقط الأقدر على تحديد قيمة كلّ توجّه وكلّ مصلحة فتعمل بعدئذ على التّرجيح. فتؤثّر تبعًا لذلك في مضامين القواعد القانونية، فتقوم بعقلنتها بالتوازي مع عقلنة النظرة إلى التّغيرات الاجتماعية. فما هو كائن لا يمكن أن يكون ضرورة عدلا وحقًا، أمّا ما يجب أن يكون عليه سلوك الأفراد وطبيعة العلاقات الاجتماعية قد يكون كذلك. وأيّ توجّه يستبعد دور الإرادة في صناعة القاعدة القانونية سوف يصطدم حتما بالتّظام القانوني باعتباره نظاما تعقيديًا، وهذا الوصف يمنحه سلطة النصّ على ما يجب أن يكون لا على ما هو كائن. وهذا ما كان واضحا في ألمانيا عندما عارضت المدرسة التاريخية التي أسسها الفقيه (سافيني) حركة التّقنين اقتداء بما ذهب إليه فرنسا. إنّ التّوجّه الحتمي من شأنه أن يعطل تطوّر المجتمعات، ويخلق بداخلها نسقين، حديث وتقليدي. انظر في ذلك: المزرغي (علي) واللّغماني (سليم)، مقالات في الحداثة و القانون، د.ط، تونس، دار الجنوب للنشر، د.ت، ص 69-70، و 70-71.

⁵¹⁵ هو (Oliver Wendell Holmes Jr.). رجل قانون أمريكي، ابن الكاتب (Oliver Wendell Holmes). ولد في الثامن من مارس عام 1841، ومات في السادس من مارس عام 1935. عمل قاضيا في المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية من 1902 إلى غاية 1932. يعتبر مؤسس للواقعية القانونية، فهو الذي كان يقول: (تطوّر القانون ليس نتاج المنطق وإنما نتاج التجربة) (L'évolution du droit n'est pas le fruit de la logique mais de l'expérience). انظر في ذلك:

www://fr.wikipedia.org/wiki/oliver_wendell_Holmes_Jr.

⁵¹⁶ محمد الحسن (إحسان)، علم الاجتماع القانوني، ط1، عمان (الأردن)، دار وائل للنشر والتوزيع، 2008، ص 102.

⁵¹⁷ محمد الحسن (إحسان)، مرجع سابق، ص 102.

⁵¹⁸ باتيفول (هنري)، فلسفة القانون، ترجمة سمّوحي فوق العادة، د.ط، د.ت، ص 41-42.

يرى أنّ هناك ثمّة حوادث تفرض القانون، ومن التجارب ما إذا تمّ تجاهلها لأدّى ذلك إلى الهلاك، فالقانون لا يكون متعلّقاً بما هو كائن بل يتجاوز هذا الحدّ للنّص على ما يجب أن تكون عليه علاقات النّاس. وقد أطلق (Pound)⁵¹⁹ على العمليّة التشريعية الهندسة الاجتماعيّة خلال دراسته للقانون في محتواه الاجتماعي، وهذا انطلاقاً من ملاحظته التي انصبّت على التطوّر التكنولوجي في العصر الحديث، ومجموع التّأثيرات التي كانت له على جوانب حياة الإنسان الاجتماعيّة والاقتصاديّة⁵²⁰. هذه الهندسة في منظور (Pound) هي التي تعطي القدرة لعالم الاجتماع في التّعريف على مختلف المصالح الاجتماعيّة، التي يقوم بعد ذلك بفحصها ومقارنتها وتصنيفها في إطار تحقيق غاية واحدة هي استخراج المصالح الجديرة بالحماية القانونيّة. وما مكنّ (Pound) من دراسة التّأثيرات التبادلية بين القانون والمجتمع بمؤسّساته هو فكرة الاتّجاه الوظيفي في القانون والذي أخذها من القاضي (Holmes)، إضافة إلى الفكرة التي أخذها من (Ross) التي مفادها أنّ القانون يعتبر مجرد وسيلة من وسائل الضّبط الاجتماعي، ولهذا كان لـ: (Pound) نظريّتان مشهورتان، إحداهما: نظريّة الضّبط الاجتماعي، والثانية: نظريّة المصالح الاجتماعيّة⁵²¹، هذه الأخيرة التي استوحى فكرتها من الفقيهين (Jeremy Bentham) و (Ihering)⁵²²، فالحقّ يعتبر مصلحة محميّة قانوناً. ولكن أيّ مصلحة لا بدّ أن تحمي والمجتمع مليء بالمصالح المتضاربة والمتصارعة⁵²³. ومن خلال كلّ ذلك أراد باوند أن يقلّص الهوة الموجودة بين القانون وعلم الاجتماع، مؤكّداً على مسألة في غاية الأهميّة مفادها أنّ مختلف التطوّرات التي عرفها علم القانون الحديث تمثّلت في الانتقال من الاتّجاه التحليلي إلى الاتّجاه الوظيفي، هذا الأخير الذي مكنّ رجال القانون وخاصة منهم القضاة من إدراك العلاقة الموجودة بين القانون والواقع الاجتماعي الذي يتحرّك فيه، على عكس ما كان سائداً خلال القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين من فصل بين

⁵¹⁹ هو (Nathan Roscoe Pound)، رجل قانون أمريكي، أكثر رجال القانون ذكراً في الدّراسات في القرن العشرين. ولد بـ: (Lincoln) بنبراسكا في 27 أكتوبر 1870، ومات في 30 جوان 1964. بدأ التدريس بهارفارد عام 1916 ثمّ أصبح عميداً لكلية القانون بما. منذ 1908 شارك في تأسيس أول مجلّة أمريكية في القانون المقارن (Annuel Bulletin). هو أحد مؤسّسي علم الاجتماع القانوني وعرف بنقده لنظريّة المحكمة العليا الأمريكية حول الحرّية التعاقدية، التي مثلتها حالة (Lochner V New York) وذلك سنة 1905، والتي حكمت فيها المحكمة بعدم دستوريّة قانون تحديد وقت العمل. انظر في ذلك: www://fr.wikipedia.org/wiki/Roscoe_Pound

⁵²⁰ لويد (دينيس)، فكرة القانون، ترجمة: الصويص (سليم)، عالم المعرفة، العدد 47، المجلس الوطني للثقافة والفنون، الكويت، ص 192-

193.

⁵²¹ محمد الحسن (إحسان)، المرجع نفسه، ص 172.

⁵²² هو (Rudolph von Jhering) يستعمل غالباً (Ihering)، رجل قانون ألماني. ولد في 22 أوت عام 1818 بـ: (Aurich)، ومات في 17 سبتمبر 1892 بـ: (Gottingen). يعتبر مؤسس المدرسة الاجتماعيّة الحديثة والمدرسة التاريخيّة للقانون. عرف بكتاب

ألفه عنوانه: (Der Kampf ums Recht). انظر في ذلك: www://fr.wikipedia.org/wiki/Rudolph_von_Jhering

⁵²³ محمد الحسن (إحسان)، مرجع سابق، ص 175.

الأنظمة القانونية وبيئتها الاجتماعية. ولهذا كان واجبا على وجه الدوام على القاضي أن يلمّ بحالة المجتمع مكتشفاً بذلك القوانين الخفية التي تحكمه، الأمر الذي يساعده على كشف الأغذية التي تقف حاجزا بينه وبين صراع المصالح الذي تمثله حقيقة الدعاوى القضائية؛ بحيث تكشف النزاعات في بعض الأحيان عن توترات جماعية مثلت رد فعل على تطورات اجتماعية معينة، بغض النظر عن سلبيتها وإيجابيتها، يستطيع القاضي أن يعطي بناءً على ذلك بعدا تطبيقيا جديدا من خلاله يتمكن من تهدئة تلك التوترات مبدعا بذلك مسارا جديدا للدعوى، خاصة إذا كان النص القانوني يحتاج إلى تفسير، أي خاليا من حكم قانوني معين، وهو ما يسمى بثغرات القانون، محافظا على إعادة إرساء توازن المصالح القائمة الذي يتطابق مع طبيعة الأشياء؛ لأنّ الحقائق الاجتماعية بطبيعتها تحمل شروط توازنها، وفق جيني، فتكشف بذاتها عن القاعدة التي يجب أن تحكمها⁵²⁴، والقاضي له دور محدد في هذا المسار ألا وهو إظهار هذا التوازن الطبيعي الديناميكي المتطور تبعا لتطور المجتمع المتتالي وإعطائه شرعية من خلال حصوله على امتياز التطبيق المحسوس للقاعدة القانونية قياسا بإعلانها المجرد⁵²⁵. ولكن يجب على القاضي في مقابل ذلك أن يضع في اعتباره ما يترتب على ذلك من آثار داخل المجتمع الذي يعيش فيه، كما يجب أن يعتقد أنه انطلاقا من الاتجاه الوظيفي للقانون يكون لعملية التنسيق بين نشاط عالم الاجتماع وتحرك رجل القانون وجود فاعل لا غنى للعمل القضائي عنه، وذلك من خلال النظريات والمناهج التي تكون الغاية منها كشف العلاقة بين القانون والأبنية الاجتماعية الموجودة⁵²⁶. وعلى هذا الأساس فسّر باوند العملية القانونية باعتبارها شكلا من أشكال الرقابة الاجتماعية على المصالح المتنافسة والمتعارضة، بحيث يتم تحديد الجدير منها بحماية القانون⁵²⁷. ولم يكن لوحده في هذا المجال من الدراسات، فنجد على سبيل المثال (Lieweliyn)⁵²⁸ الذي

⁵²⁴ ولكن في بعض الأحيان التطور المجتمعي يبنى بوجود مخالفة للطبيعة ذاتها، كمسألة ظهور حالة الزواج المثلي. ومثل هذه التطورات لا يمكن أن تكون محل اعتبار من حيث تقنينها؛ لمخالفتها للطبيعة أولا، وتعارضها مع القيم الكبرى ذات المصادر الرئانية ثانيا. ومن هنا يقوم الواجب في إصلاحها. هذا المبدأ ينطبق على المجتمعات الإسلامية، أما المجتمعات الغربية التي تتمحور قيمها حول المادة، فلا ينطبق عليها؛ لإيمانها بالتفكير المطلق البعيد عن أي قيد.

⁵²⁵ ويكون بذلك أنصار المدرسة الوضعية قد نقلوا مركز ثقل فلسفة القانون من القانون إلى القاضي الذي أصبح يعتبر حكما حقيقيا للنزاعات المحيطة بالحياة الاجتماعية لا مجرد مفسر أو مطبق للإرادة التشريعية، ولكن المشكلة الفلسفية المطروحة في هذا السياق: ما هي الضمانات المحيطة بشرعية الأحكام القيمية التي يفضل من خلالها القاضي مصلحة أو أخرى؟ انظر في ذلك: فريدمان (بينوا) وهارشر (غي)، فلسفة القانون، ترجمة: وطفه (محمد)، ط1، بيروت، مجد، 2002، ص74-75.

⁵²⁶ محمد الحسن (إحسان)، مرجع سابق، ص63.

⁵²⁷ لويد (دينيس)، مرجع سابق، ص193.

⁵²⁸ هو (Karl Liewellyn)، فقيه مرموق، وأستاذ مشارك في مدرسة الواقعية القانونية. ولد في 22 ماي 1893 بسياتل (واشنطن)، ومات في 13 فيفري 1962 بإيلينو (شيكاغو). تابع تكوينه بكلية الحقوق ببال والسوربون. صنّف من طرف مجلة الدراسات القانونية

وصف وظيفة القانون بكونها العملية التي يتم من خلالها القضاء على الفساد، والقانون لا يمكنه أن يخلق المجتمع، فهذا الأخير أسبق في وجوده عن التّظم القانونيّة، فلهذا كان القانون في منظوره بحاجة على وجه الدّوام إلى مراجعة وإعادة نظر في أحكامه، حتّى نتمكّن من قياس مدى ملاءمته للظّروف الاجتماعيّة المحيطة به.

وفي هذا السّياق ظهرت إبداعات جديدة تعلّقت في أساسها بعلم السّياسة القانونيّة⁵²⁹، من خلال، على وجه الخصوص، أعمال (Popper)⁵³⁰ و(Lasswell)⁵³¹. وقد أصبح من الممكن، في بولندا بعد الحرب العالميّة الثّانية، ملاحظة أنّ التّغيّرات المجتمعيّة كانت ناتجة عن تلك التّغيّرات التي طرأت على المنظومة القانونيّة. فالسّياسة القانونيّة تستخدم القانون كوسيلة للتّخطيط مستعملة في ذلك الطّرق التجريبيّة، من أجل تحقيق التّغييرات الاجتماعيّة. ولكن لا يكون ذلك أيّ أثر إيجابي دون الأخذ بعين الاعتبار ثلاثة نماذج من المبادئ مختلفة في طبيعتها، إلّا أنّها تشترك في أنّ لها القدرة على صناعة القانون، وهي: (أ) مبادئ التّشريع، (ب) مبادئ التقنين، (ج) المبادئ المتعلّقة بوسيلة التقنين⁵³².

وانظر كذلك إلى الإثبات كطريق للحقيقة القضائيّة الذي تطوّر عبر الزّمان والمكان بناء على تغيّر البنيات المجتمعيّة وظهور الحقائق الاجتماعيّة. ففي المراحل المتقدّمة من تاريخ الإنسان، وفي ظلّ القوانين البدائيّة وحتّى القرن الثّالث عشر في أوروبا، كانت تشيع العدالة المقدّسة التي كان القاضي في ظلّها مجرد مترجم لمعتقدات الشّعب. فكانت طرق الإثبات التي تسمّى الأحكام الإلهية تمثّل خاصيّة دينية غير عقلانيّة، كمواجهات الماء أو النّار، اليمين، المواجهة القضائيّة، وغير ذلك من الاعتقادات غير العقلانيّة.

(Journal of legal studies) أحد العشريّن الأكاديميّين الأوائل في القرن العشرين. انظر في ذلك:

www://fr.wikipedia.org/wiki/Karl_liewellyn

⁵²⁹ إنّ فكرة وجود علم السّياسة القانونيّة يمكن أن تمتدّ إلى غاية سنة (1890) على يد الفقيه (بترانكي)، والذي أعطاهما الخاصيّة الجوهريّة التي تمثّل في المعرفة المعتمدة على التّنبؤ بآثار التّشريع. انظر في ذلك: باوند (روسكو)، مدخل إلى فلسفة القانون، ترجمة: دباغ (صلاح)، طبعة منقّحة، بيروت، المؤسّسة الوطنيّة للطباعة والنّشر، 1967. وانظر كذلك: جابر (سامية)، حسن (حسن)، علم اجتماع القانون، د.ط، الاسكندرية، دار المعرفة الجامعيّة، 2003، ص219.

⁵³⁰ هو (Karl Raimund Popper)، فيلسوف العلوم للقرن العشرين. ولد في 28 جويلية من عام 1902 في فيينا، توفّي في 17 سبتمبر 1994 بلندن. منتقد التّظرية التحقيقيّة للمدلولة (Théorie vérificationniste de la signification) واخترع (التّغيريّة) (La réfutabilité) كميّار التّفريق (Démarcation) بين العلم وشبه العلم. انظر في ذلك:

www://fr.wikipedia.org/wiki/Karl_Popper

⁵³¹ هو (Harold Dwight Lasswell)، أحد أعمدة الاتّصال العريض (La communication de masse). ولد في 13 فيفري من عام 1902، ومات في 18 ديسمبر 1978. يعود له فضل السّبق في ابتداء مفهوم العلوم السياسيّة (Policy sciences) في سنوات السّتينات. انظر في ذلك: www://fr.wikipedia.org/wiki/Harold_Dwight_Lasswell

⁵³² جابر (سامية)، حسن (حسن)، مرجع سابق، ص220.

ولكن انطلاقاً من القرن الثالث عشر، القانونيون والرومانيون أخذوا يطورون نظاماً للأدلة العقلانية التي يمكن أن نقول عنها بأنها قانونية بوجه ما بناء على خضوعها لانتظام تدريجي سلطوي معرفي، بحيث يمكن أن نرى في قمتها قاعدة الشيء المقضي والإقرار القضائي والقرائن القانونية، ثم نجد الأدلة الكاملة كالشهادة المزدوجة والعقد الرسمي، والأدلة شبه الكاملة كالشهادة الواحدة والعقد العربي وشهادات التسامع، وأخيراً وأقلها مرتبة الإمارات⁵³³.

إنّ ممّا لا شكّ فيه أنّ المتغيّر الاجتماعي له الدور الأساس في عمليّة التشريع؛ حيث أنّ استخدام القانون في إحداث التّغييرات الاجتماعيّة أصبح إحدى سمات المجتمع المعاصر. فهو بذلك لا يقتصر على الحفاظ على الواقع الاجتماعي، بل ينبغي، بصورة فعّالة، أن يمتدّ إلى المساهمة في خلق العوامل اللاّزمة لحدوث التّغيير⁵³⁴. فإذا كان التّعقيد القانوني نتيجة منطقيّة للتّعقيد الاجتماعي، وهو المبدأ العام⁵³⁵، على أساس أنّ القانون هو مجموع القواعد التي تنظّم المجتمع تنظيمًا من شأنه التوفيق بين مصالح الأفراد وحرّياتهم من جهة، وبين الصّالح العام من جهة أخرى⁵³⁶، دون أن ننسى دوره التّعديدي أو المعياري، الذي يحاول من خلاله وضع أفضل القواعد على أساس حكم تقويمي مبني على أساس تقدير الغاية المبتغاة⁵³⁷، من أجل تطوير المجتمع والمساهمة في خلق العوامل اللاّزمة لحدوث التّغيير الاجتماعي⁵³⁸. والقضاء بدوره كان محلّ تأثّر وتأثير في الظروف الاجتماعيّة، فمراعاة المتغيّرات والأحوال الاجتماعيّة من طرف القاضي أمر ضروريّ لاجتناب ما يمكن أن يقع فيه من الخطأ والزّلل، خاصّة إذا كان النصّ مبهماً، أو مجال تطبيقه واسعاً، كما هو الحال في عبارة: (كلّ ضرر معتبر شرعاً)⁵³⁹، باعتبار أنّ القاضي هو أوّل من يلمس التّطوّر

⁵³³ Malaurie (Ph.), Morvan (P.), *Introduction générale au droit*, Paris, Defrénois, 2004, p.117-118.

⁵³⁴ أبو زيد (محمود)، مرجع سابق، ص 65.

⁵³⁵ إنّ علماء الاجتماع يتفقون على أنّ النظام القانوني تعبير أو انعكاس للسياق الاجتماعي الأوسع الذي يوجد فيه، و لهذا نجدهم يهتمون بدراسة الظروف التي يؤثّر فيها المجتمع على القانون، و بتحديد الطّرق التي يحدث بها هذا التأثير. و بهذا، فالفكرة المحورية في معظم التحليلات السوسولوجية للقانون تشير إلى أنّه يمكن فهم القانون على نحو أفضل لو نظرنا إليه باعتباره آلية تكاملية في المجتمع. و على الرّغم من أنّ = القانون يمكن أن يدعم الاستقرار و التّوازن الاجتماعي، فإنّ القواعد القانونية ذاتها ليست ظواهر ثابتة أو مستقرّة، فالقانون عبارة عن مركّب متغيّر يميّز باستجابته للتّغيّرات المستمرة في المجتمع، فقد تكون طبيعة المجتمع المسؤولة الأولى عن التّقلبات التشريعية. و التّردّد الذي يميّز الفرد و الجماعة يسبغ الخيار التشريعي بنفس الصّفات. انظر في ذلك: المزغني (علي) و اللّغمان (سليم)، مرجع سابق، ص 66-67. وانظر كذلك: جابر (سامية)، حسن (حسن)، مرجع سابق، ص 272.

⁵³⁶ فرج (توفيق)، المدخل للعلوم القانونية، ط1، مصر، الدار الجامعية، 1988، ص 15.

⁵³⁷ حسن (أحمد)، غاية القانون - دراسة في فلسفة القانون، د.ط، الاسكندرية، الدار الجامعية، 2000، ص 29.

⁵³⁸ أبو زيد (محمود)، مرجع سابق، ص 154-155.

Terré (F.), *Introduction générale au droit*, op.cit., P.23.

⁵³⁹ انظر المادة (53) من القانون رقم 84-11 المؤرّح في 09 يونيو 1984 المتضمّن قانون الأسرة المعدّل والمتّمم، الجريدة الرسميّة، العدد 24، المؤرّح في 12 يونيو 1984.

ويجسّ بالحاجة إلى التغيير والتّجديد؛ لأنّه يجابه الأحداث المتجدّدة يوماً بيوم، فهو يعمل في مسرح الحياة مستوحياً آراءه من ظروف كلّ قضية وملاساتها، معطياً بذلك الفعاليّة للقاعدة القانونيّة التي تعترضها العوارض، رجاء الوصول إلى الاستقرار العادل الذي تطمح إليه الحياة الاجتماعيّة⁵⁴⁰. خاصّة إذا تعلّق الأمر بمسائل ترتبط حيويّاً بالأسرة، سواء كانت الأسرة النوويّة أو الأسرة الممتدّة، باعتبارها الخلية الحيويّة في المجتمع البشري؛ فهي تشكّل النظام الذي يتعدّد استبداله بهدف تثبيت الشّخص في المجتمع، وهي الموقع الحيوي الذي تنطلق منه مسيرة تكوين شخصيّة الفرد كسبا للمفاهيم والمعتقدات وتشبّعاً بالعادات والمهارات، ممّا يجعل الأمر ينعكس على حركة المجتمع الحضاريّة. ولهذا ثبت بالاستقراء أنّه لا يمكن، إطلاقاً، أن تتشكّل شخصيّة سويّة من أسرة مفكّكة متنازعة، فكانت بذلك الأسرة نظاماً اجتماعياً رئيسياً وأساساً لوجود المجتمع البشري مشكّلة بذلك الإطار الذي تنشأ وتنمو فيه إنسانية الإنسان؛ لأنّ التّنشئة الاجتماعيّة للجنس البشري عمليّة طويلة ومعقّدة؛ لاعتمادها على ثقافة المجموعات البشريّة. فطبيعة هذه التّنشئة استلزمت إطاراً اجتماعياً كالأسرة يتّصف بالاستقرار النّسبي وطول المدى من ناحية، ويشمل حالة مصغّرة لثقافة المجتمع الكبير من ناحية أخرى⁵⁴¹.

ومسألة الاجتماعيّة ليست حكراً على القانون، خاصّة إذا علمنا أنّ الفقه يتطوّر مع الحياة، والنّص يتفاعل مع الواقع، الذي لا يتمكّن القاضي من الحكم بالحقّ إلّا بفهمه والفقه فيه، فهو أحد نوعي الفهم المطلوب⁵⁴²، فيكون الفقه بذلك هو دراسة الواقع المتحرّك من خلال النّص، فهو يتغيّر بتغيّر الزّمان والمكان، وهذان عنصران جوهريّان للحقيقة الاجتماعيّة. وتاريخ الفقه يستهدف في الأساس: (أ) دراسة الظّاهرة الفقهية من خلا تطوّرها في الزّمان والمكان، وهو ما يسمّى تاريخ الفقه الخالص، (ب) دراسة حركة الظّاهرة الفقهية في المجتمع وتفاعلها في البيئات، وهو ما يسمّى علم اجتماع الفقه⁵⁴³. فالفقه يرتبط بالعقل الذي يحدّد مفاهيمه، وبالزّمن الذي يحدّد تطوّراته، فيكون له بذلك "ملامح إنسان وقسمات مجتمع"⁵⁴⁴، له أرض كونيّة يتحرّك عليها، وجغرافيا إقليمية يتحكّم فيها وتتحاكم إليه، كما له خطابه الكوني، وعلى هذا الأساس نشأت المدارس والمذاهب والاتّجاهات الفقهية⁵⁴⁵.

⁵⁴⁰ بن ملحّة (الغوئي)، أفكار حول الاجتهاد القضائي، المجلة القضائية، سنة 2000، العدد 1، ص(43-65).

⁵⁴¹ الخوري (توما)، سيكولوجية الأسرة، ط 1، بيروت، دار الجيل، 1988، ص 14.

⁵⁴² فالنوع الثّاني من الفهم هو فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان رسوله في هذا الواقع. ابن

القيم الجوزية، إعلام الموقّعين عن ربّ العالمين، ج 1، د. ط، بيروت، دار الجيل، د. ت، ص 87.

⁵⁴³ إمام (محمد كمال الدين)، الفقه الإسلامي، تاريخ العقل الفقهي، ط 1، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص 7.

⁵⁴⁴ المرجع نفسه، ص 9.

⁵⁴⁵ المرجع نفسه، ص 9.

ويمكن أن نستنتج اهتمام الفكر الإسلامي بالحقيقة الاجتماعية من خلال ثلاث مسائل مهمّة: (أ) منهج التنزيل القرآني وارتباطاته بتغيّرات الواقع، (ب) مقاصد الشّرع وعلاقتها بمدخل فهم التّغيير الاجتماعي⁵⁴⁶، (ج) تغيّر الفتوى بتغيّر المكان والزّمان، وهما عنصران جوهريّان في بناء الحقيقة الاجتماعية، إضافة إلى الإنسان وهو العنصر الفاعل والمفكّر، (د) القواعد الفقهية الفاعلة وفروعها، (هـ) سدّ الدّرائع. فالترّدد في التنزيل ارتبط في الأساس بخصوصيّة الوقائع التي نزلت فيها الأحكام، مع مراعاة ضابط مهمّ مفاده أنّ التّغيير في الحقائق الاجتماعية في اتجاه مخالفة قواعد الشّريعة لا اعتبار له ولو صار عرفاً ثابتاً⁵⁴⁷؛ باعتبار أنّ الشّريعة هي الحاكمة على الواقع الاجتماعي ولا يمكن بأيّ حال أن تكون محكمة به. والفقه في إطار هذا الضّابط يراعي التّغيرات الاجتماعية التي تنمّ عن حقائق اجتماعية محدّدة بعاملها الجوهريّين، فساد الزّمان وتطوّر الأوضاع واختلافها. فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الأزمان لتغيّر الأعراف، أو حدوث الصّورات، أو فساد أهل الزّمان؛ بحيث لو بقي الأمر على ما هو عليه دون تحديث أو تجديد لترتّب المشقّة وحصل العسر، وهو مرفوض في شريعتنا التي قامت قواعدها على التّخفيف والتّيسير ودفع الضّرر والفساد، فكما يقول (شهاب الدّين القرآني): "الجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدّين وجهل بمقاصد علماء المسلمين، والسّلف الماضين"⁵⁴⁸. فمثال الصّورة الأولى:

(أ) ما قرّر في أصل المذهب الحنفي أنّ التّصرّفات التّبرّعية التي يقوم بها المدين كلّها نافذة في أمواله كالهبة والوقف، حتّى في حالة استغراق الدّيون لأمواله كلّها؛ على أساس أنّ الدّيون متعلّقة بدمته، فتظلّ أعيان أمواله حرّة، فينفذ فيها تصرّفه، وهذا هو مقتضى القواعد القياسية. ولكنّ الأمر تغيّر عند فساد ذمم النّاس وطبائعهم وأخلاقهم؛ حيث أصبحوا يستعملون التّصرّفات التّبرّعية كهبة أموالهم ووقفها لصالح من يثقون بهم من أقرباء وأصدقاء تهرّبوا من تسديد ديونهم، فأفتى المتأخّرون من الحنفية والحنابلة بعدم نفاذ هذه التّصرّفات من المدين إلّا فيما يزيد عن وفاء الدّين من أمواله⁵⁴⁹.

(ب) وكذلك ما قرّر في المذهب نفسه من أنّ الزّوجة إذا قبضت معجّل مهرها تكون عندها ملزمة بمتابعة زوجها حيث ذهب وحلّ، وبعد فساد الأخلاق والطّبائع واتّجاهها في جملتها إلى حبّ الجور والظلم بإساءة معاملة الزّوجات مستغلّين ظرف بعدهنّ عن أهاليهنّ، أفتى المتأخّرون بعدم إجبار الزّوجة حتّى ولو

⁵⁴⁶ انظر في ذلك: عبد المجيد (حنان)، التّغيير الاجتماعي في الفكر الإسلامي الحديث، ط1، هرنان (فرجينيا)، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 2011، ص81 وما بعدها.

⁵⁴⁷ المرجع نفسه، ص82-83.

⁵⁴⁸ القرآني (شهاب الدّين)، مصدر سابق، ج1، الفرق 28، ص194.

⁵⁴⁹ الزرقا (مصطفى أحمد)، المدخل الفقهي العام، ج2، ط2، دمشق، دار القلم، 2004، ص945.

قبضت معجل مهرها على متابعة زوجها إلى أي مكان إلا إذا كان وطنا لها، وقد جرى ذلك في عقد الزواج بينهما، وعلى هذا كان استقرار الفتوى والقضاء⁵⁵⁰.

ومثال الصورة الثانية:

(أ) ما أوجبه الشارع على كل زوجة مطلقة من عدة تعتدها، مراعاة لمقاصد تعدد من النظام العام، أهمها تحقق فراغ رحمها منعا لاختلاط الأنساب. وفي كل حالة يقضي فيها القاضي بالتطبيق الجبري أو بفسخ النكاح تكون المرأة المطلقة عندئذ داخله في العدة بمجرد قضاء القاضي بالفرقة؛ لأن الحكم القضائي في الماضي كان يصدر واجب التنفيذ فورا، باعتبار تأسس القضاء على درجة واحدة، وليس لأحد النظر في ما ذهب إليه القاضي من حكم. وبعد أن تعيَّرت أحوال القضاء، وأصبحت الأحكام خاضعة لإجراءات الطعن من استئناف ونقض التي تعتبر من الأمور الاستصاحية، أي أن الشريعة لا ترفضها، فلا تدخل المرأة في العدة إلا بعد صيرورة الحكم القضائي بالتطليق أو بالفسخ مبرما غير خاضع لأي طريق من طرق الطعن القضائي، إما بانقضاء المهل القانوني دون طعن من الخصم، أو بإبرام الحكم المطعون فيه لدى المحكمة المطعون لديها ورفضها للطعن حيث ترى الحكم موافقا للأصول⁵⁵¹.

(ب) إفتاء المتأخرين من العلماء بجواز أخذ الأجرة على ما تعلق بتلقين الشعائر الدينية من تعليم للقرآن وإمامة وأذان، وهو حكم مخالف لما قرّر في السابق عند الفقهاء؛ نظرا لتغيّر الزمان وانقطاع عطايا المعلمين والقائمين على الشعائر الدينية، فلو وجّه هؤلاء جهدهم نحو الاشتغال بمهن شتى لما تمّ الحفاظ على تلك الشعائر ولضاع القرآن ذاته⁵⁵². مع ملاحظة أنّ قضية تغيّر الأحكام لتغيّر الأزمان مبنية في الغالب على مراعاة المصلحة، ودفع الحرج وجلب التيسير في أداء التكاليف الشرعية، ولهذا لم يكن لائقا لحاقها كفرع من فروع نظرية العرف، بل هي في حقيقتها كما رأينا من خلال التطبيقات التي أوردناها فرع من فروع نظرية المصالح المرسله⁵⁵³. والشريعة كلّها مبنية على المصالح المرسومة من قبل الشارع الحكيم، كما يرى ابن القيم ف: "حيثما وجدت المصلحة فتمّ شرع الله"⁵⁵⁴، مشرعا بعدها الوسائل أي الحقوق ممنوحة للعباد لتحقيق المصالح والمقاصد المقصودة شرعا، الأمر الذي أوجب مسألة مهمّة مفادها: أن يكون قصد المكلف

⁵⁵⁰ الزرقا (مصطفى أحمد)، مرجع سابق، ص 947.

⁵⁵¹ المرجع نفسه، ص 955-956.

⁵⁵² عطية (جمال)، الزحيلي (وهبة)، تجديد الفقه الإسلامي، ط 2، بيروت، دار الفكر المعاصر، 2002، ص 182.

⁵⁵³ الزرقا (مصطفى محمد)، المرجع نفسه، ص 955.

⁵⁵⁴ ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق الفقهي (محمد)، د.ط، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت، ص 11. والأمر نفسه نراه في المنظور القانوني الوضعي، حيث يقول (باوند) وهو زعيم مدرسة (فقه المصالح): (المصالح هي التي تضغط على المشرع للاعتراف بها، فإذا ما انصاع لهذا الضغط ظهرت المصالح في صورة قواعد قانونية وقرة الحقوق والواجبات).

في العمل موافقا لقصد الله في التشريع. فتكون الحقوق وسائل وليست غايات لتحقيق المقاصد الضرورية في الخلق، وما يتبعها من مقاصد حاجية وتحسينية⁵⁵⁵. فحركة الحقوق لا بد أن تكون في دائرة المشروع وإلا كانت باطلة؛ لأنها بذلك قد ناقضت المقاصد وهدمت الأصل الذي قامت عليه الشريعة. فمن المنطق التشريعي أن تكون الغاية الجزئية التي شرع الحق لأجلها منسجمة مع الأصل الكلي في الشريعة، فالشريعة نظام كلي متنسق الأجزاء غير متناقضة، فالمصلحة الخاصة غاية الحق الفردي لا تبقى مشروعة في حركتها المجتمعية إلا إذا اتسقت وتناسقت مع النظام التشريعي العام⁵⁵⁶. إلا أنه في منظور الشريعة الإسلامية لا يعتبر الحق في ذاته وظيفة اجتماعية كما يذهب إلى ذلك مذهب التضامن الاجتماعي في القانون، ولكن للحق الفردي طبيعة مزدوجة فردية وجماعية، أي من بين ما له الوظيفة الاجتماعية، الأولى محمية ما دامت غير متعارضة مع الثانية، ويجب سلوك مسلك التوفيق بين المصلحتين ما أمكن، وتقديم المصلحة العامة عند عدم الإمكان، وهذا ما يتفق وطبيعة التشريع الإسلامي وغاياته⁵⁵⁷.

أضف إلى كل ذلك مسألة مراعاة المعتاد بين الناس للتحرّز من الضرر وإبعاده من أعمال الإمكان العقلي الذي يؤدي حتما إلى الحكم بضمنان جميع الأضرار بما فيها التي نتجت عن ممارسة المباحات، وهذا هو عين المشقة، ولم يقل بذلك أحد من الفقهاء. ولهذا كان مفهوم التعدي راجعا إلى معيار واحد مفاده مجاوزة المعتاد والسلوك مسلكا مخالفا لمألوف الناس بناء على ما تقضي به قواعد إعمال العرف، فيكون بذلك ضابط الخطأ في منظور الشريعة مخالفة الحكم الشرعي في ترك الواجب وفعل المحرم أو مخالفة المعتاد وفق قواعد العرف في فعل المباح، الذي يقوم على أساسه اكتفاء المتضرر بإثبات مخالفة فعل صاحب الفعل الضار لمألوف الناس وعاداتهم في أدائهم لمثل هذا الفعل⁵⁵⁸. وهذا هو معنى تقييد فعل المباح بوصف السلامة. وبناء على ذلك، فإنّ الأمّ تكون ضامنة إذا ما تركت ولدها المفتقر إلى الرعاية، والزوج يكون ضامنا إذا ما ترك زوجته المريضة مفتقرة للرعاية ما لم تترك بيت الزوجية؛ لأنه بغياب هذا الشرط يسقط واجب الحفظ عن الزوج، ويسقط تبع الضمان، ويكون من قبيل من كان ماشيا فسقط عليه إنسان فمات فلا ضمان على الماشي؛ إذ "لا يجب عليه التحرز عن سقوط غيره عليه"⁵⁵⁹. وهذا المعيار نجد له أثرا واضحا في القوانين الوضعية كالقانون الإنجليزي الذي نجد استعمال عبارة (*reasonableness*) أي وجوب التزام سلوك الرجل العاقل، وإلا قام الخطأ بمخالفته، وكالقانون الفرنسي الذي نجد فيه عبارتي: (الرجل

⁵⁵⁵ الدريني (فتحي)، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط3، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1981، ص80.

⁵⁵⁶ المرجع نفسه، ص80.

⁵⁵⁷ المرجع نفسه، ص81-82.

⁵⁵⁸ سراج (محمد)، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، ط1، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات، 1993، ص109-110.

⁵⁵⁹ سراج (محمد)، مرجع سابق، ص109-110.

كان عمليا أو قوليا ينقسم إلى عام وهو ما تعارف عليه أهل البلاد جميعهم، وخاص وهو ما كان من أهل إقليم خاص أو طائفة معينة⁵⁶⁸.

وحجّة العرف مرتبط بالمصلحة، فلما جاء النبي (ص) بالرسالة لم يقيم بهدم كلّ ما وجدته عند العرب، وإنما أقرّ ما كان صالحا وقوّض ما كان فاسدا غير صالح لهم في معاشهم، فأقرّ ما كان قائما من بيوعاتهم ما كان قائما على التراضي، ومن الزواج أقرّ ما كانت تخطب فيه المرأة إلى وليّها ويقدم لها خاطبها صداقا ثمّ يعقد أمام شهود، وقوّض غير ذلك، وأقرّ نظام الطلاق، إلى غير ذلك، وفي كلّ هذا إقرار لمبدأ اعتبار العرف في التشريع، لا لمجرد كونه عرفا عمل الناس به من زمن بعيد وإنما لما فيه من مصلحة راجحة في حياة الناس، ولو كان غير ذلك لأقرّ كلّ ما وجدته في حياة العرب من أحكام⁵⁶⁹. وبذلك فإنّ شرط اعتبار العرف أن يكون موافقا للشريعة، فما كان من الأعراف مناقضا لما جاء به الشرع من مبادئ وأصول كان عرفا فاسدا لا يعتبر. والثابت بالعرف كالثابت بالنص⁵⁷⁰، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص⁵⁷¹، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا، ففي كلّ محلّ معتبر ويراعى فيه شرعا صريح الشرط المتعارف، وذلك بأن لا يكون مصادما للنص بخصوصه، فإذا ما تعارف الناس واعتادوا التعامل عليه بدون اشتراط صريح فهو مرعيّ ويعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح⁵⁷². والأصل في تحكيم العرف قوله تعالى: ﴿...﴾⁵⁷³، أي ما يعرفه الناس ويعتادونه⁵⁷⁴، وقوله تعالى: ﴿...﴾⁵⁷⁵، يقرّر الله تعالى من خلال هذه الآية الضابط الذي يلجأ إليه في تحديد مقدار وتوفير الكسوة في جميع الأحكام

⁵⁶⁷ سورة النحل، آية 14.

⁵⁶⁸ شليبي (محمد)، المرجع نفسه، ص 327.

⁵⁶⁹ المرجع نفسه، ص 329.

⁵⁷⁰ ابن عابدين، مصدر سابق، ج 2، ص 115.

⁵⁷¹ الزرقا (أحمد)، مرجع سابق، ص 241.

⁵⁷² المرجع نفسه، ص 237.

⁵⁷³ سورة الأعراف، آية 199.

⁵⁷⁴ السدلان (صالح)، القواعد الفقهية الكبرى، ط 1، الرياض، دار بلنسية، 1417هـ، ص 338.

⁵⁷⁵ المائدة، آية 89.

الأزمان)، أي بتغيّر عرف أهلها وعاداتهم⁵⁸⁵. وفي الحقيقة لا فرق بين العادة والعرف، فيكونان بمعنى واحد إذا ما تحدّث عنهما الفقهاء وبنوا الأحكام عليهما ولا وجه للتفرقة بينهما؛ فالعادة تنشأ بتكرّرها مرّة بعد أخرى واستمرارها يجعلها تستقرّ في النفوس، فتسمّى حينئذ عرفاً إذا تلقّته الطّباع السليمة بالقبول واستحسنته العقول وجرى عمل الناس به، وهذا هو العرف المعتبر أو العادة المعتبرة عند فقهاء التشريع الإسلامي⁵⁸⁶. والعادة أعمّ من العرف بشمولها على العادة الفردية والعادة الناشئة عن عامل طبيعي، وعادة الجمهور التي هي العرف، فتكون النسبة بين العادة والعرف هي العموم والخصوص المطلق؛ لأنّ العادة أعمّ مطلقاً وأبداً، والعرف أخصّ إذ هو عادة مقيّدة⁵⁸⁷. فكلّ عرف هو عادة وليست كلّ عادة عرفاً؛ لأنّ العادة قد تكون فردية أو مشتركة⁵⁸⁸.

إنّ القاضي يقع على كاهله دور الرّقابة على مشروعية العرف وهو في طور تطبيقه، من حيث ركنه المادي أولاً، ثمّ من حيث ركنه المعنوي. فمن حيث ركنه المادي الذي يمثّل القواعد التي اعتاد عليها المجتمع وتكوّنت شيئاً فشيئاً عبر الزمن، فيراقب عموميّته أولاً، بمعنى خضوع الكافة، فلا تكون قاصرة على أشخاص معيّنين بذواتهم، فلا يمنع أن يكون حكراً على أشخاص معيّنين بالصفات، كفئة التجّار وفئة المحامين، وفئة الأطباء. فالعمومية لا تعني في كلّ الحالات إلزام كافة طوائف المجتمع بسلوك عرفي معيّن حتّى نكون أمام ركن مادي لعرف، فيجوز لكلّ فئة الاحتفاظ بعرفها شريطة أن يتبع كلّ أفراد الفئة الواحدة العرف حتّى يكون منتجاً وقائماً بمعناه المادي من حيث الشمولية والعمومية⁵⁸⁹. ثمّ يراقب قدمه ثانياً، بحيث يحتاج العرف حتّى يكون في مظهره المادي إلى زمن طويل نسبياً وهو غير محدّد، بل مجرد وقت يكفي فيه رسوخ العرف في نفوس الأفراد، ثمّ يراقب ثباته ثالثاً، حيث أنّ الاستقرار يتمظهر في الركن المادي في عدم تغيّره. ثمّ يراقب أخيراً عدم مخالفة العرف للنظام العام والآداب العامة والشريعة الإسلامية⁵⁹⁰.

المطلب الثاني: أثر الحقيقة الاجتماعية في البحث عن الحقيقة القضائية

⁵⁸⁵ الزّرقا (أحمد)، المرجع نفسه، ص227.

⁵⁸⁶ السدلان، مرجع سابق، ص336.

⁵⁸⁷ المرجع نفسه.

⁵⁸⁸ الزّرقا (مصطفى أحمد)، مرجع سابق، ج2، ص945.

⁵⁸⁹ تناغو (سمير)، التّظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص111.

⁵⁹⁰ الجليلي (عجة)، مرجع سابق، ص474-475.

إنّ الحقيقة الاجتماعية بحركيتها المستمرة والمتواصلة عبر عنصرها الجوهريين، الزمان والمكان، يمكن أن نلاحظها في جميع دوائر الحقيقة القضائية، و مراعاتها في الوصول إلى الحقيقة قد يسهّل عملية البحث كما قد يساهم في تعسيره وكلاهما منضبط بقاعدة تحكيم مبادئ العدل والإنصاف ومراعاة قواعد الشريعة. ولهذا سأخصّص (الفرع الأوّل) للحديث عن الأثر الأوّل للحقيقة الاجتماعية ألا وهو تيسير الإثبات، كما سأخصّص (الفرع الثاني) للأثر الثاني ألا وهو تعسير الإثبات.

الفرع الأوّل: تيسير الإثبات

نلاحظ أثر الحقيقة الاجتماعية في مجال الافتراض القانوني؛ حيث نجد أنّ القرينة القانونية يراعى في صياغتها أحوال الناس وطبائعهم وعاداتهم في معاملاتهم وما تواضعوا عليه على وجه العموم، فأساسها هو الوضع الغالب المألوف الذي إذا ما حصل شذوذ عنه في حالات قد تكثرت وقد تقلّ يمتنع مع ذلك إعمال القرينة بانتفاء الأساس، فالحكم يدور مع علته وسببه وجودا وعدما⁵⁹¹، والأحكام المترتبة على القرائن تدور معها كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت⁵⁹²، وإذا انتفى الموجب انتفى الموجب⁵⁹³، ولا يكون ذلك إلاّ بإثبات العكس، إذا كانت القرينة بسيطة أي قابلة لذلك⁵⁹⁴.

كما نلاحظها في ما وجب إثباته بالكتابة حيث يمكن أن تكون العلاقة الزوجية مانعا أدبيًا يحول دون الحصول على الدليل الكتابي ويعتدّ بذلك قضاء، فإذا تمكّن المدعي أن يثبت هذه العلاقة، زوجية كانت أو قرابة، أعفي من قيد الوجوب الذي ترتبه طبيعة الواقعة أو التصرف القانوني تحديدا، فيكون جائزا عندها إثبات ذلك بالقرائن والبيّنة بدلا من الكتابة⁵⁹⁵.

ومّا يمكن ذكره في مسألة جعل البحث عن الحقيقة يسيرا ابتداء هو مساهمة الحقيقة الاجتماعية بفعالية شديدة في تحديد المدعي والمدعى عليه، حيث أنّ هذه المسألة تعتبر من المسائل الأولية التي يجب على القاضي الاهتمام بها قبل أن يبتّ في أيّ مسألة أخرى؛ لأنّه لا يمكن أن يكون لقاعدة البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه محلّ ومجال صحيح للتطبيق إلاّ بهذا التحديد. وفي حقيقة الأمر ليس كلّ طالب مدّعيًا، وكلّ مطلوب منه مدّعي عليه، وليس من يرفع الدّعى هو المدّعي دائما، وليس المطلوب بالدّعى هو المدّعي عليه دائما، فالبحث عن هذا الفرق، كما يقول القرافي، هو بحث عن تحقيق قول الرّسول صلّى

⁵⁹¹ جمعة (عبد المجيد)، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين، د.ط، دار ابن القيم، د.ت، القاعدة (67)، ص513.

⁵⁹² المرجع نفسه، (القاعدة 98)، ص609.

⁵⁹³ المرجع نفسه، (القاعدة 68)، ص516.

⁵⁹⁴ العدوي (جلال)، مرجع سابق، ص284.

⁵⁹⁵ السنهوري (عبد الرزاق)، مصدر سابق، ج2، ص460-461.

الله عليه وسلّم: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"⁵⁹⁶. والمدعي والمدعى عليه تضبطهما عبارتان الثانية منهما تخدم الأولى في المعنى، إحداهما: أنّ المدعي هو أبعد المتداعيين سببا والمدعى عليه أقرب المتداعيين سببا، أما الثانية: المدعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف⁵⁹⁷. فإذا ظهر المدعي كلف الإثبات، ويكون المدعى عليه عندئذ ملتزما الصمت ويكفيه الإنكار. كاعتبار أنّ الظاهر بالعرف أنّ الزوج ينفق على زوجته وهو معها في حالة ادعاء الزوجة عكس ذلك، فتكون مدعية وهو مدعى عليه. وكاعتبار أنّ ما كان صالحا من الأشياء لاستعمال النساء تكون المرأة فيها مدعى عليها والزوج مدّع، فيقع عليه عبء الإثبات، أمّ ما كان صالحا عرفا لاستعمال الرجال فيكون فيها الزوج مدعى عليه والزوجة مدعية فيجب عليها إثبات دعواها، وهذا في حالة التنازع على متاع البيت، وهو ما أخذ به المشرّع الجزائري وتبعه في ذلك القضاء. وكاعتبار الظاهر بالعرف في مسائل الصداق عند التنازع في قبضه بين الزوجين، فإذا كان ذلك قبل الدخول فيكون القول قول الزوجة فتكون مدعى عليها وعلى الزوج إثبات ما ادّعه باعتباره مدّعا، أما إذا كان بعد الدخول فالقول قول الزوج باعتباره في هذه الحالة مدعى عليه والزوجة مدعية فيقع عليها عبء الإثبات، كما سنرى ذلك بالتفصيل المناسب. ففي كلّ هذه الأحوال، المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر، أمّا المدعى عليه فهو الذي يتمسك بما قرره الظاهر. ومن هنا يبدو واضحا دور الحقيقة الاجتماعية بمصدرها العرف والعادة في الابتداء في البحث عن الحقيقة؛ فمعرفة المدعي الذي يلقي عليه عبء الإثبات، وتكليف القاضي له بذلك، في الحقيقة يدلّ ضمنا على أنّ الطرف الآخر وهو المدعى عليه قد صدقه القاضي مؤقتا لأنّ كلامه وافق الظاهر بالعرف والعادة، إلى حين إثبات المدعي دعواه فإذا لم يتمكن من ذلك أو كان الدليل الذي استند إليه ضعيفا رجع القاضي إلى الظاهر بالعرف والعادة واعتبره حقيقة قضائية بعد أن كان في مرتبة الحقيقة الأولية، ويخسر المدعي دعواه مع احتمال صدقه.

ومن المسائل التي تشهد على تأثير الحقيقة الاجتماعية على الحقيقة القضائية على وجه التيسير مسألة قبول شهادة غير العدول، مخافة ضياع الحقيقة ذاتها وبالتالي ضياع العدل والإنصاف، وهو ما حدّث به

⁵⁹⁶ أخرجه الترمذي (بيروت، دار الفكر، ط2، 1983، حقّقه عبد الرّحمان محمّد عثمان) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه في جامعه، أبواب الأحكام، باب ما جاء في أنّ البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، ج2، رقم الحديث: 1356، ص399. قال الترمذي: هذا حديث في إسناده مقال، و محمد بن عبيد الله العزمي يُضعف في الحديث من قِبَل حفظه. ضعّفه ابن المبارك وغيره. واليمين على المدعى عليه ورد في الكتب الستة، فعند مسلم أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلّم قال: لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه، ولفظ الباقي أنّ النبي صلى الله عليه وسلّم قضى أنّ اليمين على المدعى عليه: البخاري في الزهن، الشّهادات، التفسير، مسلم أبو داود والنسائي (في القضاء)، والترمذي وابن ماجه (في الأحكام).

⁵⁹⁷ القرافي (شهاب الدين)، مصدر سابق، ج4، الفرق (232)، ص73. كما قد جاء في عبارات السرخسي ما هو قريب ممّا ذهب إليه القرافي: (الأصل في باب الخصومات أنّ القول قول من يشهد له الظاهر) أو: (الأصل عند المنازعة القول قول من يشهد له الظاهر). والمراد هنا بالظاهر في عبارات السرخسي المستصح والقاعدة المستمرة مثل براءة الذمّة أو التمسك بالأصل أو الصفة الأصليّة، أو التمسك بالوقت الأقرب، وكلّ ما كان شبيها بذلك من الأصول المعمول بها، فيكون الظاهر هنا هو الأصل. أنظر في ذلك: السرخسي (شمس الدين)، مصدر سابق، ج15، ص16، 86، 88، 94، وكذلك: ج16، ص19.

(ابن عات)⁵⁹⁸ أنه إذا شهد أهل البادية في حقّ لامرأة أو غيرها دون أن يكون من ضمنهم عدل واحد، يقضى في هذه الحالة بشهادتهم بشرط الاستكثار⁵⁹⁹. أضف إلى ذلك أنّ القرى البعيدة عن المدن ولا يمكن أن ينظر فيها واحد عدل مشهور بعدالته، وفيهم مؤذنون وأئمة يتوسّم فيهم الخير، إلا أنّ القضاة لا يجدون من يعرفهم بعدالته، مع رؤيتهم مجتمعين على الشهادة عندهم في الأملاك والديون والمهور والتكاح وغيرها من المسائل، تجوز شهادتهم دون افتقار للنظر في حالهم، فلكلّ قوم عدولهم ولا بدّ للقاضي من معرفة حالهم بنفسه، وهو ما يسمّى بالتوسّم فيهم، وشهادة الأمثل فالأمثل جائزة مع ضرورة الاستكثار، ولولا إعمال هذا النظر لتعسّرت أحوالهم⁶⁰⁰. وقد قال (محمد بن سحنون)⁶⁰¹ في هذا السياق: "كلّ موضع وكلّ نازلة لا يمكن فيها شهادة العدول، فالشهادة على التوسّم بظاهر الإسلام جائزة، احتياطاً لأموال الناس؛ فكلّ ما قدرت عليه أن تنقذ به مال المسلم، وتخلصه من الهلاك فواجب عليك أن تفعله"⁶⁰²، فتكون الشهادة على التوسّم جائزة على وجه الاضطرار وفق ما ذهب إليه (مطرف) و(ابن الماجشون)⁶⁰³. وقريباً من هذا المفهوم قال (أحمد بن نصر الداودي)⁶⁰⁴: "كلّ موضع لا يستطيع فيه على العدول فلتقبل فيه شهادة أحسنهم"⁶⁰⁵؛ لأنّ الزّمن حسبه قد تغيّرت أحواله، فقد كان الصّدر الذين فيهم رسول الله صلّى الله عليه وسلّم على العدالة حتّى تظهر فيهم الجرحه، أمّا اليوم فالتّناس كلّهم على الجرحه حتّى تتبين فيهم العدالة⁶⁰⁶. وقد جاء عن القرافي: "نصّ ابن زيد في التّوارد على أنّا إذا لم نجد في جهة إلا غير العدول أقمنّا أصلحهم وأقلّهم فجوراً للشّهادة عليهم، ويلزم مثل ذلك في القضاة وغيرهم ليلاً تضيع

⁵⁹⁸ هو الشّيخ الإمام أبو عمر أحمد بن هارون بن أحمد بن جعفر بن عات النّفريّ الشّاطبيّ. ولد سنة اثنتين وأربعين وخمس مئة. كان من بقايا الحقاظ الكثيرين. سمع من كثير من العلماء منهم أبوه العلامة أبو محمد، كما سمع من أبي الحسن بن هذيل، وأبي الطّاهر بن عوف، وغيرهم. توفّي غازيا شاهدا وقعة العقاب، التي أفضت إلى خراب الأندلس، فعدم أبو عمر في صفر من عام تسع وست مائة. وفيها مات الكثير من العلماء منهم شيخ التّحو أبو الحسن بن خروف الإشبيليّ، وربيعة اليمينيّ المحدث، وغيرهما. انظر: ابن عثمان الدّهبي (شمس الدّين)، سير أعلام التّبالء، ج22 (تحقيق بشّار معروف ومحبي السّرحان)، ط1، بيروت، مؤسّسة الرّسالة، 1985، ص13-14.

⁵⁹⁹ ابن فرحون (برهان الدّين)، مصدر سابق، ج2، ص21.

⁶⁰⁰ ابن رشد (أبو الوليد)، المقدمات الممهّدة، تحقيق محمد حجي، ج2، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1988، ص215، ابن غازي غزّي (عيسى)، أدب القضاة، ط1، الرياض، مكتبة نزار مصطفى الباز، 1996، ص179.

⁶⁰¹ هو أبو عبد الله محمد بن سحنون من فقهاء المالكية. كان له علم بالفقه والحديث، وقد قال سحنون فيه: ما أشبهه إلا بأشهب. أخذ الفقه عن أبيه، ثمّ سمع من أبي مصعب صاحب مالك لما دخل المدينة. ومات سنة ستّ وخمسين ومائتين وله أربع وخمسون سنة. انظر: الشّيرازي (أبو إسحاق)، طبقات الشّافعية، تحقيق عباس (إحسان)، ط2، بيروت، دار الرائد العربي، 1981، ص157-158.

⁶⁰² ابن سحنون (محمد)، كتاب الأجوبة، ط1، تونس - بيروت، دار سحنون - دار ابن حزم، 2011، ص43.

⁶⁰³ ابن وصول الطليطلي (أحمد)، منتخب الأحكام وبيان ما عمل به من سير الحكام، تحقيق لحمير (حميد)، ط1، بيروت، دار ابن حزم، 2008، ص68.

⁶⁰⁴ هو شيخ الإسلام أحمد بن نصر الدّاودي الأسدي، الأموي الطرابلسي، التلمساني المالكي، أحد فقهاء المالكية المشهورين، كنيته أبو جعفر. أوّل من شرح صحيح البخاري، وثاني من شرح الموطأ. ولد بمدينة المسيلة أو بمدينة بسكرة. توفّي عام 402هـ.

⁶⁰⁵ القاضي عياض وولده محمد، مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، تحقيق: بن شريفة (محمد)، ط2، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1997، ص56.

⁶⁰⁶ المصدر نفسه.

المصالح وما أظنه يخالفه أحد في هذا، فإنّ التّكليف مشروط بالإمكان⁶⁰⁷، وهو عين ما قصده (أحمد بن نصر الداودي) بقوله: "إذا لم يكن فيهم عدول ولا من يقرب منهم جازت شهادة أمثالهم"⁶⁰⁸، ويبدو من أقوال الفقهاء أنّ هذا هو الصّواب الذي عليه العمل وإن أنكرته ألسنتهم⁶⁰⁹.

ومن المسائل كذلك تنازع التّوجين بشأن متاع البيت وهما في العصمة أو بعد طلاق أو موت، وكان التّداعي بين بين الورثة، أو مات أحدهما وكان التّداعي بينه وبين ورثة الآخر، فالحكم يظلّ دائما حتّى ولو كانا مختلفين في الدّين، القضاء للمرأة بما يعرف للنساء، وللرجل بما يعرف للرجال، أمّا ما صلح لهما قضي به للرجل؛ لأنّ البيت بيته في حكم العادة، فهو تحت يده فيقدّم لأجل اليد⁶¹⁰. بخلاف (ابن القاسم) الذي ذهب مذهبا آخر، فما كان من شأن الرجال والنساء قسّم بينهما بعد أيمانها لاشتراكهما في اليد. وما عرف لأحدهما لا يخلّف عليه في ما ذهب إليه (سحنون)، وقال ابن القاسم: فما ولي الرجل شراؤه من متاع النساء وشهدت به البيّنة، أخذه بعد يمينه أنّه ما اشتراه إلّا له، وكذلك المرأة⁶¹¹. ومن شيوخ المالكية من نفى الخلاف في هذه المسألة، وقال: إذا ادّعت المرأة شيئا من متاع النساء وكذبها الرجل، أو ادّعى الرجل شيئا من متاع الرجال وكذّبت المرأة، فلا خلاف في تعلق اليمين بذلك، وإتّما الخلاف كان حسب منظورهم في وجوب اليمين إذا تنازع ورثة التّوجين، أو تنازع ورثة أحدهما مع الآخر دون تحقيق الدّعى، فيجري الخلاف على الخلاف في أيمان التّهم، وهذه طريقة ابن رشد، وهو ما تشهد له أصول المذهب⁶¹². وكذلك إذا اختلف التّوج والتّوجة في مسألة النّفقة، وادّعت أنّه لم ينفق عليها، فقد ذهب مالك وأحمد إلى عدم قبول قول المرأة في ذلك، ولا في دعواها أنّه لم ينفق عليها في ما مضى من الزّمان، لتكذيب العرف وشاهد الحال والقرائن الظّاهرة لها، وهو قول أهل المدينة، والعلم الحاصل بإنفاق التّوج وكسوته في ما مضى من الزّمان اعتمادا على الأمارات الظّاهرة أقوى من الظّنّ الحاصل باستصحاب الأصل، وبقي ذلك في ذمّته، ورؤيته مدخلا الطّعام إلى البيت واقتران ذلك بطول العشرة ودوامها تمثّل قرينة بالغة مبلغ القطع في تكذيبها، مع العلم بانقطاعها عن الخروج والدّخول والتّصرّف في مثل ذلك⁶¹³.

ومن المسائل كذلك مسألة تحكيم العرف في تحديد صفة العدو في شخص الشّاهد؛ باعتبار أنّ هذه الصّفة تقدر في الشّهادة للتّهمة، فلا اعتبار لها قضاء؛ حيث ينصّ الرّكشي: "الأشبه في الضّابط تحكيم

⁶⁰⁷ القراني (شهاب الدّين)، الدّخيرة، تحقيق سعيد أعراب، ج10، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1994، ص46

⁶⁰⁸ القاضي عياض، المصدر نفسه، ص56.

⁶⁰⁹ الطرابلسي، مصدر سابق، ص117.

⁶¹⁰ ابن فرحون (برهان الدّين)، مصدر سابق، ج2، ص68.

⁶¹¹ ابن فرحون (برهان الدّين)، مصدر سابق، ص68.

⁶¹² المصدر نفسه، ص68.

⁶¹³ المصدر نفسه، ص69.

العرف، فما عدّه أهل العرف عدواً للمشهود عليه ردّت شهادته عليه، إذ لا ضابط له في الشّرع ولا في اللّغة⁶¹⁴، فقد اشتهر عند الفقهاء أنّ ما ليس له ضابط في اللّغة ولا في الشّرع يرجع فيه إلى العرف⁶¹⁵.

واليسر الذي نحصله من جرّاء اعتبارنا للحقيقة الاجتماعية قضاءً يمكن أن يصل إلى درجة الافتراض الكلّي للحقيقة. وهي المسألة التي نشهداها في الخلع على وجه الخصوص، قضاءً منذ سنة 1992، وهي السنّة التي مثلت بداية ظهور توجّه المحكمة العليا إلى عدم اعتبار إرادة الزوج في الخلع؛ فرضاه حسبها غير مشروط⁶¹⁶؛ لأنّ المخالعة حقّ إرادي⁶¹⁷، خوّلته الشريعة الإسلامية لها لفكّ الزابطة الزوجية، وبذلك كان الخلع في منظورها رخصة لها تستعملها لفدية نفسها⁶¹⁸، وهو التوجّه الذي أخذ به المشرّع الجزائري في تعديله الجديد بموجب الأمر رقم 05-02 المتضمّن تعديل قانون الأسرة؛ حيث جاء في نصّ المادة كما يلي: (يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم)⁶¹⁹. على خلاف ما كان قبل ذلك، من اعتبار الخلع عقدا رضائيا⁶²⁰؛ لأنّ قبول الزوج كان مسألة وجوبية ومشروطة⁶²¹، فقد كان للخلع حركية واقعية تتمّ بناء على توافق الإرادتين، الأمر الذي لم يجز للقاضي معه آنذاك من إلغاء إرادة الزوج، أو من القيام بالمخالعة دون رضاه⁶²²، ولا فرض الخلع عليه⁶²³، كما أنّه لم يكن له على أساس ذلك الحكم به من تلقاء نفسه⁶²⁴. ومسألة عدم اعتبار إرادة الزوج في المخالعة شكّلت الأساس الذي قامت عليه

⁶¹⁴ الخطيب الشربيني (شمس الدّين)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للّنووي، اعتناء محمد خليل عيتاني، ج4، ط1، بيروت، دار المعرفة، 1997، ص581.

⁶¹⁵ ابن عبد الكافي السبكي (تاج الدّين)، الأشباه والنظائر، تحقيق: عبد الموجود (عادل)، معوّض (علي)، ج1، ط1، بيروت، دار الكتب العلميّة، 1991، ص51.

⁶¹⁶ قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 115118، المؤرخ في: 19/04/1994، نشرة القضاة، سنة 1996، عدد 52، ص (106-110)، قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 103793، المؤرخ في: 19/04/1994، نشرة القضاة، سنة 1997، عدد 51، ص (96-97)، وانظر: قرار رقم 252994، المؤرخ في: 21/11/2000، المجلّة القضائية، سنة 2001، عدد1، ص (293-295).

⁶¹⁷ قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 141262، المؤرخ في: 30/07/1996، المجلّة القضائية، سنة 1998، عدد 1، ص (120-123)، قرار رقم 83603، المؤرخ في: 21/07/1992، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص (134-137).

⁶¹⁸ قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 216239، المؤرخ في: 16/03/1999، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص (138-141).

⁶¹⁹ سابقا لم يشأ المشرّع أن يختار رأيا فقهيا معيناً لإجبار الناس عليه، فالنص كان غير واضح بشأن التراضي على أصل الخلع، و لعلّ في ذلك حكمة قد تغيّرها المشرّع.

⁶²⁰ قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 73885 المؤرخ في: 23/04/1991، المجلّة القضائية، سنة 1983، عدد 2، ص (55-57).

⁶²¹ قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 51728 المؤرخ في: 21/11/1988، المجلّة القضائية، سنة 1990، عدد 3، ص (72-74).

⁶²² قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 33652 المؤرخ في: 11/06/1984، المجلّة القضائية، سنة 1989، عدد 3، ص (38-40).

⁶²³ قرار رقم 73885، السابق ذكره.

⁶²⁴ قرار رقم 33652، السابق ذكره.

مسألة الافتراضية ذاتها؛ فإرادة الرّوْجة تقدّم بدل الخلع تشكّل قرينة على النّتيْجة الضّرريّة الحاصلة لها، ولهذا لم تُسأل المرأة إثباتا، و القاضي هو الذي يقرّر ما إذا كان ما تعرضه المرأة يتناسب مع وضع زوجها ليوافق على تطليقها.

والقوانين النّاصة على الخلع، تميز للمرأة أن تطلب من القاضي تطليقها خلعا دون حاجة لإثبات أيّ ضرر واقع من زوجها، فلولا ذلك لاستغرقت قضايا الطّلاق وقتا طويلا في المحاكم⁶²⁵، ولهذا فإنّه يجوز للزّوجة التي أقامت دعوى تفريق للضرر أن تعدل عن طلبها إلى طلب التفريق خلعا⁶²⁶، إذا ما استعصى عليها الإثبات، ورأت أنّها سوف تخسر دعواها، وهذا ما يؤكّد أنّ النّتيْجة الضّرريّة في الخلع مفترضة. ولقد اعتبرت المحكمة العليا الخلع طلبا فرعيا في هذه الحالة، وذلك في قرارها رقم 252994 المؤرخ في 2000/11/21⁶²⁷، وكان تأسيسها موضوعيا، حيث نظرت إلى اتّحاد النّتيْجة بين التّطليق والخلع، فكّ العصمة الزّوجية هو غاية كلّ منهما⁶²⁸. واعتبار المحكمة العليا الخلع طلبا فرعيا يكون موافقا بذلك لمقاصد التّشريع الإسلامي من الطّلاق؛ لأنّ الخلع في أصله أعطي للمرأة كفرصة أخرى لفكّ العصمة، إذا كانت متضرّرة ولم تتمكّن من إثبات النّتيْجة الضّرريّة الواقعة عليها، ففي هذه الحالة يجوز لها أن تطلب الخلع، فضلا عن ذلك أنّ النّتيْجة في الأمرين واحدة، وهي فكّ العصمة الزّوجية. فالأصل بصورة فعليّة، (أن لا تقبل الطّلبات الجديدة في الاستئناف ما لم تكن خاصّة بمقاضاة أو كانت بمثابة دفاع في الدّعوى، فإنّ القضاء بالاستجابة إلى الطّلبات المتعلّقة بتوابع العصمة المقدّمة لأول مرّة أمام قضاة الاستئناف، لا يعتبر قضاء في طلبات جديدة باعتبار أنّها مشتتّة من الطّلب الأصلي، الذي هو فكّ العصمة الزّوجية، ولا تطبّق بشأنها المادّة (107)⁶²⁹ من قانون الإجراءات المدنية⁶³⁰، وهذا ما جاء موافقا لما جاء به المذهب المالكي،

⁶²⁵ موسى (نادر)، مرجع سابق، ص38.

⁶²⁶ خالد (أمير)، مرجع سابق، ص253.

⁶²⁷ المجلة القضائية، سنة 2001، العدد 1، ص (293-295).

⁶²⁸ فالطّاعنة طلبت نقض قرار المجلس القضائي المؤيد لحكم المحكمة القاضي بتأييد الحكم الصادر برفض دعواها المتعلّقة بالتطليق. والوجه الذي اعتمده الطاعنة هو مخالفة المادّة (54) من قانون الأسرة الجزائري (قبل التعديل)، بدعوى أن القرار المنتقد قد رفض طلبها المتعلق بالخلع. ورفض الخلع كان مؤسّسا على تغيّر السبب، فطلب التّطليق أمام القاضي الأول كان على أساس الضرر الذي لحقها من عدم البناء بسبب ممانعة الزوج. وكان رد المحكمة العليا واضحا في هذا الأمر: (حيث أن المادّة (54) من قانون الأسرة لا تشترط قبول الزوج لمبدأ الخلع، ولا للمبلغ الذي يطلبه منعا للابتزاز والاستغلال، وعلى هذا فالقرار المنتقد بتأييده للحكم المستأنف القاضي برفض دعوى التّطليق، كما أن رفضه لطلب الخلع الذي تقدمت به الطاعنة في طور الاستئناف على أساس أنّها لم تعرض مبلغا معيناً، لم يقدّم على أي أساس قانوني أو شرعي)، أنظر: القرار نفسه.

⁶²⁹ المادّة (107) من الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية (الجريدة الرّسمية، العدد 47، المؤرخ في 9 يونيو 1966): (لا تقبل الطّلبات الجديدة في الاستئناف ما لم تكن خاصة بمقاضاة أو كانت بمثابة دفاع في الدّعوى الأصليّة .. و لا يعد بمثابة طلب جديد الطلب المشتق مباشرة من الطلب الأصلي في الدّعوى و الذي يهدف إلى الغاية نفسها و لو كان مؤسّسا على أسباب أو أسانيد مختلفة عنه).

⁶³⁰ طاهري (حسين)، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية، ط2، الجزائر، دار ربحانة، 2001، ص48.

حيث أجاز فقهاؤه الانتقال من طريق إلى طريق، إذا كانت الغاية في آخر المطاف نفسها⁶³¹. أمّا من الناحية القانونية، فالمشرّع الجزائري لم يصغ النصّ المتعلّق بالخلع صياغة قرائنية. فلذلك لا يمكن أن نقول أنّ الضرر في الخلع مفترض، وأنّ قرينة وقوعه هو إرادة الزوجة الخلع وتقديم بدل لذلك، و لكن يمكن أن نفهم ذلك ضمنا. أضف إلى ذلك، من السهولة بمكان استنتاج افتراضية الضرر على مستوى التفكير القضائي؛ حيث لاحظ القضاة إساءات الزوج من خلال موقفه التعسفي الذي تمثّل في تصلّبه ورفضه تسريح زوجته بعد استحالة الحياة الزوجية بينهما؛ كتصريحه أمام قاضي محكمة الدرجة الأولى بأنّه سيتركها معلّقة، وفي هذا مخالفة صريحة لمعايير الزواج التي تقوم على الوفاق والوثام، واعتبروا ذلك كلّ مبررًا للخلع دون تعليقه على أيّ إثبات لأيّ ضرر من الزوجة⁶³². كما أنّ تصريح المحكمة بأنّ اللجوء إلى الخلع لا يكون إلّا بعد استحالة مواصلة العشرة الزوجية بين الزوجين لأسباب خاصّة، فتفتدي الزوجة نفسها بدفع بدل الخلع⁶³³. فإرادة الزوجة الخلع ودفع مبلغ مالي لقاء خلاصها من هذه العلاقة يعدّ قرينة على كراهيتها لحياتها مع زوجها وبذلك يكون قرينة على النتيجة الضّررية الحاصلة لها⁶³⁴. وما ذهب إليه القضاة، في الحقيقة، ما كان إلّا تكريسا لما ذهب إليه الإمام (الشوكاني)⁶³⁵ من وجوب إجابة الزوج طلب المرأة إلى الخلع فقال: (إنّه يجب على الزوج الإجابة لطلب زوجته؛ لأنّه ليس من صارف يصرف أمره صلّى الله عليه و سلّم عن الوجوب الذي هو حقيقة الأمر ما لم تكن قرينة تصرفه عنها)⁶³⁶. إلّا إنّ كلام الإمام ابن تيمية في ذلك كان مختلفا⁶³⁷، فقد قال الإمام (شمس الدّين بن مفلح)⁶³⁸: "واختلف كلام شيخنا في وجوبه و ألزم به بعض

⁶³¹ إذا علم أن زوجها أضر بها وضيق عليها، وعلم أنه ظالم لها حتى افتدت، مضى الطلاق، ورد عليها مالها جبرا عليها.

انظر: الزرقاني (محمد)، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1990، ص239. وهو ما أخذت به مدونة الأسرة المغربية في المادة (117) من القانون رقم 70/03، حيث جاء فيها: (للزوجة استرجاع ما خالعت به، إذا أثبتت أن خلعا كان نتيجة إكراه أو إضرار الزوج بها، وينفذ الطلاق في جميع الأحوال). وهذا مما يؤكد أن الضرر في الخلع لا يكون محلا لمكنة الإثبات في القانون المغربي.

⁶³² قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 36709 المؤرخ في 1985/04/22، المجلّة القضائية، سنة 1989، العدد 1، ص (92-95).

⁶³³ قرار 115118 المؤرخ في: 1994/04/19، السابق ذكره.

⁶³⁴ ويبدو أن الأستاذ عمر زودة قد أخطأ حينما عبّر بتعبير السببية في وصفه للبدل قاصدا بذلك القرينة: (دفع مبلغ مالي لقاء خلاصها من هذه العلاقة يعد سببا كافيا على كراهيتها)، فهناك فرق واضح بين السبب الذي يطلق على كلّ ما يتوصّل به إلى غيره، و القرينة التي تعرّضت إلى بيان مفهومها في الفصل الأوّل. أنظر: زودة (عمر)، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، د.ط، الجزائر، Encyclopedia éditions، 2003، ص60.

⁶³⁵ هو محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني. فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن، من أهل صنعاء. ولد بمجرة شوكان باليمن، و وُلّي قضاء صنعاء سنة 1229. و مات حاكما بها. و كان يرى تحريم التقليد. له 114 مؤلّفا. أنظر: الشوكاني (محمد)، البدر الطالع لمحسن من

بعد القرن السابع، ط1، بيروت، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، 1998، ص 106 و ما بعدها.

⁶³⁶ الشوكاني (محمد)، نيل الوطار شرح منتقى الأخبار، ج8، د.ط، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، د.ت، ص 34.

⁶³⁷ الزبياري (عامر)، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، د.ط، بيروت، دار ابن حزم، 1997، ص 78.

حكّام الشّام المقدّسة الفضلاء"⁶³⁹. و كذلك ذهب الإمام ابن رشد إلى تأكيد حقيقة الحقّ الإرادي للمرأة في الخلع قائلاً: "و الفقه أنّ الفداء إنّما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرّجل من الطّلاق، فإنّه لما جعل الطّلاق بيد الرّجل إذا فرك المرأة، جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرّجل"⁶⁴⁰. و لا قيمة لهذا الكلام إن لم يقصد منه ابن رشد أثر الخلع: "و ذلك أنّ الطّلاق بيد الرّجل يوقعه إذا أحسّ بالتّفرة من العشرة الرّوجية مع من ارتبط بها، و قد تكون المرأة لا تحسّ بهذا الإحساس، و الرّجل مستمسك بها أشدّ الاستمسك، فشرع الله الخلع لتفتدي نفسها، بأن تعطي زوجها ما قدّم في سبيل ذلك الرّواج من مال"⁶⁴¹. كلّ هذه الاتجاهات الفقهية أسّست آراءها على مبدأ الحقّ الإرادي للرّوجة في الخلع، و هذا ما يبدو أنّه قريب من مقاصد الشريعة الإسلامية و مقترن بقواعد العدالة، و مؤيد للطرف الضّعيف في العلاقة الرّوجية. فالله سبحانه و تعالى أعطى للرّوج الحق في الطّلاق، كما أعطى الرّوجة مكنة أخرى تواجه بها ما بيد الرّجل، فكان واجبا، بناء على هذا الاتجاه الفقهي الدائر مع المصلحة العليا للعلاقة الرّوجية و الاستقرار الاجتماعي، استجابة للرّوج لطلب زوجته إذا أصرت على الخلع و تعدّر إعادة الوفاق الرّوجي بينهما عن طريق الصّح. على خلاف من ذهب من الفقهاء إلى أنّ الخلع عقد رضائي؛ بحيث لا يجب على الرّوج إجابة طلب الرّوجة، و إنّما يندب له ذلك، أي أنّ إرادة الرّوج معتبرة في وقوع الطّلاق بالخلع، فلو لم يكن معتبرا لقالوا بوجوبه؛ حيث قال (ابن حزم) في كتابه (المحلّي): (الخلع هو الافتداء، إذا كرهت المرأة زوجها و خافت ألاّ توفيه حقّه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيهما حقّها فلها أن تفتدي منه، و يطلقها إن رضي هو، و إلّا لم يجبر هو و لا أجبرت هي، إنّما يجوز بتراضيهما)⁶⁴²، كما قال (ابن جرير الطّبري)⁶⁴³ في السّياق نفسه: "غير أنّي أختار للرّجل استحبابا لا تحميما، إذا تبين من امرأته أنّ افتدائها لغير معصية الله، بل خوفا

⁶³⁸ هو قاضي القضاة محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج المقدسي ثم الصّالحي الرّامي الشّيخ الإمام العالم العلامة أفضى القضاة شمس الدين أبو عبد الله. قال ابن القيم فيه: ما تحت قبّة الملك أعلم بمذهب الإمام أحمد من ابن مفلح. حضر للشّيخ ابن تيمية. له المنتقى و المقنع و الفروع. توفي يوم الخميس ثاني رجب سنة ثلاث و ستين و سبعمائة. أنظر: البغدادي (محمد جميل)، مصدر سابق، ص 70.

⁶³⁹ ابن مفلح (شمس الدّين)، الفروع، ج5، ط1، بيروت، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، 1997، ص 265.

⁶⁴⁰ ابن رشد (أبو الوليد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، د.ط، بيروت، دار الفكر، 2001، ص 55.

⁶⁴¹ أبو زهرة (محمد)، الأحوال الشخصية، د.ط، القاهرة، دار الفكر العربي، د.ت، ص 340.

⁶⁴² ابن حزم (أبو محمد)، مصدر سابق، ص 235.

⁶⁴³ ولد سنة أربع و عشرين و مائتين. و هو أحد الأعلام و صاحب التصانيف. يُحكّم بقوله، و يُرجع إلى رأيه لمعرفته و فضله. كان حافظا لكتاب الله، فقيها في أحكام القرآن، عالما بالسنن و طرقها، عارفا بأقوال الصحابة و التابعين. كما كان بصيرا بأيام الناس و أخبارهم، حتى قال عنه أبو حامد الاسفراييني: لو رحل رجل إلى الصّين في تحصيله لم يكن كثيرا. و قال عنه ابن خزيمة: ما أعلم على أدم الأرض أعلم منه. و بثّ مذهب الشافعي ببغداد، ثم اتسع علمه و أذاه اجتهاده إلى ما اختار في كتبه. و كان كذلك إلى أن توفي عشية الأحد ليومين بقيا من شوال سنة عشر و ثلاثمائة، تاركا وراءه ثروة علمية هائلة في الأصول و الفروع، منها (تاريخ الإسلام) و (التفسير) الذي لم يُصنّف مثله كما قال الخطيب. أنظر: السّيوطي (جلال الدين)، طبقات الحفاظ، راجع النسخة و ضبط أعلامها لجنة من العلماء بإشراف الناشر، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1983، ص 310-311.

منها، في دينها أن يفارقها بغير فدية و لا جعل" ⁶⁴⁴، وقال الإمام (البهوتي) ⁶⁴⁵: "إذا كرهت المرأة زوجها لخلقه أو خلقه أو كرهته لنقص دينه أو لكرهه، و خافت إثماً بترك حقه فيباح لها أن تخالعه .. و يسن له إجابتها" ⁶⁴⁶. كما يقول (ابن حجر) ⁶⁴⁷ في قوله صلى الله عليه و سلم: " اقبل الحديقة و طلقها تطليقة ": " هو أمر إرشاد و إصلاح لا إيجاب" ⁶⁴⁸.

والافتراضية التي اعتمدها القضاء ابتداء، ثم التشريع انتهاء، جاءت استجابة للمتغير الاجتماعي، الذي كان له الدور الأساس في عملية التشريع، حيث أن استخدام القانون في إحداث التغييرات الاجتماعية أصبح إحدى سمات المجتمع المعاصر. فهو بذلك لا يقتصر على الحفاظ على الواقع الاجتماعي، بل ينبغي، بصورة فعّالة، أن يمتد إلى المساهمة في خلق العوامل اللازمة لحدوث التغيير ⁶⁴⁹. وظاهرة التغير الاجتماعي المتعلقة بالعلاقة الثنائية (الزوج-الزوجة) قد تسارعت جداً في هذه السنوات الأخيرة، وأصبحت من أبرز الظواهر في المجتمعات العربية والغربية، وهذا مما يولد اختلافاً بين السلوك الاجتماعي الواقعي، والسلوك الذي تتطلبه المعايير والقواعد القانونية. ولهذا رأيت أن تعدّل مادّة الخلع تعديلاً يفي بالغاية المناطة بالتشريع، خاصة منها الاستقرار الاجتماعي، وتحقيق العدالة. وحتى يكون ذلك حقيقة واقعية لا بدّ أن تعرف الزوجة حقوقها كاملة، والغاية من الأنظمة التي منحها الله تعالى إياها قبل القوانين الوضعية، خاصة في زمن أصبح الرجل فيه لا يحترم المرأة إطلاقاً، مستغلاً جهلها بحقوقها. هذا المسلك الافتراضي ليس فيه ما يخالف قواعد الشريعة الإسلامية، فمن خلال حديث ابن عباس أن امرأة

⁶⁴⁴ ابن جرير الطبري (محمد)، جامع البيان في تفسير القرآن و بامشه تفسير غرائب القرآن و رغائب الفرقان للعلامة القمي النيسابوري (نظام الدين)، ج2، د.ط، بيروت، دار الفكر، ص 288.

⁶⁴⁵ هو منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن أحمد بن علي بن ادريس الشهير بالبهوتي المصري. كان إماماً فقيهاً متبحراً، أصولياً مفسراً. أخذ عن الشيخ يحيى بن شرف موسى الحجاوي الدمشقي، و الشيخ عبد الله الدنوشري الشافعي. من مؤلفاته: شرح الإقناع للحجاوي، شرح زاد المستقنع للحجاوي. أنظر: البغدادي (محمد جميل) المعروف بابن الشطي، مختصر طبقات الحنابلة، دراسة زملي (أحمد)، ط1، بيروت، دار الكتاب العربي، 1986، ص 52-53.

⁶⁴⁶ البهوتي (منصور بن إدريس)، شرح منتهى الإرادات، ج3، د.ط، رئاسة إدارة البحوث العلمية و الإفتاء و الدعوة و الإرشاد، المملكة العربية السعودية، د.ت، ص 107.

⁶⁴⁷ هو شيخ الإسلام و إمام الحنابلة في زمانه، و حافظ الديار المصرية بل حافظ الدين مطلقاً. قاضي القضاة شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن علي بن محمود بن أحمد الكناني العسقلاني ثم المصري الشافعي. ولد سنة ثلاث و سبعين و سبعمائة. طلب الحديث من سنة أربع و تسعين و سبعمائة. و رحل و لازم شيخه الحافظ أبا الفضل العراقي، و برع في الحديث و تقدّم في جميع فنونه. حُكي إنه شرب ماء زمزم ليصل إلى مرتبة الذّهبي في الحفظ فبلغها و زاد عليها. صنّف التصانيف ك: (شرح البخاري) و (تهذيب التهذيب) و (تقريب التهذيب) و (لسان الميزان)، و كذا (الإصابة في تمييز الصحابة) و (نكت ابن الصلاح) و (أسباب النزول) و (تعجيل المنفعة برجال الأربعة) و أملى أكثر من ألف مجلس. توفي في ذي الحجة سنة اثنتين و خمسين و ثمانمائة. أنظر: السيوطي (جلال الدين)، مصدر سابق، ص 552-553.

⁶⁴⁸ ابن حجر العسقلاني (محمد)، مصدر سابق، ص 400.

⁶⁴⁹ أبو زيد (محمود)، مرجع سابق، ص 154-155.

ثابت بن قيس أتت النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكن أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "أتردين عليه حديقته"، قالت: نعم، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"⁶⁵⁰، نجد أنّ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يستفسر ثابتاً عن كراهته لزوجته عند إعلانها كراهيتها له، و يؤكد هذا الأمر ما قاله عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -: "إذا أراد النساء الخلع فلا تكفروهن"⁶⁵¹. وتأسيساً على ذلك، فإنّ الضرر سبب طلب الخلع، لا يخضع إطلاقاً لقاعدة الإثبات. و ما يؤكد هذه المسألة ما روى ابن جرير عن كثير مؤلى سمرة: أنّ عمر أتى بامرأة ناشز، فأمر بها إلى بيت كثير الزبل (ثلاثاً)، ثم دعا بها، فقال: كيف وجدت قالت: ما وجدت راحة منذ كنت عنده إلا هذه الليالي التي حبستني، فقال لزوجها: "اخلعها ولو من قرطها"⁶⁵². فعمر لم يسألها إثباتاً للضرر الذي لحق بها، وما فعله إنّما كان حرصاً منه على إبقاء العلاقة الزوجية ودوامها لقداستها، وبغية التأكيد يقينا من أنّ الزوجة تريد فعلاً فكّ عصمتها من زوجها فحبسها، وما نتج عنه كان قرينة واضحة على ذلك. فكانت إرادتها الجادة في الخلع التي ثبتت في ذهن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قرينة على الضرر الواقع عليها، و بناء على ذلك أمر زوجها بطلاقها. وعموماً، فإنّ المرأة هي التي تقدر ما يحدث لها من ضرر، فهي أعرف بحالها، ولكن عليها أن تكون صادقة فيما تقول. ويكفي في المخالعة أن تكون كارهة له، وهذا بدوره يكفي لأن تكون الحياة الزوجية مستحيلة، ولهذا جعل الله لها مخرجاً مما تجده في حياتها مع زوجها من نغص وتدمر⁶⁵³، وهذا ما جاء مؤيداً لما قرره الشوكاني: (إنّه يجب على الزوج الإجابة لطلب زوجته؛ لأنّه ليس من صارف يصرف أمره - صلى الله عليه وسلم - عن الوجوب الذي هو حقيقة الأمر ما لم تكن قرينة تصرفه عنها)⁶⁵⁴، وهو ذاته ما ذهب إليه الإمام ابن تيمية في بعض فتاويه⁶⁵⁵. وهو ما جعل

⁶⁵⁰ أخرجه البخاري في صحيحه، ج6، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، ص 170-171، وأخرجه مالك في الموطأ عن يحيى بن سعيد، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلع، رقم الحديث: 31، ص 301، وأخرجه أبو داود في سننه عن عائشة، كتاب الطلاق، باب في الخلع، رقم الحديث: 2228، ص 342-343، وأخرجه النسائي في سننه عن ابن عباس، ج6، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلع، ص 169، وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب المختلعة تأخذ ما أعطاه، رقم الحديث: 2056، ص 305، بزيادة لفظ: (و لا يزداد)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ج7، كتاب الخلع و الطلاق، باب الوجه الذي تحل به الفدية، ص313.

⁶⁵¹ أخرجه البيهقي في السنن الكبرى من حديث عبد الله بن بريدة، ج7، كتاب الخلع و الطلاق، باب الوجه الذي تحل به الفدية، ص 315.

⁶⁵² أخرجه ابن جرير الطبري في تفسيره، ج2، مصدر سابق، ص 287، وأخرجه البيهقي عن أيوب السخيتاني في السنن الكبرى، ج7، كتاب الخلع و الطلاق، باب الوجه الذي تحل به الفدية، ص 315.

⁶⁵³ موسى (نادر)، الخلع، ط1، عمان (الأردن)، دار الإساء، 2002، ص87.

⁶⁵⁴ الشوكاني (محمد)، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ج8، د.ط، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، د.ت، ص33.

⁶⁵⁵ ابن مفلح (شمس الدين)، مصدر سابق، ج5، ص265.

الأمر واضحاً في الفرق بين الخلع والتفريق، حيث أنّ في دائرة هذا الأخير على الزوجة أن تثبت أنّ الزوج أضرب بها أمّا في دائرة الخلع فلا⁶⁵⁶.

الفرع الثاني: تمهيد الإثبات

وفي مقابل ذلك، يمكن أن يجعل اعتبار الحقيقة الاجتماعية البحث عن الحقيقة القضائية أمراً عسيراً في إطار الحدود التي رسمتها مبادئ العدالة والإنصاف وفي إطار الحدود المرسومة من قبل قواعد الشريعة الإسلامية. وتتضح هذه المسألة بالنسبة للحدود الأولى، على وجه التمثيل، من خلال مدى اعتبار علم القاضي في البحث عن الحقيقة القضائية، فرغم أنّ علم القاضي بالوقائع يفيد اليقين والقطع، فيسهّل بذلك الوصول إلى الحقيقة، الأمر الذي يعني المدعي من إثبات ما ادّعاها إلا أنّ اعتماده كطريق للحقيقة المعتبرة قضاء يعدّ مسألة فيها نظر، حتّى ولو كانت المسألة خلافية في ما عدا الجرح والتعديل والتغليب وما يحدث في مجلس القضاء وما تعلق بحقّ الله تعالى حسبته⁶⁵⁷.

وبذلك يكون الخلاف محصوراً في مسألة علمه الحاصل خارج مجلس القضاء⁶⁵⁸؛ بحيث ذهب المالكية⁶⁵⁹ والحنابلة⁶⁶⁰ والشافعية في قول رجّحه الإمام الغزالي، والإمام محمد في رواية، وعلى ذلك

⁶⁵⁶ خالد (أمير عدلي)، الجامع لأحكام وإجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، د.ط، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2002، ص253.

⁶⁵⁷ فإذا كان القاضي عالماً بعدالة الشهود أو عدمها، فيجوز له الحكم بناء على علمه باعتبار ذلك من مقتضيات العدالة. فإذا كان عدلاً قبل شهادته دون حاجة لتعديله ولا لتزكيته، فيردّ كلّ طعن فيه إلا إذا كان ما تقدّم به الطاعن من الأشياء الجديدة التي خرجت عن علم القاضي، فيقدّم في هذه الحالة الجرح، أمّا إذا كان غير عادل فيردّ شهادته، ولا يسمح بتعديله ولو كان ذلك بطلب من الخصم. وكذلك إذا ما ادّعى أحد الزوجين قيام الزوجية، في حين أنّه سمع الطلاق البائن بأذنيه، فلا يكون منه إلا أن يمنع الزوج من الاتصال بزوجه اعتباراً لحقّ الله حسبته. وكذلك يكون له الحقّ في الترجيح بين الخصمين في ما ذهب إليه من حجج دافعا عن حثيئهما، بناء على علمه بالأحكام الشرعية (طرق الترجيح عند التعارض). انظر في ذلك: الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ج2، ص564-565.

⁶⁵⁸ ولقد بيّن (الشوكاني) أساس الخلاف حول هذه المسألة وأرجعها إلى طبيعة طرق الإثبات، هل هي تعبدية فلا يكون جائزاً الخروج عنها ولا تحويرها زيادة أو نقصاناً، أم هي أسباب يتوصّل بها القاضي إلى معرفة الحقيقة فيكون جائزاً اتّخاذ علم القاضي طريقاً إلى ذلك، فعلم القاضي الشّخصي أقوى من العلم الذي يحصل عليه من غيره كالشّاهدين أو اليمين. انظر: الشوكاني، مرجع سابق، ج8، ص33، الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ج2، ص581.

⁶⁵⁹ لا يقضي القاضي بعلمه في المدعى به، قبل أن يلي القضاء أو بعده ولم يكن في مجلس القضاء، أو كان في مجلس القضاء وقبل أن ترفع أمامه المنازعة، واختلف في العلم الحاصل بعد تولّيه المنازعة، فقد ذهب (مالك) و(ابن القاسم) إلى القول بأنّه لا يحكم بعلمه، أمّا (عبد الملك) و(سحنون) فقد ذهبوا إلى القول بأنّه له أن يحكم بما علم بعد الشروع في المحاكمة. وقد قال أبو إسحاق التونسي: (لم يذكر في كتاب محمد خلافا فيما رآه القاضي أو سمعه في غير مجلس قضاؤه أنّه لا يحكم به، وأنّه ينقض إن حكم به، ينقضه هو وغيره). وقال أبو الحسن اللّحمي: (ولا أرى أن يباح هذا، اليوم لأحد من القضاة)؛ فالقاضي عندئذ = إذا علم شيئاً يكون شاهداً فيه، وله أن يشهد بذلك عند قاض آخر ويعامل معاملة الشهود كما ذهب إلى ذلك ابن الجلاب في التفريع. انظر في ذلك: ابن محمد اللّحمي (أبو الحسن محمد)،

المتأخرون من الحنفية⁶⁶¹ والإباضية، وهو مروى عن شريح والشعبي وإسحاق وأبي عبيد ومحمد بن الحسن إلى منعه⁶⁶²، أما الشافعية في المشهور عندهم⁶⁶³ والإمام ابن حزم⁶⁶⁴ والصاحبان من الحنفية⁶⁶⁵، و(أبو ثور) و(أبو سليمان)⁶⁶⁶، فقد ذهبوا إلى القول بجواز القضاء بعلم القاضي مطلقاً دون أي قيد، بخلاف ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة والمتقدمون من الحنفية من تفصيل للمسألة⁶⁶⁷، فيكون الحكم بعلم القاضي

التبصرة، تحقيق: نجيب (أحمد)، ج 11، قطر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ص 5345، وانظر كذلك: ابن شاس (جلال الدين)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: لحر (حميد)، ج 3، دار الغرب الإسلامي، ص 1018، وابن الجلاب (عبيد الله)، التفریح، ج 2، ط 1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2007، ص 254.

⁶⁶⁰ وفي ظاهر المذهب أن لا يحكم القاضي بعلمه، سواء كان العلم قبل الولاية أو بعدها، وعن أحمد رواية أخرى تقوم على جواز ذلك. ابن قدامة (موفق الدين)، المغني، تحقيق: التركي (عبد الله)، الحلو (عبد الفتاح)، ج 14، ط 3، الرياض، دار عالم الكتب، 1997، ص 31 ⁶⁶¹ ويعتبر القضاء بعلم القاضي من المسائل التي تسمح للقاضي بالرجوع عن قضاؤه خلافاً للأصل، فهي من المسائل المستثناة من قاعدة عدم صحّة رجوع القاضي عن قضاؤه. انظر في ذلك: ابن نجيم (زين الدين)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط 1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1999، ص 199.

⁶⁶² ابن قدامة (موفق الدين)، المصدر نفسه، ص 31. ⁶⁶³ ابن أحمد الروياني (شريح)، روضة الحكام وزينة الأحكام، دراسة وتحقيق (رسالة مقدّمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه، إعداد الطالب: ابن حاسر السهلي (محمد)، تحت إشراف الجبوري (حسين)، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أمّ القرى، المملكة العربية السعودية، 1419 هـ، ص 217.

⁶⁶⁴ لا فرق عنده بين ما علم قبل القضاء وما علم بعد القضاء، فهذا قول في منظوره لا يؤيده قرآن ولا تعصّده سنّة، ولا أحد قال مثل هذا الكلام قبل أبي حنيفة، ولهذا فهو باطل في اعتباره. انظر: ابن حزم (أبو محمد)، المحلى، ج 9، القاهرة، إدارة الطباعة المنيرية، ص 426. ⁶⁶⁵ وفي التجريد في آخر كتاب الحدود أنّ (محمدًا) رجع عن رأيه هذا. انظر ابن خليل الطرابلسي (علاء الدين)، معين الحكام فيما يتردّد بين الخصمين من الأحكام، د. ط، دار الفكر، د. ت، ص 122.

⁶⁶⁶ ابن حزم (أبو محمد)، مصدر سابق، ج 9، ص 427.

⁶⁶⁷ إنّ هناك تفصيلاً في هذه المسألة في منظور المذهب الحنفي، وبيان ذلك، إذا علم القاضي بواقعة في المكان الذي هو فيه قاض في حال قضاؤه، ورفع إليه التنازع بشأنها، يجوز له القضاء بعلمه في حقوق العباد قياساً واستحساناً، في الأموال وغيرها من نكاح وطلاق. وقد ذكر صاحب (الأقضية) في هذه المسألة: "إذا علم القاضي بهذه الواقعة في حال قضاؤه وفي مجلس قضاؤه وما كان قاصداً إلاّ المصر وليس المكان الذي يقضي فيه"، كما قد ذكر (الخصاف) في هذه المسألة: "إذا علم في البلدة التي هو فيها قاض، في حال قضاؤه، في مجلس قضاؤه أو في غير مجلس قضاؤه، وأراد بمجلس قضاؤه المكان الذي يقضي فيه، ففي الحدود الخالصة لله تعالى كحدّ الزنا والسرقه وشرب الخمر، فإنّه يقضي بعلمه قياساً ولا يقضي بعلمه استحساناً"، وفي شرح الطحاوي: "إلاّ في السرقه، كما هو الأمر في التنازخانية، وفي القصاص وحدّ القذف يقضي بعلمه، كما جاء في الخلاصة. أمّا إذا علم بحادثة قبل أن يقضي ثمّ طلب للقضاء ورفعت إليه المنازعة وهو قاض، لا يقضي بذلك العلم على قول أبي حنيفة، ويقضي به على قول أبي يوسف ومحمد، إلاّ أنّ محمدًا قد رجع إلى قول أبي حنيفة كما تبّهنا فيما سبق. ولو علم بحادثة وهو قاض في مصر غير الذي يقضي فيه، ثمّ حضر مصره الذي هو قاض فيه ورفعت إليه المنازعة وقتئذ، وأراد أن يقضي بذلك العلم، فالخلاف هو هو كما سبق. ولو علم بالحادثة وهو قاض في رساتيق المصر الذي هو فيه قاض، ثمّ دخل المصر، ورفعت إليه المنازعة، فعلى قول الصاحبين يقضي بعلمه، أمّا على قول أبي حنيفة فهناك خلاف بين مشائخ الحنفية. انظر في تفصيل هذه المسألة: الشّيخ نظام، الفتاوى الهندية (الفتاوى المالكيّة)، ضبط وتصحيح عبد الرّحمان (عبد اللطيف)، ج 3، ط 1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2000، ص 323-324، وانظر كذلك: الطرابلسي، مصدر سابق، ص 122.

مقبولا على شرط مراعاة شرطين، أحدهما زمني، أي أن يكون العلم بالواقعة محلّ النزاع حاصلًا بعد تولّيه القضاء مع استمراره في الحكم منذ علمه إلى حين عرض الواقعة على القضاء دون أن يكون عرضة لعامل مفرّق كالعزل، والآخر زماني، أي أن يكون ذلك في مكان ولايته (مراعاة الاختصاص المكاني). ويبدو واضحا أنّ ما ذهب إليه المانعون أرجح وأكثر دلالة على ما هو موجود من الحقائق الاجتماعية التي تمثل اعتبارات تطوّر الزّمان وضعف الوازع الدّيني والخوف من الله، وفساد الناس رفيعهم ووضيعهم، وتجويز القضاء بعلم القاضي يفرضي إلى تهمته⁶⁶⁸. والمعتمد عند المتأخّرين من الحنفية وما عليه الفتوى عندهم هو عدم العمل بعلم القاضي في زماهم لفساد قضائته⁶⁶⁹. وقد كان الشافعي يرى القضاء بالعلم، دون البوح أو الفتوى به؛ مخافة قضاة السّوء⁶⁷⁰، رغم أنّه أظهر قوله على مذهبه إلاّ أنّه لم يكن به قاطعا لذلك السّبب⁶⁷¹. كما أنّ القاضي كان يقضي بعلمه الشّخصي فيما عرضت عليه من قضايا للنّظر فيها، الأمر الذي يعفي المدّعي من إثبات ما ادّعاه، ولكن لما غلب الفساد على نظام القضاء وأصبحت الدّم تشتري بسهولة، أفق المتأخّرون بعدم جواز ذلك⁶⁷². باستثناء أن تكون القضايا من قبيل أمور الحسبة والتدابير الإدارية الاحتياطية، كما لو علم بينونة امرأة مع استمرار الخلطة بينها وبين زوجها، ففي هذه الحالة يمكنه أن يحول بين الرّجل ومطلّفته⁶⁷³.

ومن المسائل التي نشهد فيها بجلاء تأثير الحقيقة الاجتماعية على الحقيقة القضائية على وجه التّعسير مسألة العدالة في الشّهادة، وبيان ذلك أنّ الصّاحبين (أبو يوسف) و(محمد) اشترطا في الشّهادة التّركية وهي إظهار عدالة الشّاهد وصلاحيّته للشّهادة بواسطة ثقة، للمحافظة على حقوق النّاس وعدم ضياعها وهذا في أساسه مخالف لما أقرّه الإمام أبو حنيفة النّعمان، من أنّه يكفي بظاهر العدالة، أمّا العدالة الحقيقيّة التي

⁶⁶⁸ داود (أحمد محمد علي)، أصول المحاكمات الشرعية، ج2، ط2، عمان، دار الثقافة، 2011، ص257.

⁶⁶⁹ محمّد أمين الشّهير بابن عابدين، ردّ المختار على الدرّ المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق عبد الموجود (عادل) ومعوض (علي)، ج8، طبعة خاصّة، الرياض، دار عالم الكتب، 2003، ص140-141.

⁶⁷⁰ ابن أحمد الروياني (شريح)، مرجع سابق، ص217، ابن أبي أحمد الطّبري (أحمد) المعروف بابن القاص، أدب القاضي، تحقيق الجبوري (حسين)، ج1، ط1، الطّائف، المملكة العربية السّعودية، مكتبة الصّدّيق، 1989، ص148. وللشافعي في هذا قول آخر: أنّ له أن يقضي بكلّ ما علم من قبل تولّيه القضاء وبعده، وما علم في مجلس حكمه وغيره، في ما تعلق بحقوق الأدميين. فأما حدود الله عزّ وجلّ، فقد ورد بشأها قولان: أحدهما يحكمه، والآخر لا يحكم به. ومن الشّافعية من خرّج قولاً آخر على مذهب الشّافعي لما حكاه الزّبيع من امتناعه أن يبوح به، لفساد القضاة، وهو أن يقضي مستندا إلى علم نفسه أو شاهد واحد لرفع التّهمة عن القاضي، وهو ما ذهب إليه الأوزاعي، وحكم به شريح بنا على رواية يونس بن أبي إسحاق عن أبيه، قال: شهدت عند (شريح) بشهادة، وله بما علم، فأجاز شهادتي وحدي. في مثل هذا المعنى كان حكم النبيّ صلى الله عليه وسلّم، بشهادة خزيمة وعلم نفسه. انظر في ذلك: ابن أبي أحمد الطّبري (أحمد)، المصدر نفسه، ص148-149.

⁶⁷¹ ابن حبيب الماوردي (أبو الحسن علي)، الحاوي الكبير، تحقيق معوض (علي) و عبد الموجود (عادل)، ج16، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1994، ص322.

⁶⁷² الزرقا (مصطفى)، مرجع سابق، ص947.

⁶⁷³ المرجع نفسه، ص950.

تثبت بالسؤال عن حال الشهود وتزكيتهم لا تشترط عنده، ويستثنى من ذلك الحدود والقصاص، وهذا بطبيعة الأحوال مبني على ما كان معروفا في زمنه من غلبة العدالة؛ فقد كان في الزمن الذي شهد له الرسول صلى الله عليه وسلم بالخيرية، فلما تغيرت الأحوال إلى جهة الفساد أفتى الصحابان بضرورة السؤال عن حال الشهود والتحقق في عدالتهم⁶⁷⁴، خضوعا للعرف، وقد كان ذلك الاختلاف الفقهي اختلاف عصر وأوان لا اختلاف حجة وبرهان⁶⁷⁵، بالنظر إلى زمن أبي حنيفة الذي كان زمن التابعين وهو زمن خير وصلاح شهد له النبي صلى الله عليه وسلم بالخيرية: "خيركم قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم، قال عمران لا أدري أذكر النبي صلى الله عليه وسلم بعد قرنين أو ثلاثة قال النبي صلى الله عليه وسلم إن بعدكم قوما يخونون ولا يؤتمنون ويشهدون ولا يستشهدون وينذرون ولا يفنون ويظهر فيهم السمن"⁶⁷⁶.

كما إن مسألة اشتراط الجنس في بعض مسائل الإثبات كإثبات البكارة وإثبات الولادة وإثبات العيوب في المرأة التي تستلزم ضرورة سماع شهادة النساء منفردات باتفاق الفقهاء⁶⁷⁷، مع مراعاة الخلاف الذي حصل بينهم بشأن نصاب الشهادة⁶⁷⁸. وإثبات كل ما هو ليس بمال ولا يؤول إلى المال عند فريق من الفقهاء مراعاة لقواعد الشريعة التي تستلزم من حيث الأساس ضرورة سماع شهادة شاهدين رجلين عدلين لا

⁶⁷⁴ والعدالة الظاهرة عندهما تصلح للدفع ولا تصلح للإثبات؛ لثبوتها باستصحاب الحال دون الدليل، وحاجتنا هنا متعلقة بالإثبات والظاهر لا يصلح حجة له، فلا بد كنتيجة لذلك من إثبات العدالة بدليلها. أما أبو حنيفة فكان أساس قوله قول الله تبارك وتعالى: (وكذلك جعلناكم أمة وسطا)، والوساطة هنا العدالة، وهو ما ذهب إليه سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه: (المسلمون عدول بعضهم على بعض)، فصارت العدالة بذلك أصلا معتبرا في المؤمنين، وزوالها لا يكون إلا بعراض. أضف إلى ذلك أن العدالة الحقيقية من المسائل التي يعسر الوصول إليها، فكان ذلك سببا في تعلق الحكم بالظاهر، وقد ظهرت عدالتهم قبل السؤال عن حالهم، فكان ذلك كافيا غير مفتقر للتحقيق، إلى حين طعن الشخص، فيقع حينئذ تعارض بين ظاهرين، فلا يكون الترجيح عندئذ إلا بالسؤال. انظر في ذلك: الكاساني (علاء الدين)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، ج9، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003، ص26-27.

⁶⁷⁵ الكاساني (علاء الدين)، المصدر نفسه، ص25.

⁶⁷⁶ أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الشهادات، باب لا يشهد على شهادة جور إذا شهد، ج3، طبعة دار الفكر، 1981، ص151، وبلغظ آخر عن عبيدة عن عبد الله رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يجيء أقوام تسبق شهادة أحدهم ويمينه وشهادته).

⁶⁷⁷ ابن شاس، مصدر سابق، ص1043-1044، الدسوقي (محمد)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات العدوي الشهير بالدردير، خرج آياته وأحاديثه شاهين (محمد)، ج6، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1996، ص96 وما بعدها، المرغيناني (برهان الدين)، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج3، ط2، القاهرة، دار السلام، 2006، ص1094، الحسيني الحصري (تقي الدين)، مصدر سابق، ج2، ص388، الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ج3، ص453-454، ابن قدامة (موفق الدين)، مصدر سابق، ج14، ص134.

⁶⁷⁸ هذه المسألة انظرها لاحقا في بابها.

غيرهما في المسائل التي ليست بمال ولا تؤول إلى المال، وهو ما ذهب إليه المالكية⁶⁷⁹ والشافعية⁶⁸⁰ والحنابلة⁶⁸¹؛ فلا تجوز شهادة النساء عند المالكية في تسعة مجالات: الطلاق والنكاح والعتاق والتزكية والتجريح والشهادة على الشهادة والوكالة في المال والقصاص⁶⁸²، وتكون جائزة في خمسة مجالات دون أن يكون معهن رجل: الولادة والاستهلال والحيض والرضاع إذا فشا وعرف ذلك، وفي عيوب النساء التي لا إمكان للرجال في الاطلاع عليها⁶⁸³. بخلاف ما ذهب إليه الحنفية⁶⁸⁴ والحنابلة في رواية⁶⁸⁵، أو شهادة رجل عدل واحد ومعه امرأتان عدلتان، في جميع المسائل المكيفة مالا أو الآيلة إليه، كما ذهب إلى ذلك الفقهاء باتفاق⁶⁸⁶.

⁶⁷⁹ الدسوقي (محمد)، مصدر سابق، ج6، ص94، ابن شاس، مصدر سابق، ص1043.

⁶⁸⁰ الشيرازي، مصدر سابق، ج5، ص452، الحسيني الحصري (تقي الدين)، مصدر سابق، ص387.

⁶⁸¹ ابن مفلح (شمس الدين)، مصدر سابق، ج6، ص505، الكلوداني (أبو الخطاب محفوظ)، مصدر سابق، ص208.

⁶⁸² ابن خلف الباجي (أبو الوليد سليمان)، مصدر سابق، ص142.

⁶⁸³ المصدر نفسه، ص141-142.

⁶⁸⁴ الكاساتي (علاء الدين)، مصدر سابق، ج9، ص55، المرغيناني (برهان الدين)، مصدر سابق، ج3، ص1093.

⁶⁸⁵ ابن مفلح (شمس الدين)، مصدر سابق، ج6، ص505.

⁶⁸⁶ الكاساتي (علاء الدين)، المصدر نفسه، ص25.

المبحث الثاني:

الحقيقة العلمية

المبحث الثاني: الحقيقة العلمية

إنّ التفكير العلمي يتّجه بطبيعته من أجل الوصول إلى الحقيقة العلميّة المرجوّة إلى: (دراسة الجزئي المحسوس ويرمي إلى إصدار حكم عام)⁶⁸⁷، الذي يمثّل (القانون العلمي الذي يصاغ في صورة رياضية رمزيّة، والتنبؤ بالظواهر قبل وقوعها اعتماداً على الحتميّة والنظام الطّبيعي)⁶⁸⁸، ومصدرها الوحيد الخبرة الحسيّة، دون نسيان التّسليم بشهادة الغير كوسيلة مكّملة، والعمل الجماعي الذي يقوم به العلماء في شكل فرق بحث، فتقوم بذلك على التجربة وبالتالي على تكميم الظواهر والقياس والتّقدير الكمي، وهي عناصر قابلة للكشف عن الصّواب والخطأ⁶⁸⁹. وقد كان تأثيرها في الفكر القانوني واضحاً ولا زال إلى اليوم كذلك؛ ويتّضح ذلك من خلال الأفكار التي قدّمها بعض العلماء إجابة عن سؤال طالما حيّرهم: لماذا يمكن أن نلاحظ أنّ من الأفراد في المجتمع من يتّخذ من الجريمة منهجاً له في العيش، ومنهم من له القدرة على الالتزام بالقوانين؟ ومنهم (Lambrozo) الذي يعتبر أوّل من أقام أساس النظريات البيولوجية المؤثّرة في نظره على تفسير السلوك الإجرامي⁶⁹⁰. الأمر الذي دفعه إلى دراسة العوامل الداخليّة للفرد ومحاولة الرّبط بينها وبين اتّخاذه للجريمة مسلماً من أجل بيان المدى الذي يمكن أن تصل إليه تلك الصّلة، إضافة إلى النظريات الأخرى التي منها: النّظرية التّكوينية ل: (Houtton)، ونظرية التّكيف الاجتماعي ل: (Kenbredge)، ونظرية الاستعداد الإجرامي ل: (Di Tillio)، ونظرية التّحليل النّفسي ل: (Freud)⁶⁹¹. دون أن ننسى، ولا شكّ في ذلك، التّأثير غير المباشر للبيولوجيا على الفكر القانوني من خلال (نظرية التّطور) التي كان أساسها كتاب (Darwin) الشّهير الموسوم ب: (أصل الأجناس)⁶⁹². وليس قانون الأسرة أو القانون المدني بمنأى عن

⁶⁸⁷ الطويل (توفيق)، في تراثنا العربي الإسلامي، عالم المعرفة، رقم 87، مارس 1985، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ص8.

⁶⁸⁸ الحفار (سعيد)، البيولوجيا ومصير الإنسان، عالم المعرفة، رقم 83، نوفمبر 1984، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ص25.

⁶⁸⁹ المرجع نفسه، ص25.

⁶⁹⁰ إنّ ممّا أكّده لبروزو أنّ الجرم ينقل بعض الخصائص الإجرامية إلى ولده، معتمداً في ذلك على حقيقة علمية في المجال البيولوجي ومفادها أنّ هناك إمكانيات كامنة في البويضة الملقحة تنتقل بالوراثة وليس خصائص بذاتها. هذه الإمكانيات هي التي تتحوّل فيما بعد وفي مراحل العجز المختلفة إلى خصائص للشخصية، إذا صادفتها الظروف البيئيّة الملائمة وتعدّ عاملاً مساعداً على ذلك، وهناك في هذا الإطار أساليب بحث علاقة الوراثة بالإجرام/ منها: دراسة تاريخ العائلات، الدّراسة الإحصائيّة لعائلات المجرمين ودراسة التّوائم. محمد (أمين)، مبادئ علم الإجرام، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1996، ص264.

⁶⁹¹ انظر في ذلك: محمد (أمين)، مرجع سابق، ص153-154.

⁶⁹² انظر في ذلك: غنيم (أحمد)، تطوّر الفكر القانوني، د.ط، القاهرة، دار الفكر العربي، د.ت، ص153.

هذا التأثير إلا أنّ ذلك التأثير لا يمكن أن نتحدّث عنه دون الحديث عن طبيعة الحقيقة العلمية الأمر الذي يقودنا منطقياً إلى الحديث عن ضوابط وقواعد اعتبارها وسيطا للحقيقة القضائية في مسائل الأحوال الشخصية، والنسب تحديداً.

المطلب الأول: طبيعة الحقيقة العلمية

خلال التّقدّم العلمي المشهود منذ نهاية القرن الثامن عشر تقليدياً، كان الزّمن الذي يفصل اكتشافاً علمياً عن تطبيقاته العملية يتراوح بين (30) إلى (50) سنة، وهي الحالة نفسها التي شهدتها العالم بين أعمال (Carnot) وبدائيات القطارات البخارية واختراع (Faraday) للمولّد الكهربائي وإنجاز أجهزة الكمبيوتر الأولى المخترعة من طرف (John Atananof) إلى أجهزة الكمبيوتر التجارية من الليزر عن طريق (Townes) و(Blasov) إلى تطبيقاته المتعدّدة. ففي عام 1953 اكتشفت كيميّة تشفير (ADN) للمعلومة، وماهية الميكانيزمات الخلوية التي تنتج البروتينات، أمّا فكرة العلاج الجيني لم يظهر سوى بعد خمس عشرة سنة من ذلك، يعني في أواخر الستينات، وتحديداً عندما اكتشفت أنزيمات (التّحديد، الحصر، التّقييد والإنقاص)، التي تقطّع الحمض النووي الرّبي في مواضع محدّدة ومعلومة، بعد قليل من ظهور مناهج التّقطيع⁶⁹³. وخلال قرن كامل، انتقلنا من إعادة اكتشاف قوانين (Mendel) وتحديد هويّة الكروموزومات كعوامل وراثية إلى التّقطيع شبه الكامل للجينوم البشري⁶⁹⁴. هذا الفارق الزّمني وضع لمصلحة المجتمع حتّى يتمكّن مع التّكيف مع الاختراعات وتحديد الأخطار من أجل تحديد الاحتياطات التي يجب أن تتخذ في مواجهتها. فلا يمكن أن ننسى أنّ هناك علميين قد تكهروا، وآلات بخارية قد انفجرت، وباحثون من أمثال (Marie Curie) أصيبوا بالسرطان بسبب تأثير الإشعاعات. أمّا اليوم فالأمر مختلف، كلّ شيء متسارع، بين اكتشاف وتطبيقاته العمليّة؛ حيث تقلّص الفارق الزّمني فأصبح يتراوح بين ثلاث سنوات وخمس سنوات وأحياناً أقلّ من ذلك. وهذا الفارق لا يكفي إطلاقاً من أجل تقدير الآثار الاجتماعية لهذه الاكتشافات، وعلى وجه الخصوص تحديداً ما تعلق بمجالين جديدين وحساسين: البيولوجيا والإعلام الآلي. فمنذ اكتشاف بناء (ADN) عام 1953، أصبح التّقدّم البيولوجي مذهلاً، فالיום يمكن أن نحوّل الكائن الحيّ، كما يمكن أن نعدّل أهمّ ما هو خاص به، من خلايا والكروموزومات، وهذا ما يجعل الأمر

⁶⁹³Watson (J.), *L'ADN a 50 ans, et après ?*, pour la science, n° : 305, Mars, 2003, P.(6-7).

⁶⁹⁴Ibid.

مقلقا⁶⁹⁵. فالتقدم العلمي الذي يشهده العالم يمكن مشاهدته من خلال جانبين: المعلوماتية، والأبحاث الحياتية⁶⁹⁶، وهذه الأخيرة تمثل أهم ما نريد الحديث عليه، باعتبارها ثورة بيولوجية ذات طابع وراثي والتي قامت بناء على أهم ما اكتشفه العلماء في هذا المجال من بصمة وراثية وخريطة جينية إلى أن وصل الأمر إلى حد تشكيل اللحم الاصطناعية في المختبرات⁶⁹⁷، واكتشاف أن الإنسان مبرمج على الإيمان، ومسألة الإيمان بالله مسجلة على جين نوعي يحمل اسم (VMAT2)⁶⁹⁸، وإمكانية تسجيل كتاب ب: (140 ص) تقريبا في جزيئ (A.D.N)⁶⁹⁹. ومن خلال التنوع الذي مس العلوم الحياتية المتعلقة بالمجال البيولوجي الناتج عن تداخلها مع علوم أخرى والذي أنتج بدوره علوما قائمة بذاتها كالكيمياء الحيوية وعلم المناخ الحيوي والفيزياء الحيوية مروراً بالجغرافيا الحيوية والبيولوجيا الجزيئية وعلمي الأجنة والخلايا والبيولوجيا الطبية والهندسة الوراثية⁷⁰⁰ وعلم تحسين النسل⁷⁰¹، نلاحظ أن هذه الثورة مرت بمراحل عديدة، أولها علم الحياة الجزيئية، ثم مرحلة علم الحياة الخلوية، ثم علم الغدد الصم العصبية، ثم الثورة البيولوجية التي هي ثورة الهندسة الوراثية (تكنولوجيا الحمض الريبي النووي المنقوص الأكسجين D.N.A)⁷⁰²، وإن أحدث ما قدمته هذه

⁶⁹⁵ Sous la direction de Nicole M. le douarin, Catherine Puigelier, *Science, Ethique et droit*, Paris, éd. Odile Jacob, Mai 2007, P.(11-12).

⁶⁹⁶ ولقد عدّد (كيندال هيفن) من بين أعظم مائة اكتشاف علمي على مرّ الزمن: وجود الخلايا والجزيئات، مروراً بنظرية التطور والوراثة والانقسام الخلوي والمائيموكونديريا، وصولاً إلى وظيفة الكروموزومات وتركيب الخلية ووظيفة المورثات وكذا الحمض النووي والجنوم البشري. انظر في ذلك: كيندال (هيفن)، أعظم 100 اكتشاف علمي، وهذا يدلّ دلالة واضحة على أن الحقائق العلمية المتعلقة بالجوانب البيولوجية إنما كان لها تطور نوعي، بعد أن كانت في القرن الثامن عشر متأخرة إذا ما قارناها بعلمي الفيزياء والكيمياء وبقيت متعثرة حتى بدايات القرن التاسع عشر، حيث حدث التحوّل على يد مجموعة من العلماء منهم عالم الحيوان والنبات (لامارك) الذي استطاع أن ينقل هذا العلم من المرحلة الميتافيزيقية إلى المرحلة الوضعية. انظر: البقصمي (ناهدة)، الهندسة الوراثية والأخلاق، عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، العدد 174، يونيو 1993، ص 63-64.

⁶⁹⁷ P.-Y.B., *Viande artificielle, Le premier steak a été testé*, Science et Vie, Octobre 2013, n°1153, P.48.

⁶⁹⁸ Brasier (L.), Bonneau (C.), *Sommes-nous programmés pour croire*, Science et Vie, Hors série, Décembre 2013, n°265, P.(27-33).

⁶⁹⁹

⁷⁰⁰ وهو الجزء من الثورة البيولوجية الحديثة الذي ارتبط بمجموعة من التجارب العلمية الحديثة في مجال البيولوجيا الدائرة في المختبرات، والتي ارتبطت بمسألة التحكم بالجينات، والاستنساخ الحيوي وإعادة تركيب ADN، الذي يحمل الصفات الوراثية للإنسان، وهو الأمر الذي لا يمكن اعتبار الهندسة الوراثية علماً وإنما مجرد مجموعة من التقنيات للتدخل حول ADN، تسهم في عزل الجينات وتحديد بنائها، وإدخال الجين المعدّل في الأخير داخل خلايا جسم مغاير للجسم المنطلق منه في بداية التجربة. كما تعين في تطوير المعارف البيولوجية وإنتاج المواد الضرورية للصناعة والطب. انظر في ذلك: Davies (J.), *Le genie génétique*, La recherche, numéro special, n°:188, Mai 1987, P.(572-583).

⁷⁰¹ الحفار (سعيد)، مرجع سابق، ص 29.

⁷⁰² المرجع نفسه، ص 25.

الثورة من خلال علم الأجنة حلّ مشكلة العقم عن طرق وسيلتين: الإخصاب الصناعي⁷⁰³ والإخصاب خارج الرحم أو أطفال الأنابيب⁷⁰⁴. ويعتبر علم الأجنة والهندسة الوراثية أهمّ مجالين في المجالات الحياتية لما لهما من علاقة بمسائل الأخلاق والفكر القانوني والفكر الشرعي⁷⁰⁵.

إنّ العلم بطبيعته معرفة تراكمية؛ باعتبار المعرفة العلمية كالبناء الذي يبني جزءاً بعد جزء وطابقاً بعد طابق، إلا أنّ سكّان البناء كلّما بنوا طابقاً انتقلوا إليه وتركوا السابق كمرتكز للبناء كلّ، وذلك بخلاف المعرفة الفلسفية، فهي ليست تراكمية، على أساس أنّ كلّ مدرسة فلسفية جديدة تحاول دائماً أن تقوم بانتقاد المدرسة الفلسفية التي سبقت على ضوء مبادئها، ولا يمكن أن تكون مكّملة لها. فإذا كان البناء المعرفي العلمي يمتدّ امتداداً عمودياً، فإنّ البناء المعرفي الفلسفي يكون امتداده أفقياً، ولا يترك أحد من الباحثين في ميدانه أيّاً من طوابقه القديمة، فعدم الاتّصاف بالتراكم يدفع هؤلاء إلى الرجوع دائماً إلى المذاهب والمدارس والأفكار القديمة، فهي عندهم غير قابلة للفناء، فتظلّ مشكلةً مجالاً حيويّاً للبحث. وصفة التّراكم بدورها تدفعنا إلى إصباغ صفة النسبية على الحقيقة العلميّة، فهي لا تتوقّف عن التطوّر والتّنامي عبر الزمن، فقد يصل العلم إلى رأي معيّن في مسألة معيّنة ويظنّ الناس أنّ هذا هو الرّأي الذي يستقرّ عنده الحقيقة، حتّى تظهر فكرة جديدة تلغي الفكرة القديمة وتحلّ محلّها. ظنّ الناس لأكثر من قرنين أنّ فيزياء نيوتن تمثّل الحقيقة المطلقة، ولا كلمة بعدها، إلى أن أُطلّت على الناس فيزياء آينشتاين بتفصيلاتها وجزئياتها التي أثبتت أنّ كلّ ما كان يعتبر من قبيل الحقائق المطلقة يعتبر من قبيل الحقائق النسبية فأصبحت بذلك فيزياء نيوتن مسألة متجاوزة. ولا يتضمّن التّراكم الإلغاء دائماً، بل يتخذ شكل التّضمّن أي أن يكون الفكر القديم متضمّناً في الفكر الجديد عن طريق التّوسّع وكشف الأبعاد الجديدة لم تتمكّن الأفكار

⁷⁰³ هو تلقيح الأنثى بوساطة وسائل طبّية بسائل منوي تمّ جمعه إمّا من الرّوج أو من متطوّع، أو يدمج سائل الرّوج والمتطوّع معاً وتتمّ هذه العمليّة في حالة وجود ضعف بسيط في سائل الرّوج فيستعين الطّبيب بسائل من متطوّع لضمان الحمل، ولا تتمّ هذه الإجراءات إلاّ بعد فحص دقيق للرّوجين للتّأكد من أسباب العقم. وإذا كانت الرّوجة تفتقر إلى القدرة على الحمل تتمّ الاستعانة بامرأة بدلا من الرّوجة (الأمّ البديلة) surrogate mother، وكلا الطّريقين يثيران الكثير من القضايا الأخلاقية والاجتماعية والدينية والقانونية. انظر في ذلك: البقصي (ناهدة)، مرجع سابق، ص77.

⁷⁰⁴ هو الإخصاب الذي يتمّ بين البويضة والجرثومة المنوية خارج الرحم في إناء وترك البويضة المخصّبة لتنمو لفترة معيّنة ثمّ يتمّ زراعتها في رحم الأنثى لإتمام مراحل الحمل. وفي سنة 1978 شهد العالم التّنتائج العمليّة لجهد طويل دام سنوات حين ولدت أول طفلة أنبوب في العالم (لويز براون) على يد الدكتور (Patrick Steptoc) والعالم الفسيولوجي (Robert Edwards)، وقد تمّت العمليّة في إنجلترا؛ حيث فتحت الآفاق أمام النساء اللواتي كنّ يعانين من انسداد في قناة (فالوب)، فهذا النوع من العمليّة أي الأمّ البديلة تمّت من أجل هذا النوع من العقم. انظر في ذلك: البقصي (ناهدة)، المرجع نفسه، ص80.

⁷⁰⁵ البقصي (ناهدة)، المرجع نفسه، ص76.

القديمة والنظريات السابقة من تفسيرها⁷⁰⁶. فالاستنتاجات العلمية بصفقتها التزاماً وقتياً لا تعدو أن تكون تقديراً للاحتمالات المفضي إلى اختيار ما كان أساسه برهان قويم وملاحظة موضوعية، وهو الاحتمال الأفضل والأقوى وهو من جوهر العلوم الحديثة⁷⁰⁷ باعتبارها علوماً عقلية إنسانية غير متناهية في صيرورة دائمة متجاوزة للحدود مستندة في ذلك إلى العقل الإنساني الذاتي المتحرر⁷⁰⁸، ولهذا كانت الحقيقة العلمية حقيقة بصورة مؤقتة في زمان معين معرضة بصورة دورية للتصحيح وطرحها للبحث من جديد. وكل ما ارتبط بالاختيار ارتبط بإمكان الخطأ وهذا هو ثمن الحقيقة. فالحقائق العلمية بقراراتها واستنتاجاتها وأحكامها كلها مغامرة المتضمنة عنصر الخسارة الذي لا يمكن اختزاله من المعادلة إلا بترك المغامرة أصلاً أي التخلي عن محاولة المعرفة، وهو ما لا يعقل أن يكون⁷⁰⁹. والخطأ موجود في قلب المنهج العلمي الذي يتأسس على مجموعة من الأخطاء المصححة⁷¹⁰، التي لا تعتبر حالات استثنائية في المجال العلمي، وإنما بدايات لمسائل أخرى تنتظر إجابات من أهل العلم، فالخطأ في حقيقته جزء من السياق أو السيرورة على طريق إثبات الحقيقة، والتجربة كما يقول (Oscar Wilde) هو: "اسم يطلقه كل واحد منا على أخطائه"⁷¹¹. والعلم منازلة مستمرة في مواجهة الخطأ، وهي مسألة جوهرية، (فالعالم لا يتقدم إلا بالتعارض، ولا يتطور أبداً فوق أرض مغلقة وأكيدة)⁷¹². وهذا معناه كما يقول بعض العلميين: (إن العلم إنشاد لحل مشاكل بدون نهاية مرتقبة، فالحلل الحالية تنتج أو تولد مشاكل جديدة وهكذا تبعا بصورة غير نهائية⁷¹³. وهذا يقوم على أن التفكير العلمي سببي وواقعي، أي ينطلق من مبدأ أن كل ظاهرة تنتج بفعل مجموع الأسباب فالغاية من كل بحث اكتشاف أحد الأسباب وميكانيزمات عملها، فالأولى على وجه التمثيل نجدتها في علم الوراثة الجينات، أما الثانية في البيولوجيا الخلوية، طريق إنتاج الجينات، ففي العوامل المشكّلة في حالة عدم معرفتها تسمى الصندوق الأسود⁷¹⁴. فالعلم بذلك لا يكون المصدر الوحيد للحقيقة، والإثبات العلمي لا يكون إلا إشارة مادية، بشرية، ضعيفة، غير يقينية ومعرضة للخطأ معززة ومؤيدة للدلائل المادية الأخرى، القرائن

⁷⁰⁶ زكريا(فؤاد)، التفكير العلمي، عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، العدد 3، مارس 1978، ص18.

⁷⁰⁷ بري (رالف بارتون)، إنسانية الإنسان، ترجمة: الجبوسي (سلمى الخضراء)، د.ط، بيروت، مؤسسة المعارف، د.ت، ص177-178.

⁷⁰⁸ المزغني (علي)، اللغامي (سليم)، مرجع سابق، ص17.

⁷⁰⁹ بري (رالف بارتون)، المرجع نفسه، ص177-178.

⁷¹⁰ دورتي، مرجع سابق، ص480-481.

⁷¹¹ Pétry (F.), *Erreurs ou Anomalies*, Pour la science (édition française de Sientific American), Mai 2014, n° : 439, édito, P.1.

⁷¹² دورتي، مرجع سابق، ص480-481.

⁷¹³ Shapin (S.), *être ou ne pas être anti-scientifique*, rubrique (histoires des sciences), la recherche 319, Avril 1993, P.(72-79).

⁷¹⁴ Serre (J.L.), *Génétique*, Dunod, Paris, 3^{ème} éd., 2006, P.1.

والشهادات⁷¹⁵. وبرغم هذه الطبيعة الخاصة للحقيقة العلمية، فإننا في أمس الحاجة إليها بالنظر إلى ما تطمح إليه من آفاق وطموحات، فالهدف منها، في الحقيقة، شرعنة القبول الاجتماعي بإعطاء الحقيقة القضائية أساسا متينا تقوم عليه⁷¹⁶، مؤمنة في ذلك واقعية الحلّ القضائي، ليس فقط باعتباره عقد معرفة (*acte de connaissance*)، وإنما، زيادة على ذلك، كقرار لا يمكنه أن يبقى في مرحلة التجريد⁷¹⁷، فتحوّل إلى مجرد عنصر من عناصر الخطاب القضائي يتحكّم فيه القاضي، فلا تظهر بعدئذ الحقيقة العلمية مجرد أساس للقرار القضائي بل موضوعا لتنفيذه، فيمكن بذلك أن تكون الحقيقة العلمية مكوّنا من مكوّنات الحقيقة القضائية، إلا أن الأخيرة لا يمكن أن تكون مكوّنا للأولى⁷¹⁸.

إنّ الحقيقة العلمية بالنظر إلى خصائصها، التراكم والتغير وعدم الثبات، علينا أن نتعامل معها استنادا إلى مبدأ مهمّ، هو مبدأ الاحتياط؛ لأنّه وبحسب بعض العلميين، فإنّ العلم هو إنشاء لحلّ مشاكل بدون نهاية مرتقبة، فالحلول الحالية التي يقدّمها العلماء، وخاصة، في المجال البيولوجي، تولّد وتنتج مشاكل جديدة، وهكذا تبعا بصورة غير نهائية⁷¹⁹. فالحقيقة العلمية قابلة دائما للتغيّر، فكيف نعتد عليها بصورة مطلقة. كيف يمكن اعتماد مثل هذا الكلام ونحن نعلم أنّ فريقا مختصّا في علم الأعصاب وصل إلى نتائج مذهلة عام 2012 من خلال قيامه ببعض التجارب التي أثبتت من خلالها أنّ العصبونات التي تسيّرنا أظهرت قدرتها العجيبة على خلط قسم لا بأس به من جيناتها إلى حدّ تغيير الهوية الجينية للشخص، كما هي مسجّلة بصورة طبيعية في كلّ خلية من خلاياه⁷²⁰. وهذا ما يفتح المجال أمام إعادة النظر في قدراتنا العقلية، فنحن أمام خلايا تتحدّى العلم، فكّلّ خلية جذعية للعصبون تحبّي الجينوم البشري، وأجزاء من الحمض النووي القافز (*ADN sauteur*)، والتي تنقسم وتعّدّل بعد ذلك جينوم العصبونات⁷²¹. كما أنّه في السابق كان علماء البيولوجيا يعتقدون بأنّ التسعة أشهر المتعلقة بالحمل بالنسبة للبشر كانت تمثل ضرورة للنمو والتطور: فمؤّ الجنين يطلب وقتا إضافيا، ولكنّ حوض المرأة لا يمكن المرأة من ولادة طفل أكثر حجما. وهذا ما كان يفسّر لماذا كان المولودون الجدد يظهرون أقلّ مهارة نسبة إلى الثدييات الأخرى، إلا

⁷¹⁵ Héliane de Valicourt (de séran villers), *La preuve par L'ADN et l'erreur judiciaire, questions contemporaines*, Paris, l'Harmattan, 2009, P.18.

⁷¹⁶ Dalbignat-Deharo (G.), *op.cit.*, p.45

⁷¹⁷ *Ibid*, p.118.

⁷¹⁸ *Ibid*, p.355.

⁷¹⁹ Shapin (S.), *OP.cit.*

⁷²⁰ De fait, dans le noyau des neurones, des fragments d'ADN se déplacent (sautent) d'un endroit à un autre le long des chromosomes, modifiant un peu plus à chaque saut le génome originel de l'individu qui les porte. V. Brillaud (R.), Bocquet (P.-Y), Abdoun (E.), *Incroyable neurones*, science et vie, Octobre 2012, P.(52-69).

⁷²¹ *Ibid*.

أنّ الدّراسة الجديدة المقدّمة من طرف فريق (Hally Dunsworth) من جامعة (Rhode Island) قدّرت هذه التّظريّة المسماة (معضلة الولادة *dilemme obstétrique*)، فليس قامة الحوض هي التي تحدّد الحمل ولكنّ (الأبيض الأموي *Métabolisme maternel*) فقامت هذه المجموعة العلميّة بدراسة مدّة الحمل وقامة الأمّ عند التّديبات الكبيرة، فرأى الباحثون بأنّ الحمل البشري مماثل ومضاه للحمل من التّديبات من نفس القامة، حتّى الأكثر طولاً مماثل لها. وعن طريق دراسات حديثة في ميكانيكا وطاقة السّير خلصوا إلى أنّ السّير لا يكون معقّداً بالعموم أكثر مشاعاً، ولكن يبدو أنّه يوجد حدّ بالتّسبب للطّاقة التي يمكن للأمّ أن تفرزها كلّ يوم من أجل تغذية جنينها، فعندما يصل الطّلب الأيضي إلى حدّ الضّعف مرّة واحدة لقيمتها القاعدية، عندئذ تنطلق مرحلة وضع الحمل بصورة تلقائيّة⁷²².

إنّ النّظر الإسلاميّ للعلم يقوم على نقاط جوهريّة، أهمّها أنّ الله مصدر كلّ المعارف، وقد أعطى الحقّ للإنسان في أن يحصل معارفه عن طريق مصدرين، الأوّل تمثّل في المعرفة المرسولة له بواسطة الأنبياء، وهي حقيقة مطلقة، والمعرفة المتحصّلة عن طريق الإنسان باستخدام المؤهّلات العقليّة وهي الحقيقة الوظيفيّة، والحقيقة العلميّة من هذا القبيل، فهي حقيقة وظيفيّة نسبيّة نصل بها إلى الحقيقة الأولى المطلقة⁷²³.

فإذا كان لا بدّ أن تكون قوانيننا مستوعبة لهذه الحقيقة الوظيفيّة، حسب (Garaudy)، لا بدّ أن نتعامل مع الحقيقة العلميّة تعاملاً حكيماً منطقيّاً يليق بطبيعتها، فهي إذا كانت مقترنة بالمعرفة الموصلة إلى الحقيقة، فالمعرفة مسألة يعترّيها الخطأ كما يعترّيها الصّواب، عند ذلك تكون الحقيقة العلميّة نسبيّة، متغيّرة، حقيقة في زمن، وقد لا تكون كذلك في زمن آخر، ولهذا وجب التّعامل معها، في المجالين الشّرعي والقانوني، وفق ما يفرزه مبدأ الاحتياط. فإذا كانت الحقيقة الفلسفيّة تتّجه إلى إدراك تصوّرات مستقلّة عن عالم الظّواهر التجريبيّة، فإنّ الحقيقة العلميّة تتّجه إلى استخلاص القانون العلميّ الذي يصاغ في صورة رياضية رمزيّة، والتّنبؤ بالظّواهر قبل وقوعها اعتماداً على الحتميّة والنّظام الطّبيعي، وإذا كانت الحقيقة الفلسفيّة تقوم على الإدراك الكيفي، فإنّ الحقيقة العلميّة تكتمّ الظّواهر وتقبل القياس والتّقدير الكميّ، وكلّ هذا قابل للكشف عن الصّواب والخطأ، كما أنّ الحقيقة العلميّة تقوم على التجربة قياماً منضبطاً بالمعطيات والمشاهدة⁷²⁴. فالفيلسوف يجعل من عقله مصدراً للحقائق وفي الوقت ذاته معياراً للتّثبت من صدقها أمّا العالم الطّبيعي لا يستمدّ حقائقه إلّا من الملاحظة الحسيّة والتّجربة العلميّة المخبريّة، ويختبر مدى صحّتها

⁷²² F.G., *On sait pourquoi la grossesse dure neuf mois*, Science et vie, Novembre 2012, N° : 1142, P.13.

⁷²³ Garaudy (R.), *Pour un Islam du xx siècle, Charte de séville*, 1985, P.18 jusqu'à P.21., cité par : Aoul (M.T), *Islam et culture*, éd. Ben merabet, P.123-124.

⁷²⁴ الحفار (سعيد)، مرجع سابق، ص25.

من خلال العودة إلى الواقع المشهود واستفتاء الخبرة الحسية، ولما فطن العلماء الغربيون إلى قصور الحواس عوّضوه باختراع ما يقرب البعيد (المراقب *Télescope*)، وما يكبر الصّغير الدقيق (المجهر *Microscope*)، ولهذا ينسب التفكير العلمي دائما إلى المشتغلين بالعلم الطبيعي وهو من الأخطاء الجلييلة في عالم البحوث⁷²⁵.

وما يدعونا إلى أخذ الحيطة في التعامل مع الحقائق العلمية وخاصّة في المجال البيولوجي الذي فرض تطوره على التفكيرين، القانوني والقضائي، خاصّة في مجال الإثبات كطريق للوصول إلى الحقيقة القضائية، هو أنّ أيّ تفسير علمي يعدّ مجرد افتراض وليس حقيقة ثابتة، وإنّ أيّ ظاهرة ما هي إلاّ محصّلة نهائيّة لسلسلة من العمليّات المادية التي يتمّ استقراؤها واستنباطها بصورة غير قاطعة، والظاهرة الطبيعيّة لا يمكن أن تتضمن أيّ بعد أخلاقي بالنظر إلى طبيعتها، وهو مفهوم ما قال به عالم البيولوجيا الشهير (Franchisco Ayala): "إنّه ليس بوسع أيّ عالم أن يستخلص من دراساته وأبحاثه أيّ شيء له علاقة بالقيم البشريّة أو بمعنى الوجود"، وهو الأمر الذي بعث الريبة في أذهان الناس عند نظرهم في العلوم الطبيعيّة⁷²⁶. حقيقة نحن نشاهد اليوم منعطفًا تاريخيًا حقيقيًا انسحبت آثاره إلى كلّ المجالات، سجّل بميلاد العلم الحديث الذي لم يتوقّف بعدئذ عن التّضحّم. هذا العلم لا يعدّ نظرية للطبيعة فحسب، وإنّما يشمل كذلك التقنيّة التي انتهت بتحويل حياتنا وكوكبنا، إلى أن وصل الأمر إلى أن فكر البعض أنّها ستحوّلنا نحن بذواتنا⁷²⁷؛ لأنّ التفكير العلمي ينفصل عن فكرة أنّ التّظام العالمي لا بدّ أن يكون منضبطا بالقيم⁷²⁸، وهذا ما يعبر عنه العالم (Julien Huxley) بعهد الأزمة، وكان (Pierre Piganiol) المندوب العام السّابق

⁷²⁵ إنّ علماء البيولوجيا على سبيل التمثيل لا غير، لم يتمكّنوا حدّ الآن من اختراق حاجز إدراك أنّ الآثار التي تتركها معظم الجينات على الملكات النفسية مشروطة بالبيئة التي يحيا فيها حاملوها وما تبع ذلك من تغيّرات قد تطرأ من خلال الاحتكاك بأنظمتها والتّدخل فيها، وهو الأمر الذي يمكن أن يفسّر التباين الظاهر في كثير من الحالات في أحاسيس وتصورات التوائم المتماثلة. وعدم التّمكّن من اختراق هذا الحاجز جعلهم دائما معتقدين في قدرتهم على إيجاد علاقات متينة بين خواص الخريطة الجينيّة وبين الظواهر النفسية والملكات المعرفية دون التفات إلى الآثار المهمّة التي يمكن أن تتركها العوامل التابعة من البيئة التي يعيش فيها الأفراد، إصرارا منهم على أنّ المبادئ الوحيدة المستأهلة للثقة هي التي تقوم على الحقائق العلمية التجريبية وما عدا ذلك فهو من قبيل الأوهام والأشياء غير العقلانيّة، معتبرين في ذلك أنّ ما نتج عن العلوم الاجتماعيّة هي مجرد أحكام إنسانية غير مستندة إلى منهجيّة علمية دقيقة. فأغلبهم يقيمون تفكيرهم في هذه المسألة على مسألة مفادها أنّ أيّ تصوّر لا يمكن قياسه = مقابله المادي في واقع الأشياء والظواهر الملموسة قياسا موضوعيا دقيقا. انظر في هذه المسألة: كيغان (جيروم)، الثقافات الثلاث، العلوم الطبيعيّة والاجتماعية والإنسانيات في القرن الحادي والعشرين، ترجمة: جوهر (صديق)، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، يناير 2014، ص 109، 110، 111.

⁷²⁶ كيغان (جيروم)، المرجع نفسه، ص 80.

⁷²⁷ Hersch (J.), *L'étonnement philosophique, une histoire de la philosophie*, Folio essais, Gallimard, 1981-1993, P.128.

⁷²⁸ *Ibid*, P.131.

لدى البحوث العلمية أكثر دقة في التعبير عن المرحلة التي وصل إليها التفكير العلمي؛ حيث قال: (بدأنا نشعر اليوم بأن الأخطار التاجمة عن حضارة علمية غير مسيطر عليها يمكن أن تؤدي على أقصى تقدير إلى الفناء)، وعلى هذا الأساس كان عالم الفيزياء البريطاني (Denis Gabor) يقول: "إذا أردنا أن نعيش، لا يمكن لنا أن نترك التقنية بدون مراقبة"، وكان كل ذلك مؤذنا بميلاد أول حضارة لم تعد تتفق مع نفسها كما يقول الأستاذ (André Malraux)، فنظرة الكون التي يقدمها العلم فاقدة لكل معنى أخلاقي، لكن البحث العلمي يستلزم إيجاد سلم للقيم كما يقول (Jacques Monod)⁷²⁹؛ لأن العلم كان يثمن لكونه وسيلة لمعرفة العالم، أما حالياً وبسبب انتصار التقنية فهو يرينا كيف نغير العالم، فهو أشبه بمضاربات البورصة أكثر من البحث عن حقيقة العالم⁷³⁰، وهذه النظرة الجديدة تم تبنيها من قبل قبل الفلاسفة المحدثين نظيراً، ومن قبل الدول الغربية ممارسة⁷³¹. أي بطريقة أخرى لم يصبح دور العلميين اكتشاف النظام في الطبيعة بل وضع النظام فيها⁷³²، وهذا الأمر قد تنبأ به (Rusel)؛ حيث قال في كتابه: "...ومن المحتمل أن تؤثر علوم الحياة على حياة الإنسان من خلال علم الوراثة، فقد قام الإنسان بدون تقنية علمية بتغيير سلالات الماشية والنباتات الغذائية بدرجة كبيرة من حيث نفعها له. ويمكننا الافتراض سيغيرها بدرجة أكبر وأسرع باستخدام علم الجينات الوراثية.."⁷³³.

إن طبيعة الحقيقة العلمية الحساسة لا يمكن أن تكون لنا حاجزا يعيقنا؛ لأن اعتمادها كوسيط للوصول إلى الحقيقة المعترية قضاء أصبحت أمراً واجباً باعتبارها حقيقة وظيفية في إطار مبدأ الاحتياط والشرعية. فبعد أن أفادتنا في معرفة النسب في حالة جهالته، أو في حالة الكوارث أو في حالة اختلاط الأطفال في المستشفيات، والفقدان، وبعد أن تبين أنّ الأهلية بجميع عناصرها كما وضعها الفقهاء من خلال كتاباتهم في هذا الشأن قد تطابقت بشكل بديع مع الحقائق العلمية سواء في مجال علم النفس أو في مجال علم الأعصاب، فهي الآن قد تفيدنا في مسائل شكّلت فيما مضى من الأزمان إشكاليات أحاطت بها فرضيات دو تأكيدها رغم أهميتها وارتباطها بمسائل من النظام العام في الأحوال الشخصية. فاليوم على سبيل التمثيل لا الحصر يمكن تحديد جنس أيّ إنسان بوساطة تقنية (P.C.R)، وهو الأمر الذي يضع حلاً لمشاكل طالما شكّلت عقداً فقهية، خاصة ما تعلّق منها بالجنس⁷³⁴، الذي يمكن حلّ إشكاله بمجرد

⁷²⁹ الهمامي (محمد)، مرجع سابق.

⁷³⁰ Shapin (S.), *Ibid*.

⁷³¹ راسل (برتراند)، أثر العلم في المجتمع، ترجمة الدمولوجي (صباح)، ط1، بيروت، المنظمة العربية للترجمة، 2008، ص114.

⁷³² Shapin (S.), *Ibid*.

⁷³³ راسل (برتراند)، المرجع نفسه، ص51.

⁷³⁴ هو شخص مشتبّه في أمره، لعدم التأكّد من جنسه، على اعتبار وجود الذكر والفرج معاً، أو على اعتبار انعدامهما، وهذا الأمر يخلق مشكلة إرثية. فإن ظهر أنه ذكر كان ميراثه على أساس أنه ذكر، وإن كان قد ظهر أنه أنثى كان ميراثه على أساس ذلك، وهذا هو

أخذ عيّنة من دمه من أجل تحديد النمط الجيني للكروموزومات، الذي يمكن أن يكون محتويًا على (Y) كروموزوم فهو في هذه الحالة ذكر، وإلا فهو أنثى، على اعتبار أنّ الكروموزوم (Y) هو العامل المختصّ في تحديد الذكورة في الإنسان، فالصيغة الصبغية للخنثى إمّا أن تكون (XX) وإمّا أن تكون (XY) وإمّا أن تكون مضطربة من خلّية إلى أخرى، بحيث تكون الصيغة الصبغية في بعض الخلايا من صنف (XX) وتكون في البعض الآخر من صنف (XY). ولقد أصبح اللجوء القضائي إلى الاستعانة بالبصمة الوراثية من أجل القيام بعملية المقصود منها تثبيت جنس الخنثى على أسس معتبرة علميًا دقيقة وثابتة أمرًا لا مفرّ منه بشرط رفع الدّعوى بشأن ذلك من طرف الثّيابة العامة على أساس مخالفة النظام العام بالغًا كان الإنسان أو طفلًا. فيمكن تحديد طبيعة جنس الخنثى بفحص النمط الجيني للكروموزومات الجنسية، ولا يكون لائقًا أن تترك المسألة في دائرة اختيار الخنثى ذاته، خاصّة إذا كان كبيرًا؛ على أساس أنّ المسألة لها ارتباطات بجوانب شرعية وأخلاقية، فإذا كانت هذه الكروموزومات من النوع (XX) فلا يكون إلاّ أنثى حتّى ولو كان مظهره يوحي بأنّه ذكر، أمّا إذا كانت من النوع (Y) فلا يكون إلاّ ذكرًا حتّى ولو كان مظهره يوحي بأنّه أنثى⁷³⁵. ولهذا المسألة أهمّية جليّة تكمن في الأساس في ضرورة التحاق الخنثى بأحد الجنسين حتّى يمكن أن يكون محلاً للأحكام المتعلّقة بذلك الجنس. فمن المعلوم أنّ هناك تباينًا بين المرأة والرجل في: الميراث والنكاح والشهادة والمعاملات المالية والولاية، وغير ذلك من المسائل الفقهية والشرعية. وفي منظور المختصّين في المجال البيولوجي، فإنّ هذه المسألة لا يحكمها ضابط علميّ دقيق تسهل بناء عليه عمليّة التقريب لأحد نمطي الخنثى إلى أحد الجنسين، الذّكر أو الأنثى؛ بحيث ثبت بناءً على دراسات طبّية دقيقة أنّ الصيغة الصبغية لبعض النّساء تكون من صنف (YX) مع ضمور الصبغي (Y) الأمر الذي يجعله بلا عمل، كما أنّ بعض الذّكور يولدون بصيغة صبغية من صنف (YX)، مع وجود نسختين من جين (داكس) على الصبغي

تحديدًا الخنثى غير المشكل (الكاذبة)، فهو الذي تظهر عليه علامات وأمارات ظاهرة تجعله تسهّل عمليّة إلحاقه بأحد الجنسين فيكون محلاً شرعاً لأحكام هذا الجنس. فإذا لم تظهر أيّ علامة مبيّنة لطبيعة الجنس، أو كان ظهورها بصفة التعارض نكون عندها أمام خنثى مشكل (الحقيقي) الذي لا تظهر عليه أيّ علامات أو أمارات شكلية تسهّل من عمليّة إلحاقه بأحد الجنسين، فيأخذ المتوسّط بين نصبي الذّكر والأنثى في الميراث عند الإمام مالك، أو يفرض له على أساس أنّه أنثى ثمّ على أساس أنّه أنثى لكي يعامل بأسوأ الفرضين عند الإمام أبي حنيفة، وإذا كان في ظهور حاله وطبيعة جنسه ممكناً يعامل مع الورثة بالأقلّ، وتتمّ عملية إيقاف الباقي، وإن لم يكن ذلك ممكناً يأخذ المتوسّط بين نصبي الذّكر والأنثى عند الإمام أحمد، وهو الرّأي الأرجح. انظر في ذلك: الجندي (إبراهيم)، الحصيني (حسين)، تطبيقات تقنية البصمة الوراثية D.N.A. في التّحقيق والطب الشرعي، ط1، الرياض، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 2002، ص145-146.

⁷³⁵ الجندي (إبراهيم)، الحصيني (حسين)، المرجع نفسه، ص145-146.

(X) تجعلها تنمو لإنات حقيقيات؛ فائنين من جين (داكس) على الصبغى (X) الذي يعطي للأنتى أنوثتها يسودان على جين سراي المحمول على الصبغى (Y)، والذي يمنح للرجل رجولته⁷³⁶.

والفرق بين الحقيقة العلمية والحقيقة القضائية مسألة ظاهرة من خلال التفريق بين طريقيهما الأساسيين: الإثبات العلمي والإثبات القضائي، رغم اتفاقهما في اعتمادهما على مجهود إنساني عقلي يهدف إلى التحقق من واقعة غير معروفة أو متنازع فيها عن طريق مجموعة متناسقة من الوقائع المعروفة. والفرق بين الطريقتين قد نلاحظه على مستوى الأشخاص أو على مستوى المكان أو على مستوى الوسيلة أو النتيجة.

فمن حيث الأشخاص، فإن عبء الإثبات القضائي يقع تحديدا على كاهل الخصوم أنفسهم، دون مشاركة شخص آخر لهم في ذلك، حتى ولو كان القاضي نفسه، الذي يكون موقفه محايدا في النزاع، باستثناء الإثبات الجنائي الذي يلعب فيه القاضي دورا إيجابيا⁷³⁷. في مقابل ذلك، نجد الإثبات العلمي على غير هذا المنطق؛ إذ من الجائز أن يقوم به أي شخص تتوفر له وسائل البحث العلمي. أما من حيث المكان، فالإثبات القضائي لا تكون له قيمة معتبرة إلا إذا كان في مجلس القضاء، أما الإثبات العلمي فيمكن أن يقوم صحيحا في أي مكان دون تقيده إجرائيا بمكان محدد. أما ما تعلق بالوسائل، فالإثبات القضائي يقوم على طرق حددها القانون تحديدا قويا في مجال المنازعات المدنية، كالكتابة أو البيّنة أو الإقرار واليمين، وغيرها، في مقابل ذلك نجد الإثبات العلمي غير مقيد بشيء من هذا؛ لأنه يعتمد على كل الوسائل العلمية المعروفة، من مشاهدة وتجربة معمليّة وأدوات تقنية. أما إذا ما تعلق الأمر بالنتائج، فإن ما يثبت أمام القضاء يعتبر حقيقة قضائية لا تقبل إثبات العكس، كما لا يمكن إثارته أمام القضاء مرة أخرى طبقا لمبدأ حجّية الشيء المقضي به، وعملا على استقرار المعاملات⁷³⁸.

⁷³⁶ اللودعمي (تمام)، الجينات البشرية وتطبيقاتها، ط1، فرجينيا (الولايات المتحدة الأمريكية)، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 2011، ص247-248.

⁷³⁷ إن حرية الإثبات تعدّ من الخصائص الجوهرية التي تميّز الإثبات في المسائل الجنائية عنه في المسائل المدنية؛ لأنّ الإثبات الجنائي ينصبّ على مسائل مادية ومسائل نفسية. ولهذا كان القاضي الجنائي حزا في الاستعانة بكافة طرق الإثبات الممكنة من أجل البحث عن الحقيقة والكشف عنها، فلا يجوز له أن يقنع بفحص ما قدّمه الأطراف من أدلّة، فله بناء على ذلك أن ينتقل إلى محلّ الواقعة، وأن يأخذ أقوال المتهم بل حتى استجوابه، وأن يستدعي الشهود، أو يندب الخبراء، كما له كلّ الحرّية في استكمال التحقيق إن كانت عناصر الإثبات غير كافية أو غير مقنعة. كما يقع عليه التحقق بنفسه من عدم وجود أدلّة براءة ظاهرة، فهو يحكم من تلقاء نفسه بالبراءة، إذا تبين له أنّ المتهم كان في حالة دفاع شرعي، أو توافر سبب من الأسباب التي تحول دون الإدانة. كما له الحرّية في تقدير عناصر الإثبات التي تشكّل مصدر اقتناعه، بشرط أن يكون التقدير منطقيا مسببا. انظر لمزيد من التفصيل في التفريق بين الإثبات المدني والإثبات الجنائي: الشواربي (عبد الحميد)، الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقه - النظرية والتطبيق -، د.ط، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1996، ص14-15.

⁷³⁸ تناغو (سمير)، أحكام الالتزام والإثبات، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2005، ص5-6.

المطلب الثاني: أثر الحقيقة العلمية في البحث عن الحقيقة القضائية

إنّ كون الحقيقة العلمية وسيطا للقاضي في بحثه عن الحقيقة مسألة واضحة، من حيث علم القاضي أو من حيث لم يعلم. فافتراض نسب الولد بقريته ولادته لستّة أشهر وهي أقلّ مدّة الحمل للدليل على ذلك، وهي مسألة لها أساس من علوم البيولوجيا. وقد اتّفق عليها العلماء من قبل مؤسّسين ما ذهبوا عليه على آيتين،

الأولى منهما: (﴿...﴾)

﴿...﴾
﴿...﴾
﴿...﴾

(⁷³⁹، والثانية: (﴿...﴾)

﴿...﴾
﴿...﴾
﴿...﴾⁷⁴⁰، وفي

معنى الآية الثانية قوله تعالى: (﴿...﴾)

﴿...﴾
﴿...﴾
﴿...﴾

﴿...﴾⁷⁴¹. فدلّ المجموع

على أنّ مدّة الحمل وحدها ستّة أشهر، ولا يعقل أن تكون ستّة أشهر هي أقصى مدّة الحمل؛ لأنّه يخالف المشهور والمعتاد من أحوال النساء⁷⁴². وقد قال ابن العربي في تفسيره: (قال علي بن أبي طالب -رضي الله عنه-: (أقلّ الحمل ستّة أشهر.. فإذا أسقطت حولين من ثلاثين شهرا بقيت منه ستّة أشهر، وهي مدّة الحمل)، وهذا من بديع الاستنباط)⁷⁴³، وهذا لبّ ما وصلت إليه علوم البيولوجيا بعد ذلك. وبذلك كانت لل قضاء الجزائي وفتات، حيث حكم وفق هذا المبدأ فمن المقرّر قانونا في منظورها أنّ أقلّ مدّة الحمل ستّة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، واعتبرت المحكمة العليا الحكم بخلاف ذلك يعدّ خرقا للقانون، وتحديد المادة

⁷³⁹ سورة الأحقاف، آية: 15.

⁷⁴⁰ سورة لقمان، آية: 14.

⁷⁴¹ سورة البقرة، آية: 233.

⁷⁴² عبد الحميد (محمد محي الدين)، الأحوال الشخصيّة في الشريعة الإسلامية، د.ط، بيروت، المكتبة العلمية، 2003، ص370.

⁷⁴³ ابن العربي (أبو بكر محمد)، أحكام القرآن، تحقيق علي محمد الجاوي، ج1، د.ط، دار الفكر، د.ت، ص202.

(42) من قانون الأسرة⁷⁴⁴. كما قضت المحكمة العليا بأنّ الخبرة التي أمر بها قضاة الموضوع كانت مخالفة للشرع والقانون، على أساس أنّ الولد قد ولد لأكثر من ستّة أشهر، والأمر كذلك لا حديث عن الأوزان؛ فمن غير المعقول أنّ مسألة الأنساب تخضع للأوزان، فأقلّ مدّة الحمل هي ستّة أشهر طبقاً للمادة (42) من قانون الأسرة، والولد ينسب لأبيه متى كان الزّواج شرعياً وأمكن الاتّصال ولم ينفه بالطّرق المشروعة (اللّعان) خلال المدّة التي استقرّ عليها اجتهاد المحكمة العليا التي هي ثمانية أيّام⁷⁴⁵. وبعد أن كانت المحكمة العليا تعتبر جعل الحقيقة العلمية وسيطا للوصول إلى الحقيقة القضائية ضرباً من ضروب تجاوز السّلطة⁷⁴⁶، أصبحت الآن بعد تعديل قانون الأسرة خاصّة منه المادة (40) على غير ذلك المسلك، إلّا أنّ اعتمادها على الحقيقة العلمية مشروط بعدم السّبق في الفصل في القضية، إذا كان اعتمادها قد يؤدّي إلى نفي النّسب بعد ثبوته بعدم قبول دعوى الملاعنة لورودها خارج الأجل الشرعي، فرفع دعوى اللّعان يحول دون التّدريج بالطّرق العلمية لإثبات النّسب⁷⁴⁷. وفي الحقيقة، لا يمكن أن نجد في مواضيع الأحوال الشخصية

⁷⁴⁴ انظر: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 57756، المؤرخ في 1990/01/22، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 2، ص(77-81).

⁷⁴⁵ انظر: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 172379، المؤرخ في 1997/10/28، نشرة القضاة لسنة 1999، العدد 54، ص(103-106). فالمطالبة بنفي النّسب أو اللّعان بعد مرور أكثر من أربعة عشر شهراً على ميلاد الطّفلة، وبعد أن طالبت أمّها المطعون ضدها إسناد حضانتها وتخصيص نفقة غذائية يعارض مع جاء في الشّريعة الإسلامية وبالتّالي يكون غير مقبول قانوناً؛ حيث أنّ طلب اللّعان مقرون بفترة قصيرة بعد العلم بالحمل أو بالوضع، إذا لم يقدّم خلالها الطّلب يعدّ بعد ذلك باطلاً غير معتدّ به. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 121026، المؤرخ في 1995/09/26، نشرة القضاة لسنة 1999، العدد 55، ص(168-170). ومدّة اللّعان حسب استقرار اجتهاد المحكمة العليا أسبوع من يوم رؤية الزّنا أو العلم بالحمل. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 296020، المؤرخ في 2002/12/25، المجلة القضائية لسنة 2004، العدد 1، ص(282-285).

⁷⁴⁶ إنّ إثبات النّسب في نظر المحكمة العليا قبل تعديل قانون الأسرة حدّدت طرائقه المادة (40) منه، ولم يكن من ضمنها تحليل الدم الذي اعتمده قضاة الموضوع خلال بحثهم عن الحقيقة وتحديد نسب الأولاد، فكان ذلك دليلاً في منظور قضاة المحكمة العليا على تجاوزهم لسלטتهم التي هي الحكم واستعمالهم سلطة ليست لهم وهي التشريع، الأمر الذي تعيّن معه نقض القرار المطعون فيه مع إحالته إلى المجلس نفسه.. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 222674، المؤرخ في 1999/06/15، المجلة القضائية لسنة 1999، العدد 1، ص(126-130).

⁷⁴⁷ لما قضى مجلس قضاء المسيلة في 2006/10/02 بإلغاء الحكم المستأنف الذي صدر من محكمة سطيف في 2003/02/01، مع القضاء من جديد بعدم قبول دعوى الملاعنة بسبب رفعها خارج الأجل الشرعي، وبعد الطّعن بالنّقض في القرار رفض من طرف المحكمة العليا في 2008/07/16، مؤيّدة في ذلك ما ذهب إلى اعتماده قضاة الموضوع على مستوى المجلس القضائي. ولما أعاد المطعون ضده رفع الدّعوى من جديد مؤسّسة هذه المرّة على المادة (40) في صياغتها الجديدة، كان ردّ المحكمة العليا: (وحيث أنّه ما دام المطعون ضده قد التّجأ إلى دعوى اللّعان فلا يجوز له التّدريج باتّباع أحكام المادة (40) من قانون الأسرة في صياغتها الجديدة.. حيث إنّّه بذلك يتعيّن أن يمتدّ القرار المطعون فيه إلى الحكم المستأنف الذي عيّن الخبيرين وغفل عن مسألة سبق الفصل التي أثارها الطّاعنة على أن يكون النّقض بدون إحالة). انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 605592، المؤرخ في 2009/10/15، مجلة المحكمة العليا لسنة 2010، العدد 1، ص(245-250).

حيث يكون إعمال الحقائق العلمية البيولوجية في ذروته كموضوع النسب، ولهذا أردت أن أتحدث عن الحقيقة العلمية كوسيط للحقيقة القضائية من خلال هذا الموضوع.

فنظام تحليل الدم (ABO) الذي نتج عن حقائق علمية أكيدة يستعمل في نفي النسب دون إثباته؛ باعتباره يقينياً في مجال النفي، ظنياً في مجال الإثبات، فيمكن إنهاء القضية إيجابياً في حالة نفي النسب دون اللجوء إلى فحص الحمض النووي، أما إذا ما اتفقت الفصائل فلا يمكن أن يكون ذلك أساساً للإثبات، فكثير من الأشخاص من لهم الفصائل نفسها، في هذه الحالة تكون الحاجة ملحة للجوء إلى البصمة الوراثية، ففي حالة ادعاء رجل ذي فصيلة (O) نسب طفل فصيلته (AB)، أو ادعت امرأة ذلك لرجل فصيلته (O)، يستحيل في هذه الحالة أن يكون الرجل ذي الفصيلة (O) أباً لهذا الطفل، فتنتهي هذه القضية إيجابياً دون الحاجة للجوء إلى البصمة الوراثية⁷⁴⁸. أما إذا كان فصيلة الأب (O) وكانت فصيلة الأم (O) ونتج عن ذلك ابن فصيلته (O)، ويكون بذلك الابن قد أخذ خاصية والديه إلا أننا لا يمكن أن نجعل ذلك أساساً للإثبات لاحتمال أن نجد أشخاصاً كثيرين مدعى عليهم حاصلين على فصيلة دم (O). أما البصمة الوراثية فتعتبر أهم ما وصل إليه العلماء من حقائق علمية في مجال البيولوجيا، ولا يمكن وصفها إلا بوصف الخلية ابتداءً، فجسم الإنسان كجميع الكائنات الحية الأخرى نجده متشكلاً من آلاف المليارات من الخلايا، وتعد الخلية وحدة الكائن الحي، بل هي أصغر وحدة بنيوية ووظيفية فيه، تحليلها يظهر تشكّلها من نوعين من الجزئيات، جزئيات كبيرة يمكن حصرها في البروتينات، R.N.A، D.N.A، Polysaccharides، أما الجزئيات الصغيرة فيمكن أن تكون الأحماض الأمينية، النيوتيدات، السكريات البسيطة التي عن طريقها تتشكل الأبنية الجزئية الكبيرة⁷⁴⁹. وفيها تتم معظم العمليات الحيوية، التي تؤمن بقاء الكائن الحي. إلا أنّ الخلايا ليست على نمط واحد، بل هي على أنماط متعددة، كل نمط يشكل باجتماع خلاياه نسيجاً محدداً، عظماً أو عضلياً، أو غير ذلك، والتي تشكل باجتماعها الأعضاء كالقلب والرئة والمعدة، واجتماع هذه الأخيرة يشكل الأجهزة، كجهاز التنفس، والجهاز البولي، والجهاز الماضغ، والجهاز العصبي، ويتشكل جسد الإنسان من هذه الأجهزة مجتمعة⁷⁵⁰. ونواة الخلية هي العنصر الجوهري فيها؛ لتمرکز معظم⁷⁵¹ الجينات التي تعتبر مركبات كيميائية مسؤولة عن نقل الصفات الوراثية من الآباء إلى

⁷⁴⁸ الجندي (ابراهيم)، مرجع سابق، ص134.

⁷⁴⁹ Bernard (J.), *op.cit.*, P.50-51.

⁷⁵⁰ اللودعمي، مرجع سابق، ص26.

⁷⁵¹ هناك جزء صغير من الجينات يتمركز في المتقدرات (الجسيمات الكوندرية Mitochondria). أما كريات الدم الحمراء ليس فيها جينات؛ إذ لا يوجد فيها نوى أصلاً، وخلايا الأعراس (نطفة، بويضة) فيها نصف كمية الجينات في الخلية الجسمية (العادية). انظر: اللودعمي، المرجع نفسه، ص27-28.

الأبناء⁷⁵²، فيها. تتشكّل من الأحماض النووية يرمز لها: (R.N.A و D.N.A) وهي المادة الأساس للجينات في جميع الكائنات الحية حتى الإنسان. وإذا ما أردنا أن نكون أكثر دقة في هذا المجال، فإنّ المكوّن الأساس للمادة الوراثية هو (D.N.A) أمّا (R.N.A) فهو مجرد شكل مرحليّ للمادة الوراثية، يتمثّل دوره الرئيس في عملية الترجمة وتشكيل البروتينات⁷⁵³، وهذه المادة موجودة داخل نواة كلّ خلية بشرية منقسمة إلى ستة وأربعين جزءاً، أو بتعبير آخر ثلاثة وعشرون شفعاً، غير متساو، ويسمّى كلّ واحد منها صبغياً⁷⁵⁴، كلّ

⁷⁵² إنّ عملية انتقال الصفات من الآباء إلى محكومة وفق قوانين الوراثة التي لم يتوصّل عليها التفكير العلمي إلاّ في أواخر القرن التاسع عشر، حيث كانت التجارب الأولى قد أجريت من طرف (G.J.Mendel) على نبات البازلاء الذي تمكّن من خلال ذلك من إثبات توارث الصفات، وكان ذلك في الفترة من 1865 إلى 1869، وخلاصة ما توصّل إليه حسب، أنّ الصفات الوراثية تنتقل بواسطة مجموعة من العوامل الدقيقة في حجمها، وهي التي عرفت فيما بعد باسم: (المورثات) أو (Gènes). وظلّت هذه المورثات لوقت طويل رموزاً تفسّر على أساسها عمليات التنوع في الخلق إلى أن جاء (Th.H.Morgan) في أوائل القرن العشرين، أي من 1912 إلى 1926 ليثبت أنّ حقيقة المورثات تتمثّل في أنّها أجزاء توجد في جسيمات خيطية متناهية في دقة الحجم، تتمركز وتتجمّع داخل نواة الخلية الحية اسمها (الصبغيات)، ومن خلال قيامه بدراسة هذه الأجزاء الصغيرة اكتشف (Morgan) الصبغيات المختصّة بالكاثار، ومن ثمّة اقترح فكرة في المجال مفادها التخطيط الوراثي للكائنات الحية. انظر في ذلك: النجار (زغلول)، الإنسان من الميلاد إلى البعث في القرآن الكريم، ط2، بيروت، دار المعرفة، 2008، ص278-279، وكذلك: ص298 من الكتاب نفسه.

⁷⁵³ الحمض الريبي منزوع الأكسجين يحوي مجموع المعلومة الوراثية، التي تنسخ أولاً على الأحماض الرئيسية التكلودية الرسول (mRNA) قبل أن تترجم إلى بروتينات بواسطة الفعل المقترن (المرافق) للأحماض الرئيسية النيوكليوتيدية الناقلة (tRNA) والأحماض الرئيسية النيوكليوتيدية Ribosomique (rRNA). (mRNA) و (tRNA) و (rRNA) تمثّل مجموع التاسخ (Transcriptome). زيادة على ذلك، (D.N.A.) قابل لنسخ نفسه ونقله دون تغيير وأحياناً متغيّر وأحياناً Recombiné، من الخلية الأم إلى الخلايا البنات.

	<u>Transcription</u>		<u>Traduction</u>	
D.N.A		R.N.A		Protéines
Génome		Transcriptome		Protéome
Information génétique				
Téléonomie				

Weinman (S.), *op.cit.*, P.2.

⁷⁵⁴ في سنة (1884) تقريباً أي في مرحلة ما بعد وفاة (Mendel) تمكّن باحثون مسلّحون بوسائل بصرية أكثر تطوّراً من دراسة البنية الدقيقة (الميكروسكوبية) للخلايا، فابتكروا اصطلاح (الكروموزوم) أي الصبغيات من أجل وصف الكائنات الطويلة المتواجدة على شكل خيوط كانوا قد لاحظوها داخل نواة الخلية. فلم يتمكّن العلماء من معرفة شكل الكروموزومات إلاّ بعد أن تمكّنوا من صباغتها ومشاهدتها تحت المجهر، وعلى هذا الأساس أطلق عليها اسم: (الصبغيات). ولا يمكن مشاهدتها إلاّ أثناء الانقسام الخلوي الذي يحصل بعد التوائها) leur réplication عن طريق المجهر الإلكتروني. وتواصلت الأبحاث بعد ذلك، إلى أن تمكّن طالب في الطبّ في جامعة كولومبيا (Walter Sutton) في عام 1902 من ملاحظة التقاط المشتركة بين الكروموزومات وبين العوامل النوعية التي اكتشفها (Mendel). ولقد وصل (Théodor Boveri) إلى النتيجة نفسها دون أن تكون لأبحاثه علاقة بأبحاث (Sutton)، وهكذا كانت نظرية (Boveri-Sutton) للوراثة الكروموزومية (الصبغية) إيذاناً ببداية الثورة البيولوجية. -V.Watson (J.), *Ibid*, P.26.

27.

Winter (P.C.), Hickey (G.I.), Fletcher (H.L.), *L'essentiel en génétique*, Berti éd.-Port royal livres, 2000, Paris, P.73. V.aussi : V. Watson (J.), avec Berry (A.), *A.D.N., le secret de la vie*, Odile Jacob Sciences, octobre, 2003, Paris, P.25.

صبغي منها يحمل بضعة آلاف من المورثات المسؤولة عن نقل الصفات من الآباء إلى الأبناء⁷⁵⁵، وذراعا الكروموزوم تحويان المعلومات الجينية نفسها، وفي مرحلة الانقسام الخلوي تتوزع المعلومة الجينية في الخليتين الفرعيتين⁷⁵⁶. أضف إلى ذلك، فإن كل مورثة منها يتموقع بداخلها ثلاثون ألفاً من النيوكليوتيدات. تتموقع في كل نيوتيد من النيوتيدات المتواجدة في المورثات (قاعدة آزوتية) متغيرة على شكل اتحاد مع (سكر خماسي) و(حمض فوسفور) ثابتان في كل النيوتيدات. علماً أن القواعد الأزوتية تعد أصغر عنصر تتألف منه المادة الوراثية يصل عددها إلى 3.2 مليار قاعدة على أربعة أنواع مرموزة بالأحرف (C.G.T.A)⁷⁵⁷. كل صبغي يشكّل تتابعا غير منتظم لشريط مزدوج على شكل سلّم طويل⁷⁵⁸ من النيوتيدات المركبة من الأحرف المذكورة آنفاً، ذو شكل حلزوني أو لولي (*double helice*)⁷⁵⁹، يمثّل في مجمله المادة الوراثية داخل الخلية الواحدة⁷⁶⁰، يختلف من شخص لآخر، وهو ما يعبر عنه علماء الجينات الخريطة الوراثية أو البصمة

⁷⁵⁵ لقد أثبت (Mendel) أن هناك عوامل نوعية وهي التي نسميها اليوم (جينات) تنتقل من الآباء إلى الأبناء، كما اكتشف بأن هذه العوامل تظهر في شكل أزواج، وأن الفروع تتلقى واحداً من الأب وواحداً من الأم. انظر في ذلك: Watson (J.), avec Berry (A.), *A.D.N., le secret de la vie*, Odile Jacob Sciences, octobre, 2003, Paris, P.25.

⁷⁵⁶ وهذا ما لاحظته (Denis Michel) و (Eric Le cam) اللذان يعملان في مختبر C.N.R.S. للمنظار الجزيئي والخلوي (*Microscopie moléculaire et cellulaire*)، في معهد (Gustave Rousey) بـ (Villejuif). وقد حضرت النماذج في مختبر (Bernard Dutrillaux) في معهد (Curie). انظر في ذلك:

Michel (D.), Le cam (E.), *L'A.D.N au microscope, pour la science*, n°:272, juin, 2000, P.(110-111).
⁷⁵⁷ لم يكن وصول العلماء إلى أنّ (A.D.N.) إنما هو جزيعة طويلة تحتوي على أربع قواعد كيميائية إلا في عام 1930، وهي: (A) Adénine، (G) La Guénine، (T) La Thénine، (C) La Cytosine. انظر في ذلك:

Watson (J.), *op.cit.*, P.28.

⁷⁵⁸ إنّ الطول الفعلي لهذه السلسلة في الخلية الواحدة يصل إلى عشرة أمتار، ويصل إلى مائة مليار كم لكامل جسم الإنسان؛ بحيث إذا ما أراد أحدنا أن يكتب هذه الأحرف جميعها على سطر واحد ولكل خلايا جسم الإنسان عليه أن يعلم بأنه سينتج لديه حينئذ سطر طوله عشرون ضعفاً للمسافة بين الأرض والشمس. وهناك معلومة أخرى تقول بأن طول الشريط الوراثي لكل خلية بشرية 2.4 متر، ويتجميع أطوال كل أشرطة (D.N.A.) الخلايا البشرية يكون الحاصل 144 مليار كيلومتر، وهو يساوي 12 مرة قدر المسافة بين الأرض والشمس. انظر في ذلك: Winter (P.C.), Hickey (G.I.), Fletcher (H.L.), *op.cit.* p.1.

⁷⁵⁹ (A.D.N.) يتشكّل من هيكلين من جزيئات الفوسفات والسكر، وبينهما أزواج من القواعد المكتملة (A و T، G و C) مقترنة بروابط ضعيفة. البنية الطبيعية له تكون على شكل B الذي يلتف في شكل حلزون مزدوج أيمن، قطر الالتفاف يصل إلى حوالي 2 نانومتر، والدورة الحلزونية الكاملة تقدر بحوالي 3.5 نانومتر أي عشرات الأزواج من القواعد. في هذه الأوضاع الخاصة يمكن أن يتبنى بنية حلزونية مزدوجة يسرية تسمى Z. وعندما اكتشف جامس واطسن وفرنسيس كريك هذه البنية يكونان بذلك قد وضعوا أسس البيولوجيا المعاصرة؛ فمنذ ذلك الحين بدأ آلاف البيولوجيين يحلون رموز الجينات غير المعدودة ولا المحصورة التي عن طريقها تتحكم الجينات المحمولة على (A.D.N.) في طريقة وتطور سير الكائن.

V.Seeman (N.), *Nanoconstructions en A.D.N, pour la science*, n°:321, juillet, 2004, P.(46-

53).

⁷⁶⁰ يطلق علماء الجينات على مجموع المادة الوراثية الموجودة في الخلية الواحدة للإنسان اسم الجينوم البشري.

الوراثية، فلكل شخص بصمته الوراثية⁷⁶¹. والتركيب الكيميائي للحمض النووي الذي تكتب به الشيفرة الوراثية هو نفسه في البشر جميعهم بنسبة 99.9%⁷⁶²، ومن قدرة الله تعالى أن تكون لكل فرد من أفراد البشر بصمة وراثية مميزة له عن غيره من الفارق في تركيب الحمض النووي الذي لا يتعدى 0.1%، وهذا ما يفسر وحدانية الأصل بالنسبة لكل البشر⁷⁶³. ومن قدرة الله العظيمة أن جعل هذه الشيفرة في معظم خلاياه، محمولة على (46) صبغي تحديدا وظيفتها تحديد نوع الإنسان⁷⁶⁴، وجعل سبحانه أنوية الخلايا

⁷⁶¹ ظهر هذا المصطلح عام 1984؛ حيث قام د. Avery. عالم الوراثة الإنجليزي بجامعة (ليستر) بلندن بنشر مقال علمي مبينا فيه بوضوح أن المادة الوراثية قد تعيد نفسها متكررة عدّة مرّات في تتابع عشوائي غير مفهوم، متوصّلا بعد بحث متعمّق في المسألة إلى أن هذه التتابعات متباينة ومختلفة تماما بين الأفراد في الطول والحجم والموقع، فلا يمكن أن تشابه بين إثنين باستثناء حالة التوائم المتماثلة؛ بحيث يكون احتمال تشابه بين اثنين في بصمتهما واحد في التريلون؛ الأمر الذي يكون معه التشابه مستحيلا؛ بالنظر إلى عدد سكّان الأرض الحالي (سبع مليارات). قام د. Avery بعدها بتسجيل براءة اكتشافه مطلقا على التتابعات التي لاحظها خلال أبحاثه اسم: (البصمة الوراثية)، وعرفت بعدها بأنّها أقوى تقنية تمكّن الإنسان من التعرّف على الشخص بمقارنة مقاطع (D.N.A). انظر في ذلك: عبد الدائم (حسني)، البصمة الوراثية ومدى حجّتها في الإثبات، د.ط، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2009، ص72-73.

⁷⁶² الحمض النووي (D.N.A) جزيئة طولها أعلى من المتر، يوجد داخل التواة التي يقدر قطرها بـ: (10) ميكرومتر ما يقابل 0.00000001 متر. وهو مركّب كيميائي شديد التعقيد، ينتهي إلى حمض الفوسفوريك وإلى عدد من السكريات والقواعد التروجينية في حالة تكسره كيميائيا. أو هو مركّب كيميائي يشكّل بالتكثيف، يحوي سلاسل بسيطة الجزيئات تدعى (النيوكليوتيدات) كل واحد منها يحوي واحد من السكر، قاعدة آزوتية، ومجموعة فوسفاتية، وهناك أربعة أنواع من القواعد: الأدينين والغوانين متغايرا الحلقة بالنسبة للكربون والأزوت، فهما قاعدتان صافيتان. أما الثيمين والسيتوزين وهما قاعدتان Pyrimidiques. وهذه القواعد مرتبطة مع الحمض الربّي منزوع الأكسجين عن طريق كربونه. وتمثّل كلّ مجموعة من هذه القواعد جينا من المائة ألف من الجينات الموجودة في الإنسان، وكلّ جين يحمل سمة مميزة فقد يكون لون العين أو الشعر أو الطول، وهكذا تبعا. كما يمكن أن يعرف بأنه: سلسلة ناتجة عن تكثيف النيوتيدات ثلاثية الفوسفات الحاملة لأربعة أنواع من القواعد. انظر في ذلك: Michel (D.), Le cam (E.), *op.cit.*, P.(110-111)

⁷⁶³ النجار (زغلول)، الإنسان من الميلاد إلى البعث في القرآن الكريم، مرجع سابق، ص298-299.

⁷⁶⁴ ومن أعظم ما قام به العلماء وهم يجرون تجاربهم على الكروموزومات أن قاموا بتقييمها تبعا لأحجامها وأشكالها من (1) إلى (22)، أما الحرفين (X) و(Y) للكروموزومات الجنسية. لاحظ العلماء أنّ هناك نسختان متماثلتان لكل كروموزوم من (1) إلى (22)، أحدهما من الذكر والآخر من الأنثى، كما لا حظوا أنّ كلّ كروموزوم يحمل عددا محددا من الجينات من حيث الكم ومن حيث الكيف. وكلّ جين يتموقع على مكان محدّد منه، يقوم بوظيفته المنوطة به والمتعلّقة بنقل الصفات الوراثية المختصة بالوظائف الجسمية فقط، أما الكروموزوم (X,Y) فيختصّان بتحديد الجنس (ذكر كان أو أنثى). ومن المعلوم أنّ الرّجل هو المسؤول عن تحديد جنس المولود. فإذا علمنا أنّ الجنين يتشكّل من اتحاد النطفة (التي تحوي 23 صبغي منها 22 جسمي إضافة إلى صبغي جنسي واحد هو المسؤول عن تحديد جنس الجنين) والبويضة (التي تحوي كذلك على 23 صبغي منها 22 جسمي إضافة كذلك إلى صبغي جنسي واحد هو المسؤول عن تحديد جنس الجنين). والصبغي الجنسي في البويضة يكون من نوع معيّن مرموز له بـ: (X)، أما الصبغي الجنسي في النطفة قد يكون من نوع (X) أو من نوع (Y). فإذا ما تمّ تلقيح البويضة من طرف نطفة ذات الصبغي الجنسي من نوع (X) يكون المولود عندئذ أنثى، أما إذا لقيحت من طرف نطفة ذات صبغي جنسي من نوع (Y) يكون المولود ذكرا. فالخلايا الجسمية للأنتى تتضمّن (44) صبغي جسمي وصبغيين جنسيين من نوع (XX)، في حين أنّ الخلايا الجسمية للذكر تتضمّن (44) صبغي جسمي وصبغيين جنسيين من نوع (XY). وما يهمّ من التعرّف على علاقة الجينات بتحديد جنس الإنسان هو: (أ) أهمية الفحوص الجينية في تحديد جنس الإنسان، (ب) معرفة أثر الجنس

الجسمية، أي التي يبني منها الجسد، تحمل عدد الصبغيات كاملاً (46 صبغية)، كما شاءت إرادة الله الحكيمة وقدرته العظيمة أن تحمل خلايا التكاثر أو التطف (الحيامن)⁷⁶⁵، والبويضات نصف عدد الصبغيات (23 صبغية) في كل خلية تكاثرية⁷⁶⁶، بحيث في حالة اتحادها وتتمام عملية الإخصاب أثناء عملية التكاثر يتشكل (الزيجوت) أي البيضة الملقحة، فيتم اجتماع الصبغيات من كلتا الخليتين الجنسيين ليكون عددها مكتملاً (46 صبغية)، نصفها من الأب والنصف الآخر من الأم وهو العدد المحدد للنوع الإنساني بعد خضوع البيضة الملقحة لعدد من الانقسامات⁷⁶⁷، فتكون بعد ذلك صفات المولود راجعة في الشبه إلى الأب أو الأم، أو لكليهما أو لأحد الأقارب من جهة الأب أو من جهة الأم، إلا أن الخلاصة تكمن في أن نصف صبغيات المولود مطابق لصبغيات الأب والنصف الآخر مطابق لصبغيات الأم، وفي هذا السياق تمكن طب المورثات نتيجة التحليل الوراثي من تأكيد نسبة الولد لأحد والديه أو نفيه عنه بشكل شبه يقيني يقترّب من 100%⁷⁶⁸. ومن خلال ما سبق أصبحت البصمة الوراثية أدق وسيلة في مجال تحديد الهويات، وإثبات أو نفي الأبوة والبنوة البيولوجيتين وكذا نفيهما، وذلك بتحليل عينة من الجسم أو سوائله، إما كان أو منياً، حتى ولو جفت، وجذور الشعر، فهي متميزة من شخص إلى آخر، باستثناء التوأمن المتطابقين⁷⁶⁹، وكل إنسان في تشكيل (A.D.N.) الخاص به يأخذ نصفه من أبيه والنصف الآخر يأخذه من أمه لهذا كانت نتائجها شبه قطعية، فلا تقل نسبة صحتها في تحديد هوية صاحبها عن 98% إذا ما أجريت وفق معايير علمية وضوابط دقيقة، حتى ولو كان ذلك من بعد وفاته وذلك بتحليل جزء من

في انتقال الصفات والأمراض الوراثية، (ج) الأعمال الطبية التي تهدف إلى التحكم في جنس الجنين. انظر في ذلك: اللوديمي، مرجع سابق، ص 38 وما بعدها.

⁷⁶⁵ خلال نشأة المي تكون الأجهزة المنوية للخلايا الجنسية الذكرية أكثر تراصاً: فالجينات الهستونية التي تتمحور حولها جزيئة (ADN) تترك مكانها للبروتامينات (Protamines) لكي تسمح هذه الأخيرة بتراص (ADN) وتجميد الأخطار والتحوّلات الفيزيائية المادية. والفضل في هذا التحوّل والانتقال (Transition) إلى جينة هستونية (Histone) تحمل اسم: (TH2B)، التي عرفت منذ سنة 1975، إلا أن دورها ظلّ مبهماً وغامضاً. ولكن بفضل فتران محوّر جينياً جرّدت من (TH2B) أو الحاملة لنسخة محوّل للجزيء. من خلال ذلك أظهر فريق (Emilie Montellier) بجامعة (Grenoble) بفرنسا أنّ هذه الجينة ضرورية لحلّول البروتامين محلّ الهيستون، ودورها لا يتوقّف عند هذا الحدّ: فبعد الإخصاب (التلقيح) داخل البويضة تشارك (TH2B) لإقلاّب الميكانيزم بمساعدة الهيستونات في الحلّول محلّ البروتامينات جاعلة بذلك (ADN) قابلاً للقراءة (lisible)، وهذا يعدّ من الاكتشافات المهمة بالنظر إلى هناك بعض أنواع العقم تنتج عن سوء رصّ (ADN). انظر في ذلك: L.C., *On sait comment les spermatozoides protègent son ADN*, Science et Vie, Octobre 2013, n°1153, P.16.

⁷⁶⁶ Winter (P.C.), Hickey (G.I.), Fletcher (H.L.), *op.cit.* P.73.

⁷⁶⁷ النجار (زغلول)، الإنسان من الميلاد إلى البعث، مرجع سابق، ص 185.

⁷⁶⁸ اللوديمي، مرجع سابق، ص 36-37.

⁷⁶⁹ Bernard (J.), *La bioéthique*, Dominos-Flammarion, 1994, P.52-53.

هيكله. أضف إلى ذلك، أنّ (A.D.N.) لا يتغيّر بسهولة بتأثير التلوثات البيئية والظروف السيئة فهو مقاوم لها، كما يمكن الاحتفاظ به في الكمبيوتر أو على الأفلام إلى أمد غير محدد⁷⁷⁰.

إنّ النّظر الإسلاميّ للعلم يقوم على نقاط جوهرية، أهمّها أنّ الله مصدر كلّ المعارف، وقد أعطى الحقّ للإنسان في أن يحصل معارفه عن طريق مصدرين، الأول تمثّل في المعرفة المرسولة له بوساطة الأنبياء، وهي حقيقة مطلقة، والمعرفة المتحصّلة عن طريق الإنسان باستخدام المؤهّلات العقلية، وهي الحقيقة الوظيفية، والحقيقة العلمية من هذا القبيل، فهي حقيقة وظيفية نسبية نصل بها إلى الحقيقة الأولى المطلقة⁷⁷¹. فبناء على هذا الاعتبار، فإنّ الشريعة الإسلامية من خلال تعاملها مع الحقائق العلمية لا ترفض من حيث المبدأ العمل بالبصمة الوراثية؛ باعتبارها وسيلة تخضع لقاعدة الوسائل لها أحكام المقاصد، "فبقدر ما تعظم المصلحة ويعظم حكمها، بقدر ما تعظم وسيلتها أو وسائلها، وبقدر ما تعظم المفسدة، يعظم كذلك أمر الوسيلة المفضية إليها، ويشدّد الشرع في منعها تشديده في تحريم مقصودها، وهو المفسدة"⁷⁷²، وكذلك إعمالاً للقاعدة الأصولية: (الأصل في الأشياء الإباحة)، والإجماع العملي للأمم، ومبدأي الاستصلاح وقياس الأولى⁷⁷³، فكلّ هذه القواعد والمبادئ تعضدها. ولقد ذهب أغلب العلماء المعاصرين إلى صحّة الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي وإثبات النسب والجرائم التي ليس فيها حدّ شرعي ولا قصاص باعتبارها من القرائن القطعية⁷⁷⁴. وما يؤكّد هذا الأمر ما ذكره ابن قيم الجوزية من قضاء علي بن أبي طالب - كرم الله وجهه -، ما يفيد اعتماده على قرائن قنّية تعتبر أساساً لفكرة القرائن العلمية الدقيقة، ومن ذلك: أنّ امرأة جاءت وعلى ثوبها وفخذها بلل، وقد احتالت لشاب من الأنصار كانت تحبّه ولم

⁷⁷⁰ الميمان (ناصر)، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مجلة الشريعة والقانون، العدد 18، يونيو 2003، ص(167-239).

⁷⁷¹ Garaudy (R.), *Pour un Islam du xx siècle, Charte de séville*, 1985, P.18 jusqu'à P.21., par : Aoul (M.T), *Islam et culture*, éd. Ben merabet, P.123-124.

⁷⁷² الريسوني، مرجع سابق، ص409.

⁷⁷³ الميمان (ناصر)، المرجع نفسه.

⁷⁷⁴ إنّ كون البصمة الوراثية من القرائن القطعية كانت محلّ خلاف بين الفقهاء، فمنهم من ذهب إلى أنّها قرينة قطعية بنسبة 100%، ومنهم عبد القادر الخياط من دولة الإمارات العربية المتحدة، وسعد الدين الهلالي ونصر فريد واصل مفتي الديار المصرية سابقاً، ومحي الدين القره داغي، والمستشار فؤاد عبد المنعم أما أصحاب القول الثاني فيرونها قرينة ظنية لأنّها لا تتفوّق على الأدلّة الشرعية؛ لأنّها عرضة للخطأ، وبالتالي فهي ليست من البيّنات المعتبرة شرعاً في إثبات النسب، بل هي قرينة تخضع لتقدير المحكمة، ومنهم: وهبة الزحيلي، عمر السبيل والذي قاسها على القافة، أحمد الكبيسي من دولة الإمارات، والقاضي وليد عاكوم من لبنان وقال هي قرينة واقعية بسيطة، والقاضي عبد الله عبد الواحد، والقاضي عمر محمد أبو سردانه، وأقرت هذا الكلام محكمة الاستئناف الاتحادية في الشارقة، ومحكمة التمييز بدولة الإمارات - إمارة دبي، ومحكمة التمييز بدولة الكويت. انظر في ذلك: الكعبي (خليفة)، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، ط1، عمّان (الأردن)، دار الفنائس، 2006، ص293-294.

يطاوعها، فادّعت أنّه غلبها على نفسها، وأنّ ما عليها من مائه، فأمر عليّ أن يصبّ على ثوبها ماء حارّ فتجمّد ما على ثوبها، وظهر أنّه بياض البيض⁷⁷⁵. وبناء على ذلك، ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى تأكيد هذا الجواز، كعمر سليمان الأشقر، ومحمد المختار السلامي، ود.عباس الباز، والهلالي⁷⁷⁶. إلّا أنّ البصمة الوراثية تعامل معاملة القيافة، بحسب ما ذهب إليه أكثر الفقهاء المعاصرين⁷⁷⁷؛ لأنّها ترقى إلى حجّيتها، فتظنّ بذلك أدلّة إثبات النسب ونفيه المقرّرة في الفقه الإسلامي والمقدّمة على القيافة مقدّمة أيضا على البصمة الوراثية. فتظنّ هذه الأدلّة (الفراش أو العلاقة الزوجية، البيّنة أو الشّهادة، الإقرار) أساسا في إثبات النسب، إن وجدت كلّها أو بعضها، فتثبت الأمومة بالولادة المشهودّة، أو المقرّ بها، كما تثبت الأبوة بالفراش الذي هو علاقة الزوجية، كما تثبت بالإقرار والبيّنة. فلا يجوز اللّجوء إلى البصمة الوراثية إلّا عند التنازع؛ لأنّه في هذه الحالة يحتكم إلى القيافة لحلّ النزاع، والبصمة الوراثية في حكم القيافة أو أولى. فلا يجوز بذلك أن تقدّم عند التعارض على الفراش، ولا على شهادة التّسامع، ولا على الشّاهدين، ولكن يجب أن تقدّم على القيافة، بل إنّ القيافة طريق بدائيّة بالنّسبة لهذا الطّريق المتقنة التي يكاد يجزم بصدق نتائجها. والبصمة الوراثية تلتقي مع القيافة، فهذه الأخيرة علم يقوم على معرفة الشّبه بين الولد والوالدين على أساس الصّفات الظّاهرة أو الباطنة، والأولى كذلك ولكن عن طريق النّمط الوراثي للحامض النّووي، فالبصمة بذلك نوع من القيافة⁷⁷⁸.

إنّ لبّ الإشكال في الخلاف الفقهي حول اعتماد البصمة الوراثية في إثبات النسب هي منزلتها بين أدلّة النسب الشّرعية المعروفة. ونجد في هذا الإطار رأيين فقهيّين، أحدهما يقدّم الطّرق المقرّرة في شريعتنا على البصمة الوراثية، وذهب إلى ذلك أكثر الفقهاء، فيقول الميمان في هذا الإطار: "إنّ البصمة الوراثية تقع في منزلتها بين مثبتات الأبوة في المنزلة بعد المراتب التي اتّفق الفقهاء على العمل بها، فبالتالي لا يعمل بها إلّا عند عدم وجود الفراش أو البيّنة أو الإقرار، فإن وجد شيء من هذه الوسائل المتقدّمة فإنّ البصمة الوراثية لا تقوى على معارضته، بل لا ينظر إليها مع وجوده"⁷⁷⁹. ومستندهم في ذلك هو أنّ اعتماد البصمة الوراثية أساسا لإثبات النسب مطلقا، أي في حالتي الزّواج وعدمه، يعني اعتبار النسب لصاحب الماء وليس لصاحب الفراش، وهذا ما يتعارض صراحة مع القاعدة المستقرّة في الفقه الإسلامي: "الولد للفراش

⁷⁷⁵ ابن قيم الجوزية، الطّرق الحكمية، مصدر سابق، ص56.

⁷⁷⁶ بورقعة (سفيان بن عمر)، النسب ومدى تأثير المستحدّات العلمية في إثباته، كنوز اشبيليا، ط1، 2007، الرياض، ص333-334.

⁷⁷⁷ هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشّرعية، مرجع سابق، ص76-77-78.

⁷⁷⁸ الميمان (ناصر)، مرجع سابق.

⁷⁷⁹ الميمان (ناصر)، المرجع نفسه.

وللعاهر الحجر⁷⁸⁰. والأدلة الشرعية تقبلتها الأمة بالقبول منذ عهد الرسالة ودأب عليها العمل والإجماع سلفا وخلفا، فلا قياس بينها وبين البصمة التي لم تكتشف إلا منذ عهد قريب⁷⁸¹. وفي ذلك إبطال للنصوص الشرعية التي أقرت وسائل الإثبات الشرعية المعروفة (الفراش، البيّنة، الإقرار)، وهذا أمر مجمع عليه بين العلماء في كافة العصور، ومثل هذه الأحكام الشرعية الثابتة إلغاؤها غير جائز، وإبطال العمل بها لا يكون إلا بنص شرعي دالّ دلالة واضحة على ذلك وهو من زمرة المستحيلات⁷⁸². أضف إلى ذلك أنّ عمدة جواز العمل بالبصمة الوراثية هي قياسها على القيافة، فغاية الأمر أن نأخذ حكمها، بوقوعها في منزلتها⁷⁸³. كما أنّ اعتماد البصمة الوراثية أساسا لإثبات النسب فيه كشف للمستور، وفيه من المخالطة والإشكالات ما لا تحمد عقباه، خاصة إذا كانت الزوجة مخطئة، الأمر الذي يترتب عليه عدم ثبوت نسب الكثيرين ممن لا تنطبق بصمتهم مع بصمة آبائهم أصحاب الفراش، وهذا يتعارض مع القاعدة الشرعية في تشوّف الشارع لإلحاق النسب، واتّصاله وعدم انقطاعه⁷⁸⁴. وبناء على كلّ ذلك فإنّ هناك دوائر لا يمكن للبصمة الوراثية أن تكون طريقا للحقيقة؛ لأنّ الحقيقة موجودة بصورة قبلية، وهي: (أ) إذا كان النسب ثابتا، (ب) إذا تعارضت البصمة الوراثية مع إحدى طرق إثبات النسب التي تتقدّمها كالفراش أو البيّنة، (ج) حالة ثبوت النسب بأيّ وسيلة من وسائل إثباته، وليس هناك من ينازع المنسوب في نسبه، فإذا ثبت النسب بفراش أو بيّنة أو باستلحاق، وليس هناك من ينازعه على النسب، فلا مجال لإعمال البصمة الوراثية، وذلك لحرص الشارع على إثبات بأقلّ الوسائل وأضعفها، وقد مرّ أنّ البصمة الوراثية تعمل حيث تعمل القيافة، إلا أنّ القيافة لا تعمل هنا، فلا مجال لعمل البصمة كذلك؛ إذ إنّ القيافة تعمل غالبا حيث يكون هناك تنازع في النسب⁷⁸⁵. وفي مقابل ذلك هناك حالات تكون البصمة الوراثية طريقا للحقيقة القضائية، وهي:

(أ) حالات التنازع على مجهول النسب، بمختلف الصور التي ذكرها الفقهاء، والتي يثبت فيها النسب بالقيافة، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أو كان بسبب اشتراك في وطء شبهة ونحوه⁷⁸⁶.

780 سبق تخرجه.

781 الكعبي (خليفة)، مرجع سابق، ص 377.

782 السبيل (عمر)، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية، ط 1، الرياض، دار الفضيلة، 2002، ص 43.

783 الميمان (ناصر)، مرجع سابق.

784 الهلالي، مرجع سابق، ص 78.

785 السبيل (عمر)، مرجع سابق، ص 25.

786 الميمان (ناصر)، مرجع سابق.

(ب) ويندرج تحتها جميع حالات الاشتباه، كحالات الاشتباه في المواليدين في المستشفيات ومراكز رعاية المواليدين والأطفال. كما يدخل ضمن ذلك حالات الاشتباه في أطفال الأنايب، وحالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث والكوارث مع تعدد معرفة أهليهم، وكذلك عند وجود جنث لم يمكن التعرف على هويتها بسبب الحروب، أو غيرها⁷⁸⁷.

(ج) عدم اللجوء إلى تقنية الحمض النووي لتأكيد نفي النسب، إذا كان عدم استخدامها يثبت النسب ولا يوجد تنازع على نسب الطفل؛ وذلك لإجماع الفقهاء على أنه: "ما كان لصالح إثبات النسب أقر وما كان عكس ذلك فلا يقَر"، فلا يجوز مقارنة البصمة في الحالات التي قد ينتج عنها نفي نسب بدون فائدة ترجى تعود لأحد ما، أو مضرة تعود على أحد ما⁷⁸⁸. أمّا الرأى الثاني فقد ذهب إلى أنّ البصمة الوراثية تصلح أن تكون مانعا من قبول طرق إثبات النسب الشرعية، فإذا تعارض دليل من أدلة إثبات النسب مع نتيجة البصمة الوراثية كان هذا دليلا على عدم صحّة هذا الدليل، فيكون ذلك مانعا من العمل به، وعليه فإنّ البصمة في حكم الشرط لصحة الأخذ بأدلة النسب، وقليل من الفقهاء من أخذ بهذا، ومنهم الهلالي الذي قال: "والبصمة الوراثية بعد ثبوت حقيقتها العلمية، تعدّ في نظري حكما حقيقيا لكونها مشاهدة حقيقية، يجب ألا تعارضها سائر الأدلة، فهي في حكم الشرط لصحة الأخذ بالأدلة المعروفة (الفراش والبينة والإقرار)، إذا كان الأمر يتعلّق بتحديد الهوية"⁷⁸⁹، ويقول في موضع آخر: "والبصمة الوراثية من حيث كونها دليلا حسيّا لتحديد الهوية الشخصية، تعتبر مانعا من قبول الأدلة الظنية بدعوى الفراش أو الشّهادة أو الإقرار إذا تعارضت معها"⁷⁹⁰. ويزيد هذا الرأى بيانا: "ويجب أن نتوسّع في ذلك ونقول: إذا أتت -أي المرأة- بولد تخالف بصمته الوراثية بصمة أبيه فلا يقبل الإلحاق بهذا الفراش، وإلاّ

⁷⁸⁷ اللودعمي (تمام)، مرجع سابق، ص166.

⁷⁸⁸ كأن يدعى رجل نسب طفل ثم يرجع في دعواه إلى عكسها إما نفيًا أو إثباتًا. فعلى سبيل التمثيل، رجل نفى نسب طفل ثم أقر بنسبه بعدها، في هذه الحالة يثبت النسب بالإقرار باتفاق الفقهاء، فهل تقتضي الحكمة اللجوء إلى البصمة الوراثية في هذه الحالة للتأكد من نفي النسب أو إثباته؟ إن مقارنة البصمة قد ينتج عنها احتمال أن يتأكد النفي، وبذلك يكون عندنا مجهول التسيرغم إقرار الرجل بقبول نسبه. وعلى عكس ذلك، إذا أقر رجل بنسب طفل ثم قام بنفيه، فقد اتفق الفقهاء في هذه الحالة على أنّ النسب يثبت، فروح الشريعة تقضي بعدم قبول أي عمل من شأنه أن ينفي النسب إلا إذا وقع ضررا بمن سيلحقه، أو أنه نفى نسبا معلوما. فإذا ادعى رجل نسب طفل قد نسبه إليه رجل آخر، ففي هذه الحالة يمكن أن نطرح التساؤل الآتي: هل التّقدم في النسب ينسب الطّفل؟ فهل يتمّ هنا مقارنة البصمة للطّفل والرجلين أو للرجل المدعى النسب فقط؟ المفروض في هذه الحالة أن نقارن البصمة للمدعى النسب والطّفل، فإذا انعدم التّطابق، لا يكون بذلك ولده، حتّى ولو جاء بيّنة أنّه ولده، أمّا من عنده الطّفل فلا يجوز المقارنة لاحتمال نفي النسب وكشف المستور، ولأنّ إبقاء النسب فيه تحقّق مصلحة، لأنّ نفي النسب من كلا الرّجلين يكون معه الطّفل مجهول النسب. أنظر في ذلك: الجندي

(إبراهيم)، الحصيني (حسين)، مرجع سابق، ص136-137.

⁷⁸⁹ الهلالي، مرجع سابق، ص239.

⁷⁹⁰ المرجع نفسه، ص240.

وجب قبول الفراش للزوج الذي يبلغ العاشرة⁷⁹¹، ويحتم رأيه قائلاً: "إنّ وسائل إثبات النسب ليست أموراً تعبدية حتى نتحرّج من تأخيرها، بعد ظهور نعمة الله تعالى بالبصمة الوراثية، ولن نهملها في الحقيقة؛ لأنّها حيلة المقل، فإذا لم تيسر الإمكانيات لتعميم البصمة الوراثية فليس أمامنا بدّ من الاستمرار في تلك الوسائل الشرعية المعروفة⁷⁹². وهدية في ذلك هو دراسته للأحكام التوصيفية للبصمة، ويعني ذلك تحديداً تكييف البصمة الوراثية أو تصنيفها في محلّ الحكم الوضعي الشرعي، والأثر المترتب على ذلك، وقد توصل إلى أنّ البصمة تردّد من ناحية التكييف الفقهي الأصولي بين كونها سبباً وشرطاً ومانعاً، وأهمّ ما استدللّ به مسألة ظنيّة أدلّة إثبات النسب، وقد اشترطت الشريعة لقبولها ألا يعارضها دليل الحسّ والعقل، كما نجد نصوصاً كثيرة لأقوال الفقهاء تحتكم إلى الدليل الحسّي في قبول الأدلّة الظنيّة، فكان شرط قبول الدليل الظني هو عدم معارضته للدليل الحسّي. وقد مثل على كلّ دليل من أدلّة إثبات النسب المعروفة (الفراش، البيّنة، الإقرار..). بأمثلة مختلفة تبيّن اشتراط عدم معارضتها للحسّ والعقل كشرط صحّة للأخذ بها، نذكر منها على سبيل التمثيل:

(أ) ادعاء النسب بالفراش الشرعي مردود إذا لم يصدقه الحسّ، كما لو أنّ المرأة أتت بولد في أقلّ من ستة أشهر من يوم زواجها، أو أتت به والزوج صغير غير بالغ، فإنّ الولد لا ينسب إلى الزوج بالاتفاق ولا عبرة بدليل الفراش.

(ب) قال الفقهاء بقبول الإقرار بنسب مجهول النسب بشرط أن يوافقه العقل، فلا يقبل إقرار بنسب ولد مثله في السنّ. ومن هنا تكون البصمة الوراثية شرطاً لقبول الفراش والشهادة والإقرار، كالدليل الحسّي العقلي، كما تكون مانعاً شرعياً من قبول كلّ ما وضع له شرط موافقة الحسّ في تحديد الهوية الشخصية، إذا تعارضت البصمة معه⁷⁹³. وفي الحقيقة، أنّ هذا الرأى تكمن خطورته في أنّه يقربنا من مبدأ اعتمده المشرّع الفرنسي في القانون المدني، مفاده قيام مسائل النسب على أساس الحقيقة البيولوجية، وبناء عليه نكون عرضة للبحث عن نسبة الولد لا للفراش وإتّماً للماء. وكما يقول (الميمان)، فهو مجرد رأي لصاحبه، فلا يعتدّ به وذلك لأمر منها:

(أ) إنّ الطّرق التقليدية هي ما أجمعت عليه الأمة منذ عهد الصّحابة إلى يومنا هذا، فكيف يسوغ أن يتقدّم عليها اختبار البصمة الوراثية الذي لا يزال حتى الآن في طور التجربة والاختبار⁷⁹⁴، ويعترض الخبراء

⁷⁹¹ المرجع نفسه، ص 241.

⁷⁹² المرجع نفسه، ص 316.

⁷⁹³ بورقعة (سفيان بن عمر)، مرجع سابق، ص 350.

⁷⁹⁴ الميمان (ناصر)، مرجع سابق.

باحتمال أن يعثره الحلل من الناحية الفنية أثناء إجراء التحليل، فمن ثمة لم يتفق عليه حتى محاكم الدول التي اكتشفتها وعرفت كثيرا من أسرارها بادئ الأمر⁷⁹⁵.

(ب) وجواز العمل بالبصمة الوراثية هو قياسها على القيافة، فغاية الأمر أن تأخذ حكمها، وتقع في منزلتها⁷⁹⁶. فالأحكام الشرعية يجب أن تكون مواكبة لما ثبت من نظريات علمية، حتى تكون منسجمة والتطور العلمي الحديث، إلا أنه لا بد أن تؤخذ بعين الاعتبار القاعدة التي مفادها أنه مهما بلغت النظريات العلمية من الدقة والقطع بالصحة في نظر المختصين، فإنها تظل محل شك ونظر، لما علم بالاستقراء للواقع أن بعض النظريات العلمية المختلفة يظهر مع التقدم العلمي الحاصل بمرور الزمن إبطال بعض ما كان يقطع بصحته علمياً، أو على الأقل يصبح محالاً للشك ومحل نظر⁷⁹⁷، مما يحتم على القانونيين والشرعيين التروي وعدم الاندفاع للأخذ بالنظريات العلمية، كأدلة ثابتة توازي الأدلة الشرعية أو تقاربها، فضلاً عن إحلال تلك النظريات محل الأدلة الشرعية الثابتة.

وحتى يكون النظر دقيقاً منهجياً لا مناص من الحديث عن مسألتين جوهريتين، الأولى على مستوى الفقه فيها حيف عن إفرازات مبدأ الاحتياط، والثانية على مستوى القضاء فيها حيف عن القواعد الكبرى للشريعة.

المسألة الأولى: انبهارا بخصائص البصمة الوراثية التي أوردناها ابتداء، ذهب فريق من الفقهاء والكتاب إلى تجويز الاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية عن إجراء اللعان الذي لا حاجة للجوء إليه بعد التيقن من نسب الولد بواسطة البصمة، ومن هؤلاء يوسف القرضاوي، مختار السلامي، عبد الله محمد عبد الله وسعد الدين هلالي. مستندين في ذلك إلى:

(أ) قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّبِعُوا هَذِهِ السُّنَّةَ الَّتِي كَانَتْ لِلْجَاهِلِيَّةِ الَّتِي كَانَتْ فِيهَا رِجَالٌ لَيَالِيًا كَثِيرًا مِّنَ اللَّيْلِ صُلْبُوا فِي كِبَرِهِمْ وَتَفَاهَتْ أَسْمَاءُهُمْ يُخْبِرُونَ بَأْسَ الْيَوْمِ الْحَاقِقِ﴾⁷⁹⁸ التي اشترطت عدم وجود الدليل الشرعي لدى الزوج حتى

⁷⁹⁵ ودليل ذلك، أن هذه الدول استقرت في الجانب القضائي على مبدأ عدم حرية اللجوء إلى البصمة الوراثية.

⁷⁹⁶ الميمان، المرجع نفسه.

⁷⁹⁷ إن القضاء الغربي ليحتفظ ببعض القضايا التي اعتمد فيها على وسائل علمية في الإثبات، ثم تبين خطأ هذه الوسائل، منها حكم الإعدام المشهور الذي أصدره القضاء البريطاني بحق ستة أدنوا بتفجير حانتين باستخدام (اختبار جريس)، من خلال وضع مادة في أيديهم تتفاعل مع مادة النتريت المستخدمة في المتفجرات، فتعطي نتيجة إيجابية لمن لامست يديه هذه المتفجرات، وقد كانت نتيجة الاختبار الجرى عليهم كذلك، ثم تبين أن إمساك علبه السجائر أو اللعب بورق اللعب (الكوتشينية) لفترة طويلة، أعطى النتيجة نفسها، وقد جعل هذا الأمر محاكم بعض الدول الغربية كأمریکا تترتب في الأخذ بوسائل الإثبات العلمية الحديثة. وقريب من منظورنا أنظر:

اللودعمي، مرجع سابق، ص 141.

⁷⁹⁸ سورة التور: آية 6.

يتمكّن من إجراء اللعان، وهو ما يمكن الفهم منه أنّ الزوج إذا تأيّد قوله بدليل لا يلتعن، والفحص بالبصمة الوراثية قد يدلّ دلالة واضحة على صدق قول الزوج وادّعاءه فتكون بذلك في مقام الشاهد في حال ثبوت انتفاء النسب بين الزوج والمولود على فراشه من خلال ما توصّلت إليه خبرة البصمة الوراثية⁷⁹⁹.

(ب) ما يكشفه الاختبار الجيني من الارتباط بين المولود وبين ولده كما يقرّره العلماء المختصّون هو يقينيّ وأقوى من الشهادة التي لا تبلغ أن تتجاوز الظنّ بالصدق.

(ج) شروط اللعان التي هي محلّ اتفاق بين الفقهاء نجد أنّهم اشتروا لإجراء اللعان إمكان أن يكون الولد المراد نفيه من الزوج الثاني، أمّا إذا استحال ذلك انتفى الولد من غير لعان؛ لأنّنا نقطع بكون الولد لا يمكن أن يكون ابنا للزوج، فلم تعد من حاجة إلى إجراء اللعان، فالقطع بكون الولد ليس من الزوج مانع إذا من اللعان. وكما ذكر الفقهاء أيضا في هذا الشأن، فإنّ نفي النسب على نوعين، الأول ينتفي بنفس النفي من غير لعان (كالقطع بكون الولد ليس من الزوج، وذلك قبل ستّة أشهر)، والثاني لا ينتفي بنفس النفي بل بواسطة اللعان. ويقول الشيرازي الشافعي في هذا السياق: "وإن كان الزوج صغيرا لا يولد لمثله لم يلحقه؛ لأنّه لا يمكن أن يكون منه، وينتفي عنه من غير لعان"⁸⁰⁰، ثمّ يقول: "وإن لم يكن اجتماعهما - أي الزوجين - على الوطاء بأن تزوّجها وطلّقها عقيب العقد، أو كانت بينهما مسافة لا يمكن معها الاجتماع انتفى الولد من غير لعان، لأنّه لا يمكن أن يكون منه"⁸⁰¹، ويضيف: "... وإن أتت بولد لدون ستّة أشهر من وقت العقد انتفى عنه من غير لعان؛ لأنّنا نعلم أنّها علقت به قبل حدوث الفراش وإن دخل بها ثمّ طلّقها وهي حامل فوضعت الحمل، ثمّ أتت بولد آخر لستّة أشهر لم يلحقه وانتفى عنه من غير لعان؛ لأنّها تطعن ببراءة رحمها بوضع الحمل"⁸⁰². ويقول هؤلاء بناء على كلّ هذا أنّ الزوجة إذا أتت بولد تخالف بصمته الوراثية بصمة أبيه، كان ذلك قرينة قطعية على أنّ الولد ليس من الزوج، فلا حاجة إلى نفيه باللعان، كما أنّه لا حاجة إلى نفيه باللعان إذا كان الولد صبيّا، أو أتت به لأقلّ من ستّة أشهر كما أخذ به الفقهاء.

(د) ما يشترط لصحة إجراء اللعان لنفي النسب من عدم معارضته الدليل القطعي المحسوس أو المعقول، وما يشترط لإثبات النسب أيضا من عدم معارضته للحسّ أو العقل. والغريب في الأمر ما ذهب إليه (بورقة) في قوله: "مّا يعضّد القول بجواز الاكتفاء بدليل البصمة الوراثية عن إجراء اللعان أنّ في إمضائه

⁷⁹⁹ السبيل (عمر)، مرجع سابق، ص 42.

⁸⁰⁰ الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ص 175.

⁸⁰¹ المصدر نفسه، ص 176.

⁸⁰² المصدر نفسه، ص 177.

حلف بالباطل سواء من الزوج أو من الزوجة؛ لأنه إذا قطعنا بكون الولد ليس من الزوج بدليل البصمة، فكيف يسوغ لنا أن ندفع بالزوجة إلى الحلف على شيء يقطع الحسّ بكذبه، وهي تدعي الصدق فيه، فالواجب ألاّ نجزمها إلى ذلك حتى لا تقع في الحلف الكاذب، ويحقّ عليها غضب الله تعالى⁸⁰³. وهذا في الحقيقة كلام غريب؛ لأنه يخالف الغاية التشريعية من اللعان ذي الصفة التّعبدية، والثابت بالكتاب والسنة والإجماع⁸⁰⁴؛ إذ من أهداف اللعان التخويف، لأنه في الغالب الأعم لا يمكن أن يحلف إلاّ من كان صادقا، وهذا حفاظا على استقرار الأنساب. ويضيف الكاتب: "...ولهذا لا يظهر لي وجه لنفي الحدّ عنها، لاحتمال أن يكون حملها بسبب وطء شبهة، ذلك أنّ الزوجة إذا ادّعت الشبهة سقط عنها الحدّ لكون الحدّ يدرأ بالشبهة ولا تفتقر للجوء إلى اللعان"⁸⁰⁵.

ويمكن الردّ على هذا الرأي من ناحيتين، الناحية العلمية والناحية الفقهية. فمن الناحية العلمية إنّ في مثل هذا الرأي إهمالا لطبيعة الحقائق العلمية النسبية والقابلة للتغيّر، ولا يمكن الاعتماد على شيء من هذا في أمر عظيم كاللعان، فالحقيقة العلمية قابلة دائما للتغيّر، ولهذا فإنّ التّطريات القائمة عليها مظنونة، فلا يليق أن تشكّل أساسا لإلغاء حكم شرعي ثابت بالكتاب والسنة والإجماع. أضف إلى ذلك، أنّ فريقا مختصّا في علم الأعصاب وصل إلى نتائج مذهلة عام 2012 من خلال قيامه ببعض التجارب التي أثبت من خلالها أنّ العصبونات التي تسيّرنا أظهرت قدرتها العجيبة على خلط قسم لا بأس به من جيناتها إلى حدّ تغيير الهوية الجينية للشخص، كما هي مسجّلة بصورة طبيعية في كلّ خلية من خلاياه⁸⁰⁶. أضف إلى ذلك، أنّ العلم لا يمكن أن يكون المصدر الوحيد للحقيقة، والدليل العلمي ما هو إلاّ أمانة مادية هشّة، غير أكيدة، بشرية وقابلة للخطأ، تعصّد ترابطيا أمارات مادية أخرى، من مثل القرائن والشّهادات للمساهمة بالكاد في عدم نشوء أخطاء قضائية أخرى، وبالتالي لا يمكن أن يكون أساسا كافيا للقضاء في ذاته، ولا يمكن بذلك أن يتجاوز النقاش القائم على مبدأ المواجهة الذي يشكّل أساس الحكم العادل. والإثبات العلمي عن طريق (A.D.N) لا يشدّ عن هذه القاعدة، فهو لا يعتبر دليلا يقينيا، والقول بغير هذا هو سلوك لطريق فيه مواجهة للاستدلال العلمي في ذاته؛ باعتباره دليلا ماديا علميا معقّدا مؤكّد ومفسّر بتقرير شبيه بالحقيقة يعبر عن قوّته الإثباتية المعتبرة تحت تأثير فرضيات بديلة متعارضة عن طريق خبراء معتمدين

⁸⁰³ بورقعة (سفيان بن عمر)، مرجع سابق، ص 381.

⁸⁰⁴ السبيل (عمر)، مرجع سابق، ص 43.

⁸⁰⁵ بورقعة (سفيان بن عمر)، المرجع نفسه، ص 381.

⁸⁰⁶ De fait, dans le noyau des neurones, des fragments d'ADN se déplacent (sautent) d'un endroit à un autre le long des chromosomes, modifiant un peu plus à chaque saut le génome originel de l'individu qui les porte. V. Brillaud (R.), Bocquet (P.-Y), Abdoun (E.), *Incredible neurones*, science et vie, Octobre 2012, P.(52-69).

ومؤهلين، إلا أنه مع ذلك يعتبر عنصرا من عناصر الواقع، معبر عن حقيقة بشرية قابلة للخطأ، وليست حقيقة بشرية يقينية⁸⁰⁷. ومن الناحية الإجرائية فالذي يعمل على التحليل الجيني هو إنسان، وبالتالي تكون المسألة عرضة للخطأ، فقد يحصل ذلك نتيجة الاشتباه في تسجيل اسم غير اسم صاحب العينة، أو تكون العينة ملوثة، أو غير كافية، كما قد يحصل فساد في العينة، كما قد تكون التقنية التي يستخدمها المخبر غير كافية، خصوصا إذا علمنا أن الأجهزة والتقنيات الواجب استخدامها في ذلك في غاية الدقة وباهظة الثمن⁸⁰⁸. أما من الناحية الفقهية، فإن:

(أ) اعتبار البصمة الوراثية من الشهداء المذكورين في قوله تعالى: (ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم) أمر غير معقول؛ لأنه لا يمكن اعتبار البصمة الوراثية كذلك، فلو كان قد ورد في الآية لفظ: (البينة) لكان الأمر معتبرا عقلا، ولكان الرأي وجيها أما والأمر على غير ذلك فلا. أضف إلى ذلك، أن لفظ: (الشهداء) لا تطلق إلا على العاقل، وبالتالي لا يكون لهذا الأمر وجه، وفيه تحميل للتص ما لا يحتمل.

(ب) اللعان حكم شرعي ثابت بالكتاب والسنة والإجماع، وله صفة تعبدية، بخلاف البصمة الوراثية التي تقوم على معرفة الحقيقة المجردة⁸⁰⁹. فلا يجوز إلغاؤه بحال، ولا إحلال غيره محله، أو قياس أي وسيلة عليها مهما بلغت من الدقة والصحة في نظر المختصين⁸¹⁰.

(ج) إجراء اللعان تترتب عليه آثار غير انتفاء الولد ودرء الحد بخلاف البصمة الوراثية التي تثبت أو تنفي البنوة فقط.

(د) أن البصمة الوراثية نجعلها دائما في مصاف القرائن، والقرائن مهما بلغت من القوة فهي أضعف من الشهادة والكتابة وغيرها، وهي مبنية على القيافة فتأخذ حكمها، والقيافة تعتمد على الشبه، وقد أهدر النبي (ص) الشبه مقابل اللعان، في ما جاء في قصة كذب هلال بن أمية امرأته بشريك ابن سحماء فقال النبي (ص): "البينة أو حد في ظهره" إلى أن قال النبي صلى الله عليه وسلم: "انظروها، فإن جاءت به أكحل العينين العينين، سابغ الألتين، خدلج الساقين، فهو لشريك بن سحماء"، فجاءت به كذلك، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن"⁸¹¹. ويقول (ابن القيم) في هذا: "يريد -والله ورسوله أعلم- بكتاب الله قوله تعالى: (ويدرو عنها العذاب أن تشهد أربع

⁸⁰⁷ De valicourt De séran villers (H.), *La preuve par l'A.D.N et l'erreur judiciaire*, Questions contemporaines l'Hamattan, 2009, Paris, P.24.

⁸⁰⁸ اللودعمي، مرجع سابق، ص172.

⁸⁰⁹ نحن لا نعتبر فقط الحقيقة البيولوجية وهو مبدأ تقوم عليه مسائل النسب في القانون المدني الفرنسي.

⁸¹⁰ الميمان (ناصر)، مرجع سابق.

⁸¹¹ أخرجه ابن ماجه في سننه عن ابن عباس، كتاب الطلاق، باب اللعان، رقم الحديث 2067، ص307.

شهادات بالله..)، ويريد بالشأن - والله أعلم- أنه كان يحدّثها لمشاهدة ولدها للرجل الذي رميت به، ولكن كتاب الله فصل الحكومة، وأسقط كلّ قول وراءه، ولم يبق للاجتهاد بعده موقع⁸¹²، وشاهد هؤلاء أنّ إقامة اللعان دفع الحدّ عن المرأة، فلو لم يفصل النبيّ (ص) في الحكومة باللعان لكان أقام الحدّ على المرأة بمقتضى ذلك الشبه البين، ولما احتاج حينئذ إلى إقامة اللعان، فكذلك نتيجة البصمة الوراثية إذا أظهرت أنّ الولد ليس من أبيه؛ لأنّها أقوى وأدقّ من الشبه.

(هـ) إنّ الشّارع قد شدّد في شروط اللعان حتّى لا يقدم عليه كلّ من تسوّل له نفسه قذف زوجته ونفي الولد، بل لا يلجأ إليه إلاّ المضطرّ، وبذلك يقع السّتر في الأعراض، كأن لا يشرع إلاّ إذا علم الزوج بزنا زوجته، برؤية أو بإخبار ثقة، أو استفاضة⁸¹³، أمّا القول بمثل هذا القول يفتح الأبواب على مصراعيها ويكون الأمر معه سهلاً، الأمر الذي يخالف الحكمة التشريعية من اللعان. فإذا ثبت التّسبب بإحدى طرق الإثبات الشّرعية المتفق عليها (الفراس أو البيّنة أو الإقرار)، فإنّ الشّارع الحكيم قد حصر نفي التّسبب في طريق واحد فقط، وهو اللعان، فالنّسب يثبت بأضعف الأدلّة⁸¹⁴، ولا ينفي إلاّ بأقواها⁸¹⁵. والقول بغير هذا⁸¹⁶، أي بجواز الاكتفاء بمعرفة نتيجة البصمة الوراثية والعمل بمقتضاها بديلاً عن اللعان يؤدّي إلى إهمال العمل بحكم ثابت بالكتاب والسّنة والإجماع، ويساوي طريقاً لنفي التّسبب ثابتة بالأدلّة الشّرعية المذكورة بطريق لا تزال في طور التّجربة، ولو يستحيل وجود خطأ في نتائجها.

فاللعان يعتبر طريقاً نوعياً لبلوغ الحقيقة قضاءً؛ لما فيه من شروط مشدّدة، حتّى لا يقدم عليه إلاّ المضطرّ، وهذا ما أقرّته أحكام القضاء، ولهذا كانت البصمة الوراثية غير مغنية عن اللعان أبداً، ولا يجوز

⁸¹² ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن ربّ العالمين، ج2، بيروت، دار الجيل، ص67.

⁸¹³ السبيل (عمر)، مرجع سابق، ص35.

⁸¹⁴ القراني (شهاب الدين)، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص99.

⁸¹⁵ ابن قدامة (موفق الدين)، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلّو، ج12، ط3، الرياض، دار عالم الكتب، 1997، ص97.

⁸¹⁶ ومّن ذهب إلى ذلك سعد الدّين الهلالي، مرجع سابق، ص351-352، ويبقى من حقّ الزّوجة المطالبة باللعان لنفي الحدّ عنها؛ لاحتمال أن يكون حملها بسبب وطء بشبهة، مستدلّين بقوله تعالى: (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلاّ أنفسهم) النور6، فاشتطت الآية عدم وجود الدليل الشّرعي لدى الزوج حتّى يمتكّن من اللعان، وهو ما يوحى بأنّه إذا كان له ما يتأيد به قوله لا يلتعن. غاضبين الطّرف عن مسألة عدم إمكانية اعتبار البصمة من الشّهداء، فلو كانت الآية ورد فيها لفظ بيّنة لكان الأمر مقبولاً، فلفظة الشّهداء لا تطلق إلاّ على العاقل، وبالتالي لا يكون لهذا الأمر وجه، وفيه تحميل للنّص ما لا يحتمل. مستندين كذلك إلى ما يكشفه الاختبار الجيني من الارتباط بين المولود وبين والده، وهو يقينيّ وهو أقوى من الشّهادة التي لا تبلغ ان تتجاوز الظّن بالصدّق، والشّرع يقينيّ ولا يمكن أن يعارض اليقين مهملين كذلك أنّ الحقيقة العلمية كذلك نسبية، وأنّ مسألة الاختبارات الجينية ال زالت في تطوّر مستمرّ.

الاكتفاء بالبصمة الوراثية عنه في نفي النسب، إلا إذا كان الأمر مقصودا منه التقليل من حالات اللعان؛ لاحتمال أن يكون الولد قد تخلق من ماء الزوج، فيكون ذلك سببا للعدول عن اللعان⁸¹⁷.

المسألة الثانية: وهي منظورة على مستوى القضاء؛ حيث أقرت المحكمة العليا في أحد قراراتها بأنه: (يمكن طبقا للمادة (40) من قانون الأسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي (D.N.A)، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون)، وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية). وهذا جاء في سياق الطعن بالتقاضي الذي تقدمت به المدعوة (ب.ب) في قرار صدر في 2004/01/26 بمجلس قضاء المسيلة (الغرفة المدنية، قسم الأحوال الشخصية) القاضي بالمصادقة على الحكم المستأنف الصادر بتاريخ 2002 /11/26 تحت رقم 170 والقاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس. وقد استندت في نقضها إلى الخطأ في تطبيق القانون طبقا للمادة 5/233 وتناقض الأحكام النهائية طبقا للمادة 6/233 من قانون الإجراءات المدنية؛ بحيث أن الحكم قد خرق نص المادة (339) من القانون المدني، فالقاضي المدني وفق ما جاء في المادة المذكورة لا يرتبط بالحكم الجزائي إلا في الوقائع التي فصل فيها الحكم، وبالرجوع إلى الحكم الجزائي الصادر بتاريخ 2001/04/11 فإن ذات المحكمة أصدرت حكما تمهيديا بتعيين خبير لإجراء تحاليل (A.D.N) على المتهم للتأكد من الأبوة، وأن الخبرة أكدت أبوة المدعى عليه في الطعن، وأن نفس الحكم صادق على الخبرة بحكم حضوري صدر نهائيا، والقاضي المدني يرتبط بذلك الحكم لما فصل فيه من وقائع. وبناء على ذلك فإن، في منظور المدعية في الطعن ومحاميها، الحكم والقرار المؤيد له محل الطعن أخطأ كلاهما عندما لم يأخذا بمضمون المادة (339) من القانون المدني، وعلى هذا الأساس كان الطعن، إضافة إلى خرق نص المادة (40) من قانون الأسرة التي جاء فيها بأن النسب يثبت بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبيّنة والخبرة، ولقد أثبت أن الطفل (ص.م) هو ابن المدعى عليه في الطعن، وذلك يعتبر بيّنة غير قابلة لإثبات العكس إلا بالتزوير. وخلاصة ذلك أن الخبير، بمقتضى الحكم الجزائي التمهيدي الذي صدر بتاريخ 2000/02/01 الذي أمر بإجراء خبرة، قد أثبت أن الطفل (ص.م) ابن للمدعى عليه في الطعن، وقد صادق الحكم الجزائي الصادر بتاريخ 2000/08/09 على مضمون تلك الخبرة، ومعنى ذلك أن نسب الطفل قد ثبت للمدعى عليه بحكم نهائي، وتكون مسألة التناقض في الأحكام واضحة للعيان بالنظر إلى القرار الأدر بعد ذلك من مجلس قضاء المسيلة والقاضي بتأييد ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية من رفض للدعوى لعدم التأسيس. فالطاعنة قدمت للمجلس كل الوثائق اللازمة: الحكم التمهيدي الجزائي المتضمن تعيين خبير لإثبات النسب، والخبرة الطبيّة مرفوقة بالحكم الجزائي المصادق عليها، ولكنّ قضاة المجلس القضائي لم يأخذوا كل ذلك بعين الاعتبار، ولم

⁸¹⁷ الميمان (ناصر)، مرجع سابق.

يردّوا على طلبات الطّاعة ولم يناقشوها رغم أنّها أحكام صادرة من جهات قضائية تثبت نسب الابن للمدعى عليه في الطّعن، وعدم الردّ على ذلك ومناقشته سواء سلبا أو إيجابا يعدّ في نظر الطّاعة قصورا في التّسبيب.

المحكمة العليا كان رأيها واضحا من هذه المسألة؛ حيث رأت أنّ قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطّاعة الرّامي إلى إلحاق نسب المولود (ص.م) للمطعون ضده باعتبارها أبا له كما أثبتته الخبرة العلميّة معتمدين في ذلك على المادة (40) من قانون الأسرة. ولما كانت الخبرة العلمية مثبتة بأنّ هذا الطّفل هو ابن للمطعون ضده ومن صلبه، بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطّاعة، فكان عليها إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطّاعن، وما كان عليهم أن يخلطوا بين الزّواج الشّرعي الذي تناولته المادة (41) من قانون الأسرة، وإلحاق النسب الناتج عن علاقة غير شرعية، فلكلّ منهما آثاره الشرعية، وإذا كان ثابتا في هذه القضية أنّ الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة العلاقة بينهما فإنّه يلحق به، وبناء على ذلك يكون القرار منقوضا. وبهذا تكون المحكمة العليا انطلقا من قرارها، قد أخذت بما ذهب إليه الشعبي وإسحاق وذكره عن عروة وسليمان بن يسار، وبما قال به بعض المالكية، وما ذهب إليه ابن تيمية. قد غفلت عن مسألة في غاية من الأهمية، ألا وهي التّفريق بين أن اعتبار ماء الرّجل سببا وموجبا لتسبيب من يخلقه الله منه إليه إذا كان في إطار العلاقة الشرعية المرسومة للمعاشرة وهي النّكاح، وبين اعتبار ماء الرّجل سببا لتسبيب من يخلقه الله منه إليه إذا كان في علاقة آثمة تستوجب الحدّ. فالأولى لا خلاف بين الفقهاء فيها، في حين أنّ الثّانية قال فيها ابن رشد: "اتفق الجمهور على أنّ أولاد الرّبي لا يلحقون بأبائهم إلا في الجاهلية، على ما روي عن عمر بن الخطّاب، على اختلاف في ذلك بين الصّحابة، وشدّ قوم فقالوا: يلتحق ولد الرّبي في الإسلام، أعني الذي كان عن زنى في الإسلام"⁸¹⁸. فأكثر العلماء رأوا أنّ ابن الرّبي لا ينسب لأب بحال، وذهب إلى ذلك المالكية⁸¹⁹ والشافعية⁸²⁰ والحنابلة⁸²¹ والظاهرية⁸²²، وكذلك أبو يوسف وبعض الحنفية⁸²³. والاتّجاه الذي أخذت به المحكمة العليا تكمن خطورته في الاعتبار الكلّي للحقيقة البيولوجية دون شرط أو قيد، وهو ما أصبحت عليه القوانين الغربية على اختلاف بين جزئياتها، الأمر الذي أدّى إلى

⁸¹⁸ ابن رشد (أبو الوليد)، بداية الاجتهاد ونهاية المقصد، ج2، د.ط، بيروت، دار الفكر، ص225.

⁸¹⁹ ابن رشد (أبو الوليد)، المصدر نفسه، ص226.

⁸²⁰ الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ص175.

⁸²¹ ابن قدامة (موفق الدين)، مصدر سابق، ج12، ص98، مسألة ميراث ولد الرّبي

⁸²² ابن حزم (أبو محمد)، ج7، القاهرة، مطبعة النهضة، ص124.

⁸²³ ابن سليمان الكلبيولي (عبد الرحمان)، مجمع الانهر في شرح ملتقى الأبحر لإبراهيم بن إبراهيم الحلبي، ج1، ط1، بيروت، دار الكتب

الاعتراف بالبنوة الطَّبِيعِيَّة اعترافاً كاملاً وهو ما يخلّ بقواعد العدل والإنصاف. فالمادة (312) من القانون المدني الفرنسي جاء بقرينة قانونية بسيطة يمكن إثبات عكسها مفادها أنّ الزوج هو الأب الشرعي للطفل الذي تمّ الحمل به أثناء الزواج، إلاّ الفقرة الثانية من المادة نفسها سمحت للزوج أن ينكر أبوته لهذا الطفل، أمام القضاء إذا أثبت أنّه لا يمكن أن يكون الأب البيولوجي له ويمكن إثبات ذلك بكافة وسائل الإثبات، ومنها الخبرة البيولوجية لتحديد البصمات الوراثية⁸²⁴. حيث تعتبر محكمة النقض الفرنسية هذه الخبرة بمثابة مسألة قانونية في قضايا النسب، إلاّ إذا كان هناك باعث شرعي يمنع من إجرائها⁸²⁵.

⁸²⁴ Lucas (A.), *Code civil*, Paris, Litec, 2006, P.199.

⁸²⁵ Civ.1^{ère}, 28 Mars 2000, n°72, Note P.Muet RJPF 2000, n°5, cité par : Courbe (P.), *Droit de la famille*, 2^{ème} éd., Paris, Armand Colin, 2001, P.265.

الباب الثاني:
طرائق بلوغ الحقيقة
القضائية

جامعة الامير محمد بن
القادر للعلوم الإسلامية

الفصل الأول: افتراض الواقعة القانونية

جامعة الكويت
عبد القادر للعطوم الإسلامية

جامعة الأميرة
المبجث الأول:
الافتراض الأولي

القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الأول: الافتراض الأولي

إنّ من أهمّ الالتزامات التي تنقل كاهل القاضي، إقامة الحقيقة الأولية في مرحلة ما قبل النزاع بين أطراف القضية القانونية المعروضة أمامه. ولا يكون ذلك مستساغاً إلاّ بتحديد المدعي والمدعى عليه، الأمر الذي يعدّ من المسائل الأولية في حسن سير الدّعى من التّاحية الإجرائية وكذا الموضوعية، فهي أساس تحديد عبء الإثبات، فالقضاء كلّه يدور على هذا المعنى، وهو مفاد قول (سعيد بن المسيّب)⁸²⁶: "من عرف المدعي والمدعى عليه فقد عرف وجه القضاء"⁸²⁷؛ لأنّه لا يمكن أن يكون لقاعدة البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه محلّ ومجال صحيح للتطبيق إلاّ بهذا التّحديد، فبه تنشأ ابتداء الحقيقة الأولية. وقد يطرح الإشكال حول تحديد المدعى عليه كطرف يكون القول في جهته دون المدعى، رغم أنّ كذب كلّ واحد منهما ممكن، والجواب واضح عند (العزّ بن عبد السّلام)⁸²⁸: "جعلنا القول قوله لظهور صدقه، فإنّ الأصل براءة ذمّته من الحقوق، وبراءة جسده من القصاص والحدود والتّعزيرات، وبراءته من الانتساب إلى شخص معيّن، ومن الأفاويل كلّها والأفعال بأسرها"⁸²⁹، ويواصل مسترسلاً: "وكذلك الظاهر أنّ ما في

⁸²⁶ هو سعيد بن المسيّب بن حزن بن أبي وهب المخزومي القرشي ولد سنة 13 للهجرة وتوفي سنة 94 بالمدينة. هو سيّد التابعين وأحد الفقهاء السبعة فيها. كان يجمع بين الحديث والفقه والورع والزهد، كما كان حافظاً لأحكام عمر بن الخطّاب وأفضيته، حتّى عرف به: (راويّة عمر). وقد قال مكحول، وقتادة، والزّهري: ما رأينا أعلم من ابن المسيّب. وقد كان يتجرّ في الرّيت، ولا يأخذ العطاء، كما قاله أحمد العجلي. وقد حجّ أربعين حجّة، وما فاتته التّكبيرة الأولى طيلة خمسين سنة، وما نظر إلى قفا رجل في الصّلاة. وقال عبد الرّحمان بن زيد بن أسلم: لما مات العبادلة: عبد الله بن عبّاس، وعبد الله بن عمر، وعبد اللّ بن الزّبير، وعبد الله بن عمرو بن العاص، صار الفقه في جميع البلدان إلى الموالي، فقيه مكة عطاء، وفقيه اليمن طاووس، وفقيه اليمامة يحيى بن أبي كثير، وفقيه البصرة الحسن البصري، وفقيه الكوفة ابراهيم النخعي، وفقيه النّشام مكحول، وفقيه خراسان عطاء الخراساني، إلّا المدينة، فإنّ الله تعالى حرسها بقرشيّ فقيه غير مدافع سعيد بن المسيّب، وهو من فقهاء المدينة. انظر: محمّد العكريّ الحنبلي (شهاب الدّين المعروف ب: (ابن العماد)، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق الأرنؤوط (محمود)، الأرنؤوط (عبد القادر)، ط1، ج1، دمشق-بيروت، دار ابن كثير، 1986، ص370-371.

⁸²⁷ التسولي (أبو الحسن علي بن عبد السّلام)، البهجة في شرح التحفة، ج1، د.ط، دارالفكر، بيروت، 1991، ص49.

⁸²⁸ هو عبد العزيز بن عبد السّلام بن أبي القاسم بن حسن بن محمّد بن مهذّب السّلمي، شيخ الإسلام والمسلمين، سلطان العلماء كما لقبه بذلك شيخ الإسلام ابن دقيق العيد. ولد سنة 587 أو 586. تفقّه على الشّيوخ فخر الدّين بن عساكر، وقرأ الأصول على الشّيوخ سيف الدّين الأمدى وغيره. روى عنه تلامذته ابن دقيق العيد، والإمام علاء الدّين أبو الحسن الباجي، والشّيوخ تاج الدّين بن الفركاح، وغيرهم. هو الذي بنى مدرسة الصّالحية بالقاهرة. وهو أفقه من العزّالي كما حكى عنه الشّيوخ جمال الدّين بن الحاجب. له العديد من المؤلّفات، أهمّها على الإطلاق: القواعد الكبرى، ومجاز القرآن، اللذان اختصراهما بعد ذلك. توفي في 10 جنادى الأولى من عام 660. انظر لتفصيل ذلك: ابن عبد الكافي السبكي (تاج الدّين)، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق الحلو (عبد الفتّاح)، الطناحي (محمود)، ج8 (الطبقة السادسة)، د.ط، دار إحياء الكتب العربية، ص209 وما بعدها، رقم التّرجمة: 1183.

⁸²⁹ ابن عبد السّلام (عزّ الدّين)، القواعد الكبرى الموسوم بقواعد الأحكام في إصلاح الأنام، ج1، ط1، دمشق، دار القلم، 2000، ص64-65.

يده مختص به، فجعلنا اليمين عليه لرححان جانبه بما ذكرناه، فقوينا الظن المستند إلى ما ذكرناه بالظن المستفاد من اليمين. فإن نكل زال الظن المستفاد من براءة ذمته وجسده ويده، لأن الطبع وازع عن النكول الموجب لحلف المدعي بما يضرّ بالإنسان في ذمته وجسده ويده، فرجح بذلك جانب المدعي، فعرضت اليمين عليه ليحصل لنا الظن المستفاد من اليمين مضافا إلى الظن المستفاد من النكول.. العدل تقدم من رجح جانبه"⁸³⁰. وفي حقيقة الأمر ليس كلّ طالب مدعيا، وكلّ مطلوب منه مدعى عليه، وليس من يرفع الدّعى هو المدعي دائما، وليس المطلوب بالدّعى هو المدعى عليه دائما، فقد قال القاضي (شريح)⁸³¹: "وليت القضاء، وعندني أيّ لا أعجز عن معرفة ما يتخاصم إليّ فيه، فأول ما ارتفع إليّ خصمان أشكل عليّ أمرهما، من المدعي ومن المدعى عليه؟"⁸³². فالبحث عن هذا الفرق، كما يقول (القراي)، هو بحث عن تحقيق قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"⁸³³. والمدعي والمدعى عليه تضبطهما عبارتان الثانية منهما تخدم الأولى في المعنى، إحداهما: أنّ المدعي هو أبعد المتداعيين سببا والمدعى عليه أقرب المتداعيين سببا، أمّا الثانية: المدعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف⁸³⁴، أو أنّ المدعي من ادعى أمرا خفيا يخالف الأمر الجليّ الظاهر، في حين أنّ المدعى عليه من كان قوله يوافق⁸³⁵. فإذا ظهر المدعي كلف الإثبات، ويكون المدعى عليه عندئذ ملتزما الصّمت ويكفيه الإنكار، فتقوم الحقيقة الأولية على أساس البراءة الأصليّة. إذن

⁸³⁰ ابن عبد السلام (عزّ الدين)، المصدر نفسه، ص 64-65.

⁸³¹ هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، أبو أمية. من أشهر القضاة الفقهاء في صدر الإسلام، ذو أصل يمني. ولي قضاء الكوفة في زمن عمر وعثمان وعليّ ومعاوية، واستعفى في أيام الحجاج فأعفاه من القيام القضاء عام 77هـ. مات سنة اثنتين وثمانين. قال الأشعث: مات وهو ابن مائة وعشرين سنة. انظر في ذلك: الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ص 80. وانظر كذلك: الزركلي (خير الدين)، الأعلام قاموس تراجم، ج 3، ط 15، بيروت، دار العلم للملايين، 2002، ص 161.

⁸³² ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكّام في أصول الأقضية.. ومناهج الأحكام، راجعه وقدم له سعد (طه)، ج 1، ط 1، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، 1986، ص 124.

⁸³³ سبق تخرجه، انظر: ص 136 من الباب الأول.

⁸³⁴ القراي (شهاب الدين)، الفروق، مصدر سابق، ج 4، الفرق 232، ص 73. كما قد جاء في عبارات السرخسي ما هو قريب ممّا ذهب إليه القراي: (الأصل في باب الخصومات أنّ القول قول من يشهد له الظاهر (ج 15) و (عند المنازعة يجعل القول قول من يشهد له الظاهر) (ج 16). والمراد هنا بالظاهر في عبارات السرخسي المستصحب والقاعدة المستمرة مثل براءة الدّمة أو التمسك بالأصل أو الصّفة الأصليّة، أو التمسك بالوقت الأقرب، وكلّ ما كان شبيها بذلك من الأصول المعمول بها، فيكون الظاهر هنا هو الأصل. أنظر في ذلك: السرخسي (شمس الدين)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ج 15، ص 94، ج 16، ص 19. وانظر كذلك قريبا من هذا المعنى: الكافي (محمد)، إحكام الأحكام على تحفة الحكّام، على منظومة فيما يلزم القضاة من الأحكام في مذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه للقاضي ابن عاصم الأندلسي الغرناطي (أبو بكر محمد)، شرح وتعليق الجتّان (مأمون)، د. ط، بيروت، دار الكتب العلمية، د. ت، ص 14، وانظر أيضا: البورنو (محمد صدقي بن أحمد)، موسوعة القواعد الفقهية، القسم الأول، ج 2، د. ط، د. ت، ص 49.

⁸³⁵ ابن نجّاء المخزومي المصري (أبو المعالي مجلي)، عمدة الحكّام في القضايا والأحكام، تحقيق محمد حسين الدميّطي، ط 1، الرياض- القاهرة، دار ابن القيم- دار ابن عفان، 2013، ص 85.

يمكن القول أنّ هناك نوعاً خاصاً من القرائن لا يقوم إلاّ على الاستدلال على صحّة ادّعاء أحد الخصوم بصفة مؤقّته، فيكون عبء الإثبات عندئذ واقعا على عاتق الطرف الذي تقوم القرينة ضده. ويطلق على هذا النوع اسم: (القرائن السابقة على النزاع)⁸³⁶. فبهذا النوع من القرائن يستطيع القاضي أن يقيم حقيقة أولية مؤقّته، فإذا عجز من أقيمت القرينة ضده عن إثبات دعواه خسرهما، فتصبح الحقيقة الأولية هي الحقيقة القضائيّة المستقرّة، وإذا رجحها كانت الحقيقة القضائيّة حقيقة أخرى غير الحقيقة الأولية، التي تجد أصلها في مسألتين أساسيتين: الأصل والظاهر.

المطلب الأوّل: الافتراض بالأصل

وحتىّ يتبيّن لنا بوضوح مفهوم الافتراض بالأصل، والذي يشكّل أساساً جوهرياً للحقيقة الأولية التي يجب على القاضي ابتداء استنتاجها من أجل الحقّ وتكريس العدل، لا بدّ من التطرّق لمفهوم الأصل في (الفرع الأوّل)، ثمّ بيان الأصول التي يمكن أن تشكّل أسس الحقيقة الأولية في (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل: مفهوم الأصل

الأصل في اللّغة: أسفل الشيء وأساسه، وفي اصطلاح قواعد الإثبات: "الحالة العامّة التي هي بمثابة قانون مرعي ابتداء بلا حاجة إلى دليل خاصّ عليه؛ بل يعتبر مسلماً بنفسه"⁸³⁷. أو ما بينى عليه غيره ولا يبنى هو على غيره⁸³⁸. فأيّ شخص يكون الأصل شاهداً له يكون قوله مرجّحاً حتىّ يقوم دليل على خلافه، فالقول، عندئذ، قول من يشهد له الأصل. وفي الحقيقة إنّ الأصل في اصطلاح الفقهاء والأصوليين له إطلاقات عديدة⁸³⁹: الدليل⁸⁴⁰، والقاعدة الكلية⁸⁴¹، والرّاجح⁸⁴²، والمستصحب⁸⁴³، والمحقّق⁸⁴⁴. وقد

⁸³⁶ جين شيفالييه، في عبء الإثبات، محاضرات في قسم الدكتوراه في الحقوق، جامعة باريس لسنة 1958-1959، ص77-85، عن طريق: أبو السعود (رمضان)، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الاسكندرية، الدار الجامعية، د.ط، 1993، ص185. جين شيفالييه، في عبء الإثبات، محاضرات في قسم الدكتوراه في الحقوق، جامعة باريس لسنة 1958-1959، ص77-85.

⁸³⁷ الزرقا (مصطفى)، المدخل الفقهي العام، ج2، ط2، دمشق، دار القلم، 2004، ص1064، السدلان (صالح بن غانم)، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرّغ عنها، الرياض، دار بلنسية، ط1، 1417هـ، ص139.

⁸³⁸ الزرقا (مصطفى)، المرجع نفسه، ص1064.

⁸³⁹ سماعي (محمد)، نظرية الأصل والظاهر في الفقه الإسلامي، بيروت، دار ابن حزم، ط1، 2005، ص98.

أريد بالأصل، في هذا الإطار، ما أدرك بالعقل والحس⁸⁴⁵، دون افتقار إلى دليل أو برهان، ولهذا كان من اللازم الرجوع إليه قضاءً، باعتباره من المرجحات الابتدائية، رغم أنّ استصحابه يعتبر دليلاً ضعيفاً يمكن دفعه بكلّ دليل يخالفه، سواء كان نكولاً، أو يمينا مردودة أو قرينة ظاهرة⁸⁴⁶. ولكن لزوم الرجوع إليه مشروط بتمتّعه بالمقومات التي تجعله صالحاً لذلك من الناحية الشرعية، وأهمّها⁸⁴⁷:

(أ) الثبوت، ويكون إما بدلالة الشرع، أو بدلالة العقل ويعبّر عنه هنا بالعدم الأصلي، وبراءة الذمة من التكاليف، أو بدلالة الحسّ المجرد ككون الشخص في المكان المعلوم الثابت بدليل الحسّ، فالجوهر كما يقول المناطقة إذا شغل المكان فإنه يبقى شاغلاً له إلى أن يوجد المزيل⁸⁴⁸. فإذا ما اعتمد القاضي في الأحوال الشخصية في بناء الحقيقة الأولية على أصل لم يشهد له دليل، ولم يكن له مستند من شرع، حتى ولو وُلد ظناً معتبراً في القوّة، يكون مخالفاً في ذلك قواعد الشرع؛ باعتبار الأحكام الشرعية بمنأى عن

⁸⁴⁰ ويقصد تحديداً الدليل الشرعي، كأن نقول: الأصل في تحريم القتل قوله تبارك وتعالى: (ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق)، وكأن نقول: الأصل في تحريم زواج المرأة على عمّتها أو خالتها قوله صلى الله عليه وسلم: (لا تنكح المرأة على عمّتها أو خالتها. انظر في ذلك: شلبي (محمد)، مرجع سابق، ص 27. ولمزيد من التفصيل انظر: سماعي (محمد)، مرجع سابق، ص 99.

⁸⁴¹ وهذا يشكّل اقرب الإطلاقات إلى المعنى اللغوي للأصل ويمكن اعتبار القاعدة من الألفاظ المرادفة له، ولا فرق في ذلك بين قاعدة وأخرى، فالقواعد الكلية ك: (اليقين لا يزول بالشك) ومسألة تقدير كلّ حادث بأقرب زمن تسمّى أصولاً، وكذلك القواعد الشرعية المعمول بها في الوقائع المخصوصة ك: (إباحة الميتة للمضطرّ على خلاف الأصل؛ أي خلاف القاعدة المستقرّة في تحريم أكلها، والفقهاء يطلقون الأصول على القواعد الكلية التي تندرج فيها الجزئيات، فيجوز إطلاق أصول الفقه على القواعد أنفسمها وعلى العلم بما. انظر في ذلك: الزركشي (بدر الدين محمد بن بشار بن عبد الله)، البحر المحيط في أصول الفقه، ج 1، ط 2، الغردقة (الكويت)، دار الصفوة، 1992، ص 25. ابن فرحون، التبصرة (طبعة مكتبة الكليات الأزهرية لسنة 1986)، ج 1، ص 140، الزرقا (أحمد بن محمد)، مرجع سابق، ص 87.

⁸⁴² فالأصل يطلق في اصطلاح الأصوليين على الأمر الرّاجح نحو: الأصل براءة الذمة، والأصل عدم المجاز، والأصل إبقاء ما كان على ما كان. انظر في ذلك: الشنقيطي (محمد الأمين)، نثر الورود على مراقي السعود، تحقيق محمد ولد سيدي ولد حبيب الشنقيطي، ج 1، ط 3، جدة (السعودية)، دار المنارة، 2002، ص 35.

⁸⁴³ والاستصحاب هو الحكم ببقاء أمر محقق لم يظن عدمه، أو هو الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني بناء على ثبوته في الزمان الأول، أي، بحسب عبارات ابن القيم، استدامة إثبات ما كان ثابتاً أو نفي ما كان منفيّاً، وهو على ثلاثة أقسام: استصحاب البراءة الأصلية، واستصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتى يثبت خلافه، واستصحاب حكم الإجماع في محلّ النزاع. كما قيل: هو التمسك بالحكم الثابت لانعدام المغيّر. ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن ربّ العالمين، مصدر سابق، ج 1، ص 339، ابن نجيم، مصدر سابق، ص 63، ابن فرحون، التبصرة، مرجع سابق، ج 1، ص 140.

⁸⁴⁴ والمراد به هنا اليقين السابق والأمر الثابت بدليل، إذا طرأ عليه ما يثير الشك في تغييره وتبدّله، ويسمّى أصلاً لأنّ إبقاء حكمه إلى الزمان الثاني متفرّع عنه ومستند إليه.

⁸⁴⁵ ابن حزم (أبو محمد)، الإحكام في أصول الأحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 40.

⁸⁴⁶ ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن ربّ العالمين، مصدر سابق، ج 1، ص 339، القرافي (شهاب الدين)، الفروق، مصدر سابق، ج 4، ص 56.

⁸⁴⁷ انظر في تفصيل ذلك: سماعي (محمد)، مرجع سابق، ص 101.

⁸⁴⁸ الزركشي، مصدر سابق، ج 6، ص 20.

الظنون، ما لم تكن مستندة إلى دليل معتبر، وعلى هذا الأساس فإنّ مجلّة الأحكام العدلية لم تجز اقتصار القضاة في أحكامهم على الاستناد إلى القواعد الكلية دون الاستناد إلى نصّ آخر، سواء كان نصّاً خاصّاً أو نصّاً عاماً، على اعتبار القواعد الفقهية كثيرة المستثنيات⁸⁴⁹.

(ب) اليقين، أي أن يكون وقوعه متيقّناً في الحالة الأولى، سواء أكان ثابتاً قطعاً أم ظناً، فالشك يمنع التّرجيح، لانتفاء المرجح عندئذ. ومفاد ذلك، أنّ الحكم لا يصلح للتأصيل وبناء الحكم عليه في الزّمن اللاحق إذا كان ثبوته في الزّمن السّابق مشكوكاً فيه؛ لخروجه بذلك من حيّز الاعتبار إلى عدمه⁸⁵⁰. واليقين لا يقصد به القطع فقط بل يضاف إليه الظنّ المعتبر، وليس هناك أدلّ على ذلك من أخذ الفقهاء والقضاة بالظواهر وغوالب الظنون في بناء الأحكام الفقهية والقضائية بعد تعدّر العلم، وذلك لندرة خطئها وغلبة إصابتها⁸⁵¹.

(ج) الدّوام، فصلاحيّة التّأصيل تنتفي بانتفاء عنصر الدّوام وارتباط الحكم بزمن محدّد ومدّة ينتهي إليها، الأمر الذي يكون معه الحكم غير صالح للبقاء والاستمرار. والظّاهر في الأحكام الثّابتة غير المنصوص على توقيتها أنّها للدّوام، ولا يزول عنها هذا الوصف إلّا بدليل يترجّح على الأوّل⁸⁵².

الفرع الثاني: الأصول أسس الحقيقة الأولى

ومن الأصول التي تكون أساساً للحقيقة الأولى:

(أ) الأصل براءة الدّمة: ومصدر هذا الأصل حديث النّبّي صلّى الله عليه وسلّم: "البينة على المدّعي واليمين على المدّعي عليه"⁸⁵³، ومعنى ذلك: (أنّ كلّ من تمسّك بخلاف الظّاهر ويريد إثبات أمر عارض فهو مدّع وعليه البينة؛ لأنّه مثبت، وكلّ متمسّك بالأصل منكر للأمر العارض؛ فهو مدّعي

⁸⁴⁹ الزّرقا (أحمد بن محمد)، مرجع سابق، ص 94.

⁸⁵⁰ سماعي (محمد)، مرجع سابق، ص 102.

⁸⁵¹ القرافي (شهاب الدين)، الدّخيرة، مصدر سابق، ج 1، ص 218-219، حيدر (علي)، درر الحكام شرح مجلّة الأحكام، ج 1، طبعة خاصّة، تعريب المحامي فهمي الحسيني، الرياض، دار عالم الكتب، 2003، المادتين (76) و(77)، ص 22. الندوي (علي)، القواعد الفقهية، ط 3، دمشق، دار القلم، 1994، ص 359. وقد قال العلامة أبو هلال العسكري في هذا الشّأن: (غلبة الظن عبارة عن طمأنينة الظن وهي رجحان أحد الجانبين على الجانب الآخر رجحاناً مطلقاً يطرح معه الجانب الآخر).

⁸⁵² الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، ج 6، ص 15.

⁸⁵³ سبق تحريجه، انظر: الباب الأوّل، ص 136.

عليه، فعليه اليمين؛ لأنه ناف، ولا سبيل لإقامة البيّنة على التّفي⁸⁵⁴. ومفاد هذا الأصل تحديدا أنّ من ادّعى التزاما على غيره، بغضّ النظر عن نوع الالتزام وسببه، دينا كان أم عملا، عقدا كان أم إتلافا، أو أيّ سبب آخر من أسباب الضّمان، فيكون الإثبات عليه واجبا في حالة إنكار الخصم؛ لأنّ هذا الأخير يكون متمسّكا بحالة أصليّة هي براءة الدّمة⁸⁵⁵. بناء على هذا الأصل فإنّ ذمّة المكلف تتسم بالبراءة من كلّ التزام في مواجهة الغير، حتّى يثبت ما يدلّ على انشغالها، وبناء على ذلك لم يقبل في شغل الدّمة شهادة الواحد، إلّا إذا اعتضدت بشهادة آخر، أو يمين المدّعي⁸⁵⁶، وهو ما قال به (ابن الصّائغ)⁸⁵⁷: "إنّ الأصل براءة الدّمة، فلا يقوى الشّاهد على شغلها ما لم يعتضد بسبب آخر"⁸⁵⁸، ولهذا كان القول قول المدّعي عليه لموافقة قوله للأصل⁸⁵⁹. ف: (الأصل براءة الدّمة حتّى يتحقّق الموجب)⁸⁶⁰، وهي قاعدة شرعية مجمع عليها⁸⁶¹. فبراءة الدّمة معتبر، ويكون القول قول من يكون متمسّكا به مع يمينه إذا لم يعارضه ما هو أقوى منه؛ لأنّه بذلك يكون متمسّكا بما يسنده الدّليلان، العقلي والشرعي، فهو أصل قائم غير محتاج إلى ما يدلّ عليه، ولهذا إذا تعارض أصل براءة الدّمة وأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته يكون العمل بالأصل الأول أولى؛ فهو الأقوى⁸⁶². وبناء على هذا الأصل، إذا اختلف القابض والدّافع في الجهة، فالقول قول الدّافع⁸⁶³؛ حيث أنّ الاختلاف بينهما يؤوّل عند عدم القدرة على الإثبات إلى يمين المنكر، ومن عليه

⁸⁵⁴ حيدر (علي)، مرجع سابق، (المادتين 76، 77)، ج 1 (المادتان 76، 77)، ص 74-75.

⁸⁵⁵ الزرقا (مصطفى)، مرجع سابق، ج 2، ص 984.

⁸⁵⁶ السيوطي (جلال الدين)، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط 1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1983، ص 137، حيدر (علي)، مرجع سابق، ج 1، ص 25. الحموي (أحمد بن محمد)، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم المصري، ج 1، ط 1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1985، ص 203.

⁸⁵⁷ هو محمد بن عبد القادر بن عبد الخالق بن خليل بن مقلد قاضي القضاة بالشّام، عزّ الدّين بن الصّائغ. ولد عام ثمان وعشرين وستمائة. سمع أبا المنجّي بن اللّثي، والحافظ يوسف بن خليل، وغيرهما. وحّدث عنه أبو عبد الله محمّد بن إسماعيل بن إبراهيم بن الحّباز. لازم القاضي كمال الدّين القفليسي. وشارك القاضي شمس الدّين بن المقدسيّ في تدريس الشّميّة البرنّية، وبعد انفصاله تولّى وكالة بيت المال، ثمّ قضاء القضاة، فأتقن وأحسن، ورغم حسن سيرته المشهود له بها، عزل عن منصب القضاء، تاركا مكانه لابن خلّكان، ثمّ أعيد بعد ذلك، وواصل فيه مشواره إلى سنة اثنتين وثمانين. اجتمع الأعداء عليه فسجن في القامة ثمّ أطلق من الحبس، وبقي معزولا إلى أن مات في ربيع الآخر سنة ثلاث وثمانين وستمائة، وهو ابن الخمس وخمسين عاما. انظر: ابن عبد الكافي السبكي (تاج الدّين)، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق عبد الفتاح الحلو ومحمود الطناحي، ج 8، د.ط، دار إحياء الكتب العربية، ص 74، التّرجمة رقم: 1082 (الطبقة السادسة).

⁸⁵⁸ السيوطي (جلال الدين)، المصدر نفسه، ص 137-138.

⁸⁵⁹ السيوطي، المصدر نفسه، ص 137. حيدر (علي)، المرجع نفسه، ص 25. الحموي (أحمد بن محمد)، المرجع نفسه، ص 203.

⁸⁶⁰ القراني (شهاب الدين)، الفروق، مصدر سابق، ج 3، ص 39.

⁸⁶¹ المصدر نفسه، ص 39.

⁸⁶² انظر: المادتين (8) و(11) من مجلة الأحكام العدلية، في: حيدر (علي)، مرجع سابق، ص 25، 28.

⁸⁶³ الزركشي (أبي عبد الله بدر الدّين محمد بن بھادر بن عبد الله)، المنشور في القواعد، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل، ج 1، ط 1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2000، ص 64.

اليمين هو المدعى عليه وهو المتمسك بالأصل والظاهر، والمدعى متمسك بخلاف الأصل والظاهر فعليه يقع عبء الإثبات. فإذا دفع الزوج إلى زوجته مالا مدعياً أنه صدق، وأنكرت الزوجة مدعية بأنه هديّة، فالقول قول الدافع، وهو الزوج، مع يمينه⁸⁶⁴. أما إذا كان الاختلاف بينهما في المقبوض فالقول قول القابض مع يمينه أمينا كان أو ضمينا⁸⁶⁵. وكذلك إذا فرضت التّفقة للزّوجة على زوجها ولها عليه شيء من مهرها فأعطائها شيئاً من ذلك، وادّعى الزوج أنه من المهر وادّعت المرأة بأنه من التّفقة، فيكون القول قول الزوج، وكذلك في جميع أحوال قضاء الديون إذا كان من وجوه مختلفة، باعتباره مملّكاً، فالقول قوله في بيان جهة التّمليك، وهو المحتاج إلى تفرّغ ذمّته، فيكون القول قوله في أنه تفرّغ ذمّته بهذا الأداء⁸⁶⁶. وإذا بعث الزوج لزوجته بثوب فقالت هو هديّة، أمّا الزوج فقد ادّعى بأنه من الكسوة، فالقول قول الزوج مع يمينه، باعتباره مملّكاً للثوب، فالقول قوله في بيان جهته، إلّا أن تقيم المرأة بيّنة أنه بعث به هديّة، وإن أقام البيّنة فتعتبر بيّنة الزوج؛ لأنّه يثبت بيّنته فراغ ذمّته عن حقّها من الكسوة أو المهر⁸⁶⁷. وإذا اختلف الزوجان بشأن ما وقع الصّحح عليه أو الحكم به من التّفقة في القدر أو الجنس، فيكون القول قول الزوج، وتحمّل الزّوجة البيّنة؛ لأنّها تدّعي الزّيادة، والزوج منكر، فالقول قوله مع يمينه⁸⁶⁸.

وكذلك إذا اتّفق الزوجان على أصل التّسمية ولكنهما اختلفا في قدر المسمّى، كأن يدّعي الزوج تسمية 70000 دج، وتدّعي الزّوجة تسمية 75000 دج، ومعنى ذلك أنّ الزوج في هذه الحالة منكر لما زاد عمّا يقرّ به، والزّوجة تدّعي هذه الزّيادة، فالقاضي هنا يعتدّ بالقدر المتفق عليه بينهما، ويجعل محلّ النزاع بينهما في الزّيادة التي هي: (5000 دج)، وعلى هذا الأساس يكون القول قول الزوج، ويقع عبء الإثبات على الزّوجة؛ لأنّها المدّعية والزوج هو المدّعى عليه بناء على الأصل براءة الذّمّة من الزائد على القيمة المتفق ليها، فإن أقامت بيّنة مقبولة حكم لها بما تدّعيه، وإلّا توجه اليمين إلى الزوج، فإن نكل حكم عليه بما تدّعيه الزّوجة، أمّا إن حلف أنّه ما تزوّجها على (75000 دج) حكم القاضي بما يدّعيه هو، بشرط أن لا يكون الذي يدّعيه قدرًا تافهاً لا يتصوّر أنّ مثل هذه الزّوجة أن تتزوّج به، وهذا ما ذهب إليه أبو يوسف

⁸⁶⁴ البورنو (محمد صدقي)، موسوعة القواعد الفقهية، القسم الأول (حرف الهمزة)، ج1، ص243. وهذا ما أخذ به القضاء السوري، بحيث إذا قام اختلاف بين الزوجين حول طبيعة ما قدّم هل هو مهر كما ادّعى الزوج أم هديّة كما ادّعت الزّوجة، فعلى الزّوجة إثبات أنّها هديّة، فإن عجزت كان القول قول الزوج بيمينه. انظر نقض مدني سوري، 1971/08/26، رقم 417، مجموعة الفكاهي، ج4، ص40، ذكره بلحاج العربي، مرجع سابق، ص100. وقد ينظر إلى طبيعة الشيء المتنازع عليه إن كان من المستنكر أن يكون مهراً، أو أنّه ليس من المستنكر أن يكون مهراً، ففي هذه الحالة يحكم الظاهر بالعرف.

⁸⁶⁵ السرخسي (شمس الدين)، المسوّط، ج13، د.ط، بيروت، دار المعرفة، د.ت، ص48.

⁸⁶⁶ المصدر نفسه، ج5، ص194.

⁸⁶⁷ المصدر نفسه، ج5، ص195-196.

⁸⁶⁸ المصدر نفسه، ج5، ص194.

من الحنفية⁸⁶⁹. وبناء على هذا الأصل، لو ادعى رجل على بكر بالغة أن وليها زوجها منه قبل استئذانها، فلما بلغها سكتت، ولكنها أنكرت مدعية أنها ردت، فيكون القول عندئذ قولها، رغم أن المدعي كان متمسكا بأصل وهو عدم الكلام وكان القول قولها؛ على أساس أن قولها يشهد له الظاهر بحسب المعنى، لأنه يدعي ملك بضعها بدعواه سكوتها من غير ظاهر معها، وهي منكورة، والظاهر الاستمرار على الحالة المتيقنة من عدم ورود ملك عليها، وهو الأصل، فكانت هي متمسكة بأصل غير معنى الظاهر فكان القول قولها⁸⁷⁰.

(ب) الأصل في الأمور العارضة العدم: وتفترعه عن قاعدة (اليقين لا يزول بالشك) مسألة مسلمة، وبيان ذلك: أن الأمر العارض هو الأمر الذي يكون وجوده في الشيء طارئاً وعارضاً، ويكون محكوماً بعدم وجوده، إلى حين ثبوت خلاف ذلك بالحجة والبرهان، فو بذلك غير الأمر الأصلي الذي يكون وجوده في الشيء مقارناً لوجوده، كمسألة الصحة والسلامة من العيوب؛ فالأصل فيها هو الحكم بوجودها إلى أن يرد ما يخالف ذلك بدليل ثابت⁸⁷¹. وبعبارة أخرى، هو ما كان عدمه هو الحالة الأصلية أو الغالبة؛ فيكون العدم هو المتيقن، باعتباره الحالة الطبيعية، وتغيّره إلى الوجود يكون عارضاً مشكوكاً فيه⁸⁷². فكل الأشياء لها صفات أصلية، وهي ما كان الأصل وجودها في الموصوف ابتداءً، ككون المبيع في عقد البيع صحيحاً سليماً من العيوب، وصفات عارضة الأصل فيها عدم وجودها في الموصوف ولم يتصف

⁸⁶⁹ إلا أن أبا حنيفة ومحمد فيرى كل منهما أن يجب أن ينظر إلى مهر المثل، فمن كان مؤيداً به كان هو المدعى عليه، والقول قوله، والآخر هو المدعى الذي يكلف إثبات ما ادعاه، فإن كان مهر المثل كما يدعي الزوج أو أقل من ذلك، يكون القول قوله، وعلى الزوجة إقامة البيّنة على دعواها، فإن أقامتها وكانت مقبولة، كان لها ما تدعيه، فإن لم تقبل بيّنتها توجه اليمين للزوج على أنه لم يتزوجها ب(75000)، فإن حلف على ذلك حكم له بما ادعاه، وإن نكل حكم للزوجة بما ادعت. أما إن كان مهر المثل مساوياً لما ادعته الزوجة أو أكثر من ذلك، كان القول قولها، وهي بذلك المدعى عليها، ويكلف زوجها إثبات ما ادعاه، فإن أقام بيّنة مقبولة حكم له القاضي بما ادعاه، وإلا توجه اليمين إلى الزوجة على أنها لم تتزوج على 70000 دج، فإن حلفت حكم لها بما ادعته، وإن نكلت حكم للزوج بما ادعاه. وتعليل ذلك، أن البيّنات شرعت لإثبات خلاف الظاهر، والظاهر هنا هو مهر المثل، فالبيّنة التي تؤيد خلافه هي الموافقة لما شرعت البيّنة له، فهي المقبولة، وإن كان مهر المثل لا يشهد لأبي أحد منهما، وكان وسطاً بين ما تدعي الزوجة وبين ما يدعي الزوج لا يحكم القاضي بمقتضى واحدة منهما بل تمحلاً ويحكم بمهر المثل. انظر: عبد الحميد (محمد محي الدين)، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، بيروت، المكتبة العلمية، 2003، ص 178-179.

⁸⁷⁰ السيوطي (جلال الدين)، مرجع سابق، ص 138.

⁸⁷¹ ابن نجيم (زين الدين)، مصدر سابق، ص 83، حيدر (علي)، مرجع سابق، ج 1، ص 27، السيوطي (جلال الدين)، مصدر سابق، ص 144، الزرقا (أحمد بن محمد)، مرجع سابق، ص 117.

⁸⁷² وما يجب ملاحظته أن هذه القاعدة تدرج في كثير من كتب القواعد تحت عنوان: (الأصل في الصفات العارضة العدم)، و(الأصل العدم)، وليس العدم مطلقاً وإنما هو في الصفات العارضة. والفقهاء كثيراً ما يستعملون في تعليلاتهم لفظ (الأمر) بدل لفظ (الصفات) وهذا هو المراد بالقاعدة؛ فلا يقتصر بثبوتها على الصفات كاجنون والمرض، على وجه التمثيل، بل تشمل كذلك الأمور المستعملة كذلك، كالعقود والاتلافات. وعلى هذا الأساس كان التعبير المختار: الأصل في الأمور العارضة العدم. انظر في ذلك: الزرقا (مصطفى)، مرجع سابق، ج 2، ص 982.

بها ابتداء كالعيب في المبيع. فمن ادعى صفة أصلية كان القول قوله، ومن ادعى عدمها كان عليه الإثبات. ومن ادعى صفة عارضة يكون قد ادعى خلاف الأصل، فيقع عليه عبء إثبات ذلك⁸⁷³، ومعنى ذلك أنّ الاختلاف بين الخصمين في ثبوت الصفة العارضة وعدمها، يكون فيه القول قول من يتمسك بعدمها مع يمينه⁸⁷⁴. ومثال ذلك: لو ادعى ورثة متعاقد أنّ مورثهم كان مجنوناً في زمن التعاقد، فيكون عقده باطلاً، ولكنّ الخصم أنكر ذلك معتبراً أنّ المتعاقد كان عاقلاً، فيكون القول قول الخصم، والمتعاقد يكون عاقلاً حتى يثبت جنونه؛ لأنّ الجنون آفة عارضة، والأصل سلامة العقل، فكان هذا شاهداً مدّعياً⁸⁷⁵، كأن يدعي الرجل أنّه معسر، وعليه لزوجه نفقة المعسرين، وادّعت المرأة أنّه موسر وعليه لها نفقة الموسرين، والقاضي لا يعلم، فالقول قول الزوج؛ لأنّ الأصل عدم، والغنى عارض، عند الشافعية⁸⁷⁶. ويستثنى من هذا الأصل بعض المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، منها: (أ) إذا أراد الواهب الرجوع في هبته، فقام الموهوب له أمام القاضي مدّعياً تلف الهبة، فيكون القول للموهوب له بلا يمين، وتعليل ذلك أنّ تلف الهبة من الأوصاف العارضة، وهو خلاف الأصل، فكان الواجب بمقتضى الأصل أن يكون الموهوب له مكلفاً بإثبات ذلك، ولكن بما أنّ الموهوب له ينكر هنا وجوب الرد على الواهب، فأصبح شبيهاً بالمستودع الذي يدعي براءة الدّمة⁸⁷⁷، (ب) إذا تصرف الزوج في مال زوجته فأقرضه لآخر، ثمّ توقّيت الزوجة، فادّعى ورثتها أنّ الزوج تصرف في المال بدون إذن زوجته وطلبوا الحكم بضمانه، إلا أنّ الزوج ادّعى غير ذلك، أي أنّ تصرفه كان بإذن من زوجته، فيكون عندها القول قول الزوج مع يمينه، رغم أنّ الإذن من زمرة الصفات العارضة، وعلى هذا الأساس كان من المفروض أن يكون القول قول الورثة، ولكن الزوج في هذه الحالة منكر للضمان متمسكاً في ذلك بأصل أقوى وهو براءة الدّمة فكان القول قوله⁸⁷⁸. هو كأن

(ج) الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته⁸⁷⁹، أو الأصل في كلّ حادث تقديره بأقرب

زمن⁸⁸⁰. ويندرج هذا الأصل تحت قاعدة: (اليقين لا يزول بالشك)⁸⁸¹. وبيانه أنّ أحكام الحوادث

⁸⁷³ حيدر (علي)، مرجع سابق، ج1، شرح المادة (9)، ص26، وانظر كذلك: السدلان (صالح بن غانم)، مرجع سابق، ص143.

⁸⁷⁴ السدلان (صالح بن غانم)، المرجع نفسه، ص143.

⁸⁷⁵ الزرقا، مرجع سابق، ج2، ص983.

⁸⁷⁶ ابن عبد الغني السّروجي (شمس الدّين)، كتاب أدب القضاء، تحقيق ياسين (صديقي)، ط1، بيروت، دار البشائر الإسلامية، 1997، ص167.

⁸⁷⁷ حيدر (علي)، مرجع سابق، ص26.

⁸⁷⁸ ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1999، ص83، السدلان (صالح بن غانم)، المرجع نفسه، ص145، وانظر كذلك: حيدر (علي)، المرجع نفسه، ص27.

⁸⁷⁹ هذه الصيغة أوردها (ابن نجيم) في كتابه (الأشباه والنظائر) وأخذت بما مجلة الأحكام العدلية. انظر في ذلك: ابن نجيم (زين الدين)، مصدر سابق، ص55، وانظر كذلك: حيدر (علي)، مرجع سابق، المادة (11)، ص27.

ونتائجها تختلف باختلاف تأريخ حدوثها، وعند التنازع بشأنه يحمل الحادث على الوقت الأقرب إلى الحال إلى أن يثبت الوقت الأبعد؛ على أساس أن الوقت الأقرب اتفق الطرفان على وجود الحادث فيه، فهو أمر متيقن، واختلفا في وجوده قبل ذلك، أي في الوقت الأبعد، فهو مشكوك، فيضاف الحادث إلى أقرب أوقاته للتيقن، وإعمالاً لقاعدة: (اليقين لا يزول بالشك)⁸⁸². وقد قال (علي حيدر) في تفسيره: "الحادث هو الشيء الذي كان غير موجود ثم وجد، فإذا اختلف في زمان وقوعه وسببه، فما لم تثبت نسبته إلى الزمان القديم، ينسب إلى الزمن الأقرب منه"⁸⁸³؛ لأنّ الزمان الأقرب هو المتيقن، وإذا كان الحادث مجهول الوقت، وكان الأصل العدم، كانت مسألة تقديره من باب الضرورة؛ لأنّه من الفعلية قد وجد، ولا مجال لدفع الضرورة إلاّ بتقدير الزمن الأقرب⁸⁸⁴. فإذا ما حصل اختلاف بشأن الزمن الذي وقع فيه الأمر الحادث، فإنّ حلّ هذه المشكلة يكون بردّ هذا الأمر إلى أقرب زمن يمكن إسناده إليه⁸⁸⁵. بشرط ألاّ تؤدّي الإضافة إلى نقض أمر ثابت، فقد كثرت الصور التي نقض فيها العمل بهذه القاعدة وتعدّدت لكثرة العوارض التي تحول دون استقلاليتها بالإفضاء إلى المقصود⁸⁸⁶.

كما إذا ادّعت الزوجة أنّ زوجها طلقها أثناء مرض الموت فصار بذلك فارقاً مطالبة في ذلك بحقّها في تركته، وأنكر الورثة مدّعين بأنّه أبانها في حال صحّته فلا يكون لها أيّ حقّ في التركة، كان القول للزوجة؛ لأنّ الحادث المختلف على زمن وقوعه هو الطلاق في المرض، فيكون واجبا عندئذ إضافة إلى الزمن الأقرب وهو مرض الموت الذي تدّعيه الزوجة، إلى حين تمكّن الورثة من إثبات وقوع الطلاق في حال الصّحة⁸⁸⁷. وكما لو أقرّ الوارث ثمّ مات، واختلف الورثة مع المقرّ له، بحيث ادّعى المقرّ له بأنّ إقرار المقرّ

⁸⁸⁰ هذه الصيغة أوردها السيوطي، والزركشي. انظر في ذلك: السيوطي، مصدر سابق، ص 146، الزركشي (أي عبد الله بدر الدين)، المنشور في القواعد، مصدر سابق، ج 1، ص 84.

⁸⁸¹ تعتبر هذه القاعدة من أصول أبي حنيفة وقد عبّر عنها في كتاب تأسيس النظر: (الأصل عند أبي حنيفة أنّه متى عرف ثبوت الشيء من طريق الإحاطة واليقين لأيّ معنى كان فهو على ذلك ملّ لم يتيقن بخلافه)، وهي الأصل الأوّل من أصول الإمام الكرخي، حيث عبّر عنها بقوله: (إنّ ما ثبت باليقين لا يزول بالشك). وهذه القاعدة تقوم على أنّ الأمر المتيقن ثبوته لا يرتفع إلاّ بدليل قاطع، لو يحكم بزواله مجزّد الشك، كذلك الأمر المتيقن عدم ثبوته لا يحكم بثبوته لا يحكم بشبوته بمجزّد الشك؛ لأنّ الشك أضعف من اليقين فلا يعارضه ثبوتاً وعدماً. فإذا ثبت أمر من الأمور ثبوتاً يقينياً قطعياً، وجوداً أو عدماً، ثمّ وقع الشك في وجود ما يزيله، يبقى الأمر المتيقن هو المعتبر إلى أن يتحقّق السبب المزيل. وهذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه، والمسائل المتخرّجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر. انظر لزيادة تفصيل: البورنو، الإيجاز في إيضاح القواعد الفقهية الكلية، ط 1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1993، ص 89 وما بعدها.

⁸⁸² الزرقا (مصطفى)، مرجع سابق، ص 984.

⁸⁸³ حيدر (علي)، مرجع سابق، شرح المادة (11)، ج 1، ص 28.

⁸⁸⁴ الباحثين (يعقوب)، القواعد الفقهية، ط 1، الرياض، مكتبة الرشد، 1998، ص 239.

⁸⁸⁵ ابن نجيم (زين الدين)، مصدر سابق، ص 55، الزرقا (أحمد بن محمد)، مرجع سابق، ص 125.

⁸⁸⁶ الزرقا (مصطفى)، المرجع نفسه، ص 985.

⁸⁸⁷ الحموي، مرجع سابق، ج 1، ص 219.

كان في حال الصّحة، وأنكر الورثة ذلك لأنّ المقرّ كان وقت إقراره في حال المرض، يكون القول قول الورثة، وعبء الإثبات يقع على المقرّ له، إضافة للحادث إلى أقرب أوقاته⁸⁸⁸. وكما لو مات مسلم وكان متزوّجا بنصرانية قد أسلمت، وادّعت بأنّها أسلمت قبل موته من أجل أن يكون لها حظّ في التّركة، ولكنّ الورثة أنكروا ذلك مدّعين بأنّها أسلمت بعد موته، فلا حقّ لها عندئذ في التّركة، فيكون القول قول الورثة؛ لأنّ اختلاف الدّينين بينهما هو الأمر المتيقّن عند موته، فيضاف الحادث إليه⁸⁸⁹. وكما لو ادّعى المحجور عليه أو وصيّه أنّ عقد البيع الذي أجراه المحجور قد حصل بعد صدور الحكم بحجره، الأمر الذي يطلب على أساسه الفسخ، إلّا أنّ المشتري ادّعى غير ذلك، أي حصول البيع قبل تاريخ الحجر، فيكون القول عندئذ للمحجور أو وصيّه؛ على أساس أنّ وقوع البيع بعد الحجر أقرب زما ممّا يدّعيه المشتري، ويكون واجبا على المشتري إثبات خلاف الأصل، وهو حصول البيع قبل صدور الحكم بالحجر⁸⁹⁰. وكما لو باع الأب مال ولده، وقام الولد أمام القاضي مدّعيًا على والده أنّه باع ماله بعد بلوغه، فيكون البيع بذلك باطلا، وأنكر الأب مدّعيًا حصول البيع قبل البلوغ. والبلوغ في هذه الحالة يمثّل أقرب زمن من زمن ما قبل البلوغ، فيضاف الحادث إليه، ويكون القول قول الولد، ويكون واجبا على الأب إثبات خلاف الأصل وهو وقوع البيع قبل البلوغ الذي يمثّل الزمن الأبعد⁸⁹¹. وقد يخرج عن هذا الأصل مسائل من القضاء كما إذا مات ذمّي فادّعت زوجته أنّها أسلمت بعد موته حتّى يكون لها نصيب في التّركة لأنّها بذلك كانت عل دين زوجها، ولكن الورثة ادّعوا بأنّها أسلمت قبل موته، فالقول قول الورثة، مع أنّ الأصل المذكور يقتضي أن يكون القول قول الزّوجة؛ لأنّها تدّعي حدوث إسلامها في الوقت الأقرب، وعلى الورثة أن يثبتوا خلاف الأصل، والسبب في عدم جريان الأصل في مثل هذه الدّعوى هو العمل بقاعدة الاستصحاب، وأنّ اختلاف الدّين الذي يمثّل سبب الحرمان من الإرث هو موجود بالحال وبالاستصحاب المقلوب أو المعكوس، وبهذا النوع من الاستصحاب تعتبر الزّوجة في الزمن السّابق مسلمة أيضا⁸⁹². وبه قال زفر رحمه الله، وسبب إخراجها عن هذا الأصل هو تحكيم الحال ومفاده أنّ سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى⁸⁹³.

⁸⁸⁸ المصدر نفسه، ص220.

⁸⁸⁹ ابن نجيم (زين الدين)، مصدر سابق، ص56.

⁸⁹⁰ حيدر (علي)، مرجع سابق، شرح المادة (11)، ج1، ص28. السدلان (صالح بن غانم)، مرجع سابق، ص149-150.

⁸⁹¹ حيدر (علي)، المرجع نفسه، ص28، وانظر كذلك: السدلان (صالح بن غانم)، المرجع نفسه، ص151.

⁸⁹² حيدر (علي)، المرجع نفسه، ص29. وانظر كذلك: السدلان (صالح بن غانم)، المرجع نفسه، ص152.

⁸⁹³ الحموي، مرجع سابق، ص219.

(د) الأصل عدم الفعل، أو الأصل في الأفعال عدم⁸⁹⁴، وهو من الأصول المخترجة على طريق الاستدلال العقلي⁸⁹⁵. فباعتبار الفعل أمراً طارئاً كان الأصل عدمه، إلى حين ثبوت خلاف ذلك بالحجة والبرهان⁸⁹⁶. ومثال ذلك عند الحنابلة: إذا قامت المرأة أمام القاضي وادّعت أنّ زوجها طلقها، فالقول قول الزوج بيمينه؛ لأنّ الأصل عدم الطلاق وبقاء النكاح، إلّا أن يكون لها بما ادّعته بيّنة، ولا يقبل فيه إلّا عدلان؛ لأنّ الطلاق ليس بمال، وليس المقصود منه المال، ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال كالحدود والقصاص، فإن لم تكن بيّنة، يستحلف الرجل على الصحيح لحديث: "اليمين على من أنكر"⁸⁹⁷. ومثال ذلك قضاء أن تدعي المرأة أنّ زوجها أرجعها بعد طلاق متفق عليه بالتراضي ثابت بوثائق رسمية، فإنّ ذلك يكون غير مبرّر قانوناً فحكم الرجعة عندئذ يأخذ حكم الزواج فتحتاج إلى بيّنة تأتي بها، فهي المدّعية؛ لأنّها ادّعت خلاف الأصل الذي هو في هذه الحالة عدم الفعل؛ لأنّ ذلك كان بعد ثبوت الطلاق. وإذا ما بني قضاة الموضوع قرارهم في مسألة الرجعة على قول المرأة بدون تكليفها الإثبات ولم يعتبروا الطلاق المتفق عليه يوم إجراء الصلح أمام المحكمة مشرطين لذلك حكم القاضي يكونون بذلك قد خالفوا مبادئ الشريعة في إقرار الطلاق⁸⁹⁸.

ومثاله كذلك عند الحنابلة: إذا ما وقع اختلاف بين الزوجين أو بين ورثتهما، أو بين أحدهما وبين وليّ الآخر أو وارثه بشأن تسمية الصداق، بحيث يقول الزوج: لم نسّم مهراً، وتقول الزوجة: سمّي لي مهر المثل. فيكون القول في هذه الحالة قول الزوج بيمينه في أصوب الروايتين؛ لأنّه يدّعي ما يوافق الأصل، ولها مهر المثل بالدخول أو الموت، فإن طلق ولم يدخل بها فلها المتعة؛ لأنّ القول قوله في عدم التسمية، فهي مفوضة⁸⁹⁹. وقد ذهب الحنفية قريباً من هذا: فإذا ادّعى أحد الزوجين أو الورثة تسمية المهر، وأنكر الآخر، وكان الزوجان حيّين، كان القول قول منكر التسمية مع يمينه، عملاً بالقاعدة المقررة: (البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر). ولكن لا بدّ أن نفرّق بين أحوال عدّة، فإذا كان النزاع في التسمية قبل الدخول

⁸⁹⁴ السيوطي (جلال الدين)، مصدر سابق، ص144، ابن نجيم (زين الدين)، مصدر سابق، ص53.

⁸⁹⁵ الباحسين (يعقوب)، مرجع سابق، ص256.

⁸⁹⁶ سماعي (محمد)، مرجع سابق، ص55.

⁸⁹⁷ ابن قدامة (موفق الدين)، المغني، مصدر سابق، ج14، ص127، الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ج2، ص460.

هذا بخلاف ما ذهب إليه المالكية، فإذا ادّعت المرأة أنّ زوجها طلقها وأنكر هو، فإذا أتت بشاهدين عدلين نفذ الطلاق، وإن أتت بشاهد واحد حلف الزوج وبرئ، وإن لم يحلف سجن حتى يقرّ أو يحلف، وإن لم تأت بشاهد فلا شيء على الزوج، وعليها منع نفسها منه بقدر جهدها.

⁸⁹⁸ قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 26766، المؤرخ في 1982/02/08، نشرة القضاة لسنة 1982، عدد خاص، ص(266-269).

⁸⁹⁹ ابن قدامة (موفق الدين)، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو، ج10، ط3، الرياض، دار عالم

الكتب، 1997، ص137. والمالكية درسوها من باب الظاهر، من هذا المبحث.

وقبل الطلاق، أو كان بعد الدخول وبعد الطلاق، أو كان بعد الدخول وقبل الطلاق، فيكون القول قول مدعي عدم التسمية، فيطالب مدعي التسمية منهما بالبيّنة، فإن أقامها وقبلت حكم له القاضي بما يدّعيه، وإن لم يقيمها أو أقامها ولكنها رفضت وجّهت اليمين إلى منكر التسمية منهما، فإن نكل عن اليمين حكم بما يدّعيه مدعي التسمية، وإن حلف أنه لم تحصل التسمية وقت العقد حكم بمهر المثل، بشرط ألا ينقص عمّا يدّعيه الزوج إذا كان هو المدعي، وألا يزيد عمّا تدّعيه الزوجة إن كانت هي التي تدّعي⁹⁰⁰. أما إن كان النزاع بين الزوجين في التسمية قبل الدخول وبعد الطلاق، فيكون كذلك القول قول منكر التسمية، فيطالب مدعي التسمية بإثبات ما ادّعاه، فإن أقام بيّنة مقبولة حكم القاضي بصحة التسمية، وقضى للمرأة بنصف المسمى، وإن لم يقيم المدعي بيّنة على دعواه، أو أقامها ولم تقبل توجه اليمين إلى منكر التسمية، فإن نكل حكم القاضي بما يدّعيه مدعي التسمية وقضى للمرأة بنصف المسمى كذلك، أما إن حلف أنه لم تحصل التسمية وقت العقد حكم القاضي للزوجة بالمتعة بشرط ألا ينقص مقدارها عن نصف ما ادّعاه الرجل إن كان هو مدعي التسمية، وألا يزيد عن نصف ما تدّعيه المرأة إن كانت هي التي تدّعي التسمية⁹⁰¹.

وإذا كان الخلاف بين الزوجين حول الإيلاء أو انقضاء مدّته: بحيث ادّعت الزوجة الإيلاء على زوجها، وكان هو منكر لذلك، فالقول عندئذ قول الزوج؛ لأن الأصل عدمه، كما أن الأصل عدم انقضاء المدّة⁹⁰². ولكن إذا ما كان الاختلاف بينهما حول الفيئة يكون الأمر مختلفا تماما، بحيث يقول الزوج: أصبتها، وتكون الزوجة منكرا لذلك، ينظر القاضي في الأمر، فإن كانت ثبّيا كان القول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل بقاء النكاح، والمرأة تدّعي ما يلزمه به رفعه، وهو يدّعي ما يوافق الأصل ويقيه، فكان القول قوله، كادّعائه الوطاء في العنة، ولكن في حالة نكوله عن اليمين تحلف الزوجة أنه لم يف، وبقيت على حقّها من الطلب بأن يفيء أو يطلق، فإن لم تحلف بقيت على وصفها السابق، أي زوجة، كما لو حلف الزوج. أما إن كانت بكرا، وكان الاختلاف بينهما حول الإصابة، ينظرها النساء المتصفات بالثقة والعدالة، فإذا شهدن بشيئوبتها، ف: القول قول الزوج بيمينه، أما إن شهدن ببيكارتها ف: القول قولها بيمينها؛ لأنه لو وطئها زالت بكارتها، وهذا ما كان متّفقا عليه بين الجمهور والأحناف⁹⁰³.

⁹⁰⁰ السرخسي (شمس الدين)، مصدر سابق، ج5، ص27-28.

⁹⁰¹ عبد الحميد (محي الدين)، مرجع سابق، ص176 وما بعدها.

⁹⁰² الزحيلي (وهبة)، الفقه الإسلامي وأدلّته، ج7، ط1، دمشق، دار الفكر، 1992، ص549.

⁹⁰³ السرخسي (شمس الدين)، مصدر سابق، ج7، ص31.

وكذلك بالنسبة لليتيم عند بلوغه وقيامه بمطالبة الوصي بما تحت يده، فيقول له: أوصلتك، فيكون بذلك مدعى عليه، والوصي المطلوب مدع، فيقع عليه بذلك عبء إثبات ادعائه؛ على أساس أن الله تبارك وتعالى أمر الأوصياء بالإشهاد على اليتامى إذا دفعوا إليهم أموالهم، فلم يأتمنهم بذلك على الدفع، بل على التصرف والإنفاق خاصة، وإذا كان الأمر كذلك، فيكون الأصل عدم الدفع، وهو أصل معضد لليتيم، ومخالف للوصي. فيكون اليتيم عندئذ طالب واليمين عليه؛ لأنه مدعى عليه، في حين أن الوصي مطلوب، فهو مدع⁹⁰⁴.

إذا ارتدت المنكوحة بعد الدخول، ثم قالت في وقت العدة أسلمت في وقت كذا، فلي التفقة، في المسألة قولان: الأول القول قول الزوج؛ لأن الأصل عدم الرجوع إلى الإسلام، أما الثاني: فلائها أعرف بوقت إسلامها من غيرها⁹⁰⁵. وكذلك إذا اختلف الزوجان في التمكن، فادعته المرأة مع إنكار الزوج، وأصح الوجهين عند الشافعية أن القول قول الزوج؛ لأن الأصل عدم التمكن، والتفقة لا تجب إلا به⁹⁰⁶.

وكذلك إذا ادعت الزوجة عدم إنفاق زوجها الحاضر معها عليها والذي عاش معها المدة المديدة، فقد ذهب الشافعية إلى أن القول قول الزوجة؛ إعمالاً للأصل الذي هو عدم الإنفاق⁹⁰⁷.

(هـ) الأصل الصحة والعقل: وبناء على ذلك فإن الذي يدعي الجنون أو المرض يكون بذلك قد ادعى خلاف الأصل، وعليه إثبات ذلك. كما هو الأمر في الإرث من الطلاق البائن عند الذين قالوا به في حالة إنكار الورثة، والأمر نفسه بالنسبة لإقرار المريض عند من يفرق بينه وبين الإقرار في الصحة، والتصدق في مرض الموت، وهل يعتبر من الثلث⁹⁰⁸. وكذلك إذا ادعت الزوجة عنة زوجها وادعى هو إصابتها فالقول قوله وهو مصدق بيمينه⁹⁰⁹.

⁹⁰⁴ القرابي شهاب الدين، الفروق، مصدر سابق، ج4، الفرق رقم 232، ص73.

⁹⁰⁵ ابن الوكيل (أبو عبد الله محمد)، الأشباه والنظائر في فقه الشافعية، تحقيق محمد إسماعيل، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2002، ص250.

⁹⁰⁶ والوجه الثاني: القول قولها؛ لأن الأصل استمرار ما وجب بالعقد، وهو يدعي المسقط، فعليه بينة النشوز، عند من يقول أن التفقة تجب بالعقد. انظر في ذلك: المصدر نفسه، ص259.

⁹⁰⁷ ابن عبد الكافي السبكي (تاج الدين)، الأشباه والنظائر، تحقيق عبد الموجود (عادل)، ومعوض (علي)، ج1، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1991، ص22. وهذه المسألة تعتبر من المسائل المختلف حولها بين الفقهاء في ترجيح قول أحد الخصمين على الآخر. فعند المالكية يكون القول قول الزوج وليس قول الزوجة؛ لأن العرف والغالب يشهد بصدقه. انظر في ذلك: ابن فرحون، مصدر سابق، ج2، ص141.

⁹⁰⁸ الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ج2، ص660.

⁹⁰⁹ ابن عبد الكافي السبكي (تاج الدين)، المصدر نفسه، ص38.

(و) الأصل في العقود الصّحة، والصّحة هي السّلامة من المرض أو العيب، أو الفساد⁹¹⁰. فإذا ما قام اختلاف بين الخصمين بشأن صحّة أو فساد العقد، فيكون القول قول مدّعي الصّحة بيمينه⁹¹¹، والذي يدّعي الفساد فعليه إثبات ذلك، إلّا أنّ (الزركشي) أرجع هذه المسألة إلى الظّاهر؛ حيث جاء في عبارته: "إذا اختلفا في الصّحة والفساد فالقول قول مدّعي الصّحة بيمينه في الأظهر عملاً بالظّاهر"⁹¹². وكذلك الأمر في حالة ما إذا زوّج الرّجل ابنته ثمّ ادّعى أمام القاضي بأنّه كان محجوراً عليه أو مجنوناً يوم أن زوّجها، إلّا أنّ الرّوج أنكر ذلك، فيكون القول قول الرّوج مع يمينه؛ لأنّ الأصل في العقود أنّها على الصّحة⁹¹³. إلّا أنّ في بعض مسائل هذا الأصل خلاف⁹¹⁴.

(ز) الأصل بقاء ما كان على ما كان⁹¹⁵، أو ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه⁹¹⁶، ويرادف ذلك قاعدة: (القديم يترك على قدمه)⁹¹⁷. ويدخل هذا الأصل ضمن قاعدة (اليقين لا يزول بالشك)⁹¹⁸، إلّا أنّ المقصود باليقين غالب الظن⁹¹⁹. وهو من الأصول المخرّجة على طريق الاستصحاب⁹²⁰ الذي لا يكون حجّة إلّا في دائرة ما دلّ الدليل على ثبوته ودوامه، مع مراعاة شرط

⁹¹⁰ البورنو، الموسوعة، مرجع سابق، ج1، ص436.

⁹¹¹ الزركشي، المشور، مصدر سابق، ج1، ص70، ابن نجيم، مصدر سابق، ص149.

⁹¹² الزركشي، المصدر نفسه.

⁹¹³ البورنو، الموسوعة، مرجع سابق، ج1، ص234.

⁹¹⁴ البورنو، المرجع نفسه.

⁹¹⁵ السيوطي (جلال الدين)، مصدر سابق، ص134.

⁹¹⁶ الزرقا (مصطفى)، مرجع سابق، ج2، ص982. والقاعدة بهذه الصياغة منصوص عليها في المادة العاشرة (10) من مجلة الأحكام العدليّة، وهي تعبير عن الاستصحاب بصيغة مغايرة: (ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل).

⁹¹⁷ البورنو (محمد صدقي)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكليّة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1983، ص.. وانظر كذلك: حيدر

(علي)، درر الحكام، مرجع سابق، ج1، ص24.

⁹¹⁸ الحموي، مرجع سابق، ج1، ص198.

⁹¹⁹ الحموي، المرجع نفسه، ص204.

⁹²⁰ ومن الممكن أن تكون هذه القاعدة قد نشأت عن طريق استقراء الجزئيات التي تحقّق فيها العلم بحالة أمر ما في الزّمن الماضي، ولم يتم أيّ دليل على تغيّرها، فحكم الفقهاء ببقائها على ما كانت عليه، ولهذا كان من الممكن القول أنّ ذلك تفسير وتشخيص لليقين في قاعدة: (اليقين لا يزول بالشك). انظر في ذلك: الباحسين (يعقوب)، مرجع سابق، ص236. وفي الحقيقة إنّ الاستصحاب أصل من أصول الاستنباط الفقهي، ولكنّه غير متّسع الدائرة والأفق، فهو حجّة كما قال القراني عن مالك، والمزني من أصحاب الشافعي، وذكر أنّه خالف في ذلك الحنفية. ثمّ ذكر أنّ الدليل على كونه حجّة أنّ غالب الظنّ أنّ الحال القائمة تستمرّ قائمة حتّى يوجد ما ينفيها، والظنّ الغالب حجّة في العمل كالشّهادات، فإنّها تثبت ظناً راجحاً. واختلف الفقهاء بشأن أثر الاستصحاب، الدّفع أم الاستحقاق، أم لهما جميعاً. فجمهور الحنفية ذهبوا إلى أنّ الاستصحاب يصلح حجّة للدّفع لا للاستحقاق، ومثال ذلك: المفقود الذي انقطع خبره ولم يعلم موته ولا حياته فيحكم بحياته، وبناء على ذلك لا يكون لورثته الحقّ في اقتسام تركته. ولو مات شخص يرثه المفقود فلا يستحقّ المفقود من تركته شيئاً؛ لعدم تحقّق حياته عند موت مورثه، فيكون بذلك استصحاب حياة المفقود غير صالح كحجّة لاستحقاقه الإرث حال غيبته، وإنّما يكون صالحاً للدّفع فقط. أمّا عند الشافعية وبعض الحنفية فالاستصحاب يصلح للدّفع والاستحقاق، فالمفقود عندهم يرث ويورث؛ لأنّه قبل

جوهريةً ألا وهو انعدام المغيّر⁹²¹، ولهذا عرّف بأنّه: "إبقاء ما كان على ما كان عليه لانعدام المغيّر"⁹²²، أو هو عبارة عن: "أمر ثابت في وقت بثبوتّه في وقت آخر"⁹²³. والذي يجد أساسه في العلم بعدم المغيّر للحالة السّابقة أو عدم الدليل عليها الذي يعتبر حجّة، وليس في عدم العلم بالدليل الذي لا يعتبر حجّة⁹²⁴، ويحتجّ به أكثر العلماء. إنّ إعمال هذه القاعدة أمر لازم إلى حين قيام الدليل على خلاف مضمونها، فالأصل إذا اعترضه دليل مخالف له بطل إعماله. ومثال ذلك: قيام التّوجه أمام القاضي مدّعية على زوجها عدم وصول الكسوة والتّفقة المقدّرة إليها، وفي مقابل ذلك يدّعي الزوج وصولهما، ففي هذه الحالة يكون القول قول التّوجه يمينها؛ على أساس أنّ الأصل بقاؤهما في ذمّته⁹²⁵ بعد أن كانت ثابتة فيها كما هو الحال بالنّسبة للمدين الذي يدّعي دفع الدّين ولكنّ الدّائن ينكر ذلك إلى حين قيام دليل بخلاف ذلك من بيّنة أو نكول.

وكذلك إذا اختلف الطّالب والمطلوب في الإعسار والإيسار، كأن يقول ربّ الدّين: إنّك موسر، وقال المطلوب منه: لا، بل أنا معسر. اختلف في هذه المسألة، والصّحيح: أنّ القول قول المطلوب منه؛ لأنّ العسرة أصل، والغنى عارض، فالإنسان يولد ولا شيء له⁹²⁶.

وكذلك كما لو اختلف الزوجان في التّمكين من الوطاء فيكون القول لمنكره؛ لأنّ الأصل عدم ذلك أي عدم التّمكين⁹²⁷، ولو اختلفا في السّكوت والرّد لها؛ لأنّ الأصل عدم الرّضا. كما لو اختلفا بعد العدة في الرّجعة فيها، فيكون القول قول الزّوجة؛ لأنّ الأصل عدمها، ولو كانت قائمة فالقول له؛ لأنّه يملك الإنشاء فيملك الإخبار⁹²⁸.

وكذلك إذا ادّعت امرأة أنّ زوجها طلقها، فأنكر الزوج طلاقها أمام القاضي، ولم يكن لها بيّنة على صحّة قولها، فيكون القول قوله؛ لأنّ الأصل بقاء النّكاح، وفي ادّعائها الطّلاق شكّ لعدم وجود ما يثبت

فقده كان حيّاً فيجب استصحاب حياته إلى حين ظهور خلاف ذلك. والحنايلة زيادة على اعتبارهم الاستصحاب حجّة للدّفع والاستحقاق إلا أنّهم يوقفون نصيب المفقود إلى حين ظهور حياته أو موته، فإن ظهر حيّاً كان له حقّ في تركة مورثه، وإلّا ردّ المال لورثة مورث المفقود. وانظر في مسألة (حجّة الاستصحاب): اسماعيل (محمد بكر)، القواعد الفقهية بين الأصالة والتّوجيه، د. ط، دار المنار، د. ت، ص 61.

⁹²¹ الغزالي، المستصفي، مصدر سابق، ج 2، ص 410.

⁹²² الباحسين (يعقوب)، مرجع سابق، ص 236.

⁹²³ السدّلان صالح بن غانم، مرجع سابق، ص 115.

⁹²⁴ الغزالي، المصدر نفسه، ص 407.

⁹²⁵ السيوطي (جلال الدين)، مصدر سابق، ص 136.

⁹²⁶ ابن عبد الغني السّروجي (شمس الدّين)، كتاب أدب القضاء، تحقيق ياسين (صدّيق)، ط 1، بيروت، دار البشائر الإسلامية، 1997، ص 167.

⁹²⁷ السيوطي (جلال الدين)، المصدر نفسه، ص 136.

⁹²⁸ الحموي، مصدر سابق، ج 1، ص 201.

ذلك، فالنكاح هو المتيقّن، والطلاق مشكوك فيه، واليقين لا يزول بالشك ولا يمكن أن يقال في هذا الإطار أنّ هذا يتعارض مع قاعدة: (الأصل في الفروج الحرمه) أو: (الأصل في الألبضاع التحريم)؛ فهذه القاعدة لا تجري بعد النكاح وإتّما تجري قبله، فإذا ما وقع النكاح كان هو الأصل، وكان الطلاق أمراً طارئاً، يجب إثباته، وإذا حصل ذلك بالإقرار أو بالبينة، أي الشهود، زال النكاح⁹²⁹.

وكذلك في مسألة ادعاء التّوجة امتداد الطّهر وعدم انقضاء العدة، في هذه الحالة تصدّق بيمينها ويكون لها نفقة العدة؛ فالأصل بقاء العدة بعد وجودها. ويطلق على هذا الأصل لفظ: (الاستصحاب) الذي هو عبارة عن أمر ثابت في وقت بثبوتيه في وقت آخر، وهو نوعان عند الفقهاء⁹³⁰:

(أ) جعل الأمر الثابت في الماضي مستصحباً للحال، وهذه القاعدة وما تفرّع عليها من هذا النوع.

(ب) جعل الأمر الثابت في الحال مستصحباً ومنسحباً للماضي وهذا ما يسمّى (الاستصحاب المعكوس)، أو (تحكيم الحال)، ومن أمثلته الواضحة: ابن غائب كان له مال عند أبيه، فأنفق هذا الأخير منه على نفسه، واختلفا حول هذه المسألة أمام القاضي؛ بحيث يقول الابن: لقد أنفق أبي على نفسه من مالي وهو موسر، ولهذا فإنّي أطالب بضمان المبلغ الذي صرفه، فردّ الأب قائلاً: بل أنفقت وأنا معسر، ولا يملكاني في ذلك أيّ بيّنة على ذلك. ففي هذه الحالة يحكّم الحال حتماً، فلو كان حال الخصومة معسراً فيكون القول قول الأب، ولو كان حال الخصومة موسراً فالقول قول الابن. ولو أثبت كلاهما دعواه، في هذه الحالة يقدّم إثبات الابن⁹³¹. في هذه المسألة جعل الإعسار أو اليسار القائم في الحاضر منسحباً مع الماضي، فلم يكن قول مدّعي الإعسار على إطلاقه على أنّه الصّفة الأصليّة في الإنسان والأصل اعتبار بقاءه؛ على أساس أنّ اعتبار بقاء ما كان على ما كان إنّما هو عند دليل على خلافه. ولما كان قيام صفة

⁹²⁹ اسماعيل (محمد بكر)، مرجع سابق، ص 59.

⁹³⁰ إنّ تعريف الاستصحاب عند الأصوليين ليس هو نفسه عند الفقهاء، وهو عند الأوائل على أنواع، منها: (أ) استصحاب النّص إلى أن يرد نسخ، (ب) استصحاب العموم إلى أن يرد دليل تخصيص، (ج) استصحاب الحال، وهو (ظنّ دوام الشّيء بناء على ثبوت وجوده قبل ذلك)، وهذا النوع هو الأقرب لتعريف الفقهاء للاستصحاب. وقد اختلف الأصوليون لإي مدى كونه حجّة، حيث ذهب الأكثرون منهم مالك وأحمد والمزني والصرفي وإمام الحرمين والغزالي وجماعة من أصحاب الشافعي إلى أنّه حجّة. وذهب جمهور الحنفية وأبو الحسين البصري وأبو الخطاب من الحنابلة وجماعة من المتكلمين إلى أنّه ليس بحجّة. انظر في ذلك: البورنو (محمد صدقي)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكليّة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1983، ص 94-95.

⁹³¹ الزرقا (أحمد بن محمد)، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 89. ويستثنى من هذه القاعدة أنّ الابن يصدّق بيمينه في براءة ذمته، انظر في ذلك: السدلان، مرجع سابق، ص 118.

اليسار حين الخصومة أمانة ظاهرة في تأييد كلام مدّعيه طرح ذلك الأصل لقيام الدليل على خلافه واعتبر القول المدّعي اليسار⁹³².

وكذلك في مسألة بيع الأب مال طفله ثمّ بلغ، فادّعى أنّ هذا البيع كان بغبن فاحش، فأنكر المشتري، ففي هذه الحالة كذلك يحكمّ الحال لو لم تكن المدّة قدر ما يتبدّل به السّعر⁹³³.
وكذلك لو اختلف الزوجان الوثنيان أو الجوسيان قبل الدّخول؛ حيث قال الزوج: أسلمنا معاً، فالنّكاح باق، وأنكرت، فالقول قوله على أظهر القولين؛ إذ الأصل بقاء النّكاح⁹³⁴.

وكذلك الحال لو مات نصرانيّ وادّعت امرأته المسلمة بأنّها أسلمت بعد موته حتّى يكون لها الحقّ في الميراث، وقال الورثة بين يدي القاضي: إنك أسلمت قبل موته فلا يكون لك من التّركة شيء. فلا يكون القول للمرأة بل للورثة، بالرّغم من أنّ الطرفين قد تمسّكا باستصحاب معيّن. فتمسّكت المرأة بالاستصحاب الحقيقي وهو استمرارها إلى ما بعد موت زوجها على دينه الذي كانت تدين به، والاستصحاب لا يكون كافياً باعتباره حجّة في الاستحقاق، وعلى هذا الأساس يتمسّك الورثة بالاستصحاب المعكوس الذي يتضمّن عملية سحب مانع الإرث القائم بالمرأة حين الخصومة، وهو الإسلام، إلى ما قبل موت زوجها، ولهذا كان حجّة للدّفع، فكان القول قولهم. أمّا في حالة موت رجل مسلم وكانت زوجته نصرانيّة، على وجه التّمثيل، وادّعت إسلامها بعد موت زوجها، فإعمالاً للاستصحاب المعكوس لا يكون القول قولها؛ على أساس أنّها تريد استحقاق الإرث به وهو غير صالح للاستحقاق، فيكون القول قول الورثة إعمالاً للاستصحاب الحقيقي المتضمّن بقاءها على دينها إلى ما بعد الموت؛ لأنّ الورثة يقومون في هذه الحالة بدفع الاستحقاق عنها⁹³⁵. وفي هذا كذلك إعمال لقاعدة إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، فأضاف الورثة إسلامها الحادث إلى أقرب أوقاته. ولا يكون الاستصحاب حجّة في الاستحقاق؛ باعتباره من قبيل الظّاهر، ومجرّد هذا الأخير لا يكون حجّة في إلزام الغير، و الاستحقاق على

⁹³² الزرقا (أحمد بن محمد)، المرجع نفسه، ص 89. وفي حقيقة الأمر فإنّ تحكيم الحال من قبيل العمل بالظّاهر، والظّاهر لا يصلح إلّا حجّة للدّفع فحسب، فلا يكون حجّة للاستحقاق، فكيف يجعل الأب بظاهر إعساره برئى الدّمة من إتلاف ابنه في نفقة نفسه وقد ثبت إتلافه له يقيناً فلا يبرأ إلّا بيقين مثله وذلك أن يقيم بيّنة على الإعسار ولا يكفي ظاهر الحال فينبغي أن لا يصدّق في دعواه الإعسار إلّا بيّنة. فلو ردّ بأنّ الأخذ مع اليسار هو الذي يوجب الضّمان نصّاً لا مطلق الأخذ، والمتيقّن هو الأخذ لا اليسار، فلم يثبت سبب الضمان، فالظّاهر يدفع استحقاقه فله وجه.. وهو حسن.

⁹³³ الزرقا (أحمد بن محمد)، المرجع نفسه، ص 90.

⁹³⁴ ابن الوكيل (أبو عبد الله محمّد)، مصدر سابق، ص 259.

⁹³⁵ السيوطي (جلال الدين)، مصدر سابق، ص...

الغير من قبيل الإلزام له، وعلى هذا الأساس لا يكون إعمال الظاهر فيه كافياً⁹³⁶، وقد قال الإمام (الكرخي)⁹³⁷ في أصوله: "الأصل أنّ الظاهر يدفع الاستحقاق ولا يوجب الاستحقاق"⁹³⁸.

على أنّ لأصل بقاء ما كان على ما كان استثناء في المسائل، كما هو الأمر في حالة ادّعاء المرأة مضى عدتها في مدّة تحتل ذلك، فيكون القول قولها، وتصدق بيمينها على سبيل الضرورة⁹³⁹، مع أنّ الأصل بقاء العدة بعد وجودها، فالمسألة هنا متعلّقة بطبيعة الأشياء، على أساس أنّ مضى العدة من الأمور الحرجة والخفيّة التي لا يمكن الاطلاع عليها إلّا من خلالها. وإذا قيل بغير ذلك في هذا الشأن، فلا يمكن إثبات مضى العدة أصلاً، وهذا ممّا لا يستساغ قضاء⁹⁴⁰.

(ح) الأصل في الأبضاع التّحريم: إذا كان الأصل في الأشياء الإباحة حتّى يدلّ الدليل على التّحريم⁹⁴¹، فإنّ الأصل في الأبضاع التّحريم حتّى يتيقّن سبب الحلّ استثناء من الأصل الأوّل. ف: "إذا تقابل في المرأة حلّ وحرمة، غلبت الحرمة"⁹⁴². فيحكم بحظر التّكاح حتّى يكون سبب إباحته متيقّناً⁹⁴³. وهذا الأصل يعمل به قبل التّكاح، ومثالها: إذا أعطت امرأة ثديها صبيّة واشتهر ذلك، وأراد ابنها التّزوّج بهذه الصبيّة، وارتفع الأمر إلى القضاء بشأن شرعيّة هذا الزّواج، وادّعت المرأة بعد ذلك أن لم يكن لها لبن في ثديها حين ألقيتها إياه، كان القول قولها؛ لأنّه ممّا لا يعلم ذلك إلّا من جهتها، فيترتّب على ذلك جواز

⁹³⁶ الزرقا (أحمد بن محمد)، مرجع سابق، ص 92

⁹³⁷ هو أبو الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلال البغدادي الكرخي، مفتي العراق، شيخ الحنفية. انتهت إليه رئاسة المذهب. سمع إسماعيل بن إسحاق القاضي، ومحمد بن عبد الله الحضرمي، وغيرهما، وحدث عنه أبو عمر بن حبيب، وأبو حفص بن شاهين، والقاضي عبد الله بن الأكفاني، وغيرهم. من كبار تلامذته أبو بكر الرازي. عاش ثمانين سنة؛ حيث توفي سنة أربعين وثلاثمائة. انظر: ابن عثمان الذهبي (شمس الدين)، سير أعلام النبلاء، ج 15 (تحقيق إبراهيم الزبيق)، ط 1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1983، ص 426-427، الترجمة رقم: 238 (الطبقة التاسعة عشر).

⁹³⁸ الزرقا (أحمد بن محمد)، المرجع نفسه، ص 92.

⁹³⁹ فهي أمانة في ذلك وقد اتهمت كذبا، فتحلف كالمودع إذا ادّعى الردّ والهلاك، ولكن بشرط أن تكون المدّة تحتل ذلك، وإلّا لا يقبل قولها أصلاً؛ لأنّ الأمين يصدّق فيما لا يخالفه الظاهر، مثالها في ذلك مثال الوصيّ الذي يدّعي إنفاق ألف دينار على اليتيم في يوم واحد. والمدّة التي تحتل ذلك شهران عند أبي حنيفة، وتسعة وثلاثين عند محمد وأبي يوسف. انظر في ذلك: ابن نجيم (زين الدين)، البحر الرائق

شرح كنز الدقائق للشيخ أبي البركات المعروف بحافظ الدين التّسفي، ج 4، ط 1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1997، ص 247

⁹⁴⁰ انظر في ذلك: الزرقا (أحمد بن محمد)، المرجع نفسه، ص 93.

⁹⁴¹ السيوطي (جلال الدين)، مصدر سابق، ص 147.

⁹⁴² المصدر نفسه، ص 149.

⁹⁴³ سماعي (محمد)، مرجع سابق، ص 58.

تزوج ابنها بهذه الصبية⁹⁴⁴. فهذا الأصل يعمل به مع تقييده بما إذا كان في المرأة سبب محقق للحرمة، فمجرد الشك في ذلك غير معتبر؛ إذ لا اعتبار للشك في المانع⁹⁴⁵.

إنّ الأمور، ولو كانت صعبة من حيث التدبّر والنظر الدقيق في المسائل التي تعرض على القاضي، إلّا أنّه مهما بلغت صعوبته فهو يسير إذا ما تعلّق الأمر بأصل واحد ينظر إليه القاضي، فإذا وجده وكان في جهة أحد الخصمين كان ذلك هو المدعى عليه الذي يكون القول قوله إلى حين ثبوت ذلك. أمّا إذا كان الأمر متعلّقاً بمسألة قضائية ذات أصلين متعارضين⁹⁴⁶، أحدهما يخدم خصماً، والثاني يخدم الآخر، فتدقّ المسائل هنا. فإذا كان كلّ طرف في الدعوى متمسكاً بأصل من الأصول، ولم تكن لكليهما أية حجة شرعية معتبرة لقطع النزاع، فينظر عند ذلك إلى الأصلين المتعارضين، فإن كان أحدهما أكثر تعلّقاً بموضوع النزاع وجوهه، أو كان معضداً ومؤيداً بأصل آخر أو قاعدة أخرى يرجح على الآخر، فيكون من كان هذا الأصل المرجح في جانبه مدعى عليه، ويكون الطرف الآخر مدعياً، وهو الذي يقع عليه عبء إثبات صحة دعواه، وإذا لم يتمكّن من القيام بذلك يكون القول قول المدعى عليه مع يمينه. أمّا إذا لم يترجح أحد الأصلين على الآخر بأصل آخر أو بأيّ وجه من أوجه النظر المعتبر، فيقوم عندئذ اختلاف بين الفقهاء، فيختلف نظرهم في المسألة باختلاف حكمهم على قوّة المرجح، ومدى تقديمه وتأخير⁹⁴⁷. ويرى (ابن السبكي) أنّ المسألة في الحقيقة تحتاج لتدقيق النظر فحسب؛ لأنّ الناظر يتخيّل ابتداء تساويهما، ثمّ إذا ما دقّق نظره وفتح ذهنه تمكّن من الترجيح، ما لم تكن المسألة قائمة بين أصل بعيد وآخر قريب، فالمسألة عند ذلك تكون واضحة⁹⁴⁸. ومثال ذلك من المسائل الذي تعارض فيها أصلاً وتترجح فيه أحدهما على الآخر اتّفاقاً، ادّعاء العنين الوطاء في المدّة المضروبة له، وهو سليم الذكر والأنثيين، ولكنّ المرأة أنكرت ذلك، فإنّ جانبها يتقوى بأصل عدم الوطاء بالنسبة للعتين، وجانب الرّجل يقوّيه أنّ الأصل بقاء النكاح وعد تسلط

⁹⁴⁴ ابن نجيم (زين الدين)، مصدر سابق، ص 57.

⁹⁴⁵ المصدر نفسه، ص 58.

⁹⁴⁶ إنّ التعارض في حقيقته كامن في عقل المجتهد والقاضي ونظرهما، أمّا في الواقع فلا تعارض بين الأصول، فالتعارض لا يمكن أن يكون إلّا ظاهرياً وليس حقيقياً. فليس المراد من استعمال عبارة (تعارض الأصلين) تقابلهما على وزن واحد في الترجيح، فهذا يعدّ من التناقض الواضح الجلي، بل يراد من ذلك التعارض؛ بحيث يتخيّل الناظر، حسب السيوطي، في ابتداء نظره لتساويهما، فإذا حقّق فكره رجح، وتارة يجزم بأحد الأصلين، وتارة يجري الخلاف ويرجح بما عضده من ظاهر أو غيره. انظر في هذا: السيوطي (جلال الدين)، مصدر سابق، ص 160.

⁹⁴⁷ السيوطي، مصدر سابق، ص 160، ابن رجب (أبو الفرج)، القواعد في الفقه، د.ط، بيروت، بيت الأفكار الدولية، 2004، ص 709، وانظر كذلك: الشنقيطي (محمد عبد الله محمد)، تعارض البيّنات في الفقه الإسلامي، ط 1، الرياض، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 1999، ص 77-78.

⁹⁴⁸ ابن عبد الكافي السبكي (تاج الدّين)، مصدر سابق، ص 33.

المرأة على الفسخ، لكن سلامة ذكر الرجل وأنثيته زادت جانب الرجل قوة؛ لأنّ سليم ذلك لا يكون عنيّنا في الغالب، فيكون القول قوله بخلاف ول كان خصيًّا أو محبوباً⁹⁴⁹.

ومّا تعارض فيه أصلان، ولم يظهر رجحان أحدهما على الآخر، واختلف بعد ذلك في التّرجيح:

(أ) مسألة من غاب عنه ولده الذي تجب عليه نفقته، وانقطعت أخباره، ففي وجوب نفقته خلاف بين الفقهاء، قيل: تجب؛ لأنّ الأصل بقاء حياته، وقيل: لا تجب؛ لأنّ الأصل براءة ذمّة الأب من نفقته⁹⁵⁰.

(ب) مسألة ضرب الزوج زوجته مدّعياً أمّا ناشز والضرب من باب التّأديب، ولكنها ادّعت أنّ ذلك إنّما كان ظلماً. فمل نحظه في هذه المسألة تعارض أصليين، هما: عدم الظلم، وعدم النشوز، والظلم والنشوز من الصّفات الطّارئة، وما كان طارئاً وعارضاً الأصل عدمه⁹⁵¹. وما يظهر أنّ القول قول الزوج؛ وما يجعل هذا ظاهراً هو أنّه وليّ على المرأة بحكم الشّارع؛ فيكون له الحقّ في تأديبها تبعاً لذلك بشرط عدم الإفراط⁹⁵²، وقد قال (ابن الرّفعة)⁹⁵³ في ذلك: (والذي يقوى في ظنيّ أنّ القول قوله؛ لأنّ الشّارع جعله وليّاً في ذلك)⁹⁵⁴. وهناك أمثلة أخرى في قواعد ابن رجب⁹⁵⁵، وفي أشباه السيوطي⁹⁵⁶.

(ج) مسألة إذا أصدق الرجل تعليم بعض القرآن ووجدت المرأة تحفظه، فادّعى بعد ذلك أنّه علّمها، وأنكرت هي ذلك، فاختلف في القول لمن؛ لأنّ المسألة فيها تعارض أصليين، الأوّل بقاء الصّدق في ذمّته، والثّاني براءة ذمّته. وهماك من ذهب إلى أنّ القول قول المرأة مع يمينها؛ لأنّه ثبت يقينا اشتغال ذمّته بصداقها، وما ثبت بيقين لا يزول إلّا بيقين مثله⁹⁵⁷.

⁹⁴⁹ السيوطي (جلال الدين)، مصدر سابق، ص160، ابن السبكي، مصدر سابق، ج1، ص38، وانظر كذلك: الشنقيطي (محمد)،

تعارض البيّنات في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص78.

⁹⁵⁰ السيوطي (جلال الدين)، مصدر سابق، ص165.

⁹⁵¹ المصدر نفسه، ص166.

⁹⁵² الشنقيطي (محمد)، مرجع سابق، ص79.

⁹⁵³ هو أحمد بن محمّد بن عليّ بن مرتفع بن صارم بن الرّفعة، الشّيخ الإمام شيخ الإسلام نجم الدّين أبو العباس. فقيه شافعي، تفقه على السّديد، والشّريف العبّاسي، وغيرهما. لُقّب بالفقيه لغلبة الفقه عليه. وسمع الحديث من محيي الدّين الدّميري. وقد ألّف وأبدع، له على سبيل المثال: المطلب في شرح الوسيط، الكفاية في شرح التّنبية. توفيّ بمصر سنة عشر وسبعمائة. انظر ابن عبد الكافي السّبكي (تاج الدّين)، مصدر سابق، ج9، ص24 وما بعدها، التّرجمة رقم: 1298.

⁹⁵⁴ السيوطي (جلال الدين)، مصدر سابق، ص166، ابن السبكي، مصدر سابق، ج1، ص36.

⁹⁵⁵ ابن رجب، مصدر سابق، ص335-339.

⁹⁵⁶ السيوطي (جلال الدين)، مصدر سابق، ص165-166.

⁹⁵⁷ البورنوز، الموسوعة، مرجع سابق، ج1، ص280.

المطلب الثاني: الافتراض بالظاهر

إنّ الظاهر أنواع، والحقيقة الأولية التي نحن بصدد الحديث عنها لا تقوم إلاّ على نوع واحد من الظواهر الذي يمكن أن يصطدم بظواهر أخرى، والقاضي في حالة النظر والتأسيس يجد نفسه مضطراً إلى إعمال النظر الذهني في مسائل التعارض الظاهري. وحتى نفهم هذه المسألة الجوهرية من الضروي المرور على دراسة الظاهر المقصود المشكّل لأساس الحقيقة الأولية في (الفرع الأول)، ثمّ بيان مسألة التعارض الذي يمكن أن يحصل بين الظواهر المختلفة والمنهج القضائي في التعامل معه في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المقصود بالظاهر أساس الحقيقة الأولية

ولا نقصد الظاهر الأقوى، وهو الظاهر بالعرض كشهادة الشاهدين، فهذا النوع من الظاهر يترجّح بصفة دائمة على الأصل حتى ولو كان مبنياً على الظنّ، باعتباره مستندا إلى سبب منصوب شرعا كالشهادة⁹⁵⁸. وإنّما مقصودنا في هذا العنصر الظاهر بالعرف ودلائل الأحوال، فهذا هو نوع الافتراض الذي تبنى عليه الحقيقة الأولية. إنّ القاعدتين اللتين يجب مراعاتهما ابتداءً، في هذا السياق، أنّ القول قول من يشهد له ظاهر الحال، والبيّنة لمن كان شاهداً على خلاف الظاهر، ثمّ يجب اليمين على كلّ من له القول⁹⁵⁹. والظاهر له إطلاقات مختلفة، فقد يطلق على الكلام الواضح، كما قد يطلق على الغالب، وقد يراد بمعنى الأصل في ذاته. وما يهّمنا نحن هنا الغالب والأصل. وبيان ذلك: أنّ الفقهاء يطلقون لفظ الظاهر على الأمر الغالب الذي يترجّح وقوعه وحدوثه، وهو تعريف الظاهر عند (الزركشي)⁹⁶⁰. إلاّ أنّ بعض الفقهاء فهموا التّغاير؛ فجعلوا الغالب ما غلب على الظنّ حصوله من غير مشاهدة، وجعلوا الظاهر ما غلب على الظنّ حصوله بمشاهدة⁹⁶¹، وهذا أمر لا معوّل عليه في منظور الزركشي؛ لأنّ الظاهر عبارة: "عمّا يترجّح وقوعه، فهو مساو للغالب"⁹⁶². وإطلاق الفقهاء الظاهر على الأصل (بمعنى المحقّق) إذا اعترضه ما يشكّك في بقاءه، وإطلاقهم الأصل على الظاهر، يوحيان باتّحادهما في المعنى، إلاّ أنّ هذه المسألة لا تتحقّق إلاّ في حالة الانفراد، بحيث يمكن أن يحلّ كلّ منهما محلّ الآخر، أمّا في حالة الاجتماع فيحمل

⁹⁵⁸ ابن عبد الكافي السبكي (تاج الدّين)، مصدر سابق، ج 1، ص 19.

⁹⁵⁹ حيدر (علي)، مرجع سابق، ج 4، ص 547.

⁹⁶⁰ الزركشي، المنشور، مصدر سابق، ج 1، ص 184.

⁹⁶¹ الزركشي، المصدر نفسه، ص 184.

⁹⁶² الزركشي، مصدر سابق، ص 184.

كل واحد منهما على معناه الاصطلاحي⁹⁶³. وهناك من الشافعية من يطلق على الأصل الظاهر بنفسه، وعلى الظاهر الذي هو قسيم للأصل الظاهر بغيره⁹⁶⁴. وتعريف الزركشي للظاهر لا يمكن أن يوصف بالمانع؛ لأن الأصل الذي هو قسيم الظاهر مما يترجح وقوعه أيضاً، ففرق بينهما بعض الفقهاء بزيادة قيد: "ولم يكن أصلاً"، فيكون تعريف الظاهر عندئذ هو: "عبارة عما يترجح وقوعه ولم يكن أصلاً"⁹⁶⁵.

وحقّ نتجّن من التفريق بينهما لا بدّ من أن ندرك أنّ الظاهر، في حقيقته، هو دلالة الحال التي هي الأمانة القائمة التي تدلّ على شيء. والحالة التي تسمّى (الظاهر) هي في نظر الفقهاء نوعان: (أ) ظاهر ضعيف لم يطرح معه احتمال خلافه من أصل أو دلالة حال⁹⁶⁶، (ب) ظاهر قوي⁹⁶⁷، وهو الظاهر بالعرض أو الظاهر بالفرض (وهو الافتراض النصّي والفقهّي والقانوني والقضائي)، وليس هو الذي نقصده في بناء الحقيقة الأولية.

إنّ الظاهر القويّ، من حيث المفهوم، هو الظاهر الذي وصل في ظهوره إلى درجة يكون معها احتمال خلافه مطروحاً، غير منظور إليه، وفي بعض الحالات قد يكون هذا النوع مقطوعاً به غير قابل لأيّ احتمال مخالف لمدلوله، فيكون اعتباره متعيّناً، وبالتالي يجب تقديمه على ما قد يعارضه⁹⁶⁸. أمّا الظاهر الضعيف فهو الذي لم يصل إلى الدرّجة التي يطرح معها احتمال خلافه، وهذا شأن أغلب الظواهر، فإنّها تفيد في الغالب الظنّ. وتختلف قوّة الظاهر هنا باختلاف قوّة الظنّ. فهناك ظاهر مفاده الظنّ الغالب الذي ينزل منزلة التحقيق، وغالب الأحكام والشّهادات تبني عليه⁹⁶⁹، كالظنّ المستفاد من الأعراف المحكّمة والعوائد الغالبة وقرائن الأحوال الظاهرة⁹⁷⁰. وهناك ظاهر مفاده الظنّ العادي، ويشمل الظنّ بمعنى الطّرف الرّاجح من التّردّد بين أمرين، وهذا النوع من الظنّون يختلف أمره لدى الفقهاء، فتارة يعتبر كالحقّق ويعمل به وهو الظنّ الذي يكون في أعلى الرّتب، وتارة يلغى ويجعل في حكم المعدوم وهو الظنّ الذي يكون في

⁹⁶³ سماعي (محمد)، مرجع سابق، ص 27.

⁹⁶⁴ المرجع نفسه، ص 31.

⁹⁶⁵ المرجع نفسه، ص 31.

⁹⁶⁶ الزرقا (مصطفى)، مرجع سابق، ج 2، ص 1067.

⁹⁶⁷ المرجع نفسه، ص 1065.

⁹⁶⁸ الزرقا (أحمد بن محمد)، مرجع سابق، ص 112، الزرقا (مصطفى)، مرجع سابق، ج 2، ص 1072.

⁹⁶⁹ ابن فرحون، مرجع سابق، ج 1، ص... وهو قريب من قول الشاطبي في (الموافقات): (والدليل على ذلك أنّ ضوابط المشروعات هكذا وجدناها؛ كالقضاء بالشّهادة في الدماء والأموال والفروج، مع إمكان الكذب والوهم والغلط، وإباحة القصر في المسافة المحدودة مع إمكان عدم المشقّة، كالمملك المترّف...، وكذلك إعمال خبر الواحد والأقيسة الجزئية في التكاليف، مع إمكان إخلالها والخطل فيها من وجوه، لكن ذلك نادر فلم يعتبر واعتبرت المصلحة الغالبة). انظر في ذلك: الشاطبي (أبو إسحاق)، الموافقات في أصول الشريعة، دار الفكر العربي، ج 2، ص 359.

⁹⁷⁰ الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، ج 1، ص 123. القراني (شهاب الدين)، الدخيرة، مصدر سابق، ج 1، ص 151.

أسفل الرتب، وتارة يعتبر بإضافة ظن آخر إليه وهو ما يعبر عنه بالظنون المتوسّطات، كاجتماع في عدم رشد الصبي أصل وغالب⁹⁷¹، ومن أمثلته: تخليف المدعى عليه فيما هو في يده؛ فإنّ يده دالة على صدقه، ومع ذلك لم يكتف إلاّ بضمّ يمين إليها، فيجتمع بذلك الظن المستفاد من وضع اليد مع الظن المستفاد من اليمين⁹⁷²، وكذلك ضمّ اليمين إلى التّكول فيجتمع الظاهران، وتخليف المدعى عليه، فيجتمع استصحاب البراءة مع اليمين⁹⁷³.

والظاهر مهما كان نوعه، لا يكون معتبرا إلاّ بتوافر مقومات أساسية، أهمّها⁹⁷⁴:

(أ) التّبوت: ولا يكون ذلك إلاّ بثبوت الأمانة التي يستند إليها، وهي إمّا معلومة بالضرورة ككمال العدة على الهلال، وكمال العدة عند المرأة، وإمّا مظنونة كدلالة البيّنات والعادات ووضع الأيدي على الأملاك. والأمارات التي تثبت بها أحكام الظواهر، منها المعتر بدليل يخصّه، كالشّهادة والرّواية والأخبار، ومنها المعتر بدليل يعمّه كالأعراف والعوائد المطّردة والقرائن الغالبة، وعلى الفقيه التّمييز بينها والأخذ بأقواها⁹⁷⁵.

(ب) أرجحية الوقوع: ومعنى ذلك أن يكون احتمال وقوع الظاهر في الخارج أرجح في النفس من عدمه، ويكون الظن كاف في ذلك، ولا يشترط اليقين اتّفاقا لتعدّره في أكثر الأحوال، وبناء الأحكام على الظنون الرّاجحة تشهد له تصرفات الشارع غير المنحصرة، والتي فيها تنزيل للظن الغالب منزلة اليقين. و: (الدليل على ذلك أنّ ضوابط المشروعات هكذا وجدناها؛ كالقضاء بالشّهادة في الأموال والفروج، مع إمكان الكذب والوهم والغلط، وإباحة القصر في المسافة المحدودة مع إمكان عدم المشقة، كالمملك المترف..، وكذلك إعمال خبر الواحد والأقيسة الجزئية في التكاليف، مع إمكان إخلالها والخطأ فيها)⁹⁷⁶. والظن معتبر حتّى ولو لم يكن غالبا ما لم يخرج إلى حدود الشك؛ لأنّ التّوهّم لا يبنى عليه حكم.

وما يهمنّا في هذا العنصر هو الظاهر الضّعيف؛ لأنّ الظاهر القويّ، سواء كان بالعرض أو بالفرض، يكون أقوى حتّى من الأصل، بحيث تبنى على أساسه الحقيقة القضائية؛ أمّا الظاهر الضّعيف لا يرتقي

⁹⁷¹ فإذا بلغ الصبي، ولم يطلع على أمره، قام احتمالان بشأنه، أحدهما أن يكون مصلحا لدينه وماله، والآخر أن لا يكون كذلك، فكيف يحكم بانفكاك الحجر عنه، مع أنّ الأصل عدم كلّ واحد منهما، بل الغالب عدم الرّشد، فقد اجتمع في عدم رشده أصل وغالب، فكيف نرجح أصلا واحدا على أصل وغالب. ابن عبد السلام (عب العزيز)، مصدر سابق، ج2، ص35.

⁹⁷² سماعي (محمد)، مرجع سابق، ص61.

⁹⁷³ القرابي (شهاب الدين)، مصدر سابق، ص158.

⁹⁷⁴ سماعي (محمد)، المرجع نفسه، ص61 وما بعدها.

⁹⁷⁵ المرجع نفسه، ص62.

⁹⁷⁶ الشاطبي (أبو إسحاق)، الموافقات في أصول الشريعة، ج2، د.ط، د.ت، ص359.

لذلك، فتبنى عليه الحقيقة الأولية فحسب، وهي قابلة للتغيير حسب صيرورة الدعوى. والظاهر الضعيف إما أن يكون متعلقاً بدلالة الحال وإما أن يكون متعلقاً بالعرف والعادة.

ومثال الظاهر المعتمد على دلالة الحال أو تحكيم الحال: لو أنفق الأب على نفسه من مال ولده الذي تحت حوزته، ثم اختلفا أمام القضاء، فادعى الابن أن أباه أنفق من ماله الذي عنده وهو موسر، أما الأب فادعى بأنه إنما أنفق وهو في حالة إعسار. ففي هذه الحالة لا حلّ ممكن إلا باللجوء إلى تحكيم حال الأب في اليسار والإعسار حين الخصومة، فيقوم القاضي بترجيح من تشهد له الحال منهما ترجيحاً ابتدائياً إلى أن يثبت خلافه⁹⁷⁷، فتكون معه الحقيقة القضائية في أدنى درجاتها، وهي الحقيقة الأولية. وكذلك في الاختلاف حول كفر الميت وإسلامه، كالرجل إذا مات وله أبوان ذميان وولد مسلم، فإذا ادعى الأبوان بأنّ ابنتهما ماتت كافراً، وادعى الابن المسلم خلاف ذلك، أي أنّ أباه مات مسلماً، فالقول قول الابن المسلم تحكيماً للحال، ويكون الإرث للابن دون الأبوين. وقريباً من هذا إذا ادّعت المرأة المسلمة بأنّ زوجها مات مسلماً، في حين ادعى أولاده الكفار أنّ أباهم مات كافراً، فقال صاحب البحر في هذه المسألة بأنّه يكفي أن تدعي المرأة المسلمة بأنّ زوجها مات مسلماً، وبهذا يكون القول قولها، وتبعه في ذلك (المقدسي)⁹⁷⁸، أمّا إذا كان للمتوفّى أخ مسلم وادّعت امرأة المتوفّى المسلمة أنّ زوجها مات مسلماً وصدّقها أخ الميت، فيكون للمرأة وللأخ حقّ في التركة دون أولاد الميت الكفار، وفي مسألة تصديق أخ الميت للزوجة في ادّعاتها، فقد قال صاحب البحر بأنّه لا يشترط تصديق الأخ، فتكون دعوى الزوجة كافية في ذلك، إلا أنّ هناك من يرى أنّ ذلك شرط في ميراثها⁹⁷⁹. وكذلك إذا مات ذمي، وقامت زوجته مدّعية أنّها قد أسلمت بعد موته، أي أنّها ظلّت على دين زوجها إلى ما بعد وفاته، فيكون القول قولها في ذلك، ولها ميراثه، وإن أسلمت بعد وفاته؛ لأنّ سبب الميراث هو الوفاة، وكون الوارث على دين المورث وقت وفاته، أمّا إذا كان للميت ورثة على دينه، وقاموا مدّعين بأنّ زوجته أسلمت قبل وفاته، فيكون القول قولهم حينئذ بلا يمين تحكيماً للحال؛ لأنّها وقت دعواها كانت مسلمة، فثبت حرمانها من ميراث المتوفّى لظاهر الحال. أمّا إذا ادّعت المرأة على الورثة بكفرها بعد موت المورث الذمي، فإنّ ورثتها يحلفون على عدم العلم بالكفر بعد الوفاة⁹⁸⁰. ومثاله كذلك: قبول قول الأب في بيع عقار طفله إذا ادّعى أنّه باعه بغبطة، بغير بينة يكلف إقامتها، وإذا رفع بيعه إلى الحاكم أمضاه؛ لأنّ الظاهر من حاله أنّه لا يفعل إلا ما فيه الحظّ للولد، لانتفاء التهمة عنه، ويحكم القاضي بصحّة بيعه مال ولده إذا رفعه إليه وإن لم يثبت أنّ بيعه وقع بالمصلحة؛ فهو

⁹⁷⁷ الزرقا (مصطفى)، مرجع سابق، ج2، ص1065-1066.

⁹⁷⁸ الجندي (أحمد)، التعليق، مرجع سابق، ص86.

⁹⁷⁹ المرجع نفسه، ص86.

⁹⁸⁰ المرجع نفسه، ص86.

غير متهم في حقّ ولده⁹⁸¹، فولاية الأب العدل ثابتة على ولده الصّغير وعلى ماله، يتصرّف فيه بما تقتضيه المصلحة، وينفق عليه بالمعروف، ويبيع ماله وعقاره في نفقته وكسوته إذا لم يكن له نفقة، أو لغبطة ظاهرة⁹⁸²، ولهذا كان جائزاً أن يتاع ماله عن نفسه ويبيع ماله عن نفسه، ويكتفى في الرّاجح بالعدالة الظّاهرة لوفور شفقتة، والحال نفسها بالتّسبة للجدّ⁹⁸³، رغم أنّ في مسألة مدى حاجة الحاكم إلى ثبوت عدالة الأب، أو اكتفائه بالعدالة الظّاهرة وجهان⁹⁸⁴، كما جاء في رواية الشّيخ أبو نصر⁹⁸⁵ عن القاضي أبي الطّيب⁹⁸⁶ الطّبري⁹⁸⁷. أمّا الوصيّ وأمين الحاكم (المقدّم) فيجب إقامتهما البيّنة بتوفّر عنصري المصلحة وبعد التّهمة، ويكون قول المحجور عليه مقبولاً بعد الكمال فيما إذا قال أنّهما باعا ماله ولو كان غير عقار بلا مصلحة، فلا يمضي الحاكم بيعهما حتّى يثبتا غير ذلك بيّنة، ولا يقبل قولهما في ذلك على الصّحيح من المذهب بخلاف الأب والجدّ كما سبق، بل البيّنة على المحجور عليه، فلا يلزمهما بيّنة؛ لأنّهما غير متّهمين لوفور شفقتهما⁹⁸⁸. وخلاصة ذلك، أنّ المحجور عليه إذا ادّعى بعد بلوغه على الأب والجدّ بيعاً مفتقراً للمصلحة صدّقاً بيمينهما، وإن ادّعى ذلك على الوصيّ والأمين صدّق هو بيمينه⁹⁸⁹. وحكى

⁹⁸¹ الخطيب الشريبي (شمس الدين)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للتّوي، اعتناء محمد خليل عيتاني، ج2، ط1، بيروت، دار المعرفة، 1997، ص228.

⁹⁸² المصدر نفسه، ص227.

⁹⁸³ المصدر نفسه، ص228.

⁹⁸⁴ المصدر نفسه، ص228.

⁹⁸⁵ هو عبد السيد بن محمّد بن عبد الواحد بن أحمد بن جعفر أبو نصر بن الصّبّاغ، كان فقيهاً أصولياً محققاً، بحيث انتهت إليه رئاسة الأصحاب، سمع الحديث من أبي عليّ بن شاذان، ومن أبي الحسين بن الفضل، وروى عنه الخطيب، وأبو بكر محمّد بن عبد الباقي الأنصاريّ، وغيرهما. ولد سنة 400، وتفقه على القاضي أبي الطّيب. كان أحد الثّلاثة الذين أكملت فيهم شرائط الاجتهاد المطلق، حسب ما ذهب إليه أبو الوفاء بن عقيل الحنبلي، إلى جانب أبي يعلى بن الفراء، وأبي الفضل الهمداني الفرضي. توفّي يوم الثّلاثاء وتمّ دفنه يوم الأربعاء الرّابع عشر من جمادى الأولى من عام 477. انظر في تفصيل ترجمته: ابن عبد الكافي السّبكي (تاج الدّين)، مصدر سابق، ج5، ص122 وما بعدها، رقم التّرجمة: 464.

⁹⁸⁶ هو القاضي الإمام أبو الطّيب طاهر بن عبد الله بن طاهر الطّبري الشّافعي، أحد حملة المذهب ورفعاؤه. ولد عام 348 وتوفّي عام 450، بحيث عاش مائة وستين دون أن يختلّ عقله ولا فهمه، وهو يفتي ويقضي ويحضر المجالس في دار الخلافة. روى عنه الخطيب البغدادي وأبو إسحاق الشّيرازي، وغيرهما. أخذ الفقه في أمل على أبي عليّ الزّجاجي صاحب ابن القاص، وقرأ على أبي سعيد الاسماعيلي وعلى القاضي أبي القاسم بن كج بجرجان، ثم ارتحل إلى نيسابور، وأدرك أبا الحسن الماسرجسي صاحب أبي إسحاق المروزي، فتفقه على يده مصاحباً له أربع سنوات، وبعدها ذهب إلى بغداد حيث علّق على أبي محمّد الباقي الخوارزمي صاحب الدّاركي، كما حضر مجلس الشّيخ أبي حامد الاسفراييني، وقد كان أفقه منه في نظر أبي محمّد الباقي. قام بشرح المزني، وصنّف تصانيف كثيرة في الخلاف والمذهب والأصول والجدل، وهو فاتحة الطّبقة السّادسة في نظر أبي عاصم. انظر في تفصيل ذلك: الشّيرازي (أبو إسحاق)، طبقات الفقهاء، حقّقه عباس (إحسان)، ط2، بيروت، دار الرائد العربي، 1981، 127-128. وانظر كذلك لمزيد من التّفصيل: ابن عبد الكافي السّبكي (تاج الدّين)، مصدر سابق، ج5، ص12 وما بعدها، رقم التّرجمة: 422.

⁹⁸⁷ ابن أبي الدم الحموي (شهاب الدين)، كتاب أدب القضاء، تحقيق الزّحيلي (محمد)، ط2، دمشق، دار الفكر، 1982، ص599.

⁹⁸⁸ الخطيب الشريبي (شمس الدين)، مصدر سابق، ج2، ص228.

⁹⁸⁹ المصدر نفسه، ص230.

القاضي (أبو الطيب الطبري) أنه يقبل قولهما، ويمضي الحاكم فعلهما كالأب والجد⁹⁹⁰. فيقبل قول الأب والجد في الإنفاق على الصبي وبيع عقاره مع يمينهما، أما الوصي ففيه قولان أصحهما يقبل قول الوصي وأمين الحاكم في ذلك؛ لعسر ذلك وتعذره، وهذا ما ذكره (القاضي أبو الطيب)، ونقله عنه الشيخ أبو نصر رضي الله عنهما. وقال الإمام: (ذهب أئمة العراق والقاضي حسين إلى أن تصرف الأب نافذ مطلقاً، وعلى من يدعي خلاف الغبطة البيّنة)⁹⁹¹، فلو بلغ الصبي وادّعى أمام القاضي مخالفة الغبطة، فيكون القول قول الأب، أما الوصي إذا ارتفع إلى مجلس الحكم فلا ينفذ القاضي شيئاً من تصرفاته من غير بيّنة، تقوم على أنّها موافقة للغبطة⁹⁹²، وبيان ذلك فرط شفقة الأب وانتفاء التهمة عنه بخلاف الوصي⁹⁹³، ولو أنفق الأب شيئاً في مصلحة الصبي، وعند بلوغه ادّعى أن أباه قد تعدّى قدر الحاجة، فالقول عندئذ قول الأب. أما لو ادّعى مثل ذلك على الوصي، ففي الأمر وجهان، وهذا ما ذكره الإمام في تجارة الوصي بمال اليتيم، وقال في أثناء كتاب الوكالة، القيم إذا ادّعى الرّد على الذي كان صبيّاً فأنكر، لم يقبل قول القيم على الأصح⁹⁹⁴. والنظر الفقهي، هنا هو أنّه في مثل هذه المسائل توجد قرائن قائمة فيها نوع دلالة فتلجأ إليها مبدئياً عند فقدان البرهان المثبت بخلاف المسائل التي لا قرائن فيها، كدعوى الدين، فإنّها عند فقدان البيّنة يلتجأ فيها إلى تلك الأصول للترجيح المبدئي، ككون الأصل براءة الدّمة.

ومثال الظاهر المعتمد على العرف والعادة: الذي يظهر فيه دور الزّمان والمكان في بناء الافتراض، قبول قول المرأة، في الإصابة، إذا خلا بها الرّجل خلوة اهتداء⁹⁹⁵، ويحكم عليه بالصدّاق، حتّى ولو كان منكراً للوطء؛ على أساس أنّ العرف والعادة يشهدان بحقيقة أنّ الخلوة، وعلى وجه الخصوص إذا كان ذلك لأوّل

⁹⁹⁰ ابن أبي الدم (شهاب الدّين)، المصدر نفسه، ص599.

⁹⁹¹ المصدر نفسه، ص599.

⁹⁹² ابن أبي الدم (شهاب الدّين)، مصدر سابق، ص599.

⁹⁹³ المصدر نفسه، ص600.

⁹⁹⁴ المصدر نفسه، ص600.

⁹⁹⁵ أمّا في ما تعلق بخلوة الزّيارة التي تكون قبل الزّفاف، فالفقهاء فيها يحكّمون ظاهر الحال، مراعاة الأوضاع الاجتماعية ولما هو أقرب إلى العدل والمصلحة. علماً أنّ السّبب الأصلي لاستقرار جميع المهر هو الدّخول الفعلي، وهذه مسألة لا خلاف فيها بين الفقهاء. ولكنّ الحنفية أقاموا الخلوة الصّحيحة مقام الدّخول احتياطاً؛ باعتبار الخلوة مظنة الدّخول. إلّا أنّ هذا النّظر الاحتياطي سبّب في عصرنا حرجاً كبيراً وعتماً لا يطاق، وأصبح مجالاً للاستغلال بحكم كثرة خلوة العروسين بعد العقد وقبل الزّفاف على سبيل الزّيارة والتّنزه، وهو من عادات الناس اليوم خلاف ما مضى من الأزمان. ولهذا قرّر في مشروع الأحوال الشّخصية الموحد أنّ المهر يتأكّد في العقد الصّحيح، دون أن يكون عرضة للسّقوط الكلّي أو السّقوط التّصفي في الحالات التّالية: (أ) الدّخول بصورة فعليّة، ودليل ذلك الزّفاف؛ بحيث لا يقبل إثبات العكس إلّا بإقرار مدّعي الدّخول أو ببقا الزّوجة على بكارها إذا كانت بكرًا وتندرج الوفاة بعد الدّخول في هذه الحالة)، (ب) موت أحد الزوجين قبل الدّخول. انظر: الزرقا (مصطفى) ولجنة خاصّة معه، مشروع قانون الأحوال الشّخصية الموحد، ط1، دمشق، دار القلم، 1996، ص78-79.

مرة، يكون فيها الرجل غير مفارق للمرأة حتى يصل إليها⁹⁹⁶، وكذلك إذا ادعى الزوج عدم المسيس، إلا أن الزوجة ادعت ذلك يوم الدخول بها، فالقول قولها مع يمينها، فإن حلفت استحقت كامل الصداق، وإن نكلت حلف الزوج وتشاطر صداقها، أما إن نكل صدقت هي واستحقت كامل صداقها، ومخالفة هذا الحكم قضاء يعرض ما يقضي به قضاة الموضوع للنقض لانعدام التسيب⁹⁹⁷، ومن المقرر شرعا كذلك، حسب ما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها وغلق بابها عليه، وهو ما يسمى إرخاء الستور أو بتعبير آخر (خلوة الاهتداء) يعتبر دخولا فعلياً يترتب كافة الآثار المقررة شرعا، منها أخذ الزوجة كامل صداقها، ووجوب عدتها حتى ولو اتفق الطرفان على عدم الوطاء ووجوب نفقتها⁹⁹⁸، ولهذا كان القول قول الزوجة في ادعائها المسيس، ويترتب على ذلك قضاء بالتبعية أن القول قول المرأة في كل ما تخبر به عن فرجها، وهي مصدقة في حالة الخلاف بينها وبين زوجها حول عذريتها أو عدمه بعد الدخول، وقد جاء في شرح التحفة أنه إذا ادعى الزوج أنه: "لم يجد زوجته بكرا فليس له إلا عليها اليمين"⁹⁹⁹، فإذا ادعت الزوجة أنها كانت عذراء فكأنها ادعت المسيس فيكون القول قولها مع يمينها، زيادة على أن عرض المرأة على الطبيب لمراقبة مثل هذه المسألة يسيء إليها ولعائلتها، حتى أن كشفه للنساء لا يكون إلا عند الضرورة القصوى وفي الحالات التي لا تحتمل بديلا آخر، وبموافقة المرأة المراد الكشف عنها¹⁰⁰⁰، فهو افتراض أولي يقوم على الخصوصية وطبيعة الأشياء. وتكون الحقيقة الأولية

⁹⁹⁶ وفي مدى لزومها اليمين، فيه قولان، وفي خلوة الزيارة خلاف؛ بحيث قيل: إن القول قولها، وهو ما ذهب إليه ابن أبي زيد، وهو الأشبه. وقيل: قول الزائر منهما، وهو المشهور. وقيل: القول قول التيب، وينظر النساء البكر. انظر في ذلك: ابن فرحون، مرجع سابق، ج1، ص266.

⁹⁹⁷ قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 34262، المؤرخ في 1984/11/19، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد1، ص(75-78).
⁹⁹⁸ لقد طالب الطاعن بنقض قرار المجلس القضائي بتلمسان الذي أيد مبدئيا الحكم الذي أصدره قضاة الموضوع على مستوى المحكمة الابتدائية (الرمشي) والذي قضى بالطلاق بين الزوجين تحت مسؤوليتهما المشتركة، الأمر الذي يتم على أساسه تقسيم الصداق بينهما نصفين والحكم لها ب1000 دج متعة، و500 دج نفقة عدة، و150 دج نفقة إهمال لها ابتداء من تاريخ رفع الدعوى ورفض طلبها الخاص بالمنقولات التي أثبت الزوج أنها ملك له وإسقاط حقتها في التعويض عن الضرر، وقد عدل المجلس القضائي قراره فقام برفع نصف المسؤوليات التي قررت على كاهل الزوجة وقام بإضافتها للزوج، وحكم لها بالصداق كله. ومن بين ما استند عليه الطاعن في طعنه كونه حكم للزوجة كامل الصداق مع أنها لا تستحق إلا نصفه لكون الطلاق كان قبل الدخول وفي ذلك مخالفة لنص المادة (16) من قانون الأسرة وكذا المادة (17) لما حكم بالصداق دون توجيه اليمين لأي من الزوجين باعتبارهما متنازعين على مضمونه، زيادة على أنه لم يحكم بفسخ النكاح رغم أن الزوج لم يجد زوجته وقت الدخول بها بكرا فاحتل شرط مفترض في العقد يقوم على أساسه فسخ النكاح، وعدم الحكم بذلك فيه إحلال بالمادة (32) من قانون الأسرة. انظر في ذلك: قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 55116، المؤرخ في 1989/10/02، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد1، ص(33-38).

⁹⁹⁹ التسولي (أبو الحسن علي بن عبد السلام)، مصدر سابق، ج1، ص52.
¹⁰⁰⁰ إلا أن المحكمة العليا لم تكن مصيبة من الناحية الفقهية والقانونية لما قاست مثل هذه المسألة على مسألة العيوب الخفية، بحجة ضياع الحقيقة بين أقوال مختلفة للمختصين، فعند التعارض يكون تقدير ذلك للقاضي، فهو الذي له سلطة الترجيح بين الخبرات التي استعان بها. ولا تكون المرأة مصدقة في ذلك فيجب عرضها على المختص بمراجعة الشروط الشرعية وهو من المجالات التي تقبل فيها شهادة

التي يقرّها القاضي في هذه الحالة هي الحقيقة القضائية التي يتضمنها الحكم القضائي؛ لأنّ خلوة الاهتداء قرينة الدّخول فلا يقبل إثبات العكس إلاّ بإقرار مدّعي الدّخول أو ببقاء الزّوجة على بكارها إذا كانت بكراً¹⁰⁰¹.

وفي مجال التّفقّة، إذا ادّعى الزّوج المقيم مع زوجته أنّه أنفق عليها، وادّعت هي خلاف ذلك؛ بحيث قالت أنّه لم ينفق عليها، فيكون القول قول الزّوج؛ لأنّ العرف يشهد له بذلك¹⁰⁰²، وهو الغالب؛ فالزّوج يشاهد دورياً وهو يأتي بالمؤونة إلى المنزل، ولهذا كانت العادة الغالبة مصدراً للظنّ بصدق الزّوج¹⁰⁰³، وهو ما ذهب إليه أهل المدينة، وهو الحقّ الذي لا شكّ فيه، كما ذهب إلى ذلك (ابن فرحون)¹⁰⁰⁴.

وفي الهبات، إذا وهب رجل لآخر هبة مطلقّة، مدّعيّاً بأنّها للثّواب، ودفع الموهوب له هذا الادّعاء بقوله بأنّ الهبة لم تكن للثّواب، ففي هذه الحالة يحكم بالعرف مع اليمين، فإنّ أشكل ذلك، فيكون القول قول الواهب مع يمينه¹⁰⁰⁵.

وفي الجهاز، إذا حصل اختلاف بشأنه بين الأب وبنته، وارتفع الأمر إلى القاضي، فإذا كان العرف مستمرّاً على أنّ الأب يعطي ذلك لابنته بصفته ملكاً لا بصفته عارية، فيكون القول قول البنت في حياتها، والقول قول ورثتها بعد وفاتها، أمّا إذا كان العرف مشتركاً، كعرف مصر، فالقول عندئذ يكون قول الأب، وبعد وفاته لورثته¹⁰⁰⁶. وقد يكون ذلك مرتبطاً بمسألة الرّمن، وبيان ذلك أنّ الأب ومن تنزّل منزلته من وصيّ ووكيل إن أورد الثّوار الذي اشتراه بالتّقّد من ثياب وحليّ وغير ذلك لبيت البناء ببنته البكر حتّى كان تحت يدها، ثمّ ادّعى أنّ ذلك كان عارية في بعض ما أورد ممّا زاد على نقدها المسلم إليه، فالقول له في ذلك الزّائد بيمينه مدّة سنة تحسب من بعد إيراده بعد البناء، سواء كانت البنت حيّة أو ميّتة، فإنّ طال فوق السنّة لم تقبل دعواه العارية إلاّ بشهادة الشّهود وفي هذه الحالة يكون مدّعيّاً لا مدّعيّاً عليه، أمّا إذا كان الإيراد بعد البناء بأيّام فالقول قوله ولو طال الرّمان، فيكون مدّعيّاً عليه دائماً؛ لأنّ الأصل عدم خروج ملكه إلاّ على الوجه الذي يقصده هو، ولم يصدّق بعد السنّة فيما أورده ليلة البناء لأنّ العرف فيما يخرج في

النّساء. انظر كذلك: قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 55116، المؤرّخ في 1989/10/02، المحلّة القضائية لسنة 1991، العدد 1، ص(33-38).

¹⁰⁰¹ الزرقا (مصطفى)، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، مرجع سابق، ص78-79.

¹⁰⁰² ابن فرحون، مرجع سابق، ج2، ص69.

¹⁰⁰³ إلاّ أنّ الشّافعية يذهبون إلى ترجيح قول المرأة؛ إعمالاً للأصل، والأصل عدم الإنفاق وعدم القبض، وهو ما ذهب إليه الحنابلة كذلك، بخلاف الشّيخ تقيّ الدّين، كما رأينا سابقاً.

¹⁰⁰⁴ ابن فرحون، المرجع نفسه، ج2، ص69.

¹⁰⁰⁵ ابن فرحون، المرجع نفسه، ج1، ص268.

¹⁰⁰⁶ حيدر (علي)، مرجع سابق، ج4، ص550.

تلك الليلة أن يكون من شوأرها، وقد عضده عدم طلبه خلال السنة المقررة عرفاً¹⁰⁰⁷. ووفق ما جاء به (البرزلي)، فإذا قام الورثة باستظهار رسم متضمن أن العادة الحارية ببلدهم في الحال أن الرجل إذا جهز ابنته بجلي أو غيره إنما هو على معنى العارية والتجمل، وإن طالت السنوات، وإذا ثبت الرسم حسب (ابن عبد السلام) وجب الإعذار في شهوده للبت، وفي حالة عجزها أو تسليمها عمل بمقتضاها¹⁰⁰⁸. وفي الوقف، إذا ادعى متولي الوقف أنه صرف غلة الوقف في مصارفه، يكون القول قوله ويصدق في ذلك بيمينه، إذا كان بالقدر المعروف ولا يحتاج إلى بيينة¹⁰⁰⁹.

وفي الهبة، إذا اختلفا فيها؛ حيث قال أحدهما: وهبت داري هذه من فلان، وهي في يد الرجل المقر له، وقال: لا، بل اشتريتها منك بألف درهم، ونقدتك الثمن، فالقول عندها قول الواهب مع يمينه، وله حق الرجوع، فإن لم يقض القاضي بالرجوع حتى حضر الشفيع، فصدق الموهوب له بالشراء أخذ الدار منه بالشفعة ويكون أحق بالدار من الواهب¹⁰¹⁰.

وفي الوصية إذا قال الوصي: أنفقت كذا وكذا إلى البلوغ عليك، صدق؛ لأنه مسلط على ذلك شرعاً إلا أن يزيد على نفقة المثل للتكذيب الظاهر¹⁰¹¹، وإذا قال هو أو قيم الوقف: إنني جمعت الغلات وبعتها وأنفقتها في ضيعة كذا بأمر القاضي المعزول، وبقي في يدي هذا القدر، فإنه يسمع قوله في القدر الباقي؛ لأنه أمين، ولا يقبل قوله في بيع الغلات وإنفاقها¹⁰¹².

وفي متاع البيت، إذا اختلف الزوجان بشأنه وادعى كل منهما أن المتاع كله له، ولم يستطع إحضار البيينة والدليل على صحة قوله، فما الحكم في هذه الحالة. هذه المسألة كانت محل خلاف فقهي. فالقول قول الزوج فيما يصلح للرجال، والقول قول الزوجة فيما يصلح للنساء، وذلك عملاً بالقرينة القائمة على العرف والعادة، في صلاحية كل نوع لصاحبه، وأنه لا عبرة لبيد الحسية فيها، وهو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والحنابلة، على خلاف الشافعية الذين قالوا بأن المتاع بينهما دون تفريق بين الصالح لهما أو لأحدهما، اعتماداً على اليد¹⁰¹³، وإن قامت بيينة عمل بمقتضاها¹⁰¹⁴. وإن قيل قد تملك المرأة ما يصلح

¹⁰⁰⁷ التسولي (أبو الحسن علي بن عبد السلام)، مصدر سابق، ج1، ص552.

¹⁰⁰⁸ المصدر نفسه، ص555.

¹⁰⁰⁹ حيدر (علي)، مرجع سابق، ج4، ص553.

¹⁰¹⁰ ابن عبد الغني السروجي (شمس الدين)، كتاب أدب القضاء، تحقيق ياسين (صدّيق)، ط1، بيروت، دار البشائر الإسلامية، 1997، ص497.

¹⁰¹¹ المصدر نفسه، ص176.

¹⁰¹² المصدر نفسه، ص180.

¹⁰¹³ الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ص492.

¹⁰¹⁴ التسولي (أبو الحسن علي)، مصدر سابق، ج1، ص559.

للرجال للتجارة أو بعراض من إرث أو غيره، فقد أصدق علي بن أبي طالب فاطمة درعا من حديد، وقد يملك الرجل ما يصلح للنساء للتجارة أو بعراض من أسباب التملك، فالظاهر فيما في يد الإنسان مما يصلح أنه ملكه، وهذا هو الغالب وغيره نادر، وإذا دار الحكم بين النادر والغالب، فحملة على الغالب أولى، وهذا في حال غياب البيّنة، أما إذا اشترى الرجل من متاع النساء شيئا، وقد يحتمل ذلك، وأقام بيّنة تشهد بأنه ما اشتراه إلا لنفسه فهو له بمقتضى تلك البيّنة، إلا أن تقيم المرأة بيّنة أنه اشتراه لها فتكون بيّنتها راجحة؛ لأنها معصّدة بالعرف، وبيّنة الرجل مرجوحة¹⁰¹⁵. وكذلك إذا ما وليت المرأة شراءه من متاع الرجال فهو لها بعد يمينها إلا أن يقيم الرجل بيّنة أنّها اشترته له، وينزل ورثة كلّ منهما منزلة مورثهم إلا أنّهم يخلفون على علمهم، ويخلف المورث على البت¹⁰¹⁶. وقد قال (ابن سلمون)¹⁰¹⁷: "والحكم في الاختلاف في متاع البيت في الموت والطلاق والبقاء في العصمة واحد، والأجنبيات وذوات المحارم والزوجات في ذلك سواء"¹⁰¹⁸.

وفي مسائل الصّدق، إذا حصل وأن كان في المسألة مهران، مهر السرّ ومهر العلانية، وقد تمسك الزوج بالأول وتمسكت الزوجة بالثاني، فيكون عندئذ القول قول الزوجة مع يمينها¹⁰¹⁹، أي أنّ الزوج هو المدعي وعليه بذلك أن يثبت أنّ مهر العلانية إنّما كان صوريا المهدف منه الشهرة والسّمعة، تأسيسا على الظاهر¹⁰²⁰، وجعل ما تعاقد عليه في العلانية بمنزلة الزيادة في مهرها، فالمهر المعتمد هو مهر العلانية عند أبي حنيفة وإن كان لغوا، ومهر السرّ عند (أبي يوسف) و(محمد)؛ لأنّ العقد الثاني لغو؛ لأنّهما في الإشهاد أظهرّا أنّ مرادهما الهزل بالزيادة، والهزل ببعض المسمّى مانع من الوجوب، إلا أنّ (ابن أبي ليلى)¹⁰²¹ يرى غير ذلك؛ بحيث كما لا يعمل بالهزل في جانب المنكوحة فكذلك في جانب الصّدق، فيكون مهرها مهر العلانية¹⁰²².

¹⁰¹⁵ المصدر نفسه، ص559.

¹⁰¹⁶ المصدر نفسه، ص559.

¹⁰¹⁷ هو الفقيه محمد بن سلمون القيرواني القطّان، من الطبقة الرابعة في فقهاء المالكية (افريقيا)، وهو معدود في فقهاء القيروان حسب القاضي عياض، ولكنه لم يكن مقدّما فيهم، كان له سماع كثير من أصحاب سحنون، كما كان عدلا ثقة. انظر في ذلك: سعد (قاسم)، جهرة تراجم فقهاء المالكية، ج2، ط1، دبي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، 2002، ص1085. رقم الترجمة: 1069.

¹⁰¹⁸ التسولي (أبو الحسن علي)، المصدر نفسه، ص560.

¹⁰¹⁹ السرخسي (شمس الدين)، مصدر سابق، ج5، ص87.

¹⁰²⁰ العربي (بلحاج)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط6، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص231.

¹⁰²¹ هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، وقد كان قاضي الكوفة، ولد سنة 74، ومات سنة 148، وهو ابن اثنتين وسبعين سنة.

أخذ الفقه عن الشعبي والحكم بن عتيبة، ثم نقله إلى سفيان بن سعيد الثوري والحسن بن صالح بن حي. وقد قال سفيان الثوري: فقهاؤنا ابن أبي ليلى وابن شبرمة. انظر في ذلك: الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ص84.

¹⁰²² السرخسي (شمس الدين)، مصدر سابق، ص87.

وقد جاء في أحكام (ابن سهل)¹⁰²³ أنّ امرأة أسلفت زوجها ثلاثين ديناراً ذهباً، وأنظرته بها خمسة أعوام، أو ثلاثة، الشكّ مبيّ، ثمّ طلقها بعد عام ونصف من تاريخ السلف، فزعمت أنّها إنّما أسلفته وأنظرته استدامة لعصمتها معه، ورجاء في حسن صحبته لها، وكان التّحكّم فيه عند (ابن بقي)¹⁰²⁴، فشاور في ذلك، فأفتى (ابن عتاب)¹⁰²⁵ بأنّ القول قول المرأة فيما ادّعت من ذلك وتحلف، ثمّ تأخذ حقّها منه حالاً. وبذلك أفتى الشيوخ فيها قبل هذا أنّ القول قول المرأة مع يمينها، إذ هو الظاهر من أمر النساء أنّهنّ إنّما يفعّلن ذلك لذلك، فهو كالعرف الذي يصدّق فيه من ادّعاه. ومن ادّعى على المعروف صدق، ولأنّ العرف كالشاهد لها بدعواها¹⁰²⁶، وهي من المسائل التي تراعى فيها طباع النساء.

الفرع الثاني: مسألة التعارض

وقد يتعارض الظاهر والأصل، وفي هذه الحالة تكون لدينا أحوال، فتارة يعمل بالأصل ويترك الظاهر، وتارة يعمل بالظاهر ويهمل الأصل، وحالة ثالثة تكون فيها مسألة التّرجيح بين الأصل والظاهر متعدّدة، للتساوي الملاحظ بينهما. إلّا أنّه يلاحظ أنّه في المذهب الشافعي إذا تعارض أصلان أو أصل وظاهر جرى فيهما قولان للشافعي أو وجهان للأصحاب¹⁰²⁷.

¹⁰²³ هو عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجبائي المالكي، قاضي غرناطة. تفقّه على يد محمد بن عتاب. سمع من حاتم الأطرابلسي، والقاضي ابن أسد الطليطلي، وغيرهما. وأخذ عنه القاضي أبو محمد بن منصور، والقاضي إبراهيم بن أحمد التصري، وأبو محمد بن الجوزي، وغيرهم. صرف عن قضاء غرناطة، وبعدها توفّي في محرم سنة ست وثمانين وأربعمائة، وهو ابن ثلاث وسبعين سنة. انظر: ابن عثمان الذهبي (شمس الدّين)، سير أعلام النبلاء، ج19 (تحقيق شعيب الأرنؤوط)، ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1984، ص25-26، الترجمة رقم: 15 (الطبقة الخامسة والعشرون).

¹⁰²⁴ هو الإمام المحدث قاضي الجماعة أبو القاسم أحمد بن أبي الوليد يزيد بن عبد الرحمن بن أحمد بن محمد بن أحمد بن مخلد بن عبد الرحمن بن أحمد ابن شيخ الأندلس الحافظ بقي بن مخلد الأمويّ، مولاهم، البقويّ القرطبيّ المالكيّ. تفرّد بأشياء منها موطأ يحيى بن يحيى عن الخزرجيّ، روى الحديث هو وجميع آباءه. ولد سنة سبع وثلاثين وخمسمائة، ومات يوم الجمعة بعد الصلّاة منتصف رمضان من عام خمس وعشرين وستمائة، وهو ابن أكثر من ثمان وثمانين، وهو آخر من حدّث بالموطأ في الدّنيا عالياً بينه وبين الإمام مالك فيه ستّة رجال بالسماع المتّصل. انظر: المصدر نفسه، ج22 (حقّقه بشّار معروف ومحيي السّرحان)، ص274 وما بعدها، الترجمة رقم: 156 (الطبقة الثالثة والثلاثين).

¹⁰²⁵ هو العلامة المحدث مسند الأندلس، أبو محمد عبد الرحمن ابن المحدث محمد بن عتاب بن محسن القرطبي. سمع من أبيه وحاتم بن محمد الطرابلسي، وغيرهما. هو آخر الشيوخ الأكابر بالأندلس في علوّ الإسناد وسعة الرواية، حسب رواية خلف بن بشكوال. ولد سنة 433، ومات في جمادى الأولى سنة 520. انظر: المصدر نفسه، ج19، ص514-515، الترجمة رقم: 297 (الطبقة الثامنة والعشرون).

¹⁰²⁶ ابن فرحون، مرجع سابق، ج2، ص71.

¹⁰²⁷ النووي، الأصول والضوابط، تحقيق محمد حسن هيتو، ط1، بيروت، دار البشائر الإسلامية، 1986، المسألة التاسعة، ص45.

الحالة الأولى: وهي حالة العمل بالأصل وترك الظاهر اتفاقاً في حالة التعارض، ويقدم الأصل جزماً بتبريحه على كل احتمال مجرد، فلا يكون الظاهر المؤسس على سبب هشّ معتبراً؛ فمن شأن قواعد الشّرع المطّردة إلغاء الظنون التي لا أثر ثبوتي لها واقعياً، فيقدم أصل براءة الدّمة على الظاهر (الغالب) في الدّعاوى¹⁰²⁸. ومثالها: فإذا ادّعى من كان معروفاً بالتقوى والصّلاح على آخر ديناً. فإنّ الظاهر والأصل يتعارضان، الظاهر المتمثل في التقوى والصّلاح الغالبين، فهو بذلك لا يدّعي إلاّ حقّاً والغالب صدقه، والأصل المتمثل في براءة الدّمة، فيقدم الأصل على الغالب (الظاهر) في هذه المسألة عند المالكية، فكلّ شيء كان العرف مكذباً له وجب أن لا يعمل به إلاّ في مسألة دعوى الدّين هذه، فاجتمعت الأمة على اعتبار الأصل وإلغاء الغالب فيها، فيكون القول قول المدّعى عليه مع يمينه وإن كان الطّالب أتقى النّاس وأصلحهم، فيكون قول الفقهاء إذا تعارض الأصل والغالب يكون في المسألة قولان ليس على إطلاقه¹⁰²⁹، أمّا الشّافعية فيقدمون الأصل في جميع صور التعارض¹⁰³⁰. ومن باب أولى إذا كان المدّعي غير معروف بالتقوى؛ لأنّ ادّعاءه عندئذ مجرد احتمال لا يقوى على الأصل. وضابط ما يرجّح فيه الأصل على الظاهر على وجه الجزم أن يكون الظاهر المعارض له احتمالاً مجرداً¹⁰³¹. ومثال ذلك عند الحنابلة: إذا ادّعت الزّوجة بعد طول مقامها مع الزّوج أنّه لم يوصلها النفقة الواجبة، فيكون القول قولها مع يمينها؛ لأنّ الأصل معها مع أنّ العادة تبعد ذلك، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية بخلاف ذلك¹⁰³². ومثاله كذلك عند الحنفية: إذا اختلفت الزّوج والمرأة بشأن الفقر والغنى، فادّعى الزّوج أنّه فقير وادّعت الزّوجة بأنّه غنيّ، فيكون القول قول الزّوج مع يمينه وعلى المرأة البيّنة؛ لأنّ الفقر أصل في النّاس مصداقاً لقول نبينا صلّى الله عليه وسلّم: (يولد كلّ مولود أحمر ليس عليه غبرة أي ستره ثمّ يرزقه الله تعالى من فضله)، فيكون الزّوج متمسكاً بهذا الأصل، أمّا المرأة فتدّعي غنى عارضا، فعليها البيّنة وعليه اليمين لإنكاره¹⁰³³. وإن قامت المرأة البيّنة أنّه موسر وأقام الزّوج البيّنة أنّه محتاج أخذ بيّنة المرأة؛ لأنّها قامت على الإثبات، ولأنّ شهود الزّوج اعتمدوا في شهادتهم ما هو الأصل، وشهود المرأة عرفوا الغنى العارض، ولهذا يفرض لها عليه نفقة الموسرين¹⁰³⁴.

الحالة الثانية: وهي حالة العمل بالظاهر وتقديمه على الأصل اتفاقاً في حالة التعارض، ويقدم الظاهر بصورة دائمة إذا كانت بيّنة شرعيّة أو حجّة يجب قبولها شرعاً، وهو ما يسمّى الظاهر عرضاً، ومثالها: إذا

¹⁰²⁸ القرابي (شهاب الدين)، الدّخيرة، مصدر سابق، ج1، ص158.

¹⁰²⁹ ابن فرحون، مصدر سابق، ج1، ص123. القرابي (شهاب الدين)، الفروق، مصدر سابق، ج4، الفرق 232، ص74.

¹⁰³⁰ التسولي (أبو الحسن علي)، مصدر سابق، ج1، ص54.

¹⁰³¹ السيوطي (جلال الدين)، مصدر سابق، ص154.

¹⁰³² ابن رجب، مصدر سابق، ص703-704.

¹⁰³³ السرخسي (شمس الدين)، مصدر سابق، ج5، ص193.

¹⁰³⁴ المصدر نفسه، ص194.

شهد شاهدان عدلان بشغل ذمة المدعى عليه، فإنّ الظاهر صدق العدلين والأصل براءة الذمة، فيعمل بالظاهر (الشهادة)، وهو ظاهر قويّ، ويلغى الأصل اتفاقاً. وضابط ما يقدم فيه الظاهر على الأصل أن يكون الظاهر مستندا إلى حجة معتبرة شرعا واجب قبولها كالشهادة والزواية والإخبار، فاتفق الناس على تقديم الغالب وإلغاء الأصل في البيّنة، فالغالب صدقها¹⁰³⁵. وهذه الحالة ليس لها مكان في هذا الظاهر الذي تبني عليه الحقيقة الأولى؛ على أساس أنه متعلق بالإثبات، كما سنرى لاحقا.

الحالة الثالثة: وهي حالة تعدد الترجيح بين الأصل والظاهر، وهذه الحالة تنتج عندما يتعادل طرفا النزاع في نظر المجتهد أو القاضي، ولا يظهر له ما يقوي به أحدهما على الآخر، فيحصل الخلاف حينئذ. فذهب المالكية إلى ترجيح الغالب عرفا كان أو دلالة الحال، أما الشافعية فقد ذهبوا إلى ترجيح الأصل¹⁰³⁶. ومثال ذلك: اختلاف الزوجين في النفقة، فادّعت المرأة على زوجها الحاضر معها أنه لم ينفق عليها، وادّعى هو بأنه أنفق عليها، فالأصل عدم الإنفاق، والظاهر أنّ الزوج وهو يشاهد ينقل إلى مسكنه الأطعمة يكون قد أنفق عليها. فالشافعية والحنابلة خلاف الشيخ تقي الدين تمسكوا بالأصل وألغوا الظاهر، فقالوا بأنّ القول قول المرأة؛ لأنّ الأصل عدم الإنفاق أو عدم القبض وبقاء النفقة والكسوة في ذمة الزوج¹⁰³⁷. أما المالكية فقد تمسكوا بالظاهر ولم يعتبروا الأصل، وقالوا إنّ القول قول الزوج؛ لأنه الغالب أنه كان يشاهد وهو ينقل الأطعمة، فإنّ العادة الغالبة مثيرة للظن بصدقه¹⁰³⁸، وهذا الحكم لا ينطبق إلا في حالة الزواج أمّا أن يكون الزوجان مطلقين فلا يمكن تطبيق هذا الحكم، وإذ عملت المحكمة العليا في قراراتها هذا الحكم في حالة الطلاق تكون مخطئة، زيادة على أنّها لم تربط مسألة القول قوله بمسألة تحديد المدعي والمدعى عليه¹⁰³⁹. ومثال ذلك أيضا: إذا اختلف الزوجان في قدر المهر ولا بيّنة لأحدهما فللحنابلة روايتان، الأولى: القول قول الزوج؛ لأنه منكر وغارم، والأصل براءة ذمته من القدر الزائد على ما هو مقرّر به. والثانية: القول قول مدعي مهر المثل؛ لأنّ الظاهر في ذلك معه له¹⁰⁴⁰. وكذلك: دعوى الإعسار، فإذا ادّعى المديون الإعسار، اختلف الفقهاء؛ لأنّ الأصل هو العدم والفقر، والغالب هو الملاءة. فذهب

¹⁰³⁵ البغدادي (عبد الرحمان) المعروف بابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه، مصدر سابق، ص702. وانظر قريبا من هذا: القراني

(شهاب الدين)، الفروق، مصدر سابق، ج4، الفرق 232، ص74. الزركشي، المنشور، مصدر سابق، ج1، ص186.

¹⁰³⁶ التسولي (أبو الحسن علي)، مصدر سابق، ج1، ص54، الزرقا (مصطفى)، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص1061.

ابن فرحون، مصدر سابق، ج1، ص266.

¹⁰³⁷ ابن رجب، مصدر سابق، ص703-704. الزركشي، المنشور، مصدر سابق، ج1، ص191.

¹⁰³⁸ ابن فرحون، مصدر سابق، ج1، ص266.

¹⁰³⁹ قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 32158، المؤرخ في 1984/01/09 ان المجلة القضائية لسنة 1989، العدد2، ص(53)-

(56).

¹⁰⁴⁰ ابن رجب، مصدر سابق، ص712.

الشافعية في الأصح إلى تقديم الأصل، ومن ترجّح قوله به فهو مدّعى عليه¹⁰⁴¹، أمّا المالكية والرأي الثاني من الشافعية قدّموا الغالب وهو الملاءة، ومن ادّعى الإعسار خلاف الغالب، فعليه البيّنة وهو مدّعى¹⁰⁴². وأيضا كمثال على ذلك في الصّحة والفساد في العقود، فإذا اختلف المتعاقدان في صحّة العقد وفساده، فالأصل عدم العقد، والظاهر جريان العقود بين المسلمين على قانون الشّرع، والقول قول المدّعي بالصّحة، وعلى مدّعي الفساد البيّنة، وهو الأصح¹⁰⁴³، فقد قال (ابن الرّفعة): "محلّ الخلاف في تقابل الأصلين أو الأصل والظاهر ما إذا لم يكن مع أحدهما ما يعتضد به، فإن كان فالعمل بالمرجّح متعيّن.."¹⁰⁴⁴.

وقد يتعارض ظاهران، فيجري عليهما ما يجري على تعارض الأصلين، من تقديم أحدهما على الآخر بأصل أو بظاهر آخر أو غير ذلك من طرق التّرجيح. كتعارض ظاهر الحال مع ظاهر اليد، كما هو الأمر بالنسبة لاختلاف الزّوجين في متاع البيت، بحيث ادّعى كلّ منهما أنّ المتاع ملكه ولم يستطع إحضار البيّنة والدليل على صحّة قوله، فهناك من الفقهاء من قال أنّ القول قول الزّوج فيما يصلح للرجال والقول قول الزّوجة فيما يصلح للنساء للقرينة القائمة على العرف والعادة في صلاحية كلّ نوع لصاحبه، وأنّه لا عبرة وليد الحسّية فيها، وهو ما ظهر واضحا من خلال التّطبيقات القضائيّة؛ حيث اعتبر القضاء النزاع المتعلّق بمطالبة الزّوجة لورثة زوجها المتوفّي بالأشياء التي كانت ببيت الزوجية أثناء حياته نزاعا يتعلّق بمتاع البيت، تسري عليه قاعدة ما يصلح عادة للنساء وما يصلح عادة للرجال¹⁰⁴⁵، وذلك وفق المادة (73) من قانون

¹⁰⁴¹ السيوطي (جلال الدين)، مصدر سابق، ص157.

¹⁰⁴² ابن فرحون، مصدر سابق، ج1، ص266، السيوطي (جلال الدين)، مصدر سابق، ص157.

¹⁰⁴³ السيوطي (جلال الدين)، المصدر نفسه، ص159.

¹⁰⁴⁴ الزركشي، المنشور في القواعد، مصدر سابق، ج1، ص187.

¹⁰⁴⁵ قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 39775، المؤرخ في 1986/01/27، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد1، ص(108-110). وقريبا من هذا: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 277411، المؤرخ في 2002/03/13، مجلة المحكمة العليا لسنة2004، العدد 2، ص(359-362)؛ حيث لما قضى مجلس قضاء وهران على الزّوجة برّد الأثاث رأّت المحكمة العليا أنّ في ذلك خروجا عن أحكام المادة (73) من قانون الأسرة التي تقضي بتوجيه اليمين في حالة انعدام حجة الطّرفين للمطلّقة في المعتاد للنساء، وللزّوج في المعتاد للرجال، أمّا المشترك بينهما فيقتسمانه مع يمينهما، وعلى هذا الأساس نقضت القرار المطعون فيه، مقرّرة مبدأ مدّعما للمادة (73) من قانون الأسرة مضمونه: (يتقاسم الزّوجان، في حالة النزاع، الأثاث المشترك بينهما مع توجيه اليمين). وهو المبدأ الذي صيغ بطريقة أخرى في قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 189245، المؤرخ في 1998/04/21، اجتهاد قضائي، عدد خاص، ص(242-244): (من المقرّر قانونا المشتركات بين الزّوجين في الأمتعة يتقاسمها مع اليمين). وكان هذا بناء على ما حكم به قضاة الموضوع على مستوى مجلس قضاء قالمة مؤيدين ما ذهب إليه قضاة الموضوع على مستوى محكمة سوق أهراس الذي قضى بالطلاق على الزّوج مع التعويض لها وإسناد حضانة الولد إليها، مع توفير سكن لممارسة الحضانة، كما حكموا بتوجيه اليمين بشأن قائمة الأمتعة باستثناء المقياس الذهبي والتلفزة والتّراي، مع إلغاء ما تعلق بالسكن والقضاء من جديد بالحكم بمبلغ 1000 دج بدل إيجار. وبيت القصيد في هذا هو اليمين، التي طالبت الطّاعنة على أساسه نقض القرار؛ بحيث كان ذلك مخالفا للمادة (73) من قانون الأسرة. وحقيقة فقد حدّد القرار مبرّر استثناء الأشياء الثلاثة، بحيث لم تقدّم الطّاعنة الدليل على ملكيتها للمقياس الذهبي، وفي الأصل أن لا تقدّم هي الدليل باعتباره ما يكون للنساء بطبيعته، وبالتالي كان من المفروض أن يقع عبء الإثبات على الزّوج، أمّا بالنسبة للتّراي

الأسرة، ففي النوع الأول يكون القول قول الزوجة مع يمينها، وفي الثاني القول قول الزوج مع يمينه، فإن كان مما يصلح لهما معا يقتسمانه بعد حلفهما، والحكم نفسه يكون له مجال للتطبيق في حالة وفاة الزوجين أو أحدهما، ولا يختلف الأمر إلا في مسألة الحلف؛ إذ يحلف الزوجان على البت، أما الورثة فيحلفون على العلم¹⁰⁴⁶، وبيان ذلك أنّ طبيعة الأشياء، وهي من المعايير الأساسية التي يحكم بها الظاهر في معرفة المدعي من المدعى عليه، بحيث إذا كانت هذه الأشياء مما يصلح للنساء فيكون المدعي عندئذ الزوج فيقع عبء الإثبات عليه بمقتضى ذلك، والمدعى عليه الزوجة، فإذا عجزت الزوجة مع يمينها، في حالة التنازع على متاع البيت بشرط أن يكون وجوده ثابتاً¹⁰⁴⁷، أمّا إذا كانت هذه الأشياء مما يصلح للرجال فالمدعي عندئذ هي الزوجة فيقع عبء الإثبات عليها بمقتضى ذلك والمدعى عليه هو الزوج، فإذا عجزت أخذها الزوج مع يمينه، مع مراعاة أنّ مسألة معرفة ما إذا كانت الأشياء مما يصلح للنساء أو مما يصلح للرجال مسألة واقع لا

والتلفزة لم تقدم كذلك الطاعة بشأهما أي دليل، وهما من الأشياء المشتركة بينهما فيقتسمانهما مع يمينهما وفق المادة المذكورة سابقاً، وعلى هذا كان الوجه مؤسس فنقض القرار جزئياً فيما تعلق بالأمته، وتمت إحالته على المجلس نفسه.

حيث يتبين من خلال النظر في هذا القرار أنّ المسألة محور النزاع بين الزوجين هو متاع البيت، وقد كان مما يصلح للنساء، فتكون هي المدعى عليها في المسألة واليمين في جهتها، إلا أنّ قضاة الموضوع على مستوى مجلس قضاء الجزائر وجهوا اليمين للزوج وكأنه مدعى عليه، وفي هذا خلط وخرق لقاعدة الإثبات، الأمر الذي أدى إلى نقض القرار من طرف المحكمة العليا، ظناً منه أنّ النزاع كان حول وجود أو عدم وجود المتاع، فبناء على ذلك اعتبر الزوج هو المدعى عليه ملزماً الزوجة إثبات عدم أخذها لأنثائها، وعندما عجزت عن ذلك كلف الزوج اليمين، إلا أنّ المسألة قد تعلقّت بالاختلاف حول المتاع ذاته. ولا بدّ أن توجه اليمين في مسألة الاختلاف في متاع البيت مع ثبوت وجوده إلى المدعى عليه لا إلى المدعي. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 330950، المؤرخ في 2005/05/18، نشرة القضاة لسنة 2011، العدد 66، ص(307-310).

¹⁰⁴⁶ قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 32131، المؤرخ في 1984/11/05، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 2، ص(78-81).

¹⁰⁴⁷ فإن كان النزاع حول وجوده في الأصل، كأن يدعي الزوج أنّ المتاع غير موجود في البيت الزوجي، والزوجة تدعي وجوده، فمن ادعى خلاف الأصل هو المدعي ومن كان ادعاؤه موافقاً للأصل هو المدعى عليه. الأمر الذي يجعلنا لا نتعامل مع الأشياء بطريقة واحدة، فإذا ما تعلق الأمر بالأنثاء الذي يعسر نقله فالأصل بقاءه في البيت الزوجي وبالتالي يكون ادعاء الزوج مخالفاً للأصل فيكون بذلك مدعياً، فيجب عليه إثبات دعواه، أمّا إن كانت الأشياء مما يسهل حملها كالمصوغ على سبيل التمثيل، فالأصل أنّ المنقول يتبع صاحبه، وفي العادة فإنّ الزوجة عندما تغادر بيت الزوجية تأخذ معها مصوغها هكذا طبائع النساء، فتكون الزوجة المدعية؛ لأنها ادّعت خلاف الأصل في هذا النوع من الأشياء، وهذا بطبيعة الحال وفق القواعد العامة في الإثبات. أمّا ما ذهب إليه قضاة المحكمة العليا أثناء النظر في القرار المنقوض الذي وجه اليمين للزوج باعتباره مدعى عليه في هذه المسألة، من ضرورة تكليف الزوج إثبات دعواه المتعلقة بأخذ زوجته مصوغها وأنثائها وملابسها يعدّ مجانباً للعدل والإنصاف؛ على أساس عدم الأخذ بعين الاعتبار طبيعة الأشياء التي تدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، المسألة التي من خلالها يستطيعون تحديد المدعي والمدعى عليه، وليس معنى ذلك أنّ المجلس القضائي كان وجهها في قراره، فكان عليه التفرقة بين الأشياء بناء على طبيعتها، فيكون الزوج مدعى تارة ومدعى عليه تارة أخرى، والأمر واضح كما بيّنّا. انظر في ذلك لفهم تصوّرنا للمسألة: قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 50075، المؤرخ في 1988/07/18، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 4، ص(64-66).

تستلزم رقابة المحكمة العليا، فهي من صميم السلطة التقديرية لقضاة الموضوع¹⁰⁴⁸. وهذا في حقيقته لا يعدّ خروجاً عن قواعد الإثبات، بل هو تطبيق صريح لقاعدة البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر، واليمين هنا يمين حاسمة وليست يميناً متممة كما ذهب إلى ذلك قضاة الموضوع انطلاقاً من التفسير الخاطيء للمادة (73) من قانون الأسرة. فتنازع الزوجين في متاع البيت وقد ثبت وجوده يجعل كلاً من الزوجين متمتعاً بالوصفين في آن واحد، وصف المدّعي ووصف المدّعي عليه. وهناك من الفقهاء من ذهب إلى تقسيم متاع البيت بين الزوجين نصفين سواء أكان ممّا يصلح للرجال أو ممّا يصلح للنساء، أو ممّا يصلح لهما لظاهر اليد منهما؛ لأنّ البيت بأيديهما واشترآكهما في اليد يمنع التّرجيح بالعرف، وبما أنّه لا يوجد بيّنة فالحكم بظاهر اليد، والصّلاحية لا تبطل أثر اليد، وخاصّة عند احتمال أن يملك كلّ منهما ما يصلح للآخر. وقد ذهب إلى ذلك الشافعية والظاهرية، وهو ما روي عن سفيان الثوري والقاسم بن معاذ بن عبد الرحمان بن عبد الله بن مسعود وشريك وزفر في أحد قوليّه¹⁰⁴⁹. فاليد قرينة على الملك اتّفاقاً، وبها تمسك أصحاب القول الثّاني، والصّلاحية قرينة عرفيّة يشهد لها شاهد الحال والعرف والعادة، وقد تعارض ظاهر الحال المستفاد من العادة مع اليد، فقدّم الجمهور الأولى لدلالة شاهد الحال والظاهر، واعتبروا هذه القرينة قويّة في الدّلالة على صاحب الحقّ في التنازع في متاع البيت، بينما حافظ الشافعية ومن معهم على قرينة اليد، ولم يعتبروا قرينة الصّلاحية قويّة في الدّلالة¹⁰⁵⁰. إلّا أنّ المالكية والحنفية غلبوا قرينة اليد في ما إذا كان متاع البيت ممّا يصلح للرجال والنساء معاً، كالآنية والفضّة والذهب والعقار والأثاث؛ حيث أكّدوا على أنّ القول قول الرجال فيه؛ لأنّ البيت بيت الرجل في العادة، والمرأة تحت يده، واليد قرينة ودلالة من دلالات الظاهر على المالك، أمّا الإمام أحمد وابن القاسم من المالكية والإمامية وعثمان بن عيسى وعبد الله بن الحسن والحسن بن زيد وزفر في أحد قوليّه¹⁰⁵¹، القول قولهما معاً، فيقسّم بينهما بعد اليمين لاشترآكهما في اليد¹⁰⁵²، ولقد أخذ القضاء الجزائري في هذه المسألة بما ذهب إليه المالكية والحنفية؛ حيث استقرّت المحكمة العليا على أنّ: (أثاث البيت المخصّص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكاً للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبيّنة أنّ ذلك ملك لها، أو هو من جملة صداقها، فإن لم يكن هذا فالزوج أحقّ به مع يمينه)¹⁰⁵³. ومثال ذلك: إذا أقرت

¹⁰⁴⁸ قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 417622، المؤرّخ في 2008/01/16، مجلة المحكمة العليا لسنة 2008، العدد 1، ص(263-266).

¹⁰⁴⁹ الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ص 493.

¹⁰⁵⁰ المرجع نفسه، ص 493.

¹⁰⁵¹ المرجع نفسه، ص 493.

¹⁰⁵² المرجع نفسه، ص 493 وما بعدها.

¹⁰⁵³ قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 52212، المؤرّخ في 1989/01/16، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 3، ص(55-57). ففي منظور المحكمة العليا، فإنّ اعتبار قضاة الاستئناف الأشياء التي استثناها الزوج من أمتعة زوجته التي اعترف ببقائها عنده جزءاً

امرأة بالنكاح وصدّقها الرّجل المقرّر له بالزّوجية وهما من أهل البلد الذي حصل فيه الإقرار منهما ولم يقيما بيّنة على ذلك. في هذه الحالة الظاهر صدقهما فيما اتّفق على الإقرار به، إلّا أنّ هذا الظاهر معارض بظاهر آخر، هو أنّ البلديّين يعرف حالهما غالبا ويسهل عليهما إقامة البيّنة فيطالبان بها. فالحكم في هذه الحالة أنّهما إذا لم يكونا من أهل البلد صدقا مطلقا؛ لأنّ الأصل صدق الإنسان فيما يقرّ به على نفسه باختياره، وإن كانا من أهل البلد صدقا في الميراث؛ لأنّه إقرار¹⁰⁵⁴. ومن باب التّوضيح أكثر حتّى ولو كان المثال لا ينتمي إلى دائرة الأحوال الشّخصية، إذا تنازع جزاران جلدان ففي هذه الحالة كلّ منهما يصدّقه العرف، إلّا إذا كان الجلد بيد أحدهما أصبح القول قوله؛ لأنّ الظاهر عضده ظاهر آخر هو اليد، وإن كان الجلد بيدهما معا فاليد ظاهرة كلّ منهما فيقسّم بينهما¹⁰⁵⁵. ولا عبرة لاحتمال أن يملك كلّ منهما ما يصلح للآخر؛ لأنّه نادر والتّادر لا حكم له، والظاهر الأوّل وهو الغالب مع اجتماع اليد والصّلاحية¹⁰⁵⁶. هذا إذا كان الزّوجان على قيد الحياة، أمّا بعد وفاة أحدهما فالحكم كالسابق عند المالكيّة، وعند أبي حنيفة بخلاف صاحبيه المتاع الصّالح للرّجال والنّساء يكون للحيّ منهما لاستمرار يده وعدم بقاء يد الآخر. وأضاف (القرافي) حالة أخرى، وهي حالة ما إذا كان الزّوجان في البيت قائلًا: "وأما إذا كان الزّوجان في البيت، فحاز أحدهما في يده وقبض ما يصلح للآخر دونه، فالذي يظهر لي في ذلك أنّ القول قول من حازه دون الآخر"¹⁰⁵⁷، فرجّح قرينة اليد. وإذا اختلف الزّوجان في وصف ما أعطاه الزّوج لزوجته، هل هو هديّة أم من الصّدق، فالقول للزّوج بيمينه؛ لأنّه جهة الإعطاء، فهو أدري بصفة الإعطاء، إلّا إذا كان الشّيء الذي أعطاه يستنكر عادة أن يكون من الصّدق، فيكون القول قول الزّوجة بيمينها؛ لأنّ الظاهر يؤيّد الزّوجة ويكذب الزّوج¹⁰⁵⁸. وعند المالكية في مسألة التّسمية، القول قول من يشهد له العرف في التّسمية وعدمها مع يمينه، فلو ادّعى الزّوج أمام القاضي أنّه تزوّج امرأة تفويضا بدون تسمية عند معتادي التفويض، وادّعت خلاف ذلك، أي ادّعت التّسمية، فالقول قول للزّوج بيمينه، لا فرق أن يكون ذلك بعد الدّخول أو الموت أو الطّلاق، فيكون واجبا عليه أن يفرض لها صدق المثل بعد الدّخول، ولا يلزمه شيء في الطّلاق أو الموت قبل الدّخول، أمّ إن كان المعتاد هو التّسمية، فالقول قول المرأة بيمينها، وثبت النّكاح.

من أمتعتها دون مطالبتها بإثبات ذلك وإقامة البيّنة على أشياء هي للزّوج يأخذها بيمينه مخالفة للأحكام الشّرعية. فاليست بيت الرّجل في العادة والمرأة تحت يده، واليد قرينة ودلالة من دلالات الظاهر على المالك، وهو ما ذهب إليه المالكية والحنفية.

¹⁰⁵⁴ السيوطي (جلال الدين)، مصدر سابق، ص72، الشنقيطي (محمد)، مرجع سابق، ص83.

¹⁰⁵⁵ التسولي (أبو الحسن علي)، مصدر سابق، ج1، ص27.

¹⁰⁵⁶ الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ص492.

¹⁰⁵⁷ ابن فرحون، مصدر سابق، ج2، ص68.

¹⁰⁵⁸ نقض مدني تونسي، 1995/04/05، رقم 35362، ن.م.ت 1995، ص444، ذكره العربي (بلحاج)، مرجع سابق،

وكذلك إذا ادّعت المرأة أمام القاضي بعد تسليم نفسها إلى زوجها فتمّ الدّخول بها، أنّ الزّوج لم يعطها شيئاً من المهر، وكانا قد اتّفقا وقت إبرام العقد على تعجيل جزء منه¹⁰⁵⁹، أو كان العرف جارياً بتعجيل شيءٍ منه، وادّعى الزّوج خلاف ذلك، أي أنّه لم يدخل بها إلّا بعد أن أعطاها المعجّل المتّفق عليه، أو الذي جرى به العرف، فإن كان عرف البلد جارياً بأنّ المرأة لا تسلّم نفسها إلّا إذا أخذت المعجّل، يكون عندئذ القول قول الزّوج، ولم تسمع دعوى المرأة في هذه الحال؛ لأنّ تسليمها نفسها مع قرينة العرف أمانة على أمّها استلمت المعجّل، أمّ إن كان عرف البلد جارياً بأنّ المرأة قد تسلّم نفسها حتّى ولو بدون قبض شيءٍ من المعجّل سمعت دعواها في هذه الحالة، وهو ما أقرّته المحكمة العليا في أحد مبادئها؛ بحيث أكّدت بأنّه: " في حالة النزاع على الصّدق بين الزّوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بيّنة وكان قبل الدّخول فالقول للزّوجة أو ورثتها مع يمينها، وإن كان بعد البناء فالقول للزّوج أو ورثته مع يمينه"¹⁰⁶⁰، وهو مضمون المادة (17) من قانون الأسرة التي تقيم قرينة لصالح الزّوجة في هذا النوع من التّنازع إن كان قبل الدّخول، وتقيم في ذات الوقت قرينة أخرى لصالح الزّوج إن كان التّنازع بعد الدّخول، وهذا مقرّر لما ذهب إليه المالكية من اعتبار الدّخول قرينة على صدق الزّوج في ادّعائه تسليم الصّدق لزوجته قبله¹⁰⁶¹. وقريب من هذا مبدأ آخر مضمونه: (متى كان من المقرّر شرعاً أنّه في حالة نشوء خلاف بين الزّوجين على مؤخّر الصّدق، يؤخذ بقول الزّوجة مع يمينها إذا لم يدخل بها، وبعد البناء يكون القول للزّوج مع يمينه. إذا ما

¹⁰⁵⁹ إنّ تعجيل المهر ليس من الأمور الواجبة في الشريعة ابتداءً، بل هي مسألة متروكة إلى اختيار الزّوجين، فأبى صورة يشترطها في عقد الزّواج جازت، ووجب تنفيذها تعجيلاً له كاملاً أو تعجيلاً لبعضه، أو تأجيلاً له كاملاً. فإن لم يشترط من ذلك شيئاً يحكم العرف، فإن كان العرف جارياً بتعجيل كلّ المهر أو تأجيله، أو بتعجيل بعضه وتأجيل الآخر، اعتبر وعمل به. والمرأة إذا سلّمت نفسها لزوجها فتمّ الدّخول بها، فقد يكونان قد اتّفقا في العقد على تعجيل جزء من المهر أو تعجيله كاملاً، وإما أن لا يكون محلّ لأيّ اتّفاق، وفي هذه الحالة إما أن يكون هناك عرف بالتأجيل أو بالتعجيل، أو بتأجيل البعض وتعجيل الآخر، وكذلك إما أن يكون العرف جارياً على أنّ المرأة لا تسلّم نفسها إلّا بعد قبضها ما شرط تعجيله أو ما جرى العرف بتعجيله، وإما أن يكون العرف جارياً على أنّ المرأة تسلّم نفسها لزوجها، وغن لم تكن قد استلمت ما شرط تعجيله أو ما جرى العرف بتعجيله. انظر في ذلك: محي الدين عبد الحميد (محمد محي الدين)، مرجع سابق، ص 140-141.

¹⁰⁶⁰ قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 54198، المؤرخ في 1989/06/05، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 4، ص (80-82)؛ بحيث أقام الطّاعن طعنه الرّامي إلى نقض قرار صدر من مجلس قضاء الأغواط والذي قضى بدوره بتأييد ما ذهب إليه محكمة متليبي التي قضت على الطّاعن بأدائه مؤخّر صدق المطعون ضدها المتمثّل في فراش أحمل أو قيمته أي 5000 دج، وحدايد وزنها 50 غرام من الذهب أو قيمته أي 7000 دج، وعشر لوزيات التي أعارتها له على وجه السّلف أو قيمتها 5000 دج. وفي حقيقة الأمر أنّ هذا الحكم قد خالف الحقيقة وقواعد الشريعة في مجال الإثبات؛ على أساس أنّ الخلاف بين الزّوجين قد حصل بعد البناء فيكون القول عندئذ للزّوج مع يمينه، الأمر الذي نقض على أساسه القرار.

¹⁰⁶¹ التسولي (أبو الحسن علي)، مصدر سابق، ج 1، ص 542، ابن رشد (أبو الوليد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مصدر سابق، ج 2، ص 23.

تمت مخالفة هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الي قضى على الزوج برّد مؤخّر الصّدق المتنازع عليه¹⁰⁶²، وهو ما حكم به قضاة الموضوع عند تنازع زوجين تمت الفرقة بينهما قبل الدّخول؛ حيث كلف الزوج بإثبات عدم تسليمه الصّدق لزوجته باعتباره مدّعياً، على أساس أنّ التنازع كان قبل الدّخول، فيكون القول قول الزّوجة، ويجب على الزوج إثبات، إلا أنّ الزوج عجز عن ذلك، ولكنّ قضاة المجلس لم يقوموا بعرض اليمين على الزّوجة باعتبارها مدّعى عليها حتى تتمكن من أخذ نصف المهر باعتبار الطّلاق كان قبل الدّخول، ولكنهم حكموا على الطّاعن بدفع تعويض لها، فنقضت المحكمة العليا قرارهم على هذا الأساس¹⁰⁶³. والحكم نفسه يسقط على النزاع القائم بين ورثة الزوجين، أو ورثة أحدهما وشخص الآخر¹⁰⁶⁴. وإذا ادّعت المرأة بعد دخول زوجها بها أنّها لم تقبض كامل المعجّل، بل قبضت بعضه، والزوج يدّعي خلاف ذلك، أي أنّها قبضت كلّ المعجّل، تسمع في هذه الحالة دعوى المرأة ويكون القول قولها؛ لأنّ العرف يصدّقها، على أساس أنّ العادة جرت بأنّه متى أقبض الزوج بعض المعجّل لم تمتنع المرأة من تسليم نفسها له، وهذا ما ذهب إليه الفقيه أبي الليث السمرقندي¹⁰⁶⁵. إلا أنّ قاضيخان وغيره من فقهاء الحنفية ذهبوا إلى أنّ الدّعى المرفوعة تسمع في جميع الأحوال ولا مجال لتحكيم العرف؛ لأنّ المهر كاملاً أوجبته الشّرع بسبب العقد، فلا يصحّ شرعاً إسقاط شيء منه بحكم الظّاهر؛ لأنّ الظّاهر لا يصلح حجّة لإبطال ما كان ثابتاً¹⁰⁶⁶.

وقد ذهب المالكية في حالة اختلاف الزوجين في قيمة الصّدق أو نوعه، إلى أنّ القول قول من أتى بما يشبهه، أمّا من أتى بما لا يشبه فعلية البيّنة؛ لأنّه المدّعي الذي يقع عليه عبء الإثبات، وقد قال الشّيخ أبو

¹⁰⁶² قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 44058، المؤرخ في 12/01/1987، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 2، ص(97-99)؛ حيث أنّ القرار المطعون فيه أمام المحكمة العليا والذي أيد حكم المحكمة الابتدائية القاضي بالطلاق بطلب من الزوج و1500 دج نفقة عدّة و8000 دج متعة، و3000 دج مقابل نفقة الإهمال، ومثل ذلك لكلّ ولد في كلّ سهر ابتداء من رفع الدّعى، مع وجوب تسليم مؤخّر الصّدق رغم أنّ النزاع قد حصل بعد البناء والأصل أن يكون القول قول الزوج، وفي هذا انتهاك لقواعد الشريعة المعمول بها في هذه المادة كما قرّرت المحكمة العليا.

¹⁰⁶³ ويبدو من خلال دراسة القرار أنّ محكمة باتنة حكمت بفسخ عقد الزواج والأمر بتسجيله بالحالة المدنية، وعلى المدّعى عليها أن تسلّم للمدّعي نصف المهر، الأمر الذي يدلّ دلالة واضحة أنّ قضاة الموضوع على مستوى المحكمة اعتبروا الزّوجة مدّعية عندما ادّعت أنّها لم تقبض صداقها، فعجزت فحكم عليها بذلك، وهذا الحكم ألغى من طرف مجلس قضاء باتنة بعد التّظر فيه، إلا أنّ قضاة الموضوع على مستوى المجلس وقعوا في خطأ آخر بعد أن أصابوا في تحديد المدّعي وهو الزوج واعتبروا القول قول الزّوجة، إلا أنّهم لم يعرضوا اليمين عليها، وهي اليمين الحاسمة، بعد عجز الزوج عن إثبات دعواه وهي المدّعي عليها فلها اليمين، وحكموا على الزوج بالتعويض. انظر قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 39022، المؤرخ في 27/01/1986، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 1، ص(105-107).

¹⁰⁶⁴ التسولي (أبو الحسن علي)، مصدر سابق، ج 1، ص 542.

¹⁰⁶⁵ عبد الحميد (محي الدين)، مرجع سابق، ص 178.

¹⁰⁶⁶ عبد الحميد (محي الدين)، المرجع نفسه، ص 178.

الحسن وهو أصوب، لأنّ قوله ما يشبه كالشاهد يحلف معه من قام له ذلك الدليل¹⁰⁶⁷، كما هو الأمر بالنسبة لما فرض القاضي من التفقة فيكون القول قول الزوج إذا ادعى ما يشبه نفقة مثلها، ويكون القول قول الزوجة إذا لم يشبه وأشبه ما قالت¹⁰⁶⁸. وقريبا من هذا ما ذهب إليه أبو حنيفة ومحمد في حالة اتفاق الزوجين على أصل التسمية، ولكنهما اختلفا في القدر المسمّى من وجوب أن ينظر إلى مهر المثل، فمن كان مؤيّدا به كان هو المدعى عليه، والقول قوله، والآخر هو المدعي الذي يكلف إثبات ما ادّعه، فإن كان مهر المثل كما يدعي الزوج أو أقلّ من ذلك، يكون القول قوله، وعلى الزوجة إقامة البيّنة على دعواها، فإن أقامتها وكانت مقبولة، كان لها ما تدّعيه، فإن لم تقبل بيّنتها توجه اليمين للزوج على أنّه لم يتزوجها ب: (75000)، فإن حلف على ذلك حكم له بما ادّعه، وإن نكل حكم للزوجة بما ادّعت. أمّا إن كان مهر المثل مساويا لما ادّعه الزوجة أو أكثر من ذلك، كان القول قولها، وهي بذلك المدعى عليها، ويكلف زوجها إثبات ما ادّعه، فإن أقام بيّنة مقبولة حكم له القاضي بما ادّعه، وإلاّ توجه اليمين إلى الزوجة على أنّها لم تتزوج على 70000 دج، فإن حلفت حكم لها بما ادّعت، وإن نكلت حكم للزوج بما ادّعه. وتعليل ذلك، أنّ البيّنات شرعت لإثبات خلاف الظاهر، والظاهر هنا هو مهر المثل، فالبيّنة التي تؤيد خلافه هي الموافقة لما شرعت البيّنة له، فهي المقبولة، وإن كان مهر المثل لا يشهد لأيّ أحد منهما، وكان وسطا بين ما تدّعي الزوجة وبين ما يدّعي الزوج لا يحكم القاضي بمقتضى واحدة منهما، بل تهملان ويحكم بمهر المثل¹⁰⁶⁹.

وإذا كان الزوجان على اتفاق بشأن تسمية المهر وقت العقد، وعلى مقدار المسمّى وعلى قدر المعجل منه، فقد يختلفان في بعض ما أعطاه الزوج لزوجته من الحلي والفاكهة والثياب، فيدّعي الزوج أنّه من المهر، وتدّعي الزوجة أنّه هديّة. وحلّ مثل هذه المسألة مقترن بطبيعة الشّيء محلّ النزاع، فإذا كان شيئا مستنكرا عرفا أن يكون من المهر يكون القول قول الزوجة مع يمينها؛ لأنّ الظاهر في هذا النوع يقدم هديّة، أمّا إن كان ممّا لا يستنكر عرفا أن يكون من المهر ولم يبيّن وقت تقديمه أنّه مهر أو هديّة، يطلب منهما قضاء الإتيان بيّنة، فإن أقام أحدهما بيّنة مثبتة دعواه وقبلت حكم له القاضي بما يدّعيه، وإن أقام كلّ منهما بيّنته فبيّنة الزوجة مقدّمة؛ لأنّها تثبت خلاف الظاهر، وإن عجزا جميعا يحكم العرف، فإن كان العرف جاريا على أنّ الذي يقدمه الزوج معتبر هديّة يكون القول قول الزوجة مع يمينها، وإن كان غير معتبر هديّة فالقول

¹⁰⁶⁷ ابن فرحون، مصدر سابق، ج2، ص64. في القضاء بالأشبه من قول الخصمين، وهناك رواية ثانية عن مالك مفادها أنّ الزوجين

يتحالفان ويتفاسخان.

¹⁰⁶⁸ المصدر نفسه، ص64.

¹⁰⁶⁹ عبد الحميد (محمد محي الدين)، مرجع سابق، ص179.

قول الزوج مع يمينه¹⁰⁷⁰. وفي هذه الحالة نلاحظ أنّ القاضي قد يلجأ إلى الأخذ بالإثبات ابتداءً وبمنهج الافتراض انتهاءً وذلك بعد عجز أحد الزوجين أو كلاهما على الإثبات. فتارة يكون الإثبات واقع على كاهل الزوج والزوجة في آن واحد باعتبار كلّ منهما مدّع ومدّعى عليه في الوقت ذاته، كما هو موجود عند الحنفية.

وإذا اطّردت العادة بمخالفة الأصل فالعبرة بالظاهر المستند إليها، وإن كثرت أسباب الظاهر التي يستند إليها فيقدم الظاهر. أمّا إذا اعتضد أحدهما بما يقوّي جانبه فهو المقدم؛ لأنّ العمل بالراجح متعيّن اتّفاقاً. وبيان ذلك: لو هلك شخص وله ابن كان معلوماً كفره، فادّعى أنّه أسلم قبل موت مورثه، ولم تكن بيّنة تثبت ذلك أو تنفيه، فهل يقبل قوله تحكيماً لظاهر حاله، أو لا يقبل قوله تحكيماً للأصل، وهو بقاؤه على ما كان عليه من الكفر حتّى يتبيّن خلافه. وفي هذا قال (السرخسي): "فإن قيل: فإذا كان الابن مسلماً في الحال، ينبغي أن يجعل مسلماً فيما مضى حتّى يرث أباه المسلم؟ قلنا: هذا ظاهر يعارضه ظاهر آخر، وهو أنّه لما ثبت كفره فيما مضى؛ فالظاهر (الأصل) بقاؤه حتّى يظهر إسلامه، ثم موافقته إيّاه في الدّين عند الموت شرط للإرث، والشّرط لا يثبت بالظاهر، إنّما يثبت بالنّص؛ لأنّ الاستحقاق يثبت عند وجوده، والظاهر حجّة لدفع الاستحقاق لا لإثباته"¹⁰⁷¹.

¹⁰⁷⁰ عبد الحميد (محمد محي الدين)، مرجع سابق، ص 179-180.

¹⁰⁷¹ السرخسي (شمس الدين)، مصدر سابق، ج 17، ص 51.

جامعة الأمير
عبد القادر
العلوم الإسلامية

المبحث الثاني:
الافتراض الجزئي

المبحث الثاني: الافتراض الجزئي

ومصطلح الافتراض الجزئي يخرج به الافتراض الكلي الذي لا يمكن قبوله لا فقها ولا قضاء¹⁰⁷²؛ لأنه من قبيل المسائل القائمة على التوهم، وما قام على الوهم كان باطلا، فلا عبرة للتوهم¹⁰⁷³ ولا للظنّ البين خطؤه¹⁰⁷⁴، وبناء الضعيف على الضعيف لا يسوغ¹⁰⁷⁵. ويمكن أن يعرف الافتراض الجزئي بأنه استخلاص لمسألة من وقائع كانت قد ثبتت في ذاتها بصفة قاطعة، إلا إن قطعيتها لا تمسّ ما قد افترض على أساسها¹⁰⁷⁶. فيتأسس بذلك هذا النوع من الافتراض على القرينة¹⁰⁷⁷ المشكّلة لمجموع النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة¹⁰⁷⁸، بناء على الاستقراء الذي يعوّض قصور معطيات الواقعة الثابتة¹⁰⁷⁹، أو هي استنباط الشارح أو القاضي لأمر مجهول من أمر معلوم، فهي لا تؤدّي إلى ما يراد إثباته مباشرة، بل تؤدّي إليه بالواسطة التي تمثّل الأمر المعلوم المؤدّي إلى الاستنباط¹⁰⁸⁰. فهي بهذا دليل غير مباشر؛ إذ لا يقع الإثبات فيها على الواقعة الأصلية، بل على واقعة أخرى، إذا ثبتت أمكن أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها. وهذا ضرب من تحويل الإثبات من محلّ إلى آخر¹⁰⁸¹،

¹⁰⁷² باستثناء مسألة مخالعة الزوجة لزوجها، كما رأينا في المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الثاني (الباب الأول)، ص 135 وما بعدها.

¹⁰⁷³ ما دام الشكّ غير معتبر في الشرع فيلغى تبعاً لذلك، فالتعامل مع الوهم يكون أولى في هذه الحالة؛ لأنه أدنى مرتبة من الشكّ، باعتباره إدراكاً للطرف المرجوح من طرفي أمر متردّد فيه. انظر في ذلك لمزيد من التفصيل: اسماعيل (محمد بكر)، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، د. ط، هليوبولس (مصر)، د. ط، د. ط، ص 64.

¹⁰⁷⁴ إذا كان الشكّ يعتبر تردّداً بين طرفين دون ترجيح، فإنّ الظنّ ترجيح لأحد الأمرين على الآخر، إلا أنّ الظنّ قد يكون خطؤه بينا وقد لا يكون كذلك، والأوّل لا يعتبر شرعاً. فإذا ظنّ الإنسان أمراً ثمّ تبين خطؤه فله ادّعاء غيره، وإذا حصل فعل استناداً على ظنّ تبينت بعد ذلك مخالفته لحكم شرعيّ، وجب عدم اعتباره. انظر في ذلك لمزيد من التفصيل: اسماعيل (محمد بكر)، المرجع نفسه، ص 65.

¹⁰⁷⁵ جمعة (عبد المجيد)، مرجع سابق، (القاعدة 72)، ص 524.

¹⁰⁷⁶ أبو الوفا (أحمد)، المرافعات المدنية و التجارية، ط 14، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1986، ص 451.

¹⁰⁷⁷ القرينة من قرن قرين، وفلان قرين فلان، إذا كان لا يفارقه. انظر: ابن دريد (محمد)، كتاب جمهرة اللّغة، تحقيق بعلبكي (رمزي)، ج 2، ط 1، بيروت، دار العلم للملايين، 1987، باب الرّاء والقاف مع ما بعدهما من الحروف، ص 794. وهي ما يدلّ على المراد من غير أن يكون صريحاً فيه. انظر في ذلك: قلعه جي (محمد رواس)، قنبي (حامد)، معجم لغة الفقهاء، ط 2، بيروت، دار الثّقائس للطباعة والنشر والتّوزيع، 1988، ص 362. وهي كلّ أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدلّ عليه، وهي تتفاوت في القوّة والضعف، وقد تضعف حتّى تصير مجرد احتمال. انظر في ذلك: الزحيلي (وهبه)، مرجع سابق، ج 6، ص 782.

¹⁰⁷⁸ Platniol (M.), Ripert (G.), Esmein (P.), Radouant (T.), Gabolde (G.), *op.cit.*, P. 1006.

¹⁰⁷⁹ Cornu (G.), *op.cit.*, P. 243.

¹⁰⁸⁰ الجندي (أحمد نصر)، التعليق، مرجع سابق، ص 110.

¹⁰⁸¹ السنهوري (عبد الرّزاق)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 2، ط 3، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998، ص 329.

وليس إعفاء من الإثبات؛ بحيث يكون أثره قاصراً على الاكتفاء بإثبات الواقعة التي أقامها القانون قرينة على قيام الواقعة المرتبة للأثر القانوني دون إثبات هذه الأخيرة¹⁰⁸². بذلك يكون الافتراض المؤسس على القرينة القانونية أو الشرعية أو الفقهية افتراضاً نصياً، و الافتراض المؤسس على القرينة القضائية يشكل ما يسمّى بالافتراض القضائي وكلاهما افتراض جزئي؛ لأنّ الافتراض الكلي أمر يرفضه القانون والقضاء، فهو محض تحكيم للهوى، بعيداً عن العقلانية والتبصّر. وسندرس كلاهما تباعاً في مطلبين متتابعين. وبناء على ذلك سوف نخصّص المطلب الأول ل: (الافتراض النصّي) بأنواعه الثلاثة، ثمّ نخصّص المطلب الثاني ل: (الافتراض القضائي).

المطلب الأول: الافتراض النصّي

إنّ الافتراض النصّي يقوم في الأساس على استنباط مجرد محدد ابتداء من قبل الشارع أو المشرّع أو الفقيه إعمالاً للواقع العملي الغالب، ولا يتّضح مفهوم الافتراض النصّي إلاّ ببيان عناصره، وأول عناصره أساسه الذي يقوم عليه، والمتمثّل في القرينة القانونية أو القرينة الشرعية أو القرينة الفقهية في (الفرع الأول)، ثمّ بيان بعض التماذج التطبيقية الموضّحة لمفهومه النظري في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أساس الافتراض النصّي

إنّ الأساس الذي يقوم عليه الافتراض النصّي إمّا أن يكون قرينة قانونية أو قرينة شرعية أو قرينة فقهية.

(أولاً) القرينة القانونية: هي التي يقوم بها المشرّع بنفسه بتحديد دلالتها، أي افتراض واقعة من ثبوت أخرى¹⁰⁸³. فهي افتراض قانوني يقوم على استنباط مجرد يحدده القانون إعمالاً للواقع العملي

¹⁰⁸² العدوي (جلال)، مرجع سابق، ص282.

¹⁰⁸³ أبو سعد (محمد شتا)، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، د.ط، القاهرة، دار الفكر العربي، 1997، ص3.

الغالب¹⁰⁸⁴، فتستخلص واقعة مجهولة بناء على ثبوت واقعة أخرى معلومة¹⁰⁸⁵. أو هي افتراض قانوني يجعل الشيء المحتمل أو الممكن صحيحا، وفقا لما هو مألوف في الحياة، أو وفقا لما يربحه العقل¹⁰⁸⁶. وعلى هذا الأساس كانت القرينة القانونية علاقة افتراضية ينشئها المشرع بين وقائع معينة¹⁰⁸⁷، يلزم بها القاضي ليستنتج منها دائما نتيجة معينة، فلا يجوز له بعدئذ أن يرى غير ذلك¹⁰⁸⁸، فيؤخذ بهذا الافتراض في كل الأحوال والحالات بصرف النظر عن الظروف الخاصة لكل حالة¹⁰⁸⁹. فلاستنتاج الذي يقوم به المشرع بناء على (الواقعة - القرينة) هو الذي يشكّل لنا حالة الافتراض القانوني¹⁰⁹⁰. وفي هذا السياق، لا بدّ أن نتمكّن من إجراء مقارنة بين الافتراض المؤسس على القرينة القانونية الذي يقوم على الاحتمال والتّرجيح، فهي لا تخالف الحقيقة دائما، وإن كانت، من ناحية أخرى لا تتفق معها دائما حتّى ولو خالفتها، فإنّ ذلك يكون بصفة مؤقتة، إذ يمكن للخصم نقض القرينة وإثبات عكسها، أي إثبات الحقيقة¹⁰⁹¹، وبين الافتراض المؤسس على الحيلة. فهذه الأخيرة كذلك تعدّ افتراضا إلاّ أنّه افتراض من نوع خاصّ يقوم على أمر مخالف للواقع والحقيقة، يتربّب عليه تغيير في حكم القانون دون تغيير نصّه. فيكون من شأن هذا النوع من الافتراض إخفاء أمر واقعي بأن يفترض أنّ حكم القاعدة القانونية ينطبق على حالة معينة، رغم أنّ الفرض لا يشملها، وذلك دون تغيير في البناء اللفظي للقاعدة، وعلة ذلك تحديدا أنّه لا يتصوّر أن يكون النص القانوني مستوعبا لسائر أحداث الزّمان ووقائعه، فهي أحداث لا يمكن حصرها بحسب طبيعتها. فتكون الحيلة القانونية أداة رئيسية لتطوير القانون وتوسيع مداركه وبسط نطاقه¹⁰⁹².

¹⁰⁸⁴ ولكن لا بدّ أنّ نحسن التفريق بين القرينة القانونية بهذا المعنى والقاعدة الموضوعية التي يكون فيها الأخذ بالغالب المألوف علة فحسب يحتفي خلف القاعدة التي لا يتوقّف حكمها على وجود علته. معنى ذلك أنّ وجود العلة أو عدمها لا يؤثّر في إعمال الحكم أو عدم إعماله.

¹⁰⁸⁵ فوده (السيد)، الافتراض القانوني بين التّظرية والتّطبيق، ط1، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2003، ص48.

¹⁰⁸⁶ تناغو (سمير)، مرجع سابق، ص390.

¹⁰⁸⁷ زبدة (مسعود)، القرائن القضائية، د.ط، الجزائر، موفم للنشر والتوزيع، 2001، ص32.

¹⁰⁸⁸ بجنسي (أحمد)، الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، ج4، د.ط، بيروت، دار النهضة العربية، 1991، ص188.

¹⁰⁸⁹ أبو سعد (محمد شتا)، المرجع نفسه، ص3.

¹⁰⁹⁰ سرور (أحمد)، مرجع سابق، ص493.

¹⁰⁹¹ فوده (السيد)، المرجع نفسه، ص50، تناغو (سمير)، المرجع نفسه، ص400.

إلاّ أنّ هذه المسألة تتعلّق بالافتراض القانوني الذي يقبل إثبات العكس، أما الافتراض القانوني القاطع فلا يمكن للخصم أن يثبت عكسه، كما سنرى لاحقا، وهذا يبيّن في الأساس على تقسيم القرائن إلى قرائن بسيطة وقرائن قاطعة.

¹⁰⁹² جعفر (علي)، نشأة القوانين وتطوّرها، ط1، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2002، ص153 وما بعدها، وانظر كذلك: عبد العال (عكاشة)، المجذوب (طارق)، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، د.ط، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، ص649 وما بعدها.

والقرينة القانونية لها أساس وغاية، فأساسها هو منصوص الشرع والفقهاء أو منصوص القانون الذي يقررها، وهو ركنها المنشئ لها¹⁰⁹³. فيقوم المشرع بالتنصيص على نتيجة الاستنباط في صيغة عامة مجردة تتضمن الشروط التي يجب توفيرها للتمسك بهذه القرينة¹⁰⁹⁴. فلا يمكن أن تقوم قرينة قانونية بغير نص من القانون، وإذا وجد النص وقامت القرينة القانونية، فلا يمكن أن تكون معيارا يقاس غيرها عليها، اعتمادا على المماثلة والأولوية¹⁰⁹⁵. أما غايتها فهي إعفاء من قررت لمصلحته من الإثبات، إلا أنه إعفاء مقيد بإثبات الأمور التي جعلها المشرع أساسا لها أي شروط تطبيقها¹⁰⁹⁶، وهو في ذات الوقت إعفاء مؤقت؛ إذ يستطيع المتمسك ضده بالقرينة إثبات عكس ما تقضي به¹⁰⁹⁷، وهو الأصل في كل قرينة قانونية، إلا أن هناك بعض القرائن القانونية التي تتصف بالقطعية وبذلك لا يمكن الخصم إطلاقا من إثبات عكس ما تقضي به¹⁰⁹⁸.

والقرينة القانونية يغلب عليها أن تكون قرينة قضائية في أصلها، انتزعتها القانون لحسابه فصّ عليها محددا مداها، ومعمما حكمها ومحددا حجيتها¹⁰⁹⁹. فالحقيقة القضائية بذلك تكون من عمل القانون وحده، تفرض فرضا على القاضي وعلى الخصوم، وذلك بخلاف الحقيقة القضائية الناتجة من خلال أعمال القرينة القضائية التي تحوّل القاضي سلطة كاملة في إنشائها¹¹⁰⁰. فالأصل أن العدل الذي يقضي به القاضي هو العدل الذي تقرره قواعد القانون، وفي حالة نقص القواعد يكون العدل هو الذي يقرره القاضي نفسه¹¹⁰¹. وتعتبر القرينة القانونية من الطرائق المعنوية¹¹⁰² في صياغة القواعد القانونية إلى جانب الحيل،

¹⁰⁹³ سعد (نبيل)، زهران (همام)، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د.ط، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001، ص345، وانظر كذلك: عبد الله (فتحي)، عبد الزحمان (أحمد)، شرح النظرية العامة للالتزام، د.ط، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2001، ص448.

¹⁰⁹⁴ منصور (محمد)، قانون الإثبات: مبادئ الإثبات وطره، د.ط، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002، ص167.

¹⁰⁹⁵ Platniol (M.), Ripert (G.), Esmein (P.), Radouant (T.), Gabolde (G.), *op.cit.*, P.1011.

¹⁰⁹⁶ Cornu (G.), *Introduction au droit, op .cit.*, P.○

وانظر كذلك: منصور (محمد)، المرجع نفسه، ص168.

¹⁰⁹⁷ Cornu (G.), *Ibid.*, P.○

السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ص624.

¹⁰⁹⁸ Planiol (M.), Ripert (G.), *Ibid*, P.1014.

¹⁰⁹⁹ *Ibid*, P.1010.

¹¹⁰⁰ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ص601.

¹¹⁰¹ تناغو (سمير)، مرجع سابق، ص399.

¹¹⁰² إلى جانب الطرائق المعنوية هناك طرائق مادية، التي يعبر بها عن جوهر القاعدة تعبيرا ماديا مجسما لا يتحمل التقدير، ومن أهمها التعبير بالأرقام أو استخدام الأشكال، أو التعبير بالشروط أو بالإجراءات. انظر في ذلك: محمود (همام)، منصور (محمد)، مبادئ القانون، د.ط، الاسكندرية، منشأة المعارف، د.ت، ص86.

ويراعى في صياغتها العناصر الآتية¹¹⁰³: (أ) أحوال الناس وطبائعهم وعاداتهم في معاملاتهم وما تواضعوا عليه على وجه العموم، (ب) المصلحة العامة، كما هو الحال في صياغة قرينة قوّة الشيء المحكوم به، (ج) المصلحة الخاصة، أخذاً بظواهر الأمور وتيسيراً للمعاملة بين الناس أو لتعدّد التّحقيق من أمر أو تعدّد إثباته. فالقرينة بذلك تعدّ الدّواء النّاجح لحلّ معضلة الإثبات؛ لأنّه في الغالب من الأحيان تكون الواقعة المفترضة أصعب بكثير في إثباتها من الواقعة الثّابتة¹¹⁰⁴.

(ثانياً) القرينة الشرعية: والأمر الذي يقال على القرينة القانونية يقال على القرينة الشرعية، وهي أحد أنواع القرائن في الشريعة الإسلامية. فالشريعة الإسلامية مليئة بمثل هذه القرائن، ويمكن أن تكون للمشرع أرضاً خصبة لاستنباط الكثير منها من أجل إثراء المنظومة القانونية. والقرينة الشرعية هي القرينة التي ورد التنصيص عليها في آية كريمة أو في حديث شريف، وجعلها الشارع أمارة على شيء معيّن، ك: (أ) افتراض النسب بقرينة الزواج، الذي ورد في قوله صلّى الله عليه وسلّم: " **الولد للفراش**"¹¹⁰⁵، فيثبت الولد بالنكاح، وهي القرينة التي أخذ بها المشرع الجزائري في المادة (40) من قانون الأسرة: (يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة...)، وهي قرينة غير قاطعة، إلاّ أنّه لا يجوز إثبات عكسها إلاّ على نحو خاصّ، والطّريق المقرّر شرعاً هو اللعان¹¹⁰⁶، (ب) افتراض رضا البكر بقرينة سكوتها: وقد ورد في ما رواه أبو هريرة -رضي الله عنه- أنّ النبي صلّى الله عليه وسلّم قال: " **لا تنكح الأيم حتى تستأمر**،

¹¹⁰³ أبو سعد (محمد شتا)، مرجع سابق، ص5.

¹¹⁰⁴ De Lamberterie (Isabelle), *Préconstitution des preuves, présomptions et fictions, (Sécurité juridique et sécurité technique: Indépendance ou métissage)* conférence organisée par le programme international de coopération scientifique (CRDP/CECOJI), Montréal, 30 Septembre 2003, <http://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/delamberterie.1.pdf..>

¹¹⁰⁵ أخرجه البخاري في صحيحه عن عائشة رضي الله عنها، ج3، كتاب في الخصومات، باب دعوى الوصي للميت، ص91، بلفظ: " هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش واحتجني منه يا سودة"، وأخرجه مسلم في صحيحه (بشرح النووي) عن أبي هريرة، ج10، كتاب الرضا، باب الولد للفراش وتوفي الشبهات، ص37 بلفظ: " الولد للفراش وللعاهر الحجر"، وأخرجه أبو داود في سننه عن عائشة، كتاب الطلاق، باب الولد للفراش، رقم الحديث: 2273، ص350، وأخرجه في الموضوع ذاته عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه، رقم الحديث: 2274، وأخرجه الترمذي في جامعه، ج2، أبواب الرضا، باب ما جاء أنّ الولد للفراش، رقم الحديث: 1167، ص313، وقال أبو عيسى: حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم. وأخرجه ابن ماجه في سننه عن أبي هريرة، كتاب النكاح، باب الولد للفراش وللعاهر الحجر، رقم الحديث: 2006، ص297، وأخرجه في الموضوع ذاته من حديث شرحبيل بن مسلم، رقم الحديث: 2007، وأخرجه الدارمي في سننه، كتاب النكاح، باب الولد للفراش، ج2، ص152، وأخرجه أحمد في المسند عن أبي هريرة، رقم الحديث: 7749، ج14، ص184، وقال الألباني في صحيح سنن الترمذي: صحيح. انظر في ذلك: الألباني (محمد ناصر الدين)، صحيح سنن الترمذي باختصار السند، أشرف على طبعته والتعليق عليه الشاويش (زهير)، ج1، ط1، الرياض، مكتب التربية العربي لدول الخليج، باب ما جاء أنّ الولد للفراش، رقم الحديث: 924، ص339.

¹¹⁰⁶ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ص629.

ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله وكيف إذن؟ قال: أن تسكت"¹¹⁰⁷، وكذا ما روته السيدة عائشة -رضي الله عنها- أمّا قالت: " يا رسول الله إن البكر تستحي، قال: " رضاها صمتها"¹¹⁰⁸، وعن عدي بن عدي الكندي عن أبيه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " الثيب تعرب عن نفسها، والبكر رضاها صمتها"¹¹⁰⁹. وقد اعتبر الفقهاء أنّ الصّمات يعتبر دليلاً على رضا البكر في النكاح، فلو استأذن الولي البكر في التزوُّج من رجل معيّن وصادق معيّن، سواء كان مهر المثل أو غيره، فسكتت اعتبر سكوتها إذناً ورضاً بالعقد؛ لأنّ الحياء غالب على طبعها، فتستحي من الإجابة بالتلق ¹¹¹⁰، (ج) افتراض نسب الولد بقرينة ولادته لستّة أشهر: وهي أقلّ مدّة الحمل باتّفاق الفقهاء، وقد استنبطوا ذلك من خلال التّسيق بين الآيتين: (ووصينا الإنسان بوالديه إحساناً حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهراً)¹¹¹¹، والآية: (ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين)¹¹¹². وفي معنى الآية الثانية قوله تعالى: (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين)¹¹¹³، فدّل المجموع على أنّ مدّة الحمل وحدها ستّة أشهر، ولا يعقل أن تكون ستّة أشهر هي أقصى مدّة الحمل؛ لأنّه يخالف المشهور والمعتاد من أحوال النّساء¹¹¹⁴. وقد قال ابن العربي في تفسيره: "قال علي بن أبي طالب -رضي الله عنه-: "أقلّ الحمل ستّة أشهر.. فإذا أسقطت حولين من ثلاثين شهراً بقيت منه ستّة أشهر، وهي مدّة الحمل"، وهذا من بديع الاستنباط"¹¹¹⁵.

(ثالثاً) القرينة الفقهية: أمّا القرينة الفقهية هي القرينة التي نتجت بناء على الاستنباط الفقهي القائم على العقل المنضبط بضوابط الشّرع، يلتزم القاضي غير المجتهد بإعمال حكمها وجوباً¹¹¹⁶. وهذا المدلول يختصّ بمجال محدّد يتمثّل في إثبات ما يراد إثباته، أو نفي ما يراد نفيه من النّاحية الفقهية بهدف

¹¹⁰⁷ أخرجه البخاري في صحيحه واللفظ له، ج6، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، ص135. وأخرجه مسلم في صحيحه، صحيح مسلم بشرح النووي، حقّقه الصبّاطي (عصام)، محمد (حازم)، عامر (عماد)، ج5، ط1، القاهرة، دار الحديث، 1994، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالتلق والبكر بالسكوت، ص217-218.

¹¹⁰⁸ أخرجه البخاري في صحيحه واللفظ له، ج6، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، ص135. وأخرجه مسلم في صحيحه، ج5، ط1، القاهرة، دار الحديث، 1994، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالتلق والبكر بالسكوت، ص219.

¹¹⁰⁹ أخرجه ابن ماجه، كتاب النكاح، باب استئذان البكر والثيب، رقم الحديث: 1872، ص278.

¹¹¹⁰ الجبوري (صالح)، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون، ط1، بيروت، مؤسّسة الرّسالة، 1976، ص134.

¹¹¹¹ سورة الأحقاف: آية 15.

¹¹¹² سورة لقمان: آية 14.

¹¹¹³ سورة البقرة: آية 233.

¹¹¹⁴ عبد الحميد (محمد محي الدين)، الأحوال الشّخصية في الشريعة الإسلامية، د.ط، بيروت، المكتبة العلمية، 2003، ص370.

¹¹¹⁵ ابن العربي (أبو بكر محمد)، أحكام القرآن، تحقيق الجبّاي (علي محمد)، ج1، د.ط، دار الفكر، د.ت، ص202.

¹¹¹⁶ الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ج2، ص495.

ترتيب حكم شرعيّ على ذلك، وهي مسألة تتصل بعمل الفقيه، الأمر الذي يمكنه من ترتيب حكم شرعيّ مناسب قضاءً أو ديانة¹¹¹⁷. وقد قصر الفقهاء مصطلح (القرينة الفقهية) على الدليل غير الصريح في دلالاته على المراد، ويتّضح ذلك من خلال عدم إطلاقهم له على الشّهادة والإقرار، ومن هنا جاء تعريف (البركتي) لهذا المصطلح على هذه الصيغة: "هي ما يدلّ على المراد من غير كونه صريحاً"¹¹¹⁸. وفي هذا السياق لا بدّ من التّفريق بين القرينة الفقهية والقرينة الأصولية، ويكون ذلك من جانبيين جوهريّين، جانب مجال الدلالة، وجانب الغاية. أمّا من الجانب الأوّل (الدلالة)، فإنّ القرينة الأصولية يقتصر أثرها على النصّ الشرعيّ من جوانب الثبوت والدلالة والإحكام والتّرجيح، أمّا القرينة الفقهية فإنّ أثرها ينصبّ على الواقعة محلّ نظر الفقيه من حيث إثبات حكم لها أو نفيه عنها، وليس على النصّ الشرعيّ، فهذا الأخير لا يشكّل مجالاً لها¹¹¹⁹. أمّا من الجانب الثّاني، وهو جانب الغاية من البحث في كليهما، ففي القرينة الأصولية نجد أنّ الغاية من البحث فيها هي ضبط عمليّة استنباط الحكم من النصّ، وبعبارة أخرى، ضبط عمليّة تخريج الحكم، أي كفيّة استنباط الحكم من النصّ، في حين أنّ الغاية من البحث في القرينة الفقهية هي ضبط عمليّة ترتيب الحكم المستنبط مسبقاً من النصّ على الواقعة، أي ضبط عمليّة تحقيق الحكم، وبعبارة أخرى، كفيّة تطبيق الحكم على الواقعة¹¹²⁰.

وكأمثلة واضحة على ذلك:

(أ) افتراض نيّة تمحّض قصد الإضرار بقرينة انتفاء المصلحة المشروعة، ومعنى التّمحّض أنّ المكلف يستخدم حقّه المشروع على نحو يقصد فيه الإضرار بغيره، وهو معيار ينصبّ، كما يبدو على عدم القصد السيّئ، ومنع التّصرف الضّار بالغير¹¹²¹، لكنّ الكشف عنه ليس بالأمر اليسير ولا الهين، ولهذا استعين في ذلك بالأمر الظّاهرة المادية، كالقرائن ونحوها¹¹²²، ومن ذلك أن لا يكون له منفعة في استعمال حقّه، ومع ذلك يترتّب عليه إضرار بغيره، فيمنع؛ لأنّ ذلك قرينة تمحّض قصده الإضرار، كما إذا كانت بيّنة المدّعي حاضرة في مجلس القضاء وطلب يمين خصمه، لم يجبه القاضي إلى طلبه¹¹²³؛ لانتفاء المصلحة في

¹¹¹⁷ صالح (أيمن)، القرائن والنصّ، ط1، فرجينيا (و.م.أ)، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 2010، ص44.

¹¹¹⁸ صالح (أيمن)، مرجع سابق، ص44.

¹¹¹⁹ المرجع نفسه، ص51.

¹¹²⁰ المرجع نفسه، ص52.

¹¹²¹ منصور (محمد خالد)، تمحّض قصد الإضرار بالغير وتطبيقاته في الأحوال الشّخصية ومدى أخذ القانون المدني الأردني به،

مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 26، العدد 2، 1999، ص (459-474).

¹¹²² الدريني (فتحي)، نظرية التّعسف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلامي، ط3، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1981، ص200.

¹¹²³ الدريني (فتحي)، المرجع نفسه، ص249.

هذا الحق¹¹²⁴، وانتفاء المصلحة قرينة على قصد الإضرار فيمنع ذلك. فاستعمال الحقّ دون منفعة قرينة على أنه لم يقصد سوى الإضرار بغيره، فنية الإضرار مفترضة، وبحسب المضرور أن يثبت عدم وجود نفع لصاحب الحقّ دون أن يثبت قصد الإساءة، وعلى المدعى عليه أن يثبت العكس لينجو من المسؤولية، فنية الإضرار تستخلص من انتفاء المنفعة والمصلحة المشروعة¹¹²⁵. وتبعاً لهذا المعيار، جاء في فقه الصحابة توريث المبتوتة في مرض الموت؛ لتعسّفه في استعمال حقّ الطلاق بجرمانها من الميراث، لتمحّض قصد الإضرار. فالأصل أنّها لا ترث منه لانقطاع الزوجية بالفرقة، وقد قضى عثمان بتوريث زوجة عبد الرحمان بن عوف بعد انتهاء عدتها منه؛ لأنّه طلقها حال المرض، فكأنّه قصد الفرار من إرثها فعمل بعكس مقصوده¹¹²⁶.

(ب) حمل امرأة غير متزوجة، أو لا يعرف لها زوج قرينة على الزنا¹¹²⁷. والأصل في اعتبار ذلك قول أصحاب النبيّ صلّى الله عليه وسلّم وفعلمهم، فعمر -رضي الله عنه- يقول بوجوب الرّجم على كلّ من زنى من الرجال والنساء إذا كان محصناً إذا قامت بينة أو كان الحبل أو الاعتراف، وهذا قول الصحابة ولم يظهر لهم مخالف في عصرهم فيكون إجماعاً¹¹²⁸. والحمل ليس قرينة قاطعة على الزنا بل هو قرينة تقبل الإثبات بالدليل العكسي، فيجب درء الحدّ عن الحامل كلّما قامت شبهة في حصول الزنا كأن يكونا غريبين وادّعا الزوجية لإمكان أن يكون الأمر على ما قاله¹¹²⁹.

(ج) الحكم بموت المفقود أو الغائب الذي غاب غيبة منقطعة بقرينة موت أقرانه، المفقود الذي غاب عن وطنه، وانقطع خبره، وجهل حاله، فلم يعرف مكانه ولم تعرف حياته ولا وفاته، فإذا جاء أولاده يطالبون بحقوقهم منه، فإنّ القاضي يستند إلى موت أقرانه ويجعلها قرينة قاطعة على وفاته، فتعتد زوجته، وتوزّع تركته، واختلفت الآراء الفقهية في الوقت، فعند أبي حنيفة هو وقت انقراض أقرانه جميعاً، والغائب من ليس الغالب هلاكه، وينتظر مدّة لا يعيش في مثلها حسب اجتهاد الحاكم، وفي قول تسعون سنة، وقضى عمر رضي الله عنه بمضيّ أربع سنوات وهو رأي عثمان وهو مذهب المالكية، وعند أحمد يكفي مضيّ المدّة التي يعيش لمثلها، وفي قول حسب اجتهاد المحاكم، وقال الربيع تلميذ الشافعي: لا تنزّج امرأته حتى تتيقن

¹¹²⁴ وقد سلك القضاء المصري هذا المسلك فافترض نية الإضرار إذا ما طلب المدعي اليمين والبيّنة حاضرة. انظر في ذلك: أحمد (إبراهيم)، التعسف في استعمال الحقّ فقها وقضاء، ط2، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2002، ص55.

¹¹²⁵ الدريني (فتحي)، المرجع نفسه، ص320.

¹¹²⁶ إمام (محمد كمال الدين)، مرجع سابق، ص224.

¹¹²⁷ ابن رشد (أبو الوليد)، مصدر سابق، ص359.

¹¹²⁸ عوده (عبد القادر)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج2، ط5، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1984، ص440-

441.

¹¹²⁹ ابن نصر (عبد الوهاب)، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج2، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1998، ص319.

موته¹¹³⁰. وهو ما أخذ به القضاء الجزائري مع مراعاة ضابط جوهرية ألا وهو عدم جواز الحكم بالفقد والموت في آن واحد، فلا يمكن إصدار حكم بالموت إلا إذا صدر قبله حكم بالفقد، ويجب احترام مدّة الأربع سنوات بعد ذلك، فمن المقرّر قانوناً، حسب ألفاظ المحكمة العليا، أنّ الشّخص الغائب يعتبر مفقوداً بعد صدور حكم قضائيّ يشهد بذلك، ومن ثمّ يمكن إصدار حكم بموته بعد انقضاء آجال البحث عليه¹¹³¹.

ولا خلوّ لمذهب فقهي من الاعتماد على القرائن في استنباط الأحكام الشرعية¹¹³²، ولكن ذلك ليس على إطلاقه بل هو مقرون بشرطين، هما¹¹³³: (أ) شرط وجود أمر ظاهر وثابت ليكون أساساً لاعتماد الاستدلال منه لوجود صفات وعلامات فيه، ولتوقّر الأمارات¹¹³⁴ عليه، التي يلزم من العلم بها الظن بوجود المدلول. فالوقائع المادّية والتصرفات البشرية تتألف من أمور ظاهرة ثابتة، وتنطوي على أمور باطنة يستدلّ عليها بالأمارات المصاحبة لها، (ب) شرط وجود الصّلة بين الأمر الظاهر الثابت والقرينة التي أخذت منه في عمليّة الاستنباط والاستنتاج، وذلك باستخراج المعاني من التّصوص والوقائع بالتأمّل والتّفكير الناشئ عن فرط الدّهن وقوّة القرينة، وهذه الصّلة بين القرينة وبين الأمر المصاحب لها تختلف من حالة إلى أخرى، ولكن يشترط أن تكون العلاقة قويّة بينهما، وتقوم على أساس سليم ومنطق قويم، ولا تعتمد على مجرد الوهم أو الصّلة الوهمية الضّعيفة، لأنّ المهمّ أن يكون لدى الإنسان علماً في الدّعوى يكاد يماثل العلم الحاصل من الشّهود وغيرهم، وهذا يحصل بالتأكّد من قوّة المصاحبة والمقارنة¹¹³⁵. وبناء على قوّة هذه الرابطة وضعفها تنقسم القرائن إلى قرائن قويّة وأخرى ضعيفة؛ لأنّ دلالة القرائن على مدلولاتها، تتفاوت في القوّة والضعف تفاوتاً كبيراً فقد تصل في القوّة إلى درجة القطع، وتكون القرينة قاطعة، وقد تضعف حتّى

¹¹³⁰ الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ج2، ص535.

¹¹³¹ قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 118621 المؤرخ في 1995/05/02، المجلة القضائية لسنة 1995، العدد2، ص(101-104).

حدّد مجلس قضاء وهران وفاة (ب.م) سنة 1976، رغم تصريح المدّعية في الطّعن بأنّ أمّها (ب.م) قد فقدت خلال سنة 1976، فلم يحترم بذلك الأجل الأدنى المقرّر فقهاً، والمنصوص عليه في المادة (113) من قانون الأسرة، فخالف بذلك القانون إضافة إلى مخالفته المادة 2/92 من قانون الحالة المدنية التي تلزم القاضي بتحديد تاريخ الوفاة مع الأخذ بعين الاعتبار الافتراضات المأخوذة من طرف الدّعوى. والقانون يلزم القاضي فقط بأن لا يعلن وفاة المفقودة إلاّ بعد مدّة أربع سنوات وفيما زاد عن ذلك متروكاً لحرية القاضي لتحديد تاريخ الوفاة مع الأخذ بعين الاعتبار القرائن المأخوذة من ظروف الدّعوى.

¹¹³² عوده (عبد القادر)، مرجع سابق، ج2، ص340.

¹¹³³ الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ص489-490.

¹¹³⁴ لا بدّ أن نفرّق بين الأمانة والعلامة، بحيث إنّ العلامة هي ما لا ينفصل عن الشيء، كوجود الألف واللام على الاسم فهو علامة، أمّا الأمانة فتتفكك وتنفصل عن الشيء، كالغيم بالنسبة للمطر. قال التهانوي في هذا: "العلامة ما يكون علماً على الشيء من غير أن يتعلّق به وجود ولا وجوب". انظر في ذلك: التهانوي، مصدر سابق، ج2، ص1053، ج1، ص72.

¹¹³⁵ الزحيلي (محمد)، المرجع نفسه، ص490.

تنزل دلالتها إلى مجرد الاحتمال¹¹³⁶. فتستبعد القرائن الضعيفة من طرق الإثبات، ولا تقبل إلا القرائن القويّة التي تفيد ظناً قوياً واحتمالاً راجحاً، بحيث يتحقّق لدينا أنّ دليل الشّيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه، ولقد عبّرت مجلة الأحكام العدلية في المادة (68)، فالأمور الباطنة هي الحقائق الخفيّة التي يتعدّر أو يتعسّر الاطلاع عليها مع تأثيرها في الأحكام، والشّارع لا يكلف بالبحث عن حقيقتها في الواقع؛ لأنّه تكليف بما لا يستطاع، ولذلك يكتفى بدلائلها، وتعتبر الدلائل قائمة مقام هذه الأمور، وترتبط الأحكام بها وجوداً وعدمًا.

و بالرّغم من إقامة كثير من أحكام الشريعة على القرائن، و اتّجاه القضاء من وقت نزول الشريعة إلى الأخذ بها، فإنّ جمهور الفقهاء لا يسلم باعتبار القرائن دليلاً عامّاً من أدلّة الإثبات في الجرائم، إلاّ فيما نصّ عليه بنصّ خاصّ كالقسامة¹¹³⁷، و لعلّ عذرهم في ذلك أنّ القرائن في أغلب الأحوال غير قاطعة و تحمل أكثر من وجه، فإذا اعتمد عليها كدليل لإثبات الجريمة فقد اعتمد على دليل مشكوك فيه لا يمكن التسليم مقدّمًا بصحّته. أمّا أقلية الفقهاء فيرون الأخذ بالقرائن في إثبات الجرائم كالإمام ابن قيم الجوزية¹¹³⁸ و فقهاء المالكية¹¹³⁹. ولم ترد القرينة عند الأئمة الأربعة باعتبارها طريقاً من طرق الإثبات، ممّا

¹¹³⁶ الزرقا (مصطفى)، مرجع سابق، ج2، ص936.

¹¹³⁷ القسامة من أقسم، إسم وضع موضع الإقسام. و هي أيمان مكررة يحلفها ولي الدّم عند وجود قتييل في محلّة لم يُعرف قاتله و بينه و بينهم لوث. أو هي أيمان يحلفها أهل المحلّة المتهمون بالقتل. أنظر: أ.د. قلعه جي (محمد روس)، د. قنبي (حامد)، مرجع سابق، ص362.

¹¹³⁸ عوده (عبد القادر)، مرجع سابق، ص340.

¹¹³⁹ فعلى وجه التّمثيل، ورد ثبوت شرب الخمر بقرينة الرّائحة عند الإمام مالك وأصحابه وجمهور أهل الحجاز وهو ما رواه كذلك أبو طالب عن الإمام أحمد، فقد ذهبوا إلى أنّ الحدّ يطبّق في هذه الحالة اعتماداً على القرينة الظّاهرة، وهو المأثور عن الخلفاء الراشدين وحكم به عمر وابن مسعود. فيكون الاستدلال على شرب الرّجل الخمر بناء على قرينة الرّائحة، أو على قرينة قيئها، وقد حكم عمر وابن مسعود بوجوب الحدّ تأسيساً على ذلك، ولا يعرف لهما مخالف من الصّحابة. انظر في ذلك: ابن رشد (أبو الوليد)، مصدر سابق، ص365؛ حيث جاء فيه: "أنّ عمدة من أجاز الشّهادة على الرّائحة تشبيهها بالشّهادة على الصّوت والخطّ، بشرط أن يشهد بها عند الحاكم شاهدان عدلان". وانظر أيضاً: ابن قدامة (موفق الدين)، المغني ويليهِ الشّرح الكبير لابن قدامة (شمس الدين)، ج10، بيروت، دار الكتاب العربي، 1983، ص332؛ حيث جاء فيه: "أنّه إن وجد سكران أو تقيّاً الخمر، فعن أحمد لا حدّ عليه لاحتمال أن يكون مكرهاً، أو لم يعلم أنّها تسكر، ورواية أبي طالب عنه في الحدّ بالرّائحة يدلّ على وجوب الحدّ هاهنا بطريق الأولى؛ لأنّ ذلك إلّا بعد شربها، فأشبه ما لو قامت البيّنة عليه بشربها". وكذلك: ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق (طبعة الكليات الأزهرية)، ج2، ص94، الذي جاء فيه: "أنّ الرّائحة معني يعلم به صفة ما شرب المكلف وجنسه، فوجب أن يكون طريقاً إلى إثبات الحدّ. أصل ذلك أنّ وجدان الرّيح من الشّراب أقوى في معرفة حال المشروب من الرّؤية؛ لأنّ الرّؤية لا يعلم بها الشّراب أمسكر هو أم لا؟ وإنّما يعلم ذلك برائحته". وانظر في هذا كذلك: ابن قيم الجوزية (شمس الدّين)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق الفقي (محمد)، د.ط، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت، ص6. وكذلك الاستدلال على زنا المرأة بناء على قرينة حملها ولا زوج لها ولا سيّد. وهذا ما حكم به أمير المؤمنين عمر بن الخطّاب والصّحابة معه رضي الله عنهم، ففضى برجم المرأة تأسيساً على ذلك. وهذه القرينة القضائية تحوّلت إلى قرينة شرعيّة باجتهاد الفقهاء، وهو ما تبنّاه الإمام مالك وأحمد في أصحّ روايته. انظر في ذلك: ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مصدر سابق، ص5 و ما بعدها.

يفسر عدم إفرادهم لها بابا خاصا، و ليس معنى ذلك أنهم قد غصّوا الطرف عنها، فالناظر في كتب الأئمة يرى أنهم مجمعون على مبدأ الأخذ بالقرائن في الحكم و القضاء، و أنّ أوسع المذاهب في الأخذ به مذهبا المالكية و الحنابلة¹¹⁴⁰، فورد في كتبهم ما يفيد أنهم عملوا بالقرينة و اعتدوا بمدلولها، كالإمام ابن القيم من الحنابلة¹¹⁴¹ و ابن فرحون من المالكية¹¹⁴². حتى أنّ الإمام الشافعي الذي يعدّ أبعد الفقهاء عن الأخذ بقرائن الأحوال إلاّ أنّه اعتبرها في أكثر من مائة موضع¹¹⁴³. و لقد استندوا في ذلك إلى نصوص الكتاب العزيز والسنة النبوية، وقاموا بتعصيد كلّ ذلك بالمعقول. فمن الكتاب، قوله تبارك وتعالى: (وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قدّ من قبل فصدقت وهو من الكاذبين، وإن كان قميصه قدّ من دبر فكذبت وهو من الصادقين، فلمّا رءا قميصه قدّ من دبر قال إنّّه من كيدكنّ إنّ كيدكنّ عظيم)¹¹⁴⁴. كما قال تبارك وتعالى: (وجاءوا على قميصه بدم كذب)¹¹⁴⁵. و أرادوا بذلك أن يجعلوا وجود الدّم علامة على صدق ما يقولون، إلاّ أنّ المولى تبارك و تعالى قرن هذه الواقعة بواقعة أخرى هي سلامة القميص من التلبيب، و هما واقعتان مادّيتان متعارضتان. و يقول الإمام ابن العربي في ذلك: (و العلامات إذا تعارضت تعيّن الترجيح، فيقضى بجانب الرّجحان، و هي قوّة التّهمة لوجوه تضمّنها القرآن، منها طلبهم إياه شفقة، و لم يكن من فعلهم ما يناسبها، فيشهد بصدقها، بل كان سبق ضدها، و هي تبرّمهم به، و منها أنّ الدّم محتمل أن يكون في القميص موضوعا، و لا يمكن افتراس الذّئب ليوسف و هو لابس للقميص و يسلم القميص من تحريق، وهكذا يجب على الناظر أن يلحظ الأمارات والعلامات وتعارضها)¹¹⁴⁶. فاستدلّ الفقهاء بهذه الآية في إعمال الأمارات في كثير من مسائل الفقه، وأقاموها مقام البيّنة¹¹⁴⁷.

و من السنة: قوله صلّى الله عليه و سلّم: " لا تُنكح الأيم حتى تُستأمر، و لا تُنكح البكر حتى تُستأذن "، قالوا: يا رسول الله و كيف إذنها؟ قال " أن تسكت " ¹¹⁴⁸، فصمات البكر قرينة على رضاها،

¹¹⁴⁰ شلتوت (محمود)، الإسلام عقيدة و شريعة، د.ط، بيروت، دار الشروق، د.ت، ص 540.

¹¹⁴¹ ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، مصدر سابق، ج4، ص 373-374. و انظر كذلك: الطرق الحكيمية، مصدر سابق، ص 5 و ما بعدها.

¹¹⁴² ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق، ج2، ص 117 و ما بعدها.

¹¹⁴³ من هذه المواضع جواز وطء الرجل المرأة ليلة الزفاف، و إن لم يرها و لم يشهد عدلان أنّها امرأته، بناء على القرائن. و منها قبول الهدية التي يوصلها إليه صبي أو عبد أو كافر، و جواز أكلها و التصرف فيها، و إن لم يشهد عدلان بذلك، بناء على القرائن، و لا يشترط تلفظه و لا تلفظ الرسول بلفظ الهبة و الهدية. و منها انتفاعه بفراش زوجته، و إن لم يستأذنها نطقا، بناء على القرائن. أنظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، إعلام الموقعين، ج4، مصدر سابق، ص 378-379.

¹¹⁴⁴ سورة يوسف: آية 26، 27، 28.

¹¹⁴⁵ سورة يوسف: آية 18.

¹¹⁴⁶ ابن العربي (أبو بكر محمد)، مصدر سابق، ج3، ص 1077.

¹¹⁴⁷ ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق، ج1، ص 241.

¹¹⁴⁸ سبق تخريجه، انظر: ص242.

فجوز الفقهاء الشهادة على أنّها راضية¹¹⁴⁹. وكذلك ما رواه البخاري من حديث شعبة عن سلمة قال سمعت سُويد بن غفلة قال: لقيت أبي بن كعب رضي الله عنه فقال أخذت صرة مائة دينار فأتيت النبي صلى الله عليه و سلم فقال عَرَفَهَا حَوْلًا فَعَرَفْتُهَا حَوْلَهَا فلم أجد من يَعْرِفُهَا ثُمَّ أَتَيْتُهُ فَقَالَ عَرَفَهَا حَوْلًا فَعَرَفْتُهَا فلم أجد ثم أتيت ثلاثا فقال احفظ وعاءها و عددّها و وكاءها فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها فاستمتعت فلقيته بعد بمكة فقال لا أدري ثلاثة أحوال أو حولًا واحدا¹¹⁵⁰. فقد أمر النبي صلى الله عليه و سلم الملتقط أن يدفع اللقطة إلى واصفها، وأمره أن يعرف عقاصها¹¹⁵¹ ووعاءها ووكاءها¹¹⁵²، فجعل وصفه لها قائما مقام البيّنة.

و من المعقول، فقد أفاض الإمام ابن قيم الجوزية في الكلام عن القرينة و بيان الأدلة على أنّها طريق من طرق الإثبات، حيث جاء في مقدّمة كتابه (الطرق الحكمية): (أما بعد فقد سألتني أخي عن الحاكم أو الوالي يحكم بالفراسة و القرائن التي يظهر له فيها الحقّ و الاستدلال بالأمارات و لا يقف مع مجرد ظواهر البيّنات و الأحوال .. فهل ذلك صواب أم خطأ؟ فهذه مسألة كبيرة عظيمة التّفع، جليلة القدر، إن أهملها الحاكم أو الوالي أضاع حقًا كثيرًا. و أقام باطلا كبيرا. و إن توسّع و جعل معوّله عليها، دون الأوضاع الشرعية، وقع في أنواع من الظلم و الفساد)¹¹⁵³، و قال في كتابه إعلام الموقعين: (فإذا ظهرت أمارات الحقّ، و قامت أدلة العقل، و أسفر صبحه بأيّ طريق كان؛ فتمّ شرع الله و دينه و رضاه و أمره، و الله تعالى لم يحصر طرق العدل و أدلته و أماراته في نوع واحد و أبطل غيره من الطرق التي هي أقوى منه و أظهر، بل بيّن بما شرعه من الطرق أنّ مقصوده إقامة الحقّ و العدل و قيام الناس بالقسط، فأبى طريق استخراج بها الحقّ و معرفة العدل و جب الحكم بموجبها و مقتضاها، و الطرق أسباب و وسائل لا تُرَاد لذواتها، و إنّما المراد غاياتها التي هي المقاصد)¹¹⁵⁴، ف: (هل السياسة الشرعية إلاّ الاعتماد على القرائن التي تفيد القطع تارة و الظنّ - الذي هو أقوى من ظنّ الشهود بكثير - تارة؟..)¹¹⁵⁵، فالأساس في اعتماد القرائن كسياسة شرعية هو المصلحة¹¹⁵⁶.

¹¹⁴⁹ الجندي (أحمد نصر)، التعليق، مرجع سابق، ص 112.

¹¹⁵⁰ أخرجه البخاري في صحيحه، ج 3، كتاب في اللقطة، ص 92.

¹¹⁵¹ العقاص: من العقص، مصدر عَقَصَ الشيء إذا لواه. و عَقَصَ الشعر ليته و جمعه في وسط الرأس. أنظر: أ.د. قلعه جي (محمد

رواس)، د. قنبي (حامد)، مرجع سابق، ص 318.

¹¹⁵² الوكاء: من وكأ، توكأ على الشيء، و أتكأ تحمّل و اعتمد فهو مُتَكَيِّئٌ. و الوكاء هو ما يشدّ به الكيس، و غيره. أنظر: ابن منظور،

مصدر سابق، ج 6، ص 4904.

¹¹⁵³ ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مصدر سابق، ص 3.

¹¹⁵⁴ ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج 4، مصدر سابق، ص 373.

¹¹⁵⁵ المصدر نفسه، ص 379.

¹¹⁵⁶ بهنسي (أحمد)، السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 430.

و بهذا يتبيّن أنّ الأخذ بالقرائن في الأحكام، ليس من مبتكرات القوانين الحديثة و إنّما سبقت إلى ذلك الشريعة الإسلامية، ف جاء بها كتاب الله و قرّرتها السنّة النبوية، و درج عليها حكّام المسلمين و قضاتهم في جميع العصور، و لكن كان للمحدثين ظاهرة التنويع و التحديث، مع العلم أنّ كلّ ما أوردوه من تقسيم للقرائن موجود بذاته في الفقه الإسلامي، لا تنقصه إلاّ المصطلحات¹¹⁵⁷.

الفرع الثاني: نماذج تطبيقية للافتراض النسي

ومن بين الأمثلة الواضحة على ما سبق:

(أولاً) افتراض الإضرار بالورثة: وتفضيل بعضهم على بعض، وهي قرينة قائمة على الاحتمال، تأسيساً على ثبوت واقعة مرض موت المورث، وقد كان لهذا الافتراض مجال حيويّ للتطبيق في الزواج والوصية والهبة والوقف. وبيان ذلك، أنّه لا توارث بسبب الزواج في مرض الموت وذلك مناقضة لقصد الزوج في إدخال وارث جديد على الورثة، وهو ما حكم به القضاء الجزائري في العديد من أحكامه¹¹⁵⁸، إلاّ أنّ الزواج مختلف في صحته، قال الحنفية وغيرهم بمنع تصرفات المريض مرض الموت في العقود والإقرار وغيرهما، واعتبرت جميع تصرفاته في حكم الوصية فلا تسري إلاّ من ثلث المال. حكم الوصية تأسيساً على قرينة صدور التبّرع في مرض الموت، وهي في أصلها قرينة فقهية، أوردتها المشرّع الجزائري في المادة (776) من القانون المدني: (كلّ تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبّرع يعتبر تبرّعاً مضافاً إلى ما بعد الموت، و تسري عليه أحكام الوصية أيّاً كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف، و على

¹¹⁵⁷ شلتوت (محمود)، مرجع سابق، ص 541.

¹¹⁵⁸ لقد أقرّ القضاء الجزائري أنّ التكاكح الواقع في مرض الموت سواء للزوجة أو للزوج لا يرث فيه، وهو ما أقرّه الفقه الإسلامي، ولقد نقضت المحكمة العليا قراراً قضى برفض دعوى الطّاعنة المرتبطة بالزواج في مرض الموت بحجة انعدام النصّ لمخالفته لقواعد الشريعة الغراء. فقضاة الموضوع اعتبروا عقد الزواج الواقع في مرض الموت عقداً صحيحاً، وهذا لا إشكال فيه، فالمسألة خلافية. ولكن لا يمكن أن يكون الحكم بصحة الزواج في مرض الموت مستنداً سليماً لأحقيّة الزوج في الميراث، فهذه مسألة لها أساسها الشرعي، وتلك مسألة لها أساسها الشرعي المختلف عن الأول في طبيعته. وما وقع لقضاة الموضوع هو الخلط بين الأساسين. فدعوى الطّاعنة تهدف إلى عدم أحقيّة والدها المطعون ضده في ميراث أمها التي طلّقت بحكم سنة 1967، والذي عقد عليها ثانية أمام الموثّق تحت عنوان صلح برجعة في 1977/07/24 وهي في مرض الموت، بعد دخولها المستشفى في جوان من السنّة نفسها بسبب العجز الكامل لكليتيها، الأمر الذي أدخلها في غيبوبة إلى حين وفاتها في 1977/11/15. وجاء في القرار المنتقد: (لا يوجد أيّ نصّ في الشريعة يطلّ عقد زواج المريض مرض الموت، ومعنى هذا أنّ مسألة وقوع الزواج موضوع النزاع في مرض الموت قد ثبتت في منظور قضاة الموضوع. وقد أسّس قضاة المحكمة العليا نقضهم لقرار المجلس القضائي على ما جاء في مختصر خليل في باب أحكام التكاكح: (..إلاّ نكاح المريض زوجاً كان أو زوجة فلا يرث فيه). انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 251656، المؤرخ في 2001/05/23، المجلة القضائية لسنة 2002، العدد 1، ص(305-307).

ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم و هو في مرض الموت، و لهم إثبات ذلك بجميع الطرق، و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا). وقد أكدت ذلك المادة (204) من قانون الأسرة: (الهبة في مرض الموت والحالات المخيفة تعتبر وصية). فمتى أثبت الوارث الطاعن مرض موت مورثه، وبأن تصرف مورثه المريض مرض الموت كان فعلا تبرعيا مستعملا كافة وسائل الإثبات بما فيها البيّنة والقرائن، وأن التصرف بالتبرع مقارنة بين تاريخ الوفاة وتاريخ التصرف، ووقع في الفترة الممتدة بين اشتداد المرض والموت فعلا، سرت أحكام الوصية على التصرف واستفاد الوارث بما هو مقرر له من تقييد حرية الإيضاء والإثبات. فتوافر شرطي القرينة المادة (776) تطبق على النزاع أحكام الوصية، وتبعاً لذلك متى تمت الوصية لوارث لا تجوز ولا تنفذ، وتبقى متوقفة على إجازة الورثة من غير التقييد بالتصيب المتصرف فيه بالنظر إلى التركة عند الوفاة طبقاً لنص المادة (189): (لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي). والحكم نفسه يطبق على الهبة في مرض الموت، فهي تخضع إذا وقعت في مرض الموت إلى أحكام الوصية، وهو ما قضى به قضاة الموضوع¹¹⁵⁹ في كثير من القضايا حتى ولو كان التصرف قد تم بوكيل¹¹⁶⁰، وكذلك الأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية. والمشرع الجزائري أضاف حالة جديدة لم تنطرق لها جلّ التشريعات ألحقها بمرض الموت وهي الحالات المخيفة، وهو الأمر الذي يدفع القضاة إلى

¹¹⁵⁹ انظر كمثال على ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 256869 المؤرخ في 2001/02/21، المجلة القضائية، 2002، العدد2، ص(428-431). إلا أنّ القضاة خلطوا مفهوم مرض الموت بمفهوم عدم سلامة العقل أو المرض العقلي، والأمران مختلفان تماماً؛ لأنّ المريض مرض الموت، مع محافظته على قواه العقلية، يعتبر كامل الأهلية. فكان من الواجب من الناحية الموضوعية التفريق بين المسألتين، وهذا ما أوضحه سابقاً قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 31833، المؤرخ في 1984/10/22، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد3، ص(65-68). إلا أنّنا لاحظنا هذا الخلط قد ظهر من جديد على مستوى الأحكام القضائية، ونأخذ على سبيل المثال في تحليلنا لهذه المسألة قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 318410 المؤرخ في 2005/06/15، نشرة القضاة لسنة 2006، العدد59، ص(231-235)؛ حيث لما قدّم المدعون في الطعن وثائق تفيد مرض مورثهم مرضاً عضالاً ومزمناً، الأمر الذي تكون معه الهبة وصية، إلا أنّ قضاة الموضوع على مستوى المجلس القضائي لم يتطرقوا إليها ولم يناقشوها؛ بحجة تعدد تطبيق المادة (204) من قانون الأسرة، دون بيان حقيقة التعدد، رغم أنّ المسألة كانت واضحة لا تحتاج إلى تفسير أو عمق نظر؛ إذ أنّ المورث كان مريضاً، وبعد خروجه من المستشفى بأربعة أيام فقط قام بإجراء الهبة، أي أثناء هذا المرض الذي لم يشف منه وأعقبته الوفاة مباشرة، فيكون بذلك مرض موت، تترتب عليه أحكامه الشرعية والقانونية، منها أنّ التصرف ولو كان هبة إلا أنّه في منظور القانون والشرعية وصية. وما يثير الدهشة أنّ قضاة الموضوع على مستوى المجلس القضائي استندوا في قرارهم إلى عدم ثبوت فقدان وعي وإدراك المورث، الذي يعتبر في نظرهم شرطاً في إبطال الهبة، في حين أنّ مسألة اعتبار التصرفات التي يقوم بها المورث في مرض موته ليست لها أية علاقة بالوعي والإدراك، وهو ما قرّر في الفقه ونصّ المادة (776) من القانون المدني التي اشترطت أن يكون التصرف قد وقع في مرض الموت دون ربطه بأيّ مسألة عقلية، ولا فقدان وعي أو إدراك. ولهذا نقضاً المحكمة العليا قرار المجلس القضائي.

¹¹⁶⁰ قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 256869، سبق ذكره. فكما جاء في عناصر القرار، فإنّ الهبة أبرمت بين الوكيل وبين الموهوب لها قبل 17 يوماً من موت الموكل، والوكالة الصادرة من الموكل للوكيل كانت بتاريخ 18 جوان 1997، أي كانت قبل 41 يوماً من إبرام عقد الهبة. وكان هذا التوكيل له أساس؛ حيث لا يستطيع أن يمارس التصرف بنفسه، لأنّه مصاب بمرض السرطان كما هو ثابت في المستندات، وهو مرض يغلب فيه الهلاك وقد دخل المستشفى في 23 ديسمبر 1996، وقد لازم المرض حتى مات به في 17 أوت 1997.

اللجوء أحكام الشريعة الإسلامية في تعريف مرض الموت الذي يعدّ مسألة من مسائل الأحوال الشخصية. ومسألة تقييد التصرف في مرض الموت لا ترجع في الأساس إلى أهلية المريض، ولا إلى عيب في إرادته، فما دام المريض على قيد الحياة محتفظاً بقواه العقلية، فهو كامل الأهلية، ولو وقع أنّ المرض أفقده التمييز فإنّ التصرف الذي يصدره في هذه الحالة يكون باطلاً لانعدام التمييز لا لسبب آخر، وإمّا ترجع إلى تعلق حقّ الورثة¹¹⁶¹ بأموال المريض من وقت المرض الذي يموت فيه، لا من وقت موته فحسب، وهو المقرّر عند الفقهاء، فالمسألة ليست لها أيّة علاقة بأهلية المريض ولا بإرادته، فإذا صدرت منه تصرفات تنطوي على تبرّع منذ هذا المرض، كان لهذه التصرفات حكم الوصية¹¹⁶². وهو بطبيعته افتراض قانوني بسيط، أي يجوز إثبات عكسه، افتراض حكم الوصية في التصرف تأسيساً على قرينة تصرف الشخص لأحد ورثته واستثناء حيابة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدّة حياته لنفسه، ومن ثمّ تجري أحكام الوصية جميعها على هذا التصرف، وقد ورد ذلك في المادة (777) من القانون المدني: (يعتبر التصرف وصية وتجرى عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيابة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدّة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك).

(ثانياً) افتراض الإضرار بالمتوتة: تأسيساً على ثبوت واقعة مرض موت المطلق، وهو ما يسمّى (طلاق الفار)، وقد أقرّ الصحابة توريث المتوتة في مرض الموت؛ لتعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق؛ بحرمانها من الميراث لمحض قصد الإضرار¹¹⁶³، وهو ما قال به عمر رضي الله عنه في قضية غيلان بن سلمة لما طلق نساءه وقسم ماله بين بنيّه، فقال له عمر رضي الله عنه: "لتراجعن نساءك، ولترجعن مالك، أو لأورثن نساءك، ثمّ لأمرت بقبرك، فليرجمن كما رجم قبر أبي رغال"¹¹⁶⁴، وبذلك أفتى عثمان بن عفان رضي الله عنه إذ ورث تماضر زوجة عبد الرّحمان بن عوف منه، حين طلقها في مرضه الذي مات

¹¹⁶¹ لقد اختلف الفقهاء في تكييف حقّ الورثة الذي تعلق بأموال مورثهم وقت مرض الموت، فمنهم من قال بأنّه حقّ ملكية كامل يثبت بمجرد المرض، وآخرون قالوا بأنّ حقّ الملكية يكون عند الموت، ولكنّه يستند إلى وقت بدء المرض، ورأي ثالث مفاده أنّ حقّ الورثة لا يمكن أن يكون حقّ الملكية وقت المرض، بل هو حقّ خلافة أو إرث. وأياً كانت طبيعته فإنّه حقّ يقيد تصرف المريض. عند الشافعي لا يثبت الإرث إلا عند الموت، وفي المسألة خلاف عند الحنفية، وهذا النّظر يظهر واضحاً في المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت دون رضاها، ومات مطلقاً وهي في العدة، فعند الحنفية ترث، أمّا عند الشافعية فلا ترث. وهذه المسألة مبنية على معرفة سبب استحقاق الإرث وشرط استحقاقه ووقته. فالسبب لا خلاف فيه فهو النّكاح.. ووقع الاختلاف بشأن الوقت الذي يصير فيه النّكاح سبباً لاستحقاق الإرث، وعند الشافعي وقت الموت، فإن كان النّكاح قائماً وقت الموت ثبت الإرث، وإلا فلا. انظر في ذلك: السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق (طبعة 2008)، ج4، ص325.

¹¹⁶² السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص324. وانظر في ذلك: قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 33719، المؤرخ في 1984/07/09، الجلّة القضائية، 1989، العدد3، ص(51-54).

¹¹⁶³ الدريني (فتحي)، مرجع سابق، ص244.

¹¹⁶⁴ ابن رشد (أبو الوليد)، مصدر سابق، ج2، ص68-69.

فيه¹¹⁶⁵. لقد اتفق الفقهاء، في هذا السياق، حول مسألتين: (إحدهما) أن الرجل المريض مرض الموت إذا طلق امرأته، فطلاقه نافذ صحيح. فإن مات من ذلك المرض ورثته المطلقة ما دامت في العدة من طلاق رجعي، كما ترثه في طلاقها في حال الصحة؛ لأن الرجعية زوجة يلحقها طلاق الزوج وظهاره وإيلاؤه، كما يملك إمساكها بالرجعة ولو بغير رضاها ولا ولي ولا شهود ولا صداق. أما إن طلقها في حال الصحة طلاقاً بائناً أو رجعيّاً، فبانت منه بانقضاء عدتها، فلم يتوارثا إجماعاً¹¹⁶⁶. و(الثانية) أن الرجل إذا طلق امرأته في مرض الموت ثم ماتت هي لم يرثها وإن ماتت في العدة. وكان اختلافهم في إرث الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً إذا مات الزوج في أثناء العدة من هذا الطلاق (طلاق الفار)، فقال الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة: ترثه، أما الشافعي في الجديد قال: لا ترثه، والظاهرية قالوا: طلاق المريض كطلاق الصحيح ولا فرق، فإذا مات أو ماتت فلا توارث بينهما بعد الطلاق الثلاث، ولا بعد تمام العدة في الطلاق الرجعي. ولقد أقام الجمهور توجههم على أن عثمان رضي الله عنه ورث تمار بن الأصبح الكلبية عن عبد الرحمن بن عوف الذي كان قد طلقها في مرضه، فبنتها، وكان ذلك بحضور من الصحابة، فلم ينكر عليه أحد، فكان إجماعاً منهم¹¹⁶⁷، وأن تطليقها بغير اختيارها دليل على قصد حرمانها من الإرث، فيعاقب بنقيض قصده، قايساً على ردّ قصد القاتل إذا قتل مورثه بحرمانه من الإرث، فترث المرأة حينئذ بسبب الزوجية دفعا للضرر عنها¹¹⁶⁸. أما الشافعي فقد استدلل على ما ذهب إليه بأن المرأة المطلقة في عدة الطلاق البائن لا ترث من زوجها الذي طلقها بانقطاع آثار الزوجية بالطلاق البائن، والميراث لا يثبت بعد زوال سببه، بخلاف المطلقة في عدة طلاق رجعي، فإنها ترث بالاتفاق لبقاء آثار الزوجية، كالحقوق الطلاق لها والإيلاء منها ونحوهما. إلا أن فقهاء الجمهور لما اتفقوا على المسائل السابقة فإنهم رغم ذلك اختلفوا في وقت الإرث؛ حيث ذهب الحنفية إلى أن المطلقة ترث إذا ماتت وهي في العدة من هذا الطلاق البائن لبقاء بعض أحكام الزواج فيبقى حق إرثها منه، فإن مات بعد انقضاء العدة، فلا ميراث لها؛ لأنه لا لعاقبة بينهما، وصارت كالأجنبية، ففي أثناء العدة ترث بسبب الإمكان وهو بقاء بعض أحكام الزوجية، وبعد انقضاء العدة لا ترث لعدم الإمكان وانقطاع آثار الزوجية السابقة. أما المالكية فإن المطلقة في مرض موت مطلقها ترث وإن انقضت عدتها وتزوجت لما روى أبو سلمة بن عبد الرحمن "أن أباه طلق أمه وهو مريض فمات، فورثته بعد انقضاء العدة"، ولأن سبب توريثها فراره من ميراثها، وهذا المعنى لا يزول بعد انقضاء العدة. أما ما ذهب إليه الإمامية والمشهور عن أحمد فمختلف، فهي ترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج، لما روي عن الحسن البصري،

¹¹⁶⁵ ابن القيم (شمس الدين)، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج 2، ص 126.

¹¹⁶⁶ الزحيلي (وهبة)، مرجع سابق، ج 7، ص 452.

¹¹⁶⁷ ابن القيم (شمس الدين)، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ص 125.

¹¹⁶⁸ الدريني (فتح)، مرجع سابق، ص 154.

ولأنّ هذه المطلقة وارثة من زوج فلا ترث زوجها سواء، فلو ورثت بعد الزواج بغيره لأدى ذلك إلى توريثها من زوجين في بعض الأحوال والمرأة لا تكون زوجة لاثنين شرعاً، والتوارث من حكم النكاح فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر، ولأنّها فعلت باختيارها ما ينافي نكاح الزوج الأول لها، فأشبهه ما لو فسخ النكاح من قبلها. وفي كلّ الأحوال، فإنّ الميراث يثبت بتوفّر شروط ذلك: (أولها) ألاّ يصحّ الزوج من ذلك المرض، وإن مات منه بعد مدّة، و(الثاني) أن يكون المرض مخوفاً يحجر عليه فيه، أمّا (الثالث) أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول الحقيقي، فلو كان الطلاق قبل الدخول ولو بعد الخلوة الصحيحة لا يعتبر المطلق فارقاً ولا تستحقّ الزوجة الميراث؛ لأنّ العدة لا تجب بهذا الطلاق، ووجوب العدة بعد الخلوة عند الحنفية ومن وافقهم للاحتياط محافظة على الأنساب، أمّا الميراث حقّ مالي لا يثبت للاحتياط، و(الرابع) أن يكون الطلاق بدون رضا الزوجة، أي منه لا منها ولا بسببها، و(الخامس) أن تكون الزوجة أهلاً للميراث من زوجها وقت الطلاق، وأن تستمرّ هذه الأهلية إلى وقت الموت.

(ثالثاً) افتراض الضرر في دعاوى التطليق¹¹⁶⁹: ونجد لهذا الافتراض أثراً في دائرة الضرر

محدّد السبب، الذي تمثله الفقرات المرتبة من (1) إلى (9) من المادة (53) ونصّ المادة (55) من الأمر 11/84 المتضمّن قانون الأسرة. فباعتبار النتيجة الضرورية ركناً من أركان المسؤولية، حتّى ولو كان الأمر يتعلّق بالمسؤولية بين الزوجين، فإنّها تشكّل واقعة مادية، الأمر الذي يجعلها محلاً للإثبات بكافة الطرق¹¹⁷⁰. ولكن قد يعترض هذه القاعدة استثناء، وهو ما يسمّى حالة الافتراض، الذي يترتب على اعتباره سقوط عبء الإثبات عن الواقعة المراد إثباتها مع تحوّلها إلى واقعة مادية أخرى، ومن أمثلة ذلك: (أ) غياب الزوج عن زوجته المنصوص عليه في الفقرة (5) من المادة (53) من قانون الأسرة، وهي الحالة التي تلحق بها ضرراً لا يمكن رفعه في بعض الحالات إلاّ بالتفريق¹¹⁷¹ بعد توافر شروط معيّنة حدّدها المالكية¹¹⁷² كما يلي: (أ) طول الغيبة كسنة فأكثر، (ب) الكتابة إليه، وذلك بتخييره بين الحضور أو رحيل زوجته إليه أو إمضاء الطلاق، فإن امتنع تلوم له بالاجتهاد وطلق عليه، (ج) أن تخاف على نفسها الوقوع في الزنا، ويعلم ذلك يقيناً، لا مجرد شهوتها للجماع. وقد ربط فقهاء المالكية مسألة النتيجة الضرورية بالخوف، وعلمه يقيناً لا يكون إلاّ من طرف الزوجة، فأوكلوا هذا الأمر إلى ضميرها، فلم يوجبوا عليها الإثبات بأيّ طريق كان ولو

¹¹⁶⁹ ولمزيد من التفصيل في هذه المسألة انظر رسالتنا في الماحستير: افتراض النتيجة الضرورية في دعاوى التفريق القضائي - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري -، نوقشت سنة 2007، بجامعة الأمير عبد القادر بقسنطينة، تحت إشراف الأستاذ الدكتور عبد الحفيظ طاشور.

¹¹⁷⁰ ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق (طبعة دار الكليات الأزهرية)، ج1، ص170-171.

¹¹⁷¹ ابراهيم (ابراهيم)، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، عمّان (الأردن)، مكتبة دار الثقافة، 1999، ص242.

¹¹⁷² الدسوقي (شمس الدين محمد)، مصدر سابق (طبعة دار الكتب العلمية 1996)، ص431.

كان يمينا¹¹⁷³. فالنتيجة الضّررية عندهم مفترضة، وقرينة ذلك الغياب لمدة سنة، سواء كانت بعذر أو بغير عذر¹¹⁷⁴؛ لأنّ الجامع بين الحالتين هو النتيجة الضّررية الحاصلة، فتتحقق بوجود العذر أو بعدمه¹¹⁷⁵. فغياب الزّوج عن زوجته مدّة طويلة بعذر أو بغير عذر، ولا يحملها ولا يطلقها لتتزوج رجلا غيره، ومقامها على هذه الحال مدّة طويلة مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تتحمّله الطّبيعة في الأعمّ الأغلب¹¹⁷⁶، حتّى ولو ترك الزّوج لزوجته مالا تنفق على نفسها وعلى أولادها منه¹¹⁷⁷. فالنتيجة الضّررية في هذه الحالة من المعنويّات وليست من الماديّات، ولا بدّ أن ننظر دائما أثناء تشريع الأحكام إلى الأعمّ الأغلب من الحالات. فحسب المرأة أن تذكر أنّها متضرّرة في دعواها، ولا يطلب منها إقامة الدليل على ذلك، ولا تحديد نوعه وقدره¹¹⁷⁸. وإذا ما حصل أن وجهت إليها اليمين، فلا يكون ذلك إلّا للزّوج؛ لأنّ ذلك من حقوق العباد¹¹⁷⁹. فترك الزّوجة وإقامتها في مكان بعيد الشّقة لا يأخذها إليه ليس من الإمساك بالمعروف، فتعيّن التسريح بإحسان، فإن لم يقم به قام القاضي مقامه فيه¹¹⁸⁰. فإذا جاءت الزّوجة تدّعي على زوجها أنّه غاب عنها سنة فأكثر بلا عذر مقبول، وطلبت تطليقها منه لأنّها متضرّرة من بعده عنها هذه المدّة الطويلة، طالبها القاضي بإثبات هذه الوقائع أوّلا، فإذا أثبت أنّ فلانا زوجها، وأنّه غائب عنها، وأن مدّة غيبته سنة أو أكثر، لم ينظر القاضي لا إلى الضّرر الواقع عليها¹¹⁸¹، ولا إلى ما إذا ترك لزوجته مالا تنفق على نفسها منه؛ لأنّ وجود المال - وإن كثر - لا يمنع من طلب الزّوجة التّطليق للغيبه¹¹⁸²؛ لأنّ النتيجة الضّررية الحاصلة من غياب الزّوج هي من نوع خاصّ¹¹⁸³. فما يجب أن ينظر إليه القاضي حينذاك هو

¹¹⁷³ إلّا أنّ المشرّع السوداني أخذ باليمين في هذه المسألة كطريق لإثبات تضرّر الزّوجة من غيبة زوجها، وهذا ما نصّت عليه المادة (288) من قانون الأحوال الشّخصية السوداني. انظر في ذلك: ابراهيم (ابراهيم)، مرجع سابق، ص 243.

¹¹⁷⁴ الدسوقي (شمس الدين محمد)، المصدر نفسه، ص 431. أمّا الحنابلة فقد اعتبروا حالة الغياب بغير عذر كحالة مجيزة للتفريق، ومدّة الغياب عندهم ستّة أشهر أخذنا بما ذهب إليه سيّدنا عمر رضي الله عنه. انظر في ذلك: ابن تيمية (مجد الدين)، المحرّر في الفقه ومعه التّكت والفوائد السنّية لابن مفلح (شمس الدّين)، تحقيق الفقي (محمد)، د. ط، بيروت، دار الكتاب العربي، د. ت، ص 41.

¹¹⁷⁵ البكري (محمد عزمي)، مرجع سابق، ص 486.

¹¹⁷⁶ الجندي (أحمد نصر)، التّعليق، مرجع سابق، ص 415.

¹¹⁷⁷ بن ملحّة (الغوّثي)، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط 1، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 91.

¹¹⁷⁸ الجندي (أحمد نصر)، التّعليق، المرجع نفسه، ص 419. وانظر كذلك: العجوز (ناهد)، دعوى التّطليق والخلع، ط 1، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2001، ص 143.

¹¹⁷⁹ البكري (محمد عزمي)، مرجع سابق، ص 495.

¹¹⁸⁰ أبو زهرة (محمد)، الأحوال الشخصية، د. ط، القاهرة، دار الفكر العربي، د. ت، ص 367.

¹¹⁸¹ الجندي (أحمد نصر)، مرجع سابق، ص 419. العجوز (ناهد)، المرجع نفسه، ص 143.

¹¹⁸² عبد الحميد (محمد محي الدين)، مرجع سابق، ص 323.

¹¹⁸³ الجندي (أحمد نصر)، المرجع نفسه، ص 415.

مكان إقامة الغائب، الذي يمكن أن يكون معلوما، كما يمكن أن يكون مجهولا¹¹⁸⁴، ولا يهّم عذره؛ لأنّ النتيجة الضّررية حاصلة في كلا الحالتين؛ لتعلّقها بترك الوطاء والإحصان والمتعة الجنسية المحقّقة للاستقرار النفسي. فإذا كانت الغيبة بغير عذر فذلك ليس قرينة على النتيجة الضّررية الحاصلة فحسب، بل تكون عندئذ قرينة على تمخّض قصد الإضرار وهو أشدّ، إذ في هذه الحالة يكون الزوج متعمّدا إيذاءها¹¹⁸⁵؛ وذلك لانتفاء المصلحة المشروعة من الغياب.

ومن خلال الفقرة (5) من المادة (53) نفهم أنّ لا يجوز للزوجة أن تطلب من المحكمة أن تحكم لها بتطبيقها من زوجها إلّا إذا توقّرت ثلاثة شروط: (أ) أن يتعيّب الزوج عنها غيبة طويلة، لسنة أو أكثر¹¹⁸⁶، يبدأ احتسابها من يوم غيابه إلى يوم رفع الدّعى عليه. والغاية الحقيقية من هذه المدّة استقرار الأحوال¹¹⁸⁷، وهذا مأخوذ من مذهب الإمام مالك، (ب) أن يكون هذا الغياب بغير عذر شرعي ومقبول¹¹⁸⁸، وهذا مأخوذ من مذهب الإمام أحمد بن حنبل، (ج) ويجب أن لا يترك في حال غيابه مالا تنفقه الزوجة على نفسها أو عليها وعلى أولادها، أمّا إذا ترك مالا للتّفقة لم يجز لها إطلاقا، أن ترفع دعوى تفريق على زوجها.

من خلال هذه القيود الشرطية، يتّضح أنّ المشرّع الجزائري لم يدرك الغاية التي شرع لأجلها التفريق القضائي لغيبة الزوج، كما أنّه لم يدرك نوع النتيجة الضّررية الحاصلة وطبيعتها، وكذا خصوصيّتها التّوعية. فلم يدرك أن غياب الزوج عن زوجته إنّما يمسّ حقّا معنويا لا حقّا ماديا كعدم الإنفاق، فهو يمسّ بصورة جوهرية حقّ الاستمتاع الجنسي وحقّ الاستقرار النفسي، لذلك كانت نتيجته الضّررية من نوع خاص. وكان من المفروض أن تلحق حالة كهذه بالحالة الأولى، وهي حالة عدم الإنفاق؛ لأنّ المشرّع وإن أخذها من المذهب المالكي إلّا أنّه لم يأخذ الحالة كاملة، بل أخذها منقوصة. فقد جاء في مواهب الجليل حصرا لأنواع الغائبين منها: "غائب لم يترك نفقة ولا خلف مالا و لا لزوجته عليه شرط في الغيب، فإذا أحبّت زوجته

¹¹⁸⁴ عبد الحميد (محمد محي الدين)، المرجع نفسه، ص 322. فإذا كانت الإقامة معلومة أرسل القاضي في طلبه ويمهله مدة معلومة من أجل الرجوع إلى زوجته أو نقلها إليه، أما إذا كانت مجهولة فيطلق عليه في الحال.

¹¹⁸⁵ بلحاج (العربي)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، د.ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص 297.

¹¹⁸⁶ بلحاج (العربي)، المرجع نفسه، ص 297.

¹¹⁸⁷ سعد (عبد العزيز)، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، قسنطينة، دار البعث، 1989، ص 269.

¹¹⁸⁸ إذا كان غيابه في إطار خدمة عامة، أو أداء واجب الخدمة العسكرية في مكان بعيد و هو الغالب، أو من أجل التعليم خارج الوطن، فإنّ الزوجة لا يحقّ لها في هذه الحالات أن ترفع دعوى تفريق على زوجها؛ لأنّها تشكّل أعتادا مشروعة. و هذه الحالات إنّما ذكرت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر فغيرها كثير، و هو أمر مرتبط بالمتغيرات الاجتماعية.

الفراق فإنّها تقوم عند السلطان بعدم الإنفاق¹¹⁸⁹. و لو أدرك المشرّع الجزائري الغاية التي شرع لأجلها التفريق القضائي لغيبية الزوج عن زوجته لاختار القسم الرابع من أقسام الغائبين التي ذكرها الإمام (الخطّاب): "غائب خَلْف نفقة و لا شرط لامرأته و هو مع ذلك معلوم المكان، فهذا يكتب إليه السلطان، إمّا أن يقدم أو يحمل امرأته إليه أو يفارقها و إلّا طَلَّق عليه"¹¹⁹⁰.

فالمشرّع بذلك لم يعتدّ بالنتيجة الضّرورية ذات الطّابع المعنوي بإضافة شرط عدم ترك نفقة، وكأنّه اعتدّ مرّة أخرى بحالة عدم الإنفاق، وكان الأولى أن يلحق هذه الحالة بالفقرة الأولى من المادّة (53) من قانون الأسرة¹¹⁹¹. وكانّ الزّوجة لا تتضرّر من الغيبة ذاتها. ومن الخطأ الجسيم أن لا يعتبر المشرّع الغيبة لمدة سنة ضررا في ذاته إلّا إذا كان مقتزنا بتلك الشروط التي إن نمت على شيء فإنّما تنمّ على قصور المشرّع في فهم الغاية التشريعية من التفريق القضائي لغيبية الزوج عن زوجته.

وقد يحدث وأن يقترف الزوج جريمة يستحقّ بسببها السّجن الطّويل ومصادرة الحرّيات، فتقع زوجته عند ذاك في الحرج ذاته الذي تقع فيه زوجة الغائب، ويصبح مقامها في مثل هذه الحال فترة زمنية طويلة أمرا شاقّا لا تطيقه الطّبيعة البشرية، حتّى ولو افترضنا أنّ لديها مالا تنفقه على نفسها وعلى أولادها. وعلاج مثل هذه الحالات من أهمّ الواجبات الاجتماعية الضّرورية¹¹⁹².

¹¹⁸⁹ و إلى جانب هذا القسم من الغائبين ذكر الخطّاب أربعة أقسام أخرى، و هي: 1- غائب لم يترك نفقة و لزوجته عليه شرط في المغيب، فزوجته مخيّرة في أن تقوم بعد الإنفاق أو بشرطها و هو أيسر عليها إلّا أنّه لا يُضرب له في ذلك أجل، 2- غائب خَلْف نفقة و لزوجته عليه شرط في المغيب، فهذه ليس لها أن تقوم إلّا بالشرط خاصة، و سواء كان الغائب في هذه الثلاثة الأوجه معلوم المكان أو غير معلوم، إلّا أنّ معلوم المكان يُعذر إليه إن تمكّن من ذلك، 3- غائب خَلْف نفقة و لا شرط لامرأته و هو مع ذلك معلوم المكان، فهذا يكتب إليه السلطان، إمّا أن يقدم أو يحمل امرأته إليه أو يفارقها و إلّا طَلَّق عليه، 4- غائب خَلْف نفقة و لا شرط لامرأته عليه، و هو مع ذلك غير معلوم المكان، فهذا هو المفقود. أنظر: الخطّاب (محمد)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط3، دار الفكر، 1992، ص 156.

¹¹⁹⁰ الخطّاب (محمد)، المصدر نفسه، ص 156.

¹¹⁹¹ كما فعل ذلك المشرّع التونسي في الفصل 40 من الأمر المتعلّق بإصدار مجلّة الأحوال الشّخصية المؤرخ في 06 محرم 1376 الموافق ل 13 أوت 1956، حيث جاء فيه أنه إذا غاب الزوج عن زوجته و لم يكن له مال و لم يترك لها نفقة و لم يقم أحد بالإنفاق عليها حال غيابه ضرب له الحاكم أجلا مدة شهر فإن لم يظهر طَلَّق عليه. و قد أورد المشرّع التونسي هذا الفصل في الكتاب الرابع من الأمر المذكور و المتضمّن أحكام النفقة و معنى ذلك أن الزّوجة، عند قيام هذه الحالة، تقوم برفع دعوى بعدم الإنفاق، و هذا ما ذكره الخطّاب في قسم الغائب الذي لم يترك نفقة و لا خَلْف مالا و لا لزوجته عليه شرط في المغيب. و هو المسلك نفسه الذي اتخذه المشرّع المصري في المادّة (5) من القانون رقم 25 لسنة 1920 الخاص بأحكام النفقة و بعض مسائل الأحوال الشخصية. و جعل للتفريق المؤسس على الغيبة نصا خاصا تضمنته المادّة (12) من القانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض مسائل الأحوال الشخصية و التي جاء فيها: (إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته ان تطلب إلى القاضي تطليقها بانئا إذا تضرّرت من بعده عنها و لو كان له مال تستطيع الإنفاق منه). و هذا الأمر لم يفهمه المشرّع الجزائري، و لم يستطع أن يدرك معناه و فحواه.

¹¹⁹² عبد الحميد (محمد محي الدين)، مرجع سابق، ص 324.

ولا يوجد في مذهب أبي حنيفة من الأحكام ما تعالج به هذه الحالة¹¹⁹³، حتى أنّ المالكية والحنابلة الذين يقرّون بجواز التفريق لغيبه الزوج لم يصرّحوا بالتفريق لحبس الزوج¹¹⁹⁴ بالرغم من أنّ اشتراكهما في النتيجة الضّررية واضح، إلاّ أنّ الإمام ابن تيمية ذهب إلى التصريح بذلك ف (حصول الضّرر للزوجة بترك الوطاء مقتض للفسخ بكلّ حال، سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد، ولو مع قدرته وعجزه كالنفقة .. وعلى هذا فالقول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما، ممّن تعدّر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقتها كالقول في امرأة المفقود بالإجماع)¹¹⁹⁵. فوطء الزوج زوجته واجب كما دلّ عليه الكتاب و السنة¹¹⁹⁶، و هو من أوكد حقّها عليه أعظم من إطعامها و ذلك بقدر حاجتها و قدرته¹¹⁹⁷، و طلب الزوجة ذلك من القاضي لا يناقض الحياء الممدوح و لا المروءة المستحسنة؛ لأنّه مقصود النكاح¹¹⁹⁸. فالواجب الحكم بين الزوجين عند الإخلال بهذا المقصود، و ذلك بما أمر الله به من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان¹¹⁹⁹. و هذا ما جعل عمر بن الخطّاب - رضي الله عنه - يرتّب على ذلك فسخ النكاح¹²⁰⁰.

و إضافة إلى ذلك، فقد صرّح فقهاء المالكية أنّ لزوجة الأسير الحقّ في طلب التفريق؛ إذ أنّ مناطه عندهم هو بعد الزوج عن زوجته، ولا يختلف الأمر إن كان البعد اختيارا منه أو قهرا عنه، كما في الأسير، فالضّرر لاحقها حتما من هذا البعد¹²⁰¹. وهذا المعنى متحقّق في زوجة المحبوس، فالمناطق واحد، والنتيجة الضّررية واحدة. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض مسائل الأحوال الشخصية المصري: (..والزوج الذي حكم عليه نهائيا بالسجن ثلاث سنين فأكثر يساوي الغائب الذي طالت غيبته سنة فأكثر في تضرّر زوجته من بعده عنها، كما يساوي الأسير في ذلك فيجوز لزوجه طلب التّطليق عليه بعد سنة من سجنه إذا تضرّرت من بعده عنها كزوجة الغائب والأسير؛ لأنّ المناطق في

1193 المرجع نفسه، ص324.

1194 البكري (محمد عزمي)، مرجع سابق، ص 501.

1195 ابن عبّاس البعلي (علاء الدين)، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق الفقي (محمد)، د.ط، بيروت، دار المعرفة، د.ت، ص 247.

1196 ابن تيمية (تقي الدين)، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي و الرعية، ط2، الجزائر، موفم للنشر، 1994، ص 178.

1197 ابن تيمية (تقي الدين)، مجموع الفتاوى، جمع و ترتيب ابن قاسم (عبد الرحمان) بمساعدة ابنه أحمد، مجلد 32، د.ط، د.ت، ص 273.

1198 الخطّاب (محمد)، مصدر سابق، ص 11.

1199 ابن تيمية (تقي الدين)، السياسة الشرعية، مصدر سابق، ص 178-179.

1200 د. قلعه جي (محمد رواس)، موسوعة فقه عمر بن الخطاب : عصره و حياته، ط4، بيروت، دار النفائس، 1989، ص 629.

1201 الدسوقي (شمس الدين محمد)، مصدر سابق، ص 431.

ذلك تضرّر الزوجة من بعد الزوج عنها، ولا دخل لكون البعد باختياره أو قهرا عنه بدليل النص على أن لزوجة الأسير حقّ طلب التّطليق إذا تضرّرت من بُعد زوجها عنها)¹²⁰².

وإذا ما قمنا بتحليل الفقرة الرابعة من المادّة (53) من قانون الأسرة الجزائري، نخلص إلى أنّ حالة الحبس محاطة بمجموعة من الأوصاف والشروط، متنافرة في طبيعتها و بعيدة كلّ البعد عن الانسجام¹²⁰³. فلا بدّ أن تكون الجريمة، في نظر المشرّع الجزائري، التي يجبس فيها الزوج فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية. مجموع هذه الأوصاف يجعلنا نصرّف النظر كلّية عن الحبس كسبب للتفريق القضائي بين الزوجين؛ لأنّ التفريق عندئذ لا يتعلّق بمجرد الحبس، وإنّما بالأوصاف المرتبطة به، وخاصة منها وصف المساس بشرف الأسرة الذي يترتب عليه استحالة مواصلة العشرة الزوجية، الأمر الذي يتطلّب دراسة هذا العنصر إلى جانب حالة ارتكاب الفاحشة المبيّنة؛ لاشتراكهما عندئذ في العلة وهي عدم تقدير الشرف العائلي. وبناء على ذلك يمكن القول بوضوح وجلاء أنّ المشرّع الجزائري لم يتطرّق إلى الحبس كسبب مجرّد لمشروعية طلب التفريق، ويكون بذلك قد وقع مرّة أخرى في الخطأ ذاته الذي وقع فيه في حالة غيبة الزوج عن زوجته، فلم يدرك الغاية التشريعية من الحبس برغم وضوحها، كما نصّ على ذلك الفقهاء. في مقابل ذلك نجد أن المشرّع المصري قد اعتبر مجرّد الحبس قرينة على النتيجة الضّررية الواقعة على الزوجة، ويبدو ذلك واضحا من خلال المادّة (14) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدّل بالقانون رقم 100 لسنة 1985: (لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيّدة للحريّة مدّة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضيّ سنة من حبسه التّطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه). فقد اعتدّ المشرّع المصري بالغياب الفعلي، و ليس على الزوجة إلاّ إثبات واقعة الحبس، و ليس عليها إثبات الضرر، فهو مفترض في هذه الحالة، حتّى و لو كان للمحبوس مال تستطيع الزوجة الإنفاق منه¹²⁰⁴. وتبعه في ذلك القضاء، حيث قاس حالة الاعتقال على حالة الحبس والغياب¹²⁰⁵، فاعتبره قرينة قضائية على النتيجة الضّررية، استنادا إلى العلة التي دعت المشرّع إلى طلاق زوجة الغائب أو زوجة المحبوس

1202 البكري (محمد عزمي)، مرجع سابق، ص 502.

1203 سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص 268.

1204 مقال بعنوان: زوجة السّجين .. حقّها في الطلاق، <http://www.balagh.com/woman/ahkam/1q04wps3.htm>.

1205 فالقاضي ينطلق غالبا من الحل الذي يبدو له عدلا، ولا يستعمل القياس إلا فيما بعد، عندما ينبغي أن يسبّب حكمه، فيه يعطي الحكم الأساس القانوني الواضح. فالقياس، رغم خطورته، يمنع القاضي من التحكّم؛ لأنّه يجد نفسه ملزما بإصدار حكم عقلائي، يظلّ خاضعا للقانون.

أنظر: بونشير (ميشال)، مدخل للقانون ترجمة نسيب (أرزقي)، د.ط، الجزائر، دار القصة للنشر، 2004، ص 67-68. و هو ما ينطبق على حالة قياس الاعتقال على الحبس و الغياب على مستوى القضاء المصري.

و هي حماية الزوجة من الضرر¹²⁰⁶، فطبق القضاء بشأنها المادتين (12)¹²⁰⁷ و (14) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929، فالمناط هو تضرر الزوجة¹²⁰⁸. ويمكن أن يقال أن النتيجة الضرية في حالة الغيبة مفترضة افتراضا بسيطا و ليس قاطعا، و بذلك يمكن للزوج أن يثبت أن زوجته لا تتضرر من غيابه عنها كأن تكون مسنة أو كانت ذات عيب، و هو طريق خاص لإثبات عكس ما تدعيه الزوجة. فحيث تنتفي مظنة هذا الضرر ينتفي حق الزوجة في طلب التفريق تأسيسا على هذا السبب، و هو التوجه الذي اعتمده واضعو مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد¹²⁰⁹. (ب) المجر، و تميز هنا بين حالتين، حالة المجر المجرد و حالة المجر المقترن باليمين (الإيلاء):

الحالة الأولى: المجر، و يختلف عن الغيبة، باعتباره ترك الزوج زوجته وإقامته في مسكن آخر بذات البلد، و يستوي أن يكون المجر بعذر أو بغير عذر؛ لأن العبرة بتحقق الضرر فعلا، و هو يتحقق بصورة فعلية في الصورتين¹²¹⁰. وقد جاء في الفقه المالكي: " (و لها) أي للزوجة (التطليق) على الزوج (بالضرر)، و هو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي "¹²¹¹. فالهجر عند المالكية ضرر في ذاته، فهو قرينة على النتيجة الضرية الواقعة على الزوجة بل هو من أشد أنواع الضرر؛ لأنه يترك زوجته بلا عشير يؤنسها، معلقة لا هي ذات زوج ولا هي مطلقة، مما يجعلها عرضة للفتنة و الفساد¹²¹². و لهذا كان "حصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتضى للفسخ بكل حال، سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد، و لو مع قدرته و عجزه كالتفقه و أولى للفسخ بتعذر في الإيلاء إجماعا"¹²¹³. فترك الوطء ضرر بالزوجة يبرر طلبها التفريق¹²¹⁴، و لهذا فإن الزوجة لا تُسأل إثباتا للضرر الناتج عن المجر و تصدق بمجرد قولها فقط¹²¹⁵، حتى و لو كان

¹²⁰⁶ الجندي (أحمد نصر)، مرجع سابق، ص 427.

¹²⁰⁷ المادة (12): (إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها و لو كان له مال تستطيع الإنفاق منه).

¹²⁰⁸ خالد (أمير عدلي)، مرجع سابق، ص 238.

¹²⁰⁹ أنظر المذكرة الإيضاحية للمادة (105) من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، مرجع سابق، ص 208.

¹²¹⁰ البكري (محمد عزمي)، مرجع سابق، ص 494.

¹²¹¹ الدسوقي (شمس الدين محمد)، مصدر سابق، ص 345.

¹²¹² البكري (محمد عزمي)، المرجع نفسه، ص 343-344.

¹²¹³ البعلي (علاء الدين)، مرجع سابق، ص 247.

¹²¹⁴ الشعراوي (محمد متولي)، أحكام الأسرة و البيت المسلم، تحقيق مركز التراث لخدمة الكتاب و السنة، د. ط، بيروت، المكتبة العصرية،

2004، ص 319.

¹²¹⁵ شهبون (عبد الكريم)، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ج 1، ط 3، الدار البيضاء، المملكة المغربية، مطبعة التّجّاح الجديدة،

2000، ص 222.

المهر للتأديب؛ لأنّ الأوّل كونه شهراً¹²¹⁶، و له الزيادة عليه على شرط ألاّ يصل إلى حدّ أربعة أشهر التي للمولي¹²¹⁷.

والمهر قد يكون هجراً لمنزل الزوجية، وقد يكون هجراً لفرش الزوجية، وهو ما نصّ عليه المشرّع الجزائري في الفقرة الخامسة من المادة (53) من قانون الأسرة: (المهر في المضجع فوق أربعة أشهر). وشروط المهر الجيز لطلب التفريق حسب هذه الفقرة نجملها فيما يأتي: (أ) أن يهجرها ويتك فرش الزوجية، (ب) أن يدوم هذا المهر مدّة أربعة أشهر، لا يقع بين الشهر والآخر أيّ اتّصال جنسي بينهما، (ج) انتفاء العذر الشرعي للهجر، و هو التّأديب. وقد أضاف الأستاذ سعد عبد العزيز شرطاً رابعاً وهو أن يكون المهر عمدياً مقصوداً¹²¹⁸. وفي حقيقة الأمر لا يمكن أن نستنبط مثل هذا الشرط من نص المادة (53)؛ لأنّ العلة موجودة سواء كان المهر عمداً أو عن غير عمد، فالنتيجة الضّريّة محقّقة في الصّورتين، فالهجر ضرر في ذاته دون أي وصف أو شرط.

وقد أتى المشرّع الجزائري بمدّة أربعة أشهر قياساً على مدّة الإيلاء¹²¹⁹، أو قياساً على ما ذهب إليه الحنابلة من أنّ الرّوج ملزم بأنّ يطأ زوجته خلال كلّ أربعة أشهر مرّة مع القدرة¹²²⁰. والإتيان بالمهر كحالة مستقلّة في المادة (53) أمر صائب، وبذلك يكون المشرّع قد استطاع أن يفرّق بين المهر في البلد ذاته والمهر في غير البلد الذي يقطن فيه، والذي يمثّل حالة الغيبة. والمهر في الحقيقة، إذا كان غير مبرّر فهو قرينة على تمخّص قصد الإضرار؛ لانتفاء المصلحة المشروعة، أمّا إذا كان مبرّراً، فهو قرينة على النتيجة الضّريّة الواقعة على الرّوجة، كحالة التّأديب.

الحالة الثانية: الإيلاء، فقد قال سعيد بن المسيّب¹²²¹: كان الإيلاء ضرار أهل الجاهلية¹²²²، فقد كانوا يولون السنّة و السنّتين، فقد كان الرّجل منهم إذا كره المرأة و أراد تقييدها على أن لا تنكح زوجاً

¹²¹⁶ الخطّاب (محمد)، مصدر سابق، ص 15.

¹²¹⁷ الآبي (صالح)، جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة الشّيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التّنزيل، د.ط، بيروت، دار الفكر، د.ت، ص 328.

¹²¹⁸ سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص 263.

¹²¹⁹ في الحقيقة أنّ المهر لمدة أربعة أشهر و الإيلاء يختلفان عمقا و غاية، فالإيلاء فيه عزم و نية للهجر مؤكّدة باليمين، ولذا فإنّ له خصوصيته التي تجعله مختلفاً عن المهر المجرد، فلا يجب، إطلاقاً، أن نخلط بينهما.

¹²²⁰ ابن تيمية (محمد الدّين)، مصدر سابق، ص 41.

¹²²¹ هو أبو محمد سعيد بن المسيّب بن حزن المخزومي (13هـ-94هـ). سيد التابعين، و أحد الفقهاء السبعة في المدينة، جمع بين الحديث و الفقه و الرّهد و الورع. كان يعيش بالتجارة بالنزيت، و لا يأخذ عطاء. و كان أحفظ الناس لكلام عمر و أقضيته حتى سمي راوية عمر بالمدينة. قال عبد الرحمان بن زيد بن أسلم: لما مات العبادلة، عبد الله بن عبّاس و عبد الله بن الزبير و عبد الله بن عمر و عبد الله بن عمرو بن العاص صار الفقه في جميع البلدان إلى الموالي: فقيه مكّة عطاء، و فقيه اليمن طاوس و فقيه اليمامة يحيى بن أبي كثير، و فقيه

غيره حلف عليها أن لا يقرها فيتركها لا أيماً و لا ذات بعل إضراراً بها¹²²³. فالإيلاء يمين مشروع لكن فيه معنى الظلم و الضرر لمنع حقها في الوطاء و المعاشرة الجنسية¹²²⁴، و لهذا وقتته الله سبحانه بمدة أربعة أشهر، و قد قيل إنَّ الأربعة الأشهر هي التي لا تطيق المرأة الصبر عن زوجها زيادة عليها¹²²⁵، فالضرر لا يتحقق بترك الوطاء فيما دونها. فقد سأل عمر - رضي الله عنه - النساء كم تصبر المرأة عن زوجها فقلن شهرين و في الثالث يقل الصبر و في الرابع يُفقد¹²²⁶.

و أكثر من ذلك، فإنَّ الإيلاء يعتبر من أهمَّ التطبيقات المتعلقة بمعيار تمخض قصد الإضرار. ففوات المدّة دون أن يفيء الزوج أو يطلق يعتبر الإيلاء فيها قرينة على تمخض القصد لذلك¹²²⁷، و لكنّها قرينة تقبل إثبات عكسها، كأن يثبت الزوج أنّ له مصلحة أو عذراً في ذلك كخوفه على ولده و زوجته مرضع¹²²⁸.

البصرة الحسن، و فقيه الكوفة ابراهيم التّخعي، و فقيه الشام مكحول و فقيه خراسان عطاء الخراساني، إلّا المدينة فإنَّ الله تعالى خصّها بقرشيّ فقيه غير مدافع: سعيد بن المسيّب. أنظر: الأصبهاني (أحمد)، مصدر سابق، ج2، ص 161. و الشّيرازي (أبو إسحاق)، طبقات الفقهاء، حققه د. عباس (إحسان)، ط2، بيروت، دار الرائد العربي، 1981، ص 58. و انظر كذلك: الزركلي (خير الدين)، الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال و النساء من العرب و المستعربين والمستشرقين، ج3، بيروت، دار العلم للملايين، ص 102.

1222 ابن الجوزي، زاد المسير في علم التّفسير، ج1، ط3، بيروت - دمشق، المكتب الإسلامي، 1984، ص 256.
1223 ابن أنس (مالك)، المدونة الكبرى رواية الإمام سحنون عن الإمام ابن القاسم (عبد الرّحمان)، ومعها مقدّمات ابن رشد، د.ط، دار الفكر، د.ت، ص 321-322.

1224 السّيواسي (كمال الدين)، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني، ط2، بيروت، دار الفكر، د.ت، ص 188، الشّريبي (محمد الخطيب)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطّالبيين للإمام ابن شرف التّووي، د.ط، دار الفكر، د.ت، ص 343. البعلي (علاء الدين)، مرجع سابق، ص 247.

1225 خان (محمد صدّيق)، نيل المرام من تفسير آيات الأحكام، د.ط، بيروت، دار الرائد العربي، 1981، ص 76.
1226 الشّيرازي (أبو إسحاق)، المهذّب في فقه الإمام الشّافعي ومعها التّظلم المستعذب في شرح غريب المهذّب لابن محمد بطلان المركبي اليمني (محمد)، ضبط عميرات (زكريا)، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1995، ص 54.

1227 منصور (محمد خالد)، تمخض قصد الإضرار بالغير وتطبيقاته في الأحوال الشخصية ومدى أخذ القانون المدني الأردني به، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 26، العدد 2، 1999، ص (474-459).

1228 ابن فرحون (برهان الدّين)، مصدر سابق (طبعة مكتبة الكليات الأزهرية 1986)، ج1، ص 109.

المطلب الثاني: الافتراض القضائي

إنّ الحديث عن الافتراض القضائي يَحْتَمُّ علينا الحديث عن أساسه المنطقي وهو القرينة القضائية، كما هو الأمر بالنسبة للافتراض النصّي الذي قام على القرينة القانونية أو الشرعية أو الفقهية، فالأمر سيّان؛ باعتباره قائماً عليها، ويكون ذلك مبنياً على الاستنتاج المؤسّس على الاستدلال بطريق اللّزوم العقلي، باعتباره ضرباً من ضروب الإدراك المباشر؛ لأنّه عمليّة عقلية يدرك بها الناظر اللّزوم في القضايا¹²²⁹. فنقوم في (الفرع الأول) بدراسة مفهوم القرينة القضائية وخصائصها، ثمّ نقوم بدراسة البعد التّطبيقي لها على مستوى أحكام الأسرة في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القرينة القضائية

إنّ القرينة القضائية هي أساس الافتراض¹²³⁰ الذي يقوم به القاضي، وهو يصوغ المبادئ العامة من خلال إصدار القرارات. والقرينة القضائية هي التي يترك أمر استنباطها للقاضي، يستخلصها من ظروف القضية وملابساتها¹²³¹. فهي: "علاقة منطقيّة يستنتجها القاضي بين واقعة معلومة وأخرى مجهولة يريد إثباتها"¹²³²، فيقوم بعملية الاختيار لواقعة من الوقائع الواردة في الدّعوى، فيستند إليها مستدلاً بها على الواقعة المراد إثباتها مستعملاً في ذلك المنهج الاستقرائي¹²³³، الذي لعب دوراً جوهرياً في مجال البحث عن الحقيقة القضائية¹²³⁴. كأن يفترض قاضي الموضوع المصالحة بين الأطراف والتنازل عن الدّعوى بناء على

¹²²⁹ إنّ الباحث الناظر في الواقع المدرك بالحسّ أو بالنظر العقلي المجرّد ليلاحظ أنّ قضية ما مقترنة بأخرى اقترانا غير منفكّ وجوداً وعمداً. انظر في ذلك: حبنكة الميداني (عبد الرحمان)، مرجع سابق، ص112.

¹²³⁰ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, T.2, Algérie, ENAG, 1990, , livre vingt-neuvième /16, P.301.
Dupichot (J.), *Présomptions notions générales*, refondu par Guével (D.), Juris Classeur (Civil 1271-1381), *Contrats et obligations*, Art. 1349 à 1353, p. (1-47).

¹²³¹ الطباخ (شريف)، الموسوعة التّمودجية في الإثبات في ضوء القضاء والفقه، المركز القومي للإصدارات القانونية، ج2، ط1، 2004، ص378.

¹²³² زبدة (مسعود)، الاقتناع الشّخصي للقاضي الجزائري، د.ط، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985، ص32.

¹²³³ Hubrecht (G.), Agostini (E.), *droit civil*, 13^{ème} éd., Paris, SIREY, 1983, P.164.

الشواربي (عبد الحميد)، القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية والجنائية والأحوال الشّخصية، د.ط، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 2003، ص17.

¹²³⁴ Glasson (E.), Tissier (A.), *traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, T.2, 3^{ème} éd., Paris, SIREY, p. 668.
Cornu (G.), *Ibid*, P.243.

قرينة عدم حضور المدعى عليه أو وكيله في الجلسة المقررة، رغم صحّة التبليغ فيحكم القاضي في غيبته¹²³⁵.

والاستخلاص الذي يقوم به القاضي يتحرّك في حالة عدم وجود إقرار أو بيّنة أو قرينة قانونية، عندئذ يمكنه اختيار أيّ واقعة من الوقائع التي كانت محلّ مناقشة بين الخصوم، وقد يختارها من ملفّ الدّعى، ولو من تحقيقات باطلة أو محاضر إجراءات جنائية ولو كانت قد انتهت بالحفظ¹²³⁶. وقد تكون الواقعة التي اختارها القاضي ثابتة بالبيّنة أو بورقة مكتوبة أو بإقرار أو بقرينة أخرى دلّت على الواقعة التي تستنبط منها القرينة، أو تثبت بهذه الطّرق مجتمعة¹²³⁷.

و لقد نصّ المشرّع الجزائري على هذا القسم من القرائن في المادّة (340) من الأمر رقم 58/75 المؤرّخ في 1975/09/26 المتضمّن القانون المدني¹²³⁸: (يترك لتقدير القاضي استنباط كلّ قرينة لم يقرّها القانون، و لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلّا في الأحوال التي يبيّن فيها القانون الإثبات بالبيّنة).

فحسب هذه المادّة، فإنّ القرينة القضائية هي التي يستنبطها القاضي من واقعة معلومة في الدّعى المرفوعة إليه ليستدلّ بها على واقعة عجز المدعي عن إثباتها بطرق أخرى، بحيث تكون هذه الوقائع متجاورة، بعضها معلوم و الآخر مجهول، فيستدلّ بالمعلوم على إثبات المجهول¹²³⁹، فيكون بذلك هذا المجهول مفترضا بطريق الاستدلال العقلي بناء على ثبوت الواقعة المعلومة¹²⁴⁰. من ذلك افتراض صورية التصرف بين أب و ابنه تأسيسا على قرينة الأبوة. فصعوبة إثبات الواقعة المادّية الأصلية هي التي تفرض بذاتها العمل بالقرينة، و القاضي يتمتّع بالحريّة الواسعة في اختيار الواقعة التي يستنبطها منها؛ لأنّ ذلك يعود إلى اقتناعه الشّخصي¹²⁴¹، فقد تقنعه قرينة واحدة قويّة الدّلالة، و قد لا يقتنع بقرائن متعدّدة ضعيفة الدّلالة¹²⁴²، دون أن يكون مراقبا من طرف المحكمة العليا، فهو غير مقيّد بقرينة معيّنة، فله أن يأخذ بواحدة و يترك أخرى، كما أن له السّلطة الواسعة في اختيار القرائن المعروضة عليه ليأخذ منها أنفعها

¹²³⁵ بوبشير (محمّد أمقران)، قانون الإجراءات المدنية: نظرية الدّعى-نظرية الخصومة-الإجراءات الاستثنائية، د.ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، ص225.

¹²³⁶ Planiol (M.), Ripert (G.), *op.cit.* p.1009.

¹²³⁷ السنهوري (عبد الرّزاق)، مرجع سابق (طبعة 1998)، ص 330-331.

¹²³⁸ انظر: الجريدة الرّسمية، العدد 78، المؤرّخ في 1975/09/30.

¹²³⁹ زهدور (محمد)، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التّشريع الجزائري وفق آخر التّعديلات، ط1، 1991، ص 84.

¹²⁴⁰ De Lamberterie (I.), *Ibid.*

¹²⁴¹ زيادة (مسعود)، مرجع سابق، ص 40.

¹²⁴² الشّواربي (عبد الحميد)، مرجع سابق، ص 18-19.

فعالية¹²⁴³ بشرط أن تكون متصلة بالدعوى¹²⁴⁴. و القرينة القضائية تسري عليها قاعدة إثبات العكس بصفة كلية، فهي كالقرينة القانونية البسيطة في ذلك¹²⁴⁵؛ وهذا لوجود إمكانية تسرب الضعف إليها من ناحية عدم صحّة الوقائع المعتمدة عليها، أو من ناحية عدم توفيق القاضي في الاستنباط من الوقائع الصحّيحة، و بناء على ذلك جاز للخصم نقض الدليل المستمدّ منها بكافة طرق الإثبات¹²⁴⁶ حتى و لو بقرينة مثلها¹²⁴⁷.

من كلّ ما تقدّم نرى أنّ القرينة القضائية تقوم بعنصرين¹²⁴⁸: (أ) واقعة ثابتة يختارها القاضي من بين وقائع الدعوى، وهي التي تشكّل القرينة بالمعنى الضيق، وهذا هو العنصر المادي للقرينة، (ب) عمليّة استنباط يقوم بها القاضي ليصل من الواقعة الثابتة إلى الواقعة المراد إثباتها، أي من الواقعة الأصليّة إلى الواقعة البديلة، وهذا هو العنصر المعنوي للقرينة.

فالقرينة القضائية حسب ما سبق، تشكّل أساسا حقيقيا لاستنباط القاضي المشكّل لحالة الافتراض المبني على الاستنتاج بطريقة اللزوم العقلي، و قد قيل أنّ القرائن القضائية دليل بينما القرائن القانونية ليست دليلا، بل هي إعفاء المكلف بالإثبات من تقديم الدليل، و لكن في حقيقة الأمر لا فرق موجود بين الإثنين من هذه الوجهة؛ لأنّه في كليهما يجب أولا إثبات الوقائع التي تعتبر قرائن، للوصول إلى الوقائع المراد إثباتها، و هي الوقائع الأصليّة، و إنّما الفرق الجوهريّ و الوحيد بينهما أنّ القاضي له حقّ تقدير تلك الوقائع في القرائن القضائية؛ لأنّها من صنعه، و ليس له ذلك في دائرة القرائن القانونية¹²⁴⁹، فالخصم في كليهما لا يثبت الواقعة ذاتها محلّ النزاع، بل واقعة أخرى متصلة بها يرى المشرّع أو القاضي أنّ في إثباتها إثباتا للواقعة الأولى، فيكون نتيجة ذلك قد أثبت الواقعة الثانية إثباتا مباشرا، و أثبت الواقعة الأولى إثباتا غير مباشر¹²⁵⁰، فيكون الإثبات غير المباشر المؤسّس على القرينة القانونية افتراضا قانونيا¹²⁵¹، أمّا الإثبات غير

¹²⁴³ بكوش (بجي)، أدلّة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، د.ط، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، 1981، ص 196. وانظر كذلك: زهدور (محمد)، مرجع سابق، ص 85.

¹²⁴⁴ بكوش (بجي)، المرجع نفسه، ص 198.

¹²⁴⁵ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ص 91.

¹²⁴⁶ Planiol (M.), *Ibid*, P. 1011.

¹²⁴⁷ السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص 627.

¹²⁴⁸ المرجع نفسه، ص 330.

¹²⁴⁹ العرابي (علي زكي)، المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية، ج1، ص587، عن طريق: بهنسي (أحمد فتحي)، الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، د.ط، دار النهضة العربية، 1991، ص(188-189).

¹²⁵⁰ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ص 91.

¹²⁵¹ تناغو (سمير)، مرجع سابق، ص 390.

المباشر المؤسس على القرينة القضائية فيكون افتراضاً قضائياً إذا ما كرسه محكمة القانون¹²⁵². فقد تتحوّل القرينة القضائية إلى قرينة قانونية إذا تواترت المحاكم على الأخذ بها¹²⁵³، و لهذا سمّيت بالقرائن الاجتهادية القضائية أو القرائن شبه القانونية، فيكون القضاء بذلك مصدراً تكوينياً و منشئاً للقانون دون تدخل من الهيئة التشريعية. و هذا النوع من القرائن يساهم نوعاً ما في مرونة حلّ المنازعات المتشابهة¹²⁵⁴.

وما يجب ملاحظته في هذا المجال، هو أنّ وظيفتي القضاء والإفتاء وظيفتان تكادان تكونان مندجتين عند فقهاء الصحابة والتابعين، فلا تكاد تجد قرينة اعتمدت قضاءً إلا وكانت مبنية على فتوى القاضي نفسه، فقد كان القضاة كثيراً ما يعملون فتاويهم، ولهذا يعسر التفريق في تلك المراحل المتوّرة فقهاً وقضاءً بين القرائن الفقهية والقرائن القضائية. والقرينة القضائية تقوم في أساسها على التأمّل والنظر ولهذا كان استعمالها أمراً خطيراً. وبناءً على ذلك وضع لها الإمام ابن قيم الجوزية ضابطتين، حتى يتسنى للقاضي الابتعاد عن الخطأ والزلل في الأحكام: (أحدهما) لا بدّ أن يكون لدى القاضي فقه في أحكام الحوادث الكليّة، أمّا الثاني فيتمثّل في أن يكون لديه فقه في نفس الواقع وأحوال الناس يميّز به بين الصادق والكاذب، والمحقّق والمبطل¹²⁵⁵.

ومسألة البناء الصياعي في مثل هذه المواضيع يبدو ضرورياً وجوهرياً؛ باعتباره قالباً تقاس به الألفاظ والمباني من اجل معرفة الفرق بين ما هو مصاغ على شكل قرائني، وبين ما هو مصاغ وفق أشكال أخرى، الأمر الذي يمكننا أن نكون بمنأى عن الخطأ والزلل، ويقرّبنا من التحليل الصائب، والتركيب التاجع. هذا البناء الذي يكون قالباً للقرينة القضائية هو ذاته يكون قالباً للقرينة القانونية. فباعتبار القرينة استنباطاً يقوم به الشارع أو المشرّع أو القاضي لأمر مجهول من أمر معلوم، فإنّ أول أثر عملي يمكن استنتاجه عقلاً هو سقوط عبء الإثبات؛ وذلك لأنّه من مستلزمات الافتراض. فالقرينة بذلك، تعتبر طريقاً غير مباشر للإثبات؛ لأنّ الخصم لا يثبت فيها الواقعة ذاتها محلّ النزاع بل واقعة أخرى متصلة بها يرى الشارع أو الفقيه أو القانون أو القاضي أنّ في إثباتها إثباتاً للواقعة الأولى، فهي انتقال من واقعة معلومة للوصول إلى واقعة مجهولة. وبذلك يكون لدينا واقعتان، واقعة أصليّة وواقعة بديلة¹²⁵⁶. والواقعة الأصليّة نصل إلى إثباتها بإثبات الواقعة البديلة، فيسقط الإثبات عنها، إمّا بناءً على ما هو مألوف في الحياة أو غالب من الأحوال، أو وفقاً لما يرجّحه العقل. فيكون بذلك سقوط عبء الإثبات جزئياً بتحوّل آلية الإثبات إلى الواقعة

¹²⁵² أبو الوفا (أحمد)، مرجع سابق، ص 451.

¹²⁵³ تناغو (سمير)، المرجع نفسه، ص 395.

¹²⁵⁴ Dupichot (J.), *Ibid*, p. (1-47).

¹²⁵⁵ ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، الطرق الحكمية، مصدر سابق، ص 4. ؟؟

¹²⁵⁶ هذا المصطلح من استعمال تناغو سمير في كتابه النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 392 وما بعدها.

البديلة؛ لأنّ الخصم الذي تقوم لمصلحته القرينة، شرعا أو قانونا أو قضاء، يسقط عن كاهله عبؤه المتعلق بالواقعة الأصلية فقط. وبناء على ذلك، فإنّ للقرينة ثلاثة عناصر تشكّل في مجموعها القالب التكويني لها، وهي: (أ) الواقعة الثابتة التي يختارها الشارع أو الفقيه أو المشرّع أو القاضي، وهي تشكّل محلّ الإثبات البديل، (ب) الواقعة المراد إثباتها، والتي يزحزح عنها الشارع أو الفقيه أو المشرّع أو القاضي آلية الإثبات ويحوّلها إلى واقعة أخرى قريبة منها، فإذا ثبتت هذه الواقعة الأخرى، اعتبرت الواقعة الثانية ثابتة، (ج) عملية الاستنباط التي يبنى عليها افتراض الواقعة الأصلية، والتي تكون وسيلة للوصول من الواقعة الثابتة (الواقعة البديلة) إلى الواقعة المراد إثباتها (الواقعة الأصلية).

إنّ القاضي حرّ حرية واسعة في اختيار واقعة ثابتة من بين الوقائع المتعدّدة التي يراها أمامه لاستنباط القرينة منها، و هو بذلك واسع السلطان في تقدير ما تحمله هذه الواقعة من الدلالة. و هذا هو الاستنباط¹²⁵⁷ الذي يتعيّن أن يكون سائغا و مؤديا إلى النتيجة التي أقام الحكم عليها قضاءه، إذ طالما أنّ المحكمة قد أوردت أسبابا لإثبات القرائن أو نفيها فإنّ هذه الأسباب تخضع لرقابة محكمة القانون¹²⁵⁸؛ و ذلك لأنّ هذا الاستنباط عادة ما تتفاوت فيه الأنظار و تختلف بشأنه المدارك. فمن القضاة من يكون استنباطه سليما فيستقيم له الدليل، و منهم من يتجافى استنباطه مع منطق الواقع. و لهذا قد يكون الافتراض المؤسس على القرينة القضائية بعيدا عن منطق العدل و داخلا في دائرة التعسف¹²⁵⁹.

و لقد ترك المشرّع الجزائري للقاضي الحرية في استنباط القرينة القضائية، و ذلك بناء على المادة (340) من القانون المدني الجزائري، حيث جاء فيها: (يترك لتقدير القاضي استنباط كلّ قرينة لم يقرّها القانون). فالافتراض القضائي يبدأ من الحدّ الذي ينتهي إليه الافتراض القانوني؛ لأنّ القاضي، عند غياب القرينة القانونية، له أن يختار واقعة معلومة من بين وقائع الدعوى، ثمّ يستدلّ بها على الواقعة المراد إثباتها¹²⁶⁰. فسلطة تقدير القاضي في ذلك واسعة جدّا على أساس أنّ هذه القرائن تعدّ من مسائل الواقع التي يستقلّ بتقديرها، دون أن يخضع فيها لرقابة محكمة القانون، ما دامت القرينة التي اعتبرها دليلا على ثبوت الواقعة تؤدّي عقلا إلى ثبوتها¹²⁶¹، و أساس أخذ القاضي بالقرينة هو اقتناعه الشخصي بها¹²⁶².

¹²⁵⁷ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ص 333.

¹²⁵⁸ منصور (محمد)، مرجع سابق، ص 165.

¹²⁵⁹ Montesquieu, *Ibid*, P.301

¹²⁶⁰ الشواربي (عبد الحميد)، مرجع سابق، ص 17.

¹²⁶¹ سعد (نبيل)، زهران (هّمام)، مرجع سابق، ص 343.

¹²⁶² زهدور (محمد)، مرجع سابق، ص 85.

الفرع الثاني: القرينة القضائية في بعدما التطبيقي

و إذا كانت القرينة القضائية هي أساس الافتراض الذي تقوم به المحكمة العليا، و الذي يبني على الاستنتاج بطريق اللزوم العقلي، فدائرة الافتراض بذلك تكون واسعة، حيث يكون لها مثالا في دائرة التفريق القضائي أن تفترض النتيجة الضربية بناء على الواقعة المشكّلة لسببها؛ و لهذا نجد المحكمة العليا تجعل من معيار (كلّ ضرر معتبر شرعا)¹²⁶³ المنصوص عليه في الفقرة (10) من المادة (53) من قانون الأسرة أساسا لافتراضها. فجعلت من عدم إتمام الزواج بالبناء قرينة على الضرر الواقع على المرأة، و هو ذو طابع مزدوج، مادّي و معنوي¹²⁶⁴. و كان قرار المحكمة العليا في ذلك قرارا تقريرا لحكم قضاة الموضوع¹²⁶⁵. و في هذا السياق، قد جعلت المحكمة العليا، تقريرا لقرار المجلس القضائي لمدينة الجزائر، تأخر الزواج عن الدخول بزوجه لمدة خمس سنوات قرينة على الضرر الناتج عنه، ف: (من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض استنادا على وجود ضرر معتبر شرعا. و لما ثبت - في قضيتة الحال - أنّ القضية تتعلق بزواج تامّ الأركان، إلا أنّ الزواج تأخر عن الدخول بزوجه لمدة 5 سنوات، فإنّه بذلك يعتبر تعسفا في حقها و يبرّر التعويض الممنوح لها)¹²⁶⁶. كما اعتبرت المحكمة العليا الضرر الناتج عن طول أمد النزاع بين الزوجين

¹²⁶³ و هي العبارة التي تمثّل الضرر المطلق عن أي قيد سببي، والمستنبطة من عبارة (ما لا يجوز شرعا) التي أقرها الفقه المالكي. هذا المبدأ الذي يشمل الأضرار دون التحديد الفقهي والقانوني لمصادرها وأسبابها. فيتّضح بناء على ذلك، أنّ الضرر هو محور التفريق القضائي ومناطه بصورة مطلقة.

¹²⁶⁴ الحكم المطعون فيه صادر عن محكمة بئر مراد رابح بتاريخ 19/10/1997، و الذي قضى نهائيا فيما يخصّ الطلاق، و ابتدائيا في غيره (الأمر المادية) بإلغاء عقد الزواج المبرم بين الطرفين قبل البناء، و أمرت بتسجيله على هامش سجل الحالة المدنية و الحكم على المدعى عليه بدفعه للمدعية مائة ألف دينار جزائري تعويضا عن كافة الأضرار، و التعويض يكون ابتدائيا يمكن الاستئناف بشأنه. انظر: قرار 217179 المؤرخ في 16/03/1999، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص (122-125).

¹²⁶⁵ الطاعن عقد على المطعون ضدها بتاريخ 13/06/1995، و منذ ذلك التاريخ لم يقيم الطاعن بإتمام الزواج، فتكون بذلك تلك المدة الطويلة قد ألحقت ضررا ماديا و معنويا بالزوجة، و هو الأساس المعتمد عليه من طرف القاضي الأول فيما قضى به، و هو المفهوم ضمنا من الحكم، أي الضرر المعتبر شرعا المنصوص عليه في المادة (53) من قانون الأسرة، و أقرته على ذلك المحكمة العليا و بهذا كان الحكم تقريرا. انظر: قرار 217179 المؤرخ في 16/03/1999، السابق ذكره.

¹²⁶⁶ قرار رقم 135435، المؤرخ بتاريخ: 23/04/1996، السابق ذكره.

لقد طعن بالتّقص في القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ: 10/04/1994 و القاضي بتعديل الحكم المستأنف جزئيا بتخفيض مبلغ التعويض إلى 25.000.00 و القضاء من جديد على المستأنفة بأن تترك للمستأنف مبلغ 3.000.00 د.ج مقابل نصف الصداق، و ذلك بعد استئناف الحكم الصادر عن محكمة الحراش بتاريخ: 28/04/1993، و القاضي بالتصريح بتطبيق المدعية قبل الدخول و إلزام المدعى عليه بدفع مبلغ 85.000.00 د.ج كتعويض. و قد أقرت المحكمة العليا قرار المجلس القضائي على اعتبار أنّ المطعون ضدها ليست مخطوبة، كما جاء في الطعن، و بالتالي فطلب التطليق لا يكون عدولا؛ لأنّ الطرفين زوجان بموجب عقد رسمي، و الطاعن اعتبرته المحكمة العليا تماثل في الدخول بالمعقود عليها، ممّا أنتج أضرارا معنوية أثقلت كاهلها، فاستحققت بموجب ذلك التعويض

مفترضا¹²⁶⁷، و كان قرارها في ذلك تقريراً لما ذهب إليه قضاة مجلس قضاء فالمة بتاريخ: 1983/04/12 المؤيد للحكم الصادر من محكمة عين مليلة يوم: 1976/04/02 القاضي بالطلاق بين الطّاعن و زوجته المطعون ضدها بناء على رغبتها¹²⁶⁸. كما اعتبرت المحكمة العليا كذلك إدانة الزوج بسبب ضربه لزوجته قرينة على النتيجة الضّررية الواقعة على الزّوجة، ف: (إدانة الزوج بسبب ضربه لزوجته يعتبر ضرراً حسب الفقرة (6)¹²⁶⁹ من المادّة (53) من قانون الأسرة، و من تمّ يجوز تطبيق الزّوجة لهذا السّبب)¹²⁷⁰. و زيادة على ذلك، فقد اعتبرت استفحال الخصام قرينة على النتيجة الضّررية، حيث عبّرت على ذلك بقولها: (من المستقرّ عليه قضاء أنّه يجوز تطبيق الزّوجة لاستفحال الخصام و طول مدّته بين الزوجين باعتباره ضرراً شرعيّاً)¹²⁷¹.

إضافة إلى كلّ هذا، فإنّ المحكمة العليا أقرّت للزّوجة الحقّ في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة مستقلة عن أهله، حتّى و لو لم تكن قد تحفّظت بذلك الحقّ حين عقدة النّكاح، أو سبق لها أن سكنت مع أقارب

طبقاً للقانون. وانظر في هذا الأمر كذلك: القرار رقم 216865، المؤرخ في: 1999/03/16، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص (256-258).

¹²⁶⁷ من المقرّر شرعاً أنّه إذا طال أمد النزاع بين الزوجين و لحق الزّوجة من ذلك ضرر بيّن و اقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما، فإنّه لا سبيل من حلّ إلاّ بفكّ الرّابطة الزّوجية، و من ثمّ فإنّ التّعي على القرار المطعون فيه للقصور أو تناقض في الأسباب و مخالفة أحكام الشّريعة الإسلامية في غير محلّه يستوجب رفضه. و لما كان ثابتاً - في قضية الحال - أنّ النزاع بين الطّرفين طال أمده و بقي كلّ منهما مصراً على موقفه، فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم بالتفريق بين الزوجين كان قرارهم سليماً و غير مشوب بالقصور أو التناقض في الأسباب. قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 36414، المؤرخ في: 1985/05/20، المجلّة القضائية، سنة 1990، العدد 2، ص (58-62).

¹²⁶⁸ إنّ ما قرّره قضاة مجلس فالمة أسّس على أنّ الزوجين كانا مفترقين منذ سنة 1974 و كان الخصام بينهما قائماً مع إصرار الزوج على المطالبة بالزّوج و هو مدرك أنّ الأمر غير ممكن، و ما اتّخذ مجلس قضاء فالمة راجع لسلطته و خاضع لتقديراته، فملاحقة الزوج لزوجته و إصراره على إخضاعها لإرادته و سجنها ما يزيد على تسع سنوات هو إضرار بها، و عمل تأباه الشّريعة الإسلامية، و يرفضه المنطق، و يجافيه العدل و الإنصاف، و بذلك كان القرار، في نظر المحكمة العليا، سليماً، و ليس فيه قصور أو تناقض في الأسباب أو مخالفة لأحكام الشّريعة أو حجّية الشّيء المقضي به. أنظر: قرار رقم 36414، السابق ذكره.

¹²⁶⁹ و هي الفقرة العاشرة بناء على التّعديل الذي جاء به الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

¹²⁷⁰ قرار رقم 127948، المؤرخ في: 1996/01/16، نشرة القضاة، سنة 1999، العدد 54، ص (100-103).

و هذا القرار جاء مؤيداً لما قضت به محكمة سيدي عقبة التي قضت بتطبيق الزّوجة على مسؤولية الزوج طبقاً للمادّة (53) من قانون الأسرة، و قد قدّم بشأنه الزوج مذكرة أثار فيها وجهها وحيداً للتّقصّ تدعيماً لطعنه و هو مخالفة الفقرتين (4) و (6) من المادّة (53)، حيث أنّ المحكمة، حسب نظره، قضت بتطبيق الزّوجة على أساس الحكم الجزائي الصادر في: 1986/05/03، و القاضي بإدانة الزوج بتهمة الضّرب و الجروح العمدية ضدّ زوجته، و حكم عليه بتسعة أشهر حبس نافذة، في حين أنّ المادّة (53) تنصّ على أنّه يجوز للزّوجة أن ترفع دعوى تطبيق إذا صدر حكم بعقوبة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة، و من جهة أخرى بعد صدور هذا الحكم ضدّ الطّاعن سنة 1986 استأنف الحياة الزّوجية بصفة عادية، و الزّوجة لم تحتجّ بهذا الحكم إلاّ في سنة 1993، و المحكمة، في نظره، أخطأت في إسناد الظلم للزوج، و المحكمة العليا رأّت أنّ الضّرب و تحريض الأولاد على سوء السلوك أضرار معتبرة شرعاً، فلذلك كان قضاة المحكمة صائبين في تحريك الفقرة السادسة من المادّة (53)، و لم يدرك الطّاعن و محاميه أنّ قضاة الموضوع استندوا إلى حجّية الأمر المقضي فيه، لا إلى أحد الأسباب المنصوص عليها في المادّة (53) من قانون الأسرة.

¹²⁷¹ قرار رقم 224655، المؤرخ في: 1999/06/15، السابق ذكره.

زوجها ثم اشتكت بسبب جوارهم¹²⁷². و إن تمادى التّوج في رفض طلب توفيره لها فإنّ الشّرع لا يحوّله حقّ إجبارها على العودة إلى السّكن الذي يسكنه أقرابه و خاصّة مع الضّرّة و لو لم تثبت الضّرر بمشاجرة و نحوها، و اعتبرت المحكمة العليا قضاء قضاء الاستئناف بالطلاق تحت مسؤولية التّوج تأسيسا على تماديه في رفض إسكان زوجته نتيجة الضّرر الذي لحق بها صائبا و موافقا لأحكام الشّريعة الإسلامية¹²⁷³. و قد أسّست المحكمة العليا رؤيتها لحقّ السّكن المستقلّ على قول خليل: (و لها الامتناع من أن تسكن مع أقرابه)¹²⁷⁴. فمن حقّ الزّوجة أن تطلب مسكنا منفردا عن أهل التّوج، و قضاء الموضوع إذا ما حكموا بعدم إمكانية تلبية طلب الزّوجة في ذلك يكون قراهم بذلك عرضة للنقض¹²⁷⁵. و هذا الحقّ استقرت عليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها¹²⁷⁶. و ليس معنى ذلك أنّ لها الحقّ في المعاش المستقلّ، فهذا غير كاف، و إنّما لها الحقّ في السّكن المستقلّ عن أهل التّوج، و الحكم بغير ذلك يتعيّن نقضه¹²⁷⁷. و أكثر من ذلك، فقد أكّدت المحكمة العليا أنّ الطّاعة الواجبة على الزّوجة لزوجها لا تعطلّ حقّها في السّكن المستقلّ، فحكم قضاء الموضوع بأنّ رجوع الزّوجة إلى بيت الزوجية بعد خروجها منه يكون مشروطا بتوفير سكن مستقلّ منفرد عن أهل التّوج قد جاء موافقا للقانون¹²⁷⁸. و إذا ما أبدت الزّوجة رغبتها في الرجوع إلى السّكن المنفرد، ولم يستطع التّوج توفير ذلك، كان عليه تحمّل تبعه الطّلاق. فالزّوج هو المسؤول عن الضّرر حينذاك؛ لأنّه لم يمثّل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزّوجة، ممّا يجعلها متضرّرة و محقّة في طلبها التعويض¹²⁷⁹. و بذلك تكون المحكمة العليا قد افترضت النتيجة الضّررية الحاصلة من جرّاء عدم توفير مسكن زوجي مستقلّ، و عبّرت عن ذلك قائلة: (و أنّ التّوج هو المسؤول عن الضّرر لأنّه لم يمثّل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزّوجة ممّا يجعل للزّوجة متضرّرة و محقّة في طلبها التعويض)¹²⁸⁰. و هذا أمر صائب؛

¹²⁷² انظر في ذلك: قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 38331، المؤرخ في: 1985/11/04، المجلة القضائية، سنة 1989، عدد 1، ص (101-104).

¹²⁷³ انظر في ذلك: قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 39390، المؤرخ في 1986/01/13، المجلة القضائية، سنة 1990، عدد 2، ص (62-65).

¹²⁷⁴ ابن اسحاق (خليل)، مصدر سابق، ص 164. وانظر كتطبيق لذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 189339، المؤرخ في: 1998/05/19، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص (216-218).

¹²⁷⁵ انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 159732، المؤرخ في: 1997/05/13، المجلة القضائية، سنة 1997، عدد 2، ص (100-102).

¹²⁷⁶ انظر القرار نفسه.

¹²⁷⁷ انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 189339، السابق ذكره.

¹²⁷⁸ انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 218754، المؤرخ في: 1999/02/16، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص (222-224).

¹²⁷⁹ انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 224655، المؤرخ في: 1999/06/15، السابق ذكره.

¹²⁸⁰ انظر في ذلك: القرار نفسه.

لأنّ المعيشة المشتركة أو المساكنة هي النتيجة الطبيعيّة لعقد الزواج، فبناء عليه يقع على الزوج عبء توفير مسكن الزوجية المنفرد، مستمداً أساسه من عقد الزواج ذاته، و يظلّ هذا الحقّ طالما بقيت الرابطة الزوجية¹²⁸¹. فهو التزام عقدي؛ لأنّه موضع الاحتباس¹²⁸²، وهو من مشتقات النفقة كالغذاء و الكسوة و العلاج¹²⁸³ ومصاريف النفاس¹²⁸⁴. و لهذا اعتبر صاحب الهداية الضّرر الناتج عن إهماله مفترضا في قوله: (و على الزوج أن يسكنها في دار مفردة ليس فيها أحد من أهله إلاّ أن تختار ذلك لأنّ السكّني من كفايتها فتجب لها كالنفقة، و قد أوجب الله تعالى مقرونا بالنفقة، و إذا أوجب حقّا لها، ليس له أن يُشرك غيرها فيه؛ لأنّها تتضرّر به، فإنّها لا تأمن على متاعها، و يمنعها ذلك عن المعاشرة مع زوجها و من الاستمتاع إلاّ أن تختار؛ لأنّها رضيت بانتقاص حقّها)¹²⁸⁵، و هذا يدلّ على أنّ لها أن لا تسكن مع أهله إذا تضرّرت، و لا تُسأل دليلاً عن الضّرر أو مقداره¹²⁸⁶، و قد قال ابن عابدين في هذا الأمر: (للزوجة السكّني أي الإسكان، و تقدّم أنّ اسم النفقة يعمّها، لكنّه أفردا لأنّ لها حكماً يخصّها؛ لأنّها تتضرّر بمشاركة غيرها فيه؛ لأنّها لا تأمن على متاعها و يمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها و من الاستمتاع إلاّ أن تختار ذلك؛ لأنّها رضيت بانتقاص حقّها)¹²⁸⁷، و قد كان الشّيخ (صالح عبد السميع الآبي) أكثر وضوحاً في هذا الشأن حيث قال: " و لها أي الزوجة الامتناع من أن تسكن مع أقاربه لتضرّرها باطلاعهم على أحوالها و ما تريد ستره عنهم و إن لم يثبت إضرارهم بها"¹²⁸⁸. و بذلك تكون أقوال الفقهاء قد تضافرت في جعل غياب السكّن الشرعي¹²⁸⁹ قرينة على النتيجة الضّررية الواقعة على الزوجة؛ لأنّها لا تُسأل دليلاً عليه، ممّا يجعل قرارات المحكمة العليا ذات الصلّة صائبة في توجّهها. و لهذا كان واجبا على المشرّع الجزائري أن يستفيد من كلّ ذلك و يستحدث نصوصاً تنظّم مشكلة المسكن الشرعي، و ذلك تماشياً مع

1281 الشوّاري (عبد الحميد)، مجموعة الأحوال الشخصية، د.ط، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2002، ص 96.

1282 بن ملحّة (الغوئي)، مرجع سابق، ص 104.

1283 العطار (عبد الناصر)، مرجع سابق، ص 43.

1284 انظر في ذلك قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم...

1285 المرغيناني (برهان الدين)، الهداية شرح بداية المبتدي، ج2، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1990، ص 323-324.

1286 أبو زهرة (محمد)، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 243.

1287 ابن عابدين (محمد الأمين)، حاشية ردّ المختار على الدرّ المختار شرح تنوير الأبصار في مذهب الإمام أبي حنيفة التّعمان المعروفة

بمحاكية ابن عابدين ويليها تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف، ط2، بيروت، دار الفكر، 1966، ج3، ص 599-600.

1288 الآبي (صالح)، مصدر سابق، ص 403.

1289 لا يكون السكّن شرعيّاً إلاّ بتوفّر الشروط الآتية: أ- أن يكون لائقاً بحال الزوج المالية، سواء كان منزلاً مستقلاً، أو شقّة في منزل،

حسب عرف أمثاله في المسكن، ب- أن يكون المسكن خالياً من أهله و أهلها إلاّ الصّغير غير المميّز، و أن يكون خالياً من ضرّتها؛

لأنّ وجود الضرّة في ذاته إيذاء لها، كما جرت العادة و دلّ الاستقراء، ج- أن يكون مشتملاً على المرافق المنزلية و الأدوات اللازمة

المناسبة لحاله المالية، د- أن يكون بين جيران صالحين، تأمن فيه الزوجة على نفسها و مالها. أنظر: الغندور (أحمد)، مرجع سابق، ص

251، العمروسي (أنور)، مرجع سابق، ج1، ص 484 و ما يليها، العطار (عبد الناصر)، المرجع نفسه، ص 44.

المتغيرات الاجتماعية و تواكبا مع الأحداث و التوازن، خاصة و أنّ المرأة المتزوجة في زماننا من أشد ما تتضرر منه هو السكن المستقل الواجب لها على زوجها.

وفي سياق الحديث عن أمثلة تطبيقية عما افترضه القضاة من وقائع في دائرة الأحوال الشخصية، وجب علينا الحديث عن الافتراض في دائرة التعدد¹²⁹⁰؛ بحيث وجدنا من خلال استقراءنا للأحكام القضائية من خلال قرارات المحكمة العليا أنّ هناك حكما قضائيا مضمونه الحكم بتطبيق المدعية من المدعى عليه للضرر وفق المادة (6/53) من قانون الأسرة وإلزام المدعى عليه المطلق بأداء 50.000 د.ج كتعويض للمدعية عن الطلاق إضافة إلى 10.000 د.ج كنفقة عدّة، مع حفظ حقها في المطالبة بالأثاث، وذلك بناء على طلب الزوجة لتضررها من زواجه من امرأة ثانية دون علمها ودون رضاها. أصدر قاض أول درجة بمحكمة قسنطينة حكمه بناء على نصوص المواد (57) و(8) و(37) من قانون الأسرة؛ بناء على ثبوت الزواج بامرأة ثانية، ولم يتم الزوج بنفي ذلك خلال جلسة الصلح. رغم ادعاء الطاعن بأنّ المطعون ضدها كانت تعلم بزواجه الثاني بدليل أنّها لم تقم بنشر دعواها إلا بعد ستة أشهر من إبرام زواجه الثاني. ولكن المحكمة استندت في حكمها على أنّ الطاعن لم يثبت رضا المطعون ضدها بهذا الزواج؛ فالعلم بالشئ والرضا به مسألتان مختلفتان من حيث الأساس. أضف إلى ذلك أنّ المادة (8) من قانون الأسرة سمحت للزوجة، سابقة كانت أو لاحقة، برفع دعوى قضائية ضدّ الزوج مطالبة فيها بالتطليق في حالة عدم الرضا بزواجه الثاني. وهذا الحكم، في منظور المحكمة العليا لم يخالف القانون ولم يشبه أيّ قصور. فيكون بذلك الضرر مفترضا في التعدد، وهو ما يخالف في حقيقة الأمر حكم الإباحة التي يصطبغ بها، تأسيسا على قول الله

تبارك وتعالى: ﴿...﴾ (سورة النساء: 34) . و غاية هذه الآية

التشريعية تقييد التعدد¹²⁹² بالقيود الشرعية الواردة فيها، تقييدا يرمي إلى تحقيق مصالح الأسرة وحفظ كيان المجتمع وأخلاقياته. ولذلك كان من الخطأ اعتبار الضرر الناتج عن التعدد مفترضا. فذلك يتناقض مع حكم

¹²⁹⁰ و يصطلح عليه في القانون الفرنسي (Polygamie)، و يرى روجي كاراتيني بأنه كان من الأفضل أن يستبدل هذا الاصطلاح باصطلاح آخر و هو (Polygynie)، و ذلك حتى يفهم القارئ بأنّ هذا النظام لا يمكن أن يقوم به إلا الرجال؛ لأنّ المصطلح الأول يمكن أن يفهم منه الصورتين. Caratini (R.), *le Génie de l'Islamisme*, France, éditions Michel Lafon, 1992, P.

492.

¹²⁹¹ سورة النساء: آية 3.

¹²⁹² ابن كثير (عماد الدين)، تفسير القرآن العظيم، ج2، طبعة جديدة مصححة، بيروت، دار الأندلس، د.ت، ص 199-200.

الإباحة الذي يصطبغ بها. ولهذا لم يكن التعدد في منظور الفقهاء قرينة على الضرر، وهو ما أكده الإمام الخريفي في قوله: "و من الضرر قطع كلامه عنها و تحويل وجهه عنها و ضربها ضربا مؤلما، لا منعها الحمام .. و التزوج عليها"¹²⁹³.

على عكس ما ذهب إليه المادة السادسة مكرّر من القانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 في مصر ونصّها: (ويعتبر إضراراً بالزوجة اقتزان زوجها بأخرى بغير رضاها... ويسقط حقّ الزوجة في طلب التفريق بمضيّ سنة من تاريخ علمها بقيام السبب الموجب للضرر ما لم تكن قد رضيت بذلك صراحة أو ضمناً)¹²⁹⁴. وبذلك تكون النتيجة الضررية مفترضة بحكم القانون، بحيث يجوز للزوجة أن تطلب التفريق دون حاجة إلى إثباتها¹²⁹⁵. ولذلك، فإنّ محكمة النقض المصرية في ظلّ القانون رقم 44 لسنة 1979 قد قضت بأنّ مجرد إتمام الزواج الجديد يعتبر ضرراً بناء على القرينة المقامة لصالح الزوجة التي في عصمة زوجها، وإذ لم يقض القانون بعدم جواز نقض هذه القرينة فإنّ للزوج إسقاط دلالتها بإثبات رضا زوجته بزواجه الجديد، وهو ما يجوز إثباته بالبيّنة¹²⁹⁶.

وفي مقابل ذلك، لم يعتبر القضاء الجزائري سكوت إحدى الوارثات عن المطالبة بالخروج من حالة الشئوع لفترة طويلة بسبب القرابة وصلة الرّحم تنازلاً عن حقّها في الميراث. فقد أقرّت المحكمة العليا في هذا الإطار أنّ سكوت الطّاعنة وعدم مطالبتها أثناء حياة أخيها بنصيبها في ميراث والدها طوال الفترة الماضية لا يمكن أن يعتبر تنازلاً أو تحاونا بل هو في حقيقته تسامح مع شقيقها واحترام للقرابة وصلة الرّحم، ولهذا يظلّ الحقّ قائماً للطّاعنة في المطالبة بجميع حقوقها الميراثية من جهة والدها بعد وفاة أخيها، ولا يحقّ لورثة هذا الأخير حرمانها من المطالبة بحقوقها تلك تحت أيّ ظرف أو سبب¹²⁹⁷. كما أنّه لم يعتبر غياب الزوج

¹²⁹³ الخريفي، مصدر سابق، ج4، ص 9.

¹²⁹⁴ لقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على أنّ الجمع بين أكثر من زوجة بما لا يجاوز الأربع حقّ لكلّ رجل وفقاً للتّصوص القرآنية، و لا يجوز للزوجة أن تطلب التفريق على أساسه، و لو خالطتها مشاعر نفسية تجاه ضررّها، ذلك أنّ ما قد يقع بينهما من تباغض يمتدّ إلى أولادهما، مردّه إلى الغيرة الطّبيعية بين امرأتين تتزاحمان على رجل واحد، و هي غيرة لا يمكن تنقية النفوس البشرية منها، و لا يجوز أن تخلّ بمقاصد التعدد. و إنّما يقوم حقّها في التّطليق إذا كان زوجها بعد أن تزوّج عليها قد ألحق بها أضراراً لا يجوز التّسامح فيها بالمقاييس الشّرعية، و تتعدّد بسببها العشرة بين أمثالهما، و يعجز القاضي عن الإصلاح بينهما، و إلّا كان مجرد الجمع بين امرأتين قرينة قانونية يُفترض بها الإضرار بالزوجة الأولى، و يكون التفريق معلّقاً على إرادتها. حسين (أحمد)، أحكام الأسرة في الإسلام، د.ط، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، منشأة المعارف، 1998، ص 145-146.

¹²⁹⁵ الجندي (أحمد نصر)، مرجع سابق، ص 384.

¹²⁹⁶ الطعن رقم 42 سنة 33 ق جلسة 1985/4/9، س36. أنظر: شعلة (سعيد)، قضاء النقض في أدلّة الدّعوى، د.ط، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2002، ص 1405.

¹²⁹⁷ انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 257099 المؤرخ في 2001/07/18، مجلة المحكمة العليا لسنة 2004، العدد2، ص(931-936).

عن جلسة الصلح قرينة على ثبوت الضرر المعترف شرعا المبرر للتطبيق، والحكم بذلك يعرضه لقصور التسيب والتقص من قبل المحكمة العليا. فلما أسست المطعون ضدها طلب التطبيق على تعاطي الطاعن بالنقض الخمر والتزامه بالسهرات الليلية والعلاقات غير الشرعية وتخليه عن واجباته الزوجية المتحسد على وجه الخصوص في هجر زوجته في المضجع وأنكر الزوج ذلك، اقتنعت المحكمة بتضرر الزوجة من العشرة الزوجية مؤسّسة هذا الاقتناع على غياب الزوج عن جلسة الصلح، الأمر الذي يؤكد مزاعم الزوجة في منظور قضاة الموضوع. ولكن إذا نظرنا بعين المنطق، وهو ما قامت به المحكمة العليا، نرى أنّ في ذلك خرق واضح لقواعد الإثبات التي تقضي بأنّ إثبات الوقائع المدعى بها يقع على كاهل المدعي، وهي هنا الزوجة، خصوصا وأنّ النزاع في هذه المسألة يدور حول إنهاء علاقة زوجية شرعية نتج عنها ولدان، فالتقيّد بقواعد الإثبات أمر وجوبي، والاستناد إلى مسألة غياب الزوج عن جلسة الصلح في إثبات مزاعم الزوجة أمر يتعارض مع اعتماد تلك القواعد، فجلسة الصلح لا علاقة لها بالإثبات، ويقتصر دورها على ما تصالح عليه الطرفان وما اختلفا بشأنه أو أقرّا به¹²⁹⁸.

ويتّضح من كلّ ما سبق، أنّ القرائن لها صياغتها الخاصة بها إن على مستوى القانون أو على مستوى الفقه أو على مستوى القضاء. لكنّ الأبنية الصياغية تختلف باختلاف أساسها.

أولاً: البناء الذي يعتمد على الفصل بين طرفي القرينة (المحلّ الأصلي والمحلّ البديل)، ويكون الفصل إمّا بصيغة ظاهرة، وإمّا بصيغة تخضع لعملية الاستنتاج. فالصيغة الظاهرة إمّا أن تستعمل: (أ) لفظ (القرينة) صراحة: القول بأنّ انتفاء المصلحة المشروعة قرينة على تمحّض قصد الإضرار، أو: (لا يقبل قول المرأة أنّ زوجها لم يكن ينفق عليها فيما مضى من الزمان وهما في بيت واحد، لأنّ ذلك قرينة دالة على كذبها)¹²⁹⁹. وكذلك ما ورد في المادة (499) من القانون المدني: (الوفاء بقسط من الأجرة يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة..). فصيغة هذه القرينة ظاهرة لا تحتاج إلى إعمال الفكر؛ لأنّها استعملت لفظ القرينة بصورة مباشرة، أو عبارة (عدم الإثبات) كما ورد في المادة (228) من القانون المدني المصري: (لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتّفاقية أن يثبت الدائن ضررا لحقه من هذا التأخير)، فهذه الصيغة ظاهرة كذلك؛ لأنّها استعملت لفظ (عدم الإثبات) وهو الأثر الرئيس للافتراض، ومعنى ذلك أنّ الطرف الأول قرينة على الطرف الثاني. فالتصّ عبّر عن القرينة بأثرها وهو سقوط عبء الإثبات، فكان ذلك ظاهر الدلالة على أنّ التأخير في أداء الدين يترتب عليه حتما ضرر يجب تعويضه، أو لفظ (يفرض)

¹²⁹⁸ انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 654972، المؤرّخ في 2001/09/15، مجلة المحكمة العليا لسنة 2011، العدد 2، ص(294-297).

¹²⁹⁹ ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق (طبعة مكتبة الكليات الأزهرية 1986)، ج 2، ص 125-126.

كما ورد في المادة (823) من القانون المدني الجزائري: (الحائز لحق يفرض أنه صاحب لهذا الحق حتى يتبين خلاف ذلك). و قد استعمل المشرع في ذلك لفظ الافتراض ذاته، بغض النظر عن الخطأ اللغوي الذي وقع فيه، فكان من المفروض أن يستعمل لفظ (يفترض) بدل استعماله للفظ (يفرض). أما الصيغة التي تخضع لعملية الاستنتاج، تكون الصياغة فيها خاضعة لإعمال العقل نسبياً، حتى تتمكن من استنتاج وجود طرفين للقرينة، واستنتاج أن الواقعة الأولى قرينة على الواقعة الثانية، وهي ليست غامضة إلى حد كبير، ومثال ذلك: ما جاء في المادة (186) من القانون المدني: (إذا كان محل الالتزام مبلغاً من التّقود عين مقداره وقت رفع الدّعى، وتأخّر المدّين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعوّض للدّائن الضّرر اللاحق به من هذا التأخير)، ومثاله كذلك: (وجوب إقامة الحدّ على المرأة إذا ظهر بها حمل ولم يكن لها زوج)¹³⁰⁰، وكذلك: (وجوب الحدّ على من وجد منه رائحة الخمر أو قاءها)¹³⁰¹.

ثانياً: البناء الصّياغي الذي يخلط بين طرفي القرينة، كما جاء في المادة (6) مكرراً من القانون رقم (25) لسنة 1929 المضافة بقرار بقانون رقم (44) لسنة 1979: (و يعتبر إضراراً بالزّوجة اقتران زوجها بأخرى..). فقد جعل المشرع اقتران الزّوج بثانية ضرراً في ذاته¹³⁰²، وهو ما ذهب إليه نفيّاً الإمام (الخرشي): "و من الضّرر قطع كلامه عنها و تحويل وجهه عنها و ضربها ضرباً مؤلماً لا منعها الحّمّام أو تأديبها على الصّلاة و التّسري و التّزوّج عليها"¹³⁰³. و كما جاء في فقه القضاء التونسي أنّ: (إبقاء امرأة عذراء أكثر من سنة من تاريخ الدّخول بها يمثّل ضرراً لاحقاً بها..¹³⁰⁴ . و هو ذاته في ما روته السيّدّة عائشة -رضي الله عنها- أمّها قالت: يا رسول الله إنّ البكر تستحي، قال: "رضاها صمتها"¹³⁰⁵. فقد جعل النبيّ صلّى الله عليه و سلّم إذن البكر صمتها. و يكون النصّ قد دمج بين طرفي القرينة الإذن و الصمت.

¹³⁰⁰ ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مصدر سابق، ص 6. وانظر كذلك: ابن نصر (عبد الوهاب)،

مصدر سابق، ج2، ص 319.

¹³⁰¹ ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج4، مصدر سابق، ص 374. وانظر كذلك: ابن رشد (أبو الوليد)،

مصدر سابق، ص 365.

¹³⁰² شعلة (سعيد)، مرجع سابق، ص 1405.

¹³⁰³ الخرشي، مصدر سابق، ص 9.

¹³⁰⁴ <http://www.wrcati.cawtar.org/index.php?a=d&faq=119>.

¹³⁰⁵ سبق تخريجه في المطلب الأول من هذا المبحث ، ص342.

الفصل الثّاني: إثبات الواقعة القانونية

جامعة البصرة
عبد القادر للعطوم الإسلامية

المبحث الأول:

دلالة الكتابة على الحقيقة

جامعة الأمير
العلوم الإسلامية

المبحث الأول: دلالة الكتابة على الحقيقة

إنّ الكتابة في منظور القانون بالنظر إلى شروط قيامها واعتبارها تنقسم إلى قسمين كبيرين، الكتابة الكاملة والكتابة الناقصة. وكلاهما له مكانته من حيث القوّة والحجّية، ولهذا كان من اللازم النظر في هذين القسمين تباعاً؛ بحيث ندرس مسألة دلالة الكتابة الكاملة على الحقيقة في (المطلب الأول)، ثمّ نتولّى دراسة دلالة الكتابة الناقصة على الحقيقة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دلالة الكتابة الكاملة على الحقيقة

الكتابة في الإثبات نوعان، فهي إمّا أن تكون في شكل ورقة رسميّة، وإمّا أن تكون في شكل ورقة عرفيّة. فالأولى هي كلّ ورقة تحرّر من طرف موظّف عموميّ مختصّ ومؤهل قانوناً خاضعاً في ذلك إلى شكليات معيّنة يقيم لها القانون صفة الوجوب والإلزام، وهذه يحكم بها دون الحاجة إلى إعادة الإثبات على ما ورد فيها¹³⁰⁶، أمّا الثانية فهي الورقة الموقّعة من طرف ذوي الشّأن، والتي تحرّر دون تدخل من الموظّف العام، أو بتدخله مع غياب الشّروط الجوهرية التي تكون معها الورقة الرسميّة باطلة¹³⁰⁷. وكلاهما لهما عناصر أساسيّة، النّظر إليها هو الذي يحدّد لنا بصفة دقيقة مدى دلالتهما على الحقيقة. و يمكن حصر هذه

¹³⁰⁶ انظر في ذلك: أحمد الحصري، علم القضاء، ج1، د.ط، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1977، ص49.

¹³⁰⁷ كعقد اللّيف المحرّر أمام الموقّع والذي يثبت فيه هذا الأخير تصريحات الأطراف والشّهود فقط، والذي اعتبرته المحكمة العليا عقدا عرفيّاً بسبب افتقاده لشروط جوهرية تسقط عنه صفة الرسميّة، وبذلك يكون قضاة الموضوع الذين اعتبروه رسمياً قد خالفوا القانون. فعقد اللّيف ليس عقدا رسمياً رغم تحريره بواسطة الموقّع لأنّه يقيد اتفاق الأطراف فقط، ولم يتم تسجيله أو شهره، كما أنّ له رقم تسلسلي وغير حامل لرقم الفهرس، الأمر الذي يكون معه عقدا عرفياً. وبذلك لا تكون له القوّة الكافية لنقل الملكية العقارية، كما لا يمكن أن يكون ورقة كافية لإثباتها. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.م) رقم 46768 المؤرخ في 1990/10/21، المجلّة القضائيّة لسنة 1992، العدد1، ص(84-87). وانظر كذلك: قرار المحكمة العليا (غ.م) رقم 113840 المؤرخ في 1994/02/07، المجلّة القضائيّة لسنة 1994، العدد2، ص(158-162). وهذا الذي يعتبره الفقيه السنهوري ضرباً من ضروب التّحول الشّبيه بالتّحول على مستوى التّصرفات القانونية. وهو ذات ما أكّده المادة (326مكرر2) من القانون المدني الجزائري: (يعتبر العقد غير رسمي بسبب... أو انعدام الشّكل كمحرّر عرفي إذا كان موقّعاً من قبل الأطراف). وانظر كذلك: Aubry et Rau, *op.cit.*, p.147.

العناصر في: التوقيع، السلامة المادية، البيانات المدونة بالورقة والتاريخ¹³⁰⁸. كما إنّ الكتابة في الإثبات تتأرجح بين الوجوب و الجواز. فالوجوب له حالتان: الأولى في حالة تجاوز المبلغ مائة ألف دينار¹³⁰⁹. أما الثانية إذا كان الأمر متعلّقاً بتصرف قانوني شكلي، عندئذ لا يكون إثبات هذا التصرف إلاّ بالكتابة باعتبارها ركناً و بدونها لا يقوم التصرف سواء قام على إرادتين كعقد الهبة أو إرادة واحدة كالوصية، فالإثبات بالكتابة يكون عندها أمراً ضمنياً.

و رغم ما حظيت به الكتابة من قوّة¹³¹⁰ مقارنة مع غيرها، فإنّ دلالتها على الحقيقة ليست على القدر نفسه من القوّة. فقوّة الحقيقة فيها مرتبطة بعناصرها؛ لأنّ حجّية الورقة تعتبر عاملاً متغيّراً بحسب العنصر الذي نظر إليه. ولذلك سنقوم بدراسة دلالتها على الحقيقة من حيث صدور الورقة وتاريخها في (الفرع الأول)، ثمّ سنقوم بدراسة دلالتها على الحقيقة من حيث حقيقة المضمون، أمّا (الفرع الثالث) سوف نخصّصه لدراسة دلالة بعض الأوراق العرفية على الحقيقة لخصوصيتها.

الفرع الأول: صدور الورقة وتاريخها

فإذا كان العنصر المنظور إليه متمثلاً في صدور الورقة فمن تحمل توقيعاتهم وبسلامتها المادية، فإنّ الورقة الرسمية التي تحرّر من طرف موظّف عمومي مختصّ و مؤهل قانوناً¹³¹¹ و تخضع إلى شكليّات من

¹³⁰⁸ لقد كان الفقهاء المسلمون الأسبق من غيرهم في الحديث عن هذه العناصر ومدى دلالتها على الحقيقة، واضعين بذلك الضمانات التي من خلال مراعاتها تقوى هذه الدلالة. انظر في ذلك: ابن فرحون (برهان الدّين)، مصدر سابق، ج1، ص201.

¹³⁰⁹ إنّ اشتراط المشرّع الكتابة في إثبات الدّين إذا تجاوزت قيمته مائة ألف دينار لا يعني اشتراط الرسمية، وهو ما نصّت عليه المادة (333) من القانون 58/75 المؤرّخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، المعدّلة بموجب القانون 10/05 المؤرّخ في 20 يونيو 2005: (في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد نصّ يقضي بغير ذلك). وهذا ما استقرّت عليه المحكمة العليا. انظر قرار المحكمة العليا (غ.م) رقم 678615 المؤرّخ في 20/10/2011، مجلّة المحكمة العليا لسنة 2012، العدد1، ص (136-138).

¹³¹⁰ الوثائق الرسمية لها قوّة ثبوتية قاطعة، و لا يمكن ترجيح الوثيقة العرفية عليها فيجب مواجهتها لحجّة ماثلة لها في القوّة قانوناً أو أكثر قوّة. والحكم بغير هذا المبدأ يعدّ إساءة لقواعد الإثبات، الأمر الذي يعرّض الأحكام و القرارات للتقوض. انظر قرار المحكمة العليا (غ.م) رقم 176264 المؤرّخ في 18/11/1998، المجلّة القضائية لسنة 1999، العدد1، ص (102-104).

¹³¹¹ فقد اعتبرت المحكمة العليا أنّ الشّهادة الشّرفية الحرّرة أمام الموثّق بحضور الشّهود غير صالحة لإثبات تمتّع الشخص بديانة الإسلام من أجل اكتساب صفة الوارث؛ على أساس أنّ الموثّق غير مؤهل لتلقّي شهادة الشّهود على اعتناق أي شخص الإسلام. و بيان ذلك أنّ القرار المطعون فيه قضى بتأييد الحكم المستأنف الذي اعتبر أنّ المطعون ضدها اكتسبت صفة الوارثة باعتبارها مسلمة بناء على الشّهادة الشّرفية التي قدّمها و التي حرّرت أمام الموثّق بحضور الشّهود، إلاّ أنّ المطعون ضدها قد أسلمت بعد وفاة المورث في 03/12/1992 و ليس قبل ذلك، و ذلك بناء على الشّهادة الصّادرة في 23/01/1996 عن وزارة الشّؤون الدّينية، و حسب المذهب المالكي فإنّ من أسلم بعد

الواجب مراعاتها حجة بذاتها¹³¹²، أي أنّ لها قوّة ثبوتية قاطعة¹³¹³، دون الالتفات إلى من كتبها، من ووقعها أو غيرهم، سواء في ذلك الموظف العام الذي قام بتحريرها، وذوو الشّان الذين حضروا تحريرها ووقعوها. كما أنّ لها الحجية و القوّة الثبوتية في سلامتها المادية، وتعتبر كذلك إلى حين أن يثبت أصحاب المصلحة أنّ صفة الرسمية ساقطة عنها لتعرضها لأحد عوارض البطلان أو تزويرها¹³¹⁴. بهذا تكون الورقة الرسمية السليمة محاطة من أجل حمايتها بقرينتين: قرينة بسلامتها المادية، و قرينة بصدورها من الأشخاص الموقعين عليها، و هم الموظف العام و أصحاب الشّان¹³¹⁵. ولهذا كان من اللازم أن يكون المظهر الخارجي للورقة الرسمية معبراً عن رسميتها، فلو لاحظ القاضي علامات خارجية أو عيوباً مادية في شكل الورقة تدلّ على تزويرها بصورة واضحة وبناء على مجرّد الفحص العادي، فإنّه يجوز له استبعاد الورقة دون حاجة إلى ادعاء الخصم بالتزوير، فالقاضي يجب أن يطمئنّ على سلامتها حتّى تكون مداراً للحكم، وهذه المسألة تشكّل محلاً لتقدير القاضي. ولهذا كان له في حالة شكّه المستند إلى عيوب الورقة، سواء كانت كشطاً أو محواً أو شطباً أو تحشية¹³¹⁶ الحكم بعدم إعطاء الورقة أيّة قيمة ثبوتية كلياً أو جزئياً، دون إحالة الخصوم إلى التّحقيق عن طريق الطّعن بالتزوير.

أمّا الورقة العرفية في هذا العنصر من النّظر فحجيتها متوقّفة على شرط توقيعها¹³¹⁷؛ لأنّ التّوقيع هو الجوهر والفاصل، فكلّ ما فيها يرتبط به. فمن يجد نفسه أمام ورقة عرفية محتجّ عليه بها من أجل الوصول إلى حقيقة معيّنة باعتبارها موقعة منه يجب عليه إذا لم يكن مسلماً بذلك أن ينكر توقيعها إيّاه إنكاراً صريحاً، فحجية الورقة العرفية مؤقتة، وثبوتها يرتبط إمّا بإقرار من نسبت إليه الورقة صراحة أو ضمناً

موت المورث فلا حقّ له في الميراث، و عقد الزّواج الموجود بين المطعون ضدها والمورث لا يعتبر أساساً لهذا الحقّ، فلا توارث بين ملّتين، و لهذا نقضت المحكمة العليا قرار المجلس القضائي. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 244899 المؤرخ في 20/06/2001، المجلّة القضائية لسنة 2003، العدد1، ص (345-348).

¹³¹² و معنى ذلك أنّها حجة بكلّ ما يلحق به وصف الرسمية فيها دون حاجة إلى الإقرار بها بخلاف الورقة العرفية التي لا تكون الحجية لما دون فيها قبل الإقرار بها. انظر في ذلك: مرقس (سليمان)، مرجع سابق، ص193.

¹³¹³ قرار المحكمة العليا (غ.م) رقم 176264، المذكور سابقاً.

¹³¹⁴ لا يمكن دحض البيانات الرسمية الواردة في الأحكام و القرارات القضائية إلاّ عن طريق الطّعن بالتزوير. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.م) رقم 398156 المؤرخ في 21/06/2006، مجلّة المحكمة العليا لسنة 2006، العدد2، ص (235-240).

¹³¹⁵ Planiol (M.), Rippert (G.), *op.cit.*, P.886.

¹³¹⁶ Aubry et Rau, *op.cit.*, p. 108.

¹³¹⁷ Planiol (M.), Rippert (G.), *Ibid.*, P.895.

وتكون هذه الحجية مرتبطة فقط بالجوانب المادية للورقة، أمّا من ناحية صحّة تصريحات وإقرارات الخصوم الواردة فيها فيون باب الإثبات فيها مفتوحاً دون الحاجة للإدعاء بالتزوير. وحسب الأستاذ سليمان مرقس فإذا كان القانون قد جعل للورقة العرفية نفس حجية الورقة الرسمية، فمن المؤكّد أنّ هذا الحكم سوف ينصرف إلى الحجية التي يجوز إثبات عكسها بغير الادعاء بالتزوير؛ على أساس أنّ الورقة العرفية تحرّر من طرف ذوي الشّان دون تدخل من موظّف عامّ، فلا يصحّ أن تزيد حجية المدوّنة بها على حجية ما ورد في الورقة الرسمية من بيانات وردت على لسان ذوي الشّان دون أن يتحقّق منها الموظّف العامّ. انظر في ذلك: مرقس (سليمان)، مرجع سابق، ص267.

بالسكوت أو بإنكاره وإثبات الخصم صحة توقيعه، فإذا ثبت صحة الورقة تصبح بالنسبة للطرفين في قوة الورقة الرسمية¹³¹⁸، فلا يصح بعدئذ الطعن فيه إلا بالتزوير¹³¹⁹. فيكون بذلك موقفه أجهلها غير خارج عن إحدى الحالات الثلاث:

(أ) الاعتراف الصريح بصدورها منه، عندها تكتسب الورقة العرفية حجية الورقة الرسمية، أي أنها تكون حجة بصدورها من المقر بها و سلامتها المادية، فيكون من غير الجائز بعدها الطعن في سلامتها المادية إلا عن طريق الطعن بالتزوير¹³²⁰، وذلك بخلاف ما إذا طعن في مطابقة ما دون بالورقة المعترف بها للحقيقة؛ لأن اللجوء إلى الطرق العادية في الإثبات سيكون كافياً دون أن يلزم نفسه بسلك طريق الطعن بالتزوير¹³²¹، إلا أنه لا يقبل من غير الذي اعترف بتوقيعها نفي صدورها منه إلا من هذا الطريق¹³²². وذلك كالعقد العرفي فإنه يعتبر صادراً ممن وقعته ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، كأن يتفق شخص مع مطلقته على اقتسام المنزل الزوجي والتزوجية قائمة بينهما طبقاً للعقد العرفي الممضى من قبله. حيث أن الطاعن لا ينكر اتفاقه مع مطلقته باقتسام المنزل الزوجي. ولهذا فإن الحكم الذي قضى بشرعية الاتفاق مؤكداً من طرف المجلس القضائي يكون صائباً وموافقاً لدلائل الأحكام والنصوص القانونية¹³²³.

(ب) الإنكار الصريح¹³²⁴ بصدورها منه، ولا يكون ذلك إلا قبل مناقشة موضوع الورقة المنسوبة لمنكرها¹³²⁵، وهو ما استقر عليه القضاء الجزائري¹³²⁶. وفي هذه الحالة لا يكون أمام القاضي قبل قيامه

¹³¹⁸ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص 192.

¹³¹⁹ Planiol (M.), Rippert (G.), *op.cit.*, P.919-920

وتكون هذه الحجية مرتبطة فقط بالجوانب المادية للورقة، أما من ناحية صحة تصريحات وإقرارات الخصوم الواردة فيها فيون باب الإثبات فيها مفتوحاً دون الحاجة للإدعاء بالتزوير. وحسب الأستاذ سليمان مرقس فإذا كان القانون قد جعل للورقة العرفية نفس حجية الورقة الرسمية، فمن المؤكد أن هذا الحكم سوف ينصرف إلى الحجية التي يجوز إثبات عكسها بغير الادعاء بالتزوير؛ على أساس أن الورقة العرفية تحرر من طرف ذوي الشأن دون تدخل من موظف عام، فلا يصح أن تزيد حجية المدونة بما على حجية ما ورد في الورقة الرسمية من بيانات وردت على لسان ذوي الشأن دون أن يتحقق منها الموظف العام. انظر: إدور عيد، مرجع سابق، ص 225، سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 324-325.

¹³²⁰ Planiol (M.), Rippert (G.), *Ibid*, P.919-920.

¹³²¹ مرقس (سليمان)، مرجع سابق، ص 250.

¹³²² السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص 192.

¹³²³ انظر: قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 45658 المؤرخ في 1987/12/07، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد4، ص(61)-63.

¹³²⁴ الصراحة هي الشرط الجوهري الوحيد الذي يجب توفّره في الإنكار الذي يعتبر مجرد نفي لفظي لواقعة حصول التوقيع على الورقة العرفية على من يتمسك بها دون أن تكون له إجراءات محددة، فكل ما لا يعتبر صريحاً يعتبر إقراراً بالورقة، ولهذا لم يكن من الجائز استنتاج الإنكار من ظروف الدعوى وملايساتها. ولهذا إذا لم يبد الخصم رأيه في الورقة التي يحتج بها عليه وظلّ ساكناً في مواجهتها ولم يطعن فيها بالإنكار إلا في مرحلة في الدعوى، دون عذر مقبول يكون جائزاً للقاضي أن يتخذ من ذلك السكوت قرينة قضائية على صحة الورقة، كما له اعتبار الإنكار في هذه الحالة عملاً كيدياً أريد به تعطيل الفصل في الدعوى، وبالتالي يكون جائزاً القضاء بعدم قبول الطعن بالإنكار. كما له سلطة

بإصدار حكم في موضوع الدعوى إلا أن يفصل في صحة الورقة التي أنكرها الخصم المنسوبة إليه، كما يكون واجبا عليه الأمر، ولو من تلقاء نفسه، بالتحقيق بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو بمسندات محدّدة، وقد يصل الأمر إلى حدّ تعيين خبراء لأجل ذلك¹³²⁷، ما لم يكن في وقائع الدعوى ومستنداتها ما قد يكون كافيًا في منظور القاضي لتكوين اعتقاده في ما تعلق بصحة الورقة الأمر الذي يجوز له معه الحكم بصحتها دون الحاجة إلى إجراء تحقيق¹³²⁸، أو أن يستبعدا باعتبارها ورقة مزوّرة وأن يبني على ذلك حكمه في الموضوع¹³²⁹. والمهمّ في هذا كلّ، أنّ مجرد إنكار الخصم صراحة توقيع الورقة المنسوبة إليه يجعلها بلا حجّية، أي غير صالحة للاحتجاج بها عليه، فلا تصلح بذلك أن تكون مسلكا لبلوغ الحقيقة في منظور القانون، الأمر الذي يثقل كاهل من يتمسك بها بوجود إقامة الدليل على صحة صدورها من خصمه، باتّباع الإجراءات الخاصّة بتحقيق الخطوط¹³³⁰، حتّى ولو كان ذلك لأوّل مرّة أمام قضاء الاستئناف¹³³¹.

تقدير جدّيته فلا يأخذ بإنكار التوقيع ولا يطلب الشّخص إجراء التّحقيق في حالة ما إذا وجد في ظروف الدّعوى وملاساتها ما يكفي في بناء اقتناعه بصحة الورقة كما يصحّ استبعاد الورقة إذا كان عدم صحتها ظاهرا، كان يكون التوقيع منسوبًا لشخص لا يعرف القراءة والكتابة مطلقًا. انظر في ذلك: الندوي (آدم)، مرجع سابق، ص 237.

1325 مرقس (سليمان)، مرجع سابق، ص 251.

1326 فمن المقرّر قانونًا أن يعتبر العقد العرقيّ صحيحًا وصادرا من وقعه ما لم ينكر هذا الأخير ما هو منسوب إليه من خطأ وإمضاء. و تجاهل هذا الإنكار من طرف القضاة يعتبر تجاهلا لنصّ المادة 327 من القانون المدني، و يكونون بذلك قد أغفلوا اتّباع طرق البحث عن الحقيقة. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (الغرفة المدنيّة) رقم 85535 المؤرخ في 1992/05/27، المجلّة القضائيّة لسنة 1994، العدد3، ص (14-17).

1327 انظر قرار المحكمة العليا (الغرفة المدنيّة) رقم 99842 المؤرخ في 1992/06/03، المجلّة القضائيّة لسنة 1993، العدد4، ص (41-45).

1328 الندوي (آدم وهيب)، المرجع نفسه، ص 237.

1329 ويجب على قضاة الموضوع أن يبيّنوا في أسباب حكمهم كلّ العناصر التي بنو على أساسها اقتناعهم بشأن الورقة ومخالفة هذا المبدأ يعيب الحكم بالقصور في التّسبب، وهذا رغم أنّ مسألة تقدير ظروف الطّعن بإنكار التوقيع وجدّيته مسألة موضوعيّة، تكون فيها السّلطة التقديرية للقضاة واسعة، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصريّة: (إنّ على القاضي إذا رأى صحة التوقيع المذكور أن يدوّن في حكمه ما يكون قد اطمأنّ إليه من الاعتبارات المقتنة له، فإن خلا حكمه من ذكرها وقع حكمه باطلا لخلوه من الأسباب). انظر نقض مدني، 13 يناير 1938، مجلّة القانون والاقتصاد، السنة8، العدد6، رقم 20. وفي حالة إذا لم يجد القاضي ما يكفي لبناء اقتناعه حول الورقة العرفيّة في وقائع الدّعوى ومستنداتها والمطعون فيها بالإنكار أو الجهالة يكون واجبا عليه أن يأمر بالتحقيق بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو بالخبرة أو بكلّ هذه الطّرق؛ على أساس أنّ المسألة وصلت إلى حدّ عدم إمكان الاستغناء عن التحقيق من أجل إصدار حكم في الدّعوى. إلا أنّه يجب على القاضي قبل إصدار حكمه في الدّعوى إطلاع الخصوم على أوراق التحقيق وتقارير الخبراء. ويجب عليه أن يجعل حكمه مقصورا على ذلك فلا يجوز له تناول موضوع النزاع في ذات الحكم، حتّى تكوّن للخصوم فرصة يبدون من خلالها دفعهم، فالحكم الصادر في دعوى تحقيق الخطو الفرعيّة حجّته قاصرة على صحّة أو عدم صحّة الخطأ أو التوقيع، ولا يمكن أن يتعدّى أثر ذلك إلى صحّة الالتزامات المدوّنة في الورقة العرفيّة والتي لم يعرض لها الحكم. انظر الندوي، مرجع سابق، ص 240.

Planiol (M.), Rippert (G.), *op.cit.*, P.918.

1330 مرقس (سليمان)، مرجع سابق، ص 252-253، السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص 190.

وفي حالة عجز المدعي عن إثبات نسبة الورقة إلى المدعى عليه يكون له عندئذ الحق في توجيه يمين البتات إليه، التي من خلالها يحلف المدعى عليه بأنه غير مدين للمدعي بما جاء فيها، كأن يكون وارثا فتوجه إليه يمين عدم العلم التي من خلالها يحلف المدعى عليه بأنه لا يعلم بأن مورثه مدين للمدعي بمضمون الورقة¹³³²، وهذا على شرط أن لا يكون في وقائع الدعوى ومستنداتهما ما يغني المحكمة عن مطالبته بهذا الدليل¹³³³. وإذا قضت المحكمة بصحة الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع¹³³⁴ اكتسبت الورقة حجيتها وتكون لها القوة القانونية التي تكتسبها الورقة لو اعترف الشخص المنسوبة إليه، ولا يكون أمامه إذا ما ظلّ منازعا في ذلك إلا طريق الطعن بالتزوير¹³³⁵. على أنه إذا كان توقيع الورقة مصدقا عليه لا يقبل من الشخص المنسوبة إليه إنكار توقيعه إياها، وإذا ما تمسك بعدم الاعتراف بها فما له إلا طريق الطعن بالتزوير باعتبار التصديق على التوقيع يتم بحضور رسمي يحرره موظف عام مختص بذلك¹³³⁶. وإذا ما اعترف الشخص المنسوبة إليه الورقة بتوقيعه لا يجوز له قانونا إنكار ما تضمنته من كتابة؛ لأن حجية الورقة تستمد من توقيعها المعترف به بغض النظر عن الكتابة إذا كانت بخط موقعها أو بخط غيره، ولا يكون أمامه سوى طريق واحد للتوصل من حجية الورقة عليه وهو طريق الطعن بالتزوير، ويكون له الوضع نفسه إذا ما ادعى حدوث إضافات أو تغييرات وهو ينكرها¹³³⁷.

¹³³¹ وقد استقرّ القضاء الجزائري على أنه لا يعدّ طلب مضاهاة الخطوط أمام جهة قضاء الاستئناف طلبا جديدا؛ لكونه من وسائل الدفاع المقبول إثارته أمامها لأول مرة. انظر قرار المحكمة العليا (غ.م) رقم 420995 المؤرخ في 2008/07/23، مجلة المحكمة العليا لسنة 2008، العدد 2، ص (185-188).

¹³³² مرقس (سليمان)، مرجع سابق، ص 253.

¹³³³ إنّ إنكار الخط أو التوقيع يحوي بالتضمن ادعاء بالتزوير إلا أنه لا يتحمل كاهل المنكر بعبء إثبات ذلك مادام قد اقتصر على الإنكار و لم يتخذ سبيل الطعن بالتزوير مسلكا، و بمجرد إنكار الخصم توقيعه تملك المحكمة من تلقاء نفسها الحكم بصحة الورقة أو بردها و بطلانها إذا وجدت في ظروف الدعوى و ملاساقها ما يكفي لتكوين عقيدتها في ذلك. فإذا استعملت سلطتها هذه في تقرير صحة الورقة فلا يكون لمنكر التوقيع أن يعيب عليها عدم أخذها بأسانيد التزوير التي ساقها إليها و عدم تحقيق هذه الأسانيد مادام هو لم يسلك سبيل الطعن بالتزوير. انظر سليمان مرقس (سليمان)، مرجع سابق، ص 253 بامشها.

¹³³⁴ لقد استقرت محكمة النقض المصرية على مبدأ مفاده: التوقيع بالبصمة كالتوقيع بالإمضاء، فالتوقيع ببصمة الأصبع كالتوقيع بالإمضاء أو الختم، بل هي أقوى في الدلالة على صحة الورقة؛ لأنه يمكن تقليد الختم أو الإمضاء بخلاف البصمة فإنه لا يمكن تقليدها كما هو ثابت من قبل المختصين. انظر: ق 32/1768، كرموز، م. ش 1967/5، أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، المبدأ 35، ص 32. كما أكدت الدراسات العلمية المختصة استحالة تطابق بصمتين لشخصين مختلفين، وكذا تطابق بصمة أصبعين لشخص واحد، كما أكدت الدراسات عدم تأثير عوامل الوراثة في البصمات بحيث لا تطابق بين بصمات الآباء وبصمات الأبناء أو الأشقاء بمن فيهم التوائم، بل أصبح ثابتا تنوع البصمات بالنسبة لكل شخص تنوعا واسعا بحيث يكون لبصمات كل شخص خصائص ينفرد بها دون الآخرين، ولهذا كان من المعقول استبعاد الاعتماد على الختم ليسر تقليده، الأمر الذي يساهم في خلق مشاكل على المستوى القضائي. انظر في ذلك: الندوي، مرجع سابق، ص 231.

¹³³⁵ مرقس (سليمان)، مرجع سابق، ص 255.

¹³³⁶ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج 2، ص 189.

¹³³⁷ مرقس (سليمان)، مرجع سابق، ص 256.

(ج) وهي حالة يكون فيها للشخص المنسوبة إليه الورقة موقف سلبي، فهو لا يعترف ولا ينكر، فكتسب الورقة حجيتها عندئذ لعدم حصول الإنكار الصريح الذي يعتبر شرطاً يعلق عليه زوال حجيتها، فالسكوت في معرض الحاجة بيان. على أنه يستثنى من هذا الشرط المعلق كل من كان له مركز الوارث أو الموصى له بجزء من التركة¹³³⁸، فمركز هذين الشخصين يختلف عن مركز المورث؛ لأن التوقيع ينسب إليه لا إليهما، فلا يجوز أن يطلب إليهما إنكار حصوله بتاتا، ويكون كافياً أن يحلفا يمينا بأتهما لا يعلمان أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق، أي أنه لا يطلب من الوارث إنكار التوقيع صراحة. إلا أن محكمة النقض المصرية أكدت أنه بالفعل طعن الوارث بالجهالة يعفيه من الإنكار إلا أنه لا يكتفى بحلفه على عدم العلم لحصول التوقيع بل يكون واجبا عليه أن يحلف كذلك على عدم تعرفه توقيع مورثه ولو كان لم يعلم بواقعة التوقيع¹³³⁹. و تفقد الورقة بصفة مؤقتة قوتها في الإثبات عند حلف الوارث على ذلك، و يتعين عندئذ على كل متمسك بها إثبات صحتها متبعا في ذلك الإجراءات القانونية المتعلقة بتحقيق الخطوط¹³⁴⁰. وفي حالة امتناع الوارث عن الحلف يكون الدفع بعدم العلم أو الجهالة غير ذي أساس من القانون؛ لأن امتناعه هذا يعد بمثابة إقرار ضمني منه بصحة صدور الورقة من المورث أو من الخلف¹³⁴¹. وإن مسألة مناقشة موضوع الورقة لا تأثير لها في الطعن بالجهالة أو الإنكار الذي يقوم به وارث الشخص و خلفه، الأمر الذي يخول لهما حق الطعن حتى بعد مناقشة موضوع الورقة، و هذا استثناء من قاعدة من احتج عليه بورقة عرفية و قام بمناقشة موضوعه لا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع التي بموجبها تقوم قرينة قاطعة مفادها أن مناقشة موضوع الورقة العرفية دليل على صحة نسبتها إليه¹³⁴². و استثناء الوارث أو الخلف من هذه القاعدة قائم على جواز عدم إمكانية تبيينهما عدم صحة نسبة الورقة إلى مورثه أو خلفه إلا بعد مناقشة موضوعها. إلا أنه في حالة ما إذا أقر الوارث بأن

¹³³⁸ و يلحق بهم الخلف الخاص و الدائن العادي.

¹³³⁹ مرقس (سليمان)، مرجع سابق، ص 259.

و قد اكتفت المادة 1322 من القانون المدني الفرنسي بمجرد إنكار الورثة و الخلف معرفة خط المورث أو توقيعه دون اللجوء إلى تحليفهم على ذلك. و قد تبعه في ذلك القضاء المصري على الرغم من خلق القانون الملغى من أي نص متعلق بهذه المسألة. و لقد كان للمشروع المصري عند وضعه للتقنين الجديد وجهة نظر مخالفة، حيث رأى أنه من المناسب وضع نص يشبه نص المادة 1223 من القانون المدني الكندي، الذي أقر وجوب تعزيز إقرار الوارث أو الخلف بيمين يؤذيها، و ذلك بهدف دفع التعتسفات المحتملة من الجانبين في استعمال الرخصة المخولة لهما و ذهب واضعو التقنين الحالي إلى استعمال عبارات القانون الهولندي فنصوا على أنه يكتفى من الوارث أو الخلف أن يحلف على أنه لا يعلم أن الإمضاء أو الخط لمورثه، أي أنه لا يكتفى منه أن يحلف على عدم علمه بحصول الكتابة أو التوقيع من مورثه.

¹³⁴⁰ مرقس (سليمان)، مرجع سابق، ص 259-260.

¹³⁴¹ المرجع نفسه، ص 260.

¹³⁴² و هذه القاعدة يمكننا استنباطها من المادة 3/14 من قانون الإثبات المصري التي جاء فيها: (من احتج عليه بمحرر عرقي و ناقش موضوعه لا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع). انظر في ذلك: مرقس (سليمان)، مرجع سابق، ص 261.

الختم الموقع به عليها صحيح لا يقبل عندها منه الطعن بالجهالة، بل يكون واجبا عليه سلوك سبيل الطعن بالتزوير¹³⁴³.

أما إذا كان العنصر المنظور إليه هو عنصر التاريخ، فإن تاريخ الورقة الرسمية تاريخ ثابت له الحجية الكاملة باعتباره من صميم عمل الموظف العام الذي يقوم بتثبيته تحت مسؤوليته¹³⁴⁴. أما الورقة العرفية فتحمل تاريخا يفترض أنه التاريخ الصحيح فيما بين الطرفين حتى يثبت العكس. أما إذا نظرنا للغير فيقوم احتمال أن يكون الطرفان متواطئين في تقديم التاريخ أو في تأخيره لتحقيق غرض معين. فقد يكون التواطؤ في تقديم تاريخ البيع على سبيل المثال، حتى لا يطعن الورثة بأن التصرف كان قد وقع في مرض الموت. و قد يكون التواطؤ في تأخيره من أجل تفادي الطعن في التصرف بنقص الأهلية، وذلك بإخفاء أن أحد المتعاقدين كان قاصرا وقت التعاقد¹³⁴⁵. ولهذا كان من المعقول ألا يكون تاريخ الورقة العرفية حجة على الغير، إلا إذا كان ثابتا على وجه قاطع، وعلى هذا جرى القانون الجزائري في المادة (328)¹³⁴⁶ من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني.

الفرع الثاني: حقيقة المضمون

أما إذا كان الأمر متعلقا بحقيقة ما دون في الورقة، فلا بدّ ابتداء أن يكون مشروعاً، ولا بدّ انتهاء أن نفرّق بين نوعين من البيانات الواردة بالورقة الرسمية. فالنوع الأول لا يمكن دحض حجّيته إلا عن طريق الطعن بالتزوير¹³⁴⁷، ويشمل ما يثبتته الموظف العام من وقائع باعتبار أنه تولى ضبطها بنفسه و هي في

¹³⁴³ المرجع نفسه، ص 261.

¹³⁴⁴ إلا أنّ العقود العامة لها تاريخ ثابت بذاتها، فهي بذلك لا تفتقر من أجل ثبوت تاريخها إلى وجوب تسجيلها كما هو الأمر بالنسبة

للعقود التي يقوم بتحريرها المؤثّقون. أنظر في ذلك: Planiol (M.), Rippert (G.), *op.cit.*, P.890.

¹³⁴⁵ Aubry et Rau, *op.cit.*, P.179-180.

¹³⁴⁶ نصّت هذه المادة على أنه: (لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت. ويكون تاريخ العقد

ثابتا ابتداء: - من يوم تسجيله، - من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرّره موظف عام، - من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص، - من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خطّ أو إمضاء..).

¹³⁴⁷ الذي يشترط فيه أن يكون منتجا، أي مؤيدا بأدلة ترجح وقوع التزوير، وإلا رفض الطلب، عندئذ يواصل القاضي بالتظر في الدعوى، فهو غير ملزم بالاستجابة، وقد يقضي من تلقاء نفسه بصدد ادعاء التزوير دون تحقيق بل وبالترغم من تمسك أحد الطرفين بطلب إجراء التحقيق. فالقاضي لا يجيب مدعي التزوير على طلبه إلا إذا كانت هناك قرائن قوية على صحة ادعائه، وهذا مستمد من مفهوم المخالفة لنصّ المادة (113) من قانون المرافعات المدنية العراقي: (إذ ادعى الخصم تزوير السند وطلب تحقيق ذلك ووجدت المحكمة قرائن قوية على صحة ادعائه أجابته إلى طلبه). ولا شك أنّ استعمال المحكمة سلطتها هذه أمر جوازي. فدور القاضي في الإثبات قبل الادعاء بالتزوير

حدود مهمته¹³⁴⁸، ك: التاريخ الذي يعتبر ثابتاً من اليوم الذي تلقى الورقة، و قبل قيدها في السجل المعد لذلك، بيان مكان تلقي الورقة و الكتابة و حضور ذوي الشأن و الشهود، توقيع من سبق ذكرهم إضافة إلى توقيع الموثق و كلّ البيانات المتعلقة بإتمام الإجراءات الواجبة قانوناً كمسألة التعرّف على ذوي الشأن مباشرة أو عن طريق شهود المعرفة، ما يصدر من ذوي الشأن في حضور الموظف فيقع تحت إدراك الحسّ إمّا سماعاً أو إبصاراً، كوقائع التسليم والإقرارات. هذه الأخيرة التي تكون وظيفة الموظف العام فيها مقتصرة على إثباتها دون المساس بصحتها.

أمّا النوع الثاني فيشمل مضمون البيانات التي أدلى بها ذوو الشأن إلى الموظف العام، فقام بتدوينها تحت مسؤوليتهم بناء على ما سمعه منهم دون أن يكون له التحقيق في صحتها. وحكم هذه البيانات لا يكون مختلفاً عن حكم البيانات الواردة في ورقة عرفية وذلك فيما يتعلّق بصحة مضمونها لا بواقعة تقريرها، ولهذا كان جائزاً إثبات عكسها بالطرق العادية الموافقة للقواعد العامة¹³⁴⁹، فيكون مرض الموت في عقد الهبة من البيانات التي يجوز إثبات عكسها بجميع طرق الإثبات¹³⁵⁰، وكذلك مسألة المرض العقلي المدلى

رقيباً؛ لأنّ يريد أن يمنع الوقائع بعيدة التصديق أو غير المتعلقة بالموضوع، أو غير المقبولة قانوناً من أن تدخل نطاق الدعوى. فإذا تبين للقاضي أنّ شواهد التزوير غير منتجة في إثبات التزوير أو غير جائزة الإثبات قانوناً أمرت بعدم قبولها وسارت في نظر الدعوى الأصلية كما لو لم يكن هناك ادعاء بالتزوير. لدى فإنّ للقاضي من غير أن يحيل الدعوى إلى التحقيق بالمضاهاة أو سماع الشهود أن يقضي بتزوير السند، متى كانت الأدلة التي اعتمدها عليها تؤدي إلى هذا التزوير بشرط أن يبيّن الأسباب التي يبني عليها اقتناعه وتسوّغ له استغناء عن الأمر بالتحقيق. أمّا إذا وجد القاضي أنّ الشواهد كلّها أو بعضها منتجة في إثبات التزوير وجائزاً إثباتها قضى بقبول الشواهد كلّها أو بعضها وعين الشواهد التي ارتأى تحقيقها وطرق تحقيقها. وكون شواهد التزوير متعلقة بالادعاء ومنتجة فيه مسألة موضوعية تخضع لتقدير قضاة الموضوع دون رقابة من المحكمة القانون متى كانت الأسباب التي أقام عليها قضاءها مستساغة عقلاً. انظر أحمد أبو الوفاء (أحمد)، المرافعات المدنية والتجارية، ط8، 1965، ص 794.

¹³⁴⁸ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص 148. وانظر في ذلك كذلك: Planiol et Ripert, *op.cit.*, P.887. ¹³⁴⁹ وقد جاء على لسان محكمة النقض المصرية: (حجية الورقة الرسمية قاصرة على البيانات التي تتفق وما قام به محرّرها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره، البيانات الأخرى التي يدونها نقلاً عن ذوي الشأن المرجع في إثبات حقيقتها إلى القواعد العامة في الإثبات). انظر: نقض 49/18، 1982/2/23، أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، 1992، المبدأ 36، ص 32.

¹³⁵⁰ ولما رفض قضاة الموضوع دعوى الطّاعن على أساس أنّ العقد التوثيقي لا يمكن إبطاله إلا في حالة الطّعن بالتزوير، مع أنّ الدعوى كانت ضدّ التصرف الذي أقامه الواهب وليس ضدّ شكلية العقد، رغم ثبوت أنّ الهبة موضوع النزاع كانت في مرض الموت فعلاً، وكان من الواجب قبول شهادة الموثق وشهادات الشهود والشهادات الطبية، ولهذا يكون قضاء الموضوع قد خالفوا القانون. انظر قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 219901 المؤرخ في 1999/03/16، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص (287-290).

ومتى ثبت أنّ عقد الهبة قد حرّره المالك في فترة مرضه الخطير والمخيف، والتي يدخل ضمن الحالات المشار إليها في المادة (204) من قانون الأسرة، وذلك بناء على وثائق صحيحة لم يتطرّق إليها المجلس القضائي ولم يناقشها بل ذهب إلى القول بأنّ المادة (204) يتعدّر تطبيقها، ولم يبيّن كيفية هذا التعدّر، ذلك لأنّ المورث إذا كان مريضاً وقد أجرى هذه الهبة بعد خروجه من المستشفى بعد أربعة أيام فقط وأعقبته الوفاة مباشرة، الأمر الذي يدلّ على أنّ مرضه مرض موت من منظور شرعي وقانوني، فالتصرف فيه ولو كان هبة، فيجب أن يكتف على

بها في بنود عقد رسمي، فهي من البيانات التي يجوز دحضها بالدليل العكسي¹³⁵¹. وهذه الأحكام تسقط على:

(أ) العقود الرسمية جوازا أو وجوبا، وكمثال على ذلك:

(1) عقد الزواج، الذي يعتبر حجة فيما دون به؛ ووضع له ولأجله باعتبار وصفه العنواني، لهذا كان حجة فيما تعلق بالزواج، ولم يكن حجة في غير ما وضع له باعتبار ذلك الوصف¹³⁵². كما يعتبر دليلا عاما يجب تقديمه في جميع الدعاوى كلما اقتضى الأمر ذلك وفق القوانين المعمول بها، كدعاوى التفريق القضائي ودعاوى التركات والنسب ودعاوى الحضانة¹³⁵³؛ لأنه يعتبر مستندا دالا على قيام الزوجية بين طرفي الدعوى. وهو أول دليل يكون تقديمه من طرف الزوجة أو الزوج عند رفعهما دعوى التطليق أو دعوى الطلاق واجبا، باعتباره سندا توثيقيا بواقعة الزواج يهدف إلى ضمان إيجاد وسيلة وحيدة لإثبات الرابطة الزوجية ومنح الزوجين حق اللجوء إلى القضاء. فإذا قامت المرأة عند القاضي تريد الطلاق للغبية لما يلحقها من الوحشة وعدم الوطء أو عدم الإنفاق، فإنه يكلفها إثبات الزوجية واتصالها إلى حين رفع الدعوى¹³⁵⁴. فالزواج واقعة مادية وقانونية وشرعية تربط بين الرجل والمرأة، وعقد الزواج سند توثيقي يشكّل وسيلة لإثباتها¹³⁵⁵، حتى ولو كان ذلك لأول مرة أمام المجلس القضائي، باعتباره دليلا وليس طلبا¹³⁵⁶. فلا يثبت الزواج في التشريع الجزائري إلا بعقد رسمي أو بحكم قضائي¹³⁵⁷. وليس معنى ذلك أن عقد الزواج عقد

أنه وصية قانونا، وبناء على هذا الاعتبار فإن الوصية لو ارت غير جائزة؛ لأن الموهوب لها زوجة وارثة من المتوفى، مما يجعل القرار مخالفا لعدة نصوص قانونية وقواعد إجرائية كان على قضاة الموضوع أن يبطلوا عقد الهبة المذكور ويعتبرونه عقد وصية. انظر قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) المؤرخ في 2005/06/15، نشرة القضاة لسنة 2006، العدد 59، ص (231-235).
¹³⁵¹ قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 146497 المؤرخ في 1996/07/17، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد 1، ص (28-33).
¹³⁵² انظر: ق 27/734 جرجا، م.ش 421/1، انظر في ذلك: أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، المبدأ 14، ص 24.

¹³⁵³ لقد جاء على لسان المحكمة العليا في أحد قراراتها: إن الادعاء بزواج الأم الحاضنة بغريب عن الابن المتنازع على حضنته لا يجب إثباته إلا بعقد زواج محرز طبقا للمادة (66) من قانون الأسرة. انظر قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 102886، المؤرخ في 1994/04/19، نشرة القضاة لسنة 1997، العدد 51، ص (92-95).

¹³⁵⁴ ابن فرحون، مصدر سابق، ج 1، ص 176، ابن جزري، مصدر سابق، ص 221.

¹³⁵⁵ سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص 157، العجوز (ناهد)، مرجع سابق، ص 239.

¹³⁵⁶ لا يجوز الخلط بين الطلب الجديد الذي لا تجوز إثارته أمام المجلس القضائي إذا لم يشر أمام المحكمة، وبين الدليل الذي يدعم الدعوى، كما فعل قضاء الموضوع عندما اعتبر أن كل وثيقة لم تعرض للنقاش أمام القاضي الأول واعتمدها أحد الأطراف أمام المجلس تعتبر طلبا جديدا، الأمر الذي يؤدي إلى عدم النظر فيه. ويكون بذلك قضاة الموضوع قد وقعوا في خطأ جسيم، حيث لم يفرقوا بين الطلب الجديد وبين الدليل الذي يدعم الدعوى. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 91664، المؤرخ في 1993/04/27، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 1، ص (68-72).

¹³⁵⁷ وهذا ما جاء في نص المادة (22) من قانون الأسرة: (يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي). كما أوجب المشرع الجزائري أن تكون مسألة تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة، وهو ما يتوافق كلياً مع

شكلي؛ لأنّ الشكليّة ليست ركنا فيه بل للإثبات. وليس أدلّ على ذلك من اعتداد القضاء بالزّواج العرفي¹³⁵⁸ وعدم اعتبار الرّخصة الإدارية بالزّواج ركنا فيه¹³⁵⁹. وقد يتحوّل عقد الزّواج الرسمي من مجرد وثيقة ذات دلالة عامّة إلى وثيقة ذات دلالة خاصّة، كما هو الحال بالنّسبة لمسألة الاشتراط، وفق ما جاء في نصّ المادة (19) من القانون 11/84 المتضمّن قانون الأسرة¹³⁶⁰. فيكون عقد الزّواج بذلك دليلا لإثبات الشّروط التي تمّ الاتفاق عليها بين الزّوجين في حالة رفع دعوى تطليق لمخالفتها، كما هو منصوص عليه في المادة (53) من قانون الأسرة. كما يمكن أن يكون الدليل عقدا رسميا لاحقا، وهو أمر جوازي يعود الأمر فيه للزّوجين، وهذا إيقافا للتلاعب والكذب في ادعاء شئ من هذه الشّروط، فلا تأثير لشيء منها

نصّ المادة (3) مكرر من القانون نفسه: (تعدّ النّياية العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الزامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون). فإذا كان الزّواج عرفيا، ولم يقدّم الزّوج بإبرامه أمام الموظّف المؤهل قانونا لتحرير وتسجيل عقود الزّواج، فليس أمام الشّخص عندئذ لإثبات عقد زواجه قانونا إلا أن يلجأ إلى المحكمة ليطلب منها إصدار حكم بتسجيل هذا الزّواج، بعد أن يكون قد قدّم إليها كلّ الأدلّة والحجج، وبعد استصدار مثل هذا الحكم من المحكمة يرسل كاتب الضبط نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي وقع فيها عقد الزّواج ليقوم بتسجيل زواج المعيّنين في سجلات الحالة المدنية. في حين، وفي التشريع المصري، ففي دعوى التّطليق في زواج عرفي يجب تقديم آية ورقة مكتوبة تنبئه، وإلا قضت المحكمة برفض الدّعى. والزّواج العرفي زواج صحيح، سواء كان بعقد عرفي مكتوب، أو بغير عقد مكتوب، طالما استوفى الشّروط الشرعية. ولكنّ المشرّع المصري من خلال التّعديل الذي جاء به القانون 2000/1 قصر قبول دعوى التّطليق في الزّواج العرفي الثابت بأية كتابة ولم يقبله في الزّواج العرفي غير الثابت بالكتابة. وهذه التّفرة، بحسب ما ذهبت إليه (أ.ناهد العجوز) ما كانت أن تقرّ من المشرّع المصرين فكان من المفروض أن يشمل القبول الحالين؛ لأنّ في تساوي المراكز عدالة وسدّا للباب أمام الرّدائل والمخزومات و اختلاط الأنساب. انظر: عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 163-164، وانظر كذلك: العجوز (ناهد)، مرجع سابق، ص 240.

1358 منها: (ينتهي الزّواج العرفي، التام الأركان، إما بالطلاق وإما بالتطليق، وليس بفسخ عقد الزّواج أو بفسخ الخطبة) انظر: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 340671 المؤرخ في 2005/10/12، مجلة المحكمة العليا لسنة 2005، العدد 2، ص(397-402). وكذلك: متى كان الزّواج العرفي متوقفا على أركانه التامة والصّحيحة فإنّ القضاء بتصحيح هذا الزّواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم يكون قضاء موافقا للشرع والقانون) انظر: قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 58224، المؤرخ في 1989/12/25، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 4، ص(110-112). أضف غلى ذلك: (ثبت الزّواج العرفي بشهادة الأقارب أو بشهادة امرأتين ورجل، ولا يشترط أن يكون الوليّ محصورا في الأب فقط). انظر: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 381880، المؤرخ في 2007/02/14، مجلة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد 2، ص(483-488). كما: (...يجوز إثبات الزّواج العرفي بشهادة الشّهود واليمين المتّمة). انظر: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 424799، المؤرخ في 2008/02/13، مجلة المحكمة العليا لسنة 2008، العدد 2، ص(307-312). وقريب من هذا: (ثبت الزّواج العرفي بعد موت أحد الأزواج بشهادة الشّهود وبيمين..)، انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 204254، المؤرخ في 1998/09/22، المجلة القضائية لسنة 2000، العدد 2، ص(173-176). زيادة على ذلك ما جاء في قرار آخر ما مضمونه: (فإذا كانت أركان الزّواج متوقّرة بما فيها الاستماع إلى الشّهود والإمام الذي قرأ الفاتحة وتعيين المهر وحضور الولي، فإنّ القضاء بقضائهم بإثبات الزّواج العرفي المبرم بين المدّعية والمرحوم طبّقوا صحيح القانون). انظر: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 221329، المؤرخ في 1999/04/20، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشّخصية لسنة 2001، عدد خاص، ص(60-63).

1359 إنّ الرّخصة الإدارية بالزّواج الممنوحة من بعض الجهات الوصيّة لموظّفيها وأسلاكها لا تعدّ عنصرا أساسيا في الزّواج ولا ركنا من أركانه، بل هي رخصة إدارية فحسب يتعلّق أمرها بالموظّف والإدارة لا غير. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 357345، المؤرخ في 2006/06/14، مجلة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد 1، ص(461-466).

1360 نصّ المادة (19) على أنّ: (للزّوجين أن يشترطا في عقد الزّواج أو في عقد رسمي لاحق كلّ الشّروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط تعدّد الزّوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشّروط مع أحكام هذا القانون).

إلا إذا نصّ عليها صراحة في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق رعاية لاستقرار الأسرة¹³⁶¹. إلا أن قانون الأسرة لم يتضمن أي نصّ يتعلّق بعناصر وبيانات عقد الزواج، ما عدا النصّ الذي يتعلّق بوجود ذكر مقدار الصّدق، والذي تضمّنته المادة (15) منه، غير أنّ المادة (73) من الأمر رقم 20-70 المؤرّخ في 19/02/1970 المتعلّق بالحالة المدنية¹³⁶² قد حدّدت كلّ العناصر أو البيانات التي يجب أن يراعيها الموثّق وأي موظّف مؤهّل لتحرير عقد الزواج وتسجيله تحت طائلة المسؤولية الشخصية، والتي يجب أن تدرج جميعها في وثيقة عقد الزواج¹³⁶³.

(2) عقد الهبة، هذا العقد الذي يعدّ من فئة العقود الاحتفائية¹³⁶⁴، والتصرّفات الناقلة للملكية،

التي يشترط في تحريرها الشكل الرسمي¹³⁶⁵. بمقتضاها يتبرّع الواهب بماله لشخص آخر يسمّى الموهوب له بدون مقابل. فهو في حقيقته عقد رسمي؛ لأنّ الكتابة فيه ليست للإثبات فقط و إنما هي ركن من أركانه، بدونها لا يمكن أن تتصوّر وجوده، و يعتبر عقدا صحيحا إلى غاية الطعن فيه بالتزوير. ولا يمكن للطاعنين فيما ورد في عقد الهبة بخصوص مورثهم الواهب إلا اتّخاذ هذا الطّريق استنادا إلى نصّ المادة (324) من القانون المدني الجزائري¹³⁶⁶، إلا إذا تعلّق الأمر بمرض الموت أو صورية العقد، ففي الحالتين يجوز لهم أن

¹³⁶¹ انظر: المدكّرة الإيضاحية للمادة (67) من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، مرجع سابق، ص 122.

¹³⁶² انظر: الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرّخ في 1970/02/27.

¹³⁶³ هذه البيانات تتعلّق ب: أ- وجوب ذكر لقب واسم وتاريخ ومكان ولادة كلّ واحد من الزوجين، ب- وجوب الإشارة إلى لقب واسم كلّ واحد من أبوي الزوجين وكلّ واحد من الشهود، وإلى تاريخ ومكان ولادة كلّ منهم، ج- وجوب الإشارة إلى الترخيص بالزواج أو الإعفاء من سنّ الزواج عند الاقتضاء. وقد ورد ذكر شروط أخرى على مستوى قانون الأسرة بحملها فيما يلي: أ- التأكّد من خضوع الطرفين للفحوصات الطّيبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكّل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشّر بذلك في عقد الزواج، وهذا مانصّت عليه المادة (7) مكرّر من قانون الأسرة، ب- مراقبة الترخيص من القاضي المختصّ (رئيس المحكمة) في حالة الزواج بزوجة ثانية، وفق ما جاء في المادة (8) مكرّر 1 من قانون الأسرة، ج- في حالة الاشتراط لا بدّ من التّنصيص على ذلك في عقد الزواج، إذا أراد الزوجان ذلك، ما لم يتّفقا على ذلك في عقد رسمي لاحق، وهذا ما نصّت عليه المادة (19) من الأمر رقم 11/84 المتضمّن قانون الأسرة.

¹³⁶⁴ هذا النوع من العقود هو في الأساس من العقود الرسمية، فكّل عقد احتفالي هو رسمي، والعكس غير صحيح. ولا وجود لأيّ معيار تشريعي يخصّ هذه المسألة. وحضور شهود العدل في مثل هذه العقود يكون واجبا تحت طائلة البطلان، على أنّ هذا الأمر لا نلاحظه في العقود الرسمية، فحضور شهود التعريف فيها غير واجب، ولا تكون معها هذه العقود باطلة.

¹³⁶⁵ كما نصّ على ذلك قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 103056 المؤرّخ في 1994/11/09: (يشترط في العقود المتضمّنة نقل الملكية العقارية أن تحرّر على الشكل الرسمي، وإلا وقعت تحت طائلة البطلان..). انظر في ذلك: نشرة القضاة لسنة 1997، العدد 51، ص(67-71).

¹³⁶⁶ وقد نصّت المادة (324) مكرّر 5 على أنّ: (يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره. ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني). كما جاء في المادة (324) مكرّر 6: (يعتبر العقد الرسمي حجة لحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي

يشتوا ذلك بجميع طرق الإثبات المقررة قانونا كالبيّنة والقرائن، فننقده وصيّة عندئذ، فإذا كان الموهوب له وارثا لا تجوز ولا تنفذ وتبقى موقوفة على إجازة الورثة دون تقيّد بالنصيب المتصرّف فيه بالنظر إلى التركة عند الوفاة، كما هو منصوص عليه في المادة (189) من قانون الأسرة: (لا وصيّة لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي). أمّا إذا كان الموهوب له غير وارث فننقده صحيحة ونافذة في ثلث التركة، وما زاد عن ذلك يكون موقوفا على إجازة الورثة وفق المادة (185) من قانون الأسرة. هذا إذا كانت العلاقة إرثية، أمّا إذا كان الواهب على قيد الحياة وقام أبناؤه بالطّعن في عقد الهبة على أساس مرض الموت فإنّ الهبة تكون عندئذ باطلة. وقد ورد في نصّ المادة (776) من القانون المدني أنّه: (على ورثة المتصرّف أن يشبّوا أنّ التصرّف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطّرق، ولا يحتجّ على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا). وفي عقد الهبة لا بدّ من التّفريق بين هبة العقار و هبة المنقول، فالأولى لا تتمّ إلاّ بورقة رسميّة، أمّا الثانية فقد تتمّ بورقة رسميّة فتكون عقدا شكليّا، كما قد تتمّ بالقبض فتكون عقدا عينيّا و هي الهبة اليدويّة التي تخضع للقواعد العامّة المقررة في الإثبات، و من الناحية العمليّة قد نحتاج لإثبات الهبة اليدويّة في فرضين مختلفين، أحدهما أن يدعي الحائز لمنقول أنّ هذا الأخير قد وهبه له صاحبه وقبضه منه، فتكون الهبة قد تمّت بالقبض، أمّا الفرض الثاني فقد تمثّل في ادعاء شخص أنّه وهب شخصا آخر منقولا، وقام بتسليمه له، ويريد الرجوع في الهبة، وفق ما قرّر من قواعد، فيقوم حائز المنقول بإنكار تلقّي المنقول على وجه الهبة من المدعي¹³⁶⁷.

(3) الوصيّة¹³⁶⁸، التي كيّفت على أنّها من العقود¹³⁶⁹ الاحتفائيّة، كما هو الأمر في عقد الهبة، فإنّ مسألة إثباتها متعلّقة بتصريح الموصي أمام الموثّق و تحرير عقد بذلك، إلاّ أنّه في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصيّة بحكم و يؤشّر به على هامش أصل الملكيّة، ولهذا كان قضاة الموضوع قد طبّقوا صحيح القانون عندما استبعدوا الوصيّة الشفوية بسبب عدم التصريح بها أمام الموثّق، وهذا ما جاء في مضمون قرار غرفة

الشأن..). وانظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 397861 المؤرخ في 2007/07/11، نشرة القضاة لسنة 2012، العدد 67، ص (241-246).

¹³⁶⁷ انظر في تفصيل المسألة: السنهوري (عبد الرزاق)، الوسيط، مرجع سابق، ج5، ص66. ¹³⁶⁸ فإنّه من المقرّر قانونا أن تثبت الوصيّة بتصريح الموصي أمام الموثّق وتحرير عقد بذلك، إلاّ أنّه في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصيّة بحكم و يؤشّر به على هامش أصل الملكيّة، ولهذا كان قضاة الموضوع قد طبّقوا صحيح القانون عندما استبعدوا الوصيّة الشفوية بسبب عدم التصريح بها أمام الموثّق، ولهذا رفض الطّعن. وهذا ما جاء في مضمون قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 160350 المؤرخ في 1997/12/23، اجتهاد قضائي، سنة 2001، عدد خاص، ص(295-297).

¹³⁶⁹ والعقد هنا المقصود به أداة الإثبات وليس التصرّف؛ باعتبار الوصيّة تصرّف قانوني بإرادة منفردة وليس تصرّفا قانونيا بإرادتين (عقد). فالشيئان يطلق عليهما لفظ واحد هو لفظ (acte)، وهذا اللبس تسرّب إلى لغة القانون العربية، فأطلق لفظ (العقد) على التصرّف، ثمّ استعمل في أداة إثباته (عقد رسمي) و(عقد عربي)، وإنّما المقصود من ذلك الورقة الرسميّة والورقة العرفية اللتان تعدّان لإثبات التصرّف. انظر في ذلك: السنهوري (عبد الرزاق)، الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص105، وانظر كذلك: مرقس (سليمان)، مرجع سابق، ص160-161.

الأحوال الشخصية للمحكمة العليا تحت رقم 160350 المؤرخ في 1997/12/23¹³⁷⁰. وهذا هو المعنى الصحيح لعبارة أنه يمكن في حالة وجود مانع قاهر كالوفاة المفاجئة على وجه التمثيل لإثبات الوصية بجميع طرق الإثبات، والمقصود بجميع طرق الإثبات الحكم القضائي لا غير، فيبقى الأمر دائما متعلقا بوثيقة رسمية، حيث بالرجوع إلى قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا تحت رقم 413209 المؤرخ في 2008/01/16، نلاحظ أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على أن الوصية الشفوية التي تطالب الطاعنة بإثباتها عن طريق القضاء غير ممكنة لأنه يجب إفراغها في الشكل الرسمي و التصريح بها أمام الموثق. والطاعنة تمكنت أمام المحكمة و أمام المجلس من تلبية جميع الشروط المطلوبة مقدّمة ما يثبت وجود المانع القاهر و هو الوفاة المفاجئة للموصية، حيث قدّمت شهودا أمام المحكمة قاموا بإثبات ذلك كما قدّمت نسخا من عقود الملكية. وقد ردّت المحكمة العليا على قرار المجلس بأنّ تسبب قضاة خاطيء، لمخالفتهم نصّ المادة 2/191 من قانون الأسرة التي جاء فيها تحديدا أنّ الوصية تثبت بحكم في حالة وجود مانع قاهر، و بذلك تكون مخالفة القضاة للمادة واضحة لاشتراطهم إفراغ الوصية في الشكل الرسمي، و هي الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة نفسها، ذلك أنّ الوصية قد تكون بتصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك كما قد يكون إثباتها بجميع الطرق في حالة وجود مانع قاهر¹³⁷¹. ونصّ المادة (191) من قانون الأسرة مفاده أنّ إثبات الوصية يكون بشكل معيّن، ولا يكفي فيها الورقة العرفية لإثباتها¹³⁷²، وإذا كانت كذلك وأريد الاحتجاج بها على الغير يجب رفع دعوى لإثباتها بعد وفاة الموصي خاصة إذا كان محلّها عقارا، ففي العادة تكون الوصايا مستترة. كما يكون إثبات الوصية بحكم قضائي بوجود المانع القاهر ورفض ورثة الموصي المثول لإرادته وهو الغالب في العمل، وبهذا يلجأ الموصي إلى القضاء مطالبا بإثبات وصيته، وعادة ما يتم إجراء تحقيق وسماع الشهود لتبنيته¹³⁷³.

(4) الوقف: هو منع الأعيان المالية من التصرف فيها على وجه التأبير، والتصدق بمنفعتها على أيّ وجه من وجوه البرّ. وبذلك يكون سببا من أسباب الملكية الناقصة التي لا تجتمع فيها ملكية الرقبة والمنفعة في يد واحدة وفي وقت واحد¹³⁷⁴. وكتاب الوقف يعتبر سنداً رسمياً من الواجب احترامه وتنفيذه، عملاً

¹³⁷⁰ انظر في ذلك: الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001، عدد خاص، ص(295-297).

¹³⁷¹ انظر في ذلك: مجلّة المحكمة العليا لسنة 2008، العدد 2، ص (303-306).

¹³⁷² لقد جاء في المادة (191) من القانون 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتّم بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27: (تثبت الوصية: 1- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، 2- وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشّر به على هامش أصل الملكية).

¹³⁷³ انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 54727، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 4، ص(58-61).

¹³⁷⁴ الشوّاري (عبد الحميد)، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، د.ط، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2001، 847.

بقاعدة (إنّ من الوجوب تمكين ذي السند على الفور من حقّه)¹³⁷⁵. ومسألة رسميته كانت محلّ خلاف قضائي، حيث ذهبت المحكمة العليا في أحد قراراتها: (من المستقرّ عليه أنّ عقد الحبس لا يخضع للرسمية لأنّه من أعمال التبرّع التي تدخل في أوجه البرّ المختلفة المنصوص عليها شرعا)¹³⁷⁶. وفي حقيقة الأمر أتى هذا القرار مخالفا لما هو منصوص عليه في المادة (12) من قانون التوثيق الذي كان ساريا في الوقت الذي تمّ في الوقف، حيث تشترط الكتابة في كلّ تصرف يكون محلّه عقارا تحت طائلة البطلان المطلق¹³⁷⁷.

ويعتبر القانون المدنيّ الجزائريّ الورقة الرسمية حجة على الكافة فيما تعلق بالتّوع الأول من البيانات إلى أن يطعن فيها بالتزوير¹³⁷⁸، وهذا لا يعني إطلاقا أنّ البيانات من التّوع الثاني لا تكتسب هذا النوع من الحجية و إنّما معناه تحديدا أنّ حجيتها لا تحتاج إلى دحضها باتّخاذ سبيل الطّعن بالتزوير مسلكا. فليس من الجائز لأيّ شخص احتجّ عليه بورقة رسمية، حتّى ولو لم يكن هو من بين موقعيها أو ورثتهم أو خلفهم إنكار صدور هذه الورقة من الموظّف الذي نسبت إليه أو إنكار أيّ شيء كان قد ورد بها على لسان ذلك الموظّف أو على لسان ذوي الشّأن إلّا بإقامة دليل من شأنه أن يهدم حجية الورقة في هذا الشّأن، ويكون ذلك بسلوك طريق الطّعن بالتزوير في الحالة الأولى و الثانية، و بطرق الإثبات العادية في الحالة الأخيرة. فعلى فرض أنّ شخصا وهب ملك غيره بعقد رسمي، فتكون الهبة عندئذ غير نافذة في حقّ المالك الحقيقيّ، فإنّه يجوز للموهوب له في حالة حيازته للعقار الموهوب خمس سنوات بحسن نية أن يتمسك بالتّقدم الخمسيّ مستندا في ذلك إلى عقد الهبة باعتباره سببا صحيحا، و حينئذ تكون الورقة الرسميّة التي دوّن فيها هذا العقد حجة على المالك الحقيقيّ بحصول عقد الهبة، رغم أنّه لم يكن طرفا فيه، فهو بذلك من الغير بالنسبة إليه، وبناء على كلّ ذلك، فإنّه غير مسموح للمالك إنكار حصول عقد الهبة إلّا بسلوك الطّعن بالتزوير¹³⁷⁹. و هذا لا ينطبق إلّا على ما أعدت الورقة الرسميّة لإثباته¹³⁸⁰. وبيان ذلك، إذا ذكر على سبيل التمثيل في عقد رسميّ أو في جواز سفر أنّ سن العاقد أو صاحب الجواز ستون سنة، فهذا لا يعتبر

¹³⁷⁵ انظر: طعن رقم 28 لسنة 5 في جلسة 1936 / 1/5، ذكر في الشّواري (عبد الحميد)، مجموعة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 864.

¹³⁷⁶ حيث أنّ، كما هو الأمر في قضية الحال، قضاة الموضوع في المجلس القضائيّ قضوا بإلغاء الحبس العربيّ الذي أقامه الحبس سنة 1973 طبقا للمذهب الحنفي، على اعتبار أنّه لم يفرغ في الشكل الرسميّ. وقد رأّت المحكمة العليا أنّ قضاة الموضوع خالفوا القانون؛ لأنّهم أرادوا تطبيق قانون الأسرة بأثر رجعي، فيكون الأساس القانوني لحكمهم منعدما. انظر قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 234655، المؤرخ في 16/11/1999، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001، عدد خاص، ص(314-316).

¹³⁷⁷ حمدي باشا (عمر)، حماية الملكية العقارية الخاصة، ط9، الجزائر، دار هومه، 2013، ص33.

¹³⁷⁸ وهو ما ورد في المادة (324) مكرر 5 من القانون رقم 88-14 المؤرخ في 3 ماي 1988 المعدّل والمتّم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمّن القانون المدني: (يعتبر ما ورد في العقد الرسميّ حجة حتّى يثبت تزويره...).

¹³⁷⁹ مرقس (سليمان)، مرجع سابق، ص 208.

¹³⁸⁰ Aubry et Rau, *op.cit.*, P.146.

أنه كذلك؛ لأن هذه المسألة لا تعدّ من قبيل الوقائع التي أعدّ العقد الرسميّ أو الجواز لإثباته. كما قضت المحاكم المصريّة بأنّ محضر حصر التركة الذي يذكر فيه أنّ جميع التركة سلّمت إلى بعض الورثة لا يمكن إطلاقاً أن يتّخذ من ذلك دليلاً على الاستلام؛ لأنّ واقعة الاستلام ليست ممّا أعدّ محضر حصر التركة لإثباته¹³⁸¹.

فإذا كان للعقد الرسميّ قوّة إثباتيّة حتّى يطعن فيه بالتزوير فيما تعلق بالمعانيات التي قام بها الموثّق بنفسه، فإنّ كلّ المعلومات الأخرى المدلى بها من قبل أطراف العقد تكون لها قوّة إثباتيّة إلى غاية تقديم الدليل العكسيّ من ضمن أدلّة الإثبات العاديّة¹³⁸². فإذا ما تمّ البيع بواسطة التزوير حسب القرارات الجزائيّة المقدّمة في المجلس وذلك دون تقسيم تركة مورث الأطراف مع ادّعائهم بأنهم وحدهم الورثة، وهو الأمر الذي تمّ تأكيده خطأً أمام الموثّق من قبل المشتري. وعلى هذا الأساس يكون جميع الأطراف، البائع والمشتري، قد تعمّدوا عدم الإشارة إلى المدّعى عليهما بصفتها وارثين، وهذا ما يشكّل غشاً يؤسّس عليه بطلان البيع. فالفريضة التي على أساسها تمّ البيع أمام الموثّق لم يذكر فيها جميع الورثة الشرعيين بتعمّد من المدّعين ولهذا لما أبطل قضاة المجلس هذا البيع كانوا على صواب لأنّ قرارهم كان مسبباً تسبباً كافياً¹³⁸³.

(ب) الأوراق الرسميّة الأخرى غير العقود الموثّقة، ومنها:

(1) **وثائق الحالة المدنيّة**، التي تعتبر وثائق رسميّة الهدف منها تقديم دليل يقينيّ على حالة الأشخاص والتي تكون مسجّلة في سجلّات عموميّة موجودة في كلّ بلدية تحت حماية رئيس المجلس الشعبي البلدي أو نائبه اللذان يأخذان بناء على هذه المهمة اسم ضباط الحالة المدنيّة¹³⁸⁴، وبالتالي تطبّق عليها القاعدة السابقة نفسها من حيث تقسيم البيانات الموجودة بها إلى قسمين: بيانات متعلّقة بالوقائع التي لاحظها ضابط الحالة المدنيّة بذاته فهذه لا يطعن فيها إلّا بالتزوير؛ لأنّ إحاطتها بالشكّ لا يمكن إلّا بمعارضة ضابط الحالة المدنيّة الذي يعتبر ضابطاً عموميّاً، كتاريخ تحرير العقد وتطابق العقد مع التصريحات، وبيانات متعلّقة بوقائع لا يلاحظها ضابط الحالة المدنيّة بنفسه ولا يمكنه تدوينها بدون تصريح الأطراف أو المصرّحين كيوم وساعة الوفاة، ومسألة تحديد يوم وساعة الميلاد، وأسماء الأمّ والأب بالنسبة لعقد الميلاد، واسم ولقب المتوفّي في عقد الوفاة، فهذه يكفي في بيان خطئها أيّ دليل عكسيّ؛ لأنّه يعارض جدّية الأطراف أو

¹³⁸¹ انظر في ذلك: مرقس (سليمان)، مرجع سابق، ص 209.

¹³⁸² قرار المحكمة العليا (غ.ع) رقم 148561 المؤرخ في 1997/04/30، المجلّة القضائيّة لسنة 1997، العدد2، ص (47-50).

¹³⁸³ قرار المحكمة العليا (الغرفة العقارية) رقم 148561، المذكور سابقاً.

¹³⁸⁴ 223Planiol (M.), Rippert (G.), *op.cit.*, P.

المصرّحين الذين يعتبرون أشخاصاً عاديين¹³⁸⁵. إلا أنّ البيانات المدوّنة بها المدلى بها على لسان ذوي الشّان لا تعتبر حجّة بذاتها، أي لا تملك قوّة حجّية مطلقة¹³⁸⁶، فالحجّية المعطاة لبيانات الحالة المدنيّة نسبيّة؛ لأنّها لا تنطبق إلّا على ما أعدت لإثباته، كالأسم واللّقب والمهنة في الميلاد أو الزّواج أو الوفاة، أمّا غير ذلك، أي ما ليس هدفاً للإثبات بها فيكون له قيمة المعلومات فقط¹³⁸⁷. ولكن يجوز اتّخاذها قرينة قضائية على صحّة مضامينها، وهذا ما قضى به القضاء الفرنسيّ في مسألة دلالة شهادة الميلاد على حقيقة النسب الذي يرتبط بطرق خاصّة في إثباته¹³⁸⁸. وهو قريب ممّا قضت به محكمة التّقض المصريّة التي لا تعتبر شهادة الميلاد في منظورها حجّة بذاتها على ثبوت النسب، و يجوز اعتبارها قرينة إضافة إلى الأدلّة والقرائن الأخرى التي يستند إليها في ثبوته¹³⁸⁹. وقريب من هذا ما قضت به المحكمة العليا في الجزائر مكرّسة مبدأ مضمونه: (لا تكون شهادة الميلاد في حالة التّبنيّ دليلاً قاطعاً على النسب، إذ ما هي إلّا تصريح يمكن إبطاله بجميع وسائل الإثبات)¹³⁹⁰، ولا يمكن لعقد الميلاد أن يقوم حجّة أمام شهادة الشّاهدين¹³⁹¹، وإذا

Voirin (P.), Goubeaux (G.), *Droit civil, tome1-personnes, famille*, 32^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 1385
2009, P.75.

¹³⁸⁶ Terré (F.), Finouillet (D.), *Droit civil – les personnes, la famille, les incapacités*, 6^{ème} éd., 1996,
Daloz, Paris, P.184.

Planiol (M.), Ripert (G.), *op.cit.*, P.262-263. ¹³⁸⁷

Planiol (M.), Ripert (G.), *Ibid*, P.262. ¹³⁸⁸

¹³⁸⁹ لقد جاء على لسان محكمة التّقض المصريّة أنّ: (شهادة الميلاد لا تعدّ بمفردها حجّة في إثبات النسب، وإن كانت تعدّ قرينة عليه، إذ

لم يقصد بها ثبوته وإنّما جاء ذكره فيها تبعاً لما قصد منها ووضعت له، ولأنّ القيد بالدّفاتر لا يشترط فيه أن يكون بناء على طلب الأب أو وكيله بل يصحّ بالإملاء من القابلة أو الأمّ فلا يعدّ نسبة الطّفل فيها إلى شخص معيّن حجّة عليه طالما لم يقرّ بصحّة البيانات المدوّنة بها).

انظر: نقض 44/11ق، س27، ص399. انظر أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشّخصيّة، المبدأ 38، ص33.
والمستخرج الرّسميّ بالميلاد ليس حجّة إلّا في القيد بالتاريخ الثابت. انظر ق51/483، ميت غمر، م.ش 437/23، ص31. انظر أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشّخصيّة، المبدأ 33، ص31.

وورقة الميلاد التي تستخرج من مصلحة الصحّة بناء على حكم صدر بعد شكوى من المدّعية بالنسب والوفاة والوراثة، غير كافية لإثبات الدّعوى، فإذا استوتف الدّعوى جلسات الإثبات ولم تقدّم المدّعية غيرها للإثبات تعيّن الحكم عليها بعجزها عن إثبات دعواها. انظر:

ق39/96 العليا الشّرعية، م.ش 24/04/12، انظر: أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال لشّخصيّة، المبدأ 34، ص31.

¹³⁹⁰ قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 259953 المؤرّخ في 2001/06/20، المجلّة القضائيّة لسنة 2004، العدد1، ص (254-257).

إنّ قضاة الموضوع كما هو موضّح في القرار رقم 259953 اعتبروا أنّ نسب المطعون ضده (س.ع) للمرحوم (س.م) ثابت بناء على وثائق الحالة المدنيّة، أي على شهادة ميلاد المطعون ضده، مع أنّ النسب له قواعد إثبات خاصّة، و عقد الميلاد لا يقوم حجّة أمام شهادة الشّهود؛ لأنّ عقد الميلاد ما هو إلّا مجرّد تصريح يمكن أن يكون خاطئاً أو غير صحيح من طرف من صرّح به أمام ضابط الحالة المدنيّة، و يمكن إبطاله بأيّة وسيلة بما فيها شهادة الشّهود؛ لأنّ المادة (46) من الأمر المتعلق بالحالة المدنيّة والمؤرخ في فبراير 1970 تنص على الحالات التي تبطل فيها عقود الحالة المدنيّة، و بالتالي فإن قضاة المجلس عندما قضوا بإلغاء الحكم المستأنف الذي أبطل تبني المطعون ضدهن و اعتبروا أنّ شهادة ميلاده تثبت نسبه قد أخطأوا في تطبيق الشريعة و القانون، لاسيما أن المطعون ضده أقر نفسه أمام المحكمة بأنه ليس الإبن الشرعي للمرحوم (س.م) بن (م) الذي قام بتبنيه، إضافة إلى أن المطعون ضده معروف النسب و لقبه الحقيقي هو (ب.ع) بن (ع)، الأمر الذي يجعل الوجه مؤسسا و ينقض معه القرار.

ما ثبت التّبيّن بها دون إبطال عقد ميلاد المتبّي يكون ذلك مخالفا للقانون¹³⁹²، إلاّ إذا تعلّق الأمر بشهادة ميلاد أجنبيّة، فلا يمكن للقضاء الجزائريّ عندئذ إصدار حكم بإلغاء عقد سجّل بتراب دولة أخرى¹³⁹³. إلاّ أنه يمكن أن تكون شهادة الميلاد دليلا على أن الولد كان جنينا وقت الحادث، الذي أودى بحياة أبيه، و بما أن الولد كان قد ولد حيا، فإنه يستحقّ التعويض كسائر أولاده الآخرين، و لهذا أقرت المحكمة العليا: (.. أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا، و على هذا الأساس، كان تتمتع الجنين بحقوقه المدنية واكتسابه بذلك العنوان أهلية الوجوب، خاضعا هو الآخر لشرط الولادة حيا)¹³⁹⁴. و كذلك ما تعلّق بشهادات إثبات الوفاة فدورها ينحصر أساسا في إثبات وفاة الشخص، وفي انحصار إرثه في أشخاص معينين بناء على ما يدلي به الشهود الذين سمعهم القاضي، فتكون هذه الإشهادات حجة على واقعة الوفاة وانحصار الإرث إلى حين إثبات عكسها بالطرق العادية في الإثبات من غير أن يكون واجبا سلوك طريق

¹³⁹¹ قضت المحكمة برفض دعوى الطّاعن (ح.ع) بإبطال التّبيّن، وأيدته مجلس قضاء وهران بتاريخ 1999/03/22، فطعن بالتّقض ومن بين الأوجه التي اعتمدها دعوى أنّه جاء في القرار المنتقد لأنّ شهادة الشّهود لا تبطل عقد ميلاد المطعون ضدها باعتباره عقدا رميّا لم يطعن فيه بطريق التّروير. حيث شهد شاهدان لصالح الطّاعن أمام قضاة الموضوع بأنّ المطعون ضدها قد تبّهأ أخته (ز) المتوفاة بوهرا في جويلية من عام 1997، وبذلك فإنّ قضاة الموضوع قد خالفوا نصّ المادة (47) من الأمر 70-20 المؤرّخ في 1970/09/19 المتعلّق بالحالة المدنيّة التي تنصّ على إبطال العقود الخاطئة التي تكون البيانات الأساسيّة الواردة فيها مزوّرة أو في غير محلّها، تقدّم إنا بصفة أصلية أمام محكمة المكان الذي حرّر أو سجّل فيه العقد، وإنا بصفة فرعية أمام المحكمة التي وقع فيها النزاع الذي تناول العقد المشوب بالبطلان .. حيث أنّ عقد ميلاد المطعون ضدها لا يقوم حجة أمام شهادة الشّاهدين اللّذين قدّمها الطّاعن، ولهذا كان الوجه مؤسّسا فينقض القرار وإحالة الملفّ إلى نفس المجلس. انظر: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 234949 المؤرّخ في 2000/01/18، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشّخصيّة لسنة 2001، عدد خاصّ، ص (158-161).

¹³⁹² حيث ثبت في قضية أخرى من شهادة الشّهود بأنّ الزوجين لم ينجبا في حياتهما أيّ ولد، وما كان إلاّ أنّ المرحوم (ر.ب) قد تسلّم طفلا مسعفا اسمه (س.ف) عمره 8 أشهر بتاريخ 1979/06/17 من مصلحة الحماية الاجتماعيّة لولاية الجزائر وقام بتسجيله بالحالة المدنيّة بنفس التاريخ مصرّحا بأنّه قد ولد له ابن ذكر وسمّاه محمّد. فما قام به (ر.ب) يعتبر تبنيا، فالتصريحات التي أدلى بها إلى ضابط الحالة المدنيّة غير صحيحة، وإلغاؤها واجب قانونا طبقا لما جاء في نصّي المادتين (46) و (47) من الأمر 70-20 المؤرّخ في 1970/02/19 المتعلّق بالحالة المدنيّة، ولقد كيّف مجلس قضاء الجزائر القضية تكييفًا سليما، إلاّ أنّه لم يحكم بإبطال التّبيّن بإلغاء عقد الميلاد المر الذي يكون القرار معه عرضة للتّقض. انظر: قرار المحكمة العليا (ع.أ.ش) رقم 246924، المؤرّخ في 2000/11/21، المجلة القضائيّة لسنة 2001، العدد2، ص (297-299).

¹³⁹³ حيث طلب الطّاعن على مستوى مجلس قضاء معسكر بإلغاء نسب كلّ من (س) و(ف) منه؛ لأنهما ليسا من صلبه، حيث أقرّ بأنّه صرّح شخصيا بإلحاق نسبهما به طواعية أمام مصالح الحالة المدنيّة بفرنسا. وكان قضاة الموضوع قد اعتبروا الولدين ابنين شرعيين للطّاعن على ضوء شهادة ميلادهما التي تتضمّن تصريحًا بالنسب الذي قام به الطّاعن أمام ضابط الحالة المدنيّة بفرنسا رغم أنّ تاريخ ازديادها ليس له أيّ ارتباط مع زواج الطّرفين الأمر الذي يثور معه الشكّ حول شرعية نسبهما. وباعتبار عقدي ميلاد الولدين مسجّلين بالحالة المدنيّة لبلد أجنبيّ نكون أمام طلب إلغاء عقد وليس إنشاءه، فالقوانين والأحكام الوطنيّة تطبق بالتّراب الوطنيّ وفق أحكام المادة (4) من القانون المدنيّ، وبالتالي لا يمكن إصدار حكم بإلغاء عقد سجّل بتراب دولة أجنبيّة، وهذا مضمون تعليق المحكمة العليا. انظر قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 375053 المؤرّخ في 2006/12/13، مجلّة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد1، ص (521-524).

¹³⁹⁴ انظر في ذلك قرار المجلس الأعلى (الغرفة المدنيّة) رقم 35511 المؤرّخ في 1984/10/10، المجلة القضائيّة لسنة 1989، العدد1، ص (53-54).

الطعن بالتزوير¹³⁹⁵. وما يؤكد هذا الأمر أن السجلات الرسمية المعدة لإثبات حالي الولادة والوفاة ليست لها الحجية المطلقة إذ يمكن إثبات هاتين الحالتين بطريقة أخرى كما يمكن إثبات ما يخالف ما ورد في السجلات طبقاً للإجراءات التي يبينها قانون الحالة المدنية¹³⁹⁶. وكل ما ينطبق على شهادة الميلاد وشهادة الوفاة ينطبق على شهادة الطلاق والشهادة العائلية.

(2) **الأحكام القضائية:** التي لا يمكن دحض البيانات الرسمية الواردة فيها إلا عن طريق الطعن بالتزوير، باعتبارها أوراقاً رسمية، فالحكم بما يشتمل عليه من وقائع وأسباب ومنطوق ينظر إليه قانوناً باعتباره وثيقة رسمية كغيرها من الأوراق الرسمية الأخرى، من حيث قوة الإثبات، ودلالاتها على الحقيقة قضاءً. وهي المسألة التي تجعل مضمونها حجة على الكافة، فما قام القاضي بتدوينه من الوقائع على أنها وقعت تحت سمعه أو بصره لا يجوز إثبات عكسه إلا عن طريق الطعن فيه بالتزوير¹³⁹⁷، وهذا ما حكم به القضاء الجزائري في العديد من الأحكام والقرارات¹³⁹⁸. ومجالها في الإثبات واسع، على شرط أن يكون الأخذ بها مشروعاً¹³⁹⁹. فقد تكون دليلاً لإثبات عقد الزواج، أو الوصية، كما قد تكون دليلاً للإثبات في دائرة الضرر المحدد¹⁴⁰⁰، كما هو الحال في واقعة الإنفاق، التي اعتبرت فقهاً وقانوناً قرينة على الضرر الحاصل للزوجة، وبالمخصوص بشأن رفع دعوى جنائية بصدها. فالامتناع عن تقديم النفقة المقررة قضاءً لصالح

¹³⁹⁵ مرقس (سليمان)، مرجع سابق، ص 205.

¹³⁹⁶ حسنين (محمد)، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، د.ط، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985، ص 51-52.

و قد نصت المادة (6) من القانون رقم 20/70 المتعلق بالحالة المدنية بالجزائر على أن تسجل عقود الحالة المدنية في كل بلدية في ثلاثة سجلات هي: سجل عقود الميلاد، سجل عقود الزواج و سجل عقود الوفيات.

¹³⁹⁷ إنَّ منطوق الحكم يكون حجة على الكافة لا على الخصوم فقط، إلا أنه لغير الخصوم ممن يسري في حقهم الحكم، دحض هذه الحجية بإثبات عكسها إما عن طريق دعوى مبتدأة، وإما عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة. ويتبين مما تقدم أنه يجوز لمحكمة الاستئناف، وهي تؤيد الحكم الابتدائي، أن تحيل على ما جاء فيه، وأن تتخذ من أسبابه أسباباً لحكمها باعتبار أن هذه الأسباب أدلة إثبات اقتنعت بها محكمة الاستئناف. انظر: السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص 635.

¹³⁹⁸ انظر في ذلك على سبيل المثال: قرار المحكمة العليا (الغرفة المدنية) رقم 398156 المؤرخ في 2006/06/21، مجلة المحكمة العليا لسنة 2006، العدد2، ص (235-240).

¹³⁹⁹ فالحكم القضائي المتضمن تجريم المطلقة في جريمة الزنا لا يكون له محل إذا اعتمد عليه القضاء في عدم إسناد حضانة الأولاد الصغار إلى أمهم. حتى ولو كانت جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة؛ على أساس أن الولد الصغير لا يستطيع الاستغناء عن أمه. أما إذا كان الأولاد كباراً لا يحتاجون إلى أمهم فتسقط الحضانة بمجرد وجود حكم جنائي في ذلك، وهذا بخلاف ما فعله قضاء الموضوع على مستوى مجلس قضاء وهران بتاريخ 1996/05/27 عندما قاموا بإسناد حضانة الأبناء إلى أمهم الزانية بناء على حكم قضائي على نفقة والدهم مع حقه في زيارتهم، ولهذا نقض القرار جزئياً فيما يخص حضانة الأولاد من طرف المحكمة العليا. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 171684 المؤرخ في 1997/09/30، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001، عدد خاص، (169-171).

¹⁴⁰⁰ ونقصد به الضرر محدد السبب، الذي تتمثل الفقرات التسعة الأولى من المادة (53) من قانون الأسرة، كالضرر الناتج عن عدم الإنفاق، أو الغيبة، أو الحجر، أو العيوب، أو الشقاق المستمر، وغيرها من الحالات.

الرّوْجة يعتبره المشرّع الجزائري جريمة بنصّ المادة (331) من قانون العقوبات¹⁴⁰¹. فحتىّ تتمكّن الرّوْجة من رفع دعوى مضمونها الامتناع عن دفع نفقة مقرّرة قضاء لا بدّ من وجود حكم قضائيّ، عندئذ يكون الأمر متعلّقًا بالامتناع عن تنفيذ حكم قضائيّ يقضي بأداء النفقة الغذائيّة¹⁴⁰²، ويجب أن يكون الحكم نافذاً، والأصل أن يكون نهائيّاً، ولكن من الجائر أن يكون غير ذلك إذا أمر القاضي بالتنفيذ المعجل¹⁴⁰³. أضف إلى ذلك شرط وجوب انقضاء مهلة شهرين¹⁴⁰⁴، وهذا الأمر يعدّ عنصراً من عناصر قيام جريمة الامتناع عن دفع النفقة المقرّرة قضاء، وبصورة أدقّ هو أحد عنصري الرّكن المادي إلى جانب عدم دفع المبلغ المالي كاملاً¹⁴⁰⁵. ويبدو أنّ الرّأي السائد في المحكمة العليا أنّ حساب مهلة الشّهين يبدأ اعتباراً من تاريخ انقضاء مهلة العشرين يوماً المحدّدة في التّكليف بالدّفع¹⁴⁰⁶. فبعد توفّر هذه الشّروط يكون حقّاً للرّوْجة أن ترفع دعوى جنائيّة بهذا الخصوص، وعند الحكم لصالحها يكون ذلك دليلاً واضحاً لإثبات واقعة عدم الإنفاق أمام قاضي الأحوال الشّخصية، فطلب تأسيساً على ذلك الحكم بتطبيقها من زوجها. كما قد تكون كذلك في دائرة الضّرر المطلق عن أيّ قيد سببي¹⁴⁰⁷. فالحكم الجنائي الحائز لقوّة القضيّة المقضية، على سبيل المثال، قرينة قانونية قاطعة على صحّة ما يتضمّنه، وبذلك تكون له قوّة الشّيء المحكوم به أمام المحاكم المدنية براءة أو إدانة في الدّعاوى التي لم يكن قد فصل فيها نهائيّاً فيما يتعلّق بوقوع الجريمة وبوصفها القانوني ونسبتها إلى فاعلها. وقد جاء في المادة (339) من القانون المدني الجزائري: (لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلّا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريّاً). ويبدو واضحاً أنّه يشترط لكي يجوز الحكم الجنائي حجّية أمام المحاكم المدنية¹⁴⁰⁸ والتي تشمل دوائر الأحوال الشّخصية توفّر

¹⁴⁰¹ المادة (331) من الأمر رقم 66-156 المؤرّخ في 08 يونيو 1966، المتضمّن قانون العقوبات (الجريدة الرسمية، العدد 49، المؤرّخ في 11 يونيو 1966): (يعاقب بالحبس من ستّة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 5000 د.ج كلّ من امتنع عمداً ولمدّة تجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقرّرة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقرّرة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعهم وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم. ويفترض أنّ عدم الدّفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذراً مقبولاً من المدين في أية حالة من الأحوال. والمحكمة المختصّة بالجنح المشار إليها في هذه المادة هي محكمة موطن أو محل إقامة الشّخص المقرّر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة).

¹⁴⁰² بوسقيعة (حسن)، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، د.ط، الجزائر، دار هومه، 2002، ص 157.

¹⁴⁰³ في هذا الصّدّد نصّت المادة (40) من الأمر رقم 66-154 المؤرّخ في 08/06/1966 المتضمّن قانون الإجراءات المدنية على أن يكون الأمر بالتنفيذ المعجل، رغم المعارضة أو الاستئناف، وجوباً عندما يتعلّق الأمر بالنفقة الغذائيّة.

¹⁴⁰⁴ سعد (عبد العزيز) جرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002، ص 27.

¹⁴⁰⁵ بوسقيعة (حسن)، المرجع نفسه، ص 159-160.

¹⁴⁰⁶ بوسقيعة (حسن)، المرجع نفسه، ص 161.

¹⁴⁰⁷ ونقصد به الضّرر الذي تمثّله عبارة: (كلّ ضرر معتبر شرعاً) الواردة في الفقرة العاشرة من المادة (53) من قانون الأسرة، والتي

استنبطت من عبارة (ما لا يجوز شرعاً) التي أقرّها الفقه المالكي. فهذه العبارة تمل الأضرار دون تحديد فقهي أو قانوني لمصادرها وأسبابها.

¹⁴⁰⁸ إنّ حجّية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني مسألة تتصل بالمصلحة العامة والنظام العام، لذلك فإنّه يجوز التمسك بها في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأوّل مرّة أمام محكمة التّقصّ، ولحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها. فالحجّية لا ترجع إلى مبدأ حجّية الأمر

الشروط الآتية¹⁴⁰⁹: (أ) أن يكون الفعل الذي فصل في شأنه جنائياً هو نفسه الذي أثير أمام غرفة الأحوال الشخصية، وبمعنى آخر أن يكون الفعل يشكل أساساً مشتركاً بين الدّعويين، الجنائية والمدنية، (ب) أن يكون الحكم الذي يتمسك بحجّيته صادراً من محكمة جنائية، (ج) أن يكون الحكم الجنائي سابقاً على الحكم المدني، (د) أن يكون الحكم الجنائي باتاً، وفاضلاً في موضوع الدّعى الجنائية، (هـ) أن تكون الوقائع التي يحتجّ بها بمقتضى الحكم الجنائي قد فصل فيها هذا الحكم، وكان فصله فيها ضرورياً للحكم في الدّعى الجنائية. ويتربّب على ذلك أنه إذا أقامت الزّوجة دعوى تفريق للضرر استناداً إلى اعتداء زوجها عليها بالضرب أو السّب مثلاً، وصدر حكم جنائي باتّ بإدانتها في هذا الفعل، فإنّ هذا الحكم يكون له حجّية أمام المحكمة التي تنظر دعوى التفريق لوقوع فعل الضرب أو السّب¹⁴¹⁰، ولا يجوز لها معاودة بحثه¹⁴¹¹.

وقد اعتبر القضاء الجزائي الحكم الجنائي دليل إثبات، حيث ركّز القضاة في حكم من أحكامهم حين إصدارهم حكماً بالتطليق الذي جاء نتيجة حكم جزائي صدر في مواجهة الطّاعن بتاريخ 1982/11/23، غير أنّهم لم ينظروا إلى الحكم المذكور، ولم يوجبوا إحضاره أمامهم حتّى يستنبطوا مدى خطورة الضرب المؤدّي إلى الضرر البين الذي تستحقّ به الزّوجة التّطليق، فعدم إرفاق ملفّ الطّعن بالحكم المذكور من جانب المطعون ضدها التي أمرت بإحضاره يجعل الضرب المعوّل عليه غير ثابت، كما يستحيل على المحكمة

المقضي، لاختلاف الموضوع والخصوم في الدّعويين ففي الدّعى الجنائية يكون هدفها معاقبة المتهم عن الجريمة التي ارتكبتها، بخلاف الحال في الدّعى المدنية. أمّا بالنسبة للخصوم فالمدعي في الدّعى الجنائية هو النيابة العامة، وليس الحال كذلك في الدّعى المدنية أو دعوى الأحوال الشخصية، و الحكم الجنائي يتعلّق بمقدّرات الناس وحريّاتهم وأعراضهم. والحكم بالإدانة في جريمة أو البراءة منها يعني مطابقة الحكم الصادر للحقيقة الواقعة وإن اختلفت معها الحقيقة القضائية، فلا يجوز بعد ذلك للمحكمة المدنية أن تعود لبحث هذه المسألة مخطّطة الحكم الجنائي؛ إذ للقاضي الجنائي الصّلاحيات الكاملة لتحرّي الحقيقة، وعدم الاكتفاء بدليل معيّن، وما دام الأمر كذلك فيجب أن تكتسب هذه الأحكام حجّية مطلقة. انظر في ذلك: فوده (عبد الحكم)، حجّية الأمر المقضي وقوّته في المواد المدنية والتّجارية، د.ط، الاسكندرية، منشأة المعارف، د.ت، ص464-465.

¹⁴⁰⁹ البكري (محمد عزمي)، مرجع سابق، ص388.

¹⁴¹⁰ انظر قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 127948، المؤرّخ في 1996/01/16، السابق ذكره. فالمحكمة قضت بتطليق الزّوجة على أساس الحكم الجزائي الصّادر في 1986/05/03 والقاضي بإدانة الزّوج بتهمة الضرب والجروح العمدية ضدّ زوجته وحكم عليه بتسعة أشهر حبس نافذة، وقد طعن الزّوج (ب.ب) بواسطة محاميه مثيراً الوجه الوحيد للتّقصّ تدعيماً لطعنه المأخوذ من مخالفة القانون وخاصّة الفقرتين (4) و(6) من المادة (53) من قانون الأسرة (ف4، ف10 في التّعديل الجديد)، وأسّس كلامه على أنّ المادة (53) تنصّ على أنّه يجوز للزّوجة أن تطلب التّطليق إذا صدر حكم بعقوبة مقيّدة لحريّة الزّوج لمُدّة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة، وهذا من الخطأ الجسيم؛ حيث أنّ هذه الفقرة لا تتضمّن حالة الاعتداء على الزّوجة، وإنّما يكون محلّها جريمة واقعة على شخص آخر؛ لأنّ المناط هنا هو الضرر الناتج عن تقييد الحريّة، أمّا المناط في حالتنا هذه هو الضرر الناتج عن الفعل الجرمي ذاته، ولهذا يعتدّ بالحكم الجنائي باعتباره قرينة قانونيّة قاطعة على صحّة ما يتضمّنه.

¹⁴¹¹ بناء على المعيار الشخصي للضرر المعتمد لدى المشرّع والقضاء المصريّين، فالحكم الجنائي لا يسمح للقاضي المدني بمعاودة البحث، ولكن له أن ينظر فيما إذا كان هذا الفعل كافياً لإنتاج الضرر الذي تستحيل معه العشرة بين أمثال الزّوجين، فإذا كان كذلك حكمت بتطليقها، أمّا إذا لم يكن كافياً لتوافره كان لها الاستناد إلى أدلّة أخرى لتكوين عقيدتها بشأنه، أمّا بناء على المعيار الموضوعي فيكون عندها الحكم الجنائي كافياً لأن يكون مستنداً قوياً للتطليق.

العليا تبعا ذلك أن تمارس حق رقابتها كما ينبغي¹⁴¹². كما حكم القضاء الجزائري بناء على حكم محكمة حسين داي -القسم الجزائري- التي حكمت على المدعي في الطعن مرتين في 1980/09/27 وفي 1982/03/01. فالطلاق الذي تمّ بناء على هذا الحكم جاء معللا ومطابقا لأحكام الشرع الإسلامي¹⁴¹³. وهو ما ذهب إليه المحكمة الكلية للأحوال الشخصية في الكويت حيث اعتمدت في حكمها بالتفريق بين زوجة وزوجها بناء على صورة طبق الأصل من حكم الدائرة الجزائرية بتغيره عشرين دينارا؛ لثبوت اتّهامه بالاعتداء عليها وعلى والدها، فثبتت التهمة عليه بوصفها وأركانها وفق القانون العقابي الكويتي، ولذا حكمت المحكمة حضوريا بطلاق المدّعية من المدّعي عليه طلقة بائنة¹⁴¹⁴.

(3) **محاضر المحضرين**، كمحضر إثبات النشوز، حيث يكون النشوز ثابتا بموجب محضر الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي بالرجوع و هو مبدأ استقرّ عليه القضاء، الأمر الذي يستدعي إثباته بصفة رسمية. فتعتبر الزوجة ناشزا إذا صدر عليها حكم بالرجوع و نقد عليها قانونا بعد أن أصبح نائيا أي حائزا لقوة الشيء المقضيّ فيه مبلغا لها بطريقة قانونية¹⁴¹⁵، إلا أنّها لم تمثل لذلك الحكم بشكل صريح¹⁴¹⁶. إلا أنّ المعلومات المتضمنة في المحضر لا يمكن أن تكون لها الحجية التي لا تدحض إلا بالطعن بالتزوير؛ لأنّه من المقرر قانونا كذلك أنّ نشوز الزوجة لا يثبت بمجرد الامتناع عن الرجوع بموجب حكم قضائي إذا كان معلقا على شرط توفير مسكن مستقلّ لم يتحقّق، فإذا ثبت هذا الشرط عن طريق الشهود أو غيرهم فإنّها لا تعتبر ناشزا، كما أنّ للزوجة الحقّ في إثبات تحلّف الشروط المطلوب توافرها في الإنذار القانوني بالرجوع قبل وجود محضر النشوز، كأن تثبت بأنّ المحضر جاء دون معية الزوج، أو أنّ الزوج دعاها للرجوع لمسكن غير منفرد¹⁴¹⁷. فقد ورد في أحكام القضاء الجزائري حكم طعن فيه قضى بأنّ الطلاق كان تعسفيا من

¹⁴¹² قرار رقم 40934 المؤرخ في 1986/05/05، غير منشور. ذكره بلحاج (العربي)، قانون الأسرة - مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، د.ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، ص86.

¹⁴¹³ قرار رقم 41104 المؤرخ في 1986/05/05 غير منشور. ذكره بلحاج (العربي)، المرجع نفسه، ص86-87.

¹⁴¹⁴ حكم المحكمة الكلية بالكويت، دائرة الأحوال الشخصية، برئاسة فضيلة الاستاذ محمود مكادي القاضي. ذكره الغندور (أحمد)، مرجع سابق، ص511-512.

¹⁴¹⁵ فالإنذار المنصوص عليه في المادة (102) من قانون الإجراءات المدنية الذي لا يلزم أن يكون الإنذار موجها إلى الشخص نفسه، بل قد يكون في موطنه الحقيقي أو المختار، هو غير الإنذار الموجه للزوجة للعودة للبيت الزوجي الذي يترتب عليه استئناف الحياة الزوجية ويقوم على المودة والعطف، ولهذا يجب أن ينقذ الإنذار من طرف المنقذ مصحوبا بالزوج الذي يلتزم بإرجاع الزوجة إلى المسكن المنفرد، وفي حالة امتناع الزوجة عندئذ عن الرجوع يحكم عليها بالنشوز. انظر: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 235357، المؤرخ في 2000/02/22، المجلة القضائية لسنة 2001، العدد1، ص(271-274).

¹⁴¹⁶ انظر في ذلك قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 345125 المؤرخ في 2005/10/12، نشرة القضاة لسنة 2006، العدد61، ص(332-335).

¹⁴¹⁷ انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 235357، المؤرخ في 2000/02/22، المجلة القضائية لسنة 2001، العدد1، ص(271-274).

طرف الطّاعن على أساس أنّ نشوز الزّوجة غير ثابت باعتبار أنّ الطّاعن غير سعيد لتنفيذ القرار الصّادر في 15/06/1996 والقاضي بالرجوع، وقد تجاهل الشقّ المتعلّق بتوفير مسكن مستقلّ للزّوجة، و اكتفى بالشقّ المتعلّق بالرجوع فقط، وبذلك لم يتم بتنفيذ القرار كلياً و بصفة جدّية حتّى يكون نشوز الزّوجة أمراً مؤكّداً خاصّة وأنّ هذه الأخيرة دفعت بأنّ رفضها للرجوع المحدّد في محضر الامتناع يعود إلى عدم توفير مسكن منفرد لها من طرف الزوج، الأمر الذي يجعل الوجه غير مؤسس، المؤدّي إلى رفض الطّعن¹⁴¹⁸.

إنّ محضر النّشوز يعتبر وثيقة رسمية يجب اعتبارها قضاء، و قد عقبت المحكمة العليا في قرار من قراراتها على قضاة الاستئناف عندما اعتبروا نشوز الزّوجة بناء على ما أثبتته المحضر في محضره وبناء على عدم مقابلة الزّوجة المحضر وربّوا عليه مسؤوليّة الزّوجة عن الطّلاق و اعتبرته المحكمة العليا خطأً في تفسير القانون، و لهذا نقضته على أساس أنّ محضر المحضر المتنقل إلى الزّوجة جاء فيه أنّها مستعدّة للرجوع متى حضر إليها زوجها لإرجاعها، فالزّوجة لم تمنع من الرجوع إلى مسكن الزوجية لاستمرار الحياة مع زوجها¹⁴¹⁹. فمحضر النّشوز يعتبر وثيقة رسمية يثبت بها إرادة الزّوجة في الرجوع إلى بيت الزوجية أو في رفضه إذا صرّحت بأنّها لا ترجع إلى البيت الزوجي معتمدة في ذلك على سبب محدّد كأن يكون زوجها قد تزوّج بامرأة¹⁴²⁰. كما يمكن أن يثبت بها كذلك نشوز الزوج عند امتناعه مثلاً عن توفير السكن المنفرد المحكوم به لها و يكون ذلك أساساً للحكم بالتطّيق للطّرف المتضرّر، و هذا ما هو مقرّر قانوناً عند نشوز أحد الزوجين¹⁴²¹.

وكمحضر إثبات الحالة الذي قد يدلّ على أن الزوج يملك مسكناً مستقلاً لتبرير عدم طاعة الزّوجة لزوجها بخروجها من بيت الزوجية من تلقاء نفسها¹⁴²². كما يمكن أن يثبت وجود مسكن آخر للزوج، الأمر الذي يخوّل للحاضنة الحقّ في البقاء في المسكن الزوجي، مراعاة لمصلحة المحضونين. وفي هذا السّياق طالب الطّاعن، بناء على ما جاء في أحد القرارات، بطرد المطعون ضدها من المسكن الزوجي، فرفضت

¹⁴¹⁸ انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 315314 المؤرخ في 22/09/2004، نشرة القضاة لسنة 2010، العدد 65، ص (311-314).

¹⁴¹⁹ انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 184055 المؤرخ في 17/02/1998، المجلّة القضائيّة لسنة 1998، العدد 2، ص (85-88).

¹⁴²⁰ انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 92674 المؤرخ في 23/02/1993، نشرة القضاة لسنة 1995، العدد 48، ص (171-173).

¹⁴²¹ انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 189226 المؤرخ في 21/04/1998، اجتهاد قضائي لسنة 2001، عدد خاصّ، ص (144-147).

¹⁴²² انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 218754 المؤرخ في 16/02/1999، اجتهاد قضائي لسنة 2001، عدد خاصّ، ص (222-224).

دعواه من مجلس قضاء تيزي وزو لعدم التأسيس، فطعن بالتقضى أمام المحكمة العليا على أساس عدم الاعتماد على أي نص قانوني، فردت المحكمة العليا موضحة أن القرار المطعون فيه قد أجاب الطاعن بأن المطعون ضدها تمارس حضانة الأولاد في البيت الزوجي منذ (11) سنة من صدور الحكم بالطلاق، وأن محضر إثبات الحالة المؤرخ في 1996/08/21 يثبت أن الطاعن يملك مسكنا آخر، و طبقا لأحكام المادة (52) من قانون الأسرة فإن الحاضنة لها حق البقاء في المسكن الزوجي¹⁴²³. وبالرغم من أن المحضر ورقة رسمية يجب الاعتداد بها على مستوى القضاء إلا أنه كالعقد الرسمي يجوي جزئين من المعلومات، بيانات رسمية لا يمكن دحضها إلا بالطعن بالتزوير، وجزء يقوم على تصريحات يجوز دحضها بطرق الإثبات الأخرى كالشهادة وغيرها. وهو ما قضت به محكمة التقضى المصرية، فإذا كانت مهمة المحضر هي إجراء الإعلان أو التنفيذ، فإن واقعة انتقال المحضر إلى محل الإعلان وسؤاله عن المعلن إليه وتلقيه الإجابة التي أثبتتها بمحضره تلحقها الرسمية، إلا أن ما يقرره على لسان المخاطب معه من ترك المعلن إليه إقامته في مكان محدد لا تلحقه الرسمية، وكذلك صحة الإجابة ذاتها، وبالتالي لا يجب سلوك الطعن بالتزوير من أجل إثبات عدم صحة كل ذلك¹⁴²⁴. ولهذا أقرت المحكمة العليا في قرار من قراراتها أنه لا يمكن الأخذ بمحضر المحضر في مسألة وجود الأولاد عند الأب من أجل إسقاط النفقة عليه؛ لأنه من المحتمل أن يكون هذا المحضر قد حرر أثناء زيارة الأبناء لأبيهم، إضافة إلى أن مسألة إثبات وجود الأبناء عند أبيهم يحكم فيها القاضي بعد التحقيق وسماع الشهود. وقد اعتمد الطاعن في طعنه أمام المحكمة العليا على وجه أسسه على انعدام الأساس القانوني ومخالفة المادة (78)¹⁴²⁵ من قانون الأسرة بدعوى أن الطاعن طلب الحكم بإلغاء نفقة الأولاد على أساس أنهم موجودون في بيت أبيهم عند مغادرة أمهم هذا البيت. و قد أثبت الطاعن ذلك بموجب محضر محرر من طرف المحضر بتاريخ 1995/11/04، إلا أن القرار المطعون لم يأخذه بعين الاعتبار. وبناء على منظور قضاة المحكمة العليا فإن مسألة إثبات وجود الأولاد عند الأب أو عند الأم هي مسألة تعتبر من قبيل المعلومات التي لا تكون لها الحجية المنسوبة للبيانات الرسمية، فهي مسألة يحكم فيها القضاة بعد التحقيق و سماع الشهود، و محضر المحضر لا يكون حجة على أن الأولاد يعيشون عند الأب؛ فيحتمل

¹⁴²³ مرقس (سليمان)، مرجع سابق، ص 205.

¹⁴²⁴ انظر في ذلك قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) المؤرخ في 1999/06/15، اجتهاد قضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص (225-229).

¹⁴²⁵ وقد نصت المادة (78) من قانون الأسرة على ما يلي: (تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة).

أنّ الأولاد كانوا موجودين عند الأب في زيارة فقط أثناء المعاينة التي يلزم بها المحضر، و بناء على ذلك يكون الوجه غير مؤسس و يرفض الطعن¹⁴²⁶.

(4) وعقد الفريضة الذي يعتبر عقدا تصريحيًا الهدف منه تأسيس الحالة المدنية وتحديد نسب مختلف ذوي الحقوق في تركة المالك لأجل تحديد وتسوية حصص كل واحد منهم، ويكون أساس الفريضة بيان الوفاة والشهادة وتنتهي في شكل عقد توثيقي متبوعا بحساب تسوية، وهذا ما هو واضح من خلال حكم صادر من محكمة الجزائر في 1897/05/06، الذي جاء فيه: (حيث أنّ الفريضة هي الطريق العادي لإثبات درجة القرابة للمدّعين بالحقوق في تركة. وأنّ الفريضة المحرّرة من طرف القاضي تحوز كلّ مميزات العقد الرسمي)¹⁴²⁷.

(5) والشهادة التوثيقية التي تحرر من قبل الموثق بناء على طلب الورثة أو أحدهم بناء على توكيلهم في ذلك مرفقا بملف يحتوي على الفريضة و عقود الملكية و الشهادة العقارية، مفيدة انتقال الملكية العقارية من المالك إلى الورثة أو الموصى لهم، مشكلة بذلك الوسيلة الفنية لشهر حق الإرث في البطاقات العقارية¹⁴²⁸ ووثيقة كاشفة لحق الملكية و ليس منشئة له¹⁴²⁹. وحتى ولو كانت الملكية العقارية تنتقل من المورث إلى الورثة عن طريق الوفاة بقوة القانون، إلا أنّ مسألة شهر حق الإرث عن طريق الشهادة التوثيقية تعدّ من المسائل الواجبة قانونا بناء على ماجاء في المرسوم رقم 63/76، المؤرخ في 1976/03/25 المتعلّق بتأسيس السجل العقاري¹⁴³⁰ في مادتيه (39)¹⁴³¹ و(91)¹⁴³². وهذه الشهادة تعدّ من العقود التصريحية التي يكون فيها دور الموثق منحصرًا في استقبال التصريحات من قبل أحد الورثة، فيحرر بشأن ذلك عقدا يتضمن بيان معلومات الوارث الذي طالب بإعداد الشهادة التوثيقية من الموثق، و الحالة المدنية للمتوفى و التصديق عليها بذكر الاسم و اللقب و الموطن، إضافة إلى بيان الحالة المدنية لكل وارث بذكر أسمائهم و ألقابهم و

¹⁴²⁶ انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غرفة الأحوال الشخصية) رقم 174087 المؤرخ في 1997/10/28، نشرة القضاة لسنة 1999، العدد 54، ص (107-109).

¹⁴²⁷ ذكره حمدي باشا، انظر في ذلك: حمدي باشا (عمر)، حماية الملكية العقارية الخاصة، مرجع سابق، ص 36-37.

¹⁴²⁸ زروقي (ليلي)، حمدي باشا (عمر)، المنازعات العقارية، د.ط، الجزائر، دار هومه، 2002، ص 210، وكذلك: ص 215.

¹⁴²⁹ انظر في ذلك قرار المحكمة العليا (غ.ع) رقم 391380 المؤرخ في 2007/01/17، مجلة المحكمة العليا لسنة 2010، عدد خاص، ج3، ص (191-194).

¹⁴³⁰ انظر: الجريدة الرسمية، العدد...، المؤرخ في...

¹⁴³¹ تنصّ هذه المادة على أنّه: (عندما يتمّ إشهار شهادة موثقة بعد الوفاة تثبت الانتقال المشاع للأموال باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم، فإنّه يؤسّر على بطاقة العقار بأسماء جميع المالكين على الشياخ وبالخصّة التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبيّنا في الشهادة).

¹⁴³² تنصّ هذه المادة على أنّ: (كلّ انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحدّدة في المادة (99)، يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة).

موظنهم و تاريخ ميلادهم و مهنتهم استنادا إلى المعلومات الواردة في الفريضة المعدة بعد وفاة المورث. و كل هذه المعلومات تشكّل ما يسمّى الشرط الشخصي للأطراف المنصوص عليها في المادة (65) من المرسوم 63/76، و تحديد العقارات الموروثة موضوع الشهادة التوثيقية، و لا يكون ذلك إلا استنادا إلى العقود الرسمية التي تقدم للموثق من قبل طالبها. و الحقوق المنقولة لا يشترط أن تكون محلاً للشهادة التوثيقية¹⁴³³.

و من باب تيسير عملية إعداد الحصص التي يقوم بها الخبير، و عملية الإشهار العقاري التي يقوم بها المحافظ العقاري يكون من الأفضل أن يقوم الورثة في دعاوى قسمة التركات باستخراج الشهادة التوثيقية قبل مطالبتهم بعملية القسمة، إلا أن عدم تقديمها بملف القضية لا يترتب عليه عدم قبول الدعوى¹⁴³⁴. و هذه المسألة القانونية لم تكن محل استقرار قضائي، فقد اعتبرها مجلس الدولة في أحد قراراته إجراء إجباريا مسبقا لإثبات انتقال الملكية بصفة رسمية من صاحبها الأول إلى الوارثين عند وفاته، وإجراء قانونيا أوليا لإثبات صفتهم كوارثين شرعيين¹⁴³⁵. كما أنه لم يعط الشهادة التوثيقية قيمتها القانونية في قرار آخر له باعتبارها تصريحاً لا يمكن نقل حق الملكية بناء عليه، حتى ولو كان ذلك أمام الموثق¹⁴³⁶. كما ذهبت المحكمة العليا إلى أن الشهادة التوثيقية و إن كانت عقدا تقريرا أو تصريحيا إلا أنّها تعد عقدا رسميا ناقلا للملكية الأملاك العقارية للورثة عند استيفائها لإجراءات الشهر، سواء في الشيوخ أو بالحصص التي تعود لكل

¹⁴³³ زروقي (ليلي)، حمدي باشا (عمر)، مرجع سابق، ص 211.

¹⁴³⁴ المرجع نفسه، ص 211.

¹⁴³⁵ ..) لكن حيث أن المستأنفين لم يستطيعوا أن يثبتوا بعقد توثيقي رسمي انتقال الملكية المزعومة للقطعة الأرضية موضوع النزاع من والدهما المتوفى إليهما، كما تشترطه أحكام المادة (91) من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25، و حيث أن هذا الشرط هو إجراء إجباري مسبق لإثبات انتقال الملكية بصفة رسمية من صاحبها الأول عند وفاته إلى الوارثين. و حيث أن المستأنفين لم يقوموا بهذا الإجراء القانوني والإلزامي قبل رفع دعواهما المتعلقة بالاعتراف بالملكية على القطعة الأرضية المتنازع من أجلها في إطار تطبيق أحكام المرسوم رقم 252/83 المؤرخ في 1983/05/21... تعتبر دعوى سابقة لأوانها ما دام أن المستأنفين لم يقوموا بالإجراءات القانونية الأولية لإثبات صفتهم كوارثين شرعيين للمرحوم (ش.ع) و لإثبات نقل ملكية هذا الأخير بصفة رسمية إلى مورثيه كما يستلزمه القانون). انظر في ذلك: قرار مجلس الدولة (الغرفة الأولى) رقم 652-206 المؤرخ في 2000/07/10، ذكره حمدي باشا (عمر) في كتاب: المنازعات العقارية، مرجع سابق، ص 212.

¹⁴³⁶ ..) حيث أن المستأنفين يعيرون على القرار المستأنف عدم إعطاء الشهادة التوثيقية كل قيمتها القانونية فيما يتعلق بمزاعمهم و بالتحديد القطعة الأرضية بمساحة 5000 متر مربع رقم 171 و 892 و 893 من المخطط العمراني لمدينة تلمسان و قطعة أرضية أخرى بمساحة 228 متر مربع كائنة كلها بالمكان المسمى مستكنة. حيث أن الشهادة التوثيقية المؤرخة في 1968/05/14 التي يستمد منها المستأنفون صفتهم و مصلحتهم للتقاضي تعد فعلا عقدا محررا رسميا غير أن الموثق اكتفى بتدوين تصريحات أحد الأطراف الذي توفي و أنه يستفاد من التصريح التوثيقي الذي أدلى به المرحوم (ح.ع.س) أن والدته (ف.م) تملك حقوق ملكية على عدد من العقارات من بينها القطع الأرضية المتنازع عليها. حيث أنه من الثابت أنه لا يمكن شراء أو نقل حق الملكية بمجرد تصريح حتى ولو كان ذلك أمام موثق، وأنه يجب إثبات الملكية بموجب سند صحيح يكرس نقل ملكية العقار، وأنه في قضية الحال لا يمكن أن يأخذ التصريح التوثيقي و لا المستخرج من المحافظة العقارية والذي ما هو إلا شهر شهادة الموثق لا غير، مرتبة عقود الملكية، و أنه بالنتيجة فإن القرار المستأنف أحق عندما رفض دعوى المستأنفين لعدم إثبات صفتهم كمالكين). انظر قرار مجلس الدولة (الغرفة الثالثة) رقم 142-146، المؤرخ في 1999/01/11. ذكره: حمدي باشا (عمر) في كتاب: المنازعات العقارية، مرجع سابق، ص 214.

واحد منهم عندما يكون ذلك مبيّنا بها¹⁴³⁷. و هذا يخالف تكييفها اللاحق، فقد أصبحت الشهادة التوثيقية في منظور المحكمة العليا لا تشكل قيда على ممارسة الدعوى أمام القضاء¹⁴³⁸؛ لأن الحقوق الميراثية تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة، إلا أنها تعتبر في منظورها وسيلة لإثبات هذا الانتقال¹⁴³⁹.

أما بالنسبة للورقة العرفية، فما دون بها لا بدّ أن يكون ذا أساس شرعي وقانوني¹⁴⁴⁰. و حججته تساوي حجية ما يرد في الورقة الرسمية على لسان ذوي الشأن¹⁴⁴¹؛ باعتبار أن الورقة العرفية تحرر من طرف

¹⁴³⁷ قرار المحكمة العليا (غ.ع) رقم 267615 المؤرخ في 2004/09/22، مجلة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد 1، ص (407-409).

¹⁴³⁸ لقد ذهب قضاة المجلس خلال نظرهم في دعوى القسمة المرفوعة من الورثة إلى أن انتقال الملكية بفعل أو بسبب الوفاة لا يتم إلا بعد تحرير الشهادة التوثيقية وفقا لما جاء في نص المادة (191) من المرسوم 63/76، وإغفال هذا الإجراء يعيق انتقال ملكية العقار محل النزاع إلى الورثة، ولا يمكنهم أن يكتسبوا صفة المالكين على الشيوع. وفي حقيقة الأمر، كما جاء في منظور المحكمة العليا، أن هذا التسيب مخالف لما هو مقرر قانونا؛ لأن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري من وفاة أصحاب الحقوق العينية وفق المادة (2/15) من الأمر 74/75 المتضمن إعداد السجل العقاري و مسح الأراضي، أضف إلى ذلك أن الماد (127) من قانون الأسرة نصت على أنه: (يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو حكما). و هاتين المادتين لا تشتريان الإعداد السابق للشهادة التوثيقية من أجل رفع دعوى قسمة التركة. و لهذا كانت مخالفة قضاة الموضوع للقانون واضحة، الأمر الذي أسس عليه نقض قرارهم من طرف المحكمة العليا. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.ع) رقم 391380 المؤرخ في 2007/01/17، مجلة المحكمة العليا لسنة 2010، عدد خاص، ج3، ص (191-193).

¹⁴³⁹ ولا تعتبر الشهادة التوثيقية الوسيلة الوحيدة لإثبات صفة الوارث، و بالتالي صفة التقاضي، فهي تقوم بمجرد الوفاة ويجوز إثباتها بكل الوسائل القانونية كالفریضة و شهادة الميلاد. و لهذا نقضت المحكمة العليا قرار قضاة الموضوع على مستوى المجلس القضائي الذين اشتروا وجود شهادة نقل الملكية في ملف الدعوى من أجل إثبات صفة التقاضي. فقد قدم الطاعن عدة وثائق تثبت وضعيته القانونية منها الفريضة إلا أن قضاة الموضوع قاموا باستبعادها بحجة عدم إحضار شهادة نقل الملكية. و قد أسست المحكمة العليا قرارها على نص المادة (15) من الأمر 74/75 المتضمن مسح الأراضي و إعداد السجل العقاري و التي جاء فيها: (كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إظهاره في مجموعة البطاقة العقارية. غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية). و هذا ما يفيد أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة من يوم وفاة المورث و ليس من تاريخ القيد. و لقد تطرقت المادة (91) من المرسوم نفسه إلى الشهادة التوثيقية باعتبارها الأداة التي يتم شهر الحقوق الميراثية بمقتضاها لا غير. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.ع) رقم 394379 المؤرخ في 2007/03/14، مجلة المحكمة العليا لسنة 2010، عدد خاص، ج3، ص (199-201). وانظر قريبا من هذا: قرار المحكمة العليا (غ.ع) رقم 713016 المؤرخ في 2011/06/09، مجلة المحكمة العليا لسنة 2011، العدد 2، ص (179-181).

¹⁴⁴⁰ إن استناد قضاة الموضوع في حكمهم على العقد العربي المحرر من طرف مورث الأطراف أثناء حياته، والذي تضمن قسمة التركة بين أولاده غير مؤسس من الناحية الشرعية وكذا القانونية. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 125622، المؤرخ في 1995/10/24، المجلة القضائية لسنة 1996، العدد 1، ص (117-119).

¹⁴⁴¹ وهذا الأمر لا يقدر في حجيتها، ولا في كونها وسيلة منتجة في الفصل في النزاع ولهذا كان استبعادها مخالفا للقانون، وكان واجبا على قضاة الموضوع الاستماع إلى الشاهدين الذين حضروا تحريرها، وإن لم يفعلوا يكونون بذلك قد خالفوا القانون و قصروا في تسيب قرارهم، الأمر الذي يكون معه هذا الأخير محلا للنقض من طرف المحكمة العليا. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.م) رقم 99842 المؤرخ في 1992/06/03، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 4، ص (41-45).

كما أن هذا الأمر لا يضع حدا لجواز الطعن فيها بالتزوير، فقد استقر القضاء على أنه يجوز الطعن بالتزوير في أي وثيقة مقدمة في الدعوى، سواء كانت وثيقة عرفية أو رسمية، ولا يجوز لقضاة الموضوع صرف النظر عن الطعن بالتزوير إلا إذا تبين لهم أن الفصل في الخصومة الأصلية

ذوي الشأن دون تدخل من أي موظف عام¹⁴⁴²، فيكفي من أجل صحتها من حيث الشكل توافر شرطين الكتابة والتوقيع¹⁴⁴³. وحجية الورقة الموقعة إنما تتعلق بالتقريرات الواردة فيها لا بالبيانات الإخبارية باستثناء ما اتصل منها بالتقريرات، فكل شيء بعد ذلك لا تكون له إلا الحجية التي تعطى لمبدأ الثبوت بالكتابة. فإذا كانت الورقة العرفية تثبت مثلا أن يبعأ صدر من شخص إلى آخر و أن البائع قبض الثمن، يفترض أن هذه الوقائع جدية غير صورية، و ذكرها في الورقة قرينة على صحتها، إلا أنها قرينة يجوز دحضها بإثبات العكس¹⁴⁴⁴، دون حاجة للدعاء بتزويرها؛ على أساس أن كل ما تتضمنه الورقة العرفية هو من صميم عمل الطرفين ولا يتضمن ما يثبت موظف عام بناء على ما شاهده أو سمعه¹⁴⁴⁵ كالورقة الرسمية. ولصاحب التوقيع أن يثبت في مواجهة الطرف الآخر أن البيع صوري وأن الثمن لم يقبض ولا يقتصر على الإنكار، كما فعل عندما أنكر صدور الورقة منه، بل يقع عليه عبء لإثبات العكس طبقا للقواعد العامة، ومنها أنه لا يجوز بالنسبة للطرف الآخر إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة. ويدخل في صحة الوقائع صحة تاريخ الورقة العرفية، فالتاريخ الذي تحمله تفترض صحته، حتى يثبت صاحب التوقيع أنه غير صحيح وأن حقيقته مخالفة له، ولا يثبت هنا أيضا ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة¹⁴⁴⁶. كذلك قيام التصرف القانوني في ذاته من صحة و نفاذ وغير ذلك كل هذا يكون باب الطعن فيه مفتوحا أمام صاحب التوقيع، ولا يمنعه اعترافه بصدور الورقة منه في التصرف القانوني محل الورقة بالغلط أو التدليس أو الإكراه أو بعدم مشروعية السبب أو بأي دفع موضوعي أو شكلي آخر¹⁴⁴⁷.

أما إذا كان العنصر المنظور إليه هو عنصر التاريخ، فإن تاريخ الورقة الرسمية تاريخ ثابت له الحجية الكاملة باعتباره من صميم عمل الموظف العام الذي يقوم بتثبيته تحت مسؤوليته¹⁴⁴⁸. أما الورقة العرفية فلها تاريخ من المفترض أن يكون تاريخا صحيحا فيما بين الطرفين إلى حين إثبات عكس ذلك. أما إذا

لا يتوقف على المستند المدعى بتزويره. انظر في ذلك: قرار المجلس العلى (غ.م) رقم 34700 المؤرخ في 1985/06/26، المحلة القضائية لسنة 1989، العدد4، ص (57-60).

¹⁴⁴² و لهذا كانت الأوراق الرسمية لها قوة ثبوتية قاطعة في مواجهة الأوراق العرفية، فلا يمكن ترجيح هذه الأخيرة عليها؛ لأنها أدنى درجة منها في الدلالة على الحقيقة. ولهذا يجب مواجهتها بدليل مماثل لها في القوة أو أكثر منها. والحكم بخلاف هذا المبدأ إخلال بقواعد الإثبات ويكون عرضة للنقض من طرف المحكمة العليا. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.م) رقم 176264 المؤرخ في 1998/11/18، المحلة القضائية لسنة 1999، العدد1، ص (102-104).

¹⁴⁴³ Malaurie (Ph.), Aynès (L.), Stoffel-Munck (Ph.), *les obligations*, 2^{ème} éd., 2005, Defrénois, P.283.

¹⁴⁴⁴ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص 195.

¹⁴⁴⁵ نشأت (أحمد)، مرجع سابق، ص 261 وما بعدها.

¹⁴⁴⁶ السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص195.

¹⁴⁴⁷ Planiol (M.), Ripert (G.), *op.cit.*, p.920.

¹⁴⁴⁸ إلا أن العقود العامة لها تاريخ ثابت بذاتها، فهي بذلك لا تفتقر من أجل ثبوت تاريخها إلى وجوب تسجيلها كما هو الأمر بالنسبة

للعقود التي يقوم بتحريرها المؤقتون. انظر في ذلك: Planiol (M.), Ripert (G.), *Ibid.*, P.890.

نظرنا للغير فيقوم احتمال أن يكون الطرفان متواطئين في تقديم التاريخ أو في تأخيره لتحقيق غرض معين. فقد يكون التواطؤ في التقديم كأن يقدم المتعاقدان تاريخ البيع حتى لا يطعن الورثة بأنه وقع في مرض الموت. وقد يكون التواطؤ في التأخير من أجل تفادي الطعن في التصرف بنقص الأهلية، فيقومان بتأخير تاريخ الورقة لإخفاء أن أحد المتعاقدين كان قاصرا وقت التعاقد¹⁴⁴⁹. ولهذا كان من المعقول ألا يكون تاريخ الورقة العرفية حجة على الغير، إلا إذا كان ثابتا على وجه قاطع، وعلى هذا جرى القانون المدني الجزائري¹⁴⁵⁰.

الفرع الثالث: خصوصية بعض الأوراق العرفية

إن الورقة العرفية التي تعدّ للإثبات لا يمكن أن تشكل دليل إثبات كامل إلا إذا كان موقعا عليها؛ فالتوقيع، كما قلنا سابقا، هو الذي يعطي الورقة حجيتها وبالتالي قوتها الدلالية. إلا أنّ القانون المدني أفرد لبعض الأوراق العرفية نصوصا خاصة بموجبها حدّد حجيتها وبين دلالتها على الحقيقة، رغم أنّها تعدّ من الأوراق غير المعدّة للإثبات، ولا يشترط فيها أن يكون موقعا عليها، الأمر الذي يجعلها ذات خصوصية تستوجب النظر إليها بتمعّن وفق ما جاء في الفقه الإسلامي، ووفق ما استقرّ عليه القانون في ذلك، منها:

(أولا) دفاتر التجار، أو كما أطلق عليها الأحناف دفاتر البياع و الصراف والسمسارة¹⁴⁵¹ التي أوجبها القانون على التجار واشترط أن تكون بحوزتهم كدفتر اليومية و دفتر المراسلات و دفتر الجرد، كما اشترط انتظامها تاريخيا، خالية من الأخطاء و الثغرات والخريشات¹⁴⁵². أضف إلى ذلك الدفاتر الاختيارية التي يمكن أن تشكل قرائن إما في مواجهة التجار وإما في صالحهم، في الحالة التي تكون فيها القرائن معتمدة بالنسبة لعقود التجارة، كدفتر المشتريات والمبيعات ودفتر الخزانة ودفتر الأوراق التجارية لقيّد مواعيد استحقاقها¹⁴⁵³. و قد تشكل هذه الدفاتر بنوعيتها دليلا كاملا في مواجهة التجار الذين يجوزونها في القضايا المدنية البحتة لصالح أشخاص ليس لهم صفة التاجر، أي سواء كان النزاع تجاريا أم مدنيا، باعتباره إقرارا مكتوبا منه، و لكنه إقرار غير قابل للتجزئة، وبيان ذلك أن الذين يريدون الاستفادة من مضامين وبيانات هذه الدفاتر لا

¹⁴⁴⁹ Aubry et Rau, *op.cit.*, P.179-180.

¹⁴⁵⁰ وذلك في المادة (328)، حيث جاء فيها: (لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت..).

¹⁴⁵¹ الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ص 474.

¹⁴⁵² Planiol (M.), Rippert (G.), *op.cit.*, P.934.

¹⁴⁵³ *Ibid*, P.937-938.

يجوز لهم أن يجزئوها معرضين عما هو ادعاءاتهم، إلا أن مبدأ عدم التجزئة لا تخضع له إلا الدفاتر المنتظمة¹⁴⁵⁴.

و إذا كان دفتر التاجر حجة عليه، فهو خروج بذلك عن القواعد العامة، و يمكن ملاحظة هذه المسألة من خلال: (أ) وصفنا للدفتري بأنه ورقة عرفية غير موقعة من التاجر، كما يغلب أن لا يكون هو كاتبها، كما يمكن أن تكون حاوية أخطاء لا يستطيع التاجر تحملها، (ب) حيازة التاجر لدفتري، و بذلك سيلزمه القانون بأن يقدم دليلاً ضده، و في هذا إجبار له على أن يقدم دليلاً ضد نفسه. ولهذين الأمرين رأي من الناحية الفقهية أن هذه المسألة جوازية بالنسبة للقاضي، و إذا رأى هذا الأخير ضرورة الأخذ بالدليل المستخلص من الدفتري، فإن لصاحبه حرية إثبات خلاف ما جاء فيه بأي طريق، حتى ولو كان دفتري من الدفاتر المنتظمة. و هذه المسألة لن يعترضها مبدأ أنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة، فما ورد في الدفتري لا يمكن اعتباره دليلاً كاملاً؛ لأنه ورقة عرفية غير موقعة، الأمر الذي يعطينا الحق في وصفها بالقرينة القابلة لإثبات العكس¹⁴⁵⁵.

و عندما نقول أن الأصل لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلاً لنفسه، حتى ولو كان تاجراً، وكانت دفاتري منتظمة، فكل ما ورد فيها لا يمكن أن ننظر إليه على أنه دليل لصالحه؛ لأنه صادر منه، كما إنّه لا يشكل مبدأ ثبوت بالكتابة لأنه غير صادر من الخصم. فيكون بذلك الدفتري حجة على التاجر دون أن يكون حجة له، وهو ذات المبدأ الذي استقر عليه فقهاء الإسلام¹⁴⁵⁶ قبل حركة الفكر القانوني، وهو ما قرّر عند الملكية على وجه الخصوص باعتبار كتابة التاجر في دفتري إقرار منه بالحق المكتوب فيه، فيلزم التاجر به بشرط أن تكون الكتابة بخطه وإلا فلا تعتبر حجة عليه، وفي حالة إنكاره لما دون في دفتري لا يلتفت إليه، يستوي في ذلك أن يكون معترفاً بخطه وكتابته وإنكاره لذلك بشرط قيام البينة على صحة خطه¹⁴⁵⁷. وقد جاء عند الحنفية من الأفضية ما يثبت العمل بهذه الدفاتر، كذلك الصراف الذي كتب على نفسه بمال معلوم وخطه معلوم بين التجار وأهل البلد، ولما وافته المنية، جاء غريم مطالباً بماله من

¹⁴⁵⁴ Ibid, P. 935.

¹⁴⁵⁵ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج1، ص 279.

¹⁴⁵⁶ ابن عابدين، رسائل ابن عابدين، ج2، د.ط، د.ت، ص143، مستعملاً في ذلك عبارة: (وما يكتبه التاجر على نفسه في دفتري).

¹⁴⁵⁷ الدسوقي (محمد)، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج6، ص103، ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، الطرق الحكمية، مصدر سابق، ص224-225، الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ص476. ولا بدّ في الشهادة على الخطّ من عدلين، وإن كان الحقّ ممّا يثبت بشاهد وبمين؛ لأنّ الشهادة على الخطّ كالقتل ولا ينقل عن الواحد إلاّ اثنان ولو في المال على الرّاجح، كما أنّه يجب أن تتمّ الشهادة بحضور الخطّ فلا تجوز في غيبته، فيعمل عندئذ بمقتضى الشهادة من غير يمين من المدّعي استظهاراً، بناء على أنّ الشهادة على الخطّ كالشهادة على اللفظ. الدسوقي (محمد)، المصدر نفسه، ص103.

الورثة، وقام بعرض خطّ الميّت بحيث عرف الناس خطّه، فحكم به في تركته¹⁴⁵⁸. وأصل عدم قيام حجية الدفتر لصالح التاجر حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكنّ اليمين على المدعى عليه"¹⁴⁵⁹. إلّا أنّه يستثنى من قاعدة عدم الحجية هذه مسألتان، مسألة الدعاوى التجارية البحتة (بين تاجر وتاجر)، ومسألة دعاوى التاجر على غير التاجر بالنسبة إلى البيانات الواردة في دفتر التاجر عما ورد له لغير التاجر¹⁴⁶⁰.

وقد أقام فقهاء المذهب الحنفي حجية دفاتر التجار على العرف والعادة، وبيان ذلك أنهم عندما استثنوا دفاتر التجار من مبدأ عدم الاعتماد على الخط¹⁴⁶¹؛ لإمكان التشابه واحتمال التزوير والتجربة والتسلية واللعب بالكتابة معتبرين ما دون فيه من الديون حجة يعمل بها وحدها دون حاجة إلى انضمام دليل آخر إليها ودون اشتراط أن تكون معنونة، فيكفي كتابتها حسب العرف الجاري إنّما فعلوا ذلك على أساس أنه يستبعد أن يكتب التاجر في العادة هزلاً أو تسلية أو لعباً أو تجربة، فانتفاء الشبهة مضمون فيه، ولهذا فما وجد في دفتريه يكون حجة عليه ويجب العمل بما فيه¹⁴⁶². وقد أفتى علماء (بلخ) وأيدهم جمهور الفقهاء في ذلك، ف: (العمل في الحقيقة إنّما هو لموجب العرف لا لمجرد الخط)¹⁴⁶³، وهذا مستثنى من ترك العمل بالخط¹⁴⁶⁴.

وما انتقده الفقه التجاري المصري هو مسألة الحرّية المطلقة المعطاة للقضاة في الإطلاع عليها في جميع المنازعات التجارية، الذي يكون من شأنه إفشاء لأسرار التاجر، وكان الواجب في نظرهم أن يحذو المشرع المصري حذو المشرع الفرنسي وما جاء في نص المادة (14) من القانون التجاري الفرنسي، التي لا

¹⁴⁵⁸ ابن عابدين، المرجع نفسه، ص 143.

¹⁴⁵⁹ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه، مصدر سابق، ج 12، ص 2، وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب البيّنة على المدعى واليمين على المدعى عليه، رقم الحديث: 2321، مصدر سابق، ص 345، وأخرجه النسائي، في السنن الكبرى، كتاب القضاء، باب على من اليمين، رقم الحديث: 5951، ج 5، ط 1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 2001، ص 427.

¹⁴⁶⁰ Planiol (M.), Rippert (G.), *op.cit.*, P 935.

¹⁴⁶¹ فقد جاء في رسائل ابن عابدين، أنّه لو كتب شخص بخطّه صكّاً بمال عليه لآخر، فقام الأخير بادّعاء ما فيه، فإذا أنكر الأول حتّى ولو كان مقرّاً بأنّ الخطّ خطّه لا يثبت ما ادّعاه؛ لأنّ حجج الإثبات، في منظورهم، ثلاثة: البيّنة والإقرار والتكول عن اليمين، والخطّ ليس واحداً منها، حتّى ولو كان خطّه ظاهراً في صدق المدعى، إلّا أنّ الظاهر يصلح للدفع ولا يصلح للإثبات، زيادة على أنّ الصكوك تكتب غالباً قبل أخذ المال الذي تتضمّنه. انظر: ابن عابدين، المرجع نفسه، ص 129.

¹⁴⁶² الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، 476-477.

¹⁴⁶³ ابن عابدين، مرجع سابق، ص 143.

¹⁴⁶⁴ وهذا ما قاله الفقيه ابن عابدين الحنفي في كتابه فمشايخ الحنفية ردّوا على الإمام مالك في عمله بالخطّ، على اعتبار أنّ الخطّ يشبه الخطّ، إلّا أنّهم عملوا بها في المشائل المتعلقة بدفاتر البيّاع والصرف والسماجرة، كما في قضاء الحانية والبازية وجزم به في البحر والوهبانية، وحقّقه ابن الشحنة والشرنبلالي وأفتى به صاحب التّوير، فخطّ من ذكروا حجة وإن لم يكن معنونا ظاهراً بين الناس، وكذلك ما يكتب الناس فيما بينهم يجب أن يكون حجة للعرف. انظر: رسالة العرف في: ابن عابدين في رسائله، ج 2، ص 143.

تجيز الاطلاع إلا في مسألتين من مسائل الأحوال الشخصية وهما مواد التركات، والذمم المشتركة الناشئة من الزواج بمقتضى نظام اختلاط الأموال¹⁴⁶⁵، إضافة إلى قسمة الشركة والإفلاس وهي مسألة من المسائل التجارية التي لا تهم بحثنا. ففي مسائل التركات إذا توفي التاجر وقام نزاع بين ورثته حول تقسيم التركة جاز لقضاة المحكمة إلزام الورثة الذين يجوزون دفاتر مورثهم التجارية بإطلاع بقية الورثة عليها، بهدف تمكين كل واحد منهم من تقدير نصيبه من التركة، يستثنى من هذا الحكم الموصى له بعين معينة ولأجنبي، فهذا الحق مقصور على الورثة والموصى لهم بحصة من التركة¹⁴⁶⁶. وإذا تزوج التاجر على مقتضى نظام اختلاط الأموال، ودخل متجره في الذمة المشتركة ثم انحلت رابطة الزوجية ووجب تصفية هذه الذمة، جاز لقضاة المحكمة أن يأمرؤا بإطلاع الخصم، الزوجة أو ورثتها على الدفاتر التجارية الموجودة بحوزة الزوج أو ورثته، من أجل تمكينها أو تمكينهم من تقدير نصيبها في الذمة¹⁴⁶⁷.

(ثانيا) الدفاتر والأوراق المنزلية، وتشمل جميع أنواع الكتابة التي يقوم بها أي شخص دون تحديد صفته اختيارا، سواء على أوراق طائفة أو على دفاتر، يدون فيها ما تعلق بشؤونهم المالية والمنزلية قبضا أو دفعا، إنفاقا أو تعاملًا، حقا أو التزامًا¹⁴⁶⁸. وهذه الدفاتر لا يمكن أن تكون حجة لصاحبها في مواجهة الغير، إلا إذا اعترف بها هذا الأخير¹⁴⁶⁹، إلا أنها قد تكون كذلك في حالات محددة، كأن يذكر فيها على وجه الصراحة أنه استوفى دينًا، أو أنه قصد بما دونه في هذه الدفاتر أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته¹⁴⁷⁰. وهذه المسألة تعد كذلك خروجًا عن القواعد العامة لأن الأوراق المنزلية تكون، حسب العرف والعادة، في حياة صاحبها، وهو محمي بمبدأ عدم إجباره بتقديم دليل على نفسه، إلا أن الخروج عن هذه القاعدة قد يحصل بحكم القانون في الحالات التي يجوز فيها للخصم إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده، كأن تكون الأوراق المنزلية مشتركة بين الخصمين كما هو الأمر في التركات، أو يكون الخصم قد استند إليها في أي مرحلة من مراحل الدعوى. كما قد يحصل بحكم الواقع في محضر حصر التركة، إذ يدون في المحضر عادة ما ورد من بيانات في دفاتر المورث وأوراقه المنزلية عما له من حقوق وما عليه من ديون وعن بعض التفاصيل التي تتعلق بتركته. وفي غير هذا لا يكون جائزا إلزام

¹⁴⁶⁵ Aubry et Rau, *Ibid*, P 211.

¹⁴⁶⁶ السنهوري (عبد الرزاق)، الوسيط، مرجع سابق، ج 2، ص 275.

¹⁴⁶⁷ المرجع نفسه، ص 275.

¹⁴⁶⁸ Planiol et Rippert, *op.cit.*, P 941.

¹⁴⁶⁹ *Ibid*, P 941.

¹⁴⁷⁰ وهاتان الحالتان ذكرتهما المادة (331) من الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتم

بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20. وانظر تفصيل المسألة في: Aubry et Rau, *Ibid.*, p.214.

الشخص بتقديم دفاتره وأوراقه المنزلية، أو الأمر بالاطلاع عليها¹⁴⁷¹. وفي الحالتين السابقتين ليس من الضرورة أن تكون الأوراق موقعة من صاحبها؛ لأن اعتماد مثل هذا الحكم يؤدي بنا إلى اعتبار ورود نصّ خاصّ بشأن حجّية الأوراق المنزلية مجرد لهو؛ لأنّ الأوراق الموقعة تعتبر دليلاً كاملاً. كما أنّه ليس الضرورة أن تكتب بخطّ صاحبها، بشرط أن يكون ذلك تحت بصر الدائن وموافقته.

وفي حالة تقديم هذه الأوراق إلى القضاء فقد تعتبر وفق القواعد العامة مبدأ ثبوت بالكتابة ضد صاحبها إذا كتبت بخطّ يده، وقد تعتبر دليلاً كاملاً إذا توجت بتوقيع صاحبها وكانت صحتها غير مشكوك فيها، وهي من المسائل الموضوعية التي تكون فيها السلطة التقديرية للقاضي واسعة، فقد لا يطمئن القاضي إلى دلالة ورقة منزلية لم تعد للإثبات على الحقيقة وقد يكون صاحبها قد وقعها خطأً أو عن عجل أو قبل أن يتم الأمر الذي ورد البيان في شأنه¹⁴⁷². ولهذا لم تكن حجّيتها مطلقة،¹⁴⁷³.

ويمكن أن نذكر من ضمانات اعتبار المورقة المنزلية طريقاً فعالاً للحقيقة القضائية ما يلي: (أ) لا بدّ أن يذكر صاحب الأوراق صراحة أنه استوفى الدين إذا كان دائناً، أو أنه يعترف بدين عليه لا يوجد به سند في يد الدائن، وأن تقوم هذه الأوراق مقام هذا السند غير الموجود إذا كان مديناً. ولا يكفي الفهم الضمني ولو كان موقعا منه¹⁴⁷⁴.

(ب) وفي حالة محوه أو شطبه لما كتبه من استيفائه للدّين، الأمر الذي جعل الخطّ غير مقروء، فإنّ حجّية البيان تكون عندئذ زائلة عن الورقة، فلا اعتبار لذلك قضاءً، أما إذا بقيت القراءة ممكنة حتى ولو كان البيان مشطوباً فتبقى الحجية قائمة. وهذا الأمر لا ينطبق على البيان الذي يذكر فيه صاحبه صراحة أنه يعترف بدين عليه وقد قصد أن تقوم الأوراق مقام السند، فالبيان في هذه الحالة يكون عديم الحجية سواء ظل مقروء أو أصبح غير مقروء؛ وبيان ذلك أن الاعتراف بالدين مسألة خطيرة لهذا كانت العوارض من محو أو شطب تكفي لأن يكون البيان معها عديم الحجية حتى ولو بقي مقروء¹⁴⁷⁵. وإذا كان البيان يحمل تعارض بين أجزائه بحيث ينقض بعضها بعضاً كان واجبا على القاضي تفسيره بما يزيل هذا التعارض¹⁴⁷⁶.

¹⁴⁷¹ Aubry et Rau, *Ibid.*, p.217.

¹⁴⁷² قضت محكمة الاستئناف المختلطة بالنسبة إلى دفاتر ناظر الوقف فلا يجبر على تقديمها ليثبت المستأجر من الوقف أنه وفي بالأجرة. فقد قضت محكمة مصر الكلية الأهلية في دائرتها الاستئنافية بأن الأوراق الخصوصية أو المنزلية هي ملك لصاحبها، فلا يجوز إجباره على تقديمها والحكم عليه بذلك. وتدخل في عداد الأوراق الخصوصية دفاتر كل مصلحة من المصالح حتى العمومية منها إذا كانت متعلقة بحسابها الخاص من مصرف و إيراد والتي تسجل فيها أعمالها الخصوصية بصفتها شخصاً أدبياً، وكذلك كما يكون بينها وبين فروعها من المخبرات والرسائل. انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص 288.

¹⁴⁷³ Aubry et Rau, *Ibid.*, P 216.

¹⁴⁷⁴ *Ibid.*, P 214.

¹⁴⁷⁵ السنهوري (عبد الرزاق)، الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص 289.

¹⁴⁷⁶ المرجع نفسه، ص 289.

إن حجية الأوراق المنزلية ليست مطلقة، وبالتالي يجوز لصاحب هذه الأوراق، وهو الطرف الذي تستعمل هذه الدفاتر في مواجهته دحض ما جاء فيها بشهادة الشهود، أو بقرائن دقيقة ومتناسقة، تدلّ على أنّ البيانات الواردة فيها كتبت خطأ أو قبل أن يتم الأمر الذي وردت البيانات في شأنه، ولا يمكن أن يعترض هذا بإعمال قاعدة أنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة، فالورقة المنزلية ليست ورقة عرفية موقعة وليست ورقة معدة مقدما للإثبات، وبالتالي يجوز إثبات عكسه بغير الكتابة¹⁴⁷⁷.

وقريبا من هذا كله ما ذهب إليه الجمهور غير المالكية في مسألة الوارث إذا وجد كتابة بدين، إقرارا به أو إبراء عنه أو باستيفائه، سواء وجدها في دفتره أو في ورقة خاصة، فيجب الاعتماد على هذه الكتابة قضاء، وتعتبر حجة فيما ورد فيها باعتبارها بمثابة إقرار من المورث فيما عليه، إلا أنها لا يمكن أن ينظر قضاء على أنها حجة على غيره. فالفقهاء اعتبروا الخط المجرد كافيا في إثبات ما ورد فيه رغم أنه صادر من شخص عادي لا يقوم بوظيفة معينة، وإنما يكتب وصية بما عليه من ديون، ويسجل ما قبض من أموال أو ما استوفاه من غرمائه، فهذه الكتابة تعتبر حجة عليه بشرط أن يعرف خط الكاتب، وهو ما ذهب إليه الحنابلة¹⁴⁷⁸ والمالكية¹⁴⁷⁹، إلا إنّ المالكية خالفوا الجمهور في ما تعلق بالوصية بشروط، فقد منعوا العمل بخط المورث في الوصية إذا لم يشهد عليها حتى مات، حتى ولو شهدت بينة على خطه، رغم أنهم قد توسعوا في الاعتماد على خط المورث، كما في شهادة الشاهد الميت، ودفتر البيع والسمسار والصراف بعد الموت¹⁴⁸⁰.

(ثالثا) الرسائل، اتفق الفقهاء، القائلون بجواز الكتابة مطلقا والمانعون لها، على حجية الرسائل في مسائل الإثبات بين الغائبين بإشهاد أو بغير إشهاد، فالكتاب بين الغائبين كالخطاب بين الحاضرين، والكتاب كالخطاب في التعاقد. فلو أرسل شخص إلى آخر رسالة تحوي كتابة واضحة أنّ عليه ديننا تجاهه، أو أرسل إلى زوجته مطلقا لها، أو طلب الزواج أو العقد من امرأة كتابة، أو وهب، تعتبر الرسالة حجة عليه سواء حضر الشهود أثناء كتابتها أو لم يحضروا¹⁴⁸¹. والرسائل الموقع عليها لها قيمة الأوراق العرفية من

¹⁴⁷⁷ Aubry et Rau, *Ibid*, P 216

¹⁴⁷⁸ قال إسحاق بن إبراهيم: قلت لأحمد: الرجل يموت ويوجد له وصية تحت رأسه من غير أن يكون أشهد عليها، أو أعلم بما احدا، هل يجوز إنفاذ ما فيها؟ قال: إن كان عرف خطه، وكان مشهور الخط فإنه ينفذ ما فيها. انظر ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، مصدر سابق، ص223.

¹⁴⁷⁹ ابن خلف الباجي (أبو الوليد سليمان)، فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام، تحقيق محمد أبو الأحناف،

ط1، بيروت، دار ابن حزم، 2002، ص136.

¹⁴⁸⁰ ابن فرحون، مصدر سابق، ج1، ص362.

¹⁴⁸¹ الخطاب، مصدر سابق، ج6، ص188.

حيث دلالتها على الحقيقة، على وجه العموم¹⁴⁸²، حتى ولو لم تكن قد أعدت مقدّما للإثبات، فلها قيمة الدليل الكامل، وتكون: (أ) حجة على المرسل من حيث صدورها منه إلا أن ينكر توقيعه أو خطّه، (ب) حجة على المرسل بصحة المدوّن فيها إلا أن يثبت العكس بالطرق المقرّرة، وهو لا يستطيع أن يثبت ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة، (ج) حجة على المرسل من حيث قيام التصرف القانوني الذي تشهد به الرسالة، سواء كان زواجا أو هبة أو غيرها¹⁴⁸³، على أنّ له أن يدفع هذا التصرف بجميع الدفوع الموضوعية والشكلية التي يسمح بها القانون¹⁴⁸⁴. ويشترط في تاريخ الرسالة أن يكون ثابتا ليكون حجة على الغير¹⁴⁸⁵ وهذا ما كان محلّ إجماع في الفقه الفرنسي¹⁴⁸⁶، ولقد رأى (السنهوري) أنّه من الأفضل أن يميّز رجل القانون ما بين الرسالة المعدّة مقدّما للإثبات وبين الرسالة غير المعدّة مقدّما للإثبات، فالأولى لا يحتجّ بتاريخها على الغير إلا إذا كان ثابتا، أما الثانية فأمرها كأمر الأوراق العرفية التي لم تعد مقدّما للإثبات فهي حجة بتاريخها العرفي على الغير إلى أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ¹⁴⁸⁷. أما الرسالة المسجلة فقوتها في الإثبات لا مجال للاختلاف حولها، فهي حجة بما تحتويه على من أرسلت إليه، ولا يستطيع المرسل إليه أن ينتقص من الحجية برفضه تسلّم الرسالة، كما يجوز للمرسل إثبات مشتملات الرسالة بالقرائن، مهما كان السبب في ضياعها¹⁴⁸⁸. وتبعا لكل ذلك يقوم الحق للمرسل إليه في أن يقدم الرسالة إلى القضاء من أجل أن يستخلص منها دليلا لصالحه في مواجهة المرسل بشرط أن تكون المصلحة التي يريد تحقيقها مشروعة وأن لا يكون في ذلك انتهاك لحزمة السريّة، وهذه من المسائل الشائكة؛ فإذا كانت الرسالة تتضمن ما ينتهك السريّة إذا ما أذيع، ولم يقدّم المرسل إليه بتنبية المرسل حتى يبسّر له الإثبات من طريق آخر، لا يكون جائزا للمرسل إليه تقديم الرسالة إلى القضاء، وإن قام بذلك يقوم للمرسل حقان: (أ) المطالبة باستعادها، (ب) الرجوع على المرسل إليه بالتعويض¹⁴⁸⁹. ويقوم الورثة مقام المرسل إليه في التعامل مع الرسالة كدليل إثبات، فباعثارهم خلفا عاما يجوز لهم استعمالها كما كان يستعملها مورثهم بالشروط نفسها وفي الحدود نفسها¹⁴⁹⁰. أمّا البرقية فقوتها في الإثبات مرهونة بأن يكون أصلها المودع في مكتب التصدير

¹⁴⁸² Aubry et Rau, *Ibid*, P 230.

¹⁴⁸³ الخطاب، المصدر نفسه، ص 188.

¹⁴⁸⁴ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص 259.

¹⁴⁸⁵ الغير هنا هو كلّ شخص غير المرسل إليه أو ورثته، بشرط أن تكون له مصلحة مشروعة في الاحتجاج بها. انظر في ذلك: السنهوري

(عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص 262.

¹⁴⁸⁶ Planiol (M.), Rippert (G.), *op.cit.*, P

¹⁴⁸⁷ عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 261.

¹⁴⁸⁸ Planiol (M.), Rippert (G.), *ibid.*, P

¹⁴⁸⁹ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ص 261.

¹⁴⁹⁰ المرجع نفسه، ص 261.

موقّعا عليه من المرسل، فإذا كانت كذلك فهي والرّسالة على نفس القوة. فالبرقية أصل وصورة. ويعتبر تاريخها ثابتا؛ لأنّ خاتم المكتب الذي يختم به الأصل يحمل تاريخ الإرسال، وللتأكد من صحته يمكن الرجوع إلى دفتر معد لذلك. وإذا لم تكن الصورة مطابقة للأصل، فالعبرة بالأصل الموقع من المرسل؛ لأنّ الصّورة يحتمل أن يكون التّحريف قد مسّها من عامل البرق. وإذا كان الأصل غير موقع عليه من المرسل، فإنّ القواعد العامة تقضي أن تكون العبرة بالأصل لا بالصّورة، فإذا لم يوجد الأصل غير الموقع بالصّورة لا تصلح إلّا للاستئناس، وإذا وجد الأصل غير الموقع فلا يكون دليلا كاملا لانعدام التّوقيع، ولكن قد يكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان مكتوبا بخطّ المرسل.

المطلب الثاني: دلالة الكتابة الناقصة على الحقيقة

لقد استقرّ الفقه والقضاء على أن لا تقبل البيّنة ولا القرائن كطريق للحقيقة فيما زاد على قيمة محدّدة قانوناً، وفيما خالف الكتابة أو جاوزها، وهذا ما تضمّنه التشريع¹⁴⁹¹، واستقرّ عليه القضاء الجزائري¹⁴⁹². الأمر الذي نستشفّ منه أنّ هذه القاعدة معلّقة على شرط وجود كتابة أعدت للإثبات، رسمية كانت أو عرفية، وموقّعة من المدين؛ لأنّ الأوراق غير المعدّة للإثبات كدفاتر التّجار والأوراق المنزليّة يجوز إثبات ما يخالفها أو ما يجاوزها بالبيّنة أو بالقرائن. أمّا إذا وقّعت وأريد بها الإثبات سيكون الأمر مختلفاً، كما هو الغالب في المراسلات، التي تكون في حكم الكتابة المعدّة للإثبات، فلا يجوز إثبات ما يخالفها أو ما يجاوزها إلّا بالكتابة¹⁴⁹³. وبيان كلّ ذلك: (أ) إذا أريد إثبات ما كان مخالفاً لورقة رسميّة في البيانات التي يقرّها الموظّف العام بناء على ما وقع تحت سمعه وبصره فلا يمكن الطّعن فيه إلّا عن طريق الطّعن بالتزوير، (ب) أمّا إذا أريد إثبات ما يخالف الورقة الرسميّة في غير ذلك، أو لإثبات ما يخالف مضامين الورقة العرفيّة فلا بدّ أن يكون ذلك بدليل كتابيّ آخر، وعلى الأقلّ مبدأً ثبوت بالكتابة معزّزاً بالبيّنة وبالقرائن، إذا كان الخصم هو أحد طرفيّ العقد. أمّا ما لا يعتبر مخالفاً للكتابة أو مجاوزاً لها لا يشترط أن يكون كتابة، بل تكفي الشهادة في ذلك، فإذا كان الأمر متعلّقاً بإثبات وقائع لا تكون في موضع مخالفة بيانات العقد أو مجاوزاً أو مغيّراً لها كما لبسات تحرير العقد، الطّرق البسيطة لانقضاء الالتزام كالوفاء فلا

¹⁴⁹¹ وهو ما جاء في المادة (333) من الأمر 58/75 المتضمّن القانون المدني، المعدّلة بموجب القانون 10/05: (في غير المواد التجاريّة، إذا كان التصرّف القانوني تزيد قيمته عن 100,000 دينار جزائري أو كان غير محدّد القيمة، فلا يجوز الإثبات بالشّهود في وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد نصّ يقضي بغير ذلك).

¹⁴⁹² فمن المقرّر قانوناً أنّه لا يجوز الإثبات بالبيّنة ولو لم تزد القيمة على ألف دينار فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي. وهذا المبدأ كان نتيجة طعن أقامه (غ.م) هادفاً من خلاله نقض قرار صدر عن مجلس قضاء سطيف في 1984/03/26، والذي قضى بتأييد الحكم المعاد الذي صادق على الخبرة وتقسيم التركة بين الأطراف. وقد استند الطّعن على مخالفة المادة (334) من القانون المدني التي لا تجيز الإثبات بالشّهود فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي. وبيان ذلك، أنّ الطّاعن كان قد اشترى بعقد موثّق مؤرّخ في 1958/03/04 و1958/04/30 نصف القطعة بشمن يفوق 1000 د.ج، وقام ببناء الدّار المتنازع عليها بماله الخاص، إلّا أنّ المجلس القضائي قرّر تقسيم هذا العقار بين الرثة باعتبارها جزءاً من تركة مورث الأطراف. وقد أيدت المحكمة العليا ما ذهب إليه الطّاعن مبينة من خلال قرارها، أنّ القطعة الأرضية ملكيّة خاصّة للطّاعن من خلال وثائق الملفّ، وبالتالي لا يمكن أن تكون جزءاً من تركة مورث الأطراف. زد على ذلك، إنّ إثبات شراء القطعة بمال الهالك استناداً إلى شهادة الشّهود فيه مخالفة لمضمون المادة (334) من القانون المدني؛ لأنّ في ذلك مجاوزة لمضمون العقد الرسمي الذي استظهر به الطّاعن، وعلى هذا الأساس قامت المحكمة العليا بنقض القرار. انظر في ذلك: قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 41632 المؤرّخ في 1986/06/16، المحلّة القضائيّة لسنة 1992، العدد 3، ص(61-62).

¹⁴⁹³ Aubry et Rau, *op.cit.*, P.229.

يكون الإثبات بالكتابة واجبا¹⁴⁹⁴، أما إذا أريد إثبات مسألة متعلّقة بما هو ثابت بالكتابة ولكنّه لا يخالفها ولا يجاوزها، فإنّ الإثبات في هذه الحالة يكون خاضعا للقواعد العامّة ولا تكون الكتابة معه في مرتبة الوجوب. إلا أنّ المسألة التي سبق الحديث عنها يرد عليها استثناء على قدر كبير من الأهميّة العمليّة، أي قد تقبل البيّنة والقرينة كطريقتين للحقيقة فيما تجاوز القيمة المحدّدة قانونا، وفيما خالف الكتابة أو جاوزها، ولا يكون ذلك إلا إذا كان الدليل الكتابي ناقصا، أو منعدما.

ونقصد بالدليل الكتابي الناقص، كلّ دليل كان من الممكن أن يكون كاملا على الواقعة المراد إثباتها أو الذي لم يكن من الممكن أن يكون كاملا في دلالتها على الواقعة المراد إثباتها واكتفى بالإشارة إليها كما قد لا يشير إليها إطلاقا. وهذا الدليل الكتابي تكون دلالاته على الحقيقة لوحده دون أن يعضّد بدليل آخر ضعيفة، وبالتالي يكون غير مستساغ قانونا وقضاء. وهذا الدليل هو الذي ينشئ لنا ما يسمّى مبدأ الثبوت بالكتابة الذي تأتي فيه البيّنة والقرائن معزّزة لدليل كتابي ناقص فتكمّله، فتكون البيّنة والقرائن دليلا تكميليّا لا أصليّا ولكنه ضروريّ بدونه تكون دلالة ذلك الدليل الناقص بدون قيمة لغياب الثقة فيه¹⁴⁹⁵، بشرط أن يكون الشهود عاملين بما تحويه الورقة، إضافة إلى مراعاة صفة العدل فيهم¹⁴⁹⁶. ومبدأ الثبوت بالكتابة معزّزا بالبيّنة أو بالقرائن يكون دليلا كاملا في كلّ ما كان يجب إثباته بالكتابة، فيكون دليلا كاملا على تصرف قانونيّ تزيد قيمته على مائة ألف دينار، كما يكون دليلا كاملا على ما يخالف الكتابة أو يجاوزها، كما يكون كذلك على تصرف قانونيّ اشترط القانون بنصّ خاص أن يكون إثباته بالكتابة كالصلح والكفالة. إلا أنّ صلاحيته كدليل على تصرف شكليّ تكون ساقطة، كالهبة والرهن الرسمي؛ لأنّه لا يمكنه أن يحلّ محلّ الشكّل الذي يعدّ ركنا في التصرف¹⁴⁹⁷. وبناء على ذلك يمكن حصر شروط مبدأ الثبوت بالكتابة في:

(أ) ضرورة وجود كتابة¹⁴⁹⁸، دون تحديد نوعها، فيكفي أن تكون أيّ كتابة تتوقّر على الصّلاحية لأنّ تشكّل مبدأ ثبوت بالكتابة، فلا يشترط أن تكون قد كتبت ابتداء بقصد الإثبات¹⁴⁹⁹. ومن قبيل الأوراق التي تشكّل مبدأ الثبوت بالكتابة الأوراق الرسميّة والأوراق العرفيّة بما فيها غير المعدّة للإثبات التي جعل لها القانون قوّة معيّنة كدفاتر التجار والأوراق المنزليّة والرّسائل. فهذه الأوراق في حقيقتها تكون دليلا كتابيّا كاملا، فإذا اعترضها نقص في شرط من شروطها نقصت قيمتها الثبوتيّة من كونها دليلا كاملا إلى دليل

¹⁴⁹⁴ Planiol (M.), Rippert (G.), *Ibid*, P.983.

¹⁴⁹⁵ *Ibid*, P.920.

¹⁴⁹⁶ ابن فرحون (برهان الدّين)، مصدر سابق، ج1، ص196.

¹⁴⁹⁷ السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص 416.

¹⁴⁹⁸ Aubry et Rau, *Ibid*, P 272.

¹⁴⁹⁹ نشأت (أحمد)، مرجع سابق، ج1، ص662، وانظر كذلك: Aubry et Rau, *Ibid*, p.272.

ناقص فتكون لها صفة مبدأ الثبوت بالكتابة؛ لأنها بذكر الواقعة المراد إثباتها تكون شبيهة بالدليل الكامل فتجعل هذه الواقعة قريبة الاحتمال، كأن تصاب الورقة الرسمىة بعيب في شكلها ولم تصلح أن تكون ورقة عرفية¹⁵⁰⁰، حينئذ فقط تشكّل مبدأ الثبوت بالكتابة، فهذه الأوراق يجب ألا تذهب سدى، فلا بد من الاستفادة منها على المستوى القضائي، كما هو الحال بالنسبة للسند الرسمى الباطل غير الموقع عليه من ذوي الشأن، بشرط أن يكون عدم التوقيع مبنياً على جهلهم أو عدم استطاعتهم أو عدم قبولهم. وكذلك صور الأوراق الرسمىة التي لا تصلح دليلاً كاملاً في منظور القانون كالصورة الرسمىة الأصلية إذا كان مظهرها الخارجي مشيراً للشك في مطابقتها للأصل، وكذلك صورة الصورة الأصلية إذا كانت هذه الأخيرة غير موجودة، عندئذ تكون صالحة في الغالب أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة¹⁵⁰¹. وكذلك الأمر بالنسبة للورقة العرفية المكتوبة بخطّ المدين غير الموقعة ويكون عدم التوقيع فيها، الذي يشترط فيه أن لا يكون راجعاً إلى رفض المدين، ثابتاً، حينئذ تكون في منزلة مشروع غير تام. ويكون الحكم نفسه بالنسبة لدفاتر التجار والأوراق المنزلية، فالأولى حين تكون حجة على غير التجار فيما قام التجار بتوريده مع توجيه اليمين المتممة¹⁵⁰²، أما الثانية حين تكون مكتوبة بخطّ صاحبها دون توقيعه، وفي غير الحالتين اللتين نصّ فيهما القانون على أن تكون دليلاً كاملاً¹⁵⁰³. فإذا ما قدّمت الأوراق المنزلية إلى القضاء فإنّ ما ورد فيها من البيانات، وفق ما تقتضيه القواعد العامة، قد يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ضدّ صاحبها إذا كانت قد كتبت بخطّ، وقد ينظر إليها على أنّها دليل كامل إذا كانت حاملة توقيع صاحبها ولا تدع مجالاً للشك في صحتها، وفي كلّ الحالات فإنّ الأمر يعتبر من المسائل الموضوعية التي تكون خاضعة لسلطة تقدير القضاة، فقد لا يطمئن القاضي إلى حجية ورقة منزلية غير معدة للإثبات، ويكون صاحبها قد وقعها خطأ أو عن عجل، أو قبل أن يتمّ الأمر الذي ورد البيان في شأنه. وكذلك الرسالة غير الموقعة فإنّها تصلح أن تكون

¹⁵⁰⁰ تكتسب الورقة صفتها العرفية إذا فقدت صفتها الرسمية بشرط أن يكون ذوو الشأن هم الذين وقعوها إمضاء أو ختماً أو بصمة. ولا تكتسب الورقة صفة الرسمية إذا بطلت، كأن لم توقع من طرف الموثق، أو وقعت ولكن الموثق غير مؤهل، أو غير مختص من الناحية الموضوعية أو المكاتبة، أو احتل أحد الإجراءات الجوهرية كأن يشهد شاهد واحد بدل شاهدين. ففي هذه الحالات وما شابهها تبطل الورقة كورقة رسمية، الأمر الذي يتضح منه أن لا فرق موجود بين أن تكون الورقة منعدمة كورقة رسمية أو باطلة كورقة رسمية، إذ أنّ العنصر المشترك في الحالتين هو استيفاء الورقة شروط الورقة العرفية، إذا تكون عندها مكتوبة وقعها من صدرت منه، والتوقيع وحده يعدّ عنصراً لصحتها، فتكون دلالتها على الحقيقة كدلالة الورقة العرفية؛ لأنها ينظر إليها باعتبارها صادرة ممن وقعها ما لم يطعن فيها بالإنكار. ويرى الفقيه السنهوري أنّ هذا ضرب من ضروب التحوّل شبيهة بتحوّل الباطل إلى تصرف صحيح توافرت فيه أركانه وشروط صحته. فالورقة الرسمية الباطلة تحوّلت إلى ورقة عرفية صحيحة لتوافر شروط الورقة العرفية بها، إلا أنّ تاريخها لا يكون ثابتاً. انظر:

السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص 138-139.

¹⁵⁰¹ السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ج2، ص 421.

¹⁵⁰² السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص 281.

¹⁵⁰³ الحالتان اللتان نصّ عليهما القانون هما: حالة ذكر أنّه استوفى ديناً، وحالة أنّ الورقة تقوم مقام السند، ففي غير الحالتين وبالشروط المذكورة في المتن تشكّل الأوراق المنزلية مبدأ ثبوت بالكتابة.

مبدأ ثبوت بالكتابة¹⁵⁰⁴، أمّا الرّسالة الموقّعة فقد تكون كذلك إذا ما كان واجبا على القاضي عند تعرّضه لتفسير عبارات الرّسالة غير المعدّة للإثبات، وتبيّن أنّ كاتبها لم يكن قاصداً أن تكون حجّة عليه فلم يكن فيه من الاحتياط الكافي المعتاد في تحرير الورقة، عندئذ وتقييماً للظروف والملابسات التي كتبت فيها الرّسالة يجوز له أن يرى في عباراتها دليلاً كاملاً على التصرّف المراد إثباته بها، كما يجوز له أن يتّخذ منها مبدأ ثبوت بالكتابة وقد يكون الأمر أقلّ من ذلك فيراها مجرد قرينة قضائية، أو ورقة عديمة الفائدة، وهذه المسائل التفسيرية تكون مقرونة بشرط أن لا تكون الأوراق معدّة للإثبات، أمّا إن كانت كذلك فلا محلّ لكلّ ما سبق¹⁵⁰⁵. وبالتّظر إلى البرقيّة¹⁵⁰⁶ إذا وجد أصلها غير الموقع لا يمكن أن ننظر إليه كدليل كامل لانعدام التّوقيع إلّا أنّه يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان مكتوباً بخطّ المرسل، كما يجوز أن تعتبر كذلك سواء في حالة وجود أصلها ومطابقتها له أو في حالة فقدته إذا كان النزاع لا يدور أصلاً حول صدور أصلها المفقود عن المرسل بل يدور حول بعض محتوياتها¹⁵⁰⁷. ولقد اعتبرت المحكمة العليا الجزائرية فاتورات المصوغ دليلاً كتابياً ناقصاً على ملكيّة الزّوجة له كلّها، لهذا رأى أنّ من الجائز حسم النزاع القائم بين الزّوج والزّوجة حول هذا المصوغ الذي عجزت عن إثبات ملكيتها له بالكتابة حيث لم تجد في يدها غير هذه الفاتورات، بوسيلة إثبات أخرى كاليمين المتّمة¹⁵⁰⁸، ورأت، معلّقة على قضاة الموضوع، أنّه من الخطأ استبعاد طلب الزّوجة المتعلّق بتثبيت ادّعائها بالشّهود؛ لأنّ في ذلك مخالفة لأحكام المادّة (335) من القانون المدني، التي

¹⁵⁰⁴ رأينا فيما سبق أنّ الرّسالة التي تحمل توقيع كاتبها تحوز من حيث الحجية والإثبات قيمة الأوراق العرفية، حتّى ولو لم تستوف شرطاً جوهرياً وهو أن تكون قد أعدت مقدّماً للإثبات، رغم انعدام هذا الشرط فهي كالدليل الكامل بنصّ القانون. حجّة على المرسل من حيث صدورها منه إلّا إذا أنكر توقيعها أو خطّه، ومن حيث صحّة ما دون فيها إلّا إذا ثبت العكس بالطرق المقرّرة، ويكون مقبداً في ذلك بقاعدة أن لا ثبت ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلّا بالكتابة، ومن حيث قيام التصرّف القانوني الذي تشهد به الرّسالة إذا لم يدفع بالدفع الموضوعية والشكلية المقرّرة قانوناً.

¹⁵⁰⁵ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص 260.

¹⁵⁰⁶ قوّة البرقيّة الثبوتية كقوّة الرّسالة الموقّعة، بشرط أن يكون أصلها موقّعاً عليه من المرسل، وتاريخها ثابت؛ فخاتم المكتب الذي يختم به الأصل يحمل تاريخ الإرسال. والتأكد من التاريخ يكون بالرجوع إلى دفتر معدّ لذلك موجود في مكتب التصدير. أمّا إذا كان الأصل غير موقّع عليه من المرسل، أو لم يوجد هذا الأصل ووجدت الصّورة، فهذه الأخيرة يستأنس بها قضاءً، ولا يمكن أن ينظر إليها على أنّها دليل كامل ولا مبدأ ثبوت بالكتابة؛ لأنّ العبرة بالأصل لا بالصّورة.

¹⁵⁰⁷ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص 265.

¹⁵⁰⁸ ويبدو أنّ قضاة المحكمة العليا قد خلطوا بين مبدأ ثبوت بالكتابة والقرينة، فقد جاء في تعليقهم على ما ذهب إليه قضاة الموضوع: (.. ما دامت الفاتورات المذكورة تشكّل لصالح الزّوجة قرينة جديدة التعزيز بهذه الوسيلة إلى جانب المصوغات التي تنسب عادة بالتّظر إلى طبيعتها إلى المرأة..). انظر في ذلك: قرار المجلس الأعلى (غ.م) رقم 22117 المؤرخ في 19/05/1982، المحلّة القضائية لسنة 1989، العدد 1، ص (29-31).

تجيز حسم النزاع بوسائل إثبات غير الكتابة، وكذلك المادة (336) من القانون المدني التي تجيز البيّنة بالشهادة في حالة وجود مانع ماديّ أو أدبيّ يكون حائلا دون الحصول على بيّنة بالكتابة¹⁵⁰⁹.

كما تصلح الأوراق القضائية أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة حتى ولو كانت في قضية أخرى، وذلك كاليانان المدونة في أسباب الحكم، أو ما ورد في محاضر الجلسات ومحاضر التحقيق¹⁵¹⁰ وكذلك الإقرارات التي تدون في مذكرات الخصوم ولو أمضاها الوكلاء عنهم، كما هو الحال بالنسبة لليانان التي تقدم لمصلحة الشهر العقاري أو لمصلحة البريد أو لأي مصلحة حكومية أخرى وتدون في أوراق رسمية¹⁵¹¹.

وقد تشير الورقة إلى الواقعة المراد إثباتها إشارات إيجابية أو سلبية، ومثال ذلك، قيام الدائن بإرسال رسالة إلى ورثة مدينه يسألهم من خلالها عمّا إذا كان في أوراق مورثهم ما يدلّ على براءة ذمته، فهذه الرسالة يمكن أن ينظر إليها على أنّها مبدأ ثبوت بالكتابة على هذه البراءة في حالة ما إذا رفع الورثة دعوى يطالبون على أساسها بالدين¹⁵¹². كما هو الحال في المجال القضائي المصري في ما تعلق بتقدير نفقة زوجة على زوجها بمبلغ معيّن (عشرون جنيها) بمقتضى محضر صلح حرّر بينهما، قامت المحكمة باستظهار: (أ) قبول الزوجة قبض ستة جنيهات شهريًا من زوجها، (ب) قبضها للمبلغ كلّ شهر حوالي خمس سنوات بمقتضى شيكات محوّلة لأمرها وإذنها، (ج) عدم اعتراضها خلال هذه المدّة، وإنّما كان اعتراضها بعد وفاة الزوج، وذلك من وقائع الدعوى المرفوعة من الزوجة في شأن هذه التفقة، وبناء على ذلك قضت المحكمة

¹⁵⁰⁹ حيث قامت (م.خ) بالطعن بالتقضى في قرار صدر عن مجلس قضاء وهران تضمن المصادقة على الحكم المستأنف الصادر عن محكمة وهران والذي قضى بإبطال دعوى المدعية (م.خ) فيما تعلق بتثبيت الحجز التحفظي على الصندوق، مؤسسة طعنها على وجهين أحدهما مفاده عدم الإجابة على مذكراتها وخرق القانون، حيث أنّ المحكمة قد أثبتت وجود إيصالين متعلقين بموضوع المستأنفة يكونان بداية ثبوت بالكتابة وفق ما جاء في نصّ المادة (335) من القانون المدني. لذلك طالبت المدعية بإثبات دعواها بالشهود، إلا أنّ قضاة المجلس لم يردّوا على طلبها وصادقوا على الحكم المستأنف، ولم يعتبروا ما شاهده القاضي في الصندوق المتنازع عليه من فواتير تعود للمستأنفة دليلا ناقصا يمكن أن يعضد باليمين المتممة أو بالشهادة، خاصة أنّ المصوغات بطبيعتها هي في الغالب ملك للمرأة، ولقد رأّت المحكمة العليا أنّ هذا الوجه شديد ومن الواجب قبوله. انظر: قرار المجلس الأعلى (غ.م) رقم 22117، سبق ذكره.

¹⁵¹⁰ إلا أنّ محكمة العليا الجزائرية لم تعتبر محضر مصالح الأمن لا دليلا كتابيا كاملا ولا دليلا كتابيا ناقصا (مبدأ ثبوت بالكتابة)؛ حيث جاء في عبارات تعليقها: (.. لا يعتبر محضر مصالح الأمن دليلا كافيًا على عدم صلاحية الأم لممارسة الحضنة، وقضاة الموضوع أسندوا حضنة الولدين للمطعون ضده بناء على محضر التحقيق الذي أجرته مصالح الأمن بطلب من المحكمة المتضمن عدم صلاحية الطاعنة لممارسة الحضنة..). وفي الحقيقة كيفت المحكمة العليا محضر مصالح الأمن الذي لا يعتبر دليلا كافيًا في نظرها على عدم الصلاحية على أنّه مجرد معلومات لا يمكن الاعتماد عليها، وكان على قضاة الموضوع الالتجاء إلى وسائل أخرى بالاستماع إلى الشهود أو تعيين مرشدة اجتماعية بمدف معرفة الجهة التي تصلح لحضنة الأولاد، فكان بذلك الوجه المعتمد في الطعن بالتقضى من طرف الأم مؤسسًا، وبناء على ذلك قامت المحكمة العليا بنقض ما ذهب إليه قرار المجلس القضائي. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 245123، المؤرخ في 2000/07/18، المجلة القضائية لسنة 2004، العدد 1، ص (247-249).

¹⁵¹¹ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص 421.

¹⁵¹² انظر نقض مدني 21 نوفمبر سنة 1949، مجموعة أحكام التقضى 1 رقم 6، ص 21، عن طريق: السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص 440 (هامش 1).

يرفض طلب ما تجمّد من التّفقّة، معتمدة في ذلك، ليس على القرائن فحسب، بل أيضا على الشيكات المحوّلة لأمرها، والتي دفعتها الزّوجة وقبضت قيمتها، فالحكمة بذلك تكون قد اعتمدت على مبدأ الثبوت بالكتابة مستكملة له بتلك القرائن¹⁵¹³. كما قضت محكمة استئناف مصر بأنّه: (إذا أقرّ وكيل الخصوم في مذكرة تقدّمت أثناء نظر الدّعى بوجود علاقة خطبة بين موكله وبين خصمه وأنّه دفع لها مهرا، فإنّ هذا الإقرار الذي تضمّنته المذكرة التي تعتبر قانونا كأثبات صادرة منه، وإن لم يثبت دعوى الخصم بملكيتها للجهاز موضوع النزاع، إلّا أنّه ينمّ عن صحّة الادّعاء ويجعله قريب الاحتمال، فتكون المذكرة بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة يسمح بتكاملته بالبيّنة وقرائن الأحوال)¹⁵¹⁴. هذه كلّها تعتبر من قبيل الإشارات الإيجابية، أمّا بالنسبة للإشارات السلبية فيظهر أثرها من خلال: (أ) إثبات الورقة واقعة هي عكس الواقعة المراد إثباتها تماما، ويتبيّن بعدها بأنّ هذه الورقة قد تمّ تزويرها وثبت ذلك بالطرق المقرّرة قانونا، الأمر الذي يترتّب عليه انتفاء الواقعة العكسية، وبناء على ذلك تصبح الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال، (ب) كون الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من شأنها في الأصل أن تثبت واقعة متنازعا عليها، فإذا فشلت في ذلك، اعتبر هذا الفشل بمثابة إشارة سلبية إلى عدم صحّة هذه الورقة، وبيان ذلك كمثال توضيحيّ أن تجرّد تركة المدين الميّت بحضور دائنه ولم يذكر الدين في محضر الجرد، فخلو المحضر من ذكر هذا الدين مع حضور الدائن وقت الجرد قد يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة على الوفاء، إذ لو كان الدين لا يزال في ذمّة المدين لما خلا منه محضر الجرد¹⁵¹⁵. وسواء كانت الإشارة إيجابية أو سلبية، فلا اعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة يجب أن يكون من شأنها جعل الورقة المراد إثباتها مرجّحة الحصول، ولا يكفي الاحتمال في ذلك¹⁵¹⁶.

(ب) وجوب أن تكون الكتابة صادرة من قبل من يحتجّ عليه بها (الخصم أو من يمثّله)¹⁵¹⁷، صدورا ماديا أو صدورا معنويا؛ بحيث يتحقّق الوضع الأول بتوقيع الورقة من طرف الخصم أو بكتابتها بخطّه هو، ويكفي في ذلك التوقيع أو الخطّ¹⁵¹⁸، أمّا الوضع الثاني فيتحقّق في حالات مختلفة، كأن يكون أميّا، فيقوم شخص آخر بكتابة الورقة وفق إملاءاته، وحتى ولو لم يكن هذا الأمر قائما، ولكنّه قام متمسّكا بالورقة مقرّرا بما ورد فيها، وهذه تعتبر من الوقائع المادية التي يجوز إثباتها بجميع الطرق المقرّرة كالبيّنة والقرائن، ومثال

¹⁵¹³ المرجع نفسه، ص 440.

¹⁵¹⁴ استئناف مصر، 08 نوفمبر سنة 1925، المجموعة الرّسمية 27 رقم 115، انظر: السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص 441 (في الهامش).

¹⁵¹⁵ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج 2، ص 442.

¹⁵¹⁶ السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص 443.

¹⁵¹⁷ Aubry et Rau, *Ibid*, P 273.

¹⁵¹⁸ *Ibid*, P 274.

انظر كذلك في هذه المسألة: نشأت (أحمد)، مرجع سابق، 669.

ذلك أيضا البيانات الواردة في أسباب الحكم ومحاضر الاستجواب، فهي لا تحمل توقيع أصحابها ولم تكتب بخطهم، إلا أنها مدونة في أوراق رسمية منسوبة إلى الخصم بواسطة موظفين عامين مؤهلين يفترض فيهم الثقة والأمانة¹⁵¹⁹.

ومن السليم أن نقول ممن يمثله الخصم، أو ممن يمثّل الخصم¹⁵²⁰. ومثال الحالة الأولى المورث، فالورقة الصادرة منه تعتبر كأنها صدرت من الوارث، فتكون عندئذ مقيّدة له، فتكون لها حجّية مبدأ ثبوت بالكتابة يحتجّ بها على الوارث، كما كان يحتجّ بها على المورث¹⁵²¹، ومثال الحالة الثانية الوليّ أو الوصيّ أو القيمّ على القاصر والمحجور عليه، في حدود ولاية كلّ منهم، فالورقة الصادرة منهم تعتبر كأنها صادرة من القاصر أو المحجور عليه¹⁵²². أمّا الورقة الصادرة من الزوج لا تقيّد الزوجة، فلا تكون لها حجّية في مواجهتها، وكذلك بالنسبة للورقة الصادرة من الزوجة، إلا في الحالة التي يكون أحدهما وكيلًا عن الآخر، والأمر نفسه بالنسبة للعلاقة بين الأب والإبن، كما لا تعتبر الورقة الصادرة من الخصم الآخر مبدأ ثبوت بالكتابة يحتجّ بها في مواجهة الخصم الأول¹⁵²³.

(ج) يجب أن تجعل الكتابة المدعى به قريب الاحتمال¹⁵²⁴، وليس معنى ذلك أن تكون الواقعة المراد إثباتها محتملة أو ممكنة الحصول، فلا يكفي هذا الأمر بل يجب أن تجعل الورقة المشكّلة لمبدأ ثبوت بالكتابة الواقعة مرجّحة الحصول. ويكون القاضي عند توفرّ حالة مبدأ الثبوت بالكتابة أمام وضعين، إمّا أن يحيل المسألة إلى التحقيق دون أن يكون مجبرا على ذلك، لاستكمال هذه الحالة، بالبيّنة أو بالقرائن، وتطلّ له السلطة التقديرية الواسعة، في الاقتناع بصحّة الواقعة أو عدمها، أو أنّه لا يحيل المسألة إلى التحقيق، وله ذلك، فقد تكون القرائن الموجودة في ملفّ الدّعوى وملابساتها مقنعة له بصحّة الواقعة المراد إثباتها، فتكون القرينة مكّملة لمبدأ الثبوت بالكتابة، كما قد يحدث العكس، أي قد تحيط بالدّعوى قرائن تقنع القاضي بعدم صحّة الواقعة المدعى بها، فيكون مبدأ الثبوت بالكتابة غير ذي أسّاس¹⁵²⁵.

¹⁵¹⁹ السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص 429-430. وهذا بخلاف الورقة الرسمية المؤثّقة فإذا لم يوقعها الخصم، ولمك يرجع عدم التوقيع إلى الجهل بالكتابة أو عدم الاستطاعة، أو رفض التوقيع. ففي هذه الحالة لا يمكن أن تشكّل مبدأ ثبوت بالكتابة؛ باعتبارها مشروعا لم يتم. انظر في ذلك: Aubry et Rau, *Ibid*, P 274-275.

¹⁵²⁰ *Ibid*, P 274.

انظر كذلك: السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص 432-433.

¹⁵²¹ السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص 432-433، وانظر كذلك: نشأت (أحمد)، مرجع سابق، ص 668.

¹⁵²² السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص 432-433، وانظر كذلك: نشأت (أحمد)، مرجع سابق، ص 667.

¹⁵²³ السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص 433-434.

¹⁵²⁴ Aubry et Rau, *Ibid*, P 284.

¹⁵²⁵ السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص 435-436.

وقد تعترض الدليل الكتابي، كاملا كان أم ناقصا، موانع تجعل الاستدلال به متعذرا، وفي هذه الحالة سوف يكون من الضرورة بمكان أن يسمح القضاء بحلول البيّنة والقرائن محلّ الكتابة في إثبات التصرف القانوني الذي كان من الواجب إثباته بالدليل الكتابي. والموانع التي يكون لها هذا الأثر، قد تكون مادية أو أدبية، فيكون من الواجب إثبات ما تزيد قيمته عن مائة ألف دينار أو ما يخالف الكتابة أو يجاوزها أو كلّ عقد يكون إثباته بالكتابة واجبا قانونا حتّى ولو كان محلّه لا تزيد قيمته عن مائة ألف دينار كالكفالة والصّحّ بالبيّنة والقرائن. وفي هذه الحالة لا يمكن أن نتحدّث عن العقد الشكليّة؛ لأنّ الرّسميّة ركن فيها، فلا وجود له بدونها كهبة العقار. وهذه الموانع بنوعيتها تكيّف على أنّها وقائع مادية، من ادّعاها يثبتها، وله كلّ الحرّية في ذلك. فيكون واجبا على الخصم أن يمرّ بمرحلتين في الإثبات، يثبت أولا قيام المانع، ماديا كان أم أدبيا، الأمر الذي يعفيه من وجوب إثبات الواقعة محلّ التنازع بالكتابة، فيثبتها ثانيا بأيّ طريق شاء. ومسألة المانع باعتبارها مسألة موضوعيّة تكون خاضعة لسلطة تقدير قضاة الموضوع، بشرط أن يسرد في أسباب الحكم الواقعة التي اعتبروها مانعا مع تعليل ما ذهبوا إليه بصفة مستساغة معقولة من أجل أن يكون تكييفه سليما¹⁵²⁶.

ومن بين أهمّ الموانع الأدبية، الزوجية وصلة القرابة، وهما علاقتان من علاقات الأحوال الشخصية، بشرط أن تكون المسألة مرتبطة بالحقوق الشخصية كالديون وأن لا تكون هذه البيّنة في مواجهة ورقة رسميّة¹⁵²⁷. فمن الناحية العمليّة يمكن أن تقوم هاتان العلاقتان كمانعين أدبيين يجعلان الحصول على الدليل الكتابي من أجل إثبات الواقعة المتنازع عليها متعذرا. وإثبات هذين المانعين يكون خاضعا للقواعد الخاصّة بكلّ منهما، فعلاقة الزّواج يثبتها الخصم بعقد الزّواج، وعلاقة القرابة يثبتها بشهادة الميلاذ، وقد تثبت كما هو الغالب بالإقرار. وقد اعتبر القضاء الجزائري الزوجيّة مانعا أدبيا، حيث قرّرت المحكمة العليا في أحد قراراتها أنّه لا يمكن أن يطبّق نصّ المادّة (333) من القانون المدني على هذا النزاع، فمتاع الزّوجين المتنازع عليه لا يكون خاضعا إلّا لأحكام الشريعة الإسلاميّة التي تعطي قيمة للشهود إن اقتضى الحال في كلّ

¹⁵²⁶ وقد جاء في المذكرة الإيضاحيّة للقانون المدني المصري: (وإذا كان القاضي هو المرجع في تقدير الظروف المانعة، إلّا أنّ من واجبه أن يبيّن هذه الظروف عند تسبب الاستحالة المادية. أما الاستحالة المعنويّة التي تحول دون الحصول على كتابة فلا ترجع إلى ظروف مادية، بل ترجع إلى ظروف نفسيّة، وهي تعقد بعلاقات الخصوم وقت انعقاد التصرف. ومرجع الأمر في تقدير هذه الاستحالة مع ما ينطوي في هذا التّفكير من دقّة، هو القاضي، ولكن يتعيّن عليه أن يسبّب تقديره). انظر في ذلك: السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص448-449.

¹⁵²⁷ لقد جاء في قرار للمحكمة العليا أنّه: (وإن كان يجوز في حالة قيام مانع ماديّ أو أدبيّ كوجود علاقة زوجيّة أو قرابة معيّنة بين المتخاصمين (336 ق.م) الإثبات بالبيّنة والقرائن فيما كان يجب إثباته بالكتابة إلّا أنّ هذا مقيّد بالحقوق الشخصية، كالديون مثلا، وبشرط أن لا تكون هذه البيّنة في مواجهة سند رسميّ). انظر قرار المجلس الأعلى (غ.م) رقم 23156 المؤرخ في 17/03/1982، نشرة القضاة لسنة 1982، عدد خاص، ص(132-134).

مواضيع النزاعات مهما بلغ التصرف القانوني من قيمة. وتفصيل ذلك: أن (ع.ن) كانت قد رفعت ضد زوجها (م.م) بتاريخ 1979/06/07 مضمونها الحكم عليه بإرجاعها لبيت الزوجية بشرط أن يكون منفردا عن ضررتها (ر.ن)، إضافة إلى نفقة إهمالها واسترجاع مصوغها ولباسها وأثاثها. إلا أن زوجها توفي أثناء الخصومة في حادث مرور بتاريخ 1979/10/30. فأقامت (ع.ن) دعوى أمام محكمة بسكرة ضد (ب.ن) أم زوجها (م.م) وضد (ر.ف) الزوجة الثانية طالبة من خلالها تسليم أثاثها ولباسها ومصوغها الباقي عند زوجها (م.م)، موضحة للمحكمة أن أم زوجها وضررتها قد استحوذتا على متاعها ممتنعين من إرجاعه لها. لكن أم الهالك والضررة أنكرتا ذلك، مؤكدين على أن (ع.ن) أخذت كل متاعها يوم مغادرتها محل الزوجية وفي حياة زوجها، مطالبتين بإدخال جميع ورثة المرحوم (م.م) في الخصام. إلا أن حكم محكمة بسكرة الصادر بتاريخ 1981/03/15 جاء رافضا لطلب (ع.ن) لعدم إثبات ادعاءاتها. فاستأنفت هذه الأخيرة هذا الحكم أمام مجلس قضاء بسكرة متمسكة بمطالبها الأولى ومضيفة أنها عقدت صلحا بينها وبين زوجها الهالك (م.م) أمام شهود أثناء خصامها الأول معه معترفا من خلاله أمامهم بوجود الأثاث والمصوغ واللباس المتنازع عليه والمبين في قائمة قدمتها للمحكمة. إلا أن أم الهالك وضررتها ظلتا متمسكتين بإنكارهما لما تدعيه عليهما زوجة الهالك الأولى وطالبتا من جديد بإدخال جميع الورثة في الخصام. ولما سمع قضاة الاستئناف غلى شهادة شاهدين أكدا بأن الأثاث والمصوغ بقيا عند الهالك، أصدروا قرارا قضى بإلغاء الحكم المعاد وتصديا من جديد للموضوع، وقضوا على المستأنف عليهما بأداء الأشياء المتنازع عليها إلى المستأنفة والمفصلة في منطوق القرار وذلك بتاريخ 1982/01/25. فطعن (ر.ن) في قرار مجلس قضاء بسكرة مستندة في ذلك على نص المادة (333) من القانون المدني الجزائري بدعوى أنها لا تسمح لقضاة الموضوع الحكم اعتمادا على الشهادة في قضية يتجاوز مبلغها ألف دينار. فجاء قرار المحكمة العليا رافضا للطعن ومؤيدا لقرار المجلس القضائي كما سبق بيانه¹⁵²⁸.

كما قد تحول علاقة الزوجية دون الحصول على دليل كتابي لإثبات قرض ما بين الزوجين، أو أي تصرف قانوني آخر. وما يقال على علاقة الزوجية يقال على علاقة المصاهرة، حيث قضت محكمة استئناف مصر: (بأن الموانع الأدبية التي تسمح بالإثبات بالبينة والقرائن تخضع لظروف الدعوى أيضا لا لشدة القرابة وحدها، فإذا زوّجت سيّدة ابن خالتها من ابنتها بغير مهر، وجهّزت هي ابنتها، وأقامت الابنة وزوجها عندها ليسرها. هذه الظروف كلّها تمنع الزوج أدبيا منعا قويا من مطالبة أم زوجته بكتابة إذا أودعها مالا ما أثناء إقامته وزوجته عندها)¹⁵²⁹. حتى أنّ علاقة الخطبة قد تكون كافية منعزلة عن أي ظرف آخر

¹⁵²⁸ قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 31851 المؤرخ في 1983/12/12، نشرة القضاة لسنة 1992، عدد 46، ص (54-56).

¹⁵²⁹ انظر في ذلك: السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص 461.

لقيان المانع الأدبي الذي يحول دون الحصول على الدليل الكتابي، وهذا ما قضت به محكمة استئناف مصر: (بأنّ العرف جرى بين المصريين وخصوصاً المسلمين منهم، على أنّه بعد الاتّفاق على الخطبة ودفْع المهر وقبل إتمام الرّفاف، يشترى الجهاز فإذا سلّم للخاطب، ولم يتمّ الرّواج وطولب به جاز إثبات الدّعوى بالبيّنة، إذ يوجد في هذه الظروف مانع أدبيّ يحول دون الحصول على سند كتابيّ من الخاطب)¹⁵³⁰. إلّا أنّها، في مقابل ذلك، قد قضت بأنّ: (مجّرد خطبة أحد المتقاضيين لابنة الآخر ليست بالعلاقة التي تمنع من حصول كلّ منهما على الدليل الكتابيّ قبل الآخر)¹⁵³¹. كما يمكن اعتبار علاقة الأخوة من قبيل علاقة المصاهرة، فقد قضت محكمة النّقض المصريّة بأنّه ممّا لا نزاع فيه أنّ المانع كما يكون مادياً يجوز أن يكون أدبيّاً، والتّقدير في ذلك على كلّ حال لمحكمة الموضوع. فإذا رأت في قضية ما لعلاقة الأخوة بين الطرفين، ولا اعتبارات شتى أوردتها في حكمها، توفّر هذا المانع الأدبيّ المسوّغ للإثبات بالبيّنة، فلا معقّب غلى ما رآته في هذا الشّأن. كما قضت محكمة استئناف مصر بأنّ: (حال الصّلات العائليّة في ذاتها من حيث تعيين درجة القرابة بالدقّة ليست هي التي يترتّب عليها بطريقة مطّردة المانع الأدبيّ الذي يحول دون الحصول على كتابة مثبتة للدين أو للتخالص منه، بل قد يوجد ذلك المانع ولو كانت القرابة بعيدة في الظّاهر، تبعاً لطبيعة الصّلات العائليّة بين الخصوم من محبّة وإخلاص)¹⁵³². ولهذا فإنّ اعتبار صلة القرابة بين أطراف الخصومة من الموانع الأدبيّة من الأمور الواقعيّة مسألة واضحة تستقلّ بتقديرها محكمة الموضوع دون أن تعقّب عليها محكمة القانون¹⁵³³. كما قضت محكمة النّقض بأنّه: (إذا اعتمدت محكمة الاستئناف الحكم الابتدائيّ الذي قرّر بأنّ المبلغ المسلم للمدعى عليه هو أمانة اختلسها، وأنّ سكوت المدعيّة على المدعى عليه وعدم إدراجها المبلغ بمحضر حصر التّركة عند الحجر على المورث أو وفاته هو لأسباب برّرت بها هذا السّكوت، وأنّها أسباب تجوز على مثل المدعيّة لبساطتها ولصلة قرابتها للمدعى عليه الذي كان قيماً على مورثها، فقول المحكمة الابتدائية هذا الذي اعتمدته محكمة الاستئناف يفيد أنّه كانت هناك أسباب شخصيّة وأدبيّة مانعة للمدعيّة من أخذ كتابة عليه باستلامه المبلغ ومن إدراجها إيّاه في محضري الجرد اللّذين

¹⁵³⁰ استئناف مصر 08 نوفمبر 1925 المجموعة الرّسميّة، المحماة 7 رقم 10، ص 17، وانظر كذلك: استئناف مصر 21 ديسمبر 1925 المحماة 5 رقم 621 ص 757، 17 أبريل سنة 1928، المحماة 9 رقم 33 ص 53، انظر في ذلك: السّنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص 461.

¹⁵³¹ استئناف مصر 22 ديسمبر 1938، المحماة 20 رقم 114، ص 306، انظر: السّنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص

461.

¹⁵³² استئناف مصر 21 ديسمبر 1926 المجموعة الرّسميّة 28 رقم 76. انظر، السّنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص 462.

¹⁵³³ نقض مدني، 11 يناير 1951، مجموعة أحكام النّقض 2 رقم 47، ص 240. انظر: المرجع نفسه، ص 462.

حصل أحدهما بعد الحجر وثانيهما بعد الوفاة. ومسألة قيام المانع الأدبي من أخذ الكتابة عند لزومها هي مسألة لقاضي الموضوع القول الفصل فيها)¹⁵³⁴.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

¹⁵³⁴ نقض مدني، 14 نوفمبر 1935، مجموعة عمر 1 رقم 303، ص 954. انظر: السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ص 463.

المبحث الثاني: دلالة

الأدلة القولية على

الحقيقة

المبحث الثاني: دلالة الأدلة القولية على الحقيقة

إنّ دلالة الأقوال في القضاء على الحقيقة ليست على درجة واحدة من القوّة، فدلالة الشّهادة ليست كدلالة الإقرار، فهذا الأخير حجّيته أقوى على شرط مراعاة شروطه الشّكلية والموضوعية، ودلالة اليمين ليست كدلالة الأولى ولا كدلالة الثانية، فهي في أصلها ليست دليلاً للإثبات وإنّما نلجأ إليها إمّا عند العجز عن الإثبات لحسم المسألة النزاعية، وإمّا لتكميل الإثبات عندما يكون ناقصاً فيما يجوز إثباته بالشّاهد واليمين عند من يقولون به، ولهذا سوف ننظر المسألة في مطلبين، الأول منهما نجعله لبيان دلالة الشّهادة على الحقيقة، والثاني منهما سوف نضمّنه دلالة الأدلة القولية الأخرى: الإقرار، اليمين، وقول الخبير.

المطلب الأول: دلالة الشّهادة على الحقيقة

إنّ الشّهادة بأنواعها لا يمكن أن تكون دالّة على حقيقة معتبرة شرعاً إلاّ إذا روعي فيها مسائل محدّدة، جعل منها الفقهاء ضمانات ينحصر دورها في ضمان الوصول إلى حقيقة معتبرة، سواء كانت ضمانات شكلية وإجرائية، أو ضمانات موضوعية أو ضمانات متعلّقة بالجنس والعدد، وغيرها. ولهذا تفرض علينا الصّورات المنهجية، أن نجعل هذا المطلب في فرعين؛ الأول منهما نبين فيه بوضوح أنواع الشّهادة المعمول بها قضاء، والثاني منهما سنضمّنه المسائل المتعلّقة بالضمانات المحيطة بالشّهادة.

الفرع الأول: أنواع الشّهادة

تعتبر الشّهادة قضيةً خبرية قابلة للصحة والخطأ، فتكون صحيحة إذا طابق مجموعها موضوعها، وتكون على غير ذلك إذا انعدم التّطابق المرثي. ومسألة التّطابق لا يمكن أن تحصل في ما تعلق بالشّهادة قضاء، ولهذا لم تكن دليلاً قاطعاً في صحتها¹⁵³⁵، رغم أنّها من أهمّ طرائق الإثبات وأكثرها اعتماداً من

¹⁵³⁵ انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.إ.ش) رقم 99000، المؤرخ في 1993/11/23، الاجتهاد القضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص(64-67).

قبل المحاكم عند قضائها، فقلما تتركها في دعاوى الأحوال الشخصية. و تعرف في العادة بأنها: (إخبار حاكم عن علم يقضي بمقتضاه، أي إخبار الشاهد الحاكم إخبارا ناشئا عن علم لا عن ظنّ و شك)¹⁵³⁶. فهي بذلك من الوسائل التحقيقية التي تساعد القاضي في بناء حكمه، وإذا كانت هي وسيلة الإثبات الوحيدة في الدعوى، فيكون من الواجب على القاضي اللجوء إليها؛ لأنها تكون عندئذ دفاعا جوهريًا يتغيّر به وجه الرأي في الدعوى¹⁵³⁷. فالفصل في الدعوى المقدمة أمامه قد يحتاج إلى إثبات وقائع قانونية لا يمكن للخصم أن يتولّاها في عرائضه المكتوبة أو مرافعاته الشفوية، و هو ما يبرز حقّ القاضي في أن يصدر أمرا بناء على طلب الأطراف أو أحدهم أو من تلقاء نفسه قبل الفصل في الموضوع محلّ إجراء التحقيق¹⁵³⁸.

ويرجع قبول الشهادة كوسيلة تحقيقيّة إلى سلطة تقدير القاضي في ذلك، باعتبار الشاهد سفيرا للقاضي فيما ينقله من قول أو فعل، على ما رآه أو سمعه، وليس مرتبًا للأحكام على أسبابها، فللقاضي حقّ النظر في مدى صلاحية كلّ ما نقله الشاهد إليه، فإن كان صالحا رتب عليه موجهه، وإلا لم يعمل به¹⁵³⁹، وهو ما استقرّ عليه عمل القضاة، سواء في قبول الشهادة وتركها، أو في ترجيح إحداها على الأخرى دون رقابة من المحكمة العليا، فالمبدأ المعمول به أنّ للقاضي الحرية التامة في إعطاء البيانات أية قيمة يراها مناسبة بناء على سلطة مطلقة¹⁵⁴⁰. ويتربّب على هذا المبدأ من الأحكام العمليّة ما يلي¹⁵⁴¹: (أ) لا عبرة بتعدد الشهادات المدلى بها أمام القضاة؛ إذ أنه يستطيع أن يؤسس حكمه على شهادة واحدة يطمئنّ إليها بالرغم من وجود عدد أكبر من الشهادات المتعارضة معها ولكن لا بدّ من تسببه ذلك، وإلا كانت أحكام القضاة وقراراتهم ناقصة التسبب، (ب) كما لا يلزم القاضي بقبول الشهادات مجرد تطابقها فيما بينها؛ لجواز لجوئه إلى طريق أخرى من طرق الإثبات من أجل بناء حكمه كالخبرة والمعينة، (ج) لا يكون القاضي، وهو يفضل شهادة على أخرى، مجبرا على تفسير موقفه، باعتباره حراّ في إقامة ما اقتنع به على ما تضمّنته الشهادة المفضّلة، ومن الثقة التي توحى لها طبيعتها، ومن حيث قيمة الشهود أنفسهم، ومراكزهم الاجتماعية وأعمارهم وسمعتهم، وطريقة حصولهم على العلم بالوقائع المشهود فيها، كما إذا كانوا قد علموها مباشرة وبصفة تلقائيّة، أو بناء على دعوة المشهود له أو جاءت إليهم بطريق غير مباشر، (د) عدم

¹⁵³⁶ الدسوقي (محمد)، مصدر سابق، ج6، ص 60.

¹⁵³⁷ العجوز (ناهد)، مرجع سابق، ص260.

¹⁵³⁸ بوبشير (محمد)، مرجع سابق، ص 232.

¹⁵³⁹ ابن أبي الدم الحموي (شهاب الدين)، مصدر سابق، ص394-395.

¹⁵⁴⁰ بكوش (يحيى)، مرجع سابق، ص192، انظر في ذلك قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 1971/03/10، نشرة القضاة لسنة 1972،

العدد2، ص(28-29).

¹⁵⁴¹ بوبشير (محمد)، المرجع نفسه، ص 232.

خضوع القاضي في هذه المسألة إلى رقابة المحكمة العليا، وهذا الأمر راجع إلى مبدأ ترتيب الشهادة في رتبة أقلّ من رتبة الكتابة المستقرّ عليه قانوناً، (هـ) كما لا يكون القاضي متقيداً بعوامل كثيرة كجنس الشهود وعددهم وأعمارهم، فقد تكون شهادة واحدة كافية في إقناع القاضي ولا تكون شهادتان كافيتين في ذلك، كما قد تكون شهادة امرأة كافية في إقناع القاضي ولا تكون شهادة رجل كذلك، كما قد تكون شهادة طفل أقوى من حيث الإقناع من شهادة الرجل الكبير.

وإنّ العلم بالشّيء يتحقّق إمّا بالقطع أو بالنقل¹⁵⁴² أو بالاستفاضة والسمع¹⁵⁴³ فيما يتعدّد علمه غالباً بدونها¹⁵⁴⁴، وهي الشهرة التي تثمر الظنّ¹⁵⁴⁵. وبهذا تكون الشهادة على ثلاثة أقسام:

(أولاً) شهادة القطع: إنّ الأصل في الشهادة أن تكون إخباراً عن مشاهدة و حضور و معاينة، أي أنّ الشاهد يخبر بما شاهده و حضره و عاينه¹⁵⁴⁶؛ لأنّها قائمة على الإدراك الحسيّ¹⁵⁴⁷ الذي يعتبر مسألة مشترطة في الشهادة من أجل اعتبارها طريقاً للحقيقة القضائية، على شرط أن لا تكون استغفلاً¹⁵⁴⁸. فهي الشهادة المباشرة التي تعدّ الصّورة الغالبة للشهادة¹⁵⁴⁹. و ذلك كمعاينة واقعة عدم الإنفاق وواقعة الغيبة على سبيل المثال. واشتراط المعاينة هو الذي رفضت على أساسه شهادة الطّبيب على حصول الضّرر

¹⁵⁴² أبو صفية (فخري)، طرق الإثبات في القضاء الإسلامي، د.ط، الجزائر، شركة الشهاب، د.ت، ص 63.

¹⁵⁴³ قال ابن رشد: شهادة السماع لها ثلاثة مراتب: 1- تقييد العلم و هي المعبر عنها بالتواتر، كالسمع بأن مكة موجودة و مصر و نحو ذلك، فهذه إذا حصلت كانت بمنزلة الشهادة بالرؤية، و غيرها ممّا يفيد العلم، 2- شهادة الاستفاضة و هي تقييد ظناً قوياً، يقرب من القطع و يرتفع عن شهادة السماع، 3- شهادة السماع و هي التي يقصد الفقهاء الكلام عليها.

انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق، ج1، ص 426-427.

¹⁵⁴⁴ العجوز (ناهد)، مرجع سابق، ص 243.

¹⁵⁴⁵ الجندي (أحمد)، مرجع سابق، ص 27.

¹⁵⁴⁶ الحصري (أحمد)، مرجع سابق، ج1، ص 288.

¹⁵⁴⁷ الإدراك الحسيّ قوّته مرتبطة بحدود إمكانات الحواس، كما تتأثّر بثقافة الفرد المدرك أو مستواه التعليمي وكذا اهتماماته وميوله، والاتجاهات العقلية السائدة لدينا وآراء الجماعة التي يعيش الفرد في وسطها. إنّ الخطأ في الإدراك قد لا يكون مقصوداً، كما أنّ الإدلاء بالشهادة كذلك قد لا يكون مقصوداً. والإدراك في ذاته من بين ما يشتمل عليه عملية تسمى (الإغلاق) وتتمّ هذه العملية عن طريق سدّ فجوات في الموقف التنبهية حتّى يكون الشّيء المدرك ذا معنى. ومن خلال ذلك قد يخطئ الفرد في عملية الإدراك فيدرك أشياء غير موجودة، أو يهمل أشياء موجودة بالفعل، وقد يستكمل الفجوات ويسدّ الثغرات من عنده، وهذا ما يمثّل مصدر الخطأ في الإدراك أصالة. و إضافة إلى هذا المصدر يمكن بسهولة ملاحظة مصدر آخر يتمثّل في عملية الاسترجاع أو التذكّر، خاصّة إذا مضى على مشاهدة الواقعة زمن طويل. فلمّا تتمّ عملية الإدراك فإنّها تترك صورة ذهنية في ذهن المدرك، بمرور الزمن تضعف تلك الصّورة التذكّرية شيئاً فشيئاً، فتفقد عنصر الوضوح. ولهذا كانت شهادة الشهود تحتاج دائماً إلى عملية الفحص لاحتمال كذبها أو نسيان الشاهد تفاصيل الواقعة، أو تذكّر الوقائع بصفة خاطئة، إضافة إلى أنّ هناك ما يسمى (الذاكرة المزيتة) في مجال الأمراض النفسية، إلى جانب إمكانية ميل الشاهد إلى ملئ الفجوات والثغرات في ذاكرته من لدن نفسه، الأمر الذي يجعل مهمّة القضاة صعبة للغاية، باعتبارهم صفوة المجتمع الممتازة وأصحاب رسالة مقدّسة هي تحقيق العدالة. انظر في ذلك: العيسوي، علم النفس والقضاء، مرجع سابق، ص 333.

¹⁵⁴⁸ الطرابلسي، مصدر سابق، ص 113.

¹⁵⁴⁹ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص 312.

تأسيساً على مبدأ السُّلطة التقديرية للقاضي¹⁵⁵⁰، إلا أنّها قبلت في مسائل أخرى¹⁵⁵¹ حتى ولو كان ذلك لأول مرة في الاستئناف¹⁵⁵². إلا أنّ قول العلماء إنّ الشهادة لا تجوز إلاّ بالعلم ليس على ظاهره كما يقول

¹⁵⁵⁰ إنّ تقديم الشهادات الطبيّة وحدها لإثبات الضّرر من أجل إفضاء الشّريعة على التّطبيق غير مقبول؛ لأنّ الطّبيب لم يرق بمشاهدة فعل الضّرر ذاته ولا فاعله، وإنّما يشهد بما يراه على جسم الإنسان، انظر في ذلك: قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 52278، المؤرخ في 1989/01/02، المجلة القضائيّة لسنة 1991، العدد4، ص(95-98). وتحديد مرض الموت يرجع للسُّلطة التقديرية للقاضي حتى ولو كانت هناك شهادات طبيّة تثبت ذلك المرض. انظر في ذلك: قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 33719، المؤرخ في 1984/07/09، المجلة القضائيّة لسنة 1989، العدد3، ص(51-53). كما أنّ مسألة تحديد المرض العقلي للواهب المؤثر على هبته لزوجه مسألة تدخل ضمن دائرة السُّلطة التقديرية لقضاة الموضوع حتى ولو كان ذلك في حالة وجود شهادات طبيّة دالّة على ذلك. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 264468، المؤرخ في 2001/04/18، المجلة القضائيّة لسنة 2002، العدد1، ص(320-322). كما أنّ لا يمكن الاعتماد بالشّهادة الطبيّة في مسألة بيان الحمل؛ لأنّ الحمل في مرحلة الشّهين الأوّلين قد لا يكون ظاهراً للطّبيب، ففي بعض الحالات يتطلّب الأمر في هذه المرحلة تحليلاً معتمداً. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 254080، المؤرخ في 2001/02/21، المجلة القضائيّة لسنة 2002، العدد2، ص(444-447). كما لا يمكن الاعتماد على الشّهادات الطبيّة في إثبات حالة الجنون التي لا تثبت إلاّ عن طريق الحكم بالحجر، وقد علّقت المحكمة العليا في هذا الإطار ردّاً على ما ذهب إليه قضاة الموضوع في هذه المسألة الدّين ذهبوا إلى عدم قبول استئناف الطّاعن لعدم أهليته باعتباره مجنوناً بنسبة 100%، معتمدين في ذلك على الملفّ الطّبيّ الدّين قدّم لهم الدّلي لا يرتقي، في نظر قضاة المحكمة العليا، إلى مرتبة الحكم بالحجر، الدّين كان من المفروض الاستناد عليه لعدم قبول أيّ إجراء من إجراءات التّقاضي إعمالاً لنصّ المادة (40) من القانون المدني، والدّين من خلاله يمكن إثبات جنون الطّاعن من عدمه، وبناء على ذلك، ومع غياب الحكم بالحجر فإنّ الإجراءات التي قام بها الطّاعن كلّها سليمة من منظور القانون، وقرار المجلس القضائي يكون بذلك باطلاً. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 428342، المؤرخ في 2008/03/12، نشرة القضاة لسنة 2012، العدد67، ص(257-261).

¹⁵⁵¹ فلما قضى قضاة الموضوع بالطلاق بين الرّوجين مؤسّسين حكمهم بذلك على شهادات طبيّة خلصوا من خلالها إلى سوء معاملة الرّوج لزوجته، وكان هذا الحكم محلاً للطّعن المؤسّس على عدم التّحقّق من صحّة ما سبق، ولا ممّن كان مصدراً للإساءة، الأمر الذي أدّى إلى نسبتها إلى الرّوج، مع أنّه أثبت أنّه كان خلال تواريخ الشّهادات الطبيّة المعتمدة بعيداً عن زوجته باعتباره شرطياً. إلا أنّ قضاة المحكمة العليا أكّدوا مسألة الحرّية المطلقة الموكولة قانوناً لقضاة الموضوع في مسألة تقدير وسائل الإثبات المعلقة على شرط أن يكون تقديرهم مرتكراً على عناصر لها مأخذ صحيح من تلك الوسائل. خاصّة وأنّه قد تبيّن من القرار أنّ الرّوجة قد تكرّرت شكواها من زوجها، الأمر الذي دفعها إلى مرافعة مرّات ومرّات، ممّا أفضى إلى صدور حكم بالطلاق بينهما من محكمة الجزائر في تاريخ 1965/4/7، بعد ثبوت تعدّي الرّوج عليها معنوياً ومادياً بشهادات طبيّة عديدة، فاستفاد القضاة من ذلك أنّ الرّوجة تعاني من سوء العشرة والمعاملة الدّين أصبحت معه العلاقة الرّوجية مسألة مستحيلة، وهذا الأمر وحده كاف لتبرير المصادقة على الطلاق. انظر في ذلك: قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، نشرة القضاة لسنة 1972، العدد2، ص(53-54). وانظر قريباً من هذا: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 89635، المؤرخ في 1993/04/27، المجلة القضائيّة لسنة 1994، العدد1، ص(53-55). كما أنّ عدم اعتماد قضاة الموضوع على مستوى المحكمة والمجلس القضائي على الشّهادة الطبيّة التي أثبتت مرض البنت مرضاً مزمنياً في رفض تنازل الأمّ عن حضانة ابنتها، وتقرير حاجتها في الرّعاية المستمرة، وهي التّصيحة التي قدّمها الطّبيب المعالج لها بشهادة مؤرّخة في 1985/11/21، كان عرضة للتّقض من طرف المحكمة العليا نظراً لمخالفتها لنصّ المادة (66) من قانون الأسرة: (يسقط حقّ الحضانة بالتّزوج بغير القريب وبالتّنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون). فتنازل الأمّ عن حضانة ابنتها يضرّ بها ضرراً شديداً، الأمر الذي يتعيّن معه نقض القرار الدّين حطك بإسناد حضانة البنت لأبيها وإلزامه برعايتها وهي مسألة متعلّقة لخروج الأب المستمرّ من المنزل لمزاولة مهامه وأعماله. انظر في ذلك: قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 54353، المؤرخ في 1989/07/03، المجلة القضائيّة لسنة 1992، العدد1، ص(45-47). كما أنّ المحكمة العليا بأنّ عدم اعتبار الشّهادات الطبيّة تحجّجاً بأنّها شهادات محرّرة في تاريخ لاحق على وفاة الواهب بعيداً عن المنطق السّلامه؛ لأنّ الشّهادات يكمن دورها الأساس في بيان حالة الواهب وقت علاجه، لو يعقل أن يطلب تقديم شهادات بذلك التاريخ. والهبة في مرض الموت والحالات المخيفة، بناء على نصّ المادة (204) من قانون الأسرة، تعتبر وصيّة، أضف إلى ذلك أنّ مرض الواهب تعتبر في حقيقتها وضعية مادية ظاهرة يتعدّر إخفاؤها،

(القرابي)؛ لأنّ "ظاهره يقتضي أنّه لا يجوز أن يؤدّي إلا ما هو قاطع به، وليس كذلك، بل يجوز له الأداء بما عنده من الظنّ الضّعيف في كثير من الصّور، بل المراد بذلك أن يكون أصل المدرك علما فقط.."¹⁵⁵³، كأن يشهد شاهد بالملك الموروث لوارثه مع جواز بيعه بعد أن ورثه¹⁵⁵⁴. والأصل في هذه الصّور كلّها الظنّ الضّعيف، ولا يكاد يوجد ما يبقى فيه العلم إلاّ القليل من الصّور، ومن ذلك النّسب الذي لا يقبل التّقل فيبقى العلم على حاله، والشّهادة بالإقرار الذي يعتبر إجبارا عن وقوع التّطرق في الزّمان الماضي، وهذا لا يمكن أن يرتفع، وكذلك الوقف إذا قضى به القاضي فلا يكفي فيه الظنّ، أمّا إذا لم يحكم به فالظنّ وحده معتبر¹⁵⁵⁵.

وعند الحديث عن شهادة القطع ومدى حجّيتها يجدر بنا الحديث عن شهادة الاستغفال، فإذا جحد رجل عليه حقّا لآخر في العلانية مقرّاً في السرّ، الأمر الذي يشكّل حاجزا بين صاحب الحقّ وبين الوصول إلى حقّه، جاز له استحضار من شاء من العدول إلى بيته مع من عليه الحقّ دون علمه بذلك، فعندما يقرّ سرّاً، يكون العدول قد سمعوه فيشهدون بما سمعوا ويكون ذلك جائزا عند بعض الأحناف؛ باعتبار حصول العلم، على شرط رؤية وجهه ومعرفته مع عدم التّفسير، فإن شهد الشّهود مع الحرص على تفسير شهادتهم للقاضي تكون باطلة عنده¹⁵⁵⁶، وقد رأى (الشافعي) و(الكوفي) تجويز ذلك، وقد ذكر

وبالتالي يجوز إثباتها بشهادة الشّهود والشّهادات الطّبيّة، وبناء على ذلك يكون الوجه الذي أسّس عليه الطّعن مؤسّسا فينقض القرار، ويحال للمجلس نفسه. انظر في ذلك قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 197335، المؤرّخ في 1998/06/16، الاجتهاد القضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص(281-283). وانظر قريبا من هذا في مسألة الاعتداد بالشّهادات الطّبيّة في إثبات مرض موت الواهب: قرار المحكمة العليا (غ.إ.ش) رقم 219901، المؤرّخ في 1999/03/16، الاجتهاد القضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص(287-291)، وفي مسألة الاعتداد بالشّهادات الطّبيّة في إثبات مرض موت المحبس: قرار المحكمة العليا (غ.إ.ش) رقم 96675 المؤرّخ في 1993/11/23، الاجتهاد القضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص(302-304). وفي مسألة الاعتداد بالشّهادة الطّبيّة في التّطبيق انظر: قرار المحكمة العليا (غ.إ.ش) رقم 356997، المؤرّخ في 2006/07/12، مجلة المحكمة العليا لسنة 2006، العدد2، ص(441-447). وكذلك: قرار المحكمة العليا (غ.إ.ش) رقم 572240، المؤرّخ في 2010/07/15، مجلة المحكمة العليا لسنة 2010، العدد2، ص(278-280). وفي مسألة اعتبار الشّهادة الطّبيّة المثبتة لمرض المحضون للحكم على الوالد بتحمّل مصاريف علاجه، انظر: قرار المحكمة العليا (غ.إ.ش) رقم 372292، المؤرّخ في 2006/11/15، مجلة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد1، ص(493-498).

¹⁵⁵² إنّ عدم تقدّم الزّوجة الشّهادات الطّبيّة التي تثبت إضرار الزّوج لها بالضّرب والجرح للقاضي الأوّل وعرضها إياها أمام قضاة المجلس لا يعدّ في منظور المحكمة العليا دعوى جديدة لم تسبق إثارتها أمام المحكمة الابتدائية، فالاستدلال بما يعدّ من قبيل التّوسّع الذي يمكن قبوله، لا من قبيل الطّلب الجديد. ولهذا كان الوجه المعتمد من طرف الطّاعن بالتّقص، والمتمثّل في عدم استظهار الزّوجة الشّهادة الطّبيّة ابتداء أمام قاضي الموضوع في المحكمة الابتدائية واستظهارها لأول مرّة أمام المجلس القضائي لا أساس له. انظر في ذلك: قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) المؤرّخ في 1971/03/10، نشرة القضاة لسنة 1972، العدد2، ص(48-50).

¹⁵⁵³ القرابي (شهاب الدين)، الفروق، مصدر سابق، ج4، الفرق (226)، ص56.

¹⁵⁵⁴ المصدر نفسه، ص56.

¹⁵⁵⁵ ابن فرحون، مصدر سابق، ج2، ص15.

¹⁵⁵⁶ إلاّ إذا حصل لهم العلم برؤيته داخلا إلى البيت، ولا مسلك آخر له إلاّ ذاك المسلك، وقد سمعوا إقراره دون أن يشتهه عليهم حاله، كانت شهادتهم صحيحة وجائزة حاظية بالقبول من قبل القاضي. انظر في ذلك: الطّرابلسي (علاء الدّين)، مرجع سابق، ص113.

(الخصّاف)¹⁵⁵⁷ ذلك عن (الكوفيّ) نصّاً¹⁵⁵⁸. إلا أنّ بعض الفقهاء لم يجوّزوه لما في ذلك من تدليس وغرور. وقد اعتمد من أجازها على جواز شهادة الأعمى على معرفة الصّوت، وجواز أخذ النّاس عن أزواج النبيّ صلّى الله عليه وسلّم من وراء الحجاب¹⁵⁵⁹، أضف إلى ذلك قول النبيّ صلّى الله عليه وسلّم: "إنّ بلا لا يؤدّن بليل فكلوا واشربوا حتّى يؤدّن أو قال حتّى تسمعوا أذان ابن أمّ مكتوم"¹⁵⁶⁰، أمّا من لم يجزها فقد اعتمدوا على مسألة مشاركة الشّهود صاحب الحقّ في التدليس، والمسألة لا تمتّ إلى الحلال بصلة، ولهذا كان ترك ذلك أحوط، فيجب على الشّاهد أن يترقّع عن مثل هذه الأشياء الماسّة بالمروءة ومنهج أهل الفضل والعقل، فالاختباء من أجل الشّهادة ممّا لم يندب إليه ولا فرض عليه¹⁵⁶¹، وروي عن مالك أنّه لا يشهد بها¹⁵⁶²، وقد فرّق (ابن كنانة)¹⁵⁶³ في (المجموعة) بين مسألة قبول الشّهادة في ذاتها وبين مسألة شناعة الفعل، فقال: "شهادتهم مقبولة وبئس ما صنعوا حين دخلوا ذلك المدخل"¹⁵⁶⁴، مع مراعاة أنّ مسألة إجازتها ليس من قبيل الحرص على التّحمّل، وهو ما رآه (ابن فرحون)¹⁵⁶⁵. ولهذا أرى رفضها ورفض ما بني عليها من حكم، لبطلانها من النّاحية الإجرائية والشّكلية.

¹⁵⁵⁷ هو أحمد بن عمرو، وقيل عمر، بن مهير، وقيل مهران، الشّيباني، الإمام أبو بكر الخصّاف. روى عن أبيه، وحدث عن أبي عاصم التّيبلي، وأبي داود الطّيالسيّ، ومسدد بن مسرهد، وعليّ بن المدينيّ، والقعنيّ، وغيرهم. وقد كان عارفاً بمذهب أصحابه الأحناف، كما ذكره (النّدس) في (فهرست العلماء)، كما كان له حسيبه مصنّفات ككتاب الحيل وكتاب الوصايا وكتاب الشّروط الكبير وكتاب الشّروط الصّغير، وكتاب الرّضاع، وكتاب المحاضر والسّجالات، وغيرها. وقد مات ببغداد عام 261، وقال عنه شمس الأئمّة الحلواني: الخصّاف رجل كبير في العلم، وهو ممّن يصحّ الاقتداء به. انظر لمزيد من التّفصيل: ابن أبي الوفاء (محيي الدّين)، الجواهر المضّيّة في طبقات الحنفيّة، تحقيق الحلو (عبد الفتاح)، ج 1، ط 2، إمباية (مصر)، هجر، 1993، ص 230 وما بعدها، التّرجمة رقم: 160.

¹⁵⁵⁸ ابن أبي أحمد الطّبري (أحمد) المعروف بابن القاص، أدب القاضي، تحقيق الجبوري (حسين)، ط 1، ج 1، الطّائف، المملكة العربية السّعودية، مكتبة الصّدّيق، 1989، ص 314.

¹⁵⁵⁹ ابن فرحون (برهان الدّين)، المصدر نفسه، ص 10.

¹⁵⁶⁰ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشّهادات، باب شهادة الأعمى وأمره ونكاحه وإنكاحه، ج 3، د. ط، دار الفكر، ص 152.

¹⁵⁶¹ الطّرابلسي (علاء الدّين)، مرجع سابق، ص 113، ابن فرحون (برهان الدّين) مصدر سابق، ج 2، ص 10.

¹⁵⁶² ابن فرحون (برهان الدّين)، المصدر نفسه، ص 10.

¹⁵⁶³ هو أبو عمر أحمد بن عبد الله بن عبد الرّحيم بن كنانة اللّخمي القرطبي، كما عرف كذلك بابن العنّان. ولد عام 299، وتوفيّ

383. وقد كان محدّثاً متقناً، وقد سمع من أحمد بن خالد الحافظ، ومحمّد بن قاسم، كما سمع من أبي سعيد الأعرابي، وأحمد بن مسعود

الزّبيري. وحسب ابن الفرضي، فقد كان ثقة ضابطاً جيّد التّفقيّد، إضافة إلى أنّه قد سمع منه النّاس كثيراً، وحدث عنه محمّد بن السّليم

القاضي في حياته. انظر في ذلك: ابن عثمان الدّهلي (شمس الدّين)، سير أعلام التّبالء، ج 16، ط 2، بيروت، مؤسّسة الرّسالة، 1984،

ص 425، التّرجمة رقم: 312.

¹⁵⁶⁴ ابن فرحون (برهان الدّين)، المصدر نفسه، ص 10.

¹⁵⁶⁵ المصدر نفسه، ص 10.

(ثانياً) شهادة النقل: وهي الشهادة على الشهادة¹⁵⁶⁶، أي: (إخبار الشاهد عن سماعه شهادة غيره أو سماعه إياه القاضي فيدخل نقل النقل و يخرج الإخبار بذلك لغير قاضي)¹⁵⁶⁷، فهي شهادة بطريق النيابة¹⁵⁶⁸، أي شهادة غير مباشرة¹⁵⁶⁹؛ لأنّ الشاهد فيها لم يباشر معاينة الوقائع أو سماعها، و إنّما نقلت إليه عن طريق الغير، فهي الشهادة من الدرجة الثانية¹⁵⁷⁰. و الشاهد فيها يسمّى شاهد الفرع؛ لأنّه يشهد أنّ غيره يشهد بالحقّ أنّه لفلان مع أنّه لم يره هو بعينه، و هذا الغير هو شاهد الأصل¹⁵⁷¹، و قد نقل (ابن قدامة)¹⁵⁷² إجماع العلماء على جوازها في الأموال¹⁵⁷³؛ لأنّ الحاجة داعية إليها، وإلّا لكانت الشهادة على الوقف مثلاً باطلة، فيموت شهوده ويكون في ذلك ضرر على الناس ومشقّة ولهذا كان واجبا قبول شهادة الفرع كقبول شهادة الأصل¹⁵⁷⁴، وذهب المالكية¹⁵⁷⁵ والظاهرية¹⁵⁷⁶ إلى جوازها في كلّ شيء من حقوق الله تعالى وحقوق الأدميين من مال أو حدّ أو قصاص، وأضاف ابن حزم أنّه يقبل فيها واحد على واحد¹⁵⁷⁷، أمّا الحنفية فهي جائزة في منظورهم وإن كثرت استحسانا في كلّ حقّ على الصّحيح باستثناء ما

¹⁵⁶⁶ الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج6، ص281، الخرشبي، مصدر سابق، ج6، ص217، الشريبي (محمد الخطيب)، مصدر سابق، ج4، ص452-453، ابن قدامة (موفق الدين)، مصدر سابق، ج12، ص86.

¹⁵⁶⁷ الخرشبي، المصدر نفسه، ص217 و ما بعدها.

¹⁵⁶⁸ الكاساني (علاء الدين)، المصدر نفسه، ص281.

¹⁵⁶⁹ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ص312.

¹⁵⁷⁰ Planiol (M), Rippert (G.), op.cit., P. 958. (.)

¹⁵⁷¹ أبو صافية (فخري)، المرجع نفسه، ص85.

¹⁵⁷² هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعلي، الفقيه الحنبلي، وشيخ الحنابلة. ولد بجماعيل عام 541، سمع من هبة الله الدقاق والشيخ عبد القادر، وابن البطي، وتفقه على ابن المتي، فتمكّن من معرفة المذهب وأصوله، فكانت له الحجّة الظاهرة في مواجهة الخصوم، وهذا ما رواه عنه (ابن العماد). وقد أخبر الحافظ (الصيّاء) أنّه سمع (ابن الصّلاح) المفتي يقول: ما أعرّف أحدا في زمننا أدرك درجة الاجتهاد إلاّ الشيخ الموقّف. وقد كان إماما في فنون كثيرة حسب ما ذهب إليه سبط ابن الجوزي. له كتاب المغني في شرح الخرقى، الذي قال فيه العزّ بن عبد السلام: ما طابت نفسي بالفيتيا حتّى صار عندي نسخة المغني، وله الكافي والمقنع ومختصر الهداية والعمدة، وكذلك الرّوضة في أصول الفقه، والبرهان في مسألة القرآن في أصول الدّين، وغيرها كثير. توفّي بدمشق، يوم السبت يوم عيد الفطر، من عام 620. انظر في ذلك: ابن علي آل عثيمين (صالح)، تسهيل السّابلية لمريد معرفة الحنابلة، تحقيق: أبو زيد (بكر)، ج2، ط1، بيروت، مؤسّسة الرّسالة، 2000، ص762 وما بعدها، التّرجمة رقم: 1105.

¹⁵⁷³ وقبولها في الأموال وما إلى ذلك بإجماع العلماء كما ذكر أبو عبيد، ولا تقبل في حدّ، وهذا قول النّحعي والشّعبي وأبي حنيفة وأصحابه، وقال مالك والشّافعي في قول وأبو ثور تقبل في الحدود وكلّ حقّ؛ لأنّ ذلك يثبت بشهادة الأصل فيثبت بالشهادة على الشّهادة كالمال، وكذلك عند أهل الظّاهر تقبل في كلّ شيء. ابن قدامة، المغني، طبعة أخرى، ج12، ص86.

¹⁵⁷⁴ ابن قدامة (موفق الدين)، مصدر سابق، ج12، ص86.

¹⁵⁷⁵ ابن شاس (جلال الدين)، مصدر سابق، ج3، ص1057، ابن محمد اللّخمي (أبو الحسن علي)، التّبصرة، ج11، تحقيق نجيب

(أحمد)، قطر، إدارة الشّؤون الإسلامية، ص5450.

¹⁵⁷⁶ ابن حزم (أبو محمّد)، مصدر سابق، ج9، ص438.

¹⁵⁷⁷ المصدر نفسه، ص438.

تعلّق بالحدود والقود؛ لسقوطهما بالشبهة¹⁵⁷⁸، وهو ذاته منظور الحنابلة الذين أجازوها في جميع حقوق الآدميين، وهو ما عبّروا عنه: "كون الشهادة على الشهادة في حقّ يقبل فيه كتاب قاض لقاض"¹⁵⁷⁹، وكذلك هو ما ذهب إليه الشافعية؛ حيث تقبل عندهم في غير عقوبة كمال وعقد وفسخ وطلاق وعتق وولادة ورضاع ووقف وغيرها¹⁵⁸⁰. ولا يكون ذلك إلاّ بتحقيق الشروط الآتية¹⁵⁸¹: (أ) تعذر حضور الشاهد الأصل أمام القضاء، (ب) أن تتحقّق شروط الشهادة في كل واحد منهما، (ج) أن يعين شاهد الفرع شاهد الأصل عند الأداء، (د) أن يسترعيه شاهد الأصل الشهادة، فيقول: أشهدك على شهادتي أيّ أشهد أنّ فلان على فلان كذا، أو أقرّ عندي بكذا، و يقول الفرع عند الأداء: أشهد أنّ فلانا شهد عندي أن فلان على فلان كذا، و أشهدي على شهادته، و أمرني أن أشهد على شهادته، و أنا الآن أشهد بشهادته بذلك. أو يقول وهي أوسط العبارات: (أشهد أنّ فلانا أشهدي على شهادته بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك)¹⁵⁸².

والغالب أن تكون شهادة النقل (الشهادة السماعية) دون شهادة القطع (الشهادة الأصلية) من حيث اقتناع القاضي بها¹⁵⁸³.

(ثالثاً) شهادة السماع: وهي ثلاث مراتب حسب (ابن راشد)¹⁵⁸⁴، الأولى منها تفيد العلم، وهي المعبر عنها بالتواتر، فتكون بمنزلة الشهادة بالرؤية وغيرها ممّا يفيد العلم، وهي التي يقصدها (ابن رشد)

¹⁵⁷⁸ محمد أمين الشهير بابن عابدين، ردّ المختار على الدرّ المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق عبد الموجود (عادل) ومعوّض (علي)، ج8، طبعة خاصّة، الرياض، دار عالم الكتب، 2003، ص225.

¹⁵⁷⁹ ابن عبد العزيز الفتوحى (محمد)، معونة أولي التّهي شرح المنتهى، تحقيق دهيش (عبد الملك)، ج11، ط5، مكّة المكرمة، مكتبة الأسد، 2008، ص481.

¹⁵⁸⁰ ابن سلامة القليوبي (شهاب الدّين)، البرلستي (شهاب الدّين) المعروف بعميرة، حاشيتان على شرح جلال الدّين المحلى، على منهاج الطّالبيين للتّوي، ج4، ط3، مصر، مكتبة مصطفى الباي الحلبي وأولاده، 1956، ص331.

¹⁵⁸¹ انظر: الخرشى، المصدر نفسه، ج6، ص219، الشّربيني (محمد الخطيب)، المصدر نفسه، ج4، ص453-454، ابن قدامة (موفق الدين)، المصدر نفسه، ص88 و ما بعدها.

¹⁵⁸² ابن عابدين، مصدر سابق، ج8، ص227.

¹⁵⁸³ السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص313.

¹⁵⁸⁴ هو محمد بن عبد الله بن راشد البكري القفصي ولد بمدينة قفصة، في 650 هـ الموافق ل: 1250م، وتوفي في 736 هـ الموافق ل: 1336م. تفقّه على يد (ابن الغمّاز)، وحازم القرطاجيّ بتونس، وعلى يد ناصر الدّين الأبياري تلميذ ابن الحاجب وناصر الدّين بن المنير، وضياء الدّين بن العلاف وغيرهم بالاسكندرية، وعلى إمام المالكية شهاب الدّين القرافي وتقيّ الدّين بن ديق العيد بالقاهرة، وبعد حجّه رجع إلى قفصة، وتولّى بها القضاء. ألف كتباً كثيرة منها: الفائق في الأحكام والوثائق، الشّهاب الثّاقب في شرح ابن الحاجب، المذهب في ضبط مسائل المذهب، ولباب اللّباب.

https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A7%D8%A8%D9%86_%D8%B1%D8%A7%D8%B4%D8%AF_%D8%A7%D9%84%D9%82%D9%81%D8%B5%D9%8A

بالشهادة بما علم من جهة الأخبار المتواترة، وهي على الجواز لا شك في ذلك، وتبت الشهادة على العلم الحاصل من خلالها، في مسائل النسب والموت وضرر الزوجين وما أشبه ذلك¹⁵⁸⁵. والثانية منها شهادة الاستفاضة التي تفيد لنا ظناً قوياً يقترب من القطع؛ لقيامها على الشهرة الحقيقية¹⁵⁸⁶، وقد قال (ابن الباقلاني البغدادي)¹⁵⁸⁷: "إنما اشترط الله تعالى العدالة في أربعة فمن دوهم، إذ يمكن أن يتفقوا على كذب ثم لا يظهر لقلّتهم، والكثرة لا يمكن أن يتفقوا على كذب يقولونه إلاّ وظهر مع المطاولة، وما نقلته الكثرة لا يحتاج إلى تعديل؛ لأنّ خبرهم يقوم في النفس مقام العيان"¹⁵⁸⁸، ومن شهد في واقعة بالاستفاضة مبيناً أنّ ذلك مستنده وبتّ شهادته كان ذلك مقبولاً قضاءً؛ لأنّه كان جازماً بالشهادة دون الالتفات إلى المستند الذي استند إليه، ما لم يلحظ القاضي ارتياباً في شهادته، وهو ما ذهب إليه (أبو الحسن السبكي)¹⁵⁸⁹، ويشترط أن يكون ذلك على وجه الدقة، كأن يقول الشاهد هذا وقف كذا، فلا يكفي ذلك ما لم يقل هذا وقف فلان؛ لأنّ عبارة (هذا وقف كذا) قول لا يمكن بمشاهدة وشرطه المشاهدة¹⁵⁹⁰. ومنها ما لا يفيد العلم ولا الظنّ القريب منه، وهي المرادة بكلام الفقهاء عند الحديث عن مجالها وشروطها¹⁵⁹¹. ويرتفع عن شهادة السماع؛ باعتبارها ما تظاهرت به الأخبار، واستقرت معرفته في قلبه، الذي يعني حصول العلم به¹⁵⁹². وقد أجمع أهل العلم على العمل بها في النسب والولادة، وهو ما قال به (ابن المنذر): "أمّا النسب فلا أعلم أحداً من أهل العلم منع منه، ولو منع ذلك لاستحالت معرفته والشهادة به، إذ لا سبيل إلى معرفته قطعاً بغيره، ولا تمكن المشاهدة فيه، ولو اعتبرت المشاهدة، لما عرف أحد أباه، ولا أمّه، ولا أحداً من أقاربه"¹⁵⁹³، أمّا خارج دائرة النسب والولادة فقد وقع اختلاف بين الفقهاء، أمّا الحنابلة فالاستفاضة تسري عندهم في تسعة أشياء: التكااح والملك المطلق والوقف، ومصرفه، والموت، والعنق، والولاء والولاية، والعزل،

¹⁵⁸⁵ ابن رشد (أبو الوليد محمد)، المقدمات الممهّدة، مصدر سابق، ج2، ص273-274.

¹⁵⁸⁶ ابن أبي الفضل (أبو الوليد إبراهيم) المعروف بابن الشحنة، لسان الحكّام في معرفة الأحكام، دار الفكر، ص241.

¹⁵⁸⁷ هو الإمام العلامة القاضي أبو بكر، محمد بن الطيّب بن محمد بن جعفر بن قاسم البصريّ، ثمّ البغداديّ، ابن الباقلانيّ، سمع أبا بكر أحمد بن جعفر القطيعي، وأبا محمد بن ماسي، وغيرهما. وخرّج له أبو الفتح بن أبي الفوارس. ذكره القاضي عياض في (طبقات المالكية)، فقال: هو الملقّب بسيف السنّة، ولسان الأئمة، المتكلّم على لسان أهل الحديث. مات في ذي القعدة من عام ثلاث وأربعمئة، وصلى عليه ابنه حسن، وكانت له جنازة مشهودة. انظر: ابن عثمان الذهبي (شمس الدين)، مصدر سابق، ج17، ص190 وما بعدها، الترجمة رقم: 110.

¹⁵⁸⁸ القاضي عياض وولده محمد، مصدر سابق، ص57.

¹⁵⁸⁹ ابن غازي غزّي (عيسى)، مصدر سابق، ص190.

¹⁵⁹⁰ المصدر نفسه، ص191.

¹⁵⁹¹ انظر في ذلك: التسولي (أبو الحسن)، مصدر سابق، ج1، ص246-247.

¹⁵⁹² ابن قدامة (موفق الدين)، المغني، تحقيق: التركي (عبد الله) والحلو (عبد الفتاح)، ط3، ج14، الرياض، دار عالم الكتب، 1997،

ص143.

¹⁵⁹³ ابن قدامة (موفق الدين)، المصدر نفسه، ج14، ص141-142.

وبه قال (أبو سعيد الاصطخري)¹⁵⁹⁴ وبعض أصحاب الشافعي، حيث جَوَّزوا الاستفاضة في مسائل الموت والتَّسب، ولو من الأمّ على الأصحّ، ومسائل الوقف والتَّكاح والولاء والرِّضاع وتضرّر الرِّوَجَة والصدقات والكفر والإسلام، وكذا مسائل الرِّشد والسَّفه والحمل والولادة والوصايا والحريّة¹⁵⁹⁵، كما قد نقل (الرافعي) عن (العَدَّة) أنّه لو استفاض فسق الشَّاهد بين النَّاس، ينزل الأمر المستفيض منزلة الأمر المعلوم¹⁵⁹⁶. أمّا البعض الآخر فقد قالوا بعدم قبولها في الوقف والولاء والعنق والرِّوَجَة؛ لأنّ القطع فيها ممكن، فهي شهادة بعقد، فأشبهت سائر العقود¹⁵⁹⁷. أمّا أبو حنيفة فأجازها في التَّكاح والموت¹⁵⁹⁸، ولم يجزها في الولاء والملك المطلق، باعتباره شهادة بمال، فأشبهه الدِّين، أمّا عند (أبي يوسف) فتقبل في الولاء؛ باعتباره لحمه كلحمه النَّسب والشَّهادة بالتَّسامع فيه مقبولة¹⁵⁹⁹، كما ألحق الوقف بالموت عند الأحناف؛ لأنّ مبناه على الاشتهار، والشَّهادة في كلّ ذلك يكون على البتات والقطع دون تفصيل أو تقييد، كأن يقول: لم أعين ذلك، ولكن سمعت من فلان كذا وكذا¹⁶⁰⁰. فهذه الأشياء عند الحنابلة تتعدّر الشَّهادة عليها في الغالب بمشاهدتها، أو مشاهدة أسبابها، أضف إلى ذلك أنّ وجود السَّبب لا يفيد العلم بكونه سببا يقينا، فقد يشترى المرء ما ليس مملوكا للبائع على وجه التَّمثيل، وكان ذلك أساسا لقبول الاستفاضة فيها عندهم كالنَّسب¹⁶⁰¹. وقد قال (أحمد) في رواية (المروذي)¹⁶⁰²: "اشهد أنّ دار بختان لبختان، وإن لم يشهدك،

¹⁵⁹⁴ هو الحسن بن أحمد بن يزيد بن عيسى بن الفضل بن بشر بن عبد الحميد بن عبد الله بن هانئ بن قبيصة بن عمرو بن عامر، قاضي قمّ، من شيوخ الفقهاء الشافعيين، ولد عام 244. سمع عن سعدان بن نصر، وأحمد بن منصور الرمادي، وعباس بن محمد الدوري، وحنبل بن إسحاق، وغيرهم. وروى عنه ابن المطرّق، وابن شاهين، وأبو الحسن ابن نوفل الجنديّ، والدارقطنيّ، وغيرهم. ومّا قضى به ما حكاه (الرافعي) في العدد أنّه أتى بسقط لم تظهر فيه الصّورة والتَّخطيط لكلّ أحد، إلّا أنّ القوابل وأهل الخيرة من النساء قالت: إنّ فيه صورة خفيّة، وهي بيّنة لنا، وإن خفية على غيرنا. فلم يحكم بثبوت الاستيلاء، فخالف بذلك مذهب الشافعي. قال (الرافعي): فحجّات القوابل فصّين عليه ماء حارّاً، وغسلنه فظهرت الصّورة. ثمّ رفعت المسألة إلى أبي عليّ بن خيران، فحكم بأنّه ولدها، فلمّا تبين الحال غير أبو سعيد رأيته. مات ببغدا في جمادى الآخرة، من عام 328، ودفن بباب حرب. انظر لمزيد من التفصيل: ابن عبد الكافي السبكي (تاج الدِّين)، مصدر سابق، ج3، ص230، التّرجمة رقم: 165 (الطبقة الثالثة).

¹⁵⁹⁵ ابن عبد الكافي السبكي (تاج الدِّين)، مصدر سابق، ج1، ص427.

¹⁵⁹⁶ المصدر نفسه، ص427.

¹⁵⁹⁷ ابن قدامة (موقف الدِّين)، مصدر سابق، ج14، ص142.

¹⁵⁹⁸ ووجه الفرق بين الموت من جهة وبين التَّكاح والتَّسب رغم أنّ مبناهما كلّها على الاشتهار، إلّا أنّ الشَّهرة في الموت أسرع منه في التَّكاح والتَّسب، لذلك شرط العدد فيهما، ولم يشترط ذلك في الموت؛ بحيث لو أخبر رجل أو امرأة بموت إنسان، يكون جائزا للتَّسامع أن يشهد بموته، إلّا أنّ محمد بن الحسن يشترط الاستفاضة والاشتهار. انظر في ذلك: الكاساني (علاء الدِّين)، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، تحقيق على محمد عوض، مصدر سابق، ج9، ص9-10.

¹⁵⁹⁹ الكاساني (علاء الدِّين)، المصدر نفسه، ص10.

¹⁶⁰⁰ المصدر نفسه، ص10-11.

¹⁶⁰¹ ابن قدامة (موقف الدِّين)، المغني، المصدر نفسه، ص142.

¹⁶⁰² هو شيخ الإسلام أبو بكر أحمد بن محمد بن الحجاج المتوذي، صاحب الإمام أحمد، نزيل بغداد، كان والده خوارزميًا ووالدته متوذية. ولد في حدود المائتين. حدّث عن الإمام أحمد وعن هارون بن معروف وغيرهما كثير. وروى عنه أبو بكر الخلال وعبد الله الخرقى والد الفقيه

وقيل له، تشهد أنّ فلانة امرأة فلان، ولم تشهد النكاح؟ فقال: نعم، إذا كان مستفيضاً¹⁶⁰³. وهذا النوع الذي قصد (محمد بن الحسن) بقوله أنّ: التّسامع هو دخول الخبر الذي بلغ الشّاهد ويسمعه مبلغ الشّهرة والتّواتر، بمعنى أنّ يكون المشهود به في مسائل النكاح أو الدخول أو الموت أو النسب أو ولاية القاضي قد ذاع أمرها واشتهرت وأصبحت متواترة، فأخبارها عند الشّاهد تواترت تواترا بعيدا عن التّواطؤ، فإذا حصل ذلك حلّ للشّاهد أن يتحمّل الشّهادة ويؤدّيها؛ إذ التّسامع أصبح في هذه الحالة كالمعاينة لأسباب هذه الأشياء. وتأسيسا على ذلك يرى (محمد بن الحسن) أنّه لا يجوز للإنسان أن يشهد تحمّلا أو أداء بنسب أو نكاح أو موت أو دخول إلاّ باشتهار ذلك واستفاضته وتواتر الأخبار به دون تواطؤ، أمّا ما كان نتيجة إخبار رجلين أو إخبار رجل وامرأتين غير معتبر، فإذا شهد شخص العرس والزّفاف، كان جائزا له الشّهادة بالنكاح، فهو دليل ذلك، وإذا شهد جنازة رجل أو دفنه، حلّت له الشّهادة بموته¹⁶⁰⁴، وهو النوع الذي اشترط فيه الحنفية تواتر الأخبار ليحصل بذلك نوع من اليقين، وهي ذات الشّهادة التي قصدها (ابن قدامة) في قوله: "أجمع أهل العلم على صحّة الشّهادة بالاستفاضة في النسب والولادة"¹⁶⁰⁵، ويشتهر النسب في العادة بالتهنئة والمخاطبات والمناداة وبنسبة كلّ واحد إلى آخر، كما يشتهر الموت بالتّعزية وقسمة التّركات، ويشتهر النكاح بشهود الولائم والدخول، ويتعلّق بالأحكام المشهورة كالنّسب والمهر والعدّة وثبوت الحضانة، لهذه الأسباب وغيرها اعتبرت الشّهرة الحقيقيّة بمنزلة العيان فلا تشترط المشاهدة فيها من دون تفسير، فإذا اقترنت بالتفسير لم تقبل في غير الموت والوقف لأنّهما تقبل الشّهادة فيهما على الوجهين، فلو فسّر الشّاهد في دعوى النسب قائلا: قد سمعنا ذلك عن الناس تردّ شهادته؛ لأنّ الشّاهد إذا سكت عن التفسير يصدّقه القاضي، أمّا إذا قام بالتفسير لا يحصل للقاضي ذلك الاطمئنان الذي حصل له في الحالة الأولى، ولهذا كانت المراسيل من الأخبار أقوى من المسانيد¹⁶⁰⁶. وهي ذاتها المقصودة من خلال قول الشافعية في الأرجح، والحنابلة في الأصحّ مثل قول أبي حنيفة بأنّ شرط التّسامع سماع المشهود به من ناس كثيرين يؤمن تواطؤهم على الكذب، فيحصل ظنّ قويّ بخبرهم، ولا يكون كافيا أن يقول الشّاهد

أبي القاسم، وغيرها. وقد قال عنه إسحاق بن داود من رواية الخلال عن محمّد بن جعفر الرّاشدي: لا أعلم أحدا أقوم بأمر الإسلام من أبي بكر المروزي. هو المقدّم من أصحاب أحمد، حيث كان الإمام يأنس به لفضله وتقواه، بحيث هو الذي أغمضه لما مات، وهو الذي قام بتغسيله. توفّي في جمادى الأولى من عام خمس وسبعين ومائتين. انظر: ابن عثمان الذهبي (شمس الدّين)، مصدر سابق، ج 13، ص 173 وما بعدها، الترجمة رقم: 103.

¹⁶⁰³ ابن قدامة (موفق الدين)، المغني، المصدر نفسه، ص 142.

¹⁶⁰⁴ الكاساني (علاء الدين)، بدائع الصنائع، تحقيق علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، ج 9، ط 2، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003، ص 9.

¹⁶⁰⁵ ابن قدامة (موفق الدين)، مصدر سابق، ص 141.

¹⁶⁰⁶ والمرسل هي أن يترك الوساطة التي بينه وبين الرّسول صلّى الله عليه وسلّم، ويقول: قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بخلاف المسند، انظر في ذلك: حيدر (علي)، مصدر سابق، ج 4، ص 371.

بالاستفاضة: (سمعت الناس يقولون كذا)، بل يقول: (أشهد أنه له، أو أنه ابنه مثلا)؛ لأنه قد يعلم خلاف ما سمع من الناس¹⁶⁰⁷. فتكون شهادة الاستفاضة بناء على ذلك قائمة على الشهرة الحقيقية¹⁶⁰⁸، بشرط مراعاة توقّر العدد اليسير وهو (أحد عشر) الذي يمثل أقلّ جموع الكثرة، فلا استفاضة بدون هذا العدد¹⁶⁰⁹، كما لا اعتبار لاستفاضة عورضت باستفاضة مثلها، فشرط العلم المشترك يلغو بالمعارضة؛ لأنه عندئذ لا وجود للاستفاضة من الجانبين، وإن كان الشرط هو غلبة الظن فقط، فليس الظن المستفاد من إحدى الاستفاضتين بأولى من الآخر المقابل¹⁶¹⁰.

والتالفة منها شهادة السماع التي قصدها الفقهاء بالحديث عن أوصافها، والتي تقوم على الشهرة الحكمية، التي تحصل بإخبار رجلين عدلين أو رجل وامرأتين بلفظ الشهادة¹⁶¹¹، الأمر الذي ينتج ظنا دون شهادة الاستفاضة، وهي التي أقرت خدمة للحقيقة على وجه الضرورة عند المالكية والاستحسان عند الحنفية وعلى سبيل الحصر، وبيان ذلك من الجهة الأولى أن: "شهادة السماع إنما جازت للضرورة على خلاف الأصل؛ لأن الأصل أن الإنسان لا يشهد إلا بما تدركه حواسه"¹⁶¹²، وأنه: "... لا يجوز للقاضي أن يقضي بالتسامع، فكذلك لا يجوز للشاهد إلا أن يستحسنا جواز الشهادة على هذه الأشياء الأربعة لتعامل الناس في ذلك واستحسانهم"¹⁶¹³؛ وهذه الأشياء هي: النسب والنكاح والقضاء والموت¹⁶¹⁴. فالأصل، كما قلنا سابقا، أن تكون الشهادة معاينة، إلا أن هذا الأمر يتعدّر في بعض الحالات، فكان من الضرورة الاعتماد على هذا النوع من الشهادة الذي يقوم على ما هو شائع بين الناس. أما بيان ذلك من جهة الحصر أمّا تقبل عند الحنفية في أربعة أشياء إجماعا، وهي النكاح والنسب والموت والقضاء، استحسانا لا قياسا¹⁶¹⁵، وذلك لإمكانية اشتهارها واستفاضتها الأمر الذي يقوم مقام العيان والمشاهدة، كالأخبار التي اشتهرت في ورودها عن النبي صلى الله عليه وسلم، فكانت بذلك بمنزلة السماع منه¹⁶¹⁶. كما تجوز أيضا إضافة إلى ذلك في أصل الوقف والمهر والدخول بالزوجة والعق والولاء وفي خصوص الولاية، فيكون بذلك

¹⁶⁰⁷ الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص696، وكذلك: ج6، ص561.

¹⁶⁰⁸ حيدر (علي)، مرجع سابق، ص370.

¹⁶⁰⁹ ابن عبد الكافي السبكي (تاج الدين)، مصدر سابق، ج1، ص428.

¹⁶¹⁰ المصدر نفسه، ص429.

¹⁶¹¹ ابن الشحنة، مصدر سابق، ص241.

¹⁶¹² انظر في ذلك: الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج4، ص196.

¹⁶¹³ السرخسي، مصدر سابق، ج16، ص149.

¹⁶¹⁴ المصدر نفسه، ص149.

¹⁶¹⁵ السرخسي، المصدر نفسه، ج16، ص149، وانظر كذلك: ابن الشحنة، المصدر نفسه، ص241.

¹⁶¹⁶ الطرابلسي (علاء الدين)، مرجع سابق، ص109.

مجال الجواز حاويا لتسعة عناصر¹⁶¹⁷، ويكون ذلك جائزا دون تفسير¹⁶¹⁸. فكما يمكن أن يلحق علم الشاهد بالنسب بوجه الشهرة الحقيقية، فقد يلحق بوجه الشهرة الحكمية، ويحصل هذا بالإخبار الواقع للشاهد بنصاب الشهادة ولفظ الشهادة عند (الإمامين) وهو المفتي به¹⁶¹⁹، ولو لم تجز الشهادة على النسب إلا بالمعينة لأصبحت الشهادة على النسب غير جائزة رأسا وأصلا؛ لأن سبب النسب العلق ولا يطلع الإنسان على الوطاء فضلا عن لحوق علمه بالعلق¹⁶²⁰. أما عند (الإمام أبي حنيفة) لا تجوز الشهادة على النسب بالوقوف عليه بالاشتهار الحكمي¹⁶²¹. كما تقبل شهادة السماع في دعوى المهر¹⁶²² ودعوى النكاح بلا تفسير¹⁶²³، إلا أن هناك مسائل في مجال الأحوال الشخصية تجوز فيها الشهادة بالتسامع مع التفسير استثناء من الأصل الذي هو عدم التفسير: (أ) كما إذا شهد الشاهد على السماع أن محلا تم وقفه أو أن شخصا قد توفي بقوله: أشهد بهذا لأني سمعت من ثقة هكذا، وتعبير آخر أن يذكر التسامع في حضور القاضي وأن يبين وجه الشهادة بأنه مع ذلك من ثقة فتقبل شهادته استحسانا¹⁶²⁴. إلا أنه يجب ذكر عنصرين في الشهادة على أصل الوقف، ضمن شكل معين يحدد به فعالية الشهادة ذاتها، فالعنصران هما: (أ) بيان الجهة، كقول الشاهد أن هذا وقف على هذا المسجد أو على الفقراء، وإلا فلا تقبل¹⁶²⁵، (ب) بيان الواقف إذا كان غير قديم، أما إذا كان قديما فتقبل الشهادة

¹⁶¹⁷ ووجه الاستحسان أن معاناة أسباب هذه الأمور المذكورة في المتن يختص بها القليل من الناس أي خاصة الناس وليس عامتهم، ولا يحضر خواص الناس وعوامهم كما يحضرون في عقود البيع والإجارة والهبة وأمثال ذلك من التصرفات، كما أن هناك اتفاقا بين الناس في جواز الشهادة في هذه المواضع بالشهرة الحقيقية، فلو لم تقبل في هذه الأمور الشهادة بالتسامع لأوجب ذلك الحرج والمشقة وأدى إلى تعطيل الأحكام، وهذا ما جاء في (الزيلعي)، حيدر (علي)، مرجع سابق، ج4، ص371.

¹⁶¹⁸ حيدر (علي)، المرجع نفسه، ص370.

¹⁶¹⁹ المرجع نفسه، ص372.

¹⁶²⁰ المرجع نفسه، ص372.

¹⁶²¹ المرجع نفسه، ص372.

¹⁶²² المرجع نفسه، ص372.

¹⁶²³ إلا أن الشهادة على النكاح بالمعينة جائزة بطريق الأولى، وهو أنه لو حضر الشهود مجلس النكاح واستمعوا بأنفسهم حصول العقد فتكون شهادتهم على المعينة. انظر في ذلك: حيدر (علي)، المرجع نفسه، ص372.

¹⁶²⁴ والشهادة معينة في مسألتي أصل الوقف لا شروطه والموت تجوز بطريق الأولى، وقد تم التفريق بين أصل الوقف وشروطه في هذا الباب؛ لأن أصل الوقف يبقى عصورا فيشتهر، أما شرائطه فإنها معرضة للتغيير بين الحين والآخر فلا تشتهر (الدررن ص367)، ولهذا نجد أن العلم يحصل للشاهد في المشهود به فيهما بطريقتين: (أ) معاناة الشاهد للمشهود به بنفسه وبذاته، فيشترط أن يكون حاضرا حين موت أحد بنفسه، (ب) وقوف الشاهد على المشهود به بالتسامع على الوجهين، الشهرة الحقيقية التي لا تتحقق إلا بالتواتر، فإذا علم الشاهد أصل الوقف أو الموت بجماعة لا يمكن اتفاقهم على الكذب وتواطؤهم عليه، وشهد بعد ذلك بأنه وقف على ذلك بالشهرة وحتى بدون ذكر ذلك تقبل شهادته. والشهرة الحكمية التي تحصل بالاستماع من ثقة، فإذا وقف الشاهد على أصل الوقف أو الموت بالشهرة الحكمية قبلت شهادته. انظر في ذلك: حيدر (علي)، المرجع نفسه، ص360.

¹⁶²⁵ انظر: حيدر (علي)، المرجع نفسه، ص368.

بدون ذلك¹⁶²⁶. وإن جازت الشهادة سماعا على الوقف إلا أنّها لا تجوز شهادة السماع بالوقف، وهذا ما يمثل القلب اللفظي المشترك، وبيان ذلك: إذا شهد الشاهد قائلا: إنني أشهد أنّ المحلّ الفلاني وقف لأنني سمعت ذلك من ثقة تقبل شهادته، أمّا إذا قال: إنني أشهد أنّي سمعت من ثقة أنّ المحلّ الفلاني وقف فلا تقبل الشهادة الواردة في هذا القلب؛ لأنّه في القلب الأوّل تكون الشهادة على وقفية المشهود به، وفي القلب الثاني تكون الشهادة على السماع بالوقفية¹⁶²⁷، (ب) الموت، ويوجد في الشهادة بالتّسامع عليه صور أربعة:

(1) أن تصدر الشهادة دون ذكر التّسامع مطلقا، أي بدون تفسير وجه الشّهادة، فتكون الشّهادة على هذا الوجه جائزة، سواء كان الموت مشهورا أو غير مشهور.

(2) ذكر الشاهد أنّه قد سمع من ثقة، والشّهادة على هذه الصّورة كانت محلّ خلاف بين الفقهاء، وقد قبلت مجلة الأحكام العدلية القول بقبولها، ويشترط أن يكون الثّقة الذي يستمع منه أن يكون عدلا مقبول الشّهادة وفي نصابها أي رجلان أو رجل وامرأتان، حتّى يحصل للشاهد نوع من العلم أو غلبة الظنّ، إلاّ إذا وصل عدد المخبرين حدّ التّواتر، فعندئذ لا يتحرّى في المخبر العدالة ولا حتّى لفظ الشّهادة، كما يشترط أن لا يكون المخبر خصما أو مدّعيّا كأن يكون وارثا أو موصى له، فإذا كان كذلك لم يكن جائزة للشاهد الاعتماد عليها، وإذا شهد كان شاهد زور؛ لأنّه لو جاز الاعتماد على ذلك لكان واجبا على القاضي أن يحكم في ذلك بالقول المجرد للمدّعي، كما يشترط أن يكون الإخبار للشاهد بلفظ الشّهادة، فعليه إذا قال رجلان لرجل: إننا نشهد أنّ المحلّ الفلاني هو وقف مشروط للمسجد الفلاني، فللرجل المذكور أن يشهد على وقف المحلّ المذكور أمام القاضي، أمّا إذا كان الخبر حصل له بدون لفظ الشّهادة فليس له أن يشهد¹⁶²⁸.

(3) أن تكون الشّهادة مبنية على قول الشاهد: إنّي سمعت الموت متواترا، أي أنّه يقوم بتفسير شهادته بقوله: إنّي لم أعينه ولكن أعرفه هكذا، وهو مشتهر بيننا، والشّهادة على هذه الصّورة كذلك اختلف في شأن جوازها، وقال (الخصاف) بقبولها، وقد اختارت مجلة الأحكام العدلية رأيه¹⁶²⁹.

(4) ذكر الشاهد التّسامع بقوله: سمعت أو سمعت من الناس، وهذه الصّورة غير مقبولة¹⁶³⁰. كما تجوز الشّهادة بالتّسامع على الدّخول؛ لأنّه قد يشتهر ويتعلّق بذلك أحكام مشهورة كالنّسب والمهر والعدّة

¹⁶²⁶ المرجع نفسه، ص 368.

¹⁶²⁷ المرجع نفسه، ص 370.

¹⁶²⁸ حيدر (علي)، مرجع سابق، ص 370.

¹⁶²⁹ المادة (1688) من مجلّة الأحكام العدلية. انظر في ذلك: حيدر (علي)، المرجع نفسه، ص 363.

¹⁶³⁰ حيدر (علي)، مرجع سابق، ص 370.

وثبتت الحضانة¹⁶³¹. وقد ذهب المالكية إلى أبعد من ذلك بحيث جوّزوا العمل بهذه الشهادة في عشرين حالة، منها: عزل القاضي أو الوالي أو الوكيل، والكفر والسّفه والنكاح¹⁶³² والنسب والرّضاع والبيع والهبة والوصية¹⁶³³. أمّا الشّافعية في الأصحّ فقد جوّزوها في النسب والموت والوقف والنكاح وملكية الأشياء¹⁶³⁴. وصفتها المخصوصة أن يقولوا: (سمعنا سماعاً فاشياً من أهل العدل وغيرهم)، أو: (ما زلنا نسمع من الثّقات)، وهو ما قال به (مطرف) و(ابن الماجشون)¹⁶³⁵، وتفسيرها أن يشهد شاهدان أو أربعة مع مراعاة الاختلاف في ذلك، أنّهم لم يزالوا يسمعون أنّ هذه الدار صدقة على بني فلان، بشرط أن يكثر سماعهم ويفشو، إلى درجة أنّهم لا تحصل لهم الدّراية بممن سمعوه من كثرة ذلك، ولا يكون السّماع بقولهم: سمعنا من أقوام بأعيانهم يسمّونهم أو يعرفونهم، الأمر الذي يوحي بأنّ المسألة لا تتعلّق بشهادة السّماع بل هي شهادة على شهادة، تخرج عن حدّ شهادة السّماع¹⁶³⁶. أمّا شروطها فيمكن حصرها فيما يأتي¹⁶³⁷:

(أ) أن لا تكون سبباً لرفع يد الحائز، فإذا شهدت بيّنة السّماع أنّه حبس على الحائزين له وهو تحت أيديهم تكون مقبولة، أو يكون لا يد لأحد عليه فتشهد بيّنة السّماع أنّه حبس على بني فلان أو لله تعالى ما بقيت الدّنيا، فهذا تصحّ فيه شهادة السّماع إذا تطاول الزّمان، (ب) أن تكون سليمة من الرّيب، فإن شهد اثنان بالسّماع وفي المكان الذي يقطنانه مائة من أتراجهما لا يعرفون شيئاً من ذلك، لم تكن شهادتهما

¹⁶³¹ المرجع نفسه، ص 372.

¹⁶³² فإذا ادّعى أحد الزوجين النكاح إلا أنّ الآخر أنكره، وأتى المدّعي منهما بيّنة قائمة على سماع فاش من أهل العدل وغيرهم على النكاح واشتقاره بالدّف والدّحان تكون الشّهادة مقبولة ويثبت النكاح بينهما بناء على ذلك، وهذا هو المشهور المعمول به في المذهب. إلا أنّ أبا عمران ذهب إلى تجويز شهادة السّماع في النكاح في حالة اتّفاق الزوجين، أمّا في غير ذلك فلا تقبل كما جاء في (المتبعية). انظر في ذلك: ابن فرحون، مصدر سابق، ج 1، ص 299.

¹⁶³³ الدسوقي (محمد)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، مصدر سابق، ج 6، ص 112.

¹⁶³⁴ والاستفاضة عند الشّافعية مغاير لما سبق دراسته؛ بحيث إنّ في عدد الاستفاضة وجهان: أحدهما وهو قول أبي حامد الإسفراييني أنّ أقلّه أن يسمع من اثنين عدلين على اعتبار ذلك بيّنة، أمّا الثاني وهو قول أبي الحسن الماوردي أنّه لا يثبت إلا بعدد يقع العلم بخبرهم، فما دون ذلك من أخبار الأحاد لا يقع العلم من جهتهم، فإن سمع إنساناً يقرّ بنسب أب أو ابن فإن كان مصدّقاً من قبل المقرّ له جاز له أن يشهد به باعتباره عندئذ شهادة على إقرار، وغن كان مكذباً له ما جاز له ذلك، لعدم ثبوت النسب. أمّا في حالة السكوت فله ذلك، باعتبار السكوت في النسب رضی، بدليل إذا بشر بولد فسكت عن نفسه لحقه نسبه، ومن الشّافعية من رأى غير ذلك، فلا يجوز له أن يشهد حتّى يتكرّر الإقرار به مع السكوت. انظر في ذلك: بن يوسف الشيرازي (أبو إسحاق)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 3، ط 1، بيروت، دار الكتب العلمية، ص 456.

¹⁶³⁵ هو أبو مروان عبد الملك بن عبد العزيز بن الماجشون القرشي، تفقّه على يد أبيه ومالك وغيرهم، وعلى يده تفقّه ابن حبيب وسحنون وابن المعدل. وقد كان فصيحاً إلى درجة أنّه إذا ذكره الشّافعي كان يعسر على الناس فهم ومعرفة ما كان يقولان؛ بحكم أنّ العنصر المشترك بينهما من تربيتهما هو البادية، فالشّافعي تأدّب في مهدّيل في البادية، وابن الماجشون تأدّب في خؤولته من كلب بالبادية. وقد كان عبد الملك بحراً لا تكذّره الدّلاء في منظور يحيى بن أكثم. توفيّ سنة 212 هـ على الأشهر الموافق لعام 827م. انظر في ذلك: ابن قاسم مخلوف (محمّد)، مصدر سابق، ج 1، ص 85، وكذلك: الشيرازي (أبو إسحاق)، طبقات الفقهاء، مصدر سابق، ص 148.

¹⁶³⁶ ابن فرحون، مصدر سابق، ج 1، ص 295-296.

¹⁶³⁷ المصدر نفسه، ص 295-296.

مقبولة، إلا أن يكون علم ذلك فاشيا فيهم. أما إذا شهد بذلك شيخان كبيران، ولم يشهد بذلك غيرهما، وهما الوحيدان المتبقيان من جيلهما تقبل شهادتهما على قول (ابن القاسم)¹⁶³⁸، بشرط أن يكونا عدلين على قول (ابن الهندي). كما قد جاء في (تنبيه الحكام) أنه لو كانا طارئين، فشهدا باستفاضة موت أو نحوه ببلدهما وليس معهما من ذلك الموضوع غيرهما، فشهادتهما جائزة، وتطبيقا لهذا الشرط لو ادعى أحد بأن مالا معيناً له وهو موروث له عن والده المتوفى قبل عشرين سنة، وأتى بشاهدين بخصوص ذلك، عمر الواحد منهما ست عشرة سنة، وشهدا بأن المال هو لوالد المدعي وقد توفى وبقي ميراثاً له، لا تقبل حينئذ شهادتهما، لوجود الريبة، وكذلك لو ادعى داراً إرثاً عن أبيه وأتى بشاهدين فشهدا أن أباه مات فيها لا تقبل شهادتهما في ذلك؛ لأنهما لم يشهدا بالملك ولا باليد الدالة عليه، ويكون الأمر نفسه لو أتتهما شهدا بأنه ساكن فيها، أو لابس هذا الثوب، أو هذا الخاتم، أو حامله أو راكب هذه الدابة فلا تقبل؛ لأنهما شهدا باليد المتصرف¹⁶³⁹ (ج) أن يحلف المشهود له على ذلك، فلا يقضى لأحد بشهادة السماع إلا بعد يمينه على حد قول (ابن محرز)، وذلك مبني على احتمال أن يكون أصل السماع من شاهد واحد، وهذا لا يكون مقبولاً إلا مع اليمين، (د) أن لا يسموا المسموع منهم، حتى لا يختلط الأمر مع نقل الشهادة، فلا تقبل عندها إذا كان المنقول عنهم غير عدول، (هـ) أن يشهد بذلك اثنان فصاعداً، وعلى المشهور يكتفى بهما، ويشترط في ذلك أربعة على قول (عبد الملك)¹⁶⁴⁰ و(ابن الماجشون)، (و) أن يكون السماع فاشياً من الثقات، أما كونه فاشياً في نظر (ابن عبد السلام)¹⁶⁴¹ فمتفق عليه، أما كونه من الثقات فهي مسألة مختلف فيها، فمنهم من شرط ذلك ومنهم من لم يشترطه؛ لأن المقصود من ذلك حصول العلم أو ظن يقاربه، وقد يكون خبر غير العدل في بعض الحالات أكثر إفادة من خبر العدل، ولهذا رأى بعض الفقهاء

¹⁶³⁸ هو أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم العتقي المصري. ولد عام 133هـ، أو 128. كان فقيهاً حجة حافظاً، كما كان أعلم الناس بأقوال مالك؛ بسبب صحبته له عشرين سنة متعلماً على يده. وكان أثبت من روى عن مالك (الموطأ). روى عن الليث، وعبد العزيز بن الماجشون، ومسلم بن خالد وغيرهم. وما زاده تكريماً هو أن البخاري خرج عنه في صحيحه، وأخذ عنه أصبغ ويحيى بن دينار والحارث بن مسكين، ويحيى بن يحيى الأندلسي، وابن عبد الحكم وأسد بن الفرات، وكذا سحنون وزونان، وغيرهم كثير. توفى بمصر عام في صفر من عام 191هـ (806م). انظر في ذلك: ابن قاسم مخلوف (محمد)، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، تعليق خيالي (عبد المجيد)، ج1، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003، ص88، الترجمة رقم: 69.

¹⁶³⁹ حيدر (علي)، مصدر سابق، ج4، ص365.

¹⁶⁴⁰ هو أبو مروان عبد الملك بن حبيب السلمي، كان فقيه أهل الأندلس. تفقه على يد يحيى بن يحيى وعيسى بن دينار والحسين بن عاصم. وبعدها قام بعرض كتبه في المدينة على عبد الملك بن عبد العزيز الماجشون ومطرف وعبد الله بن نافع الزبيري وابن أبي أريس. وبعد أن قام بذلك عاد إلى الأندلس حيث ألف كتباً سماها (الواضحة). مات وقد بلغ من العمر ثلاث وخمسين سنة. انظر في ذلك: الشيرازي (أبو إسحاق)، طبقات الفقهاء، مصدر سابق، ص162.

¹⁶⁴¹ هو محمد بن عبد السلام بن يوسف، وهو من شيوخ المالكية. وقد تولى القضاء بتونس، وتلمذ على يده ابن عرفة وغيره. وكان أحد حفاظ الحديث وعلمائه. كانت له أهلية الترجيح. وله من جهة التأليف شرح جامع الأئمة لابن الحاجب وديوان فتاوى مرتبط بعمله في القضاء. توفى سنة 749هـ الموافق لسنة 1348م.

أن يسمع من العدول ومن غير العدول، وجعل المسألة مقصورة على العدول يخرج الشهادة من السماع إلى النقل على المعينين وشروطها تكون مختلفة من التّاحية العمليّة. فهي أن يشهد الشّاهد معتمداً في شهادته على ما سمعه من خبر منتشر بين النّاس، ثقات وغير ثقات، وذلك في الأمور التي يعسر رؤيتها على كلّ إنسان¹⁶⁴²، أو ممّا يخفى في العادة، وهذا يختلف باختلاف الظروف والملابسات¹⁶⁴³. كواقعة المجر مثلاً، فلا سبيل لإثباتها إذا لم يصدّقها الزوج؛ لأنّ ذلك من أسرار الزّوجية، ومن أخصّ خصوصياتها. فكانت الضّرورة عاملاً دافعاً لفقهاء المالكية لأنّ يجيزوا أن يشهد الشّاهد معتمداً في شهادته على ما سمعه من خبر فاش منتشر بين الثّقات وغيرهم¹⁶⁴⁴، وذلك في أمور من العسير أن يراها كلّ إنسان وأن يشاهدها وأن يعاينها، ولو لم تقبل الشّهادة فيها بالسماع الفاشي لأدّى ذلك إلى الضّيق والخرج و تضييع كثير من الحقوق. فلماذا كانت الشّهادة بالتّسامع مقبولة في أمور كالوقف والموت والنّسب والرّضاع، والسّفه والرّشد، والطلاق ولو كان خلعا، والوصيّة والهبة¹⁶⁴⁵، أضف إلى ذلك إضرار الزوج بزوجه، فقد أجاز المالكية أن يشهد الشّهود بالسماع الفاشي أنّ فلانا يضارّ زوجته بالإساءة إليها من غير ذنب، و لو كان الإضرار إعساراً، و يطلقها حينئذ القاضي عليه¹⁶⁴⁶. و صفة الشّهادة بالتّسامع أن يقول الشّهود سمعنا سمعاً فاشياً من أهل العدل وغيرهم، وهي تفيد الظنّ دون شهادة الاستفاضة، و لهذا أجزت للضّرورة¹⁶⁴⁷.

و لم يحدّد القانون الجزائري أيّ قيمة خاصّة للشّهادات بالتّسامع المتداولة حالياً، وعليه فإنّ قيمتها متروكة لتقدير القاضي في نطاق القواعد العامّة¹⁶⁴⁸، و بناء على نصّ المادة (222) من قانون الأسرة¹⁶⁴⁹. و بناء على ذلك نجد أنّ المحكمة العليا قد صرّحت ضمّنيّاً من خلال مبادئها بالأخذ بهذا النوع من الشّهادة التي أعطت من خلالها الحرّية المطلقة لقضاة الموضوع في تقدير الحجج المطروحة لديهم بصفة قانونيّة وكذلك قوّة إثباتها، ولهذا كان في نظرها الحكم الصّادر بالطلاق بناء على شهادات حرّرت بصفة قانونيّة

¹⁶⁴² أبو صافية (فخري)، مرجع سابق، ص 88.

¹⁶⁴³ الجندي (أحمد نصر)، مرجع سابق، ص 350.

¹⁶⁴⁴ ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق (طبعة مكتبة الكليات الأزهرية)، ج 1، ص 434.

¹⁶⁴⁵ من هذه الأمور: الأملاك، الوقف، الموت، النسب، البيع، الولاء، الرضاع، القسمة، عزل القضاة و الولاة و الوكلاء و توليتهم، التعديل، الجرح، الإسلام، الكفر، السفه، الرشد، النكاح، الطلاق و لو بالخلع، الإيسار، الإعسار، الوصية، الهبة، الخ. أنظر: الحصري (أحمد)، مرجع سابق، ج 1، ص 288 و ما بعدها.

¹⁶⁴⁶ الخرشبي، المصدر نفسه، ج 6، ص 213، ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق، ص 427.

¹⁶⁴⁷ ابن فرحون (برهان الدين)، المصدر نفسه، ص 427.

¹⁶⁴⁸ بكوش (بجي)، مرجع سابق، ص 192.

¹⁶⁴⁹ المادة (222) من الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة: (كلّ ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية).

ولو كانت شهادة سماع فاش تفيد أنّ الزوج يتعدّى على زوجته بالعنف والضرب المبرح قائما على أساس من القانون ومعلّلا تعليلا كافيا¹⁶⁵⁰. كما أقرت المحكمة العليا مبدأ مفاده أنّ الزواج لا يثبت إلاّ بشهادة العيان التي يشهد أصحابها بها أنّهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنّهم سمعوا من الشهود وغيرهم أنّ الطرفين كانا متزوجين، وغياب هذين النوعين في إثبات الزواج العربي يعطي مبررا كافيا لقضاة الموضوع في رفض دعوى إثبات الزواج ويكون قرارهم مؤسّسا من الناحية القانونية¹⁶⁵¹. ومن الملاحظ، أنّ السبب المنتج للضرر و الموجب للتفريق القضائي يكثر وقوعه في حالات خاصّة وغير مشاهدة ممّن تقبل شهادتهم، فيصعب إثباته مع أنّه يكون ملموسا ومشهورا عند الكثيرين. فتيسيرا للعدل و إظهارا للحقيقة الواقعة بين الزوجين يتعيّن رجوع القضاء إلى فقه المالكية، فتقبل الشّهادة بالتّسامع في ذلك¹⁶⁵².

الفرع الثاني: ضمانات فعالية دلالة الشّهادة على الحقيقة

ولقد أحيطت الشّهادة، وهو الأصل، بمجموعة من الضّمانات تختلف فيما بينها باختلاف مجالها، فهناك ضمانات شكلية وإجرائية، و ضمانات موضوعية، وأخرى عددية وجنسية، والرّابعة ضمانات وصفية. (أولا) الضّمانات الشكلية والإجرائية، وهذا النوع من الضّمانات له علاقة بالجانب الصّياعي أو اللفظي للشّهادة، وكذا الجانب الإجرائي الذي اشترطه القانون من أجل تفعيل دور الشّهادة من أجل الوصول إلى الحقيقة.

¹⁶⁵⁰ قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، المؤرخ في 10/03/1971، نشرة القضاة لسنة 1972، العدد2، ص(28-29).
¹⁶⁵¹ قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 53272، المؤرخ في 27/03/1989، المجلة القضائية، سنة1990، العدد3، ص (82-84). وقريبا من هذا: قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 43889، المؤرخ في 15/12/1986، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد2، ص(37-39)، وكذلك: قرار المجلس الأعلى رقم 48184، المؤرخ في 29/02/1988، المجلة القضائية، سنة 1991، العدد1، ص (49-51).
¹⁶⁵² ويرى الفقه الفرنسي، أنّ الشهادة بالتسامع بطبيعتها غير قابلة للتحري، بمعنى أنّه من غير الممكن الوصول إلى مصدرها الأصلي، و بذلك فهي شهادة لا يعول عليها خلافا لما عليه الأمر بالنسبة للشهادة على الشهادة، التي يمكن التحري بشأنها و الوصول إلى مصدرها. فالأولى تبنى عادة على الإشاعات غير المحددة من حيث الأشخاص، أما الثانية فتستند إلى معلومات مشخصة، فحتى و لو أنّ شاهد الفرع لا يستطيع أن يضبط مدى دقة الشهادة و صحتها، إلاّ أنّه يمكن التحري بشأنها، و الأمر على خلاف ذلك في الشهادة بالتسامع المبني على الاستفاضة.

(H Perrot (R.Solus), *op.cit.*, P. 706..),

(أ) إنّ اشتراط الجانب الشكلي للشهادة مسألة مختلف فيها بين الفقهاء؛ بحيث ذهب الحنفية¹⁶⁵³ والشافعية¹⁶⁵⁴ والحنابلة¹⁶⁵⁵ إلى اشتراطه، ويكون بلفظها، بصيغة المضارع (أشهد)؛ لأنّه الأقوى من غيره من الألفاظ في إفادة التأكيد، كما يدلّ على الحال ويتضمّن المشاهدة والقسم، وكأنّه يقول: (أقسم بالله لقد اطلّعت على ذلك وأنا أخبر به، وهذه المعاني تفتقد في غيره من الألفاظ، فلا تقبل كأعلم وأتيقن وما شابه ذلك، وبغير هذا اللفظ لا تقبل شهادة الشاهد عندهم، إلّا أنّ ذلك ليس لازماً في الشهادة التي هي من قبيل الإخبار المحض كأقوال أهل الخبرة، والمخبرين بيسار الزوج من أجل تقدير التفقة عليه لزوجته وأجرة الحضانة والرّضاع والمسكن والمزكّن سرّاً وعلناً، فهي مشترطة على وجه الوجوب في الشهادة التي يترتب عليها وجوب الحكم على القاضي¹⁶⁵⁶. إلّا أنّ الحنابلة أجازوه بصيغة الماضي: (شهدت) أيضاً¹⁶⁵⁷. مستنبطين ذلك من خلال النصوص القرآنية المتضمنة لفظ الشهادة، واستبدال العلم والتيقن بلفظ الشهادة يكون مخالفاً لما جاء في القرآن كقوله تبارك وتعالى: ﴿لَا يَحِلُّ لَكَ الْبَغْيُ أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّا جَعَلْنَا لِكُلِّ مَكْرُمَةٍ عَذَابًا أَلِيمًا﴾¹⁶⁵⁸، وكذا قوله تعالى: ﴿لَا يَحِلُّ لَكَ الْبَغْيُ أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّا جَعَلْنَا لِكُلِّ مَكْرُمَةٍ عَذَابًا أَلِيمًا﴾¹⁶⁵⁹، وقوله تعالى: ﴿لَا يَحِلُّ لَكَ الْبَغْيُ أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّا جَعَلْنَا لِكُلِّ مَكْرُمَةٍ عَذَابًا أَلِيمًا﴾¹⁶⁶⁰. وذهب المالكية في الأظهر¹⁶⁶¹ والظاهرية¹⁶⁶² إلى عدم اشتراط البناء اللفظي، فـ: "المدار

¹⁶⁵³ الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق (طبعة دار الكتب العلمية 2003)، ج9، ص3-4، ص39، المرغيناني (برهان الدين)، مصدر سابق (طبعة دار السلام 2006)، ج3، ص1095.
¹⁶⁵⁴ ابن شهاب الرملي (شمس الدين)، ج8، ط3، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003، ص292.
¹⁶⁵⁵ ابن قدامة (موفق الدين)، مصدر سابق (طبعة دار عالم الكتب 1997)، ج14، ص124.
¹⁶⁵⁶ الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ص3-4.
¹⁶⁵⁷ الفتوحى الشهير بابن النجار (محمد)، معونة أولى النهى شرح المنتهى (منتهى الإرادات)، تحقيق عبد الملك بن عبد الله دهيش، ط5، مكة المكرمة، مكتبة الأسدي، 2008، ص398، وانظر كذلك: ابن قدامة (موفق الدين)، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد حسن محمد حسن اسماعيل، ج3، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2005، ص377، وانظر كذلك: الكرمي (مرعي بن يوسف)، غاية المنتهى في جمع الإقناع والمنتهى، ج2، ط1، الجهراء (الكويت)، غراس، 2007، ص627.
¹⁶⁵⁸ سورة البقرة، آية 282.
¹⁶⁵⁹ سورة البقرة، آية 282.
¹⁶⁶⁰ سورة الطلاق، آية 2.
¹⁶⁶¹ ابن عرفة الدسوقي (محمد بن أحمد)، مصدر سابق (طبعة دار الكتب العلمية 1996)، ج6، ص60، ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق (طبعة دار عالم الكتب، الرياض)، ج1، ص261.
¹⁶⁶² ابن حزم (محمد)، المحلى، القاهرة، إدارة الطباعة المنيرية، ط1، 1351هـ، ج9، ص434-435.

فيها على ما يدلّ على حصول علم الشاهد بما شهد به¹⁶⁶³، كقول الشاهد: رأيت كذا، أو سمعت كذا، أو نحو ذلك كانت شهادة منه، ولا يوجد في كتاب الله ولا في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يدلّ على اشتراط لفظ الشهادة، ولم يرد ذلك لا عن صحابي، ولا عن قياس أو استنباط¹⁶⁶⁴، وأيدهم في ذلك (ابن القيم)¹⁶⁶⁵؛ فاشتراط الألفاظ، حسب (القنوجي): "إنّما هو صنيع من لم يعن النظر في حقائق الأشياء، ولا وصل إلى أن يعقل أنّ الألفاظ غير مرادة لذاتها وإنّما هي قوالب للمعاني تؤدّي بها"¹⁶⁶⁶. وقد بيّن (القراي) أثناء عرضه للفرق (227) أنّ الشهادة قسمان، فالتي يكون مقصدها مجرد الإثبات فلا بدّ أن تقتصر على لفظ الشهادة¹⁶⁶⁷، فأدائها لا يصحّ بلفظ الخبر: (أنا أخبرك أيّها القاضي بأنّ لزيد عند عمر دينارا عن يقين منّي وعلم)، بل يكتفّ هذا على أنّه وعد من الشاهد إلى القاضي أنّه سيخبره بذلك عن يقين، فلا يكون جائزا للقاضي الاعتماد على هذا الوعد، ولو قال: (قد أخبرتك أيّها القاضي بكذا)، كان كاذبا؛ لأنّ مقتضاه تقدّم الإخبار منه ولم يقع، والاعتماد على الكذب غير جائز، فالمستقبل وعد، والماضي كذب¹⁶⁶⁸. وكذلك استعمال صيغة اسم الفاعل المقتضي للحال، كقوله: (أنا مخبرك أيّها القاضي بذلك)، لا يجوز للقاضي الاعتماد عليه؛ باعتباره إخبارا للقاضي عن اتّصافه بالخبر، وهو لم يقع في الحال، وإنّما وقع الإخبار عن هذا الخبر. وفي حالة ما إذا سأل القاضي الشاهد: (بأيّ شيء تشهد؟)، فأجاب: (حضرت عند فلان فسمعتة يقرّ بكذا، أو أشهدني على نفسه بكذا، أو شهدت بينهما بصدور البيع أو غير ذلك من العقود)، لا يكون ذلك أداء شهادة، ولا يجوز للقاضي الاعتماد على شيء من ذلك؛ لأنّه إخبار عن أمر تقدّم، فيقوم معه احتمال أن يكون قد اطّلع بعد ذلك على ما يمنع من الشهادة به، كفسخ، أو إقالة، أو حدوث ريبة للشاهد تمنع الأداء، فلهذه الاحتمالات لا يجوز الاعتماد على شيء من ذلك إذا صدر من الشاهد، بل لا بدّ من إنشاء الإخبار عن الواقعة المشهود بها، والإنشاء ليس بخبر، ولذلك لا يشمل التصديق والتكذيب. فإذا قال الشاهد: (أشهد عندك أيّها القاضي)، كان إنشاء، ولو قال (شهدت)، لم يكن إنشاء. وعكسه في البيع لو قال: (أبيعك)، لم يكن إنشاء للبيع بل إخبار لا ينعقد به بيع، فهو وعد في المستقبل. ولو قال: (بعتك)، كان إنشاء للبيع. وضابط ذلك أنّ: الإنشاء في الشهادة لا يكون إلّا بالمضارع، والإنشاء في العقود لا يكون إلّا بالماضي، أمّا في الطلاق فيكون الإنشاء بالماضي واسم الفاعل

¹⁶⁶³ ابن عرفة الدسوقي (محمد بن أحمد)، المصدر نفسه، ص 60.

¹⁶⁶⁴ ابن فرحون (برهان الدين)، المصدر نفسه، ص 223-224.

¹⁶⁶⁵ ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، مصدر سابق، ص 205.

¹⁶⁶⁶ القنوجي (محمد)، التروضة النديّة شرح الدرر البهيّة، ج 2، ط 2، الرياض (السعودية) - برمنجهام (بريطانيا)، مكتبة الكوثر - دار

الأرقم، ص 570.

¹⁶⁶⁷ القراي (شهاب الدين)، مصدر سابق، ج 4 (الفرق 227)، ص 59.

¹⁶⁶⁸ القراي (شهاب الدين)، المصدر نفسه، ص 57-58.

نحو: (أنت طالق)، ولم يقع الإنشاء في البيع بصيغة اسم الفاعل، كما تقدّم في الشهادة: (أنا شاهد عندك بكذا)، أو (أنا بائعك بكذا)، فهو ليس إنشاء، والوضع العرفي هو الذي سبّب هذا الفرق بين هذه المواطن، فما وضعه أهل العرف للإنشاء كان إنشاء، وما لم يضعه أهل العرف له فلا يعتبر كذلك، أمّا إذا تغيّرت العوائد والأعراف، بحيث أصبح الماضي موضوعاً لإنشاء الشهادة، وأصبح المضارع موضوعاً لإنشاء العقود، يكون عندئذ جائزاً للقاضي الاعتماد على الوضع العرفي الجديد، ولا يجوز له الاعتماد على الوضع العرفي الأوّل¹⁶⁶⁹. وفي الحقيقة كلّ ما ذكره (القراي) لا يمتّ إلى مذهب المالكية بصلة، بل هو مذهب خالص للشافعي¹⁶⁷⁰. وعلى قول الذي قال باشتراط البناء اللفظي، فإنّ صورة الشهادة على الإعسار تكون على الصّورة الآتية: (أشهد أنّه معسر، لا يملك إلّا ثياب بدنه، وقوت يومه)، ولا تفتقر هذه الصّيغة إلى إضافة عبارة: (وهو من أهل الصدقة)، وإذا أضاف الشاهد ذلك، فلا حرج، وهو ما قاله (البغوي)¹⁶⁷¹. وقال (المتوّي)¹⁶⁷²: (أشهد أنّه معدّم أو مقترّ أو معسر)، وإن أضاف إليه أنّه (مستحقّ الصدقة) جاز، ولا يشهد فيقول: (أشهد أنّه لا مال له)، لأجل صيغة التّفي. وقال (ابن أبي الدم): "وإن أضاف الشاهد إلى ما سبق: (وأنا خبير بباطن حاله)، فحسن، وإن لم يضيف، فإن كان فقيها يغلب على ظنّ الحاكم أنّه لم يشهد إلّا بعد تقدّم خبرة باطنة به، فله أن يستفسره عن ذلك، وله أن يسكت، اعتماداً على غلبة ظنّه بعلمه، وإن استجمله الحاكم (أو ارتاب) منه، فلا بدّ من سؤاله واستفصاله، هل هو خبير بباطن حاله أم لا؟ ومتى استفصله الحاكم وسأله وجب عليه التّفصيل، فإن أجابه بأنّه خبير بباطنه أمضى شهادته، وإن أجابه بعدم ذلك لم يعمل بشهادته، وإن سكت ولم يجب، والفرض

¹⁶⁶⁹ القراي (شهاب الدين)، مصدر سابق، ص 58.

¹⁶⁷⁰ ابن فرحون، مصدر سابق، ج 1، ص 222-223.

¹⁶⁷¹ هو الحسين بن مسعود الفراء، الشّيخ أبو محمّد البغوي، الملقّب محيي السنّة. كان فقيهاً، محدّثاً ومفسّراً. كما كان جامعاً بين العلم والعمل. تفقّه على يد القاضي حسين. سمع الحديث من أبي عمر عبد الواحد المليحي، وأبو الحسن عبد الرّحمان بن محمّد الداوديّ والقاضي حسين، وغيرهم. وروى عنه أبو منصور محمّد بن أسعد العطّاري المعروف بحفدة، وأبو الفتوح محمّد بن محمّد الطّائي، وآخرون. صنّف الكثير من الكتب، منها: شرح السنّة، المصاييح، تفسير (معالم التّنزيل)، كما أنّ له فتاوى غير فتاوى القاضي حسين التي علّق عليها. انظر في ذلك لمزيد من التّفصيل: ابن عبد الكافي السبكي (تاج الدّين)، مصدر سابق، ج 7، ص 75، التّرجمة رقم: 767 (الطبقة الخامسة).

¹⁶⁷² هو عبد الرّحمان بن مأمون بن علي بن إبراهيم الشّيخ الإمام أبو سعد بن أبي سعيد المتوّي. ولد سنة 426 أو 427. وهو أحد الأئمّة الشافعية الرّفعاء. تتلمذ على يد القاضي حسين بمرزود، وعلى يد أبي سهل أحمد بن علي الأبيورديّ ببخارى، وعلى يد الفورانيّ بمر، وهو الأمر الذي جعله بارعاً في المذهب الشافعي. سمع الحديث عن أبي القاسم القشيريّ، وأبي عثمان الصّابونيّ، وغيرهما. درّس بالنظامية، ثمّ عزل بابن الصّباغ، ثمّ أعيد إلى منصبه، حيث واصل فيه مشواره إلى أن توفّي ليلة الجمعة الثامن عشر من شوال من عام 478. تاركاً وراءه مصنّفات عديدة منها: (التّمتّة) على (إبانة) شيخه الفورانيّ التي وصل فيها إلى الحدود ومات، مختصر في الفرائض، كتاب في الخلاف، مصنّف في أصول الدّين على طريق الأشعريّ. انظر في ذلك: ابن عبد الكافي السبكي (تاج الدّين)، مصدر سابق، ج 5، ص 106-107، التّرجمة رقم: 453 (الطبقة الرابعة).

أنّه جاهل، لم يمض شهادته أصلاً، بخلاف العالم إذا سأله فسكت، أمضاها" ¹⁶⁷³. إلا أنّ البناء اللفظي يمكن أن يكون له أثر من التّاحية العمليّة كصورة الشّهادة على الإرث ¹⁶⁷⁴ لا تقبل بلفظ: لا وارث له سواه، بل يشهد أنّه لا يعلم له وارثا سواه، مع خبرته بباطن أحواله في سفره وحضره، وتغييرات أمره، فلا بدّ من هذا قطعاً، فإن قال: (أشهد أن لا وارث له سواه)، وقطع بالتّفي، وقال (الأصحاب): "سأله الحاكم عن جزمه بالتّفي، ما سببه؟ فإن قال: عنيت بقولي: (لا وارث له سواه) أي: (لا أعلم له وارثا سواه، مع خبرتي بباطن حاله) قبل الحاكم شهادته، وقال له: أصبت في المعنى وأخطأت في اللفظ" ¹⁶⁷⁵. وفي عبارة الشّاهد من حيث قبولها: (أنا جازم بأنّه لا وارث له سواه قطعاً) وجهان، أحدهما عدم القبول؛ لظهور كذبه، فمن أين يكون علمه جازماً وقاطعاً أنّه لا وارث له سواه، مع أنّ الميّت يمكن أن يكون قد تزوّج في مكان بعيد، أو وطئ بشبهة، مع بعد المسافات وكثرة الأسفار، والوجه الثّاني قبولها، ولعلّه الأصحّ،

¹⁶⁷³ ابن أبي الدم الحموي، مصدر سابق، ص 438-439.

¹⁶⁷⁴ إنّ للشّهادة على الإرث خصوصيّة؛ لأنّه يشترط فيها مجموعة عناصر بدوئها لا تكون لها فعاليّة، وتكون عرضة للرفض قضاء: (أ) ضرورة قيام البيّنة على أنّ التّركة كانت للمورث يوم موته، وهذا ما يسمّيه الفقهاء جرّ الميراث من المورث إلى الوارث، وما يسمّى عند المعاصرين انتقال التّركة إلى الوارث، والأصل فيه أنّ الجرّ شرط صحة الدّعوى بالإرث، فإذا ثبت ملك المورث عند موته كان جرّاً، فيثبت الانتقال ضرورة، (ب) ضرورة بيان سبب الإرث، وذلك بنسبة الميّت والوارث إلى التّقائهما عند أب واحد، يكون به جمع الميّت بالوارث، فإذا شهد الشّهود أنّ المدّعي أخ الميّت أو عمّه أو ابن عمّه لا تكون شهادتهم في ذلك مقبولة حتّى يبيّنوا الأسباب المورثة للميّت، فينسبوا الميّت والوارث حتّى يلتقيا في أب واحد، فالمعتبر هو التعريف؛ على أساس أنّ جهات الإرث كثيرة بعضها يحجب بعضها، مع اشتراط تحقّق حياة الوارث حياة مستقرّة مشاهدة، أو تقديرية بعد موت المورث أو بعد الحكم بموته، ولو بلحظة من الزّمن، (ج) أن يقول الشّاهدان: (ولا وارث لهذا الميّت غير هذا المدّعي)، أو يقولوا: (لا نعلم له وارثاً غيره)، والمقصود من ذلك إسقاط التّلوم عن القاضي، وهو ليس شرطاً لصحة القضاء، فإن لم يقل الشّاهدان ذلك كان على القاضي أن يتلوم مدّة متروكة له، أي أن يتحرى لاحتمال وجود من يحجب المدّعي، فإذا انقضت مدّة التّلوم دون ظهور وارث آخر، يدفع القاضي الميراث للمدّعي. وإذا شهد شاهدان أنّ مورث المدّعي كانت له تركة ميراثاً للمدّعي ولم يقلوا لا نعلم له وارثاً غير المدّعي، ففي الأمر تفصيل، فإذا كان المدّعي ممّن يرث في حال دون حال لا يقضي له القاضي لاحتمال عدم استحقاق المدّعي للميراث، أمّا إذا كان ممّن يرث على كلّ حال يحتاط القاضي وينتظر مدّة لينظر هل يكون له وارث آخر أو لا، فإن لم يظهر له وارث حكم القاضي له بتلك التّركة، أمّا إذا كان نصيب المدّعي يختلف في الأحوال يقضي القاضي بالأقلّ، في التّزوج الزّرع، وفي التّزوجة الثّمّن. مع ملاحظة أنّه لا توارث مع الشكّ، فإذا جهل تاريخ موت المورث، وجهل أيضاً تحقّق شرط وجود الوارث حيّاً وقت الوفاة، فلا توارث بين الميّت ومن يدّعي الميراث لقيام الشكّ، وتظهر هذه الحالة في حالة الغرقى، كما أنّه لا توارث في حالة جهالة الوارث، فمن أرضعت صبيّاً مع ولدها ثمّ ماتت وجهل ولدها فلا توارث، أي لا يرثها واحد منهما إلاّ أن يصطلحا فلهما أن يأخذا الميراث بينهما، (د) أن يدرك الشّاهدان الميّت حتّى يعاينا سبب الإرث، وإلاّ بطلت شهادتهما. فإذا شهد الشّاهدان أنّ فلان ابن فلان مات وترك داراً ميراثاً، ولم يدركا الميّت فشهادتهما باطلة؛ لأنّهما شهدا بملك لم يعاينا في حياة الميّت ولا رأياه في يد المدّعي. وهناك رأي بأنّ الشّاهدين إذا عاينا الملك دون المالك كان معاينا ملكاً لحدود الوارث، وأنّ هذا الملك ينسب إلى فلان بن فلان، ولم يعاين الشّاهدان هذا المالك بوجهه ولا يعرفاه بنسبه جاز لهما أن يشهدا به استحساناً، أمّا قياساً فلا يحلّ لهما ذلك، وسبب حلّ الشّهادة استحساناً أنّ النسب ممّا ثبت بالتّسامع والشّهرة فيصير المالك معروفاً أيضاً بالتّسامع، والمالك إذا كان معروفاً ترفع الجهالة، واشترط أصحاب هذا الرّأي ألاّ يفسّر الشّاهدان للقاضي أمّا إذا فسّر فلا تقبل شهادتهما. والأحناف اشتروا لسماع بيّنة الإرث إحضار الخصم وهو إمّا وارث أو غريم الميّت وله على الميّت دين أو مودع الميّت أو الموصى له. نصر الجندي (أحمد)، التعليق، مرجع سابق، ص 40.

¹⁶⁷⁵ ابن أبي الدم الحموي، مصدر سابق، ص 440.

بحيث يمكن أن يكون مشاهدا أحواله في جميع أوضاعها، سفرا وحضرا، مع علمه بقرائن قطعية أفادت العلم بذلك¹⁶⁷⁶. وعند (القراي)، لا تقبل شهادة من يقول فلان وارث، أو هذا العبد له ما باع ولا وهب؛ باعتباره جزما بالنفي في غير موضعه، ولكن وجب عليه القول لفظا: (لا أعلم له وارثا غيره، ولا أعلم أنه باع ولا وهب) وهو ما ذهب إليه مالك، إلا أنّ (عبد الملك) ذهب إلى أنّه لا يجوز إلاّ الجزم بأن يقول ما باع ولا وهب؛ لأنّ الشّهادة بغير الجزم غير جائزة وقد قال صاحب (البيان) أنّ قوله أظهر¹⁶⁷⁷. وأضاف (الموردي) و (ابن أبي الدم) أنّه لا يقبل قول الشّاهد بعد أداء رفيقه: أشهد بمثل ما شهد به؛ لأنّه يجب عليه أن يستوفيهما لفظا كالأول، باعتباره موضع أداء وليس موضع حكاية¹⁶⁷⁸.

(ب) أما من الناحية الإجرائية، فإنّ القاضي يقوم وجوبا بتحديد الوقائع التي يسمع حولها الشهود في الحكم الأمر بسماعهم، مع وجوب تحديد يوم وساعة الجلسة المحددة لذلك¹⁶⁷⁹، ثمّ يعرض لسماع كلّ شاهد على انفراد بحضور الخصوم أو في غيابهم، ويقوم كلّ شاهد قبل الإدلاء بشهادته بتقديم المعلومات المعروفة له، اسما ولقبا ومهنة وسنّا وموطنا، وكذا علاقته ودرجة قرابته ومصاهرته أو تبعيته للخصوم¹⁶⁸⁰، ويحلف الشّاهد اليمين على قول الحقيقة¹⁶⁸¹، ما لم تكن شهادته على سبيل الاستئناس¹⁶⁸²، فتقوم يمينه عندئذ مقام التّركية للتّعذر¹⁶⁸³، وبدون ذلك تكون الشّهادة قابلة للإبطال من طرف القاضي¹⁶⁸⁴، وإذا

¹⁶⁷⁶ ابن أبي الدم الحموي، مصدر سابق، ص440-441.

¹⁶⁷⁷ القراي (شهاب الدين)، مصدر سابق، ج4، الفرق 227، ص60.

¹⁶⁷⁸ ابن غازي غزّي (عيسى)، مصدر سابق، ص180.

¹⁶⁷⁹ انظر في ذلك: المادة (151) من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21 لسنة 2008.

¹⁶⁸⁰ انظر المادة (152) من قانون الإجراءات المدنية الجديد، ومن المقرّر شرعا وقانونا أنّه عند الحكم بالتطبيق يتعيّن على القاضي تبيان نوع الضّرر اللاحق بالتّوجه وذكر وسائل إثبات الضّرر، فإذا ثبت الضّرر للقاضي بشهادة الشهود فلا بدّ من ذكرهم على الصّفة التي يتطلّبها القانون، ومن ثمّ يستوجب نقض القرار الذي اكتفى بذكر المادة (53) فقط انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 56490، المؤرخ في 1989/11/22، غير منشور، ذكره بلحاج العربي، مرجع سابق، ص92. ومسألة تحديد التبعية لها علاقة عميقة بمدى دقّة الحقيقة وموضوعيتها ونزاهتها، فبناء عليها يمكن للقاضي تحديد موقفه من الشّهادة قبولا أو رفضا بناء على شخص الشّاهد وعلاقته بالخصم.

¹⁶⁸¹ انظر المادة (152) الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية الجديد. وقرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 90683، المؤرخ في 1993/05/25، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد1، ص(58-60). ويعاقب القانون الجزائري شاهد الزور بموجب المادة (235) من قانون العقوبات: (كلّ من شهد زورا في المواد المدنية أو الإدارية يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار. وإذا قبض شاهد الزور نقودا أو أيّة مكافأة كانت أو تلقى وعودا فيحوز رفع عقوبة الحبس إلى عشر سنوات والغرامة إلى 100.000 دينار.).

¹⁶⁸² قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 90683، المؤرخ في 1993/05/25، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد1، ص(58-60).

¹⁶⁸³ لأنّ التّركية أصبحت في زماننا من المسائل المتعدّرة لغلبة ظاهرة الفساد، ولما كان الأمر كذلك اختار القضاة استحلاف الشهود، وهو ما اختاره ابن أبي ليلى لغلبة الظنّ. انظر في ذلك: ابن نجيم (زين الدّين)، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص198.

كان هناك وجه للتجريح في الشاهد لسبب جدّي كعدم أهليّته أو قرابته، فمن الواجب إثارته قبل الإدلاء بالشهادة وإلا كان ذلك باطلا، باستثناء ما إذا ظهر سبب التجريح بعد الإدلاء بالشهادة وأثناء سماع الشهود الآخرين¹⁶⁸⁵، ويفصل القاضي على وجه الفوريّة في ذلك بأمر غير قابل للطعن¹⁶⁸⁶؛ لأنّ الحكم المؤسّس على شهادة عدلين ثمّ تبين أنّهما على غير ذلك لا ينتقض وهو ما ذهب إليه (ابن القاسم)¹⁶⁸⁷. ويجوز إعادة سماع الشهود بمواجهة بعضهم البعض¹⁶⁸⁸، وخاصّة في حالة تعارض شهادتهم¹⁶⁸⁹، فيدلي الشاهد بشهادته شفاهة دون استعانة بأية مذكرة، إلا إذا كان ذلك معترضا بعوارض واضحة، كالصّم أو البكم، حيث يتطلّب الأمر اللّجوء إلى الكتابة أو الإشارة¹⁶⁹⁰، ويجوز للقاضي بعدها أن يوجّه إلى الشاهد جميع الأسئلة اللاّزمة للوصول إلى الحقيقة، بناء على طلب الخصوم أو أحدهم أو من تلقاء نفسه¹⁶⁹¹، بشرط أن تكون الأسئلة محدّدة تحديدا دقيقا وكافيا موصلا إلى المبتغى¹⁶⁹²؛ لأنّه لا بدّ أن تكون الشهادة على الدقّة¹⁶⁹³، كما قرّره (ابن الشّحنة)¹⁶⁹⁴، ودون تدخّل مباشر أو مقاطعة الشاهد أثناء تأديته

¹⁶⁸⁴ وهذا ما جاء في نصّ المادة (152) الفقرة الثّانية من قانون الإجراءات المدنية الجديد، وانظر في ذلك: قرار المجلس الأعلى (غ.م) رقم 57775 الصادر في 1989/07/15، المجلة القضائية، سنة 1992، العدد 2، ص(145-148).

¹⁶⁸⁵ انظر: في ذلك المادتين (156) و(157) من القانون 09/08 المتضمّن الإجراءات المدنية والإدارية.

¹⁶⁸⁶ انظر: في ذلك المادة (156) من القانون 09/08 المتضمّن الإجراءات المدنية والإدارية.

¹⁶⁸⁷ ابن خلف الباجي (أبو الوليد سليمان)، مصدر سابق، ص 157.

¹⁶⁸⁸ انظر في ذلك: المادة (152) الفقرة الثالثة، من القانون 09/08 المتضمّن الإجراءات المدنية والإدارية.

¹⁶⁸⁹ أمقران (محمد)، مرجع سابق، ص 240.

¹⁶⁹⁰ انظر في ذلك: المادة (158) الفقرة الأولى من القانون 09/08 المتضمّن الإجراءات المدنية والإدارية. وانظر تفصيلا لذلك: زهدور (محمد)، مرجع سابق، ص 80. وهو ما استقرّ عليه فقهاء الإسلام، وتبيانا لذلك ومعرفة الشّروط انظر: الخرشبي، مصدر سابق، ج 7، ص 179، ابن قدامة (موفق الدّين)، المغني، مصدر سابق، ص 181.

¹⁶⁹¹ انظر المادة (158) ف 2 من القانون 09/08 المتضمّن الإجراءات المدنية والإدارية.

¹⁶⁹² فعلى سبيل التمثيل، الشّهود الّذين تمّ الاستماع إليهم أكّدوا حضورهم وليمة الخطبة الّتي تمّ خلالها قراءة الفاتحة، وعلموا أنّ الحفل الّذي حضروه يخصّ الطّرفين، إلا أنّ قضاة الموضوع في القضيّة، حسب تعليق المحكمة العليا، قد خلطوا الخطبة بالزّواج؛ لأنّهم لم يقوموا بضبط الأسئلة الّتي تساعدهم على فهم القضيّة وتكييف ما حضره الشّهود، هل هو خطبة على معنى المادة (5) من قانون الأسرة، أم هو مجلس العقد على معنى المادة (9) من قانون الأسرة، وهذه المسألة تحديدا عي الّتي عرضت قرارهم للقصور في التّسبب. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 81129 المؤرّخ في 1992/03/17، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشّخصية لسنة 2001، عدد خاص، ص(30-33).

وفي بعض الأحيان لا بدّ أن يصل مستوى الدقّة المطلوبة في الشهادة إلى السّؤال عن تاريخ الواقعة، حينما يكون ذلك مؤثرا على ما يترتّب عليه، ويظهر ذلك جليّا في مسائل الطّلاق؛ لأنّ مدّة العدة تحسب من تاريخ الوقوع الفعلي وليس الافتراضي الّذي تاريخ الحكم القضائي، لهذا كان واجبا على قضاة الموضوع طرح الأسئلة المفيدة، وحتّى يكون السّؤال مفيدا لا بدّ أن يكون واضحا، محدّدا ودقيقا. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 216850 المؤرّخ في 1999/02/16، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشّخصية، عدد خاص لسنة 2001، ص (100-103).

¹⁶⁹³ فإذا رأى الشّاهد الخطأ ولكنّه لم يتدكّر الواقعة، أو أنّه رأى كتابة الشهادة ولكنّه لم يتدكّر المال، لا يمكنه حينئذ أن يشهد، إلا أنّ محمّد من الأحناف قال بأنّه يسعه أن يشهد. ولكنّ الشّروط عند (أبي حنيفة) حسب (الخصّاف) أن يتدكّر الحادثة والتاريخ ومبلغ المال، ولا

لشهادته، إلا من طرف القاضي¹⁶⁹⁵، وعند الانتهاء تتلى على كل شاهد أقواله، ويقوم بالتوقيع عليها، أو ينوّه بأنّه لا يعرف أو لا يمكنه التوقيع أو أنّه يمتنع عن ذلك. ويقوم بعدها كاتب الضبط بتدوين أقوال الشهود في محضر الجلسة¹⁶⁹⁶.

(ثانيا) الضمانات الموضوعية:

هذه المجموعة ترجع في مجملها إلى الشهادة نفسها، ويمكن تلخيصها في ما يأتي:

(أ) لا اعتبار إلا لما كان متوافقا متوافقا خارجيا أو داخليا: والتوافق الخارجي هو عدم مخالفة المحسوس، أي أن تكون الشهادة مطابقة للوقائع المادية التي تقع تحت مجهر الإدراكات الحسية، وإلا لما كان ذلك مقبولا، ولا تصلح لأن يبنى عليها في القضاء شيء؛ لأنّ الحسّ يفيد العلم القطعي، ويترتب على ذلك من باب الاقتضاء في حالة شهادة أحد على وفاة شخص آخر، ثمّ تبين للقاضي حياته بعد ذلك ردّت شهادته، حتّى ولو كان ذلك بعد صدور الحكم القضائي، وينتقض الحكم بناء على ذلك¹⁶⁹⁷.

أما التوافق الداخلي، فهو نوعان: (أولهما) التوافق العمودي، وهو موافقة الشهادة للدعوى ولو بصفة جزئية، ف: "الشهادة إن وافقت الدعوى قبلت وإلا فلا"¹⁶⁹⁸، فإذا ادّعت امرأة أنّ زوجها طلقها على سبيل المثال، ثمّ أقامت البينة على سبب آخر لا تقبل بيّنتها، أما إذا استندت في دعواها المتضمنة طلب التّطليق على إيذاء زوجها لها وإهانتها بالفعل، ولكن الشاهدين شهدا باثّام الزوج لها بالفاحشة مع زوج شقيقتها، فيعتبر صورة من صور الاعتداء بالقول المدّعى به، فتكون بذلك موافقة لبعض الدعوى، فتكون مقبولة قضاء¹⁶⁹⁹. واستثنى الفقهاء من مسألة التوافق حالات محدّدة، كمن ادّعى أنّه تزوّج امرأة وشهد الشاهدان أنّها منكوحة، أو إذا ادّعى شخص ما ملكا مطلقا بلا تاريخ، وشهد الشاهدان به بتاريخ، أو إذا ادّعى

يجوز له أن يشهد إذا لم يتذكر شيئا من ذلك، حتّى لو يتقن أنّه خطّئه، وإذا شهد فهو شاهد زور. أما عند أبي يوسف إذا لم يتذكر شيئا ممّا سبق، مع تيقنه أنّه خطّئه، فيجوز له أن يشهد على شرط أن يكون الكتاب مستودعا لم تتناوله الأيدي، ولم يكن في يد صاحب الصكّ، من الوقت الذي كتب فيه اسمه، فإذا تخلف أحد عنصري هذا الشرط لا يجوز له أن يشهد. انظر في ذلك: ابن أبي الفضل (أبو الوليد إبراهيم محمّد) المعروف ب: (ابن الشحنة)، لسان الحكّام في معرفة الأحكام، مصدر سابق، ص 241.

¹⁶⁹⁴ هو أحمد بن محمّد بن محمّد، أبو الوليد لسان الدّين، حنفيّ، ولد سنة 844 هـ الموافق ل 1440 م، حيث ولي القضاء فيها، مات بالطّاعون سنة 882 هـ الموافق ل 1477 م. ألف كتابه المعروف: (لسان الحكّام في معرفة الأحكام)، دون أن يتّمه. انظر في ذلك:

<http://shamela.ws/index.php/author/1684>

¹⁶⁹⁵ انظر: المادة (159) من القانون 09/08 المتضمّن الإجراءات المدنية والإدارية.

¹⁶⁹⁶ انظر في ذلك: المادة (160) من القانون 09/08 المتضمّن الإجراءات المدنية والإدارية.

¹⁶⁹⁷ الجندي (أحمد)، التعلّيق، مرجع سابق، ص 40.

¹⁶⁹⁸ ابن نجيم، الأشباه والتّظائر، مصدر سابق، ص 196. وانظر كذلك: الكلبولي (عبد الرّحمان)، مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر

للحلي، ج 3، ط 1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1998، ص 285.

¹⁶⁹⁹ الجندي (أحمد)، مرجع سابق، ص 40-41.

ملكا بسبب فشهد الشاهدان بالملك المطلق، وقال المدعي هو لي بذلك السبب، أو إذا ادعى الهبة فشهد الشاهدان بالصدقة¹⁷⁰⁰. و(الثاني) التوافق الأفقي، الذي يعني موافقة الشهادة للشهادة في حالة التعدد، والذي بانعدامه قد تردّ الدعوى لعدم توفر العدد المطلوب حينئذ. ولقد اتفق الفقهاء في هذا السياق على أنّ الاختلاف في الشهادتين على مستوى اللفظ وعلى مستوى المعنى يشكل شبهة تردّ بها الدعوى فلا تكون أساسا للحكم القضائي؛ وذلك للتباين والتناقض الذي قد يوجد بينهما، ولأنّ اختلافهما يوجب اختلاف الدعوى والشهادة¹⁷⁰¹. كما اتفقوا على أنّ الاختلاف إذا كان على مستوى اللفظ دون المعنى فلا يشكل ذلك شبهة تردّ على أساسها الدعوى، بشرط أن يكون اللفظان موضوعين للمعنى ذاته بحيث يكونان متطابقين على إفادة المعنى بطريق الوضع، كما هو الأمر بالنسبة للهبة والعطية، وكذلك النكاح والزواج، ووقع الاختلاف في ما عدا ذلك¹⁷⁰².

والإمام (أبو حنيفة) أوجب مطابقة الشهادتين لفظا ومعنى بطريق الوضع، أمّا (الصاحبان) فيكتفيان بالموافقة بطريق التضمن¹⁷⁰³، وهو ما ذهب إليه المالكية¹⁷⁰⁴، أي الموافقة المعنوية، ولهذا نجد أنهما يحكمان بالأقلّ في حالة ادعاء المدعي مبلغا معيّنًا وكانت شهادة الشاهدين منصبّة على أقلّ منه، باعتبار دخول الأقلّ في المدعى به، وإذا شاهد على طلاق رجل لامرأته طليقة واحدة، وشهد آخر بطلاقه لها اثنتين، ففي منظور أبي حنيفة شهادتهما باطلة؛ لاختلافهما، وفي منظور ابن أبي ليلى والصاحبين يقع عليها من ذلك تطليقة؛ لاجتماعهما عليها¹⁷⁰⁵. والحكم ذاته يمكن إسقاطه على حالة ادعاء المدعي مبلغا معيّنًا وشهد شاهد به ولكن الآخر شهد بالأقلّ منه، فيحكم الصاحبان بالأقلّ لاتفاقهما على ذلك مع تفرّد أحدهما بالزيادة، فلا يعتبر التفرّد ويعتبر الاجتماع¹⁷⁰⁶. وخلاصة الأمر، إنّ التّطابق لازم لفظا ومعنى عند الحنفية، إلّا في مسائل مستثناة، كالوقف فيقضى فيه بأقلّ القدرين، والمهر إذا اختلفا في مقداره يقضى بأقله، والهبة إذا شهد أحدهما بها والآخر بالعطية تكون الشهادة مقبولة، والنكاح إذا شهد أحدهما به والآخر بالتزويج تقبل الشهادة، وعلى كلّ حال فالمسائل المستثناة تصل إلى اثني وأربعين مسألة¹⁷⁰⁷.

1700 ابن نجيم، مصدر سابق، ص196.

1701 الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج9، ص50.

1702 الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ج2، ص795.

1703 المرغيناني (برهان الدين)، الهداية شرح بداية المبتدي، كراتشي (باكستان)، منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، ط1، 1417هـ،

ج5، ص453.

1704 ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق، ج1، ص374.

1705 السرخسي، مصدر سابق، ج6، ص156، وانظر كذلك: ابن إبراهيم الأنصاري (أبو يوسف يعقوب)، اختلاف أبي حنيفة وابن أبي

ليلى، ط1، مطبعة الوفاء، 1357، ص193.

1706 السرخسي، المصدر نفسه، ص156.

1707 انظر في ذلك: ابن نجيم، الأشباه والتّظائر، مصدر سابق، ص185.

وقد يكون الاختلاف بين الشاهدين متعلقاً بالزّمان والمكان: فإذا كان المشهود به فعلاً، فإنّ اختلاف الشاهدين في زمان الفعل ومكانه أو صفة متعلّقة به حتّى ولو كان الفعل متّحداً يمنع قبول شهادتهما، باتّفاق الفقهاء؛ لعدم كمالها¹⁷⁰⁸، وسبب ذلك أنّ الفعل في زمان أو مكان غير الفعل في زمان أو مكان آخر، وعلى هذا يختلف المشهود به، كأن تدّعي الزّوجة اعتداء زوجها عليها بالضرب في مدينة وهران في شهر جانفي، وشهد بذلك أحد شاهديها، ولكنّ الآخر شهد بوقوع الاعتداء بمدينة الجزائر في الزّمن نفسه، فلا تقبل شهادتهما. أمّا إن شهد بكلّ فعل شاهدان واختلفا في الزّمان أو المكان أو الصّفة، ثبتا جميعاً؛ لأنّ كلّ واحد منهما قد شهدت به بيّنة عادلة، لو انفردت أثبتت الحقّ، وشهادة الأخرى لا تعارضها، لإمكان الجمع بينهما، إلّا أن يكون الفعل ممّا لا يمكن تكرّره، فتعارض البيّتان، لعلمنا أنّ إحداها كاذبة، ولا نعلم أيّتهما هي¹⁷⁰⁹، وإذا شهد شاهد بالفعل والآخر بالإقرار به جمعت شهادتهما عند (أبي بكر)¹⁷¹⁰ من الحنابلة وعند أكثر الأصحاب لا تجمع، وإن شهد أحدهما بعقد النّكاح والآخر على الإقرار به لم يجمع قولاً واحداً¹⁷¹¹. أمّا إذا كان المشهود به قولاً محضاً كالطلاق والوصيّة، فإنّ اختلاف الشاهدين في زمان القول أو مكانه لا يكون مانعاً من قبول شهادتهما، باتّفاق الفقهاء¹⁷¹²؛ لأنّ القول ممّا يعاد ويتكرّر وجوده¹⁷¹³، فالإقرار يحتمل التّكرار فيمكن التّوفيق بين الشهادتين ولا يتحقّق الاختلاف بينهما؛ لاحتمال أن يكون إقراران في مكانين مختلفين وفي وقتين متغايرين¹⁷¹⁴، سواء في المال أو في غيره، ولأنّ المشهود به شيء واحد، ويشترط لقبول الاختلاف في الأقوال وفي الزّمان والمكان إمكان تصوّرها، فلو

¹⁷⁰⁸ ابن قدامة (موفق الدين)، المغني، مصدر سابق، ج14، ص239. ابن مفلح (شمس الدين)، الفروع، تحقيق أبي الزهراء حازم القاضي،

بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1997، ج6، 470. الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج9، ص53.

¹⁷⁰⁹ ابن قدامة (موفق الدين)، المصدر نفسه، ص240، القرافي (شهاب الدين)، مصدر سابق، ج3، ص171.

¹⁷¹⁰ هو عبد العزيز بن جعفر بن أحمد بن يزداد بن معروف، أبو بكر الحنبلي، المعروف بـغلام الخال. شيخ الحنابلة. حدّث عن عبد الله بن حنبل، والحسين بن عبد الله الخزقي، وأبي القاسم البغوي، وآخرين. وروى عنه ابن شاقلا، وابن بطّة، وأبو الحسين التميمي. توفّي سنة 363، وله ثمان وسبعون سنة، تاركاً وراءه تصانيف كثيرة، منها: كتاب (الشّافي) في الحديث، والمقنع، وتفسير القرآن، وكتاب (الخلاف مع الشّافعي)، و (القولين)، وزاد المسافر، وكتاب (التّنبية). انظر في ذلك: آل عثيمين الحنبلي (صالح)، مصدر سابق، ج1، ص430-431، التّرجمة رقم: 624.

¹⁷¹¹ أبو البركات (محمد الدين)، ج2، د.ط، المحرر في الفقه، تحقيق محمد حامد الفقي، د.ت، ص240.

¹⁷¹² السرخسي (شمس الدين)، مصدر سابق، ج16، ص172. ابن قدامة (موفق الدين)، مصدر سابق، ج14، ص242. أبو البركات (محمد الدين)، المصدر نفسه، ص239. القرافي (شهاب الدين)، الفروع، مصدر سابق، ج3، ص171. فإذا شهد أحد الشاهدين أنّ رجلاً طلق امرأته بمكة في رمضان، وشهد آخر أنّه طلقها بمصر في صفر، طلقت، مع مراعاة شرط أن يكون بين البلدين مسافة يمكن قطعها في الأجل الذي بين الشهادتين، وعدّها تضبط من يوم شهادة الأخير، حسب ابن يونس، وهو ما ذهب إليه أبو البركات في المحرر في الفقه، مصدر سابق، ج2، ص242: (وإذا جمعنا بين الشهادتين المختلفتين الوقت في قتل أو طلاق فالعدّة والتّوريث عقيب آخر المدّتين). إلّا أنّ القرافي يؤكّد على حمل كلام ابن يونس في العدّة في القضاء، أمّا في الحكم فما تعتقده الزّوجة في تاريخ الطلاق.

¹⁷¹³ القرافي (شهاب الدين)، المصدر نفسه، ج3، ص171.

¹⁷¹⁴ الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج9، ص53.

شهد فلان أن فلانا طلق امرأته يوم الجمعة في القاهرة، والآخر طلقها في ذلك اليوم في دمشق لم تقبل شهادتهما لأننا تيقنا بكذب أحدهما¹⁷¹⁵. ولو شهد أحد الناس بالثلاث قبل أمس والآخر باثنتين أمس، والثالث بواحدة اليوم لزم الثلاث؛ لأنّ ضمّ الثاني للأوّل يوجب اثنتين قبل سماع الثالث، فلمّا سمعه الثالث ضمّ للباقي من الأوّل، وكذلك لو شهد الثاني بواحدة والأخير باثنتين؛ لأنّ الثاني مع الأوّل طلقتان يضمّ إليهما طليقة أخرى، وكذلك لو شهد الأوّل باثنتين والثاني بثلاث والأخير بواحدة، وهذا إذا علمت التواريخ، فإن جهلت يختلف في لزوم الثلاث أو اثنتين؛ لأنّ الزائد عليهما من باب الطلاق بالشك¹⁷¹⁶. وإذا كان المشهود به قولاً غير محض، أي أنّ الفعل شرط لصحته، كما هو الأمر في التكاح الذي يعتبر قولاً ولكن يشترط فيه حضور الشهود عند الجمهور فألحق بالفعل، والفعل في زمان ومكان غير الفعل في زمان ومكان آخر فاحتلف المشهود به، والأفعال لا تحتمل التكرار، والاختلاف فيها في الزمان والمكان يدلّ على تغاير الفعلين¹⁷¹⁷، ففي هذه الحالة اختلاف الشاهدين في الزمان والمكان يكون مانعاً من قبول شهادتهما؛ لأنّ اختلاف الشاهدين في الزمان والمكان يترتب عليه اختلاف المشهود به¹⁷¹⁸، والقاعدة في ضمّ الشهادتين في الأقوال وعدم ضمّهما في الأفعال؛ لأنّ الأقوال يمكن تكرّرها ويكون الثاني خبراً عن الأوّل، فيكون الأوّل أنشأ والثاني أخبر عنه، ولفظ الإخبار والإنشاء صورتها واحدة (وهبت مثلاً) فشرع الضم وإكمال النصاب، أمّا الأفعال فلا يمكن تكرّرها إلاّ مع التعدّد¹⁷¹⁹.

كما قد يكون اختلاف الشاهدين في جنس المشهود به، ويكون ذلك إمّا في العقد وإمّا في المال. فبالنسبة للحالة الأولى، كأن يشهد أحد الشاهدين بأنّ التصرف كان بيعاً، ويشهد الآخر بأنّ التصرف كان هبة، فقد شهد أحد الشاهدين بما يخالف شهادة الآخر، وليس على أحدهما شهادة كاملة¹⁷²⁰ فلا تكون شهادتهما مقبولة؛ بسبب اختلاف العقدين صورة ومعنى، أمّا بالنسبة للحالة الثانية، وهي الخلاف على المال، فقد يكون في جنسه، كما قد يكون في قدره. فإذا كان الاختلاف في جنسه كأن يشهد أحد الشاهدين بموزون ويشهد الآخر بمكيل، أو يشهد أحدهما بعين والآخر بدين، وهما جنسان مختلفان فلا تقبل شهادتهما؛ لأنّ أحد الجنسين ليس عليه شهادة مكتملة¹⁷²¹. أمّا إذا كان الاختلاف في قدره، فلا

¹⁷¹⁵ الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ج2، ص795.

¹⁷¹⁶ القرافي (شهاب الدين)، مصدر سابق، ج3، ص173.

¹⁷¹⁷ الزحيلي (محمد)، المرجع نفسه، ص795.

¹⁷¹⁸ الجندي (أحمد)، مرجع سابق، ص44-45.

¹⁷¹⁹ القرافي (شهاب الدين)، المصدر نفسه، ص171.

¹⁷²⁰ الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج9، ص50، ابن عيسى الغزّي (عيسى)، مصدر سابق، ص193.

¹⁷²¹ الكاساني (علاء الدين)، المصدر نفسه، ص51، ابن عيسى الغزّي (عيسى)، المصدر نفسه، ص193-194.

يعدّ ذلك شبهة تردّ بها الشهادة، فيصحّ ويقع ما اتّفقا عليه وتترك الزيادة إلاّ أن يحلف عليها¹⁷²²، و "لا يجوز إسقاط الشهادة مع إمكان العمل بها على شروطها، ولا تكون شهادة أحدهما بالزيادة تمنع من قبول شهادة الآخر بالأقل"¹⁷²³، وهذا ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة¹⁷²⁴ والصّاحبان من الحنفية¹⁷²⁵، كأن يدعي رجل ألفي دينار ويشهد له شاهد بألفين، ويشهد له آخر بألف تكون هذه الشهادة مقبولة، فيكفي الاتّفاق في المعنى ولو لم يكن ذلك متحقّقاً على مستوى اللفظ، فيكفي بناء على ذلك الاتّفاق بطريق التّضمّن، وللمدعي أن يحلف مع شاهد الألفين عند القائلين بالشاهد واليمين فتثبت له الألف الأخرى ومثله الطّليقة والطلّقتين، والدار والدارين¹⁷²⁶، أو إذا ادّعت المرأة أنّ زوجها طلقها للضرر وشهد شاهداها بعدم الإنفاق، فإنّ شهادتهما لا تقبل لعدم البيّنة على الضرر المدّعى به، وإن شهد أحدهما على الضرر والآخر على عدم الإنفاق كان أحدهما مكذباً لا محالة وليس على الضرر حجة. واختلاف الشاهدين في دعوى العقد يجعل شهادتهما غير مقبولة، وإذا حصل الاختلاف بين الشهادتين في مقدار الثمن في السبب فلا تكمل الشهادة باتّفاق الفقهاء؛ لأنّ المقصود هو إثبات السبب وهو العقد، والبيع بألف غير البيع بألفين، فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن فلا يتمّ النّصاب¹⁷²⁷؛ وذلك لعدم إمكان التّوفيق بينهما، وكما قال (الكاساني): "اختلاف الشهادتين في البذل في العقد تبطل بالإجماع؛ لأنّ اختلاف البذلين يوجب اختلاف العقدين"¹⁷²⁸. واستثنى (أبو حنيفة) من ذلك النّكاح، بحيث إن كانت الدّعوى من المرأة وهي بذلك دعوى مال عنده، فلو ادّعت على رجل أنّه تزوّجها على ألف وخمسمائة، فشهد لها أحد الشاهدين بألف وخمسمائة وشهد الآخر بألف، يقبل ذلك ويكون النّكاح جائزاً بألف درهم، أمّا عند الصّاحبين لا يقبل ذلك، ولا يكون النّكاح عندهما جائزاً؛ لأنّها دعوى عقد¹⁷²⁹. ولو كانت الدّعوى من الرّجل والمرأة منكراً لا يقبل ذلك بالإجماع؛ باعتبار ذلك دعوى عقد¹⁷³⁰. وفي الدّعوى بالخلع أو الطّلاق

¹⁷²² وقد ذهب الإمام أبو حنيفة إلى اعتبار ذلك شبهة تردّ بها الشهادة فلا يحكم بها، وقالوا باشتراط اتّفاق الشهادتين بالتّطابق دون التّضمّن. انظر في ذلك: الكاساني (علاء الدين)، المصدر نفسه، ص51.

¹⁷²³ الماوردي (أبو الحسن)، الحاوي الكبير، تعليق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1994، ج17، ص246.

¹⁷²⁴ ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق، ج1، ص374، الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ج3، ص461، أبو البركات (مجد الدين)، مصدر سابق، ج2، ص241.

¹⁷²⁵ المرغيناني (برهان الدين)، مصدر سابق (طبعة إدارة القرآن والعلوم الإسلامية)، ج5، ص453.

¹⁷²⁶ الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ج2، ص796.

¹⁷²⁷ السرخسي، مصدر سابق، ج16، ص172-173.

¹⁷²⁸ الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج9، ص51.

¹⁷²⁹ الكاساني (علاء الدين)، المصدر نفسه، ص52.

¹⁷³⁰ ولو كانت الدّعوى في الخلع أو في الطّلاق على مال، فإن كانت الدّعوى من الرّوج تقبل؛ لأنّ هذا يكتف على أنّه دعوى مال، وإن كانت الدّعوى من المرأة لا تقبل؛ باعتبار هذا دعوى عقد. انظر في ذلك: الكاساني (علاء الدين)، المصدر نفسه، ص52.

على مال لا بدّ أن نفرّق بين فرضين: (الأوّل) إذا كان الرّوج هو رافع الدّعوى وأحضر شاهدين، فإنّ اختلاف الشّاهدين في بدل الخلع يخضع لشهادتهما لأحكام الشّهادة على المال باعتبار أنّ دعوى الرّوج دعوى مال والمرأة منكّرة للدّعوى، (الثّاني) إذا كانت الرّوجة هي رافعة الدّعوى فهي دعوى عقد، وبذلك لا يقبل فيها اختلاف الشّاهدين على بدل الخلع؛ لأنّ الدّعوى دعوى عقد، والرّوج منكر للخلع أو الطّلاق على مال¹⁷³¹.

(ب) لا اعتبار للشّهادة على النّفي الصّرف أو المطلق، وإذا حصلت لا يبنى عليها حكم؛

لعدم إحاطة الشّاهد به، وهذا ما اشتهر على ألسنة الفقهاء¹⁷³²، إلاّ أنّ المنع ليس على عمومه؛ لأنّ النّفي عندهم يكون على ثلاثة أقسام¹⁷³³: (الأوّل) نفي معلوم بالضرورة، تجوز الشّهادة به اتّفاقاً، كأن يشهد شخص بأنّ شخصاً لم يسافر؛ لأنّه رآه في البلد، فإنّه يقطع بذلك، (الثّاني) نفي معلوم بالظنّ الغالب النّاشئ عن الفحص، وتجوز الشّهادة به، كحالة التّفليس، فإنّ الحاصل فيها هو الظنّ الغالب؛ لأنّه يجوز عقلاً حصول المال للمفلس وهو يكتمه، ومنها الشّهادة على حصر الورثة، وأنّه ليس له وارث غير هذا، فيكون مستند الشّاهد الظنّ؛ فقد يكون له وارث لم يطلّع عليه، فهي شّهادة على النّفي وهي مقبولة، وكذلك الشّهادة على انتقال الملك للورثة عن مورّثهم، فلا يجوز الشّهادة فيه حتّى يقولوا: (لا نعلم المشهود له به فوّت شيئاً منه) إلى آخر إيقاعهم لشهادتهم، وهذا مذهب (ابن القاسم)، وقال (ابن الماجشون): "لا بدّ من الشّهادة على القطع"، وفي هذا السياق قول المحدثين: ليس هذا الحديث بصحيح بناء على الاستقراء، وقول أهل النّحو: ليس في كلام العرب اسم آخره واو قبلها ضمّة ونحو ذلك)، (الثّالث) نفي غير معلوم بالضرورة، أو بالظنّ الغالب النّاشئ عن الفحص وهو النّفي غير المنضبط الذي لا تجوز الشّهادة عليه، فلا تجوز الشّهادة إلاّ على النّفي المنضبط قطعاً أو ظناً. وقريب من هذا الانضباط بيّنة النّفي إذا كانت مقترنة بوقت معيّن، مثاله: إذا ادّعت الرّوجة الطّلاق قائلة: تلقّط بطلاقي في ذلك الوقت، فشهدت له بيّنة بأنّه ما طلق ولا تلقّط بطلاق في ذلك الوقت الذي حدّدته الرّوجة، فيكون قد شهد بالنّفي المضاف إلى وقت مخصّص معيّن، ففي هذه المسألة وجهان من جهة قبول الشّهادة ورفضها حكاهما الإمام (أبو حنيفة) وغيره، (أحدهما) لا تسمع سداً للباب واحتياطاً للشّهادة لاضطراب النّفي وعدم الإحاطة به في الجملة، (الثّاني) تسمع، وهو الأقيس، لإمكان الإحاطة به في فرضنا هذا، والرّأي الثّاني هو الأرجح، فقد

¹⁷³¹ الكاساني (غلاء الدين)، مصدر سابق، ج 9، ص 52.

¹⁷³² ابن أبي الدم الحموي، مصدر سابق، ص 443. القراني (شهاب الدين)، الفروق، مصدر سابق، ج 4 (الفرق 227)، ص 60.

¹⁷³³ ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق، ج 2، ص 15. القراني (شهاب الدين)، المصدر نفسه، ص 60.

قال (السيوطي): (الشهادة على التّفي لا تقبل إلاّ في ثلاثة مواضع، الشّهادة على أن لا مال له، وهي شهادة الإعسار، الشّهادة على أن لا وارث له، أن يضيفه إلى وقت مخصوص، كأن يدّعي عليه بقتل أو إتلاف أو طلاق في وقت كذا، فيشهد له بأنّه ما فعل ذلك في هذا الوقت، فإنّها تقبل في الأصح¹⁷³⁴. فالشّهادة إنّما شرعت لإظهار الحقّ، وإثبات خلاف الظّاهر، والتّفي لا يمكن أن يكون خلاف الظّاهر، بل هو في ذاته الأصل والظّاهر، كما أنّ الشّهادة تتضمّن المشاهدة والمشاهدة تحصل بالعلم ولا تحصل بالتّفي¹⁷³⁵. فلذلك إذا شهد الشّهود على أحد على قول أو فعل وقع في مكان أو زمان، فإذا أقام المشهود عليه بيّنة على كونه لم يكن في ذلك المكان أو الزّمان فلا تقبل البيّنة¹⁷³⁶.

(ثالثاً) الضّمانات الشّخصية أو الوصفية، لقد قدّمت الشّريعة الإسلامية للقضاة مجموعة مهمّة من الضّمانات التي بها يمكن أن يصلوا إلى حقيقة معتبرة مكرّسة للعدالة بعيدة عن البناء والصّناعة المعتمدة من قبل المذهب البراغماتي، أهمّها:

(أ) لا اعتبار إلاّ لشهادة العدول ذوي المروءة¹⁷³⁷: فشهادة الفاسق لا اعتبار لها في شريعة الإسلام¹⁷³⁸ مصداقاً لقول الله تبارك وتعالى: (يأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا)¹⁷³⁹،

¹⁷³⁴ السيوطي (جلال الدين)، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص737، الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ج2، ص812.
¹⁷³⁵ حيدر (علي)، مرجع سابق، ج4، ص392.
¹⁷³⁶ المرجع نفسه، ص392.
¹⁷³⁷ وهو الأصل، إلاّ أنّ استثناءات قد ترد عليه، فكلّ موضع يتعدّر فيه حضور الشّهود تكون شهادة بعضهم على بعض جائزة، دون مراعاة لوصف العدالة فيهم؛ للضرورة الملحة. فقد نجد في حالات عديدة أنّ هناك أماكن لا يمكن للعدول الحضور عليها تنزّها كأماكن اللّهُو واللّعب، ولهذا أفقّ المتأخّرون من الفقهاء بقبول شهادة غير العدول حتّى ولو كانت في حكم العدم في المنظور الشّرعي، احتياطاً لكلّ علاقة متضمّنة مالا، ولو لم يكن الأمر كذلك لضاعت الحقوق ولتعلّطت الأحكام، ولا شكّ أنّ التّكليف شرط في الإمكان كما يقول (القرافي). أضف إلى ذلك أنّ هناك من القرى مالا تتضمّن عدلاً مشهوراً وفيها أناس يصلون وأئمة وأناس موسومون بخير دون أن يعرفهم القضاة بعدالة، ولا يجدون من يعرفهم، ولهذا قرّر الفقهاء أنّ لكلّ قوم عدولهم، ولهذا وجب التّوسّم فيهم، وهذا معنى قول (محمّد بن سحنون): "كلّ موضع وكلّ نازلة لا يمكن فيها شهادة العدول، فالشّهادة على التّوسّم بظاهر الإسلام جائزة، احتياطاً لأموال النّاس؛ فكلّ ما قدرت عليه أن تنقذ به مال المسلم، وتخلّصه من الهلاك فواجب عليك أن تفعله". كما قال (القرافي): "نصّ ابن أبي زيد: على أنّا إذا لم نجد في جهة إلاّ غير العدول أقمنّا أصلحهم وأقلّهم فجوراً للشّهادة عليهم، ويلزم مثل ذلك في القضاة وغيرهم لئلاّ تضيع المصالح". وقد قال (ابن رشد) في هذه المسألة: ".أجاز ابن حبيب شهادة المجهول الحال على التّوسّم فيما يقع بين المسافرين في السفر للضرورة إلى ذلك، قياساً على إجازة شهادة الصّبيان فيما بينهم في الجراح، ومن أصحابنا المتأخّرين من أجاز شهادة المجهول الحال في اليسير حدّاً من المال، وهذا كلّ استحسان، والقياس ألاّ تجوز شهادة أحد حتّى تعرف عدالته...". انظر في ذلك: ابن فرحون (برهان الدّين)، مصدر سابق، ج2، ص6-7، ابن سحنون (محمد)، كتاب الأجوّبة، ط1، تونس-بيروت، دار سحنون-دار ابن حزم، 2011، ص43.
¹⁷³⁸ أمّا إذا علم صدق الفاسق، وكان فسقه بغير الكذب، فلا يمكن ردّ شهادته قضاءً، وقد قال أصبغ بن الفرج: إذا شهد الفاسق عند الحاكم وجب عليه التّوقّف في القضيّة، وقد يحتجّ له بقوله تعالى: (يأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا)، وكما قال ابن قيم الجوزية: وسرّ المسألة أنّ مدار قبول الشّهادة وردها على غلبة الصّدق وعدمه، كما قال: والصّواب المقطوع به أنّ العدالة تتبعض، فيكون

وهذا دليل على أنّ التوقّف عند خبر الفاسق مأمور به على الوجوب، باعتبار الشهادة خبراً¹⁷⁴⁰. والعدل هو المرضيّ مصداقاً لقول الله تعالى: (ممن ترضون من الشهداء)¹⁷⁴¹. وأحسن ما قيل في ذلك حسب (ابن رشد)، أنّ الشاهد العدل هو: "الذي يجتنب الكبائر ويتوقّى الصغائر على أنّه لا صغيرة على الإطلاق، لأنّ كلّ ما عصي الله تعالى به فهو كبير، وإمّا يقال لها صغائر بإضافتها إلى الكبائر"¹⁷⁴²، وأصل ذلك قول الله تعالى: (الذين يجتنون كبائر الإثم والفواحش إلاّ اللّمم)¹⁷⁴³، كما روي عن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم: "لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة، ولا محدود في الإسلام، ولا ذي غمر¹⁷⁴⁴ على أخيه"¹⁷⁴⁵. ولا يكون المرء عدلاً إذا كان كذبه شديداً؛ فقد ثبت: "أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أبطل شهادة رجل في كذبة كذبها"¹⁷⁴⁶. وأعمّ من ذلك، في مفهوم (ابن شاس) يراد بالعدالة: "الاعتدال والاستواء في الأحوال الدنيوية، وذلك أن يكون ظاهر الأمانة، عفيفاً عن المحارم، متوقّياً للمآثم، بعيداً عن

الرجل عدلاً في شيء فاسقاً في شيء، فإذا تبين للحاكم أنّه عدل فيما شهد به قبلت شهادته ولم يضّرّه فسقه في غيره. وأصل هذا ما وقع في المحيط والقنية: إذا كان الرجل يشرب سراً وهو ذو مروءة فللقاضي أن يقبل شهادته.

انظر في ذلك: ابن خليل الطرابلسي (علاء الدّيت)، معين الحكام فيما يتردّد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر، ص 117-118. سورة الحجرات: آية 6.

¹⁷⁴⁰ ابن قدامة (موفق الدّين)، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 147.

¹⁷⁴¹ سورة البقرة: آية 282.

¹⁷⁴² ابن رشد (أبو الوليد)، المقدمات الممهّدة، مصدر سابق، ج 2، ص 285، وانظر كذلك: ابن فرحون، مصدر سابق، ج 1، ص 185. وانظر في هذا المعنى: ابن قدامة (موفق الدّين)، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 150.

¹⁷⁴³ سورة النجم: آية 32.

¹⁷⁴⁴ الغمر: هو الحقد. انظر في ذلك: ابن يعقوب الفبروزآبادي (محمد الدّين محمد)، القاموس المحيط، ط 8، بيروت، مؤسّسة الرّسالة، 2005، (غمر)، ص 451-452.

¹⁷⁴⁵ رواه ابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب من لا تجوز شهادته، الحديث رقم: 2366، ورواه أبو داود في سننه، كتاب الأفضية، باب من تردّد شهادته، الحديث رقم: 3601. بلفظ آخر: (لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة، ولا زان ولا زانية، ولا ذي غمر على أخيه).

¹⁷⁴⁶ رواه البيهقي في السنن الكبير، عن موسى بن أبي شيبة، ج 21، مركز هجر للبحوث والدراسات الإسلامية، 2011، رقم الحديث: 20861، ص 47. كما أخرجه بلفظ: "أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم جرح شهادة رجل في كذبة كذبها" عن معمر عن موسى بن شيبة، رقم الحديث: 20862 وهذا أصح، وهو مرسل. انظر: المصدر نفسه، ص 48.

الريب، مأمونا في الرضاء والغضب" ¹⁷⁴⁷، وفي مفهوم (السرخسي) ¹⁷⁴⁸ العدالة هي: "الاستقامة وليس لكمالها نهاية، فإتما يعتبر منه القدر الممكن وهو انزجاره عمّا يعتقد حراما في دينه" ¹⁷⁴⁹.

أضف إلى ذلك، أنه يشترط في العدل أن يكون ذا مروءة، ومعيار ذلك (المثلية) في الدين والدنيا، وضابطها عند القاضي (أبو بكر) ¹⁷⁵⁰: "الآ يأتي الإنسان ما يعتذر منه ممّا يخسه عن مرتبته عند أهل الفضل" ¹⁷⁵¹. ولا يراد بالمروءة إطلاقا، في منظور (أبي القاسم بن محرز) ¹⁷⁵² نظافة الثوب وفراغة المركوب وجودة الآلة، وحسن الشارة، وإتما المراد بها تحديدا التصوّن والسّمتم الحسن، وحفظ اللسان وتجنّب السّخف والمجون، والارتفاع عن كلّ خلق رديء ¹⁷⁵³. والمعيار المعتمد في قبول شهادة العدل ذي المروءة هو الغلبة، فإن كان الأغلب على الرّجل والأظهر من أمره الطّاعة والمروءة كانت شهادته تبعا لذلك مقبولة، وهذا على إطلاقه دون تقييد بالكبيرة أو الصّغيرة ¹⁷⁵⁴، وما يؤيد هذا الإطلاق قول النبيّ صلّى الله عليه وسلّم: "من طلب قضاء حتّى يناله، ثمّ غلب عدله جوره؛ فله الجنّة، ومن غلب جوره عدله؛ فله النار" ¹⁷⁵⁵. أضف إلى ذلك أنّ العدالة في حالة التعارض بين البيّنات تصلح للترجيح فالشّهرة بها صفة

¹⁷⁴⁷ ابن شاس، مصدر سابق، ج3، ص1031-1032، وانظر كذلك: ابن فرحون، مصدر سابق، ج1، ص185.

¹⁷⁴⁸ هو محمّد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي، الذي تكرر ذكره في (الهداية). هو الإمام الكبير شمس الأئمّة، صاحب المبسوط، الفقيه والأصولي والحجّة والمناظر. لزم أبا محمّد بن عبد العزيز الحلواني، حتّى تخرّج على يده. أملى (المبسوط) في خمسة عشر مجلدا وهو مسجون بأوزجند بسبب نصيح قدّمه. وأخذ عليه الفقه أبو بكر محمّد بن إبراهيم الحصريّ، وأبو حفص عمر بن حبيب، جدّ صاحب الهداية لأئمّه، وأبو عمر وعثمان بن عليّ بن محمّد البيكنديّ. مات سنة 490. انظر في ذلك: ابن أبي الوفاء القرشي (محيي الدين)، مصدر سابق، ج3، ص78 وما بعدها، الترجمة رقم: 1219.

¹⁷⁴⁹ السرخسي، مصدر سابق، ج16، ص113.

¹⁷⁵⁰ هو شيخ المالكية، القاضي الحدّث، أبو بكر محمّد بن عبد الله بن محمّد بن صالح التميمي الأبهريّ. ولد في حدود 290. سمع من أبي القاسم البغوي، وعبد العزيز الحلبي، ومحمّد بن الحسين الأشناني، وغيرهم. وحّدث عنه الدارقطني، وأبو بكر البرقاني، وأبو محمّد الجوهري، وغيرهم. جمع أبو بكر بين القراءات وعلوّ الإسناد، والفقه الجيّد، وشرح مختصر عبد الله بن عبد الحكم. كان معظّمًا عند سائر العلماء، لا يشهد محضرا إلاّ كان هو المقدّم فيه، حسب القاضي أبي العلاء الواسطي. توفّي في شوال سنة 75، وفي رواية: في ذي القعدة. انظر في ذلك: ابن عثمان الذهبي (شمس الدين)، سير أعلام النبلاء، ج16، ط2، بيروت، مؤسّسة الرسالة، 1982، رقم الترجمة: 241، ص332-333.

¹⁷⁵¹ ابن شاس (جلال الدين)، المصدر نفسه، ص1032.

¹⁷⁵² هو عبد الرّحمان بن محرز أبو القاسم القيرواني، الفقيه المالكي، وهو من الطبقة التاسعة (إفريقية). سمع من أبي عمران الفاسي، وأبي حفص عمر بن محمّد. العطار. قام بالتعليق على المدوّنة ستماء: (التبصرة)، كما أنّ له كتاب القصد والإيجاز. كان مناظرا جيّدا؛ حيث قال ابن العلق المصري: (ما رأيت من أهل المغرب من يحسن طريق المناظرة مثل أبي القاسم بن محرز). توفّي نحو عام 450. انظر في ذلك: سعد

(قاسم)، مرجع سابق، ج2، ص648-649، الترجمة رقم: 576.

¹⁷⁵³ ابن شاس (جلال الدين)، مصدر سابق، ج3، ص1032.

¹⁷⁵⁴ ابن غازي غزيّ (عيسى)، مصدر سابق، ص176.

¹⁷⁵⁵ أخرجه أبو داود في سننه عن أبي هريرة، كتاب الأقضية، باب في القاضي يخطئ، رقم الحديث: 3575، مصدر سابق ص550. وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب فضل من ابتلي بشيء من الأعمال فقام فيه بالقسط وقضى بالحق، ج20،

مرجحة، كما ذهب إلى ذلك (السبكي)¹⁷⁵⁶، وهي في منظور المالكية كذلك¹⁷⁵⁷، خلافا لما هو مشهور عندهم من أنه لا ترجيح بكثرة العدد، والفرق بين الأمرين يكمن في أنّ الهدف من القضاء الفصل في الخصومات ورفع التّظالم، فلو أجزى التّرجيح بكثرة العدد لأمكن للخصم أن يصرّ على زيادة عدد بيّنته، فيمهل عندئذ إلى حين الإتيان بعدد آخر، وإذا كان ذلك، اعتبر الخصم الآخر من حقّه زيادة بيّنته هو كذلك وهكذا، فيطول النزاع ويبطل مقصود الحكم، أمّا التّرجيح بالأعدلية فلا يمكن للخصم أن يغيّر فيها شيئا ولا في عناصرها الجوهرية: الديانة، العلم والفضيلة، فلا يطول بذلك زمان الخصومة، وباب العدد لا ينسدّ فاتحا بذلك الباب واسعا أمام التّزوير دون أن يعلم القاضي بذلك، والأعدلية لا تستفاد إلا من القاضي فلا تسلط للخصم على زيادتها¹⁷⁵⁸. وإن كانت قوّة الحجّة كذلك من المسائل المعتمدة في التّرجيح بين البيّنات، كأن يقدّم الشاهدان على الشاهد واليمين، وعلى الشاهد، وعلى المرأتين، فإنّ ذلك يكون مقتزنا بصفة العدالة، فلو كان الشاهد أعدل من كلّ واحد منهما حكم به مع يمينه وقدم على الشاهدين، وهو ما ذهب إليه (ابن القاسم)، وخالفه في ذلك (ابن الماحشون) و(مطرف)؛ باعتبار أنّ بعض فقهاء المالكية لا يرى الأخذ باليمين مع الشاهد كطريق للحكم¹⁷⁵⁹.

(ب) لا اعتبار إلا لقول من كان أهلا للشهادة: فالحدود في القذف لا يكون أهلا لأدائها؛ لأنّه محكوم بكذبه شرعا، فتعسر معرفة رجحان جانب الصدق في خبره بعد الحكم بكذبه¹⁷⁶⁰. كما لا يكون الصّبي والمعتوه أهلا لأداء الشهادة، فالبلوغ والعقل حدان يرجع إليهما شرعا لمعرفة مدى كمال العقل تيسيرا للأمر على الناس¹⁷⁶¹؛ لأنّه يشترط في الشاهد أن يكون لديه العقل والضبط¹⁷⁶²، حتّى يكون مأمورا بأداء الشهادة، منهيا عن كتمانها، وهاتان المسألتان لا تجدان محلاّ لهما سوى المكلفين، ومن لم يكن بالغا لا يعتبر من زمرتهم، فالشاهد يجب أن يكون ممّن يدرك كنه الإثم ويتحرّج منه، وكنه الحقّ ويشهد به، ومن كان صغيرا لا يلحقه إثم؛ باعتبار ارتفاع القلم عنه، وتبعاً لذلك لا تجاز شهادته دون اختلاف بين

رقم الحديث: 20190، ص245. وضعفه الألباني (محمد ناصر الدّين) في ضعيف سنن أبي داود، ط1، الرياض، مكتبة المعارف،

1998، كتاب الأقضية، باب في القاضي بخطئ، ص285.

¹⁷⁵⁶ ابن عبد الكافي السبكي (تاج الدّين)، الأشباه والتّظائر، مصدر سابق، ج2، ص200.

¹⁷⁵⁷ ابن فرحون (برهان الدّين)، مصدر سابق، ج1، ص264.

¹⁷⁵⁸ القرابي (شهاب الدّين)، مصدر سابق، ج1، ص21.

¹⁷⁵⁹ ابن فرحون (برهان الدّين)، المصدر نفسه، ص264.

¹⁷⁶⁰ السرخسي، مصدر سابق، ج16، ص113.

¹⁷⁶¹ المصدر نفسه، ص113.

¹⁷⁶² الضبط هو حسن السّماع والفهم والحفظ إلى وقت الأداء. انظر في ذلك: السرخسي، مصدر سابق، ج16، ص113. وانظر كذلك

في هذا المعنى: ابن قدامة (موقّق الدّين)، المغني، مصدر سابق، ج14، ص149.

الفقهاء¹⁷⁶³، إلا إذا كان ذلك على سبيل الاستدلال، كما ذهب إلى ذلك المشرع الجزائري في المادة (153) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹⁷⁶⁴، فقد قال الله تعالى: (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه)¹⁷⁶⁵، والصبي لا يمكن أن يكون آثماً، فكان ذلك دليلاً على أنه لا يمكن أن يكون شاهداً، ومن لا يقبل قوله على نفسه في الإقرار، فمن باب أولى أن لا يقبل قوله في شهادته على غيره، كالمجنون¹⁷⁶⁶. وكذلك العقل إذا انعدم سقط معه التكليف؛ لأنه ينافيه، كمسألة الصغير¹⁷⁶⁷. وتعتبر صفة الكمال فيه لما في التقصان من شبهة العدم¹⁷⁶⁸. كما لا يكون (المتغفل) أهلاً لأداء الشهادة، حتى لو كان عدلاً، فمن شرط جواز الشهادة أن يكون صاحبها من أهل اليقظة والتحرز حسب (ابن رشد)¹⁷⁶⁹ و(ابن قدامة)¹⁷⁷⁰. فالتغفل من موانع قبول الشهادة مع بقاء العدالة، فيشترط في الشاهد أن يكون متحرزاً يؤمن عليه التخييل، فقد قال (ابن عبد الحكم)¹⁷⁷¹: "قد يكون الرجل الخير الفاضل ضعيفاً، لا يؤمن عليه لغفلته

¹⁷⁶³ باستثناء ما كان متعلقاً بالجراح والقتل ما لم يتفرقوا أو يغيبوا، وهو ما ذهب إليه المالكية، فمن المقرّر فقهاً أنّ: (مواضع الحاجات يقبل فيها من الشهادات ما لا يقبل في غيرها) كما يقول ابن قيم الجوزية، فقد تواتر عمل الصحابة وفقهاء المدينة بشهادة الصبيان، على تجراح بعضهم بعضاً، فلعبهم مسألة خاصة بهم لا يمكن للرجال في الغالب من الأحوال أن يحضروه، فلو قيل بعدم اعتبار شهادة الصبيان لضاعت الحقوق مع توفّر غلبة الظنّ بصدق الصبيان، خاصة إذا كانت شهادتهم في اجتماعهم وقبل تفرّقهم، مع اتّفاقهم على قول واحد، فالظنّ الحاصل من شهادتهم على هذه الصورة أقوى من الظنّ الحاصل من شهادة رجلين. وخالف الحنابلة في ذلك قد استقرّ مذهبهم على أنّ شهادة الصبيان لا تقبل إطلاقاً؛ مصداقاً لقول الله تعالى: (واشهدوا شهيدين من رجالكم)، وقوله تعالى: (وأشهدوا ذوي عدل منكم)، وكذلك: (ممن ترضون من الشهداء)، والصبي لا يمكن أن يكون في زمرة ممن يرضى؛ لأنه لا يأثم. وقد اختلف في شهادة الصبيان في مجال الجراح والقتل، عند المالكية على ثلاثة أقوال: قال مالك: تجوز في الجراح والقتل، وقيل: تجوز في الجراح خاصة. وقال محمد بن عبد الحكم: لا تجوز في جراح ولا قتل؛ لأنّ الله إنّما أجاز شهادة العدل والرضي. إلا أنّ اللّحمي ذهب إلى أنّ الأوّل أحسن؛ لأنّ القتل والجرح موجود، والشأن صدقهم عند أوّل قولهم، والضرورة تدعو إلى معرفة ذلك منهم. وقال القاضي أبو محمد عبد الوهّاب: تقبل شهادتهم بتسعة شروط: أن يكونا ممن يعقل الشهادة، أحرارا ذكورا محكوما لهم بالإسلام، والمشهود به جرح أو قتل، ويكون ذلك فيما بينهم، لا لكبير على صغير ولا لصغير على كبير، ويكونا اثنين فصاعداً، وتكون الشهادة قبل تفرّقهم وتخبّيبهم، وتكون متّفقة غير مختلفة. انظر في ذلك: اللّحمي (أبو الحسن علي)، مصدر سابق، ص 5435-5436. ابن فرحون (برهان الدّين)، مصدر سابق، ج 2، ص 38-39، وانظر كذلك: الكاساني، مصدر سابق، ج 9، ص 7.

¹⁷⁶⁴ وقد جاء فيها: (يجوز سماع القصر الذين بلغوا سنّ التمييز على سبيل الاستدلال).

¹⁷⁶⁵ سورة البقرة: آية 283.

¹⁷⁶⁶ ابن قدامة (موقّق الدّين)، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 147.

¹⁷⁶⁷ ابن رشد (أبو الوليد)، المقدّمات الممهّدات، مصدر سابق، ج 2، ص 283-284.

¹⁷⁶⁸ السرخسي، المصدر نفسه، ص 113.

¹⁷⁶⁹ ابن رشد (أبو الوليد)، المقدّمات الممهّدات، مصدر سابق، ج 2، ص 285، وانظر كذلك: ابن فرحون (برهان الدّين)، مصدر

سابق، ج 1، ص 185-186.

¹⁷⁷⁰ شهادة من عرف بكثرة الغلط والغفلة، لا تلتقى القبول قضاء؛ لأنّ العيين يفقدان الثّقة في كلام الشاهد، انظر في ذلك: ابن قدامة

(موقّق الدّين)، المغني، مصدر سابق، ص 149، 178.

¹⁷⁷¹ هو أبو محمد عبد الله بن عبد الحكم بن أعين، الفقيه المالكي. ولد سنة 150 ومات سنة 214. كان أعلم أصحاب مالك بأقواله، فأفضت إليه الرياسة بعد أشهب. انظر في ذلك: الشّيرازي (أبو إسحاق)، مرجع سابق، ص 151.

أن يلبس عليه، فلا تقبل شهادته إلا أن يكون الأمر المشهود فيه جليًا واضحًا بيّنًا لا يلبس على أحد¹⁷⁷²؛ لأنه "لم يؤمن عليه التّخيل والتّخيّل فيشهد بالباطل"¹⁷⁷³ في منظور (ابن رشد)، على شرط أن يكون ذلك ظاهرًا عند النَّاس في منظور (السترخسي)¹⁷⁷⁴، مع مراعاة مبدأ المسامحة التي جرت بها العادة وفق ما ذهب إليه (ابن فرحون)¹⁷⁷⁵. والبليد لا تصحّ شهادته مطلقًا لعدم امتلاكه لقوّة التّنبّه، وهي ملكة حصل عليها المغفل لكنّه لم يستعملها، وهذا هو عين الفرق بينهما¹⁷⁷⁶.

وفي مقابل ذلك، فإنّ الأعمى لا ينقص العمى من أهليته، فتكون شهادته مقبولة عند الحنابلة¹⁷⁷⁷ والمالكية¹⁷⁷⁸، في الأقوال¹⁷⁷⁹ إذا تيقّن الصّوت، لدخول المسألة تحت حكم قول الله تعالى: (واستشهدوا شهيدين من رجالكم)¹⁷⁸⁰، وكلّ الآيات المتعلّقة بالشّهادة، فقد يكون الأعمى عدلا مقبول الرّواية، فتقبل شهادته تبعا والفرق بينه وبين الصّبيّ جليّ واضح، فهو ليس برجل ولا مقبول الرّواية ولا يمكن أن يكون عدلا، أضف إلى ذلك أنّ السّمع من أهمّ الحواسّ المؤدّية إلى اليقين، فإنّ له قيافة كقيافة البصر¹⁷⁸¹، كما ذهب إلى ذلك (قتادة)¹⁷⁸²، وهو ما روي عن عليّ، وابن عبّاس، وبه قال ابن سيرين¹⁷⁸³ وعطاء¹⁷⁸⁴

¹⁷⁷² الخرشبي، الخرشبي على مختصر خليل، ج7، ط2، مصر، المطبعة الكبرى الأميرية، 1317 هـ، ص179.

¹⁷⁷³ ابن فرحون (برهان الدّين)، المصدر نفسه، ص185-186.

¹⁷⁷⁴ السترخسي، مصدر سابق، ج16، ص113.

¹⁷⁷⁵ ابن فرحون (برهان الدّين)، المصدر نفسه، ج1، ص196.

¹⁷⁷⁶ الخرشبي، المصدر نفسه، ص179.

¹⁷⁷⁷ ابن قدامة (موفق الدين)، المصدر نفسه، ص179.

¹⁷⁷⁸ الخرشبي، المصدر نفسه، ص179.

¹⁷⁷⁹ أمّا الأعمى الأصمّ فشهادته غير مقبولة لا في الأقوال ولا في الأفعال، بخلاف الأصمّ غير الأعمى فتجوز شهادته في الأفعال، أمّا الأصمّ في الأقوال لا يقبل ما لم قد سمعه قبل الصّم. وشهادة الأعمى في الأفعال غير جائز ما لم يكن قد علم الفعل قبل العمى، كما جاء في شرح الإرشاد، أمّا الخطّاب فقد ذهب إلى أنّه لا يقبل في ذلك على المعتمد. انظر في ذلك: الخرشبي، المصدر نفسه، ص179.

¹⁷⁸⁰ سورة البقرة: آية 282.

¹⁷⁸¹ ابن قدامة (موفق الدّين)، مصدر سابق، ص179.

¹⁷⁸² هو ابن دعامة بن قتادة بن عزيز، وقيل: قتادة بن دعامة بن عكابة (وهو من الطبقة الثالثة)، كان ضريرا أكمها. روى عن عبد الله بن سرجس، وأنس بن مالك، وأبي الطفيل الكناني، وسعيد بن المسيّب، وعكرمة مولى ابن عبّاس، والحسن البصري، وبكر بن عبد الله المزني، وعطاء بن أبي رباح، ومعاذة العدوية، وغيرهم. كان حافظا وممن يضرب به المثل في قوّة الحفظ. روى عنه أيّوب السّختياني، والأوزاعي، وغيرهما كثير. ولد قتادة، حسب يحيى بن معين، سنة 60، وتوفيّ، حسب ابن عليه، سنة 118. انظر في ذلك: ابن عثمان الدّهبي (شمس الدّين)، مصدر سابق، ج5 (تحقيق الأرنأؤوط (شعيب))، ص269 وما بعدها، الترجمة رقم: 132.

¹⁷⁸³ هو أبو بكر الأنصاري الأنسيّ البصريّ، مولى أنس بن مالك، خادم رسول الله صلى الله عليه وسلّم (وهو من الطبقة الثانية). ولد لستين بقيتا من خلافة عمر، حسب أخيه أنس. سمع أبا هريرة، وعمران بن حصين، وابن عبّاس، وعديّ بن حاتم، وابن عمر، وأنسا بن مالك، وشريحا القاضي، وغيرهم. روى عنه قتادة، وأيّوب، ويونس بن عبيد، وجريز بن حازم، وخليد بن دعلج. وقد أدرك ثلاثين صحابيا حسب رواية هشام بن حسّان. مات وهو ابن ثمان وسبعين سنة. ولم يكن بالبصرة أعلم منه بالقضاء حسب رواية حمّاد بن زيد، عن عثمان البّيّ. انظر في ذلك: ابن عثمان الدّهبي (شمس الدّين)، المصدر نفسه، ج4 (حقّقه مأمون الصّاغري)، ص606 وما بعدها، الترجمة رقم:

والشعبي¹⁷⁸⁵ والزّهري¹⁷⁸⁶ ومالك، وابن أبي ليلى، وابن المنذر¹⁷⁸⁷، وهو ذات ما ذهب إليه المالكية¹⁷⁸⁸.
 أمّا الأحناف¹⁷⁸⁹ والشافعية¹⁷⁹⁰ فقد ذهبوا إلى عدم جواز ذلك، وروي ذلك عن النخعي وأبي هاشم،
 واختلف فيه عن الحسن وإياس وابن أبي ليلى¹⁷⁹¹، إلا أنّ (الشافعي) رحمه الله أجازها في الموت والنسب
 والملك المطلق والترجمة والمضبوط، على شرط أن يقرّ عند أذنه، ويد الأعمى على رأسه، ثمّ ضبطه إلى
 حضوره عند القاضي، فشهد عليه، على غير هذا الشرط لا تقبل عنده؛ كما لا يثبت عند أصحاب
 الشافعي حتّى يسمع الشهادة من عدلين مع معرفتهما حتّى يعرف عدتهما باعتبار أنّ من لا تجوز شهادته
 على الأفعال، لا يمكن أن تكون جائزة على الأقوال؛ قياساً على الصبيّ، لتشابه الأصوات، فتبتعد بذلك
 عن اليقين، وكان هذا أساساً لعدم تجويزها قياساً على الخطّ. أمّا الأخرس فلا تجوز شهادته عند
 الحنفية¹⁷⁹² والشافعية¹⁷⁹³ الحنابلة¹⁷⁹⁴ مطلقاً؛ لأنّ (مراعاة لفظ الشهادة شرط صحّة أدائها، ولا عبارة

¹⁷⁸⁴ هو شيخ الإسلام عطاء بن أبي رباح أبو محمد القرشي مولاهم المكي، مفتي الحرم (وهو من الطبقة الثانية)، كان من مولدي الجند وهي
 بلدة مشهورة باليمن، ويقال أنّ ولاده كان لبني جمح. نشأ بمكة، وولد لعامين خلت من خلافة عثمان حسب رواية عمر بن قيس. حدّث
 عن عائشة، أم سلمة، أم هانئ، أبي هريرة، ابن عباس، حكيم بن حزام، رافع بن خديج، وزيد بن أرقم، وعدّة من الصحابة. وأرسل عن
 النبيّ صلى الله عليه وسلم، وأبي بكر، وعثمان بن عفان، وطائفة. حدّث عنه مجاهد بن جبر، أبو الزبير، عمرو بن دينار، الزهريّ، قتادة،
 ومالك بن دينار، وغيرهم كثير. وقد فاق أهل مكة في الفتوى حسب رواية أبي حازم الأعرج. انظر في ذلك: ابن عثمان الذهبي (شمس
 الدين)، المصدر نفسه، ج5، ص78 وما بعدها، الترجمة رقم: 29.

¹⁷⁸⁵ هو عامر بن شراحيل بن عبد بن ذي كبار، ويقال هو عامر بن عبد الله، من الطبقة الثانية. ولد لست سنوات مضت من خلافة
 عمر رضي الله عنه، كما قيل ولد سنة 11. وحسب رواية أحمد بن يونس فإنّ الشعبي ولد سنة ثمان وعشرين. سمع من بعض الصحابة،
 وصلى وراء عليّ، وحدّث سعد بن أبي وقاص، وسعيد بن زيد، وأبي موسى الأشعري، وعديّ بن حاتم، وأسامة بن زيد، وأبي هريرة، وأبي
 سعيد، وغيرهم. روى عنه الحكم، وحماد، وأبو إسحاق، وعاصم الأحول، ومكحول الشامي، وعطاء بن السائب، وابن أبي ليلى، وأبو
 حنيفة، وغيرهم. قال ابن عيينة فيه: علماء الناس ثلاثة؛ ابن عباس في زمانه؛ والشعبي في زمانه؛ والثوري في زمانه. وقد اختلف في تاريخ
 وفاته، منهم من قال 106، ومنهم من قال 103، ومنهم من قال 104 أو 105. انظر في ذلك: ابن عثمان الذهبي (شمس الدين)،
 مصدر سابق، ج4، ص294 وما بعدها، الترجمة رقم: 113.

¹⁷⁸⁶ هو أبو بكر محمد بن مسلم بن عبید الله بن شهاب الزهري، من الطبقة الثالثة، ولد سنة خمسين حسب رواية دحيم وأحمد بن صالح،
 وفي الواحد والخمسين حسب رواية خليفة بن خياط، وتوفي في شهر رمضان سنة مائة وأربع وعشرين وهو ابن اثنتين وسبعين سنة. قيل
 لمكحول: من أعلم من رأيت؟ قال: ابن شهاب، قيل له: ثمّ من؟ قال: ابن شهاب، قيل له: ثمّ من؟ قال: ابن شهاب. وسئل ابن عيينة
 أيهما أفقه وأعلم: إبراهيم النخعي أو الزهري؟ قال: لا أبا لك، الزهري. انظر في ذلك: ابن عثمان الذهبي (شمس الدين)، مصدر سابق،
 ج5، ص326 وما بعدها، الترجمة رقم: 160، وانظر كذلك: الشيرازي (أبو إسحاق)، مرجع سابق، ص63-64.

¹⁷⁸⁷ ابن قدامة (موقّ الدّين)، المصدر نفسه، ص179.

¹⁷⁸⁸ الخرشبي، مصدر سابق، ج7، ص179.

¹⁷⁸⁹ الكاساني (علاء الدّين)، مصدر سابق، ج9، ص179.

¹⁷⁹⁰ الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ج3، ص455، الحن (مصطفى)، البغا (مصطفى)، الشّرّبي (علي)، الفقه المنهجي على
 مذهب الإمام الشافعي، ج8، ط2، دمشق، دار القلم، ، 1992، ص218.

¹⁷⁹¹ ابن قدامة (موقّ الدّين)، مصدر سابق، ص179.

¹⁷⁹² الكاساني (علاء الدّين)، المصدر نفسه، ص14.

¹⁷⁹³ الحن (مصطفى)، البغا (مصطفى)، الشّرّبي (علي)، المرجع نفسه، ص217.

للأخرس أصلاً، فلا شهادة له¹⁷⁹⁵، بخلاف ما ذهب إليه المالكية¹⁷⁹⁶، على شرط فهم إشارته؛ لقيامها مقام نطقه، واعتبار ذلك في أحكامه، من طلاق ونكاح وظهار وإيلاء، وقيست مسألة الشهادة على ذلك، وهو ما قال به (ابن المنذر)¹⁷⁹⁷. وقد أسس الحنابلة ما ذهبوا إليه على أنّ الشهادة يعتبر فيها اليقين، وليست الإشارة من طرقه، ولهذا لا يقبل إيماء الناطق، ويكون ذلك كافياً استثناءً للضرورة في الأحكام المختصة به، سابقة الذكر، ولا يمكن أن نرى أيّ وجه للضرورة في مجال الشهادة¹⁷⁹⁸، واستدلال (ابن المنذر) غير صحيح باعتبار النبيّ صلى الله عليه وسلم كان قادراً على الكلام، فعمل بإشارته في الصلاة، وشهادة الناطق بالإشارة غير صحيحة إجماعاً، وكان ذلك دليلاً على أنّ الشهادة تخالف غيرها من الأحكام¹⁷⁹⁹، وهو في نظري الأرجح.

(ج) لا اعتبار إلا لقول من كان مسلماً: عند المالكية؛ لأنّ الإسلام شرط في صحّة العدالة والرضاء؛ فقد قال الله تعالى: (ذوي عدل منكم)، وقال: (ممن ترضون من الشهداء)¹⁸⁰⁰، خلافاً لمن أجاز شهادة الكافر في الوصية في السفر كالحنابلة الذين جوّزوا شهادة الكفار من أهل الكتاب في مجال محدّد وهي الوصية في السفر، بشرط أن لا يكون غيرهم، فإذا شهد بوصية المسافر الذي مات في سفره شاهدان من أهل الذمّة، كانت شهادتهما مقبولة في غياب غيرهما، بشرط أن يستحلفا بعد العصر ما خانا ولا كتما، ولا اشتريا به ثمناً قليلاً: (فيقسمان بالله إن ارتبتم لا نشتري به ثمناً ولو كان ذا قربي ولا نكتم شهادة الله إنا إذا لمن الآثمين)¹⁸⁰¹. وممن قال بذلك شريح¹⁸⁰² والتّخعي¹⁸⁰³ والأوزاعي ويحيى بن حمزة¹⁸⁰⁴،

¹⁷⁹⁴ المصدر نفسه، ص 180.

¹⁷⁹⁵ الكاساني (علاء الدين)، المصدر نفسه، ص 14.

¹⁷⁹⁶ الخرشبي، المصدر نفسه، ص 179.

¹⁷⁹⁷ هو الإمام الحافظ الفقيه شيخ الإسلام أبو بكر محمد بن إبراهيم ابن المنذر التيسابوري، ويعدّ في زمره الفقهاء الشافعية، وهو من الطبقة الثامنة عشر. ولد في حدود موت أحمد بن حنبل. روى عن الزبيد بن سليمان، ومحمد بن إسماعيل الصّانغ، ومحمد بن ميمون، وعن آخرين. حدّث عنه أبو بكر بن المقرئ، والحسين والحسن ابنا عليّ بن شعبان، وغيرهم. عرف عنه أنّه لا يتقيّد في الاختيار بمذهب بعينه، بل كان يدور مع ظهور الدليل. له: (الإشراف في اختلاف العلماء)، وكتاب (الإجماع)، وكتاب (المبسوط)، وكثير من التصانيف. وقد اختلف في تاريخ وفاته بين قائل ثلاثمائة وستّ عشرة، وقائل ثلاثمائة وثمانية عشرة. انظر في ذلك: ابن عثمان الذهبي (شمس الدين)، مصدر سابق، ج 14 (حقّقه أكرم البوشي)، ص 490 وما بعدها، الترجمة رقم: 275.

¹⁷⁹⁸ انظر في ذلك: ابن قدامة (موفق الدين)، المصدر نفسه، ص 180.

¹⁷⁹⁹ انظر في ذلك: المصدر نفسه، ص 180-181.

¹⁸⁰⁰ ابن رشد (أبو الوليد)، المقدمات الممهّدة، مصدر سابق، ج 2، ص 285.

¹⁸⁰¹ المائة: 106.

¹⁸⁰² هو الفقيه أبو أميّة، شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكنديّ، قاضي الكوفة، ويعدّ ممن أسلم في حياة النبيّ صلى الله عليه وسلم، وانتقل من اليمن في زمن الصّديق أبي بكر. حدّث عن عمر وعليّ، وعبد الرحمن بن أبي بكر. وحدّث عنه قيس بن أبي حازم، والشّعبي، وإبراهيم التّخعي، وابن سيرين، وغيرهم. صحّ أنّ عمر ولآه قضاء الكوفة، فأقام على قضائهما ستين سنة، وقضى بالبصرة سنة، وفد زمن معاوية إلى دمشق، وكان يقال له: قاضي المصريين. قال الشّعبي: كان شريح أعلمهم بالقضاء، وكان عبيدة يوازيه في علم القضاء. ولما عزله

وقضى بذلك ابن مسعود وأبو موسى رضي الله عنهما¹⁸⁰⁵، وشهادتهم في غير ذلك غير جائزة¹⁸⁰⁶. أما الأحناف والمالكية والشافعية، فقد ذهبوا إلى عدم جوازها؛ لأن من لا تقبل شهادته على غير الوصية لا تقبل فيها، فإذا كان الفاسق كذلك فالكافر أولى بهذا الحكم¹⁸⁰⁷.

(د) ما كان واقعا في دائرة التهمة لا اعتبار له في الشرع: المسألة التي انبنى عليها بطلان الشهادة

التي تدفع مغرما أو تجلب مغنما، ف:

(1) لا تقبل بناء على ذلك الشهادة لأصل الشاهد وإن علا ولا لفرعه وإن نزل، لتشبيها بالشهادة لنفسه، تأسيسا على (البعضية)¹⁸⁰⁸، وتقبل في مقابل ذلك الشهادة عليهما لانتفاء التهمة في المسألة، إلا إذا كانت العداوة تشوب العلاقة بينه وبين أصله أو فرعه، عند ذاك لا تقبل الشهادة. وقد تضعف التهمة فتقبل الشهادة، كأن يشهد فرعان على أبيهما بطلاق ضرّة أمهما أو قذفها في الأظهر عند الشافعية، لضعف تهمة نفع أمهما بذلك¹⁸⁰⁹، بخلاف ما إذا ادّعى الأب الطلاق في مرحلة زمنية سابقة بغية إسقاط نفقة ماضية، أو ادّعى أنّها سألته الطلاق على مال، فشهد له فروعه بذلك، فلا تكون الشهادة مقبولة في هذه الحالة؛ باعتبارها شهادة له لا عليه، لكن تحصل الفرقة بقوله في دعواه الخلع¹⁸¹⁰، أما شهادة سائر القربان فتقبل، كشهادة الإخوة لبعضهم، إلا أنّ المالكية اشترطوا في شهادة الأخ لأخيه ألا يكون في عياله، وبصورة أوسع بشرط انتفاء التهمة، كما لو شهد أخوان، في مسائل الإقرار بالوارث، أنّ هذا ابن

ابن الزبير عن القضاء ردّه الحجاج بعد توليه الحكم. ذات يوم قال له أحد الفقهاء: ماذا أحدثت في القضاء؟ قال: إنّ الناس أحدثوا فأحدثت. توفي سنة ثمانين أو اثنتين وثمانين، وفي رواية سنة ثمان وسبعين. انظر في ذلك: ابن عثمان الذهبي (شمس الدين)، مصدر سابق، ج4، ص100 وما بعدها، الترجمة رقم: 32. وانظر كذلك: الشيرازي (أبو إسحاق)، مرجع سابق، ص80.

¹⁸⁰³ هو الإمام الحافظ أبو عمران، إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود بن عمرو بن ربيعة بن ذهل بن سعد بن مالك بن النخع، التخعي اليماني ثم الكوفي، فقيه العراق، وهو من الطبقة الثانية. وكان مفتي أهل الكوفة مع الشّعي في زمانهما. وقد كانت مراسيله أحبّ إلى يحيى بن معين من مراسيل الشّعي. وقال سعيد بن جبير: أتستفتوني وفيكم إبراهيم؟ توفي سنة ست وتسعين، وله نسع وأربعون سنة. انظر في ذلك: ابن عثمان الذهبي (شمس الدين)، مصدر سابق، ج4، ص521 وما بعدها، الترجمة رقم: 213.

¹⁸⁰⁴ هو الإمام الكبير الثّقة ابن واقد، أبو عبد الرّحمان الحضرمي، مولاهم البتلهي الدمشقي، قاضي دمشق. ولد سنة ثلاث ومائة، وقيل سنة ثمان ومائة. كان كثير الحديث، ثقة، صدوقا. توفي سنة ثلاث وثمانين ومائة. ودام على القضاء ثلاثين عاما. انظر: ابن عثمان الذهبي (شمس الدين)، مصدر سابق، ج8 (محمد نعيم العرقسوسي)، ص354-355، الترجمة رقم: 99.

¹⁸⁰⁵ ابن قدامة (موفق الدين)، مصدر سابق، ص170-171.

¹⁸⁰⁶ المصدر نفسه، ص173.

¹⁸⁰⁷ ابن رشد (أبو الوليد)، المقدمات الممهّدة، مصدر سابق، ج2، ص285.

¹⁸⁰⁸ الشّريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص579، الكاساني، مصدر سابق، ج9، ص35، الخرشبي، مصدر سابق، ج7،

ص180.

¹⁸⁰⁹ وهنا اتجاه ثان في هذه المسألة عند الشّافعية، وهو عدم قبول مثل هذه الشهادة، باعتبارها جائزة للتعقّل للأّم، وهو انفرادها بالأب. انظر

في ذلك: الشّريبي، المصدر نفسه، ص579.

¹⁸¹⁰ الشّريبي، المصدر نفسه، ص579.

أخيها الميت، والمشهود له ذو شرف فالتسبب لا يثبت بشهادتهما، ويثبت للمشهود له المال إن ادّعه¹⁸¹¹. والإخوة عوملوا فقها كالأجانب؛ لأنه لا تسلط لهم في أموال بعضهم عرفاً، وقيس عليهم عند الأحناف شهادة الوالد من الرضاع لولده من الرضاع، وشهادة الولد من الرضاع لوالده من الرضاع؛ إعمالاً للعادة والعرف، اللذان لم يجريا بانتفاع هؤلاء بعضهم بمال بعض، فكانوا كذلك كالأجانب¹⁸¹². واختلفت المالكية في شهادة الرجل لابن امرأته ولأبيها ولامرأة أبيه، وفي شهادة المرأة لابن زوجها، وكذلك في شهادة الرجل لزوجة ابنه ولزوج ابنته، فلم يجز ذلك ابن القاسم وأجازته (سحنون)¹⁸¹³، كما اختلفوا في شهادة الأب لأحد ولديه على الآخر، وفي شهادة الولد لأحد أبويه على الآخر، والصواب في منظور (ابن محرز) الإجازة على انتفاء الميل للمشهود له وانتفاء التهمة¹⁸¹⁴. وإذا كان المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة وإسحاق وأبو عبيد والحسن والشعبي والتخعي قد فرّقوا في دائرة الأقارب بين الأصول والفروع وبين الحواشي، فقبلوا الشهادة الإيجابية بالنسبة للحواشي، ورفضوها بالنسبة للأصول والفروع، فإن ابن حزم وأبو ثور¹⁸¹⁵ والمزني¹⁸¹⁶ وابن المنذر وشريح وعمر بن عبد العزيز¹⁸¹⁷ أجازوا كلّهم شهادة القريب لقريبه ولو كان أصلاً أو فرعاً بشرط انتفاء التهمة، وروي هذا عن عمر بن الخطاب، فقد روي عنه على أنه قال: "تجوز شهادة الوالد لولده، والولد لوالده، والأخ لأخيه، إذا كانوا عدولاً، لم يقل الله حين قال: (ممن ترضون من الشهداء): إلا أن يكون والداً أو ولداً أو أخاً"¹⁸¹⁸. وبخصوص هذه المسألة، فإن

¹⁸¹¹ ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق، ج 1، ص 191، وانظر كذلك: الخرشبي، مصدر سابق، ج 7، ص 180.

¹⁸¹² الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج 9، ص 36-37.

¹⁸¹³ ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق، ج 1، ص 191.

¹⁸¹⁴ ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق، ص 191.

¹⁸¹⁵ هو الإمام الحافظ مفتي العراق، إبراهيم بن خالد، أبو ثور الكلبي البغداديّ الفقيه، المكنى بأبي عبد الله، وهو من الطبقة الثالثة عشرة. ولد في حدود سبعين ومائة. سمع من سفيان بن عيينة، ووكيع بن الجراح، ومعاذ بن معاذ، وغيرهم. حدّث عنه أبو داود وابن ماجه، روى عنه مسلم عنه، في رواية، في مقدّمة صحيحه. قال أبو بكر الأعيّن: سألت أحمد بن حنبل عنه، فقال: أعرفه بالسنة منذ خمسين سنة، وهو عندي في مسالّح سفيان الثوري. صنّف الكتب، وفرّع عن السنن. توفّي في صفر سنة أربعين ومائتين. انظر في ذلك: ابن عثمان الذهبي (شمس الدين)، مصدر سابق، ج 12 (حقّقه صالح السمر)، ص 72، وما بعدها، الترجمة رقم: 19.

¹⁸¹⁶ هو الإمام العلامة أبو إبراهيم، إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن مسلم المزني المصري، تلميذ الشافعي. ولد سنة مائة وخمس وسبعين. حدّث عن الشافعي، وعن عليّ بن معبد بن شدّاد، ونعيم بن حدّاد، وغيرهم. كان قليل الرواية، إلاّ أنّه كان رأساً في الفقه. وقد حدّث عنه إمام الأئمة أبو بكر بن خزيمة، وأبو بكر بن زياد التيسابوري، وأبو جعفر الطحاوي، وأبو نعيم بن عدي، وغيرهم كثير. ملأ مختصره البلاد كلّها، حتّى أنّ البكر يكون في جهازها نسخة ب: (مختصر) المزني. كان إذا فرغ من تبييض مسألة في المختصر صلى لله ركعتين. قال عنه الشافعي: المزني ناصر مذهبي. توفّي سنة 264. انظر في ذلك: ابن عثمان الذهبي (شمس الدين)، مصدر سابق، ج 12، ص 492 وما بعدها، الترجمة رقم: 180.

¹⁸¹⁷ ابن نجّاح المخزومي (أبو المعالي مجلي)، مرجع سابق، ص 118.

¹⁸¹⁸ رواه عبد الرزاق في مصنّفه، عن أبي سبرة عن أبي الزناد عن عبد الله بن عامر بن ربيعة، انظر: ابن همام الصنعاني (عبد الرزاق)، المصنّف، تحقيق وتخريج حبيب الرّحمان الأعظمي، ج 8، ط 1، بيروت، المكتب الإسلامي، 1972، ص 343-344. ذكر الزهري أن

المشرّع الجزائري، وفق ما جاء في المادة (153) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كان على أشدّ درجة من الوضوح؛ بحيث لم يجز سماع أيّ شخص كشاهد إذا كان له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم، كما لم يجز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في أيّ قضية لها علاقة بزوجه حتّى ولو كان في حالة طلاق، ولا شهادة إخوة وأبناء عمومة أحد الخصوم، دون تفريق بين الذكر والأنثى في ذلك، إلّا أنّ شهادة هؤلاء جميعاً تكون جائزة في منظور المشرّع الجزائري في مجال قضايا حالة الأشخاص، باستثناء الفروع.

(2) لا تقبل كذلك شهادة في حقّ كان محلّ اختصام، وكان أحد أطرافه الشاهد، فالوكيل لا تقبل شهادته فيما هو وكيل فيه، وكذلك الوصي لا تقبل شهادته فيما هو وصيّ فيه، كما هو الأمر بالنسبة للشريك لا تقبل شهادته فيما هو شريك فيه¹⁸¹⁹. كما لا تقبل شهادة عدوّ على عدوّه، وتقبل له إذا لم يكن أصله أو فرعه؛ لانعدام التّهمة، بحسب قول أكثر أهل العلم¹⁸²⁰؛ لحديث: "لا تقبل شهادة خائن ولا خائنة.. ولا ذي غمر على أخيه"¹⁸²¹. والعدوّ، بحسب (الخطيب الشّربيني)¹⁸²²، هو "من يبغضه المشهود عليه بحيث يتميّ زوال نعمته ويحزن بسروره ويفرح بمصيبته؛ لشهادة العرف بذلك"¹⁸²³، ويقول (الزّركشي) في هذا السّياق: "الأشبه في الضّابط تحكيم العرف، فما عدّه أهل العرف عدوّاً للمشهود عليه ردّت شهادته عليه، إذ لا ضابط له في الشرع ولا في اللّغة"¹⁸²⁴. والمراد بالعداوة هاهنا العداوة الدّنيوية الظّاهرة؛ لخباء الباطنة منها، كأن يشهد المقدوف على القاذف، والمقتول وليّه على القاتل، والمجروح على الجراح، والزّوج يشهد على امرأته بالزّنى، فلا تكون شهادته مقبولة لإقراره في نفسه بعداوته لها لإفسادها فراشه¹⁸²⁵.

الذين ردّوا شهادة الابن لأبيه والأخ لأخيه هم المتأخرون. قلعة جي (محمد)، موسوعة فقه عمر بن الخطّاب، ط4، بيروت، دار التفاس، 1989، ص520.

¹⁸¹⁹ ابن قدامة (موقف الدّين)، مصدر سابق، ص174.

¹⁸²⁰ وهو ما أخذ به المالكية والشّافعية والحنابلة، وهو ما روي عن ربيعة والثّوري وإسحاق. انظر في ذلك: الخرشبي، مصدر سابق، ج7، ص180، الخطيب الشّربيني، مصدر سابق، ج4، ص581، ابن قدامة (موقف الدّين)، المغني، مصدر سابق، ص174-175، ابن نجّار المخزومي (أبو المعالي مجلّي)، مرجع سابق، ص119.

¹⁸²¹ تقدّم تخرجه.

¹⁸²² هو العلامة الحافظ أبو بكر، أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهديّ البغداديّ. ولد في جمادى الآخرة سنة اثنتين وتسعين وثلاثمائة. كتب الكثير، صنّف وصحّح. كان من كبار الشّافعية، تفقّه على أبي الحسن بن المحاملي، والقاضي أبي الطّيب الطّبري. له ستّة وخمسون مصنّفًا، منها: التّاريخ، شرف أصحاب الحديث، الجامع، الكفاية، السّابق واللاحق، المتفق والمفترق، المكمل في المهمل، غنية المتّيسر في تمييز المتلبّس. انظر في ذلك: ابن عثمان الدّهلي (شمس الدّهلي)، مصدر سابق، ج18، ص270 وما بعدها، التّرجمة رقم: 137.

¹⁸²³ الخطيب الشّربيني، مصدر سابق، ص581.

¹⁸²⁴ المصدر نفسه، ص581.

¹⁸²⁵ ابن قدامة (موقف الدّين)، مصدر سابق، ص174-175.

(رابعاً) الضمانات المتعلقة بالعدد والجنس، ولقد رأى الفقهاء ضرورة للتفريق بين الوقائع محلّ الإثبات بحسب طبيعتها، وإعطاء اعتبار عملي لمسألتي الذكورة والأنوثة في الشهادة، إضافة إلى مسألة العدد، الأمر الذي تقوم معه ضمانات جوهرية تضمن لنا الوصول إلى حقيقة معتبرة شرعاً. وتفصيل ذلك كما يلي:

(أ) إذا كانت الواقعة محلّ الإثبات مالا أو آيلة إلى المال كالخلع¹⁸²⁶: فلا اعتبار إلاّ لشهادة رجلين عدلين أو شهادة رجل وامرأتين، وهي مسألة محلّ اتفاق بين الفقهاء مستندين في ذلك إلى آية المدائنة التي تتضمن الديون والسلم، ويقاس عليه المال وما يقصد به المال؛ لعموم البلوى بها¹⁸²⁷، فالذكورة في هذه ليست بشرط، والأنوثة ليست بممانعة بالإجماع¹⁸²⁸، (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء)¹⁸²⁹. إلاّ أنّ الوصية في تكييفها كانت محلّ اختلاف فقهي، فهناك من الفقهاء من اعتبرها من المال، وهناك من لم يعتبرها كذلك كالمالكية¹⁸³⁰ والشافعية¹⁸³¹، فإذا ما اعتبرت مالا فإنّها حينئذ تثبت بشاهد وامرأتين، أمّا إذا لم تعتبر مالا ولم تكيّف كذلك فلا يقبل في إثباتها إلاّ شهادة رجلين عدلين، وهي في الحقيقة ممّا لا يكون مالا عند المالكية. وكذلك وقع اختلاف مشابه في خصوص الوقف، فمنهم من قال هو كالأموال يثبت بالشاهدين، أو الشاهد والمرأتين، أو الشاهد واليمين، ومنهم من قال لا يقضى فيه إلاّ بشاهدين ذكرين¹⁸³². وقد يثبت هذا النوع من الوقائع بشاهد ويمين عند من يقول بمشروعية القضاء بالشاهد واليمين، وهذا ما ذهب إليه المالكية¹⁸³³ والشافعية¹⁸³⁴.

¹⁸²⁶ في جانب البديل كالبيع والإجارة والرهن والضمان، انظر الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ج1، ص168.

¹⁸²⁷ الدسوقي (محمد)، مصدر سابق، ج6، ص94، المرغيناني (برهان الدين)، البداية شرح بداية المبتدئ، ط2، القاهرة، دار السلام، 2006، ج3، ص1093، المرادوي (علاء الدين)، الفروع، مصدر سابق، ج6، ص505، الكلوداني (أوب الخطاب محفوظ)، الهداية في فروع الفقه الحنبلي، تحقيق اسماعيل (محمد حسن)، ط1، ج2، بيروت، دار الكتب العلمية، 2002، ص208، الحسيني الحصري (تقي الدين)، كفاية الأختيار في حلّ غاية الاختصار، ط1، ج2، بيروت، مؤسسة الرسالة، ص386.

¹⁸²⁸ الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج9، ص54.

¹⁸²⁹ سورة البقرة، آية 282.

¹⁸³⁰ الدسوقي (محمد)، مصدر سابق، ج6، ص94. والوصية المقصودة الوصية بغير مال، وهو ما ذهب إليه أشهب وعبد الملك فالوصية لها وصف التّكاح والرّجعة والطلاق والعتق والإسلام والرّدة، وكذا البلوغ والولاء والعدّة، وثبوت النسب والموت، فكلّ ذلك يثبت بشهادة رجلين ولا يثبت بشهادة رجل وامرأتين. ويمكن بناء على ذلك إسناد الوصية التي لا يكون محلّها إلاّ المال إلى الشاهد والمرأتين، كما ذهب إلى ذلك مالك وابن القاسم وابن وهب. انظر في هذه المسألة: ابن شاس، مصدر سابق، ج3، ص1043.

¹⁸³¹ الحسيني الحصري (تقي الدين)، مصدر سابق، ص387. أمّا الوقف عند الشافعية ففيه خلاف والصحيح أنّه يقبل فيه شهادة الرجل والمرأتين أو الرجل واليمين، ومعنى ذلك أنّه من زمرة ما هو مال أو ممّا يؤوّل إلى المال.

¹⁸³² ابن نجح المخزومي (مجلّي)، مصدر سابق، ص130.

¹⁸³³ الدسوقي (محمد)، مصدر سابق، ج6، ص94.

والحنابلة¹⁸³⁵، ومن الصحابة أبو بكر وعمر وعثمان وعلي، وهو ما قال به الفقهاء السبعة¹⁸³⁶ مؤسسين ما ذهبوا إليه على حديث ابن عباس: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين وشاهد"¹⁸³⁷ وعلى حديث جابر: "أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد"¹⁸³⁸. أضيف إلى ذلك أن (ابن الجوزي) ذكر في التحقيق عدد من روى هذا الحديث من الصحابة فزاد على عشرين صحابياً¹⁸³⁹. إلا أنه في كل موضع يقبل فيه القضاء بالشاهد واليمين لا يعتد بإسلام المدعي أو كفره، عدله أو فسقه، ذكوره أو أنوثته، كما جاء عن الإمام أحمد؛ لأن من شرعت في حقه اليمين، لا يختلف حكمه باختلاف هذه الأوصاف، كالمكر إذا لم تكن بيّنة¹⁸⁴⁰. مع ملاحظة أن هناك من الوقائع ما تعتبر مالا أو تقول إلى المال إلا أن بعض الفقهاء اشتروا في إثباتها شهادة الرجلين العدلين فأكثر، كمن ادعى الفقر من عرف غناه، فإنه لا يمكن قبول إثبات هذه الواقعة إلا بطريق ثلاثة شهود، وهذا منصوص الإمام أحمد كما قال الشيخ أبو محمد¹⁸⁴¹، لحديث قبيصة بن المخارق¹⁸⁴² قال: "تحملت حمالة فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أسأله فيها فقال: "أقم حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها" قال ثم قال يا قبيصة: "إن المسألة لا تحل 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 أو قال سدادا من عيش، ورجل أصابته فاقة حتى يقوم ثلاثة من ذوي الحجا من قومه، لقد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش أو قال سدادا من عيش، فما سواه من المسألة يا قبيصة سحتا يأكلها

¹⁸³⁴ الحسيني الحصري (تقي الدين)، مصدر سابق، ص386.

¹⁸³⁵ المرادوي (علاء الدين)، مصدر سابق، ج6، ص505، الكلوزاني (أبو الخطاب محفوظ)، مصدر سابق، ج2، ص208.

¹⁸³⁶ وهو رأي عمر بن عبد العزيز والحسن وشريح وإياس، وعبد الله بن عتبة، وأبي سلمة بن عبد الرحمن، ويحيى بن يعمر، وربيعه ومالك، وابن أبي ليلى، وأبي الزناد، والشافعي، إلا أن الشعبي والتحفي، وأصحاب الرأي والأوزاعي، يخالفوا ذلك، وقال محمد بن الحسن: "من قضى بالشاهد واليمين، نقضت حكمه". انظر في ذلك: ابن قدامة (موفق الدين)، مصدر سابق، ج14، ص130.

¹⁸³⁷ أخرجه مسلم في صحيحه، صحيح مسلم بشرح النووي، ج12، ط1، المطبعة المصرية بالأزهر، ص4.

¹⁸³⁸ أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب القضاء بالشاهد واليمين، مصدر سابق، ص352، وقد أخرجه أبو داود فيسننه، عن أبي هريرة، كتاب الأقضية، باب القضاء باليمين والشاهد، رقم الحديث: 3610، ص556. وقد صححه الألباني (محمد ناصر الدين)، صحيح سنن أبي داود، ج2، ط1، الرياض، مكتبة المعارف، 1998، ص400.

¹⁸³⁹ القنوجي (محمد)، مصدر سابق، ج2، ص556.

¹⁸⁴⁰ ابن قدامة (موفق الدين)، مصدر سابق، ج14، ص132.

¹⁸⁴¹ ابن قدامة (موفق الدين)، المصدر نفسه، ص128.

¹⁸⁴² صحابي، هو ابن عبد الله بن شداد بن أبي ربيعة بن نحيك بن هلال بن عامر بن صعصعة. روى عنه كنانة بن نعيم، وقطن بن قبيصة، وأبو عثمان النهدي. انظر: ابن مهران الأصبهاني (أحمد)، معرفة الصحابة، تحقيق عادل العزازي، ط1، الرياض، دار الوطن للنشر، 1998، ص2332، الترجمة رقم: 2457، وانظر كذلك: ابن قانع (عبد الباقي)، معجم الصحابة، ج2، مكتبة الغبراء الأثرية، ص341-342، الترجمة رقم: 877.

صاحبها سحتاً" ¹⁸⁴³. وقد قال ابن القيم بأنّه الصّواب الذي يتعيّن القول به؛ "فالإعسار من الأمور الخفيّة التي تقوى فيها التّهمة بإخفاء المال فروعياً فيها الزيادة في البيّنة بين مرتبة أعلى البيّنات ومرتبة أدنى البيّنات" ¹⁸⁴⁴، وقال (القاضي) من الخنابلة أنّ حديث قبيصة الذي اعتمده الإمام أحمد جاء في حلّ المسألة لا في الإعسار ولهذا فقد قال بكفاية شاهدين ولا تقبل فيه شهادة التّساء ¹⁸⁴⁵، وقد قال ابن القيم في هذا: "إذا كان في باب أخذ الزّكاة وحلّ المسألة يعتبر العدد المذكور، ففي باب دعوى الإعسار المسقط لأداء الديون ونفقة الأقارب والزّوجات أولى وأحرى لتعلّق حقّ العبد بماله، وفي باب المسألة وأخذ الصّدقة المقصود أن لا يأخذ ما لا يحلّ له فهناك اعتبرت البيّنة لئلاّ يمتنع عن أداء الواجب، وهنا لئلاّ يأخذ الحرم" ¹⁸⁴⁶. وكما في مسألة التّرشيد، فإنّ شهوده تجب فيهم الكثرة، فقد جاء في أحكام (ابن سهل) لا تجوز شهادة رجلين فقط في ترشيد السّفية، حتّى يكون ذلك فاشياً، ولا حرج في فشوّ ذلك شهادة التّساء كما يقول (أصبغ) ¹⁸⁴⁷ والبكر في ذلك لها وضع خاص ¹⁸⁴⁸، وأقلّ الشّهود على قول (ابن الماحشون) أربعة وكذلك في التّسفيه وفي الاسترعاءات، وأضف إلى ذلك أنّها لا تقبل بمجملة بل لا بدّ أن تكون

¹⁸⁴³ أخرجه مسلم في صحيحه بشرح النووي، كتاب الزّكاة، بال من تحلّ له المسألة. انظر: صحيح مسلم بشرح النووي، ج7، ط1، القاهرة، المطبعة المصرية بالأزهر، 1929، ص133-134. ووجه الدّلالة أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم علّق جواز المسألة للمعسر على شهادة ثلاثة من ذوي الحجى على حالته وهم الرجال العقلاء، وجاء في رواية التّسائي: (حتّى يشهد ثلاثة). والحديث ظاهر في المطلوب. وقد اعترض على الاستدلال بهذا الحديث أنّه قد عورض بنصوص صحيحة اكتفت بشهادة رجلين كسائر الشّهادات في جميع الأموال، كما أنّه يخالف عموم الآية الكريمة التي نصّت على شاهدين أو شاهد وامرأتين، ولا يمكن أن يلاحظ حكمة معيّنة أو علة ظاهرة لاستثناء الإعسار. ويحمل هذا الحديث على الاستحباب. وفي الحقيقة فإنّ الرّأي الرّاجح هو القول بعدم اشتراط ثلاثة رجال في إثبات الإعسار والاكْتفاء بشهادة رجلين لعموم الأدلّة في ذلك، وإمكان جمعها مع الحديث بمجملة على التّدب. انظر في ذلك: الزّحيلي (محمد)، مرجع سابق، ج1، ص160.

¹⁸⁴⁴ ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية، مصدر سابق، ص114.

¹⁸⁴⁵ ابن قدامة (موفق الدين)، المغني، ج14، ص128، الحصري (أحمد)، مرجع سابق، ج1، ص115. إلّا أنّ مسألة الوصية بمال تحكّمها روايتان: (الأولى) يقبل في الإيضاء بالمال رجل وامرأتان، ورجل ويمين، وهو الصحيح، و(الثانية) لا يقبل في ذلك إلّا رجلان، قال ابن أبي موسى: لا تثبت الوصية إلّا بشاهدين. انظر في ذلك: المرادوي (علاء الدين)، تصحيح الفروع بديل الفروع، مصدر سابق، ج6، ص506.

¹⁸⁴⁶ ابن القيم، الطرق الحكمية، مصدر سابق، ص181.

¹⁸⁴⁷ ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق، ج1، ص217.

¹⁸⁴⁸ وفي تفسير ابن مزين: قال عيسى في قول مالك: ليس للبكر جواز في مالها حتّى تدخل بيتها ويعرف الرّشد من مالها، وهو أن يشهد العدول من أهل الاختيار أنّها صحيحة العقل حسنة النّظر في مالها، مصلحة له، حابسته على نفسها، ولا يكون هذا بشهيدتين حتّى يشهد لها مألّ التّاس، ويعرف ذلك عنها ويشتهر، فإذا كان ذلك جاز أمرها وإن كانت حديثة السنّ، ولا ينظر بها سنة بعد البناء، ولا أحبّ للقاضي أن يدفع إليها ولا إلى المولى عليه مالهما، ولا يخرجهما من ولاية من ينظر لهما، حتّى يشهد عنده ما وصفناه من أمرهما جماعة من الرجال والنّساء، أو الرجال دون النّساء، ويكون أمرهما فاشياً ولا تقبل فيه شهادة التّساء دون الرجال، ولا يكتفى فيه برجلين حتّى يكون معهما سماع فاش يعرف به حسن حالهما، ورأيهما في أنفسهما، وإصلاحهما لمالهما. وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع مثله. انظر في ذلك: ابن فرحون (برهان الدين)، المصدر نفسه، ص217.

مفسرة¹⁸⁴⁹، وأن يكون الشهود من الأقارب والجيران ومن يرى أنهم يعلمون ذلك، وعلى هذا كان عمل القضاة بالمدينة، كما قال (مطرف)، وأخبره (أصبغ) بأن شهادة الأبعد تجوز في حالة عدم قيام الأقارب بها¹⁸⁵⁰، إلا أن (أصبغ) قال: "وإن عجز السفيه عن أكثر من شهيدين، لم أر أن يمنع من أخذ ماله"¹⁸⁵¹.

و يكون العدد مفيدا في الترحيح، بشرط أن يبلغ عدد الشهود حدّ التواتر في إحدى البيّنات فقط دون الأخرى؛ لأنّ اليقين يترجّح على الظن¹⁸⁵²، أو أن يكون عدد الشهود في كلا البيّتين أقلّ من حدّ التواتر وزاد العدد في إحداها عن الأخرى¹⁸⁵³. أما إذا بلغ عدد الشهود حدّ التواتر في البيّتين ويزيد عدد إحداها على الأخرى، فلا ترجّح الأولى بزيادة العدد باتّفاق، لأنّ كلاّ منهما يفيد العلم القطعي، فيتحقّق التعارض بينهما؛ لأنّهما بقوّة واحدة، والعدد لا يمكن أن يزيد العلم القطعي عن غيره، وهذه الصّورة لا يمكن وقوعها كما يقول علماء الأصول؛ لأنّها تؤدّي إلى التنافي¹⁸⁵⁴.

(ب) إذا كانت الواقعة محلّ الإثبات ليست مالا وغير آيلة للمال، كأحكام الأبدان وغيرها من النكاح والطلاق والزّجعة والعدّة والوصيّة والنسب والوقف و الوكالة، وهذه الحالة كانت محلّ خلاف بين الفقهاء، فمنهم من ذهب إلى أنّ هذه المسائل إنّما تثبت بشهادة رجلين عدلين فقط¹⁸⁵⁵، إلاّ إذا كان الزّوجان، على سبيل المثال، متفقين على النكاح ومختلفين على الصّدق، فيثبت هذا الأخير بالشاهد والمرأتين؛ باعتباره إثبات مال¹⁸⁵⁶، أو ادّعت أنّها زوجة فلان الميّت وطلبت الإرث، ففي منظور (الرّافعي)

1849 ابن فرحون (برهان الدين)، المصدر نفسه، ص217.

1850 ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق، ص217.

1851 ابن فرحون (برهان الدين)، المصدر نفسه، ص217 و ما بعدها.

1852 الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ج2، ص811.

1853 وفي الحقيقة فإنّ هذه المسألة خلافية، بحيث ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية في المشهور عندهما والزيدية والإباضية في قول إلى أنّ البيّنة لا ترجّح بزيادة العدد، فإن كانت بيّنة الأول شاهدين، وبيّنة الثاني أربعة، فتكون الشهادتان متعارضتين ولا ترجّح إحداها على الأخرى؛ لأنّ الشارح الحكيم حدّد نصاب الشّهادة الموجب للحكم، فشهادة الإثنين علّة كاملة موجبة للحكم، وكذلك الأكثر من الإثنين، فالكثرة لا تصلح للترجّح. أمّا بعض المالكية والإمامية والإباضية والشافعية في قول والحنابلة في قول والحنفية في قول ذهبوا إلى أنّ البيّنة ترجّح بزيادة العدد وكثرة الشّهود، وهو مروى عن عطاء والحسن وعلي بن أبي طالب. انظر: الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ص811.

1854 الزحيلي (محمد)، المرجع نفسه، ص812.

1855 وهم المالكية والشافعية والحنابلة، وهو ما روي عن الزهري والنخعي وأهل المدينة وسعيد بن المسيب والحسن وربيعة وقتادة والأوزاعي وعمر بن عبد العزيز. انظر في ذلك: الدسوقي (محمد)، مصدر سابق، ج6، ص94، ابن شاس، مصدر سابق، ص1043، الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ج5، ص452، الحسيني الحصري (تقي الدّين)، مصدر سابق، ص387، ابن مفلح (شمس الدين)، مصدر سابق، ج6، ص505، الكلوداني (أبو الخطاب محفوظ)، مصدر سابق، ص208. والتكاح والزّجعة لا يقبل فيهما عند الحنابلة الشّاهد واليمين، انظر في ذلك: الكلوداني (أبو الخطاب محفوظ)، مصدر سابق، ص208. ولمزيد من التفصيل انظر: الزحيلي (محمد)، المرجع نفسه، ص812 وما بعدها.

1856 الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ج3، ص452.

يثبت ذلك بشهادة رجل وامرأتين أو بشاهد وبمين¹⁸⁵⁷. وكذلك إن ادّعت المرأة الخلع وأنكره الزوج، لم يثبت ذلك إلاّ بشهادة رجلين؛ لأنّ بينة المرأة لإثبات الطلاق، وإن ادّعى الزوج الخلع وأنكرته المرأة، ثبت ذلك بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين؛ لأنّ بينة الرجل لإثبات المال¹⁸⁵⁸. ومنهم من ذهب إلى أنّها تثبت بشهادة رجلين عدلين وشهادة رجل وامرأتين على الخيار¹⁸⁵⁹، فعن عطاء بن أبي رباح أنّ عمر بن الخطاب أجاز شهادة رجل واحد مع نساء في نكاح¹⁸⁶⁰، ولم ينقل نكران ذلك من أحد من الصحابة رضوان الله تعالى عنه، فكان ذلك إجماعاً منهم على جواز ذلك¹⁸⁶¹.

(ج) إذا كانت الواقعة محلّ الإثبات ممّا لا يطلع عليه الرجال في العادة أو الغالب أو كانت من اختصاص النساء غالباً، كالولادة والبكارة، والرّضاع والاستهلال والحيض والعيوب التي تخفى على الرجال، فتثبت بشهادة النساء منفردات باتّفاق الفقهاء¹⁸⁶²، للضرورة، فإذا لم تقبل بطلت الأحكام عند التّجاهد¹⁸⁶³، إضافة إلى الطرائق التي سبقت. إلاّ أنّ الفقهاء قد اختلفوا في نصاب الشّهادة، وبيان ذلك أنّ الأحناف أخذوا بقبول شهادة امرأة واحدة¹⁸⁶⁴، وإذا كان نظر الرجال إلى موضع الولادة غير ممتنع ولا متعذر إلاّ أنّ نظر الجنس إلى الجنس أخفّ، وإن أمكن تحصيل المقصود بشهادة النساء يسقط اعتبار الذّكورة، وهذا المعنى موجود في العدد، فنظر الواحدة أخفّ من نظر الجماعة فيسقط اعتبار العدد بالمعنى الذي سقط به اعتبار الذّكورة¹⁸⁶⁵، إلاّ "أنّ المثني والثلاث أحوط لما فيه من معنى الإلزام"¹⁸⁶⁶، والقول بخبريّة كلام النساء في الأمور التي لا يطلع عليها الرجال في الغالب دون اعتبارها شهادة مخالفة صريحة للواقع¹⁸⁶⁷. وعموماً لا يمنع الحنفية من إثبات الولادة والبكارة وعيوب النساء بشهادة رجل واحد عدل،

¹⁸⁵⁷ ابن غازي لغزّي (عمسي)، مصدر سابق، ص 195.

¹⁸⁵⁸ الشيرازي (أبو إسحاق)، المصدر نفسه، ص 452.

¹⁸⁵⁹ وهم الحنفية والحنابلة في رواية. انظر في ذلك: الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج 9، ص 55، المرغيناني (برهان الدين)، مصدر سابق، ج 3، ص 1093، ابن مفلح (شمس الدين)، مصدر سابق، ج 6، ص 505.

¹⁸⁶⁰ أخرجه عبد الرزاق في مصنّفه من طريق الحجّاج بن أرطأة، مصدر سابق، ج 8، كتاب الشّهادات، باب هل تجوز شهادة النساء مع الرجال في الحدود وغيره، الحديث رقم: 15416. ص 331.

¹⁸⁶¹ الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج 9، ص 55.

¹⁸⁶² ابن شاس، مصدر سابق، ص 1043-1044، الدسوقي (محمد)، مصدر سابق، ج 6، ص 96 وما بعدها، المرغيناني (برهان الدين)، مصدر سابق، ج 3، ص 1094، الحسيني الحصري (تقي الدين)، مصدر سابق، ج 2، ص 388، الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ج 3، ص 453-454، ابن قدامة (موفق الدين)، مصدر سابق، ج 14، ص 134.

¹⁸⁶³ الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ج 3، ص 454.

¹⁸⁶⁴ المرغيناني (برهان الدين)، مصدر سابق، ج 3، ص 1094،

¹⁸⁶⁵ المرغيناني (برهان الدين)، مصدر سابق، ج 3، ص 1094، وانظر كذلك: الحصري، مرجع سابق، ج 1، ص 111-112.

¹⁸⁶⁶ المرغيناني (برهان الدين)، مصدر سابق، ج 3، ص 1094، الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج 9، ص 49.

¹⁸⁶⁷ الحصري، المرجع نفسه، ج 1، ص 111.

والصحيح أنه لا يشترط العدد؛ لأنّ شهادة الرجل أقوى من شهادة المرأة، وهو أولى، فقد ورد في البدائع قبول شهادة رجل واحد على الولادة؛ "لأنّ ما قبل شهادة امرأة واحدة فشهادة رجل واحد أولى" 1868 .

(إعادة الصياغة) وقد استثنى أبو حنيفة من شهادة المرأة مسألة استهلال الصبي في ما تعلق بحق الإرث؛ بحيث لا تجوز في نظره شهادة المرأة وحدها في ذلك، على أساس أنّ الاستهلال هو صوت للصبي عند الولادة وهو ممّا يطلع عليه الرجال باعتباره مسموعاً، وإذا كانت شهادة النساء في الاستهلال غير معتبرة حجة في حقّ الإرث، فهي حجة في حقّ الصلاة على المولود فتقبل شهادة النساء فيه؛ لأنّ الصلاة من أمور الدين 1869، كشهادتهنّ على هلال رمضان، على خلاف ما تعلق بالولادة باعتبارها انفصالا للولد عن أمّه فلا يطلع عليها الرجال وكذلك لا تقبل شهادتهنّ عنده منفردات على الرضاع؛ على أساس أنّه يجوز الاطلاع من قبل محارم المرأة من الرجال كالنكاح 1870. أمّا عند الصّاحبين فتقبل في حقّ الإرث كذلك؛ باعتباره صوتاً عند الولادة، وفي العادة لا يحضرها الرجال، فأصبحت شهادتهنّ على الاستهلال كشهادتهنّ على الولادة نفسها 1871، وأخذ الشافعية على المشهور 1872 والحنابلة 1873 بقولهما وهو الأرجح 1874. أمّا ما ذهب إليه المالكية فقد كان مخالفاً لما ذهب إليه الأحناف، وبيان ذلك أنّهم اشترطوا شهادة امرأتين في الولادة وغيوب النساء والحيض في الأمة؛ لأنّ الحرّة مصدّقة 1875. كما اشترط ذلك أيضاً (ابن شاس) في الشهادة على الرضاع قائلاً: "أمّا ما لا يظهر للرجال كالولادة وغيوب النساء والرضاع، فإنّه إنّما يشترط فيه العدد فحسب، ويقوم النساء فيه مقام الرجال، فيثبت بامرأتين، وكذلك الاستهلال والحيض" 1876. وهو ذات ما ذهب إليه (ابن أبي ليلي) من الحنفية حيث يقول أنّ المعتر في الشّهادات أمران العدد والذكورة، وقد تعدّ أحدهما وهو الذكورة، ولم يتعدّد العدد فيبقى معتبراً 1877. وأضاف (البرزلي) في مسائل النكاح من نوازل ابن الحاج البلوغ؛ بحيث إذا ادّعت عمّة صبيّة أنّ ابنة أخيها تزوّجت قبل البلوغ، وادّعى وليّها بأنّه زوّجها بعد البلوغ، فيحلّ الإشكال بالتّظنّ إلى الصبيّة من قبل اثنتين من النساء، فإن شهدتا أنّ بها أثر

1868 الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج 9، ص 50، وانظر كذلك لمزيد من التفصيل: الحصري (أحمد)، مصدر سابق، ج 1، ص 96-97.

1869 المرغيناني (برهان الدين)، مصدر سابق، ج 3، ص 1094.

1870 الحصري، مرجع سابق، ص 116.

1871 المرغيناني (برهان الدين)، المصدر نفسه، ص 1094،

1872 الحسيني الحصري (تقي الدين)، مصدر سابق، ج 2، ص 388.

1873 ابن مفلح (شمس الدين)، مصدر سابق، ج 6، ص 510.

1874 الحصري (أحمد)، المرجع نفسه، ص 98.

1875 الدسوقي (محمد)، مصدر سابق، ج 6، ص 96-97.

1876 ابن شاس، مصدر سابق، ص 1043-1044.

1877 الحصري (أحمد)، مرجع سابق، ج 1، ص 112.

البلوغ مضى نكاحها وزاد غيره وأنها أنبت¹⁸⁷⁸، وكذلك إذا وقع عقد على يتيمة مهملة وشهد شهود على رضاها واعترافها بالبلوغ فلما دخلت أنكرت الزواج وادّعت أنها غير بالغ وأنه لم يمّسها فصدقها على عدم المسيس، ورفع أمرها إلى القاضي، فينظرها القوابل، فإذا وجدن تحقق عدم البلوغ حكم بفسخ نكاحها بطلاق؛ لعدم استيفاء شرائط تزويج اليتيمة قبل البلوغ، وبعدم لزوم الصّدق؛ لأنّهما مغلوبان على الفسخ¹⁸⁷⁹. وقد قال (ابن فرحون): "القضاء بقول امرأتين بانفادهما وذلك فيما لا يطلع عليه إلاّ النساء كالولادة والبكارة والثبوتة والحيض والحمل والسقط، والاستهلال والرّضاع وإرخاء السّتور وعيوب الحرائر والإماء، وفي كلّ ما تحت ثيابهنّ"¹⁸⁸⁰.

وذهب الشافعية إلى اشتراط العدد في إثبات كلّ ما سبق؛ باعتبارها شهادة فاعتبر فيها العدد، فلا يقبل أقلّ من أربع نسوة، لأنّ أقلّ الشّهادات رجلان وشهادة امرأتين بشهادة رجل الأمور التي لا يراها الرجال في العادة، وتكون بطبيعتها من اختصاص النساء من حيث المعرفة بها، كمسائل البكارة والثبوتة والقرن والترّق والحيض والرّضاع وعيوب النساء إذا كان العيب تحت الثياب واستهلال الولد تقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، أو أربع نسوة منفردات¹⁸⁸¹، على أساس أنّ حال الرجال أقوى من حال النساء في الشّهادة، وإذا كان غير جائز إثبات ما يطلع عليه الرجال بشهادة رجل واحد بمعنى الإلزام، فالأولى أن لا يجوز إثباته بشهادة امرأة واحدة، فكلّ امرأتين في مقام رجل واحد في الشّهادة، وبناء على ذلك فإنّ شهادة أربع نسوة تقوم مقام شهادة رجلين فيما يطلع عليه الرجال¹⁸⁸². ونقل (الماوردي) الإجماع على أنّ عيوب النساء في الوجه والكفّين لا يقبل فيها إلاّ شهادة الرجال دون فصل بين الحرّة والأمة كما فعل (القفال)، وبه صرح القاضي (حسين) فيهما، مع اشتراط المعرفة بالطّب في الشّاهد بالعيوب كما حكاه (الرافعي) في التّهذيب¹⁸⁸³.

فيظهر ممّا سبق، أنّ اختلاف الفقهاء في تحديد معنى: (ما لا يطلع عليه الرجال) مبني على اختلافهم في علّة جواز شهادة النساء، وينعكس ذلك على تحديد نطاق شهادة النساء منفردات، وقسموا حالات الشّهادة في أبدان النساء بحسب جواز النّظر إليها، فيكون لدينا ثلاثة أقسام: (القسم الأول) اتفق الفقهاء على جواز شهادة النساء فيه منفردات، مع ملاحظة أنّه لا يمنع قبول شهادة الرجال. ويشمل كلّ ما لا

¹⁸⁷⁸ الخطاب، مصدر سابق، ج6، ص635.

¹⁸⁷⁹ وسئل السيوري عن البكر اليتيمة تدّعي بلوغها وهي تريد التّكاح، أيقبل قولها أو تكشف؟ فأجاب: يقبل قولها. انظر في ذلك:

الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج6، ص635.

¹⁸⁸⁰ ابن فرحون، مصدر سابق، ج1، ص293؟؟؟.

¹⁸⁸¹ الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ج3، ص454.

¹⁸⁸² الحصري (أحمد)، المرجع نفسه، ص111.

¹⁸⁸³ المرجع نفسه، ص110.

يجوز للرجال النظر إليه مطلقاً، سواء أكانوا محارم أم أجنب، وهو ما بين السرة والركبة، كعيوب الفرج والبركة والولادة، و(القسم الثاني) اتفق الفقهاء على عدم جواز انفراد شهادة النساء فيه، فيقبل شهادة الرجال فقط أو الرجال مع النساء، ويشمل ما يجوز للرجال النظر إليه مطلقاً سواء أكانوا محارم أم أجنب، وهو الوجه والكفان، أما (القسم الثالث) ويشمل ما يجوز للمحرم النظر إليه، ولا يجوز للأجنبي ذلك، وهو ما فوق السرة وتحت الركبة، كالصدر والرأس والظهر والرجلين، ومن ضمن هذا القسم: الرضاع والاستهلال، وهذا القسم مختلف فيه بين الفقهاء، هل يدخل في مضامين القسم الأول أم في مضامين القسم الثاني. فالرضاع ذهب المالكية¹⁸⁸⁴ والشافعية¹⁸⁸⁵ والحنابلة¹⁸⁸⁶ إلى إقرار جواز شهادة النساء منفردات فيه؛ على أساس العسر الملحوظ في اطلاع الرجال عليه في الغالب، ولهذا كان مما يختص بمعرفة النساء. إلا أن الحنفية ذهبوا إلى تقرير عدم الجواز؛ على أساس: (أ) اليسر الملحوظ في إمكان اطلاع الرجال المحارم عليه، وعدم الحاجة لانفراد النساء في الشهادة عليه، (ب) أن في إثباته زوال ملك النكاح، وإبطال الملك لا يثبت إلا بشهادة الرجال، وبذلك يثبت بما يثبت به المال، أي بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين¹⁸⁸⁷، وهو الرأي المرجوح¹⁸⁸⁸. أما الاستهلال، فشهادة النساء عليه عند أبي حنيفة غير جائزة في حق الإرث؛ لأنه مما يطّلع عليه الرجال، أما في حق الصلاة فتقبل؛ لأنها من أمور الدين، أما عند الصحابيين فتقبل في حق الإرث كذلك؛ باعتباره صوتاً عند الولادة، وفي العادة لا يحضرها الرجال، فأصبحت شهادتهم على الاستهلال كشهادتهم على الولادة نفسها¹⁸⁸⁹. أما المالكية فقد أجازوا كلية شهادة النساء في الاستهلال وكذا ذكوريته أو أنوثته ويترتب على ذلك الإرث أو عدمه¹⁸⁹⁰، وكذلك الشافعية على المشهور¹⁸⁹¹.

1884 ابن فرحون (برهان الدن)، مصدر سابق، ج 1، ص 250.

1885 الحسيني الحصري (تقي الدين)، مصدر سابق، ج 2، ص 388.

1886 ابن مفلح (شمس الدين)، مصدر سابق، ج 6، ص 510.

1887 الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ج 1، ص 226-227.

1888 المرجع نفسه، ص 226-227.

1889 المرغيناني (برهان الدين)، مصدر سابق، ج 3، ص 1094.

1890 الدسوقي (محمد)، مصدر سابق، ج 6، ص 97.

1891 الحسيني الحصري (تقي الدين)، مصدر سابق، ج 2، ص 388.

المطلب الثاني: دلالة الأدلة القولية الأخرى على الحقيقة

إضافة إلى الشهادة كدليل من الأدلة القولية، نجد طرقاً أخرى نتخذها للوصول إلى الحقيقة تختلف من حيث القوة والضعف. سوف ندرسها تباعاً ابتداءً من الإقرار في (الفرع الأول)، ثم اليمين بأنواعها المختلفة في (الفرع الثاني)، وأخيراً قول الخبير في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: دلالة الإقرار على الحقيقة

يعرّف الإقرار بأنه: "إظهار مكلف مختار ما عليه، لفظاً أو كتابة، أو إشارة أحرص، أو على موكله أو موّليه أو موروثه بما يمكن صدقه"¹⁸⁹²، فهو بذلك إخبار على وجه ينفي عنه التهمة والرّيبة، فالعاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضرّ بها، ولهذا كان أكد من الشهادة¹⁸⁹³، إلا أنّ حجته قاصرة إلا ما استثني من ذلك عند الفقهاء¹⁸⁹⁴. فهو بذلك خبر كالدّعوى والشهادة، فإن كان الخبر مقصوداً على قائله يكون إقراراً، وإن لم يكن كذلك، فإمّا أن يكون للمخبر فيه نفع فيكون الخبر دعوى، أو لا يكون له فيه نفع فيكون الخبر شهادة¹⁸⁹⁵. والقصد فيه غير مشروط لقيامه، فقد يقرّ المدعى عليه بوقائع لم يكن معترفاً بها في مرحلة الدّفاع عن حقه، أو في مرحلة التّحقيق الذي أجراه القاضي، دون أدنى شعور منه، ويكون إقراراً صادراً عن اختيار لا عن إجبار¹⁸⁹⁶. و يظهر واضحاً أنّ الإقرار ليس بإنشاء عند الجمهور¹⁸⁹⁷، وذهب بعض الحنفية إلى أنّه إنشاء، وآخرون منهم إلى أنّه إنشاء من وجه، وإخبار من وجه¹⁸⁹⁸. والإنكار ضدّ

¹⁸⁹² الحجاوي (شرف الدين)، الإقناع لطالب الانتفاع، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج4، ط3، الرياض، دار الملك عبد العزيز، 2002، ص537.

¹⁸⁹³ ابن قدامة (موفق الدين)، المغني، مصدر سابق، ج7، ص262.

¹⁸⁹⁴ إقرار الأب على ابنته البكر البالغة بقبض مهرها من زوجها، فيكون ذلك حجّة عليها تبرأ بها ذمّة الرّوج، وكذلك إقرار اثنين من الورثة بولد للمتوفّى، ففي هذه الحالة يثبت نسبه في حقّ غيرهم من الورثة، وفي حقّ التّاس كافة، دون حاجته للقضاء لإثبات نسبه، وكذلك إذا ادّعى شخص عينا على آخر وأراد تحليفه الطّرف الآخر فأقرّ به لابنه الصّغير، تندفع عليه اليمين بذلك. انظر في ذلك: الحري (إبراهيم)، القواعد والضوابط الفقهيّة لنظام القضاء في الإسلام، ط1، عمان (الأردن)، دار عمار، 1999، ص96.

¹⁸⁹⁵ الدردير (أبو البركات)، الشرح الصّغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، مصدر سابق، ج3، ص525. في الحاشية.

¹⁸⁹⁶ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص473.

¹⁸⁹⁷ الحجاوي (شرف الدين)، مصدر سابق، ج4، ص537.

¹⁸⁹⁸ الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج10، ص190، وص193.

كما يمكن أن يكون صادرا في ورقة مكتوبة، ويكون الإقرار في هذه الحالة هو الطريق لإثبات الدّعى ذاتها، بعد ثبوت قيامه بهذه الورقة، ولا اعتبار له من حيث الأثر إلاّ بأن يستشهد عليه المقرّ شهودا وإلاّ لما كان كتابه صالحا للإثبات، وهو الظاهر في الفقه الإسلامي¹⁹⁰⁵. ويعامل بعد ذلك وفق الصّورة التي قامت به، من حيث قوّته، ومن حيث صدوره من المقرّ، ومن حيث صحّته، مع بيان الاختلافات الموجودة بين الورقة العرفية والورقة الرسمية، كما بيّنا ذلك في دلالة الكتابة على الحقيقة.

كما قد يكون الإقرار قضائيا، فلا يجوز الرجوع فيه ويلزم المرء بإقراره، إذا كان في حقوق العباد¹⁹⁰⁶، أمّا في مسألة جواز تجزئته فيختلف الأمر باختلاف أقسامه، فهو من حيث تركيبته الشكلية، قد يكون بسيطا وهو الاعتراف الذي يقتصر فيه المدّعى عليه على تصديق المدّعي في جميع ما ادّعاه نحوه¹⁹⁰⁷، دون تعديل ودون ادّعاء بواقعة أخرى تناقضها وتتميّز عنها، كأن يدّعي قرضا فأقرّ به، أو ادّعى قرضا وأجلا فأقرّ بهما، أو ادّعى وديعة بأوصاف معيّنة نوعا وصفة وجودة فأقرّ بها كما هي، فلا تكون له بذلك القابليّة للتجزئة¹⁹⁰⁸. كما قد يكون مركّبا كما إذا أقرّ الخصم بدّعى خصمه، إلاّ أنّه أثار من خلال إقراره واقعة جانبية مختلفة عن الواقعة المقرّ بها والتي من شأنها أن تجعل الإقرار السابق بلا معنى¹⁹⁰⁹. فهو الإقرار بالواقعة الأصلية ثمّ قرنها أو ربطها بواقعة أخرى منفصلة عنها، كأن يقرّ بدين مدّعي مع ذلك سداده أو المقاصّة فيه أو الإبراء منه¹⁹¹⁰. وقد كان الإقرار المركّب على خلاف الإقرار البسيط محلّ خلاف فقهي وقانوني بشأن تجزئته. فعلى مستوى الفقه ذهب الأحناف¹⁹¹¹ والشافعية في الرّاجح¹⁹¹² والمالكية في المشهور¹⁹¹³ وأيدهم فقهاء الحنابلة¹⁹¹⁴ إلى جواز تجزئة الإقرار المركّب على المقرّ، فالمقرّ عندهم تكلم

فتراعى فيه أحكام الإقرارات غير القضائيّة. وتختلف الصّورة في حالة ما إذا كنّا أمام تجديد للإقرار في مجلس القضاء، بحيث تكون الواقعة التي انصبّ عليها كلا الإقرارين واحدة فيؤخذ بالإقرار القضائي دون غيره كطريق لإثبات الدّعى ذاتها لا لمجرّد إثبات الإقرار غير القضائي. انظر لمزيد من التفصيل: السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص477.

¹⁹⁰⁵ ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مصدر سابق، ص222-223، وانظر كذلك: السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص477.

¹⁹⁰⁶ داود (أحمد)، أصول المحاكمات الشرعية، مرجع سابق، ج1، ص295

¹⁹⁰⁷ بكوش (بجي)، مرجع سابق، ص280.

¹⁹⁰⁸ الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ج1، ص260-261.

¹⁹⁰⁹ بكوش (بجي)، المرجع نفسه، ص282.

¹⁹¹⁰ الزحيلي (محمد)، المرجع نفسه، ص261.

¹⁹¹¹ الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج10، ص194.

¹⁹¹² الماوردي (أبو الحسن علي)، الحاوي الكبير، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، ج7، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1994، ص44.

¹⁹¹³ الدردير (أبو البركات أحمد)، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، مصدر سابق، ج3، ص529-530.

¹⁹¹⁴ ابن النجار (محمد)، معونة أولي النهى شرح المنتهى، تحقيق عبد الملك دهيش، ج11، ط5، مكّة المكرمة، مكتبة الأسد، 2008، ص538.

بواقعتين، الأولى منهما إقرار والثانية ادعاء، فيلزم المقر الحق المقر به، ويكون عليه واجبا إثبات الزيادة في إقراره، فيكون مقرّا في الأول، ومدّع في الدّفع والقضاء والإبراء، وهو ما جاء في قول أبي الخطاب: (يكون مقرّا مدّعيا للقضاء)¹⁹¹⁵، وعلى هذا الأساس يجزأ الإقرار عليه، والسبب في التجزئة عندهم هو الاهتمام في التفريق بين الإقرار والدّعى، وفي حقيقة الأمر لا تعدّ هذه المسألة تجزئة وإنما هي مجرد تفرقة بين إقرار وادعاء متضمّنة في عبارة واحدة. أمّا الظاهرية¹⁹¹⁶ وبعض الحنابلة¹⁹¹⁷ فقد ذهبوا إلى أنّ الإقرار جملة واحدة يقبل كله أو يردّ كله. ويذهب (محمد الزحيلي) إلى ترجيح اتجاه عدم تجزؤ الإقرار سواء كان مركبا أو موصوفا؛ لأنّ الإقرار حجة الدّعى الوحيدة، ولا يصحّ أن يجزأ كلام المقرّ بحيث يؤخذ منه ما يضره ويترك ما ينفعه¹⁹¹⁸. إلا أنّ رأي الذين قالوا بالتجزؤ أرجح في نظري لأنّه مبني على المنطق، لأنّ الإقرار بما كان متطابقا مع الادعاء فيكيّف على أنّه إقرار، أمّا ما زاد فيكون ادعاء، فينقلب بذلك عبء الإثبات. أمّا على مستوى الفكر القانوني فقد وقع خلاف شديد بشأن المسألة ذاتها، ولكنّ الرّأي الذي استقرّ عليه القضاء هو التّمييز بين فرضين: (أ) إذا كانت الواقعة الملحقة بالإقرار الأصلي ترتبط ارتباطا وثيقا بالواقعة الأصليّة وكانت نتيجة طبيعيّة لها، فإنّ الإقرار في هذه الحالة لا يتجزأ، (ب) إذا كانت الواقعة الملحقة بالإقرار الأصلي غير مرتبطة بالواقعة الأولى، وكانت عبارة عن أثر حادث أو عارض لها، فإنّ الإقرار في هذه الحالة يكون قابلا للتجزئة، وفي هذا المعنى جاء نصّ المادة (342) من القانون المدني¹⁹¹⁹. والرّاجح، كما يقول (مرقس)، رأي القائلين بالتجزئة؛ لأنّه يسمح للمدّعي أن يأخذ من الإقرار اعتراف المدّعى عليه بالدين المدّعى، وأن يطرح ما يتعلّق منه بالتّحديد والمقاصّة. ومسألة تجزئة الإقرار أو عدم تجزئته تعتبر من مسائل القانون، يخضع فيها قضاة الموضوع إلى رقابة المحكمة العليا، فإذا جرّأت محكمة الموضوع إقرارا لا يصحّ تجزئته، أو رفضت تجزئة آخر يصحّ تجزئته، يكون حكمها بعدها حكما قاصرا غير سليم، يتعيّن رفضه ونقضه¹⁹²⁰.

أمّا الإقرار من حيث الصّيغة، قد يكون صريحا، ويكون تقريرا يصدر من المقرّ بوقائع يعترف بصحّتها، فقد يكون مكتوبا دون أن يكون للكتابة شكل خاصّ، كما قد يكون شفويا، وفي هذه الحالة إذا كان

¹⁹¹⁵ ابن النجار (محمد)، المصدر نفسه، ج 11، ص 538.

¹⁹¹⁶ ابن حزم (أبو محمد)، مصدر سابق، ج 8، ص 256.

¹⁹¹⁷ ابن النجار (محمد)، المصدر نفسه، ج 11، ص 538.

¹⁹¹⁸ الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ج 1، ص 263.

¹⁹¹⁹ بكوش (يحيى)، مرجع سابق، ص 283. وقد نصّت المادة (342) على أنّ: (...ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع

متعدّدة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى).

¹⁹²⁰ بكوش (يحيى)، المرجع نفسه، ص 287.

خارج مجلس القضاء يكون محلاً للاستشهاد على صدوره بشهود، فيما يمكن سماع الشَّهادة فيه، أمّا إذا كان في مجلس القضاء فيكون إقراراً قضائياً سهل التَّبَتُّ منه ومن مضمونه كما قد يكون ضمناً. ويشترط في الإقرار حتى يكون فعالاً ومنتجاً في مجال الحقيقة القضائية شروطاً، قد تختص بالأشخاص، وقد تختص بالمحل، وقد تختص بالصيغة:

(أولاً) فأما التي تكون مختصة بالأشخاص فيمكن إجمالها في العناصر الآتية:

(أ) أن يكون المقرّ مكلفاً مختاراً غير محجور عليه¹⁹²¹، فلا يكون صحيحاً إقرار المجنون والصبي إلا أن يكون صبياً مميّزاً مآذوناً له في التصرف للضرورة، فيكون ملحقاً بالبالغ كأثر للإذن، فقد قال نبينا صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل"¹⁹²²، ولا يقبل إقرار السفه في الأموال باتفاق الفقهاء ولا يقبل إقراره بالتكاح عند الشافعية¹⁹²³ ويقبل إقراره في الطلاق والحد والقصاص، كما لا يقبل إقرار المكره بالمال أو بالطلاق أو بغيرهما، مصداقاً لقول نبينا صلى الله عليه وسلم: "إنّ الله تجاوز عن أمّتي الخطأ والتسيان وما استكرهوا عليه"¹⁹²⁴. وإن أقرّ صبي غير مأذون في التجارة، ثمّ اختلف هو والمقرّ له في بلوغه قبل إقراره، فقول المقرّ في عدم بلوغه هو المعتر؛ لأنّه الأصل، دون الحلف على ذلك، إلا أن تقوم بينة على بلوغه¹⁹²⁵. وإذا أقرّ الصبي البلوغ والاحتلام أو الصبيّة البلوغ بالحيض، مع الإمكان له، بأن كان في سنّ يمتثل البلوغ، صدق في ذلك دون حلف؛ لأنّه لا يعرف إلاّ من جهته، أمّا إن ادّعاها بالسنن، بأن قال

¹⁹²¹ المرغيناني (برهان الدين)، مصدر سابق (طبعة دار السلام)، ج3، ص1191، الخطيب الشربيني (شمس الدين)، مصدر سابق، ج2، ص308، الرملي (شهاب الدين)، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج5، ص66، ابن قدامة (موفق الدين)، الكافي، تحقيق التركي (عبد الله)، ج6، ط1، إمباية (مصر)، هجر، 1997، ص256.

¹⁹²² أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدّاً، الحديث رقم: 4403، وهذه رواية الإمام عليّ. وقد روته عائشة بلفظ مختلف. وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، عن عائشة بلفظ: (رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل، أو يفيق)، قال أبو بكر في حديثه: (وعن المبتلى حتى يبرأ)، الحديث رقم: 2041، وكذلك أخرجه عن عليّ بلفظ: (رفع القلم عن الصغير وعن المجنون وعن النائم)، الحديث رقم: 2042. وهو صحيح، انظر في ذلك: الألباني (محمد)، صحيح سنن أبي داود، ج3، ط1 للطبعة الجديدة، الرياض، مكتبة المعارف، 1998، ص56، وله: صحيح سنن ابن ماجه، ج2، ط1 للطبعة الجديدة، الرياض، مكتبة المعارف، 1997، ص177-178.

¹⁹²³ الخطيب الشربيني (شمس الدين)، مصدر سابق، ج2، ص196.

¹⁹²⁴ أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والتاسي، برواية أبي ذر الغفاري، الحديث رقم: 2043، ص303. وهو حديث صحيح بإضافة: (لي) بعد كلمة (تجاوز). وقد أخرجه بلفظ آخر رواية عن أبي هريرة: (إنّ الله تجاوز لأمتي عمّا توسوس به صدورهما، ما لم تعمل به أو تتكلّم به، وما استكرهوا عليه). كما أخرجه رواية عن ابن عباس بلفظ: (إنّ الله وضع عن أمتي الخطأ والتسيان وما استكرهوا عليه). وهي كلّها أحاديث صحيحة، انظر: الألباني، صحيح سنن ابن ماجه، مرجع سابق، ج2، ص178.

¹⁹²⁵ ابن قدامة (موفق الدين)، الكافي، المصدر نفسه، ص256، وانظر كذلك له: المغني، مصدر سابق، ج7، ص263.

استكملت خمس عشرة سنة، طولب بيّنة عليه لإمكانها¹⁹²⁶. أمّا إذا أقرّ شخص ما في الحالة المعتبرة شرعا على نفسه وعلى غيره، لزمه الإقرار على نفسه، ولم يلزمه إقرار على غيره، ولا يكون إلاّ شاهدا فيه، فلا يقبل إقرار الوصيّ على محجوره، ولا إقرار الأب على ولده الصّغير أو الكبير، ويكونان شاهدين¹⁹²⁷.

(ب) أن لا يكون المقرّ متّهما في إقراره، فالتهمة تخلّ برجحان الصّدق على الكذب، كإقرار المريض مرض الموت لأحد ورثته بدين عليه، فلا يصحّ لتهمة الإيثار، إلاّ أن يصدّقه فيه بقيّة الورثة¹⁹²⁸، وهو جملة قول أهل المدينة مالك وأصحابه، وهو ما عليه العمل، وهو ما ذهب إليه القاسم وسالم وإبراهيم التّخعي والتّعمان ويحيى الأنصاري، وقد خالف في ذلك (الحسن البصري) و(شريح) اللّذان ذهبا إلى أنّ إقرار الوارث جائز، وليس به عمل¹⁹²⁹؛ وقد روي عن سيّدنا عمر وابنه سيّدنا عبد الله -رضي الله عنهما- أنّهما قالوا: "إذا أقرّ المريض لوارثه لم يجز، وإذا أقرّ لأجنبي جاز"¹⁹³⁰، ولم يرو عن غيرها خلاف ذلك فيكون إجماعا¹⁹³¹، إلاّ أنّ إقرار المريض لوارث عند الشّافعية يصحّ¹⁹³². ولا يقبل إقرار المريض لمن يتّهم بمودّته من قريب أو صديق ملاطف، وارثا كان أو غير وارث، إلاّ أن يجيز الورثة إقراره ويقبل لغير متّهم فيصحّ حتى لو كان محلّه أزيد من الثلث عند المالكية¹⁹³³، والأمر نفسه ينطبق على الزّوجة إذا أقرّت في مرض موتها أنّها استوفت مهرها من زوجها، ولا يعلم ذلك إلاّ بقولها، ثمّ ماتت قبل أن يطلقها زوجها، ولا مال لها غير المهر، كان إقرارها باطلا، فيؤمر الزّوج عندها برّد المهر إلى الغرماء يقسّم بينهم بالحصص؛ باعتبار الزّوج من الورثة، وإقرار المريض بدين وجب له على وارثه لا يصحّ¹⁹³⁴. وقد جاء في (الكافي) أنّه من أقرّ بشيء في

¹⁹²⁶ الخطيب الشريبي (شمس الدين)، مصدر سابق، ج2، ص309.

¹⁹²⁷ وهذه تمثّل إحدى الحالات التي تمثّل استثناء على قاعدة لا تسمع البيّنة مع الإقرار، بحيث إذا أقيمت دعوى بخصوص حقّ على قاصر، وقام الأب أو الوصيّ بتمثيله، فإذا أقرّ الأب أو الوصيّ بالحقّ، فإنّ إقراره لا يعتبر، ولا بدّ من إقامة البيّنة لإثبات الحقّ، دون أن يخرج عن الخصومة بإقراره، وتقام البيّنة بمواجهته، أمّا لاوصيّ فإنّ إقراره يخرج عن الخصومة، ولا بدّ من تعيين وصيّ غيره، يخاصم عن القاصر، وتقام البيّنة بمواجهته. انظر في ذلك: داود (أحمد)، أصول المحاكمات الشرعية، مرجع سابق، ج1، ص297.

¹⁹²⁸ المرغيناني (برهان الدين)، مصدر سابق (طبعة دار السلام)، ج3، ص1205، وكذلك: ابن خلف الباجي (أبو الوليد سليمان)، مصدر سابق، ص228. وانظر كذلك لمزيد من التّفصيل: الحريري (إبراهيم)، مرجع سابق، ص98 وما بعدها.

¹⁹²⁹ ابن خلف الباجي (أبو الوليد سليمان)، المصدر نفسه، ص229.

¹⁹³⁰ الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج10، ص214.

¹⁹³¹ المصدر نفسه، ص214.

¹⁹³² الخطيب الشريبي (شمس الدين)، مصدر سابق، ج2، ص310. ولقد اختلف الشّافعية في هذه المسألة، فمنهم من قال أنّه لا يقبل؛ لأنّه إثبات مال للوارث بقوله من غير رضی الورثة، فلم يصحّ دون رضاهم كحكم الوصيّة، ومنهم من قال يقبل ذلك، وهو الصّحيح؛ لأنّه من صحّ إقراره له في الصّحّة صحّ إقراره في المرض حكمه حكم الأجنبيّ. انظر في ذلك: الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ج3، ص472.

¹⁹³³ الصّاوي (أحمد)، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشّرح الصّغير للدّردير، ج3، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1995، ص334-335.

¹⁹³⁴ الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج10، ص220.

مرض ومات فيه كإقراره به في صحته؛ لعدم تهمته فيه، إلا في إقراره بالمال لوارثه، فلا يقبل؛ لأنه متهم فيه، إلاً ببينة أو إجازة¹⁹³⁵، كما يصح إقرار المريض مرض الموت لأجنبي كما لوارث على المذهب الشافعي، فلو أقر في صحته بدين لإنسان وفي مرضه بدين لآخر لم يقدم الأول بل يتساويان كما لو ثبتا بالبينة، ولو أقر في صحته أو مرضه بدين لإنسان أو ثبت ببينة، وأقر وارثه بعد موته بدين لآخر لم يقدم الأول في الأصح، و(القاضي)¹⁹³⁶ يقدم الأول¹⁹³⁷. وإن أقر المريض لامرأته بالصدّاق فيكون لها مهر المثل بالتزوية لا بالإقرار¹⁹³⁸؛ لأنّ التزوية دلّت على المهر ووجوبه، بإقراره إخباراً بأنّه لم يوفّ به¹⁹³⁹، ولو أقر المريض أنّه كان أبانها في صحته لم يسقط إرثها بذلك إن لم تصدّقه، لأنّ قوله غير مقبول عليها بمجرد¹⁹⁴⁰. وقد اختلف الفقهاء في وقت اعتبار الشخص وارثاً أو أجنبياً، فالحنفية والمالكية والشافعية ذهبوا إلى اعتبار وقت الموت مع بقاء السبب المعاصر للإقرار، كما لو أقرّت الزوجة في مرضها أنّها استوفت المهر من زوجها ثمّ طلّقها قبل الدخول بها، صحّ إقرارها وكان بذلك متضمناً للحقيقة؛ لأنّ الزوج بالطلاق قبل الدخول سقطت عنه صفة الوارث، فلم يكن إقرارها باستيفاء المهر منه إقراراً بالدين للوارث، وكذلك الحال إذا دخل بها الزوج فأقرّت باستيفاء المهر، ثمّ طلّقها طلاقاً بائناً أو رجعيّاً، ثمّ ماتت بعد انقضاء عدّتها؛ فالزوج عند الموت ليس بوارث¹⁹⁴¹، أمّا موتها قبل انقضاء عدّتها يجعل إقرارها باطلاً لا يصلح طريقاً للحقيقة؛ وبيان ذلك أنّه في الطلاق الرجعي تكون التزوية فيها باقية والورثة قائمة، وفي الطلاق البائن نلحظ بقاء العدة وكانت ممنوعة من هذا الإقرار؛ لقيام التكاح في حالة العدة، فكان التكاح قائماً من وجهه، فلا يزول المنع ما دام المانع قائماً من وجهه، ولهذا لم تكن شهادة المعتدة لزوجها مقبولة¹⁹⁴². وذهب الإمام أحمد في المشهور عنده وابن أبي ليلى إلى اعتبار وقت الإقرار لأنّه مظنة التهمة وعدمها¹⁹⁴³، فقد جاء في (زاد المستقنع):

1935 ابن قدامة (موفق الدين)، الكافي، مصدر سابق، ج6، 1997، ص259.

1936 هو أبو علي حسين بن محمد المروزي، وهو المقصود في كتب المتأخرين من فقهاء الشافعية، والحسن الكوهجي منهم. وهو من الطبقة الرابعة والعشرين. وقد كان شيخ الشافعية بخراسان. حدّث عن أبي نعيم سبط الحافظ أبي عوانة. وحدّث عنه عبد الرزاق المنيعي، ومحيي السنة البغوي، وآخرين من أوجه المذهب الشافعي. تفقّه بأبي بكر القفال المروزي. كان يلقّب بحبر الأئمة. له (التعليقة الكبرى) و(الفتاوى)، مات بمو الرّود، في محرم من سنة أربعمئة واثنين وستين. انظر في ذلك: ابن عثمان الدّهلي (شمس الدين)، مصدر سابق، ج18، ص260 وما بعدها، الترجمة رقم: 131.

1937 الحسن الكوهجي (عبد الله)، زاد المحتاج بشرح المنهاج، تحقيق الأنصاري (عبد الله)، ج2، ط1، قطر، 1982، ص271.

1938 ابن أحمد الحجاوي (موسى)، زاد المستقنع في اختصار المقنع، تحقيق الهيدان (محمد)، ط2، الدمام (المملكة العربية السعودية)، دار

ابن الجوزي، 1428 هـ، ص410.

1939 الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ج1، ص296.

1940 المرجع نفسه، ص296.

1941 الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج10، ص220.

1942 الكاساني (علاء الدين)، المصدر نفسه، ص221.

1943 الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ج1، ص296.

"وإن أقرّ لوارث فصار عند الموت أجنبيًا لم يلزم إقراره.. وإن أقرّ لغير وارث أو أعطاه صحّ وإن صار عند الموت وارثًا" 1944.

(ج) أن يكون المقرّ له أهلاً للاستحقاق بأن يكون أهلاً للتّمليك وثبوت الحقّ له 1945، كما يجب أن يكون معلوماً موجوداً حتّى ولو كان حملاً، بشرط أن يكون متيقّن الوجود عند الإقرار، وأن يكون على سبيل التّفصيل بيان سبب صالح 1946 كأن يقول المقرّ لحمل فلانة عليّ ألف درهم مبيناً السبب، سواء كان من جهة ميراث ورثه عن أبيه فاستهلكه، أو من جهة وصيّة أوصى بها له فلان 1947، وأن تكون المرأة أمّ الحمل ذات زوج وطئها دون أن يكون مانع يمنعه عن ذلك كغيبية وسجن، بحيث يكون الولد منسوباً إليه، وأن يوضع الحمل حيّاً كاملاً في مدّة أقلّ من ستّة أشهر من يوم الإقرار 1948.

(د) أن لا يكون المقرّ له مكذباً للمقرّ فيما أقرّ به 1949، وإلاّ اعتبر الإقرار باطلاً لا ينبني عليه شيء قضاءً؛ لأنّ إقرار المقرّ دليل لزوم المقرّ به، وتكذيب هذا الأخير دليل على عدم اللّزوم، واللّزوم لم يعرف ثبوته، فلا يثبت مع الشكّ، ويكون ذلك في الإقرار بحقوق العباد 1950، وكذلك لما تقرّر أنّه يرتدّ بالترّد إلاّ في

1944 ابن أحمد الحجاوي (موسى)، مرجع سابق، ص 410.

1945 الخطيب الشربيني (شمس الدّين)، مصدر سابق، ج 2، ص 311. يصحّ الإقرار للمسجد أو المقبرة أو المستشفى، فقد جاء في الوجيز للغزالي: إذا قال للمسجد أو المقبرة عليّ ألف، فإن أضاف إلى وقف عليه قبل، وإن أطلق فعلى الخلاف (الوجيز، مصدر سابق، ج 1، ص 368)، وجاء في المغني: وإن أقرّ لمسجد أو مصنع أو طريق وعزاه إلى سبب صحيح مثل أن يقول: من غلّ وقف صحّ، وإن أطلق خرج على الوجهين.

1946 السرخسي (شمس الدين)، مصدر سابق، ج 17، ص 196، الصّاوي (أحمد)، مصدر سابق، ج 3، ص 335، الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ج 3، ص 472.

1947 أما الإطلاق ففيه قولان عند الشافعية: الأوّل لا يصحّ؛ لأنّه لا يثبت له الحقّ، لا من جهة المعاملة، ولا من جهة الجناية، والثاني يصحّ وهو الأظهر؛ لأنّ تملكه بوجه صحيح جائز، وهو الإرث والوصيّة، فصحّ الإقرار له مطلقاً كالطفّل. وعند الحنفية إذا قال شخص: لحمل فلانة عليّ ألف درهم، فإن بيّن جهة يصحّ وجوب الحقّ للحمل من تلك الجهة، كأن يقول المقرّ: أوصى بها فلان له، أو مات أبوه فورثه. أما الإقرار المحمل أو المطلق لا يصحّ عند (أبي يوسف)، ويصحّ عند (محمد)، انظر في ذلك: الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ج 3، ص 472، وانظر كذلك: الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج 10، ص 213، الخطيب الشربيني (شمس الدين)، مصدر سابق، ج 2، ص 313.

1948 الخطيب الشربيني (شمس الدّين)، مصدر سابق، ج 2، ص 312.

1949 الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج 10، ص 230، ابن أحمد الدردير (أبو البركات أحمد)، الشرح الصّغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج 3، د. ط، دار المعارف، د. ت، ص 526، الخطيب الشربيني (شمس الدين)، مصدر سابق، ج 2، ص 313.

1950 وهو إحدى الحالتين اللّتين يبطل فيهما الإقرار والحالة الثّانية هي: رجوع المقرّ عن إقراره فيما يحتمل الرجوع، وما يحتمل الرجوع، هو الإقرار بحقوق الله تعالى الخالصة، فالإقرار في حقوق العباد لا يصحّ الرجوع فيه. انظر في ذلك: داود (أحمد)، أصول المحاكمات الشرعية، مرجع سابق، ج 1، ص 300.

مسائل مستثناة من هذا الأصل العام كالنَّسب والتَّكاح والطلاق¹⁹⁵¹، كأن يقرَّ الزوج أنَّ امرأته أخته من الرِّضاع إلاَّ أنَّها كذبته، قبل قوله في فسخ النَّكاح؛ باعتباره إقراراً في حقِّ نفسه، إلاَّ أنَّ إقراره في إسقاط مهرها لا يكون مقبولاً، فلا يقبل قوله في حقِّ غيره، أمَّا إن كانت الزَّوجة هي المقرَّة بأنَّ زوجها أخوها من الرِّضاع وكان الزوج منكراً، لم يكن قولها مقبولاً في فسخ النَّكاح باعتباره إقراراً في حقِّ غيرها، وكان قولها في إسقاط المهر مقبولاً؛ لأنَّه إقرار في حقِّ نفسها¹⁹⁵².

(هـ) وفي مسائل النَّسب التي تكتسي أهمية خاصة إن على مستوى الفقه والقانون أو على مستوى القضاء، وإضافة إلى الشُّروط العامة سابقة الذكر، فحتى يثبت النَّسب الذي لا يتضمَّن تحميله على الغير والذي يسمَّى أصل النَّسب، وهو النَّسب المباشر مع مراعاة للخلاف الموجود بين الجمهور وبين المالكية¹⁹⁵³: (1) أن يكون المقرَّ له مجهول النَّسب، وإلَّا كان الإقرار باطلاً؛ فالشَّخص لا يكون له أبوان، أضف إلى ذلك أنَّ نسبه الثَّابت قبل الإقرار لا يكون قابلاً للتَّقضى أو الفسخ ولا للانتقال إلى غيره، سواء كان مصدّقاً من المستلحق أم لا¹⁹⁵⁴، باستثناء (ولد اللِّعان)¹⁹⁵⁵، فقد جاء عن (شريح)، أنَّ عمر بن الخطَّاب رضي الله عنه كتب إليه: "إذا أقرَّ الرَّجل بولده لم يكن له أن ينفيه"، وهو ما روي عن علي رضي الله عنه¹⁹⁵⁶، (2) وأن يكون المقرَّ له بالبنوَّة ممَّن يولد مثله لمثل المقرَّ، بأن يكون في سنِّ يمكن أن يكون منه

¹⁹⁵¹ ابن نجيم (زين الدين)، مصدر سابق، ص 215، الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ج 3، ص 474. وقد جاء في الأشباه والتَّظائر: (المقرَّ له إذا كذب المقرَّ بطل إقراره، إلاَّ في الإقرار بالحرية والتَّسب وولاء العتاقة، كما في شرح الجمع معلاً بأنَّها لا تختمل التَّقضى، ويزاد الوقف فإنَّ المقرَّ له إذا ردَّه تمَّ صدقه صحَّ، كما في الإسعاف، والطلاق والتَّسب والرِّق). ابن نجيم (زين الدين)، الأشباه والتَّظائر، مصدر سابق، ص 215.

¹⁹⁵² الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ج 3، ص 474.

¹⁹⁵³ مذهب الجمهور يقوم في هذه المسألة على اعتبار النَّسب المباشر مطلق التَّطاق، أي في دائرة الآباء والأبناء، كأن يقرَّ شخص بنسب على نفسه مباشرة، بحيث يحمل نسب المقرَّ له على المقرَّ كالإقرار بالبنوَّة والأبوَّة والأمومة، أمَّا التَّسب غير المباشر الذي هو إقرار الشَّخص بنسب على غيره، بحيث يحمل نسب المقرَّ له على المقرَّ كالإقرار بالأخوَّة أو العمومة أو الجدوَّة، أو أولاد الأولاد أو أولاد الإخوة. في حين أنَّ النَّسب المباشر عند المالكية يقتصر على الإقرار بالبنوَّة فحسب، ويطلقون عليه اسم: (الاستلحاق)، وغير هذا نسب غير مباشر، إلاَّ أنَّه قد يطلق مصطلح الاستلحاق على الإقرار بنسب العمِّ أو الأخ مجازاً فقط، كما جاء بيانه في: الصَّاوي (أحمد)، مصدر سابق، ج 3، ص 346.

¹⁹⁵⁴ السرخسي، مصدر سابق، ج 17، ص 98-99، الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج 10، ص 222، ابن أحمد الدردير (أبو البركات أحمد)، الشَّرح الصَّغير، مصدر سابق، ج 3، ص 540، الخطيب الشربيني (شمس الدين)، مصدر سابق، ج 2، ص 334، الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ج 3، ص 484، ابن النجار، مصدر سابق، ج 11، ص 525.

¹⁹⁵⁵ لقد استثنى الفقهاء من هذا الشرط ولد اللِّعان حتى ولو حكم بنفي نسبه من الزوج الملائع، إلاَّ أنَّه ينظر إليه على أنَّه ثابت النَّسب، فلا يثبت نسبه بإقرار غير الملائع، لجواز أن يكذب الملائع نفسه، فيثبت نسبه منه. انظر في ذلك: السرخسي، مصدر سابق، ج 17، ص 99.

¹⁹⁵⁶ حتى ولو كان النَّسب ثابتاً بالشَّبهة لا يمكن نفيه كذلك، فالنَّسب يثبت بشبهة التَّكاح إذا كان متصلاً بالدَّخول، وهذه الشَّبهة تثبت بالتَّكاح الفاسد أحياناً، كما تثبت بإخبار المخبر أنَّها امرأته في أحيان أخرى؛ فالشَّبهة تعمل عمل الحقيقة فيما هو مبني على الاحتياط، ومسألة النَّسب كذلك، ففي حقِّ وجوب المهر والعدَّة يمكن أن نرى أنَّ الشَّبهة جعلت بمنزلة حقيقة التَّكاح، فكذلك الحال بالنَّسبة

فيحتمل ذلك، وكذلك الأمر بالنسبة للإقرار بالأبوة أو الأمومة، وهذا ما يسمّى تصديق الحسّ والعقل¹⁹⁵⁷، (3) أن يكون المقرّ مصدّقاً في إقراره من قبل المقرّ له، دون اشتراط الزمن¹⁹⁵⁸، ولكن بشرط أن يكون المقرّ له مكلفاً، أي بالغاً عاقلاً عند الجمهور¹⁹⁵⁹، ويكفي تمييزه عند الحنفية¹⁹⁶⁰؛ لأنّ الإقرار حجة قاصرة على المقرّ، فلا يكون متعدّياً إلى غيره إلاّ بالبيّنة أو التصديق من الغير، أمّا الصّغير ففي الإقرار منفعة له، فلا يشترط تصديقه¹⁹⁶¹، وإذا بلغ الصّغير أو عقل المجنون وأنكر، لا يعتدّ بإنكاره؛ لاعتباره نسبا حكم بثبوته¹⁹⁶²، إلاّ أنّ تصديق المقرّ له غير مشرط لثبوت النسب؛ لأنّه حقّ للولد على الأب، فيثبت بمجرد إقراره، بشرط أن لا يقوم دليل على كذب المقرّ¹⁹⁶³، (4) أن يكون الرّوج مصدّقاً امرأته في إقرارها بأبومة ولد، حتّى ولو كانت معتدّة من طلاقها منه، فإن صدّقها فلا بدّ من إثبات الولادة على فراشه¹⁹⁶⁴ حتّى يثبت النسب منهما معاً، فإذا ثبتت الولادة بالوجه الشرعي ثبت النسب من الرّوج بفراش الرّوجية الصّحيح. وإذا أقرّت امرأة بأبومتها لولد، دون أن يكون لها زوج، ولا معتدّة لزوج بشرط أن يكون الولد

للنسب، فمتى ثبت بالشبهة لا يمكن نفيه بأيّ حال؛ لأنّ نفي النسب بعد ثبوته لا يكون إلاّ باللعان، إلاّ أنّ هذا الأخير لا يجري في التّكاح الفاسد والوطء بالشبهة. السرخسي، مصدر سابق، ج17، ص98-100.

¹⁹⁵⁷ الكاساني (علاء الدين)، المصدر نفسه، ج10، ص222، ابن أحمد الدردير (أبو البركات أحمد)، مصدر سابق، ج3، ص540، الخطيب الشربيني (شمس الدين)، المصدر نفسه، ج2، ص334، ابن النجار، المصدر نفسه، ج11، ص524.

¹⁹⁵⁸ فالمصادقة على الإقرار بالنسب مفتوحة في أيّ وقت، حتّى ولو كان ذلك بعد موت المقرّ بالنسب، عل أساس أنّ النسب يبقى بعد الموت، ولا يجوز الرجوع عن الإقرار بالنسب. انظر في ذلك: الكاساني (علاء الدين)، المصدر نفسه، ج10، ص223، السرخسي (شمس الدين)، المصدر نفسه، ج17، ص100، ابن قدامة (موفق الدين)، المغني، مصدر سابق، ج...، ص....

¹⁹⁵⁹ الشيرازي (أبو إسحاق)، المصدر نفسه، ج3، ص484، الخطيب الشربيني (شمس الدين)، المصدر نفسه، ج2، ص334، ابن قدامة (موفق الدين)، المغني، ج...، ص....

¹⁹⁶⁰ الكاساني (علاء الدين)، المصدر نفسه، ج10، ص....

¹⁹⁶¹ المنفعة المادية والمنفعة الأدبية، بإثبات نسبه بعد أن كان مجهولاً. انظر في ذلك: الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ج3، ص484، ابن النجار، مصدر سابق، ج11، ص525، ابن أحمد الحجاوي (موسى)، مصدر سابق، ص411.

¹⁹⁶² الشيرازي (أبو إسحاق)، المصدر نفسه، ج3، ص484، ابن النجار، المصدر نفسه، ج11، ص525.

¹⁹⁶³ الغرياني (الصّادق)، مرجع سابق، ج3، ص70.

¹⁹⁶⁴ ذهب الحنفية والحنابلة في المشهور عندهم والزيدية على أنّ نصاب الشّهادة على الولادة من النّساء هو شهادة امرأة واحدة عدل، إلاّ أنّ الإثنين والثلاث أحوط، أمّا المالكية وأحمد في رواية أخرى ذهبوا إلى أنّ نصاب الشّهادة على الولادة من النّساء شهادة امرأتين، أمّا الشافعية والشيعة الإمامية، فلا تقبل إلاّ شهادة أربع نسوة. وقد كانت مسألة إثبات ولادة المعتدّة محلّ تفصيل، بحيث إذا كانت الرّوجة معتدّة من طلاق بائن، أو وفاة، وادّعت الولادة بولد وأنكر الرّوج أو ورثته ذلك، فيختلف الأمر بين أن يكون قد سبق أن أقرّ الرّوج أو الورثة بالحمل، أو كان الحمل ظاهراً، فإنّ أبا حنيفة قد ذهب إلى ثبوت الولادة بقول الرّوجة مع يمينها دون حاجة إلى شهادة القابلة، وبين إن لم يسبق للرّوج أو الورثة أن يقرّوا بالحمل ولم يكن ظاهراً، فقد ذهب أبو حنيفة إلى أنّ الولادة لا تثبت إلاّ بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، أمّا الصّحبان فثبتت الولادة عندهما بشهادة القابلة، أو امرأة من أهل العدالة، دون تفريق بين إقرار الزوج أو ورثته أو عدم إقرارهم، وبين ظهور الحمل أو عدم ظهوره. أمّا إذا كانت الرّوجة معتدّة من طلاق رجعيّ وادّعت الولادة، وأنكر عليها ذلك، فيكون حكمها كحكم الرّوجة غير المطلّقة على رأي بعض فقهاء الحنفية، وقد يكون حكمها كحكم المعتدّة من طلاق بائن، عند بعضهم. انظر في ذلك: داود (أحمد)، أصول المحاكمات الشرعية، مرجع سابق، ج1، ص211.

يولد مثله لمثلها، وصدّقها الولد، صحّ إقرارها عليه¹⁹⁶⁵، (5) أن لا يكون المقرّ مصرّحاً في إقراره بأنّ المقرّ له ابنه من الزّنا، حتّى ولو صدّفته المرأة في ذلك، فلا يثبت نسبه منه¹⁹⁶⁶؛ لأنّ "الولد للفرّاش وللعاهر الحجر"¹⁹⁶⁷، (6) أن لا يكون المقرّ منازعاً في الإقرار بالولد الصّغير من قبل رجل آخر، ففي هذه الحالة يحكم لصاحب البيّنة¹⁹⁶⁸.

(و) أمّا في التّسب غير المباشر أي الذي يتضمّن تحميله على الغير فيشترط¹⁹⁶⁹: (1) أن يكون المقرّ مصدّقاً من المقرّ عليه إذا كان حيّاً، فيكون عندئذ التّسب ثابتاً بالتّصديق والإقرار المباشر، أمّا الإقرار بالتّسب غير المباشر فلا يتحقّق بمجرد الإقرار إذا كان المقرّ عليه وهو الملحق به التّسب ميّناً، (2) يشترط توقّف وصفي الإرث واجتماع الجميع على الإقرار، أي أن يكون المقرّ وارثاً، ويقرّ الورثة جميعاً بالتّسب على مورثهم، وفي هذه الحالة يشترط العدد أي بلوغ نصاب الشّهادة، فيكفي أن يكون المقرّ واحداً لثبوت الميراث ولكن لا يكفي ذلك لثبوت التّسب على الغير عند الحنفية والمالكية والإمامية، فالأساس الذي بنيت عليه المسألة الأخيرة عندهم هو الشّهادة. فباعتباره إقراراً على الغير، يكون باطلاً؛ لأنّ الإقرار، كما قلنا سابقاً، حجّة قاصرة، فيثبت به التّسب في حقّ المقرّ وحده في المال فقط، ولا يكون التّسب الكامل ثابتاً به بل بتصديق المقرّ عليه، فعندئذ يثبت بتصديقه وإقراره (الإقرار بالتّسب المباشر)، أو بشهادة الورثة بالتّسب حسب التّصاب الشّرعي، وهو رجلان عدلان عند المالكية، ورجل وامرأتان عند الحنفية، فيكفي إقرار الورثة في هذه الحالة على أنّه شهادة ويكون العدد والعدالة فيها أمران معتبران، فإذا انتفيا أو أحدهما لم يثبت التّسب تبعاً لذلك، ولكن الميراث يكون ثابتاً، أمّا الشّافعية والحنابلة والإمام (أبو يوسف) و(الكرخي) من الحنفية لا يشترطون العدد فيثبت التّسب مع جميع آثاره المالية¹⁹⁷⁰، كأن يكون الوارث واحداً حائزاً لجميع الميراث، وأقرّ بوارث آخر، كابن يقرّ بوجود ابن ثان، مقام بحمل نسبه على أبيه، ويثبت حقّ الميراث فقط عند المالكية و(أبو حنيفة) و(محمد) وهو الرّاجح عند الحنفية¹⁹⁷¹. أمّا إذا أقرّ بعض الورثة دون

1965 داود (أحمد)، المرجع نفسه، ص211.

1966 ابن أحمد الدردير (أبو البركات أحمد)، مصدر سابق، ج3، ص540، الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ج3، ص485، ابن شهاب الدين الرملي (شمس الدين)، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج5، ص108، القليوبي (شهاب الدين) و أحمد البرلنسي (شهاب الدين) المعروف بـ: (عميرة)، حاشيتان على شرح جلال الدين محمد أحمد المحلى على منهاج الطالبين للنووي، ج3، ط3، شركة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، 1956، ص14. وانظر في تفصيل المسألة: داود (أحمد)، أصول المحاكمات الشّرعية، مرجع سابق، ج1، ص211.

1967 سبق تخرجه.

1968 شهاب الدين الرملي (شمس الدين)، مصدر سابق، ج5، ص110. وانظر كذلك: الغرياني (الصّادق)، مرجع سابق، ص74.

1969 داود (أحمد)، أصول المحاكمات الشّرعية، مرجع سابق، ج1، ص317-318.

1970 ولمعرفة أدلتهم على وجه التفصيل، انظر: الزحيلي (محمد)، المرجع نفسه، ص281. داود (أحمد)، المرجع نفسه، ص317-318.

1971 ولمعرفة أدلتهم على وجه التفصيل انظر: الزحيلي (محمد)، المرجع نفسه، ص281. داود (أحمد)، المرجع نفسه، ص317-318.

البعض على خلاف الحالة الأولى، فقد اتفق الفقهاء على عدم ثبوت النسب¹⁹⁷²؛ على أساس أن النسب لا يتبعص، فلا يمكن إثباته في حق المقرّ دون المنكر، كما لا يمكن إثباته في حقهما، لأن أحدهما منكر، ولكن في هذه الحالة إذا ثبت النسب بالبينة الشرعية ثبت النسب والميراث المترتب عليه¹⁹⁷³. وقد ذهب أكثر أهل العلم¹⁹⁷⁴، قالوا بمشاركة المقرّ له بالنسب المقرّ في الميراث، وقامت حجّتهم في ذلك على أنه أقرّ بسبب مال لم يحكم بطلانه، فلزمه المال، والميراث حق الميراث، فيقبل فيه قوله، ورأي الجمهور هو الرّاجح لقوة أدلّته¹⁹⁷⁵، إلا أنّهم اختلفوا فيما بينهم حول كيفية المشاركة¹⁹⁷⁶.

(ثانيا) وأمّا التي تكون مختصة بالمحلّ فيمكن إجمالها فيما يلي:

(أ) أن لا يكون ملكا للمقرّ حين يقرّ به، وإلا كان ذلك لغوا؛ فـ: "الإضافة إليه تقتضي الملك له فينافي إقراره لغيره إذ هو إخبار بسابق عليه.. فحمل على الوعد بالهبة"¹⁹⁷⁷؛ لأنّ الإقرار لا يتضمّن الإزالة عن الملك، وإمّا هو إخبار عن مملوكيته للمقرّ له¹⁹⁷⁸.

(ب) أن يكون المقرّ به بمنأى عن المحال العقلي والمحال الشرعي، كأن يقرّ شخص بأنّ فلانا أقرض مائة دينار في يوم ما وكان قد مات قبله، أو أن يقرّ شخص بقدر من السّهام لوأرث أكثر ممّا هو مقدر شرعا¹⁹⁷⁹.

(ج) أن لا يكذّبه ظاهر الحال أو الحسن، فإذا أقرّ الصّغير البلوغ بالاحتلام مع عدم الإمكان، كأن تكون جسّته لا تحتل ذلك، لا يكون إقراره صحيحا، فلا يعتبر¹⁹⁸⁰.

(د) أن يكون المقرّ به فارغا عن تعلق حقّ الغير، سواء كان عينا أم دينا، فإن لم يكن كذلك لكان الإقرار معه غير صحيح؛ باعتبار معصوميّة حقّ الغير، فلا يجوز إبطاله من غير رضاه¹⁹⁸¹، كما هو الأمر بالنسبة لإقرار المريض مرض الموت لوأرث بدين عليه، فلا يصحّ إلاّ بإجازة الباقيين من الورثة لتعلق حقّ

¹⁹⁷² الزجيلي (محمد)، المرجع نفسه، ص281. داود (أحمد)، المرجع نفسه، ص317-318.

¹⁹⁷³ الزجيلي (محمد)، المرجع نفسه، ص281. داود (أحمد)، المرجع نفسه، ص317-318.

¹⁹⁷⁴ انظر في ذلك: داود (أحمد)، أصول المحاكمات الشرعية، مرجع سابق، ج1، ص321.

¹⁹⁷⁵ داود (أحمد)، المرجع نفسه، ص321.

¹⁹⁷⁶ المرجع نفسه، ص321.

¹⁹⁷⁷ الرملي (شهاب الدين)، مصدر سابق، ج5، ص81. وكما جاء في حاشية أبي الضياء الشيرازي الملحق بكتاب نهاية المحتاج أنّه: "يمكن أن يكون المراد من هذا أن لا يأتي في لفظه بما يدلّ على أنّه ملك للمقرّ، وليست صحّة الإقرار وبطلانه على ما في نفس الأمر؛ لأنّه لا اطلاع لنا عليه حتّى ترتّب الحكم عليه".

¹⁹⁷⁸ الخطيب الشيريني (شمس الدين)، مصدر سابق، ص316، الرملي (شهاب الدين)، المصدر نفسه، ص81،

¹⁹⁷⁹ داود (أحمد)، مرجع سابق، ص322.

¹⁹⁸⁰ الرملي (شهاب الدين)، المصدر نفسه، ص66.

¹⁹⁸¹ الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج10، ص213.

الورثة بماله عند الحنفية¹⁹⁸²، (هـ) أن يكون المقرّ به ممّا تجوز المطالبة به شرعا¹⁹⁸³، ولا يشترط فيه أن يكون معلوماً؛ فيصحّ الإقرار بالمعلوم أو بالجهول¹⁹⁸⁴، فكما جاء عند (الكاساني)¹⁹⁸⁵، أنّ الذي يدخل على وصف المقرّ به هو كونه معلوم الأصل مجهول الوصف¹⁹⁸⁶؛ لأنّ اشتراط المعلوماتية مرتبط بال عقود أو التصرفات التي لا تصحّ مع الجهالة كالبيع والإجارة¹⁹⁸⁷، كما يكون الإقرار بالمشاع صحيحاً بشرط تصديق المقرّ له، وهو ما أخذت به المادة (1585) من مجلة الأحكام العدلية¹⁹⁸⁸.

(ثالثاً) وأمّا التي تكون مختصة بالصيغة فيمكن إجمالها في ما يلي:

(أ) أن تكون الصيغة منجزة غير معلقة على شرط؛ فالإقرار إخبار عمّا سبق، والتعليق إنّما يكون بالنسبة إلى المستقبل، وبينهما منافاة¹⁹⁸⁹، ولا يصحّ مع الإقرار شرط الخيار، فالإقرار لا يصحّ مع التعليق وشرط الخيار، فمن أقرّ لرجل بشيء على أنّ بالخيار ثلاثة أيام صحّ الإقرار وبطل الشرط؛ لأنّ الصيغة الملزمة قد تحققت، والإقرار إخبار، والخيار شرع لأجل الفسخ، إلّا إنّ الإخبار لا يحتمل ذلك¹⁹⁹⁰. كما يشترط أن لا تكون الصيغة معلقة على المشيئة الإنسانية عند الجمهور¹⁹⁹¹ غير الحنابلة¹⁹⁹²؛ لأنّ الإقرار لا

- 1982 الكاساني (علاء الدين)، المصدر نفسه، ص214، وانظر للتفصيل في المسألة: داود (أحمد)، المرجع نفسه، ص322.
- 1983 ابن أحمد الدردير (أبو البركات)، مصدر سابق، ج3، ص531، الخطيب الشربيني (شمس الدين)، المصدر نفسه، ص320، وانظر في ذلك أيضاً: داود (أحمد)، المرجع نفسه، ص298.
- 1984 فإذا قال شخص: (له عي شيء) قبل تفسيره بك ما يتمّ وإن قل، حتّى ولو فسّره بما لا يتمّ لكنّه من جنسه، انظر في ذلك: الخطيب الشربيني (شمس الدين)، مصدر سابق، ج2، ص319، وهو أحد أصول الإقرار العامة، ولتعمّق في هذه المسألة انظر: داود (أحمد)، مرجع سابق، ج1، ص298.
- 1985 هو ملك العلماء الحنفي، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، صاحب (البدائع). تفقّه على محمّد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي، المنعوت علاء الدين، وقرأ عليه معظم تصانيفه ك: (التحفة) في الفقه، الذي كان كتاب (البدائع) شرحاً لها، وغيرها من كتب الأصول. زوّجه شيخه ابنته فاطمة وقد كانت فقيهة عالمة، وكان مهرها شرح التحفة (البدائع)؛ حيث قال الفقهاء في عصره: شرح تحفته، وزوّجه ابنته. وللکاساني غير البدائع، ككتاب: (السلطان المبين في أصول الدين). مات علاء الدين يوم الأحد بعد الظّهر، في العاشر من رجب، سنة سبع وثمانين وخمسائة. دفن عند زوجته فاطمة، داخل مقام ابراهيم الخليل، فعرف قبرها إلى الآن بقبر المرأة وزوجها. انظر في ذلك: ابن أبي الوفاء القرشي (محيي الدين)، مصدر سابق، ج4، ص25 وما بعدها، الترجمة رقم: 1900.
- 1986 الكاساني (علاء الدين)، المصدر نفسه، ص195.
- 1987 داود (أحمد)، المرجع نفسه، ص298.
- 1988 حيدر (علي)، مرجع سابق، ج4، ص112.
- 1989 السرخسي (شمس الدين)، مصدر سابق، ج17، ص198، ابن أحمد الدردير (أبو البركات أحمد)، مصدر سابق، ج3، ص530، ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق، ج2، ص58. وانظر أيضاً: داود (أحمد)، المرجع نفسه، ص299.
- 1990 السرخسي (شمس الدين)، مصدر سابق، ج17، ص198، ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق، ج2، ص58، إلّا أنّ ابن فرحون أورد قولين، أحدهما يلزم الخيار، والثاني يبطل، وانظر كذلك في هذه المسألة: داود (أحمد)، المرجع نفسه، ص299-300.
- 1991 السرخسي (شمس الدين)، المصدر نفسه، ص199، الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ج3، ص475، الدردير (أبو البركات أحمد)، المصدر نفسه، ص530،

يحتمل التعليق بالخطر¹⁹⁹³، إلا أنّ تعليق الصيغة على مشيئة الله يجعل الإقرار غير صحيح عند الحنفية¹⁹⁹⁴ والشافعية¹⁹⁹⁵؛ على أساس أنّ مشيئة الله تعالى لا يمكن الاطلاع عليها كما لا يمكن أن يوقف عليها، والتعليق بما لا يوقف عليه غير صحيح، أمّا المالكية¹⁹⁹⁶ والحنابلة¹⁹⁹⁷ فقد ذهبوا مذهباً آخر، فالإقرار عندهم يلزم، وتعليقه على مشيئة الله لا يؤثر على صحته، إلا إنّ (ابن المواز)¹⁹⁹⁸ و(ابن عبد الحكم) قد خالفاهم في ذلك؛ لدخول ما يوجب الشك¹⁹⁹⁹.

(ب) وإذا كان كما قلنا سابقاً أنّه يشترط في المقرّ به أن لا يكون ملكاً للمقرّ حين يقرّ به، فلا بدّ من حيث الصيغة من تقديم المخبر عنه على المخبر، فإذا قال المقرّ: داري، أو ديني أو ثوبي الذي على زيد لعمره فهو لغو؛ لأنّ الإضافة إليه تقتضي الملك له، فينافي إقراره لغيره؛ إذ هو إقرار بحقّ سابق عليه كما مرّ، فحمل على الوعد بالهبة²⁰⁰⁰.

(ج) أن تكون الصيغة مفيدة ثبوت الحقّ المقرّ به على سبيل الجزم واليقين، فلا يكون الإقرار صحيحاً مع الاحتمال²⁰⁰¹.

(د) أن لا تكون صيغة الإقرار مضافة إلى حالة معهودة تنافي الوجوب به، كأن يقرّ رجل أن كان أقرّ لآخر وهو صبيّ لفلان بألف درهم، وقال الطالب بل أقررت بها لي بعد البلوغ، فيكون القول قول المقرّ مع يمينه؛ لأنّه أضاف الإقرار إلى حال معهودة تنافي الوجوب به، فإنّ قول الصبيّ هدر في الإقرار، والصّبّ حال معهودة في كلّ أحد، فكان هو في المعنى منكراً للمال لا مقرّاً به²⁰⁰².

¹⁹⁹² ابن النجّار، مصدر سابق، ج 11، ص 534. لم يفرّق الحنابلة بين أن يعلّق المقرّ إقراره على مشيئة الله أو مشيئة المقرّ له أو مشيئة شخص ثالث، فإذا علّق المقرّ إقراره على أحد هذه العناصر، صحّ الإقرار ولزمه؛ لأنّه قد وجد الإقرار منه وأعقبه بما يرفعه، فلم يرتفع الحكم به.

¹⁹⁹³ السرخسي (شمس الدين)، المصدر نفسه، ص 199، وانظر كذلك في هذه المسألة: داود (أحمد)، المرجع نفسه، ص 300.

¹⁹⁹⁴ الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج 10، ص 178.

¹⁹⁹⁵ الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ج 3، ص 475، ابن شهاب الزملي (شمس الدين)، مصدر سابق، ج 5، ص 102.

¹⁹⁹⁶ ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق، ج 2، ص 58.

¹⁹⁹⁷ ابن النجّار، مصدر سابق، ج 11، ص 534.

¹⁹⁹⁸ هو أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن زياد المواز. فقيه مالكي من أهل الاسكندرية. كانت له رئاسة في عصره. له (الموازية) في فقه الإمام مال، في خزنة محمد الطاهر بن عاشور بتونس. توتّي عام 281 هـ الموافق لعام 894م. انظر: الزركلي (خير الدين)، مصدر سابق، ج 5، ص 294.

¹⁹⁹⁹ ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق، ج 2، ص 58-59.

²⁰⁰⁰ الرملي (شهاب الدين)، المصدر نفسه، ص 81.

²⁰⁰¹ الكاساني (علاء الدين)، المصدر نفسه، ص 178.

²⁰⁰² داود (أحمد)، مرجع سابق، ج 1، ص 283.

(هـ) إذا كانت صيغة الإقرار مقترنة بالاستثناء فلا بد أن يكون الاستثناء منهجياً ومنطقياً، حتى يكون صحيحاً، إلا أنه لا يؤثر على الإقرار فيبقى صحيحاً.

وإذا قام الإقرار سليماً من حيث أركانه وشروطه بمختلف درجاتها، صار إقراراً قضائياً انعقدت له الحجية القاطعة على المقر؛ لعدم توسط عامل آخر يمكن أن يتطرق إليه الاحتمال والتهمة، فلا يجوز إثبات عكسها²⁰⁰³. وهذه الحجية لا تفتقر إلى غيرها²⁰⁰⁴ عدا بعض المسائل التي تسمع فيها البيّنة مع الإقرار²⁰⁰⁵:

(أ) كما إذا أقيمت الدعوى على وارث يطلب من خلالها ديناً على مورثه، فأقر الوارث بالدين، فأراد المدعي أن يقيم البيّنة مع إقراره؛ ليكون حقه في جميع التركة، ويقبل القاضي بيّنته مع إقرار المقر؛ على أساس أن البيّنة للتعدّي في هذه الحالة.

(ب) أو ادعى شخص وصية على وارث شخص ميت، أوصى بها مورثه، فيلزم القاضي سماع بيّنته مع إقرار الوارث؛ حتى يتعدى الحكم إلى غير المقر، فتكون الوصية ثابتة على جميع الورثة؛ لأن إقرار الوارث المدعى عليه يقتصر على نفسه فقط.

(ج) أو إذا أقام شخص دعوى حق على قاصر، ومثل هذا الأخير عن طريق أبيه أو وصيه، فإذا أقر الأب أو الوصي بهذا الحق، يكون إقرارهما غير معتبر، وتكون إقامة البيّنة واجبة لإثبات الحق، دون أن يخرج الأب بإقراره من الخصومة، وتقام البيّنة بمواجهته، ولا يكون الوصي محلاً لهذا الحكم، بحيث يخرج إقراره عن الخصومة، ولا بد من تعيين وصي آخر غيره، يقوم بالمخاصمة نيابة عن القاصر، وتقام البيّنة بمواجهته.

(د) أو إذا أقر الورثة جميعهم بالدين على الميت، تقبل مع ذلك بيّنة الدائن؛ لأنه كما يحتاج إلى إثبات الدين في حقهم يحتاج أيضاً إلى إثباته في حق دائن آخر.

²⁰⁰³ وهذا الحكم لا يمنع المقر من الطعن في إقراره على أساس صورته تواطأ عليه مع خصمه، أو أن وقع نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه، أو صدر منه وهو ناقص الأهلية، فإذا ثبت ذلك بالطرق المقررة قانوناً بطل الإقرار، ولا يعتبر ذلك رجوعاً عن إقرار موجود، بل هو إلغاء لإقرار ظهر بطلانه. فالإقرار مكتمل الأركان والشروط، وهو الإقرار الصحيح لا يجوز الرجوع فيه ولا يجوز إثبات عكسه، فيكون بذلك حجة قاطعة على المقر. انظر في ذلك: السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص499.

²⁰⁰⁴ إلا أن بعض الفقهاء من المالكية والقاضي من الحنابلة اعتبروا الإقرار في دلالة على الحقيقة مفتقراً إلا البيّنة خشية التهمة وفساد القضاة، خلاف الجمهور الذين اعتبروا علم القاضي بالإقرار كعلمه المستفاد من الشهود؛ لأن القضاء بمجرد الإقرار عندهم هو في حقيقته حكم بعلم القاضي، وهو غير جائز، وبناء على ذلك كان واجباً أن يحضره شاهدان في مجلس القضاء، عندها يحكم القاضي بشهادتهما عند رجوع المقر عن إقراره أو إنكاره ذلك. وفي الحقيقة فإن هذا الرأي يعدّ تحكماً وتعسفياً ومحرّجاً لا يستند إلى أي دليل. انظر لمزيد من التفصيل: الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ج1، ص258.

²⁰⁰⁵ داود (أحمد)، مرجع سابق، ج1، ص297، السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص503-504، انظر في هامش الصفحتين.

(هـ) وكذا لو أقرّ المدّين المحجور عليه بدين لإنسان آخر لا ينفذ إقراره، لكن لو أقام الدّائن المقرّ له بيّنة على دينه سمعت بيّنته. ويترتب على هذه الحجية إظهار ثبوت الحق المقرّ به، لا إثباته ابتداءً بواسطته²⁰⁰⁶؛ لأنّ الحقّ كان ثابتاً من قبل، والإقرار جاء كاشفاً للواقعة المنشئة لها فحسب لا منشئاً لها، فلا يكون سبباً لمدلوله، وإمّا هو دليل تقدّم الاستحقاق عليه في زمن سابق²⁰⁰⁷، فيلزم المقرّ بما أقرّ به، ويلزم القاضي الحكم بموجبه، فالإقرار يقطع النزاع وينهي الخلاف، وعلى هذا الأساس اعتبر الفقهاء الإقرار وسيلة إثبات مجازاً لا حقيقة؛ لأنّ البيّنات والحجج لإثبات الحقّ المتنازع فيه، وفي الإقرار أصبح الحقّ ثابتاً بنفس الإقرار فارتفع مناط النزاع²⁰⁰⁸. ورغم كون حجّية الإقرار حجّية كاملة إلا أنّها قاصرة²⁰⁰⁹ على المقرّ نفسه غير متعدّية إلى غيره؛ لأنّ إقرار الإنسان حجّة على نفسه لا على غيره، فعلى غيره شهادة أو دعوى²⁰¹⁰، وهذا ما جعل الفقهاء يميزون بعض الاستثناءات على قاعدة كفاية الإقرار كحجّة على ثبوت الحقّ، كما رأينا سابقاً، ولأنّ الإقرار خير متردّد بين الصدق والكذب، فكان محتملاً والمحمّل لا يصلح حجّة، ولكن جعل حجّة بترجيح جانب الصدق بانتفاء التهمة فيما يقرّ به المقرّ على نفسه، والتّهمة باقية في الإقرار على غيره فبقى على التردّد الثّاني لصلاحيّة الحجّية²⁰¹¹.

وقد ذهب الفقيهان (Aubry) و(Rau) إلى تكييف الإقرار على أنّه قلب لعبء الإثبات، فبعد أن كان المدّعي مطالباً بإثبات ما يدّعيه من وقائع، فإذا به يجد نفسه في موقع آخر في منظور القانون نتيجة إقرار المدّعي عليه بتلك الوقائع، فيتحمّل هذا الأخير بعد إقراره هذا عبء إثبات عدم صحّة الإقرار الذي ورد منه بالطّعن فيه بناءً على أحد الوجوه التي تقدّمت، ولما كانت هذه الوجوه نادراً ما تتحقّق أصبح عندها الإقرار إعفاءً من الإثبات وليس قلباً له. ولقد أضاف (Bartın)، أنّ التّأصيل يتضمّن بصورة حتمية نزول المقرّ عن حقّه في مطالبة خصمه بالإثبات بناءً على إعفائه لخصمه منه، وهذا هو التّأصيل الذي يتناسب مع اعتبار الإقرار واقعة قانونية تتضمّن تصرفاً قانونياً هو نزول المقرّ عن حقّه في مطالبة خصمه بالإثبات²⁰¹².

²⁰⁰⁶ داود (أحمد)، المرجع نفسه، ص 297. وفي هذا المعنى انظر: السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص 499.

²⁰⁰⁷ السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص 499.

²⁰⁰⁸ انظر: الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ص 254.

²⁰⁰⁹ وجعل الحنفية بعض الاستثناءات على مبدأ كون الإقرار حجّة قاصرة على المقرّ ذكرها الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ج 1،

ص 256.

²⁰¹⁰ الزحيلي (محمد)، المرجع نفسه، ص 256.

²⁰¹¹ الحصري (أحمد)، مرجع سابق، ج 2، ص 16.

²⁰¹² السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص 500.

الفرع الثاني: دلالة اليمين على الحقيقة

اليمين إما أن يكون الغرض منها تأكيد الأقوال، أو تأكيد الوعود، والمضمون الأول في دراستنا هو المقصود؛ لأنه يدخل في مسائل الإثبات²⁰¹³. واليمين عبارة عن القوّة والقدرة، وهي أن يتقوى الحالف في إنكاره بأن يدفع دعوى المدعي للحال²⁰¹⁴، وتجمع على أيمان وعلى أيمن، وهي في اللغة مأخوذة من اليمين الذي هو العضو؛ لأنهم كانوا إذا تحالفوا وضع أحد يمينه في يمين صاحبه، وقيل اليمين: القوّة، ويسمى العضو يميناً لوفور قوته على اليسار، ولما كان الحلف يقوي الخبر على الوجود أو العدم سمي يميناً²⁰¹⁵، فهي بذلك: "قول يتخذ فيه الحالف الله شاهداً على صدق ما يقول أو على إنجاز ما يعد، ويستنزل عقابه إذا ما حث"²⁰¹⁶، أي: "إخبار عن أمر مع الاستشهاد بالله تعالى على صدق الخبر"²⁰¹⁷. واليمين من المسائل التي تتمتع بأبعاد ثلاثة في آن واحد: البعد الدّيني، البعد المدني، والبعد الجنائي²⁰¹⁸.

والأصل في اليمين أنّها حجّة المدعى عليه، نصّاً ومعقولاً، فمن جهة النصّ قوله صلّى الله عليه وسلّم: "البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه"²⁰¹⁹، أمّا من جهة المعقول فاليمين برغم تأكدها بذكر اسم الله تعالى إلا أنّها تظلّ بصفة دائمة كلام للخصم، وباعتبار هذا التّكليف، لا يمكن أن تكون صالحة كحجّة مظهره للحقّ كما هو الأمر بالنسبة للبينة، لأنّ المدعى عليه متمسك بالظاهر، وهو ظاهر اليد، فحاجته إلى استمرار حكم الظاهر، واليمين كافية لذلك²⁰²⁰. وعلى اعتبار اليمين حجّة المدعى عليه خرج عند بعض الفقهاء عدم جواز الأخذ بشاهد ويمين

²⁰¹³ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص514.

²⁰¹⁴ الفتاوى الهندية، ج4، ص16، نسخة رقمية.

²⁰¹⁵ الدردير (أحمد)، الشرح الصّغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، مصدر سابق، ج2، ص189.

²⁰¹⁶ السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص514.

²⁰¹⁷ مرقس (سليمان)، مرجع سابق، ص737.

²⁰¹⁸ وهذا ما جاء في نصّ المادة (191) من قانون الإجراءات المدنية (قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008، المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21 لسنة 2008) في فقرتها الثانية: (..وينبئ الخصوم إلى ما يترتب من عقوبات جزائية عن اليمين الكاذبة)، والمادة (240) من القانون 23/06 المؤرخ في 20/12/2006، المعدّل والمتّم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08/06/1966، المتضمّن قانون العقوبات (الجريدة الرسمية، العدد 84، المؤرخ في 24/12/2006) تضمّنت هذه العقوبات ف: (كلّ شخص وجهت إليه اليمين أو ردّت عليه في المواد المدنية وحلفها كذبا يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار). وهذه المسألة تعتبر من الضمانات المهمّة في الوصول إلى الحقيقة القضائية. انظر في ذلك: نشأت (أحمد)، مرجع سابق، ج2، ص98-99.

²⁰¹⁹ سبق تخريجه.

²⁰²⁰ الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج8، ص418.

واليمين تقطع الخصومة في الحال، إلا أنّها لا تسقط الحق ولا تبرئ الذمّة، ولهذا كان للمدعي حق إقامة البيّنة بعد حلف المدعى عليه وتسمع، ويقضى بها²⁰²¹.

واليمين، في حقيقتها، إمّا أن تكون من طرف المدعي وإمّا أن تكون من طرف المدعى عليه.

(أ) أمّا يمين المدعى عليه، فهي حجته التي يخلفها بطلب من القاضي بناء على طلب المدعي لتأكيد جوابه على الدعوى، فإذا كان المدعي يدعي أمراً خفياً يحتاج إلى إظهاره فلا طريق له إلى ذلك غير البيّنة التي هي كلام غير الخصم، فكانت حجة للمدعي، وإذا كان المدعى عليه متمسكاً بالظاهر، فتصلح اليمين حجة له، لاستمرار حكم الظاهر، فرغم تأكيدها بذكر اسم الله تعالى إلا أنّها تبقى كلاماً للخصم فلا تصلح بذلك كحجة مظهرة للحق²⁰²²، في حالة عجز المدعي عن إقامة البيّنة²⁰²³، لقول نبينا صلى الله عليه وسلّم: "شاهدك أو يمينه"²⁰²⁴، وتسمّى فقها اليمين الأصلية أو الواجبة أو الدافعة أو الرافعة، وقد تكون يمين تحقيق، أو يمين تهمة. فأما الأولى تتوجّه على المدعى عليه إذا كانت الدعوى محققة، بإقامة المدعي بيّنة ناقصة، كشاهد واحد في الوقائع التي يطلب فيها شهادة شاهدين، أو كون الدعوى مبنية على أسباب تؤيدها، كنبوت خلطة أو مشاركة أو معاملة بين المدعي والمدعى عليه²⁰²⁵. أمّا يمين التهمة فهي التي تتوجّه على المدعى عليه لردّ دعوى غير محققة ليس معها شاهد، ولا ما يفيد خلطة ولا معاملة، فتوجّه اليمين على المدعى عليه، فإن حلف برئ، وإن امتنع عن اليمين غرم، ولا تردّ على المدعي²⁰²⁶. وتسمّى هذه اليمين كذلك باليمين الحاسمة قانوناً والمسألة مسألة مصطلح فحسب، والتي يوجهها الخصم إلى خصمه محتكماً بها إلى ضميره، بعد عجزه عن الإثبات بغية حسم النزاع وإنهائه وقد يكون ذلك بصفة أصلية كما قد تكون بصفة احتياطية²⁰²⁷، دون أن يكون له حق الرجوع فيها متى قبلها خصمه²⁰²⁸، فإذا

²⁰²¹ الحرائي (نجم الدين)، الرعاية في الفقه، تحقيق الشهري (علي)، ج2، د.ط، الرياض، 1428هـ، ص1261، وانظر كذلك: التوي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج12، ط3، بيروت، المكتب الإسلامي، 1991، ص40. الغزالي (أبو حامد)، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، ج2، ط1، بيروت، دار الأرقم بن أبي الأرقم، 1997، ص262.

²⁰²² الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج8، ص418، الخطيب الشربيني (شمس الدين)، مصدر سابق، ج4، ص622.

²⁰²³ وهي مسألة خلافية إلا أنّ الراجح في المسألة هو هذا الرأي وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة والمالكية والحنابلة في رواية؛ لأنّ النبيّ (صلى الله عليه وسلّم) رتب اليمين على عدم البيّنة في الغالب: (شاهدك أو يمينه)، واليمين خلف البيّنة، فإذا لم توجد البيّنة تتوجّه اليمين. لتفصيل ذلك أنظر: داود (أحمد)، أصول المحاكمات الشرعية، مرجع سابق، ج1، ص214.

²⁰²⁴ أخرجه البيهقي في السنن الكبير، ج12، كتاب الدعوى والبيّنات، باب البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه، رقم الحديث: 21247، ص245.

²⁰²⁵ الغرياني (الصادق)، مرجع سابق، ج4، ص449.

²⁰²⁶ المرجع نفسه، ص449-450.

²⁰²⁷ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص534، مرقس (سليمان)، مرجع سابق، ص597. والاحتياط المقصود منه فقها في

حالة وجود البيّنة هل يحقّ للمدعي توجيه اليمين للمدعى عليه أم أنّه لا يمكن اللجوء إلى البدل مع وجود الأصل، فالفقهاء كانوا سباقين لدراسة هذه المسألة بكلّ وضوح، والمسألة أنظرها لاحقاً.

حلفها من وجهت إليه حكم له، وفي حالة نكوله دون ردّها إلى المدّعي يحكم عليه²⁰²⁹، وهذا ما كان موافقا لما ذهب إليه بعض الفقهاء الذين لم يأخذوا باليمين المردودة²⁰³⁰. وهذا النوع من اليمين يقوم على مبدأ العدل؛ بحيث يتوجّه المدّعي إلى ضمير المدّعي إليه طالبا منه الحصول على الدليل الذي عجز هو عن إيجادها، فقد أُوْ تقصيرا، فالعدالة تقتضي ذلك حتما؛ على أساس أنّ مبدأ الاستقرار يفرض على الأطراف البحث عن الحقيقة القضائية التّسبية بمختلف الطّرق المحدّدة قانونا ابتداء، وبعد أن يقضي واجب الاستقرار يقوم بإرضاء جانب العدل انتهاء، ولا يكون ذلك إلاّ بتمكين من عجز عن الدليل القضائي بالاحتكام إلى ضمير خصمه المنكر للحقّ الذي ادّعاه عليه، وهذا هو الدور المقرّر لليمين الحاسمة، فإن حلفها المدّعي عليه كان ذلك قرينة واضحة على رضاه ضميره بإنكار صحّة الادّعاء، وباعتبار هذا الأخير مسألة خالية من أيّ دليل تعيّن الحكم برفضه، أمّا إن نكل عنها كان ذلك إقرارا ضمّنيّا بصحّة الادّعاء، فيتعيّن بعدها الحكم عليه بمقتضى هذا الإقرار²⁰³¹.

واليمين من حيث تكييفها، قد تعتبر تصرفا قانونيا بالنظر إلى عنصر الإرادة في جهة الخصم الذي بناء عليها يقوم بالاحتكام إلى ضمير من وجهت إليه، مع كلّ ما يترتب على ذلك من نتائج قانونية، فيعتبر بذلك تصرفا قانونيا قائما على الإرادة المنفردة، وليس عقدا قضائيا بين المتخاصمين كما ذهب إلى ذلك قضاة المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا)²⁰³²؛ على أساس أنّ اليمين الحاسمة إنّما شرعت لصالح المدّعي عليه، فلا تفتقر إلى إرادة المدّعي. كما ذهب بعض الفقه إلى تكييف اليمين الحاسمة على أنّها تحكيم أو صلح، إلاّ أنّ هذا التّوجّه قد اعترض عليه اعتراضا شديدا، من جهة كون المحكّم في عقد التّحكيم هو طرف ثالث غير الطّرفين المتنازعين، كما يجب أن يكون التّحكيم قائما على رضاه الطّرفين، ففي اليمين يكون من توجّه له مجبرا على حلفها أو النكول عنها²⁰³³، أمّا في الصلح يتنازل كلّ طرف على جزء ممّا

²⁰²⁸ وهذا ما جاء في نصّ المادة (345) من القانون المدني (الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمّن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرخ في 1975/09/30)، وما أثبتته القضاء عمليا، كما جاء في قرار المجلس الأعلى (غ.م) رقم 44842، المؤرخ في 1988/10/12، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 2، ص(20-22).

²⁰²⁹ وهو ما تضمّنته المادة (192) من القانون رقم 08-09 المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ حيث جاء فيها: (إذا امتنع الخصم عن أداء اليمين التي وجهت إليه دون ردّها للخصم الآخر، سقط ادّعاؤه. إذا رفض من ردّت عليه اليمين أدائها، سقط ادّعاؤه).

²⁰³⁰ وهم الحنفية والحنابلة، انظر في ذلك: المرغيناني (برهان الدّين)، مصدر سابق، (طبعة دار السلام 2006)، ج 3، ص 1158-1159، ابن قدامة (موفق الدّين)، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 233. أمّا المالكية والشافعية فيأخذون بها، انظر في ذلك: ابن رشد (أبو الوليد محمد)، مصدر سابق، ج 2، ص 384، الفتوح (محمد) المعروف بـ: (ابن النّجار)، مصدر سابق، ج 11، ص 288، الشّيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ج 3، ص 425.

²⁰³¹ نشأت (أحمد)، مرجع سابق، ج 2، ص 75، السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص 516.

²⁰³² انظر: قرار المجلس الأعلى (غ.م) رقم 44842، المؤرخ في 1988/10/12، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 2، ص(20-22).

²⁰³³ نشأت (أحمد)، مرجع سابق، ج 2، ص 77، مرقس (سليمان)، مرجع سابق، الأدلة المطلقة، ص 745.

ادّعاءه، بخلاف ما نجد في اليمين بحيث يقضى بالحقّ كلّه أو يرفض كلّه، ويشترط في الصّح كذا ذلك رضا الطرفين، أمّا في اليمين فموجّهها محتمّ عليه ذلك عند عجزه عن الإثبات، والخصم الموجهة له مجر على تأديتها أو ردّها على خصمه، وإن نكل عنها خسر دعواه²⁰³⁴. وفي كلّ الأحوال فإنّ هذه اليمين هي ملك خالص للخصم؛ بحيث لا يمكن للقاضي تغيير صيغتها تغييراً يؤثر على مدلولها²⁰³⁵.

وحتى تكون اليمين طريقاً فعّالاً إلى الحقيقة القضائية لا بدّ أن تكون محاطة بشروط واضحة، منها:

(1) جواز المحلّ، أي أن يكون موضوع اليمين ممّا يصحّ الإقرار به شرعاً، وإلّا لم يجز الاستحلاف فيه، ففتنّ على ذلك قاعدة مفادها: "كلّ ما يصحّ الإقرار به في الدّعى ويلزم بموجب الإقرار، يجوز توجيه اليمين فيه للخصم"، فمن ادّعى على رجل أنّه أخوه دون أن يدّعي في يده ميراثاً فأنكر لا يحلف؛ لأنّه لو أقرّ له بالأخوة لم يجز إقراره لكونه إقراراً على غيره، وهو أبوه، أمّا لو ادّعى أنّه أخوه وأنّ في يده مالا من تركة أبيه، وهو مستحقّ لنصفه بإرثه من أبيه؛ فأنكر يحلف لأجل الميراث لا للأخوة؛ لأنّه لو أقرّ أنّه أخوه صحّ إقراره في حقّ الإرث حتى يؤمر بتسليم نصف الميراث إليه، ولم يصح في حقّ التّسب حتى لا يقضي بأنّه أخوه²⁰³⁶. ولو ادّعى رجل على رجل أنّه زوجته ابنته الصّغيرة، وأنكر الأب، لا يحلف عند (أبي حنيفة)؛ لأنّه لو أقرّ به لا يصحّ إقراره به عنده، فإذا أنكر لا يستحلف، ولأنّ الاستحلاف لا يجري في النّكاح، وعند (أبي يوسف) و(محمّد) يجري، إلّا أنّ عند (أبي يوسف) يحلف على السّبب، وعند (محمّد) يحلف على الحاصل، هذا إذا كانت صغيرة عند الدّعى، فإن كانت كبيرة وادّعى أنّ أباهاً زوجها إتياء في صغرها، لا يحلف عند (أبي حنيفة) بالنّظر إلى الوجهين السّابقين، وعندهما لا يحلف أيضاً لأحد الوجهين، وهو أنّه لو أقرّ عليها في الحال لا يصحّ إقراره، ولكن تحلف المرأة عندهما؛ لأنّها لو أقرّت لصحّ إقرارها، وعندهما الاستحلاف يجري فيه، لكن عند (أبي يوسف) تحلف على السّبب بالله عزّ وجلّ ما تعلم أنّ أباهاً زوجها وهي صغيرة إلّا عند التّعرّض، فتحلف على الحكم، كما قال (محمّد)²⁰³⁷. كما يجب أن لا يكون من حقوق الله تعالى الخالصة كالحقوق الخالصة لله تعالى²⁰³⁸، إلّا أنّ الحنابلة²⁰³⁹ و(أبا حنيفة) دون

²⁰³⁴ نشأت (أحمد)، مرجع سابق، ج2، ص77-78.

²⁰³⁵ قرار المجلس الأعلى (غ.م)، رقم 46707، المؤرخ في 1988/10/26، المجلة القضائية، العدد 3 لسنة 1990، ص(20-22).

²⁰³⁶ الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج8، ص431.

²⁰³⁷ الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج8، ص432.

²⁰³⁸ الكاساني (علاء الدين)، المصدر نفسه، ص430، ابن قدامة (موفق الدين)، المغني، مصدر سابق، ج14، ص236، الحراني (نجم الدين)، مصدر سابق، ج2، ص1259، ابن رشد (أبو الوليد محمد)، مصدر سابق، ج2، ص384 (ومسألة قلب اليمين أو ردّها عند الملكية تكون في الموضع الذي يقبل فيه شاهد وامرأتان وشاهد وبمين، وهو ما ذهب إليه ابن أبي ليلى، حيث كان يردها في غير التّهمة ولا يردها في التّهمة، وأحد التّوايئين عند الحنابلة، فما لا يثبت إلّا بشاهدين لا يمكن أن يكون محلاً لليمين، كالفصص وحدّ القذف، والتّكاح والطلاق والرّجعة، والعقّ والتّسب والاستيلاء، والولاء والرّق، وقال أحمد كما جاء في المغني: لم أسمع من مضى جوّزوا الأيمان إلّا في الأموال والعروض خاصّة)، الخطيب الشّريبي (شمس الدين)، مصدر سابق، ج4، ص623.

(الصّاحبين) أضافوا شرطاً آخر في هذا السّياق، وهو أن يكون المدّعي به ممّا يحتمل البذل إضافة إلى كونه محتملاً للإقرار؛ لأنّ التّكول عنده بذل، وعندهما إقرار دلالة، فما لا يحتمل ذلك لا يجري فيه الاستحلاف، كالنّكاح والرّجعة والفِيء في الإيلاء والرّق والولاء والاستيلاء، والفتوى على غير ذلك²⁰⁴⁰. ومثل هذا الشّروط نصّ عليه في المادة (189) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: (يأمر القاضي بأداء اليمين في المواد التي يجوز فيها ذلك)، كما جاء في الفقرة (3) من المادة (190) من القانون نفسه: (لا يجوز توجيه اليمين حول وقائع مخالفة للنّظام العام)، وهو ما أكّده المحكمة العليا من خلال قراراتها؛ بحيث أقرت مبدأ مهمّاً مفاده: (أنّ اليمين الحاسمة لا يجوز توجيهها إذا كانت متعلّقة بواقعة مخالفة للنّظام العام)²⁰⁴¹.

(2) تحديد الوقائع، وهو التزام يقع على عاتق الّذي يوجّه اليمين، وهو المدّعي، حسبما جاء في نصّ المادة (190) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث يقوم وجوباً بتحديد الوقائع التي تنصبّ عليها اليمين حتّى نعرف الوقائع المتعلّقة بشخصه من الوقائع المتعلّقة بغيره؛ وبيان ذلك أنّ الأولى يحلف المدّعي عليه بشأنها على البتّ دونما تفريق بين الإثبات والتّنفي لإمكان إحاطته بما فعل وبما لم يفعل باتّفاق الفقهاء، أمّا الثّانية فلا بدّ أن نفرّق في شأنها بين الإثبات والتّنفي، فإن كان إثباتاً يحلف بشأن ذلك على البتّ؛ لأنّ له طريقاً إلى العلم بما فعل غيره، أمّا إن كان نفيّاً فلا يحلف إلّا على عدم العلم، وهو ما أخذ به الشافعية²⁰⁴² والحنابلة²⁰⁴³ والمالكية²⁰⁴⁴، بخلاف ما ذهب إليه الحنفيّة الّذين لم يفرّقوا بين الإثبات والتّنفي

²⁰³⁹ الحرابي (نجم الدين)، مصدر سابق، ج2، ص1259.

²⁰⁴⁰ المرغيناني (برهان الدين)، مصدر سابق (طبعة دار السلام 2006)، ج3، ص1160، الكاساني (علاء الدين)، المصدر نفسه، ص431.

²⁰⁴¹ انظر قرار المجلس الأعلى (أ.ع.م)، رقم 52042، المؤرّخ في 1989/04/05، المجلة القضائية، العدد1، لسنة 1991، ص(14-16).

²⁰⁴² العمراني (أبو الحسين يحيى)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج13، ط1، بيروت، دار المنهاج، 2000، ص261-262، الغزالي (أبو حامد محمد)، الوسيط في المذهب، تحقيق إبراهيم (أحمد)، ج7، ط1، الغورية (مصر)، دار السلام، 1997، ص419، الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ج3، ص433، الرّوياني (أبو محاسن عبد الواحد)، بحر المذهب في فروع مذهب الإمام الشافعي، تحقيق عناية الدمشقي (أحمد عزّو)، ج12، ط1، بيروت، دار إحياء الثّراث العربي، 2002، ص199-200، الغزالي (أبو حامد محمد)، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق معوّض (علي) وعبد الموجود (عادل)، ج2، ط1، بيروت، دار الأرقم بن أبي الأرقم، 1997، ص261، الكوهجي (عبد الله)، زاد المحتاج بشرح المنهاج، تحقيق الأنصاري (عبد الله)، ج4، ط1، الشّؤون الدّينية بدولة قطر، 1982، ص629.

²⁰⁴³ ابن قدامة (موفق الدّين)، المغني، مصدر سابق، ج14، ص228، الكرمي (مرعي)، غاية المنتهى في جمع الإقناع والمنتهى، ج2، ط1، الجهراء (الكويت)، مؤسّسة غراس، 2007، ص656، الحرابي (نجم الدين)، مصدر سابق، ج2، ص1260.

²⁰⁴⁴ القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس، تحقيق حميش (عبد الحقّ)، ج3، د.ط، منشورات دار قرطبة، ص279. وانظر كذلك لمزيد من التّفصيل: داود (أحمد)، أصول المحاكمات الشّرعية، مرجع سابق، ج1، ص217. أمّا الحنفية والزيدية والإباضية فقد ذهبوا إلى أنّ الشّخص يحلف على نفي العلم بفعل الغير إثباتاً أو نفيّاً، كأن يدّعي عليه أنّه كان على موثّه دين أو حقّ فيعجز المدّعي عن الإثبات، ويحلف المدّعي عليه الوارث على نفس العلم به. فالشّخص لا يحيط علماً بفعل الغير، فيحلف على

في الحلف على فعل الغير فكلاهما يكون محلاً للحلف على عدم العلم²⁰⁴⁵، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة (344) من القانون المدني؛ حيث جاءت غير مفصلة ولا مفرقة بين الإثبات والتفني: (..ويجب أن تكون الواقعة التي تقوم عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين، فإن كانت غير شخصية له قامت اليمين على مجرد علمه بها). فلا يكون سليماً، من الناحية الشرعية والقانونية، أن توجه اليمين إلى وارث على أن مورثه غير مدين بالحق المدعى به، غير أنه يجوز تحليفه على أن ليس له أي علم بأن مورثه مدين بهذا الحق، فيحلف على عدم العلم لا على البتات، فيقول: لا أعلم على مورثي ديناً، لو أعلم عنه إتلافاً وبيعاً، ولهذا سميت: يمين عدم العلم²⁰⁴⁶. كما إن منكر الرضاع لا يحلف إلا على نفي العلم؛ لنفيه فعلاً للغير، بخلاف مدعيه فإن حلفه يكون على البت، رجلاً كان أو امرأة²⁰⁴⁷. والقاضي إذا حكم بغير هذا يكون حكمه مجانباً للحق والصواب والعدل²⁰⁴⁸، إلا أن اليمين تحسب وتحمل على نفي العلم²⁰⁴⁹، كأن يدعي مدين أنه دفع دينه للدائن الميت، ولم يصدقه الورثة، فله أن يحلف من الورثة من يظن به أنه على علم بردّ الدين كابن الميت أو أخيه أو ممن يخالطه، فيحلف الورثة البالغون في هذه الحالة على نفي العلم أنهم لم يعلموا أن مورثهم أخذ شيئاً من دينه، ولا أحال به، فإن حلف البالغ ثبت الحق لجميعهم، وإن نكل بطل حقه فقط، وتردّ اليمين على المدين فيحلف على البت أي أنه قضى وسقط حق

نفي العلم على فعل غيره، أي أنه لا يعلم أنه كذلك، لعدم علمه بما فعل غيره ظاهراً، إلا إذا كان فعل الغير شيئاً يتصل به أي بالخالف. أما ابن أبي ليلى فالأيمان كلها عنده على البت بالنسبة لفعل الغير كما يحلف على فعل نفسه. ومجلة الأحكام العدلية قد أخذ بما ذهب إليه الخنفيه في مادتها: (1748). داود (أحمد)، المرجع نفسه، ص216.

²⁰⁴⁵ الطوري القادري (محمد بن حسين)، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج7، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1997، ص370.

²⁰⁴⁶ ويمين عدم العلم (serment de crédulité, de crédibilité) غير يمين الاستيثاق (serment libératoire)، فالأولى يمين حاسمة أما الثانية فالراجح فيها أنها متممة، ويمين عدم العلم في القانون الفرنسي لا يحلفها إلا الورثة، ونص المادة (1359) من القانون المدني لم يرد فيه أي تعميم، وقد نصت المادة (2275) على يمين عدم العلم التي يحلفها الورثة. انظر في ذلك: السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص544-545. Aubry et Rau, Planiol, *op.cit.*, P116

²⁰⁴⁷ يمين الزوج إذا أنكر الرضاع لها وجهان مطلقان عن الحاوي، أحدهما أنها على نفي العلم كيمين الزوجة إذا أنكرت، والثانية أنها على البت. والفرق بين المسألتين: أن في يمين الزوج تصحيح للعقد في الماضي وإثبات استباحته في المستقبل، فكانت على البت تغليظاً، أما يمين الزوجة كانت لبقاء حق ثبت ظاهراً بالعقد، فينتفع فيه بالعلم. وحسب الترافعي فإن هذا الفرق غير متضح، فإذا ادعت الزوجة رضاعاً حسبه وشكّ الزوج في ذلك، فإن قلنا يحلف على نفي العلم فله أن يحلف هاهنا، وإن قلنا على البت فلا يحلف، فبترد الوجهان في يمين الزوج والزوجة جميعاً. ووجه كون اليمين على البت أنه ينفي حرمة يدعيها المدعي فيحلف على القطع. انظر في ذلك: ابن الوكيل (أبو عبد الله محمد)، الأشباه والتظائر في فقه الشافعية، تحقيق محمد إسماعيل، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2002، ص98-99.

²⁰⁴⁸ التوي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مصدر سابق، ج12، ص36، الرافعي القزويني (أبو القاسم عبد الكريم)، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق معوض (علي) وعبد الموجود (عادل)، ج13، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1997، ص197.

²⁰⁴⁹ الرافعي القزويني (أبو القاسم عبد الكريم)، مصدر سابق، ج13، ص197.

البالغ الذي يظنّ أنّه على علم برّد الدّين وامتنع عن اليمين دون غيره، وإن نكل المدين غرّم للجميع²⁰⁵⁰. وليس الحكم نفسه بالنسبة لوصيّ الميّت وقيمّ القاضي، فإن كان للميّت وصيّ في قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه، وادّعى رجل دينا عليه، أو أنّه أوصى له بشيء، إلاّ أنّ الوصيّ أنكر، فإن كان للمدّعي بيّنة حكم القاضي بها، وإن لم يكن له بيّنة وأراد تحليف الوصيّ على نفي العلم، لم يكن له ذلك؛ لأنّ مقصود التّحليف إقراره، والوصيّ لا يقبل إقراره بالدين والوصيّة، فلا يترتّب على تحليفه أيّ حكم، أمّا لو كان وارثا فيحلف عندها بحقّ الورثة²⁰⁵¹. كما يقوم القاضي بتحديدتها في الحكم، سواء كان طلب توجيه اليمين من أحد الخصوم، أو قرّره القاضي تلقائيّاً²⁰⁵².

(3) تحديد الصّيغة، وهذا من أدوار القاضي؛ حيث يقوم بتنبيه الخصوم إلى ما يترتّب من عقوبات جزائية على اليمين الكاذبة²⁰⁵³، وهذا ما جاء منصوصا عليه في المادة (191) في فقرتها الثانية، ومخالفة الصّيغة تكون اليمين معها باطلة، ويعتبر المدّعي عليه ناكلا، كأن يقول القاضي: قل بالله، فيقول المدّعي عليه: بالرحمان، أمّا إذا قال له: قل بالله، فقال: تالله أو والله، ففي ذلك وجهان²⁰⁵⁴ في مدى اعتباره نكولا؛ لأنّه حلف بالاسم الذي حلّفه به والتّفاوت في مجرّد الصلّة²⁰⁵⁵. وهذان الوجهان يجريان كذلك في

²⁰⁵⁰ الغرياني (الصّادق)، مرجع سابق، ج4، ص452-453. دليل أنّ اليمين في النّفي على فعل الغير تكون على نفي العلم لا على البتّ والقطع، ما جاء في حديث الحضرمي والكندي اللّذين اختصما إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم في أرض من اليمن، فقال الحضرمي: يا رسول الله، إنّ هذا قد غلبني على أرض كانت لي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها، ليس له فيها حقّ، فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم للحضرمي: "ألك بيّنة؟"، قال: لا، قال: "فلك يمينه"، قال: يا رسول الله، إنّ رجل فاجر ليس يبالي ما حلف عليه، ليس يتوّع من شيء. فقال له النبيّ صلّى الله عليه وسلّم: "ليس لك منه إلاّ ذلك". فانطلق ليحلف. قال: فلمّا أدبر قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: "أمّا إنّ إن حلف على مال ليأكله ظلما لقي الله وهو عنه معرض" انظر في ذلك: البيهقي، السنن الكبرى، مصدر سابق، ج21، كتاب الدّعوى والبيّنات، باب الرّجلين يتنازعان المال، رقم الحديث: 21252، ص248.

²⁰⁵¹ التّووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مصدر سابق، ج12، ص39. الغزالي (أبو حامد محمد)، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، مصدر سابق، ج2، ص261.

²⁰⁵² انظر: المادة (190) من القانون 08-09 المؤرّخ في 2008/02/25، المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21 لسنة 2008.

²⁰⁵³ وقد نصّ قانون العقوبات في المادة (240) تضمّنت هذه العقوبات ف: (كلّ شخص وجّهت إليه اليمين أو ردّت عليه في المواد المدنية وحلفها كذبا يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار).

²⁰⁵⁴ الوجه الأوّل أنّه نكول؛ لأنّه حلف لا على الوجه الذي حلّف، فأشبهت الصّورة الأولى التي يقول فيها القاضي: قل بالله فقال: بالرحمان، والوجه الثّاني المنع؛ لأنّه حلف بالاسم الذي حلّف به، والتّفاوت في مجرّد الصلّة. انظر في ذلك: الرافعي القزويني (أبو القاسم عبد الكريم)، مصدر سابق، ج13، ص193.

²⁰⁵⁵ الرافعي القزويني (أبو القاسم عبد الكريم)، المصدر نفسه، ص193.

حالة ما إذا غلّظ القاضي في اليمين الموجهة إلى المدعى عليه من جهة اللفظ فامتنع مقتصرًا على قوله: والله، إلا أن الأصحّ حسب ما ذهب إليه (القفال)²⁰⁵⁶ أنه ناكل؛ لأنه ليس له ردّ اجتهاد القاضي²⁰⁵⁷.

(4) التّحديد المكاني والزّمني لليمين، وهذا ماجاء في المادة (1/191): (يحدّد القاضي اليوم والساعة والمكان الذي تؤدّى فيه اليمين)، فقد تكون اليمين أمام الهيئة القضائية كما قد تكون خارجها كالمسجد حيث تغلّظ اليمين من أجل ضمان بلوغ نتيجة الأحكام القضائية، فهي تدخل ضمن سلطة قضاة الموضوع التقديرية، وهو ما أكّده المحكمة العليا²⁰⁵⁸.

(5) أن تكون شخصيّة، فلا تجري النيابة في حلفها بل وتجري في الاستحلاف²⁰⁵⁹، وهذا ما أخذ به المشرّع الجزائري، فلا يجوز التوكيل فيها، بحيث تؤدّى من قبل الخصم الذي وجهت له شخصيًا بالجلسة أو في المكان الذي يحدده القاضي، أمّا إذا استحال تنقله وكان ذلك مبرّرًا يمكنه أداؤها أمام قاض منتدب لهذا الغرض، ينتقل إلى مكان تواجدته بحضور أمين الضبط، أو أمام المحكمة الموجود بدائرة اختصاصها محلّ إقامته، بحضور أمين الضبط أو المحضر القضائي الذي يحرّر محضرا عن ذلك، وتؤدّى في كلّ الحالات بحضور الخصم الآخر أو بعد صحّة تبليغه²⁰⁶⁰، وهذا ما جاء بجنه عند الفقهاء تحت عنوان المرض والزّمانة.

²⁰⁵⁶ هو محمد بن علي بن إسماعيل القفال الكبير، الشاشي. كان إمامًا في التفسير والحديث والكلام والأصول والفروع. قال الحاكم أبو عبد الله: هو الفقيه، الأديب، إمام عصره بما وراء النهر للشافعيين، وأعلمهم بالأصول، وأكثرهم رحلة في طلب الحديث. وهو من الطبقة الثالثة. له مصنّفات كثيرة حسب ما ذهب إليه أبو إسحاق الشيرازي، ليس لها مثل عند الفقهاء، فهو أول من ألف الجدل الحسن، وله كتاب في أصول الفقه، وكتاب (شرح الرسالة)، وبسببه انتشر فقه الشافعي في ما وراء النهر. وقد درس على يد أبي العباس بن سريج، حسب ما ذكر الشيرازي. كما سمع القفال الكبير من ابن خزيمة وابن جرير، وغيرهما، وروى عنه أبو عبد الله الحاكم، وأبو عبد الرحمن السلمى، وأبو نصر عمر بن قتادة، وغيرهم. مات القفال سنة خمس وستين وثلاثمائة، بالشاش، وهذا مخالف لما ذهب إليه أبو إسحاق الشيرازي من أنه مات سنة ست وثلاثين وثلاثمائة. انظر في ذلك: الشيرازي (أبو إسحاق)، طبقات الفقهاء، مصدر سابق، ص 112. وانظر كذلك: ابن عبد الكافي السبكي (تاج الدّين)، مصدر سابق، ج 3، ص 200 وما بعدها، الترجمة رقم: 159.

²⁰⁵⁷ إلا أن بعض الفقهاء جعلوا مسألة التّكول منحصرة فقط في الامتناع عن التّغليظ المكاني والزّمني دون اللفظي، انظر في ذلك: التّووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مصدر سابق، ج 12، ص 34.

²⁰⁵⁸ إن الحكم القضائي المنصب على الأثاث والمتاع قضى بتوجيه اليمين إلى المطعون ضدها بشأن المتاع، ويكون ذلك بالمسجد، إلا أن قضاة الموضوع على مستوى الاستئناف عدّلوا هذا الحكم بصفة جزئية مغيّرين مكان أداء اليمين، فلا تؤدّى اليمين بذلك إلا أمام قضاة المجلس القضائي دون تعليل القرار أو تسببه تسببًا قانونيًا. فكان هذا التعديل في منظور قضاة المحكمة العليا مجانبًا للحقّ والقانون، فتأدية اليمين في المسجد تدعو إلى الرّهبة، الأمر الذي يساهم في ضمان بلوغ نتيجة الحكم القضائي وهي الحقيقة القضائية. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 245065، المؤرخ في 2000/05/23، المجلة القضائية لسنة 2002، العدد 1، ص (297-300). وهذا في الحقيقة ينم عن تحوّل كبير على مستوى قرارات المحكمة العليا؛ حيث كانت المحكمة العليا قد قضت في سابق قراراتها ب: (أنه إذا وجهت اليمين إلى خصم في نزاع أو ردّت عليه فإنّ الخصم يقوم بحلف اليمين بنفس الجلسة)، انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 163381، المؤرخ في 1997/06/10، اجتهاد قضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص (239-241).

²⁰⁵⁹ داود (أحمد)، أصول المحاكمات الشرعية، مرجع سابق، ج 1، ص 217-218.

²⁰⁶⁰ انظر في ذلك: المادة (193) من القانون رقم 08-09 المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(6) يجب أن يكون من توجهه إليه اليمين بالغا عاقلاً²⁰⁶¹، أي متمتعاً بأهلية التصرف في الحق الذي توجه إليه فيه اليمين وقت الحلف لا وقت توجيهها؛ لأن اليمين تعدّ مجالاً من مجالات الخيار؛ بحيث يشترط أن يكون من وجهت إليه اليمين أهلاً للخيار بين الحلف والرّد والنكول، ورّد اليمين كتوجيهها تشترط فيها أهلية التصرف، والنكول كالإقرار لا يملكه إلا من ملك التصرف في الحق. وبناء على ذلك لا يكون جائزاً توجيه اليمين إلى صبي غير رشيد، باستثناء فيما يملك من أعمال الإدارة، كما لا يكون جائزاً توجيهها إلى محجور عليه، ولا إلى نائب عنه كالوصي أو القيم؛ فالتياغة تجري في الاستحلاف دون الحلف²⁰⁶²، باستثناء توجيهها بخصوص أعمال صدرت منه شخصياً أو عن أعمال الإدارة التي يملكها، كأن توجه إليه اليمين في قبض الدين الذي لمحجوره، وكان قد أدخل في الدعوى بصفته الشخصية أيضاً، فإن حلف كسب الدعوى وإن نكل لم يضر ذلك بالمحجور عليه، ويصبح ملتزماً نحوه بالدين، ولا ينطبق هذا الحكم على الولي؛ على أساس أن الولي يملك التصرف في مال الصغير فيجوز بذلك توجيه اليمين إليه²⁰⁶³. وإذا كانت الواقعة التي وجهت اليمين بشأنها حدثت من النائب شخصياً كاستلامه مبلغاً من النقود، لا يكون جائزاً تخليف الأصيل إلا على علمه بما فحسب، ويجوز تخليف النائب عليها بشرط أن لا تكون نتيجة الحلف مضرة بالأصيل²⁰⁶⁴. وإذا لم يكن النائب ماثلاً في الدعوى جاز إدخاله فيها لتوجيه اليمين إليه، فإن حلف كسب الأصيل الدعوى، أمّا في حالة نكوله يخسرها، دون أن يتضرر بهذا النكول، ولهذا يكون له حق الرجوع على النائب الذي نكل²⁰⁶⁵. وإذا حصل أن ادعى الخصم الذي وجهت له اليمين الحاسمة أن الواقعة محل اليمين لا تتعلق بشخصه، يكون واجبا عندها على المحكمة الفصل في هذا الادعاء، ولا يمكن اعتباره ناكلاً قبل ذلك، ولها أن توجه له اليمين بناء على ما تنتهي إليه مع تحديد جلسة خاصة بذلك في حالة تقرير توجيهها²⁰⁶⁶.

(7) أن تكون مطابقة للإنكار²⁰⁶⁷؛ على أساس أن وجوبها كان قائماً على الحاجة إلى دفع تهمة الكذب فيه، ولهذا إذا أقر المدعى عليه لا يمكن أن تكون هناك حاجة للحلف، فالمقر لا يتهم في إقراره على نفسه. والإنكار إما أن يكون نصاً أي صريحاً، وإما أن يكون دلالة أي ضمناً، فالمدعى عليه لا بد أن

²⁰⁶¹ داود (أحمد)، مرجع سابق، ج1، ص216.

²⁰⁶² المرجع نفسه، ص216.

²⁰⁶³ السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص531.

²⁰⁶⁴ مرقس (سليمان)، مرجع سابق، ص758.

²⁰⁶⁵ المرجع نفسه، ص760-759.

²⁰⁶⁶ المرجع نفسه، ص760.

²⁰⁶⁷ الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج8، ص430، التّووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مصدر سابق، ج12، ص34، الرافعي القزويني (أبو القاسم عبد الكريم)، مصدر سابق، ج13، ص193.

يجيب على ما ادّعاه عليه خصمه، والجواب قد يكون إقراراً أو إنكاراً، والسكوت لا بدّ أن يكون محمولاً على أحدهما، والحمل على الثاني أي الإنكار أولى؛ وبيان ذلك أنّ العاقل المتدين لا يمكنه أن يسكت عن إظهار الحقّ إذا كان مستحقاً لغيره مع قدرته عليه، ويمكنه أن يكون على عكس ذلك إذا كان الحقّ مستحقاً لنفسه. وفي حالة قوله: لا أقرّ ولا أنكر، أي أنّه لم يسكت ولم يقر في ذات الوقت، فمن الفقهاء من كيّف ذلك بأنّه إقرار، ومنهم من كيّفه بأنّه إنكار، ولكن الأول أشبه²⁰⁶⁸ حسب (ابن عابدين)²⁰⁶⁹.

(8) أن تكون بطلب من المدّعي؛ فقد وجبت على المدّعي عليه حقاً للمدّعي، وحقّ الإنسان في مواجهة الغير يكون الإيفاء به واجبا بمجرد طلبه²⁰⁷⁰، ولو حلّفه القاضي بدون طلب المدّعي لا تكون اليمين معتبرة، وتجب إعادتها²⁰⁷¹.

(9) أن تكون اليمين بإذن من القاضي²⁰⁷²، أي يشترط وقوعها بعد تحليف القاضي وإلا لم تكن معتبرة، مع استحباب تكرار التحليف ثلاثاً²⁰⁷³، واحتجّ له بأنّ (ركانة)²⁰⁷⁴ طلق امرأته البتّة، فأخبر النبيّ

²⁰⁶⁸ الكاساني (علاء الدين)، المصدر نفسه، ص430.

²⁰⁶⁹ هو محمّد بن محمّد أمين بن عمر، علاء الدّين ابن عابدين، من علماء دمشق، فقيه حنفيّ. أتبع خطوات أبيه، فأكمل حاشيته (ردّ المختار) من خلال كتاب ألفه أسماه: (قرّة عيون الأخبار لتكملة ردّ المختار على الدرّ المختار شرح تنوير الأبصار) في جزئين. توفيّ رحمه الله بدمشق عام 1306هـ الموافق لعام 1889م. انظر في ذلك: الزركلي (خير الدّين)، مصدر سابق، ج7، ص75.

²⁰⁷⁰ الكاساني (علاء الدين)، المصدر نفسه، ص430. إلا أنّ في مذهب الحنفية لا تحليف إلا بعد طلب المدّعي عند أبي حنيفة ومحمد في جميع الدّعاوى، أمّا أبو يوسف فيرى أنّه يستحلف المدّعي عليه بلا طلب في أربعة مواضع، وهو عين ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في مادّتها (1746): (أ) في الرّدّ بالعيب، فيحلف المشتري بالله ما رضيت بالعيب، (ب) والشّفيح، فيحلف بالله ما أبطلت شفعتك، (ج) والمرأة إذا طلبت فرض النّفقة على زوجها الغائب، فتحلف بالله ما خلف لك زوجك شيئاً، ولا أعطاك النّفقة، (د) ويحلف المستحقّ بالله ما بعث، وعندهما: لا يحلف في الكلّ بلا طلب. ولكنهم أجمعوا على أنّ من ادّعى دينا على ميّت يحلّفه القاضي بلا طلب الوصيّ والوارث: بالله ما استوفيت من المديون، ولا من أحد أدّى إليك عنه، ولا قبضه لك قابض بأمرك، ولا أبرأته منه، ولا شيئاً منه، ولا أحلت بذلك شيئاً منه على أحد، ولا عندك به ولا شيء منه رهن، وهذه اليمين يقال لها: (يمين الاستظهار) والتي تسمّى عند المالكية: (يمين القضاء) أو (يمين الاستبراء). انظر في ذلك: داود (أحمد)، أصول المرافعات الشرعية، مرجع سابق، ج1، ص223.

²⁰⁷¹ وقال (القفال الشاشي): لا يتوقّف التحليف على طلبه، والصّحيح الأوّل. ولو امتنع عن تحليفه بالدّعوى السابقة كان تحليفه جائزاً؛ لأنّه لم يسقط حقّه في توجيه اليمين، كأن يقول: أبرأتك عن اليمين، سقط حقّه عن اليمين في هذه الدّعوى، وله استئناف الدّعوى وتحليفه. انظر في ذلك: التّووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مصدر سابق، ج12، ص43، ابن تيمية (مجد الدين)، مصدر سابق، ج2، ص208، وقد جاء في المحرّر: "وإذا قال المدّعي: مالي بيّنة، أعلمه الحاكم أنّ له اليمين على خصمه على صفة جوابه، فإن سأل إحلافه أحلفه وحلّى سبيله، ولا يعتدّ بيمينه قبل مسألة المدّعي، فإن نكل قضى عليه بالتكول نصّاً عليه، فيقول: إن حلفت وإلا قضيت عليك، ويستحبّ أن يكرّره ثلاثاً، فإن لم يحلف قضى عليه".

²⁰⁷² التّووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مصدر سابق، ج12، ص34، العمراني (أبو الحسين يحيى)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج13، ص261، الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ج3، ص433، الرافعي القزويني (أبو القاسم عبد الكريم)، مصدر سابق، ج13، ص193، ابن مفلح (شمس الدين)، الفروع وبذيله تصحيح الفروع للمرداوي، تحقيق القاضي (أبو الزهراء حازم)، ج6، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1997، ص415، الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج3، ص430، ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق، ج1، ص161، وانظر كذلك: المادة (1747) من مجلة الأحكام العدلية، حيدر (علي)، مرجع سابق، ج4، ص501.

صلى الله عليه وسلم بذلك، فقال: والله ما أردت إلا واحدة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "والله ما أردت إلا واحدة؟" فقال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة²⁰⁷⁵. فردّها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم، فطلّقها الثانية في زمان عمر، والثالثة في زمان عثمان. ومفاد الاستشهاد بهذا الحديث في هذا السياق هو أنّ (ركانة) حلف قبل أن يستحلفه النبي صلى الله عليه وسلم، فلم يعتدّ بيمينه، بل استدعى منه اليمين ثانية؛ ولأنّ اليمين تقع على نيّة القاضي حتّى لا يمكن للحالف أن يتأوّل فيها فيخرج منها، فلو قيل بصحّة يمينه قبل استحلافه من قبل القاضي، لم يؤمن أن يحلف وينوي ما لا يحث به²⁰⁷⁶. وبناء على ذلك يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين الحاسمة حتّى ولو كانت على سبيل الاحتياط إذا تبين له أنّ الخصم متعسف في ذلك²⁰⁷⁷.

(10) عدم البيّنة الحاضرة، أو العجز عنها، وهو ما أخذ به أبو حنيفة²⁰⁷⁸ والمالكية في رأي²⁰⁷⁹ والحنبليّة في رواية²⁰⁸⁰. ووجه ذلك عند أبي حنيفة أنّ البيّنة باعتبارها حجّة المدّعي فهي كالأصل؛ لأنّها

²⁰⁷³ ابن تيمية (مجد الدين)، مصدر سابق، ج 2، ص 208، ابن مفلح (شمس الدين)، المصدر نفسه، ص 416، البهوتي، منتهى الإرادات في جمع المنع مع التنقيح وزيادات، ج 5، ط 1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1999، ص 293-294. إلا أنّ البهوتي في منتهى الإرادات استعمل عبارة: (يسرّ)، بدل: (يستحبّ).

²⁰⁷⁴ هو ركانة بن عبد يزيد الهلاليّ، ابن هاشم بن المطّلب بن عبد مناف بن قصي، يكتنّى أبا يزيد، وليس هو من بني هاشم جدّ النبي صلى الله عليه وسلم. الذي صارع النبي صلى الله عليه وسلم فصرعه، وكان هذا سبباً في إسلامه؛ حيث قال: وكان ممّا هداني الله عزّ وجلّ أن علمت أنّه لم يصرعني يومئذ بقوّته ولم يصرعني إلاّ بقوّته غيره. سكن المدينة وتوفّي بها في أوّل خلافة معاوية. انظر: ابن عبد العزيز البغوي (أبو القاسم عبد الله)، معجم الصحابة، تحقيق: الحكني (محمد الأمين)، ج 2، ط 1، الكويت، دار البيان، 2000، ص 404 وما بعدها.

²⁰⁷⁵ وفي هذا الحديث حوالي اثنتا عشرة فائدة ذكرت في البيان للعمري، في جزئه الثالث عشر، ص 261 وما بعدها. والحديث رواه الدارقطني في سننه، ج 5، ط 1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 2004، كتاب الطلاق، رقم الحديث: 3979، ص 60. قال أبو داود: هذا حديث صحيح. ورواه أبو داود في سننه من طريق ابن السرح وإبراهيم، كتاب الطلاق، باب في البيّنة، رقم الحديث: 2206، ص 339، وقال أبو داود: أوّله لفظ إبراهيم، وآخره لفظ ابن السرح.

²⁰⁷⁶ انظر في ذلك: العمري (أبو الحسين يحيى)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، مصدر سابق، ج 13، ص 261.

²⁰⁷⁷ انظر المادة (343) من القانون المدني، وكذلك قرار المحكمة العليا (غ.م) رقم 58706، المؤرخ في 1990/03/21، المحلّة القضائية، العدد 1، لسنة 1991، ص (29-31). الذي جاء في بعض حيثياته أنّ الطّاعن طلب توجيه اليمين الحاسمة للأطراف المطعون ضدهم مع وجود الوثائق الرّسمية التي تتضمّن إثبات ملكيتهم، وقضاة المجلس لم يردّوا على طلبه بناء على التّعسف في استعمال اليمين الحاسمة، ويكونون بذلك قد طبّقوا صحيح القانون في منظور قضاة المحكمة العليا.

²⁰⁷⁸ الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج 8، ص 430.

²⁰⁷⁹ وقد جاء في المعونة للقاضي عبد الوهاب أنّه إذا كانت للمدّعي بيّنة حاضرة وكان عالماً بما قادراً على إقامتها فعلى إقامتها فعدّل عنها إلى يمين المدّعي عليه ثمّ أراد إقامتها بعد ذلك، ففيها روايتان: إحداهما: أنّ ذلك له، والثانية: ليس له ذلك. القاضي عبد الوهاب، مصدر سابق (تحقيق حميش)، ج 3، ص 278.

²⁰⁸⁰ إن اعترف المدّعي بأنّ له بيّنة حاضرة ورغم ذلك أراد أن يستعمل حجّه في استحلاف المدّعي عليه، قبل أن يقيم البيّنة، حصل في المذهب الحنبلي وجهان لهذه الحالة، الوجه الأوّل: له الحقّ في استحلاف خصمه؛ لأنّه يملك ذلك، سواء كانت البيّنة قريبة أو بعيدة؛ لأنّه لوقال: لا أريد إقامة بيّنتي القريبة، ملك استحلافه، وكذلك إذا أراد إقامتها. والوجه الثّاني: ليس له حقّ استحلافه؛ لأنّ وجود البيّنة تغني

كلام غير الخصم، واليمين كالحلف عليها؛ لأنها كلام الخصم، لهذا لو أقام البيّنة فلا يمكنه بعد ذلك استحلاف المدعى عليه، فالقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف²⁰⁸¹، أما الشافعية²⁰⁸² والحنبلة في رواية²⁰⁸³، و(أبو يوسف) و(محمد) فقد ذهبوا جميعهم إلى عدم اشتراط ذلك²⁰⁸⁴، وبيان ذلك عندهم أنّ اليمين حجة المدعي كالبيّنة، وعلى هذا الأساس لا تجب إلاّ عند طلبه، فكان له ولاية استيفاء أيّهما شاء²⁰⁸⁵؛ ولأنّه إن توّجّع عن اليمين مقرّاً بما ادّعى عليه به، يكون قد سهّل الأمر على المدعي واستغنى عن إقامة البيّنة²⁰⁸⁶.

(11) وأضاف المالكية شرط الخلطة في كلّ الدعاوى باستثناء ما تعلق بثمان مسائل²⁰⁸⁷، وهو شرط له مغزاه، فاليمين عندهم لا يمكن أن تتوجّه إلاّ على من بينه وبينه مخالطة أو معاملة دون اقتصار على مجرد الدّعى²⁰⁸⁸، وبه قضى حكّام أهل المدينة²⁰⁸⁹، حتّى لا يكون ذلك وسيلة في أيادي أراذل النّاس يستعملونها من أجل الإطاحة بأهل الفضل بتحليفهم، وهذا مبنيّ على ما روي عن علي بن أبي طالب وعلى أصل الحكم بالذرائع، ومعناه: "المنع من المباح إذا قويت التّهمة في التّطرّق به إلى الممنوع"²⁰⁹⁰؛ وبيان ذلك عندهم أنّ القاضي يأمر المدعى عليه بالإجابة على الدّعى بإقرار أو بإنكار، فإن كان الجواب

عن اليمين، فلم تشرع معها، أضف إلى ذلك أنّ البيّنة أصل واليمين بدل، فيمتنع الجمع بين الأصل وبدله، هذا في البيّنة القريبة، أما البعيدة ففي الحال هي كالمعدومة، وفيها مشقّة، فيسقط هذا الحكم للمشقّة. انظر في ذلك: ابن قدامة (موفق الدين)، المغني، مصدر سابق، ج 14، ص 221.

²⁰⁸¹ الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج 8، ص 430.

²⁰⁸² الخطيب الشربيني (شمس الدين)، مصدر سابق، ج 4، ص 632.

²⁰⁸³ ابن قدامة (موفق الدين)، المصدر نفسه، ص 221.

²⁰⁸⁴ الكاساني (علاء الدين)، المصدر نفسه، ص 430.

²⁰⁸⁵ المصدر نفسه، ص 430.

²⁰⁸⁶ لتفصيل المسألة انظر: داود (أحمد)، مرجع سابق، ج 1، ص 227-228.

²⁰⁸⁷ بخصوص هذه المسائل انظر في ذلك: داود (أحمد)، المرجع نفسه، ص 228.

²⁰⁸⁸ القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، ج 3، ص 203، أبو زيد القيرواني (أبو محمد)، الرسالة في فقه الإمام مالك، د. ط، بيروت، دار الكتب العلمية، ص 96. واختلفت المالكية، حسب القاضي عبد الوهاب، في تأويل مثل هذا الأّجاء، فمنهم من ذهب إلى القول بأنّه ينظر إلى الدّعى، فإن كان ممّا يجوز ويشبه أن يدّعى مثلها على المدعى عليه أحلف له، ومنهم من قال: إن كان المدعى عليه يشبه أن يكون مثله يعامل المدعى فيما ادّعى عليه أحلف له، ومنهم من قال: إنّ المسألة على ظاهرها لا يحلّفه الحاكم إلاّ أن يعلم بينهما مخالطة أو معاملة، وهذا على شرط أن يكونا من أهل البلد، أو مقيمين فيه، أمّا إن كانا غير ذلك، أي غريبين، فلا اعتبار لمثل هذا الشرط أي المخالطة. انظر في ذلك: القاضي عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 203.

²⁰⁸⁹ أبو زيد القيرواني (أبو محمد)، مصدر سابق، ص 96. وقد قال عمر بن عبد العزيز: "تحدث للنّاس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور".

²⁰⁹⁰ القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، ج 3، ص 206.

إقراراً فيحكم بمقتضى الإقرار، أما إن كان الجواب إنكاراً طلب القاضي من المدعي البيّنة على ما ادّعاها، فإن أقامها حكم بمقتضى ذلك، وإلاّ توجّهت اليمين على المدعى عليه، بشرط أن يثبت المدعي مخالطته له. (12) أن تكون خالية من الاستثناء أو الشرط أو أيّ كلام غير مفهوم، وإلاّ كانت باطلة وتجب إعادتها²⁰⁹¹ مع الرّجوع إن كان ذلك عمداً²⁰⁹²؛ لأنّ الاستثناء يرفع اليمين، والشرط والكلام غير المفهوم قد يصرفان اليمين عمّا نواه القاضي، فاليمين على نيّة القاضي، وإن كان الحالف أحرص وإشارته غير مفهومة وقفت اليمين إلى حين فهمها، فإن سأل المدعي ردها عليه، لا يقبل طلبه؛ لأنّ التّكول لم يتحقّق²⁰⁹³.

(ب) أمّا يمين المدعي، فتكون على أربع أقسام: (الأولى) اليمين الجالبة أو المكّملة التي يحلفها المدعي لإثبات حقه إذا لم يكن من الشّهود إلاّ شاهد واحد، فيحلفها من أجل تكملة النّصاب، وذلك في الأموال وما يؤوّل إليها²⁰⁹⁴، كالورثة، كأن يشهد شاهدان على تسمية ورثة ميّت، فيقول أحد الشّاهدين: لا أعلم له وارثاً غيرهم، ويقول الآخر: لا أدري هل له وارث غيرهم أم لا، فإنّ الورثة يحلفون باللّه ما له وارث غيرنا، ثمّ يستحقّون الميراث²⁰⁹⁵، وكذلك الحال في الرّجل الذي يموت عن مال وولد، فنسب الولد يثبت من أبيه بشهادة شاهدين، فيسأله القاضي البيّنة على عدّة ورثة أبيه، فيقول: لا وارث له غيري، ويثبت ذلك بشهادة شاهد واحد، يشهد له أنّه لا يعلم له وارثاً غيره، في هذه الحالة يحلف مع شاهده ويستحقّ المال²⁰⁹⁶، وقال (ابن فرحون): "ولو لم يثبت نسبه إلاّ بشاهد واحد لم يحلف معه، كما تقدّم من أنّه لا يثبت إلاّ بشاهدين"²⁰⁹⁷. وقد قضى به رسول اللّه صلّى الله عليه وسلّم²⁰⁹⁸. وهو ما روي عن أبي بكر وعمر وعثمان، وقضى بذلك علي بن أبي طالب، وعمر بن عبد العزيز وكتب إلى عمّاله في هذا الشّأن. وقد كان السّلف يقولون بذلك في الأموال والحقوق كالفقهاء السبعة سعيد بن المسيّب وعروة بن الزّبير والقاسم بن محمّد²⁰⁹⁹ وأبو بكر بن عبد الرّحمان²¹⁰⁰ وخارجة بن زيد²¹⁰¹ وعبيد اللّه بن عبد

²⁰⁹¹ العمراني (أبو الحسين يحيى)، مصدر سابق، ج 13، ص 261، الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ج 3، ص 433، ابن مفلح (شمس الدين)، مصدر سابق، ج 6، ص 415، البهوتي، مصدر سابق، ج 5، ص 293-294. ولا يجوز التّأويل والتّورية في اليمين إلاّ لمظلوم، كما جاء في الفروع ومنتهى الإرادات.

²⁰⁹² الزّوياني (أبو المحاسن عبد الواحد)، مصدر سابق، ج 12، ص 204.

²⁰⁹³ العمراني (أبو الحسين يحيى)، مصدر سابق، ج 13، ص 261، الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ج 3، ص 433، ابن مفلح (شمس الدين)، مصدر سابق، ج 6، ص 415. ولا يجوز التّأويل والتّورية في اليمين إلاّ لمظلوم، كما جاء في الفروع.

²⁰⁹⁴ الغرياني (الصّادق)، مرجع سابق، ج 4، ص 447.

²⁰⁹⁵ ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق، ج 1، ص 230.

²⁰⁹⁶ المصدر نفسه، ص 230-231.

²⁰⁹⁷ المصدر نفسه، ص 231.

²⁰⁹⁸ وقد سبق بيان الأحاديث الدالّة على ذلك.

²⁰⁹⁹ هو أبو محمّد محمّد القاسم بن محمّد بن أبي بكر الصّدّيق، رضي الله عنهم. وقد توفّي حسب رواية رجاء الأيلي سنة إحدى أو اثنتين ومائة، وسنة ثمان مائة في رواية يحيى بن معين، وسنة اثنتس عشر ومائة وهو ابن سبعين أو اثنتين وسبعين سنة، حسب رواية

اللّه²¹⁰² وسليمان بن يسار²¹⁰³، فلا يكون حسبهم القضاء بالشاهد العدل واليمين في الفدية والطلاق والعتاق وما شابه ذلك²¹⁰⁴، وهو ما أخذ به الحسن²¹⁰⁵ وشريح، والشافعي وأحمد²¹⁰⁶. إلا أن (أبا حنيفة) وأصحابه، والأوزاعي والشعبي والتخعي وزيد بن علي، وابن شبرمة²¹⁰⁷، والإمام يحيى ذهبوا إلى عدم جوازه؛ حيث قال (محمد بن الحسن): "من قضى بشاهد ويمين نقضت حكمه"²¹⁰⁸، وقال (الحكم)²¹⁰⁹: "القضاء بشاهد ويمين بدعة وأول من حكم به معاوية"²¹¹⁰. هذه اليمين يسميها فقهاء القانون اليمين المتممة والتي تجد أصولها في الفقه الإسلامي، ويقوم القاضي بتوجيهها من تلقاء نفسه لأي من

- الواقدي. وقال يحيى بن سعيد: ما أدركنا بالمدينة أحدا نفضله على القاسم بن محمد، وقال فيه مالك: كان القاسم من فقهاء هذه الأمة. انظر: الشيرازي (أبو إسحاق)، طبقات الفقهاء، مصدر سابق، ص59.
- ²¹⁰⁰ هو أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام بن المغيرة المخزومي، الذي كان معروفاً براهب قریش، ولد في خلافة عمر بن الخطاب. مات سنة أربع وتسعين. انظر المصدر نفسه، ص59.
- ²¹⁰¹ أبو زيد خارجه بن زيد بن ثابت، كان يستفتى في زمانه وينتهي الناس إلى قوله إلى جنب طلحة بن عبد الله ابن عوف، كما كانا خيرين في قسمة التركات والتوثيق، فقد كانا يقسمان الموارث بين الوارثين، من دور ونخيل وأموال، ويكتبان للناس الوثائق، حسب رواية مصعب. مات سنة مائة، وهو ابن سبعين سنة. انظر: الشيرازي (أبو إسحاق)، المصدر نفسه، ص60.
- ²¹⁰² هو أبو عبد الله عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود، ابن أخي عبد الله بن مسعود. قال الزهري: أدركت أربعة بحور، فذكر عبيد الله. وقال: سمعت من العلم شيئاً كثيراً فظننت أنني اكتفيت حتى لقيت عبيد الله بن عبد الله بن عتبة فإذا كأتني ليس في يدي شيء. وقال عمر بن عبد العزيز: لأن يكون لي مجلس من عبيد الله أحب إلي من الدنيا. اختلف في تاريخ وفاته، فمنهم من قال سنة اثنتين ومائة على رواية يحيى بن معين، ومنهم من قال سنة ثمان وتسعين على رواية الواقدي، وسنة سبع وتسعين على رواية ابن عدي. انظر: الشيرازي (أبو إسحاق)، المصدر نفسه، ص60.
- ²¹⁰³ هو أبو أيوب سليمان بن يسار مولى ميمونة بنت الحارث، وهو أخو عطاء وعبيد الملك وعبد الله بن يسار. قال الحسن بن محمد بن علي بن أبي طالب: سفيان عندنا أفهم من ابن المسيب. وقال قتادة: قدمت المدينة فسألت من أعلم أهلها بالطلاق؟ قالوا: سليمان بن يسار. وقال مالك: سليمان من أعلم الناس عندنا بعد سعيد بن المسيب. اختلف في تاريخ وفاته بين قائل سنة سبع ومائة وهو ابن ثلاث وسبعين، وهي رواية الواقدي، وبين قائل سنة مائة وهي رواية الهيثم بن عدي. انظر: الشيرازي (أبو إسحاق)، المصدر نفسه، ص60-61.
- ²¹⁰⁴ ابن أنس الأصبحي (مالك)، المدونة الكبرى، ج4، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1994، ص42، وهو قول سحنون.
- ²¹⁰⁵ هو أبو سعيد الحسن بن أبي الحسن البصري، من فقهاء التابعين بالبصرة. ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر رضي الله عنه، ومات بالبصرة سنة عشر ومائة وهو ابن ثمان وثمانين سنة. كانت أمه خادمة لأم سلمة زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم. ومما كان يروى أن أم سلمة أخرجت الحسن إلى عمر فدعا له قائلاً: اللهم فقّه في الدين وحببه إلى الناس. سئل أنس بن مالك ذات مرة عن مسألة، فقال: سلوا مولانا الحسن فإنه سمع وسمعنا فحفظ ونسينا. وقد كان أشبه رأياً بعمر بن الخطاب حسب أبي قتادة العدوي. انظر: الشيرازي (أبو إسحاق)، المصدر نفسه، ص87.
- ²¹⁰⁶ الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج8، ص418.
- ²¹⁰⁷ هو أبو شبرمة عبد الله بن شبرمة، من فقهاء التابعين بالكوفة. ولد سنة اثنتين وسبعين من الهجرة. تفقه على يد الشعبي، ومات سنة أربع وأربعين ومائة. قال فيه حنّاد بن زيد: ما رأيت كوفياً أفقه من ابن شبرمة. انظر: المصدر نفسه، ص84.
- ²¹⁰⁸ الكاساني (علاء الدين)، المصدر نفسه، ص418.
- ²¹⁰⁹ هو الحكم بن عتيبة، مولى كندة. وهو من فقهاء التابعين بالكوفة. وقد روي أنه ولد هو وإبراهيم التخعي في ليلة واحدة، إلا أنه تفقه على يده ومات سنة خمس عشرة ومائة. انظر: الشيرازي (أبو إسحاق)، المصدر نفسه، ص82-83.
- ²¹¹⁰ الكاساني (علاء الدين)، المصدر نفسه، ص418.

الخصمين²¹¹¹، بشرط أن يكون أصليا²¹¹²، في أي مرحلة من مراحل الدعوى²¹¹³، في مجلس القضاء أو في غيره²¹¹⁴، عندما يرى أن هناك مبدءاً ثبوت، بالكتابة أو غيرها، أي أن الخصم قدّم دليلاً ناقصاً²¹¹⁵ أو غير كافٍ في نظر القاضي على دعواه، حتى ولو كان متمثلاً في شهادة شاهدين أو أكثر²¹¹⁶، مع احتفاظه بجواز الرجوع فيها²¹¹⁷. فإذا كانت اليمين الحاسمة يوجهها الخصم في حالة خلو الدعوى من أي

²¹¹¹ بخلاف اليمين المكتملة في الفقه الإسلامي التي يشترط توجيهها للمدعي مع شاهده.

²¹¹² أي لا توجه إلى الدائن الذي يرفع الدعوى باسم مدينه، وإنما توجه إلى هذا المدين بعد إدخاله في الدعوى Aubry et Rau, op.cit. p. ...

²¹¹³ إلى أن يصدر حكم نهائي حائز لقوة القضية المقضية، ويجوز توجيهها حتى بعد غلق باب المرافعة، فيقوم القاضي بإعادة القضية إلى المرافعة إذا كان لذلك وجه وهذا محل تقدير القاضي، كما يجوز توجيهها لأول مرة في الاستئناف. انظر في ذلك: السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص577.

²¹¹⁴ وفقد جاء في قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 245065، المؤرخ في 2000/05/23، المجلة القضائية لسنة 2002، العدد1، ص(297-300)، أن: (الأصل في أداء اليمين أو إلغائها من اختصاص القضاة وما يروونه مناسباً لضمان بلوغ نتيجة الأحكام القضائية)، وهو ذات ما أكدته قرار المحكمة العليا (غ.م.) رقم 654225، المؤرخ في 2011/05/19، مجلة المحكمة العليا لسنة 2011، العدد2، ص(128-134): (لا وجود لنص قانوني يمنع أداء اليمين المتممة بالمسجد). وهذا في الحقيقة ينم عن تحوّل كبير على مستوى قرارات المحكمة العليا؛ حيث كانت المحكمة العليا قد قضت في سابق قراراتها ب: (أنه إذا وجهت اليمين إلى خصم في نزاع أو ردّت عليه فإنّ الخصم يقوم بحلف اليمين بنفس الجلسة)، انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 163381، المؤرخ في 1997/06/10، اجتهاد قضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص(239-241).

²¹¹⁵ والدليل الناقص الذي تقوم اليمين بتكامله يختلف باختلاف ما إذا كان الادعاء يجوز إثباته بالبينة والقرائن، أو لا بدّ من الكتابة في إثباته. فإذا كان الإثبات جائزاً بالبينة والقرائن، فالدليل الناقص يصبح أن يكون بينة أو قرائن ليست كافية لإقناع القاضي فيستكملها باليمين المتممة، ويكون ذلك في ادعاء لا تجاوز قيمته ... وكذلك في جميع المواد التجارية. أم إذا كانت الكتابة مطلوبة في الإثبات على وجه الوجوب، فالدليل الناقص يجب أن يكون مبدءاً ثبوت بالكتابة، لا مجرد بينة أو قرائن، إلا في الحالات التي يجوز فيها البينة والقرائن بدلا من الكتابة لمسوغ قانوني، كما إذا كان هناك مانع من الحصول على الكتابة أو فقدت الكتابة بسبب أجنبي بعد الحصول عليها. انظر في ذلك: السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص578-579.

²¹¹⁶ فاليمين المتممة في القانون على خلاف الفقه قد تكون مع شاهدين؛ لأنها قد لا ترتقي إلى أن تشكل طريقاً لتحقيق اقتناع كافٍ للقاضي، والعبرة في الأخير بقناعته، ولهذا نجد أن المحكمة العليا في أحد قراراتها أقرت أنه يجوز إثبات الزواج العربي بشهادة الشهود واليمين المتممة، تطبيقاً لنص المادة (348) من القانون المدني. بحيث تم الاستماع إلى شهادة الشهود، وتم توجيه اليمين المتممة للمطعون ضدها حول واقعة الزواج المدعى بها من طرفها. فلقضاة الموضوع الحق في توجيه اليمين المتممة تلقائياً في حالة كون الدليل غير كامل في نظرهم. انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 424799، المؤرخ في 2008/02/13، مجلة المحكمة العليا لسنة 2008، العدد2، ص(307-312).

²¹¹⁷ إذا كان القاضي هو المخوّل قانوناً في توجيهها، وقام بتوجيهها ولكن تبين له بعد ذلك أن أدلة جديدة ظهرت ورأى أنها مكتملة للأدلة الناقصة، فلم يكن في نظره أي وجه لتوجيه اليمين المتممة فيجوز له الرجوع فيها، بل يجوز له ذلك حتى ولو لم تكن للعلاقة ارتباط مع ظهور أدلة جديدة، فقد يقوم بإعادة النظر في الأدلة الموجودة فبراهها كاملة وكان يظنها قبل توجيه اليمين ناقصة، أو لا يرى فيها دليلاً بعد أن كان يظنها أدلة ناقصة، فيرجع عن توجيه اليمين المتممة بعد أن يكون قد وجهها. انظر السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص581.

دليل²¹¹⁸، فإنّ اليمين المتممة لا يوجهها إلا القاضي تلقائياً²¹¹⁹ على شرط أن لا تكون الدّعى خالية من أيّ دليل²¹²⁰، ثمّ لا يتوجّب عليه الأخذ بما تؤدّي إليه من حلف أو نكول، فتكون مهمتها بذلك استكمال أدلّة ناقصة، وعل هذا الأساس نجد تكييفها مختلفاً عن تكييف اليمين الحاسمة فهي ليست إلاّ واقعة مادية على خلاف اليمين الحاسمة التي رأينا أنّها تكيّف على أنّها تصرف قانوني بإرادة منفردة²¹²¹. وهذه المسألة تعتبر من المسائل الهامة التي يبرز فيها بوضوح الدور الإيجابي للقاضي في الإثبات، حيث تكون له حرّية التقدير بشأن توجيهها وتحديد من ستوجّه إليه من الخصوم، وفي الغالب يختار منهما من يرجح عنده صدق قوله، ولهذا كانت محلّ انتقاد من قبل الفقيهين الفرنسيين (Aubry) و (Rau)؛ لأنّها في نظرهما تحوّل للقاضي سلطة، باستعمالها يمكنه تحويل مسار النّظر، أي اعتماد نظر الضّمير واستبداله بالنّظر القانوني من تلقاء نفسه وإرادته وحده²¹²²، والقاضي لا يحتاج في الحقيقة إلى اليمين من أجل أن يتمكن الاطمئنان للحقيقة من ضميره، فمن أخفق في إثبات دعواه خسرهما، فيحكم القاضي عندئذ لصالح خصمه خضوعاً لأحكام القانون ذاتها. إلاّ أنّ هذا المنظور بخصوص هذا النوع من اليمين يغفل خصائصها والغرض منها، فهي طريق اضطراريّة، فلا يمكن للقاضي اللّجوء إليها إلاّ وهو محاط بضمانات مقرّرة قانوناً، كأن لا يكون الطّلب أو الدّفع مجرّداً من كلّ دليل، ويكون هذا الدليل غير كاف في ذاته (مبدأ الثبوت)²¹²³، أو أن يكون الخصم الموجهة إليه اليمين أصلياً، أو أن تكون الواقعة التي يحلف عليها الخصم من شأنها أن

²¹¹⁸ انظر: قرار المحكمة العليا (غ.م) رقم 275537، المؤرخ في 2003/07/30، نشرة القضاة لسنة 2006، العدد 59، ص(176-179)، ولهذا كان توجيه اليمين الحاسمة في حقيقته إعلان عن تنازل المدعي عن جميع وسائل الإثبات الأخرى، كما أثبتته قرار المحكمة العليا (غ.م) رقم 487548، المؤرخ في 2009/09/29، مجلة المحكمة العليا لسنة 2010، العدد 1، ص(128-130).

²¹¹⁹ انظر: قرار المجلس الأعلى (غ.م) رقم 32676، المؤرخ في 1985/01/09، المجلة القضائية، العدد 4، لسنة 1989، ص(13-15).

²¹²⁰ انظر المادة (348) من القانون المدني، وهذا ما حكم به قضاة الموضوع كما هو واضح من خلال قرارات المحكمة العليا، كقرار المحكمة العليا (غ.م) رقم 68139، المؤرخ في 1991/03/12، المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1993، ص(26-28)، وكذلك قرار المحكمة العليا (غ.م) رقم 110272، المؤرخ في 1994/05/04، المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 1994، ص(45-48)، وانظر: قرار المجلس الأعلى (غ.م) رقم 32676، السابق ذكره.

²¹²¹ ولهذا لا يشترط فيها أهلية خاصّة في الخصم الذي توجه إليه بل أهلية التقاضي تكون كافية في ذلك، فهي وسيلة من وسائل التحقيق والإثبات. انظر في ذلك: السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، 574.

²¹²² Aubry et Rau, *op.cit.*, p.313.

²¹²³ السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص573-574 هامش. Aubry et Rau, *op.cit.*, P.310 كمسألة النزاع القائم بين الزوج وزوجته بشأن المصوغ الذي لم تتمكن من إثبات ملكيتها له بالكتابة؛ بحيث لم يكن لديها إلاّ فاتورات دون أن يصل ذلك إلى تشكيل دليل كامل في منظور القضاء، ولهذا كان لا بدّ من تدعيم تلك الفواتير بوسيلة إثبات أخرى وهي اليمين المتممة، مادامت هذه الأوراق تشكّل قرينة لصالح التوجه، وهي جديرة التعزيز بهذه الوسيلة، إضافة إلى أنّ المصوغ بحسب طبيعته ينسب في العادة إلى المرأة، انظر في ذلك: قرار المجلس الأعلى (غ.م) رقم 22117 المؤرخ في 1982/05/19، المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1989، ص(29-31).

تكمل الدليل الناقص في تقدير القاضي إضافة إلى ضرورة كونها غير مخالفة للقانون وللنظام العام والآداب، أو أن لا يكون الحلف بما على البتات إن كانت الواقعة غير شخصية²¹²⁴. (القائية) اليمين المردودة، وهي اليمين التي يشكّل النكول المستقر²¹²⁵ أساسها، وبالتالي لا يأخذ بها إلا من قال بعدم الاكتفاء بالنكول عن اليمين الأصلية أو الحاسمة بتعبير القانون في اقتضاء الحقوق؛ لأنّ اليمين المردودة هي التي يحلفها المدعي بعد استقرار نكول المدعي عليه لعدم البيّنة في دعوى التحقيق²¹²⁶، فالمدعي إذا ردّت عليه اليمين يحلف ويستحقّ، ويجد ذلك أساسه في قوله تبارك وتعالى: (أو يخافوا أن تردّ أيمان بعد أيمانهم). وتردّ اليمين على المدعي بعد استقرار النكول عند المالكية²¹²⁷ في الأموال وما آل إليها وعند الشافعية في جميع الحقوق ماعدا جنایات الدماء والحدود وهو أصل مقرّر عندهم ما لم يتعدّد ذلك²¹²⁸، وذهب إلى ذلك أحمد؛ لأنّ المختار عند الحنابلة هو القول بعدم ردّ اليمين كالحنفية²¹²⁹. وقد أخذ المشرّع الجزائري في المادة (347)

²¹²⁴ ففي الغالب من الأحوال تكون الواقعة التي يحلف عليها الخصم اليمين المتممة واقعة شخصية، إلاّ أنه في بعض الحالات قد نجد فيها أنّ الواقعة غير شخصية، فاليمين المتممة مثل اليمين الحاسمة قد تكون يمينا على عدم العلم، كأن يوجه القاضي اليمين إلى ورثة المدعي عليه يحلفون أنّهم لا يعلمون أنّ مورثهم قد تسلّم الوديعة المدعي بها من المدعي. السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ج2، ص580-581.

²¹²⁵ هناك وجهان لاستقرار النكول، الوجه الأول هو قول أبي العباس بن شريح، ومفاده أنّ النكول يستقرّ بإعلامه ولو كان بدفعة واحدة، أمّا الوجه الثاني وهو قول أهل العراق، وعندهم لا يستقرّ النكول إلاّ بأن يعرضه عليه ثلاثا هي حدّ الاستظهار. وقال الماوردي: (واختلف أصحابنا بعد استقرار النكول هل يفتقر إلى حكم القاضي به قبل ردّ اليمين أم لا؟ على وجهين: (1) أنّه لا يرّد اليمين إلاّ بعد أن يقول للمنكر قد حكمت عليك بالنكول لما فيه من الاجتهاد، فإن ردّها عليه قبل حكمه به لم يصح، (2) يجوز أن يردها على المدعي وإن لم يقل قد حكمت عليك بالنكول؛ لأنّ ردّها عليه حكم بالنكول). انظر في ذلك: الماوردي (أبو الحسن علي)، مصدر سابق، ج16، ص317.

²¹²⁶ أمّا يمين التهمة لا تردّ، فإن حلف المتهم برئ، وإن لم يحلف غرم. الغرياني (الصادق)، مرجع سابق، ج4، ص449-450.

²¹²⁷ ابن أنس الأصبحي (مالك)، مصدر سابق، ج4، ص7، القاضي عبد الوهاب، مصدر سابق، ج3، ص277.

²¹²⁸ في حالة التعدّد ذهب بعض الأصحاب إلى القول بالقضاء بالنكول مجزئا وبيان ذلك: كمن مات من لا وارث له، فادعى القاضي أو منصوبه دينا له على رجل وحده في تذكرته، فأنكر المدعي عليه ونكل، فهل يقضى عليه بالنكول، ويؤخذ منه المال، أم يحبس حتى يقتر، أو يحلف، أم يترك لكنّه يأنم إن كان معاندا؟ ورد في ذلك ثلاثة أوجه، وكذلك لو ادعى وليّ صبيّ ميت على وارثه أنّه أوصى بثلثه للفقراء، ولكنّ الوارث أنكر ونكل. وكذلك: لو ادعى وليّ صبيّ أو مجنون دينا على رجل فأنكر ونكل، ففي ردّ اليمين على الوليّ وردت أوجه مختلفة كالتّي سبقت، أحدها: تردّ؛ لأنّه المستوي، والثاني: لا تردّ؛ لأنّ إثبات الحقّ لغير الخالف بعيد، والثالث: إن ادعى ثبوته بسبب باشره بنفسه ردّتن وإلاّ لا تردّ. والخلاف نفسه قام في حالة ما إذا أقام شاهدا هل يحلف معه، أو ادعى على الوليّ دين في ذمّة الصبيّ هل يحلف الوليّ إذا أنكر، ومثله الوصيّ والقيّم. انظر في ذلك: النوّوي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مصدر سابق، ج12، ص50، وانظر كذلك: الماوردي (أبو الحسن علي)، مصدر سابق، ج16، ص316-317.

²¹²⁹ ويكون ذلك عندهم في الأموال، أمّا في غيرها أو في ما لا يقصد به المال ككناح وطلاق ولعان وقصاص ووصاية ووكالة لا يقضى فيها بالنكول، ويتبع ذلك الحدود الخالصة حقلّ لله تعالى كالزّنا والشّرب والسّرقة؛ باعتبار النكول بذلا عند أبي حنيفة وإقرارا فيه شبهة عند (أبي يوسف) و(محمد)، فهو في نفسه سكوت، والحدود لا تحتلّ البذل. ولقد استدلّ أبو حنيفة بأنّ النكول دليل على كون المدعي عليه باذلا للحقّ باعتبار النكول بذلا عنده، واستدلّ الصّاحبان بأنّ النكول دليل على كونه مقرّا إقرارا تقديريا بالحقّ المدعي به باعتبار النكول إقرارا عندهما. ولولا كون المدعي عليه باذلا أو مقرّا لأقدم على اليمين دفعا لضرر الدّعوى عن نفسه وقيامها بواجب

من القانون المدني بما ذهب إليه المالكية والشافعية؛ حيث جاء فيها: (كلّ من وجّهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردّها على خصمه، وكلّ من ردّت عليه اليمين فنكل عنها، خسر دعواه)، ف: "المدعى عليه إذا نكل عن اليمين بعد أن طلبت منه، ظهر صدق المدعى، وقوي جانبه، فتنشرع اليمين في حقّه، كالمدعى عليه قبل نكوله، وكالمدعى إذا شهد له شاهد واحد"²¹³⁰. ولا يمكن أن يقضى بالنكول، فكما يمكن أن يحتمل أن يكون امتناعاً وتحزّزاً عن اليمين الكاذبة، فقد يكون تورّعاً كذلك عن اليمين الصادقة، فلا يقضى للمدعى مع تردّد المدعى عليه، وإلّا كان ذلك حكماً بدون دليل²¹³¹. واليمين المردودة في حال حلفها يمكن أن تكيف بينة كما يمكن أن تكيف إقراراً، والأظهر الثاني في مذهب الشافعية²¹³². ويكون حكمها ملزماً للقاضي لا يمكنه بعد ذلك الاجتهاد معها، وهو أحد الوجهين اللذان حكاهما (الهروي) في مذهب الشافعية، وهو الأرجح²¹³³. وامتناع المدعى عن حلفها دون تعليقه يعتبر نكولاً يسقط حقّه عن اليمين وليس له مطالبة الخصم وملازمته، أمّا إن كان امتناعه معللاً بالإتيان بالبيّنة على سبيل المثال، ترك ولم يطل حقّه من اليمين، ويمهل ثلاثة أيّام، وهو أحد الوجهين، وهو الأصحّ؛ حتّى لا تطول مدافعتة²¹³⁴. أمّا الثالثة يمين الاستظهار، أو يمين الاستبراء والقضاء، تكيف على أنّها شرط في الحكم، أي لا يحكم إلّا بوجودها، ولا تكيف على أنّها تكميل للبيّنة²¹³⁵. وصورتها أن يشهد شاهدان بشيء معيّن لشخص، فلا يستحقّه حتّى يخلّف ما باع ولا وهب، ولا خرجت من يده بأيّ طريق مزيل للملك، والعلة في ذلك قيام احتمال أن يكون قد خرج من ملكه، وإذا قام الاحتمال قامت معه ضرورة اللّجوء إلى اليمين، وهو ما عليه الفتيا والقضاء²¹³⁶. وقد بيّن (ابن راشد) مجالات يمين القضاء التي توجّه على من يقوم على الميّت والغائب واليتيم، وكذلك الأحباس وعلى كلّ وجه من وجوه البرّ، ولا يصدر الحكم إلّا بإجرائها²¹³⁷. والدّعوى على الغائب تطلب فيها اليمين مع البيّنة وجوباً على الأصحّ في مذهب الشافعية²¹³⁸. وهذا النوع من اليمين لم

اليمين؛ لقوله صلّى الله عليه وسلّم: (واليمين على من أنكر)، و(على) تدلّ على الوجوب. انظر في ذلك: الزحيلي (وهبة)، مرجع

سابق، ج7، ص518-519.

²¹³⁰ الزحيلي (وهبة)، المرجع نفسه، ص517.

²¹³¹ المرجع نفسه، ص517.

²¹³² ويترتب على التّكليف بهذه الصّورة، انظر في ذلك: التّووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مصدر سابق، ج12، ص45.

²¹³³ والوجه الآخر: لا بدّ من حكم القاضي بالحقّ، انظر في ذلك: التّووي، المصدر نفسه، ص46.

²¹³⁴ والوجه الآخر: لا تقدير للمدّة؛ لأنّ اليمين حقّه فله تأخيرها إلى أن يشاء كالبيّنة. ومسألة سؤال القاضي المدعى أو المدعى عليه عن

سبب الامتناع عن الحلف لم يذكرها الشافعي. انظر في ذلك: التّووي، مصدر سابق، ص46.

²¹³⁵ ابن فرحون (برهان الدّين)، مصدر سابق، ج1، ص233.

²¹³⁶ المصدر نفسه، ص233.

²¹³⁷ ابن فرحون (برهان الدّين)، مصدر سابق، ج1، ص233.

²¹³⁸ السيوطي (جلال الدّين)، مصدر سابق، ص732.

يرد نصّ بوجودها لعدم الدّعى على الحالف بما يوجبها، إلّا أنّ الاستحسان كان مسلك العلماء في تقريرها احتياطاً لمال الميّت والغائب، لقيام الشكّ في بقاء الدّين عليه²¹³⁹. فإذا ادّعى رجل بدين على ميّت مؤيّداً في ذلك بالبيّنة التّامة، نكون أمام فرضين: (الأوّل) إذا كان ورثة الميّت كباراً لا يلزم الدّائن اليمين، بشرط أن لا يدّعوا رفع الدّين عن وارثهم ولا من أنفسهم، أمّا (الثّاني) إذا كان الورثة صغاراً، فتكون اليمين عندئذٍ لازمة²¹⁴⁰. ومّا يقضى به باليمين مع الشّاهدين حالة قيام بيّنة للغريم المجهول الحال على أنّه معدوم، فتجب اليمين على أنّه ليس له مال ظاهر ولا باطن. كما يقضى بهذه اليمين في حالة ادّعاء الزّوجة على وكيل زوجها الغائب التّفقّة مثبتة الزّوجية والغيبة واتّصالها، تجب اليمين عليها عندئذٍ على أنّها لم تسقط حقّها ولم يرسل لها نفقة ولا أحالها على أحد²¹⁴¹. ومن الحالات التي تكون فيها يمين القضاء واجبة مع الشّاهدين، مسألة الصّدق في ذمّة الغائب، فالصّدق دين، والدّين لا يؤخذ من مال الغائب إلّا بعد يمين القضاء، كما ذهب إلى ذلك المالكية²¹⁴². فإذا كانت البنت في ولاية أبيها، تثار مشكلة تحديد من الذي يحلف، والمسألة تتجاذبها ثلاثة أقوال في المذهب المالكي²¹⁴³: (الأوّل) وهو المشهور، البنت هي التي تحلف، (الثّاني) لا يمين على البنت ولا على أبيها في ذلك، وهو ما ذهب إليه (ابن عتاب) و(ابن العطار) و(ابن القطان)، (الثّالث) يحلف الأب دونها، وقد أوضح (الميتطي) بأنّ هذا أصحّ؛ لأنّها لو أقرتّ بقبضه لم يسقط عن الرّوج بذلك. ومن ذلك أيضاً، شهادة السّماع حيث يحكم فيها باليمين مع الشّاهدين، فلا يقضى بها، حسب (ابن محرز) إلّا بعد يمينه، لقيام احتمال أن يكون أصل السّماع من شاهد واحد، والواحد لا بدّ معه من اليمين²¹⁴⁴. وضابط هذه المسائل جميعاً: "أنّ كلّ بيّنة شهدت بظاهر فإنّه يستظهر بيمين الطّالب على باطن الأمر"²¹⁴⁵. ويمين الاستظهار، في حقيقة أمرها، حسب (ابن فرحون)، وإعمالاً للضّابط المذكور، ومعيار الاحتمال والشكّ، لا تكون محصورة في حالات معيّنة؛ لارتباطها بعنصر التّهمة، الذي يكون محلاً لتقدير القاضي؛ إلّا أنّها لا توجّه إلّا على من يظنّ به علم ذلك²¹⁴⁶، كما لا وتكون على غير أساس في حالة انتفاء التّهمة والشكّ والاحتمال؛ لأنّ ذلك يكون عندئذٍ طعناً في البيّنة كطريق للحقيقة. ودليلهم في ذلك قول رسولنا صلّى الله عليه وسلّم: "البيّنة على المدّعي واليمين على من

²¹³⁹ ابن خليل الطرابلسي (علاء الدّين)، مرجع سابق، ص 93.

²¹⁴⁰ ابن فرحون (برهان الدّين)، المصدر نفسه، ص 234، وانظر كذلك: ابن خليل الطرابلسي (علاء الدّين)، المرجع نفسه، ص 93.

²¹⁴¹ ابن خليل الطرابلسي (علاء الدّين)، المرجع نفسه، ص 93.

²¹⁴² المصدر نفسه، ص 235.

²¹⁴³ المصدر نفسه، ص 235.

²¹⁴⁴ ابن فرحون (برهان الدّين)، مصدر سابق، ج 1، ص 235.

²¹⁴⁵ المصدر نفسه، ص 235.

²¹⁴⁶ ابن فرحون (برهان الدّين)، مصدر سابق، ج 1، ص 234.

أنكر": (أ) فكانت البيّنة في جهة واليمين في الجهة المقابلة، فلا يجوز اجتماعهما في جهة واحدة إعمالاً للحديث، (ب) زيادة على أنّ الشّاهدين حجّة كاملة مستوجبة للقضاء والحكم إن استوفت جميع شروطها، (ج) وتوجيه اليمين على المدّعي يتضمّن طعنا في بيّنته وهو غير جائز.

الفرع الثالث: دلالة الخبرة القضائية على الحقيقة

واقتران صفة (القضائية) بالموصوف هدفه توضيح الفرق بينها وبين الخبرة الاستشارية والخبرة الودّية. وبالتالي نقصد بالخبرة تلك التي تقوم بناء على حكم تمهيدي يتضمّن أمر القاضي بإجرائها والسّماح بها من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، فلا خبرة قضائية بدونها²¹⁴⁷. فالأساس القضائي الذي تتمتع به الخبرة القضائية هو الذي يجعلها مختلفة عن الخبرة الاستشارية التي يقصد من خلالها شخص معين الوقوف على حالة شيء معين كعقار يريد أن يشتريه، أو أن يلجأ إلى مستشار لاستشارته في معرفة حظوظ نجاحه في رفع دعوى معيّنة على سبيل المثال. كما يجعلها مختلفة عن الخبرة الودّية المؤسّسة على اتّفاق بين طرفين بمقتضاه يلجأون إلى خبير لتحديد عناصر يتّفقان عليها، أو حتّى يتمكّننا من إيجاد مساحة للاتّفاق قبل كلّ منازعة، ولا يكون رأي الخبير في هذه الحالة ملزماً للقاضي²¹⁴⁸.

الخبرة في الاصطلاح هي الإخبار عن حقيقة الشّيء المتنازع فيه بطلب من القاضي، وقول الخبير إخبار يحتمل الصدق والكذب، إلّا إنّ قوله يعتمد على معرفة حقيقة الشّيء نتيجة لتجاربه واختصاصه في ذلك، ولهذا كان بمنأى عن اشتراط العدد²¹⁴⁹، حتّى إنّ بعض الفقهاء لم يشترطوا فيه العدالة ولا الذّكورة. والأصل فيها قول الله تبارك وتعالى: (فاسألوا أهل الذّكر إن كنتم لا تعلمون). وهي الإخبار عن حقيقة الشّيء المتنازع فيه بطلب من القاضي²¹⁵⁰. والخبرة هي الاستشارة الفنيّة التي يستعين بها القاضي أو المحقّق في مجال

²¹⁴⁷ Dalbignat-Deharo (G.), *op.cit.*, p.105.

انظر كذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 92714، المؤرخ في 13/07/1993، م.ق. لسنة 1995، العدد 1، ص(128-130).

²¹⁴⁸ Solus (H.), Perrot (R.), *op.cit.*, P.813.

²¹⁴⁹ لقد أجاز فقهاء المالكية اعتماد قول طبيب واحد، أمّا فقهاء الحنفية فقد اختلفت رواياتهم في مسألة العدد، فقد ذكر (الكمال بن الهمام) أنّه يكفي بقول طبيب واحد في كتابه شرح فتح القدير، وقد ذكر (ابن الشّحنة) أنّه يشترط عدلان. أمّا الشافعية لما خرّجوا قول الخبراء على الشّهادة اشترطوا التعدّد.

²¹⁵⁰ الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ج2، ص594.

الإثبات لمساعدته في تقدير المسائل الفنية التي يحتاج تقديرها إلى خبرة فنية أو دراية علمية لا تتوفر لدى عضو السلطة القضائية المختص بحكم عمله وثقافته، ويتجه الرأى في الفقه القانوني إلى أنّ الخبرة وسيلة إثبات تهدف إلى التعرف على وقائع مجهولة من خلال الواقع المعلوم²¹⁵¹، وتهدف إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي²¹⁵². والخبرة تدبير تحقيقي يتمثل في الأساس في قيام تقني معين من قبل القاضي يسمى الخبير²¹⁵³ بفحص مسألة من مسائل الواقع، والتي لا يكفي بشأنها الفحص البسيط في إنارة فكر القاضي، وإعطاء رأى تقني بدون تقدير ذي طابع قانوني²¹⁵⁴، مع مراعاة مبدأ وجوب التفريق بين المسائل الفنية والمسائل القانونية²¹⁵⁵، فإذا كان القاضي يستطيع أن يخول الخبير مهمة إعلامه وتنويره حول مسائل الواقع، فإنه لا يمكنه فعل ذلك إذا ما تعلّق الأمر بمسائل القانون²¹⁵⁶. وهي المسألة التي يمكن أن نجد فيها خلطاً كبيراً على مستوى التطبيقات القضائية، الأمر الذي يؤدي بالقضاة إلى التنازل عن مهامهم ظناً منهم أنّهم بصدد مسألة فنية وهي في الحقيقة مسألة قانونية، كقيام قاضي الموضوع بتعيين موثّق من أجل القيام بسماع طرفي عقد الزواج للتأكد من قيام العلاقة الزوجية بينهما بمقتضى حكم يقضي بتعيينه صادر من محكمة (بلكور)، وبالفعل حرّر الموثّق تقريره بذلك وأودعه كتابة الضبط مثبتاً بذلك قيام العلاقة الزوجية، وصدر الحكم بناء على هذه الخبرة التي لم تقع على مسألة فنية وإنما على مسألة قانونية من صميم اختصاص قضاة الموضوع، وهذا ما دفع قضاة المحكمة العليا إلى نقضه وإبطاله بعد الطعن فيه باعتباره تنازلاً للقضاة عن اختصاصاتهم المخولة لهم بنصّ القانون²¹⁵⁷. والقاضي وإن كان قد عين خبيراً من أجل توضيح مسألة فنية لا يكون ملزماً بما ذهب إليه من رأى بشرط تسبب عدم تأسيس الحكم عليه²¹⁵⁸، فرأى الخبير بالنسبة له يظلّ محتفظاً بطبيعته الاستشارية التي تجعل منه مجرد عنصر اقتناع يخضع

²¹⁵¹ الشواربي (عبد الحميد)، الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقه، د.ط، الاسكندرية، منشورات المعارف، 1988، ص184.

²¹⁵² انظر في ذلك المادة (125) من القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

²¹⁵³ اسم يعطى للتقني المعين من قبل القاضي بالنظر إلى خبرته العلمية والفنية النوعية، من أجل إجراء خبرة، ولهذا فهو رجل فنّ. وهو اسم لأشخاص مسجلين على قائمة رسمية كمختصين في مواد معينة. v. Cornu (G.), *Vocabulaire juridique, op.cit.*, P.390.

²¹⁵⁴ Cornu (G.), *Ibid*, P.391, Solus (H.), Perrot (R.), *op.cit.*, P.812.

²¹⁵⁵ Boulez (J.), *Expertises judiciaires*, Delmas, Onzième édition, 1999, Paris, P.82.

²¹⁵⁶ Solus (H.), Perrot (R.), *Ibid.*, P.776-777.

²¹⁵⁷ انظر: قرار م.ع (غ.أ.ش) رقم 90683، المؤرخ في 1993/05/25، م.ق. لسنة 1994، العدد 1، ص(58-60). وشبيهه بهذه الحالة تعيين بعض القضاة للخبراء بغية تحديد المالك الحقيقي للعقار المتنازع في ملكيته، باعتبار هذه المسألة من المسائل الفنية، إلا أنّها في حقيقتها مسألة قانونية من الدرجة الأولى. انظر في ذلك: حمدي باشا (عمر)، حماية الملكية العقارية الخاصة، مرجع سابق، ص34.

²¹⁵⁸ كما نصّت على ذلك المادة (144) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وانظر كذلك للتفصيل: Solus (H.), Perrot (R.), *Ibid*, P.789

لمناقشة الأطراف وتقدير قضاة الموضوع²¹⁵⁹. وهي تدبير احتياطي لعدم اللجوء إليها إلا في حالة عدم كفاية الإثبات، إلا إنه في مقابل ذلك يمكنها فرض نفسها على القاضي عن طريق الأحكام الشكلية، وهي تدبير قانوني في مادة النسب، والتفقه²¹⁶⁰. كما إنه في بعض الفرضيات، نجد محكمة النقض تبطل قرارات لم تأمر بخبرة حاسمة ومن الممكن تحقيقها بشأن حلّ النزاع، ومع ذلك فإنّ الخبرة من حيث المبدأ اختيارية بالنسبة للقاضي المدني وكذا الجنائي، الذي يعتبر أمرهم به لا يعدّ سوى استعمالا لسلطتهم السيّدة في التقدير، فالقاضي هو الذي من حيث المبدأ يقرّر اللجوء إلى الحقيقة العلمية، فيتصرّفه السلطوي يدخل شخصا أجنبيا يحدّد له مهمّته برابط الدعوى²¹⁶¹. فسلطة اختيار وتعيين تقني يمتلكها القاضي حصريًا، فيستطيع اختيار كلّ شخص خبير في قضية يرى أنّه من الضروري في تقديره الاستعانة به، سواء كان واحدا أو أكثر من ذلك من تخصص واحد أو أكثر²¹⁶²، وله الأخذ بأيّ خبرة يراها مقنعة له ومفيدة في الوصول إلى الحقيقة والفصل في القضية المعروضة أمامه²¹⁶³. إلا أنّه لا يجوز له، في الفقه والقضاء الفرنسيين الأمر باللجوء إلى الخبرة بناء على طلب أحد الخصوم بغية استكمال تقصيره في تهيئة الدليل لإثبات ما ادّعاه²¹⁶⁴.

ومن أهمّ المسائل التي يمكن أن تكون محلًّا للخبرة في الأحوال الشخصية العيوب. والعيوب يعتبر من الأمور العلمية الدقيقة، الأمر الذي يحتم الاستعانة بالخبرة الطّبية، حتى يكون تأسيس قضاة الموضوع صائبا وصحيحا من حيث التّسبيب، ولقد أسّس قضاة الموضوع قرارا لهم قضى بالتطبيق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد استنادا إلى نتائج الخبرة الطّبية التي خلصت إلى عقم الزوج، وعلّقت عليهم المحكمة العليا بأنهم قد وفّروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية²¹⁶⁵، وهو ما يؤكّد البعد المؤثر للخبرة على الحكم القضائي. فمن

²¹⁵⁹ أمقران (مخند)، مرجع سابق، ج 1، ص 165.

²¹⁶⁰ Dalbignat-Deharo (G.), *Ibid.*, P.119-120.

²¹⁶¹ *Ibid.*, P.119-120.

²¹⁶² وهذا ما نصّت عليه المادة (126) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

²¹⁶³ لقد طالبت المسماة (خ.ع) نقض قرار صادر من مجلس قضاء مستغانم أيد حكم محكمة مستغانم القاضي بإسناد حضانة الأولاد إلى والدهم، مخالفين التقرير الذي تقدّمت به المساعدة الاجتماعية في 09/08/1992 الذي كان في صالح الطّاعنة، ومخالفين بذلك المادة (64) من قانون الأسرة، إلا أنّ المحكمة العليا ردّت على ذلك بأنّ القضاة لم يعتمدوا في حكمهم على التقرير سابق الذكر وإنّما أسّسوا حكمهم على تقرير آخر للمساعدة الاجتماعية الصادر بتاريخ 25/02/1993، ولهم كلّ السلّطة التقديرية في ذلك، وبناء على هذا المبدأ رفض قضاة القانون الطّعن، وبقي الحكم صحيحا. انظر في ذلك: قرار م.ع (غ.أ.ش) رقم 153640، المؤرّخ في 18/02/1997، م.ق. لسنة 1997، العدد 1، ص(39-41).

²¹⁶⁴ تركي (علي)، سلطة المحكمة في ندب الخبراء، مجلة القانون والاقتصاد، صادرة عن كلية الحقوق (جامعة القاهرة)، العدد 80، سنة 2008، ص(349-510).

²¹⁶⁵ انظر: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 87301 المؤرّخ في 22/12/1992، المجلة القضائية لسنة 1995، العدد 2، ص(92-95).

المقرّر قضاء أنّه لا يجوز الحكم بفكّ العصمة الزوجية بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الإضرار بها²¹⁶⁶. والخبرة الطبيّة وسيلة إثبات ناجعة لا بدّ من اعتبارها؛ فقد يصل الأمر إلى الحدّ الذي يبطل فيه الحكم القضائي إذا لم يستعن قضاة الموضوع بالخبرة في مسائل الاختصاص²¹⁶⁷؛ كأن يخالف القضاة الترتيب المنصوص عليه في المادة (64) من قانون الأسرة، دو إثبات ذلك بأيّ دليل يثبت من هو الأجدر بالقيام بدور الحضانة، وعدم الاستعانة بمرشدة اجتماعية من أجل معرفة الطّرف الذي يمكن أن يكون أقدر على تربية الأولاد ورعايتهم²¹⁶⁸، أو إسناد قضاة الموضوع الحضانة للأب تأسيساً على مرض الزوجة العقلي دون إثباته، فهذا يعدّ انعداما في الأساس القانوني²¹⁶⁹، أو التصريح بالطلاق بين الزوجين بناء على الإرادة المنفردة للزوج المصاب بمرض عقلي دون أمر قضاة الموضوع بالتحقيق في ذلك²¹⁷⁰. باعتبار الاستعانة بأهلها يؤدّي بشكل إيجابي إلى تحديد مدى الضّرر المتوقع من هذا العيب أو ذاك، ومدى إمكان البرء منه وعدم إمكانه، والمدة التي يمكن البرء فيها، سواء كان العيب نقصاً بدنياً أو عقلياً يمنع من تحقّق مقاصد النكاح، وتمتّع كلّ من الزوجين بالآخر²¹⁷¹. إلا إنّ المشرّع الجزائري لم ينص على ذلك بخلاف ما نصّ عليه

²¹⁶⁶ لقد أشارت الزوجة في مقالاتها المتعدّدة إلى عجز زوجها عن ممارسة العلاقات الزوجية معها، فكان من الواجب على قضاء الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعيّة وقانونية قبل التصريح بحكّمهم، ولهذا تمّ نقض القرار المطعون فيه من قبل المحكمة العليا. انظر: قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 33275، المؤرخ في 14/05/1984، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 2، ص(75-78).

²¹⁶⁷ قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 179471، المؤرخ في 17/03/1998، الاجتهاد القضائي لسنة 2001 عدد خاص، ص(172-174).

²¹⁶⁸ فعندما أسند قضاة الموضوع حضانة الأولاد إلى أختهم للأب التي كانت على عداوة مع أمّهم قبل وفاتها بسبب الميراث، مع وجود الحالة يكونون بذلك قد خالفوا الترتيب المذكور أعلاه. بالإضافة إلى أنّهم لم يستعينوا بمرشدة اجتماعية، الأمر الذي أدى إلى نقض القرار. انظر: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 179471، المؤرخ في 17/03/1998، سبق ذكره. وانظر قريبا من هذا: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 222655، المؤرخ في 18/05/1999، الاجتهاد القضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص(185-189).

²¹⁶⁹ قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 265727، المؤرخ في 13/02/2002، المجلة القضائية لسنة 2002، العدد 2، ص(432-435).

²¹⁷⁰ لقد طعن (أ.و) بالنقض في قرار صدر من محكمة الأربعاء قضى بالتصريح بالطلاق بينها وبين زوجها بناء على إرادته المنفردة، مستندة في ذلك على عدم مناقشة الملفّ الطيّ الذي أودعته والموضّح عدم السلامة العقلية لزوجها، ورفض طلبها الاحتياطي المتعلّق بتعيين طبيب ينحصر دوره في فحص الزوج من الناحية العقلية بحجّة أنّه غي مؤسس، وقبول طلب طلاق من زوج لا يتمتّع بقواه العقلية ثابت بملفّ طيّ دون التأكّد من الحالة بتعيين طبيب مختصّ، الأمر الذي شكّل حرقاً لنصّي المادتين (42) و(43) من القانون المدني. وقد ردّت المحكمة العليا على هذه الأوجه ردّاً إيجابياً، باعتبار الدفوع في نظرها كانت مؤسّسة؛ لأنّ الاكتفاء باستبعاد الملفّ الطيّ والدفّع يكون الزوج مريض من الناحية العقلية لا يرقى لكونه تسببياً، فالطلاق من المسائل الإرادية، وبناء على ذلك فكلّ ما يثير الشكّ في مدى سلامة هذه الإرادة من العيوب المقرّرة شرعاً وقانوناً يجب فتح باب التحقيق الدقيق بشأنه عن طريق أهل الخبرة قبل البتّ فيه، وعلى هذا الاعتبار نقض الحكم. انظر في هذا: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 416686، المؤرخ في 12/03/2008، نشرة القضاة لسنة 2012، العدد 67، ص(247-251).

²¹⁷¹ الجندي (أحمد)، التعليق، مرجع سابق، ص331.

المشرّع المصري في المادة (11) من المرسوم بقانون 25 لسنة 1920 الخاص بأحكام التّفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية: (يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزّواج من أجلها)، وما نصّ عليه المشرّع المغربي في المادة (111) من القانون رقم 03-70 بمثابة مدوّنة الأسرة: (يستعان بأهل الخبرة من الأخصائيّين في معرفة العيب أو المرض). فكلّ عيب ضرر، ولكن ما تؤسّس عليه دعوى التّفريق هو العيب الذي يحول دون تحقيق مقاصد النّكاح في التشريع الجزائري، وليس أبلغ ضررا من ذلك، ويرجع الفصل في مدى تحقّق هذا المعيار إلى أهل الخبرة، وهم أهل العلم والطب المتخصّصون في هذا المجال. وبناء على ذلك يفترض وقوع الضّرر محدّد السبب قانونا في المستقبل. وهذا الإجراء وجوبي في النظام القضائي الجزائري²¹⁷² وكذا المصري، يجب على المحكمة اتّخاذها وإلا كان حكمها باطلا؛ لتعلّقه بمسألة فنيّة تخرج عن مجال علمها فلا يخضع لسلطتها التقديرية²¹⁷³. وهذا بخلاف ما ذهب إليه مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد الذي جعل من الاستعانة بأهل الخبرة اختياريا²¹⁷⁴. إلا إنّ الخبرة الطّبية في هذا المجال كوسيلة إثبات ناجعة لا تمنع من إعمال آلية (التأجيل) التي اعتمدها الفقهاء قديما كتأجيل العيّن²¹⁷⁵. فالتأجيل مدّة سنة قد يكون نافعا جدّا، بحيث إذا كان الزّوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج²¹⁷⁶. وعدم احترام القضاء لمثل هذا الإجراء يعدّ مخالفا لقواعد الشّريعة²¹⁷⁷. ومن الاجتهادات التي أخذت بهذه المدّة وأقرتها، قرار المجلس الأعلى رقم (26697) المؤرّخ في 1982/02/08، حيث جاء فيه: (من المقررّ شرعا أنّ عيوب الفرّج ليست كلّها موجبة للطلاق بمجرد الادّعاء بها، بل لا بدّ من معرفة مصيرها ومدى قابليّة العيب للعلاج، وفي هذه الحالة لا بدّ من ضرب أجل للمصاب بها لمعالجتها، فإن وقع الحكم عليه قبل معرفة ذلك وضرب أجل له للعلاج ففي ذلك مخالفة لنصوص الشّريعة الإسلامية)²¹⁷⁸. إلا أنّ هذا القرار لم يحدّد بالضبط المدّة الزّمنية، وقد حدّدها بعد ذلك قرار المجلس الأعلى رقم (34784) المؤرّخ في

²¹⁷² انظر: قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 33275، المؤرّخ في 1984/05/14، سبق ذكره.

²¹⁷³ العجوز (ناهد)، مرجع سابق، ص 273.

²¹⁷⁴ انظر: المذكرة الإيضاحية للمادتين (106) و(107) منه، ص 212.

²¹⁷⁵ العيّن من العنة، مصدر عنّ الرّجل عنة: عجز عن الجماع لمرض يصيبه. انظر في ذلك: قلعه جي (محمد)، قنبي (حامد)، مرجع سابق، ص 323.

²¹⁷⁶ ابن رشد (أبو الوليد)، مصدر سابق، ج 2، ص 42، ابن تيمية (محمد الدين)، مصدر سابق، ج 2، ص 25، الشافعي، الأم، مصدر سابق، ص 901.

²¹⁷⁷ لقد اعتبر القضاة أنّ الفترة التي مكثت فيها الزّوجة سابقا بمسكن زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرتها جسميا كافية لإثبات عجزه المستمرّ عن ذلك، وبهذا اعتبرت المحكمة العليا قراهم خاطئا، فيكون بذلك عرضة للتّقض؛ لأنّ الاجتهاد القضائي استقرّ على أنّ السّنة التي تمنح للزّوج يبدأ مفعولها من تاريخ تنفيذ الحكم القضائي بها. انظر في ذلك: قرار المجلس الأعلى (غ.أ.ش) رقم 34784، المؤرّخ في 1984/11/19، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 3، ص (73-76).

²¹⁷⁸ نشرة القضاة لسنة 1982، عدد خاص، ص (254-257).

1984/11/19، بحيث جاء فيه: (من المقرر فقها وقضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدّة بجانب بعلاها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق، فإنّ القضاء بما يخالف هذه المبادئ يعدّ خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية)²¹⁷⁹.

ويختلف دور الخبر بحسب اختلاف موضوع الخبرة:

(أولاً) فقد تكون الخبرة تقنية، فيكون مترجماً ينقل الكلام من لغة إلى أخرى في حال اختلاف اللغة بين الخصوم واختلافها بين الخصوم من جهة وبين القاضي من جهة أخرى، وهي من آداب القاضي كما قال (الكاساني)، كما قد يكون (مقوماً)²¹⁸⁰ دوره تقييم مبالغ المتاع وتقديرها. وهذه المسألة اعتبرها قضاة المحكمة العليا مسألة فنية يعود الاختصاص فيها إلى أهل الخبرة من التجار والصناع ولا دخل للقضاة فيها²¹⁸¹. وقد يكون (خبير خطوط) يقوم بالاستكتاب أي بالحصول على نماذج خطية من خطوط المنكرين للمستندات محلّ التنازع لتكون محلّ مقارنة، بحيث تجرى أمام القاضي أو المحقق لتكتسب صفة الرسمية²¹⁸²، أو بالمضاهاة أي بمقارنة خطّ أو إمضاء أو بصمة من نسب إليه السند الذي أنكره مع أمثاله من السندات التي عيّنها القانون لمعرفة مدى مطابقتها لما هو مكتوب على السند المدعى به²¹⁸³، ويستعان

²¹⁷⁹ فلما ثبت أنّ قضاة الموضوع على مستوى الاستئناف لم يحرموا القاعدة الشرعية المتعلقة بهذه المدّة الزمنية، معتبرين أنّ الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقاً بسكن زوجها دون قدرته على مباشرتها جنسياً كافية في إثبات عجزه المستمر عن ذلك. وما دام الاجتهاد القضائي قد استقرّ على أنّ السنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعولها من تاريخ تنفيذ الحكم القضائي بها، فإنّ قضاة الموضوع بذلك قد خالفوا مبادئ الشريعة الإسلامية، الأمر الذي يترتب عليه نقض القرار تأسيساً على الوجه المعتمد في الطعن فيه من قبل الزوج. انظر في ذلك: المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 3، ص(73-76).

²¹⁸⁰ والتقويم هو تقدير ثمن الأشياء. والمقوم هو الذي يقدر ثمن الأشياء بناء على عرف التجار وأهل السوق في معاملاتهم. وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على الأخذ بتقويم أهل الخبرة من التجار والصناع. انظر في ذلك: شنيور (عبد الناصر)، الإثبات بالخبرة بين القضاء الإسلامي والقانون الدولي وتطبيقاتها المعاصرة، ط1، عمان (الأردن)، دار النفائس، 2005، ص139.

²¹⁸¹ قرار م.ع (غ.أ.ش) رقم 222651، المؤرخ في 1999/05/18، الاجتهاد القضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص(248-251).

²¹⁸² وهذه العملية قد أفتى بها أبو الحسن اللخمي مقرراً أنه: (يجب على الكتابة وعلى أن يطول فيما يكتب تطويلاً، لا يمكن معه أن يستعمل خطأ غير خطّه). وقد ذهب أبو الحسن اللخمي من المالكية وأبو الليث من الحنفية وأئمة بحارى وبعض ولاة المظالم من الشافعية إذا وجد تشابه بين الخططين بشرط أن يكون ظاهراً، فذلك يجعل المستند حجّة للمدعى يقضى بها على المدعى عليه. أضف إلى ذلك فإنّ أبا الحسن قد فلّرق تفريقاً حسناً بين إلزام المدعى عليه بالكتابة وعدم إلزامه بإحضار الشهادة عليه مستنداً في ذلك إلى أنّ المدعى عليه يقطع بتكذيب البيّنة التي تشهد عليه، فلا يلزمه أن يسعى في أمر يقطع بطلانه، وهو ممّا يعدّ سبقاً علمياً عبقرتياً في مجال الإثبات وهذا يعدّ إقراراً لمبدأ عدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل ضدّ نفسه. أما خطّه فقد صدر عنه بإقراره فيقوم العدول وهم أهل الخبرة بمقابلة ما يكتبه الآن بما أحضره المدعى، ويشهدون بموافقة له أو بمخالفته، وقد رجّح أكثر الشيوخ ما أفتى به اللخمي كما قاله ابن فرحون. انظر في ذلك: شنيور (عبد الناصر)، مرجع سابق، ص172-173.

²¹⁸³ يقوم القاضي بإجراء مضاهاة الخطوط استناداً لما يكون مجوزته من عناصر المقارنة، كما يمكن إضافة إلى ذلك أن يأمر الخصوم بإيداع الوثائق التي تسمح بالمقارنة لديه، فيكون مقبولاً لديه على وجه المقارنة: التوقيعات التي تتضمنها العقود الرسمية، الخطوط والتوقيعات التي

به عند الاقتضاء²¹⁸⁴ في حالة رفع دعوى مضاهاة الخطوط التي تهدف إلى إثبات أو نفي صحة الخطّ أو التوقيع الوارد على المحرّرات العرفية²¹⁸⁵. كما قد يكون (خبير التحليل المخبري) الذي يتكفل بإثبات نسب الطفل في حالة التنازع، وذلك عن طريق تحليل الدم الذي تعدّ نتائجه السلبية فقط هي القاطعة في دلائلها، أي يمكن إثبات أنّ هذا ليس والد لطفل بذاته، إلاّ أنّه لا يمكن قطعاً أن نثبت أنّ هذا هو والد هذا، أو عن طريق فحص الحامض النووي الذي توصل من خلاله العلم المعاصر إلى تحديد البنية؛ باعتبار التشابه الموجود بين الشخص والديه في تشكيته، وهو الأمر الذي درسناه سابقاً²¹⁸⁶. وقد يكون (قاسماً)²¹⁸⁷ يقوم بجرد مخلفات المالك²¹⁸⁸ وإعداد مشروع قسمة اعتماداً على الفريضة المتضمنة للإنزال²¹⁸⁹، أو مشروع قسمة لعقار مملوك على الشيوخ بين الورثة حسب الفريضة الجدلية للمتوفّي، وفي هذه الحالة يجب أن يحزّر الخبير تقريراً بالقسمة يقدّمه خلال مدّة ثلاثة أشهر من اتّصاله بالحكم لدى كتابة الضبط²¹⁹⁰. وفي مثل هذه المسائل قد يعيّن خبيران، الأوّل منهما يتكفل بإعداد فريضة المالك مع تحديد نصيب كل وارث، أمّا الثاني فيتولّى دعوة كافة الورثة المحصورين بالفريضة والمدّعي مع محاولة الصلح بينهما، وإلاّ عليه القيام بحصر كافة مخلفات المالك، عقارية كانت أو منقولة، وتحديد الثلث من كافة التركة وفرزه إن كان ذلك ممكناً لتسليمه للموصى له، وذلك بعد أن يطّلع على كافة الوثائق الضّروية مع إبداء رأيه. على أن يضع الخبير الأوّل تقريره في أجل شهر واحد، في حين أنّ الخبير الثاني يضع تقريره في أجل ثلاثة أشهر لدى

سبق الاعتراف بها وكذلك الجزء من المستند موضوع المضاهاة الذي لم يكن محلاً للإنكار. ويقوم القاضي بعدها بالتأشير على هذه الوثائق ويحتفظ بها مع محرّر المنازع فيه أو يأمر بإيداعها بأمانة الضبط، حتّى يسهل سحبها من قبل الخبير المعيّن بعد ذلك مقابل توقيعه بالاستلام. انظر في كلّ ذلك: المادتين (167) و(168) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

²¹⁸⁴ فقد جاء في نصّ المادة (165) من القانون 09/08 المؤرّخ في 2008/02/25، المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الثانية: (.. كما يأمر (أي القاضي) بإجراء مضاهاة الخطوط اعتماداً على المستندات أو على شهادة الشهود، وعند الاقتضاء، بواسطة خبير).

²¹⁸⁵ انظر في ذلك: المادة (164) من القانون 09/08 المؤرّخ في 2008/02/25، المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

²¹⁸⁶ انظر في ذلك: المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الأوّل من رسالتنا.

²¹⁸⁷ وقد ذهب الشافعية والأحناف والحنابلة إلى أنّه يستحبّ للحاكم اتّخاذ قاسم عام في كلّ بلد، إن لم تكن الحاجة إلاّ لواحد وإلاّ فيزداد على ذلك، مع تقرير رزقه من بيت مال المسلمين، وإلاّ يدفع أصحاب المصلحة في القسمة له أجره؛ لأنّ المنفعة مخصوصة لهم. وإذا لم يكن هناك قاسم منصوب مسبق، وجب على القاضي في حالة الحاجة إلى القسمة أن يعيّن قاسماً لذلك. انظر في ذلك: شنيور (عبد الناصر)، مرجع سابق، ص 125.

²¹⁸⁸ قرار م.ع (غ.أ.ش) رقم 94675، المؤرّخ في 1993/07/13، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 1، ص(85-88). وانظر قريباً من هذا: قرار م.ع (غ.أ.ش) رقم 94089، المؤرّخ في 1993/10/26، م.ق لسنة 1994، العدد 1، ص(79-81).

²¹⁸⁹ قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 94685، المؤرّخ في 1993/05/25، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 2، ص(82-85).

²¹⁹⁰ انظر في ذلك: رار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 88856، المؤرّخ في 1993/02/23، المجلة القضائية لسنة 1996، العدد 2، ص(96-98).

كاتب الضبط من تاريخ تبليغها بنسخة هذا الحكم، وفي حالة امتناعهما عن أداء مهامهما استبدلا بغيرهما من ذوي الخبرة بمجرد أمر على عريضة تقدم للمحكمة²¹⁹¹.

(ثانيا) كما قد تكون الخبرة طبية فيكون دور الخبير حينئذ على وجه التمثيل إثبات عقم أحد الزوجين، باعتباره عيبا يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، من تكوين أسرة وتربية أبناء²¹⁹²، أو إثبات سوء الحالة النفسية للولد بسبب سوء المعاملة²¹⁹³، أو إثبات الحالة المرضية العقلية للزوج من أجل تقرير مدى قدرة الزوج على طلاق زوجته بإرادته المنفردة²¹⁹⁴.

(ثالثا) كما قد تكون الخبرة اجتماعية فينحصر دور الخبير في تحديد مصلحة المحضون، ومعرفة من هو الأصلح والأجدر في القيام برعايته وتربيته، وهو ما يقوم به في العادة (المُرشدون الاجتماعيون) في المؤسسات القضائية الجزائرية²¹⁹⁵، و(الخبراء المتخصصون في الطفولة) في المؤسسات القضائية الفرنسية والانجليزية المختصة بمسائل القصر²¹⁹⁶، التي رأت المحكمة العليا أن الاستعانة بهم أمر واجب لا يمكن الاستغناء عنه، وعدم اعتبار هذه المسألة يعرض الأحكام والقرارات للنقض والإبطال²¹⁹⁷. ما لم تكن الأدلة المستند عليها من قبل قضاة الموضوع كافية، أما إذا كانت كذلك ف: (القاضي غير ملزم باللجوء إلى

²¹⁹¹ انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 95385، المؤرخ في 1994/03/22، المجلة القضائية لسنة 1995، العدد 1، ص(134-136).

²¹⁹² انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 87301، المؤرخ في 1992/12/22، المجلة القضائية لسنة 1995، العدد 2، ص(94-92).

²¹⁹³ انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 332324، المؤرخ في 2005/07/13، ن.ق لسنة 2006، العدد 59، ص(238-236).

²¹⁹⁴ انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 416686، المؤرخ في 2008/03/12، ذكر آنفا.

²¹⁹⁵ انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 330566، المؤرخ في 2005/05/18، مجلة المحكمة العليا لسنة 2005، العدد 1، ص(306-301)، وانظر كذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 364850، المؤرخ في 2006/05/17، مجلة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد 2، ص(442-437).

²¹⁹⁶ King (M.), Garapon (A.), *Le juge, l'expert et le contrôle de la réalité dans les juridictions de la jeunesse en France et en Angleterre*, Droit et Société 10-1988, P.(431-451).

²¹⁹⁷ لقد رأت المحكمة العليا أنه كان من المفروض تعيين مرشدة اجتماعية بهدف زيارة مسكن الحاضنة، ومعاينة حالة الأولاد، وزيارة مسكن والدهم، ومعرفة من يقيم معه، محددين بذلك أين تكمن مصلحة المحضونين، أي العيش مع والدتهم أم في العيش مع والدهم، أم في الاقتسام، وبناء على هذا الوجه التلقائي الذي استندت إليه المحكمة العليا نقض القرار. وقد أقرت المحكمة العليا ب: (أن الحكم بإسقاط الحضانة عن الأم دون تعيين مرشدة اجتماعية لمعاينة الأطفال، ظروف معيشة الأطفال والبيت الذي يقيمون فيه ودون مراعاة مصلحة الأطفال يعدّ قصورا في التسيب). انظر: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 302428، المؤرخ في 2003/05/21، نشرة القضاة لسنة 2006، العدد 58، ص(205-202).

كما أقرت المحكمة العليا مبدأ آخر مفاده: (إذا كان من المقرر قانونا أن الحضانة تستحقّ بالخلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة، فإنّ على قاضي الموضوع أن يبحث أين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل ومن ضمنها تعيين مرشدة اجتماعية تقوم بزيارة الطرفين حتى يسهل تحديد أين تكمن مصلحة المحضون طبقا للمادة (64) من قانون الأسرة). انظر: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 337176، المؤرخ في 2005/11/16، نشرة القضاة لسنة 2010، العدد 65، ص(321-319).

الاستعانة بمساعدة اجتماعية لتقدير مصلحة المحضون)، مع وجوب تسييب ذلك²¹⁹⁸. ومحضر المعاينة وحده لا يكون كافيا في إسقاط الحضانة حتى ولو كان متضمنا تقرير حالة انعدام شروط المعيشة الكريمة التي تيسر رعاية الأولاد²¹⁹⁹.

وحتى تكون دالة على الحقيقة كدلالة الشهادة العادية أو كدلالة الكتابة لا بد من مراعاة الكثير من الضمانات، نقوم بتقسيمها كما يلي:

(أولا) الضمانات الوصفية، ونجملها فيما يلي:

(أ) أن يكون متخصصا في المجال الذي اختير لأجل إعطاء رأيه فيه وتنوير الهيئة القضائية، ولا بد أن يكون لذلك مظهر واضح وهو أن يكون متحصلا على شهادة جامعية، أو تأهيل مهني في الاختصاص الذي يطلب التسجيل فيه²²⁰⁰، فالاستعانة بخبير غير مختص لا تحقق الغاية المرتبة من قبل المشرع في تشريع هذه المسائل، كأن يؤسس قضاة الموضوع حكمهم على خبرة طبيب مختص في الطب العام والتشريح في تقرير حالة الحجر بدل أن يعتمدوا على خبرة طبيب مختص في الأمراض العقلية²²⁰¹، أو أن يعتمدوا على خبرة طبيب مختص في أمراض الأعصاب في تقرير حالة عدم صلاحية الأم في تربية أولادها وإسقاط حضانتها لهم وإسنادها إلى الأب بدل اعتماد خبرة طبيب عقلي نفسي²²⁰²، الأمر الذي يؤدي إلى إفقاد الثقة في الأحكام التي تؤسس عليها، فيؤدي بالضرورة إلى إبطالها ونقضها من قبل قضاة المحكمة العليا.

(ب) أن يكون عدلا، ويختلف الأمر بحسب التخصص، وهو ما عبّر عنه القانون بأن لا يكون قد تعرض لعقوبة نهائية بسبب ارتكابه وقائع مخلة بالآداب العامة أو الشرف.

(ج) أن لا يكون قد تعرض للإفلاس أو التسوية القضائية.

(د) أن لا يكون ضابطا عموميا قد خلع أو عزل من منصبه، وأن لا يكون محاميا قد شطب اسمه من نقابة المحامين، وأن لا يكون موظفا عزل بمقتضى إجراء تأديبي بسبب وقائع مخلة بالآداب العامة أو الشرف.

(هـ) أن لا يكون قد منع بقرار قضائي من ممارسة المهنة.

²¹⁹⁸ قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 650014، المؤرخ في 2011/10/13، مجلة المحكمة العليا لسنة 2012، العدد 1، ص(317-313).

²¹⁹⁹ قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 302428، ذكر سابقا.

²²⁰⁰ قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 302428، ذكر سابقا.

²²⁰¹ انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 365226، المؤرخ في 2006/07/12، مجلة المحكمة العليا لسنة 2006، العدد 2، ص(477-482).

²²⁰² قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 265727، المؤرخ في 2002/02/13، مجلة القضائية لسنة 2002، العدد 2، ص(432-435).

(و) أن يكون قد مارس هذه المهنة في ظروف سمحت له أن يتحصّل على تأهيل كاف لمُدّة لا تقلّ عن سبع سنوات.

(ز) وجوب مراعاة الموضوعية لدى الخبير ولهذا يجب أن لا يكون ذا صلة قرابة مباشرة مع أحد الخصوم أو غير مباشرة لغاية الدرجة الرابعة، وأن لا تكون له مصلحة من الدّعى محلّ الخبرة، وإلا كان عرضة للردّ، ولا يكون ذلك إلاّ بأن يتقدّم أحد الخصوم بعريضة متضمّنة لأسباب الردّ تكون موجّهة إلى القاضي الأمر بالخبرة خلال ثمانية أيّام من تاريخ تبليغه بهذا التّعيين، ويكون واجبا على القاضي الفصل في طلب الردّ بأمر غير قابل لأيّ طعن، وبدون تأخير²²⁰³.

(ثانيا) الضّمّانات الشّكلية

(أ) يجب أن يؤدّي الخبير المقيّد اليمين أمام المجلس القضائي عند تسجيله لأوّل مرّة قائلا: (أحلف بالله العظيم بأن أقوم بأداء مهمّتي كخبير على خير وجه وبكلّ إخلاص وأن أبدي رأيي بكلّ نزاهة واستقلال). أمّا الخبير غير المقيّد في جدول الخبراء فيتولّى حلف اليمين أمام السّلطة التي يحددها الحكم الذي صدر بنده ما لم يعف عن اليمين باتّفاق الخصوم، ويجزّر محضر مثبت لذلك في كلّ الأحوال.

(ب) يجب أن يتضمّن الحكم الأمر بإجراء الخبرة عرض الأسباب المبرّرة للّجوء إلى الخبرة، مع بيان اسم ولقب الخبير المعيّن وعنوانه وتحديد تخصّصه ومهمّته تحديدا دقيقا، بحيث يجب تحديد جميع النّقاط التي تكون محلّ الخبرة تحديدا كافيا ودقيقا بحيث يتمكّن في كلّ مرّة من إزاحة كلّ ما لم يكن له علاقة بمهمّته، من أجل رفع الحرج عنه بمناقشة تلك النّقاط مع الأطراف ومدى علاقتها بالدائرة المرسومة له من قبل القاضي²²⁰⁴ مع بيان أجل إيداع تقرير الخبرة بأمانة الصّبط²²⁰⁵. وفي حالة رفض الخبير إنجاز مهمّته أو في حالة تعدّر ذلك استبدل به غيره بموجب أمر على عريضة صادر من القاضي الذي عينه²²⁰⁶.

(ج) يجب أن يكون تقرير الخبير متضمّنا أقوال وملاحظات الخصوم ومستنداتهم، مع عرض تحليلي عمّا قام به وعائنه يفي حدود المهمة المسندة إليه، إضافة إلى تدوين نتائج الخبرة²²⁰⁷.

(د) وفي حالة تنحيته يتعيّن عليه تسبب ذلك بطلب، ولا يكون ذلك إلاّ في حالتين، إحداهما: عند عدم تمكّنه من أداء مهمّته في ظروف من شأنها تقييد حرّية عمله أو الإضرار بصفته خبيرا قضائيا، والثانية: عند سبق اطلاعه على القضية في نطاق آخر²²⁰⁸.

²²⁰³ انظر المادة (133)/2 من القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

²²⁰⁴ Boulez (J.), *op.cit.*, P.79, Couchez (G.), *op.cit.*, P.346.

²²⁰⁵ انظر المادة (128) من القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

²²⁰⁶ انظر المادة (132) من القانون نفسه.

²²⁰⁷ انظر المادة (138) من القانون نفسه.

(هـ) ومن أجل تيسير مهمة الخبير في بحثه عن الحقيقة يجوز له أن رفع تقرير الغرض منه بيان جميع المشكلات التي تعترض تنفيذ مهمته، كما يجوز له طلب تمديد المهمة²²⁰⁹. كما يجوز له مطالبة الخصوم بتقديم مستندات تعينه في أداء مهمته، تحت طائلة الغرامة التهديدية²²¹⁰. علماً أنّ عدم تقديم المستندات قد يستخلص منه القاضي آثاراً قانونية معينة²²¹¹.

(و) احترام مبدأ الوجاهية، أي يجب على الخبير ابتداء إخطار الخصوم بيوم وساعة ومكان إجراء الخبرة عن طريق محضر قضائي، ولا يكون ذلك إلا في الحالات التي لا يستحيل فيها حضور الخصوم بسبب طبيعة الخبرة ذاتها²²¹²، كما يعني ذلك تحديداً وجوب مناقشة الخبرة وعدمها يعدّ تجاوزاً للسلطة في منظور المحكمة العليا²²¹³؛ بحيث إذا كان القاضي مقتنعاً برأي الخبير ولم يكن التقرير مقترناً بأيّ عنصر يساهم في بطلانه فيجوز للقاضي تبنيّه ما جاء فيه وتتم الموافقة عليه بحكم، أمّا إذا قدّم الخصوم مذكرات تعارض ما جاء في التقرير من حيث الرأى ومن حيث النتائج المتوصل إليها أو من حيث الأخطاء المادية أو إغفالات مرتكبة من قبل الخبير، فيون واجبا على القاضي التوقف من أجل دراسة هذه المذكرات والفصل فيها، ولهذا فالقاضي يكون ملزماً قبل الموافقة على ما جاء في تقرير الخبرة أن يقوم بدراسة متعمقة مع ما ورد عليها من دفع²²¹⁴. وحتى يكون مبدأ الوجاهية محترماً لا بدّ أن يكون رأي الخبير الذي توصل إليه مسبباً تسيباً كافياً، فيشكل التقرير عندها نقطة بداية لمحادثة وجاهية منتجة²²¹⁵.

²²⁰⁸ أنظر المادة (11) من المرسوم التنفيذي رقم 95-310 المؤرخ في 10/10/1995، المحدد لشروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفية، والمحدد لحقوقهم وواجباتهم.

²²⁰⁹ انظر المادة (136) من القانون 09/08 المؤرخ في 25/02/2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

²²¹⁰ أنظر المادة (137) من القانون نفسه. وانظر في ذلك: Couchez (G.), *op.cit.*, P.350.

²²¹¹ أنظر المادة (137) من القانون نفسه.

²²¹² أنظر المادة (135) من القانون 09/08 المؤرخ في 25/02/2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

²²¹³ لما عيّنت قضاة الموضوع خبيراً لمعرفة ما إذا كان المحبس المرحوم (ب.م) مصاباً بمرض عقلي أثناء القيام بالمحس المؤرخ في 1972/05/24، فاستخلص من دراسة كامل الملف الطبي أنّ المحبس لم يكن مصاباً بأي مرض عقلي، ورغم هذا ألغى قضاة الموضوع المحس موضوع النزاع، بدعوى مخالفته لقواعد الميراث، متجاهلين بذلك تقرير الخبرة الذي لم يناقشوه إطلاقاً، ولهذا كان هذا الحكم مفتقراً للأساس الشرعي، أضف إلى ذلك أنه لا يشترط في المحبس أن يكون موافقاً لقواعد الميراث، وكان من الواجب عليهم احترام إرادة المحبس، وعليه نقضت المحكمة العليا القرار. انظر: قرار م.ع (غ.أ.ش) رقم 100179، المؤرخ في 19/04/1994، ن.ق. لسنة 1997، العدد 51، ص(85-89).

²²¹⁴ بغدادي ملياني، مرجع سابق، ص162-163.

²²¹⁵ Solus (H.), Perrot (R.), *Ibid.*, P.787.

- (ز) إذا ما تبين للقاضي أنّ العناصر التي بنى عليها الخبر رأيه والنتائج التي وصل إليها من خلال بحثه الذي قام به غير مقنعة، أو غير وافية جاز له قانونا الأمر باستكمال التحقيق في هذا الشأن أو بحضور الخبر نفسه أمامه من أجل تلقي الإيضاحات والمعلومات الضرورية²²¹⁶.
- (ي) في حالة تعدد الخبراء وكانت آراؤهم مختلفة بحيث يمكن أن يختلط الأمر في اختيار بأيّ الخبرات سيأخذ، وجب على كلّ واحد منهم تسبيب رأيه²²¹⁷ وما وصل إليه تسهيلا لعمل القاضي بعد ذلك من أجل الوصول إلى الحقيقة، فالقاضي هو الذي يرجع إليه الأمر في الأخير. وهناك كضمانات متعلّقة بالبصمة الوراثية²²¹⁸:
- (أ) أن تكون مختبرات الفحص تابعة للدولة، ويكفي أن تشرف عليها إشرافا مباشرا، مع توافر جميع الضوابط العلمية والمعملية المعتمدة محليا وعالميا في هذا المجال،
- (ب) وجوب تمتّع كلّ من هو قائم على العمل في المختبرات الخاصة بتحليل البصمة، دون تفريق بين خبراء البصمة وبين غيرهم من المساعدين في العمل المخبري، بالمعرفة والخبرة في مجال تخصّصهم الدقيق.
- (ج) وجوب توثيق جميع الأعمال الإجرائية التي يقوم بها الخبراء ومساعدوهم، انطلاقا من نقل العينات وصولا إلى ظهور النتائج، حفظا لسلامتها وضمانا لصحة نتائجها والوصول إلى الحقيقة المرجوة، مع ضرورة أرشفة كلّ الوثائق.
- (د) وجوب اتّخاذ طرق متعدّدة وبعدها أكبر من العينات في التحاليل الخاصة بالبصمة ضمانا لصحة النتائج.
- بهذه الشروط فقط يمكن للقاضي الاعتماد عليها من أجل بناء حكمه المتضمّن الحقيقة التي يسعى إليها منذ رفع الدّعى.

²²¹⁶ أنظر المادة (141) من القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وانظر في ذلك:

Solus (H.), Perrot (R.), *Ibid.*, P.788.

²²¹⁷ أنظر المادة (127) من القانون نفسه.

²²¹⁸ اللودعمي، مرجع سابق، ص 173-174.

خاتمة:

من خلال ما درسناه من عناصر هذه الرسالة، من واقعة قانونية ومجالها ومن حقيقة قضائية ومتعلقاتها ووسائلها، وطرائق الوصول إليها، ومن خلال ما دق من أمور علمية ومنهجية، وصلنا إلى النقاط الآتية:

(أ) إنّ الحقيقة القضائية بخصائصها، النسبية والمنطقية، وبطبيعتها الحوارية المستندة على لغة قانونية قضائية، التي من خلالها يمكن أن تتشكّل القرارات والأحكام أوعية للحقائق القضائية، التي تعتبر بدورها قرائن قاطعة على الحقائق الواقعة، فهي بذلك لا تقوم على الحجّة البرهانية، وإنما تقوم على الحجّة الجدلية أو الحجّة الخطائية. هذه الحقيقة في نموها في ذهن القاضي تقوم على مبدأ التدرّج تبعاً لقاعدتي حجّة الأمر المقضي فيه وقوّة الأمر المقضي فيه، فتكون حقيقة أولية في مرحلة ما قبل النزاع بين أطراف القضية المعروضة أمام القاضي، فتكون قائمة إمّا على (الأصل) الذي يشكّل أساساً جوهرياً للحقيقة الأولية، ويمثّل الحالة العامة المعتبرة كقانون مرعيّ ابتداءً بلا حاجة إلى دليل، فهو مسلمّ بنفسه. وإمّا أن تكون قائمة على (الظاهر) وتحديدًا الظاهر الضعيف وليس الظاهر الأقوى الذي يمثّل الظاهر بالعرض كشهادة الشهود، على اعتبار أنّ هذا الظاهر يرجح دائماً على الأصل، حتّى ولو كان مبنياً على الظنّ، فيكون بذلك الظاهر الضعيف هو المقصود وهو الظاهر بالعرف ودلائل الأحوال، فالقول بذلك قول من يشهد له ظاهر الحال، والبيّنة على كان شاهداً خلاف الظاهر، ثمّ يجب اليمين على كلّ من له القول. ثمّ بعد ذلك تتدرّج إلى الحقيقة الابتدائية المؤقتة، ثمّ إلى الحقيقة النهائية المؤقتة، على سبيل التأكيد أو على سبيل الدوام في بعض مسائل الأحوال الشخصية. فالحقيقة النهائية لا ترتبط حتمياً بالحكم النهائي، فليس معنى أن نصف الحكم بأنه نهائيّ فقد زالت بذلك عنه القابليّة للطعن، ففي هذه المرحلة يكون لا زال قابلاً للطعن فيه بالنقض، وبالتالي نكون في هذه المرحلة بصدد حقائق قضائية مؤقتة، التي منها ما تظلّ مؤقتة بصفة دائمة، أي لا يحتجّ فيها بحجّة الشيء المقضي فيه، ومنها ما تعتبر صفة التأكيد فيها صفة مرحليّة، ثمّ تصبح بعدها نهائيّة عند انقضاء أجل الطعن بالنقض أو عند رفض الطعن عند الطعن

بالنقض، وفي حالة قبول الطعن بالنقض، فمعنى ذلك أنّ الحقيقة القضائية عندئذ تكون نوعاً من الخطأ. ففي المرحلة التي يكون فيها الحكم قطعياً أي حكماً موضوعياً فاصلاً في خصومة نهائياً أو ابتدائياً، حضورياً أو غيابياً، تبقى للحكم حجّيته إلى حين زواله، وبالتالي تقوم الحقيقة التي يتضمّنها، ففي هذه المرحلة يكون الحكم عنواناً للحقيقة المؤقتة، أمّا قوّة الأمر المقضي فهي مرتبة يصل إليها الحكم إذا أصبح نهائياً غير قابل للمعارضة ولا للاستئناف، أي غير قابل للطعن فيه بطريق من طرق الطعن العادية، وإن ظلّ قابلاً للطعن فيه بطريق غير عادي. فالحقيقة القضائية المؤقتة في حقيقتها حقيقة أعطى لها القانون مدّة زمنيّة لدحضها وإعطائها وصف الخطأ، والإتيان بحقيقة أخرى بدلا عنها. ففي مسائل الأحوال الشخصية فإنّ القضاء بسبق الفصل فيها بحكم حائز لحجّية الشيء المقضي فيه لا يكون مخالفاً للقانون في بعض الحالات، رغم إنّ قضاة المحكمة العليا قد أقرّوا في قراراتهم بأنّ القضاء بشيء سبق الفصل فيه بحكم حاز حجّية الشيء المقضي فيه مخالف للقانون، فلا يجوز للخصوم أن يجددوا المنازعة بدعوى جديدة متعلّقة بالمنازعة نفسها، والقائمة بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغيّر صفاتهم بخصوص حقوق لها المحلّ نفسه والسبب نفسه. إلّا إنّ هذه الحجّية يتقلّص نطاقها في دائرة الأحوال الشخصية، كالنّسب والطلاق، وهو ما ذهب إليه القضاة في السابق من أمثال (أبي القاسم) من المالكية، و(الباجي) في كتاب (فصول الأحكام)، وتبعهم قضاةنا في اللاحق. فلا يمنع صدور حكم يقضي برفض دعوى التّطبيق من رفعها من جديد عند توقّف أسبابها، وهذا لعدم خضوع قضايا الحالة لقاعدة حجّية الشيء المقضي به؛ لكونها دائمة التّغيير، والتّفقات من ذات القبيل؛ بحيث يجوز للقاضي مراجعتها بعد سنة من الحكم بها، وكذلك ما تعلّق بالسكن وأجرته، دون أن ننسى مسائل الحضانة؛ بحيث لا يكون تنازل الأمّ لا يعتبر نهائياً باعتبارها من مسائل حالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها مراعاة لمصلحة المحضون. ومثل ذلك مسائل إثبات الزواج والنّسب.

(ب) إذا كانت الحقيقة في منظور الفكر البراغماتي تصنع، وصنعها يتجسّد من خلال العبارات التي نطلقها، والعبارات التي نشكّلها، حسب ما ذهب إليه (Rorty)، وبالتالي فإنّ انشغال الإنسان بالبحث عن الحقيقة مجرد وهم؛ لأنّ الحقيقة مستحصل بيني ومنتهى يصنع، فإنّ الحقيقة في منظور التشريع الإسلامي لا تصنع، وإنّما نصل إليها عن طريق البحث الشاقّ، فهي كالبحث عن صخرة صلبة تحت رمال

المظاهر، كما يقول (Wiliam james). وليس أدلّ على ذلك من حرص الفقهاء والقضاة على وضع ضمانات وشروط واضحة لكلّ وسيلة من الوسائل الموصلة إلى الحقيقة، كأن لا يعتبر أيّ استخلاص يقوم به القاضي دون أن يعتمد فيه على واقعة كانت محلّ مناقشة بين الخصوم، فيمتنع عليه أن يتركز في تكوين عقيدته على معلوماته الشخصية بشأن وقائع تحصل عليها من خارج إطار النزاع الذي طرح عليه، على سبيل الافتراض أو الاستنتاج، باعتباره محكوماً بمبدأي الخضوع والوجاهية، وما كان هذا الأمر إلاّ لفساد الزّمان. ومن ذلك، الضّمانات الشكلية والإجرائية للشهادة؛ لأنّ القوالب اللفظية في بعض الحالات تعطى قيمتها الحقيقية، الأمر الذي يجعل الشّاهد في موقف يحسب له الحساب، حتّى ولو كانت المسألة محلّ خلاف فقهيّ. والضّمانات الموضوعية كأن لا اعتبار إلاّ لما كان متوافقاً توافقاً خارجياً أو داخلياً، ولا اعتبار للشهادة على النّفي الصّرف أو المطلق، أو الضّمانات الشخصية والوصفية، كأن لا اعتبار إلاّ لشهادة العدول ذوي المروءة، ولا اعتبار إلاّ لمن كان أهلاً للشهادة، ولا اعتبار لما كان واقعا في دائرة التّهمة، فكلّ هذه الضّمانات تسمح بحماية الوصول النّاجح والفعال إلى الحقيقة المتناسبة مع قواعد العدل والإنصاف. وفعالية الحقيقة القضائية في تحقيق الاستقرار الاجتماعي مرهون بمدى مراعاة وتتبع هذه الضّمانات والشّروط المقترنة بكلّ وسيلة من وسائل الحقيقة في التّطبيق. أضف إلى ذلك، أنّه من الضّروري على القاضي وهو يتعامل مع الوقائع أن يعتمد على منهجاً حسيّاً تجريبياً معدّلاً باستعمال المنهج العقلي ومكمّلاً بمنهجين أساسيين هما: المنهج الوصفي والمنهج التحليلي؛ لأنّ العمليّات التي يقوم بها القاضي وهو يعالج الواقعة من تقرير وتقدير وتكييف تتطلّب ذلك. فالحسنّ وحده لا يمكن أن يعطينا صورة كاملة على الحقيقة، ولا العقل، ولهذا كان من الضّروري اللّجوء إلى استعمال المنهج الوصفي الذي يستعمله في تشخيص الوقائع ثمّ تقرير ما ينبغي أن تكون عليه بتكييفها، والمنهج التحليلي الذي من خلاله يقوم القاضي بتحليل النّازع إلى عناصره الأولى من أجل معرفة ما هو منتج وما هو غير ذلك، ثمّ يقوم بتركيبها بصرف النّظر عن العناصر غير المنتجة أي التي لا تنتج أثراً قانونياً، وذلك باستعمال المكنات القانونيّة التقليديّة كالشّهادة، والحديثة ك: (A.D.N).

(ت) إنّ الحقيقة القضائية تتوقّف على وجود مجموعة من العناصر بشروطها الشكلية والموضوعية، منها: القاضي وخصائصه وحسن استعمال تفكيره النظري والعملي، والشّاهد وبنائه الوصفي، والخبير وبعده الموضوعي والنّائب العام وحرصه على تحقيق العدل، فالحقيقة بذلك تفتقر من أجل وجودها إلى علل وأسباب، كما أنّها حقيقة بحدود زمانية ومكانية، وترتبط بأحكام الإنسان وتصوّراته، باعتبارها حقيقة جامعة بين حقيقة المعرفة التي تعتمد على الفهم والإدراك، وحقيقة التّعبير عنها التي تعتمد على الخطاب المشكّل من المفردات اللّغوية

وعمليات تركيب الجمل. وإذا كان (النسبي) يشير دائما إلى ما يتوقف وجوده على غيره، والحقيقة كذلك، فهي بذلك نسبية، تتأثر قوّة وضعفا من حيث قوّة قربها من الحقيقة الواقعة وبعدها عنها، بالعدد والجنس، والخصائص البشرية المرتبطة بها.

(ث) إذا كانت الحقيقة الأولية قائمة على الحقيقة العرفية بقيام الافتراض الأولي، وعلى وجه الخصوص الافتراض بالظاهر على العرف. وما دامت القرينة، سواء كانت قانونية أو قضائية، قائمة على أحوال الناس وطبائعهم وعاداتهم في معاملاتهم وما تواضعوا عليه على وجه العموم، وما دام يراعى في صياغتها المصلحة العامة والمصلحة الخاصة بالتوازن بينهما أخذا بظواهر الأمور وتيسيرا للمعاملة بين الناس أو لتعدّد التحقّق من أمر أو تعدّد إثباته. دون أن ننسى أنّ الإثبات وهو طريق للحقيقة قد تطوّر عبر الزّمان والمكان بناء على تغيّر البنيات المجتمعية. فإنّ الحقيقة الاجتماعية بما فيها الحقيقة العلمية تكونان جديرتين باعتبارهما من قبل القاضي كوسائل يمكن من خلالها فهم العلاقات النزاعية، وبالتالي تسهيل عملية الوصول إلى الحقيقة الموضوعية، مع مراعاة الحقيقة الشرعية بالنسبة للأولى؛ لأنّ شرط اعتبار العرف والعادة وهما مصدرا الحقيقة الاجتماعية، أن يكونا موافقين للشرعية، فما كان من الأعراف مناقضا لما جاءت به الشرعية من مبادئ وأصول كان عرفا فاسدا لا يعتبر، ومراعاة الحقيقة الشرعية المقرونة بمبدأ الاحتياط بالنسبة للثانية؛ لأنّ العلم بطبيعته معرفة تراكمية، والحقيقة العلمية بطبيعتها متغيّرة غير ثابتة، وهي باستنتاجاتها وأحكامها مغامرة تتضمّن عنصر الخسارة، زيادة على أنّ الخطأ موجود في قلب المنهج العلمي المتأسّس على مجموعة من الأخطاء المصحّحة، فالخطأ بذلك جزء من السياق على طريق إثبات الحقيقة، والتّجربة اسم يطلقه الشّخص على أخطائه، كما يقول (Oscar Wilde). ولهذا وجب على القضاة أن يتعاملوا مع الحقائق العلمية تعاملًا حكيما منطقيًا يليق بطبيعتها، وفق مبدأ الاحتياط. خاصّة وأنّ الحقيقة الاجتماعية قد أثبتت فعاليتها من خلال أثرين مهمّين لها: تيسير الإثبات من خلال مساهمتها بفعالية شديدة في تحديد المدّعي والمدّعى عليه، فالمدّعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، والمدّعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف، أو قبول شهادة غير العدول مخافة ضياع الحقيقة ذاتها، فتكون الشهادة على التّوسّم جائزة على وجه الاضطرار، وقد يصل اليسر الذي نحصله من جرّاء اعتبارنا للحقائق الاجتماعية قضاء إلى درجة الافتراض الكلّي للحقيقة أي السقوط الكلّي لعبء الإثبات الأمر الذي نشهده في الخلع مراعاة للمتغيّرات الاجتماعية كازدياد وتيرة ظلم الرّجل لزوجته دون أن تتمكن الزّوجة من إثبات ذلك. وغيرها، إلّا أنّ اعتبارها قد يكون له أثر تعسيري؛ بحيث يصبح الإثبات مسألة عسيرة، كمنع القاضي من الحكم بعلمه الشّخصي وذلك لفساد الزّمان بعد أن يقضي به الأمر الذي يعني المدّعي من إثبات ما

ادّعاءه، حتّى ولو كان علمه بالواقعة يقينيًا، وهذا من مقتضيات العدل والإنصاف. أو اشتراط الجنس في بعض مسائل الإثبات كالبكارة والولادة والعيوب في المرأة التي تستلزم ضرورة سماع شهادة النساء منفردات باتّفاق الفقهاء، مع مراعاة الخلاف الحاصل بينهم بشأن نصاب الشّهادة، وكذلك إثبات كلّ ما هو ليس بمال ولا يؤول له بشهادة رجلين عدلين لا غيرهما، مراعاة لقواعد الشريعة. وسواء كان الأثر تعسيرا أو تيسيرا فالهدف دائما يظلّ متمثلا في تحقيق العدل والإنصاف.

الفهارس

جامعة الأمير
عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الموضوعات

مقدّمة

1	الباب الأوّل: محدّدات الحقيقة القضائية ووسائطها
2	الفصل الأوّل: محدّدات الحقيقة القضائية
3	المبحث الأوّل: الواقعة القانونية في الأحوال الشخصية
3	المطلب الأوّل: الواقعة القانونية
6	الفرع الأوّل: أنواع الواقعة القانونية
17	الفرع الثاني: موقع الواقعة القانونية في الخطاب القضائي
41	المطلب الثاني: الأحوال الشخصية
41	الفرع الأوّل: تحديد نطاق الأحوال الشخصية
56	الفرع الثاني: آثار تحديد نطاق الأحوال الشخصية
69	المبحث الثاني: الحقيقة القضائية ومتعلّقاتها
69	المطلب الأوّل: مفهوم الحقيقة القضائية وأساسها
69	الفرع الأوّل: مفهوم الحقيقة القضائية
83	الفرع الثاني: أساس الحقيقة القضائية
88	المطلب الثاني: خصائص الحقيقة القضائية
88	الفرع الأوّل: النسبية والمنطقية
100	الفرع الثاني: التّقييد والخدمية
113	الفصل الثاني: وسائط الحقيقة القضائية
114	المبحث الأوّل: الحقيقة الاجتماعية
115	المطلب الأوّل: أساس الحقيقة الاجتماعية
131	المطلب الثاني: أثر الحقيقة الاجتماعية في البحث عن الحقيقة القضائية
131	الفرع الأوّل: تيسير الإثبات

143	الفرع الثاني: تفسير الإثبات
148	المبحث الثاني: الحقيقة العلمية
149	المطلب الأول: طبيعة الحقيقة العلمية
160	المطلب الثاني: أثر الحقيقة العلمية في البحث عن الحقيقة القضائية
181	الباب الثاني: طرائق بلوغ الحقيقة القضائية
182	الفصل الأول: افتراض الواقعة القانونية
183	المبحث الأول: الافتراض الأولي
185	المطلب الأول: الافتراض بالأصل
186	الفرع الأول: مفهوم الأصل
188	الفرع الثاني: الأصول أسس الحقيقة الأولية
206	المطلب الثاني: الافتراض بالظاهر
206	الفرع الأول: المقصود بالظاهر أساس الحقيقة الأولية
218	الفرع الثاني: مسألة التعارض
230	المبحث الثاني: الافتراض الجزئي
231	المطلب الأول: الافتراض النصي
231	الفرع الأول: أساس الافتراض النصي
242	الفرع الثاني: نماذج تطبيقية للافتراض النصي
257	المطلب الثاني: الافتراض القضائي
257	الفرع الأول: القرينة القضائية
262	الفرع الثاني: القرينة القضائية في بعدها التطبيقي
276	الفصل الثاني: إثبات الواقعة القانونية
277	المبحث الأول: دلالة الكتابة على الحقيقة
277	المطلب الأول: دلالة الكتابة الكاملة على الحقيقة

278	الفرع الأول: صدور الورقة وتاريخها
285	الفرع الثاني: حقيقة المضمون
309	الفرع الثالث: خصوصية بعض الأوراق العرفية
317	المطلب الثاني: دلالة الكتابة الناقصة على الحقيقة
329	المبحث الثاني: دلالة الأدلة القولية على الحقيقة
329	المطلب الأول: دلالة الشهادة على الحقيقة
329	الفرع الأول: أنواع الشهادة
348	الفرع الثاني: ضمانات فعالية دلالة الشهادة على الحقيقة
386	المطلب الثاني: دلالة الأدلة القولية الأخرى على الحقيقة
386	الفرع الأول: دلالة الإقرار على الحقيقة
404	الفرع الثاني: دلالة اليمين على الحقيقة
426	الفرع الثالث: دلالة الخبرة القضائية على الحقيقة
440	خاتمة
446	فهرس الآيات القرآنية
452	فهرس الأحاديث النبوية والآثار
454	فهرس الأعلام
469	فهرس المصادر والمراجع
511	فهرس الموضوعات

ثالثاً: فهرس الأعلام

أ

،244	الآبي
334	ابن أبي الدم
197	ابن أبي ليلى
،125،199،200،231	ابن تيمية
123	ابن جرير الطّبري
124	ابن حجر
130 ، 124 ، 65	ابن حزم
187	ابن رجب
125	ابن رشد
200،187	ابن الرّفعة
198	ابن السّبكي
197	ابن سلمون
197	ابن سهل
203	ابن سيرين
215	ابن شاس
172	ابن الصّائغ
،244،131،106	ابن عابدين
343	ابن عبّاس
196	ابن عبد السّلام
،220،215،144	ابن العربي
233	ابن عمر
112	ابن الغرس
233	ابن فتحون

219	ابن فرحون
126	ابن قيس
204	ابن القاسم
،239،221،219،193	ابن قيم
155	ابن كثير
125	ابن مفلح
103	ابن مسعود
60،130	أبو ثور
207	أبو الحسن
،130،197،201،205،207،217،230	أبو حنيفة
212	أبو داود
210	أبو الزناد
45	أبو صالح
222	أبو طالب
192	أبو الطيب الطبري
130	أبو عبيد
111	أبو قلابة
207	أبو الليث السمرقندي
192	أبو نصر
،214،246	أبو هريرة
197،174،120	أبو يوسف
217،226،229،204،130	أحمد
130	إسحاق
130	الأوزاعي

ب

322	البرزلي
233	بن شويع رشيد

204

البنّي

124

البهوتي

ت

42

تناغوي

225

تماضر بن الأصيغ

ث

104

ثابت بن قيس

204

الثوري

ج

76

جابر بن يزيد

ح

226

الحسن البصري

198

الخطّاب

208

حفصة

67

حماد بن أبي سليمان

176

حيدر

204

الحسن بن زيد

خ

248،252

الخرشي

243

خليل

د

345

الدّسوقي

ر

346	الرازى
	روحي كاراتيني
217	الرّبيع
	ز
195	الزّهري
200	زيد بن أسلم
،188،189، 180	الزركشي
204	زفر
	س
98	السبكي
167	السيدي
209	السرخسي
392	سعيد بن أبي هلال
444	سعيد بن جبير
،167،234	سعيد بن المسيّب
226	سلمة بن عبد الرّحمان
122	سودة بنت زَمعة
187	السيوطي
	ش
،198،201،217،219،225،226،131	الشّافعي
130	الشّعبي
69	شمس الدّين بن مفلح
127،124	الشّوكاني
324	الشّيرازي
168،130،121	شريح
204	شريك
	ص
87	صالح عبد السّميع الآبي

ض

239

الضحّاك

ط

64

طاوس

ع

215،246،252

عائشة

216،225

عبد الرّحمان بن عوف

234

عبد العزيز سعد

204

عبد الله بن الحسن

217،225

عثمان

215

عدي بن عدي

63

عطاء

187

عكرمة

233

علاء الدّين المرداوي

343

علي بن أبي طلحة

216،217،225،231،235

عمر بن الخطّاب

342

عمر بن عبد العزيز

231

عليش

215،144

علي بن أبي طالب

200،167

العزّ بن عبد السّلام

غ

130

الغزالي

225

غيلان بن سلمة

ق

232	قيصة
205،168،106	القرايى
204	القاسم بن معاذ
207	قاضيخان
	ك
67	الكسم
184	
	ل
211	لحسين بن الشيخ آث ملويا
322	اللّخمي
	م
229.201،77،72،60،51،49،47،33،3	مالك
333	المتيطي
234	مجاهد
256	محمود محمّد خضر
123	مسروق
323	منذر بن سعيد البلوطي
129	موفق الدين بن قدامى
420	المهلب
207،197،130،120	محمد
	ن
115	النحاس
232	النّحعي
	هـ
327	هند بنت عتبة

13	Ayala
133	Atananof
149	Avery
B	
8	Batiffol
29, 30	Bartin
37, 43	Bartole
37	Bald
109	Bentham
37	Burgundus
68	Bradly
69	Blatchard
69	Botnam
147	Boveri
133	Blasov
C	
16	Cornu
133	Carnot
133	Curie
D	
146	Dausset
23	Depeyraud
37	Demoulin
37	D'Argentrie
68, 71, 72	Diwy
69	Davidson
85	Descartes
86	D'Aguesseau
106	Durkheim
132	Di Tillio
132	Darwin
F	
20	Foyer
132	Freuid
133	Faraday
G	
20	Guinchard
108	Gurvitch
138	Garaudy
140	Gabor
H	
33	Husrel
37	Hober
67, 75	Heidegger
68	Higel

108		Holmes
132		Houtton
140		Huxley
	I	
109		Ihering
	J	
71		Jeames
	K	
29		Kahn
33, 64		Kant
32		Kenbredge
	L	
12		Leibnitz
66		Laland
111		Lasswell
110		Lieweliyn
132		Lambrozo
	M	
140		Malraux
11		Motulsky
40		Merlin
40		Manchini
111		Mecdougal
133		Mendel
140		Monod
147		Morgan
146, 147		Mendel

	P	
16		Perelman
39, 107		Portalis
70		Pearce
84, 111		Popper
106		Parsons
140		Piganiol
	K	
106		Kerdozo
	R	
13		Rigaux
33, 34, 140		Russel
68		Roys
69, 71, 72		Rorty
	S	
68		Spinoza
147		Sutton
	T	
19		Tiger
39		Tronchet
133		Townes
	V	
20		Vincent
37		Voet
	w	
136		Wilde

رابعاً: فهرس المصادر و المراجع

1- كتب التفسير

إبن الجوزي، زاد المسير في علم التفسير، المكتب الإسلامي، بيروت (لبنان) - دمشق (سوريا)، ط3، 1984.

إبن قيم الجوزية، التفسير القيم، جمعه محمد التّدوي، حقّقه محمد حامد الفقي، دار العلوم الحديثة، بيروت، لبنان، د.ط، د.ت.

أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق علي محمد الجاوي، دار الفكر، د.ط، د.ت.

أبو بكر الرّازي، التفسير الكبير و مفاتيح الغيب، دار الفكر، ط3، 1985.

أبو عبد الله محمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ط، د.ت.
تقي الدين بن تيمية، التفسير الكبير، تحقيق و تعليق د. عبد الرّحمان عميرة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ط، د.ت.

عماد الدين بن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار الأندلس، بيروت، لبنان، طبعة جديدة مصحّحة، د.ت.

محمد بن أحمد بن جزى، التسهيل لعلوم التنزيل، حقّقه محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1995.

محمد بن جرير الطّبري، جامع البيان في تفسير القرآن و بهامشه تفسير غرائب القرآن و رغائب الفرقان للعلامة نظام الدين القمّي النيسابوري، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.

محمد بن علي الشّوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية و الدراية من علم التفسير، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.ت.

محمد رشيد رضا، تفسير القرآن الحكيم الشّهير بتفسير المنار، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط2، د.ت.

محمد صديق حسن خان، نيل المرام من تفسير آيات الأحكام، دار الرّائد العربي، بيروت، لبنان، د.ط، 1981.

محمد علي الصّابوني، روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 1996.

أ.د. وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة و الشريعة و المنهج، دار الفكر المعاصر، دمشق، سوريا- دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 1991.

2- كتب الحديث و شروحه:

أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن بردزبة البخاري، صحيح البخاري، دار الفكر، طبعة بالأوفست عن طبعة دار الطّباعة بالعامرة باستانبول، د.ط، 1981.

مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، دار الفكر، د.ط، 1981. و طبعة دار الحديث، القاهرة، ط1، 1994، حقّقها عصام الصبايطي و حازم محمد و عماد عامر.

مالك بن أنس، الموطأ، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، د.ط، د.ت.
الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1998.

الحافظ أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، سنن الترمذي و هو الجامع الصحيح، حقّقه و صحّحه عبد الرحمن محمد عثمان، دار الفكر، بيروت، ط2، 1983.

الإمام النسائي، سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي و حاشية الإمام السندي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، د.ط، د.ت.

الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2001.

أحمد بن محمد بن حنبل، المسند، مكتبة التراث الإسلامي، شرحه و صنع فهارسه أحمد محمد شاكر و أمته د. الحسيني عبد المجيد هاشم، د.ط، 1994.

أبو محمد عبد الله بن بهرام الدارمي، سنن الدارمي، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.
الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى و في ذيله الجوهر النقي للعلامة علاء الدين بن علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني، دار الفكر، د.ط، د.ت.

الحافظ أبي عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک على الصحيحين و بذيله التلخيص للحافظ الذهبي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، د.ط، د.ت.

محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن الترمذي باختصار السنند، أشرف على طباعته و التعليق عليه و فهرسته زهير الشاويش، مكتب التربية العربي لدول الخليج، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1988.

محمد ناصر الدين الألباني، ضعيف سنن أبي داود، مكتبة المعارف، الرياض، ط1، 1998.
أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، رقم كته و أبوابه و أحاديثه
محمد فؤاد عبد الباقي و أخرجه محب الدين الخطيب، دار المعرفة،
بيروت، لبنان، د.ط، د.ت.

زين الدين بن رجب الحنبلي، جامع العلوم و الحكم، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 2004
محمد بن اسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، دار الجيل، بيروت، لبنان،
د.ط، د.ت.

محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، دار الكتب العلمية،
بيروت، لبنان، ط1، 1990.

محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، د.ط،
د.ت.

3- معاجم اللغة و المصطلحات و الأعلام

ابن أبي الوفا (محيي الدين)، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، تحقيق الحلو (عبد الفتاح)، ط2،
إمباية (مصر)، هجر، 1993.

ابن دُرَيْد (محمد بن الحسن)، كتاب جمهرة اللغة، حققه و قدّم له د. رمزي منير بعلبكي، دار العلم
للملايين، بيروت، لبنان، ط1، 1987.

ابن زكريّا (أحمد)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق و ضبط عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، د.ط،
1979.

ابن عبد العزيز البغوي (عبد الله)، معجم الصحابة، تحقيق الجكني (محمد الأمين)، ط1،
الكويت، دار البيان، 2000.

ابن عبد الكافي السبكي (تاج الدين)، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق الحلو (عبد الفتاح)،
دار إحياء الكتب العربية، د.ط.

ابن عبد الله الأصبهاني (أحمد)، حلية الأولياء و طبقات الأصفياء، دار الكتاب العربي، بيروت،
لبنان، ط3، 1980.

ابن عثمان الذهبي (شمس الدين)، سير أعلام النبلاء، تحقيق الأرنؤوط (شعيب)، ط2، بيروت،
مؤسسة الرسالة، 1982.

- ابن عثمان الذهبي (شمس الدين)، سير أعلام النبلاء، ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1984
- ابن عمر البغدادي (محمد جميل) المعروف بابن الشطي، مختصر طبقات الحنابلة، دراسة أحمد زملي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1986.
- ابن حجر العسقلاني (أحمد)، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق محمد الزيني، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط1، 1976.
- ابن علي آل عثيمين (صالح)، تسهيل السابلة لمريد معرفة الحنابلة، تحقيق أبو زيد (بكر)، ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 2000.
- ابن قاسم مخلوف (محمد)، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، تعليق خيالي (عبد المجيد)، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003.
- ابن قانع (عبد الباقي)، معجم الصحابة، د.ط، مكتبة الغرباء الأثرية، د.ت.
- ابن منظور، لسان العرب، الشاذلي، دار المعارف، د.ط، د.ت.
- ابن مهران الأصبهاني (أحمد)، معرفة الصحابة، تحقيق عادل العزازي، ط1، الرياض، دار الوطن للنشر، 1998.
- ابن يعقوب الفيروزآبادي (محمد الدين محمد)، القاموس المحيط، ط8، بيروت، مؤسسة الرسالة، 2005.
- التهانوي (محمد)، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تحقيق دحروج (علي)، ط1، بيروت، مكتبة لبنان ناشرون، 1996
- الجرجاني (علي)، كتاب التعريفات، تحقيق: خضر (عادل)، ط2، بيروت، دار المعرفة، 2013
- جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، طبقات الحفاظ، راجع النسخة و ضبط أعلامها لجنة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1983.
- الزركلي (خير الدين)، الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال و النساء من العرب و المستعربين و المستشرقين، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، د.ط، د.ت.
- الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، ط15، 2002.
- سعد (قاسم)، جمهرة تراجم فقهاء المالكية، ط1، دبي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، 2002

الشيرازي (أبو إسحاق)، طبقات الفقهاء، دار الرائد العربي، حققه د. إحسان عباس، بيروت، لبنان، ط2، 1981.

لالاند (أندريه)، موسوعة لالاند الفلسفية، بيروت-باريس، منشورات عويدات، تعريب خليل أحمد خليل، ط2، 2001.

محمد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، دار الكتاب العربي، د.ط، د.ت. محمد بن علي الشوكاني، البدر الطالع لمحاسن ما بعد القرن السابع، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1998.

محمد العكري الحنبلي (شهاب الدين المعروف ب: ابن العماد)، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، ط1، دمشق-بيروت، دار ابن كثير، 1986

موسى (حسين)، عبد الفتاح الصعدي، الإفصاح في فقه اللغة، دار الفكر العربي، ط2، د.ت. قلعه جي (محمد رواس)، قنبي (حامد)، معجم لغة الفقهاء، ط2، بيروت، دار التفائس للطباعة والنشر والتوزيع، 1988

4- الكتب الفقهية و القانونية

ابراهيم (ابراهيم)، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، عمان، الأردن، مكتبة دار الثقافة، 1999

ابن إبراهيم الأنصاري (يعقوب)، اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ط1، مطبعة الوفاء، 1357هـ. ابن أبي أحمد الطبري (أحمد) المعروف بابن القاص، أدب القاضي، تحقيق الجبوري (حسين)، ط1، الطائف، المملكة العربية السعودية، مكتبة الصديق، 1989.

ابن أبي الدم الحموي (شهاب الدين)، كتاب أدب القضاء، تحقيق الزحيلي (محمد)، ط2، دمشق، دار الفكر، 1982

بن أنس الأصبحي (مالك)، المدونة الكبرى، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1994
ابن تيمية (تقي الدين)، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي و الرعية، ط2، الجزائر، موفم للنشر، 1994
ابن تيمية (تقي الدين)، مجموع الفتاوى، جمع و ترتيب ابن قاسم (عبد الرحمان) بمساعدة ابنه أحمد، مجلد 32، د.ط، د.ت

ابن الجوزي، زاد المسير في علم التفسير، ط3، بيروت - دمشق، المكتب الإسلامي، 1984

ابن جرير الطّبري (محمد)، جامع البيان في تفسير القرآن و بهامشه تفسير غرائب القرآن و رغائب الفرقان
للعلامة القمي النيسابوري (نظام الدين)، بيروت، دار الفكر

ابن جزري الكلبي (أبو القاسم محمد) القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق محمد بن سيدي
محمد مولاي.

ابن حبيب بن سليمان (عبد الملك)، الأحكام، ط1، قطر، إدارة الشؤون الإسلامية، 2014.

ابن حزم (أبو محمد)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: شاعر (أحمد)، ج1

ابن حزم (أبو محمد)، المحلى، ط1، القاهرة، إدارة الطباعة المنيرية، 1351هـ.

ابن خلف الباجي (أبو الوليد سليمان)، فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام،
تحقيق محمد أبو الأحناف، ط1، بيروت، دار ابن حزم، 2002.

ابن رجب (أبو الفرج)، القواعد في الفقه، بيروت، بيت الأفكار الدولية، 2004

ابن رشد (أبو الوليد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تنقيح وتصحيح العطار (خالد)، د.ط، بيروت، دار
الفكر، 2001

ابن رشد (أبو الوليد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تنقيح وتصحيح خالد العطار، د.ط، بيروت، دار
الفكر، 2001

ابن رشد (أبو الوليد)، المقدمات الممهדות، تحقيق محمد حجي، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي

ابن العربي (أبو بكر محمد)، أحكام القرآن، تحقيق علي محمد الجاوي، د.ط، دار الفكر، د.ت.

ابن خلدون (عبد الرحمان)، مزيل الملام، تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد، الرياض، دار الوطن.

ابن سحنون (محمد)، كتاب الأجوبة، ط1، تونس - بيروت، دار سحنون - دار ابن حزم، 2011.

ابن شاس (جلال الدين)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق لحر (حميد)، دار الغرب
الإسلامي.

ابن الشّحنة، لسان الحكام في معرفة الأحكام، د.ط، دار الفكر، د.ت.

ابن شهاب الدين الرملي (شمس الدين)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ط3، بيروت، دار الكتب العلمية،
2003

ابن عباس البعلي (علاء الدين)، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق الفقي
(محمد)، د.ط، بيروت، دار المعرفة، د.ت

ابن العربي (أبو بكر محمد)، أحكام القرآن، تحقيق الجاوي (علي محمد)، د.ط، دار الفكر، د.ت

ابن عرفة الدسوقي (محمد بن أحمد)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1996

ابن عبد السلام (عزّ الدين)، القواعد الكبرى الموسوم بقواعد الأحكام في إصلاح الأنام، ط1، دمشق، دار القلم، 2000.

ابن عبد الغنيّ السّوّجي (شمس الدين)، كتاب أدب القضاء، تحقيق ياسين (صدّيق)، ط1، بيروت، دار البشائر الإسلامية، د.ت.

ابن عبد الكافي السّبكي (تاج الدين)، الأشباه والنظائر، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1991.

ابن غازي غزّي (عيسى)، أدب القضاء، ط1، الرياض، مكتبة نزار مصطفى الباز، 1996.

ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكّام في أصول الأقضية..ومناهج الأحكام، راجعه وقدم له سعد (طه)، ج1، ط1، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، 1986

ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكّام، ط1، الرياض، دار عالم الكتب،

ابن قدامة (موفق الدين)، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، ط3، الرياض، دار عالم الكتب، 1997

ابن قدامة (موفق الدين)، المقنع والشرح الكبير والإنصاف، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، ط1، إمباية، مصر، هجر للطباعة والنشر، 1993

ابن قدامة (موفق الدين)، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد حسن محمد حسن اسماعيل، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2005

ابن قدامة (موفق الدين)، الكافي، تحقيق التركي (عبد الله)، ط1، إمباية (مصر)، هجر، 1997

ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، التفسير القيم، جمعه التّدوي (محمد)، حقّقه الفقي (محمد)، د.ط، بيروت، دار العلوم الحديثة، د.ت

ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، إعلام الموقعين عن ربّ العالمين، راجعه وعلّق عليه سعد (طه)، ج1، د.ط، بيروت، دار الجليل، د.ت

ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، التفسير القيم، جمعه التّدوي (محمد)، حقّقه الفقي (محمد)، د.ط، بيروت، دار العلوم الحديثة، د.ت

ابن محمّد اللّحمي (أبو الحسن علي)، التّبصرة، تحقيق نجيب (أحمد)، د.ط، قطر، إدارة الشؤون الإسلامية.

ابن مفلح (شمس الدين)، الفروع، ط1، بيروت، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، 1997

ابن مودود الموصلبي (عبد الله)، الاختيار لتعليق المختار، د.ط، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت.
ابن النجار (محمد)، معونة أولي النهى شرح المنتهى، تحقيق عبد الملك دهيش، ط5، مكة المكرمة، مكتبة
الأسدي، 2008

ابن نجح المخزومي المصري (أبو المعالي مجلي)، عمدة الحكام في القضايا والأحكام، تحقيق محمد حسين
الدمياطي، ط1، الرياض-القاهرة، دار ابن القيم-دار ابن عفان، 2013
ابن نجيم (زين الدين)، الأشباه والتظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط1، بيروت، دار الكتب
العلمية، 1999

ابن نجيم (زين الدين)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق للشيخ أبي البركات المعروف بحافظ الدين التسنفي،
ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1997

ابن نصر (عبد الوهاب)، المعونة على مذهب عالم المدينة، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1998.
ابن الوكيل (أبو عبد الله محمد)، الأشباه والتظائر في فقه الشافعية، تحقيق محمد إسماعيل، ط1، بيروت،
دار الكتب العلمية، 2002

ابن يوسف الجويني (عبد الله)، الجمع والفرق، ط1، بيروت، دار الجيل، 2004.

أبو زهرة (محمد)، الأحوال الشخصية، د.ط، القاهرة، دار الفكر العربي، د.ت.
أبو زيد (محمود)، علم الاجتماع القانوني- الأسس والاتجاهات، د.ط، القاهرة، مكتبة غريب، د.ت.
أبو السعود (رمضان)، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د.ط، الاسكندرية، الدار الجامعية،
1993

أبو صفية (فخري)، طرق الإثبات في القضاء الإسلامي، د.ط، الجزائر، شركة الشهاب، د.ت.
أبو الوفا (أحمد)، المرافعات المدنية و التجارية، ط14، الاسكندرية، منشأة المعارف، ، 1986
أحمد (إبراهيم)، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء، ط2، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2002.
أحمد الحصري، علم القضاء، د.ط، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، 1977
أحمد (هاللي)، الحقيقة بين الفلسفة العامة والإسلامية وفلسفة الإثبات الجنائي، ط1، دار النهضة العربية،
1987

الاشقر (عمر)، الواضح في شرح قانون الاحوال الشخصية الأردني رقم 26 لعام 2010، ط5، عمان،
الأردن، دار لنفائس، 2012

أفندي (محمد) الشهير بابن عابدين، د.ط، مجموعة رسائل ابن عابدين، د.ت.
إمام (محمد كمال الدين)، الفقه الإسلامي، تاريخ العقل الفقهي، ط1، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة،
2004.

- الأمير (محمد)، الإكليل شرح مختصر خليل، تحقيق الطهطاوي (أحمد)، د.ط، الجزائر، دار الفضيلة، د.ت.
- الباحسين (يعقوب)، القواعد الفقهية، ط1، الرياض، مكتبة الرشد، 1998
- باوند (روسكو)، مدخل إلى فلسفة القانون، ترجمة: دباغ (صلاح)، الطبعة المنقحة، بيروت، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر، 1967.
- بدر (خديجة)، الأسرة في الغرب، ط1، دمشق، دار الفكر، 2009
- بدوي (عبد الرحمان)، مدخل جديد إلى الفلسفة، ط1، الكويت، وكالة المطبوعات، 1975
- بري (رالف بارتون)، إنسانية الإنسان، ترجمة: الجيوسي (سلمى الخضراء)، د.ط، بيروت، مؤسسة المعارف، د.ت.
- البعلي (علاء الدين)، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق الفقي (محمد)، د.ط، بيروت، دار المعرفة، د.ت.
- البغدادي (محمد جميل) المعروف بابن الشطي، مختصر طبقات الحنابلة، دراسة زملي (أحمد)، ط1، بيروت، دار الكتاب العربي، 1986.
- البكري (محمد)، الأحوال الشخصية، د.ط، دار محمود للنشر والتوزيع، د.ت.
- بكوش (يحيى)، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، د.ط، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1981.
- بلحاج (العربي)، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط1، الجزائر، دار هومه، 2013.
- بلحاج (العربي)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1: الزواج و الطلاق، د.ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994
- بلحاج (العربي)، قانون الأسرة - مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، د.ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000
- بلعقروز (عبد الرزاق)، المعرفة والارتياح المساءلة الارتياحية لقيمة المعرفة عند نيتشه، ط1، بيروت، منتدى المعارف، 2013.
- بلقاسم (أعراب)، القانون الدولي الخاص الجزائري، ط1، الجزائر، دار هومه، 2009.
- بلمامي (عمر)، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر - نظرية التكييف، ط1، الجزائر، دار هومه، 2008.

بن ملححة (الغوثي)، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.

بنموسي (مبروك)، أسباب الحكم القضائي وتسببها، د.ط، تونس، المغاربية لطباعة وإشهار الكتاب، 2011.

بوشير (محمّد)، قانون الإجراءات المدنية: نظرية الدعوى - نظرية الخصومة - الإجراءات الاستثنائية، د.ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001

بورقة (سفيان بن عمر)، النسب ومدى تأثير المستحدّات العلمية في إثباته، ط1، الرياض، كنوز اشبيليا، 2007.

البورنو (محمد صدقي بن أحمد)، د.ط، موسوعة القواعد الفقهية، د.ت.

البورنو (محمد صدقي)، الإيجاز في إيضاح القواعد الفقهية الكلية، ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1993.

بهنسي (أحمد)، الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، د.ط، بيروت، دار النهضة العربية، 1991.

البهوتي (منصور بن إدريس)، شرح منتهى الإرادات، د.ط، رئاسة إدارة البحوث العلمية و الإفتاء و الدعوة و الإرشاد، المملكة العربية السعودية، د.ت

البهوتي، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1999

بوسقيعة (حسن)، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، د.ط، الجزائر، دار هومه، 2002.

بونشير (ميشال)، مدخل للقانون، ترجمة نسيب (أرزقي)، د.ط، الجزائر، دار القصة للنشر، 2004.

التسولي (أبو الحسن علي بن عبد السلام)، البهجة في شرح التحفة، دارالفكر، بيروت، 1991.

تناغو (سمير)، النظرية العامة للقانون، د.ط، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 1986.

تناغو (سمير)، أحكام الالتزام والإثبات، د.ط، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2005.

جابر (سامية)، د. حسن (حسن)، علم اجتماع القانون، د.ط، الاسكندرية، مصر، دار المعرفة الجامعية، 2003

الجبوري (صالح)، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون، ط1، مؤسسة الرسالة، 1976.

جديدي (محمد)، الحداثة وما بعد الحداثة في فلسفة ريتشارد رورتي، ط1، بيروت، الدار العربية للعلوم ناشرون، 2008.

جعفر (علي)، نشأة القوانين وتطورها، ط1، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2002.

جمعة (عبد المجيد)، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين (القاعدة 67)، د.ط، دار ابن القيم، د.ت.

الجندي (حامد)، قانون الأحوال الشخصية التّونسي وعلاقته بالشريعة الإسلامية، ط1، تونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2011

الجندي (إبراهيم)، الحصيني (حسين)، تطبيقات تقنية البصمة الوراثية D.N.A. في التحقيق والطب الشرعي، ط1، الرياض، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 2002

الجندي (أحمد)، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، د.ط، 1992.

الجندي (أحمد)، التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصّادر بالقانون رقم 1 لسنة 2000، ط1، دار الكتب القانونية، 2001.

الجيلالي (عمجة)، نظرية القانون بين التقليد والحداثة، د.ط، الجزائر، دار الخلدونية، د.ت.

حافظ الدين النسفي (أبو البركات عبد الله)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1997.

حبنكة الميداني (حسن)، ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة، ط3، دمشق، دار القلم، 1988.

الحجار (حلمي)، المنهجية في حلّ النزاعات، ط1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010.

الحجاوي (شرف الدين)، الإقناع لطالب الانتفاع، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط3، الرياض، دار الملك عبد العزيز، 2002.

الحداد (حفيظة)، الموجز في القانون الدولي الخاص، د.ط، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007.

الحراني (نجم الدين)، الرعاية في الفقه، تحقيق الشهري (علي)، د.ط، الرياض، 1428هـ.

حسن (أحمد)، غاية القانون - دراسة في فلسفة القانون، د.ط، الاسكندرية، الدار الجامعية، 2000

حسني (محمد)، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، د.ط، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985.

حسين (أحمد)، أحكام الأسرة في الإسلام، د.ط، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، منشأة المعارف، 1998.

الحسيني الحصيني (تقي الدين)، كفاية الأخيار في حلّ غاية الاختصار، ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة،

الحفار (سعيد)، البيولوجيا ومصير الإنسان، عالم المعرفة، رقم 83، نوفمبر 1984، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت.

حمدي باشا (عمر)، حماية الملكية العقارية الخاصة، ط9، الجزائر، دار هومه، 2013.

حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية

- الحموي (أحمد بن محمد)، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم المصري، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1985.
- حيدر (علي)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، طبعة خاصة، الرياض، دار عالم الكتب، 2003.
- خالد (أمير عدلي)، الجامع لأحكام وإجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، د.ط، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2002.
- خان (محمد صدّيق)، نيل المرام من تفسير آيات الأحكام، د.ط، بيروت، دار الرائد العربي، 1981.
- الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل و بهامشه حاشية الشيخ العدوي (علي)، د.ط، بيروت، دار الفكر، د.ت.
- الخطيب الشريبي (شمس الدين)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للنعوي، اعتناء محمد خليل أحمد خليل، العقل في الإسلام، ط2، دار الطليعة، بيروت، 2010.
- الخوري (توما)، سيكولوجية الأسرة، ط1، بيروت، دار الجيل، 1988.
- داود (أحمد)، الأحوال الشخصية، ط1، عمان (الأردن)، دار الثقافة، 2009.
- داود (أحمد)، أصول المحاكمات الشرعية، ط2، عمان، دار الثقافة، 2011.
- الدردير (أبو البركات)، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف.
- الدريبي (فتحي)، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط3، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1981.
- الدسوقي (محمد)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات العدوي الشهير بالدردير، خرّج آياته و أحاديثه شاهين (محمد)، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1996.
- دورتيه (جان فرانسوا)، فلسفات عصرنا، ترجمة ابراهيم صحراوي، ط1، بيروت، الدار العربية للعلوم ناشرون، منشورات الاختلاف، 2009.
- الرافعي القزويني (أبو القاسم عبد الكريم)، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق معوّض (علي) وعبد الموجود (عادل)، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1997.
- الرّوياني (أبو المحاسن عبد الواحد)، بحر المذهب في فروع مذهب الإمام الشافعي، تحقيق عناية الدمشقي (أحمد عزّو)، ط1، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 2002.

الريسوني (أحمد)، نظرية التقريب والتغليب، ط1، القاهرة، دار الكلمة، 2011.
زبدة (مسعود)، القرائن القضائية، د.ط، الجزائر، موفم للنشر والتوزيع، 2001.
الزحيلي (محمد)، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، مكتبة دار البيان، دمشق، 2007.
الزحيلي (وهبه)، الفقه الإسلامي وأدلته، ط1، دار الفكر، 1991.
الزرقا (مصطفى)، المدخل الفقهي العام، ط2، دمشق، دار القلم، 2004.
الزرقا (مصطفى) ولجنة خاصة معه، مشروع قانون الاحوال الشخصية الموحد، ط1، دمشق، دار القلم،
1996.

الزرقا (أحمد بن محمد)، شرح القواعد الفقهية، ط2، دمشق، دار القلم، 1989.
الزركشي (بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله)، البحر المحيط في أصول الفقه، ط2، الغردقة، الكويت،
دار الصفوة، 1992.

الزركشي (أبي عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله)، المنشور في القواعد، تحقيق محمد حسن محمد
حسن اسماعيل، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2000.

زروقي (الطيب)، القانون الدولي الخاص الجزائري، ط2، مطبعة الفسيلة، 2008.
الزروقي (عبد المجيد)، المساواة في الإرث، تونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2011.
زكريا(فؤاد)، التفكير العلمي، عالم المعرفة، مارس 1978، العدد3.

زهودر (محمد)، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، ط1، 1991.
زودة (عمر)، الإجراءات المدنية والإدارية، د.ط، الجزائر، د.ت.

زودة (عمر)، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، د.ط، Encyclopedia
éditions الجزائر، 2003.

الزبياري (عامر)، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، د.ط، بيروت، دار ابن حزم، 1997.
زيدان (عبد الكريم)، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط2، بيروت، مؤسسة
الرسالة، 1994.

سبيلا (محمد)، بنعبد العالي (عبد السلام)، الحقيقة، ط2، الدار البيضاء (المغرب)، دار توبقال للنشر،
2005.

السّدلان (صالح بن غانم)، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرّع عنها، ط1، الرياض، دار بلنسية، 1417هـ.
سراج (محمد)، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، ط1، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات، 1993.
السرخسي (شمس الدين)، المبسوط، د.ط، دار المعرفة، بيروت، د.ت.

- سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ط7، 1993.
- سعد (عبد العزيز)، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط3، الجزائر، دار هومه، 2011.
- سعد (عبد العزيز)، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط1، الجزائر، دار هومه، 2007.
- سعد (عبد العزيز)، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، ط1، الجزائر، دار هومه، 2011.
- سعد (عبد العزيز)، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002.
- سعد (نبيل) وزهران (همام)، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د.ط، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2001.
- سلامة (أحمد)، الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين، ط4، دار الفكر العربي، 1965.
- سماعي (محمد)، نظرية الأصل والظاهر في الفقه الإسلامي، ط1، بيروت، دار ابن حزم، ط1، 2005.
- السنهوري (عبد الرزاق)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط3، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005.
- السنهوري (عبد الرزاق)، نظرية العقد، د.ط، بيروت، دار الفكر، د.ت، ص116.
- السيوطي (جلال الدين)، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1983.
- السيوطي (جلال الدين)، طبقات الحفاظ، راجع النسخة و ضبط أعلامها لجنة من العلماء بإشراف الناشر، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1983.
- الشاطبي (أبو إسحاق)، الموافقات في أصول الشريعة، شرح عبد الله دراز، د.ط، دار الفكر العربي، د.ت.
- الشبعان (علي)، الحجاج والحقيقة وآفاق التأويل، ط1، بيروت، دار الكتاب الجديد المتحدة، 2010.
- الشعراوي (محمد متولي)، أحكام الأسرة والبيت المسلم، د.ط، بيروت، المكتبة العصرية، 2004.
- شعلة (سعيد)، قضاء النقض في أدلة الدعوى، د.ط، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 2002.
- شلي (محمد)، أحكام الأسرة في الإسلام، ط2، بيروت، دار النهضة العربية، 1977.
- شلي (محمد)، أصول الفقه الإسلامي، ط4، بيروت، الدار الجامعية، 1983.
- شلتوت (محمود)، الإسلام عقيدة و شريعة، د.ط، بيروت، دار الشروق، د.ت.
- الشنقيطي (محمد الأمين)، نثر الورود على مراقبي السعود، تحقيق محمد ولد سيدي ولد حبيب الشنقيطي، ج1، ط3، جدة (السعودية)، دار المنارة، 2002.

- الشنقيطي (محمد عبد الله محمد)، تعارض البيّنات في الفقه الإسلامي، ط1، الرياض، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 1999.
- شنيور (عبد الناصر)، الإثبات بالخبرة بين القضاء الإسلامي والقانون الدولي وتطبيقاتها المعاصرة، ط1، عمان (الأردن)، دار النفائس، 2005.
- شهبون (عبد الكريم)، شرح مدوّنة الأحوال الشخصية المغربية، ط3، الدار البيضاء، المملكة المغربية، مطبعة التّجّاح الجديدة، 2000.
- الشهري (عبد الهادي)، استراتيجيات الخطاب، ط1، بيروت، دار الكتاب الجديد المتّحدة، 2004.
- الشواربي (عبد الحميد)، الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقه، د.ط، الاسكندرية، منشورات المعارف، 1988.
- الشواربي (عبد الحميد)، الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقه - النظرية والتّطبيق -، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1996.
- الشوّاري (عبد الحميد)، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، ط1، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2001.
- الشواربي (عبد الحميد)، القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية والجنائية والأحوال الشخصية، د.ط، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2003.
- الشوكاني (محمد)، نيل الوطار شرح منتقى الأخبار، د.ط، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، د.ت.
- الشيرازي (أبو إسحاق)، المهذّب في فقه الإمام الشافعي، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1995.
- صالح (فوزي)، القواعد والضوابط الفقهية وتطبيقاتها في السياسة الشرعية، ط1، الرياض، دار العاصمة، 2011.
- صولة (عبد الله)، الحجاج في القرآن، ط2، بيروت، دار الفارابي، 2007.
- طاهري (حسين)، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية، ط2، الجزائر، دار ريجانة، 2001.
- الطباخ (شريف)، الموسوعة التّموجية في الإثبات في ضوء القضاء والفقه، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2004.
- الطرابلسي (علاء الدّين)، معين الحكام فيما يتردّد بين الخصمين من الأحكام، د.ط، دمشق، دار الفكر، د.ت.
- الطويل (توفيق)، في تراثنا العربي الإسلامي، عالم المعرفة، رقم 87، مارس 1985، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت.

- عبد الحكم فوده، التّسيّية والغيريّة في القانون المدني، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندريّة، 1996.
- عبد الحميد (محمد محي الدين)، الأحوال الشّخصية في الشّريعة الإسلاميّة، د.ط، بيروت، المكتبة العلميّة، 2003.
- عبد الدائم (حسني)، البصمة الوراثية ومدى حجّيتها في الإثبات، د.ط، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2009.
- عبد الرحمان (عبد الله محمّد)، علم الاجتماع القانوني، دار المعرفة الجامعية،
- عبد العال (عكاشة)، المجذوب (طارق)، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، د.ط، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004.
- عبد العال (عكاشة)، قواعد التّنازع في القانون المصري- دراسة مقارنة، د.ط، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2002.
- عبد الله (عز الدين)، القانون الدّولي الخاص، ط9، 1986.
- عبد الله (فتحي)، عبد الرّحمان (أحمد)، شرح النظرية العامة للالتزام، د.ط، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2001.
- العجوز (ناهد)، دعوى التّطليق والخلع، ط1، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2001.
- العدوي (جلال)، أصول أحكام الالتزام والإثبات، د.ط، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1996
- عطية (جمال)، الزحيلي (وهبة)، تحديد الفقه الإسلامي، ط2، بيروت، دار الفكر المعاصر، 2002.
- عمر (نبيل)، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشّخصي، د.ط، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2011.
- عمر (نبيل)، سلطة القاضي التّقديرية، د.ط، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2002.
- العمرائي (أبو الحسين يحيى)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ط1، بيروت، دار المنهاج، 2000.
- عوده (عبد القادر)، التّشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ط5، بيروت، مؤسّسة الرّسالة، 1984.
- العيسوي، علم النفس والقضاء، ط1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية.
- الغرياني (الصّادق)، مدوّنة الفقه المالكي وأدلّته، ط1، بيروت، مؤسّسة الرّيّان، 2002.
- الغزالي (أبو حامد)، المستصفى من علم الأصول، تحقيق حمزة بن زهير حافظ، المدينة المنورة.
- الغزالي (أبو حامد)، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، ط1، بيروت، دار الأرقم بن أبي الأرقم، 1997.

الغزالي (أبو حامد)، الوسيط في المذهب، تحقيق إبراهيم (أحمد)، ط1، الغورية (مصر)، دار السلام، 1997.

الغزالي (أبو حامد محمد)، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق معوض (علي) وعبد الموجود (عادل)، ج2، ط1، بيروت، دار الأرقم بن أبي الأرقم، 1997

الغندور (أحمد)، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، ط2، الكويت، مكتبة الفلاح، 1982. غنيم (أحمد)، تطوّر الفكر القانوني، دار الفكر العربي، د.ط، القاهرة، د.ت.

الفتوحى الشهير بابن النجار (محمد)، معونة أولي النهى شرح المنتهى (منتهى الإيرادات)، تحقيق عبد الملك بن عبد الله دهيش، ط5، مكة المكرمة، مكتبة الأسدى، 2008.

الفتوحى المعروف بابن النجار (تقي الدين)، منتهى الإيرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، تحقيق التركي (عبد الله)، ط1، بيروت، مؤسّسة الرسالة، 1999.

فراس (سعد)، نقد العقل المغلق، د.ط، عمان (الأردن)، دار ورد، 2006.

فرج (توفيق)، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين، ط3، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1969.

فرج (توفيق)، المدخل للعلوم القانونية، ط1، مصر، الدار الجامعية، 1988.

فوده (عبد الحكم)، حجّية الأمر المقضي وقوّته في المواد المدنية والتجارية، د.ط، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، د.ت.

فوده (السيد)، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق، ط1، الاسكندرية، مصر، دار الفكر الجامعي، 2003.

فوده (عبد الحكم)، حجّية الأمر المقضي وقوّته في المواد المدنية والتجارية، د.ط، الاسكندرية، منشأة المعارف، د.ت.

فولف (جان)، النّيابة العامة، ترجمة: هايل (نصر)، الجزائر، دار القصبّة للنشر.

القادري (محمد)، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1997.

القاضي عبد الوهّاب، المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس، تحقيق حميش (عبد الحق)، د.ط، منشورات دار قرطبة، د.ت.

قذري (محمد)، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية مع شرحه لمحمد زيد الأبياني، تحقيق: سراج (محمد أحمد)، محمد (علي جمعة)، ط1، القاهرة، دار السّلام، 2006.

القرافي (شهاب الدين أبي العباس)، الفروق، تحقيق عبد الحميد هندراوي، ط1، صيدا، بيروت، المكتبة
العصرية، 2002.

القرافي (شهاب الدين)، الذخيرة، تحقيق سعيد أعراب، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1994.
القضاة (مفلح)، البيّنات في المواد المدنية والتجارية، ط1، عمان، دار الثقافة، 2007.
قلعه جي (محمد رواس)، موسوعة فقه عمر بن الخطاب : عصره و حياته، ط4، بيروت، دار النفائس،
1989.

القليوبي (شهاب الدين) و أحمد البرلسي (شهاب الدين) المعروف ب: (عميرة)، حاشيتان على شرح جلال
الدين محمد أحمد الحلبي على منهاج الطالبين للنووي، ط3، شركة مصطفى البابي
الحلبي وأولاده بمصر، 1956.

قمحاوي (محمد)، عبد الله (عمر)، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، د.ط، دار المطبوعات الجامعية،
1986.

القنوجي (محمد)، الروضة النديّة شرح الدرر البهية، ط2، الرياض - برمنجهام (بريطانيا)، مكتبة الكوثر -
دار الأرقم، د.ت.

الكاساني (علاء الدين)، بدائع الصناعات في ترتيب الشرائع، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، ط2،
بيروت، دار الكتب العلمية، 2003.

الكافي (محمد)، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، على منظومة فيما يلزم القضاة من الأحكام في مذهب
الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه للقاضي ابن عاصم الأندلسي الغرناطي (أبو
بكر محمد)، شرح وتعليق الجنان (مأمون)، د.ط، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت.
الكرمي (مرعي بن يوسف)، غاية المنتهى في جمع الإقناع والمنتهى، ط1، الجهراء، الكويت، غراس،
2007.

الكلوداني (أوب الخطاب محفوظ)، الهداية في فروع الفقه الحنبلي، تحقيق اسماعيل (محمد حسن)، ط1،
بيروت، دار الكتب العلمية، 2002.

الكليوبي (عبد الرحمن)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر للحلبي، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية،
1998.

الكوهجي (عبد الله)، زاد المحتاج بشرح المنهاج، تحقيق الأنصاري (عبد الله)، ط1، الشؤون الدينية بدولة
قطر، 1982.

كيغان (جيروم)، الثقافات الثلاث، العلوم الطبيعية والاجتماعية والإنسانيات في القرن الحادي والعشرين،
ترجمة: جوهر (صديق)، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، يناير

2014.

اللودعمي (تمام)، الجينات البشرية وتطبيقاتها، ط1، فرجينيا (الولايات المتحدة الأمريكية)، المعهد العالمي
للفكر الإسلامي، 2011.

لويد (دينيس)، فكرة القانون، ترجمة: الصويص (سليم)، عالم المعرفة، العدد47، المجلس الوطني للثقافة
والفنون، الكويت.

المواردي (أبو الحسن علي)، لحاوي الكبير، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، ط1، بيروت، دار
الكتب العلمية، 1994.

ميروك (أمل)، مفهوم الحقيقة، ط1، التنوير، بيروت، 2011.

محمد الحسن (إحسان)، علم الاجتماع القانوني، ط1، عمان (الأردن)، دار وائل للنشر والتوزيع، 2008.

محمد (أمين)، مبادئ علم الإجرام، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1996.

محمود (همام)، منصور (محمد)، مبادئ القانون، د.ط، الاسكندرية، منشأة المعارف، د.ت.

المرغيناني (برهان الدين)، الهداية شرح بداية المبتدي، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1990.

المرغيناني (برهان الدين)، الهداية شرح بداية المبتدي، ط2، القاهرة، دار السلام، 2006.

المرغيناني (برهان الدين)، الهداية شرح بداية المبتدي، كراتشي (باكستان)، ط1، منشورات إدارة القرآن
والعلوم الإسلامية، 1417هـ.

مرقس (سليمان)، أصول الإثبات وإجراءاته، ط5، القاهرة، دار الكتب القانونية شتات، 1991.

المزغني (علي) و اللعماني (سليم)، مقالات في الحداثة و القانون، د.ط، تونس، دار الجنوب للنشر،
د.ت.

المصاروة (يوسف)، تسبيب الأحكام، ط2، عمان، دار الثقافة، د.ت.

المغربي (أبو عبد الله محمد) المعروف بالحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط1، بيروت، دار
الكتب العلمية، 1995.

منصور (محمد)، قانون الإثبات: مبادئ الإثبات وطرقه، د.ط، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر،
2002.

موسى (نادر)، الخلع، ط1، عمان (الأردن)، دار الإساءة، 2002.

النجار (زغلول)، الإنسان من الميلاد إلى البعث في القرآن الكريم، ط2، بيروت، دار المعرفة، 2008.

النداوي (وهيب)، دور الحاكم المدني في الإثبات، د.ط، عمان، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، 2001.

الندوي (علي)، القواعد الفقهية، ط3، دمشق، دار القلم، 1994.

نشأت (أحمد)، رسالة الإثبات، د.ط، 2008.

النقاري (حمو)، منطق الكلام، ط1، بيروت، الدار العربية للعلوم ناشرون، 2010.

النقاري (حمو)، نظرية العلم عند أبي نصر الفارابي، ط1، القاهرة، رؤية للنشر والتوزيع، 2011.

النووي، المجموع شرح المهذب، المدينة المنورة، المكتبة السلفية.

النووي، الأصول والضوابط، تحقيق محمد حسن هيتو، دار البشائر الإسلامية، ط1، بيروت، 1986.

النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ط3، بيروت، المكتب الإسلامي، 1991.

هويدي (يجي)، ما هو علم المنطق، دراسة نقدية للفلسفة الوضعية المنطقية، ط1، القاهرة، مكتبة النهضة

المصرية، 1966.

يونس (محمود)، رؤية جديدة حول دور النيابة العامة، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، د.ت.

5- المقالات العلمية

أبو الوفا (أحمد)، تسبيب الأحكام، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة7، العدد5، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ص(30-98).

بلحاج (العربي)، دور النيابة العامة أمام المحاكم المدنية في القانون القضائي الجزائري، المجلة الجزائرية، سنة 1993، العدد1، ص(15-36)

بن ملحة (الغوثي)، أفكار حول الاجتهاد القضائي، المجلة القضائية (تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا بالجمهورية الجزائرية)، العدد1 لسنة 2000، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2000، ص(43-65).

بودهيمر (إدجار)، علم القانون، فلسفة القانون ومنهجه، ترجمة: د.محمود سلام زناقي، مجلة العلوم القانونية، العدد 2، سنة 1986، ص(71-129).

تناغو (سمير)، مرّة أخرى اصطلاح الأحوال الشخصية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ص(1-9).

حافظ (ممدوح)، مبدأ النّظام العام وتنازع القوانين، مجلة القانون والاقتصاد (صادرة عن جامعة البصرة)، العددان 5 و6، السنة الثّالثة، حزيران 1971، دار الطّباعة الحديثة بصرّة، ص(105-174).

حسن (عمر)، التّسامح والديمقراطية، آليات لإدارة الاختلاف (هيجل وسبينوزا، روسو وكانط)، كتابات معاصرة، العدد88، المجلد22 (آيار-حزيران 2013)، ص(19-24).

خليل (أحمد)، خصوصيات التّقاضي في مسائل الأحوال الشّخصية المتعلّقة بالولاية على النّفس وفقاً للقانون المصري رقم (1) لسنة 2000، مجلة الدّراسات القانونية (صادرة عن كليّة الحقوق بجامعة بيروت العربية)، العدد الخامس، تموز (يوليو)، سنة 2000، بيروت، الدار الجامعية، ص(9-237).

راشد (سامية)، قاعدة الإسناد أمام القضاء - بحث في القانون الدولي الخاص المصري والمقارن، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية (تصدر عن كليّة الحقوق بجامعة عين شمس)، السنة الرّابعة عشر، العدد2، يوليه لسنة 1972، مطبعة جامعة عين شمس، 1972، ص(387-505).

الطنطاوي (محمود)، حقيقة التصرّف وأقسامه، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية تصدر عن كليّة الحقوق بجامعة عين شمس، مطبعة جامعة عين شمس، العدد1، سنة 1973، ص(23-67).
عبد الله (عزّ الدين)، اتّجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشّخصية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأوّل والثّاني، مارس وأبريل لسنة 1954، السنة الرّابعة والعشرون، مطبعة جامعة القاهرة، 1954، ص(51-130).

العمري (محمد)، البلاغة والحجاج او بلاغة الحجاج، عالم الفكر، العدد 4 (ابريل - يونيو)، المجلد 40، 2012، ص(263-277).

غصوب (عبد)، استرداد القرار القضائي في الاجتهاد اللّبناني الحديث، نحو تغليب الحقيقة على الشّكل، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، العدد2، ط1، 2003، ص(213-244).

الفار (عبد الواحد)، الاختصاص القضائي الدولي في المنازعات ذات العنصر الأجنبي، مجلة الدّراسات القانونية (صادرة عن كليّة الحقوق بجامعة أسيوط)، العدد 18، يونيو 1996، ص(3-72).

كيرة (مصطفى)، التكييف القانوني، المجلة العربية للفقهاء والقضاء (تصدرها الأمانة العامة لجامعة الدول العربية)، العدد 11، أبريل 1992، ص(77-102).

لويد (دينيس)، فكرة القانون، ترجمة: الصويص (سليم)، عالم المعرفة، العدد47، المجلس الوطني للثقافة والفنون، الكويت،

منصور (سامي)، الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية، مجلّة الدّراسات القانونية، صادرة عن كّلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، العدد2، سنة2003، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2004، بيروت، ص (15-32)

الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والتّسبب، مجلة الشريعة والقانون، العدد18، يونيو 2003، ص(..).

الولي (محمد)، مدخل إلى الحجاج، أفلاطون وأرسطو وشايمبيرلمان، عالم الفكر، أكتوبر- ديسمبر 2011، المجلد 40، الكويت، ص(11-40).

7- النصوص القانونية و الأحكام القضائية

أ- النصوص القانونية

الأمر رقم 154 /66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 47، المؤرخ في 09 يونيو 1966.

الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات ، الجريدة الرسمية، العدد 49، المؤرخ في 11 يونيو 1966.

الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخ في 27 فبراير 1970 .

الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرخ في 30 سبتمبر 1975.

القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 24، المؤرخ في 12 يونيو 1984.

القانون رقم 14/88 المؤرخ في 03 مايو 1988 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 18، المؤرخ في 4 مايو 1988.

الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل و المتمم للأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 44، المؤرخ في 26 يونيو 2005.

ب- الأحكام القضائية

الجلس الأعلى (غ.أ.ش)، المؤرخ في 10/03/1971، نشرة القضاة لسنة 1972، العدد2، ص(48-50).

الجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار المؤرخ في 10/03/1971، نشرة القضاة لسنة 1972، العدد2، ص(28-29).

الجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار المؤرخ في 09/06/1971، نشرة القضاة، سنة 1972، العدد2، ص(86-88).

- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 26709، المؤرخ في 1982/02/08، نشرة القضاة لسنة 1982، عدد خاص، ص(258-261)،
- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 26697 المؤرخ في 1982/02/08، نشرة القضاة، سنة 1982، عدد خاص، ص(254-257)،
- المجلس الأعلى (غ.أ.ش) القرار رقم 26766، المؤرخ في 1982/02/08، نشرة القضاة لسنة 1982، عدد خاص، ص(266-269).
- المجلس الأعلى (غ.م)، القرار رقم 24509، المؤرخ في 1982/03/03، المجلة القضائية، سنة 1989، العدد1، ص(26-28).
- المجلس الأعلى (غ.م)، القرار رقم 23156 المؤرخ في 1982/03/17، نشرة القضاة لسنة 1982، عدد خاص، ص(132-134).
- المجلس الأعلى (غ.م)، القرار رقم 22117 المؤرخ في 1982/05/19، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 1، ص (29-31).
- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 26598 المؤرخ في 1983/01/19، المجلة القضائية، سنة 1989، العدد1، ص(37-39).
- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 31851 المؤرخ في 1983/12/12، نشرة القضاة لسنة 1992، عدد46، ص (54-57).
- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 32158، المؤرخ في 1984/01/09، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد2، ص(53-56).
- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 34762 المؤرخ في 1984/02/03 المجلة القضائية لسنة 1989، العدد4، ص(108-110).
- المجلس الأعلى(غ.م)، القرار رقم 32171 المؤرخ في 1984/02/06، المجلة القضائية، سنة 1990، العدد1، ص(54-56).
- القرار رقم 26839، المؤرخ في 1984/02/08، نشرة القضاة، سنة 1982، عدد خاص، ص(270-272).
- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 33275، المؤرخ في 1984/05/14، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 2، ص(75-78).

- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 33719، المؤرخ في 1984/07/09، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد3، ص(51-53).
- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 32377، المؤرخ في 1984/07/11، المجلة القضائية لسنة1989، العدد1، ص(51-52).
- المجلس الأعلى (غ.م)، القرار رقم 35511 المؤرخ في 1984/10/10، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد1، ص (53-54).
- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 31833 المؤرخ في 1984/10/22، المجلة القضائية لسنة 1989، عدد3، ص(65-68).
- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 32131، المؤرخ في 1984/11/05، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد2، ص(78-81).
- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 34784، المؤرخ في 1984/11/19، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد3، ص(73-76).
- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 34262، المؤرخ في 1984/11/19، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد1، ص(75-78).
- المجلس الأعلى(غ.م)، القرار رقم 35351، المؤرخ في 1984/12/13، المجلة القضائية، سنة 1989، العدد4، ص(95-98).
- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 35322، المؤرخ في 1984/12/17، المجلة القضائية، سنة 1989، عدد4، ص(91-94).
- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 34767، المؤرخ في 1984/12/17، المجلة القضائية، 1990، عدد1، ص(92-95).
- المجلس الأعلى (غ.م)، القرار رقم 32676، المؤرخ في 1985/01/09، المجلة القضائية، العدد 4، لسنة 1989، ص(13-15).
- المجلس الأعلى(غ.م)، القرار رقم 34970، المؤرخ في 1985/05/29، المجلة القضائية، سنة 1989، العدد1، ص(64-65).
- المجلس الأعلى (غ.م)، القرار رقم 34700 المؤرخ في 1985/06/26، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد4، ص (57-60).
- المجلس الأعلى (غ.م)، القرار رقم 34931، المؤرخ في 1985/10/30، المجلة القضائية، سنة 1989، العدد4، ص(68-70)،

المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 39775، المؤرخ في 1986/01/27، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 1، ص(108-110).

المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 39022، المؤرخ في 1986/01/27، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 1، ص(105-107).

المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 41632 المؤرخ في 1986/06/16، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 3، ص(61-62).

المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 42031 المؤرخ في 1986/06/30، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 2، ص (85-87).

المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 41752، المؤرخ في 1986/10/06، المجلة القضائية، سنة 1989، العدد 2، ص(91-93).

المجلس الأعلى (غ.م)، القرار رقم 43727، المؤرخ في 1986/12/01، المجلة القضائية، سنة 1993، العدد 3، ص(47-52).

المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 43889، المؤرخ في 1986/12/15، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 2، ص(37-41).

المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 44058، المؤرخ في 1987/01/12، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 2، ص(97-99).

المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 44630، المؤرخ في 1987/02/09، المجلة القضائية، سنة 1990، عدد 3، ص(55-57).

المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 44994 المؤرخ في 1987/02/23، المجلة القضائية، سنة 1990، عدد 3، ص(58-60).

المجلس الأعلى (غ.م)، القرار رقم 50263، المؤرخ في 1987/02/23، نشرة القضاة، سنة 1988، العدد 44، ص(167-170).

المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 45867 المؤرخ في 1987/06/01، المجلة القضائية، سنة 1992، عدد 4، ص(54-57).

المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 46111، المؤرخ في 1987/06/29، المجلة القضائية، سنة 1990، عدد 2، ص(68-70).

- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 45658، المؤرخ في 1987/12/07، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد4، ص(61-63).
- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 48184، المؤرخ في 1988/02/29، المجلة القضائية، سنة 1991، العدد1، ص (49-51).
- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 49283 المؤرخ في 1988/05/09، المجلة القضائية، سنة 1992، العدد2، ص(44-47).
- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 50075، المؤرخ في 1988/07/18، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد4، ص(64-66).
- المجلس الأعلى (غ.م)، القرار رقم 44842، المؤرخ في 1988/10/12، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد2، ص(20-22).
- المجلس الأعلى (غ.م)، القرار رقم 46707، المؤرخ في 1988/10/26، المجلة القضائية، العدد 3 لسنة 1990، ص(20-22).
- المجلس الأعلى (غ.م)، القرار رقم 47395، المؤرخ في 1988/12/07، المجلة القضائية، سنة 1990، العدد2، ص(17-19).
- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 52278، المؤرخ في 1989/01/02، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد4، ص(95-98).
- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 52212، المؤرخ في 1989/01/16، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد3، ص(55-57).
- المجلس الأعلى (غ.م)، القرار رقم 54173، المؤرخ في 1989/02/19، المجلة القضائية، سنة 1990، العدد3، ص(118-120).
- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 53272، المؤرخ في 1989/03/27، المجلة القضائية، سنة1990، العدد3، ص (82-84).
- المجلس الأعلى (غ.م)، القرار رقم 52042، المؤرخ في 1989/04/05، المجلة القضائية، العدد1، لسنة 1991، ص(14-16).
- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 54198، المؤرخ في 1989/06/05، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد4، ص(80-82).

- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 54353، المؤرخ في 1989/07/03، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 1، ص(45-47).
- المجلس الأعلى (غ.م)، القرار رقم 57775 الصادر في 1989/07/15، المجلة القضائية، سنة 1992، العدد 2، ص(148-145).
- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 55116، المؤرخ في 1989/10/02، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 1، ص(38-33).
- المجلس الأعلى (غ.م)، القرار رقم 54168، المؤرخ في 1989/11/15، المجلة القضائية، سنة 1990، العدد 2، ص(37-35).
- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 56036، المؤرخ في 1989/11/15، المجلة القضائية، سنة 1990، عدد 4، ص(42-40).
- المجلس الأعلى (غ.أ.ش)، القرار رقم 58224، المؤرخ في 1989/12/25، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 4، ص(112-110).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 58037، المؤرخ في 1990/01/08، المجلة القضائية، سنة 1992، عدد 2، ص(70-66).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 57756، المؤرخ في 1990/01/22، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 2، ص(79-77).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 58797، المؤرخ في 1990/03/19، المجلة القضائية، سنة 1993، عدد 1، ص(56-52).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 59335، المؤرخ في 1990/04/30، المجلة القضائية، سنة 1992، عدد 1، ص(32-29).
- المحكمة العليا (غ.م)، القرار رقم 46768 المؤرخ في 1990/10/21، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 1، ص(87-84).
- المحكمة العليا (غ.م)، القرار رقم 63149، المؤرخ في 1990/11/19، المجلة القضائية، سنة 1992، عدد 1، ص(22-20).
- المحكمة العليا (غ.م)، القرار رقم 68139، المؤرخ في 1991/03/12، المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1993، ص(28-26).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 74924، المؤرخ في 18/06/1991، المجلة القضائية، سنة 1994، العدد2، ص (59-64).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 81129 المؤرخ في 17/03/1992، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001، عدد خاص، ص(30-33).

المحكمة العليا (غ.م) رقم 85535 المؤرخ في 27/05/1992، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد3، ص (14-17).

المحكمة العليا (غ.م)، القرار رقم 99842 المؤرخ في 03/06/1992، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد4، ص (41-45)، ص750.

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 87301، المؤرخ في 22/12/1992، المجلة القضائية لسنة 1995، العدد2، ص(92-95).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 92674 المؤرخ في 23/02/1993، نشرة القضاة لسنة 1995، العدد48، ص (171-173).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 88856، المؤرخ في 23/02/1993، المجلة القضائية لسنة 1996، العدد2، ص(96-99).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 105366، المؤرخ في 27/04/1993، المجلة القضائية، سنة 1994، العدد2، ص(88-91).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 91664، المؤرخ في 27/04/1993، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد1، ص(68-71).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 89635، المؤرخ في 27/04/1993، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد1، ص(53-56).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 91664 المؤرخ في 27/04/1993، المجلة القضائية، سنة 1994، عدد1، ص(68-71).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 90683، المؤرخ في 25/05/1993، م.ق. لسنة 1994، العدد1، ص(58-61).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 94685، المؤرخ في 25/05/1993، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد2، ص(82-84).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 92714، المؤرخ في 13/07/1993، م.ق. لسنة 1995، العدد1، ص(128-130).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 94675، المؤرخ في 1993/07/13، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 1، ص(85-87).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 94089، المؤرخ في 1993/10/26، م.ق لسنة 1994، العدد 1، ص(79-82).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 96675 المؤرخ في 1993/11/23، اجتهاد قضائي لسنة 2001، عدد خاص لسنة 2001، ص(302-304).

المحكمة العليا (غ.إ.ش)، القرار رقم 99000، المؤرخ في 1993/11/23، الاجتهاد القضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص(64-67).

قرار المحكمة العليا (غ.إ.ش) رقم 96675 المؤرخ في 1993/11/23، الاجتهاد القضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص(302-304).

المحكمة العليا (غ.م)، القرار رقم 113840 المؤرخ في 1994/02/07، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 2، ص(158-160).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 95385، المؤرخ في 1994/03/22، المجلة القضائية، سنة 1995، عدد 1، ص(134-139).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 115118، المؤرخ في: 1994/04/19، نشرة القضاة، عدد 52، سنة 1996، ص (106-110).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 102886، المؤرخ في 1994/04/19، نشرة القضاة لسنة 1997، العدد 51، ص(92-95).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 100179، المؤرخ في 1994/04/19، ن.ق. لسنة 1997، العدد 51، ص(85-88).

المحكمة العليا (غ.م)، القرار رقم 110272، المؤرخ في 1994/05/04، المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 1994، ص(45-47).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 122761، المؤرخ في 1994/06/28، اجتهاد قضائي، سنة 2001، عدد خاص، ص(155-157).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 103056 المؤرخ في 1994/11/09، نشرة القضاة لسنة 1997، العدد 51، ص(67-69).

- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 103232 المؤرخ في 1995/05/02، المجلة القضائية، سنة 1995، العدد 2، ص(99-100).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 121026، المؤرخ في 1995/09/26، نشرة القضاة لسنة 1999، العدد 55، ص(168-170).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 125622، المؤرخ في 1995/10/24، المجلة القضائية لسنة 1996، العدد 1، ص(117-119).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 136604، المؤرخ في 1996/04/23، المجلة القضائية، سنة 1997، العدد 2، ص(89-92).
- المحكمة العليا (غ.م)، القرار رقم 146497 المؤرخ في 1996/07/17، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد 1، ص (28-33).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 153640، المؤرخ في 1997/02/18، م.ق. لسنة 1997، العدد 1، ص(39-42).
- المحكمة العليا (غ.ع)، القرار رقم 148561 المؤرخ في 1997/04/30، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد 2، ص (47-50).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 163381، المؤرخ في 1997/06/10، اجتهاد قضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص(239-241).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 171684 المؤرخ في 1997/09/30، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001، عدد خاص، ص(169-171).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 172379، المؤرخ في 1997/10/28، نشرة القضاة لسنة 1999، العدد 54، ص(103-106).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 174087 المؤرخ في 1997/10/28، نشرة القضاة لسنة 1999، العدد 54، ص (107-109).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 160350 المؤرخ في 1997/12/23، اجتهاد قضائي، سنة 2001، عدد خاص، ص(295-297).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 184055 المؤرخ في 1998/02/17، المجلة القضائية لسنة 1998، العدد 2، ص(85-88).

- المحكمة العليا (غ.م)، القرار رقم 153622، المؤرخ في 11/03/1998، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد 2، ص(69-73).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 179724، المؤرخ في 13/03/1998، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ص(277-280).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 179557، المؤرخ في 17/03/1998، المجلة القضائية لسنة 1998، العدد 2، ص(79-83).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 179471، المؤرخ في 17/03/1998، الاجتهاد القضائي لسنة 2001 ن عدد خاص، ص(172-174).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 189226 المؤرخ في 21/04/1998، اجتهاد قضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص (144-146).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 189260 المؤرخ في 21/04/1998، الاجتهاد القضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص(213-215).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 189245، المؤرخ في 21/04/1998، اجتهاد قضائي، عدد خاص، ص(242-244)
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 189324 المؤرخ في 19/05/1998، اجتهاد قضائي، سنة 2001، عدد خاصن ص(147-151).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 189265 المؤرخ في 19/05/1998، المجلة القضائية، لسنة 2000، العدد 1، ص(178-181).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 197335، المؤرخ في 16/06/1998، الاجتهاد القضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص(281-283)
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 204254، المؤرخ في 22/09/1998، المجلة القضائية لسنة 2000، العدد 2، ص(173-176).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 159373 المؤرخ في 18/11/1998، المجلة القضائية، سنة 1998، العدد 2، ص(55-58).
- المحكمة العليا (غ.م)، القرار رقم 176264 المؤرخ في 18/11/1998، المجلة القضائية لسنة 1999، العدد 1، ص (102-104).

- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 211509، المؤرخ في 1998/12/15، اجتهاد قضائي، سنة 2001، عدد خاص، ص(56-58).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 218754 المؤرخ في 1999/02/16، اجتهاد قضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص (222-224).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 216850 المؤرخ في 1999/02/16، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص لسنة 2001، ص (100-103).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 219901، المؤرخ في 1999/03/16، الاجتهاد القضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص(287-291).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 221329، المؤرخ في 1999/04/20، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001، عدد خاص، ص(60-63).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 222655، المؤرخ في 1999/05/18، الاجتهاد القضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص(185-187).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 222651، المؤرخ في 1999/05/18، الاجتهاد القضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص(248-251).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 222674، المؤرخ في 1999/06/15، المجلة القضائية لسنة 1999، العدد 1، ص(126-128).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، قرار مؤرخ في 1999/06/15، اجتهاد قضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص (225-229).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 234655، المؤرخ في 1999/11/16، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001، عدد خاص، ص(314-318).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 234949 المؤرخ في 2000/01/18، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001، عدد خاص، ص (158-161).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 235456، المؤرخ في 2000/02/22، المجلة القضائية، سنة 2001، العدد 1، ص(280-283).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 235357، المؤرخ في 2000/02/22، المجلة القضائية لسنة 2001، العدد 1، ص(271-274).

- المحكمة العليا (غ.م)، القرار رقم 173310، المؤرخ في 2000/02/23، المجلة القضائية، سنة 2000، عدد 1، ص(82-84).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 245065، المؤرخ في 2000/05/23، المجلة القضائية لسنة 2002، العدد 1، ص(297-300).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 245123، المؤرخ في 2000/07/18، المجلة القضائية لسنة 2004، العدد 1، ص(247-249).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 251682 المؤرخ في 2000/11/21، المجلة القضائية لسنة 2001، العدد 1، ص(290-293).
- المحكمة العليا (ع.أ.ش)، القرار رقم 246924، المؤرخ في 2000/11/21، المجلة القضائية لسنة 2001، العدد 2، ص(297-299).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 256869، المؤرخ في 2001/02/21، المجلة القضائية لسنة 2002، العدد 2، ص(428-431).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 254080، المؤرخ في 2001/02/21، المجلة القضائية لسنة 2002، العدد 2، ص(444-447).
- المحكمة العليا (غ.م)، القرار رقم 241885 المؤرخ في 2001/03/14، المجلة القضائية، سنة 2002، عدد 1، ص(133-138).
- المحكمة العليا (غ.م)، القرار رقم 247144، المؤرخ في 2001/04/03، المجلة القضائية، سنة 2002، العدد 1، ص(143-146).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 262912 المؤرخ في 2001/04/18، المجلة القضائية، سنة 2002، العدد 2، ص(409-412).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 264468، المؤرخ في 2001/04/18، المجلة القضائية لسنة 2002، العدد 1، ص(320-324).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش) رقم 244899 المؤرخ في 2001/06/20، المجلة القضائية لسنة 2003، العدد 1، ص(345-348).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 259953 المؤرخ في 2001/06/20، المجلة القضائية لسنة 2004، العدد 1، ص(254-257).

مجلس الدولة (الغرفة الرابعة)، القرار رقم 3358، المؤرخ في 2001/12/04، مجلة مجلس الدولة، سنة 2003، العدد 3، ص(158-162).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 265727، المؤرخ في 2002/02/13، المجلة القضائية لسنة 2002، العدد 2، ص(435-432).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 277411، المؤرخ في 2002/03/13، مجلة المحكمة العليا لسنة 2004، العدد 2، ص(362-359).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 279878، المؤرخ في 2002/04/10، المجلة القضائية، سنة 2003، العدد 1، ص(381-378).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 288525، المؤرخ في 2002/05/08، مجلة المحكمة العليا، سنة 2004، العدد 2، ص(372-369).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 296020، المؤرخ في 2002/12/25، المجلة القضائية لسنة 2004، العدد 1، ص(284-282).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 302428، المؤرخ في 2003/05/21، نشرة القضاة لسنة 2006، العدد 58، ص(205-202).

المحكمة العليا (غ.م)، القرار رقم 275537، المؤرخ في 2003/07/30، نشرة القضاة لسنة 2006، العدد 59، ص(179-176).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 315314، المؤرخ في 2004/09/22، نشرة القضاة لسنة 2010، العدد 65، ص(314-311).

المحكمة العليا (غ.ع)، القرار رقم 267615، المؤرخ في 2004/09/22، مجلة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد 1، ص(409-407).

المحكمة العليا (غ.م)، القرار رقم 302161، المؤرخ في 2005/05/25، نشرة القضاة، سنة 2010، عدد 65، ص(254-251).

المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 330566، المؤرخ في 2005/05/18، مجلة المحكمة العليا لسنة 2005، العدد 1، ص(306-301).

المحكمة العليا (...)، القرار رقم 335844، المؤرخ في 2005/05/18، نشرة القضاة لسنة 2010، العدد 65، ص(318-315).

- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 330950، المؤرخ في 2005/05/18، نشرة القضاة لسنة 2011، العدد 66، ص(307-310).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم.. المؤرخ في 2005/06/15، نشرة القضاة لسنة 2006، العدد 59، ص(235-231).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 332324، المؤرخ في 2005/07/13، ن.ق لسنة 2006، العدد 59، ص(238-236).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 342470، المؤرخ في 2005/09/14، مجلّة المحكمة العليا، سنة 2005، العدد 2، ص(412-409).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 340671 المؤرخ في 2005/10/12، مجلة المحكمة العليا لسنة 2005، العدد 2، ص(402-397).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 345125 المؤرخ في 2005/10/12، نشرة القضاة لسنة 2006، العدد 61، ص(335-332).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 337176، المؤرخ في 2005/11/16، نشرة القضاة لسنة 2010، العدد 65، ص(319-..).
- المحكمة العليا (غ.م)، القرار رقم 311528، المؤرخ في 2005/12/21، مجلّة المحكمة العليا، سنة 2005، العدد 2، ص(222-217).
- المحكمة العليا (غ.م)، القرار رقم 326478 المؤرخ في 2006/03/22، نشرة القضاة لسنة 2010، عدد 65، ص(263-260).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 364850، المؤرخ في 2006/05/17، مجلة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد 2، ص(442-437).
- المحكمة العليا (غ.م)، القرار رقم 398156 المؤرخ في 2006/06/21، مجلّة المحكمة العليا لسنة 2006، العدد 2، ص(240-235).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 357345، المؤرخ في 2006/06/14، مجلة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد 1، ص(466-461).
- المحكمة العليا (غ.م)، القرار رقم 398156 المؤرخ في 2006/06/21، مجلّة المحكمة العليا لسنة 2006، العدد 2، ص(240-235).

- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 365226، المؤرخ في 2006/07/12، م.م.ع. لسنة 2006، العدد2، ص(482-477).
- المحكمة العليا (غ.إ.ش)، القرار رقم 356997، المؤرخ في 2006/07/12، مجلة المحكمة العليا لسنة 2006، العدد2، ص(447-441).
- المحكمة العليا (..)، القرار رقم 401317، المؤرخ في: 2006/10/11، مجلة المحكمة العليا، سنة 2007، العدد2، ص (491-489).
- المحكمة العليا (غ.إ.ش)، القرار رقم 372292، المؤرخ في 2006/11/15، مجلة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد1، ص(498-493).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 375053 المؤرخ في 2006/12/13، مجلة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد1، ص (524-521).
- المحكمة العليا (..)، القرار رقم 353851 المؤرخ في 2006/12/17، مجلة المحكمة العليا، سنة 2006، العدد2، ص(432-427).
- المحكمة العليا (غ.ع)، القرار رقم 391380 المؤرخ في 2007/01/17، مجلة المحكمة العليا لسنة 2010، عدد خاص، ج3، ص (193-191).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 381880، المؤرخ في 2007/02/14، مجلة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد2، ص(488-483).
- المحكمة العليا (غ.ع)، القرار رقم 394379 المؤرخ في 2007/03/14، مجلة المحكمة العليا لسنة 2010، عدد خاص، ج3، ص (201-199).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 397861 المؤرخ في 2007/07/11، نشرة القضاة لسنة 2012، العدد67، ص (246-241).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار 398948 المؤرخ في 2007/11/14، مجلة المحكمة العليا لسنة 2011، العدد1 ص(240-237).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 417622، المؤرخ في 2008/01/16، مجلة المحكمة العليا لسنة 2008، العدد1، ص(265-263).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 413209 المؤرخ في 2008/01/16، مجلة المحكمة العليا لسنة 2008، العدد2، ص (306-303).

- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 424799، المؤرخ في 2008/02/13، مجلة المحكمة العليا لسنة 2008، العدد2، ص(312-307).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 416686، المؤرخ في 2008/03/12، نشرة القضاة لسنة 2012، العدد67، ص(251-247).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 428342، المؤرخ في 2008/03/12، نشرة القضاة لسنة 2012، العدد67، ص(295-257).
- المحكمة العليا (غ.م)، القرار رقم 420995 المؤرخ في 2008/07/23، مجلة المحكمة العليا لسنة 2008، العدد2، ص (188-185).
- المحكمة العليا (غ.م)، القرار رقم 487548، المؤرخ في 2009/09/29، مجلة المحكمة العليا لسنة 2010، العدد1، ص(130-128).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 605592، المؤرخ في 2009/10/15، مجلة المحكمة العليا لسنة 2010، العدد1، ص(250-245).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 548029، المؤرخ في 2010/03/11، مجلة المحكمة العليا، سنة 2010، العدد1، ص(241-238).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 572240، المؤرخ في 2010/07/15، مجلة المحكمة العليا لسنة 2010، العدد2، ص(280-278).
- المحكمة العليا (غ.م)، القرار رقم 654225، المؤرخ في 2011/05/19، مجلة المحكمة العليا لسنة 2011، العدد2، ص(134-128):
- المحكمة العليا (غ.ع)، القرار رقم 713016 المؤرخ في 2011/06/09، مجلة المحكمة العليا لسنة 2011، العدد2، ص(182-179).
- المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم 650014، المؤرخ في 2011/10/13، م.م.ع لسنة 2012، العدد1، ص(317-313)
- المحكمة العليا (غ.م)، القرار رقم 678615 المؤرخ في 2011/10/20، مجلة المحكمة العليا لسنة 2012، العدد1، ص (138-136).

8- المراجع باللّغة الفرنسية

أ- الكتب:

Gérard cornu, *vocabulaire juridique*, quadrige/puf, 8^{ème} éd., 2006, paris

- Deleuze (N.), Bertrand-Mirkovic (A.), *Introduction générale au droit*, Panorama du droit
- Mouloungui (C.), *Introduction générale au droit*, V.2, Editions Publibook, Paris, 2004
- Batiffol (H.), Lagarde (P.), *Droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 1975, P. Issad (M.), *Droit international privé – Les règles de conflits*, O.P.U.- Publisud, Alger, 1986, P.203-204.
- Mayer (P.), *Droit international privé*, Montchrestien, Paris, 3^{ème} éd.,1987, P.116-117.
- Walker (D.M.), *Principles of Scottish Private Law*, Volume 1, Second Edition, Oxford, Clarendon Press, 1975, P.189-190.
- Holleaux (D.), Foyer (J.), De La Pradelle (G.), *Droit international privé*, Masson, Paris, 1987
- Batiffol (H.), *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, 1956
- Aubry et Rau, *Droit civil français*, Tome 12, 6^{ème} éd., Paris, Librairies techniques,1958
- Revillard (M.), *Droit international privé et communautaire*, 6^e éd., Paris, Defrénois,
- Planiol (M.), Ripert (G.), *Traité pratique de droit civil français*, L.G.D.J., Tome VII : *Obligations*, 2^{ème} partie, Paris, 1954
- Mougenot (D.), *Droit des obligations-La preuve*, 3^{ème}éd., éditions Larcier, Bruxelles, 2002
- Gilson (S.), Bossuyt (A.) et autres, *Au-delà de la loi ?* Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2006
- Gordillo (A.), *Une introduction au droit*, London, Esperia publications Ltd, 1^{ère} éd., 2003
- Mougenot (D.), *Droit des obligations-La preuve*, Bruxelles, édition Larcier, 3^{ème} éd., 2002, P.73.
- Saint-prix (Berriat), *Cours de procédure civile fait à la faculté de droit de paris*, Neve, Librairie de la cour de cassation, Paris, 6^{ème}éd., 1835
- Cornu (G.), *Linguistique juridique*, Montchrestien-Delta, Paris-Beyrouth, 2^{ème} éd., 2000-2001
- Cornu (G.), *Droit civil - Introduction au droit*, Montchrestien, Paris, 13^{ème} éd., P.106.
- Glasson (E.), Tissier (A.), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, Tome 2, 3^{ème}éd., Paris, Sirey
- Courbe (P.), *Droit de la famille*, 2^{ème} éd., Paris, Armand Colin/Masson, 2001
- Vincent (J.) et Guinchard (S.), *Procédure civile*, Dalloz, Paris, 1999, 25^{ème} édition
- Théron (J.), *l'Intervention du juge dans les transmissions des biens*, L.G.D.J. édition Alpha, Paris, 2009

- Solus (H.), Perrot (R.), *Droit judiciaire privé*, Sirey, Paris, 1991
- Couchez (G.), *Procédure civile*, éd. Dalloz, Paris, 1998.
- G.Cornu, *Linguistique juridique*, montchrestien-Delta, 2^{ème} éd.Paris
- Cornu (G.), *Droit civil-Introduction au droit*, éd.Alpha-Montchrestien,Paris, 2009,13^{ème} , édition
- Descartes (Ch.), *Discours de la méthode*, librairie générale française, 2000
- Issad(M.), *Droit international privé*,Tome1, 4^{ème}éd.,1986, O.P.U.-Publisud, Alger
- Batiffol(H.), Lagarde(P.), *Droit international privé*,Tome1, 6^{ème} éd., 1975
- Mayer(P.), *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 3^e éd.,1987, P.41-42.
- Issad(M.), *op.cit.*, P.60-61.
- Laurent (F.), *Principes de droit civil*, Tome1, Paris, A.Durand et Pedone Lauriel, 1869
- Terré (F.), *les grands arrêts du droit civil*
- Niboyet (M.L.), De Geouffre de La Pradelle (G.), *Droit international privé*, L.G.D.G., Paris, 2008
- Aubry et Rau, *Droit civil français*, par Paul Esmein, tome12, 6^{ème} édit. laibrairies techniques, paris
- Nietzsche (F.), *Le livre du philosophe-Etudes théoriques*, Sigma Editions, Traduction Angèle Kremer-Marietti
- Nietzsche (F), *Le crépuscule des idoles*, Sigma Editions, Trduction Christian Jambet
- Heidegger (M.), *Questions I, De l' essence de la vérité*, Traduit par Henry Corbin, Roger Munier et autres, Editions Gallimard, 1968
- Heidegger (M.), *Questions II, La doctrine de Platon sur la vérité*, Traduit par Kostas Axelos, Jean Beaufret, Editions Gallimard, 1968
- André Laland, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, presses universitaires de France, Paris, 1988
- Didier (Julia.), *Dictionnaire de la philosophie, les dictionnaires de l'homme du xxème siècle*, Paris, Laibrairie Larousse,1964
- Heidegger (M.), *l'Etre et le temps*, Gallimard, paris, 1964
- Foubet (Fabrice), *La vérité: l'Irrationnel, le sens, la sagesse*, Paris, Ellipses, 1996
- White (Alan R.), *Truth*, The Macmillan Press ltd, London, 1971
- Gerard Cornu, *vocabulaire juridique*, quadrige/puf, 2009, 4^{ème} éd.
- Danty (M.) *Traité de la preuve par témoins*, librairie au palais, Paris, cinquième éd.
- Dalbignat-Deharo (G.), *op.cit.*
- Stamatis (C.M.), *Argumenter en droit* , éditions publisud, Paris,1995
- Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1771, Livre III, Titre VI, section IV,
- Bergson (H.), *la pensée et le mouvent*, la philothèque, Bréal, 2002
- Normand (J.), *Le juge et le litige*, L.G.D.J., Paris, 1965, P.319.

- Mortin (G.), *l'Erreur de sous estimer l'erreur in science avec conscience*, Fayard, 1982
- Descartes (R.), *règles pour la direction de l'esprit*, Classiques de la philosophie
- Toullier (C.B.M.), *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*, T.8, 5^{ème} éd., Bruxelles, Wahlen et Campe. laibrairies, 1824
- Piazzon (Th.), *La sécurité juridique*, éditions Defrénois-Lextenso éditions, Paris, 2010
- Boré, *La cassation en matière civile*
- Stamatis (C.M.), *Argumenter en droit*, éditions publisud, Paris, 1995
- Tomassin, *Essai sur l'autorité de la chose jugée*, p.187-188.
- Malaurie (Ph.), Morvan (P.), *Introduction générale*
- Terré (F.), *Introduction générale au droit*
- Serre (J.L.), *Génétique*, Dunod, Paris, 3^{ème} éd., 2006
- Héliane de Valicourt (de séran villers), *La preuve par L'ADN et l'erreur judiciaire, questions contemporaines*, l'Harmattan, 2009, Paris
- Aoul (M.T), *Islam et culture*, éd. Ben merabet
- Hersch (J.), *L'étonnement philosophique, une histoire de la philosophie*, Folio essais, Gallimard, 1981-1993
- Weinman (S.), *Toute la biochimie*, Dunod, Paris, 2004
- Winter (P.C.), Hickey (G.I.), Fletcher (H.L.), *L'essentiel en génétique*, Berti éd.-Port royal livres, 2000, Paris, P.73.
- Watson (J.), avec Berry (A.), *A.D.N., le secret de la vie*, Odile Jacob Sciences, octobre, 2003, Paris
- Lucas (A.), *Code civil*
- Montesquieu, *De l'esprit des lois*, T.2, Algérie, ENAG, 1990, , livre vingt-neuvième /16
- Hubrecht (G.), Agostini (E.), *droit civil*, 13^{ème} éd., Paris, SIREY, 1983
- Glasson (E.), Tissier (A.), *traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, T.2, 3^{ème} éd., Paris, SIREY
- Caratini (R.), *le Génie de l'Islamisme*, France, éditions Michel Lafon, 1992, P. 492.
- Pierre Voirin, Gilles Goubeaux, *Droit civil, tome1-personnes, famille, ...*, 32^{ème} éd., L.G.D.J, Paris, 2009,
- François Terré, Dominique Finouillet, *Droit civil – les personnes, la famille, les incapacités*, 6^{ème} éd., 1996, Dalloz, Paris
- Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, *les obligations*, 2^{ème} éd., 2005, Defrénois,

ب- المقالات:

- Brasier (L.), Bonneau (C.), *Sommes-nous programmés pour croire*, Science et Vie, Hors série, Décembre 2013, n°265, P.(27-33).

- Brillaud (R.), Bocquet (P.-Y), Abdoun (E.), *Incroyable neurones*, science et vie, Octobre 2012, P.(52-69).
- Brillaud (R.), Bocquet (P.-Y), Abdoun (E.), *Incroyable neurones*, science et vie, Octobre 2012, P.(52-69).
- Busino (G.), *La preuve dans les sciences sociales (cet article trouve son origine dans le IX séminaire Interdisciplinaire de groupe d'études (Raison et Rationalités)*, Revue européenne des sciences sociales, Librairie DROZ, Genève, 1^{ère} éd., Décembre 2003, P. (11-62).
- Canivet (G.), *La cour de cassation et les divergences de jurisprudence (cet article trouve son origine dans un séminaire organisé à Genève en Mai 1998 intitulé : Les divergences de jurisprudence)* publié par : Ancel (P.), Rivier (M.C.), publications de l'université de Saint-Etienne, Saine-Etienne, France, 2003, P.160.
- Davies (J.), *Le genie génétique*, La recherche, numéro special, n°:188, Mai 1987, P.(572-583).
- F.G., *On sait pourquoi la grossesse dure neuf mois*, Science et vie, Novembre 2012, N° : 1142, P.13.
- Le masson (J.M.), *La recherche de la verite dans le proces civil*, Droit et societe, N :38, 1998, p.(21-32).
- Lepeltier (Th.), *A-t-on besoin de la vérité*, les grands dossiers des sciences humaines n :10, mars-avril-mai 2008, p(56-58).
- Mekki (M.), *preuve et vérité*, www.henricapitant.org
- Michel (D.), Le cam (E.), *L'A.D.N au microscope*, pour la science, n° :272, juin, 2000, P.(110-111).
- Michel (D.), Le cam (E.), *L'A.D.N au microscope*, pour la science, n° :272, juin, 2000, P.(110-111).
- Pétry (F.), *Erreurs ou Anomalies*, Pour la science (édition française de Scientific American), Mai 2014, n° : 439, édito, P.1.
- P.-Y.B., *Viande artificielle, Le premier steak a été testé*, Science et Vie, Octobre 2013, n°1153, P.48.
- Seeman (N.), *Nanoconstructions en A.D.N*, pour la science, n° :321, juillet, 2004, P.(46-53).
- Shapin (S.), *être ou ne pas être anti-scientifique*, rubrique (histoires des sciences), la recherche 319, Avril 1993, P.(72-79).
- TerzyWroblewsky, *Les langues juridiques, une typologie*, Droit et Société, 8, 1988, p.(15-30).
- Tiger (Ph.), *Introduction générale*, (cet article trouve son origine dans le colloque organisé par le conseil supérieur du notariat et Cercle Horizon, le Club OHADA d'Orléans le 9 Février 2010, au siège du conseil supérieur du notariat à Paris, portait sur : (le droit de la preuve dans l'espace OHADA), Revue de droit uniforme africain (Actualité trimestrielle de droit et de jurisprudence), Juin 2010, conseil supérieur du notariat, P.(10-15).

la verite et le droit, rapport de syntheseauxjournées canadiennes de l'association Henri Capitant (Quebec Mai 1986) est repris dans G.Cornu(dir.),
l'Art du droit en quete de sagesse, Paris, Puf, 1998, p.211.
V.L.C., *On sait comment les spermatozoides protègent son ADN*, Science et Vie,
Octobre 2013, n°1153, P.16.
Watson (J.), *L'ADN a 50 ans, et après ?, pour la science*, n° : 305, Mars, 2003,
P.(6-7).
Watson (J.), avec Berry (A.), *A.D.N., le secret de la vie*, Odile Jacob Sciences,
octobre, 2003, Paris, P.25.

عبد القادر القادر للطبوم الإسلامية