

تقنين الفقه الإسلامي

(المبدأ والمنهج. والتطبيق)

الدكتور محمد زكي عبد البر

الأستاذ بكلية الشريعة - جامعة قطر
ونائب رئيس محكمة النقض بمصر (سابقاً)

عني بطبعه ونشره خاتم العالم

عبد الله بن إبراهيم الأندلسي

طبع على نفقة

إدارة إحياء التراث الإسلامي

بِدَوْلَةِ قَطْرِ

الحقوق جميعها محفوظة للمؤلف

الدكتور محمد زكي عبد الباق

الطبعة الثانية

١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م

فَلَا وَرَيْكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا
فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا

(النساء: ٦٥)

دعاء

اللهم ارحم من علمنا ، « التقنين » ، وأشهدنا تطبيقه في مشروع القانون المدني المصري والعراقي والسوري والليبي ومشروع الدستور السوداني . . من كان يدعو إلى الوحدة القانونية بين البلاد العربية . . من علمنا أن الحياة جد وعمل ومثابرة وتنظيم دقيق وإيثار المصلحة العامة على غيرها . . من زادنا إيمانا بشريعتك وفقه المسلمين . . من كان يأخذ بيد الشباب ولا يضمن عليه بنصيحة أو توجيه أو مساعدة . . من بقي وفياً للعلم طول حياته إلى أن ترك الدنيا . . من علمنا منهج التفكير والعرض السليم ، في أناة وتعمق وإحاطة ، بالتقسيم والترتيب والمقابلة والمثابرة والتدرج . . إلخ في منطق دقيق وأسلوب أخاذ ، من حفلت حياته بالأعمال الجليلة في التعليم والثقافة والقضاء والتأليف :
أستاذنا الجليل الدكتور عبدالرزاق أحمد السنهوري .

اللهم اغفر له . . اللهم تقبله بقبول حسن . . اللهم اجعل له القبر روضة من رياض الجنة . . اللهم أدخله برحمتك في فردوس جنتك .
هو وسائر أساتذتنا الأجلاء - المشايخ : على الخفيف ، وعبدالوهاب خلاف ، ومحمد أبوزهرة ، وأحمد إبراهيم ، وغيرهم ممن تعلم .
اللهم هؤلاء علمونا ، فحق لهم علينا : أن ندعوك ، سبحانه ، أن تجزيهم عنا أوفي الجزاء ، وأن تتغمدهم برحمتك ومغفرتك . وأن ندعو كل قارئ لهذا الكتاب أن يردد معنا هذا الدعاء .
وصل اللهم وسلم تسليماً على خاتم النبيين سيدنا محمد وأصحابه أجمعين .

﴿ ربنا تقبل منا إنك أنت السميع العليم ﴾

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة الطبعة الثانية

الحمد لله على ما وهبنا من نعمائه ، ونحمده على ما أعطانا من آلائه ،
ونثني عليه الخير أعظم ثنائه .

والصلاة والسلام على سيدنا محمد عبده ورسوله : بعثه هاديا ، وبشيرا
ونذيرا ، ناسخا بشرعه كل شرع غابر .

ورضي الله عن أصحابه ، الذين حازوا قصب السبق في نصره الشريعة
الغراء والحنيفية السمحة البيضاء ، وبذلوا أنفسهم في سبيل الله لإعلاء كلمة
الإسلام .

وأثاب الله من تبعهم بإحسان ، الباذلين جهودهم في استنباط الأحكام ،
والبالغين ذروة الكمال في تبيان الحلال والحرام .

أما بعد - فقد صدرت الطبعة الأولى من هذا الكتاب سنة ١٤٠٣ هـ -
١٩٨٣م بعنوان « تقنين الفقه الإسلامي : المبدأ والمنهج » . وحمل مسئولية
طبعه ونشره صاحب الفضيلة الشيخ عبدالله بن إبراهيم الأنصاري ، بصفته
المدير العام لإدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر ، على نفقة تلك الإدارة
- في منطقة تعارض فيها بعض الدوائر الرسمية في بعض بلادها مبدأ التقنين .
وهذا ، ولا شك ، دليل على شجاعته في إبداء رأيه ونشره رغم ما قد يواجهه به
من معارضة .

ونحمد الله أن الطبعة الأولى قد قوبلت من أهل العلم بالترحيب ، لما يترتب على الأخذ بمبدأ التقنين وتطبيقه من تيسير تطبيق الشريعة الإسلامية في بلاد الإسلام ، فهي شريعته التي لا يصلح لها غيرها .

ونحمد الله جل وعلا أنه ، بعد صدور الطبعة الأولى من هذا الكتاب ، قرر وزراء العدل بدول مجلس التعاون الخليجي تقنين أحكام الشريعة الإسلامية ؛ وهو نصر كبير للفكرة نرجو أن يتم تحقيقها ، فيكون ذلك مقدمة لتطبيقها إن شاء الله في البلاد العربية والإسلامية جميعاً . وإن كان لهذا الكتاب ، في طبعته الأولى وهذه ، نصيب - كبر أو صغر - في اتخاذ ذلك القرار أو في تطبيقه أو فيهما معاً - فإنه فضل من الله عظيم ، نحمده سبحانه .

ولما لاقت الفكرة من نجاح كان من الخير إعادة طبع الكتاب طبعة ثانية تتضمن التطبيق أيضاً متمثلاً في نموذج هو : « مشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية » صغناه من الفقه الإسلامي شاملاً لما جد من طرق للإثبات أخذت بها بعض التقنينات العربية وتوافق أحكام الشريعة الإسلامية^(١) .

ومن ثم يصدر الكتاب في طبعته الثانية هذه بعنوان : « تقنين الفقه الإسلامي : المبدأ والمنهج . والتطبيق » . وكان من الممكن أن يكون ثلاثة أقسام : الأول : المبدأ . والثاني : المنهج . والثالث : التطبيق . ولكننا آثرنا أن نجعله قسمين : الأول : القسم النظري ويشمل المبدأ والمنهج . والثاني : القسم العملي ويشمل التطبيق . والله الموفق .

(١) نقلاً عن مطبوعات مجلس الشعب المصري - الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية -

وقد حمل عبء إعادة طبعه أيضا إدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر ومديرها العام فضيلة الشيخ عبد الله بن إبراهيم الأنصاري جزاه الله خيراً . ولا بد أن نذكر بالخير الأخ الكريم معالي الأستاذ الكبير الدكتور صوفي أبوطالب رئيس مجلس الشعب في مصر (سابقاً) الذي قاد ، داخل ذلك المجلس ، حركة تقنين شاملة للفقهاء الإسلامي لم تكتمل ، وكان من ثمارها عدة مشروعات تقنينات من الفقه الإسلامي منها مشروع تقنين الإثبات في المواد المدنية والتجارية من الفقه الإسلامي الذي أعدناه بتكليف من معاليه ونشره مثلاً للتطبيق ، في هذا الكتاب .

وهناك إخوة كرام آخرون هَيَّأُوا لنا ظروف القيام بهذا العمل ، على وجه أيسر ، وكنا نحب أن نذكرهم ، إقراراً بالفضل لذويهم وليشاركنا القراء شكرهم ، ولكنهم رغبوا عن ذلك - فدعو الله سبحانه وتعالى ، وهو أعلم بهم ، أن يجزيهم الجزاء الأوفى ، وما عنده خير وأبقى .

ونحن نشكر كل من قَدَّم لنا عوناً حتى ظهر هذا الكتاب في طبعته ، داعين الله سبحانه وتعالى لهم حسن المثوبة .

ونرجو أن يتابع القراء إبداء ملاحظاتهم كي نفيد منها في طبعات مقبلة إن شاء الله .

وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم . وسبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين .

المؤلف

الدكتور محمد زكي عبد الباق

الدوحة - قطر

رمضان سنة ١٤٠٦هـ .

مايو سنة ١٩٨٦م .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة الطبعة الأولى

الحمد لله يحق الحق ، ويبطل الباطل ، ولو كره المتعتنون . أحمده سبحانه أكمل دين الإسلام ؛ بوجوب متابعتة وهوايته ، ولا يؤمن أحد حتى يكون هواه تبعاً لما جاء به رسول الإسلام ﷺ . وأشكره سبحانه أقسم برب محمد أنه لا يؤمن أحد حتى يُحَكِّمَ المبعوث رحمة للأمة فيما يقع بينهم من الشجار ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ، ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ (النساء : ٦٥) وأشهد أن لا إله معبود بحق سواه ، الذي أنزل الكتاب تبياناً وهدى للناس . وأشهد أن سيدنا ونبينا محمداً ﷺ ، سلك بنا طريق الحق وهدانا إلى الطريق المستقيم ، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه الذين نهجوا منهج الشريعة وحكموا به واتخذوه نبراساً لحياتهم ، وسلم تسليماً كثيراً . وبعد :

فإنه لا ريب أن الشريعة الإسلامية هي المصدر للحكم بالقسطاس بين الناس ، وقد أنزل الله تعالى على عبده ورسوله محمد كتابه ؛ الذي لا يأتيه الباطل ، لا من بين يديه ولا من خلفه ، وأوضح فيه مقاصد الحق وحاجات الخلق ، في عباداتهم ومعاملاتهم ، وأخذهم وعطائهم ، ﴿ ... وَإِنَّهُ لَكِتَابٌ عَزِيزٌ . لَا يَأْتِيهِ الْبَاطِلُ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ وَلَا مِنْ خَلْفِهِ تَنْزِيلٌ مِّنْ حَكِيمٍ حَمِيدٍ ﴾ (فصلت : ٤١ - ٤٢) .

ولم يفرض الله تعالى في هذا الكتاب من شيء يحتاج إليه عباده . غير أن الأمة الإسلامية تهاونت بهذا الأمر ، فعدلوا عن الأحكام الشرعية ، ونصبوا

المحاكم الوضعية ، وكم ناقش الكثير من أهل العلم في ترجيح منصة الحق وإزالة الحادث ، ولكن أبت نفوس أهل الاغترار ، إلا أن تلزم غوايتها وارتباطاتها مع دول وقوانين لا تعلم قيمة الحق الذي أنزل الله على رسول الإسلام ﷺ .

وقدر فحول العلم والدراية في الأمة الإسلامية شرائع دين الله ، واستنتجوا أحكام كتاب الله ، وتعاليم رسول الله ﷺ ، ودونوا الدواوين ، لتنهج الأمة منهج الحق لإقامة شريعة الله .

وكم قد سمعنا بمن يقول بتقنين الشريعة الإسلامية ، وبودنا أن لو اكتفوا بالأصل من الشريعة ، دون أن يستخدم كثير من الخلق القانون الوضعي بدلاً منها ، فإنه برأيي أن منصة الشريعة أعلى وأعلى ، فليس من الإنصاف أن نعقد لها على منصة القانون ، ولكننا إذا رأينا بعض المنصفين ، قد استكملوا تطبيق مواضع الأحكام الفقهية ، وأخذوها من شريعة الإسلام ، فليس هناك مانع من أن ندخل على إخواننا المتمسكين بما هم عليه من التسمية ، فنحل الشريعة وأحكامها على منصة التحكيم في الأقطار الإسلامية محل القوانين الوضعية ، وسوف يرفع الله هذه المنصة إذا التزم القادة والرؤساء التنفيذ لشريعة الإسلام ، وقوانينه .

وقد اطلعت على سفر موجز بعنوان : « تقنين الفقه الإسلامي : المبدأ والمنهج » قام بجمعه وتأليفه أحد إخواننا الأفاضل وهو الأستاذ الدكتور/محمد زكي عبد البر ، وهو رجل يخدم العلم وأهله ، وله صحبة مع الأستاذ الجليل الشيخ / محمد عبد الله دراز رحمه الله ، وله نتاج علمي كبير في هذا الميدان وغيره .

درست الكتاب ، فألفيته يناقش موضوع التقنين في الفقه الإسلامي ، بين الرد و لجواز ، وأورد رأي الأئمة الأربعة في ذلك ، وصرّح بالمجوزين من القدامى والمتأخرين ، وذكر المنهج في أبحاثه من الذاحية الداخلية والخارجية ، وردّ كل ذلك إلى مراجع قيمة ومصادر متعددة ، هي عمدة لأهل العلم والمعرفة في شتى أنواع العلوم .

وبما أن الاطلاع على هذه الدرايات من واجب كل رائد من أهل العلم ، رأيت الاهتمام بنشره ووضعه بين أيدي القراء من المهتمين بالعلم وأمور ، ليكون مرجعاً للرواد عن معرفة جواز ذلك من عدمه ، واستخرت الله في طبعه تعميماً للعلم والفائدة . ونسأل الله تعالى أن يوفق الجميع لنشر العلم ، وأن يستعملنا في طاعته ، وأن يجزل لكل قاصد إلى الخير جزيل الأجر والثواب ، وأن يثيب المؤلف بجهده القيم وكل من ساهم بطبعه ومراجعته وإخراجه عظيم الأجر والمغفرة ، إنه سميع مجيب .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ، سبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين .

خادم العلم

عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَبِي إِسْحَاقَ

مدير عام إدارة إحياء التراث الإسلامي

غرة ربيع الأول ١٤٠٣هـ

١٦ كانون الأول ١٩٨٢م

الدوحة - قطر

سَمِ الْذَّابِخَةُ الْبَحِيرَةُ

تصدير

- ١ -

الشرعية الإسلامية هي شريعتنا . وقد ظلت القانون المطبق ، ولا زالت ، في بعض البلاد إلى حد يختلف من بلد إلى بلد ، منذ دخل الإسلام إليها . والقانون لا يخلق خلقًا ، بل هو نتاج البيئة بما فيها من عوامل كثيرة ، وفيها ينمو ويتطور ، ويتصل حاضره بماضيه ، ومستقبله بحاضره ، فيكون سلسلة متصلة الحلقات في بيئته .

هذا من الناحية العقائدية والتاريخية - أما من الناحية العلمية فقد شهد لها غير أهلها أنها من أرقى النظم القانونية في العالم ، وأنها تصلح دعامة من دعائم القانون المقارن . ولا يعرف في تاريخ القانون نظام قانوني قائم على دعائم ثابتة من المنطق القانوني الدقيق يفوق - في نظر أهلها ، ويضاهي في نظر غيرهم - منطق القانون الروماني إلا الشريعة الإسلامية .

لقد أنصفها كثير من الأجانب ، نذكر منهم الدكتور (إنريكو إنساباتو Enrico Insabato) العالم الإيطالي الكبير حين قال :

« إن الإسلام إذا كان محدودًا غير متغير في شكله ، فهو يتمشى بالرغم من ذلك مع مقتضيات الحاجات الظاهرة ، فهو يستطيع أن يتطور دون أن يتضاءل ، في خلال القرون ، ويبقى محتفظًا بكل ما له من قوة الحياة والمرونة . . . (ولا يجوز) أن تهدم يد الخلافة هذا الهيكل العظيم من العلوم الإسلامية أو أن

تغفله أو أن تمسه بسوء . فهو الذي أعطى للعالم أرسخ الشرائع ثباتاً ، شريعة تفوق في كثير من تفاصيلها الشرائع الأوربية»^(١) .

وفي مصر نصح الأستاذ بيولا كازيلي مستشار الحكومة المصرية حينذاك ، بالأخذ من مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإن هد أكثر اتفاقاً مع روح البلد القانونية^(٢) .

وأشار الأستاذ لامبير الفقيه الفرنسي المعروف في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد في لاهاي سنة ١٩٣٢م إلى التقدير الكبير للشريعة الإسلامية الذي بدأ يسود بين فقهاء أوربا وأمريكا في العصر الحاضر^(٣) .

وإذا كان بعض المستشرقين مثل : شنوك هيرجرونج وجولدزيهر خيل إليهم أن مبادئ الشريعة الإسلامية جامدة لا تتطور ، فذلك راجع إلى أنهم ليسوا من رجال القانون بل من رجال التاريخ ، فهم ينظرون إلى الشريعة الإسلامية نظرة المؤرخ لا نظرة الفقيه ، وإلا فإن رجال القانون ممن درسوا الشريعة الإسلامية يختلفون مع هؤلاء المستشرقين في نظرتهم إلى الشريعة الإسلامية ، ويكفي أن نشير إلى الفقيه الألماني الكبير كوهلر (KOHLE) والأستاذ الإيطالي دلفيكيو (DELVECCIO) عميد كلية الحقوق بروما وإلى العميد الأمريكي ويجمور (VIGMORE) وإلى كثيرين غيرهم من الفقهاء ، فهم يشهدون بما انطوت عليه الشريعة الإسلامية من مرونة وقابلية للتطور ويضعونها إلى جانب القانون

(١) إنساباتو ، الإسلام وسياسة الخلفاء ، ص ١٤٥ - ١٤٦ .

(٢) بيولا كازيلي ، مقال في مجلة مصر العصرية ، سنة ١٩٢١ ، المجلد ١٢ ، ص ١٩٥ .

(٣) راجع مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثانية ، العدد الخامس ، القسم الافرنجي ، ص

٢٩٦ - ٣١٢ وخصوصاً ص ٣٠١ - ٣٠٢ .

الروماني والقانون الانجليزي : إحدى الشرائع الأساسية الثلاث التي سادت
ولا تزال تسود العالم^(١) .

فإذا كان لنا هذا التراث العظيم ، التابع من عقيدتنا الإسلامية ، فكيف
نفرط فيه ؟

ينبغي أن نلجأ إلى الشريعة الإسلامية نستمد من مذهبها الأحكام التي
نطبقها ، ففيها من المبادئ ما يفوق أحدث المبادئ القانونية في العصر
الحاضر ، ولقد ماشت كل الحضارات من الشرق إلى الغرب أجيالاً وأجيالاً ،
وحيثما كانت تحكم المسلمين كانوا أعزّة وسادة ، وحين هجروها صاروا
تابعين لغيرهم .

﴿ ... وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾^(٢) .

- ٢ -

إن الدول العربية تعيش هذه الفترة من الزمان في « يقظة » من مظاهرها
السعي نحو العودة إلى الشريعة الإسلامية التي عاشت في ظلها قوة عزيزة
مرهوبة الجانب ، فلما تركتها لحق بها الضعف والذل والهوان . ويتمثل ذلك
في اللجان المكونة في البلاد العربية والإسلامية لتقنين الشريعة الإسلامية .

(١) انظر : السنهوري ، وجوب تنقيح القانون المدني ، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد ،
السنة السادسة ، العدد الأول ، ص ٣ ما بعدها . وقد أفدنا منه كثيراً وكان جل اعتمادنا - في
بعض المواضع - عليه . رحم الله أستاذنا الجليل وأسكنه فسيح جناته فكل ما نكتب من علمه
وعلم أساتذتنا رحمهم الله .

(٢) المائدة : ٥٠ .

وإسهاماً منا في خدمة البلاد العربية والإسلامية في سيرها نحو العودة إلى
الفقه الإسلامي ، قد قمنا بهذه الدراسة في تقنين الفقه الإسلامي عامة
لما لاحظناه من تنكب السبيل السوي في هذا المضمار .

ولأبد لنا ، ونحن نكتب عن التقنين ، أن نذكر ، إقراراً بالحق والفضل
لذويه ، أستاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري رحمه الله . فهو
الذي - في جيلنا - وجه إليه وبينه ونفذه في مصر والعراق وسورية وليبيا
والكويت . ونحن نترسم خطاه ، ونبني - في الفقه الإسلامي - على أسسه في
القانون ، مراعين طبيعة الفقه الإسلامي واستقلاله وما تقتضيه هذه الطبيعة
وذلك الاستقلال من تغيير أو حذف أو إضافة ، صادرين في ذلك ، علم الله ،
عن نية خالصة لخدمة الشريعة الإسلامية لتكون كلمة الله هي العليا ، مستعينين
بالله . فإن أصبنا فمن توفيق الله ، وإن أخطأنا فمن أنفسنا والله غفور رحيم .

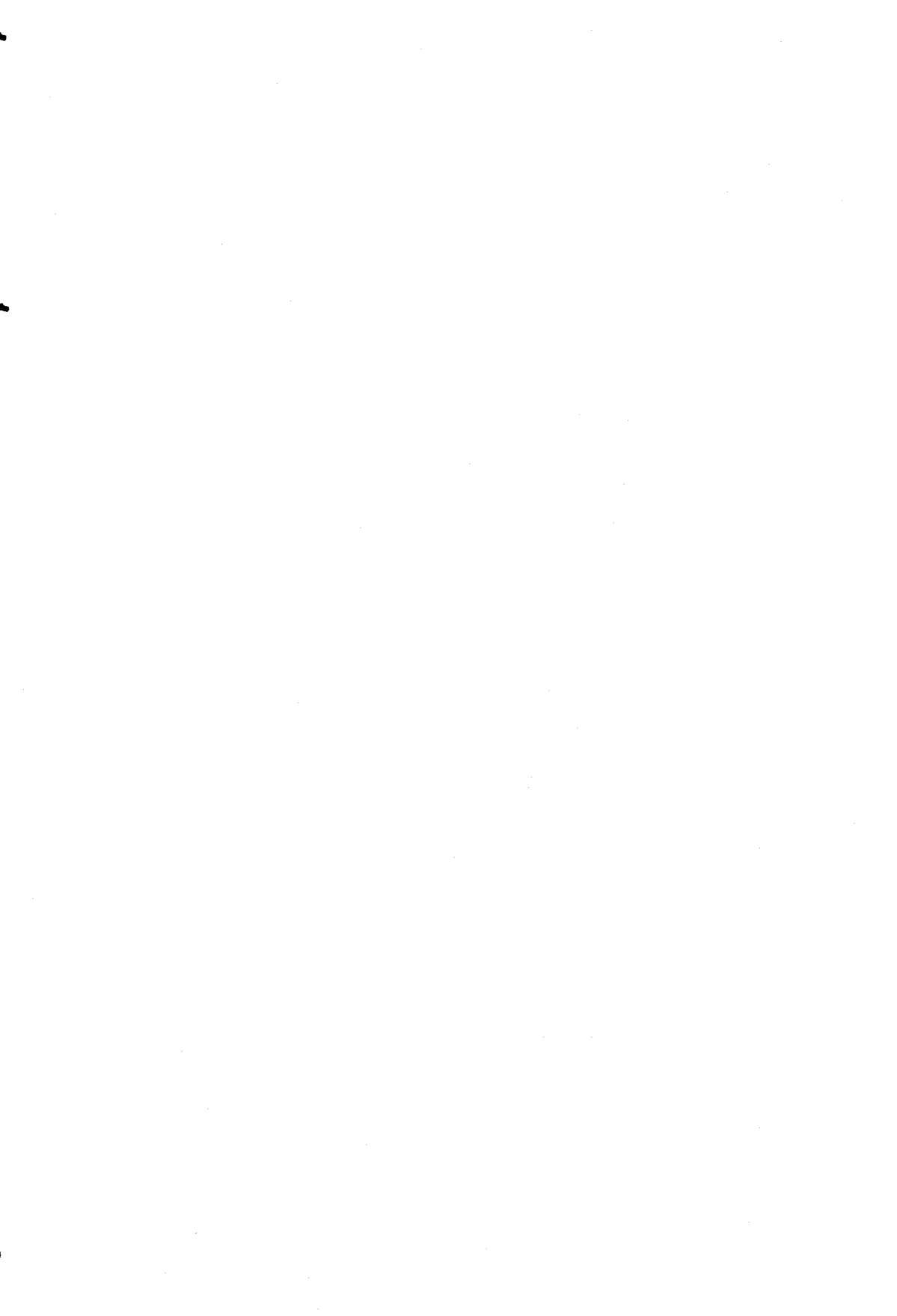
رحم الله أستاذنا الجليل وطيب ثراه وجعل الجنة مثواه .

- ٣ -

نقسم الكتاب ، في هذه الطبعة ، إلى قسمين رئيسيين :

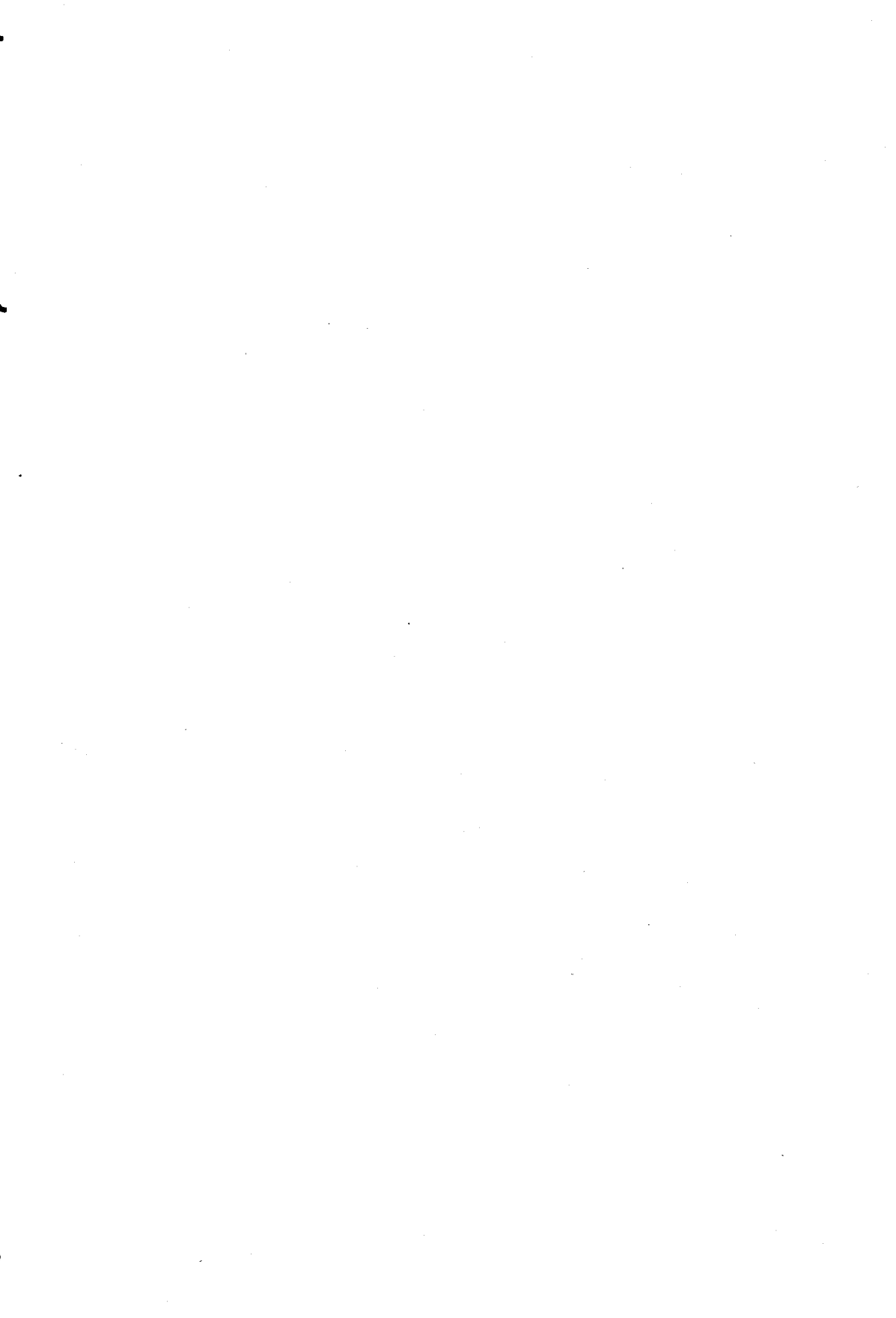
القسم الأول - نتناول فيه « المبدأ والمنهج » .

والقسم الثاني - نتناول فيه « التطبيق » .



القسم الأول

المبدأ والمبتدأ



منهج البحث

نتناول هذا القسم في مقدمة وفصلين وخاتمة .

- أما المقدمة فنتناول فيها : التعريف بالتقنين . ومزاياه وعيوبه . وتاريخه
- وأما الفصل الأول فنعالج فيه : مبدأ تقنين الفقه الإسلامي .
- وأما الفصل الثاني فنعرض فيه : منهج تقنين الفقه الإسلامي .
- والخاتمة نلخص فيها : ما تقدم .

المقدمة

نتناول في هذه المقدمة :

- ١ - التعريف بالتقنين .
 - ٢ - بيان مزاياه وعيوبه .
 - ٣ - لمحة تاريخية عن حركة التقنين .
- ونخصص لكل مبحثاً .

المبحث الأول

التعريف بالتقنين

التقنين Codification عبارة عن جمع القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون - بعد تبويبها وترتيبها وإزالة ما قد يكون بينها من تناقض وفيها من غموض - في مدونة code واحدة ، ثم إصدارها في شكل قانون loi تفرضه الدولة ، عن طريق الهيئة التي تملك سلطة التشريع فيها ، بصرف النظر عما إذا كان مصدر هذه القواعد التشريع أو العرف أو العادة أو القضاء أو غير ذلك من مصادر القانون .

فهو يقوم على :

أولاً - تقسيم القانون بمعناه العام droit ، أي : بصرف النظر عما إذا كان مصدره التشريع أو العرف أو العادة أو القضاء أو غير ذلك ، إلى فروع مثل : القانون المدني ، أي القواعد القانونية الخاصة بالمعاملات المالية (والشخصية بمعناه الكامل) بين الأفراد . والقانون التجاري ، أي القواعد القانونية الخاصة بالمعاملات بين التجار . وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، أي القواعد

القانونية الخاصة بإجراءات التقاضي في المسائل المدنية والتجارية . وقانون العقوبات ، أي القواعد القانونية الخاصة ببيان الجريمة والعقوبة . وقانون الإجراءات الجنائية ، أي القواعد الخاصة بالإجراءات التي تتبع عند ارتكاب جريمة من ضبط وتفتيش وتحقيق ومحاكمة . . . الخ - إلى غير ذلك من فروع القانون .

وثانياً - جمع القواعد القانونية الخاصة بكل فرع وتبويبها وترتيبها والتنسيق بينها برفع ما قد يتبين من تناقض بين بعضها بعضاً ، وإزالة ما قد يكون فيها من تكرار أو غموض وإبهام ، وصياغتها في عبارات موجزة .

وثالثاً - إصدارها في شكل قانون ^{loi} من السلطة التشريعية في الدولة لتطبقها المحاكم ويلتزم بها الكافة من أفراد وهيئات وسلطات .

فالتقنين أو المدونة القانونية أو المجموعة القانونية تشريع كغيره من التشريعات ، ولا يختلف عنها إلا في ضخامته وخطورة شأنه التي تعود إلى أنه ينظم بوجه عام فرعاً من فروع العلاقات القانونية ، وما يقتضيه هذا التنظيم الشامل لهذا الفرع من تجميع القواعد القانونية الخاصة به وتبويبها وترتيبها ورفع التناقض بينها وإزالة الغموض فيها .

المبحث الثاني

مزاياه وعيوبه

(أ) مزاياه

للتقنين مزايا جمّة منها :

١ - سهولة التعرف على الأحكام القانونية بعد جمعها في مدونة واحدة ،

وفي هذا فائدة عظيمة للقضاة والمتقاضين وجميع المشتغلين بالقانون بل وللجمهور ليبنى تصرفه على معرفة بالقانون الذي يحكم معاملاته . وخصوصاً إذا كثرت القواعد القانونية سواء أكان مصدرها الأعراف والعادات أو كان مصدرها التشريع نتيجة لازدياد تدخل الدولة في تنظيم العلاقات لتعقد الحياة وتشعبها مما يحتم على الدولة التدخل في كثير من الأمور التي لم تكن تتدخل فيها فيما مضى ، مما يترتب عليه تعذر الإحاطة بتلك القواعد واحتمال وقوع التعارض بينها . ولا علاج لذلك إلا التقنين .

٢ - توحيد القانون في بلد واحد وذلك بإصدار القواعد القانونية الخاصة بكل فرع من فروع القانون في مدونة تطبق في كل أرجاء الدولة . كما حدث في فرنسا قبل صدور قانون نابليون في أول القرن التاسع عشر ؛ وفي ألمانيا قبل صدور القانون الألماني في أول القرن العشرين ، وذلك ما لا يحصل عن طريق العرف والعادة^(١) كمصدرين للقاعدة القانونية لبطئهما في تكوين القاعدة القانونية ولعدم عموميتهما في الغالب كل أرجاء الدولة ، وما لا يحصل أيضاً عن طريق التشريع في موضوع معين لأنه لا يغطي كل جوانب الحياة الواجب تنظيمها .

٣ - إدخال قانون أجنبي في بلد ما يحسب أنه في حاجة إلى إصلاح ، وذلك بإصدار القواعد القانونية في مجموعة يفرض تطبيقها . وذلك ما لا يتحقق أيضاً عن طريق العرف والعادة ، ولا عن طريق التشريع في موضوعات معينة على

(١) مصادر القاعدة القانونية التشريع والعرف والعادة ، أما القضاء والفقهاء فمصدران تفسيريان (انظر السنهوري وأبوستيت ، أصول القانون ، البند ٦٩ ص ٨٠ وما بعدها) .

ما وضعنا في البند السابق . كما حصل في مصر في أواخر القرن التاسع عشر (مع اعتراضنا على مصدر هذه التقنيات لا على مبدأ التقنين إذ كان يجب أن تستمد هذه التقنيات من الفقه الإسلامي لا أن تنقل عن القانون الفرنسي) إذ كانت الحالة في مصر قبل صدور التقنيات سنة ١٨٧٦ وسنة ١٨٨٣ سيئة ، فلقد كان القضاء فوضى ، والقوانين غير محددة ولا معروفة ، والعدل يوزع في البلاد توزيعاً سيئاً ، فأعقب النظام الفوضى وتنفست البلاد الصعداء إذ شعرت أنها تستقبل عهداً جديداً من الإصلاح ، ولم يكن لأحد أن يطمع في أن تنتقل البلاد طفرة واحدة إلى درجة الكمال في التشريع والقضاء ، وبكفي أن تكون تشريعات ذلك العهد فاتحة لراقي حقيقي كسبته البلاد في تشريعاتها ونظمها القضائية ، فقوانين « الإصلاح » المختلطة والأهلية رغم عيوبها كانت تحسناً ملحوظاً بالنسبة لسيئات الماضي ؛ فقد نشر في « الوقائع المصرية » في عددها الصادر في الثالث من صفر سنة ١٢٩٨هـ (الرابع من يناير سنة ١٨٨١) رقم ١٠٠٣ ما يأتي :

« إصلاح قوانين المجالس المحلية - أقبلت علينا بشائر الإصلاح إذ ورد إلينا من مقام رسمي أن قوانين إصلاح المجالس المحلية قد قرب انتهاؤها ، وأن العمل بموجبها سيشرع فيه عما قريب ، ولا ريب أن هذا يكون من أعظم الإصلاحات التي أسستها هيئة الحكومة الحاضرة ، فإن اختلال القوانين وإجمالها وإبهامها ونقصها مما يؤدي إلى ضياع الحقوق ، وامتداد يد التعدي ، ويوجب تعطيل الأعمال وكثرة الارتباك . فإذا تعينت الحدود وتبينت وجوه الأعمال ووقف كل أحد على ما رسم به القانون ، سارت الأعمال على

الاستقامة ، وقوي الضبط وقل الخلط والخبط خصوصًا إذا انتشرت القوانين وصارت في أيدي العامة والخاصة يتداولونها ويدركون مغزى ما كتب بها ، وقد كان الناس في حرج وضيق صدر من تشتت القوانين واللوائح والتعليمات وعدم وجود قاعدة ثابتة وقانون واحد يقف عليه كل شخص حتى لا يكون لعديم الذمة قدرة على محاولته .

٤ - إلقاء الضوء على الخطوة التالية لتطور القانون إذ أنه بتسجيله المرحلة التي وصل إليها القانون وقت التقنين يبين خطة السير في المرحلة القابلة وبذا ييسر القانون في المستقبل على هدى الماضي فيكون متصل الحلقات واصلًا المستقبل بالحاضر ، والحاضر بالماضي .

٥ - الإعانة على دراسة القانون المقارن ، إذ بعد أن يدون القانون في مجموعة بينة الحدود والمعالم تسهل مقارنته بالقوانين في الدول الأخرى ، وهذه المقارنة تظهر مزايا وعيوب كل قانون . والواقع المشاهد اليوم أن المشرع - في بلد ما - لا يقدم على وضع تشريع إلا بعد أن يراجع نظيره في البلاد الأخرى ، مما يترتب عليه التقارب بين قوانين البلاد المختلفة ولذلك أثره الحميد بين بني البشر .

(ب) عيوبه

نسب إلى التقنين ما يتلخص في عيين هما : الجمود والنقص . وسيتبين أنهما عيان موهومان . ونعرض فيما يلي باختصار هذين العيين :

١ - الجمود :

قدمنا أن التقنين تشريع كغيره من التشريعات ولكنه يمتاز عليها بالضخامة والأهمية ، وبما يبذل فيه نتيجة ذلك من جهد ، وبما يوضع فيه من فن مما يكسبه شيئاً من الهيبة والتقدير بل ما يقرب من التقديس . يضاف إلى ذلك ما تجنيه الروابط القانونية من فائدة كبيرة نتيجة تركيز قواعد القانون في مواد موجزة سهلة التداول بدلاً من القواعد القديمة المبعثرة والأحكام المتضاربة . هذا إلى أنه قد يوجد لدى الفقهاء الاعتقاد بأن « التقنين » أصبح المصدر الوحيد للقواعد القانونية وأنه كالكتاب المقدس قد أحاط بكل شيء علماً وأتى بالحلول لكل مشكلات الحياة مما يستتبع أن يكون تفسيرهم للنصوص تفسيراً لفظياً ، وأن تكون مهمتهم هي الكشف عن نية واضعيه^(١) - كل ذلك قد يؤدي إلى جمود القانون وعدم مسابرة لما يحدث في المجتمع من تطور ، وهو أمر يتنافى مع وظيفة القانون التي تقتضي أن يتطور مع ما يجد من ظروف المجتمع .

ولكن سرعان ما تبين أن هذا الانتقاد مبالغ فيه ، وأن القانون يظل محتفظاً بمرونته في ظل التقنين فضلاً عما يتمتع به التقنين من مزايا . وقد ترتب على ذلك أنه لم يعد أحد يعتبر هذا العيب .

وزيادة في البيان نقول :

لما صدرت التقنينات الفرنسية عقب الثورة الفرنسية (بين سنة ١٨٠٤ وسنة ١٨١٠) قوبلت بالتقدير العظيم وحظيت بدرجة عالية من الشهرة مما أغرى

(١) في هذا إشارة إلى مدرسة الشرح على المتون التي تجعل القانون محصوراً في « النصوص التشريعية » دون غيرها . وقد دالت دولة هذه المدرسة (انظر الهامش التالي) .

الدول الأخرى أن تحذو حذو فرنسا في هذا المضمار ، فقام في ألمانيا الفقيه الكبير Thibaut يدعو إلى تقنين القانون الألماني على نهج التقنين الفرنسي بعد ما رآه من فلاح التجربة الفرنسية ، فتصدى له الفقيه الألماني الكبير سافيني Savigny معارضاً التقنين داعياً مواطنيه إلى نبذ هذه الفكرة لما يترتب على التقنين من مضار في رسالة مشهورة نشرت سنة ١٨١٤ كشفت عن مذهب جديد في طبيعة القانون هو « مذهب التطور الطبيعي » ، ويقضي هذا المذهب بترك قواعد القانون حرة طليقة من كل قيد تتطور حسب حاجة المعاملات وبعدم صبها في قوالب جامدة من النصوص تحبسها عن الحركة والتطور وتفقدوها مرونتها وتطبعها بطابع الجمود . ولكن الواقع أخلف ظن سافيني هذا ، إذ تبين أن الخوف من جمود القانون لم يكن له ما يبرره وخصوصاً بعد ما أدت الضرورات العملية إلى زوال فكرة تقديس النصوص ، وأدرك الفقه الفرنسي أن اعتناقه لنظرية مدرسة الشرح على المتون^(١) قد أبعده عن الحياة الواقعية وأنه لابد من التعاون مع القضاء والاعتراف بمصادر أخرى للقانون غير النصوص ، وتفسير النصوص على هدى الظروف والحاجات العملية ، ودعوة المشرع إلى التدخل كلما دعت الحاجة إلى ذلك . وبذلك يستطيع التقنين أن يحتفظ بمرونته وبقدرته على التطور وفقاً لحاجات المجتمع . وفعلاً قن القانون

(١) مدرسة الشرح على المتون مذهب فرنسي يجعل المصدر الرسمي الوحيد للقانون هو التشريع وحده دون غيره من المصادر الأخرى كالعرف والعادة . وأصحاب هذا المذهب يعتقدون أن النصوص التشريعية قد حوت كل القواعد القانونية ولم تفرط فيها من شيء (انظر السهوري وأبوسيتيت ، أصول القانون ، البنود ٢٤ - ٢٨ ص ٣٧ - ٤١) . والواقع أن هناك مصادر أخرى للقانون غير التشريع هي العرف والدين والقانون الطبيعي وقواعد العدالة والفقه والقضاء (السهوري وآخر ، المرجع السابق ، البند ٦٩ ص ٨٠) .

الألماني ولكن بعد ما يقرب من قرن من الزمان من معارضة سافيني وصدر سنة ١٩٠٠ ولم يترتب عليه ما خشي وحذر منه سافيني في رسالته تلك التي نشرها سنة ١٨١٤ م .

٢ - النقص :

أما العيب الثاني الذي رموا به التقنين فهو « النقص » أو « القصور » وذلك يتمثل في وجهين :

- خلو المدونات من التعريف بالألفاظ التي وردت فيه وترك ذلك للفقهاء والقضاء مع خطورة النتائج التي تترتب على الاختلاف في تعريفها ، كألفاظ الغلط والتدليس والغرر وحسن النية وسوء النية . . . الخ .

- قصور التقنين عن استيعاب كل الأحكام القانونية . وبعبارة أخرى عدم شمول التقنين للأحكام القانونية .

ويلاحظ على هذا العيب (النقص) بادية ذي بدء أنه لا يتصل بطبيعة التقنين وإنما بمنهجه إذ من الممكن إيراد تعريف للألفاظ المستعملة في التقنين وهو ما فعلته فعلاً بعض التقنينات كالمجلة . ومن الممكن محاولة استقصاء كل الأحكام . ولكن هذا العيب ، مع ذلك ، مردود حتى من ناحية المنهج بما يأتي :

. أما الوجه الأول وهو خلو التقنين من التعريفات فهو فضيلة تحسب للتقنين لا عليه ، ذلك لأن التعريفات مسألة علمية فينبغي أن تترك للفقهاء والقضاء يذهبان فيها المذهب المناسب لمقتضى الحال المتغير بتغير الظروف .

. وأما عدم استيعاب التقنين لكل الأحكام فهو ما تقضي به الحكمة ،
إذ ينبغي أن يقتصر التقنين على القواعد العامة وأن تترك التفاصيل للقضاء .
وعلى القضاء أن يكمل ما في التقنين من نقص وفقاً لما تقتضيه الضرورات
العملية وتستوجه العدالة .

وهذا النقص المزعوم يهوى الرد على العيب الأول الذي وجه إلى التقنين
وهو الجمود ، ذلك أنه نتيجة عدم الإحاطة بكل الجزئيات أمكن تحت ستار
التفسير التوسع في فهم النصوص لإدخال الحاجات الجديدة تحتها ، وبذلك
يبقى للتقنين مرونته مهما تقادم عليه العهد .

وهذا ما نجده فعلاً في فرنسا إذ أن التقنين الفرنسي وضع سنة ١٨٠٤ ثم
جدت معاملات وواقعات لم تكن يوم وضعه ومع ذلك أمكن باسم التفسير مد
نصوصه حتى شملت ما جد من معاملات وواقعات ، وفي ذلك يقول الفقيه
الكبير سالي Saleilles عن تقنين نابليون بمناسبة مرور مائة عام عليه :
« المجموعة المدنية تطورت ، فقد بقيت النصوص على حالها ولكن
الذي تغير هو محتواها ، ففي أوعية ظن أنها قديمة جرى (رحيق)
جديد ، وقد كفت قوته المتجددة لأن تعيد إلى الوعاء نضارة
الشباب » (١) .

وقد خفت الأصوات المعارضة للتقنين بل تلاشت إذ لم يعد أحد يدعو
إلى مناهضته (إلا في بعض الدول العربية) بل اتجهت الدعوة إلى
الإجادة في صناعته ثم مراجعته بين حين وحين واستبدال غيره به يكون

(١) انظر : السنهوري ، المرجع السابق .

أوفى بالحاجة التي جدت وأقدر على متابعة التطور في المعاملات .

المبحث الثالث

حركة التقنين^(١)

ليس التقنين ، كما قد يظن لأول وهلة ، حديث المولد ، بل إنه قديم عرفته الشرائع القديمة قبل الشرائع الحديثة مما نراه مفصلاً في كتب تاريخ القانون^(٢) . ونكتفي هنا بسلسلة متصلة الحلقات منذ القديم إلى اليوم ، وهي القانون الروماني في القديم والقانون الفرنسي في الحديث ، مع العلم بأن الأخير قام على الأول فهو امتداد له .

(أ) القانون الروماني :

قن القانون الروماني مرتين :

الأولى – عند نهاية المرحلة الأولى من تاريخه فيما يسمى « الألواح الاثني عشرة » (٥٤١ قبل الميلاد) .

والأخرى – عند نهاية المرحلة الأخيرة من نموه في القرن السادس الميلادي فيما يسمى « تقنينات جستنيان » .

والتقنين الأخير هو أهم تقنين وقع في القديم ، وكانت مصادر القانون الروماني قد تعددت بحيث أصبح من العسير معرفة حكم القانون الذي يطبق .

(١) انظر : السنهوري ، من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي وحركة التقنين المدني في

العصور الحديثة ، مجلة القضاء ، بغداد ، سنة ١٩٣٦ م ، ص ٥ - ٦٥ ، ففيه مزيد من البيان .

(٢) من التقنينات القديمة - في الشرق : قانون حمورابي في بابل (١٧٢٨ - ١٦٨٦ ق . م) وقانون =

فلما جاء الإمبراطور جستنيان رأى أن يجمع كل القواعد القانونية المبعثرة في مختلف المصادر وأن يستبعد ما بينها من تناقض وأن يضمها في كتاب واحد ، فكوّن لجنة قامت بهذا العمل وأصدره متوجّهاً باسمه ومخلداً لذكراه ليكون « قانون الرومان Corpus Juris Civile » . وقد صدر هذا القانون على نحو من الإيجاز والانسجام والوضوح بحيث استحق أن ينتشر وأن يكون أصلاً لكل القوانين الأوربية وغيرها .

(ب) القانون الفرنسي :

القديم :

بدأت حركة التقنين في فرنسا في عهد الملك شارل السابع في أواسط القرن الخامس عشر ، بقصد توحيد فرنسا من الناحية القانونية ، واستمرت هذه الحركة في عهد لويس الرابع عشر ولويس الخامس عشر تحت تأثير كليبر Colbert وداجسو Dagesseau وصدرت عدة قوانين في شكل أوامر ملكية . ولما قامت الثورة الفرنسية كان في فرنسا قانون لتحقيق الجنايات صدر سنة ١٦٧٠ وآخر للتجارة صدر سنة ١٦٧٣ وثالث للهبات صدر سنة ١٧٣١ وكان ذلك خطوة نحو التقنين .

= مانو في الهند (١٢٨٠ ق . م) وقانون بوكخوريس في مصر (٧١٨ - ٧١٢ ق . م) . وفي الغرب : في أثينا قانون دراكون (حوالي ٦٢١ ق . م) وقانون صولون (حوالي ٥٩٤ ق . م) . وفي روما قانون الألواح الإثني عشرة (٥٤١ ق م) .
(راجع : صوفي أبوطالب ، مبادئ تاريخ القانون ، دار النهضة العربية سنة ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧ م . ص ١٤٧ - ١٦٥) .

الحديث :

عقب الثورة الفرنسية اتجهت النية إلى جمع شتات الأحكام القانونية وتعميم تطبيقها في كل أنحاء الجمهورية الفرنسية حتى يكون القانون واحداً في سائر أقاليم الدولة فقدم إلى الجمعية الوطنية مشروع وتلاه عدة مشروعات أخرى كان مآلها الفشل .

وفي سنة ١٨٠٠ كَوّن نابليون لجنة من أربعة من العلماء الفرنسيين هم : Malville, Portalis, Bigot du Preameneu, Pronchet لتحضير مجموعة القانون المدني . وقد أبدى نابليون عناية فائقة بإتمام هذا المشروع ، وبفضل إصراره نجح المشروع وصدرت المجموعة المدنية سنة ١٨٠٤ باسم « تقنين نابليون Code Napolion » فكان ذلك بدء عهد جديد للتقنين في فرنسا .

وقد عمل واضعو هذه المجموعة على التوفيق بين القوانين التي كانت سائدة في عهد الملكية وبين الأفكار والمبادئ التي جاءت بها الثورة ، فوصلوا الحاضر بالماضي . وكان لتأخر صدورها خمسة عشر عاماً على بدء الثورة فائدة عظيمة إذ كانت النفوس قد هدأت والأمور استقرت إلى حد ما ، فجاء التقنين خالياً من النزعات الثورية العنيفة . وقد مر على هذا التقنين قرابة قرنين من الزمان دون إدخال تعديل عليه إلا تعديلات طفيفة اقتضاها تغير الظروف ، ذلك أن القضاء والفقهاء عملاً دائماً ، تحت ستار التفسير ، على تطوره بحيث يساير ما طرأ على المجتمع من تغيرات اجتماعية واقتصادية . . . الخ . وقد كونت لمراجعته لجنة بمرسوم صدر في يونيه سنة ١٩٤٥ برئاسة عميد كلية الحقوق بجامعة باريس الأستاذ جوليو دي لامورانديير .

وصدر بعد التقنين المدني تقنينات أخرى فصدر تقنين المرافعات سنة

١٨٠٦ والتقنين التجاري والبحري سنة ١٨٠٧ وتقنين الإجراءات الجنائية سنة ١٨٠٩ والتقنين الجنائي سنة ١٨١٠ .

وفي العهد الأخير صدرت تقنينات في فروع أخرى للقانون الفرنسي ،
منها : تقنين العمل والتقنين الزراعي .
أثر تقنينات نابليون :

كان لتقنينات نابليون أثر السحر في البلاد الأخرى إذ وجد المشرعون فيها قانوناً سهل العبارة موجزها ، واضح المعنى ، خالياً من التناقض ، ومحققاً للوحدة القانونية في كل أرجاء فرنسا ، فנסجوا على منوالها بحيث يمكن القول بأن القرن التاسع عشر كان مبدأ عصر التقنين .

ففي الغرب صدر التقنين النمساوي سنة ١٨١٢ والتقنين الإيطالي سنة ١٨٦٥ والتقنين السويسري سنة ١٨٨١ والتقنين الألماني سنة ١٩٠٠ وتقنين الالتزامات السويسري سنة ١٩١٢ وكذلك فعلت هولندا ورومانيا وأسبانيا والبرتغال وتونس ومراكش والولايات الجنوبية من كندا وكثير من الدول الأمريكية الجنوبية نقلاً عن التقنين الفرنسي . وأعيد النظر في التقنين النمساوي في أول سني الحرب العالمية الأولى سنة ١٩١٤ - ١٩١٦ وكذلك التقنين البرازيلي سنة ١٩١٦ وتقنين السوفييت سنة ١٩٢٣ .

حتى القانون الإنجليزي ، وهو يستعصي عادة على التقنين ، لأن مصدره الرئيس هو القضاء ، والقضاء لا يقنن ، لأنه في تطور مستمر ، ويقوم مقام التقنين بالنسبة إليه تجميع الأحكام والسوابق القضائية وترتيبها وتبويبها . هذا القانون قد قنن في بعض نواحيه فصدرت القوانين الخاصة ببيع البضائع

وبالأوراق المالية وبالشركات . وهناك محاولات لبعض علماء الإنجليز لتجميع القانون ، ومن أمثلة ذلك : كتاب ستيفن Stephen في قانون العقوبات ، وكتاب دايسي Dicey في القانون الدولي الخاص . وهي وإن لم تكن تقنيات رسمية ، إلا أنها تمثل اتجاهاً نحو التقنين .

وفي الشرق صدر التقنين الجنائي الهندي سنة ١٨٦٠ والتقنين العثماني (المجلة من الفقه الإسلامي) سنة ١٨٦٩ والتقنيات المصرية سنة ١٨٧٥ و ١٨٨١ والتقنين الجنائي السوداني سنة ١٨٩١ والتقنين الصيني في سنتي ١٩٢٩ و ١٩٣٠ والتقنين اللبناني سنة ١٩٣٢ والتقنين الياباني والتقنين العراقي في العقوبات وفي المرافعات الجزائية .

وقد أعيد النظر في كثير من هذه التقنيات وعدلت بما يتفق وما جد من معاملات وظروف . كما حدث بالنسبة إلى التقنيات المصرية .

هذا إلى مشروعات تقنيات كثيرة أهمها المشروع الفرنسي الإيطالي والمشروع البولوني والمشروع التشيكوسلوفاكي^(١) .

(١) انظر : السهوري ، المقال المشار إليه فيما سبق .

الفصل الأول

المبدأ

هل يجوز تقنين الفقه الإسلامي ؟

تمهيد

مما تقدم في تعريف التقنين يتبين أنه يقوم على عنصرين :

أولهما - صياغة الحكم القانوني (الشرعي) في عبارة موجزة واضحة .

والآخر - إلزام القاضي بالقضاء وفقاً لهذا الحكم ، ولو كان مخالفاً لرأيه

هو .

أما العنصر الأول فستكلم عليه في الفصل الثاني « المنهج » المخصص

لبيان منهج التقنين . وتكلم هنا على العنصر الثاني وهو عنصر « الإلزام » .

ويتمثل العنصر الثاني - موضوع هذا الفصل - في السؤال التالي : هل يجوز

لولي الأمر أن يلزم القاضي بالقضاء بالحكم الفقهي الذي يفرضه ولو كان

مخالفاً لرأيه هو ؟

إن هذه المسألة لا تثير صعوبة في القانون الوضعي حيث القانون كله من

صنع بشر من الناس ، فيستوي هذا الحكم أو ذاك ، لأن الكل من صنعه هو (١)

أما بالنسبة إلى الشريعة الإسلامية فالشارع هو الله سبحانه وتعالى ، وقد اختلف

في أحكامه سبحانه وتعالى مذاهب وآراء ، وقد أمر الله سبحانه وتعالى أن

يُقضى بين الناس بالحق ، فالقاضي ملزم شرعاً بأن يحكم ، بما يؤدي إليه

اجتهاده من الحق ، فذلك وسعه - فهل يجوز إلزام القاضي المسلم الذي

(١) راجع فيما تقدم اختلاف رجال القانون في مبدأ التقنين ، ص ٢٧ وما بعدها .

يحكم بالشرعية الإسلامية بأن يحكم بما يرد في التقنين ولو كان مخالفاً لرأيه ؟
الأصل كما تقدم هو أن يجتهد القاضي ، فيما يعرض عليه من منازعات ، في
معرفة الحكم الشرعي ، ويحكم بما يؤدي إليه اجتهاده ، فإن لم يكن القاضي
من أهل الاجتهاد ، فإنه يحكم بالراجح في المذهب الذي يتبعه على تفصيل
تورده الكتب الفقهية . ولكن هل يجوز لولي الأمر إلزامه بالحكم برأي معين
ولو كان خلاف رأي القاضي ؟

اختلف في ذلك وفيما يلي بيان :

١ - الفقه في هذه المسألة .

٢ - ما جرى عليه العمل .

٣ - رأينا .

ونخصر لكل مبحثاً على حدة .

المبحث الأول

الفقه

اختلف الفقهاء :

فذهب رأي إلى أنه لا يجوز لولي الأمر أن يلزم القاضي بالحكم برأي
معين ، وهو الرأي الغالب ، إذ ذهب إليه غالبية الفقهاء .
وذهب رأي إلى أنه يجوز له ذلك .
ونعرض فيما يلي الرأيين : كلاً على حدة .

(أ) الرأي القائل بعدم الجواز

ذهبت غالبية الفقهاء إلى القول بأنه لا يجوز لولي الأمر أن يلزم القاضي

بالحكم برأي معين .

وحجة هذا الرأي أن القاضي أمر بأن يحكم بالحق ، وهو ما يراه محققاً للعدل - قال تعالى : ﴿ فاحكم بين الناس بالحق ﴾^(١) والحق لا يتعين في مذهب بعينه ، وقد يظهر الحق في غير ذلك المذهب .

وفيما يلي بعض النصوص الفقهية بذلك :

المالكية :

قال ابن فرحون في تبصرة الحكام^(٢) :

« فصل - قال الشيخ أبو بكر الطرطوشي في مقدمة كتابه المسمى : تعليقة الخلاف في القاضي يوليه الإمام القضاء ويشترط عليه ألا يحكم إلا بمذهب إمام معين مثل أن يكون مالكيًا أو شافعيًا أو حنفيًا أو حنبليًا فيقول له : قد وليتك القضاء على أن لا تحكم إلا بمذهب مالك مثلاً وسواء وافق مذهب السلطان الذي ولّاه أو لا - فهذا على ضربين :

أحدهما - أن يشترط ذلك عمومًا في جميع الأحكام - فالعقد باطل والشرط باطل ، سواء قارن الشرط عقد الولاية أو تقدمه ثم وقع العقد .

وقال أهل العراق : تصح الولاية ويبطل الشرط .

دلينا أن هذا الشرط ينافي مقتضى العقد ، فإن العقد يقتضي أن يحكم بالحق عنده ، وهذا الشرط قد حججه عليه واقتضى أن يحكم بمذهب إمامه وإن بان له الحق في سواه .

(١) ص : ٢٦ .

(٢) ج ١ : ص ٢٢ - ٢٣ .

والضرب الثاني - أن يكون الشرط خاصاً في حكم بعينه . ولا يخلو الشرط أن يكون أمراً أو نهياً :

- فإن كان أمراً مثل أن يقول : وليتك على أن تقيد من الحر بالعبد ومن المسلم بالكافر . قال ابن أبي جمرة : أو يشترط عليه أن يقتص في القتل بغير الحديد وما يشاكل هذا - فإنه يفسد العقد والشرط .

- وإن كان نهياً فهو على ضربين :

أحدهما - أن ينهاه عن الحكم في قتل المسلم بالكافر والحر بالعبد ولا يقضي فيه بوجوب قود ولا بإسقاطه - فهو جائز ، لأنه اقتصر بولايته على ما عداه وأخرجه من نظره .

الثاني - أن لا ينهاه عن الحكم فيه ، وينهاه عن القضاء في القصاص ، فيصح العقد ويخرج المستثنى من ولايته ، فلا يحكم فيه بشيء .
ومن الفقهاء من يقول : تثبت ولايته عموماً ويحكم فيه بما نهاه عنه بمقتضى اجتهاده .

كل هذا إذا كان شرطاً في الولاية . فأما لو أخرجه مخرج الأمر والنهي فقال : قد وليتك القضاء فاحكم بمذهب مالك ولا تحكم بمذهب أبي حنيفة ، فالولاية والشرط باطل ، سواء تضمن أمراً أو نهياً ، ويجب أن يحكم بما أداه إليه اجتهاده سواء وافق شرطه أو خالفه .

فأما لو ذكره بالأمر فقال : قد وليتك لتحكم بمذهب مالك مثلاً : فحكي الماوردي من الشافعية أن الولاية صحيحة والشرط باطل .

واعلم أن جميع ما ذكره من التقليدات لا يجوز للإمام اشتراطها عليه ،
وتكون قاذحة في الولاية ، لأنه اشترط ما لا يجوز . قال ابن أبي جمرة في إقليد
التقليد : ومن كان لا يقضي إلا بما أمره به من ولاء فليس بقاض على الحقيقة
وإنما هو بصفة خادم رسالة ولا يحل له القضاء في غير ما أمره به إلا بعد أن
يستطلع ما عند الذي ولاء في ذلك .

تنبيه - كلام الشيخ أبي بكر في القاضي المجتهد ولم يتعرض للقاضي
المقلد كما في زماننا وسيأتي الكلام على ذلك في الركن الثاني من أركان
القضاء » .

وفي الركن الثاني من أركان القضاء الذي أشار إليه ابن فرحون قال (أي
ابن فرحون في تبصرة الحكام) (١) :

« الركن الثاني - من أركان القضاء ، وهو المقضي به :

وهو الحكم من كتاب الله تعالى . فإن لم يجد فبسنة نبيه محمد
رسول الله ﷺ التي صحبها العمل . فإذا كان خبراً صحبت غيره الأعمال قضى .
بما صحبته الأعمال وهذا معلوم من أصل مالك رحمه الله إذ العمل مقدم على
خبر الأحاد . وكذلك القياس عنده مقدم على أخبار الأحاد على ما ذهب إليه
أبو بكر الأبهري .

فإن لم يجد في السنة شيئاً نظر في أقوال الصحابة فقضى بما اتفقوا عليه .
فإن اختلفوا قضى بما صحبته الأعمال من ذلك . فإن لم يصح عنده أيضاً أن
العمل اتصل بقول بعضهم تخير من أقوالهم ولا يخالفهم جميعاً . وقد قيل :

(١) ١ - ص ٥٦ وما بعدها .

له أن يجتهد وإن خالفهم جميعاً .

وكذلك الحكم في إجماع التابعين بعد الصحابة رضي الله عنهم ، وفي كل إجماع ينعقد في كل عصر من الأعصار إلى يوم القيامة .

فإن لم يجد في النازلة إجماعاً قضى بما يؤدي إليه النظر والاجتهاد في القياس على الأصول بعد مشورة أهل العلم ، فإن اجتمعوا على شيء أخذ به . وإن اختلفوا نظر إلى أحسن أقوالهم عنده . وإن رأى خلاف رأيهم قضى بما رأى إذا كان نظيراً لهم . وإن لم يكن من نظرائهم ليس له ذلك .

قال ابن حبيب : وهو قول فيه اعتراض . والصحيح أنه إذا كان من أهل الاجتهاد فله أن يقضي بما رأى وإن كانوا أعلم منه ، لأن التقليد لا يصح للمجتهد فيما يرى خلافه بإجماع ، وإنما يصح له التقليد ما لم يتبين له في النازلة حكم . وهذا على مذهب من يرى التقليد ويقول به .

واختلفوا : هل للمجتهد أن يترك النظر والاجتهاد ويقلد من قد نظر واجتهد أم لا ؟ والمجتهد من يعرف من القرآن والسنة ما يتعلق به الأحكام وخاصة وعامه ومجمله ومبينه وناسخه ومنسوخه ، ومتواتر السنة وغيره والمتصل والمرسل ، وحال الرواة قوة وضعفاً ، ولسان العرب لغة ونحواً ، وأقوال العلماء من الصحابة فمن بعدهم إجماعاً واختلافاً ، والقياس بأنواعه - على ثلاثة أقوال : أحدها - أن ذلك له . والثاني - أن ذلك ليس له . والثالث - أن ذلك ليس له إلا أن يخاف فوات النازلة .

فصل - وأما إن لم يكن القاضي من أهل الاجتهاد ففرضه المشورة والتقليد . فإن اختلف عليه العلماء قضى بقول أعلمهم . وقيل : بقول أكثرهم ، على ما وقع في المدونة في الحكاية عن الفقهاء السبعة . والأول أصح . وقيل : إن

له أن يحكم بقول من شاء منهم إذا تحرى الصواب بذلك ولم يقصد الهوى .
وله أن يكتفي بمشورة واحد من العلماء فإن فعل ذلك فالاختيار أن يشاور
أعلمهم . فإن شاور من دونه في العلم وأخذ بقوله فذلك جائز إذا كان من أهل
النظر والاجتهاد وقد تقدم من كلام القاضي أبي بكر أن المقلد يقضي بفتوى
مقلده في عين النازلة فإن قاس على قوله فهو متعد .

وقال الشيخ أبو بكر الطرطوشي : أخبرني القاضي أبو الوليد الباجي أن
الولاية كانوا بقرطبة إذا ولوا رجلاً القضاء شرطوا عليه في سجله أن لا يخرج عن
قول ابن القاسم ما وجدته . قال الشيخ أبو بكر : وهذا جهل عظيم منهم . يريد
لأن الحق ليس في شيء معين . وإنما قال الشيخ أبو بكر هذا لوجود
المجتهدين وأهل النظر في قضاة ذلك الزمان فتكلم على أهل زمانه وكان
معاصراً للإمام أبي عمر بن عبد البر ، والقاضي أبي الوليد الباجي ، والقاضي
أبي الوليد بن رشد ، والقاضي أبي بكر بن العربي ، والقاضي أبي الفضل
عياض ، والقاضي أبي محمد بن عطية صاحب التفسير ، وغير هؤلاء من
نظرائهم ، وقد عدم هذا النمط في زماننا من المشرق والمغرب . وهذا الذي
ذكره الباجي عن ولاية قرطبة ورد نحوه عن سحنون وذلك أنه ولي رجلاً القضاء
وكان الرجل ممن سمع بعض كلام أهل العراق فشرط عليه سحنون أن لا يقضي
إلا بقول أهل المدينة ولا يتعدى ذلك . قال ابن راشد : وهذا يؤيد ما ذكره
الباجي ويؤيد ما قاله الشيخ أبو بكر فكيف يقول ذلك والمالكية إذا تحاكموا إليه
فإنما يأتونه ليحكم بينهم بمذهب مالك . وقد تقدم في فصل التحكيم عن
الللخمي أن المحكم إذا كان مجتهداً والخصام بين مالكيين فإن لم يخرج
باجتهاده عن مذهب مالك نفذ حكمه . وإن خرج عن ذلك لم يلزم حكمه

بينهما . فانظر تمام ذلك هناك . وذكر المازري نحو ذلك^(١) .

مسألة - وإذا لم يوجد مجتهد وولّى الإمام مقلداً - فقال ابن الحاجب : يلزمه

المصير إلى قول مقلد . وقيل : لا يلزمه . وقيل : لا يجوز إلا باجتهاده .

فالقول الأول هو الصحيح .

والقول الثاني يريد به إذا كان المقلد ممن له فقه نفس وقدرة على الترجيح

بين أقاويل أهل مذهبه ، ويعلم منها ما هو أجرى على أصل إمامه مما ليس

كذلك . وأما إن لم يكن بهذه المرتبة فيلزمه المصير إلى المشهور . قال ابن

عبد السلام : ومن لم يكن بهذه المرتبة فيظهر من كلام الشيوخ اختلاف

بينهم : هل يجوز توليته القضاء أو لا ؟

وأما القول الثالث وهو قوله : وقيل لا يجوز إلا باجتهاده - فقال

ابن عبد السلام معناه أنه لا تجوز تولية المقلد ألبتة ، ويرى هذا القائل أن رتبة

الاجتهاد مقدور على تحصيلها وهي شرط في الفتيا والقضاء . . . الخ » .

(١) قال ابن فرحون في «الفصل الثامن : في التحكيم» من التبصرة (١ : ٥٦) .

« مسألة - إذا حكم المحكم فليس لأحد أن ينقض حكمه ، وإن خالف مذهبه ، إلا أن يكون

جوراً بيئاً لم يختلف فيه أهل العلم .

مسألة - قال اللخمي : إنما يجوز التحكيم إذا كان المحكم عدلاً من أهل الاجتهاد أو عامياً

واسترشد العلماء . فإن حكم ولم يسترشد رد ، وإن وافق قول قائل لأن ذلك تخاطر منها وغرر .

وقال المازري : لا يحكم إلا من يصح أن يولى القضاء . قال وإذا كان المحكم من أهل

الاجتهاد مالكيًا ولم يخرج باجتهاده عن مذهب مالك لزم حكمه ، وإن خرج عن ذلك لم يلزم إذا

كان الخصام بين مالكيين لأنها لم يحكمها على أن يخرج عن قول مالك وأصحابه . وكذلك إن كانا

شافعيين أو حنفيين وحكمها على مثل ذلك لم يلزم حكمه إن حكم بينهما بغير ذلك » .

قال الماوردي في الأحكام السلطانية^(١) :

« فصل - ويجوز لمن اعتقد مذهب الشافعي رحمه الله أن يقلد القضاء من اعتقد مذهب أبي حنيفة ، لأن للقاضي أن يجتهد برأيه في قضائه ولا يلزمه أن يقلد في النوازل والأحكام من اعتزى إلى مذهبه . فإذا كان شافعيًا لم يلزمه المصير في أحكامه إلى أقاويل الشافعي حتى يؤديه اجتهاده إليها . فإن أداه اجتهاده إلى الأخذ بقول أبي حنيفة عمل عليه وأخذ به . وقد منع بعض الفقهاء من اعتزى إلى مذهب أن يحكم بغيره ، فمنع الشافعي أن يحكم بقول أبي حنيفة ، ومنع الحنفي أن يحكم بمذهب الشافعي إذا أداه اجتهاده إليه ، لما يتوجه إليه من التهمة والممايلة في القضايا والأحكام . وإذا حكم بمذهب لا يتعداه كان أنفى للتهمة وأرضى للخصوم . وهذا ، وإن كانت السياسة تقتضيه ، فأحكام الشرع لا توجهه ، لأن التقليد فيها محظور والاجتهاد فيها مستحق . وإذا نفذ قضاؤه بحكم وتجدد مثله من بعد ، أعاد الاجتهاد فيه وقضى بما أداه اجتهاده إليه وإن خالف ما تقدم من حكمه ، فإن عمر رضي الله عنه قضى في المشركة بالتشريك في عام وترك التشريك في غيره فقبل له : ما هكذا حكمت في العام الماضي ، فقال : تلك على ما قضينا وهذه على ما نقضي^(٢) .

فلو شرط المولي وهو حنفي أو شافعي على من ولاه القضاء أن لا يحكم إلا بمذهب الشافعي أو أبي حنيفة فهذا على ضربين :

(١) ص ٦٧ - ٦٨ .

(٢) « المشركة » هي مسألة امرأة توفيت وتركت زوجها وأمها وإخوتها لأمها وإخوتها لأمها وأبيها . =

أحدهما - أن يشترط ذلك عمومًا في جميع الأحكام ، فهذا شرط باطل ،
سواء كان موافقًا لمذهب المولّي أو مخالفًا له . وأما صحة الولاية :

- فإن لم يجعله شرطًا فيها وأخرجه مخرج الأمر أو مخرج النهي وقال : قد
قلدتك القضاء فاحكم بمذهب الشافعي رحمه الله على وجه الأمر أو لا تحكم
بمذهب أبي حنيفة على وجه النهي ، كانت الولاية صحيحة ، والشرط فاسدًا
سواء تضمن أمرًا أو نهيًا . ويجوز أن يحكم بما أداه اجتهاده إليه ، سواء وافق
شرطه أو خالفه . ويكون اشتراط المولّي لذلك قدحًا فيه إن علم أنه اشترط ما
لا يجوز ، ولا يكون قدحًا إن جهل . لكن لا يصح مع الجهل به أن يكون مولّيًا
ولا واليًا .

- فإن أخرج ذلك مخرج الشرط في عقد الولاية فقال : قد قلدتك القضاء
على أن لا تحكم إلا بمذهب الشافعي أو بقول أبي حنيفة ، كانت الولاية
باطلة ، لأنه عقدها على شرط فاسد .

وقال أهل العراق : تصح الولاية ويبطل الشرط .

= فكان للزوج النصف ، وللأم السدس ، وما بقي وهو الثلث جعله عمر رضي الله عنه للإخوة
لأم وأسقط الإخوة لأم وأب . وفي مرة أخرى أشرك بين الإخوة لأم والإخوة لأم وأب في الثلث -
فقال له رجل : إنك لم تشرك بينهم عام كذا وكذا ، فقال عمر رضي الله عنه : تلك على
ما قضينا يومئذ ، وهذه على ما قضينا . وإنما سميت « المشركة » لأن بعض أهل العلم شكّ فيها
بين الإخوة لأب وأم والإخوة لأم في فرض الإخوة لأم ، وهي مسألة اختلف أهل العلم فيها قديمًا
وحديثًا . (انظر ابن قدامة ، المغني ، ٧ : ٢١ وما بعدها . وراجع عبد الرزاق بن همام
الصنعاني (٢١١هـ) : المصنف ، من منشورات المجلس العلمي ، ١٠ : ٢٤٩ . وسعيد بن
منصور (٢٢٧هـ) : كتاب السنن ، من سلسلة منشورات المجلس العلمي ، القسم الأول من
المجلد الثالث ، باب المشركة ، ص ١٥-١٨ . وسنن الدارمي (٢٥٥هـ) من سلسلة
مطبوعات كتب السنة النبوية ، باب المشركة ، ج٢ : ص ٢٥١ وما بعدها) .

والضرب الثاني - أن يكون الشرط خاصاً في حكم بعينه ، فلا يخلو الشرط من أن يكون أمراً أو نهياً :

- فإن كان أمراً فقال له : أقد من العبد بالحر ومن المسلم بالكافر واقتصر في القتل بغير الحديد ، كان أمره بهذا الشرط فاسداً . ثم إن جعله شرطاً في عقد الولاية فسدت . وإن لم يجعله شرطاً فيها صحت وحكم في ذلك بما يؤديه اجتهاده إليه .

- وإن كان نهياً فهو على ضربين :

أحدهما : أن ينهيه عن الحكم في قتل المسلم بالكافر والحر بالعبد ولا يقضي فيه بوجوب قود ولا بإسقاطه ، فهذا جائز ، لأنه اقتصر بولايته على ما عداه ، فصار ذلك خارجاً عن نظره .

والضرب الثاني : أن لا ينهيه عن الحكم ، وينهيه عن القضاء في القصاص - فقد اختلف أصحابنا في هذا النهي : هل يوجب صرفه عن النظر فيه ؟ على وجهين :

أحدهما : أن يكون صرفاً عن الحكم فيه ، وخارجاً عن ولايته ، فلا يحكم فيه بإثبات قود ولا بإسقاطه .

والثاني : أنه لا يقتضي الصرف عنه ويجري عليه حكم الأمر به ويثبت صحة النظر إن لم يجعله شرطاً في التقليد ويحكم فيه بما يؤديه اجتهاده إليه .
الحنابلة :

قال ابن قدامة في المغني (١) :

(١) ح- ٩ : ص ١٠٦ .

« فصل - ولا يجوز أن يقلد القضاء لأحد على أن يحكم بمذهب بعينه .
وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافاً ، لأن الله تعالى قال : ﴿ فاحكم بين
الناس بالحق ﴾^(١) والحق لا يتعين في مذهب ، وقد يظهر الحق في غير ذلك
المذهب . فإن قلده على هذا الشرط بطل الشرط ، وفي فساد التولية وجهان
بناء على الشروط الفاسدة في البيع » .

وفي الشروط في البيع قال ابن قدامة في المغني^(٢) :

« الضرب الثاني : (من الشروط) أن يشترط غير العتق مثل أن يشترط أن
لا يبيع ولا يهب ولا يعتق ولا يظأ ، أو يشترط عليه أن يبيعه أو يقفه أو متى نفق
المبيع وإلا ردّه أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن وإن أعتقه فالولاء له فهذه
وما أشبهها شروط فاسدة وهل يفسد بها البيع ؟ على روايتين :

قال القاضي : المنصوص عن أحمد أن البيع صحيح وهو ظاهر كلام
الخرقي هنا ، وهو قول الحسن والشعبي والنخعي وابن أبي ليلى وأبي ثور .
والثانية : أن البيع فاسد وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لأن النبي ﷺ
« نهى عن بيع وشرط » ولأنه شرط فاسد فأفسد البيع كما لو شرط فيه عقداً
آخر . ولأن الشرط إذا فسد وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن ، وذلك
مجهول فيصير الثمن مجهولاً . ولأن البائع إنما رضي بزوال ملكه عن المبيع
بشرطه والمشتري كذلك إذا كان الشرط له ، فلو صح البيع بدونه لزال ملكه

(١) ص : ٢٦ .

(٢) ح-٤ : ص ٢٥١ - ٢٥٢ .

بغير رضاه والبيع من شرطه التراضي .

ولنا » .

وقال البهوتي في كشف القناع^(١) :

« ويجوز أن يولي الإمام قاضيًا من غير مذهبه لأن على القاضي أن يجتهد رأيه في قضائه ، وإن نهاه عن الحكم في مسألة فله الحكم بها - هذا أحد الوجهين أطلقهما في الرعاية . قال في الإنصاف : قلت : الصواب الجواز - انتهى . قلت : فيفرق بين ما إذا ولّاه ابتداءً شيئًا خاصًا وبين ما إذا ولّاه ثم نهاه عن شيء »

. ولا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه لقوله تعالى : ﴿ فاحكم بين الناس بالحق ﴾^(٢) والحق لا يتعين في مذهب وقد يظهر الحق في غير ذلك المذهب . فإن فعل ، أي ولّاه على أن يحكم بمذهب بعينه بطل الشرط وصحت الولاية كالشروط الفاسدة في البيع . وعمل الناس على خلافه كما يأتي قريبًا . قال الشيخ : من أوجب تقليد إمام بعينه استتيب فإن تاب وإلا قتل . وإن قال : ينبغي ، أي : تقليد إمام بعينه ، كان جاهلاً ضالاً ، قال : ومن كان متبعًا للإمام فخالفه في بعض المسائل لقوة الدليل أو يكون أحدهما أعلم أو أتقى فقد أحسن ولم يقدح في عدالته بلا نزاع . قال : وفي هذه الحال ، أي حال قوة الدليل أو كون أحدهما أعلم أو أتقى ، يجوز تقليد من اتصف بذلك عند أئمة الإسلام بل يجب وإن الامام أحمد نص عليه انتهى . »

(١) ح- ٦ : ص ٢٩٢ - ٢٩٣ .

(٢) ص : ٢٦

وقال أيضاً^(١) :

« قال في شرح المنتهى : ولزوم التمدد بذهب وامتناع الانتقال إلى غيره : الأشهر عدمه - قال الشيخ تقي الدين : العامي عليه أن يلتزم مذهباً معيناً يأخذ بعزائمه ورخصه وفيه وجهان لأصحاب أحمد وهما وجهان لأصحاب الشافعي ، والجمهور من هؤلاء وهؤلاء لا يحبون ذلك . والذين يوجبون يقولون : إذا التزمه لم يكن له أن يخرج عنه ما دام ملتزماً له أو ما لم يتبين له أن غيره أولى بالالتزام منه . ولا ريب أن التزام المذاهب والخروج عنها : إن كان لغير أمر ديني مثل أن يلتزم مذهباً لحصول غرض دنيوي من مال أو جاه ونحو ذلك ، فهذا مما لا يحمد عليه ، بل يذم عليه في نفس الأمر ، ولو كان ما انتقل إليه خيراً مما انتقل عنه ، وهو بمنزلة من يسلم ولا يسلم إلا لغرض دنيوي أو يهاجر من مكة إلى المدينة لامرأة يتزوجها ودنيا يصيبها . وأما إن كان انتقاله من مذهب إلى مذهب لأمر ديني ، فهو مثاب على ذلك ، بل واجب على كل أحد إذا تبين له حكم الله ورسوله في أمر أن لا يعدل عنه ولا يتبع أحداً في مخالفة الله تعالى ورسوله ﷺ ، فإن الله تعالى فرض طاعته وطاعة رسوله على كل أحد في كل حال - انتهى . وفي الرعاية : من التزم مذهباً أنكر عليه مخالفته بلا دليل ولا تقليد سائغ ولا عذر ومراده بقوله : « بلا دليل » إذا كان من أهل الاجتهاد . وقوله « ولا تقليد سائغ » أي لعالم أفتاه إذا لم يكن أهلاً للاجتهاد . وقوله « ولا عذر » أي يبيح له ما فعله - فينكر عليه حينئذ لأنه يكون متبعاً لهواه . وقال في موضع آخر : يلزم كل مقلد أن يلتزم بمذهب معين في الأشهر ولا يقلد غيره . وقيل : بلى . وقيل : ضرورة^(٢) .

(١) ح ٦ : ص ٣٠٧ .

(٢) انظر أيضاً : ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ٤ : ٢٠٥ وما بعدها .

(ب) الرأي القائل بالجواز

ذهب رأي آخر إلى القول بجواز أن يلزم ولي الأمر القاضي بحكم يختاره هو ، داخل نطاق الشريعة الإسلامية .

وقد جرى العمل ويجري على هذا الرأي .

وحجته المصلحة من ناحية ولي الأمر ، والطاعة من ناحية القاضي

والرعية :

(أ) أما المصلحة من ناحية ولي الأمر - فتتمثل فيما يأتي :

١ - التيسير على القضاة والمتقاضين في معرفة الحكم الشرعي .
خصوصاً وقد أصبح القضاة الآن غير مجتهدين . وغير خاف ما يلقاه الباحث في كتب الفقه الإسلامي من عناء لمعرفة الحكم مما يضيع وقت القاضي وجهده في وقت ازدحمت فيه دور المحاكم بالخصومات وتأخر الفصل فيها على وجه جعل الناس يضجون بالشكوى منه .

٢ - توحيد الأحكام في الدولة - فلا يحكم برأي في ناحية من الدولة ويحكم برأي آخر مخالف في جهة أخرى . فتحرم الفروج والدماء في ناحية وتستحل في ناحية أخرى من نفس الدولة .

٣ - طمأنينة المتقاضين ، وحماية القاضي من قالة السوء .

٤ - معرفة الحكم ابتداء حتى يرتب المتعاملون أمورهم عند التعامل على

الحكم الذي سيفصل به عند التنازع بينهم .

ومن السياسة الشرعية مراعاة المصلحة .

(ب) وأما من ناحية القاضي - فلأنه واجب عليه طاعة ولي الأمر نزولاً عند قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم ﴾ (١) . ولأنه وكيله ، وعلى الوكيل التزام أمر الموكل .

وفيما يلي بعض النصوص الفقهية لهذا الرأي :

١ - من القدامى :

ابن المقفع وأبو جعفر المنصور :

يروى أن ابن المقفع لما رأى اختلاف الأحكام وتناقض الأفضية في عهده ضمن رسالته في « الصحابة » التي وجهها إلى الخليفة أبي جعفر المنصور حاوية كثيراً من وجوه الإصلاح ، ما نصح به من جمع الأحكام الفقهية وإلزام القضاة بها ونهيهم عن الحكم بغيرها قائلاً فيها :

« ومما ينظر أمير المؤمنين فيه من أمر هذين المصرين وغيرهما من الأمصار والنواحي ، اختلاف هذه الأحكام المتناقضة التي قد بلغ اختلافها أمراً عظيماً في الدماء والفروج والأموال ، فيستحل الدم والفرج بالحيرة وهما يحرمان بالكوفة ، ويكون مثل ذلك الاختلاف في جوف الكعبة فيستحل في ناحية منها ما يحرم في ناحية أخرى . . . فلورأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأفضية والسير المختلفة فترفع إليه في كتاب ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس ، ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك وأمضى في كل قضية رأيه الذي يلهمه الله ، ويعزم له عليه وينهى عن القضاء بخلافه ، وكتب بذلك كتاباً جامعاً عزماً لرجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكماً واحداً

(١) النساء : ٥٩ .

صواباً ، ورجونا أن يكون اجتماع السير قرابة لإجماع الأمر برأي أمير المؤمنين وعلى لسانه ثم يكون ذلك من إمام آخر ، آخر الدهر إن شاء الله . فأما اختلاف الأحكام : إما شيء مأمور عن السلف غير مجمع عليه يديره قوم على وجه ويديره آخرون على وجه آخر ، فينظر فيه إلى أحق الفريقين بالتصديق وأشبه الأمرين بالعدل ، وإما رأي أجراه أهله على القياس فاختلف وانتشر ما يغلط في أصل المقايسة ، وابتدأ أمر على غير مثاله ، وإما لطول ملازمته بالقياس ، فإن من أراد أن يلزم القياس ولا يفارقه أبداً في أمر الدين والحكم وقع في الورطات ومضى على الشبهات ، وغمض عن القبيح الذي يعرفه ويبصره فأبى أن يتركه كراهة ترك القياس ، وإنما القياس دليل يستدل به على المحاسن ، فإذا كان ما يقود إليه حسناً معروفاً أخذ به ، وإذا قاد إلى القبيح المستنكر تركه ، لأن المبتغى ليس عين القياس يبغي ، ولكن محاسن الأمور ومعروفها وما ألحق الحق بأهله . . . » (١) .

وقد طلب الخليفة أبو جعفر المنصور (٢) من الإمام مالك أثناء موسم الحج سنة ١٦٣ هـ أن يضع كتاباً جامعاً يختار أحكامه من أدلة الشرع من مراعاة التيسير قائلاً له :

« يا أبا عبد الله ! ضع هذا العلم ودونه ودون منه كتاباً وتجنب شذائد عبد الله بن عمر ورخص عبد الله بن عباس وشواذ ابن مسعود ، واقصد إلى

(١) محمد كرد علي ، رسائل البلغاء ، ص ١٢٥ - ١٢٦ .

(٢) وصف مالك أبا جعفر فقال : « . . . ثم فاتحني (أي أبو جعفر) في العلم والفقاه فوجدته أعلم الناس بما اجتمع عليه ، وأعرفهم بما اختلفوا فيه ، حافظاً لما روى ، واعياً لما سمع » (ابن قتيبة ، الإمامة والسياسة ، ٢ : ١٤٩) .

أواسط الأمور وما اجتمع عليه الأئمة والصحابة رضي الله عنهم ، لنحمل الناس إن شاء الله على علمك وكتبك ونبثها في الأمصار ، ونعهد إليهم ألا يخالفوها ولا يقضوا بسواها .

إلا أن الإمام مالكا لم يجار الخليفة في الفكرة ورد عليه قائلاً :
« أصلح الله الأمير ، إن أهل العراق لا يرضون علمنا ولا يرون في علمهم رأينا » .

ولكن الخليفة رد عليه قائلاً :

« يحملون عليه وتضرب عليه هاماتهم بالسيف ، وتقطع طي ظهورهم بالسياط ، فتعجل بذلك وضعها ، فسيأتيك محمد ابني المهدي العام القابل إن شاء الله إلى المدينة لسمعها منك فيجرك وقد فرغت من ذلك إن شاء الله »^(١) .

واستجابة لطلب الخليفة صنف الإمام مالك كتابه « الموطأ » ولما قدم المهدي على الإمام مالك تنفيذاً لأمر أبيه وسأله عما فعل بأمر أبيه قدم إليه الموطأ فأمر المهدي بانتساخه وقرىء على مالك . قال ابن قتيبة : « وذكروا أن مالك بن أنس لما أخذ في تدوين كتبه ووضع علمه قدم عليه المهدي بن أبي جعفر فسأله عما صنع فيما أمره به أبو جعفر فأتاه بالكتاب وهي كتب الموطأ فأمر المهدي بانتساخها وقرئت على مالك »^(٢) .

(١) ابن قتيبة ، الإمامة والسياسة ، ٢ : ١٤٨ .

(٢) ابن قتيبة ، المرجع السابق ، ٢ : ١٤٩ .

الحنفية :

قال صاحب الهداية^(١) :

« ولو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله . وإن كان عامداً ففيه روايتان . ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ بيقين . وعندهما لا ينفذ في الوجهين لأنه قضى بما هو خطأ عنده ، وعليه الفتوى » .

وشرحاً لذلك قال صاحب فتح القدير^(٢) : « . . . ومع ذلك ذكر المصنف كصاحب المحيط الفتوى على قولهما . وذكر في الفتاوى الصغرى أن الفتوى على قول أبي حنيفة . فقد اختلف الفتوى . والوجه في هذا الزمان أن يفتى بقولهما لأن التارك لمذهبه عمداً لا يفعله إلا لهوى باطل لا لقصد جميل . وأما الناسي فلأن المقلد ما قلده إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره . وهذا كله في القاضي المجتهد . فأما المقلد فإنما ولاه ليحكم بمذهب أبي حنيفة مثلاً فلا يملك المخالفة فيكون معزولاً بالنسبة إلى ذلك الحكم . هذا وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الإقدام على القضاء بخلاف مذهبه . وقال : وجه من قال بالجواز أن القاضي مأمور بالمشاورة وقد تقع على خلاف رأيه . ووجه المنع قوله تعالى : ﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ﴾^(٣) (الآية) ، واتباعه غير رأيه اتباع هوى غيره . والوجه الصحيح أن المجتهد مأمور بالعمل بمقتضى ظنه إجماعاً وهذا بخلاف مقتضى ظنه ، وعمله هنا ليس إلا قضاؤه بخلاف المرسل إلى من يرى خلاف رأيه ليحكم هو فإنه لم يحكم فيه بشيء » .

(١) و (٢) ح ٥ : ص ٤٩٠ - ٤٩١ .

(٣) المائة : ٤٩ .

وقال ابن عابدين في رد المحتار^(١) :

« القاضي لو قضى بخلاف رأيه ينفذ قضاؤه ما لم يقيده السلطان بمذهب

خاص » .

وقال أيضاً^(٢) نقلاً عن شرح الوهبانية للشرنبلالي إنه :

« لو قيده السلطان بصحيح مذهبه كزماننا تقيده بلا خلاف لكونه معزولاً عنه ،

وإنه متى حكم بغير ما قيد به فحكمه عن الشرنبلالي غير صحيح لكونه معزولاً

عنه » .

وقال في رسم المفتي^(٣) :

« ثم ذكر أنه اختلفت عبارات المشايخ في القاضي المقلد . والذي حط

عليه كلامه أنه إذا قضى بمذهب غيره أو برواية ضعيفة أو بقول ضعيف نفذ .

وأقوى ما تمسك به ما في البزازية عن شرح الطحاوي : إذا لم يكن القاضي

مجتهداً وقضى بالفتوى ثم تبين أنه على خلاف مذهبه نفذ وليس لغيره نقضه

- وله أن ينقضه ، كذا عن محمد . وقال الثاني : ليس له أن ينقضه

أيضاً - انتهى . لكن الذي في القنية عن المحيط وغيره أن اختلاف الروايات

في قاض مجتهد إذا قضى على خلاف رأيه . والقاضي المقلد إذا قضى على

خلاف مذهبه لا ينفذ - انتهى . وبه جزم المحقق في فتح القدير وتلميذه

العلامة قاسم في تصحيحه . قال في النهر : وما في الفتح يجب أن يعول عليه

(١) ح - ٣ : ص ٦٩٢ .

(٢) ح - ٥ : ص ٤٠٨ .

(٣) ص ٥٧ - ٥٨ .

في المذهب ، وما في البزازية محمول على رواية عنهما ، فصار الأمر أن هذا منزل منزلة الناسي لمذهبه ، وقد مر عنهما في المجتهد أنه لا ينفذ ، فالمقلد أولى - انتهى . وقال في الدر المختار : قلت ولا سيما في زماننا ، فإن السلطان ينص في منشوره على نهيه عن القضاء بالأقوال الضعيفة ، فكيف بخلاف مذهبه ؟ ! فيكون معزولاً بالنسبة لغير المعتمد من مذهبه ، فلا ينفذ قضاؤه فيه وينقض كما بسط في قضاء الفتح والبحر والنهر وغيرها - انتهى . قلت : وقد علمت أيضاً أن القول المرجوح بمنزلة العدم مع الراجح فليس له الحكم به وإن لم ينص له السلطان على الحكم بالراجح .

وفي مجلة الأحكام العدلية نص في عجز المادة ١٨٠١ على ما يأتي :
« وكذلك لو صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص ، لما أن رأيه بالناس أرفق ولمصلحة العصر أوفق فليس للحاكم أن يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذلك المجتهد ، وإذا عمل فلا ينفذ حكمه » .

المالكية :

قال ابن فرحون في تبصرة الحكام^(١) وقد تقدم :

وقال الشيخ أبو بكر الطرطوشي : أخبرني القاضي أبو الوليد الباجي أن الولاة كانوا بقرطبة إذا ولوا رجلاً القضاء شرطوا عليه في سجله أن لا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجدته . . . وهذا الذي ذكره الباجي عن ولاة قرطبة ورد نحوه عن سحنون وذلك أنه ولّى رجلاً القضاء وكان الرجل ممن سمع بعض كلام أهل العراق فشرط عليه سحنون أن لا يقضي إلا بقول أهل المدينة ولا يتعدى

(١) ح-١ : ص ٥٧ وما بعدها . وراجع فيما تقدم ص ٤١ - ٤٢ .

ذلك . . . وقد تقدم في فصل التحكيم عن اللخمي أن المحكم إذا كان مجتهداً والخصام بين مالكيين فإن لم يخرج باجتهاده عن مذهب مالك نفذ حكمه . وإن خرج عن ذلك لم يلزم حكمه بينهما . فانظر تمام ذلك هناك . وذكر المازري نحو ذلك»^(١) .

الشافعية :

قال الماوردي في الأحكام السلطانية^(٢) وقد تقدم :

« وقد منع بعض الفقهاء من اعتزى إلى مذهب أن يحكم بغيره فمنع الشافعي أن يحكم بقول أبي حنيفة ، ومنع الحنفي أن يحكم بمذهب الشافعي إذا أداه اجتهاده إليه لما يتوجه من التهمة والممايلة في القضايا والأحكام ، وإذا حكم بمذهب لا يتعداه كان أنفى للتهمة وأرضى للخصوم » .

الحنابلة :

قال البهوتي في كشف القناع^(٣) وقد تقدم :

« قال الشيخ تقي الدين : العامي عليه أن يلتزم مذهباً معيناً يأخذ بعزائمه ورخصه . وفيه وجهان لأصحاب أحمد وهما وجهان لأصحاب الشافعي » .

٢ - من المحدثين :

يكاد كل المحدثين الآن - إلا من ندر - يرون تقنين أحكام الفقه الإسلامي وإنزام القضاة والناس بها ، ونورد فيما يلي أقوال بعضهم :

(١) راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٤٢ .

(٢) ص ٦٧ - ٦٨ . وراجع فيما تقدم ص ٤٣ .

(٣) ح ٦ : ص ٣٠٧ . وراجع فيما تقدم ص ٤٨ .

أستاذنا الشيخ علي الخفيف رحمه الله :

قال رحمه الله :

« كان الخلفاء منذ وفاة رسول الله ﷺ يرجعون إلى الرأي فيما لم يرد فيه كتاب ولا سنة . وكانوا يستشيرون في ذلك ويختلفون مع غيرهم في حكم ما يعرض عليهم ، ولم يكونوا يرون أنهم ملزمون برأي غيرهم ولو كان رأي أصحاب الكثرة فيه ، وكان رأيهم هو النافذ بحكم ولايتهم العامة ، ولسنا ننسى خلاف أبي بكر رضي الله عنه مع كثير من الصحابة على رأسهم عمر رضي الله عنه في أمر قتال مانعي الزكاة وإصراره على رأيه . لهذا يكون لولي الأمر أن يختار من المذاهب ما تطمئن إليه نفسه ويرى المصلحة في اختياره حسب تقديره . ولأن ولاية الحكم له ابتداء ، فإن الحكم يكون على وفق ما اختاره . ولأن القضاة نوابه وخلفاؤه فله إلزامهم بما اختاره ورجحه وليس لهم مخالفته في ذلك ولو كان رأيهم على خلاف ما ألزموا به ، لأن ولايتهم مستمدة من ولي الأمر ، فهم وكلاؤه ، والوكيل يتقيد بما يقيده موكله ، فلو قضاوا بخلاف ما أمروا به كان قضاؤهم باطلاً ، والقضاء يقبل التخصيص بالزمان والمكان والحادثة والمذهب . وطاعة أولي الأمر واجبة ما كانت في غير معصية . وعلى ذلك فلولي الأمر أن يختار من المذاهب ما يرى المصلحة في اختياره ، وأن يلزم قضاة بالحكم به ولا يجوز لهم مخالفته . أما ما ورد عن مالك رضي الله عنه من ترك الناس وما هم عليه من أن يلزموا بكتاب يضعه فقد كان ذلك قبل تدوين السنة وجمعها وخوفه من أن يكون منها في الأمصار ما لم يصل إليه منها ، فيترك العمل به كما تدل على ذلك عبارته : « إن أصحاب رسول الله ﷺ قد تفرقوا في البلاد فأفتى كل في مصره بما رأى » . أما في زماننا فقد جمعت

السنة وعرفت ، فلن يترك منها شيء ، ثم لن يكون ما ستلزم به دولة من الأحكام الشرعية بمضيق عليها حكماً إلا ما يرى أن غيره خير منه .

وإذا كان حق ولي الأمر أن يختار من المذاهب ما يرى المصلحة فيه وكان رد ذلك إلى رأيه وتقديره أمراً جائزاً فأولى أن يكون ذلك إلى هيئة تتكون من الفقهاء الموثوق بهم أهل النظر والبصر بالأمور ، إذ أن اختيارهم أحكم وأوثق وبخاصة إذا وثق بموافقة ولي الأمر . ومن المصلحة ألا يترك للقضاة اختيار في الأحكام ، وإنما يكون اختيارهم حسبما تقتضيه المصلحة في الجزاءات التعزيرية بين حد أعلى وحد أدنى ، كما هو الحال في القوانين الوضعية ، وليس في ذلك خروج عن الشريعة الإسلامية لأنه تقدير عقوبات تعزيرية متروك إلى القاضي ليراعي فيه الجريمة وآثارها وحال من اقترفها»^(١) .

استاذنا الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله :

قال رحمه الله :

« ونحن نرى أن استخلاص قانون من الشريعة لم يعد أمراً سائغاً فقط بل أصبح واجباً محتوماً ، لأننا نخشى أن يكون تقاصرنا في هذه الناحية مؤدياً إلى أن يدخل بلادنا قانون أجنبي لم ينبع عن الإسلام ولم يتفق معه ، وبين أيدينا العبر فمصر . . . »^(٢) .

الشيخ حسنين محمد مخلوف (مفتي الديار المصرية سابقاً) :

يقول :

(١) نقلاً عن : عبد الرحمن القاسم ، الإسلام وتقنين الأحكام ، ٢٣ - ٢٤ .

(٢) نقلاً عن : عبد الرحمن القاسم ، المرجع السابق ، ص : ل وما بعدها . ومحمد أبو زهرة ، العقوبة في الفقه الإسلامي ، ص ٨٤ - ٨٥ .

« ولا شك أن في تقييد القضاء الشرعي ، بأحكام مستمدة من المذاهب الفقهية المدونة القائمة على الأصول الأربعة : الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، ومفرغة في قالب قانوني منسق محكم ، ضماناً لتحقيق العدالة وتيسيراً على القضاة وطمأنينة للمتقاضين وبعداً عن مظان الريب ونوازع الشهوات - وذلك كله مصلحة ظاهرة توجب شرعاً أن نسلك في هذا الزمن بالأحكام الفقهية العملية مسلك التقنين المحترم الواجب التطبيق »^(١) .

الشيخ أحمد فهمي أبوسنة (الأستاذ بكلية الشريعة بالأزهر سابقاً) :
تساءل :

« هل للإمام تحديد الجرائم وتقدير العقوبات ولو على وجه التقريب له ؟ .
وأجاب : نعم ، له ذلك بل يجب عليه لأمرين : الأول - أن ولايته على الأمة نظرية توجب عليه أن يسلك بها ما فيه العدل والمصلحة . الأمر الثاني - أن سلطة القضاء ملك له ، وهو الذي يعطيها للقضاة نيابة عنه ، فله الإطلاق للقضاة وله تقييدهم بنوع من العقوبات »^(٢) .

المبحث الثاني

العمل

سار العمل ويسير في الدول الإسلامية على التقنين إلا في النادر ، على عكس الرأي الغالب في الفقه .

(١) نقلاً عن : عبد الرحمن القاسم ، المرجع السابق ، ص ٥ .

(٢) أحمد فهمي أبوسنة ، العرف والعادة ، ص ١٩٢ .

قال ابن عابدين في رد المحتار^(١) :
« لو قيده السلطان بصحيح مذهبه ، كزماننا ، تقيد ، بلا خلاف ، لكونه
معزولاً عنه » .

وقال أيضاً في رسم المفتي^(٢) :
« . . . وقال في الدر المختار : قلت : ولا سيما في زماننا ، فإن السلطان
ينص في منشوره على نهيهِ عن القضاء بالأقوال الضعيفة ، فكيف بخلاف
مذهبه فيكون معزولاً بالنسبة لغير المعتمد من مذهبه » .

ونص في عجز المادة ١٨٠١ من مجلة الأحكام العدلية على ما يأتي :
« وكذلك لو صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص ، لما أن
رأيه بالناس أرفق ولمصلحة العصر أوفق ، فليس للحاكم أن يعمل برأي مجتهد
آخر مناف لرأي ذلك المجتهد ، وإذا عمل فلا ينفذ حكمه » .

وقال ابن فرحون في تبصرة الحكام^(٣) :
« الولاية كانوا بقرطبة إذا ولوا رجلا القضاء شرطوا عليه في سجله أن لا يخرج
عن قول ابن القاسم ما وجدته » .
وقال البهوتي في كشف القناع^(٤) :
« فإن فعل ، أي ولاء علي أن يحكم بمذهب بعينه بطل الشرط وصحت
الولاية ، كالشروط الفاسدة في البيع ، وعمل الناس على خلافه ، كما يأتي
قريباً » .

-
- (١) ح ٥ : ص ٤٠٨ . وراجع فيما تقدم ص ٥٤ .
 - (٢) ص ٥٧ - ٥٨ . وراجع فيما تقدم ص ٥٥ .
 - (٣) ح ١ : ص ٥٧ . وراجع فيما تقدم ص ٥٥ .
 - (٤) ح ٦ : ص ٢٩٢ - ٢٩٣ . وراجع فيما تقدم ص ٤٧ و ٥٦ .

ومن تطبيقات ذلك :

- في الدولة العثمانية قننت المعاملات المالية في الفقه الحنفي في مجلة الأحكام العدلية التي طبقت في الدولة العثمانية وظلت تطبق إلى وقت قريب في بعض البلاد العربية .

- وفي مصر قننت أحكام كثير من المسائل الشرعية ، فصدرت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية متضمنة أحكاماً في الأحوال الشخصية وفي المرافعات الخاصة بها ، كما قننت أحكام بعض مسائل الأحوال الشخصية ، كالوقف والوصية والميراث والولاية على المال . وهناك مشروع كامل للأحوال الشخصية قد أعد فعلاً .

وفي مجلس الشعب المصري حركة تقنين كامل للشريعة الإسلامية . وقد قطع الأزهر شوطاً كبيراً في سبيل تقنين الشريعة الإسلامية ، فقد قننت العقود في المذاهب الأربعة : كل مذهب على حدة .

- وفي العراق كان نصيب الفقه الإسلامي في القانون المدني العراقي حوالي النصف .

- وفي سورية وتونس والمغرب قننت أحكام مسائل الأحوال الشخصية .
- وفي الأردن وضع مشروع القانون المدني الأردني من الفقه الإسلامي .
- وهناك لجان لتقنين الفقه الإسلامي في معظم البلاد الإسلامية تمهيداً لتطبيقه .

- وقد نشر في المملكة العربية السعودية أخيراً (١٤٠١هـ - ١٩٨١م) كتاب بعنوان « مجلة الأحكام الشرعية » للقاضي أحمد بن عبد الله القاري رحمه

الله المتوفى سنة ١٣٥٩هـ في الطائف . وهو مشروع تقنين قام - رحمه الله - بصياغته وفقاً لمذهب الإمام أحمد بن حنبل على منوال « مجلة الأحكام العدلية » في الفقه الحنفي .

المبحث الثالث

رأينا

نحن نرى رأي بعض الفقهاء وما جرى عليه العمل من جواز إلزام القاضي بحكم معين . ذلك أنه لم يعد سبيل للحفاظ على تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد التي تطبقها ولا لتطبيقها في البلاد الإسلامية التي لا تطبقها وتريد تطبيقها إلا التقنين . فالتقنين هو الوسيلة العصرية لتطبيق القوانين الآن بحيث لم يعد الآن إمكان التطبيق عن طريق الرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي ، لما يلقاه الباحث فيها من عسر . وفي عدم اتباع هذه الوسيلة فتح السبيل أمام التقنيات الأجنبية للدخول في البلاد الإسلامية التي ما زالت تحكم بالشريعة الإسلامية ، ولا استقرار التقنيات الوضعية في البلاد الإسلامية التي تطبق القانون الوضعي . شأن التقنين في ذلك شأن السيارة والطائرة أمام الخيل والبغال والحمير والإبل في السفر .

وننبه إلى أن المقصود هو تقنين الفقه الإسلامي وعدم الخروج عليه . ونحن نتكلم هنا على مبدأ التقنين . أما الكلام على منهجه فيأتي في حينه في الفصل الثاني .

ونحن نستند في ذلك إلى :

(أ) السياسة الشرعية من ناحية ولي الأمر ، وهي توجب على ولي الأمر اتباع

ما توجهه المصلحة ويدراً المفسدة . وقد أصبح هذا متعيّناً بالتقنين .

(ب) الطاعة من ناحية القاضي إذ يجب عليه أن ينفذ أمر ولي الأمر في القضاء بما يأمره به إذ أنه وكيله ، والوكيل يتقيد بأمر الموكل .

ونعرض فيما يلي النصوص الخاصة بكل من الناحيتين :

(أ) السياسة الشرعية

قال الطرابلسي في معين الحكام^(١) تحت عنوان : « في القضاء بالسياسة

الشرعية » :

« اعلم أن السياسة شرع مغلظ ، والسياسة نوعان : سياسة ظالمة فالشرعية

تحرمها . وسياسة عادلة تخرج الحق من الظالم وتدفع كثيراً من المظالم وتردع أهل الفساد ويتوصل بها إلى المقاصد الشرعية للعباد .

فالشرعية يجب المصير إليها والاعتماد في إظهار الحق عليها ، وهي باب

واسع تضل فيه الأفهام وتزل فيه الأقدام وإهماله يضيع الحقوق ويعطل الحدود

ويجرىء أهل الفساد ويعين أهل العناد ، والتوسع فيه يفتح أبواب المظالم

الشيعة ويوجب سفك الدماء وأخذ الأموال الشرعية .

ولهذا سلك فيه طائفة مسلك التفريط المذموم فقطعوا النظر عن هذا الباب

إلا فيما قل ظناً منهم أن تعاطي ذلك مناف للقواعد الشرعية ، فسدوا من طرق

الحق سبلاً واضحة وعدلوا إلى طريق من العناد فاضحة ، لأن في إنكار السياسة

الشرعية رداً للنصوص الشرعية وتغليطاً للخلفاء الراشدين .

وطائفة سلكت في هذا الباب مسلك الإفراط ، فتعدوا حقوق الله وخرجوا

(١) ص ١٦٩ وما بعدها .

عن قانون الشرع إلى أنواع من الظلم والبدع . . وتوهموا أن السياسة الشرعية قاصرة عن سياسة الحق ومصلحة الأمة ، وهو جهل وغلط فاحش فقد قال عز من قائل : ﴿ اليوم أكملت لكم دينكم ﴾^(١) فدخل في هذا جميع مصالح العباد الدينية والدينية على وجه الكمال . وقال ﷺ : « تركت فيكم ما إن تمسكتم به لن تضلوا : كتاب الله وسنتي » .

وطائفة توسطت وسلكت فيه مسلك الحق وجمعوا بين السياسة والشرع فقمعوا الباطل ودحضوه ونصبوا الشرع ونصروه ، والله يهدي من يشاء إلى صراط مستقيم » .

ثم عقد صاحب كتاب « معين الحكام » فصلاً في الدلالة على مشروعية ذلك (السياسة الشرعية) من الكتاب والسنة^(٢) ثم في فصل ثان تكلم : « في أحكام هذا الباب »^(٣) وجاء فيه^(٤) :

« قال القرافي : واعلم أن التوسعة على الحكام في الأحكام السياسية ليس مخالفاً للشرع بل تشهد له الأدلة المتقدمة . وتشهد له أيضاً القواعد الشرعية من وجوه :

أحدها - أن الفساد قد كثر وانتشر بخلاف العصر الأول ، ومقتضى ذلك اختلاف الأحكام بحيث لا تخرج عن الشرع بالكلية لقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » وترك هذه القوانين يؤدي إلى الضرر ، ويؤكد ذلك جميع النصوص الواردة بنفي الحرج .

(١) المائة : ٣ « ... اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً . . . » .

(٢) ص ١٦٩ - ١٧٣ .

(٣) ص ١٧٣ وما بعدها .

(٤) ص ١٧٦ وما بعدها .

وثانيها - أن المصلحة المرسله قال بها جمع من العلماء وهي المصلحة التي لم يشهد الشرع باعتبارها ولا بإلغائها . ويؤكد العمل بالمصلحة المرسله أن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين عملوا أمورًا لمطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار نحو : كتابة المصحف ، ولم يتقدم فيه أمر ولا نظير . وولاية العهد من أبي بكر رضي الله عنه ولم يتقدم فيه أمر ولا نظير . وكذلك ترك الخلافة شورى بين ستة . وتدوين الدواوين . وعمل السكة للمسلمين . واتخاذ السجن . وغير ذلك مما فعله عمر رضي الله عنه . وهدم الأوقاف التي بإزاء المسجد : يعني مسجد النبي ﷺ والتوسعة بها في المسجد عند ضيقه . وحرق المصاحف وجمعهم على مصحف واحد . وتجديد أذان الجمعة بالسوق مما فعله عثمان رضي الله عنه . وغير ذلك كثير جدًا - فعل لمطلق المصلحة .

وثالثها - أن المشرع شدد في الشهادة أكثر من الرواية لتوهم العداوة فيشترط العدد والحرية ، ووسع في كثير من العقود للضرورة ، كالعرايا والمساقاة والقراض وغيرها من العقود المستثناة . . . وهذه المباينات والاختلافات كثيرة في الشرع لاختلاف الأحوال . فلذلك ينبغي أن يراعى عند اختلاف الأحوال في الأزمان ، فتكون المناسبة الواقعة في هذه القوانين السياسية لما شهدت لها القواعد بالاعتبار ، فلا تكون من المصالح المرسله بل أعلى رتبة فتلحق بالقواعد الأصلية .

ورابعها - أن كل حكم في هذه القوانين ورد دليل يخصه أو أصل يقاس عليه كما تقدم في أدلة الباب ، وقد تقدم ذكرنا لكلام بعض العلماء ، وهو

المذهب . على أنه قال : إن لم نجد في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجورًا للشهادة عليهم ، ويلزم مثل ذلك في القضاة وغيرهم ، لثلا تضيع المصالح وتتعطل الحقوق والأحكام . وما أظن أنه يخالفه أحد في هذا فإن التكليف مشروط بالإمكان . وإذا جاز نصب الشهود فسقة لأجل عموم الفساد ، جاز التوسع في الأحكام السياسية لأجل كثرة فساد الزمان وأهله . وقد قال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه : « سيحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور » . قال القرافي : ولا نشك في أن قضاة زماننا وشهودهم وولاتهم وأمناءهم لو كانوا في العصر الأول ما ولوا ولا عرج عليهم ، وولاية هؤلاء في مثل هذا العصر فسوق ، فإن خيار زماننا أراذل ذلك الزمان ، وولاية الأراذل فسوق ، فقد حسن ما كان قبيحًا واتسع ما كان ضيقًا واختلفت الأحكام باختلاف الزمان .

وخامسها - أنه يعضد ذلك من القواعد الشرعية أن الشرع وسع للمرضع في النجاسة اللاحقة لها من الصغير مما لم نشاهده كثوب الإرضاع ، ووسع في زمان المطر في طين المطر كما ذكره محمد في طين بخارى على ما فيه من القذر والنجاسة ، ووسع لأصحاب القروح في كثير من نجاستها ، ووسع لصاحب البواسير في بللها ، وجوز الشارع ترك أركان الصلاة وشروطها إذا ضاق الحال كصلاة الخوف ونحوها . وذلك كثير في الشرع . ولذلك قال الشافعي : ما ضاق شيء إلا اتسع - يشير إلى هذا الموطن . فكذلك إذا ضاق علينا الحال في درء المفاسد اتسع في تلك المواطن .

وسادسها - أن أول بدء الإنسان من زمن آدم عليه السلام كان الحال ضيقًا ، فأبيحت الأخت لأخيها وأشياء كثيرة وسع الله تعالى فيها . فلما اتسع الحال

وكثر الذرية حرم ذلك في زمن بني إسرائيل وحرم السبت والشحوم والإبل وأمورًا كثيرة وفرض عليهم خمسين صلاة وتوبة أحدهم بالقتل لنفسه وإزالة النجاسة بقطعها إلى غير ذلك من التشديدات . ثم جاء آخر الزمان وضعف الجسد وقل الجلد فلطف الله بعباده فأحلت تلك المحرمات وخفت الصلوات وقبلت التوبات ، فقد ظهر أن الأحكام والشرائع بحسب اختلاف الزمان ، وذلك من لطف الله عز وجل بعباده وسننه الجارية في خلقه ، وظهر أن هذه القرائن لا تخرج عن أصول القواعد وليست بدعًا عما جاء به الشرع المكرم .

وقال ابن تيمية في « السياسة الشرعية »^(١) :

« وهذه الرسالة (السياسة الشرعية) مبنية على آية الأمراء في كتاب الله وهي قوله تعالى : ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ، إن الله نعما يعظكم به ، إن الله كان سميعًا بصيرًا . يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلًا ﴾^(٢) .

قال العلماء : نزلت الآية الأولى في ولاة الأمور : عليهم أن يؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكموا بين الناس أن يحكموا بالعدل . ونزلت الآية الثانية في الرعية من الجيوش وغيرهم : عليهم أن يطيعوا أولي الأمر الفاعلين لذلك ، في قسمهم وحكمهم ومغازيهم وغير ذلك إلا أن يأمروا بمعصية الله تعالى ، فإذا أمروا بمعصية الله فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ، فإن تنازعوا في شيء

(١) ص ١٥

(٢) النساء : ٥٨ - ٥٩ .

ردوه إلى كتاب الله وسنة رسوله ﷺ . وإن لم يفعل ولاية الأمور ذلك : أطيعوا فيما يأمرون به من طاعة الله ، لأن ذلك من طاعة الله ورسوله ، وأديت حقوقهم إليهم كما أمر الله ورسوله ، وأعينوا على البر والتقوى ولا يعانون على الإثم والعدوان . وإذا كانت الآية قد أوجبت أداء الأمانات إلى أهلها والحكم بالعدل فهذان جماع السياسة العادلة والولاية الصالحة » .

وقال أيضاً^(١) : « وعلى أن الواجب تحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها ، فإذا تعارضت كان تحصيل أعظم المصلحتين بتفويت أدناهما ، ودفع أعظم المفسدتين مع احتمال أدناهما ، هو المشروع »^(٢) .
وقال ابن القيم في « الطرق الحكيمة »^(٣) :

« وقال ابن عقيل في الفنون : جرى في جواز العمل في السلطنة بالسياسة الشرعية : إنه هو الحزم ، ولا يخلو من القول به إمام . فقال الشافعي : لا سياسة إلا ما وافق الشرع . فقال ابن عقيل : السياسة ما كان فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد وإن لم يضعه الرسول ﷺ ولا نزل به وحى . فإن أردت بقولك : « إلا ما وافق الشرع » أي لم يخالف ما نطق به الشرع فصحيح . وإن أردت : لا سياسة إلا ما نطق به الشرع فغلط وتغليط للصحابة فقد جرى من الخلفاء الراشدين من القتل والتمثيل ما لا يجحده عالم بالسنن ولو لم يكن إلا تحريق عثمان المصاحف فإنه كان رأياً اعتمدوا فيه على مصلحة الأمة ، وتحريق علي رضي الله عنه الزنادقة في الأخاديد فقال :

(١) ص ٦٣ .

(٢) انظر أيضاً من الكتاب نفسه : ص ٦٣ و ١٥٢ و ١٦٠ و ١٦٢ و ١٨٢ و ١٩٠ .

(٣) ص ١٣ وما بعدها .

لما رأيت الأمر أمراً منكراً .: أجمت ناري ودعوت قُبُرا
ونفي عمر بن الخطاب رضي الله عنه لنصر بن حجاج . اهـ .

وهذا موضع مزلة أقدام ومضلة أفهام وهو مقام ضنك ومعتك صعب :
فرط فيه طائفة فعطلوا الحدود وضيعوا الحقوق وجروا أهل الفجور على
الفساد وجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد محتاجة إلى غيرها وسدوا
على نفوسهم طرقاً صحيحة من طرق معرفة الحق والتنفيذ له وعطلوها مع
علمهم وعلم غيرها قطعاً أنها حق مطابق للواقع ، ظناً منهم منافاتها لقواعد
الشرع . ولعمر الله إنها لم تناف ما جاء به الرسول ﷺ وإن نفت ما فهموه هم
من شريعته باجتهادهم . والذي أوجب لهم ذلك نوع تقصير في معرفة الشريعة
وتقصير في معرفة الواقع وتنزيل أحدهما على الآخر . فلما رأى ولاة الأمور
ذلك وأن الناس لا يستقيم لهم إلا بأمر وراء ما فهمه هؤلاء من الشريعة أحدثوا
من أوضاع سياستهم شراً طويلاً وفساداً عريضاً فتفاهم الأمر وتعذر استدراكه وعز
على العالمين بحقائق الشرع تخليص النفوس من ذلك واستنقاذها من تلك
المهالك .

وأفرطت طائفة أخرى قابلت هذه الطائفة ، فسوغت من ذلك ما ينافي حكم
الله ورسوله .

وكلا الطائفتين أتيت من تقصيرها في معرفة ما بعث الله به رسوله وأنزل به
كتابه ، فإن الله سبحانه أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط ، وهو
العدل الذي قامت به الأرض والسموات . فإن ظهرت أمارات العدل وأسفر

وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه ، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمارة فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها ، بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط ، فأى طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست مخالفة له .

فلا يقال إن السياسة العادلة مخالفة لما نطق به الشرع ، بل هي موافقة لما جاء به ، بل هي جزء من أجزائه ، ونحن نسميها «سياسة» تبعاً لمصطلحك ، وإنما هي عدل الله ورسوله ، ظهر بهذه الأمارات والعلامات ، فقد حبس رسول الله ﷺ في تهمة وعاقب في تهمة لما ظهرت أمارات الريبة على المتهم . فمن أطلق كل متهم وحلفه وخلّى سبيله مع علمه باشتهاؤه بالفساد في الأرض وكثرة سرقاته وقال : لا آخذه إلا بشاهدي عدل فقوله مخالف للسياسة الشرعية . . . (وضرب أمثلة أخرى لفعل الرسول ﷺ) . . . وسلك أصحابه وخلفاؤه من بعده ما هو معروف لمن طلبه - فمن ذلك . . . والمقصود أن هذا وأمثاله سياسة جزئية بحسب المصلحة يختلف باختلاف الأزمنة . . . وهذه السياسة التي ساسوا بها الأمة وأضعافها هي من تأويل القرآن والسنة . . . الخ

ومن ذلك جمع عثمان رضي الله عنه الناس على حرف واحد من الأحرف السبعة التي أطلق لهم رسول الله ﷺ القراءة بها ، لما كان ذلك مصلحة .

فلما خاف الصحابة رضي الله عنهم على الأمة أن يختلفوا في القرآن ورأوا أن جمعهم على حرف واحد أسلم وأبعد من وقوع الاختلاف فعلوا ذلك ومنعوا الناس من القراءة بغيره . وهذا كما لو كان للناس عدة طرق إلى البيت وكان سلوكهم في تلك الطرق يوقعهم في التفرق والتشتت ويطمع فيهم العدو فرأى الإمام جمعهم على طريق واحد فترك بقية الطرق : جاز ذلك ولم يكن فيه إبطال لكون تلك الطرق موصلة إلى المقصود ، وإن كان فيه نهي عن سلوكها لمصلحة الأمة . . . الخ» (١) .

ومن القواعد الفقهية أن « تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة » ذكرها بعض الفقهاء ، منهم ابن نجيم والسيوطي . وقد علق ابن نجيم على ذلك بقوله : « إذا كان فعل الإمام مبنياً على المصلحة فيما يتعلق بالأمور العامة لم ينفذ أمره شرعاً إلا إذا وافق الشرع ، فإن خالفه لم ينفذ » . ثم قال : « فإن خالفه لم ينفذ ، قال المصنف رحمه الله في شرح الكنز ناقلاً عن أئمتنا : « طاعة الإمام في غير معصية واجبة ، فلو أن الإمام أمر بصوم يوم وجب » (٢) .

ومن تطبيقات ذلك : ما قاله الماوردي في الأحكام السلطانية (٣) من أن السياسة تقتضي ألا ينتقل القاضي من مذهب إلى مذهب « إذا أداه اجتهاده إليه لما يتوجه إليه من التهمة والممايلة في القضايا والأحكام ، وإذا حكم بمذهب لا يتعداه كان أنفى للتهمة وأرضى للخصوم » .

(١) انظر أيضاً : ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ٤ : ٣٠٩ وما بعدها .

(٢) ابن نجيم ، ١ : ١٥٧ - ١٥٨ . والسيوطي ، ص ٨٣ .

(٣) ص ٦٧ - ٦٨ . وراجع فيما تقدم ص ٤٣ و ٥٦ .

(ب) طاعة ولي الأمر

قال ابن عابدين في رد المحتار^(١) :

« إذا أمر الإمام بالصيام في غير الأيام المنهية وجب ، لما قدمناه في باب العيد من أن طاعة الإمام فيما ليس بمعضية واجبة » .

وقال في التكملة^(٢) : في شرح قوله « تجب طاعته فيما أباحه الدين » أن ذلك « ما يعود نفعه إلى العامة كعمارة دار الإسلام والمسلمين فيما تناوله الكتاب والسنة والإجماع . وقد أخذ البيري من مجموع هذه النقول أنه لو أمر أهل بلدة بصيام أيام بسبب الغلاء أو الوباء وجب امتثال أمره » .

ومن تطبيقات ذلك :

قوله في التكملة^(٣) على « مطلب طاعة أولي الأمر واجبة » :

« أمرك قاض عدل برجم أو قطع في سرقة أو ضرب ، في حد قضى به بما ذكر ، وسعك فعله لوجوب طاعة ولي الأمر . ومنعه محمد حتى يعاين الحجة . واستحسنوه في زماننا . وفي العيون - وبه يفتى ، إلا في كتاب القاضي للضرورة . وقيل يقبل لو عدلاً عالمًا » .

« قوله : لوجوب طاعة ولي الأمر » بالآية الشريفة^(٤) . ومن طاعته

(١) ح ١ : ص ٥٩٢ باب الاستسقاء .

(٢) ح ٢ : ص ٥٣ - ٥٤ . وانظر فيما يلي ص ٧٣ . والمقصود بالتكملة « قرّة عيون الأختيار تكملة رد المحتار » لمحمد علاء الدين بن ابن عابدين (محمد أمين) .

(٣) ح ١ : ص ٤٦ - ٤٧ . وانظر الهامش السابق .

(٤) وهي قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم ﴾ (النساء : ٥٩) . وانظر تفسيرها في : ابن كثير ، ١ : ٥١٨ . والجصاص ، أحكام القرآن ،

٢ : ٢١٠ . وابن العربي ، ١ : ٤٥١ .

تصديقه . قال العلامة البيري في أواخر شرحه على الأشباه والنظائر عند الكلام على شروط الإمامة : ثم إذا وقعت البيعة من أهل الحل والعقد صار إماماً يفترض إطاعته كما في خزانة الأكمل ؛ وفي شرح الجواهر تجب إطاعته فيما أباحه الدين ، وهو ما يعود نفعه إلى العامة ، كعمارة دار الإسلام والمسلمين مما تناوله الكتاب والسنة والإجماع اهـ . وفي النهاية وغيرها : روي عن أبي يوسف لما قدم بغداد صلى بالناس العيد وكلفه هارون الرشيد وكبر تكبير ابن عباس رضي الله عنهما . وروي عن محمد هكذا . وتأويله أن هارون أمرهما أن يكبرا تكبيرة جده ففعلا ذلك امتثالاً لأمره . وقد نصوا في الجهاد على امتثال أمره في غير معصية . وفي التتارخانية عن المحيط : إذا أمر الأمير أهل العسكر بشيء ، فعصاه في ذلك واحد ، فالأمير لا يؤدبه في أول وهلة ، ولكن ينصحه حتى لا يعود إلى مثل ذلك ، بل يعذره ، فإن عصاه بعد ذلك أدبه ، إلا إذا بين في ذلك عذراً فعند ذلك يخلي سبيله ولكن يحلفه بالله تعالى : « لقد فعلت هذا بعذر » . وقد أخذ البيري من مجموع هذه النقول أنه لو أمر أهل بلدة بصيام أيام بسبب الغلاء أو الوباء وجب امتثال أمره والله تعالى أعلم . وقد تقدم في العيدين والاستسقاء - وانظر ما قدمه سيدي الوالد في باب الإمامة من كتاب الصلاة» (١) .

وقال في الدر ورد المختار (٢) :

قال في الدر : « ويصلي الإمام بهم ركعتين مشياً قبل الزوائد ، وهي ثلاث تكبيرات في كل ركعة ، ولوزاد تابعه إلى ستة عشر ، لأنه مأثور » .

(١) راجع فيما تقدم ص ٧٢ . والسطور التالية .

(٢) ح ١ : ص ٥٨٣ في صلاة العيدين .

وقال في رد المحتار : « (قوله ولو زاد تابعه) لأنه تبع لإمامه ، فتجب عليه متابعتة وترك رأيه برأي الإمام ، لقوله عليه الصلاة والسلام : إنما جعل الإمام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه - لما لم يظهر خطؤه بيقين ، كان اتباعه واجباً ، ولا يظهر الخطأ في المجتهديات . فأما إذا خرج عن أقوال الصحابة ، فقد ظهر خطؤه بيقين ، فلا يلزمه اتباعه . ولهذا لو اقتدى بمن يرفع يديه عند الركوع أو بمن يقنت في الفجر أو بمن يرى تكبيرات الجنازة خمساً ، لا يتابعه لظهور خطئه بيقين ، لأن ذلك كله منسوخ - بدائع ، أقول : يؤخذ منه أن الحنفي إذا اقتدى بشافعي في صلاة الجنازة يرفع يديه ، لأنه مجتهد فيه ، فهو غير منسوخ ، لأنه قد قال به أئمة بلخ من الحنفية » (١) .

وقال في التكملة (٢) :

« . . . وقد منا عنهم أن من القضاء الباطل القضاء بسقوط الحق بمضي سنين . لكن ما في المبسوط لا يخالفه ، فإنه ليس فيه قضاء بالسقوط ، وإنما فيه عدم سماعها ، وقد كثر السؤال بالقاهرة عن ذلك مع ورود النهي من السلطان أيده الله تعالى بعدم سماع حادثة لها خمس عشرة سنة ، وقد أفتيت بعدم سماعها ، عملاً بنهيه ، اعتماداً على ما في خزانة المفتين ، والله سبحانه وتعالى أعلم » .

وقال شهاب الدين القرافي في « الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام » (٣) :

(١) وانظر أيضاً ح-٣ : ص ٣٣٥ من الكتاب نفسه .

(٢) ح-١ : ص ٣٤٦ . راجع فيها تقدم الهامش رقم ٢ ص ٧٢ .

(٣) ص ٤ - ٥ .

« . . . وقرر الله تعالى أيضاً الإنشاء للمكلف في صورة أخرى وذلك أن الله تعالى لما شرع الأحكام شرع الأسباب . وكما جعل الأحكام على قسمين : منها ما قرره في أصل شرعه كوجوب الصلوات الخمس ونحوها ، ومنها ما وكله للمكلف وهو إيجاب المندوب بالنذر - فكذاك جعل الأسباب على قسمين : منها ما قرره أصل الشريعة ، ومنها ما وكل إنشاء سببه إلى المكلف . وهو عام لم يخصصه بمندوب ولا غيره ، بل له أن ينشئ السببية في المندوبات والواجبات والمحرمات والمكروهات والمباحات وما ليس فيه حكم شرعي البتة ، كفعل النائم والساهي والمخطيء والمجنون وإذا تقرر أن الله جعل لكل مكلف وإن كان عامياً جاهلاً الإنشاء في الشريعة لغير ضرورة ، فالأولى أن يجعل الإنشاء للحكام مع علمهم وجلالتهم ، لضرورة درء الفناء ودفع الفساد وإخماد الثائرة وإبطال الخصومة - فهذان بابان مقرران بطريق الأولى كما ظهر لك . وأما الدليل على ذلك فهو الإجماع من الأئمة قاطبة أن حكم الله تعالى ما حكم به الحاكم في مسائل الاجتهاد ، كما تقدم ، وأن ذلك الحكم يجب اتباعه على جميع الأئمة ويحرم على كل أحد نقضه ، وهذا شيء نشأ بعد الحكم لا قبله ، لأن الواقعة كانت قبل هذا قابلة لجميع الأقوال ولأنواع البعض والمخالفات ، ولا نعني بالإنشاء إلا هذا القدر فقد وضح ذلك وبان » .

...

وخلاصة ذلك كله أنه يجوز لولي الأمر إلزام القاضي بالقضاء بحكم معين ، من بين أقوال الفقهاء ، غير خارج في ذلك عن الشريعة الإسلامية ، نزولاً على السياسة الشرعية ، لمصلحة الأمة . ويجب على القاضي والرعية طاعة ولي الأمر في ذلك . وعلى ذلك جرى العمل في الدولة الإسلامية .

الفصل الثاني

المنهج

التشريع فن له قواعده وأصوله ، فلا يجوز أن نغفل هذه القواعد والأصول عند القيام بعمل تشريعي خطير وهو التقنين . ويلاحظ أن الصنعة التشريعية كانت فطرة وإلهاماً قبل أن تصير فناً . وكان المقنن يستوحى نصيباً من هذا الفن الخفي في تقنيه دون إحساس منه شأن كل فن في مبدئه قبل أن تتبين أصوله وترسم قواعده وتوطأ سبله وخططه . وقد تم له ذلك في العصر الحاضر فتبينت معالمه واتضحت أصوله .

وقد بدأ الفيلسوف الإنجليزي بيكون (Bacon) والفيلسوف الفرنسي مونتسكيو (Montesquieu) الكلام في بعض مسائل هذه الصناعة (التقنين) في شيء من عدم التحديد والدقة ، وأعقبهما بنتام (Bentham) فبحث بالتفصيل مسائل التقنين . ثم تناول الموضوع أيضاً فقيهان ألمانيان هما سافيني (Savigny) وإهرنج (Ihering) . وقد تناول إهرنج بدقة في كتابه « روح القانون الروماني » وروسيه (Rousset) في مقال « في صياغة التشريعات المقننة » (المجلة الانتقادية سنة ١٨٥٦ - ١٨٥٨) وكذلك الفقيه الفرنسي جني (Geny) في مقال نشره في كتاب العيد المثيني للقانون المدني الفرنسي (حـ ٢ ص ٩٨٩ - ١٠٣٨) وفي محاضرة ألقاها بمدرسة العلوم الاجتماعية بباريس سنة ١٩١٠ ونشرت في كتاب « طرق البحث القانوني » الصادر في باريس سنة ١٩١١ (ص ١٧٣ - ١٩٦) وفي كتابه العظيم « العلم والصياغة » في أربعة أجزاء (سنة ١٩١٤ - ١٩٢٤) . ثم تناول أيضاً روجان (Roguin) في مجموعة جامعة لوزان بمناسبة المعرض الوطني السويسري سنة ١٨٩٦

(ص ٧١ - ١٣٤) . وكذا ديموج (Demogue) في كتابه « المبادئ الرئيسة في القانون الخاص » (باريس سنة ١٩١١) ، ومسسكو (Micessco) « بحث في الصناعة القانونية » (رسالة من باريس سنة ١٩١١) وتيسيه (Tissier) « الصناعة الفنية للقانون الخاص » (المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٢٣) . وساباتيه (Sabatier) « فن عمل القوانين » (سنة ١٩٢٧) . وانجلسكو (Angelesco) « الصناعة التشريعية في التقنين المدني » (رسالة من باريس سنة ١٩٣٠)^(١) . ومن اهتم بذلك في مصر أستاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري رحمه الله رحمة واسعة وأسكنه فسيح جناته .

وينبغي ألا نعرض عن هذا الفن وهذه البحوث في تقنين الفقه الإسلامي بدعوى أنه أجنبي ، وإنما ينبغي أن نأخذ منه ونعدل فيه ونضيف إليه ما يوافق الفقه الإسلامي ، إذ ما القوالب التي يرسمها لنا هذا الفن إلا أشكال تبرز مضمونها ، والشأن في ذلك شأن الراديو والتلفزيون : قد يستعملان في إشاعة الفتنة كما يستعملان في إذاعة الخير وتلاوة القرآن الكريم ، وكذا كل أداة .
وقديماً قالوا : « للوسائل حكم الغايات » .

وقد ثبت أن الوظيفة الأساسية للتشريع هي الصياغة الفنية للقواعد العلمية المستنبطة من علوم الاجتماع المختلفة فتوضع هذه القواعد في القوالب القانونية الملائمة .

والقانون ليس صناعة واحدة بل هو صناعات متعددة فهناك :

- صناعة القضاء (technique Jurisprudentielle) .

(١) نقلاً عن السنهوري ، في مقاله المشار إليه فيما سبق . وكنا نود تكملة هذا البيان إلى اليوم ولكن أعوزتنا المراجع في مصر . ولعلنا نستطيع ذلك في المستقبل إن شاء الله .

- وصناعة الفقه (technique doctrinaire) .
 - وصناعة التشريع (technique legislative) .
 - وصناعة التقنين (technique de la codification) .
- وهذه الصناعة الأخيرة هي التي يعيننا أمرها ويهمنا معرفة قواعدها كي نفيذ منها في تقنين الفقه الإسلامي .

...

صناعة التقنين يمكن النظر إليها من ناحيتين :

الناحية الأولى : وتسمى الناحية الداخلية (Cote interne) .

والناحية الثانية : وتسمى الناحية الخارجية (Cote externe) وهي ناحية

الإجراءات .

ولا نريد هنا مجرد سرد ما قالوه في هذا المجال ، فما قالوه نابع من ظروفهم ، وإنما نورد فيما يلي ما نراه مناسباً لتقنين الفقه الإسلامي . ومن أراد المزيد فليرجع إلى المصادر التي أشرنا إليها فيما تقدم وغيرها .

ونتناول كلاً من الناحيتين في مبحث على حدة . ونخصص مبحثاً ثالثاً

لمراجعة التقنين بين الحين والحين^(١) .

المبحث الأول

الناحية الداخلية

هناك كثير من المسائل الداخلية لتقنين الفقه الإسلامي تستحق البحث .

(١) انظر : السهوري ، مقاله المشار إليه فيما سبق .

ومنها : نطاق التقنين ومصدره وصياغته وتبويبه وروحه العامة وأسلوبه ولغته .
ونتكلم باختصار على كل منها .

ونقتصر هنا على المعاملات المالية (القانون المدني) وما يقال فيها يقال
في غيرها مع مراعاة ما قد يكون من خلافات بينها وبين غيرها .

(أ) نطاق التقنين

يلحظ الباحث في الفقه الإسلامي أن فقهاءنا المسلمين يفرقون بين نوعين
من المسائل : أحدهما الواجب ديانة ، والآخر الواجب قضاء . فالأولى هي
التي تبقى بين العبد وربّه دون تدخل من القضاء . والثانية هي التي تقبل
بطبيعتها أن تكون محل التقاضي .

والنوع الأول يجب رعايته واحترامه ولكن في داخل النفس ومكنون الضمير
بعيداً عن القضاء .

والنوع الثاني هو الذي يدخل في التقنين .

ويمكن التعبير عن ذلك بأن الشريعة الإسلامية ثلاث شعب : المعاملات
(المالية والشخصية والجنائية) ، والعبادات ، والأخلاق . فالمعاملات
بأنواعها تدخل في التقنين . أما الثانية والثالثة فيجب احترامها من المسلم
ولكنها لا ترد في التقنين إلا ما يدخل منها في دائرة القضاء (كالتعزيرات) .

ويجب أن نلاحظ أيضاً فيما يدخل في دائرة التقنين التمييز بين المبادئ
العامة الشاملة وهذه أسس تبقى ، وبين الأحكام التفصيلية التطبيقية وهذه تترك
للتطور حتى تماشي الزمن .

(ب) مصدر التقنين

الفقه الإسلامي متعدد المذاهب . والمشهور عندنا منها أربعة : المذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي . وإلى جوارها مذاهب أخرى كالمذهب الظاهري ومذهب الشيعة الإمامية والزيدية والمذهب الإباضي .

وهناك سبيلان في التقنين :

أحدهما : التزام مذهب واحد . وإذا تعددت الآراء فيه فيلتزم رأي إمامه أو أرجح الأقوال فيه أو المفتى به .

والثاني : الأخذ من كل مذهب بما يصح منه إذ الصحيح ليس محصوراً في مذهب معين .

ولسنا ننضم إلى هذا السبيل أو ذاك ، لأننا نرى في الأول ضيقاً قد لا يتفق ووجوب أن يكون التقنين متطوراً مع المعاملات الجديدة . ونرى في الثاني توسعاً قد يؤدي إلى تناقض في الأحكام أو في أدلتها وقد يؤدي إلى الاضطراب عند التفسير وهو مسألة هامة جداً في التطبيق في المحاكم .

وإنما نسلك سبيلاً وسطاً وهو الأخذ في بلد ما بالمذهب السائد فيها أصلاً عاماً ، والخروج عليه إلى غيره عندما تدعو المصلحة إلى ذلك على سبيل الاستثناء ، فيكون الأصل معروفاً ، والاستثناء بيئاً ، بحيث يتبين الطريق إلى التفسير عند لزومه . ففي مصر مثلاً يؤخذ المذهب الحنفي أساساً مع الخروج عليه إلى مذهب آخر إذا دعت المصلحة ، كما في مسألة حرية التعاقد والاشتراط مثلاً ، فقد تدعو المصلحة إلى الأخذ فيها بالمذهب الحنبلي . وفي المملكة العربية السعودية حيث يسود المذهب الحنبلي يؤخذ بالمذهب

الحنبلي أساساً مع جواز الخروج منه إلى غيره إن وجدت المصلحة في ذلك في مواضع محددة تنزل من الأصل منزلة الاستثناء من الأصل العام . وفي داخل المذهب يؤخذ بالرأي الذي يتفق وتطور الحياة الحاضرة فهذا هو الذي يفتى به الآن .

والمرجع في ذلك كله الرغبة في أن يكون التقنين متمشياً مع الحياة حتى يقبل الناس على تطبيق الشريعة الإسلامية ولا يزوروا عنها إلى القوانين الوضعية ، وهذه مصلحة عليا يقرها الشارع سبحانه وتعالى . كل ذلك بشرط عدم الخروج على الشريعة الإسلامية .

...

ويجب الصدور بادىء ذي بدء عن الفقه الإسلامي ، وبعبارة أخرى يجب البدء بصياغة الأحكام أخذاً عن كتب الفقه الإسلامي . ولا بأس من النظر أثناء ذلك إلى القانون للانتفاع بصياغته أو لمعرفة المشاكل التي تثور في العمل في هذا العصر وكيفية حلها . إنما المرجع دائماً هو الفقه الإسلامي ، على أن تذييل كل مادة بمذكرة إيضاحية تبين فيها أحكام الفقه الإسلامي في مذاهبه في موضوع المادة ووجه اختيار الحكم الذي اختير والمراجع .

نقول ذلك لأن هناك اتجاهًا ظهر في بعض لجان تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب المصري ملخصه تناول التقنينات الوضعية ونسبتها إلى الشريعة الإسلامية ما لم تكن مخالفة للشريعة الإسلامية ، ففي تقرير اللجنة الفرعية المنبثقة عن لجنة التقاضي لإعادة النظر في قواعد الأحكام وطرق الطعن والتنفيذ الجبري جاء (ص ١ من التقرير) :

« وانتهت اللجنة إلى أن مواد قانون المرافعات المنظمة لهذه القواعد هي في مجموعها غير مخالفة للشريعة الإسلامية ، وذلك استناداً إلى المصالح المرسلة ، وهي دليل من أدلة الفقه الإسلامي معمول به منذ نشأة هذا الفقه » وتأسيساً على ذلك فهي « لا ترى إعادة النظر إلا في بعض القواعد التي ترى أن بعضها مخالف لأحكام الشريعة وبعضها الآخر يحسن تعديله لتكون نصوص القانون أكثر تحقيقاً لمقاصد الشريعة وأهدافها » وظاهر من هذا أن نهج اللجنة هو الاكتفاء بعدم مخالفة النصوص الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالي (وهو قانون وضعي يعود بأصله إلى القانون الفرنسي) للشريعة الإسلامية . وما دامت غير مخالفة للشريعة الإسلامية فإنها تخرج عن إعادة النظر أي تبقى باعتبارها المقصود من عمل هذه اللجان . وقد خلصت إلى أن مواد قانون المرافعات المصري الحالي في مجموعها غير مخالفة للشريعة الإسلامية فتخرج عن إعادة النظر ، أي يصدر بها القانون الجديد باعتبارها من الشريعة الإسلامية .

واستندت اللجنة في ذلك إلى المصالح المرسلة وهي دليل من الأدلة الشرعية .

وهذا النهج الذي اتبعته اللجنة نهج معيب مُخْطِئٌ نظراً إلى أن الغاية من هذه اللجان هي إعادة النظر في القوانين المطبقة الآن في مصر بحيث يكون مصدرها الشريعة الإسلامية ، إعمالاً لما جاء في المادة الثانية من الدستور المصري من أن « مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع » ونبين فيما يلي وجوه العيب والخطأ ثم المنهج الصحيح .

(أولاً) وجوه العيب والخطأ :

١ - نحن لا نرى أن هناك ، في الشريعة الإسلامية ، ما يسمى « ما لا يخالف الشريعة الإسلامية » ذلك أن الشريعة الإسلامية كاملة في أسسها ومبادئها ﴿ اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً ﴾ (١) . وهي بذلك - بأسسها - صالحة لكل زمان ومكان ، فالأحكام في نظرها إما أن تكون صادرة عنها - أي عن الأدلة الشرعية التي تقرها وهي الكتاب والسنة والإجماع وغيرها من الأدلة الشرعية على خلاف فيها ، فهي منها ، وإما أن تكون غير صادرة عنها فليست منها ، وليس هناك منطقة وسطى تسمى منطقة « ما لا يخالف الشريعة الإسلامية » فما « لا يخالف الشريعة الإسلامية » ليس من الشريعة الإسلامية . لقد أمرنا الله سبحانه وتعالى أن نحكم ﴿ بما أنزل الله ﴾ أي بالشريعة الإسلامية لا « بما لا يخالف الشريعة الإسلامية » فقال تعالى : ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون . . . ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون . . . وليحكم أهل الإنجيل بما أنزل الله فيه ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون . . . فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق . . . وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك ﴾ (٢) .

إن الشريعة الإسلامية جملة من الأحكام الشرعية ، والحكم الشرعي هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع . فما كان من ذلك خطاباً من الله تعالى فهو حكم شرعي أي من الشريعة الإسلامية ، وما لم يكن من ذلك من خطاب الله تعالى فليس حكماً شرعياً أي

(١) المائدة : ٣ .

(٢) المائدة ص ٤٤ - ٤٩

ليس من الشريعة الإسلامية . فليس من الشريعة الإسلامية مجرد ما لا يخالف الشريعة الإسلامية ما دام ليس خطاباً من الله تعالى يتعلق بأفعال المكلفين بالاقضاء أو التخيير أو الوضع .

وهذا على فرض ثبوت عدم المخالفة وهو ما يحتاج إلى إثبات ، وإثباته لا يكون إلا بعد الاطلاع على ما كتبه الفقهاء المسلمون في الدعوى والقضاء ، والمقارنة بينه وبين قواعد القانون الوضعي القائم .

٢ - المصلحة المرسله دليل تكميلي مع الخلاف فيه :

المقصود بالمصلحة المرسله أو الاستصلاح في اصطلاح الأصوليين تشريع الحكم في واقعة لا نص فيها ولا إجماع ، بناء على مراعاة مصلحة مرسله أي مطلقة بمعنى أنها مصلحة لم يرد عن الشارع دليل لاعتبارها أو لإلغائها .

فالمصلحة المرسله إنما يشرع بها الحكم إذا لم يوجد نص ولا إجماع . والشافعي ينكرها دليلاً شرعياً وكذا الحنفية في المشهور . ومن ثم وجب البحث أولاً في الأدلة الشرعية (الكتاب والسنة والإجماع وغيرها) فإن لم يوجد فيها الحكم التجيء إلى المصلحة المرسله على قول من يقول بها .

فلا يلجأ إلى المصالح المرسله إلا إذا ثبت عدم وجود نص من قرآن أو سنة أو إجماع ولا يمكن أن تكون المصالح المرسله الدليل الشرعي الوحيد لفرع كامل من فروع القانون - قال الشاطبي في الاعتصام^(١) : « إن وضع الأحكام بالرأي على سبيل الدوام من البدع » .

فلا يقبل أن يؤخذ القانون الوضعي المستمد من القانون الفرنسي وينسب

(١) ح ٢ : ص ٢٣٨ .

إلى الفقه الإسلامي باسم المصالح المرسله وإن كان لا مانع من أن نسترشد به
وبغيره في بعض المواضع المحدودة التي لم يرد فيها نص ولا إجماع لتحقيق
مصلحة شرعية .

ولو أخذنا بمنهج اللجنة لكان القانون المدني الفرنسي مثلاً (فيما عدا
نصوص الربا ونحوها) شريعة إسلامية - فهل يقول بذلك أحد ؟ وهل يصدق
أحد القول بذلك ؟

٣ - التراث ووصل الحاضر بالماضي :

المقصود بتقنين الشريعة الإسلامية ليس الناحية الإسلامية الدينية فقط ،
وهي كافية ، بل أيضاً الناحية الإسلامية القومية ، إذ الإسلام دين وقومية ﴿ إن
هذه أممكم أمة واحدة وأنا ربكم فاعبدون ﴾ (١) ﴿ وإن هذه أممكم أمة واحدة وأنا
ربكم فاتقون ﴾ (٢) .

ففي الرجوع إلى الفقه الإسلامي رجوع إلى تراثنا ووصل الحاضر بالماضي
وإقامة المستقبل على أساس مكين . فإذا اعتر الفرنسيون بقانونهم ، والإنجليز
بقضائهم ، فإننا - نحن المسلمين - نعتز بالفقه الإسلامي وبالقضاء الإسلامي ،
فقد ترك لنا أسلافنا المسلمون فقهاً عارماً خصباً يتميز بالسعة والعمق وحسن
الصياغة وقوة السبك بحيث يعلو أي فقه آخر . كما ترك لنا أسلافنا المسلمون
قضاء زاخراً يشرف أي أمة ، فهل نترك هذا التراث ونذهب إلى قانون مصدره
الغالب فرنسي وننسبه إلى الشريعة الإسلامية زوراً وبهتاناً ؟

ثم ماذا يكون المرجع في تفسير هذا القانون ؟ أليس الفقه أو

القضاء الأجنبي ؟

(١) الأنبياء : ٩٢ .

(٢) المؤمنون : ٥٢ .

قد يقال : إن الحلول العملية واحدة ؛ ويكفي في الرد على ذلك : ولماذا نأخذها إذن عن الأجانب ولا نأخذها عن تراثنا ؟ ولكننا لا نكتفي بهذا بل نقول : إن المصدر مهم ، ذلك لأن هذا المصدر هو الذي يربط الشخص بعقيدته وتراثه مما له أكبر الأثر في الإيمان بالقانون وطاعته عن رضى ، فإن أخذ الحكم عن القرآن الكريم أو سنة رسول الله ﷺ غير أخذه عن قانون أجنبي . فالتزام الصدق فلسفةً غير اتباعه ديناً ، والامتناع عن شرب الخمر صحة غير الامتناع عنه ديانة . فالدين عامل قوي في حمل الناس على الطاعة والامتثال ، وفي وصل العبد بربه في كل الأمور .

والمصدر هو الذي يفرق بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي . الأولى مصدرها السماء ، والثاني مصدره الإنسان .

ولا ينكر تشابه القوانين كثيراً في الحلول العملية ، ولكن مما يميز قانوناً عن قانون هو - في الغالب - الصياغة . فهل صياغة القانون الأجنبي هي صياغة الفقه الإسلامي ؟ فضلاً عن المصدر على ما تقدم .

إن من يقرأ قانوناً وضعياً يدرك على الفور أنه أجنبي الروح والصياغة . ومصدر النص يجر إلى المرجع في تفسيره أيضاً . فإذا كان المصدر أجنبياً فإن المرجع في التفسير يكون أجنبياً أيضاً ، وإن كان مصدر النص الفقه الإسلامي فالمرجع في تفسيره كتب الفقه الإسلامي مما يربطنا بتراثنا ، فالذي يميز الشريعة الإسلامية عن غيرها هو المصدر ثم الروح والصياغة علاوة على الأحكام .

(ثانياً) المنهج الصحيح :

فالمنهج الصحيح هو الرجوع بادىء ذي بدء إلى كتب الفقه الإسلامي واستقاء الأحكام منها . ولا مانع من الاسترشاد بما عليه الحال الآن ، بل والاقْتباس من القوانين الحالية إذا وجدت في ذلك مصلحة شرعية ، استناداً إلى المصلحة المرسله ، إذ عندئذ يحصر التشريع بالمصلحة المرسله في الحدود المشروعة وفقاً للمصلحة الشرعية^(١) .

(ج) صياغة التقنين

تختلف الصياغة من قوم إلى قوم .

فالقوانين المدنية الصادرة عن القانون الروماني تقوم على « الحق » بالاصطلاح القانوني وتقسيمه إلى حق شخصي (الالتزام) وحق عيني ، ثم يبحث عن مصادر كل أحكام كل : أي البدء بالمسبب أو الثمرة وهو الحق ثم البحث عن المصدر (أو السبب) وأحكامه .

أما الفقه الإسلامي فيبدأ بإيجاب الشارع أو إيجاب المكلف (التصرف) ثم يبحث في أحكامه أي يبدأ فيه بالسبب ثم ينتقل منه إلى المسبب وهو النظر المنطقي العملي .

وقد أطنب بعض الفقهاء من رجال القانون في بيان عيوب المذهب الأول في الصياغة ، ودعوا إلى هجره واتباع ما اتبعه الفقه الإسلامي ، وقد شرع فعلاً المشرع الألماني في ذلك .

(١) يراجع في ذلك المذكرة المؤرخة في ٢٠ من جمادى الآخرة سنة ١٣٩٩هـ - ١٧ من مايو سنة ١٩٧٩م والمقدمة منا إلى لجنة التقاضي ، إحدى لجان تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب المصري .

ونحن بالنسبة إلى الفقه الإسلامي يجب أن يكون المثل الذي نرنو إليه هو النزول عند صياغة الفقه الإسلامي وهي الصياغة التي ينادي بها رجال القانون الآن : صياغة « التصرف الشرعي » و « الواقعة الشرعية »^(١) .

إلا أنا قد نجد بعض صعوبات في هذا السبيل عند صياغة النظريات العامة إذ لم تصغ في كتب أسلافنا العظام من فقهاء الإسلام . وفي هذه الحالة يجب ألا تصدنا هذه الصعوبة عن الغاية النهائية وهي تطبيق الفقه الإسلامي فيجوز أن نلجأ مؤقتاً إلى صياغة القانون نجري عليها لأنها ممهدة وقد جرت الدراسات الحديثة في الفقه الإسلامي عليها ، على أن تكون هذه مرحلة ننتقل منها إلى صياغة الفقه الإسلامي بعد التمهيد لها . وهذا ما اتبع في صياغة القانون المدني الأردني : صبت أحكام الفقه الإسلامي في القوالب الرومانية (نظرية الحق) على أن تكون هذه خطوة نحو العودة النهائية إلى الفقه الإسلامي : أحكاماً وصياغة .

ومن توفيق الله جلّ وعلا أن انتهى بنا البحث إلى أن « الحق الشخصي والحق العيني » في القانون يقابله ويساويه في الفقه الإسلامي « الدين

(١) انظر مقالاتنا الآتية في مجلة إدارة قضايا الحكومة :

- « العقود المسماة في الفقه الإسلامي » في العدد الأول من السنة التاسعة .
- « التصرفات الانفرادية في الفقه الإسلامي » في العدد الثاني من السنة التاسعة .
- « التصرفات الفعلية والوقائع الشرعية في الفقه الإسلامي » في العدد الثاني من السنة السادسة عشرة .

وقد جمعت في كتاب بعنوان « التصرفات والوقائع الشرعية » ، دار القلم ، الكويت ، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م .

- وفي مجلة « أضواء الشريعة » بالرياض مقالنا :

« مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري تجربة حاسمة في أسلوب دراسة الفقه الإسلامي » العدد الثامن سنة ١٣٩٧هـ - سنة ١٩٧٧م .

والعين» . وهذا يبسر صياغة الفقه الإسلامي على نسق صياغة القانون الحالية . فنقسم الجزء الخاص بالمعاملات المالية من القانون المدني الإسلامي (والجزء الآخر هو الخاص بالأحوال الشخصية : الزواج . . . إلخ) إلى قسمين رئيسيين : الأول منهما عنوانه « الدين » والآخر عنوانه « العين » كما ينقسم القانون المدني المصري الحالي إلى قسمين رئيسيين بعد الباب التمهيدي الأول منهما عنوانه « الحقوق الشخصية أو الالتزامات » والثاني « الحقوق العينية »^(١) .

(د) تبويب التقنين :

يجب أن يبوب التقنين تبويباً منطقياً متماسكاً ، لأن التبويب المنطقي يساعد كثيراً على فهم التقنين والإحاطة به وتيسير البحث فيه .

والترتيب المنطقي المطلوب في التقنين غير الترتيب العلمي الذي نجده في كتب الفقه ، لأن مقتضيات التقنين غير مقتضيات البحث الفقهي .

وخير تبويب للتقنين هو ما يلاحظ فيه أمران : أحدهما - أن يكون منطقياً . والآخر - أن يكون عملياً . فيقسم التقنين إلى أبواب وفصول تبين بنوع خاص الأحكام الشرعية العملية وتخفي الأحكام الفقهية النظرية ، على أن تكون هذه الأبواب والفصول مرتبطة بعضها ببعض على وجه منطقي محكم .

(١) انظر مقالنا « الدين والعين في الفقه الإسلامي والحق الشخصي والحق العيني في الفقه الغربي » المنشور في مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الخاص بالعيد المئوي ، مطبعة جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٣ ، ص ٧٩ - ٩٣ . ونرى - ما دام أن الفقه الإسلامي هو مصدر التقنين المدني كله - أن يشمل هذا التقنين قسمي الأحوال الشخصية (للمسلمين وكذا لغير المسلمين وفقاً لأحكام دينهم) والأحوال العينية (المالية) . ويبدأ التقنين كله بباب تمهيدي يعالج « الأحكام العامة » استرشاداً بالقانون المدني المصري مع الالتزام بأحكام الفقه الإسلامي وصياغته .

ويحسن أن يتقدم كل الأبواب باب تمهيدي يكون موضوعه الأحكام العامة التي تسيطر على جميع مناحي القانون والتي لا تنحصر في مسألة في باب معين على أن يصاغ هذا الباب التمهيدي صياغة عملية لا فقهية نظرية على النحو الذي نجده في القانون المدني المصري الحالي وما أخذ عنه من تقنيات .

ويلاحظ أن تبويب القانون جزء من أحكامه فقد ترد فيه نصوص لا تفسر تفسيراً مقبولاً إلا بعد الرجوع إلى الموضوع الذي وردت فيه .

وقد عمد التقنين السويسري إلى بيان ملخص للنصوص في هوامشها . وهذه الملخصات تعتبر جزءاً من التقنين تسهل فهم نصوصه وتعطي خلاصة واضحة للمعنى المقصود منها وتيسر العثور على الحكم القانوني المراد معرفته .

(هـ) الروح العامة للتقنين

ونقصد بها الروح العامة التي تسري في التقنين كله ويمكن القول بأن التقنين السليم يمتاز بسمتين :

(أ) السمة الأولى :

غلبة الروح العملية فيه على الروح العلمية أو الفقهية :
ذلك لأن المقصود بالتقنين هو وضع الأحكام القانونية في متناول الجميع :
جمهور الناس قبل خاصتهم . ومن مظاهر ذلك .

- تجنب إيراد التعريفات والتقسيمات الفقهية . فيتكلم في الالتزام وفي العقد دون إيراد تعريف لهما . ويورد مصادر الدين (الالتزام) دون تعرض لتقسيمها وترتيبها ، فمجال ذلك الفقه وليس مجاله التشريع ، بل إن إيراده في

التشريع يضر ، لأن إيراد هذه التعريفات والتقسيمات في التشريع يجمدها وهو ما لا يتفق مع تطور النظم القانونية ، الأمر الذي قد يلجىء إلى التحايل للتخلص من هذا الجمود وبذل عناء كبير في هذا السبيل .

- تجنب الصيغ الفقهية والتعميمات المجردة إلا لمقتض .
- تجنب ذكر الأسباب التي أوجبت اختيار حكم ما وإيراد الدليل على صحتها ، أو إيراد أمثلة توضح الحكم (كما فعلت المجلة) إذ هذه مهمة الفقه لا التشريع ، ومجاله الأعمال التحضيرية والمذكرات الإيضاحية التي ترفق عادة بالتقنين دون أن تكون جزءاً منه .
- تجنب التصريح بانضمام المشرع إلى المذهب الشخصي أو المذهب المادي في الالتزام أو لمذهب الإرادة الباطنة أو الظاهرة في العقد ، بل يترك ذلك للفقه يستخلصه من مجموع النصوص .
- ترك الخوض في التفصيلات والجزئيات والاقتصار على وضع القواعد العامة حتى يكون التقنين من المرونة بحيث يستطيع القضاء والفقه مسايرة المعاملات المتغيرة ، وهي تفصيلات .
- هجر القواعد الجامدة إلى المعايير المرنة ما أمكن ، حتى يترك للقاضي المجال عند التطبيق لوضع الحلول المناسبة لظروف كل واقعة ولا يحبس القانون في نصوص جامدة تحول دون التطور إذ القانون كالكائن الحي لا بد من ترك المجال له كي يتطور بتطور الحياة المتغيرة .
- على المشرع في التقنين أن يلاحظ ذلك كله ، لأن مهمة التشريع وضع

قواعد عملية ، لا بسط النظريات الفقهية . . وقد قيل في ذلك : « إن القانون وضع ليأمر ولم يوضع ليُعلم وهو في غير حاجة للإقناع » .

((La Loi commande, elle n'est pas faite pour instruire, elle n'a pas besoin de convaincre.))

(ب) السمة الثانية :

ألا يحاول المشرع الإحاطة في التقنين بكل شيء .

ذلك أن هذه المحاولة مقضي عليها بالفشل ، فالمشرع - مهما كان بعيد النظر - عاجز عن أن يتصور ، عند وضع التشريع ، كل أمر ليضع له حكمه ، بل هو عاجز عن أن يضع للأمور التي يعرفها أحكاماً صالحة لكل زمان ومكان . والمشرع الحكيم هو الذي يترك مجالاً واسعاً لتطور القانون ، فلا يقضي عليه بالجمود ويحصره في قوالب محدودة من الألفاظ والأحكام . والطريق السليم هو أن يترك المسائل التفصيلية للفقهاء والقضاء .

بل إنه يجب أن يترك كثيراً من المسائل الرئيسة دون أن يتخذ منها موقفاً معيناً ما دام تطورها لم يستقر عند غاية ، وما دامت الحاجة العملية لا تقتضي ذلك . والمشرع الحكيم هو الذي يجعل عبارته مرنة بحيث تتسع لتفسيرها على وضع يتغير بتغير الظروف ، دون أن يصل في ذلك إلى الغموض والإبهام . وخير طريق يسلكه المشرع للجمع بين المرونة والدقة أن يلجأ المشرع في المسائل كثيرة التطور ، من القواعد الجامدة الضيقة إلى المعايير المرنة الواسعة التي يسترشد بها القاضي دون أن تقيده ، فيصل إلى حلول تختلف من حالة إلى حالة ، باختلاف ملابسات كل قضية عن الأخرى . ومن أمثلة التقنيات

الحكيمة التقنين السويسري ، فهو لم يحاول الإحاطة بكل شيء ، وأكثر من استعمال المعايير المرنة دون القواعد الجامدة ، وترك المجال واسعاً أمام القضاء والفقهاء لتفسير القانون وفقاً للظروف المتغيرة .

...

خلاصة ذلك كله أن المنهج السليم في التقنين يكمن في وظيفته ، فيجب أن تفهم هذه الوظيفة على وجهها الصحيح . ووظيفة التقنين ليست حصر القواعد القانونية على وجه ثابت لا يتغير ، وإنما ترتيب الأحكام الخاصة بفرع من فروع القانون بعد إزالة التناقض بينها ، بحيث يكون مفتاحاً ميسراً للتعرف على حكم القانون على أن يكمل ذلك بالرجوع إلى المصادر الأخرى للأحكام القانونية ، وعلى رأسها القضاء والفقهاء ، ذلك أنه لا يلبث التقنين أن يوضع موضع التطبيق حتى يقوم إلى جواره من الأحكام القانونية الصادرة عن القضاء والفقهاء ما قد يربو على القواعد التي وردت في التقنين . ومن أمثلة ذلك تقنينات نابليون ، فرغم أنه مر عليها ما يقرب من قرنين من الزمان إلا أنها بفضل القضاء والفقهاء ظلت إلى الآن مسيطرة لما جد من تطورات وذلك تحت ستار التفسير .

ولا يمكن إنكار أن التقنين ، في هذا السبيل ، يسدي خدمة جليلة للباحثين وللمشتغلين بالقانون ، فالتشريع المقنن أسهل في التعرف على الحكم من الأحكام غير المقننة التي يجب أن تتلمس في السوابق القضائية المبعثرة في مجموعاتها أو في المؤلفات الفقهية الواسعة أو في التشريعات المتفرقة .

(و) أسلوب التقنين

يجب في هذا المجال :

- تجنب التناقض .

- تجنب التكرار إلا لضرورة أو فائدة ولسبب معروف كما إذا قرر المشرع قاعدة عامة ثم أورد تطبيقاً لها في حالة خاصة ، لأن هذه الحالة تحتمل اختلاف الناس في تطبيق القاعدة عليها ، فيحسم المشرع الأمر بإيراد تطبيق تشريعي يمنع الخلاف .

- استعمال العبارة المناسبة للحكم ، ذلك أن العبارات التي يستعملها المشرع أنواع : فمنها الأمرة ومنها الناهية ومنها المبيحة (أو المفسرة) . فالأولى وكذا الثانية يجب أن تكون جازمة قاطعة ، والثالثة يجب أن تكون مرنة ظاهرة المعنى المقصود . وقد وصل الأمر للتمييز بين أسلوب النصوص الأمرة والنصوص المبيحة (أو المفسرة) أن طلب مجلس الدولة الفرنسي عند وضع التقنين الفرنسي أن توضع النصوص الأمرة بصيغة المستقبل وأن توضع النصوص المبيحة بصيغة الحاضر . وفي أساليب اللغة العربية وقواعدها ما يحقق التمييز بين هذه الأنواع بكل وضوح . وقد أفاض في ذلك علماء أصول الفقه بما لا مزيد عليه .

- وينبغي للمشرع في إيراد القرائن القانونية والفروض ونحوها أن يستعمل الأسلوب الذي يساعد كثيراً على حل المسائل المعقدة ويعطي أحكام القانون نصيبتها من الثبات والاستقرار .

- ويجب عدم الإكثار من الإحالة من نص إلى نص ، بل ألا يلجأ إلى ذلك إلا إذا كانت الإحالة ضرورية ، لأن الإحالات تجعل التشريع غامضاً عسر

الفهم فضلاً عن أن المشرع قد لا يستوعب الإحالة إلى كل النصوص
الواجب الإحالة إليها .

ومن التقنيات التي لاحظت ذلك التقنين السويسري ، فقد أقل من الإحالة
بقدر الإمكان ، وعندما اضطر إلى الإحالة كان يحيل لا إلى رقم المادة بل إلى
ملخص المحال عليه . أما التقنين الألماني فقد أكثر من الإحالة من نص إلى
نص إلى ثالث حتى صار تعقبه أمراً عسيراً شاقاً مع أن التقنين عمل أصلاً للتيسير
والتسهيل .

(ز) لغة التقنين

١ - يجب في اللغة التي يستعملها المشرع في التقنين أن تكون :

- واضحة ، فاللغة الغامضة تجعل القانون مغلقاً .

- دقيقة ، فاللغة غير الدقيقة تجعل القانون مبهماً .

والقانون الألماني يمتاز بدقة لفظه في غير وضوح . والقانون الفرنسي يمتاز

بوضوح لفظه في غير دقة . أما التقنين السويسري فيجمع بين الوضوح

والدقة . وكذا المشروع الفرنسي الإيطالي .

٢ - ويجب أن يكون للتشريع لغة فنية خاصة به يكون كل لفظ فيها موزوناً

محدد المعنى .

٣ - ويجب أن يأخذ اللفظ معنى واحداً في كل جنبات التقنين ، فلا يتغير

معناه من مكان إلى مكان في نفس التقنين بل يلتزم معناه في كل استعمالاته .

وقد درجت بعض التقنيات على إيراد تعريف للألفاظ التي ترد في التشريع

لتحديد معناها كالتشريع الإنجليزي ومجلة الأحكام العدلية .

٤ - ويجب أن تكون لغة التقنين بسيطة يفهما جمهور الناس ولا يتنافى هذا مع كونها فنية دقيقة .

وفي تقنين الفقه الإسلامي يجب أن تلتزم مصطلحاته هو دون مصطلحات القانون ، إذ أن هذه غير تلك . فاللفظ الواحد قد يستعمل في القانون بمعنى وفي الفقه الإسلامي بمعنى آخر . مثل ذلك : الالتزام - الفضالة - وغيرهما . ففي مجال الفقه الإسلامي يجب استعمال مصطلحاته هو لا مصطلحات القانون والتزامها دائماً^(١) .

بل يجب التزام مصطلحات المذهب الذي هو المصدر الرئيس للتقنين ، ذلك أن المذاهب تختلف في المصطلحات ، فكلمة « العين » في المذهب الحنفي غيرها في المذهب المالكي مثلاً . وهناك من الألفاظ ما يكثر في مذهب ويندر استعماله في مذهب آخر .

المبحث الثاني

الناحية الخارجية

يُعنى في هذه الناحية ببيان أفضل الطرق في إجراءات التقنين ، وهل هي الإجراءات التشريعية المعتادة أم إجراءات خاصة بالتقنين نظراً لطبيعته الفنية المعقدة ؟

(١) انظر مقالنا « مصطلحات القانون ومصطلحات الفقه الإسلامي » المنشور في مجلة جامعة أم درمان الإسلامية بالسودان ، العدد الأول ، السنة الأولى ، ١٩٦٨ م .

وخلاصة ما ذهب إليه العلماء في هذا الصدد أنه يسلك في التقنين إجراءات خاصة تراعى فيها طبيعته وهي تقتضي الدقة . ويكون ذلك على قواعد ثلاث :

- أ - تكوين لجنة فنية للقيام بوضع مشروع التقنين .
- ب - تكوين لجنة لمراجعة المشروع بعد صياغته .
- ج - رسم طريقة منتجة لعرض هذا المشروع للاستفتاء العام على أوسع نطاق .

د - رسم طريقة لإصدار التقنين .

وفيما يلي بعض بيان لذلك :

أ - أما اللجنة التي تكلف بوضع مشروع التقنين فيجب أن تكون محدودة العدد حتى يكون إنتاجها متسقاً يسوده روح الوحدة والانسجام . وقد وصل الأمر ببعض الدول إلى أن عهدت إلى شخص واحد بوضع المشروع ابتداء . ولكن يلاحظ أن شخصاً واحداً قد ينوء كاهله بهذا العمل ، إذ التقنين عمل فني متشعب ومعقد وهو يقتضي كفايات متعددة ، فالأفضل أن يعهد به إلى لجنة قليلة العدد .

ب - وأما المراجعة فيجب أن توكل إلى لجنة أكثر عدداً لمناقشة المشروع ، ويحسن أن يمثل في هذه اللجنة العنصر القضائي للاستئناس بقضاء المحاكم وما جرى عليه العمل أو ما يحسن أن يجري عليه العمل في المستقبل .

ج - وأما عرض المشروع للاستفتاء على رجال الفقه والقضاء فلأن التقنين لا يمكن أن يكون كاملاً من كل الوجوه مهما عنيت به اللجنة التي وضعت

مشروعه إذ تبقى كثير من الكفايات والهيئات التي ينبغي أخذ رأيها . وقد قام الفرنسيون عند عمل تقنينهم باستفتاء المحاكم سنة ١٨٠١ فشكلت المحاكم لجاناً لدراسة مشروع التقنين المعروض عليها . وفعلت ذلك إيطاليا إذ كونت لجاناً متعددة من رجال القانون لاستفتائهم في مشروع تقنينها المدني سنة ١٨٦٢ . كما عمدت ألمانيا وسويسرا إلى استفتاء رجال القانون ورجال الأعمال وكان لذلك أثر كبير في تعديل المشروعات الأولى التي وضعت قبل هذا الاستفتاء . وحدث ذلك أيضاً في مصر بعد وضع مشروعات تقنيناتها .

د - فإذا تم ذلك عرض المشروع على الهيئة التشريعية المختصة بإصداره .
ومما يجب ملاحظته في هذه المرحلة خصوصاً ، الحرص على أن يكون التقنين وحدة متكاملة ، فلا يناقش نصاً نصاً في الهيئة التشريعية . وإذا رأت هذه الهيئة إدخال شيء من التعديل ، أعيد الأمر إلى اللجنة التي قامت بوضعه لتقوم هي بصياغة التعديل المطلوب بحيث لا يخل التعديل بتناسق المشروع ووحدته .

المبحث الثالث

مراجعة التقنين

يجب ، من وقت لآخر ، مراجعة التقنين حتى يظل مسائراً للظروف المتطورة في المجتمع ، و متمشياً مع القضاء والفقهاء . وبدون ذلك لا يلبث التقنين ، نتيجة عدم المراجعة ، أن يصير قديماً متخلفاً لا يساير الحالة القانونية القائمة ولا الظروف المتطورة مما قد يجعل ضرر التقنين أكبر من نفعه . ومن

أمثلة ذلك أنه صدر في يونيه سنة ١٩٤٥ مرسوم بتأليف لجنة برياسة الأستاذ جوليو لامورانديير عميد كلية الحقوق بجامعة باريس لمراجعة القانون المدني الفرنسي وتعديله بما يوافق التطورات التي طرأت على المعاملات .

فمن يقول بفائدة التقنين فإنه لابد قائل بضرورة المراجعة بين الحين والحين ، إذ أن القانون في المجتمع لا يلبث مع الزمن أن يصير قديماً لا يعبر بأمانة عن القانون المطبق فعلاً في المحاكم ، ولا علاج لهذا العيب إلا بالمراجعة والتنقيح بين الحين والحين .

وفي الفقه الإسلامي ميدان التعديل واسع بالأخذ بالمذاهب والآراء الأخرى غير المذهب الذي أخذ به التقنين بما يحقق المصلحة المتجددة فضلاً عن أن العرف له في الشرع اعتبار .

الخاتمة

عرفنا في المقدمة التقنين وبيّنا مزاياه وعيوبه المدعاة . وعرضنا لسلسلة من التقنين لبيان أهمية التقنين وأثره في انتشار قانون دولة ما .

ثم انتقلنا إلى الفصل الأول فعرضنا فيه الرأيين الموجودين لدى فقهاء المسلمين من حيث حق ولي الأمر في إلزام القضاة بالحكم برأي فقهي معين : الرأي القائل بعدم الجواز ، والرأي القائل بالجواز . وبيننا ما جرى عليه العمل . ثم انحزنا إلى النظر القائل بالجواز مستنديين في ذلك إلى :

١ - السياسة الشرعية حيث إن صالح المسلمين اليوم يقضي بالتقنين تثبيتاً لدعائم الشريعة الإسلامية في البلاد التي تطبقها ونشراً لها في البلاد التي لا تطبقها ، كلاً أو بعضاً .

٢ - وجوب طاعة القاضي والناس لأمر ولي الأمر ما لم يخالف الشريعة الإسلامية .

وفي الفصل الثاني عرضنا منهج تقنين الفقه الإسلامي :

أولاً - من الناحية الداخلية . مبينين نطاقه باقتصاره على أحكام القضاء دون أحكام الديانة ووجوب أن لا يخرج عن الشريعة الإسلامية بعمومها . وأن يعتمد المذهب السائد في الدولة مع جواز الأخذ عن مذهب آخر إذا اقتضت المصلحة ذلك . وعرضنا لما يجب أن يكون عليه تقنين الفقه الإسلامي من حيث المصدر والصياغة والتبويب والروح العامة والأسلوب واللغة .

وثانيًا - من الناحية الخارجية للتقنين ، وهي تكوين لجنة قليلة العدد لوضع المشروع . ثم تكوين لجنة لمراجعة التقنين أكبر عددًا . ثم عرض المشروع على الاستفتاء العام على أوسع نطاق ثم اتخاذ الإجراءات التشريعية المبسطة لإصداره وإلزام الناس به .

وثالثًا - وجوب مراجعة التقنين من حين إلى آخر كي يظل متطورًا مع الحياة متسقًا مع المعاملات التي تجد .
والله الموفق .



القسم الثاني
التطبيقات

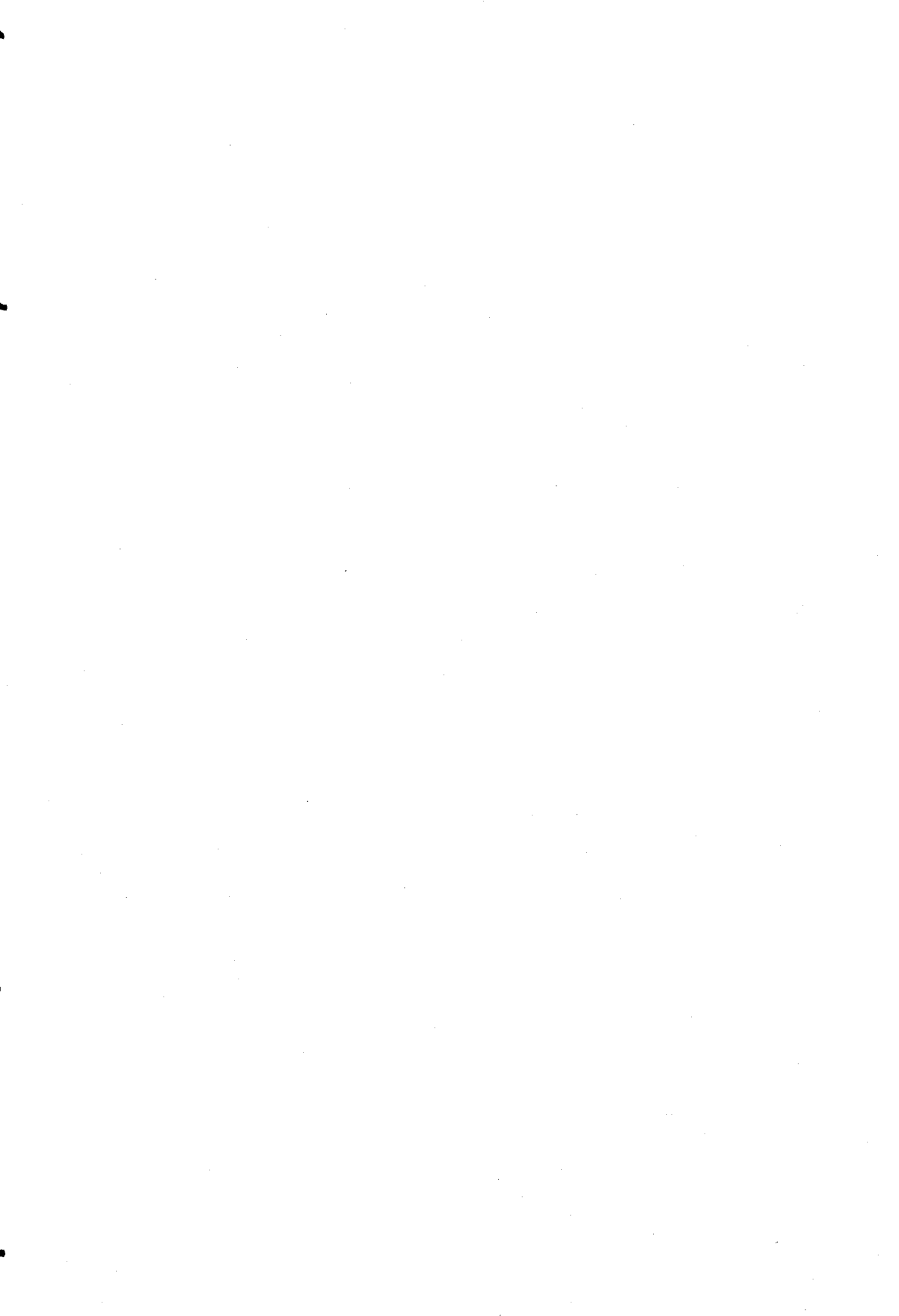
تقنين أحكام الإثبات في المواد المدنية والتجارية
من الفقه الإسلامي

فيما يلي :

أولاً - المشروع

وثانياً - مراجعة المشروع

أولاً
المشروع



اقتراح
بمشروع قانون
بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية

أعدّه من الفقه الإسلامي
الدكتور محمد زكي عبدالبر
الأستاذ بكلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض - السعودية
ونائب رئيس محكمة النقض بمصر (سابقاً)

....

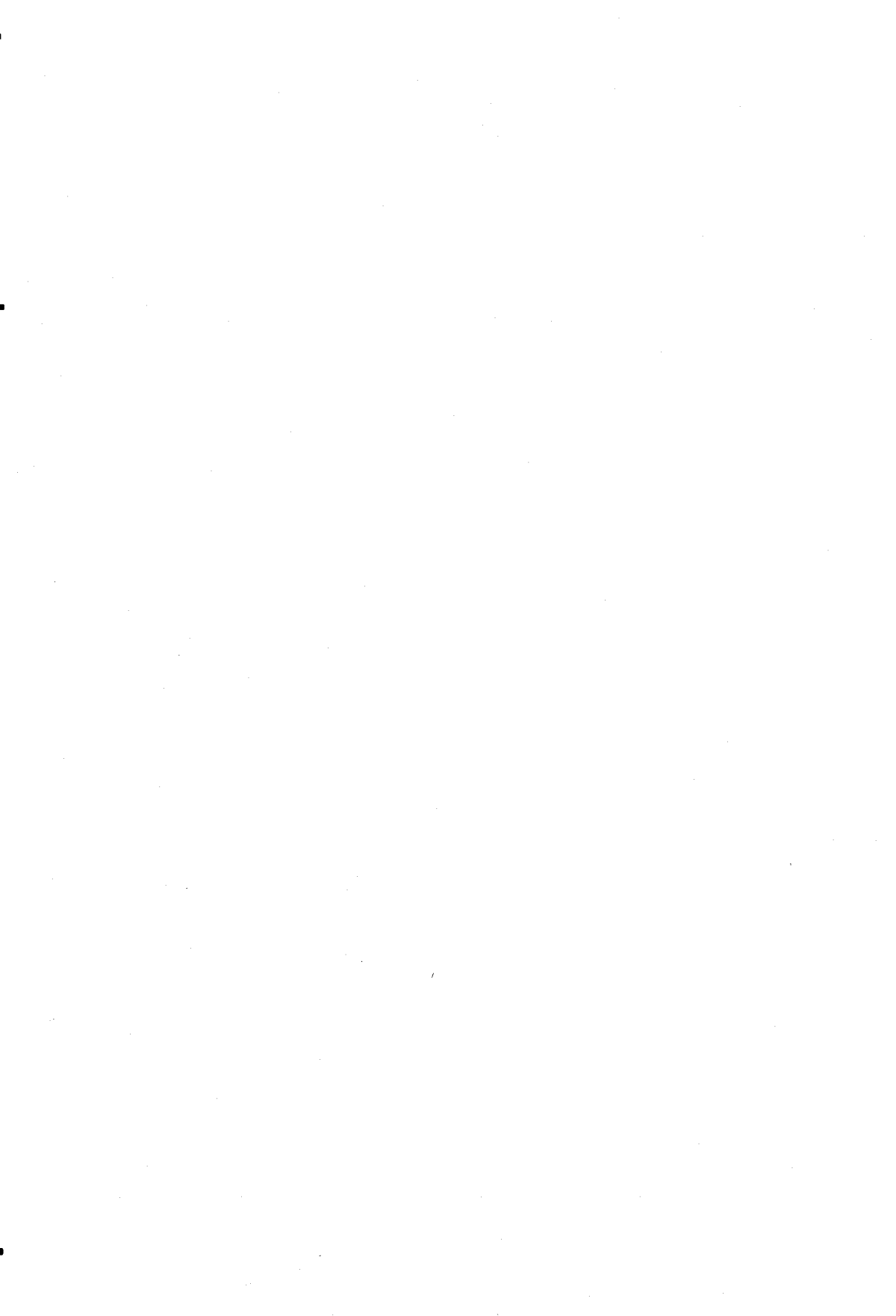
وراجعته لجنة مكونة من :

المستشار إبراهيم القليوبي	مدير النيابة الإدارية
الدكتور محمد أنيس عبادة	الأستاذ بكلية الشريعة - جامعة الأزهر
الدكتور محمد زكي عبد البر	معد المشروع

....

ثم راجعه فضيلة مفتي جمهورية مصر العربية

نقلًا عن مطبوعات مجلس الشعب المصري
الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية
٢٠٤٩٠ - ١٩٨٠ - ٣٠٠



اقتراح بمشروع قانون

بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتي نصه ، وقد صدقنا عليه وأصدرناه :

المادة ١ - يلغى قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الصادر به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ وتعديلاته والمعمول به حالياً ويستبدل به قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المرافق .

المادة ٢ - على وزير العدل تنفيذ هذا القانون ، ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

نأمر بأن يبصم هذا القانون بخاتم الدولة ، وأن ينشر في الجريدة الرسمية ، وينفذ بوصفه قانوناً من قوانين الدولة .

صدر برئاسة الجمهورية في

المذكرة الإيضاحية

لمشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية

أهمية قواعد الإثبات :

تحتل قواعد الإثبات أهمية خاصة ، إذ أن الحق - وهو موضوع التقاضي - يتجرد من كل قيمة في الحياة إذا لم يقم الدليل على المصدر الذي نشأ عنه . فالدليل هو قوام حياته ومعقد النفع فيه ، حتى صدق القول بأن الحق مجرداً عن دليله يصبح عند المنازعة فيه هو والعدم سواء . من هنا يتعين أن تلقى قواعد الإثبات ، الموضوعية منها والإجرائية ، عناية خاصة ، إذ أنها الوسيلة التي يتوصل بها صاحب الحق إلى إقامة الدليل على قيام هذا الحق ، وتقديمه إلى القضاء ليتمكن منه .

وتشتمل طائفة القواعد الموضوعية ، على سبيل المثال ، على الأحكام المتعلقة بمحل الإثبات ، وبيان من يقع عليه عبؤه ، وتفصيل طرقه ، وأحوال أعمال كل من هذه الطرق . وغني عن البيان أنه يقصد من هذه الأحكام بوجه عام اتقاء المنازعات وتأمين ما ينبغي للتعامل من استقرار .

وتشتمل طائفة القواعد الإجرائية على سبيل المثال أيضاً ، ما يتصل منها بالشكل والإجراءات ، ولا سيما ما يقوم من هذه الطرق على التحقيق والخبرة .

وإذا كانت تلك هي أهمية الإثبات في سائر النظم ، فإن هذه الأهمية تبدو أكثر وضوحاً في النظام الإسلامي الذي لا يكتفي بتقرير الحقوق ، بل يحرص

على إعداد وسيلة إثباتها ، ومن أمثلة ذلك قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها وأشهدوا إذا تبايعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد وإن فعلوا فإنه فسوق بكم واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شيء عليم . وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أوّمن أمانته وليتق الله ربه ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه والله بما تعملون عليم ﴾ (البقرة : ٢٨٢ - ٢٨٣) . وغير ذلك من الآيات والأحاديث الخاصة بإعداد الدليل .

كما يحرص النظام الإسلامي أيضاً على تمكين أصحاب الحقوق من التمتع بها بقضاء عادل ، فيقول الله تعالى : ﴿ وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ﴾ (النساء : ٥٨) ، وعلى حض الخصم على ألا يأخذ غير حقه حتى ولو قضي له به ، فيقول رسول الله ﷺ : (إنكم تختصمون إليّ ، ولعل أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه ، فمن

قطعت له من حق أخيه شيئاً فإنما أقطع له قطعة من النار) متفق عليه (بلوغ المرام ، رقم ١١٩٣ ، ص ١٧) .

ومن ثم يكون من المتعين في ظل هذا النظام ألا تقف شكلية الدليل المهيأ ، أو إجراءات تقديم الأدلة للقضاء ، عائقاً يحول دون تمتع أصحاب الحقوق بحقوقهم .

منهج المشروع :

وقد نهجت التشريعات مناهج شتى في اختيار الموضوع المناسب لقواعد الإثبات . فذهب بعضها (التشريعات الجرمانية) إلى إلحاقها بقانون المرافعات ، وهو مذهب يلقي النقد الشديد من الفقه المصري . وذهب بعضها (التشريعات اللاتينية) إلى توزيع تلك القواعد بين القانون المدني فتختصه بالقواعد الموضوعية ، وبين قانون المرافعات فتختصه بالأحكام الإجرائية ، وهذا المذهب أيضاً محل نقد لصعوبة التفرقة بين ما هو إجرائي وما هو موضوعي من قواعد الإثبات ، فضلاً عن صعوبة اختيار الموضوع المناسب للقواعد الموضوعية في التقنين المدني . وذهب البعض الآخر (التشريعات الأنجلوسكسونية) إلى فصل قواعد الإثبات الموضوعية عن القانون المدني وفصل قواعد الإثبات الإجرائية عن قانون المرافعات وتجميعهما في تقنين مستقل . وقد أخذ بذلك التشريع السوري في قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية (رقم ٣٥٩ الصادر في ١٠ حزيران سنة ١٩٤٧) ، وكذا التشريع الأمريكي الذي أضاف إلى قواعد الإثبات في المواد المدنية قواعد الإثبات في المواد الجنائية .

وفي مصر نهج المشرع في المواد المدنية والتجارية أول الأمر منهج الفصل ، فضمن القانون المدني الأحكام الموضوعية في الإثبات وضمن قانون المرافعات القواعد الإجرائية . ثم عدل عن ذلك إلى منهج الجمع بينهما ، فأصدر قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ - وهو المنهج الذي اتبعه في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ إذ جمع فيها بين الأحكام الموضوعية والأحكام الإجرائية في الباب الثالث الذي عنوانه « في الأدلة » .

وقد رأي في هذا المشروع الاستمرار في الأخذ بالمنهج الأخير ، وهو الجمع بين قواعد الإثبات الموضوعية وقواعده الإجرائية في تقنين مستقل ، لما في ذلك من تيسير على صاحب الحق في التعرف على ما يسند حقه من دليل ، وطريق تقديمه للقضاء ، وتجنب الصعوبات التي تنجم عن تشتيت مواد الإثبات بين القانون المدني وقانون المرافعات مع الصلة الوثيقة التي تجمعهما ، حتى ليتعذر في كثير من الصور تحديد ما هو منها موضوعي خالص أو إجرائي خالص ، بل إنه لو أمكن ذلك لما كان مرغوباً فيه إذ أن كليهما يبني حكمه على الآخر . وأخيراً فقد رأى المشروع في هذا المسلك تخلصاً من النقد الذي يوجه إلى موضع مواد الإثبات في القانون المدني القائم، إذ جاءت في نهاية الكتاب الأول من القسم الأول الخاص بالالتزامات أو الحقوق الشخصية ، في حين أن حكمها يسري على الحقوق الشخصية والحقوق العينية جميعاً ، وهو نقد أحسَّ به واضعو مشروع القانون المدني المصري القائم وكانوا يأملون لو جمعوا بين قواعد الإثبات وقواعد الشهر في كتاب مستقل .

مصادر المشروع :

وهذا المشروع له مصدران : (أحدهما) آراء الفقهاء المدونة في كتب الفقه الإسلامي . و(الثاني) سلطة ولي الأمر وفقاً للأحكام الشرعية في تنظيم شؤون الدولة ومنها القضاء .

أما المصدر الأول - فقد توسع فيه بحيث لم يحصر في مذهب واحد معين ولو كان هو المذهب الحنفي الذي ساد في ربوع مصر ردحاً طويلاً من الزمان . وبذلك تحقق الخروج من ضيق المذهب الواحد إلى سعة شريعة الإسلام بمذاهبها المختلفة ، إذ المذاهب الفقهية الإسلامية ليست إلا وجهات نظر لأصحابها لا تقيدهم إلا بقدر ما يقوم الدليل على صحته وعلى تحقيقه للمصلحة المعتبرة شرعاً . ومع ذلك يظل المذهب الحنفي هو الأول (تراجع فيما يلي م ٢ - ٢) .

وأما المصدر الثاني - فغاياته تحقيق المصلحة التي يعتبرها الشارع فيما لم يرد فيه نص عن الشارع أو إجماع أو دليل شرعي آخر .

مبادئ المشروع :

وقد قام هذا المشروع على المبادئ الثلاثة الآتية :
المبدأ الأول : الثقة في القاضي بمد سلطته في الدعوى من حيث الإثبات ولكن في حدود معينة .

وهناك مذاهب ثلاثة في القانون في هذا الصدد :

١ - المذهب الحر أو المطلق : ووفقاً لهذا المذهب لا يرسم القانون طرقاً

محددة للإثبات يقيد بها القاضي ، بل يترك الخصوم أحراراً يقدمون الأدلة التي يستطيعون إقناع القاضي بها ، ويترك القاضي حراً في تكوين اعتقاده من أي دليل يقدم إليه .

٢ - المذهب القانوني أو المقيد : وفي هذا المذهب يقيد القانون الإثبات أشد التقييد . ففي هذا المذهب يرسم القانون طرقاً محددة تحديداً دقيقاً لإثبات المصادر المختلفة للروابط القانونية ، ويجعل لكل طريق قيمته . ويتقيد بكل ذلك الخصوم والقاضي .

٣ - المذهب المختلط : وهو يجمع بين الإثبات المطلق والإثبات المقيد ، فهو في المسائل الجنائية أشد ما يكون إطلاقاً ، إذ يكون الإثبات حراً يتلمس القاضي وسائل الإقناع فيه من أي دليل يقدم إليه ، شهادة كانت أو قرينة أو كتابة أو أي دليل آخر . وفي المسائل التجارية يتقيد الإثبات بعض التقييد مع بقائه حراً في الأصل . وفي المسائل المدنية يتقيد إلى حد كبير ، فلا يسمح فيها إلا بطرق محددة للإثبات تضيق وتتسع متمشية في ذلك مع الملابس والظروف .

والمذهب الأول يميل إلى اعتبار العدالة ولو بالتضحية باستقرار التعامل . ولكن حظ العدالة في هذا المذهب ظاهري أكثر منه حقيقياً ، فهو قد يقرب الحقيقة القضائية من الواقعية إلى مدى واسع ، ولكن بشرط أن يؤمن من القاضي الجور والتحكم ، فإذا جار القاضي أو تحكم في تعيين طرق الإثبات وتحديد قيمها ، ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية أكثر من ابتعادها في المذهب القانوني أو المقيد .

والمذهب الثاني يؤثر استقرار التعامل ولو على حساب العدالة . ولكن هذا المذهب ، على ما فيه من دقة حسابية تكفل ثبات التعامل ، يباعد بين الحقائق الواقعية والحقائق القضائية ، فقد تكون الحقيقة الواقعة ملء السمع والبصر ، ولكنها لا تصبح حقيقة قضائية إلا إذا أمكن إثباتها بالطرق التي حددها القانون .

والمذهب الثالث يجمع بين ثبات التعامل بما احتوى عليه من قيود ، وبين اقتراب الحقيقة الواقعة من الحقيقة القضائية بما أفسح فيه للقاضي من حرية التقدير .

(السنهوري ، الوسيط ، جـ ٢ ، البند ٢٠ ، ص ٢٧ وما بعدهما) .
وإننا لنجد في الفقه الإسلامي المذهبين الأول والثاني . فذهب البعض إلى حصر طرق القضاء في طائفة معينة (تراجع المواد ١٧٥٦ وما بعدها ، و ١٧٧١ وما بعدها ، و ١٨١٥ وما بعدها من المجلة) . وذهب البعض إلى قبول أي حجة تؤيد المدعي أو دفع الدافع ، ومن أكبر أنصار هذا الرأي ابن القيم في إعلام الموقعين (جـ ٤ ، ص ٣٠٩ - ٣١١) وفي الطرق الحكمية (ص ١٣ وما بعدها) (وانظر : أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٦ - ١٥) .
وقد أثر المشروع اتباع المذهب الثالث الذي يأخذ بمبدأ مد سلطة القاضي في حدود قواعد عامة مقررة

أما من حيث المبدأ ، وهو بسط سلطة القاضي ، فلما تبين من التجربة أنه ليس شيء أبعد عن الصواب أكثر من أن يفترض في القاضي قلة الفهم والدراية والبعد عن جادة الحق والصواب ، فلا يترك له مجال للتفكير والتقدير فيما

يعرض عليه من الأمور . وقد دلت التجربة العملية على أن تقييد سلطة القاضي تقييداً شديداً في تقدير البيئة أو حرمانه من ذلك لم يقرب أصحاب الحق من حقوقهم ، بل هو على عكس ذلك قد أبعدهم عن الحق وخلق في المحيط القضائي ضروباً من طرق التلاعب اللفظي جعلت بين الحق وصاحبه هوة سحيقة وتركت القاضي آلة صماء تقضي بين الناس بلا روح ولا حس ولا تفكير ، ومن المعروف بداهة أن المعاملات بين الناس من التنوع والاختلاف بحيث يتعذر وضع قاعدة ثابتة تهدي إلى معرفة الحق من الباطل ، لأن ذلك مما يخالف طبيعة الأشياء ، فلا مناص من أن تترك للقاضي حرية التبصر فيما ينظر فيه من القضايا ، فذلك أهدى إلى العدالة وأقرب إلى معرفة الحق .

وأما من حيث التقييد بقواعد عامة مقررة فلا تناء تحكم القضاء وكفالة حسن سير العدالة وتأمين استقرار المعاملات ، وكل أولئك من قبيل الاعتبارات العامة التي تنهض لا لتوجيه التقييد في عمومها فحسب ، بل وكذلك لتوجيه الأحكام التطبيقية في خصوصياتها ، ولا سيما ما تعلق منها بتعيين من يكلف بالإثبات .

(انظر : أول المذكرة الإيضاحية لقانون البينات السوري . وكذا البند ١٨

من الأسباب الموجبة للائحة القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
والمذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات المصري ، ولقانون الإثبات السوداني .
وأحمد إبراهيم ، طرق القضاء ص ٦-٧ و ١٥ . والسنهوري ، الوسيط ،
ج- ٢ ، ص ٢٨ - ٣٠) .

المبدأ الثاني : : الأخذ بما تعارفه الناس في حياتهم وتعاملوا به وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، لأن القانون يجب أن يكون وثيق الصلة بحياة المجتمع

وعاداته وتقاليده - فأقر المشروع الخط والإمضاء والختم والبصمة (٧٦م ، ٨٧منه) ووضع أحكاماً للرسائل العادية والبرقيات والدفاتر والأوراق المنزلية (٨٨م ، ٨٩ ، ٩٠منه) والتأشير على السند بما يفيد براءة ذمة المدين أو الكتابة بما يؤيدها (٩١م منه) .

(انظر المذكرة الإيضاحية لقانون البنات السوري ، وقانون الإثبات السوداني) .

المبدأ الثالث : عدم محاولة استقصاء كل التفاصيل والفروع والنص على حكمها اكتفاء بالكليات ، تحقيقاً لفرص المرونة وتمكيناً للقضاء والفقهاء من دورهما في تطبيق تلك الكليات ، وبيانها ، على الوقائع ، وفقاً للقواعد المقررة في الفقه الإسلامي .

الأحكام العامة

المادة ١

يطبق هذا القانون في المواد المدنية والتجارية .

(تقابل المادة ٣ من قانون الإثبات السوداني سنة ١٩٧٣) .

المذكرة الإيضاحية :

رئي النص في هذه المادة على نطاق تطبيق قواعد الإثبات . وهذا النطاق هو « المواد المدنية والتجارية » قصراً لها على هذه المواد وإبعاداً للمواد الأخرى أن تدخل تحتها ، ذلك أن قواعد الإثبات تختلف باختلاف المواد ، فهي في المواد المدنية والتجارية غيرها في المواد الجنائية أو في مسائل الأحوال

الشخصية ، وهونفس مسلك المشرع السوري في قانون البيئات الصادر في ١٠ من حزيران (يونيه) سنة ١٩٤٧ الذي قصر على المسائل المدنية والتجارية ، ومسلك المشرع المصري في قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ . وقد خالف هذا النص المادة الثالثة من قانون الإثبات في المواد المدنية لسنة ١٩٧٢ لجمهورية السودان ونصها :

« يطبق هذا القانون على الإثبات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية وغيرها من المواد فيما لم يرد بشأنه نص في القوانين الخاصة بها » .
رغم ما نص عليه في المادة الأولى من ذلك القانون من أنه « يسمى هذا القانون : قانون الإثبات في المواد المدنية لسنة ١٩٧٢ » .

المادة ٢

١ - تطبق نصوص هذا القانون بدلالاتها المختلفة على المسائل التي تناولها .

٢ - فإذا لم يوجد نص تشريعي يدل على الحكم ، حكم القاضي بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون بدءًا بالفقه الحنفي ، والفقه المالكي ، والفقه الشافعي ، والفقه الحنبلي .

٣ - وإذا لم يوجد طبق القاضي ما أقره القضاء والفقه موافقًا للشريعة الإسلامية في مصر ثم في البلاد الإسلامية .

(تقابل م ١ مدني مصري . وم ١ مدني عراقي . وم ٢ مدني أردني)

المذكورة الإيضاحية :

١ - جمع المشروع في هذه المادة أدلة الأحكام وهو ما يعرف في اصطلاح

رجال القانون بمصادر القانون . ولم يقصد من جمع هذه الأدلة (أو المصادر) مجرد تعدادها بل أريد بوجه خاص بيان تدرجها من حيث الأولوية في التطبيق . وتقتصر الفقرة الأولى على بيان أن القاضي يبدأ أول ما يبدأ بالتماس الحكم في النصوص التي يحويها هذا القانون ، فإذا وجد الحكم فيها بأي دلالة من الدلالات تعين عليه أن يمضيه وامتنع عليه الخروج عليها . وقد رئي إبراز المقصود بالنصوص هنا فنص على أن المقصود بها ما تدل عليه بالدلالات المختلفة وهي أربع :

أ - دلالة العبارة : وهي دلالة اللفظ على المعنى المتبادر منه ، وهو الذي سيق له الكلام أصالة أو تبعاً . والمقصود أصالة هو الغرض الأول من الكلام . والقصود تبعاً غرض ثان يدل عليه اللفظ ويمكن تحقيق الغرض الأول بدونه - مثال ذلك : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ (البقرة : ٢٧٥) فهو يدل بالعبارة على التفرقة بين البيع والربا كما يدل أيضاً على حل البيع وحرمة الربا .

ب - دلالة الإشارة : وهي دلالة اللفظ على معنى غير متبادر منه ولكنه لازم للمعنى المقصود أصالة أو تبعاً ، لزوماً عقلياً أو عادياً واضحاً أو خفياً .

مثال ذلك قوله تعالى ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾ (الأحقاف : ١٥) مسوق لبيان مدة الحمل والفصال معاً ، وقوله تعالى : ﴿ وفصاله في عامين ﴾ (لقمان : ١٤) ، مسوق لبيان مدة الفصال وحده ، ويلزم من اعتبار الاثنين معاً أن تكون مدة الحمل وحدها ستة أشهر ، فهذا من مدلول إشارة النص ، وبه أجمع العلماء على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر .

ج - دلالة الدلالة : وهي دلالة اللفظ على تعدي حكم المنطوق به إلى

مسكوت عنه ، لاشتراكهما في علة يفهم كل عارف باللغة أنها مناط الحكم .
وتسمى هذه الدلالة : « دلالة النص » و « فحوى الخطاب » و « لحن الخطاب »
أي مقصده ومرماه ، ويسمى الشافعية « مفهوم الموافقة » لموافقة حكم
المسكوت عنه لحكم المنطوق به فيها .

مثال ذلك : قوله تعالى : ﴿ إِن الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا
يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا ﴾ (النساء : ١٠) فإن المنطوق به النهي عن أكل مال
اليتيم بغير حق ، وكل من يعرف اللغة يفهم أن علة هذا النهي ما في الفعل من
عدوان ، فيفهم من الكلام النهي عن إحراق مال اليتيم وإغراقه وغير ذلك من
أنواع العدوان عليه ، فدلالة الكلام على هذا من باب دلالة الدلالة .

د - دلالة الاقتضاء : وهي دلالة الكلام على مسكوت عنه يتوقف صدق
الكلام على تقديره ، أو لا يستقيم معناه إلا به .

مثال ذلك : قول النبي ﷺ : « لا عمل إلا بنية » فإن الكلام لا يصدق
إلا بتقدير محذوف بأن نقول مثلاً : « لا ثواب لعمل إلا بنية » (يراجع : كشف
الأسرار على البزدوي ، ١ : ٦٧ و ٢ : ٢١٠) .

٢ - وتعرض الفقرة الثانية لحالة نقص التشريع فتحيل القاضي إلى أحكام
الفقه الإسلامي ، على اختلاف مذاهبه ، الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون
محافظة على وحدة القانون واتساق أحكامه ، على أن يبدأ القاضي بالفقه
الحنفي فإن لم يجد فيه الحكم لجأ إلى الفقه المالكي ثم إلى الفقه الشافعي ثم
إلى الفقه الحنبلي ، وقد روعي في ذلك الترتيب التاريخي ومدى الانتشار في
مصر . وقد رثي الاقتصار على هذه المذاهب لغلبة الظن بكفايتها وتحديداً
لمرجع القاضي وتيسيراً له .

٣ - فإن لم يجد القاضي الحكم في كتب الفقه الإسلامي ، طبق أحكام القضاء وآراء الفقه الموافقة للشريعة الإسلامية في مصر أولاً ، وبذلك يحصل التوفيق بين الإبقاء على ما استقر قضاءً وفقهاً في البيئة المصرية من أحكام وآراء وبين الرغبة الجادة في تطبيق الشريعة الإسلامية . ويلاحظ أن أحكام القضاء والفقه تمثل في نطاق ما ، العرف ، والشارع الإسلامي يقر العرف . ومن القواعد الشرعية أن « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » (م ٤٥ من المجلة) و« العادة محكمة » (م ٣٦ من المجلة) و« استعمال الناس حجة يجب العمل بها » (م ٣٧ من المجلة) . والمقصود بالقضاء والفقه هنا القضاء والفقه الموافقان للشريعة الإسلامية في مصر وفي البلاد الإسلامية . وقد قصد بالإحالة بعد مصر إلى البلاد الإسلامية الإفادة مما فيها ، ثم توثيق الصلات بينها وبين مصر أملاً في التقريب بين قوانينها إن لم يتحقق توحيدها .

المادة ٣

- ١ - البينة على المدعي واليمين على من أنكر .
- ٢ - والمدعي من يلتمس قبل غيره لنفسه عيناً أو ديناً أو حقاً ، والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه .

(م ٤ و ٥ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١ و ٧٦ و ٧٧ من المجلة . ومن م ٤٤٤ إلى م ٤٤٨ من القانون المدني العراقي . وم ٣٨٩ مدني مصري . و ١ إثبات مصري . و ٣٧٦ مدني ليبي) .

المذكورة الإيضاحية :

- ١ - يتعين أن يقام الدليل على كل واقعة قانونية يدعى بها متى نوزعت هذه

الواقعة أو أنكرت صحتها . وقد بين في هذه المادة المبدأ العام وهو أن المدعي هو الذي عليه أن يثبت دعواه . فإن كان ما يطالب به مالا فعليه أن يثبت ذلك بإثبات المصدر الذي أنشأ الحق الذي يدعيه ، وهذا هو الجوهر في هذا الصدد . والمقصود بالمصدر الشرعي للحق معناه العام ، وهو المصدر الذي يرتب الحق في ذمة المكلف ، سواء كان إجبارياً من المكلف نفسه (بعقد أو بتصرف انفرادي) أو إجبارياً من الشارع كحقوق الجوار . فهذا المصدر ، سواء كان إيجاب المكلف على نفسه أو إيجاب الشارع ، هو الذي يكون محلاً للإثبات . وقد تقررت هذه القاعدة في الفقه الإسلامي منذ البداية في عصر لم تكن معروفة فيه في أوروبا مما يكشف عما للفقه الإسلامي من فضل التقدم (السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، الهامش ٣ ، ص ٦٧ - ٦٨) .

٢ - وهذه المادة تقابل المادة الأولى من قانون الإثبات المصري ونصها : « على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه » وقد فضلت عبارة « الفقه الإسلامي » (م ٧٦ من المجلة) على عبارة القانون « إثبات الالتزام » الواردة في القانون المشار إليه اتساقاً مع مصطلحات الفقه الإسلامي ، ولأن الإثبات في نطاق القانون المدني والتجاري ليس مقصوراً على الالتزام (الحق الشخصي) بل يتناول الحق الشخصي والحق العيني معاً في نشوئهما وانقضائهما (السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، البند ١٤ ، ص ٢٠ وما بعدها) وباصطلاح الفقه الإسلامي « الدين والعين » جميعاً .

٣ - والفقرة الأولى سندها حديث رواه البيهقي بإسناد صحيح « البينة على المدعي ولكن اليمين على المدعى عليه » متفق عليه . وعن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى أناس دماء رجال

وأموالهم ولكن البينة على المدعي » رواه البخاري ومسلم (انظر : بلوغ المرام ، البند ١٢٠٩ ، ص ٢١٩ . وابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ٩٤ وما بعدها . وأحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٦) .

٤ - والمقصود بالبينة : « كل ما يبين الحق ويظهره » . ومن خصها بالشاهدين أو الأربعة أو الشاهد لم يوف مسماها حقه . ولم تأت البينة قط في القرآن مراداً بها الشاهدان ، وإنما أتت مراداً بها الحجة والدليل والبرهان ، مفردة ومجموعة . وكذلك قول النبي ﷺ « البينة على المدعي » المراد به أن عليه ما يصحح دعواه ليحكم له ، والشاهدان من البينة . ولا ريب أن غيرها من أنواع البينة قد يكون أقوى منها ، كدلالة الحال على صدق المدعي ، فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهد . والبينة والدلالة والحجة والبرهان والآية والتبصرة والعلامة والأمانة متقاربة في المعنى . (ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ١٢ . وانظر أيضاً ص ٢٤) .

٥ - وقد رثي تعريف المدعي والمدعى عليه بياناً لهما ، وهو تعريف عام ينصرف إلى المدعي في دعواه ، وكذا إلى المدعى عليه إذا سلك مسلك المدعي في دفاعه . وقد اختلفت عبارات الفقهاء في ذلك ، لأن تعيين المدعي من المدعى عليه له أهمية خاصة في الفصل بين الخصوم ، ولذلك جاءت تعريفات كثيرة في هذا الصدد . (انظر في تفصيل ذلك : الكاساني ، البدائع ، ج ٦ ص ٢٢٤ . وابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ، ص ١٢٢ - ١٢٤ . وابن قدامة ، المغني ، ج ٩ ، ص ٢٧١ - ٢٧٢) .

٦ - وفي القانون المدني العراقي وردت النصوص الآتية أخذاً عن

المجلة :

« م ٤٤٤ - الأصل براءة الذمة . م ٤٤٥ - اليقين لا يزول بالشك . م ٤٤٦ -
يضاف الحادث إلى أقرب أوقاته . م ٤٤٧ - ١ - الأصل بقاء ما كان على
ما كان ، والأصل في الصفات العارضة العدم . ٢ - وما ثبت بزمان يحكم ببقائه
مالم يوجد دليل على خلافه . م ٤٤٨ : ١ - البينة على من ادعى ، واليمين
على من أنكر . ٢ - والمدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر ، والمنكر هو من
يتمسك بإبقاء الأصل » - وهذه المواد مأخوذة عن المجلة (انظر من المجلة :
المواد ٨ ، ٤ ، ١١ ، ٥ ، ٩ ، ١٠ ، ٧٦ ، ٧٧) .

وهذه النصوص تتلخص أحكامها في أمرين : ١ - أن البينة على من ادعى ،
والمدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر . واليمين على من أنكر ، والمنكر هو
من يتمسك بإبقاء الأصل . ٢ - فالأصل هو براءة الذمة ، وبقاء ما كان على
ما كان . وتطبيقاً لذلك يكون الأصل في الصفات العارضة العدم ولا يزول
بالشك ، ويضاف الحادث إلى أقرب أوقاته ، وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم
يوجد دليل على خلافه .

وهذه الأحكام تلقي الضوء وتوافق ما تقرره هذه المادة ، وتوافق القانون
المصري بنصه في المادة ٣٨٩ مدني ، والمادة ١ إثبات من أن « على الدائن
إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه » ولكن بعبارة أخصر وأبين
وأشمل . (انظر : السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، البند ٤٥ ، ص ٦٥
وما بعدهما) .

المادة ٤

يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزاً
قبولها .

- (م ١٥٦ مرافعات مصري قديم . ٢ إثبات مصري . ٣ بينات سوري .
٥ إثبات سوداني . ١١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

المذكرة الإيضاحية :

الوقائع القانونية نوعان ، أولهما : الأعمال القانونية التي تتمثل في اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني سواء كان من جانبيين كالعقود عموماً ، أو من جانب واحد كالوصية . وثانيهما : أفعال مادية ، وهي أمور محسوسة يرتب القانون عليها أثراً سواء كانت إرادية كالفعل الضار ، أو غير إرادية كالقراصة والجوار .

ويشترط في الواقعة القانونية بنوعيتها المراد إثباتها :

- ١ - أن تكون محددة ، لأن الواقعة غير المحددة لا يمكن إثباتها ، كمن يطالب بدين أو بملكية ويؤسس دعواه على عقد لم يحدد ماهيته .
- ٢ - أن تكون غير مستحيلة .
- ٣ - أن تكون متنازعةً فيها . لأنها إذا كانت معترفاً بها من الخصم فلا محل لإضاعة وقت المحكمة في تحقيقها .
- ٤ - أن تكون متعلقة بالحق المطالب به . أي أن يكون الأمر المراد إثباته غير مقطوع الصلة بموضوع الدعوى .
- ٥ - أن تكون منتجة في الدعوى . أي أن تكون مؤثرة في الفصل في الدعوى مما يقتضي أن تكون متصلة بالموضوع .
- ٦ - أن تكون جائزة الإثبات قانوناً . ذلك أن القانون قد لا يجيز إثبات

واقعة ما ، تحقيقاً لأغراض مختلفة منها المحافظة على النظام العام والآداب .

ويلاحظ أن واقعة التعامل بالربا وبيع المخدرات وأمثالهما يجوز إثباتها لترتيب عدم مشروعيتها وما يترتب على عدم المشروعية من آثار ، ولكن لا يجوز إثباتها لترتيب الآثار عليها باعتبارها صحيحة ، لأن هذا لا يتفق مع النظام العام والآداب .

ولم ير حاجة للنص على الشروط الثلاثة الأولى لأنها بديهية . (انظر : السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، البند ٣٩ ، ص ٥٧ وما بعدهما) .

وقد نص في المادة ١١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أنه « يجوز للخصم المطلوب استجوابه أن يطلب من المحكمة رفض الأسئلة الموجهة إليه كلها أو بعضها إذا لم تكن متعلقة بالدعوى ولا جائزة القبول شرعاً » ، وهذا يتفق مع حكم هذه المادة . أما إغفالها ذكر أن تكون منتجة في الدعوى ، فلأنه شرط بدهي لا نزاع فيه .

المادة ٥

للقاضي في حدود ما نص عليه في هذا القانون تقدير البيّنات والأخذ منها بما يراه محققاً للعدل .
المذكورة الإيضاحية :

١ - وظيفة القاضي هي إحقاق الحق ، ومن ثم وجب إتاحة الفرصة له كي ينظر فيما يقدم إليه من الأدلة ، وأن يتحقق من صدقها ، وأن يأخذ منها ما يراه محققاً للعدل ، ولكن في حدود ما نص عليه في هذا القانون .

٢ - وقد بين ذلك ابن القيم في كتابه « الطرق الحكيمة » ، ومما قاله في

هذا الصدد :

« وقد صرح الفقهاء كلهم بأن الحاكم إذا ارتاب بالشهود فرقمهم وسألهم : كيف تخملوا الشهادة ؟ وأين تحملوها ؟ وذلك واجب عليه متى عدل عنه أثم وجار في الحكم - وكذلك إذا ارتاب بالدعوى سأل المدعي عن سبب الحق وأين كان ؟ ونظر في الحال ، هل يقتضي صحة ذلك ؟ وكذلك إذا ارتاب بمن القول قوله والمدعى عليه وجب عليه أن يستكشف الحال ويسأل عن القرائن التي تدل على صورة الحال » (ص ٢٤ وما بعدها) . « والذي اختص به إياس وشريح مع مشاركتهما لأهل عصرهما في العلم : الفهم في الواقع والاستدلال بالأمارات وشواهد الحال ، وهذا الذي فات كثيراً من الحكام فأضاعوا كثيراً من الحقوق » (ص ٣٤) .

« والمقصود أن الشريعة لا ترد حقاً ولا تكذب دليلاً ولا تبطل أمانة صحيحة ، وقد أمر الله سبحانه بالتثبت والتبين في خبر الفاسق ولم يأمر برده جملة » (ص ٢٤) .
(ويراجع أيضاً : من الكتاب نفسه ص ٦١ . والسنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ٣٥) .

٣ - والمقصود بالبيانات هنا طرق الإثبات سواء كانت الشهادة أو غيرها كما ورد في المذكرة الإيضاحية الخاصة بالمادة ٣ من هذا القانون (وانظر : ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ١٢ و ٢٤) .

٤ - وقد روعي أيضاً مع إطلاق حرية القاضي في تقدير الأدلة ، تحديد هذه الحرية ، وذلك بالقيود التي نص عليها في هذا القانون ، فمثال ذلك أنه لا يجوز إثبات عكس الثابت بالكتابة إلا بالكتابة وذلك تطبيقاً للمذهب

المختلط الذي أخذ به القانون في الإثبات جمعاً بين الإطلاق والتقييد ، كما سلف البيان في المذكرة الإيضاحية العامة لهذا المشروع . (انظر فيما بعد المادة ٤٣ وما بعدها ومذكراتها الإيضاحية ص ١٧٣ وما بعدها . وفيما تقدم ص ١٠٤ - ١٠٦) .

المادة ٦

لا يحكم القاضي بعلمه الشخصي .

(م ٢ بينات سوري . و ٢ إثبات سوداني) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - تضمنت هذه المادة قاعدة عدم جواز الحكم بالاستناد إلى علم القاضي الشخصي ، بمعنى أن لا يحكم القاضي في النزاع بالاستناد إلى الوقائع التي اطلع عليها بصورة شخصية ، كما لو حضر مجلس العقد مثلاً . وأما ما يطلع عليه من الوقائع بحكم ولايته بعد عرض النزاع على المحكمة وما يستنبطه منها من وجوه الحكم ، فليس من هذا القبيل ، لأن علمه بها لم يكن شخصياً ، وإنما حصل بصورة رسمية بعد عرض الدعوى على المحكمة . (انظر المذكرة الإيضاحية للمادة الثانية من قانون البيئات السوري) .

٢ - وقد اختلف في هذه المسألة بين الفقهاء المسلمين ، فعلى قول المتقدمين يجوز للقاضي في غير الحدود الخالصة لله تعالى أن يقضي في ذلك بعلمه أخذاً برواية الأصول . وعلى قول المتأخرين لا يجوز له القضاء بعلمه في شيء من ذلك أخذاً برواية ابن سماعة عن محمد (انظر حاشية الحموي) وقال في الأشباه : إن الفتوى على قول محمد المرجوع إليه في أنه لا اعتبار

لعلم القاضي . قال في جامع الفصولين : وعليه الفتوى وعليه مشايخنا رحمهم الله .

استدل المتقدمون بأن القضاء بالبينة جائز بالإجماع ، فيجوز القضاء بعلم القاضي بطريق الأولى ، لأن المقصود بالبينة ليس عينها بل حصول العلم للقاضي بالحادثة ، وعلمه الحاصل بالمعاينة أقوى من علمه الحاصل بالشهادة ، لأن الحاصل بالشهادة غالب الرأي وأكبر الظن ، والحاصل بالحس والمشاهدة علم القطع واليقين ، فكان هذا أقوى ، فكان القضاء به أولى ، إلا أنه لا يقضي به في الحدود الخالصة ، لأن الحدود يحتاط في درئها ، وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم نفسه ، ولأن كل واحد من المسلمين يساوي القاضي في هذا العلم لو اطلع على ما يوجب حدًا خالصًا ، ولكن غير القاضي إذا علم لا يمكنه إقامة الحد ، فكذا هو .

وفي رواية عن الشافعي أنه يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه في كل شيء ، حتى في الحدود الخالصة لله تعالى ، لأنه يجوز له أن يقضي بالبينة في ذلك ، فلا فرق بين علم يتعلق بالحدود وعلم يتعلق بغيرها .

وقد عدل المتأخرون عن قول المتقدمين وأجمعوا على الفتوى بخلافه لعله واحدة هي فساد الزمان .

(انظر : المبسوط . والبدائع . ونيل الأوطار . وأحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٣٣ وما بعدها . والسنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ٣٢ - ٣٤) .

٣ - ولم ير في القانون حاجة لإيراد ما نص عليه في قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٧٢ في الفقرة الثانية من المادة السابعة منه وهو « مع ذلك

للقاضي أن يأخذ بما حصله من علمه بالشؤون العامة المفروض إمام الكافة بها - فإن مبدأ عدم جواز حكم القاضي بعلمه لا يمنع من أن يستعين القاضي في قضائه بما هو معروف بين الناس ، ولا يكون علمه خاصاً به مقصوراً عليه ، وذلك كالمعلومات التاريخية والجغرافية والعلمية والفنية الثابتة (السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، الهامش ٣ ، ص ٣٣) .

وهذا الحكم وإن لم يكن قد نص عليه صراحة في القانون المصري إلا أنه مسلم به .

المادة ٧

إذا ندبت المحكمة أحد قضاتها لمباشرة إجراء من إجراءات الإثبات وجب عليها أن تحدد أجلاً لا يجاوز ثلاثة أسابيع لمباشرة هذا الإجراء .
ويعين رئيس الدائرة عند الاقتضاء من يخلف القاضي المنتدب .
(م ٣ إثبات مصري) .

المذكرة الإيضاحية :

رئي النص على أنه إذا ندبت المحكمة أحد قضاتها لمباشرة إجراء من إجراءات الإثبات وجب عليها أن تحدد أجلاً لمباشرة هذا الإجراء لا يجاوز ثلاثة أسابيع . كما يعين رئيس الدائرة ، إذا لزم الأمر ، من يخلف القاضي ، عند الانتداب . والأجل المذكور هنا إجراء تنظيمي قصد به التعجيل بالفصل في الدعوى .

ونذب أحد قضاة المحكمة أو ندب قاض من محكمة أخرى لاستيفاء إجراء من إجراءات الدعوى أو الإثبات ، كسماع شهادة الشهود أو المعاينة أو تحليل

اليمين أمر يقره الفقه الإسلامي ، وقد تحدث فيه الفقهاء على اختلاف مذاهبهم في « كتاب القضاء » وعلى الأخص بعنوان « كتاب القاضي إلى القاضي » . على أن بعض الفقهاء قد أجاز هذا إذا كان مرخصاً له من ولي الأمر في الإنابة القضائية ، والكثير منهم على أن هذا من ضمن أعمال ولاية القاضي ، فلا حاجة لإذن خاص بهذه الإنابة .

(تبصرة الحكام لابن فرحون ، جـ ٢ ، في الأبواب ٤٧ ، ٤٨ ، ٤٩ .
والبحر الرائق لابن نجيم ، جـ ٧ ، ص ٢ وما بعدها) .

المادة ٨

إذا كان المكان الواجب إجراء الإثبات فيه بعيداً عن مقر المحكمة ، جاز لها أن تندب لإجرائه قاضي محكمة المواد الجزئية الذي يقع هذا المكان في دائرتها ، وذلك مع مراعاة الميعاد المنصوص عليه في المادة السابقة .

(م ٤ إثبات مصري ، وانظر م ٩ إثبات سوداني)

المذكرة الإيضاحية :

الأصل أن يجري التحقيق بمركز المحكمة المنظور أمامها الدعوى وبوساطتها أو بوساطة أحد قضاتها . ولكن هناك حالات تقضي ظروفها أن يباشر التحقيق خارج مركز المحكمة أو يباشره قاض آخر من غير هيئة المحكمة التي أمرت بالتحقيق ، هو قاضي محكمة المواد الجزئية الذي يقع المكان الواجب الإثبات فيه في دائرتها ، فيباشر التحقيق خارج مركز المحكمة . مثال ذلك : حالة ما إذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور ، فيجوز أن ينتقل إليه القاضي المنتدب لسماع أقواله .

ونذب أحد قضاة المحكمة أو نذب قاضٍ من محكمة أخرى لاستيفاء إجراء من إجراءات الدعوى أو الإثبات كسماع شهادة الشهود أو المعاينة أو تحليف اليمين أمر يقره الفقه الإسلامي على ماورد في المذكرة الإيضاحية للمادة السابقة (م ٧) .
المادة ٩

الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات لا يلزم تسببها ما لم تتضمن قضاءً قطعياً .

ويجب إعلان منطوق هذه الأحكام إلى من لم يحضر جلسة النطق بها . وكذلك يجب إعلان الأوامر الصادرة بتعيين تاريخ إجراء الإثبات ، وإلا كان العمل باطلاً .

ويكون الإعلان بناء على طلب قلم الكتاب بميعاد يومين .

(م ٥ إثبات مصري . وانظر م ١٠ إثبات سوداني)

المذكرة الإيضاحية :

١ - هذ المادة تقضي بإعفاء الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات من التسبب اكتفاء بمنطوق الحكم إذ الأمر في هذه الأحكام موكول لمطلق تقدير القاضي ، وهو يملك العدول عما أمر به من إجراء الإثبات ، كما يملك بعد مباشرة إجراء الإثبات ألا يأخذ بنتيجته ، ثم إن هذه الأحكام لاتقبل بذاتها الطعن مستقلة عن الحكم المنهي للخصومة ، مما تتفي معه الحاجة إلى تسبب هذه الأحكام . وقد قصد بهذه المادة توفير جهد القضاة ووقتهم لصرفه فيما عليهم من أعباء جسام ، وكذا الإسراع في الفصل في القضايا مباشرة إجراء الإثبات دون حاجة لحجز الدعوى للحكم لتحرير الأسباب .

ولكن إذا انطوى الحكم على قضاء قطعي في المنطوق أو في الأسباب ، فإنه يجب تسيب هذا القضاء القطعي .

٢ - وقد أوجبت المادة إعلان منطوق الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات إلى من لم يحضر جلسة النطق بها . وكذلك يجب إعلان الأمر الصادر بتعيين تاريخ إجراء الإثبات . وقد قصد بذلك المزيد من الحيطة لخطورة النتائج التي تترتب على هذا الإجراء . غير أن هذا البطلان ليس من النظام العام ، فيزول بحضور الخصوم بالجلسات المحددة لإجراء الإثبات أو التالية لصدور الحكم ، أو بالنزول عنه صراحة أو ضمناً .

المادة ١٠

كلما استلزم إتمام الإجراء أكثر من جلسة ، أو أكثر من يوم ، ذكر في المحضر اليوم والساعة اللذان يحصل التأجيل إليهما دون حاجة لإخبار من يكون غائباً بهذا التأجيل .

(م ٦ إثبات مصري)

المذكرة الإيضاحية :

قصد بهذه المادة إلزام الخصم بأن يتتبع بنفسه إجراءات التحقيق أمام المحكمة أو القاضي المنتدب أو الخبراء ما دام قد أعلن أو كان عالمًا بالميعاد الذي يبدأ فيه التحقيق حتى ولو لم يكن حاضرًا فيه .

المادة ١١

تقدم المسائل العارضة المتعلقة بإجراءات الإثبات للقاضي المنتدب ،

وما لم يقدم له منها لا يجوز عرضه على المحكمة .

وما يصدره القاضي المنتدب من القرارات في هذه المسائل يكون واجب النفاذ ، وللخصوم الحق في إعادة عرضها على المحكمة عند نظر القضية ما لم ينص القانون على غير ذلك .

(م ٧ إثبات مصري)

المذكرة الإيضاحية :

١ - المقصود بالمسائل العارضة الخاصة بالإثبات ، تلك التي تتعلق بموضوع الدليل أو كونه مقبولاً أو غير مقبول ، أو تلك التي تتعلق بإجراءات تقديم الدليل وتحقيقه وما يجب أن يراعى فيها من أوضاع ومواعيد . والمقصود من ذلك هو ألا تكون إثارة هذه المسائل وسيلة لتعطيل التحقيق . لذلك يوجب القانون عرضها كلها على القاضي المنتدب حتى ما كان منها من اختصاص المحكمة الكاملة ، وذلك للحكم فيها . وظاهر من نص المادة أنه يتعين التمسك بالطلبات العارضة الخاصة بالإثبات أمام القاضي المنتدب وإلا سقط الحق في عرضها على المحكمة .

٢ - والمقصود بالفقرة الثانية تمكين القاضي المحقق من إصدار قرار مؤقت واجب النفاذ يمكنه من السير في التحقيق إن رأى عدم جدية المنازعة العارضة . ومع ذلك يبقى - مراعاة لمصلحة الخصوم ومقتضيات العدالة - لذي الشأن حق إعادة عرض هذه المنازعة على المحكمة الكاملة بعد انتهاء القاضي من التحقيق وعند إحالة القضية عليها .

المادة ١٢

على القاضي المنتدب إذا أحال القضية على المحكمة ، لأي سبب ، أن

يعين لها أقرب جلسة ، مع إعلان الغائب من الخصوم بتاريخ الجلسة بواسطة قلم الكتاب .

(م ٨ إثبات مصري)

المذكرة الإيضاحية :

المقصود بالغائب في هذه المادة من لم يحضر النطق بقرار الإحالة ، لأن من حضره قد سمع القرار وعلم به . ولم ينص في هذه المادة على البطلان في حالة مخالفة حكم هذه المادة ، وعلى ذلك فيرجع في هذا إلى القواعد العامة في البطلان الواردة في قانون المرافعات .

المادة ١٣

للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر . ويجوز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء ، بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها .

(م ٩ إثبات مصري . وانظر المادة ٨ - ٢ و ٣ إثبات سوداني)

المذكرة الإيضاحية :

يقصد بهذه المادة عدم إلزام القاضي بتنفيذ إجراء لم يعد يرى ضرورة له ، وبخاصة وهو غير مقيد في حكمه في الموضوع بما يسفر عنه تنفيذ هذا الإجراء ، إذ من العبث وضياع الوقت والجهد الإصرار على تنفيذ إجراء تبين للمحكمة أنه غير منتج . وليس من اللازم للعدول عن الحكم الصادر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات إصدار حكم مستقل ، إنما يكفي النطق به وإثبات أسبابه في المحضر ، أما في حالة عدم أخذ المحكمة بما أسفر عنه تنفيذ ما

أمرت به من إجراءات الإثبات ، فيجب أن يتضمن الحكم الصادر في الموضوع أسباب العدول .

المادة ١٤

طرق القضاء هي الإقرار والاستجواب والشهادة والكتابة واليمين والقرائن والمعينة والخبرة .

المذكرة الإيضاحية :

اختلف الفقهاء في بيان أدلة ثبوت الدعوى (أي الحجج الشرعية أو طرق القضاء) وقد حصرها البعض في سبعة هي : البينة والإقرار واليمين والنكول والقسامة وعلم القاضي والقرينة القاطعة (الدر ورد المحتار) وقال في التكملة : والحاصل أن القضاء في الإقرار مجاز (لأن الحق يثبت به بدون حكم وإنما يأمره القاضي بدفع ما لزمه بإقراره وليس لزوم الحق بالقضاء ، فجعل الإقرار من طرق القضاء إنما هو بحسب الظاهر وإلا فالحق يثبت به لا بالقضاء) والقسامة داخله في اليمين ، وعلم القاضي مرجوح ، والقرينة مما انفرد به ، من الحنفية ، ابن الغرس فرجعت الحجج التي هي أسباب الحكم إلى ثلاث ، أي البينة واليمين والنكول .

(انظر : أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٧-١١ و ٢١٦ وما بعدها)

وذكر ابن القيم في الطرق الحكمية خمسة وعشرين طريقاً ترجع عند النظر ،

إلى :

القرائن والعلامات الظاهرة - الشهادة - اليمين - النكول - اليد (أي الحياة)

- الإنكار - الإقرار - الخط - القرعة - القافة (أي الخبرة في أمور النسب) .

وذكر ابن فرحون في التبصرة : الشهادة والخط والإقرار والقرائن والقرعة والقافة .

وفي مجلة الأحكام العدلية نجد أن طرق القضاء هي : الإقرار والشهادة واليمين والنكول والخط والقرينة القاطعة .

وقد ذكرت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ في المادة ١٢٣ أربعة أدلة هي : الإقرار والشهادة والنكول عن الحلف والقرينة القاطعة ، ولكنها تكلمت في الباب الثالث الخاص بالأدلة على الأدلة الخطية (في الفصل الثاني بعد الإقرار) ثم على اليمين والنكول (في الفصل السادس) وعلى المعاينة (في الفصل السابع) وعلى الخبرة (في الفصل الثامن) كما تكلمت على استجواب الخصوم (في الفصل السابع من الباب الثاني م ١١٥ وما بعدها) وبذا زادت الأدلة فيها على الأربعة المذكورة في المادة ١٢٣ وذلك خلاف ما ذهب إليه الشيخ أحمد إبراهيم رحمه الله إذ قال في طرق القضاء (ص ٩ - ١٠) : « أقول : إن الناظر فيما جاء في اللائحة في حجية الأوراق الرسمية والعرفية وفي استجواب الخصوم ومعاينة المحكمة وأهل الخبرة يراه لا يخرج عن هذه الحجج الثلاث إذ كله يرجع إلى الإقرار وأن الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان ، وهو الذي يجب التعويل عليه كما سيأتي » ولكن بالرجوع إلى المادة ١٣٤ من تلك اللائحة نجد أنها نصت على أن الأوراق الرسمية ، سواء أكانت سندات أم محررات ، تكون حجة على أي شخص كان فيما تدون بها مما لا يدخلها دائماً في الإقرار ، وكذلك استجواب الخصوم ومعاينة المحكمة وأهل الخبرة لا تدخل دائماً في الإقرار .

وبالرجوع إلى القوانين العربية الخاصة بالإثبات نجد أنها : الأدلة الكتابية

والشهادة والقرائن والاستجواب والإقرار واليمين والمعينة والخبرة .

(م ١ من قانون البينات السوري . و ١١ من قانون الإثبات السوداني ،

وقانون الإثبات المصري . وانظر : السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ٨٩ وما بعدها) .

وإذا ألقينا نظرة فاحصة وجدنا أن طرق إثبات الدعوى ترجع إلى : الإقرار والشهادة والكتابة واليمين والنكول والقرينة والمعينة والخبرة ، أما القسامة ، وهي خاصة بالقضاء بالدية ، فهي يمين ، وأما علم القاضي فالفتوى على أنه ليس طريقاً للقضاء لفساد الزمان وهو ما أخذ به هذا المشروع في المادة ٦ منه . وأما القافة فهي خاصة بالنسب وهو من الأحوال الشخصية وخارج عن نطاق هذا المشروع .

وقد جرت بعض التقنيات على عدم النص على طرق القضاء باعتبار أن ذلك من عمل الفقه . ولكن تقنيات أخرى جرت على النص عليها كلائحة ترتيب المحاكم الشرعية وقانون البينات السوري وقانون الإثبات السوري . وقد روعي اتباع نهج التقنيات الأخيرة في هذا المشروع زيادة في البيان .

وقد سار المشروع على معالجة طرق القضاء بالترتيب الآتي :

١ - الإقرار .

٢ - استجواب الخصوم .

٣ - الشهادة .

٤ - الكتابة .

٥ - اليمين . ٦ - القرائن . ٧ - المعينة . ٨ - الخبرة .

وقه روعي في هذا الترتيب نظرة الفقه الإسلامي من تقديم الإقرار بوصفه أقوى الأدلة ، يليه الاستجواب بوصفه وسيلة للإقرار ، ثم الشهادة ، ويليهما الكتابة لأنها في الغالب إما أن تكون إقراراً أو شهادة ، ثم اليمين وبقية الأدلة .
وقد خصص باب لكل طريق من هذه الطرق .

الباب الأول الإقرار

حجية الإقرار :

الإقرار طريق من طرق القضاء .

والأصل في حجيته الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والمعقول .

أما الكتاب - فقوله تعالى : ﴿ وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُمْ مِنْ كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنْصُرُنَّهُ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ ﴾ (آل عمران : ٨١) . وقوله تعالى : ﴿ قَالُوا رَبَّنَا أَمَتْنَا اثْنَتَيْنِ وَأُحْيَيْتَنَا اثْنَتَيْنِ فَاعْتَرَفْنَا بِذُنُوبِنَا فَهَلْ إِلَىٰ خُرُوجٍ مِنْ سَبِيلٍ ﴾ (غافر : ١١) .
وقوله تعالى : ﴿ وَأَخْرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ خَلَطُوا عَمَلًا صَالِحًا وَآخِرَ سَيِّئًا عَسَىٰ اللَّهُ أَنْ يَتُوبَ عَلَيْهِمْ إِنْ اللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ (التوبة : ١٠٢) . وقوله تعالى : ﴿ فَاعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ فَسَحَقًا لِأَصْحَابِ السَّعِيرِ ﴾ (الملك : ١١) . وقوله تعالى : ﴿ وَلِيَمْلَلِ اللَّهُ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ ﴾ (البقرة : ٢٨٢) ، وغير ذلك من الآيات الكريمة .

وأما السنة - فما روي أن ماعزاً أقر بالزنا . فرجمه رسول الله ﷺ . وكذلك الغامدية وقال : « واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » .

وأما الإجماع - فإن الأمة أجمعت على صحة الإقرار .

وأما المعقول - فلأن الإقرار إخبار على وجه ينفي عنه التهمة والريبة ، فإن العاقل لا يكذب على نفسه كذباً يضر بها .

(انظر : ابن قدامة ، المغني ، ج ٥ ص ١٤٩ ، وابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ١٩٤ وما بعدها . وأحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٢١ - ١٢٤) .

ويلاحظ أن قانون الإثبات المصري اقتصر في بيان أحكام الإقرار على مادتين . وقد رئي في هذا المشروع إيراد أحكامه كاملة وفقاً للفقهاء الإسلاميين مما استوجب علاجه في إحدى عشرة مادة .

المادة ١٥

الإقرار هو إخبار الإنسان عن ثبوت حق عليه لآخر .

(المادة ١٥٧٢ من المجلة . و ١٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . و ٤٠٨ من القانون المدني المصري . و ١٠٣ من قانون الإثبات المصري . و ٩٣ - ٩٥ بينات سوري . و ٧١ إثبات سوداني . و ٤٦١ مدني عراقي) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - هذه المادة تتناول تعريف الإقرار كما هو في الفقه الإسلامي . فلم يفرق فيها بين الإقرار في مجلس القضاء والإقرار في غيره ، بخلاف القانون

المدني المصري والعراقي وقانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري حيث اعتبر الإقرار القضائي فقط ، إذ عرف الإقرار بأنه « اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة » (م ٤٠٨ مدني مصري . و ١٠٣ إثبات مصري) - ذلك أن الإقرار هو « إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر » . فالإقرار لا يختلف في طبيعته إذا كان أمام القضاء عنه إذا كان خارج مجلس القضاء ، والفرق بينهما إنما هو في الثبوت وعدمه . وهذه هي نظرة الفقه الإسلامي إلى الإقرار على الوجه المفصل في مادة أخرى تالية (انظر المواد من ١٦٠٦ إلى ١٦١١ من المجلة . وأحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٢٢) .

٢ - ويلاحظ أن الإقرار إعلان عن إرادة ، فيشترط فيه ما يشترط في كل إعلان عن إرادة . ولكن هذه الإرادة إرادة مخبرة وليست منشئة . وأن محل الإقرار حق . وأن هذا الحق على المقر للغير ، لأنه لو كان على غيره لغيره كان شهادة ، ولو كان لنفسه يكون دعوى (الكنز ، والزيلعي عليه ، ٥ : ٢ . وانظر في الخلاف في كونه إخباراً أو إنشاء : أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ١١٦ - ١٢١) .

٣ - وحكمه اللزوم . وهو نتيجة لاعتبار الإقرار تصرفاً ينعقد بإرادة واحدة ، لا ضرورة للقبول في ترتيب حكمها . ومؤدى هذا أنه لا يجوز العدول عن الإقرار إلا بسبب خطأ في الواقع ، لأن الإقرار يخضع للأحكام العامة في عيوب الرضا ، باعتباره تعبيراً عن إرادة المقر (انظر فيما بعد م ٢٥) .

وهو أبلغ من الشهادة ، إذ قول كل أحد على نفسه أوجب من دعواه على غيره (انظر : ابن فرحون ، التبصرة ، ٢ : ٣٩) .

٤ - وقد أتى بالإقرار في أول مراتب الأدلة اتباعاً للفقه الإسلامي . وقد اتبع هذا المسلك التقنين المراكشي والبرتغالي بخلاف التقنين المصري الحالي الذي قدم الكتابة على الإقرارات . والظاهر أن وجه النظر في ذلك أن الدليل الكتابي هو في الغالب صورة من صور الإقرار (انظر : أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٩) .

المادة ١٦

يكون الإقرار صراحة أو دلالة ، باللفظ أو الكتابة . وكذا بالإشارة المعهودة من الأخرس الذي لا يعرف الكتابة .

(م ١٥٨٢ و ١٥٨٣ و ١٥٨٦ - ١ - ١٦٠٦ من المجلة . و ١٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - تتناول هذه المادة صيغة الإقرار . فتقرر أنه قد يكون باللفظ أو الكتابة . وإذا كان المقر أخرس فإن كان لا يعرف الكتابة صح إقراره بإشارته المعهودة لتعينها طريقاً لإفهام مراده . أما إن كان يعرف الكتابة فهل يصح تصرفه بإشارته ؟

عند الحنفية روايتان ، إحداهما : تصح تصرفاته كلها بإشارته مع قدرته على الكتابة . والأخرى : لا تصح تصرفاته بالإشارة إلا إذا كان عاجزاً عن الكتابة . وقد اختار الرواية الثانية جمع من المحققين . وذلك لأن الكتابة أدل على المراد من الإشارة وأبعد عن الاحتمال ، فوجب المصير إليها عند المقدرة عليها . وبهذه الرواية أخذت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في المادة ١٢٨ فقد نصَّ

فيها على أن « إقرار الأخرس يكون بإشارته المعهودة ولا يعتبر إقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة » ، وهذا أحوط وأبعد عن الشك والارتياب .

٢ - وكما يكون الإقرار صراحة بالقول ، يكون أيضاً بطريق الدلالة . فلو طلب شخص الصلح عن مال ، كان طلبه هذا إقراراً بذلك المال . فإذا قال رجل لآخر : لي عليك ألف فأعطني إياه ، فقال المطلوب : صالحني على المبلغ المذكور بسبعمئة مثلاً . فإن هذا يكون إقراراً منه بالألف المطلوب : وكذا إذا استام شيئاً أو استعاره أو استأجره كان هذا إقراراً منه دلالة بعدم ملكيته له ، لأن الإنسان لا يستام ولا يستعير ولا يستأجر ملك نفسه (أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٣٠ - ١٣٢) .

المادة ١٧

يشترط في المقر أن يكون عاقلاً بالغاً مختاراً غير محجور عليه . ولا يشترط ذلك في المقر له .

(م ١٥٧٣ و ١٥٧٥ من المجلة . و ١٢٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . و ٩٦ بينات سوري . و ٤٦٢ و ٤٦٣ مدني عراقي) .

المذكرة الإيضاحية :

الإقرار تصرف إخباري يثبت به على المقر حق لم يكن من قبل ثابتاً . ولما كان إعطاء دليل الحق غير الثابت يعدل من الناحية العملية إنشاء هذا الحق ، فإنه يشترط فيه ما يشترط في التصرف في الحق المقر به من أهلية في المتصرف واختيار . فيطبق هنا ما يطبق من أحكام في التصرف الإنشائي بالنسبة إلى القاصر والوصي والمريض مرض الموت وغيرهم .

(انظر : ابن فرحون ، تبصرةالحكام ، ٢ : ٤١ . وابن قدامة ، المغني ،
٥ : ١٤٩ - ١٥١) .

وعلى ذلك فلا يصح إقرار الصغير والمجنون والمعتوه ، ولو أجازته الولي ،
لفقدان أهلية الالتزام بعباراتهم . ولا يصح على هؤلاء إقرار أوليائهم
وأوصيائهم ، لأنه إقرار على الغير وهو باطل . غير أن الصبي المأذون بالتجارة
يكون إقراره صحيحاً فيما يتعلق بالتجارة ، كإقراره بالبيع وقبض الثمن .
ويشترط في المقر أيضاً ألا يكون محجوراً عليه بما يمنع من نفاذ التصرفات التي
أقربها ، فإن أقر السفية أو المدين المحجور عليهما بمال لشخص ، فإن الإقرار
يتوقف حتى يفك الحجر ، وذلك لقيام أهلية المقر المصححة لعباراته وقت
الإقرار ، غير أنه وجد مانع الحجر ، فإذا زال المانع ظهر أثر الإقرار .
ويشترط أيضاً رضا المقر ، فإن أقر وهو مكره ، فإقراره باطل . وكذلك إذا كان
هازلاً في إقراره . وكذلك السكران على تفصيل (انظر : أحمد ابراهيم ،
طرق القضاء ، ص ١٣٧ - ١٤٠) . ولا يشترط ذلك في المقر له (أحمد
إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٤٢) .

المادة ١٨

لا يتوقف الإقرار على قبول المقر له ، ولكن يترد برده .

(م ١٥٨٠ من المجلة . و٩٨ بينات سوري . و٤٦٦ مدني عراقي) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - أخذ المشروع بما نص عليه في المجلة وقانون البينات السوري
والقانون المدني العراقي من أن حق المقر له بما تضمنه الإقرار يثبت بوقوع

الإقرار ، فلا يتوقف على قبوله ، ولكن للمقر له أن يردّه كلاً أو بعضاً فيزول حكم الإقرار في المردود . ولكن لو قبل المقر له الإقرار ، ثم رده لا يرتد ، لأن المقر به صار ملكاً خاصاً للمقر له ، ونفي الإنسان ملكه عن نفسه عند عدم المنازع لا يصح . نعم لو تصادقا على عدم الحق صح . ولو قبله بعد الرد لا يصح ، لأن حكم الإقرار يبطل بالرد ، ولكن هذا في الإقرار الذي يرتد بالرد ، لا في الإقرار الذي لا يرتد بالرد كالنسب والنكاح (انظر : أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٢٧ - ١٣٠) .

٢ - والإقرار يصح لكل من الحاضر والغائب ، بلا قبول . لكنه لازم في حق المقر بالنسبة للحاضر ، فلا يملك الإقرار به لغيره قبل أن يردّه . وغير لازم في حقه بالنسبة للغائب ، فيجوز له أن يقر به لغيره . وأما المقر له ، فالإقرار غير لازم في حقه سواء أكان حاضراً أم غائباً ، فله أن يردّه في الحالتين على ما تقدم (أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٢٩ - ١٣٠) .

المادة ١٩

يصح الإقرار وإن اختلف المقر والمقر له في سبب المقر به .
(م ١٥٨١ من المجلة . و ١٢٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . و ٤٦٧ مدني عراقي) .

المذكرة الإيضاحية :

تقضي هذه المادة بصحة الإقرار ولو اختلف سبب المقر به بين المقر والمقر له ، كأن يقر شخص لآخر بأن عليه ألف جنيه ثمن مبيع فيقبل المقر له على أنه هبة ، فيصح الإقرار بالمقر به ، رغم اختلاف الطرفين في السبب .

(ابن قدامة ، المغني ، ٥ : ١٦٣ . وأحمد إبراهيم ، طرق القضاء ،
ص ١٣٠) .

المادة ٢٠

- ١ - الإقرار المعلق بالشرط باطل .
 - ٢ - ولكن إذا علق بزمان صالح لحلول الأجل في عرف الناس يحتمل على إقراره بالدين المؤجل .
- (م ١٥٨٤ من المجلة)

المذكرة الإيضاحية :

تقدم أن الإقرار بإخبار بحق ثبت في الماضي . وترتب على ذلك أنه لا يجوز تعليقه بالشرط أو إضافته إلى أجل ، لأن التعليق والإضافة إنما يكونان بالنسبة إلى المستقبل ، والإقرار بإخبار عما سبق (أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ص ١٢٥) .

فلو قال أحد لآخر : إذا وصلت المكان الفلاني ، أو قضيت مصلحتي الفلانية فإني مدين لك بكذا ، يكون إقراره هذا باطلاً ولا يلزمه المبلغ المذكور ، لأنه معلق بشرط والشرط أمر مستقبل ، في حين أن الإقرار بإخبار عن ماض ؛ ولكن إذا قال : إن أتى أول الشهر الفلاني فإني مدين لك بكذا ، يحتمل على الإقرار بالدين المؤجل ، ويلزمه أداء المبلغ عند حلول ذلك الوقت ، لأن الإقرار علق بزمان صالح لحلول الأجل في عرف الناس ، فلا يتعارض مع الإقرار بدين في الماضي (انظر شرح م ١٥٨٤ من المجلة) .

المادة ٢١

يشترط في الإقرار ألا يكذبه ظاهر الحال .

(م ١٥٧٧ من المجلة . و٩٧ بينات سوري . و٤٦٥ مدني عراقي)

المذكرة الإيضاحية :

لصحة الإقرار يشترط ألا يكذبه ظاهر الحال ، ويعود للمحكمة تقدير مطابقة الإقرار لظاهر الحال على ما يبدو لها من وقائع الدعوى . ومن أمثلة ذلك أن يقر أن فلاناً أقرضه مبلغ كذا في شهر كذا ، وكان المقر له قد مات قبل ذلك التاريخ فلا شيء يلزمه .

(أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٤٠) .

المادة ٢٢

١ - إذا صدر الإقرار أمام القاضي بمجلس القضاء فهو بذاته حجة على المقر .

٢ - أما إذا ادعي صدوره في غير مجلس القضاء فتطبق عليه القواعد العامة في الإثبات .

(انظر المادة ١٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . والمواد ٩٣ و٩٤ و٩٥ و٩٩ و١٠٢ بينات سوري) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - الإقرار في الفقه الإسلامي هو « إخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه » . (الكنز ، والزليعي عليه ، ٥ : ٢ . وم ١٥٧٢ من المجلة) . وليس فيما بين أيدينا من كتب الفقه الإسلامي التفرقة بين الإقرار القضائي وغير

القضائي على النحو الموجود في كتب القانون . والذي يظهر منها انحصار التفرقة بينهما في الثبوت . فالإقرار أمام القضاء ثابت بمجرد ، أما الإقرار في غير مجلس القضاء فيحتاج إلى إثباته ، ومن وسائل الإثبات الشهادة .

(انظر م ١٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . والفتاوى الهندية ، ٤ :

١٦٧ . وابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ١٩٤ - ١٩٥) .

فإذا ثبت الإقرار الحاصل في غير مجلس القضاء كان والإقرار في مجلس القضاء ذا أثر واحد ، ذلك أن الفرق بين الإقرار القضائي وغير القضائي ليس إلا الثقة في جدية الإقرار القضائي ، فإذا ثبتت جدية وصحة الإقرار غير القضائي تعينت المساواة بينهما في أحكامهما ، فيؤخذ به ، شأنه في ذلك شأن الإقرار القضائي لاتحادهما في أن كلاً منهما « إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر » ، فالإقرار لا يستمد أثره من صدوره في مجلس القضاء ، وإنما من صدوره من المقر على الوجه الصحيح شرعاً .

وهذا يوافق رأياً في القانون (الصدة ، الإثبات ، ص ١٨٤ . وسليمان مرقس ، أصول الإثبات ، ص ١٠٩ . وانظر : السنهوري ، الوسيط ، ٢ : ٤٧٦ وما بعدها . وأحمد نشأت ، الإثبات ، ١٢ : ٤٩) .

٢ - وقد نص في الفقرة الأولى على أن الإقرار الصادر أمام القضاء حجة بذاته ، بمعنى أنه لا يحتاج إلى دليل آخر لإثباته ، فهو في ذاته حجة قاطعة صدوراً عن الثقة في جديته وصحته ، مادام صدر أمام القضاء . ولكن ذلك لا يمنع من الطعن فيه بأنه غير صحيح ، لأنه تواطأ عليه مع خصمه ، أو أنه وقع نتيجة تدليس أو إكراه ، أو أنه صدر منه وهو ناقص الأهلية - فإذا ثبت ذلك

مدني مصري و١٠٣ إثبات مصري) .

بالطرق الجائزة قانوناً بطل الإقرار ، ولا يكون هذا رجوعاً في الإقرار ، بل هو إلغاء لإقرار ظهر بطلانه .

٣ - وحتى يكون الإقرار قضائياً يشترط أن يصدر أمام القاضي في مجلس القضاء (م ١٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . وقارن بالمادة ٤٠٨ أما إذا صدر في غير مجلس القضاء ، فتسري القواعد العامة في الإثبات ، كشرط الكتابة فيما زاد على عشرين جنيهاً . فإذا ثبت صدور الإقرار فعلاً واجتمعت له شروط الصحة ، كان هذا الإقرار حجة قاطعة ، ولو أنه غير قضائي ، شأنه من هذه الناحية شأن الإقرار القضائي تماماً . قال في التبصرة (٢ : ٤) : « ولو كتب رسالة لرجل غائب : أن لك عليّ كذا ، لزمه . فإن جحد وقامت البينة أنه كتبه أو أملاه ، لزمه » .

(انظر : أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٢٢ - ٢٢٥) .

وقد نص في المادة ١٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه « لا تقبل دعوى الإقرار الصادر قبل قيام الخصومة أو بعدها إلا إذا كان صدوره أمام قاض بمجلس القضاء ، أو كان مكتوباً وعليه إمضاء المقر أو ختمه ، أو وجدت كتابة تدل على صحته » . وقد وضعت هذه القيود تقييداً للدعوى المزورة ، إذ كان الخصم إذا أعيته الحيلة في إثبات الحق الذي يدعيه ، يدعي على خصمه أنه أقرب به أمام شهود ، وشهود الزور كثيرون ، وشهادتهم على الإقرار بالحق أيسر من شهادتهم بنفس الحق ، فوضعت هذه القيود .

(أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٣٣ - ١٣٤ و ص ١٨٣ - ١٨٤)

ولكن يلاحظ أن إثبات الإقرار غير القضائي يخضع للأحكام العامة في

الإثبات ومنها أنه لا يجوز الإثبات فيما زاد على قدر معين (عشرين جنيهاً) إلا بالكتابة كما سيأتي .

المادة ٢٣

الإقرار حجة قاصرة على المقر

(م ٧٨ و ٧٩ و ١٥٨٧ من المجلة . و ١٠٤ إثبات مصري . و ١٠٠ بينات سوري . و ٧٢-١- سوداني . و ٤٦٩ مدني عراقي) .

المذكرة الإيضاحية :

الإقرار حجة قاصرة على المقر بمعنى أنه لا يتعداه إلى غيره من الدائنين والخلف الخاص والشريك والورثة فيما بينهم ، ولا ضد المقر له . إلا أن الإقرار يتعدى إلى الورثة باعتبارهم خلفاً عاماً ، ذلك لأن الإقرار حجة بنفسه لا يحتاج فيه إلى القضاء فينفذ عليه وحده ، بخلاف البينة فهي تصير حجة بالقضاء ، وللقاضي ولاية عامة فينفذ في حق الكل (الزيلعي ، ٥ : ٣) .

ومن تطبيقات ذلك ما جاء في المجلة :

- م ١٦١١ : « إذا أعطى أحد سند دين حال كونه مرسوماً ثم توفي ، يلزم ورثته بإيفائه من التركة إن كانوا معترفين بكون السند للمتوفى . وأما إذا كانوا منكرين ذلك ، فلا يعمل بذلك السند ، إلا إذا كان خطه وختمه معروفين » .

- م ١٦١٢ : « إذا ظهر كيس مملوء بالنقود في تركة أحد محرر عليه بخط الميت أن هذا الكيس مال فلان ، وهو عندي أمانة ، يأخذه ذلك الرجل من التركة ولا يحتاج إلى إثبات بوجه آخر » .

(وانظر : أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٥٢ - ١٥٥) .

الإقرار لا يتجزأ على صاحبه .

(م ١٢٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : « ولا يتجزأ الإقرار الصادر من المدعى عليه بمجلس القضاء ، فلا يؤخذ منه الضارّ به ويترك الصالح له ، بل يؤخذ جملة واحدة ويعتبر إنكاراً للدعوى .

وذلك إذا لم يكن للمدعى دليل على دعواه ولا للمدعى عليه دليل على ما

صدر منه »

والمادة ١٠٤ - ٢ إثبات مصري ونصها : « ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى » .

والمادة ٤٧٠ مدني عراقي . وكذا م ١٠١ سوري . و٧٢ - ٢ سوداني) .

(وانظر : ابن قدامة ، المغني ، ٥ : ١٦١) .

المذكرة الإيضاحية :

وقد رئي الأخذ بهذا الحكم (عدم تجزئة الإقرار على صاحبه) لأن المقر في هذه الحالة يقع في حرج : فإما أن يكذب فلا يقر بشيء ، وإما أن يقر بالدين وبالوفاء به ، فيؤخذ بإقراره فيما يتعلق بثبوت الدين ، ولا يؤخذ بإقراره فيما يتعلق بقضائه الدين ، فيوقعه صدقه في الضرر . فمنعاً للحرج رئي الأخذ بالإقرار كله وعدم جواز تجزئته .

(انظر : أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٣٦ - ١٣٧) .

وقد يعرض الإقرار في صور مختلفة : فقد يكون مجرد اعتراف بالواقعة المدعى بها . وقد يضاف إليه شق آخر يكمل الاعتراف بالواقعة ، أو يشل دلالة هذا الاعتراف ، ويكون غير منفك عنه في صدوره . وفي الحالة الأولى يكون الإقرار بسيطاً ولا تعرض بشأنه أية صعوبة ، لأن إشكال عدم التجزئة ممتنع بطبعه ، أما في الحالة الثانية فيكون الإقرار مركباً ، ولا يهم فيما يتعلق بالإقرار المركب أن يكون الشق المضاف معاصراً أو غير معاصر ، لنشوء الواقعة القانونية المدعى بها ، فقد يقر المدعى عليه بالدين ويدعي أنه معلق أو مضاف إلى أجل ، ويسمى هذا الإقرار « موصوفاً » في اصطلاح الفقه ، لأن الشق المضاف معاصر للواقعة القانونية . وقد يقر المدعى عليه بوجود القرض ويدعي الوفاء ، فيكون الشق المضاف غير معاصر للواقعة القانونية .

وتعرض مسألة عدم التجزئة بالنسبة للإقرار المركب ، أي مسألة معرفة ما إذا كان يجوز لمن وجه الإقرار إليه أن يأخذ منه ما يرى فيه مصلحة له وأن يهمل الشق المضاف ، إلا أن من المقرر أن الشق المضاف يعتبر غير منفك عن جملة الإقرار ، موصوفاً كان الإقرار أو غير موصوف ، أو لولاه لما صدر الاعتراف ، ثم إن الإقرار بأسره هو الذي يعتبر حجة ، لا جزء منه فحسب . ويترتب على ذلك أن الإقرار المركب لا يتجزأ ، موصوفاً كان أو غير موصوف ، بل يتعين على من يتمسك به بصفته هذه أن يعتد به بأسره .

فقاعدة عدم تجزئة الإقرار قاعدة عامة لا يرد على إطلاقها أي قيد أو حد .

وبذلك يكون هذا المشروع قد سد منافذ الخلاف الذي قام بشأن جواز أو عدم جواز تجزئة الإقرار المركب وما ينشأ عن ذلك من خلاف في التطبيق ، ونزل عند إرادة المقر التي تنصرف في الغالب إلى وحدة إقراره حيث لا يتجزأ .

لا يصح الرجوع عن الإقرار .

(م ٧٩ و ١٥٨٧ و ١٥٨٨ و ١٥٨٩ من المجلة . و ١٢٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . و ٤٦٨ مدني عراقي) .

المذكرة الإيضاحية :

الإقرار تصرف شرعي إخباري من جانب واحد يتعلق به حق الغير ، فمتى ثبت لم يعد في إمكان المقر العدول عنه إلا لسبب من الأسباب التي تبطله ، ولو كان ذلك قبل أن يتمسك به المقر له . وللمقر له أن يتمسك بالإقرار أو أن يطرحه ويبطل الإقرار ، إذا طرحه المقر له وكان المقر به حقاً خالصاً للمقر له ، فإذا تعلق به حق الغير لم يبطل .

(انظر : أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٥٨ - ١٦٦ . وابن قدامة ، المغني ، ٥ : ١٦٤ وما بعدها . وابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ٢ : ٤١ . والمادة ١٨ من هذا المشروع) .

الباب الثاني

استجواب الخصوم

للمحكمة أن تستجوب من يكون حاضراً من الخصوم . ولكل منهم أن يطلب استجواب خصمه الحاضر .

(م ١٠٥ إثبات مصري . و ١١٥ و ١١٧ من لائحة ترتيب المحاكم

الشرعية . و١٠٣ بينات سوري . و٧٤-١ إثبات سوداني) .

المذكرة الإيضاحية :

الاستجواب طريق من طرق تحقيق الدعوى يعمد أحد الخصوم بواسطته إلى سؤال خصمه عن بعض وقائع معينة ليصل من وراء الإجابة عليها والإقرار بها إلى إثبات مزاعمه أو دفاعه أو تمكين المحكمة من تلمس الحقيقة الموصلة لهذا الإثبات .

والاستجواب جائز أمام المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، وفي أي حالة كانت عليها الدعوى . ويجوز طلبه وإجراؤه أمام المحكمين ، لأنهم لم يخرجوا عن كونهم قضاة عهد إليهم الخصوم بالفصل في الموضوع .

ويجب أن يقدم طلب الاستجواب قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى وألا يكون مقصوداً به كسب الوقت وتأخير الفصل في النزاع .

ويجوز الأمر بالاستجواب في كل موضوع قائم بشأنه نزاع ، سواء كان إثباته بالبينة جائزاً أم غير جائز ، لأن الغرض من الاستجواب الحصول على إقرار من الخصم بوقائع قانونية مدعى بها ، وما دام الاستدلال بالإقرار جائزاً بالنسبة لجميع الوقائع ، فإنه من المسلم به جواز استجواب الخصم عن الوقائع التي لا يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود .

غير أنه لا يجوز الأمر بالاستجواب في الحالات الآتية :

١ - إذا كان الغرض منه نفي حجية حكم ، لأنه لا يجوز دفع تلك الحجية بأي دليل من أدلة الإثبات .

٢ - إذا كان الغرض منه نفي وقائع تناولتها ورقة رسمية إذا كان الموظف

الذي أثبتها عمل في حدود وظيفته باعتباره أنه رآها أو سمعها أو باشرها .
٣ - إذا كان الغرض منه التوصل لإثبات عقد لا يعتبره القانون موجوداً إلا إذا اتخذ شكلاً خاصاً كعقد الهبة أو الرهن العقاري .

ويشترط في الوقائع التي يتناولها الاستجواب :

١ - أن تكون شخصية بالنسبة للخصم المطلوب استجوابه . ويقصد بالوقائع الشخصية بالنسبة للأشخاص المعنوية الوقائع المتعلقة بالشخص الاعتباري كهيئة أو مصلحة أو شركة لا بشخص ممثلها المستجوب .

٢ - أن تكون متعلقة بالدعوى ومنتجة في الإثبات . وللمحكمة حرية التقدير فيما إذا كانت الوقائع المطلوب استجواب الخصم عنها متعلقة بالدعوى ومنتجة في الإثبات (العشماوي ، المرافعات ، ج ٢ ، ص ٦٠٩ وما بعدها) .

المادة ٢٧

للمحكمة كذلك أن تأمر بحضور الخصم لاستجوابه ، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصمه . وعلى من تقرر استجوابه أن يحضر بنفسه الجلسة التي حددها القرار .

(م ١٠٦ إثبات مصري . و ١٢٠-١٢١ من لائحة ترتيب المحكمة الشرعية . و ١٠٤ بينات سوري . و ٧٤-٢ إثبات سوداني) .
المذكرة الإيضاحية :

إذا لم يكن الخصم حاضراً بالجلسة ، كان للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء

على طلب من أحد الخصوم أن تأمر بحضور الخصم لاستجوابه . ولا يجوز للخصم أن ينيب عنه غيره في الاستجواب ، بل يتعين عليه أن يحضر بنفسه في الجلسة التي حددت لاستجوابه . فإذا لم يمثل لأمر المحكمة بالحضور ، فإن القانون رتب جزاء على ذلك هو ما نص عليه في المادة ٣٤ من هذا المشروع .

المادة ٢٨

إذا كان الخصم عديم الأهلية أو ناقصها ، جاز استجواب من ينوب عنه .
وجاز للمحكمة مناقشته هو إن كان مميزاً في الأمور المأذون فيها .
ويجوز بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية توجيه الاستجواب إلى من يمثلها قانوناً .

ويشترط في جميع الأحوال أن يكون المراد استجوابه أهلاً للتصرف في الحق المتنازع فيه .

(م ١٠٧ إثبات مصري) .

المذكرة الإيضاحية :

الاستجواب ما هو إلا وسيلة للحصول على إقرار من الخصم . والإقرار لا تكون له حجيته في الإثبات ، باعتباره تصرفاً قانونياً ، إلا إذا كان صادراً ممن له أهلية التصرف في هذا الحق قانوناً . وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار الصادر من الوكيل (المحامي) لا تكون له حجية على موكله إلا إذا كان مفوضاً فيما أقر به تفويضاً خاصاً ، فكذلك الاستجواب . فاستجواب المميز مشروط بأن يكون في الأمور المأذون فيها . وما دام أنه يملك التصرف في شأنها ، فإنه

يجوز استجوابه عنها ، وما ورد في استجوابه بصددها يكون حجة عليه .

المادة ٢٩

إذا رأت المحكمة أن الدعوى ليست في حاجة إلى استجواب رفضت طلب الاستجواب .

المذكرة الإيضاحية :

١ - إنه وإن كان من حق الخصم أن يطلب استجواب خصمه إلا أن محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة هذا الطلب ، لأنه من الرخص المخولة لها ، فلها أن تلتفت عنه إذا وجدت في الدعوى من العناصر ما يكفي لتكوين عقيدتها بغير حاجة لاتخاذ هذا الإجراء .

٢ - ويجوز للمحكمة أن تعدل عن حكم الاستجواب إذا رأت أنه لا جدوى من اتخاذ هذا الإجراء وأن في أوراق الدعوى وما قدم فيها من أدلة ما يكفي لتكوين عقيدتها بغير حاجة إليه .

المادة ٣٠

يوجه الرئيس الأسئلة التي يراها إلى الخصم ، ويوجه إليه كذلك ما يطلب الخصم الآخر توجيهه منها . وتكون الإجابة في الجلسة ذاتها إلا إذا رأت المحكمة إعطاء ميعاد للإجابة .

(م ١٠٩ إثبات مصري . و١١٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . و١٠٦ بينات سوري) .

المذكرة الإيضاحية :

للمحكمة أو للقاضي المنتدب لإجراء الاستجواب أن يمنع الخصم من

توجيه أسئلة إلى خصمه تكون غير متعلقة بالدعوى ، أو غير منتجة فيها ، أو تتضمن ما يخالف النظام العام أو حسن الآداب ، أو تتضمن تجريحاً للمستجوب .

المادة ٣١

تكون الإجابة في مواجهة من طلب الاستجواب ، ولكن لا يتوقف الاستجواب على حضوره .

(م ١١٠ إثبات مصري . و ١١٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . و ١٠٧ بينات سوري) .

المذكرة الإيضاحية :

إذا صدر حكم بالاستجواب ولم يكن أحد من الخصوم حاضراً وقت النطق به ، فإنه يتعين على قلم الكتاب إعلانه به شأنه في ذلك شأن أي إجراء من إجراءات الإثبات .

المادة ٣٢

تدون الأسئلة والأجوبة بالتفصيل والدقة بمحضر الجلسة ، وبعد تلاوتها يوقع عليها الرئيس والكتاب والمستجوب . وإذا امتنع المستجوب عن الإجابة أو من التوقيع ذكر في المحضر امتناعه وسببه .

(م ١١١ إثبات مصري . و ١١٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . و ١٠٩ بينات سوري) .

المذكرة الإيضاحية :

هذه المادة تبين طريقة إثبات الأسئلة والأجوبة في محاضر الجلسات وما يتبع

عند امتناع المستجوب عن الإجابة .

المادة ٣٣

إذا كان للخصم عذر يمنعه عن الحضور للاستجواب ، جاز للمحكمة أن تندب أحد قضاتها لاستجوابه على نحو ما ذكر .

(م ١١٢ إثبات مصري . و١٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .
و١١٠ بينات سوري . و٧٤ - ٤ إثبات سوداني) .

المذكرة الإيضاحية :

إذا كان المراد استجوابه لا يستطيع الحضور لمقر المحكمة لعذر يمنعه من ذلك ، وكان يقيم خارج دائرة المحكمة ، فإنه يجوز للمحكمة أن تندب قاضي المحكمة الجزئية التي يقع في دائرتها المكان الموجود فيه المطلوب استجوابه لإجراء الاستجواب ، وذلك وفقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ٨ من هذا المشروع ، وفي هذه الحالة تحدد المحكمة التي أمرت بالاستجواب لقاضي المحكمة الجزئية المسائل التي يتعين استجواب الخصم فيها .

المادة ٣٤

إذا تخلف الخصم عن الحضور بغير عذر مقبول ، أو امتنع من الإجابة بغير مبرر قانوني ، جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك .

(م ١١٣ إثبات مصري . و١٢٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : « إذا امتنع المسؤول عن الإجابة أو تخلف عن الحضور لاستجوابه فللمحكمة النظر في ذلك من حيث كونه يورث شبهة أم لا ، وعليها أن تقر ما تراه بعد ذلك » .

وم ١١١ بينات سوري وفيها زيادة هي : « . . . بغير مبرر قانوني جاز للمحكمة أن تتخذ من هذا النكول أو التخلف مسوغاً لاعتبار الوقائع التي تقرر استجوابه عنها ثابتة أو أن تقبل الإثبات بشهادة . . . إلخ » .

وم ٧٤-٣ إثبات سوداني ونصها : « إذا رفض الخصم الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه بغير مبرر قانوني ، أو لم يحضر لاستجوابه بغير عذر مقبول ، جاز للمحكمة أن تستخلص من ذلك قرينة تساعد على الفصل في الدعوى » .

المذكرة الإيضاحية :

لا يخلو الحال من أن يتخذ الخصم إزاء طلب الاستجواب أحد المواقف الآتية :

أولاً : أن يتخلف عن الحضور بعذر ، وفي هذه الحالة تؤجل الدعوى أو تنتقل المحكمة لاستجواب الخصم ، أما إذا كان تخلفه بغير عذر مقبول جاز للمحكمة أن تقبل لإثبات الواقعة الشهادة والقرائن فيما لم يكن جائزاً لإثباته بهما .

ثانياً : أن يحضر الخصم ويمتنع عن الإجابة ، فإن كان امتناعه راجعاً لمنازحته في جواز الاستجواب وتعلق الوقائع بالدعوى ، فصلت المحكمة في ذلك . فإن رفضت منازحته كان عليه أن يجيب على الأسئلة . وإذا امتنع لغير سبب أو مبرر عن الإجابة ، جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن .

ثالثاً : أن يحضر الخصم ويجيب بالإنكار على الاستجواب ، وعندئذ لا

يكون أمام الخصم الآخر إلا أن يقيم الدليل على ما يدعيه وفقاً لقواعد الإثبات العامة .

رابعاً : أن يجيب الخصم على الاستجواب بإقرار صريح ويعتبر إقراره في هذه الحالة إقراراً قضائياً .

خامساً : أن يجيب الخصم إجابة غامضة ، أو ينكر بعض الوقائع ويقر ببعضها الآخر . ففي حالة الغموض يكون للمحكمة السلطة في استنتاج ما تراه مستفاداً منه ، ولها أن تعتبره مبدأ ثبوت بالكتابة يبيح الإحالة إلى التحقيق ، أو تعتبره إنكاراً للوقائع موضوع الاستجواب . وفي حالة إنكار بعض الوقائع والإقرار ببعضها الآخر يعتبر ما حصل الاعتراف به ثابتاً وما حصل إنكاره غير ثابت .

الباب الثالث

الشهادة

حجيتها :

١ - الشهادة طريق من طرق الإثبات أمام القضاء .

قال تعالى : ﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله ﴾ (الطلاق : ٢) .

وقال تعالى : ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ﴾ (البقرة : ٢٨٢) .

وقال رسول الله ﷺ :

- « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمْر على أخيه ، ولا تجوز شهادة القانع لأهل البيت » رواه أحمد وأبو داود . و« الغمْر » (بكسر الغين المعجمة وسكون الميم ثم راء) أي صاحب حقد على أخيه . و« القانع » الخادم والتابع وإنما ترد شهادته للتهمة بجلب النفع لنفسه .

(بلوغ المرام ، رقم ١٢٠٢ ، ص ٢١٨) .

- « لا تجوز شهادة بدوي على صاحب قرية » رواه أبو داود وابن ماجه .

(بلوغ المرام ، رقم ١٢٠٣ ، ص ٢١٨ - ٢١٩) .

- عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد -

أخرجه مسلم وأبو داود والنسائي وقال : إسناده جيد (بلوغ المرام ، رقم

١٢٠٧ و١٢٠٨ ، ص ٢٩) .

قال في المبسوط : إن القياس يأبى كون الشهادة حجة في الأحكام لأنها خبر

محتمل للصدق والكذب ، والمحتمل لا يكون حجة ملزمة . ولكننا تركنا ذلك

بالنصوص - قال تعالى : ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ﴾

(البقرة : ٢٨٢) . وقال تعالى : ﴿ فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ﴾

(النساء : ١٥) وقال ﷺ « شاهدك أو يمينه » وقال : « البينة على

المدعي » . ولأن حاجة الناس داعية إلى ذلك ، لأن المنازعات والخصومات

تكثر بين الناس وتتعدر إقامة الحجة الموجبة للعلم في كل خصومة ، والتكليف

إنما يكون بحسب الوسع ، ونظيره القياس في الأحكام ، بغالب الرأي في

موضع الاجتهاد (أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٨٤) .

٢ - وقد رئي جعل عنوان هذا الفصل « الشهادة » وليس « البينة » كما فعل القانون المدني المصري ، لأن البينة ، وإن كانت مرادفة للشهادة عند عامة الفقهاء ، إلا أنها عند بعضهم ليست مقصورة على الشهادة ، وإنما هي اسم لكل ما يبين الحق ويظهره ، فالمراد بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة فيدخل فيها القرائن عند القائلين بأنها من طرق القضاء . (انظر : ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ١٣ و ٢٤ . وكذلك : ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ١ : ٢٠٢ . والسنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، البند ١٦٠ ، ص ٣١١ . والبند ١٦٥ ، ص ٣١٩) .

وكانت الشهادة من أقوى الأدلة ، بل كانت هي الدليل الغالب في وقت لم تكن فيه الكتابة منتشرة ، وكانت الأمية متفشية ، وكان العلم بالرواية واللسان لا بالكتابة والقلم ، حتى كانت الشهادة هي التي تستأثر باسم « البينة » دلالة على أن لها المقام الأول في البينات . فلما انتشرت الكتابة ، وتقلص ظل الأمية ، بدأت الكتابة تسود ، ثم أخذت المكان الأول في الإثبات ، ونزلت الشهادة إلى المكان الثاني لما تنطوي عليه من عيوب ظاهرة . فالشهادة تقوم على أمانة الشهود ، والشهود حتى إذا هم لم يكذبوا معرضون للنسيان ، ثم إن الدقة تنقصهم . هذا إلى أنه إذا أفسح المجال للإثبات بالشهادة ، وأصبح اعتماد القضاء عليها ، كثرت القضايا الكيدية لسهولة الحصول على شهود زور يشهدون بالباطل . أما الكتابة فكفتها راجحة ، ومتى كانت بعيدة عن التزوير ، فهي أدق أداء وأكثر ضبطاً للوقائع . ثم هي لا يرد عليها النسيان ، فهي دليل هيء مقدماً ليحيط بالواقعة المراد إثباتها إحاطة شاملة ، لأنها إنما أعدت لهذا الغرض .

على أن هناك اتجاهًا في العصر الحاضر من شأنه أن يرد للشهادة اعتبارها .
ففي التقنيات الجرمانية وفي بعض التقنيات اللاتينية يجوز في المسائل المدنية
على غرار المسائل التجارية الإثبات بالشهادة حيث يجوز الإثبات بالكتابة .
ويذهب بعض كبار الفقهاء من أمثال تالير إلى تحييد هذا الاتجاه ، والقضاء
الفرنسي ذاته ، في خلال القرن الأخير ، يساير هذه النزعة ، فيتوسع في قبول
الشهادة عن طريق التوسع في تفسير معنى « مبدأ الثبوت بالكتابة » ومعنى
« تعذر الحصول على الكتابة » (السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، البند ١٦٥ ،
ص ٣١٩ . والبند ١٨٩ ، ص ٣٥٦ وما بعدهما) .

والفقه الإسلامي يغلب الشهادة على الكتابة ، بل هناك من يمنع العمل
بالكتابة دليلاً في الإثبات (انظر : أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٦١ وما
بعدها) ويلاحظ أن الكتابة تكون في الغالب إقراراً أو شهادة (راجع المذكرة
الإيضاحية للمادة ١٤ من هذا المشروع) .

المادة ٣٥

الشهادة هي الإخبار بحق أحد في ذمة الآخر في مجلس القاضي ومواجهة
الخصمين .

المذكرة الإيضاحية :

الغرض من الشهادة الحكم بموجبها ، فلا بد أن تكون بحضرة القاضي في
مجلس حكمه الذي نصب ليفصل فيه بين المتنازعين . فلو أخبر بها في غير
ذلك المجلس فلا تعتبر ولو كان القاضي حاضراً . وقد نص في المادة ١٦٨٧
من المجلة أنه « لا تعتبر الشهادة التي تقع في خارج مجلس المحاكمة . وأما

المحكم فليس له مجلس معين ، كالقاضي ذي الولاية العامة ، بل كل مجلس حكم فيه كان مجلس حكمه .

ويشترط على كل حال أن تكون الشهادة في المجلس الذي نصب فيه نفسه للحكم . ويشترط أن تكون الشهادة بمواجهة الخصمين إذا كانا حاضرين بمجلس القاضي ، مع إشارة الشاهد عند أداء الشهادة إلى كل منهما . ولا حاجة إلى ذكر اسميهما ونسبيهما في هذه الحالة ، لأن الإشارة أبلغ في التعريف بالشخص من تعريفه باسمه ونسبه ، لأنه في الحالة الأولى معين تعييناً ينتفي معه كل احتمال ، بخلاف الحالة الثانية مهما بولغ فيها فالاحتمال قائم ، وإن كان ضعيفاً . وعلى ذلك لو عرفهما باسميهما ونسبيهما وهما حاضران ولم يشر إليهما لا يكتفى منه بهذا التعريف ، لما ذكر .

أما إذا كانا غائبين أو أحدهما ، فلا سبيل إلى تعريف الغائب منهما إلا باسمه ونسبه ، وتكون الشهادة حينئذ بمواجهة من ينوب شرعاً مناب الغائب منهما من وكيل أو وصي .

وهل يشترط أن يؤدي الشاهد شهادته بلفظ « أشهد » ؟ اختلف في ذلك : فقال بعضهم بأنه يشترط ، بل جعله بعضهم « ركن » الشهادة (التنوير والتبيين والهداية والفتح والبدائع) . وقال بعضهم : لا يشترط . وعلى الأول سارت المجلة (م ١٦٨٤ و ١٦٨٩) . وعلى الثاني سارت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (م ١٧٥) ونصها : « ولا يشترط في قبولها لفظ « أشهد ») . وقد رثي في المشروع الأخذ بالأخير استناداً إلى ما قاله ابن القيم في « الطرق الحكيمة » (ص ٢٠٤) : « قال شيخنا : فاشترط لفظ الشهادة لا أصل له في كتاب الله وسنة رسوله ﷺ ولا قول أحد من الصحابة ولا يتوقف إطلاق لفظ الشهادة لغة

على ذلك » (انظر : أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ٣٠٩ - ٣١٤) .
واشترط الشهادة في مجلس القاضي وفي مواجهة الخصمين تفترض سبق
الدعوى من صاحب الحق المتعلق بها المشهود به ، وموافقة الشهادة للدعوى
(انظر : أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٣٤٧ و ٣٥٥ - ٣٥٦) . وقد نص
في المادة ١٦٩٦ من المجلة أنه : « يشترط سبق الدعوى في الشهادة بحقوق
الناس » .

المادة ٣٦

نصاب الشهادة في حقوق العباد المالية رجلان أو رجل وامرأتان .
ويكفي في قبول الشهادة أن تطابق شهادة أحد الشاهدين شهادة الآخر في
المعنى وإن اختلفت الألفاظ .

(م ١٦٨٥ و ١٧١٢ - ١٧١٥ من المجلة . و ١٧٥ من لائحة ترتيب
المحاكم الشرعية) .
المذكرة الإيضاحية :

١ - تبين هذه المادة نصاب الشهادة في حقوق العباد من الأموال . والسند
في هذا التحديد قوله تعالى : ﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾
(الطلاق : ٢) . وقوله تعالى : ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم
يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر
إحداهما الأخرى ﴾ (البقرة : ٢٨٢) .
وقال ﷺ : « شاهدك أو يمينه » .

والقياس أن يكتفى بشهادة الواحد ، لأن رجحان جانب الصدق يظهر في

خبر الواحد العدل موجباً للعمل في رواية الحديث ؛ وكما لا يثبت القطع بخبر الواحد ، كذلك لا يثبت بخبر الاثنين ولا بخبر الأربعة ، بل يثبت بالعدد البالغ حد التواتر . وإذن لا معنى لاشتراط رجلين أو رجل وامرأتين لعدم الفائدة ، لكن ترك ذلك بالنصوص المبينة للعدد من الكتاب والسنة ، وحاشا أن يكون التقدير في النصوص خالياً من الفائدة ، فإن فيه معنى طمأنينة القلب ، وذلك عند إخبار العدد أظهر منه في خبر الواحد ، ثم في العدد معنى التوكيد إذ التزوير والتلبس في الخصومات يقع بكثرة ، فيشترط العدد في الشهادات صيانة للحقوق من الضياع .

(السرخسي ، المبسوط ، ١٦ : ١١٢ . وأحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٨٤ - ٢٨٥) .

٢ - وقد رئي قطعاً لكل شك أن ينص على الاكتفاء في قبول الشهادة بمطابقة شهادة أحد الشاهدين شهادة الآخر في المعنى وإن اختلفت الشهادات في الألفاظ (انظر : أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٣٦٤ - ٣٦٥) .

المادة ٣٧

تقبل شهادة غير المسلم ، على غير المسلم . ولا تقبل شهادته على المسلم إلا عند الضرورة .

المذكرة الإيضاحية :

يفرق الفقهاء المسلمون في الكلام على شهادة غير المسلم بين صورتين : إحداهما شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض .. والثانية شهادتهم على المسلمين .

الصورة الأولى :

أما شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض فقد اختلفوا فيها قديماً وحديثاً .

ف قيل : لا تجوز شهادتهم بعضهم على بعض ولا على غيرهم ألأبأه لأن الله سبحانه قال : ﴿ ممن ترضون من الشهداء ﴾ (البقرة : ٢٨٢) وليسوا ممن نرضاهم . وهم ليسوا بعدول وقد قال تعالى : ﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ (الطلاق : ٢) .

وقيل : تجوز شهادتهم بعضهم على بعض وعلى غيرهم من غير المسلمين ، فتجوز مثلاً شهادة النصراني على النصراني وعلى اليهودي والمجوسي وغيرهم من غير المسلمين وهكذا .

وقيل : تجوز شهادة النصراني على النصراني ، واليهودي على اليهودي ، ولا تجوز شهادة أحدهما على الآخر ، أي أنه إذا اختلفت الملل لم تجز شهادة ملة على غير ملتها إلا المسلمين .

احتج القائلون بشهادتهم بالكتاب والسنة والمعقول :

١ - أما الكتاب فقولته تعالى : ﴿ ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار يؤده إليك ﴾ (آل عمران : ٧٥) فأخبر تعالى أن منهم الأمين على مثل هذا القدر من المال ولا ريب أن يكون مثل هذا أميناً على قرابته وذوي مذهبه من باب أولى .

وقال تعالى : ﴿ والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ﴾ (الأنفال : ٧٣) فأثبت لهم الولاية على بعضهم بعضاً . وهي أعلى رتبة من الشهادة ، وغاية

الشهادة أن تشبه بها . وإذا كان له أن يزوج ابنته أو أخته ويولي مال ولده ، فقبول شهادته عليه أولى وأحرى .

٢ - وأما السنة فقد حكم رسول الله ﷺ بشهادتهم في الحدود .

٣ - وأما المعقول :

(أ) فقد أجاز الله سبحانه شهادة الكفار على المسلمين في الوصية للحاجة . ومعلوم أن حاجتهم إلى قبول شهادة بعضهم على بعض أعظم بكثير من حاجة المسلمين إلى قبول شهادتهم عليهم ، فإن الكفار يتعاملون فيما بينهم بأنواع المعاملات من المداينات وعقود المعاوضات وغيرها ويقع بينهم الجنايات وعدوان بعضهم على بعض ، ولا يحضرهم في الغالب مسلم ، ويتحاكمون إلينا فلو لم تقبل شهادتهم بعضهم على بعض ، لأدى ذلك إلى تظالمهم وضياع حقوقهم وفي ذلك فساد كبير ، فأين الحاجة إلى قبول شهادتهم على المسلمين في السفر ، إلى الحاجة إلى قبول شهادة بعضهم على بعض في السفر والحضر ؟

(ب) والكافر قد يكون عدلاً في دينه بين قومه صادق اللهجة عندهم ، فلا يمنعه من قبول شهادته عليهم إذا ارتضوه . وقد رأينا كثيراً من الكفار يصدق في حديثه ويؤدي أمانته بحيث يشار إليه في ذلك ويشتهر به بين قومه وبين المسلمين بحيث يسكن القلب إلى صدقه وقبول خبره وشهادته ما لا يسكن إلى كثير من المنتسبين إلى الإسلام . وقد أباح الله سبحانه وتعالى معاملتهم وأكل طعامهم وحل نسائهم ، وذلك يستلزم الرجوع إلى أخبارهم قطعاً . فإذا جاز لنا الاعتماد على خبرهم فيما يتعلق بنا من الأعيان التي تحل وتحرم ، فلأن نرجع

إلى أخبارهم بالنسبة إلى ما يتعلق بهم من ذلك أولى وأحرى . فإن قيل : هذا للحاجة ، فالرد أن ذلك أشد حاجة .

(ج) وقد أمر الله سبحانه وتعالى بالحكم بينهم إما إيجاباً أو تخييراً ، والحكم إما بالإقرار أو بالبينة ، ومعلوم أنه مع الإقرار لا يترافعون إلينا ولا يحتاجون إلى الحكم غالباً ، وإنما يحتاجون إلى الحكم عند التجاحد وإقامة البينة ، وهم في الغالب لا يحضرون البينة من المسلمين . ومعلوم أن الحكم بينهم مقصوده العدل وإيصال كل ذي حق منهم إلى حقه ، فإذا غلب على الظن صدق مدعيهم بمن يحضره من الشهود الذين يرتضونهم ولا سيما إذا كثروا ، فالحكم بشهادتهم أقوى من الحكم بمجرد نكول ناكلهم أو يمينه . وهذا ظاهر .

٤ - وأما قوله تعالى : ﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ (الطلاق : ٢) وقوله : ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ﴾ (البقرة : ٢٨٢) وقوله : ﴿ ممن ترضون من الشهداء ﴾ (البقرة : ٢٨٢) فهذا إنما هو في الحكم بين المسلمين فإن السياق كله في ذلك ، فلا تعرض في شيء من ذلك لحكم أهل الكتاب ألبتة . ومما يوضح ذلك أنهم إذا رضوا بأن نحكم بينهم ، ورضوا بقبول قول بعضهم على بعض فالزمنهم بما رضوا به ، لم يكن ذلك مخالفاً لحكم الله ورسوله ﷺ ، فإنه لا بد أن يكون الشاهد بينهم ممن يثقون به ، فلو كان معروفاً بالكذب وشهادة الزور لم نقبله ولم نلزمهم بشهادته .

(انظر في أدلة المانع والقابلين بالتفصيل : ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ١٧٦ - ١٨٢) .

الصورة الثانية :

أما الصورة الثانية وهي شهادتهم على المسلم :

فقد قال تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض فأصابتكم مصيبة الموت تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله إن ارتبتم لا نشتري به ثمناً ولو كان ذا قربي ولانكتم شهادة الله إنا إذا لمن الآثمين ﴾ (المائدة : ١٠٦) . فقال سبحانه : ﴿ أو آخران من غيركم ﴾ أي من أهل الكتاب أو من غير أهل الملة ، وهذا موضع ضرورة ، لأنه في سفر ، ولا نجد من يشهد من المسلمين على الوصية ، فلا تجوز شهادة أهل الذمة على المسلم إلا في هذا الموضع في السفر في الوصية .

والقول بموجب هذه الآية هو الحق الذي لا معدل عنه نصاً وقياساً ومصلحة .

وقول الإمام أحمد في قبول شهادتهم في هذا الموضع « هو ضرورة » ، يقتضي هذا التعليل قبولها في كل ضرورة حضراً وسفراً .

وعلى هذا لوقيل : يحلفون في شهادة بعضهم على بعض كما يحلفون في شهاداتهم على المسلمين في وصية السفر لكان متوجهاً أي ذا وجه أي مقبولاً . ولو قيل : تقبل شهادتهم مع إيمانهم في كل شيء عدم فيه المسلمون ، لكان له وجه ، ويكون بدلاً مطلقاً .

قال ابن القيم : قال شيخنا رحمه الله تعالى : فعلى هذا كل موضع ضرورة غير المنصوص فيه ، وفيه روايتان .

وفي اشتراط كونهم من أهل الكتاب روايتان ، وظاهر القرآن أنه لا يشترط ،

وهو الصحيح ، لأنه سبحانه قال للمؤمنين ﴿ أو آخران من غيركم ﴾ وغير المؤمنين هم الكفار كلهم ، ولأنه موضع ضرورة ، وقد لا يحضر الموصي إلا كفار من غير أهل الكتاب ، وأن تقييده بأهل الكتاب لا دليل له .

وعلى هذا فهل يحكم بشهادة كافر و كافرتين في هذا الحال ؟ يحتمل أن يقال بجواز ذلك ، وهو القياس ، فإن الأموال يقبل فيها رجل وامرأتان ، وهو قول ابن حزم . وهو يحتج بعموم قوله ﷺ : « أليست شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل ؟ » وهذا العموم جوز الحكم أيضاً في هذه الصورة بأربع نسوة كوافر ، وليس ببعيد عند الضرورة إذا لم يحضره إلا النساء ، بل هو محض الفقه .

ويتوجه أن ينقض حكم الحاكم إذا حكم بخلاف هذه الآية ، فإنه خالف نص الكتاب العزيز بدلالات ضعيفة .

(راجع في تفصيل ذلك والخلاف فيه : ابن القيم ، الطرق الحكيمة ، ص ١٨٢ - ١٩٤ . وابن فرحون ، التبصرة ، ١ : ٤٠٣ - ٤١٧ . وإحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٣٣٨ - ٣٤١) .

والمقصود بالضرورة هنا الضرورة الشرعية ، أي الضرورة التي يقرها الشرع الإسلامي .

المادة ٣٨

- ١ - يشترط في الشاهد أن يكون أهلاً لأداء الشهادة .
- ٢ - ويكون أهلاً لأداء الشهادة من كان بالغاً خمس عشرة سنة ، عاقلاً ، حافظاً ، مسلماً ، عدلاً ، والعدل هو من تغلب حسناته سيئاته .

٣ - ويجوز أن تسمع أقوال من لم تبلغ سنه خمس عشرة سنة بغير يمين وعلى سبيل الاستدلال .

(م ١٧٠٥ من المجلة . و١٧٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . و٥٩ بينات سوري . و٥٠ سوداني . و٦٤ إثبات مصري) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - تناول هذه المادة شروط الشاهد وهي : البلوغ ، والعقل ، والحفظ والمقصود بالحفظ : قوة الذاكرة وغالب حالة التذكر وقلة النسيان ، والإسلام والعدالة .

٢ - وقد اختلفت العبارات في تعريف العدالة ف قيل : « العدل هو من تغلب حسناته سيئاته » (م ١٧٠٥ من المجلة) . وقيل : هو من لم يشتهر بالكذب مع الإسلام ، فإن تعذر فمن لا يعرف بالكذب . قيل : ويجبر بزيادة العدد (فتاوى عليش ، ٢ : ٣١١) . وقيل : إن العدالة هي استواء أحوال الشخص في دينه واعتدال أقواله وأفعاله ويعتبر لها شيان : الصلاح في الدين ، واستعمال المروءة بفعل ما يجمله وترك ما يدنسه ويشينه عادة (منتهى الإرادات ، ٢ : ٦٥٧) .

وروي عن أبي يوسف : العدل هو من لا يأتي بكبيرة ولا يصر على صغيرة ويكون ستره أكثر من هتكه وصوابه أكثر من خطئه ومروءته ظاهرة (أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٣٢٤) .

٣ - أما من لم تبلغ سنه خمس عشرة سنة فقد أجاز سماع أقواله على سبيل الاستدلال بلا يمين . ومفاد ذلك أنه لا يكون أهلاً للشهادة من لم تبلغ سنه

خمس عشرة سنة ، ولكن للقاضي أن يسترشد بها إذا كان صاحبها مميزاً يدرك ما يقول ووثق به ، لتعزيز شهادة شاهد بالغ أو أي دليل قانوني آخر .

المادة ٣٩

١ - يشترط لقبول الشهادة ألا يكون الشاهد متهمًا فيها بأن كانت تجر له مغنمًا أو تدفع عنه مغرمًا .

٢ - فلا تقبل شهادة الشخص لفرعه أو أصله أو زوجه أو أخيه .

٣ - وإذا كان بين الشاهد وأحد الخصمين علاقة صداقة أو عداوة ونحوهما فللمحكمة أن تقبل الشهادة أو تردّها وفقًا لما تراه .

(انظر : من المجلة المواد من ١٧٠٠ إلى ١٧٠٣ . ومن القانون المدني

العراقي المواد من ٤٨٦ إلى ٤٩٨ . وابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج ١

ص ٦٠ - ٩٦ . وأحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٣٣٠ - ٣٣٥) .

المذكرة الإيضاحية :

يشترط انتفاء التهمة عن الشاهد لترجيح جانب الصدق على جانب الكذب في الشهادة ، فيشترط ألا يكون فيها جر مغنم للشاهد أو دفع مغرم عنه ، لأن الأصل في بناء الأحكام القضائية على الشهادة ، التي لا تفيد إلا ظنًا ، إنما هو دفع حاجة الناس واضطرارهم في إثبات حقوقهم إليها ، فوجب أن يراعى في خبر الشهود وفي أحوالهم ما يرجح صدقهم فيما يشهدون به بالقدر المستطاع .

وعلى ذلك قال أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله : لا تقبل شهادة الأصل لفرعه ، ولا الفرع لأصله ، ولا أحد الزوجين لصاحبه ، ولا الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما ولا الأجير الخاص لمستأجره ولا الصديق لصديقه إذا

وصلت صداقتهما إلى درجة أن يتصرف أحدهما في مال الآخر بلا ممانعة .
فإذا لم تصل الصداقة إلى هذا الحد قبلت الشهادة . قالوا : وذلك لتمكن
التهمة فيغلب على الظن كذب الشاهد .

ويشترط أيضاً ألا يكون بين الشاهد والمشهود عليه عداوة دنيوية ، لأن
العداوة لأجل الدنيا حرام ، فمن ارتكبها لا يؤمن من التقول عليه . أما إذا
كانت العداوة دينية ، فإنها لا تمنع ، لأنها تدل على كمال دين الشاهد
وعدالته ، لأن المعادة قد تكون واجبة بأن رأى فيه منكراً شرعاً ونهاه فلم ينته .
وتعرف العداوة الدنيوية بالعرف . قالوا : ومن ذلك ألا يكون الشاهد خصماً .
فلا تصح شهادة الوصي لليتيم ، والوكيل للموكل ، لأن كل واحد منهما يكون
مدعيًا وشاهدًا . ويلحق بهذا شهادة المولى لعبده لأنها في المعنى شهادة
لنفسه . وجعلوا من هذا أيضاً شهادة الإنسان على فعل نفسه ، فلو قال الوكيل
بالبيع أو الدلال : « كنا بعنا هذا المال الذي يدعي المشتري أنه ملكه بسبب
الشراء » لا تقبل شهادتهما ؛ أما لو شهدا بأن العين ملك المدعي ولم يصرحا
بقولهما : « كنا بعنا » قبلت الشهادة .

(انظر : الدر وتكملة رد المحتار . والهداية وشروحها . وتبيين الحقائق .

والمجلة . وأحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٣٣٠ ، ٣٣١ . وما يلي) .

وفي التبصرة وقوانين ابن جزري ما حاصله : من موانع قبول الشهادة تهمة
الشاهد فيما يشهد به ولو كان في ذاته عدلاً ، ومن ذلك : أن يكون في الشهادة
جر مغنم له أو دفع مغرم عنه ، كأن يشهد الوصي بدين الميت ، والمنفق عليه
بمال للمنفق على غيره ، وكشهادة المدين المعسر لرب الدين ، وكأن يشهد من
له دين على مفلس أن للمفلس دينًا على غيره ، ليصل بذلك إلى دينه ، أو

يكون في الشاهد ميل طبعي للمشهود له ، فلا تقبل شهادة الولد لوالديه ولا لأجداده وجداته ولا شهادة واحد منهم له ، ولا شهادة الزوج لامرأته ، ولا شهادتها له ، ولا شهادة وصي لمحجوره . واختلف في شهادة الأخ لأخيه ، وقيل : تقبل إذا كان عدلاً مبرزاً ، وقيل : إذا لم يكن تحت صلته . واختلف في شهادة الصهر لصهره ، والصديق لصديقه ، وفي شهادة الرجل لابن امرأته ، وفي شهادة المرأة لابن زوجها ، وفي شهادة الوالد لأحد ولديه على الآخر ، وفي شهادة الولد لأحد والديه على صاحبه ، أو يكون في الشاهد ميل على المشهود عليه ، فلا تقبل شهادة العدو على عدوه إذا كانت العداوة في أمر دنيوي من مال أو جاه أو منصب أو خصام أو مافي معنى ذلك ، بخلاف الدينية ، إلا أن يؤدي إلى إفراط الأذى من الفاسق المعادي لفسقه لمن غضب عليه وهجره لله تعالى ، لأن ذلك ربما أورث الشحنة ، وكذا لا تقبل شهادة الخصم على خصمه . وكل من لا تقبل شهادته عليه تقبل له ، كالخصم بالنسبة إلى خصمه ، وكل من لا تقبل شهادته له تقبل عليه كالأب بالنسبة إلى ابنه .

(انظر : التبصرة ، ١ : ٢٢٣ وما بعدها) .

وفي المذهب : ولا تقبل شهادة الوالدين للأولاد وإن سفلوا ، ولا شهادة الأولاد للوالدين وأن علوا . وقال المزني وأبو ثور تقبل ، ووجهه قوله تعالى : ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ﴾ (البقرة : ٢٨٢) فعم ولم يخص ، ولأنهم كغيرهم في العدالة فكانوا كغيرهم في الشهادة . وهذا خطأ ، لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : « لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذي إحنة » (الظنين المتهم . والإحنة الحقد) وهذا متهم لأنه يميل إليه ميل الطبع (والطبع هو السجية بما جبل عليه الإنسان من أصل الخلقة) ، ولأن

الولد بضعة من الوالد والآية نخصها بما ذكرناه ، وتقبل شهادة أحدهما على الآخر في جميع الحقوق . قال : ومن أصحابنا من قال : لا تقبل شهادة الولد على الوالد في إيجاب القصاص وحد القذف لأنه لا يلزمه القصاص بقتله ولا حدّ القذف بقذفه فلم يلزمه ذلك بقوله . والمذهب الأول لأنه إنما ردت شهادته له للتهمة ولا تهمة في شهادته عليه . ومن عدا الوالدين والأولاد من الأقارب كالأخ والعم وغيرهم ، تقبل شهادة بعضهم لبعض ، لأنه لم يجعل نفس أحدهما كنفس الآخر في العتق ، ولا ماله كماله في النفقة . وكذا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر ، لأن النكاح سبب لا يعتق به أحدهما على الآخر بالملك ، فلم يمنع من شهادة أحدهما للآخر كقربة ابن العم . ولا تقبل شهادة الزوج على زوجته في الزنا ، لأن شهادته دعوى خيانة في حقه ، فلم تقبل ، كشهادة المودع على المودع بالخيانة في الوديعة . ولأنه خصم لها فيما يشهد به ، فلم تقبل ، كما لو شهد عليها أنها جنت عليه .

(انظر : الشيرازي ، المذهب ، ٢ : ٣٢٤ - ٣٢٥ و ٣٣٠ - ٣٣١) .

وقال ابن القيم في إعلام الموقعين (١ : ٩٥ - ٩٦) ما ملخصه : شهادة القريب لقريبه لا تقبل مع التهمة وتقبل بدونها - هذا هو الصحيح . وقد اختلف الفقهاء في ذلك : فمنهم من جوز شهادة القريب لقريبه مطلقاً كالأجنبي ولم يجعل القرابة مانعة من الشهادة بحال ، كما يقول أبو محمد بن حزم وغيره من أهل الظاهر ، وهؤلاء يحتجون بالعمومات التي لا تفرق بين أجنبي وقريب . ومنهم طائفة منعت شهادة الأصول للفروع والفروع للأصول خاصة وجوزت شهادة سائر الأقارب بعضهم لبعض ، وهذا مذهب الشافعي وأحمد - قال : وليس مع هؤلاء نص صحيح بالمنع ، ثم ساق أدلة الشافعي وافية وقد تقدم

بعضها ثم رد عليها . وقبل ذلك أورد أدلة المجوزين وهي الاستدلال بالنصوص العامة كما صنع المزني وأبو ثور فيما تقدم ، ثم نقل عن عمر بن الخطاب وشريح وعمر بن عبد العزيز وغيرهم من السلف الصالح وتابعيهم قبول شهادة الأصل للفرع والفرع للأصل والقريب لقريبه وأحد الزوجين للآخر . وقال فيما قاله نقلاً عن الزهري : لم يكن يتهم سلف المسلمين الصالح في شهادة الوالد لولده ، ولا الولد لوالده ، ولا الأخ لأخيه ، ولا الزوج لامرأته . ثم ظهر بعد ذلك من الناس أمور حملت الولاية على اتهامهم ، فتركت شهادة من يتهم إذا كانت من قرابة ، وصار ذلك من الولد والوالد والأخ والزوج والمرأة - لم يتهم إلا هؤلاء في آخر الزمان . والصحيح أنه تقبل شهادة الابن لأبيه والأب لابنه فيما لا شبهة فيه ، وهذا أحد أقوال ثلاثة للإمام أحمد .

وقال الشيخ أحمد إبراهيم رحمه الله في طرق القضاء (ص ٣٣٥) :
« أقول : وعلى هذا فتقدير الشهادة وتعرف وجه التهمة فيها موكول إلى القاضي ، فيرد ما يرى فيه تهمة ويقبل ما يراه بريئاً منها وهذا من الصعوبة بمكان ، والأول أضبط وأسلم . والله أعلم » .

(انظر : أحمد إبراهيم : طرق القضاء ، ص ٣٣٠ - ٣٣٥) .
وقد رأيي الاكتفاء بما ورد في هذه المادة اقتباساً من جملة هذه النصوص .

المادة ٤٠

لا تقبل الشهادة التي يكذبها الحس أو التي تخالف المتواتر .

(م ١٦٩٧ و ١٦٩٨ من المجلة)

المذكرة الإيضاحية :

يشترط لقبول الشهادة ألا يكذبها الحس . فإن كذبها الحس فلا تُقبل ولا يجوز أن يبنى عليها قضاء . وذلك لأن الحس يفيد علماً قطعياً ، والشهادة تفيد خبراً ظنياً ، والظني لا يعارض القطعي . وذلك كالبينة التي تقام على موت شخص وحياته مشاهدة ، أو على خراب دار وهي قائمة يشهد العيان بعمارتها . وكذا الشهادة التي تخالف المتواتر ، لأن المتواتر يفيد علم اليقين والشهادة ظنية يدخلها الشك .

(انظر : أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٩ - ٣٢ و ٣١٧ . والفتاوى المهدية . وتبصرة الحكام ، ١ : ٢٠٤ - ٢٠٥) .

المادة ٤١

يجوز إثبات الدعوى بالشهادة ما لم يوجد نص بغير ذلك .

(م ١٧٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . و ٤٩ إثبات سوداني . و ٤٠٠ مدني مصري . و ٦٠ إثبات مصري . و ٥٢ بينات سوري . و ٤٨٦ مدني عراقي) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - قررت هذه المادة مبدأ قبول الشهادة في الدعوى .

٢ - وقد رئي أن يضاف إلى النص « ما لم يوجد نص بغير ذلك » إذ أن هناك قيوداً ترد على الإثبات بالشهادة - (انظر فيما يلي المادة (٤٢) التي لا تجيز الإثبات بالشهادة في التصرفات القانونية المدنية إذا زادت قيمة التصرف على قدر معين من المال « عشرين جنيهاً ») .

١ - في غير المواد التجارية ، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على عشرين جنيهاً ، أو كان غير محدد القيمة ، فلا تسمع عند الإنكار الشهادة ، في إثبات وجوده أو انقضائه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

٢ - ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف . ويجوز سماع الشهادة إذا كانت زيادة الالتزام على عشرين جنيهاً لم تأت إلا من ضم الملحقات إلى الأصل .

٣ - وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز سماع الشهادة في كل طلب لا تزيد قيمته على عشرين جنيهاً ، ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة ، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة . وتكون العبرة في الوفاء إذا كان جزئياً بقيمة الالتزام الأصلي .

(م ٦٠ إثبات مصري . و ٤٠٠ مدني مصري . و ٥٢ - ٥٤ بينات سوري .
و ٤٨٦ - ٤٨٨ مدني عراقي) .

وفي قانون الإثبات السوداني نص في المادة ١٣ - ٤ أنه « يجوز في جميع الأحوال إثبات انقضاء الالتزام بأي طريق من طرق الإثبات » .
المذكرة الإيضاحية :

١ - تعرض هذه المادة لتقييد الإثبات بالشهادة عن طريق سماع الشهادة ، فتقضي بأنه لا تسمع الشهادة في التصرفات القانونية المدنية التي تجاوز قيمتها عشرين جنيهاً . وبذلك يخرج عن نطاق هذا الحظر :

(أ) الوقائع القانونية المادية - ذلك أن الكثرة الغالبة منها لا ييسر إثباتها بالكتابة ، ولأن الخطير من هذه الوقائع كالميلاد والوفاة يوجب القانون تسجيلها بالكتابة على نحو خاص ، ولأن هذه الوقائع تحدث ويراها الناس فلا تختلف أفهامهم كثيراً في روايتها كما وقعت إذ أنها ليست من الدقة والتعقيد بحيث يصعب على الشهود استيعاب تفاصيلها .

(ب) التصرفات القانونية التجارية - ذلك لما يقتضيه التعامل التجاري من السرعة . وما يستلزمه من البساطة وما يستغرقه من وقت قصير في تنفيذها ، بخلاف المعاملات المدنية ، فتستغرق وقتاً طويلاً في التنفيذ ، فكانت الحاجة إلى الكتابة . ويلاحظ أن من المسائل التجارية ما لا يستقيم إلا بالكتابة مثل الأوراق التجارية والمسائل التجارية التي تستغرق وقتاً طويلاً وتنطوي على أهمية خاصة كما هو الأمر في عقود الشركات التجارية (م ٤٠ - ٤٦ تجاري) وفي عقود بيع السفن (م ٣ بحري) وفي إيجارها (م ٩٠ بحري) وفي التأمين عليها أو على البضائع (م ١٧٤ بحري) وفي القروض البحرية (م ١٥٠ بحري) .

(ج) التصرفات القانونية المدنية التي لا تزيد قيمتها على عشرين جنيهاً وذلك لقلّة قيمتها ولجريان العادة بعدم إثباتها بالكتابة .

(انظر : السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، البند ١٨١ ، ص ٣٤٠)

وما بعدها) .

٢ - وتختلف حجية الشهادة جوهرياً عن حجية الكتابة . فبينما يعتبر الدليل الكتابي ، حجة بذاته ، فيفرض سلطانه على القضاء ما لم يطعن فيه

بالتزوير أو ينقض بإثبات العكس ، تترك الشهادة على نقيض ذلك لتقدير القاضي ، بيد أن سلطة القاضي في التقدير لا تتناول إلا تعلق الشهادة بالوقائع ، دون جواز قبول الإثبات بمقتضاها ، لأن تعيين حدود هذا الجواز من شأن القانون وحده .

٣ - الاتفاق على مخالفة قواعد الإثبات بالشهادة .

من الأهمية بمكان تعيين ما إذا كانت القواعد الخاصة بطرق الإثبات وعبئه تتعلق بالنظام العام أم أنها مسألة خاصة . فإذا قيل بالأول ترتب على ذلك بطلان كل اتفاق مخالف ؛ ولوقيل بالثاني صح اتفاق المتعاقدين على الخروج عليها .

وقد ذهب البعض إلى إلحاق هذه القواعد بالنظام العام لتعلقها بالنظام القضائي ولأنها شرعت للوصول إلى أمثل طريق لحسم المنازعات . ومؤدى هذا الرأي أن قواعد الإثبات لا يجوز استبعادها أو تعديلها بمقتضى اتفاق خاص .

وذهب رأي آخر إلى أن قواعد الإثبات لا تكفل إلا حماية مصالح خاصة . ويجوز في منطق هذا الرأي للمتعاقدين أن يعدلوا فيها باتفاقهم .

وتعرض الاتفاقات الخاصة بتعديل الوقائع التي يجرى إثباتها وتعديل عبء الإثبات ، بوجه خاص ، في عقود التأمين وعقود الإذعان ، أما طرق الإثبات فالخلاف بشأنها يعرض بصدد الشهادة والقرائن . وقد قضت محكمة النقض المصرية بجواز هذا الاتفاق . وقد رئي التمشي مع هذا القضاء ، ومقتضاه وجوب التمسك بعدم سماع الشهادة في هذه الحالة لأن في إغفال ذلك تنازلاً عن التمسك به .

٤ - وتعرض الفقرة الثانية لتقدير قيمة الالتزام عند الإثبات ، وقضت بأن مناطه هو قيمة التصرف عند انعقاده فجعلت بذلك أصل الدين دون الملحقات مناطاً للتقدير ، ويلاحظ أن هذه الفقرة تتمشى مع تقنين المرافعات المصري الخاصة بتقدير قيم الدعاوى لتعيين الاختصاص النوعي .

٥ - أما الفقرة الثالثة من هذه المادة فتعرض لتقدير قيمة الالتزام عند تعدد الطلبات ، فقضت بأنه إذا كان النزاع متعلقاً بالتزامات من طبيعة واحدة تمت في أوقات مختلفة لا في وقت واحد ، فكل التزام من هذه الالتزامات يجوز إثباته بالشهادة متى كانت قيمته لا تجاوز عشرين جنيهاً .

وقد أخذ القانون بذات المبدأ الذي سار عليه قانون الإثبات المصري الحالي من أن العبرة في إثبات الوفاء بالشهادة هي بقيمة الالتزام الأصلي ولو كان الوفاء جزئياً وذلك دفعاً لما وجه من نقد لحكم تفريق إثبات وفاء الدين دفعات متعددة كل واحدة لا تجاوز العشرين جنيهاً ، لأن في ذلك تحللاً من شرط الإثبات بالكتابة وتحيالاً لا يجوز إقراره .

المادة ٤٣

لا تسمع الشهادة ولو لم تزد القيمة على عشرين جنيهاً .

(أ) فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي .

(ب) إذا كان المطلوب هو الباقي أو جزءاً من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة .

(ج) إذا طالب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على عشرين جنيهاً

ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة .

(م) ٦١ إثبات مصري . و٤٠١ مدني مصري . و١٣ - ١ إثبات سوداني تقابل

البند « أ » من هذه المادة . و ٤٨٩ مدني عراقي . و ٥٥ بينات سوري) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - تناولت هذه المادة بيان أحوال عدم سماع الشهادة . وليس الحظر في أولى هذه الأحوال إلا تطبيقاً للمأثور من « صدارة الكتابة على الشهادة » ووسيلة لكفالة احترام الدليل الكتابي . (راجع فيما تقدم حجية الشهادة ص ١٥٩ - ١٦٠) .

ويراعى أن حكم هذا الحظر يسري ، في هذه الحالة ، ولو لم تزد قيمة الالتزام على عشرين جنيهاً ، فإذا كان المتعاقدون قد لجأوا إلى الدليل الكتابي ، امتنع قبول الإثبات بالشهادة ، ولو لم يكونوا ملزمين قانوناً بالالتجاء إلى هذا الدليل . ذلك أن القانون يعتبر أن الكتابة بمجرد ما هي الدليل الكامل .

ويقصد بالدليل الكتابي المحررات الرسمية والعرفية والرسائل . فهذه المحررات وحدها هي التي لا يقبل الإثبات بالشهادة لنقض الثابت فيها أو بالإضافة إليها . وقد يكون قوام الإضافة الادعاء بصدور تعديلات شفوية قبل انعقاد الالتزام أو بعده أو في وقت معاصر له . ومهما يكن من أمر هذه الإضافة ، فلا تسمع فيها الشهادة ، أيًا كانت صورتها فمن ذلك الادعاء بإضافة وصف من الأوصاف المعدلة لحكم الالتزام ، كشرط أو أجل ، أو بالتجديد (بالاستبدال) . ولا يجوز كذلك نقض الثابت بالكتابة من طريق الشهادة ، فلا يجوز الادعاء مثلاً بعدم مطابقة شرط من شروط المحرر للحقيقة وإقامة الدليل على ذلك بالشهادة كما لو أريد إثبات أن حقيقة المبلغ المقترض ليس مائة جنية على ما هو ثابت بالكتابة بل أكثر .

— أما الحالتان الأخريان اللتان تكفل النص ببيانهما ، فأولاهما حالة ما إذا اجتزأ المدعي من دعواه بالمطالبة بعشرين جنيهاً فإنه لا يجوز الإثبات بالبينة لأن مناط التقدير في الإثبات هو قيمة الالتزام بأكمله وقت نشوئه . والثانية حالة ما إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على عشرين جنيهاً ، ثم عدل طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة فلا تسمع الشهادة لأن تقدير الطلب يناط بقيمة الالتزام بأسره دون تجزئة أو تبعض ، أي ولو كانت البقية من الدين أقل من عشرين جنيهاً متى كان أصل الدين بأسره يجاوز هذا القدر .

المادة ٤٤

١ - تسمع الشهادة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة .

٢ - وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة .

(م ٦٢ إثبات مصري . و ٤٠٢ مدني مصري . و ٤٩٠ مدني عراقي .

و ٥٦ بيانات سوري . وانظر نقده في : السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ،

الهامش ٣ ، ص ٤١٤ - ٤١٥) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - هذا استثناء بالغ الأهمية من القاعدة ذلك أنه يجعل الإثبات بالشهادة

جائزاً إذا جاوزت القيمة مبلغ عشرين جنيهاً ووجد مبدأ ثبوت بالكتابة . وبذلك

يكمل ما يعتبر الدليل المستخلص من هذا المبدأ من نقص وقصور .

وينهض لتوجيه هذا الحكم ما هو ملحوظ من أن مبدأ الثبوت بالكتابة يجعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال . ويعتبر هذا الوجه ضماناً كافياً للحد من الأخطار التي تكتنف الإثبات بالشهادة . ثم إن الشهادة لا تكون في هذه الحالة إلا دليلاً مكماً أو متمماً .

أما فيما يتعلق بنطاق تطبيق هذا النص فليس من شك في أنه لا يسري حيث تكون الكتابة شرطاً من شروط صحة الالتزام يترتب البطلان على تخلفه ، ولو كانت القيمة أقل من عشرين جنيهاً . كما هو شأنه في المحررات الرسمية . ذلك أن الكتابة أو الأوضاع الشكلية لا تكون في هذه الحالة مجرد دليل فحسب ، بل تعتبر ركناً أو شرطاً من شروط الصحة الموضوعية . على أن الخلاف قد أثير في الفقه بصدد الالتزامات التي يشترط فيها القانون الكتابة دون أن ينص على البطلان ولا سيما بالنسبة للإيجار ، والرأي أن الالتزام يترتب صحيحاً في هذه الحالة ، ولكن لا يمكن إثباته إلا بالإقرار أو اليمين ، لأن الشهادة قد استبعدت صراحة بالنص ، فليس يجوز العود إليها من طريق غير مباشر بالالتجاء إلى مبدأ الثبوت بالكتابة .

٢ - ويشترط لتوافر مقومات مبدأ الثبوت بالكتابة :

(أ) أن يكون ثمة محرر .

(ب) وأن يكون هذا المحرر صادراً ممن يحتج به عليه .

(ج) وأن يكون من شأنه أن يجعل الالتزام المدعى به قريب الاحتمال .

فالشرط الأول ، وهو وجود كتابة أو محرر ، عام الدلالة ، فلفظ الكتابة يصرف إلى أوسع معانية ، فهو يشمل كل ما يحزر دون اشتراط شكل ما أو

وجود توقيع . ولذلك استعمل النص عبارة « كل كتابة » وقد تكون هذه الكتابة سندًا أو مذكرة شخصية أو مجرد علامة ترمز للاسم أو توقيعًا أو غير ذلك .

والشرط الثاني هو صدور المحرر من الخصم الذي يحتج عليه به لا من أحد الأغيار . بيد أن المحرر يعتبر صادرًا من مثل هذا الخصم ولو كان صادرًا من غيره متى كان هذا الغير مستخلفًا تسري التزاماته على من يخلفونه خلافة عامة (كالورثة) وفقًا للقواعد العامة ، أو نائبًا قانونيًا أو اتفاقياً ، يعمل في حدود نيابته ، لأن كتابة الموكل تكون حجة على الوكيل والعكس . فالمقصود هنا الخصم أو نائبه وفقًا لما جرى عليه القضاء المصري .

أما الشرط الثالث ، وهو جعل الالتزام المدعى به قريب الاحتمال ، فتقديره موكول إلى القاضي . ويراعى أن هذا الشرط جوهرى ، إذ ينبغي أن يكون حلقة الاتصال بين الكتابة والالتزام المدعى به ، وينبغي أن يدل على أن هذا الالتزام ليس مجردًا من الأساس تجريدًا تامًا .

فبهذا الوضع فحسب يجوز أن تكمل الكتابة بالبينة فتصبح دليلًا مقبولاً ، مع أنها بمجرد ما تكون قاصرة غير مغنية في الإثبات . ومن أمثلة الأوراق التي تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة المحررات المثبتة لبدء التنفيذ ، أو للوفاء بالإيرادات .

٣ - على أن الفقه والقضاء في مصر قد استقرا على أن قرارات الخصوم التي يدلون بها وتدون تحت إشراف موظف مختص ، أو قاض يأمر بإثباتها ، يكون حكمها حكم المحررات الصادرة منهم ، ولو لم تكن مدونة بخطهم أو موقعًا عليها منهم . ويتعين بداهة في هذه الحالة أن يكون الموظف العام مختصًا بتلقي مثل هذه الإقرارات ، وأن يكون للقاضي ولاية الأمر بإثباتها .

وغني عن البيان أن ما يصدر من الخصوم من إقرارات على هذا الوجه يكون بمنزلة - مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان من شأنه أن يجعل الالتزام المدعى به قريب الاحتمال . وقد حفلت أحكام القضاء بكثير من التطبيقات في هذا الصدد ، فمن ذلك مثلاً : الإقرارات التي يدلى بها في محضر جرد أو حصر تركة أو مناقصة أو قسمة ، والبيانات التي تدون في ورقة من أوراق المحضرين ، والإقرارات التي تصدر في استجواب عن وقائع ، والإقرارات أو الشهادة التي يدلى بها ذوو الشأن أمام قاضي التحقيق أو القاضي المدني أو الجنائي ، وما يثبت من أقوال وإقرارات في حكم من الأحكام .

وقد أشارت المادة ٤٤٥ - ٣ من التقنين المراكشي إلى هذه التطبيقات في معرض إيراد الأحكام الخاصة بمبدأ الثبوت بالكتابة ، فنصت على أن الإقرارات التي يتلقاها أحد الموظفين العموميين المختصين أو القضاة في حدود ولايته ، تعتبر صادرة من الخصم .
(انظر : السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، البند ٢٠٥ ، ص ٤١٢ وما بعدها) .

المادة ٤٥

يجوز سماع الشهادة فيما كان يجب إثباته بالكتابة :

- (أ) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي .
(ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه .

(م ٦٣ إثبات مصري . وم ٤٠٣ مدني مصري . وم ١٣ - ٣ إثبات سوداني . وم ٤٩١ مدني عراقي وقد اقتصر فيها في الفقرة الأولى على المانع المادي وأضيف : « ويعتبر مانعاً مادياً ألا يوجد من يستطيع كتابة السند » وبدلاً

من المانع الأدبي الوارد في الفقرة (أ) نص في الفقرة (ب) : « إذا كان العقد مبرماً ما بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الرابعة أو بين الزوجين وأبوي الزوج الآخر » فحصر الموانع الأدبية في الزوجية والقربة ، والفقرة (ج) منها تطابق الفقرة (ب) من هذه المادة . و ٥٧ بينات سوري ونصها : « يجوز الإثبات بالشهادة في الالتزامات التعاقدية حتى لو كان المطلوب تزيد قيمته على مائة ليرة :

(أ) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي . ويعتبر مانعاً مادياً أن لا يوجد من يستطيع كتابة السند ، أو أن يكون طالب الإثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً في العقد .

وتعتبر مانعاً أدبياً القربة بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الثالثة أو ما بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر .

(ب) إذا فقد الدائن سنده المكتوب لسبب لا يد له فيه .

(ج) إذا طعن في العقد بأنه ممنوع بالقانون أو مخالف للنظام العام أو

(الآداب ») .

المذكرة الإيضاحية :

تبين هذه المادة استثناءين يجوز فيهما الإثبات بالشهادة فيما يجاوز عشرين جنيهاً ، كما يجوز نقض الثابت بالكتابة والإضافة إليه . والشهادة هنا لا تكمل الدليل الكتابي ، بل تحل محله ، بعد أن فقد أو استحال تحصيله .

والواقع أن وجوب الإثبات بالكتابة يفترض إمكان الحصول على الدليل

الكتابي ، فإذا حالت ظروف خاصة دون ذلك ، تحتم الاستثناء ، إذ لا قبل لأحد بالمستحيل .

ويراعى من ناحية أخرى أن هذا النص يرمي إلى استبدال الشهادة بالدليل الكتابي ، فهو والحال هذه لا يطبق حيث تكون الكتابة شرطاً يترتب على تخلفه بطلان التصرف ، بل يطبق في الأحوال الخاصة التي يتطلب فيها القانون الدليل الكتابي للإثبات ، ولو كانت القيمة أقل من عشرين جنيهاً .

١ - الاستثناء الأول :

وحالة الاستثناء الأولى هي حالة وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي لإثبات التصرف القانوني ، ويلاحظ فيما يتعلق بالعبارة التي أفرغ فيها الاستثناء أنها عامة وغير مقصورة على الدائن .

فهذا الاستثناء يسري على جميع الالتزامات التي يتعين إثباتها أمام القضاء بالكتابة إذا كان قد امتنع على الدائن أو المدين الذي يقع عليه عبء الإثبات أن يحصل على دليل كتابي . ولذلك أفرغ المشروع هذا الحكم في عبارة عامة .

أما فيما يتعلق بخصوص الاستحالة فيراعى أن الاستثناء يرد على قاعدة حظر سماع الإثبات بالشهادة ، وهذه القاعدة تطبق بشأن التصرفات القانونية ، دون الوقائع القانونية . ويستخلص من ذلك أن هذا الاستثناء لا يطبق إلا على التصرفات القانونية وهي التي تنفرد بوجود استعمال الكتابة في إثباتها . ويتفرع على هذا ما يأتي :

(أ) أن استحالة الحصول على دليل كتابي في هذه الحالة ليست مطلقة بل

هي نسبية عارضة .

(ب) أن الاستحالة لا ترجع إلى طبيعة الواقع بل ترجع إلى الظروف الخاصة التي انعقد فيها التصرف .

(ج) أن الاستثناء لا يتعلق بالوقائع القانونية التي يمتنع فيها على وجه الإطلاق الحصول على دليل كتابي .

أما فيما يتعلق بطبيعة الاستحالة فقد صرح النص بأنها إما أن تكون مادية وإما أن تكون معنوية . وتفترض الاستحالة المادية أن التصرف القانوني نشأ في ظروف لم يكن لذي الشأن فيها فسحة من الوقت أو وسيلة للحصول على دليل كتابي ، ومن قبيل ذلك ما ينشأ من التصرفات عند الكوارث أو الحوادث المفاجئة أو النكبات أو الحرائق أو حوادث الغرق .

وإذا كان القاضي هو المرجع في تقدير الظروف المانعة إلا أن من واجبه أن يبين هذه الظروف عند تسببه الاستحالة المادية . أما الاستحالة المعنوية التي تحول دون الحصول على كتابة فلا ترجع إلى ظروف مادية ، بل ترجع إلى ظروف نفسية تتصل بعلاقات الخصوم وقت انعقاد التصرف . ومرجع الأمر في تقدير هذه الاستحالة مع ما ينطوي في هذا التقدير من دقة هو القاضي ، ولكن يتعين عليه أن يسبب تقديره .

وتختلف التطبيقات القضائية في هذا الشأن باختلاف ما يتواضع عليه الناس من الناحيتين الخلقية والاجتماعية في البلاد ، ولذلك كانت صلة الاستحالة المعنوية بالسنن الجارية والعرف والتقاليد جد وثيقة . فعرف البلد هو المعيار الذي يعتد به القاضي في تقديره ، متى كان هذا العرف مستقرًا مقطوعًا بوجوده . وبديهي أنه ليس يسوغ الاجتزاء في هذا الصدد بأوامر الصداقة أو

مقتضيات اللياقة بمجردھا . ومن بین ما یمکن أن یساق من أمثلة الاستحالة المعنویة صلة القرابة الوثیقة ، ومركز الطیب إذ یمتنع علیه أدبياً أن یتطلب بدلیل کتابی ، ومركز العمیل الشخسی وفقاً لعرف البلد وصلة العمیل بالحائک وفقاً للعرف الجاری وطبیعة التعاقد فی المطاعم والأسواق وإجارة الخدم .

٢ - الاستثناء الثاني :

یفترض الاستثناء الثاني أن القواعد المتعلقة بالدلیل کتابی قد روعیت ، ید أن الإثبات بالكتابة قد امتنع بسبب فقد هذا الدلیل . ولكن یشترط فی هذه الحالة أن یمکن هذا الفقد راجعاً إلى سبب لا ید للمدعی فیه ، ومؤدی هذا أن یمکن الفقد قد نشأ من جراء حادث جبری أو قوة قاهرة . وترد علة هذا الشرط إلى الرغبة فی استبعاد صور الفقد بسبب یتصل بفعل مدعی الدلیل (كإعدام الورقة مثلاً) لقطع السبیل على التواطؤ مع الشهود ، وبذلك لا یمکن للمدعی أن یتمسك بأي سبب یرجع إلى فعله ، ولو كان هذا الفعل مجرد إهمال أو تراخ .

وغنی عن البیان أن نطاق تطبیق هذا الاستثناء أرحب من نطاق سابقه ، لأن الدلیل کتابی سبق أن وجد ، ولست المسألة امتناع تحصیل هذا الدلیل بل امتناع تقديمه . ولذلك تجوز إقامة الدلیل بالشهادة على وجود سند وصیة أو عقد شكلی فقد من جراء حادث جبری أو قوة قاهرة .

أما فیما یتعلق بالدلیل على الفقد فیقع عبء إقامته على المدعی مبدئياً ، فمن واجبه فضلاً عن إثبات الحادث الجبری أو القوة القاهرة أن یقیم الدلیل على سبق وجود المحرر ومضمونه وعلى مراعاة شروط الصحة التي یتطلب

القانون توافرها فيه ، إن كان هذا المحرر من قبيل المحررات الشكلية . فإذا تم ذلك للمدعي كان له أن يثبت ما يدعي بالشهادة .

٣ - استثناء ثالث :

وهناك استثناء ثالث رئي عدم النص عليه ، وهو حالة ما إذا طعن في العقد بأن له سبباً غير مشروع . ذلك لأنه يفترض توافر ضرب من ضروب الغش . ومن المعلوم أن الغش يجوز إثباته على وجه الدوام بالشهادة . وإزاء ذلك لا يوجد ما يدعو إلى إفراد هذا الاستثناء هنا بحكم خاص .

المادة ٤٦

الموظفون والمكلفون بخدمة عامة لا يشهدون ، ولو بعد تركهم العمل ، عما يكون قد وصل إلى علمهم في أثناء قيامهم به من معلومات لم تنشر بالطريق القانوني ولم تأذن السلطة المختصة في إذاعتها . ومع ذلك فهذه السلطة أن تأذن لهم في الشهادة بناء على طلب المحكمة أو أحد الخصوم .
(م ٦٥ إثبات مصري . ٢٠٦٠ مرافعات قديم) .

المذكرة الإيضاحية :

الحكم الوارد في هذه المادة قصد به حماية أسرار الدولة .

المادة ٤٧

لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم ، من طريق مهنته أو صنعتته ، بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ، ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ، ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به ارتكاب جريمة أو جنحة .

ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة على تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم ، على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم .

(م ٦٦ إثبات مصري . و٢٠٧ - ٢٠٨ مرافعات قديم) .

المذكرة الإيضاحية :

قصد بهذا الحكم حماية أسرار المهنة .

المادة ٤٨

لا يجوز لأحد الزوجين أن يفضي بغير رضاء الآخر ، ما أبلغه إليه أثناء الزوجية ، ولو بعد انفصالها ، إلا في حالة رفع دعوى من أحدهما على الآخر أو إقامة دعوى على أحدهما بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر .

(م ٦٧ إثبات مصري . و٢٠٩ مرافعات قديم) .

المذكرة الإيضاحية :

قصد بهذا الحكم حماية أسرار الزوجية ولم ير مده إلى حالة الخطبة .

المادة ٤٩

على الخصم الذي يطلب الإثبات بشهادة الشهود أن يبين الوقائع التي يريد إثباتها كتابة أو شفاهاً في الجلسة وعدد شهوده وأسماءهم .

(م ٦٨ إثبات مصري . و٦٨ بينات سوري وأضافت : « وأن يسمي شهوده

على أن لا يتجاوز عددهم الخمسة في الواقعة الواحدة إلا إذا أجازت له المحكمة ذلك » .

المذكرة الإيضاحية :

أريد بهذا النص أن يبين طالب الإثبات بالشهود وقائع الدعوى التي يريد إثباتها ، وذلك لتتضح الوقائع غير المتنازع فيها ، والوقائع التي لا يجوز إثباتها بالبينة ، والوقائع التي قد تكفي ظروف الدعوى الأخرى في إثباتها دون حاجة لإجراء تحقيق ، والوقائع التي لا يثمر إثباتها في الدعوى ، والوقائع غير المتعلقة بالدعوى .

ويكون طلب الإثبات بشهادة الشهود في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو أمام محكمة ثاني درجة . وقد رثي اقتداء بقانون البينات السوري واتساقاً مع حكم المادة التالية (٥٠) من هذا المشروع وجوب أن يبين طالب الإثبات عدد شهوده وأسماءهم .

المادة ٥٠

إذا قال المدعي ليس لي شاهد أصلاً ثم أراد أن يأتي بشهود ، أو قال ليس لي شاهد سوى فلان وفلان ثم قال لي شاهد آخر لا يقبل قوله الأخير .

(م ١٧٥٣ من المجلة) .

المذكرة الإيضاحية :

قصد بهذا النص منع الدعاوى الكيدية والباطلة وحض المدعي على تحضير بيئته كاملة قبل رفع الدعوى .

وليس للمدعي أن يطلب الاستشهاد بشهود بعد أن نفى أن له شهوداً ولا أن يزيد في عددهم بعد تحديدهم وبيانهم .

الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق .

(م ٦٩ إثبات مصري . و٥٨ بينات سوري . و٦ إثبات سوداني وهي عامة ونصها : « الإذن لأحد الخصوم بإثبات واقعة معينة يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها » . وم ١٨٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : « إذا قدم أحد الخصوم بينة لإثبات واقعة ، كان للخصم الآخر الحق دائماً في إثبات عدم صحة تلك الواقعة بكافة طرق الإثبات . وتتبع جميع إجراءات الإثبات في حق الخصوم على السواء) .

المذكرة الإيضاحية :

يقتضي الإذن لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بالشهادة أيضاً ، سواء نص على ذلك في الحكم الصادر بالشهادة أو لم ينص ، لأن ذلك يعتبر من مقتضيات حق الدفاع . ولكن ذلك يقتصر على نفي الوقائع المأمور بإثباتها ، ولا يبيح للخصم أن يثبت غيرها من الوقائع بشهادة الشهود . فإذا حكمت المحكمة في دعوى بطلب دين هو ثمن أشياء مبيعة بالإذن للمدعي بإثبات واقعة البيع بالشهادة ، فإنه يكون للمدعي عليه أن ينفي هذه الواقعة بالشهادة ، ولكن لا يكون له أن يثبت براءة ذمته بالوفاء بشهادة الشهود . فإن أراد ذلك كان عليه أن يطلب من المحكمة الإذن له بذلك ، وأن يستصدر حكماً به . وإذا أذنت المحكمة للمدعي بإثبات الواقعة التي يزعم أنها أنشأت الدين المطلوب ، كان للمدعي نفي تلك الواقعة ، ولكن ليس له

أن يثبت بموجب هذا الحكم انقضاء الدين ، بل يجب عليه إذا أراد ذلك أن يستصدر حكماً بتحقيق الواقعة التي يزعم انقضاء الدين بها ، ولا يترتب البطلان إذا أغفل الحكم الصادر بالإحالة على التحقيق السماح للخصم الآخر في نفي ما يثبته خصمه ، كما أن هذا الإغفال لا يسقط حقه في إعلان شهود النفي وسماعهم . وإذا أذن لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود ، ولم يمكن الخصم الآخر من نفيها بهذا الطريق ، كانت الإجراءات باطلة .

المادة ٥٢

للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي يجيز القانون فيها الإثبات بشهادة الشهود متى رأت في ذلك فائدة للحقيقة .

كما يكون لها في جميع الأحوال ، كلما أمرت بالإثبات بشهادة الشهود أن تستدعي للشهادة من ترى لزوماً لسماع شهادته إظهاراً للحقيقة .

(م ٧٠ إثبات مصري . و٤٩ إثبات سوداني . و٧٠ بينات سوري وقد اكتفت بالفقرة الأولى . وانظر م ٦٠ - ١ إثبات سوداني) .

المذكرة الإيضاحية :

هذا النص يتيح للقاضي استدعاء من يرى سماع شهادته إظهاراً للحقيقة ولو لم يستشهد به أحد من الخصوم توكيداً للدور الإيجابي للقاضي ومنحه مزيداً من الفاعلية في توجيه الدعوى في إحدى مراحلها الهامة حتى يتمكن من تحري الحقيقة واستخلاصها نقية مما يغلفها من مسلك الخصوم حسبما تمليه عليهم مصلحة كل منهم الخاصة في الإثبات .

وقد أضيفت الفقرة الثانية في قانون الإثبات المصري الحالي إذ لم تكن في

قانون المرافعات القديم (م ١٩٠) وهي في حقيقتها توضيح أكثر منها إضافة لأن الفقرة الأولى تتسع لمعنى الفقرة الثانية والفكرة هي تمكين القاضي من الهيمنة على الدعوى والوصول إلى الحقيقة فيها غير مقيد بمسلك الخصوم .
ويقصد بعبارة « في جميع الأحوال » الواردة في الفقرة الثانية من المادة أن يكون الأمر بالإثبات من المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم على حد سواء .

المادة ٥٣

يجب أن يبين في منطوق الحكم الذي يأمر بالإثبات بشهادة الشهود كل واقعة من الوقائع المأمور بإثباتها ، وإلا كان باطلاً . ويبين كذلك في الحكم اليوم الذي يبدأ فيه التحقيق والميعاد الذي يجب أن يتم فيه .

(م ٧١ إثبات مصري . و٧١ بينات سوري وقد اقتضت على وجوب بيان الوقائع وإلا كان باطلاً . و١٨٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وقد اقتضت أيضاً على وجوب بيان الوقائع المراد إثباتها دون ذكر للبطلان) .
المذكورة الإيضاحية :

توجب هذه المادة أن يبين في منطوق الحكم الذي يأمر بالإثبات بالشهود كل واقعة من الوقائع المطلوب إثباتها وإلا كان العمل باطلاً . وذلك لأن الإثبات بشهادة الشهود يقوم على ركنين : تعلق الوقائع المراد إثباتها بالدعوى ، وكونها منتجة فيها . ومقتضى هذا أن تكون تلك الوقائع مبينة بالدقة والضبط لينحصر فيها التحقيق وليعلم كل طرف ما هو مكلف بإثباته أو بنفيه .

ولتفادي نوم القضية بسبب إحالتها على التحقيق أوجبت هذه المادة أن يحدد

الحكم الصادر به الجلسة التي يبدأ فيها والميعاد الذي يجب أن يتم فيه .

المادة ٥٤

يكون التحقيق أمام المحكمة ويجوز لها - عند الاقتضاء - أن تندب أحد قضااتها لإجرائه .

(م ٧٢ إثبات مصري . وانظر من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية م ١٧٤

و١٨٢ و١٨٣ و١٨٤ و١٨٨ و١٩٠ . وانظر م ٧٥ بينات سوري . و٥٨ - ٢
إثبات سوداني) .

المادة ٥٥

يستمر التحقيق إلى أن يتم سماع جميع شهود الإثبات والنفي في الميعاد ويجري سماع شهود النفي في الجلسة ذاتها التي سمع فيها شهود الإثبات إلا إذا حال دون ذلك مانع .

وإذا أجل التحقيق لجلسة أخرى كان النطق بالتأجيل بمثابة تكليف لمن يكون حاضرا من الشهود بالحضور في تلك الجلسة ، إلا إذا أعفتهم المحكمة أو القاضي صراحة من الحضور

(م ٧٣ إثبات مصري) .

المادة ٥٦

إذا طلب أحد الخصوم خلال الميعاد المحدد للتحقيق مد الميعاد حكمت المحكمة أو القاضي المنتدب على الفور في الطلب بقرار يثبت في محضر الجلسة . وإذا رفض القاضي مد الميعاد جاز التظلم إلى المحكمة بناء على

طلب شفوي يثبت في محضر التحقيق وتحكم فيه المحكمة على وجه السرعة ، ولا يجوز الطعن بأي طريق في قرار المحكمة .

ولا يجوز للمحكمة ولا للقاضي المنتدب مد الميعاد لأكثر من مرة واحدة .

(م ٧٤ إثبات مصري) .

المادة ٥٧

لا يجوز بعد انقضاء ميعاد التحقيق سماع شهود بناء على طلب الخصوم .

(م ٧٥ إثبات مصري) .

المادة ٥٨

إذا لم يحضر الخصم شاهده أو لم يكلفه بالحضور في الجلسة المحددة قررت المحكمة أو القاضي المنتدب إلزامه بإحضاره أو بتكليفه الحضور لجلسة أخرى ما دام الميعاد المحدد للتحقيق لم ينقض . فإذا لم يفعل سقط الحق في الاستشهاد به .

ولا يخل هذا بأي جزاء آخر يرتبه القانون على هذا التأخير .

(م ٧٦ إثبات مصري) .

المادة ٥٩

إذا رفض الشهود الحضور إجابة لدعوة الخصم أو المحكمة وجب على الخصم أو قلم الكتاب حسب الأحوال تكليفهم الحضور لأداء الشهادة قبل التاريخ المعين لسماعهم بأربع وعشرين ساعة على الأقل عدا مواعيد المسافة .

ويجوز في أحوال الاستعجال نقص هذا الميعاد وتكليف الشاهد الحضور ببرقية من قلم الكتاب بأمر من المحكمة أو القاضي المنتدب .

(م ٧٧ إثبات مصري . وانظر م ١٧٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : « إذا امتنع الشهود عن الحضور بمجرد طلب الخصم ذلك منهم وجب تكليفهم بالحضور على يد محضر أو أحد رجال الضبط بميعاد يوم واحد مقدماً غير مواعيد المسافة المبينة بالمادة ٥٣ من هذه اللائحة . فإذا لم يحضر الشاهد لأداء الشهادة بعد تكليفه بالحضور على الوجه المعتبر قانوناً يحكم عليه بغرامة قدرها مائة قرش أميرى . وإذا اقتضى الحال حضوره يكلف ثانياً بالحضور وعليه مصاريف ذلك التكليف . . . » .

وم ٧٤ بينات سوري ونصها :

« ١ - إذا لم يحضر الشاهد لأداء الشهادة بعد تكليفه بالحضور على الوجه المقرر في القانون ، فللمحكمة أن تحكم عليه حكماً مبرماً بغرامة من خمس إلى عشر ليرات سورية ، وأن تقرر إحضاره جبراً .

٢ - إذا أثبت الشاهد أن تخلفه كان راجعاً إلى عذر مقبول ، جاز للمحكمة أن تعفيه من أداء الغرامة كلها أو بعضها » .

وم ٦٣ إثبات سوداني ونصها :

« ١ - إذا كلف الشاهد بالحضور تكليفاً صحيحاً ولم يحضر جاز للمحكمة أن تأمر بضبطه وإحضاره .

٢ - للمحكمة ، بدلاً من إصدار أمر بضبط وإحضار الشاهد ، أن تأمر بإعادة تكليفه الحضور . ولها في هذه الحالة الحكم عليه بغرامة لا تتجاوز عشرة

جنيهاً . ويثبت الحكم في محضر الجلسة ولا يكون قابلاً لأي طعن ، ولكن للمحكمة إقالة الشاهد من الغرامة إذا حضر وأبدى عذراً مقبولاً » (.

المادة ٦٠

إذا كلف الشاهد الحضور تكليفاً صحيحاً ولم يحضر حكمت عليه المحكمة أو القاضي المنتدب بغرامة مقدارها مائتا قرشٍ ويثبت الحكم في المحضر ولا يكون قابلاً للطعن . وفي أحوال الاستعجال الشديد يجوز أن تصدر المحكمة أو القاضي أمراً بإحضار الشاهد .

وفي غير هذه الأحوال يؤمر بإعادة تكليف الشاهد الحضور إذا كان لذلك مقتضى ، وتكون عليه مصروفات ذلك التكليف . فإذا تخلف حكم عليه بضعف الغرامة المذكورة . ويجوز للمحكمة أو القاضي إصدار أمر آخر بإحضاره .

(م ٧٨ إثبات مصري . وانظر م ١٧٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وقد سبق إيراد نصها تحت المادة السابقة . وم ٧٤ بينات سوري) .

المادة ٦١

يجوز للمحكمة أو القاضي المنتدب إقالة الشاهد من الغرامة إذا حضر وأبدى عذراً مقبولاً .

(م ٧٩ إثبات مصري . و١٧٣ - ٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . و٧٤ - ٢ بينات سوري . و٦٣ إثبات سوداني) .

المادة ٦٢

إذا حضر الشاهد وامتنع بغير مبرر قانوني من أداء اليمين أو من الإجابة ،

حكم عليه طبقاً للأوضاع المتقدمة بغرامة لا تجاوز عشرة جنيهاً .
(م ٨٠ إثبات مصري . و١٧٣ - ٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .
و٧٨ بينات سوري و٦٤ إثبات سوداني) .

المادة ٦٣

إذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور ، جاز أن ينتقل إليه القاضي
المنتدب ، لسماع أقواله . فإذا كان التحقيق أمام المحكمة ، جاز لها أن تندب
أحد قضااتها لذلك ، ويدعى الخصوم لحضور تأدية هذه الشهادة ، ويحرر
محضر بها يوقعه القاضي المنتدب والكاتب .

(م ٨١ إثبات مصري . و١٩٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . و٧٥
بينات سوري . و٦٥ إثبات سوداني وفيها إضافة : « ويمنح من لم يحضر منهم
(من الخصوم) فرصة مناقشة أقوال الشاهد . (٢) للخصوم أن يقدموا إلى
المحكمة مذكرات مكتوبة عن الوقائع التي يرغبون في سؤال الشاهد فيها إذا
فوضت محكمة أخرى في سؤاله » .

ونص في المادة ١٨٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : « للمشهد عليه
أن يبين للقاضي ما يخل بشهادة الشاهد شرعاً وكذلك له أن يوجه إلى الشهود
بواسطة رئيس الجلسة الأسئلة التي يرى لزوم سؤالهم عنها وعلى الرئيس أن
يوجه تلك الأسئلة إلا إذا رأت المحكمة أنها غير مفيدة فتقرر رفضها مع تدوين
ذلك كله بالمحضر » .

المادة ٦٤

لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلا أن يكون غير

قادر على التمييز بسبب هرم أو حداثة أو مرض أو لأي سبب آخر .
(م ٨٢ إثبات مصري . و٥٤ إثبات سوداني مع التعبير بالاعتراض بدلاً من
الرد ففيها : « لا يجوز الاعتراض على سماع الشاهد . . . ») .
المذكرة الإيضاحية :

رئي عدم الأخذ في المشروع برد الشاهد للقراءة ، مهما بلغت درجتها ، إلا
في الحالات المبينة بالمادة ، وتقدير ما إذا كان الشاهد قادراً على التمييز أم
لا متروك للمحكمة .

المادة ٦٥

من لا قدرة له على الكلام يؤدي الشهادة ، إذا أمكن أن يبين مراده ،
بالكتابة أو بالإشارة .

(م ٨٣ إثبات مصري . و٨٣ بينات سوري . وعجز ٥٨ - ٢ إثبات
سوداني) .

المادة ٦٦

يؤدي كل شاهد شهادته على انفراد بغير حضور باقي الشهود الذين لم تسمع
شهادتهم .

(م ٨٤ إثبات مصري . وصدر ١٧٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .
وصدر ٧٧ بينات سوري . و٥٨ - ١ إثبات سوداني) .

المادة ٦٧

على الشاهد أن يذكر اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه وأن يبين قرابته أو

مصاهرته ودرجتها إن كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم وبين كذلك إن كان يعمل عند أحدهم .

(م ٨٥ إثبات مصري . و١٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .
٧٧- ١ بينات سوري . و٥٦ إثبات سوداني) .

المادة ٦٨

يحلف الشاهد بأن يقول الحق كل الحق ولا شيء غير الحق ، قبل أداء شهادته ، وإلا كانت باطلة . ويكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بديانته إن طلب ذلك .

ولا يشترط شكل خاص في أداء الشهادة ولا في قبولها .

ويكفي تعيين المشهود به تعييناً نافياً للجهالة .

(م ٤٩٣ مدني عراقي . وتقابل م ١٦٨٤ و١٦٨٩ من المجلة . و٨٦ إثبات مصري . و١٧٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : « . . . وبعد أن يحلفه اليمين الشرعية ولا يشترط في شهادة الاستكشاف تحليف اليمين بل يكفي فيها مجرد الإخبار عن يوثق به » . و٧٧- ٣ بينات سوري : « ويجب أن يؤدي الشاهد قبل الإدلاء بالشهادة يميناً بأن يقول الحق ويستثنى من ذلك من تسمع شهادتهم على سبيل الاستئناس وفقاً لأحكام المادة ٥٩ » . و٥٧ إثبات سوداني ونصها : « يجب على الشاهد قبل أن يدلي بأقواله أن يحلف يميناً أو أن يعلن صادقاً بأن يقول الحق كل الحق ولا شيء غير الحق ، ويكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بديانته إن طلب ذلك ») .

المذكرة الإيضاحية :

هل يشترط تحليف الشهود ؟ اختلف الفقهاء في اشتراط أداء الشاهد اليمين الشرعية قبل أداء شهادته ، فمنهم من يرى جواز ذلك . وقيل لا . وقيل يجوز عند التهمة . وقد اختارت المجلة العدلية تحليف الشاهد بشرطين أولهما : إلحاح المدعى عليه على القاضي بتحليف الشاهد ، والثاني : أن يكون هناك داع لتقوية الشهادة باليمين . ونص المادة ١٧٢٧ منها كما يلي :

« إذا ألح المشهود عليه على الحاكم بتحليف الشهود بأنهم لم يكونوا في شهادتهم كاذبين وكان هناك لزوم لتقوية الشهادة باليمين ، فللحاكم أن يحلف الشهود وله أن يقول لهم : إن حلفتكم قبلت شهادتكم وإلا فلا » .

وقد نصت المادة ١٧٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أنه : « متى حضر الشهود بين يدي القاضي سمع شهادة كل منهم على انفراد بعد أن يسأله عن اسمه ولقبه وصنعتة (يريد صناعته) أو وظيفته ومحلّه ونسبه وجهة اتصاله بالخصوم بالقرابة أو الاستخدام أو غيرها وبعد أن يحلفه اليمين الشرعية . ولا يشترط في شهادة الاستكشاف تحليف اليمين بل يكفي فيها مجرد الإخبار ممن يوثق به » . والمقصود بشهادة الاستكشاف أو الاستفسار الشهادة التي هي من قبيل الإخبار المحض ، كأقوال أهل الخبرة والمخبرين بيسار الزوج لتقدير النفقة عليه لزوجته ، وأجرة الحضانة والرضاع والمسكن . ولا يشترط فيها لفظ « أشهد » إذ كل ذلك من قبيل الإعلام وإظهار الحال وإعانة القاضي .

(أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٣١٣ و ٣١٤ - ٣١٦ . وانظر المادة

١٧٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

وقد نص في المادة ٨٦ من قانون الإثبات المصري (م ٢١٢ مرافعات قديم) أنه : « على الشاهد أن يحلف يمينًا بأن يقول الحق ولا يقول إلا الحق وإلا كانت شهادته باطلة . ويكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بديانته إن طلب ذلك » .

ونص في المادة ٥٧ من قانون الإثبات السوداني أنه : « يجب على الشاهد قبل أن يدلي بأقواله أن يحلف يمينًا أو أن يعلن صادقًا بأن يقول الحق كل الحق ولا شيء غير الحق ، ويكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بديانته إن طلب ذلك » .

ونص في المادة ٧٧ - ٣ من قانون البيئات السوري : « ويجب أن يؤدي الشاهد قبل الأداء بالشهادة يمينًا بأن يقول الحق ويستثنى من ذلك من تسمع شهادتهم على سبيل الاستثناس وفقًا لأحكام المادة ٥٩ » .

وتكون صيغة اليمين هي : « أحلف بالله بأن أشهد الحق - أو - أحلف بأن أقول الحق كله ولا أقول غير الحق . وكلمة « أحلف » تعني الحلف بالله . وللقاضي أن يطلب من الشاهد ذكر لفظ الجلالة في صيغة الحلف (اليمين) وللقاضي أن يغلط الشهادة باللفظ والمكان والزمان كأن يذكر أوصاف الله الداعية لتخويف الشاهد ، كأن يقول : « أحلف بالله الذي لا إله إلا هو المنتقم الجبار ») .

(راجع : الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج ٨ ، ص ٢٥٧ . وفيما بعد : باب اليمين ، المادة ١٣٢ وما بعدها) .

المادة ٦٩

يكون توجيه الأسئلة إلى الشاهد من المحكمة أو القاضي المنتدب .

ويجب الشاهد أولاً عن أسئلة الخصم الذي استشهد به ، ثم عن أسئلة الخصم الآخر ، دون أن يقطع أحد الخصوم كلام الآخر أو كلام الشاهد وقت أداء الشهادة .

(م ٨٧ إثبات مصري . و ١٨٢ - ١٨٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .
و ٧٩ - ٢ و ٨٠ بينات سوري . و ٥٩ - ١ إثبات سوداني) .

المادة ٧٠

إذا انتهى الخصم من استجواب الشاهد فلا يجوز له إبداء أسئلة جديدة إلا بإذن المحكمة أو القاضي .

(٨٨ إثبات مصري . و ٥٩ - ٢ إثبات سوداني) .

المادة ٧١

لرئيس الجلسة أو لأي من أعضائها أن يوجه للشاهد مباشرة ما يراه من الأسئلة مفيداً في كشف الحقيقة .

(م ٨٩ إثبات مصري . و ١٧٦ و ١٨٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .
و ٧٩ - ٢ بينات سوري ونصها : « وللرئيس من تلقاء نفسه أو بناء على طلب قضاة المحكمة أو الخصم أن يوجه إلى الشاهد ما يرى من أسئلة وله أن يواجهه بشهود آخرين » . و ٥٩ - ٣ إثبات سوداني) .

المادة ٧٢

تؤدى الشهادة شفهاً . ولا يجوز الاستعانة بمفكرات مكتوبة إلا بإذن المحكمة أو القاضي المنتدب وحيث تسوغ ذلك طبيعة الدعوى .

(م ٩٠ إثبات مصري . و٨٢ بينات سوري . و٥٨ - ٣٥٢ إثبات سوداني) .

المادة ٧٣

تثبت إجابات الشهود في المحضر ثم تتلى على الشاهد ويوقعها بعد تصحيح ما يرى لزوم تصحيحه منها . وإذا امتنع عن التوقيع ذكر ذلك وسببه في المحضر .

(م ٩١ إثبات مصري . و١٨٨ - ١٨٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . و٨٤ - ١ بينات سوري ونصها : « تثبت إجابات الشاهد في محضر الجلسة بصيغة المتكلم دون تغيير فيها ثم تتلى هذه الأقوال على من صدرت عنه وله أن يدخل عليها ما يرى من تعديل ويذكر التعديل عقب نص الشهادة » . و٦١ إثبات سوداني ونصها : « تثبت إجابات الشهود في المحضر وتتلى بناء على طلب الشاهد أو أحد الخصوم » .

المادة ٧٤

١ - للمحكمة ، إذا طلب الخصم تكليف شاهد الحضور لتأدية الشهادة ، أن تأمره بأن يودع خزانة المحكمة ما تقدره المحكمة للوفاء بمصروفات ذلك الشاهد قبل أن تأمر بتكليفه الحضور .

٢ - وتقدر المحكمة مصروفات الشهود ومقابل تعطيلهم بناء على طلبهم ويتقاضون ما يقدر لهم من المبلغ الذي أودع خزانة المحكمة وفقاً للفقرة السابقة .

٣ - ويعفى الخصم من إيداع المبلغ المتقدم بيانه في الفقرة الأولى إذا تعهد بأن يحضر الشهود بنفسه .

(م ٩٢ إثبات مصري ونصها : « تقدر مصروفات الشهود ومقابل تعطيهم بناء على طلبهم ويعطى الشاهد صورة من أمر التقدير تكون نافذة على الخصم الذي استدعاه » . و ٨٥ بينات سوري : « تقدر المحكمة نفقات الشهود بناء على طلبهم ويتقاضون ما يقدر لهم من المبلغ الذي أودع لحساب النفقات » . وانظر م ٦٩ بينات سوري ونصها : « ١ - إذا رأت المحكمة أن الوقائع المطلوب إثباتها منتجة وجائز إثباتها بشهادة الشهود قررت استماعهم وعينت المبلغ الذي يجب على طالب الإثبات إيداعه في ديوان المحكمة لحساب نفقات الشهود . ٢ - ويعفى الخصم من إيداع المبلغ المتقدم ذكره إذا تعهد بأن يحضر الشهود بنفسه » . و ٦٢ إثبات سوداني ونصها : « (١) للمحكمة إذا طلب الخصم تكليف شاهد الحضور لتأدية الشهادة أن تأمره بأن يودع خزانة المحكمة ما يكفي للوفاء بمصروفات ذلك الشاهد قبل أن تأمر بتكليفه الحضور . (٢) تقدر المحكمة مصروفات الشهود ومقابل تعطيهم لمن يطلبها منهم وتلزم بها الخصم الذي استدعى الشاهد ») .

المذكرة الإيضاحية :

رئي النص على أن المحكمة تقدر بادية ذي بدء نفقات الشهود ومقابل تعطيهم وتأمر من طلب تكليفهم بالشهادة بأن يودع خزانة المحكمة المبلغ الكافي لأداء هذه النفقات وذلك تشجيعاً للشهود على الحضور لأداء الشهادة وتيسيراً لهم في صرف هذه النفقات . وقد ترك للمحكمة أيضاً تقدير نفقات الشهود ومقابل تعطيهم حسب الأحوال . وذلك أسوة بالخبراء (انظر فيما بعد المادة ١٥٥ من هذا المشروع) .

وقد أخذ هذا الحكم من قانون البينات السوري وقانون الإثبات السوداني .

المادة ٧٥

يشتمل محضر التحقيق على البيانات الآتية :

(أ) يوم التحقيق ومكان وساعة بدئه وانتهائه مع بيان الجلسات التي استغرقتها .

(ب) أسماء الخصوم وألقابهم وذكر حضورهم أو غيابهم وطلباتهم .

(جـ) أسماء الشهود وألقابهم وصناعاتهم وموطن كل منهم وذكر حضورهم أو غيابهم وما صدر بشأنهم من الأوامر .

(د) ما بيديه الشهود وذكر تحليفهم اليمين .

(هـ) الأسئلة الموجهة إليهم ومن تولى توجيهها وما نشأ عن ذلك من المسائل العارضة ونص إجابة الشاهد عن كل سؤال .

(و) توقيع الشاهد على إجابته بعد إثبات تلاوتها وملاحظاته عليها .

(ز) قرار تقدير مصروفات الشاهد إذا كان قد طلب ذلك .

(ح) توقيع رئيس الدائرة أو القاضي المنتدب والكتاب .

(م) ٩٣ إثبات مصري . و ٦١ إثبات سوداني . و ٧٦ - ٢ بينات سوري .

و ١٧٤ و ١٨٣ و ١٨٧ و ١٨٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

المادة ٧٦

إذا لم يحصل التحقيق أمام المحكمة أو حصل أمامها ولم تكن المرافعة قد

تمت في نفس الجلسة التي سمع فيها الشهود ، كان للخصوم الحق في

الاطلاع على محضر التحقيق .

(م ٩٤ إثبات مصري . وانظر م ٧٧ - ٢ بينات سوري) .

المادة ٧٧

بمجرد انتهاء التحقيق أو انقضاء الميعاد المحدد لإتمامه ، يعين القاضي
المتدب أقرب جلسة لنظر الدعوى ويقوم قلم الكتاب بإخبار الخصم الغائب .

(م ٩٥ إثبات مصري) .

المادة ٧٨

إذا لم توافق الشهادة الدعوى أو لم تتوافق أقوال الشهود مع بعض ، أخذت
المحكمة من الشهادة بالقدر الذي تقتنع بصحته في حدود موافقة الشهادة
للدعوى بعد تكامل نصاب الشهادة .

(م ٥٠١ عراقي . وانظر : المواد من ١٧٠٦ إلى ١٧١٥ من المجلة .

وأحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٣٦٤ وما بعدها) .

المادة ٧٩

يجوز لمن يخشى فوات فرصة الاستشهاد بشاهد على موضوع لم يعرض
بعد أمام القضاء ، ويحتمل عرضه عليه ، أن يطلب في مواجهة ذوي الشأن
سماع ذلك الشاهد .

ويقدم هذا الطلب بالطرق المعتادة إلى قاضي الأمور المستعجلة ، وتكون
مصروفاته كلها على من طلبه . وعند تحقيق الضرورة يحكم القاضي بسماع
الشاهد متى كانت الواقعة مما يجوز إثباته بشهادة الشهود .

(م ٩٦ إثبات مصري . و٨٦ بينات سوري ما عدا عبارة « وعند تحقيق

الضرورة .. إلخ ») .

المادة ٨٠

لا يجوز في هذه الحالة تسليم صورة من محضر التحقيق ولا تقديمه إلى القضاء إلا إذا رأت محكمة الموضوع عند نظره جواز إثبات الواقعة بشهادة الشهود . ويكون للخصم الاعتراض أمامها على قبول هذا الدليل كما يكون له طلب سماع شهود نفي لمصلحته .

(م ٩٧ إثبات مصري . و ٨٧ بينات سوري) .

المادة ٨١

تتبع في هذا التحقيق القواعد المتقدمة عدا ما نص عليه في المواد ٥١ و ٥٤ و ٥٥ و ٥٦ و ٧٦ من هذا القانون .

(م ٩٨ إثبات مصري . و ٨٨ بينات سوري وليس فيها « عدا ... إلخ ») .

البَابُ الرَّابِعُ

الكتابة

المذكرة الإيضاحية :

١ - أجاز المشروع الإثبات بالكتابة استناداً إلى الكتاب والسنة والإجماع والمعقول .

- أما الكتاب فقوله تعالى في سورة البقرة (الآية : ٢٨٢ - ٢٨٣) :

﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذي عليه

الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل . . . ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها ، وأشهدوا إذا تبايعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد وإن تفعلوا فإنه فسوق بكم واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شيء عليم . وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أوتمن أمانته وليتق الله ربه ولا تكتنموا الشهادة ومن يكتنمها فإنه آثم قلبه والله بما تعملون عليم ﴿

- وأما السنة ، فأمره ﷺ بكتب المصالحة بينه وبين قريش ، ومنها كتب الأمانات . وفي الصحيح عنه ﷺ أنه قال : « ما حق أمرىء مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده » - فلو لم يجز الاعتماد على الخط لم يكن لكتابة الوصية فائدة .

- وأما الإجماع ، فقد حكى الإمام الرازي في « المحصول » إجماع الصحابة على العمل بالخط . وأما بعد الصحابة فيدل عليه إجماعهم العقلي على الاحتجاج بذلك والعمل به في معاملاتهم .

(انظر : المادة ١٦٠٦ وما بعدها من المجلة) .

- وأما المعقول ، فلأن الكتابة تحمل في الغالب إما الإقرار أو الشهادة أو هما معاً وثابت أن كلاً منهما طريق شرعي من طرق القضاء .

(انظر : المادة ١٦٠٦ وما بعدها من المجلة) .

٢ - وقد اعتبرت المجلة الكتابة طريقاً من طرق الإثبات (راجع فيها المواد

١٦٠٦ - ١٦١٢ و ١٧٣٦ - ١٧٣٩) . وكذا لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في مصر الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ (راجع فيها المواد من ١٣٠ إلى ١٧١) . ورغم أن هذه اللائحة لم تذكر الكتابة من ضمن الأدلة الواردة في المادة ١٢٣ منها وصدرت كلامها في الأدلة الخطية على أن الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان مما يفيد اعتبار الكتابة نوعاً من الإقرار ، إلا أنها في المادة ١٣٤ منها اعتبرت الأوراق الرسمية حجة على أي شخص كان ، أي سواء كان موقعاً عليها أو غير موقع عليها ، مما لا يلزم معه دائماً اعتبارها إقراراً بل طريقاً مستقلاً في بعض الأحيان .

٣ - وقد استعمل ولي الأمر سلطته الشرعية في تنظيم هذا الطريق من طرق الإثبات وجعل الأوراق تنقسم من حيث قوتها في الإثبات إلى قسمين : الأوراق الرسمية والأوراق غير الرسمية . وتستند هذه التفرقة وأحكام كل إلى سلطة ولي الأمر في تقدير ما يجدر بكل من النوعين من ثقة .

٤ - والمواد التالية ومذكراتها الإيضاحية منقولة عن القانون المدني المصري وقانون الإثبات المصري . ولم تخرج أحكام هذه المواد في الجملة عما ورد في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمجلة والقوانين العربية الأخرى في شأن الإثبات بالكتابة وإن كانت أكثر تفصيلاً . وقد اختير هذا المسلك حرصاً على استقرار التعامل فيما يوافق الشريعة الإسلامية .

الفصل الأول

المحررات الرسمية

المادة ٨٢

١ - المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه .

٢ - فإذا لم تكسب هذه المحررات صفة الرسمية ، فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم .

(م ٣٩٠ مدني مصري . و ١٠ إثبات مصري . و ١٤ إثبات سوداني . و ه بينات سوري . و ١٧٣٧ و ١٧٣٨ و ١٧٣٩ من المجلة . و ١٣١ و ١٣٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

المذكرة الإيضاحية :

تتناول الفقرة الأولى من المادة بيان الشرطين الواجب توافرها في المحرر الرسمي . ويراعى أن هذين الشرطين هما قوام ما شرع القانون من ضمانات هي مرجع ما يتوافر لذلك المحرر من حجية بالغة في الإثبات ، وعلّة إيكال أمرها إلى موظف عام ، يثبت له القانون سلطة واختصاصاً في هذا الشأن ، سواء من الناحية النوعية أم من الناحية المكانية .

والواقع أن ما يولي القانون من سلطة خاصة للموظف العام ، هو عماد ما يتوافر للمحرر الرسمي من قوة في الإثبات ، وهو بذاته مناط العلة من هذه

القوة . بيد أنه لم ير من العدل حرمان المتعاقدين من الاستناد إلى الورقة ، إذا كانوا قد عهدوا بأمرها إلى موظف ليست له سلطة توثيقها بالنسبة إلى المكان ، متى كانوا قد اعتقدوا خلاف ذلك ، بناء على سبب مشروع . على أن مثل هذه الورقة لا يكون لها إلا قيمة ورقة عرفية .

ويشترط لتطبيق هذه الفقرة :

(أ) أن تكون ثمة ورقة تلقاها موظف عام له سلطة توثيقها بالنسبة إلى طبيعتها (الاختصاص النوعي) .

(ب) وأن يكون ذوو الشأن جميعاً قد وقعوا على هذه الورقة بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم . على أن هذا الحكم ليس إلا استثناء من القواعد العامة ، ولذلك ينبغي تفادي التوسع في تفسيره . فهو لا ينطبق حيث يكون الموظف العام غير مختص بالنسبة إلى طبيعة المحرر كما لو وثق أحد المأذونين عقد بيع ، أو حيث يكون هذا الموظف قد أغفل التوقيع على المحرر لأنه يكون خلواً في هذه الحالة ، مما يثبت أنه تلقاه ، أو حيث يكون أحد المتعاقدين قد أغفل التوقيع على المحرر بإمضائه ، أو ختمه ، أو بصمته . وهو لا ينطبق كذلك إذا كان الموظف العام قد تدخل بوصفه طرفاً في التعاقد ، إذ ليس من المقبول أن يتولى الموظف العام ضبط محرر رسمي لنفسه ، وليس للمتعاقدين في هذه الحالة أن يعتقدوا اعتقاداً مشروعاً في رسمية هذا المحرر .

والفقرة الثانية حكمها واضح .

المادة ٨٣

المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها

محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً .

(م ٣٩١ مدني مصري . و١١ إثبات مصري . و١٥ سوداني . و٦ سوري . ومن المجلة المواد ١٧٣٧ و١٧٣٨ و١٧٣٩ . ومن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية م. ١٣٣ و١٣٤ و١٣٨) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - تعرض هذه المادة لتنظيم حجية المحرر الرسمي . والجوهري في هذا الصدد أن المحرر الرسمي يكون حجة بكل ما يلحق به وصف الرسمية فيها ، دون حاجة إلى الإقرار بها ، على نقيض المحرر العرفي فهو لا يكون حجة بما فيه قبل الإقرار به . ويعتبر المحرر الرسمي حجة لا بالنسبة إلى المتعاقدين وحدهم ، بل بالنسبة إلى الغير كذلك ، شأنه من هذا الوجه شأن المحرر العرفي فيما عدا التاريخ . وقد نص التقنين المراكشي (م ٤١٩) والتقنين المصري القديم (م ٢٢٦) والحالي (م ٣٩١) صراحة على هذا الحكم ، وتبعها هذا المشروع في ذلك .

أما من حيث قوة الإثبات ، فتعتبر المحررات الرسمية حجة ما لم يتبين تزويرها أو لم يقيم الدليل على خلاف ما هو ثابت فيها .

ويراعى أن الطعن بالتزوير هو طريق خاص لإثبات العكس في المحررات الرسمية ، وعلته ما يولي القانون من ثقة لصحة الإقرارات الصادرة في حضور الموظف العام وصحة ما يتولى إثباته من البيانات التي تدخل في حدود مهمته . فإذا اقتضت مصلحة أحد من ذوي الشأن أن يقيم الدليل على عكس بيان من

البيانات التي يلحق بها وصف الرسمية ، تعين عليه أن يلجأ إلى طريق الطعن بالتزوير .

وقد تكفل النص بتحديد هذه البيانات فقصرها على الأمور التي يثبتها الموظف العام في حدود مهمته ، أو التي تصدر من ذوي الشأن في حضوره وهي بهذا الوصف تتضمن :

(أ) ما يثبت الموظف العام من وقائع أو أمور ، باعتبار أنه تولى ضبطها بنفسه . ومن قبيل هذه الوقائع أو الأمور : التاريخ ويعتبر ثابتاً من يوم تلقي الورقة وقبل قيدها في السجل المعد لذلك ، وبيان مكان تلقي الورقة ، والكتابة ، وتوقيع ذوي الشأن ، وتوقيع الموثق ، والبيانات المتعلقة بإتمام الإجراءات التي يتطلبها القانون .

(ب) ما يصدر من ذوي الشأن في حضور الموظف ويدرك بالحس ، من طريق الاتصال بالسمع أو الوقوع تحت البصر ، كالإقرارات أو وقائع التسليم . ويراعى أن الموظف العام يثبت واقعة الإدلاء بهذه الإقرارات ، دون أن يمس ذلك صحتها ، فلو أقر أحد المتعاقدين أنه باع ، وأقر الآخر أنه أدى الثمن ، أثبت الموثق هذين الإقرارين ، وكان إثباته لهما دليلاً على الإدلاء بهما ، لا على صحة الوقائع التي تنطوي فيهما .

ويشترط أن تكون الوقائع أو الأمور المتقدم ذكرها ، مما يدخل في حدود مهمة الموثق ، لأن إلحاق صفة الرسمية بما يثبت الموظف العام في المحرر مشروط باقتضاره على هذه الحدود كما رسمها نص القانون ، فإن جاوزها انقطعت عنه الولاية ، وسقطت تبعاً لذلك قيمة ما يتولى إثباته على هذا الوجه . فلو أثبت الموثق أن المتعاقد متمتع بقواه العقلية مثلاً فلا يكون لإثبات هذه

الواقعة أثر في إمكان الاحتجاج بها ، لأن إثباتها ليس مما يدخل في مهمة من يتولى التوثيق .

٢ - وتكون إقرارات ذوي الشأن حجة على الكافة ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً . ويلاحظ أنه ينبغي عدم الخلط بين إثبات حصول التصرف أمام الموظف وبين صحة هذا التصرف في ذاته . فإذا قرر ذوو الشأن أمام الموظف أن أحدهما باع وأن الآخر اشترى . فالمحرر الرسمي يعتبر حجة على صدور هذين الإقرارين ، وإثبات الموظف لهما ، بعد أن اتصل بسمعه ، إلى أن يقضى فيه بالتزوير : أما حقيقة هذين الإقرارين في ذاتهما ، من حيث مبلغ مطابقتها للواقع ، فلا حيلة للموثق في العلم بها وإثباتها ، لأنها ليست مما يقع تحت حسه .

ومؤدى هذا أن مجرد إثبات إقرار من الإقرارات في محرر رسمي لا يستتبع إمكان الاحتجاج بصحته الذاتية إلى أن يقضى في هذا المحرر بالتزوير . على أن مثل هذا الإقرار يعتبر صحيحاً إلى أن يثبت العكس ، تفرغاً على أن الأصل في الإقرارات أن تكون صحيحة ، أما الصورية فهي استثناء يتعين على من يتمسك به أن يقيم الدليل عليه وفقاً للقواعد العامة في الإثبات .

وغني عن البيان أن من واجب القاضي أن يحترم المحرر الرسمي وأن يكفل نفاذه .

ولم ير محل لإيراد نص خاص بشأن الأمر بوقف تنفيذ المحرر الرسمي الذي يطعن فيه بالتزوير بصفة أصلية أو فرعية ، وبيان الهيئة المختصة بإصدار هذا الأمر . ذلك أن مثل هذا النص يتعلق بقواعد الإجراءات فمكانه الطبيعي تقنين المرافعات المدنية والتجارية في باب التنفيذ لا قانون الإثبات .

١ - إذا كان أصل المحرر الرسمي موجوداً فإن صورته الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل .

٢ - وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ، ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين . وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل .

(م ٣٩٢ مدني مصري . و ١٢ إثبات مصري . و ١٦ - ١ و ٢ سوداني . و ٧ سوري) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - الصورة بوجه عام هي نسخة حرفية تنقل عن أصل ورقة من الأوراق ، وتكون خلواً من التوقيع . ولما كان الأصل من ورقة عرفية هو النسخة التي يوقع عليها ذوو الشأن ، وتتوافر لها حجيتها في الإثبات تأسيساً على هذا التوقيع ، متى كانت نسبتها إلى الموقعين غير منكورة ، لذلك لم يجعل القانون لصور الأوراق العرفية أي حجة في الإثبات إذ ليس ثمة ضمان يكفل الجزم بعدم تزوير أصولها .

ويخرج بداهة من نطاق تطبيق النصوص الواردة في شأن الصور جميع المحررات التي لا تحمل توقيعاً ، وإن كانت تعتبر من ضروب الأدلة الكتابية (كدفاتر التجار ، والأوراق العائلية ، وتأشيرات الدائن على سند الدين) .

٢ - ويقتضي تعيين ما لصور الأوراق الرسمية من حجية في الإثبات وجوب التفرقة بين حالة وجود الأصل ، وحالة فقد هذا الأصل . ويعرض هذا النص لحكم الحالة الأولى . أما الحالة الثانية فيعرض لها النص التالي .

ويراعى أن النص سوى ، في الحكم ، بين الصور الشمسية (الفوتوغرافية) والصور الخطية ، إزاء شيوع الركون إلى طريقة التصوير الشمسي بالنسبة للأوراق الرسمية في مصر .

والأصل في حجية الورقة الرسمية أن تكون مقصورة على نسختها الأصلية . ويتفرع على ذلك أن الصور الخطية أو الشمسية والصور التنفيذية والصور الأولى ، لا تكون بذاتها حجة في الإثبات ، مع أن موظفًا عامًا يستوثق من مطابقتها للأصل . ولهذه العلة ذكر النص على وجه التحديد أن الصور « تكون حجة بالقدر الذي يعترف فيه بمطابقتها للأصل » مع مراعاة القيد الآتي :

فلذي الشأن من الطرفين أن يطلب مراجعة الصورة على الأصل ، في مواجهة الطرف الآخر ، ومؤدى هذا أن مجرد إنكار مطابقة الصورة للأصل ، يكفي للإلزام بتقديم الأصل ، ولو لم يكن هذا الإنكار معززًا بدليل ، بيد أن العمل جرى على الاعتداد بحجية الصور الخطية والشمسية واعتبارها مطابقة للأصل ، متى انتفت كل شبهة في حقيقة هذه المطابقة . فليست قيمة هذه الصور في الإثبات بموقوتة أو مغيية بمجرد المنازعة في مطابقتها لأصولها . على أن هذا المشروع قصد إلى تلافى استغلال مجرد الإنكار في إطالة أمد الخصومات واللدد فيها ، فنص على مراجعة الصورة على الأصل . وللقاضي في هذه الحال سلطة تقدير جدية الإنكار ، دون أن يخل ذلك بواجبه في الاعتداد بحق من يحتج عليه بالصورة الشمسية أو الخطية في المطالبة بتقديم الأصل . فإذا انتفى كل شك في أن الإنكار لا يقصد منه غير إطالة أمد النزاع ، كان للقاضي ألا يأمر باستحضار الأصل . وليس شك في أن من الأنسب تخويل القاضي سلطة التقدير في هذا الشأن ولا سيما أن شيوع طريقة التصوير

الشمسي يقضي على كثير من أسباب الخطأ في الصور التي تنقل بالخط أو بالآلة الكاتبة .

المادة ٨٥

إذا لم يوجد أصل المحرر الرسمي ، كانت الصورة حجة على الوجه الآتي :

(أ) يكون للصور الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل .
(ب) ويكون للصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتها ، ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها .

(ج) أما ما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية ، فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف .

(م ٣٩٣ مدني مصري . و ١٣ إثبات مصري . و ٨ سوري) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - يعرض هذا النص لحالة فقد أصل الورقة . وفي هذه الحالة يقع على من يتمسك بالصور الخطية أو الشمسية عبء إقامة الدليل على فقد الأصل . فإذا وفق إلى تحصيل هذا الدليل ثبتت للصورة ، استثناء من أحكام القواعد العامة ، حجية على التفصيل الآتي :

(أ) يكون للصور التنفيذية والصور الأولى حجية الأصل ، إذا صدرت هذه أو تلك من موظف عام مختص ، وكان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها لأصلها .

(ب) ويكون للصور الخطية أو الشمسية المأخوذة من الصور التنفيذية ، أو الصور الأولى ، ذات الحجية إذا صدرت من موظف عام مختص . وفي هذه الحالة يجوز للطرفين أن يطلبوا إحضار الصور التنفيذية أو الصور الأولى ، كما يجوز للقاضي أن يأمر بإحضارها .

٢ - أما ما يؤخذ بعد ذلك من الصور الخطية أو الشمسية ، فيكون للقاضي سلطة تقديره « تبعاً للظروف » وتقتصر قيمته على مجرد الاستئناس . وبعبارة أخرى يكون للقاضي أن يعتد بهذه الصور ، ولكن باعتبارها مجرد قرائن فحسب . أما المقتطفات (المستخرجات) والصور الجزئية فللقاضي سلطة تقديرها . وغني عن البيان أن هذه المقتطفات والصور تقتصر قيمتها على الشق الذي ينقل فيها عن الأصل .

الفصل الثاني

المحركات العرفية

المادة ٨٦

يعتبر المحرر العرفي صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة .

أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار ، ويكفي أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق .

ومن احتج عليه بمحرر عرفي وناقش موضوعه ، لا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء ، أو الختم ، أو بصمة الأصبع .

(م ٣٩٤ مدني مصري ما عدا الفقرة الأخيرة . و١٤ إثبات مصري .
١٦٠٩ - ١٦١١ و١٧٣٦ من المجلة . و١٣٥ و١٣٦ و١٣٨ من لائحة ترتيب
المحاكم الشرعية) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - تقرر الفقرة الأولى من هذه المادة أن سكوت ذوي الشأن يعتبر في
الأصل إقراراً ، لأن من واجب من لا يريد الاعتراف بالمحرر « أن ينكر صراحة
ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء » . فإذا أبى ذو الشأن أن يعترف بنسبة الخط
أو الإمضاء إليه أو أن ينكر هذه النسبة ، فيتعين اعتبار المحرر العرفي قد اعترف
به حكماً .

وغني عن البيان أن الإقرار أو السكوت الذي يعدل الإقرار ، لا يتعلق إلا
بالتوقيع أو الخط ، وأن هذا الإقرار ، صريحاً كان أو ضمناً ، لا يؤثر بأي
حال ، في أوجه الدفع الشكلية أو الموضوعية التي يكون لمن اعترف بالمحرر
العرفي في غير تحفظ أن يتمسك به .

وإذا كانت الفقرة الأولى من هذه المادة تلزم من يحتج عليه بورقة عرفية بأن
ينكر صراحة الخط أو الإمضاء وإلا اعتبر سكوته بمنزلة الاعتراف ، فأية ذلك أن
التوقيع ينسب إليه ، ويتعين عليه ، تفريراً على هذا ، أن يدلي برأيه في هذه
النسبة . بيد أن مركز الورثة والخلفاء يختلف عن مركز المورث أو المستخلف
نفسه ، لأن التوقيع ينسب إليه شخصياً دون أولئك وهؤلاء .

٢ - وهذا هو ما حدا بالمشروع إلى أن يحد من نطاق القاعدة المقررة في
الفقرة التي تقدمت الإشارة إليها ، بمقتضى الحكم الوارد في الفقرة الثانية ،

فليس في الوسع إزاء ما يفرق هذين المركزين ، إلا أن يباح للوارث أو الخلف الاكتفاء بنفي علمه بأن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة ، لمن تلقى عنه حقه ، دون أن يقف موقف الإنكار صراحة .

ورئي من الأنسب النص على وجوب تعزيز إقرار الوارث أو الخلف بيمين يؤديها ، درءاً لما يحتمل من تعسف هذا أو ذاك في استعمال الرخصة المخولة له .

وقد آثر المشروع النص على أنه يكتفى من الوارث أو الخلف أن يقرر أنه لا يعلم أن الإمضاء لمورثه ، دون أن يجتزىء من الوارث بنفي العلم بإمضاء مورثه . فإذا أنكرت نسبة الورقة العرفية صراحة أو نفى الوارث أو الخلف علمه بذلك ، زالت عنها مؤقتاً قوتها في الإثبات ، وتعين على من يريد التمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها ، باتباع الإجراءات الخاصة بتحقيق الخطوط . وقد جرى القضاء المصري في ظل القانون المدني القديم على ذلك رغم خلو ذلك القانون من نص خاص في هذا الشأن .

٣ - وقد أضيفت الفقرة الثالثة أخذاً من قانون الإثبات المصري ، ولم تكن في القانون المدني المصري ، سداً لباب الكيد والمطل ، ذلك أن مناقشة موضوع المحرر يتعين ، لتكون جادة منتجة ، أن تكون وليدة الاطلاع على هذا المحرر ، وهو ما يمكن من التحقق من نسبة الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة لمن يشهد عليه المحرر ، إذ أن من اليسير على هذا الأخير بمجرد هذا الاطلاع التحقق من هذه النسبة ، فإذا لم ينكرها فور اطلاعه على المحرر وخاض في مناقشة موضوعه فإن ذلك منه إنما يفيد تسليمه بصحة تلك النسبة ، فإن عاد بعد ذلك إلى إنكارها ، وقد سارت الدعوى شوطاً بعيداً على أساس

صحة المحرر ، فإنما يكون ذلك منه استشعاراً لضعف مركزه في الدعوى واستغلالاً لنصوص القانون في نقل عبء الإثبات إلى المتمسك بالورقة .
ورغبة في الكيد والمطل ، وهو ما لا يجوز تمكينه منه . غير أن مناقشة موضوع المحرر وإن كانت تسقط حق الخصم في إنكار الخط أو الإمضاء إلا أنه ينبغي ألا تتجاوز هذا الحد فلا يسقط حق الخصم في الطعن على المحرر بالتزوير من جهة صلبه أو توقيعه .

المادة ٨٧

١ - لا يكون المحرر العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت . ويكون للمحرر تاريخ ثابت :
(أ) من يوم أن يقيد بالسجل المعد لذلك .
(ب) من يوم أن يثبت مضمونه في محرر آخر ثابت التاريخ .
(جـ) من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص .
(د) من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ، أو من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعله في جسمه .
(هـ) وبوجه عام من يوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعاً في أن المحرر قد صدر قبل وقوعه .

٢ - ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات .

(م ٣٩٥ مدني مصري . و ١٥ إثبات مصري . و ١١ سوري . و ١٣٧

و١٣٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - الأصل في المحرر العرفي أن يكون له حجة قبل الكافة ، فيما عدا التاريخ ، فلا تكون له حجة بالنسبة للغير إلا أن يكون ثابتاً .
ويتفرع على ذلك :

(أ) أن تاريخ المحرر العرفي يعتبر حجة فيما بين المتعاقدين حتى يثبت العكس ، شأنه من هذا الوجه شأن سائر ما يدون في هذا المحرر من البيانات .
ويتعين على من يريد تحصيل الدليل العكسي ، في هذه الحالة ، أن يلتزم أحكام القواعد العامة في ذلك . ومؤدى هذا وجوب التقدم بدليل كتابي ، إذ لا يجوز نقض الثابت كتابة إلا بالكتابة . (تراجع فيما تقدم المادة ٤٣ وما بعدها ومذكراتها الإيضاحية) .

(ب) وأن هذا التاريخ لا يكون حجة بالنسبة للغير ما لم تتوافر فيه ضمانات خاصة ، قوامها إثباته ، لكي يزول كل شك في صحته . وقد قصد من هذا الاستثناء إلى حماية الغير من خطر تقديم التاريخ في الأوراق العرفية . ويترتب على ذلك :

أولاً : أن هذه المادة لا تطبق إذا كان الغير قد كفلت له الحماية بمقتضى نصوص خاصة ، كالنصوص المتعلقة باشتراط التسجيل أو التسليم في تملك المنقولات ، أو إذا كان من يحتج عليه بالتاريخ قد اعترف بصحته صراحة أو ضمناً ، أو تنازل عن التمسك بعدم مطابقتها للواقع .

ثانياً : أن أحكام هذه المادة لا تنطبق إلا على الغير . ويقصد بذلك كل من

لم يكن طرفاً في الورقة العرفية بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر ، متى تمسك قبل من يحتج بتاريخ هذه الورقة بحق يضرار فيما لو ثبتت صحة هذا التاريخ في مواجهته . ويستخلص من ذلك أن هذه الأحكام لا تطبق على من يكون بشخصه أو بنائبه طرفاً في المحرر العرفي . ولا على من يخلف هذا أو ذاك خلافة عامة من طريق الميراث أو الوصية . ولا على الدائنين عند مباشرتهم لدعاوى مدينهم (الدعوى غير المباشرة) وليس لهؤلاء في الحقوق أكثر مما لهذا المدين .

٢ - أما وسائل إثبات التاريخ فقد وردت على سبيل الحصر تيسيراً لثبوت الغير من ذلك ودفعاً لتحكم القضاء .

٣ - ومع ذلك فللقاضي تبعاً للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات . وقد سبق أن أشار بعضهم بوجوب استثناء المخالصات من أحكام ثبوت التاريخ بمقتضى نص خاص ، استناداً إلى ما جرى عليه القضاء . وقد أقر القضاء من عهد بعيد عرف التعامل في عدم اشتراط قيد المخالصات اقتصاداً للنفقات . بيد أن نطاق هذا العرف يتناول المخالصات العادية فحسب ، دون المخالصات التي ترتب حقاً في الحلول . ولذلك احتاط المشروع فجعل للقاضي سلطة تقدير يعتد في إعمالها بما يعرض من ظروف .

المادة ٨٨

١ - تكون للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفي من حيث الإثبات .
٢ - وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضاً إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعاً عليه من مرسلها . وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك .

٣ - وإذا أعدم أضل البرقية فلا يعتد بالبرقية إلا لمجرد الاستثناس

(م ٣٩٦ مدني مصري . و ١٦ إثبات مصري . و ١٩ سوداني . و ١٢
سوري) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - إن التعامل بالرسائل أخذ يتزايد نصيبه من الأهمية حتى أصاب من
سعة النطاق بسطة جديرة بالاعتبار . وليس شك في أن هذا الضرب من التعامل
قد اضطرد بوجه خاص في المسائل التجارية ، لكن المتعاملين من التجار لم
يستشعروا ضرورة لحكم تشريعي جديد ، نظراً لانتفاء قيود الإثبات في هذه
المسائل .

على أن التعامل بالرسائل شمل الروابط المدنية أيضاً .

وقد أقر القضاء والفقهاء ما تواضع عليه المتعاملون في هذا الشأن ، وأنشأ
طائفة من القواعد استلهما فيها المبادئ المتعلقة بالأوراق العرفية ، رغم خلو
التشريع من النص وقد استندا في ذلك إلى :

١ - أن القانون لم يشترط شكلاً خاصاً في المحررات العرفية إلا ما استثنى
منها بنص خاص .

٢ - أن الرسائل يتوافر فيها الشرطان الجوهريان اللذان تستمد منهما
حجية المحررات العرفية وهما الخط والتوقيع .

فمن الأنسب ، والحال كذلك ، أن تدرج الرسائل بين طرق الإثبات بالكتابة
وأن يعين مدى حجيتها ، وما ينبغي أن يتوافر فيها من الشرائط الشكلية نزولاً
على مقتضى القواعد العامة من ناحية ، وتمشياً مع نية المتعاقدين من ناحية
أخرى .

ويجب فيما يتعلق بالشكل أن يجتمع في الرسالة الشرطان الجوهريان الواجب توافرهما في المحررات العرفية ، وهما الخط والتوقيع . وغني عن البيان أن توافر هذين الشرطين يكفي من هذه الناحية دون حاجة إلى شرط آخر .

أما فيما يتعلق بحجية الرسائل ، فمن رأي فريق من الفقهاء أنها تترك لتقدير القاضي ، لأن مضمون الرسالة لا يعدو أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، قد يعتبر من قبيل الإقرار في غير مجلس القضاء .

بيد أن مذهب القضاء قد تطور في هذا الشأن فعمدت المحاكم إلى إقرار مبدأ التعاون في تحصيل الأدلة ، وأجازت للقاضي أن يأمر بتقديم الأدلة التي تثبت حيازة الخصوم لها وإعراضهم عن استعمالها ، إذا اقتضى ذلك حسب سير العدالة .

وقد أقيم المبدأ الذي تقدمت الإشارة إليه على ما ينبغي أن يسود التعامل من حسن النية في تحصيل الدليل . فإذا تم التعاقد بالمراسلة ، كان من واجب كل من المتعاقدين أن يقدم إلى القاضي ما يكون لديه من الأدلة الكتابية ، لأن الإثبات في هذه الحالة لا يتاح إلا بمقارنة الرسائل المتبادلة .

وليس ثمة ما يدعو إلى الإشفاق من إقرار حجية الرسائل ، فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تقديم الرسالة الموجهة إليه ، فللقاضي أن يلزمه بذلك . ثم إن اشتراط ازدواج النسخ الأصلية في بعض التقنيات يقصد منه إلى تحقيق المساواة بين طرفي التعاقد ، وهو غرض لا يفوت بداهة من جراء إقرار هذه الحجية . ويراعى أخيراً أن العمل جرى على الاحتفاظ بصور الرسائل ،

ولا سيما أنها غالباً ما تكتب بالآلة الكاتبة ، متى كانت متعلقة بمعاملة من المعاملات ، ولو كانت مدنية بطبيعتها .

وتفريعاً على ذلك عمد المشروع إلى إقرار حجية الرسائل والتسوية في الحكم بينها وبين سائر المحررات العرفية .

ولو فرض على نقيض ما تقدم أن رسالة وجهت إلى شخص ثالث ، وتمكن أحد الطرفين من تقديمها بعد الحصول عليها بطريق مشروع ، ليستخلص منها دليلاً على ما يدعي قبل الطرف الآخر ، فحجية مثل هذه الرسالة تترك لتقدير القاضي ، وله أن يسترشد في شأنها بالأحكام الخاصة بما صدر من الإقرارات في غير مجلس القضاء .

٣ - أما البرقيات وهي التي تكفلت الفقرة الثانية ببيان حكمها ، فهي تختلف عن الرسائل من حيث إيجاز المضمون وسرعة الإبلاغ .

بيد أنه رئي من الأنسب أن يفترض القانون مطابقة الصورة أصل البرقية بل يتسلم صورة منها يتولى تحريرها موظف مصلحة التلغرافات في المكتب المختص بتلقي مضمون الرسالة . ومن المسلم أن صور المحررات العرفية لا تتوافر لها أي حجية في الإثبات .

بيد أنه رئي من الأنسب أن يفترض القانون مطابقة الصورة المسلمة إلى المرسل إليه لأصلها ، إذ ليس لموظف مكتب التلغراف المختص مصلحة في تغيير مضمون هذا الأصل .

وبهذا تنحصر احتمالات مغايرة الصورة للأصل ، بوجه عام ، فيما قد يقع من هذا الموظف من خطأ . ولهذه العلة أجزى لذي الشأن أن يقيم الدليل على

اختلاف الصورة عن أصلها ، وهو أمر يسير يكفي فيه تقديم الأصل المحفوظ في مكتب الإرسال .

ولا يكون نصيب البرقية من الحجية معادلاً لنصيب الأوراق العرفية منها ، إلا بتوافر شرط جوهرى ، هو توقيع المرسل على الأصل .

بيد أن تخويل مصلحة التلغرافات حق إعدام أصول البرقيات ، بعد انقضاء فترة قصيرة من الزمن يجعل حجية الرسائل البرقية أدنى إلى التوقيت وحظها من الاستقرار أقل مما يتوافر للرسائل البريدية .

وقد سوى التقنين المراكشي بين البرقيات وبين سائر الأوراق العرفية من حيث الحجية .

المادة ٨٩

١ - دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ، غير أن البيانات المثبتة فيها مما أورده التجار يسري عليها قواعد الإثبات المقررة في هذا القانون .

٢ - وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزىء ما ورد فيها ، ويستبعد منه ما كان مناقضاً لدعواه .

(م ٣٩٧ مدني مصري . و١٧ إثبات مصري . و١٦٠٨ من المجلة . و٢٠ سوداني . و١٤ سوري) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - الأصل جواز التمسك بدفاتر التاجر قبله ، باعتبار أنها من قبيل الأوراق

غير الموقع عليها التي تصدر من جانب واحد ، وأن وجوب إمساكها روعيت فيه مصلحة التاجر نفسه . بيد أنه لا يجوز للتاجر أن يستند إلى هذه الدفاتر كدليل لإثبات الالتزام قبل من يتعاقد معه من غير التجار إذ من الممتنع أن يصطنع الإنسان دليلاً لنفسه . وقد قصد من إلزام التاجر بإمساك هذه الدفاتر (دفتر اليومية ودفتر صور الخطابات) (الكوبيا) ودفتر الجرد حسب م ١١ و ١٢ و ١٣ من تقنين التجارة المصري) واشتراط ترقيمها وتأشير الموظفين المختصين على أوراقها إلى رعاية مصلحة المشتغلين بالتجارة .

٢ - تقضي الفقرة الأولى بأن دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار وتخضع البيانات المثبتة فيها الخاصة بما يوردونه للقواعد العامة في الإثبات ومن أهمها قاعدة « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » المنصوص عليها في المادة الثالثة من هذا المشروع .

٣ - أما التاجر فتعتبر دفاتره حجة عليه ، منتظمة كانت أو غير منتظمة ، لأنها بمثابة إقرار صادر منه ، ويتفرع على ذلك وجوب تطبيق القواعد المتعلقة بالإقرارات في هذا الشأن ، ولا سيما قاعدة امتناع تجزئة الإقرار متى كانت دفاتر التاجر منتظمة . أما إذا كانت هذه الدفاتر غير منتظمة فللقاضي أن يقدر مضمونها ، دون أن يتقيد في ذلك بقاعدة عدم جواز تجزئة الإقرار . وقد استظهر المشروع هذا الحكم بإضافة عبارة « إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة » إلى نص الفقرة الثانية .

المادة ٩٠

لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين

الآتيتين :

(أ) إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينًا .

(ب) إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند

لمن أثبت حقًا لمصلحته .

(م ٣٩٨ مدني مصري . ١٨ إثبات مصري . ١٨ سوري) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - هذه المادة ليس يقتصر نطاقها على الدفاتر ، بل يتناول كذلك الأوراق المنزلية ، أي المحررات المتعلقة بغير التجار ، كدفاتر الحساب والأجندات والمذكرات ، ولا يلزم آحاد الناس ، عرفًا أو قانونًا ، بتدوين حساباتهم في دفاتر أو أوراق ، على نقيض ما تقدم بشأن التجار . وبديهي أن انتفاء هذا الإلزام لا يتيح بوجه من الوجوه اعتبار هذه الأوراق وتلك الدفاتر طريقًا من طرق الإثبات ، بل ولا يتيح الاستعانة بها ، بوصفها مبدأ ثبوت بالكتابة لصالح من حررها ، ولذلك نصت الفقرة الأولى على أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة لمن صدرت منه ، أما حجيتها عليه فقد تكفلت ببيانها الفقرة الثانية من هذه المادة وقصرتها على حالتين على سبيل الحصر .

٢ - ومع ذلك فليس ثمة ما يحول دون اعتداد القاضي بالدفاتر التي تقدمت الإشارة إليها ، باعتبارها قرائن تضاف إلى وثائق أخرى أو عناصر أدلة سبق تقديمها ، وفقًا للقواعد العامة بشأن الإثبات بالقرائن .

المادة ٩١

١ - التأشير على سند الدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ، ولو لم يكن التأشير موقعًا منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته .

٢ - وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند أو في مخالصة ، وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين .

(م ٣٩٩ مدني مصري . ١٩ إثبات مصري . ١٩ سوري) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - جرت العادة بأن يؤشر الدائن بالوفاء الجزئي أو الكلي على سند الدين ويستبقه في حيازته (الفقرة الأولى) ، أو بأن يؤشر بذلك على نسخة أصلية أخرى من هذا السند ، أو على مخالصة في يد المدين (الفقرة الثانية) . ويراعى أن المشروع قد عني في النص باستظهار ما يقصد بكلمة نسخة فليس يقصد بها مجرد صورة أخرى من سند الدين ، وإنما شفعت هذه الكلمة بنعت « أصلية » تعييناً للدلالة المقصود .

وعلة الاعتداد بالتأشير المتقدم ذكره في الإثبات : أن الدائن في الحالة الأولى يدلي بإقرار غير قضائي ، لا يمكن استبعاده من السند الذي يتقدم به لاستيفاء حقه ، وأن ما يصدر من الدائن في الحالة الثانية يكون في الواقع بمثابة مخالصة تبقى في يد المدين .

٢ - ويراعى أن المشروع لا يتطلب توافر أي شرط شكلي في مثل هذا التأشير ، فهو لا يشترط بيان تاريخ التحرير أو وضع توقيع الدائن ، وهو لا يشترط إيراده في مكان معين من السند أو النسخة الأصلية أو المخالصة ، فقد يرد في ذيل الورقة أو على هامشها أو ظهرها . بيد أنه يشترط لتوافر حجية التأشير أو قوته في الإثبات أن يكون مكتوباً بخط الدائن في الحالتين اللتين

يواجههما النص وأن يظل سند الدين في يد الدائن في الحالة الأولى ، وفي يد المدين في الحالة الثانية . والواقع أن من صور الغش ما يتيسر وقوعه في الحالة الأولى لو دخل سند الدين في يد المدين ، إذ يسهل عليه تزوير التأشير ، وكذلك الشأن لو سلم الدائن السند لوكيل فوضه في استيفاء الدين ، فهو يؤشر على هذا السند بالتخالص قبل أن يسلمه لوكيله ، ويقوم هذا برده إليه بما سبق أن دون فيه من تأشيرات ، فيما إذا تخلف المدين عن الوفاء عند المطالبة ، ولذلك اشترط المشروع في هذه الحالة أن يكون السند قد بقي في يد الدائن ولم يخرج قط ، فإذا ادعى أن السند خرج من يده وقع عليه عبء إقامة الدليل على صحة هذه الدعوى . وقد يتصور في الحالة الثانية أن يكون الدائن قد سلم المخالصة لوكيل مفوض في استيفاء الدين . ولما كان من واجب مثل هذا الوكيل أن يرد إلى الموكل المخالصة التي تسلمها إذا لم يتم له استيفاء الدين ، فالمفروض أن الدائن يحتفظ بهذه المخالصة لأنه لم يستوف حقه من المدين ، ولهذه العلة اشترط المشروع أن تظل النسخة الأصلية أو المخالصة في يد المدين .

على أن تخلف أحد الشرطين المتقدمين لا يجعل التأشير خلواً من كل فائدة ، فللمدين مثلاً أن ينتفع منه بوصفه مبدأ ثبوت بالكتابة متى كان محرراً بخط الدائن . ولم يروجه للنص صراحة على هذا الحكم لأنه لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة .

٣ - ويراعى أن التأشير تقتصر حجته على الدائن وحده ، ولا يجوز أن ينهض دليلاً على وجه الإطلاق ، إذ من الممتنع على ذي الشأن أن يصطنع دليلاً لنفسه . ثم إن هذه الحجية لا تتوافر إلا إذا قصد من التأشير إثبات براءة

ذمة المدین ، أما ما عدا ذلك مما يؤشر به على سند الدين ، فلا تكون له حجية في الإثبات إلا في حدود القواعد العامة . ومتى تحدد المقصود من التأشير على هذا الوجه ، اعتبر حجة بما جاء فيه إلى أن يثبت العكس مراعى في ذلك أن تأشير الدائن لا يعتبر قرينة قاطعة على براءة الذمة ، بل يكون لهذا الدائن أن يثبت أن ما أشر به قد صدر منه عن غلط أو نحوه .

الفصل الثالث

طلب إلزام الخصم بتقديم
المحررات الموجودة تحت يده

المادة ٩٢

يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أي محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده :

(أ) إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه .

(ب) إذا كان مشتركاً بينه وبين خصمه . ويعتبر المحرر مشتركاً على الأخص

إذا كان المحرر لمصلحة الخصمين ، أو كان مثبتاً لالتزاماتهما وحقوقهما

المتبادلة .

(ج) إذا استند إليه خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى .

(م) ٢٠ إثبات مصري . و٢٠ بينات سوري . و٤٢ إثبات سوداني)

المذكرة الإيضاحية :

الأصل في الإجراءات القضائية أن يتقدم الخصوم بمستنداتهم إلى

المحاكم ، وليس لهم أن يجبروا خصومهم على إبراز ما في يدهم . ومع ذلك فقد رئي أنه يسوغ لخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم المستندات والأوراق المنتجة في الدعوى التي تكون تحت يده في أحوال ثلاثة منصوص عليها في هذه المادة وهي :

(أ) إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه ، وفي قانون البيئات السوري : « إذا كان القانون المدني أو التجاري يجيز . . . » ومثال ذلك الحالات التي نص عليها القانون التجاري وأباح للمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم إلزام التاجر بتقديم دفاتره التجارية .

(ب) إذا كان المحرر مشتركاً بينه وبين خصمه ؛ وقد أعطى المشروع مثلاً خاصاً لهذه الحالة حالة ما إذا كان المحرر لمصلحة الخصمين أو كان مشتباً للالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة . وهذه الحالة الخاصة أوردت على سبيل المثال .

(جـ) إذا استند إليه خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى ؛ ومن أمثلة ذلك ما إذا قدم الخصم محرراً للاستدلال به فلا يجوز له سحبه بغير رضاء خصمه إلا بإذن كتابي من القاضي (فيما بعد م ٩٧ من هذا المشروع) .

وهذه الحالات الثلاث التي وردت في المادة جاءت على سبيل الحصر . ويلاحظ أن الفصل في طلب الخصم إلزام خصمه بتقديم المحرر متروك لتقدير قاضي الموضوع . وللقاضي عدم قبول الطلب إذا رأى أن الورقة غير منتجة في الدعوى ، وله أن يرفضه إذا تبين له عدم جديته .

ويلاحظ أن قانون الإثبات السوداني لم يحدد حالات خاصة ونص المادة ٤٢

منه كما يأتي :

« يجوز للخصم أن يطلب من المحكمة تكليف خصمه بأن يظهر المستندات الموجودة في حيازته أو التي تحت تصرفه والمتعلقة بأية مسألة من المسائل المتنازع عليها ، متى كان ذلك ضرورياً للفصل في الدعوى أو لتوفير المصروفات » .

المادة ٩٣

يجب أن يبين في هذا الطلب :

(أ) أوصاف المحرر الذي يعينه .

(ب) فحوى المحرر بقدر ما يمكن من التفصيل .

(جـ) الواقعة التي يستدل به عليها .

(د) الدلائل والظروف التي تؤيد أنه تحت يد الخصم .

(هـ) وجه إلزام الخصم بتقديمه .

(م ٢١ إثبات مصري . و ٢١ بنات سوري) .

المذكرة الإيضاحية :

المقصود بالفقرة (هـ) أن يبين الطالب أن الحالة المعروضة هي إحدى

الحالات التي حددتها المادة السابقة على سبيل الحصر .

المادة ٩٤

لا يقبل الطلب إذا لم تراع أحكام المادتين السابقتين .

(م ٢٢ إثبات مصري) .

المادة ٩٥

إذا أثبت الطالب طلبه أمرت المحكمة بتقديم المحرر في الحال أو في أقرب

موعد تحدده . وإذا لم يثبت طلبه وأنكر الخصم كان له أن يطلب من القاضي تحليفه اليمين « بأن المحرر لا وجود له أو أنه لا يعلم وجوده ولا مكانه وأنه لم يخفه أو لم يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به » .

(م ٢٣ إثبات مصري . ٢٢ بينات سوري . ٤٣ إثبات سوداني) .

المذكرة الإيضاحية :

يكون إثبات الطالب طلبه بإثبات وجود الورقة التي وصفها وأنها تحت يد الخصم وأن الخصم ملزم قانوناً بتقديمها لكونها مما يندرج في عداد الحالات المذكورة في المادة ٩٢ من هذا المشروع ، وعليه أن يراعي في هذا الإثبات الأحكام الواردة في هذا المشروع . فإذا أثبت الطالب طلبه أمرت المحكمة بالزام الخصم بتقديم المحرر في الحال أو في أقرب موعد تحدده . أما إذا لم يثبت الطالب طلبه ، فإن له أن يطلب من القاضي توجيه اليمين إلى المدعى عليه ، وقد رثي بيان صيغة اليمين على النحو الوارد في المادة .

المادة ٩٦

إذا لم يقم الخصم بتقديم المحرر في الموعد الذي حددته المحكمة أو امتنع من حلف اليمين المذكورة ، اعتبرت صورة المحرر التي قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها . فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكله وموضوعه .

(م ٢٤ إثبات مصري . ٢٣ بينات سوري . وانظر م ٤٤ إثبات سوداني

ونصها : « إذا اقتنعت المحكمة بوجود المستندات تحت يد الخصم المطالب بتقديمها في الموعد الذي حددته أو امتنع عن حلف اليمين المذكور في المادة ٤٣ ، كان لخصمه الحق في إثبات محتوى تلك المستندات بأي طريق

من طرق الإثبات وجاز تحميل الخصم الممتنع مصروفات ذلك الإثبات أيًا
كانت نتيجة الفصل في الدعوى .

المادة ٩٧

إذا قدم الخصم محررًا للاستدلال به في الدعوى ، فلا يجوز له سحبه بغير
رضاء خصمه ، إلا بإذن كتابي من القاضي أو رئيس الدائرة بعد أن تحفظ منه
صورة في ملف الدعوى يؤشر عليها قلم الكتاب بمطابقتها للأصل .
(م ٢٥ إثبات مصري . و٢٤ بينات سوري إلا أن فيها : « . . . فلا يجوز له
سحبه إلا برضاء خصمه وبإذن خطي من رئيس المحكمة بعد أن تحفظ صورة
مصدقة عنه في إضبارة الدعوى » . وم ٤٦ إثبات سوداني ونص الفقرة الثانية
منها : « لا يجوز للخصم سحب المستندات التي قدمها إلا بأمر المحكمة وبعد
أن تحفظ منها صورة في ملف الدعوى يؤشر عليها بمطابقتها للأصل » .

المادة ٩٨

يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف أن تأذن في
إدخال الغير لإلزامه بتقديم محرر تحت يده وذلك في الأحوال ومع مراعاة
الأحكام والأوضاع المنصوص عليها في المواد السابقة .

(م ٢٦ إثبات مصري . و٢٥ بينات سوري بدون « ولو أمام محكمة
الاستئناف » . وبإضافة فقرة ثانية نصها : « يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو
بناء على طلب الخصوم أن تقرر جلب أسناد وأوراق من الدوائر الرسمية
السورية إذا تعذر ذلك على الخصوم » . وم ٤٧ إثبات سوداني ونصها :
« للمحكمة أن تأمر أو تأذن بإدخال الغير لإلزامه بتقديم مستند تحت يده وذلك
في الأحوال وبالأوضاع المنصوص عليها في المواد ٤٢ و٤٣ و٤٤ . ولها كذلك

أن تطلب من الجهات الإدارية ان تقدم ما لديها من المعلومات والوثائق اللازمة للفصل في الدعوى متى رأت المحكمة أن ذلك لا يضر بمصلحة عامة » .
المذكرة الإيضاحية :

استكمالاً للقواعد السابقة ومراعاة لصالح الخصم الذي يفيد من الورقة ، أجاز القانون ، إذا كانت الورقة المطلوب تقديمها تحت يد شخص خارج عن الدعوى ، للمحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة ثاني درجة أن تأذن في إدخال الغير لإلزامه بتقديم ورقة تحت يده ، وذلك في الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها بالنسبة إلى الزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده ، عملاً بالمادتين ٩٢ و٩٣ من هذا المشروع ، ويقدم طلب الإدخال في هذه الحالة من الخصم الذي يستفيد من الورقة ، ومتى أدخل الغير في الدعوى أصبح خصماً فيها وأصبح للمحكمة قبله سلطة الحكم عليه بالغرامة إذا امتنع عن الامتثال لأمرها فضلاً عن حق الخصم في الرجوع عليه بالتعويض إذا أضر به عدم تقديم الورقة .

المادة ٩٩

كل من حاز شيئاً أو أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعي حقاً متعلقاً به متى كان فحص الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه . فإذا كان الأمر متعلقاً بسندات أو أوراق أخرى . فللقاضي أن يأمر بعرضها على ذي الشأن وبتقديمها عند الحاجة إلى القضاء ، ولو كان ذلك لمصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند إليها في إثبات حق له .

على أنه يجوز للقاضي أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشيء إذا كان لمن

أحرزه مصلحة مشروعة في الامتناع عن عرضه .

ويكون عرض الشيء في المكان الذي يوجد فيه وقت طلب العرض ما لم يعين القاضي مكاناً آخر ، وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع نفقاته مقدماً ، وللقاضي أن يعلق عرض الشيء على تقديم كفالة تضمن لمن أحرز الشيء تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض .

(م ٢٧ إثبات مصري) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - كانت هذه المادة من بين مواد مشروع القانون المدني المصري الحالي (م ٢٧٣) وحذفت في لجنة المراجعة لأنها أدخلت في قانون المرافعات .

وهذا النص يتيح العمل على حسم المنازعات وبتعد بالمنازعة أمام القضاء عن مجال المبارزة .

٢ - ويجب لترتيب الالتزام الذي قرره النص توافر شروط ثلاثة :

أولها : أن يدعي شخص بحق يتعلق بشيء ، شخصياً كان الحق أو عينياً .

والثاني : أن يكون الشيء المدعى به في يد شخص آخر ، على سبيل الحيازة أو الإحراز ، سواء أكان هذا الشخص خصماً في الدعوى أم لم يكن خصماً فيها .

والثالث : أن يكون فحص الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعى به ، من حيث وجوده ومداه ويرجع تقدير هذه الضرورة إلى القاضي .

فيجوز مثلاً لمالك الشيء المسروق أن يطالب من يشتهه في حيازته له بعرضه

عليه ليتثبت من ذاتيته . ويجوز كذلك لوارث المهندس أن يطلب تمكينه من معاينة الترميمات التي أجراها مورثه حتى يتسنى له أن يعين مدى حقه في الأجر ، بعد أن آل إليه هذا الحق من طريق الميراث .

٣ - فإذا كان الشيء الذي يطلب عرضه سنداً أو وثيقة ، فيلاحظ أمران : أولهما - أن فحص الوثيقة قد يكون ضرورياً لا للبت في وجود الحق المدعى به وتعيين مداه ، بل لمجرد الاستناد إليها في إثبات حق للطالب . والثاني - أن للقاضي أن يأمر ، عند الاقتضاء ، بتقديم الوثيقة للمحكمة لا مجرد عرضها على الطالب .

فيجوز مثلاً لمشتري الأرض ، إذا تعهد بالوفاء بما بقي من ثمن آلة زراعية ملحقة بها ، أن يطلب عرض الوثائق الخاصة بتعيين القدر الواجب أدائه من هذا الثمن . ويجوز كذلك لموظف يدعي أنه عزل تعسفاً أن يطلب تقديم ملف خدمته للقضاء ليستخلص منه الدليل على التعسف .

٤ - إذا اجتمعت الشروط المتقدم ذكرها ، جاز للقاضي أن يأمر بعرض الشيء أو الوثيقة المطلوبة ، إلا أن يتمسك المدين بمصلحة مشروعة أو سبب قوي للامتناع ، كالحرص على حرمة سر عائلي مثلاً .

٥ - والأصل في العرض أن يحصل حيث يوجد الشيء وقت رفع الدعوى ، ولكن يجوز للقاضي أن يحكم بغير ذلك كما هو الشأن في تقديم الشيء أمام القضاء . وتكون نفقات العرض على عاتق من يطلبه ، ويجوز إلزامه إذا رأى القاضي ذلك ، بتقديم تأمين لضمان ما قد يصيب محرز الشيء من ضرر من وراء هذا العرض .

والنص كما يبدو من عباراته كثير الفروض ، وقد اجتهدت هذه المذكرة في ضبط النص ما وسعها ذلك ، ولكنه بطبيعته يستعصي على الانضباط وفائدته مرهونة بالاعتدال في تطبيقه عملاً ، وإلا فإنه قد يؤدي إلى خلاف المقصود من وضعه .

وهناك مادتان في قانون الإثبات السوداني ليس لهما مقابل في المصري هما م ٤٥ و ٤٨ ونصهما :

م ٤٥ : يجوز للخصم أن يطلب من المحكمة إعلان أي خصم أشار في مرافعاته إلى وجود أي مستند ويطلب منه في الإعلان تقديم ذلك المستند للاطلاع عليه ، فإذا لم يستجب الخصم لما طلب إليه في الإعلان جاز للمحكمة ، متى اقتنعت بأن تقديم ذلك المستند ضروري للفصل في النزاع ولا يتعلق بحق خاص به وليس له أي عذر آخريبرر عدم تقديمه ، أن تمنعه من التمسك به كدليل له في الدعوى .

م ٤٨ : تسري أحكام هذا الفصل (الأدلة المكتوبة) على الأشياء المادية التي يستند إليها كدليل في الدعوى بالقدر الذي يتفق وطبيعة تلك الأشياء .

الفصل الرابع

إثبات صحة المحررات

المادة ١٠٠

للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في المحرر من إسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاصها .

وإذا كانت صحة المحرر محل شك في نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذي صدر عنه أو الشخص الذي حرره ليبيدي ما يوضح حقيقة الأمر فيه .

(م ٢٨ إثبات مصري . و٢٦ بينات سوري . و٢١ - ٢٢ إثبات سوداني) .
المذكرة الإيضاحية :

الغرض من هذا النص تمكين القاضي من تجلية ما يتردد في صدره من الشك في صحة الورقة المقدمة إليه سواء أظعن الخصوم فيها أم لم يطعنوا . وهذا النص لا يغني عنه ما هو مقرر له من سلطة الحكم بتزوير الورقة أو بصحتها بغير حاجة إلى تحقيق ، لأن استعمال هذه السلطة مشروط بأن يطلب الخصم استبعاد الورقة المقدمة من خصمه .

وحكم هذه المادة يكمل بحكم المادة ١٣٠ من هذا المشروع التي تقضي بأن المحكمة إذا ظهر لها بجلاء أن الورقة مزورة كان لها من تلقاء نفسها أن تحكم برد الورقة وبطلانها .

المادة ١٠١

إنكار الخط أو الختم أو الإمضاء أو بصمة الإصبع يرد على المحررات غير الرسمية ، أما ادعاء التزوير فيرد على جميع المحررات الرسمية وغير الرسمية .

(م ٢٩ إثبات مصري . و٣٧ بينات سوري . و٢٤ إثبات سوداني) .

و١٣٩ - ١٤٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

المذكرة الإيضاحية :

تفرق هذه المادة بين المحرر العرفي والمحرر الرسمي . فالمحرر العرفي يحتمل الإنكار والطعن بالتزوير ، فلصاحب التوقيع أن يقتصر على الإنكار فيلجأ المحتج به إلى إجراءات تحقيق الخطوط ويقع عليه لا على صاحب التوقيع عبء الإثبات . وله أن يطعن في الورقة بالتزوير ويقع عليه عندئذ عبء الإثبات . أما المحرر الرسمي فلا سبيل إلا الطعن بالتزوير . ومرجع التفرقة بين النوعين من المحررات أن الورقة الرسمية تحمل توقيع الموظف العام الذي وثقها ، وفي هذا الموظف من الضمانات وعليه من المسؤولية ما يسمح بافتراض صحة صدور الورقة الرسمية ممن وقع عليها ، فإذا أراد الطعن فيها فسيبيله الطعن بالتزوير وعليه عبء الإثبات ، بخلاف المحرر العرفي فلا يتوافر فيه هذه الضمانات فإذا أنكر المنسوب إليه التوقيع توقيعه ، فعلى المتمسك بالمحرر أن يثبت صحته عن طريق إجراءات تحقيق الخطوط .

الفرع الأول

إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع وتحقيق الخطوط .

المادة ١٠٢

إذا أنكر من يشهد عليه المحرر خطه أو إمضاءه أو ختمه أو بصمة إصبعه أو أنكر ذلك خلفه أو نائبه ، وكان المحرر منتجاً في النزاع ، ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدة المحكمة في شأن صحة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة إصبعه - أمرت المحكمة بالتحقيق بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو بكليهما .

(م ٣٠ إثبات مصري . و١٤١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . و٢٨
بينات سوري . و٢٥ إثبات سوداني) .

المذكرة الإيضاحية :

الورقة العرفية تستمد قوتها في الإثبات من اعتراف من تشهد عليه بصمتها ،
فإذا أنكرها زال ما لها من قوة في الإثبات ، وكان على المتمسك بها أن يثبت
صحتها بإجراءات تحقيق الخطوط ، وهي مجموع الإجراءات التي رسمها
القانون ليثبت بها المتمسك بورقة عرفية صحتها إذا أنكرها من تشهد عليه أو
خلفه .

وللمحكمة أن تقضي فوراً بصحة الورقة أو باستبعادها بغير تحقيق إذا رأت
أن وقائع الدعوى ومستنداتها كافية في ذاتها لإقناعها . ولها أن تحيل الدعوى
على التحقيق .

وللمحكمة إذا أحالت الدعوى على التحقيق الخيار في أن تجرى التحقيق
بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو بالاثنين معاً .

المادة ١٠٣

يحرر محضر تبين به حالة المحرر وأوصافه بياناً كافياً ويوقعه رئيس الجلسة
وكاتب المحكمة والخصوم ويجب توقيع المحرر ذاته من رئيس الجلسة
والكاتب .

(م ٣١ إثبات مصري . و١٤٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . و٢٩
بينات سوري . و٢٦ إثبات سوداني ونصها : « يحزر محضر تبين به حالة
المحرر الذي حصل إنكاره بياناً كافياً ويؤشر على المحرر باسم مقدمه وتاريخ

تقديمه ورقم الدعوى المقدم فيها ويوقع من القاضي ويودع خزانة المحكمة » .

المادة ١٠٤

يشتمل منطوق الحكم الصادر بالتحقيق على :

- (أ) ندب أحد قضاة المحكمة لمباشرة التحقيق .
 - (ب) تعيين خبير أو ثلاثة خبراء .
 - (ج) تحديد اليوم والساعة اللذين يكون فيهما التحقيق .
 - (د) الأمر بإيداع المحرر المقتضى تحقيقه قلم الكتاب بعد بيان حالته على الوجه المبين بالمادة السابقة .
- (م ٣٢ إثبات مصري . و٣٠ بينات سوري . وعجز م ٢٦ إثبات سوداني . و١٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

المادة ١٠٥

يكلف قلم الكتاب الخبير الحضور أمام القاضي في اليوم والساعة المعينين لمباشرة التحقيق .

(م ٣٣ إثبات مصري . و١٤٤ من لائحة المحاكم الشرعية) .

المادة ١٠٦

على الخصوم أن يحضروا في الموعد المذكور لتقديم ما لديهم من أوراق المضاهاة والاتفاق على ما يصلح منها لذلك . فإن تخلف الخصم المكلف بالإثبات بغير عذر جاز الحكم بسقوط حقه في الإثبات . وإذا تخلف خصمه جاز اعتبار الأوراق المقدمة للمضاهاة صالحة لها .

(م ٣٤ إثبات مصري . و٣١ بينات سوري) .

المادة ١٠٧

على الخصم الذي ينازع في صحه المحرر أن يحضر بنفسه للاستكتاب في الموعد الذي يعينه القاضي لذلك ، فإن امتنع عن الحضور بغير عذر مقبول جاز الحكم بصحة المحرر .

(م ٣٥ إثبات مصري . و٣٢ بينات سوري . و٢٩ إثبات سوداني) .

المادة ١٠٨

تكون مضاهاة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع الذي حصل إنكاره على ما هو ثابت لمن يشهد عليه المحرر من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة إصبع .

(م ٣٦ إثبات مصري . و٣٣ بينات سوري . و١٤٦ - ٥٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . و٢٨ إثبات سوداني) .

المادة ١٠٩

لا يقبل للمضاهاة في حالة عدم اتفاق الخصوم إلا :

(أ) الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع الموضوع على محررات رسمية .

(ب) الجزء الذي يعترف الخصم بصحته من المحرر المقتضى تحقيقه .

(ج) خطه أو إمضائه الذي يكتبه أمام القاضي أو البصمة التي يطبعها أمامه .

(م ٣٧ إثبات مصري . و١٤٦ - ١ و٢ و٤ من لائحة ترتيب المحاكم

الشرعية . و٣٤ بينات سوري . و٢٨ إثبات سوداني) .

المذكرة الإيضاحية :

بين في هذه المادة الأوراق التي تصلح للمضاهاة ، في حالة عدم اتفاق الخصوم ، على سبيل الحصر ، فلا يقبل غيرها للمضاهاة ، ولا يحتاج قبولها لاتفاق الخصوم .

المادة ١١٠

يجوز للقاضي أن يأمر بإحضار المحررات الرسمية المطلوبة للمضاهاة عليها من الجهة التي تكون بها أو ينتقل مع الخبير إلى محلها للاطلاع عليها بغير نقلها .

(م ٣٨ إثبات مصري . و١٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . و٣٥ بينات سوري . و٣٠ إثبات سوداني) .

المادة ١١١

في حالة تسليم المحررات الرسمية لقلم الكتاب تقوم الصور التي تنسخ منها مقام الأصل متى كانت ممضاة من القاضي المنتدب وال كاتب والموظف الذي سلم الأصل . ومتى أعيد الأصل إلى محله ، ترد الصورة المأخوذة منه إلى قلم الكتاب ويصير إلغاؤها .

(م ٣٩ إثبات مصري . و١٤٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

المادة ١١٢

يوقع الخبير والخصوم والقاضي وال كاتب على أوراق المضاهاة قبل الشروع في التحقيق ويذكر ذلك في المحضر .

(م ٤٠ إثبات مصري . و١٤٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . و٣٦ بينات سوري) .

المادة ١١٣

تراعى فيما يتعلق بأولي الخبرة القواعد المقررة في الباب المتعلق بالخبرة .
(م ٤١ إثبات مصري . و١٥٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . و٣٧ بينات
سوري . و٣٣- ٢ إثبات سوداني) .

المادة ١١٤

لا تسمع شهادة الشهود إلا فيما يتعلق بإثبات حصول الكتابة أو الإمضاء أو
الختم أو بصمة الإصبع على المحرر المقتضى تحقيقه ممن نسبت إليه .
وتراعى في هذه الحالة القواعد المقررة في الباب الخاص بشهادة الشهود .
(م ٤٢ إثبات مصري . و٢٧ - ١ إثبات سوداني) .

المذكرة الإيضاحية :

الشاهد الذي يدعى للشهادة إنما يشهد على أنه رأى من تشهد عليه الورقة
يكتبها أو يوقع عليها ، ولكنه لا يشهد على حصول التصرف الذي أجراه
الخصوم بينهم . فيجب التفرقة بين التصرف في ذاته ، والدليل لإثباته .
فالإنكار ينصب على التوقيع ، ولا شأن له بالتصرف المثبت بالمحرر . وعلى
ذلك لا يمنع الحكم بصحة الورقة من الطعن على التصرف الثابت فيها
بالبطلان لأحد أسباب البطلان .

المادة ١١٥

إذا حكم بصحة كل المحرر فيحكم على من أنكره بغرامة لا تقل عن عشرة
جنيهاً ولا تجاوز خمسين جنيهاً .

(م ٤٣ إثبات مصري . و١٥٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . و٣٨

بينات سوري وفيها : « بغرامة ٥٠ إلى ١٥٠ ليرة سورية . ولا يحول ذلك دون الحكم للفريق الآخر بالعطل والضرر إذا كان هناك سوء نية » . و٣٤ إثبات سوداني ونصها : « إذا انتهت المحكمة إلى صحة المحرر يحكم على من أنكره بغرامة لا تجاوز عشرين جنيهاً ولا يحكم عليه بشيء ما إذا ثبت بعض ما ادعاه » .

المادة ١١٦

إذا قضت المحكمة بصحة المحرر أو برده أو قضت بسقوط الحق في إثبات صحته أخذت في نظر موضوع الدعوى في الحال أو حددت لنظره أقرب جلسة .
(م ٤٤ إثبات مصري) .

المادة ١١٧

يجوز لمن بيده محرر غير رسمي أن يختصم من يشهد عليه ذلك المحرر ليقر بأنه بخطه أو بإمضائه أو ببصمة إصبعه ولو كان الالتزام الوارد به غير مستحق الأداء ويكون ذلك بدعوى أصلية بالإجراءات المعتادة .
(م ٤٥ إثبات مصري . و٣٩ - ١ بينات سوري) .

المادة ١١٨

إذا حضر المدعى عليه وأقر ، أثبتت المحكمة إقراره ، وتكون جميع المصروفات على المدعي ويعتبر المحرر معترفاً به ، إذا سكت المدعى عليه أو لم ينكره أو لم ينسبه إلى سواه .
(م ٤٦ إثبات مصري . و٣٩ - ٢ بينات سوري) .

المادة ١١٩

إذا لم يحضر المدعى عليه حكمت المحكمة في غيبته بصحة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع . ويجوز استئناف هذا الحكم في جميع الأحوال .

(م ٤٧ إثبات مصري . و ٣٩- ٣ بينات سوري إلا أن في هذه « ويجوز الاعتراض على هذا الحكم في جميع الأحوال ») .

المادة ١٢٠

إذا أنكر المدعى عليه الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع فيجري التحقيق طبقاً للقواعد المتقدمة .

(م ٤٨ إثبات مصري . و ٣٩ - ٤ بينات سوري) .

الفرع الثاني

الادعاء بالتزوير

المادة ١٢١

يكون الادعاء بالتزوير في أية حالة تكون عليها الدعوى بتقرير في قلم الكتاب وتبين في هذا التقرير كل مواضع التزوير المدعى بها وإلا كان باطلاً .
ويجب أن يعلن مدعي التزوير خصمه في الثمانية الأيام التالية للتقرير بمذكرة يبين فيها شواهد التزوير وإجراءات التحقيق التي يطلب إثباته بها ، وإلا جاز الحكم بسقوط ادعائه .

(م ٤٩ إثبات مصري . و ١٥٤ و ١٦٠ و ١٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . و ٤٠ بينات سوري وهي تقابل الفقرة الأولى من هذه المادة .

و ٣٦ - ١ إثبات سوداني) .

رئى أن يستعمل هنا عبارة « الادعاء بالتزوير » بدلاً من عبارة « الطعن بالتزوير » كي تخلص كلمة « الطعن » للطعن في الأحكام والقرارات ، ولأن لفظ « الادعاء » في هذا السياق أدل على الخصم المكلف بالإثبات .

وقد أوجبت هذه المادة أن يقدم الادعاء بالتزوير بتقرير في قلم الكتاب تحدد فيه مواضع التزوير كلها فإن خلا عن هذا التحديد كان باطلاً . كما أوجبت على مدعي التزوير أن يعلن خصمه في الثمانية الأيام التالية للتقرير بمذكرة يبين فيها شواهد التزوير وإجراءات التحقيق التي يريد إثباته بها ، وإلا جاز الحكم بسقوط ادعائه .

وقد استعملت عبارة « شواهد التزوير » بدلاً من عبارة « أدلة التزوير » لكي يدخل في مشمولها كل ما يستند إليه مدعي التزوير من وقائع وقرائن وظروف وأمارات وظروف ، ما كان منها سبيل إثباته شهادة الشهود أو تحقيق الخبراء ، وما كان من قبيل القرائن المستفادة من الوقائع الثابتة في الدعوى .

المادة ١٢٢

على مدعي التزوير أن يسلم قلم الكتاب المحرر المطعون عليه إن كان تحت يده أو صورته المعلنه إليه . فإن كان المحرر تحت يد المحكمة أو الكاتب وجب إيداعه قلم الكتاب .

فإذا امتنع الخصم عن تسليم المحرر وتعذر ضبطه ، اعتبر غير موجود ، ولا يمنع هذا من ضبطه فيما بعد إن أمكن .

(م ٥٠ إثبات مصري . ١٥٦ و ١٥٧ و ١٥٩ من لائحة ترتيب المحاكم

الشرعية . و٤٢ بينات سوري . و٣٧ إثبات سوداني) .

المادة ١٢٣

إذا كان المحرر تحت يد الخصم ، جاز لرئيس الجلسة بعد اطلاعه على التقرير أن يكلف فوراً أحد المحضرين بتسلم ذلك المحرر ، أو بضبطه وإيداعه قلم الكتاب .

فإذا امتنع الخصم عن تسليم المحرر ، وتعذر ضبطه ، اعتبر غير موجود ، ولا يمنع هذا من ضبطه فيما بعد إن أمكن .

(م ٥١ إثبات مصري . و١٥٧ - ١٥٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

و٣٧ إثبات سوداني) .

المادة ١٢٤

إذا كان الادعاء بالتزوير منتجاً في النزاع ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لإقناع المحكمة بصحة المحرر أو بتزويره ، ورأت أن إجراء التحقيق الذي طلبه الطاعن في مذكرته منتج وجائز ، أمرت بالتحقيق .

(م ٥٢ إثبات مصري . و٤٣ بينات سوري . و٣٨ - ١ إثبات سوداني مع زيادة

« بالمضاهاة أو بشهادة الشهود أو بكليهما ») .

المذكرة الإيضاحية :

تراجع المذكرة الإيضاحية للمادة التالية .

المادة ١٢٥

يشتمل الحكم الصادر بالتحقيق على بيان الوقائع التي قبلت المحكمة

تحقيقها ، والإجراءات التي رأت إثباتها بها ، وعلى سائر البيانات المذكورة في المادة ١٠٤ من هذا القانون .

(م ٥٣ إثبات مصري . و١٦٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . وم ٤٤ بينات سوري) .

المذكرة الإيضاحية :

متى حصلت المرافعة على أساس المذكرة المبين بها شواهد التزوير ، نظرت المحكمة فيما إذا كان الادعاء بالتزوير منتجاً في النزاع . فإن وجدته منتجاً ولم تجد في وقائع الدعوى وأوراقها ما يكفيها في تكوين اقتناعها بصحة الورقة أو تزويرها ورأت أنه لا بد لذلك من إجراء التحقيق الذي طلبه مدعي التزوير في مذكرته ، أمرت بالتحقيق (م ١٢٤) وكان عليها أن تبين في حكمها الصادر بالتحقيق الوقائع التي قبلت تحقيقها والإجراءات التي رأت إثباتها بها إلى غير ذلك من البيانات الوارد ذكرها في هذه المادة والمادة ١٠٤ من هذا المشروع .

وليس مما يحتاج إلى بيان أن المحكمة متى أمرت بالتحقيق لا يكون لها أن تتعرض لتقدير سائر القرائن التي ساقها مدعي التزوير لتأييد مدعاه فإن ذلك لا يكون له محل إلا بعد الفراغ من التحقيق وعند الفصل في صحة الورقة على أساس جميع الأدلة القائمة في الدعوى ما استجد منها نتيجة التحقيق وما كان مقدماً من قبل .

ولما كانت الوقائع التي قد ترى المحكمة إثباتها بالتحقيق لا يدخل أفرادها تحت حصر وكثيراً ما تخرج عن مجرد كون الخط المنسوب إلى مدعي التزوير

هو خطه ، فإن القانون لم يجد موجباً للنص على تعيين الطريقة التي يجري بها التحقيق كما فعل في تحقيق الخطوط ، بل ترك الأمر في ذلك إلى القواعد الخاصة بكل طريقة من طرق التحقيق ، لكنه مع ذلك لم يجد بدءاً من النص على أنه إذا اقتضت الحال أن يؤمر بالتحقيق بالمضاهاة فإن التحقيق يكون وفق الأوضاع والقواعد المقررة للتحقيق بالمضاهاة في الفرع الخاص بتحقيق الخطوط .

ولم يجد هذا القانون داعياً للنص على وقف الدعوى لسبب الادعاء بالتزوير ، كما نص في المادة ١٥٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : « يترتب على الطعن بتزوير الورقة إيقاف السير في الدعوى إذا لم يكن للمدعي دليل آخر لإثباتها » . ذلك لأن هذا الادعاء لا يعدو أن يكون وسيلة دفاع في ذات موضوع الدعوى . فالسير في تحقيقه لا يكون إلا من قبيل المضي في إجراءات الخصومة الأصلية شأنه في ذلك شأن أية منازعة عارضة ، كدفع مانع من قبول الدعوى أو كأية منازعة في واقعة من وقائعها يحتاج إثباتها إلى تحقيق ويتوقف عليها الحكم . والحق أنه كلما كان الادعاء بالتزوير منتجاً في أصل النزاع فلا يتصور إمكان الحكم في الدعوى قبل الفصل في أمر التزوير .

والواقع أن المبرر لعقد فرع خاص بالادعاء بالتزوير هو الاعتراف لبعض الأوراق بحجية خاصة لا يكفي لدفعها مجرد إنكار الورقة إلا أن رعاية هذه الحجية لا تقتضي تعطيل الدعوى ولا غل يد قاضيها بترك تسيير إجراءات التحقيق والعودة إلى الموضوع لمشيئة الخصوم ، وإنما يكفي فيها بعض أوضاع تكفل ألا يقدم على الادعاء بالتزوير إلا خصم جاد مثابر مستعد على الإثبات .

المادة ١٢٦

يجري التحقيق بشهادة الشهود وفقاً للقواعد المقررة لذلك .

(م ٥٤ إثبات مصري . و ١٦٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وقد اقتصر على التحقيق بالمضاهاة . وم ٤٥ بينات سوري ونصها : « تقام البينة على التزوير بجميع طرق الإثبات . وتطبق أحكام المادتين ٣١ و ٣٢ حين التحقيق في التزوير بالتطبيق (أي بالمضاهاة) » . و ٣٨ - ٢ إثبات سوداني) .

المادة ١٢٧

الحكم بالتحقيق عملاً بالمادة ١٢٤ من هذا القانون يوقف صلاحية المحرر للتنفيذ دون إخلال بالإجراءات التحفظية .

(م ٥٥ إثبات مصري . و ٤٦ بينات سوري) .

المذكرة الإيضاحية :

يترتب على صدور الحكم بالتحقيق في الادعاء بالتزوير إيقاف صلاحية الورقة للتنفيذ ، إذ أن المحكمة لا تحكم بالتحقيق عملاً بالمادة ١٢٤ من هذا القانون إلا إن كان الادعاء بالتزوير منتجاً ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدة المحكمة في شأن صحة الورقة أو تزويرها ، وإلا إذا رأت أن إجراء التحقيق نفسه منتجاً وجائزاً .

المادة ١٢٨

إذا حكم بسقوط حق مدعي التزوير في ادعائه أو برفضه حكم عليه بغرامة لا تقل عن خمسة وعشرين جنيهاً ولا تجاوز مائة جنيه .

ولا يحكم عليه بشيء إذا ثبت بعض ما ادعاه .

(م ٥٦ إثبات مصري . و١٧١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . و٤٧

بينات سوري في فقرتها الأولى : « حكم عليه بغرامة نقدية من ١٠٠ إلى ٢٥٠ ليرة سورية ولا يحول ذلك دون الحكم للفريق الآخر بالعتل والضرر إذا كان هناك سوء نية » أما الفقرة الثانية فمثل الفقرة الثانية هنا . و٣٩ إثبات سوداني) .

المادة ١٢٩

للمدعى عليه بالتزوير إنهاء إجراءات الادعاء في أية حالة كانت عليها بنزوله عن التمسك بالمحرر المطعون فيه .

وللمحكمة في هذه الحالة أن تأمر بضبط المحرر أو بحفظه إذا طلب مدعي التزوير ذلك لمصلحة مشروعة .

(م ٥٧ إثبات مصري . و١٦٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها :

« يجوز للمدعى عليه بالتزوير أن يوقف سير التحقيق فيه إذا أقر بأنه غير متمسك بالسند المدعى التزوير فيه » . و٤٨ بينات سوري وقد أضيفت فيها فقرة ثالثة نصها : « ولها (أي للمحكمة) أن تقرر إتلاف الورقة أو السند أو شطبه كله أو بعضه أو إصلاحه » . و٤٠ إثبات سوداني) .

المادة ١٣٠

يجوز للمحكمة - ولو لم يدع أمامها بالتزوير بالإجراءات المتقدمة - أن

تحكم برد أي محرر وبطلانه إذا ظهر لها بجلاء من حالته أو من ظروف الدعوى أنه مزور .

ويجب عليها في هذه الحالة أن تبين في حكمها الظروف والقرائن التي تثبت
منها ذلك .

(م ٥٨ إثبات مصري . و١٦٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

المادة ١٣١

يجوز لمن يخشى الاحتجاج عليه بمحرر مزور أن يختصم من بيده ذلك
المحرر ومن يفيد منه لسماع الحكم بتزويره ويكون ذلك بدعوى أصلية ترفع
بالأوضاع المعتادة .

وتراعي المحكمة في تحقيق هذه الدعوى والحكم فيها القواعد المنصوص
عليها في هذا الفرع والفرع السابق عليه .

(م ٥٩ إثبات مصري . و٤٩ بينات سوري) .

المذكرة الإيضاحية :

أجيز في هذه المادة دعوى التزوير الأصلية ، فأبيح لمن يخشى الاحتجاج
عليه بورقة مزورة عليه أن يختصم من بيده الورقة ومن يستفيد منها لسماع
الحكم بتزويرها وذلك بدعوى أصلية وبالإجراءات المعتادة . وتراعي
المحكمة في هذه الدعوى وفي الحكم فيها القواعد المنصوص عليها في شأن
الادعاء بالتزوير وتحقيق الخطوط بقدر ما يتفق العمل بهذه القواعد مع طبيعة
الدعوى الأصلية .

البَابُ الخَامِسُ

اليمين

حجيتها :

اليمين طريق من طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ، والمقصود هنا يمين الخصم لا الشاهد ، والسند في ذلك الأحاديث الآتية :

- عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : « لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » متفق عليه . وللبيهقي بإسناد صحيح « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » .

(بلوغ المرام ، رقم ١٢٠٩ ، ص ٢١٩) .

- وعن أبي هريرة رضي الله عنه « أن النبي ﷺ عرض على قوم اليمين فأسرعوا ، فأمر أن يسهم بينهم في اليمين أيهم يحلف » رواه البخاري .
(قال الخطابي : معنى الاستهام هنا « الاقتراع » يريد أنهما يقترعان فأيهما خرجت له القرعة حلف وأخذ ما ادعى) .

(بلوغ المرام ، رقم ١٢١٠ ، ص ٢١٩) .

- وعن أبي أمامة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه فقد أوجب الله له النار وحرم عليه الجنة » .

(بلوغ المرام ، رقم ١٢١١ ، ص ٢٢٠) .

- وعن الأشعث بن قيس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « من حلف

على يمين يقطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان » - متفق عليه .

(بلوغ المرام ، رقم ١٢١٢ ، ص ٢٢٠) .

- وعن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ رد اليمين على طالب الحق . رواهما الدارقطني ، وفي إسنادهما ضعف . (أي هذا والذي قبله وليس في اليمين) .

(بلوغ المرام ، ١٢١٧ ، ص ٢٢١ . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١٣٣٠ ، ص ١٤٩١) .

المادة ١٣٢

تكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف « أحلف بالله » ويذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة ، ولمن يكلف حلف اليمين أن يؤديها وفقاً للأوضاع المقررة في ديانته إذا طلب ذلك .

(م ١٧٤٣ من المجلة ونصها : إذا قصد تحليف أحد الخصمين يحلف باسمه تعالى بقوله « والله » أو « بالله » مرة واحدة بدون تكرار . و ١٢٧ - ١٢٨ إثبات مصري . و ١٢٩ - ١٣٠ بينات سوري وفيها : « بأن يقول الحالف : والله » . و ٧٩ - ١ و ٢ إثبات سوادني) .

المذكرة الإيضاحية :

أزيد في هذه المادة بيان صيغة اليمين التي يؤديها الخصم .

والمقرر في الفقه الإسلامي أن اليمين تكون بالله عز وجل وكذا بأي صفة من صفاته كالرحمن والرحيم .

والدليل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : « من كان حالاً فليحلف بالله أو ليذر » وقوله عليه الصلاة والسلام : « من حلف بغير الله فقد أشرك » .

وقد تؤكد اليمين بذكر أوصافه تعالى كأن يقول : « والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان علي ولا قبلي هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه » - وذلك لأن أحوال الناس شتى : فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك . وله أن يزيد على هذا إن شاء وله أن ينقص منه . ولو أمر القاضي بعطف بعض أسماء الله تعالى على بعض فأتى بواحدة ونكل عن الباقي لا يقضى عليه بالنكول لأن المستحق عليه يمين واحدة وقد أتى بها . ولو لم يغلظ جاز .

وقيل : لا يغلظ على المعروف بالصلاح ، ويغلظ على غيره .
وقيل : يغلظ في الخطير من المال ، دون الحقير .

ولو غلظ عليه فحلف من غير تغليظ ونكل عن التغليظ لا يقضى عليه بالنكول ، لأن المقصود الحلف بالله تعالى وقد حصل .

ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لمخالفة ذلك للحديث . قال صاحب الهداية : وقيل في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك لقلّة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق ولكن الظاهر أنه يراد بهذه اليمين (بالطلاق) التخويف وطمأنينة المدعي ولكن لا يقضى بالنكول فيها .

ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام ، والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام .

(انظر : أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ص ٢٤٨ - ٢٥٢ . وابن فرحون ،
تبصرة الحكام ، ١ : ١٨٤ - ١٨٥ . والكاساني ، البدائع ، ٦ : ٢٢٧ - ٢٢٨ .
وابن نجيم ، البحر الرائق : ٧ : ٢١٣ . وفيما تقدم المادة ٦٨ ومذكرتها
الإيضاحية) .

والقاضي يعرض اليمين على المدعى عليه بأن يقول له : « إني أعرض عليك
اليمين ثلاثاً . فإن حلفت ، وإلا قضيت عليك بما ادعاه » . فإذا كرر العرض
عليه ثلاث مرات ولم يحلف ، قضى عليه بالنكول . وهذا التكرار لزيادة
الاحتياط والمبالغة في إبلاء الأعداء ، فهو للاستحباب . والمذهب أنه لو قضى
بالنكول بعد العرض مرة جاز ، وهو الصحيح . والأولى هو القضاء بالنكول بعد
العرض ثلاث مرات ، وصورة ذلك أن يقول القاضي للمدعى عليه : « احلف
بالله ما لهذا عليك ما يدعيه وهو كذا وكذا ولا شيء منه » . فإن نكل يقول له
ذلك . فإن نكل يقول له : « بقيت الثالثة ثم أقضي عليك إن لم تحلف » ، ثم
يقول له ثالثاً . فإن نكل ، قضى عليه بدعوى المدعي .

(الهداية وشروحها . وأحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٣٩ - ٢٤٠)

المادة ١٣٣

يعتبر في حلف الأخرس ونكوله إشارته المعهودة إن كان لا يعرف الكتابة .
فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله بها .

(م ٢٠٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . وم ١٧٥٢ من المجلة .
و ١٢٩ إثبات مصري . ١٣١ بينات سوري) .

المذكرة الإيضاحية :

نص في المجلة في المادة ١٧٥٢ على أنه « تعتبر يمين الأخرس ونكوله عن

اليمين بإشارته المعهودة» . وقد رثى الأخذ بما نص عليه في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في المادة ٢٠٤ من أن الإشارة تعتبر إذا لم يكن الأخرس يعرف الكتابة . أما إن كان يعرف الكتابة ، فيكون حلفه ونكوله بالكتابة ، فذلك أدق وأضبط ، كما في الإقرار : لا يعتبر إقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة (م ١٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . والمادة ١٦ من هذا المشروع) .

المادة ١٣٤

تجوز النيابة في التحليف ، ولكن لا تجوز في اليمين .
ولا يجوز للوكيل في الخصومة طلب اليمين من الخصم الآخر إلا بتوكيل خاص .

(م ٢٠٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . وم ١٧٤٥ من المجلة وقد اقتضرت على الفقرة الأولى) .

المذكرة الإيضاحية :

يجوز لمن ينوب عن صاحب الحق بوكالة أو وصاية أو ولاية توجيه اليمين بواسطة القاضي إلى المدعى عليه ، ولكن لا يجوز لواحد من هؤلاء أن يحلف بالنيابة عن من يقوم مقامه ، إذ القاعدة هي أن النيابة تجري في الاستحلاف ولا تجري في الحلف ، ووجهه ظاهر .

وعلى ذلك إذا وجهت اليمين من المدعي إلى أحد هؤلاء فحلف فلا يترتب على حلفه أو نكوله حكم ، والواجب في هذه الحالة تحليف ذي الشأن الأصلي متى كان أهلاً لأداء اليمين ، وإلا كانت الحجة بالنسبة له قاصرة على بيته

المدعي . لكن يجوز لكل واحد من هؤلاء أن يحلف على فعل نفسه من عقد أو تصرف باشره .
(أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٣٩) .

ولوكلاء الدعاوى أن يحلفوا الأخصام إذا فوض الموكلون إليهم ذلك . أما إذا توجهت اليمين إلى الموكل فإنه يلزمه أن يحلف هو نفسه . ومثل الوكيل الوصي والمتولي وأبو الصغير ، فإنهم يملكون الاستحلاف ، ولا يحلف أحد منهم إلا إذا ادعى عليه العقد .

ومما يتفرع على هذا أنه إذا ادعى أحد على الميت مالاً ، فله أن يحلف كل الورثة ولا يكتفي بيمين أحدهم ، لأن النيابة لا تجري في الحلف ، ولو ادعى الورثة مالاً لمورثهم على إنسان وحلف أحدهم المدعى عليه عند القاضي كفى ذلك ، فليس لبقية الورثة أن يحلفوه لأن النيابة تجري في الاستحلاف .
(أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٥٨ . والدر والتكملة) .

المادة ١٣٥

إذا حلف أحد على فعله يحلف على البتات . وإذا حلف على فعل غيره يحلف على عدم العلم .

(م ١٧٤٨ من المجلة . وانظر م ١١٥ إثبات مصري . و ٤١١ مدني مصري . و ١١٤ بينات سوري) .

المذكرة الإيضاحية :

الضابط للتحليف أنه إن كان على فعل نفسه فهو على البتات والقطع ، كأن يحلف بالله ما اشتري أو ما باع . . . إلخ . وإن كان على فعل غيره يكون على

العلم ، كأن يحلف بالله ما يعلم أن على مورثه الدين الذي يدعيه فلان ولا شيء منه . وذلك لأنه إذا حلف على فعل غيره على البتات وهو لا يحيط علمًا بما فعل غيره فربما يمتنع عن اليمين ، مع كونه محققًا فيما يقول ، فيتضرر . فاكثفي بتحليفه على العلم رفعًا للخرج عنه حتى إذا امتنع عن الحلف في هذه الحالة اعتبر نكوله عند أبي حنيفة بدلًا أي تركًا للخصومة ، وعند الصحابين إقرارًا أي بدلًا عن الإقرار وقائمًا مقامه .

(أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٤١ وما بعدها) .

قالوا : ومع ذلك إذا جازف وحلف على البتات ، اعتبر يمينه ، لأن البتات أكد من العلم . ولو تعين أن يحلف على البتات ، فحلف على العلم ، لا يعتبر ذلك ، ولا تسقط عنه اليمين ، ووجهه ظاهر .

(انظر : الهداية . وأحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٥٣) .

واليمين دائمًا تكون على النفي حتى يتأتى بها الاستيعاب . وهي إما على نفي الفعل أو نفي العلم ، وإما على نفي السبب أو نفي الحكم (أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٥٨ و ٢٥٣ وما بعدها . وم ١٧٤٩ من المجلة) .

المادة ١٣٦

لا يعتبر الحلف أو النكول إلا إذا كان أمام المحكمة .

(م ١٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . وم ١٤٤٤ و ١٧٤٧ و ١٧٥١

من المجلة) .

المذكرة الإيضاحية :

يشترط أداء اليمين أمام القاضي .

فإذا اصطلحا على أن يحلف عند غير القاضي ويكون بريئاً ، فهو باطل ، لأن التحليف حق القاضي بطلب المدعي ، فلا عبء ليمين ولا نكول عند غير القاضي .

وفي تبصرة الحكام (١ : ١٩٢) : « وإذا حلف الخصم دون حضور خصمه ، لم يجزئه اليمين . وكذلك إذا بدر باليمين بحضور خصمه قبل أن يسأله ذلك فإن لم يرض بها لم تجزه » .

وفي القانون : اليمين إما أن تكون قضائية تؤدي أمام القضاء ، أو غير قضائية تؤدي أو يتفق على تأديتها في غير مجلس القضاء . واليمين غير القضائية ليس لها أحكام خاصة بل تتبع في شأنها القواعد العامة . أما اليمين القضائية فهي المقصودة هنا ، وهي التي تكون أمام المحكمة .

(انظر: السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، البند ٢٦٥ ، ص ٥١٤-٥١٥) .

المادة ١٣٧

إذا اجتمعت دعاوى مختلفة ، يكفي فيها يمين واحدة على جميعها ، ولا يلزم التحليف لكل منها على حدة .

(م ٢٠٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . وم ١٧٥٠ من المجلة) .

المذكرة الإيضاحية :

تعرض هذه المادة لحالة ما إذا اجتمعت دعاوى مختلفة ، فالحكم في هذه الحالة أنه تكفي يمين واحدة عن الكل . كما لو ادعى عليه دراهم ودنانير وعروضاً وعقاراً مثلاً وأنكر المدعى عليه وأراد تحليفه فالقاضي يجمع الكل ويحلفه يميناً واحدة .

(أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٥٧ - ٢٥٨ . وانظر : ابن فرحون ، تبصرة الحكام ١ : ١٩٢ - ١٩٣ و ١٩٤ - ١٩٥) .

المادة ١٣٨

من افتدى يمينه أو صالح عنه بمقدار من المال ، سقط حق المدعي في تلك اليمين .

المذكرة الإيضاحية :

من ادعى على آخر مالاً فأنكره فطلب يمينه فافتداها أو صالح عنها على مقدار من المال ، جاز ذلك . والافتداء يكون بمال مثل المدعى أو أقل منه . وأما الصلح عن اليمين فيكون على مال أقل من المدعى في الغالب ، لأن الصلح ينبيء عن الحطيطة . وكلاهما مشروع وقد افتدى عثمان رضي الله عنه يمينه .

وإذا افتدى يمينه أو صالح عنها ، فقد سقط حق المدعى في تلك اليمين ، فليس له أن ينقض ما حصل ويستحلف المدعى عليه ثانياً لأن الساقط لا يعود . (الهداية وشروحها . وأحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٥٧) .

المادة ١٣٩

إذا عجز المدعي عن إثبات دعواه ، وطلب تحليف خصمه ، فحلف أو نكل حكم بمقتضى الحلف أو النكول .

(م ١٩٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . وم ١٧٤٢ و ١٧٥١ من المجلة) .

(وانظر في اليمين الحاسمة : م ١١٢ و ١١٣ بينات سوري . و ٤٧١ مدني
عراقي . و ٤١٠ مدني مصري . و ١١٤ إثبات مصري . و ٧٥ إثبات سوداني .
و ١١٢ - ١١٣ بينات سوري) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - بعد تمام دعوى المدعي يسأل القاضي المدعى عليه عما قاله
المدعي ، فإن أقر المدعى عليه بما قاله المدعي ألزمه القاضي بما أقرب به . وإن
أنكر سأل المدعي البينة ، فإن عجز حلف المدعى عليه بطلب المدعي . فإن
حلف بقي المدعى في يده ومنع المدعي من التعرض له ويسمى هذا قضاء
ترك . وإن نكل ، قضى عليه بما ادعاه المدعي ، قضاء استحقاق ، كما لو
ثبت بالإقرار أو البينة .

إذا قال المدعي لي بينة على دعواي ، فإما أن تكون بينة حاضرة بمجلس
القاضي ، أو حاضرة بالمصر الذي فيه القاضي ، أو غائبة عنه .

- فإن كانت البينة غائبة عن المصر ، وطلب المدعي يمين المدعى عليه
أجابه القاضي إلى طلبه ، اتفاقاً ، تيسيراً عليه وعلى خصمه في رفع المؤنة
والانتظار .

- وإن كانت البينة حاضرة بمجلس القاضي ، وطلب يمين خصمه ، لا يجيبه
القاضي إلى طلبه بالاتفاق ، لارتفاع الحرج عن المتخاصمين بحضور البينة .

- وإن كانت البينة حاضرة بالمصر ، وطلب يمين خصمه : فعلى قول أبي
حنيفة لا يجيبه القاضي إلى طلبه بل يكلفه إحضار البينة . وعلى قول أبي
يوسف يجيبه إلى طلبه ولا يكلفه إحضار البينة . ومحمد مع أبي يوسف على

رواية الخفاف ، ومع أبي حنيفة على رواية الطحاوي كما في الهداية .

استدل أبو يوسف بقوله عليه الصلاة والسلام : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » ومعلوم أن كلمة « على » تفيد الوجوب ، فالمنكر مستحق عليه اليمين والمستحق لها هو المدعي ، فاليمين إذن حق للمدعي على المدعي عليه . وأظهر من هذا قوله عليه الصلاة والسلام : « لك يمينه » حيث أضاف إليه اليمين بلام الملك والاختصاص .

واستدل أبو حنيفة بقوله ﷺ للمدعي : « ألك بينة ؟ فقال : لا ، فقال : لك يمينه » - فقد ذكر اليمين بعدما عجز المدعي عن البينة ، وهذا يدل على أن ثبوت حق المدعي في اليمين مرتب على عجزه عن إقامة البينة .

وإذا كانت البينة حاضرة بالمصر فكأنها كالحاضرة بمجلس القاضي بجامع القدرة على إقامتها في كل .

وظاهر المادة ١٩٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التمشي مع قول أبي حنيفة إذ جاء فيها ما نصه : « إذا عجز المدعي عن إثبات دعواه أو اعتبر عاجزاً وطلب تحليف خصمه ، فحلف أو نكل ، حكم بمقتضى الحلف أو النكول » .

وإنما صارت اليمين حقاً للمدعي ، لأن المنكر قصد إتواء حقه على زعمه ، بالإنكار ، فمكته الشارع من إتواء نفسه باليمين الكاذبة ، وهي الغموس إن كان كاذباً ، كما يزعم المدعي وهذا أعظم من إتواء المال . فإن كان الحالف صادقاً حصل له الثواب بذكر اسم الله تعالى على وجه التعظيم .

وإذا حلف القاضي المدعي عليه بطلب المدعي ، فحلف ، فالمدعي

لا يزال على دعواه ولا يبطل حقه بيمين المدعى عليه ، إلا أنه ليس له أن يخاصمه بعد ذلك ما لم يتم البينة على وفق دعواه ، فإن وجد بينة أقامها وقضى له بها ، غير أن المدعي إذا كان قد حصر شهوده أو قال : لا بينة لي : فعلى قول أبي حنيفة لا تقبل منه البينة بعد ذلك للتناقض الظاهر ، وعلى قول محمد يجاب إلى طلبه وتسمع بينته لأنه ربما كان له بينة في الواقع ولم يعرفها ثم عرفها أو نسيها ثم تذكر . ومذهب محمد هو الظاهر من الوجهة النظرية وعليه المتون ، غير أن في العمل بقول أبي حنيفة إقفاً لباب كبير من أبواب التزوير ، فكان هو الأرجح من الوجهة العملية وهو المختار في المجلة (انظر : المادة ١٧٥٣) وفي لائحة ترتيب المحاكم الشرعية غير أنه استثنى في اللائحة شهادة الحسبة ، لأنها من حقوق الله (انظر المادتين ١٩١ و ١٩٦ منها . وأحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٣١ - ٢٣٥) .

٢ - واليمين على المدعى عليه لأحاديث كثيرة منها :

- ما روى البخاري ومسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قضى باليمين على المدعى عليه .

- وروى أحمد ومسلم أن النبي ﷺ قال : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » .

- وأخرج البيهقي هذا الحديث بإسناد صحيح بلفظ : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » .

- وروى مسلم والترمذي عن وائل بن حجر : « جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي ﷺ فقال الحضرمي : يا رسول الله ، إن هذا قد غلبني على أرض كانت لأبي ، قال الكندي : هي أرضي في يدي أزرعها ليس له

فيها حق ، فقال ﷺ للحضرمي : ألك بينة ؟ قال : لا ، قال : فلك يمينه .
فقال : يارسول الله ، الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع
من شيء ؛ قال : ليس لك منه إلا ذلك . فانطلق ليحلف فقال رسول الله ﷺ
لما أدبر الرجل . أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلماً ليلقين الله وهو عنه
معرض . »

فهذه الأحاديث وما في معناها تدل على أن البينة على المدعي واليمين على
المدعى عليه .

وقد ذهب الجمهور وحملوا ما ورد في ذلك على عمومته في حق كل أحد ،
سواء أكان بين المدعي والمدعى عليه اختلاط في المعاملة أم لا .
واشترط المالكية لتوجيه اليمين أن يكون بين المدعي والمدعى عليه اختلاط
في المعاملة ، لئلا يبتذل أهل السفه أهل الفضل بتحليفهم مراراً ولهم في ذلك
استثناءات .

(انظر : ابن فرحون ، التبصرة ، ج ١ ، ص ١٩٦ - ٢٠١) .

وقال الاصطخري من الشافعية : إن قرائن الحال إذا شهدت بكذب المدعي
لم يلتفت إليه .

(انظر : أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ٢٣٥ - ٢٣٦ . والسنهوري ،
الوسيط ، ج ٢ ، الهامش ٢ ، ص ٥٢٤ - ٥٢٥) .

وإذا برهن المدعي على دعواه فطلب المدعى عليه من القاضي أن يحلف
المدعي على أنه محق في الدعوى أو على أن الشهود محقون في الشهادة
لا يجيبه القاضي إلى ما طلب - قالوا : لأنه خلاف الشرع (أحمد إبراهيم ،
ص ٢٥٩) .

هل يشترط طلب الخصم اليمين :

الدعوى إما أن تكون من حقوق العباد أو من حقوق الله (أي دعوى حسبة) . فإن كانت من حقوق الله ، فالذي يوجه اليمين فيها إلى المدعى عليه هو القاضي ، محافظة على حق الله تعالى ، ولو لم يطلب المدعى ذلك منه (م ٢٠٣ من اللائحة) ، ويظهر ذلك في دعوى الطلاق والعتق وأشباه ذلك .

وأما إن كانت الدعوى من حقوق العباد ، فالقاضي هو الذي يوجه اليمين إلى المدعى عليه ، لكن بشرط طلب المدعى ذلك منه ، فإن حلفه القاضي من تلقاء نفسه أو حلفه المدعى بدون توجيه اليمين من القاضي فالأحكام التي تبني على ذلك باطلة (انظر : م ١٧٤٧ من المجلة) .

قال في تبصرة الحكام (ج ١ ص ١٨٩) : « فصل - لابد من حضور المحلوف له أو وكيله لتقاضي اليمين ، فإن تغيب وكل القاضي من يقتضيها إذا ثبت عنده تغيبه . ولا يحلف القاضي المدعى عليه إلا بسؤال خصمه ، أو قرينة حال تدل على طلبه لذلك من القاضي - قاله المازري .

وقال فيها أيضاً (١ : ١٩٠) :

« فصل - في حكم النكول عن اليمين - ونعني به نكول المدعى عليه أو المدعى إذا توجهت عليه اليمين فنكل عنها : ولا يثبت الحق على المدعى عليه بمجرد نكوله كمذهب أبي حنيفة ، بل لا بد مع نكوله من يمين المدعى ويتم نكوله بقوله : « لا أحلف » ، وكذلك قوله : « أنا ناكل عن اليمين » ، أو بقوله للمدعى : « احلف أنت » . وأما تماديه على الامتناع من اليمين : فإن كان مع نطقه بمثل هذه الألفاظ فلا إشكال ، وإن كان بدون هذه الألفاظ فهو

يشبه الامتناع من الجواب ، وقد تقدم حكم ذلك في القسم الثالث من أقسام الجواب عن الدعوى .

وأبو حنيفة يعتبر النكول بذلاً - أي تركاً للمنازعة (لا الهبة والتمليك) وعند الصاحبين النكول إقرار أو قائم مقام الإقرار (أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٤٠ وما بعدها . وانظر : تكملة فتح القدير ، ٦ : ١٦٣ - ١٦٥ . والسنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، الهامش ٤ ، ص ٥٧٠ . وفيما تقدم المذكرة الإيضاحية للمادة ١٣٥) .

المادة ١٤٠

إذا كلف القاضي من توجه إليه اليمين ، في الدعاوى المتعلقة بالمعاملات ، باليمين ونكل عنها صراحة بقوله : « لا أحلف » ، أو دلالة بالسكوت بلا عذر ، حكم القاضي بنكوله . وإذا أراد أن يحلف بعد الحكم فلا يلتفت إليه ويبقى الحكم على حاله .

(م ١٧٥١ من المجلة) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - هل يفترض القضاء فور النكول أي عقبه بدون تراخ ؟ في المسألة خلاف . قال في الدر : إنه لم ير في ذلك ترجيحاً . وفي تكملة الفتح أن فيه اختلافاً ولم يذكر الترجيح أيضاً .

٢ - قضى عليه بالنكول ، ثم أراد أن يحلف ، فلا يلتفت إليه والقضاء على حاله ، لأنه أبطل حقه بالنكول ، فلا ينقض القضاء . وإنما قيدنا بالقضاء لأنه لو نكل ثم أراد أن يحلف بعد نكوله قبل القضاء ، جاز ذلك وقبل منه ، لأن

النكول لا يصير حجة ملزمة إلا إذا اتصل به القضاء . ولو كان حلفه بعد العرض ثلاثاً . وهذه جهة أخرى ، لضعف النكول ، لأن المدعى عليه يملك إبطاله قبل القضاء مع أنه لا يملك إبطال الإقرار الصادر عنه .

٣ - أما لو قضى عليه بالنكول ثم جاء المدعي بالبينة ، فإنه يقضي بها كما يقضي بها بعد الإقرار . وفائدة قبولها بعد لزوم حق المدعي بالقضاء ، تعدية الحكم إلى غيره .

٤ - لو ادعى على آخر ديناً مؤجلاً ، فأنكر ، لا يحلف على الدين المؤجل في أظهر القولين . وعلله الحموي بأنه قبل حلول الأجل لا تسوغ له المطالبة به حتى يترتب على إنكاره التحليف .

(أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٤٧ - ٢٤٨) .

وقال في التبصرة (١ : ١٩١) « وإذا تم نكوله بالنطق أو الامتناع من اليمين ، على ما تقدم ، ثم قال بعد ذلك : « أنا أحلف » ، لم يقبل منه ولم يلزم ذلك خصمه إلا أن يشاء . وهذا مثل من قام له شاهد بحق وأبى أن يحلف معه ورد اليمين على المطلوب ، ثم بدا له وأراد أن يحلف ، فليس له ذلك » .

المادة ١٤١

يجب على من يوجه إلى خصمه اليمين أن يبين بالدقة الوقائع التي يريد استحلافه عليها ويذكر صيغة اليمين بعبارة واضحة .

(م ١٢٢ إثبات مصري . و ٧٦ - ١ إثبات سوداني . و ١٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : « يجب على المحكمة أن تبين في محضرها الوقائع التي يستحلف الخصم عليها . وعلى من توجهت عليه أن يحلف كما قررت المحكمة ») .

المادة ١٤٢

للمحكمة أن تعدل صيغة اليمين التي يعرضها الخصم بحيث توجه بوضوح ودقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها .

(م ١٢٣ إثبات مصري . و٧٧-١ إثبات سوداني . و١٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وتقدم نصها عقب المادة السابقة : م ١٤١) .

المادة ١٤٣

إذا لم يناع من وجهت إليه اليمين ، لا في جوازها ولا في تعلقها بالدعوى ، وجب عليه إن كان حاضرًا بنفسه أن يحلفها فورًا وإلا اعتبر ناكلاً . ويجوز للمحكمة أن تعطيه ميعادًا للحلف إذا رأت لذلك وجهًا . فإن لم يكن حاضرًا وجب تكليفه ، على يد محضر ، الحضور لحلفها بالصيغة التي أقرتها المحكمة وفي اليوم الذي حددته ، فإن حضر وامتنع دون أن يناع أو تخلف بغير عذر اعتبر ناكلاً كذلك .

(م ١٢٤ إثبات مصري . و٢٠٠ - ٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . و١٢٦ بينات سوري . و٧٨ إثبات سوداني) .

المذكرة الإيضاحية :

أخذ في هذه المادة بمذهب أبي حنيفة . بعدم رد اليمين خلافًا لمن يقول بردها أو بردها في بعض الأحوال وعدم ردها في بعضها الآخر (ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ١١٦ وما بعدها . وأحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٦٣ - ٢٦٩) . والقانون يأخذ برد اليمين (راجع المواد المشار إليها فيما سبق) .

المادة ١٤٤

إذا نازع من وجهت إليه اليمين في جوازها أو في تعلقها بالدعوى ورفضت المحكمة منازعته وحكمت بتحليفه ، بينت في منطوق حكمها صيغة اليمين ، ويعلن هذا المنطوق للخصم إن لم يكن حاضراً بنفسه ويتبع ما نص عليه في المادة السابقة .

(م ١٢٥ إثبات مصري . و١٢٧ بينات سوري) .

المادة ١٤٥

إذا كان لمن وجهت إليه اليمين عذر يمنعه من الحضور انتقلت المحكمة أو نذبت أحد قضاتها لتحليفه .

(م ١٢٦ إثبات مصري . و٢٠٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وأضاف « بحضور الخصم الآخر » . و١٢٨ بينات سوري مع إضافة : « ويحرر محضر بحلف اليمين يوقعه الحالف ورئيس المحكمة أو القاضي المنتدب والكاتب » . و٨١ إثبات سوداني) .

المادة ١٤٦

يحرر محضر بحلف اليمين يوقعه الحالف ورئيس المحكمة أو القاضي المنتدب والكاتب .

(م ١٣٠ إثبات مصري . وعجزم ١٢٨ بينات سوري . وم ١٩٩ و٢٠٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

البَابُ السَّادِسُ

القرائن

تقسيم :

تنقسم القرائن إلى قرائن شرعية وقرائن قضائية . والأولى ما نص عليه الشارع ، أو استنبطه أئمة الشريعة باجتهادهم . والثانية ما يستنبطه القاضي من الحادثة التي ينظرها وما يكتنفها . وفيما يلي حكم كل .

القرينة الشرعية :

يعرف الشرع الإسلامي القرائن الشرعية (القانونية) ومنها :

- ثبوت نسب الولد من أبيه ، وهو الزوج شرعاً فالولد للفراش . وقيام الزوجية قرينة على أن الولد من الزوج . وهذه القرينة تقبل إثبات العكس . ولكن بطريق خاص وهو طريق اللعان .

- الحكم بموت المفقود إذا مات أقرانه واتخاذ ذلك قرينة على موته .

- التصرف في مرض الموت قرينة على أن التصرف وصية .

- تصرفات المفلس الضارة بالدائنين مردودة لقيام القرينة على سوء قصده .

- وجود سند الدين تحت يد المدين قرينة ظاهرة على إيفاء الدين .

(انظر : أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٤٢٧ - ٤٣٠ . والسنهوري ،

الوسيط ، ج ٢ ، الهامش ١ ، ص ٦٠٠ - ٦٠١ . وابن فرحون ، تبصرة

الحكام ، ج ١ . ص ٢٠٢ . وج ٢ ص ١١١ . وابن القيم ، الطرق

الحكمية ، ص ٣ وما بعدها و٤٦ وما بعدها) .

القرينة الشرعية تغني من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات ، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك .

(م ٤٠٤ مدني مصري . و ٩٩ إثبات مصري . و ٥٠٢ مدني عراقي . و ٨٩ بينات سوري . و ٦٧ إثبات سوداني) .

المذكرة الإيضاحية :

يتناول هذا النص حجية القرائن الشرعية ويورد بشأنها قاعدتين : الأولى - تتعلق بمن تقرر القرينة لمصلحته . والثانية - تتعلق بمن يحتج عليه بالقرينة . القاعدة الأولى : لا يعدو موقف من يتمسك بقرينة عن مجرد الاستناد إلى واقعة شرعية يفترض القانون قيامها ، ويقليل بذلك من تحمل عبء إقامة الدليل عليها . بيد أن هذه الإقالة لا تتناول إلا تلك الواقعة ممثلة في القرينة الشرعية ذاتها ، بمعنى أن من واجب من يتمسك بقرينة من القرائن أن يقيم الدليل على اجتماع الشروط التي يتطلبها القانون لقيامها .

القاعدة الثانية : يفرق الفقه بالنسبة لحجية القرائن بين القرائن القاطعة أو المطلقة ، وهي التي لا يجوز نقض دلالتها بإثبات العكس ، وبين القرائن البسيطة وهي التي يجوز إسقاط دلالتها بإقامة الدليل العكسي . ويفرق الفقه كذلك بين إثبات العكس بالإقرار واليمين ، وبين إثبات العكس بسائر الطرق القانونية كالكتابة والبينة والقرائن وغيرها .

ويراعى أن هذه القاعدة الثانية تقضي وفقاً لهذا النص بأن الأصل في القرينة هو جواز إثبات العكس والاستثناء هو عدم جواز ذلك .

١ - الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة . ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم ، دون أن تتغير صفاتهم ، وتعلق بذات الحق محلاً وسبباً .

وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها .

(م ٤٠٥ مدني مصري . ١٠١ إثبات مصري . و١٨٤٠ من المجلة) .

المذكورة الإيضاحية :

١ - تتصل حجية الشيء المقضي به بآثار الأحكام . ولم تقتصر هذه المادة على إقامة قرينة الحجية دون جواز قبول أي دليل لنقضها ، بل تناولت أيضاً موضوع هذه الحجية وشروطها . وهذا هو منحى بعض التقنيات الأجنبية . على أن التقنين البرتغالي لا يدرج حجية الشيء المقضي به في عداد القرائن بل يدخلها في نطاق الأدلة الكتابية .

والواقع أن حجية الشيء المقضي به تنطوي على معنى الدليل ، وإن كانت قاعدة من قواعد نظام القضاء ، ولذلك رثي إبقاء النص الخاص بها في هذا المشروع بين النصوص الخاصة بالقرائن الشرعية ، على غرار ما هو متبع في أكثر التقنيات .

٢ - وقوام حجية الشيء المقضي به هو ما يفرضه القانون من صحة مطلقة في حكومة القاضي . فهذه الحجية تفترض تنازحاً بين المصالح يستتبع الترافع إلى القضاء ، وليس شك في أن صحة الحكومة لا تعتبر حتماً تقتضيه طبيعة

الأشياء ، ذلك أن القضاة تعوزهم العصمة ، شأنهم في هذه الناحية شأن البشر كافة . بيد أن المشروع أطلق قرينة الصحة في حكم القاضي .

فأساس هذه القرينة هو النص المقرر لحجية الشيء المقضي به .

ويرمي الشارع من وراء تقرير حجية الشيء المقضي به إلى كفالة حسن سير العدالة و ضمان الاستقرار من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية . فحكومة القضاء يجب أن تضع حدًا لكل نزاع مادامت طرق الطعن المقررة قد استنفدت بإزائها . ويجب كذلك أن تكون بمأمن من التعارض مع حكومة لاحقة - وهو أمر يصبح يسير الوقوع لو أبيع عود الخصوم أنفسهم إلى عين الدعوى التي قضي فيها نهائيًا .

٣ - وينحصر أثر القرينة القانونية الخاصة بحجية الشيء المقضي به في تخويل الخصوم حق الدفع بسبق الفصل وفي تخويل المحاكم حق إثارته من تلقاء نفسها - ويراعى أن هذا الدفع يعتبر دفعًا قطعيًا بعدم القبول ، يترتب عليه « امتناع التقاضي بالنسبة لكل طلب أو ادعاء جديد بين الخصوم أنفسهم متى اتحد مع ما سبق الفصل فيه سببًا وموضوعًا » . وعلى هذا النحو يمتنع على الخصوم الترافع إلى القضاء لإعادة طرح نزاع سبق الفصل فيه .

٤ - وفيما يتعلق بالفقرة الثانية من هذه المادة فإن المراد أن المحكمة تحكم بعدم قبول الدعوى أو بعدم جواز نظرها لسابقة الفصل فيها إذا كانت الدعوى قد رفعت بعد سابقة صدور حكم في موضوعها مع وحدة الخصوم والسبب .

وينبني على ذلك أنه لا يجوز للخصم أن يتنازل عن الحكم الصادر لمصلحته إلا إذا تنازل عن الحق الثابت بهذا الحكم وانتهى بهذا التنازل النزاع الذي تناوله الحكم .

لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً .

(م ٤٠٦ مدني مصري . و ١٠٢ إثبات مصري . و ١٨٤٠ مجلة) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - إن حجية الأحكام الجنائية تنطوي على معنى الإطلاق من ناحية ، ومعنى الاقتصار من ناحية أخرى .

(أ) فهي مطلقة بمعنى أن ما تقضي به المحاكم الجنائية يكون ملزماً للكافة . وذلك اتقاء لتعارض الأحكام .

(ب) وهي قاصرة بمعنى أن نطاق إلزامها لا يجاوز ما قضي به فعلاً ، أي ما فصل فيه الحكم . ففي حالة عدم الحكم بعقوبة يجوز للقاضي المدني أن يحكم على المتهم بالتعويض ، دون أن ينطوي حكمه هذا على تعارض مع الحكم الجنائي . فالواقع أن عدم القضاء بالعقوبة قد يرجع إلى انقضاء الدعوى العمومية بموت المتهم أو بالتقادم أو بالعفو الشامل ، وإزاء ذلك لا يحكم القاضي بالعقوبة لتوافر هذا السبب أو ذاك ، دون أن يفصل في الواقعة التي أسست عليها الدعوى الجنائية . وما دام القاضي الجنائي قد اقتصر على الفصل في أن الواقعة المنسوبة إلى المتهم يمتنع توقيع عقوبة بشأنها ، فللقاضي المدني ، والحالة هذه ، أن يقضي بالتعويض ، دون أن يعارض بذلك ما قضي به جنائياً ، وأن يؤسس قضاءه على الواقعة نفسها ، بوصفها تقصيراً مدنياً وقع من المتهم . ثم إن الحكم بالبراءة قد لا ينفي قيام التقصير

المدني أيضاً ، إذ ليس ثمة تلازم بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية .
فيجوز أن يقتصر نطاق الدعوى العمومية على فعل معين لا يستتبع مسؤولية
جنائية ، ولكنه يستتبع مسؤولية مدنية ، وفي هذه الحالة تفصل المحكمة
الجنائية في المسؤولية الجنائية وحدها وتقضي بالبراءة ، ولو أن الواقعة التي
فصلت فيها أو وقائع أخرى لم تنظر فيها قد تكون أساساً لدعوى مدنية ، فيجوز
مثلاً أن يبرأ المتهم من جريمة مخالفة قواعد المرور مع الحكم عليه بالتعويض
عن تقصير مدني لا يصدق عليه وصف الجريمة . فإذا اقتصر القاضي الجنائي
على الفصل في أن الواقعة المنسوبة إلى المتهم لا تعتبر جريمة ، جاز للقاضي
المدني أن يقضي بالتعويض دون أن يناقض بذلك ما قضي به جنائياً .

٢ - فالشرط الجوهرى في انتفاء حجية الأحكام الجنائية الصادرة
بالبراءة ، أو بانتفاء وجه استيفاء العقوبة ، أمام المحاكم المدنية ، هو اقتصار
القاضي الجنائي على الفصل في الواقعة الجنائية دون الفصل في نسبتها .
ويتحقق هذا الشرط متى قضى الحكم بأن الواقعة لم يعد وجه لاستيفاء
العقوبة بشأنها ، أو أنها ليست مما يقع تحت طائلة العقاب (البراءة) . ولكن
لو فرض أن القاضي أسس البراءة على نفي نسبة الواقعة إلى المتهم ، كان
لحكمه قوة الشيء المقضي به بشأن هذه النسبة ، وتعين على القاضي المدني
أن يفصل طبقاً لهذا القضاء .

القريبة القضائية :

المادة ١٥٠

يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون . ولا يجوز

الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالشهادة :

(م ٤٠٧ مدني مصري . و ١٧٤٠ - ١٧٤١ من المجلة) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - يقوم الإثبات بالقرائن غير المقررة في القانون على تفسير القاضي لما هو معلوم من الأمارات والوقائع تفسيراً عقلياً لتكوين اعتقاده ، من طريق استخلاص الواقعة المجهولة التي يراد إقامة الدليل عليها من مقومات هذا المعلوم .

٢ - شروط قبول الإثبات بالقرائن :

يرد الإثبات بالقرائن في المرتبة الثانية ، ولذلك نص على أنه « لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالشهادة » . ويتفرع على ذلك أن جميع القواعد الخاصة بقبول الإثبات بالشهادة تسري على القرائن دون استثناء .

٣ - حجية القرائن :

للقاضي كل السلطة في تقدير حجية القرائن . على أن إجماع الفقه قد انعقد على أن القاضي لا يتقيد بعدد القرائن ولا بتطابقها فقد تجزىء قرينة واحدة متى توافرت على قوة الإقناع .

الباب السابع

المعينة

المادة ١٥١

للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر الانتقال

لمعاينة المتنازع فيه أو أن تندب أحد قضااتها لذلك .

وتحرر المحكمة أو القاضي محضراً تبين فيه جميع الأعمال المتعلقة
بالمعاينة ، وإلا كان العمل باطلاً .

(م ١٣١ إثبات مصري . و٢٠٧ و٢٠٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية
مع عدم ذكر البطلان . و١٣٤ بينات سوري ونصها :

« ١ - يجوز للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد
الخصوم معاينة المتنازع فيه بجلبه إلى المحكمة أو الانتقال إليه ولها أن تنتدب
أحد قضااتها لهذه الغاية .

ويذكر في القرار الصادر في هذا الشأن موعد المعاينة .

٢ - ولها أن تتيب في ذلك المحكمة التي يقع في منطقتها الشيء المتنازع
فيه . وفي هذه الحالة يبلغ قرار الإنابة إلى رئيس هذه المحكمة ويتضمن جميع
البيانات المتعلقة بالخصوم وموضوع المعاينة » .

وم ١٣٧ ونصها :

« ١ - يحزر محضر بالأعمال المتعلقة بالمعاينة ويودع إضبارة الدعوى .

٢ - وإذا عهد بالمعاينة إلى محكمة أخرى بطريق الإنابة وجب على هذه
المحكمة أن توافي المحكمة التي قررت المعاينة بمحضرها » .

وم ٨٤ إثبات سوداني ونصها :

« ١ - للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر

الانتقال لمعاينة الشيء المتنازع فيه .

٢ - تحرر المحكمة محضراً تبين فيه جميع ملاحظاتها دون أن تثبت

انطباعاتها عن المعاينة أو رأيها الخاص » (.

المادة ١٥٢

للمحكمة أو لمن تندبه من قضاتها حال الانتقال تعيين خبير للاستعانة به في المعاينة ، ولها وللقاضي المنتدب سماع من يرى سماعه من الشهود وتكون دعوة هؤلاء للحضور بطلب ولو شفويًا من كاتب المحكمة .

(م ١٣٢ إثبات مصري . و ٢١٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : « يجوز للمحكمة أو لمن تندبه من قضاتها تعيين أهل خبرة للاستعانة به في المعاينة » .

وم ١٣٦ بينات سوري ونصها : « للمحكمة أو القاضي الذي انتدب للمعاينة ، وللمحكمة المناوبة لهذه الغاية تعيين خبراء يتولون القيام بمهمتهم على الفور أو سماع من يكون سماعه ضروريًا من الشهود » .

وم ٨٥ إثبات سوداني ونصها :

« للمحكمة تعيين خبير للاستعانة به في المعاينة ولها كذلك سماع من ترى لزومًا لسماعه من الشهود . وتكون دعوة هؤلاء للحضور بالطريقة التي تراها المحكمة مناسبة » .

المادة ١٥٣

يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء أن يطلب في مواجهة ذوي الشأن وبالطرق المعتادة من قاضي الأمور المستعجلة الانتقال للمعاينة وتراعى في هذه الحالة الأحكام المبينة في المواد السابقة .

(م ١٣٣ إثبات مصري)

يجوز للقاضي في الحالة المبينة في المادة السابقة ، أن يندب أحد الخبراء للانتقال والمعانة وسماع الشهود بغير يمين . وعندئذ يكون عليه أن يعين جلسة لسماع ملاحظات الخصوم على تقرير الخبير وأعماله .

وتتبع القواعد المنصوص عليها في الباب الخاص بالخبرة .

(م ١٣٤ إثبات مصري) .

الباب الثامن

الخبرة

المذكرة الإيضاحية :

للخبرة سندها في الفقه الإسلامي وفيما يلي بعض أقوال الفقهاء في أهل الخبرة وكذا في القافة وهي تطبيق للاستعانة بأهل الخبرة :

قال في تبصرة الحكام ، ٢ : ٧٤ ، ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ ، ٧٩ :

« في القضاء بقول أهل المعرفة : ويجب الرجوع إلى قول أهل البصر ومعرفة النخاسين في معرفة عيوب الرقيق من الإماء والعبيد » .

ص ٧٦ : تنبيه : في شهادة عرفاء البنيان والقسام في عيوب الدار .

ص ٧٧ : فصل في اختلاف أهل المعرفة .

ص ٧٨ : ويرجع إلى .. أهل المعرفة في عيوب الدور وما فيها من

الصدوع والشقوق وسائر العيوب . فرع- ويرجع إلى أهل المعرفة من التجار

في تقويم المتلفات وعيوب الثياب . فرع- ويرجع إلى أهل المعرفة والنساء في

عيوب الفرج وفي عيوب الجسد مما لا يطلع عليه الرجال . فرع- ويرجع إلى أهل المعرفة بالجوائح وما ينقص من الثمار . فرع- وكذلك يرجع إلى أهل المعرفة بمسائل الضرر مما يحدثه الإنسان على جاره أو في الطرقات وأنواع ذلك .

وقال ابن القيم في الطرق الحكيمة (ص ١٢٨) : « ومنها ما يختص بمعرفة أهل الخبرة والطب كالموضحة وشبهها وداء الحيوان الذي لا يعرفه إلا البيطار فيقبل في ذلك شهادة طبيب واحد وبيطار واحد إذا لم يوجد غيره - نص عليه أحمد » . وكذا المغني ، ١٢ : ١٦١ . وفي ابن القيم أيضاً (ص ١٠) . « ومن ذلك حكم رسول الله ﷺ وخلفائه من بعده رضي الله عنهم بالقافة وجعلها دليلاً من أدلة ثبوت النسب وليس ههنا إلا مجرد الأمارات والعلامات » . وكذلك ص ٢١٦ - ٢٣٦ .

وتبصرة الحكام ، ٢ : ١٠٨ - ١١١ : « الباب التاسع والستون : في القضاء بالقافة » .

وقد وردت الاستعانة بأهل الخبرة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالقانون نمرة ٣١ لسنة ١٩١٠ في الفصل الثامن من الباب الثالث وعنوانه « في أهل الخبرة » في المواد من ٢١١ إلى ٢٤١ ونص في المادة ٢١١ أنه « إذا رأت المحكمة أن تستعين بأهل الخبرة عينت واحداً أو ثلاثة ممن تثق بهم » .

وفي المادة ٢٤٠ أنه « لا تكون المحكمة مقيدة برأي أهل الخبرة » . ثم نقل ذلك إلى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة

١٩٣١ في الفصل الثامن من الباب الثالث تحت عنوان « في أهل الخبرة » في المواد من ٢١١ إلى ٢٤١ .

المادة ١٥٥

للمحكمة عند الاقتضاء أن تحكم بندب خبير واحد أو ثلاثة ويجب أن تذكر في منطوق حكمها :

(أ) بياناً دقيقاً لمأمورية الخبير والتدابير العاجلة التي يؤذن له في اتخاذها .

(ب) الأمانة التي يجب إيداعها خزانة المحكمة لحساب مصروفات الخبير وأتعابه والخصم الذي يكلف إيداع هذه الأمانة والأجل الذي يجب فيه الإيداع والمبلغ الذي يجوز للخبير سحبه لمصروفاته .

(ج) الأجل المضروب لإيداع تقرير الخبير .

(د) تاريخ الجلسة التي تؤجل إليها القضية للمرافعة في حالة إيداع الأمانة . وجلسة أخرى أقرب منها لنظر القضية في حالة عدم إيداعها .

(هـ) وفي حالة دفع الأمانة لا تشطب الدعوى قبل إخبار الخصوم بإيداع الخبير تقريره طبقاً للإجراءات المبينة في المادة ١٧١ .

(م ١٣٥ إثبات مصري . و ٢١١ و ٢١٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . و ١٣٨ و ١٤٠ بينات سوري . و ٨٦ - ١ و ٨٧ إثبات سوداني) .

المادة ١٥٦

إذا اتفق الخصوم على اختيار خبير أو ثلاثة أقرت المحكمة اتفاقهم .

وفيما عدا هذه الحالة تختار المحكمة الخبراء من بين المقبولين أمامها إلا إذا

قضت بغير ذلك ظروف خاصة . وعليها حينئذ أن تبين هذه الظروف في الحكم .

وإذا كان الندب لمكتب الخبراء أو قسم الطب الشرعي أو أحد الخبراء الموظفين وجب على الجهة الإدارية فور إخطارها بإيداع الأمانة تعيين شخص الخبير الذي عهد إليه بالمأمورية وإبلاغ المحكمة بهذا التعيين ويجري في حقه حكم المادة ١٦٠ .

(م ١٣٦ إثبات مصري . و ١٣٩ بينات سوري . و ٨٦ - ١ إثبات سوداني) .

المادة ١٥٧

إذا لم تودع الأمانة من الخصم المكلف إيداعها ولا من غيره من الخصوم ، كان الخبير غير ملزم بأداء المأمورية وتقرر المحكمة سقوط حق الخصم الذي لم يتم بدفع الأمانة في التمسك بالحكم الصادر بتعيين الخبير إذا وجدت أن الأعدار التي أبدتها لذلك غير مقبولة .

(م ١٣٧ إثبات مصري . وم ١٤٣ بينات سوري ونصها : « إذا لم يودع من كلف من الخصوم المبلغ الواجب إيداعه خلال المهلة المعينة وفقاً لأحكام المادة ١٤٠ جاز للخصم الآخر أن يقوم بإيداع هذا المبلغ دون إخلال بحقه في الرجوع على خصمه » . وم ٩٥ إثبات سوداني ونصها :

« ١ - تقدر المحكمة أتعاب الخبير ومصروفاته مراعية في ذلك أهمية الدعوى والأعمال التي قام بها والزمن الذي استغرقه في أداء المهمة ويلزم بها الخصم الذي طلب ندب الخبير أو كان ندبه في مصلحته وبعد الحكم في الدعوى تدخل في مصروفاتها ويلزم من يقضي الحكم بإلزامه بها .

٢ - يجوز للمحكمة عند أمرها بإجراء الخبرة أن تكلف الخصم الذي

طلب نذب الخبير أو الذي كان نذبه في مصلحته أن يودع خزانة المحكمة مبلغاً تقدره حساب أتعاب ومصروفات الخبير» .

المادة ١٥٨

في اليومين التاليين لإيداع الأمانة يدعو قلم الكتاب الخبير ، بكتاب مسجل ، ليطلع على الأوراق المودعة ملف الدعوى بغير أن يتسلمها ما لم تأذن له المحكمة أو الخصوم في ذلك وتسلم إليه صورة من الحكم .
(م ١٣٨ إثبات مصري . و١٤٤ - ١ و٢ بينات سوري وفيها أن الذي يدعوه هو « القاضي المنتدب ») .

المادة ١٥٩

إذا كان الخبير غير مقيد اسمه في الجدول وجب أن يحلف أمام قاضي الأمور الوقتية ، وبغير ضرورة حضور الخصوم ، يميناً أن يؤدي عمله بالصدق والأمانة ، وإلا كان العمل باطلاً .
(م ١٣٩ إثبات مصري . وم ١٤٤ - ٣ بينات سوري : « ويتعين على الخبير قبل البدء في مهمته أن يؤدي أمام القاضي المنتدب يميناً بأن يقوم بها بأمانة وصدق . ولا ضرورة لحضور الخصوم عند أداء اليمين ولا لإبلاغ محضر أدائها » . و٨٩ إثبات سوداني : « على الخبير أن يحلف أمام المحكمة قبل مباشرة مهمته يميناً بأن يؤدي عمله بالصدق والأمانة ») .

المادة ١٦٠

للخبير خلال خمسة الأيام التالية لتاريخ تسلمه صورة الحكم من قلم الكتاب أن يطلب إعفائه من أداء مأموريته ولرئيس الدائرة التي عينته أو القاضي الذي

عينه أن يعفيه منها إذا رأى أن الأسباب التي أبدأها لذلك مقبولة .

ويجوز في الدعاوى المستعجلة أن تقرر المحكمة في حكمها نقص هذا الميعاد .

فإذا لم يؤد الخبير مأموريته ولم يكن قد أعفي من أدائها جاز للمحكمة التي ندبته أن تحكم عليه بكل المصروفات التي تسبب في إنفاقها بلا فائدة وبالتعويضات إن كان لها محل وذلك بغير إخلال بالجزاءات التأديبية .
(م ١٤٠ إثبات مصري . و ١٤٥ - ١ و ٢ بينات سوري ، وتقابلان الفقرتين ١ و ٢ من هذه المادة دون الفقرة الثالثة) .

المادة ١٦١

يجوز رد الخبير :

(أ) إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة أو كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت من الخصم أو زوجته بعد تعيين الخبير بقصد رده .
(ب) إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم في أعماله الخاصة أو وصياً عليه أو قيماً أو مظنونة وراثته له بعد موته أو كان له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصي أحد الخصوم أو بالقيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة أو بأحد مديريها وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية في الدعوى .

(ج) إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصياً أو قيماً عليه مصلحة في الدعوى القائمة .
(د) إذا كان يعمل عند أحد الخصوم أو كان قد اعتاد مؤاكلة أحدهم أو

مساكته أو كان قد تلقى منه هدية ، أو كان بينهما عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته أداء مأموريته بغير تحيز .

(م ١٤١ إثبات مصري . ومادة ٢١٧ و ٢١٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونص الأولى (م ٢١٧) : « لا يقبل من أحد الخصوم رد أهل الخبرة المعينين بانتخابهم إلا إذا كان سبب الرد حادثاً بعد التعيين » . ونص الثانية (م ٢١٨) : « يجوز رد أهل الخبرة إذا كان ممن لا تقبل شهادته شرعاً لأحد الخصوم » . و ١٤٦ بنات سوري ونصها : « يجوز رد الخبراء للأسباب التي تبرر رد القضاة ») .

المادة ١٦٢

يحصل طلب الرد بتكليف الخبير الحضور أمام المحكمة أو القاضي الذي عينه وذلك في الثلاثة الأيام التالية لتاريخ الحكم بتعيينه إذا كان هذا الحكم قد صدر بحضور طالب الرد وإلا ففي الثلاثة الأيام التالية لإعلان منطوق الحكم إليه .

(المادة ١٤٢ إثبات مصري . و ٢١٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : « يجب أن يفصل في رد أهل الخبرة في أول جلسة إلا لسبب يقتضي التأخير ويذكر في المحضر » . و ١٤٧ - ١ بنات سوري) .

المادة ١٦٣

لا يسقط الحق في طلب الرد إذا كانت أسبابه قد طرأت بعد ذلك الميعاد أو إذا قدم الخصم الدليل على أنه لم يعلم بها إلا بعد انقضائه .

(م ١٤٣ إثبات مصري . و ٢١٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية :

« لا يقبل من أحد الخصوم رد أهل الخبرة المعينين بانتخابهم إلا إذا كان سبب الرد حادثاً بعد التعيين » . وم ١٤٧ - ٢ و ٣ بينات سوري : « ٢ - لا يسقط الحق في طلب الرد إذا كانت أسبابه قد جددت بعد المدة المذكورة أو إذا قدم الخصم طالب الرد الدليل على أنه لم يعلم بتلك الأسباب إلا بعد انقضائها . ٣ - ولا يقبل طلب الرد في حق من يختاره الخصوم من الخبراء إلا إذا كان سبب الرد قد جد بعد أن تم الاختيار » .

المادة ١٦٤

لا يقبل من أحد الخصوم طلب رد الخبير المعين بناء على اختيارهم إلا إذا كان سبب الرد قد حدث بعد تعيينه .
(م ١٤٤ إثبات مصري . و ٢١٧ لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . و ١٤٧ - ٣ بينات سوري) .

المادة ١٦٥

يحكم في طلب الرد على وجه السرعة ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر فيه بأي طريق . وإذا رفض طلب الرد حكم على طالبه بغرامة لا تقل عن خمسة جنيهات ولا تزيد على عشرين جنيها .
(م ١٤٥ إثبات مصري . و ٢١٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية :
« يجب أن يفصل في رد أهل الخبرة في أول جلسة إلا لسبب يقتضي التأخير ويذكر ذلك في المحضر » . و ١٤٨ بينات سوري : « ١ - يفصل على وجه السرعة في طلب الرد في أول جلسة بعد تقديمه . ٢ - ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر في هذا الطلب بأي طريق » . وم ٨٦ - ٢ إثبات سوداني : « إذا اعترض أحد الخصوم على شخص الخبير الذي عينته المحكمة فصلت في

الاعتراض على أساس ما تراه محققاً للعدالة بحكم غير قابل لأي طعن » .

المادة ١٦٦

على الخبير أن يحدد لبدء عمله تاريخاً لا يجاوز الخمسة عشر يوماً التالية للتكليف المذكور في المادة ١٥٨ . وعليه أن يدعو الخصوم بكتب مسجلة ترسل قبل ذلك التاريخ بسبعة أيام على الأقل يخبرهم فيها بمكان أول اجتماع ويومه وساعته .

وفي حالات الاستعجال : يجوز أن ينص في الحكم على مباشرة العمل في الثلاثة الأيام التالية لتاريخ التكليف المذكور على الأكثر وعندئذ يدعى الخصوم بإشارة برقية ترسل قبل الاجتماع الأول بأربع وعشرين ساعة على الأقل - وفي حالات الاستعجال القصوى يجوز أن ينص في الحكم على مباشرة المأمورية فوراً ودعوة الخصوم بإشارة برقية للحضور في الحال .

ويترب على عدم دعوة الخصوم بطلان عمل الخبير .

(م ١٤٦ إثبات مصري . وم ٢٢١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : « بعد اطلاع الخبير على قرار تعيينه يحضر في اليوم نفسه أمام رئيس المحكمة أو من يقوم مقامه عند غيابه لتحديد الميعاد الذي يباشر فيه ما تعين له ويكتب محضراً بذلك . وعلى الخبير إعلان من لم يكن حاضراً من الخصوم بالميعاد المذكور » .

وم ١٤٩ بينات سوري ونصها :

« ١ - إذا لم يطلب الخبير إعفائه ولم يرد وجب على القاضي المنتدب أن يعين تاريخاً قريباً لبدء أعمال الخبرة على أن لا يتجاوز هذا التاريخ الثمانية أيام

التالية لانقضاء المهلة التي يجوز فيها طلب رد الخبير أو لصدور حكم برفض طلب الرد .

٢ - ويدعو القاضي المنتدب الخبير والخصوم قبل الموعد المعين بأربع وعشرين ساعة على الأقل عدا مهل المسافة بمذكرة ترسل بواسطة ديوان المحكمة تتضمن بيان مكان أول اجتماع واليوم والساعة اللذين سينعقد فيهما ، ويقرر اتخاذ كل إجراء من شأنه تيسير العمل وضبطه .

٣ - ويباشر الخبير عمله ولو في غيبة الخصوم متى كانوا قد دعوا على الوجه الصحيح » .

وم ٩٠ إثبات سوداني : « يباشر الخبير عمله ولو تغيب الخصوم بعد دعوتهم على الوجه الصحيح » .

المادة ١٦٧

يجب على الخبير أن يباشر أعماله ولو في غيبة الخصوم متى كانوا قد دعوا على الوجه الصحيح .

(م ١٤٧ إثبات مصري . وم ٢٢١ - ٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : « وعلى الخبير إعلان من لم يكن حاضراً من الخصوم بالميعاد المذكور » . وم ٢٢٢ : « على الخصوم أو وكلائهم أن يحضروا مع أهل الخبرة وقت مباشرة العمل فإن لم يحضروا أو أحدهم فلاهل الخبرة مباشرة العمل في حالة الغيبة وكان عملهم حينئذ معتبراً » . وم ١٤٩ - ٣ بينات سوري : « ويباشر الخبير عمله ولو في غيبة الخصوم متى كانوا قد دعوا على الوجه الصحيح » . وم ٩٠ إثبات سوداني : « يباشر الخبير عمله ولو تغيب الخصوم بعد دعوتهم على الوجه الصحيح » .)

المادة ١٦٨

يسمع الخبير أقوال الخصوم وملاحظاتهم ويسمع ، بغير يمين ، أقوال من يحضرونهم أو من يرى هو سماع أقواله إذا كان الحكم قد أذن له في ذلك .
(م ١٤٨ إثبات مصري . و ٢٢٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية :
« على أهل الخبرة سماع أقوال الخصوم ومن رخصت له المحكمة بأخذ أقوالهم » . وم ١٥٠-١ بينات سوري : « يعد الخبير محضراً بمهمته يتضمن بيان حضور الخصوم وأقوالهم وملاحظاتهم وبيان ما قام به من أعمال وأقوال الأشخاص الذين اقتضت الضرورة سماعهم » . و ٩١-١ إثبات سوداني :
« يعد الخبير محضراً بمهمته يتضمن دعوة الخصوم وأقوال وملاحظات من حضر منهم وما قام به من أعمال وأقوال الأشخاص الذين اقتضى الأمر سماعهم على أن يكون ذلك دون حلف يمين ») .

المادة ١٦٩

يجب أن يشتمل محضر أعمال الخبير على بيان حضور الخصوم وأقوالهم وملاحظاتهم موقعة منهم ما لم يكن لديهم مانع من ذلك فيذكر في المحضر . كما يجب أن يشتمل على بيان أعمال الخبير بالتفصيل وأقوال الأشخاص الذين سمعهم من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم وتوقيعاتهم .
(م ١٤٩ إثبات مصري . و ٢٢٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية :
« يذكر في المحضر المشتمل على أعمال أهل الخبرة أقوال الخصوم ومن رخص له بأخذ أقوالهم ويوقع عليه من الجميع » . و ١٥٠ بينات سوري :
« ١ - يعد الخبير محضراً يتضمن بيان حضور الخصوم وأقوالهم وملاحظاتهم

وبيان ما قام به من أعمال وأقوال الأشخاص الذين اقتضت الضرورة سماعهم .
٢ - ويوقع الخصوم على أقوالهم وملاحظاتهم ويوقع غيرهم من الأشخاص على ما يدلون به من أقوال . وإذا لم يوقعوا ، يذكر السبب في المحضر » .
٩١ إثبات سوداني ونصها : « ١ - يعد الخبير محضراً بمهمته يتضمن دعوة الخصوم وأقوال وملاحظات من حضر منهم وما قام به من أعمال وأقوال الأشخاص الذين اقتضى الأمر سماعهم على أن يكون ذلك دون حلف يمين .
٢ - يوقع الخصوم على أقوالهم وملاحظاتهم ويوقع غيرهم من الأشخاص على ما يدلون به من أقوال وإذا امتنع أحدهم عن التوقيع يثبت الخبير ذلك في محضر أعماله » .

المادة ١٧٠

على الخبير أن يقدم تقريراً موقعاً منه بنتيجة أعماله ورأيه والأوجه التي استند إليها بإيجاز ودقة .

فإذا كان الخبراء ثلاثة فلكل منهم أن يقدم تقريراً مستقلاً برأيه ما لم يتفقوا على أن يقدموا تقريراً واحداً يذكر فيه رأي كل منهم وأسبابه .

(م ١٥٠ إثبات مصري . وم ٢٢٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية :
« يضع أهل الخبرة تقريراً ببيان أعماله ورأيه والأوجه التي استند إليها » .
و١٥١ بينات سوري :

« ١ - يشفع الخبير محضره بتقرير يضمه نتيجة أعماله ورأيه والأوجه التي يستند إليها في تبرير هذا الرأي . ويجب أن يكون التقرير دقيقاً وأن يكون موقعاً عليه من الخبير .

٢ - وإذا تعدد الخبراء واختلفوا فعليهم أن يقدموا تقريراً واحداً وأن يذكروا فيه رأي كل منهم وأسبابه .

وم ٩٢ إثبات سوداني ونصها :

« ١ - يعد الخبير تقريراً بنتيجة فحصه .

٢ - يجب أن يشتمل التقرير على كافة الأمور التي طلب إبداء الرأي فيها مفصلاً والنتائج التي توصل إليها الخبير والأسباب التي بنى عليها رأيه .

٣ - إذا تعدد الخبراء واختلفوا في الرأي تعين أن يذكر في التقرير رأي كل منهم مسيياً .

٤ - يقدم الخبير تقريره ومحضر أعماله إلى المحكمة وتعطى صورة من التقرير لمن يطلبها من الخصوم » .

المادة ١٧١

يودع الخبير تقريره ومحاضر أعماله قلم الكتاب ويودع كذلك جميع الأوراق التي سلمت إليه . فإذا كان مقر المحكمة المنظورة أمامها الدعوى بعيداً عن موطن الخبير جاز له إيداع تقريره وملحقاته قلم كتاب أقرب محكمة له ، وعلى هذه المحكمة إرسال الأوراق المودعة إلى المحكمة التي تنظر الدعوى .

وعلى الخبير أن يخبر الخصوم بهذا الإيداع في الأربع والعشرين ساعة التالية لحصوله وذلك بكتاب مسجل .

(م ١٥١ إثبات مصري . و ٢٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية :

ونصها : « يجب على الخبير أن يودع بنفسه أو بمندوبه الخاص في قلم الكتاب المحكمة تقريره مرفقاً بجميع الأوراق التي يكون قد استلمها من الخصوم » .

وم ١٥٢ بينات سوري ونصها : « ١ - على الخبير أو من ينوب عنه بمقتضى
توكيل خاص أن يسلم رئيس الكتاب في المحكمة تقريره وما يلحق به من
محاضر الأعمال وما سلم إليه من أوراق . ٢ - وعلى رئيس الكتاب أن يبلغ
صورة عن التقرير للخصوم خلال الثلاثة الأيام التالية لإيداعه » .

و٩٢ - ٤ إثبات سوداني ونصها : « يقدم الخبير تقريره ومحضر أعماله إلى
المحكمة وتعطى صورة من التقرير لمن يطلبها من الخصوم » (.

المادة ١٧٢

إذا لم يودع الخبير تقريره في الأجل المحدد في الحكم الصادر بتعيينه وجب
عليه أن يودع قلم الكتاب قبل انقضاء ذلك الأجل مذكرة يبين فيها ما قام به من
الأعمال والأسباب التي حالت دون إتمام مأموريته .

وفي الجلسة المحددة لنظر الدعوى إذا وجدت المحكمة في مذكرة الخبير
ما يبرر تأخيره منحه أجلاً لإنجاز مأموريته وإيداع تقريره .

فإن لم يكن ثمة مبرر لتأخره حكمت عليه المحكمة بغرامة لا تزيد على
خمسة عشر جنيهاً ومنحته أجلاً آخر لإنجاز مأموريته وإيداع تقريره أو استبدلت
به غيره وألزمته برد ما يكون قد قبضه من الأمانة إلى قلم الكتاب وذلك بغير
إخلال بالجزاءات التأديبية والتعويضات إن كان لها وجه .

ولا يقبل الطعن في الحكم الصادر بإبدال الخبير وإلزامه برد ما قبضه من
الأمانة .

وإذا كان التأخير ناشئاً عن خطأ الخصم حكم عليه بغرامة لا تقل عن جنيه

ولا تزيد على خمسة عشر جنيهاً ، ويجوز الحكم بسقوط حقه في التمسك بالحكم الصادر بتعيين الخبير .

(م ١٥٢ إثبات مصري . و ٢٢٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : ونصها : « إذا لم يقدم أهل الخبرة تقريره في المدة التي تستلزمها حالة العمل جاز لمن يطلب من الخصوم التعجيل أن يعلنه بالحضور أمام المحكمة بميعاد ثلاثة أيام على الأقل .

وعلى المحكمة ولو في غيبته أن تضرب له ميعاداً لتقديم تقريره أو تستبدل به غيره » .

و ١٥٧ - ١ بينات سوري ونصها : « ١ - إذا لم يقيم الخبير بمهمته ولم يكن قد أعفي منها أو استقال من مهمته بعد أن باشرها حكمت المحكمة عليه بالنفقات التي صرفها بلا فائدة وبرد ما يكون قد قبضه من السلفة ، وبالتعويضات إن كان لها محل . ويجوز للمحكمة علاوة على ذلك أن تحكم عليه بغرامة نقدية من ١٠ ليرات إلى ٣٠٠ ليرة سورية .

٢ - تطبق الفقرة السابقة أيضاً على الخبير الذي قررت المحكمة الاستعاضة عنه بغيره عملاً بالفقرة الثانية من المادة ١٥٣ » .

المادة ١٧٣

للمحكمة أن تأمر باستدعاء الخبير في جلسة تحددها لمناقشته في تقريره إن رأت حاجة لذلك ، ويبيد الخبير رأيه مؤيداً بأسبابه ، وتوجه إليه المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم ما تراه من الأسئلة مفيداً في الدعوى .

(م ١٥٣ إثبات مصري . و ١٥٤ بينات سوري ونصها :

« ١ - للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تأمر بدعوة الخبير لحضور الجلسة إذا رأت في تقريره نقصاً أو إذا رأت أن تستوضحه في مسائل معينة ولازمة للفصل في الدعوى .

٢ - وللمحكمة أن توجه إلى الخبير من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم من الأسئلة ما يكون مفيداً في إيضاح تلك المسائل .

٣ - ولها إذا رأت عدم كفاية الإيضاحات أن تأمر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم بالقيام بتحقيق فني جديد أو بعمل تكميلي تعهد به إلى الخبير نفسه أو إلى خبير آخر » .

و٩٣ إثبات سوداني ونصها : « للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم دعوة دعوة الخبير لمناقشته في تقريره إذا رأت أنه مستوف أو إذا رأت أن تستوضحه في أمور لازمة للفصل في الدعوى . ولها إذا رأت عدم كفاية الإيضاحات التي قدمها الخبير أن تكلفه تلافي الخطأ أو النقص أو تعهد بالمهمة إلى خبير غيره » .

المادة ١٧٤

للمحكمة أن تعيد المأمورية إلى الخبير ليتدارك ما تبينه له من وجوه الخطأ أو النقص في عمله أو بحثه . ولها أن تعهد بذلك إلى خبير آخر أو إلى ثلاثة خبراء آخرين ، ولهؤلاء أن يستعينوا بمعلومات الخبير السابق .

(١٥٤) إثبات مصري . وم ١٥٤ - ٣ بينات سوري : « ولها (أي للمحكمة) إذا رأت عدم كفاية الإيضاحات أن تأمر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم بالقيام بتحقيق فني جديد أو بعمل تكميلي تعهد به إلى

الخبير نفسه أو إلى خبير آخر» . وعجز م ٩٣ إثبات سوداني : « ولها (للمحكمة) إذارات عدم كفاية الإيضاحات التي قدمها الخبير أن تكلفه تلافي الخطأ أو النقص أو تعهد بالمهمة كلها إلى خبير غيره » .
٢٤١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : « يجوز عند الاقتضاء تكرار تعيين أهل الخبرة السابقين أو غيرهم » (.

المادة ١٧٥

للمحكمة أن تعين خبيراً لإبداء رأيه مشافهة بالجلسة بدون تقديم تقرير ويثبت رأيه في المحضر .
(م ١٥٥ إثبات مصري . و٢١٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية :
« يجوز للمحكمة أن تعين أهل خبرة ليعطوا رأيهم أمام الجلسة شفهيًا بدون احتياج لتقديم تقرير وفي هذه الحالة يكتب رأيهم بمحضر الجلسة » .
و١٤٢ بينات سوري : « للمحكمة أن تعين خبراء ليدلوا برأيهم شفويًا في الجلسة دون حاجة إلى تقديم تقرير وفي هذه الحالة يثبت رأيهم في محضر الجلسة .

و٨٨ إثبات سوداني : « للمحكمة أن تعين خبيراً أو أكثر لإبداء الرأي أمامها بالجلسة دون حاجة إلى تقديم تقرير مكتوب ، وفي تلك الحالة يدون رأي الخبير في محضر الجلسة » (.

المادة ١٧٦

رأي الخبير لا يقيد المحكمة .
(م ١٥٦ إثبات مصري . و٢٤٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية :

« لا تكون المحكمة مقيدة برأي أهل الخبرة » . ١٥٥ بينات سوري ونصها :
« رأي الخبير لا يقيد المحكمة ، وإذا حكمت المحكمة خلافاً لرأي الخبير
وجب عليها بيان الأسباب التي أوجبت إهمال هذا الرأي كله أو بعضه » . و ٩٤
إثبات سوداني : « رأي الخبير لا يقيد المحكمة وعليها إذا قضت بخلاف رأيه
أن تضمن حكمها الأسباب التي أوجبت عدم الأخذ برأي الخبير كله أو
بعضه » .)

المادة ١٧٧

تقدر أتعاب الخبير ومصروفاته بأمر يصدر على عريضة من رئيس الدائرة التي
عينته أو قاضي محكمة المواد الجزئية الذي عينه بمجرد صدور الحكم في
موضوع الدعوى .

فإذا لم يصدر هذا الحكم في الثلاثة الأشهر التالية لإيداع التقرير لأسباب
لا دخل للخبير فيها قدرت أتعابه ومصروفاته بغير انتظار الحكم في موضوع
الدعوى .

(م ١٥٧ إثبات مصري . و ٢٣١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية :
« أجور الخبراء ومصاريفهم تقدرها المحكمة التي تنظر الدعوى بأمر يحرر في
آخر التقرير . وإذا مضى أربعة أشهر من تقديم التقرير ولم يصدر حكم في
الدعوى جاز للخبير أن يقدم طلباً بتقدير أجرته للرئيس أو للقاضي . وتذكر
القيمة المقدرة بالعبارة والأرقام ويوقع على ذلك من الرئيس والكاتب » . و ١٥٦
بينات سوري ونصها : « تقدر أتعاب الخبير ونفقاته وفقاً للقوانين النافذة » .
و ٩٥ إثبات سوداني ونصها : « تقدر المحكمة أتعاب الخبير ومصروفاته مراعية

في ذلك أهمية الدعوى والأعمال التي قام بها والزمن الذي استغرقه في أداء المهمة ، ويلزم بها الخصم الذي طلب نذب الخبير أو كان نذبه في مصلحته وبعد الحكم في الدعوى تدخل في مصروفاتها ويلزم من يقضي الحكم بإلزامه بها » .

المادة ١٧٨

يستوفي الخبير ما قدر له من الأمانة ويكون أمر التقدير فيما زاد عليها واجب التنفيذ على من طلب تعيينه من الخصوم ، وكذلك على الخصم الذي قضي بإلزامه بالمصروفات .

(م ١٥٨ إثبات مصري . و٢٣٤ من لائحة المحاكم الشرعية : « تقدير الأجرة يكون نافذاً على الخصم الذي طلب تعيين أهل الخبرة أو كان تعيين الخبير في مصلحته ومن بعد صدور الحكم في الدعوى يكون نافذاً أيضاً على المحكوم عليه ») .

المادة ١٧٩

للخبير ولكل خصم في الدعوى أن يتظلم من أمر التقدير وذلك خلال الثمانية الأيام التالية لإعلانه .

(م ١٥٩ إثبات مصري . و٢٣٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : « تقبل المعارضة في تقدير الأجرة من الخصوم وأهل الخبرة في الأيام الثلاثة التالية ليوم إعلان الأمر بتقديرها وتكون بعريضة تقدم لرئيس المحكمة أو للقاضي الجزئي وترتب عليها إيقاف تنفيذ الأمر المذكور ») .

المادة ١٨٠

لا يقبل التظلم من الخصم الذي يجوز تنفيذ أمر التقدير عليه إلا إذا سبقه

إيداع الباقي من المبلغ المقدر خزانة المحكمة مع تخصيصه لأداء ما يستحقه
الخبير .

(م ١٦٠ إثبات مصري) .

المادة ١٨١

يحصل التظلم بتقرير في قلم الكتاب ويترتب على رفعه وقف تنفيذ الأمر
وينظر في غرفة المشورة بعد تكليف الخبير والخصوم الحضور بناء على طلب
قلم الكتاب بميعاد ثلاثة أيام ، على أنه إذا كان قد حكم نهائياً في شأن الإلزام
بمصرفات الدعوى فلا يختصم في التظلم من لم يطلب تعيين الخبير ولم
يحكم عليه بالمصرفات .

(م ١٦١ إثبات مصري . و ٢٣٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية :

« ترفع المعارضة (في تقدير أجره الخبير) إلى المحكمة وعلى كاتبها أن يكلف
الخصوم وأهل الخبرة بالحضور أمامها لنظرها في الميعاد الذي يحدد
لذلك » .

المادة ١٨٢

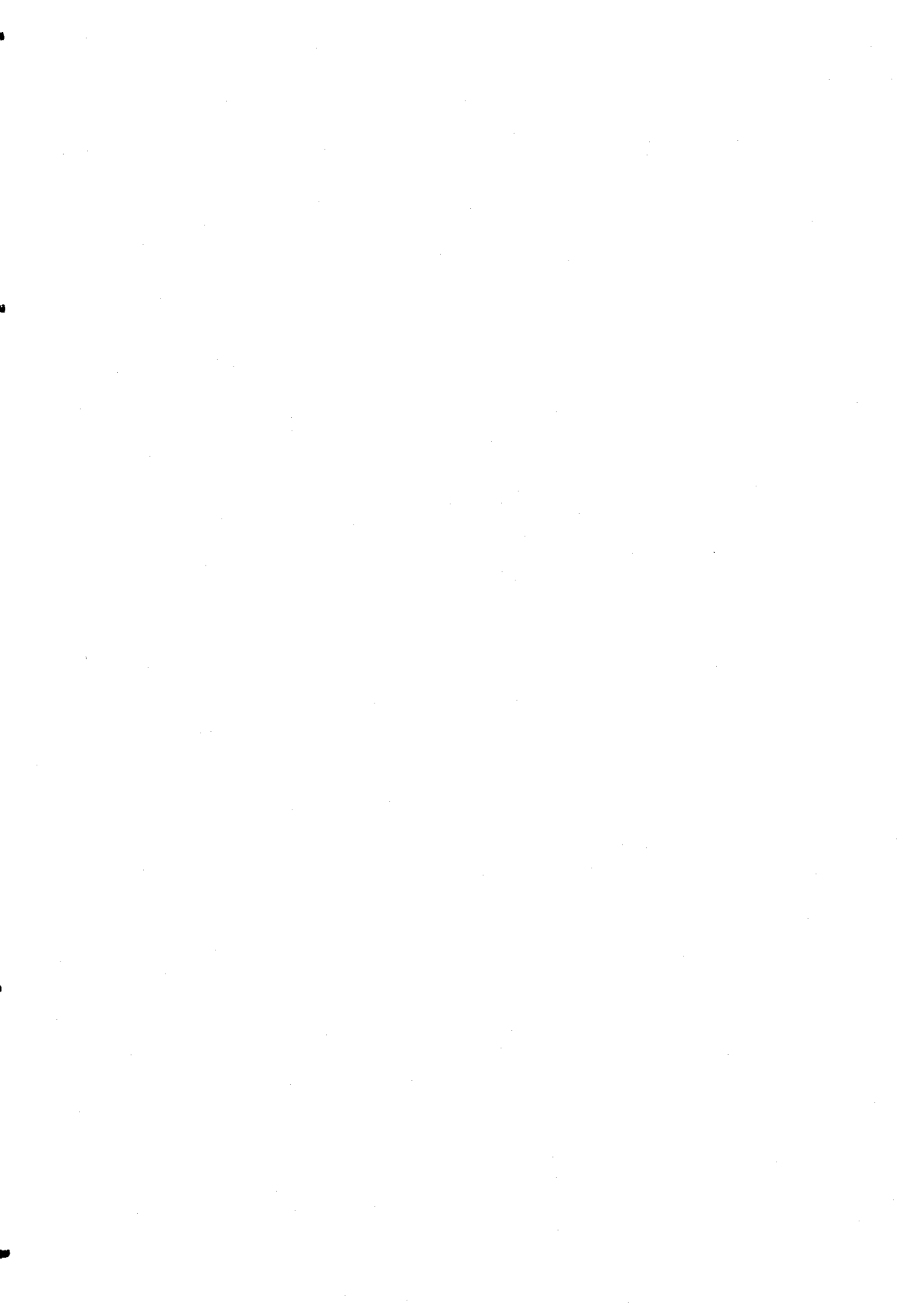
إذا حكم في التظلم بتخفيض ما قدر للخبير ، جاز للخصم أن يحتج بهذا
الحكم على خصمه الذي يكون قد أدى للخبير ما يستحقه على أساس أمر
التقدير دون إخلال بحق هذا الخصم في الرجوع على الخبير .

(م ١٦٢ إثبات مصري . وم ٢٣٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية :

« للخصم الذي حصل على قرار بنقص أجره أهل الخبرة أن يتمسك به على
الخصم الذي دفعها بناء على التقدير الأول ولهذا الخصم أن يرجع على أهل
الخبرة » .

ثانياً
مراجعة المشروع

- (أ) تقرير لجنة المراجعة
(ب) تقرير فضيلة مفتي جمهورية مصر العربية
(ج) مذكرة بالرأي فيما جاء في تقرير فضيلة المفتي



(أ) . تقرير لجنة المراجعة

السيد الأستاذ/ إبراهيم القليوبي - ٢٠ ش طهران بالدقي
تحية طيبة :

وبعد فإنه يطيب لي أن أحيط سيادتكم أنه تقرر تشكيل لجنة فرعية من سيادتكم ومعكم السيد الأستاذ الدكتور محمد زكي عبد البر ، والأستاذ الدكتور محمد أنيس عباده . وذلك لإعداد مشروع قانون الإثبات توطئة لعرضه على اللجنة المختصة بتقنين القانون المدني (المعاملات) وإني على يقين أنكم ستنجزون هذه المهمة على النحو الأوفى .

ومع عاطر تحيات الود والإخاء لكم خالص احترامي .

رئيس مجلس الشعب
(الدكتور صوفي أبو طالب)

١٩٧٩/٦/٢٤

السيد الأستاذ الدكتور رئيس مجلس الشعب
تحية طيبة :

أما بعد فمرفق تقرير من لجنة مراجعة مشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الذي قمت - بتوفيق الله - بإعداده من الفقه الإسلامي بناء على تكليف من سيادتكم وصورة من المشروع نفسه .

وتفضلوا سيادتكم بقبول موفور الاحترام ، ،

القاهرة في : شوال سنة ١٣٩٩هـ

سبتمبر سنة ١٩٧٩م

الدكتور محمد زكي عبد البر

الأستاذ بكلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

بالرياض (السعودية)

تقرير

مقدم من لجنة مراجعة مشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية .

إلى

السيد الأستاذ الدكتور صوفي أبو طالب رئيس مجلس الشعب

بناء على القرار الصادر من السيد الأستاذ الدكتور رئيس مجلس الشعب بتكوين لجنة منا والمبلغ إلينا بكتاب سيادته المؤرخ ١٩٧٩/٦/٢٤ لمراجعة مشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الذي أعده من الفقه الإسلامي ، بتكليف من السيد رئيس مجلس الشعب ، الدكتور محمد زكي عبد البر الأستاذ بكلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض (السعودية) .

قد قامت اللجنة ، في أكثر من عشرين جلسة استغرقت الجلسة الواحدة ما بين ساعتين وثلاث ساعات ، بمراجعة المشروع المشار إليه فيما سبق ، ووافقت عليه . ويسر اللجنة أن تنوه على الخصوص بما يأتي :

١ - إن المشروع لم يقتصر على القواعد الموضوعية أو القواعد الإجرائية وإنما سلك مسلك الجمع بين النوعين وبذا تفادى مساوئ الفصل بينهما وحقق مزايا الجمع بينهما .

٢ - إن المشروع من حيث المصدر قسمان : أحدهما القواعد الموضوعية ومصدر أحكامها الأغلب كتب الفقه الإسلامي . وإنه وإن اتخذ المشروع الفقه الحنفي أساساً إلا أنه لم يتقيد به ، فقد أخذ من المذاهب الأخرى بما رثى أنه يحقق المصلحة الشرعية بدرجة أكثر أو أيسر . والثاني - القواعد الإجرائية

ومصدرها سلطة ولي الأمر في تنظيم شؤون الدولة ومنها القضاء . ونسبة هذه القواعد إلى الشريعة الإسلامية نسبة صحيحة ، فالشريعة الإسلامية تخول ولي الأمر تلك السلطة فيما لم يرد به من الشارع حكم وهو ما يسمى في بعض المذاهب بالمصلحة المرسله . والأول - يتكون من الإقرار والشهادة ومبدأ حجية الكتابة وبعض أحكامها واليمين والقرائن . والثاني - يتكون من تنظيم الطعن في المحررات والإجراءات التنظيمية لاستجواب الخصوم ولليمين وللشهادة والمعينة والخبرة . وبذلك تحقق الجمع ، بين تراثنا من الفقه الإسلامي وبين ما جدّ من جديد ، في نطاق تطبيق هذا الفقه .

وقد قيد المشروع الشهادة لفساد الزمان عن طريق عدم السماع تطبيقاً لقاعدة جواز تخصيص القضاء .

٣ - إن المشروع لم يحاول الإحاطة بكل التفاصيل وترك هذه التفاصيل للقاضي يستمدها من الفقه الإسلامي حسبما هو مقرر في المادة الثانية من المشروع .

وبذا ترك للقضاء والفقه ميداناً للعمل وفقاً لظروف الزمان والمكان .

٤ - وقد ذكر ، عقب كل مادة ، المواد المقابلة ، الموافقة أو المخالفة ، من مجلة الأحكام العدلية ولائحة ترتيب المحاكم الشرعية ومن القانون المدني المصري وقانون الإثبات المصري والقانون المدني العراقي وقانون البنات السوري وقانون الإثبات السوداني .

٥ - كما ذيلت كل مادة مأخوذة عن الفقه الإسلامي بمذكرة إيضاحية وافية بل مستفيضة أحياناً ، ختمت ببيان المراجع من كتب الفقه الإسلامي . أما المواد التي تنظم الإجراءات فهي مأخوذة عن قانون المرافعات المصري وقانون

الإثبات المصري في الغالب وعن قوانين الإثبات العربية المشار إليها ، في القليل . ولم ير حاجة إلى الإفاضة في مذكراتها الإيضاحية لوجود المذكرات الإيضاحية لقانون المرافعات المصري وقانون الإثبات المصري وكثرة شروحها وتطبيق القضاء لها .

٦ - وقد راجعت اللجنة المشروع مادة مادة وناقشت كل ما أبدى من ملاحظات وأخذت بما استقر الرأي على الأخذ به منها وكان أغلبها خاصاً باختصار بعض المذكرات الإيضاحية .

وترى اللجنة أنه قد روعي في المشروع المشار إليه المنهج المرسوم الذي وافق عليه السيد رئيس المجلس وأمر بتوزيعه على اللجان للعمل وفقاً له ، وأنه يحقق الغاية المرجوة من إنشاء لجان تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب .

وقصارى القول : إن هذا المشروع يضيء أحداث التقنيات الخاصة بالإثبات ، سواء من حيث القواعد الموضوعية والإجرائية أو من حيث الصياغة ، فهو يصدر عن تراثنا الإسلامي وعمما تتسم به الشريعة الإسلامية من قدرة على مساندة كل تطور وإيجاد الحلول لكل جديد ، وما يتميز به الفقه الإسلامي من دقة وإحكام في الموضوع والصياغة معاً .

ومرفق صورة من هذا المشروع .

وتفضلوا سيادتكم بقبول موفور الاحترام ، ،

الدكتور محمد أنيس عبادة
الأستاذ بكلية الشريعة
جامعة الأزهر

الدكتور محمد زكي عبدالبر
الأستاذ بكلية الشريعة بالرياض
السعودية

المستشار إبراهيم القليوبي
مدير النيابة الإدارية

(ب) تقرير فضيلة مفتي جمهورية مصر العربية

السيد الأستاذ الدكتور صوفي أبو طالب

رئيس مجلس الشعب

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

وبعد :

فإنه بتوفيق من الله ومعونته قد اشتركت مع الزميل السيد المستشار محمد
عمار بإدارة قضايا الحكومة في مراجعة مشروع قانون الإثبات في المواد المدنية
والتجارية وتقرير اللجنة التي سبق أن راجعته .

ومع هذا أوراق المشروع كما وردت والتقرير عنه والاقتراحات التي رأينا
إدخالها على نصوصه ومذكرته أملاً في أن يوفق الله مسعاكم في تطبيق شريعته
في شتى مناحي حياة أمتنا .

والله المسؤول أن يجزي المحسنين .

وتقبلوا مع خالص الاحترام سلام الله ورحمته وبركاته .

مفتي جمهورية مصر العربية

جاد الحق على

تقرير

عن مشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية

إلى

السيد الأستاذ الدكتور صوفي أبو طالب رئيس مجلس الشعب

بناء على التكليف الشفهي ، طالعت هذا المشروع ، بالاشتراك مع السيد

الأستاذ/محمد عمار المستشار بإدارة قضايا الحكومة ، وقد استظهرنا

الملاحظات التالية :

أولاً : إن المشروع لم يمتد إلى مسائل الأحوال الشخصية مع أن موضوع الإثبات فيها محكوم بأرجح الأقوال في فقه الإمام أبي حنيفة وإجراءات الدليل محكومة بقانون الإثبات الحالي ٢٥ لسنة ١٩٦٨ وذلك إعمالاً للمادتين الخامسة والسادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية .

ولما كان الهدف من تطوير القوانين أن يكون مصدرها فقه الشريعة الإسلامية وأن تجمع القواعد التي تعالج موضوعاً معيناً في تقنين مستقل كلما أمكن ذلك تسهياً على العاملين في الحقل القانوني ، فقهاً وقضاء ، فإن قواعد الإثبات الموضوعية منها والإجرائية والمستمدة من الفقه الإسلامي يتعين أن يتضمنها تشريع مستقل وبحيث يجري تطبيقها في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية ، فيما عدا ما يكون من خصوصيات أي فرع من هذه الفروع فإنه يدرج في قانونه الموضوعي باعتباره نصاً خاصاً فيه ، وعلى سبيل المثال : ما تجوز الشهادة فيه بالسماع ، صيغة يمين الاستظهار ، والمسائل التي يحلف فيها القاضي أحد الخصوم من تلقاء نفسه دون حاجة لطلب من الخصم ، وذلك أمر جائز في الفقه الإسلامي ، إذ نجد الفقهاء قد اختصوا موضوعات معينة بقيود أو تيسيرات في الإثبات .

وهذا هو ما سلكه قانون الإثبات السوداني على ما جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع ومن ثم يعطى المشروع اسم :

« مشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية » .

ثانياً : لم يجز الفقه الإسلامي على مبدأ الحرية المطلقة للقاضي في تقدير الدليل ، بل وضع ضوابط لهذه الحرية ومعايير سيما في الإثبات بالشهود ومن ثم نقترح إضافة النصوص المرافقة إلى باب الشهادة وغيرها على النحو المبين فيما بعد .

ثالثاً : أن يضاف إلى المذكرة الإيضاحية السند الشرعي من الفقه الإسلامي في الاستعانة بأهل الخبرة وغير هذا من المواضع التي خلت من هذا السند مما يكون الفقهاء قد سبقت لهم مواجهته ، تمكيناً وتوجيهاً للقضاة والباحثين من التأصيل ومتابعة البحوث في ربط التقنين بالشرعية الإسلامية .

وهذه الملاحظات والإضافات لا تنال من المجهود الذي بذله السيد الأستاذ الدكتور محمد زكي عبد البر في إعداد المشروع وما بذلته اللجنة التي راجعته وإنما هي استدراقات توضع تحت النظر عند المناقشة النهائية للمشروع أملاً في صدوره موفياً بالغرض بقدر الإمكان .

والله المستعان وهو سبحانه ولي التوفيق .

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

جاء الحق علي جاد الحق
مفتي جمهورية مصر العربية

المستشار محمد عمار
إدارة قضايا الحكومة

المادة ١ - نصها في المشروع :

يطبق هذا القانون في المواد المدنية والتجارية .

النص المقترح تعديلاً لهذا هو :

يطبق هذا القانون في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية فيما عدا ما ورد بشأنه نص خاص في قانون الموضوع .

وهدف الاقتراح تجميع قواعد الإثبات موضوعية وإجرائية في تقنين واحد كلما أمكن ذلك حتى تكون تحت نظر العاملين في حقل الفقه والقضاء وإذا اقتضت طبيعة العلاقة القانونية إجراءً أو قاعدة إثبات خاصة تنفرد بها نص عليها في القانون الموضوعي لأنها آتئذ أشبه به ، وهذا هو ما جرى عليه الفقه الإسلامي فتراه قد أتى في باب الشهادة بالشروط العامة للشاهد والمشهود به والمشهود عليه بينما أفرد الشهادة في كل حد باشتراطات تزيد على ذلك .

المادة ٥ - من المشروع ونصها :

للقاضي في حدود ما نص عليه في هذا القانون تقدير البيئات والأخذ منها بما يراه محققاً للعدل .

يقترح تعديل النص إلى ما يلي :

للقاضي في حدود ما نص عليه في هذا القانون أو أي قانون آخر يحكم موضوع الواقعة تقدير البيئات والأخذ بما يراه محققاً للعدل .

ذلك لأنه لما كان قانون الإثبات لم يواجه كافة القواعد الموضوعية والإجرائية للأدلة بل قد ترد قواعد أخرى في القوانين الموضوعية كان لزاماً على القاضي أن يرتبط بتلك القواعد أيضاً عند تقديره للدليل ، بل قد تكون القاعدة

الخاصة الواردة في القانون الموضوعي مقدمة وأولى بالاتباع باعتبارها نصًا خاصًا .

المادة ٧ - ونصها :

إذا ندبت المحكمة أحد قضاتها لمباشرة إجراء من إجراءات الإثبات وجب عليها أن تحدد أجلًا لا يتجاوز ثلاثة أسابيع لمباشرة هذا الإجراء .
ويعين رئيس الدائرة عند الاقتضاء من يخلف القاضي المنتدب .

المادة ٨ - ونصها :

إذا كان المكان الواجب إجراء الإثبات فيه بعيدًا عن مقر المحكمة جاز لها أن تندب لإجرائه قاضي محكمة المواد الجزئية الذي يقع هذا المكان في دائرتها ، وذلك مع مراعاة الميعاد المنصوص عليه في المادة السابقة .

يضاف إلى المذكرة الإيضاحية في شأنهما ما يلي :

ونذب أحد قضاة المحكمة أو ندب قاض من محكمة أخرى لاستيفاء إجراء من إجراءات الدعوى أو الإثبات كسماع شهادة الشهود أو المعاينة أو تحليف اليمين ، أمر يقره الفقه الإسلامي ، وقد تحدث فيه الفقهاء على اختلاف مذاهبهم في كتاب القضاء وعلى الأخص بعنوان كتاب القاضي إلى القاضي ، على أن بعض الفقهاء قد أجاز هذا إذا كان مرخصًا له من ولي الأمر في الإنابة القضائية والكثير منهم على أن هذا من ضمن أعمال ولاية القاضي فلا حاجة لإذن خاص بهذه الإنابة .

(تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ج ٢ في الأبواب ٤٧ ، ٤٨ ، ٤٩ .

والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي المصري ج ٧ ص ٢ وما بعدها) .

هذا ومع هذه الإجازة في هاتين المادتين يرتفع خلاف الفقهاء في مدى جواز الإنبابة أو النذب .

المادة ١٨ - ونصها :

لا يتوقف الإقرار على قبول المقر له ولكن يترد برده .

يقترح تعديلها إلى ما يلي :

لا يتوقف الإقرار على قبول المقر له لكن يترد برده فيما يقبل الرد .

ذلك لأن من الحقوق ما لا يقبل الإسقاط كالإرث والنكاح والطلاق والنسب في بعض صوره ، وبعبارة أخرى أن ما يترد من الإقرارات بالرد هو ما كان الحق فيه خالصاً للمقر له وأما الحقوق التي لا تكون بهذه المثابة ، بل مشتركة بين المقر والمقر له أو ثبتت لهذا الأخير بحكم الشرع فلا يلحقها الرد والفسخ .
(طرق القضاء لأحمد إبراهيم ص ١٢٧ - ١٢٩ وما أشار إليه من مراجع) .

المادة ٢١ - ونصها :

يشترط في الإقرار ألا يكذبه ظاهر الحال .

يقترح تعديلها على الوجه التالي :

يشترط لحجية الإقرار ألا يكذبه الشرع أو ظاهر الحال أو حكم الحاكم .

وذلك كما إذا أقرت المعتدة بانقضاء عدتها بالأقراء مع ظهور حملها ثم ولدت بعد هذا الإقرار لأقل من ستة أشهر ، وتكذيب ظاهر الحال مثل أن يقر طفل بالبلوغ الشرعي بقوله بلغت لا يصح إقراره ولا يعتبر.. وتكذيب الحاكم مثل أن يدعي المشتري أن الثمن ألف من الجنيهات بينما يدعي البائع أنه ألفان وقيم البينة على ذلك فإن الشفيع يأخذ المبيع بألفين ولا يعامل المشتري

بإقراره لتكذيب الحاكم إياه .

(المادة ١٥٧٧ من المجلة وشرحها . والمادة ١٥٨٧ من المجلة وشرحها .
وطرق القضاء لأحمد إبراهيم ص ١٤٠ وص ١٥٨) .

المادة ٢٤ - ونصها :

الإقرار لا يتجزأ على صاحبه .

يقترح تعديلها إلى ما جرت به الفقرة ٢ من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥
لسنة ١٩٦٨ وتكون بالعبارة التالية :

الإقرار لا يتجزأ على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود
واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى .

ذلك لأن الفقه الإسلامي مختلف في تجزئ الإقرار فقد جرى الفقه
المالكي على تجزئة الإقرار ، بينما جرى فقه الحنابلة وأهل الظاهر على القول
بعدم تجزئ الإقرار ، بل على المدعي إما قبول إقرار خصمه كله أو رفضه كله
ويثبت دعواه بأدلة أخرى . وفي فقه الشافعية قولان : فوافق الحنفية فيما لو أقر
بالدين وادعى الإيفاء ، وخالفهم فيما لو أقر بالدين وادعى التأجيل .

ولا شك أن العدالة تقتضي الأخذ بكلا الرأيين فإذا انصب الإقرار على وقائع
متعددة وكان وجود واقعة منها يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى ، أو كانت
الوقائع مترابطة لا انفكاك بينها بحيث صارت أجزاء لشيء واحد ، أو كانت
متعاقبة بأن كان بعضها نتيجة لما سبقه ، فإن الإقرار لا يتجزأ . أما إذا كان وجود
واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى ، ويستقل بعضها عن بعضها
الأخر فيجوز في مثل هذا تجزئة الإقرار لأنه بمثابة إقرارات متفاوتة ومختلفة
الموضوع وإن صدرت في وقت واحد أو في مجلس متحد .

الشهادة :

المادة ٣٦ - ونصها :

نصاب الشهادة في حقوق العباد المالية رجلان أو رجل وامرأتان ويكفي في قبول الشهادة أن تطابق شهادة أحد الشاهدين شهادة الآخر في المعنى وإن اختلفت الألفاظ .

يقترح أن يكون نصها :

نصاب الشهادة في حقوق العباد رجلان أو رجل وامرأتان ، وتقبل شهادة النساء وحدهن فيما لا يطلع عليه الرجال عادة ، ويكفي لقبول الشهادة الموافقة المتضمنة للدعوى ، وكذلك موافقة شهادة أحد الشاهدين مع شهادة الآخر وإن اختلفت الألفاظ .

ذلك لأن كلمة (المالية) في عبارة المشروع لا محل لها إذا أريد شموله للمواد المدنية والتجارة والأحوال الشخصية وهو هدف أصيل في تجميع التشريعات ولأنه بموافقة الشهادة للدعوى في المعنى تصبح منتجة وحاسمة في موضوع النزاع وكذلك توافق أقوال الشاهدين معنى دون اشتراط اتحاد الألفاظ كما هو قول أبي يوسف ومحمد ، وشهادة النساء وحدهن أمر متفق عليه في فقه الإسلام فيما لا يطلع عليه الرجال وقال مالك تكفي اثنتان وقال الشافعي بل أربعة .

(طرق القضاء لأحمد إبراهيم في المواضع الواردة بمذكرة المشروع .
وشروح المجلة في المادة ١٦٨٥) والأصل أنه لا بد من تكامل النصاب في الشهادة وأن تكون بعد هذا موافقة للدعوى على ما هو مفصل في المراجع المشار إليها .

المادة ٥٠ - ونصها :

إذا قال المدعي ليس لي شاهد أصلاً ثم أراد أن يأتي بشهود أو قال ليس لي شاهد سوى فلان وفلان ثم قال لي شاهد آخر لا يقبل قوله الأخير .
يقترح أن يكون نصها على نحو ما جاء في المادة ١٩١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : إذا قال المدعي ليس لي شهود ثم أحضر شهوداً أو حضر شهوده وقال ليس لي شهود سواهم ثم أراد الاستشهاد بشهود آخرين لا يقبل منه إلا فيما تسمع فيه الشهادة حسبة .

هذا الحكم هو قول الإمام أبي حنيفة وخالفه أصحابه وهو ما جرت به عبارة المادة ١٩١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وموافقاً للمادة ١٧٥٣ من المجلة (تراجع شروحها) .

ونظام حصر الدليل الذي قال به فقهاء الشريعة يوافق مقتضى هذا النص ونص المادة السابقة في المشروع برقم ٤٩ .

المادة ٦٤ - ونصها :

لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حداثة أو مرض أو لأي سبب آخر .
يقترح أن يكون نصها :

لا يجوز رد الشاهد بسبب القرابة أو المصاهرة لأحد الخصوم في غير الأحوال المبينة في المادة ٣٩ من هذا القانون إلا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حداثة ، أو مرض أو كان أعمى أو أخرس أو لأي سبب شرعي آخر .

ذلك لأن النص الوارد بالمشروع على إطلاقه قد يناقض الأحكام الواردة في

المادة ٣٩ من ذات المشروع ، كما أنه قد تطرأ أسباب شرعية غير هذه تستأهل رد الشاهد .

ومن ثم يكون للمحكمة ذلك الحق حتى لا يضيع وقتها في غير ثمرة مرتقبة .

(والأسباب الشرعية الأخرى يرجع في بيانها إلى أرجح الأقوال في الفقه الحنفي وفي شأن رد شهادة الأعمى والأخرس - المادة ١٦٨٦ من المجلة وشروحها . وطرق القضاء لأحمد إبراهيم هامش ص ٢٩٣ ، ٢٩٤ ، ص ٣٣٥ وما بعدها) .

المادة ٦٧ - ونصها :

على الشاهد أن يذكر اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه وأن يبين قرابته أو مصاهرته ودرجتها إن كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم ويبين كذلك إن كان يعمل عند أحدهم .

يقترح تعديلها على الوجه التالي :

على الشاهد أن يذكر اسمه واسم أبيه وجده أو لقبه وديانته ومهنته وسنه وموطنه وجهة اتصاله بالخصوم أو أحدهما ودرجة قرابته أو مصاهرته لهما أو لأحدهما إن كانت وعليه أن يبين كذلك اسم كل من الخصوم واسم أبيه وجده أو لقبه أو ما يشتهر به ، إذا لم يكونا حاضرين بشخصيهما أو أحدهما جلسة التحقيق فإن كانا حاضرين أرشد إلى كل منهما ، أو إلى الحاضر عنهما ، وإن يبين كذلك أن كان يعمل عند أحدهم أو شريكاً له .

ذلك لأن التعريف بالمشهود له أو عليه على الوجه المميز له من شروط أداء الشهادة لدى فقهاء الشريعة .

« طرق القضاء لأحمد إبراهيم ٣٠٨ وما بعدها . والمادة ١٦٩٠ من المجلة

وشروحها » .

المادة ٦٨ - ونصها :

يحلف الشاهد بأن يقول الحق كل الحق ولا شيء غير الحق قبل أداء شهادته
وإلا كانت باطلة .

ولا يشترط شكل خاص في أداء الشهادة ولا في قبولها ويكون الحلف على
حسب الأوضاع الخاصة بديانته إن طلب ذلك .

يقترح أن يكون نصها :

تحلف المحكمة الشاهد اليمين الشرعية بالصيغة الواردة في باب اليمين قبل
الإدلاء بشهادته . وإلا كانت باطلة .

ولا يشترط التحليف في شهادة الاستكشاف ، بل يكفي فيها مجرد الإخبار
من الموثوق به أو عنه .

وتكون شهادة الاستكشاف في القضاء بالنفقات بأنواعها وأجرة الحضانة
والرضاعة والمسكن وأهل الخبرة والتثبت من تحقيق الشروط التي يتوقف عليها
القضاء بشيء من ذلك ومع مراعاة ما نص عليه هذا القانون في الشهادة أو ينص
عليه قانون آخر لا يشترط في أداء الشهادة وقبولها شكل خاص .

هذه الصيغة جمعت النصوص الواردة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في
المادتين ١٧٤ ، ١٧٩ وأبانت المواضع التي تجري فيها شهادة الاستكشاف
وفقاً لما قرره الفقهاء في الشهادة الملزمة التي ترتب وجوب الحكم بها على
القاضي وهي المعنية بكلمة الشهادة عند الإطلاق وأما ما ليست كذلك فهي

شهادة الاستكشاف أي مجرد الإخبار (المادة ١٦٨٩ من المجلة وشروحها .
وطرق القضاء لأحمد إبراهيم ص ٣١٣) .
المادة ٧٨ - ونصها :

إذا لم توافق الشهادة الدعوى أو لم تتوافق أقوال الشهود مع بعض أخذت المحكمة من الشهادة بالقدر الذي تقتنع بصحته في حدود موافقة الشهادة للدعوى بعد تكامل نصاب الشهادة .
يقترح أن يكون نصها :

إذا لم تتحقق الموافقة التضمنية بين الشهادة والدعوى أو بين أقوال الشهود مع بعضهم البعض أخذت المحكمة بالقدر المتفق عليه بين الشهود إذا لم يزد على المدعى به .

ذلك لأن الفقه الإسلامي يضع الحدود التي يدور فيها نطاق الإثبات بالشهادة فلا يدع للقاضي حرية الأخذ ببعض الدليل وترك باقيه وإنما يضع له المعايير والشروط لمواءمة الدعوى والشهادة على ما هو واضح من المراجع المشار إليها في المذكرة الإيضاحية لنص هذه المادة .

(المواد من ١٧٠٦ إلى ١٧١٥ من المجلة وشروحها . وطرق القضاء لأحمد بك إبراهيم ص ٣٦٤ وما بعدها) .

مادة مضافة برقم ٧٨ مكرراً ونصها :

لا تقبل الشهادة إلا بما أبصره الشاهد أو استمع إليه بنفسه ومع ذلك تجوز الشهادة السماعية في النكاح والدخول فيه والمهر والنسب والموت والرضاع والإسلام والضرر .

المذكرة الإيضاحية :

الأصل كما يقول الفقهاء أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه أي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين أو بالسمع إلا في مسائل اختلفوا في بيانها وحصرتها كما اختلفوا في السماع الذي تجوز الشهادة به في المواد المبينة بالنص . ففي الفقه الحنفي أن الشاهد يسعه أن يشهد بالنسب والموت والنكاح والدخول إذا أخبره من يثق به من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين (فتح القدير ، للكمال بن الهمام ، ج ٦ ، ص ٢٠ ، ٢١) وفي الفقه المالكي تجوز الشهادة بالسمع الفاشي في أبواب مخصوصة وهي عشرون (ص ٣١٣ من كتاب القوانين الفقهية لابن جزي المالكي) .

ويعرف الفقه الإسلامي إلى جانب الشهادة بالتسامع شهادة التواتر وليس له عدد معين على الصحيح وإنما الشرط أن يكون المخبرون جميعاً لا يجيز العقل اتفاهم على الكذب .

(يراجع البدائع ، ج ٦ ، ص ٢٦٦ ، ٢٦٧ . وطرق القضاء لأحمد إبراهيم ، ص ٣٠٠ وما بعدها . والمادة ١٦٨٨ من المجلة وشرحها) .

والحنفية لم يعدوا الضرر الذي يجيز الطلاق مما يثبت بالتسامع ، لأنهم لا يقولون به ، وإنما عده المالكية القائلون بجواز التطبيق للضرر .

المادة ١٤٨ - ونصها :

الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق

بذات الحق محلاً وسبباً .

وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها .

ويقترح أن يكون نصها كالاتي :

الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي ، تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق بذات الحق محلاً وسبباً .

ولا تقوم هذه الحجية إذا خالفت نصاً من القرآن أو السنة أو الإجماع .
وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها .

أشارت المذكرة الإيضاحية لنص هذه المادة في المشروع إلى نطاق حجية الأحكام ، ويضاف إلى ما جاء بها أن الفقه الإسلامي يعرف هذا النطاق ، وقد أدخله في باب عدم سماع الدعوى ، بل وقد أفادت عبارات بعض الفقهاء ذات الشروط الواردة في النص أو قريباً منها لقيام هذه الحجية ، ومن ثم تكون قائمة على سند في الفقه الإسلامي ، غاية الأمر أن التعديل المقترح على النص الوارد في المشروع بإضافة (ولا تقوم هذه الحجية إذا خالفت نصاً من القرآن أو السنة أو الإجماع) سنده أنه قضاء صدر مخالفاً لنص القرآن أو السنة أو الإجماع يكون منعدماً أو كما عبرت محكمة النقض في هذا الموضوع إذا عرض على من أصدره أبطله ، وإذا عرض على غيره أهدره ولم يعمله لأنه لا يحوز قوة الأمر المقضي ، (الطعن رقم ٢٥٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٦/٢٣ العدد الأول مجموعة أحكام النقض المدني لسنة ٢٦ . والمادة ١٨٣٧ من المجلة

وشروحها ، ومن ثم كان لزاماً أن تقيد قوة الأمر المقضى وألا تكتسبها الأحكام التي تصدر في محل غير مجتهد فيه ، ومخالفة لنص القرآن أو السنة أو الإجماع ، بل تكون مثل هذه الأحكام منعدمة حسبما قررت محكمة النقض في الحكم المنوه به .

الخبرة :

يضاف إلى المذكرة الإيضاحية للمشروع في شأن الاستعانة بأهل الخبرة (ص ٤٢٣ - ٤٢٤) ما يلي :

قال الإمام أبو حنيفة والإمام أحمد : يقبل قول مترجم واحد . وأجاز أبو حنيفة أن يكون المترجم امرأة .

وقد اتفق الأئمة : على قبول شهادة النساء منفردات ومجمعات فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والعيوب ، وكالبكارة والرضاع . وكل ما يخفى على الرجال غالباً .

وهذه ليست شهادة بالمعنى الاصطلاحي لدى الفقهاء ، بل هي خبرة أو إخبار .

وأجاز فقهاء الحنابلة شهادة طبيب واحد ، فقالوا :

وتقبل شهادة الطبيب في الموضحة إذا لم يقدر على طبيبين وكذلك البيطار في داء الدابة ، وقالوا إن كل ما يختص به أهل الخبرة من أهل الصنعة لا يجتزأ فيه بشهادة واحد بمنزلة العيوب تحت الثياب يقبل فيها قول المرأة فقبول قول الرجل الواحد أولى .

وقد أطلق الكثير من الفقهاء على أهل الخبرة اصطلاح أهل المعرفة وأتوا في كتبهم بأمثلة مما كان جارياً في عصورهم .
(المغني لابن قدامة الحنبلي مع الشرح الكبير جـ ١٢ ص ١٦١ ، وتبصرة الحكام لابن فرحون المالكي جـ ٢ في الباب الثامن والخمسين في القضاء بقول أهل المعرفة . والإفصاح عن معاني الصحاح لابن هبيرة في باب القضاء وأهله . ومعين الحكام للطرابلسي الحنفي) .

(ج) مذكرة بالرأي فيما جاء في تقرير فضيلة المفتي

السيد الأستاذ الدكتور صوفي أبو طالب

رئيس مجلس الشعب

تحية طيبة . أما بعد :

فبناء على توجيه من سيادتكم قد قمت ، بالاشتراك مع الأخ السيد المستشار إبراهيم القليوبي ، بدراسة التقرير والاقترحات المقدمة من فضيلة الشيخ جاد الحق علي جاد الحق مفتي جمهورية مصر العربية والسيد الأستاذ محمد عمار المستشار بإدارة قضايا الحكومة بشأن مشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الذي كلفتمونا بصياغته من الفقه الإسلامي وراجعته لجنة أمرتم بتكوينها .

ومرفق مذكرة برأينا نرجو الأمر بضمها إلى المشروع لتكون أوراقه كلها تحت نظر مجلس الشعب ونحن إذ نشكر لصاحبي التقرير والاقترحات ما بذلا من جهد وما قدما من خير ، نرحب ببحث أية ملاحظات أو مقترحات أخرى بخصوص هذا المشروع ، رجاء بلوغه الدرجة المنشودة من الإتيان .

وندعو الله أن يوفقنا جميعاً إلى الخير .

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته ، ، ،

الدكتور محمد زكي عبد البر

الأستاذ بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

بالرياض (السعودية)

وعضو لجنة تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب

القاهرة في : ٥ من جادى الآخرة سنة ١٤٠٠هـ

٢٠ من أبريل سنة ١٩٨٠م

مذكرة

مقدمة من الدكتور محمد زكي عبد البر والمستشار إبراهيم القليوبي
بالملاحظات على مشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية .

المقدمة

عهد إلى أولنا الأستاذ الدكتور صوفي أبو طالب رئيس مجلس الشعب بوضع مشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية من الفقه الإسلامي . وبعد الفراغ منه راجعته لجنة أمر سيادته بتكوينها منا ، نحن الاثنين ، ومن صاحب الفضيلة الدكتور محمد أنيس عبادة . وقد رأى الأستاذ الدكتور رئيس مجلس الشعب أخذ رأي فضيلة مفتي جمهورية مصر العربية في المشروع فقدم فضيلته بالاشتراك مع السيد الأستاذ محمد عمار المستشار بإدارة قضايا الحكومة تقريراً بملاحظاتها على المشروع واقتراحاتها .

وبناء على توجيه من السيد الدكتور رئيس مجلس الشعب اطلعنا على ذلك التقرير ودرسناه بعناية فكانت لنا عليه ملاحظات رأينا استكمالاً للبحث وابتغاء الخير أن نضمثها هذه المذكرة لتضم مع التقرير سالف البيان إلى المشروع لتكون الأوراق كلها تحت نظر مجلس الشعب .

لقد تناول التقرير الملاحظات العامة ثم ألحق به بيانا بالتعديلات المقترحة على المشروع . ونحن نتبع نفس النظام فنتناول :
في الفصل الأول - الملاحظات التي وردت في التقرير بوجه عام ورأينا فيها .

وفي الفصل الثاني - التعديلات المقترحة بالتفصيل ورأينا فيها .

ثم نهي المذكرة بخاتمة تحمل خلاصة رأينا .

الفصل الأول

الملاحظات العامة ورأينا فيها

لقد أورد التقرير ثلاث ملاحظات على المشروع نتناولها فيما يلي بالترتيب الذي وردت به في التقرير إثارةً للسط والوضوح .

الملاحظة الأولى

هذه الملاحظة هي الملاحظة العامة الرئيسة وخلاصتها أن المشروع لم يمتد إلى الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية وكان يجب أن يمتد إليها استناداً إلى أن الهدف من تطوير القوانين القائمة هو تجميع القواعد التي تعالج موضوعاً معيناً في تقنين مستقل كلما أمكن ، وذلك يقضي بجمع قواعد الإثبات الموضوعية منها والإجرائية من الفقه الإسلامي ، بحيث يجري تطبيقها في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية ، فيما عدا ما يكون من خصوصيات أي فرع من هذه الفروع فإنه يدرج في قانونه الموضوعي باعتباره نصاً خاصاً فيه ، وأن هذا هو ما سلكه قانون الإثبات السوداني على ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع ومن ثم يعطى المشروع اسم « مشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية » وتعديل المادة الأولى من المشروع بحيث يكون نصها :

« يطبق هذا القانون في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية فيما عدا ما ورد بشأنه نص خاص في قانون الموضوع » .

ويرد على هذا الاقتراح تعقيباً :

التعقيب الأول - التوسع غير المرغوب في المهمة التي وكلت إلينا :

١ - إن ما عهد إلينا من السلطة المختصة هو « وضع مشروع قانون للإثبات في المواد المدنية والتجارية من الفقه الإسلامي » والمواد المدنية حسب اصطلاحنا في مصر لا تشمل الأحوال الشخصية . والأحوال الشخصية لم تدخل في دائرة تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب ، فليس من اللجان التي كونت به لجنة خاصة بذلك ، لاعتبارات رآها أولو الأمر . ونبه إلى أنه لا يوجد في مصر قانون كامل للأحوال الشخصية وإن كانت هناك عدة مشروعات .

٢ - وتحديد نطاق المهمة التي وكلت إلينا على الوجه السابق تحديد صحيح وما ينبغي الخروج منه إلى النطاق المقترح في التقرير ، ذلك لأن الهدف المقصود ليس مطلق التجميع بل التجميع في المسائل المتحدة في الطبيعة فإذا اختلفت المسائل في الطبيعة فالمنطق الذي يطبق هو منطق التقسيم . وإلا لوجب جمع قواعد الإثبات في المسائل الجنائية أيضاً مع قواعد الإثبات في المسائل المدنية ، وهو ما لم يقل به في مصر ، وقد استبعدته ، بحق ، لجنة التقاضي في مستهل اجتماعاتها (جلسة ١٩٧٩/٢/٣) . ومسائل الأحوال الشخصية مختلفة في طبيعتها عن مسائل المعاملات المالية ، مما اقتضى أن يكون لها في كثير من الأحيان قواعد خاصة بها تخالف القواعد في المسائل المدنية والتجارية ، على ما سيأتي في الملاحظة الثانية . مما يجعل المنهج الصحيح قصر المشروع على الإثبات في المواد المدنية والتجارية دون شموله للإثبات في مسائل الأحوال الشخصية .

٣ - إن أحكام الأحوال الشخصية بالنسبة لغير المسلمين تختلف عنها

بالنسبة للمسلمين ، وليس من الممكن ولا من المرغوب فيه توحيدها بين المسلمين وغيرهم لقيامها على العقيدة الدينية . بخلاف أحكام المعاملات المالية والتجارية فمن الممكن أن تكون شاملة للجميع لعدم مساسها بالعقيدة الدينية وعلى ذلك فسيكون هناك قواعد إثبات في الأحوال الشخصية للمسلمين وأخرى في الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، فكيف يكون تنفيذ الاقتراح الوارد في التقرير إذا أريد الأخذ به ؟ أيقال : « قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية للمسلمين » كي ينطبق الاسم على المسمى أم يضم أيضاً إلى أحكام الإثبات في الأحوال الشخصية عند المسلمين أحكام الإثبات في الأحوال الشخصية لغير المسلمين ومصدرها غير إسلامي كي تصح تسميته « قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية » ؟ .

٤ - إن تجميع قواعد الإثبات في الأحوال الشخصية مع قواعد الإثبات في المسائل المدنية والتجارية ، على فرض إمكانه بالمخالفة لما ورد في البند السابق ، يترتب عليه التعقيد والعسر في الفهم لتداخل أحكام مسائل ذات طبيعة مختلفة مع بعضها . ونحن ندعو إلى تيسير الفهم وتبسيطه . ويتبين هذا العسر في الفهم من قراءة التعديلات المقترحة للمواد ١٨ ، ٢١ ، ٣٦ ، ٥٠ ، ٦٨ ، ٧٨ مكرراً المقترحة ، ولنضرب مثلاً واحداً لذلك :

المادة ١٨ نصها في المشروع : « لا يتوقف الإقرار على قبول المقر له ولكن يرتد برده » وقد اقترح في التقرير أن يضاف إلى آخرها عبارة « فيما يقبل الرد » استناداً إلى أن « من الحقوق ما لا يقبل الإسقاط كالإرث والنكاح والطلاق والنسب في بعض صورته وبعبارة أخرى إن ما يرتد من الإقرارات بالرد هو ما كان الحق فيه خالصاً للمقر له ، وأما الحقوق التي لا تكون بهذه المثابة بل مشتركة

بين المقر والمقر له أو ثبتت لهذا الأخير بحكم الشرع ، فلا يلحقها الرد والفسخ » . ويلاحظ على هذه الحالات التي أوردها التقرير أنها كلها داخله في مسائل الأحوال الشخصية كما سبق القول ثم إنها لم تجمع كل الصور في هذه الأحوال بل لم تجمع كل صور حالة النسب مما يجعل من العسير الإحاطة بهذا الحكم في حين أن عبارة المشروع قد جاءت واضحة مبسطة محددة لاقتصارها على المسائل المدنية والتجارية مما يحقق التيسير المطلوب من التقنين .

٥ - إن الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية ، إذا أريد تقنين أحكامه ، محتاج إلى دراسة خاصة يؤمن معها القصور والخطأ ، وذلك لا يكون إلا في جو إعداد مشروع قانون كامل للأحوال الشخصية . وظاهر من البند السابق أن التقرير لم يذكر في اقتراحه الخاص بالمادة ١٨ من المشروع كل الأحوال التي لا تقبل الرد التي اقترح إضافتها .

٦ - أما ما جاء في التقرير من أن قانون الإثبات السوداني قد سلك النهج المقترح في التقرير على ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع فقد أوضحنا في المذكرة الإيضاحية للمادة الأولى من المشروع (ص ٦ منه) أن قانون الإثبات السوداني قد نص في مادته الأولى أن « يسمى هذا القانون قانون الإثبات في المواد المدنية لسنة ١٩٧٢ » دون إضافة عبارة « الأحوال الشخصية ولا التجارية » لأنه لم يتضمن فعلاً أي أحكام خاصة بمسائل الإثبات في الأحوال الشخصية . وأنه نص في المادة الثالثة منه على ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع أنه « يطبق على الإثبات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية وغيرها من المواد فيما لم يرد بشأنه نص في القوانين الخاصة بها » وظاهر أنه لم يقصد بالمادة الثالثة منه سوى مجرد إحالة

الموضوعات الأخرى على هذا القانون ، ولعل السبب في إيراد هذه الإحالة هنا هو كثرة المواد المحال للإثبات فيها على قانون الإثبات في المسائل المدنية ، إذ أن المواد المحالة هي الإثبات في المسائل التجارية والأحوال الشخصية وغيرها وقد يدخل فيها أيضاً الإثبات في المسائل الجنائية لم يرد بشأنها نص في القوانين الخاصة بها ، ولم يوجد مانع في القانون السوداني ، وهو أمر لا يقره فقه الإجراءات الجنائية في مصر ، لاختلاف طبيعة الدعوى الجنائية عن الدعوى المدنية (يراجع : أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، طبعة سنة ١٩٨٠ ، البند - ص ٢٩ - ٣٣) . ويلاحظ أنهم في السودان يسيرون على النهج الإنجليزي وهو يختلف عن النهج اللاتيني الذي تسير عليه مصر .

والنهج الذي سلكه المشرع المصري هو إيراد الإحالة في القوانين الموضوعية الخاصة ، لا في القانون العام ، ففي القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة نص في المادة « ٣ » منه على أنه « تطبق الإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون وتطبق أحكام قانون المرافعات فيما لم يرد فيه نص وذلك إلى أن يصدر قانون بالإجراءات الخاصة بالقسم القضائي » ولم ترد هذه الإحالة في قانون المرافعات . بل إن هذا هو المنهج الذي رسم في التقرير على ما جاء في تلخيص هذه الملاحظة فيما تقدم وعلى ما سيأتي في الملاحظة الثانية .

فالأوفق أن يحال في القوانين الموضوعية الخاصة على قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية فيما لم يرد فيها نص خاص بها وألا ترد هذه الإحالة في القانون العام وهو هنا مشروع قانون الإثبات .

والتعقيب الثاني - عدم الاتساق بين أجزاء الملاحظة :

ورد في التقرير محل النظر ما يأتي : « . . . فإن قواعد الإثبات الموضوعية منها والإجرائية المستمدة من الفقه الإسلامي يتعين أن يتضمنها تشريع مستقل وبحيث يجري تطبيقها في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية فيما عدا ما يكون من خصوصيات أي فرع من هذه الفروع فإنه يدرج في قانونه الموضوعي باعتباره نصًا خاصًا فيه وعلى سبيل المثال : ما تجوز الشهادة فيه بالسماع ، صيغة يمين الاستظهار والمسائل التي يحلف فيها القاضي أحد الخصوم من تلقاء نفسه . . . » .

فإذا نظرنا إلى التعديلات المقترحة لإضافتها للمواد الآتية نجد أنها خاصة بالأحوال الشخصية فيكون مكانها الطبيعي وفقاً لمنهج واضعي التقرير ومنهجنا قانون الأحوال الشخصية لا قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية - مثل ذلك :

المادة ١٨ - فإن المسائل التي وردت تطبيقاً لإضافة عبارة « فيما يقبل الرد » المقترحة وهي « الإرث والنكاح والطلاق والنسب في بعض صورته هي مسائل خاصة بالأحوال الشخصية فمجالها قانون الأحوال الشخصية ، لا في هذا المشروع (تراجع المذكرة الإيضاحية للمادة ١٨) .

المادة ٢١ - وهي الخاصة باشتراط ألا يكذب الإقرار ظاهر الحال . فقد اقترح في التقرير إضافة عدم تكذيب الشرع أو حكم الحاكم وضرب مثلاً للحالة الأولى مسألة إقرار المعتدة ، وهي مسألة أحوال شخصية . أما مسألة حكم الحاكم « أي القاضي » فليس في الصورة التي وردت في التقرير حكم القاضي ، فضلاً عن أن هذه المسألة الثانية تتناولها قاعدة حجية الأمر المقضي

وقوة الأمر المقضى التي تناولها المشروع في الباب السادس منه (م ١٤٨ و١٤٩) .

والمادة ٣٦ - تضمن الاقتراح تعديلاً بإضافة قبول شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال وهذه ترد في مسائل الأحوال الشخصية .

والمادة ٦٨ - تضمن الاقتراح النص على إضافة عدم اشتراط التحليف في شهادة الاستكشاف وذكر تطبيقاً لها النفقات بأنواعها وهي أيضاً من مسائل الأحوال الشخصية .

والمادة ٧٨ مكرراً - المقترح إضافتها - تناول المسائل التي تجوز فيها الشهادة السماعية وهي مسائل خاصة بالأحوال الشخصية .

وعلى ذلك فتنفيذ المنهج الذي ورد في التقرير يؤدي إلى عدم إيراد هذه المقترحات في المشروع وإلى إيرادها في قانون الأحوال الشخصية وبذا نعود إلى المشروع ، كما هو لأن هذا هو مسلك المشروع .

ويجبنا لو تفضل فضيلة المفتي بإعداد مشروع قانون مستقل للإثبات في مسائل الأحوال الشخصية وعندئذ ينظر في إلحاقه بمشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية كجزء مستقل عنه وملحق به وكذا يكون الحال في الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين .

الملاحظة الثانية

وهي خاصة بتقدير الدليل وخصوصاً الشهادة . وملخص هذه الملاحظة القول بأن الفقه الإسلامي لم يجر على مبدأ الحرية المطلقة للقاضي في تقدير الدليل بل وضع ضوابط لهذه الحرية ومن ثم فقد اقترح في التقرير إضافة

نصوص إلى باب الشهادة وغيرها على النحو المبين في ملحق التقرير .

وهذه الملاحظة على عمومها غير صحيحة فإن كانت بعض المذاهب الفقهية قيدت الدليل ، فإن من الآراء الفقهية الإسلامية المعترف بها ما وسع الأمر على القاضي . وقد رثى الأخذ بذلك في المشروع نظراً لفساد الزمان وفشو شهادة الزور ونزولاً على ما جرى عليه العمل واستراحت إليه النفوس في محاكمنا ، إذ ليس من المرغوب فيه قلب الأمور في غير مصلحة .

ولقد بسط المشروع في مذكرته الإيضاحية منهجه بسطاً تاماً (تراجع ص ٥ - ٦ من المشروع) وكذا المذكرة الإيضاحية للمادة ٥ من المشروع (ص ٩) وفيهما رد سابق على ما جاء في هذه الملاحظة .

ومما يكفي ذكره هنا علاوة على ما جاء في المذكرة الإيضاحية المشار إليها ما قاله ابن القيم في الطرق الحكمية (ص ٦٧) : « . . . ومن ذلك أنه يجوز للحاكم الحكم بشهادة الرجل الواحد إذا عرف صدقه في غير الحدود ، ولم يوجب الله على الحكام أن لا يحكموا إلا بشاهدين أصلاً وإنما أمر صاحب الحق أن يحفظ حقه بشاهدين » . وقال أيضاً (ص ١٠٣) : « وقد أجاز رسول الله ﷺ شهادة الشاهد الواحد من غير يمين كما في الصحيحين من حديث أبي قتادة » .

وسنبين رأينا في المواد المقترحة في الفصل الثاني عند الكلام على التعديلات المقترحة .

الملاحظة الثالثة

ملخص هذه الملاحظة اقترح أن يضاف إلى المذكرة الإيضاحية السند

الشرعي من الفقه الإسلامي في الاستعانة بأهل الخبرة وغير هذا من المواضع التي دخلت من هذا السند مما يكون الفقهاء قد سبقت لهم مواجهته .

وَدَنَا نَحْبُ أَنْ يَبِينُ فِي التَّقْرِيرِ هَذِهِ الْمَوَاضِعَ الْآخَرَى .

وهذه الملاحظة مرعية بالإشارة إلى ما ورد في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (م ٢١١ وما بعدها منها) إذ لم يطعن أحد في شرعية ما ورد فيها على مدى عشرات السنين التي طبقت فيها في المحاكم الشرعية .

وقد وردت الاستعانة بأهل الخبرة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالقانون نمرة ٣١ لسنة ١٩١٠ في الفصل الثامن من الباب الثالث وعنوانه « في أهل الخبرة » في المواد من ٢١١ إلى ٢٤١ ونص في المادة ٢١١ أنه « إذا رأت المحكمة أن تستعين بأهل الخبرة عينت واحدًا أو ثلاثة ممن تثق بهم » وفي المادة ٢٤٠ أنه « لا تكون المحكمة مقيدة برأي أهل الخبرة » ثم نقل ذلك إلى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ في الفصل الثامن من الباب الثالث تحت عنوان « في أهل الخبرة » في المواد من ٢١١ إلى ٢٤١ .

وإذا أريد سندها من الكتب الفقهية ففيما يلي بعض أقوال الفقهاء في أهل الخبرة وكذا في القافة وهي ، في نظرنا ، تطبيق للاستعانة بأهل الخبرة .

قال في تبصرة الحكام ، ج ٢ : ص ٧٤ ، ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ ، ٧٩ :

ص ٧٤ : « في القضاء بقول أهل المعرفة : ويجب الرجوع إلى قول أهل

البصر ومعرفة النخاسين في معرفة عيوب الرقيق من الإماء والعبيد » .

ص ٧٦ : تنبيه : في شهادة عرفاء البنيان والقسام في عيوب الدار .

ص ٧٧ : فصل في اختلاف أهل المعرفة .

ص ٧٨ : ويرجع إلى أهل المعرفة في عيوب الدور وما فيها من الصدوع والشقوق وسائر العيوب . فرع- يرجع إلى أهل المعرفة من التجار في تقويم المتلفات وعيوب الثياب . ويرجع إلى أهل المعرفة والنساء في عيوب الفرج وفي عيوب الجسد مما لا يطلع عليه الرجال . فرع- ويرجع إلى أهل المعرفة بالجوائح وما ينقص من الثمار . فرع- وكذلك يرجع إلى أهل المعرفة بمسائل الضرر مما يحدثه الإنسان على جاره أو في الطرقات وأنواع ذلك .

وقال ابن القيم في الطرق الحكمية (ص ١٢٨) : « ومنها ما يختص بمعرفة أهل الخبرة والطب ، كالموضحة وشبهها وداء الحيوان الذي لا يعرفه إلا البيطار ، فيقبل في ذلك شهادة طبيب واحد وبيطار واحد إذا لم يوجد غيره - نص عليه أحمد » .

وكذا المغني ، ١٢ : ١٦١ وفيه أيضاً (ص ١٠) « ومن ذلك حكم رسول الله ﷺ وخلفائه من بعده رضي الله عنهم بالقافة وجعلها دليلاً من أدلة ثبوت النسب وليس ههنا إلا مجرد الأمارات والعلامات » وكذلك ص ٢١٦ - ٢٣٦ .
وتبصرة الحكام ، ٢ : ١٠٨ - ١١١ : الباب التاسع والستون في القضاء بالقافة » .

الفصل الثاني

التعديلات المقترحة ورأينا فيها

نورد فيما يلي ما ألحق بالتقرير من مقترحات بتعديل بعض المواد ورأينا

فيها .

المادة ١ - اقترح تعديلها بحيث تشمل الأحوال الشخصية وقد بينا عند كلامنا على الملاحظة الأولى عدم صحة ذلك فنحن لا نوافق عليه .

المادة ٥ - الإضافة المقترحة وهي عبارة « أو أي قانون آخر » لا حاجة إليها : إذ القاعدة الأصولية أن الخاص مقدم على العام ، والحكم الوارد في القانون الموضوعي الخاص حكم خاص ، والوارد في قانون الإثبات حكم عام والخاص مقدم على العام .

والمادة ٧ و ٨ - العبارة المقترحة إضافتها للمذكرة الإيضاحية الخاصة بهما لا مانع لدينا من إضافتها . (أضيفت فعلاً إلى مذكرة المادة ٧) .

المادة ١٨ - الإضافة المقترحة تتناول مسائل خاصة بالأحوال الشخصية كالإرث والنكاح والطلاق والنسب في بعض صوره فمحل هذه المسائل القانون الخاص بالأحوال الشخصية على ما جاء في رأينا في الملاحظة الأولى .

المادة ٢١ - الإضافة المقترحة اشتراط ألا يكذب الإقرار الشرع أو حكم الحاكم . وصورة الحالة الأولى المقترحة مسألة خاصة بالأحوال الشخصية فمحلها القانون الخاص بالأحوال الشخصية على ما جاء في رأينا في الملاحظة الأولى . وأما المسألة الثانية فليس في الصورة التي وردت في الاقتراح حكم قاض ، فضلاً عن أن مسألة سبق حكم القاضي تتناولها قاعدة « حجية الأمر المقضى » « وقوة الأمر المقضى » وقد تناولهما المشروع في الباب السادس منه « م ١٤٨ و ١٤٩ » .

(راجع السنهوري ، الوسيط ، ج-٢ : البند ٣٤١ ، ص ٦٣٠ وما بعدها) .

المادة ٢٤ - الاقتراح المتعلق بهذه المادة لا سند له من الفقه الإسلامي

المراد تقنينه ، وإنما هو نقل عما جاء في قانون الإثبات المصري نقلاً عن القانون المدني المصري في المادة ٤٠٩ - ٢ منه . والمادة الواردة في المشروع موافقة للمادة ١٢٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، ومن الخير عدم إدخال هذه الإضافة المقترحة وترك الموضوع لاجتهاد القضاء . وقد كان القضاء المصري يطبق الإضافة المقترحة قبل النص عليها (يراجع السنهاوري ، الوسيط ، ج-٢ البنود ٢٥٨-٢٦٢ ، ص ٥٠١-٥١٣) . والنص الوارد في المشروع يحتملها بدون الإضافة المقترحة ، فمن الخير ترك الأمر لاجتهاد القضاء تطبيقاً لأصل من أصول التقنين الحكيم وهو عدم التدخل في كل تفصيل وترك مجال ليعمل القضاء والفقهاء فيه اجتهادهما .

المادة ٣٦ - تضمن الاقتراح إضافة قبول شهادة النساء وحدهن فيما لا يطلع عليه الرجال . وهي مسألة خاصة بالأحوال الشخصية فتزد في القانون الخاص بالأحوال الشخصية ، كما هو رأينا المبين في الملاحظة الأولى .

المادة ٥٠ - الاقتراح الخاص بتعديلها لاستثناء مسائل الحسبة - لا محل له في المسائل المدنية والتجارية ، لخروجها كأصل عام على ما تجوز فيه الحسبة إذ دعوى الحسبة لا تجوز إلا فيما يكون فيه حق الله خالصاً أو غالباً وتحديد هذه الحقوق محل خلاف بين الفقهاء علاوة على أن هناك خلافاً بين المذاهب في دعوى الحسبة على تفصيل ليس هنا محله فالمسائل المدنية والتجارية خارجة عن نطاق دعوى الحسبة .

المادة ٦٤ - ورد في المشروع عبارة « أولأي سبب آخر » والمقصود بالسبب هنا بداهة السبب الشرعي . وأما الاحتجاج بأن النص الوارد في المشروع قد

يناقض المادة ٣٩ منه فمردود بأن لكل نص نطاقه كما هو واضح من الاطلاع عليهما ، ومن أصول التفسير التوفيق بين النصوص على فرض ظاهر تعارضها . ثم إن تخصيص القيد بالمادة ٣٩ فقط قد يفوته الحصر ، فمن الخير ترك الأمر اكتفاء بأصول التفسير . وأما إضافة العمى والخرس فقد رثي في المشروع ذكرهما وترك الأمر للقضاء توسعة على القاضي ، كما هو من مبادئ المشروع المبسوطه في مذكرته الإيضاحية ، وكما يقضي به أصل من أصول التقنين الحكيم وهو عدم الدخول في كل التفاصيل وترك مجال للقضاء والفقهاء يعملان فيه اجتهادهما . ويلاحظ أن بعض الفقهاء ومنهم مالك والحنابلة لا يردون شهادة الأعمى والأخرس على تفصيل (انظر : ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ٢ : ٧٩ ، ٨٠ . والفتوحى ، منتهى الإرادات ، ٢ : ٦٦٣ . وأحمد إبراهيم ، طرق القضاء ص ٢٩٣ - ٢٩٤ ، ٣٣٥ - ٣٣٨) وعلى ذلك فنحن لا نرى إدخال أي تعديل على هذه المادة .

المادة ٦٧ - لوحظ في نصها في المشروع مجازاة القانون المدني فيما نص عليه في المادة ٣٨ منه وعبارتها : « ويكون لكل شخص اسم ولقب » والتنسيق بين القوانين من حسن الصياغة .

(انظر م ١٧٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

المادة ٦٨ - تضمن الاقتراح إضافة عدم اشتراط التحليف في شهادة الاستكشاف وذكر تطبيقاً لها النفقات بأنواعها وأجرة الحضانه والرضاعة والمسكن - وهي من مسائل الأحوال الشخصية فمحلها القانون الخاص بالأحوال الشخصية كما هو رأينا المبين في الملاحظة الأولى .

المادة ٧٨ - الإضافة المقترحة وهي عبارة « إذا لم تزد على المدعى به »

واردة في المشروع بعبارة « في حدود موافقة الشهادة للدعوى » . ويلاحظ أن من المقرر أن القاضي لا يقضي بأكثر من طلبات الخصوم في الدعوى .

المادة ٧٨ مكرراً المقترح إضافتها - الاقتراح يتناول المسائل التي تجوز فيها الشهادة السماعية : النكاح . . . إلخ وهي من مسائل الأحوال الشخصية ومحلها كما تقدم القانون الخاص بالأحوال الشخصية على رأينا الوارد في الملاحظة الأولى .

المادة ١٤٨ - اقترح إضافة عبارة « ولا تقوم هذه الحجية إذا خالفت نصاً من القرآن أو السنة أو الإجماع » وهذه الإضافة أيضاً تحتاج إلى توضيح إذ عدم قيام الحجية لا يكون إلا عندما يكون الحكم قطعي الورود قطعي الدلالة وأنه وإن كان القرآن الكريم كله قطعي الورود إلا أنه ليس كله قطعي الدلالة وأما السنة والإجماع فالغالب في أحكامهما أنها غير قطعية الورود وغير قطعية الدلالة . فالزيادة المقترحة ليس لها ثمة عملية في المسائل المدنية والتجارية حيث جملة الأحكام فيها ظنية الدلالة أو ظنية الورود أو هما معاً ونكرر أنه ليس لها ثمة عملية في المواد المدنية والتجارية . ومع ذلك فلا بأس من إضافتها .
وأما الإضافة المقترحة للمذكرة الإيضاحية للمشروع في شأن أهل الخبرة فقد تناولناها في الكلام على الملاحظة الثالثة (وقد أضيفت فعلاً في المذكرة الإيضاحية للخبرة ص ٢٩٣ - ٢٩٥) .

الخاتمة

نخلص من كل ما تقدم إلى أنه لا مانع لدينا من الأخذ بما جاء في التقرير من إضافة إلى المذكرة الإيضاحية الخاصة بالمادتين ٧ ، ٨ وكذا إضافة السند

الفقهي للاستعانة بأهل الخبرة على ما ورد في الملاحظة الثالثة (وقد تمت
الإضافتان فعلاً) .

أما بقية التعديلات المقترحة فلا نراها . وبذا يظل المشروع متسقاً بعضه مع
بعض صادراً عن روح واحدة تتمشى في كل جنباته .

ونحن نشكر لفضيلة الشيخ جاد الحق علي جاد الحق مفتي جمهورية مصر
العربية والسيد الأستاذ محمد عمار المستشار بإدارة قضايا الحكومة ما بذلا من
جهد في دراسة المشروع وكتابة تقريرهما ومقترحاتهما .

ونحمد الله سبحانه وتعالى أن أمدنا بعونه وتوفيقه حتى جاء المشروع صادراً
عن الفقه الإسلامي حكماً وصياغة ، دارئاً المفسدة محققاً المصلحة والله ولي
التوفيق .

الدكتور محمد زكي عبد البر
الأستاذ بجامعة الإمام محمد بن سعود
الإسلامية بالرياض (السعودية)

المستشار إبراهيم القليوبي
مدير النيابة الإدارية

المراجع الأساسية

(١) الخاصة بالقسم الأول

في التقنين :

السنهوري [عبد الرزاق أحمد] :

- على أي أساس يكون تنقيح القانون المدني المصري ، مقال منشور في الكتاب الذهبي للمحاكم الأهلية ، ج ٢ ، ص ١٠٦ - ١٤٣ . (١٨٨٣هـ - ١٩٣٣م) .

- وجوب تنقيح القانون المصري ، وعلى أي أساس يكون هذا التنقيح . بمناسبة العيد الخمسيني للمحاكم الأهلية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السادسة ، العدد الأول ، شوال سنة ١٣٥٤هـ يناير سنة ١٩٣٦م ، ص ٣ وما بعدها .

- من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي . وحركة التقنين المدني في العصور الحديثة ، مقال نشر في مجلة القضاء ببغداد ، سنة ١٩٣٦م .

- أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة ، سنة ١٩٥٢ (مع الأستاذ الدكتور أحمد حشمت أبوستيت) .

بالفرنسية :

فرانسوا جيني :

-- La technique legislative dans la codification civile moderne (a propos centenaire du code civil). Paris, a. Rousseau, 1904.

-- Les procedes d'elaboration du droit civil, Paris, Giard et Briere, 1910.

- Sciences et technique en droit prive positif. Paris, Sirey.
- , Le conception general du droit, de ses sources, de sa methode dans l'oeuvre de Raymond Saleilles.
- Methode d'Interpretation et sources en droit prive positif, Paris, Librairie General de Droit et de Jurisprudence, 1954.

- موسوعة دالوز في القانون المدني - المجلد الثاني - الطبعة الثانية ، باريس سنة ١٩٧١ مادة « تقنين » ص ٢ وما بعدها .

- لامبير ، الصلة بين القانون والدين في العالم الإسلامي المعاصر وخصوصاً في مصر ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثانية ، العدد الخامس ، القسم الافرنجي ، ص ٢٩٦ - ٣١٢ .

في الفقه الحنفي :

المرغيناني (٥٩٣) :

- « البداية » وشرحها « الهداية » المطبعة الأميرية ، الطبعة الأولى سنة ١٣١٦هـ . وعلى هامشها « فتح القدير » لابن الهمام (٨٦١هـ) .

الطرابلسي (٨٤٤هـ) :

- معين الحكام ، الطبعة الثانية ، مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م .

ابن الشحنة (٨٨٢هـ) :

- لسان الحكام ، الطبعة الثانية ، مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م (مع معين الحكام للطرابلسي) .

ابن نجم المصري (٩٧٠هـ) :

- الأشباه والنظائر ، القاهرة ، مصر ، سنة ١٢٩٠هـ .

ابن عابدين (محمد أمين - ١٢٥٢هـ) :

- رد المحتار ، الطبعة الثالثة الأميرية ، سنة ١٣٢٤هـ

- (وتكملته (قرّة عيون الأخيار) ، الطبعة الثانية ، بولاق - محمد علاء الدين - ١٣٠٦هـ . وهو ابن محمد أمين عابدين المشهور بابن عابدين) .
- مجموعة رسائل ، طبع الأستانة ، ١٣٢٥هـ .
- مجلة الأحكام العدلية ، الأستانة ، سنة ١٢٩٨هـ .
- في الفقه المالكي :
- القرافي (٦٨٤هـ) :
- الفروق ، مصر ، سنة ١٣٤٤هـ .
- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام - الطبعة الأولى ، مطبعة الأنوار - سنة ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨ . نشره عزت العطار .
- ابن فرحون (٧٩٩هـ) :
- تبصرة الحكام ، طبعة الحلبي ، على هامش فتح العلي المالك ، طبعة ١٣٧٨هـ - ١٩٥٨ .
- محمد عيش (١٢٩٩هـ) :
- فتح العلي المالك ، مع تبصرة الحكام لابن فرحون .
- في الفقه الشافعي :
- الماوردي (٤٥٠هـ) :
- الأحكام السلطانية ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، الطبعة الثالثة ، سنة ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م .
- عز الدين بن عبد السلام (٦٦٠هـ) :
- قواعد الأحكام - مصر ، مطبعة الاستقامة
- السيوطي (٩١١هـ) .
- الأشباه والنظائر ، طبع مصر ، ١٣٥٥هـ - ١٩٣٦م .
- في الفقه الحنبلي :
- ابن قدامة (موفق الدين) (٦٣٠هـ) :

- المغني شرح مختصر الخرقى - مكتبة الجمهورية العربية
ابن تيمية (٥٧٢٨هـ) :
- السياسة الشرعية - مطبعة دار الشعب بمصر .
ابن القيم (٥٧٥١هـ) :
- إعلام الموقعين - إدارة الطباعة المنيرية بمصر في أربعة أجزاء . وكذا
الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة بمصر ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م .
- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، مطبعة السنة المحمدية ،
١٣٧٢هـ - ١٩٥٣م .
- الفتوحى (١٠٠٠هـ) :
- منتهى الإرادات .
منصور بن إدريس [١٠٥١هـ] :
- كشف القناع ، مصر ، المطبعة الشرقية ، ١٣١٩هـ .
بحوث حديثة :
- عبد الوهاب خلاف :
- السلطات الثلاث في الإسلام ، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد ،
السنة الخامسة ، ص ٥٠٨ وما بعدها . والسنة السادسة ، ص ٤٣٩
وما بعدها . والسنة السابعة ، ص ٥٦٥ وما بعدها .
- عبد الرحمن عبد العزيز القاسم :
- الإسلام وتقنين الأحكام ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٦٦م .
- مدى حق ولي الأمر في تنظيم القضاء وتقييده (رسالة دكتوراه من كلية
الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٣م) .
في الأدب والسياسة :
- محمد كرد علي :
- رسائل البلغاء ، دار الكتب العربية الكبرى ، مصطفى الباي الحلبي ،

- ١٣٣١هـ - ١٩١٣م ، رسالة ابن المقفع في الصحابة ص ١٢٠ - ١٣١ .
 ابن قتيبة :
 - الإمامة والسياسة ، طبع محمد مصطفي فهمي ، مطبعة الفتوح الأدبية ،
 ١٣٨٢هـ - ١٩٦٣م .

(٢) الخاصة بالقسم الثاني

- بالنسبة إلى هذا القسم أشير إلى المراجع عقب كل مادة أو المذكرة
 الإيضاحية .
 وفيما يلي بعضها :
 (أ) التشريعات
- القانون المدني المصري الصادر به القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
 - قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري الصادر به القانون رقم
 ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ومذكرته الإيضاحية .
 - لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في مصر الصادر بها المرسوم بقانون رقم
 ٧٨ لسنة ١٩٣١م .
 - القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م .
 - قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩م الصادر به قرار مجلس قيادة
 الثورة رقم ١٠٦١م بجلسته المنعقدة بتاريخ ١٥/٨/١٩٧٩م .
 - قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية السوري رقم ٣٥٩ الصادر في
 ١٠ حزيران سنة ١٩٤٧م
 - قانون الإثبات في المواد المدنية السوداني لسنة ١٩٧٢م رقم ٤٠ لسنة
 ١٩٧٢م
 - مجلة الأحكام العدلية ، الأستانة ، سنة ١٢٩٨هـ .

(ب) المؤلفات :

- المؤلفات العامة في الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة . وتقدم ذكر بعضها .

في المذهب الحنفي :

- الطرابلسي (علاء الدين - ٨٤٤هـ) : معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام . الطبعة الثانية . مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م .

- ابن الشحنة (أبو الوليد - ٨٨٢هـ) : لسان الحكام في معرفة الأحكام . الطبعة الثانية - مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م .
في المذهب المالكي :

- ابن فرحون (٧٩٩هـ) : تبصرة الحكام . على هامش :
- محمد عlish (١٢٩٩هـ) : فتح العلي المالك . مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٧٨هـ - ١٩٧٨م .

في المذهب الشافعي :

- الماوردي (٤٥٠هـ) : الأحكام السلطانية . الطبعة الثالثة - مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م .

في المذهب الحنبلي :

- ابن القيم (٧٥١هـ) : الطرق الحكمية ، مطبعة السنة المحمدية .
١٣٧٢هـ - ١٩٥٣م .

من المعاصرين :

- أحمد إبراهيم : طرق القضاء ، المطبعة السلفية . مصر ١٣٤٧هـ .

في القانون :

- عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط ، ج-٢ ، الطبعة الأولى ، دار النشر للجامعات ، ١٩٥٦م .



الفهرست

الرقم يشير إلى أول البحث

ص - ٥

دعاء

٦

مقدمة الطبعة الثانية

٩

مقدمة الطبعة الأولى

١٢

تصدير

القسم الأول

١٧

المبدأ والمنهج

١٩

منهج البحث

٢١

المقدمة

٢١

المبحث الأول - التعريف بالتقنين

المبحث الثاني - مزاياه وعيوبه

٢٢

(أ) مزاياه

٢٥

(ب) عيوبه

٣٠

المبحث الثالث - حركة التقنين

٣٥

الفصل الأول - المبدأ : هل يجوز تقنين الفقه الإسلامي ؟

٣٦

المبحث الأول - الفقه

٣٦

(أ) الرأي القائل بعدم الجواز

٤٩

(ب) الرأي القائل بالجواز

٥٩

المبحث الثاني - ما جرى عليه العمل

٦٢

المبحث الثالث - رأينا وأدلته

٧٦

الفصل الثاني - المنهج

٧٨

المبحث الأول - الناحية الداخلية

٧٩

(أ) نطاق التقنين

٨٠	(ب) مصدر التقنين
٨٧	(ج) صياغة التقنين
٨٩	(د) تبويب التقنين
٩٠	(هـ) الروح العامة للتقنين
٩٣	(و) أسلوب التقنين
٩٥	(ز) لغة التقنين
٩٦	المبحث الثاني - الناحية الخارجية
٩٨	المبحث الثالث - مراجعة التقنين
١٠٠	الخاتمة

القسم الثاني
التطبيق

تقنين أحكام الإثبات في المواد المدنية والتجارية من الفقه الإسلامي

١٠٥	المنهج
١٠٧	(أولاً) المشروع
١٠٩	اقتراح بمشروع القانون
	المذكرة الإيضاحية للمشروع: أهمية قواعد الإثبات - منهج المشروع - مصادر المشروع -
١١٢	مبادئ المشروع
١٢٠	الأحكام العامة: م ١ - ١٤
١٤٢	الباب الأول - الإقرار: م ١٥ - ٢٥
١٥٦	الباب الثاني - استجواب الخصوم: م ٢٦ - ٣٤
١٦٤	الباب الثالث - الشهادة: م ٣٥ - ٨١
٢١٦	الباب الرابع - الكتابة:
٢١٩	الفصل الأول - المحررات الرسمية: م ٨٢ - ٨٥
٢٢٧	الفصل الثاني - المحررات العرفية: م ٨٦ - ٩١
	الفصل الثالث - طلب إلزام الخصم بتقديم المحررات الموجودة تحت يده:

ص - ٠٠

٢٤١

م ٩٢ - ٩٩

٢٤٩ الفصل الرابع - إثبات صحة المحررات : م ١٠٠ - ١٠١

الفرع الأول - إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع

٢٥١

وتحقيق الخطوط : م ١٠٢ - ١٢٠

٢٥٨

الفرع الثاني - الادعاء بالتزوير : م ١٢١ - ١٣١

٢٦٦

الباب الخامس - اليمين : حجيتها - م ١٣٢ - ١٤٦

٢٨٤

الباب السادس - القرائن : تمهيد - القرينة الشرعية - م ١٤٧ - ١٥٠

٢٩٠

الباب السابع - المعاينة : م ١٥١ - ١٥٤

٢٩٣

الباب الثامن - الخبرة : م ١٥٥ - ١٨٢

٣١٣

ثانياً) مراجعة المشروع

٣١٤

(أ) تقرير لجنة المراجعة

٣١٩

(ب) تقرير فضيلة مفتي جمهورية مصر العربية

٣٣٤

(ج) مذكرة بالرأي فيما جاء في تقرير فضيلة المفتي

٣٣٦

الفصل الأول - الملاحظات العامة والرأي فيها

٣٤٥

الفصل الثاني - التعديلات المقترحة والرأي فيها

٣٤٩

الخاتمة

٣٥١

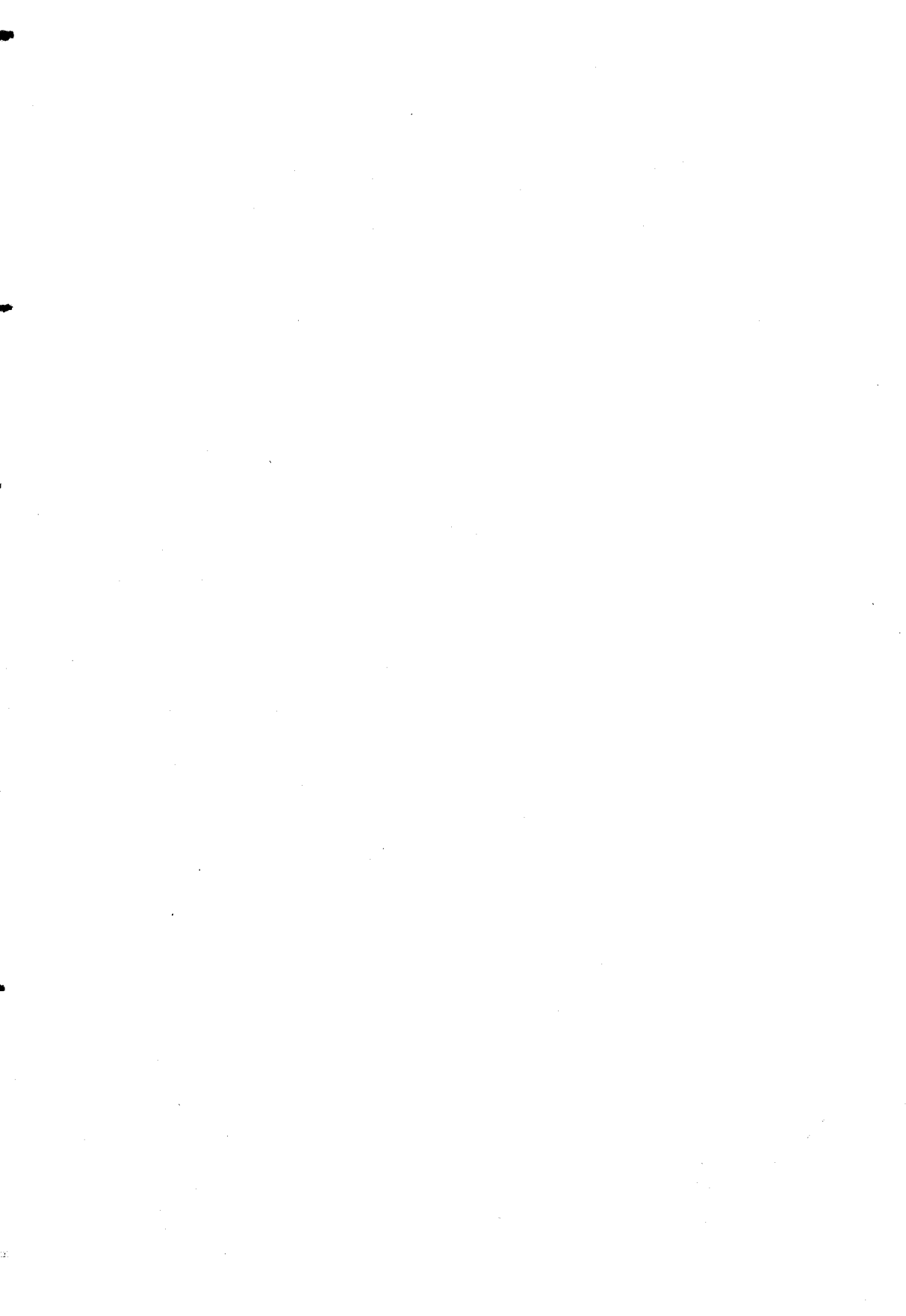
المراجع الأساسية :

٣٥١

(١) الخاصة بالقسم الأول

٣٥٥

(٢) الخاصة بالقسم الثاني



للمؤلف

(أولاً) في التأليف

- ١ - نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي - الجزء الأول : في الفقه الحنفي . وبه فهرست تاريخي للمراجع . الطبعة الأولى . مطبعة الفجالة الجديدة . القاهرة . ١٣٦٩هـ - ١٩٥٠م .
- ٢ - مذكرات في الفقه الحنفي . لطلبة الصف الرابع بكلية الشريعة - جامعة دمشق . مطبعة جامعة دمشق . ١٣٧٩هـ - ١٩٥٩م .
- ٣ - الحكم الشرعي والقاعدة القانونية - دار القلم بالكويت ، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م . وسبق نشره في مجلة إدارة قضايا الحكومة بمصر .
- ٤ - التصرفات والوقائع الشرعية - دار القلم بالكويت . ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م . وسبق نشره في مجلة إدارة قضايا الحكومة بمصر .
- ٥ - الربا وأكل المال بالباطل - دار القلم بالكويت . ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م . وسبق نشره في مجلة إدارة قضايا الحكومة بمصر .
- ٦ - تقنين الفقه الإسلامي - إدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر . ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م . الطبعة الأولى .
- ٧ - أحكام العقود الناقلة للملك في الفقه الحنفي ، دار الثقافة ، قطر ، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م .
- ٨ - أحكام المعاملات المالية في الفقه الحنبلي ، دار الثقافة ، قطر ، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م .

(ثانياً) في تحقيق مخطوطات الفقه والأصول

تحقيق ونشر المخطوطتين الآتيتين لأول مرة :

- ١ - تحفة الفقهاء - لعلاء الدين السمرقندي (٥٣٩هـ) وهو أصل بدائع الصنائع

للكاساني (٥٨٧هـ) . مطبعة جامعة دمشق . ١٣٧٧هـ - ١٩٥٩م . في ثلاثة أجزاء .

٢ - ميزان الأصول في نتائج العقول - لعلاء الدين السمرقندي (٥٣٩هـ) مطابع الدوحة الحديثة - الدوحة - قطر . ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م .

(ثالثاً) البحوث والمقالات

١ - العقد الموقوف في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المدني المصري - مجلة القانون والاقتصاد . السنة الخامسة والعشرون . العددان الأول والثاني ، مارس ويونية سنة ١٩٥٥م ، ص ١١٠ - ٢٠٠ .

٢ - كلمة في الحجر على المدين في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني العراقي - مجلة المحاماة بمصر السنة ٣٦ (السادسة والثلاثون - العدد التاسع ، سنة ١٩٥٥م ، ص ١٤٣٠ - ١٤٤٩) .

٣ - مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الثاني ، من السنة الثامنة .

٤ - مصطلحات القانون ومصطلحات الفقه الإسلامي واستعمال كل في مجال الآخر - مجلة جامعة أم درمان الإسلامية بالسودان ، العدد الأول ، السنة الأولى ، سنة ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م .

٥ - القضاء في مصر بين الوحدة والتعدد (في سبعة فصول وخاتمة) . الفصل الأول : من الفتح الإسلامي إلى الفتح العثماني (عهد القضاء الإسلامي) ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الثالث من السنة التاسعة عشرة . وبقية الفصول الستة الأخرى والخاتمة تحت الطبع الآن .

٦ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري تجربة حاسمة في أسلوب دراسة الفقه الإسلامي ، مجلة أضواء الشريعة التي تصدرها كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض . العدد

الثامن - جمادى الآخرة سنة ١٣٩٧هـ .

٧ - منهج الإسلام في حل المنازعات بين الناس - مجلة أضواء الشريعة - العدد التاسع ، سنة ١٣٩٨هـ .

٨ - مصطلحات أصول الفقه . مع أستاذنا الجليل صاحب الفضيلة الشيخ علي الخفيف ، رحمه الله وجعل الجنة مثواه . (لمجمع اللغة العربية بمصر) .

٩ - الاسم في الشريعة الإسلامية . حولية كلية الشريعة - جامعة قطر . ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م .

١٠ - علم أصول الفقه وعلم أصول القانون . حولية كلية الشريعة - جامعة قطر . ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .

١١ - الدين والعين في الفقه الإسلامي ، والحق الشخصي والحق العيني في الفقه الغربي . مجلة القانون والاقتصاد . العدد الخاص بالعيد المئوي لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - (مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٣م) .

١٢ - الحوالة في الفقه الإسلامي . حولية كلية الشريعة بجامعة قطر . العدد الرابع . ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م (الباب الأول : في المذهب الحنفي) .
تحت النشر :

١٣ - الحوالة في الفقه الإسلامي . الباب الثاني : في المذاهب الثلاثة الأخرى : المالكي والشافعي والحنبلي - حولية كلية الشريعة بجامعة قطر . العدد الخامس - ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م .

١٤ - لا ضرر ولا ضرار في الإسلام وإساءة استعمال الحق في الفقه الإسلامي - في مجلة القانون والاقتصاد .

١٥ - القضاء في المجتهد فيه - متى يكون نهائياً^(١) .

(١) يضاف إلى هذا مقالات نشرت في مجلة « حضارة الإسلام » بدمشق . و « الوعي الإسلامي » بالكويت . و « الدوحة » بقطر

(رابعاً) في التقنين

- ١ - الإسهام في وضع مشروع التقنين المدني الأردني (القانون الصادر في ٢٣ من أيار / مايو) سنة ١٩٧٦م والمنشور في الجريدة الرسمية الأردنية في عددها الصادر في الأول من آب (أغسطس) سنة ١٩٧٦م والمطبق في مطلع عام ١٩٧٧م .
- ٢ - مشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية مع مذكرة إيضاحية لكل مادة - لجنة تقنين الفقه الإسلامي بمجلس الشعب المصري سنة ١٩٨٣ - ١٩٨٤م .

تحت الإعداد :

- ١ - أحكام المعاملات المالية في الفقه الحنبلي - الجزء الثاني .
- ٢ - أحكام العقود المالية في الفقه الحنفي - الجزء الثاني .

والحمد لله رب العالمين

والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين