أثر الفقه الاسلامي في قوانين الإثبات
(دراسة مقارنة)

الدكتور
عصمت عبد المجيد بكر

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

أثـــر الفقـــه الإسلامـــي

في قوانين الإثبات

دراسة مقارنة

الدكتور

عصمت عبد المجيد بكر

مستشار ورئيس مجلس شورى الدولة في العراق (سابقا)

1445هـ/ 2024م

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

المنهل
ALMANHAL
Powered by KSRIA

عنوان الكتاب : أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات
الدكتـــــور : عصمت عبد المجيد بكر
الترقيم الدولي:
رقم الإيـــداع:
سنة النشـــــر: 2022

الطبعة الأولى

الناشر

المركز العربي للنشر والتوزيع
تقافة الجدارة

جمهورية مصر العربية

القاهرة – شبرا – 3 شارع ترعة النصراني أمام مسجد التقوى – منطي – شبرا الخيمة

00 (20) 1282441890

00 (20)233518784

www.ACBOOKZONE.com

حقوق النشر:

جميع الحقوق محفوظة للمركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، ولا يجوز نشر أي جزء من هذا الكتاب أو اختزان مادته بطريقة الاسترجاع أو نقله على أي نحو أو بأية طريقة سواء كانت الكترونية أو ميكانيكية أو خلاف ذلك إلا بموافقة الناشر على هذا كتابة ومقدمًا.

تنويه هام:

إن مادة هذا الكتاب والأفكار المطروحة به تعبر فقط عن رأي المؤلف ولا تعبر بالضرورة عن رأي الناشر الذي لا يتحمل أي مسئولية قانونية فيما يخص محتوى الكتاب أو عدم وفائه باحتياجات القارىء أو أي نتائج مترتبة على قراءة أو استخدام هذا الكتاب

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

تقديم

أثناء إعداد مؤلفاتنا في الإثبات[1] تبين لنا مدى تاثر احكام قوانين الإثبات العربية باحكام الفقه الإسلامي بدرجات متفاوتة، وبعد البحث والتمحيص في المصادر ذات العلاقة تجمعت لدينا مادة كافية لاعداد مسودات هذا الكتاب، وقد تحملنا الكثير من اجل ذلك، حيث صادف ذلك اصابتي بمرض استوجب اجراء عملية جراحية ورقودي لمدة في المستشفى خارج الوطن ثم ضرورة مروري بدور النقاهة وملازمتي للفراش، ومع ذلك فقد اعانني الله سبحانه وتعالى على مواصلة التاليف، حرصا مني في انجاز هذا العمل وتفادي الملل الذي بدأت اعانيه.

وكان هدفي من هذا العمل نيل رضاء الله سبحانه وتعالى، فلم يكن هدفي نيل سمعة أو ثروة أو منصب، وغير ذلك مما يزول مع الزمن، ويبقى وجه ربك ذو الجلال والاكرام.

ومن أسباب اهتمامي بهذا الموضوع واعداد هذا المؤلف اطلاعي على مشروعات لقوانين إثبات مستمدة من احكام الشريعة الاسلامية، فقد تولت لجنة تقنين

(1) شرح قانون الإثبات. بغداد 1997 وبغداد 2007 وبيروت دار السنهوري 2018 وأصول الإثبات (دراسة في ضوء أحكام قانون الإثبات العراقي والتشريعات المقارنة والتطبيقات القضائية ودور التقنيات العلمية في الإثبات) عمان/الأردن. دار أثراء للنشر والتوزيع. منشورات جامعة جيهان الخاصة/أربيل2011. وطرق الإثبات (دراسة في القوانين ومشروعات القوانين العربية بالمقارنة مع الفقه الإسلامي في ضوء آراء الفقه القانوني وأحكام القضاء) بيروت منشورات زين الحقوقية 2017 والنظرية العامة للإثبات في القانون المقارن. بيروت منشورات زين الحقوقية 2019.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب المصري باعداد (قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الاربعة) برئاسة الاستاذ المرحوم الدكتور صوفي حسن ابوطالب رئيس مجلس الشعب الاسبق، وعضوية اكثر من سبعين عضوا من اساتذة الشريعة الإسلامية والقانون وشيوخ القضاة على راسهم الامام الاكبر شيخ الازهر (جاد الحق علي جاد الحق رحمه الله وقدم له الاستاذ وحيد بن عبد السلام بالي وطبع مشروع قانون الإثبات في القاهرة (دار ابن رجب ودار الفنون) الطبعة الأولى 1434 للهجرة 2013م وجاء في (180) مادة، كما درسنا مشروع قانون الإثبات الإسلامي المصري ومذكرته الإيضاحية والذي انجزته اللجان القانوني المتخصصة بمجلس الشعب المصري في الفترة منذ عام 1979 حتى 1982م وراجعه الاستاذ أحمد محمد عبد العظيم الجمل المستشار بمحكمة الاستئناف وعضو المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية (سابقا) وجاء المشروع في (181) مادة.

وقد استفدت من هذه الجهود العلمية، ايما استفادة، اضافة إلى الرجوع إلى المصادر والمراجع القيمة التي سنذكرها في الهوامش وقامة المصادر والمراجع.

وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

مقدمة

أولاً - تعريف الإثبات:

لغة: ثبت، ثباتا، وثبوتا، استقر، ويقال ثبت بالمكان: أقام. وثبت الامر: صح وتحقق. وثبت الامر: صححه وحققه، ويقال: أثبت الكتاب: سجله. وأثبت الحق: أقام حجته، ثبت الشئ: أثبته[1]. والثبت: الحجة والبيان[2].

ويعرف فقهاء الشريعة الإسلامية الإثبات بمعناه العام بأنه إقامة الدليل على حق أو واقعة من الوقائع، وبمعناه الخاص بأنه إقامة الدليل امام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو على واقعة معينة تترتب عليها آثار شرعية[3].

قانونا: تزخر المؤلفات القانونية بتعريفات عديدة للإثبات وتهدف هذه التعريفات إلى بيان المقصود بالإثبات القضائي، ما يقوم به المدعي لإظهار حقه عن طريق تقديم أدلة الإثبات، ومع ذلك يجدر بنا ان نذكر التعريف الذي قدمه الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري بقوله (اقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون

---

(1) المعجم الوسيط. مجمع اللغة العربية. مصر ج1 بيروت دار احياء التراث العربي باب الثاء ص 93.

(2) ابن منظور (محمد بن مكرم) لسان العرب 1413 للهجرة.. بيروت دار احياء التراث العربي ج2 ص 80.

(3) موسوعة الفقه الإسلامي القاهرة 1387 للهجرة ج2 ص 136. وانظر الموسوعة الفقهية/ الكويت وزارة الاوقاف ج1 ص 232.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها)[1].

وتعريف الاستاذ الدكتور سليمان مرقس (اقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به، نظرا لما يترتب عليه من آثار قانونية) [2] كما يعرف بأنه (إقامة الدليل أمام القضاء على وجود حق أو حجة واقعة ومتنازع فيها بقصد الوصول إلى نتائج قانونية معينة[3].

فالمراد بالإثبات القضائي، إقامة الدليل بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية، أي على وجود واقعة تلعب دور المصدر المسبب لأثر قانوني معين، يراد من القضاء الحكم به أو على اساس مقتضاه[4].

وعرفته المادة (131) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني بأنه (الإثبات هو أقامة الدليل أمام القضاء على واقعة أو عمل قانوني يستند أي منهما إلى طلب أو دفع أو دفاع) والدفع قد يكون شكليا أو اجرائيا ويقصد به الخصم إلى إعلان عدم قانونية المحاكمة أو سقوطها أو وقف سيرها كالدفع بعدم الاختصاص أما الدفاع فهو كل سبب يرمي به الخصم إلى رد طلب خصمه لعدم صحته بعد بحث الحق في الموضوع[5].

(1) الوسيط في شرح القانون المدني. القاهرة دار النهضة العربية ج2 ص 13 - 14.

(2) اصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية ج1 الناشر. عالم الكتب القاهرة 1981 ف 1 ص11.

(3) الدكتور محمد حسين منصور. مبادئ الإثبات وطرقه. الاسكندرية دار الجامعة الجديدة 2004 ص 7.

(4) الدكتور عصام أنور سليم. النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية. الاسكندرية منشأة المعارف 2005 ص11.

(5) المادتان (50 و52) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

فالغاية من الإثبات القضائي تتمثل في حسم المنازعة حول حق متنازع فيه، بحكم قضائي يحوز الحجية ويمنع الخصوم من العودة إلى المناقشة في المسائل التي فصل فيها بأي دعوى تالية، ويتم الإثبات القضائي على هدى من التنظيم القانوني الموضوعي والاجرائي الملزم للخصوم والقاضي جميعا، ولا يتحقق الإثبات القضائي باقامة الدليل على الحق أو الأثر القانوني المدعى به، بل بإقامته على الواقعة القانونية المعتبرة مصدرا للحق المدعى به[1].

ثانيًا: اهمية الإثبات: بات من المسلم به أن الإثبات هو الذي يبعث الحياة في الحق ويجعله مفيدا[2] وان (الحق يتجرد من قيمته، ما لم يقم الدليل على الحادث المبدئ به، قانونيا كان هذا الحادث أو ماديا، والواقع ان الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع منه[3].

وورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الإثبات المصري رقم (25) لسنة 1968 (تحتل قواعد الإثبات اهمية خاصة، غذ أن الحق (وهو موضوع التقاضي) يتجرد من كل قيمة إذا لم يقم الدليل على الحادث الذي يستند اليه، فالدليل هو قوام حياته ومعقد النفع منه، حتى يصدق القول بأن الحق بأن الحق مجردا عن دليله

(1) انظر الدكتور نبيل ابراهيم سعد والدكتور همام محمد محمود زهران. أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية. الإسكندرية دار الجامعة الجديدة للنشر 2001 ص7 ـ8.

(2) هذا ما قاله الفقيه الفرنسي المعروف (بلانيول) انظر الدكتور عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني /ج2 الإثبات وآثار الالتزام ص 12 هامش (3) وهناك أقوال مشهورة منها (ما لادليل عليه هو والعدم سواء) و(يستوي حق معدوم وحق لادليل عليه) و(الدليل هو قوة الحق) انظرنفس المكان من الوسيط.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج2 ص 349.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

يصبح عند المنازعة فيه هو والعدم سواء)[1].

وتتميز نظرية الإثبات من بين النظريات القانونية بالأهمية النظرية والعملية البالغة، حيث يتميز الإثبات القضائي بأهمية كبيرة، فهو يؤكد وجود الحقوق وحجتها، لأنه مرتبط بالحق ويعد الإثبات القضائي من أهم ما يشغل القاضي في عمله الذي يهدف إلى استقرار الحقوق وتأمين العدل، لأن الانسان لا يستطيع أقتضاء حقوقه بنفسه، وإنما عليه الاستعانة بالقضاء، وعليه العمل لاقناع القاضي عن طريق أدلة الإثبات التي يقدمها، لذلك تعد نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقا في الحياة العملية، بل أن المحاكم لاتنقطع عن تطبيقها كل يوم فيما يعرض عليها من أقضية.

وترتبط أهمية الإثبات ارتباطا وثيقا بالقاعدة التي تقضي بأن الانسان لا يستطيع أن يقتضي الحق بنفسه، وإنما عليه أقامة الدليل واقناع القاضي بوجود حقه الذي تعرض للإنكار من الغير، فدون اقامة الدليل لا يستطيع الحصول على الحماية القانونية، لأن القاضي لن يكون ملزما بالتسليم بصدق ادعائه، دون دليل مقنع، وبذلك يحقق الإثبات مصلحة عامة اجتماعية هي حسم النزاع بين أفراد المجتمع وتحقيق ما تقتضيه العدالة بوصول كل ذي حق إلى حقه وفق القانون، ثم ان تنظيم الإثبات يحسم المنازعات بين المتخاصمين ويدحض الادعاءات الكاذبة والكيدية، وهو بذلك يوفر أسباب الاستقرار في المجتمع ويحقق صالح الجماعة[2].

وترتبط نظرية الإثبات بكل فروع القانون، إذ يمكن تطبيقها على مصادر الحق كافة، سواء الحقوق الشخصية أو الحقوق العينية، ونظرا لما لنظرية الإثبات من أهمية

(1) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الإثبات المصري رقم (25) لسنة 1968.

(2) الدكتور عباس العبودي شرح أحكام قانون الإثبات المدني عمان دار الثقافة للنشر والتوزيع 1999 ص 10.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

بالغة وخطورة على مصير الدعوى، فقد زاد اهتمام الفقه بها في جميع فروع القانون، وإن أبلغ دليل على هذا الاهتمام هو اصدار مؤلفات في تطبيقات نظرية الإثبات في فرع من فروع القانون[1].

ثالثًا: للإثبات في الشريعة الإسلامية مكانة مهمة، فالقرأن الكريم اعطى براهين وحجج قاطعة لكل القضايا من حيث وجود الخالق ووحدانيته وصدق رسله، بل حقيقة القرآن نفسه انزل من الله سبحانه وتعالى وانه ليس من وضع البشر لذا هو كتاب للحساب وكتاب للعدالة في الارض، وتدل الآيات القرآنية الكريمة على شمول وتوازن في تنظيم الحقوق، وعلى دلالات العدل، فالعدل هو الوفاء بالحقوق بالقسط، وان الصلة واضحة بين العدل والحق، ويشمل الحق حق الله وحق العبد، وحقوق الفرد والوطن والجوار، بل يتعدى بهذا الشمول الواجبات والوفاء بها إلى تحقيق رفاه الفرد والجماعة، وللمعنى صلة بالغير أداء للامانات وايفاء للحقوق وقد يكون احساسا مجردا للفرد ينعم به طرفا الخصومة رضاء بحكم القضاء أو نزولا لحكم القانون أو عهد أو اتفاق بعدها بمشيئة الله يتحرك الفرد مطمئنا في الارض ضربا للرزق والعيش الكريم عمرانا للارض، ومن نماذج لأدلة جامعة لاثبات الحقوق في آيات القرآن الكريم، عدم كتمان الحق والعهد والميثاق وتوكيد العقد وتوثيقه وفي القرآن الكريم آيات تدل على اعجاز تشريعي للحقوق، ومنها الآية الكريمة (**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ**) [سورة البقرة الآية 282] ومرونة التعامل في التجارة والسفر(**إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً**) وحبب الاسلام الاقراض والامهال في

(1) انظر مثلا الدكتور السيد أبو الفتوح حفناوي الإثبات في التأمين البحري اطروحة دكتوراه منشورة ضمن موسوعة القضاء والفقه للدول العربية بيروت 1962 فقرة 5 ص 3 والدكتور أحمد كمال الدين موسى نظرية الإثبات في القانون الأداري القاهرة مطابع مؤسسة دار الشعب 1977.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

الدين[1].

واهتم الفقه الإسلامي بالإثبات ايما اهتمام، حتى ان هناك من افرد مؤلفا للإثبات كابن القيم الجوزية في كتابه (الطرق الحكمية) وابن فرحون المالكي في كتابه (تبصرة الحكام) و(معين الحكام) لعلاء الدين الطرابلسي، وبحثت مواضيع الإثبات في كتب (ادب القضاء) كما في كتاب الشيخ أحمد ابراهيم (من طرق الإثبات) والشيخ علي قراعة (الاصول القضائية) والدكتور عبد الكريم زيدان (القضاء في الاسلام) والدكتور (محي الدين هلال السرحان (القضاء في الاسلام) وغيرهم وهذا ما يدلل على الحاجة الماسة للإثبات لايصال الحقوق إلى اصحابها واقامة العدل بين الناس، وظهرت المؤلفات عن القواعد الفقهية التي تأخذ القواعد المتعلقة بالإثبات جانبا كبيرا منها.

لقد جاءت الشريعة الإسلامية الغراء بالاحكام الشرعية، فاقرت الحقوق بجميع انواعها، واعطت كل ذي حق حقه، ورسمت الطريق في كيفية استعمال هذه الحقوق، واساليب ممارستها لتحقيق التكافل الاجتماعي، والتضامن بين الافراد وبما يؤمن الاستقرار في المعاملات، والإثبات، هو المعيار في تمييز الحق عن الباطل، وقد ورد في الحديث النبوي الشريف (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال دماء رجال واموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه) وفي رواية البيهقي (البينة على من ادعى واليمين على من انكر)[2].

(1) انظر الدكتور اسامة محمد عثمان خليل. آيات القرآن بصائر لاثبات الحقوق. المجلة العربية للفقه والقضاء. جامعة الدول العربية. العدد (39) 5 ص 15 وما بعدها.

(2) رواه البخاري. صحيح البخاري القاهرة مطبعة الشعب ج2 ص 52 وصحيح مسلم بشرح النووي القاهرة 1349 للهجرة 1930م ج12 ص 2 سنن ابو داود القاهرة 1348 للهجرة ج2 ص 279 نيل الاوطار محمد علي الشوكاني 1961 مطبعة مصطفى الحلبي ج8 ص 316.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

وفي الفقه الإسلامي تكون اهمية الإثبات في جميع الحقوق، سواء اكانت من الحقوق العامة ام من الحقوق الخاصة، وسواء الحقوق المادية والحقوق المعنوية أو الادبية، وان وظيفة الإثبات يومية ودائمة على مر الزمان والعصور، ويلجأ إليه الافراد في كل نزاع، ويستخدمه القاضي في كل قضية، ولمس الشارع الحكيم اهمية الإثبات، ومكانته في المجال التشريعي والقضائي، فنظم احكامه، ونص على الوسائل الشرعية للإثبات، وطرق استعمالها، فكل ادعاء يحتاج إلى دليل، وكل قول لايؤخذ منه الا بالحجة والبرهان، وكل حق يبقى ضعيفا مهددا بالضياع، مجردا عن كل قيمة إذا لم يدعم بالإثبات، ويصبح الحق عند المنازعة فيه هو والعدم سواء، ولذلك قال بعض العلماء، ان الدليل فدية الحق، أو جزية الحق، ولولا الإثبات لضاعت الحقوق، وزهقت الانفس، كما ورد في الحديث الشريف[1].

وتسهم القيم الخلقية ومبادئ العقيدة بنصيب وافر في الإثبات، وتوفر له الحيطة والاطمئنان، في الأداء والفصل في النزاع، وتجعل من الاخل به مناطقا للجزاء الاخروي، لان المسلم يشعر انه ينفذ احكام الله تعالى فيطمع في مرضاة الله ويقوم بها بوحي من نفسه، لا خوفا من الحاكم، ولاهبة من سلطان، ولاتهربا من غرامة، وتكون التربية الروحية والالتزام الاخلاقي السند الحصين في وسائل الإثبات، فالاخلاق الفاضلة والعقيدة السليمة هي اساس وسائل الإثبات[2].

ومن دلائل اهتمام الفقه الإسلامي بالإثبات، تكريس الجهود لدراسة القواعد الفقهية في ميدان الإثبات، والتي تسهل حفظ وضبط المسائل الفقهية، وتعمل على تكوين

(1) انظر الاستاذ الدكتور محمد مصطفى الزحيلي. وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والاحوال الشخصية. دمشق. بيروت مكتبة دار البيان 1402 للهجرة 1982م ص 34 ـ 35.

(2) المصدر السابق ص 42.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

الملكة الفقهية لدى الدارس، وتعينه على ادراك مقاصد الشريعة الاسلامية، اضافة إلى ان القاعدة تعتبر أصلاً نستطيع من خلاله معرفة الحكم الشرعي للوقائع المستجدة في حياتنا[1].

رابعا - موقع قواعد الإثبات في القوانين العربية:

يذهب الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري إلى أن سلامة النظر تقضي بتخطي الشرائع التي تضع قواعد الإثبات بناحيتها الموضوعية والشكلية في تقنين المرافعات، فقد توضع هذه القواعد كلها في التقنين المدني تغليبا للناحية الموضوعية على الناحية الشكلية فيلتئم شملها وقد توضع القواعد الموضوعية للإثبات في التقنين المدني، وقد توزع بين التقنين المدني وتقنين المرافعات كما تقضي بذلك طبيعة كل طائفة من هذه القواعد، وقد تنفرد بمكان تنعزل به عن سائر التقنينات حتى لا تطغى ناحية من الناحيتين على الأخرى، ولكن ان يستقل بها جميعا تقنين المرافعات ما لا وجه للنظر فيه ولا يجوز تغليب الناحية الشكلية على الناحية الموضوعية، فالناحية الموضوعية هي البارزة من قواعد الإثبات، ثم أن الناحية الشكلية من قواعد الإثبات قد لا تعرض اطلاقا، ويقع ذلك عند إعداد طرق الإثبات فيما يعد منها مقدما، ويقع ايضا إذا لم يترافع الخصمان فيما تنازعا فيه إلى القضاء، بل سويا النزاع بينهما بطريق ودي لا حاجة فيه إلى الإجراءات التي رسمها القانون لتقديم الأدلة، ومتى خلص أن دليل الحق تغلب في النزعة الموضوعية غلبة ظاهرة، كان المكان الطبيعي للقواعد التي تحكم هذا الدليل هو التقنين المدني (أو القانون الخاص)[2].

وفي القانون العراقي: كان القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 ينظم القواعد

(1) انظر الدكتور خالد محمود قرقور. قواعد الإثبات في الشريعة الاسلامية. اطروحة دكتوراه كلية الشريعة. الجامعة الاردنية. 2001 ص 1.

(2) الوسيط ج2 ط2004 ف13 ص 14ـ15.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

الموضوعية للإثبات في المواد (444 ـ 505) في حين كانت المواد (98 ـ 140) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 تنظم القواعد الشكلية في الإثبات، كما كانت المواد (37، 38، 41) والمواد (103 - 107) و(564) من قانون التجارة رقم (149) لسنة 1970 تنظم أحكام الإثبات في المسائل التجارية، ولاشك أن توزيع قواعد الإثبات بين القانون المدني وقانون المرافعات، نهج منتقد لعدم امكان الفصل بين القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية في الإثبات، لعدم جدوى الفصل، كما أن التشريعات التي أخذت بالفصل لم تحترم هذا الفصل في جميع الاحوال، لذلك يفضل الجمع بن قواعد الإثبات الموضوعية والشكلية في قانون واحد، وذلك على غرار كتب الفقه الاسلامي[1].

ثم أن قواعد الإثبات عامة لا تتعلق بالالتزامات وحدها بل تتعلق بالحقوق جميعا المالية منها وغير المالية، ومن ثم فلا يوجد عذر في ايراد هذه القواعد في النظرية العامة للالتزام، لأنها تسري على جميع الوقائع والتصرفات التي تنشأ عنها الحقوق والمراكز القانونية من أي نوع كان[2].

لذلك فأن جمع قواعد الإثبات الموضوعية منها والشكلية في تقنين خاص هو أفضل الطرق وذلك لتعذر فصل القواعد الموضوعية في الإثبات عن الإجراءات الواجبة الاتباع من الناحية العملية[3].

وهذا ما أخذ به قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل بالقانون رقم (46) لسنة 2000، حيث تم توحيد قواعد الإثبات الموضوعية والشكلية وأحكام

(1) الدكتور آدم وهبب النداوي. شرح قانون الإثبات بغداد 1986 ص9.

(2) الدكتور سمير عبد السيد تناغو. النظرية العامة في الإثبات. الاسكندرية 1973 فقرة 4 ص12 ـ13.

(3) استاذنا الدكتور سعدون العامري. موجز نظرية الإثبات بغداد مطبعة المعارف 1966 ص 5.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

الإثبات في المسائل المدنية والتجارية في قانون خاص، وهو اتجاه، يراه البعض، أنه ينسجم مع المنطق القانوني السليم، وان ضمان وحدة التشريع يقتضي جمع هذه القواعد والاحكام المبعثرة وضمها في قانون واحد، للتيسير على القضاة والمواطنين في التعرف عليها[1].

أما في الدول العربية: فقد صدرت في عدد منها قوانين خاصة بالإثبات، وهي قانون البينات الصادر في سوريا برقم (359) في 1947/6/10 وقانون البينات الاردني رقم (30) لسنة 1952 وقد ارتأى القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976 وهو يستند أساسا إلى أحكام الشريعة الاسلامية، تقنين القواعد الموضوعية في إثبات الحق، بعد بيان مصادره بوصفها قواعد كلية تتصل بموضوع الأدلة التي يستند إليها الفقه الاسلامي، وهي الأدلة التي جرت المحاكم الاردنية على تطبيقها مع الاحتفاظ لقانون البينات ولقواعد الإثبات في قانون أصول المحاكمات الحقوقية بالنسبة للمحاكم النظامية، وللأحكام الفقهية الأخرى ولقواعد الإثبات في قانون أصول المحاكمات الشرعية بالنسبة للمحاكم الشرعية بمكانها على ألا تتعارض مع القواعد الواردة في القانون المدني الاردني[2]. (25) الذي خصص المواد (72 - 86) لأدلة الإثبات وقواعد عامة في الإثبات وتطبيق قواعد وأحكام الإثبات، وألغي قانون أصول المحاكمات الحقوقية الاردني رقم (42) لسنة 1954 وتعديلاته بالمادة (229) من قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني رقم (24) لسنة 1988 المنشور في الجريدة الرسمية بعددها المرقم (3545) والمؤرخ في 1988/4/2 على أن ينفذ بعد مئة وعشرين يوما من تأريخ النشر، وبذلك أصبح نافذا في اليوم الأول من شهر آب من

(1) الدكتور عباس العبودي. المبادئ الجديدة في قانون الإثبات العراقي. مجلة العلوم القانونية. كلية القانون بجامعة بغداد العددان الأول والثاني 1986 ص418.

(2) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الاردني ص87.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

عام 1988، وفي هذا القانون مواد تتعلق باستجواب الخصوم والشهادة والكشف والخبرة والطعن في السندات والزام الخصوم بإبراز المستندات التي تحت حوزتهم أو تصرفهم، وعدل قانون البينات رقم (30) لسنة 1952 بموجب القانون المؤقت رقم (37) لسنة 2001، والذي أصبح دائما بالقانون رقم (16) لسنة 2005 ومن بين أهم التعديلات التي جاء بها، النص على أن تكون لرسائل الفاكس والتلكس والبريد الالكتروني قوة الاسناد العادية في الإثبات ما لم يثبت من نسب إليه ارسالها أنه لم يقم بذلك أو لم يكلف أحدا بأرسالها، وتكون رسائل التلكس بالرقم السري المتفق عليه بين المرسل والمرسل إليه حجة على كل منهما وتكون لمستخرجات الحاسوب المصدقة أو الموقعة قوة الاسناد العادية من حيث الإثبات مالم يثبت من نسب إليه أنه لم يستخرجها أو لم يكلف أحدا باستخراجها (م3/13) كما صدر في الاردن قانون المعاملات الالكترونية رقم (85) لسنة 2001.

وفي مصر كان القانون المدني رقم (131) لسنة 1949 يعالج القواعد الموضوعية في الإثبات وقانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (77) لسنة 1949 يعالج القواعد الشكلية في الإثبات، ثم صدر قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم (25) لسنة 1968 (المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 1992 والقانون رقم 18 لسنة 1999) والغيت المواد المتعلقة بالإثبات المنصوص عليها في القانونين المدني والمرافعات المدنية والتجارية.

وفي تونس وردت أحكام الإثبات في (الفصول/520 - 512) من مجلة الالتزامات والعقود الصادر في 28 شوال سنة 1324 للهجرة الموافق 15 ديسمبر 1906 م وأعيد تنظيمها وفقًا للقانون بعدد 87 لسنة 2005 المؤرخ في 15/أوت 2005م.

وفي المغرب نصت (الفصول/399 - 460) من مجلة الالتزامات والعقود

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

الصادر في 9 رمضان 1331 للهجرة الموافق 12/غشت1913م على إثبات الالتزامات واثبات البراءة منها.

وعالجت المواد (397 - 472) من مجلة الالتزامات والعقود الموريتاني الصادر بالأمر القانوني رقم (89 - 126) والمؤرخ في 14 سبمتبر1989 مع التعديل الصادر بالقانون رقم (2001/31) والمؤرخ في 7/فبراير 2001م (اثبات الالتزامات واثبات البراءة منها)

وفي السودان صدر قانون الإثبات في المواد المدنية والجزائية عام 1983، ثم قانون الإثبات رقم (31) لسنة 1994 وفي دولة الكويت صدر قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم (39) لسنة 1980 وفي قطر قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (13) لسنة 1990 وخصصت المواد (211ـ 361) الكتاب الثاني من القانون للإثبات.

وفي دولة الامارات العربية المتحدة قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية رقم (10) لسنة 1992 اضافة إلى المواد (112ـ123) المنصوص عليها في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم (5) لسنة 1985.

وقانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية البحريني رقم (14) لسنة 1996المعدل وقانون الإثبات اليمني رقم (21) لسنة 1992، وقانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية في سلطنة عمان المرقم (68) لسنة 2008.

وأعد الأستاذ الدكتور سليمان مرقس مشروعا سماه (مشروع قانون موحد للإثبات في البلاد العربية) نشره في خاتمة مؤلفه المعنون ب (أصول الإثبات وإجراءاته) ونشير إلى مواد هذا المشروع في ثنايا هذا المؤلف بالمشروع العربي.

وهناك مشروع موحد لقانون الإثبات لدول الخليج العربي المتكون من (39) مادة واعدها لجنة من الخبراء المختصين في الدول الاعضاء ووافق عليها وزراء العدل

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

بدول المجلس في اجتماعهم الثالث عشر المنعقد في مملكة البحرين بتأريخ (7ـ8 شعبان 1422 للهجرة الموافق 23ـ24/اكتوبر 2001) واعتمدها المجلس الأعلى في دورته الثانية والعشرين المنعقدة في مسقط (سلطنة عمان) بتأريخ 15ــ 16 شوال 1422 للهجرة الموافق 30ـ31 ديسمبر2001م كقانون استرشادي لمدة اربع سنوات، ونشير إلى مواد هذا المشروع ب (المشروع الخليجي).

كما ان لجنة تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب المصري اعدت مشروعا لقانون الإثبات وقام على المبادئ الآتية:

أ) الثقة في القاضي بمد سلطته في الدعوى من حيث الإثبات ولكن في حدود معينة.

ب) الأخذ بما تعارفه الناس في حياتهم وتعاملوا به وفقًا لأحكام الشريعة الاسلامية، لان القانون يجب ان يكون وثيق الصلة بحياة المجتمع وعاداته وتقاليده، فاقر الخط والامضاء والختم والبصمة ووضع احكاما للرسائل العادية والبرقيات والدفاتر والاوراق المنزلية والتأشير على السند بما يفيد براءة ذمة المدين أو الكتابة بما يؤدها.

ج) عدم محاولة استقصاء كل التفاصيل والفروع، والنص على حكمها، اكتفاء بالكليات، تحقيقا لفرص المرونة، وتمكينا للقضاء والفقه من دورهما في تطبيق تلك الكليات، وبيانها على الواقعات وفقًا للقواعد المقررة في الفقه الاسلامي[1] وضم هذا المشروع (180) مادة وسنشير إلى هذا المشروع في هذا الكتاب بـ (مشروع المجلس) وهناك (مشروع قانون الإثبات الإسلامي المصري) الذي انجزته اللجان القانونية المتخصصة بمجلس الشعب المصري في الفترة منذ عام

(1) مشروع قانون الإثبات.. اعداد لجنة تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب المصري. القاهرة دار ابن رجب ودار الفوائد. 1434 للهجرة 2013م ص 32.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

1979 حتى 1982) وضم (181) مادة، ويكاد ان تتطابق نصوص المشروعين، ونشير إلى هـذا المشروع في هـذا الكتـاب ب (مشروع اسـلامي) وقـام هـذا المشروع عـلى المبادئ ذاتها التي قام عليها المشروع السابق[1].

والتزاما بعنوان هذا المؤلف نتناول المبادئ العامة في الإثبات في الباب الأول على ان ندرس طرق الإثبات في الباب الثاني.

(1) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الإثبات الإسلامي في المواد المدنية والتجارية. ص 15 ـ 16.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

الباب الأول

المبادئ العامة في الإثبات

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

الباب الأول

المبادئ العامة في الإثبات

نبحث في مذاهب الإثبات ومبدأ حياد القاضي ونطاق سريان قواعد الإثبات ومحل الإثبات وعبء الإثبات وإجراءات الإثبات في الفصول القادمة.

الفصل الأول

مذاهب الإثبات

يتسم موضوع حسم النزاع بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية، بأهمية بالغة، فالتمسك بالعدالة يدفع إلى تلمس الحقيقة الواقعية بكل السبل ومن جميع الوجوه، بغية اتفاقها مع الحقيقة القضائية، في حين ان اعتبار استقرار التعامل، يدفع إلى تقييد القاضي في الأدلة التي يأخذ بها، وتقدير كل دليل، فيحدد طرق الإثبات وقيمة كل طريق منها، وفي الموازنة بين الاعتبارين المذكورين، نشأت مذاهب الإثبات المختلفة، وندرسها في المباحث الآتية.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

المنهل
ALMANHAL

المبحث الأول

موقف الفقه الإسلامي من مذاهب الإثبات

اهتمت الشريعة الإسلامية بقواعد الإثبات، وعنى القرآن الكريم بالإثبات عناية فائقة تتجلى في كثرة ما ورد في صدد بعض طرق الإثبات من آيات، ففي الشهادة مثلا وردت آيات تفصيلية متعددة عالجت الإثبات بهذه البينة من جوانبه وتحديد عدد الشهود، وبيان الاسس الاخلاقية في الشهادة، وآيات أخرى بصدد إثبات العقود الكتابية وآيات يستشف منها شرعية العمل بالقرائن، يضاف إلى ذلك الاحاديث والآثار النبوية الشريفة، والروايات العديدة الخاصة بالإثبات وطرقه، وهي جديرة بالتأمل والبحث[1].

فقد ورد في الحديث النبوي (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال واموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه)[2] وقرر علماء الاسلام أنه لا يقبل قول الانسان فيما يدعيه بمجرد دعواه، بل أنه يحتاج إلى دليل أو تصديق المدعى عليه، فالحكمة ظاهرة من الحديث النبوي وهي أنه لا يمكن صيانة الاموال والدماء وغيرها الا بالبينة أو اليمين[3] كما روي عن الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم قوله «أنما أنا بشر وأنكم تختصمون الي ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قطعت له من حق أخيه شيئا فإنما أقطع له قطعة من نار»[4].

---

(1) استاذنا المرحوم الدكتور صلاح الدين الناهي. فذلكة في الإثبات القضائي في الشرع الاسلامي، القسم الأول، مجلة القانون المقارن. العددان الرابع والخامس 1972 ص104.

(2) رواه مسلم. شرح صحيح مسلم ج2 المطبعة المصرية 1972 ص2.

(3) الدكتور عبد الرزاق الصفار والدكتور عباس العبودي. الإثبات بالدليل الكتابي في الشريعة الاسلامية. مجلة القضاء. العددان الثالث والرابع. 1989 ص140.

(4) محمد أبن أسماعيل الصنعاني. سبل السلام. ط2 القاهرة 1369 للهجرة ج4 ص121.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

وهذا الحديث تاكيد على حالة البشرية بالنسبة للرسول الكريم صلى الله عليه وسلم وأن البشر لايعلمون من الغيب وبواطن الأمور شيئا الا ان يعلمهم الله عليه، وانه إنما يحكم بالظاهر الذي يستوي فيه مع غيره ليصبح الأقتداء به، وتطلب نفوس العباد للإنقياد للأحكام الظاهرة[1].

وتقوم فلسفة الإثبات في الشريعة الإسلامية على الاسس ذاتها التي قامت عليها هذه الشريعة ككل، من توخي مصلحة المكلفين في التيسير في إثبات الحقوق وتجريد الدعوى ووسائل الإثبات مما كان يشوبها في الشرائع التي سبقت وامتازت إجراءات الإثبات والتقاضي في الاسلام، منذ بادئ أمرها بكونها على جانب كبير من البساطة واليسر، وكانت خالية من الصيغ والشكليات[2] وذلك لتحقيق العدل الذي أمرت به الكثير من الآيات القرآنية مثل (**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ**)[3] وتشمل الامانات جميع الحقوق، والحكم بالعدل هو القضاء بتلك الامانات في حال النزاع حولها[4].

وهناك أمثلة عديدة في التراث العربي الإسلامي على السعي لتحقيق العدل واختيار القاضي الكفئ فيقول الخليفة (عمر بن الخطاب مرض) في كتابه إلى ابي موسى الأشعري (... القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة... آس بين الناس في حكمك وفي وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا ييأس ضعيف من

(1) جلال الدين السيوطي تنوير الحوالك شرح موطأ مالك. القاهرة دون تأريخ الجزء الثاني ص 197.

(2) صلاح الدين الناهي ص12.

(3) سورة النساء الآية (58).

(4) الدكتور آدم وهيب النداوي. دور الحاكم المدني في الإثبات. بغداد دار الرسالة للطباعة 1979 ص10.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

عدلك..)[1].

وعهد الأمام علي (كرم الله وجهه) إلى مالك الأشتر (... ثم أختر للحكم بين الناس أفضل رعيتك في نفسك ممن لاتضيق به الأمور ولاتحكمه الخصوم، ولايتساوى في الزلة، ولايحصر من الفئ إلى الحق إذا عرفه ولاتشرف نفسه على طمع، ولايكتفي بأدنى فهم دون اقصاء، وأوقفهم في الشبهات وأخذهم تبرما بالحجج وأقلهم تبرما بمراجعة الخصم، وأصبرهم على تكشف الأمور، وأصرمهم عند اتضاح الحكم...)[2].

وقبل صدور القوانين الحديثة، كانت مجلة الأحكام العدلية هي التي تطبق في العديد من الدول العربية، وهي مستمدة من أحكام الفقه الأسلامي، وضمت المجلة القواعد الفقهية وفيها من القواعد المتعلقة بالإثبات ووردت هذه القواعد في المواد (2ـ100) كالأصل بقاء ماكان على ماكان (م 5) والأصل براءة الذمة (م 8) والأصل في الصفات العارضة العدم (م 9) وما يثبت بزمان بحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل (م 10) والأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته (م 11)، وخصص الكتاب الثالث عشر للأقرار (الاصطلاحات الفقهية، وجوه صحة الإقرار، أحكام الإقراروخص الكتاب الخامس عشر للبينات والتحليف وضم هذا الكتاب المواد (1676 - 1783) وفيها (الاصطلاحات الفقهية. الشهادة. الحجج الخطية والقرينة القاطعة. التحليف. ترجيح البينات والتحالف.) اضافة إلى الأحكام المتعلقة بالدعوى التي وردت في الكتاب الرابع عشر والنصوص المتعلقة بالقضاء التي وردت في الكتاب السادس عشر، يضاف إلى المجلة، صدور قانون أصول المحاكمات التجارية (1278 للهجرة) وقانون أصول

(1) ابن القيم الجوزيه اعلام الموقعين عن رب العالمين. القاهرة 1969 الجزء الأول ص 91 وما بعدها.

(2) شرح محمد عبدة لكتاب نهج البلاغة للامام علي (كرم الله وجهه) بيروت منشورات الأعلمي للمطبوعات دون سنة الطبع ج3 ص 94.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

المحاكمات الحقوقية العثماني (عام 1296 للهجرة)

وبعد ان استعرضت المذكرة الإيضاحية لمشروع المجلس مذاهب الإثبات، بينت (وانا لنجد في الفقه الإسلامي المذهبين الأول (الحر أو المطلق) والثاني (المذهب القانوني أو المقيد) فذهب البعض إلى حصر طرق القضاء في طائفة معينة (راجع المواد (1756 وما بعدها و1771 وما بعدها و1851 وما بعدها من المجلة)

وذهب البعض إلى قبول أي حجة تؤيد المدعى أو دفع الدافع، ومن اكبر انصار هذا الراي ابن القيم في اعلام الموقعين (ج4 ص 309 - 311) وفي الطرق الحكمية (ص 13 وما بعدها) وانظر أحمد ابراهيم طرق القضاء ص 6 - 15) وقد آثر المشروع اتباع المذهب الثالث (المذهب المختلط) الذي يأخذ بمبدأ مد سلطة القاضي في حدود قواعد عامة مقررة، اما من حيث المبدأ وهو بسط سلطة القاضي فلما تبين من التجربة انه ليس شئ ابعد عن الصواب اكثر من انه يفترض في القاضي قلة الفهم والدراية والبعد عن جادة الحق والصواب فلا يترك له مجال للتفكير والتقدير فيما يعرض عليه من الامور، وقد دلت التجربة العملية على ان تقييد سلطة القاضي تقييدا شديدا في تقدير البينة أو حرمانه من ذلك لم يقرب اصحاب الحق من حقوقهم، لابل هو على عكس ذلك قد ابعدهم عن الحق وخلق في المحيط القضائي ضروبا 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 ان المعاملات بين الناس من التنوع والاختلاف بحيث يتعذر وضع قاعدة ثابتة تهدي إلى معرفة الحق من الباطل لان ذلك مما يخالف طبيعة الاشياء فلا مناص من ان تترك للقاضي حرية التبصر فيما ينظر فيه من القضايا فذلك اهدى إلى العدالة واقرب إلى معرفة الحق[1].

(1) المذكرة الإيضاحية لمشروع المجلس ص 30 وما بعدها. وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع الإسلامي ص 15 ـ 16.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

المبحث الثاني

مذاهب الإثبات في القانون

يوازن القانون في تمسكه بالحقيقة القضائية دون الحقيقة الواقعية، بين اعتبارين هما، اعتبار العدالة ذاتها ويدفعه إلى تلمس الحقيقة الواقعية بكل السبل ومن جميع الوجوه حتى تتفق معها الحقيقة القضائية، واعتبار استقرار التعامل، ويدفعه إلى تقييد القاضي في الأدلة التي يأخذ بها، وتقدير كل دليل، فيحدد له طرق الإثبات وقيمة كل طريق منها، فلا يختلف القضاة فيما يقبلون من دليل وفي تقدير قيمة الأدلة في الاقضية المماثلة، وفي الموازنة بين الاعتبارين المذكورين، يمكن تصور قيام ثلاثة

مذاهب في الإثبات، هي مذهب الإثبات الحر ويميل إلى اعتبار العدالة ولو بالتضحية باستقرار التعامل، ومذهب الإثبات القانوني (المقيد) ويتمسك باستقرار التعامل ولو على حساب العدالة، ومذهب الإثبات المختلط وهو يزن ما بين الاعتبارين ويعتد بكل منهما ولا يضحي باحدهما على حساب الآخر[1].

وندرس هذه المذاهب وموقف قوانين الإثبات منها في أربعة مطالب متتابعة.

(1) السنهوري. الوسيط. فقرة 20ـ21 ص47 وانظر النداوي دور الحاكم المدني ص56 ـ57.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

المطلب الأول

مذهب الإثبات الحر (المطلق)

يرى هذا المذهب، أن الإثبات القضائي اقناع لعقل القاضي، والاقناع لا يمكن تقييده بقواعد قانونية، بل تقبل لأجله الأدلة والوسائل التي يستطيع الخصوم تقديمها، وللقاضي حرية تامة في تقدير قيمة كل دليل من أدلة الإثبات، وبذلك يصبح الإثبات أمرا نفسيا أو منطقيا أكثر منه قانونيا[1].

وفي ظل هذا النظام يبلغ دور القاضي وسلطته في الإثبات، تسييرا وتقديرا لأدلته، منتهى الإيجابية، بل هو يسعى إلى جمع الأدلة تكوينا لعقيدته، بل له أن يقضي بعلمه الشخصي[2].

ويستند هذا المذهب إلى اعتبارات من العدالة المطلقة بالدرجة الأولى، بغية تطابق الحقيقة القضائية مع الحقيقة الواقعية[3]، وكان هذا الاتجاه معروفا في القانون الروماني، حيث كان للخصوم الحق في تكوين اعتقاد القاضي بأية وسيلة يرونها تؤدي إلى اقناعه، وللقاضي حرية تقدير أي دليل، وعند انتفاء الدليل أو عدم كفايته يميل القاضي إلى الحكم بحسب الظاهر، فمثلا في القضايا المتعلقة بالعقار يقضي لمصلحة واضع اليد، ألا ان الإثبات تطور بعد ذلك حتى أصبح يجري في عهد الإجراءات غير العادية وفقًا لمبدأ الإثبات القانوني[4].

وأخذت الشريعة الإسلامية إلى حد كبير، بهذا المذهب في الإثبات، وكذلك

---

(1) الدكتور أدوار عيد. قواعد الإثبات في القضايا المدنية والتجارية. بيروت ج1 1961 ص27 هامش رقم (1).

(2) الدكتور توفيق حسن فرج قواعد الإثبات القاهرة 1981 ف5 ص 11.

(3) السنهوري. الوسيط فقرة (10) ص27.

(4) الدكتور فتحي والي. قانون القضاء المدني اللبناني. بيروت 1970 فقرة 342 ص 710.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

القوانين الانكلوسكسونية والقانون الالماني والقانوني السويسري، وفي كثير من المسائل التجارية في بعض البلاد[1].

ويؤخذ بهذا المذهب في المسائل الجزائية على نطاق واسع، ويقوم مذهب الإثبات الحر على مبدأين هما:

أ) عدم تحديد أدلة الإثبات

ب) عدم تحديد الحجية لأدلة الإثبات، وندرسهما في البندين القادمين.

البند الأول: عدم تحديد أدلة الإثبات:

بمقتضى مذهب الإثبات الحر، لا يحدد القانون أدلة معينة للاثبات، فالإثبات يمكن أن يحصل بأي دليل[2] فمن يقع عليه عبء الإثبات له أن يلجأ إلى أي دليل من أدلة الإثبات لأثبات ما يدعيه، حتى أخطر هذه الأدلة وهي الشهادة، لأن القاضي لا يكون متأكدا من أن الشاهد يقول الحقيقة، فيما يعلم، والقرينة هي محض استنتاج يستنبطه القاضي لمصلحة واقعة أخرى، ولا يكون هذا الاستنتاج مؤكدا دائما[3]. فالمهم أنه يشترط في الأدلة التي يلجأ إليها القاضي أن تؤدي إلى اقناعه بصحة الواقعة أو التصرف[4]. وعندما لا يقيد القانون القاضي بأدلة إثبات معينة ويترك له استنباط الدليل من الوقائع المعروضة عليه، انما يشترط أن يكون هذا الدليل معقولا ولا يصطدم بقاعدة قانونية أو مبدأ من المبادئ الاساسية في التشريع، فأن كان الدليل

(1) مرقس. أصول الإثبات. فقرة 4 ص15وانظر عصام أنور سليم. النظرية العامة للإثبات ففقرة 20 ـ21 ص29 ـ30.

(2) خليل جريج. النظرية العامة للموجبات. بيروت 1960 ج3 ص4.

(3) الدكتور عبد الحي حجازي. الإثبات في المواد المدنية. القاهرة 1957 فقرة 7 ص9ـ 10 الناهي. فذلكة. ص35.

(4) السنهوري. الوسيط. فقرة 22 ص28.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

غير معقول فلا يعتمد عليه، ويعد الحكم الذي يصدر بناء عليه لاقيمة له لمخالفته للقانون[1].

وهناك اتجاه في الفقه الإسلامي يؤيد عدم تحديد أد لة الإثبات، فقد ورد في كتاب الطرق الحكمية للأمام أبن قيم الجوزيه (فإذا ما ظهرت امارات العدل وأسفر وجهة أي طريق كان فثم شرع الله ودينه، والله سبحانه وتعالى أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل واماراته واعلامه بشئ، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين امارة، فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده اقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط، فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليس بمخالفة له)[2].

البند الثاني: عدم تحديد حجية أدلة الإثبات:

في ظل مذهب الإثبات الحر، تعد جميع أدلة الإثبات مقبولة، وان اي تسلسل لا يظهر بينها من حيث الحجية، لذا فأن اي دليل لا يلزم القاضي الذي يبقى حرا في ترجيح الدليل، فحجية الدليل يترك تقديرها للقاضي، لأنه ليس لأي دليل من أدلة الإثبات في ذاته قوة قانونية تجعله يفرض نفسه على القاضي[3].

ويلعب القاضي دورا ايجابيا، في ظل هذا المذهب، وذلك لما يتمتع به من حرية في ادارة الدعوى، وتقويم الأدلة التي يتقدم بها الخصوم، وسلوك مختلف الطرق التي يراها ملاءمة لاكتشاف الحقيقة، وقد يقوم بإجراء تحقيقات شخصية يجريها بعلم الخصوم أو بدونه لاستقصاء الحقيقة، وتكوين قناعته حول مزاعم الخصوم[4].

(1) النداوي دور الحاكم المدني ص65 ـ66.

(2) ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية. القاهرة، 1961 ص15.

(3) السنهوري فقرة22 ص 28 حجازي فقرة 8 ص10.

(4) النداوي دور الحاكم ص75.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

فيكون للقاضي سلطة مطلقة في تحري الوقائع التي تعرض عليه، فيسمح له، إذا ما رفع إليه نزاع، أن يتولى تحقيقه بنفسه، أو أن يتحرى الحقيقة بالوسائل كافة، فيجاز له استدراج الخصوم واستعمال الحيل معهم وسؤال غيرهم ممن يعهد فيه الصدق والامانة ثم يقضي طبقا لقناعته التي كونها من كل ذلك[1] ويكون للقاضي الحكم بعلمه الشخصي المتحصل من غير مجلس القضاء أو من مجلس القضاء، ولكن في غير الدعوى المنظورة[2].

ومن الجوانب الإيجابية لمذهب الإثبات الحر، أن هدفه عدم تباعد الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية والى التطابق بينهما بما يحقق أكبر قسط من العدالة الحقيقية التي تتطلب تدخل القاضي في التحري عن الأدلة، ليستكمل ما قد يعتريها من نقص أو قصور، حتى يصل إلى الحقيقية[3].

فالقاضي يقدم مساعدة فعالة في حماية الحقوق ويمنع من أن يضار الانسان جراء جهله بالقانون أو بسبب مستواه الثقافي أو الاقتصادي أو غير ذلك من الظروف، فمستلزمات العدالة ومقتضياتها تقتضي أن ينتصر في الخصومة الأحق لا الأقوى[4].

وينتقد هذا المذهب، من ناحية، أن العدالة التي يمكن أن يؤدي إليها هذا المذهب، هي عدالة ظاهرية أكثر منها حقيقية لأن أطلاق الحرية للقاضي في الإثبات قد يؤدي إلى الجور والتحكم، فتبتعد الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية أكثر من

(1) محمد عبد اللطيف. قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية. القاهرة 1970 ج1 فقرة 2 ص3 مرقس أصول الإثبات. فقرة 4 ص15.

(2) النداوي. دور الحاكم. ص88.

(3) السنهوري. فقرة 22 ص23 ص 28 حجازي فقرة 9ـ 10.

(4) النداوي. دور الحاكم ص99.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

ابتعادها في مذهب الإثبات القانوني[1].

فالحرية الواسعة الممنوحة للقاضي في ظل مذهب الإثبات الحر تتنافى مع الاستقرار الواجب للمعاملات، لأن الخصوم لا يعرفون ما إذا كان بوسعهم أقناع القاضي أم لا، لاختلاف القضاة في التقدير مما يزعزع الثقة والتعامل، وقد يكون مغرضا فيحكم بما يهوى دون رقيب من القانون وهو بشر غير معصوم من الخطأ ولامنزها عن الغرض[2].

وأخيرا فأن هذا المذهب يقوم على نزاهة القاضي وعدالته ويكفي أن يكون من بين القضاة واحد غير منزه حتى يظهر خطر ذلك وقد قال الامام الشافعي رحمه الله (لولا قضاة السوء لقلت أن للحاكم أن يحكم بعلمه) [3] وحتى وأن صلح القاضي، فأن تطبيق هذا المذهب يتيح الفرصة للظالمين والمماطلين في المنازعة في الحق الثابت أملا في الافادة من اختلاف القضاة في التقدير[4].

(1) السنهوري. ف22 ص24 تناغو. النظرية العامة في الإثبات فقرة 3 ص7 الدكتور عبد المنعم فرج الصدة. الإثبات في المواد المدنية. القاهرة 1953 فقرة 4 ص8.

(2) أحمد نشأت. رسالة الإثبات. القاهرة 1972 فقرة 14 ص16 محمد عبد اللطيف فقرة 2 ص4.

(3) الدكتور عبد الباسط جميعي وآخرون. الوسيط في شرح القانون المدني الاردني ج 1 1978 الدار العربية للموسوعات ص731.

(4) الدكتور سليمان مرقس. طرق الإثبات. الأدلة الخطية وإجراءاتها في تقنينات البلاد العربية. القاهرة. معهد البحوث والدراسات العربية 1967 ص6.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

المطلب الثاني

مذهب الإثبات القانوني (المقيد)

يقوم هذا المذهب على أساس وضع القيود التي تحد من حرية القاضي في تكوين قناعته والخصوم في تقديم الأدلة مستهدفا منع التعسف وقاصدا توحيد الأحكام القضائية في القضايا المتشابهة، واذا لم تتوفر الشروط التي يستلزمها المشرع، لا يمكن للقاضي أن يعد الحادثة محل النزاع ثابتة مهما توفر من الأدلة، وحتى لو كان القاضي يعرف الحقيقة فيها معرفة أكيدة[1].

فيتميز هذا المذهب بالحد من سلطة القاضي في الدعوى والفصل فيها بتحديد طرق الإثبات، وتحديد قيمة كل منها بحيث لا يجوز للقاضي أن يسمح بغير تلك الطرق ولايملك أن يعدل من قيمة الدليل حسبما نص عليه، فهذا المذهب يجعل دور القاضي في تسيير الدعوى واستجماع الأدلة دورا سلبيا تقتصر مهمته على الحكم بما يرتبه القانون وعلى ما يقدمه الخصوم من أدلة قانونية بما يجعل وظيفة القاضي آلية ويمنعه من الحكم بالحقيقة الواقعية إذا كان ظهورها له من غير طرق الإثبات التي عينها القانون، مما يباعد كثيرا بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية[2] ويبعث هذا المذهب الثقة والطمانينة في النفوس وتحقيق الاستقرار في التعامل[3].

وبالرغم مما في هذا المذهب من دقة حسابية تكفل ثبات التعامل، يباعد ما بين الحقائق الواقعية والحقائق القضائية، فقد تكون الحقيقة الواقعية ملء السمع والبصر، ولكنها لا تصبح حقيقة قضائية بحكم القضاء بها الا إذا أستطيع أثباتها بالطرق التي

(1) النداوي. دور الحاكم المدني. ص105.

(2) المذكرة التفسيرية لقانون الإثبات في المواد المدنية السوداني لعام 1972.

(3) سعدون العامري موجز نظرية الإثبات ص 9.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

حددها القانون[1].

وبذلك فأن هذا المذهب يقوم على أساس تقييد الإثبات بتحديد أدلة الإثبات والحالات التي يجوز فيها الإثبات وتحديد حجية أدلة الإثبات، وندرسهما في المطلبين القادمين.

البند الأول: تحديد أدلة الإثبات:

في ظل هذا المذهب يتم تحديد أدلة الإثبات تحديدا دقيقا، يتم على اساسها إثبات المصادر المختلفة للروابط القانونية، وبالتالي يمتنع على القاضي اعتماد ما يشاء من أدلة الإثبات، بل عليه أن يتقيد بها وفي النطاق الذي حدده القانون لكل منها[2] وقد حددت القوانين المصري والسوري والاردني والكويتي والامارات والقطري أدلة الإثبات بما يأتي:

1ـ الكتابة. 2 - البينة (الشهادة) 3 - القرائن. 4 - الإقرار. 5 - الاستجواب.

6 - اليمين. 7 - المعاينة. 8 - الخبرة[3]. (38) وحدد قانون الإثبات العراقي رقم

(1) السنهوري الوسيط ج2 فقرة 23 ص24 عصام أنور سليم فقرة 23 ص31 وانظر الدكتور سليمان مرقس من طرق الإثبات ج1 (الأدلة الخطية وإجراءاتها في تقنينات البلاد العربية) فقرة 5 ص8.

(2) النداوي. دور الحاكم المدني، ص111.

(3) انظر قانون الإثبات المصري رقم (25) لسنة 1968 والمادة الأولى من قانون البينات السوري لعام 1947 والمادة (72) من القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976 والمواد (8 ـ 72) من المرسوم بالقانون رقم (39) لسنة 1980 باصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي، والمواد (7 ـ 92) من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية في دولة الامارات العربية المتحدة رقم (10) لسنة 1992 والمواد (211 ـ 361) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (13) لسنة 1990.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

(107) لسنة 1979 طرق الإثبات بما يأتي:

1 - الدليل الكتابي. 2 - الإقرار. 3 - الاستجواب. 4 - الشهادة. 5 - القرائن القانونية والقضائية. 6 - حجية الاحكام. 7 - اليمين. 8 - المعاينة. 9 - الخبرة[1].

وحدد القانون المغربي وسائل الإثبات بإقرار الخصم والحجية الكتابية وشهادة الشهود والقرينة واليمين والنكول عنها (الفصل 404) وهي البينات المقبولة قانونا بموجب (الفصل 4279 من القانون التونسي.

وفي الفقه الاسلامي، فأن جمهور الفقهاء يذهبون إلى حصر الأدلة في طائفة معينة وهي الأدلة الواردة على لسان الشارع ولا يتعداها، فيأخذ بالإقرار والشهادة واليمين والقرائن المنصوص عليها، بحيث إذا لم يدل المدعي بأية واحدة من هذه ضاع حقه[2]. وذلك للأسباب الآتية: 1 - ورود النصوص بالشهادة واليمين وبقية وسائل الإثبات فوجب الوقوف عندها. 2 - إذا لم يتم تحديد أدلة الإثبات بطرق محددة، كانت أرواح الناس وأموالهم عرضة للتلف والضياع، لذلك وجب حصر الأدلة وعدم التوسع فيها، وأن المصلحة الراجحة تقضي بتقييد أدلة الإثبات[3].

البند الثاني: تحديد حجية أدلة الإثبات:

يحدد المشرع، في ظل هذا المذهب القيمة الإثباتية لكل دليل من أدلة الإثبات ويضع تسلسلا لهذه الأدلة، مبتدأ من اقوى الأدلة إلى اضعفها من حيث قوة الحجية

(1) انظر المواد (18 ـ 146) من القانون رقم (107) لسنة 1979 المعدل.

(2) أحمد أبراهيم. طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ط1 القاهرة 1347 للهجرة ص6 ـ7 الدكتور عبد الكريم زيدان. نظام القضاء في الشريعة الاسلامية، بغداد مطبعة العاني 1984 ص155 محمد الحبيب التجكاني النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي. بغداد دار الشؤون الثقافية العامة. سنة الطبع بلا ص205.

(3) أحمد ابراهيم طرق الإثبات الشرعية. مجلة الحقوق. القاهرة. العدد الأول 1943 ص3 ـ4.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

في الإثبات، فالقانون يحدد الحالات التي تقبل فيها الشهادة والقرائن ويوجب الكتابة في حالات أخرى[1].

ويقتصر دور القاضي على تطبيق شبه آلي لما حدده المشرع لأدلة الإثبات من قوة في الإثبات، وليس بأمكانه أن يجعل لأي منها قيمة أكثر أو أقل مما حدد لها، ولا أن يعدل عن دليل إلى آخر، ولو اعتقد أن العدل في العدول[2]، فإذا حصل التعارض بين دليلين مختلفين في سلم الحجية كالكتابة والشهادة، فالقاضي ملزم بعكس ما يحسه من أن حكمه لا يطابق الحقيقة[3]. ويستند تقييد حجية أدلة الإثبات إلى عاملين:

العامل الأول: تزعزع ثقة المشرع ببعض أدلة الإثبات كالشهادة لصعوبة التحقق من صدقها، لذلك لايجيز القانون الإثبات بشهادة الشهود الا في حدود معينة.

العامل الثاني: الحد من حرية القاضي في الإثبات، بهدف اسباغ الاستقرار على الأحكام التي قد تختلف وتتعارض لاعتمادها على التقدير الشخصي للقضاة، والذي ربما يختلف من قاض إلى آخر وهذا ما يؤدي إلى اضطراب سير العدالة وتزعزع ثقة المتقاضين[4].

ويلاحظ أن هذا المذهب يجعل دور القاضي في الإثبات سلبيا ومن ثم يترتب على هذا الدور ما يأتي:

1) التزام القاضي الحياد، فيقتصر دوره على تلقي أدلة الإثبات ثم يتولى تقديرها، مع مراعاة حدود حجية الإثبات التي قررها المشرع لهذه الأدلة، فيعد القاضي أجنبيا عن القضية ويكتفي ببيان ما إذا كان الدليل جائز القبول قانونا أو يجب رفضه

(1) تناغو. النظرية العامة فقرة 2 ص7ـ8 أدوار عيد فقرة 15 ص26.

(2) انظر السنهوري. فقرة 23 ص24.

(3) حسين المؤمن نظرية الإثبات ج1 ص24.

(4) الدكتور جلال العدوي. مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية. الاسكندرية 1983 ص12.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

متبعا في ذلك قواعد الإثبات الموضوعية والاجرائية، كما ليس له تغيير الموضوع أو سبب الدعوى[1].

ويترتب على ذلك، عدم امكانية القاضي الحكم بعلمه الشخصي وعدم امكانية استكمال الأدلة لأنه ليس من واجب القاضي البحث عن أدلة لم يتمسك بها الخصوم، ولا يجوز له أن يأمر من تلقاء نفسه باستيفاء الأدلة كما لا يجوز له أن يسد النقص الذي تركه الخصم، فكما ان عدم وجود الدليل يحتم على القاضي رفض الدعوى، فكذلك حالة عدم تقديم دليل غير كاف[2].

2) امكانية ابتعاد الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية، فالحقيقة القضائية تعد نسبية لا يعتد بها الا بالنسبة لطرفي الخصومة، رغم ما أحاط المشرع الإثبات القضائي بشروط، يأمل معها أن يضمن أرفع نسبة من الصحة في إثبات الوقائع محل النزاع[3]، فالقاضي عندما يعلن بأن شيئا ما قد ثبت لديه، فأنه يوضح فقط بأن هناك احتمالا كافيا للإقرار بوجود الحق[4].

ومع ذلك فأن الرجحان الذي يجب أن يتوفر لدى القاضي ينبغي أن يكون بمستوى من الرجحان الكافي الذي لا تكاد تذكر معه احتمالات مخالفة للحقيقة حتى لتعد هذه المخالفة خروجا عن المألوف[5].

ولا شك ان تقييد دور القاضي في تقصي الحقيقة الواقعية يؤدي إلى احتمال كبير بابتعاد الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية، وهذا ما يجعل من دور القاضي

(1) النداوي. دور الحاكم المدني. ص131.

(2) حجازي فقرة 5 ص37.

(3) الصدة فقرة 1 ص6 مرقس أصول الإثبات فقرة 7 ص22.

(4) سعدون العامري موجز نظرية الإثبات ص8.

(5) العدوي ص 9 ـ 10.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

دورا آليا، ويمنعه من الحكم بالحقيقة الواقعية إذا ظهرت له عن طريق آخر غير الطرق المحددة للأثبات، خاصة إذا احتاط منكرها بعدم اقامة الدليل، وبذلك يمكن للظالم من ظلمه[1]، ومع ذلك فأن هذا المذهب يؤدي إلى سد الذريعة وتفادي هوى القاضي وتحكمه، فيمتنع التعسف واختلاف الأحكام في القضايا المتشابهة لاختلاف التقدير من قاض إلى آخر، وكذلك يؤدي إلى بعث الثقة في النفوس والاطمئنان ثم الاستقرار في المعاملات[2].

(1) مرقس. الأدلة الخطية وإجراءاتها فقرة 5 ص8.

(2) النداوي. دور الحاكم المدني ص175 ـ176.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

المطلب الثالث

مذهب الإثبات المختلط

لا ينصب الإثبات على مصادر الالتزام فحسب، بل يتناول التصرف القانوني والواقعة القانونية في مجموعها وفيما يترتب عليهما من توليد جميع الآثار القانونية في نواحي القانون كافة[1] لذلك تبرز اهمية التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية، فهما مختلفان في الجوهر مما يقتضي ضرورة اختلافهما في وسائل الإثبات[2].

ويتميز هذا المذهب أنه يجمع بين استقرار المعاملات بما يحتوي عليه من قيود وبين اقتراب الحقيقة الواقعية من الحقيقة القضائية بما يفسح للقاضي من حرية التقدير، وبهذا المذهب أخذ القانون المصري والفرنسي والإيطالي والبلجيكي[3].

ويقوم مذهب الإثبات المختلط على أساس هذا الاختلاف في وسائل الإثبات بالنسبة لكل من التصرف القانوني والواقعة القانونية، وندرس ذلك في البندين الآتيين:

البند الأول: إثبات التصرفات القانونية:

يعرف التصرف القانوني بأنه ارادة محضة متجهة إلى انشاء حق أو تغييره أو زواله أو انشاء أثر قانوني بوجه عام، فهذا يعني إناطة هذا الاثر بمسلك ارادي بقصد ترتيبه وهو ما يقتضي في الاصل أمكان تهيئة وأعداد دليل كتابي لكي يكون من بعد،

(1) السنهوري. الوسيط فقرة 7 ص6.

(2) السنهوري. التصرف القانوني والواقعة القانونية. القاهرة. مطبعة البرلمان 1953 ـ 1954 ص3.

(3) سعدون العامري موجز نظرية الإثبات ص 10.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

وسيلة اثباته إذا حصلت المنازعة فيه[1].

لذلك كان إثبات التصرفات القانونية، كقاعدة عامة، مقيدا لا يمكن معه للقاضي ان يرجح أي دليل عليه حتى ولو كان مطمئنا شخصيا إلى ان الدليل غير صحيح، وفكرة تهيئة الدليل سلفا فكرة حسنة، لأن صاحب الحق عندما يجري تصرفا قانونيا يجب عليه أن يتوقع امكان نشوء نزاع في المستقبل بصدد هذا الحق ومن ثم يجب أن يتزود بالدليل مقدما، ويذكر أن الاصل في إثبات التصرف القانوني أن يكون بالكتابة، كقاعدة عامة، ترد عليها استثناءات، منها وجود مبدأ ثبوت الكتابة ووجود مانع مادي أو أدبي من الحصول على دليل كتابي لأثبات التصرف، ففي هذه الحالة يجوز إثبات التصرف القانوني بالشهادة أو القرائن القضائية، فمذهب الإثبات المختلط يأخذ بمذهب الإثبات الحر، كما هي الحال بالنسبة للأجنبي عن التصرف القانوني، حيث يعد التصرف مجرد واقعة بالنسبة اليه، ويطبق عليها مذهب الإثبات الحر كالدائن الذي يريد ان يثبت الصورية على مدينه وان يثبت بالتالي ان ثمة ورقة تهدم التصرف الظاهر[2]. كما أن التصرف القانوني الذي تقل قيمته عن النصاب المحدد للشهادة، وهو خمسة آلاف دينار في القانون العراقي، بالإمكان قبول أدلة الإثبات كافة في اثباته.

البند الثاني: إثبات الوقائع القانونية:

تعني الواقعة القانونية بمعناها الواسع، حادث وقع بنشاط الانسان أو هو حادث مادي محض، اعتد به القانون ليولد منه، بالنسبة إلى شخص أو أشخاص ضدهم أو لمصلحتهم حالة قانونية أي مركزا قانونيا عاما دائما أو ليحدث على العكس أثرا قانونيا محدودا، وتشمل الواقعة القانونية، بهذا المعنى الواسع، التصرف القانوني أما بالمعنى الضيق فيقصد بالواقعة القانونية، حادث مادي محض كالميلاد والبنوة أو

(1) النداوي. دور الحاكم المدني ص183.

(2) حجازي فقرة 15 /ب ص14.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

أعمال يداخلها الاختيار في حدود متفاوتة، تولد مراكز أو آثار قانونية، على أساس قاعدة في القانون، ولا يكون صاحب هذا الحادث أو هذه الاعمال قد قصد مطلقا في مناسبتها أن يضع نفسه تحت سلطان القانون[1]. فالواقعة القانونية هي واقعة مادية وليست ادارة كما هي الحال في التصرف القانوني، كالحيازة، فهي واقعة قانونية تكسب الحقوق العينية والموت واقعة قانونية تكسب الحقوق العينية كما في الميراث[2].

والواقعة القانونية يجوز اثباتها بطرق الإثبات كافة، وهذا ما تمليه الضرورات العملية، وأن لم يرد بشأنها نص، لأنه من المستحيل في الواقعة المادية تهيئة الدليل مقدما، فلا يمكن ان نطلب من المصاب في حادث دهس سيارة مثلا، أن يهيأ الدليل الكتابي ليتمسك به على السائق الذي دهسه، لأن ذلك يجعل الإثبات مستحيلا، ومن ثم وجب أن يكون إثبات الوقائع المادية جائزا بطرق الإثبات كافة، وان انتجت هذه الوقائع مركزا قانونيا، فإثبات الحيازة جائز بكل طرق الإثبات ولو انتجت الحيازة، الملكية بالتقادم، أو احقية لثمرات العقار[3].

وفي هذا المذهب يكون للقاضي دور سلبي وآخر دور ايجابي في الإثبات، ويبرز الدور السلبي في عدم أمكان القاضي تغيير موضوع الطلب وهو النتيجة الاجتماعية والاقتصادية التي يهدف إليها المدعي في دعواه، كالمبلغ المطالب في دعاوى المسؤولية المدنية[4]، فإذا غير القاضي موضوع الطلب فأنه يخضع لرقابة محكمة

(1) السنهوري. التصرف القانوني والواقعة القانونية ص65 ـ66 وهو يشير إلى الفقيه الفرنسي بنكاز.

(2) المصدر السابق ص4ـ5.

(3) العدوي ص128.

(4) الدكتور هشام علي صادق. مركز القانون الاجنبي. اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الاسكندرية 1968 ص 32.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

التمييز لأخلاله بمبدأ سيادة الخصوم في الدعوى، ويمكن الافلات من هذه الرقابة تحت ستار تفسير لمذكرات الخصوم[1].

وللقاضي الاستعانة في إثبات الواقعة بشهرتها العامة دون العلم الشخصي، وعلى هذا نصت المادة (8) من قانون الإثبات العراقي (ليس للقاضي ان يحكم بعلمه الشخصي الذي حصل عليه خارج المحكمة، ومع ذلك فله أن يأخذ بما يحصل عليه من العلم بالشؤون العامة المفروض المام الكافة بها) ونصت المادة (213) من القانون القطري على أنه (لا يجوز للقاضي الحكم بعلمه الشخصي الذي حصله خارج المحكمة) والمادة (3/1) من القانون الاماراتي (ولا يجوز للقاضي ان يحكم بعلمه الشخصي) والمادة (2) من القانون السوري (ليس للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي) وهو نص المادة (3) من القانون الأردني.

اما الدور الإيجابي للقاضي في مذهب الإثبات المختلط، فيظهر في اكماله ما نقص من أدلة الخصوم عندما يراها القاضي غير كافية، كأن يأمر بأكمال مبدأ الثبوت بالكتابة، بالشهادة أو بالقرائن القضائية، وللقاضي أتخاذ ما يلزم من إجراءات الإثبات، كألزام الخصم بتقديم المستندات الموجودة تحت يده، وعلى هذا نصت المادة (9) من قانون الإثبات العراقي (للقاضي أن يأمر أيا من الخصوم بتقديم دليل الإثبات الذي يكون بحوزته فأن أمتنع عن تقديمه جاز اعتبار امتناعه حجة عليه) وبموجب المادتين (18ـ19) من قانون الاماراتي، للخصم في حالات محددة أن يطلب الزام خصمه بتقديم أي محررات أو أوراق منتجة تكون تحت يده، واذا اثبت الطالب صحة طلبه أو اقر الخصم ان المحرر في حوزته أو سكت أمرت المحكمة بتقديم المحرر أو الورقة، ورتب القانون آثارا قانونية مهمة في حالة عدم تقديم المحرر أو الورقة. وأجازت المادة (228) من القانون القطري، للخصم ان يطلب الزام خصمه بتقديم أية

(1) المصدر السابق ص36ـ 37.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

أوراق منتجة في الدعوى تكون تحت يده وذلك في حالات حددها القانون، وفي القانون الاردني يجوز أجبار أي من الخصمين على تقديم ما تحت يده من مستندات منتجة في الدعوى في حالات وردت في المادتين (20، 21) من قانون التجارة، حيث يجوز للقاضي أن يأمر من تلقاء نفسه بالاطلاع على دفاتر التاجر أو تقديمها، وذلك لأثبات حق محل نزاع أو لاستخراج بينات متعلقة بالخصومة المعروضة أمامه، وأوجبت المادة (20) من قانون التجارة تسليم دفاتر التاجر بكاملها أو نسخ عنها إلى القضاء في أحوال الارث، وقسمة الاموال المشتركة والشركة والصلح الواقي والافلاس، ويحق للمحكمة بمقتضى المادة (100) من قانون اصول المحاكمات المدنية أن تأمر أي فريق أن يبرز ما في حوزته أو تحت تصرفه من مستندات ترى انها ضرورية للفصل في الدعوى[1].

ومما ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون البينات السوري لعام 1947 (إن المبدأ هو الثقة بالقاضي، فليس ابعد شئ عن الصواب، أكثر من أن يفترض المشرع في القاضي قلة الفهم والدراية والبعد عن جادة الحق والصواب، فى يترك له مجال التفكير والتقدير

ومما يلاحظ على هذا المذهب:

1) بالرغم من أن الحقيقة القضائية تقترب من الحقيقة الواقعية وفق هذا المذهب فأن ذلك لا يصل إلى حد أن يجعل للأدلة قوة قطعية في الإثبات، فلا تزال الحقيقة القضائية مجرد احتمال راجح وليست حقيقة قاطعة.

(1) انظر الدكتور عبد الودود يحي الموجز في قانون الإثبات ط87 ص25 مفلح القضاة البينات في المواد المدنية والتجارية ط94 ص42 الدكتور محمود الكيلاني قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ الاردن عمان دار الثقافة للنشر والتوزيع 2010 ص40 عباس العبودي شرح احكام قانون الإثبات المدني ص27.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

2) يتفاوت تطبيق هذا المذهب بين تشريع وآخر، فمن التشريعات ما يقلل من القيود التي تفرض على حرية القاضي، حتى يشتد التقارب ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية، فيرجح جهة العدالة، ومنها ما يزيد في القيود القانونية حتى وان ابتعدت عن الحقيقة الواقعية وذلك حرصا على استقرار التعامل، والاتجاه العام المعاصر يسير الآن نحو زيادة توسيع سلطة القاضي في الكشف عن الحقيقة، خاصة بعد ظهور وسائل التقدم العلمي، والتي لم تكن معروفة من قبل، كما في السندات الالكترونية[1].

(1) السنهوري ج2 فقرة 24 ص25جلال العدوي مبادئ الإثبات في المسائل المدنية والتجرية فقرة3 عصام أنور سليم فقرة 28 ص33ـ 34 عباس العبودي. شرح أحكام قانون البينات الجديد. ص29 ـ30 وانظر مرقس من طرق الإثبات ج1 فقرة6 ص10.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

المبحث الثالث

موقف قوانين الإثبات العربية من مذاهب الإثبات

ورد في الأسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي رقم (88) لسنة 1956 (الملغى) ان من الأسس التي يقوم عليها هذا القانون (تمكين المحكمة من إدارة سير المرافعات وطلب التحقيق من تلقاء نفسها في بعض الأمور إظهارا للحقيقة، إذ لم يعد من مصلحة العدالة أن تظل الدعوى سائرة في جميع الاحوال على مسؤولية الخصوم ووفق توجيهاتهم وأن لا يكون للمحكمة سوى الحكم على حاصل ما تم امامها من بياناتهم)

ومن الأمثلة على صحة ما ورد في الأسباب الموجبة تلك، فقد اجاز القانون (للمحكمة أن تأمر بحضور الخصوم شخصيا امامها لاستجوابهم متى رأت ضرورة لذلك، ولها ان تستخلص من امتناع الخصم عن الحضور بلا عذر مشروع قرينة تساعدها على حسم الدعوى) (م54) واجاز للمحكمة أن تحيل الدعوى على التحقيق أو ان تستعين بخبير أو اكثر إذا أقتضى موضوع الدعوى ذلك ولم يتفق الطرفان على انتخابهم (م 113 وم 115) واجاز ايضا لها ادخال شخص ثالث في الدعوى من تلقاء نفسها إذا رأت ان في ذلك تسهيلا للحكم فيها أو صيانة لحقوق الطرفين أو أحدهما (م 3/14) وللمحكمة أن توجه اليمين المتممة لتبنى على ذلك حكمها في موضوع الدعوى أو في قيمة ما تحكم به في بعض الأحوال (م 482ـ484 مدني) ومن كل ما تقدم يمكن القول بأن القانون العراقي قد ترك للقاضي دورا ايجابيا في توجيه الدعوى غير انه من ناحية أخرى منع القاضي من الحكم بناء على علمه الشخصي المتحصل خارج المحكمة (م83 مرافعات) ولم يجز الأخذ بالشهادة في الالتزامات التعاقدية (عدا

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

الامور التجارية) إذا كانت قيمتها تزيد على عشرة دنانير أو كانت غير محدودة القيمة الا في أحوال استثنائية وكذلك منع المحكمة من الأخذ بالشهادة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي (م 488 و489 مدني) حتى ولو اعتقدت المحكمة بصحة الشهادة.

ومما تقدم ذكره يتضح أن القانون العراقي (في ظل القانون رقم 88 لسنة 1956 والقانون المدني رقم 40 لسنة 1951) كان يقيد القاضي بأدلة معينة حدد قيمتها ومنعه من الحكم بعلمه الشخصي أو بموجب أدلة لم تقدم في الدعوى، ولهذا يمكن القول بأن القانون العراقي قد أخذ بالمذهب المختلط وجعل للقاضي دورا أقرب إلى الإيجابية منه إلى السلبية[1].

وبصدور قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 الغي قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (88) لسنة 1956 وتعديلاته، بموجب المادة (333) من القانون الجديد، وورد في الأسباب الموجب لهذا القانون (وقد استوحى القانون الجديد أحكامه من قوانين الدول الأخرى وعلى الأخص قوانين البلاد العربية واسترشد بقضاء المحاكم وعلى رأسها محكمة التمييز في حل ما يشكو منه الحكام والمحامون والمتخاصمون، وكان رائده الحفاظ على احكام القانون السابق قدر المستطاع لأنه سليم في الكثير من أسسه ويتميز بالبساطة واليسر، وصدر قضاء غزير المادة سديد التقدير دقيق الاستنباط وعقدت فيه فصول قيمة ألفها أفاضل رجال القانون محصوا فيها نصوصه وجلوا غوامضها وحددوا مراميها وغد كل ذلك من التراث الغالي الذي لا يصح التفريط فيه الا لمصلحة بينة وأنه لهذا لا يكون بد من أن تنعكس روحه في القانون الجديد في الكثير من أحكامه...)

(1) انظر استاذنا الدكتور سعدون العامري. موجز نظرية الإثبات ص 10ـ11.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

ونصت المواد (98 - 140) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 على إجراءات الإثبات، وبموجب هذه المواد، للمحكمة أن تقررمن تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الطرفين القيام بإجراء اية تحقيقات مادية تراها لازمة (م 1/98) ولا يجوز للقاضي الحكم بعلمه الشخصي الذي حصله خارج المحكمة (م 99) وإذا لم يحضر الخصم ولم يقم معذرة فللمحكمة ان تستخلص من ذلك قرينة تساعدها على حسم الدعوى (م 2/102) وللمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم أن تقرر الانتقال للكشف على المتنازع فيه، إذا لم يكن احضاره إليها ممكنا أو تندب لذلك أحد اعضائها وتنظم محضرا بذلك (م 124) وإذا أقتضى موضوع الدعوى الأستعانة برأي الخبراء قررت المحكمة تعيين خبير أو اكثر من جدول الخبراء أو من غيرهم ما لم يتفق الخصوم على اختيارهم (م 125) وللمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر دعوة الخبير لحضور الجلسة إذا رات ان تقريره غير مستوف أو رأت أن تستوضحه في أمور معينة لازمة للفصل في الدعوى، وللمحكمة ان توجه إلى الخبير من الأسئلة ماتراه مفيدا لتنويرها في الدعوى ولها إذا رأت عدم كفاية الإيضاحات ان تكلف الخبير تلافي الخطأ أو النقص في عمله بتقرير اضافي أو تعهد بذلك إلى خبير آخر (م 1/133ـ2) ويجوز للمحكمة أن تمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها (م 2/137)

وبعد استعراض هذه النصوص ودراسة القواعد الموضوعية للإثبات المنصوص عليها في القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 يتبين أن المشرع العراقي يأخذ بالمذهب المختلط من بين مذاهب الإثبات[1].

(1) كان تعبير القاضي يطلق على قاضي المحكمة الشرعية (الأحوال الشخصية فيما بعد) ويطلق تعبير الحاكم في المحاكم الأخرى وقد صدر قرار تشريعي برقم (218) في 1979/2/20 تقرر بموجبه توحيد التسمية بالقاضي في جميع المحاكم.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

وعندما صدر قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979 نصت المادة (147) منه على الغاء المواد (13 و444 - 5059 من القانون المدني والمواد (9، 81، 98ـ140) من قانون المرافعات المدنية والمواد (37، 38، 41، 103ـ107، 564) من قانون التجارة رقم (149) لسنة 1979.

وورد في الاسباب الموجبة لقانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 (وفي صدد طرق الإثبات تخير القانون، الاتجاه الوسط ما بين أنظمة الإثبات المقيد والإثبات المطلق فعمد إلى تحديد طرق الإثبات ولكنه جعل للقاضي دورا ايجابيا في تقدير الأدلة وفي التحرك الذاتي الموصل إلى الحكم العادل والى الحسم السريع وأقام كل ذلك على ما ينبغي أن يتوافر للقاضي من ثقة يوليها له المشرع) وحصل تطور كبير في النظرة إلى دور القاضي في العملية القضائية في نطاق الدعوى المدنية، نأى به عن دوره السلبي الذي كان يصوره به الفقه القانوني التقليدي، لذا كان من المنطق القانوني السليم أن يسعى المشرع إلى أن يتيح للقاضي ممارسة دور فاعل وإيجابي في نطاق إثبات الحقوق تقديرا منه لعظم الدور الذي يقوم به القاضي في إثبات هذه الحقوق، أذ ليس من الصحيح أفتراض قلة الفهم بالقاضي[1].

وخاصة ان من الضروري ابراز الدوري الإيجابي للقاضي في ادارة الدعوى يخرج به عن دوره السلبي كما كان يصوره الفقه التقليدي من انه آلة توردع لها مواد القضية ليستخرج منها بعد ذلك حكما، واصبح اليوم ينظر إلى الدعوى المدنية باعتبارها وسيلة لتحقيق الأهداف الاجتماعية للحق لأنها وسيلة حمايته، والنأي بها عن أن تكون

(1) الدكتور آدم وهيب النداوي. مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى. دراسة تأصيلية مقارنة في المرافعات. اطروحة دكتوراه. بغداد دار الرسالة للطباعة 1979 ص64ـ 65 وشرح قانون الإثبات 57ـ 58.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

وسيلة للكيد والمطل وهضم الحقوق[1].

ومن دراسة نصوص قانون الإثبات العراقي يتبين لنا، ان الدور الإيجابي للقاضي يبرز في توسيع سلطته في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولا إلى الحكم العادل في القضية المنظورة، وعلى محكمة الموضوع أن تسأل المدعي عن علاقته بالعقار موضوع طلب التخلية وبمالكه انطلاقا من مبدأ توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون[2].

وعلى القاضي التحري عن الوقائع فالأحكام لا تبنى على الاستنتاج انما على الوقائع التي أوجبت المادة (2) من قانون الإثبات العراقي على القاضي التحري عنها لاستكمال قناعته[3].

والزام القاضي بتحري الوقائع لاستكمال قناعته[4]. والزامه باتباع التفسير المتطور للقانون، ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه (المواد (1، 2، 3) ويبرز هذا الدور كذلك، عندما يقرر القاضي، من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصم، اتخاذ أي اجراء من إجراءات الإثبات يراه لازما لكشف الحقيقة (المادة 17/أولاً) وله تقدير ما

(1) انظر آدم وهيب النداوي. مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى. ص 45ـ46.

(2) قرار محكمة أستئناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية المرقم 193/م/2008 في 2008/6/3 المختار ص164 ـ 165.

(3) قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية المرقم 656/م/2009 في 2009/9/13 المختار ص166ـ167.

(4) في قضية نقضت محكمة استئناف كركوك (بصفتها التمييزية) قرار محكمة بداءة الشرقاط لعدة أسباب منها، عدم أستكمال تحقيقاتها في الدعوى وصولا إلى الحكم العادل في القضية المنظورة، خاصة وان المادة (2) من قانون الإثبات الزمت القاضي بتحري الوقائع لأستكمال قناعته (القرار رقم 51/ج/1990 في 1990/1/24 (غير منشور).

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

يترتب على الكشط والمحو والشطب والتحشية وغير ذلك من العيوب المادية في السند، أسقاط قيمته في الإثبات أو انقاص هذه القيمة على أن يدلل على صحة وجود العيب في قراره بشكل واضح (المادة (35/ثانيا) وللقاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد طرفي الدعوى تكليف الطرف الآخر بتقديم الدفتر أو السند الموجود في حيازته أو تحت تصرفه والذي يتعلق بموضوع الدعوى، متى كان ذلك ضروريا لضمان حسن الفصل فيها (المادة 53/أولاً) وللقاضي من تلقاء نفسه أوبناء على طلب الخصوم أن يستجوب من يرى موجبا لاستجوابه من أطراف الدعوى (م71) واذا رأى أن الدعوى ليست في حاجة إلى استجواب أو أن الوقائع التي يراد استجواب الخصم عنها غير منتجة أو غير جائزة الإثبات، رفض طلب الاستجواب، وله أن يعدل عن الاستجواب بعد ان امر به أو وافق عليه، إذا اتضح له أن لا جدوى منه أو لا مبرر له (م73) وللقاضي، من تلقاء نفسه ان يستدعي للشهادة من يرى لزوما لسماع شهادته في الاحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالشهادة، متى رأى في ذلك فائدة للوصول إلى الحقيقة، وله تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية، وله أن يرجح شهادة على أخرى وفقا لما يستخلصه من ظروف الدعوى، على أن يبين أسباب ذلك في محضر الجلسة (م81، 82) وله أن يأخذ بشهادة شخص واحدمع يمين المدعي إذا اقتنع بصحتها، كما أن له ان يرد شهادة شاهد أو أكثر إذا لم يقتنع بصحة الشهادة (م84) ويجوز للقاضي أن يسمع الشهادة التي يقدمها الخصم الذي لم يتمكن من تهيئة الدليل الكتابي، حتى ولو كانت قيمة التصرف القانوني تزيد على خمسة آلاف دينارا إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة (م78) وللقاضي ان يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية (م104) ويبرز الدور الإيجابي للقاضي عند توجيه اليمين المتممة للخصم الذي ليس لديه دليل كامل، لتبني المحكمة بعد ذلك حكمها في موضوع الدعوى أو في قيمة ما تحكم به (م120) وتحلف المحكمة،

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

من تلقاء نفسها من أدعى حقا في التركة وأثبته، يمينا على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من المتوفى ولا أبرأه ولا أحاله المتوفى على غيره ولا أستوفى دينه من الغير، وليس للمتوفى في مقابل هذا الحق دين أو رهن لديه (م124) وللمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه أو تندب لذلك أحد قضاتها لمعاينته أو إحضاره لديها في جلسة تعينها لذلك، متى رأت في هذا مصلحة لتحقيق العدالة (م125) وأذا رأت المحكمة الاستعانة بالخبراء ضرورية للبت في الدعوى والوصول إلى الحكم العادل فيها، فلها أن تستعين بهم وتدفع أجورهم من صندوق المحكمة، على أن يتحمل من خسر الدعوى هذه الاجور (م139/ثالثا) وللمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم أن تقرر دعوة الخبير لحضور الجلسة إذا رأت أن تقريره غير واف، أو رأت أن تستوضح منه عن أمور معينة لازمة للفصل في الدعوى، ولها أن توجه إلى الخبير من الاسئلة ما تراه مفيدا للفصل في الدعوى، ولها إذا رأت عدم كفاية الإيضاحات أن تكلف الخبير بتلافي الخطأ أو النقص في عمله بتقرير أضافي أو أن تعهد بذلك إلى خبير آخر (م145/أولاً - ثانيا)

ومع ذلك وبالرغم من هذا الدور الإيجابي للقاضي، فأن المشرع قيد من حرية القاضي في الإثبات، فالمادة (8/أثبات عراقي) منعت القاضي من أن يحكم بعلمه الشخصي الذي حصل عليه خارج المحكمة، كما لم تجوز المادة (77) الشهادة في إثبات التصرف القانوني، إذا كانت قيمته تزيد على خمسة آلا ف دينارا ومنعت المادة (79) من قبول الشهادة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتاب، وبذلك يتضح كيف أن المشرع العراقي أخذ بمذهب الإثبات المختلط، فيسمح للقاضي بأن يقرب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية، محققا قدر الإمكان النزعة إلى العدالة

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

دون أفراط بمبدأ استقرار المعاملات[1] والحكم ذاته في القانون الاردني[2].

وفي القانون التونسي يقع عبء إثبات الالتزام على القائم به وإذا إثبات المدعى وجود الالتزام كانت البينة على من يدعي انقضاؤه أو عدم لزومه له، ولا يشترط في إثبات الالتزام صورة مخصوصة الا في الحالات التي نص القانون على صورة معينة، (الفصل 420 و422) وحدد (الفصل/427) البينات المقبولة قانونا، وهي الإقرار والحجة المكتوبة وشهادة الشهود والقرينة واليمين والأمتناع من الحلف، وللحاكم أن يأذن بإطلاع الخصم على دفاتر التجار من عند نفسه أو بطلب من أحد الفريقين، وللحاكم أن يأذن من عند نفسه اثناء المرافعة بتقديم دفاتر التجار وغيرها من الرسائل والدفاتر التي بيد أحد الخصمين أو بأيديها جميعا ليستخرج منها ما يتعلق بالخلاف أو ليطلع على نظامها وله أيضا أن يأذن للغرض المذكور بتقديم دفتر يومية السمسار (الدلال) الذي باشر النازلة (القضية) (الفصل/463 - 465) والقرائن التي لم يحصرها القانون (القرائن القضائية) موكولة إلى اجتهاد المجلس وعليه أن لايعتمدها الا إذا كانت قوية منضبطة متعددة متظافرة ودفعها جائز قانونا بسائر وجود المدافعة (الفصل 486) وللحاكم أن يوجه اليمين من تلقاء نفسه إلى أحد الخصمين وتسمى يمين (الاستيفاء) (الفصل/492/ثانيا) ويجوز توجيه هذه اليمين إلى أحد الخصمين أو اليهما لفصل الدعوى أو لتقدير المبلغ الذي يقع الحكم به (الفصل/508) وليس للحاكم توجيه يمين الأستيفاء إلى المدعى الا إذا تعذر تعيين القيمة بوجه آخر (الفصل/512) مما يتبين أن المشرع التونسي اقرب إلى المذهب المختلط من بين مذاهب الإثبات.

(1) العبودي. أحكام قانون الإثبات ص38.

(2) استاذنا المرحوم الدكتور صلاح الدين الناهي. الوجيز في مبادئ الإثبات والبينات. بيروت 1982 ص9.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

وفي القانون المغربي (قانون الالتزامات والعقود) وسائل الإثبات هي اقرار الخصم والحجة الكتابية وشهادة الشهود والقرينة واليمين والنكول عنها (الفصل/404) ويجوز للقاضي أن يأمر بأطلاع الخصم على دفاتر التجار واحصاءاتهم والدفاتر المتعلقة بالشؤون الخاصة في المسائل الناتجة عن تركة أو شياع أو الشركة وفي غير ذلك من الحالات التي تكون فيها الدفاتر مشتركة بين الخصمين وكذلك في حالة الأفلاس وهذا الاطلاع يجوز للقاضي أن يأمر به اما من تلقاء نفسه أو بناء على طلب احد الخصمين، اثناء النزاع وحتى قبل وقوع أي نزاع، لشرط ان تكون هناك ضرورة تقتضي الاطلاع، وفي الحدود التي تقتضيه فيها (الفصل/435) والقرائن دلائل يستخلص منها القانون أو القاضي وجود وقائع مجهولة (الفصل 449) والقرائن التي لم يقررها القانون موكولة لحكمة القاضي، وليس للقاضي أن يقبل الا القرائن القوية الخالية من اللبس أو القرائن المتعددة التي حصل التوافق بينها (م/الفصل/454) ولا يقبل القرائن، ولو كانت قوية وخالية من اللبس ومتوفقة، الا إذا تأيدت باليمين ممن يتمسك بها متى رأى القاضي وجوب ادائها (الفصل/455) أما قانون المسطرة المدنية المغربي (المرافعات المدنية) الصادر في 11/رمضان 1394 28/شتنبر 1974 م فقد نص (الفصل/55) على انه (يمكن للقاضي بناء على طلب الأطراف أو احدهم أو تلقائيا أن يأمر قبل البت في جوهر الدعوى بإجراء خبرة أو وقوف على عين المكان أو بحث أو تحقيق خطوط أو اي اجراء آخر من إجراءات التحقيق...) ويحدد القاضي النقط التي تجري الخبرة فيها على أساس أن تكون تقنية لا علاقة لها مطلقا بالقانون (الفصل59) واذا لم يتات للخبير القيام بالمعمة المسندة إليه أو لم يقبل القيام عين القاضي خبيرا آخر بدلا منه وأشعر الأطراف فورا بهذا التغيير (م /الفصل 61) ويمكن للقاضي إذا لم يجد في تقرير الخبرة البيانات الكافية أن يأمر بتحقيق اضافي أو بحضور الخبير امامه لتقديم الإيضاحات والمعلومات

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

اللازمة (الفصل 64) ولا يلزم القاضي في اي حال من الأحوال الأخذ برأي الخبير أو الخبراء (الفصل 66) واذا أمر القاضي تلقائيا أو بناء على طلب الأطراف بالوقوف على عين المكان فانه يحدد في حكمه اليوم والساعة التي تتم فيها بحضور الطراف (الفصل 67) ويجوز للقاضي أن يقرر الانتقال إلى عين المكان والاستماع إلى الشهود (م /الفصل 73) ويبت القاضي حالا بعد البحث أو يؤخر القضية إلى جلسة مقبلة (الفصل 84) وللمحكمة ان تأمر بان يؤدى اليمين أمام المحكمة الابتدائية لمحل موطن الطرف الموجهة إليه اليمين على أن تسجل له تأديته لهذه اليمين (الفصل 86) واذا اعتبرت المحكمة أن أحد الأطراف لم يعزز ادعاءاته بالحجة الكافية أمكن لها تلقائيا أن توجه اليمين إلى هذا الطرف بحكم يبين الوقائع التي ستتلقى اليمين بشأنها (الفصل 87) وللقاضي أن يصرف النظر، إذا انكر خصم ما نسب إليه من كتابة أو توقيع أو صرح بانه لا يعترف بما ينسب إلى الغير، إذا رأى انه غير ذي فائدة في الفصل في النزاع (الفصل 89) واذا طعن أحد الأطراف اثناء سريان الدعوى في أحد المستندات المقدمة بالزور الفرعي صرف القاضي النظر عن ذلك إذا رأى أن الفصل في الدعوى لا يتوقف على هذا المستند (الفصل 92) ويقوم القاضي خلال ثمانية ايام من وضع المستند المطعون فيه بالزور أو أصله عند الاقتضاء بكتابة الضبط بالتأشير على المستند أو الأصل بحضور الأطراف أو بعد استدعائهم بصفة قانونية لذلك (الفصل 97) فالمشرع المغربي حاول ان يمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة، وان كان قد قيده في نواح أخرى، وبذلك يمكن القول بانه أخذ بالمذهب المختلط من بين مذاهب الإثبات.

ولدى دراسة قانون البينات السوري رقم (359) لسنة 1947، يتضح أنه قد حدد البينات بالأدلة الكتابية والشهادة والقرائن والإقرار واليمين والمعاينة والخبرة (م 1) وللقاضي في الدعوى القائمة بين التجار أو يقبل أو أن يرد البينة التي تستخلص من

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

الدفاتر التجارية غير الإجبارية، أو من الدفاتر التجارية الإجبارية غير المنتظمة، وذلك على ما يظهر له من ظروف القضية (م 17) ويجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم أن تقرر جلب اسناد وأوراق من الدوائر الرسمية السورية إذا تعذر ذلك على الخصوم (م 2/25) ويجوز للقاضي ان يأمر بأحضار الاسناد الرسمية المطلوب التطبيق عليها من الجهة التي تكون بها أو تنتقل مع الخبير إلى محلها للاطلاع عليها بدون نقلها (م 35) وتقدر المحكمة قيمة شهادة الشهود من حيث الموضوع، ولها أن تأخذ بشهادة شخص واحد إذا اقتنعت بصحتها، كما ان لها ان تسقط شهادة شاهد أو أكثر إذا لم يقتنع بصحتها، واذا لم توافق الشهادة الدعوى أو لم تتوافق أقوال الشهود بعضها مع بعض أخذت المحكمة من الشهادة بالقدر الذي تقتنع بصحته، وللمحكمة ان ترجح بينة على أخرى وفقًا لما تستخلصه من ظروف الدعوى (م 62) واذا لم يحضر الشاهد لأداء الشهادة بعد تكليفه بالحضور على الوجه المقرر في القانون فللمحكمة ان تحكم عليه حكما مبرما بغرامة من خمس إلى عشر ليرات سورية وان تقرر احضاره جبرا (م 1/74 /ويلاحظ ضآلة مبلغ الغرامة ولم نعثر على ما يدل على اجراء تعديل على هذا المبلغ) ويبدو من هذه النصوص ونصوص أخرى في القانون السوري ان المشرع أخذ بالمذهب المختلط.

وفي القانون الأردني رقم (30) لسنة 1952 وتعديلاته، يلاحظ أنه أعطى للمحكمة توجيه اليمين المتممة للتاجر وذلك من أجل اعتماد البيانات الواردة فيها) (م 15) واجازت المادة (25) للمحكمة أن تدعو الغير اثناء سير الدعوى لإلزامه بتقديم ورقة أو سند تحت يده في الأحوال المنصوص عليها في القانون ولها من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم أن تقرر جلب سندات واوراق من الدوائر الرسمية إذا تعذر ذلك على الخصوم، واجازت المادة (26) في اية قضية حقوقية إثبات صحة تنظيم أي عقد أو وكالة أو تفويض أو وصل كتابي منظم أو موقع في مكان خارج

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

المملكة الأردنية الهاشمية، وللمحكمة سلطة سماع شهادة كل انسان ما لم يكن مجنونا أو صبيا لا يفهم معنى اليمين ولها ان تسمع اقوال الصبي الذي لايفهم معنى اليمين على سبيل الاستدلال (م 32)

كما للمحكمة سلطة تقدير شهادة الشهود من حيث عدالتهم وسلوكهم وتصرفهم وغير ذلك من ظروف دون الحاجة إلى التزكية (م 33) وللمحكمة ان ترجح بينة على أخرى وفقًا لما تستخلصه من ظروف الدعوى (م 34) وللمحكمة أن تأخذ بقرينة الأحكام التي حازت الدرجة القطعية من تلقاء نفسها (م 41) وكل هذه النصوص تدل على ان المشرع الأردني أخذ بنظام الإثبات الحر وأنه أعطى القاضي سلطة تقديرية واسعة، الا أنه قيد القاضي، من جهة أخرى، بوسائل الإثبات، حيث حددت المادة (2) وسائل الإثبات بانها (الأدلة الكتابية والشهادة والقرائن والإقرار واليمين والمعاينة والخبرة) ومنعت المادة (3) القاضي من ان يحكم بعلمه الشخصي ومنعت المادة (28) قبول الإثبات بالشهادة في الالتزامات التعاقدية في غير المواد التجارية، إذا كان الالتزام يزيد على مئة دينار أو كان غير محدد المقدار، ومنعت المادة (43) المحكمة قبول الإثبات بالقرائن القضائية الا في الاحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة، ومنعت المادة (2/55) المحكمة من توجيه اليمين الحاسمة في واقعة ممنوعة بالقانون أو مخالفة للنظام العام وللآداب.

ويتضح مما تقدم أن المشرع الأردني تبنى النظام التوفيقي (المختلط) فسمح للقاضي بأن يقرب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية، ومحققا قدر الإمكان ترجيح طابع العدالة ودون أن يفرط بمبدأ استقرار المعاملات[1].

وفي قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (26) لسن 2002 المعدل،

(1) الدكتور عباس العبودي. شرح أحكام قانون البينات الجديد المعدل بالقانون رقم (37) لسنة 2001 عمان دار الثقافة للنشر والتوزيع 2004 ص 32.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

للمحكمة في اي دور من ادوار المحاكمة ان تلقي على الشاهد ما تراه يتفق مع الدعوى من الأسئلة وعلى رئيس الجلسة بعد انتهاء الشاهد من شهادته أن يسأل القضاة إذا كانوا يريدون توجيه اسئلة له، وللمحكمة في أي وقت أن تستدعي أي شاهد سمعت شهادته من قبل لاستجوابه مرة ثانية (م 4/81) وللمحكمة أن تقرر في أي دور من أدوار المحاكمة أن تقرر إجراء الكشف والخبرة من قبل خبير أو أكثر على اي مال منقول أو غير منقول أو لأي أمر ترى لزوم اجراء الخبرة عليه، فإذا اتفق الفرقاء على اختيار الخبير أو الخبراء توافق المحكمة على ذلك، والا يتم اجراء الكشف والخبرة من خبراء الجدول حسب الدور، ويتوجب على المحكمة أن تبين في قرارها الأسباب الداعية لهذا الأجراء والغاية منه، وأن تحدد مهمة الخبير، وأن تأمر بإيداع نفقات الخبرة، وأن تحدد الجهة المكلفة بها (م 1/83) وتنتخب المحكمة الخبير في حالة عدم اتفاق الأطراف على انتخابه (م 2/91) ويحق للمحكمة ان تأمر اي فريق ان يبرز ما في حوزته أو تحت تصرفه من مستندات ترى انها ضرورية للفصل في الدعوى (م 100) وللمحكمة أن تكلف المحامي العام المدني أو أي موظف من موظفي الحكومة أو المؤسسات الرسمية أو العامة بإبراز اي مستند أو وثيقة متعلقة بالدعوى المنظورة امامها (م 108) وفي القانون المصري تبدو مظاهر الدور السلبي المفروض على القاضي، بأن محكمة الموضوع غير ملزمة بتكليف الخصم بتقديم دفاعه أو لفت نظره إلى مقتضيات هذا الدفاع، وحسبها أن تقيم قضاءها وفقًا للمستندات والأدلة المطروحة عليها بما يكفي لحمله، ويمتنع على القاضي القضاء بعلمه الشخصي، وإذا قدر القاضي أن معلوماته الشخصية عن الدعوى سوف تؤثر في تقديره وأستشعر الحرج من نظرها وجب عليه أن يتنحى عن نظرها (م 146 مرافعات مصري رقم (13) لسنة 1968) ولا يجوز للقاضي أن يستند في حكمه إلى دليل قدم في قضية أخرى ولم تضم إلى الدعوى المنظورة ولو كانت

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

بين الخصوم ذاتهم، ويلتزم القاضي في تقريره وموازنته للأدلة المطروحة في الدعوى بالتنظيم القانوني المنظم لحجيتها بالنسبة لبعضها البعض، ومع ذلك فأن التنظيم القانوني للإثبات في مصر لم يخل من دور ايجابي للقاضي في تيسير إجراءات الإثبات وورد في المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري ان القانون الجديد قد خول القاضي دورا ايجابيا متمثلا اساسا في منحه سلطة غير مقيدة، بأن يأمر بإختصام من يرى ادخاله في الدعوى لمصلحة العدالة أو لظهار الحقيقة) كما ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات أن (المشرع قد حرص على تيسير إجراءات الإثبات وتحقيق مزيد من ايجابية القاضي وفعاليته بتزويده بمزيد من حرية الحركة في هذه المرحلة الهامة (الصحيح المهمة) من مراحل الدعوى حتى لايترك كشف الحقيقة رهينا بمبارزة الخصوم وحدهم، والحرص على استقرار الحقوق وسد باب الحيلة أمام طلاب الكيد أو هواة المطل) وتبدو مظاهر الدور الإيجابي للقاضي في مجال الإثبات، في القانون المصري، خول المشرع القاضي سلطة استكمال الأدلة استجلاء للحقيقة وللمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر ويباشر القاضي سلطته التقديرية في تقدير قيمة الدليل، في ضوء التنظيم القانوني لأدلة الإثبات، ويبقى القاضي مهيمنا على تكييف الوقائع التي يبديها الخصوم، بغير تقيد بما يصبغه الخصوم عليها من الوصف، تمهيدا لانزال حكم القانون عليها[1].

وقضت محكمة النقض المصرية أن للقاضي ان يحيل الدعوى على التحقيق من تلقاء نفسه، في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بشهادة الشهود متى رأت في ذلك فائدة للحقيقة[2].

(1) انظر نبيل ابراهيم سعد وهمام محمد محمود زهران اصول الإثبات ص ص70 ـ 74.

(2) جلسة 1962/11/21 الطعن رقم 20 لسنة 30 ق احوال شخصية س 13 ص 1046 =

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

كما يستطيع القاضي أن يستعين بالخبراء في المسائل التي يستلزم الفصل فيها استيعاب النقاط الفنية التي لا تشملها معرفه والوقائع المادية التي يفترض فيه العلم[1].

وفي المشروع العربي يجوز للقاضي أن يأمر أيا من الخصوم بتقديم بعض عناصر الإثبات التي تكون موجودة لديه، كما يجوز له أيضا أن يأمر من تلقاء نفسه باتخاذ بعض إجراءات الإثبات وفقًا لأحكام القانون (م 3/1) ويبدو مما تقدم ان هناك تشابها بين المذهب المطلق أو الحر في القانون، مع رأي ابن تيميه وابن القيم وابن فرحون في ذلك، كما ان هناك تشابها بين المذهب المقيد أو القانوني جهة ورأي جمهور الفقهاء في تقييد طرق الإثبات، وتحديد قيمتها مع فارق جوهري وهو ان الطرق الشرعية ليست محصورة في النصوص، وان القاضي يتمتع بحرية في الاقتناع بالدليل، وهو يحقق في صحة الدليل، وتظهر المرونة والعمومية في التشريع الاسلامي، فالوسائل العلمية الحديثة التي تؤكد الوقائع والحقوق لا تمانع فيها الشريعة بشرطين هما:

1) ان يكون ثابتا علميا، بحيث يجزم العلماء واهل الخبرة والمعرفة بفائدته.

2) الا يناقض دليلا شرعيا.

وبذلك تخرج الوسائل الحديثة على الاصول الشرعية، وتدمج في الفقه الاسلامين شانها شان كل جديد وحادث، يجب على الفقهاء والمجتهدين بيان حكم الشريعة فيه[2].

= وجلسة 1975/4/30 الطعن رقم 22 لسنة 39 السنة 26 ص 860 مشار اليهما في الوسيط ط2004 ص26 هامش رقم (1).

(1) جلسة 1986/5/6 الطعن رقم 2418 س 52 ق وجلسة 1985/2/28 الطعن رقم 243 س 51 ق مشار اليهما في الوسيط ط2004 ص 27 هامش رقم (1).

(2) انظر محمد مصطفى الزحيلي. وسائل الإثبات ص 619 ـ620.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

الفصل الثاني

مبدأ حياد القاضي

يلعب القاضي دورا مهما في تحقيق العدالة وانصاف المظلومين، واهتم الفقه الإسلامي وقوانين الإثبات العربية بهذا الدور، لذلك نبحث في مبدأ حياد القاضي في الفقه الإسلامي وفي هذه القوانين في المبحثين القادمين

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

المبحث الأول

مبدأ حياد القاضي في الفقه الإسلامي

يلتزم القاضي في الشريعة الإسلامية بالحياد التام في نظر الدعوى وتوجيهها، وفي قبول الإثبات الذي يتقدم به الخصوم، وحياد القاضي شطر من قاعدة المساواة التامة بين الخصوم في الدعوى، وهي قاعدة أساسية في الفقه الاسلامي[1].

وروي عن الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم (روت أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه واشارته ومقعده»[2].

وروى احد وابو داود عن عبد الله بن الزبير قال (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الخصمين يقعدان بين يدي الحاكم)[3].

وروى أحمد والترمذي وابو داود عن علي رضي الله عنه (ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «ياعلي إذا جلس اليك الخصمان فلا تقض بينهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فانك إذا فعلت ذلك تبين لك القضاء»[4].

---

(1) الناهي. فذلكة في الإثبات القضائي. القسم الثاني. مجلة القانون المقارن. العددان السادس والسابع 1977 ص257.

(2) الأمام ابي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي. السنن الكبرى ج10 ط1 دون سنة النشر ص 135.

(3) نيل الاوطار للشوكاني القاهرة مطبعة مصطفى الحلبي 1961 ج8 ص 284 سنن ابي دواد (ابو دواد سليمان بن الاشعث السجستاني) القاهرة 1348 للهجرة ج2 ص 115.

(4) مسند الامام أحمد بن حنبل القاهرة مطبعة دار المعارف 1313 للهجرة ج2 ص 83 و106 سنن ابي دواد ج2 ص 114 نيل الاوطار ج8 ص 284.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

وورد في رسالة الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى قاضيه أبي موسى الاشعري (آس الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك)[1].

والكتب زاخرة بالأمثلة والحوادث التي تثبت حياد القضاة وعدلهم عبر مراحل التأريخ الأسلامي.

واتفق الفقهاء على جواز الإثبات بعلم القاضي في اربع حالات هي:

1) اتفق الفقهاء على ان القاضي لا يقضي بخلاف علمه ولو مع البينة، فإذا علم بطلاق أو بدين أو بإتلاف أو بقتل ثم قامت البينة على ما يخالف علمه فلا يجوز له القضاء بالبينة قطعا[2].

2) اتفق جمهور الفقهاء على جواز العمل بعلم القاضي في الجرح والتعديل فإذا علم حال الشهود عدالة أو فسادا فيجب عليه ان يعمل بموجب علمه، فيقبل العدل ويسمع شهادته دون ان يأمر بتعديله وتزكيته ولو طلب الخصم ذلك[3].

---

(1) ابن القيم اعلام الموقعين عن رب العالمين ج1 ص. ابن فرحون. 85 تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام. القاهرة مطبعة مصطفى الحلبي 1378 للهجرة 1958مج1 ص 41.

(2) انظر محمد الشربيني الخطيب. مغني المحتاج القاهرة مطبعة مصطفى الحلبي 1370 للهجرة 1968م ج4 ص 398 ـ399 منصور بن ادريس البهوتي الجنبلي. كشاف القناع على متن الاقناع. القاهرة 1319 للهجرة ج4 ص 197 عبد الرحمن بن رجب. القواعد. طبعة مكتبة الخانجي بمصر 1353 للهجرة 1933م ص 122 الرملي (شمس الدين محمد بن أحمد بن شهاب الدين الرمل ي المشهور بالشافعي الصغير. نهاية المحتاج. القاهرة مطبعة مصطفى الحلبي 1386 للهجرة 1967م ج8 ص 246.

(3) ابو اسحاق ابراهيم بن يوسف الشيرازي القاهرة مطبعة مصطفى الحلبي المهذب. 1379 =

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

3) جواز حكم القاضي بعلمه فيما يحدث في مجلس حكمه، فإذا بدرت اساءة من احد الخصوم نهره القاضي، واذا تهجم احدهم على الاخر منعه القاضي[1].

4) جواز الحكم بعلم القاضي في حق الله تعالى حسبة، كما سمع الطلاق البائن، ثم ادعى الزوجية، فيمنع الزوج من الاتصال بزوجته[2].

وبذلك في جواز حكم القاضي بعلمه الشخصي في الفقه الاسلامي، اتجاهان:

الاتجاه الأول: يرى جواز حكم القاضي بعلمه الشخصي، واصحاب هذا الاتجاه انقسموا إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى جواز ذلك مطلقا في سائر الحقوق، ما كان حقا خالصا لله أو حقا خالصا للعبد أو مشتركا بينهما، علم بذلك في بلد تولى فيه القضاء أو غيره وفي زمن توليه القضاء أو قبل هذا الوقت.

الرأي الثاني: للقاضي أن يحكم بناء على علمه الشخصي إذا حصل عليه القاضي في مكان وزمان ولايته للقضاء، أي وقت هو مكلف فيه بالقضاء.

ويستند هذا الاتجاه في موقفه إلى الأدلة الآتية:

1) الآية القرآنية الكريمة **(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُونُواْ قَوَّامِينَ لله شُهَدَاء بِالْقِسْطِ وَلاَ يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلاَّ تَعْدِلُواْ اعْدِلُواْ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَاتَّقُواْ اللهَ إِنَّ اللهَ خَبِيرٌ**

= للهجرة 1959م ج2 ص 304 محمد الشربيني الخطيب مغني المحتاج ج4 ص 403 ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد القاهرة 1386 للهجرة 1966م ج2 ص 509 ابن فرحون. تبصرة الحكام ج2 ص 23.

(1) بداية المجتهد ج2 ص 206 كشاف القناع ج4 ص 197 تبصرة الحكام ج2 ص 22.

(2) بداية المجتهد ج2 ص 509 الاستاذ مصطفى الزرقا المدخل الفقهي العام مطبعة جامعة دمشق 1379 للهجرة 1959 م ج2 ص 926.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

بِمَا تَعْمَلُونَ {8/5}"[1].

فالله سبحانه وتعالى أمر المؤمنين والقاضي من جملتهم بالقسط، وليس من القسط (العدل) أن يعلم القاضي أن أحد الخصمين محق والآخر ظالم ويدع كل منهما على حاله.

2) السنة النبوية الشريفة: مارواه الجماعة عن النبي صلى الله عليه وسلم (ان هندا قالت يارسول الله أن أبا سفيان (زوجها) رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما أخذت منه وهو لايعلم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» فالنبي صلى الله عليه وسلم لم يسألها البينة ولم يحضر الزوج ويسأله عن الدعوى، استنادا منها إلى علمه بالحاد ثة، وهذا دليل على جواز حكم القاضي بعلمه، وورد في الحديث النبوي الشريف «من رأى منكم منكرا فليغيره» والقاضي ان لم يغير ما رأى من المنكر فقد عصى الله ورسوله.

3) يقضي القاضي بشهادة الشهود، وهذا حكم بغلبة الظن، وأذا جاز له الحكم بغالب الظن فأن له الحكم بما تحقق وتأكد لديه من باب أولى[2].

---

(1) سورة المائدة الآية (8).

(2) علاء الدين الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع القاهرة مطبعة الجمالية 1328 للهجرة 1910م ج7 ص7 أبن حزم الاندلسي (أبومحمد علي بن حزم الاندلسي) المحلى. القاهرة. أدارة الطباعة المنيرية 1350 للهجرة ج9 ص520ـ 523 ابن عابدين (محمد أمين أبن عابدين) رد المحتار على الدر المختار. القاهرة1965 ج5 ص423 الدكتور عبد المجيد الحكيم ص80 أحمد عبد المنعم البهي. من طرق الإثبات في الشريعة والقانون. القاهرة1965 ص132 توفيق الفكيكي الحكم بعلم الحاكم الشخصي في الفقه الإسلامي والقانون. مجلة القضاء بغداد العدد (2) 1943 ص154 الدكتور شوكت محمد عرسان عليان. الوجيز في الدعوى والإثبات في الشريعة الاسلامية. بغداد الدار العربية للطباعة. 1978 ص76.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

الاتجاه الثاني: يرى عدم جواز حكم القاضي بعلمه الشخصي، وينقسم أصحاب هذا الاتجاه إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى عدم الجواز مطلقا.

الرأي الثاني: يرى عدم جواز الحكم بعلم القاضي في الحدود الخالصة لله، ويستند هذا الرأي إلى الحديث النبوي الشريف (أدرؤ الحدود بالشبهات) فعلم القاضي لايورث الاطمئنان عند الكافة، وخاصة ما يتعلق بحق الله الذي تطالب به الكافة ويورث شبهة عند الناس، كما أن الحدود حق خالص لله يستوفيها القاضي على سبيل النيابة من غير أن يكون هناك خصم يطالب بها، فلو أكتفى بعلمه لتطرقت إليه التهمة[1].

والحجج التي يستند إليها الاتجاه الثاني، تتلخص بما يأتي:

1) القرآن الكريم: الآية القرآنية الكريمة **(وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً)**[2] فأمر الله سبحانه وتعالى بجلدهم عند عدم البينة وأن علم القاضي صدقهم.

2) السنة النبوية الشريفة: في خصومة قال النبي صلى الله عليه وسلم للمدعي (شاهداك أو يمينه، ليس لك منه غير ذلك) فالإثبات لا يكون الا بالشاهدين أو اليمين، وهذا يدل على أن علم القاضي لا يجوز القضاء به لأنه ليس واحدا منهما، وفي قصة الملاعنة قال النبي صلى الله عليه وسلم (لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمتها) وهذا يدل على عدم جواز حكم القاضي بعلمه الشخصي، لعدم وجود البينة، وحديث (أنكم تختصمون الي.. فأقضي له على نحو ما أسمع) فهذا الحديث يدل على أن القضاء يكون بحسب المسموع لا بحسب المعلوم.

(1) البهي ص133 عليان ص75.

(2) سورة النور الآية (4).

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

3) ان جواز حكم القاضي بعلمه الشخصي، يفضي إلى أن يحكم بما يشتهي ويحيله إلى علمه، كما أن الحكم بهذا العلم يؤدي إلى وجود التهمة، ثم أن الشاهد مندوب للإثبات والقاضي مندوب للحكم، فإذا لم يجز أن يكون الشاهد قاضيا بشهادته ولم يجز أن يكون القاضي شاهدا لحكمه، ولأن الشهادة لا تجوز بأقل من أثنين فلو جاز للقاضي أن يحكم لصار إثبات الحق بشهادة الواحد[1].

أما الرأي الراجح فيرى عدم جواز حكم القاضي بعلمه المتحصل عنده خارج مجلس القضاء، وذلك للأسباب الآتية:

1) الاحاديث النبوية التي احتج بها المانعون أقوى في الدلالة لقولهم من الاحاديث التي احتج بها المجيزون لقولهم.

2) الآثار الكثيرة المروية عن الصحابة الكرام والدالة على منع القاضي من الحكم بعلمه، والصحابة أعلم من غيرهم بمقاصد الشريعة والمعاني المرادة في أحاديث الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم.

3) اعتبار التهمة، فالتهمة التي ينظر إليها في الشرع ويقام لها وزن واعتبار وتؤثر في ترتيب الاحكام، لذلك لا يقضى القاضي إلى من لاتقبل شهادته له للتهمة أي خوفا من انحيازه في الحكم إلى المقضي له لقرابة بينهما ونحو ذلك كما لا يقبل حكم القاضي لنفسه للتهمة.

4) منع القاضي من الحكم بعلمه يقطع الطريق على قضاة السوء ويمنعهم من الحكم

(1) انظر ابن قدامة المقدسي. المغني القاهرة مطبعة دار المنار 1367 للهجرة ج9 ص53 ـ55 القرافي (شهاب الدين) الفروق. القاهرة 1344 للهجرة ج4 ص 44ــ 45 الشوكاني (محمد بن علي). نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار القاهرة 1344 للهجرة ج8 ص 279 ـ 286 ابن رشد القرطبي. بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج2 ص459.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

على البريء المستور لعداوة أو تنفيذا لأهواء وقد قال الامام الشافعي رحمه الله (لولا قضاة السوء لقلنا أن للحاكم أن يحكم بعلمه)

5) إذا اجزنا للقاضي الحكم بعلمه، فمعنى ذلك أنه يصدر بناء على هذا العلم دون أن يتمكن الخصوم من مناقشة ما أستند إليه القاضي أو الطعن فيه وبيان ما يرد عليه أو ينقضه مع احتمال ذلك كله، لأن علم القاضي الذي يحصل عليه خارج مجلس القضاء معرض للخطأ فهو غير معصوم وما يعلمه عن طريق السمع أو الرؤية قد يتطرق إليه الخطأ في هذا المسموع أو المرئي لعدم ضبطه ما سمعه أو ما رأى لعدم احاطته بالقرائن والظروف والاحوال التي صدر فيها المسموع أو المرئي[1].

ونصت المادة (6) من مشروع المجلس على انه (لا يحكم القاضي بعلمه الشخصي) وورد في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع (ان المتأخرين من الفقهاء أجمعوا على الفتوى بخلافه لعلة واحدة هي فساد الزمان) اي افتوا بعدم جواز ان يقضي القاضي بعلمه، ولم يرد في المشروع حاجة لايراد نص يجيز للقاضي ان يأخذ بما حصله من علمه بالشؤون العامة المفروض الملم الكافة بها، ذلك ان مبدأ عدم جواز حكم القاضي بعلمه لا يمنع من ان يستعين القاضي في قضائه بما هو معروف بين الناس، كالمعلومات التاريخية والجغرافية والعلمية والفنية الثابتة[2].

(1) انظر في الرأي الراجح والاسانيد في كتاب استاذنا المرحوم الدكتور عبد الكريم زيدان. نظام القضاء في الشريعة الاسلامية. بغداد مطبعة العاني 1984 ف 338 ـ342 ص 216 ـ218.

(2) المذكرة الإيضاحية ص 41 وتشير إلى السرخسي المبسوط والبدائع ونيل الاوطار واحمد ابراهيم طرق القضاء ص 33 وما بعدها والسنهوري ج2 ص 33 ـ34) وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع الإسلامي ص 22 ـ23.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943

المبحث الثاني

مبدأ حياد القاضي في القانون

يتركز عمل القاضي في كيفية تطبيق القانون تطبيقا صحيحا، وهذا يقتضي منه القيام بعمليتين اساسيتين هما: العملية الأول: هي التمحيص والتدقيق في وقائع النزاع المعروضة أمامه لغرض التثبت مما صدر فعلا عن اطراف النزاع، والعملية الثاني: هي بيان حكم القانون فيما ثبت من وقائع وإصدار حكم فاصل في النزاع، والقاضي أذ يقوم بالعملية الأولى يلزم عدم علمه المسبق بوقائع النزاع، فيجب على الخصوم ان يثبتوا هذه الوقائع وفق الطرق التي يحددها القانون بهذا الصدد، وبعد ذلك على القاضي أن يكون رأيه في ضوء ما يثبته اصحاب الشأن[1]، فليس له أن يسند قضاءه أو يستعين في أحكامه على معلوماته الشخصية وتحرياته الخاصة التي لم يحصل اثباتها أو نفيها بمعرفة أطراف الخصومة، فحكم القاضي مستندا إلى علمه الشخصي بالوقائع، يلقي بنفسه إلى سوء الظن، لأنه ليس شاهدا في الخصومة، وأنماهو حكم فيها وقد آمن الناس بجانب القضاة وتساوى الخصمان أمام القضاء، وبقيت الدعوى سجالا بينهما، يحتج كل منهما على غريمه بما يسر له القانون من وسائل الإثبات وطرق الاقناع[2].

---

(1) الدكتور منصور مصطفى منصور. دروس في المدخل للقانون. القاهرة 1972 ص24 جمال مولود ذيبان ضوابط صحة وعدالة الحكم القضائي بغداد دار الشؤون الثقافية العامة 1992 ص67. 1 ـو للتوسع انظر فارس علي عمر مبدأ حياد القاضي المدني. دراسة مقارنة. رسالة ماجستير. كلية القانون بجامعة الموصل 1999م.

(2) حسين المؤمن. حكم الحاكم بعلمه في الشريعة والقانون. مجلة القضاء. بغداد العدد الثالث 1976 ص115 وانظر توفيق حسن فرج ص15 أنور سلطان ص29.

أثر الفقه الإسلامي في قوانين الإثبات : دراسة مقارنة
بكر، عصمت عبد المجيد
Al Manhal Platform Collections (https://platform.almanhal.com) - 26/11/2024 User: @ Al Aqsa University
Copyright © Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing. All right reserved.
May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under applicable copyright law. https://platform.almanhal.com/Details/Book/254943