

النطاق الموضوعي لسلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير الإثبات- دراسة تحليلية في ضوء القانون والعمل القضائي-

د. محمد حجاري

أستاذ محاضر

جامعة مصطفى اسطمبولي معسكر/كلية الحقوق والعلوم السياسية

hadjarimohamed@yahoo.fr

المقدمة

أولاً: التعريف بالبحث وأهميته

على الرغم من أن الإثبات الناتج عن الدليل في أية منازعة ليس جزءاً من الحق ولا ركناً من أركانه، إلا أنه من الناحية العملية يعد الإثبات أمراً جوهرياً بالنسبة للحق، فهو له بمثابة الروح من الجسد، إذ أن الحق مجرد عن دليل يثبتته يصبح عند المنازعة فيه هو والعدم سواء، ويقال تعبيراً عن هذه الحقيقة بأنه يستوي حق لا وجود له مع حق لا دليل له.

وبذلك كان الإثبات الرّحى التي تدور عليها خصومات الافراد ودعاواهم، والأداة الضرورية التي يعول عليها القاضي في التحقق من تلك الدعاوى، والكشاف الذي يستتير به في فض النزاع، وقضايا شؤون الأسرة كغيرها من القضايا للإثبات أهمية بالغة فيها، والمتفحص في الإثبات الشرعي يجده مشعباً بالجانب التعبدي، وهو تعبير عن الأحكام الشرعية التي لها اعتبار ديني، واعتبار قضائي دنيوي، حيث يقوم

الاعتبار الديني على أساس فكرة الحلال والحرام، والترغيب والترهيب، التي تقوم عليها عقيدة المسلم، فيكون وازع الشخص الديني مراقبا له في حياته العامة، وفي سلوكه أمام القضاء ووسائل الإثبات والبيانات خاصة، وهذا شأن أحكام الفقه الاسلامي التي تركز على ركيزتين أساسيتين هما العقيدة والأخلاق.

هذه المسائل وغيرها ينبغي للقاضي أن يكون له سبق معرفة بها، وإلا كان حكمه معيبا أو ناقص التعليل، وبالتالي أدى ذلك لاختلاف الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية، سيما بالنسبة لقاضي شؤون الأسرة كقاضي موضوع يتمتع بسلطة في تقدير الأدلة، من خلال كفايتها والموازنة بينها، من غير رقابة عليه من محكمة النقض، ممثلة في المحكمة العليا.

ولذلك كان موضوع هذا البحث، بالنظر لأهميته العملية سيما في ظل غياب كثير من أحكام الإثبات أمام قضاء شؤون الأسرة في الجانب الإجرائي من جهة، ومن جهة أخرى فإن الجانب الموضوعي للإثبات المتعلق بالمسائل المدنية الوارد في القانون المدني الجزائري لا يمكن تطبيقها في قضايا شؤون الأسرة، بالنظر لخصوصيتها، ومن ثم كان هذا البحث محاولة لرسم تلك الحلقة المفقودة في تقدير العمل القضائي الذي يقوم به قاضي الموضوع، من خلال قاضي شؤون الأسرة، بل شتات ووضع إطار منهجي لكثير من الأحكام والاجتهادات القضائية في هذا الباب.

ثانياً: إشكالية البحث وأهدافه

إن خلط كثير من المشتغلين بأحكام الإثبات في دعاوى الأسرة بالإثبات في الأمور المدنية، فضلا عن القصور والإجحاف الذي يلمس نتيجة عدم وجود نصوص إجرائية تنفق ودعاوى الأسرة، كل ذلك ترتبت عليه عدم تمييز لخصوصية قضاء الأسرة عن القضاء المدني، سواء من حيث سلطة القاضي المخولة في تلقي أدلة الإثبات أو في تقديرها، وحدود الكفاية المطلوبة لتكوين قناعة القاضي ومن ثم الحكم في موضوع الدعوى، الأمر الذي يحملنا على التساؤل عن حدود سلطة القاضي التقديرية بالنسبة

لأدلة الإثبات، ومتى يمكن القول بتحقق الكفاية المعنوية لتكوين قناعة القاضي بالنسبة لأدلة الإثبات؟ وما هي الحدود الفاصلة عن سلطة قاضي شؤون الأسرة بالنسبة لمسائل الموضوع التي يستقل بها عن مراقبة المحكمة العليا، وبين مسائل القانون التي يتسلط فيها قضاء النقص على الموضوع؟

ولذلك كان الهدف من هذا البحث تناول مسائل مهمة تتعلق ببحث سلطة قاضي شؤون الأسرة كقاضي موضوع في الإثبات، تلك السلطة التي تتفاوت بحسب نظام الإثبات المختار، سواء كان نظام الإثبات الحر أو المقيد أو المختلط، وهو ما يقتضي تفصيل كل نظام وآثاره، سيما وأن اختيار نظام الإثبات المختلط، كما هو موقف القانون الجزائري، من شأنه للقاضي بالحرية من غير تقدير بحجية معينة، وفي المقابل تغل سلطة القاضي بالنسبة لأدلة أخرى قرر لها القانون حجية معينة لا يمكن للقاضي النزول عن تلك الحجية، كما أن الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الإثبات، من حيث اعتبار الدليل نفسه والاعتداد به، وتقدير حجية معينة له، إنما تتقرر بناء على رسم لحدود تلك السلطة ووضع الإطار المفاهيمي لها حتى لا تخرج عن مدلولها.

إن وضع حدود فاصلة لسلطة القاضي في تقدير أدلة الإثبات يأتي لخدمة نظرية الإثبات من جهة، ومن جهة أخرى لتحديد نطاق عمل القاضي الذي يستقل فيه عن قضاء النقص، باعتباره عملية ذهنية متكررة يمارسها القاضي بتلقي أدلة الإثبات، والملاءمة بينها، والانتهاج إلى اختيار المناسب منها لإصدار الحكم، وإمكانية تنفيذه، وبالتالي تحقيق مقارنة عادلة ومناسبة للحقيقة القانونية من الحقيقة الواقعية.

ثالثاً: منهجية البحث وتقسيمه

يتركز البحث حول المنهج الوصفي والتحليلي، من خلال استعراض أهم ملامح السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل الإثبات، وبيان الآراء الفقهية التي طرحت حولها ومناقشتها، بالإضافة إلى العديد من التطبيقات القضائية في الموضوع، وعلى ضوء ذلك يمكن ضبط معالم خطة البحث من خلال مبحثين، نتناول في الأول

عرض أهم المبادئ الرئيسية للإثبات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، والتي تعد مدخلا أساسيا لفهم بعض المسائل المهمة ضمن سلطة القاضي، سيما مبدأ دور الخصوم الإيجابي وأهم القواعد التي تحكم هذا المبدأ في الإثبات القانوني، وإنما أوردنا المسألة في الفقه الإسلامي نظرا لخصوصية قضايا شؤون الأسرة وتميز الإثبات فيها عن بعض أحكام الإثبات المدني من جهة، ومن جهة أخرى فإن العديد من مبادئ الإثبات العامة وقواعده التي سطرته المدونات القانونية سواء في شقها الموضوعي أو الإجرائي، إنما قررها الفقه الإسلامي بتخريج رفيع، ولذلك كان لابد من عرض ذلك مع تذييل ذلك بالحجج والأدلة المقدمة، أما المبحث الثاني فنتناول فيه النطاق الموضوعي لتدخل قاضي شؤون الأسرة في مسائل الإثبات.

المبحث الأول

المبادئ الرئيسية التي يقوم عليها نظام الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وقواعده

يعد الإثبات أمرا ضروريا وجوهريا في حياة الناس، ذلك أن الحق وهو موضوع التقاضي يتجرد من كل قيمة إذا لم يقم الدليل على الحادث الذي يستند إليه، والإثبات هو المحور الذي تدور حوله الخصومة، ويمثل الجانب الأكبر من نشاط الخصوم والقاضي.

وإذا كان للإثبات هذه الأهمية، فلا بد من التعريف به وبيان المبادئ الرئيسية التي يقوم عليها نظام الإثبات وقواعده، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وسنعرض لتعريف الإثبات والمبادئ الرئيسية التي يقوم عليها نظام الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في مطلب أول، وفي مطلب ثانٍ نتناول أهم المبادئ الرئيسية التي تقوم عليها قواعد الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

المطلب الأول

المبادئ الرئيسية التي يقوم عليها نظام الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

نتناول في هذا المطلب تعريف الإثبات لغة وشرعا وقانونا، وما يتضمنه كل تعريف من المعاني وكذا شروطه، ثم نبحث في المبادئ الرئيسية التي يقوم عليها هذا النظام.

الفرع الأول: تعريف الإثبات وشروطه

أولاً: تعريف الإثبات لغة

جاء في لسان العرب: ثبت الشيء يثبتُ ثباتاً وثبوتاً: فهو ثابتٌ وثبتتُ وثبتتُ وأثبتته، ويقال ثبت فلان فهو في مكان يثبتُ ثبوتاً فهو ثابتٌ إذا أقام به وأثبتته السُّقم إذا لم يُفارقهُ، وتثبتت في الأمر والرأي واستثبتت تأنى فيه ولم يعجل واستثبتت في أمره إذا شاور وفحص عنه، قال الزجاج في قول الله عز وجل: ﴿وَكُلًّا نَقُصُّ عَلَيْكَ مِنْ أَنْبَاءِ الرُّسُلِ مَا نَحْنُ بِه فُؤَادِك﴾، قال معنى تثبتت الفؤاد: تسكين القلب^(١)، يتضح مما سبق أن معنى الإثبات هو التثبيت والتأني في الأمر، ومن ذلك قول الله تعالى: ﴿يَأْيُهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنِيٍّ فَتَبَيَّنُوا﴾^(٢)، أي إن جاءكم فاسق بخبر فتوقفوا فيه وتطلبوا الأمر وانكشاف الحقيقة، ولا تعتمدوا على قوله، فالواجب عند خبر الفاسق التثبيت

(١) ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الأميرية، ط١، ١٣٠٠هـ، مادة ثبت ج٢ ص٢٢٣. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، عنى بترتيبه محمود خاطر بك، المطبعة الأميرية، القاهرة، ١٣٥٨هـ، ١٩٣٩م، مادة ثبت، ص٨١، ٨٢.

(٢) سورة الحجرات، آية ٦.

والتبيين^(١).

ثانياً: تعريف الإثبات شرعاً: جاء في موسوعة الفقه الإسلامي بأنه: "يؤخذ من استعمال الفقهاء أن الإثبات بمعناه العام: إقامة الدليل على حق أو واقعة من الوقائع، وبمعناه الخاص: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو على واقعة معينة تترتب عليها آثار"^(٢)، وقد تضمن هذا التعريف جملة من خصائص الإثبات^(٣):

- ١- أنه يتعين إقامة الدليل على قيام الحق، فالحق مجرد عن دليل يثبته يصبح عند المنازعة فيه هو والعدم سواء، ويقال تعبيراً عن هذه الحقيقة بأنه "يستوي حق لا وجود له مع حق لا دليل له".
- ٢- أن الإثبات يتم أمام القضاء، وهذا قيد احترز به عن الأدلة التي تقام في غير مجلس القضاء، والتي تعد عديمة الأثر في مواجهة أي من المتداعيين.
- ٣- أنه يتم بالطرق التي حددتها الشريعة، وبهذا القيد يخرج الإثبات بالطرق التي لا تتفق مع ما ورد في الكتاب أو السنة أو الإجماع وما جرى به الشرع، كالسحر والشعوذة، والتسوية في الشهادة بين الرجل والمرأة، والمسلم وغير المسلم، وما إلى ذلك مما لا يتفق مع الشرع.
- ٤- أن موضوع الإثبات هو حق أو واقعة تترتب عليها آثار.

(١) عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، مكتبة المعارف، الرياض، ط١، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م، ص ٨٦٧. ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، ج٤ ص ٢٠٨.

(٢) موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، ١٣٨٧ هـ، ج٢ ص ١٣٦.

(٣) د. أحمد فراج حسين، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٨.

ثالثاً: تعريف الإثبات قانوناً: وردت عدة تعريفات للإثبات قانوناً وهي متقاربة

في المبنى والمعنى، ومنها أنه: "إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت عليها آثارها"^(١)، ويتضح من هذا التعريف ما يأتي:

١- أن الإثبات بمعناه القانوني هو غير الإثبات بمعناه العام، كالإثبات التاريخي والإثبات العلمي، فالأول مقيد في طريقه وفي قيمة كل طريق منها، ولا يعتد بدليل الإثبات كقاعدة عامة إلا إذا قدم أمام القضاء، فضلاً عن أن الوقت من أهم متطلباته للإسراع في حسم الدعوى في وقت قصير نسبياً، حتى لا تبقى حقوق الناس معلقة.

٢- لما كان الإثبات محددًا بطرق حددها القانون، فإن الحقيقة القضائية - وإن كانت ثابتة - تصبح بلا شك غير متفقة مع الحقيقة الواقعية، إذ كثيراً ما تجافي إحداها الأخرى، وهذا ما يجعل الحقيقة القضائية نسبية لا مطلقة^(٢).

٣- أن محل الإثبات القانوني هو واقعة قانونية ترتب آثارها، وليس هو الحق المدعى به، وإنما المصدر القانوني المنشئ لهذا الحق كالعقد مثلاً^(٣).

٤- ما دام الإثبات القضائي هو إقامة الدليل أمام القضاء على الواقعة التي يرتب القانون عليها أثراً، فمعنى ذلك أن هذه الواقعة إذا أنكرها الخصم لا تكون حقيقة

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٦، ج ٢ ص ١٣، ١٤. وتعريفات أخرى: أحمد نشأت، رسالة الإثبات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٢، ج ١ ص ١٤. د. جميل الشراوي، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، ١٩٨٣، ص ٤.

(٢) عنتر جودة الشريف، حجية القرائن في الإثبات المدني في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٤٢٣ هـ ٢٠٠٣ م ص ٢٤.

(٣) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج ٢ ص ١٥.

قضائية إلا عن طريقه^(١).

رابعاً: شروط الإثبات: يشترط في الإثبات جملة من الشروط، نبين فيما يلي

أهمها بإيجاز:

١- أن تسبق الإثبات دعوى: لأن الإثبات يؤكد أو يظهر حقاً لشخص على آخر، فلا يصح تقديمه إلا بطلب المدعي صاحب الحق، ويتفرع عن هذا الشرط أمرين؛ أولهما: رفع الدعوى للتحقق من رغبة صاحب الحق، وثانيهما طلبه للشهود بأداء الشهادة، فلا تقبل الشهادة مثلاً إلا بعد إقامة الدعوى وطلب المدعي، كما لا يحلف الخصم اليمين إلا بطلب المحلوف له وتوجيه القاضي بذلك^(٢)، واستثنى

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع والموضع. أحمد نشأت، مرجع سابق، ص ٣٢. د. عبد

الودود يحيى، دروس في قانون الإثبات، ص ١٢.

(٢) محمد أمين ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، مطبعة مصطفى البابي الحلبي

وأولاده، مصر ١٣٧٦ هـ - ١٩٦٦ م، ج ٥ ص ٣٥٨، ٤٩٢، ٥٤٨. الخرشى، شرح الخرشى على

مختصر خليل، المطبعة العامرة الشرفية، ط ١، ١٣١٦ هـ، ج ٧ ص ١٧٨. ابن فرحون، تبصرة

الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م،

ج ١ ص ٢٠٦، ٣٢٦. الماوردي، الحاوي الكبير غي فقه مذهب الامام الشافعي، دار الكتب

العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م، ج ١٢ ص ٩٧، ١٢١. ابن قدامة المقدسي، المغني على

مختصر الخرقى، دار الكتب العلمية، بيروت، دون تاريخ، ج ٩ ص ٢١٥. ابن حزم، المحلى،

المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ج ٩ ص ٢١٢. مجلة الأحكام العدلية، المادتان

١٦٩٦، ١٧٠٦. وأصل هذا الشرط هو ما رواه البخاري ومسلم وغيرهما عن عمران بن حصين

عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "خيركم قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم" - قال عمران:

لا أدري أذكر النبي صلى الله عليه وسلم بعد قرنين أو ثلاثة - قال النبي صلى الله عليه وسلم:

"إن بعدكم قوما يخونون ولا يؤتمنون، ويشهدون ولا يستشهدون، وينذرون ولا يوفون، ويظهر فيهم

السمن". فتح الباري، كتاب الشهادات، باب لا يشهد على شهادة جور إذا شهد، ج ٦ ص ٣٢٦٣

رقم (٢٦٥١، ٢٦٥٢). صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب فضائل الصحابة، ج ٨ ص ٣٢٦ رقم

=

(٢٥٣٥) بلفظ مختلف.

الحنفية والمالكية والشافعية وبعض الحنابلة حالة واحدة من اشتراط قيام الدعوى لسماع الشهادة، وهي إذا كان الإثبات لأدمي وهو لا يعلم به، فيجوز إقامة الشهادة قبل الدعوى خوفا من فوات الحق وضياعه^(١).

- ٢- موافقة الإثبات للدعوى: وذلك حتى ينتج الإثبات أثره في الحكم، بأن يكون الإثبات والمدعى به واحدا، أما إذا اختلفا ثبت التناقض بينهما وتعذر الجمع بينهما^(٢)، كأن ادعى عقد نكاح في بلد فشهد الشهود على ذلك في بلد آخر.
- ٣- أن يكون منتجا في الدعوى: بأن يكون له فائدة في إثبات الحق وصدور الحكم وإلزام الخصم به.

= فذكر النبي صلى الله عليه وسلم الذين يؤدون الشهادة واليمين قبل الطلب في معرض الذم والاستتكار. وقال الله تعالى: ﴿ولا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾، فعلق الشهادة على الدعوى والطلب. المغني، ج ١٢ ص ٣.

(١) حاشية رد المحتار، ج ٥ ص ٤٦١. شرح النووي على صحيح مسلم، ج ١٢ ص ١٧. المغني، ج ٩ ص ٢١٦. كشف القناع، ج ٤ ص ٢٤٤. هذا في حقوق العباد أما في حقوق الله تعالى فقد اتفق الفقهاء على عدم اشتراط الدعوى ويعتبر الإثبات فيها حسبة، لأن الشاهد إذا لم يظهرها ضاع حكم من أحكام الدين، والأحكام التي تقبل فيها دعوى الحسبة هي حقوق الله تعالى المحضة كالإيمان والعبادات والحدود، وما كان حقا لأدمي غير معين كالشهادة على الطلاق البائن وتعليق الطلاق والنسب حالات تحريم الزواج بالرضاع وغيره، والخلع، والإيلاء والظهار وحرمة المصاهرة، وجرح الشاهد، وهذه مما يستديم تحريمها. ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل، مؤسسة الحلبي وشركاه، ١٣٨٧ هـ ١٩٦٨ م، ص ٩٦. تكملة رد المحتار، ج ٧ ص ٦٨. تبصرة الحكام، ج ١ ص ٢٠٦. شرح النووي على صحيح مسلم، دار الحديث، القاهرة، ط ٤، ١٤٢٢ هـ ٢٠٠١ م، ج ١٢ ص ١٧.

(٢) د. محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة الأزهر، ١٣٩١ هـ ١٩٧١ م، ج ١ ص ٣٢.

- ٤- أن يكون الإثبات في مجلس القضاء: لأن المقصود من الإثبات الحكم بموجبه، والحكم لا يعتبر إلا إذا صدر في مجلس القضاء، فإذا أقيم خارج مجلس القضاء فلا يحصل به المقصود، ولا تنقطع به الخصومة^(١).
- ٥- أن يستند الإثبات إلى العلم أو غلبة الظن: فإن استند إلى شك أو وهم فلا عبرة به، ويلحق باليقين الظن الغالب للضرورة، عندما يتعذر أو يستحيل الوصول إلى اليقين، كالشهادة بالسمع والقرائن القوية، إذ يتعذر في بعض الحالات الاطلاع المباشر والعلم اليقيني بها، أو كانت مما لا تثبت بالحس^(٢).
- ٦- عدم مخالفة الإثبات للشرع والعقل والحس وظاهر الحال: لأن الإثبات يفيد علما ظنيا فلا يقبل في معارضة الحس الذي يفيد علما قطعيا، كما لا يقبل إذا خالف الشرع والعقل للجزم بكذبه، ومثال مخالفة الإثبات للعقل أن يقر بنسب ولد لا يولد مثله لمثله، ومثال مخالفة الإثبات للحس اشتراط الجمهور إمكان الوطاء في ثبوت النسب بالفراش، فإن استحال إمكانه بعد العقد فلا يثبت، خلافا للحنفية^(٣)، ومثال مخالفته للشرع أن يقر بما علم كذبه شرعا، كمن أقر بولد مشهور نسبه من آخر.

(١) وقد ذكر الفقهاء طرقا معتبرة ومأمونة في نقل الإثبات إلى مجلس القضاء، وأهمها كتاب القاضي إلى القاضي، والشهادة على الشهادة، وندب نائب القاضي لسماع أقوال الشهود أو المقر ويشهد عليه ثم ينقلها إلى القاضي، أو إقامة الشهادة على الإقرار الصادر خارج مجلس القضاء. رد المحتار، ج ٥ ص ٤٦٢. بدائع الصنائع، مطبعة الإمام، القاهرة، دون تاريخ الطبع، ج ٦ ص ٢٧٧. كشاف القناع، ج ٤ ص ٢٤٣. تبصرة الحكام، ج ١ ص ٣٤.

(٢) بدائع الصنائع، ج ٦ ص ٢٧٧. تبصرة الحكام، ج ١ ص ٢٠٤. ابن القيم، اعلام الموقعين عن رب العالمين، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٣٨٨ هـ ١٩٦٨ م، ج ٤ ص ١٧٣.

(٣) لمزيد من التفصيل أنظر: بدائع الصنائع، ج ٣ ص ١٥٤٦ و ج ٨ ص ٩٦٥. فتح القدير، ج ٤ ص ٣٠. زاد المعاد، ج ٤ ص ١٦٦، ١٦١. بداية المجتهد، ج ٢ ص ٣٠٠. الأم، ج ٥ ص ١٩٤، ١٩٣. المغني، ج ٩ ص ١٣٠.

٧- أن يكون الإثبات بالطرق التي حددها الشارع: وأهمها الإقرار والشهادة واليمين والكتابة والقرائن والخبرة، كما يندرج تحت هذه الطرق وسائل جزئية عديدة، فضلا عن وسائل أخرى مختلف فيها.

الفرع الثاني: مبادئ نظام الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

سنبحث فيما يأتي نظام الإثبات الشرعي ونظام الإثبات القانوني والمبادئ الرئيسة التي تقوم عليها قواعد كل نظام، وسيظهر من خلالها مظاهر المرونة في الشريعة الإسلامية، والتي قام عليها نظام الإثبات الشرعي، وعمل شراح القانون للتأسيس على هذه القاعدة في دائرة الإثبات.

أولاً: نظام الإثبات الشرعي:

اختلف الفقهاء حول طرق القضاء والحجج الشرعية التي تثبت بها الدعوى أمام القضاء، هل هي محصورة في عدد معين لا يستطيع القاضي أن يتعداها إلى غيرها، أم هي غير محصورة، ومن ثم يمكن للقاضي أن يفصل في النزاع بناء على أي حجة يظهر له بها جانب الحق، وإن لم يرد بها نص؟
للفقهاء في بيان الحجج الشرعية مذهبان:

المذهب الأول: يرى أن طرق الإثبات محددة ومحصورة في طائفة معينة، وليس للقاضي الخروج عليهما في قضائه، كما أنها تكون ملزمة للخصوم، فلا يقبل منهم غيرها، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء^(١)، والجمهور، وإن كان قد اتفقوا على حصر طرق الإثبات في طائفة معينة من الأدلة، إلا أنهم اختلفوا في أنواع هذه الأدلة^(٢).

(١) حاشية رد المحتار، ج ٥ ص ٣٥٤. وطرق الإثبات عند ابن عابدين هي سبعة: "وهي: إما البينة أو الإقرار أو النكول عنه أو القسامة أو علم القاضي بما يريد أن يحكم به أو القرائن الواضحة التي تصير الأمر في حيز المقطوع به". ابن جزي المالكي، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، عالم الفكر، ١٣٤٠هـ، ص ٣٢٢. ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية=

المذهب الثاني: يرى أن طرق الإثبات ليست محصورة في عدد معين، بل تشمل كل دليل يثبت به الحق، وتبعاً لهذا المذهب فإن القاضي حر في أن يقبل من الأدلة ما يراه منتجا في الدعوى ومثبتا لها، حتى ولو لم يرد به نص، كما أن للخصوم أن يقدموا من الأدلة ما يتمكنون به من إقناع القاضي بصح دعواهم، ولا يمتنع القاضي عن قبولها متى كانت تؤيد الدعوى، وثبت بها الحق، ذهب إلى ذلك ابن القيم، وابن فرحون المالكي، والزيلي وعلاء الدين الطرابلسي من الحنفية^(٢).

الأدلة والمناقشات :

أ- أدلة الفريق الأول :

استدل الفريق الأول على أن أدلة الإثبات محصورة في طائفة معينة، بما يأتي:

١- أن النصوص وردت بالشهادة واليمين والإقرار فوجب الوقوف عند ما جاءت به النصوص، كما جاء الشرع ببعض الأدلة كالقسامة وغيرها^(٣).

وقد نوقش هذا الدليل بأن الشهادة في نصوص الشريعة وردت في لأجل التحمل لا لأجل الإثبات، ودليل الإثبات أعم مما يكون به التحمل^(١).

=المقتصد، دار الفكر، دون تاريخ، ج ١ ص ٣٨٦، ويرى أن القضاء يكون بأربع: بالشهادة واليمين والنكول وبالإقرار أو بما تتركب من هذه.

(١) وعند ابن حزم فإن طرق الإثبات هي البينة (شهادة الشهود)، والإقرار، وعلم القاضي، حيث ذكر أنه: "وفرض على الحاكم أن يحكم بعلمه في الدماء، والقصاص، والأموال، والفروج، والحدود، وسواء علم بذلك قبل ولايته أو بعد ولايته، وأقوى ما حكم بعلمه لأنه يقين الحق ثم بالإقرار ثم بالبينة". المحلى، ج ٩ ص ٤٢٦.

(٢) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار الجيل، بيروت، ط ١، ١٤١٨هـ ١٩٩٨م، ص ٢١، ٨٩. تبصرة الحكام، ص ١٧٢. تبيين الحقائق، ج ٤ ص ٢٠٦. الطرابلسي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر، د ت ط، ص ٦٢ .

(٣) د. أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص ١٨. أحمد إبراهيم بك، طرق الإثبات الشرعية، ص ٤.

٢- استدلووا أيضا بأن عدم حصر الأدلة في طرق معينة من شأنه أن يشيع عدم الاستقرار في أحوال الناس، وتكون معه أموالهم وأرواحهم وأعراضهم عرضة للتلف والضياع، وذلك لأن حاكما ظالما لا يعدم أن يقول: ثبت عندي كذا بأمانة كذا، من أجل هذا وجب حصر الأدلة وعدم التوسع فيها.

واعترض على هذا الدليل بأنه يؤدي إلى ضياع كثير من الحقوق، لتوقف ثبوتها على دليل معين، وفي ذلك إعانة للظالم على ظلمه^(٢).

ب - أدلة المذهب الثاني :

استدل أصحاب المذهب الثاني لقولهم بأن المقصود أصلا هو بيان الحق وظهوره بعد خفائه، فإذا تعذرت الشهادة أو امتنع المدعى عليه من الإقرار بالمدعى، وأمكن ظهور الحق بغيرهما من الطرق المحدودة فلا وجه لامتناع الأخذ به ما دام قد بان به الحق، إذ لا فائدة من تخصيص العمل بدليل معين مع مساواة غيره له في ظهوره الحق، وقد يرجح عليه في بيان المراد رجحانا لا يمكن جرده ودفعه كشواهد الأحوال والعلامات الظاهرة وكثير من القرائن التي لا تقبل النقص مطلقا^(٣).

(١) أحمد إبراهيم بك، المرجع والموضع نفسه. وفي هذا يقول ابن تيمية: "القرآن لم يذكر الشاهدين والرجل والمرأتين في طرق الحكم التي يحكم بها الحاكم، وإنما ذكر هذين النوعين من البيّنات في الطرق التي يحفظ بها الإنسان حقه. وما تُحفظ به الحقوق شيء وما يحكم به الحاكم شيء، فإن طرق الحكم أوسع من الشاهدين والمرأتين، فإن الحاكم يحكم بالنكول واليمين المردودة، ولا ذكر لهما في القرآن، فإن كان الحكم بالشاهد الواحد واليمين مخالف لكتاب الله، فالحكم بالنكول والرد أشدّ مخالفة". الطرق الحكمية، ص ٩٥، ٩٦.

(٢) أحمد إبراهيم بك، طرق الاثبات الشرعية، ص ٤. د. أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص ١٨.

(٣) وفي ذلك يقول ابن القيم رحمه الله تعالى: فإن الله سبحانه أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات، فإن ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأيّ طريق كان: فتمّ شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم وأحكم، وأعدل أن يخصّ طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة، وأبين أمارة: فلا يجعله منها، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها. بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق: أن مقصوده إقامة=

الرأي الراجح:

بعد عرض أقوال الفقهاء في إطلاق الأدلة وتقييدها والنظر في أدلة كل قول، يظهر أن أرجحها هو القول بعدم تقييدها، لما فيه من تحقيق لمصلحة الناس من بيان الحق وظهوره بعد خفائه واستتاره، والشرط الوحيد في ذلك هو عدم وجود ما يمنع العمل به في الشرع، وليس هذا مجرد النظر المحض الذي لا يكفل حماية الناس بعضهم من بعض ومن الحكام الظالمين، بل هو من السياسة الشرعية وهي ما كان فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول صلى الله عليه وسلم، ولا نزل به وحى^(١)، وطرق الطعن في الأحكام متعددة وكفيلة بتصويب خطأ القاضي ورد الأمور إلى نصابها.

ثانياً: نظام الإثبات القانوني:

ما يثبت عن طريق القضاء عند الفصل في الخصومات يسمى "حقيقة قضائية" وقد تتعارض الحقيقة القضائية مع الحقيقة الواقعية، ويعود السبب في ذلك إلى أن الحقيقة القضائية لا تثبت إلا من طريق قضائي حدده القانون في الوقت الذي يكون فيه القاضي من أشد الموقنين بالحقيقة الواقعية، وقد يعرفها بنفسه معرفة لا يتطرق إليها الشك، ولكن تنعدم أمام الوسائل القانونية لإثباتها فلا يجد بداً من إهدارها، والأخذ بسبل القانون في الإثبات^(٢).

والقانون عند تنظيمه للإثبات يتأثر باعتبارين ويعمل على الموازنة بينهما:

=العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط: فأى طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين، وليست مخالفة له. والشريعة لا ترد حقاً، ولا تكذب دليلاً. ولا تبطل أمانة صحيحة". الطرق الحكمية، ص ٢١، ٣٥. وأورد نظير هذا المعنى في: إعلام الموقعين، ج ١ ص ٩٠.

(١) الطرق الحكمية، ص ١٩.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج ٢ ص ٢٧.

الاعتبار الأول: هو السعي لتحقيق العدالة حتى تكون الحقيقة القضائية أقرب ما يمكن من الحقيقة الواقعية.

الاعتبار الثاني: هو استقرار التعامل الذي يدفعه إلى تحديد الأدلة تحديداً يأمن به تحكم القاضي وجوره.

وللموازنة بين الاعتبارين السابقين طرح الخلاف الفقهي حول تحديد طرق الإثبات هل هي محصورة في جملة من الطرق لا يتعداها القاضي في حكمه إلى غيرها، أم هي غير محصورة في طرق معينة وللقاضي أن يقضي بكل دليل يظهر به جانب الحق، وإن لم يرد به نص قانوني؟^(١) وفي ضوء ذلك ظهرت ثلاثة مذاهب لتنظيم الإثبات في القوانين الوضعية، وسنعرض فيما يأتي لهذه المذاهب:

١- مذهب الإثبات المطلق أو الحر: ينادي هذا المذهب بالتححرر والانطلاق في البحث عن الحقيقة القضائية وإثباتها، وفيه لا يحدد القانون طرقاً معينة للإثبات يلزم الخصوم والقاضي بها، وإنما يكون الخصوم أحراراً في اختيار الأدلة المناسبة والتي تؤدي إلى اقتناع القاضي، ويكون القاضي حراً في تكوين اعتقاده في أي دليل يقدم إليه، فيكون للقاضي في هذا المذهب دور إيجابي في الإثبات بجميع الطرق التي يراها معينة له في كشف الحقيقة، فيستطيع أن يساعد الخصوم على إكمال ما في أدلتهم من نقص، وله أن يقضي بعلمه الشخصي، إذ أن له الحرية الكاملة في تكوين قناعته كيفما أراد^(٢)، وهذه الميزة تجعل من الحقيقة القضائية التي يصل إليها القاضي في حكمه مطابقة للحقيقة الواقعية إلى حد بعيد. ولكن يعيب هذا المذهب أنه يؤدي إلى زعزعة الثقة في التعامل، نظراً للسلطة

(١) أحمد نشأت، مرجع سابق، ص ٢٩. د. أحمد عبد المنعم البهي، مرجع سابق، ص ١٢، ١٣.

(٢) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارناً بتقنيات سائر البلاد العربية، عالم الكتب، ١٩٨١، ج ١ ص ١٥.

الواسعة التي يمنحها للقاضي، والتي قد تدفعه للتحكم فيما يقدم إليه من أدلة، فلا يدري الخصوم ما إذا كان بوسعهم إقناع القاضي نظرا لاختلاف تقدير القضاة في التقدير، كما أن القاضي قد يكون نزيها فيسئ استعمال السلطة الممنوحة له من القانون، وتضيع بين يديه العدالة الموكل بتحقيقها، فضلا على أن الصلاحيات الواسعة للقاضي قد تتعارض مع الاستقرار الواجب توافره في المعاملات^(١).

وأساس هذا المذهب في تقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية مرتبط إلى حد بعيد بشخص القاضي، فالأمر متروك لمجرد اجتهاده وتحكمه، فقد يعوزه الاجتهاد أو يتحكم في تعيين طريق بعينها للإثبات، فتضل معها الحقيقة الواقعية^(٢).

٢- مذهب الإثبات المقيد: وهذا المذهب عكس سابقه تماما، فالقانون يحدد الأدلة التي يلتزم القاضي السير بموجبها في قضائه والخصوم في الدعوى، كما يبين كيفية التقدم بها إلى القضاء وقيمة كل دليل في الإثبات، فلا يستطيع الخصوم إثبات

(١) د. عبد الرزاق، السنهوري، مرجع سابق، ج ٢ ص ٢٨. أحمد نشأت، مرجع سابق، ص ٣٠. د. توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٧٦، ص ١٣. وما بعدها. د. جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص ٧ وما بعدها. وفي المواد الجنائية تأخذ جميع القوانين بهذا المذهب في عدم تحديد طرق الإثبات، مع ترك الحرية للقاضي في تكيف الواقعة والأخذ بما يراه مقنعا في الإثبات، لأن طبيعة هذه المواد لا تقبل طرقا معينة.

(٢) ويقابل هذا المذهب في الفقه الإسلامي ما ذهب إليه ابن القيم ومن وافقه من أهل العلم، والذي وإن شابهه في إطلاق أدلة الإثبات من أي قيد أو تحديد، وإطلاق حرية القاضي في الالتزام بأدلة الخصوم في تكوين قناعته. لكن يباينه في اشتراطه في القاضي أن يكون فقيها حتى تتعدم مناط العيب السابق. يقول ابن القيم: "والحاكم إذا لم يكن فقيه الناس في الإمارات، ودلائل الحال، ومعرفة شواهد... فهنا نوعان من الفقه، لابد للحاكم منهما: فقه في أحكام الحوادث الكلية، وفقه في نفس الواقع وأموال الناس، يميز به بين الصادق والكاذب، والمحق والمبطل، ثم يطابق بين هذا وهذا، فيعطي الواقع حكمه من الواجب، ولا يجعل الواجب مخالفا للواقع". الطرق الحكمية، ص ٦، ٧. وهنا يظهر الفرق والمباينة بين فقه شرعي ونظر وضعي.

حقوقهم إلا بهذه الطرق، ولا يستطيع القاضي أن يقبل منهم غيرها أو يعطيها قيمة أقل أو أكثر من القيمة التي حددها القانون لها.

ويظهر في هذا المذهب الموقف السلبي للقاضي، إذ لا يستطيع أن يقضي بعلمه الشخصي ولا أن يساهم في جمع الأدلة، أو استكمال ما نقص أو إيضاح ما أبهم منها، وأهم ما يميز هذا المذهب دقته وتنظيمه الشديدين للذات يكفلان استقرار التعامل وقضائه على سلبيات المذهب الحر السابق، لكن ما يعيبه أنه لا يحقق في الغالب العدل بين الخصوم لما يحصل فيه من التباعد بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية، فيكون ما يبغيه من العدل مظهرا لا جوهر^(١).

٣- المذهب المختلط: وهذا المذهب وسط بين المذهبين السابقين، يأخذ ما فيهما من مزايا، ويتلافى ما فيهما من عيوب، فهو لم يترك الأمر للقاضي على إطلاقه، كما أنه لم يقيد في الحركة، فمن جهة عمل على تحقيق مبدأ حياد القاضي بتحديد الأدلة وتعيين بعضها في الإثبات ما يحقق الاستقرار في التعامل وتجنب تحكم القضاة، ومن جهة أخرى، عمل على التخفيف من مساوئ الإثبات المقيد بإعطاء القاضي سلطة واسعة في تقدير الأدلة التي يحدد لها القانون قوة معينة كالبينة والقرائن القضائية.

ولا شك أن هذا المذهب أفضل من سابقه وهو الراجح عند شرح القانون، إذ يجمع بين ثبات التعامل بما احتوى عليه من قيود، وبين اقتراب الحقيقة الواقعية من الحقيقة القضائية بما يتيح للقاضي من حرية التقدير^(٢).

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد المدنية، ص ٤. د. أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون الإثبات، ط ٣، ١٩٨٧، ص ٣. جميل بسيوني، أصول الإثبات شرعا ووضعا، الكتاب الأول، ١٤٠١ هـ ١٩٨٠ م، ص ٧.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص ٨ وما بعدها. د. أحمد نشأت، مرجع سابق، ص ٣٠. د. عبد الرزاق، السنهوري، مرجع سابق، ج ٢ ص ٢٩.

وقد أخذ القانون المصري بالمذهب المختلط في المسائل المدنية، أما في المسائل التجارية والجنائية فقد أخذ بالمذهب المطلق لطبيعة هذه المسائل ونزولا على حكم المصلحة الراجحة، وهذا هو نفسه موقف القانون الجزائري، وأيضا القانون الكويتي مع اختلاف في طريقة تبويب أحكام الإثبات، وخلاف يسير في الصياغة.

المطلب الثاني

المبادئ الرئيسية التي تقوم عليها قواعد الإثبات في الفقه

الإسلامي والقانون الوضعي

يقوم نظام الإثبات على جملة من المبادئ الرئيسية تعد سندا ثابتا لأهم قواعده، إذ تتفرع عن هذه المبادئ أهم القواعد الشرعية والقانونية، ويمكن بيان أهم هذه المبادئ في مبدأ دور الخصوم الايجابي في الإثبات، ومبدأ عبء الإثبات، ودور قاضي شؤون الأسرة في مجال الإثبات، والذي يتجلى فيه مبدأ حياد القاضي.

الفرع الأول: مبدأ دور الخصوم الإيجابي في الإثبات

يقوم الخصوم بدور مهم وإيجابي في الإثبات، وذلك حتى لا تبقى الخصومة مجهلة، وحتى تتكافأ فرص الخصوم في الدعوى، فكان للخصم حق طلب التأجيل للاطلاع على المستندات المقدمة من خصمه والرد عليها، وتمكين كل خصم من مناقشة الدليل المقدم من خصمه وتفنيد وإثبات عكسه، ومن ثم يجوز للقاضي أن يأخذ بدليل دون أن يعرضه على من يحتج عليه وتمكينه من مناقشته ودحضه^(١).

ويثير مبدأ دور الخصوم الايجابي في الإثبات مسألة قضاء القاضي بعلمه الشخصي، فإذا عاين القاضي حادثة من الحوادث أو سمع بها في غير مجلس

(١) أحمد إبراهيم بك، طرق القضاء في الشريعة، ص ١٦.

القضاء، ثم رفعت إليه دعوى بشأنها لكي يصدر حكمه فيها، فهل يجوز له أن يبني حكمه على علمه الشخصي؟

أولاً: مبدأ دور الخصوم الإيجابي في الإثبات الشرعي:

القاضي عند فصله فيما يعرض عليه من قضايا أيا كان موضوعها، فهو يعتمد فيما يحكم به لأحد المتداعيين أو عليه على وسائل لإثبات الدعوى، وقد تكون هذه الوسيلة عبارة عن شهادة شهود أو إقرار أو يمين إلى غير ذلك من الوسائل التي اتفق عليها أو اختلف فيها الفقهاء، وقد يحدث أن يعلم القاضي بواقعة مشاهدة أو سماعاً، كأن يسمع رجلاً يقر لآخر بزواجه من فلانة، أو سمعه يطلقها أو يقر به، أو يقر بالنسب، ثم رفعت إليه هذه الواقعة، فهل يجوز له أن يحكم فيها بما علمه أم لا؟

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة قضاء القاضي بعلمه الشخصي إلى ثلاثة مذاهب ما بين مانع ومجيز ومفصل .

المذهب الأول: قال بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه مطلقاً.

المذهب الثاني: قال بجواز قضاء القاضي بعلمه مطلقاً.

المذهب الثالث: قال بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه في الحدود وجوازه فيما

عداه.

وترجيحاً لما سبق فإنه إذا منعنا القاضي من إصدار حكمه استناداً إلى علمه الشخصي فإنه قد يهدر علمه اليقيني، ويستند إلى أدلة تفيد علماً ظنياً، وقد تكون الأدلة زائفة وهو يعلم زيفها، أما إذا أجزنا للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي، فإنه قد يموت ضميره ولا يراعي حقوق الناس فيحكم بشهواته لمن يجب على من يبغضه فيحل المذنب بريئاً والبريء مذنباً^(١).

(١) وقد نقل بعض أصحاب الشافعي عنه أنه كان يرى القضاء بعلم القاضي، لكنه لا يفتي به خوفاً من قضاة السوء، وهذا من فقه الإمام وتقديره للمصلحة. انظر في ذلك: ابن أبي الدم، كتاب أدب

وإذا كان كلا الأمرين فيه ضرر؛ فإن من قواعد الشريعة الإسلامية إذا وجدت مفسدتين يرتكب المفسدة الصغرى لدفع المفسدة الكبرى، ويتحمل الضرر الأخف دفعا للضرر الأشد، وأخف الضررين والمفسدتين هو عدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي، فضلا عن قرائن التهمة الظاهرة واحتياطا لدماء الناس وأموالهم وأعراضهم.

يقول ابن القيم، رحمه الله، في خلاصته لبحثه هذه المسألة: "فإن التهمة مؤثرة في باب الشهادات والأقضية، وطلاق المريض وغير ذلك، فلا تقبل شهادة السيد لعبد، ولا العبد لسيد، ولا شهادة الوالد لولده، وبالعكس، ولا شهادة العدو على عدوه، ولا يقبل حكم الحاكم لنفسه، ولا ينفذ حكمه على عدوه، ولا يصح إقرار المريض مرض الموت لوارث ولا لأجنبي، عند مالك، إذا قامت شواهد التهمة، ولا تمنع المرأة الميراث بطلاقه لها لأجل التهمة، ولا يقبل قول المرأة على ضررتها أنها أرضعتها، إلى أضعاف ذلك مما يرد ولا يقبل للتهمة.

ولقد كان سيد الحكام صلوات الله وسلامه عليه يعلم من المنافقين ما يبيح دماءهم وأموالهم، ولا يحكم فيه بعلمه، مع براءته عند الله وملائكته وعباده المؤمنين من كل تهمة، لئلا يقول الناسك إن محمداً يقتل أصحابه، ولما رآه بعض أصحابه مع زوجته صفية بنت حبي قال: "على رسلكما إنما هي صفية بنت حبي"^(١) لئلا يقع في نفوسهما تهمة له"، وينهي كلامه المانع النافع بترجيح القول بالمنع: "ومن تدبر الشريعة، وما اشتملت عليه من المصالح، وسد الذرائع، تبين له الصواب في هذه

القضاء وهو الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات، تحقيق د. محمد مصطفى الزحيلي، مطبعة زيد بن ثابت، دمشق، ١٣٩٥ هـ ١٩٧٥ م، ص ١١٧.

(١) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الاعتكاف، باب هل يخرج الرجل المعتكف لحوائجه إلى باب المسجد، ج ٥ ص ٢٦٧٥ رقم (٢٠٣٥). صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب السلام، ج ٧ ص ٤١١ رقم (٢١٧٥).

المسألة^(١)، فضلا عن أن القواعد الشرعية تقضي أن لا يكون القاضي خصما وحكما في الوقت ذاته، فهو عند حكمه بعلمه فهو شاهد وخصم في آن واحد، مما يكون مجلبة للريبة ومظنة للتهمة فكان القول الأول أولى بالقبول.

ثانيا: مبدأ دور الخصوم الايجابي في الإثبات القانوني:

ويتجلى هذا المبدأ من خلال قواعد مهمة تحكم دور الخصوم الإيجابي للخصوم، ويتطلب الأمر أيضا بيان موقف قوانين بالإثبات وشرحها من قضاء القاضي بعلمه الشخصي.

(أ) القواعد التي تحكم الدور الايجابي للخصوم في الإثبات القانوني:

إن الدور الايجابي للخصوم في الإثبات القانوني تحكمه قواعد أربعة نوجزها فيما يأتي^(٢):

- ١- حق الخصم في الإثبات: لكل خصم الحق في أن يثبت ما يدعيه أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، فله أن يقدم ما تحت يده أو ما يتمكن من إبرازه من الأدلة تأييدا لدعواه، وللقاضي بعد ذلك الحرية الواسعة في تقدير هذه الأدلة.
- ٢- حق الخصم في إثبات العكس: أو ما يسمى بمبدأ المجابهة بالدليل، ومعناه أن كل دليل يتقدم به الخصم لإثبات دعواه يكون للخصم الآخر مناقشة هذا الدليل إما بتأييده أو بإثبات عكسه، ومن ثم فلا يجوز للقاضي أن يأخذ بدليل دون أن يعرضه على من يحتج عليه به، وتمكينه من مناقشته والطعن فيه.

(١) الطرق الحكمية، ص ٢٥٥.

(٢) د. محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، جامعة الملك سعود، الرياض، ١٩٨٨، ص ١٤٣ وما بعدها. د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج ٢ ص ٣٦ وما بعدها. عنتر سيد جودة الشريف، مرجع سابق، ص ٤٤ وما بعدها. وهذه القواعد هي مبادئ متفرعة عن مبدأ عبء الإثبات.

٣- عدم جواز الأخذ بدليل يصطنعه أحد الخصوم لنفسه: الأصل أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي للخصوم بناء على دليل من صنع هذا الخصم نفسه، كوثيقة صادرة أو تقرير .

٤ - عدم جواز إجبار الخصم على تقييم دليل ضد نفسه: القاعدة العامة في القانون أن الإثبات حق للخصم، ومن ثم فلا يجوز إجباره على تقديم الدليل على الواقعة التي يدعيها خصمه، وجرى القضاء المصري^(١) على هذا الأصل مع إجازة تكليف الخصم خصمه بتقديم ورقة موجودة تحت يده من شأنها إثبات الحق المدعى به، وعلى أن يكون امتناع الأخير عن تقديمها محل اعتبار من المحكمة بحسب دلالتها المحتملة، ثم جاءت نصوص قانون الإثبات^(٢) تؤكد ذلك من خلال نص المادة (٢٠) التي تنص على أنه: "يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أي محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده:

- إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه.
- إذا كان مشتركا بينه وبين خصمه، ويعتبر المحرر مشتركا على الأخص إذا كان المحرر لمصلحة الخصمين أو كان مثبتا لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة.
- إذا استند إليه خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى".

(ب) قضاء القاضي بعلمه الشخصي في القانون:

إن المتتبع لنصوص قوانين الإثبات وشروطها المختلفة يجد إجماعا على منع قضاء القاضي بعلمه الشخصي، ففي حين لم نجد إشارة من قريب أو بعيد في نصوص الإثبات تعتد بعلم القاضي في مقابل الآثار الصريحة لوسائل الإثبات الأخرى، نجد شراح تلك القوانين يقضون بالمنع صراحة، ولكن التساؤل الذي يطرح يتمثل في منع

(١) نقض مدني ٢ أبريل ١٩٣٦ والطعن رقم ٥٧٩، فهرس الخمس وعشرين سنة، ص ٢٦ رقم ٦ .

(٢) رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المشار إليه سابقا.

قضاء القاضي بعلمه الشخصي هل يتفرع من مبدأ حياد القاضي أم هو فرع من حق الخصوم في مناقشة الأدلة؟

اختلف الشراح في هذه المسألة، إذ يرى بعضهم^(١) أن المنع إنما هو نتيجة ترتبت على حق الخصوم في مناقشة أي دليل، ذلك أن علم القاضي إذا قضى به يكون دليلاً في القضية، ولما كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل اقتضى الأمر أن ينزل القاضي منزلة الخصوم، فيكون خصماً وحكماً في وقت واحد وهذا لا يجوز.

بينما يرى البعض الآخر^(٢) أن منع القاضي من الحكم بمعلوماته الشخصية لا يتأتى من مبدأ حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في دعوى، وإنما يتأتى من أن ما شاهده القاضي أو ما سمعه مما يتصل بوقائع القضية سوف يؤثر حتماً في تقديره، بل يشك هذا التقدير، وهو عندئذ يصلح أن يكون شاهداً في القضية ليقدر قاضي آخر شهادته، وإنما لا يصلح أن يكون قاضياً.

ونخلص مما سبق إلى أن هناك إجماعاً في القانون الوضعي على عدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي في القضية المعروضة عليه^(٣)، وهو يتفق بهذا المنع مع الرأي الراجح في الفقه الإسلامي بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه.

الفرع الثاني: عبء الإثبات

لا تقوم الدعوى إلا بين طرفين: أحدهما مدعى، والآخر مدعى عليه، ولعل من أهم الإشكالات التي تطرح على القضاء في إثبات أحكام الأسرة وفي غيرها، وأهم

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج ٢ ص ١٨.

(٢) د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ج ١ ص ١٨.

(٣) وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "لا يجوز للقاضي المساهمة في جمع الأدلة أو الاستناد إلى أي دليل علمه بنفسه، أو أن يحكم طبقاً لمعلوماته الشخصية". نقض مدني مصري في ١٢/٤/١٩٧٨، الطعن رقم ٤٩٠ لسنة ٤٤ قضائية، سنة ٢٩، القاعدة رقم ١٩٦، ص ٩٩٩.

المسائل التي تبين عليها خصوماتها ومسائل الدعوى هو معرفة من المدعى ومن المدعى عليه، ذلك أنه يتوقف على ذلك توجيه عبء الإثبات.

ويقصد بعبء الإثبات تكليف أحد المتخاصمين بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه، وسمي التكليف بالإثبات عبئاً؛ لأنه حمل ثقيل يحتاج من كلف به لأدلة يثبت بها صحة دعواه أمام القضاء، وقد لا يكون مالكا لها.

وقد وضع النبي صلى الله عليه وسلم القاعدة في دعاوى ومن يكلف بالإثبات بقوله صلى الله عليه وسلم: "البينة على المدعى واليمين على من أنكر"^(١)، وقوله صلى الله عليه وسلم في موضع آخر: "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه"^(٢).

والفقهاء لم يختلفوا في حكم ما لكل من طرفي الدعوى، وأن على المدعى البينة إذا أنكر المطلوب، وأن على المدعى عليه اليمين إذا لم تقم البينة، ولكن الخلاف يحصل في تحديد المدعى والمدعى عليه، وقد ذُكر عن شريح القاضي أنه قال: "وُلِّيْتُ

(١) سنن البيهقي، كتاب الدعوى والبيانات، باب البينة على المدعى واليمين على من أنكر، ج ١٠ ص ٢٥٣، ٢٥٢.

(٢) مسلم، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، ج ٥ ص ١٢٨. ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، ج ٢ ص ٧٧٨ رقم (٢٣٢١). قال شمس الأئمة الإمام السرخسي: "قال النبي صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه، وهذا وإن كان من أخبار الأحاد، فقد تلقاه العلماء رحمهم الله بالقبول والعمل به، فصار في حيز التواتر التواتر، وعُدَّ هذا من جوامع الكلم، على ما قال عليه الصلاة والسلام: "أوتيت جوامع الكلم واختصر لي اختصاراً" فقد تكلم كلمتين استنبط العلماء رحمهم الله منها ما بلغ دفاتر فقال الحكمة النبوة، وفصل الخطاب: البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه". السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٢١ هـ ٢٠٠١ م، ج ١٧ ص ٢٨.

القضاء وعندني أني لا أعجز عن معرفة ما يُتخاصم إليّ فيه، فأول ما ارتفع إلى خصمان أشكل عليّ من أمرهما من المدعى ومن المدعى عليه"^(١).

يقول ابن فرحون المالكي في تبصرته: "اعلم أن القضاء يدور على معرفة المدعى ومن المدعى عليه؛ لأنه أصل مشكل"^(٢)، وفي قوانين الأحكام الشرعية لابن جزري: "عن سعيد بن المسيب أنه قال: من عرف المدعى والمدعى عليه، لم يلتبس عليه ما يحكم به بينهما"^(٣)، وقد وضع الفقهاء ضوابط للتمييز بين المدعى والمدعى عليه، ولعل أهمها ما يأتي:

١- المدعى من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف، فالمدعى من تجردت دعواه عن أمر يصدقه أو كان أضعف المتداعيين أمرا في الدلالة على الصدق أو اقترن بها ما يوهنها عادة، ومن ترجّح جانبه بشيء من ذلك فهو المدعى عليه^(٤)، ذلك أن الأصل والمعهود براءة الذمة، وعدم ما ذكر، قال بذلك القرافي^(٥) وابن عباس وابن الحاجب من المالكية وجمهور الفقهاء^(٦).

(١) تبصرة الحكام، ج ١ ص ١٠٦. معين الحكام، ص ٥٢.

(٢) تبصرة الحكام، ج ١ ص ١٠٥.

(٣) تبصرة الحكام، ج ١ ص ١٠٦. معين الحكام، ص ٥٢.

(٤) قال ابن عبد السلام: "والمعهود هو شهادة العرف والأصل استصحاب الحال". تبصرة الحكام، ج ١ ص ١٠٥.

(٥) جاء في الذخيرة للقرافي ج ٤ ص ٣٨٦: "وليس المدعى هو المطلوب اتفاقا، بل كل من عضد قوله عرفاً أو أصلاً، فهو مدعى عليه، وكل من خالف قوله عرفاً أو أصلاً، فهو مدعٍ. والمودع يقبض ببينة، فلا يقبل قوله في الرد، إلا ببينة، فإن ادعى الرد بغيرها فهو مدع".

(٦) وقد ذكر ابن فرحون عن ابن شاس قوله: "المدعى من تجردت دعواه عن أمر يصدقه، أو كان أضعف المتداعيين الآخر ما يخالفه، فالأول المدعى، والثاني المدعى عليه، وكذلك كل من ادعى وفاء ما عليه، من غير أمر يصدّق دعواه فإنه مدع". تبصرة الحكام، ج ١ ص ١٠٥.

٢- المدعى من يطلب أخذ أو استحقاق شيء عن غيره عينا أو دينا أو حقا، أو يطلب البراءة منه، والمدعى عليه من يدفع ذلك أو ينفيه، فالطالب دائما مُدَّعٍ والدافع المنكر مدعى عليه^(١)، وهو قول ابن عمر بن عبد البر المالكي وابن عقيل الحنبلي^(٢).

٣- المدعى من إذا سكتَ تُركَ وسكوته، والمدعى عليه من إذا سكت لم يترك وسكوته، أي أن المدعى إذا ترك الدعوى انقطعت الخصومة، أما المدعى عليه فيجبر عليها، قال بهذا الضابط الحنفية والشافعية في قول والحنابلة في الصحيح من المذهب^(٣).

٤- المدعى من يدعى أمرا خفيا ويخالف أمره الظاهر ، والمدعى عليه من تمسك

(١) وقد يكون الطالب في بعض الأحيان مدعى عليه، كأن يتداعى خباز ودباغ جلدًا، فإن الدباغ

مدعى عليه، وكاختلاف الزوجين في متاع البيت وفيه ما يصلح للرجل وما يصلح للمرأة.

(٢) تبصرة الحكام، ج ١ ص ١٠٥. وفي بدائع الصنائع، ج ٨ ص ٣٩٢٢: "وقال بعضهم المدعى من يخبر عما في يد غيره لنفسه، والمدعى عليه من يخبر عما في يد نفسه لنفسه، فيتفضلان بذلك عن الشاهد، والمقر والشاهد من يخبر عما في يد غيره لغيره، والمقر من يخبر عما في يد نفسه لغيره".

(٣) ابن الهمام، شرح فتح القدير وبهامشه شرح العناية على الهداية للبابرتي، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، دون تاريخ طبع، ج ٦ ص ١٣٨. معين الحكام، ص ٥٢. كتاب أدب القضاء ص ١٨٥. تبصرة الحكام، ج ١ ص ١٠٦. بدائع الصنائع، ج ٨ ص ٣٩٢٢. نيل الأوطار، ج ٤ ص ٧٧٤.

جاء في العناية على الهداية مع الفتح، ج ٦ ص ١٣٨: "المدعى من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر. قال القدوري في الكتاب وهو حد عام صحيح، وقيل المدعى من لا يستحق إلا بحجة يعني البيئة أو الإقرار كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد. وقيل المدعى من يلتزم غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر". المغني، ج ١٢ ص ١٦٢. وذهب بعضهم إلى أن ضابط السكوت أو عدمه فيه نظر، لأن كل ساكت لا يطالب بشيء فإنه متروك، وهو أمر عام من أن يكون مدعيا أو مدعى عليه، فتعريفه بالسكوت وعدمه ليس بشيء. الإنصاف، ج ١١ ص ٣٧٠.

بالظاهر ، ويوجب قوله ذلك^(١)، قاله الشافعي في القول الأظهر .

هذه هي أهم الضوابط التي وضعها الفقهاء للتمييز بين المدعى والمدعى عليه وأشهرها، وبالتأمل فيها يتبين أرجحها وأقربها للتفرقة بين المدعى والمدعى عليه هو الضابط الأول والأخير، ذلك أنهما يحومان على شيء واحد وهو الأصل والظاهر أو الغالب، فمن وافق أمره الأصل كان أمره ظاهراً، ومعلوم أن الظاهر قد يكون عرفاً أو أمراً بيناً غير خفي، والبيّنات إنما شرعت لإثبات خلاف الأصل والظاهر .

ودليل ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم طلب البيّنة من المدعى، واليمين من المنكر في خصومات معينة، مثل ما جاء عن الأشعث بن قيس أنه قال: كان بيني وبين رجل خصومة في بئر، فاختمنا إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: شاهدك أو يمينه، فقلت: إذا يحلف ولا يبالي، فقال: من حلف على يمين صبرٍ يقطعُ بها مال امرئٍ مسلم - هو فيها فاجر - لقي الله وهو عليه غضبان" ، وفي رواية فقال: "بيّنتك : أنها بئرُك و إلا فيميئهُ"^(٢).

وعن وائل بن حُجر قال: جاء رجل من حَضْر موت، ورجل من كندة إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال الذي من حضرموت: يا رسول الله، إن هذا غلبني على أرض كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها، ليس له فيها حق، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "ألك بيّنة؟" فقال: لا. قال: "فَلَاكَ يميئهُ"، فقال: يا رسول

(١) شرح فتح القدير، ج ٦ ص ١٣٩. بدائع الصنائع، ج ٨ ص ٣٩٢٣. ومثال ذلك أن يتنازع الزوجان قبل الدخول، فيدعى الزوج أنهما أسلما سوياً، وتدعى الزوجة أنهما أسلما على التعاقب، فالزوج يدعى صحة العقد، وهو الأصل والظاهر، وهي تدعى بطلانه وهو خلاف الظاهر، فتكون هي المدعية، ويكون الزوج هو المدعى عليه. الإنصاف، ج ١١ ص ٣٧٠.

(٢) البيهقي، كتاب الدعوى والبيّنات، باب البيّنة على المدعى واليمين على المدعى عليه، ج ١٠ ص ٢٥٣.

الله، الرجل فاجر ولا يبالي على ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء، فقال: "ليس لك منه إلا ذلك"^(١).

ففي الحديث الأول طلب النبي صلى الله عليه وسلم من الأشعث بن قيس وكان مدعيا اليمين؛ لأنه يدعى خلاف في الأصل، ولم يوجب على المطلوب إلا اليمين مع أنه كان يهوديا، وكذلك في الحديث الثاني كون الأرض في يد الكندي ويقوم بزراعتها أمر ظاهر بين، أما ادعاء الحضرمي شغل ذمة الكندي فيكون بذلك مدعيا خلاف الظاهر، فيطالب بينة شغل ذمة الكندي، أما الأخير فلا يطالب إلا باليمين، مع ذكر المدعى لفجوره^(٢).

ومن الأمثلة على ذلك في شؤون الأسرة، والتي يتعين على القاضي أن يكون متبصرا في تمييز المدعي والمدعى عليه، وبالتالي يسهل عليه توجيه أقوال المتخاصمين فيها، هو ما إذا ادّعت الزوجة عند القاضي أن زوجها ممتنع عن الإنفاق عليها أو لم يدفع إليها نفقتها فعند المالكية، وابن القيم من الحنابلة^(٣) أن الزوج إن لم يصدقها في دعواها كان القول قوله مع يمينه؛ لأن العرف الغالب يوافق قوله ويشهد بصدقه، وتكلف الزوجة بالبينة لادعائها خلاف الظاهر^(٤).

(١) البيهقي، كتاب الدعوى والبيانات، باب الرجلين يتنازعان المال وما يتنازعان في يد أحدهما، ج ١٠ ص ٢٥٤. الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، ج ٣ ص ٦٢٥ رقم (١٣٤٠).

(٢) الطرق الحكمية، ص ١٢٦. نيل الأوطار، ج ٤ ص ٣٤١.

(٣) تبصرة الحكام، ص ١٠٥. الطرق الحكمية، ص ٣٠، ٣١. في حين ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن القول هو قول الزوجة بيمينها، واعتبروا الزوج مدعيا، لأنه يدعي خلاف الأصل وهو وفاء الدين الذي عليه، فلا تقبل دعواه إلا ببينة كسائر الديون. الحاوي الكبير، ج ١١، ص ٤٤٧. ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دمشق، بيروت، المكتب الإسلامي، ١٤٠٨هـ. ١٩٨٨م، ط ٥، ج ٣، ص ٣٧٢.

(٤) إعلام الموقعين، ج ٣، ص ٣٥١.

وظاهر العرف هنا أنه لو لم ينفق عليها لم تقم معه؛ لأن الأمارات الظاهرة تدل على صدق دعواه المبنية على العلم، والزوجة لم يكن ينزل عليها رزقها من السماء كما كان ينزل على مريم بنت عمران، ولم تكن تشاهد تخرج من منزلها تأتي بطعام أو شراب، والزوج يشاهد داخلا وخارجا إليها بأنواع الطعام، فتطالب بالبينة^(١).

ويظهر أن قول المالكية ومن وافقهم له وجهه الموافق للعرف لتكذيب القرائن الظاهرة لقول الزوجة، والتي تفيد علما أقوى من النظر الحاصل باستصحاب الأصل، ولا يسوغ تقديم ظن الاستصحاب على هذا العلم الذي يقرب من اليقين أو يكاد، سيما إذا تحقق لنا انقطاعها عن الخروج والتصرف^(٢).

هذا فيما إذا كان خلاف الزوجين بعد الدخول، أما إذا اختلفا قبل الدخول، فالقول قول الزوجة المنكرة بالاتفاق^(٣)، وهذا الحكم الفقهي إنما قرر وفقا للأصل، وهو عدم الوفاء بدين النفقة، فالعرف يقتضيه ويوافق ذلك الأصل، وهو أن الزوج لا ينفق على زوجته إلا بعد أن تزف إليه.

(١) هذه من جملة المسائل التي يتعارض فيها الأصل والظاهر، وأيهما يقدم على الآخر، فقدم المالكية ومعهم ابن القيم الظاهر القوي على الأصل، في حين استصحب الشافعية والحنابلة الأصل في الدعوى.

(٢) جاء في قواعد الأحكام في مصالح الأنام - فصل في بيان تعارض أصل وظاهر - ما نصه: "والفرق بين النفقة وسائر الديون أن العادة الغالبة مثيرة للظن بصدق الزوج بخلاف الاستصحاب في الديون فإنه لا معارض له، ولو حصل له معارض كالشاهد واليمين لأسقطناه، مع أن الظن المستفاد من الشاهد واليمين أضعف من الظن المستفاد من العادة المطردة في إنفاق الأزواج على نسائهم مع المخالطة الدائمة، نعم لو اختلفنا في نفقة يوم أو يومين لم يبعد ما قاله الشافعي - رحمه الله". العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٣٨٨ هـ ١٩٦٨ م، ج ٢، ص ٥٤، ٥٥.

(٣) الخرشي، شرح الخرشي، ج ٣، ص ٣٣٧. الحطاب، مواهب الجليل، ج ٤، ص ١٩٥. التسولي، البهجة في شرح التحفة، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط ٢، ١٣٧٠ هـ، ١٩٥١ م، ج ١، ص ٣٩٧. الحاوي الكبير، نفس الموضوع.

وقد جعل الشارع البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه لحكمة جليلة ظاهرة، وهي أن قول المدعى جاء بخلاف الظاهر، فكان طرفه ضعيفا، لذا حلف بما تتقوى بها حجته في الدعوى، والعمل بهذا القضاء تستقيم به أمور الناس وتستقر أوضاعهم، وتحفظ أموالهم وتصلح أوضاعهم، وتعصم دماؤهم إلا بحقها، ولا يقوم هذا الحق إلا بالبينة الشرعية، كما تردع بذلك الادعاءات الكاذبة، ولقوة جانب المدعى عليه لم يكلف إلا باليمين، لاتفاقه مع الأصل وهو فراغ ذمته وبرأته مما يدعيه المدعى، فاكتفى فيه باليمين، وهي الحجة الضعيفة، وجعلت البينة على المدعي لضعف جانبه، فعلى قدر قوة أو ضعف الطرف يكون العبء ضعيفا أو ثقيلًا^(١).

وقد يقول قائل: إن الأصل والظاهر ثابت إلى جانب المدعى عليه: فلم يكلف باليمين؟

يجاب عن ذلك بأن تكليفه باليمين كان لسببين:

الأول: احتمال كذبه في إنكاره فشرعت في جانبه ليمين لعله يمتنع عنها فيقضي عليه بالنكول، فكثير من الناس لا يتجرؤون على اليمين الكاذبة خوفا من العقاب الأخروي الذي يترتب عليها أو أن تصادف قدرا، فتتسبب إلى اليمين.

(١) فاليمين إنما كانت في جانب المدعى عليه، حيث لم يترجح جانب المدعى بشيء غير الدعوى، فيكون جانب المدعى عليه أولى باليمين، لقوته بأصل براءة الذمة، فكان هو أقوى المدعين باستصحاب الأصل، فكانت اليمين في جهته: فاليمين تشرع من جهة أقوى المتداعيين، فأى من الخصمين ترجح جانبه جعلت اليمين من جهته، سواء كان مدعيا أو مدعى عليه، وهو مذهب الجمهور مالك والشافعي وأحمد، وغيرهم، أما الحنفية فلا يحلفون إلا المدعى عليه وحده.

ولاشك أن مذهب الجمهور هو الراجح لموافقته للأدلة، حيث ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى بالشاهد واليمين، وثبت عنه أنه عرض الأيمان في القسامة على المدعين أولا، فلما أبوا جعلها من جانب المدعى عليهم، كما جعل الله تعالى أيمان اللعان من جانب الزوج أولا، لأن جانبه أرجح من جانب المرأة، فشرعت اليمين في جانبه. أنظر في تفصيل ذلك: إعلام الموقعين، ج ١ ص ١٠١، ١٠٢. تبیین الحقائق، ج ٤ ص ٢٩٤.

الثاني: أن دلالة تلك المرجحات دلالة في غاية الضعف فلم تكن وحدها صالحة للاعتماد عليها في الحكم، خاصة وقد عارضتها دعوى المدعى مما زادها ضعفا على ضعف، فكانت في حاجة إلى دليل آخر يقويها وهي اليمين^(١).

وعبء الإثبات لا يتقل كاهل أحد الخصمين دون الآخر، وإنما هو يوزع بين الخصمين كما رأينا^(٢)، وقد تدفع الدعوى بدعوى أخرى، كما قد يدفع الدفع وهكذا، وفي هذه الحال يصير المدعى الأول، مدعى عليه في الدفع، ثم مدعى في دفع الدفع وهكذا^(٣)، ومن ثم فالمدعى هنا لا يراد به المعنى الجاري والمفهوم عادة، إذا ليس هو حتما من رفع الدعوى، وإنما يتحدد بحسب طبيعة طلبات ودفع الخصوم في الدعوى، فمن ادعى شيئا يخالف الوضع الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا، يكون هو المدعى الذي عليه الإثبات، لا فرق في ذلك بين رفع الدعوى، ومن رُفعت عليه، ذلك أن الخصمان في الدعوى قد يتناوبان عبء الإثبات، تبعا لطبيعة ما يدعيه كل منهما^(٤)، فقد يكون الزوج هو المدعى والزوجة مدعى عليها، فيكون عبء الإثبات على الزوج، فإذا أثبت ما يدعيه وادعت الزوجة غير ذلك، انقلبت مدعية، فينتقل عبء الإثبات

(١) الطرق الحكمية، ص ١٥٠. د. أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص ٣٠، ٣١.

(٢) وقد يقع هذا التوزيع بين الخصمين بحكم الواقع، بمقتضى قرائن قضائية ينقل بها القاضي عبء الإثبات بحسب تقديره من الخصم إلى خصمه، وقد يقع بحكم القانون بمقتضى قرائن قانونية، أو بحكم الاتفاق بين الطرفين. بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر، ١٩٨١، ص ٦٦.

(٣) أحمد إبراهيم بك، موجز في المرافعات الشرعية، ص ٣٢.

(٤) د. عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص ٤٥، ٤٦. د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج ٢ ص ٧٨. أحمد نشأت، مرجع سابق، ص ٤٦. د. عبد الودود يحيى، دروس في قانون الإثبات، ص ١٦. فالمدعى قد يكون هو من رفع، أو دفعها، أو دفع دفعها، وهكذا. وليس ثمة تعارض بين هذا وبين نص "البينة على المدعى" لأن في كل حالة يتعين على الشخص البينة.

إليها، ومتى أثبتت ما تدعيه يعود الزوج ثانية مدعيا، وهكذا حتى يعجز من وقع عليه عبء الإثبات عن القيام به فيخسر دعواه، لأن الاعتبار للمعاني دون الصور. وتجدر الإشارة إلى أن من يحمل عبء الإثبات ليس مطالباً بإثبات كل عنصر من العناصر التي تتكون منها الواقعة مصدر الحق المدعى به، كما أن هذه الحقيقة نسبية وليست مطلقة لا يداخلها شك، فيكفي من وقع عليه عبء الإثبات أن يقنع القاضي بأن الأمر الذي يدعيه أمر راجح الوقوع وينقل عبء الإثبات إلى خصمه^(١).

(١) هناك مسألة وهي مدى تعلق قاعدة عبء الإثبات بالنظام العام؟

ما عليه غالبية الشراح، والمستقر عليه قضاء، هو عدم تعلق هذه القاعدة بالنظام العام، إذ أنها من القواعد الموضوعية التي الأصل فيها هو تعلقها بالمصالح الخاصة، فإذا كان يجوز التنازل عن الحقوق الخاصة والتصرف فيها، فإن التنازل يكون عن طريق الإثبات جائزاً من باب أولى، فهذه القاعدة ليست أهم من الحقوق التي وضعت لحمايتها، ومن ثم كان الاتفاق على نقل عبء الإثبات صحيحاً. ويترتب على ذلك مسائل مهمة، تتمثل في أنه:

لا يجوز للمحكمة أن تتصدى لأدلة الإثبات من تلقاء نفسها. الدفاع القانوني الذي يخالطه واقع لم يسبق التمسك به أمام محكمة الموضوع لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

لا يجوز التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بمخالفة الحكم المطعون فيه لقواعد الإثبات. إذا سكت عنها من يريد التمسك، عد ذلك تنازلاً عن حقه في الإثبات بالطريق الذي رسمه القانون، ولا يجوز التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض.

أنظر في ذلك على سبيل المثال: الطعن رقم ٥٩٧٦، لسنة ٧٤ ق، جلسة ٢٠١٣/١٢/٠٣. طعن رقم ٥٢٠٠، لسنة ٨٢ ق، جلسة ٢٠١٣/١١/٢٠. طعن رقم ٣٨٥٩، لسنة ٦٧ ق، جلسة ٢٠١٠/٠١/١٢. طعن رقم ٤٦٧٨، لسنة ٦٣ ق، جلسة ٢٠٠١/٤/١٨، مكتب فني ٥٢، ج ١ ص ٥٤٧.

وتحديد عبء الإثبات هي مسألة قانونية يتعين على القاضي مراعاتها وليست هي الوقائع، ولذلك فإن محكمة النقض تمارس رقابتها على أحكام القضاة في ذلك. لمزيد من التفصيل حول هذه المسألة وغيرها. بكوش يحيى، مرجع سابق، ص ٦٤. د. محمود محمد هاشم، مرجع سابق،

المبحث الثاني

النطاق الموضوعي لسلطة قاضي شؤون الأسرة في الإثبات

يتضمن الإثبات نوعين من القواعد، قواعد موضوعية وأخرى شكلية أو إجرائية، وقد أخذت بهذا التقسيم غالبية القوانين العربية ولعل أهمها القانون المصري الذي فرق بين الدليل وإجراءات الدليل، فأخضع قواعد الدليل الموضوعية لقواعد الشريعة الإسلامية وأخضع قواعده الإجرائية لقانون المرافعات والإثبات، ولكن بصدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المتضمن قانون الإثبات جمع بين هذين الفرعين مع الإبقاء على التفرقة قائمة^(١)، في حين نجد أحكام الإثبات في القانون الجزائري منظمة في فرعين مستقلين، الفرع الأول: وهو القسم الموضوعي الذي نصت على أحكامه نصوص القانون المدني في الباب السادس من الكتاب الثاني بداية من المادة ٣٢٣، أما الفرع الثاني: فهو الشق الإجرائي والمنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية^(٢) في مواد متفرقة.

والقواعد الموضوعية هي التي تحدد طرق الإثبات المختلفة وترتيبها مع بيان حجيتها وقيمة كل منها، وتوضيح الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات، وغير ذلك من

ص ١٨١. طعن رقم ١٧٩٨، لسنة ٦٢ ق، جلسة ١٩٩٨/٦/٢٥، مكتب فني ٤٩، ج ٢ ص ٥٧٢.

(١) وما فتئت محكمة النقض المصرية تؤكد ذلك في العديد من قراراتها، ومنها أن: "إجراءات الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية والوقف كبيان الوقائع وكيفية التحقيق وسماع الشهود خضوعها لقانون المرافعات والإثبات، أما تلك المتصلة بذات الدليل، كبيان الشروط الموضوعية اللازمة لصحته وبيان قوته وأثره القانوني، فيخضع لأحكام الشريعة الإسلامية". الطعن رقم ٥٢ لسنة ٦٠ ق، أ. ش، جلسة ١٩٩٣/٤/٢٠، الطعن رقم ٤٨ لسنة ٣٠ ق، أ. ش، لسنة ١٩٦٣/١/٢، العدد الأول، ص ٣٢. الطعن رقم ٢٥٨ لسنة ٤٠ ق، أ. ش، جلسة ١٩٧٥/٢/٢٣، ص ١٢٤١.

(٢) قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم ٠٩/٠٨ المؤرخ في ٢٥/٠٢/٢٠٠٨، الجريدة الرسمية، العدد ٢١، السنة ٤٥، بتاريخ ٢٣/٠٤/٢٠٠٨.

المسائل التي تتعلق بالموضوع، أما القواعد الإجرائية فهي التي تحدد الإجراءات الواجب اتباعها في إقامة الأدلة عندما يكون النزاع معروضاً أمام القضاء لإثبات صحة المحررات، وسماع الشهود واستجواب الخصوم وكيفية أداء اليمين وإجراءات المعاينة والخبرة، ويشترط في الإثبات شرطان:

الشرط الأول: الإثبات لا يكون إلا في مجلس القضاء: فالإثبات الذي يلزم طرفيه ويلزم الغير معهما هو الإثبات الذي يقع أمام القضاء^(١) من خلال المحاكم بمختلف درجاتها وتحديدًا ضمن قسم الأحوال الشخصية بالمحاكم الابتدائية وبغرفة الأحوال الشخصية بالمجالس القضائية، تحت رقابة المحكمة العليا كمحكمة قانون، هذا في النظام القضائي الجزائري.

أما في النظام القضائي المصري فبموجب المادة ٣ من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ المتضمن إنشاء محاكم الأسرة، أصبح اختصاص هذه الأخيرة بالفصل في كافة

(١) فقد خول القانون للقضاء وحده سلطة سماع الشهود والقول بأداء الشهادة أمام جهة أخرى غير القضاء أمر لا يستقيم، إذ وبالاطلاع على مواد القانون المدني الجزائري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون التوثيق لا نجد ما يفيد جواز سماع الموثق أو غيره شهادة الشهود، إذ أن حضور الشهود أمام الموثق ليس للإدلاء بوجود واقعة معينة، وإنما لصحة بعض العقود التي أوجب القانون أن يحررها الموثق بحضور شهود، ويستتبط هذا المعنى من أحكام المادتين ٣٢٤ مكرر ٢ و ٣٢٤ مكرر ٣ من القانون المدني الجزائري، حيث ورد في الفقرة ٠٢ من المادة ١٥٢ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه: "يؤدي الشاهد اليمين بأن يقول الحقيقة وإلا كانت شهادته قابلة للإبطال"، وهذه المهمة لا يقوم بها إلا القضاة. وفي هذا المعنى استقر قضاء المحكمة العليا بأنه: "من المقرر شرعا أن الشهادة الشرعية في إثبات الحق أو نفيه عن الشخص هي التي تؤدي أمام القاضي في شأنها إجراءات قانونية ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون ولما كان ثابتا -في قضية الحال- أن قضاة المجلس لما بنوا حكمهم على شهادة تم سماعها أمام الخبير دون أدائها أمام القاضي، فبقضائهم كما فعلوا خالفوا النصوص القانونية وانتهكوا القواعد الشرعية وعرضوا قرارهم لعدم التأسيس قانونا". قرار رقم ٥٦٧٥٦ بتاريخ ١١/١٢/١٩٨٩، المجلة القضائية، ١٩٩٢، عدد ٢، ص ٩١.

منازعات الأحوال الشخصية التي كان ينעד الاختصاص بشأنها للمحاكم الجزئية والابتدائية، والتي ينظمها القانون رقم ٠١ لسنة ٢٠٠٠ المتعلق بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

أما إذا وقع الإثبات أمام جهة أخرى، حتى وإن كانت هذه الجهة في نفس المحكمة القضائية، فلا يصح اعتباره إثباتاً بالمعنى المقصود منه في عقد الزواج، إذ ليس لغير الجهات المذكورة اختصاص النظر في إثبات الزواج، فإذا ما وقع نزاع بشأن عقد الزواج أمام أية جهة غير الجهات المذكورة فعليها أن تحيل النزاع إلى الجهة المختصة، وكذلك إذا ما ثار ذات النزاع أمام جهة إدارية، فعليها أن ترجئ النظر في المسألة المعروضة عليها إلى حين البت في دعوى الزوجية من طرف الجهة المختصة.

هذا، وينبغي التنبيه إلى أن مكاتب تسوية المنازعات الأسرية غير مختصة في دعاوى إثبات التصالح على صحة الزواج أو بطلانه، إذ ليست من الدعاوى التي يجب فيها اللجوء للمكتب قبل إقامة الدعوى^(١)، كما لا يكون المأذون - بالنسبة للمسلمين المصريين - ولا مصلحة الشهر العقاري والتوثيق - بالنسبة للزواج من أجنب - جهة مختصة بإثبات صحة الزواج أو بطلانه متى كان محلاً للنزاع^(٢).

الشرط الثاني: الإثبات لا يكون إلا بالطرق التي حددها القانون:

للإثبات القانوني طرقاً معينة لا يجوز الإثبات بغيرها فيجب أن يكون هذا

(١) حيث ورد في الكتاب الدوري رقم (١) ٢٠٠٤ المتعلق بعمل مكاتب تسوية المنازعات الأسرية، ونص في فقرته (٦) على أمثلة لتلك الدعاوى: وهي منازعات الشقاق بين الزوجين، الطلاق، التطلق، الخلع، الاعتراض على انذار الطاعة، النفقة والمتعة، الصداق، مسكن الزوجية، دعاوى الحضانة.

(٢) وإنما ذكرنا ذلك لأنه ورد في كتاب دوري من وزير العدل بتاريخ ٢٠٠٧/٤/٢٠ إلى المحاكم وموظفيها اختصاص المأذون ومصلحة الشهر العقاري، وهو ما أدى إلى إيقاف دعاوى إثبات صحة الزواج. وهو ما يقتضي رفع دعوى ضد وزير العدل لإبطال تلك التعليمات.

الإثبات مسموحاً به، وصالحاً من الناحية القانونية ويخرج ما نهى القانون عنه، وهذه الطرق ليست على مرتبة واحدة، وتحوز حجية متفاوتة فقد يصلح بعضها بذاته لإثبات الزواج في حين يحتاج بعضها الآخر لحجج أخرى، وقد تكون لبعضها حجية في قوانين، وفي قوانين أخرى حجية دون ذلك، وسنعرض لهذه الطرق ومدى التزام القوانين بأحكام الإثبات في الشريعة الإسلامية.

وإذا كان من يدعي حقا فإنه يتعين عليه تقديم الأدلة التي تبرهن على صحة دعواه، فعبد إثبات الادعاء يقع على عاتق من يدعيه^(١)، وإذا كان للخصوم مثل هذا النشاط والدور الإيجابي في الإثبات، فما هو دور قاضي شؤون الأسرة في مرحلة الإثبات؟ وما هو عمله - كقاضي موضوع - إزاء ما يقدمه الخصوم من أدلة ودفوع لإثبات أو نقض الحقوق المدعى بها؟

المطلب الأول

سلطة قاضي شؤون الأسرة من خلال تحصيل فهم الواقع في

الدعوى وتقدير الأدلة

تمر الدعوى بعد استيفاء الإجراءات الشكلية المطلوبة وقيدها في كتابة ضبط المحكمة بمرحلتين، مرحلة أولى يقوم فيها قاضي الموضوع بالإحاطة التامة بالوقائع، بما له من سلطة في ذلك، هذه السلطة قبل أن يقررها القاضي، يقتضيها العقل والمنطق وظروف الأحوال، بل وتعتبر تطبيقاً حياً لمبدأ حياد القاضي، لتأتي بعد ذلك المرحلة الثانية التي يليها مباشرة رسم معالم الحكم القضائي في ذهن القاضي، وتتمثل في تقدير القاضي للأدلة المتوفرة بين يديه، وهو ما سنعرضه على التوالي:

الفرع الأول: سلطة القاضي من خلال تحصيل فهم الواقع في الدعوى

(١) سحر عبد الستار إمام يوسف، دور القاضي في الإثبات، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٤٢٢ هـ ٢٠٠١م، ص ٦٧.

لقاضي شؤون الأسرة كقاضي في الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى، وفي بحث الدلائل والمستندات المقدمة له تقديمًا صحيحًا وموازنة بعضها ببعض الآخر، وترجيح ما يطمئن إليه منها، ولا رقابة عليه من محكمة النقض في ذلك متى أقام قضاؤه على أسباب تكفي لحمله وتوسع النتيجة التي انتهى إليها^(١).

وفي ذلك قررت محكمة النقض المصرية بأن: "المحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع من الدعوى وتقدير ما يقدم إليها من أدلة ولا عليها في الأخذ بأي دليل تكون قد اقتنعت به ما دام هذا الدليل من طرق الإثبات المقررة قانونًا^(٢).

وتحصيل هذا الواقع إنما يكون بناء على أدلة تكون كافية للدلالة على حقيقة الواقعة وكيفية حصولها، حيث يعجز القاضي عن الإحاطة التامة بالواقعة، وهل تتحقق بها الأمر المدعى به^(٣).

وفي قرار آخر بأنه: "المحكمة الموضوع سلطة مطلقة في الأخذ بما تظمن إليه من الأدلة وأطراح ما عداه دون ما حاجة للرد استقلالاً على ما لم تأخذ به طالما قام حكمها على أسباب سائغة، ولا يعيب الحكم عدم تعرضه لأقوال شهود النفي ومناقشتها أو الرد عليها استقلالاً طالما أقام قضاؤه على أسباب سائغة ولها أصلها الثابت في

(١) نقض مدني طعن رقم ١٢٠٥، السنة ٦٥ ق، أ. ش، جلسة ٩٧/١٠/٥، حسن الفكهاني، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ عام ١٩٩٢ حتى عام ١٩٩٧، الإصدار المدني، ملحق رقم ١٤، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، قاعدة رقم ١٢، ص ١٤.

(٢) نقض مدني، طعن رقم ٢١٢٦ لسنة ٦١ ق، أ. ش، جلسة ١٩٩٧/٢/٢٠.

(٣) فإذا شهد مثلاً أحد الشاهدين بتهجم الزوج على زوجته في حضوره حال وجوده في منزلها، إلا أنه لم يفصح عن كيفية حصول التهجم المشهود به، وما إذا كان قد تم بالقول أو بالفعل، بالسب أو بالضرب، حتى يقف القاضي على حقيقة ما صدر من الطاعن عن اتجاه المطعون ضدها ويقدر ما فيه من إساءة لها وتضرر أمثالها منه، فإن شهادته لا يتوافر بها نصاب الشهادة على المضارة التي شرع التفريق بين الزوجين بسببها.

الأوراق" (١).

كما قضى بأنه: " لما كان البين من أقوال شاهدي المطعون ضدها أنه لا خلاف بينهما في أن سبب النزاع بين الطرفين عدم إعداد الطاعن مسكنا للزوجية وتقايسه عن الدخول بالمطعون عليها وهجره لها، ولا يؤخر في جوهر الشهادة عدم تصريح الشاهد وقوع ضرر بسبب الهجر، فإن الحكم المطعون فيه إذا قبل شهادة شاهدي المطعون عليها وأقام قضاءه بالتطبيق على سند مما استخلص منها من إضرار الطاعن بالمطعون عليها بعدم الدخول بها وهجرها، لا يكون قد خالف القانون" (٢).

وإن العمل المكلف به الخصم في الدعوى لا يعني أن يقف قاضي شؤون الأسرة مكتوف اليد منحسرا دوره في تلقي الأدلة والبراهين دون أن يمارس دورا فعالا إزاءها، وإنما له دور فعال في مجال الإثبات وإدارة الدليل، ومن ذلك أن له أن يأمر باستكمال الأدلة وجمعها.

إن قاضي شؤون الأسرة وإن كان لا يصل إلى دور القاضي في المواد الجزائية، الذي لا يتقيد كقاعدة عامة بالنصوص التي تحدد الأدلة، وقيمة الدليل - وهذا نظرا لطبيعة المواد الجزائية - إلا أن له دورا لا يستهان به في التحقيق لكشف الأدلة والموازنة بينها وتقديرها، واستنباط القرائن كالأدلة العلمية وغيرها.

وفي ذات السياق تعترف القوانين الحديثة، ومنها القانون الجزائري بحق القاضي في توجيه اليمين المتممة تلقائيا لأي من الطرفين ليبنى على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في قيمة ما يحكم به (٣).

الفرع الثاني: سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقديره للأدلة المقدمة

(١) الطعن رقم ١٢ سنة ٤٣ ق، أ. ش، جلسة ١١/١٢/١٩٧٥، السنة ٢٦، ص ١٤٠٠.

(٢) طعن رقم ٥٩ لسنة ٥٤ ق، أ. ش، جلسة ١٤/٥/١٩٨٥.

(٣) المادة ٣٤٢ من القانون المدني الجزائري، تقابلها المادة ١١٩ قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري، والمادة ٦٦ من القانون الكويتي.

لقاضي شؤون الأسرة أن يستخلص من الأدلة ما يكفي لتكوين قناعته دون التقيد بما أراده الخصوم عند تقديم الدليل، فمسلك القوانين المختلفة هو الاعتراف بسلطة القاضي المطلقة في تقدير الدليل المقدم في الدعوى، ولا تسمح هذه القوانين بالمجادلة أمام محكمة النقض في تقديرها للأدلة، هذا هو الأصل المقرر إلا أنه قد لا يكون للقاضي أي سلطة في تقدير الدليل إذا صدر وفق أصوله وكانت صحيحة، كالثائق الرسمية، وهو ما سنبينه فيما يأتي:

أولاً: بالنسبة للكتابة:

تعد الكتابة أهم طريقة في الإثبات فهي صالحة لإثبات جميع الوقائع مادية كانت أو قانونية، بحسب درجة قوتها وحجيتها^(١).

وقد نصت المادة ١٠ من قانون الإثبات المصري على تعريف المحرر (الوثيقة الرسمية) بأنها: "التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"^(٢).

فوثيقة الزواج مثلاً إذا صدرت وفق أصولها وكانت صحيحة استوفت شروط صحتها وكانت ورقة رسمية، والورقة الرسمية حجيتها في الإثبات حجية مطلقة ما لم

(١) نص القانون الجزائري على إجراءاتها في المواد من ٧٠ إلى ٧٤ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومن المادة ٥٥ إلى ١٦٦ من نفس القانون. أما الجانب الموضوعي منها فنظمها في المواد من ٣٢٣ إلى ٣٣٢ من القانون المدني، في حين نص قانون الإثبات المصري على الأدلة الكتابية بجانبها الإجرائي والموضوعي معاً من المادة ١٠ إلى المادة ٥٩.

(٢) تقابلها المادة ٣٢٤ من القانون المدني الجزائري. وهو المبدأ الذي قرره المحكمة العليا الجزائرية (المجلس الأعلى سابقاً) في العديد من قراراتها، ومنها: "... لا يسوغ اشتراط إثبات الزواج بالحالة المدنية إذا كان هذا الزواج صحيحاً باعتبار الشريعة الإسلامية، خاصة إذا قرره الوقائع ولم ينازع فيه أحد من الطرفين". المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص، المجلة القضائية، عدد ١٩٦٨/٦/٢٦، ج ١ ص ٤٥.

يطعن فيها بالتزوير^(١)، فإذا ما حدث نزاع بشأن عقد الزواج وحصل إنكار من المدعي عليه أو من الغير فإن وثيقة عقد الزواج تعد دليلاً قانونياً لإثباته، وحجة على طرفيها، وحجة على الغير، وحجة بما احتوته من بيانات دون حاجة إلى الإقرار بها^(٢)، فلا

(١) جاء في المادة ١١ من قانون الإثبات المصري أن "المحركات الرسمية حجة على الناس كافة بما دُونَ فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً"، تقابلها المادة ٣٢٤ مكرر من القانون المدني الجزائري.

فرسمية الورقة إذن قرينة قانونية على صحتها ولكنها قرينة يمكن إثبات عكسها بالطريق الذي رسمه القانون وهو الطعن بالتزوير، هذا إذا استوفت وثيقة الزواج شروط صحتها بأن تكون صادرة عن الجهة المختصة، أما لو كانت الوثيقة قد صدرت وفق غير الأصول المقررة قانوناً، كأن تكون غير موقعة من طرف أحد العاقدين، أو غير موثقة بتوقيع وختم الموظف المكلف بإصدارها، وغير ذلك من الشروط فإنها تأخذ حكم الورقة العرفية ويمكن اعتبارها مبدأً ثبوت بالكتابة، فلا تعد دليلاً كاملاً إلا إذا أكمل بالشهادة أو القرائن، ومتى أكمل بأيهما اعتبر دليلاً يقوم مقام الدليل الكتابي في الإثبات. د. محمود محمد هاشم، مرجع سابق، ص ٢٢٣. محسن ناجي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، مطبعة الرابطة، بغداد، ١، ١٩٦٢، ص ١٩٣، ١٩٤.

ومن أحكام النقض في هذا الشأن ما جاء عن محكمة النقض المصرية أن: "التوقيع بالإمضاء أو ببصمة الإصبع هو المصدر القانوني الوحيد لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية، ولا قيمة لها في الإثبات إلا بمقدار ما تهدي إلى الأصل إذا كان موجوداً فيرجع إليه، أما إذا كان غير موجود فلا سبيل للاحتجاج بالصورة، إذ هي لا تحمل توقيع من صدرت منه. الطعن رقم ٣٥١ سنة ٢٢ ق، أ.ش، جلسة ١٩٥٦/٥/٣، السنة ٧ ص ٥٧٢. وفي حكم آخر جاء فيه أن "صور الأوراق العرفية لا حجية ولا قيمة لها في الإثبات إلا بمقدار ما تهدي إلى الأصل الموقع عليه". الطعن رقم ٢٤٩ لسنة ٣٧ ق، أ.ش، جلسة ١٩٧٢/٤/٢٧، السنة ٢٣، ص ٧٧٤.

(٢) أما ما يتعلق بصورة الأوراق الرسمية وحجيتها في الإثبات فنفرق بين فرضين:

الأول: وجود أصل الورقة الرسمية: فإذا كان أصل الورقة موجوداً فإن صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل. وتعد الصورة مطابقة ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين، وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل (المادة ٣٢٥ من القانون المدني الجزائري مطابقة حرفياً للمادة ١٢ من قانون الإثبات المصري).

=

يجوز إنكار البيانات التي يتم تسجيلها بواسطة الموظف المختص مما يقع في علمه أو تحت سمعه وبصره، كبيان المهر وتسلمه وتوقعات ذوي الشأن والشهود وإقراراتهم، فما أُثبت في وثيقة الزواج من بيانات يعد حجية على طرفيه وعلى الغير^(١).

وعلى الرغم من اعتبار وثيقة الزواج حجة بيانية قاطعة من الوجهة النظرية إلا أن الأمر ليس على إطلاقه من الوجهة العملية ذلك أن إبرام عقد الزواج أمام المأذون الشرعي أو أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق قد لا يضمن في كثير من الحالات تحقق الشروط الواجبة شرعاً لانعقاد الزواج، كإحضار شاهدي زور أو عدم حضور الولي الشرعي أو عدم رضا الزوجة، أو حتى بتواطؤ الموظف المتخصص لتسجيل ذلك العقد وغير ذلك من الثغرات التي تقلل من حجية الوثيقة^(٢) في الباطن.

ثانياً: بالنسبة للشهادة:

تعد الشهادة أهم النظم القانونية القديمة فقد عرفها الإنسان ثم عرف الخصومات

=الثاني: عدم وجود أصل الورقة الرسمية: فتكون للصورة المأخوذة عن الصورة الأصلية ذات الحجية متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل، وما لم يطالب أحد الطرفين بمراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها، فإذا لم توجد هذه الأخيرة فلا تكون للصور المأخوذ عنها أية قوة في الإثبات وقد يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة. أما الصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية فلا حجية لها في الإثبات ويمكن الاستئناس بها تبعاً للظروف واعتبارها قرينة، إذ لا يمكن عدها مبدأ ثبوت بالكتابة (المادة ٣٢٦ من القانون المدني الجزائري تقابلها المادة ١٣ قانون الإثبات المصري).

(١) جاء في قرار لمحكمة الاستئناف الشرعية الأردنية أن "وثيقة الزواج تعتبر بيئة قاطعة فيما نظمت لأجله وهو الزواج، وفيما عدا ذلك مما يكون مدار خلاف كسب أحد الزوجين وكون الوكيل وكيلاً بالعقد وقبض المهر فيجب التحقق فيه وفصله بما يقتضيه الوجه الشرعي". قرار رقم ١٢١٠٧. محمد حمزة العربي، المبادئ القضائية لمحكمة الاستئناف الشرعية في المملكة الأردنية الهاشمية من سنة ١٩٥١ - ١٩٧٣، مكتبة الأقصى، عمان، ط١، ١٩٧٣، ص ٣٣.

(٢) حمليل صالح، مرجع سابق، إجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق، ماجستير في القانون الخاص، جامعة بلعباس، ١٩٩٨، ص ٩١.

والنزاعات ولكن مع انتشار الكتابة والطباعة أصبح الإثبات عن طريق الكتابة هو المفضل، فتمكنت الكتابة من تحقيق السيادة في نظام الإثبات، ومع ذلك فلا زال للشهادة أهمية في مسائل كثيرة ونخص منها مسائل الأسرة والحالة بوجه عام.

وعلى الرغم من كونها لا توفر الضمانات التي توفرها الكتابة للقضاء، على اعتبار أنها تقوم على أمانة الشهود، ولا ريب أن شهادتهم يعترىها الكذب وعدم الدقة، فضلاً عن كثرة الدعاوى الكيدية لسهولة الحصول على شهود زور في حين أن الكتابة أدق وأبعد عن الكذب وأكثر ضبطاً للوقائع، فضلاً عن إمكانية حفظها فلا يعترىها النسيان؛ لأنها إنما أعدت مقدماً للإحاطة بالواقعة المراد إثباتها^(١)، ومع هذه المطاعن الموجهة للشهادة إلا أنها كثيرة الاستعمال وتتميز بالبساطة والسهولة، كما قد يقدم الشهود من الناحية العملية كثيراً من التوضيحات الهامة للقاضي فيلجأ إليها القاضي على أنها الطريق الوحيد لتكوين قناعته^(٢).

ومن القواعد التي قررتها محكمة النقض أن لمحكمة الموضوع من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود طالما أنه جائز قانوناً والوقائع التي أحيلت للتحقيق وقائع مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات^(٣).

كما أن المقرر هو أن تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها مما يستقل به قاضي الموضوع طالما لم يخرج عن مدلولها^(٤)، أو ما يتضمن تحريفاً لها أو ما ينبني على مخالفة الثابت من الأوراق^(٥).

(١) د. عبد الحميد الشواربي، الإثبات بشهادة الشهود في المواد المدنية والتجارية والجنايئة والأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ١٤٨.

(٢) يحيى بكوش، مرجع سابق، ص ١٩٠.

(٣) الطعن رقم ٣٣ لسنة ٣٩ ق، أ.ش، جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠، سنة ٢٦، ص ٨٦٠.

(٤) الطعن رقم ٨٦ لسنة ٦٦ ق، أ.ش، جلسة ٢٠٠١/٧/٧.

(٥) طعن رقم ٢٤ لسنة ٦٠ ق، أ.ش، جلسة ١٩٩٣/٤/٢٧، السنة ٤٤، ص ٢٤٨.

ومن أمثلة ترك السلطة لقاضي شؤون الأسرة في تقدير الشهادة، ما يقوم به القاضي في تقدير شهادة الأقارب والأصهار لبعضهم لبعض في مسائل الطلاق وغيرها من مسائل الحالة، فالأصل فيها القبول ما لم تتحقق فيها مظنة التهمة بجلب مغنم أو دفع مغرم، فالأقارب والأصهار هم بمثابة أسرة واحدة، خصوصا في مناطق القرى والأرياف أين يتمركزون في عائلة واحدة تربطهم مصالح مشتركة ويحدوهم شعور موحد، فعلى القاضي أن يضع هذه الاعتبارات جميعا عند إجرائه التحقيق في الشهادة، وما إذا كانت قد أثرت على الشاهد في شهادته أم لا^(١)، وفي ذات الاتجاه فإن للمحكمة، ومن تلقاء نفسها، أن تأمر بالتحقيق في الأحوال التي يجوز الإثبات فيها بالبينة، واستدعاء من ترى سماع شهادتهم إظهارا للحقيقة^(٢).

والعبرة بمضمون الشهادة وفهم القاضي للواقع وليس بألفاظ أدائها، فسواء اتحدت الألفاظ أو تغايرت فيكفي لاكتمال الشهادة أن يكون المعنى واحدا^(٣)، ومن الحرج أن يطلب من الشهود الاتحاد في شهادتهم لفظا ومعنى، وقد يكون ذلك من قبيل المستحيل، اللهم إلا إذا لقنوا الشهادة تلقينا جيدا، والعبرة كما هو مقرر في القواعد هو بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

ومن المبادئ المهمة التي قررها قضاء النقض في ذلك أنه لا يشترط أن تكون

(١) حيث جاء في قضاء المحكمة العليا أنه: "ومتى تبين أن شهادة الأقارب على الوفاة كان قصد الوصول لتقسيم التركة، فإن القضاة لما رفضوا الدعوى في الحال وعدم قبول شهادة الأقارب على وفاة دون إجراء تحقيق في القضية، فإنهم أخطأوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للنقض".
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم ١٧٩٥٥٧ بتاريخ ١٧/٣/١٩٩٨، المجلة القضائية، العدد ٢، ١٩٩٨، ص ٧٩.

(٢) المادة ٧٠ من قانون الإثبات لمصري رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٨، تقابلها المادة ١٥٠ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

(٣) طعن رقم ٨٥ لسنة ٦٦ ق، أ. ش، جلسة ٢٠٠١/٢/١٠، المستحدث من المبادئ التي قررتها محكمة النقض، ص ٩٢، ٩٣.

موافقة الشهادة للدعوى تامة، بأن يكون ما شهد به الشهود هو عين ما ادعاه المدعي، بل تكفي الموافقة بطريق التضمنين، حيث توافق الشهادة لبعض المدعى به، ولا مناص من أخذ القاضي بها والتعويل عليها في الحكم، باعتباره القدر الثابت في الدعوى بالبيينة^(١).

على أنه يتعين على قاضي شؤون الأسرة أن يفرق بين نوعي الشهادة، على الحقيقة والشهادة على السماع التي قبلت في بعض مسائل الأسرة والحالة كالزواج والنسب والميلاد والوفاة والوقف، والتي تشتهر وتستفيض بين الناس، وقد يتعذر إثباتها بغير هذا الطريق، فلو منعنا الشهادة فيها بالسماع لضاعت حقوق كثيرة، بخلاف الطلاق فالشهادة المقررة فيه تكون على القطع بمعينة الشاهد شخصياً واقعة الطلاق زماناً ومكاناً؛ لأن الشهادة بالسماع إنما أجازت استحساناً في مسائل محصورة دفعا للحرَج وتعطيل الأحكام وليس إثبات الطلاق من بينها، وأن الحكم بإثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة شهادة مستفيضة لا تقوم عليه حجة^(٢)، وفي ذلك فتح لباب الفساد وتفكيك لروابط الأسرة بإشاعة الدعاوى الكيدية المتعلقة بالطلاق.

(١) طعن رقم ٣٣ لسنة ٥ ق، أ. ش، جلسة ١٩٨١/٣/٣١. طعن رقم ٢ لسنة ٥٤ ق، أ. ش، جلسة

١٩٨٣/١٢/٢٠. فلا يشترط أن تكون أقوالهم واردة على الواقعة المراد إثباتها بكافة تفاصيلها، بل

يكفي أن يكون من شأنها أن تؤدي إلى الحقيقة التي استقرت في وجدان المحكمة، وهي غير ملزمة بأن تورد أسباب حكمها النص الكامل للشهادة التي استندت إليها، وحسبها أن تشير إلى مضمونها وما تأسس عليه قضاءها منها بما ينشأ عن مراجعتها". الطعن رقم ١١٣٦، لسنة ٥٥ قضائية، جلسة ١٩٩٤/٦/٢٣، مكتب فني ٤٥، ج ١ ص ١٩٨.

(٢) فالأصل وقوع الطلاق في البيوت بعيداً عن مجالس الناس، فلا يستفيض خبره في الملاء، ومن ثم

فلا يعلم به أحد - مع قربه - إلا بإقرار الزوج عن نفسه. وقد تخبر المرأة أقاربها وجيرانها بواقعة الطلاق، فيستفيض الخبر ويشتهر بين الناس، إلا أن هذه الشهرة - حقيقية أو حكمية - مهما بلغت لا تقبل في الشهادة على الطلاق، إذ القاعدة أنه لا يجوز أن يكون مصدر الشهادة هو المدعي نفسه، أو بناء على إخبار منه أو وليد استشهاده. وبذلك يعلم الخطأ البين من المحكمة =

أما بالنسبة لإثبات وقائع الإضرار الموجب للتطبيق فقد أخذ قضاء الأسرة الجزائري بقول المالكية^(١) في ثبوت الضرر بمجرد السماع الشائع دون العلم القطعي، باعتباره هو مصدر النص في المسألة، فتطبق أحكامه المتعلقة بذات الدليل في إثبات الضرر^(٢).

وتعليل هذا المسلك هو لتسهيل إثبات وقائع الإضرار بغية تحقيق العدالة وتخفيف العبء الثقيل الذي تنوء الزوجة به، فقلما يعاين الشهود اعتداء الزوج على

= العليا بقبولها إثبات الطلاق باستفاضة خبره، حيث قضت بأنه: "ولما كانت الشريعة الإسلامية تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضروا وسمعوا بذلك من نفس الزوج، أو بواسطة شهادة مستفيضة، فإنه يجب على القضاة أن يجرؤوا تحقيقاً لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق، وليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم". قرار رقم ٣٥٠٢٦ بتاريخ ١٢/٣/١٩٨٤، م. ق، عدد ٤، سنة ١٩٨٩، ص ٨٦.

(١) مواهب الجليل، ج ٤ ص ٣٣، ٣٥. البهجة في شرح التحفة، ج ١ ص ٣٠٢، وجاء فيها: "إن إضرار أحد الزوجين للآخر يثبت بأحد أمرين: أ- إما بشهادة عدلين فأكثر لمعاينتهم إياه، لمجاورتهم الزوجين أو لقرابتهم ونحو ذلك. ب- وإما بالسماع الفاشي المستفيض على السنة الجيران، من الناس والخدم وغيرهم بأن فلانا يضر زوجته بضرب أو شتم أو تجويع أو عدم كلام أو تحول عنها في فراشه".

(٢) م. ع، غ. أ. ش، بتاريخ ١٢/٣/١٩٨٤، م. ق، عدد ٤، سنة ١٩٨٩. وهو ذات موقف القضاء الأردني، حيث جاء في قرارات محكمة الاستئناف الشرعية فيه أن: "حوادث النزاع والشقاق وإن كان لا يشترط دوماً إثباتها بالبينة، ولا مشاهدتها، فإنه لا بد من تحققها بأي طريق أخرى ولو بالسماع من الثقات". القرارات رقم: ١٤٣٢٨، ٨٢٠٣، ٩٨٠٤، ١٥٩٩٠. محمد حمزة العربي، مرجع سابق، ص ١٠٠. وقد نص صراحة بقبول شهادة السماع في إثبات أسباب التفريق القانون العراقي في المادة ٤٤، وقانون الأحوال الشخصية الكويتي في السماع لإثبات وقائع الإضرار الموجب للتطبيق المادة ١٣٤. أما ما عليه العمل بالمحاكم المصرية في الشهادة لإثبات الضرر الموجب للفرقة هو الشهادة الأصلية غير سماعية. وقضي وفقاً لذلك بأن: "مشاهدة الشاهد بنفسه آثار الضرب على وجه الطاعة وعدم مشاهدته المطعون ضده يضربها أو سمعه سبها، أثره عدم اكتمال نصاب الشهادة". الطعن رقم ٣٦ لسنة ٥٩ ق. أ. ش جلسة ١١/٦/١٩٩١.

زوجته بالضرب والسب، ويقصد بالشهرة هنا تلك الحاصلة في محيط الزوجين^(١)، وتحديد هذا المحيط وتقدير الشهادة عموماً يخضع لتقدير القاضي الذي له اعتمادها وقبولها إذا اطمأن إليها، أو تركها جانباً إذا ساوره شك في صحتها.

ثالثاً: بالنسبة للإقرار:

لقيام الإقرار قانوناً فإنه يجب توفر جملة من الشروط أهمها:

- الإعلام، فلا يعد إقراراً اتخاذُ موقفٍ إيجابي أو سلبي من جانب شخص، إذ يجب توفر العلم لدى المقر بأن الواقعة التي يقر بها ليست في صالحه.
- أن يكون الإقرار صادراً من الخصم.
- أن ينصب الإعلان على وقائع وأن تكون هذه الوقائع محل إثبات.
- والإقرار في العرف القانوني نوعان: قضائي وغير قضائي.

أ- سلطة القاضي إزاء الإقرار القضائي: عرفته المادة (٣٤١) من القانون المدني الجزائري^(٢) بأنه: "اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة"، فهو إذا الإخبار الذي يدلي به الخصم أمام المحكمة لصالح خصمه، وهو حجة قاطعة على المقر، بحيث لا يستطيع أن يتراجع عن أقواله بعد ثبوتها أمام القاضي^(٣).

والمبدأ المقرر قانوناً أن للقاضي أن يأمر باستجواب الخصم، والذي قد يؤدي إلى إقرار منه، ويشترط للإقرار القضائي تحقق الشروط الآتية:

الشرط الأول: اعتراف من أحد الطرفين وتصديق من الآخر: فحتى يكون هناك

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي.

(٢) تقابها المادة ١٠٣ من قانون الإثبات المصري.

(٣) قضت محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية: "لا يقبل من أحد الخصمين إنكار اعترافاته المدونة

في محضر المحاكمة لأنها وثيقة رسمية لا يقبل الطعن فيها إلا بالتزوير". قرار رقم ١٧٠ لسنة

١٩٥٩. محمد حمزة العربي، مرجع سابق، ص ١٧٣.

إقرار يتعين صدور اعتراف من أحد الطرفين بوجود الواقعة المدعى بها عليه وتصديقه من المقر له، فإذا تم ذلك ثبت الأمر المدعى به.

وقد يكون كل من الاعتراف والتصديق صريحا أو ضمنيا، أو يكون أحدهما صريحا والآخر ضمنيا، وفي حالة الإقرار والقبول الضمندان يجب على المحكمة عند حكمها به أن تكون قد استنتجت استنتاجا سائغا يحمل معنى الإقرار والمصادقة عليه، وبعبارة أخرى يكون حكمها متعيينا للنقض^(١).

الشرط الثاني: أن يكون الإقرار والمصادقة عليه قد وقعا أمام المحكمة: وهذا الشرط الذي يميز الإقرار القضائي عن الإقرار غير القضائي، فيجب لكي يكون قضائيا أن يقع أمام المحكمة المختصة بنظر دعوى الموضوع، أما إذا حصل إقرار أمام جهة أخرى، وإن كانت قضائية ولكنها غير مختصة أو دائرة رسمية، فيعد ذلك إقرارا غير قضائي.

والإقرار القضائي قد يتم خلال مرافعة في دعوى منظورة أمام المحكمة المختصة، أو يتم بتقديم طلب في شكل عريضة موقعة من الطرفين يتضمن إقرارهما بالزوجة أو إقرار أحدهما وتصديق الآخر.

وإذا حصل إقرار أثناء المرافعة فعلى المحكمة المنظورة أمامها الدعوى أن تصدر حكما به، بعد توفر شروط الإقرار الأخرى، ثم يقوم المقر أو المقر له بتسجيله وفقاً للأصول في سجل الحالة المدنية.

الشرط الثالث: أن يكون الإقرار خاليا من الموانع الشرعية والقانونية التي تخل بصحته.

ومتى حصل الإقرار القضائي وتوفرت شروطه كان حجية بذاته على المقر^(٢)، وتمتد حجيته إلى خلفه العام (الورثة) وإلى من في حكمهم، ولا يكون الخصم الآخر في

(١) محسن ناجي، مرجع سابق، ص ٢٠٤.

(٢) الفقرة ٠١ من المادة ٣٤٢ القانون المدني.

حاجة إلى تقديم دليل آخر ولا يجوز للمقر الرجوع فيه أو العدول عنه، كما يتعين على القاضي أن يأخذ ويحكم بمقتضاه، ولا يجوز إثبات عكس الإقرار، إذ به تصبح الواقعة ثابتة في حق المقر، ولا تصبح في حاجة إلى إثبات^(١).

ب- سلطة القاضي إزاء الإقرار غير القضائي: الإقرار غير القضائي هو الذي يصدر من المقر في غير مجلس القضاء، أو أمامه في غير الدعوى المتعلقة بموضوعه، وهو إما إقرار شفوي أو مكتوب.

١- الإقرار غير القضائي الشفوي: هو إقرار يعترف فيه أحد الطرفين بالواقعة المدعى بها عليه خارج مجلس القضاء، و يثور التساؤل هنا إذا صدر مثل هذا الإقرار هل يجوز للطرف الآخر (المقر له) التمسك به وإقامة الدعوى بموجبه وإثباته بشهادة الشهود؟

جاءت نصوص القوانين سواء ما تعلق منها بالقانون المدني أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية خلوا عن بيان حكم هذه المسألة والذي نراه أن إثبات الإقرار الشفوي بشهادة الشهود لا يلزم القاضي بإثبات الواقعة المدعى بها، فعلى من يدعيه إثبات صدوره من المقر بالطرق المقررة قانوناً، ولا معقب على القاضي إذا لم يقض بالزوجية متى كان قد بنى تقديره على أسباب سائغة.

٢- الإقرار غير القضائي الكتابي : ويتخذ الإقرار المكتوب أشكالاً مختلفة، فقد يكون في رسالة أو ورقة عادية بخط الزوج وعليها توقيعها، أو اعتراف في محضر تحقيق، أو دعوى قضائية، أو ورقة مصدقة من الكاتب العدل، وحجيته في الإثبات أقوى من الإقرار الشفوي، فمتى صدر في ورقة رسمية كان ملزماً لمن صدر عنه،

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص ٣٩٦. السنهوري، مرجع سابق، ج ٢ ص ١٥١، ٤٩٨.

ولكن يمكن للمقر أن يثبت صدور الإقرار منه نتيجة غش أو تدليس، أو غلط في الوقائع. أحمد نشأت، مرجع سابق، ص ٢٧، ٣٣. د. محمود محمد هاشم، مرجع سابق، ص ٣٥٦.

لا يجوز له أن يتبرأ مما فيه إلا بالطعن في الورقة بالتزوير، أو بحصول الإكراه، وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بأن: "الإقرار بالزوجية في ورقة عرفية غير موثقة رسمياً لا يتعد به ولا يعول عليه عند إنكار الطرف الآخر لهذه الزوجية المدعاة دون حاجة إلى الطعن بالتزوير على التوقيع، كما أنه لا محل للتحقق ما إذا كانت الورقة العرفية صادرة ممن أنكر الزوجية من عدمه"^(١).

وشروط صحة الإقرار القضائي هي ذاتها شروط صحة الإقرار غير القضائي - عدا أن يكون في مجلس القضاء - فيجب أن تلتحق الإقرار مصادقة من المقر له، وأن يكون كل من الطرفين أهلاً للزواج بالآخر، وخالياً من الموانع الشرعية والقانونية، ويجوز استنتاجه من أي دليل أو وثيقة مقدمة إلى جهة قضائية أو غير قضائية، كما يخضع الإقرار غير القضائي للقواعد العامة في الإثبات، فعلى من يدعيه إثبات صدوره من المقر بالطرق المقررة قانوناً وفقاً للقواعد العامة^(٢):

أما بالنسبة لحجية الإقرار غير القضائي، فكونه لم يحصل أمام القضاء، فإن تقدير استتباطه هو مسألة موضوعية متروك تقديرها لقاضي الموضوع، إذ له أن يعتبره دليلاً كاملاً في الإثبات، فيكون حجة على المقر ولا يجوز تجزئته^(٣)، وقد يعتبره مجرد

(١) الطعن رقم ٤٤ لسنة ٣٣ قضائية، أحوال شخصية، جلسة ١٩٦٧/٣/٨، السنة ١٨، ص ٥٨٩.

(٢) د. محمود محمد هاشم، مرجع سابق، ص ٣٦٠.

(٣) ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية أن "الإقرار غير القضائي المثبت في ورقة عرفية موقع عليها من المقر حجة عليه وعلى خلفه العام لا يحق لأي سبب منهما التصل منه بإرادته المنفردة إلا لمبرر قانوني، وليس للخلف أن يسلك في الإثبات سبيلاً لم يكن لمورثه أن يسلكه". طعن رقم ٨٨٦٢ لسنة ٦٥ ق، أ. ش، جلسة ١٩٧٠/٢/٦.

وقضت أيضاً أن: "الرسائل الموقع عليها لها قوة الدليل الكتابي، حق كل من الزوجة والزوج الاحتجاج بما تتضمنه الرسالة الموقعة من الآخر بما تحمله من دليل لصالحه في شؤون الزوجية دون البحث فيما إذا كان قد حصل عليها بطريقة مشروعة". طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٦٢ ق، أ. ش، جلسة ١٩٦٨/٢/٢، السنة ١٥، ص ٢٦٣.

قرينة ومبدأ ثبوت بالكتابة^(١)، أو مجرد قرينة، كما له تجزئته والأخذ ببعضه دون البعض الآخر - تبعاً للظروف والملابسات - وقد لا يأخذ به أصلاً^(٢)، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك^(٣).

ومتى قضت المحكمة بموجب ذلك الإقرار كان حجة، ولا يقبل الادعاء بالخطأ فيه، أو أنه كان مبنياً على ظن تبين خطؤه، لأن المقرر شرعاً وقضاً أن دعوى الخطأ في الإقرار لا تقبل، ومن ذلك الخطأ في الإقرار بالطلاق، لأنه إقرار بحق من حقوق الله، وأن دعوى الكذب في الإقرار عموماً لا تسمع متى اتصل بها علم القضاء^(٤).

رابعاً: بالنسبة للقرائن:

يقصد بالقرينة ما يستتبطه القاضي من دلائل الحال وشواهد من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول، والشارع لم يبلغ القرائن والأمارات ودلالات الأحوال، بل من

(١) ومن أمثلة القرائن الدالة على صحة الإقرار بالزواج، المعاشرة بين الطرفين معاشرة الزواج، أو تهيئة بيت المرأة والاتفاق عليها، وغير ذلك من الأمارات والدلائل.

(٢) فلمحكمة الموضوع تقدير قيمة الإقرار غير القضائي، فلا تأخذ به أصلاً متى وجدت في أوراق الدعوى ما يغنيها عنه ويدعم ما انتهت إليه. طعن رقم ٣٣٧٣ لسنة ٦١ ق، أ. ش، جلسة ١٩٩٧/٣/٨. حسن الفكهاني، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ عام ١٩٩٢ حتى عام ١٩٩٧، قاعدة رقم ٥٤، ص ٧٣.

(٣) الطعن رقم ٧٦٣ لسنة ٤٣ ق، جلسة ١٩٨٠/٥/٢٦، مكتب فني ٣١، ج ٢ ص ١٤٨٨. كما أن مسألة توافر الأركان اللازمة لاعتبار قول صدر في مجلس القضاء إقراراً قضائياً ملزماً لقائله هي مسألة موضوعية متروك تقديرها لمحكمة الموضوع. الطعن رقم ٣٩ لسنة ١ ق، جلسة ١٩٣٢/٥/١٩، مكتب فني ١، ج ١ ص ١٠٧.

(٤) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ج ١ ص ٤٦. وجاء في الأشباه لابن نجيم، ص ١٦١: " قاعدة لآخرة بالظن البين خطؤه". وذكر منها مالو أقر بالطلاق بناء على ما أفتى به المفتي ثم تبين عدم الوقوع لم يقع ديانته، أما قضاء فيقع لإقراره به. وأيضاً: أنظر أيضاً الطعن رقم ١١ لسنة ٤٠ ق، أ. ش، بتاريخ ١٩٧٤/٣/٢٠.

استقرأ الشرع في مصادره وموارده وجده شاهدا لها بالاعتبار، مرتبا عليها الأحكام^(١). فمقصود الشارع إقامة العدل، وكل ما حقق مقصود الشارع يتعين العمل به، والقرائن مما يعين على مقصود الشارع^(٢).

وقد يعمل قاضي شؤون الأسرة بالقرائن في مسائل كثيرة، كإثبات الضرر في دعوى التطليق، وبكفي في ذلك القرينة الواحدة التي يستمد منها القاضي من وقائع الدعوى وأوراقها وظروفها ويرجح ما يطمئن إليه فيها، ويستخلص ما يراه متفقا مع واقع الدعوى ويرد ما عداه، ولا شأن لمحكمة النقض في ذلك^(٣)، ومن ذلك محاضر الضبط التي تحرر بمعرفة الشرطة، وغيرها من محاضر جمع الاستدلالات، فالقاضي ليس ملزما بالاستناد إلى ما يرد فيها، وقد يقبل بها ويعول على ما تضمنته أو يردّها جميعا، ومن المقرر قضاء أن لمحكمة الموضوع السلطة في استنباط القرائن القضائية^(٤).

وبناء على ما سبق فقد اعتبر القضاء بعض الظروف من جملة القرائن التي تدل على وقوع الضرر، وتجزئ من ثم للزوجة طلب التطليق، ومن ذلك مضي مدة أكثر من خمس سنوات على عقد الزواج ولم يحصل دخول، بل دبّ الخلاف بين الزوجين واستحكم عقب العقد مباشرة، وامتد الخلاف بينهما إلى ساحات المحاكم، من دعاوى طاعة ونفقة وغيرها، وقدرت هذا الحال ورأت أن الزيجة لن يكتب لها التوفيق على ما

(١) طرف من كلام ابن القيم. الطرق الحكيمة، ص ١١، ١٠٨.

(٢) د. أحمد عبد المنعم البهي، مرجع سابق، ص ٨٣.

(٣) فهناك مما يقع من الضرر بين الرجل وامرأته ولا يثبت ببينة، فتكفي لإثباته الأمارات الدالة عليه، والتي يخلص منها القاضي إلى حقيقة الحال في أمور يظلمها الستر عادة وتتأى بطبيعتها عن الإعلان. حكم محكمة استئناف المنصورة رقم ١١ بتاريخ ١٥/٦/١٩٦٢، القضية رقم ٢٩٨. صالح حنفي، قضاء الأحوال الشخصية نفسا ومالا، ص ١٨٠.

(٤) وفي ذلك تنص المادة ٣٤٠ من القانون المدني (تقابلها المادة ١٠٠ من قانون الإثبات المصري) أنه: "يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقرها القانون، ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها الإثبات بالبينة".

شرع الله للزواج من تواد ومودة، وأصبحت بذلك الحياة الزوجية مستحيلة بين الطرفين^(١).

كما اعتبر أيضا أن الخطابات التي استشهد بها الزوج على تبادل المحبة بينه وبين زوجته، والتي لم يكن من اللائق عرضها أثناء الخصومة مهما كان الحال بين الطرفين إذ فيها ما لا يصح ذكره في التقاضي من أسرار سيطلع عليها غير واحد لا محالة، واستنتجت المحكمة في الأخير على ثبوت تحقق الضرر الذي تدعيه الزوجة وحكمت لها بما ادعته^(٢).

فالواضح من خلال هذا الحكم أن القاضي قد اعتبر مجرد تقديم الخطابات وما في ذلك من إفشاء للأسرار الخاصة بين الزوجين، يعد في ذاته إضرارا بالزوجة وإساءة لها، وفي ذلك دليلا على عدم مبالاة الزوج بالعلاقة الزوجية، وأن غرضه هو التشهير بالزوجة وإهانتها.

خامسا: في مناقشة رأي الخبرة:

تمثل الخبرة دليلا يضيف للقاضي توضيحا ما في واقعة من الوقائع، قد لا يحيط علمها بها، نظرا لطبيعتها الفنية، أو لقصور الأدلة الموجودة، ولهذا نجد قضاء النقض قد استقر على أن محكمة الموضوع ليست ملزمة بإجابة الخصم إلى أي طلب يتعلق بالإثبات، متى رأت في ظروف الدعوى والأدلة المقدمة إليها ما يكفي لتكوين قناعتها، ويظهر ذلك جليا في ندبها للخبراء وتقدير عملهم^(٣).

فكان المقرر قانونا، كأصل عام، أن تعيين الخبرة أمر جوازي، حيث يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس

(١) طعن رقم ٤٨ لسنة ٤٨ ق، أش، جلسة ١٩٨٣/٣/٢٢.

(٢) طعن رقم ٤٨ لسنة ٤٨ ق، أش، جلسة ١٩٨٣/٣/٢٢.

(٣) طعن رقم ٧١ لسنة ٦٥ ق، أش، جلسة ٢٠٠١/١/٢٠، المستحدث من المبادئ التي قررتها دوائر الأحوال الشخصية بمحكمة النقض من أول أكتوبر ٢٠٠٠ إلى سبتمبر ٢٠٠١، ص ١٢٣.

التخصص أو من تخصصات مختلفة"^(١).

واستثناء عن الأصل العام يجوز للقوانين أن توجب الاستعانة بالخبرة في حالات معينة إذا تعلق الأمر بمسائل فنية لا يعلمها إلا أهل الخبرة^(٢)، ومن الأمثلة على ذلك تعلق الأمر بمعرفة وجود العيب، في دعوى التفريق للعيوب، وتحقيقه، ومدى استحكامه، وكذلك مدى الضرر الذي يلحق المرأة من إقامتها مع الزوج المعيب، إلى غير ذلك من المسائل الفنية أو العلمية التي لا يعلمها إلا أهل الطب فتتوقف الدعوى على علمهم^(٣). ولتسهيل مهمة الخبير فإنه يجوز له أن يطلب من الخصوم تقديم المستندات التي يراها ضرورية لإنجاز مهمته، وإذا ما اعترضه أي إشكال، أو عدم تقديم الخصوم المستندات المطلوبة يمكن للقاضي أن يأمر الخصوم بتقديمها، واتخاذ أي تدبير يراه ضروريا طبقا للمادة ١٣٦، ١٣٧ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(١) المادة ١٢٦ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. فالأصل أن الاستعانة بالخبرة أمر جوازي، إذ للمحكمة أن تلجأ إليه من تلقاء نفسها، ولا يتوقف ذلك على طلب من أحد الخصوم، ولها ألا تلجأ إليه ولو طلبه الخصوم، لأن تعيين الخبير في الدعوى هو من الرخص المخولة لقاضي الموضوع، وله وحده تقدير لزوم أو عدم لزوم هذا الإجراء، ولا معقب عليه في ذلك، طالما كان رفضه مبنيًا على أسباب سائغة ومقبولة. فالمقرر أن محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة طلب ندم خبير متى وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين قناعتها للفصل فيها. أنظر الطعن رقم ٠١ لسنة ٤٣ ق. أ. ش، جلسة ٧٦/٣/١٠، سنة ٢٧. أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما، ج ١ ص ٤٥٧. الطعن رقم ٢٢٩٦، لسنة ٥١، جلسة ١٩٨٨/٢/٨، مكتب فني ٣٩، ج ١ ص ٢١٨.

(٢) د. محمود محمد هاشم، مرجع سابق، ص ٣٢٧، ٣٢٨.

(٣) وهو ما قرره محكمة النقض المصرية بقولها: "حق الزوجة في طلب التفريق للعيوب المستحکم في الزواج، شرطه جواز الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر". الطعن رقم ٣٠ لسنة ٥٩ ق، أ. ش، جلسة ١٩٩١/١/١٩. محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص ٣١٠، ٣١١.

والمبدأ المقرر في الحكم المتعلق بالخبرة أنه لا تجوز المناقشة حول تقدير المحكمة في الأخذ بتقرير خبير لأسبابه الواردة فيه، لأن رأي الخبير لا يقيد المحكمة، وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة كافية لحمله، وذلك مشروط ببيان كيف أفاد التقرير معنى ما استخلصته منه المحكمة^(١)، حيث قررت المادة (١٤٤ ق ا م إ) بأنه: "يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة، القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبب أسباب استبعاد نتائج الخبرة"، لأن رأي الخبير لا يعدو أن يكون عنصراً من عناصر الإثبات التي تخضع لتقدير محكمة الموضوع، إلا أنه إذا كان تقرير الخبير قد استوى حجج تؤيدها الأدلة والقرائن الثابتة بالأوراق، وكانت المحكمة قد طرحت هذه النتيجة التي انتهى إليها في تقريره، وذهبت بما لها من سلطة التقدير الموضوعية إلى نتيجة مخالفة، وجب عليها وهي تباشر هذه أن تتناول في أسباب حكمها الرد على ما جاء بالتقرير من حجج، وأن تقيم قضائها على أدلة صحيحة سائغة من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها دون مخالفة للثابت بالأوراق^(٢).

وإذا قررنا بأن رأي الخبير لا يقيد المحكمة، فإن لها أن تأخذ به كله أو ببعض ما جاء به وتطرح بعضه لأنها غير مقيدة بأراء أهل الخبرة، إذ هي لا تقضي إلا على ما تظمن إليه^(٣).

وبخلاف ذلك: "إذا أخذت المحكمة بتقرير الخبير المقدم في الدعوى وأحالت في بيان أسباب حكمها إليه، وكانت أسبابه لا تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها، بحيث لا تصلح رداً على دفاع جوهرى تمسك به الخصوم فإن حكمها يكون معيباً"^(٤).

(١) الطعن رقم ١٦٨ لسنة ٥٤ ق، جلسة ١٩٩٢/٢/٢٣، مكتب فني ٤٣، ج ١ ص ٣٧٣.

(٢) الطعن رقم ١١٦٩ لسنة ٦٧ ق، جلسة ٢٠١٠/٠١/١٠.

(٣) الطعن رقم ٣٢٢ لسنة ٦٨ ق، جلسة ٢٠٠٦/٢/٢٨.

(٤) الطعن رقم ١٨٩٥ لسنة ٦١ ق، جلسة ١٩٩٢/١/٥، مكتب فني ٤٣، ج ١ ص ١١٧.

سادسا: في حدود توجيه القاضي لليمين:

تمثل اليمين وسيلة مهمة في الإثبات سيما في المسائل المالية المتعلقة بآثار الزواج والطلاق، من مهر ونفقة، وكذا النزاع حول متاع البيت، حيث قررت المادة ٧٣ من قانون الأسرة الجزائري بأنه: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، والمشاركات بينهما يقتسمانهما مع اليمين"، فالحكم للبينة أما إن لم يكن لأحدهما بينة فإن الفقرة الثانية من المادة قد جعلت الشاهد العرفي حكما، فمن كان من الزوجين شاهدا له، كان القول قوله بيمين متممة.

وقد أكدت المحكمة العليا ذلك بأنه: "من المقرر أن الشريعة الإسلامية قد نظمت مسألة اليمين في متاع البيت وجعلتها على من يقوى ضده العرف وتؤيده القرائن، واليمين على هذا النحو يمين شرعية لا يتوقف أداؤها على طلب الخصم"^(١)، أما ما اشتركا فيه الزوجان من المتاع فإنهما يقتسمانه مع اليمين^(٢).

وفي ضوء ذلك فقد قررت المحكمة العليا مبادئ هامة في حدود استعمال قاضي الموضوع لليمين في الإثبات، ومن ذلك اعتبارها توجيه اليمين للمطعون ضده من طرف قاضي الاستئناف بعد نكوله عن تأديتها أمام قاضي درجة أولى خطأ في تطبيق القانون "فمتى وجه القاضي الأول للزوجة تأدية اليمين تطبيقا للمادة ٧٣ المذكورة، على تركها أثاث ومصوغ في بيت الزوجية، وامتنعت عن تأديتها، فإنه لا يجوز لقاضي

(١) قرار رقم ٢٦٥٤٥ بتاريخ ١/٢٥/١٩٨٢، نشرة القضاء، عدد خاص ١٩٨٢، ص ٢٤٣.

(٢) م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم ١٨٩٢٤٥ بتاريخ ٢١/٤/١٩٩٨، م.ق، مرجع سابق، ص ٢٤٢.

استئناف أن يسمح لها بتأدية اليمين التي وجهت لها سابقا ونكلت عنها، ومتى حكم بذلك كان مخطئا في تطبيق القانون، ومستوجبا لنقض قراره^(١).

كما قررت أيضا أن الدفع المتعلق بعدم تأدية اليمين لا يعد طلبا جديدا، بل هو دفع يثار في أي درجة من درجات التقاضي^(٢)، كما يجب على قضاة الموضوع أن يردوا على طلب اليمين المعروض من طرف والمقبول من الطرف المقابل في النزاع^(٣). على أنه يتوجب على القاضي عند تكليفه أحد الزوجين بأداء اليمين أن يراعي شخصية كل منهما، وظروف وملابسات كل قضية^(٤)، واستنباط قرائن أخرى كالحالة المادية لهما، وعمل الزوجة، وقرب العهد بالزواج والتي يمكن أن تعزز قناعة القاضي في موضوع الدعوى، ذلك لأن اليمين إذا كانت تؤتي ثمارها فيما مضى فإنها لم تعد كذلك اليوم، بعد اندفاع المجتمع نحو ماديات الحياة وضعف الوازع الديني وانعدام التربية الأخلاقية داخل الأسرة.

(١) م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم ٨١٨٥٠ بتاريخ ١٤/٤/١٩٩٢، مرجع سابق، ص ٢٣٠.

(٢) فمن المقرر قانونا أن الدفع المتعلق بعدم تأدية اليمين بشأن الأثاث لا يعتبر طلبا جديدا، بل هو دفع يثار في أي درجة من درجات التقاضي، ومن ثم فإن القرار المنتقد عندما اعتبر توجيه اليمين التي أثارها الطاعن طلبا جديدا، يكون قد أخطأ في تطبيق القانون. قرار رقم ١٠٩٥٩٥ بتاريخ ١٩/٧/١٩٩٤، مرجع سابق، ص ٢٣٦.

(٣) م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم ٣٩٢٩٤ بتاريخ ٣٠/١٢/١٩٨٥، مشار إليه عند د. بلحاج العربي، مرجع سابق، ص ٣٩٥.

(٤) د. بلحاج العربي، مرجع سابق، ص ٣٩٥. وهو ما جعل المحكمة العليا في قرارها رقم ٢٥٠٥٥ الصادر بتاريخ ٩/٣/١٩٨١ تقرر بأن: "الحكم باليمين في مسألة الملابس وغيرها على المدعى عليه وهو يدعي أن له شهودا جاء معييا من عدة وجوه مما يؤدي إلى نقض".

المطلب الثاني

في تقرير القاضي للقواعد العامة في الإثبات واعتبار خرقها انعدام للتسبب

قد تضعف أو تتعدم السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في حالات معينة عندما يكون حكمه غير كاشف لوجه العدالة المأمول منه أن ينجحها، أو بمعنى أبسط حينما لا يقارب بحكمه بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية، فتكون الجفوة بينهما متسعة، يكون غير ممكن المقاربة فيها، ومن هذه الحالات انعدام التسبب، والذي يعد أحد أوجه الطعن بالنقض^(١)، ومن ثم توجب على قاضي الموضوع أن يراعي ذلك جيدا في الحكم الذي يهيئه.

ومن الأمثلة التطبيقية على ذلك ما ورد ضمنيا في المادة ٧٣ من قانون الأسرة، والمتعلقة بالنزاع حول متاع البيت، والتي نصها: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة..."، فقد قررت المادة في مستهلها بأنه^(٢): "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت"، وهو ما يعني أنه يشترط في المتاع موضوع النزاع أن يكون موجودا ومشاهدا، سواء كان موجودا بمسكن الزوجية أو في غيره من الأماكن، ويكفي عدم إنكاره، ومن ثم فإنه لا يمكن إقامة دعوى على متاع غير موجود أصلا، وكان محل إنكار من المدعي عليه، كأن قدم أحد الزوجين قائمة

(١) الفقرة ٠٩ من المادة ٣٥٨ قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(٢) وقد جاء في حكم لمحكمة الاستئناف المختلطة بتاريخ ١٩١٤/٤/٢٩ بأنه: "يعتبر العرف الجاري بأن الزوجة تحضر أثاث المنزل قرينة على ملكيتها للأثاث، ولكنها ليست قرينة كافية، بل يجب أن تضاف إليها قرائن أخرى لإثبات حقها، كإسار والد الزوجة، أو قرب العهد بالزواج". محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص ٣٩٧.

محل إنكار من الخصم، فهنا لابد من إقامة الدليل على هذه القائمة ابتداء^(١)، ويكفي المدعى عليه يمين النفي إلى أن يثبت وجود المتاع المتنازع فيه بالإقرار أو نحوه، وهي يمين حاسمة تحسم النزاع القائم.

وهذه المسألة مع اعتبارها من القواعد العامة في الإثبات، إلا أن الكثير من وكلاء الخصومة يغلط فيها أمام محاكم الموضوع، فيتصور أن المسألة تتعلق بتوجيه يمين الإثبات، في حين أن الأمر يتعلق بتأكيد وجود أو نفي الشيء المتنازع.

وهو ما أكدته المحكمة العليا في اجتهاداتها بأن: "الاكتفاء بتوجيه اليمين قبل معرفة وجود أو عدم وجود محل النزاع المدعى به يعد بمثابة انعدام التسبب وخرق واضح لقواعد الإثبات"، ومن ذلك ما جاء في إحدى قراراتها: "بأن الطاعن قد أنكر وجود المتاع والمصوغ لديه وطلب إقامة البينة على دعواها، والتمس الاستماع إلى شهادة ابن المطعون ضدها، فإن قضاة الموضوع لما لم يجيبوا على طلب الطاعن وبادروا بتوجيه اليمين المتممة للمطعون ضدها دون التأكد من وجود المصوغ فإنهم عرضوا قرارهم للقصور في التسبب وخرقوا قواعد الإثبات"^(٢).

(١) الهاشمي هويدي، توضيحات حول تطبيق المادة ٧٣ من قانون الأسرة المتعلقة بالنزاع في متاع البيت، المجلة القضائية، عدد خاص بالاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ٢٠٠١، ص ٢٤.

(٢) قرار رقم ٨٦٠٩٧ بتاريخ ٢٧/١٠/١٩٩٢، م.ق، مرجع سابق، ص ٢٣٣. وفي قرار آخر: "متى تبين - في قضية الحال - أن المدعى عليه أنكر وجود الأمتعة المطالب بها، فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض الدعوى في الحال دون تطبيق القاعدة العامة في الإثبات بتوجيه اليمين للمدعى عليه خالفوا القانون وعرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني". قرار رقم ٢١٦٨٣٦ بتاريخ ١٦/٣/١٩٩٩، مرجع سابق، ص ٢٤٥.

الخاتمة

بعد الانتهاء من هذا البحث حول حدود دور قاضي شؤون الأسرة في تقدير الإثبات، حاولنا من خلاله تبين مظاهر ونطاق سلطة القاضي في ذلك، انتهينا إلى جملة من النتائج والتوصيات، لعلها تكون عوناً للبحث في مجال الإثبات، بشقيه الموضوعي والإجرائي، والتي يمكن أن نجملها فيما يأتي:

أولاً: النتائج:

- ١- إن الحقيقة القضائية - وإن كانت ثابتة - فهي بلا شك غير متفقة مع الحقيقة الواقعية بالكلية، إذ كثيراً ما تجافي إحداهما الأخرى، وهذا ما يجعل الحقيقة القضائية نسبية لا مطلقة.
- ٢- قرر الفقهاء مبادئ لنظام الإثبات يظهر من خلالها مظاهر المرونة في الشريعة الإسلامية، والتي قام عليها نظام الإثبات الشرعي، وعمل شراح القانون للتأسيس على هذه القاعدة في دائرة الإثبات.
- ٣- يظهر أن أرجح الأقوال هو القول بعدم تقييد القاضي بأدلة إثبات محددة، لما في ذلك من تحقيق لمصلحة الناس من بيان الحق وظهوره بعد خفائه، والشرط الوحيد في ذلك هو عدم وجود ما يمنع العمل به في الشرع
- ٤- عبء الإثبات لا يثقل كاهل أحد الخصمين دون الآخر، وإنما هو يوزع بين الخصمين، وقد يقع هذا التوزيع بحكم الواقع، أو بمقتضى قرائن قضائية، وقد يقع بحكم القانون بمقتضى قرائن قانونية، فينقل بها عبء الإثبات من خصم إلى آخر.
- ٥- العمل المكلف به الخصم في الدعوى لا يعني أن يقف قاضي شؤون الأسرة مكتوف اليدين منحسراً دوره في تلقي الأدلة والبراهين دون أن يمارس دوراً فعالاً إزاءها، وإنما له دور فعال في مجال الإثبات وإدارة الدليل، ومن ذلك أن له أن يأمر باستكمال الأدلة وجمعها.
- ٦- الأصل المقرر هو الاعتراف للقاضي بسلطته المطلقة في تقدير الدليل المقدم في الدعوى، واستثناء من ذلك قد لا يكون له أي سلطة في تقدير الدليل إذا صدر وفق أصوله وكانت صحيحة، كالوثائق الرسمية إذا ما صدرت وفق أصولها وكانت صحيحة، كانت حجة على الأطراف وعلى الغير .

- ٧- اعترف القانون لقاضي الموضوع بسلطته في تقدير كفاية الأدلة التي يقيم عليها قضاءه غير خاضع في ذلك لرقابة محكمة النقض، طالما تؤدي إلى النتيجة التي استخلصها منها، فيكون موقفه أقرب إلى الإيجابية منه إلى السلبية.
- ٨- وقاضي شؤون الأسرة وإن كان يتمتع بسلطة مطلقة في تقدير الأدلة كفايتها والموازنة بينها، ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض، إلا أنه مع ذلك مقيد في سلطته وتقديره بأن يكون تقديره سائغا وإلا خضع لرقابة محكمة النقض من خلال التسبيب.
- ٩- وباعتباره قاضي موضوع فهو مقيد في تقديره للدليل القانوني بالتأكد من توافر شروط هذا الدليل فحسب، فإن انتهى إلى توافرها كان ملزما بالأخذ بهذا الدليل كالإقرار، واليمين الحاسمة، أو النكول عنها، والقرينة القانونية.

ثانياً: التوصيات:

- ١- ضرورة تأصيل بعض أحكام قضاء النقض تأصيلاً فقهياً وشرعياً مما يمكن أن يعد مبدأً قضائياً تستشير به المحاكم الدنيا وتعلل به أحكامها.
- ٢- إدراج نصوص في قانون الأسرة تتعلق بأحكام الإثبات الموضوعية في دعاوى التفريق القضائي، ومن ذلك وجوب الاستعانة بالخبرة الطبية في إثبات العيوب الموجبة للتفريق، والنص في قانون الإجراءات المدنية الجزائي بقبول شهادة السماع لإثبات الضرر الموجب للتفريق.
- ٣- النص صراحة على حالة الخرق أو الإخلال بقواعد الإثبات، واعتبارها قصوراً في أو انعداماً في تسبب الأحكام والقرارات، وبالتالي من الحالات المقررة للنقض.
- ٤- النص صراحة على حجية الإقرار غير القضائي الشفوي أو المكتوب في ورقة عرفية، والذي يصدر في غير مجلس القضاء، أو أمامه في غير الدعوى المتعلقة بموضوعه، واعتبار تقدير استنباطه مسألة موضوعية، وللقاضي أن يعتبره دليلاً كاملاً في الإثبات، فيكون حجة على المقر ولا يجوز تجزئته، وقد يعتبره مجرد قرينة ومبدأ ثبوت بالكتابة، كما له تجزئته والأخذ ببعضه دون البعض - تبعاً للظروف والملابسات - وقد لا يأخذ به أصلاً.

المصادر والمراجع

أولاً: كتب اللغة

- ١- ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الأميرية، ط١، ١٣٠٠ هـ.
- ٢- محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، عنى بترتيبه محمود خاطر بك، المطبعة الأميرية، القاهرة، ١٣٥٨ هـ، ١٩٣٩ م.

ثانياً: علوم القرآن

- ١- السعدي: عبد الرحمن بن ناصر: تيسير الكريم الرحمن في تفسير الكلام المنان، مكتبة المعارف، الرياض، ط١، ١٤٢٠ هـ ١٩٩٩ م.
- ٢- ابن كثير: أبو الفداء عماد الدين اسماعيل بن كثير الدمشقي: تفسير القرآن العظيم، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، دون تاريخ طبع.

ثالثاً: السنة والآثار وعلومهما

- ١- أبوداود: سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، تعليقات الشيخ أحمد سعد علي، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط١، ١٣٧١ هـ، ١٩٥٢ م.
- ٢- ابن حجر: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٠ هـ، ١٩٨٩ م.
- ٣- الشوكاني: محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط١، ١٤٢٤ هـ، ٢٠٠٣ م.
- ٤- ابن ماجه: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، عيسى البابي الحلبي وشركاه، دون تاريخ الطبع.
- ٥- مسلم: أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم بشرح النووي للإمام يحيى بن شرف النووي، دار الحديث، القاهرة، ط٤، ١٣٢٢ هـ، ٢٠٠١ م.

رابعاً: كتب الفقه الإسلامي

١. ابن أبي الدم: أبو اسحاق شهاب الدين ابراهيم بن عبد الله الحموي، كتاب أدب القضاء وهو الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات، تحقيق د. محمد مصطفى الزحيلي، مطبعة زيد بن ثابت، دمشق، ١٣٩٥ هـ ١٩٧٥ م.
٢. ابن القيم الجوزية: أبو بكر أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٣٨٨ هـ ١٩٦٨ م.
٣. ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير وبهامشه شرح العناية على الهداية للبايرتي، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، دون تاريخ طبع.
٤. ابن حزم: أبو محمد بن أحمد بن حزم الأندلسي، المحلى، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.
٥. ابن رشد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، مكتبة الخانجي، دون تاريخ الطبع.
٦. ابن عابدين: محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر ١٣٧٦ هـ ١٩٦٦ م.
٧. ابن فرحون: أبو الوفاء برهان الدين ابراهيم اليعمري، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٦ هـ ١٩٩٥ م.
٨. ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخرقي، دار الكتب العلمية، بيروت، دون تاريخ.
٩. ابن نجيم: الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل، مؤسسة الحلبي وشركاه، ١٣٨٧ هـ ١٩٦٨ م.
١٠. الخرشي: أبو عبد الله محمد بن عبد الله، شرح الخرشي على مختصر خليل، المطبعة العامرة الشرفية، ط١، ١٣١٦ هـ.
١١. الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة، دار الغرب الاسلامي، ط١، ١٤١٤ هـ ١٩٩٤ م.

١٢. الطرابلسي: علاء الدين الحنفي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر، د ت ط.
١٣. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار الجيل، بيروت، ط١، ١٤١٨ هـ، ١٩٩٨ م.
١٤. العز بن عبد السلام: عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه وعلق عليه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٣٨٨ هـ، ١٩٦٨ م.
١٥. القرافي: أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، الفروق، أو أنوار البروق في أنواع الفروق، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤٢٤ هـ، ٢٠٠٣ م.
١٦. الكاساني: علاء أبو بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع، مطبعة الإمام، القاهرة، دون تاريخ الطبع.
١٧. الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، الحاوي الكبير غي فقه مذهب الامام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٤ هـ، ١٩٩٤ م.
- خامسا: كتب في القضاء الشرعي، القانون:**
- ١- د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، ط٣، ١٩٨٧.
- ٢- أحمد عبد المنعم البهي، من طرق الإثبات في الشريعة والقانون، دار الفكر العربي، ط١، ١٩٦٥.
- ٣- د. أحمد فراج حسين، أدلة الإثبات في الفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
- ٤- أحمد نشأت، رسالة الإثبات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٢.
- ٥- بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ١٩٨١.
- ٦- د. توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٧٦.
- ٧- د. جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، ١٩٨٣.

- ٨- جميل بسيوني، أصول الإثبات شرعا ووضعا، الكتاب الأول، ١٤٠١ هـ ١٩٨٠ م.
- ٩- د. سليمان مرقس، أصول الإثبات واجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنة بتقنيات سائر البلاد العربية، عالم الكتب، ١٩٨١.
- ١٠- د. عبد الحميد الشواربي، الإثبات بشهادة الشهود في المواد المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية، منشأة المعارف الاسكندرية، ١٩٩٦.
- ١١- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٦.
- ١٢- د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.
- ١٣- محمد حمزة العربي، المبادئ القضائية لمحكمة الاستئناف الشرعية في المملكة الأردنية الهاشمية من سنة ١٩٥١ إلى سنة ١٩٧٣، مكتبة الأقصى، عمان، ط١، ١٩٧٣.
- ١٤- محسن ناجي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، مطبعة الرابطة، بغداد، ط١، ١٩٦٢.
- ١٥- د. محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، جامعة الملك سعود، الرياض، ١٩٨٨.

سادسا: الرسائل العلمية:

- ١- حمليل صالح، إجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق، ماجستير في القانون الخاص، جامعة بلعباس ١٩٩٨.
- ٢- سحر عبد الستار إمام يوسف، دور القاضي في الإثبات، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٤٢٢ هـ ٢٠٠١ م.
- ٣- عنتر جودة الشريف، حجية القرائن في الإثبات المدني في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٤٢٣ هـ ٢٠٠٣ م.
- ٤- د. محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في المعاملات المدنية والأحوال

الشخصية في الشريعة الاسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة الأزهر، ١٣٩١ هـ ١٩٧١ م.

سابعا: الدوريات:

- ١- المجلة القضائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، وزارة العدل، الجزائر: عدد ٣- ١٩٨٩. عدد ١، ٣- ١٩٩٠. عدد ٣، ٤- ١٩٩١. عدد ٢- ١٩٩٨. عدد خاص- ٢٠٠١.
- ٢- مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، المكتب الفني، وزارة العدل: السنة ٤٤- ١٩٩٣. السنة ٤٦- ١٩٩٥. السنة ٤٧- ١٩٩٦. السنة ٥٠- ١٩٩٨.
- ٣- المستحدث من المبادئ التي قررتها دوائر الأحوال الشخصية بمحكمة النقض من أول أكتوبر ٢٠٠٠ حتى سبتمبر ٢٠٠١.
- ٤- نشرة القضاء، وزارة العدل، الجزائر، عدد خاص ١٩٨٢. عدد ١، ١٩٨٥. عدد ١، جانفي ١٩٨٦.

ثامناً: القوانين، المراسيم، اللوائح:

- ١- قانون الاثبات المصري في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨، المؤرخ في ٣ ربيع الأول ١٣٨٨ هـ الموافق ٣٠/٥/١٩٦٨.
- ٢- القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المتعلق بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.
- ٣- القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ المتعلق بإنشاء محاكم الأسرة.
- ٤- الأمر رقم ٥٨/٧٥ المؤرخ في ٢٦/٩/١٩٧٥ المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.
- ٥- القانون رقم ١١/٨٤ المؤرخ في ٩ رمضان ١٤٠٩ الموافق ٩/٦/١٩٨٤ المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر الرئاسي المؤرخ في ١٨ محرم ١٤٢٦ الموافق ٢٧/٢/٢٠٠٥.
- ٦- قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم ٠٩/٠٨ المؤرخ في ٢٥/٢/٢٠٠٨.

الملخص:

لقاضي شؤون الأسرة كقاضي موضوع سلطة تقديرية هامة يمكنه من خلالها فهم الوقائع في ضوء الأدلة المتوافرة في محاولة لتحقيق مقارنة نسبية بين الحقيقة القانونية والحقيقة الواقعية، وتتجسد تلك السلطة في تقدير أدلة الإثبات، وقبل ذلك سلطته التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى، وفي بحث الدلائل والمستندات المقدمة له تقديمًا صحيحًا وموازنة بعضها ببعض الآخر، وترجيح ما يطمئن إليه منها، من غير رقابة عليه من محكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب تكفي لحمله وتوسع النتيجة التي انتهى إليها. وهذه المهمة تقتضي من القاضي معرفة حدود تلك السلطة تحقيقًا لمبدأ الكفاية بين الأدلة من جهة واتمامًا للإيجابية المنوطة به.

ABSTRACT :

The judge of family affairs as a judge has an important discretionary power to understand the facts in the light of the evidence available in an attempt to achieve a relative approach, between legal truth and real reality. This power is embodied in the assessment of evidence and before his full authority in understanding the reality of the case, And the documents presented to him correctly and balance each other, and reassuring them, without the control of the Court of Cassation when he established the judiciary on sufficient grounds to bear and justify the result that ended. This task requires the judge to know the limits of that authority in order to achieve the principle of adequacy, between the evidence on the one hand and the completion of the positive assigned to it.