

وظيفة قاعدة «اليقين لا يزول بالشك»
في البيئات القضائية المتقابلة
دراسة قانونية فقهية مقارنة

أ.م.د. عيسى خليل خير الله
الجامعة العراقية / كلية العلوم الإسلامية

أ.م.د. محمد خليل خير الله
الجامعة العراقية / كلية التربية للبنات



المخلص

ترتبط القواعد الفقهية ارتباطاً وثيقاً بالعقل فهي تسير في منطق العقل في التشريعات القانونية كافة لذلك عرفت بأنها صيغ إجمالية عامة من قانون الشريعة الإسلامية، ومن جوامع الكلم المعبر عن الفكر الفقهي، استخرجها الفقهاء في مدى متطاوّل من دلائل النصوص الشرعية، وصاغوها بعبارات موجزة جزلة، وجرت مجرى الأمثال في شهرتها ودلالاتها في عالم الفقه الإسلامي، بل في عالم القانون الوضعي أيضاً، فكثير منها يعبر عن مبادئ حقوقية معتبرة ومقررة لدى القانونيين أنفسهم؛ لأنها ثمرات فكر عدلي وعقلي، ذات قيم ثابتة في ميزان التشريع والتعامل والحقوق والقضاء، ومن هذه القواعد الفقهية المهمة التي كان لها أثر قانوني كبير في العديد من التشريعات، قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"، فهذه القاعدة كان لها تطبيقات عديدة في القانون المدني والقانون التجاري والقواعد الاجرائية في قانون المرافعات .

ومن أوجه تطبيقات قاعدة اليقين لا يزول بالشك التي لم تنل حظاً كبيراً من البحث والدراسة، تطبيقاتها وإثرها في عبء الإثبات والموازنة بين البيّنات القضائية المتقابلة . وهذا ما نحاول بحثه بشيء من التفصيل في بحثنا هذا

Abstract

The jurisprudential rules are among the greatest creations of the mind, which are the general gross versions of the Islamic Sharia law, and from the mosques of the word of Fiqh expressed by the scholars of a long range of legal guides, drafted in concise terms as a part, and the proverbs in their fame and connotations in the realm of fiqh Islamic, but also in the realm of positive law, many of them express the principles of rights that are considered and established by the jurists themselves because they are the fruits of juridical and mental thought, with constant values in the balance of legislation, dealing, rights and justice, these are important jurisprudential rules that have had a significant legal effect in many Legislation, the rule of «certainty does not fade in doubt», this rule has many applications in civil law, commercial law and procedural rules in the law of pleadings.

One aspect of the application of the rule of certainty is not to be eliminated by doubt that has not received much from research and study, its applications and its impact on the burden of proof and the balancing of opposing judicial evidence. And that's what we're trying to discuss in some detail in our research.

مقدمة

ترتبط القواعد الفقهية ارتباطاً وثيقاً بالعقل فهي تسير في منطق العقل في التشريعات القانونية كافة لذلك عرفت بأنها (صيغ إجمالية عامة من قانون الشريعة الإسلامية، ومن جوامع الكلم المعبر عن الفكر الفقهي، استخرجها الفقهاء في مدى متطاوّل من دلائل النصوص الشرعية، وصاغوها بعبارات موجزة جزلة، وجرّت مجرى الأمثال في شهرتها ودلالاتها في عالم الفقه الإسلامي، بل في عالم القانون الوضعي أيضاً، فكثير منها يعبر عن مبادئ حقوقية معتبرة ومقررة لدى القانونيين أنفسهم؛ لأنها ثمرات فكر عدلي وعقلي، ذات قيم ثابتة في ميزان التشريع والتعامل والحقوق والقضاء)^١

وقد اجتهد العلماء الأقدمون في وضعها وصياغتها عبر تاريخ الفقه الإسلامي المجيد بدءاً من عصر النبي صلى الله عليه وسلم مروراً بعصر الصحابة والتابعين والفقهاء الذين انكبوا طوال عصور التاريخ الإسلامي على بلورتها وصياغتها في بطون الكتب لضبط الفقه الإسلامي وتأصيله، فاستخدموها عند التعليل والترجيح للحفاظ والمساعدة على فهم مقاصد الشريعة التي تحولت إلى منارات هدى تتسم بقوانين وقواعد حيث المرونة والسعة والتكيف مع كل جديد، وهي المميزات التي جعلت هذه الشريعة قابلة للتطبيق في كل زمان ومكان تواجه التطور البشري وتتصدى لحوادث لا متسع لها.

لقد اقتبست القوانين المعاصرة في الدول العربية فكرة القواعد الكلية من الفقه الإسلامي وأدجمتها في ثناياها، حتى أصبحت جزءاً رصيناً من أحكامها. فعلى سبيل المثال فإن القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ أقتبس بعض هذه القواعد وجعلها جزءاً من مواده وهي المواد من ١٥٥ إلى ١٦٧، وأخذ القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ بخمسة وستين قاعدة فقهية كلية .

ومن هذه القواعد الفقهية المهمة التي كان لها أثر قانوني كبير في العديد من التشريعات، قاعدة «اليقين لا يزول بالشك»^٢، فهذه القاعدة كان لها تطبيقات عديدة في القانون المدني والقانون التجاري والقواعد الاجرائية في قانون المرافعات .

ومن أوجه تطبيقات قاعدة اليقين لا يزول بالشك التي لم تنل حظاً كبيراً من البحث والدراسة، تطبيقاتها وإثرها في عبء الإثبات والموازنة بين البنات الفضاوية المتقابلة . وهذا ما نحاول بحثه بشيء من التفصيل في بحثنا هذا . حيث إن تحديد ومعرفة أي من الخصمين، هو الذي يكلف ويحمل عب الإثبات أولاً مسألة في غاية الأهمية، لأن إلقاء عب الإثبات

(١) احمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، ١٩٨٩، ص ١٩.

(٢) سيأتي التعريف بهذه القاعدة.



الفرع الأول - تعريف القاعدة الكلية:

القاعدة في اللغة هي اساس البيت ونحوه. وعليه قوله تعالى (وإذ يرفع ابراهيم القواعد من البيت واسماعيل)^(١) أي اسسه: قاعدة البناء، أي اساسه، وقاعدة الجبل اصله. ومعناها مأخوذ من القعود، أي الثبات والاستقرار. ويقول علماء اللغة بهذا الخصوص ايضا ان القواعد والاسس والاركان نظائر وواحد القواعد قاعدة ومعنى اللفظ الثبوت والاستقرار^(٢).

اما تعريف القاعدة اصطلاحا فقد عرف الفقهاء القاعدة الكلية بانها (حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته)^(٣).

وقال الجرجاني: (هي قضية كلية منطبقة على جميع

جزئياتها) ٤.

وقيل هي حكم الكل او الاكثر الموافق والمنطبق

على اكثر الجزئيات لأجل معرفة احكامها^(٥).

(١) سورة البقرة، آية ١٢٧.

(٢) محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس شرح القاموس المطبوعة الخيرية، مصر مادة (قعد) / ٤٧٣، احمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في قريب الشرح الكبير، مطبعة مكتبة البيان، بيروت، ص ٧٨٦.

(٣) السيوطي، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١١هـ - ١٩٩٠. ص ٥.

(٤) الجرجاني: التعريفات، مطبعة مكتبة صبيح، القاهرة، ١٣٨٢هـ، ص ٢٥١.

(٥) محمد سعيد المحاسني، شرح مجلة الاحكام العدلية، كتاب القواعد والبيوع، مطبعة الترقى دمشق ١٩٢٧، ص ٢٧.

بصورة خاطئة على غير المكلف به قد يؤدي الى عجزه عن إقامة الدليل، لا لسبب أن الحق ليس في جانبه، بل لان أدواته العامة النافعة تعوزه، فلا يهتدي اليها، أو لا يوفق في كيفية أدائها، بل وقد يكون الحق مترواحا متأرجحا غير مستقر الحال بين الطرفين المتداعين فلا يتمكن أي منها أن يثبته أو ينفيه، لذا فتكليف أحدهما بالإثبات معنى ذلك الحكم عليه أو على خصمه، وبعبارة أكثر وضوحا أن الحق قد يضيع من صاحبه لا لشيء آلا لأن القانون قد ألقى عبء الإثبات على خصم حيث كان بالإمكان أو يجب تكليف الخصم الآخر به.

من هنا وتيسير ترجيح القاضي للبيئات المتعارضة فقد أخذ القانون بالعديد من تطبيقات قاعدة اليقين لا يزول بالشك.

وهنا في بحثنا هذا نحاول تسليط الضوء على وظيفة قاعدة اليقين لا يزول بالشك في جانب الموازنة بين البيئات القضائية المتقابلة وذلك في مطلبين نخصص الأول لماهية القاعدة الكلية ومعنى قاعدة اليقين لا يزول بالشك، ونخصص المطلب الثاني للدور الترجيحي لقاعدة اليقين لا يزول بالشك في البيئات القضائية المتقابلة. ومن الله التوفيق

المطلب الاول:

ماهية القاعدة الكلية ومعنى قاعدة

« اليقين لا يزول بالشك »

يتناول هذا المطلب ماهية القاعدة الكلية وأهميتها وتمييزها عن غيرها، ومعنى قاعدة اليقين لا يزول بالشك

وظيفة قاعدة «اليقين لا يزول بالشك» في البنات الفضاوية المتقابلة

الفرع الثاني: تمييز القواعد الفقهية عن القواعد

الاصولية والقانونية:

إن الفرق - بكل بساطة - هو أن القاعدة الأصولية تدل على الحكم بواسطة النص عن طريق الاستنباط^(١) في حين أن القاعدة الفقهية هي فعل المكلف، وهي حكم أغلبي يتعرف منه على حكم جزئياته الفقهية مباشرة، سميت القواعد الفقهية الكلية بهذه التسمية تفريقاً لها عن القواعد الأصولية. فالقواعد الفقهية تختلف عن القواعد الأصولية وإن كان النوعان قواعد كلية، وأصولاً عامة، يندرج تحتها جزئيات متعددة.

ذلك أنهم لم يعتبروا القواعد الفقهية من ضمن قواعد علم الأصول، وإنما عدوها قسماً مضارعا لها، وافردوا لكل نوع منها بتأليف خاصة. قال القرافي (إن الشريعة المعظمة المحمدية زاد الله منارها شرفاً، وعلواً، اشتملت على اصول وفروع:

واصولها قسمان: احدهما المسمى بأصول الفقه، وهو في غالب امره ليس فيه الا قواعد الاحكام الناشئة عن الالفاظ العربية الخاصة، وما يعرض لتلك الالفاظ من النسخ والتدرج، ونحو الامر للوجوب، والنهي والتحریم، والصيغة الخاصة للعموم، ونحو ذلك وما خرج عن هذا النمط الا كون القياس حجة، وخبر الواحد، وصفات المجتهدين.

اما القسم الثاني: قواعد كلية فقهية جلية كثيرة

او هي حكم اغلبي ينطبق على معظم جزئياته^(١).

إذا القواعد الفقهية هي عبارة عن اصول ومبادئ كلية دستورية في نصوص موجزة تتضمن احكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها وهي تمتاز بمزيد من الایجاز في صياغتها، على عموم معناها وسعة استيعابه للفروع الجزئية، فتصاغ القاعدة عادة بكلمتين او بضع كلمات محكمة من الفاظ العموم او هي قضية كلية تنطبق على جميع جزئياتها او اكثرها، تعرف احكامها منها^(٢).

وخلاصة القول عن القاعدة الكلية اعتبارها حكماً كلياً، او قانوناً عاماً، يندرج تحته مجموعة من المسائل الشرعية المتشابهة تشابهاً يجعل الحكم الكلي يشملها، وذلك كقاعدة: اليقين لا يزول بالشك، ولا ضرر ولا ضرار.

ان هذا يعطي تصوراً بان كل قاعدة منها تدرج تحتها فروع كثيرة متناثرة في مختلف ابواب الفقه، وهي تتميز بالایجاز في العبارة وصقل في الصياغة والاستيعاب الواسع للفروع، وان كانت لا تخلو كل قاعدة من مستثنيات يقتضي الاستحسان تطبيقها على قواعد اخرى، على ان هذا الاستثناء لا يقلل من اهميتها ولا يضعف من جدواها^(٣).

(١) زين الدين بن ابراهيم بن نجيم، الاشباه والنظائر، مطبعة

الجمالية بالقاهرة ١٣٢٨هـ / ١٩١٠م، ص ٢٢

(٢) مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط ١، مطبعة

الجامعة السورية، ١٩٥٢م ص ٦٣٣

(٣) ينظر: محمد شفيق العاني، الفقه الاسلامي ومشرع القانون

المدني الموحد في البلاد العربية، مطبعة البيان العربي، ١٩٦٥م،

ص ١٠٣

(٤) مسعود بن موسى فلوسي، القواعد الأصولية تحديد

وتحصيل، مكتبة وهبة للطباعة والنشر، ٢٠٠٣، ص ١٥



أ.م.د. عيسى خليل خير الله ... أ.م.د. محمد خليل خير الله

الى استنباط التفريعات الجزئية بواسطة الادلة وهذه التفريعات المستنبطة بواسطة اصول الفقه قد تجمع في ضابط عام يسمى القاعدة الفقهية^(٢).

اما المقصود بالقاعدة القانونية: تعرف القاعدة القانونية بأنها: (قاعدة ملزمة تنظم سلوك الأفراد في المجتمع وتقرن بجزاء مادي توقعه السلطة العامة على من يخالفها)^(٣)

والقاعدة القانونية هي الوحدة التي يقوم عليها النظام القانوني فهي كالفرد بالنسبة للمجتمع وهي كالرقم بالنسبة للعدد المركب، فالنظام القانوني يمثل في حقيقته مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم امرا واحدا، فيقال نظام الاسرة ونظام المعاملات ونظام العقوبات.

ان كل هذه الانظمة تهدف الى تنظيم روابط من نوع واحد فنظام الملكية هو الذي يبين طرق اكتسابها وانقضائها وحدود المالك في ملكه من حيث التصرف والاستعمال في ملكه ضمن ضوابط تحدد سبيل ذلك. وبالإمكان تقسيم القواعد القانونية بناء على اعتبارين:


الاعتبار الاول: هو نوع الرابطة القانونية التي تحكمها القاعدة القانونية اذ هذه الرابطة قد تكون بين الافراد بعضهم مع بعض وهنا يمكن تسميتها بالرابطة الخاصة او القاعدة القانونية الخاصة التي تنظم العلاقة

(٢) ينظر: عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، ط١، المطبعة العربية، بغداد، ١٩٦٤م، ص٩٠
(٣) موقع: www.tthanyan.ga.com

العدد، عظمة المدر، مشتملة على اسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى، ولم يذكر منها شيء في اصول الفقه، وان اتفقت الاشارة اليه هنالك على سبيل الاجمال فبقي تفصيله لم يتحصل^(١).

ويظهر الاختلاف بين القواعد الفقهية والقواعد الاصولية في ان القواعد الفقهية من قبيل المبادئ العامة والضوابط الفقهية، تتضمن احكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها توضح التصورات والافكار القانونية في الفقه الاسلامي وتعين على ضبط المسائل ومعرفة احكام الجزئيات المندرجة تحتها، التي لم ينص عليها، او لم يرد على حكمها دليل، واكثر القواعد الفقهية قواعد اغلبية، أي غير مطردة ولا يتقص من قيمتها الاستثناءات الواردة عليها؛ اذ ان لكل قاعدة عامة مستثنيات؛ نتيجة تقييد او تخصيص بمقيد او بمخصص، فموضوع القاعدة الفقهية فعل المكلف. اما القواعد الاصولية: فهي التي تضع المناهج، وتبين المسالك التي يلتزم بها الفقيه لاستنباط الاحكام الشرعية من ادلتها التفصيلية، فهي تعين على استخراج الحكم من الدليل نفسه، من كتاب، او سنة او اجماع او قياس او سائر المصادر التشريعية الاسلامية، والمباحث اللغوية، فموضوع القاعدة الاصولية الدليل الذي يساعد على استنباط الحكم، أي ان القاعدة الاصولية هي المرشدة

(١) القرافي، الفروق، دار السلام للنشر، الطبعة لأولى، ١٤٢١ هـ
٢٠٠١م ص٣٠٢.

وظيفة قاعدة «اليقين لا يزول بالشك» في البنات الفضاوية المتقابلة  البحوث المحكمة

من الأحكام وإن اختلفت أبوابها التي ترجع إليها، إلا أنها تجتمع معاً تحت علة واحدة تحكم فيها. وبعدها كان لا بد بعد التدوين الأولي للمسائل والأحكام أن يقوم في وقت لاحق تجميع لتلك العلة الجامعة، حيث يبرز بها ويتجلى المنطق في اشتراك المسائل من أنواع وأبواب شتى في حكم من الأحكام.

إن هذه الفكرة الجامعة التي تبدو للفقهاء رباطاً مشتركاً بين كل هذه المسائل، تخضت عن صيغة قاعدية أصبحت حاکمة فيما لا يحصى من المسائل والوقائع، وركيزة ثابتة في القضاء والحكم، هذه الصيغة القاعدية عُرِفَت بعد ذلك (بالقاعدة الفقهية). في المادة الثانية حتى المادة المئة من مجلة الأحكام العدلية، صيغت تسع وتسعون قاعدة كلية. وهي مأخوذة معظمها عن كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم وبعضها من كتاب المجامع أو غيره من كتب الفقه الحنفي.

وقد بين شراح مجلة الأحكام العدلية سبب جمع القواعد الكلية وفائدتها العملية. يقول علي حيدر: (ان المحققين من الفقهاء قد ارجعوا المسائل الفقهية الى قواعد كلية، كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة، وتلك القواعد الفقهية مسلمة معتبرة في كتب الفقه، تتخذ ادلة لإثبات المسائل. وتفهمها في بادئ الامر فذكرها يوجب الاستئناس بالمسائل، ويكون وسيلة لتقررها في الازهان. فلذا جمع تسع وتسعون قاعدة فقهية. وان بعض هذه القواعد وان كانت بحيث اذا انفرد، يوجد من مشتملاته بعض المستثنيات، لكن

بين الافراد. وقد تكون هذه الرابطة متصلة بالدولة او تكون طرفا فيها فيطلق عليها بالرابطة العامة او القاعدة القانونية العامة.

الاعتبار الثاني: فهو قوة القاعدة القانونية اذ من القواعد القانونية ماله قوة الزامية وهذه هي القواعد الملزمة الامرة ومنها ماله قوة الزامية محدودة وهذه هي القواعد المفردة^(١).

وعليه يمكن القول أن أهم ما يميز القاعدة الفقهية عن القاعدة القانونية هو صفة الالتزام التي تتصف بها القاعدة القانونية وتفتقر إليها القاعدة الفقهية، اللهم الا اذا أصبحت القاعدة الفقهية قاعدة قانونية بالنص عليها في قانون ملزم.

الفرع الثالث - أسباب جمع القواعد الفقهية الكلية وقيمتها التشريعية:

إن تدوين الأحكام بالطريقة الفروعية على حسب الوقائع هو البداية الطبيعية لكل نظام مكتوب في أول نشوئه.

وهكذا بدأ تدوين الأحكام في الفقه الإسلامي بحسب الوقائع، ودون علماء الشريعة الأولون ما ترامى إليهم من الوقائع، مما قضى به الرسول صلى الله عليه وسلم، أو استنباطاً من نصوص الكتاب والسنة ودلالاتها، وما عرفوه من مقاصد الشريعة، وعلل أحكامها، ومنطق العدل فيها.

وإذا كان لكل حكم علة بُني عليها، فقد كان كثير

(١) ينظر: منير محمود الورتى، القانون، ط٢، مطبعة الحافظ، بغداد، ١٩٨٩ ص٥٠.



لا تحتل كليتها وعمومها من حيث المجموع. لما ان بعضها يخص ويقتد بعضا اخر^(١). وبتصور اخر ان القواعد الكلية ليست الا مبادئ عامة جامعة لأكثر الجزئيات، ومبنية على اساس الاغلبية. لذلك كان بعضها لا يخلو من المستثنيات كما ذكر وتقييدات لكن وجود هذه المستثنيات او التقييدات لا يغير صفة العموم لهذا القواعد. ومع عمومية القواعد الكلية لكن هنالك بعضها جاءت ناقصة او مطلقة تحتاج الى تقييد او اتمام منها على سبيل المثال قاعدة: (الجواز الشرعي ينافي الضمان)^(٢)، فهذه القاعدة يتطلب استكمالها عن طريق الاستحسان الحنفي بعبارة (ما خلا احوال الضرر الفاحش).

اما فائدة القواعد الفقهية، فهي تسهيل فهم المسائل والمبادئ ليس الا. فعليه لا يصح للقاضي الاستناد اليها في احكامه ما لم يوجد عليها نص صريح في الحديث كقاعدة: (الخروج بالضمان)^(٣). وقاعدة (لا ضرر ولا ضرار)^(٤). وقاعدة (الامور بمقاصدها)^(٥)

- (١) علي حيدر، درر الاحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريف فهمي، دار الجليل الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م، ج ١/ ١٧
- (٢) محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الاربعية، دار الفكر، دمشق، ط ١، ٢٠٠٦م، ج ١، ص ٥٣٩.
- (٣) أصلها الحديث النبوي الشريف «الخروج بالضمان» أخرجه محمد بن عيسى الترمذي، جامع الترمذي، دار أحياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠٠م، ج ١/ ص ٤٥٧.
- (٤) الأصل فيها قول النبي صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار» أخرجه مالك بن أنس، الموطأ، دار الشعب، مصر، الطبعة الأولى، ص ٣٨٦.
- (٥) الأصل. في هذه القاعدة قول رسول الله صلى الله عليه

ان القواعد الكلية لها قيمة مادية ومعنوية كبيرة في الفقه، فهي ثروة فقهية عظيمة وزاد فكري يتصف بالخصوبة وتكون في نفس الوقت معينا لا ينضب وضابطا عاما يساعد كثيرا في ضبط المسائل الفقهية التي لم يرد بشأنها نص، وهي تمثل روح الشريعة وتعبير عن مقاصدها السامية التي ترمي الى تحقيقها وتشتمل على اسرارها وحكمها، لها نفع كبير وشأن عظيم، يتمخض عن فهمها والاحاطة بها ملكة للفقيه، بقدر فهمها والاحاطة بها يعظم قدره وتعلو مرتبته، ويتسع افقه^(٦)

قال القرافي (وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع، وبقدر الاحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف، وتتضح مفاهيم الفتاوي وتكشف، فيها تنافس العلماء وتفاضل الفضلاء وبرز القارح على الجذع^(٧) وحاز قصب السبق من فيها برع، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية من

وسلم (انها الاعمال بالنيات) محمد بن أساعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير بيروت، الطبعة الثالثة، ج ١ / ص ٢ (٦) ينظر: الماوردي، أدب القاضي، تحقيق محي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد ١٩٧٠، ج ١، ص ٦٨٨ (٧) القارح في اللغة المهر الذي انتهت اسنانه واكتملت ويراد بها الرجل الذي اكتمل (المصباح المنير، مصدر سبق ذكره، مادة قرح: ٧٦/٢ وتاج العروس، مصدر سبق ذكره، مادة قرح / ٢ / ٣٠٥). والجذع في اللغة المهر اذا دخل في السنة الثالثة أي لم يكتمل اسنانه، ويراد به الشاب الحدث ينظر، الجوهري، الصحاح، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، مادة جذع، ص ٧٢؛ والفيروزآبادي، القاموس المحيط، مطبعة المكتبة التجارية، مصر، ١٩١٣ مادة جذع، ص ١٢) ومقصد ذلك يذكر للتفريق بين من تضلع في شيء واكتمل، ومن هو مبتدى فيه.

(٨) القرافي، الفروق، مصدر سبق ذكره، ص ٧١

وظيفة قاعدة «اليقين لا يزول بالشك» في البيئات القضائية المتقابلة

ووصف ابن نجيم القواعد الكلية بأنها: (أصول الفقه في الحقيقة، وبها يرتقي الفقيه إلى درجة الاجتهاد)^(٤).

الفرع الرابع: أصل ومعنى قاعدة اليقين لا يزول بالشك

أصلها الحديث الشريف: « فليطرح الشك وليبن على ما استيقن »^(٥).

قال النووي: (وهذا الحديث أصل من أصول الإسلام، وقاعدة عظيمة من قواعد الفقه، وهي: أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك، ولا يضر الشك الطارئ عليها)^(٦).

وقال السيوطي: (اعلم أن هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه، والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر)^(٧).

ومراتب الإدراك خمس: العلم، والظن، والشك، والوهم، والجهل.

فالعلم: الاعتقاد الجازم المطابق للواقع، ويرادفه اليقين، لا المعرفة^(٨).

(٤) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٦.

(٥) مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، دار أحياء التراث العربي، ج ٥/٦١.

(٦) النووي، شرح صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ج ٤/٤٩.

(٧) السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سبق ذكره، ص ٦.

(٨) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، ج ٦، ص ٢٦٣، والتعريفات، الجرجاني، ص ١٥٥.

دون القواعد الكلية تناقصت عليه الفروع واختلفت، وتزلزلت خواطره فيها واضطربت وضافت نفسه لذلك وقنطت وتشتت افكاره، واحتاج الى حفظ الجزئيات التي لا تنتهي، وانتهى العمر ولم تقضي نفسه من طلب منهاها، ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ اكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات، واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب واجاب الشاسع والبعيد وتقارب، وحصل طلبته في اقرب الازمان، وانشرح صدره، لما اشرق فيه من البيان فيبين المقامين شأو بعيد وبين المنزلين تفاوت شديد).

ويقول أيضاً (وهذه القواعد مهمة في الفقه، عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف، وتتضح مناهج الفتاوى وتكشف... ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات، لا ندراجها في الكليات، واتحد عنده ما تناقص عند غيره وتناسب)^(١).

وقال السيوطي: (اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم، به يطلع على حقائق الفقه ومداركه، ومآخذه، وأسراره، ويتمهر في فهمه واستحضاره، ويقندر على الإلحاق والتخريج، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على عمر الزمان، ولهذا قال بعض أصحابنا: الفقه معرفة النظائر)^(٣).

(١) * القرافي، الفروق، مصدر سبق ذكره، ص ٧١.

(٢) القرافي، الفروق، مصدر سبق ذكره (٣/١).

(٣) السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سبق ذكره، ص ٦.



أ.م.د. عيسى خليل خير الله... أ.م.د. محمد خليل خير الله

والظن: إدراك الطرف الراجح من أمرين
جائزين^(١).

والشك: تجويز أمرين لا مزية لأحدهما على
الآخر^(٢).

والوهم: إدراك الطرف المرجوح من أمرين
جائزين^(٣).

والجهل: تصور الشيء على خلاف ما هو به في
الواقع، فإن اعتقد ذلك فهو الجهل المركب، وإلا
فالبسيط، وهو عدم العلم مطلقاً^(٤).

المطلب الثاني

الدور الترجيحي لقاعدة

« اليقين لا يزول بالشك » في

البيئات القضائية المتقابلة

لقاعدة اليقين لا يزول بالشك تطبيقات فرعية
متعددة منها على سبيل المثال ما نص عليه قانون
التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ في المادة ٤٥:
«إذا كُتِبَ مبلغ الحوالة عدة مرات بالحروف أو الأرقام
فالعبرة عند الاختلاف بأقلها مبلغاً» فهنا إذا كان
في متن الحوالة التجارية قد كتب مبلغها عدة مرات

مختلفة فسناًخذ بأقل مبلغ لأنه متيقن .
نستعرض في هذا المطلب اثر قاعدة اليقين لا
يزول بالشك في ازالة التعارض الحاصل بين البيئات
القضائية حيث ان لقاعدة «اليقين لا يزول بالشك»
قواعد لها تفرعات قانونية وفقهية كثيرة في نطاق
البيئات القضائية، سنتناول في هذا المطلب بعض هذه
التطبيقات .

الفرع الاول: قاعدة الاصل براءة الذمة^(٦):

وهي احدى تفرعات وتطبيقات قاعدة «اليقين
لا يزول بالشك»، سوف استعرض في هذا الفرع
بحث هذه القاعدة في مجال الفقه والقانون.

اولاً: قاعدة الاصل براءة الذمة في الفقه

الذمة في اللغة: العهد؛ لان نقضه يوجب الذم،
ومنه سمي المعاهد ذمياً، نسبة الى الذمة بمعنى العهد،
كما تفسر بالضمان تقول في ذمتي كذا أي في ضمانني،
والجمع ذمم^(٧).

اما في الاصطلاح الفقهي فمن الفقهاء من
جعلها وصفاً فعرّفها بانها: صفة يصير بها الإنسان
اهلاً للالتزام، فهي وصف يجعل الشخص اهلاً لماله
وما عليه، ومثال ذلك: اذا اشترى شخص شيئاً كان
اهلاً لتملك منفعة ذلك الشيء، كما يكون اهلاً لتحمل

(٦) السيوطي، الاشباه والنظائر، مصدر سبق ذكره ص ٥٣. وابن
نجيم، الاشباه والنظائر، ص ٥٩. وعلي حيدر، درر الحكام في
شرح مجلة الأحكام، دار عالم الكتب، ٢٠٠٣، ج ١، ص ٢٢، ومنير
القاضي شرح مجلة الاحكام العدلية، بغداد، ١٩٤٧، ص ٦٣،
م(٦) من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.
(٧) الفيومي، المصباح المنير، مصدر سابق، ص ٨٠.

(١) الموسوعة الفقهية، ج ٦، ص ٢٦٣.

(٢) الوجيز في ايضاح قواعد الفقه الكلية، ج ١، ص ١٦٩.

(٣) ينظر: المصدر نفسه، ج ١، ص ١٦٩.

(٤) ينظر: شرح الورقات في اصول الفقه، الددو، ج ١، ص ٢١.

(٥) منشور في الوقائع العراقية رقم العدد: ٢٩٨٧ تاريخ

العدد: ٠٢-٠٤-١٩٨٤

والعقل السليم^(٤).

١. القرآن الكريم: في القرآن الكريم آيات كريمة تدل على براءة ذمة الإنسان من المسؤولية ما لم يكن قد وصل علمه الشخصي القواعد الشرعية او القانونية الواجبة التطبيق او براءة ذمته من المسؤولية الجنائية حتى بعد ارتكاب الجريمة ما لم يكن مبلغا بنصوص التجريم والعقاب. وسند ذلك الآيات القرآنية. قال تعالى: (ولو انا اهلكناهم بعداذب من قبله لقالوا ربنا لولا ارسلت الينا رسولا فنتبع آياتك من قبل أن نذل ونخزي)^(٥). وقوله تعالى: (وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا)^(٦).

٢. السنة النبوية: التي استنبط منها فقهاء الامة الاسلامية حكم البراءة الاصلية للإنسان والتي تعتبر من القواعد الاساسية في الاثبات ومنها قوله (صلى الله عليه وسلم): (البينة على من ادعى واليمين على من انكر)^(٧) و(ادرؤا الحدود بالشبهات)^(٨).

(٤) عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، ط١، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٧، ص٧٣.

(٥) سورة طه آية ١٣٤.

(٦) سورة الاسراء آية ١٥.

(٧) رواه البيهقي وصححه، ج ١٠، ص ٢٥٢، رقم ٢٠٩٧٦، ونص الحديث (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال اموال قوم ودماءهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على من انكر).

(٨) رواه الترمذي والحاكم والبيهقي من طريق الزهري، عن عروة عن عائشة بلفظ (ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فان كان له مخرج فخلوا سبيله، فان الامام ان يخطئ في العفو، خير من ان يخطئ في العقوبة) ينظر: التلخيص الحبير في تخریج احاديث

الالتزام بدفع ثمن ذلك الشيء^(١).

ومن الفقهاء من جعلها ذاتا، فعرفها بانها نفس لها عهد، فان الأنسان يولد وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه، بخلاف سائر الحيوانات^(٢)، والذمة وان لم تكن هي نفس عقل الانسان؛ الا ان العقل له دخل فيها، ومن ثم لا توصف الحيوانات بالذمة، وعن طريق قراءة ومعاينة الرؤية الفكرية الفقهية للفقهاء يتضح ان الاصل ان تكون ذمة كل شخص بريئه اي غير مشغوله بحق اخر، واساس هذا التصور هو كل شخص يولد وذمته بريئة خالية من أي التزام بل تترتب لها الحقوق، واساس شغلها يحصل بالمعاملات الحياتية التي يجريها فيها بعد الولادة وبعد اكتساب الاهلية اللازمة لذلك. ومن يدعي شغل ذمة الغير بشيء معين فهو مكلف بإثبات ذلك بإقامة الدليل، لأنه يدعي خلاف الأصل وهو براءة الذمة واقامة الحججة او البينة او البرهان هي على من يدعي خلاف الظاهر^(٣).

والذمة التي تنشأ عن العهد تعتبر كسبب لصلاحية الأنسان لان تترتب عليه الحقوق وان تثبت له اهلية الوجوب الكاملة، فالأهلية والذمة لا تثبتان الا للإنسان. ومصدر حكم البراءة الاصلية للإنسان يستند في اصله الى ما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة والقواعد الكلية الفقهية

(١) علي حيدر، درر الحكام، مصدر سبق ذكره، ج ١، ص ٢٥.

(٢) الجرجاني، التعريفات، مصدر سبق ذكره، ص ١٤٣.

(٣) ينظر: محمد فتح الله النشار، احكام وقواعد عبء الاثبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ٢٠٠٠، ص ١٣٥.



أ.م.د. عيسى خليل خير الله... أ.م.د. محمد خليل خير الله

ولو دفع شخص لآخر مبلغاً من المال ثم اختلفا، فقال المعطي هو قرض، وقال الاخذ بل هو هبة، فالقول قول الاخذ؛ لان الاصل براءة ذمته^(٥).

ولو غصب شخص شيئاً فهلك المغصوب في يده، ثم اختلف الغاصب وصاحب المال في قيمة المغصوب، فالقول للغاصب؛ لان الاصل براءة ذمته مما زاد^(٦).

ولو ادعى شخص انه دائن لآخر بمبلغ معين، وانكر الطرف الاخر، او ادعى انه اقترضه مبلغاً معيناً وانكر الخصم، فانه يتحتم على من يطالب بذلك الدين اثبات وجود سند الدين، أي اثبات شغل ذمة خصمه، الطرف الثاني في الدعوى، ولا يقبل قوله من دون وجود هذا السند؛ لان الاصل ان ذمة المدعي عليه بريئة من ذلك الدين، فاذا اقام المدعي البيينة ففي هذه الحالة يكون قد ثبت حقه. وصفوة القول فمن ادعى على غيره التزاماً بدين او بعمل ما. مها كان سببه، من عقد او اتلاف او أي سبب اخر من اسباب الضمان، فعليه هو الاثبات اذا انكر الخصم؛ لان هذا الخصم يتمسك بحالة اصلية هي براءة الذمة، فيكون ظاهر الحال شاهداً له ما لم يثبت خلافه.

والاعتراض المقدم على هذه القاعدة في صورة ان المدين اذا ادعى ان الدائن ابرء او انه اوفى الدين فالقول للدائن مع اليمين مع ان الدائن يدعي شغل ذمة المدين والمدين يدعي براءة ذمته فكان الواجب

(٥) سليم رستم باز، شرح المجلة، المصدر السابق، ج ١، ص ٢٢.
(٦) السيوطي، الاشباه والنظائر، مصدر سبق ذكره، ص ٥٣.

٣. القواعد الفقهية الكلية: مثل (الاصل بقاء ما كان على ما كان)^(١).

٤. العقل السليم: يتطلب الامر هنا في ضوء ما ادركته العقول بان كل حادث مسبوق بالعدم؛ لان الحادث يعني الوجود بعد العدم، وان مطالبة الأنسان بالالتزامات واسبابها ومصادرهما كلها امور مستحدثة وجدت بعد ان لم تكن. ومن هذا المنطلق او الاساس في التصور يتضح بان ذمة الأنسان لا تكون مشغولة باي التزام وعلى من يدعي عكس ذلك يتطلب الامر منه اثبات ذلك بالبيينة الواضحة وعلى من ينكرها اليمين لانه مع الاصل^(٢).

وإذا تعارضت هذه القاعدة بقاعدة (الاصل اضافة الحادث الى اقرب اوقاته)^(٣) فيجب العمل بهذه القاعدة لان هذه اقوى من تلك وتطبيقاً لذلك اذا اتلف رجل مال اخر واختلف في مقداره يكون القول للمتلف والبيينة على صاحب المال المتلف لإثبات الزيادة^(٤).

الرافعي الكبير، ج ٤، ص ١٣، رقم ٢٠٣٦.
(١) تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، الاشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩١م، ج ١، ص ١٣.
(٢) ينظر: د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه الاسلامي في نسيجة الجديد، ج ١، بغداد، دار الحكمة للطباعة والنشر، ١٩٩١، ص ٢١٨.
(٣) ابن نجيم، الاشباه والنظائر، ج ١، ص ٥٥.
(٤) اراجع السيوطي في الاشباه والنظائر، ص ٥٣؛ ابن نجيم الاشباه والنظائر، ص ٥٨؛ سليم رستم باز شرح المجلة، ط ٣، المطبعة الادبية، بيروت ١٩٢٣م، ج ١، ص ٢٢، علي حيدر، شرح المجلة، مصدر سبق ذكره، ج ١، ص ٣٥.

مشغولية ذمة خصمه اذ الاصل براءة الذمة^(٤). فمن ادعى انه اقترض غيره مبلغا من المال يستلزم الامر منه اثبات عقد القرض ومن طالب اخر بقيمة مبيع عليه ان يثبت مقدار ما اصابه من خسارة^(٥) ويتفرع ايضا عن ذلك حالات عدة يختار القانون وضعها يعتبره هو الاصل، فمن تمسك به لا يكلف باثبات شيء، ومن ادعى خلافه فعليه يقع عبء الاثبات^(٦). مثل ذلك الاهلية، فالاصل في كل شخص صلاحيته للتعاقد لكمال اهليته ببلوغ السن القانوني، ما لم يقرر القانون عدم اهليته او يحدها^(٧).

ومثل ذلك ايضا عيوب الارادة، الاصل ان تكون ارادة كل شخص سليمة خالية من عيوب الارادة وان على من يدعي ان ارادته كانت معيبة بالاكراه او الغلط او التغير مع الغبن او الاستغلال ان يثبت ادعاءه^(٨). ومثل ذلك ايضا، الاصل في الأنسان حسن النية اذا يفترض فيه عدم ادراكه وعلمه بظروف معينة من شأن الاحاطة بها ان تصحح سيء النية وحسن النية يفترض دائما، ما لم يقيم الدليل عكس ذلك^(٩).

(٤) حسين المؤمن، نظرية الاثبات والقواعد العامة، مصدر سبق ذكره، ص ٤٤.

(٥) السنهوري، الوسيط، مصدر سبق ذكره، ج ٢/ ص ٧١

(٦) السنهوري، الوسيط، المصدر نفسه، ج ٢/ ص ٧٢.

(٧) م ٩٣ مدني عراقي (كل شخص اهل للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم اهليته او يحدها).

(٨) م (١١٢-١٢٥) مدني عراقي.

(٩) م (١/١١٤٨) مدني عراقي؛ (حسن النية مفترض، وعلى من

يدعي العكس اثبات ما يدعيه)

حسب هذه القاعدة ان يكون القول للمدين، لكن الجواب عن ذلك ان الدائن والمدين اصبحا هنا متفقين على ثبوت الدين مما يعكس ذلك شغل ذمة المدين اصلا والبراءة خلاف الاصل فالمدين يدعي الايفاء والابراء الذي هو خلاف الاصل والدائن ينكر ذلك فعلى هذا اصبح القول للدائن ولا مجال للاعتراض على ذلك^(١٠).

ثانيا- الاصل براءة الذمة في القانون

تنص المادة ٦ من قانون الأثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩٢: «الاصل براءة الذمة»

فهناك أذن توافق بين الفقه الاسلامي والقانون على تقرير قاعدة الاصل براءة الذمة^(١١)، فالقانون يقرر ان الاصل براءة الذمة في نطاق الحقوق الشخصية (الالتزامات)، فاذا ادعى احد على اخر ديننا وجب عليه اثباته، لانه قد ادعى شيئا خلاف الثابت وهو

(١) ينظر: علي حيدر، شرح مجلة الاحكام (درر الحكام)، المصدر السابق، ج ١، ص ٢٥، ٢٦؛ م (٧٧) من مجلة الاحكام العدلية.

(٢) منشور في الوقائع العراقية، العدد: ٢٧٢٨، تاريخ العدد: ١٩٧٩-٠٩-٠٣

(٣) يراجع السنهوري، الوسيط، طبعة نادي القضاة، ١٩٨٣.

ج ٢/ ص ٧١، و سليمان مرقس، اصول الاثبات في المواد المدنية، ط ٢، المطبعة العالمية، مصر، ١٩٥٣، ج ١/ ص ٦٠. و حسين المؤمن، نظرية الاثبات والقواعد العامة، الاقرار واليمين، طبع

بدار الكتاب العربي، مصر، ١٩٤٨، ج ١/ ص ٤٤، و عبد السلام ذهني، الماديات، مطبعة المعارف، مصر، ١٩٣٣، ج ١/ ص ٩٨.

و عصمت عبد المجيد، الوجيز في شرح قانون الاثبات العراقي، المصدر السابق، ص ٧٢



أ.م.د. عيسى خليل خير الله ... أ.م.د. محمد خليل خير الله

بالاثبات، كما توضح الطرف الذي يتحمل عبء حلف اليمين بعد ان يعجز الطرف الاول في الدعوى عن القيام بما كلف به.

هذه القاعدة من القواعد المتفق عليها بين الفقهاء شرعاً وقانوناً. ولبيان اهمية هذه القاعدة نتناولها بالبحث في الفقه الاسلامي والقانون. اولاً- قاعدة البينة على المدعي واليمين على من انكر في الفقه .

هذه القاعدة يشتمل معناها على شقين:

الشق الاول- البينة على المدعي:

ان الذي يتحمل عبء الاثبات مبدئياً هو المدعي؛ لانه المكلف باقامة البينة؛ لانه من المفهوم سلفاً ان كل خبر يحتمل الصدق والكذب، والادعاء المجرد لا يخرج عن كونه خبراً لا يكون صادقاً ما لم يستند بالحجة الراجعة الواضحة^(١).

والمقصد في جعل البينة في جانب المدعي هي ان جانبه ضعيف؛ لانه يدعي خلاف الظاهر اصلاً، ولاظهار قوته وكشف ما استتر واثبات عكس الظاهر الذي يبدو معهوداً للكافة ليس على حقيقته، يستلزم الامر منه البينة. اما المدعي عليه فلا يكلف باقامة البينة؛ لان قوله مؤيد بالظاهر، لكن اذا اقام الطرف الاول في الدعوى البينة الواضحة الصريحة الراجعة ولو كانت ظنية راجحة، وجب الامر على القاضي ان يفصل في الدعوى بالحكم لصالح المدعي ما دامت

(١) يراجع علي حيدر، شرح المجلة (درر الحكام)، مصدر سبق ذكره ١/٦٦.

اما اذا كان الالتزام الذي اقام الدائن الدليل على قيامه التزاما بتحقيق نتيجة، فانه يستلزم الامر منه اثبات هذا الالتزام، ويتنقل عبء الاثبات الى المدين في اثبات تحقق نتيجة هذا الالتزام^(٢).

بعد دراسة اصل هذه القاعدة في كل من الفقه الاسلامي والقانون تتضح الرؤية الفكرية الفقهية في مدى التطابق والتوافق بينهما. فكلاهما لا يختلف عن الاخر في تقرير هذا الاصل؛ وذلك لان الاصل يعد من القواعد الكلية الاساسية التي تتصل بواقع الناس وعلاقاتهم، مما يتطلب الامر النص على هذا الاصل وتقريره حتى يكون المرء في طمأنينة وامان من ادعاءات الغير عليه شيئاً في ذمته من دون دليل او بينة واضحة.

الفرع الثاني- قاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر^(٢):

تعتبر هذه القاعدة ايضاً من تطبيقات قاعدة «اليقين لا يزول بالشك»، وهي من القواعد الاساسية ايضاً في تحديد من يقع عليه عبء الاثبات فهي قاعدة عامة مختصرة الكلمات واضحة المعنى، وذلك لانها تبين الطرف الذي يتحمل عبء او مشقة القيام

(١) عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الاثبات العراقي، المصدر السابق، ص ٧٤.

(٢) هذه القاعدة اصلها الحديث النبوي الشريف الذي رواه الترمذي في الاحكام من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص (سنن الترمذي ٢/٣٩٩ رقم ١٣٥٦)، مصدر سبق ذكره . وهذه القاعدة أوردتها م (٧٦) مجلة الاحكام العدلية وم (٧) من قانون الاثبات العراقي الحالي.

ولهم عذاب اليم) (١).

وسبب تكليف المدعي عليه باليمين هو احتمالية ان يكون الحق عكس ظاهر الحال، فهذا الظاهر لا يسنده الاظنا قويا. فكانت الحاجة ضرورية لهذا اليمين لقطع الشك باليقين (٢) اما عن ادلة مشروعية قاعدة (البينة على من ادعى واليمين على من انكر) فقد استدلت فقهاء الامة الاسلامية على مشروعية هذه القاعدة الفقهية من الكتاب والسنة والاجماع. ودليل هذه القاعدة في القرآن الكريم قوله تعالى: (يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب ان يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا فان كان الذي عليه حق سفيها او ضعيفا او لا يستطيع ان يمل هو فليملل وليه بالعدل) (٣).

وجه الدلالة في هذه الاية الكريمة هو امر الله سبحانه وتعالى بوجوب الكتابة للمعاملات التي تجري بين الناس والشهاد عليها، ضماناً للحقوق من ضياعها او انكارها، والذي يدعي خلاف الظاهر اصلا على وجود حق له على غيره يحتاج بالضرورة الى دليل يعزز قوله ويثبت حقه، فالحق جل وعلا - شرع الكتابة والشهاد لتقوية قول من يدعي خلاف الظاهر.

اما سند البينة من السنة النبوية المطهرة، فقد استدلت فقهاء الامة الاسلامية من السنة بقول رسول

كافية لاثبات الحق ومخالفة الظاهر وليس للمدعي عليه في هذه الحالة الحق في طلب تحليف المدعي على صحة البينة او على استحقاقه المدعي به؛ لان ذلك يشكل اخلالا كبيرا لهذه القاعدة ولتعطلت مصالح الناس بعد ان اشترط المشرع البينة على المدعي، ولهذا يفترض صدق بينة المدعي، ولا يملك المدعي عليه الحق في تحليفه اليمين على صدق بيئته (٤).

الشك الثاني- اليمين على المنكر:

اذا لم يستطع المدعي اقامة البينة على ما ادعاه وانقطعت به السبل عن امكانية الوصول الى اقناع القاضي بصحة دعواه، فلا يبقى امامه خيار سوى الاحتكام الى ضمير المدعي عليه وذمته، عسى ينطق بالحق فيعترف به، ومن هذا الاساس جاءت اهمية توجيه اليمين. فكأن الطرفين اتفقا الى اشهاد الله سبحانه وتعالى على صحة دعواهما. وقوة اليمين تكمن في اداء المدعي عليه اياه من اجل المحافظة على حقه من الضياع اذا كان صادقا، وان كان كاذبا فقد ارتكب احدى الكبائر التي تستوجب غضب الله في الدنيا والاخرة. قال تعالى (ان الذين يشتركون بالله وايانهم ثمنا قليلا اولئك لا خلاق لهم في الاخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر اليهم يوم القيامة ولا يزكهم

(١) ينظر: محمد فتح الله النشار، احكام وقواعد عبء الاثبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ٢٠٠٠، ص ١١٢، و احمد ابراهيم، طرق الاثبات الشرعية، مطبعة القاهرة الحديثة، القاهرة، مصر، ص ٣٧٨.

(٢) سورة آل عمران آية ٧٧

(٣) محمد فتح الله النشار، المصدر السابق، ص ١١٣.

(٤) سورة البقرة آية ٢٨٢.



أ.م.د. عيسى خليل خير الله... أ.م.د. محمد خليل خير الله

يذهب الاتجاه القانوني السائد الى القول بأن المدعي هو المكلف باقامة البينة، اما المدعي عليه فإنه يكلف بحلف اليمين اذا تعذر بعد ذلك اقامة البينة من قبل المدعي. فالنصوص التشريعية القانونية كالقانون العراقي والقوانين العربية الاخرى تؤكد مضمون هذه القاعدة^(١). فلقد نصت كل من المادة (٧) من قانون الاثبات العراقي وقانون البينات الاردني في المادة (٧٧) على انه: (البينة على من ادعى واليمين على من انكر). مضمون هذه القاعدة في القانون يتضمن شقين ايضا.

الشق الاول- البينة على المدعي:

يحدد قانون الأثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ في المادة السابعة الفقرة الثانية مفهوم المدعي والمنكر بأنه: «المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر، والمنكر هو من يتمسك بابقاء الاصل». حيث ان الذي يتكبد مشقة القيام بععب الاثبات انما هو المدعي، كل ذلك من اجل ان يكون ادعاء المدعي له اساس يستند اليه مسبقاً حتى لا ترفض دعواه. فلا يمكن الحكم لصالح المدعي بمجرد الادعاء، والا اعتبر ذلك مخالفة صريحة لقاعدة (البينة على المدعي). فاقامة المدعي البينة وعدم قدرة المدعي عليه احباط صحة الدعوى،

النداوي، شرح قانون البينات والاجراء الاردني، ادم وهيب
النداوي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن،
١٩٩٨. ص ٥٦. ونبيل ابراهيم سعد، الاثبات في المواد المدنية و
التجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية ٢٠٠٠م، ص ٦٦.
(٥) ينظر: السنهوري، الوسيط، ج ٢، ص ٦٨؛ د. محمد فتح الله
النشار، المصدر السابق، ص ١٢٣

الله صلى الله عليه وسلم قال: (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال اموال قوم ودمائهم، ولكن البينة على من ادعى واليمين على من انكر)^(١)

اما الدليل من الاجماع على هذه القاعدة فظاهر في اجماع فقهاء الامة الاسلامية، على ضرورة تكليف المدعي بالبينة، والمدعي عليه باليمين، ولم يظهر اختلاف بخصوص هذه المسألة بين الفقهاء المسلمين. ومن الامثلة التطبيقية لهذه القاعدة في الفقه الاسلامي انه اذا ادعى شخص على اخر ديناً وجب عليه اثباته بالبينة وان تعذر وجب اليمين على المدعي عليه^(٢). وكذا اذا ادعت زوجة نفقة من زوجها، فانكر الزوج (المدعي عليه) كون المرأة زوجته، فيتطلب الامر منها في هذه الحالة اثبات الزوجية بالبينة، فاذا عجزت يكلف الزوج باداء اليمين بطلب الزوجة، فان حلف لا تسمع الدعوى فترد، وان نكل يحكم عليه بالنفقة^(٣).

ثانياً- قاعدة البينة على المدعي واليمين على المنكر في القانون:

لهذه القاعدة أهمية كبرى في القانون^(٤)، حيث

(١) سبق تخريجه

(٢) سليم رستم باز، شرح المجلة، مصدر سبق ذكره ج ١/ ص ٥١.

(٣) منير القاضي، شرح مجلة الاحكام، مصدر سبق ذكره، ص ١٣٩.

(٤) د. السنهوري، الوسيط، مصدر سبق ذكره ج ٢/ ص ٦٧؛ سليمان مرقس، سليمان مرقس، اصول الاثبات في المواد المدنية، ط ٢، المطبعة العالمية، مصر، ١٩٥٣. ج ١/ ص ٨٥. و آدم وهيب

وظيفة قاعدة «اليقين لا يزول بالشك» في البنات القضائية المتقابلة

الفرع الثالث « قاعدة الاصل بقاء ما كان على ما

كان»: (٣)

وهي ايضاً من تطبيقات قاعدة «اليقين لا يزول

بالشك»، وسوف نتناول بالبحث هذه القاعدة في كلا

من الفقه الاسلامي والقانون.

اولاً- قاعدة الاصل بقاء ما كان على ما كان في

الفقه:

وتعني اعتبار الحكم الثابت في زمن ما مستمراً في

سائر الازمان حتى يظهر الدليل على خلافه، اي اذا

ثبت كون الشيء في زمن على حال، فاذا لم يقم الدليل

على تغير حاله يعتبر انه قد بقى بتلك الحال، لان البقاء

والاستقرار هو الاصل والعدم طارئ ويطلق على هذا

الاعتبار عند الفقهاء تسمية الاستصحاب اي اعتبار

الحالة الثابتة في وقت ما مستمرة في سائر الاوقات

حتى يثبت انقطاعها او تغيرها، وتعبير اخر هو الحكم

ببقاء امر محقق لم يتحقق عدمه (٤).

والاستصحاب هو الحكم بتحقيق وثبوت شيء

ما بناء على تحقق وثبوت ذلك الشيء في زمن من

و توفيق حسن فرج، قواعد الاثبات في المواد المدنية و التجارية،

موسسة الثقافية الجامعة، الاسكندرية، ١٩٨٣، ص ٣٠. و جلال

العدوي. مبادئ الاثبات في المسائل المدنية و التجارية. الاسكندرية

١٩٨٣، ص ٧٠.

(٣) السيوطي، الاشباه والنظائر، مصدر سبق ذكره ص ٥٠. و

ابن نجيم، الاشباه والنظائر، مصدر سبق ذكره، ص ٥٦. و علي

حيدر شرح المجلة (درر الحكام) ص ٢٠؛ سليم رستم باز، شرح

المجلة، ص ٢٠. م (٩٩) شطر فق (٢) من قانون الاثبات العراقي.

(٤) ينظر: محي هلال السرحان، القواعد الفقهية و دورها في اثراء

التشريعات الحديثة، مطبعة اركان، بغداد، ١٩٨٦ م ص ٣٧.

يكون سبباً رئيسياً للفصل في الدعوى لصالح المدعي

ليس لعدم قدرته عليه نفي صحة الدعوى وانما يكون

اساس الحكم بينة المدعي (١).

الشك الثاني- اليقين على من انكر:

من المبادئ القانونية المستقرة هو حياد القاضي

وقد نص القانون على تكليف من اقام الدعوى

ضرورة اثبات صحتها بالبينة الراجعة، وقد يكون

المدعي في هذه الحالة معرضاً للاخفاق في اثبات صحة

دعواه، فيكون معرضاً لخسارة دعواه اذا لم يلجأ الى

ضمير المدعي عليه، ليطلب منه اليقين عن احقيته في

الشيء المدعي به. فمسألة الحصول على اقرار مسبق

من المدعي عليه لصالح المدعي يتضمن احقية المدعي

بالمدعي به امر نادر الحصول في الواقع العملي؛ لانه لو

حصل اقرار لما وصل الامر لرفع النزاع امام القضاء.

فلا يبقى امام المدعي سوى خيارين الخيار الاول

يتحمل عبئه باقامة البينة والخيار الثاني اللجوء الى

ضمير المدعي عليه بعد عجزه عن الاثبات. والخيار

الاول يعتبر محفزاً للمدعي عليه لاثبات عدم صحة

دعوى المدعي اذا نجح المدعي باقامة البينة بالدفع

والخيار الثاني يعتبر محفزاً للمدعي عليه باداء اليقين او

انكارها او ردها على المدعي (٢).

(١) ينظر: د. نبيل ابراهيم سعد، المصدر السابق، ص ٧٣. قرار

محكمة تمييز العراق رقم ٦٢١/ص/٦ في ١٠/٤/١٩٦١، عبد

العزيز السهيل، احكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني،

مطبعة دار التضامن للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٦٣، ص ١٣٦.

(٢) ينظر: عز الدين الناصوري و حامد عبد الحميد عكاز،

التعليق على قانون الاثبات المصري، عالم الكتب القاهرة، ص ٣.



أ.م.د. عيسى خليل خير الله... أ.م.د. محمد خليل خير الله

الازمان^(١) والاستصحاب حجة واقعة لا حجة مثبتة وهو على قسمين.

القسم الاول: استصحاب الماضي بالحال (المستقيم). وهو الحكم ببقاء الشيء على الحالة التي كان عليها بالماضي، ما لم يقدّم الدليل على خلافه او هو الحكم بكون الشيء ثابتاً مستقر الحال لتحقق ثبوته في الماضي من غير ان يقوم الدليل على عدم حصوله في الماضي^(٢).

ومن امثله ما لو ادعى المقرض رد القرض الى المقرض، وانكر المقرض ذلك، فان القول هنا قول المقرض مع يمينه، لان هذا الدين يعد باقيا في ذمة المقرض (الملتزم به) ما لم يدفعه بعدم صحة قول المقرض؛ وذلك لثبوت استحقاق القرض عليه؛ ولان الاصل في الاشياء الاستقرار والبقاء والعدم طارئ^(٣). وكذا المفقود وهو الغائب غيبة منقطعة بحيث لا يعلم حياته او موته يعتبر حياً في حق نفسه في الحال باستصحاب الزمن الماضي بقول اخر ان حياته كانت قبل غيبته متيقنة معلومة فيعد حياً في الحال الى ان يثبت موته بالبرهان الصريح وتعكس هذه الرؤية الفقهية بان ماله لا يقسم بين ورثته، ولا يحق لزوجته ان تتزوج بزواج غيره الى ان تحقق وفاته^(٤) وكذا ما

جاءت به المادة (١٧٧٧) من مجلة الاحكام العدلية في حالة حصول اختلاف في كون المسيل الحاصل من دار احدهما الى دار الاخر في كونه قديما او حديثا وعجز كلا الخصمين عن اثبات صحة ادعائه فالفصل في الخصومة يكون بالنظر الى حال المسيل في وقت رفع الخصومة فاذا ثبت جريان الماء قبل الخصومة من ذلك المسيل يحكم ببقاءه على الحال التي وجد عليها^(٥).

القسم الثاني: استصحاب الحال بالماضي (المقلوب)؛ وهو اعتبار الحالة التي عليها الشيء في الزمن الحاضر هي التي كان عليها في الماضي ما لم يقدّم الدليل على خلافه^(٦). او هو الحكم بكون الشيء ثابتا مستقرا في زمن الماضي لتحقق ثبوته واستقراره في الحال من غير ان يستند في عدمه في الماضي بالبيئة^(٧).

مثال ذلك لو استأجر رجل طاحونة، وادعى بعد انتهاء عقد اجاره الطاحونة وطلب في دعواه امام مجلس القضاء تنزيل الاجرة عن المدة التي انقطع فيها الماء وصاحب الطاحونة ينفي عدم انقطاع الماء رغم

ذكره ج ١، ص ٢٠.

(٥) علي حيدر، شرح مجلة الاحكام (درر الاحكام)، مصدر سبق ذكره ج ١، ص ٢١؛ منير القاضي، شرح مجلة الاحكام، مصدر سبق ذكره ص ٥٩.

(٦) ينظر: سليم رستم باز، شرح مجلة الاحكام، مصدر سبق ذكره ج ١، ص ٢٠؛ علي حيدر شرح المجلة (درر الاحكام)، مصدر سبق ذكره ج ١، ص ٢٣؛ د. محمد فتح الله النشار، المصدر السابق، ص ١٤٠.

(٧) منير القاضي، شرح مجلة الاحكام، مصدر سبق ذكره ص ٥٩؛ عبد اللطيف عبد الله عزيز البرزنجي، الاستصحاب، مصدر سبق ذكره، ص ٢٩٨.

(١) ينظر: علي حيدر، درر الاحكام، ج ١، ص ٢٠-٢١.

(٢) منير القاضي، شرح المجلة، ص ٥٩. و عبد اللطيف عبد الله عزيز البرزنجي، الاستصحاب، بحث منشور في مجلة كلية الامام الاعظم العدد (٤) ١٩٧٨ م، مطبعة الارث بغداد، ص ٢٩٧.

(٣) ينظر: علي حيدر، شرح المجلة (درر الاحكام)، ج ١، ص ٢١

(٤) سليم رستم باز، شرح مجلة الاحكام العدلية، مصدر سبق

وظيفة قاعدة «اليقين لا يزول بالشك» في البنات القضائية المتقابلة

ملكيتها في الوقت الحاضر، فان الحكم يكون ببقاء الشيء في يده استصحاباً للحال، حتى يثبت من يدعي عكس ذلك^(٣).

لكن هذه القاعدة يرد عليها استثناء هام هو: الوديع اذا ادعى رد الوديعة الى صاحبها الشرعي يصدق بيمينه مع انه مقر بوجود الوديعة بيده في الماضي، وكان المفترض هو تحليف صاحب الوديعة بحكم الاستصحاب الا ان الوديع يدعي براءة ذمته من الضمان والاصل براءة الذمة، اما المودع فهو يدعي شغل ذمة الامين وذلك خلاف الاصل^(٤). ولهذا القاعدة تشابه مع قاعدة الاصل براءة الذمة، لكن الفرق بينهما يظهر في ان قاعدة الاصل براءة الذمة تنصرف الى حالة عدم انشغال الذمة فقط في حين هذه القاعدة تنطبق للحالتين حالة براءة الذمة وحالة انشغالها، فاي الحالتين امكن ثبوتها بالبينة يعمل بها ما لم يوجد ما يغيرها وهذه القاعدة تحمل معنى قاعدة: (ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه)^(٥) نفسها.

ثانياً- الاصل بقاء ما كان على ما كان في القانون:

تنص المادة ٩٩ من قانون الأثبات العراقي رقم

(٣) د. محمد فتح الله النشار، المصدر السابق، ص ١٤٦.

(٤) علي حيدر، شرح مجلة الاحكام (درر الحكم)، مصدر سبق ذكره ج ١، ص ٢١؛ محمد سعيد المحاسني، شرح مجلة الاحكام، مصدر سبق ذكره، ص ٣٥؛ منير القاضي، شرح مجلة الاحكام، مصدر سبق ذكره ص ٦٠.

(٥) علي حيدر، شرح مجلة الاحكام (درر الحكم)، مصدر سبق ذكره ج ١، ص ٢٤.

ادعاء المستأجر، فالحكم يكون بالنظر الى الحال التي يكون فيها وضع الماء في الطاحونة فاذا كان جارياً غير منقطع وقت رفع الدعوى فيستصحب الحال بالماضي والقول للمؤجر مع يمينه وبالعكس لو كان وضع الماء مقطوعاً فالقول للمستأجر مع يمينه^(١).

ايضا لو انفق الاب شيئاً من مال ابنه الغائب لسد حاجاته، ثم حضر الولد وادعى امام القضاء ان اباه حين انفق من ماله كان موسراً وليس هنالك حاجة للانفاق من ماله ولا يستحق النفقة عليه وطلب تضمينه قيمة ما انفق، فانكر الاب انه كان موسراً وقت صرفه المال، ولم يكن كل منهما يستند في ادعائه الى بينة تدحض ادعاء الاخر. فيحكم في هذه الحالة بالنظر الى حال الوالد وقت رفع الدعوى فان كان موسراً فالقول لولده مع يمينه، وان كان معسراً فالقول له مع يمينه، وهذا هو الاستصحاب المقلوب او استصحاب الحال بالماضي^(٢). ايضا ما لو ثبت ان شخصا ملك شيئاً بالميراث او البيع او بغير ذلك من طرق اكتساب الملكية، ثم حصل بعد ذلك نزاع في

(١) م (١٧٧٦) مجلة الاحكام العدلية؛ علي حيدر، شرح المجلة (درر الحكم)، ج ١، ص ٢٤؛ منير القاضي، شرح المجلة، مصدر سبق ذكره ص ٥٩؛ محمد سعيد المحاسني، شرح مجلة الاحكام العدلية، مصدر سبق ذكره ص ٣٤.

(٢) سليم رستم باز، شرح مجلة الاحكام العدلية، مصدر سبق ذكره ج ١، ص ٢٠؛ علي حيدر، شرح المجلة، درر الحكم، مصدر سبق ذكره ج ١، ص ٢٤؛ عبد الرحمن بن ناصر السعدي، القواعد والاصول الجامعة والفروق والتقسيمات البديعة النافعة، مطبعة المدني العربية السعودية بالقاهرة، ١٩٥٦، ص ٤٤.



أ.م.د. عيسى خليل خير الله... أ.م.د. محمد خليل خير الله

١٠٧ لسنة ١٩٧٩ على «ثانياً: الاصل بقاء ما كان على ما كان»، رغم ان فقهاء القانون لم يتطرقوا لهذه القاعدة بشكل منفرد خاص، الا ان نصوص قواعد قوانين الاثبات وأحكام القضاء توضح قبول هذه القاعدة وعدم مخالفتها واعتبر من الاساسيات التي تلقي عبء الاثبات على عاتق من يدعي ما يخالفها^(١).
الفرع الرابع- قاعدة «يضاف الحادث الى اقرب اوقاته»^(٢):

وهي ايضاً من تطبيقات قاعدة «اليقين لا يزول بالشك»، تناول شرح هذه القاعدة في الفقه الاسلامي والقانون.
اولاً- قاعدة يضاف الحادث الى اقرب اوقاته في الفقه:

الحادث: هو الشيء الذي كان غير موجود ثم وجد فاذا حصل اختلاف في وقت وقوعه وسببه فما لم تثبت نسبته الى الزمان القديم ينسب الى الزمن الاقرب منه^(٣). اذ كثيراً ما تختلف احكام الحوادث

(١) قرار محكمة التمييز العراق رقم ٩٥٦/٥٩١ في ١٩٥٦/١٢/٢٩، عبد العزيز سهيل المحامي احكام القضاء العراقي، مصدر سبق ذكره ج٢، ص١٣٥؛ محمد فتح الله النشار احكام وقواعد عبء الاثبات، مصدر سبق ذكره ص١٤٢.

(٢) السيوطي، الاشباه والنظائر، مصدر سبق ذكره ص٥٩؛ ابن نجيم، الاشباه والنظائر، مصدر سبق ذكره ص٦٤؛ علي حيدر، شرح المجلة (درر الحكماء)، مصدر سبق ذكره ص٢٥؛ سليم رستم باز، شرح المجلة، مصدر سبق ذكره ص٢٤؛ منير القاضي، شرح المجلة، مصدر سبق ذكره ص٦٤. م (٩٩) فق (١) قانون الاثبات العراقي.

(٣) علي حيدر، شرح المجلة (درر الحكماء)، مصدر سبق ذكره

ونتائجها باختلاف تاريخ حدوثها، فعند التنازع في تاريخ الحادث يحمل على الوقت الاقرب الى الحال حتى يثبت الابعد؛ والسبب في ذلك ان الاتفاق حصل بين الطرفين على الوقت الاقرب لحصول الحادث فيه، وانفرد احدهما زاعماً حدوثه قبل ذلك، مما يعكس تصوراً بان حصول الحادث في الوقت الاقرب متيقن، وفي الابعد مشكوك^(٤).

من الامثلة التطبيقية لهذه القاعدة: اذا ادعى المدعي الملك في الحال وشهد الشهود في الماضي فشهادتهم تقبل لان الشهود لا يعرفون بقاء الملك الا استصحاباً فاسنادهم الملك الى الماضي لا يمنع من قبول شهادتهم في مجلس القضاء^(٥) وكذا لو قال شخص لآخر بعث منك في صغري وقال المشتري بعته مني في بلوغك فالقول للبائع لان البلوغ اقرب الى الوقت الحاضر^(٦).

وكذا لو اشترى شخص مالا على انه بالخيار مدة زمنية متفق عليها، ثم جاء بعد ذلك يرد المال بعد انقضاء مدة الخيار داعياً انه قد فسخ البيع قبل انقضائها، ورد البائع ان المدة قد انقضت وهو ساكت فلزم البيع وانه قد فسخ بعد انقضائها، فالقول للمشتري هنا قول البائع، ولا يحق للمشتري الرد حتى يثبت انه قد فسخ

ص٢٥.

(٤) سليم رستم باز، شرح المجلة، مصدر سبق ذكره ص٢٤

(٥) محمد سعيد المحاسني، شرح المجلة، مصدر سبق ذكره ص٤٠.

(٦) سليم رستم باز، شرح المجلة، مصدر سبق ذكره ص٢٤.

وظيفة قاعدة «اليقين لا يزول بالشك» في البنات الفضاوية المتقابلة

خروجاً على هذه القاعدة والسبب في ذلك هو العمل بقاعدة الاستصحاب المقلوب؛ لأن سبب الحرمان من الميراث ثابت وصريح في الحال فيثبت ما مضى^(٤).
ثانياً- قاعدة الاصل اضافة الحادث الى اقرب اوقاته في القانون:

تنص المادة ٩٩ أولاً من قانون الأثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩: (يضاف الحادث الى اقرب أوقاته) حيث يقرر القانون فكرة أنه اذا ما حصل نزاع قانوني في زمن حدوث تصرف من التصرفات، او امر من الامور، فان هذا التصرف ينسب الى اقرب اوقاته^(٥).

ومن الامثلة التطبيقية على ذلك في حالة حصول تصرف قانوني من شخص قبل وفاته لصالح شخص اخر ثم ادعى الورثة بعد ذلك، صدور التصرف من مورثهم في مرض الموت، وادعى المتصرف اليه حدوث او حصول التصرف في زمن الصحة، فتتطبق عليه احكام الوصية، مع اضافة التصرف الى اقرب اوقاته وهو مرض الموت، ويكون القول للورثة الا اذا استطاع المتصرف اليه اثبات صدوره في زمن الصحة. وكذلك ما لو تنازع المحجور عليه والمتصرف اليه منه في زمن التصرف، فالاصل اضافة التصرف الى اقرب اوقاته وهو وقت الحجر، ويكون القول للمحجور

العقد في مدة الخيار^(١) وكذا لو اقر شخص لاحد ورثته بدين معين ثم توفي، فادعى باقي ورثة المتوفي ان الاقرار حصل من قبل المقر في مرض الموت، وادعى المقر له انه كان في حال الصحة، فان الاقرار ينسب الى اقرب اوقاته وهو حال المرض ما لم يتمكن المقر له من اثبات العكس، ولهذا كان القول قول الورثة مع اليمين، والبينة على المقر له؛ وذلك لان مرض الموت اقرب للموت من حال الصحة، فكان مدعيه متمسكاً بالاصل فيصدق بيمينه، اما مدعي الصحة لانه يدعي خلاف الاصل فان قوله لا يصدق الا بالبينة^(٢)، وكذلك ينطبق الحال لو ادعت الزوجة بان زوجها طلقها طلاق الفار أثناء مرضه مرض الموت، وطلبت امام الجهات القضائية المختصة حقها من ميراث زوجها، وادعى ورثة الزوج انه طلقها في حال الصحة ولا حق لها من الميراث فالقول هنا قول الزوجة مع يمينها ما لم يقيم الورثة البينة الواضحة الراجحة^(٣).

لكن يخرج عن هذه القاعدة استثناء ما لو ادعت زوجة ذمي ان اسلامها وقع بعد وفاة زوجها، وطلبت بحقها من الميراث لكونها كانت على ملته وقت وفاته، لكن ورثة المتوفي ادعوا انها اسلمت قبل وفاته فلا حق لها في الميراث وأن ادعت، فالقول للورثة

(١) علي حيدر، شرح المجلة (درر الحكام)، مصدر سبق ذكره ص ٢٥

(٢) ابن نجيم، الاشباه والنظائر، مصدر سبق ذكره ص ٦٥

(٣) ابن نجيم، الاشباه والنظائر، ص ٦٤؛ علي حيدر شرح المجلة، درر الحكام، ج ١، ص ٢٨.

(٤) ينظر: ابن نجيم، الاشباه والنظائر، ص ٦٥؛ علي حيدر، شرح

المجلة، درر الحكام، ج ١، ص ٢٩.

(٥) ينظر: رمضان ابو السعود، اصول الاثبات في المواد المدنية و

التجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨٦، ص ٣٤٧.



أ.م.د. عيسى خليل خير الله... أ.م.د. محمد خليل خير الله

عليه ويقع عبء الاثبات على المتصرف اليه^(١). يتضح من دراسة هذه القاعدة الفقهية في كل من الفقه الاسلامي والقانون ان الاتفاق قائم بينها على العمل بها، ومن ثم فانه يمكن القول بان هذه القاعدة او الاصل من القواعد المهمة في التطبيق العملي القضائي التي ترجع جانب احد المتداعيين، وتحمل عبء الاثبات على من يدعي خلافه.

الفرع الخامس: قاعدة الاصل في الصفات العارضة العدم^(٢): وهي من تطبيقات قاعدة «اليقين لا يزول بالشك»، وسوف اتناول بحث هذه القاعدة في كل من الفقه الاسلامي والقانون.

اولا- قاعدة الاصل في الصفات العارضة العدم في الفقه:

الصفات التي تتصف بها الاشياء تتنوع الى نوعين. النوع الاول. الصفات الاصلية. النوع الثاني. الصفات العارضة. ومن هذه الرؤيا الفقهية فانه في الامور الطارئة العارضة ان عدم وجودها هي الحالة

الطبيعية الاصلية او الغالبة. فاذا ادعى شخص شرطا جائزا في عقد مبرم بينها وانكر الاخر ذلك، فان الاصل في العقود خلوها من الشروط، والشروط امر طارئ يحتاج اثباته الى بينة.

فالصفات الاصلية: هي ما كانت موجودة مع الموصوف ابتداءً، كأن يعتبر الانسان البالغ راشدا. فصفة كمال الاهلية وبلوغ الرشد للبالغ صفة اصلية موجودة معه ابتداء في الاصل؛ ولهذا تعتبر صفة الصحة، والسلامة من العيوب، والبكارة صفات اصلية يحتاج من انكرها لبينة^(٣).

اما الصفات العارضة: فهي التي لا تكون موجودة ابتداء مع ذلك الشيء الموصوف، كالفهه مثلا. فهذا العارض من عوارض الاهلية لا يفترض وجوده اصلا، بل يجب على من يدعي خلاف هذا الاصل ان يثبت ذلك. ومن امثلة ذلك الصفات العارضة والطارئة ايضا المرض، والربح، والعيب والجنون او هي: ما كان عدمها او عدم تحقق وجودها هو الحالة الطبيعية الاصلية او الغالبة^(٤)، فيكون العدم

(٣) (يقع على عاتق من يدعي شيوع الجنون او علم الطرف الاخر بها اثبات ذلك ولا يكفي لاثبات هذا الشيع ما يقوله الطبيب عن حالة المريض لان اقواله تنصب على الحالة الصحية للعلاج وليس الحالة الواقعية للمريض)، قرار محكمة الاستئناف بور سودان في القضية ١٩٨٧/٧١ في ١٧/٨/١٩٨٧، مجلة الفقه والقضاء، عدد ٣٥٥، ص ٥٠

(٢) (السيوطي، الاشباه والنظائر، مصدر سبق ذكره ص ٥٧؛ ابن نجيم، الاشباه والنظائر، مصدر سبق ذكره ص ٦٢؛ علي حيدر، شرح المجلة (درر الحكام) مصدر سبق ذكره ج ١، ص ٢٣؛ سليم رستم باز، شرح المجلة، ج ١، ص ٢٢؛ صبحي محمصاني، فلسفة التشريع في الاسلام، ط ٣، دار العلم للملايين، بيروت ١٣٨٠هـ - ١٩٦١م، ص ٢٩٥.

(٤) ينظر: د. صبحي محمصاني، فلسفة التشريع في الاسلام،

(١) اذا وقع الاختلاف في زمن حدوث امر فالاصل اضافة الحادث الى اقرب الاوقات الى الحال والبيئة على من يدعي خلاف هذا الاصل)، عبد الرحمن العلام، المبادئ القضائية، مجلة القضاء، ١٩٥٥، عدد ٣٥٥، ص ٥٠

(٢) (السيوطي، الاشباه والنظائر، مصدر سبق ذكره ص ٥٧؛ ابن نجيم، الاشباه والنظائر، مصدر سبق ذكره ص ٦٢؛ علي حيدر، شرح المجلة (درر الحكام) مصدر سبق ذكره ج ١، ص ٢٣؛ سليم رستم باز، شرح المجلة، مصدر سبق ذكره ج ١، ص ٣٢؛ منير القاضي، ص ٦٤

العقل اثبات صفة الجنون او العته بالبينة. والهدف من صياغة هذه القاعدة هو في حالة حصول تنازع حول وصف من الصفات التي تلحق بالشيء المتنازع عليه، فانه ينظر في حقيقة الشيء وقت النزاع، فان كان مدعيًا بصفة من الصفات الاصلية، اما اذا كان الوصف في الصفات العارضة، فان مدعيه مطالب بالاثبات، لان الاصل في الصفات العارضة العدم، والوجود طارئ^(٤).

من الامثلة على ذلك: اذا اشترى شخص سيارة واستلمها وادعى بعد ذلك ان في السيارة عيبا قديما وادعى البائع سلامتها من العيوب فالقول للبائع مع اليمين لان الصحة من الصفات الاصلية والاصل فيها الوجود. وكذا لو دفع شخص لآخر عينا، ثم اختلفا، فقال الدافع دفعتها لك قرضا، وقال المستلم (الاخذ)، بل هي هبة بلا عوض، فالقول في هذه المسألة للشخص الدافع المقرض؛ لان مدعي الهبة يدعي الابراء عن القيمة، مع كون العين متقومة بنفسها^(٥). ويخرج عن هذه القاعدة مسائل منها (استثناء على القاعدة) ما لو قال الزوج بعد موت زوجته انه تصرف في مالها باذن منها وعكس ورثتها ذلك بالقول بانه تصرف في مالها بلا اذن منها وهو ضامن فالقول للزوج مع ان الاذن يعتبر من الصفات العارضة، فكان الواجب ان يكون القول للورثة، وكذا اذا اراد واهب الشيء الرجوع عن هبته وادعى مستلم الشيء الموهوب تلف الهبة فالقول

(٤) د. محمد فتح الله النشار، المصدر السابق، ص ١٤٣.

(٥) علي حيدر، دور الحكماء، مصدر سبق ذكره ج ١، ص ٢٣.

هو المتيقن؛ لانه الحالة الاصلية الطبيعية، ويكون تغيره الى الوجود عارضاً مشكوك في صحة حصوله^(١). ما يستخلص من معنى هذه القاعدة ان الاصل في الصفات الاصلية المألوفة سلفا الوجود، وفي الصفات العارضة الطارئة الحدوث العدم، وبهذا جاءت مجلة الاحكام العدلية (الاصل في الصفات العارضة العدم). ومثل ذلك في حالة حصول اختلاف بين اعضاء شركة المضاربة بخصوص حصول الربح وعدمه، فالقول للمضارب، والبينة على رب المال لاثبات حصول الربح^(٢).

لقد بحث علماء الاصول في العوارض التي تصيب الاهلية، وقسموها الى عوارض مساوية كالجنون والعته مثلا، وعوارض مكتسبة كالجهل^(٣). فهذه ليس من العوارض الاصلية التي يفترض وجودها. فقياسا على قاعدة (الاصل في الصفات العارضة العدم) يتطلب الامر اعتبار الاصل في الناس العقل، وفي مقابل ذلك يتطلب الامر من يدع بعكس

المصدر السابق ص ٢٩٥؛ سليم رستم باز، شرح المجلة، ج ١، ص ٢٢.

(١) ينظر: محمد فتح الله النشار، المصدر السابق، ص ١٤٣.

(٢) (ان عب اثبات الخسارة في رأسال الشركة يقع على عاتق الشريك الذي بيده راس المال استنادا الى دفتاره ويكون اقواله مصدقة بيمينه) قرار محكمة تمييز العراق رقم ١٩٥٥/٩/١٥٣٠ في ١٩٥٦/١/٣، العلامة، المبادئ القضائية، مصدر سبق ذكره ص ٢٢٧؛ صبحي محمضاني، فلسفة التشريع في الاسلام، مصدر سبق ذكره، ص ٢٩٦.

(٣) ابن نجيم، الاشباه والنظائر، ص ١٢٨؛ د. صبحي محمضاني،

فلسفة التشريع في الاسلام، المصدر السابق ص ٢٩٦.



أ.م.د. عيسى خليل خير الله ... أ.م.د. محمد خليل خير الله

إنها متساوية، وعلى من يدعي خلاف ذلك من أعضاء الشركة عبء إثبات ما يدعيه^(٥).

وجاء في حكم لمحكمة التمييز العراقية: (إن عبء إثبات الخسارة في رأس مال الشركة يقع على عاتق الشريك الذي بيده رأس المال استناداً إلى دفاتره ويكون أقواله مصدقة بمينه)^(٦)

الأصل في العقود أن تكون خالية من أي عيب، وعلى من يدعي وجود العيب ضرورة إثباته بالبينة. بعد استعراض مفهوم هذه القاعدة في كل من الفقهاء القانوني والإسلامي نجد الاتفاق واضح بينهما بخصوص الصفات التي لم تكن موجودة مع الشيء، ولكن حصل وجودها بعده، تعتبر غير موجودة، وعلى من يدعي وجودها يقع عبء إثبات ادعائه.

خاتمة

من هذا البحث الموجز تعرفنا على الأهمية الكبرى لقاعدة عقلية هي قاعدة «البقين لا يزول بالشك» في مجال عمل القاضي في تقييم أدلة الأثبات المتقابلة التي يقدمها الخصمين في الدعوى، فهذه القاعدة منحت القاضي أساساً ثابتاً للترجيح قوامه المنطق السليم. وأهم النتائج المستخلصة من بحثنا هذا:

- (٥) قرار محكمة تمييز العراق رقم ١٠٦/١٠٦/ص ١٩٥٥ في ١٧/١/١٩٥٥، العلامة، المبادئ القضائية، ص ١٦.
- (٦) قرار محكمة تمييز العراق رقم ١٥٣٠/٩/١٩٥٥ في ٣/١/١٩٥٦، العلامة، المبادئ القضائية، مصدر سبق ذكره ص ٢٢٧.

هنا للموهوب له بلا يمين^(١)؛ لأن الموهوب له منكر للرد وهو شبيه بالوديع إلا أن الهلاك والتلف حالة عارضة طارئة؛ كان يجب القول للواهب. ثانياً - قاعدة الأصل في الصفات العارضة العدم في القانون:

تنص المادة ٩٩ ثانياً من قانون الأثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩: «الأصل في الصفات العارضة العدم»، ولهذا القاعدة جانب مهم في ميدان التطبيق القانوني القضائي^(٢)، ويتفرع عن هذه القاعدة في القانون عدة قواعد منها.

الأصل أن يكون مال كل إنسان خالص له من دون غيره وليس من حق أي إنسان ادعاء الاشتراك فيه، ومن يدعي ذلك يقع عليه عبء إثبات ذلك^(٣). الأصل أن كل إنسان له ولاية نفسه في إدارة أمواله وعلى من يدعي الوكالة بخصوص ذلك يقع عليه عبء الإثبات^(٤).

الأصل في حصص الشركاء في رأس مال الشركة

(١) سليم رستم باز، شرح المجلة، مصدر سبق ذكره ج ١، ص ٢٣، علي حيدر، شرح المجلة، ج ١، ص ٢٧؛ سليم رستم باز، ج ١، ص ٢٣؛ محمد سعيد المحاسني، شرح المجلة، ج ١، ص ٣٩؛ م (١٧٧٣) مجلة الأحكام العدلية.

(٢) ينظر: د. رمضان أبو السعود، أصول الأثبات، مصدر سبق ذكره ص ٣٢٧؛ سليمان مرقس، أصول الأثبات، مصدر سبق ذكره ج ١، ص ٩٤.

(٣) قرار محكمة تمييز العراق رقم ١٠٥/١٠٥/٢٠٠٢ ت ٧٨٢ في ٤/٦/٢٠٠٢.

(٤) قرار محكمة تمييز العراق رقم ١٠٠/١٠٠/١٩٩٠ ت ٥٧١ في ٨/١/١٩٩٠.

وظيفة قاعدة «اليقين لا يزول بالشك» في البنات القضائية المتقابلة

* من تطبيقات قاعدة اليقين لا يزول بالشك قاعدة فرعية مهمة وهي يضاف الحادث الى أقرب أوقاته التي أخذت بها المادة ٩٩ أولاً من قانون الأثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

* ومن تطبيقات قاعدة اليقين لا يزول بالشك قاعدة فرعية أخرى هي الأصل في الصفات العارضة العدم وقد أخذت بها المادة ٩٩ أولاً من قانون الأثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

وفي ختام بحثنا هذا نأمل أن تنال القواعد الفقهية الكلية وتطبيقاتها القانونية المزيد من عناية الباحثين لما لها من أهمية كبيرة تعين واضعي القوانين ومطبقيه من الاستفادة من هذا الرصيد الفكري المميز الذي هو من نتاج التراث العلمي للحضارة الاسلامية . ومن الله التوفيق

المصادر والمراجع

بعد القرآن الكريم

أولاً: كتب اللغة

١. احمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في قريب الشرح الكبير، مطبعة مكتبة البيان، بيروت
٢. الجرجاني، التعريفات، مطبعة مكتبة صبيح، القاهرة، ١٣٨٢ هـ
٣. الجوهري، الصحاح، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر.
٤. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مطبعة المكتبة التجارية، مصر
٥. محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس شرح

* أن القواعد الفقهية ومنها قاعدة اليقين لا يزول بالشك، هي عبارة عن اصول ومبادئ كلية دستورية في نصوص موجزة تتضمن احكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها وهي تمتاز بالإيجاز في صياغتها.

* ان الاتحاد في العلة كان الباعث الرئيس في بداية ظهور علم القواعد الفقهية الكلية، حيث أن القاعدة تنشأ من اتحاد فروع جزئية متعددة في علة واحدة .

* ان قاعدة اليقين لا يزول بالشك تعني ببساطة أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك، ولا يضر الشك الطارئ عليها .

* ان قاعدة الأصل براءة الذمة في نطاق البنات القضائية هي إحدى تطبيقات قاعدة اليقين لا يزول بالشك . وان لها تطبيقات فقهية متعددة، وأخذت بها القوانين المعاصرة ومنها على سبيل المثال قانون الأثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .

* ان قاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر هي من التطبيقات الفرعية لقاعدة اليقين لا يزول بالشك، ولها تطبيقات واسعة في الفقه والنصوص القانونية ومنها المادة (٧) من قانون الأثبات العراقي والمادة ٧٧ من قانون البنات الاردني .

* ان فكرة الاستصحاب وفكرة بقاء ما كان على ما كان عليه هي من تطبيقات قاعدة اليقين لا يزول بالشك ولقد اخذت بها القوانين المعاصرة ومنها المادة ٩٩ من قانون الأثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .



أ.م.د. عيسى خليل خير الله... أ.م.د. محمد خليل خير الله

- القاموس المطبعة الخيرية
ثانياً: كتب الحديث
١٩٥٦
٦. مالك بن أنس، الموطأ، دار الشعب، مصر، الطبعة الأولى
١٩٦٤ م
٧. محمد بن أسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير بيروت، الطبعة الثالثة
١٩٩١ م
٨. محمد بن عيسى الترمذي، جامع الترمذي، دار أحياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠٠
٩. مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، دار أحياء التراث العربي
١٠. النووي، شرح صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي - بيروت
١١. ثالثاً: كتب الفقه الإسلامي وأصول الفقه
١٢. احمد ابراهيم، طرق الاثبات الشرعية، مطبعة القاهرة الحديثة، القاهرة، مصر
١٣. زين الدين بن ابراهيم بن نجيم، الاشباه و النظائر، مطبعة الجبالية بالقاهرة ١٣٢٨هـ / ١٩١٠ م
١٤. سليم رستم باز شرح المجلة، ط٣، المطبعة الادبية، بيروت
١٥. السيوطي، الاشباه و النظائر في قواعد و فروع فقه الشافعية، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١١هـ - ١٩٩٠.
١٦. صبحي محمصاني، فلسفة التشريع في الاسلام، ط٣، دار العلم للملايين، بيروت ١٣٨٠هـ - ١٩٦١ م
١٧. عبد الرحمن بن ناصر السعدي، القواعد والاصول الجامعة والفروق والتقسيم البديعة
- النافعة، مطبعة المدني العربية السعودية بالقاهرة،
١٨. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، ط١، المطبعة العربية، بغداد، ١٩٦٤ م
١٩. علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي، دار الجيل الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١ م
٢٠. القرافي، الفروق، دار السلام للنشر، الطبعة لأولى، ١٤٢١هـ / ٢٠٠١ م
٢١. الماوردي، أدب القاضي، تحقيق محي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد ١٩٧٠
٢٢. محمد سعيد المحاسني، شرح مجلة الاحكام العدلية، كتاب القواعد والبيوع، مطبعة الترقى دمشق ١٩٢٧
٢٣. محي هلال السرحان، القواعد الفقهية و دورها في اثراء التشريعات الحديثة، مطبعة اركان، بغداد، ١٩٨٦ م
٢٤. مسعود بن موسى فلوسي، القواعد الأصولية تحديد و تحصيل، مكتبة وهبة للطباعة والنشر، ٢٠٠٣
٢٥. مصطفى ابراهيم الزلي، اصول الفقه الاسلامي في نسيجة الجديد، ج١، بغداد، دار الحكمة للطباعة والنشر ١٩٩١
٢٦. مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط١، مطبعة الجامعة السورية
٢٧. منير القاضي شرح مجلة الاحكام العدلية، بغداد، ١٩٤٧

- رابعاً: كتب القانون
٢٨. آدم وهيب الندوي، شرح قانون البنات والاجراء الاردني، ادم وهيب الندوي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ١٩٩٨
٢٩. توفيق حسن فرح، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية، مؤسسة الثقافية الجامعة، الاسكندرية، ١٩٨٣
٣٠. جلال العدوي. مبادئ الاثبات في المسائل المدنية والتجارية. الاسكندرية ١٩٨٣
٣١. حسين المؤمن، نظرية الاثبات القواعد العامة، الاقرار و اليمين، طبع بدار الكتاب العربي، مصر، ١٩٤٨
٣٢. رمضان ابو السعود، اصول الاثبات في المواد المدنية و التجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨٦
٣٣. سليمان مرقس، اصول الاثبات في المواد المدنية، ط٢، المطبعة العالمية، مصر، ١٩٥٣
٣٤. السنهوري، الوسيط، طبعة نادي القضاة، ١٩٨٣
٣٥. عبد الرحمن العلام، المبادئ القضائية، مجلة القضاء ١٩٥٥
٣٦. عبد السلام ذهني، المداينات،، مطبعة المعارف، مصر، ١٩٣٣
٣٧. عبد العزيز السهيل، احكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني، مطبعة دار التضامن للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٦٣
٣٨. عز الدين الدناصوري و حامد عبد الحميد
- عكاز، التعليق على قانون الاثبات المصري، عالم الكتب القاهرة
٣٩. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، ط١، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٧
٤٠. قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.
٤١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
٤٢. القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦
٤٣. محمد شفيق العاني، الفقه الاسلامي ومشروع القانون المدني الموحد في البلاد العربية، مطبعة البيان العربي، ١٩٦٥ م
٤٤. محمد فتح الله النشار، احكام و قواعد عبء الاثبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ٢٠٠٠.
٤٥. منير محمود الوتري، القانون، ط٢، مطبعة الحافظ، بغداد
٤٦. نبيل ابراهيم سعد، الاثبات في المواد المدنية و التجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية ٢٠٠٠ م
٤٧. الوقائع العراقية خامساً: الأبحاث
٤٨. عبد اللطيف عبد الله عزيز البرزنجي، الاستصحاب، بحث منشور في مجلة كلية الامام الاعظم العدد (٤) ١٩٧٨ م، مطبعة الارث بغداد.