

اصول الشهادة في الحقوق والحوادث

ويختلف عدد الشهود من حادثة لأخرى ، ومن حق لآخر . ففي الجرائم الخلقية كالزنا واللواط والسحاق ، تثبت الجنائية بشهادة اربعة رجال . وفي حقوق الله المالية كالزكاة والخمس ، وغير المالية كالحدود، وحقوق الناس غير المالية كالاسلام وتزكية الشهود وجرحهم ، تثبت بشهادة رجلين . وفي حقوق الناس المالية تثبت بشهادة رجلين ، او رجل وامرأتين ، او رجل ويمين . وفي ما يعسر اطلاع الرجال عليه، كالبكاراة والولادة والعيوب ، يجوز شهادة النساء منضمت او منفردات عن الرجال ، بالاجماع . وفي كل هذه الحالات تفصيل .

فعلى صعيد الجنائيات الخلقية ، تثبت الجنائية بشهادة اربعة رجال في الزنا ، كما ورد في النص الجيد: (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة¹) ، و... لولا جاءوا عليه باربعة شهداء² . ولاتدل الآية الكريمة على انحصار الشهادة بالرجال ، بل ورد تحديد عدد الشهداء دون ذكر جنس الشاهد ، الا ان الرواية المروية عن الامام الصادق (ع) تفصل القول في ذلك: (انه يجوز في الرجم شهادة ثلاثة رجال وامرأتان ، ولايجوز في ذلك شهادة رجلين واربع نسوة³) . والحصل من هذه الرواية ومن روايات اخرى ان الشهادة في الزنا وما يترتب عليها من رجم تثبت باربعة رجال او ثلاثة رجال وامرأتين. اما في الجلد فتثبت باربعة رجال ، او ثلاثة وامرأتين ، او رجلين واربع نسوة⁴ . وفي اللواط والسحق تثبت باربعة رجال فقط ، ولاتقبل شهادة النساء .

وعلى صعيد حقوق الله المالية: كالزكاة ، والخمس ، والكفارات ، والنذور ، وغير المالية: كحد القذف ، والارتداد ، والسرقه ، فتثبت بشهادة رجلين ، ولاتقبل فيه شهادة النساء . و«لافرق في حقوق الله تعالى بين كونها مالية ، كالزكاة والخمس والكفارة ، وبين غيرها كالحدود . وقد دلّ على عدم قبول شهادة النساء في الحدود روايات ... واما حقوق الله المالية فليس عليها نص بخصوصها ، ولكن لما كان الاصل في الشهادة هو شهادة الرجلين ، وكان مورد الشاهد واليمين ، والشاهد وامرأتين هو الديون ونحوه من حقوق

¹ سورة النور: الآية 4.

² سورة النور: الآية 13.

³ التهذيب ج 6 ص 264.

⁴ الكافي ج 7 ص 390.

الآدميين اقتصر على مورده ، وبقي غيره على الاصل»⁵ .

وفي حقوق الافراد غير المالية ، كتركبة الشهود او جرحهم ، وثبوت اسلام الفرد ، فانها تثبت برجلين ، ولاتقبل فيه شهادة النساء . والمشهور بين فقهاء الامامية ايضاً ان الطلاق، والخلع، والنسب، والوكالة ، ورؤية الهلال تثبت بشهادة رجلين .

اما في حقوق الافراد المالية كالديون ، والرهنون ، والوصايا بالمال ، وعقود المعاوضات ، والغصب ، فتثبت بشهادة رجلين ، او رجل وامرأتين ، او رجل ويمين ، لاجازته (ص) شهادة النساء مع الرجل في الدين⁶ ، وقوله (ع) : (كان رسول الله (ص) يقضي بشاهد واحد مع يمين المدعي)⁷ .

وعلى صعيد ما يعسر اطلاع الرجال عليه كالعيوب والبكارة والثيبوبة واستهلال المولود ، تجوز شهادة النساء على الاطلاق ، كما ورد في احدي الروايات : (انه جيء الى علي امير المؤمنين بامرأة بكر زعموا انها زنت ، فأمر النساء فنظرن اليها ، فقلن: هي عذراء ، فقال: ما كنت لاضررب من عليها خاتم من الله [يعني العذرية])⁸ ، الى غير ذلك من النصوص . و«ضابطه ما يعسر اطلاع الرجال عليه غالباً بلا خلاف اجده في ثبوت ذلك بشهادتهن منفردات كما اعترف به في كشف اللثام ، لمسيس الحاجة وللروايات المعتمدة المستفيضة»⁹ .

دور القاضي في قبول اهلية الشهود:

وعندما تقام الدعوى من قبل المدعي ضد المدعى عليه ، يقوم القاضي اولاً بتشخيص المدعي والمدعى عليه . ثم يقوم بتخيير المدعي بين اقامة البينة وبين تحليف خصمه (المدعى عليه) . فاذا كان المدعي لايمتلك بينة يقوم القاضي بتخيير المدعى عليه (المنكر) ، بين حلف اليمين او اقامة البينة على براءته . بموجب اصول الاثبات الشرعية . فان جاء المدعى عليه بالبينة على براءته ، مثلاً شاهدين عدلين ، التفت القاضي للمدعي قائلاً : ان

⁵ المسالك - باب الشهادة.

⁶ من لا يحضره الفقيه ج 3 ص 33.

⁷ الوسائل ج 18 ص 197.

⁸ الكافي ج 7 ص 404.

⁹ الجواهر ج 41 ص 170.

كان عندك ما يقدر في الشهادة فيبينه ، فان طلب المدعي الامهال امهله ثلاثة ايام ، فان جاء ببينة جديدة فذاك ، والا فان على القاضي الحكم بما تستدعيه الشهادة التي جاء بها المدعى عليه .

ولما كانت الشهادة من اهم اصول الاثبات الجنائي والحقوقى ، فان معرفة اوصاف الشهود ، تعتبر الحجر الاساس في اجراء محاكمة نزيهة عادلة . ولذلك فان القاضي في النظام الاسلامي يبذل كل ما في وسعه لمعرفة اهلية الشهود في الادلاء بشهادتهم . فمن مسؤوليته الرئيسية ان يعلم من سير الادلاء بالشهادات مدى مطابقة تلك الشهادات للدعوى او الواقع الذي تمت فيه الجنائية ، وهل ان تلك الشهادة مبنية على الاثبات او على النفي ، او على التبرع او على المسؤولية التحملية والادائية ، او على اليقين ، او على الظن ، او على العداوة او على الصداقة ، او على القرابة النسبية او على غيرها .

ومن المفترض ان يكون القاضي على اطمئنان بان الشاهد الواقف امامه انما يشهد عن علم لا عن وهم وظن واحتمال . لان الاصل في الشهادة ، المشاهدة وهي العلم بالمشهود . ومع ذلك ، فان القاضي لا يكون ملزماً بقبول الشهادة مجردة عن القرائن الاخرى المصاحبة لجرى القضية الجنائية . بل ان آداب الشريعة تقتضي بان يفسح القاضي المجال للشاهد بالادلاء بشهادته بجرية تامة الى ان ينتهي ، فان توقف فلا يرغب في الاقدام ، وان اقدم فلا يجيبه في الاحكام في الحقوق الخاصة بالمولى عز وجل . ولا بأس ان يقوم القاضي بالاستفهام من الشاهد بصيغة السؤال او اي صيغة اخرى حتى يتوصل الى اكتشاف الحق . و«يكره للحاكم ان يعنت الشهود اذا كانوا من ذوي البصائر والاديان القوية ، مثل ان يفرق بينهم ، لان في ذلك غضا منهم ، ويستحب ذلك في موضع الريية . ولا يجوز للحاكم ان يتعتع الشاهد ، وهو ان يداخله في التلفظ بالشهادة فيدخل معه كلمات توقعه في التردد او الغلط ، بان يقول الشاهد : انه اشترى كذا ، فيقول الحاكم : بمائة ، او في المكان الفلاني ؛ او يريد ان يتلفظ بشيء ينفعه فيداخله بغيره ليمنعه من اتمامه ونحو ذلك . او يتعقبه بكلام ليحمله تمام ما يشهد به ، بحيث لولاه لتردد ، او اتى بغيره . بل يكف عنه حتى ينهي ما عنده ، وان تردد . ولو توقف في الشهادة ، لم يجز له ترغيبه الى الاقدام على الاقامة ولا تهديده في اقامتها . وكذا لا يجوز ايقاف عزم الغريم عن الاقرار ، لانه ظلم لغريمه . ويجوز ذلك في حقوق الله تعالى ، فان الرسول (ص) قال لما عزم عند اعترافه بالزنا : (لعلك قبلتها ، لعلك لمستها)¹⁰ وهو تعريض بإيثار الاستتار»¹¹ .

¹⁰ نيل الاوطار ج 7 ص 104 .

ولا بد للقاضي ايضاً من احراز وجود الشروط التي ينبغي توفرها في الشاهد ، بالحس او الدليل ، وهي كما ذكرنا سابقاً: العقل ، والبلوغ ، والاسلام ، والعدالة ، والضبط ، وعدم العداوة ، وعدم النسب في الحدود . والشك في الشرط يستدعي الشك فيما هو شرط فيه ، وبذلك يستدعي الحكم بعدم وجوده . وعليه، فان على القاضي التثبت من شروط الشاهد ، واي شك في شرط من الشروط يعني انتفاء ذلك الشرط.

فيثبت العقل والبلوغ والضبط من ظاهر الحال ، لانهما من المسائل الموضوعية التي يترك تقدير الدليل الى معرفتها للقاضي . وكذلك الاسلام فان اظهاره كاف للثبوت .

اما عدالة الشاهد ، فهي من اهم الشروط التي ينبغي اثباتها من قبل القاضي . فان تيقن بعدالة الشاهد اخذ بشهادته دون تزكية ، وان جهلها بحث عنها بنفسه ، او امر المدعي بتزكية كل شاهد بشاهدين معلومي العدالة ، لان التزكية من توابع البينة . فاذا عرف الحاكم عدالة الشاهدين حكم ، و«ان عرف فسقهما اطرح ، وان جهل الامرين بحث عنهما . وكذا لو عرف اسلامهما وجهل عدالتهما ، توقف حتى يتحقق ما يبين عليه ، من عدالة او جرح . ولو حكم بالظاهر ، ثم تبين فسقهما وقت الحكم نقض حكمه ، ولا يجوز التعويل في الشهادة على حسن الظاهر ، وينبغي ان يكون السؤال عن التزكية سراً ، فانه ابعد من التهمة . ولو اختلف الشهود في الجرح والتعديل ، قُدّم الجرح لانه شهادة بما يخفى على الآخرين . ولو تعارضت البيتان في الجرح والتعديل ، قال في الخلاف : توقف الحاكم . ولو قيل : يعمل على الجرح كان حسناً»¹² .

وعندما يتم الاستماع الى البينة كاملة من قبل القاضي ، يتوجه الى المدعى عليه سائلاً اياه : اتقدح في شهادتهم عليك ؟ فاذا أوماً بالاجاب استمع القاضي اليه ، والّا يقوم القاضي بدراسة القضية واصدار الحكم .

حالات الطوارئ بعد الشهادة:

وكما ذكرنا سابقاً ، فان وجوب تحمل واداء الشهادة حتمي ، لان في كتمانها او الامتناع عن ادائها ضرر عام على النظام الاجتماعي ، ومفسدة خاصة على العدالة القضائية . ولكن كتمان الشهادة لايجب

¹¹ شرائع الاسلام ج 4 ص 77.

¹² شرائع الاسلام ج 4 ص 76.

الضمان المالي ، بل يوجب العقاب من الله سبحانه وتعالى ، لقوله عز من قائل : (ولاتكنتموا الشهادةَ ومن يكتمها فانه آثمٌ قلبه)¹³ .

اما في حالة موت احد الشاهدين او كليهما بعد اداء الشهادة وقبل الحكم ، فان شهادتهما تبقى صالحة ، «بلا خلاف اجده ، لاصالة بقاء صحتها بعد عدم ما يدل على بطلانها بذلك»¹⁴ ، ولان الحكم يستند الى الاداء ، وقد حصل . واذا مات الشاهدان المجهولي الحال ، ثم زكيا بعد الموت ، كشفت التزكية عن صحة الشهادة ، ولزم الحكم بموجبها .

اما طروء الفسق على العدلين او احدهما ، بعد الشهادة وقبل الحكم ، فينفي جواز الحكم على المدعى عليه اذا كان المشهود به حقاً من حقوق الله ، كحدود الزنا وشرب المسكر ، لظهور الشبهة الدائرة للحدود . واذا كان المشهود به حقاً من حقوق الناس ، كالدين او القرض مثلاً ، اختلف الفقهاء فيه ، ولكن المشهور انه ينفي جواز الحكم ايضاً .

وعلى صعيد آخر ، فاذا شهد شاهد لقريبه بمال ، وقبل ثبوت الحكم مات المشهود له وانتقل المال المشهود به للشاهد ، تسقط الشهادة ولا يجوز الحكم اجمالاً ، لان احد شروط قبول الشهادة ان لا تجلب نفعاً للشاهد .

ولاريب ان شهادة الزور ، يترتب عليها اضطراب العدالة وفساد الاجتماع الانساني ، ولذلك شدد الاسلام على تحريمها ، كما ورد في قوله تعالى في التعرض لصفة المؤمنين : (والذين لا يشهدون الزور)¹⁵ ؛ ويثبت الزور في الشهادة بالقرينة التي تفيد القطع ، بحيث يتيقن القاضي قطعاً بكذب الشاهد بطريقة من الطرق . واذا ثبت الزور في الشهادة انتقض الحكم ، قبل التنفيذ او بعده ، لان الحكم بُني على الفساد. ويضمن الشاهد بسبب ما اتلف في شهادته ، للرواية الواردة عن الامام الصادق (ع) عندما سئل عن شاهد الزور ؟ قال : (ان كان الشيء قائماً بعينه رد على صاحبه ، وان لم يكن قائماً ضمن الشاهد بقدر ما اتلف من مال الرجل)¹⁶ . واذا كان المشهود قتلاً يفعل بالشاهد ما فعل بالمشهود عليه .

¹³ سورة البقرة: الآية 283.

¹⁴ الجواهر ج 41 ص 217.

¹⁵ سورة الفرقان: الآية 72.

¹⁶ من لا يحضره الفقيه ج 3 ص 35.

ولكن اذا رجع الشاهد عن شهادته قبل الحكم وشهد مرة أخرى ، لا يقضى بشهادته لمكان التناقض بين شهادته الاولى والثانية . واذا حصل الرجوع بعد الحكم وقبل التنفيذ ، وكان المحكوم به حقاً لله سبحانه كحد الزنا ، انتقض الحكم ، لان الحدود تدرأ بالشبهات . واذا حصل الرجوع بعد الحكم والقضاء بالشهادة ، وكان المحكوم به من حقوق الناس المالية ، بقي الحكم على حاله ، لانه قد ثبت بالقضاء . ولكن يضمن الشاهد الراجع لمن شهد عليه عوض ما اخذ منه مثلاً او قيمة ، كما جاء في الرواية عن الامام (ع) في الشهود: (اذا رجعوا عن شهادتهم ، وقد قضى [القاضي] على الرجل ضمنوا ماشهدوا به وغرموا ، وان لم يكن قضى طرحت شهادتهم ، ولم يغرموا شيئاً)¹⁷ . واذا رجع الشهود بعد القضاء وتنفيذه ، وقد اقتص من المشهود به قتلاً او جرحاً ، فاذا اقرؤا بتعمد الكذب اقتص من كل واحد منهم ، تماماً كما اقتص من المشهود به ، «لقاعدة قوة السبب على المباشر ، وعمومات القصاص مضافاً الى خصوص نصوص المقام . ومنها ان الامام الصادق (ع) سئل عن اربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا ، ثم رجع احدهم بعدما قتل الرجل ؟ فقال (ع) : ان قال الراجع : أوهمت ضرب حد [القذف] واغرم الدية ، وان قال : تعمدت ، قُتل»¹⁸ .

اليـد:

واتفق فقهاء الامامية على ان وضع اليد يدل على الملك ، لتباني العرف وطريقة العقلاء . وقد جاء الشرع فامضى هذا التباني لحفظ الحياة الاجتماعية من الخلل والاضطراب . بمعنى ان وضع اليد على الشيء هو استطاعة صاحبها التصرف فيه تصرف المالك في ملكه دون معارضة احد ، كالسكن في الدار ، والزراعة في الارض ، وسياسة المركبة . وعلى ضوء ذلك ، يستطيع المالك ان يبيع العين او يهبها ، او يؤجرها ، او يعيرها بكل حرية ودون قيد . والعبرة في ذلك ، الصدق العربي ، وفي ذلك رواية مروية عن الامام جعفر الصادق (ع) عندما سأله حفص بن غياث : اذا رأيت شيئاً في يدي رجل أيجوز لي ان اشهد انه له ؟ قال الامام: نعم. قال حفص : اشهد انه في يده ، ولا اشهد انه له ، فلعله لغيره . قال الامام : أفيجل الشراء منه ؟ قال: نعم. قال ابو عبد الله : (فلعله لغيره ! فمن اين جاز لك ان تشتريه وتصيره ملكاً لك ، ثم تقول بعد الملك: هو لي،

¹⁷ التهذيب ج 6 ص 259.

¹⁸ الكافي ج 7 ص 384، والجواهر ج 40 ص 225.

وتحلف عليه ، ولا يجوز ان تنسبه الى من صار ملكه من قبل اليك ؟ لو لم يجز هذا ما قام للمسلمين سوق¹⁹ .
ولا تدل اليد على الاختصاص الآ في الاموال والمنافع كالبيوت والمصانع والمزارع . فوضع اليد على
المال دليل على الملك ، سواءً كانت العين منقولة او غير منقولة . فلو وقع التخاصم بين ساكن الدار ، وفرد
آخر ادعى ملكيتها ، فعلى المدعي البينة ، وليس على الساكن الاثبات لان يده تشهد له بذلك . اما اذا وقع
التخاصم بين المالك والمستأجر ، فيكون المستأجر مدعياً وعليه الاثبات او البينة ، والمالك منكرًا لا يكلف الآ
باليمين ؛ لان دلالة اليد على عدم ملكية المنافع مشروطة بعدم معارضة المالك .

واذا كانت اليد محتصة في الاموال والمنافع ، فانها لا تختص في ثبوت الانساب والاعراض . فلاتدل اليد
على ان المرأة هي زوجة الذي تسكن معه ، بل الذي يدل على ذلك قاعدة حمل فعل المسلم على الصحة .
ولاتدل اليد على ان الصبي هو ابن الذي يسكن في بيته ، بل الذي يدل على ذلك هو الاقرار . فلا اثر لليد في
ثبوت الانساب والاعراض .

ويشترط في وضع اليد على ثبوت الملك امران رئيسيان . اولهما : الجهل بابتداء وضع اليد على العين.
فاذا كانت الدار لخالد مثلاً ، ثم بعد فترة انتقل اليها احمد واخذ يتصرف فيها تصرف المالك ولم يعارضه احد،
دل ذلك التصرف على ان الملك لاحمد . اما اذا اعترض المالك الحقيقي على احمد ، فعلى المدعي — وهو
احمد — البينة ؛ وعلى المنكر اليمين . ثانيهما : ان تكون العين بطبيعتها قابلة للتملك والتملك ، وامثالها
البيوت والمصانع والمزارع . اما الاوقاف فانها لا تقبل التملك والتملك ، فتسقط اليد عن الدلالة على
ملكيتها .

اليمين الشرعية:

وهي وسيلة مهمة من وسائل ثبوت الحكم ضد احد المتخاصمين . وهي كما ترى لا تكشف الواقع ،
وانما شرعت لفصل الخصومات بين الافراد في النظام القضائي الاسلامي ، لما لها من قوة ردعية داخلية .
ويكون الحالف — على الاعم الاغلب — منكرًا ، لان وظيفة المنكر حلف اليمين . وفي بعض
الاستثناءات تتجه اليمين على المدعي ، ومثالها الشخص المؤمن على عين قد تلفت في يده بلا تعدد ولا تفريط ؛

¹⁹ الكافي ج 7 ص 387.

وقد ترفض اليمين من المنكر ، كما لو كان وصياً او وكيلاً او ولياً .
ويشترط في الحالف : العقل ، والبلوغ ، والاختيار ، وحق الاسقاط فلا تصح اليمين من الوصي والوكيل والولي ، والتبرع فلا تصح من السفية فيما لا ينفذ تصرفه فيه .
وموضوع اليمين هو الحقّ المحلوف من اجله ، حيث يشترط صحة الحكم به نفيّاً او اثباتاً . فلو حلف المنكر حَكَمَ القاضي ببراءته ، ولو حلف المدعي حكم بثبوت حقه عيناً ، او ديناً ، او ديةً ، او قصاصاً ، عدا حق الله عز وجل .

واتفق الفقهاء على ان صيغة اليمين الشرعية محددة شرعاً بوجوه ، مثل : اليمين المقتصر على اسم الجلالة فقط وهو (والله) ، واليمين المفصل : (والله الذي لا اله الا هو السميع العليم) ، لقوله (ص) : (لا تخلفوا الا بالله ، ومن حلف فليصدق ، ومن حُلف له فليرض ، ومن لم يرض فليس من الله في شيء)²⁰ . ويستحب التغليظ في اليمين ، كقوله (والله الذي لا اله الا هو الرحمن الرحيم ، الطالب الغالب الضار النافع ، المدرك المهلك ، الذي يعلم من السر ما يعلمه من العلانية ، ما لهذا المدعي عليّ شيء مما ادعاه)²¹ . ولا يجوز الحلف بغير الصيغة الشرعية .

ولا يكون الحلف شرعياً ، ما لم يؤديه الحالف مع اذن الحاكم — في المحكمة او في اي مكان آخر — ؛ فاذا تعذر حضور الاصل الى المحكمة لعذر شرعي كالمرض مثلاً ، استتاب الحاكم من يحلفه اياها ، فيقبل ذلك التحليف كما لو كان في المحكمة .

وتنقسم اليمين الى قسمين ، الاول : يمين الانكار . والثاني : يمين الاثبات . وينظوي تحت عنوان يمين الاثبات : اليمين المردودة ، والمنظمة ، والاستظهار .

الاول : يمين الانكار ، وهو اجابة المدعى عليه بالسلب والانكار لما يدعيه المدعي . وفي هذه الحالة يقوم القاضي بالاستفسار من المدعي مرة اخرى ، هل لديك بيّنة ام لا ؟ فاذا عرض البيّنة فذاك ، والاّ عرض القاضي على المدعى عليه الحلف على خصمه . والطلب من المدعى عليه بالحلف ، حق من حقوق المدعي ، فلا يجوز للحاكم اجبار المدعى عليه باداء اليمين الشرعية . وكذلك لا يجوز للمنكر التسرع باليمين دون طلب

²⁰ سنن ابن ماجه ج 1 ص 679.

²¹ شرائع الاسلام ج 4 ص 87.

القاضي . بمعنى ان تحليف المدعى عليه يجب ان يقع ضمن الضوابط القضائية التي شرعها الاسلام ، ولا ريب ان ذلك يحفظ حقوق الطرفين ; لان اعتبار تحليف المدعى عليه كحق خاص بالمدعي ، وعدم جواز تبرع المدعى عليه بالحلْف ، يؤدي — ربما — الى عقد الصلح ، او الى رجوع المنكر عن موقفه ، او الى غير ذلك مما له مصلحة واقعية في احقاق الحق .

واذا حلف المدعى عليه بطلب من المدعي والحاكم سقطت الدعوى ، ولا يحق للمدعي المطالبة باي حق من الحقوق ، لقوله (ع) : (ذهب اليمين بحق المدعي فلا دعوى له)²² . وفي رواية اخرى ان سائلاً سأله قائلاً : كانت بيني وبين رجل من اليهود معاملة فحانني بالف درهم ، فقدّمته الى الوالي فاحلفته فحلف ، وقد علمت انه حلف يمينا فاجرة ، فوقع له بعد ذلك عندي ارباح ودراهم كثيرة ، فهل اخذها عوضاً عن مالي ؟ فكتب (ع) : (لاتأخذ منه شيئاً ، ان كان ظلمك فلاتظلمه . ولولا انك رضيت بيمينه فحلفته لامرتك ان تأخذ مما تحت يدك ، ولكنك رضيت بيمينه ، وقد ذهب اليمين بما فيها)²³ .

والخلاصة ، ان للمدعي ثلاثة خيارات . الاول : ان يبرز البينة على دعواه . والثاني : القبول بيمين المنكر . والثالث : اسقاط الدعوى ورفع يده عنها . وللمدعى عليه خياران . الاول : حلف اليمين . والثاني : النكول عن اليمين . وبالتالي فليس للمدعي رفض يمين خصمه وعدم اقامة البينة ، وليس للمدعى عليه النكول ورفض بيّنة المدعي . بمعنى ان القاضي لا بد ان يصل الى الحكم باي شكل من الاشكال . وبتعبير ثالث ان الحاكم ولي عن المنكر ، فان امتنع عن اداء الحق قهره عليه لصالح المدعي . فان حلف المنكر سقطت الدعوى ، وان اقام المدعي البينة وحلف كان الحق الى جانبه .

الثاني : يمين الاثبات ، وهي على ثلاثة اقسام كما ذكرنا : المردودة ، والمنظمة ، والاستظهار . واليمين المردودة ، وهي اليمين التي يؤديها المدعي بعد ان رفضها المدعى عليه ، ونوضحها بالشكل التالي : اذا رد المنكر ، اليمين على المدعي ، وكان المدعي جازماً بدعواه ، وكان اصيلاً اي لا وكيلاً ولا وصياً ولا ولياً ; فاذا حلف ذلك المدعي ، ثبتت دعواه وحكم القاضي بحقه على المدعى عليه . اما اذا نكل المدعي وامتنع عن حلف اليمين المردودة سقطت الدعوى بشكل نهائي . واذا نكل المنكر ، وامتنع عن الحلف

²² التهذيب ج 6 ص 231.

²³ الكافي ج 6 ص 430.

والرد معاً ، قال اكثر فقهاء الامامية ان الحاكم لا يقضي بالنكول ، وان عليه رد اليمين من تلقائه على المدعي «ان اراد تحصيل حقه بلا خلاف اجده فيه ، بل للاجماع بقسميه عليه ، وهو الحجة بعد النصوص المستفيضة او المتواترة»²⁴ .

واليمين المنضمة ، هي التي تضم الى شهادة شاهد واحد ، او الى شهادة امرأتين لاثبات الحقوق المالية، وهي الدين ، والغصب ، والرهن ، والوصية بالمال ، وعقد المعاوضة ، والجنابة الموجبة للدية فقط ، للرواية القائلة بان رسول الله (ص) كان يقضي بشاهد واحد مع يمين المدعي ، ولا يطل حق مسلم ، ولا يراد شهادة مؤمن²⁵ . ورواية ثانية بان رسول الله (ص) أجاز شهادة النساء مع يمين الطالب في الدين يلحف بالله ان حقه لحق²⁶ .

ويمين الاستظهار ، وكيفيةها : ان الميت لو ترك اموالاً في ايدي الورثة ، فان دعواهم على ذلك الميت تسمع بشأن الحقوق المالية ، ومثلها التثبت من بقاء الدين في ذمة الميت الى حين الوفاة . ولكن لا يثبت ذلك الدين الاً بالبينه ، ويمين المدعي معاً . وهذا هو معنى يمين الاستظهار . ويشترط فيها ان المدعي يجب ان يكون حازماً بدعواه وان يكون اصيلاً ، وتصح اذا كانت تلك اليمين بطلب الحاكم دون الوارث . واذا لم يكن لصاحب الدين على الميت الاً شاهد واحد حُلف مرتين ، الاولى : اليمين المتممة للبينه ، والثانية : يمين الاستظهار .

واذا تبين كذب الخالف ، فان اقر بالكذب على نفسه انتقض الحكم المبني على اليمين ، وجاز لصاحب الحق مطالبة الخالف واستيفاء حقه . اما اذا عُلِمَ كذبه بدلائل اخرى غير الاقرار ، فلا يحق لصاحب الحق مطالبته ، الا اذا نقض القاضي الحكم .

العرف:

ولاشك ان الشريعة الاسلامية كانت قد لاحظت عادات الناس اثناء التشريع . فرفضت بعضها وأقرت البعض الآخر . فاذا أمضت ما جرت عليه عادة الناس في بيعهم وشرائهم وسائر معاملاتهم ، اعتبر هذا

²⁴ الجواهر ج 40 ص 176 .

²⁵ الوسائل ج 18 ص 197 .

²⁶ من لا يحضره الفقيه ج 3 ص 33 .

الامضاء اجازة شرعية للعرف الاجتماعي . بمعنى انه لو جرت عادة العرف على الاقرار بممارسة معينة ، ولم يأت الردع من الشارع تجاه ذلك العمل ، اعتبر ذلك امضاءً من الشارع . وعليه ، فان العرف ليس مصدرًا من مصادر التشريع ، ولا يعتبر حقيقة شرعية ؛ بل ان دوره هنا ، معرفة الموضوع وتشخيص المعنى الذي تعلق به الحكم الشرعي . فيتعين في تفسير قوله (ص) : (لا ضرر ولا ضرار) مثلاً ، تشخيص الضرر بالرجوع الى العرف الاجتماعي ، لان تشخيص الضرر شبهة موضوعية موكولة الى ما تعارف الناس عليه . ولا يعتبر العرف اصلاً من اصول الاثبات في القضاء ولا مصدرًا من مصادر القضاء ، لانه ليس من الحقائق الشرعية ، بل يعتبر وسيلة من وسائل معرفة الشبهة الموضوعية المختلف عليها بين المتخصصين . فاذا باع الفرد بستاناً ، واختُلف في اندراج الحائط ضمن المبيع مثلاً ، رجع فيها الى العرف الاجتماعي لتحديد ذلك . واذا باع الفرد داراً ، واختلف في تضمن البيع للبئر الواقعة في حديقتها ، رجع فيها الى العرف ايضاً . و«اذا باع شجرة عليها ثمرة فالثمرة للبائع على كل حال الا ان يكون عرف يقتضي الخروج»²⁷ . وعلى ضوء ذلك يمكن القول بان العرف الاجتماعي انما هو وسيلة من وسائل الوصول الى معرفة الحق عن طريق تشخيص الشبهة الموضوعية ، ولكنه ليس اصلاً من اصول الاثبات القضائي .

الاستفاضة:

اما الاستفاضة ، فهي الشباع والتسامح بين جماعة يستبعد اتفاقهم او تواطؤهم على الكذب لامر ما بمعنى واحد . فيحصل نتيجة قولهم الاطمئنان بصدق الشباع . كأن يشاع ان هذا العقار وقف ، او ان فلاناً عالم ، او ذلك البستان مغسوب . والاصل في الاستفاضة ابتناؤها على الصدق . ولذلك ، فان الشهادة بالاستفاضة امام القاضي تجوز مطلقاً ، بشرط ان يحصل العلم من الشباع ، لان العلم حجة مهما كان مصدره . اما اذا لم يحصل العلم من الاستفاضة ، فان الشهادة لا تجوز الا في مواضع: كالنسب ، والملك المطلق (عدم معرفة سبب نشوء الملك) ، والوقف ، والزواج ، والموت ، والعق ، والولاء . واذا ثبتت الاستفاضة عند القاضي وجب عليه القضاء بها ، بالشروط التي ذكرناها . وعليه ، فان الاستفاضة وسيلة من وسائل الاثبات الشرعية في القضاء ، يعتمد عليها القاضي في

²⁷ الجواهر - باب المتاجر .

الحكم . اما العرف فانه موصل لمعرفة الحقائق ولا يعتمد عليه القاضي في الحكم ، بل يستفيد منه كطريق لمعرفة معاني الالفاظ المستخدمة في النظام الاجتماعي .

مشاكل قضائية

ولابد للنظام القضائي من مواجهة مشاكل وتعقيدات القضايا الجنائية والحقوقية الحديثة ، والحكم عليها ، لان المساهمة في معالجة تعقيد وتشابك الحثيات الجنائية تعني قدرة النظام القضائي على التعامل مع هذه الجنايات بدقة وكفاءة . وهذا لا يتم ما لم يتسلح النظام القضائي باصول وقواعد ينبغي ادراكها وفهمها من قبل القاضي قبل اصدار الحكم، امثال: تعارض البينتين، والرجوع عن الشهادة، وشهادة الزور، والاختلاف في الشهادات ، والتعارض بين البينة واليد ، والتداعي وترجيح البيئات .

فعلى صعيد تعارض البينتين ، وهو «ثمانعها في الحكم بحيث لا يمكن الجمع بينهما فيه»²⁸ ، يكون العمل باحدهما مستلزماً لتكذيب الاخرى كأن تشهد البينة الاولى ببيع الدار لعلي صباح يوم الجمعة مثلاً ، وتشهد البينة الثانية ببيع الدار لحسن في نفس اليوم وفي نفس الوقت . اذا حصل ذلك تجري عملية الترجيح بالعدالة والعدد من قبل القاضي . فتُقدّم البينة ذوي الشهود الاعدل والاثوق على غيرها . وان تساوتا بالعدالة والوثاق تقدم البينة الاكثر عدداً . وان تساوتا عدالة وعدداً تجري القرعة بينهما . والفائز بالقرعة يحلّف ويقضى له . فاذا امتنع الفائز عن اداء اليمين حلّف الآخر وقضى له . وان نکلا قضي بالعين مناصفة بين الاثنين . ويتحقق التعارض بين البينتين على اصعدة مختلفة منها ، اولاً : اذا كان في البينة الاولى شاهدان ، والبينة الثانية شاهدان ، ثانياً : اذا كان في البينة الاولى شاهد وامرأتان ، وفي الثانية شاهد وامرأتان . ثالثاً : اذا كان في البينة الاولى شاهدان ، وفي الثانية شاهد وامرأتان . ولكن لا يتحقق التعارض بين البينتين ، اذا كان في البينة الاولى شاهد وبمين ، وفي الثانية شاهدان . او كان في الاولى شاهد وبمين وفي الثانية شاهد وامرأتان . لان الشاهد واليمين لا يصدق عليهما اسم البينة ، فلا يقع التعارض حينئذ .

وعلى صعيد الرجوع عن الشهادة ، فان رجع الشاهدان عن الشهادة قبل الحكم احجم الحاكم عنه، وان رجعا بعد الحكم لم ينتقض — حتى ولو لم ينفذ — لان الرجوع يحتمل فيه الكذب والصدق . فاذا شهد

²⁸ التنقيح الرابع ج 4 ص 279.

شاهدان بان زیداً طلق زوجته ، وحكم القاضي بالطلاق ، ثم رجع الشاهدان عن الشهادة بذلك ، لاعتود المرأة الى زوجها. ولاشك «ان الشاهدين على ما يثبت بهما اذا رجعا معاً عن شهادتهما بعد الحكم بها واستيفاء المال ، ضمنا بالسوية لتساويهما في التسبب المقتضي لذلك . فان رجعا احدهما ضمن النصف»²⁹ .

وعلى صعيد شهادة الزور ، فلو تبين ان الشاهدين شهدا زوراً وكذباً انتقض الحكم ، حتى بعد التنفيذ لمكان العلم بمخالفة الواقع ؛ لان حكم القاضي لا يحل حراماً ، ولا يحرم حلالاً. بل ان الاصل في الحكم هو احقاق الحق وابطال الباطل ، وكل حرام باطل . واذا علم المدعي او المدعى عليه ان حكم القاضي كان مخالفاً للواقع فلا يجوز له العمل به . واذا ذهب المحكوم الى قاض آخر لاستئناف الحكم مدعياً ان القاضي الاول حكم عليه بالظلم والفساد ، وثبت للقاضي الثاني ان الاول قد قصر في الاجتهاد ، وخالف الادلة الشرعية القطعية وجب عليه نقضه وابطاله . وهذا الاصل القضائي الاسلامي هو اساس فكرة محاكم الاستئناف ، التي اعتمدها المذاهب القضائية الرأسمالية الحديثة³⁰ . ويمثل قول سيد الانبياء محمد (ص) اعظم اصول القضاء في تاريخ الانسانية جميعاً : (ايها الناس انما انا بشر وانتم تحتصمون ، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض ، وانما اقضي على نحو ما اسمع منه ، فمن قضيت له من حق اخيه بشيء فلا يأخذ به ، فانما اقطع له قطعة من النار)³¹ . فيكون بذلك ، الرادع الداخلي هو القاضي الحقيقي الذي يقضي بالحق بين الافراد في النظام الاسلامي .

وعلى صعيد الاختلاف في الشهادات ، فان الشريعة تشترط توارد وتطابق الشاهدين على معنى واحد، حتى لو اختلف اللفظان . فلا بد من تضافر شهادة العدلين على فعل واحد ، وصفة واحدة ، وزمان واحد، ومكان واحد ، لان التناقض في اقوال الشهود مسقط للشهادة . ومثال ذلك ان يشهد الشاهد الاول على انه شاهد خالداً يقتل عمراً في السوق الفلاني صباح الاثنين . وقال الشاهد الثاني انه عندما خرج من بيته صباح يوم الاثنين لشراء حاجة من ذلك السوق الفلاني شاهد خالداً يقتل عمراً . فتؤخذ شهادة هؤلاء لامكان التطابق على معنى واحد ، مع اختلاف اللفظ .

²⁹ الجواهر ج 41 ص 238.

³⁰ وودفورد هاورد - محاكم الاستئناف في النظام القضائي الفيدرالي . برنستون: مطبعة جامعة برنستون، 1981م.

³¹ التفسير المنسوب للامام الحسن العسكري ص 302.

وعلى صعيد التعارض بين البينة واليد ، فان الفقهاء يمثلون لها بالمثل التالي : ان داراً كانت في يد زيد مثلاً ، ثم ادعى عمرو ان تلك الدار ملك له . فان كانت لعمرو بينة حكم له ، ومع عدمها يحلف زيد ، ويسمى — (صاحب اليد) ، وترد الدعوى . فان نكل زيد عن اليمين فهي للمدعي بعد يمينه ، فان نكل سقطت الدعوى . وان أقام كل منهما البينة ، ذهب المشهور بين فقهاء الامامية ان بينة الخارج (عمرو) مقدمة على بينة صاحب اليد (زيد) ، بشرط ان البينتين اللتين شهدتا بالملك المطلق متساويتان بالعدالة والعدد . واستدل على ذلك بان البينة وظيفة المدعي (عمرو) ، واليمين وظيفة المنكر (زيد) . فالبينة على الاول ، ومتى ما اقامها قبلت ، لانها مطلوبة منه بالاصل .

وعلى صعيد التداعي وترجيح البيئات ، فان تنازع المتداعيان على عين لا يد لاحدهما عليها ، كقطعة ذهب وجداهما مثلاً ، واختلفا على ملكيتها ، ينظر القاضي ، فاذا لم يكن لاحدهما بينة تعرض عليهما اليمين ، فان حلف الاول ونكل الثاني فهي للحالف ، وان حلفا معاً فهي بينهما مناصفة . وان كان للاول بينة دون الثاني فهي لصاحب البينة ، وان اقام كل منهما بينة ، ثبت الترجيح بالعدالة والعدد ، فتقدم بينة الاعدل شهوداً على غيرها . وان تساوتا في العدالة قدمت البينة الاكثر عدداً . ومع التساوي في العدالة والعدد قرع بينهما ، ثم يحلف الفائز بالقرعة ويُقضى له . وان امتنع الفائز عن اليمين حُلف الخاسر في القرعة وقُضي له ، وان نكلا معاً بعد تساوي البينتين قُسمت العين بينهما بالنصف .

اما في حالة التنازع على عين في يد كل منهما ، فان كان لاحدهما بينة دون الآخر فهي له . وان اقام البينة قسمت بينهما دون النظر الى عملية الترجيح في العدالة والعدد ، لان كليهما صاحب يد على النصف ، وكليهما صاحب بينة .

والامثلة التي جئنا بها هنا ، هي مجرد نماذج للمشاكل القضائية التي تواجه القاضي عند استلامه منصة القضاء . ولكن الاجتهاد في استنباط الاحكام الشرعية والخبرة الشخصية ، توصل القاضي الى معرفة الحق ، وتشخيص الباطل ، حيث يترتب عليها انزال العقوبة بالمذنب او تبرئة ساحة البريء .

عقد الكفالة

وهو تعهد من الكفيل للمكفول له (المدعي او القاضي) باحضار غريمه (المدعى عليه) متى طلب منه

ذلك . والاصل فيها الاستوثاق من حضور المدعى عليه وقت المحاكمة . بمعنى «ان المتيقن من مورد الكفالة التعهد باحضار النفس المستحق عليها الاحضار بسبب حق ، ولو لدعوى المكفول له عليها . نعم لا يصح في الحدود لقول الرسول (ص) : (لا كفالة في حد)»³² .

ومن اركانها : اولاً : العقد ، ويتحقق بالايجاب من الكفيل . وثانياً : القبول من المكفول له . وقد اجمع فقهاء الامامية على اعتبار رضا الكفيل والمكفول له . واختلفوا في رضا المكفول (المدعى عليه) ، ولكن المشهور عدم اعتباره .

ومن شروط الكفالة : اولاً : ان يكون الكفيل عاقلاً بالغاً له القدرة على احضار المكفول . فلا تجوز كفالة الفرد الضعيف للمدعى عليه القوي . ثانياً : ان يكون المكفول مدعى عليه بحق من الحقوق المالية او الجنائية ، حيث لا تصح الكفالة في حقوق الله عز وجل «لان الكفالة للتوثيق ، وحقوق الله مبنية على الاسقاط ، وينبغي السعي في دفعها ما امكن»³³ . ثالثاً : ان يكون المكفول معيناً ، فلا يجوز بناء الكفالة على احد هذين مثلاً ، لان الهدف من الكفالة احضار المكفول بعينه . رابعاً : قيل انه يشترط التنجيز في الكفالة ، فلا يصح ان يقول الكفيل : انا كفيل باحضاره ان لم يحضر ، لان الاصل في الكفالة الجزم ، ولا جزم مع التعليق.

ويشترط العلم بالجنائية او الدين المطلوب به المكفول ، لان الكفالة متعلقة باحضاره ، لا بالحق المتعلق بذمته . ومتى تمت الكفالة ، لا يجوز للكفيل ولا المكفول له الفسخ او العدول ، بل يجوز لهما التقايل . والمراد من الاقالة ، اتفاق المتعاقدين على نقض العقد وفسخه بعد الابرام .

واتفق الفقهاء على ان الكفالة تصح مؤجلة ، والمشهور انها تصح معجلة ايضاً ، لعموم ادلة الكفالة . واذا عُيِّن مكان خاص للتسليم تعين ذلك المكان شرعاً ، وهو قاعة المحكمة غالباً . ويجب على الكفيل الحضور مع المكفول اذا طلب المكفول له ذلك وقت الكفالة ، لان الكفيل بمنزلة الاصيل . واذا حضر المكفول مع الكفيل في الوقت والمكان المحدد برئت ساحة الكفيل من حق الكفالة ، لان الكفالة متعلقة باحضار الغريم فحسب .

³² الجواهر ج 26 ص 186 .

³³ مفتاح الكرامة ج 5 ص 430 .

و«لا يصح ضمان مال ولا نفس الآ بأجل . ومن ضمن لغيره نفس انسان الى اجل معلوم بشرط ضمان النفوس ، ثم لم يأت به عند الاجل ، كان للمضمون له حبسه حتى يحضر المضمون ، او يخرج اليه مما عليه . ومن ضمن غيره الى اجل ، وقال : ان لم آت به كان علي كذا ، وحضر الاجل ، لم يلزمه الا احضار الرجل»³⁴ . فان امتنع الكفيل عن احضار المكفول ، رفع الامر الى القاضي . فان كان الكفيل قادراً على احضار المكفول ، ولكنه امتنع تمرداً وتحدياً على ارادة القضاء ، حُبس الكفيل حتى يحضر المكفول ، كما ورد في رواية مرفوعة الى ابي عبد الله (ع) ، قال : اتى امير المؤمنين (ع) برجل قد تكفل بنفس رجل فحبسه ، وقال : (اطلب صاحبك)³⁵ . وان كان الكفيل عاجزاً عن احضار المكفول ، ولكنه كان قادراً على الوفاء بحق المدعى عليه المالي بعد ثبوته ، امره القاضي به ، فان امتنع جاز حبسه ، لان الكفيل وثيقة على الحق المسلوب .

وإذا ارتفع موضوع الكفالة ، بوفاة المكفول برئت ساحة الكفيل من الكفالة . وكذلك تبطل الكفالة بموت الكفيل . واذا مات المكفول له ، فان الحق ينتقل الى ورثته ، حيث ان لهم الحق في مطالبة الكفيل باحضار المكفول .

و«الفرق بين الكفالة والضمان ، ان الكفالة لم تتعلق بالمال بالذات ، وحكم الكفيل بالنسبة الى المال حكم الاجنبي ، فاذا اذاه باذن المديون فله الرجوع ، بخلاف الضامن لانتقال المال الى ذمته بالضمان ، فلا ينفعه بعده الاذن في الاداء ، لانه كأذن البريء للمديون في اداء دينه . واما اذنه في الكفالة اذا تعذر احضاره ، واستدانه في الاداء فذلك من لوازم الكفالة والاذن فيها اذن في لوازمها»³⁶ . بمعنى آخر ، ان الكفالة تتعلق بالنفس ولم تتعلق بذمة الكفيل بالمال ولم تشتغل به . اما في حالة الضمان فان المال ينتقل الى ذمة الضامن بمجرد الضمان . وهذا الاختلاف هو من اهم الفوارق بين الكفالة في النظام القضائي الاسلامي ونظيره الرأسمالي . فالكفالة في الاسلام متعلقة بالنفس ، وكفالة النظام الرأسمالي متعلقة اصلاً بالمال³⁷ .

³⁴ النهاية ص 315.

³⁵ الكافي ج 1 ص 357.

³⁶ شرح اللمعة ج 4 ص 154.

³⁷ ام اوزان وآخرون - نحو نظرية في مخاطر الكفالة. مقالة علمية في مجلة (علم الاجرام) الامريكية، عدد 18، 1980م. ص 149-160.

عقد الصلح

وهو عقد شرعي لقطع الخصام بين فردين متنازعين ، عن طريق التراضي بينهما قبل الترافع الى القاضي . و«تدل النصوص على كونه عقداً مستقلاً بنفسه ، لا يتوقف على سبق خصومة ، مثل البيع وغيره من العقود»³⁸ . لقوله تعالى : (وإن امرأة خافت من بعلها نُشُوزاً أو إعراضاً فلا جناحَ عليهما ان يُصلِحا بينهما صلحاً والصلحُ خيرٌ)³⁹ . و«الصلح عند علمائنا عقد قائم بنفسه ، وليس فرعاً على غيره بل هو اصل في نفسه منفرد بحكمه ولا يتبع غيره من الاحكام لعدم الدليل على تبعيته على الغير ، والاصل في العقود الاصاله»⁴⁰ .

ويقوم الصلح على اساس الصيغة ، والمصطلحين ، والعوض المصطلح عليه . والدليل على شرعية الصلح منبثق من قوله تعالى : (وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلِحوا بينهما)⁴¹ ، (والصلحُ خيرٌ)⁴² ، و(ادخلوا في السلمِ كافةً)⁴³ ، والمروي عن رسول الله (ص) : (الصلح جائر بين المسلمين الا صلحاً أحل حراماً ، او حرم حلالاً)⁴⁴ .

ولاشك ان الصلح ، عقد قائم بذاته ومنفرد بحكمه ، لان الاصل في العقود الاستقلال وعدم التبعية ، كما ذكرنا ذلك سابقاً . ولكن عقد الصلح يلتقي مع بعض العقود ، كالاجارة ، والعارية ، والهبة ، ويفترق عنها جميعاً بخصوصية قطع المنازعات ، ونقل الاعيان والمنافع ، وبراء الذمة .

ويشترط في شرعية الصلح بعض الشروط ومنها : اولاً : العقد ، حيث ينعقد بتوافق الايجاب والقبول . ويصح بكل ما تراضي عليه الطرفان ، وليس له لفظ معين خاص به . فيصح قول المدعي : صالحتك على ما ادعيه عليك بكذا وكذا ، فيقول المدعي عليه : قبلت . ثانياً : ان يكون المصالح عنه وعليه موجوداً

³⁸ الجواهر ج 26 ص 211.

³⁹ سورة النساء: الآية 128.

⁴⁰ تذكرة الفقهاء للعلامة الحلبي - كتاب الصلح.

⁴¹ سورة الحجرات: الآية 9.

⁴² سورة النساء: الآية 128.

⁴³ سورة البقرة: الآية 208.

⁴⁴ من لا يحضره الفقيه ج 3 ص 20.

ومشروعاً ، ولايجل حراماً ، ولايجرم حلالاً . ثالثاً : ان تكون الشروط الشرعية لكلا الطرفين متحققة كالعقل والبلوغ والرشد .

ولاريب ان الصلح مبني على التسامح . وتنازل المحق عن بعض حقوقه طلباً للخير والصلاح لا بأس به ، لخصوص الصحيح عن الامام الصادق (ع) انه قال في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ، لايدري كلّ منهما كم له عند صاحبه ، فقال كل منهما للآخر : لك ما عندك ، ولي ما عندي ؟ : (لا بأس بذلك اذا تراضيا ، وطابت به انفسهما)⁴⁵ .

ومع ان الصلح يصلح الظاهر ، الا ان المعيار في صحته واقعاً هو ايصال الحق الى اهله . فلو وقع الصلح بعد الانكار ، وكان المدعي عالماً بكذب دعواه ، وانما صالحه المدعى عليه اتقاء للخصومة والنزاع ، يصح الصلح ظاهراً ويطل واقعاً . بمعنى انه يجرم على المدعي الكاذب اكل المال الذي وقع الصلح عليه . ويجرم على المدعى عليه ايضاً ، اذا كان عالماً بكذبه ، اكل المال الذي وقع الصلح عليه ، للنص عنه (ع) : (اذا كان للرجل على الرجل دين ، فمأطله حتى مات ، ثم صالح ورثته على شيء فالذي اخذه الورثة لهم ، وما بقي فهو للميت يستوفيه منه في الآخرة فان لم يصلحهم على شيء حتى مات ، ولم يقض عنه فهو كله للميت يأخذه به)⁴⁶ .

وقد اتفق الفقهاء على ان الصلح عقد ملزم لكلا الطرفين ، فلايجوز لاحدهما العدول دون رضا الآخر . و«كل خيار يثبت في البيع فانه يثبت في الصلح اذا كان دليله قاعدة نفي الضرر ، او غيرها مما يصلح لتناول الصلح كخيار الغبن ، وتخلف الوصف ، وعدم الوفاء بالشرط ، واشتراط الخيار ، ونحو ذلك بخلاف ما اختص دليله بالبيع ، كخيار المجلس والحيوان»⁴⁷ . ولو ظهر في العين عيب فانه يجبر بالفسخ . واذا كان الحق المتنازع فيه لايمكن حسمه الا بتنازل احد الطرفين عن تمام حقه ، او كلّ منهما عن جزء منه ، يتوجب على القاضي ان يتولى عملية القسمة بينهما قهراً ، وهو مايسمى بالصلح القهري ، ويشترط فيه العدل والانصاف .

⁴⁵ من لا يحضره الفقيه ج 3 ص 21.

⁴⁶ الكافي ج 1 ص 403.

⁴⁷ الجواهر ج 26 ص 229.

شخصية القاضي العلمية وتأثيرها في الحكم

ولما كان الاصل في القضاء وغيره ان يؤدي بطريق العلم والقطع ، وان لا يمحق الدليل الا دليل اقوى، تبين لنا اهمية علم الحاكم بالاحكام الشرعية والعلوم والاعراف الاجتماعية. بمعنى ان شخصية الفرد الاجتهادية تعكس قدرته على ان يكون قاضياً عادلاً على الصعيد الظاهري لا الواقعي ; لان الشريعة جوزت استخدام بعض الاصول التي لاتفيد العلم والجزم في القضاء ، كالاقرار والبينة واليد والاستفاضة . فشخصية القاضي العلمية لها تأثير حاسم على احقاق الحق ، وابطال الباطل ، وتجريم الجناة ، وتبرئة ساحة الابرياء من التهم الموجهة اليهم . وبالاجمال ، فان القاضي لا يستطيع القضاء بين الناس بالحق ما لم يعلم الاصول العقلية والشرعية التي اجمع عليها الفقهاء ، وامثالها قواعد: اقرار العقلاء على انفسهم جائز ، والمؤمنون على شروطهم، وما على المحسنين من سبيل ، وكل انسان بريء حتى تثبت ادانته ، ولا يكلف الله نفساً الا وسعها، ولا ضرر ولا ضرار ، ورفع القلم عن الصبي حتى يجتلم وعن الجنون حتى يفيق وعن النائب حتى يستيقظ، وغيرها من القواعد والاصول العقلية والشرعية. اما في تشخيص الحوادث الخارجية ، فلا يرجع في بيانها ومعرفة حقائقها الى الشارع ، لانها من الاشياء الموضوعية البحتة . وبذلك، فان القاضي لابد ان يكون مجتهداً، وعالماً باصول القضاء وموارده ، وعارفاً بتعارض الاصول ، وبانياً قضائه على اساس العلم والقرائن الموضوعية.

اولاً : الاجتهاد

وهي القدرة التامة على استنباط الاحكام الشرعية من ادلتها المقررة ، وهي : الكتاب ، والسنة، والاجماع ، والعقل ، وعلى التمييز بين آيات الاحكام وغيرها ، والروايات الصحيحة والضعيفة ، واحوال الرواة جرحاً وتعديلاً ، وموارد اجماع الفقهاء ، والقواعد العقلية المقررة . وينبني الاجتهاد على علوم لا بد من تحصيلها ، وهي العربية لفظاً ومعنى ، والمنطق لمعرفة شروط الدليل من المقدمات الصحيحة ، والعلم بالقواعد الاصولية والفقهية واحوال الرجال من الرواة . ونعتمد في حديثنا عن الاجتهاد هنا ، ما اعتمده فقهاء الامامية.

فينقسم الاجتهاد ، حسب مورده الى قسمين : محرم ، وجائز .

فالاجتهاد المحرم هو ما لاترتضيه الشريعة ، لانه مناقض للاصول التي انزلها الله سبحانه وتعالى على

رسوله الاعظم محمد (ص) . وينقسم هذا اللون من الاجتهاد الى قسمين :

1 — الاجتهاد مقابل النص القطعي ثبوتاً ودلالةً ، وهو غير جائز ، لان الاجتهاد الجائز انما يحصل في النظريات لا في البديهيات. حيث نعتبر النصوص القطعية في الكتاب والسنة من البديهيات. وقد حُرِّم هذا النوع من الاجتهاد لانه لو اجيز لادى الى محق الدين ، فان مضمونه يصرح بشكل : يقول الله ، وانا اقول ... وهو قطعي التحريم .

2 — الاجتهاد في مورد ليس فيه نص من كتاب او سنة ، وليس فيه اجماع ، فيعتمد الفرد في اثبات الحكم على ما يرى من تشابهات مستنبطة بين موضوع معين نص الشارع على حكمه ، وآخر غير منصوص عليه ، كلاجتهاد المستند على القياس والاستحسان والرأي . فيقيم الفرد رأيه الخاص ، وظنه الشخصي لاستنباط الاحكام الشرعية ، وهو محرم . وقد وردت روايات عديدة عن ائمة اهل البيت (ع) تؤكد ذلك ، منها ما ورد عن كتاب امير المؤمنين (ع) : (لاتقيس الدين فان امر الله لا يقاس)⁴⁸ . وفي موضع آخر : (لا رأي في الدين)⁴⁹ . وفي رواية اخرى عن ابي بصير انه سأل الامام الصادق (ع) : ترد علينا اشياء لانجدها في الكتاب والسنة فنقول برأينا ؟ فقال (ع) : (اما انك إن اصبحت لم تؤجر ، وان اخطأت كذبت على الله)⁵⁰ . والمعروف «ان الامور والاحكام العرفية والعادية يصلح قياس بعضها على بعض ، لان اسبابها بيد العرف ، اما الاحكام الشرعية فلا يصلح فيها القياس ، لان مبنى الشرع على تفريق المجتمعات وجمع المتفرقات»⁵¹ . أضف الى ذلك ان القياس «يفتقر ثبوت التعبد بالعمل به في الاحكام الشرعية الى دليل شرعي كسائر الاصول الشرعية ، لان التعبد بجميع ذلك يتبع المصلحة ولم نجد في الشرع ما يدل على ذلك ، فوجب نفيه»⁵² . وبذلك فان القياس «اخراج لاحكام الله بالعقل ، وادهاء بلا برهان ، ولا نص ، واخبار عن الله بما لم يخبر ، وتقويل لرسوله بما لم يقل»⁵³ .

⁴⁸ المحاسن ص 215.

⁴⁹ المحاسن ص 211.

⁵⁰ المحاسن ص 211.

⁵¹ الرسائل للشيخ الانصاري.

⁵² الغنية لابن زهرة ص 21.

⁵³ ابطال القياس لابن حزم ص 48.

والقسم الثاني من الاجتهاد هو الاجتهاد الجائز ، وهو الذي يقره الاسلام ، ويحث المكلفين حثاً كفاً على ممارسته حفاظاً على اركان الدين واهداب الشريعة ، وهو على انواع :

1 — الاجتهاد في مورد لا نص ولا اجماع فيه ، ولكن يعتمد المجتهد في ثبوت الحكم على مبادئ عقلية عامة ، مثل : قبح العقاب بلا بيان ، والاهم مقدّم على المهم عند التزاحم ، ودرء المفسدة اولى من جلب المصلحة ، والعلم بوجود التكليف يستدعي العلم بطاعته وامتناله . وهذا الاجتهاد جائز في الشرع لانه يتخذ العقل دليلاً من ادلة استنباط الاحكام الشرعية .

2 — الاجتهاد في فهم النص كتاباً او سنة بالخبر المتواتر وغيره ، شرط ان يكون النص ظني الدلالة ، كقوله تعالى : (المطلقاتُ يتربصنَ بانفسهنَّ ثلاثةَ قُرُوءٍ)⁵⁴ ، حيث ان الدلالة على القرء ظنية ، لان هذا اللفظ ينطبق على معنى الطهر والحيض . فيقوم المجتهد بالبحث عن القرائن والادلة التي ترشده الى احد هذين المعنيين .

3 — الاجتهاد في ثبوت السنة المروية عن رسول الله (ص) بخبر الثقة الواحد . حيث تصنف الاحاديث الى اربعة اصناف ، فـ«الصحيح هو الذي اتصلت روايته بالمعصوم بعدل امامي ، والحسن هو ما رواه المدوح من الامامية من غير نص على عدالته ، والموثق هو ما يرويه الثقة من غير الامامية ، والضعيف هو الذي لم يكن بهذه الصفات»⁵⁵ .

واذا فهمنا معنى الاجتهاد واهميته في الشريعة ، اصبح فهمنا لوجوب الاجتهاد في القضاء نتيجة طبيعية ومنطقية ؛ لان حل النزاع والتخاصم بين طرفين متضادين لا يتم ما لم يكن الحاكم ملماً بكل اسس العدالة القضائية التي جاءت بها الشريعة الاسلامية . فقد اتفق الفقهاء بان الله حكماً معيناً في كل واقعة تقع ، وقد نصب له دليلاً ، فمن ظفر به بعد البحث والجهد ، فله اجران . ومن اخطأه ، فله اجر واحد على الجهد المبذول ، كما ورد في المشهور من قوله (ص) : (اذا حكم الحاكم فاجتهد فاصاب فله اجران ، واذا حكم فاجتهد ثم اخطأ فله اجر)⁵⁶ .

⁵⁴ سورة البقرة: الآية 228.

⁵⁵ منتقى الجمال في الاحاديث الصحاح والحسان للشيخ حسن بن الشهيد الثاني ص 4.

⁵⁶ الرسالة للشافعي ص 494.

والنتيجة ، فان القاضي يجب ان يكون له «ثلاث صفات وهي : العلم والعدالة والكمال ، ولا يكون عالماً حتى يكون عارفاً بالكتاب والسنة والاجماع والخلاف ولسان العرب . ومعرفة الكتاب يتوقف على امور خمسة : معرفة العام والخاص والمحكم والمتشابه والمحمل والمبين والمطلق والمقيد والناسخ والمنسوخ . وكذا السنة يحتاج الى خمسة : المتواتر والآحاد والمرسل والمتصل والمسند والمنقطع والعام والخاص والناسخ والمنسوخ . واذا وجب معرفة الكتاب والسنة وجب معرفة العربية لانهما عربيان فيتوقف معرفتهما على معرفتها ، لان ما يتوقف عليه الواجب المطلق وكان مقدوراً فهو واجب . ويكفي ان يعرف من كتاب الله الآيات المحكمة وهي خمسمائة آية ، وكذا لا يشترط ان يكون عالماً بجميع اخبار الرسول (ص) وآثاره ، بل ما تتوقف عليه الاحكام من سنته (ص)»⁵⁷ . واطراف الى ذلك يجب ان يكون «عالماً بأصول الكلام والفقه ، لابتناء الاستدلال على ذلك ، وكذا بكونه عارفاً بشرائط الحد والبرهان ، اذ لا يمكن تركيب الدليل بدونهما . وكذا يجب معرفته باللغة والتصريف والنحو لا بمعنى استحضار جزئيات مسائلها بحيث يكون في اللغة كالاصمعي وفي التصرف كالفارسي وفي النحو كسيبويه ، بل يكون عارفاً بالقدر الذي يتوقف عليه الاستدلال من الكتاب والسنة لفظاً ومعنى»⁵⁸ .

ثانياً : اصول القضاء وموارده

ولاريب ان الاجتهاد امر حاسم في تحديد صلاحية القاضي لولاية القضاء ، لان المجتهد عالم بالاصول الشرعية التي تحتل مساحة واسعة في علم القضاء ايضاً ، كاصل البراءة ، والاستصحاب ، واحترام الاموال ، ودرء الحدود بالشبهات ، والظاهر الذي دل الدليل على اعتباره ، وغيرها من الاصول الفقهية التي تمس القضاء بالصميم .

فاصل البراءة ، يعني ان الفرد بريء حتى تثبت ادانته ، وان مجرد الشك في الادانة يكفي في براءة المتهم. وعلى ضوء ذلك ، فان المدعى عليه يعتبر صادقاً اذا نفى التهمة عن نفسه ، حتى يقوم الدليل على كذبه، وعلى المدعي الاثبات . ويخرج من هذا الاصل دعوى الوكيل والوصي والولي المؤمن على مال الغير،

⁵⁷ المبسوط ج 8 ص 99.

⁵⁸ التنقيح الرابع ج 4 ص 235.

وقول المرأة في العدة والطهر والحيض ، والحاق الولد بالفراش .

واصل الاستصحاب ، منبثق من معنى قوله (ع) : (من كان على يقين ثم شك ، فلا ينقض اليقين بالشك ، ولكن ينقضه بيقين آخر) . فالاصل هو استصحاب الحالة السابقة قبل الشك . فاذا ادعى المستأجر شراء الدار من المالك ، او ادعى الاب تجاوز ولده سن الحضانة ، فعلى المدعي الاثبات ، وعلى المنكر اليمين ، وهو موافق لقاعدة الاستصحاب .

ونفي الاصل ، معناه ان الفرد المستدين ، اذا شك بمبلغ الدين هل هو مائة دينار او اكثر مثلاً ؟ بنى القاضي على انه استدان مائة دينار فقط ، لان الدليل بالنسبة الى الاقل ثابت ، وبالنسبة الى الاكثر غير ثابت ، فينتفي بالاصل ، ولذلك سمي الاكثر او نفي الاصل . وفي كل الحالات القضائية ، فان القول قول مدعي الاقل ، ومن ادعى الزائد فعليه البيينة ، ومن قال بالاقل يطلب منه اليمين فقط . ويخرج من هذا الاصل اختلاف البائع والمشتري في قدر الثمن ، فيؤخذ قول البائع .

واصل الصحة في العقود والموجبات ، مقدم على الاستصحاب ، وحاكم عليه . فلو ادعى احد المتعاقدين بفساد العقد ، وادعى الآخر بصحته ، يؤخذ قول الاخير مع يمينه — واذا كان الشك في صحة العقد ناشئاً عن الشك في شروط الصيغة كتطابق الايجاب مع القبول ، او شروط المتعاقد المتعلقة بالاهلية ، كالعلم والاختيار — بناءً على اصل الصحة في العقود والموجبات . اما اذا كان الشك في شرط له اثر في اهلية المتعاقد كالعقل والبلوغ والرشد ، او قابلية المعقود عليه للنقل والانتقال ، اي ليس وقفاً ولا خمرًا ولا خنزيراً ، يتعين العمل بالاستصحاب ، بمعنى البقاء على ما قبل العقد ، وبمعنى ثالث فساد العقد . وعليه ، فان ادعاء البائع بفساد عقد البيع بدعوى ان القبول كان غير مطابقاً للايجاب ، او انه كان جاهلاً بالثمن ، او انه كان مكرهاً ، يتعين عليه الاثبات ، وعلى المدعى عليه اليمين . فالشك هنا في صحة العقد . اما اذا كان ادعاؤه فساد العقد بدعوى عدم البلوغ او الرشد ، فالقول قوله مع اليمين ، والبيينة على المدعى عليه . لان الشك هنا في اهلية المتعاقد ، واصل العقد .

وقد اخذ الفقهاء بقاعدة احترام المال ، وهو ضرورة دفع عوض لعين قد استخدمها المستأجر . فلو وقع التخاصم بين المستأجر والمالك ، فقال المستأجر : اسكنتني بالبحان . وقال المالك : بل بعوض ، فالقول قول المالك حتى يثبت العكس .

ومن صحيحة زرارة عن الامام الصادق (ع) قوله : (الحيض والعدة الى النساء ، اذا ادعت صدقت)⁵⁹ ، والمروي عنه (ع): (فوض الله الى النساء ثلاثة اشياء : الحيض والطهر والحمل)⁶⁰ ، استنبط الفقهاء قاعدة (هن مصدقات) ، فادعاء المرأة بالطهارة زمن الطلاق مثلاً يؤخذ من قبل القاضي دون بينة ، لان القول قولها فيما يخص الحيض والطهر والحمل .

ثالثاً : تعارض الاصول

وهو التعرض لواقعة ذي وجهين ، احدهما يستدعي العمل بأصل معين ، والآخر يستدعي العمل بأصل آخر مخالف تماماً للأصل الاول. فقد يستدعي العمل بأصلي البراءة والاستصحاب ، او اصلي الاستصحاب والصحة ، او قاعدة الفراش واصل الاستصحاب . وعليه ، فان القاضي ينبغي ان يعلم متى وكيف يقدم الاصل على اصل آخر من الوجهة الشرعية . لان العلم بهذه الاصول والقواعد من اهم اركان القضاء في الشريعة الاسلامية . فـ «التعارض هو تنافي الدليلين او الادلة بحسب الدلالة ومقام الاثبات على وجه التناقض او التضاد حقيقة او عرضاً بان علم بكذب احدهما اجمالاً مع عدم امتناع اجتماعهما اصلاً»⁶¹ . فلو افترضنا ان فرداً استأجر بيتاً ، وعندما طالبه المالك بالاجار ، ادعى ذلك الفرد بان الاستئجار كان مجانياً ، فردّه المالك بالقول : بل استأجرتك بيتي بعوض ، فاصل البراءة يستدعي ان يكون المستأجر منكراً ، وقاعدة احترام المال او اليد تقتضي ان يكون مدعياً . ولكن هنا ، تقدم قاعدة احترام المال على اصل البراءة .

وفي حالات الاستدانة كأن يستدين فرد من آخر مبلغاً من المال . وعند مطالبة الدائن بالدّين ، ادعى المدين وفاء الدين ، ولكن صاحب الدين انكر ذلك ، فأصل براءة الذمة يقتضي الاخذ بقول المدين ، واستصحاب بقاء الدين يقتضي الاخذ بقول الدائن . والقاعدة ، ان الاستصحاب هنا مقدّم على اصل البراءة ، لان الاستصحاب يثبت شغل ذمة المدين ومسؤوليته امام الدائن .

وفي حالات الطلاق ، كأن يطلق فرد زوجته ، ويدعي انه رجع اليها اثناء العدة ، وتدعي هي انه

⁵⁹ الكافي ج 2 ص 111.

⁶⁰ مجمع البيان ج 2 ص 326.

⁶¹ كفاية الاصول - مباحث الالفاظ للشيخ الآخوند ج 2 ص 103.

رجع اليها بعد انتهاء العدة . فاصل صحة الرجوع وبقاء الزوجية يقتضي ان يكون القول قول الزوج ، ولكن قاعدة (هن مصدقات) يقتضي الاخذ بقول الزوجة . وبما ان تلك القاعدة مقدّمة على اصل الصحة ، تعين العمل بقولها مع اليمين ، لانها مصدقة بالعدة بقاءً وانقضاءً .

وهذه نماذج توضح مقصودنا من تعارض الاصول . وتزخر الكتب الفقهية والاصولية بأمثلة عديدة تخص هذا الموضوع ، حيث يدرك المجتهد ابعادها العملية والتطبيقية . والقاعدة انه «اذا تعارض اصل البراءة مع الاستصحاب قدّم الاستصحاب ، لان موضوع البراءة والشك والحيرة ، والاستصحاب بيان ، او بمتزلة البيان الذي يرفع الشك ... واذا تعارض الاستصحاب مع اصل الاحتياط قدّم الاستصحاب ايضاً للسبب نفسه . واذا تعارض الاستصحاب مع اصل التخيير قدم الاستصحاب ايضاً ...»⁶² .

رابعاً : القضاء على اساس العلم والقرائن الموضوعية

ومعناه ان على القاضي ان يكون شاهداً على الواقعة بالدرجة الاولى ، وعندما تتبين الادلة والشواهد على الجناية ، عندئذ يحكم . فليس له ان يتصدى للحكم في واقعة قد علمها من قبل . بل عليه ان يكشف ويشاهد بنفسه اثناء سير الدعوى ، فيكون علمه الناتج من المعاينة اصلاً من اصول الاثبات . بل لا بأس بمعاينة القاضي بنفسه مثلاً المكان المتنازع عليه ، ليشكل تصوراً واقعياً عن القضية التي وقع فيها التخاصم . اما القرائن الموضوعية ، فهي القرائن التي ترافق الدعوى ، ويلاحظها القاضي بالتفتاته ، كبصمات الجاني على السلاح المستخدم في الجناية ، او العثور على متعلقات للجاني في مكان وقوع الجريمة ، او استخدامه وسيلة نقل معينة وقت الحادث . وازافة الى هذه القرائن هناك مبادئ عامة بديهية ، كرفض شهادة المجنون ، وسقوط شهادة الاعمى برؤية الجناية ، وسقوط شهادة الاطرش بالسماع . ويستفاد ايضاً من الطب الشرعي في المنازعات المتعلقة بالعلاقة الخاصة بين الزوج والزوجة ، او بين الغاصب والضحية ، او بين القاتل وقاتله . وبالاجمال ، فان العلم الحاصل من الطب الشرعي في غير الانساب يعتبر حجة قضائية ، بل ان العلم بنفسه حجة ، دون النظر الى مصدره .

فيجوز للحاكم اذن ، الاعتماد على اية قرينة موضوعية يراها متصلة بالدعوى ، ان كانت لزوماً

⁶² الرسائل للشيخ الانصاري - باب الاستصحاب.

عقلياً ، او طباً شرعياً ، او مبدأً بديهيًا . وقد تحتم الضرورة القضاء على خلاف العلم ، كما لو تداعى اثنان في عين لا يد لاحدهما عليها ، ولا بينة لهما . والحكم انهما يُحلفان معاً ، ثم يقتسمان العين بالسوية ، علماً بان احدى اليمينين كاذبة والاخرى صادقة . ولكن انسداد الطريق لمعرفة الحكم الواقعي ادى الى تعيين هذا الحكم لفصل الخصومة .

خصائص القضاء في الاسلام مقارناً بمثيله في الرأسمالية

ومن اهم خصائص النظام القضائي في الاسلام ، ان القضاء وظيفة شرعية يجب على القاضي القيام بها، كبقية الوظائف الشرعية الاخرى . بمعنى ان مهمة القضاء انما هي مهمة كفاية اذا قام بها البعض سقطت عن الكل ، وان تقاعس عنها الجميع اثموا جميعاً . ولاشك ان اختلاف نظامي القضاء في الاسلام والرأسمالية ، يعكس تباين جوهر الفكرتين ونظرتهما للحياة الانسانية ، ودور الفرد في النظام الاجتماعي ، وارتباطه بالخالق سبحانه وتعالى . ويمكننا الآن ، بعد ان درسنا نظامي القضاء في الرأسمالية والاسلام من ترتيب نقاط المقارنة التالية بينهما :

اولاً : يشترط الاسلام في القاضي العدالة والاجتهاد ، اضافة الى شروط اخرى ذكرت في عرض الكتاب . ولكن اهمية هذين الشرطين تضع الاسلام على قمة الانظمة القضائية في التاريخ الانساني . فالعدالة ، هي ائتمان الفرد على تطبيق جزئيات الشريعة ، واقامة علاقة حقيقية وثيقة بينه وبين الله عز وجل ، وبينه وبين بقية افراد النظام الاجتماعي . والاجتهاد ، هي القدرة على استنباط الاحكام الشرعية من مصادرها المقررة وتطبيقها على موارد الخاصة . وبهذين الشرطين ، يستطيع القاضي القضاء بين الناس بالحق والانصاف والاقتراب من العدالة الواقعية ؛ لان الوصول الى الحق المطلق مستحيل على الانسان ، الا لفرد متصل بالمطلق . ولكن الشريعة اجازت للمجتهدين استخدام الادلة الظنية الموصلة للحق . وعليه فان المجتهد ، هو اكثر الافراد حظاً في اصابة الحق واقامة العدل ، ولذلك اسند له دور القضاء .

اما في النظام القضائي الرأسمالي ، فان دور القاضي ينحصر في العملية الادارية والاشرفية على سير المحاكمات ، وسماع افادات الشهود ، اذا كانت المحاكمة مستندة على حكم هيئة المحلفين . ولا تشترط الرأسمالية في القاضي ، العلمية القضائية او العدالة الدينية والشخصية . بل لا تشترط حتى الشهادة الجامعية .

ولما كان النائب العام يقوم بتحضير مستلزمات القضية الجنائية ، وتقوم هيئة المحلفين بالحكم على المتهم بالذنب او البراءة ، اصبح دور القاضي مجرد الاشراف على مسيرة المحاكمة من الناحية الادارية ، الا في الحالات الاستثنائية التي لاتتطلب حكم هيئة المحلفين .

وهذا الاختلاف في دور القاضي في النظامين ، يترك آثاره العميقة بلاشك على سير القضاء وعدالته، لان نفي العلم والعدالة عن القاضي ، وايقال الحكم لهيئة المحلفين ، يسلب المحكمة اهم عناصرها الاساسية في تحقيق العدالة القضائية بين المتنازعين .

ثانياً : ان حكم المجتهد في النظرية الاسلامية لا يغير الحكم الواقعي . بمعنى ان الحكم ينفذ ظاهراً لا باطناً . والاصل في ذلك ، ان كل القضاة المجتهدين يعتمدون على الادلة الظنية الموصلة للحق اولاً ، والاجتهاد الذي يحتمل فيه الخطأ والصواب ثانياً ، فلايستطيع احدهم نقض حكم الآخر ، الا اذا ظهر لقاض ثان خطأ حكم القاضي الاول بطريق القطع واليقين ، فانه يجوز له حينئذ نقضه . وعليه فان الاستئناف هنا ، استثنائي ومحدود جداً ، وليس الاصل في كل الاحكام الجنائية والحقوقية .

اما في النظام القضائي الرأسمالي ، فان الاستئناف حق دستوري وليس قضية ثانوية ، بل ان اول ما يلح به محامي الدفاع امام هيئة المحلفين ، في الجلسة الافتتاحية ، حق المتهم في محاكمة استئنافية اذا لم تحرز عدالة المحاكمة الاولى . ولكن اذا كانت هيئة المحلفين في المحاكمة الاولى بعيدة عن روح العدالة في حكمها على المتهم ، فمن الذي يضمن عدالة محاكم الاستئناف بهيئة محلفين جديدة او بقضاة آخرين يمتلكون نفس مواهب نظائرهم في المحاكم الدنيا ؟

والاختلاف بين النظامين هنا يكمن في ان النظام القضائي الاسلامي يؤمن بان الحكم على المتهم يجب ان يستند على العلم بالاصول والقواعد الشرعية في المرافعات ، اي ابتناء الحكم القضائي على اساس القطع واليقين او الدليل الظني الموصّل للحق . اما في النظام القضائي الرأسمالي ، فان الاستئناف انما هي محاولة لمعالجة الخطأ الذي حصل في ابتناء الحكم القضائي المستند على ادلة باطلة من الاصل .

ثالثاً : ان المدعي والمدعى عليه ، ينبغي عليهما المثل امام القاضي ، حسب النظام الاسلامي . وعلى المدعي اقامة الدعوى بنفسه للمطالبة بحقه المسلوب . ولكن في حالات القتل ، يقوم الولي او الوصي باقامة الدعوى على الجاني ، فيكون الولي او الوصي مدعيًا والجاني مدعى عليه . ويجوز للجاني رفع الدعوى بقصد

الاحسان في حالات خاصة ، ومنها الحسبة . وفي كل هذه الحالات ، يقوم جهاز الشرطة والتحريرات التابع للنظام القضائي بتحضير مستلزمات القضية الجنائية .

اما في النظام الرأسمالي ، فان النائب العام يقوم بتمثيل حكومة الولاية في مرافعات الجرائم الجنائية والحقوقية ، ابتداءً من التحقيق والاستجواب وانتهاءً بتعيين الحكم . ويقوم في الوقت نفسه بتمثيل المحني عليه ، باعتبار ان الجناية على الفرد ما هي الا جناية على الحكومة التي انتخبها . فله صلاحية اجراء التحريات حول انتهاك القانون ، والتعاون مع جهاز الشرطة ، وتعيين التهمة ، والمساومة مع المتهم على الاقرار بالذنب ، وتحديد العقوبة ، وانتخاب او انتقاء الجرائم الجنائية التي يرى في ملاحظتها مصلحة اجتماعية .

ويقوم محامي الدفاع بتمثيل المتهم خلال سير العملية القضائية ، حيث يساهم في التحقيق في الجناية ، ومقابلة المتهم ، والشهود ، ورجال الشرطة ، ومناقشة موضوع الجناية مع النائب العام ، والتفاهم مع المتهم على المساومة على الاقرار بالذنب .

وعلى المستوى النظري ، يقف محامي الدفاع على طرفي نقيض مع النائب العام . ففي حين يرى النائب العام ان موقفه نابع من صميم الدفاع عن الضحية ، والنظام الذي يمثله ؛ يقوم محامي الدفاع بالدفاع عن الجاني محاولاً تبرئة ساحته . وهذا الموقف المزدوج للنظام القضائي لا ينفع الضحية ، بل يفتح المجال لتبرئة ساحة الجاني في ظروف قد تنعدم فيها البيئة القانونية .

اما طلب النظام القضائي الاسلامي وقوف المدعي او وليه والمدعى عليه امام القاضي دون توكيل ، مع كل البنات الشرعية المتوفرة ، انما يقلل من فرص تبرئة ساحة الجاني من تهمة ارتكاب الجناية . فكيف يستطيع النائب العام في النظام الرأسمالي التعبير عن معاناة المدعي ، اذا كان المدعي قادراً على الافصاح عن وقائع الجناية ؟ وكيف يحق لمحامي الدفاع ، الدفاع عن المتهم اذا كان قد ارتكب الجناية فعلاً ؟

رابعاً : اقرار المتهم في الجناية — حسب النظرية الاسلامية — حجة مقتصرة بالمقر وحده . فلا ينفذ بغير احد غير المقر . ولكن اقرار الجاني ، لا يخفف من العقوبة الثابتة بحقه ، لان تخفيف العقوبة هو سلب حق شرعي من حقوق الضحية . ولا يقبل الانكار بعد الاقرار الا في حالة الجناية الموجبة للرحم ، حيث يسقط الحد .

اما في النظرية الرأسمالية ، فان المتهمين في الجرائم الجنائية يجرّمون انفسهم امام محامي الدفاع عن طريق

ما يسمى بـ «المساومة على الاقرار بالذنب» ، حيث يتعهد محامي الدفاع بعد الاتفاق مع النائب العام بتخفيف الحكم القانوني على المتهم ، فيما لو اعترف بالذنب ، حتى لو كان المتهم بريئاً . وهذه الفكرة الرأسمالية بعيدة كل البعد عن العدالة الجنائية . فكيف تخفف — اذن — عقوبة الجاني ، اذا كانت الافادات والقرائن الموضوعية تشير الى ارتكابه الجناية ؟ وهو — بلاشك — ظلم واضح بحق الضحية . بل ، وكيف يكره المتهم البريء بالمساومة على الاقرار بالذنب ، وهو لم يرتكب جرماً ولم يقترف ذنباً يستحق عليه العقاب ؟

والفرق بين النظامين في خصوص الاقرار ، على درجة كبيرة من الوضوح . ففي حين يتزل القاضي — في النظام الاسلامي — حكم الله بالجاني ، ان اقرّ على نفسه او ثبتت البينة على جنايته — حفظاً لحقوق المجني عليه ، وحقوق النظام الاجتماعي — تقوم النظرية القضائية الرأسمالية بعرض فكرة «المساومة على الاقرار بالذنب» الهادفة الى تخفيف الحكم الصادر على الجاني بموجب تلك المساومة . وعندها تكون تلك العملية القضائية اداة من ادوات تضييع دعوى المدعي ، وطريقاً من طرق سلب الحق الاساسي للمجني عليه . وانما تصب هذه المساومة في مصلحة محامي الدفاع والنائب العام بالخصوص ، والجهاز القضائي بالعموم .

خامساً : بعد ثبوت الجناية ، ينفذ حكم الله — حسب النظرية الاسلامية — مباشرة ودون تأخير . ولا تقر الشريعة الاسلامية بتعليق الحكم او العقوبة مقابل الاشراف على سلوك الجاني لاحقاً ؛ لان في ذلك تضييعاً لحق المجني عليه ايضاً ، وتشجيع الافراد على السلوك الجنائي .

اما المدرسة القضائية الرأسمالية ، فهي تمارس اسلوب تعليق العقوبة الصادرة بحق الجاني ؛ فيقوم الحاكم بارجاء تنفيذ العقوبة التي استحقها الجاني لارتكابه الجناية ، واطلاق سراحه ومراقبته لفترة محددة ، فاذا كان سلوكه الاجتماعي متناسباً ومنسجماً مع العرف العقلاني ، اسقطت العقوبة عنه . ولاشك ان تعليق العقوبة — وهي نتيجة من نتائج المساومة على الاقرار بالذنب التي يعقدها محامي الدفاع مع الجاني وبالاتفاق مع النائب العام — تعتبر من اخطر مشاكل النظام القضائي الرأسمالي لانها تهدر حقوق الضحية كما معنا اليه سابقاً .

سادساً: تحمّل الشهادة وادائها واجب كفائي في الاسلام ؛ وشروطها : الوضوح ، والمطابقة ، والعلم . ولا بد من الشاهد : البلوغ ، والعقل ، والعدالة ، والضبط . ولا بد ان تكون الشهادة مرآة علم الشاهد

بالمشهود به . بمعنى انها يجب ان تكون نتيجة علم يقيني حصل للشاهد ; لان الاصل فيها المشاهدة ، وهي العلم بالمشهود . ولذلك كانت العدالة ، وهي الائتمان على تطبيق احكام الشريعة ، شرطاً اساسياً من شروط الشاهد . فان تيقن القاضي بعدالة الشاهد اخذَ بشهادته دون تزكية ، وان جهلها بحث عنها . وان تبين فسق الشاهد ، سقطت شهادته .

ولا يشترط عدالة الشاهد او صدقه في النظرية القضائية الرأسمالية . ولكنه يحلّف باداء القسم بقول الحق . فالقول قوله ، حتى لو كان فاسقاً او كاذباً .

سابعاً : تثبت الجرائم الخلقية بشهادة اربعة رجال ، في النظرية الاسلامية . وفي حقوق الافراد غير المالية بشهادة رجلين ، وفي حقوقهم المالية بشهادة رجلين ، او رجل وامرأتين ، او رجل ويمين ; بينما تفتقد النظرية القضائية الرأسمالية الى هذا التفصيل ، حيث يبتنى الحكم القضائي على عدد غير محدود من الشهود .
ثامناً : ينبغي ، حسب النظرية الاسلامية ، ان تكون تزكية وتجريح الشهود من قبل المدعي والمدعى عليه ، سراً . حيث لا يجوز التشهير بمساويئ الناس او اظهار عوراتهم في الاسلام . بينما لاتعبر النظرية الرأسمالية اهتماماً للتزكية ولا للتجريح السري .

تاسعاً : شدد الاسلام على تحريم شهادة الزور ، لان فيها اضطراباً واضحاً للعدالة الاجتماعية وموازين النظام القضائي . وحرّم على القاضي الاخذ بتلك الشهادة ، اذا تيقن انها كانت زوراً . واذا ثبت الزور في الشهادة انتقض الحكم ، قبل التنفيذ او بعده ، لان الحكم مبني على الباطل . بل ان شاهد الزور يضمن بسبب ما اتلف في شهادته .

ولم تتعرض النظرية القضائية الرأسمالية الى شهادة الزور ، ولكنها اشارت الى الكذب بعد اداء اليمين القانونية في المحكمة ، واعتبرته عملاً منافياً للقانون .

عاشراً : اليمين الشرعية على المنكر ، وسيلة مهمة من وسائل القضاء في الاسلام ، لقوله (ص): (البينة على من ادعى واليمين على من ادّعى عليه)⁶³ . ويشترط فيها صيغة اليمين المقتصر على اسم الجلالة مثلاً ، واذن الحاكم ، وموضوع اليمين وهو الحق المحلوف من اجله . ويشترط في الحالف : العقل ، والبلوغ ، والاختيار ، وحق الاسقاط ، والتبرع . والاصل ان الحاكم ولي عن المنكر (المدعى عليه) ، فان امتنع عن اداء

⁶³ التهذيب ج 6 ص 229.

الحق — وهو حلف اليمين او النكول — قهره عليه لصالح المدعي .
وليس هناك ما يشير الى اهمية اليمين القانونية للمنكر ، في النظرية القضائية الرأسمالية . وهذه اليمين تختلف — كما ترى — عن يمين الشهود بقول الحق .

حادي عشر : عقد الكفالة في النظرية الاسلامية ، هدفه الاستوثاق من حضور المدعى عليه وقت المحاكمة ، حيث يتعهد الكفيل للمكفول له باحضار غريمه . وهي جائزة الا في الحدود . وهذا العقد يتحقق بالايجاب من الكفيل ، والقبول من المكفول له ؛ وان يكون الكفيل قوياً وقادراً على احضار المكفول . ولكن اذا امتنع الكفيل من احضار المكفول تآمداً ، حُبس حتى يأتي بصاحبه . وان كان الكفيل عاجزاً عن احضار المكفول ، ولكنه كان قادراً على الوفاء بحق المدعى عليه مالياً بعد ثبوته ، يؤمر بذلك .

والاختلاف بين النظريتين ، يبين ان المال هو الاصل في الاستوثاق من حضور المدعى عليه في النظرية الرأسمالية؛ وان الكفيل كفرد ، هو الاصل في الاستوثاق من حضور المدعى عليه في النظرية الاسلامية. ولاشك ان تطبيق مفردات النظرية القضائية الاسلامية اقرب الى العدالة الواقعية ، وان الزام الكفيل باحضار المدعى عليه يضمن العدالة الحقوقية بين جميع الافراد؛ لان الفرد ، بكيانه الاجتماعي وعلاقاته المتشابكة ، لا بد وان يجد الكفيل الذي يكفله لسبب من الاسباب . اما اذا كان المال هو المقياس في الكفالة القضائية ، فان العدالة القانونية تصبح معلقة في الفضاء ، وعندها تميل كفة المنافع نحو افراد الطبقة العليا . وبالتالي ، تصبح الطبقة الرأسمالية ، الطبقة الوحيدة المنتفعة في النظام الاجتماعي .

ثاني عشر : عقد الصلح ، هو عقد شرعي بين المدعي والمدعى عليه ، يتم عن طريق التراضي بينهما قبل الترافع الى القاضي . وهذا العقد — ضمن اطار النظرية الاسلامية — مبني على التسامح ، وتنازل المحق عن بعض حقوقه طلباً للاصلاح . والاصل فيه التراضي وطيب النفس بين الطرفين .
وينحصر الصلح ، في الفكرة الرأسمالية ، في الجروح والاضرار التي تتولى دفع تعويضاتها شركات التأمين او الشركات الصناعية الكبيرة ؛ وليس هناك ما يشير الى اهتمام النظرية القضائية الرأسمالية بعقد الصلح بين الافراد .

ثالث عشر : وتعتقد النظرية الاسلامية ان علاج المنحرفين يجب ان يبدأ قبل وقوع الجناية . بمعنى ان نشر العدالة الاجتماعية بين جميع الافراد ، وتهدئهم على اساس مفاهيم الدين والاخلاق، يمنع وقوع

الانحراف، لان الاساس في وقوع الجنايات عاملان اجتماعيان هما : الحاجة ، والجهل . فاذا اشبعت الحاجة الانسانية، وعُلم المكلّف احكام الشريعة ، اصبح الفرد عنصراً مسالماً ، يساهم في بناء مجتمعه الجديد.

اما النظرية القضائية الرأسمالية ، فتؤمن بان علاج الجاني افضل للنظام الاجتماعي من معاقبته ، لان العلاج اقل كلفة من العقوبة . ولكنها تتناسى ان العلاج يجب ان يبدأ من النظام الاجتماعي نفسه لا من المنحرف . نعم ، ان عدالة توزيع الثروات الاجتماعية تساعد على علاج الانحراف . والمساواة بين الافراد، بغض النظر عن اجناسهم والواهم ومناشئهم ، تساهم في علاج المنحرفين . ولكن الطريف ، ان النظرية الرأسمالية تُظهر للعالم ، حرصها على معالجة المشكلة الانحرافية من الجذور ، الا انها في الواقع تعالج المشكلة معالجة جزئية . فما منفعة ادخال الجاني المعهد العلاجي ، اذا كان التفاوت الظالم بين الطبقات قائماً ؟ وما منفعة ادخال الجاني المعهد العلاجي اذا كان النظام الاجتماعي لايسد حاجات الفقراء ؟ اضعف الى ذلك ان معالجة الجاني طبيباً يعتبر انتهاكاً خطيراً ضد مصلحة الضحية ، وتشجيعاً للمنحرفين على الاصرار على انحرافهم عن طريق التلبس بلباس الامراض العقلية .

رابع عشر : وتلعب شخصية الحاكم العلمية دوراً كبيراً في الحكم بين المتخاصمين ، في النظرية الاسلامية . لان القاضي المجتهد مسلط على الاصول العقلية والشرعية ، وعالم بأصول القضاء وموارده ، وباني قضاؤه على اساس العلم والقرائن الموضوعية . وان عليه ان يكون مطلعاً على تفاصيل الواقعة اولاً . وعندما تتبين الادلة والشواهد على الجناية ، عندئذ يحكم .

اما في النظام القضائي الرأسمالي ، فان الذي يحكم بالبراءة او التجريم هم اعضاء هيئة المحلفين الذين يتم انتخابهم من دفاتر الضريبة ، دون النظر لعلمهم بالقضاء والحكم . فكيف نتوقع تحقيق العدالة من هؤلاء، وهم اجهل الناس بقضايا الحكم والفصل بين المتخاصمين ؟ اما اذا اختيرت المحاكمة على اساس حكم القاضي، فقد لاحظنا عدم اشتراط العلمية القضائية او القانونية في القاضي الرأسمالي !

خامس عشر : تتم المحاكمات في النظام الاسلامي باقصى سرعة ممكنة . بل لو كانت حيثيات القضية الجنائية متحققة وكان القاضي جاهزاً للعمل ، فان المحاكمة قد تتم في نفس يوم الجناية . وليس هناك ما يدل — شرعاً — على تحديد مدة قصوى او دنيا على اجراء المحاكمة .

ولكن ، في النظام القضائي الرأسمالي ، يؤكد التعديل السادس للدستور الامريكي على حق المتهم في

محاكمة علنية سريعة ، حددتها السلطة التشريعية بمائة يوم . منها ثلاثين يوماً من بدء وقوع الجريمة والاعتقال وحتى صدور الاتهام ، وسبعين يوماً من صدور الاتهام وحتى المحاكمة . وقد تستغرق المحاكمات اكثر من ذلك بكثير .

سادس عشر : وتختلف العقوبات بين النظريتين اختلافاً كبيراً . فالاسلام ينظّم نظام العقوبات على اساس الحقوق ، فيقسّمها الى حقوق لله والى حقوق للناس ، ويفرّع على هذه الحقوق حقوقاً ماليةً واخرى غير مالية . ففي حقوق الله يتزل القصاص والتعزير والدية ، ويُلزَم المخالف بالدفع . وفي حقوق الناس يلزم المعتدي بالدفع او السجن . حيث لايجعل السجن ، محور الاساس في العقوبة . لان الاصل فيها انزال الاذى المماثل بالجاني او دفع التعويض للضحية .

اما في القضاء الرأسمالي ، فان هناك اربعة انواع من العقوبات ضد الجاني ، وهي : الغرامة المالية، وتعليق العقوبة ، واطلاق سراح الجاني مع مراقبته بشروط ، والسجن او عقوبة الموت في الحالات الاستثنائية. وهناك العقوبات الافتراضية وغير المحددة والاجبارية. وتختلف العقوبات النازلة بالجرائم المتشابهة، بسبب اختلاف نظرة القضاء او هيئات المحلفين للقضايا الجنائية ، وعدم وجود نظام ثابت للعقوبات. والاصل في العقوبة القضائية الرأسمالية انها ليست ثابتة وغير محددة بالشكل الذي لاحظناه في الاسلام .

سابع عشر : ولايتقي النظام القضائي الاسلامي ، الجرائم الصالحة للمحاكمة ويهمل الجرائم الاخرى . بل ان كل قضية جنائية ترفع من قبل المدعي يجب ان يقضى بها ، ما لم يعقد الصلح بين المتخاصمين قبل المرافعة . والمدعي فقط هو الذي اذا سكت سُكت عنه ، باصطلاح الفقهاء . بمعنى ان رفع القضية الجنائية او الحقوقية المتنازع عليها بيد المدعي ، وليس بيد النائب العام ، كما لاحظنا ذلك في النظام القضائي الرأسمالي . فللنائب العام — حسب الفكرة القضائية الرأسمالية — صلاحية اختيار وانتقاء الجنايات التي يرى في ملاحظتها مصلحة اجتماعية ، دون ملاحظة الآثار التي اوقعتها تلك الجريمة بالجاني عليه . فقد يحول انتقاء النائب العام للجنايات ، الى عدم تعويض الضحية ، او الى افلات الجاني من العقاب . وفي كلتا الحالتين ينتصر الباطل ، ويضيع حق الفقير في نظام يدعي لنفسه — ظلماً — الكمال القضائي .