

ترجيح القاضي لأدلة الإثبات المتعارضة « دراسة فقهية قانونية مقارنة »

بولقرينات إكرام

جامعة الجزائر 1- بن يوسف بن خدة -
كلية الحقوق سعيد حمدين

مقدمة:

يعد موضوع القضاء بشكل عام، و طرق الإثبات بشكل خاص من الموضوعات الحيوية

والمتجددة في حياة الأمم والشعوب، فهي دوما بحاجة إلى من يقوم عليها دراسة وفهما، توضيحا وتجديدا، حتى تبقى منسجمة مع الحياة واقعا ومتطلبا، فلا تحكم بأعراف وعادات بعيدة غريبة، لاسيما وأن المتغيرات في العمل القضائي فوق الثوابت كما وكيفا، بل إن ما يمكن أن يعد من الثوابت لا يعد كونه خطوطا عريضة ترسم واقعا قضائيا ليس إلا، والكثرة الكثيرة هي من المتغيرات التي تضرب في كل اتجاه سعيًا وراء تحقيق العدالة المنشودة التي بدورها تمثل الثابت الأول في العمل القضائي.

يشكل الإثبات جانبا مهما في استقرار الحياة عموما ومرفق القضاء خصوصا، فعليه يقوم القضاء العادل، وإليه يركن، وبه يظهر، كما أن به تصان الحقوق والنفوس والدماء، فيرفع الظلم عن المظلومين، ويمنع من الجور الجائرون، ومن التشهي المزاجيون فإذا اعتمده القاضي اطمأنت إليه نفسه، وهذأت به جوارحه وابتعد عن

الجور والظلم في قضائه، وعلم انه يأوي إلى ركن شديد، لأنه عماد العدالة، وعمودها، وركنها الذي لا غني عنه، ولا يمكن لها أن تقوم بدونه، فكل حريص عليها باحث عنها، مشتغل في إظهارها، فما من شك في أن معوله في ذلك الإثبات، وما تطمئن إليه النفس منه فالعدالة مرحلة بعد الإثبات، والإثبات أول خطوات تحقيقها وبلوغها.

وإذا اعتمده القاضي كذلك هدأت ثائرة الخصوم، وارتاحت نفوسهم أو من ظلم منهم ورضوا بما يسفر من قضاء عادل وعلمو أن لا مكان للرشا والمحاباة، والميل، و الهوى والتشهي والمحسوبية.

وقد حظي الإثبات بأهمية بالغة في القضاء المدني فبلغ شأوا رفيعا، ومنزلة عليه بسبب القيمة الحقيقية النابعة من الإثبات ذاته¹.

فعينت بترتيبه وتنظيمه، ببيان الطرق التي تمكن القضاء من تحقيق غايته، وبلوغ هدفه وهي الكشف عن الحقيقة، ومحاولة إرساء قواعد العدالة ونحوه.

فقد تتعارض طريقتان من طرق الإثبات كالشهادة مع الكتابة، أو مع علم القاضي، أو مع شهادة أخرى، أو نحو ذلك فعندها نحتاج إلى الخروج من هذا التعارض بترجيح بعضها، أو بالجمع بينها أو نحو ذلك سعيا وراء حكم عادل بعيد عن أي شائبة تشوبه، فموضوع التعارض والترجيح في طرق الإثبات يعد من الموضوعات الدقيقة والحساسة في العمل القضائي، لأنه يمس واقع الناس بشكل مباشر أبدانهم وأرزاقهم وأعمارهم، وحياتهم كاملة، فبه نميز المحق من المبطل، والصادق من الكاذب، والمعتدي من المعتدي عليه، وكل هذا إنما يحتاج إلى دراية وفهم عميقين حتى نتوصل إلى الحق الدامغ، وما نعتقده كذلك كما أنه يعرض إلى مسائل حيوية وهامة، وهي بحاجة دوما إلى من يقوم عليها دراسة وتجديدا، فالذي تشهده الساحة القضائية من تطور وازدهار خاصة فيما يتعلق بموضوع الإثبات ليس باليسير، وإنما جدير بالدراسة والاهتمام، فمثلا يعد تحديد البيئة الأقوى مشكلة حقيقية تواجه القضاء ليقف أمامها حائرا متشككا، وهي في ذات الوقت لا تقف عند بيان محدد في عصر من العصور، بل تتغير تبعا لتغير الزمان

والمكان، ومن هنا يكتسب هذا الموضوع أهمية بالغة فهو _ كما قدمت _ ركيزة أساسية ولبنة مهمة في العمل القضائي².

وكنتيجة لعدم استقلالية هذا الموضوع بالبحث والتأليف قديما، أجده ماثوثا بين موضوعات طرق الإثبات المختلفة، وغالبا ما يستخرج من مسائل وفرعيات تحدث عنها العلماء بعيدا عن موضوع التعارض جملة. وانطلاقا مما سبق نطرح الإشكالية التالية: ما هو دور القاضي في الترجيح بين طرق الإثبات حال تعارضها؟ وهل له سلطة تقديرية تجاه البيانات قوة وضعفا؟

المبحث الأول: التعارض والترجيح في طرق الإثبات

موضوع التعارض والترجيح في طرق الإثبات من الموضوعات المهمة والحساسة في العمل القضائي وقد بحثه سلفنا قديما بشكل مستوعب لكامل جزيئاته وتفرعاته بما يتناسب وعصرهم، ونجده ماثوثا في كتبهم وموسوعاتهم، غير أن هذا الموضوع لم يفرد ببحث مستقل يحوي كامل متعلقاته سوى ثلاث دراسات مختصرة ستأتي الإشارة إليها، وهذا شأن الكتابة والتأليف قديما، حيث كانت في أغلبها تحوي موضوعات الفقه بشكل متكامل بعيدا عن التجزئة، والتفريع الذي يشهده واقع التأليف اليوم.

المطلب الأول: مفهوم التعارض

أولا: تعريف التعارض

1_ **التعارض لغة:** من عرض يعرض عرضا إذا ظهر وبرز، والتعارض بمعنى التقابل، تقول: عارض الشيء بالشيء معارضة أي قابله، وفلان يعارضني أي يباريني³.

والمعارضة هنا بمعنى المقابلة، ولها في لسان العرب اطلاقات عدة تقترب في جملتها من معنى التقابل من هذه الاطلاقات:

_ الظهور والبروز، بمعنى أظهرناها وأبرزناها لهم، فهي بيئة مشاهدة، ورجل فيه اعتراض أي ظهور ودخول في الباطل⁴.

_ التعادل، أي المساواة والمماثلة، تقول عارضته بمثل ما صنع أي أتيت إليه بمثل ما أتى وفعلت مثل ما فعل⁵.

_ الانتصاب من باب المنع والحيلولة والتضاد، وهو أن يعترض رجل بفرسه في السباق فيدخل مع الخيل، ومنه قولهم جعلت فلانا عرضة لكذا أي نصبته له⁶.
_ المكافأة، تقول عارضه بما صنع أي كافأه.

2- التعارض اصطلاحاً: إن للتعارض تعريفات عدة، ذكرت أهمها، وناقشت كل تعريف على حدة.

أولاً: التعارض هو تقابل الدليلين على سبيل الممانعة

اقتصروا أصحاب هذا التعريف على ركن التعارض، وهو المقابلة بين الدليلين، ولم يتطرقوا إلى أي شرط من شروط التعارض، فهو بذلك لم يكن تعريفا مانعا من دخول بعض التعارضات، التي لم يعتد بها فبحسب هذا التعريف يكون من أقسام التعارض، مع انه في الحقيقة لا يعتد بهذا التعارض، لأنه فقط شرط المساواة، فيجب تقديم الأقوى⁷.

ثانياً: التعارض هو التناقض

إن تعريف التعارض بالتناقض تعريف غير جامع أيضاً، يؤدي إلى غير المعنى المراد، حيث أن التناقض هو التعارض من كل وجه، بحيث لا يمكن الجمع بينهما، فلا يدخل الناسخ والمنسوخ في هذا التعريف وكذلك الجمع بين العام والخاص لا يدخل في هذا التعريف، لأن النسخ والجمع ليس تناقضاً.

ولكن التعارض ليس بين الأدلة نفسها، بل هو من عند المجتهد، وذلك لجهله بالمراد، أولجهله بالمتأخر منهما، وهناك فروق بين التعارض والتناقض وأشهرها ثلاثة:

_ إن التعارض الأصولي محله الأدلة الشرعية، والتناقض محله علم المنطق.

_ التنافي في التعارض يكون صورياً بين الأدلة الشرعية، بينما التنافي في التناقض لابد أن يكون ذاتياً حقيقياً

_ يترتب على التعارض نتائج منها النسخ، أو الجمع، أو الترجيح، أو التساقط، ويترتب على التناقض التساقط فقط.⁸

ثالثاً: التعارض هو تقابل الحجتين المتساويتين على وجه توجب كل واحدة منهما ضد ما توجبه الأخرى

هذا التعريف هو أوضح تعريف في التعريفات السابقة وأقواها، لأنه اشتمل على ركن التعارض وهو التقابل بين الحجتين، وكذلك اشتمل على بعض شروط التعارض، مثل المساواة بين الأدلة.

فيكون هو التعريف الراجح مع بعض الإضافات عليه، وهي تقييد التعارض بلفظين: في محل واحد وفي زمن واحد، هذان القيدان شرطان من شروط التعارض، فيجب عند التعارض أن يتحد المحل، ويجب أن يكون في وقت واحد.⁹

3_ التعارض فقها: التعارض عند الفقهاء شهد تعريفات متباينة منها:

_ ما جاء في تبين الحقائق: « التعارض هو تقابل الحجتين ». ويؤخذ على هذا التعريف انه لم يتجاوز المعنى اللغوي لمصطلح التعارض.

_ وما جاء في كشف القناع: « التعارض: التعادل من كل وجه، يقال تعارضت البيتان إذا تقابلتا... وتعارض البيتين اختلافهما بأن تثبت كل منهما ما نفته الأخرى، حيث لا يمكن الجمع بينهما فيتساقطان »

ونلاحظ على هذا التعريف أنه أشبه بالتفسير لمصطلح (تعارض البيانات)، كما انه ليس مانعاً فقد أدخل أثر التعارض، وهو التساقط .

هذا إضافة إلى أن المراد بالتعارض في هذا التعريف التعارض المطبق الذي لا يمكن الجمع بينه بحال وهذا تفسير للتعارض بمعناه الحقيقي، أما ما يمكن إزالته منه بالجمع أو الترجيح، وهو التعارض الظاهري، لم يدخل في التعريف ومثل ذلك ما جاء في المبدع «... فتعارضهما _ يعني البيتين _ أن تشهد إحداها بنفي ما أثبتته الأخرى، أو بالعكس، فالتعارض التعادل من كل وجه» وفي هذا إشارة إلى التعارض المطبق (المستحكم من كل وجه) .

والتعارض قد يكون مطبقا وقد لا يكون، فيكون ظاهرا فقط، ومع ذلك لا يرتفع عنه وصف التعارض.

_ وما جاء في حاشية الدسوقي: «تعارض البينتين: هو اشتغال كل منهما على ما ينافي الأخرى»¹⁰. وهذا التعريف أغفل جوهر التعارض، وهو لفظ التقابل

فيلاحظ أن هذه التعريفات لم تحدد نوع البيانات المتعارضة من القبول والرفض، والقوة والضعف، كما أن بعضها أغفل جوهر التعارض وهو لفظ التقابل، واكتفت بالمنافاة أو الاختلاف بين البينتين وقد لا يتحقق بهذا تعارض، ومع ذلك ورغم ما ذكر من ملاحظات على هذه التعاريف، فكل تعريف منها منسجم مع تفريعات مذهبه.

والذي أختاره أن التعارض هو تقابل الحجتين مطلقا، فهذا التعريف رغم ما أخذ عليه من أنه لم يتجاوز المعنى اللغوي للتعارض إلا أنه أليق هذه التعاريف بالتعارض بين طرق الإثبات، كما أنه أنسبها بما ستعرضه هذه الدراسة من قواعد للترجيح، فيحوي الجمع، والترجيح، وكذلك التهاثر.

ومهما يكن من تعريف للتعارض، فالمقصود أنه يقع بين طرق الإثبات، بعضه يمكن إزالته بوجه من وجوه الإزالة، وبعضه يكون مطبقا ولا سبيل إلى الخلاص منه إلا بتساقط البينتين.

ثانيا: أركان التعارض بين طرق الإثبات

للتعارض ركنان لا يتحقق التعارض إلا بهما، وهما:

الركن الأول: حجية الأدلة وتعددتها

لا يتحقق التعارض إلا بعد تعدد الأدلة في الموضوع الواحد، فلا تعارض في الدليل الواحد ويجب أن يكون كلا الدليلين حجة معتبرة، فلا تعارض بين غير الحجتين، أو كون أحد الدليلين حجة، والآخر غير حجة¹¹.

الركن الثاني: تقابل الأدلة

لكي يتحقق التعارض لابد من أن تتقابل الأدلة بحيث يوجب كل واحد منهما ضد ما يوجبه الدليل الآخر وأن يكون الدليلين متكافئين في القوة حتى يتحقق التعارض و يحتاج إلى الترجيح، أما لو كان إحدى الدليلين أقوى من الآخر لما حدث تعارض، إذ ترجح الأقوى ويعمل بها.

والذي أميل إليه أن اشتراط التكافؤ بين الأدلة المتعارضة ليس ركنا فيه، وان عده البعض جزءا من التعريف والماهية، وبيانه أنه لو وجدت دليلان متعارضان فاق إحداهما الآخر قوة، فإننا نحكم بتعارضهما رغم ضعف إحداهما، وعدم قدرته على الصمود أمام الآخر.

ثالثا: شروط التعارض بين طرق الإثبات

يشترط لتحقيق التعارض بين طرق الإثبات جملة شروط منها:

أولاً: أن يكون كلا الطريقتين المتعارضتين بيئة كاملة لو انفردت وجب الحكم بها، فلا تعارض بين بينتين ناقصتين، لا توجب كل واحدة منها الحكم بمفردها لو سلمت من المعارض، كما لو شهد شاهد واحد بصفة، وشهد آخر بصفة أخرى، فان كل شاهد واحد ليس حجة بالانفراد.

كما لا تعارض بين بينتين إحداهما ناقصة والأخرى كاملة، كما لو شهد شاهدان بحق لعماد وشهد شاهد آخر بذات الحق لعمر فانه لا تعارض بينهما¹².

ثانياً: أن تكون البينتان المتعارضتان متحدتان في المحل، والوقت، والقوة.

_ بالنسبة لاتحاد المحل، كأن تقوم بيئة على أن العين ملك عماد، وتقوم أخرى على أنها ذاتها ملك عمر أما لو قامت بيئة على أن غيرها ملك عمر لم يكن ثمة تعارض.

_ وأما اتحاد الوقت فهو شرط عند من يرى أن التعارض هو التقابل من كل وجه¹³.

_ وأما اتحاد القوة في طرق الإثبات فهو شرط كذلك لتحقيق التعارض بينها، فالبينة

القوية لا تعارضها البيئة الضعيفة، كما لو شهد شاهدا عدل على رجل أنه سرق متاعا، ووجد المسروق عند آخر غير المشهود عليه، فإن هذه القرينة وهي خلويده المشهود عليه من المتاع وحياسة غيره له لا تعارض شهادة العدول، لاحتمال أنه سرقه ثم ألقاه في فناء بيته حتى يتهم به، أو أودعه عنده حتى لا يرى بحوزته، أو باعه منه أو نحو ذلك.

وكذلك اللوث لا تعارض شهادة عدلين، و من ذلك الشهادة و علم القاضي، فالشهادة تفيد الظن و علم القاضي يفيد اليقين والقطع، والقطع أقوى من الظن، و لذلك قيل لا يحكم القاضي بخلاف علمه بإجماع¹⁴.

وهذا الشرط وهو اتحاد المحل والوقت والقوة يجاوزه تضاد الحكم، لان التضاد لا يقع في محلين لجواز اجتماعهما، وكذلك الوقت لجواز اجتماعهما في محل واحد في وقتين، وكذلك الأمر بالنسبة لاتحاد القوة فان التضاد لا يكون بين بينتين غير متساويتين في القوة، وإن كان ثمة تعارض فهو في الظاهر فقط.

المطلب الثاني: مفهوم الترجيح

أولا: تعريف الترجيح

1 - الترجيح لغة: رجح الشيء بمعنى ثقل، والرجحان بمعنى الرزانة والزيادة، من رجح الميزان رجوحا ورجحانا ورجاحة أي ثقل ومال، وترجحت الأرجوحة بالغلام أي مالت، ورجح ويرجح رجوحا ورجحانا بمعنى واحد¹⁵. ورجحت الشيء بالثقل: فضلته وقوته.

وتأتي الرجاحة بمعنى الحلم، وهم بهذا يصفون الحلم بالثقل كما يصفون ضده بالخفة والعجل¹⁶.

كل هذه الألفاظ تفيد معنى واحد هو الميل والثقل، وهو المراد هنا.

2 - الترجيح اصطلاحا: اختلفت نظرة الفقهاء إلى تحديد مفهوم الترجيح،

فالبعض نظرة إلى وجود سمة في أحد الدليلين تظهره على معارضه، وما يلاحظ على هذا التعريف وما كان على شاكلته أنها في أغلبها تعتمد وجود قوة في أحد الأمرتين ترجحها

على الأخرى، ولكن ثمة تعارض بين الأمارات يمكن إبعاده بما هو خارج كلا الأمارتين، كما هو الحال في جميع المرجحات الخارجية بالنسبة لطرق الإثبات¹⁷.

إذا تقابل دليلان كل منهما يفيد عكس ما يفيد الآخر، نبحث عن تاريخ ورود الأدلة، فإذا علمناه كان المتأخر ناسخا للمتقدم، وإن لم نعلمه جمعنا بين الأدلة ما أمكن، فإن لم نستطع الجمع، نبحث عن طريقة نستطيع من خلالها تقوية أو ترجيح أحد الدليلين على الآخر، والترجيح قد يكون عن طريق الإسناد، أو عن طريق الدلالة، أو عن طريق أمور خارجية، وبإحدى هذه الطرق يمكن تقوية أحد الدليلين على الآخر¹⁸.

ومن بين التعاريف أيضا هو إظهار الزيادة لأحد المثليين على الآخر وصفا لا أصلا، والإظهار يحتاج إلى مظهر، وهناك من عرف الزيادة بأنها تكون في الدليل أصلا، وقد ناقش الدكتور البرزنجي هذه التعاريف وفندها، واختار تعريفا اعتبره جامعا مانعا، وهو « الترجيح تقديم المجتهد بالقول أو بالفعل أحد الطريقتين المتعارضتين لما فيه من مزية معتبرة تجعل العمل به أولى من الآخر¹⁹ » والواقع أن هذا التعريف يصلح للترجيح بين طرق الإثبات المتعارضة، بحيث اعتبر تقديم العمل بإحدى الطريقتين لاشتماله على مزية مرجحة، لأن المزية المرجحة قد تكون في أحد الدليلين كما تكون من خارجهما، كما لو كان المرجح قرينة بالنسبة إلى طرق الإثبات، أو حتى الأدلة.

ومن هنا يمكن الأخذ بهذا التعريف مع بعض التعديل، بالقول أن الترجيح هو تقديم القاضي بالقول أو بالفعل أحد الطريقتين المتعارضتين لوجود مزية معتبرة توجب هذا التقديم.

ثانيا: أركان الترجيح

ل للترجيح أربعة أركان وهي كالآتي:

- 1 - وجود دليلين فأكثر وهما الراجح والمرجوح.
- 2 - وجود مزية في أحد المتعارضين يرجح به ويسمى مرجحا.
- 3 - القاضي الذي ينظر في الأدلة والذي يقوم بعملية الترجيح ولقيامه بذلك لابد من توفره على شروط اللازمة.

4_ الترجيح وهو بيان القاضي أن أحد الدليلين أقوى من الدليل الآخر ويكون ذلك إما بالفعل أو بالقول أو بالكتابة .

ثالثا: شروط الترجيح

للترجيح عدة شروط، وأهمها كالاتي:

1 - أن تتوفر فيه شروط التعارض، فلو اختلف شرط منها، لم يحدث التعارض الحقيقي، فعندئذ لا نحتاج إلى الترجيح.

2 - أن تكون الأدلة متفاوتة فيما بينها ليتم ترجيح بعضها على بعض، أما إذا لم تكن كذلك امتنع الترجيح.

3 - أن يتفق الدليلان المتعارضان في الحكم والمحل والجهة التي يرتبط بها الحكم مع اتحاد الوقت فلا تعارض مثلاً بين النهي عن البيع وقت النداء للجمعة وبين الإذن به في غير هذا الوقت.

4 - أن يتساوى الدليلان المتعارضان في الثبوت فلا تعارض مثلاً بين القطعي والظني لأن الأكثر ثبوتاً وقوة يقدم على غيره .

5 - أن لا يمكن الجمع بين المتعارضين بوجه مقبول، فان أمكن الجمع بين المتعارضين، ولو من وجه دون وجه، لم يجز اللجوء إلى الترجيح، وذلك لان الاستعمال أولى من التعطيل والإهمال.

6 - أن يقوم دليل على الترجيح للعمل به، وإلا لا يدعي الترجيح، فلا يجوز الترجيح بمجرد الهوى²⁰ .

المبحث الثاني: مسالك الترجيح في طرق الإثبات

ينظر قاضي الموضوع في قضايا أو دعاوى الناس التي يرفعونها إليه يأملون في الحصول على حكم عادل يستردون حقوقهم المتنازع عليها، والقاضي يصدر أحكامه الختامية بناء على البيانات التي يقدمها أطراف الدعوى، فصاحب البينة المقبولة هو الذي يصدر الحكم لصالحه بناء على بينة المقبولة.

ولكن يحدث أن كلاً من طرفي الدعوى يقدم بينة مقبولة، فكيف يتصرف القاضي إزاء هاتين البينتين هل يقبلهما مع تعارضهما أم يرفضهما ويردهما، أم يقبل أحدهما دون الأخرى، وعلى هذا الأساس هنالك قواعد معينة تحكم موضوع تعارض البيئات يلتزم القاضي بمراعاتها واعتبارها وفي ضوءها يستطيع أن يقبل أو يرفض هذه البيئات المتعارضة أو يرجح فيما بينهما فيأخذ الراجح ويترك المرجوح ونبين فيما يلي هذه القواعد أو الطرق المعتمدة في إزالة التعارض من خلال محاولة إتباع الطريقة التي تنتهي بها مشكلة التعارض بين البيئات أو الأدلة²¹.

المطلب الأول: المسالك المتبعة في الترجيح بين طرق الإثبات المتعارضة

إذا تعارض طريقتان من طرق الإثبات، كأن شهدت إحداها بنفي وأخرى بإثبات، فما المسالك المتبعة للخروج من هذا التعارض؟

الواقع أن الفقهاء وضعوا لذلك ثلاثة مسالك وهي:

أولاً: الجمع والتوفيق

ثانياً: الترجيح

ثالثاً: التهاثر (التساقط)

فهذه مسالك الخروج من التعارض عند الفقهاء، ويمكن أن تعد قواعد رئيسية في الترجيح بين طرق الإثبات المتعارضة، وثمة تفريعات على بعض هذه القواعد يمكن أن تصنف في باب القواعد الفرعية المنبثقة عن القواعد الكلية.

أولاً: الجمع بين طرق الإثبات المتعارضة

لقد اختلف الفقهاء في وضع تعريف محدد للجمع بين طرق الإثبات المتعارضة، فمنهم يرون أن الجمع يتحقق في أعمال البينتين من كل وجه، والبعض الآخرون تأخير الجمع عن الترجيح، ولعلنا نستطيع صياغة تعريف واضح للجمع بين طرق الإثبات المتعارضة نجمع فيه بين الاختلافات الحاصلة بين الفقهاء في نظرهم لهذا المصطلح فنقول: هو العمل بالحجج المتعارضة ظاهراً، أو بقدر معين منها.

- فقولنا « ظاهرا » أخرج التعارض الحقيقي، وهو الذي يتعذر معه الجمع من كل وجه فيدخل في هذا الجمع عند من يقدمونه على الترجيح، أي حال أمكن العمل بالبينتين من كل وجه.

- وقولنا « أو بقدر معين منه » يدخل فيه الجمع عند من يؤخرونه عن الترجيح، سواء باستعمال البينتين من كل وجه، أو باستعمالهما من بعض الوجوه دون بعض. ومنه يمكن تقسيمها كالآتي:

- الجمع بإعمال البينتين من كل وجه

- الجمع بإعمال البينتين من بعض الوجوه دون بعض

1- الجمع بين طرق الإثبات المتعارضة من كل وجه

يراد بذلك العمل بالبينتين المتعارضتين ظاهرا، فيعمل بهما وكأنه لا تعارض بينهما، ويحكم بما شهدت به كل منهما دون تصرف فيهما أوفي واحدة منهما بالإبطال أو بالإلغاء، أو التوقف ونحوه، فانه في هذه الحالة يأخذ القاضي بالبينتين، ويقضي بين الخصوم بموجبها ومثاله لوتنازع اثنان على مال

وكان كل منهما ذا يد على المال المتنازع فيه المدعي به وأقام كل منهما البينة على أن المال له وحده فان القاضي يعمل بالبينتين ويحكم باشتراكهما في المال مناصفه. وكذلك لو كان في يد شخص ثالث وأقام كل منهما البينة على ان المال في يد شخص ثالث وأقام كل منهما على ان المال له على وجه الاستقلال فان القاضي يحكم باشتراكهما في الحال مناصفة، أي الجمع بين البينتين²².

2 - الجمع بين طرق الإثبات المتعارضة من بعض الوجوه دون بعض

قد يحدث الجمع بين طرق الإثبات المتعارضة من بعض الوجوه دون بعض، فلا يعمل بها من كل وجه ولا يحكم بجميع ما شهدت به، بل ببعضه، أو قد لا يحكم بواحدة منها أبدا، وإنما نتوقف، أو قد يقرع بين المتداعيين، وفي هذه الحالات كلها ثمة سبب

وحيد هو التعارض الحادث الذي تعذر فكاهه فنعمل بكل منهما ولكن ليس من الوجوه جميعها، بل من بعضها، أو ليس بكل ما شهدت به .

ثانيا: الترجيح بين طرق الإثبات المتعارضة

يعد هذا العنصر العمود الفقري للدراسة، ومع ذلك ارتأيت تأخير عن عنصر الجمع والتوفيق، لأن أعمال الدليلين المتعارضين في الظاهر جمعا وتوفيقا متى كان ممكنا يرفع التعارض الحادث، فلا حاجة عندئذ إلى البحث عن مرجح، إذ لا يقدم العمل بإحدى البينتين متى أمكن العمل بكليهما، وتقديم الجمع هذا إنما يأتي حين يكون العمل بهما من كل وجه ممكنا، أما لو أمكن من بعض الوجوه أخر عن الترجيح قطعاً.

قد يقع التعارض بين البيانات المختلفة كما يقع بين المتفقة منها، كأن تتعارض شهادة مع إقرار، أو مع علم القاضي، أو نحوه فنحتاج إلى معرفة الراجحة منها دفعا للتعارض، ويمكن تقسيمها إلى قسمين:

- قسم يفيد العلم واليقين، أو أن الظن المستفاد منه يبلغ حد اليقين أو نحو ذلك، ويشمل هذا القسم التواتر، والإقرار، وعلم القاضي.

- وقسم يفيد غالب الظن دون أن يبلغ حد العلم واليقين، فيكون الظن المستفاد منه دون الظن المستفاد من الصنف الأول، ويشمل هذا القسم بقية طرق الإثبات.

وما من شك في أن ما أفاد العلم واليقين أبلغ بيانا، وأنصح حجة، وأقطع دليلا مما أفاد الشك والظن.

ثالثا: تهاثر طرق الإثبات

لقد شهدنا سابقا مسلكين لإنهاء التعارض بين طرق الإثبات:

المسلك الأول: الجمع والتوفيق، وهو إما أن يكون بإعمال البينتين من كل وجه، أو من بعض الوجوه دون بعض.

المسلك الثاني: الترجيح، وهو إما أن يكون بقوة البيئة، أو بمرجح.

كما رأينا كذلك أن الخلاف قد وقع بين الفقهاء في الجمع والترجيح تقديمًا وتأخيرًا. أما التهاتر فلا خلاف في تأخيرها، وعدم المسير إليه إلا بعد تعذر الجمع والترجيح على السواء، فلو أمكن أحدهما لما كانت حاجة إلى التهاتر، لأن إعمال الدليل أولى من إهماله. يتفق الفقهاء على أن تهاتر طرق الإثبات المتعارضة يجيء حال تعذر العمل بالبينتين المتعارضتين أو بإحدهما بوجه من وجوه الاستعمال: جمعا وتوفيقا، أو ترجيحا، أو نحوه.

كما يتفقون على حالات يعمل بالتهاتر عندها وهي:

1- حال استحالة العمل بالبينتين المتعارضتين

2- إذا كان العمل بهما يفضي إلى عدم المشروعة²³

غير أنه ثمة حالات كان تهاتر طرق الإثبات عندها محل خلاف بين الفقهاء، فذهب بعضهم إلى القول بالتهاتر، وذهب آخرون إلى عدمه:

1- الاختلاف في توظيف التهاتر حال حدوث التعارض المستحكم الذي تعذر

الخروج منه بوجه من الوجوه

مما سبقت الإشارة إليه أن التهاتر عملا بين طرق الإثبات المتعارضة محل اتفاق بين الفقهاء في مرحلة من مراحل النظر في الدعوى القضائية، وهذه المرحلة يمكن وصفها بأنها التي يتعذر معها الخروج من التعارض القائم إلا بتساقط البينات.

ولكن ثمة خلاف بين الفقهاء في تقدير هذه المرحلة، يبرز ذلك في الحالتين الآتيتين:

الحالة الأولى: إذا ادعى اثنان عينا بيد ثالث ينكرها وأقاما بينتين مطلقتي التاريخ،

أو متفقتيه، أو إحدهما مطلقة والأخرى مؤرخة، ففي هذه الحالة تتساقط البينتان لتناقض موجههما، فأشبه الدليلين إذا تعارضا ولا مرجح²⁴.

الحالة الثانية: إذا ادعى الخارج والداخل ملكا بسبب النتائج، وبيننا دون أن يوقتا

بوقت تهاترت بينهما ويترك المدعي في يد صاحب اليد قضاء ترك، حيث يقضي الجميع في هذه الحالة لصاحب اليد قضاء استحقاق لا ترك²⁵.

2 - تهاطر طرق الإثبات بسبب التهمة

ثمة بيانات حكم العلماء بسقوطها وعدم قبولها لوجود تهمة وريبة فيها حملت على إسقاطها، وهي:

أولاً: التهمة الناشئة بسبب القرابة، سواء في ذلك قرابة النسب، أو المصاهرة.

ثانياً: التهمة الناشئة من غير القريب، كشهادة الشريك، والأجير الخاص، والدائن، والوكيل، ونحو هؤلاء

ثالثاً: التهمة بسبب العداوة والخصومة، فشهادة الخصم على خصمه والعدو على عدوه تؤول إلى التهاطر والمقصود هو العداوة الدنيوية، أما العداوة في الدين فلا تسقط معها الشهادة

رابعاً: التهمة بسبب الصغر، والقذف ما لم يتب القاذف ونحو هؤلاء، فقد كانت شهادتهم موطن ريبة وشك، لذا قال العلماء بإهدارها، وتساقطها²⁶.

لم يكن مبدأ تهاطر البيانات المتعارضة مستبعدا في القانون الوضعي، بل قائم ومعمول به، ولكنه غير خاف أن نظرة القانون إلى البيانات قوة وضعفاً فقد حدد لكل طريق من طرق الإثبات القوة الإثباتية التي يتمتع بها. قلل من إمكانية حدوث تعارض مطبق يتعذر معه الترجيح.

كما قلل من إمكانية حدوث ذلك أيضا تلك المساحة الواسعة التي منحها القانون للقاضي تجاه البيانات قبولاً ورداً، حيث يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة. إن لم نقل مطلقة في أغلب الأحيان. في النظر في البيانات قبولاً ورداً.

المطلب الثاني: المسلك التمهيدي في حالة وجود التعارض بين طرق الإثبات

ينبغي على السؤال السابق وهو تحديد المسالك المتبعة للخروج من التعارض سؤال آخر يقضي بوجوب تحديد المسلك الذي يبدأ به من بين هذه المسالك الثلاثة خروجاً من التعارض القائم بين طرق الإثبات.

فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول: ويقضي بتقديم الترجيح مطلقا، فان تعذر فالجمع، وإلا سقطت البينات فلا يعمل بأي منها.

جاء في مغني المحتاج « إذا ادعى _ أي كل منهما _ عينا وهي في يد ثالث وهو منكر لها ، وأقام كل منهما بينة... سقطتا لتناقض موجههما، فأشبه الدليلين إذا تعارضا ولا مرجح... وفي قول تستعملان صيانة لهما عن الإلغاء بقدر الإمكان²⁷.

استدل هؤلاء بأن الظنيين إذا تعارضا ثم ترجح أحدها على الآخر كان العمل بالراجح متعيينا.

ويمكن ان يجاب عن هذا الاستدلال بأن العمل بالحجتين المتعارضتين جمعا وتوفيقا حال أمكن ذلك لا يعارضه تقديم العمل بالراجح منها إذا ما ثبت رجحانها، وليس فيما استدلووا به ما يوجب تقديم الترجيح على غيره، بل كل ما يدل عليه هو وجوب العمل بالراجح حال ثبوت رجحانه.

الاتجاه الثاني: ويقضي بتقديم الجمع ما أمكن، فان تعذر فالترجيح، فان تكافأت البينتان سقط اعتبارهما²⁸.

ومن خلال هذا التعريف يطلقون الجمع ويقصدون به إزالة التعارض بأي طريق كان، سواء بالجمع « التوفيق » أو بالترجيح دل على ذلك أن التعريف نص صراحة على الجمع والتوفيق، فان تعذر فالترجيح ثم أقرب ذلك النتيجة وهي التساقط .

الاتجاه الثالث: يقضي بهتاتر « تساقط » البينتين المتعارضتين إذا عدم المرجح²⁹، فهو _ أي الترجيح _ مقدم عندهم ويعمل به ما أمكن، فان عدم كان التهاثر، أما الجمع فلا سبيل إليه في المعتمد عندهم.

ويستدل هذا بأن العمل بالبيئة إنما يكون بجميع ما شهدت به، فإذا تعارضت بينتان ولا مرجح سقطتا، ولا سبيل إلى إعمالهما في بعض ما شهدتا به³⁰.

الراي الراجح: لعلنا في هذه المسألة لم نشهد نصوصا يستند اليها في الترجيح بين الاتجاهات الثلاثة وما كان منها عند فريق من العلماء أجاب عنه الآخرون، فضعف الاستدلال بها، وعليه يكون الرأي الراجح ما هو منسجم مع قاعدة تحقيق العدالة، إذ هي مقصدنا الوحيد الذي نهفو إليه فيما نقر ونختاروهي التي طلبها سلفنا، وما كانت آراؤهم السابقة إلا بحثا عنها، وسعيا وراء بلوغها، وهو كالاتي:

أولا: نرى أن إسقاط الجمع مسلکا من مسالك الخروج من التعارض وعدم العمل به مرفوض، ولا يحقق العدالة المنشودة، فقد يكون مكملها، كما لو كان المدعي في أيديهما، فالأجدر في هذه الحالة أن نعمل البينتين قسمة، وهو ما يسمى بالجمع قسمة، وكما لو قامت بينة على أنه سرق آلة سوداء، وشهدت أخرى انه سرق آلة بيضاء، فهنا تتساقط البينتان لتعارضهما، وقد يفلت الجاني من يد العدالة، مع أن أعمال البينتين في مثل هذه الحالة قد يكون ممكنا، ومحققا للعدالة المنشودة، وإذا كان كذلك أصبح العمل به واجبا، لانتفاء التعارض الحقيقي بينهما، وترجيحا لجانب الصدق فيهما، فيكون الأمر أنه سرق آلتين سوداء، وبيضاء.

ثانيا: نرى أن تقديم الترجيح دائما يصيب أحيانا، ويخفق أحيانا، فقد يعثر القاضي على مرجح _ حسب قواعد الترجيح عند من قال بذلك _ كما في بينة النتاج، وبينة الملك المطلق، في حين أن العدالة قد تكون متحققة في أعمالهما جميعا³¹.

ومن هنا نرى أن يقدم الجمع بين طرق الإثبات المتعارضة من كل وجه، لأن العمل بالبينتين واجب متى كان ممكنا.

والخلاصة أن يقدم الجمع _ وهذا كمبدأ عام _ فان وجد لإحدى البينتين ميزة على الأخرى، أو جاء من القرائن ما يرجح إحداها قدمت وهكذا.

الخاتمة:

رأينا من خلال هذه الدراسة أن العلماء وضعوا ثلاث قواعد مهمة للخروج من التعارض القائم بين طرق الإثبات وهي الجمع والتوفيق، والترجيح، والتهاتر، حوت كل واحدة من هذه القواعد مجموعة من الفروع والقواعد الصغيرة التي بدورها تشكل منفذا، وخالصا من حالة التعارض القائمة.

وقد كان الفقه في ذلك أطول باعا وأرسخ قدما من القانون، بل إن القانون أغفل بعضا من جوانب هذه المشكلة، فلم يضع لها حلولا، وإنما كانت معالجته مقصورة على بعض الصور والمواضع التي نشأت عند التطبيق.

والسبب أن القانون اعتمد طرقا للإثبات محددة أو مطلقة لكنه لم يمنحها القوة الإثباتية المطلقة في الكثير منها، بل جعل للقاضي سلطة مطلقة في تقديرها، أو كثير منها، لاسيما الشهادة التي كانت عنوان الإثبات فقها، وما زالت تشغل حيزا مهما لديه.

لا تعد طرق الإثبات جميعها في درجة واحدة من جهة القوة والضعف، بل هي على قسمين، قسم يفيد علما يقينيا، وآخر يفيد ظنا راجحا، وما أفاد العلم اليقيني مقدم على ما أفاد الظن منها.

التهميش

- 1 - عبد الرزاق السنهوري، البيانات في المواد المدنية و التجارية، ط 3، عمان، جمعية المطابع التعاونية، ص 25
- 2 - علاء الدين علي بن خليل، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، دارالفكر، مصر، ص 40
- 3 - محمد بن احمد الفاسي، شرح ميارة، ج 2 ، دارالمعرفة، مصر، ص 265
- 4 - ابن منظور، اللسان، باب الضاد، فصل العين، ج 7، ص 166 وما بعدها
- 5 - ابن المنظور، المرجع السابق، ص 167 وما بعدها
- 6 - ابن المنظور، المرجع السابق، ص 167
- 7 - عبد الطيف عبد الله البرزنجي، أدلة التشريع المتعارضة ووجوه الترجيح بينهما، مؤسسة شباب الجامعة، مصر ص 9
- 8 - عبد المجيد جمعة، الأشباه و النظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، الجزائر، ص 12
- 9 - عبد الطيف عبد الله البرزنجي، المرجع السابق، ص 10
- 10 - عبد الطيف عبد الله البرزنجي، التعارض و الترجيح بين الأدلة الشرعية، ط 1، دارالكتب العلمية، بيروت، ص 9
- 11 - عبد الطيف عبد الله البرزنجي، التعارض و الترجيح بين الأدلة الشرعية، المرجع السابق، ص 162
- 12 - الهوتي، كشف القناع، ج 6، ص 504
- 13 - عبد العزيز، كشف الأسرار ، دارالكتاب الإسلامي، ج 3، الإسكندرية، ص 77
- 14 - الشربيني، مغنى المحتاج، ج 4، الإسكندرية، ص 398
- 15 - ابن المنظور، اللسان، باب الحاء، فصل الراء، ج 2 ، ص 444 وما بعدها
- 16 - نفس المرجع، ص 447

- 17 - محمد بن المكرم، لسان العرب، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 22
- 18 - ابو الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري المعتزلي، التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية، دار الكتب العلمية - بيروت، ص 126
- 19 - عبد الطيف عبد الله البرزنجي، التعارض و الترجيح بين الأدلة الشرعية، المرجع السابق، ص 89.
- 20 - الزركشي بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي، البحر المحيط في أصول الفقه، وزارة الأوقاف والشؤون-الإسلامية، الكويت، ص 133.
- 21 - بدران أبو العينين، أدلة التشريع المتعارضة ووجوه الترجيح بينهما، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ص 161
- 22 - نفس المرجع، نفس الصفحة
- 23 - الأنصاري، شرح البهجة، ج 5، المطبعة الميمنية، ص 238
- 24 - الأنصاري، شرح البهجة، ج 3، المطبعة الميمنية، ص 47
- 25 - الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، دار الفكر، بيروت ص 357
- 26 - البهوتي، المرجع السابق، ص 95
- 27 - الشربيني، المرجع السابق، ص 480
- 28 - العبدري محمد بن يوسف، التاج والإكليل، دار الكتب العلمية، ج 8، ص 254
- 29 - الشربيني، المرجع السابق، ص 481
- 30 - ابن عبد السلام، القواعد الكبرى «قواعد الأحكام في إصلاح الأنام»، ج2، دمشق دار القلم، ص 102
- 31 - ابن قاضي سمانونة، جامع الفصولين، ج1، مصر المطبعة الكبرى الميرية، ص 76.