

تعارض البينه مع السند فى القانون العراقى والفقہ الاسلامى

الدكتور عزيز الله فهمي

الأستاذ المشارك بجامعة قم الحكومية

الدكتور محمد صادقي

الأستاذ المساعد بجامعة معصومة الحكومية

إعداد طالب الدكتوراه

صافى هادى كريفع الشمري

الرقم الجامعي

٩٥١٣٧٢١٨

إن السؤال الرئيسي في بحثنا هذا أنه هل بالإمكان اعتبار الوثيقة من الأدلة المثبتة للدعوى في رؤية الفقه الإمامي؟ ولكن قبل الخوض في صلب الموضوع يجدينا الذكر بأن لكل دعوى جانبين أساسين: أحدهما موضوعي والآخر حكمي. أما جانبها الموضوعي فما له مساس بالأعمال الحقوقية أو المادية التي تمهد الطريق لطرح الدعوى بينما أن جانبها الحكمي فإنه يرتبط بما يعين الأعمال الحقوقية أو المادية وأحكامها من قوانين وقواعد وأصول كلية. ولنأخذ على سبيل المثال من أقام دعوى على الآخر بأنه يمتنع عن تنفيذ ما جرى بينهما من العقد ولا يلتزم بمفاده فإن الجانب الموضوعي هنا هو العقد المعقود بينهما وامتناع طرفه عن أداء ما التزمه ضمن إنشاء العقد غير أن جانبها الحكمي ليس إلا المواد القانونية الحاكمة بأن كل واحد من طرفي العقد لا بد وأن يلتزم بما تعهده لقاء الآخر خلال إنشائه العقد. وعلیهذا، فإن ما يتكفل بإثبات جانب الدعوى الموضوعي قد يسمّى بالأدلة المثبتة للدعوى وفي مقابل ذلك فإن ما يتضمّن إثبات جانبها الحكمي فهو يدعى بالأدلة المثبتة للأحكام إن المادة ١٢٥٨ للقانون المدني للجمهورية الإسلامية الإيرانية تستعرض أدلة إثبات الدعوى على ما يلي: الأول: الإقرار، الثاني: الوثائق الخطية، الثالث: الشهادة، الرابع: الأمارات (القرائن) والخامس: اليمين. وقد أضاف عليها قانون إجراءات المحاكم العامة والثورة في الشؤون المدنية إجراء معاينة المحل (المادة ٢٤٨) وإرجاع الأمر إلى رأي الخبير (المادة ٢٥٧) غير أنه صرح في خصوص إجراء معاينة المحل «أن المعلومات الحاصلة من التحقيق وإجراء المعاينة إنما تعتبر من الأمارات القضائية التي تحتل أن تؤدي إلى علم القاضي للمحكمة أو إطمئنانه أو تؤثر في رأيه تأثيراً». الكلمات المفتاحية: البينة، السند، القانون العراقي، والفقہ الاسلامي.

المطلب الأول مفهوم التعارض

أولاً: التعريف اللغوي: التناقض مصدر للصرع، والمقصود بالتعارض هو المعارضة على سبيل التباين. وعرضت الكتاب، أي حفظته، وأريته الشيء، أي، عرضته عليه وعرضته عليه. والعرض: يعرض الأمر على المصاب به، فيقال: حادث لي في الطريق، وحادث من جبل ونحوه، أي عائق يمنعه من السير. وقد عارضته على ما فعله

ثانياً: التعريف الاصطلاحي:

اختلف العلماء من الأصوليين والحداثيين والفقهاء في تعريفهم للتعارض عند الأصوليين، قال الإسناوي "التناقض بين الأمرين: نقيضهما بما يمنع كل منهما من شرط صاحبه، وعرفه ابن الحمام بأنه: "شروط كل من البينتين لا يقتضي الآخر". مفهوم البينة البينة لها معنيان: معني عام، وهو الدليل أي كان، كتابة أو شهادة أو قرائن، فإذا قلنا: "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" فإنما نقصد هنا البينة بهذا المعني العام والمعني الخاص هو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة. وفي خضم ذلك نتطرق الى التالي

تعريف البينة

أولاً: التعريف اللغوي: هو الحجة والأدلة، الظاهر والواضح والبليغ، ويقال أن الشيء واضح، فقد ظهر. والبيان هو ما بين بيان الشيء من المعنى وغيره، أو بين بيان المعنى بأفصح تعبير، والتوضيح هو التأكيد في الأمر والبطاء فيه

ثانياً: التعريف الاصطلاحي: اختلف الفقهاء في تحديد الدليل على ثلاثة أقوال: القول الأول: ذهب بعض الفقهاء إلى أن المراد بالدليل هو الشهادة والشهود لأنهم يوضحون الحقيقة، القول الثاني: ذهب عدد من الفقهاء إلى أن الدليل هو اسم لكل ما يدل على الحقيقة ويظهرها، سواء كانت شهادة، أو إفادة، أو يمين، أو أي حجة أخرى في إثبات الحق وإثباته والبينة أو شهادة الشهود كما وردت المادة ٤٧٩ الملغاة من القانون المدني العراقي تنص على انه ليس لاحد ان يكون شاهداً ومدعياً فلا تصح شهادة الوصي لليتيم ولا شهادة الوكيل لموكله ويمكن أن نستنبط من خلال هذا النص أن البينة أو شهادة الشهود هي التصريح الذي يدلي به الشخص الذي وقعت تحت بصره أو تحت سمعه الواقعة محل النزاع فيدلي بها أمام القضاء، وتكون هذه الواقعة صدرت من غيره وترتب عليها حق لهذا الغير. فالإثبات شهادة الشهود هو الدليل المستفاد من شهادة هؤلاء الشهود، والشهود هم الأشخاص الذين يؤيدون صحة الحادث أو العمل القانوني المدعى بهما باعتبار أنهم على علم بوقوعهما. كذلك استدلل الجمهور على أن البينة مرادفة للشهادة بما رواه البخاري عن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه قال: « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ صَبْرٍ، يَقْتَطِعُ بِهَا مَالَ امْرِئٍ مُسْلِمٍ، لَقِيَ ... بِهَا مَالاً وَهُوَ فِيهَا فَاجِرٌ، لَقِيَ اللَّهَ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضَبَانٌ. فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى: « إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ لَا خَلْقَ لَهُمْ فِي آلَاءِ آخِرَةٍ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ » إلى آخر الآية » [آل عمران / ٧٧] قال جمهور الفقهاء: إن لفظ الدليل الوارد في كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم يقصد به شهادة الشهود. بالنسبة لكثير من الفقهاء، إذا استخدموا الاسم الدليل، فإنهم يريدون بهذا الاسم الدليل الشهادة باعتبار أنها

أوضح من غيرهم في إظهار الحقيقة وإثباتها والرأي الثاني: ذهب بعض الفقهاء إلى أن المراد بالدليل أنها لا تقتصر على شهادة الشهود، بل هي مصطلح أعم من الشهادة، وشهادة الشهود واحدة. وإن البينة تتمثل في الأدلة جزء من القضاء، حيث يعتمد القضاء عليها في تنفيذ الأحكام، لذلك فإن الأدلة لها أهمية كبيرة، حيث يعتمد عليها القضاء في كل وقت، حيث أنها مشمولة برعاية الشريعة السمحة، في من أجل تحقيق الحق ونقض الباطل، فالدليل يحفظ حقوق الناس ويحل الخلافات. ثالثاً: البينة في القانون: وهي وسيلة لإثبات الحق أو الضرر في حالة عدم وجود دليل على وجود الحق أو الضرر. غالباً ما يكون الدليل هو شهادة الشهود وهي وسيلة يعتمد تقييمها من حيث القبول أو الرفض على اعتقاد القاضي فقط. سواء كانت شهادة الشهود أو المراسلات الرسمية في بعض القضايا، وغيرها من الأساليب التي لم ترقى إلى مرتبة الأدلة واستدلوا على ذلك بما يلي: يقول ابن القيم: «البينة في كلام الله ورسوله وكلام الصحابة اسم لكل ما يبين الحق فهي أعم من البينة في اصطلاح الفقهاء، حيث خصوها بالشاهدين أو الشاهد واليمين، لا حجر في الاصطلاح ما لم يتضمن حمل كلام الله ورسوله عليه فيقع بذلك الغلط في فهم النصوص وحملها على غير مراد المتكلم منها من أجل معرفة تعريف الوثيقة الرسمية المنظمة، من الضروري تعريف الوثيقة الرسمية على أنها وثيقة عامة، لأنها تلك الوثيقة التي يكون فيها "موظف عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة يثبت وفق شروط شرعية وفي حدود اختصاصه ما فعله أو ما قاله ذوو الشأن في حضوره وأن الوثيقة الرسمية يجب أن تكون صادرة عن موظف عمومي أو شخص مخصص لخدمة عامة، وبالتالي فهي تتميز بالشمولية من حيث مصدرها. كما يجب أن تصدر في حدود اختصاصه المحدد، حيث أن كل موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة متخصص في نوع معين من إصدار السندات الرسمية. ولكي تكتسب الوثيقة صفتها الرسمية، يجب على الموظف أو المكلف بخدمة عامة مراعاة الشروط القانونية عند إنشاء الوثيقة الرسمية، وكل حسب اختصاصه تكون العلاقة في السندات التي تنظمها أو توقعها، وأنها تقوم على المستندات المعتمدة في تحديد أطراف العلاقة، والتأكد من شخصياتهم وأهلية كل منهم وأهليته وصلاحياته، وإثبات ذلك في السند. كما يجب عليه قراءة الكفالة لأطراف العلاقة بأنفسهم أو لممثلهم القانوني، وبعد موافقتهم وتوقيعهم يصادق كاتب العدل عليه ويختمه بالختم الرسمي، ويذكر التاريخ بالحروف والأرقام معاً، بعد دفع الرسوم المقررة قانوناً. أما الوثيقة الرسمية المنظمة فهي تشترك مع الوثيقة الرسمية

مفهوم السند

يُعرف السند بأنه: "كل كتابة تثبت حقاً، أو تنكر حقاً، أو تعبر عن حق، أو تشير إليه بطريقة خفية، أو عرضاً بإيحاء" ويعرف أيضاً باسم: "وسيلة الإثبات الناشئة عن الكتابة وجزء من الفقه يسميه الدليل الخطي وهذا التعيين يشير إلى أنه يقتصر على الأدلة التي تمت كتابتها يدوياً في وقت أصبح فيه مفهوم الدليل المكتوب ملائماً وأساليب جديدة للكتابة مثل الكتابة الإلكترونية. كما أدى استخدام المشرع الفرنسي لمصطلح السند والذي يعني المستند أو الحجة أو الأداة، للتعبير عن المستند الرسمي، التي تعني عقد للتعبير عن الفعل العادي العرفي، إلى الخلط بين الدعوى وأدلتها ولم يسلم بعض الفقهاء العرب من هذا الالتباس، فنجد أن بعضهم ينادي بعضهم البعض من الإحالات الرسمية والعادية في العقود الرسمية والعرفية، فإن كلمة "سند" تخرج عن معناها الأصلي، والمقصود به إجراء قانوني، بغض النظر عن وسيلة إثباته، لأن الفعل القانوني هو وسيلة إثباته شيء آخر. وتبرز أهمية التمييز بين الفعل الشرعي ودليله في حالة بطلان أحدهما. لا يتأثر الفعل القانوني ببطلان السند الذي يثبت ذلك، وكذلك الحال بالنسبة للسند، فإذا كان السند صحيحاً، فإنه لا يضيء شرعية على العقد الباطل، ويتمثل في كل عقد غير رسمي لم يتدخل في إعداده أو تحريره موظف أو مستخدم عام بحكم وظيفته. كما لا يقتصر دور الاستاد العادي على إثبات العقود والإجراءات القانونية، حيث يصح إثبات الحقائق المادية بالإسناد العادي أيضاً، لذا فإن عيب هذا التعيين واضح، مثل الحقائق المادية مثل وقائع الولادة أو الوفاة ليست عقود.

المبحث الأول: اعتبار البينة في القانون العراقي

القوانين المدنية الوضعية: فلم تحدد صيغة معينة خاصة لليمين غير ان العمل جار في المحاكم على اقتران صيغتها باسمه تعالى يقول الحالف (والله العظيم) وقد قضت بان توجيه اليمين بصيغة الطلاق او بغير لفظ الجلالة مخالف للشرع ولروح القانون اذ بالإضافة الى ان اليمين بهذه الصيغة الطلاق ليس فيها من حكمة اليمين شيء فان اثرها يتعدى الى الغير الزوجية والاولاد- ويضرهم اذا كان الحالف حائناً، بل لقد اشترط بعضهم وضع الحالف يده على كتابه المقدس والا اعتبر ناكلاً، اما اذا كانت معتقدات المحلف تتعارض وهذه الصيغة فقد اجاز له المشرع اداء اليمين حسب الاحوال المقررة بديانته وعلى هذا الاساس سارت المحاكم وقد تقترن البينة بالتغليط وهو ان يورد في صيغتها زيادة صفة او اكثر من صفات الله تعالى. وقد جوزها عامة الفقهاء، وحبذ بعضهم اذا كان المال كبيراً، او وكان المحلف غير

معروف الصلاح وامر ذلك متروك للتقدير من قبل قاضي الموضوع بالنسبة للشخص المطلوب تحليفه، على انه اذا حلف المدعي عليه اليمين بالله ونكل عن التغليف فلا يحكم عليه بالنكول على راجح القول (ابو اليقظان، ١٩٧٢، ١٨٣). ان قانون الاثبات العراقي اوضح في المادة (١٠٨) بالنص على انه (اولا- تكون تأدية اليمين بان يقول الحالف (اقسم) ويؤدي الصيغة التي اقرتها المحكمة. ثانيا- يجوز لمن وجهت اليه اليمين ان يؤديها وفقا للاوضاع المقررة في ديانته اذا طلب ذلك) (قانون الاثبات العراقي المادة ١٠٨) ، اما عن التطبيقات القضائية فقد جاءت متوافقة مع النهج التشريعي حيث اوضح قرار تمييز صادر من محكمة تمييز العراق ذلك بالقول (اذا عجز المدعي عليه عن اثبات دفعه، وجب في اليمين الموجهة الى المدعي، ان تصاغ بالشكل الذي يأتلف مع الدفع المذكور). (يتعين على المحكمة ان تبين صيغة اليمين طبقا لماهية الدعوى، ولا يعتبر الخصم ناكلا عن الحلف ما لم تقم المحكمة بتكليفه بالحلف وفقا للصيغة التي وضعتها وامتنع عن ادائها). (للمحكمة ان تعدل صيغة اليمين التي يرفضها الخصم بحيث تتوجه بوضوح ودقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها). (المحكمة ليست ملزمة بوضع صيغة اليمين بالشكل الذي يريده الخصم اذا كانت الوقائع التي يريد تحليف خصمه عنها بعيدة عن موضوع الدعوى). البينة اما ان تكون قضائية وهي ما اديت في مجلس القضاء، واما ان تكون غير قضائية وهي ما حلفت خارجه، وتقسم اليمين القضائية بموجب مجلة الاحكام العدلية القائمة على المذهب الحنفي الى قسمين يمين البتات ويمين عدم العلم، فاذا قصد تحليف الشخص على فعله أي على القطع والجزم بان المدعي به هكذا او ليس بكذا وبمعنى اخر اذا كان المدعي به يخص المطلوب تحليفه من كل وجه فهي يمين بتات، اما اذا قصد تحليف الشخص على فعل الغير أي على امر يخصه من بعض الوجوه فهي يمين على عدم العلم، فلو ادعى شخص على اخر بالف دينار قد اقترضها منه واقتضى تحليف المدعي عليه فاليمين التي توجه اليه تكون يميننا على البتات أي بان يحلف المدعي عليه بان لم يقترض من المدعي المبلغ المذكور ولا اقل منه، اما لو ادعى بان مورث المدعي عليه هو الذي اقترض هذا المبلغ فاليمين التي تتوجه على المدعي عليه يميننا على عدم العلم أي بان يحلف المدعي عليه بان يعلم بان مورثه قد اقترض من المدعي المبلغ المدعي به ولا اقل منه، وهذا يعني اذا حلف الشخص على فعل غيره يحلف على عدم العلم واذا حلف على فعله يحلف على البتات ان ليمين حالات متعددة اوجبتها بعض القوانين بصيغ معينة، منها ما يأتي لتوكيد صدق الحالف كاليمين التي يؤديها الشاهد؛ ويمين الخبير الواردة في قانون الخبراء الرسميين ومنها يمين انجاز وعد قطعة الحالف على نفسه كاليمين التي يحلفها القضاة والمدعون العامون عند اول تعيينهم كما في قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩. اليمين التي يؤديها المحققون العدليون امام رئيس محكمة الاستئناف بصيغتها الواردة في قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٩ وهناك حالات وصيغ للايمان اوجب الدستور تحليفها الوزراء والمحافظين والسفراء ولكن الايمان ليست موضوع بحثنا ولا مجال للتوسع فيها لكن ما يهم هي اليمين القضائية التي تدخل في نطاق الاثبات واقامة الدليل امام المحاكم والتي تفيد الكشف عن الحق المتنازع فيه ويشترط فيها ان تكون منصبة على وقائع الدعوى المطلوب الحلف عليها في ضوء ما اوجبه المادتان ١٠٨ فق (١) و ١١٥ من قانون الاثبات ويشترط في هذه اليمين ان تكون بالصيغة التي حددتها المحكمة موجهة على الحق الذي انشأ الالتزام منصبة على تصرف قانوني او واقعة قانونية (قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ ١٩٧٩). اما عند الائمة الجعفرية فليس لهذا التقسيم- على حد تعبير مؤلف تحرير المجلة اثر او فائدة، اذ من المعلوم ان اليمين تارة تكون على السبب واخرى على النتيجة، أي الحاصل، ولا شك ان الاولى اقوى من الثانية وهي مقدمة عليها حسب القاعدة العامة في تقدير بينة السبب على بينة الحاصل (مهدي صالح، ١٩٨٧، ١٠٨) ويمين السبب ويمين الحاصل بانه اذا اقر المدعي عليه توقيعه على السند فيتعين توجيه اليمين عن السبب أي عدم توقيعه على المستند وعلى الحاصل أي عدم مشغولية ذمته بالمبلغ المدعي به هذا التقسيم بنوعيه- بتات وعدم العلم وحاصل وسبب - لم تنطرق اليه القوانين المدنية الحديثة بل تركت صيغة اليمين الى القاضي يستخلصها في كل قضية حسب ظروفها فيوجهها مرة على سبب واخرى على الحاصل وبصيغة البتات وعدم العلم تارة (الصوري، ١٩٨٣، ١٠٤٦). وان القانون لم يعترف بهذا التقسيم الذي اخذت به المجلة فقد جاء بتقسيم ثنائي اخر، فاليمين عندهم اما ان تكون البينة القاطعة، هي التي تنقطع بها الخصومة ويلحقها الحكم الاخير ولا تكون الا بطلب الخصم، او هي التي يوجهها احد الخصمين الى الاخر كدليل قاطع في الدعوى او الحاسمة حق الخصم يوجهها او يردها الى خصمه متى شاء وفي أي وقت وفي أي دور من ادوار المحاكمة، وما سميت بهذا الاسم الا لانه بتوجيهها تتحسم الدعوى وينقطع النزاع وهذه يعني ان توجه اليمين الحاسمة قاصر على الخصمين وليس للمحكمة توجيهها الا باذن من المدعي كما انها عادة ما توجه الى المدعي عليه وليس للمدعي ويكون توجيهها قبل صدور الحكم وليس بعده (عبد الودود، ص ١٦٨). اما البينة المتممة: فهي التي توجهها المحكمة من تلقاء نفسها الى احد الخصمين توكيدا للدلالة التي قدمها، أي تعزيزا للدلالة المعروضة على المحكمة لاستظهار

الحقيقة والبحث عنها عندما تكون الاوراق المتمسك بها غير كافية للاثبات وتعرف ايضا باليمين التكميلية واليمين المتممة فهي طريقة تكميلية لتكوين اعتقاد القاضي فلا توجه اذا كانت الدعوى كاملة الحجة للاثبات ولا لتقوم مقام دليل معدوم، وانما شرعت هذه اليمين لسد النقص الحاصل في مجموعة الادلة المعروضة على المحكمة، يوجهها القاضي للمدعي او المدعي عليه تكملة لادلة الاول فيما يدعي او تعزيزا لدفع المدعي عليه، أي ان القانون لم يشترط لتوجيه اليمين المتممة الا ان تكون الدعوى خالية من أي دليل وان يكون فيها مبدأ ثبوت يجعل الادعاء قريب الاحتمال وان كان لا يكفي بمجرد لتكوين دليل كامل فسيتمكمله القاضي باليمين المتممة ان اليمين المتممة يجوز استئنافها ولا يجوز ردها على عكس اليمين الحاسمة التي يجوز ردها ولا يجوز استئنافها (المشاهدي، ص ٥٩). وان مجلة الاحكام العدلية وكتب الأئمة الاحناف لم تعرف بوجود يمين متمم كدليل للاثبات سوى اليمين الحاسمة، فانما ورد ذكر اليمين عندهم او في المجلة كان المعنى هو اليمين الحاسمة، غير ان ائمة الفقهاء الجعفري والشافعي قد قبلوا اليمين المتممة كدليل تكميلي للاثبات، فقد جوزوا القضاء بشهادة شاهد واحد ويمين المدعي في حقوق العباد التي يقصد منها المأل اصاله كالديون والغصب وعقود المعاوضة والوصية بالمال (ابو اليقظان، ١٩٨٦، ١٨٦). وان حكم البينة عند الأئمة الاحناف هو انقطاع الخصومة مؤقتا الى حين احضار البينة لان اليمين عندهم خلف للبينة فاذا جاء الاصل انتهى حكم الخلف، ولذا فانهم قد قبلوا البينة بعد حلف المدعي عليه اليمين، حتى ولو قال المدعي قبلها لا بينة لي، اما بموجب الفقہ الجعفري واصل الظاهر فلا تسمع البينة بعد اليمين، وهذا الرأي اخذت به غالبية قوانين الاثبات الحالية اما حكم اليمين بموجب القوانين المدنية، فالحاسمة تعني تنازل طالبها عن جميع ما عداها من الادلة وتقويض الامر الى ذمة خصمه، ولا يجوز سحبها بعد اقرارها بموافقة الخصم الا اذا وافقه هذا لخصم على ذلك كما لا يقبل بعدها دليل، وبها تتحسم الدعوى اما حكم اليمين المتممة فان الاتجاه السائد والاكثر شيوعا هو اعتبار الحكم الصادر في اليمين المتممة يفصل في موضوع الدعوى واستعانة المحكمة بهذا اليمين تستكمل بها الدليل غير الكامل وتضمها اليه كوسيلة اثبات في تسبب الحكم تكون الدعوى قد تهيأت للفصل فيها وتنتج اليمين اثارها ومن تلك الاثار ان من وجهت اليه ليس له ان يردها على خصمه وليس امامه من بديل اما الحلف واما النكول، واي منهما حصل نتج اثره في الحكم الفاصل بالدعوى واصبح ملزماً للطرفين بعد اكتساب درجة البتات (ابو العينين، ١٩٨٣، ص ٢٥٧).

في الشريعة الإسلامية أدلة إثبات الوثيقة كدليل مثبت للدعوى الكتاب العزيز (سورة البقرة: الآية ٢٨٢)

إن الآية و هي أكبر الآيات القرآنية تشتمل على مختلف الأحكام الفقهية في مجال المعاملة وتنظيم الوثيقة والشهادة وغيرها. هناك من المفسرين من يعد الأحكام فيها خمسة عشر (القمي، ج ١، ص ٩٤) وفي مقابل ذلك من عدّ فيها واحداً وعشرين حكماً (قطب الدين الراوندي، ص ٣٧٩) والرأي الثالث لمن ذكر فيها ثلاثين حكماً. (الزحيلي، ص ٦٥) أما الآية الكريمة فقد تمسك بها بعض الأعلام دليلاً لاعتبار الكتابة والوثيقة الكتابية فقال: قد يظهر من هذه التأكيدات في أمر الكتابة أنها معتبرة و حجة شرعية يصح التمسك بها. والمشهور بينهم خلاف ذلك، فلا يصح الركون إليها، بل اللازم الوقوف مع ظاهرها كما ذهب اليه البعض. وقد صرح به المحقق الأردبيلي بقوله: ثم اعلم أنّ هذه التأكيدات في أمر الكتابة تدلّ ظاهراً على أنها معتبرة و حجة شرعية مع أنهم يقولون بعدم اعتبارها، فكأنه للإجماع والأخبار، فنكون للتكررة و هو بعيد. (زبدة البيان، ص ٤٤٥) وهذا ما يستفاد من كلمات بعض المفسرين أيضاً فقال الطبرسي في مجمع البيان: «فَأَكْتُبُوهُ» معناه فاكتبوا الدين في صك لئلا يقع فيه نسيان أو جحود و ليكون ذلك توثيقاً للحق و نظراً للذي له الحق و للذي عليه الحق و للشهود فوجه النظر للذي له الحق أن يكون حقه موثقاً بالصك و الشهود فلا يضيع حقه و وجه النظر للذي عليه الحق أن يكون أبعد به من الجحود فلا يستوجب النعمة و العقوبة و وجه النظر للشهود أنه إذا كتب بخطه كان ذلك أقوم للشهادة و أبعد من السهو و أقرب إلى الذكر. (مجمع البيان، ج ٢، ص ٢١٩) من البديهي أنّ آثار كتابة الدين و تنظيم الوثيقة الكتابية المذكورة في كلام الطبرسي من عدم وقوع النسيان أو الجحود وكونه توثيقاً للحق إنّما تترتب فيما إذا قلنا باعتبار الوثيقة الكتابية. وبذلك يظهر أنّ كلام الطبرسي في المجمع إنّما يدلّ على اعتبار الوثيقة الكتابية أيضاً. ومن خلال التأمل في الآية الكريمة يمكن الوثوق بهذا الاستظهار منها و القول بكونها دليلاً على اعتبار الوثيقة الكتابية. توضيح ذلك: إنّ الله تعالى فرض في الآية المباركة أموراً كتنظيم الوثيقة الكتابية واستشهاد الشهيدين من الرجال المسلمين الموثقين واتخاذ جانب الدقة و العدل في تنظيم الوثيقة وغيرها اهتماماً بحفظ حقوق الناس المالية ولئلا يقع فيهم ضرر. وظاهر الآية يدلّ على كون الأوامر إرشادية وذلك لما ورد فيها من بيان الحكمة حيث قال الله تعالى: ﴿ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَ أَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾. (سورة البقرة: الآية ٢٨٢) وعليهذا، فلا يمكن القول بوجود الكتابة للدين وتنظيم الوثيقة تمسكاً بالأوامر الواردة في الآية مضافاً إلى أنّ إجماع فقهاء الإمامية وكذلك السيرة المتشعبة مستقرة على عدم الوجوب لكتابة الدين أيضاً. (سبزواري، ص ٤٠٥) ومما يجب الانتباه إليه

تأكيد الآية الواسع بكتابة الدين بحيث أوصي فيها بتنظيم الوثيقة حتى في الديون الصغيرة والتافهة فقال عز وجل: ﴿وَلَا تَسْأَلُوا أَنْ تَكْتُوبُوا صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ﴾. (سورة البقرة: الآية ٢٨٢) ومن الواضح بيناً أنّ كتابة الدين لاتفيد الحكم المذكورة في الآية إلا فيما إذا كانت الوثيقة الكتابية معتبرة وإلا لما بقي وجه لكون الوثيقة أقوم من الشهادة وأدنى ألا ترتابوا وبالتالي فلا يكون أقسط عند الله. وعلى هذا الضوء فقد صرح بعض المفسرين والفقهاء أنّ كتابة الدين عبارة عما يرتبط بشؤون المعاملة حفظاً لحقوق طرفيها فهي حجة معتبرة، ومن هنا أمر الله تعالى أن لا ياب كاتب أن يكتب كما علمه الله حتى تخلو الوثيقة عن ألوان الوهم و التصوير. (سبزواري، ص ٤٠٦) ونقول تنميماً للاستدلال أنّ الآية الشريفة وإن كان موردها كتابة الدين إلا أنه لا ينبغي الشك في عدم خصوصية لسند الدين فيها فإن إلغاء الخصوصية العرفي القطعي يقتضي تسرية الحكم إلى كل وثيقة جامعة للشروط المذكورة في الآية كالكتابية على أساس العدل والاستشهاد وغيرها.

الروايات

سبق الكلام عما تمسك به المخالفون من الروايات في خاتمة المطاف من الاستدلال بالآية المباركة من سورة البقرة في مقام إثبات الكتابة كدليل مثبت للدعوى أو الموضوع فطرقتنا إليها واحدة تلو أخرى وأشبعنا الكلام عن مدى دلالتها. وقد وصلنا أخيراً إلى أنها لاتفي بالمقصود في رد اعتبار الكتابة بل جملة منها تدل على العكس من أنّ الوثيقة بدورها تعتبر من أدلة إثبات الاعتبار للكتابة ومنها صحيحة عمر بن يزيد و الرواية من فقه الرضا حيث اعتبرنا الأولى آنذاك كدليل والثانية كمؤيد. فمن الضروري عدّ الأخبار كدليل ثانٍ من أدلة الاعتبار ولكن بما أنه جاء الحديث عنها في مدى دلالتها على اعتبار الكتابة والوثيقة فلا داعي لإعادة البحث عنها هنا.

الفحوى (طريق الأولوية) للمحقق الأردبيلي بيان في إنهاء حكم قاض إلى قاض آخر فذكر له طرقاً ثلاثاً منها الكتابة بأن يحكم القاضي لزيد على عمرو الغائب فيكتب إلى قاض آخر: أنّ فلان بن فلان حضر مجلس الحكم وادّعى على فلان الغائب بكذا وأثبتته عندي فحكمت له عليه بالمدعى. فذكر المحقق أنّ المشهور بين الأصحاب أنه لا عبرة بها بمعنى أنه لا ينفذ ذلك ولا يحكم بصحته لأن الخطّ يحتمل التزوير وعلى تقدير الأمن منه يمكن عدم كونه بالقصد مثل أن يمشق ولم يكن قاصداً للإخبار عن واقع معين. ومن هنا انتقل إلى ما هو المنقول عن ابن الجنيد من جواز الاعتبار و الاعتماد عليها في حقوق الأدميين دون حقوق الله فصدق رأيه بقوله: وذلك غير بعيد إذ قد يحصل الظنّ المتأخّم للعلم أقوى من الذي حصل من الشاهدين، بل العلم بالأمن من التزوير، و أنه كتب قصدا لا غير. (الأردبيلي، ص ٢٠٩) وهكذا ذهب المحقق إلى اعتبار الكتابة في خصوص إنهاء حكم قاض إلى قاض آخر مستدلاً بالفحوى أو طريق الأولوية من دليل البينة أعني شهادة العدلين. من البديهي أنه لخصوصية عرفاً لإنهاء حكم القاضي بل يمكن التمسك به في جميع ما بصدد اعتبار الكتابة كدليل مثبت للموضوع كما نصّ عليه المحقق الأردبيلي في كلامه بقوله: ولهذا يجوز العمل بالكتابة في الرواية وأخذ المسألة والعلم والحديث من الكتاب الصحيح عند الشيخ المعتمد كما جوزوه في الأصول لنقل الحديث. (الأردبيلي، ص ٢١٠) وعلى ضوء ما تنبّه أنه يمكن الركون إلى الكتابة في كلّ ما ينقي فيه احتمال التزوير ويحز في أنّ الكاتب كان جاداً في كتابته. واعلم أنّ إحراز القصد هذا لا يكون أمراً صعباً لأنّ الميزان في الاعتماد على الكتابة نفس الميزان في الاعتماد على اللفظ من إجراء أصالة القصد وأصالة عدم الهزل أو المثال وماشابه ذلك. (كلبايكاني، ١٤١٤هـ، ١٢) وأمّا انتفاء احتمال التزوير فيمكن إحرازه من استخدام كلّ ما يوجب تضعيف هذا الاحتمال عند العقلاء كالاعتماد على الخطّ والخاتم والتوقيع في الرسالة أو الركون إلى تنظيم الوثيقة من ناحية مكتب تسجيل الوثائق الرسمية كما هو المتداول في عصرنا هذا. واعترض عليه صاحب الرياض من أنّ العمل بالظنّ الحاصل من الكتابة فرع قيام دليل قاطع على جواز العمل بالظنّ مطلقاً، ولم نجده في نحو محل البحث مما يتعلق بموضوعات الأحكام التي لم تتوقف عليها مطلقاً ولو كان الظنّ للعلم متأخماً... كلمة القائلين بحجية البينة و سماعها هنا مطبقة على أنها من جهة الأدلة الأربعة وهي أدلة قاطعة أو ظنّية ظناً مخصوصاً مجمعاً عليه و مثلها لم يعم على اعتبار ظنّ الكتاب. (الطباطبائي، ص ١٣٥ و ١٣٦). ويناقش فيه: من خلال التأمل في كلام المحقق الأردبيلي في المجمع من أنه لا يرد من الظنّ المتأخّم للعلم مطلق الظنّ القوي بل مقصوده العلم العادي الذي يعبر عنه بالإطمئنان. والدليل على ذلك ما قاله نفسه في مقام الاستنتاج: وبالجملة فلا ينبغي النزاع في صورة العلم ويمكن النزاع في صورة الظنّ ويمكن القول به هناك أيضاً إذا كان أقوى من الظنّ الذي يحصل من الشاهدين متأخماً من العلم و يكون احتمال النقيض مجرد التجويز العقلي. (الأردبيلي، ص ٢١٠) ما ذكره ذيل كلامه من أن يكون احتمال النقيض مجرد التجويز العقلي يكشف عن أنّ مراده من الظنّ المتأخّم للعلم هو الاطمئنان أو العلم العادي؛ لأنّ احتمال النقيض إنّما يعتبر فيه ضعيفاً بحيث لا يعتني به العقلاء وإن كان ظناً عند الحكماء. (النراقي، ص ١٠٤). إنّ التعبير بالظنّ المتأخّم للعلم قد جاء في كلمات بعض الفقهاء أيضاً مصرّحين بأنّ المقصود منه هو الاطمئنان (كاشف الغطاء، ص ١٦٤) كما أنّ المحقق الأردبيلي

ذكر هذا العنوان في مواضع مختلفة من كتابه أيضاً وقد صرح في بعضها أن المراد منه هو العلم العادي. (الأردبيلي، ص ٤٩) ليس الظن المتأخّر للعلم أو العلم العادي مشمولاً لأدلة النهي عن العمل بالظن إذ صاحب هكذا ظن يتصور أنه مصاب بالواقع فيعتبر الاحتمال المخالف لعلمه باطلاً وإن لم يعرف باطلاً بالدقة العقلية إلا أن العقلاء لا يقدرون قيمةً لمثل هذا الاحتمال. فالمراد من العلم هنا ما لا يعتني بمخالفته العقلاء وعلى هذا المعنى يحمل ما ورد في الأحكام الشرعية من العلم. (النراقي، ١٣٧٥ هـ، ش، ٤٣٦) لأن الخطابات الشرعية ملقاة إلى العرف وتفسر على أساس الفهم العقلاي. وبعبارة أخرى إن سيرة العقلاء مستقرة على اعتبار الإطمئنان العرفي علماً وحيث لم يردع عنها الشارع فهي حجة شرعية. على أن العلم بمعنى اليقين القطعي فهو عزيز الوجود عند العرف فلا يصح حمل الخطاب الشرعي عليه إذ حاصله تعطيل معظم الأحكام الشرعية لعدم حصول العلم اليقيني القطعي بها. (سبزواري، ص ١٨٨) فالمتحصل أن الكتابة إذا كانت مأمونة من التزوير فهي توجب حصول العلم العادي عند العقلاء وبذلك تقع مشمولة لأدلة حجية العلم. ولا ريب في أن من الكتابات المأمونة من التزوير في زماننا هذا الوثائق الرسمية التي تنظم من قبل الموظفين الحكوميين الرسميين الموثقين مع إجراءات خاصة تورث اعتماد العقلاء أكثر فأكثر. إن النقطة الهامة هي تطبيق ما ذكرناه آنفاً على دليل الفحوى أو طريق الأولوية. توضيح ذلك: على ضوء ما بيّناه إن اعتبار الكتابة المأمونة من التزوير يرتفع بإفادتها العلم العادي وهو حجة شرعاً وحينئذ فهل لأولوية الكتابة من البينة في إفادتها العلم دخل في الاستدلال؟ وبعبارة أخرى إذا كان الملاك في اعتبار الكتابة إفادتها العلم فلا مدخلية لكونها أولى من البينة في إفادة العلم أعني أن الكتابة حجة لأنها تقيد العلم العادي سواء كانت هي الأولى من البينة في الإفادة أم لا. ويظهر من عبارة المحقق الأردبيلي أن مقصوده من الاستدلال بالأولوية أن البينة توجب العلم العادي بينما أن العلم العادي الحاصل من الكتابة فهو أقوى وحيث أن البينة من الحجج الشرعية فلا بد وأن تكون الكتابة من الحجج الشرعية بطريق أولى. وبهذا يندفع ما توهم من أن مجرد إفادة العلم لا يكون دليلاً على اعتبارها في القضاء إذ لعل خصوصية القضاء تقتضي الاحتياج إلى ما هو أقوى من العلم العادي. والوجه في دفعه أن البينة حجة في الباب فلامحيص من اعتبار الكتابة أيضاً لكونها أقوى من البينة في إفادة العلم. ومن البديهي أن الملاك لحجية البينة في فهم العقلاء المخاطبين للخطابات الشرعية إفادتها العلم العادي لا غير ولا يوجد هناك ملاك آخر خفي علينا حتى لا نتكهن من الاستدلال على اعتبار الكتابة بالأولوية.

السيرة

مما يمكن الاستناد إليه لإثبات اعتبار الكتابة عموماً والوثيقة الكتابية خاصة استقرار السيرة على العمل بالكتابة والكتابات الموثقة. أشار إليه صاحب الجواهر بقوله: إذا قامت القرائن الحالية وغيرها على إرادة الكاتب بكتابه مدلول اللفظ المستفاد من رسمها فالظاهر جواز العمل بها للسيرة المستمرة في الأعصار والأمصار على ذلك بل يمكن دعوى الضرورة على ذلك خصوصاً مع ملاحظة عمل العلماء في نسبتهم الخلاف والوفاق ونقلهم الإجماع وغيره في كتبهم المعمول عليها بين العلماء. (النجفي، ص ٣٠٤) والظاهر أن المراد من السيرة المستمرة في الأعصار والأمصار سيرة العقلاء دون تقيدها بزمان أو مكان أو مذهب خاص بل هي مستقرة في جميعها على العمل بالكتابة والمكتوب الموثق. بما أن السيرة هذه قد استقرت في عصر المعصومين عليهم السلام ولم يثبت ردع منهم فيكشف عن اعتبارها كحجة شرعية من باب تقرير المعصوم عليه السلام. فإن السيرة - كما صرح به صاحب الجواهر - عريضة ومحكمة عند جميع العقلاء في جميع أمورهم بحيث أنها مستقرة في عمل العلماء في نسبتهم الخلاف والوفاق ونقلهم الإجماع وغيره في كتبهم المعمول عليها. ألا ترى أنه لا يقع الاعتراض منهم بالنسبة إلى استخراج رأي عالم من مکتوباته وكتبه كما أنه لا يرد الأشكال على إحراز الإجماع من الكتب الفقهية والحال أن الكتابة لو كانت غير معتبرة لما بقي مجال في نسبة الخلاف والوفاق ونقل الإجماع لكونها مشمولة للآية الشريفة: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾. (سورة الإسراء: الآية ٣٦) وفي هذا المضمار فقد استند بعض الماصرين بالسيرة العقلانية لاعتبار الكتابة شرعاً مثل ما ذكره السيد كلبايكاني بقوله: إننا نستدل بالسيرة العقلانية القائمة على الاعتبار أي اعتبار الكتابة في حال الوثوق والإطمئنان ولا رادع عن هذه السيرة. (كلبايكاني، ص ١٣) كما أن الظاهر من كلمات بعض المعاصرين أن السيرة قد استقرت بين المتشرعين أيضاً في العمل بالكتابة في حال الوثوق والإطمئنان وعليها يعتمد على كتابة القرآن الكريم والأحاديث المكتوبة للنبي الأكرم صلى الله عليه وآله وسلم ورسالاته التي أرسلها إلى عدد من ملوك البلاد في حياته الشريفة وكذلك على الكتب الروائية والفقهية وغيرها كما أن القضاة يعتمدون على مکتوباتهم السابقة المأمونة من التزوير وكذلك الرواة وهم يركنون إلى خط الراوي السابق منهم أو خط الإمام عليه السلام إذا كان مأموناً من التزوير. (الشيرازي، ص ٢١٦ و ٢١٧). هناك فرق بين الاستدلال بسيرة العقلاء والمتشعبة حيث أن الأولى لاتعتبر إلا إذا أحرزت معاصرتهم للمعصوم عليه

السلام وعدم رده عنها بينما أنّ الثانية في غنى عن إحراز الإمضاء لأنّ سيرة المتشرّعة بنفسها كاشفة عن الدليل الشرعيّ على أساس أنّ المتشرّعة حينما يسلكون سلوكاً بوصفهم متشرّعة يجب أن يكونوا متلقّين ذلك من الشارع. وعليه، فإنّ السيرة هذه إنّما تتجم من الالتزام بالشرعية وتكشف عن رضا الشارع بها ولهذا لا تحتاج إلى إحراز القبول الشرعيّ حيالها من عدم الردع أو أمضائها من قبل الشارع. (الصدر، ١٩٧٨م، ص ١٧٦) فإنّ الاستدلال بسيرة المتشرّعة لإثبات اعتبار الكتابة لا يتمّ إلاّ فيما إذا أحرز أنّ اعتماد المتشرّعين بالكتابة كان ناجماً من التزامهم العملي بالشرعية ولكن هل يمكن إحراز هذا الإحراز؟ ألاّ يحتمل أن يكون اعتمادهم على الكتابة من جهة وصفهم عقلاء لا متشرّعة؟ إذا استطعنا انتقاء هذا الاحتمال فلابأس بالاستناد إلى سيرة المتشرّعة في مقام الاستدلال وإلاّ فإنّنا يكفيننا الاستدلال بالسيرة العقلانيّة نظراً إلى كونها معاصرة للمعصوم عليه السلام وعدم ثبوت ردع منه حيالها. مع ذلك كلّه أنّ بعض المعاصرين ذكر معنى ثانياً لسيرة المتشرّعة وهو السيرة التي مارسها بالفعل المتشرّعة وجرى عليها سواءً كان ذلك لتشريع أو بمقتضى طبعه. ومثاله سيرة المتشرّعة من أصحاب الأئمة على العمل باخبار الثقات خارجاً من دون جزم لنا بأنّ هذا العمل هل هو من باب عقلانيّتهم أو لأجل تشريعهم وتلقّيهم ذلك من المعصومين عليهم السلام وهذه سيرة متشرّعية بالمعنى الأعم. إنّ سيرة المتشرّعة بكلّ معناها أي السيرة بالمعنى الأخصّ وبالمعنى الأعمّ حجة بملك واحد، لأنّ النزعة العقلانيّة وإنّ كانت تقتضي الجري على طبقها إلاّ أنّ المتشرّعة حيث أنّهم متشرعون فاحتمال أنّهم جميعاً قد غفلوا عن حكم المسألة شرعاً وانساقوا وراء طباعهم العقلانيّة من دون سؤال واستفسار أو تفهّم للموقف الشرعي ولو روحاً في مسألة داخلية في محلّ ابتلائهم كثيراً منفي أيضاً بحساب الاحتمالات. (الشاهرودي، ١٤٠٥هـ، ص ٢٤٨) على ضوء هذا المعنى الأعمّ من سيرة المتشرّعة فيمكن القول بأنّ من أدلّة اعتبار الكتابة استقرار سيرة المتشرّعة على العمل بها. وعلى أي حال فلا يعترينا شك في ثبوت سيرة العقلاء في اعتمادهم على الكتابة ولها قرائن عديدة تزيل أي إبهام منها بأدنى تأمل. هناك شواهد عديدة على ثبوت السيرة عند العقلاء في اعتمادهم على الكتابة منذ القديم مثل المكتوبات المتبقية من العهود القديمة بمختلف الأشكال كالمكتوبات الحجريّة ورسائل الملوك لمراسلة بعضهم لبعض ومجموعة القوانين المدوّنة والمسجّلة في العهود القديمة كقانون حمورابي والعهود التي تمّ التوقيع عليها بين البلدان المختلفة والكتب المشتملة على آراء العلماء العلميّة في حقول مختلفة وما شابه ذلك. إنّ سيرة العقلاء في اعتمادهم على الكتابة كانت عريقة بحيث أنّه روي عن ابن عباس أنّه نهى عن الكتابة وقال: إنّما ضلّ من كان قبلكم بالكتابة وجاء رجل إلى عبدالله بن عباس فقال: إني كتبت كتاباً أريد أن أعرض عليك فلما عرض عليه أخذ منه ومحا بالماء وقيل له: لماذا فعلت؟ قال: لأنّهم إذا كتبوا اعتمادوا وتركوا الحفظ فيعرض الكتاب عارض فيفوت علمهم. (حاجي خليفة، ١٩٩٢م، ص ٣٣) والتحقيق أنّ استقرار سيرة المتشرّعة في اعتمادهم على الكتابة ممّا يمكن إحرازها ويمكن لإثبات هذه الدعوى استعراض بعض النماذج كالرسائل التي أرسلها النبي الأعظم صلّى الله عليه وآله وسلّم إلى ملوك البلاد يدعوهم إلى الإسلام ورسائل الأئمة عليهم السلام التي أرسلوها إلى أصحابهم كرسائل أمير المؤمنين عليه السلام في نهج البلاغة التي تناهز ثمانين وهي تحتوي على مسائل ذات أهميّة بالغة ومنها رسالة مالك الأشتر. إنّ رسائل أصحاب الأئمة عليهم السلام التي كتبوها للسؤال عن أحكام شرعيّة وإصرار جماعة منهم على كتابة أحاديث الأئمة عليهم السلام قد أدّى إلى تدوين الأصول الأربعة وما إلى ذلك من النماذج. وقد استقرت هذه السيرة في إيران أيضاً كسائر البلاد الإسلاميّة وعلى أساسها قام الناس فيها بتنظيم الوثيقة عند تنفيذ معاملاتهم الهامة وزيتوها بخاتم العلماء أو توقيعهم تعزيزاً لاعتبارها. ولناخذ على سبيل المثال ما جاء في حالات ملاً علي كني الطهراني وهو من فقهاء الإماميّة العظام في القرن الثالث عشر ومن تلامذة صاحب الجواهر حيث نقل أنّ خاتمه كان يعتبر دليلاً لاعتبار الوثائق. فمن أراد المعاملة فليذهب إلى منزله لتوثيق الورقة ووثيقة معاملته فباتت معتبرة بخاتمه المبارك. (بيگدلي، ص ٩١٤) فالوثائق المنظّمة على هذا الأساس اعتبرت كوثيقة رسميّة بعد تدوين القانون لمكاتب الوثائق الرسميّة كما أنّ الفرع الثالث لمحكمة التمييز ذكر في رأيه المرقّم ٣٠١٢ المؤرخ ١٠/٩/١٣٢١هـ ش: إنّ الوثائق التي تمّ تنظيمها عند العلماء قبل جعل القانون للمكاتب الرسميّة فهي معتبرة اعتبار الوثائق الرسميّة. (زراعت، ١٣٧٩هـ ش، ص ٤٣٣)

البحث الثاني: السند

السند لا يمكن ان يعتد به بوصفه وسيلة للأثبات الا اذا توافرت فيه شروط معينة حيث لا يكون كاملاً ولا يتم منحه الافضلية على بقية الادلة الا بوجود عناصر معينة، وفي خضم ذلك نتطرق الى التالي:

المطلب الاول: اعتبارات السند

أولاً : توافر السند : السند هي بحق أقوى وأهم وسائل الإثبات بما توفره للخصوم من ضمانات ولما تتمتع به من حجية مطلقة في الإثبات فلا يوجد من الأدلة الأخرى ما يمنح الخصوم هذا القدر من الضمانة ولاطمئنان الى اعتبار حقهم من الأمور المسلم بها ولعل من أهم الأدلة على اعتبار الدليل الكتابي هنا لا بد من التفرقة بين الكتابة على أنها ركن شكلي يتطلبه القانون في بعض التصرفات القانونية كما هو الحال في عقد الرهن والهبة والشركة فهنا لم يكتفِ المشرع بتوافق إرادة المتعاقدين لانعقاد العقد بل كان لا بد من أن يفرع هذا التصرف في شكل معين والا تحد هذا التصرف باطلاً. (العالمي، ١٩٦٦، ٤٧-٤٩) أما ان يشترط القانون الكتابة بأن يكون وسيلة للإثبات وليس ركن في العقد فيعني هذا انه عند توافق إرادتي المتعاقدين فأن هذا يؤدي الى انعقاد العقد ولكن لا بد من وجود محرر كتابي في حالة نشؤ النزاع لأثبات هذا التصرف او العقد يعد منعقداً بوجود الكتابة او بدونها الا انه يحتاج الى الكتابة لأثبات وجوده امام القضاء فوجود العقد بين الطرفين دون وجود محرر كتابي لأثباته ونفي المدعى عليه له ذلك يؤدي الى ضياع الحق وبعبارة أخرى عند اعتراف المدعى عليه بوجود العقد فلا توجد تلك الضرورة لوجود الدليل الكتابي حيث لا يؤثر ذلك على وجود التصرف او صحته يعتبر قابلاً لأثبات بالاقرار او اليمين (فتحي، ص ٤٥٤) ومن هذا المنطلق كان نص المادة (١٨) من قانون الإثبات العراقي سالفة الذكر ومن الجدير بالذكر ان قاعدة عدم جواز اثبات التصرفات القانونية الا بالكتابة او ما يقوم مقامها تطبق بين طرفي التصرف فقط وعليه فأن الغير يجوز له اثبات التصرف بكافة طرق الإثبات لانه ليس طرفاً فيه ، فلكونه من الغير فأن هذا التصرف يعد بالنسبة له واقعه مادية يجوز له اثباتها بكافة طرق الإثبات والأدلة الكتابية من حيث مدى التطور في مفهوم الكتابة تنقسم الى ادلة تقليدية واخرى غير تقليدية . في حين انها تنقسم من حيث عنصر الإثبات او سنده الى محررات رسمية واخرى عادية، منها ادلة تقليدية: تتمثل الأدلة التقليدية وفقاً لنصوص قانون الإثبات في المواد (٢١-٢٧) منه الى محررات رسمية اخرى عادية : المحررات الرسمية: وهي المحررات التي يتدخل موظف عام او شخص مكلف بخدمة عامة في تحريرها بأن يثبت الاتفاق الذي يحصل امامه وفقاً للأوضاع والطرق التي حددها القانون وفي اطار سلطته واختصاصه فشرط الورقة الرسمية هي ان تصدر من موظف عام او شخص مكلف بخدمه عامة وصدر المحرر من الموظف العام في حدود سلطته واختصاصه وتوقيع ذوي الشأن على الورقة وجوب مراعاة الأوضاع والاجراءات التي قررها القانون لتوثيق الاوراق الرسمية (العشماوي، ١٩٩٥، ٢١-٢٢) والمحررات العادية وهي المحررات الصادرة من الافراد ولم يتدخل موظف عام في تحريرها بحكم وظيفته، ولذلك سميت بالأوراق العادية لخضوعها لحكم العادة او العرف، وهذه المحررات تعد حجة على من اعترف أو أقر بها ولم ينكر صراحة ما هو منسوب من خط او توقيع (العبودي، ١٩٩١، ١٥٠) وعلى ذلك فأن الدليل الكتابي سواء كان رسمياً او عادياً يجب ان يتضمن كتابة واضحة وثابتة ومفردة ، مثبتة لتصرف قانوني معين متضمنة جوانب ذلك التصرف القانونية، وان يكون موقعا عليه من ذوي الشأن حتى يمكن اعتباره دليلاً قانونياً وحجه ضد الموقعين عليه ولذلك لا تعتبر الورقة الموقعة على بياض دليلاً كتابياً له حجيته في الإثبات قبل ملئها بالبيانات المتفق عليها ، ولتخلق عنصر اساسي من عناصر الدليل الكتابي هو الكتابة. (غانم، ص ٤٧٦-٤٧٧) إضافة الى ادلة غير تقليدية إن شيوع وانتشار الوسائل المعلوماتية الحديثة واستخدامها على نطاق واسع في شتى نواحي الحياة ادى الى ظهور ادلة اخرى مستحدثة نابعة من تطور مفهوم الكتابة تلك الأدلة تؤدي دوراً هاماً في التفاوض وانجاز الاعمال وابرار العقود، فمن المعلوم ان القانون لا يشترط أي شكل خاص للدليل الكتابي من حيث الكتابة: قد تكون بخط اليد لموقعها او بخط غيره وقد تكون مطبوعة بوسائل الطباعة الحديثة عن طريق طابعة الحاسوب "SCANNER" او الفاكس او عن طريق التلكس . وقد تكون بقلم الحبر او القلم الجاف او القلم الرصاص .ومن حيث اللغة قد تكون بالعربية او احدى اللغات الاجنبية او القديمة بل يجوز الكتابة برموز خاصة طالما كان الطرفان يحتفظان بمفاتيح خاصة لهذه الرموز حيث يمكن لهما حلها بسهولة (عباس زبون، ١٩٨٤، ١٦٢-١٦٣) كما لم يشترط أي شروط في الدعامة التي يكتب عليها فقد تكون من الورق او الخشب او الجلد او القماش او البلاستيك كما في الرسومات الطبية كالاشعة، والافلام الميكروفيلمية التي يتم تحميل ونقل الوثائق والمستندات عليها ، وتتميز بثبات المواد المسجلة عليها بمدد طويلة جداً فلا تزول ويمكن قراءتها بوضوح واصبحت الكتابة تتضمن التصوير الفوتوغرافي ، والتسجيلات الممغنطة وشرائط الفيديو السمعية والبصرية والافلام او أي مخرجات من الوسائل المستحدثة ثانياً : التوقيع على السند : ان الأهمية البالغة على سائر الأدلة فلا بد ان يتم توقيع ذلك الدليل من الشخص المراد الاحتجاج بذلك الدليل ضده والتوقيع هو علامة شخصية تدل وتؤكد على وجود صاحب التوقيع وموافقته على ما نيله بتوقيعه وهذه علامة الدالة على الموقع قد تكون اسم الموقع فقط او الاسم واللقب ايضاً، ومن ثم فلا يعني عن الاسم أي علامة اخرى ولو اتفق عليها بين طرفي العقد وكذلك التوقيع بالاحرف الاولى فقط لانها لا تدل بالضرورة على موافقة الموقع على ما جاء بالورقة لالتزامه بمضمونه اذ لا بد ان يكون التوقيع واضح الدلالة على المقصود منه (اشرف،

٢٠٠٣، ٨٤-٨٥) ومن حيث الدلالة على شخصية الموقع مثل بصمات قزحية العين وهو الجزء الموجود خلف القرنية والذي يعطي العين لونها ، وبصمة الصوت حيث يتم برمجة الحاسب الالكتروني بأدخال تلك البصمات وعدم السماح بدخول أي شخص لا يحمل تلك البصمات بالنظر لما تتمتع به تلك البصمات من تفرّد واختلاف حيث ان بصمة العين وبصمة الصوت وبصمة الشفاه تختلف من شخص لآخر (لطي، ١٩٩٦، ٢٤-٤٥) وكذلك نعرف اليوم في اطار المعلوماتية الحديثة ما يعرف بالتوقيع الالكتروني الذي يمكن ان نعرفه كما عرفه التوجيه الاوروبي بشأن التوقيع الالكتروني الذي يستمد مضمونه من القانون الامنومذجي حول التجارة الالكترونية الذي اقرته الامم المتحدة في ١٦/١٢/١٩٩٦. حيث عرفت المادة الثانية منه التوقيع الالكتروني ثلاثة عشر تعريفاً على رأسها يأتي تعريفه بأنه بيان او معلومة معالجة الكترونياً ترتبط منطقياً بمعلومات او بيانات الكترونية اخرى (كرسالة او محرر والتي تصلح وسيلة لتمييز الشخص وتحديد هويته) فطبيعة هذا التعريف وما جاء به من التوسع في تعريف التوقيع الالكتروني تكفل للمحرر او المستند حجيتة القانونية للأثبات بالنظر لكونه توقيع شخصي بالمعنى الضيق كما انه يشمل اشكال اخرى تساعد على تحديد صاحب التوقيع تمييزه في الاستعمالات المختلفة لأنظمة المعلومات (ثروت، ٢٠٠٢، ١٥٩). ولكي يكون التوقيع ذا فعالية في الإثبات فإنه لا بد ان يوضع على دعامة مادية ايا كانت وان يكون واضحاً ومقروءاً دالاً على شخصية صاحبه ، وغير مختلط بمضمون المحرر الموضوع عليه او متداخل فيه... واذا كان المحرر المعد للأثبات يتضمن عدة اوراق مستقلة فإنه يجب التوقيع على كل ورقة على حدة حتى يمكن نسبة المحرر بصفة اجمالية لمن قام بتوقيعه (ابو جميل، ١٩٩٤، ٤٤-٤٥) اما اذا لم يوقع الا الصفحة الاولى والاخيرة فقط وترك باقي الاوراق من دون توقيع ، فإن نسبة الاوراق لمن قام بتوقيعها يتوقف على ما اذا كان مجموع الاوراق في جملته يشكل تصرفاً قانونياً واحداً في مجموعة ام انها اوراق مستقلة عن بعضها ، وعلى قاضي الموضوع تقرير ما يراه من ارتباط بين هذه الاوراق من عدمه في اطار اقتناعه بما اطّلع عليه من مستندات وادلة (الشرقاوي، ٥٨-٥٩). الأصل ان التوقيع يكون مباشراً لوقوعه من الموقع على الدعامة محل التوقيع مباشرة الا ان ذلك لا يعني انه لا يكون الا مباشراً فالتوقيع قد يقع غير مباشر . فإذا كان المحرر يتكون من عدة اوراق ويتم وضع ورق كربون بينهما ، ويكتفي بتوقيع الورقة الاولى فقط ليظهر التوقيع عن طريق الكربون على باقي صفحات المحرر فهذا التوقيع يكون له الحجية في الإثبات ضد موقعه. (محمد شكري، ١٩٨٦، ٧٨-٧٩). الا ان الفقه ذهب الى معارضة هذا الاتجاه بالنظر لكون المستند الكربوني من السهل تزويره عن طريق دس ورقة كربون بين المستندات اخرى دون ان يدري ومما يؤكد وجود اوراق مستنسخة حديثة الا بمجرد الكتابة عليها تطبع على النسخ الاخرى دون استعمال الكربون، والوسائل المستحدثة تسمح بوجود نسخ للأوراق افضل بكثير من ذلك المستنسخة بالكربون وتوفر ضمانات اكبر بالتطابق مع الاصل الامر الذي يدعونا الى المطالبة بضرورة تطويع نصوص قانون الإثبات وتطويره فيقبل التقنيات الحديثة في مجال كتابة ونسخ المحررات وحفظ واسترجاع وتداول الوثائق وذلك من منطلق مساندة الثورة المعلوماتية في العالم (فتحي عبد الرحيم، ص ٤٨٠-٤٨١).

ثالثاً : الا يكون الدليل الكتابي من صنع الخصم الذي يحتج به : ويشترط في الدليل الكتابي اخيراً وليس اخراً الا يكون الدليل الكتابي من صنع الشخص ذاته لكي يمكن الاحتجاج به على الغير وهذا الشرط هو من البديهيات حيث لا يمكن للشخص ان يصطنع دليلاً لنفسه ويولجه بهذا الدليل خصومه والاصل ان الدليل الذي يقدم ضد الخصم يجب ان يكون صادراً منه حتى يكون دليلاً عليه، والدليل الكتابي حتى يتمتع بالحجية القانونية في الإثبات لا بد ان يكون صادراً من الخصم وموقعاً منه فإذا كان بخط الخصم فقط وبدون توقيع فإنه يصلح ان يكون مبدأ ثبوت الكتابة وليس دليلاً كتابياً كاملاً ويحتاج الى ادلة اخرى مساعدة في الإثبات كالبينة والقرائن وعليه فلا يجوز ان يكون الدليل الذي يقدم ضد الخصم من المدعي مجرد اقوال او ادعاءات او اوراق صادرة منه صنعها بنفسه ولصالحه فالقاعدة ان الشخص لا يستطيع ان يقوم بأعداد وتجهيز ادلة بنفسه لنفسه لتكون اساساً وسبباً بحق يدعيه. (الشرقاوي، ٦٦)

المطلب الثاني : مدى اعتبار وسائل المعلومات المستحدثة كدليل كتابي

لا يمكن تجاهل دور وسائل المعلومات المستحدثة في مجال استرجاع وحفظ المعلومات ولا سيما في ظل انتشارها في معظم أنشطة المجتمع بصفة خاصة والمجتمع الدولي بصفة عامة، ومن هنا كان لا بد من التعرض لدراسة اوعية المعلومات المستحدثة ومدى انطباق شروط الدليل الكتابي عليها، ومدى منحها حجية قانونية في الإثبات من عدمه ، كمحاولة للتوفيق بين النصوص القانونية التقليدية ووسائل التقنية الحديثة التي فرضت نفسها في مجتمعنا المعاصر . فلا مفر منها الا بالاعتراف بها واستخدامها في أنشطة المجتمع المختلفة:

أولاً: وسائل المعلومات المستحدثة ومبدأ الثبوت بالكتابة : تستخدم وسائل المعلومات المستحدثة كالمصغرات الفيلمية واجهزة الفاكس والتلكس والحاسبات في ارسال واستقبال وحفظ واسترجاع الوثائق والمحررات . وبناءً على ذلك نخصص هذا المطلب لدراسة هذه الوسائل المستحدثة

ومدى اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة لامكان الاحتجاج بها في الإثبات ومن ثم منحها حجية قانونية حيث نصت المادة (٧٨) من قانون الإثبات العراقي على انه "يجوز الإثبات بالشهادة في التصرفات القانونية حتى لو كان التصرف المطلوب تزيد قيمته على خمسة الاف دينار اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ومبدأ الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها ان تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال", ويقوم مبدأ ثبوت بالكتابة على وجود كتابة وصدر الكتابة من الخصم وان يكون من شأنها ان تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال, فأذا ما توافرت هذه الشروط فلا تصلح بذاتها لأثبات الواقعة المدعاة حيث ان مبدأ الثبوت بالكتابة بمثابة اقرار وكتابة ناقصة , يجب تعزيزها بأدلة اخرى كالبينة والقرائن لتصبح دليلاً كاملاً في الإثبات (السنهوري، ص ٥٤٦) وبمراجعة شروط مبدأ الثبوت بالكتابة نجدها تنصب اساساً على الكتابة كعنصر اساسي وفعال, وما باقي الشروط الا بديهيات تطبق كأثر لوجود الكتابة وبالتالي فإن ما يهمننا في الاساس في مجال هذه الدراسة هو بيان وتوضيح المقصود بهذه الكتابة وعلاقتها بالوسائل الحديثة للاتصال ومدى اعتبار المصغرات الفيلمية ومخرجات التلكس والفاكس كتابة بالمعنى المقصود في القانون والتي تصلح للإثبات ومن ثم منح هذه المخرجات الحجية المنشودة للأعداد بها في الإثبات (محمد محي، ١٩٨٧، ١٥٣-١٥٤). ومن الثابت ان مبدأ الثبوت بالكتابة يقوم على عنصر اساسي وهام هو ضرورة توافر الكتابة بأي كتابة تكفي بصرف النظر عن شكلها واللغة المكتوبة بها , والغرض من تحريرها (عبد المجيد، ١٩٩٧، ١٥٣) ولا يشترط في الورقة أي شكل خاص (توفيق حسن، ص ١٤٢) فقد تكون دفاتر تجارية او سجلات او اوراق منزلية او مراسلات موقعه كانت او غير موقعه سواء كانت محددة التاريخ او بدونها ولا اهمية للورقة و للغرض منها كأن تكون رسالة خاصة او بقايا سند متآكل (شكري، ص ١٤١) او ورقة رسمية او محرر باطل او الشهادة المزورة كما يصلح ان يكون مبدأ ثبوت بالكتابة الاوراق التالية: صور الاوراق الرسمية مثل صور العقد المسجل وصور الاوراق المصرفية (حمدي، ص ٢٠٨) وتبادل الخطابات والبرقيات عبر الفاكس وكذلك محاضر جرد متفرقة والمخالصات والتأشيريات على الاوراق والمستندات وقد تكون الورقة دليلاً كاملاً على اثبات تصرف معين , وفي ذات الوقت تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة لتصرف آخر. (جميبي، ص ١١٤) وقد اعتبرت المادة (٧٤) من قانون الإثبات محضر الاستجواب الذي تدون فيه المحكمة تخلف الخصم المراد استجوابه عن الحضور او امتناعه عن الاجابة او ادعائه الجهل او النسيان مبدأ ثبوت بالكتابة عقاباً للخصم المذكور عن طريق الإثبات بالاستجواب. (عبد المجيد، ١٩٩٧، ١٥٤) كما قد تكون الكتابة اقوالاً في محضر تحقيق او محاضر الجلسات بالمحاكم او وردت في اسباب حكم او مستخلصه في مجموعة من قصاصات الورق او اوراق متفرقة لا يصلح احدها بمفرده او مجموعة اقوال متناقضة منسوبة للمدعى عليه يستخلص منها القاضي مبدأ ثبوت بالكتابة (حمدي، ص ٢٠٢) وقد تكون هذه الكتابة مجرد مسودة سواء أكانت منسوبة اليه او بغير خطه فأصطلاح كلمة كتابه ينصرف في اوسع معانيه فيشمل كل محرر او مجرد علامة ترمز للأسم والتوقيع او بدون توقيع حيث ان المشرع الفرنسي اعتبر ان تخلف الاطراف عن حضور المواجهة او رفض الاجابة عن احد الاسئلة الموجهة اليه او امتناعه مبدأ ثبوت بالكتابة الامر الذي اخذ به المشرع العراقي كما اشرنا انفا (لظفي، ١٩٩٣، ٨-٩) ومن هنا يمكن اعتبار المصغرات الفيلمية - قانوناً - دعامة أو مادة يمكن الكتابة عليها وتحميلها بالمعلومات او البيانات كالورق تماماً (مأمون كامل، ١٩٩٢، ٣١) فأذا كانت من شروط الدليل الكتابي ان يتضمن كتابه مشفوعة بتوقيع شخص ما لا مكان نسبتها اليه لاتضح لنا أن الحاسبات والمصغرات الفيلمية وتتضمن كتابة لم ترتق الى مستوى الدليل الكتابي الكامل لعدم امكان التوقيع عليها او نسبتها لشخص معين في ظل قانون الإثبات الحالي . من ثم تعتبر دليلاً كتابياً ناقص أي ثبوت بالكتابة وفقاً لما سبق بيانه بشرط أن تكون هذه الكتابة المخزنة على هذه الوسائط صادرة من الخصم وتجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال (الطويل، ١٩٨٨، ٢٦٥-٢٦٧). وهذا ما اشارت له المادة (٧٨) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ حيث نصت على انه "يجوز الإثبات بالشهادة في التصرفات القانونية حتى لو كان التصرف المطلوب تزيد قيمته على خمسة الاف دينار اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ومبدأ الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها ان تجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال. ومن حيث مدى اعتبار مخرجات التلكس والفاكس مبدأ ثبوت بالكتابة يستخدم كل من جهازي التلكس والفاكس في ارسال واستقبال الرسائل والبرقيات من منطلق تحقيق الاتصال بالعملاء وتبادل المعلومات بشأن التفاوض على الصفقات وانجاز الاعمال وبرام العقود (العنبري، ١٩٩٨، ٢-٤) وعلى ذلك تتمثل مخرجات كل من الفاكس والتلكس في النسخ الورقية للوثائق والمستندات المتبادلة عبر هذه الاجهزة وبناءً على ذلك يجب دراسة هذه المخرجات من وجهة نظر الإثبات لتقرير مدى خضوعها لشروط الدليل الكتابي , ومن ثم منحها حجية قانونية في الإثبات من عدمه هذا في ظل ضوابط معينة تتعلق بأثبات ارسال الوثائق والمستندات عبر اجهزة الفاكس او التلكس وذلك بطبع التاريخ ووقت الارسال ورقم المرسل على كل صفحة حتى لا يحدث خطأ

لضرورة ان تكون الوثائق الصادرة عن طريق الفاكس او التلكس منظمة ويسهل اثباتها وبالرجوع الى نصوص قانون الإثبات ومدى قبوله لهذه التقنية فيمكن ترتيب الموضوع من حيث تتمثل مخرجات كل من التلكس والفاكس في ارسال واستقبال الرسائل والمستندات ، والصور ، والرسومات الورقية وهذه المخرجات تتضمن كتابة تقليدية وفقاً لقانون الإثبات ولما كانت الكتابة التوقيع عليها ، لا مكان نسبتها الى شخص معين حتى تتوفر شروط الدليل الكتابي ، فإن هذه المخرجات يعوزها فعلاً التوقيع ومن ثم تكون دليلاً كتابياً ناقصاً وبالرجوع الى قانون الإثبات الحالي نجده قد خلا من اية اشارة الى استخدام أي من جهازي الفاكس او التلكس في ارسال واستقبال الوثائق والمستندات ولم يعالج الا الرسائل التي تكون بخط وتوقيع المرسل او كلاهما ، والبرقيات بشرط ان يكون الاصل موقفاً من المرسل ومحفوظاً بمكتب التصوير وبذلك تكون لها قيمة المحرر العادي في الإثبات ولحين اثبات العكس (العبودي، ١٩٩١، ٤٢٨-٤٢٩) (حيث نصت المادة ٢٧ من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ على انه " أولاً - تكون الرسائل الموقع عليها حجية السندات العادية من حيث الإثبات). ولكن بتحصيص المخرجات الورقية لكل من التلكس أو الفاكس وكونهما كتابة تقليدية ينقصها التوقيع فنجد ان هذه المخرجات ينطبق عليها مبدأ الثبوت بالكتابة الذي يستمد أهميته من وجود ورقة صادرة من الخصم او ممن يمثله (لطي، ص ٤٧) ولقد توسع الفقه والقضاء في المقصود بمبدأ الثبوت بالكتابة وذهبوا الى اعتبار المخرجات الورقية للتللكس والفاكس وكذلك شرائط التسجيل الصوتية ومخرجات الحاسب الالي والمصغرات الفيلمية والرسائل والخطابات والعقود بالمراسلة عبر الاجهزة الحديثة كتابة ذات قيمة معادلة للكتابة المقصودة في القانون المدني وعلى هذا الاساس فإن مخرجات هذه الوسائل المستحدثة هي بطبيعتها كتابة تقليدية والمعنية في نصوص قانون الإثبات والتي تعتبر مبدأ ثبوت الكتابة اذا ما كانت صادرة من الخصم وتجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال وهي بمثابة دليل ناقص يجب تعزيره بأدلة اخرى كالبينة والقرائن لتصبح دليلاً كاملاً له حجيته في اثبات كل ما يجب اثباته بالكتابة (محمد لبيب، ص ١١٦) في التصرف ذاته وإلا كان باطلاً، فمبدأ الثبوت لا يمكن ان يحل محل الشكل. وكذلك فإن القاعدة التي توجب الكتابة في اثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوز الكتابة لا تنطبق الا على الكتابة التي تعتبر دليلاً كاملاً لذلك فهي لا تسري بشأن مبدأ الثبوت بالكتابة لانه دليل ناقص تدعمه وتسانده البينة او القرائن لذلك ولذلك يجوز نقضه بهما (الناصر، ص ٢٧٠). إن السؤال الرئيسي في بحثنا هذا أنه هل بالإمكان اعتبار الوثيقة من الأدلة المثبتة للدعوى في رؤية الفقه الإمامي؟ ولكن قبل الخوض في صلب الموضوع يجدينا الذكر بأن لكل دعوى جانبين أساسيين: أحدهما موضوعي والآخر حكمي. أما جانبها الموضوعي فما له مساس بالأعمال الحقوقية أو المادية التي تمهد الطريق لطرح الدعوى بينما أن جانبها الحكمي فإنه يرتبط بما يعين الأعمال الحقوقية أو المادية وأحكامها من قوانين وقواعد وأصول كلية. ولناخذ على سبيل المثال من أقام دعوى على الآخر بأنه يمتنع عن تنفيذ ما جرى بينهما من العقد ولا يلتزم بمفاده فإن الجانب الموضوعي هنا هو العقد المعقود بينهما وامتناع طرفه عن أداء ما التزمه ضمن إنشاء العقد غير أن جانبها الحكمي ليس إلا المواد القانونية الحاكمة بأن كل واحد من طرفي العقد لا بد وأن يلتزم بما تعهده لقاء الآخر خلال إنشائه العقد. وعلية، فإن ما يتكفل بإثبات جانب الدعوى الموضوعي قد يسمّى بالأدلة المثبتة للدعوى وفي مقابل ذلك فإن ما يتضمن إثبات جانبها الحكمي فهو يدعى بالأدلة المثبتة للأحكام (شهيد، ١٣٦٨، ١٢٥). إن المادة ١٢٥٨ للقانون المدني للجمهورية الإسلامية الإيرانية تستعرض أدلة إثبات الدعوى على ما يلي: الأول: الإقرار، الثاني: الوثائق الخطية، الثالث: الشهادة، الرابع: الأمارات (القرائن) والخامس: اليمين. وقد أضاف عليها قانون إجراءات المحاكم العامة والثورة في الشؤون المدنية إجراء معاينة المحل (المادة ٢٤٨) وإرجاع الأمر إلى رأي الخبير (المادة ٢٥٧) غير أنه صرح في خصوص إجراء معاينة المحل «أن المعلومات الحاصلة من التحقيق وإجراء المعايينة إنما تعتبر من الأمارات القضائية التي تحتل أن تؤدي إلى علم القاضي للمحكمة أو إطمئنانه أو تؤثر في رأيه تأثيراً».

تعريف البينة في الفقه

إن الدليل السادس الذي يمكن الاستدلال به على اعتبار الكتابة والوثيقة هي البينة الكتابية. توضيحه: أن البينة معناها لغةً الدلالة الواضحة عقلية كانت أو محسوسة و أما معناها الاصطلاحي فهو الشاهدان العادلان. (بجنوردي، ١٤١٩هـ، ٩) قال بعض الفقهاء وتبعهم بعض الحقوقيين أن لفظ البينة ليست لها حقيقة شرعية ولا متشعبة بل هي مستعملة في الكتاب والسنة في معناها اللغوي وهو بمعنى ما يتم به البيان وتثبت به الأمور. وبعبارة أخرى أن البينة عبارة عن كل دليل يتم به إثبات شيء. وقد استعملت بهذا المعنى في آيات القرآن الكريم مثل ﴿بِالنَّبِيِّاتِ وَبِالرُّبْرِ﴾ (سورة الفاطر، الآية ٢٥) و﴿حَتَّى تَأْتِيَهُمُ النَّبِيَّةُ﴾ (سورة البينة، الآية ١) كما جاء في رواية نبوية أنه قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: إنما أفضي بينكم بالبينات والأيمان. (عاملي، ص ٢٣١) وبالجملة لم يثبت أن البينة بمعنى العدلين في الحديث

النبوي وإنما هي بمعناها اللغوي. أما المراد من الحديث النبوي فهو أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم والأئمة الطاهرين عليهم السلام لم يتكلموا على علم النبوة والإمامة في مقام القضاء بل كان اتكالمهم على الحجج العرفية. (الخويي، ص ٦٦ - ٦٧) ومن مجموع ما تقدم يستنتج أن المعتبر في الأدلة الشرعية كدليل مثبت للدعوى هي البينة بمعناها اللغوي فتعم كل ما يعتبره العقلاء دليلاً في إثبات الأمور ولا ريب في أن من هذه الحجج العقلانية الوثيقة الرسمية في زماننا هذا التي تنظم من قبل المؤهلين بشروط خاصة. إن مدى الاعتبار العقلائي للوثيقة الرسمية واسع بحيث اعتبرت في معظم القوانين المدنية اليومية للبلدان الإسلامية كأقوى دليل أو من أقوى الأدلة لإثبات الدعوى. (السنهوري، ص ١٤٤-١٦٤) وملخص القول أن الوثيقة الرسمية مما يصدق عليه عنوان البينة فتكون معتبرة شرعاً كدليل مثبت للدعوى. وهكذا يتبين أن الدليل الرئيسي لدعوى المعنى الأعم للبينة هو عدم ثبوت الحقيقة الشرعية ولا المتشرعية في لفظ البينة وهو ينتج ضرورة حملها على معناها اللغوي. ويؤيده ما تمسك به الفقهاء في إثبات حجية البينة من رواية مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سَمِعْتُهُ يَقُولُ: كُلُّ شَيْءٍ هُوَ لَكَ حَلَالٌ حَتَّى تَعْلَمَ أَنَّهُ حَرَامٌ بِعَيْنِهِ فَتَدَعُهُ مِنْ قَبْلِ نَفْسِكَ إِلَى أَنْ قَالَ: وَ الْأَشْيَاءُ كُلُّهَا عَلَى هَذَا حَتَّى يَسْتَبِينَ لَكَ غَيْرُ ذَلِكَ أَوْ تَقُومَ بِهِ الْبَيِّنَةُ. (عاملي، ص ٢٣١) وقد صرح الإمام عليه السلام أن الأصل فيما إذا شك في حلية شيء أو حرمة هو الحكم بالحلية حتى تبين أنه حرام أو تقوم به البينة. إن التحديد في كلام الإمام عليه السلام غير واضح إلا إذا استعملت لفظة البينة في معناها اللغوي لا خصوص شهادة العدلين. من الواضح أن إثبات الموضوع لا ينحصر في الاستبانة أو قيام البينة به بل هناك طرق أخرى من الإقرار وحكم الحاكم وغيرهما في حين أن استعمالها في معناها اللغوي يوجب تحديد إثبات الموضوع في طريقتين تاليتين: أحدهما: استبانة الموضوع بمعنى حصول العلم الوجداني في شأنه. وثانيهما: قيام الدليل المعتبر العقلائي على إثباته كشهادة العدلين وهي من مصاديق هذا الطريق دون تعيين فيها. (الخويي، ص ٦٦) وله مصاديق أخرى أيضاً كالوثيقة الرسمية في عصرنا حيث تعتبر عقلاً من أدلة الإثبات ولم يردع عنها الشارع فهي مشمولة لعنوان البينة في كلام الإمام الصادق عليه السلام وكذلك الرواية النبوية حيث قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: إنما أفضي بينكم بالبيّنات والأيمان. (عاملي، ص ٢٣١) الثالثة: ما استدل به من روايات أخذت فيها البينة في معناها الاصطلاحي دون الألف واللام مثل «لا تطلق إلا ببينة» (عاملي، ص ٢٩) وعلى ضوءها نلتزم بخروج البينة من معناها اللغوي واستعمالها في المعنى الاصطلاحي استعمالاً حقيقياً وإلا لزم استعمال العام في المعنى الخاص وهو خلاف المتفاهم عرفاً كما ذكرناه. ويرد عليه: أن هناك قرائن تدل على استعمال البينة في غير معناها اللغوي وهي تتوفّر تارة في الرواية نفسها وأخرى في الروايات المفسّرة لها مثل المنقول عن أبي جعفر عليه السلام حيث قال: لَا طَّلَاقَ عَلَى سُنَّةٍ وَ عَلَى طُهْرٍ مِنْ غَيْرِ جِمَاعٍ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ وَ لَوْ أَنَّ رَجُلًا طَلَّقَ عَلَى سُنَّةٍ وَ عَلَى طُهْرٍ مِنْ غَيْرِ جِمَاعٍ وَ لَمْ يُشْهَدْ لَمْ يَكُنْ طَّلَاقُهُ طَّلَاقًا وَ لَوْ أَنَّ رَجُلًا طَلَّقَ عَلَى سُنَّةٍ وَ عَلَى طُهْرٍ مِنْ غَيْرِ جِمَاعٍ وَ أَشْهَدَ وَ لَمْ يَنْوَ الطَّلَاقَ لَمْ يَكُنْ طَّلَاقُهُ طَّلَاقًا. (الكليني، ص ٦٢) فاستعمل الإمام عليه السلام البينة في معناها الاصطلاحي واستعمل لفظة الشهادة بدلاً عن البينة حتى يتضح مقصوده أكثر. فالشهادة قرينة تبين أن المقصود من البينة في الكلام السابق هو معناها الاصطلاحي لا اللغوي.

المصادر والمراجع القرآن الكريم

١. ابو اليقظان عطية الجبوري - اليمين والاثار المترتبة عليه، دار الحرية للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٧٢.
٢. اصفهاني، راغب، مفردات ألفاظ القرآن، مادة «بين».
٣. بجنوردي، ميرزا حسن، القواعد الفقهية، منشورات الهادي، قم، ١٤١٩ هـ، ج ٣.
٤. بيگدلي، غلامحسين، تاريخ بيگدلي؛ مجلة پیام انقلاب، رقم ٧١.
٥. حاجي خليفة، مصطفى بن عبدالله القسطنطيني، كشف الظنون، دارالكتب العملية، لبنان، ١٩٩٢ م، ج ١.
٦. الحسيني الشيرازي، سيّد محمد، الفقه، ج ٨٦.
٧. الخويي، السيّد ابوالقاسم، التتقيح، (تقريراً للأبحاث الفقهية للإمام الخويي بقلم ميرزا علي غروي التبريزي)؛ فقه الشيعة، (تقريراً للأبحاث الفقهية للإمام الخويي بقلم السيّد محمد مهدي موسوي الخخالي)، ج ٢.
٨. الخويي، السيّد ابوالقاسم، مستند العروة الوثقى، كتاب الصوم، ج ٢.
٩. الزحيلي، وهبة، التفسير المنير، ج ٣.
١٠. زراعت، عباس، منابع آيين دادرسي، منشورات خط سوم، طهران، ١٣٧٩ هـ.ش.

١١. سبزواري، سيّد عبد الأعلى، مهذب الأحكام، ج٢٧.
١٢. سبزواري، عبدالأعلى، مواهب الرحمن في تفسير القرآن، ج٤.
١٣. السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٢.
١٤. الصدر، سيّد محمد باقر، دروس في علم الأصول، الحلقة الثانية، طبع دارالكتاب اللبناني ودارالكتب المصري، ١٩٧٨ م.
١٥. الهاشمي الشاهرودي، السيّد محمود، بحوث في علم الأصول، (تقريراً لأبحاث الشهيد الصدر)، المجمع العلمي للشهيد الصدر، ١٤٠٥ هـ، ج٤.
١٦. الطباطبائي، السيّد علي، رياض المسائل، مؤسسة آل البيت، قم، ج١٥.
١٧. عاملي، الشيخ حرّ، وسائل الشيعة، ج٢٢، كتاب الطلاق، أبواب كيفية مقدماته وشرائطه، باب ١٠.
١٨. عبد الفتاح محمد ابو العينين، القضاء والاثبات في الفقہ الاسلامي مع المقارنة بقانون الاثبات اليمني، ١٩٨٣.
١٩. عبد الودود يحيى، دروس في قانون الاثبات، دار النهضة العربية، القاهرة.
٢٠. العلامة النراقي، أحمد، عوائد الأيام، طبع مكتب الإعلانات الاسلاميّة للحوزة العلميّة بقم المقدسة، ١٣٧٥ هـ ش.
٢١. العلامة النراقي، مستند الشيعة، ج١٧.
٢٢. قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٩.
٢٣. قانون الاثبات العراقي اوضح في المادة (١٠٨).
٢٤. قرار محكمة تمييز العراق رقم ٣٩٠، ١٩٤٢ في ١٩٤٢٣/٤/٢٠ وقرار رقم ٦٥٨، في ١٩٥١/٤/٢، العلام، المبادئ القضائية.
٢٥. قرار محكمة تمييز العراق رقم ٦٠، موسعة اولى ١٩٨٩ في ١٩٨٩/٥/٣٠، ابراهيم المشاهدي، نافذة على القانون والقضاء، دار النهضة العربية.
٢٦. قطب الدين ابي الحسن سعيد بن هبة الله الراوندي، فقہ القرآن، ج١.
٢٧. السيوري الشيخ جمال الدين المقداد بن عبدالله، كنز العرفان في فقہ القرآن، ج٢.
٢٨. كاشف الغطاء، الشيخ جعفر، كشف الغطاء، الطبعة الحجرية، مهدي، اصفهان، جبي تاج، ج١.
٢٩. كلبايكاني، سيّد محمد رضا، كتاب القضاء، دارالقرآن الكريم، قم، ١٤١٤ هـ، ج٢.
٣٠. الكليني، الكافي، ج٦، باب أنّ الطلاق لا يقع إلا لمن أراد الطلاق.
٣١. المحقق الأردبيلي، مجمع الفائدة والبرهان، ج١٢.
٣٢. محمد الصوري، التعليق على مواد قانون الاثبات، ج٣، بغداد، ١٩٨٣.
٣٣. مهدي صالح محمد امين، ادلة القانون غير المباشرة، ١٩٨٧.
٣٤. النجفي، الشيخ محد حسن، جواهر الكلام، ج٤٠.