شهادة الاسترعاء عند المالكية
تعريفها وشروطها وصورها

دكتور/ سالم فالح العجمي
مدرس منتدب بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية
جامعة الكويت

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله العزيز المجيد، الهادي لكل قول جميل وفعل رشيد، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له الولي الشَّهيد، وأشهد أنَّ محمَّداً عبده ورسوله ذو السبيل الأوضح والمنهج السَّديد، صلّى الله وسلَّم عليه وعلى آله وصحبه ذوي المسلك الحميد، وعلى تابعيهم بإحسان إلى يوم المزيد.

أمّا بعْد:

فإنَّ من أفضل الأعمال الصّالحات، وخير ما تُبذل له الجهود والأوقات، البحث في مسائل الفقه؛ الأصيل منها والمستجدّات، والتَّوصُّل فيها لحكم الشريعة المحكم، المنضبط بنصوص الوحي وسليم الفهم، فإنَّ حاجة المجتمعات لتبيين الأحكام لَعظيمة، وإن مسؤولية الباحثين من العلماء وطلبة العلم لجسيمة، قال الله تعالى: **(وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنْذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ)**[1]، فلذا وفَّق الله تعالى من شاء من عباده لسلوك هذا السبيل، فحملوا على عواتقهم مهمة تبيين الأحكام على مقتضى الدَّليل وصريح التَّعْليل.

ومن هذه الأحكام التي تفتقر للبيان والتوضيح: حكم شهادة الاسترعاء عند المالكيَّة، وذلك ببيان حكمها وصورها وشروطها، ومع أهميَّتِها إلا أنَّي لم أعثر على من أفردها ببحث يوضِّح حكمها خير توضيح.

---

(1) سورة التوبة: آية (١٢٢).

أهميَّة الموضوع:

تبرز أهميَّة بحث حكم شهادة الاسترعاء من حيث العموم في كونه مندرجاً تحت الفقه بأحكامه المتنوعة وأبوابه الواسعة، فالأبحاث الفقهية واسعة كانت أو موجزة تبقى في غاية الأهميَّة، وتتصدَّر في أهميَّتها سائر علوم الشَّريعة؛ لأنَّها محل عمل المكلَّفين، وهي ما جعل العلماء والباحثين في كل عصر يعملون فيها فكرهم، ويستفرغون فيها جهدهم؛ لمعرفة الصواب، والأقرب لمراد الشارع في أحكامه.

وأما من جهة التفصيل فأهمية هذا البحث تظهر من خلال النقاط التالية:

(١) تعلق شهادة الاسترعاء بباب الشَّهادات في القضاء والفصل بين الخصومات، وأثر ذلك في إثبات الحقوق عند المنازعات.

(٢) كون شهادة الاسْترعاء شهادة من باب الترخص عند الاضطرار، ولا يخفى ما للاضطرار من الأهميَّة والاعْتبار في الشَّريعة.

(٣) عدم وجود أبحاث في خصوص شهادة الاسْترعاء بحسب علمي، مع أهميتها ومسيس الحاجة لبيان حكمها، مما يُحتِّم على الباحثين الاهتمام بمثل هذه الأحكام؛ لإثراء الفقه وتوسيع دائرة الأبحاث والدراسات الفقهية.

الدراسات السابقة:

بعد البحث والاطِّلاع لم يظهر لي دراسة سابقة عن شهادة الاسْترْعاء، وإنّما الذي وقفت عليه هو أحكام مبثوثة في كتب الفقه، وأكثر من تكلَّم عليها فقهاء المالكيَّة –رحمهم الله تعالى– وكان لهم في ذلك اصطلاح خاص يختلف عن اصطلاح الجمهور؛ لكنَّه كلام مبثوث لم ينتظم في باب واحد؛ ممّا شجَّعني على جمع كلامهم في خصوص هذه المسألة، وترتيبه حسبما يظهر في خطة البحث.

منهج البحث:

منهج البحث قائم على المنهج الاستقرائي، حيث نظرت إلى مصطلح الاسترعاء وما يقاربه من المعاني عند الفقهاء، وخصوصا عند فقهاء المالكية، وجمعت المسائل المتعلقة به مع التوضيح والبيان.

خطة البحث:

وقد سرتُ في خطة هذا البحث على النحو التالي:

المقدمة: وتضمنت أهمية البحث، والدراسات السابقة، ومنهج البحث وخطته.

المطلب الأول: تعريف الشهادة لغة واصطلاحا.
المطلب الثاني: تعريف الاسترعاء لغة، واصطلاحا.
المطلب الثالث: الفرق بين شهادة المستخفي وبين شهادة الاسترعاء.
المطلب الرابع: حكم العمل بشهادة الاسترعاء.
المطلب الخامس: ما يجوز فيه شهادة الاسترعاء وما لا يجوز فيه.
المطلب السادس: شروط شهادة الاسترعاء.
الخاتمة: وفيها أهم النتائج والتوصيات.
قائمة المراجع.
والفهارس.

المطلب الأول

تعريف الشهادة لغة واصطلاحا

أولا: تعريف الشهادة لغة:

الشهادة مشتقة من مصدر الفعل (شهد) ومفردها شهادة والجمع شهادات، والشهادة اسم من المشاهدة، وهي الإطلاع على الشيء عيانا[١]، يقال: شهد يشهد شهادة، والمشهد: محضر الناس.

قال ابن فارس: "شهد الشين والهاء، والدال، أصل يدل على حضور، وعلم وإعلام، لا يخرج شيء من فروعه عن الذي ذكرناه، من ذلك الشهادة، يجمع الأصول التي ذكرناها من الحضور، والعلم، والإعلام"[٢].

ولفظ الشهادة يأتي في اللغة لعدة معان منها:

(١) المعاينة، فتقول شهدت الشيء أي اطلعت عليه، وعاينته.

(٢) الحضور، ومنه قوله تعالى: (فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ)[٣].

(٣) العلم، ومنه قوله تعالى: (شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَالْمَلَائِكَةُ وَأُولُو الْعِلْمِ قَائِمًا بِالْقِسْطِ)[٤].

(٤) الحلف، ومنه قوله تعالى: (إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ)[٥].

(٥) الإدراك، تقول: شهدت الجمعة أي أدركتها.

(٦) الأخبار بالشيء خبرا قاطعا.

ثانيا: تعريف الشهادة اصطلاحا:

عرف الفقهاء ــ رحمهم الله ــ الشهادة بتعريفات عدة، وقد جاءت هذه التعريفات بحسن شروط كل مذهب، وهي على النحو الآتي:

---

(١) انظر: المصباح المنير (٣٢٥/١).

(٢) انظر: مقاييس اللغة (٢٢١/٣).

(٣) سورة البقرة: الآية: (١٨٥).

(٤) سورة آل عمران: الآية: (١٨)

(٥) سورة المنافقون: الآية: (١)

أولا: تعريف الحنفية:

عرف بعض فقهاء الحنفية الشهادة بأنها: "إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء"[١].

ثانيا: تعريف المالكية:

وعرفها المالكية بأنها: "إخبار يتعلق بمعين"[٢].

ثالثا: تعريف الشافعية:

وعرفها الشافعية بأنها: "إخبار الشخص بحق على غيره بلفظ خاص"[٣].

رابعا: تعريف الحنابلة:

وعرفها الحنابلة بأنها:"الإخبار بما علمه بلفظ أشهد أو شهدت"[٤].

المطلب الثاني

تعريف الاسترعاء لغة، واصطلاحا:

أولا: تعريف الاسترعاء لغة:

الاسترعاء لغة هو: مصدر من استرعى يسترعي استرعاء، واسترعاه أي: استحفظه، وطلب منه أن يحفظه، ومنه قولهم في المثل العربي: "من استرعى الذئب فقد ظلم"، أي من ائتمن خائنا فقد وضع الأمانة في غير موضعها[٥]، ويقال: هذا مما يسترعي النظر أو السمع أي: يستدعي الالتفات، أو الإصغاء[٦].

ثانيا: تعريف الاسترعاء اصطلاحا:

فإن الناظر في كتب أهل العلم يجد أنهم اختلفوا في تعريف الاسترعاء اصطلاحا على اتجاهين.

---

(١) انظر: فتح القدير (٣٦٤/٧).

(٢) انظر: تبصرة الحكام (٢٤٥/١).

(٣) انظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي (٢١١/١٠)، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب (٢/ ٢٧٢)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣١٩/٤).

(٤) انظر: الروض المربع شرح زاد المستقنع (ص٧١٩) شرح منتهى الإرادات (٥٧٥/٣).

(٥) انظر: تاج العروس للزبيدي (١٦٥/٣٨)، المعجم الوسيط (٣٥٦/١).

(٦) انظر: المعجم الوسيط (٣٥٦/١).

الاتجاه الأول: وهو اتجاه جمهور الفقهاء:

واتجاه الجمهور مبني على المأخذ اللغوي للكلمة واشتقاقها، وهو أن يطلب من الشهود حفظ الشهادة، ويذكرون الاسترعاء من ضمن شروط تحمل الشهادة، وخاصة في تحمل الشهادة على الشهادة.

وتعريفهم لها هو: قول شاهد الأصل لشاهد الفرع: أشهد أن لفلان على فلان ألفا، فاشهد على شهادتي وعن شهادتي[1]، أو يسمع شاهدا يسترعي آخر شهادة يشهده عليها.

يقول الجويني ــ رحمه الله ــ في هذا:" والاسترعاء استفعال من الرعاية، كأنه يقول للمحتمل: أقبل على رعاية شهادتي وتحمّلْها..."[2].

وقال ابن قدامة ــ رحمه الله ــ حيث قال في تعريف الاسترعاء: "أن يسترعيه شاهد الأصل الشهادة، فيقول: اشهد على شهادتي أني أشهد أن لفلان على فلان كذا، أو أقر عندي بكذا، أو سمع شاهدا يسترعي آخر شهادة يشهده عليها، فيجوز لهذا السامع أن يشهد بها لحصول الاسترعاء"[3].

وهذا المعنى الذي قال به الجمهور هو معنى الاسترعاء في اللغة، لأن الاسترعاء في اللغة أن يستحفظه، وهنا يستحفظ شاهد الأصل الشهادة شاهد الفرع.

والاتجاه الثاني: هو اتجاه المالكية:

وبعد النظر في كتب المالكية وجدت أنهم يعرِّفون الاسترعاء بعدة تعريفات، ترجع في محصلها إلى الحالات التي يجوز فيه الاسترعاء، ومنهم من أدرجها تحت مصطلح إيداع الشهادة.

ومن أمثلة ما وقفت عليه من تعريفات المالكية المبنية على الحالات التي يجوز فيها الاسترعاء:

---

(1) انظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (١٢٩/٣)، الحاوي الكبير (٢٢٤/١٧)، والكافي في فقه الإمام أحمد (٢٨٩/٤).

(2) انظر: نهاية المطلب للجويني (٣٨/١٩).

(3) انظر: المغني لابن قدامة (١٨٩/١٠).

أولا: قالوا: الاسترعاء هو: أن يكون الحق على ظالم لا ينتصف منه، ولا تناله الأحكام فيخاف صاحب الحق أن يطول الزمان، ويضيع حقه، فيشهد سرا، وخفية أنه على حقه غير تارك له، وأنه يقوم به متى أمكنه ذلك[١].

وجاء في شرح ميارة: "وهي أن يكون الحق على ظالم لا ينتصف منه ولا تناله الأحكام، فيخاف صاحب الحق أن يطول الزمان، ويضيع حقه، فيشهد سرا وخفية أنه على حقه غير تارك له، وأنه يقوم به متى أمكنه ذلك"[٢].

فيظهر من هذين التعريفين أن صاحب الحق لا يستطيع أن يأخذ حقه لكون حقه على ظالم لا يقدر على أن ينتصف منه، ولا تناله الأحكام، فإذا لم يستطع أن يأخذ حقه حالا، وخاف أن يطول الزمان فلا يجد من يشهد له إذا استطاع استرداد حقه من الظالم، فهنا يجوز له أن يشهد سرا، وخفية أنه على حقه غير تارك لهذا الظالم متى ما استطاع أن ينتصف منه.

ثانيا: قالوا: الاسترعاء:"هو أن يشهد قبل الصلح في السر أنه إنما يصالحه لوجه كذا"[٣].

وسبب هذا الاسترعاء إنكار المدعى عليه الحق المدعى به، فيشهد سرا أن غرضه من هذا الصلح هو ليقر له المدعى عليه فيصالحه، وخلاصة الاسترعاء هنا هو: "إشهاد الطالب أنه طلب فلانا، وأنه أنكره، وقد تقدم إنكاره بهذه البينة، أو غيرها، وأنه مهما أشهد بتأخيره إياه بحقه، أو بوضيعة شيء منه، أو بإسقاط بينة الاسترعاء، فهو غير ملتزم لشيء من ذلك، وأنه إنما يفعل هل يقر له بحقه"[٤].

قال صاحب البيان والتحصيل:" لأن الاسترعاء: هو أن يشهد قبل الصلح في السر أنه إنما يصالحه لوجه كذا، فهو غير ملتزم للصلح"[٥].

---

(١) انظر: شرح ميارة (٢٣٦/١).

(٢) انظر: الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام (١٤٨/١).

(٣) انظر: البيان والتحصيل (٣٩٥/١٤).

(٤) انظر: منح الجليل شرح مختصر خليل (١٤٩/٦).

(٥) انظر: البيان والتحصيل (٣٩٥/١٤).

ثالثا: قالوا: الاسترعاء: "هو إيداع الشهادة، وذلك كأن تقول المرأة لجماعة مثلا: إن لي بينة على ضرره لي – أي زوجها – وإنما أريد أن أخالعه، وأقرت بعدم الضرر، فإذا أسقطت هذه البينة فلها أن تقيمها لتقيم بينة الضرر، ولا يقال إنها مكذبة"[١].

وذكر صاحب الطريقة المرضية أن الشهادة عموما تنقسم إلى قسمين:

الأولى: أصلية، الثانية: استرعائية.

فالشهادة الأصلية: ما يمليه المشهود عليه على الشاهد، كإشهاد المتعاقدين بالبيع أو النكاح أو غيرهما.

والاسترعاء: شهادة الشاهد بما في علمه من عسر أو يسر أو حرية أو ملك أو غير ذلك[٢].

ثم ذكر بعد ذلك الاسترعاء بمعنى الإستحفاظ وعرفه بقوله: "هو طلب المُشهد الشهود برعي الشهادة وحفظها، ليؤدوها له عند الحاجة إليها، وموجبه الخوف أو إنكار الحق، فيشهد أن ما يفعله غير ملتزم له، وإنما حمله عليه خوف الضرر أو طلب ظهور الحق"[٣].

وهذا التعريف هو المراد عند المالكية في بيان معنى الاسترعاء، وهو المقصود في هذا البحث.

المطلب الثالث

الفرق بين شهادة المستخفي وبين شهادة الاسترعاء

قبل أن نتطرق للفرق بين شهادة المستخفي وبين شهادة الاسترعاء، لابد أن نعرف ما المراد بشهادة المستخفي، وإطلاقاتها عند الفقهاء.

أولا: العبارات المرادفة لشهادة المستخفي: أطلق الفقهاء على شهادة المستخفي بعبارات أخرى مرادفة لها في المعنى وهي:

(١) شهادة المختبئ[٤].

(٢) شهادة الاستغفال[٥].

---

(١) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي (٢١/٤).

(٢) الطريقة المرضية (ص١٤٩).

(٣) الطريقة المرضية (ص١٦٥).

(٤) انظر:الروايتين والوجهين (١٠٠/٣).

(٥) انظر: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (٤٦٢/١).

(٣) شهادة المستخفي[١].

(٤) شهادة المتسمع[٢].

ثانيا: تعريف شهادة المستخفي وحكمها:

عرف الفقهاء شهادة المستخفي: هو الذي يخفي نفسه عن المشهود عليه؛ ليسمع إقراره، ولا يعلم به، مثل من يجحد الحق علانية، ويقر به سرا، فيختبئ شاهدان في موضع لا يعلم بهما، ليسمعا إقراره به، ثم يشهدا به[٣].

واختلف أهل العلم في حكم قبول شهادة المستخفي على قولين:

القول الأول: قبول شهادة المستخفي وذهب إلى هذا القول الجمهور وهو رواية عن أحمد، وقيد المالكية بما إذا كان المشهود عليه غير مخدوع، ولا خائن[٤].

القول الثاني: عدم قبول شهادة المستخفي، وهي الرواية الأخرى في مذهب الحنابلة[٥].

ثالثا: الفروق بين شهادة المستخفي وشهادة الاسترعاء:

هناك فروق بين شهادة المستخفي، وشهادة الاسترعاء، ومن أهم تلك الفروق ما يلي:

الفرق الأول: أن المشهود له في شهادة الاسترعاء هو الذي يودع الشهادة عند الشهود، وأما في شهادة المستخفي فالشهود يشهدون على المشهود عليه.

الفرق الثاني: أن الشهود في شهادة الاسترعاء يشهدون على الحق المدعى به بناء على ما أخبرهم به المدعي، أما في شهادة المستخفي فيشدون على إقرار المشهود عليه.

الفرق الثالث: أن الاسترعاء يكون قبل التصرف، وأما شهادة المستخفي فتكون بعد ثبوت الحق.

الفرق الرابع: أنه يقبل شهادة اللفيف في الاسترعاء بخلاف المستخفي[٦].

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (١٩٥/١٠)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٣٦٨/٧).

(٢) انظر: روضة القضاة وطريق النجاة (٢٥٤/١).

(٣) انظر: التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٢٧٧/٨)، المغني لابن قدامة (١٩٥/١٠) شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٣٦٨/٧).

(٤) انظر: روضة القضاة وطريق النجاة (٢٥٤/١) البيان والتحصيل (٥٦/١٠) روضة الطالبين (٢٤٣/١١) والإنصاف (٢٢/١٢).

(٥) انظر: الإنصاف (٢٢/١٢).

(٦) انظر: الطريقة (ص١٧٧).

المطلب الرابع

حكم العمل بشهادة الاسترعاء

من خلال النظر في كلام المالكية نجد أنهم أجازوا القضاء بشهادة الاسترعاء على بعض التصرفات التي يقوم بها الإنسان اضطرارا، كالطلاق والوقف والهبة، والتزويج ونحو ذلك.

ووافق ابن القيم[١] من الحنابلة المالكية في تعريف الاسترعاء، حيث يرى العلامة ابن القيم رحمه الله أن الاسترعاء، وإيداع الشهادة من الحيل الشرعية الجائزة لمن لم يستطع الوصول إلى حقه بطريق آخر.

قال رحمه الله: "حيلة إيداع الشهادة، وصورتها أن يقول للخصم: لا أقر لك حتى تبرئني من نصف الدين، أو ثلثه، وأشهد عليك أنك لا تستحق علي بعد ذلك شيئا، فيأتي صاحب الحق إلى رجلين فيقول: اشهدا أني على طلب حقي كله من فلان، وأني لم أبرئه من شيء منه، وأني أريد أن أظهر مصالحته على بعضه؛ لأتوصل بالصلح إلى أخذ بعض حقي، وأني إذا أشهدت أني لا أستحق عليه سوى ما صالحني عليه فهو إشهاد باطل، وأني إنما أشهدت على ذلك توصلا إلى أخذ بعض حقي؛ فهذه تعرف بمسألة إيداع الشهادة؛ فإذا فعل ذلك جاز له أن يدعي بقاءه على حقه، ويقيم الشهادة بذلك، هذا مذهب مالك، وهو مطرد على قياس مذهب أحمد وجار على أصوله، فإن له التوصل إلى حقه بكل طريق جائز، بل لا يقتضي المذهب غير ذلك، فإن هذا مظلوم توصل إلى أخذ حقه بطريق لم يسقط بها حقا لأحد، ولم يأخذ بها ما لا يحل له أخذه؛ فلا خرج بها من حق، و لا دخل بها في باطل"[٢].

وقد ذكر رحمه الله بعض الأمثلة لمن اضطر إلى هذه الحيلة، ولم يستطع الحصول على حقه إلا بها، ومن هذه الأمثلة التي ذكرها:

المثال الأول:

قال رحمه الله:" ونظير هذا أن يكون للمرأة على رجل حق، فيجحده ويأبى أن يقر به حتى تقر له بالزوجية، فطريق الحيلة أن تشهد على نفسها أنها ليست امرأة فلان، وأني

---

(١) إنما ذكرت ابن القيم لأنه وافق المالكية في هذا، وسماها حيلة من حيل الشهادة، وبين أنه جار على أصول أحمد، ولم يسبق أحد ابن القيم في ذكرها حسب ما وقف عليه.

(٢) انظر: إعلام الموقعين لابن القيم (٤/٢٤).

أريد أن أقر له بالزوجية إقرارا كاذبا لا حقيقة له؛ لأتوصل بذلك إلى أخذ مالي عنده، فاشهدوا أن إقراري بالزوجية باطل أتوصل به إلى أخذ حقي"[١].

المثال الثاني:

قال رحمه الله:"ونظيره أيضا أن ينكر نسب أخيه، ويأبى أن يقر له به حتى يشهد أنه لا يستحق في تركة أبيه شيئا، وأنه قد أبرأه من جميع ما له في ذمته منها، أو أنه وهب له جميع ما يخصه منها، أو أنه قبضه أو اعتاض عنه أو نحو ذلك، فيودع الشهادة عدلين أنه باق على حقه، وأنه يظهر ذلك الإقرار توصلا إلى إقرار أخيه بنسبه، وأنه لم يأخذ من ميراث أبيه شيئا، ولا أبرأ أخاه، ولا عاوضه، ولا وهبه"[٢].

المطلب الخامس

ما يجوز فيه شهادة الاسترعاء وما لا يجوز

أولا: الحالات التي تجوز فيها شهادة الاسترعاء:

تجوز شهادة الاسترعاء عند المالكية في التصرفات التي هي من باب التطوع، من حيث الإجمال، قال ابن فرحون رحمه الله:"الاسترعاء ينفع في كل تطوع كالعتق، والتدبير، والطلاق، والتحبيس، والهبة، ولا يلزمه أن يفعل شيئا من ذلك وإن لم يعلم السبب إلا بقوله"[٣].

وقد مثل المالكية لهذه التصرفات التي يجوز فيها الاسترعاء في كتبهم ببعض الأمثلة، ومنها ما يلي:

أولا: الهبة، والوقف، والطلاق:

فالاسترعاء يجوز عند المالكية في الهبة، والوقف، والطلاق.

قال ابن فرحون: "يجوز الاسترعاء في التصرفات التي هي من باب التطوع: كالطلاق، والتحبيس والهبة، قال المالكية: ولا يلزمه أن يفعل شيئا من ذلك، وإن لم يعلم السبب إلا بقوله، مثل أن يشهد أني إن طلقت فإني أطلق خوفا من أمر أتوقعه من جهة كذا، أو حلف بالطلاق وكان أشهد أني إن حلفت بالطلاق فإنما هو لأجل إكراه، ونحو ذلك"[٤].

---

(١) انظر: إعلام الموقعين لابن القيم (٢٥/٤).

(٢) انظر: إعلام الموقعين لابن القيم (٢٥/٤).

(٣) انظر: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون (٤٥٦/١).

(٤) انظر: تبصرة الحكام بهامش فتح العلي المالك (٣٣٦/١) ط المكتبة التجارية الكبرى.

ثانيا: العتق:

العتق من التصرفات التي أجاز المالكية فيه الاسترعاء، فيجوز للسيد أن يعتق عبده إذا خاف من أن يكره على بيعه، فيشهد سرا أنه إنما يعتقه حتى لا يكرهه السلطان الظالم على بيعه، فمن استرعى في عتق فقال: متى عقدت لعبدي فلان عتقًا فإني إنما أفعله خوفًا من أن أكره على بيعه من حيث لا أستطيع أن أمتنع، وإنما أفعله لوجه يذكره مثل هذا وشبهه، وأنا غير ملتزم لعتقه، فإن أعتقه بعد الاسترعاء لم يلزمه العتق[١].

ثالثا: الصلح:

وأجازوا الاسترعاء في الصلح كذلك، وصورته أن ينكر المدعى عليه الحق، فيصالحه على بعض حقه ليجر به إلى الإقرار له بالحق، فإذا أقر له المدعى عليه بكامل حقه، يجوز له أن يثبت الإقرار، ولا يلتزم بالصلح الذي صالحه، بشرط أن يشهد سرا قبل الصلح أنه إنما يصالحه ليقر له، فإن أصر المدعى عليه على الإنكار، ولم يقر له بالحق، لم ينفعه الاسترعاء.

قال في البيان والتحصيل:"لأن الاسترعاء: هو أن يشهد قبل الصلح في السر أنه إنما يصالحه لوجه كذا، فهو غير ملتزم للصلح"[٢].

رابعا: النكاح:

جاء في تبصرة الحكام لابن فرحون: "وإذا خطب من هو قاهر لشخص بعض بناته، فأنكحه المخطوب إليه، وأشهد سرا أني إنما أفعله خوفا منه، وهو ممن يخاف عداوته، وأنه إنشاء اختارها لنفسه بغير نكاح، فأنكحه على ذلك فهو نكاح مفسوخ أبدا، قاله ابن الماجشون، وأصبغ، وابن عبد الحكم"[٣].

خامسا: الشفعة:

جاء في تبصرة الحكام: "ومن له دار بينه وبين أخيه فباع أخوه جميعها ممن يعلم اشتراكهما فيها، وله سلطان وقدرة وخاف ضرره إذا تكلم في ذلك، فاسترعى أن سكوته على الكلام في نصيبه وفي الشفعة في نصيب أخيه لما يتوقعه من تحامل المشتري عليه وإضراره به، وأنه غير تارك لطلبه متى أمكنه، ثم قال: فإذا ذهبت

---

(١) انظر: ديوان الأحكام الكبرى (ص١٦٧).

(٢) انظر: البيان والتحصيل (٣٩٥/١٤)، وشفاء الغليل في حل مقفل خليل (٧٥٤/٢).

(٣) انظر: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (٤٥٢/١).

التقية وقام في فورها بهذه الوثيقة أثبتها، وأثبت الملك، والاشتراك وأعذر إلى أخيه وإلى المشتري، فإن لم يكن عندهما مدفع، قضى له بحصته وبالشفعة"[١].

سادسا: الخلع:

ومعنى الاسترعاء في الخلع إشهادها قبل الخلع أنه متى افتدت من زوجها بشيء فليس طوعا منها ولا التزاما، وإنما يحملها عليه الضرورة والرغبة من ضرره بها أو أنه متى حصل لها النجاة ترجع إليه[٢].

ثانيا: الحالات التي لا يجوز فيه الاسترعاء:

لا تجوز شهادة الاسترعاء في البيوع إلا في حالة الإكراه على البيع.

قال ابن فرحون رحمه الله: " ولا يجوز الاسترعاء في البيوع مثل: أن يشهد قبل البيع أنه راجع في البيع، وأن بيعه لأمر يتوقعه؛ لأن المبايعة خلاف ما تطوع به، وقد أخذ البائع فيه ثمنا، وفي ذلك حق للمبتاع إلا أن يعرف الشهود الإكراه على البيع أو الإخافة، فيجوز الاسترعاء إذا انعقد قبل البيع، وتضمن العقد شهادة من يعرف الإخافة والتوقع الذي ذكره"[٣].

المطلب السادس

شروط شهادة الاسترعاء

ذهب المالكية إلى جواز شهادة الاسترعاء بشروط، وهذه الشروط إما عامة في جميع ما يجوز فيه الاسترعاء، وإما خاصة في بعض صور الاسترعاء، ولقد ذكرتها جميعا على حسب ما وقفت عليه، وأشرت إلى ما كان خاصا منها في بعض الصور عند ذكره.

الشرط الأول: إذن القاضي:

من شرط إعمال شهادة الاسترعاء أن ترفع للقاضي وأن يأذن بها، لأنها من صور النزاع التي لا يكفي فيها إلا الرفع للقاضي[٤].

---

(١) انظر: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (٤٥٣/١).

(٢) انظر: منح الجليل لابن عليش (٢٢/٤).

(٣) انظر: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (٤٥٦/١).

(٤) الطريقة المرضية (ص١٦٥).

الشرط الثاني: أن يتقدم الاسترعاء على التصرف:

وخلاصته أن يشهد سرا ويسترعي الشهود قبل أن يقوم بالتصرف، فإذا قام بالتصرف كأن يصالح المدعى عليه المنكر على بعض حقه ثم يدعي أنه لا يلتزم بالصلح فلا يقبل منه بل إذا أراد الاسترعاء فلا بد أن يسترعي ثم يصالح[١].

الشرط الثالث: إنكار المدعى عليه في استرعاء المصالحة على حقه:

وهذا الشرط خاص في الاسترعاء في الصلح، فقد قال ابن عرفة: "وشرط الاسترعاء تقدمه على الصلح فيجب ضبط وقته وشرطه أيضا إنكار المطلوب ورجوعه بعد الصلح إلى الإقرار وإلا لم يفد"[٢].

الشرط الرابع: عدد الشهود:

ويستحب في شهادة الاسترعاء كثرة الشهود، لما في ذلك من تقوية الاسترعاء، وذهب جمهور المالكية إلى أن المعتبر لشهادة الاسترعاء وجود شاهدين؛ إلا أن ابن الماجشون اشترط أن يكون الشهود أربعة[٣].

الشرط الخامس: لا بد أن يكون الشهود يستحضرونها من غير أن يروا الوثيقة:

إذا كانت الوثيقة مبنية على معرفة الشهود، وذلك في عقود الاسترعاء التي يكتب فيها.يشهد المسمون في هذا الكتاب من الشهود أنهم يعرفون كذا وكذا، فإن رأى الحاكم ريبة توجب التثبت، فينبغي أن يقول لهم ما تشهدون به فإن ذكروا شهادتهم بألسنتهم على ما في الوثيقة، جازت وإلا ردها، وليس في كل موضع ينبغي أن يفعل هذا ولا بكل الشهود، وأما إذا كانت الوثيقة منعقدة على إشهاد الشاهدين كالصدقة والابتياع ونحو ذلك، فلا ينبغي أن تؤخذ الشهود بحفظ ما في الوثيقة، وحسبهم أن يقولوا: إن شهادتهم فيها حق، وأنهم يعرفون من أشهدهم، ولا يمسك القاضي الكتاب ويسألهم عن شهادتهم[٤].

---

(١) انظر: البيان والتحصيل (٣٩٥/١٤)، وشفاء الغليل في حل مقفل خليل (٧٥٤/٢).

(٢) انظر: الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي (٣١٤/٣)، وشفاء الغليل في حل مقفل خليل (٧٥٣/٢)،

(٣) انظر: الفروق (١٤٠/٤)، تبصرة الحكام (٣٢١/١)،

(٤) انظر: تبصرة الحكام لا بن فرحون (٣١٤/١)،

الشرط السادس: لابد من معرفة شهود الاسترعاء في عقود المعاوضات سبب الإكراه والإخافة:

قال ابن فرحون: "ولا يجوز الاسترعاء في البيوع مثل: أن يشهد قبل البيع أنه راجع في البيع، وأن بيعه لأمر يتوقعه؛ لأن المبايعة خلاف ما تطوع به، وقد أخذ البائع فيه ثمنا، وفي ذلك حق للمبتاع إلا أن يعرف الشهود الإكراه على البيع أو الإخافة، فيجوز الاسترعاء إذا انعقد قبل البيع، وتضمن العقد شهادة من يعرف الإخافة والتوقع الذي ذكره."[١].

وقال أصبغ: لا ينفع إشهاد السر إلا على من لا ينتصف منه كالسلطان والرجل القاهر وما سوى ذلك، فإشهاد السر باطل، وفي باب القضاء بشهادة الاسترعاء كثير من هذه المسائل[٢].

الشرط السابع: أن يقوم المسترعي بالفور بعد زوال سبب الإكراه:

ويشترط في الانتفاع بالاسترعاء أن يقوم المسترعي بالفور أي داخل السنة بعد زوال التقية، فإن مضى عام على زوال التقية ولم يقم المسترعي بحقه، لم ينفعه الاسترعاء، إلا أن يكون المسترعي غائبا أو معذور بما يوجب عذره، فيبقى على حجته في الاسترعاء إلى أن يمكنه القيام به[٣].

الشرط الثامن: لابد في الاسترعاء من تعيين الوقت:

فيشترط في الاسترعاء تأريخه باليوم والساعة؛ فيجب تعيين وقته بيومه، وفي أي وقت من يومه؛ ليعلم تقدمه[٤].

الشرط التاسع:أن الاسترعاء يقبل في حال لضرورة:

جاء في منح الجليل:" لو قال في استرعائه: ومتى أشهدت على نفسي أني قطعت الاسترعاء والاسترعاء في الاسترعاء إلى أقصى تناهيه فإنما أفعله للضرورة إليه،

---

(١) انظر: تبصرة الحكام لا بن فرحون (١/ ٤٥٦)، و الطريقة المرضية (ص١٦٥).

(٢) انظر: تبصرة الحكام لابن فرحون (٢/٢١٠).

(٣) انظر: الطريقة (ص١٦٥).

(٤) انظر: الطريقة (ص١٦٦)،

وأني غير قاطع لشيء منه وأرجع في حقي فحكى صاحب الطرر أنه ينفعه ذلك ولا يضره ما أشهد على نفسه منه"[١].

وقال في مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: "إذا أشهد في عقد الصلح أنه أسقط الاسترعاء والاسترعاء في الاسترعاء وكان أشهد أنه إن فعل ذلك فإنما يفعله للضرورة إلى ذلك فنقل ابن رشد في اللباب في كتاب الصلح أن ذلك ينفعه"[٢].

وقال ابن القيم:"فإن هذا مظلوم توصل إلى أخذ حقه بطريق لم يسقط بها حقا لأحد، ولم يأخذ بها ما لا يحل له أخذه؛ فلا خرج بها من حق، ولا دخل بها في باطل"[٣].

وقال الخرشي: "أن المرأة إذا ادعت بعد المخالعة أنها ما خالعته إلا عن ضرورة وأقامت بينة سماع على ذلك فإن الزوج يرد ما خالعها به وبانت منه ولا يشترط في هذه البينة السماع من الثقات وغيرهم بل لو ذكرت أنها سمعت ممن لا تقبل شهادته كالخدم ونحوهم عمل على شهادتهما"[٤].

---

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل (١٥١/٦).

(٢) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٨٤/٥).

(٣) انظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين (٢٤/٤).

(٤) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي (٢١/٤).

الخاتمة

نهاية هذا البحث اللطيف ظهر لي جملة من النتائج، تتمثَّل أهمها فيما يلي:

(١) فسَّر الجمهور شهادة الاسْترعاء بأنَّها الشَّهادة على الشَّهادة، بينما فسَّر المالكيَّة شهادة الاسْترعاء بقولهم: أن يكون الحقُّ على ظالم لا يُنتصف منه، ولا تناله الأحْكام، فيخاف صاحب الحق أن يطول الزمان، ويضيع حقه، فيشهد سِرّاً وخفيةً أنَّه على حقِّهِ غير تاركٍ له، وأن يقوم به متى أمكنه ذلك.

(٢) أجاز المالكيَّة القضاء بشهادة الاسترعاء على بعض التصرفات التي يقوم بها الإنسان اضطراراً كالطلاق والوقف والهبة ونحو ذلك.

(٣) ذهب الإمام ابن القيم إلى أنَّ الاسْترعاء من الحيل الشرعيَّة الجائزة لمن لم يستطع الوصول إلى حقه بطريقٍ آخر غير هذا الطَّريق.

(٤) ظهور فرق بين شهادة المستخفي وشهادة الاسْترعاء من عدة وجوه.

(٥) جواز شهادة الاسْترعاء في عقود التبرعات، ولا تجوز في البيع عدا حالة الإكْراه.

(٦) لشهادة الاسْترعاء شروط معتبرة عند فقهاء المالكية.

التوصيات

(١) أوصي بالاعتناء بالمصطلحات الخاصة لكل مذهب فقهي، والمقارنة بينها وبين بقية المذاهب الأخرى.

(٢) لفقهاء المالكية مصطلحات فقهية ذات دلالات خاصة تحتاج لمزيد من العناية والبحث.

(٣) لأئمة المالكية تميز في تقسيم وتنويع المسائل، فإبراز هذا الجانب له أهميته فأوص بالعناية به والكتابة فيه.

قائمة المراجع

(١) الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام الإتقان والمعروف بشرح ميارة، تأليف: أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، ميارة، الناشر: دار المعرفة، بيروت.

(٢) إعلام الموقعين، تأليف: محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية،لاتحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ – ١٩٩١م

(٣) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تأليف: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية – بدون تاريخ.

(٤) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل للمسائل المستخرجة، تأليف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: د محمد حجي وآخرون، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٨ هـ – ١٩٨٨ م

(٥) تاج العروس من جواهر القاموس، تأليف: محمّد بن محمّد الملقّب بالمرتضى، الزَّبيدي، الناشر: دار الهداية.

(٦) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تأليف: إبراهيم بن علي، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة:الأولى، ١٤٠٦هـ – ١٩٨٦م.

(٧) تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي، تأليف: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، بدون طبعة، القاهرة، عام النشر: ١٣٥٧ هـ – ١٩٨٣ م.

(٨) التهذيب في فقه الإمام الشافعي

(٩) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تأليف: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

(١٠) حاشيتا قليوبي وعميرة على منهاج الطالبين، تأليف: أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، الناشر: دار الفكر – بيروت، ١٤١٥هـ – ١٩٩٥م

(١١) الحاوي الكبير، تأليف: علي بن محمد، الشهير بالماوردي، تمحقق: الشيخ علي محمد معوض – الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ –١٩٩٩ م

(١٢) دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، تأليف: منصور بن يونس البهوتى الحنبلى، الناشر: عالم الكتب، الطبعة الأولى، بيروت ١٤١٤هـ – ١٩٩٣م.

(١٣) ديوان الأحكام الكبرى.

(١٤) الروايتين والوجهين لأبي يعلى.

(١٥) الروض المربع شرح زاد المستقنع، تأليف: منصور بن يونس البهوتى الحنبلي، الناشر: دار المؤيد – مؤسسة الرسالة، بيروت.

(١٦) روضة الطالبين وعمدة المفتين، تأليف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م

(١٧) روضة القضاة وطريق النجاة.

(١٨) شرح الزركشي على مختصر الخرقي، تأليف: شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي الحنبلي، الناشر: دار العبيكان، الطبعة: الأولى، ١٤١٣ هـ – ١٩٩٣ م

(١٩) شرح مختصر خليل تأليف: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، الناشر: دار الفكر للطباعة – بيروت.

(٢٠) شفاء الغليل في حل مقفل خليل.

(٢١) الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية، تأليف: الشيخ سيدي محمد العزيز جعيط، الناشر: مكتبة الإستقامة ــ تونس ــ الطبعة الثانية.

(٢٢) فتح القدير، تأليف: كمال الدين محمد بن عبد الواحد، المشهور بابن الهمام، الناشر: دار الفكر.

(٢٣) فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، تأليف: زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة: ١٤١٤هـ ــ ١٩٩٤م

(٢٤) الفروق، تأليف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي الشهير بالقرافي، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

(٢٥) الكافي في فقه الإمام أحمد، تأليف: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المقدسي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤م

(٢٦) المصباح المنير المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، تأليف: أحمد بن محمد بن علي الفيومي، الناشر: المكتبة العلمية، بيروت

(٢٧) معجم مقاييس اللغة، تأليف: أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، تحقيق:عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

(٢٨) المغني، تأليف: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، الناشر: مكتبة القاهرة، تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م

(٢٩) منح الجليل شرح مختصر خليل، تأليف: محمد بن أحمد بن عليش، أبو عبد الله المالكي، الناشر: دار الفكر – بيروت، تاريخ النشر: ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م

(٣٠) نهاية المطلب نهاية المطلب في دراية المذهب، تأليف: عبد الملك بن عبد الله الجويني، أبو المعالي، تحقيق د.عبد العظيم محمود الدّيب، الناشر: دار المنهاج، جدة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م

(٣١) الهداية في شرح بداية المبتدي، تأليف: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، الناشر: دار احياء التراث العربي – بيروت – لبنان.