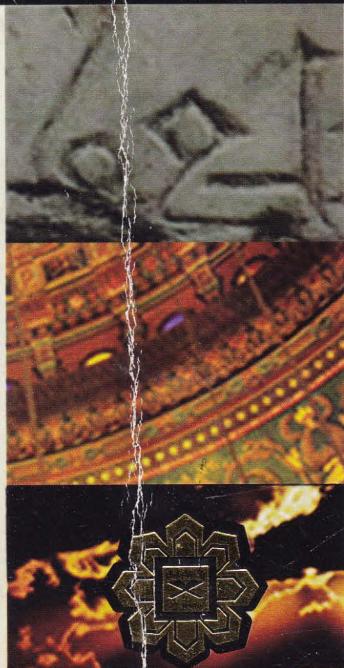


سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة (١)

مسائل فقهية معاصرة



عارف علي عارف القره داغي



سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة (١)

مسائل فقهية معاصرة

عارف علي عارف القره داغي



IIUM Press

نشر من قبل:

IIUM Press

International Islamic University Malaysia

الطبعة الأولى / م ١٤٣٢ - ١١

© IIUM Press, IIUM

جميع الحقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لـ IIUM Press. ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو جزئاً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات صوتية إلا بموافقة الناشر خطياً.

رقم التسلسل الدولي (ISBN):

عضو مجلس النشر العلمي الماليزي

(Majlis Penerbitan Ilmiah Malaysia – MAPIM)

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلوة والسلام على الرسول الأمين وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بدها، وبعد:

فلقد أفرز هذا العصر مئات المسائل والقضايا والمشكلات، وهذه المستجدات تحتاج كلها من المنظور الإسلامي إلى إبداء الرأي من جانب الفقهاء لبيان ما هو مشروع وما هو غير مشروع، وبيان البسائل التي تحقق المقصود، ولا تتناقض مع أصول الشريعة وكلياتها ومفاصدها، ولا يتم هذا إلا بالتجدد في الاجتهاد لتقدم الحلول الشرعية لل المشكلات بناء على مراعاة المصالح وال حاجات. لذا ينبغي تقويم الواقع بقيم الشريعة وذلك بالنظر في قضايا المجتمع ومشكلاته، وسبل معالجتها من منظور الشريعة، وتوزيل الأحكام على الواقع من خلال المعاناة والمشكلات التي يعيشها المسلمون.

والاجتهاد ينبغي له أن يستمر في جميع مجالات الحياة، لتحقيق خلود الشريعة، وإثبات قدرها على النمو والامتداد، والاستجابة لجميع التغيرات والمستجدات، وتحريك العقول الإسلامية للتفكير، والنظر، والاستنباط. وهذه الآراء لا تخرج عن كونها اجتهاداً قابلاً للنظر، والتجدد، والتعديل، والإضافة.

وقد بذلت جهدي في هذا الكتاب، مستفيداً من جهود العلماء المعاصرین، وقد جاءت فصول الكتاب منضبطة بضوابط الشرع ومقاصده وكتلاته وقواعد العامة، ومناهج السلف التي ساروا عليها لمواجهة المستجدات والحكم عليها وضبط التعامل معها.

هذا وقد أدخلت بعض التعديلات والإضافات على أبحاث الكتاب بما يتناسب مع مستجدات المرحلة، وإفرازات العصر.

وأنهرياً أَهْمَدَ اللَّهُ تَعَالَى عَلَى تُوفِيقِهِ وَتِيسِيرِهِ إِخْرَاجَ هَذَا الْكِتَابَ، وَأَدْعُو اللَّهَ تَعَالَى أَنْ يَنْفَعَ بِهِ كُلُّ بَاحِثٍ، وَمُرِيدٍ لِلْخَيْرِ، وَأَنْ يَنْفَعَ بِهِ كَاتِبُهُ وَقَارِئُهُ، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ أَوَّلًا وَآخِرًا، وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ.

عارف علي عارف القره داغي

٢٥ ذو القعدة ١٤٣١هـ / ١٠ نوفمبر ٢٠١٠م.

كوالالمبور - ماليزيا.

المحتويات

الصفحة	الموضوع المحتويات
٥	مقدمة
٧	المحتويات
١٣	الفصل الأول: القرائن ومدى حجيتها في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة
١٥	تمهيد
١٨	التعريف بالقرائن
٢٠	المحور الأول: مدى الاختلاف في حصر أدلة الإثبات أو إطلاقها وأقسام القرائن في الفقه والقانون
٢٠	المبحث الأول: مدى الاختلاف في حصر أدلة الإثبات أو إطلاقها
٢٠	المطلب الأول: في الفقه الإسلامي
٣٠	المطلب الثاني: في التشريعات الوضعية
٣٧	المبحث الثاني: تقسيم القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
٣٧	المطلب الأول: تقسيم القرائن في الفقه الإسلامي
٣٧	أولاً: تقسيم القرائن إلى قرائن شرعية وقرائن قضائية
٣٧	أ. القرائن الشرعية
٣٧	١ . القرائن النصية
٣٨	٢ . القرائن الفقهية
٣٩	ب. القرائن القضائية
٤١	ثانياً: أقسام القرائن باعتبار النسبة بينها وبين مدلولاتها
٤١	أ. قرائن عقلية يستنتجها العقل كوجود المسروقات عند المتهم بالسرقة
٤١	ب. قرائن عُرفية
٤١	ثالثاً: أقسام القرينة بحسب قوة دلالتها وضعفها

٤٣	المطلب الثاني: تقسيم القرائن عند القانونيين
٤٣	أ. القرائن القانونية
٤٥	القسم الأول: القرائن القانونية القاطعة
٤٥	النوع الأول: القرائن القانونية القاطعة المراعي فيها المصلحة العامة
٤٦	النوع الثاني: القرائن القانونية القاطعة المراعي فيها المصلحة الخاصة
٤٧	القسم الثاني: القرائن القانونية غير القاطعة أو البسيطة
٤٩	ب. القرائن القضائية
٥٣	ج. القرائن الطبيعية
٥٤	المحور الثاني: حُجَّة القرائن في الإثبات
٥٤	المبحث الأول: القائلون باعتبار القرائن حُجَّة في الإثبات وأدلة هم
٥٥	أدلة القائلين بحجية القرائن
٥٥	١. الاستدلال بالكتاب
٥٩	٢. الاستدلال بالسنة
٧٣	٣. الاستدلال بالمعقول
٧٦	المبحث الثاني: القائلون بعدم اعتبار القرائن حُجَّة في الإثبات وأدلة هم
٧٦	الدليل الأول
٨٠	الدليل الثاني
٨٠	الدليل الثالث
٨١	الدليل الرابع
٨٢	مناقشة وترجيح
٨٧	المبحث الثالث: إثبات القصاص والحدود بالقرائن
٨٧	أولاً: إثبات القصاص بالقرائن
٩٠	ثانياً: إثبات الحدود بالقرائن
٩٧	الفصل الثاني: قضاء القاضي بعلمه الشخصي: دراسة مقارنة
٩٩	تمهيد

١٠١	آراء الفقهاء في قضاء القاضي بعلمه الشخصي وأدلةهم
١٠٤	أدلة الرأي الأول "المانعين"
١١٠	أدلة الرأي الثاني "المجيزين" ومناقشتها
١١٨	أدلة الرأي الثالث ومناقشتها
١٢١	الرأي الراوح
الفصل الثالث: الوكالة بالخصوصية "الخمامنة" بين المانعين والمجيزين في الفقه	
١٢٩	الإسلامي المعاصر
١٣١	تمهيد
١٣٣	نبذة تاريخية عن الخمامنة
١٣٧	حجج القائلين بتحريم مهنة الخمامنة
١٤٥	المجيزون وأدلةهم
١٤٥	أدلة المجيزين
١٥١	الترجيح
١٥٤	خلاصة
الفصل الرابع: الضوابط الشرعية لممارسة مهنة الخمامنة	
١٥٧	
١٥٩	تمهيد
١٦١	الضوابط في ممارسة مهنة الخمامنة
١٨١	خلاصة
الفصل الخامس: الصوت والصورة ومدى الاعتداد بهما في الإثبات الجنائي	
١٨٣	
١٨٥	تمهيد
١٨٨	اختلاف المعاصرين في مدى شرعية التسجيل الصوتي والتوصير الصوتي والاعتداد بهما في الإثبات الجنائي
الفصل السادس: إفشاء السر في الفقه الإسلامي: السر الطبي غوذجاً	
٢٠٩	
٢١١	تمهيد

- ٢١٢ المبحث الأول: التعريف بمفردات الموضوع وما يتعلق بها
٢١٧ المبحث الثاني: فضائل كتمان السر
٢٢٠ المبحث الثالث: نبذة تاريخية عن السر الطبي
٢٢٢ المبحث الرابع: عقوبة إفشاء السر
٢٢٣ التعويض المالي في إفشاء السر
٢٢٥ المبحث الخامس: مسوغات إفشاء السر
٢٣٢ نتائج
٢٣٥ الفصل السابع: قضايا معاصرة في الرهن
٢٣٧ تمهيد
٢٣٧ أولاً: رهن الحقوق المعنوية - معنى الحقوق المعنوية
٢٣٨ المسألة الأولى: رهن حق المؤلف - نبذة تاريخية عن حقوق المؤلفين
٢٤٠ طبيعة الحقوق المعنوية
٢٤٦ الحق الأدبي والحق المالي
٢٤٩ المسألة الثانية: رهن براءة الاحتراع
٢٥١ ثالثاً: رهن سندات التداول التجارية
٢٥٤ ثالثاً: الرهن الرسمي
٢٥٨ رابعاً: رهن وثيقة التأمين والتأمين على المال المرهون لدى شركات التأمين
٢٥٨ المسألة الأولى: رهن وثيقة التأمين
٢٥٨ المسألة الثانية: التأمين على المال المرهون لدى شركات التأمين
٢٦١ الفصل الثامن: بيع العلامة التجارية والتصرف فيها
٢٦٣ تمهيد
٢٦٦ المبحث الأول: العلامة التجارية: تعريفها والمصطلحات القريبة منها
٢٦٦ ووظائفها وصورها وشروطها
المطلب الأول: تعريف العلامة التجارية

٢٦٨	المطلب الثاني: الفرق بين العلامة التجارية والمصطلحات القرية منها
٢٦٨	أولاً: العلامة التجارية والاسم التجاري
٢٦٩	ثانياً: العلامة التجارية والعنوان التجاري
٢٧٠	ثالثاً: العلامة التجارية والبيانات التجارية
٢٧٠	المطلب الثالث: وظائف العلامة التجارية
٢٧١	أولاً: العلامة التجارية تحدد مصدر المنتجات والبضائع والخدمات
٢٧١	ثانياً: العلامة التجارية رمز الثقة بصفات المنتجات والبضائع والخدمات
٢٧٢	ثالثاً: العلامة التجارية وسيلة للإعلان عن المنتجات والبضائع والخدمات
٢٧٢	رابعاً: العلامة التجارية وسيلة من وسائل المنافسة المشروعة
٢٧٣	خامساً: العلامة التجارية ضمان لحماية جمهور المستهلكين
٢٧٤	المطلب الرابع: أشكال وصور العلامة التجارية
٢٧٤	أولاً: الأسماء والإمضاءات
٢٧٤	ثانياً: الحروف والأرقام
٢٧٥	ثالثاً: الكلمات
٢٧٥	رابعاً: الرموز والصور والرسوم
٢٧٥	خامساً: الدمغات والأختام والنقوش
٢٧٦	سادساً: البطاقات
٢٧٦	سابعاً: الغلافات
٢٧٦	ثامناً: الأشرطة
٢٧٦	تاسعاً: مجموعة الألوان المتخذة شكلاً خاصاً
٢٧٧	عاشرًا: خليط مما ذكر أو بعضاً منه
٢٧٧	المطلب الخامس: شروط العلامة التجارية
٢٧٧	أولاً: الشروط الموضوعية
٢٧٧	الشرط الأول: أن تكون العلامة التجارية مميزة
٢٧٨	الشرط الثاني: أن تكون العلامة جديدة
٢٧٩	الشرط الثالث: أن تكون العلامة التجارية مشروعة

٢٧٩	ثانياً: الشروط الشكلية
٢٨٠	المبحث الثاني: التكليف الشرعي للعلامة التجارية
٢٨٠	الأول: العلامة التجارية حق من الحقوق
٢٨٢	الثاني: العلامة التجارية منفعة قيمة وثمرة مالية
٢٨٣	الثالث: العلامة التجارية داخلة في دائرة الممتلكات
٢٨٤	المبحث الثالث: تصرف الناشر في علامته التجارية
٢٨٤	المطلب الأول: بيع العلامة التجارية
٢٨٦	تعريف البيع
٢٨٨	شروط البيع
٢٩٤	آثار عقد البيع
٢٩٤	أولاً: التزامات البائع
٢٩٤	ثانياً: التزامات المشتري
٢٩٥	المطلب الثاني: إجارة العلامة التجارية
٢٩٧	المطلب الثالث: رهن العلامة التجارية
٢٩٩	خلاصة
٢٩٩	أولاً: نتائج
٣٠٠	ثانياً: مقترنات
٣٠٣	المصادر والمراجع



الفصل الأول

القرآن ومدى حجيتها في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة*

* أصل المقال كتاب تحت عنوان: القرآن ومدى حجيتها في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة (كوالاليمور: دار التجديد، ط١، ١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م)، في ١٨٠ صفحة.



تمهيد:

الفصل الأول

القرائن ومدى حجيتها في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة

كُلُّما نَقَبَ الإنسان في آفاق الفقه وكتب الفقهاء المسلمين، ازداد إيمانًا بخلود شريعة الإسلام في تنظيم الحياة، وسلامة الفكر الإسلامي، وعبرية الفقهاء، وعظمته الفقه الذي لا تقتصر أحکامه عَلَى الدليل النقلاني من القرآن والسنة فحسب، وإنما تتغلغل في أعماق العقل الإنساني لتتجدد لها مَا يؤيدتها ويدعمها حتَّى اليوم، ويساندها من أجل التطبيق العملي، ويشد أزرها للنهوض من جديد في حكم العلاقات الاجتماعية المتكررة يوميًّا بين الأفراد،^١ ولتحقيق العدالة في ساحات القضاء، وفي الخصومات بين الناس، وإعطاء كُل ذي حق حقه.

وقد أمر الحق تعالى الناس بالعدل والإحسان، فقال سبحانه: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْمَعْدُلِ وَالْإِحْسَانِ» [النحل: ٩٠]، وجعل العدل أمانة يجب أن تؤدي إلى أهلها، وأن يحكم بين الناس بالعدل، وأمر الله تعالى بالعدل أمر شامل لـكُلّ مَا يؤدي إلى إثبات الحق، وكشف الحقائق.

وتعد القرائن عند جُمهور كبير من العلماء والباحثين والمحضرين -من بين طرق الحكم- إحدى تلك الوسائل المهمة في الإثبات في ساحات القضاء، لما لها من مساس مباشر بواقع الناس وحياتهم، ولخطورة دورها في نشر العدل ومحاربة الظلم والطغيان، وفصل الخصومات والمنازعات بين الناس، وإعطاء كُل ذي حق حقه، حماية للأفراد والمجتمع، وقد نال هذا الموضوع اهتمام الفقهاء قديماً وحديثاً.

وممَّا يُدلُّ عَلَى أهميَّتها أنَّ صاحب الحق قد يعجز عن إثبات حقه بطريقة من طرق الإثبات الأخرى المقرر شرعاً، وهي:

^١ وَهْبَةُ الزَّهْبِيِّ، الفَقْهُ الْإِسْلَامِيُّ وَأَدْلِيهِ (بِرْوَتٌ: دَارُ الْفِكْرِ، طِّيَّبَةٍ ثَالِثَةٍ، ١٩٩٧م)، ج٦، ص٩ (بِتَصْرُفِهِ).

الإقرار والشهادة واليمين والكتابة، فيضطر لإثباتها بالقرائن، وإلاً أضع حَقَّهُ؛ لأنَّ الجانِي قد يحاول الإفلات، ولن يُعد إلى ذلك سبيلاً، ومن هُنَا كان لزاماً على القاضي أنْ يتوكِّي الحق ويجهد في استنباطه، خاصَّةً إنَّ من القضايا مَا يَكُونُ أساسه التَّلْفِيقُ الحَكْمُ، فلو لمْ يكن لدى القاضي من الوسائل مَا يمكنه من كشف ذلك التَّلْفِيقِ لوقع تحت طائلة العقاب كثيرٌ من الأبرياء، وأدِينوا من غير ذنب.

فالقاضي يتوصَّل بالأدوات والوسائل الشرعية مَا يمكنه أنْ يسوق إلى معرفة الجُنَاحَةِ، والكشف عن هويَّتهم.

وممَّا يعيَّن عَلَى ذلك، القرائن التي تحيط بالقضية، فإنَّ لَهَا فوائدٌ كبيرةٌ، ولَهَا دلالتها ومتلَّتها في مراحل التَّحقيق والدعوى، للمحقق والقاضي.

الأمر الذي لزم معه البحث عن متلَّة القرائن بين أدلة الإثبات في ميزان الشَّرْع الإسلامي، وبخاصةً في الأمور الجنائية وإلقاء الضوء عليها وبذل الجهد في الوقوف على حكم العمل بها، ومدى مشروعيَّة الْلُجُوعِ إليها، والكشف عن مكانها بين وسائل الإثبات الشرعي، سواء في إدانة المجرم، أم في تبرئة البريء.

والقصد من وراء ذلك كُلُّهُ دحض المفترَيات والمزاعم التي تُروج بِأَنَّ الدراسات الفقهية الشرعية في مجال الإثبات قد وقفت عاجزة فاسدة، خاصةً في دائرة القرائن، بل وعن الإنجازات التي تحققت في هذا المجال^١، وسوف نبيِّن الدور الهام الذي أُنيط بالقرائن في الفقه الإسلامي.

وما أروع مَا قالَه ابن القيم عند حديثه عن القرائن والأُمارات؛ إذ يَقُولُ رحمة الله: "فهذه مسألة كبيرة، عظيمة النفع، جليلة القدر، إنْ أهملها الحاكم أو الولي أضع حَقَّهُ كثيراً، وأقام باطلًا كبيرًا، وإن توسيع وجعل معلمة عليها دون الأوضاع الشرعية وقع في أنواع الظلم والفساد".^٢

ويَقُولُ أيضًا: "والحاكم إذا لمْ يكن فقيهَ النَّفْسِ في الأمارات ودلائل الحال، ومعرفة شواهدِه، وفي القرائن الحالية والمقالية، كفقهه في جزئيات وكُلُّيات الأحكام، أضع حَقَّهُ

^١ انور محمد دبور، القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي (القاهرة: دار القافلة العربية، د.ط، ١٩٨٥م)، ص. ٣.

^٢ منصور محمد منصور الخناري، الوسائل العلمية في ميزان الإثبات الشرعي (القاهرة: مطبعة الأمانة، د.ط، ١٩٩١م)، ص. ٧.

^٣ محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، الطرق الحكيمية في السياسة الشرعية (بيروت: دار الفكر، د.ط، ٢٠٠٥م)، ص. ٣.

كثيرة على أصحابها، وحكم بما يعلم الناس بطلانه، ولا يشكّون فيه، اعتماداً منه على نوع ظاهر ولم يلتفت إلى باطنها وقرائن حاله^١.

لذلك فليس من العدل والحكمة فتح الباب على مصراعيه لـ^{كُلّ} قرينة حتى يحكم عقاضها.

ومثله في الخطر أيضاً قفل الباب وعدم الالتفات إلى القرائن التي تحيط بالموضوع المنظور
أمام القاضي:

وقد كان موضوع القراءن موضوع اهتمام فريق من العلماء أمثال: ابن القيم في كتابه **الطُّرُقُ الحكَمِيَّة**، وابن فرحون المالكي في كتابه **تبصرة الحُكَمَاء**، وعلي بن خليل الطرابلسي الحنفي في كتابه **لسان الحُكَمَاء في معرفة الأحكام**.

والمتبوع لكتابات الفقهاء القدامى يرى أنّهم عملوا بالقرينة في الجملة؛ ولكنْ لم يذكروها صراحة في طرق الإثبات كما ذكروا الشاهدين واليمين والإقرار؛ إذ اهتموا بهذه الطرق الثلاث في الإثبات اهتماماً كبيراً.

والفقهاء رحمهم الله لم يخضوا موضوع القرآن بباب معين، كما هو الحال بالنسبة للشهادة، وإنما ذكروا القرآن عرضاً في أبواب متعددة من أبواب الفقه، الأمر الذي جعل القرآن تتخذ عدة صور، وبتسميات مختلفة في المذاهب.

وقد اهتم المعاصرون بهذا الموضوع اهتماماً كبيراً أكثر من أي وقت مضى بغية بيان رأي الشرع فيه، والمقارنة بينه وبين التشريعات الوضعية في أدلة الإثبات وساحات القضاء.

هذه القرائن في مجال التّحقيقات الجنائيّة قد مكّن المحققين من الوصول إلى إدانة الجاني، وتبرئة ساحة البريء إلى حدّ كبير، وخاصةً أنَّ العُلوم الحديثة قد استحدثت قرائن جديدة في مجال الإثبات.

^١ المصدر السابق، ص ٣.

التعريف بالقرائن

القرائن لغةً: جمع، ومفرده قرينة، وهي فعيلة مأخوذة من المقارنة بمعنى المصاحبة، وقرنت الشيء بالشيء وصلته به، والقررين: المصاحب، والقرينة أمر يشير إلى المقصود، والعلامة الدالة على شيء مطلوب.^١

والقرائن اصطلاحاً: بمعنى الأمارة والعلامة؛ إذ يلزم من العلم بها الظن بوجود المدلول. وهي كلّ أمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفيّاً فتدل عليه^٢؛ لأنّها مقارنة للحق، أي مصاحبة له في أغلب الأحوال.

فالقرينة نتيجة تستبطأ أو تستخلص من الواقع المعلوم لمعرفة واقعة مجهولة، لذلك فهي أدلة غير مباشرة.

ومى ثبتت القرينة كمرحلة أولى، أمكن إثبات مصدر الحق بتلك القرينة كمرحلة ثانية.^٣
والبيّنة والدلالة والحجّة والبرهان والأية والتبصرة والعلامة والأمارة كلّها ألفاظ متقاربة المعنى، وذات صلة بلفظ القرائن^٤.

وقد ورد تعريف القرينة في المادة ١٧٤١ من مجلة الأحكام العدلية بأنّها: الأمارة بالغة حد اليقين.

^١ إسماعيل بن حماد الجوهري، الصاحح (بيروت: دار العلم للملائين، ط٤، ١٩٩٠م)، ج٦، ص٢١٨١؛ محمد بن يعقوب الغيروزآباد، القاموس المحيط (بيروت: دار إحياء التراث، د.ط، ٢٠٠٣م)، ج٤، ص٣٥٨؛ أحمد الرازي بن فارس، معجم مقاييس اللغة (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م)، ج٥، ص٧٦؛ الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن (بيروت: دار المعرفة، د.ط، ١٩٩٩م)، ص١٤؛ علي بن محمد الجرجاني، التعريفات (بيروت: مؤسسة الرسالة، د.ط، ٢٠٠٦م)، ص١٥٢.

^٢ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٦، ص٧٨٢.

^٣ محمد علي التهاني، كشاف اصطلاحات الفنون (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٩٨م)، ج١، ص٧٢، ج٢، ص٥٣؛ عبد الرحمن عبد العزيز القاسم، الإثبات والتوثيق أيام القضاة: بحث فقهي قانوني مقارن (القاهرة: مطبعة السعادة، د.ط، ١٩٨٢م) ص٢١؛ أحمد مصطفى الررقا، المدخل الفقهي العام (دمشق: دار القلم، د.ط، ١٩٩٨م)، ج٢، ص٩١٨؛ إبراهيم بن علي بن فرحون، تبصرة الحكم في أحوال الأقضية ومناهج الأحكام (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٧م)، ج١، ص٣٠٢؛ ابن القيم الجوزية، الطرق الحكيمية، ص٩٧؛ علاء الدين الطراibi، معين الحكم فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام (القاهرة: مصطفى البباشي، د.ط، ١٩٧٣م) ص١٦١.

^٤ ابن القيم، الطرق الحكيمية، ص٤.

ومن الجدير بالذكر أنّ الفُقهاء المتقدمين لم يذكروا تعريفاً للقرينة يميّزها من غيرها من طرق الإثبات الأخرى، فإنّهم عدُوها ضمن البيانات التي توصل إلى كشف الواقع، وبيان مرتكبها من عدمه، أو أنّ القرينة عندهم ليست بيئة مستقلة كالإقرار أو الشهادة.^١

أمّا معنى القرينة عند القانونيين:

فلا يختلف كثيراً عن معناها المتقدم لدى الفُقهاء؛ فالقانونيون يعرفون القرينة بتعريفات عدّة، وإن كانت كُلّها توافق في مؤداها.

فقد عرّفوا بها: استنتاج الواقع المطلوبة إثابتها من واقعة أخرى قام عليها دليل الإثبات. فهي الاستنتاجات التي يستخلصها القانوني أو القاضي من واقعة معلومة لعرفة واقعة مجهولة^٢، ومن ثم فتعد القرائن، خاصة القضية منها من أدلة الإثبات غير المباشرة؛ إذ لا ينصب الإثبات فيها على الواقع محل التداعي مباشرة، وإنما على واقعة أخرى بديلة، ويكون من شأن ثبوتها أن يجعل قيام الواقع الأصلية أو نفيها أمراً محتملاً، وذلك بحكم اللزوم العقلي.^٣

وقد عرفت محكمة النقض المصرية القرينة بأنّها: استباط أمر مجهول من واقعة ثابتة، بحيث إذا كانت هذه الواقع محتملة وغير ثابتة يقين فإنّها لا تصلح مصدراً للاستباط.^٤

وعرفها آخرون بأنّها: الصلة الضرورية التي قد ينشئها القانون بين وقائع معينة، أو هي نتيجة يتحتم على القاضي أن يستنتجها من واقعة معينة.^٥

فالقرينة عند القانونيين عموماً تستخرج من وقائع ثابتة، ولا تدرك إلا كاماً مباشراً، فهي تابعة، وليس أصلية في مجال الإثبات.^٦

وبعد هذا البيان لمفهوم القرينة يأتي الحديث عن مدى اختلاف الفُقهاء وأهل القانون في حصر أدلة الإثبات أو إطلاقها، وبيان موقع القرائن من هذا الخلاف.

^١ الحفناوي، الوسائل العلمية في ميزان الإثبات الشرعي، ص ٧٣.

^٢ محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ص ٤٨٧، بند ٥٢١؛ عبد المنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد الجنائية، فقرة ٢١٨؛ محمود مصطفى، الإثبات في المواد الجنائية (القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة) ص ١٩؛ سالم السيد جاد، إثبات الدَّعْوى الجنائية بالقرائن في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، (الرياض: دار الوطن) ص ٤٤.

^٣ محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية (الرياض: جامعة الملك سعود، ١٩٨٨) ص ٣١٢.

^٤ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٨٢م)، ج ٢، ص ٣١٨، فقرة ١٧٣.

^٥ رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، ١٩٧٦م)، ص ٦١٣.

^٦ مامون سلام، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، ١٩٧٧م)، ص ١٥٧؛ الحفناوي، الوسائل العلمية، ص ٧٦.

الخور الأول

مدى الاختلاف في حصر أدلة الإثبات أو إطلاقها وأقسام القرائن في الفقه والقانون

المبحث الأول:

مدى الاختلاف في حصر أدلة الإثبات أو إطلاقها

المطلب الأول: في الفقه الإسلامي

لقد اختلف الفقهاء حول تحديد طرق الإثبات، هل هي مخصوصة في جملة من الطرق لا يتعداها القاضي في حكمه إلى غيرها، أو هي غير مخصوصة في طرق معينة، وللقاضي أن يقضى بكل حجّة يظهر بها جانب الحق عنده وإن لم يرد نص على حجيتها.
وهذا الخلاف متفرع عن مسألة أخرى، هي:

اختلافهم في معنى البينة، لذلك فسوف نبين معنى البينة والمراد منها عند الفقهاء.
ذهب الجمهور إلى أن المراد من البينة: الشهود وحدهم؛ لأن القرآن الكريم عد الشهادة أساساً للإثبات في آيات كثيرة، منها:

في البيع يقول الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَاعِتْمُ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وفي الطلاق والرجعة يقول تعالى: ﴿فَإِذَا بَعْنَ أَجْلِهِنَّ فَأَسْكُونُهُنَّ يَمْعَرُوفٌ أَوْ فَارِقُوْنَ يُعْرُفُوْنَ وَأَشْهِدُوْنَ دَوْنَ عَدْلٍ مِنْكُوْنَ﴾ [الطلاق: ٢].

وفي النداین يقول تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوْ شَهِيدَيْنَ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُوْنَا رَجُلَيْنَ فَرَجُلٌ وَامْرَأَيْنَ وَمَنْ رَضِيَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وفي الوصية يقول تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَدَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتَ حِينَ الْوَصِيَّةِ أَشْهَدَنَ ذَوَّا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ مَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ [المائدة: ١٠٦].

وأيضاً فإنَّ الرَّسُولَ ﷺ أطلقَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الشَّهُودَ فِي قَوْلِهِ هَلَالُ بْنُ أُمَيَّةَ حِينَما قَذَفَ امْرَأَهُ عِنْدَ الَّتِي بِشَرِيكٍ بْنِ سَحْمَاءَ: «الْبَيِّنَةُ أَوْ حَدَّ فِي ظَهُورِكَ»^١.

وَالْبَيِّنَةُ الَّتِي يَثْبِتُ بِهَا الزَّنَا، هِيَ: أَرْبَعَةُ شَهُودٍ، قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْوَى الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَرَأَيْتُمُوهُنَّا فَاجْلِدُوهُنَّا ثَنَيْنَ جَلَدَةً وَلَا تَنْقَبُوا لَمَّا شَهَدَهُ أَبِيدَّا وَأُذْلَيْكُمْ الْفَتَنُّقُونَ ﴾ [الثُّور: ٤].

وَمِنْ ذَلِكَ أَيْضًا أَنَّ الرَّسُولَ ﷺ حِينَما اخْتَصَمَ إِلَيْهِ الْأَشْعَثُ بْنُ قَيْسٍ مَعَ آخَرَ فِي بَعْرَةٍ قَالَ لَهُ الَّتِي ﷺ «بَيِّنْتَكَ أَوْ يَمِينَهُ»^٢.

وَفِي رَوَايَةِ أُخْرَى: «شَاهِدَكَ أَوْ يَمِينَهُ»^٣.

وَدَلَّتِ الرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ عَلَى أَنَّ مَرَادَ الَّتِي ﷺ مِنَ الْبَيِّنَةِ خُصُوصُ الشَّهَادَةِ. أَمَّا بْنُ تِيمِيَّةَ وَابْنَ الْقِيَّمِ وَمِنْ وَاقِفَهُمْ فَقَدْ فَسَرُوا الْبَيِّنَةَ بِكُلِّ مَا أَبَانَ الْحَقَّ وَأَظْهَرَهُ وَلَمْ يَفْرَقُوا فِي ذَلِكَ بَيْنَ مَا وَرَدَ فِيهِ نَصٌّ بِخُصُوصِهِ، وَبَيْنَ مَا لَمْ يَرِدْ فِيهِ نَصٌّ بِخُصُوصِهِ وَكَانَ مَعْنَى الْبَيِّنَةِ يَشْمَلُهُ، وَقَالُوا:

إِنَّ الْبَيِّنَةَ وَرَدَتْ فِي لِسَانِ الشَّرْعِ مَرَادًا بِهَا الْحُجَّةَ وَالْدَّلِيلَ وَلَمْ تَأْتِ مَرَادًا بِهَا الشَّهُودَ وَحْدَهُمْ، فَحَمِلُّهَا عَلَى ذَلِكَ تَخْصِيصٍ بِلَا مُخْصِصٍ، وَيَلْزَمُ عَلَيْهِ حَمْلُ كَلَامِ الشَّارِعِ عَلَى غَيْرِ الْمَرَادِ وَهَذَا غَيْرُ جَائزٍ.

يَقُولُ ابْنُ الْقِيَّمِ: «فَالْبَيِّنَةُ فِي كَلَامِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ اسْمُ لِكُلِّ مَا يُبَيِّنُ الْحَقَّ وَيَظْهُرُهُ، وَمِنْ خُصُوصِهَا بِالشَّاهِدَيْنِ أَوِ الْأَرْبَعَةِ أَوِ الشَّاهِدِ لَمْ يَوْفِ مُسْمَاهَا حَقَّهُ، وَلَمْ تَأْتِ الْبَيِّنَةُ قَطُّ فِي الْقُرْآنِ مَرَادًا بِهَا الشَّاهِدَيْنِ، وَإِنَّمَا أَتَتْ مَرَادًا بِهَا الْحُجَّةَ وَالْدَّلِيلَ وَالْبُرْهَانَ مُفْرِدةً وَمُجْمُوعَةً. وَكَذَلِكَ قَوْلُ الَّتِي ﷺ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَعِّي»، الْمَرَادُ بِهِ أَنَّ يَظْهُرَ مَا يُبَيِّنُ صَحَّةَ دُعَوَاهُ لِيَحْكُمُ بِهِ، فَإِذَا ظَهَرَ صَدْقَهُ بِطَرْقِ حُكْمِ لَهُ^٤، وَالشَّاهِدَيْنِ مِنَ الْبَيِّنَةِ.

^١ محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق: مصطفى ديب (بيروت: دار ابن كثير، واليمامة، ط٣، ١٩٨٧ م)، ج٢، ص٩٤٩، كتاب الشهادات، باب إذا أدعى أو قدف فله أن يت未成 البينة، رقم الحديث ٢٥٢٦.

^٢ البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الأيمان، ص١٧؛ أحمد بن حنبل، المسند، تحقيق: شعيب الأرناؤوط (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤٢٠ هـ/١٩٩٩ م)، ج٤، ص٢١٧.

^٣ متفق عليه؛ محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٩ م)، ج٨، ص٣٠٢؛ علي بن أحمد بن حزم، المخلص (دار الفكر العربي للطباعة والنشر، ٢٠٠١ م)، ج٩، ص٤٢٨؛ صديق حسن خان القنوجي، الروضة الندية (بيروت: دار ابن حزم، ط١، ٢٠٠٣ م)، ج٢، ص٢٥٦.

ولا ريب أنَّ غيرها من أنواع البُيُّنة قد يَكُون أقوى منها كدلالة الحال عَلَى صدق المُدعى فإنَّها أقوى من دلالة إخبار الشَّاهدين.^٢

ويَقُول رَحْمَهُ اللَّهُ فِي إِعْلَامِ الْمُوقِّعين: "البُيُّنةُ فِي كَلَامِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ اسْمُ كُلِّ مَا يُبَيِّنُ الْحَقَّ، فَهِيَ أَعْمَمُ مِنَ الْبُيُّنةِ فِي اصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ حِيثُ خَصَّوْهَا بِالشَّاهِدِينَ أَوْ الشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ، وَلَا حَجْرٌ فِي الْاِصْطِلَاحِ مَا لَمْ يَضْمُنْ حَلَمَ كَلَامِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ عَلَيْهِ، فَيَقُولُ فِي ذَلِكَ الْغُلْطِ فِي فَهْمِ النُّصُوصِ. وَنَذْكُرُ مِنْ ذَلِكَ مَثَلًاً وَاحِدًاً وَهُوَ مَا نَحْنُ فِيهِ، لِفَظُ الْبُيُّنةِ، فَإِنَّهَا فِي كِتَابِ اللَّهِ اسْمُ كُلِّ مَا يُبَيِّنُ الْحَقَّ كَمَا قَالَ تَعَالَى: ﴿لَقَدْ أَزَّرْنَا رُسُلَنَا بِالْأَيْتَمِ﴾ [الْحَدِيد: ٢٥]، وَقَالَ: ﴿قُلْ إِنِّي عَلَى بَيِّنَتِنِ رَبِّي﴾ [الْأَنْعَام: ٥٧]. وَقَالَ: ﴿أَوَلَمْ تَأْتِهِمْ بَيِّنَةً مَّا فِي الصُّحْفِ الْأُولَئِكَ﴾ [طه: ١٣٣].

وَهَذَا كَثِيرٌ فَلَمْ يَخْتَصْ لِفَظُ الْبُيُّنةِ بِالشَّاهِدِينَ وَلَا اسْتَعْمَلَ فِي الْكِتَابِ فِيهِمَا الْبَيِّنَةُ".^٣

لِذَلِكَ فَإِنَّ مَعْنَى قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: «أَلَكَ بَيِّنَةٌ»، وَقَوْلُ عُمَرَ: "البُيُّنةُ عَلَى المُدعى"، فَإِنَّ الْمَرَادَ بِهِ أَلَكَ مَا يُبَيِّنُ الْحَقَّ مِنْ شَهُودٍ أَوْ دَلَالَةٍ؟، فَإِنَّ الشَّارِعَ فِي جَمِيعِ الْمَوْاضِعِ يَقْصِدُ ظَهُورَ الْحَقِّ بِمَا يُمْكِنُ ظَهُورُهُ بِهِ مِنَ الْبَيِّنَاتِ الَّتِي هِيَ أَدَلَّ عَلَيْهِ وَشَوَاهِدُهُ، وَلَا يَرِدُ حَقَّاً قَدْ ظَهَرَ بِدَلِيلِهِ أَبْدَأً، فَيُضَيِّعُ حَقُورُ اللَّهِ وَعِبَادُهُ وَيَعْطُلُهُمَا، وَلَا يَقْفَظُ ظَهُورُ الْحَقِّ عَلَى أَمْرٍ مُعَيَّنٍ لَا فَائِدَةُ فِي تَخْصِيصِهِ بِهِ مَعْسَاوَةُ غَيْرِهِ فِي ظَهُورِ الْحَقِّ أَوْ رِجْحَانِهِ عَلَيْهِ تَرْجِيحاً لَا يُمْكِنُ جَحْدُهُ وَدَفْعَهُ:

كَتْرِجِيحُ شَاهِدِ الْحَالِ عَلَى بُجُورِ الْيَدِ فِي صُورَةِ مِنْ عَلَى رَأْسِهِ عَمَامَةٌ، وَبِيَدِهِ عَمَامَةٌ وَآخِرُ حَلْفِهِ، مَكْشُوفُ الرَّأْسِ يَعْدُ أَثْرَهُ، وَلَا عَادَةُ لَهُ بِكَشْفِ رَأْسِهِ، فَبَيِّنَةُ الْحَالِ وَدَلَالَتُهُ هُنَّا تَفِيدُ مِنْ ظَهُورِ صَدَقِ الْمُدعى أَضْعافَ مَا يَفِيدُ مُجْرِدَ الْيَدِ عِنْدَ كُلِّ أَحَدٍ.

فَالشَّارِعُ لَا يَهْمِلُ مِثْلَ هَذِهِ الْبُيُّنةِ وَالدَّلَالَةِ وَيُضَيِّعُ حَقَّاً يَعْلَمُ كُلَّ أَحَدٍ ظَهُورُهُ وَحُجَّتُهُ.

بَلْ لَمْ أَظُنْ هَذَا مِنْ ظَلَمٍ ضَيَّعوا طَرِيقَ الْحُكْمِ فَضَاعَ كَثِيرٌ مِنَ الْحَقُوقِ يَتَوَقَّفُ ثِبَوَتُهَا عِنْدَهُمْ عَلَى طَرِيقِ مُعَيَّنٍ".^٤

^١ ابن القيم، الطرق الحكمية، ص. ٤.

^٢ المصدر السابق، ص. ١١.

^٣ ابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين (بيروت: دار الجليل، د.ط. ١٩٧٣م) مج. ١، ص. ٩٠؛ أَحْمَدُ عبدُ النَّعْمَانِي، مِنْ طُرُقِ الإِثْبَاتِ فِي الشَّرِيعَةِ وَفِي الْقَانُونِ (القَاهِرَةُ: دارِ الْفَكْرِ الْعَرَبِيِّ)، ص. ٦.

^٤ ابن القيم، أعلام الموقعين، ج. ١، ص. ٧٥.

ويقول أيضاً: "والمقصود أنَّ الْبَيِّنَةَ اسْمُ لِكُلِّ مَا يُبَيِّنُ الْحَقَّ وَيُظَهِّرُهُ، وَهِيَ تَارَةٌ تَكُونُ أَرْبَعَةُ شَهُودٍ، وَتَارَةٌ شَاهِدِينَ، وَشَاهِدًا وَاحِدًا، وَامْرَأَةً وَاحِدَةً، وَنِكْلَوْا، وَعِينَا، أَوْ خَمْسَ عِينَى، أَوْ أَرْبَعَةُ أَيْمَانٍ، وَتَكُونُ شَاهِدُ الْحَالِ فِي الصُّورَ الَّتِي ذَكَرْنَا هَا وَغَيْرَهَا".^١

ويقول أيضاً: "وَهُوَ سُبْحَانَهُ ذَكَرَ مَا يَحْفَظُ بِهِ الْحَقُوقُ مِنَ الشَّهُودِ، وَلَمْ يُذَكِّرْ أَنَّ الْحُكَّامَ لَا يَحْكُمُونَ إِلَّا بِذَلِكَ، بَلْ هُنَّا كَثِيرٌ غَيْرُ ذَلِكِ مَا يُبَيِّنُ الْحَقَّ وَيُظَهِّرُهُ".^٢

يقول أحمد عبد المنعم البهري رحمه الله: "وَمَا اسْتَدَلَ بِهِ الْجَمَهُورُ لَا يَفِيدُ حَصْرَ الْبَيِّنَةِ فِي الشَّهُودِ؛ إِذَا لَمْ يَلْزِمْ مِنْ إِطْلَاقِ الرَّسُولِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الشَّهُودِ فِي قَصَّةِ هَلَالِ بْنِ أَمِيَّةِ أَنَّ الْبَيِّنَةَ مُحْصَرَةُ فِي الشَّهُودِ، لِأَنَّ الْمَقَامَ فِي هَذِهِ الْوَاقِعَةِ كَانَ مَقَامَ شَهَادَةِ فَقَطْ، وَالْإِسْتِدَالُ لَا يَتَمَّ إِلَّا إِذَا كَانَ الْمَقَامُ مَقَامَ شَهَادَةِ وَغَيْرِهَا، وَأَرَادَ الرَّسُولُ مِنَ الْبَيِّنَةِ خُصُوصَ الشَّهَادَةِ".

وأمّا رواية «بَيْتَكَ أَوْ يَمِينَهُ» في قصَّةِ الْأَشْعَثِ بْنِ قَيْسٍ فَلَيْسَ فِيهَا مَا يَدْلِلُ عَلَى حَصْرِ الْبَيِّنَةِ فِي خُصُوصِ الشَّهَادَةِ؛ إِذَا يَجُوزُ حَمْلُهَا عَلَى مَا هُوَ أَعْمَ من الشَّهَادَةِ.

وَرَوَيْتُهَا بِلِفْظِ الشَّهَادَةِ فِي الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى لَا يَدْلِلُ عَلَى حَصْرِ الْبَيِّنَةِ فِيهَا بِلِفْظِ جَوَازِ أَنْ يَكُونَ هَذَا تَفْسِيرًا مِنَ الرَّاوِي أَوْ نَصَّا مِنْهُ عَلَى أَهْمَنِ أَنْوَاعِ الْبَيِّنَةِ، أَوْ أَنْ يَكُونَ قَدْ فَهِمَ مِنْ حَالِ الْمُتَخَاصِمِينَ تَعْذِيرًا أَيْ نَوْعَ مِنْ أَنْوَاعِ الْبَيِّنَةِ غَيْرِ الشَّهَادَةِ.^٣

لَذِلِكَ فَإِنَّ الْجَمَهُورَ لَا يَقْصِدُونَ مِنْ تَفْسِيرِ الْبَيِّنَةِ بِالشَّهُودِ حَصْرَ طُرُقِ الإِثْبَاتِ فِي الشَّهَادَةِ لَا غَيْرَ، وَإِنَّمَا مَرَادُهُمْ مِنْ هَذَا التَّفْسِيرِ أَنَّ الْبَيِّنَةَ إِذَا أَطْلَقْتُ لَا تَنْصَرِفَ إِلَّا إِلَى الشَّهُودِ بِدَلِيلِ أَنَّهُمْ ذَكَرُوا طُرُقًا أُخْرَى لِلْإِثْبَاتِ غَيْرِ شَهَادَةِ الشَّهُودِ، كَالْإِقْرَارِ وَقَضَاءِ الْقَاضِي بِعِلْمِهِ؛ إِلَّا أَنَّ هَذِهِ الطُّرُقُ لَا تُسَمَّى عِنْدَهُمْ بِيَمِينَ، وَإِنَّمَا تُسَمَّى بِأَسْمَائِهَا.

فَيَقُولُونَ: الْقَضَاءُ بِالْإِقْرَارِ، إِذَا كَانَ الْإِثْبَاتُ بِالْإِقْرَارِ، وَالْقَضَاءُ بِعِلْمِ الْقَاضِي إِذَا كَانَ الْقَضَاءُ بِهِ.

وَيَقُولُونَ: الْقَضَاءُ بِالْبَيِّنَةِ إِذَا كَانَ الْقَضَاءُ بِالشَّهُودِ وَحْدَهُمْ، فِي حِينِ أَنَّ أَبْنَى بَنِيمِيَّةَ وَمِنْ

وَافْقَهَ يَرَوُنَ اِنْتِظامَ الْبَيِّنَةِ لِكُلِّ مَا يَقْضِي بِهِ.^٤

هَذَا هُوَ الْمَرَادُ مِنَ الْبَيِّنَةِ لِدِي الْفُقَهَاءِ.

^١ ابن القيم، *الطُّرُقُ الحُكْمِيَّةُ*، ص ٢٤.

^٢ ابن القيم، *أعلام الموقعين*، ج ١، ص ٧١.

^٣ انظر، البهري، من طُرُقِ الإِثْبَاتِ فِي الشَّرِيعَةِ وَفِي الْقَانُونِ، ص ١٠.

^٤ المرجع السابق، ص ١٢.

وبناءً على هذا الأصل المختلف فيه اختلفوا في المسألة الفرعية الأخرى — كما ذكرنا — وهو: اختلافهم في إطلاق الإثبات أو تقييده وحصره، فمما لا شك فيه أن أدلة الإثبات القضائي لها دورها وخطرها في حماية الحقوق، وفصل الخصومات، ولذلك كان محل اهتمام الشريعة، وعناية الفقهاء، وقد انقسموا حول هذه المسألة إلى فريقين:

الفريق الأول:

وهم جهور الفقهاء، وقد ذهبوا إلى القول بحصر أدلة الإثبات في أنواع معينة، وهي ثلاثة: الشهادة واليمين والإقرار، ويلحق بها التكول عنها^١، غير أن فريقاً من الفقهاء يحدد طرق الإثبات ويحصرها في سبعة: البينة، والشهادة، والإقرار، واليمين، والتوكول، والقسامة، وعلم القاضي، والقرينة القاطعة.^٢

ومجلة الأحكام العدلية، وهي تقنن لأحكام المذهب الحنفي قد عدلت طرق الإثبات في المواد: ١٥٧٢—١٧٤٣، منها: الشهادة والخط والقرائن واليمين والتوكول والإقرار، وكذلك مجلة الأحكام الشرعية.

ولا يجوز الخروج عن هذه الطرائق المذكورة إلا بضرورة اقتضتها رعاية مصالح الناس، مع إعطاء القاضي دوراً إيجابياً في تقدير الدليل، ومنحه سلطة في توجيه الإثبات في بعض الأحيان. وحصر أدلة الإثبات وتنظيمها وسيلة من وسائل الاحتياط مما قد يعتري القاضي من حور وتحكم، فهو بشر كسائر البشر وعرضة للخطأ، وهو ضمان لتحقيق مبدأ العدالة الذي يضمن مصالح الناس في كل زمان ومكان^٣، واستقرار للمعاملات.

من أجل ذلك اختلف الفقهاء في قضاء القاضي بعلمه؛ إذ لا يؤمن على التقى أن يتطرق إليه التهمة، فإذا لم يعتمد القضاة على طرق محددة محصورة في استفادة غلبة ظتهم للحكم

^١ عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقى (بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣ م)، ج ٩، ص ١٤٥، ٢١٧، ٢٧١؛ محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجهد ونهاية المقصد (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ٢٠٠٤ م)، ج ٢، ص ٣٨٦ - ٣٩٣.

^٢ محمد أمين صلاح الدين بن عابدين، حاشية ابن عابدين (بيروت: دار الثقافة والتراث، د.ط، ٢٠٠٠ م)، ج ٥، ص ٣٥٤؛ محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات، ص ١٨٥.

^٣ علي رسلان، نظام إثبات الدعوى وأداته في الفقه الإسلامي والقانون (القاهرة: دار الدعوة، د.ط، ١٩٩٦ م)، ص ٧٩ - ٨٦؛ عثمان بن علي بن معن الزبيعي، تبيان الحقائق (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٠ م)، ج ٤، ص ٣٥٤؛ زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، رسائل ابن نجيم (بيروت: دار مكتبة الحلال، ط ١، ١٩٨٠ م).

عما قضاها لكان الأمر متروكاً للحدس والتخمين، مما يؤدي إلى زعزعة المعاملات واضطراب الناس^١، واختلاف القضاة في التأويل والتقدير مما ينشأ عنه اختلف في توزيع العدالة. وذهب هذا الفريق أيضاً إلى أنه إذا فتح باب الأدلة ولم يقيد بطائفة معينة تطمئن إليها نفوس الناس كانت أرواح الناس وأموالهم عرضة للضياع والإتلاف؛ لأنَّ حاكماً ظلماً لا ي عدم أن يقول ثبت عندي كذا بأماراة كذا. من أجل هذا وجوب حصر الأدلة وعدم التوسيع فيها.^٢

ثم إنَّ اشتراط طرق معينة في الإثبات — بصفة عامة — هو قيد مقرر لمصلحة المتهم. ومن مظاهر تقيد الأدلة في الفقه الإسلامي: ترتيب الأدلة على نحو معين والالتزام بهذا الترتيب. وضرورة الإثبات بشاهدين وعدم الاكتفاء بشهادة واحد إلا في حالات استثنائية. وإلزام القاضي بالأخذ بالشهادة إذا توافر نصاها.

ومن ذلك ما قال به بعض الفقهاء من أنه لا يجوز سماع البيئة، ولا الحكم بها إلا بناءً على طلب المدعى.

ومنه تقيد القاضي والخصوم بائر اليمين، فقد نصَّت مجلة الأحكام العدلية على أن لا تكون اليمين إلا في حضور الحاكم أو نائبه، ولا اعتبار بالنكول عن اليمين في حضور غيرهما.^٣ نعم إنَّ الأصل في الدليل الإباحة، ولإنسان استبطاطه من كُلَّ فعل أو حال يصل إلى بيان الحق وإثباته؛ إلا أنَّ من الأعمال ما لو ترك دليلاً بخرد الاجتهاد يتطرق إليه الاضطراب ويدعو إلى طول النزاع فيكثر الفساد، ولا تستقيم أحوال الناس.^٤

^١ المصدر السابق، ص ٨٣.

^٢ أحمد إبراهيم، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية (ط٣، ١٩٨٥م)، ص ٣٠ - ٣٩.

^٣ المادة ١٧٤٤، مجلة الأحكام العدلية.

^٤ أحمد إبراهيم، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية، ص ٣١. وفي مجال القانون المدني أيضاً فليس لكلَّ ذي حقٍ أن يختار ما يرضاه من طرق الإثبات دليلاً على حقَّه، بل من الأدلة ما منعه القانون ومنها ما خصصه، فمنع الإقرار واليمين والشهادة والقرائن والمحركات العرفية ذات التاريخ غير الثابت في إثبات المبة (المادة ٤٨ من القانون المدني المصري)، وفي إثبات الحياة إنْ كان الرهن منقولاً (المادة ٤٩)، ومنع الشهادة والقرائن مطلقاً في الإحارة (المادة ٣٦٣)، وخصص الشهادة في جميع الأحوال الأخرى بما لا تزيد قيمتها على ألف قرش إلا استثناءات بينها على سبيل التحديد. انظر، المصدر السابق، ص ٣١.

الفريق الثاني:

أبرز أنصاره — كَمَا ذُكْرَنَا — ابن القِيمِ وشیخه ابن تیمیة، وهذا الرأی يذهب إلى إطلاق حرّیة الإثبات وعدم تحديد طریق مُعینَة يتقدّم بها الخصوم أو القاضی، بل يباح للخصوم أنْ يقدموا من الأدلة ما يستطيعون به إقناع القاضی بصحة دعواهم، كَمَا أَنَّ القاضی لا يتقدّم بأى نوع من الأدلة^١، وله أَنْ يقبل من الأدلة ما يراه منتجًا في الدَّعَوَى ومثبتاً لها لذلك وجوب ترك الإثبات حراً.

وقد ذكر ابن القِيمِ رحمة الله ستة وعشرين طریقاً للقضاء.
وذكر أَنَّ للخصوم أنْ يقدموا من الأدلة ما يستطيعون به إقناع القاضی بصحة دعواه
وللقاضی أنْ يقبل من الأدلة ما يراه مثبتاً للدعوى^٢.

وهذه الطریقَ، هي — كَمَا ذُكْرَهَا —

١. الإنكار المُحرَّد مع عدم وجود البَيِّنة، كالدين على الميت، أو من يدعى أنه أوصى له.
٢. اليد المُحرَّدة وهي حيازة الشيء، فالحيازة دليل على التملك، أو قرينة عليه غالباً، فمن كان وصياً على طفل أو مجنون وفي يده شيء انتقل إليه عن أبيه فلا تقبل عين في ذلك متنى عدمت البَيِّنة، ويحكم بمحرد الحيازة.
٣. اليمين وهي غالب الأحوال عند عدم وجود بَيِّنة ومع يمين صاحبها.
٤. التكُول عن اليمين.
٥. رد اليمين فيجوز في أحوال مُعینَة أن يردها من طلبها منه إلى من طلبها.
٦. الشَّاهد الواحد بلا يمين في بعض الأمور كرؤبة الملال وأهل الخبرة.
٧. الشَّاهد مع اليمين.
٨. شهادة الرجل الواحد والمرأتين.
٩. الشَّاهد مع التكُول.
١٠. شهادة امرأتين ويمين المدعى في الأموال والحقوق.
١١. شهادة امرأتين فقط دون عين في شئون النساء تحت الشاب.
١٢. شهادة ثلاثة رجال كَمَا في دعوى الإعسار بعد غنى.

^١ علي رسلان، نظام إثبات الدَّعَوَى وأدلة، ص. ٦٧.

^٢ ابن القِيمِ، الطریق الحکمیَّة، ص. ٢٥.

١٣. شهادة أربعة رجال في حد الرّبْتَأ.
١٤. شهادة العبد والأمة في كُلَّ مَا تقبل فيه شهادة الحر والحرة مع بعض الخلاف.
١٥. شهادة الصبيان والمميزين مع خلاف فتهي.
١٦. شهادة الفاسق في بعض الصُّور.
١٧. شهادة الكافر على مثله وعلى المسلم في وصيته في السَّفَر.
١٨. الإقرار ويراه أقوى الأدلة من صدر عن رضا كامل.
١٩. علم القاضي مع خلافات بين الفُقَهَاء في ذلك.
٢٠. التواتر.
٢١. الحكم بالاستفاضة، وهي انتشار الخبر بين جمِعٍ كبيرٍ من الحَيِّ أو المهنَة.
٢٢. الحكم بأخبار الآحاد.
٢٣. الحكم بالخلط وهي الكتابة.
٢٤. الحكم بالقرائن.
٢٥. الحكم بالقرعة.
٢٦. الحكم بالقافة.^١
- يقول ابن القيم في **الطُّرُقُ الْحَكْمِيَّةِ**: فإنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ أَرْسَلَ رَسُولَهُ وَأَنْزَلَ كِتَبَهُ لِقَوْمِ النَّاسِ بِالْقُسْطِ، وَهُوَ الْعَدْلُ الَّذِي قَامَتْ بِهِ الْأَرْضُ وَالسَّمَاوَاتُ، فَإِذَا ظَهَرَتْ أَمَارَاتُ الْعَدْلِ وَأَسْفَرَ وَجْهَهُ بِأَيِّ طَرِيقٍ كَانَ، فَثُمَّ شَرَعَ اللَّهُ وَدِينُهُ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ وَأَعْدَلُ أَنْ يَخْصُّ طُرُقَ الْعَدْلِ وَأَمَارَاتِهِ وَأَعْلَامَهُ بِشَيْءٍ، ثُمَّ يُنْفِي مَا هُوَ أَظَهَرَ مِنْهَا، وَأَقْوَى دَلَالَةً، وَأَبْيَانَ أَمَارَةً، فَلَا يَجْعَلُهُ مِنْهَا، وَلَا يَحْكُمُ عَنْدَ وُجُودِهَا وَقِيامِهَا، بَلْ قَدْ يَبْيَأَ سُبْحَانَهُ بِهِ شَرْعَهُ، وَقِيامَ النَّاسِ بِالْقُسْطِ، فَأَيِّ طَرِيقٍ اسْتَخْرَجَ بِهِ الْعَدْلُ وَالْقُسْطُ فَهُوَ مِنَ الدِّينِ وَلَيْسَ مُخَالَفَةً لَهُ.
- وَالبَيِّنَةُ فِي كَلَامِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَكَلَامِ الصَّحَابَةِ اسْمُ لِكُلِّ مَا يُبَيِّنُ الْحَقَّ، فَهِيَ أَعْمَمُ مِنَ الْبَيِّنَةِ فِي اصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ حِيثُ خَصُّوْهَا بِالشَّاهِدِيْنَ أَوِ الشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ.^٢

^١ ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص ١١٨-٢٤١؛ عبد الرحمن عبد العزيز القاسم، الإثبات والوثيق أمام القضاء (القاهرة: مطبعة السعادة، ١٩٨٢م)، ص ٤٦.

^٢ ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص ١٨.

ويظهر من أقوال هؤلاء أنهم يرون إطلاق الإثبات من كُلّ قيد، فَلَا يلتزم القاضي ولا الخصوم بأدلة محددة، وإنما يترك الخصوم وشأنهم في أنْ يقدموا ما يرون من أدلة، كما أنَّ القاضي حرٌّ في أنْ يأخذ بدليل دون غيره ممَّا يقدمه الخصوم، ويجوز للقاضي عندهم أنْ يترك البُيُّنة ويكون قناعته من قرينة يستنبطها هو.

فهم يرون أنَّ في تقييد الإثبات وحصره في طُرُق معيَّنة مضيعة لحقوق الله وعباده، وتعطيلًا لها.

يَقُول ابن القِيم: إنَّ الشارع لا يرد حَقَّاً متى ظهر بدلله -ويقصد القرينة- فيضيّع حقوق الله وعباده.

وقد ترجم القرينة عَلَى البُيُّنة، ومثل ابن القِيم لذلك بصورة من عَلَى رأسه عمامة وبده عمامة وآخر خلفه مكشوف الرأس يدعو أثره، ولا عادة له بكشف رأسه، وانتهى إلى أنَّ هذه قرينة عَلَى أنَّ الأوَّل يَكُون سارقاً.

ينبني عَلَى ذلك أنَّ شهادة الشُّهُود تخضع لتقدير القاضي، فلو رأى في الشَّهادَة أنَّ الواقع يكذبها طرحتها ولم يعوَّل عليها.

كَمَا لو شهد أربعة رجال عَلَى رجل بالزنا فوجد الرَّجل محبوبًا.

أو شهدوا عَلَى امرأة بالزنا فوُجِدت المرأة رقيقة، فَلَا حدَّ عَلَى المشهود عليه، وعَلَى الشُّهُود حدَّ القذف لما تبيَّن للقاضي في هذه الحالة من كذبهم في الشَّهادَة.

والإقرار أيضًا يخضع لتقدير القاضي، فَلَا يلزمه الأخذ به إذا صاحت الإقرار قرائن يترجع معها حال الكذب فيه عَلَى حال الصَّدق، كإقرار إحدى المرأتين اللتين ادعينا الولد أيام نبِي الله سليمان حيث قال: ائتوني بالسَّكين أشْقَهُ بينهما، فسمحت الكبرى بذلك، وقالت الصُّغرى لا تفعل رحمك الله، هو ابنها، فقضى به للصُّغرى استدلالاً من شفقة الصُّغرى عَلَى الولد وعدم رضاها بشَّقَّه، عَلَى أنَّه أمَّه^١، على الرغم من إقرارها بأنَّ الأخرى هي أمَّه، لتلك القرينة التي صاحت ذلك القرار.

إنَّ الإسلام عمل عَلَى حفظ حقوق النَّاس وتحقيق العدالة من وراء تشريعه لقواعد الإثبات؛ حتى لا تضيع الحقوق عَلَى أربابها، ولا يجد الجرمان مجالاً لارتكاب جرائمهم، وحتى لا يحكم للمدعين ب مجرد دعواهم، ولا يعاقب كُلَّ متهم ب مجرد التَّهمة.

^١ المصدر السابق، ص. ٥

إن الشرع الإسلامي إذا كان قد بَيَّن طُرُق الإثبات وفصل قواعدها المُهِمَّة، فإنه لم يلغ طرفاً آخر لِلإثبات إذا حصل بها من العلم واليقين في نفس القاضي، أو عَلَى الأقل مَا يشبه اليقين أو غلبة الظُّنُّ، أو علم الطمأنينة.

إن الشرع لن يرفض هذه الوسائل العلمية الجديدة التي لم يكن أسلافنا يعرفونها، والتي هي من ثمار التقدُّم العلمي والتَّطْوُر التكنولوجي؛ إذ إنَّ هذا الدين ليس دين الشكليات، وإنما هو دين يعطي كُلَّ أهميَّة للمقاصد والغايات. إنَّ وسائل الإثبات هذه ليست من الأمور التعبدية التي يقتصر فيها عَلَى ما ورد في النصوص، وبالتالي لا يجوز الخروج عنها أو الخروج عليها، وإنما هي أقرب إلى المعاملات ومراعاة مصالح الناس و حاجاتهم، فلذلك يقبل منها كُلَّ وسيلة تؤدي إلى مراعاة المصلحة العامة في تحقيق الأمن والطمأنينة والعدالة ومحاربة الجريمة والفساد وإثبات الحقوق.^١

إنَّ الْبَيْنَةَ يراد بها كُلَّ مَا يُبَيِّنُ الْحَقَّ وَيُظْهِرُهُ بِالْقَدْرِ الَّذِي يَعْثُثُ الثَّقَةَ فِي نَفْسِ الْقَاضِيِّ، وَيُدْفِعُهُ إِلَى الْحُكْمِ وَهُوَ مُطْمَئِنٌ إِلَى ثَبَوتِ مَا يَحْكُمُ بِهِ.^٢

وبعد هذا العرض لآراء الفريقين وحجتهم يبدو أن الرأي الآخر، هو: القول بأنَّ الإثبات له نظام وسط في الفقه الإسلامي يجمع بين التقييد والإطلاق، وهو ما يسميه فقهاء القانون بالظام المختلط، وهذا منه عَلَى ضوء واقع نظام القضاء والدعوى في الفقه الإسلامي.

ففي جرائم الحدود:

فإنَّ وسائل الإثبات مخصوصة ومُحدَّدة، وبشروط مشددة — عَلَى رأي الجمهور —.

وأما في جرائم التعازير:

فإنَّ وسائل الإثبات فيها غير مُقيَّدة ولا مخصوصة، بل هي مطلقة دون قيد أو حصر؛ إذ أجازت للحاكم وضع عقوبات بناءً عَلَى مَا تقتضيه مصالح العباد.

ويُدْلِلُ واقع القضاء الإسلامي عَلَى أنَّ جرائم التعازير كانت ثبتت بكلفة طُرُق الإثبات. فالفقه الإسلامي إذاً يجمع بين التشدُّد في أدلة الإثبات وحصرها وتقييدها تارةً، وبين إطلاقها والخفيف من التشدُّد تارةً أخرى، لأجل تحقيق العدالة للمجتمع وللفرد؛ إذ إنَّ مصلحة الجماعة هي في استئصال جذور الفساد ومحاصرة المجرمين وإدانتهم، وهذا يدعو إلى عدم ترك الجرم يفلت

^١ عدنان حسن عزرازة، حُجَّةُ القرآن في الشُّرِيعَةِ الإِسْلَامِيَّةِ (عمان: دار عمار للنشر، ١٩٩٠م)، ص ١٧٩.

^٢ محمد بن معحوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي (دار الحديث الحسينية، ١٩٨٤م)، ص ٣٧٧.

من العقاب بمحنة أن دليل الإثبات ليس من بين الأدلة المخصوص عليها، ومع ذلك فإن مصلحة الفرد تقتضي ألا يدان بريءاً أو توقع على مذنب عقوبة غير متناسبة مع جسامته جرمه. وفي التشدد في إثبات بعض الجرائم تأكيد لحق الإنسان في المحافظة على سمعته واعتباره وعدم المساس بذلك إلا بناء على أدلة قاطعة ومحددة.

ومن هذا المنطلق كان نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية أحقر ما يكون على التوفيق بين هذه الاعتبارات المتعارضة، فلم يكن نظاماً جاماً، وإنما هو يتسم بالتشديد والتقييد عندما تقتضي ظروف الجريمة والعقوبة ذلك، ويتحفظ منها عندما لا يحتاج الأمر هذا التشدد والتقييد.^١

المطلب الثاني: في التشريعات الوضعية نبذة عن طرق الإثبات:

تکاد تجمع الأنظمة الوضعية على أن طرق الإثبات سبعة:
الكتابة، والشهادة، والقرائن، والإقرار، واليمين، والمعاينة، والخبرة.^٢
وفيما يلي بيان ذلك:

١— الكتابة:

وهي أقوى طرق الإثبات، ولم تكن لها هذه القوّة قدّيماً بل كان المقام الأول للشهادة في وقت لم تكن فيه الكتابة منتشرة، بل كانت الغلبة للأمية، فكان الاعتماد على الرواية دون القلم، هكذا كان الأمر، ثم أخذت الكتابة تنتشر، وساعد على ذلك اختراع الطباعة، فعلت الكتابة على الشهادة، وصار لها المقام الأول إذا خلت من احتمال التزوير، وقد رسم قانون المرافعات إجراءات معيّنة للطعن في الكتابة بالإنكار أو التزوير.

^١ مأمون سلام، "المبادئ العامة للإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي"، مجلة العربية للدفاع الاجتماعي، العدد ١، أكتوبر، م ١٩٧٩.

^٢ انظر، قانون الإثبات المصري، من المقادير ١٠—١٦٢. والمادة ١١ من قانون الإثبات السوداني. والمادة الأولى من قانون الإثبات السوري. والفصل ٤٢٧ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية. والمادة ٤٠٤ من قانون الالتزامات والعقود المغربي. والماد ٩٢—٨ من قانون الإثبات الكوري. انظر، محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية (الرياض: عمادة شؤون المكتبات، د.ط، ١٩٨٨م)، ص ١٨٥.

٢— الشهادة أو البيينة:

لَقَدْ كَانَتْ مِنْ أَقْوَى الْأَدْلَةِ فِي الْمَاضِي كَمَا قَدَّمْنَا، ثُمَّ أَصْبَحَتْ طَرِيقًا لِلْإِثْبَاتِ ذَاتِ قُوَّةٍ مَحْدُودَةٍ لَمَا يَتَطَرَّقْ إِلَيْهَا مِنْ عَوْمَلِ الْضَّعْفِ، كَاحْتِمَالِ كَذِبِهِمْ، وَتَعْرُضِ ذَاكِرَةِ الشُّهُودِ لِلنْسِيَانِ، وَقَدْ تَخَذَّلُمُ الدِّقَّةُ فِي أَدَاءِ الشَّهَادَةِ، لِذَلِكَ لَا يَجُوزُ إِثْبَاتُ التَّصْرِيفَاتِ الْقَائِنُوَيَّةِ بِالشَّهَادَةِ إِلَّا فِي حَالَاتِ اسْتِثنَائِيَّةٍ، وَتَرْكُ لِلْقَاضِيِّ التَّقْدِيرَ الْأَعْلَى فِي الْأَخْذِ بِهَا إِذَا أَقْنَعَهُ أَوْ فِي اطْرَاحِهَا إِذَا هُوَ لَمْ يَقْتَنِعْ.

٣— القرائن:

جَعَلَتِ الْقَرَائِنُ مِنْ حِيثُ قُوَّتِهَا فِي إِثْبَاتِ بِعْتَلَةِ الشَّهَادَةِ ذَاتِ قُوَّةٍ مَحْدُودَةٍ، وَلَا يَجُوزُ قَبُولُهَا إِلَّا حِيثُ تَقْبِلُ الشَّهَادَةُ.

وَلَمْ يَرْسِمْ قَائِنُونَ الْمَرَافِعَاتِ لِلْقَرَائِنِ إِجْرَاءَاتٍ مُعَيَّنَةً، فَجَمِيعُ الْأَحْكَامِ الْخَاصَّةِ بِهَا أَحْكَامٌ مُوْضِعَيَّةٌ، وَهِيَ مُتَنَاثِرَةٌ فِي جَمِيعِ نَوَاحِيِ الْقَائِنُونِ.^١

٤— الإقرار:

إِذَا صَدَرَ الإِقْرَارُ مِنَ الْخَصْمِ عَلَى نَفْسِهِ بِحَقِّ خَصْمِهِ لَا يَكُونُ فِي الْوَاقِعِ مِنَ الْأَمْرِ طَرِيقًا لِإِثْبَاتِ هَذَا الْحَقِّ، بَلْ إِعْفَاءً مِنْ إِثْبَاتِهِ، وَنَزَوْلًا مِنْ الْخَصْمِ الْمُقْرَرِ عَنْ حَقِّهِ فِي مَطَالِبِهِ خَصْمِهِ بِإِثْبَاتِ مَا يَدْعِيهِ، وَهُوَ حُجَّةٌ قَاسِرَةٌ عَلَى الْمُقْرَرِ دُونَ غَيْرِهِ.

٥— اليمين:

إِنَّهَا طَرِيقُ إِثْبَاتِ مِنْ وِجْوهِهِ، وَهِيَ:

إِذَا حَلَفَهَا مِنْ وِجْهِهِ إِلَيْهِ فَقَدْ ثَبَتَ حَقَّهُ بِيَمِينِهِ، وَإِذَا نَكَلَ دُونَ أَنْ يَرْدِهَا، فَقَدْ ثَبَتَ حَقُّ خَصْمِهِ بِنَكْوَلِهِ.

وَإِذَا رَدَهَا إِلَى الْخَصْمِ فَحَلَفَ فَقَدْ ثَبَتَ حَقُّ الْخَصْمِ بِيَمِينِهِ.

وَإِذَا رَدَهَا إِلَى الْخَصْمِ فَلَمْ يَحْلِفْ فَقَدْ ثَبَتَ حَقُّهُ بِنَكْوَلِ خَصْمِهِ.^٢

^١ المادَّةُ ٢٥٣—٢٩١، قَائِنُونَ الْمَرَافِعَاتِ الْمَصْرِيِّ؛ السَّنَهُورِيُّ، الْوَسِيْطُ فِي شَرْحِ الْقَانُونِ الْمَدِينِيِّ، ج٢، ص٨٩ - ٩٢.

^٢ السَّنَهُورِيُّ، الْوَسِيْطُ فِي شَرْحِ الْقَانُونِ الْمَدِينِيِّ، ج٢، ص٩٣.

٦ـ المعاينة:

وهي انتقال المحكمة لمشاهدة عين المتنازع عليه عقاراً كان أو منقولاً. أو مشاهدة محل النزاع؛ إذ قد ترد المعاينة على الأشخاص عندما يعاين القاضي ما بالشخص من إصابات، وذلك لإثبات الضرر الذي أصابه لما يدعيه من خطأ المدعى عليه^١. وتعد المعاينة من أهم الأدلة الموصولة إلى الحقيقة.

٧ـ الخبرة:

وهي نوع من أنواع المعاينة التي تحصل لاً بواسطة المحكمة، وإنما بواسطة أهل الخبرة المختصين.^٢

والأنظمة الوضعية ينمازها مبدأً في تنظيم قواعد الإثبات:
الأول: إظهار الحق بجميع الطرق دون قيد لمنع الظلم وإقرار العدالة، وإعطاء كل ذي حق حقه ولو بالتضحيّة في استقرار التعامل.

الثاني: لأجل استقرار المُفْعَل وتنظيم التعامل لا بد من وضع الضوابط على حرية القاضي والمتقاضي، ذلك لأن الجميع بشر، مما يحتمل معه جنوحهم وانحيازهم عن الحق. لذلك لا يجوز الإثبات إلا بالكيفية التي تقررها الصوص ووفق الإجراءات التي تحددها، ولو على حساب العدالة، لأجل ذلك اختلفت النظم وتعددت وجهات النظر في التشديد وحصر وسائل الإثبات والتضييق على حرية القاضي، وبين التسامح والتساهل في إثبات الواقع بأية وسيلة.

فالتشريعات الوضعية في النظر إلى طرق الإثبات لها ثلاثة نظم، وأهم شيء في هذه النظم الثلاثة لكي يحكم على صحة أي نظام منها أو فساده هو حسن تطبيقه، وسلامة تنفيذه، فإن أحسن القاضي تطبق النظام بدت مزاياه، وإن أساء تطبيقه بدت عيوبه، وهذه النظم هي:

النظام الأول: وهو المذهب الحر:

ويسمى أيضاً بنظام الأدلة الإقاعدية أو المذهب المطلق، وهو الذي لا يحدد أدلة معينة للإثبات، وفيه يترك القانون الخصوم أحرازاً يقدّمون الأدلة التي يستطيعون إقناع القاضي بها،

^١ المصدر السابق، ج ٢، ص ٩٩؛ عبد المنعم فرج الصدة، قواعد الإثبات، ص ٦٦.

^٢ المصادر السابقة؛ محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، ص ٣٢٦.

ويترك القاضي في تكوين اعتقاده من أي دليل يقدم إليه. وهذا الاتجاه يسهل للقاضي الوصول إلى الحقيقة بغير قيد يجعل الحقيقة القضائية مطابقة للحقيقة الواقعية، وهو ما تقر به عين العدالة. والمذهب الحر في الإثبات أخذت به الشرائع الجرمانية والأنجلوسكسونية (القانون الألماني، والسويسري، وإنكليزي، والأمريكي إلى حد كبير).

وقد اعترض على هذا الاتجاه:

بأن القاضي إذا جاز وتحكم في تعين طرق الإثبات وتحديد قيمتها آنذاك مآل القضاء عن العدالة، وابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية، أكثر من ابعادها في المذهب المقيد.^١
إن إطلاق الحرية للقاضي في الإثبات يعطي له سلطة واسعة لا حد لها، وهو بشر غير معصوم من الخطأ، ولا متزه عن الغرض، ويتيح له أن يقضي بعلمه الشخصي.^٢

فالقاضي في هذا النظام حر في قبول ورد أية بينة لم يقنع بها.
وفي هذا المبدأ تختلف الشريعة عن القانون.

لأن القاضي في الشرع ملزم باتباع بعض القواعد المحددة سلفاً، ولا يجوز اتباع غيرها.
ففي مجال الشهادة مثلاً لا يجوز إثبات الرنا إلا بأربعة شهود.
أما في القانون، وتحديداً في هذا الاتجاه الحر، فقد يأخذ القاضي بشهادة واحد وقد لا يقنع بشهادة جم من الناس، وإن طابت الدعوى؛ لأن الأمر مبناه على قناعة القاضي.
النظام الثاني: هو المذهب المقيد بالأدلة القانونية، والمحدد لطرق الإثبات على سبيل الحصر، ويتقييد بذلك الخصوم والقاضي.

وهذا النّظام بين الشروط الالازمة في كُل دليل، وتحديد قوته بالنسبة إلى غيره، فإذا قام الدليل واستوفى شروطه التزم به القاضي ووجب عليه الحكم بالإدانة ولو كان مقتضاً في قرارة نفسه بغير مؤدي الدليل.

وإذا تخلف الدليل أو اختلت شروطه وجب الحكم بالبراءة ولو اعتقد القاضي خلاف ذلك. وميزة هذا الاتجاه أنه يكفل المساواة بين المتهمين. وهو يسلب القاضي سلطة التقدير بالنسبة لجمع الأدلة، وهذا ما يكفل الثبات في التعامل.

^١ علي رسلان، نظام إثبات الدّعوى، ص ٥٠؛ الوسيط، ج ٢، ص ٢٨.

^٢ عبد الحفي حجازي، الإثبات في المواد المدنية (طبعة ١٩٥٧ م)، ص ٩.

^٣ عبد الناصر أبو البصل، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون (عمان: دار النافع، ط ١، ٢٠٠٠ م)، ص ٣٢٠.

وفي أيضاً حماية للمتقاضين من مخاطر تحكم القضاة وأخطائهم؛ لأنَّ جور القاضي وتحكمه محتمل لو أطلقت يده في تحرِّي الحقيقة دون تقديره بالأدلة التي يعتمد عليها في ثبوت الدَّعوى.

وكذلك لو ترك للقاضي الحرَّية المطلقة في إثبات الدَّعوى لأدى ذلك إلى اختلاف القضاة في التأويل والتَّقدير مما ينشأ عنه اختلاف في توزيع العدالة، وهو يُؤدي إلى جعل مصائر الخصوم ومصالحهم معلقة بمحض تقدير قضائهما، وهذا التَّقدير عرضة لأنْ يتطرَّق إليه الهوى والقصور.

ففي تقدير الإثبات كفالة حسن سير العدالة.

ويتحقق أيضاً بهذا التعين قاعدة احترام الوضع الثابت أصلاً، فالاصل في الإنسان براءة الذمة من كُلَّ التزام، ومن يَدْعُى ما يخالف هذا الأصل أنْ يقيم الدليل على دعواه؛ لأنَّ "البينة على من يَدْعُى خلاف الأصل".

لذلك قررت محكمة النقض المصرية أنَّ الأصل هُوَ براءة الذمة وانشغلماها عارض، ويقع الإثبات عَلَى عاتق من يَدْعُى ما يخالف الثابت أصلاً، مُدعِياً كان أو مُدعى عليه.

والذهب المقيد في الإثبات هو الاتجاه العام في الفقه الإسلامي.

النظام الثالث: الذهب المختلط.

وهذا النَّظام خليط من النظائر يجمع بين الإثبات المطلق، والإثبات المقيد.

وفي هذا النَّظام تترجح خصائص النظائر الأصلين، وإنْ كانت التشريعات تتفاوت فيما بينها في درجة الامتزاج، فمنها مَا يغلب النَّظام الأوَّل، ومنها مَا يغلب الثاني، بل إنَّ منها مَا يغلب الأوَّل في مجال، والثاني في مجال آخر.

وهذا الذهب يَقول عنه علماء القانون أنَّه خير المذاهب جميعاً، فهو يجمع بين ثبات التعامل بما احتوى عليه من قيود، وبين اقتراب الحقيقة الواقعية من الحقيقة القضائية بما أفسح فيه للقاضي من حرَّية التَّقدير. وقد أخذت به معظم التشريعات المعاصرة بوجه عام.^١

^١ السنوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، ص ٣٩-٣٨؛ محمود مصطفى، الإثبات في المواد الجنائية، ص ٧ وما بعدها؛ جيل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية (دار النهضة العربية، د. ط، ١٩٨٢)، ص ٨؛ عبد الودود بخي، دروس في قانون الإثبات (دار النهضة العربية، ١٩٧٠)، ص ٤ وما بعدها؛ علي رسلان، نظام إثبات الدَّعوى وأدله، ص ٢٢، ٦٠؛ عبد الحفيظ حجازي، الإثبات في المواد المدنية، ص ٨.

فالقانونيون يعملون بكل الرأيين، ففي بعض القضاء يحددون طرُق الإثبات، وفي أخرى يطلقوها. ففي الدعاوى الجنائية (الجنایات، الجنح، المخالفات) فإنّهم يتقدرون مع رأي ابن تيمية ومن وافقه في عدم تحديد طرُق إثباتها، ويتركون للقاضي تكيف الواقع والأخذ بما يراه مفيناً في الإثبات. وفي الدعاوى المدنية والتجارية يوافقون رأي الجمهور ويجعلون الإثبات في طرُق معيّنة، هي: الكتابة، والشهادة، والإقرار، واليمين، والقراءن، والمعاينة. غير أنّهم لا يأخذون بهذه الطرُق جميعها في إثبات كُلّ دعوى مدنية أو تجارية.

ففي الدعاوى المدنية في مصر والتي تزيد قيمتها على ألف قرش لا يقبل الإثبات فيها غير الكتابة (مادة ٨٠ / ٢١٥ مدني)؛ إلا في حالات استثنائية كفقد السند من صاحبه بقوة قاهرة بحرق أو غرق أو سرقة مثلاً، هنا أباح القانون الإثبات بالشهود والقراءن.^١

وما هو حديـر باللحظـة أنـ هذا النـظام في التـشريعـات الـوضعـية قد وضعـ الأـدلة الـكتـابـية في المـقام الأولـ، وهي مـقدمة عـلـى الشـهـادـةـ، فـلا يـجوزـ أنـ يـثبتـ بالـشـهـادـةـ ماـ كـانـتـ قـيمـتهـ تـرـيدـ علىـ مـبـلـغـ معـيـنـ، وإنـماـ تـبـتـ بـالـكتـابـةـ، وهـنـا يـخـتـلـفـ القـانـونـ عـنـ الشـرـيعـةـ فـيـ هـذـهـ المـسـأـلـةـ.^٢ إنـ لـلـقـاءـنـ دورـاـ مـعـتـرـباـ فـيـ إـثـبـاتـ فـيـ هـذـاـ النـظـامـ؛ إذـ إـنـ الـأـصـلـ فـيـ الـحـاكـمـاتـ الـجـنـائـيةـ هوـ اـقـتـاعـ الـقـاضـيـ بـنـاءـ عـلـىـ الـأـدـلـةـ الـمـطـرـوـحةـ عـلـيـهـ، فـلـهـ أـنـ يـكـوـنـ قـنـاعـتـهـ مـنـ أـيـ دـلـيلـ أوـ قـرـيـنةـ يـرـتـاحـ إـلـيـهـ؛ إـلـاـ إـذـاـ قـيـدـهـ الـقـانـونـ بـدـلـيلـ مـعـيـنـ يـنـصـ عـلـيـهـ.

ويذهب القضاـءـ عمـومـاـ فـيـ التـشـريعـاتـ الـوضـعـيةـ الـخـدـيـثـةـ إـلـىـ أـنـهـ يـجـوزـ إـثـبـاتـ بـالـقـاءـنـ كـدـلـيلـ مـسـتـقـلـ وـقـائـمـ بـعـرـفـهـ دونـ اـسـتـلـازـ وـجـودـ أـدـلـةـ أـخـرـىـ، بـعـنـيـ أـنـ الـحـكـمـ الـذـيـ يـسـتـنـدـ فـقـطـ إـلـىـ قـاءـنـ أـوـ دـلـائـلـ يـكـوـنـ سـلـيـمـاـ لـأـ غـبـارـ عـلـيـهـ طـالـاـ أـنـ اـسـتـخـلـاصـهـ لـلـنـتـيـجـةـ الـتـيـ وـصـلـ إـلـيـهـ كـانـ مـسـتـسـاغـاـ عـقـلـاـ وـمـنـطـقـاـ.^٣

وـهـنـاكـ اـجـاهـ يـرـىـ أـنـهـ لـأـ يـجـوزـ لـلـمـحـكـمـةـ أـنـ تـسـتـنـدـ فـيـ حـكـمـهـ إـلـىـ قـرـيـنةـ وـاحـدةـ؛ إذـ إـنـ الـقـرـيـنةـ الـواـحـدةـ مـهـمـاـ كـانـتـ دـلـالـتـهـاـ فـيـ نـاقـصـةـ.^٤

^١ البهـيـ، مـنـ طـرـقـ إـثـبـاتـ، صـ١٤ـ.

^٢ أبو البصلـ، نـظرـيـةـ الـحـكـمـ الـقـضـائـيـ فـيـ الشـرـيعـةـ وـالـقـانـونـ، صـ٣١٩ـ.

^٣ نـقضـ، ١٩٦٧/٥/٣٠ـ، السـنةـ ١٨ـ، رقمـ ١٤٧ـ.

^٤ محمدـ مـصـطفـىـ، شـرـحـ قـانـونـ الـإـجـرـاءـاتـ الـجـنـائـيةـ، صـ٤٨١ـ؛ مـامـونـ سـلامـةـ، قـانـونـ الـإـجـرـاءـاتـ الـجـنـائـيةـ مـعـلـقاـ عـلـيـهـ بـالـفـقـهـ وـأـحـكـامـ الـنـقضـ، صـ٧٩٨ـ؛ نـظـامـ إـثـبـاتـ الـدـاعـوـيـ وـأـدـلـةـ، صـ١٧٨ـ.

فالملبدأ العام في الإثبات الجنائي في دائرة القوانين هو حرّيّة الإثبات، ومبدأ حرّيّة الإثبات الجنائي يعتمد على حرّيّة الخصوم في تقديم الدليل و اختياره، وكذلك حرّيّة القاضي في تكوين اقتناعه من الأدلة المقدمة إليه؛ فالقاضي حرّ في اختيار الدليل، وهو أيضاً حرّ في اطمئنانه و اقتناعه بما يعرض عليه من أدلة في إدانة المتّهم أو براءته.

ولكن مع مبدأ حرّيّة القاضي في تقدير قيمة الأدلة؛ فإنه ينبغي ألا يصل ذلك إلى حد التحكم المبني على الحدس والتّخمين، ويضع هذا الحدس والتّخمين موضع أدلة الإثبات. والتحكم هو أن يأخذ من الأدلة ما يشاء، ويترك منها ما يريد دون ضوابط، ودون احترام لقرينة البراءة وضمانات الحرّيّة الشّخصيّة للّمتهم، لذلك لا بدّ للّقاضي أن يقيّد بشروط وضوابط ومعايير يلزم توافرها لبناء حكمه على هذا الاقتناع، منها:

— عدم جواز بناء حكمه على دليل لم يطرح أمامه بالجلسة، وذلك لأجل إتاحة الفرصة للخصوص للاطلاع على الدليل ومناقشته.

— أن يكون الدليل الذي يؤسس اقتناع القاضي واطمئنانه مستمدًا من إجراء صحيح، لا من إجراء باطل؛ لأنّ ما بين على الباطل فهو باطل.

— ألا يبيّن قضاءه على وفق ما يروق له دون اتباع لأحكام العقل والمنطق، بل لا بدّ أن يكون اقتناع القاضي سائغاً عقلاً في استنتاجاته من الواقع والمعلومات.^١

^١ علي رسّان، نظام إثبات الدّعوى وأدّله، ص ١٠٩.

المبحث الثاني:**تقسيم القرائن ودورها في الإثبات
في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي****المطلب الأول: تقسيم القرائن في الفقه الإسلامي**

هناك تقسيمات عدّة للقرائن باعتبارات شّتى:

فتقسم إلى قرائن شرعية وقرائن قضائية باعتبار مصدرها وطرق استنباطها.

وتقسم بحسب مدلولاتها إلى قرائن عقلية وقرائن عرفية.

وتقسم بحسب قوتها وضعفها إلى قرائن قوية وقرائن ضعيفة.

أولاً: تقسيم القرائن إلى قرائن شرعية وقرائن قضائية

تقسم القرائن في الفقه الإسلامي المعاصر إلى قرائن شرعية وقرائن قضائية، وهذا التقسيم لم يرد في كتب الفقه، بل هو مأخوذ من التقسيم القانوني للقرائن^١؛ إذ قسموها إلى قرائن قانونية وقرائن قضائية، ونفضل الأخذ بهذا التقسيم، وذلك لسهولته، وهذا التقسيم قد استحسنَهُ أَحْمَدُ إِبْرَاهِيمَ رَحْمَهُ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ طُرُقُ الْقَضَاءِ، وَسَنُشْرِحُ كُلَّ قَسْمٍ مِنْهُمَا:

أ. القرائن الشرعية:

وهي ما نصّ عليه الشارع من الكتاب أو السنة، أو ما استنبطه الفقهاء باجتهادهم، وتنقسم إلى قسمين أيضاً:

١. القرائن النصية:

وهي التي ورد فيها نصّ من الكتاب أو السنة، وجعلها الشارع أمارة على شيء معيّن، مثل كون الفراش أمارة وقرينة على نسبة الولد إلى الزوج، ومثله الشبه في القافة، واللوث في القسام، والصلمات في زواج البكر للدلالة على رضائهما وموافقتها، ووضع العلامات التي تدلّ على المؤمن، أو تميّز المنافق والكافر عن

^١ أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص ٤٤٢.

غيرها، كَمَا جعل الشَّارع دَمَ الْخِيْضُ أَمَارَةً عَلَى بِرَاءَةِ الرَّحْمِ وَخَلْوَهُ مِنِ الْحَمْلِ، وَرَتَبَ عَلَيْهِ أَحْكَامًا تَعْلَقُ بِاِنْتِهَاءِ الْعَدَّةِ وَمَنْعِ الرَّجُوعَةِ، وَجَوَازِ الْعَدَّةِ عَلَيْهَا مِنَ الْآخِرِ، وَمِنْهَا إِثْبَاتُ الشِّعْرِ قَرِينَةً عَلَى الْبُلوغِ.^١

أَمَّا دور هذه القرائن في الإثبات:

فَإِنَّهَا تَنْقُلُ الْإِثْبَاتَ، فَمَنْ تَقْرَرَتْ الْقَرِينَةُ لِصَالِحِهِ، يُعْفَى مِنِ الْإِثْبَاتِ، فَإِنْ لَمْ يَنْتَهِ الْمَسْوَبُ لِفَرَاشِهِ صَحِيحًا، يُعَدُّ ثَابِتُ النَّسْبِ مِنْ أَيِّهِ، وَعَلَى الْأَبِ إِذَا أَرَادَ نَفْيَ النَّسْبِ أَنْ يَتَّخِذْ طَرِيقَ الْمَلاَعِنَةِ لِإِثْبَاتِ عَكْسِ مَا أَثْبَتَهُ قَرِينَةُ الْفَرَاشِ، وَوَاصِفُ الْلَّقْطَةِ مَعْنَى مِنْ إِثْبَاتِ أَنَّ الْلَّقْطَةَ مَالَهُ، وَعَلَى مَنْ يَنْكِرُ عَلَيْهِ مُلْكِيَّتِهِ لِلْمَالِ الْمُوصَفِ أَنْ يَبْثُتْ عَكْسَ مَا دَلَّتْ عَلَيْهِ قَرِينَةُ الْوَصْفِ.

وَعَدَدُ الزَّوْاجِ الَّذِي بَيْنَ عَلَى رَضَا الْزَّوْجَةِ، الْمُعْبَرُ عَنْهُ بِالسُّكُوتِ، يَعْدُ عَدْدًا صَحِيحًا، مَتَوفِرًا عَلَى عَنْصَرِ الرَّضَا، وَعَلَى مُدَعِّيِ فَقْدَانِ الرَّضَا أَنْ يَبْثُتْ ذَلِكَ.

وَهُكُمَا فَالْقَرِينَةُ الشَّرِعِيَّةُ إِذَا وَسِيلَةُ إِعْفَاءِ مِنِ الْإِثْبَاتِ، وَلَيْسَ وَسِيلَةُ إِثْبَاتِ بِالْمَعْنَى الضَّيقِ لِلكلِمة؛ إِلَّا أَنَّ إِعْفَاءَ مِنِ الْإِثْبَاتِ يَنْصَبُ عَلَى الْوَاقِعَةِ الْمُسْتَبِطَةِ.

وَهِيَ فِي أَمْثَالِنَا، بُيُوتُ النَّسْبِ، وَمُلْكِيَّةُ الْوَاصِفِ لِلْمَالِ الْمُتَقَطِّعِ الَّذِي وَصْفَهُ، وَبُيُوتُ الرَّضَا بِالزَّوْاجِ مِنْ طَرِفِ الْبَكَرِ.

أَمَّا الْوَاقِعَةُ الْأُولَى الَّتِي تَكُونُ الأَمَارَةُ أَوِ الْعَلَاقَةُ، فَهَذِهِ يَجِبُ أَنْ تَبْثُتْ إِذَا لَمْ تَكُنْ ثَابِتَةً، فَيَجِبُ إِثْبَاتُ الْفَرَاشِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُتَفَقًا عَلَى ثَبَوْتِهِ.^٢

٢. القرائن الفقهية:

وَهِيَ الَّتِي اسْتَخْرَجَهَا الْفُقَهَاءُ، وَجَعَلُوهَا أَدْلَةً عَلَى أَمْوَارِ أَخْرَى، وَتَنْدَرَجُ تَحْتَ الْقَرَائِنِ الشَّرِعِيَّةِ السَّابِقَةِ بِاعتِبَارِ أَنَّ الْقَاضِي يَلْتَزِمُ بِالْحُكْمِ بِمَوجَبِهِ مَا لَمْ يَكُنْ مجْتَهَدًا مُطْلَقاً، فَلَهُ أَنْ يَقْضِي بِمَا تَوَصَّلَ إِلَيْهِ اجْتِهَادِهِ.

وَمِنْهَا: عَدَمُ تَرْتِيبِ أَثْرِ طَلاقِ الْفَارِ بِحِرْمَانِ الْزَّوْجَةِ مِنِ الْمِراثِ.

وَمِنْهَا: الْحُكْمُ بِمَوْتِ الْمُفْقُودِ إِذَا مَاتَ أَقْرَانَهُ، وَاتِّخَادُ ذَلِكَ قَرِينَةً عَلَى مَوْتِهِ.

^١ محمد الرحيلي، الإثبات في الشريعة الإسلامية (دمشق: دار المكتبي، د.ط، ١٩٨٨م)، ص ١٠٣.

^٢ محمد الحبيب التحكاني، التئيرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي (بغداد: دار الشؤون الثقافية العامة، آفاق عربية، د.ت)، ص ٢٧٨.

ومنها: تصرفات المفلس الضارة بالدائنين أو بعضهم، وهذه التصرفات مردودة لقيام القرينة على سوء قصده.

ومنها: وجود سند الدين تحت يد المدين قرينة ظاهرة على إفاء الدين، وقد نص على ذلك ابن فردون في باب القرائن، ونص عليه أيضاً في باب القضاء بشهادة الوثيقة.^١

ومنها: القضاء بالنكول، وهذا ليس إلا رجوعاً إلى مجرد القرينة الظاهرة، فقدمت على أصل براءة الذمة.

ومنها: تنازع الزوجين في متاع البيت مع عدم البينة يرجع فيها إلى القرائن الظاهرة. ويطلق القرائن الشرعية على جموع التوعين، القرائن التصيّة والفقهيّة، وهي التي ورد فيها نص شرعي أو نص فقهي يتزمه القاضي.

ب. القرائن القضائية:

وهي التي يستنبطها القضاة بحكم ممارسة القضاء، ويستخرجون الأمارات من ظروف كل دعوى عن طريق الفراسة، والقطنة والذكاء، ويصلون إلى معرفة الحق.

ومن هذه القرائن: اعتبار اللوث (العداوة الظاهرة) والاعتماد عليه في القسامه.

ومنها: ما إذا شهد شاهدان في الصحو في المصر الكبير على هلال رمضان ولم يره غيرهما، قال مالك: هما شاهدا سوءاً لأن ذلك قرينة ظاهرة في كذبهما.

ومنها: ما ذهب إليه مالك وأحمد من أنه لا يقبل قول المرأة أن زوجها لم يكن ينفق عليها فيما مضى من الزمان، وهو في بيت واحد؛ لأن ذلك قرينة على كذبهما.

ومنها: أن مالكاً رحمة الله يجعل الرهن كالشاهد في قدر الدين إلى مبلغ قيمة الرهن.

ومنها: ما إذا وجد على كتاب ما يدل على أنه وقف.

ومنها: حكم عمر بن الخطيب برجم المرأة التي ظهر بها حمل ولا زوج لها ولا سيد، اعتماداً على القرينة الظاهرة.

ومنها حكم عمر وعثمان وعبد الله بن مسعود بوجوب الحد على كل من وجد من فمه رائحة الخمر أو قاءها اعتماداً على القرينة الظاهرة.^٢

^١ محمد البدين بن الأثير، جامع الأصول (مكتبة الحلواني، د.ط، ١٩٦٩م)، ج ٨، ص ٢٧٨.

^٢ أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص ٤٤٧.

ومنها: الحكم على الشخص بأنه قاتل إذا رأى مدبوشاً ملطحاً بالدم، ومعه سكين بجواره مضرح بدمائه في مكان؛ فإنها تعد وحدتها بيئة خالية كافية للقضاء.^١

ولا شك أن القاضي ينبغي أن يستعمل فراسته لتدقيق الأدلة والقرائن القضائية؛ حتى يطمئن إليها ويقنع بها، أو يدعها.

ومما يذكر في القضاء الإسلامي: أن رجلاً أودع عند آخر كيس نقود مختوم، ولما طالت غيبة المودع، فتق الوديع لديه الكيس من أسفله، وأخذ ما فيه من دنانير وجعل مكانها دراهم، وأعاد الحياة كما كانت، وبعد فترة جاء صاحب الوديعة يطلبها، فدفع إليه الوديع الكيس بختمه لم يتغير، فلما فتحه وشاهد الحال رجع إليه، وقال: إنني أودعتك دنانير، وأنت دفعت إليّ دراهم، فقال: هو كيسك بحاتمك، فاشتكي عليه للقاضي، فلما صارا بين يديه، قال القاضي للمدعى: متى كم أودعت هذا الكيس؟ فقال: متذ خمس عشرة سنة، فأأخذ القاضي تلك الدرافهم، وقرأ سكها فإذا فيها ما قد ضرب متذ ستين، فحكم على المدعى عليه بدفع الدنانير^٢، بناءً على تلك القرينة.

ويحسن بنا أن نلم بأوجه الاختلاف بين القرينة القضائية والقرينة الشرعية.

فالقرينة القضائية هي وسيلة إثبات، فالمدعى هو الذي يعين الواقعه التي تعد أماره، وقد يعيّنها القاضي؛ أمّا دلالة هذه الواقعه فيحددها المدعى، وللقاضي بعد ذلك أن يأخذ بهذا التحديد أو يرفضه بناءً على قناعته.

أمّا في القرينة الشرعية: فيظل القاضي أو المدعى على الحياد؛ لأنّ ثبوت هذه القرينة معناه نقل الإثبات إلى الطرف الآخر، وإغفاء من تقرر القرينة الشرعية لصالحه من عباء الإثبات.

فالقرينة الشرعية محددة الدلالة من لدن الشارع.

فمثلاً مني وجد الفراش وجد ثبوت النسب، ومني وجد سكتون البكر وجد الرضا بالزواج.

ومن وصف الواصل مالاً ضائعاً كان الواصل هو المالك.

وهكذا مع فتح الباب الدفاعي للطعن في هذه التبيّنة بإثبات العكس كقاعدة عامة.

^١ الرحيلي، الفقه الإسلامي وأدله، ج ٦، ص ٦٤٥.

^٢ سمير عالي، القضاء والعرف في الإسلام (بيروت: المؤسسة العالمية للدراسات والنشر والتوزيع، د.ط، ١٩٨٦م)، ١٢٨؛ محمد سلام مذكور، القضاء في الإسلام (القاهرة: دار الهضبة العربية، د.ط، ١٩٦٤م)، ص ٩٥.

بينما الدلالة في القرينة القضائية تحدد من لدن القضاء، وللقاضي السلطة التقديرية الكاملة في ذلك، فقد يراها القاضي كافية في الإثبات، وقد يراها فقط بداية إثبات، وقد يلغى دلالة القرينة، فلَا يترتب عليها أيّ أثر.^١

ثانياً: أقسام القرائن باعتبار النسبة بينها وبين مدلولاتها

وتنقسم القرائن بهذا الاعتبار إلى قسمين:

أ. قرائن عقلية يستنتجها العقل كوجود المسووقات عند المُتهم بالسرقة بـ. قرائن عُرْفَية، وتكون النسبة بينها وبين مدلولاتها قائمة على عرف أو عادة، كمن حلف ألاً يأكل لحاماً فأكل سماكاً، فلَا يحيث إذا كان العرف لا يطلق اللحم على السُّمَك^٢، أو الإثبات بمذوع الشجر ومعاقد البناء في الجدران، وهي قرينة عُرْفَية على الملك.

ثالثاً: أقسام القرينة بحسب قوّة دلالتها وضعفها

تنقسم القرائن إلى قرائن قوية، وقرائن ضعيفة؛ لأن دلالة القرائن على مدلولاتها تتفاوت في القوّة والضعف تفاوتاً كبيراً، فقد تصل في القوّة إلى درجة القطع فتكون القرينة قاطعة وبالغة حدة اليقين، فمن تلك القرائن القوية: الألفاظ الدالة على الإرادة الحقيقة والرضا في العقود.

واستعمال آلة القتل دليل على قصد القتل.

والخلوة في استحقاق المهر عند الخفية.

وعلامه الإسلام أو شارة الكفر على الركاز.

ووطء المرأة التي زفت إلى العريس ليلة العرس.

وقد تضعف حتى تنزل دلالتها إلى مجرد الاحتمال فتكون دليلاً مرجحاً، فلَا يعول عليه في الإثبات، كاليد والحيازة، إذا عارضها قرينة أقوى منها، وكذلك اليد مع الشهادة تصبح ضعيفة، والنكول مع الشهادة، وغيرها.^٣

وتسبعد القرائن الضعيفة من طرق الإثبات، فلَا تقبل في القضاء، ويقتصر في الإثبات على القرائن القوية التي تفيد ظناً قوياً، واحتمالاً راجحاً. ومن الجدير بالذكر أن المراد بالقاطعة:

^١ التحکان، التئریة العامة للقضاء والإثبات، ص ٢٨٠.

^٢ المرجع السابق، ص ١٠٠.

^٣ محمد الرحيلي، الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص ٩٧.

القوية، القرية من اليقين، وذلك لقاء الاحتمال مع وجود القرينة كما لا يخفى؛ لكن الناحية التي تؤديها القرينة تكون هي الناحية القوية الراجحة.

يقول أحمد إبراهيم رحمه الله: "يستعمل العلماء العلم القطعي في معندين: أحدهما: ما يقطع الاحتمال أصلًا كالمحكم والمتوارد.

والثاني: ما يقطع الاحتمال التأثر عن الدليل، كالظاهر والنَّص والخبر المشهور.

فال الأول يسمونه "علم اليقين"، والثاني يسمونه "علم الطمأنينة"، والقرينة القاطعة من قبل

ما يُفيد العلم الثاني".^١

إن الشريعة لم تبن القضاء على الحجج القطعية والخبر القطعي فقط؛ لأن ذلك يؤدي إلى تعطيل مصالح الناس؛ لأن القطعية واليقين قلما يتحققان، لذلك قررت الشريعة الحكمة مراعاةً لمصالح الناس أن يُبني القضاء على الحجج الطينية بعد أن أحذت الحيطة لذلك بأقصى ما يستطيع إلى جانب القضاء بالحجج القطعية اليقينية.^٢

إذا فات في هذا المقام علم اليقين، فإن في علم الطمأنينة أو ما يقرب منه ويدانيه من الظن الراجح الكفاية، وما لا يدرك كله لا يترك جله، ولا يكلف الله نفسا إلا وسعها.

إن الشريعة أجازت للقاضي بناء حكمه على شهادة الشهود العدول، وإقرار المدعى عليه، مع احتمال كذب الشهود العدول المزكين فيما شهدوا به، واحتمال كذب المقر في إقراره لغرض ما، لكن جانب الصدق في شهادة العدول أرجح من جانب الكذب ظاهراً وغالباً، ويعد في بحاري العادات أن يكذب الإنسان في إقراره على نفسه بحق يلزمها، ولا عيرة بالأحوال النادرة أو القليلة التي يختار فيها الإنسان الإقرار على نفسه كاذباً، ملتزمًا ضرر ما أقر به اتقاء ضرر أكبر، أو جلب مصلحة أرجح من ذلك في نظره وتقديره لاعتبارات يراها هو ويقتنع بها كأن يكون الإقرار الكاذب مقابل جعل يأخذه من الجرم الحقيقي.^٣

ومن الجدير بالذكر أن قوة القرينة وضعفها أمر نسيبي مختلف فيه الأنوار، فقد يعد بعض الفقهاء القرينة قوية، وتكتفي في الاستدلال، بينما يعد آخرون القرينة نفسها واهية وضعيفة، ولا يعتمد عليها ولا يعتمد بها. ومثال ذلك: الاختلاف في مطالع البيت بين الزوجين.

^١ أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص ٤٤٨ وما بعدها.

^٢ المرجع السابق، ص ١١.

^٣ المرجع نفسه، ص ٢٧.

فیدعی کلّ منهما أنَّ المَنَاعَ مِلْكُهُ، وَلَمْ يَسْتَطِعْ إِحْضَارَ الْبَيْنَةِ وَالدَّلِيلَ عَلَى صَحَّةِ قَوْلِهِ.
فَقَالَ الْحَنْفِيَّ وَالْمَالِكِيَّ وَالْخَنَابلَةُ وَالرَّيْدِيَّةُ وَالإِمامَيَّةُ فِي الْأَظْهَرِ وَالْإِباضَيَّةِ:
إِنَّ مَنَاعَ الْبَيْتِ الَّذِي يَصْلُحُ لِلرِّجَالِ كَالْعَامَةِ وَالسَّيْفِ وَالْكُتُبِ يَعْطِي لِلزَّوْجِ، وَالْمَنَاعُ
الَّذِي يَصْلُحُ لِلنِّسَاءِ كَالْحَلِيِّ وَالثِّيَابِ يَعْطِي لِلزَّوْجَةِ، لِقُرْنِينَةِ الْقَائِمَةِ عَلَى الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ فِي
صَلَاحِيَّةِ كُلِّ نَوْعٍ لِصَاحِبِهِ، وَأَنَّهُ لَا عِبْرَةَ لِلْيَدِ الْحَسِيَّةِ فِيهَا.

وَذَهَبَ الشَّافِعِيَّةُ وَالظَّاهِرِيَّةُ وَبَعْضُ الْإِمَامَيَّةِ إِلَى أَنَّ مَنَاعَ الْبَيْتِ يَقْسِمُ بَيْنَ الْزَوْجَيْنِ
نَصْفَيْنِ، سَوَاءً أَكَانَ مَمَّا يَصْلُحُ لِلرِّجَالِ، أَمْ مَمَّا يَصْلُحُ لِلنِّسَاءِ، أَمْ مَمَّا يَصْلُحُ لِهِمَا، لِظَاهِرِ الْيَدِ
مِنْهُمَا؛ لِأَنَّ الْبَيْتَ بِأَيْدِيهِمَا، وَاشْتَراكُهُمَا فِي الْيَدِ يَمْنَعُ التَّرْجِيحَ بِالْقُرْنِينَةِ الْمَبْنِيَّةِ عَلَى الْعُرْفِ،
وَعَلَى أَنَّهُ لَا يَوْجِدُ بَيْنَهُمَا فَالْحُكْمُ بِظَاهِرِ الْيَدِ، وَالصَّلَاحِيَّةُ لَا تَبْطِلُ أَثْرَ الْيَدِ، وَخَاصَّةً أَنْ يَمْلِكَ كُلُّ
مِنْهُمَا مَا يَصْلُحُ لِلآخِرِ.

فَالْيَدِ قُرْنِينَةٌ عَلَى الْمُلْكِ بِالْعَاقِدِ، وَبِمَا تَمْسَكَ أَصْحَابُ الْقَوْلِ الثَّانِيِّ، وَالصَّلَاحِيَّةُ قُرْنِينَةٌ عُرْفِيَّةٌ
يُشَهِّدُ لَهَا شَاهِدُ الْحَالِ وَالْعُرْفِ وَالْعَادَةِ، وَقَدْ تَعَرَّضَ ظَاهِرُ الْحَالِ الْمُسْتَفَادُ مِنْ الْعَادَةِ الْغَالِبَةِ مَعَ
الْيَدِ، فَقَدَمَ الْجُمُهُورُ الْأُولَى لِدَلَالَةِ شَاهِدِ الْحَالِ وَالظَّاهِرِ، وَعَدُوا هَذِهِ الْقُرْنِينَةَ قَوْيَّةً فِي الدَّلَالَةِ عَلَى
صَاحِبِ الْحَقِّ فِي التَّنَازُعِ فِي مَنَاعَ الْبَيْتِ، بَيْنَمَا حَفَظَ الشَّافِعِيَّةُ وَمِنْ مَعْهُمْ عَلَى قُرْنِينَةِ الْيَدِ، وَلَمْ
يَعْدُوا قُرْنِينَةَ الصَّلَاحِيَّةِ قَوْيَّةً فِي الدَّلَالَةِ.^١

المطلب الثاني: تقسيم القرآن عند القانونيين

يُقسِّمُ أهل القَانُونِ الْقَرَائِنَ إِلَى: الْقَرَائِنِ الْقَانُونِيَّةِ، وَالْقَرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ، وَالْقَرَائِنِ الْطَّبِيعِيَّةِ.

أ. القرآن القانونية:

هيَ الَّتِي نَصَّ عَلَيْها الْقَانُونُ نَصَّا صَرِيحاً، فَهُوَ رَكْنُهَا الْمُنْشَئُ لَهَا فَلَا تَقْوِيمُ بِدُونِهِ، وَلَذِكْرِ
سَمَيْتَ قَانُونِيَّةً، وَالقاضي لِيُسَمِّ حَرَّ الْاخْتِيَارِ فِي الْأَخْذِ بِهَا أَوْ تَرْكِهَا، وَلَوْ اعْتَدَدَ دُمُودُ صَحَّةِ تَطْبِيقِهَا
عَلَى الْحَادِثَةِ الْجُزْيَيَّةِ الَّتِي يَنْظَرُ فِيهَا، وَذَلِكَ لِأَنَّهَا تَقْرَرَتْ بِنَصِّ الْقَانُونِ^٢، بَلْ هُوَ مَلْزَمٌ بِالْأَخْذِ بِهَا،

^١ محمد الرحيلي، الإثباتات في الشريعة الإسلامية، ص ٩٧ وما بعدها؛ الزرقا، المدخل الفقهي العام (بيروت: دار الفكر، ١٩٦٨م)، ج ٢، ص ٩١٨؛ ابن القيم، الطُّرُقُ الحُكْمِيَّةُ، ص ٢١؛ شهاب الدين أبو العباس القرافي، الفروق (بيروت: دار إحياء الكتب العربية)، ج ٤، ص ١٠؛ القرافي، مذيب الفُروق بِمَاهِشِ الْفُروقِ (علم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٩٩م)، ج ٤، ص ١٦٩.

^٢ أحمد إبراهيم، طُرُقُ الْقَضَاءِ، ص ٤٣٩.

ولا يصح القياس على القرائن القانونية ولا التوسيع فيها، ولذلك اقتصر في العمل بما على الموضع التي نص عليها القانون.

مثال ذلك: إذا وجد سند الدين تحت يد المدين كان ذلك قرينة على تخلصه من الدين، ذلك أنه من طبيعة الدائن وعادته ألا يترك سند دينه للمدين إلا إذا أخذ دينه.^١

والحكمة من القرائن القانونية هي تحقيق المصلحة العامة كما هو الحال في حجية الأمر المضي، فقد وضع قرينة قانونية تقضي بأن الحكم صحيح فيما قضى به.

وكذلك عد التقنين المدني المصري في المادة ٩١٦ منه أن كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت، ويكون مقصوداً منه التبرع، يعد تصرفًا مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أيًا تكون التسمية التي تعطى لهذا التصرف.

فجعل صدور التبرع في مرض الموت قرينة على أن التبرع وصية.

والقرائن القانونية كما تحقق المصلحة العامة تتحقق أيضاً مصلحة للأفراد، كالقاعدة التي تقضي بأن الولد للفراش، فإن المرأة المتزوجة هو ابن زوجها، والزوجية قرينة قانونية على بنوة ابن لأبيه، لعدم إثبات البنوة من الأب.^٢

ومنها: القرينة التي نص عليها في المادة ٥٨٧ من التقنين المدني المصري، فقد عد أن وفاء المستأجر بقسط من الأجرة في عقد الإيجار قرينة دالة على أنه قد وفى الأقساط التي سبقت هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك. ذلك لأن المألف بين الناس ومما تعارفوا عليه أن المؤجر لا يعطي المستأجر ما يفيد سداد القسط اللاحق إلا إذا كان المستأجر قد وفى الأقساط السابقة على هذا القسط.^٣

والقرائن القانونية يقابلها في الفقه الإسلامي القرينة التي نص الشارع عليها مثل: وجود الفراش، فإنه يعد قرينة تثبت نسب الولد من صاحب الفراش (الزوج) لقول الرسول ﷺ "الولد للفراش".

^١ البهـي، من طرق الإثبات في الشرعـة وفي القانون، ص ١١٣؛ أـحمد نـباتـ، وسائل الإثبات، ج ٢، ص ٧٠.

^٢ السنـهـوريـ، الوسيـطـ في شـرـحـ القـانـونـ المـدـنـيـ، ج ٢ـ، ص ٦٠٥ـ.

^٣ السنـهـوريـ، الوسيـطـ في شـرـحـ القـانـونـ المـدـنـيـ، ج ٢ـ، ص ٦٠٥ـ. المـادـةـ ٩٩٠ـ إـثـبـاتـ مـصـرـيـ، ٨٩ـ سـورـيـ، ٥٠٢ـ مـدـنـيـ عـرـاقـيـ، ٣٠٢ـ أـصـوـلـ لـبـانـيـ، ٦٧ـ سـوـدـانـ، ١٣٥٢ـ فـرـنـسـيـ. انـظـرـ، عـبـدـ المـنـعـ فـرـجـ الصـدـةـ، قـوـاعـدـ الإـثـبـاتـ، ص ٢٩٣ـ؛ إـبـراهـيمـ الـفـائزـ، الإـثـبـاتـ بـالـقـرـائـنـ (الـرـيـاضـ: الـمـكـتبـ الـإـسـلـامـيـ)، ص ٧٠ـ وـمـاـ بـعـدـهـ؛ مـحـمـدـ رـأـفـ عـشـانـ، النـظـامـ الـقـضـائـيـ فـيـ الـفـقـهـ الـإـسـلـامـيـ (الـكـويـتـ: مـكـبةـ الـفـلاحـ، ط ١ـ، ١٩٨٩ـ)، ص ٣٣٧ـ.

والقرينة القائنية ليست طریقاً للإثبات بل هي إعفاء منه، فالخصم الذي تقوم لصلحته قرينة قائنية يسقط عن كاهله عبء الإثبات، لأن القرينة القائنية نقلت الإثبات من محل آخر^١. ولذلك قضت الأنظمة المختلفة بأن القرينة القائنية تغنى من تقرر لصلحته عن آية طریقة أخرى للإثبات، ومن ثم فهي وسيلة إعفاء من الإثبات؛ ولكن إعفاء مؤقت، فإذا استطاع المتمسك ضده بالقرينة القائنية إثبات عكس ما تقضي به — وهذا هو الأصل — ارتد عبء الإثبات على من تقرر القرينة لصالحه ابتداء.

والقرائن القائنية تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: القرائن القائنية القاطعة:

وهي التي لا يقبل إثبات عكسها؛ أي أن الخصم لا يمكنه إثبات ما يخالفها كما في قرينة التمييز، وبالتالي عدم المسؤولية الجنائية من عدم بلوغ الطفل سن السابعة. وكذلك تحديد سن الرشد بسن معينة إن بلغها الشخص عدداً رشيداً قانونياً، ولو لم يكن بلغها بالفعل، وإذا لم يكن قد بلغ هذه السن فلا يعد رشيداً ولو كان عبرياً. وأيضاً فقد اختلف الرأي في اعتبار قاعدة الحياة في المنقول سند الحائز قرينة أو لا، فمنهم من جعلها قرينة قائنية يجوز إثبات عكسها، ومنهم من عدتها قاعدة موضوعية. والقرائن القائنية التي لا تقبل إثبات العكس نادرة، ولا بد في منع إثبات العكس فيها من نص في القانون.

والقرائن القائنية القاطعة تنقسم إلى نوعين:

النوع الأول:

من شأنها إبطال اتفاق مخالفته أحكام القانون.

ومنها: البيع في مرض الموت؛ فإن القانون يبطله إذا كان لوارث إلا إذا أحازه باقي الورثة، وإذا كان صادراً لغير وارث يبطله فيما زاد على ثلث ما للبائع، وذلك لأنّه عد البيع في مرض الموت قرينة على أنه وصية وليس ببيع حقيقة، وأنطه حكم الوصية. ومن ذلك أيضاً: البيع الذي يكون للقضاء أو أعضاء النيابة في الحقوق المتنازع فيها التي تكون روبيتها من اختصاص المحاكم التي يؤدون فيها عملهم، فإن القانون يعده باطلأ لأنّه قرينة على استعمال نفوذ المحاكم أو الإكراه أو الرشوة.

^١ السنوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، ص ٩١، ٣٢٩، ٥٩٩؛ محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية (دمشق: مكتبة دار البيان، ١٩٨٢م)، ج ٢، ص ٦٨.

ومن ذلك تصرفات المفلس التي فيها ضرر بدائنيه.^١

النوع الثاني:

وهي ما يكون الغرض منها منع سماع دعوى إذا تمسك أحد الخصوم بإحدى القرائن المنصوص عليها في هذا الشأن.

ومنها: قرينة الملكية المستفادة من مضي المددة الموجب (٧٦، ١٠٢ من التقنين المدني المصري)، فمتي تمسك الخصم بها وأثبت وضع يده، لا تستمر المحكمة في سماع الدعوى المتنازع فيها، لأن القانون عد مضي المددة الطويلة قرينة قاطعة على ملكية واضع اليد للعين المتنازع فيها.^٢

ومنها: ما يعرف بحجية الأمر الم قضي — كما ذكرنا سابقاً — وهو عدم جواز رفع دعوى جديدة بحق سبق أن رفعت عنه دعوى قضي فيها، أي عدم طرح النزاع من جديد على القضاء بعد أن سبق صدور قضاء فيه، فالقضاء السابق قرينة على صحة ما جاء به، ومن ثم فلا تسمع الدعوى الجديدة؛ لأن موضوعها سبق أن قضي فيه، إلا بطريق من طرق الطعن المقررة، ولو لا ذلك لأصبحت الأحكام القضائية مقلقة ومزعزعة، ولما اطمأن المحكوم له إلى حقّه الثابت بالحكم، لذلك وجب احترام الأحكام ووضع حد للخصومة والنزاع.^٣

وتحجّي الأمر الم قضي أمر مقرر في الفقه الإسلامي، ووجهة نظر الشريعة والقوانين الوضعية في هذه المسألة واحدة؛ إذ لا يصح رجوع القاضي عن قضائه، والم قضي عليه في حادثة، لا تسمع دعواه ولا يُبْتَه إِلَّا إِذَا أَدَعَى تلقى الملك من المدعى، أو أَدَعَى التاج، أو برهن على إبطال القضاء كما يقول صاحب الأشباه والنّظائر^٤.

وتعد تحجّي الأمر الم قضي في مجال التشريعات الوضعية من أبرز القرائن القانونية.^٥

^١ أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص. ٤٢٠؛ محمد إسماعيل أبو الريش، الشهادات دليل من أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي (المدينة: المكتبة العلمية، د.ط. ١٩٨٧م)، ص ١١٦.

^٢ البهبي، من طرق الإثبات، ص ١١٦.

^٣ السنوري، الوسيط في شرح القانون المدني الوسيط، ج ٢، ص ٦٠٥.

^٤ أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص ٤٤٥.

^٥ عبد الحميد أحمد سليمان، الحكومة والقضاء في الإسلام (القاهرة: مكتبة التراث الإسلامي، د.ط. ١٩٨٤م)، ص ٧٩؛ السنوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، ص ٢٠١.

ومنها: إذا ثبت قيام حيازة متعاق في وقت سابق معين، وكانت قائمة حالاً، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمنين ما لم يقم الدليل على العكس^١، وهذا ما ورد في القرينة المنصوص عليها في المادة ٢٨، ١٠٤ مدني مصرى؛ إذ جاء فيها:

أنَّ من ثبت وضع يده على عقار أو حقوق عينية مُدَّةً مُعْيَنَةً، وَكَانَ وَاضِعًا يَدَهُ عَلَيْهَا فِي الْحَالِ، فَالْمُتَوَسِّطُ بَيْنَ الْمُدَّتَيْنِ يَعُدُّ وَضَعُ يَدَهُ لَهُ مَا لَمْ يَثْبُتْ مَا يَنافِي ذَلِكَ.^٢

وتقسم القرائن القانونية القاطعة أيضاً باعتبار المصلحة العامة أو الخاصة إلى نوعين:

النوع الأول:

القرائن القانونية القاطعة المراعي فيها المصلحة العامة: وهي التي لا تقبل إثبات مخالفتها، ولا يجوز فيها استجواب الخصم توصلًا إلى إقراره أو توجيه اليمين الخامسة إليه.

كالقرينة المستفادة من مضي المدة الطويلة؛ إذ ليس من المصلحة العامة أن ترفع دعوى الحقوق المدعى بها التي طال عليها الزمان إلى ما لا نهاية.

النوع الثاني:

القرائن القانونية القاطعة المراعي فيها المصلحة الخاصة: أمّا إذا كانت للمصلحة الخاصة فإنه يجوز إثبات مخالفتها باستجواب الخصم مثلاً للحصول على إقراره أو بتوجيه اليمين الخامسة إليه، كمَا في بيع المريض مرض الموت، إذا أقرَّ الورثة بأنَّ البيع كان بيعاً حقيقياً. ومن هذه أيضاً قرينة العلم بالقانون بعد نشره في الجريدة الرسمية، فنشر القانون يعد قرينة على علم الكافية به.

وعدم بلوغ سن السابعة قرينة على عدم التمييز.

وافتراض الحقيقة والصحة في الأحكام النهائية.^٣

القسم الثاني: القرائن القانونية غير القاطعة أو البسيطة:

وهذه القرائن هي التي تقبل إثبات عكسها بكلفة الطرق مهما كانت قيمة النزاع، ويجوز نقضها بقرائن أقوى منها. ومنها قرينة التخلص من الدين، المستفادة من وجود سنته

^١ الرحيلي، وسائل الإثبات، ج ٢، ص ٧٢.

^٢ البهبي، من طرق الإثبات، ص ١١٧.

^٣ أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص ٤٤٢؛ البهبي، من طرق الإثبات، ص ١١٥.

أو صورته الواجبة التنفيذ تحت يد المدين، ما لم يثبت الدائن أن ذلك كان لسبب آخر، كالحصول عليه بالسرقة مثلاً: (المواد: ٢١٩، ٢٢٠، ٢٨٥ من القانون المدني المصري).^١
ومنها: قرينة اغراض البراءة في المتهم حتى تثبت إدانته.^٢

ومنها: الأصل في المعاملات براءة الذمة، والبيئة على من يدعى خلاف ذلك.
ومنها: الأصل في أحوال البالغ السلامة والحرمة، والبيئة على من يدعى عارضاً على أهلية، أو قيام ولاية عليه.
ومنها: الأصل فيما ثبت بزمان، بقاوه على ما كان عليه لزمن معقول، والبيئة على من يدعى زواله أو تحوله.

ومنها أيضاً الأصل في التدابير التشريعية والتنفيذية والقضائية أنها جارية على حكم القانون، والبيئة على من يدعى خلاف ذلك.^٣

ففي القرائن البسيطة فإنه يجوز للخصوم الذين يتضررون من هذه القرائن وتشهد ضدهم أن ينazuوا فيها، ويقيموا الدليل على ما يخالفها، أي أن من يدعى وجود قرينة أن يثبتها، ومن ثبتت القرينة البسيطة على من يدعى بها كان على من ينazu في وجودها أن يثبت عكس ما أثبته خصمه بعدم وجودها، أي يجوز له أن يثبت كذب القرينة فتزول حجيتها؛ لأن هذه الحجية مؤقتة تزول بإثبات عكسها.

ومن الأمثلة أيضاً للقرائن القانونية البسيطة التي تعفي صاحبها من الإثبات مؤقتاً:
من إذا شهد له الظاهر وليس عليه إثبات، وإنما على خصمه، فالظاهر هنا قرينة تعفي صاحبها من الإثبات، وعلى من يدعى خلافه إثبات ما يدعى به، كالمجردة في الفقه الإسلامي مثلاً – وتسميتها النظم الوضعية الحيازة – فمن يجوز شيئاً ويאשר عليه سلطات تتفق مع طبيعته على مرأى من الناس، فإن من ينazu في ذلك فعليه الإثبات.^٤

وكذلك مسؤولية المتبع عمما يسببه التابع من أضرار، فالفقه الإسلامي والقانون يفترض كل منهما هذه المسؤولية بافتراض الخطأ من المتبع، ولو نفي هذا الخطأ بإثبات أنه قام بما يجب عليه لينفي بذلك مسؤوليته.

^١ البهبي، من طرق الإثبات، ص ١١٣.

^٢ أحمد فتحي سرور، أصول قانون الإجراءات الجنائية، ص ٣٣٤؛ محمود مصطفى، شرح قانون تحقيق الجنيات، ص ٤١٠٤؛ الشهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، ص ٦٠٢.

^٣ البخاري عبد الله الجعلاني، قانون الإثبات (المخطوط: دار الخرطوم للنشر، ١٩٨٤م)، ص ٣٣٤.

^٤ عبد الرحمن عبد العزيز قاسم، الإثبات والوثيق أمام القضاء، ١٩٨٢م، ص ٢٠٣.

ومثله افتراض مسئولية حارس أو صاحب الحيوان عن الأضرار التي قد يُسبّبها مَا لم يثبت عدم حصول خطأ منه.^١

بـ. القراءن القضائية:

وهي القراءن التي يستخلصها القاضي باجتهاده وذكائه من موضوع الدعوى وظروفها وملابساتها وواقعها المعروضة لديه، فيستبط القرينة بتفسيره لواقعه معلومة في الدعوى، ويستدل بها على الواقعية التي يراد إقامة الدليل عليها^٢؛ أي الاستنباط من واقعه معلومة لإثبات واقعة بجهولة. ومن أمثلتها: إدانة المُتهم بقرينة وجود بقعة دموية من نفس فصيلة دماء القتيل على ملابسه.^٣

ومنها: ما أوردته محكمة النقض المصرية من أنَّ وجود آثار المُخدر في جيب المُتهم يدل على إحراز المُتهم للمواد المُخدرة^٤.

ومنها: وجود بصمات المُتهم أو آثار أقدامه في مكان الجريمة قرينة دالة على وجوده في ذلك المكان^٥.

ومنها: الإنفاق بذبح من شخص مشتبه في ارتكاب جريمة سرقة، أو العثور على أشياء مسروقة في حوزته.^٦

وسميت بالقراءن القضائية لأنَّها ثمرة اجتهاد القاضي ونتيجة لعمله القضائي، ولا يمكن حصرها؛ إذ هي نتيجة وقائع معينة حدثت وتحدث في المستقبل. وهذه القراءن تركت لاجتهاد القاضي في استنباطها وتقدير مدى حجيتها، ويمكن للقراءن القضائية أن تتحول إلى قرائن قانونية حينما يتبنّاها القَائُون^٧، وفي هذه الحالة تخرج هذه القراءن من دائرة القراءن القضائية على الرغم من أنها في أصلها ونشأتها كانت كذلك؛ لأنَّها كانت ثمرة العمل القضائي.

^١ ابن القيم، الطُّرق الحكيمَة، ص ٢٣٤؛ قاسم، الإثبات والتوثيق أمام القضاء، ص ٢٠٣.

^٢ الإثبات المصري، م/١٠٠. والسورى م/٩٢، فقرة ١؛ عبد الرؤوف بخي، المجز في قانون الإثبات، ص ١٢٨.

^٣ مامون سلامة، الإجراءات الجنائية، ص ١٥٨.

^٤ نقض ٢/٤١٩٦٢م، بمجموعة أحكام، س ٣، رقم ٧٠، ص ٣٨٠.

^٥ نقض ٦/١٩٣٩م، المجموعة الرئيسيَّة، س ٤١، رقم ٧٥، من ١٩٥. انظر، الحفناوي، الوسائل العلميَّة، ص ٤٠.

^٦ المرجع السابق، ص ١٠٥.

^٧ قاسم، الإثبات والتوثيق أمام القضاء (طبعة ١٩٨٢م)، ص ١٩٠.

ومن أمثلتها: سداد أجور لاحقة، فتكون قرينة على إثبات ما سبقها، كفوایت الهاتف، والماء، والكهرباء، وإيجارات الأماكن أو الحالات.

ومثل هذه القرائن القضائية قررها بعض النظم فأصبحت قرائن قانونية.^١
للقرينة القضائية عنصران:
أولاً: مادي.

وهو الواقعية الثابتة أمام القاضي في الدعوى، سواء أكان ثبوتها قد تم بالكتاب أم بيمين كل الخصم عن أدائها، أم بإقرار من الخصم، أم بشهادة الشهود، أو حتى بقرينة أخرى دلت على الواقعية التي تستبطن منها القرينة^٢، وهي تعطي القاضي علمًا ظنياً، وتسمى الدلائل والأدلة.

اما إذا كانت الواقعية التي اختارها القاضي للاستبطان منها مح رد واقعة محتملة وغير ثابتة، فلا تصلح لأن تكون مصدراً لاستخلاص القرينة منها.^٣
ثانيهما: معنوي.

وهو استبطان الواقعية المجهولة من الواقعية الثابتة، وهو عملية ذهنية يقوم بها القاضي، متقيداً في ذلك بأمور المنطق والعقل، في النتيجة التي ينتهي إليها في حكمه.^٤
ولكن هذا الاستبطان ميدان وعر، تختلف فيه الأنوار، وتتفاوت فيه المدارك، فمن القضاة من يكرون استبطانه سليماً، فيستقيم له الدليل، ومنهم من يتجاهل استبطانه عن منطق الواقع، وإذا كانت في القضية عدة قرائن فيشترط أن تكون متوافقة متراكمة، هذا وللقاضي أن يستنتاج القرينة من قضية أخرى، ومن أي تحقيق مدنى أو جنائي، قضائى أو إداري، ومن أي أوراق أخرى، حتى لقد قيل: إن له أن يبحث عن القرينة في تحقيقات باطلة.^٥

^١ المرجع السابق، ص ١٩٢.

^٢ السنورري، الوسيط، ج ٢، ص ٣٣٠، بند ١٧٥؛ فرج الصدة، قواعد الإثبات، ص ١٢٢؛ محمود محمد هاشم، القضاء نظام الإثبات، ص ٣١٦.

^٣ فرج الصدة، قواعد الإثبات، ص ١٢١.

^٤ المرجع السابق، ص ٢٨٩؛ محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات، ص ٣١٧.

^٥ البهبي، من طرق الإثبات، ص ١١٨.

والقاضي حرّ في تكوين اقتناعه، فَقَدْ يقنع بقرينة واحدة الدلالة، وَقَدْ لَا يقنع بقرائن متعددة ضعيفة الدلالة، فللقاضي سلطة واسعة في استبطان القرآن وتقدير قيمتها؛ ولكن بشرط أن تكون هذه القرائن تحت نظر المحكمة، وتكون المحكمة قد اطلعت عليها وأخضعتها لتقديرها. هذا وقد أنزلت معظم الأنظمة الوضعية القرآن القضائية منزلة الشهادة، فحيث يجوز الإثبات بالشهادة يجوز أيضاً بالقرائن القضائية، وحجية القرآن القضائية حجية متعددة مثل الشهادة.^١ وهي أيضاً قابلة لإثبات العكس بكلّ الطرق، بالكتابة، أو الشهادة، أو بقرينة مثلها، أو أقوى منها. وحجيتها دون حجية الكتابة؛ لأنّ الكتابة في القانون هي أقوى من الشهادة، فحيث يجب الإثبات بالكتابة، فلَا موضع للقرينة، ولا يجوز الأخذ بها. يتبيّن مما سبق أنْ هُنَاكَ فروقاً بين القرآن القانونيّة، والقرائن القضائية.

منها: أنَّ القرآن القانونيّة أدلة سليمة، أي أنّها تعفي من تقديم الدليل، وأنّها محصورة بنص واضح القانون.

أمّا القرآن القضائية فإنّها أدلة إيجابية، وغير محصورة. ومنها: أنَّ القرآن القضائية غير قاطعة، فهي دائماً قابلة لإثبات العكس بجمع طرق الإثبات. أمّا القرآن القانونيّ فالقاطعة منها لَا يجوز نقضها بإثبات العكس، وغير القاطعة يجوز نقضها بإثبات العكس.^٢

والقرائن القانونية هي من طرق الإثبات الملزمة للقاضي، والتي هي غير خاضعة لتقديره حتى اكتملت شرائطها، ومثلها اليمين الخامسة والنكول عنها، والكتابة إذا لم يثبت تزويرها أو يتم إنكارها.

وهذه القرائن تعد طرقاً كافية للإثبات وحدها دون حاجة إلى طريق آخر يقويها، ومثلها الشهادة والكتابة؛ أما القرآن القضائية فهي من طرق الإثبات غير الملزمة للقاضي بل خاضعة لتقديره المطلق، ومثلها الشهادة في الأنظمة الوضعية والمعاينة. والقرائن القضائية تعد طرقاً غير كافية بذاتها للإثبات، ومثلها اليمين المكملة والشهادة إذا لم يكتمل نصابها.

وجدير بالذكر أنه يجب أن لا يلجأ القاضي إلى الإثبات بالقرائن القضائية؛ إلا إذا تعذر الإثبات بالأدلة المباشرة.^٣

^١ المرجع السابق، ٣١٩؛ السنهوري، الوسيط، ج ٢، ص ٩١ - ٣٢٩.

^٢ المصدر السابق، ج ٢، ص ٣٤ وما بعدها؛ فرج الصدة، الإثبات، ٢٨٦ وما بعدها.

^٣ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات، ص ٣٢١؛ علي رسلان، نظام إثبات الدعوى، ص ١٧.

هذا وقد قسم قانون الإثبات اليمني – في الباب السابع منه – القرائن إلى ثلاثة أقسام:
 – قرائن قاطعة شرعية.
 – قرائن قاطعة قضائية.
 – قرائن بسيطة.

فالقرائن الشرعية تغنى عن أي دليل آخر ولا تقبل إثبات العكس، ويجب على المحكمة الأخذ بها الحكم بمقتضاهما.

وقد مثل القانون اليمني للقرائن القاطعة الشرعية بقرينة الولد للفراش.
 وقد اعتبروا على ذلك بأنه لا ينبغي التمثيل بهذه القرينة في هذا الوطن، لأنها تقبل العكس؛ إذ يجوز نفي الولد عن الزوج باللعان على الرغم من ولادته على فراش الزوجية.
 كما مثل القانون اليمني أيضاً للقرائن القاطعة الشرعية بقرينة النكول (الامتناع) عن اليمين، فعدوها قرينة على صدق المدعى وكذب المدعى عليه، وإيجاب الحكم بمقتضاهما.
 ويعترض أيضاً على ذلك بأن التمثيل بالنكول عن اليمين وإن عد حجة على الناكل عند جميع الفقهاء في اللعان؛ إلا أنه لا يعد حجة عند جميعهم في غير اللعان، وإنما تعتبر حجة عند بعضهم دون البعض الآخر؛ إذ إن القضاء بالنكول في مسائل الدماء قضاء بقرينة ضعيفة، لأنه كما يحتمل أن يكون المدعى عليه قد امتنع عن اليمين الكاذبة، يحتمل أن يكون امتناعه تورعاً عن اليمين الصادقة، ويحتمل أيضاً أن يكون بسبب الاشتباه.

والقضاء بالقرينة الضعيفة لا يجوز في مسائل الدماء؛ لأنّه يجب الاحتياط فيها أكثر من غيرها.^١
 والقرائن القضائية في قانون الإثبات اليمني تحوّل للقاضي أن يحكم بمقتضاهما؛ إذ تعد دليلاً كاملاً عن الواقع المراد إثباتها؛ ولكنها تختلف عن القرائن الشرعية من جهة أنها تقبل القاض إذا أثبت الخصم عدم صحتها بالبينة الشرعية.

أما القرائن البسيطة، فهي لا تقطع بثبوت الواقع المراد إثباتها، وإنما ترشح لثبوتها، فلا تعد دليلاً شرعاً كاملاً، ولا تغنى عن إقامة البينة؛ ولكن يمكن للمحكمة أن تأخذ منه شعاعاً تهتدي به إلى الدليل الذي يجعلها تصدر الحكم بناءً عليه.^٢

^١ عبد العال عطوه، محاضرات في علم القاضي: القرآن، ص ٤٥.

^٢ عبد الفتاح محمد أبو العينين، القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي مع المقارنة بقانون الإثبات اليمني (القاهرة: مطبعة الأمانة، ١٩٨٣)، ص ٤٢٧.

ج. القرائن الطبيعية:

وهنّاكَ مَا يسمى بالقرائن الطبيعية أو القرائن الحسّيّة، ذكرها بعض القانونيين، وهي: قرائن قاطعة بحسب المشاهدة والاستقراء.

مثال ذلك: موت إنسان مضى على ولادته مائتا سنة (مثلاً)، أو ثبوت حياة إنسان في تاريخ معين، فإن ذلك قرينة قاطعة على أنه كان حياً قبل هذا التاريخ.

وهذه القرائن الطبيعية لها ما يشبهها عند الفقهاء، فمن ذلك القرائن الدالّة على كذب المقرّ في إقراره، كما إذا أقرَّ شخص لشخص بالبنوة، مع أنَّ المقرّ أصغر سنًا من المقرّر له، وما إذا أدّعى على رجل بالرّزنا فبيان خصيّاً، وما إذا شهد شاهدان أنَّ فلاناً قتل شخصاً معيناً في وقت معين ثم ثبت أنَّ المدعى عليه بالقتل كان صبياً قبل هذا التاريخ.^١

^١ انظر، البهي، طُرُقُ الإثبات، ص ١٢١؛ أحمد إبراهيم، طُرُقُ القضاء، ص ٤٢٦.

المحور الثاني حجج القراءن في الإثبات

المبحث الأول:

القائلون باعتبار القراءن حججاً في الإثبات وأدلةهم

يرى فريق من الفقهاء جواز الاعتماد على القراءن واعتبارها طریقاً من طرق الإثبات الشرعية، مع اختلافهم مما يعد قرينة صالحة للاحتجاج وما ليس كذلك. وبهذا الرأي قال ابن العربي^١، والقرطبي^٢، وابن الفرس الحنفي^٣، وابن فرحون، والمازري^٤، وابن جُزِي الملاكي^٥، وابن رجب الحنبلي^٦، وابن تيمية، وابن قيم الجوزيَّة^٧، والعز بن عبد السلام^٨، والنوي^٩، وابن حجر العسقلاني^{١٠}، والكاساني الحنفي^{١١}، وعبد النعم بن الغرس^{١٢}، والطرابلسي^{١٣}، والزيلعي^{١٤}، والصنعاني^{١٥}، وابن أبي الدم.^{١٦}

^١ محمد بن عبد الله بن العربي، أحكام القرآن (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢٠٠٣)، ج١، ص٢٥٤.

^٢ محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (بيروت: دار الكاتب المصرية، د.ط، ١٩٦٧)، ج٩، ص٥٠.

^٣ ابن عابدين، الحاشية، ج٥، ص٣٥٤.

^٤ ابن فرحون، تبصرة الحكم، ج١، ص١٦١.

^٥ محمد بن أحمد بن جزي، القوانين الفقهية (القاهرة: دار الحديث، د.ط، ٢٠٠٥)، ص١٩٤.

^٦ محمد بن علي بن رجب الحنبلي، القواعد (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٨)، ص٢٦.

^٧ أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الزاعي والراغبة (بيروت: دار الجليل، د.١، ١٩٩٣)، ص١١؛ ابن القيم، الطرق الحكمية، ص١١١.

^٨ عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في إصلاح الأئم (دار القلم، ط١، ٢٠٠٠)، ج٢، ص١١٥، ١٢٦.

^٩ محي الدين بن شرف النووي، المهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط٣، ١٣٩٢)، ج١٠، ص٣٩.

^{١٠} أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري (القاهرة: دار الحديث، د.ط، ٢٠٠٤)، ج١٢، ص١٥٤.

^{١١} سعود بن أحمد الكاساني، بذائع الصنائع في ترتيب الشرائع (القاهرة: المطبعة الجمالية، ط١، ١٩٠١)، ج٦، ص٢٠٢.

^{١٢} ابن فرحون، تبصرة الحكم، ج١، ص١٦١.

^{١٣} الطرابلسي، معن الحكم، ص٦٦.

^{١٤} الزيلعي، تبيان الحقائق، ج٣، ص٢٩٩.

^{١٥} محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام (مكتبة نزار مصطفى الباز، ط٢، ٢٠٠٤)، ج٣، ص٨٥.

^{١٦} إبراهيم بن عبد الله بن أبي الدم، أدب القضاة (دمشق: دار الفكر، ط٢، ١٩٨٢)، ج١، ص١٨٧.

وقد أخذ بهذا الرأي جمع من المعاصرین.^١

وما هو جدير بالذكر أنَّ الفُقَهَاءَ رحْمَهُمُ اللهُ لَمْ يخْصُصُوا لِلقراءنِ باباً مُسْتَقْلَّا كَمَا فعلوا في الإقرار والشهادة؛ ولكن ذكروها في مواضع كثيرة، والذي يستقرئ تاريخ الفقه والقضاء بجد أنَّ الفُقَهَاءَ والقُضَاءَ قد استندوا إلى القراءن في كثير من الأحكام والقرارات القضائية. ويبدو أنَّ هُنَاكَ نوعاً من الاتفاق عَلَى الأَنْدَهُ بِالقرينةِ في الفقه والقضاء؛ إلَّا أَنَّهُمْ اختلفوا في التفصيل، وأُوْسَعَ المذاهبُ أَنْهَا بِهَا مذهبُ الْمَالِكِيَّةِ وَالْخَنَابلَةِ، ثُمَّ الشَّافِعِيَّةِ، ثُمَّ الْخَنْفِيَّةِ.^٢

أدلة القائلين بحجية القراءن:

استدلَّ هؤلاء بالكتاب والسنَّة والمعقول.

١. الاستدلال بالكتاب: استدلُّوا بعدة أدلة، منها:

الدليل الأول: قالَ تَعَالَى: «وَجَاءُوْ أَيَّاهُمْ عِنَّاءَ يَبْكُونَ ﴿٦﴾ قَالُوا يَتَابَانَا إِنَّا دَهْبَنَا نَسْنَقُ وَرَكَنَنا يُوسُفَ عِنْدَ مَتَّعْنَا فَأَكَلَهُ الْذَّئْبُ وَمَا أَنَّ يُمْتَزِئَنَّ لَنَا وَلَوْكَتُ أَنْسَدِيقَنَ ﴿٧﴾ وَجَاءُوْ عَلَى قَيْصِيهِ، يَدْرِي كَدِيرٍ قَالَ بَلْ سَوْلَتُ لَكُمْ أَنْفُشُكُمْ أَمْرًا فَصَبَرْ جَيْلٌ وَاللهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَى مَا تَصْفُونَ ﴿٨﴾» [يوسف: ١٦-١٨].

في خورة يُوسُف وضعوا أخاهم الصغير في بئر، وعادوا إلى أبيهم، وادعوا أنَّهم ذهبوا يتسابقون، وتركوا يُوسُف يحرس أمتعتهم، ولما عادوا وجدوا الذئب قد أكل يُوسُف، وقدَّموا دليلاً على دعواهم: قميص يُوسُف الملطخ بالدم، مع إبداء جزعهم على أخيهم بالبكاء؛ ولكنَّ نبي الله يعقوب عليه السَّلام لاحظ القميص، فوجده غير ممزق، فاستدلَّ على ذلك بكذب دعواهم، لأنَّهم لمُّا أرادوا جعل الدَّم عَلَى القميص علامة عَلَى صدقهم فيما يَدَّعُونَ، فرن الله بها عالمة تعارضها وتدفعها وهي سالمة القميص من التمزيق والتمزيق، فإنه لا يتصور أن يأكل الذئب يُوسُف وهو لابس قميصه، ثُمَّ يسلم القميص من التمزيق، فكانت هذه العالمة والقرينة مكذبة لهم داحضة لحاجتهم.^٣

فها هُنَاكَ استدلال بالقرينة والأمارَة عَلَى الحكم، وهو دليل عَلَى اعتبار القرينة وحجيتها.

^١ مذكور، القضاة في الإسلام، ص ٩٣.

^٢ أبو عبد الله مالك بن أنس، الموطأ (القاهرة: المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، د. ط. ١٩٦٧م)، كتاب الحدود، باب ما جاء في المغتصب، رقم الحديث ٨٢٨؛ ابن فرحون، تبصرة الحُكَّام، ص ١١٠؛ محمد عطا السيد، التشريع الجنائي الإسلامي: الحدود، ص ١٨٣.

^٣ ابن العربي، أحكام القرآن، ج ٢، ص ١٠٧٧؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٩، ص ١٤٩؛ ابن فرحون، تبصرة الحُكَّام، ج ٢، ص ٩٣.

الدَّلِيلُ الثَّانِي:

قول الله تبارك وتعالى: ﴿ قَالَ هُنَّ رَوَادُنِي عَنْ نَقْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ فَمِيقْمُهُ قُدَّ مِنْ قُبْلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَذِيبِ ۝ وَإِنْ كَانَ فَمِيقْمُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ۝ فَلَمَّا رَأَمَا فَمِيقْمَهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّمَا مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنْ كَيْدُكُنَّ عَظِيمٌ ۝ ۝ [يوسف: ۲۶-۲۸].

فهذه الآية تدلُّ على أنَّ الشَّاهد قد استدَلَّ بقرينة قد القميص من قُبْلٍ أو دُبُرَ عَلَى صدق أحدهما وكذب الآخر، وما ذاك إِلَّا إعمال للأمارات وجعلها سبباً للحكم. وهذا يدلُّ عَلَى جواز العمل بالقرائن والاعتماد عليها، ذلك أنَّ العادة قد جرت أنَّ القميص إذا أُمسك به وشُدَّ من الخلف تَمَرَّقَ من تلك الجهة، وإذا أُمسك به وشُدَّ من الأمام تَمَرَّقَ من تلك الجهة كذلك، ولا يمسك القميص، ويشدَّ من خلف إِلَّا ولا يسه مدبر في الأغلب.^١

ولا يقال: إنَّ الاستدلال بهذا الدَّلِيل، والدَّلِيل الذي قبله، إِنَّه من قبيل شرعٍ من قبلنا،
ذلك لأنَّ شرعٍ من قبلنا يُعدُّ شرعاً لنا ما لم يرد في شرعنَا ما ينسخه.

وهذا القول هو رأي جُمِهُورُ الْخَنْفِيَّةِ وَالْمَالِكِيَّةِ وَالشَّافِعِيَّةِ وَرَوَايَةُ رَاجِحةٍ عَنْ أَحْمَدَ.

وهو رأي الكثير من الباحثين المعاصرين.

ثم إن المصالح والعادات لا تختلف فيها الشرائع، ولكن قد يختلف وجودها من وقت لآخر، فإذا وجدت فلابد من اعتبارها والأخذ بها^٢. ولا شك أن كل ذئب في كل زمان ومكان لا بد أن يمْزق القميص، إذا أكل صاحمه.

كَمَا أَنْ كُلُّ امرأة تعرّض لَهَا شخصٌ وأرادَ أَنْ يضمّها إِلَيْهِ فامتنعَتْ ودفعَتْهُ لَا يُمْكِنُ أَنْ
يتمزقَ قميصَهُ مِنْ دُبُّرِ بسبَبِ الدَّفْعِ، وَهَذَا شَيْءٌ لَا يُخْتَصُ بِزَمْنِ يُوسُفَ دُونَ غَيْرِهِ.
وَقَدْ ذَكَرَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّ شَرْعَ مِنْ قَبْلَنَا يَكُونُ شَرْعًا لَنَا إِذَا كَانَ قَدْ سِيقَ بِطَرِيقٍ يُفِيدُ
اسْتِحْسَانَهُ وَعَدْمِ إِنْكَارِهِ، فَهُوَ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ يَصِحُّ مِنْ بَابِ التَّقْرِيرَاتِ.^٤

^١ ابن العربي، أحكام القرآن، ج ٣، ص ٨٣-١٠؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٩، ص ١٧١.

^٤ محب الله البهاري، مسلم الثبوت (الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، د.ط، ١٩٤٤م)، ج ٢، ص ١٨٤؛ عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي (بيروت: دار الكتاب العربي، د.ط، ١٣٠٨هـ)، ج ٣، ص ٩٣٢؛ إبراهيم بن علي أبو إسحاق الشعرازي، البصرة في أصول الفقه (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٩٨٣م)، ص ٢٨٥؛ مسعود بن عم سعد الدين: التفتازاني، التلويح على الترسيخ (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٩٦م)، ج ٢، ص ١٦.

^٢ ابن العباس، أحكام القرآن، ج ٣، ص ١٠٨٥.

^{٨١} النب، من طُرق الإثبات في الشريعة وفي القانون، ص ٨١.

الدليل الثالث:

قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا جَهَزْتُم بِمَهَارِبِهِمْ جَعَلَ الْتِيَابَةَ فِي رَحْلِ أَجْيُوبِهِمْ ثُمَّ أَذَنَ مُؤْذِنٌ أَيَّتَهَا أَعْبُدُ إِنْكُمْ لَسَرِقُونَ ﴿١﴾ قَالُوا وَأَقْبَلُوا عَلَيْهِمْ مَاذَا تَقْدِيرُونَ ﴿٢﴾ قَالُوا نَقْدِرُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حَمْلٌ يَعْبُرُ وَإِنَّا بِهِ رَعِيمٌ ﴿٣﴾ قَالُوا تَالَّهُ لَقَدْ عَلِمْتُمْ مَا جِئْنَا لِنَفِيدَ فِي الْأَرْضِ وَمَا كُنَّا سَرِقِينَ ﴿٤﴾ قَالُوا فَمَا جَرَرْتُمْ إِنْ كُنْتُمْ كَذَّابِينَ ﴿٥﴾﴾ [يوسف: ٧٤-٧٠].

وقوله تعالى حكاية عن إخوة يوسف: ﴿يَأَبَانَا إِبْرَاهِيمَ أَبْنَكَ سَرَقَ وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا مَا عَلِنَا وَمَا كُنَّا لِغَيْبٍ حَنْفِظِينَ﴾ [يوسف: ٨١].

ووجه الدلالة من هذه الآيات أنهم لما استخرجو صواع الملك من وعاء أخي يوسف حكموا عليه بأنه هو السارق بناءً على القرينة الظاهرة، وهي وجود الصواع في متاعه، وإخوة يوسف لم يشهدوا السرقة؛ ولكن لما رأوا الصواع يخرج من متاع أخيهم علموا أنه هو السارق، ولهذا شهدوا بحسب هذا الظاهر الذي رأوه، فلهذا قالوا يا أباانا إن ابنك سرق، وإنما أخبروا عن ظاهر الحال لا عن باطنها؛ إذ لم يكونوا عالمين بباطنها.^١

الدليل الرابع:

قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرَبِّصْنَ إِنْقَسِمْنَ تَلَثَّةَ قُرُوعٍ وَلَا يَجِدُ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا حَلَقَ اللَّهُ فِي أَنْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

فالله سبحانه جعل القروء علامه وأماره على عدم وجود حمل لدى المطلقة، ولا ريب في أن هذا إعمال للقرينة، فيجوز العمل به.^٢

الدليل الخامس:

يستفاد من كتاب الله أن تكُول المرأة عن اللعان بعد قرينة على صدق الزوج في رميها بالزن، ويقوم لعنه ونکوها مقام الشهود، ولهذا يقام عليها الحد.

الدليل السادس:

في مسألة حكم قذف الرجل زوجته، فقد كان الأصل يقضي بأن يطالب الزوج بالبينة، لأنَّه يَدْعُى دعوى مخالفة للظاهر؛ ولكن لما قامت القرينة المرجحة لصدقه، وهي

^١ أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٧)، ج ٣، ص ١٧٦؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٩، ص ٢٣٤.

^٢ ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٨٩؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٢، ص ١١٣.

كونه زوجاً يحرض في الغالب على نفي الفاحشة عن زوجته لتعيره بين النساء بظهور زناها، اكتفى الشارع منه بالأيمان المغلظة والدعاء على نفسه باللعنة.^١

٢. الاستدلال بالسنة:

استدل الجizzون بأحاديث كثيرة على حجية القرآن، نقتصر منها على ما يأتي:

الدليل الأول:

روى عبد الرحمن بن عوف أن أنصاريين قتلا أبو جهل يوم بدر، ثم انصرف إلى رسول الله ﷺ، فقال كل منهما: أنا قتله، فقال رسول الله ﷺ: هل مسحتما سيفيكما؟ قالا: لا. فنظر في السيفين، فقال: كلا كما قتله، وقضى بسلبه لعاز بن عمرو بن الجحوم.

فنظره ﷺ في السيفين إنما هو ليرجح القاتل بما يراه من أثر الطعن وصبغ الدم، وإنما خص أحدهما بسلبه لأن ترجح عنده من نظره إلى السيفين أنه هو الذي أنفذ مقاته، وعليه فيكون قوله: كلا كما قتله تطبيباً لنفس الآخر من حيث إن له بعض المشاركة.^٢

ففي هذا الحديث دليل على اعتبار القرينة وصلاحها لبناء الأحكام عليها، وهذا قال ابن القيم بعد ذكره هذه القصة: "وهذا من أحسن الأحكام وأحقها بالاتباع، فالدم في النصل شاهد عجيب!".^٣

الدليل الثاني:

قوله ﷺ: «لَا تنكح الْأَيْمَ حَتَّى تستأذن». قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: أَنْ تُسْكِتَ».^٤

وفي رواية: «ورضاها صمامها».

فقد عد النبي ﷺ سكوت البكر أمارة وقرينة على رضاها بالنكاح، وذلك لأن حياءها يمنعها من التصریح بالقبول، ولا يمنعها من التصریح بالرفض، وهذا ظاهر في الدلالة على جواز الأخذ بالقرآن.

^١ محمد سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن (دمشق: دار الفكر، د.ط، ٢٠٠٦)، ص ١٩٦.

^٢ البخاري، الصحيح الجامع، كتاب فرض الخنس، باب من لم يخس الأسلام، ومن قتل قبله سلب، رقم ٣٤١، ج ٦، ص ٢٤٦؛ أبو الحسين مسلم بن الحاج، الصحيح (بيروت: دار الجليل، د.ط، د.ت)، كتاب الجهاد والسير، باب

فتاوى أبي جيل، ج ١٢، ص ١٥٩.

^٣ ابن القيم، الطريق الحكيمية، ص ١١؛ ابن فرحون، تبصرة الحكم، ج ٢، ص ٩٤.

^٤ ابن حجر، فتح الباري، رقم ٥١٣٦، ج ٩، ص ١٩١؛ مسلم، الصحيح، ج ٩، ص ٢٠٢.

^٥ البخاري، الصحيح، رقم ٥١١٣، ج ٩، ص ١٩١.

ومنهم من يرى أنَّ هذا من أقوى الأدلة في الحكم بالقرائن.^١

ويعرض على هذا الاستدلال:

بأنَّ السُّكُوت يحتمل أنَّ يكون للهيبة أو للحروف، أو لغيره، ومع هذا الاحتمال لا يصح به الاستدلال.

ودفع هذا بأنَّ الرَّسُول ﷺ عد الرِّضا منها حيثُ كان السُّكُوت أمارة على الرِّضا بالخاطب، فالسُّكُوت أمارة على الرِّضا في الغالب والكثير، لا النادر، والنادر لا يفرد له حكم العموم.^٢

الدليل الثالث:

قوله ﷺ: «يَنِمَا امْرَأَتَانِ مَعَهُمَا ابْنَاهُمَا، جَاءَ الذَّئْبُ فَذَهَبَ بَيْنَ أَحَدِهِمَا، فَقَالَتْ هَذِهِ لصَاحِبَتِهَا: إِنَّمَا ذَهَبَ بَيْنَكَ أَنْتَ، وَقَالَتِ الْأُخْرِيُّ، إِنَّمَا ذَهَبَ بَيْنَكَ، فَحَاكَتْهَا إِلَى دَاؤِدٍ عَلَيِ السَّلَامِ، فَقُضِيَ بِهِ لِكَبِيرٍ، فَخَرَجَتَا عَلَيِ سُلَيْمَانَ بْنَ دَاؤِدٍ عَلَيْهِمَا السَّلَامُ فَأَخْبَرَتَاهُ، فَقَالَ ائْتُنِي بِالسَّكِينِ أَشْفَهَ بَيْنَكُمَا، فَقَالَتِ الصُّغْرَى: لَا، يَرْحَكُ اللَّهُ هُوَ ابْنَاهُ، فَقُضِيَ بِهِ لِصُغْرَى».٣

ووجه الدلالة في هذا الحديث: أنَّ نَبِيَّ اللَّهِ سُلَيْمَانَ التَّكْبِيلَةَ قُضِيَ بالولد لِصُغْرَى اعتماداً على قرينة الشفقة، حيثُ عارضت قتله، بينما رضيت به الكبیر بذلك، مما يدلُّ على أنَّ الصُّغْرَى هي أمه الحقيقة.

وممَّا لا يخفى أنَّ سُلَيْمَانَ عَلَيْهِ السَّلَامَ مَا كَانَ يَرِيدُ شَقَّ الطَّفْلِ إِلَى نَصْفَيْنِ حَقِيقَةً، وإنَّما أَرَادَ مُجَرَّدَ التَّعْرُفَ عَلَى أَمَّهِ الْحَقِيقَةِ، وَقَدْ تَمَّ لَهُ مَا أَرَادَ بِذَلِكَ بَعْدَ أَنْ اخْتَيَرَ شَفَقَةُ الْمَرْأَتَيْنِ لِتُتَمِّيزَ لَهُ الْأُمَّ الْحَقِيقَيَّةُ، فَتَمَيَّزَتْ بِقَوْلِهَا "لَا تَقْطَعُهُ"، وَرَضِيَ الْأُخْرَى بِالقطْعِ.^٤

الدليل الرابع:

واستدلوا أيضاً بحديث زيد بن خالد رضي الله عنه، قال: جاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صلوات الله عليه، فسأله عن اللقطة، فقال: اعرِفْ عفاصها (وعاءها)، ووَكاءها (الخيط الذي تشَدَّ به الصرَّة)، ثمَّ عرَفَهَا سَنَةً، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبَهَا وَإِلَّا فَشَانِكَ بِهَا^٥.

^١ ابن فرحون، تبصرة الحُكَّام، ج ٢، ص ٩٤.

^٢ ابن فرحون، تبصرة الحُكَّام، ج ٢، ص ١١٤؛ شوكت عليان، السلطة القضائية في الإسلام (الرياض: دار الرشيد، ط ١، ١٩٨٢م)، ص ٢٦٩.

^٣ البخاري، الصحيح، كتاب الفرائض، باب إذا أدعَت المرأة ابناً، رقم ٦٧٦٩، ج ١، ص ٥٥؛ مسلم، الصحيح، كتاب الأقضية، باب اختلاف المحدثين، ج ٢، ص ١٨.

^٤ موسى شاهين لاشين، فتح المعم شرح زاد المسلم فيما اتفق عليه البخاري ومسلم للشنقيطي (القاهرة: مكتبة الجامعة الأزهرية، د.ط، ١٩٧٠م)، ج ١، ص ٢٨٤.

^٥ البخاري، الصحيح، كتاب اللقطة، باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة، رقم ٢٤٢٩، ج ٥، ص ٨٤؛ مسلم، الصحيح، كتاب اللقطة، ج ١٢، ص ٢٠، وما بعدها؛ سليمان أبو داود السجستاني، السنن (دار الجليل للنشر والطباعة، د.ط، ١٩٩٢م)، ج ١، ص ٢٦٩.

وفي رواية أخرى لمسلم ذكر فيها العدد، فقال: «... احفظ وعاءها وعددها». ^١
 وقد عد النبي ﷺ الوصف في اللقطة قائماً مقام البينة، وجعل معرفة الوعاء والرباط
 والعدد دليلاً على صحة قول مدعى اللقطة.
 وهذا دليل على جواز العمل بالقرائن.

قال الأبي في شرح صحيح مسلم: وحديث اللقطة في الحكم بمعرفة العفاص والوكاء أصل
 في الحكم بالعرف والعادة عند التنازع، وليس عند أهل التحقيق دليل أظهر منه، لأنَّ الغالب
 والعرف أنَّ مالك الشيء يعرف من نوعه ما لا يعرفه غيره، وإنْ جازَ أنْ يعرف الغير ذلك منه،
 إما لأنَّه رأه عنده، أو استعاره، أو أجرَه، لكنَّ الغالب الأول.

وقد أحرى المالكيَّة السرقة على حكم اللقطة، فحكموا بدفع الشيء المسروق لمن يدعى
 ويذكر صفتة. ^٢

قال ابن القيم: الصحيح الذي دلت عليه السنة التي لا معارض لها أنَّ اللقطة إذا وصفها
 ووصف صفة تدلُّ على صدقه دفعت إليه بمجرد الوصف، فقام وصفه مقام الشاهدين، بل
 وصفه لها بيَّنة تبيَّن صدقه، وصحَّة دعواه، فإنَّ البينة اسم لما يُبيَّن الحق. ^٣
 ويقول أيضاً: "وكذلك اللقيط إذا تداعاه اثنان، ووصفه أحدهما بعلامة خفيَّة بمحسنه،
 حكم له به عند الجمهور". ^٤

وقد ردَّ المانعون على هذا الاستدلال، وتأنلوا أحاديث اللقطة؛ إذ قالوا:
 إنَّ هذه الأحاديث أفادت الأمر بالإعطاء إلى المالك، وأنَّهم لا ينazuون في ذلك، وإنَّما
 ينazuون في إعطائهم لها بالوصف.

وقالوا: إنَّ الأوصاف تتشابه، فليست طريقاً لمعرفة الحق، فقد يُكون الوصف محتالاً،
 وهذا ما يجعل هذه القرينة قابلة لأنْ يُثبت عكسها.

^١ مسلم، الصحيح، باب إذا أخبر رب اللقطة بالعلامة، رقم ٢٤٢٦، ج ٥، ص ٧٨.

^٢ الوشتباني الأبي، إكمال المعلم شرح صحيح الإمام مسلم (القاهرة: مطبعة السعادة، د.ط، د.ت)، ج ٥، ص ٣٦. نقلًا عن محمد بن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، ص ٣٨١؛ محمد بن إدريس الشافعي، الأم (دار الغد العربي، ط ١، ١٩٩٠)، ج ٧، ص ٢٠٩.

^٣ ابن القيم، إعلام الموقعين، ج ١، ص ٩٧.

^٤ ابن القيم، الطُّرق الحكيمية، ص ١٠؛ الكاساني، بذائع الصنائع، ج ٦، ص ١٩٩؛ محمد بن عبد الواحد الكمال بن الحمام، شرح فتح الcedir (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٣)، ج ٥، ص ٣٤٤.

وإذن فلأَبُدَّ من إقامة البُيُّنة من المالك عَلَى أَنَّهُ مالكها، ولا تُعْطِي لَهُ بمجرد الوصف.
وقالوا: إِنَّ مَا جاءَ فِي الْلُّقْطَةِ مِنَ الْأَمْرِ بِعْرَفِ الْعَفَاصِ وَالْوَكَاءِ مُحْمَولٌ عَلَى أَنَّهُ خاصٌ
بِالْمُتَقْطَطِ لِثَلَاثِ تَخْتَلُطِ الْلُّقْطَةِ بِعَالِهِ، لَا يُرْتَبُ عَلَيْهِ دُفْعُ الْلُّقْطَةِ لِوَاصْفَهَا.
ويُنَاقِشُ ذَلِكَ بِأَنَّ مَا ذَهَبُوا إِلَيْهِ لَا يَتَعَاشِي مَعَ ظَاهِرِ الْأَحَادِيثِ، وَعَلَى فِرْضِ تَسْلِيمِهِ
فَإِنَّهُ لَا يَمْنَعُ مِنْ اعْتِبَارِ الْوَصْفِ فِي دُفْعِ الْلُّقْطَةِ، وَيَكُونُ الْأَمْرُ بِعْرَفِ الْوَكَاءِ وَالْعَفَاصِ فِي
الْأَحَادِيثِ قَدْ أَفَادَ شَيْئِينَ:

الأَوَّلُ: أَنْ يَعْرِفَ الْمُتَقْطَطُ وَكَاءُ الْلُّقْطَةِ وَعَفَاصُهَا حَتَّى لَا تَخْتَلُطَ بِعَالِهِ؛ وَالثَّانِي: أَنْ يَدْفَعُهَا
لِعَرْفِهَا بِمَقْتَضِيِّ وَصْفِهِ لَهَا.

أَمَّا القَوْلُ بِأَنَّ مَعْرِفَةَ الْوَكَاءِ وَالْعَفَاصِ خَاصٌ بِالْمُتَقْطَطِ لِثَلَاثِ تَخْتَلُطِ الْلُّقْطَةِ بِعَالِهِ، وَأَنَّهَا لَا تَدْفَعُ
لِوَاصِفِ وَكَائِنِهَا وَعَفَاصَهَا إِلَّا إِذَا أَقَامَ الْبُيُّنةَ عَلَى أَنَّهُ مالكُهَا؛ فَإِنَّ هَذَا القَوْلُ يَخْالِفُ صَرِيعَ
الْأَحَادِيثِ، وَلَا يَتَمَشَّى مَعَ مَا تَرَمِي إِلَيْهِ؛ إِذْ إِنَّ الرَّسُولَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَبَّ الدَّفْعِ عَلَى الْوَصْفِ.١

الدَّلِيلُ الْخَامِسُ:

وَرَوَى أَنْسُ بْنُ مَالِكٍ قَالَ: قَالَ بَعْدَ أَنْ تَلَاعِنَ هَلَالَ ابْنِ أُمِّيَّةَ وَزَوْجِهِ: "ابْصِرُوهَا فَإِنْ
جَاءَتْ بِهِ أَكْحَلُ الْعَيْنَيْنِ"٢، سَابِعُ الْإِلَيْتَيْنِ٣، خَدَّلْج٤ السَّاقِينِ، فَهُوَ لِشَرِيكِ بْنِ سَحْمَاءِ
فَحَاءَتْ كَذَلِكَ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: لَوْلَا مَا مَضَى مِنْ كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأنٌ.^٥
قَالُوا: هَذَا الْحَدِيثُ ظَاهِرُ الدَّلَالَةِ عَلَى اعْتِبَارِ الْقَرَائِنِ وَالْأَخْذِ بِهَا، فَقَدْ جَعَلَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ
الشَّبَهَ قَرِيبَةً عَلَى النَّسَبِ.

وَاعْتَرَضَ عَلَى ذَلِكَ:

بِأَنَّ هَذَا الْحَدِيثَ يَدُلُّ عَلَى عدمِ اعْتِبَارِ الشَّبَهِ، وَأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مَدْخَلٌ فِي بَنَاءِ الْأَحْكَامِ
الشَّرِعِيَّةِ، بَدْلِيلٍ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمْ يَحْكُمْ بِالْحَاقِ الْوَلَدَ بِشَرِيكِ بْنِ سَحْمَاءِ، مَعَ أَنَّ الْوَلَدَ قَدْ جَاءَ
بِشَبَهِهِ، كَمَا ذَكَرَتِ الْأَحَادِيثُ، وَلَمْ يُقْمِدْ الْحَدَّ عَلَى الْمَرْأَةِ؛ لَأَنَّهُ مَعْنَى أَنْ يَأْتِي الْوَلَدُ بِشَبَهِ
شَرِيكِهِ كَذَهَا فِي لِعَانِهَا وَأَنَّهَا قَدْ زَنَتْ.

^١ البهبي، من طرق الإثبات في الشريعة والقانون، ص ٨١ وما بعدها؛ التحکمان، التئریة العامة للقضاء والإثبات في
الشريعة الإسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي، ص ٢٧٧.

^٢ أكحل: منابت أجنفانه سوداء كأن فيها كحلاً.

^٣ سابع الإلتين: عظيمهما.

^٤ خدّلج: ضخم الساقين. انظر: ابن الأثير، جامع الأصول، ص ٧٢٠.

^٥ ابن حجر، فتح الباري، ج ٩، ص ٤٦١.

ويرد هذا الاعتراض:

بأنَّ الحديث حُجَّةً للقائلين باعتبار القافة المبني عَلَى الشبه، لأنَّ قوله ﷺ: أبصروها فإنْ جاءت به كذا وكذا فهو لحلال، وإنْ جاءت به كذا وكذا فهو لشريك، إرشاداً منه ﷺ إلى اعتبار الحكم بالقافة، وأنَّ للشبه مدخلًا في معرفة النسب وإلحاق الولد.^١

وأجيب عن الاعتراض كذلك:

بأنَّ الذي منع من إعمال الشبه في إلحاق الولد من يشبهه إِنَّما هُوَ مانع اللعان، وهذا قالَ النَّبِيُّ ﷺ: «لو لا مَا مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن». وفي رواية: «لو لا الأيمان لكان لي ولها شأن».^٢

ومعنى هذا القول: لو لا مَا سبق من حكم الله أنَّ إيمان اللعان تدفع الحَدَّ عن المرأة لأقتمت الحَدَّ عليها من أجل الشبه الظاهر البَيِّن بالذِي رُمِيت به.^٣

فاللعان أقوى من الشبه، وحكمه يدفع حكم الشبه، فصار اللعان مع الشبه بمُنْزَلة أقوى الدليلين مع أضعفهم، وحيث اعتبرنا الشبه في لحوق النسب فإنَّما ذاك إذا لم يقاومه سبب أقوى منه هُوَ اللعان.

وأمَّا إنْجَار النَّبِيُّ ﷺ بشأن الولد وشبيهه فإِنَّه لم يكن من أجل تغيير حكم اللعان، وإنَّما ليتبين الصَّادِقُ مِنْهُما مِنَ الْكاذِب؛ لأنَّ قولَ النَّبِيِّ ﷺ: «إِنْ جاءَتْ بِهِ كَذَا وَكَذَا فَهُوَ لِفَلَان..» لَا يَعْنِي إِلْحَاقاً لَهُ بِهِ فِي النَّسْبِ، كَيْفَ وَقَدْ تَاهَ عَنْهُ بِاللَّعَانِ، وَانْقَطَعَ نَسْبُهُ مِنْهُ، وإنَّما كان إِخْبَاراً عَنِ الْوَاقِعِ، وَلَمْ يَقُمِ الرَّسُولُ ﷺ بِالْحَدَّ عَلَى الْمَرْأَةِ الَّتِي جَاءَتْ بِالْوَلَدِ عَلَى النَّعْتِ المَذْكُورِ مِنْ أَجْلِ إِيمَانِهَا الَّتِي درَأَتْ عَنْهَا العَذَاب.^٤

الدَّلِيلُ السَّادِسُ:

اعتقدت الشَّرِيعَةُ بالقرينة في إثبات الإيمان والنفاق، فقال ﷺ: «إِذَا رأَيْتُ الرَّجُلَ يَعْتَادُ المساجدَ فَاشْهُدُوا لَهُ بِالْإِيمَانِ».^٥

^١ ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد (بيروت: مؤسسة الرسالة، د.ط، ١٩٨٣م)، ج ٥، ص ٤٠٣.

^٢ ابن الأثير، جامع الأصول، ج ١٠، ص ٧٢١.

^٣ المصدر السابق، ج ٥، ص ٣٨٠؛ ابن حجر، فتح الباري، ج ٩، ص ٤٦٣.

^٤ ابن قدامة، المغافى، ج ٥، ص ٧٦٨؛ ابن القيم، الطُّرق الحكيمية، ص ٤٢٢؛ ابن حجر، فتح الباري، ج ٩، ص ٤٦٣؛ ابن القيم، زاد المعاد، ج ٥، ص ٣٨٠؛ عدنان حسن عزيزية، حججية القرآن في الشريعة الإسلامية، ص ١١٢-١١٣.

^٥ محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، السنن (بيروت: المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، ٢٠٠٦م)، ج ١، ص ٢٦٣.

فاعتيا المساجد قرينة تدل على الإيمان، وإذا كان ذلك شأن المؤمن، وكانت تلك القرائن تدل عليه؛ فإن للمناقف أيضا علامات وقرائن تدل عليه، حدثنا عنها رسول الله حين قال: «آية المنافق ثلاث، إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا اؤمِن خان». ^١

الدليل السابع:

روي أن عثمان رضي الله عنه أتي بأمرأة ولدت لستة أشهر من زواجها، فأمر بها أن ترجم، فقال علي: ليس لك عليها سبيل، لقول الله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفَصَلْهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥]، وقوله تعالى: ﴿وَفِصَلْهُ فِي عَامَتِنِ﴾ [القمان: ١٤].

فالآلية الأولى قد بيّنت مدة الحمل والفصل ثلاثين شهراً، وأن مدة الفصال وحدتها عامان، وهذا يقتضي أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، ومن ثم تكون المرأة قد وضعت في الزمن الشرعي للحمل، فلَا يجوز أن يقام عليها الحد بتهمة الزنى.

ومعنى ذلك من ناحية أخرى أنها لو ولدت لأقل من ستة أشهر لأقيم عليها الحد، ويكون وضعها في تلك المدة قرينة على زناها، وأن القرينة تعد حجة في الإثبات، شأنها في ذلك شأن باقي طرق الإثبات الأخرى. ^٢

الدليل الثامن:

حكم النبي الله عليه السلام بوجوب اللوث في القساممة وجوائز للمدعين أن يخلفوا حسین بینا ويستحقون الدية أو دم صاحبها، على ما رود في بعض الروايات. فهذا لوث في الدماء، والذي في سورة للائحة لوث في الأموال في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ عَذَرَ عَلَى أَهْمَّهَا أَسْتَحْقَقَ إِثْمًا فَاقْتَرَبَ إِيمَانُ مَقَامِهِمَا مِنَ الَّذِينَ أَسْتَحْقَ عَلَيْهِمُ الْأَوْلَيْنَ فَيُقْسِمَنَ إِلَيْهِ لَشَهَدَنَا أَعْوَنَ مِنْ شَهَدَنَاهُمَا وَمَا أَعْنَدَنَا إِنَّا إِذَا لَئِنَ الظَّالِمِينَ﴾ [المائدة: ١٠٧]. كما أن الذي في سورة يوسف لوث في الدعوى في العرض. ^٣

ومعنى القساممة: القسم أي اليمين.

ومعناه في اصطلاح الفقهاء: الأيمان التي يقسم بها أولياء دم المقتول على استحقاقهم بدل دم صاحبهم، أو يقسم بها المتهمون على نفي القتل عنهم. ولا ذكر للقساممة في القوانين الوضعية.

^١ ابن حجر، فتح الباري، ج ١، ص ٩.

^٢ أبو العينين، القضاء والإثبات، ص ٤٢٧.

^٣ المرجع السابق، ص ٤٢٧.

وللقسامة فائدتان عظيمتان:

أولاًهما: تعظيم شأن الدّماء وألاً تذهب هدراً بالقدر المستطاع، وثانيتهما: بعث روح اليقظة والانتباه في أهل القرى والمخالّات والمدن والأماكن الخاصة إلى ما يقع فيها أو قريباً منها من جرائم القتل منعاً لها بالقدر الممكن، وإشعار بالمسؤولية الشاملة وبالتضامن وتقرير للأمن، والضرب على أيدي الأشرار الذين يعيشون في الأرض فساداً ومراقبة من لهم صلة بهم جميعاً، وتبعهم داخلاً وخارجاً، وذلك لشعور الجميع بالمسؤولية المشتركة والتضامن.^١

وصورة القسامة:

أن يوجد قتيل بموضع لا يُعرف من قتله ولا بِيَنَّة، ويَدْعُى وَلَيْه قتله على يد شخص أو جماعة، وتوجد قرينة تشعر بصدقه وتسُمّي (اللوث) — أي العداوة الظاهرة — فيحلف على ما يَدْعُيه وَيُحْكَم لَه^٢.

ولا يجب بمجرد دعوى الأولياء حتّى تفترن بها شبهة يغلب على الظنّ الحكم بها.^٣
فوجود قتيل في محلّة أو قبيلة بينه وبين أهلها عداوة وبه أثر القتل من جراحة، أو خنق، أو ضرب أو غيرها، يحكم فيها بالقسامة بخمسين يميناً تقسم على أولياء القتيل إذا أدعوا الدم، أو على المُدعى عليهم الدّم لنفيه^٤، فاقتران الدّعوى بشيء يدلّ على صدق المُدعى تعد لوثاً يحكم بموجتها.^٥

ووجه الدلالة على العمل بالقرينة من الحكم بوجوب اللوث في القسامة أن القتل حصل ولا بِيَنَّة ولا اعتراف، فيحلف المدعون من أولياء الدّم مع وجود القرينة — التي تثير الظنّ وتوقع في القلب صدق المُدعى — فيستحقون دم أصحابهم، سواء أكان المقصود الدية أم القوّد، فيحكم له به، ولا مستند للحكم ها هنا إلا القرائن والأمارات وشواهد الأحوال.^٦

^١ أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص ٤٢٠.

^٢ شيخي زاده الخنفي، مجمع الأئمّة (المطبعة العامرة، د.ط، د.ت)، ج ٢، ص ٦٧٧؛ الكاساني، بداع الصنائع، ج ٧، ص ٢٨٦؛ النبووي، روضة الطالبين (بيروت: دار ابن حزم، ط ٢٠٠٢)، ج ١٠، ص ٩.

^٣ ابن حجر، فتح الباري، ج ١٢، ص ١٣٦؛ مسلم، الصحيح، ج ١١، ص ١٤٤.

^٤ الشربيني، مغني المحتاج (بيروت: دار الفكر، ١٩٧٨)، ج ٤، ص ١٠٩.

^٥ ابن قدامة، المغني، ج ٨، ص ٦٨.

^٦ عدنان حسن عزازية، حجّيّة القرآن في الشريعة الإسلامية، ص ١٢٤؛ شيخي زاده، مجمع الأئمّة، ج ٢، ص ٦٧٧؛ الكاساني، بداع الصنائع، ج ٧، ص ٤٢٦؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٤٦٩؛ ابن حزم، المخلوي، ج ١٢، ص ٤٧٤.

الدليل التاسع:

ورد في حديث جابر بن عبد الله قال: "أردت السَّفَرَ إِلَى خَيْرٍ فَأَتَيْتَ الَّتِي يَكْتُبُهُ فَقُلْتَ: إِنِّي أَرَدْتُ الْخَرْوَجَ إِلَى خَيْرٍ. قَالَ: إِذَا أَتَيْتَ وَكِيلَيْ فَخَذْ مِنْهُ خَمْسَةً عَشَرَ وَسَقَاءً، فَإِذَا طَلَبْتَ مِنْكَ آيَةً فَضَعْ يَدَكَ عَلَى تَرْفُوتِهِ" ^١.

فهذا اعتماد في الدَّافع إلى الطَّالب عَلَى مُحَرَّدِ العَلَمَةِ، وِإِقَامَةِ لَهَا مَقَامَ الْبَيْنَةِ ^٢. وقد ذكر الصناعي أنَّ في هذا الحديث دليلاً على العمل بالقرينة والعلامة في مال الغير، وأنَّ الرَّسُولَ يُصَدِّقُ وَتَدْفَعُ لَهُ الْعَيْنُ إِذَا جَاءَ بِعَلَمَةٍ مِّنْ صَاحِبِ الْمَالِ ^٣.

الدليل العاشر:

كان الأئمة والخلفاء يحكمون بالقطع والضمان إذا وجد المال المسروق مع المُتَّهِمِ. ويرى ابن القيم أنَّ هذه القرينة أقوى من الْبَيْنَةِ والإقرار، فإنَّهما خبران يتطرقان إليهما الصدق والكذب، ولكنَّ وجود المال معه يُعَدُّ نصاً صريحاً لا يتطرق إليه شبهة ^٤.

ويناقش ذلك:

بأنَّه ليس بالضرورة أن يُدْلَلَ ضبط المسروق في حوزة المُتَّهِمِ عَلَى أَنَّهُ هُوَ السَّارِقُ، لاحتمال أن يَكُونَ المسروق قد دُسَّ عَلَيْهِ؛ إذ إنَّ هذه القرينة قد ثبت عدم مطابقتها للواقع في كتاب الله عزَّ وجلَّ.

فقد ورد في سورة يُوسُف قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا جَهَّزُهُمْ بِمَا هَزَمُوهُمْ جَعَلَ أَلْسِنَاتِهِمْ فِي رَغْلٍ أَخْيَهُمْ أَذْنَ مُؤْذِنٍ أَيْتَهَا أَعْيُدُ إِنَّكُمْ لَسَرِقُونَ ﴾فَأَلْوَا وَأَفْلَوْ عَلَيْهِمْ مَا دَرَأْتُمْ﴿ فَلَمَّا نَقْدَضْ مُوَاعِدَ الْمَلِكِ وَلَمَّا جَاءَهُمْ بِهِ حِلْمٌ بِعِيرٍ وَأَنَا بِهِ رَعِيْمٌ﴾ فَلَمَّا تَلَقَّهُمْ عَلِمْتُمْ مَا جِئْنَا لِتَقْسِيدِهِ فِي الْأَرْضِ وَمَا كُنَّا سَرِقِينَ﴾ فَلَمَّا فَمَا جَرَوْهُ إِنْ كُنْتُمْ كَذَّابِينَ﴾ فَلَمَّا جَرَوْهُ مَنْ وُجِدَ فِي رَحْلِهِ فَهُوَ جَرَوْهُ كَذَّالِكَ نَجْزِي الظَّالِمِينَ﴾ فَبَدَأَ بِأَوْعِيَتِهِمْ قَبْلَ وَعَاءَ أَخِيهِمْ أَسْتَخْرِجُهُمْ مِنْ وَعَاءَ أَخِيهِ كَذَلِكَ كَذَلِكَ لِيُوْسُفَ﴾ [يوسف: ٧٠-٧٦].

^١ الصناعي، سُبْلُ السَّلَامِ، ج ٣، ص ٨٥؛ ابن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٩٨)، ج ٣، ص ٥١.

^٢ ابن فرحون، تبصرة الحُكَمَاءِ، ج ٢، ص ٩٤؛ ابن القيم، الطُّرُقُ الحُكْمِيَّةُ، ص ١٢.

^٣ الصناعي، سُبْلُ السَّلَامِ، ج ٣، ص ٨٥.

^٤ ابن القيم، الطُّرُقُ الحُكْمِيَّةُ، ص ٧.

فالسقاية قد وجدت في رحل أخي يوسف، وأنتحد الحاضرون من وجودها في رحله فرينة ظاهرة على أنه هو السارق، وأجمعوا على ذلك بما فيهم إخوته — ما عدا يوسف ومن قام بتنفيذ العملية — وحكم على أخي يوسف بناءً على تلك الفرينة، بينما هي تخالف الواقع تماماً؛ إذ إنه لم يسرق، وإنما دسّت السقاية عليه دسّاً لحكمة سامية.

فكأن القرآن الكريم يوحى إلينا من طرف بهذه الواقعة أننا لو اعتمدنا على مثل هذه القرائن في إثبات الجرائم لأمكن أن تكون تكأة تلتف بها التهم لكثير من البراء.

ويعرض على ذلك:

بأن وجود المال المسروق في حوزة المتهم دليل قوي على أنه هو السارق؛ إذ ليس من المنطق أن يستهان بهذا الدليل إلا إذا أدعى المتهم أن المال قد دس عليه (مثلاً)، أو غير ذلك من الأعذار المقبولة، فإذا ثبتت هذه الاحتمالات والشبهات، واطمأنت نفس القاضي إلى وجودها، حينئذ لا يُعد وجود المال عنده دليلاً لإثبات.

لذلك ينبغي على القاضي التتحقق من ادعاء المتهم أن المال المسروق قد دس عليه؛ إذ إنها دعوى يحتاج إلى دليل يستدعاها، لا مجرد الدعوى؛ حيث إن كل أحد يستطيع أن يدرأ حاد السرقة عن نفسه بهذا الادعاء إذا وجد المال المسروق عنده، وهذا يؤدي إلى إبطال الحد عن كل من يدعي مثل هذا. فعلى القاضي أن يأخذ هذا الادعاء بحذر، قطعاً لذرعة إسقاط الحد جملة، وحماية لحرمات الله تعالى أن تنتهك.

الدليل الحادي عشر:

حكم عمر وابن مسعود بوجوب الحد برائحة الخمر من فم الرجل أو قبهه حمراً، اعتماداً على القرينة الظاهرة، ولم يعرف لهما مخالف من الصحابة، فكان ذلك إجماعاً.

وهذا دليل على اعتبار الشارع للقرائن والأumarات وتأثيرها في بناء الأحكام.

إن دلالة الرائحة والقيء على شرب الخمر أقوى من دلالة الرؤية؛ لأنّه لا يقطع بالرؤية بأن المشروب حمر بعكس الرائحة فدلائلها قوية قاطعة^١.

فالشمّ أقوى في معرفة حال المشروب من الرؤية؛ لأنّ الرؤية لا يعرف بها الشراب أمسكر هو أم لا؟ وإنما يعلم بذلك من رائحته.

^١ ابن فرحون، تبصرة الحكم، ج ٢، ص ٨٠.

فَقَدْ رُوِيَّ عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أَنَّه قَالَ: "وَجَدْتُ مِنْ عَبْدِ اللَّهِ رِيحَ شَرَابٍ وَأَنَا سَائِلٌ عَنْهُ إِنْ كَانَ يَسْكُرُ جَلْدَتِهِ".^١

وَفِي خَبْرِ السَّائِبِ بْنِ يَزِيدِ أَنَّهُ حَضَرَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ يَضْرِبُ رِجَالًا وَجَدَ مِنْهُ رِيحَ الْخَمْرِ.^٢
قَالُوا: فَحُكِمَ عُمَرُ رضي الله عنه عَلَى تَحْقِيقِ الشُّرُبِ بِالرَّائِحةِ مِنْ أَقْوَى الْأَدَلَّةِ عَلَى اعْتِمَادِ الْقَرَائِنِ
فِي إِصْدَارِ الْأَحْكَامِ الْقَضَائِيَّةِ.

وَكَذَلِكَ حَدِيثُ ابْنِ مُسْعُودٍ الَّذِي جَلَدَ رِجَالًا وَجَدَ رِيحَ الْخَمْرَ مِنْهُ.^٣
وَتَفِيدُ هَذِهِ الْأَحَادِيثُ تَطَابِقَ رَأْيَ عُمَرَ وَابْنِ مُسْعُودٍ فِي الْأَحَدَدِ بِقَرِينَةِ الرَّائِحةِ، إِذَا أَثْبَتَا
هَا جَرِيمَةَ الشُّرُبِ وَجَلَدُهَا بِالْأَحَدَدِ.

وَفِي خَبْرِ أَنَّهُ أُتِيَ بِالْوَلِيدِ بْنِ عَقبَةَ إِلَى عُثْمَانَ بْنِ عَفَانَ سَ، وَقَدْ شَهَدَ عَلَيْهِ رَجُلٌ أَنَّهُ رَأَاهُ شَرِبَا
— يَعْنِي الْخَمْرَ — وَشَهَدَ الْآخَرُ أَنَّهُ رَأَاهُ يَتَقَبَّلُهَا، فَقَالَ عُثْمَانُ: إِنَّهُ لَمْ يَتَقَبَّلْهَا حَتَّى شَرِبَهَا.^٤
قَالُوا: وَهَذَا دَلِيلٌ آخَرٌ يَثْبِتُ الشُّرُبَ بِالْتَّقْيَوْنِ، وَفِيهِ أَعْظَمُ اسْتِدَالَلِ عَلَى بَنَاءِ
الْأَحْكَامِ عَلَى الْقَرِينَةِ.^٥

وَأَمَّا احْتِمَالُ الْإِكْرَاهِ وَالنَّسِيَانِ وَالْجَهْلِ وَشَرْبِ عَصِيرٍ تَشَبَّهُ رَائِحةُ الْخَمْرِ فَدُعُوا
تَحْتَاجُ إِلَى دَلِيلٍ يَسِنِدُهَا وَيَثْبِتُهَا لَا بِمُجْرِدِ الدَّعْوَى؛ وَإِلَّا لَادَعَى كُلَّ شَارِبٍ خَمْرًا إِحدَى تُلُكَ
الْمِيرَاتِ لِلْإِفَلَاتِ مِنَ الْأَحَدَدِ.

أَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِتَشَابُهِ رَائِحةِ الْخَمْرِ فَقَدْ صَارَ تَمِيزُ شَارِبِ الْخَمْرِ مِنْ شَرَابٍ فِي
هَذَا الْعَصْرِ مِيسُورًا فِي كَثِيرٍ مِنَ الْأَماْكِنِ، وَذَلِكَ عَنْ طَرِيقِ تَخْلِيلِ الدَّمِ، وَالْكَشْفِ عَنِ
الْكَحْولِ فِيهِ، أَوْ عَنْ طَرِيقِ جَهَازٍ يَنْفَخُ فِيهِ الْمُتَهَمِّمُ، فَيَقِيسُ نَسْبَةُ الْكَحْولِ فِي نَفْسِهِ.

الدَّلِيلُ الثَّالِثُ عَشَرُ:

أَمْرَ النَّبِيِّ اللَّهِ صلوات الله عليه وسلم الزَّبِيرَ أَنْ يَقْرَرَ عَمَّ حِيَ بَنِ أَخْطَبَ بِالْعَذَابِ عَلَى إِخْرَاجِ الْمَالِ الَّذِي
غَيَّبَهُ وَادَّعَى نَفَادَهُ. فَقَالَ الرَّسُولُ صلوات الله عليه وسلم: «الْعَهْدُ قَرِيبٌ وَالْمَالُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ».

^١ البخاري، الصحيح، كتاب الأشربة، باب الباذق، ومن ثم عن كُلِّ مسکر، ج ٦، ص ٢٤٤.

^٢ الدارقطني، السنن، كتاب الحدود والديات وغيرها، ج ٣، ص ١٦٧.

^٣ المسند (مسند عبد الله بن مسعود)، ج ٢، ص ١٤.

^٤ أبو داود، السنن، كتاب الحدود، باب الحَدَّ في الْخَمْرِ، ج ٤، ص ١٦٣.

^٥ محمد عطا السيد، التشريع الجنائي الإسلامي، ص ١٧٩.

فعدَ الرَّسُولُ ﷺ قرب العهد وكثرة المال قرينتين عَلَى عدم نفاده، ولذلك أمر الرَّسُولُ ﷺ الزبير بن العوام أَنْ يمسِّه بعذاب وكان نتيجة ذلك أَنْ أُرْشِدَ إلى المال وأُخْرِجَه من محبته.^١

الدليل الثالث عشر:

ومن الأدلة القوية على اعتبار القرائن في الإثبات أَنَّ الَّتِي ﷺ قد عَدَ الحمل قرينة قاطعة عَلَى الرَّجُنِي، وأمر بإقامة الحَدَّ عَلَى امرأة وجدت حاملاً بغير زواج. فقد تزوج رجل من أصحاب الَّتِي ﷺ امرأة فوجدها حبلى، فقضى الَّتِي ﷺ بجلدها الحَدَّ بعد أَنْ تلد وتعافي من نفاسها.

وفي رواية: ففرقَ رَسُولُ اللهِ ﷺ بينهما وأعطاهما الصداق بما استحل من فرجها.^٢
وقد حكم عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بالرجم عَلَى المرأة التي ظهر بها الحبل ولم يكن لها زوج ولا سيد، وقال: أَلَا وإنَّ الرَّجُمَ حَقٌّ عَلَى من زنى وقد أَحْصَنَ إِذَا قَامَتِ الْبَيْنَةُ، أَوْ كَانَ الْحَمْلُ أَوْ الاعْتِرَافُ.^٣

وقد أورد الدارقطني أَنَّ هَذَا رَأِيَ عَلَيْهِ س، عندما قَالَ بَعْدَ رِجْمِه لشراحة الْمَدَانِيَّةِ: أَيْمًا امرأة نعي عليها ولدها أَوْ كَانَ اعْتِرَافًا، فَإِلَمَامُ أَوَّلِ مَنْ يَرْجِمُ، ثُمَّ النَّاسُ، فَإِنْ نَعْتَهَا شُهُودٌ فَالشُّهُودُ أَوَّلُ مَنْ يَرْجِمُ، ثُمَّ النَّاسُ.^٤

يَقُولُ ابن قَدَامَةُ: "وَرَجْمُ مَنْ ظَهَرَ بِهِ حَمْلٌ مِّنْ غَيْرِ زَوْجٍ وَلَا سِيدٍ قَوْلُ سَادَةِ الصَّحَابَةِ، وَلَمْ يَظْهُرْ لَهُمْ فِي عَصْرِهِمْ مُخَالِفٌ فَكَانَ إِجْمَاعًا".^٥

وَمَعَ مَا أُورَدَنَا فَهَنَاكَ مِبْدَأٌ هَامٌ وَهُوَ أَنَّ قَرِينَةَ الْحَمْلِ كُلُّ الْقَرَائِنِ يَبْطِلُ أَثْرَهَا كَيْنَةً إِذَا أَبْدَتِ الْمَرْأَةُ عَذْرًا مَقْبُولاً يَدْفَعُ عَنْهَا جَرْمَ الرَّجُنِي.^٦

^١ أبو داود، السنن، كتاب الخراج والإمارة، ج ٣، ص ٤٠٨؛ ابن فرحون، تبصرة الحكماء، ج ٢، ص ١١٣ وما بعدها.

^٢ أبو داود، السنن، كتاب التكح، باب الرَّجُلُ يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ فَيَجِدُهَا حَبْلِي، ج ٢، ص ٢٤٢—٢٤١؛ الدارقطني، السنن، باب المهر، ج ٣، ص ٢٥١.

^٣ محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة، باب الاعتراف بالزنا، ج ٨، ص ٢٥؛ مالك بن أنس، الموطأ، كتاب الحدود، باب مَا جاءَ فِي الرَّجُمِ، حدِيثُ رقم: ٨٢٤.

^٤ علي بن عمر الدارقطني، السنن (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ١، ٢٠٠٤)، كتاب الحدود والديات وغيرها، ج ٣، ص ١٢٤.

^٥ ابن قدامة، المغني، ج ٨، ص ٢١١.

^٦ محمد عطا السيد، التشريع الجنائي الإسلامي: الحدود، ص ١٧٤.

قال مالك: الأمر عندنا في المرأة توجد حاملاً ولا زوج لها فتقول: أستكرهت، أو تقول: تزوجت، أن ذلك لا يقبل منها، وإنما يقام عليها الحد، إلا أن يكون لها على ما أدعت من النكاح بينة، أو على أنها استكرهت.^١

فهم لم يقبلوا دعواها الغصب على ذلك بلا قرينة تشهد لها بذلك، ولا دعواها أن هذا الحمل سببه وجود مني في الحمام، ولا دعواها اتصال جن بها؛ إلا القرينة التي تدل على عدم زناها كأن تكون عذراء.

وقال الحنفية والحنابلة والشافعية:

إن المرأة لا تحد بمجرد ظهور الحمل بها، وإنما تُسأل عن ذلك، فإن أدعت أنها أكرهت أو وطئت بشبهة، أو لم تعرف بالرثنا لم تحد.^٢
وهناك روايات تؤيد هذا الاتجاه.

فقد روي أن امرأة رفعت إلى عمر بن الخطاب ليس لها زوج، وقد حملت، فسألها عمر، فقالت: إني امرأة ثقيلة الرأس، وقع عليّ رجل وأنا نائمة، مما استيقظت حتى فرغ، فدرا عمر عنها الحد.^٣

فعلى الرغم من أن القرينة هنا قوية على ارتكاب جريمة الزنا فلم يأخذ بها عمر س، وأسقط الحد عن المرأة بالشبهة التي أدتها مع أن هذه الشبهة في غاية الضعف، بل لا يكاد يصدقها عقل.^٤

كما روي عن علي أنه قال لامرأة حامل من غير زوج أيضاً: أستكرهت؟ قالت: لا، قال: فلعل رجلاً أتاك في نومك.^٥

وروي عن عمر أيضاً أنه درأ الحد عن امرأة حامل أدعت أنها استكرهت، وكتب إلى أمراء الأجناد لا يقتل أحد إلا بإذنه.^٦

^١ مالك، الموطأ، ج ٤، ص ١٥٠.

^٢ محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي (القاهرة: المكتبة العصرية، ط ٢، ٢٠٠٣م)، ج ٤، ص ٣١٩؛ التفتازاني، الشرح الصغير، ج ٤، ص ٥٠١.

^٣ ابن قدامة، المغني، ج ١٠، ص ١٩٢. وأصل ذلك هو من باب درء الحدود بال شبكات، لا لكن الحيل لا يدل على الوطأ؛ انظر، محمد بن معحوز، وسائل الإثبات، ص ٣٨٢.

^٤ أبو العينين، القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي، ص ٤٣٥.

^٥ ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٤٣١.

^٦ ابن قدامة، المغني، ج ٨، ص ٢١٠.

ورُوِيَ أيضًا عن عليٍّ وابن عباس أنَّهما قالا: إنَّ كَانَ فِي الْحَدَّ لَعْلٌ وَعُسْى فَهُوَ مَعْتَلٌ.
يَقُولُ ابن تيمية رحمه الله: "الأشبَهُ بِأَصْوَلِ الشَّرِيعَةِ وَالْمَأْتُورُ عَنِ الْخَلْفَاءِ الرَّاشِدِينَ^١، وَمَذْهَبُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ الْمُتَوَّرَةِ حَدَّ الْمَرْأَةِ الْحَامِلِ مِنْ غَيْرِ زَوْجٍ وَلَا سَيْدٍ مَا لَمْ تَدْعُ شُبُّهَةً".^٢

ويرى الجُمُهُورُ أنَّ الرِّوَايَاتِ الَّتِي تَفِيدُ دُمُودَ الْحَدِّ الصَّحَابَةَ بِالْقُرْآنِ فِي الْحَدِودِ، تَعْدُ أَقْوَى
مِنْ حِثَّ الْإِسْنَادِ مِنَ الرِّوَايَاتِ الَّتِي تَفِيدُ احْتِجاجَهُمْ بِهَا.^٣
وَالَّذِي يَدُلُّ لِي:

أَنَّ الْحَامِلَ مِنْ غَيْرِ زَوْجٍ يَدْرَأُ عَنْهَا الْحَدَّ بِمُجْرَدِ ادْعَائِهِ الْغَصْبُ أَوْ إِكْرَاهُ أَوْ أَيْ شُبُّهَةٍ
أُخْرَى، سَوَاء وَجَدَتْ قَرِينَةً تَؤْيِدُ وَتَسْتَدِيقُ دُعَواهَا أَمْ لَمْ تَوْجُدْ، كَادْعَائِهِ اسْتِدَخَالُهَا مِنْتَأً، أَوْ
أَنَّهَا اسْتَحْمَرَتْ بِخُرْقَةٍ فِيهَا مِنْيَّ، أَوْ تَحْمَمَتْ بِمَاءٍ قَدْ أَنْزَلَ فِيهَا رَجُلٌ، أَوْ غَيْرُ ذَلِكَ مِنْ
الْاحْتِمَالَاتِ، وَلَأَنَّ الْمَقْرَبَ بِالزَّنَنَةِ لَوْ رَجَعَ عَنْ إِقْرَارِهِ وَاعْتِرَافِهِ لِقَبْلِ رَجُوعِهِ وَيَدْرَأُ عَنْهُ الْحَدَّ
فَكِيفَ مَنْ لَمْ تَقْرَبْ بِالزَّنَنَةِ أَصْلًا وَهِيَ تَدْعُ الْغَصْبَ أَوْ إِكْرَاهَ؟

فَدَرَءُ الْحَدَّ عَنْهَا هُنَّا مِنْ بَابِ أُولَى؛ خَاصَّةً إِذَا عَلِمْنَا أَنَّ الشَّارِعَ الْحَكِيمَ مُتَشَوَّفٌ إِلَى
الْتَّسْرِ عَلَى أَعْرَاضِ النَّاسِ وَإِلَى الْعَفْوِ وَالصَّفْحِ فِي حَدَّ الزَّنَنَةِ، لَأَيْ شُبُّهَةٍ كَانَتْ.
لَذِلِكَ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِهَزَّالَ بْنَ يَزِيدَ الْأَسْلَمِيِّ لَمَّا أَخْبَرَهُ بِقَصْةِ مَا عَزَّ: «يَا هَزَّالَ لَوْ سَرَّتْهُ
بِرِدَائِكَ لَكَانَ خَيْرًا لَكَ».^٤

وَكَانَ رَسُولُ اللهِ ﷺ قد عَرَضَ لِمَا عَزَّ بِالرَّجُوعِ عَنْ إِقْرَارِهِ وَالتَّوْبَةِ إِلَى اللهِ، وَذَلِكَ بِقَوْلِهِ:
«لَعْلَكَ قَبَّلْتَ، لَعْلَكَ لَمْسْتَ...».

وَكَذَلِكَ صَنَعَ مَعَ الْغَامِدِيَّةِ حَتَّى قَالَتْ لَهُ: أَتَرِيدُ أَنْ تَرْدِنِي كَمَا رَدَدْتَ مَا عَزَّ؟
أَمَّا إِذَا لَمْ تَدْعُ الْحَامِلَ مِنْ غَيْرِ زَوْجٍ شُبُّهَةً مُعَارِضَةً أَوْ غَصْبًاً أَوْ إِكْرَاهًا؛ فَإِنَّ الْحَدَّ يَقامُ
عَلَيْهَا، مُوَافِقةً لِمَا فَعَلَهُ الصَّحَابَةُ رَضْوَانُ اللهِ عَلَيْهِمْ.^٥

^١ ابن تيمية، *السياسة الشرعية*، ص ١١١.

^٢ المصدر السابق، ص ١١١.

^٣ مالك، الموطأ مع شرح الزرقاني (بيروت: دار المعرفة، د.ط، ١٩٧٨م)، كتاب الحدود، باب ما جاء في الرجم، رقم ١٥٩٤

^٤ ج ٤، ص ١٣٨.

^٥ عدنان حسن عزيزية، *حجية القرآن*، ص ١٣٠.

الدليل الرابع عشر:

حكم رَسُول اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَخَلْفَاؤِهِ مِنْ بَعْدِهِ بِالْقِيَافَةِ، وَجَعَلُهَا دَلِيلًا مِنْ أَدْلَلَةِ ثُبُوتِ التَّسَبِّبِ، وَلَيْسَ فِيهَا إِلَّا مُحْرَّدُ الْأَمَارَاتِ وَالْعَلَامَاتِ، وَالْقِيَافَةِ فِي ثُبُوتِ النَّسَبِ مِنْ أَكْثَرِ الْقَرَائِنِ ظَهُورًا وَتَطْبِيقًا فِي الْفَقَهِ الْإِسْلَامِيِّ.

والْقِيَافَةِ هِيَ اسْتِطْلَاعُ أَوْجَهِ الشَّبَهِ بَيْنَ أَعْصَاءِ شَخْصَيْنِ كَالْعَلَامَاتِ الْمُمِيَّزَةِ لِأَقْدَامِهِمَا، لِلْاسْتِدَالَالِّي مِنْ وَرَاءِ ذَلِكِ عَلَى أَنَّ الشَّخْصَيْنِ يَتَمَمُّمُونَ أَحَدُهُمَا إِلَى الْآخَرِ.

وَقَدْ اسْتَعْمَلَ الشَّرْعُ الْقِيَافَةَ كَوَسِيلَةً مِنْ وَسَائِلِ إِثْبَاتِ التَّسَبِّبِ، اسْتَهْدَافًا مِنْهُ لِتَفَادِي مَشْكُوكَةِ انْقِطَاعِ التَّسَبِّبِ، عَلَى الْمَسْتَوِيِ الْاجْتِمَاعِيِّ، وَعَلَى الْمَسْتَوِيِ النُّفْسِيِّ لِلنَّفْرَدِ.

فَفِي عَهْدِ الرَّسُولِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ بَعْضُ النَّاسِ يَشْكُوكُونَ أَنَّ يَكُونُ أَسَامِةً حَبُّ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ابْنًا لِزِيدَ بْنِ حَارِثَةَ، عَلَى الرَّغْمِ مِنْ أَنَّ أَسَامِةً كَانَ يَنْسَبُ لِفَرَاشِ أَبِيهِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ أَسَامِةً كَانَ أَسْوَدَ الْلَّوْنِ، وَزِيدَ بْنِ حَارِثَةَ كَانَ أَيْضًا، وَلِإِزَالَةِ هَذِهِ الْلَّوْثَةِ عَنِ أَسَامِةَ وَأَبِيهِ، اعْتَمَدَ الرَّسُولُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَسِيلَةَ الْقِيَافَةِ، فَجَاءَ قَائِفُ مَاهِرٍ اسْمُهُ مَجْرِزُ الْمُدْجَلِيُّ، وَرَأَى أَمَامَهُ أَسَامِةً وَزِيدًا، بَعْدَمَا غَطَّى وَجْهَ كُلَّ مِنْهُمَا، فَقَالَ الْقَائِفُ: إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامِ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ.^١

فَقَدْ رُوِيَ الْبَخْرَارِيُّ وَمُسْلِمُ عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّهَا قَالَتْ: «دَخَلَ عَلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذَاتَ يَوْمٍ وَهُوَ مُسْرُورٌ، فَقَالَ: يَا عَائِشَةَ أَلَمْ تَرِي أَنَّ مُحَرَّزًا الْمُدْجَلِيُّ دَخَلَ عَلَيَّ فَرَأَيَ أَسَامِةً وَزِيدًا وَعَلَيْهِمَا قَطْيِفَةَ قَدْ غَطَّيَ رَأْسَيْهِمَا وَبَدَتْ أَقْدَامَهُمَا، فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامِ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ».^٢

هَذَا الْحَدِيثُ — وَأَحَادِيثُ أُخْرَى — هُوَ أَسَاسُ الْعَمَلِ بِحُكْمِ الْقَائِفِ فِي إِلْحَاقِ التَّسَبِّبِ، وَهِيَ أَدْلَلَةٌ احْتَجَ بِهَا الْقَائِلُونَ بِاعتْبَارِ الْحُكْمِ بِالْقَرَائِنِ، اعْتِمَادًا عَلَى قَرِينَةِ الشَّبَهِ.

الدليل الخامس عشر:

وَاسْتَدَلُوا أَيْضًا بِجَعْلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَحْرَ كُفَّارَ قَرِيشٍ يَوْمَ بَدْرٍ عَشَرَ جَازِيرًا أَوْ تِسْعًا قَرِينَةً وَعَلَامَةً عَلَى كَوْنِهِمْ مَا بَيْنَ الْأَلْفِ وَالْتَّسْعِمَائَةِ.

^١ التمجياني، *النظريّة العامّة للقضاء والإثبات*، ص ٢٨٨.

^٢ ابن حجر، *فتح الباري*، كتاب الفرائض، باب القائف، رقم ٦٧٧١، ج ١٢، ص ٥٦؛ مسلم، *الصحيح*، كتاب الرضاع، باب إلحاقي القائف الولد، ج ١٠، ص ٤٠.

وكذلك نزل الأثر متلة البينة، وعد إنبات الشعر حول القبل في البلوغ، وجعله قرينة وعلامة له، فكان يقتل من الأسرى يوم قريظة من وجدت فيه تلك العلامة، ويستبقي من لم تكن فيه.^١

هذا وبعد عرض الأدلة من السنة، نذكر بعض الواقع التي تدل على أن الخلفاء اعتمدوا على القرائن.

فقد أورد ابن القيم من المسائل التي أخذ فيها بالقرائن وصدقت فيها الفراسة، ومنها:

أن امرأة أتت عمر بن الخطاب س، فشككت زوجها وقالت: هو من خير أهل الدنيا، يقوم الليل حتى الصباح، ويصوم النهار حتى يمسى، ثم أدركها الحباء. فقال: جزاك الله خيراً

فقد أحسنت النساء، فلما ولت، قال كعب بن سور: يا أمير المؤمنين لقد أبلغت إليك في الشكوى، فقال: وما اشتكت؟ قال: زوجها. قال: علي بها، ثم قال لкуعب: اقض بينهما.

قال: أقضي بينهما وأنت شاهد!، قال: إني قد فطنت إلى ما لم أفطن له. قال: إن الله يقول: «فَانِكُحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ الْتِسَاءِ مَتَّنِي وَلْكُنِي وَرَبِيعَ» [النساء: ٣]، صم ثلاثة أيام وأفطر عندها يوماً،

وقد ثلث ليال وبت عندها ليلة.

قال عمر: هذا أعجب من الأول، فبعثه قاضياً لأهل البصرة، فكان يقع له في الحكومة من الفراسة أمور عجيبة.^٢

ومما يذكر في هذا المجال أيضاً:

أن امرأة راودت شاباً من الأنصار كانت هواه، وهو يخاف الله تعالى ويعرض عنها، ولما لم تجد منه استجابة وطوعية كادت له، فأقلت على ثوبها شيئاً من بياض البيض، وذهبت تنتظر الشاب حتى رأته، فتعلقت بشوبه واستغاثت، وما أكثر الملبين حينما تستغيث امرأة وهي تتعلق بشو布 شاب، وذهبوا به إلى ابن الخطاب، وكان مجلسه حينئذ علي بن أبي طالب وغيره من صحابة رسول الله ﷺ، والفت عمر إلى من حوله من الصحابة، وكأنه يسألهم الرأي، فلمرأة جاءت وهي تتعلق بشووب الشاب، ومعها ما صنعته، لتتذرّل به على محاولة الشاب النيل منها، فقال علي: يا أمير المؤمنين أمهلي قليلاً، وأحضر بعض الماء وهو يغلي، ثم صبّه على ثوب المرأة في الجزء الذي أدعّت أنه من أثر ما كان من الشاب في

^١ ابن القيم، إعلام الموقعين، ج ١، ص ٩٠؛ الرحيلي، الفقه الإسلامي وأدله، ج ٦، ص ٦٤٧؛ أبو العينين، القضاة والإثباتات في الفقه الإسلامي مع المقارنة بقانون الإثبات اليمني، ص ٤٢٨.

^٢ ابن القيم، الطُّرُقُ الحكَمِيَّةُ، ص ١٥.

محاولته الإيقاع بها، وتكشفت حقيقة ما كان، وأتضح أنَّ ما على ثوب المرأة بعض بياض البيض، وليس شيئاً من ميَّ الشاب البريء.^١

لقد كان بياض البيض قرينة مختلفة كاذبة على تحرير الشاب، فأبطل عليَّ هُنْئِه تلك القرينة بقرينة أخرى وهي دلالة وجود بياض البيض على كذبها.

ومنها ما رُويَ أنَّ علياً هُنْئِه لما حدث من أمر فداء أسرى المسلمين من أيدي المشركين، قال: فادوا منهم من كانت جراحاته بين يديه، دون من كانت من ورائه، فإنه فار.^٢

ومن هذا اللون ما رُويَ من أنَّ أَحْمَد بن طولون رأى يوماً حملاً يحمل صناً — وعاء يحمل فيه الخبز — وهو يضطرب تحته، فقال: لو كان هذا الاضطراب من ثقل المحمول لغاصت عنق الحمال، وأنا أرى عنقه بارزة، وما أرى هذا الأمر إلا من خوف، فأمر بخط الصن، فإذا فيه جارية مقتولة، وقد قطعت، فقال: أصدقني عن حالها، فقال: أربعة نفر في الدار الفلانية أعطوني هذه الدنانير، وأمروني بحمل هذه المقتولة، فضربه وقتل الأربعة.^٣

٣. الاستدلال بالمعقول:

واستدَلَ القائلون بحجية القرينة في الإثبات بالمعقول، فقالوا: إنَّ عدم الاعتداد بالقرائن يُكون سبباً في ضياع كثير من الحقوق من أموال وأنفس وأعراض، وخاصة مع تقديم أساليب الجريمة وتعقدها؛ إذ غالباً ما يترك المجرم آثاراً وقرائن تدلُّ عليه، فلو استبعدت القرائن من وسائل الإثبات، واقتصرت على الإقرار أو الشهود، لانتشرت الجريمة وعم الفساد، وخاصة تلك القرائن العلمية المستجدة التي يتمَّ بها إقامة العدل وإشاعة الطمأنينة عن طريق كشف خطط الجرميين ومعرفة هويتهم.

لذلك فإنَّ مقاصد الشَّرِيعَة وقواعدها لا تعارض الاعتداد بالقرائن القوية الظاهرة حفظاً للمجتمع، وإقامة للعدل، وإشاعة للطمأنينة، فمتي وجدت القرائن والأدلة التي تبيَّن الحقَّ وتظهره عمل بها.

والذي يستقرئ الشرع في مصادره وموارده وجده شاهداً لها بالاعتبار مرتبًا عليها الأحكام.^٤

^١ المصدر السابق، ص. ٤٨.

^٢ المصدر نفسه، ص. ٥٠.

^٣ نفسه، ص. ٤٤.

^٤ ابن القيم، الطُّرق الحكَمية، ص. ١٢ - ٢٤؛ ابن فرحون، تبصرة الحُكَّام، ج. ١، ص. ١٦١.

يَقُولُ ابن الْقِيمِ رَحْمَهُ اللَّهُ وَهُوَ بِصَدْدِ الْإِسْتَشَاهَادِ عَلَى حُجَّةِ الْقَرَائِنِ: "إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ أَرْسَلَ رَسْلَهُ، وَأَنْزَلَ كِتَبَهُ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقَسْطِ وَالْعَدْلِ، وَلَيْسَ مِنَ الْعَدْلِ وَالْقَسْطِ أَنْ تَلْغِيَ الْقَرَائِنُ الْقَوِيَّةُ الظَّاهِرَةُ الَّتِي لَا مَعَارِضَ لَهَا، فَلَا تَعْتَبِرُ فِي بَيَانِ الْأَحْكَامِ عَلَيْهَا، إِذَا ظَهَرَتْ أَمْارَاتُ الْعَدْلِ، وَأَسْفَرَ وَجْهَهُ بِأَيِّ طَرِيقٍ كَانَ فَتَمَ شَرْعَ اللَّهِ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ وَأَعْدَلُ مِنْ أَنْ يَخْصُ طُرُقَ الْعَدْلِ وَأَمْارَاتِهِ بِشَيْءٍ ثُمَّ يَنْفِي مَا هُوَ أَظْهَرَ مِنْهَا وَأَقْوَى دَلَالَةٍ وَأَيْنَ أَمْارَةٌ فَلَا يَجْعَلُهُ مِنْهَا، وَلَا يَحْكُمُ عِنْدِ وَجْهِهِ وَقِيَامَهَا بِمَوْجَبِهِ، فَالْقَرَائِنُ الْقَوِيَّةُ وَالْأَمْارَاتُ الظَّاهِرَةُ حِيثُ لَا مَعَارِضَ لَهَا مَمَّا هُوَ أَقْوَى مِنْهَا مَحْقَقَةً لِلْعَدْلِ، مَقِيمَةً لِلْقَسْطِ، فَوْجِبُ اعْتِبَارِهَا".^١

وَلَا يَنْكِرُ أَحَدٌ فَائِدَةُ الْقَرَائِنِ وَأَهْيَتِهَا فِي الْقَضَاءِ لِشَدَّةِ الْحَاجَةِ إِلَيْهَا عِنْدَ فَقْدَانِ الْبُرْهَانِ، أَوْ التَّشْكِكِ فِي الدَّلِيلِ الْمُقْدَمِ. كَمَا أَنَّهَا نَافِعَةٌ فِي الْوَصْولِ إِلَى الْحَقِيقَةِ وَإِنْصَافِ الْمُظْلُومِ، فَالْقَرَائِنُ لَا يَسْتَغْفِي عَنْهَا لِتَحْقِيقِ الْعَدْلِ، وَإِلَّا تَعَطَّلَتِ الْأَحْكَامُ وَضَاعَتِ الْحُقُوقُ، وَذَلِكَ إِمَّا لِفَقْدَانِ الدَّلِيلِ الْمُبَاشِرِ فِيهَا، إِمَّا لِقُدرَةِ الْمُعْتَدِيِ عَلَى التَّمْسِكِ بِظَواهرِ الْأَمْورِ.^٢

فَقِيَ كَثِيرٌ مِنَ الْوَقَائِعِ لَا يَمْكُنُ إِثْبَاتُهَا بِالْشَّهَادَةِ أَوِ الإِقْرَارِ أَوِ الْكِتَابَةِ، إِذَا لَمْ نَسْمَحْ لِلْقَاضِي بِاستِنباطِ وَاسْتِخْرَاجِ الْقَرَائِنِ، ضَاعَتِ الْحُقُوقُ، مَعَ حِرْصِ الشَّارِعِ عَلَى حَفْظِهَا، وَإِثْبَاتِهَا لِأَصْحَابِهَا.

وَالْقَضَاءُ بِالْقَرَائِنِ يَتَفَقَّ معَ غَرْضِ الشَّارِعِ مِنْ إِقْامَةِ الْعَدْلِ بَيْنَ النَّاسِ وَإِيصالِ الْحُقُوقِ إِلَى أَصْحَابِهَا، وَإِخْلَاءِ الْعَالَمِ مِنَ الْفَسَادِ.

وَمَوْقِعُ الْقَرَائِنِ كَذَلِكَ مَوْقِعُ هَامٍ مِنْ نَاحِيَةِ الْإِسْتِئْنَاسِ وَالتَّرْجِيحِ؛ إِذَا يَتَعَيَّنُ بِهَا جَانِبُ أَقْوَى الْمُتَدَاعِينِ فِي الْحَصُومَةِ، فَيَتَبَيَّنُ بِذَلِكَ أَيُّهُمَا الْمُدَعِّيُ وَأَيُّهُمَا الْمُدَعَى عَلَيْهِ، ذَلِكَ أَنَّ الْمُدَعِّي — عَنْدَ جُمُهُورِ الْفُقَهَاءِ — هُوَ مَنْ يَخْالِفُ قَوْلَهُ الظَّاهِرِ.^٣

وَالْمُدَعَى عَلَيْهِ هُوَ مَنْ يَوَافِقُ قَوْلَهُ الظَّاهِرِ، وَإِنَّمَا تَعْرِفُ الْمُخَالَفَةُ وَالْمُوافَقَةُ لِلظَّاهِرِ بِوَاسِطَةِ الْقَرَائِنِ الْمُخْلِفَةِ.

إِذَا قَامَتْ قَرَائِنُ الْأَحْوَالِ، وَأَوْضَحَتْ ظَهُورَ قَوْلِ أَحَدِهِمَا وَخَفَاءَ قَوْلِ الْآخَرِ، طَوْلُ صَاحِبِ الْقَوْلِ الْخَفِيِّ بِالْبَيِّنَةِ، وَبِهِيَّ "مُدَعِّيًا"، وَطَوْلُ صَاحِبِ الْقَوْلِ الظَّاهِرِ بِالْيَمِينِ، وَسَمِيَّ "مُدَعَى عَلَيْهِ".^٤

^١ ابن الْقِيمِ، الْطُّرُقُ الْحُكْمِيَّةُ، ص. ١٤.

^٢ الزَّحْلِيُّ، الْإِثْبَاتُ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ، ص. ١١٢.

^٣ ابن قَدَمَةَ، الْمَغْنِيَّ، ج. ١، ص. ٣٣٤؛ ابن عبدِ السَّلَامَ، قَوَاعِدُ الْأَحْكَامِ، ج. ٢، ص. ٢٨.

^٤ الْبُوَطِيُّ، مَحَاضِرَاتُ فِي الْفَقِهِ الْمَقَارِنِ، ص. ١٩٦.

إنَّ القضاء بالقراءن لَهُ أَهْمَيَّةٌ في الْخُصُومَاتِ، وَذَلِكَ سَوَاءٌ فِي حَالٍ وُجُودُ الْبَيْنَةِ، أَمْ إِلَقْرَارِ، أَمْ فِي حَالٍ فَقْدَ أَيِّ مِنْهُمَا، فَقَدْ عَنِّي الْقَرِينَةُ سَاعَ الدَّعَوَى، كَادِعَاءُ فَقِيرٍ مُعْسِرٍ إِقْرَاضٍ غَنِيٍّ مُوسِرٍ، وَقَدْ يَكُونُ لِوُجُودِ التَّهْمَةِ دُورٌ فِي رَدِّ الْبَيْنَةِ أَوِ الإِقْرَارِ مُثِلًا: قَرَابَةُ الشَّاهِدِ لِلْمُشْهُودِ لَهُ، أَوْ يَكُونُ الإِقْرَارُ فِي مَرْضِ الْمَوْتِ.

وَقَدْ تَعْدُ الْقَرِينَةَ دَلِيلًا وَحِيدًا مُسْتَقْلًا إِذَا لَمْ يُوجَدْ دَلِيلٌ سَواهَا، مُثِلًا رَدًّا دُعَوْيَ الزَّوْجَةِ الْقَاطِنَةِ مَعَ زَوْجِهَا بَعْدِ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا، فِي رأْيِ الْمَالِكِيَّةِ وَالْخَانِبَلَةِ.^١

^١ ابن القيم، الطرق الحكمية، ص ١٥٢؛ الرحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٦، ص ٦٤٤.

المبحث الثاني: القائلون بعدم اعتبار القرآن حجة في الإثبات وأدلةهم

يرى هذا الفريق عدم جواز الاعتداد شرعاً بالقرآن في الإثبات؛ إذ لا يثبت بها حق ولا تعد دليلاً ولا مرشدًا، ويمثل هؤلاء قلة من الفقهاء، وبهذا قال الخير الرملي^١، وشيخ الإسلام ابن سعود العمادي^٢، وصاحب تكملة ابن عابدين^٣، والجصاص^٤، والقرافي^٥، وابن نجيم^٦، وأيضاً الشيعة الجعفريّة^٧، ومن المعاصرین اختار هذا الرأي علي قراعة^٨. ومع ذلك فإنَّ هؤلاء القلة قد ورد في مصنفاتهم مسائل وقضايا في فروع فقهية كثيرة ليس لهم مستند فيها إلَّا العمل بالقرآن، وإن لم يصرحوا بذلك. وسنبيان أدلة المانعين مع مناقشتها.

الدليل الأول:

لَا يجوز العمل بالقرآن والاعتداد بها في الإثبات لما يمكن أن يحلف بها من الظواهر التي تلبس الحقيقة بالباطل، وتقلب الواقع، فيؤخذ البريء بذنب المجرم، ويحكم على الشخص بما ليس في ذمه، بمجرد أنَّ المصادرات قد أوقعت ذلك البريء في ظروف أوحت إلينا بالاعتقاد بمسئوليته، مع أنَّ الواقع خلاف ذلك.
فالقرآن ليست مطردة الدلالة لاختلافها قوَّةً وضعفاً، وليس منضبطة.

^١ عمر الدين بن أحمد الرملي، الفتاوى الخيرية (بيروت: دار المعرفة، د.ط، د.ت)، ج ٢، ص ١٢.

^٢ المصدر السابق، ج ٢، ص ٥٢.

^٣ ابن عابدين، قرة عيون الأخيار لحكمة رد المحتار على الدر المختار (باكستان: المكتبة الجدیدة، ط ١٩٨٤)، ج ٧، ص ٤٣٧.

^٤ الجصاص، أحكام القرآن، ج ٣، ص ١٧١.

^٥ القرافي، الفروق، (بيروت: دار المعرفة)، ج ٤، ص ٦٥.

^٦ زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، البحر الرائق: شرح كفر الدافت (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٩٧)، ج ٧، ص ٢٠٥.

^٧ عليان، السلطة القضائية في الإسلام، ص ٢٢٦.

^٨ إبراهيم محمد الفائز، الإثبات بالقرآن، ص ١١٤ وما بعدها.

وَكَثِيرًا مَا تَبْدُو قَوْيَةً دَالَّةً عَلَى الْأَمْرِ ثُمَّ يَعْتَرِفُهَا الْضَّعْفُ، وَهَذَا يُدْخِلُ خَلْلًا فِي بَحْرِيَّةِ الْعَدْلَةِ.
وَيَسْتَدِلُ هُؤُلَاءِ بِمَا جَاءَ فِي قَضَاءِ سَيِّدِنَا عَلَيْهِ السَّلَامُ، حِيثُ أَنَّهُ أَقَرَّ بِرَجُلٍ وَجَدَ فِي خَرْبَةٍ
بِيَدِهِ سَكِينٌ مُلْطَخٌ بِدَمِهِ، وَبَيْنَ يَدِيهِ قَتِيلٌ يَتَشَحَّطُ فِي دَمِهِ، فَسَأَلَهُ عَنْ قَتْلِهِ، قَالَ: أَنَا قَتَلْتُهُ،
قَالَ: اذْهَبُوا بِهِ فَاقْتُلُوهُ، فَلَمَّا أَخْذُوهُ وَأَرَادُوا قَتْلَهُ جَاءُهُمْ رَجُلٌ وَقَالَ: رَدْوَهُ إِلَيَّ عَلَيَّ وَلَا
تَعْجَلُوا قَتْلَهُ. فَرَدَّوْهُ، فَقَالَ ذَلِكَ الرَّجُلُ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ أَنَا قَاتِلُهُ. فَقَالَ عَلَيْهِ لِلْأَوَّلِ: مَا
حَمْلُكَ عَلَى أَنْ قَلْتَ أَنَا قَاتِلُهُ وَلَمْ تَقْتُلْهُ؟ قَالَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، وَمَا أَسْتَطِعُ أَنْ أَصْنَعَ، وَقَدْ
وَقَفَ الْعَسْسَ عَلَى الرَّجُلِ وَهُوَ يَتَشَحَّطُ فِي دَمِهِ، وَأَنَا وَاقِفٌ فِي يَدِيِّ سَكِينٍ، وَفِيهَا أَثْرُ
الدَّمِ، وَقَدْ أَخْذَتِ فِي خَرْبَةٍ، فَخَفَتِ أَنْ لَا يَقْبِلَ مِنِّي، وَأَنْ يَكُونَ قَسَاماً. فَاعْتَرَفَ بِمَا لَمْ
أَصْنَعَ وَاحْتَبَسَ نَفْسِي عِنْدَ اللَّهِ. فَقَالَ عَلَيْهِ: بِئْسَمَا صَنَعْتَ.

ثُمَّ سَأَلَهُ عَنْ قَصْتَهِ فَذَكَرَ أَنَّهُ جَزَارٌ، وَأَنَّهُ ذَبَحَ بَقَرَةً وَسَلَخَهَا، وَأَثْنَاءَ ذَلِكِ حَبْسِهِ الْبَوْلِ،
فَذَهَبَ وَبِيَدِهِ السَّكِينُ إِلَى خَرْبَةِ بَقْرِهِ فَبَالِغَاهُ وَقْلَ رَاجِعًا، فَإِذَا بِهِ يَجِدُ الرَّجُلَ يَتَشَحَّطُ فِي
دَمِهِ. فَوَقَفَ يَنْظَرُ إِلَيْهِ، وَإِذَا بِهِ يَفَاجَأُ بِالشَّرْطَةِ الَّتِي أَخْذَوهُ إِلَيَّ عَلَيَّ، وَالثَّالِثُ يَصِيحُونَ: هَذَا
قَاتِلُهُ، وَلَيْسَ لَهُ قَاتِلٌ سَوَاهُ. فَلَمْ يَجِدْ بُدُّهُ مِنْ أَنْ يَدْعُعِي أَنَّهُ قَاتِلُهُ مُخَافَةً أَنْ لَا يَصْدِقُ فِي إِنْكَارِهِ.
ثُمَّ سَأَلَ عَلَيَّ الْمَقْرَرُ الثَّالِثُ، فَقَالَ: إِنَّهُ أَعْرَابِيٌّ أَغْلَسَ فَقْتَلَ الرَّجُلَ لِيَسْتَوِيَ عَلَى مَا مَعَهُ مِنْ
الْمَالِ، ثُمَّ سَمِعَ حَرْكَةَ الْعَسْسِ فَأَرَادَ الْفَرَارِ؛ وَلَكِنَّهُ رَأَيَ الْجَزَارَ قَاصِداً ذَلِكَ الْمَكَانَ بِسَكِينِهِ،
فَاسْتَرَ إِلَى أَنْ يَخْلُو الْمَكَانُ ثُمَّ يَذْهَبُ، لَكِنَّهُ رَأَيَ أَنَّ الرَّجُلَ سَيُقْتَلُ وَهُوَ بِرِيءٍ فَجَاءَ وَاعْتَرَفَ
بِجُرمِهِ حَتَّى لَا يَبُوءَ بِدَمِهِ أَيْضًا.

فَقَالَ لِلْحَسْنِ: مَا الْحُكْمُ فِي هَذَا؟ قَالَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِنْ كَانَ قَتْلُ نَفْسًا فَقَدْ أَحْيَا
نَفْسًا، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَنْ أَخْيَاهَا فَكَانَهَا أَخْيَاهَا أَنَّا أَنَّا سَبَّابَهُ» [الْمَالِكَةُ: ٣٢]. فَخَلَّ
عَلَيَّ عَنْهُمَا، وَأَخْرَجَ دِيَّةَ الْقَتِيلِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ.^١

قَالُوا: إِنَّ هَذِهِ الْقَضَيَّةَ تَدْلُّ عَلَى أَنَّ الْحُكْمَ بِالْقَرْآنِ لَا يُؤْمِنُ فِيهِ مِنَ الْوَقْعَ فِي الْحَطَّا؛ لِأَنَّ
الْقَرْآنَ قَدْ تَدْلُّ عَلَى غَيْرِ الْوَاقِعِ، فَإِنَّ هَذَا الرَّجُلَ كَادَ يُقْتَلُ نَظَرًا لِلْقَرْآنِ الَّتِي أَحْاطَتْ بِهِ، وَالَّتِي
غَلَبَ عَلَى ظَنِّ الْجَمِيعِ أَنَّهُ هُوَ الْقَاتِلُ، الشَّيْءُ الَّذِي لَمْ يَجِدْ مَعَهُ بُدُّهُ مِنَ الْاعْتَرَافِ بِمَا لَمْ يَجِدْهُ يَدَاهُ.
فَالْقَرْآنُ بَدَتْ أَوَّلَ مَرَّةً قَوْيَةً وَقَاطِعَةً، ثُمَّ ضَعَفَتْ وَوَهَنَتْ دَلَالَتِهَا بَعْدَ أَنْ ظَهَرَ الْحَقُّ
مُخَالِفًا لَهَا.

^١ ابن القيم، الطُّرُقُ الْحَكِيمَةُ، ص ٥٦ - ٥٧.

فلو أخذنا بالقرائن واعتبرناها حجّة في الإثبات وطريقاً من طرق القضاء لأهدرنا دماء كثيرة، وأزهقنا أرواحاً بريئة.

لذلك فإنَّ القرائن لا تصلح أن تكون وسيلة من وسائل الإثبات.

ويمكن أنْ يُحاب عَلَى ذلك:

أولاً: بأنَّ عَلَيْهِ ضَلَالٌ لم يحكم في هذه القضية بالقرائن، وإنما حكم بإقرار المُتَّهم.

وثانياً: أنَّ تلك القرائن التي قامت بمتهم لم تبلغ من الدلالة عَلَى ثبوت التّهمة بالقتل إلى درجة القرائن القطعية في إثبات هذه التّهمة، وإنما غاية ما تصل إليه هذه القرائن أنْ تكون لوثاً يمكن معه لأولياء القتيل أنْ يخلعوا حسيناً كما في أيمان القسام، وقد فهم الرجل نفسه هذا فذكر أنَّه اندفع إلى الاعتراف خوفاً من أنْ يُعد وجوده عَلَى تلك الحالة لوثاً ثبت معه القسام، ولم يقل إِنَّه أقرَ لأنَّ القرائن ثبتت عليه تُهمة القتل.

والاعتراض عَلَى أنَّ القرائن قد تبدو قوية ثمَّ يعتريها الضعف مردود؛ فإنَّ ما يعتري القرائن من احتمال الضعف يعتري غيرها من طرق الإثبات الأخرى.

لأنَّنا لو تركنا الحكم بما يثبت بالقرائن نظراً لما في هذه القصة من كون القرائن قد تضعف ولا تدلُّ عَلَى الواقع، لو قلنا بذلك لوجب بالأولى أنْ نترك الحكم بما يثبت بالإقرار، لأنَّ الرجل قد أقرَ بأنه قتل، ثمَّ تبيّن أنَّه كان كاذباً في إقراره^١.

فقد يقرَّ إنسان بالسرقة ثمَّ يتبيّن بعد ذلك أنَّ إقراره لم يكن اختياراً، وإنما كان تحت تأثير الإكراه، ولم يكن سارقاً في الواقع.

أو يكون الإقرار حدث من غير إكراه؛ لكنَّ كان وراءه دافع آخر، كمصلحة شخصية ورغبة في تحقيق غرض معين.

ثمَّ إنَّ وسائل الإثبات كُلُّها ليست قطعية الدلالة جزماً؛ وإنما يؤخذ بها ترجيحاً لجانب الصدق على الكذب، وقد يكون الواقع غير ذلك.

والعبرة بالقرائن وقت القضاء، فإذا ظهر وقت القضاء إفاده طريق من الطرق يتحقق الغرض المقصود وجوب القضاء به دون اعتبار لما يطرأ عليه في المستقبل، والقرائن كباقي الطرق في هذا المعنى.^٢

^١ محمد بن معحوز، وسائل الإثبات، ص ٣٨٦.

^٢ البهي، من طرق الإثبات، ص ٨٤؛ التحكاني، حجّة القرآن في الشريعة الإسلامية، ص ١٤٥.

فكم يضعف الأخذ بالقرينة القاطعة يضعف الأخذ بالإقرار أيضاً — كما ذكرنا — مع أنه أقوى الحجج الشرعية.

إذا جاز ترك الاحتجاج لوجود مثل هذا الاحتمال الذي في القصة التي ذكرناها، هذا الاحتمال الذي إن تحقق وجوده مرأة فهو في حيز التوهم ألف مرة، فإنه يجوز ترك الاحتجاج بالإقرار أيضاً لاشتراك كُلّ في توهم الاحتمال، ولم يقل بذلك أحد. فكم من مرأة ظهر بطلان الإقرار بعد أن لم يشكك فيه إنسان.

وكذلك في ميدان الشهادة، فكم من مرأة زور الشهود، وصدر الحكم بناءً على شهادتهم.

والقائلون بأنَّ القرائن وسيلة من وسائل الإثبات اشترطوا أن تكون القرائن قوية لا يشك في قوتها ودلائلها، ومن هذا النوع قرائن تبلغ درجة من القوَّة تفوق في دلالتها الشهادة والإقرار. وذلك كما لو أدعى رجل أنه ارتكب جريمة الزنا، فإنَّه خصي.

أو أدعى على امرأة أنها ارتكبت جريمة الزنا فتبين أنها باكر. فالقرينة لا يؤخذ بها إلا مع الاحتياط القوي واليقظة الشديدة؛ حتى تطمئن نفس المحاكم إليها ويثلج صدره بما يحكم به.

كما أنَّ شهادة الشاهدين على القتل (مثلاً) لا يؤخذ بها إلا بعد شدة التحرّي واستيفاء الشهادة شروطها، فكم أنَّ احتمال كذب الشاهدين قائم بعد عمل أقصى ما يمكن من التحرّي، ومع ذلك فلا يمتنع الأخذ بشهادتهما في الدماء والأموال مهما بلغ عظمهما، فكذلك الاحتمال البعيد جداً بـالموهوم الذي يوجد مع القرينة القاطعة يجب إلا يمنع العمل بها.

ولئن أودت القرائن القاطعة بحياة وأموال أناس وهم مظلومون لقد أودت شهادة الشهود العُدُول المزكين بحياة وأموال الكثيرين من الناس وهم مظلومون كذلك.

وما دام الوصول إلى الدليل القاطع الذي ينتفي معه كُلّ احتمال لا مطمع فيه؛ إذ هو في حيز المستحيل غالباً، وجوب الأخذ بحكم الضرورة بالأدلة والحجج الظنية مع الاستقصاء في التثبت، وتقديم الأقوى منها على غيره عند التعارض وملحوظة الأمور المرجحة.

وبالجملة فإذا فات في هذا المقام علم اليقين؛ فإنَّ علم الطمأنينة أو ما يقرب منه ويدانيه من الظنِّ الراجح كافية، وما لا يدرك جُلُّه لا يترك كُلَّه، ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها.^١

^١ أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص ٤٦١؛ محمد رافت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، ص ٣٤٤.

الدَّلِيلُ الثَّانِي:

استدلوا بحديث عائشة رضي الله عنها أنّها قالت:

اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص، عهد إلى أله ابنه، انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي من ولادته، فنظر رسول الله ﷺ إلى شبهه فرأى شبيهاً بيناً بعتبة، فقال: هُوَ لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجب منه يا سودة بنت زمعة، قالت: فلَمْ يرْ سودة قطُّ.^١

واستدلوا بهذا الحديث على عدم اعتبار النبي ﷺ للشبه في إلحاد النسب، ذلك الشبه البين بين الغلام وبعتبة؛ لكنه لم يعد هذا الشبه فالحق الولد بصاحب الفراش وهو زمعة.

ونوّقش هذا الاستدلال:

بأن عدم اعتبار الشبه هنا لوجود ما هو أقوى من الشبه وهو الفراش، فصار الشبه مع الفراش بمثابة أضعف الدليلين مع أقواماً، فلولا وجود ما هو أقوى من الشبه — وهو الفراش — لاعتبر الشبه في الإلحاد.^٢

ومع ذلك فقد أعطي هنا الفرع حكماً بين أصلين.

فالفراش الظاهر ثابت يقتضي إلحاده بزمعة، والشبه البين يقتضي إلحاده بعتبة، فروعى الفراش في إثبات النسب.

والشبه البين بعتبة في أمر سودة بالاحتجاب.^٣

الدَّلِيلُ الثَّالِثُ:

واحتاج المعارضون للأخذ بالقرائن بقول النبي ﷺ: "لو كنت راجحاً أحداً بغير بيته لرجمت فلانة، فقد ظهر منها الريبة في منطقها وهبته ومن يدخل عليها".^٤

^١ البخاري، الصحيح، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش، رقم ٤٧٤٩، ج ١٢، ص ٣٢؛ مسلم، الصحيح، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وترقى الشبهات، ج ١، ص ٣٦.

^٢ ابن حجر، فتح الباري، ج ١٢، ص ٣٥؛ مسلم، الصحيح، ج ١، ص ٣٩؛ ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٧٦٧.

^٣ الصناعي، سُلْطَنُ السَّلَامِ، ج ٣، ص ٢٧٩؛ محمد بن عبد الباقي الورقاني، شرح الورقاني على موطأ الإمام مالك (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط ١، ١٩٩٧م)، ج ٤، ص ٢٤.

وروى البخاري أنَّ ابن عباس رضي الله عنهم ذكر حديث الملاعنين، فقال لهُ رجلٌ: هيَ التي قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «لو كنْت راجِحاً أَحَدًا بِغَيرِ بَيْنَةٍ رَجَمْت هَذِهِ»، فقال: لَا! تَلَك امرأةٌ كَانَت تَظَاهِرُ فِي الْإِسْلَامِ السَّوْءَ».٢

قالوا: لو جاز العمل بالقرائن لأقامَ النَّبِيُّ ﷺ الحَدَّ عَلَيْهَا، وَلَكِنْ لَمْ يَفْعَلْ مَعْ تَوَافُرِ الْأَمْارَاتِ مِنْ وَقْوَعِ الزَّنَّا مِنَ الْمَرْأَةِ، كَمَا هُوَ الظَّاهِرُ مِنَ الْحَدِيثِ.

ويناقش هذا الاستدلال:

بأنَّ الحديث ليس بمحنة في عدم الأخذ بالقرائن.

لأنَّ النَّبِيُّ ﷺ صَرَّحَ بِأَنَّهُ لَا يَرْجِمُ بِغَيرِ بَيْنَةٍ، والقرائن من البيبة، وهذا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ مَا تَوَافَرَ لِدِيهِ مِنْ أَمْارَاتٍ لَا يَكْفِيُ فِي إِقَامَةِ الْحَدَّ عَلَيْهَا، فَهِيَ لَيْسَ قَوْيَةً الدَّلَالَةَ كَالْحَمْلِ مَثَلًا، حَتَّى يُحْكَمَ عَلَيْهَا بِحَدَّ الزَّنَّا، فَدَلَالَةُ الْحَمْلِ قَرِيبَةٌ قَوْيَةٌ ظَاهِرَةٌ بِخَلَافِ دَلَالَةِ الْحَمْلِ بِالْقَوْلِ، وَالابْتِدَالُ فِي الْمَهِيَّةِ، وَتَرْكُ الْحَشْمَةِ وَالسِّرِّ.

لذلك فَلَا حُجَّةٌ لَهُمْ فِي الْإِسْتِدَالَلِ بِهِذَا الْحَدِيثِ عَلَى إِلْغَاءِ الْقَرَائِنِ عَامَّةً.

ثُمَّ إِنَّ الْقَرِيبَةَ الْمُضَعِّفَةَ شُبُهَةٌ، وَالْحَدُودُ تَدَرُّأُ بِالشَّبَهَاتِ.٣

وَأَمَّا حديث ابن عباس فإنَّ الاستدلال به يُفيد منع العمل بالقرائن في إثبات الزَّنَّا، إذا اعتبرنا الأوصاف التي جاءت في الحديث قرينةً على وقوع الزَّنَّا من هذه المرأة. وعلى ذلك فالحديث لا دلالة فيه على منع العمل بالقرائن في جميع الحقوق؛ لأنَّ غاية ما يفيده منع العمل بها في باب الزَّنَّا — عند من يرى ذلك — ودعواهم منع العمل بما مطلقاً.^٤

الدَّلَيلُ الرَّابعُ:

وَاسْتَدَلَّ الْمَانِعُونَ أَيْضًا بِأَنَّ الْقَرَائِنَ تَقْوِيمُ عَلَى الظُّنُونِ وَالْتَّحْمِينِ، وَقَدْ نَدَدَ اللَّهُ تَعَالَى بِالظُّنُونِ، فَقَالَ: «لَوْلَا يَعْلَمُونَ إِلَّا الظُّنُونَ وَمَا تَهْوَى الْأَنْفُسُ» [التَّحْمِن]: ٢٣، وَقَالَ: «مَا لَهُمْ بِهِ، إِنْ عَلِمُوا إِلَّا أَبْنَاعَ الظُّنُونِ» [النَّسَاء]: ١٥٧، وَقَالَ الرَّسُولُ ﷺ: «إِيَاكُمْ وَالظُّنُونَ إِنَّ الظُّنُونَ أَكْذَبُ الْحَدِيثِ».٥

^١ ابن ماجة، السنن، كتاب الحدود، باب من أظهر الفاحشة، ج ٢، ص ٨٥٥؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٨، ص ٣٠٥.

^٢ البخاري، الصحيح، كتاب المخاربين من أهل الكفر، باب من أظهر الفاحشة واللطخ والتهمة بغير بينة، ج ٨، ص ٣٣؛ ابن ماجة، السنن، كتاب الحدود، باب من أظهر الفاحشة، ج ٢، ص ٨٥٥.

^٣ محمد عطا السيد أحمد، التشريع الجنائي الإسلامي: الحدود، ص ١٨٢؛ عبد العال عطوه، محاضرات في علم القاضي: القرآن وغيرها، ص ٤٢.

^٤ البهبي، من طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون، ص ٨٤.

وَقَدْ نوَّقَشَ هَذَا الْاحْتِجاجُ:
بَأْنَ القُولُ بِالظُّنُونِ نُوعَانٌ: ضَعِيفٌ وَقُويٌّ، وَالْمَنْهِيُّ عَنِ الْأَخْذِ بِالظُّنُونِ الْمُضَعِيفِ خَاصَّةً فِي أَمْرِ
الْعَقَائِيدِ، كَمَا تَدْلُّ عَلَيْهِ الْآيَاتُ الَّتِي أُورِدُوهَا.
أَمَّا فِي الْقَضَاءِ فَإِنَّ الْقَرِينَةَ أَمْرٌ ظَاهِرٌ مُثَبِّتٌ فِيهَا دَلَالَةٌ قَوِيَّةٌ عَلَى ثَبَوتِ حادِثَةٍ أُخْرَى.

مناقشة وترجيح:

وَأَخِيرًا، وَبَعْدَ هَذَا الْعَرْضِ لِاسْتِدَالَاتِ كُلَّ فَرِيقٍ مِنَ الْفَرِيقَيْنِ: الْقَائِلِينَ بِمُحْجِيَّةِ الْقَرِينَةِ فِي
الْإِثْبَاتِ وَأَدَلَّهُمْ، وَالْمُخَالِفِينَ وَأَدَلَّهُمْ، وَمُنَاقِشَةُ كُلَّ تِلْكَ الْأَدَلَّةِ وَمَا وَرَدَ عَلَيْهَا مِنْ اعْتَرَاضَاتِ
وَرَدَودِ، يُمْكِنُ القُولُ: بَأْنَ رَأَيِ الْقَائِلِينَ بِمُحْجِيَّةِ الْقَرَائِنِ هُوَ أَوَّلُ بِالْتَّرْجِيحِ وَاعْتَبَارِ الْقَرِينَةِ الْقَوِيَّةِ
وَسَيْلَةٌ مِنْ وَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ، وَطَرِيقًا مِنْ طُرُقِ الْحُكْمِ، لِسَلَامَةِ الْأَدَلَّةِ الَّتِي اعْتَدَ عَلَيْهَا هَذَا
الرَّأْيِ، وَلِضَعْفِ مَا أَسْتَندَ إِلَيْهِ الْقَائِلُونَ بَعْدَ حُجَّةِ الْقَرَائِنِ، لِذَلِكَ لَا يَبْغِي إِهْمَالُ شَأْنَهَا بَعْدِ
أَنْ قَامَتِ الْأَدَلَّةُ الْقَوِيَّةُ عَلَى الْعَمَلِ بِهَا، وَعَمِلَ بِهَا الْمَانِعُ وَالْجَيْزُ.

وَلَا شَكَّ أَنَّ الْعَمَلَ بِالْقَرَائِنِ فِيهِ تَوْطِيدٌ أَرْكَانَ الْعَدْلِ وَرِعَايَةِ مَصَالِحِ الْخَلْقِ خَصْصَةً فِي هَذَا
الْعَصْرِ الَّذِي تَمَيَّزَ بِالاستِفَادَةِ مِنْ ثَمَرَاتِ التَّقْدِيمِ الْعَلْمِيِّ وَمَعْطِيَاتِهِ فِي مَحَالِ أَدَلَّةِ الْإِثْبَاتِ وَتَوْسِيعِهَا.
وَهَذَا مَا يَوَافِقُ رُوحَ الشَّرِيعَةِ وَمَقَاصِدُهَا فِي حَفْظِ الْأَنْفُسِ، وَالْأَمْوَالِ، وَالْأَعْرَاضِ.
وَإِنَّ إِلْغَاءِهَا وَعَدْمِ اعْتَبَارِهَا وَخَصْوصَةِ الْقَرَائِنِ الْمُسْتَجَدَةِ مِنْهَا وَالْمُبَيَّنَةِ عَلَى الْعِلْمِ وَالتَّجْرِيبَةِ
وَالسُّنْنَةِ الْكَوَيْنَيَّةِ الثَّابِتَةِ فَنَحْ فَنَحَ لِبَابِ الشَّرِّ وَالْفَسَادِ، وَإِغْرَاءِ الْمُجْرِمِينَ بِارْتِكَابِ الْجَرَائِمِ.
يَقُولُ حَمْمُودُ شَلْتُوتُ رَحْمَهُ اللَّهُ: "وَالْأَخْذُ بِالْقَرَائِنِ لَيْسَ مِنْ مُبْتَكَرَاتِ الْقَوَانِينِ الْمُحَدِّثَةِ،
وَإِنَّمَا هُوَ شَرِيعَةٌ إِسْلَامِيَّةٌ، جَاءَ بِهَا كِتَابُ اللَّهِ، وَقَرَرَتْهُ السُّنْنَةُ، وَدَرَجَ عَلَيْهِ حُكْمُ الْمُسْلِمِينَ
وَقَضَاهُمْ فِي جَمِيعِ الْعُصُورِ، وَأَنَّ رِمَيَ الشَّرِيعَةِ بِالْقَصْرُ أوِ الْجَمْودِ نَاجِمٌ عَنِ الْجَهْلِ بِهَا، وَعَدْمِ
الاطِّلاعِ عَلَى كُنُوزِهَا، نَعَمْ كَانَ لِالمُحَدِّثِينَ ظَاهِرَةُ التَّنظِيمِ وَالتَّوْبِيعِ، وَكُلَّ مَا أُورِدُوهُ مِنْ
تَقْسِيمٍ لِلْقَرَائِنِ مُوجَدٌ فِي كِتَابِ الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ، لَا يَنْقُصُهُ إِلَّا الْأَسْمَاءُ الْجَدِيدَةُ، وَالْذَّهَبُ هُوَ
الْذَّهَبُ، وَإِنَّ عَلَاهُ الصَّدَأُ".^٢

^١ مسلم، الصحيح، كتاب البر والصلة والأداب، باب تحريم الظن والتجسس والشأن والتاجش، ونحوها، ج ٤، ص ١٩٨٥.

^٢ محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة (القاهرة: دار الشروق، ط ١٧٣٧، ١٩٩٧م)، ص ٤٧٠.

ومن الجدير بالذكر أنَّ الفُقَهَاءِ الَّذِينَ رَفَضُوا الْأَخْذَ بِالْقُرْآنِ، وَجَدَنَاهُمْ مِنَ النَّاحِيَةِ الْعَلْمِيَّةِ قَدْ اعْتَمَدُوهَا وَاعْتَبَرُوهَا، وَبِذَلِكَ خَالَفُوا مِذَهَبَهُمْ فِي مَنْعِ الْعَمَلِ بِهَا.

فَمَثَلًاً: أَنَّهُمْ قَدْ أَوْجَبُوا عَلَى الْقَاضِي أَنْ يَقْضِي بِنَكْوُلِ الْمُدَّعِي عَلَيْهِ عَنِ الْيَمِينِ، مَعَ أَنَّ الْقَضَاءَ بِالنَّكْوُلِ عَنِ الْيَمِينِ لَيْسَ إِلَّا حَكْمًا بِالْقُرْيَنَةِ الظَّاهِرَةِ الَّتِي دَلَّتْ عَلَى كَذَبِ النَّاكِلِ عَنِ الْيَمِينِ.

وَقَدَمُوا الْعَمَلُ بِهَذِهِ الْقُرْيَنَةِ عَلَى أَصْلِ بِرَاءَةِ الذَّمَّةِ.

بَلْ إِنَّا نَجْدُهُمْ يَذْهَبُونَ أَبْعَدَ مِنْ ذَلِكَ فَيَبْيَنُونَ أَحْكَامًا مُخْتَلِفَةً عَلَى قُرْآنِ أُخْرَى، فَمِنْ ذَلِكَ أَنَّ الْخَيْرَ الرَّمْلِيَ الَّذِي أَنْكَرَ عَلَى ابْنِ الْغَرْسِ ذِكْرَهُ الْقُرْيَنَةَ بَيْنَ طُرُقِ الْإِثْبَاتِ بِقَوْلِهِ: "وَلَا شَكَ أَنَّ مَا زَادَهُ ابْنُ الْغَرْسِ غَرِيبٌ عَنِ الْجَادَةِ فَلَا يَنْبَغِي التَّعْوِيلُ عَلَيْهِ".

هَذَا الْفَقِيهُ الَّذِي مَنَعَ الْعَمَلَ بِالْقُرْآنِ سُئِلَ عَنِ الْمَسْأَلَةِ الْآتِيَّةِ، فَبَنَى فِيهَا الْحُكْمَ عَلَى الْقُرْآنِ.

فَقَدْ جَاءَ فِي الْفَتاوَى الْخَيْرِيَّةِ: "وَسُئِلَ، رَجُلٌ تَلَقَّى بِيَتًا عَنْ وَالِدِهِ، وَتَصَرَّفَ فِيهِ كَمَا كَانَ يَتَصَرَّفُ فِيهِ أَبُوهُ مِنْ غَيْرِ مَنَازِعٍ وَلَا مَدَافِعٍ، مُدَّهُ تَنِيفٌ عَلَى الْخَمْسِينَ سَنَةً، وَبِرْزَ جَمَاعَةٌ يَدْعُونَ أَنَّ الْبَيْتَ بِلْدَهُمُ الْأَعْلَى، فَهَلْ تَقْبِلُ دُعَوَاهُمْ مَعَ اطْلَاعِهِمْ عَلَى التَّصْرُفِ الْمُذَكُورِ، وَاطْلَاعِ آبَائِهِمْ، وَعَدْمِ قِيَامِ مَانِعٍ يَمْنَعُهُمْ مِنَ الدَّعْوَى؟". أَجَابَ: لَا تَسْمَعُ هَذِهِ الدَّعْوَى، فَقَدْ جَاءَ فِي فَتاوَى الْوَلَوَاجِيِّ: "رَجُلٌ تَصَرَّفَ زَمَانًا فِي أَرْضٍ، وَرَجُلٌ آخَرُ رَأَى الْأَرْضَ وَالتَّصْرُفَ، وَلَمْ يَدْعُ وَمَاتْ عَلَى ذَلِكَ، لَمْ تَسْمَعْ بَعْدَ ذَلِكَ دُعَوَى وَلَدِهِ، وَتَرَكَ لِلْمُتَصَرِّفِ؛ لَأَنَّ شَاهِدَ الْحَالِ لَهُمْ، هَذَا مَعَ مَا فِي سَمَاعِهَا مِنْ فَتْحِ بَابِ التَّزوِيرِ وَالتَّبَيِّنِ".

فَهُنَا نَجْدُ الْخَيْرَ الرَّمْلِيَ يَمْنَعُ سَمَاعَ الدَّعْوَى فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي سُئِلَ مُسْتَنِدًا إِلَى فَتْوَى الْوَلَوَاجِيِّ بَعْدِ السَّمَاعِ بِنَاءً عَلَى الْقُرْيَنَةِ^١.

فَهَذَا إِقْرَارٌ مِنْهُ لِلْعَمَلِ بِالْقُرْيَنَةِ فِي أَجْلِي صُورَهِ، وَإِنْ لَمْ يَصْرُحْ بِذَلِكَ، بَلْ وَإِنْ صَرَحَ بِمَنْعِ الْعَمَلِ بِالْقُرْآنِ.

يُقُولُ ابنُ الْقِيمِ: "وَأَبْعَدَ النَّاسَ مِنَ الْأَخْذِ بِذَلِكَ — بِالْقُرْآنِ — الشَّافِعِي رَحْمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، مَعَ أَنَّهُ اعْتَرَفَ قُرْآنَ الْأَسْوَالِ فِي أَكْثَرِ مِنْ مائَةِ مَوْضِعٍ، وَقَدْ ذَكَرْنَا مِنْهَا كَثِيرًا فِي غَيْرِ هَذَا الْكَابِ.

مِنْهَا: حَوَازْ وَطَءَ الرَّجُلِ الْمَرْأَةِ لِلِّيْلَةِ الْزَّفَافِ وَإِنْ لَمْ يَرَهَا وَلَمْ يَشْهُدْ عَدْلَانَ أَنَّهَا امْرَأَتُهُ بِنَاءً عَلَى الْقُرْآنِ.... وَغَيْرُهَا".^٢

^١ البهبي، من طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون، ص ٨٥ وما بعدها.

^٢ ابن القيم، أعلام الموقعين، ص ٣٧٨.

والحنفية يحكمون بالنكول وليس ذلك إلا رجوع إلى القرينة الظاهرة، وهي الامتناع عن حلف اليمين الذي يمكنه به أن يدفع عن نفسه، فدل امتناعه على أنه المحقق بناءً على هذه القرينة.^١

ومن اعتبار الفقهاء للقرائن انعقاد البيع، فيسائر الأعصار والأمسكار، بمجرد المعاطة من غير لفظ، اكتفاء بالقرائن والأamarات الدالة على التراضي الذي هو شرط في صحة البيع.^٢
وقد ذكر ابن فرحون في تبصرته حسين مسألة من العمل بالقرائن قال به علماء المذاهب الأربع، وبعضها قال بما مالك وحده.^٣

والتابع لكتب هؤلاء الأئمة يرى أنهم عملوا بالقرينة في الجملة، وما ذاك إلا دليل على اعتبارها عندهم؛ لكن لم يذكروها صراحة في طرق الإثبات، كما ذكروا الشاهدين واليمين والإقرار وغيرها من طرق الإثبات، وكان مبعث خلاف بين متأخري الفقهاء في جواز القضاء بها^٤.

فالفقهاء القدماء رحمهم الله عملوا بالقرائن وعللوا بها الأحكام دون أن يصرحوا بمشروعيتها، وقد كانوا يقررون كل حالة على حدة، لذلك لم يضعوا ضابطاً للعمل بها، وتجدد المذهب الواحد يستند إلى القرينة في استنباط الحكم أو ترجيح البينة، ويرفض قرائن معينة في حالات لوجود قرينة أقوى منها.

فالفقهاء جمعون على الأخذ بالقرائن في الجملة و مختلفون في التفصيل. يقول محمود شلتوت: "ومما ينبغي المسرعة إليه في هذا المقام، أن الناظر في كتب الأئمة يرى أنهم جمعون على مبدأ الأخذ بالقرائن في الحكم والقضاء، وأن أوسع المذاهب في الأخذ بها مذهب المالكية والحنابلة، ثم الشافعية والحنفية".^٥

و سنعرض بعض الصور التي كانت موضع اعتبار الفقهاء اعتماداً منهم على القرائن، وختاماً من هذه الصور: الوسم، والشاهد العرفي.

أولاً: الوسم

وهو وضع عالمة تعد كقرينة على نوع المال.

^١ الريعي، تبيان الحقائق، ج ٢، ص ٩٥.

^٢ سير على، القضاء والعرف في الإسلام (المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، د.ط، ١٩٨٦م)، ص ١٢٨.

^٣ ابن فرحون، تبصرة الحكماء، ج ٢، ص ٩٥ وما بعدها.

^٤ الطراطليسي، مغني الحكماء، ص ١٦٦؛ ابن فرحون، تبصرة الحكماء، ج ٢، ص ١١٥، أبو الريش، الشهادات دليل من أدلة الإثبات، ص ٧٥.

^٥ شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، ص ٤٦٩.

قال أنس بن مالك: رأيت في يد رسول الله ﷺ الميس وحديدة مهمة، يسم به إبل الصدقة.^١

وقد نص على استعمال الوسم كقرينة عدد من المالكيَّة، والحنابلة. فالمالكيَّة قالوا: إذا وجد مكتوباً على المال كلمة "حبس" أو "وقف"؛ فإنَّه يحکم بهذه القرينة للدلالة على ما يعنيه.

والحنابلة قالوا: إذا وجد في حائط الدار منقوشاً، أو مكتوباً على حجر من أحجار البناء كلمة "حبس" أو "مسجد" عمل بهذه القرينة^٢؛ لأنَّ تلك الكتابة قرينة على كون الدار وقناً أو مسجداً، خصوصاً إذا كان الحجر المكتوب من جزء البناء، وكان ضخماً.

واحتمال كونه نُقل إلى هناك بعد البناء بعيد جداً كاحتمال كذب الشُّهُود العُدول.^٣
وتوجد قرينة الوسم أو العلامة في المجال الثقافي.

فالمكتبات الخاصة أو العامة تضع طابعاً خاصاً تطبع به ما لديها من كتب أو في بعض ورقاته، وتُخضع هذه القرينة للسلطة التقديرية للقضاء بحسب التزوير أو التحابيل.^٤

ومن هذه الصور أيضاً ما يسمى بالشاهد العرفي أو شاهد الحال، وهذه التسمية لتأخر الماليَّة، ويعنون به ظرفاً أو مجموعة الظروف المحيطة بالدعوى، تدلُّ باعتبار المنطق العقلي العام، أو باعتبار المتعارف بين الناس: أنَّ أحد الطرفين لا ينقصه الصدق، وأنَّ الطرف الآخر كاذب، أو أقل صدقاً من الأول.

مثال ذلك:

لو اختلف الزوجان عند الطلاق، أو ورثهما عند الموت، فادعى كُلُّ منهما ما ادعاه الآخر من أمتعة البيت.

هذا يرجع جانب من شهد له المتعارف بين الناس.

فالسلاح (السيف والرمح) مثلاً يحکم به للرجل، والمجوهرات يحکم بها للمرأة، إذا لم تُوجد معارضة من قرينة أخرى.^٥

^١ مسلم، الصحيح، رقم ٤٢١٩؛ أحمد بن حنبل، المسند، ج ٣، ص ١٧١.

^٢ ابن القيم، الطُّرُقُ الحكيمَة، ص ٢٤٦.

^٣ المصدر السابق، ص ٢٢١.

^٤ التحكاني، النَّظَرَةُ العَامَةُ لِلْقَضَاءِ وَالْإِثَابَاتِ، ص ٢٩٠.

ومن أمثلة شاهد الحال أيضاً: إذا اختلف الراهن والمرهن في قدر الدين، فقال مالك: إِنَّه يقبل قول المرهن في ذلك، مَا لَمْ يزد عَلَى قِيمَةِ الرَّهْنِ، وَهَذَا هُوَ القَوْلُ الْوَاضِعُ، وَهُوَ الَّذِي يَشَهِدُ لَهُ الْقُرْآنُ الْكَرِيمُ، فَقَدْ قَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ كَثُرَتْ عَلَى سَعْيِهِ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فَقَدْ جَعَلَ الرَّهْنَ بَدْلًا مِنَ الْكِتَابِ وَالشُّهُودِ، فَهُوَ الناطِقُ بِالْحَقِّ، وَلَهُذَا إِذَا أَدْعَى الراهن قَدْرًا أَقْلَى مِنْ قِيمَةِ الرَّهْنِ لَمْ يَصِدِّقْ، كَأَنْ يَقُولُ: رِهْنُهُ هَذِهِ الدَّارُ فِي مائةِ دَرَهْمٍ؛ لَأَنَّ شَاهِدَ الْحَالِ يَكْذِبُهُ، وَلَأَنَّ الْعَادَةَ تَقْضِي بِأَنَّهُ لَا يَمْكُنُ أَنْ يَرْهَنَ الشَّيْءَ الْكَبِيرَ القيمةَ فِي الدِّينِ الْقَلِيلِ.^١

وَمِنَ الشَّاهِدِ الْعَرْفِ الْحِيَازَةُ فِي الْعَقَارِ وَالْمَنْقُولِ، وَالْحِيَازَةُ أَوِ الْيَدُ، هِيَ وَضْعُ الْيَدِ عَلَى الْمَالِ، وَالتَّصْرِيفُ فِيهِ تَصْرِيفُ الْمَالِكِ، بِالْبَنَاءِ وَالْغَرْسِ مَثَلًا، إِذَا كَانَ الْمَحْوَزُ عَقَارًا، وَبِالاستِعمالِ إِذَا كَانَ الْمَحْوَزُ مَنْقُولًا، كَالسِّيَارَةِ وَالْكِتَابِ.

وَتَعَدُّ الْحِيَازَةُ لِدِي الْجَمْهُورِ قَرِينَةً عَلَى الْمُلْكِيَّةِ وَشَاهِدًا لَهُ إِذَا تَوَافَرَ شَرْوطَهَا، وَهِيَ قَابِلَةٌ لِإِثْبَاتِ عَكْسِ دَلَالِهَا.^٢

^١ محمد بن أحمد الفاسي، *شرح محمد ميارة على تحفة ابن العاصم* (القاهرة: المطبعة المصرية، د.ط، ١٣١٥ھ)، ج ١، ص ١٩٨. نقلًا عن: التحكاني، *النظريّة العامة للقضاء والإثبات*، ص ٢٩١.

^٢ ابن القيم، *الطُّرُقُ الْحَكَمِيَّةُ*، ص ٣٢.

^٣ الفاسي، *شرح محمد ميارة*، ص ٢٩٢؛ محمد بن معجوز، *وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي*، ص ٤٠٥.

المبحث الثالث: إثبات القصاص والحدود بالقرائن

أولاً: إثبات القصاص بالقرائن

أما فيما يتعلّق بالقصاص فإنّ الفقهاء قد اختلفوا في العمل بالقرينة في القصاص. فيرى جمهور الفقهاء عدم جواز العمل بالقرائن في إثبات جرائم القتل — في غير القسامه — لأنّها لا تعدّ وسيلة إثبات في القصاص، ولو كانت القرائن قوية الدلالة بحيث تقارب اليقين، بل يلحد إلى القسامه حينئذٍ ووجبها من القوّد أو الديّة — على خلاف بينهم — وذلك للاحتماط في أمر الدماء وإزهاق النفوس بالاعتماد على وجود القتيل في محلّة المتهمين عند من لا يشترط قرينة اللوث (العداوة الظاهرة) أو بالاعتماد على مجرد اللوث عند من يشترطه. ذلك أن القرائن في قضايا الدماء يكتنفها الغموض والاحتمالات ما لا يكتنف غيرها. وعلى هذا فهم يرون أنها لا تصلح أن تكون وسيلة إثبات في جرائم القتل؛ لأنّه كالحدود يدرأ بالشبهات^١.

والاحتياط في الدماء مثل الاحتياط في الحدود بل أكثر منها وأولى. وهذا وقد استدلّ المنعون من الحكم بالقرائن في الدماء بحاديّة الخربة في زمن علي عليه السلام كما ذكرنا ذلك سابقاً مع الجواب عن هذا الاعتراض.

ويرى فريق آخر: أنه يؤخذ بالقرائن في قضايا الدماء، إذا كانت تلك القرائن قوية الدلالة، بحيث تقارب اليقين في إثبات جريمة القتل بدون احتياج إلى القسامه. ومن ذهب إلى هذا الرأي ابن العرس من الحنفية، وابن فرحون من المالكية، وابن قيم الجوزية من الحنابلة. ومذهبهم العمل بالقرائن في جميع الحقوق.^١

^١ عبد العال عطّرة، محاضرات في علم القاضي، ص ٤٥؛ محمد رأفت، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، ص ٣٦٥؛ أنور دبور، القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، ص ١٧٠.

ووجلة الأحكام العدلية أحذت بالقرينة أيضاً كدليل إثبات في جرائم القتل، فقد نصت المادة ١٧٤١ من المجلة على أنه: "إذا خرج أحد من دار حالية، مدهوشًا، وفي يده سكين، ملوثة بالدم، فدخل في الدار، ورؤي فيها شخص مذبوح في الوقت نفسه، فلا يشتبه في كونه قاتل ذلك الشخص، ولا يلتفت إلى الاحتمالات الوهمية الصرف، لأن يكون الشخص قد قتل نفسه، لذلك يقام عليه القصاص بناءً على تلك القرينة وحدها كدليل في الإثبات. وهذا ما يراه الحنفية في اعتبار القرينة القطعية وحدها بينة نهائية كافية للقضاء بها".^٢

والذي يبدوا لي:

أنه قد ترد على القرينة احتمالات قد تضعف من قوة القرينة، أو تبطلها، لذلك ينبغي على القاضي دراسة ظروف الدعوى وملابساتها، وكثير من هذه الاحتمالات تكفل بالجواب عنها الطب الشرعي، وعلم تحقيق الجنایات.

ويرى الحنفية العمل بالنكول في إثبات الدّماء — والقضاء بالنكول هُوَ القضاء بالقرائن — مع اختلاف في التفاصيل.

فالإمام أبو حنيفة أثبت القصاص بالنكول فيما دون النّفس.

وأوجب به الصاحبان الأرش في النفس أو ما دونها، والناكل إما أن يكون باذلاً، وإما أن يُكُون مقرراً، ولو لا ذلك لأقدم على اليمين، إقامة للواجب، ودفعاً للضرر عن النفس، وهو أخذ بظاهر الحال مع ترجيحه على البراءة الأصلية.^٣

وأيضاً، يؤخذ بالقرينة كبداية دليل في الإثبات فيما إذا وجد شخص مقتولاً بقرية، أو بحارة من مدينة، وللمقتول أعداء معروفون، أو غير معروفين، في المكان، فالطرف المكون من وجود العداوة، ومن القتل بعين المكان، يكون بداية دليل يتم باليمن، والتي تسمى القساممة.

ويرى بعض المعاصرین أنَّه يجب النظر إلى المصلحة التي تترتب للمجتمع بأثره جراء الاستناد إلى القرآن في شأن إثبات جرائم القصاص والدّية أو عدم الاستناد إليها حسبما توضح المصلحة.^٤

^١ ابن فرحون، تبصرة الحكماء، ج ٢، ص ١١٣.

^٢ الزرقا، المدخل الفقهي العام، ص ٥٣٦.

^٣ الزحلي، الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص ١١٧ وما بعدها.

^٤ سالم السيد جاد، إثبات الدّعوى الجنائية بالقرآن (ط١)، ص ٧٢.

يتبيّن مما سبق أن الراجح هو أن القرائن القوية، تعد حجة في الإثبات والتي يحصل بها العلم اليقيني أو على الأقلّ الظن الغالب الذي يطمئن إليه القاضي، أو ما يسمى "علم الطمأنينة". فإن وجدت مثل هذه القرائن عدت حجة، وحكم بمقتضاه، ولا يضر حينئذٍ ما يمكن أن يتطرق إليها من احتمال أن تكون دالة على غير الواقع، بعد أن ثبت من ظروف ووّقائع وملابسات القضية، ويتأكد من عدم ورود ما يثبت عكسها؛ لأن الاحتمال البعيد لا يلتفت إليه، ولا يعد مانعاً من اعتبار القرائن حجة، كما لا يلتفت إلى الاحتمال الذي يتطرق إلى الشهود العدول بكونهم قد شهدوا بالزور.

والاحتمال الذي يتطرق إلى الإقرار الصحيح بأن المقر قد أقرّ بغير الواقع؛ لأن هذه احتمالات وإن كانت واردة لكنها بعيدة.^١

وكلام الفقهاء في القرينة منصب على القرينة القوية، والتي عرفوها بأنّها التي تصير الأمر في حيز المقطوع به، أو الأمارة البالغة حدّ اليقين، والتعريف الأخير يتحقق وما جاء في مجلة الأحكام العدلية بتعريف القرينة، ففي المادة ١٧٤١ أن القرينة، هي: الأمارة البالغة حدّ اليقين.

ومع ذلك فإن مراد الفقهاء من اشتراط اليقين أو القطع في حدّ القرينة هو — كما ذكرنا — ما يشمل الظن الغالب لا خصوص اليقين القطعي. وذلك لأن دلالة طرق الإثبات، مهما قويت فلا تخلو من ظنّ، ولا يتوقف العمل بها على اليقين الذي يقطع الاحتمال، فالقرينة القاطعة من قبيل ما يفيد علم الطمأنينة لا علم اليقين.^٢

إن الغرض من العمل بالقرائن القوية هو إثابة الحق وإظهاره؛ إذ إن القرائن القوية ترجع كففة أحد الخصميين، وتدل على الحق في الخصومة، وليس من العدل، ولا من الحق أن تُدر دلالتها ويُحجر على القضاء الأخذ بها، وقد جاءت الشريعة باعتبارها، واعتمد عليها الفقهاء في صدر الإسلام في أقضيتها عليهم، لذلك أضيفت القرينة القاطعة إلى الأدلة الشرعية المقبولة.^٣

وبينجي علينا التنويه إلى أن القرينة يؤخذ بها مع الاحتياط القوي واليقظة الشديدة؛ حتى تطمئن نفس الحاكم إليها ويُثليح صدره بما يحكم به. كما أن شهادة الشاهدين على القتل "مثلاً" لا يؤخذ بها إلا بعد شدة التحري واستيفاء الشهادة شروطها.

^١ ابن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، ص ٣٨٧.

^٢ البهـي، من طرق الإثبات، ص ٧٣.

^٣ أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص ٤٤٩.

فكمًا أن احتمال كذب الشاهدين قائم بعد عمل أقصى ما يمكن التحرى، ومع ذلك فلا يمتنع الأخذ بشهادتهم في الدماء والأموال مهما بلغ عظمها، فكذلك الاحتمال البعيد بل الموهوم الذي يوجد مع القرينة القاطعة يجب ألا يمنع العمل بها.

يُقول أحمد إبراهيم رحمه الله: "ولئن أودت القرائن القاطعة بحياة وأموال أناس مظلومين، فلقد أودت شهادة الشهدود العدول المزكين بحياة وأموال الكثيرين من الناس وهو مظلومون كذلك. وما دام الوصول إلى الدليل القاطع الذي يتضمن معه كل احتمال لا مطمع فيه؛ إذ هو في حيز المستحيل غالباً، وجب الأخذ بحكم الضرورة بالأدلة والحجج الظنية مع الاستقصاء في الثبت وتقدم الأقوى منها على غيره عند التعارض وملاحظة الأمور المرحة".^١

والذي يدرو كذلك:

أنه لا يوجد نص صريح من الكتاب أو السنة يدل على منع العمل بالقرائن في جريمة القتل، كما لا يوجد نص صريح أيضًا فيما يدل على جواز العمل بها فيها. فالاعتبار في هذه الحالة بقورة القرينة التي ثبت بها الجريمة، إذا لم يثبت خلافها، وبعدي مصلحة المجتمع في اعتبار هذا الدليل ضمن أدلة الإثبات، لتحقيق العدل في الحكم، ومحاصرة الجريمة.^٢

ثانياً: إثبات الحدود بالقرائن

اختلاف الفقهاء في إثبات الحدود بالقرائن على النحو الآتي:

الأول: ذهب الشافعية والحنفية والحنابلة إلى عدم قبول القرائن في الحدود، وحصرروا طرق إثباتها في الإقرار والشهادة ولم يعلوا على غيرها.

الثاني: ذهب المالكية والحنابلة وبعض الشيعة الإمامية إلى جواز إثبات الجرائم الحدية بقرائن مُعینة.

وذهب ابن القيم إلى القول بأن الحدود ثبتت بالقرائن شأنها شأن بقية الجرائم الأخرى، حيث قال: "والمقصود أن الشارع لم يقف الحكم في حفظ الحقوق البتة على شهادة ذكرى، لا في الدماء ولا في الأموال ولا في الفروج ولا في الحدود، بل قد حدّ الخلفاء الراشدون والصحابة رضي الله عنهم في الزنا بالحمل، وفي الخمر بالرائحة والقيء، وكذلك إذا وجد المسروق عند

^١ المرجع السابق، ص ٤٦٢.

^٢ عارف علي عارف، البصمة الجنائية ودورها في الإثبات الجنائي (كتالوج: دار التجديد، ط ١، ٢٠٠٢م)، ص ٤٥.

السارق كان أولى بالحدّ من ظهور الحَبْل والرائحة في الخمر، لأن هذه القرينة أقوى من شهادة شاهدين بالسرقة".^١

ويعضي ابن القيم في بيان رأيه، فيقول: "إن المقصود هو أن الحكم يحكم باللحمة التي ترجح الحق إذا لم يعارضها مثلها".^٢

ويرى ابن الغرس أيضاً اعتبار القرائن طريقاً لإثبات جميع الحقوق في المحدود أو غيرها؛ إذ يقول: "والقرائن الدالة على ما يطلب الحكم به دلالة واضحة بحيث تصيره في حيز المقطوع به". وقد ذكر ابن فر 혼 خمسين مثالاً اتفقت فيها المذاهب الأربعة على الأخذ بالقرائن في الإثبات.^٣

والذي يتراجع عندي هو:

جوائز إثبات الجنائيات بالقرينة القوية، وإذا وردت شبهة على الحدّ، فينبغي على القاضي إسقاط الحدّ؛ إلا إذا ثبت ما ينفي تلك الشبهة.

وأما جريمة شرب الخمر:

فإنها تثبت بقرينة خاصة هي رائحة الخمر في نفس المتهم، أو رائحة الخمر في قيء المتهم. وقد روی ذلك عن عدد من الخلفاء والصحابة، كعمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن مسعود^٤، وهو مذهب مالك.

إن مما يجدر الانتباه إليه هو أن رائحة الخمر هي التي يتبيّن بها نوع الشراب الذي تناوله الشخص، ولذلك وجب أن تكون الرائحة طريقاً إلى إثبات الشرب.

^١ ابن القيم، *أعلام الموقعين*، ج ١، ص ٨٧؛ *الطرق الحكمية*، ص ٩٧ - ١٧٠.

^٢ ابن القيم، *أعلام الموقعين*، ج ١، ص ٨٩.

^٣ ابن فر 혼، *تبصرة الحكم*، ج ٢، ص ١١ - ١٢١ / ج ١، ص ٣١٢.

^٤ البخاري، *ال الصحيح*، ج ٩، ص ٤٧؛ مالك، *الموطأ*، رقم ٨٠٩؛ مسلم، *ال صحيح*، رقم ١٧٠٧. انظر، الحكاني، *النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي*، ص ٨٤ وما بعدها، ابن القيم، *أعلام الموقعين*، ج ١٠، ص ١٠٣؛ سليمان بن خلف الباجي، *المنقى شرح الموطأ* (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٩٩)، ج ٢، ص ٤٠، ١٦٦. يقول ابن رشد: "واختلفوا في ثبوته بالرائحة، فقال مالك وأصحابه وجهور أهل الحجاز يجب الحدّ بالرائحة إذا شهد بما عند المحاكم شاهدان عدلان؟" ابن رشد، *بداية المجتهد*، ج ٢، ص ٤٣٦؛ وانظر، أحمد بن قاسم عنيسي، *الراج المنصب في أحكام المذهب* (صنعاء: دار الحكمة اليمنية، د.ط، ١٩٩٣م)، ج ٤، ص ٢٢٥.

وإذا كان الشهود الذين يشهدون بأن فلاناً شرب حمراً يستندون في شهادتهم إلى تلك الرؤية؛ فإن الشم أقوى في معرفة حال المشروب من الرؤية، لأن الرؤية لا يعرف بها الشراب أمسكراً هو أم لا؟ وإنما يعلم ذلك من رائحته.

وفي هذا العصر يمكن التيقن من أن الشخص شرب حمراً عن طريق تحليل دمه، أو النفح في جهاز معين صنع لهذا الغرض، بين نسبة الكحول في نفسه، وبصورة قاطعة. إن مما ينبغي على القاضي هو التأكد من عدم وجود الشبهات التي تسقط حد الشرب، كأن يتتأكد أنه لم يشربها تحت تأثير الإكراه، أو الضرورة:

كم من شرب منها لغصة بقدر ما يسيغها، فأوجدت رائحة، أو تقيتها.
أو أنه شربها ولم يعلم أنها حمر: كمن ظنها ماء، فلما أحس بها في فيه بمحها.
أو يتتأكد أن الرائحة ليست رائحة مادة أخرى شبيهة برائحة الخمر، أو أنه لم يتمضمض بها، بل تعمد شربها، إلى آخره من الشبهات الواردة.
إذا ثبت ما ينفي تلك الشبهات فإن الحد يقام عليه بهذه القرينة، حتى لا يفلت العصاة من العقوبات، وأن تكون للحدود فاعليتها الرادعة في محاربة الجريمة.

وفي جريمة الرثأ:

فقد ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في قول إلى عدم جواز إثبات حد الزنى بالقرائن؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات، وحصروا إثباتها بالإقرار والشهادة ولم يعلموا على غيرها. ولما ثبت عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لو كنت راجحاً أحداً بغير بيضة لرجمت فلانة، فقد ظهرت منها الريبة في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليها».^١
وقد استدلّ المانعون لإثبات الحد بالقرائن بهذا الحديث — كما ذكرنا سابقاً — واعتراض المحizون بأنه لم يتوف للحكم على هذه المرأة من القرائن القوية، كما في الحمل. وقريب من هذا ما روی عن عمر بن الخطاب أنه أتى بامرأة قالت أنها أكرهت فخلّ سبيلها، وكتب إلى أمراء الأجناد: ألا يقتل أحد إلا بإذنه.

^١ بكر عبد الله أبو زيد، الحدود والتعزيرات عند ابن القيم: دراسة وموازنة (الرياض: دار العاصمة، د.ط، ١٩٩٤م)، ص ٣٢٧.

^٢ ابن ماجه، السنن، ج ٢، ص ٩١؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٧، ص ١١٧.

وما رُوِيَ أَنَّ امرأة رفعت إلى عمر بن الخطاب ليس لَهَا زوج وقد حملت، فسألها، فقالت: إِي امرأة تقيلة الرَّأْسِ، وقع علىِّ رجل وأنا نائمة، فما استيقظت حتَّى فرغ، فدرأً عنها الحَدَّ.^١ فهذا دليلان يشهدان عَلَى أَنَّ عمر بن الخطاب لم يعمل بالقرينة في إقامة الحَدَّ نظراً إلى وجود شُبُهَةٍ، والحدود تدرأ بالشُبُهَاتِ.

وكذلك فإنَّ الرَّسُولَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يقض بحد الزَّنِي عَلَى الغامدية، وقد جاءت وهي حامل، والحمل قرينة دالَّةٌ عَلَى مَا سبقها، إِلَّا بعد أَنْ جاءت تطلب منه إقامة الحَدَّ لتطهيرها.^٢

والذِّي يَدُلُّ إِلَيْهِ:

أنَّ الرَّاجح من أقوال الْفُقَهَاءِ بما يتفق مع مقاصد الشَّرِيعَةِ وقواعدها في إقامة الحَدَّ بالحبيل، وأنَّ الحامل من غير زوج إذا ادَّعَتْ إِي شُبُهَةً: من غصب أو إكراه، أو إثبات لَهَا عند نومها دون أنْ تشعر، أو انتقال الميَّ إليها عن طريق الحمام، أو إِي شُبُهَةٍ أخرى ضعيفة كانت الشُّبُهَةُ أَمْ قَوِيَّةً، فإِنَّهُ يدرأ عنها الحَدَّ، سواء وجدت قرينة عَلَى صدق دعواها أم لا؛ لأنَّ الشَّارِعُ الحَكِيمُ متшوف إلى العفو والصفح والستر على أعراض الناس.

لذلك قالَ الرَّبِيعُ بْنُ حَمْزَةَ هَرَالَ لِمَا أخْبَرَهُ بقصة ماعز «يا هَرَالَ لو سترته بردائك لكان خيراً لك».^٣

ويقولُ لِمَا عَزَّ لَمْ يَجِدْهُ مُعْتَرِفًا مُغْرِبًا: «لَعَلَّكَ قَبَّلتَ، لَعَلَّكَ لَمْسْتَ...» معرضاً لَهُ بالرجوع عن إقراره، والتَّوْبَةُ إلى الله تعالى.

وكذلك صنع مع الغامدية حتَّى قالت لَهُ: أَتَرِيدُ أَنْ تَرْدِينِي كَمَا رَدَدْتَ ماعزاً؟ فكيف بمن لم تُعْرِفْ، وهي تدفع الدَّعَوَى بادعائِها شُبُهَةً من الشُّبُهَاتِ التي ذكرناها آنفًا، إنَّهُ درأ الحَدَّ عنها هُنَّا أولى.

أمَّا إذا كانت حاملاً من غير زوج، أو التي لها زوج ولا يتصور الحمل منه لصغره، أو لأنَّه محبوب، أو المرأة التي تلد قبل ستة أشهر من تاريخ الدخول بها، ولا تدعُ شُبُهَةً من غصب أو إكراه، أو غيره، وهي متهمة، ففي هذه الحالة يقام عليها الحَدَّ موافقة لفعل الصحابة رضيَّ اللهُ عنهم.^٤

^١ ابن قدامة، المغني، ج ١٠، ص ١٩٣ وما بعدها؛ عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والأثار (بيروت: دار الفكر، د.ط. ١٩٩٤)، كتاب الحدود، باب في درء الحدود بالشُبُهَاتِ، ج ٩، ص ٥٦٧.

^٢ يراجع تفصيل ذلك في كتاب: البصمة الجنينية ودورها في الإثبات الجنائي، مرجع سابق.

^٣ مالك، الموطأ، كتاب الحدود، باب ما جاء في الرَّجُمِ، رقم ١٥٩٤، ج ٤، ص ١٢٨.

^٤ عزيزة، حُجَّةُ القراءن في الشَّرِيعَةِ الإسلاميَّةِ، ص ١٣٠.

فالذى أرجحه هو:

أن الزنا يثبت فقط بقرينة الحمل في دائرة القرائن، وبشروطها في الحالات الذي ذكرناها.

أما القرائن الأخرى فأرى عدم الاعتداد بها في إثبات حد الزنا؛ لأن الشارع شدد في طرق إثبات الزنا ونذهب إلى الستر على أعراض الناس.

وجريدة السرقة:

تثبت أيضاً بالقرائن ما لم يقدم الدليل على عكسها.

ويعد ابن القيم وجود المسرورق عند السارق قرينة على السرقة؛ إلا أن يثبت ما ينفيها. وينبغي على القاضي الانتباه إلى ظروفها وملابساتها، وما تحفّ بها من احتمالات وشبهات؛ إذ إن الشبهة قد ترد على هذه القرينة.

فمن المحمّل أن المسرورق قد دسّ على المتهم بالسرقة نكارة به، أو لتحقيق غرض ما. وكما في قصة يوسف عليه السلام، فالسقاية وجدت في رحل أخي يوسف، واتخذ الحاضرون من وجودها في رحله قرينة على أنه هو السارق، وأجمعوا على ذلك — عدا يوسف ومن علم بالأمر والتدبر معه — بينما هي تختلف الواقع تماماً؛ إذ إنه لم يسرق وإنما دست السقاية عليه دسأ لحكمة سامية.

لذلك ينبعى على القاضي تقدير القرينة القائمة في دعوى السرقة، ومعرفة ظروفها وملابساتها ووقائعها، وما يتعريها من شبّهات، وما يعرض لها من تلفيق لكي يصل القاضي إلى الحكم بمقصود الشرع في تحقيق العدالة في الخصومات، وحتى لا تكون تكأة تلتفق بها التهم لكثير من الأبرياء.

ويظهر من عرض الآراء السابقة رجحان الرأي القائل بجواز الأخذ بالقرينة القوية لإثبات جرائم القصاص والحدود، عدا جريمة الزنا، فلا تؤخذ فيها إلا بقرينة الحمل، بضوابطها التي ذكرناها، وعدم اعتبار غيرها من القرائن، وذلك استناداً إلى عمل الخلفاء الراشدين وعدد من الصحابة في إثبات الحدود بالقرائن، ولكن مع ملاحظة أنه إذا عارضت القرينة حجة أخرى تعارضها وتذهبها وتنفيها، فلا يعتد بها حينئذ.

فالقرائن قابلة لإثبات العكس.

وإذا وجدت شبهة، وكانت هناك بينة أو قرائن أو أumarات تصدق تلك الشبهة، حينئذٍ تسقط الحدود، بناءً على أن الحدود تسقط بالشبهات.

هذا وقد وضع الفقهاء ضوابط لما يعد شبهة وما لا يعد، وقد يقع الاختلاف أحياناً في بعض صور الشبهة بين الفقهاء، هل هي شبهة صالحة للدرء أم لا؟

والصحيح أن المراد بالشبهة، الشبهة القوية التي تصلح لأن يجعل اليقين محل تساؤل واستفسار. وقد توسع الأحناف في نطاق الشبهة الموسعة للحدود حتى صاروا أكثر من غيرهم درءاً للحدود والتماساً للشبهات؛ ولعل عذرهم في ذلك دلالة الآثار المروية عن النبي ﷺ في ذلك، وأن سقوط الحد بالشبهة لا يعني انتفاء العقوبة، بل إن الاحتياط وراء الحد بعقوبة التعزير واجب سداً لباب الذرائع.

وحكمـة درءـ الحـدودـ بالـشـبهـاتـ هيـ تـضـيقـ دائـرةـ تـطـيـقـ الـحدـودـ لـشـدـقاـ؛ـ وـلـكـنـ لاـ انـدـامـهاـ كـلـيـةـ بلـ تـبـقـىـ فـيـ الـمـوـاضـعـ الـقـلـيلـةـ الـيـ تـجـبـ فـيـهاـ.

وكذلك فإن الشبهة تصح أن تكون مانعاً من إقامة الحد مع وجود الركن والسبب والشرط.^١ فالقاضي له تقدير القرائن القائمة في الدعوى، والتي يطمئن إليها بعد أن يجتهد فيها اجتهاداً قائماً على الفهم الدقيق الوعي، وبعد بذل جهده واستفراغ وسعه في معرفة ظروف الدعوى وملابساتها، فعليه أن يتروى ويتأني في تقييم القرينة والبحث عن حقيقتها من خلال التدقيق فيها، ومعرفة واكتشاف ما يعتريها من شبهات، حتى يصل إلى القناعة التامة بالحق في الدعوى.

لذا فإن تقدير حجية قرينة ما في الدعوى ومدى الاعتداد بها أو عدمه، أمر متزوك للقاضي، ومدى افتناعه بها واطمئنانه إليها، بحسب تقديره لقوتها وفق ظروف وملابسات الدعوى ومدى سلامتها من الطعون، وبالتالي له أن يأخذ بها أو يطرحها بناءً على الموازنة والمفاضلة بين القرائن المتعارضة لأجل الوصول إلى المطابقة بين الحقيقة القضائية، والحقيقة الواقعية.

إن تقدير القاضي وافتناعه أمر لا يقتصر على القرائن فقط، بل يؤخذ به حق في شهادة الشهود؛ إذ إنها تخضع لنقدـيرـ القـاضـيـ.

^١ عبد السلام محمد الشريف، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي (بيروت: دار الغرب الإسلامي، د.ط، ١٩٨٦م)، ص ٣٠٤ وما بعدها.

فلو رأى في الشهادة أن الواقع يكذبها، طرحتها ولم يعول عليها، كما لو شهد أربعة رجال على رجل بالزنا، فوجد الرجل محبوباً "عيّب في العضو التناسلي يستحيل على الرجل معه الاتصال الجنسي بالمرأة".

والإقرار كذلك يخضع هو الآخر لتقدير القاضي، إذا صاحب الإقرار ما يدل على كذب المقر في إقراره.

وعموماً فإن أدلة الإثبات في الشريعة الإسلامية تخضع لتقدير القاضي - إلى حد ما - فيأخذ بها بعد تحيصها والتأكد من صحتها وموطقتها للواقع، ويرفضها إذا كانت تحالف الحقيقة والواقع.

ومع ذلك فإن حُرْيَة القاضي في الاقتناع، وسلطته التقديرية للأدلة ليست مطلقة، وإنما هي مقيّدة بشرط صحة التسبيب والتزامه التعليل، والتي تراجعها جهات الطعن؛ إذ تعرض تلك القرارات والأحكام على محكمة النقض "محكمة التمييز" لإقرارها وتصديقها، أو نقضها وردها. إلا أن تحرى الحقيقة وصحة الدليل إنما هو في حدود ما يستطيعه البشر، فالشريعة لا تكلف القاضي بما ليس في وسعه للوصول إلى الحقيقة الواقعية، وإنما يكفي أن يصل باجتهاده وتحصيده إلى الحقيقة الظاهرة والتي يطلق عليها فقهاء القانون "الحقيقة القضائية"؛ لأن القاضي مهما بذل من جهد لا يستطيع أن يصل إلى أعماق نفوس الناس وضمائرهم^١.

لذلك يقول الرسول ﷺ: «إن لم أمر أن أنقب عن قلوب الناس ولا أشق عن بطونهم».^٢ وبعد هذا البيان لدى إثبات القصاص والحدود بالقرائن، يعني أن نبين أن القرائن القوية تعد أيضاً حجّة في المعاملات المالية، والأحوال الشخصية عند عدم وجود بينة في إثبات الحقوق الناشئة عنها، سواء ما تعلق منها بحق الله تعالى، كالنسب والوقف، أم ما يتعلق بحقوق العباد في عقد الزواج وألفاظ الطلاق، وفي البيوع والتبرعات، وفي مختلف التصرفات.^٣



^١ علي رسلان، نظام إثبات الدعوى وأدلة في الفقه الإسلامي والقانون، ص ١٩٢.

^٢ مسلم، الصحيح، كتاب الرِّكَاة، باب ذكر المخراج وثقاتهم، ج ٢، ص ٧٤٢، رقم الحديث ١٠٦٤. وهذا الحديث رواه أبو سعيد الخدري س، وأخرجه أحمد في مسنده، ج ٢، ص ٤، والبيهقي في السنن الكبرى، ج ٨، ص ١٩٨.

^٣ الرحيلي، الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص ١١٨؛ الرحيلي، الفقه الإسلامي وأدله، ج ٦، ص ٦٤٥.

الفصل الثاني

قضاء القاضي بعلمه الشخصي
دراسة مقارنة



الفصل الثاني

قضاء القاضي بعلمه الشخصي دراسة مقارنة

تمهيد:

من المعلوم أن الإنسان يسعى غالباً إلى إشباع رغباته وتحقيق مصالحه بكل السبل، ولو أدى ذلك إلى الاعتداء على الآخرين والمساس بحقوقهم، وهو ما يؤدي إلى نشوب الصراع بين الأفراد وقيام الخصومات التي هي من لوازم البشر.

ولما كان التنازع من أجل البقاء سنة من سنن الكون، استوجب ذلك وجود قواعد يتلزم بها الأفراد، تحدد لهم حقوقهم وسبل إشباعها، ووجباتهم وسبل أدائها، لينصف الضعف من القوي، والمظلوم من الظالم، ووجود هذه القواعد والقوانين لا يتحقق المدف منه إلا إذا وجدت السلطة المنفذة لها، لأجل ذلك وجد القضاء لإحقاق الحق بين الناس وإزامهم به، ولحماية هذه الحقوق وذلك بمنع الاعتداء عليه^١، وبذلك يتحقق العدل بين الناس. والعدل في القضاء هدف من أهداف الشريعة الإسلامية وأساس الحكم في الإسلام، لذلك كان القضاء بين الناس والفصل في خصوماتهم موكلًا إلى الأنبياء والمرسلين لشرف هذا الهدف وجلال قدره، قال تعالى: ﴿يَدْعُونَ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَأَنْكِمْ بَيْنَ النَّاسِ إِلَيْنَاهُ وَلَا تَنْجُو الْهَوَى فَيُضَلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضْلُلُونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ﴾ [ص: ٢٦]، وقال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤْمِنُوا أَلَّا يَمْنَتُ إِلَيْهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨]. والقضاء بالعدل لا يتحقق، إلا إذا كان القاضي على يقينه بما يقضي به، ولأجل تحقيق العدل بين الناس ينبغي أن يكون القاضي على علم ومعرفة بالموازين التي شرعها الله سبحانه في الإثبات؛ لأن الإثبات له دوره وخطره في فصل الخصومات وتحقيق العدالة؛ لأنه شديد الصلة بمصالح الناس، لذا أصبح محل اهتمام الشريعة وموضع عناية الفقهاء.

^١ محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية (الرياض: جامعة الملك سعود، د.ط، ١٩٨٨)، ص ٢.

ولقد نص الفقه الإسلامي على عدد من وسائل الإثبات التي ثبت الدعوى، وهذه الوسائل بعضها متفق عليه، وبعضها جرى فيه خلاف على حججته بين الفقهاء، فعده فريق من طرق الإثبات، وفريق آخر لم يعده، ومن هذا النوع قضاء القاضي بعلمه المستقاة من خارج الدعوى. إن القاضي لأجل أن يكون قضاوه صحيحاً وأن يتحقق العدالة بين الناس، يشترط أن يحصل له حين فصل القضاة علماً:

علم بالحادثة التي أمامه، وكذلك علمه بمحكم الله تعالى في تلك الحادثة.

أما العلم الأول، فيحصل له بأحد أمرين:

أو لهما: أن يصل إليه خبرها من طرق الإثبات المقررة خارج علمه الشخصي. وهذا العلم استفاده القاضي مما قدم إليه في مجلس القضاة، فهذا النوع لا خلاف في جواز حكمه به. وبمجلس القضاة قد يكون حقيقة أو حكماً:

أما مجلس القضاة حقيقة: فهو المكان المعد لزاولة وظيفة القضاة بين الناس للنظر في الخصومات.

أما مجلس القضاة حكماً: فهو الأماكن التي تند إليها الوظيفة القضائية، كما في حالة الفصل في المنازعات القبلية بعيدة عن المحاكم، أو ما ينظر فيه القاضي من وقائع خارج مجلسه كما في حالة المعاينة.

وثنائيهما: أن يشاهد الحادث بنفسه. وهذه المعلومات تسمى علم القاضي الشخصي، سواء حصل عليه خارج مجلس القضاة، أم ما رأه وسمعه بنفسه باعتباره فرداً من الأفراد.^١ فقد يطلع القاضي على حادثة بمشاهدتها أو سماعها ويحيط بها علماً حال قضائه، كأن سمع شخصاً يقر لشخص بمال، أو رأه يبيعه شيئاً، أو يشتري منه شيئاً، أو سمع شخصاً يطلق أمراته ثلاثة، أو رأى القاضي شخصاً أتلف مال شخص خارج مجلس القضاة، فهل يجوز للقاضي أن يحكم بما علمه من طلاق الأول فيقضي بالتفريق بينه وبين زوجته إذا طلبت الزوجة ذلك، ويحكم بضمان المال المتلف على من أتلفه؟ وهذا النوع من علم القاضي هو الذي ترد فيه الخلافات.

^١ محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، الطرق الحكيمية في السياسة الشرعية (بيروت: دار الفكر، د.ط، ٢٠٠٥م)، ص ٢١١
رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المصري (دار الهبة العربية، د.ط، ١٩٦٢م)، ص ٦٣٩؛ عبد الرحمن عبد العزيز القاسم، الإثبات والتوثيق أمام القضاة: بحث فقهي قانوني مقارن (القاهرة: مطبعة السعادة، د.ط، ١٩٨٢م)، ص ٢٢٠

وستقتصر في بحثنا على هذا القسم، وهو علم القاضي الشخصي بالحادثة والمستفاد من خارج مجلس القضاء، مع بيان آراء الفقهاء في القضاة به وأدلةهم ومناقشتها، ثم ترجيح الرأي المختار منها. وكذلك بيان رأي القوانين الوضعية والتشريعات الحديثة في ذلك.

آراء الفقهاء في قضاء القاضي بعلمه الشخصي وأدلةهم:

اتفق جمهور الفقهاء على أن للقاضي أن يستند إلى علمه الشخصي في الترجيح والتعديل، فإذا علم حال الشهود فيجب عليه أن يعمل بوجوب علمه، فيقبل العدل ويسمع شهادته دون أن يأمر بتعديلها وتزكيتها ولو طلب الخصم ذلك، ويرد كل طعن فيه أو تبريره؛ إلا إذا بين المجرح شيئاً جديداً لم يعرفه القاضي، فيقدم المجرح، وإذا علم فسق الشاهد وتجريحه فلا يقبل شهادته، ولا يسأل عنه، ولا يسمع تعديله، ولو طلب الخصم ذلك، فقبول علم القاضي في الجرح والتعديل جائز عند الجمهور، لئلا يؤدي إلى التسلسل فيه، ولم يخالف فيه إلا الحنابلة في رواية عندهم، خشية التهمة عليه.

وتفق الجمهور أيضاً على جواز حكم القاضي بعلمه فيما يحدث في مجلس حكمه من إساءة من أحدهم أو تطاول على القاضي، أو تبين لديه. أو إذا حدث ضرب أو جرح في مجلس القضاء، فيحكم على المعتدي دون حاجة إلى بينة، بناء على ما رأى وما سمع.^١

وقد اتفق الفقهاء على أنه إذا أقر الخصم بما أدعى به المدعى وعلم القاضي بذلك، وجوب عليه أن يحكم بعلمه في هذه المسألة.

لكنهم اختلفوا بعد ذلك في جواز الحكم بعلم القاضي فيما علمه خارج مجلس القضاء، سواء أكان الموضوع حداً، أم قصاصاً، أم حقاً مالياً، أم حقاً غير مالي؛ وسواء أكان علمه قبل توليه القضاء، أم بعده.

ولهم في ذلك ثلاثة آراء:

الرأي الأول:

إن القاضي لا يحكم بعلمه أصلاً في حق من الحقوق، فلا يجوز له أن يقضى مستنداً إلى علمه مطلقاً، مهما كان نوع الحق موضوع الدعوى، وكيفما كان حصول علمه به، سواء أكان المحكوم به حقاً لله تعالى أم للعباد، فلا يحكم لا في حد ولا في غيره، فيما سمعه قبل الولاية ولا بعده.

^١ محمد الرحيلي، *الإثبات في الشريعة الإسلامية* (دمشق: دار المكتبي، د.ط، ١٩٨٨م)، ص ١٢٤.

ذهب إلى ذلك أبو بكر، وعمر، وعلي، وابن عباس، وعبد الرحمن بن عوف، ومعاوية ^{رضي الله عنه}، وهذا هو المشهور عند المالكية؛ وأحد قولي الشافعي، والظاهر من مذهب أحمد، وهو رأي ابن القيم، وشريح، والشعبي، ومحمد بن الحسن في رواية عنه، والبخاري، والإباضية، والأوزاعي، وعليه المتأخرون من الحنفية.^١

الرأي الثاني:

أنه يجوز أن يقضي القاضي بعلم مطلقاً، سواء أكان المحكوم به حقاً لله تعالى، أم للعباد، أم مشتركاً بينهما، وذلك في الحدود والقصاص والديون والحقوق المالية والعائلية، قبل ولaitه أو أثناء ولايته، في بلده الذي يقضي فيه أو في غيره، سواء أكان في الواقعa بينa أم لا. ذهب إلى ذلك العترة، وأبو ثور، وابن حزم، والشافعية في القول الآخر لهم، وأحمد في رواية عنه، والصحابيان، وبعض الزيدية، والإمامية بالنسبة إلى الإمام قوله واحداً، وأحد قولين عندهم بالنسبة إلى غيره، وبوب له البخاري في صحيحه بقوله: باب من رأى للقاضي أن يحكم بعلمه.^٢

^١ إبراهيم بن علي بن فرحون، تبصرة الحكم في أحوال الأقضية ومناهج الأحكام (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٧م)، ج ٢، ص ٢٦؛ شهاب الدين أبو العباس القرافي، الفروق (الرياض: دار عالم الكتب، د.ط، ٢٠٠٣م)، ج ٤؛ محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجهد ونهاية المقصد (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ٢، ٢٠٠٤م)، ج ٢، ص ٥١٠، ابن الشاطئ، تذيب الفروق بamacش الفروق (علم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٩٨م)، ج ٤، ص ٨٤؛ محمد الخطيب الشربيني، مغني الحاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج (مكة: دار الكتب العلمية الكبرى، د.ط، د.ت)، ج ٤، ص ٣٩٨؛ محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي (القاهرة: المكتبة المصرية، ط ٢، ٢٠٠٣م)، ج ٤، ص ١٥٤، إبراهيم بن علي أبو إسحاق الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعى (القاهرة: مطبعة عيسى البابى الحلبي، د.ط، د.ت)، ج ٢، ص ٣٢٠؛ عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الحرقي (بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤٠٣م)، ج ٩، ص ٥٣ وما بعده؛ على قراءة، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية (القاهرة: مطبعة النهضة، ط ٢، ١٩٢٥م)، ص ٢٧٤.

^٢ محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٩٩م)، ج ٧، ص ٦١٨، الشربيني، مغني الحاج، ج ٤، ص ٣٩٨؛ ابن قدامة، المغني، ج ١، ص ٤٨؛ شهاب الدين أبو العباس القرافي، تذيب الفروق بamacش الفروق (علم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٩٨م)، ج ٤، ص ٨٤؛ الفروق، ج ٤، ص ٤٤؛ ابن رشد، بداية المجهد، ج ٢، ص ٥١؛ ابن القيم، طرق الحكمة، ص ٢١٠؛ الشيرازي، المذهب، ج ٢، ص ٣٢٠؛ علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٩٧م)، ج ١١، ص ٢٥٥؛ أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامعية لمذاهب علماء الأمصار (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ٢٠٠١م)، ج ٥، ص ١٣٠؛ علي بن أحمد بن حزم، الخليل (دار الفكر العربي للطباعة والنشر، د.ط، ١، ٢٠٠١م)، ج ٨، ص ٣٦٦؛ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري (القاهرة: البابى الحلبي، د.ط، ١٩٥٩م)، ج ١٦، ص ٢٥٨؛ بدر الدين محمود بن أحمد عبي، عمدة القاري شرح صحيح البخاري (بيروت: دار الفكر، د.ط، ٢٠٠٢م).

الرأي الثالث:

أنه يجوز للقاضي أن يقضي بعلم حدث له بعد توليه القضاء بالمعاينة أو بسماع الإقرار أو بمشاهدة الأقوال، وفي مكان ولايته، وكان مستمراً في الحكم منذ علمه حتى عرض الواقعة على القضاء دون أن يفرق بينهما إذا عزل، أي إذا علم القاضي بواقعة في زمان ومكان ولايته فإنه يحكم بعلمه، إذا كان قضاوته في حق من حقوق العباد كالحقوق المدنية كالإقرار بمال لرجل، والمعاملات المالية الأخرى، والحقوق الشخصية كطلاق رجل امرأته، أو القذف، أو بعض الجرائم كقتل إنسان.

أما في جرائم الحدود الخالصة للجنة فلا يجوز للقاضي الحكم بعلمه فيها مطلقاً، سواء أكان العلم أثناء ولايته أم قبلها أم بعدها؛ إلا أنه في السرقة يقضي بالمال فقط دون القطع، لأن الحدود يحتاط في درئها، وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم القاضي. ذهب إلى ذلك أبو حنيفة، والزبيدية، والإمامية.^١

وذهب الشافعية في المشهور عندهم إلى أن القاضي لا يقضي بعلمه في الحدود التي هي حق خالص له، ويقضي بعلمه فيما عداه، في زمن ولايته أو قبلها، وسواء علمه في مكان ولايته أم خارجها.

هذه هي الأقوال المعتبرة في المسألة والتي ستناقشها ونقتصر عليها، وهناك أقوال أخرى في المسألة يبينها ابن حجر؛ إذ يقول:

ومحصل الآراء في هذه المسألة سبعة:

١. يقضي بعلمه مطلقاً.

١٤؛ سعود بن أحمد الكاساني، بداع الصنائع في ترتيب الشرائع (القاهرة: المطبعة الجمالية، ط١، ١٩٠١م)، ص٢٢٥؛ محمد أمين صلاح الدين بن عابدين، حاشية ابن عابدين (بيروت: دار الثقافة والتراجم، د.ط، ٢٠٠٠م)، ج٥، ص٤٨٣؛ محمد بن أحمد بن جزي، قوانين الأحكام الشرعية (القاهرة: عالم الفكر، ط١، ١٩٨٥م)، ص٣٢٢.

^١ الكاساني، بداع الصنائع، ج٧، ص٧؛ عبد بن أحمد السريخسي، المبسوط (بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط١٤٢١/١٤٢٠٠م)، ج١٦، ص٩٣؛ ابن عابدين، الحاشية، ج٤، ص٣٦٩؛ الشركاني، نيل الأوطار، ج٨، ص٧٨٧؛ ابن قدامة، المغنى، ج٩، ص٥٣؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص١٥٨؛ صبحي المعناني، تراث الخلفاء الراشدين في الفقه والقضاء (بيروت: دار العلم للملائين، د.ط، ١٩٨٣م)، ص١٨٦؛ سمير عالية، القضاء والعرف في الإسلام (بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط١، ١٩٨٦م)، ص١٢٩.

٢. لا يقضي بعلمه مطلقاً.
٣. يقضي في زمان قضائه خاصة.
٤. يقضي في مجلس حكمه.
٥. يقضي في الأموال دون غيرها.
٦. يقضي في الأموال والقذف.
٧. يقضي في كل شيء إلا الحدود.^١

أدلة الرأي الأول "المانعين":

استدل المانعون لقضاء القاضي بعلمه الشخصي بأدلة من الكتاب، والسنة، والمعقول:

أ- من الكتاب:

الدليل الأول: إن النصوص القرآنية تشهد على الحكم بالبيانات؛ فإن الله عَزَّلَكَ مع سعة علمه يستحضر الشهود عند الحكم على العباد لما في ذلك من إظهار الحجة، وقطع المحجة، وهو ذلك الصادق في قوله والعادل في حكمه، قال تعالى: ﴿فَكَيْفَ إِذَا جَئْنَا مِن كُلِّ أُمَّةٍ بِشَهِيدٍ وَجِئْنَا بِكَ عَلَى هَؤُلَاءِ شَهِيدًا﴾ [النساء: ٤١].

وقال تعالى: ﴿وَجَاءَتْ كُلُّ نَفْسٍ مَّا كَانَتْ سَابِقَةً وَتَبَيَّنَتْ﴾ [آل عمران: ٢١].

وقال تعالى: ﴿وَيَوْمَ تَشَهُّدُ عَلَيْهِمْ أَلْيَتُهُمْ وَأَنْذِرْتُهُمْ وَأَنْعَلْتُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾ [النور: ٢٤].

وقال تعالى: ﴿أَلَيْتُمْ تَخْتَمُّ عَلَى أَفْوَهِهِمْ وَتُكَلِّمَنَا أَنْذِرْتُهُمْ وَتَشَهُّدُ أَرْجُلُهُمْ بِمَا كَانُوا يَكْسِبُونَ﴾ [بس: ٦٥].

وقال تعالى: ﴿حَوَّلَهُمْ أَمْلَاجَهُمْ وَهَاهُنَّ شَهِيدَوْنَ مَعْهُمْ وَأَبْصَرُهُمْ وَجُلُودُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾ [فصلت: ٢٠]. فإذا كان هذا في حق من لا يتحمل منه الظلم في مثقال ذرة، فكيف بالخلق الضعيف المعرض للأهواء والتزوات، لاشك أن ذلك يتتأكد في حقه.^٢

الدليل الثاني: واستدلوا من الكتاب بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمَوْنَ الْمُحْسَنَاتِ ثُمَّ لَمَّا يَأْتُوْنَ يَأْرِبُّهُمْ شَهِيدَةَ فَأَبْلِدُوهُنْ شَهِيدَنَ جَلَدَةَ﴾ [النور: ٤].

قال المانعون: فلو حاز له الحكم بعلمه ما قرنه بالشهادة.^١

^١ ابن حجر، فتح الباري، ج ٣، ص ١٦٣ (بتصرف).

^٢ عبد الرحمن الحميضي، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة (مكة: جامعة أم القرى، د.ط، ١٩٨٤م)، ص ٦٠٣.

بــ من السنة:

الدليل الأول: أخرج مسلم عن ابن عباس في قصة الملاعنة أن النبي ﷺ قال: «لو كنت راجحاً أحداً غير بنت لرجتها».^٢

ظاهر هذا الحديث يفيد أن النبي ﷺ علم بوقوع الزنا من هذه المرأة، ولم يرجمها لعدم قيام البينة على زناها، فدل هذا على عدم جواز قضاء القاضي بعلمه؛ لأنه ﷺ لم يقض على الملاعنة بما علمه.

ويعرض على ذلك:

بأنهم اقتصرت في الاستدلال به على صدر الحديث الذي يفيدهم في الاستدلال؛ لكن الحديث بتمام الرواية. كما يقول البهـي: لا يستقيم به الاستدلال في موضوع التزاع، وهو ليس من تمام قصة الملاعنة، إنما كان في امرأة ظهر منها السوء، فقد روى ابن عباس أن الرسول ﷺ قال: «لو كنت راجحاً أحداً غير بنت لرجتها فقد ظهر منها الريمة في منطقها وهبـتها ومن يدخل عليها».^٣

والحديث بتمام روايته لا دلالة فيه على منع القاضي من القضاء بعلمه؛ لأن الرسول ﷺ لم يعلم وقوع الزنا منها، وإنما رأى من حالها وهبـتها ما يكون قرينة على وقوع الزنا منها، وخلافـنا فيما أطلع القاضي بنفسـه لا فيما استفادـه من قرائن الأحوال.^٤

الدليل الثاني: استدلـوا بأن الرسـول ﷺ قال في قضـية تنازعـ الحضـرمـيـ، والـكـنـديـ: «ـشـاهـدـاكـ أوـ يـمـينـهـ، لـيـسـ لـكـ مـنـهـ إـلـاـ ذـلـكـ».^٥

^١ علي بن محمد الماوردي، أدب القاضي (بغداد: مطبعة العانـي، دـ.طـ، ١٩٧٢م)، جـ ٢، صـ ٣٧٢.

^٢ محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق: مصطفى ديب (بيروت: دار ابن كثير، واليـامـةـ، طـ ٣ـ، ١٩٨٧ـ)، كتاب الطلاق، باب قول النبي ﷺ: لو كنت راجحاً غير بنتـ؛ ابن حـرـ، فـحـ الـبـارـيـ، جـ ٩ـ، صـ ٤٥٤ـ، وكـابـ الـخـلـودـ، بـابـ منـ أـظـهـرـ الفـاحـشـةـ وـالـلـطـخـ وـالـتـهـمـ بـغـيرـ بـيـنـةـ؛ مـحـيـ الدـينـ بنـ شـرـفـ الـتوـوـيـ، الـمـهـاجـ شـرـ صـحـحـ مـلـمـ بنـ الـمـجـاجـ (بيـرـوـتـ: دـارـ إـحـيـاءـ الـتـرـاثـ الـعـرـبـيـ، طـ ٣ـ، ١٣٩٢ـ)، كـابـ الـلـعـانـ، جـ ١٠ـ، صـ ١٣٠ـ؛ مـحـمـدـ بنـ يـزـيدـ بنـ مـاجـةـ الـقـزوـنـيـ، الـسـنـ (الـقـاهـرـةـ: الـمـكـبـةـ الـعـصـرـيـةـ لـالـطـبـاعـةـ وـالـشـرـ وـالـتـوزـيعـ، دـ.طـ، ٢٠٠٦ـ)، كـابـ الـخـلـودـ، بـابـ منـ أـظـهـرـ الـفـاحـشـةـ، جـ ٢ـ، صـ ٨٥٥ـ.

^٣ البخاري، الصحيح، جـ ٧ـ، صـ ٧٢ـ؛ مـلـمـ، الصـحـحـ، جـ ٢ـ، صـ ١٣٤ـ؛ ابنـ مـاجـةـ، الـسـنـ، جـ ٢ـ، صـ ٦١ـ.

^٤ أحمد عبد المنعم البهـيـ، منـ طـرقـ الـإـثـيـاتـ فـيـ الشـرـيـعـةـ وـفـيـ الـقـانـونـ (الـقـاهـرـةـ: دـارـ الـفـكـرـ الـعـرـبـيـ، دـ.تـ)، صـ ١٣٨ـ.

^٥ ابنـ قدـامةـ، الـمـغـيـ، جـ ١١ـ، صـ ٤٠٢ـ.

هذا الحديث أفاد أن الإثبات لا يكون إلا بالشاهددين أو اليمين، ودل هذا على أن علم القاضي لا يجوز القضاء به؛ لأنه ليس واحداً منهما.

واعتراض عليه: بأن التنصيص على ما ذكر لا ينفي على ما عداه؛ إذ لم يقل أحد إن الإثبات لا يكون إلا بشاهددين أو اليمين فقط، فالحديث لا يفيد حصر الإثبات في الشاهدين واليمين. وهذا ما رد به المالكية والحنابلة على الحنفية في منع القضاء بالشاهد واليمين، مع أن الحنفية حكموا بالنكول عن اليمين وبغيره.

وعبرة «ليس لك إلا ذلك» لا تدل على أن النبي ﷺ قد علم الحق من المبطل حتى تكون هذه العبارة دليلاً على عدم حكم الحاكم بعلمه، بل الظاهر يدل على أن الرسول ﷺ لم يعلم من حقيقتها شيء، بل المراد من هذه العبارة أن المدعى ليس له من المدعى عليه المنكر إلا اليمين ما دام ليس للمدعى بينة^١.

ويعرض عليه كذلك:

بأن قصة تنازع الحضرمي والكندي لم يثبت فيها عن الرسول ﷺ التصريح بلفظ "شاهداك" في الروايتين اللتين وردتا في صحيح مسلم، ومسند أحمد؛ إلا أنه ورد بلفظ "البينة" في رواية مسلم وصححها الترمذى.

والبينة كل ما بين الحق ويظهره، وعلى ذلك فلا دلالة فيما جاء عن النبي ﷺ في قصة الحضرمي والكندي على منع القاضي من القضاء بعلمه.

أما قول الرسول ﷺ «شاهداك أو يمينه»؛ فإنه كان في الخصومة التي وقعت بين الأشعث بن قيس، وبين رجل آخر.

قال الأشعث: "كان بيبي وبين رجل خصومة في بئر فاختصمنا إلى رسول الله ﷺ فقال: «شاهداك أو يمينه، فقلت إذن يخلف ولا يالي، فقال: من حلف على يمين يقطع بما مال امرئ مسلم هو فيها فاجر، لقي الله وهو عليه غضبان».^٢

^١ الشوكاني، نيل الأوطار، ج٨، ص٢٨٦-٢٨٩؛ البهيجي، من طرق الإثبات، ص١٣٦.

^٢ صديق حسن خان القروجي، الروضۃ الندية (بيروت: دار ابن حزم، ط١، م٢٠٠٣)، ج٢، ص٢٥٦؛ ابن حزم، المخلص، ج٩، ص٤٢٨؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج٨، ص٣٠٢.

الدليل الثالث: وفي حديث خزيمة^١ وشهادته للرسول ﷺ ما يدل على أن القاضي لا يحكم بعلمه، فالرسول ﷺ يعلم كذب الأعرابي الذي باع منه الفرس، وإنما طلب من يشهد له، فشهد خزيمة س، فقال له الرسول ﷺ: «م تشهد؟ فقال بتصديقك يا رسول الله، فجعل النبي ﷺ شهادة خزيمة بشهادة رجلين».

الدليل الرابع: روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها: «أن النبي ﷺ بعث أبا جهم بن حذيفة مصدقاً (يأخذ الصدقات) فلاحه رجل في صدقته، فضربه أبو جهم، فشجه، فأتوا النبي ﷺ، فقالوا: القود يا رسول الله: فقال: لكم كذا وكذا، فلم يرضوا، فقال لكم كذا وكذا، فرضوا، فقال: إني خاطب على الناس ومحبهم برضاكم؟ قالوا: نعم، فخطب فقال: إن هؤلاء الذين أتونى يريدون القود فعرضت عليهم كذا وكذا، فرضوا، أفرضيتهم؟ قالوا: لا، فهم المهاجرون بهم، فأمرهم رسول الله أن يكفوا عنهم، فكفوا، ثم دعاهم فزادهم، فقال: أفرضيتهم؟ قالوا: نعم، قال: إني خاطب على الناس ومحبهم برضاكم؟ قالوا: نعم، فخطب فقال: أفرضيتهم؟ قالوا: نعم».^٢

ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ لم يقض بما علمه منهم أول الأمر، حين أخبر القوم أنهم رضوا فأنكرروا ذلك ورسول الله ﷺ يعلم أنهم ليسوا صادقين، ومع ذلك لم يلزمهم بما أقروا. إذ لو كان للقاضي أن يقضي بعلمه، لقضى الرسول ﷺ كما علم من أولياء الرجل الذي شجه أبو جهم، فدل ذلك على أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه، بل لا بد من الإقرار أو البينة الشاهدة بالحق.

وما يدل على ذلك عرضه ﷺ ومخاطبته الناس وزيادته لهم في الأرش وسؤالهم، فأقرروا بالرضى في مواجهة الناس، ومن هنا يتضح أن ليس للقاضي أن يقضي بعلمه.

^١ سليمان أبو داود السجستاني، السنن (دار الجليل للنشر والطباعة، د.ط، ١٩٩٢م)، كتاب الأقضية، باب إذا علم الحاكم صدق الشاهد الواحد يجوز له أن يحكم به، ج ٢، ص ٢٧٦؛ أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، السنن (مكتب المطبوعات الإسلامية، ط ٢، ١٤٠٦ھ)، كتاب البيوع، باب التسهيل في ترك الاشهاد على البيع، ج ٧، ص ٣٠١.

^٢ رواه الخمسة إلا الترمذى، وإسناده صحيح، انظر: الشوكانى، نيل الأوطار، ج ٨، ص ٢٨٦؛ ابن قدامة، المغنى، ج ١٠، ص ٤٩؛ مصطفى الرحيبانى، مطالب أولى النهى شرح غایة المنفهى (دمشق: ط ٣، ٢٠٠٠م)، ج ٦، ص ٥٠٩.

الدليل الخامس: روي عن أم سلمة عن النبي ﷺ أنه قال: «إنما أنا بشر مثلكم، وإنكم تختصرون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون أحن بمحاجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع». ^١

فقد قيد النبي ﷺ القضاء بما يسمعه القاضي لا بما يعلمه، فالحديث يدل بمفهوم المخالفة على أنه ليس للقاضي أن يقضي بعلمه. ^٢

واعتراض: بأن اقتصار النبي ﷺ على القضاء بما سمع لا ينفي جواز قضاء القاضي بما علم لاحتمال أنه قال ذلك فيما لا علم للقاضي به. ^٣

ويمكن أن يقال:

إن هذا الحديث الشريف يعد حجة للمجيزين؛ لأن العلم أقوى من السمع، لأنه يمكن بطلاط ما سمعه الإنسان، ولا يمكن بطلاط ما يعلمه، ففحوى الخطاب تقتضي جواز القضاء بعلم القاضي. ^٤

وبذلك لا يستقيم هذا الدليل حجة للمانعين.

ج. ومن المعقول:

فقد استدلوا بأن القاضي إذ قتل أخاه بحججة علمه بأن قاتل، أنه كالقتل العمد، لا يرث منه شيئاً للتهمة في الميراث، فيقاد عليه بقية الصور بجماع التهمة. ^٥

^١ ابن حجر، فتح الباري، كتاب الشهادات، باب من أقام البينة بعد اليدين، ج ٥، ص ٢٨٨؛ كتاب الأحكام بعد موعدة الإمام للخصوم، ج ١٣، ص ١٥٧؛ الترمي، شرح صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب بيان أن حكم الحاكم لا يغير الباطن، ج ٤، ص ١٢٠؛ أبو داود، السنن، كتاب الأقضية، باب في قضاء القاضي إذا أحاطا، ج ٢، ص ٢٧٠؛ محمد بن عيسى بن سورة الترمذى، السنن (بيروت: مؤسسة الكتب الفقافية، ط ١، ١٤١٢ھ)، كتاب الأحكام، باب ما جاء في التشديد على من يقضى له بشيء ليس له أن يأخذ، ج ٣، ص ٦٢٤؛ النسائي، السنن، كتاب آداب القضاة، باب الحكم بالظاهر، ج ٨، ص ٢٣٣؛ ابن ماجه، السنن، كتاب الأحكام، باب قضية الحاكم لا تحمل حراماً، ولا تحرم حلالاً، ج ٢، ص ٧٧٧؛ محمد بن عبد الباقى الزرقانى، شرح الزرقانى على موطأ الإمام مالك (بيروت: دار إحياء التراث العربى، ط ١، ١٩٩٧م)، كتاب الأقضية، باب الترغيب في القضاء بالحق، ج ٣، ص ٣٧٣؛ الفتنوجي، الروضة الندية، ج ٢، ص ٢٥٥.

الشوكانى، نيل الأوطار، ج ٨، ص ٢٧٨.

^٢ الشوازى، المهدب، ج ٩، ص ٥٤.

^٣ شوكت عليان، السلطة القضائية في الإسلام (الرياض: دار الرشيد، ط ١، ١٩٨٢م)، ص ٢٣٢.

^٤ عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ٣، ٢٠٠٢م)، ص ١٨٢.

^٥ المصدر السابق، ص ١٨١.

واستدلوا أيضاً: بأن النبي ﷺ، كان يعلم من المنافقين ما يبيع دماءهم وأموالهم، ولا يحكم بينهم بعلمه مع براءته ﷺ من كل تهمة.

يقول ابن قيم الجوزية: "وحتى لو كان الحق هو حكم الحكم بعلمه، لوجب منع قضاة الزمان من ذلك، وهذا لو قيل في شريح وكتب بن سوار والحسن البصري كان فيه ما فيه. ولقد كان سيد الحكماء صلوات الله وسلامه عليه يعلم من المنافقين ما يبيع دماءهم وأموالهم ويتحقق ذلك، ولا يحكم فيه بعلمه، مع براءته عند الله وملائكته وعباده المؤمنين من كل تهمة، لئلا يقول الناس: إن حمداً يقتل أصحابه، ومن تدبر الشريعة وما اشتملت عليه من المصالح وسد الذرائع، تبين له صواب هذه المسألة".^١

واستدلوا بأن القاضي مندوب للحكم، والشاهد للشهادة، فلا يجوز تغيرة، وأن الشهادة مشروعة بأثنين، فلا يكفي واحد لمخالفته النص. كما يقول الشيرازي الشافعي^٢.

ولا يجوز للقاضي أن يضيق شهادة نفسه إلى شهادة غيره ليتم نصاب الشهادة، إذ إنه في هذه الحالة يكون قاضياً وشاهدأً في آن واحد وهو لا يجوز^٣ فهو إما يقضي بوصفه قاضياً ولا يشهد، أو أن يشهد ولا يقضي، فلو حاز الحكم بعلم القاضي الشخصي لكن علمه كشهادة أثرين، ومن ثم ينعقد النكاح به وحده، ولم يقبل هذا أحد.

واستدلوا أيضاً:

بأن مذهب المحيزين لقضاء القاضي بعلمه في المواد الجنائية يخالف نص القرآن الكريم في حالة واحدة على الأقل؛ فحيث جعل القرآن شرط إثبات الزنى شهادة أربعة رجال مسلمين، أحizar المحيزون لهذه المسألة أن يكون شاهد واحد كافياً إذا تصادف إن كان هذا الشاهد هو القاضي، وسواء علم بالزنبي وهو يشغل منصب القضاء، أم قبل أن يشغله.

واستدلوا أيضاً: بأن مذهب المحيزين يفتح الطريق أمام تحكم القضاة، وأهؤهم، وأمام الطعن في عدالة القضاة، وسوء الظن بالقضاة. وهذا الأمر مبرر لرد مذهب المحيزين وعدم قبوله.^٤

^١ ابن القيم، الطرق الحكيمية، ص ١٧٩

^٢ الشيرازي، المذهب، ج ٢، ص ٣٠٤

^٣ الكاساني، بداعن الصنائع، ج ٧، ص ٥٢؛ محمد سليم العوا، أصول النظام الجنائي الإسلامي: دراسة مقارنة (القاهرة: دار المعارف، ط ٢، ١٩٨٣م)، ص ٣١٢.

^٤ المصدر السابق، ص ٣١٣.

أدلة الرأي الثاني "المجيزين" ومناقشتها:

استدل القائلون بجواز قضاء القاضي بعلمه بالكتاب والسنّة وأقوال الصحابة:

أ. من الكتاب:

الدليل الأول: استدلوا بقوله تعالى: ﴿ هَيَا إِلَيْهَا الَّذِينَ مَأْمُوا كُفُّرًا فَوَمَّا يَأْقُسْطِ شَهَادَةَ اللَّهِ وَأَنَّ أَنْفَسِكُمْ ﴾ [النساء: ١٣٥].

فقد أمر الله تعالى المؤمنين بإقامة الشهادة، وأمر بالقومة والقسط وهو العدل، والحاكم من جملتهم، وليس من القسط أن يعلم الحاكم أن أحد الخصمين مظلوم، والآخر ظالم، ويترك كلّاً منهما على حاله ولا يغيره، ويعرض عن المظلوم فلا ينصره وهو عالم بظلمه، وأن يعلم طلاق امرأته ويترك مطلقها يعاشرها معاشرة الأزواج، وذلك لعدم وجود البينة، فإن ذلك لا يكون عدلاً، وليس فيه من القسط شيئاً، إذ كل ما علمه القاضي من الحق وجب عليه القضاء به وإلا كان مضيئاً للقسط لا قواماً به، فدللت الآية على جواز قضاء القاضي بعلمه إذ في ذلك إيصال للحق إلى صاحبه ورفع للظلم عن المظلوم.^١

ويُعرض على ذلك:

بأن استدلالهم بالآية الكريمة غير مسلم؛ لأنها في غير محل النزاع.

لأن الآية نزلت خاصة بشأن الشهود والشهادة، وقد فسرها ابن عباس بذلك، فقال: "كونوا قوامين بالقسط" أي بالحق في الشهادة على من كانت ولمن كانت من قريب أو بعيد.^٢ ثم إن قولهم بأن القاضي إذا علم بأن أحد الخصمين مظلوم ويتركه على حاله؛ فإن ذلك ليس من القسط، فيرد عليهم ابن القيم بقوله: "ليس في هذا مذنور حيث لم يأت المظلوم بمحجة يحكم له بها فالحاكم معذور، إذ لا حجّة معه يوصل بها صاحب الحق إلى حقه".^٣

الدليل الثاني: قال تعالى: ﴿ وَلَا تَنْقُضْ مَا تَأْتَى لَكَ بِهِ عِلْمٌ ﴾ [إسراء: ٣٦].

قال القرطبي: "فكل ما علمه الإنسان أو غلب على ظنه حاز أن يحكم به".^٤

^١ ابن حزم، المخلوي، ج ٩، ص ٤٢٦ - ٤٢٩.

^٢ شهاب الدين محمود الألوسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني (القاهرة: المطبعة المنيرية، ١٣٤٥ھ)، ج ١٦٧؛ ابن حزم، المخلوي، ج ٩، ص ٤٢٩.

^٣ ابن القيم، الطرق الحكمية، ص ٢١٦؛ ابن حزم، المخلوي، ج ١٠، ص ٦٢٨.

^٤ محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (بيروت: دار الكاتب المصرية، د.ط، ١٩٦٧م)، ج ١٠، ص ٢٥٨.

ونوقيش هذا الدليل بأن النهي ليس عن القول بلا علم، بل بالظن الذي هو التوهם والخيال لا الحكم بالعلم.^١

بـ. من السنة:

الدليل الأول: جاء في الصحيحين أن فاطمة رضي الله عنها أرسلت إلى أبي بكر تسأله ميراثها من رسول الله ﷺ، فقال أبو بكر: إن رسول الله ﷺ قال: «لا نورث ما تركناه صدقة». وإنما والله لا أغير شيئاً من صدقة رسول الله ﷺ، ولا عملنَّ فيها بما عمل رسول الله ﷺ، وأبي بكر أن يدفع إلى فاطمة منها شيئاً.^٢

فأبو بكر حكم بعلمه الذي سمعه من رسول الله ﷺ، فمنع فاطمة مما ادعته من ميراثها من أبيها رسول الله ﷺ.^٣

ونوقيش هذا الدليل:

بأن منع أبي بكر لميراث فاطمة من مال أبيها رسول الله ﷺ، ليس فيه قضاء وحكم؛ إذ لا مدعى عليه في القصة.

قال ابن القيم: "والاستدلال به سهو أيضاً، فإن أبو بكر ~~ظاهراً~~ علم من دين الرسول أن هذه الدعوى باطلة، لا يسوغ الحكم بوجوهاها، بل دعواها بعترلة دعوى استحقاق ما علم وتحقق دفعه بالضرورة، بل بعترلة ما يعلم بطلانه قطعاً من الداعوى، وسيدة نساء العالمين رضي الله عنها خفي عليها حكم هذه الدعوى، وعلمه الخلفاء الراشدون ومن معهم من الصحابة، فالصديق معه الحجة من رسول الله ﷺ، فلم يسمع هذه الدعوى، ولم يحكم بوجوها للحججة الظاهرة التي علمها معه عمر بن الخطاب والصحابة رضي الله عنهم أجمعين، فأين هذا من حكم المحاكم بعلمه الذي لم يقم به حجّة على الخصم".^٤

^١ إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم (بيروت: دار الكتاب العربي، ط١، ٢٠٠١م)، ج٣، ص٣٩؛ ناصر بن عقيل بن جاسر الطريفي، المراجعات الشرعية (الرياض: ط١، ١٩٨٥م)، ص١٨٣.

^٢ ابن حجر، فتح الباري، كتاب الفرائض، باب قول النبي ﷺ: «لا نورث ما تركناه صدقة»، ج١٢، ص٥؛ النووي، شرح صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب حكم الغيء، ج٢، ص٧٦؛ أحمد بن حسین البهقي، السنن الكبرى (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط. ١٩٩٩م)، كتاب آداب القاضي، باب من قال: للقاضي أن يقضي بعلمه، ج١٠، ص١٩٧.

^٣ ابن القيم، الطرق الحكيمية، ص١٩٧.

^٤ المصدر السابق، ص١٩٧.

الدليل الثاني: ما رواه ابن ماجة بإسناده عن سعيد بن الأطول: أن أخاه مات وترك ثلاثة درهم وترك عيالاً. قال: فأردت أن أنفقها على عياله، فقال لي النبي ﷺ: «إن أخاك محبس بدبيه، فاقض عنه»، فقال: يا رسول الله، قد أديت عنه إلا دينارين ادعتما امرأة وليس لها بينة، قال: «فأعطيها فإنما حقيقة».^١

فالحديث دليل على أن النبي ﷺ قد قضى لهذه المرأة بما ادعته دون أن تقيم بينة على دعواها استناداً إلى علمه بأنما حقيقة إلا أن النبي ﷺ قد علم صدقها، فحكم لها بعلمه، وقد ورد في بعض ألفاظ الحديث: فإنما صادقة.^٢

ونوقيش هذا الدليل:

بأن هذا لا يدل على المقصود، لأن منع قضاء القاضي بعلمه هو من أجل التهمة، والتهمة هنا منافية؛ لأن القاضي هو رسول الله ﷺ الذي هو فوق التهم والشبهات.

ونوقيش أيضاً من وجه آخر:

بأن قول الرسول ﷺ: «أعطيها فإنما حقيقة»، ليس فيه دلالة على جواز قضاء القاضي بعلمه، فلم تدع المرأة بالدينارين أمام الرسول ﷺ ليقضي لها، وإنما أخبر الرسول ﷺ سعيد بن الأطول بأن المرأة حقيقة، وليس معنى ذلك أنه شاهد في القضية، ولعل هذا الخبر هو من طريق الوحي، فلا دلالة فيه.^٣

ونوقيش أيضاً

بأن كل ما يفيده الحديث أن ابن الأطول أخ الميت استفتى الرسول في شأن هذه المرأة فأفتاه بإعطائهما الدينارين.

الدليل الثالث: عن عروة ومجاحد أن رجلاً من بنى مخزوم استعدى عمر بن الخطاب رض على أبي سفيان بن حرب أنه ظلمه جداً في موضع كذا وكذا، فقال عمر: "إني لأعلم الناس بذلك، وربما لعبت أنا وأنت فيه ونحن غلمان، فأتنى بأبي سفيان، فأتأهله، فقال له

^١ ابن ماجة، السنن، كتاب الصدقات، باب أداء الذين عن الميت، ج ٢، ص ٨١٣، رقم الحديث ٢٣٣٤؛ البيهقي، السنن الكبرى، كتاب أداء القاضي، باب من قال: للقاضي أن يقضى بعلمه، ج ١٠، ص ١٤٢.

^٢ ابن القيم، الطرق الحكيمية، ص ٢١٤.

^٣ الطريفي، المرافعات الشرعية، ص ١٨٣.

عمر: يا أبا سفيان، اهض بنا إلى موضع كذا وكذا، فنهضوا، ونظر عمر فقال: يا أبا سفيان خذ هذا الحجر من هنا، فقال: والله لا أفعل، فقال: والله لتفعلن، فقال والله لا أفعل، فعلاه عمر بالدبرة، وقال: خذه لا أم لك فضعيه هنا، فإنك ما علمت قلم الظلم، فأأخذ أبو سفيان الحجر ووضعه حيث قال عمر.^١

فقد استدلوا بهذا الأثر على أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حكم بعلمه من غير بينة ولا إقرار.^٢

ونوقيش هذا الدليل:

بأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لم يكن له فيها قضاء، بل ما فعله هو من باب إزالة المكر، بدليل أنه لم يسأل أبا سفيان حتى يقر أو ينكر.^٣

ونوقيش أيضاً:

بأن هذا الأثر المروي عن عمر رضي الله عنه; فإنه مذهب صحابي غير متفق على الاحتجاج به، ومع ذلك فإنه معارض بما روی عنه من أنه يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه إذا وجد معه شاهد آخر.

الدليل الرابع: واستدلوا بقوله صلوات الله عليه: «بيتك أو يمينه». ومن البينة التي لا أبين منها، علم الحاكم بالحق من المبطل.

ويعرض ابن القيم على ذلك بقوله: "وهذا إلى أن يكون حجة عليهم أقرب من أن يكون حجة لهم، فإنه قال: "بيتك" والبينة اسم لما يبيّن الحق، بحيث يظهر الحق من المبطل، ويبيّن ذلك للناس، وعلم الحاكم ليس بيّنة".

الدليل الخامس: روي عن عائشة رضي الله عنها، قالت: "دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله صلوات الله عليه، فقالت: "يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيه ويكتفي بي إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي في ذلك جناح، فقال رسول الله صلوات الله عليه: «خذلي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكتفي بيتك».^٤

^١ ابن قدامة، المغنى، ج ٩، ص ٤٥٤؛ عبد الرحمن بن علي بن الحوزي، تاريخ عمر بن الخطاب (بيروت: دار المعرفة، ط ١، ٢٠٠٤م)، ص ١١٧.

^٢ ابن قدامة، المغنى، ج ٩، ص ٥٤.

^٣ الطريفي، المرافعات الشرعية، ص ١٨٤.

^٤ ابن حجر، فتح الباري، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه، ما يكتفيها ولدها بالمعروف، ج ٩، ص ٥٠٧؛ النووي، شرح صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب قضية هند، ج ١٢، ص ٧؛ أبو داود،

فالنبي ﷺ حكم لهند بأخذ ما يكفيها ويكتفى ولدتها بالمعروف بناءً على علمه بشج أبي سفيان، فصدق أمرأته في منعها من النفقة ولم يسألها البينة على دعواها، ولم يحضر الزوج ويسأله عن الدعوى، استناداً منه إلى علمه في الحادثة.^١

فلو لم يكن القضاء جائزًا بعلم القاضي، لما حكم لها إلا بعد سماع البينة التي ثبتت صحة دعواها، أو إقرار المدعى؛ لكنه حكم من غير ذلك، فكان ذلك دليلاً على صحة قضاء القاضي بعلمه.

ويُعرض على ذلك:

بأن حديث هند من قبيل الفتيا وليس من باب القضاء بالعلم، وذلك أن الرسول ﷺ لم يدع أبو سفيان إلى مجلس الحكم، ولو كان هذا حكماً لدعاه ﷺ إلى مجلسه وقد كان أبو سفيان موجوداً في مكة؛ لأن الحكم على الغائب عن مجلس الحكم وهو يقدر على الحضور ولم يوكِل وكيلًا، لا يجوز اتفاقاً إذ لا دليل على صحته، وإذاً فليس هذا حكماً وإنما هو فتيا، وذلك ظاهرٌ من رواية مسلم أنها جاءت مستفتية لا شاكية، بدليل أنها أخذت من مال زوجها قبل أن تأتي إلى الرسول، وأرادت أن تعرف حكم الشرع في صنيعها هل فيه حرمة، فتكف عنه أو لا حرمة عليها في ذلك فتستمر، فأجابها الرسول ﷺ على فتواها.^٢

الدليل السادس: استدلوا بالواجب المقرر من القرآن والسنّة من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. فالرسول ﷺ يقول: «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فقلبه».^٣

السنن، كتاب البيوع، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، ج ٢، ص ٢٥٩؛ النسائي، السنن، كتاب آداب القضاة، باب قضاء المحاكم على الغائب إذا عرفه، ج ٨، ص ٢٤٦؛ الشوكاني، نيل الأوطار، باب المرأة تنفق من مال زوجها بغير علمه إذا منعها الكفاية، ج ٦، ص ٣٦٢.

^١ البهـي، من طرق الإثبات، ص ١٢٢؛ الطريـفي، المرافعات الشرعـية (١٩٨٥م)، ص ١٧٣.

^٢ أحمد بن محمد أبو جعفر الطحاوي، اختلاف الفقهاء (الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، د.ط، ١٩٧٢م)، ج ١، ص ٢٢١؛ الهمام مولانا الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٠م)، ج ٣، ص ٣٣٩؛ ابن عابدين، رد المخار، ج ٥، ص ٤٢٣؛ البهـي، من طرق الإثبات، ص ١٤٠.

^٣ النووي، شرح صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ج ٢، ص ٢٢؛ أبو داود، السنن، كتاب الملائم، باب الأمر والنهي، ج ٢، ص ٤٣٧؛ النسائي، السنن، كتاب الإيمان وشرائعه، باب تقاضل أهل الإيمان، ج ٨، ص ١١١.

فأمر الرسول ﷺ بتغيير المنكر باليد، أو باللسان؛ فالحاكم إن علم شيئاً، فهو أولى الناس بتغيير الباطل وإقامة الحق.

فإذا رأى الحاكم وحده عدوان إنسان على إنسان وغضبه ماله، أو سمع طلاقه لامرأته، ثم قمت المنازعة أمامه على ذلك، ولم تكن هناك بينة؛ فإنه إذا لم يقضِ بعلمه، فيرد المال المغصوب، ويفرق بين هذين الزوجين، فإنه يكون قد أقر المنكر الذي أمر بتغييره.

واعتراض على ذلك:

بأن المراد هو أن المطلوب تغيير ما يعلم الناس أنه المنكر بحيث لا تطرق إليه نكمة في تغييره.^١
أما ما يُتهم إذا فعله فلا يجوز فعله بحال، فإذا عمد القاضي إلى رجل مع زوجته لم يشهد أحد أنه طلقها، ولا سمع بذلك أحد ففرق بينهما وزعم أنه طلق؛ فإنه يُنسب ظاهراً إلى تغيير المعروف بالمنكر، وتطرق الناس إلى اتهامه، والوقوع في عرضه.^٢

الدليل السابع: عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يمنع أحدكم هيبة الناس أن يقول في حق إذا علمه». ^٣

ففي هذا الحديث نهى رسول الله ﷺ أن تكون هيبة الناس مانعة من القول بما في العلم والحكم به، والقاضي من باب أولى في ذلك.^٤

ونوّقش هذا الدليل بأن الحديث ورد في الشهادة، وليس في الحديث ما يدل عليه.

الدليل الثامن: عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: "باعينا رسول الله ﷺ على السمع والطاعة، وأن لا ننازع الأمر أهله، وأن نقوم بالحق حيث كنا، وأن لا نخاف في الله لومة لائم".^٥

^١ ابن القيم، الطرق الحكيمية، ص ١٩٨.

^٢ المصدر السابق، ص ٢٣٠، عبد العزيز محمد عزام، النظام القضائي في الإسلام (القاهرة: المؤسسة العربية للطباعة، د.ط، ١٩٨٨)، ج ١، ص ١٠٩؛ محمد عبد القادر أبو فارس، القضاة في الإسلام (دار الفرقان، د.ط، ١٩٨٤)، ص ١٥٣.

^٣ الترمذى، السنن، كتاب الفتن، باب ماجاء في ما أخبر النبي ﷺ أصحابه بما هو كائن إلى يوم القيمة، ج ٤، ص ٤٨٣؛ ابن ماجة، السنن، كتاب الفتن، باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ج ٢، ص ١٣٢٨.

^٤ الماوردي، أدب القاضي، ج ٢، ص ٣٧٤؛ الشيرازى، المذهب، ج ٢، ص ٣٠٤.

^٥ ابن حجر، فتح الباري، كتاب الفتن، باب قول النبي ﷺ: "سترون بعدى أموراً تكتروها"، ج ١٢، ص ١٩٢، وكتاب الأحكام، باب كيف يباع الإمام الناس، ج ١٣، ص ١٩٢؛ النووي، شرح صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية، وتحريها في المعصية، ج ١٢، ص ٢٢٨.

فباعوا رسول الله ﷺ على القيام بالحق، ومن القيام بالحق الحكم بالعلم والقضاء به.^١
ويُعترض على ذلك:

بأن هذا الحديث ليس فيه ما يدل على قضاء القاضي بعلمه؛ إذ مبادلة الرسول ﷺ
بالقيام بالحق قولًا وعملاً لا يعني حكم الحاكم بعلمه.

الدليل التاسع:

استدلوا بحديث أبي هريرة رضي الله عنه، قال: « جاء رجلان يختصمان إلى الرسول ﷺ فقال للمدعي: أقم البينة، فلم يقمها، فقال للآخر: احلف، فاحلف بالله الذي لا إله إلا هو ماله عنده شيء، فقال رسول الله ﷺ: بل هو عندك، ادفع إليه حقه، ثم قال: شهادتك أن لا إله إلا الله كفارة يمينك ». ^٢

فالرسول ﷺ قضى بعلمه بعد وقوع السبب الشرعي، وهو اليمين، فبالأولى جواز
القضاء بالعلم قبل وقوعه.^٣

والرسول ﷺ حلف المدعي عليه اليمين بعد عجز المدعي عن إقامة البينة، ثم قضى على
المدعي عليه بدفع الحق بعد أن حلف المدعي عليه على نفيه، فأمر النبي ﷺ للمدعي عليه
بدفع الحق للمدعي كان بناءً على ما علمه من أن المدعي عليه كاذب فيما حلف عليه.
إذا جاز القضاء بالعلم بعد حلف المدعي عليه اليمين، حاز في غيره من باب أولى.^٤

واعترض على ذلك:

بأن هذا الحديث فيه العطاء بن السائب، وقد ضعفه علماء الجرح والتعديل، ولو سلم
صحته فلا دلالة فيه على المدعي، لأنه ثبت في بعض الروايات أن جبريل عليه السلام، أخبر
النبي ﷺ، بأن المدعي عليه كاذب في يمينه، فلذا أمره النبي ﷺ بدفع الحق الذي عنده للمدعي
فهذا خاص به ﷺ، وما في ذلك قضاء بعلمه، بل بما علمه من جبريل.^٥

^١ الماوردي، أدب القاضي، ج ٢، ص ٣٧٤.

^٢ محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرك على الصحيحين (بيروت: دار المعرفة، ط ١، ١٩٩٨م)، كتاب الأحكام، باب
الخصمان يقعدان بين يدي الحاكم، ج ٤، ص ٩٥، وقال: "هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه". انظر، الشوكاني، نيل
الأوطار، ج ٨، ص ٢٩٠؛ الفتوحجي، الروضة الندية، ج ٢، ص ٢٦٠.

^٣ البهبي، من طرق الإثبات، ص ١٣١.

^٤ الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٨، ص ٣٠١.

^٥ عليان، السلطة القضائية، ص ٢٣٦.

ج. ومن المعقول:

الدليل الأول: إن حكم القاضي بعلمه حكم بما تتحققه وقطع به، فحكمه مبني على اليقين والقطع، وهذا القضاء أقوى وأعدل وأثبت من القضاء بالشهادة والإقرار واليمين؛ إذ إن العلم الحاصل بالشهادة والإقرار واليمين هو علم مظنون، وحكم القاضي بعلمه الشخصي بما رأه بعينه وسمعه بأذنه علم مقطوع، فهل يقضي بالظنون ويترك المقطوع؟ لذلك يقول ابن حزم: "فرض على الحاكم أن يحكم بعلمه في الدماء والقصاص والأموال والفروج والحدود... وأقوى ما حكم بعلمه، لأنه يقين الحق ثم بالإقرار ثم بالبيبة".^١

يقول الشوكاني: "يجوز الحكم بعلم القاضي، لأن علمه طريق لعرفة الحق، وهو أقوى من طريق الشهادة التي تفيد الظن، بينما علم القاضي يفيد اليقين، أو ما هو أقوى من الظن قطعاً".^٢ فالعلم الحاصل للقاضي بالشهادة مظنون، وقضاء القاضي بعلمه قضاء بما هو متيقن، ومعلوم على سبيل القطع، فإذا جاز الحكم مع احتمال الخطأ فلأنه يجوز مع القطع بالصواب أولى.

واعتراض على ذلك:

بأنهم بنوا كلامهم على أن حكم القاضي المنسوب إلى علمه لا بد وأن يكون موافقاً لما تتحققه وقطع به، وهذا مردود لأن الحكم المنسوب إلى علم القاضي كما يحتمل أن يكون موافقاً لما تتحققه وقطع به، يحتمل أيضاً أن يكون بخلاف ذلك لمؤثراً من المؤثرات، وعلى هذا يكون ما افترضوه من أن حكم القاضي المنسوب إلى علمه يكون موافقاً لما تتحققه وقطع به ترجيح بلا مردج.^٣

ويناقش ذلك أيضاً:

بأن الحكم بشهادة الشهود العدول لا يفضي إلى التهمة بخلاف حكم القاضي بعلمه.

الدليل الثاني: أفهم قالوا: إن القاضي إذا كان يحكم بعلمه في تعديل الشهود وجرحهم ورد شهادتهم، فمن باب أولى وقياساً عليه يكون للقاضي أن يحكم بما علم في ثبوت الحق وعدمه.^٤

^١ ابن حزم، المخلص، ج ٨، ص ٣٣٦.

^٢ الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٨، ص ٢٨٩؛ الكاساني، بدانع الصنائع، ج ٩، ص ٤٠٨٨.

^٣ أبو فارس، القضاء في الإسلام، ص ١٥٣؛ البهوي، من طرق الإثبات، ص ١٤٠.

^٤ الشريبي، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٣٩٨؛ محمد بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح النهاج (بيروت: دار إحياء التراث، ١٩٩٢م)، ج ٨، ص ٢٥٩، إبراهيم بن محمد الباجوري، حاشية الباجوري (بيروت: المكتب الإسلامي، ط ٢، ١٩٩٧م).

ويُعرض على ذلك:

بأن حكم القاضي بعلمه في تعديل الشهود وجرحهم أمر أجلأت إليه الضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، ويقتصر منها على موردها، ولا يُقاس عليها.

وفي حالة ضرورة التعديل والجرح إذا منعها من العمل بعلمه في ذلك احتاج كل واحد من المزكين إلى مزكين آخر، وعلى ذلك يلزم التسلسل، بخلاف الحكم بعلمه في الحق وعدمه؛ فإن منعه من القضاء به، لا ينشأ عنه هذا التسلسل، ولا يتعطل بسببه الفصل في الدعوى.

لذلك يُعد قياسهم هذا قياس مع الفارق.^١

أدلة الرأي الثالث ومناقشتها:

استدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة نفسها التي استدل بها المحيرون بما يفيد الجواز، ثم قيدوها بأدلة المنع.

وقد استدلوا بما يأتي:

الدليل الأول: إن علم القاضي قبل ولادته أو خارج مكان الاختصاص يشبه ما يسمى من الشهود في تلك الصورة، وهذا السماع لا أثر له، لأنه لا ولادة له؛ أما علمه أثناء قضائه وفي مكانه فيشبه ما سمعه من الشهود فيجب عليه القضاء بموجبه، فعلمه الأول حصل قبل توليه القضاء أو بعد توليه؛ ولكن في غير مكان قضائه، فلا يقضى بعلمه، ويعد كأنه لم يكن، أو هو شهادة فقط.

وعلمه الثاني حصل في الوقت المكلف فيه بالقضاء، فأشبه البينة القائمة التي يجوز له الاعتماد عليها والقضاء بموجها.^٢

فسماعه الأول من الشهود غير ملزم بخلاف سماعه الثاني، فإنه يتربت عليه الحكم والإلزام، فكان علمه في زمان الولاية ومصرها كالشهادة أمامه وهو قاضٍ.

ج ٢، ص ٣٤؛ الكاسان، *بدائع الصنائع*، ج ٧، ص ٧؛ السريسي، *المبسوط*، ج ١٦، ص ١٠٥؛ القرافي، *هذيب الفروق*، ج ٤، ص ١٨٦.

^١ البهبي، من طرق الإثبات، ص ١٤١؛ الطحاوي، اختلاف الفقهاء ج ١، ص ٢٢١.

^٢ ابن قدامة، المغني، ج ١١، ص ١٠٤؛ الكاسان، *بدائع الصنائع*، ج ٧، ص ٦؛ السريسي، *المبسوط*، ج ١٦، ص ١٠٥؛ الزحيلي، الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص ١٢٧.

ويناقش ذلك:

بأن الشهادة أمام القاضي تكون ملزمة بخلافها قبل أدائها، فهذا لا يرجع إلى الشهادة في ذاكها، وإنما يرجع إلى شيء آخر هو أداؤها في مجلس الحكم.

فعلة اشتراط زمن القضاء ومكانه للحكم بالعلم لكونه حصل في وقت هو مكلف فيه بالقضاء.

ونوقيش ذلك:

بأن هذا التفريق بين الحالتين مردود؛ لأن تفرقة بلا مسوغ، ولأن علم القاضي بمعاينة السبب لا يختلف، فالعلم الحاصل له قبل القضاء كالعلم الحاصل له بعد القضاء سواء بسواء، وكذلك الحال في علم الشهود حين معاينة السبب وحين أداء الشهادة أمام القاضي.

أما أن الشهادة أمام القاضي تكون ملزمة بخلافها قبل أدائها فهذا لا يرجع إلى الشهادة ذاكها، وإنما يرجع إلى شيء آخر هو أداؤها في مجلس الحكم.^١

وأما علة تقسيده بحقوق العباد دون الحدود الخالصة، فقد ذكروا أن ذلك لكون الحدود الخالصة مبنية على الإسقاط بالشهادات، وحكم القاضي فيها بعلمه شبهة لاعتبار التهمة في ذلك.^٢
والحدود لا يقضى بعلمه بها، لأنه خصم فيها، ولأنه حق الله تعالى وهو نائب إلا في حد القذف، فإنه يعمل بعلمه لما فيه من حق العبد، وكذلك يعمل بعلمه في السُّكُر إذا وجدها سكراناً أو به من أمارات السكر فإنه يعزره.

وقد شرح هذا المعنى الإمام السرخسي رحمه الله، فقال: "رجل قذف رجلاً أمام القاضي، فله أن يضربه الحد وإن لم يشهد به غيره، لأن العلم الذي يقع له بمعاينة السبب هو فوق العلم الذي يثبت له بشهادة الشاهدين، وفي حد القذف معنى حق العبد، فهو كالقصاص وسائر حقوق العباد".^٣

الدليل الثاني: قول الرسول ﷺ في قصة الملاعنة: «لو كنت راجحاً أحداً بغير بينة لرميتها».٤

^١ البهبي، من أدلة الإثبات، ص ١٤٣.

^٢ الكاساني، بذائع الصنائع، ج ٩، ص ٤٠٨٨.

^٣ السرخسي، المبسوط، ج ٩، ص ١٢٤؛ أحمد فتحي هن nisi، الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي (بيروت: دار النهضة العربية، د.ط. ١٩٩١م)، ج ٤، ص ٣١٦.

^٤ إسناد صحيح ورجاله ثقاة، انظر، ابن ماجة، السنن، ج ٢، ص ٨٥٥ رقم ٢٥٥٩؛ علي عبد الملك متقي، كثر العمال (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٨م)، ج ٥، ص ١٨٥.

قالوا: هذا الحديث أفاد منع القاضي من القضاء بعلمه في الزنا وما ذلك إلا لأنه حد من حدود الله، وعدوا هذا الحكم إلى سائر الحدود التي هي حق خالص لله، بجماع أن كلاماً فيه حق لله، وحقوق الله مبنية على المساحة.

وهذا يدل على أن الحد لا يجوز للقاضي أن يقضي فيه حال كونه مستنداً إلى علمه، فإن كان غير حد فذاك جائز للقاضي أن يحكم فيه بناءً على علمه، كما ثبت من أدلة المجوزين.

واعتراض على ذلك:

بأن هذا الدليل خارج عن محل التزاع، لأن محل التزاع القضاء بالعلم قبل وجود السبب المقتضى للعلم، وهو الملاعنة وهذا مما لا يدل عليه الدليل.^١

الدليل الثالث: ما روي عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «ادرعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطأ في العفو خير من أن يخطأ في العقوبة».^٢ وفي رواية ابن مسعود قال: «ادرعوا الحدود بالشبهات، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم».^٣

قالوا: علم القاضي لا يورث الاطمئنان عند الكافة خصوصاً فيما يتعلق بحق الله الذي تطالب به الكافة ويورث شبهة عند الناس، ومن أجل ذلك لا يقضي بعلمه.

وقد اعتبر ابن حزم على استدلالهم بهذا الحديث: بأن الحديث لم يُروَ مرفوعاً، ولم يُروَ من طريق صحيح.

^١ البهني، من أدلة الإثبات، ص ١٣٤؛ عليان، السلطة القضائية، ص ٢٣٩.

^٢ الترمذى، السنن، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود، ج ٨، ص ٤٣٨؛ رواه الحاكم في المستدرك، وقال صحيح الاستدلال؛ عبد الله بن يوسف الزبيعى، نصب الرأبة تخریج أحاديث الهداية (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ٢، ٢٠٠٢م)، ج ٣، ص ٣٠٨.

^٣ البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات، ج ٨، ص ٢٣٨؛ ابن ماجة، السنن، كتاب الحدود، باب الستر على الملومن، ودرء الحدود بالشبهات، ج ٢، ص ٨٥٠؛ علي بن عمر الدارقطنى، السنن (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ١، ٢٠٠٤م)، كتاب الحدود والديات، ج ٣، ص ٨٤؛ ومعنى الشبهة في اللغة: الالتباس، وقد عرّفه الجرجاني بقوله: "هو ما لم يتيقن كونه حراماً أو حلالاً"، انظر، علي بن محمد الجرجاني، التعريفات (بيروت: مؤسسة الرسالة، د.ط، ٢٠٠٦م)، ص ٦٦، وعند المخنفية: "ما يشبه الثابت وليس ثابت أو وجود صورة الثابت وليس ثابت"، ابن بحيم، البحر الرائق، ج ٥، ص ١١. ومعنى هذا التعريف: أنها تشبه الثابت من حيث أثره في دفع العقوبة، ولا تشبه في نفي العبرة، فإن العبرة موجودة مع الشبهة التي تقوم فتمنع ما يترتب عليها. انظر، عبد السلام محمد الشريف، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي (بيروت: دار الغرب الإسلامي، د.ط، ١٩٨٦م)، ص ٣٠٠.

ويرد على هذا:

بأن الحديث روي مرفوعاً عن ابن عباس كما جاء في مسندي أبي حنيفة.
وعلى فرض أن الحديث مرسل؛ فإن الإرسال لا يقدح فيه، وإن الموقوف في هذا له حكم المرفوع.

وقد عمل بعضهمون الحديث الخلفاء الراشدون والصحابة رض، وأجمع فقهاء الأمصار على العمل به، لذا قال بعض الفقهاء: هذا الحديث متفق عليه وتلقته الأمة بالقبول.^١
الدليل الرابع: قالوا: إن المقر بحق من حقوق الله الخالصة إذا رجع صحيحاً، ولم يكن للقاضي إقامة الحد عليه، للتعارض بين إقراره وإنكاره، فكذلك إذا أخبر القاضي أنه رأى ذلك وأنكره الرجل لم يكن له أن يقيم عليه الحد للتعارض بين الخبرين، لأن كل مسلم أمن في مما يخبر به حقوق الله.^٢

وأما المعقول:

فقد استدلوا: بأن الحدود حق خالص لله يستوفيها الإمام على سبيل النيابة من غير أن يكون هناك خصم معين يطالب بها من العباد. فلو أكتفى بعلم نفسه في إقامة الحدود كان حكمه محل تهمة، والتهمة والشبهة لها تأثير في إسقاط الحدود؛ أما حقوق العباد الخالصة والمشركة، فإن هناك خصمأً يطالب بها من العباد وبوجوده تنفي التهمة عن القاضي.

ويناقش ذلك:

بأن التهمة كما تتطرق إلى القاضي في إقامة الحد بعلمه تتطرق إليه أيضاً في سائر الحقوق الأخرى، ولا ينفي هذه التهمة وجود خصم يطالب بها لاحتمال تواظعهما وسابق اتفاقهما وقيام صلة بينهما.^٣

الرأي الراجح:

إن المدقق في مسألة حكم القاضي بعلمه الشخصي والناظر لكل من أدلة الفريقين يرى أن قول الجيزين هو الأقرب للصواب "نظرياً"؛ لأن علم القاضي مبني على القطع واليقين

^١ البهـي، من طرق الإثبات، ص ١٣٤؛ الطريـفي، المـرافعات الشرعـية، ص ١٨١.

^٢ المرجـع السـابـق.

^٣ البهـي، من أدلة الإثبات، ص ١٣٣ - ١٤٢.

المكتسب عن طريق السمع أو الرؤية، هذا إذا افترضنا في القضاة التراهنة، والاستقامة، والصلاح، والعدالة، وبعد عن الموى والتشهي والانحراف؛ فإن حصل هذا العلم القطعي اليقيني كان الحكم به أولى.

فالذين أجازوا الحكم بعلم القاضي بنوا حكمهم على حسن الثقة بالقضاة، وربما تحقق ذلك في عصر خير القرنين، حيث كان القضاة يتميزون بقوّة دينهم، وشدة ورعهم، وتحرّيهم للعدالة.

ومع ذلك، فإن الروايات التي رویت عن الخلفاء والصحابة الكرام —كما سيأتي— تدل عموماً على عدم الاعتماد على علم القاضي.

أما من الناحية "العملية التطبيقية"؛ فإن حكم القاضي فيه من التهمة ما يمنع من قبوله، وذلك لأن القاضي بشر غير معصوم، وقد تتباhe الأهواء والشهوات والتزوات ما يتتابه غيره، خاصة عند فساد الزمان وفساد القضاة، وفتح هذا الباب فيه شر كبير واتباع للهوى. لذلك وجدنا متأخري الحنفية —والحنفية هم أكثرهم تحسناً لقضاء القاضي بعلمه—

بفتون بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه، ويعملون ذلك بفساد قضاة الزمان.^١

فاستناد القاضي إلى علمه لا يصلح كقاعدة عامة لتسبيب الأحكام، فقد يعدل القاضي في حكم استند فيه إلى علمه؛ ولكن الضعف البشري لا يسمح بالتعيم، والتشريع يستند إلى الغالب الأعم من الواقع.^٢

أما قوله: إن علم القاضي يفيد اليقين؛ لأن اليقين حاصل بما علمه بالمعاينة والسمع، أو يفيد ما دون اليقين الذي هو أقوى من الظن قطعاً؛ لأنه قد سمع بأذنيه ورأى بعينيه، فيناقض ذلك:

بأن هذا القول صحيح بحد ذاته، ولكن للمرء أن يتتسائل: من يدرى أن القاضي —خاصة في هذا الزمان على ما هو عليه بوجه عام — سمع هذا أو رأى ذلك حقيقة؟ إذ يحتمل أنه سمع ورأى، ويحتمل أيضاً أنه لم يسمع ولم ير، لكنه ادعى لنفسه أنه سمع ورأى!

^١ ابن عابدين، الحاشية، ج، ٥، ص ٤٣٩؛ محمد أحمد النهاجي، جواهر العقود وروضة القضاة والمؤمن والشهدود (القاهرة: مطبعة السنة الحمدية، ط، ١، ١٣٧٤)، ج، ٢، ص ٢١٢.

^٢ محمد الحبيب التجkan، النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي (بغداد: دار الشؤون الثقافية العامة، آفاق عربية، د.ت)، ص ٧٠.

إذا كان أحد الوجهين محتملاً، فكيف نحكم أنه طريق قطعي فيما يرد عليه التهمة والاحتمال، لا سيما بعد عصر الصحابة والتابعين؛ إذ تغيرت النفوس، وضعف الوازع الديني، وخربت الذمم عند كثير من القضاة.^١

يقول الشيخ أحمد إبراهيم رحمه الله: "أين هم أولئك النفر من القضاة الذين يُوثق بهم، وكم عددهم في كل بلد؛ إذ ما أقل عددهم، بل ما أندرهم، فدع عنك النظريات المجردة التي تستهوي الألباب بروعة مقدماتها وجمال نتائجها في ذاتها، لكنها عند التطبيق على من وضع لها ظهر درجة ما عليه من الخطأ، وبعد عن المناسبة، كالذى يخيط ثوباً هو غاية في حسن الهناء، ودقة التفصيل، وجودة النسيج لرجل أقمع الصدر، أحدب الظهر، معوج الخلق، فلا يجد له يصادف محله، فالثوب في ذاته غاية في الجمال والحسن، ولكن أين لابسه، فالحاكم هو الذي يعطي كل شيء ما يناسبه، ولا يبني علمه على التخيلات والتصورات الجميلة فحسب، وسبحانه الذي أعطى كل شيء خلقه ثم هدى".^٢

لأجل ذلك ينبغي ألا يمكن القاضي من أن يقضي بعلمه، بل يلزم إزاماً بأن يبين أسباب حكمه.

وأما النظريات الجميلة التي توضع لقوم هم في الذروة العليا في الزراهة والاستقامه، ولا أحسب لهم وجوداً اللهم إلا ما ندر، فليس من الحزم ولا من الحكمة وضعها لأناس تتجاذبهم الأهواء من كل جانب وإن كان في الناس بقية صالحة، ولن تخلو جماعة من الخير، ولكن العبرة للكثير الغالب، والمظان الكلية هي مناط الأحكام.

فالتهمة له تأثير من الناحية الشرعية، وذلك بإجماع الفقهاء؛ إذ قد يحكم القاضي بما يشتهي ويعيله على علمه.^٣

فالتهمة في الشرع يقام لها وزن واعتبار وتؤثر في ترتيب الأحكام، ولهذا فهي تؤثر في الشهادات والأقضية والأقارب، وفي طلاق المريض، ومن هنا لم تقبل بعض الشهادات مع أن أصحابها عدول لا يقدح في عدالتهم سوى قمة التأثر بالقرابة، فقد ردوا بناءً على ذلك شهادة الأب لابنه حوفاً من الخيازه إلى المقصي له بالقرابة بسبب العاطفة التي بينهما، ونحو ذلك.

^١ أبو فارس، القضاء في الإسلام، ص ١٥٣.

^٢ أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص ٥٠ وما بعدها.

^٣ زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ص ١٨٣؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٨، ص ٧٨٧؛ ابن قدامة، المغنى، ج ٩، ص ٥٣؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ١٥٨.

وكذلك تهمة العداوة بين الشاهد والمشهود عليه، كما لا يقبل حكم القاضي لنفسه للتهمة أيضاً.

ولا يصح إقرار المريض مرض الموت للتهمة، ولا يقبل قول المرأة على ضررها أنها أضرعتها للتهمة.^١

ثم إن عدم حكم القاضي بعلمه يؤيد حياده، ويعيد عدالة المحاكمات وينفي التهمة عنه، وهذا من متفرعات قاعدة: "البينة على من ادعى" التي توجب الإثبات على المدعي، لا على القاضي ولا غيره.^٢

إن منع القاضي من الحكم بعلمه يقطع الطريق على حكام السوء الذين قد يبنون أحکامهم على الانتقام لوجود عداوة بينه وبينهم، فينزلون الأحكام الجائرة بخصومهم وأعدائهم، أو خصوم من يدفع لهم أكثر، أو ترضية لولي أمر ظالم، وهذا ما يتربّ عليه كثير من المفاسد والجور والمظالم، واتخاذه وسيلة فعالة للكيد والتغافل.

ويؤكّد المぬ في الحدود بشكل خاص لأنّها تدرأ بالشبهات، ولأنّ الشارع الحكيم شدد في إثباتها لمنع الشك والشبهة فيها فيمنع القضاة من القضاء بعلمهم لغلا يكون العلم ذريعة لقضاة السوء في التسلط على رقاب الناس وأعراضهم وأموالهم، ولتأمين الناس على حقوقهم، لذلك يقول الشافعي رحمه الله: "لولا قضاة السوء لقلنا إن للحاكم أن يحكم بعلمه".^٣

وقد قيد البخاري رحمه الله قوله: "إذا لم يخفف الطعون والتهمة".^٤

ويقول أبو حنيفة: "القياس أنه يحكم في ذلك بعلمه، ولكن أدع القياس واستحسن أن لا يقضى في ذلك بعلمه".^٥

ويقول ابن عابدين: "وأصل المذهب الجواز بعمل القاضي بعلمه، والفتوى على عدمه في زماننا لفساد القضاة".

^١ ابن رشد، بداية الجهد، ج ٢، ص ٤٣٠؛ ابن قدامة، المغني، ج ١١، ص ٤٢.

^٢ المحمصاني، المجهدون في القضاة، ص ١٨٧.

^٣ الشوكيان، نيل الأوطار، ج ٨، ص ٢٨٨.

^٤ ابن حجر، فتح الباري، كتاب الأحكام، باب من رأى للقاضي أن يحكم بعلمه في أمر الناس إذا لم يخفف الطعون والتهمة، ج ١٣، ص ١٣٩.

^٥ الشوكيان، نيل الأوطار، ج ٧، ص ٦١١.

ويقول ابن حجر العسقلاني: "فيتعين حسم مادة تجويز القضاء بعلم القاضي".^١
 ويقول: "إإن هذا الباب لو فتح لوجد كل قاضٍ السبيل إلى قتل عدوه وتفسيقه،
 والتفريق بينه وبين من يحب".^٢
 ويقول الكرايسبي: "لا يقضي القاضي بما علم لوجود التهمة إذ لا يؤمن على التقى أن
 تنطرق إليه التهمة".^٣

يقول ابن القيم رحمة الله تعالى: "وهل يسوغ للحاكم أن يأتي إلى رجل مستور بين
 الناس، غير مشهور بفاحشة، وليس عليه شاهد واحد بها، فترجمه، ويقول: رأيته يزني؟ أو
 يقتلها، ويقول سمعته يسب، أو يفرق بين الزوجين، ويقول: سمعته يطلق؟ وهل هذا إلا محض
 التهمة؟ ولو فتح هذا الباب — ولا سيما لقضاة الزمان — لوجد كل قاض له عدو، السبيل
 إلى قتل عدوه، وترجمه وتفسيقه، والتفريق بينه وبين امرأته، ولا سيما إذا كانت العداوة
 خفية، ولا يمكن عدوه إثباتها".^٤

هذا وقد رویت آثار كثيرة عن الصحابة الكرام والدالة على منع الحكم من بعلمه،
 والصحابة هم أعلم من غيرهم بمقاصد الشريعة والمعانى المراده بأحاديث رسول الله ﷺ.
 فقد ثبت عن أبي بكر الصديق، وعمر بن الخطاب، وعبد الرحمن بن عوف، وابن عباس
 المنع من ذلك، ولا يعرف لهم في الصحابة مخالف.

فقد روی عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال: "لو رأيت رجلاً على حد، لم أعقبه، حتى تقوم
 البينة عليه، أو يكون معه شاهد آخر".^٥

والصديق كان حاكماً عاماً، والرؤية التي وردت في كلامه هي أقوى طريق للعلم، وقد
 صرّح بأنه لو رأى مرتکباً لحد من الحدود، فإنه يمتنع عن أخذة حتى يكون معه شاهد، وهذا
 معناه أنه لا يقضي على هذا بعلمه المستند إلى الرؤية.

^١ ابن حجر، فتح الباري، ج ١٣، ص ١٣٩؛ الشیخ نظام، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ٣٣٩؛ زین الدین بن ابراهیم بن نجیم، الأشیاء والنظائر على مذهب أبي حنیفة النعمان (بیروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٩)، ص ٢٢٢.

^٢ ابن حجر، فتح الباري، ج ١٣، ص ١٦٠.

^٣ الشوكانی، نیل الأوطار، ج ٨، ص ٢٢٨.

^٤ ابن القیم، الطرق الحکمية، ص ٢١٦.

^٥ البیهقی، السنن الکبری، کتاب آداب القاضی، باب من قال: ليس للقاضی أن يحكم بعلمه، ج ١٠، ص ١٤٤؛ ابن حزم، المخلی، ج ١٠، ص ٦٢٥؛ الشوكانی، نیل الأوطار، ج ٨، ص ٢٩٧.

وقد استصوب عمر قول عبد الرحمن بن عوف عندما سأله: "لو رأيت رجلاً على حد، ثم وليت، هل تقيمه عليه؟ قال: لا، حتى يشهد معي غيري، فقال: أصبت. وفي رواية: أرأيت رجلاً زن أو سرق؟ قال أرى شهادتك شهادة رجل من المسلمين، قال: أصبت".^١ وروي عن علي رضي الله عنه مثله، وهذا كله من فقه الصحابة رضي الله عنه، فإنهم أفقه الأمة وأعلمهم بمقاصد الشرع وأحكامه.^٢

وكذلك ما رواه الضحاك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "أن عمر اختصم إليه فيما يعرفه، فقال للطلاب: إن شئت شهدت ولم أقض، وإن شئت قضيت ولم أشهد".^٣ قالوا: وهو يدل على منع القاضي من القضاء بعلمه.

إذ خيره بين أن يشهد له ليقضي غيره، أو يقضي له، بشهادة غيره، وهذا معناه أنه لا يجوز للقاضي أن يكون شاهداً وقاضياً في خصومة في آن واحد. وصح عن الشعبي أنه قال: "لا أكون قاضياً وشاهداً".^٤

ثم إن الحكم بناءً على علم القاضي معناه عدم تمكّن الخصوم من تقديم ما يثبت الدعوى أو دفعها، وعدم إمكان مناقشة ما يقدمه الخصوم والنظر والطعن فيه، وبيان ما يرد عليه أو ينقضه، ففي تجويز الحكم للقاضي بعلمه مع هذه الاحتمالات الواردة ظلم للمحكوم عليه، لعدم تمكينه من الدفاع عن نفسه، وتقويت لحقه في مناقشة ما استدل به القاضي في حكمه،^٥ ولأصبح علم القاضي هنا دليلاً في القضية، ولما كان للخصوم حق مناقشته مع أن أدلة الإثبات قابلة للمناقشة والرد.

ثم إن حكم القاضي بعلمه يجعله يتزلّف منزلة الخصوم فيكون خصماً ومحكماً، وهذا لا يجوز.^٦ هذا والناظر في أدلة الأقوال في قضاء القاضي بعلمه يتبيّن له رجحان أدلة المانعين، لقوتها وضعف أدلة المجزمين، وخاصة إذا نظرنا إلى المصلحة العامة الراجحة، وراعينا القواعد الفقهية المختلفة في تقليم أحلف الضررين، ودفع الضرر الأشد، وسد النزائع وقاعدة تغير الزمان.

^١ ابن حجر، فتح الباري، كتاب الأحكام، باب الشهادة عند المحاكم في ولاية القضاء، أو قبل ذلك للشخص، ج ١٣، ص ١٥٨؛ عبد الرزاق الصناعي، المصنف، (بيروت: منشورات المجلس العلمي، د.ط، ١٩٧٠م)، كتاب الشهادات، باب شهادة الإمام ج ٨، ص ٣٤.

^٢ ابن القيم، الطرق الحكيمية، ص ٢١٣؛ ابن حزم، المخلوي، ج ١٠، ص ٦٢٨.

^٣ ابن قدامة، المغني، ج ١١، ص ٤٠٢.

^٤ زيدان، نظام القضاء، ص ١٨٣؛ عزام، النظام القضائي في الإسلام، ج ١، ص ١٠٩؛ الرجيلي، الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص ١٣٠.

^٥ زيدان، نظام القضاء، ص ١٨٤.

^٦ عبد الرزاق السنوري، الوسيط في شرح القانون المدني (دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٨٢م)، ج ٢، ص ٣٣.

وكذلك إذا راعينا ضعف النفس البشرية، ورقة الواقع الديني، والورع القوي، ودرءاً للفتنة، وخوفاً من التهمة.

ويلاحظ أيضاً أن الضرر المترتب على منع القضاء بعلم القاضي هو ضرر خاص على المتضادين فقط؛ أما الضرر الناشئ عن إجازته فيقع على الناس جميعاً، ويصبح كل فرد مهدداً بالحكم عليه من القاضي.

لأجل ذلك يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام^١.

هذا، وبعد عرض أقوال العلماء من منظور الفقه الإسلامي ومناقشة أدلةهم وبيان الراجح من أقوالهم، يحسن بنا بيان قضاء القاضي بعلمه الشخصي من وجهة نظر التشريعات الحديثة، وما تحكم به القوانين الوضعية:

يرى القانون الوضعي أن كل علم علمه القاضي خارج مجلس القضاء حقيقة أو حكماً لا يعتد به، كما لا يعتد بعلم القاضي في مجلس القضاء إذا كان هذا العلم إما بمناسبة دعوى أخرى غير هذه الدعوى التي يريد أن يحكم فيها، أو بمناسبة شيء آخر غير الدعاوى، كقصة تروى، أو أخبار لا ترتبط بأية دعوى.

فالمب丹 الأساس الذي يحكم النظرية العامة في الإثبات هو مبدأ حياد القاضي، فلا يجوز أن يقضي بعلمه الشخصي عن وقائع الدعوى دون أن يكون من قبيل ذلك ما يحصله استقاءً من خبرته بالشؤون العامة المفروض إلام الكافية بها^٢.

إن القانون الوضعي يرى أن أي دليل يقدمه الخصم في الدعوى يجب أن يعرض على الخصوم جميعاً لمناقشته، ويدلي كل برأيه فيه، يفنده أو يؤيده، والدليل الذي لا يعرض على الخصوم لمناقشته لا يجوز الأخذ به، وهذا مبدأ جوهري من مبادئ التقاضي حتى لا تبقى الخصومة مجهلة، وحتى تتكافأ فرص الخصوم في الدعوى، ومن ثم كان للخصوم حق طلب التأجيل للاطلاع على المستندات المقدمة من خصمه والرد عليها^٣.

^١ الرحيلي، الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص ١٣٢.

^٢ عبد الباسط جمعي، نظام الإثبات في القانون المدني المصري، ص ٧٨؛ بمجموعة القواعد القانونية التي قررها محكمة النقض "الصرية" في خمسين عاماً، ص ٣٩١ وما بعدها، قاعدة ٩٥١—١٠٥٠؛ وانظر، أحمد إبراهيم، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية (ط ٣، ١٩٨٥ م)، ص ٤٣.

^٣ المادة ١٠٨ من قانون المرافعات المصري؛ السنهوري، الوسيط، ج ٢، ص ٣٣.

ويترتب على حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقوم في الدعوى أن لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه، ذلك أن علم القاضي هنا يكون دليلاً في القضية، ولما كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل اقتضى الأمر أن يتول القاضي في مرحلة الخصوم، فيكون خصماً وحكماء وهذا لا يجوز^١.

ويمتنع القاضي من الحكم في الدعوى، إذا كان علمه مبنياً على معلومات استقاها خارج عمله القضائي، كما لو أفتى أو شهد فيها، أو عمل وكيلًا فيها، أو خبيراً، أو محكماً^٢. يقول السنهوري: ولكن هذا لا يمنع من أن يستعين القاضي في قضائه بما هو معروف بين الناس، ولا يكون علمه خاصاً به مقصوراً عليه، وذلك كالمعلومات التاريخية والجغرافية والعلمية والفنية الثابتة^٣.

فالنظم الوضعية في جملتها تمنع القاضي من الحكم بعلمه وفقهاء القانون الوضعي، يرتبون على حكم القاضي بناء على معلوماته الشخصية، اعتبار حكمه معيناً، ومتعبيناً نقضه، واعتباره باطلًا صراحة^٤.

وقد نصت المادة الثانية من قانون البيانات في المواد المدنية والتجارية الصادرة في سوريا عام ١٩٤٧ على أنه (ليس للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي)^٥.

وبعد هذا العرض يتبيّن أن رأي التشريعات الوضعية في قضاء القاضي بعلمه الشخصي يتفق مع مذهب المانعين في الفقه الإسلامي وهو ما رجحته في منع قضاء القاضي بعلمه الشخصي.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.



^١ السنهوري، الوسيط، ج ٢، ص ٣٥.

^٢ قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، المادة ١٤٦، فقرة ٣-٥.

^٣ المصدر السابق.

^٤ قانون البيانات السوري رقم ٣٥٩ لسنة ١٩٤٧، المادة ٢؛ محمد عطيه راغب، النظرية العامة للإثبات في التشريع الجنائي العربي المقارن (بيروت: دار المعرفة، د.ط، ١٩٦٠)، ص ١٦٨؛ المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، المادة ١٤٧، القاسم، الإثبات والتوثيق أمام القضاء، ص ٢٢٣.

^٥ السنهوري، الوسيط، ج ٢، ص ٣٣.

الفصل الثالث

الوكالة بالخصوصية الحامدة

بين المانعين والمجازين في الفقه الإسلامي المعاصر



الفصل الثالث

الوکالة بالخصوصة "الحاماۃ"

بین المانعين والمجیزین فی الفقه الاسلامی المعاصر

تمهید:

لقد عرف الفقه الإسلامي والتاريخ القضائي الإسلامي نظاماً في الدفاع عن طرف الدعوى سمي "وكلاًء الخصومة"، أو "وكلاًء الداعوى"^١، وهو الحاماۃ في حقيقته، ولم يذكروا كلمة الحاماۃ باسمها وصفتها، لأنها حديثة التنظيم.

وقد بحث الفقهاء موضوع الحاماۃ تحت ذلك العنوان، وأصبح معروفاً بما في كتب الفقه والتراجم^٢. وأطلق على من يمارس هذه المهنة "الوكلاء".

أما المعنى الفقهي للوکالة بالخصوصة.

فالوکالة معناها: تفويض التصرف إلى الغير^٣.

وعرفت مجلة الأحكام العدلية "التوکيل" بأنه: تفويض أحد أمره لآخر وإقامته مقامه في ذلك الأمر^٤، وهي تصح تبرعاً، وتصح بأجر قوله تعالى: «وَالْمُنْتَهَىٰ عَلَيْهَا» [التوبه: ٦٠]. فهو توکيل على جباية الزکاة بجعل، والرسول ﷺ كان يبعث عماله لقبض الصدقات لقاء جعل^٥. وقد أجمعت الأمة على جواز الوکالة في الجملة؛ لأن الحاجة داعية إلى ذلك.

^١ وكان يسمى أيضاً: وكلاء القاضي، أو وكلاء الحكم.

^٢ أبو بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٧م)، ج٩، ص٢٨٧ / ج١١، ص٤١؛ محمد بن حارث الخشن، قضاة قرطبة (القاهرة: دار الكتب المصرية، د.ط، ١٩٨٩م)، ص٥٣.

^٣ محمد بن أحمد السريخسي، المبسوط (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠٠٩م)، ج١٩، ص٢؛ محمد شمس الحق عظيم آبادي، عون المعبود (عمان: بيت الأفكار الدولية، د.ط، ٢٠٠٤م)، ج١٠، ص٦؛ محمد بن أحمد علاء الدين السمرقندى، غفة الفقهاء (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠٠٠م)، ج٣، ص٣٨٠.

^٤ المادة ١٤٤٩ من مجلة الأحكام العدلية.

^٥ محمد بن عبد الله التبريزى، مشكاة المصايح (بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ط، ٢٠٠١م)، ج٢، ص٢٣٧؛ إبراهيم بن علي بن فرحون، تبصرة الحكم في أحوال الأقضية ومتاهج الأحكام (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٧م)، ج١، ص١٥٤.

أما الخصومة فهي: الدعوى والجواب عنها^١.

فالوكالة بالخصوصة معناها:

إنابة شخص آخر ليقوم مقام نفسه أمام المحكمة المختصة^٢، والتوكيل بالخصوصة هو من الحقوق الجائز فيها التوكيل؛ لأن الغرض هو إظهار الحق، بإثبات الدعوى للمدعي، أو دفعها عن المدعي عليه. يقول السرخسي رحمه الله: وقد جرى الرسم على التوكيل على أبواب القضاة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير منكر، ولا زجر زاجر^٣.

ويقول السمناني في كتابه روضة القضاة مستدلاً على مشروعية الوكالة بالخصوصة: وهو عمل جميع الناس في جميع الأمصار^٤.

وقد عرف مبدأ الوكالة بالخصوصة منذ فجر الإسلام، ومارسها بعض الصحابة، وعرفت بعد عصرهم، وقد زاولها أشخاص على مدى التاريخ القضائي الإسلامي، وثبتت حاجة إلى تلك الوكالة، فليس كل إنسان يهتمي إلى وجوه المخاصمات، ولأن كل تصرف يجوز للإنسان أن يتولاه بنفسه، فإنه يجوز أن يوكل فيه غيره^٥.

أما الحماة فقد عرفت بأنها:

"مهنة علمية فكرية حرة مهمتها التعاون مع القضاة على تحقيق العدالة، والدفاع عن حقوق الموكلين"^٦.

ومحمد أبو زهرة رحمه الله يعرف الحامي بأنه: "العلم بالقانون الذي يستطيع أن يثبت حق ذي الحق، ويدفع باطل المعتدي، معتمداً في ذلك على علمه بما شرع القانون من حقوق، وما ألزم من واجبات، وما قيد به الحريات، حفظاً للجماعة، وتبنياً للمصالح"^٧.

^١ محمد علاء الدين بن عابدين، *قرة عيون الأخيار لتكلمة رد المحتار على الدر المختار* (باكستان: المكتبة الجليلة، ط٢، ١٩٨٤م)، ج٧، ص٣٩٨.

^٢ محمد شفيق العاني، *أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي* (بغداد: مطبعة الإرشاد، د.ط، ١٩٦٥م)، ص٥٠.

^٣ السرخسي، *المسنود*، ج٩، ص٤.

^٤ علي بن محمد السمناني، *روضة القضاة وطريق العجالة* (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٩٨٤م)، ج١، ص١٨١.

^٥ فؤاد عبد النعم أحمد، *الوسط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي* (القاهرة: مؤسسة شباب الجامعة، د.ط، ١٩٩٢م)، ص١٢٩؛ ابن فرحون، *تبيّنة الحكم*، ج١، ص١٥٤.

^٦ قانون تنظيم مهنة الحماة السوري، رقم ٣٩، في ٢١/٧/١٩٨١.

^٧ محمد أبو زهرة، *الخطابة: أصولها و تاريخها وأزهر عصورها عند العرب* (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، ١٩٨٠م)، ص١٧٥.

ومفلح عواد القضاة، يقول: "الحامون هم طائفة من رجال القانون وأعوان القضاة، الذين اتخذوا مهنة لهم، لتقدم المساعدة القضائية والقانونية لمن يطلبها لقاء أجر".^١ ويرى الأستاذ أحمد حسن كرزون حفظه الله بأن الحاماۃ: تكليف أصولي للدفاع عن أحد الأطراف المتخاصمة ورعاية مصالحة، ويكون على الغالب مقابل أجر محدد أو مقدر.^٢ وتلك التعريفات التي وردت هي تعاريف متقاربة في مدلولها لمهنة الحاماۃ.

والوکالة بالخصوصة هي الحاماۃ بلغة العصر عموماً؛ لأن وكيل الدعوى في كلا النظارتين يمارس عملاً مبنياً على قواعد الوکالة.

قواعد وأسس التوكيل بالخصوصة لا تختلف كثيراً عن التشريعات الحديثة في مهنة الحاماۃ؛ إذ على الرغم من وجود أصول كلية وأحكام عامة تبين كيفية ممارسة الوکالة بالخصوصة.

وعلى الرغم من أن الفقهاء قد أوردوا كثيراً من القواعد المتعلقة بها، فيما يجوز وما لا يجوز، وسلطات الوکيل بالخصوصة، وحق الموكل في عزل الوکيل وغير ذلك؛ إلا أنه لم تعرف الحاماۃ كمهنة اجتماعية منظمة، ولم تنظم بتلك الدقة في التاريخ القضائي الإسلامي كما نظمت في هذا العصر.

نبذة تاريخية عن الحاماۃ:

الحاماۃ عمل أريد به منذ أقدم العصور صيانة الحقوق، وإقامة العدالة، وتحقيق مصالح الناس، ودفع المفاسد عنهم.

وتعد من باب التعاون على البر والتقوى، ونصرة البائس والمظلوم، وأداء رسالة العدل؛ إذ إن الحامي يفترض فيه أن يكون ملجاً للمظلوم وسندًا للمهضوم، وحامياً للضعفاء، يدافع متبرعاً أو مأجوراً عن القضايا العادلة، ويرد الحقوق المغتصبة إلى أصحابها، ويؤدي رسالته بإخلاص، ولا يباشر أية دعوى قضائية يبدو أنها غير عادلة، أو غير شريفة. ولا يضررها أن يكون بين أفرادها من يسيئون إليها وإلى أنفسهم.

^١ مفلح عواد القضاة، *أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن* (عمان: دار الثقافة، ط٢، ٤٢٠٠٢م)، ص ١٠٧.

^٢ أحمد حسن كرزون، *الحاماۃ: رسالة وأمانة* (بيروت: دار ابن حزم، د.ط، ١٩٩٣)، ص ١٢.

^٣ علاء الدين، *معين الحكم* فيما يتعدد بين الحصمين من الأحكام (دار الفكر الإسلامي الحديث، د.ط، ٢٠٠٠م)، ص ٦٣؛ ابن فرحون، *التبصرة*، ج ١، ص ١٥٤؛ محمد مصطفى الزحيلي، *التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي* (دمشق: دار الفكر، ط٢، ٢٠٠٢م)، ص ٧٦.

إن حق الدفاع حق مشروع لكل من المتخصصين، إما بأنفسهم، أو من ينوب عن كلّ منهم. لذلك فإن دساتير العالم اليوم والأنظمة القانونية، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، كلّ ذلك يدعو إلى كفالة حق الدفاع والتأكيد عليه بوصفه حقاً من الحقوق الأساسية للإنسان، وحق الدفاع هذا وجد منذ وجدت الخصومة وهي من لوازم الاجتماع. لقد عُرفت المحاماة في التاريخ الإنساني باسم غير اسمها الحالي، وعرفها المجتمع الإنساني منذ قديم الزمان؛ إذ ظهر رجال من أهل العلم يستعين الناس بهم في مشورتهم وخصوصياتهم، فوظيفة المحامي أقدم كثيراً من لقبه.

فقد وجد المحامون في أقدم الحضارات، ففي كلّ الأمم المتقدمة كان هناك على الدوام رجال أفضضل ضليعون في مبادئ القانون، ساعدوه العبر، بما أسدوه من نصح، ودافعوا عن أولئك الذين كانوا عاجزين عن الدفاع عن أنفسهم ^١.

فقد عرفها الكلدانيون والفرس وأهل بابل وقديماء المصريين، وعرفها اليونان؛ إذ قد ثنا نظام الدفاع عن المتهم عندهم، حتى أصبحت أثينا مدرسة المحاماة الأولى، وقد اهتم مشرع اليونان "سولون" بتلك المهنة الوثيقة الصلة بالقضاء، وبمصالح الناس، حتى أنه قال: لا يمكن تصور قضاء بدون دفاع، أو حكم بدون دفاع، وأصدرت من القوانين ما رفع من قدر المحاماة، وقدر رجالها، فاشترطوا أن يكون المحامي على خلق، لذلك حرموا المهنة على من جحد حقوق والديه، أو تناهى عن الدفاع عن الوطن، أو أسرهم في تجارة غير شريفة، أو عُرف بفساد الخلق، أو علقت به ريبة أو شبهة.^٢

وقد عدَّ المشرع اليوناني مقاعد المحامين -مبالغة منه في تقدير رسالة المحاماة- مكاناً مقدساً كحرم القضاء، فهي ترش بالملاء المقدس -كما كانوا يعتقدون- قبل كلّ جلسة، ليدرك القضاة والمحامون جلال رسالتهم، وقد كان لقوة تأثير المرافعات في مجالس القضاء

^١ جورج بوري شمار، المحامون، تعرّيف: سليم الصوريص (الأردن: نقابة المحامين)، ص ١٠.

^٢ كان قديماء المصريين -في بعض عصورهم- لأجل سير العدالة، وحماية القاضي من التأثيرات النفسية، قد حتموا أن تكون مرافعات المحامين بالكتاب فقط، خشية منهم من تأثير بلاغة المحامي، وسحر بيته، وطلقة لسانه؛ لأن التأثير الخطابي بالصوت والإلقاء والحركات والإشارات مما كانوا يخشونه خوفاً من العدالة من أن تذهب فريسة قوة التأثير. انظر، يوجين جيرهارت، كنز المحاماة، ترجمة: حسن الحداوي، ومحمد عمر (القاهرة: مكتبة النهضة المصرية، د.ط، ١٩٦٧م)، ص

عندهم أثر واضح في الأحكام، حتى سُنت القوانين لمنع الخطباء من استخدام الوسائل لإثارة الوجدان والعواطف فيها، وحتى عُين في كلّ محكمة رجل يقاطع الخطيب أو يسكنه كلما رأه يحاول التأثير بقوة العاطفة والألفاظ وإثارة الإعجاب.^١

أما روما فعرفت المحاماة أيضاً، فكان المحامي في نظرهم هو حامي موكليه، يشرف على أمورهم، ويقدم المهاور لبنائهم عند الرواج، ولا ينتظر منهم إلا قدرًا من الإخلاص وعرفان الجميل. وكانت قوانين روما تبيح للمحامين أن يقولوا كلّ ما يتطلبه الدفاع عن موكلיהם، وأباحت للقضاة أن يستغلوا بالمحاماة؛ إذ الوقوف للمرافعة لا يقل شرفاً عن الجلوس للفصل في القضايا، بل إن كثيراً من أباطرة الرومان أنفسهم، وبعد أن لبسوا عباءة الحكم - لم يجدوا غصضاً في أن يتقدمو للمحاماة ليتعلموا أنظمتها، ويأخذوا عنها كيف يكون توزيع العدل بين الناس.^٢

واليهود في زمن موسى عليه السلام، كان لهم رجال يستغلون أمام القضاة فيما يشبه المحاماة اليوم، وكان من اختصاصهم حل المشكلات التي تظهر بين الأفراد من المسائل القانونية، وكانوا لا يقبضون أجورهم من يعملون لمصلحته، بل يأخذون على عملهم هذا جعلاً من بيت المال، وكانتوا يُعدون كأئمٍ من رجال القضاة، وهم الذين يُنتخبون من بينهم القضاة.^٣

وفي فرنسا فإن أول من بدأ تنظيم المحاماة ووضع القواعد والأسس لها هو لويس التاسع ملك فرنسا، فتحمّل على المحامين ألا يتقدمو للقضاء إلا بقضايا سليمة، وأن يتبعوا في دفاعهم عن الاعتداء على الخصم، وأن يتزموا القصد في التعبير، وألا تتحرك شفاههم بمذمة أو نقيبة.

وأما لويس الثاني عشر فقد اهتم بهذه المهنة، وهو الذي قال:
لو لم أكن ملكاً على فرنسا لوددت أن أكون محاماً في بوردو^٤.

وأول قانون لتنظيم مهنة المحاماة أصدره نابليون بونابرت عام ١٨١٠م، وبلغ عدد المحامين في مدينة باريس وحدها ثلاثة آلاف محام، وذلك في عام ١٨٩٨م.

^١ جيرهارت، *كنوز المحاماة*، ص ٢٣.

^٢ المرجع السابق، ص ٢٤.

^٣ أحمد فتحي زغلول، *الحاماة* (القاهرة: مطبعة المعارف، د.ط، د.ت)، ص ٤.

^٤ جيرهارت، *كنوز المحاماة*، ص ٤١.

وفي عام ١٩٠٠ م صدر قانون يبيح للمرأة حق مزاولة مهنة المحاماة، واشترطوا الحصول على شهادة الليسانس في القانون لأجل ممارسة هذه المهنة، مع أداء امتحان القبول، وقضاء فترة التدريب لمدة ثلاثة سنوات بمكتب أحد المحامين المعترف به أمام محكمة الاستئناف.^١

و نظام المحاماة بصورتها الحالية وأسلوبها الحديث لم تعرف في العالم الإسلامي في نظامه القضائي قبل القرن الثاني عشر الهجري؛ إذ هو نظام مستورد جاءنا من الغرب نتيجة للعلاقات الأوروبية مع الدولة العثمانية.

ولما غزت أوروبا العالم الإسلامي دخل المحامي ساحة المحكمة بصفته مترجمًا ينقل إلى القاضي الأوروبي كلام الخصم، ثم منح هؤلاء المترجمون حقوقاً، وأصبحوا يعرفون بالمحامين^٢، ثم وضعت الأنظمة واللوائح لها، وأقيمت نقابات لها، وتطور العمل النقابي فيها؛ حتى قطعت مراحل كبيرة من الدقة والتنظيم.

وأول لائحة وضع للمحامين في مصر كانت في عام ١٨٨٠ م.

وفي عام ١٨٨٤ م، صدر نظام المحامين في الآستانة، ثم توالي بعد ذلك تأسيس نقابة المحامين في البلاد الإسلامية، فقد تأسست نقابة المحامين في دمشق عام ١٩٢١ م، وفي العراق عام ١٩٣٣ م، وفي الأردن عام ١٩٥٠ م.^٣

تلك نبذة مختصرة عن المحاماة في التاريخ.

أما من المنظور الإسلامي فقد انقسم الباحثون المعاصرلون في مدى مشروعيتها إلى فريقين، فريق حرموا مهنة المحاماة، وهم "أقلية".

فريق آخر "وهم الأغلبية" أجازوها بعد أن وضعوا لها ضوابط وشروط وآداباً.

وسنعرض أدلة كلا الفريقين مع مناقشتها.

^١ أبو اليزيد علي الميت، المحاماة في المجتمع الاشتراكي (القاهرة: دار المعارف، د.ط، ١٩٦٤ م)، ص ٦٠؛ عزيز خانكي، المحاماة قديماً، ص ١٣ وما بعدها، نقلًا عن: مشهور حسن محمود، المحاماة تاريخها في النظم و موقف الشريعة الإسلامية منها (عمان: دار الفيحاء، د.ط، ١٩٨٧ م)، ص ٤١.

^٢ انظر، صلاح الدين الناهي، "المؤسسات الإدارية الخادمة للقضاء"؛ أبو سليم خادم حسين، "المحاماة في الشريعة الإسلامية"، مجلة الأمة (قطر)، العدد ٣٤.

^٣ عمران محمد روسي، موسوعة المحامي العربي (المؤسسة العربية للدراسات والنشر، د.ط، ١٩٨٣ م)، ج ١، ص ٤٢١؛ محمود، المحاماة وتاريخها في النظم، ص ٤١.

حجج القائلين بتحريم مهنة الحاماة:

لقد شغلت مسألة شرعية مهنة الحاماة ومدى جواز ممارستها مساحة من تفكير أهل الاختصاص، فأعلن قلة من المعاصرین تحريمها^١، وطالبوا بإلغائها كعمل حرام.

وقد استدل هذا الفريق بأدلة منها:

أولاً: إن مهنة الحاماة ولدت من رحم المجتمع الغربي وترعرعت في أحضانه، وهي مهنة غريبة عن المجتمع الإسلامي.

يقول المودودي رحمه الله: "لقد قام الحكم الإسلامي في أكثر من نصف الدنيا في الائتين عشر قرنا الماضية، فلا نرى لهذه الحرفة عينا ولا أثرا في نظامه القضائي، بل كان عندنا بدلا منها منصب الإفتاء".^٢

ويقول أبو سليم خادم حسين: "إن الحاماة لم تعرف قبل القرن الثاني عشر المجري، حتى غزت أوروبا العالم الإسلامي بثقافتها وسلاحها وأجرت المسلمين على الرضوخ للأمر المستورد، ويقول: الحاماة محظمة في الشريعة الإسلامية كتحريم بيع الخمر ولحم الخنزير والبغاء".^٣

وبيناقش ذلك:

بأن القول: بأن الحاماة لم تكن معروفة لاثني عشر قرنا من الزمان، فليس هذا بمحجة للقول ببطلانها وتحريمها، ذلك لأن المصالح المرسلة للناس تتطور، وتتجدد الحاجة إلى كفالتها، ومنها تطور القضاء في تشابك الصلات بين الناس، وكثرة المشاكل، وتعدد النظم والقوانين، ولو قلنا بغير هذا لكان مقتضى الحال تحريم قوانين ونظم المرور والطيران والزراعة والصناعة، وغيرها مما لم يكن معروفا حتى نصف قرن مضى.^٤

ثانياً: عمل المحامي وكسبه حرم شرعا؛ لأنه يتولى الدفاع عن موكله بالحق أو بالباطل، فهو يشوّه الحقيقة في سبيل الكسب المادي.

^١ منهم: أبو الأعلى المودودي، وعبد الله عزام رحهما الله، وأبو سليم خادم. انظر، عبد الله عزام، العقيدة وأثرها في بناء الجيل (صنعاء: مكتبة الجيل الجديد، د. ط. ١٩٩٢م)، ص ١٨١.

^٢ أبو الأعلى المودودي، نظرية الإسلام وهديه (بيروت: دار الفكر، د. ط. ١٣٨٩ھ)، ص ٢٢٣.

^٣ عبد الله رشوان، "الحاماة في الشريعة الإسلامية"، مجلة الأمة، العدد ٣٨.

^٤ انظر، عبد الله رشوان، مرجع سابق.

يقول المودودي رحمه الله في ذلك: "والمحامي لا يهمه في قليل ولا كثير إن كان موكله على الحق أو الباطل، مجرماً أو غير مجرم، يريد أن ينال مظلنته، أو أن يهضم حق غيره، ولا يهمه إن كانت قضية موكله صحيحة أو غير صحيحة؛ وإنما الذي يهمه - قبل كل شيء وبعده - أن يكون موكله قد أدى إليه "قيمة أتعابه". عليه أن لا يترك حيلة دون أن يأتيها في المرافعة عنه، فهو يضع القضية ويجعلها موافقة لصورة القانون الظاهرية، يستر ما فيها من وجوه الضعف، ويزيل ما فيها من وجوه المخالفة للقانون، ويلتقط من معاملها وشهادتها ما يؤيد حجة موكله، ويكسب له القضية. ويحاول أن يضل القاضي، ويقدم إليه تعبير القانون على ما يوافقه، ويدلل عليه بكل ما يصل إليه ذهنه من نصوص القانون، حتى يجري قلم القاضي بما يرى موكله من المواجهة، لا بما يوافق الإنصاف، وفي عمليات العدالة.^١

فهذا كلّ ما بهم المحامي ويشغل باله، وهو لا يبالي بعده أن يصير المجرم بريئاً، والبريء مجرماً؛ لأنّه لا يخترف بحرفة الحامدة لحماية الحق ونصرة المظلوم، ولا غاية له منها إلا المال، والمال فقط، وكل من أعطاه المال من الخصومين فهو على الحق في نظره.^٢

ثم يقول رحمه الله: "وهل لرجل يقيم أدلة وزن لمحاسبة الضمير، ويؤمن بالله، ويرجو لقاءه أن يحمل على عاته تبعه حرمان المظلوم من حقه، وإقرار الظالم على ظلمه، لا لشيء إلا أن ينال أجرة من حطام الدنيا الدينية، وهل يكون اختلاف محامين في رأيهما في إحدى مسائل القانون، عندما يدافع كلّ منهما عن موكله في قضية من القضايا، قائماً على الأمانة والصدق، على حين أنه لو كان يوكلاً هذا موكل ذاك، وموكل ذلك موكل هذا، لأدلى كلّ منهما برأيه في هذه القضية نفسها مناقضاً لرأيه الآن، ويمثل القوة التي يدافع بها عن موكله".^٣
فالمحامون يحاولون تضليل المحكمة، ويزورون الشهادات، حتى لا تأتي ملابسات الدعوى أمام المحكمة إلا بصورة مشوهة باطلة.

ولهذا الغرض يطولون الدعاوى، ويبالغون في التقاضي^٤، ويجبون أن تتصل الخصومة ولا تنفص، وينخرتون الفصل فيها.

^١ المودودي، نظرية الإسلام وعديه، ص ٢٢٠؛ القانون الإسلامي، ص ٧٢-٧١.

^٢ القانون الإسلامي، ص ٧٢.

^٣ المرجع السابق، ص ٧٣.

^٤ المودودي، الإسلام في مواجهة التحديات (الكتاب: دار العلم، د.ط، ١٣٩٨ھ)، ص ٢٥٥.

وأن القضية التي ليس فيها محام تكون أكثر بساطة، وأسهل فصلاً، حتى صار صاحب الحق يتخلّى عن حقه الواضح، استبقاء لراحته، وتوفيراً لماله^١. لهذا يأبى الإسلام هذه المهنة إباءً شديداً، ولا مكان لها البتة في نظامه.^٢

وبناءً على ذلك الرأي:

بأن عمل المحامي إذا كان إحقاقاً للحق وإبطالاً للباطل ورداً للحقوق إلى أصحابها، فهو من باب التعاون على البر والتقوى.

وإن كان غاية المحامي المال وحده دون الالتفات إلى أن موكله على باطل؛ فإن ذلك يعد من باب التعاون على الإثم والعداون.

إن الأصل في المحامي أن لا يقبل الدفاع إلا عن الحق، لا الباطل، فإن عرضت عليه قضية درسها، فإن وجدتها على الحق قبلها، وإن وجدتها على الباطل رفضها، ونصح صاحبها، وهذا ما يطبقه كل محام ملتزم بدينه، وعددهم وفيرة وبناهم كثير والحمد لله، ولا يضرهم أو يمنعهم من ضل عن النهج القويم.

وأما أن بعض المحامين يسيء التصرف ويخالف أصول الخمامنة، فهذا شيء وارد وصحيح، ويقع مثله في كل المهن الأخرى؛ ولكن لا يجوز أن ينسحب أثر هذه التصرفات والأخطاء في المهنة ذاتها أو في الملتزمين بأصولها وآدابها وأخلاقياتها.

لأننا لو قلنا بتحريم المهنة ذاتها لجرنا هذا إلى تحريم كافة المهن التي ينحرف بعض محترفيها، والأولى أن يقال: إن مهنة الخمامنة في حاجة إلى تنظيم لا إلى تحريم في دولة الإسلام. وكذلك القضاء بفروعه ودرجاته في حاجة إلى ترتيب وتنظيم حتى يستقيم العدل على نهج الشريعة الغراء.^٣

"ثم إن هذه المهنة كبقية المهن والصناعات الأخرى، فيها الأمين والخائن، وفيها الرفيع والوضيع، وفيها العالم والجاهل، وفيها... وفيها... وما أظن أن المحترفين من أهلها أكثر من المنحرفين في غيرها من الصناعات، ويفقينا فإن الأمر كان في القديم كما هو في الحديث":^٤

^١ عبد الله زيد آل محمد، مجموعة الرسائل (المكتب الإسلامي، د.ت)، ج ٢، ص ٤٦٤؛ محمود، الخمامنة وتأريخها في النظم، ص ٨٥.

^٢ المودودي، نظرية الإسلام وهدى، ص ٢٢٣.

^٣ انظر، عبد الله رشوان، مرجع سابق.

^٤ ظافر القاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي (عمان: دار النفائس، د.ط، ١٩٨٣م)، ص ١٢٧.

أما القول بأن وجود المحامي في القضية يعدها، ويؤخر الفصل فيها، وإن القضية التي ليس فيها محام تكون أكثر بساطة وأسهل فصلاً، فيرد على ذلك الأستاذ مشهور: "إن هذا القول غير دقيق، نعم، هذا ما يتراءى لنا بحسب الظاهر، ولكن الحقيقة هي أن المحامي حينما يعبر عن وجهة نظر موكله، فإنه يضيف إليها الأدلة والحجج التي يعجز موكله عن الإدلاء بها، فتظهر القضية وقد غدت أكثر تعقيداً، ولكنها في الحقيقة ازدادت وضوها وجلاً، وأصبحت معلومة الأبعاد في جميع نواحيها وزواياها القانونية، وبالتالي فإن الفصل بها يكون أقرب إلى العدالة والقانون، وإن القاضي مهما سمت مداركه فإنه لا يستطيع أن يتقمص شخصية كلّ من الخصميين، ليبحث له عن أداته وحججه، ثم ليعود إلى شخصيته، القائم بدور الموازنة بين أدلة الطرفين وحججهما، فالمحامي هو الذي يساعد في إصدار الحكم العادل، وذلك بيسط الأدلة أمامه، وسوق الحجج والبراهين على ما يراه موكله".^١

فالقاضي ينظر فيما أبداه الخصميان، ثم يوازن بين الأدلة والحجج، ويزنها عيزان العدالة والقانون، ثم يصدر حكمه العادل، ولو أن القاضي بقي لوحده يبحث وينقب عن وقائع القضية وأداتها ومستنداتها لكان خطأه أكثر احتمالاً.^٢

أما قول بعضهم بأن نصف المحامين كاذبون وذلك بناء على أن وجود محامين في قضية معينة، معناه تناقض عبارتيهما، إذاً فلا يمكن أن يكون كلامهما صادقاً، ولا بد أن أحدهما على الأقل كاذب لا يقول الصدق، وبذلك نصل إلى نتيجة منطقية وهي أن نصف المحامين كاذبون. يناقش هذا الاعتراض:

بأن كلّ محام منهمما يمثل بحسن نية وإخلاص وجه الحق في قضية موكله، وأن الحجج المتضاربة التي يقدمها المحاميان -بشرط قناعتهما المسبقة أن موكلיהם على حق- هي التي تظهر الدعوى على صورتها الحقيقية، ويكملا أدلة دفاع أحدهما أدلة دفاع الآخر. وكل محام منهمما يختار من الأدلة والواقع ما يخدم قضية ومصلحة موكله؛ إذ يبني دفاعه على العناصر التي تخدم دعواه دون غيرها.

^١ محمود، المحاماة وتأريخها في النظم، ص ١٣٢.

^٢ المرجع السابق؛ وانظر، محمد شكب أرسلان، القضاء والقضاء (بيروت: دار الإرشاد، د.ط، ١٩٦٩)، ص ٢٣٦؛

خير الله طلفاح، القضاء عند العرب (بغداد: مطبعة المعارف، د.ط، ١٩٧٣م)، ص ١٤٧.

فَدِفاعُ كُلّ حَامٍ يُلْقِي أَضْوَاءَ مُتَبَاينةً عَلَى مُخْتَلِفِ جُوانِبِ الْفَضْيَةِ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُلْقِي الضَّوءَ عَلَى الْجَانِبِ الْمُظْلَمِ مِنْ أَدْلَةٍ وَحَجَجٍ الْخَصْمُ الَّذِي أَرَادَ كُمَانَهُ وَعدَمَ إِظْهَارِهِ، فَهُمَا يُسَاعِدُانَ الْقَاضِي عَلَى الْقِيَامِ بِدُورِ الْحُكْمِ، وَالْوُصُولِ إِلَى الْمَوازِنَةِ الصَّحِيحَةِ بَيْنَ أَدْلَةِ الْخَصْمَيْنِ، وَهَذِهِ الْمَوازِنَةُ تُؤْدِي فِي النَّهَايَةِ إِلَى وَصُولِ الْقَاضِي إِلَى تَحْقِيقِ الْعَدْلَةِ فِي حَكْمِهِ.

وَرَبُّ قَائلٍ يَقُولُ: إِنَّ الْحَامِيَ لَا يُغَيِّرُ الْحَقَائِقَ وَلَا يُخْتَرِعُهَا، وَلَكِنَّهُ يَخْتَارُ مِنَ الْعَنَاصِرِ مَا يَخْدُمُ دُعَاهُ وَمَصْلَحَةَ مُوكِلِهِ، وَهُوَ لَا يَرْتَكِبُ إِلَيْهَا إِذَا جَاءَ إِلَى عَمَلِيَّةِ انتِقَائِيَّةِ لِلأدْلَةِ، فَيُنْكِرُ عَنِّيهِ فِي جَمِيعِ الْحَقَائِقِ الَّتِي تَقْبِلُهُ، وَتُؤْتَدِي وَجْهَةَ نَظَرِهِ دُونَ غَيْرِهَا بِجَيْثٍ يَخْدُمُ غَرْبَهُ، أَيْ أَنَّهُ يَنْتَقِي مِنَ الْحَقَائِقِ مَا يَلَّأْهُمْ، وَلَكِنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَخْتَلِقَ هَذِهِ الْحَقَائِقَ، أَوْ يَلْبِسَ الْبَاطِلَ ثُوبَ الْحَقِّ.^١

وَالَّذِي يَبْدُو لِي:

أَنَّ هَذَا القَوْلُ إِنْ صَحَّ فِي بَعْضِ جُوانِبِهِ لِأَجْلِ أَنْ يَوَازِنَ الْقَاضِي بَيْنَ طَرَفِ الْمِيزَانِ بِالْأَدْلَةِ وَالْحَجَجِ، فَإِنَّهُ لَا يَصْحُّ بِالنَّسْبَةِ لِلْمَحَامِيِّ دِيَانَةً؛ إِذَا كَيْفَ يَجْمُوزُ لَهُ شَرْعًا أَنْ يَبْدِي جَانِبًا مِنَ الْحَقِّ إِذَا حَقَقَ مَصْلَحَةُ مُوكِلِهِ، وَيَخْفِي الْجَانِبَ الْآخَرَ، إِذَا كَانَ ضَدَّ مَصْلَحَةِ مُوكِلِهِ؟

إِنَّ الْوَاجِبَ عَلَى الْمُسْلِمِ أَنْ يَقُولَ الْحَقَّ، وَيَظْهُرَ الْحَقِيقَةُ إِذَا طَلَبَ مِنْهُ ذَلِكَ لِسِيرِ الْعَدْلَةِ، وَلَوْ كَانَ هَذَا الْحَقُّ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ الْوَالِدِينَ أَوِ الْأَقْرَبِينَ.

"كُونُوا قَوَامِينَ بِالْقُسْطِ شُهَدَاءَ اللَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوْ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ" فَالْمَحَامِيُّ الَّذِي يَكْتُمُ وَجْهَهُ مِنَ الْحَقِيقَةِ وَفِيهِ إِبْطَالُ لَحْقِ الْخَصْمِ يَدْخُلُ فِي الْوَعِيدِ الَّذِي أَوْعَدَ اللَّهُ مِنْ كُمِ الْعِلْمِ وَكُمِ الْحَقِّ، وَكُمِ الشَّهَادَةِ «وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّمَا يَأْتِيُهُمْ فَقْبَلَهُ» [الْبَقْرَةُ: ٢٨٣].

وَلَا فَرْقَ بَيْنَ دِفَاعِ الْحَامِيِّ وَبَيْنَ شَهَادَةِ الشَّاهِدِ فِي هَذِهِ الْمَسَأَلَةِ، بِجَمِيعِ أَنْ كُلُّهُمَا يَعْلَمُ شَيْئًا وَيَكْتُمُهُ، لِذَلِكَ لَا يَصْحُّ لِلْمَحَامِيِّ أَنْ يَكْتُمَ جَانِبًا مِنَ الْحَقِّ الَّذِي يَعْلَمُهُ، وَيَغْمُضُ عَيْنِيهِ عَنِ الْوَقَاعِ الصَّحِيحِ بِغَرْضِ تَضْلِيلِ الْعَدْلَةِ، وَكَسْبِ الْفَضْيَةِ.

ثَالِثًا: اسْتَدَلَ الْمُحْرِمُونَ لِمُهْنَةِ الْحَامِةِ بِأَنَّ الْحَامِيَ يَنْفَذُ الْقَانُونَ الْوُضْعِيِّ، وَهُوَ حَكْمٌ بِغَيْرِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَهَذَا يَعْنِي الرِّضاَ بِهِ، وَالتَّوْقِيرُ لِأَحْكَامِ الْكُفْرِ وَالتَّبْجِيلُ لِلْقَضَاءِ الَّذِينَ يُحْكَمُونَ بِغَيْرِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ، يَقُولُ الأَسْتَاذُ الْمُودُودِيُّ رَحْمَهُ اللَّهُ: "فَحُكْمُ الْحَكْمَةِ غَيْرِ الْمُسْلِمَةِ غَيْرِ مُعْتَرَفٍ بِهِ فِي

^١ بيرو كالماندري، *قضاة ومحامون* (القاهرة: دار المعرفة، د.ط، د.ت)، ص ٨١ وما بعدها.

نظر الشريعة الإسلامية، لأن الإسلام لا يعترف بالحكومة التي تجعل من نفسها مالك الملك، ولا يعترف أيضاً بالقانون الذي يصنعه إنسان أو جماعة من البشر من وحي عقولهم، ولا يعترف بحق المحكمة في فصل المنازعات وفض الخصومات... وكل نظام قضائي يقام في مملكة ملك السماوات والأرض دون سلطان منه، ويقضي فيه بقوانين أجازها أحد سواه لا بقوانينه التي شرعها هو وأجازها، فهو مجرم باع متمرد، وهو جريمة حية مجسمة، فقضائه مجرمون وموظفو مجرمون ومحاموه مجرمون".^١

ويناقش هذه الشبهة بأنه لا شك أن الاحتكام لشرع الله فريضة إيمانية، وأن الحكم بغير ما أنزل الله ولرضا به كفر «فَلَا وَرِثَكُ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا إِمَّا فَصَنَّيْتَ وَإِمَّا سَلَّمَوْا سَلِيمًا» [النساء: ٦٥].

والسؤال الذي يرد هو:

أن القوانين الوضعية المفروضة علينا فرضاً، هي في مساحة معينة منها لا تخالف الفقه الإسلامي: كتخليص الأبرياء، وإنقاذ المظلومين، وتبئة المضطهددين، وإعطاء كل ذي حق حقه، ورفع المظالم وإصلاح الضرر. هذه المساحة من القوانين الوضعية والتي لا تضارب والشريعة الإسلامية، لماذا نمنع المحامي أن يمارس مهنته ضمن نطاقها ويتخلى عن واجباته في الدفاع عن الحق ورد الظلم، علماً بأن إثبات الحقوق ودفع الظلم والجور واجب شرعاً؟

لقد وردت فتاوى متعددة حول جواز المرافعة بالقوانين الوضعية إذا لم تخالف الشريعة الإسلامية.

منها فتوى مفتى الديار المصرية حسن مأمون.^٢

ثم إن المحامي في دفاعه الذي يعتمد على نصوص القانون الوضعي المفروضة عليه لا يعني الرضا به، والاقتناع بصوابه وأنه حق واجب الاتباع، خاصة إذا كان هذا المحامي مهوى قبله ومهبط فؤاده وغاية حياته هو تكين الشريعة في حياة الناس، وتغيير النصوص القانونية التي لا تتفق مع أحكام الشرع.

^١ أبو الأعلى المردوبي، حقوق الزوجين: دراسة نقدية لقانون الأحوال الشخصية، ترجم: أحمد إدريس (المختار الإسلامي، ط٤، ١٩٥٢م)، نقل عن: محمود، الخاتمة وتاريخها، ص ٨٦.

^٢ الفتوى الإسلامية من الديار المصرية، ج ٧، ص ٢٥٣٥؛ فتوى في القاضي هل يمتنع عن الحكم بالقوانين الوضعية؟

إن النتيجة العملية لحرمته مهنة المحاماة ضمن سيادة القوانين الوضعية والتي أطبقت على العالم الإسلامي اليوم، هي عزل الإسلام عن الحياة في هذا الجانب المهم من حياة الناس، وانسحاب المسلمين من هذه الساحة الحامة للدفاع عن الحق ودفع الظلم ورفع الجور عن الناس، وترك سوق المحاماة إلى غير المسلمين، وبذلك يسيطرون على المحاماة والقضاء، ولا يخفى ما في ذلك من ضرر ومفاسد عظيمة على الأمة الإسلامية^١.

ذلك لأن تغيير القوانين الوضعية لا يتم بقفزة واحدة، فإن كان الأمر هكذا وليس في أيدينا حيلة؛ فإننا مأمورون أن نتحرك في دائرة الاستطاعة الشرعية في مهنة المحاماة والتي هي في مقدورنا وضمن إمكانياتنا المتاحة.

والله تعالى يقول: «فَإِنَّمَا أَنْسَطَنَا مِنَ الْعَذَابِ مَا كُنَّا نَعْمَلُ» [التغابن: ١٦].

والرسول ﷺ يقول: «إِذَا أَمْرَتُكُمْ بِشَيْءٍ فَأَتُوا مِنْهُ مَا أَسْتَطِعْتُمْ»^٢. وخاصة إذا علمنا أنها في مواجهة حالة الضرورة، وصحبة الظلم على التقية مستثناء من النهي بسبب حالة الاضطرار^٣.

والدفاع عن الموكلا المظلوم يمكن أن يجد له أساساً في تولي يوسف الصديق عليه السلام جانباً من الحكم.

فنبي الله يوسف عليه السلام تولى الوزارة في عهد ملك مصر الذي كان يحكم بقوانين وضعية أيضاً، ولم يمنعه ذلك من فعل الممكن من العدل والإحسان.

لقد طلب من ملك مصر توليه على خزائن الأرض: «قَالَ أَجْعَنَنِي عَلَى حَزَابِ الْأَرْضِ إِنِّي حَيْثُ عَلِمْتُ» [يوسف: ٥٥]، على أن ملك مصر وقومه كانوا كفاراً، وقوانينهم كانت قوانين كفر، ومع ذلك فعل الممكن من مبادئ العدل والإحسان.

^١ وعلى سبيل المثال فإن بلداً إسلامياً مثل ماليزيا يجد أن المحامين المسلمين لا يمثلون سوى نسبة قليلة من مجموع المحامين، لذلك ينبغي على طلاب كليات الشريعة والقانون وخاصة طلبة الجامعة الإسلامية العالمية أن يتوجهوا صوب المحاماة ليقدروا بأنفسهم مسيرة العدالة والدفاع عنها، فهم أولى الناس بها.

^٢ محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق: مصطفى ديب (بيروت: دار ابن كثير، واليمامة، ط٣، ١٩٨٧م)، ج٩، ص١١٧؛ أبو الحسين بن مسلم بن الحجاج، الصحيح (بيروت: دار الجليل، د.ط، د.ت)، رقم الحديث: ١٢٣٧، ج٢، ص٩٧٥.

^٣ محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (بيروت: دار الكاتب المصرية، د.ط، ١٩٦٧م)، ج٩، ص١٠٨؛ محمد بن عمر فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب (تفسير الفخر الرازي)، (بيروت: دار الفكر، د.ط، ٢٠٠٢م)، ج٨، ص٧٢.

ولا تعد الخاتمة في ظل النظام الوضعي من باب الركون إلى الذين ظلموا في قوله تعالى: **﴿وَلَا تُرْكِنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَسْكُنُمُ الظَّنَّ﴾** [هود: ١١٣]، إذا كان القصد منه إحقاق الحق وإبطال الباطل، ورد الحقوق إلى أربابها، ونصر المظلوم فهو مشروع لما في ذلك من التعاون على البر والتقوى والإعانة على رؤية أبعاد القضية من قبل القاضي ليتسنى له تحقيق العدالة بين الخصمين تأييداً لللامكان أو دفعاً له.

وقد ورد في التفاسير أن الركون المنهي عنه هو الرضا بما عليه الظلمة والفسقة، أو تحسين الطريقة وتزيينها عند غيرهم ومشاركتهم في شيء من تلك الأبواب؛ فأما مداخلتهم لدفع شيء من الضرر، وتحصيل منفعة عاجلة، فغير داخلة في الركون.^١

رابعاً: استدل المحرمون بأن أتعاب الحامي يحيطها الغرر فهي مجهلة، وأصول الشريعة لا تبيح الغرر لما فيها من جهالة.

ويناقش ذلك بأن الأصل في أتعاب الحامي وأجره في الفقه الإسلامي هو أنه نظير عمل وجهد يبذله في القضية بناء على عقد الوكالة بينه وبين الموكل وبصرف النظر إلى آلية نتيجة، وإن كانت مجهلة.^٢

فالحامي عرفاً يأخذ جزءاً معجلاً من أجوره، فإن كسب القضية لصالح موكله، أخذ المؤجل، وإلا اكتفى بما أخذ إن خسر موكله القضية.

هذا وقد قرر الفقهاء رحمة الله جوازأخذ الأجرة على الوكالة بالخصومة، ويستتحق الوكيل أجرة مثله من الوكلاء في مثل تلك الخصومة، إن لم يتتفقوا على أجر معين.^٣

^١ الرازى، مفاتيح الغيب، ج ٨، ص ٧٢؛ محمد رشيد رضا، تفسير المثار (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٩م)، ج ١٢، ص ١٩٩.

^٢ رشوان، "الخاتمة"، مرجع سابق؛ وانظر، عبد الرحمن عبد العزيز القاسم، ملخص حق ولـي الأمر في تنظيم القضاء وتقييده (القاهرة: مطبعة السعادة، د.ط، د.ت)، ص ٦٧٣؛ خالد محمد أبو طالب، النظام القضائي في المملكة العربية السعودية (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، ١٩٨٤م)، ص ٨٤. وفي مجال التشريعات الحديثة، فقد استمر الاجتهاد على تكييف العقد الذي يعتقد الحامي لغرض قيامه بالمدافعة والرافع عن موكله لقاء أجر معين بعقد الوكالة المنصوص عليه بالقانون المدني؛ أما إذا كان العقد لقاء أجر معين، فإنه يعد في هذه الحالة عقد استخدام، ويكون خاضعاً لأحكام قانون العمل.

انظر، إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية (مكتبة صادر، د.ط، ١٩٩١م)، ج ٦، ص ٣٦٤.

^٣ محمد علي الشوكاني، السيل الجرار (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٨٥م)، ج ٤، ص ٣١. وذكر ابن فرحون رحمة الله الاختلاف في الجعل على الخصومة، على أنه إن أفلح فله كذلك؛ وإن لا شيء له، قال: فمن أجازه، شبهه بمحاجلة الطبيب على البرء، وفي رواية عن مالك أنه جائز، لما بالناس من الضرورة إلى ذلك، وقد نص كثير من الفقهاء على

الم Gizin و أدلة لهم:

لقد أجاز مهنة الخاتمة جمّور المعاصرين من الباحثين الإسلاميين: منهم: محمد رشيد رضا^١، ومصطفى الزرقا^٢ رحهما الله تعالى، والقاضي عبد القادر العماري^٣، ووَهْبَةُ الرِّحْلِي^٤، ومحمد الرحيلي^٥، وتقي الدين النبهاني^٦، وطه جابر العلواني^٧، والمستشار جمال صادق المرصافي^٨، وعبد العزيز بن باز رحمه الله^٩، والمحامي إحسان الكيالي^{١٠}، ومحمد صالح العثيمين^{١١}، والأستاذ ظافر القاسمي^{١٢}، وعبد الله رشوان^{١٣}، وغيرهم.^{١٤}

أدلة المحizين:

استدل المحيزون لمهنة الخاتمة بعدة أدلة منها:
أولاً: حديث أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال:

مشروعية أعمال كثيرة تكون نتيجتها مجھولة، كجواز الجعالة في رد الزوجة من أهلها لزوجها، وجواز الجعالة لمن يقوم باستخراج من حبس ظلماً، وعلة جواز الجعالة في مثل هذه الأعمال هي تحقيق الكلفة في العمل، وهذه الملة متحققة في عمل الخاتمة. انظر، سليمان بن عمر جبل، حاشية الجمل على المنهج (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٦م)، ج٣، ص٦٢؛ خالد رشيد الجميلي، الجعالة وأحكامها في الشريعة الإسلامية والقانون (بيروت: دار عالم الكتب، د.ط، ١٩٨٦م)، ص٢٠؛ وانظر، محمود، الخاتمة وتاريخها في النظم، ص١٢٢؛ ابن فرحون، تبصرة الحكماء، ج١، ص١٢٦.

^١ رشيد رضا، تفسير القرآن الحكيم - المدار، ج٢، ص٢٠.

^٢ انظر، مجلة حضارة الإسلام، العدد الثامن والتاسع لعام ١٩٧٣م.

^٣ "الخاتمة في الشريعة الإسلامية"، مجلة الأمة، العدد ٣٧٧.

^٤ الرحيلي، الفقه الإسلامي وأدله، ج٤، ص١٥١.

^٥ محمد الرحيلي، التحريم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية (دمشق: دار الفكر، د.ط، ١٩٨٢م)، ص٧٧.

^٦ مقدمة الدستور والأسباب الموجبة له، تقي الدين النبهاني، ص٣٢، وقد أجاز الخاتمة في البلاد غير الإسلامية فقط - كأوروبا وأمريكا - دون غيرها، يقول: لأن دار الكفر يجوز فيها الخضوع لقوانينها، والاحتکام إليها، إلا ما نص الشرع على تحریمه؛ إذ إن رسول الله ﷺ أمر المسلمين في مكة أن يتحکموا إلى ما كان معروفاً عند أهلها من أحكام، وأنقرهم على الاحتكام إلى أهل مكة.

^٧ "النهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية"، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي (الرياض)، ص٤٠.

^٨ جمال صادق المرصافي، "نظام القضاء في الإسلام"، مقدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي بـالرياض عام ١٣٩٦هـ، ص٦٧.

^٩ اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في المملكة العربية السعودية، فتوى رقم ٣٥٣٢.

^{١٠} إحسان الكيالي، "الخاتمة في الإسلام"، مجلة المنهل، العدد ٣٤٦، ١٩٨٥م.

^{١١} جريدة المسلمين، العدد العاشر، السنة الأولى ١٤١٢هـ.

^{١٢} القاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، ص٣٩٠.

^{١٣} مجلة الأمة، العدد ٣٨.

^{١٤} انظر تفصيل أسماء الباحثين المحيزين لمهنة الخاتمة في كتاب الخاتمة وتاريخها في النظم، مرجع سابق، ص١٤٠ وما بعدها.

"إنا أنا بشر وإنه يأتيني الخصم، فعلل بعضهم أن يكون أبلغ من بعض، فأحسب إنه صادق، فأقضى له، فمن قضيت له بحق مسلم، فإنما هي قطعة من النار، فليحملها أو ليذرها".^١ وجه الاستدلال بهذا الحديث على جواز المحاماة هو أنه إذا رأى القاضي -لأجل تحقيق المساواة بين المتخاصمين- أن بعض الخصوم أبلغ من بعض، أو جب على المقصى أن يتخذ له وكيلًا، يعادل خصمه بلامبة؛^٢ لأن القاضي مهما تكن فطنته فإنه يمكن أن يدلس عليه أحد الخصوم بحسن منهجه وحذقه في عرض حجته، حين يختلط عليه الأمر، فيظن الباطل حقاً، والحق باطلًا، فيقضي على نحو ما سمع.

وفي الحديث إشارة إلى جواز استعانا العبيّ. من يحسن بسط حجته، والمضطرب من هو ثابت منه نفسها، وأصفى فكرها، وأعمق تجربة، ليواجه خصمه، ويقنن حجته، ويعصم القاضي من الحكم بالباطل على تحقيق رسالته، وهي الكشف عن الحقيقة أولاً، ثم القضاء بالعدل ثانياً".^٣

ثانية: واستدلوا على مشروعية هذه المهنة، بنصوص من القرآن والسنة، منها: قوله تعالى على لسان موسى عليه السلام: «فَالَّرَبِّ إِنِّي قَتَلْتُ مِنْهُمْ نَفْسًا فَأَخَافُ أَنْ يَقْتُلُونِي وَأَخَافُ هَرُوتَ هُوَ أَفْسَحُ مِنِّي لِسَانًا فَأَنْسِلَهُ مَعَ رَدْمًا يُصَدِّقُنِي إِنِّي أَخَافُ أَنْ يُكَذِّبُونِي» [القصص: ٣٥ - ٣٣].

فقد طلب موسى عليه السلام الاستعانا هارون للدفاع عنه لأنه أوضح لساناً وبياناً. واستدلوا أيضاً بقوله تعالى: «وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ حَصِيمًا» [النساء: ١٠٥]، تدل الآية على جواز الدفاع عن غير الخائنين، ومشروعية ذلك.

واستدلوا أيضاً بنصوص عامة تحت المسلمين على إعانته غيره، من مثل قوله تعالى: «وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْأَيْمَنِ وَلَا تَنَاهُوا عَنِ الْأَيْمَنِ وَالْمَدَوْنِ» [المائدة: ٢]. فالمحاماة لإحقاق الحق وإبطال الباطل، هي حماية محمودة. والمحاماة عن الظلم والظالمين لا شك أنها حماية محترمة.

^١ أحمد بن محمد القسطلاني، إرشاد الساري شرح صحيح البخاري (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٩٩٠م)، ج ٤، ص ٢٦٣.

^٢ القاسبي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، ص ٢٨٣.

^٣ عرض محمد عوض، "حقوق المشتبه فيه في مرحلة التحقيق"، مجلة المسلم المعاصر، العدد ٢٢.

واستدلوا كذلك ببعض الأحاديث النبوية الشريفة التي تنهى عن الخصومة في باطل، منها قوله ﷺ: «من خاصل في باطل وهو يعلم لم يزل في سخط الله حتى يترع»^١؛ أي حتى يرجع عن المخاصمة ويعترف بالحق، ويرده إلى صاحبه.

ومنها قوله ﷺ: «وَمَنْ أَعْنَى عَلَىٰ خُصُومَةٍ بِظُلْمٍ فَقَدْ بَاءَ بِغُضْبِ مِنَ اللَّهِ عَزَّلَهُ»^٢.

ومنها «من مشى مع ظالم ليعينه وهو يعلم أنه ظالم فقد خرج من الإسلام»^٣. ومنها «من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيمة، ومن يسر عن معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة، ومن ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخرة، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه»^٤.

واستدلوا على ذلك أيضاً بتوكيل الصحابة رضوان الله عليهم غيرهم في الخصومات. ومن ذلك حادث ابن عباس مع حسان بن ثابت، وقول ابن عباس له: الحق لك، ولكن أحطأت حجتك.

فدافع ابن عباس عن حق حسان أمم عثمان، فقضى به لابن عباس^٥.

وهذا من أقدم ما عرف من تاريخ الوكالة بالخصوصة في الإسلام، كما يقول الأستاذ ظافر القاسمي^٦.

ثالثاً: واستدلوا كذلك بقوله تعالى: **(يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعَهْدِ)** [المائدة: ١]. وقد استدل الإمام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم بهذه الآية في إطلاق حرية الإنسان في إنشاء ما يراه من العقود فيما عدا ما حرم الشارع، وأن "ال" في قوله تعالى "العقود" تفيد الاستغراق والشمول، وليس للعهد.

^١ أحمد بن حنبل، المسند، تحقيق: شعيب الأنطاوط (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤٢٠/١٩٩٩م)، ج٢، ص٨٢.

^٢ محمد بن يزيد بن ماجة القرزوبي، السنن (المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، ٢٠٠٦م)، ج٢، ص٧٧٢.

^٣ محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرك على الصحيحين (بيروت: دار المعرفة، ط١، ١٩٩٨م)، ج٤، ص٩٩؛ محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٩م)، ج٨، ص٣٠٥. والدفاع هو أعظم نكدة تقدم للملهوف، وأقرى إغاثة يعان به المكروب، حينما يكرب بتهمة ويساق إلى القضاء بما قد يوردي به، وهو لا يستطيع أن بين بمحنته، فيجد العون والغوث من ذلك المحامي الذي يقف بجنبه في ساعة الشدة والضيق والعسرة.

^٤ علي بن أبي بكر نور الدين الهيشمي، مجمع الزوائد (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٨٨م)، ج٤، ص٢٥٠.

^٥ مسلم، الصحيح، باب فضل الاجتماع، ج٤، ص٢٠٧٤، رقم ٢٦٩٩؛ أحمد بن حسين البهقي، السنن الكبرى (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٩٩م)، ج٦، ص٨٢؛ سليمان أبو داود السجستاني، السنن (دار الجليل للنشر والطباعة، د.ط، ١٩٩٢م)، ج٣، ص٣٥.

^٦ الحاكم، المستدرك، ج٣، ص٥٤٤.

^٧ القاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، ص ٢٨٢.

فيكون معنى الآية: أوفوا بكل عقد تبرمونه بإرادتكم واختياركم ولم يحرمه الله. فاستعانت المتهم بمن يدافع عنه، يعد عقدا لم يرد في نصوص الشرع ما يحرمه. كما أنه يتفق مع المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية، ومن ثم فإنه يكون جائزا^١. ونصوص أئمة المذاهب الأربعة تستصحب الحكم بمشروعية المحاماة وتتسع لقبوها وذلك لأن الأصل في العقود الإباحة حتى يقوم دليل التحرم، وهذا هو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم رحمهما الله^٢.

رابعاً: لقد حثّ الشرع كل مسلم على الرجوع إلى أهل الخبرة والعلم والتجربة في معالجة المشاكل، لغرض الوصول إلى الحقيقة.

قال تعالى: «فَتَنَّلُوا أَهْلَ الْيَكْتَرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ» [الأنباء: ٧].

وندب إلى تقديم المشورة بكل أمانة "المستشار مؤمن"^٣.

و عمل المحامي هو تقديم المشورة المخلصة في مجال اختصاصه للمطالبة بالحقوق، أو دفع الظلم عنمن وقع عليه، ويظهر موكله وجه الحق في الدعوى، ويعرض الأمور أمام القاضي عرضاً منظماً، مع بيان الأدلة والأسانيد والحجج التي يستند إليها موكله في دعواه، مما يساعد القاضي على معرفة وجه الحق، وسرعة الفصل في الدعوى.

خامساً: في المحاماة معنى النصرة في الحق سواء أكان الموكل ظالماً أو مظلوماً، لقول الرسول ﷺ: «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً، قالوا: يا رسول الله، هذا نصره مظلوماً، فكيف ننصره ظالماً؟ قال: تأخذ فوق يده».^٤

فإن كان الموكل ظالماً أخذ على يده، ومنعه من العداوة والظلم، بالنصيحة والتذكير، وحل الخلافات بالصلح، والتحذير من الخصومات والأحقاد. وإذا كان مظلوماً، انتصف له بالحجج المقنعة، وتقديم الشفاعة الحسنة لدى المحاكم، دون أن يمس حقاً عاماً، أو يؤثر في حقوق الخصم بغير حق، لقوله تعالى: «مَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِنْهَا» [النساء: ٨٥]. وقول الرسول ﷺ: «اشفعوا فلتؤجروا».^٥

^١ علي رسان، نظام إثبات الدعوى وأداته في الفقه الإسلامي والقانون (القاهرة: دار الدعوة، د.ط، ١٩٩٦م)، ص ١٥٣.

^٢ أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، مجموع الفتاوى (الرباط: مكتبة المعرف، د.ط، ١٩٨١م)، ج ٢٩، ص ١٢٩.

^٣ محمد بن عيسى الترمذى، السنن (المكتبة المصرية للطباعة والنشر، ٢٠٠٦م)، كتاب الأدب، ج ٥، ص ١٢٥.

^٤ البخاري، الصحيح، كتاب المظالم، ج ٢، ص ٩٦.

^٥ البخاري، الصحيح، كتاب الأدب، ج ٤، ص ٥٥.

سابعاً: واستدلوا على مشروعية مهنة المحاماة بأن هذه المهنة تحقق مصالح شرعية معترفة للعباد في هذا العصر، ومن مقاصد الشريعة جلب المصالح ودفع المفاسد.

فالمتخصصون بحاجة ماسة إلى هذه المهنة، وخاصة من قبل أصحاب الأعمال والشركات التجارية والصناعية، وفي ظل ظهور هذا التعقيد الشديد في القوانين وتشعبها، مع جهل أغلب الناس بها في الحالات الجزائية والمالية أمام المحاكم. مختلف اختصاصاتها ودرجاتها، وفي مختلف درجات الدعوى وفقدان الخبرة والدرارة بالأعمال الإجرائية، هذه المسائل القانونية قد لا يعرفها غير المتخصص في القانون، ولا يكون عنده الخبرة الكافية. فمن المقبول شرعاً أن يكون من بين حقوق المتهم الأساسية الاستعانة بمن يعينه في دفع الأحكام عنه.^٢ وقد يعجز الإنسان عن القيام بصالح نفسه إما لمرض أو لعدم اهتداء، أو لكثرة مشاغل لا سيما في عصر كهذا العصر^٣.

فالو كالة بالخصوصة تدعى إليها الحاجة لاختلاف الناس في البيان في الخصومة، والقدرة على إيضاح الدعوى والحجج بدليل ما ورد في الحديث الشريف من قوله عليه السلام: «إما أنا بشر وإنكم تختصمون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون أحن بمحاجته من بعض... الحديث»^٤، وإذا كان هذا هو

^١ ابن فرون، تبصرة الحكماء، ج ١، ص ١٥٤؛ محمد بن إدريس الشافعي، الأم (دار الغد العربي، ط ١، ١٩٩٠ م)، ج ٣، ص ٢٠٧ وانظر، عبد المنعم، الوسيط في تنظيم القضايي في الفقه الإسلامي، ص ١٢٩.

^٢ حسن صادق المرصافي، **ضمانات المحكمة في التشريعات العربية** (القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية د.ط، ١٩٧٢م)، ص ٥٣.

^٣ عبد الرحمن إبراهيم حميضي، القضاة ونظامه في الكتاب والسنّة (مكة: جامعة أم القرى، مركز بحوث الدراسات الإسلامية، د. ط، ١٩٨٩م)، ص ٦٣.

^٤ البخاري، الصحيح، كتاب الشهادات، باب من أقام السنة بعد المتن، ح ٣، ص ٢٣٥.

حال رسول الله ﷺ وفي زمان كانت المنازعات فيه بسيطة، وسبل حلها ميسرة، وكانت الأخلاق في قمتها، فما بالنا بحال الناس اليوم، وهذه أخلاقهم، وهذا زمامهم المعقد في كل جوانبه ونظمه وقوانينه، وهذه مصالحهم التي لا حصر لها ولا حدود، وهؤلاء قضائهم من الناس، هل ترك الخصوم بحالم دون سند أو مساعدة نرتبها وننظمها لهم حتى يظهر الحق ويغيب الباطل.^١ وقد تدعى الحاجة إليها للبعد عن مواطن الخصم، وتrocى زلل الخصومات. فقد روى عن عبد الله بن جعفر أنه قال: "كان علي بن أبي طالب رضي الله عنه يكره الخصومة، فكأن إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب، فلما كبر عقيل وكلني".^٢ ونقل عن علي رضي الله عنه قوله: "إن للخصومة قحماً، وإن الشيطان ليحضرها، وإن أكره أن أحضرها".

ونقل عنه أيضاً أنه قال: "ما قضي لوكيلي فلي، وما قضي على وكيلي فعلّي".

واستدلوا بهذا على أن الوكيل يقوم مقام الموكِل، وأن القضاء عليه بمثابة القضاء إلى الموكِل.^٣

ومن المصالح التي تتحققها المحاماة:

أن من الناس من لا يستطيعون عرض قضایاهم لأسباب كثيرة.

منها: عدم تفرغهم لهذا العمل، أو بعد أماكنهم، أو لأنهم لا يملكون الكفاءة في عرض قضيتهم وعجزون عن الدفاع عن أنفسهم فليس كل إنسان يهتدى إلى وجوه المخاصمات، وقد يكون الخصم بلينا طليق اللسان، فليس كل شخص يجيد فن المخاصمة والدفاع، والناس يتفاوتون في القدرة على البيان والتعبير، للدفاع عن حقوقهم.

ومن هذه المصالح أيضاً هو أن حق المتهم في الاستعانة بمحام يعد من أهم ضمانات التحقيق والمحاكمة، لما يتضمن من بث الثقة في سلامية الإجراءات، وأكثر ضماناً في منع استعمال الوسائل الممنوعة، أو غير الجائزه مع المتهم أثناء التحقيق، فضلاً عن أنه يهدئ من روح المتهم ويطمئنه ويساعده على الاتزان والمدروء في إجابته، وهذا الحق قد ضمنته أيضاً

^١ رشوان، "المحاماة في الشريعة"، مرجع سابق.

^٢ البيهقي، السنن الكبرى، ج ٦، ص ٨١.

^٣ أي أنها تقحم بصاحبها على ما لا يهواه. أحمد الرازي بن فارس، معجم مقاييس اللغة (بيروت: دار الفكر، ١٣٩٩هـ)، ج ٥، ص ٦١.

^٤ السرخسي، المبسوط، ج ٩١، ص ٣؛ عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقى (بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م)، ج ٥، ص ٢٠٤؛ سعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (القاهرة: المطبعة الجمالية، ط ١، ١٩٠١م)، ج ٦، ص ٢٢؛ الشافعى، الأم، ج ٢، ص ٢٣٧.

الدستور والقوانين الحديثة، فللمتهم الحق في استصحاب محاميه في أي مرحلة من مراحل التحقيق، سواء أمام الشرطة، أو النيابة، أو المحكمة، أو هيئات التحكيم، أو الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي، وحضور المحامي في هذه المراحل من الضمانات الحامة التي تزيد الثقة في سلامة الإجراءات التي تم أمام هذه الجهات، وتدعم قيمتها في الإثبات، فحضوره بعد بثثابة رقابة على الحق تمنعه من اتخاذ أي إجراء تعسفي مع المتهم، واستجواب المتهم دون دعوة محاميه يعد إخلالاً بحق الدفاع.^١

الترجيح:

وبعد هذا العرض لأدلة الفريقين يتبين رجحان رأي القائلين بمشروعية مهنة الخماما لقوية أدتهم وضعف أدلة المانعين – كما بينا – ولكن المحizين لهذه المهنة لم يحيروها بإطلاق، بل اشترطوا شروطاً ووضعوا لها ضوابط شرعية، حتى تدخل في دائرة المشروعية.

وما هو جدير بالذكر في هذا المقام أن نبين أن هذه المهنة الشريفة، قد وصلت إلى درجات عالية من الرقي والتنظيم عند بعض الأمم؛ لكنها بقيت في التنظيم القضائي الإسلامي عفوية، ليس لها نظام جامع ومكتمل.

ويبدو أن السبب في ذلك هو أن الوكالة عموماً في الفقه الإسلامي طوعية مجانية، وليس صناعة يرتفق منها، فهي إلى المرءات والنحوات أقرب، فهي لا تعدو أن تكون كلمة خير يقدمها الأخ عن أخيه، ثم أصبحت وسيلة للكسب المادي والارتزاق كبقية الصناعات الأخرى، ونظمت في العصور الأخيرة.^٢

فالإعلان في الوكالة بالخصوصية والمهدف منها كان هو الإعانته والمساعدة من الوكيل لوكيله، بدليل حديث ابن عمر من قوله ع: «من أuan على خصومة»، فمن هنا لم تكن تتحذى وسيلة أو مهنة للارتزاق، ولهذا لم ترد ضوابط وقيود تنظمها على وجه الدقة كمهنة، وإنما ورد ذلك على سبيل العموم، كما في قوله عليه الصلاة والسلام: "إنكم تختصمون إلى، ولعل بعضكم أن يكون أحن بحاجته من بعض".

وقوله عليه الصلاة والسلام: «أبغض الرجال إلى الله الألد الخصم»^٣، وهو الدائم للخصوصية.

^١ خليل عدلي، اعتراف المتهم ف بها وقضاء (القاهرة: دار الكتب القانونية، د. ط، ١٩٩٦م)، ص ٥١ وما بعدها؛ وانظر، المادة ٣٦ من قانون الخماما المصري، رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣م.

^٢ القاسمي، نظام الحكم، ص ٣٩٠.

^٣ البخاري، الصحيح، ج ٩، ص ٩١.

إن تزاحم وكلاء الدعوى على أبواب القضاة في التاريخ القضائي الإسلامي، بدأً منذ عصر العباسين وأصبح جزءاً من النظام القضائي آنذاك.

لقد عمد قوم إلى احترافها والحضور أمام القضاة، وكالة عن المתחاصمين، الذين لم تيسر لهم معرفة أحكام الشريعة، أو لم تكن أعمالهم تسمح لهم بالحضور عند القاضي كل حين، أو لأن الموكيل يتذرع حضوره لأي سبب كالمرتضى والمرأة المخدرة والصبي^١.

وقد ذكر التونخي أسماء بعض الوكلاء في كتابه *نشوار المعاشرة*^٢.

والفقهاء القدامى رحمهم الله لم يوصلوا للدفاع والوكالة بالخصوصة كنظيرية عامة، كما هو الحال في التشريع الحديث، وربما كان سبب ذلك أن مجالس القضاء على مدى التاريخ الإسلامي كانت مجالس علية، يحضرها أهل العلم والفقها والدراسة، حتى إن بعض الفقهاء جعل ذلك الحضور واجباً^٣.

إن حضور مثل هؤلاء الوجوه يشكل في الغالب رقابة فقهية أمينة تساعد القاضي على أن يقضي بالعدل، ونتيجة ذلك قل التوكيل بالخصوصة، وأدى ذلك إلى عدم الاهتمام الكبير بهذه المهنة وتنظيمها وترتيبها، كما هو عليه الآن في العصر الحديث^٤.

لذلك لم تكن لوكاء الخصومة منظمة مستقلة عن القضاء تجمعهم وترعى مصالحهم وتراقب أعمالهم وسلوكهم على هيئة نقابة المحامين اليوم، كما أن عدم تقيين السلطات لقواعد الدفاع أمام القضاء التي وضعها الأئمة والفقهاء أدى إلى عدم تنظيم هذه المهنة، وعدم ارتقاها للمستوى الرفيع الذي كان يجب أن تتبؤه^٥.

^١ الحميضي، *القضاء ونظامه*، ص ٤٧٥؛ عصام محمد شبارو، *القضاء والقضاء في الإسلام* (بيروت: دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٨٢م)، ص ٥٢.

^٢ أبو علي الحسن بن علي التونخي، *نشوار المعاشرة وأخبار المذاكرة*، تحقيق: عبد الشالجي (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٤٢٠٠م) نقلًا عن: شبارو، *القضاء والقضاء في الإسلام*، ص ٥٢.

^٣ محمد نعيم ياسين، *نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية* (الأردن: وزارة الأوقاف الأردنية، د.ط، ١٩٧٢م)، ج ٢، ص ٢٦.

^٤ عوض محمد عوض، "حقوق المشتبه في مرحلة التحقيق"، مجلة المسلم المعاصر، العدد ٢٢، ١٤٠٠هـ؛ طه جابر العلواني، "حقوق المتهم في مرحلة التحقيق"، مقدم إلى الندوة العالمية الثالثة باليمن في موضوع المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية، م، ١٩٨٢م، ص ٣٧. ويدرك أنه في مدينة قرطبة أسس الأمويون داراً لشورى القضاة، أعضاؤها من خيرة العلماء، يرجع إليهم في تقرير الأحكام، ولم يكن يرون بأسان أن مجلس قوم من أهل الفقه والكرامة في مجلس القضاة للحكم. انظر، محمود محمد عرنوس، *تاريخ القضاء في الإسلام* (القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، مطبعة البابي الحلبي، د.ت)، ص ١٣٦.

^٥ إحسان الكيالي، *المهام في الإسلام*، مرجع سابق.

وهناك بعض أوجه الخلاف بين النظاريين نذكرها اختصاراً:

إن نظام وكلاء الخصومة المبنية على قواعد البياعة والوكالة في الفقه الإسلامي كانت قائمة على السهولة واليسر لبساطة الحياة آنذاك، بخلاف نظام الحامات في العصر الحديث فهي مهنة من المهن الحررة المبنية على نظام معقد -لتعدّد أنظمة الحياة-. ومنظمة تنظيمياً مستقلة عن القضاء، تنظمها نقابة المحامين بلوائحها وأنظمتها ومتابعتها للسلوك المهني للمحامين ورقابتها عليهم ضمن ضوابط معينة ومحددة، وبشروط يجب توافرها لمن يمارس المهنة.^١

أما وكلاء الخصومة فقد كان القضاة هم الذين يتولون الرقابة والإشراف عليهم، وأحياناً يتولى المحاسب الرقابة عليهم.^٢

ثم إن حضور محام في محكمة الجنائيات لمعونة المتهم هو أمر واجب في أغلب التشريعات الوضعية، بينما توكيل الحامي عند الفقهاء عقد اختياري.

ومن نقاط الاختلاف بينهما أيضاً هو أن مجال الحامة أوسع من مجال الوكالة بالخصوص؛ لأن الحامي علاوة على توكيله عن الغير للادعاء بالحقوق والدفاع عنها، فإنه يقوم أيضاً بتنظيم العقود والقيام بالإجراءات التي يستلزمها ذلك، والمشاركة في وضع مشروعات النظم واللوائح والقوانين والطعن في الأحكام لتصحيحها، ودفع مظالم السلطات العامة.^٣

ولقد ظهرت دعوات من بعض المانعين لهبة الحامات بشكلها الحالي، لإصلاحها وإزالة أسباب ترديها.

فمنهم من دعا إلى إلغاء مهنة الحامات كعمل حر، واقتراح أن ينال المحامون رواتبهم من الحكومة؛ لأن أسباب الشنائع عند المحامين هي كون الحامة مهنة.

ونادي بعضهم بأن يحمل منصب الإفتاء محل الحامة -كعمل حر- ويقطع للمفتين رواتب من الخزانة العامة.^٤

^١ قواعد المرافعات في التشريع المصري المقارن (القاهرة: المطبعة التمودجية)، ج ١، ص ٣١٨؛ محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني (القاهرة: دار الفكر العربي، ط ٢، ١٩٩٠)، ج ١، ص ٢٨٣؛ القضاة ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية (الرياض: عمادة شؤون المكتبات، د.ط.، ١٩٨٨)، ص ٨١.

^٢ صلاح الدين الناهي، "المؤسسات الإدارية الخادمة للقضاء"، مجلة المنهل.

^٣ رشوان، "الحامات في الشريعة"، مرجع سابق.

^٤ المودودي، الإسلام في مواجهة التحديات، ص ٥٥؛ القانون الإسلامي وطرق تفيذه للمولف نفسه، ص ٧٤.

ومنهم من نادى بتأمين مهنة الحاماة تأميناً كلياً مطلقاً، بأن تدفع وزارة العدل رواتب شهرية للمحامين أسوة بالحكام والقضاة، فإذا كان القاضي لا يتضمن أجرها من المترافقين، فما الذي يضر الحامي إذا تقاضى أجره من نقابته لا من موكله؟^١ وكذلك تتوزع الدعاوى حسب الحروف الأبجدية على المحامين، حتى لا يتعرض بعض المحامين إلى الحرمان، لأجل ضمان العيش الكريم لكل محام تحت مظلة مؤسسة الحاماة ونقابة المحامين، ولإتاحة الفرصة أمام جميع المواطنين في توكييل من تختاره لهم النقابة، وهذا أفضل من مجرد علاقة فردية قائمة بين الموكيل والوكيل، وأدعى إلى الثقة والاطمئنان في نفس الموكيل؛ لأن النقابة آنذاك تكون مسؤولة مباشرة عن الموكيل، فلا يستطيع آنذاك أن يستغل حاجة الموكيل وخوفه وجهله.

ولكن الذي يخشى منه هو تردي مهنة الحاماة بعد تأمينها، شأنها شأن بقية المؤسسات التي تقوم الدولة بإدارتها، فتهبط كفايتها؛ إذ إن في تأمينها إصلاح لها في جانب، وإفساد لها في جوانب أخرى. لذلك فتنظيم مهنة الحاماة أولى من تأمينها أو إلغائها لحاجة الناس إليها في ظل تعقد الحياة وتعقد القوانين وتشعبها.

خلاصة:

- أهم النتائج التي توصلت إليها هي على النحو الآتي:
١. نظام الحاماة كان معروفاً في تاريخ القضاء الإسلامي — وذلك بشكله البسيط، ببساطة الحياة آنذاك — باسم وكلاء الخصومة، أو وكلاء الدعاوى، الذي كان مبنياً على أحكام الوكالة والنيابة في الفقه الإسلامي.
 ٢. لم يؤصل الفقهاء للدفاع والوكالة بالخصوصة كنظرية عامة كما هو الحال في التشريعات الحديثة؛ لأن مجالس القضاء الإسلامي كانت علية يحضرها أهل العلم والفقه والفتيا، وكانوا يشكلون رقابة فقهية أمينة تساعد القاضي على القضاء بالعدل.
 ٣. يتفق نظام وكلاء الخصومة في الفقه الإسلامي مع نظام الحاماة في التشريعات الحديثة، مع بعض أوجه الخلاف بين النظمتين.

^١ عامر سامي الديوني، المؤسسة العامة للمحاماة (بنداد: مطبعة العاني، د.ط، ١٩٦٥م)، ص ١٩ و٤٠.

٤. المحاماة مهنة إنسانية نبيلة لصيانة الحقوق وإلقاء العدالة، وهي عمل مشروع من منظور الإسلام، ويدخل ضمن مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وقضاء حوائج الناس.
٥. لا يضر هذه المهنة أن يكون بين المحامين من يسيئون إليها وإلى أنفسهم، كما يقع في باقي المهن الأخرى، ولا تبرر هذه الإساءات تحريم هذه المهنة؛ لأن المحاماة تحتاج إلى تنظيم لا إلى تحريم.



الفصل الرابع

الضوابط الشرعية لممارسة مهنة المحاماة*

* أصل المقال بحث نشر في: مجلة الفقه (قسم الفقه وأصوله، أكاديمية الدراسات الإسلامية، جامعة ملايا - ماليزيا)، العدد الأول، يناير ٢٠٠٤م، ص ٤٣-٧٠.

الفصل الرابع

الضوابط الشرعية لممارسة مهنة المحاماة

تمهيد:

لقد عرف الفقه الإسلامي والتاريخ القضائي الإسلامي نظاماً في الدفاع عن طرف الدعوى سمي: "وكلاء الخصومة"، أو "وكلاء الدعاوى"^١، وهو المحاماة في حقيقته، ولم يذكروا كلمة المحاماة باسمها وصفتها؛ لأنها حديثة التنظيم. وقد بحث الفقهاء موضوع المحاماة تحت ذلك العنوان، وأصبح معروفاً بها في كتب الفقه والترجمات^٢. وأطلق على من يمارس هذه المهنة اسم "الوكلاء".

فالوكالة بالخصوصية معناها:

إنابة شخص آخر ليقوم مقام نفسه أمام المحكمة المختصة^٣.

والتوكيل بالخصوصية هو من الحقوق الجائز فيها التوكل؛ لأن الغرض هو إظهار الحق، بإثبات الدعوى للمدعي، أو دفعها عن المدعي عليه.

يقول السرخسي رحمه الله: وقد جرى الرسم على التوكل على أبواب القضاة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير منكر، ولا زجر زاجر^٤.

ويقول السمناني في كتابه روضة القضاة مستدلاً على مشروعية الوكالة بالخصوصية: وهو عمل جميع الناس في جميع الأمصار^٥.

^١ وكان يسمى أيضاً: وكلاء القاضي، أو وكلاء الحكم.

^٢ أبو بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٧م)، ج٩، ص٢٨٧.

ج١١، ص٤١؛ وانظر، محمد بن حاريث الخشني، قضاة قرطبة (القاهرة: دار الكتب المصرية، د.ط، ١٩٨٩م)، ص٥٣.

^٣ محمد شفيق العاني، أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي (بغداد: مطبعة الإرشاد، د.ط، ١٩٦٥م)، ص٥٠.

^٤ محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠٠٩م)، ج٩، ص٤.

^٥ علي بن محمد السمناني، روضة القضاة وطريق النجاة (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٩٨٤م)، ج١، ص١٨١.

وقد عرف مبدأ الوكالة بالخصوصة منذ فجر الإسلام، ومارسها بعض الصحابة، وعرفت بعد عصرهم، وقد زاولها أشخاص على مدى التاريخ القضائي الإسلامي، وثمة حاجة إلى تلك الوكالة، فليس كل إنسان يهتدى إلى وجوه المخاصمات؛ ولأن كل تصرف يجوز للإنسان أن يتولاه بنفسه، فإنه يجوز أن يوكل فيه غيره.^١

أما المحاماة فقد عرفت بأنها: "مهنة علمية فكرية حررة مهمتها التعاون مع القضاة على تحقيق العدالة، والدفاع عن حقوق الموكلين".^٢

والشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله يعرف المحامي بأنه: "العليم بالقانون الذي يستطيع أن يثبت حق ذي الحق، ويدفع باطل المعتدي، معتمدا في ذلك على علمه بما شرع القانون من حقوق، وما ألزم من واجبات، وما قيد به الحريات، حفظا للجماعة، وتبنيا للمصالح".^٣

والدكتور مفلح عواد القضاة، يقول: "المحامون هم طائفة من رجال القانون وأعوان القضاة، الذين أخذوا مهنة لهم، لتقديم المساعدة القضائية والقانونية لمن يطلبها لقاء أجرا".^٤

ويرى الأستاذ أحمد حسن كرزون حفظه الله بأن المحاماة: تكليف أصولي للدفاع عن أحد الأطراف المتخاصمة ورعاية مصالحه، ويكون على الغالب مقابل أجرا محدد أو مقدر.

وتلك التعريفات هي تعريفات متقاربة في مدلولها لمهنة المحاماة.

والوكالة بالخصوصة هي المحاماة بلغة العصر عموما؛ لأن وكيل الدعوى في كلا النظائر يمارس عملا مبنيا على قواعد الوكالة، فقواعد وأسس التوكيل بالخصوصة لا تختلف كثيرا عن التشريعات الحديثة في مهنة المحاماة؛ إذ على الرغم من وجود أصول كلية وأحكام عامة تبين كيفية ممارسة الوكالة بالخصوصة.

^١ فؤاد عبد المنعم أحمد، آخرون، الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي (الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، د.ط، ١٩٩٢م)، ص ١٢٩؛ إبراهيم بن علي بن فرحون، تبصرة الحكم في أحوال الأقضية ومتاهج الأحكام (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٧م)، ج ٢، ص ١٥٤.

^٢ قانون تنظيم مهنة المحاماة السوري، رقم ٣٩، في ٢١/٧/١٩٨١م.

^٣ محمد أبو زهرة، الخطابة: أصولها وتاريخها وأزهر عصورها عند العرب (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، ١٩٨٠م)، ص ١٧٥.

^٤ مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن (عمان: دار الثقافة، ط ٢، ٢٠٠٤م)، ص ١٠٧.

^٥ أحمد حسن كرزون، المحاماة: رسالة وأمانة (بيروت: دار ابن حزم، د.ط، ١٩٩٣)، ص ١٢.

وعلى الرغم من أن الفقهاء قد يبيّنوا كثيراً من القواعد المتعلقة بها، فيما يجوز وما لا يجوز، وسلطات الوكيل بالخصوصة، وحق الموكيل في عزل الوكيل وغير ذلك^١؛ إلا أنه لم تعرف المحاماة كمهنة اجتماعية منظمة، ولم تنظم بذلك الدقة في التاريخ القضائي الإسلامي كما نظمت في هذا العصر.

إن ممارسة مهنة المحاماة من منظور الإسلام، لا بد أن تضبط بضوابط وقويد شرعية لحماية المحامي من الواقع في الممارسات المخورة والتصرفات الخرماء التي يرفضها التشريع الإسلامي. وسوف أبين هذه الضوابط على ضوء الأدلة الشرعية، واستناداً إلى مقاصد الشرعية وغاياتها في إقامة العدل بين الناس.

وهذه الضوابط كما يبدو لي، هي:

أولاً: على المحامي رفض الدعوى التي يعتقد أن صاحبها مبطل وذلك بعد دراسة أوراق القضية دراسة كافية، فإذا تأكد له أن الحق ليس معه، وتأكّد من ثبوت الأدلة عليه، فلا يجوز له آنذاك أن يهدف إلى إثبات ما ليس ثابت في الواقع، أو دفع ما هو ثابت في الحقيقة، وعليه أن يمتنع عن وكالته؛ إذ كيف يستطيع المحامي الدفاع عن موكل لا يؤمن بقضيته، وكيف تطاوّعه نفسه أن يقف ويدافع بإخلاص عن إنسان يعلم أنه مبطل؟ لذلك ينبغي أن لا يسمح لنفسه أن يقتنع بسهولة ب مجرد أن موكله يدفع له أتعاباً، فالتشتبّث من ذلك مطلوب من قبل الشارع بقوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ إِنَّمَا فَسِيقُوا قَوْمًا يَمْهُلُو فَتُصْبِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ تَذَمِّنُ﴾ [الحجرات: ٦].

ولذلك فإن على المحامي أن يحفظ للمحاماة قدرها ومرتزتها السامية في قلوب الناس باعتبارها ملجاً للمظلوم وسندًا للمهضوم، وليس مهنة لكسب الرزق فحسب، ولأجل أن

^١ علاء الدين الطرابلسي، معين الحكم فيما يتعدد بين الخصمين من الأحكام (القاهرة: مصطفى البالي الحلبي، د.ط، ١٩٧٣)، ص ٦٢؛ ابن فرحون، التبصرة، ج ١، ص ١٥٤؛ محمد مصطفى الزحلي، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية (دمشق: دار الفكر، د.ط، ١٩٨٢)، ص ٧٦.

يقول سيد شيردار ضارمه لله عذر تفسير قوله تعالى: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْتَكُمْ يَأْتِيَنَّكُمْ بِأَنْتُمْ وَلَا تَنْهَاوُ إِلَيْهَا بِمَا إِلَيْهَا يَنْهَا إِنَّمَا فَرِيقُكُمْ يَنْهَا إِنَّمَا يَنْهَا أَنَّكُمْ يَأْتُكُمْ رَأْثَمَةً تَمْلَئُونَ» [البقرة: ١٨٨]، بأن في هذه الآية عبرة لوكلاه الدعاوي الذين يدعون بالمحامين، فلا يجوز لمن يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقبل الوكالة في دعوى يعتقد أن صاحبها مبطل، ولا أن يستمر في محاولة إثباتها إذا ظهر له بطلانها أثناء التقاضي، وإنما نراهم يعتمدون على خلاطتهم في القول، وخلطهم في الخطاب، وما يذكر إلا أولو الألباب. تفسير المنار، (بيروت: دار المعرفة)، ج ٢، ص ٢٠.

لا يعطي مبررا للساخرين ليقولوا: إن المحامي يدافع عن الرأي وضده، أو يقولوا: ما من قضية ظالمة إلا وجدت محامياً يدافع عنها، فهو ثرثار وأجير، صناعته الكلام، وبصاعته الأكاذيب، ويتساوى لديه أن يدافع عن الحق أو عن الباطل ما دمت تدفع له الأجر، يستعين بعلمه لينتصر باطلك على حق خصمك^١، وهو بوق موكله، وغير ذلك مما يصمون به المحامي.

إن استقامة المحامي ضمن آداب وضوابط المهنة يضفي بريقاً على المهنة، ويؤكّد شرف ونبّل هذه الرسالة، ويردّ الأقوال عنها.

لذا فالواجب أن يقف المسلم من صاحب الدعوى المبطل موقف الناصح والمستنكر والنافي عنها^٢. والرسول ﷺ يقول: «إِنَّ النَّاسَ إِذَا رَأُوا الظَّالِمَ فَلَمْ يَأْخُذُوا عَلَى يَدِهِ، أَوْ شَكَّ أَنْ يَعْمَلُ اللَّهُ بِعِقَابٍ مِّنْهُ»^٣.

فمند إصرار الموكيل السير في دعواه وفق أهوائه من إضاعة الحقوق، وتسيير الإجراءات على أسلوب غير عادل وغير أخلاقي، أو إذا ثابر على توجيه اللوم إلى المحامي، لعدم تقديم دفعه كيدية، آنذاك عليه أن يتخلّى عن وكالته، ولا يتمادي في الدفاع عنه، بشرط أن يشعر الموكيل مسبقاً بما يكفي من الوقت لتوكيل محام آخر.^٤

والمحامي لا يجوز له أن يخاصم عن غيره في إثبات حق، أو نفيه، وهو غير عالم بحقيقة أمره، فلا يتوكّل في الخصومة لأحد قبل أن يعرف أن الحق في أي جانب هو، فيخاصم بغير علم^٥. وقد حذر القرآن الكريم تحذيراً شديداً من الدفاع عن المبطلين والخائبين. يقول الله

^١ يوجين جيرهارت، كنز المحاماة، ترجمة: حسن الجلاري، ومحمد عمر (القاهرة: مكتبة النهضة المصرية، د.ط، ١٩٦٧م)، ص ٦٥.

^٢ كرزون، المحاماة: رسالة وأمانة، ص ١٢.

^٣ محمد بن عيسى الترمذى، السنن (بيروت: المكتبة العصرية للطباعة والنشر، د.ط، ٢٠٠٦م)، ج ٤، ص ٤٦٧.

^٤ عمران محمد روسي، موسوعة المحامي العربية (الموسسة العربية للدراسات والنشر، د.ط، ١٩٨٣م). وفي مجال التشريعات الروسية وآداب المهنة توصي نقابة المحامين الأمريكية بأداء هذا القسم عند القيد في الجدول: (لن أقدم مشورتي، أو أباشر أي دعوى، أو إجراء قضائي يدلّ لي أنه غير عادل، ولا أقدم دفاعاً إلا ما أعتقد أنه شريف يحمل المناقشة وفقاً لقوانين البلاد، ولن أسعى فقط لتضليل القاضي، أو الخلفين بآية حيلة، أو بالبيانات الكاذبة، سواء عن القانون أو الواقع). انظر، جيرهارت، كنز المحاماة، ص ١٦٧.

^٥ محمد بن أحمد القرطى، الجامع لأحكام القرآن (بيروت: دار الكاتب المصرية، د.ط، ١٩٦٧م)، ج ٦، ص ٣٧٧؛ محمد رشيد رضا، تفسير المنار (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٩م)، ج ٥، ص ٣٩٤؛ أبو حامد عبد الرحيم بن حسين الغزالى، إحياء علوم الدين (القاهرة: طبعة الحلى، ١٩٣٩م)، ج ٣، ص ١١٩.

تعالى مخاطبا رسوله الكريم: «وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا» [النساء: ٥]؛ أي لا تكون لأجل الخائنين مخاصماً لمن كان بريئاً عن الذنب^١. ويقول تعالى: «وَلَا يُجَدِّلُ عَنِ الَّذِينَ يَخْتَلُونَ أَنفُسَهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَنْ كَانَ حَوَّانًا أَثِيمًا» [النساء: ٧].

يقول صاحب الظلال رحمه الله تعالى: "وهذه عقوبة أكبر من كلّ عقوبة، وهي تلقي إلى جانبها إماء آخر، فالذين لا يحبهم الله لا يجوز أن يجادل عنهم أحد ولا يحامي عنهم أحد، وقد كرههم الله للإثم والخيانة"^٢.

يقول تعالى: «هَتَأْتَتُمْ هَتُّلَاءَ جَدَلْتُمْ عَنْهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا فَمَنْ يُجَادِلُ اللَّهَ عَنْهُمْ يُؤْمِنُ أَلْقِيَنَمَّا أَمَّ مَنْ يَكُونُ عَلَيْهِمْ وَكَيْلًا» [النساء: ٩].

فعلى فرض أنهم جادلوا عن الخائنين في الدنيا فنجحوا ونجوا من العقوبة الدنيوية، فمن الذي يجادل الله عنهم يوم القيمة، ويكون وكيلاً عليهم أمام الله يشكّ، وينفذهم من العقوبات الأخرى، وهو محيط بحقائق ما فعلوا ولا تخفي عليه صغيرة ولا كبيرة.^٣

والسؤال الذي يرد هو:

هل هناك مساحة مباحة ومحدودة يجوز فيها للمحامي أن يدافع عن موكله، ولو كان مبطلاً وغير محق في دعواه، أم يترك هذه المتهم وحيداً دون أن يكون له حق الدفاع عن طريق محام خبير بالقانون، قد يتعرف ويكشف عن ظروف لازمت جريمته، وشبهات أحاطت بقضيته، وأعدار ربما تصلح للتخفيف عنه، فيعرض هذه الظروف المخففة لجريمه، إن وجدتها ويطالب باستعمال الرأفة التي يكون المحامي مقتنعاً بها عن إخلاص بشرط ألا يخالف هذا التخفيف أحکام الشريعة؛ إذ إن الدافع إلى ارتكاب الجريمة أحياناً قد يكون عزراً كالإكراه، فلا توقع العقوبة على مرتكبها، وكما في سقوط حدّ القطع في المجازة، بل وفي كلّ جنائية من جنایات الحدود، وقع فيها شبهة، خاصة إذا علمنا أن المتهم بريء حتى ثبتت إدانته وجريمه؟

يقول الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله: هل يجب على المحامي ألا يتقدم للمرافعة في قضية، إلا إذا وجد أن ما تحت يده من الأوراق والأحداث يثبت أن موكله على حق مبين؟

^١ محمد بن عمر فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب: تفسير الفخر الرازي (بيروت: دار الفكر، د.ط، ٢٠٠٢)، ج ١١، ص ٣٣.

^٢ سيد قطب، في ظلال القرآن (بيروت: دار الشروق، ط٢، ١٣٩٨ھ)، ج ٢، ص ٧٥٤.

^٣ محمد عزة دروزة، التفسير الحديث (القاهرة: البابي الحسيني، د.ط، ١٩٦٢)، ج ٩، ص ١٦٠.

أم يصح أن يتقدم للدفاع ولو اعتقاد بطidan القضية؟ يجيب عن ذلك فيقول رحمه الله: يرى بعض كبار المحامين، وبعض أولئك الذين أخذهم سلطان الحق والفضيلة والغيرة على تلك المهنة الشريفة أنه لا يصح للمحامي أن يقف إلا إذا كان مؤمناً تماماً بالإيمان بحق وكيله فيما وكله فيه؛ وإلا كان في عمله تلبيس على القضاء، وعرقلة للعدالة، وسعى في نصرة الباطل.

ويقول رحمه الله: ونحن نوافق صاحب هذا القول في القضايا المدنية والشرعية التي لا شبهة فيها، والتي يلوح فيها حق الخصم واضحـاً مكتشفـاً، فعلى المحامي أن ينصح لوكيله بالصلح، وبين له جلية الأمر، ليحسم الخلاف، ويعلمه الناس ثقة لا ريب في ذمته؛ أما إن كان الأمر موضع نظر، وأن الحق فيها قد التبس بالباطل، ولم يتضح له جانب منهما، تقدم وأثبت ما يراه موصلاً، غير أنه لا يصح له أن يسلك من الوسائل الموصولة، إلا ما يعتقد كل الاعتقاد أنه حق يؤيده القانون، ومن غير تلبيس ولا تضليل.

أما القضايا الجنائية فإن المحامي يدافع فيها عن المتهم، ولو أن المتهم جان؛ لأن الواجب أحد أمرين؛ أما نفي الجريمة إن لم تكن الأدلة عليها قائمة بيقين، وفي هذه الحال يكون دفاعه عن بريء بمحض القانون، إذا المتهم بريء ما لم يدل الدليل القاطع على جريمته^١، فلا شيء في الدفاع حينئذ.

وأما تصوير الحال التي وقعت فيه الجريمة استداراً للعطف وإثارة للرحمة، وليس المحامي في هذا الحال إلا رسول المتهم يصور حاله، وينطق بجناهه، ويعرضه مجلس القضاء. وإن نظرة عاجلة إلى الجرمين تربينا أن كل مجرم منهم قد تحيط جريمته أحوال نفسية شاذة ربما تخفف من حدة الجنائية، وتلطف من شدة وقها، اللهم إلا العناة القساة الذين يتخذون الإجرام مرتزقاً من غير اضطرار، فالمحامي يبين كل ما يصح أن يكون دفاعاً، وقد لاحظت القوانين ذلك، فأوجبت أن يكون لكل متهم في جنائية محام يدافع عنه.

لذا فإن في إعداد المراقبة إذا لم يوصله بمحنه في القانون وحوادث القضية وأوراقها إلى ما يثبت الدعوى بيقين، فليكتفى بالرجحان، فإن لم يكن رجحان ولا شبهة، فليرفض الدفاع في القضية المدنية والشرعية، وليتقدم في القضية الجنائية، وعلى المحامي في هذه الحال أن يدافع عنه بحرارة، ولينقل وجدانه إلى المحكمة^٢.

^١ الذي يبدو لي: أن ثبوت أدلة الاتهام لا يبيـن على القطع واليقـن؛ والا تعذر الفصل في الخصومات، بل يكفي غلبة الظن في ذلك؛ لأن الشك والاحتمال قد يتطرق إلى جميع أدلة الإثبات من شهادة وإقرار وقرائن، ولذلك فإن غلبة الظن في الأدلة وقناعة القاضي تكفي في إصدار الأحكـام.

^٢ أبو زهرة، الخطابة، ص ١٤٥-١٤٦.

لذلك فإن الدفاع عن المذنب جائز لتخفيض الحكم عنه إن اقنع المحامي بذلك، وذلك لأنه ليس من حق المحامي أن يحكم على موكله بأنه مذنب أو أنه على خطأ قبل ثبوت إدانته؛ لأن مثل هذا الحكم يجب أن يصدر من محكمة؛ وأما المحامي فإنه في الحقيقة مجرد متحدث بلسان موكله.

وهناك من يرى أن المحامي في تسعين بالمائة من القضايا الجنائية يعرف ما إذا كان موكله مذنباً أو غير مذنباً؛ إذ إن وقائع الدعوى تبرز عادة في بساطة تبهر الأ بصار. أما في القضايا المدنية فإن مجال الشك ولا ريب أوسع بكثير، ففي ثلث القضايا التي تعرض على المحامين يكون وجه الحق أو الباطل فيها واضحاً بجلاء؛ أما في الثلثين الآخرين ف تكون الحقيقة فيها تائهة.^١

أما بشأن الدفاع عن أصاب حدا من الحدود؛ فإننا نفهم مما قرره الجمهور مشروعية المحاماة لمن ارتكب حدا من الحدود الشرعية، فقد ذهبوا إلى جواز التوكيل بالخصومة في دفع الحدود من قبل من عليه الحد أو القصاص.^٢

والفقهاء قرروا جواز التوكيل في الخصومة، ولم يقتصروا الحكم على الخصومة المدنية وحدها، بل صرفوه كذلك إلى الخصومة الجنائية، فنصوا على جواز الوكالة في إثبات الاتهام سواء أتعلق بمدح أم بقصاص أم بتعزير... وإجازة الوكالة في إثبات الاتهام تقتضي بطريق التقابل إجازتها في درئه من باب أولى؛ لأن الحاجة إلى الوكالة في الدرء أمس، نظراً لما يعتري الشخص في مقام الاتهام والمحاكمة من عيّ أو اضطراب يعجزه عن إحسان الدفاع عن نفسه. وإن روح الشريعة، بل المنطق المجرد يوجب التسليم من باب أولى بحق المتهم في الاستعانتة من يدافع عنه حيث قد يؤدي الحكم عليه إلى إهدار دمه أو طرفه، أو النيل من بدنه أو شرفه أو اعتباره.^٣

^١ جيرهارت، *كتوز المحاماة*، ص ١٦٧.

^٢ يقول العيني: إذا وكل مطلوب وهو من عليه الحد أو القصاص رجلاً بالجواب عنه في دفع المطالبة عليه، قال أبو حنيفة: يجوز ومعه جمهور العلماء، وقال أبو يوسف: لا يجوز، وقول محمد مضطرب. انظر، بدر الدين محمود بن أحمد عيني، *البنية في شرح المدایة* (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط. ٢٠٠٠)، ج ٧، ص ٢٦٨؛ ويقول ابن قدامة رحمه الله: "والوكيل يقوم مقام الوكيل في درء الحدود بالشبهات"؛ انظر، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، *المغني شرح مختصر الحرقي* (بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤٠٣/٥١٩٨٣م)، ج ٥، ص ٢٠٦.

^٣ عوض محمد عوض، "حقوق المشتبه فيه في مرحلة التحقيق"، *مجلة المسلم المعاصر*، العدد ٢٢، ص ٢١.

ومع ذلك فقد ذهب فريق من الفقهاء والباحثين^١ إلى عدم جواز دفاع المحامي عن متهم في قضايا الحدود، وعدم الجواز هذا مبني عندهم على أن المحامي شفيع، ولا تجوز الشفاعة والتوكيل في الحدود إذا ثبتت، وبلغت المحاكم؛ لأن الحدود حقوق الله، ولا يسمح بالدفاع واحتراز الحيل لدفع الحد.

ويرد عبد الله رشوان حفظه الله على هذه الشبهة، فيقول:

الحقيقة أن المحاماة جائزة في كلّ القضايا، بل واجبة في الخطيرة منها، ومن ذلك قضايا الحدود، لا على أساس أنها شفاعة، بل لأنّها تساعد القاضي في تبيين وجه الحق في كلّ أطراف الموضوع، وبيان دفاع المتهم في عقوبة من أخطر العقوبات التي ستلحقه، ولو لم يكن للمتهم محام لعيت له المحكمة محاميا.

مثلاً، لو ارتكب شخص فعلاً يستحق عليه العقاب حدّاً أو تعزيراً أو قصاصاً، فإنه لا يتصور ولا يكون مقبولاً أن يقوم رجل الشرطة، أو عامة الناس بجر المتهم إلى القاضي مباشرةً لتوقع العقاب دون إجراء تحقيق وسماع أقوال المتهم، وسماع الشهود نفياً أو إثباتاً، وجع الأدلة والبيانات، ثم تحديد التهمة تحديداً دقيقاً بإعطائها الوصف الصحيح وتقديمها للقاضي مشفوعة بأدلةها، ويقوم بهذه المهمة رجال تخصصوا في هذا العلم وممارسته، وهؤلاء هم الادعاء، أو ما نسميه بالنيابة العامة التي تقف من المتهم بمحاسبة الخصم القوي المزود بالعلم والخبرة وهي تدافع عن حقوق الله، أو حقوق الناس والمجتمع ضد هذا المتهم الذي يغلب عليه في هذه الحالة الجهل بالأحكام الشرعية وشروط العقاب.

وهنا لا بد له من مدافع يساعدته على بيان وجه الحق في الموضوع، ويكون الأمر في ساحة القضاء سجالاً مشرقاً بين الادعاء والدفاع في مجال بيان الحق وحده مع افتراض قيام الخطأ في الفهم أو الدراسة، أو حقيقة الواقع، سواء من جانب الادعاء أم الدفاع أم حتى القاضي، وبناء على ما بين من بحوث ودراسات قدمها الادعاء والدفاع يكون للقاضي إمكانية الاهتداء إلى الحق في الموضوع برمته، ويقضى فيه بمقتضى الشريعة الغراء.

مثلاً في حدّ السرقة:

قد يقدم الادعاء الواقعه للقضاء لإنفاذ الحد. عقوله أن شروط هذا الحد قد توافرت، وهي كثيرة، ومنها ما يشترط في الجاني، أو في الشيء المسروق، وقد ينطوي الادعاء في ذلك كله أو بعضه.

و هنا يأتي دور الدفاع ليثبت خطأ الادعاء، فيقيم الدليل مثلاً على أن المتهم غير بالغ أو غير عاقل، أو غير مكتف - أي مضطر - كفيف وجائع، أو أن المال المسروق لم تتوافر فيه

^١ منهم: أبو سليم خادم حسين، "المحاماة في الشريعة الإسلامية"، مجلة الأمة، العدد ٣٤.

شروط الحد، كأن تقل قيمته عن النصاب، أو يتلف بعض الرق، أو غير محرز، أو أن هناك شبهة تدرأ الحد، إنفاذًا للحديث الشريف «ادرؤوا الحدود بالشبهات».^١

وهذا كله من ضمانات القضاء في دولة الإسلام، فهل يمكن أن نقول بعد ذلك أن المحاماة لا تجوز في قضايا الحدود؛ لأنها مجرد شفاعة، وترك المتهم بضعفه، لا يبين أمام سلطة الادعاء القوي مع افتراض الخطأ حتى بحسن النية من جانب المدعي.^٢

وبناء على ذلك، فالراجح في المحاماة في قضايا الحدود والقصاص جوازها؛ أما الذي لا يجوز شرعا فهو الشفاعة وطلب الرحمة لمقرفي الحد بعد ثبوت الحد وصدر الحكم عليه.^٣

فلا تجوز الشفاعة بغير حق عند القاضي لكسب القضية لصالح موكله.

قال تعالى: «وَمَن يَشْفَعْ شَفَاعَةً سِينَةً يُكَفَّلُ مِنْهَا» [النساء: ٨٥].

والرسول ﷺ يقول: «من حالت شفاعته دون حد من حدود الله عَزَّلَ، فقد حاد الله عَزَّلَ، ومن خاصم في باطل وهو يعلم، لم يزل في سخط الله حتى يترع، ومن قال في مؤمن ما ليس فيه أسكنه الله رديحة الخبال (عصارة أهل النار أو عرقهم) حتى يخرج مما قال».^٤

فالتهم في جريمة من جرائم الحدود عندما يوكل محاميا يدافع عنه فإنه يأمل من ذلك دفع التهمة، ودرء الحد عنه، والشريعة الإسلامية ندب إلى درء الحدود عن طريق إثارة الشبهات واكتشاف الأعذار للتوصل إلى إسقاطها.

والذي يبدو لي:

أن الموكل إذا أقر بجريمه أمام المحامي، واعترف بها اعترافا صريحا، واقتنع المحامي بصحة هذا الإقرار، بأنه إقرار صادر عن وعي وتبصر وعدم إكراه، ولم يصدر عن حالة نفسية مكثبة يائسة للتخلص من الحياة، ولم يجد في جوانب وخفايا القضية شبهات تدرأ الحد، أو أعذارا تخفف العقوبة، ففي هذه الحالة يجب على المحامي الانسحاب من الدعوى؛ أما إذا لم يعترف المتهم لمحامي بشيء من ذلك، والأدلة التي يجوزها لم تكن كافية لإدانته، حاز للمحامي آنذاك الدفاع عن موكله إن ترجح عنده أنه غير مبطل.

^١ ونص الحديث: "ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام إن يخطئ في الغفران من أن يخطئ في العقوبة". رواه الترمذى في سننه، ج ٤، ص ٣٣.

^٢ عبد الله رشوان، "المحاماة في الشريعة الإسلامية"، مجلة الأمة، العدد ٣٨.

^٣ من مقال عبد القادر العماري، مجلة الأمة، العدد ٣٨؛ كرزون، المحاماة رسالة وأمانة، ص ٣٠.

^٤ عبد العظيم بن عبد القوي المنذري، الترغيب والترهيب (الرياض: مكتبة المعارف، ط ١، ٢٠٠٣)، ج ٣، ص ١٩٨.

ويبدو لي أيضاً:

في قضايا الدماء هناك حالة جديرة بالذكر، وهي: إذا علم المحامي بعفو ولي الدم عن القصاص، أو قبولهم الديبة، آنذاك جاز للمحامي ديانة أن يسعى لترئة ذمة موكله، والدفاع عنه لإنقاذه من الإعدام.

وتكييف ذلك، أنَّ عفو أولياء الدم أو أحدهم يسقط عقوبة الإعدام –القود– وإن كان القانون الوضعي عموماً لا يقيم لعفو ولي الدم وزناً؛ لأنَّ عقوبة جريمة القتل تعد في القانون الوضعي من حق المجتمع، فلا تسقط بالإسقاط، خلافاً لما هو عليه في الفقه الإسلامي؛ إذ يجتمع في القتل حق الله وحق العبد، وحق العبد هو الغالب، لذلك عفواً ولي الدم يبرر للمحامي الدفاع عن موكله القاتل ديانة.

ثانياً: ومن الضوابط التي يراها الفقهاء عدم جواز إلزام القاضي أحد الخصميين بتوكيل محام عنه، ففي نطاق الفقه الإسلامي، فإن التوكيل بالخصومة هو من الحقوق المائزة فيها التوكيل؛ لأنَّ الغرض هو إظهار الحق بإثبات الدعوى للمدعي أو دفعها عن المدعي عليه، وليس للقاضي إلزام أحد الخصميين بالتوكيل من غير عذر؛ لأنَّ من حق كلِّ منهما مباشرة الخصومة بنفسه، فقد يكون أهداً إلى معرفة دعواه وحاجته^١.

فالتوكيل حق للموكل يستعمله إذا شاء وليس ملزماً به إلا إذا رأى القاضي ذلك. لذا ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، وبعض الأحناف إلى القول بحرمة التوكيل في الخصومة للطالب المدعي، والمطلوب المدعي عليه.^٢

وفي نطاق التشريعات الحديثة:

فإنه نظراً إلى خطورة الجناية وأهميتها بالنسبة لغيرها من الجرائم فقد طلب القانون ضمانة خاصة، وهي ضرورة حضور محام مع كلِّ متهم بجناية تنظرها محكمة الجنایات^٣، موكلًا أو متدبباً، وذلك تطميناً للمتهم وصوناً لحرية الدفاع عنه.

^١ عمر بن عبد العزيز الشهيد، شرح أدب القاضي (إسلام آباد: إدارات تحقیقات إسلامی، ط١، ١٩٨٧م)، ج٢، ص٨٨.

^٢ سعود بن أحمد الكاساني، بداع الصنائع في ترتيب الشرائع (القاهرة: المطبعة الجمالية، ط١، ١٩٠١م)، ج٧، ص٣٤٥؛ ابن فرحون، تبصرة الحكماء، ج١، ص١٥٦؛ إبراهيم بن علي أبو إسحاق الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعی (القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، د.ط، د.ت)، ج١، ص٣٥؛ ابن قدامة، المغنى، ج٥، ص٢٠٤.

^٣ رزوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، ١٩٧٦م)، ص٦٣؛ الجنائية عند القانونيين هي الجريمة المعقاب عليها بعقوبات: الإعدام، أو الأشغال الشاقة المؤبدة، أو المؤقتة، أو السجن. انظر، مادة ١٠، في قانون العقوبات المصري.

وهذه قاعدة أساسية في القوانين الحديثة لا يجوز مخالفتها وتجاوزها، فحق المتهم في الاستعانة بمحام للدفاع عنه أمام محكمة الجنائيات، في قضية جنائية هو حق مقرر بمقتضى الدستور والقانون^١.

وتندب النيابة العامة محامي له إذا صدر أمر بإحالته إلى محكمة الجنائيات إذا لم يكن المتهم قد وكل محاميا للدفاع عنه^٢.

ويجب على المحامي المتذبذب أن يؤدي واجبه عمن ينذر للدفاع عنه بالعنابة نفسها التي يبذلها إذا كان موكلًا^٣.

حضور محام في الجلسة لمعاونة المتهم وجوبى نظرا إلى خطورة الجنائية وأهميتها بالنسبة لغيرها من الجرائم^٤، وحافظا على مصلحة المدعي والمدعى عليه، وهذا الحق مقرر في الدستور والقانون، فقد نصت المادة ٢٦٧ من الدستور المصرى لسنة ١٩٧١م، على أن:

° كل متهم في جنائية يجب أن يكون له محام يدافع عنه".

ومن هنا اختلف حكم المحاماة في الأنظمة الوضعية الحديثة عنه في الفقه الإسلامي. فقد ورد في شرح أدب القاضي للحسام الشهيد أنه "ليس للقاضي إلزام أحد الخصمين بالتوكيل من غير عنز، لأن من حق كل منهما مباشرة الخصومة بنفسه، فقد يكون أهلى إلى معرفة دعواه وحجته"^٥.

وقد وجهت انتقادات إلى هذه الإجراءات الملزمة في التشريعات الوضعية من قبل بعض الفقهاء المعاصرين؛ لأن الخصم قد يستطيع الدفاع عن نفسه، فما الداعي لاشتراط وجود المحامي للمرافعة أمام محكمة الجنائيات.

لذلك فإن من الأفضل إزالة هذا الإلزام، وإعطاء الخيار للناس في توكيل المحامي، إضافة إلى أن هذا التوكيل يكلف الموكيل مبالغ كبيرة.

^١ ومن ذلك على سبيل المثال ما ذكرته القوانين الجنائية في كلّ من المغرب وتونس وتركيا وألمانيا، وكذلك لبنان وسوريا والأردن وغيرها من البلدان، انظر، محمد معروف عبد الله، "حق المتهم في المدونة القانونية"، مجلة القانون المقارن، العدد ١١، ١٤٠٠هـ.

^٢ نصت المادة ٣٧٦ من الدستور المصري لسنة ١٩٧١م، على أن: "كل متهم في جنائية يجب أن يكون له محام يدافع عنه". انظر، اعتراف المتهم فقهاً وقضاءً، مرجع سابق، ص ١٥٩.

^٣ المرجع السابق، ص ١٦١.

^٤ عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، ص ٦٣.

^٥ المستشار عدلي خليل، استجواب المتهم فقهاً وقضاءً (القاهرة: المكتبة القانونية، ١٩٨٦م)، ص ١٨٠.

^٦ عبد الرحمن إبراهيم الحميضي، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة (مكّة: جامعة أم القرى، مركز بحوث الدراسات الإسلامية، د. ط، ١٩٨٩م)، ص ٤٦٨.

ولأن الوكالة بالخصوصة إنما هي عمل اختياري لا إلزام فيه؛ إذ إن الموكِل ينشئ عقد الوكالة باختياره.

والذي يبدو لي:

هو عدم وجود مانع شرعي في إيجاب ولي الأمر الاستعانة بمحام في قضايا الجنایات لظهورهما، إذا رأى ولي الأمر أن ذلك يحقق مصلحة معتبرة، وذلك لأن لولي الأمر حق الإلزام بالماح من باب السياسة الشرعية، لرعاية مصالح المتهمين، في بيان وتحليل ودفع أدلة الاقام؛ لأنه يصعب على المتهم وحده الدفاع عن نفسه، وخاصة مع كثرة تشعب القوانين الحديثة وتعددتها وتشابكها وشدة تعقدتها، بخلاف ما كان عليه الأمر في التاريخ القضائي الإسلامي؛ إذ لم يكن يتسم القضاء بهذا التشعب والتعقيد.

فالأغلبية الساحقة من المتهمين لا يتسمون باللباقة القانونية للدفاع عن أنفسهم، لعدم معرفتهم بإثارة النقاط القانونية والظروف المخففة لقضيتهم، ولعدم معرفتهم أيضاً بالطعن في القرارات الصادرة، لافتقارهم إلى القدرات العلمية والخبرات الطويلة في هذا الميدان.

ثم إن الاقام بارتكاب جريمة قد يسلب المتهم صفاء ذهنه، ويرتكب في منطقه، ولا يسلس له القول، وقد يركبه العي في موقف الدفاع، وإن كان مقتداً على الدفاع، فإن وقوف محام صافي الذهن بجانب المتهم في هذه القضايا الخطيرة لا يقدر صفاء ذهنه خوف ولا قلن، أمر في غاية الأهمية.

يقول محمد معروف عبد الله: "غالباً ما يشير الاتهام في نفس المتهم اضطراباً، خاصة في الجنایات، وهذه الاضطرابات قد تناول من قدرته على الدفاع عن نفسه حين ينفرد بهذا الدفاع، أو قد لا تكون للمتهم من الحرأة ما يخاطب به المحكمة، أو ينافق به الشهود، فلا بد من وجود من يعينه على إدراك القضية والبحث في مختلف جوانبها بشيء من المدوء والتروي، فيكون المتهم في وضع أفضل لو أنيط أمر الدفاع عنه إلى المحامي؛ لأنه أكثر قدرة على فهم القضايا الجزائية، وأكثر استيعاباً لها، ثم إن هناك عدم تناسب في المعرفة القانونية بين طرف الدعوى الجزائية، حيث يلم مثل الاتهام بالقانون، وقلما يكون المتهم كذلك، وإن وجود المدافع عن المتهم من شأنه أن يحقق التوازن في إدارة العدالة الجزائية".^١

^١ معروف عبد الله، "حق المتهم في المعرفة القانونية"، مجلة القانون المقارن، العدد ١١، ١٩٨٠، ص ١٤٠.

أما القول: بأن الخصم قد يستطيع الدفاع عن نفسه، فليس هذا هو الأمر الغالب بين الناس، بل إنه خاص بقلة منهم، من الذين تمكنوا من معرفة القوانين وخفافيها، وهي حالات نادرة بالنسبة إلى مجموع الناس، والعبرة للغالب الشائع لا للنادر؛ ولأن ذلك يتحقق مصلحة الأغلبية الساحقة.

ثالثاً: ومن الضوابط الشرعية التي ينبغي على المحامي الالتزام بها، هو: أن لا يفشي سر موكله؛ لأن مهنة المحاماة هي أمانة في عنق المحامي، ومن الأمانة حفظ أسرار الدعوى التي تكون بين المتهم ومحاميه، سواء أكانت كتابية أم شفوية؛ إذ إن ستر المسلم لأخيه المسلم والمحافظة على سمعته وسره واجب شرعاً، لذا لا يحل له أن يفضح أسرار موكله. والرسول ﷺ يقول: "ومن ستر على مسلم في الدنيا ستر الله عليه في الدنيا والآخرة".^١

وفي مجال التشريعات الحديثة:

بحد أن القانون يعفي من أوئمـن على سر بسبب مهنته من الإدلاء بالشهادة عنه دون أن يعد فعله جريمة امتناع عن الشهادة.^٢

وكذلك فإن كفالة حق الدفاع توجب أن تتمد الحصانة إلى الأوراق التي يسلّمها المتهم للمحامي، والراسلات المتبادلة بينهما، وأيضاً فإن القانون قد أسبغ الحماية على مكاتب المحامين وسوت بينها وبين المساكن عند التفتيش؛ لأنها تعد مستودعاً لسرّ لا يباح لأي فرد الاطلاع على ما بداخـلـهـ.

وأما نية المـوـكـلـ المـعلـنةـ في ارتكـابـ جـريـمةـ فلا تـدخلـ في الأـسـرـارـ التيـ يـجـبـ عـلـىـ المحـامـيـ المحـافظـةـ عـلـىـ هـاـ،ـ وـعـلـىـ المحـامـيـ أنـ يـكـشـفـ عـنـ ذـلـكـ بـالـقـدـرـ الـذـيـ يـؤـدـيـ إـلـىـ منـعـ اـرـتكـابـ الـجـرمـ،ـ أوـ بـالـقـدـرـ الـذـيـ يـحـمـيـ السـخـصـ الـذـيـ قـدـ يـتـعـرـضـ لـلـأـذـىـ.^٣

^١ الترمذى، السنن، ج ٤، ص ٣٢٦.

^٢ ففي القانون المصرى على سبيل المثال، نص قانون الإثبات على أنه لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطاء أو غيرهم، عن طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو معلومات، أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته، أو زوال صنعته، ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به منع ارتكاب جنحة أو جنحة. انظر، حسن صادق المرصفاوي، ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية (القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية د.ط، ١٩٧٢م)، ص ١٣٥.

^٣ موسوعة المحامي العربية، رقم ٥ و ٣٥؛ المرصفاوي، ضمانات المحاكمة، ص ١٣٦؛ وانظر، كرزون، المحاماة رسالة وأمانة، ص ٦٤؛ محمد عبد الغنى المصرى، أخلاقيات المهنة (عمان: مكتبة الرسالة الحديثة، د.ط، ١٩٨٦م)، ص ٣٥٥.

فالمحمي في هذه الحالة ملزم شرعا بتقليل النصح لموكله وتخويفه من عاقبة جوره وتعسفة حتى يعود إلى رشده؛ وإلا فإن عليه أن يعتذر عن هذا التوكيل حماية لنفسه ولدينه من أن ينساق إلى الباطل.

رابعاً: لا يجوز أن يكون نية الموكيل وغرضه من التوكيل هو الإساءة والإضرار بالخصم، فلا يجوز توكيل عدو خصمه^١، أو توكيل من عرف باللدد والشغب في الخصومة؛ لأنه إذا اقترن القصد الضار بالفعل المباح؛ فإن المباح ينقلب محظما. فالقصد هو الذي يجعل الفعل حلالاً أو حراماً.

ولا يجوز كذلك الدعوى التي هدفها الانتقام من الخصم وإيذاؤه، والإساءة لسمعته باهارات باطلة، والعمل على تسويف الدعوى للإضرار بالطرف الآخر. قال تعالى: «وَأَذْنَى
يُؤْذِونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بِغَيْرِ مَا أَكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَلَمُوا بِهَتَّانٍ وَأَنْمَائِيْنَا» [الأحزاب: ٥٨].

خامساً: لا يجوز للموكيل أو المحمي الجهر بالسوء مما لا دخل في قضيته، أو مما لا دخل له في منع الظلم عن موكله، ويجب تجنب قول الفحش؛ لأن الرسول ﷺ يقول: "ليس المؤمن بالطعن ولا باللعان والفالحش، ولا البذيء".^٢

وعدة المحاصمة الفاجرة من علامات النفاق^٣، والمراد بها هنا الشتم والرمي بالأشياء القبيحة والبهتان^٤، ومع ذلك فإن الشرع أباح قول السوء ضمن حدود، في حالة تذكر الظالم بسوء موقعه، أو الداعاء عليه، قال تعالى: «لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرُ بِالسُّوءِ وَنَّ الْقَوْلُ إِلَّا مَنْ ظَلَّمَ وَكَانَ اللَّهُ سَيِّئًا عَلَيْهِ» [النساء: ١٤٨].

فالمحمي له أن بين مظلمة موكله إن كان مقتنعاً بها ولا حرج عليه من الجهر بذلك، ولأن الوكيل يعبر عن وجهة نظر موكله، وما جاز للموكيل المظلوم أن يقوله، جاز لوكيله

^١ يقول الخطاب: "لا يباح لأحد توكيل عدو خصمه على الخصم ولا عدو المحاصم على خصمه، لأن الضرر في الوجهين بين؟ عبد الرحمن المغربي الخطاب، موهب الجليل لشرح مختصر خليل (بيروت: دار الفكر، ط٣، ١٩٩٢م)، ج٥، ص٢٠٠؛ ابن فرحون، تبصرة الحكماء، ج١، ص١٢٤".

^٢ الترمذى، السنن، ج٤، ص٣٥٦.

^٣ "أربع من كن فيه كان منافقاً، أو كانت فيه خصلة من أربعة، كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر"؛ محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق: مصطفى ديب (بيروت: دار ابن كثير، ط٣، ١٩٨٧م)، ج٢، ص٦٩.

^٤ أحمد بن محمد القسطلاني، إرشاد الساري شرح صحيح البخاري (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٩٩٠م)، ج٤، ص٢٦٣.

أن ينقله عنه، وجاز لغيرهم الإصغاء إليه، وقول السوء هذا والجهر بالشكوى من الظالم يدخل في باب الضرورات، والضرورات تقدر بقدرها، والرسول ﷺ يقول: «إن لصاحب الحق مقلاً»^١، فالمظلوم، أو محامي له أن يذكر ظالمه بما فيه لأجل استيفاء حقه أو دفع الظلم عنه، كما ذكرت هند أمام رسول الله ﷺ أن أبا سفيان رجل شحيح^٢، وكما أن «لي الواجد يحمل عرضه وعقوبته»^٣، ومعنى عرضه: شكايته.

ويدل على ذلك أيضاً حديث الحضرمي والكتبي؛ إذ قال الحضرمي: "يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يالي ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء، ولم ينكِر النبي ﷺ ولم يزجره".^٤ وفي مجال التشريعات الحديثة:

فإن نقابة المحامين في أنظمتها قد منعت المحامي من التعرض لخصمه بما يمس كرامته وسمعته، وما يعد تجريحاً لشخصه إلا في حالة ضرورة الدفاع، وما تستلزم ذلك حالة الدعوى. ومع ذلك وإفساح المجال أمام المتخصصين لممارسة حقوقهم في الدفاع، فقد أباحت بعض الجهات القضائية بعض العبارات والأقوال التي تحوي سباً وقدفاً في شخصية الخصم وكرامته وذلك ضمن ضوابط وقيود؛ حتى لا تقييد حرريته في الدفاع، الأمر الذي لا تتحقق به العدالة، فلم تعد هذه الألفاظ والأقوال مكونة لجريمة ما دامت قد وقعت من شخص يعد طرفاً في الدعوى، فإذا لم تكن المرافعة تستلزم هذه العبارات غير اللائقة، سُئل الخصم عنها، وهي مسألة يقدّرها القاضي حسب ما يراه من العبارات التي أبديت والغرض منها.^٥

^١ البخاري، الصحيح البخاري، ج ٣، ص ١٣٠.

^٢ المصدر السابق، ج ٣، ص ١٣.

^٣ محمد بن يزيد بن ماجة الفزوي، السنن (المكتبة المصرية للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، ٢٠٠٦م)، ج ٢، ص ٨١، رقم الحديث ٢٤٢٧.

^٤ أبو الحسين مسلم بن الحاج، الصحيح (بيروت: دار الجليل، د.ط، د.ت)، ج ١، ص ١٢٣، رقم الحديث ٢٢٣. يقول النووي رحمه الله: "فإن قلت لا بد للإنسان من المخصوصة لاستيفاء حقوقه، فالجواب: ما أحاب به الغزي: إن النم إما هو لمن خاصم ياطل، أو بغير علم، كوكيل القاضي، فإنه يتوكل قبل أن يعرف أن الحق في أي جانب، ويتدخل في النم من طلب حقاً، لكنه لا يقتصر على قتل الحاجة، بل يظهر اللدد والذنب للإيناء، أو التسلط على خصم، وكذلك من يحمله على المخصوصة محض العناد لظهور الخصم وكسره، وكذلك من يخلط المخصوصة بكلمات تؤدي وليس لها إليها ضرورة في التوصل إلى غرضه، فهذا هو المنعوم، بخلاف الظلوم الذي ينصر حجته بطريق الشرع من غير لدد وإسراف وزيادة بحاج على الحاجة، وفي غير قصد عناد ولا إيناء، ففعله هذا ليس ممنوماً ولا حراماً". انظر، محي الدين بن شرف النووي، الأذكار (القاهرة: دار الفجر للتراث، ط ١، ٢٠٠٣م)، ص ٣٣٠.

^٥ موسوعة المحامي العربية، رقم ١٥؛ المصاوي، ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية، ص ١٤٣؛ المصري، أخلاقيات المهنة، ص ٣٤٥؛ وانظر، المادة ٦٩ من قانون المحاماة المصرية، رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣م؛ استجواب المتهم فقهها وقضاء، مرجع سابق، ص ١٩٣.

ومن المبادئ الأساسية لضمان حق الدفاع للمتهم أو محاميه هي إعطاءه الحرية للدفاع بكافة الصور، وتأكيداً لذلك فقد وضع القانون المسؤولية الجنائية عن المتهم ومحاميه عما يقع منهم من عبارات القذف أو السب^١، سواءً أكان ذلك أمام المحكمة أم أمام سلطة التحقيق أم في حاضر الشرطة، وذلك إذا كانت هذه العبارات متصلة بموضوع الخصومة والتي تقتضيها ضرورات الدفاع، ومهما كانت وسائل التعبير، سواءً أكانت كلاماً، أم رسماً، أم صورة، أم إشارة بالإصبع، أم إيماء بالرأس.

أما إذا كانت هذه العبارات الخادشة أو الجارحة خارجة عن نطاق الخصومة، ولا تقتضيها ضرورات الدفاع؛ فإن المتهم أو محاميه يخضع للمسؤولية المدنية، أو المحاكم التأديبية فقط. وبناء على حرية المحامي في الدفاع عن موكله، فللمحامي أن يسلك الطريقة التي يراها ناجحة طبقاً لأصول المهنة في الدفاع، ولا يكون مسؤولاً عما يورده في مرافعته الشفوية أو في مذكراته المكتوبة مما يستلزم حق الدفاع، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام قانون الإجراءات الجنائية، وقانون المرافعات المدنية والتجارية.^٢

سادساً: ذهب فريق من المعاصرين^٣ إلى وجوب توافر ضابط وشرط الذكورة فيمن يمارس مهنة المحاماة، واستدلوا على ذلك بعدم جواز بروز المرأة في المجالس ومخالطة الرجال، ولحرمة النظر إليها وحرمة كلامها، ويستدللون في ذلك بقول قنادة: "قُلْمَا تَكَلَّمُ امرأة فتريد أَنْ تَكَلَّمَ بِجَهْتِهَا إِلَّا تَكَلَّمَتْ بِالْحَاجَةِ عَلَيْهَا"^٤. ولأن الصحابة ومن بعدهم وكلوا رجالاً، ولم يعرف عن أحد منهم أنه وكل امرأة، ولو لمرة واحدة فقط^٥. وبالتالي فلا يجوز لها أن تمارس مهنة المحاماة سداً للذرية، وأمناً للفتنة.

^١ ومعنى القذف في القانون هو نسبة أمر إلى شخص بطريق من طرق العلانية مُعاقب عليه، أو موجب للاحتقار، والمراد بالسب: كل إصاق لعيب، أو تعبير يحط من قدر الشخص نفسه، أو يخدش سمعته وشرفه واعتباره لدى الغير، انظر، اعتراف المتهم فقهاً وقضاء، مرجع سابق، ص ١٦٩.

^٢ المرجع السابق، ص ١٧٠ وما بعدها.

^٣ منهم: مشهور حسن سلمان، المحاماة وتاريخها في النظم و موقف الشريعة الإسلامية منها (عمان: دار الفيحا، د.ط، ١٩٨٧م)، ص ١٩٨ وما بعدها.

^٤ أبو جعفر محمد بن جرير الطبرى، جامع البيان عن تأويل القرآن (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ٢، ١٩٩٩م)، ج ١٢، ص ١٨٤؛ عبد الرحمن بن علي بن الحوزي، زاد المسير في علم التفسير (بيروت: المكتب الإسلامي، ط ١، ٢٠٠٢م)، ج ٧، ص ٣٦.

^٥ سلمان، المحاماة وتاريخها في النظم، ص ٢٠٢.

وقالوا: بأن عدم جواز عملها في هذه المهنة لا للعمل نفسه، ولكن لما أحاط به.

والذي يبدو لي:

أن الراجح هو عدم اعتبار ضابط الذكورة لممارسة مهنة المحاماة.

وفي تفصيل ذلك نقول: أما القول بأن صوت المرأة عورة، فیناقشه أستاذنا الدكتور عبد

ال الكريم زيدان حفظه الله في كتابه الموسعي المفصل في أحكام المرأة، فيقول:

ومن عرض أقوال المفسرين في قوله تعالى: **﴿وَلَا يُبَدِّلَنَّ زِينَتَهُ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾** [النور: ٣١]

وما رجحناه من أقوالهم في "إلا ما ظهر منها"، وأنه هو الوجه والكتفان، يتراجع قول الجمهور وهو أن وجه المرأة وكفيها ليسا بعورة، وبالتالي يجوز كشفهما وإبداؤهما.^١

فإن قيل: إن كثيراً من الفقهاء قالوا بستر الوجه سداً للذرية، ولأمن الفتنة. والجواب

على ذلك كما يقول الباحث الإسلامي عبد الحليم أبو شقة في كتابه *قيم تحرير المرأة في عصر الرسالة*: هذا القول من بعض الفقهاء هو احتهاد منهم لأمن الفتنة، وليس هو الحكم الأصلي الوارد في النصوص في شأن الوجه، فالشارع أوجب ستر العورة فحسب؛ أما ستر

الوجه فهو حكم اجتهادي فقهي.

أما من ناحية أمن الفتنة؛ فإن فتن الحياة كثيرة، ومن أخطرها: فتن النساء، وفتنة المال، وفتنة

الأولاد، قال تعالى: **﴿إِنَّمَا أَنْوَلُكُمْ وَأَوْلَدُكُمْ فِتْنَةٌ﴾** [الغافر: ١٥]، وقال تعالى: **﴿رَبِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ**

الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ وَالْقَنَاطِيرِ الْمُغَنَّطَةِ مِنَ الْذَّهَبِ وَالْفَيْضَةِ﴾ [آل عمران: ١٤].

ولكن هذه الفتن الثلاث لا غنى للبشرية عنها، فالمال عماد الحياة، ولا يجوز أن يعطى
وظيفته في تعمير الأرض بناء على فكرة سد الذرية، مع أنه فتنه؛ ولكن ينبغي أن نحرم أموراً
حرمتها الشارع الحكيم قد تصاحب المال سوء في كسبه أو في إتفاقه. وكذلك النساء؛ فإن
الشارع حينما حذر من فتن النساء، كان يقصد التحذير من الميل الفطري نحوهن، والذي قد
يدفع إلى سلوك منحرف: من نظرة حرام، وكلمة حرام، أو لمسة حرام، حتى يصل إلى الزنا.

وقد بين الشارع الحكيم - وهو العليم بخلقه - مثيرات الفتنة بياناً شاملًا كاملاً، وقرر مع
بيانها مجموعة من الآداب. فالذي حرمه الشارع أمور تصاحب حضور المرأة وتعاملها مع
الرجال، مما هي من مثيرات الفتنة، ولم يعد كشف الوجه من تلك المثيرات المحظورة.

^١ هذا وقد وردت في كتب الصحاح ستة عشرة حادیث تفيد أن الرسول ﷺ رأى الوجوه مكشوفة فما أنكر ذلك.

انظر، محمد الغزالي، سر تأخر العرب والمسلمين، ص ١٩.

وفتنة النساء كانت قائمة في العهد النبوى، بدليل قوله تعالى: **﴿فُلْلَمْ تَمُؤْنِدَكُ يَعْضُوا مِنْ أَبْصَرِهِمْ﴾** [النور: ٣٠]، وقوله تعالى: **﴿يَعْلَمُ حَائِثَةً أَلْأَغْرِيْنِ﴾** [غافر: ١٩]. وقد وردت أحاديث كثيرة تفيد وقوع بعض الصحابة في النظر المحظور، ومنها حديث الختحمية، فعندما أرسل الفضل بن العباس نظره إلى امرأة وضيقه في حضرته ﷺ، حول الرسول الكريم نظر الفضل، ولم يأمر المرأة بستر وجهها بالإسدال عليه من طرف ثوبها إن كانت محرمة، أو بوضع النقاب إن كانت غير محرمة، وكذلك حديث المرأة الحسناء تؤمن المسجد ويتحرى بعض الرجال الصدوق المتأخرة لينظروا إليها.^١

ومع وجود الفتنة اكتفى الشارع بالأمر بالغض من البصر ولم يأمر بستر الوجه، وإذا كانت الوجوه مسوورة فمن أي شيء نغض البصر؟^٢

وأما "صوت المرأة" الذي لأجله حرم بعضهم ممارسة مهنة المحاماة على المرأة، فإن صوتها ليس بعورة. إن القرآن الكريم أباح سؤال زوجات النبي ﷺ من وراء حجاب على الرغم من التشديد والتغليظ عليهم: **﴿وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَّعًا فَسَتَأْتُوهُنَّ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ﴾** [الأحزاب: ٥٣]، وكن يجبن عن الأسئلة الموجهة إليهن، سواء عن طريق الإفتاء والمشاورة، أم رواية الأحاديث لمن يريد أن يتحملها عنهن.

والمرأة المسلمة في عصر النبوة كانت تسأل النبي ﷺ في حضرة الرجال، ولم تجد في ذلك حرجا ولا منعا من النبي ﷺ. فكم من نساء سائلن وتحدثن في مجلس النبي ﷺ، وقد صدر أمر إلهي بامتحان المؤمنات المهاجرات، وكان عمر يتولى ذلك الامتحان، فهل قال أحد: إن صوت المرأة حين تسأل وتحبب عورة؟

إن أدب المخاطبة للمرأة هو الرصانة والجد في القول، وليس منع جنس الصوت من أن يسمعه الرجال، لقوله تعالى: **﴿فَلَا تَخْضَعْنَ بِإِلْقَوِيْلِ فَيَطْبَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ﴾** [الأحزاب: ٣٢]. فالملاعن هو في اللين من القول، وليس في مطلق القول، أي منع ترخيم الصوت وتغيفمه وتلبيسه، لما فيه من إثارة الفتنة؛ إذ ورد في السنة الشريفة وقائع كثيرة كان النساء يحدثن الرجال في جميع أمور الحياة بالمعروف^٣. وقد وردت مئات النصوص في صحيح البخاري ومسلم تؤكد مشاركة المرأة في مجالات الحياة بخصوص الرجال ضمن آداب الإسلام وضوابطه.

^١ أحمد بن شعب أبو عبد الرحمن النسائي، السنن (يراد: مكتب للطبعات الإسلامية، ط٢، ج١٤٠٦)، كتاب الإمامة، الحديث رقم ٨٣٨.

^٢ الموسوعة الفقهية (ال الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ١٩٩٨م)، ج٤، ص. ٩٠.

إذ إن الصحابيات شاركن في الحياة الاجتماعية ولقين الرجال في مناسبات كثيرة جداً. وبلغ ما ورد منها في صحيح البخاري ومسلم فقط نحو ثلاثة وأربعين. ومن صور حضور المرأة الذي ذكره الشارع وأجازه: الحضور والبروز للقيام بأعمال قضاء الحسبة، وهذا يستلزم مخالطتها لأهل السوق من الرجال الأجانب. وقد استدلوا لعدم جواز ممارستها مهنة الحماماً أيضاً لأن المرأة "ضعف الرأي"، و"قليلة الصواب" لذا فإنها لا تصلح لممارسة هذه المهنة. واستدلوا على ذلك بقول قتادة ^{رض}: "ما تكلمت امرأة ولها حجة إلا جعلتها على نفسها"^١. وكذلك استدلوا بقول ابن كثير: "المرأة ناقصة... وإذا خاصمت فلا عباره لها، بل هي عاجزة عيبة".

والذي يبدو لي:

أن ضعف رأي المرأة وقلة صوابها -وكما كان يرى ذلك ابن قدامة، والماوردي، وابن العربي رحمة الله- إنما هو تعبير عن واقع المرأة المسلمة آنذاك، نتيجة ضغوط البيئة والعوامل الاجتماعية والنفسية التي أحاطت بها وعزلتها عن الحياة، وحصرتها بين الجدران، كل ذلك أدى إلى أن يقل صواب رأيها، فحكمهم هذا هو فرع عن تصورهم لواقع المرأة آنذاك. ولذلك فلا غرابة في حكم قتادة وابن كثير وغيرهم على قلة صواب المرأة، فهذه الآراء جاءت مطابقة لغالب الأحوال وأعمها آنذاك في عالم المرأة.

والصواب عند المرأة يمكن زيادة احتمالاته بالتربيـة والتوجـيه والاكتـساب، كما هو الشأن مع الرجال، فينبغي العمل على رفع قدرـاهـا، وصـقل استعدادـها، وعـندهـا تـزـداد وـعيـا وـوضـجا وـصـوابـا؛ فـلا اهـتمـام بـتعلـيمـها وـاكتـسـابـها العـلـومـ والمـعـارـفـ يـزيـدـ منـ مـسـاحـةـ الصـوابـ عـنـدهـاـ،ـ كماـ يـزيـدـ ذـلـكـ مـنـ مـسـاحـةـ الصـوابـ عـنـدـ الرـجـلـ.^٢

لذلك فإن المرأة المعاصرة التي حازت الشهادة لممارسة مهنة الحماماً وأثبتت كفايتها؛ فإن مقدرتها على المراقبة وفهم القانون لا تقل عن مقدرة الرجل في هذا المضمار، والواقع العملي يشهد بذلك.

^١ الطبرى، جامع البيان في تفسير القرآن، ج ٢٥، ص ٣٥؛ القرطى، الجامع لأحكام القرآن، ج ٦، ص ٧٢.

^٢ عارف على عارف، توقي المرأة منصب القضاء بين ثراثنا الفقهي والواقع المعاصر (كتاب الالبوري: دار التجديد، د.ط، ١٩٩٩م)، ص ٤٧-٤٨.

أما استدلالهم بأن المرأة لم يوكلها أحد في الخصومة في عهد الصحابة ولو مرة واحدة وإنما كان التوكيل للرجال، فيحاب عنه بأن عدم توكيل الصحابة للمرأة في الخصومات وما يقال من أن السوابق التاريخية في العصور الإسلامية لم تعرف توكيل المرأة في الخصومات، وأن العادة جرت سابقاً على عدم ممارستها هذا العقد، فهذا ليس بدليل شرعي على المنع، بل هذا مما يدخل في تغيير الفتوى بتغير الزمان والمكان والحال، وهو من الأمور الاجتهادية التي لم تأت النصوص الشرعية بمنعها.

بل إن عدم ممارستها التوكيل في الخصومة كان نابعاً من سلطان البيئة والعرف والعادة، تلك العادات والتقاليد التي كانت مستحکمة وضاربة بجذورها في أعماق المجتمع، وكثير من هذه العادات والأعراف مبنية على مصالح متغيرة بتغير الزمان والمكان.

هذا وقد أفتى فضيلة الشيخ عبد المنصف عبد الفتاح بجواز عمل المرأة في مهنة الحمام، وأن الإسلام احترم حرية الرأي للمرأة، وجعل لها حق الدفاع عن نفسها، أو عن غيرها إذا اقتضى الحال إلى ذلك سبيلاً، فلا حرج على المرأة أن تقوم بمهمة الدفاع كما ترى أنه حق^١. يقول الإمام السريسي رحمه الله: "إذا وكلت امرأة رجلاً أو رجلاً امرأة، فذلك كله جائز، لعموم الحاجة إلى الوكالة في حق هؤلاء".^٢

وقد عقب ظافر القاسمي رحمه الله على هذه العبارة مؤكداً الجواز: "وبهذا فتحت الشريعة الإسلامية أبواب الحمام أمام المرأة قبل أكثر من ألف عام".^٣

سابعاً: الحمام رسالة في الإصلاح الاجتماعي، وأمر بالمعروف ونهي عن المنكر، فيسعى الحامي لتحقيق هذه الغايات النبيلة خلال مسيرة الدعوى، وذلك بالدعوة إلى الصلح أو التحكيم أو إلى التسامح والصفح، وإن كان في هذا خسارة له؛ لأن الصلح والعنف لا يتحقق مصالحة المادية، بل إن كسبه وربحه هو في الخصومات لا في الصلح والتسامح بين المתחاصمين، أو كما يبدو ذلك ظاهراً؛ ولكن المادة ليست كل شيء في حياة المسلم، بل هناك اعتبارات علياً وقيم أسمى من ذلك. والله تعالى يقول: ﴿إِنَّا لِمُؤْمِنَوْنَ إِخْوَةٌ فَاصْلِحُوهُمَا بَيْنَ أَنْتُمْ كُلُّكُمْ تَرْتَمِمُونَ﴾ [الحجرات: ١٠]، ويقول: ﴿فَاقْتَلُوْا أَلَّا وَاصْلِحُوهُمَا ذَاتَ بَيْنِكُمْ﴾ [الأنفال: ١].

^١ جريدة المسلمين، العدد العشرون، نقلًا عن: سلمان، الحمام وتاريخها في النظم، ص ١٩٨ وما بعدها.

^٢ السريسي، المبسوط، ج ٨، ص ١٩

^٣ ظافر القاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي (عمان: دار النفائس، د.ط، ١٩٨٣م)، ص ٣٨٦.

إن مهنة المحاماة مهنة إنسانية، وليس مرتفقاً يُتَحْذَد للعيش فقط، بل هو عمل شريف من قبيل الإصلاح الاجتماعي قبل كلّ شيء، ومن هذه الناحية تكتسب المحاماة شرفها، وينال المحامي مجده.^١

وهناك من يقول بأن المحامي لا ينجح في حياته العملية؛ إلا إذا نبذ التمسك بالصدق. ويستشهد القائلون بهذا ببعض المحامين الذين يعتمدون على التضليل والاحتيال ومع ذلك فهم مفلحون؛ أما الصادقون منهم فإنهم يبقون في المؤخرة دائماً، وبخاهم قليل.

إن هذا القول قول غير دقيق؛ لأن الصدق ليس الشرط الوحيد للنجاح، وقد تتوافر الشروط الأخرى كلها في محام غير صادق فيفلح؛ ولكن إذا تساوت الشروط كلها في محامين، وكان أحدهما صادقاً والآخر غير صادق، وكان القضاة مستوفين حقوق العلم والعدالة، فالراجح أن المحامي الصادق يفلح أكثر من المحامي المضلل المحتال.^٢

لذلك يجب على المحامي أن يتبع عن أية حيلة ليكسب موكله ما لا حق له فيه، أو عرقلة وصول الحق إلى صاحبه، فالمحامي المتحايل الذي يريد أن يأخذ لموكله حقاً ليس له، أو تقويت حق خصمه، إنه وإن كانت الأحكام تبني في الدنيا على الظاهر؛ إلا أن السرائر يتولاها الذي يعلم السرّ أخفى.

إن رسالة المحامي ليست مقصورة على أداء الواجب نحو موكله فحسب، وإنما تتناول واجباً لا يقل في سموه ومكانته عن الواجب الأول إن لم يزد عليه، وهو واجب المحامي نحو المحكمة لتحقيق العدالة في الدنيا.

وهو مسؤول قبل ذلك كله أمام المحكمة الكبرى أمام الحق تعالى، يوم هم بارزون على الله لا تخفي منهم خافية. وقد حذر النبي ﷺ من ارتكاب الحيل، فقال: «لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود فستحلوا حمار الله بأدنى الحيل».^٣

يقول ابن القيم رحمه الله قوله لا مؤثراً بليغاً جديراً بنا ذكره في هذا المقام، وذلك في حق من يستخدمون الحيل ووسائل المكر والخداع لأخذ ما لا حق لهم فيه، أو لإضاعة حق

^١ أبو زهرة، الخطابة، ص ١٧٦.

^٢ مجلة المق�향، الجزء الأول من المجلد الحادي والستين، شوال سنة ١٩٢٢م؛ انظر، سلمان، المحاماة وتاريخها في النظم، ص ١١٧.

^٣ أخرجه ابن بطة بسنده عن أبي هريرة مرفوعاً، كما ذكره ابن كثير في تفسيره، وقال: هذا إسناد جيد، ١٠٨/١، ٢٥٨، ٢٤٠١هـ. وذكره ابن قيم الجوزية في حاشيته على سنن أبي داود ونسبة إلى ابن بطة، وحسن إسناده، ابن قيم الجوزية، هذيب سنن أبي داود (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ٢، ١٤١٥هـ)، ج ٩، ص ٢٤٤.

لغيرهم، يقول رحمه الله: "ف Finchيق يمن اتقى الله و خاف نكاله أن يخدر استحلال محارم الله بأنواع المكر والاحتيال، وأن يعلم أنه لا يخلصه من الله ما أظهره مكرًا وخدعه من الأقوال والأفعال، وأن يعلم أن الله يوماً يُكَعُّ في الرجال، وتنسف في الرجال، وتترافق في الأحوال، وتشهد في الجوارح والأوصال، وتبلِّي في السرائر، وتظهر في الضمائر، ويصير الباطن فيه ظاهرًا، والسر علانية، والمستور مكشوفًا، ويجعل ويصل ما في الصدور، كما يعيش ويخرج ما في القبور، وتجري أحكام الرب تعالى هناك على القصود والنيات، كما جرت أحكامه في هذه الدار على ظواهر الأقوال والحركات، يوم تبيض وجوه بما في قلوب أصحابها من النصيحة لله ورسوله وكتابه، وما فيها من البر والصدق والإخلاص للكبير المتعال، وتسود بما في قلوب أصحابها من الخديعة والغش والكذب والمكر والاحتيال، هنالك يعلم المحاذعون أنهم لأنفسهم كانوا يخدعون، وبدينهما كانوا يلعبون، وما يمكرون إلا بأنفسهم وما يشعرون".^١

ثاًهناً: ومن ضوابط ممارسة مهنة الحامية أيضاً: حرمة التوكيل في المطالبة بحقوق أسقط الشرع مشروعيتها؛ ولكن أباحتها القوانين الوضعية. فالمطالبة باستحقاقات الموكيل في الدعاوى الربوية حرمة، حرمة الربا، والمطالبة بدعوى الإرث المستحقة بما يخالف قواعد التقسيم الشرعي له، أو المطالبة بمعاقبة الزوج بسبب تعدد زوجاته، كل ذلك يدخل التوكيل فيها في دائرة المحرمات.

تاسعاً: ومن الشروط التي يجب توافرها في الحامي: أن لا يوكل أحد الخصمين ابن القاضي؛ إذ لا يجوز قضاء القاضي لابنه المحامي على خصميه، ولو قضى للخصم على ابنه الحامي جاز، لأن ذلك بمحنة قصائه على ابنه؛ إذ لا تهمه في قضائه على ابنه، وإنما التهمة في قضائه له، ألا ترى أن شهادته على ابنه مقبولة بخلاف شهادته له.^٢

عاشرأً: ذهب فريق من الفقهاء منهم المالكية إلى منع توكيل المسلم للذمي، وتوكيل الذمي للمسلم، واحتجوا لذلك بأن الذمي لا يتقى الحرام، ولا تفارقته الخيانة، ويكره للمسلم أن يتوكل للذمي، لما فيه من الامتحان.^٣

^١ ابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين (بيروت: دار الجليل، د.ط، ١٩٧٣م)، ج ٣، ص ١٦٣.

^٢ السرخسي، المبسوط، ج ١٩، ص ٢٨.

^٣ علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٩٩١م)، ج ١، ص ٢٠؛ محمد بن يوسف الكافي، أحكام الأحكام على تحفة الحكم (القاهرة: دار الفكر، د.ط، ١٩٩٠م)، ص ٦٣.

أما عند الحنفية فاتحاد الدين ليس شرطاً في صحة الوكالة، فصح أن يوكل المسلم الذمي، والذمي المسلم في الخصومة.

وذهب الإمام أحمد إلى أن كل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلاً أو امرأة، مسلماً أو كافراً.

وعند الشافعية أيضاً من صح منه مباشرة الشيء صح توكيلاً فيه غيره، وأن يوكل فيه عن غيره.

ومنع الشيعة الإمامية توكيلاً للمسلم للذمي؛ لأن فيه إثبات السبيل للكافر على المسلم المنفي بالآية: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِكَفَّارِنَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» [النساء: ١٤١].^١

وقد أفتى الشيخ أحمد هريدي بجواز توكيلاً للمسلم أو الذمي غير المسلم في الخصومة، لذلك جاز توكيلاً المحامي المدني غير المسلم في الدفاع في القضايا والأحكام الشرعية، وقيامه مقام المحامي الشرعي.^٢

ويرى الأستاذ مشهور جواز مرافعة المحامي غير المسلم عن المسلم؛ لأن الوكالة نيابة وليست ولادة على الراجح عند العلماء، وكذلك ليس في حاماة غير المسلم عن المسلم احتقار ولا إهانة له.^٣

خلاصة:

أهم النتائج التي توصلت إليها، هي على النحو الآتي:

١. لا يجوز للمحامي الدفاع عن مبطل، إذا تيقن من بطلان دعواه، بل يقف منه موقف الناصح والمستنكر؛ أما إذا لم يتبين الحق من الباطل، والتبس عليه الأمر، جاز له الدفاع عن المتهم بما يراه حقاً.
٢. يجوز المحاماة في قضايا الحدود والقصاص لدرء الحدود بالشبهات والأعذار؛ أما الذي لا يجوز شرعاً فهو الشفاعة وطلب الرحمة بعد ثبوت الحد، وصدور الأحكام عليه.
٣. ممارسة المحاماة في ظل القوانين الوضعية جائزه، إذا لم تختلف الشريعة الإسلامية؛ لأن القول بتحريم مهنة المحاماة ضمن القوانين الوضعية يؤدي إلى انسحاب المسلم من ساحة

^١ جعفر بن الحسن محقق الحلبي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام (قم: مؤسسة مطبوعة إسماعيلين، ط٢، ١٩٨٧م)، ج٢، ص١٩٩.

^٢ أحمد هريدي، الفتاوى الإسلامية (القاهرة: دار الإفتاء المصرية، د.ط، د.ت)، ج٦، ص٢٢٧٩.

^٣ انظر، سلمان، المحاماة وتاريخها في النظم، ص٩٢ وما بعدها.

الدفاع عن الحق ودفع الظلم، ويترتب عليه ترك سوق الحامات إلى غير المسلمين، وبذلك يسيطرون على الحامات والقضاء.

٤. جواز ممارسة المرأة لهنّة الحامات كالرجل تماماً ضمن الآداب والضوابط الشرعية في التعامل بين الجنسين.

٥. حرمة التوكيل في المطالبة بحقوق أنسق الشرع مشروعيتها وإن أباحتها القوانين الوضعية.

٦. الحامات أمانة في عنق المحامي، لذلك لا يجوز إفشاء أسرار الدعوى؛ أما نية الموكلي المعلنة في ارتكاب جريمة فلا تدخل في الأسرار.

٧. لا يجوز أن تكون نية المحامي أو الموكلي قصد الإساءة إلى الخصم والانتقام منه، أو تسويف الدعوى للإضرار بالطرف الآخر.

٨. ليس للقاضي إلزام أحد الخصمين بتوكيل محام عنه؛ أما في القضايا الجنائية — لخطورتها وجهل الناس عموماً بالقوانين وتعقيداتها — فلا مانع شرعاً من إلزام المتهم بتوكيل محام عنه (وذلك من باب السياسة الشرعية، إذا رأى ولي الأمر ذلك)، فإن تعذر عليه ذلك فإن النيابة العامة تدب عنه محامياً.



الفصل الخامس

الصوت والصورة

ومدى الاعتداد بهما في الإثبات الجنائي*

* أصل المقال بحث نشر في: مجلة التجديد، السنة الثامنة، العدد السادس عشر، رجب ١٤٢٥هـ/أغسطس ٢٠٠٤م، ص ٧٣-١١٢.

تمهيد:

لقد قذفت الحياة المعاصرة بعثات المسائل والقضايا والمشكلات، وهذه المستجدات تحتاج كلها من المنظور الإسلامي إلى إبداء الرأي.

وفي دائرة الجنائيات ظهرت في ساحات القضاء وسائل جديدة للإثبات، منها: الحصول على صورة المتهم أو صوته، فما مدى الاعتداد بهذه القرائن الجديدة في الإثبات في المحاكم؟ إن هذه المستجدات تعد من الوسائل العلمية الحديثة، وهي ثمرة من ثراث التقدم العلمي والتكنولوجي التي شهدتها العصور الأخيرة. ولم يكن يعرفها القدماء وأسلافنا الفقهاء؛ لكن الفقه الإسلامي لم يكن ليقف عاجزاً أمام هذه القضايا المستحدثة، ما دام باب الاجتهاد مفتوحاً حتى تظل هذه الشريعة قائمة كما أراد الله لها إلى يوم القيمة.

يقول الإمام الشافعي: "ما من حادثة إلا وللإسلام قول فيها بالحل أو الحرمة". ولذلك ينبغي أن يواكب فقهاء العصر حركات التطور والتقدم في شتى المجالات ليقدموا للأمة الجديد والكثير في هذا المجال، بناء على أن الفقه الإسلامي بطبيعته وصناعته بين الفقهاء فقه خصب وقابل للتتطور والتجدد في الحدود المنشورة، وعليهم أن يسهموا إسهاماً واضحاً في إرساء معالم البناء والتقدم ببيان ما هو حلال وما هو حرام، وبيان البائعين التي تتحقق المقصد ولا تتنافى مع أصول الشرع ومقاصده. ولا يتم هذا إلا بالتجدد في الاجتهاد لمراعاة المصالح وال حاجات. مع مراعاة ضوابط هذا التجدد.^١

^١ جمال الدين عطية، تجديد الفقه الإسلامي (بيروت: دار الفكر المعاصر، د.ط، ٢٠٠٠م)، ص ١٥٥، ١٩٦، ٢٣٢.

ولذلك لن يقف هذا الفقه المرن متخلقاً عما يدور ويجري في العالم، وخاصة أن علم الإثبات الجنائي هو من العلوم التي ليست بمنأى عن حركة التقدم العلمي والاستفادة من ثماره.

والشريعة لا تضيق بأي أسلوب علمي صحيح يحقق أغراضها ويتفق مع مبادئها العامة، لذلك يقول ابن قيم الجوزية رحمه الله: "إِنَّ اللَّهَ سَبَّحَانَهُ أَرْسَلَ رَسُولَهُ وَأَنْزَلَ كِتَابَهُ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقَسْطِ، وَهُوَ الْعَدْلُ الَّذِي قَامَتْ بِهِ الْأَرْضُ وَالسَّمَاوَاتُ". فإذا ظهرت أمارات العدل وأفسر وجهه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه. والله تعالى أعلم وأحكم وأعدل أن يختص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها، وأقوى دلالة، وأبين أمارة فلا يجعله منها، ولا يحكم عند وجودها وقيامها. بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط، فأي طريق استخرج به العدل والقسط فهو من الدين وليس مخالفة له".^١

هذا وسوف نعرض في هذا البحث حجج المانعين من الاعتداد بالتسجيل الصوتي، والتصوير الضوئي، وشريط الفيديو، وكذلك التنصت على المكالمات التلفونية، في مجال الإثبات الجنائي والجizرين لها، مع مناقشة أدائهم وبيان الراجح منها.

ونعرض كذلك للتشريعات الحديثة لبعض الدول في الاحتياج بهذه القرائن الجديدة في الإثبات الجنائي أو عدم الاحتياج لها.

إن هذا النوع من وسائل الإثبات هي من الوسائل الحديثة في القضاء لم يعرفه الأقدمون، ولم يعرفه أسلافنا الفقهاء.

والملحق في هذه المسألة يرى أنه ليس في الشريعة نصوص تمنع من تنظيم هذه الأمور على ضوء المستجدات العلمية الحديثة، إذا ما حققت العدالة.

مع ذلك فإن هناك أصولاً عامة وأحكاماً كافية تحكم هذا النشاط كما تحكم غيره.

منها: ألا يؤدي هذا الأسلوب في الإثبات إلى إهانة الأحكام الشرعية التي تصنون حرمات الناس وحقوقهم وأمنهم^٢.

وأيضاً من أصول الشريعة الإسلامية أن الغاية لا تبرر الوسيلة، وإنما الذي يتفق مع أصولها أن تتكافأ الوسائل مع المقاصد في مشروعيتها.

^١ محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، *الطرق الحكمية في السياسة الشرعية* (بيروت: دار الفكر، د.ط، ٢٠٠٥م)، ص ١٨.

^٢ عرض محمد عوض، "حقوق المشتبه في مرحلة التحقيق"، مجلة المسلم المعاصر، العدد ٢٢، ١٩٨٠م، ص ١٣، ٢٣.

إن التهمة إذا توجّهت إلى شخص ما، واثبّته في أمره ووُجِدَتْ أمارات قوية ودلائل كافية على ارتكابه جريمة ما، فما تأثير هذا الأدلة والاشتباه في الخد من حقوق الشخص وحرياته لأجل مصلحة المجموع.

هناك أصلان متعارضان يحكمان هذه المسألة، ومصلحتان متباذلتان وكل منهما حذر بالرعاية، وهما: مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع ومدى تغلب أحدهما على الآخر.

أما الأصل الأول:

فيتعلّق بتحقيق مصلحة الفرد وذلك أن من المقرر أن كل إنسان بريء إلى أن ثبتت إدانته. يقول علماء أصول الفقه: إن الأصل براءة الذمة، أي أن الإنسان بريء مما نسب إليه ما لم يثبت العكس.

وبقاء الحكم الأصلي حتى يوجد ما يغيّره أو يقوم الدليل على خلافه، هو ما يسمى في عرف الأصوليين "الاستصحاب" وهو الحكم على الشيء بالحال التي كان عليها من قبل حتى يقوم دليل على تغيير تلك الحال.

أو هو جعل الحكم الذي كان ثابتاً في الماضي باقياً في الحال حتى يقوم دليل على تغييره.^١ ومقتضى هذه القريئة ألا تمس حقوق الإنسان، ولا تقييد حريته قبل أن تقوم الأدلة على انتفاء براءته.

والاتهام وحده لا ينفي تلك القريئة، لأنّه لا يخلو من الشك بطبيعته، والشك لا يمحو اليقين، والبراءة الأصلية حقيقة متيقنة.

أما الأصل الثاني:

فيتعلّق بتحقيق مصلحة المجتمع في نشر العدالة وكشف الحقيقة. وهنا ومن -باب الضرورة- يخترق مصلحة الفرد بقدر ما يتعلّق الأمر بمصلحة المجموع لدفع الشر والمفاسد والجرائم عنهم.

إن تحيص الأدلة لا يتسنى في كثير من الأحيان دون التعرض لشخص المتهم وتقييد بعض حقوقه.

^١ محمد أبو زهرة، *الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي* (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، ٢٠٠٦م)، ص ٢٣٣؛ محمد عبد الوهاب خلاف، *علم أصول الفقه* (القاهرة: دار الحديث، د.ط، ٢٠٠٣م)، ص ٩١؛ عبد الفتاح محمد أبو العينين، *القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي مع المقارنة بقانون الإثبات اليمني* (القاهرة: مطبعة الأمانة، ١٩٨٣م)، ص ٧٧.

ولما كان الأمر متعلقاً بتحقيق العدالة وهي من أسس الحياة الاجتماعية فلا مناص من النزول على حكم الضرورة – كما ذكرنا – للكشف عن الحقيقة.

ومن القواعد المجمع عليها في الفقه الإسلامي – بل على مستوى الفكر الإنساني – أن الضرورات تبيح المظورات، وأنها تقدر بقدرها.

والعارض بين الأصلين يضع المحقق في موقف دقيق، ويفرض عليه تقييد كل منها بقدر ما تقتضي به الحاجة دون إفراط ولا تفريط.

وكثيراً ما وقع الشطط نتيجة المبالغة في تقدير إحدى المصلحتين: مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة، والحد الذي تستقيم به الأمور هو الاعتدال.

لكن الاعتدال مطلب عسير؛ لأنه من المسائل النسبية التي تختلف فيها الأنوار.

والمهم هو إيجاد نوع من التوازن الذي تحرص الشريعة على وجوده في كل أحكامها بين حقوق الفرد وحقوق المجتمع.^١

ولقد اختلف المعاصرون في مدى شرعية التسجيل الصوتي والتصوير الضوئي، والاعتداد بهما في الإثبات الجنائي؟

لقد انقسم العلماء في ذلك إلى فريقين:

الفريق الأول:

يرى عدم الاعتداد بهذه القرائن المستجدة في القضاء، ولا يجوز اعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات الشرعي.

وقد احتجوا بما يأتي:

الدليل الأول:

إن التسجيل الصوتي والتنصت على المكالمات التلفونية، وكذلك التصوير بالأجهزة خلسة، كل ذلك يعد اعتداء على الناس وكشفاً لأسرارهم وعوراتهم، وإطلاعاً على ما يحرضون على إخفائهم.

ويدخل جميع ذلك في باب التجسس واستراق السمع، وهو مما نهى الله عنه. قال تعالى: **﴿وَلَا جَنَاحَ﴾** [الحجرات: ١٢].

و قبل أن نبدأ بمناقشة هذا الدليل، يحسن بنا أن نبين موقف الشرع من التجسس وتتبع العورات، وكشف الخفايا والأسرار، ومدى الاستثناءات الشرعية التي وردت على هذا الأصل.

^١ "حقوق المشتبه فيه"، مرجع سابق، ص ١٤.

فالتحسُّس معناه طلب الأمارات المعرفة، ولا رخصة في طلبها؛ لأننا أمرنا أن نجري
أحكام الناس على الظواهر من غير استكشاف عن الأمور الباطنة.^١
إن من مبادئ الإسلام الأصلية الحرص على حماية الحقوق الأساسية للإنسان. وهو لا
يفرق في هذه الحماية بين مسلم وغير مسلم.
وهناك حد أدنى من الحقوق يثبت للإنسان بوصفه إنساناً، فلا يجوز المساس به إلا
لضرورة تعلو على ضرورة حمايته.

وذلك مقتضى التكريم الذي ورد في قوله تعالى: «وَلَقَدْ كَرِمْنَا بَيْتَ مَادَمَ» [الإسراء: ٧٠].
والحقوق التي يحميها الإسلام عديدة، وأهمها حق الحياة وسلامة البدن والعرض والحرية
الشخصية وحرمة المال والحياة الخاصة بوجه عام، وكفالة هذه الحقوق هي من صميم
الشرع، والدولة مسؤولة عن حمايتها بحكم كونها القائمة على تطبيق هذا الشرع.
فصيانة حرمات الإنسان من مقتضيات التكريم الإلهي للإنسان، والآيات القرآنية
والأحاديث النبوية في هذا الخصوص عديدة.

قال تعالى: «يَأَيُّهَا الَّذِينَ مَاءَمُوا لَا تَدْخُلُوا بُيوْتًا غَيْرَ مُؤْتَكِمْ حَتَّىٰ تَسْأَلُوهُوَوَسَلَّمُوا عَلَيْهِمْ أَمْلَاهُمْ
ذِلِّكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ إِنَّمَا لَرْتُمْ بِهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّىٰ يُؤْذَنَ لَكُمْ وَلَا قِيلَ لَكُمْ أَتَرْجِعُونَ
فَأَتَجِعُونَ هُنَّ أَزَكَّى لَكُمْ» [النور: ٢٧-٢٨]. وقال تعالى: «يَأَيُّهَا الَّذِينَ مَاءَمُوا أَجْتَبُوْهُوَكَبِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ
بَعْضَ الظَّنِّ إِنَّمَا لَا يَجْعَلُهُوَ» [الحجرات: ١٢].

وقال ﷺ: «كل مسلم على المسلم حرام ماله ودمه وعرضه». ^٢ وقال ﷺ: «إن الأمر
إذا ابتغى الريبة في الناس أفسدهم».^٣

وقيل لابن مسعود رضيه الله عنه: هذا الوليد بن عقبة تقطر لحيته حمراً، فقال: إنما نحننا عن
التجسس، ولكن إن يظهر لنا منه شيء نأخذ به.^٤

^١ أبو حامد عبد الرحيم بن حسين الغزالى، إحياء علوم الدين (القاهرة: مطبعة عيسى الباجى الحلبي، ١٩٣٩م)، ج ٢، ص ٤١٥؛
محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (بيروت: دار الكاتب المصرية، د.ط، ١٩٦٧م)، ج ١٦، ص ٣٣٣.

^٢ سليمان أبو داود السجستاني، السنن (دار الجليل للنشر والطباعة، د.ط، ١٩٩٢م)، كتاب الأدب، باب في الغيبة، ج ٤،
ص ٤٨٢، رقم ٤٨٨٢.

^٣ محمد بن عبد الله الحكم، المستدرك على الصحيحين (بيروت: دار المعرفة، ط ١، ١٩٩٨م)، ج ٤، ص ٤١٩، رقم
٨١٣٧؛ أبو داود، السنن، ج ٤، ص ٤٨٨٩، رقم ٢٧٢.

وروى أن عمر بن الخطاب حدث أن أبو محجن الشفقي يشرب الخمر مع أصحابه في بيته، فانطلق عمر حتى دخل عليه فإذا ليس عنده إلا رجل، فقال أبو محجن: إن هذا لا يحل لك، قد نهاك الله عن التجسس، فخرج عمر وتركه.^١

ويروى عن عبد الرحمن بن عوف، قال: حرسن ليلاً مع عمر بن خطاب قطبه بالمدينة؛ إذ تبين لنا سراج في بيت مجاف على قوم لهم أصوات مرتفعة ولغط، فقال عمر: هذا بيت ربيعة بن أمية بن خلف وهم الآن شرب، فما ترى؟ قلت: أرى أنا أتينا ما نهى الله عنه.

قال تعالى: **﴿وَلَا جَنَاحَ لَكُمْ﴾** [الحجرات: ١٢]، وقد تجسسنا، فانصرف عمر وتركهم.^٢

لذلك فإن من توجيهات الإسلام المحافظة على عورات الناس وسترها.

يقول الرسول ﷺ: «من ستر عورة مؤمن فكأنما استحيا مؤودة من قبرها».^٤

وقد أكد الرسول ﷺ على أنه لا يجوز إلحاق الضرر المسلمين آحادهم وجماعتهم بقوله: «لا ضرر ولا ضرار».^٥

ومن وصايا الرسول ﷺ في الحافظة على عورات الناس وسترها أنه قال: «إنك إن تبعثر عورات الناس أفسدتهم، أو كدت تفسدتهم».^٦

^١ عبد الله بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار (بيروت: دار الفكر، د.ط، ٤، م١٩٩٤)، ج، ٥، ص ٣٢٧ رقم ٣٢٧٦٨
٢ عبد الرزاق الصنعاني، المصنف (بيروت: منشورات المجلس العلمي، د.ط، م١٩٧٠)، ج ١٠، ص ٢٣٢
٣ محمد بن عبد الله الحكم، المستدرك على الصحيحين (بيروت: دار المعرفة، ط، ١، م١٩٩٨)، ج ٤، ص ٤١٨ رقم ٨١٣٥، وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد».

^٤ عبد الرزاق، المصنف، ج ٩، ص ٢٤٣/ج ١٠، ص ٢٣٢؛ أحمد بن علي بن حجر المسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق: علي محمد البجاوي (بيروت: دار الجليل، ط، م١٩٩٢)، ج ٧، ص ٣٦١؛ ابن أبي شيبة، المصنف، ج ٦، ص ٥٥، رقم ٣٣٧٤٦.

^٥ عبد الرزاق، المصنف، ج ١٠، ص ٢٣١؛ ابن حجر، الإصابة، ج ٢، ص ٥٢١.

^٦ أبو داود، السنن، ج ٢، ص ٥٧١؛ أحمد بن حسين البهقي، السنن الكبرى (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، م١٩٩٩)، ج ٨، ص ٣٣٣؛ علي بن أبي بكر المتيمي، مجمع الزوائد وطبع الفوائد (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، م١٩٨٨)، ج ٦، ص ٢٧٤.

^٧ محمد بن يزيد بن ماجة القرزي، السنن (المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، م٢٠٠٦)، رقم (٢٣٤١)، ج ٢، ص ٧٨٤؛ أحمد بن حنبل، المسند، تحقيق: شعيب الأرناؤوط (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط، ٢٠٢٠)، ج ١، ص ٣١٣.

^٨ أبو داود، السنن، ج ٢، ص ٥٧٠؛ البهقي، السنن، ج ١٣٥٦، ص ٣٣٣.

وقد روى عمر بن الخطاب أنه دخل على قوم يتعاقرون على شراب في أخصاص، فقال: "قد فهيتكم عن المعاقة فعاقرتم، وفهيتكم عن الإيقاد في الإخصاص فأوقفتم؟" فقالوا: يا أمير المؤمنين قد نحنا الله عن التحسس فتحسست، ونحنا عن الدخول بغير إذن فدخلت، فقال عمر: هاتان بحاتين وانصرف".^١

يقول الآلوسي رحمه الله: - في آية الحجرات - نهي الله عن التحسس فيما عاماً لأن الخطاب للجميع، وقد عد الاستماع إلى حديث القوم وهم له كارهون من التحسس، وهو حرام.^٢ والرسول ﷺ يقول: «من استمع إلى حديث قوم صب في أذنه الآنك».^٣ ولذلك وبناء على هذا الأصل المحرم للتحسس وتتبع الأسرار.

فالذى يبدو لي:

أنه في الأحوال الاعتيادية لا يجوز تبع الناس والتقط صورهم وتسجيل أصواتهم خلسة دون علمهم ورضاهما، وكذلك مراقبة مكالماتهم التلفونية ومثلها المراسلات البريدية والبرقية الشخصية، لأن جميع ذلك تتمتع بجريمة خاصة.

فلا يجوز أن يطلع عليها أحد باعتبار أنها خصوصية من خصوصيات الأفراد وأسرارهم، والشريعة حلت هذه الخصوصية.

فمن حق صاحب الرسالة على المجتمع وعلى المسؤولين حماية رسالته من الاعتداء عليها أو الاطلاع على محتواها.

وكشف الرسالة ونشر البرقية فيه اعتداء على حق المرسل، واعتداء آخر على حق المرسل إليه.

وهذه المعلومات أمانة يهدى الناقل سواء مصلحة البريد، أو مصلحة الهاتف فلا يجوز إفشاؤها؛ لأن في مراقبة هذه الرسائل إخلال بالالتزام بالعقد المبرم بين السلطة والمواطن

^١ علي بن محمد الماوردي، الأحكام السلطانية (القاهرة: دار الحديث، ط٢٠٠٦، م٢٠٠٦)، ص٣٥٣. ويقول القرطبي - في قوله تعالى: "ولا تخسسو" - خذلوا ما ظهر، ولا تبعوا عورات المسلمين، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٦، ص٣٣.

^٢ شهاب الدين محمود الآلوسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المأني (المطبعة المنبرية، د.ط، ١٣٤٥)، ج٦، ص٢٦.

^٣ عبد العظيم بن عبد القوي المنبرى، الترغيب والترهيب (الرياض: مكتبة المعارف، ط١، م٢٠٠٣)، ج٢، ص٦٩٢؛ محمد بن إسماعيل البخارى، الأدب المفرد (القاهرة: مؤسسة المختار، ط١، م٢٠٠٩)، ص٣٩٧، حديث رقم ١١٥٩؛ أبو داود، السنن، كتاب السنة، باب ما جاء في الرؤيا، ج٤، ص٣٦، رقم ٥٠٢٤؛ محمد بن عيسى الترمذى، السنن (المكتبة العصرية للطباعة والنشر، ٢٠٠٦)، كتاب اللباس، باب ما جاء في المصورين، ج٤، ص٢٣١ رقم ١٧٥١، وقال: حديث حسن صحيح.

مرسل الرسالة، أو المتكلم بالهاتف أو المرسل إليه و يعد ذلك إضرارا بالمرسل والمرسل إليه، والمتكلم والسامع.

والضرر المترتب على الإخلال بحق ثابت للغير بالعقد والشرع مسئولية يعاقب عليها الشرع حيث وجد الضرر وحيث وجد الإخلال بالعقد.^١

وبعد هذا البيان لموقف الإسلام من التحسس، نذكر أن الفقهاء رحمهم الله قد أوردوا استثناءات على هذا الأصل المحرم بناءً على قواعد الضرورات، والسياسة الشرعية، فذكروا أنه يباح فعل الحرام "وهو التحسس" في حالات الضرورة، لدفع المفاسد والجرائم المتوقعة. وذلك عند ظهور شبهة قوية، أو خبر ثقة، أو تكون هناك حرمة يفوت تداركها كالقتل والزنا.

فيجوز في مثل هذه الحالات التحسس حذرًا من فوات ما لا يستدرك من انتهاء المحرام، وارتكاب المحظورات.

لذلك يجوز في حالات الضرورة—والضرورة تقدر بقدرها—التنصت على أسرار الناس في حالة وجود الأamarات الدالة على ارتكاب الجريمة. كما يقول الآلوسي رحمه الله.^٢

ويقول أبو حامد الغزالى: "فلا يجوز أن يسترق السمع على دار غيره ليسمع صوت الأوتار، ولا يستنشق ليدرك رائحة الخمر، ولا أن يمس ما في ثوبه ليعرف شكل الم Zimmerman، ولا أن يستخبر من جيرانه ليخبروه بما يجري في داره. نعم لو أحيره عدلان ابتداء من غير استخبار بأن فلانا يشرب الخمر في داره، أو بأن في داره حمر أعده للشرب فله إذ ذاك أن يدخل داره، فلا يلزمه الاستئذان ويكون تحطيم ملكه بالدخول للتوصل إلى دفع المنكر، وتقبل شهادة العدل الواحد".^٣

^١ محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة (القاهرة: دار الشروق، ط٥، ١٩٩٧م)، ص٤١٢؛ محمد راكان الدغمي، حياة الحياة الخاصة في الشريعة الإسلامية (القاهرة: دار السلام، د.ط، ١٩٨٥م)، ص١١٦.

^٢ الآلوسي، روح المعاني، ج٢٦، ص١٥٨.

^٣ أبو حامد الغزالى، إحياء علوم الدين، ج٢، ص٣٢٤؛ محمد بن عبد الله المخرشى، حاشية المخرشى على مختصر سيدى خليل (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٧م)، ج٢، ص١١٠.

ويقول ابن الجوزي فيما ينقله المقدسي^١: "لا ينبغي له أن يسترق السمع على دار غيره ليسمع صوت الأوتار، ولا يتعرض للشم ليدرك رائحة الخمر، ولا يستخمر جiranه ليخبروه بما جرى، بل لو أخبره عدلان ابتداءً أن فلاناً يشرب الخمر فله إذ ذاك أن يدخل وينكر".

ويقول الكشميري في فيض الباري: (والنظر في كتاب أحد منوع) أي الكتاب الذي فيهأمانة أو سر بين الكاتب والمكتوب إليه، إلى أن يقول: "ولكن هذا في الأحوال العادية، أما لو دعت الحاجة والضرورة إلى ذلك فإنه جائز".^٢

و كذلك في حالة توافر الأسباب الموجبة للتجسس من قبلولي الأمر؛ فإن عليهم التتجسس، على أهل الريب في حالة غلبة الظن، للتحري والكشف عن الجريمة، وقد أشار إلى ذلك أبو علي والماوردي: " ومن هذه الأحوال أن يكون في ترك التجسس انتهاك حرمة يفوت تداركها. أو أن يخبره من يثق بصدقه وأمانته أن رجلاً خلا بأمرأة ليزني بها أو برجل ليقتلها. فيجوز له أن يستعمل من الوسائل المحظورة ما يفيده في كف الأذى، وصيانة الحرمات، والمحافظة على الأنفس والأعراض، خوفاً من انتهاك المحرم وارتكاب المحظورات، وخوفاً من فوات ما لا يستدرك إلا بهذا الأسلوب الذي منه التجسس".^٣

وفي هذه الحالات يعمل بالظنون المضبوطة بالضوابط الشرعية، وإن ترك العمل بهذا النوع يؤدي إلى تعطيل مصالح كثيرة غالبة.^٤

ويمكن أن يستدل لذلك أيضاً بحديث حاطب بن أبي بلتعة الذي رواه على ابن أبي طالب.. "فقلنا أخرجي الكتاب، فقالت، ما معى من كتاب، فقلنا: لتخرجن الكتاب، أو لتلقين الشياطين، فأخرجه من عقاصها..".^٥

^١ محمد بن مفلح المقدسي، الآداب الشرعية والمنج المرعية (مطبعة المغار، ط١، ١٤٤٩ـھ)، ج١، ص٣٢٠.

^٢ محمد أنور شاه الكشميري، فيض الباري في شرح صحيح البخاري (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط١، ٢٠٠٥م)، ج٤، ص١١؛ الحسين بن مسعود البغوي، شرح السنة (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٩٩٤م)، ج١١، ص٧٤.

^٣ علي بن محمد الماوردي، الأحكام السلطانية (القاهرة: دار الحديث، ط٢، ٢٠٠٦م)، ص٢٥٣؛ محمد بن حسين أبو بعلى، الأحكام السلطانية (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٨٣م)، ص٢٨٠؛ إبراهيم بن علي بن فرجون، تبصرة الحكم في أحوال الأقضية ومناهج الأحكام (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٧م)، ج٢، ص١٨٦.

^٤ عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في إصلاح الأئم (دار القلم، ط١، ٢٠٠٠م)، ج٢، ص٦٢؛ محمد بن عبد الله بن العربي، أحكام القرآن (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٣، ٢٠٠٣م)، ج٤، ص١٢؛ أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٧م)، ج٥، ص٢٨٧.

يقول البغوي: هذا الحديث يدل على أنه يجوز النظر في كتاب الغير بغير إذنه، وإن كان سرًا، إذا كان فيه ريبة وضرر يلحق الغير.^٢

ويقول ابن فر 혼 في تبصرته: "الطريق الذي استخرج به الكتاب هي من السياسة الشرعية".^٣

ويقول ابن الجوزي فيما ينقله صاحب عمدة القارئ: "وفيه دلالة على أن حكم المتأول في استباحة المحظور خلاف حكم المعتمد لاستحلاله من غير تأويل".^٤

والإمام الجويني كان يرى ملاحة أهل الريب وتبعدهم وللإمام وضع العيون عليهم، يقول الجويني: "إن نبع في الناس داعي الضلاله وغلب الظن أنه لا ينکف عن دعوته وشر غائلته فالوجه: أن يمنعه وينهاه ويتوعده ... ثم يكل به موثوقاً به حيث لا يشعر به ولا يراه، فإن عاد إلى ما عنه نهاه بالغ في تعزيره، وراعى حد الشرع وتحراه ثم يثنى عليه الوعيد والتهديد، ويبالغ في مراقبته من حيث لا يشعر ويرشح مجھولين يجلسون إليه على هيئات متفاوتات ويعتزون إلى مذهبها ويترشدونه ويتدربون إلى التعلم والتلقى منه، فإن أبدى شيئاً أطلعوا السلطان عليه، فيتسارع إلى تأدیبه".^٥

لذلك وبناءً على هذا الاستثناء من الأصل المحرم في التجسس الذي ذكره الفقهاء، فإنه يجوز تتبع المشتبه فيه ومراقبته والاطلاع على أسراره في جنائية لا يعرف فاعلها أو في جنائية متوقعة، ذلك لأجل معرفة الجاني إذا وجدت هناك أدلة قوية تدل على المشتبه فيه.

فالحق أو الجهة المعنية بناء على ما ذكرنا لهم السلطة التي تبيح لهم الحد من حرية المشتبه فيه وتقييد بعض حقوقه لأجل الكشف عن الحقيقة.

وسلطنة القاضي والحق في هذا الشأن ليست أصلًا، بل هي استثناء من الأصل، فلا يجوز التوسيع فيها، بل يجب الاقتصار على ما تقتضيه الضرورة.

^١ بدر الدين محمد بن أحمد عبي، عمدة القاري شرح صحيح البخاري (بيروت: دار الفكر، د.ط، ٢٠٠٢م)، ج ١٤، ص ٢٥٤؛
البيهقي، السنن، ج ٩، ص ١٤٦.

^٢ البغوي، شرح السنة، ج ١١، ص ٧٤.

^٣ ابن فر 혼، تبصرة الحكماء، ج ٢، ص ١٣٩.

^٤ العين، عمدة القارئ، ج ٤، ص ٢٥٧؛ الدغمي، حياة الحياة الخاصة، ص ١٢١.
^٥ عبد الملك بن عبد الله الجويني، غياث الأمم في ثبات الظلم (بيروت: دار الكتب العلمية، ٢٠٠٣م)، ص ١٦٩.

لذلك ينبغي على الدولة تقرير عدد من الضمانات حماية للمتهم من جهة، ورعاية للحق العام من جهة أخرى.^١

وبناء عليه فإنه ليس في الشريعة ما يمنع على العدالة الاستعانة بشرفات التطور العلمي، والاستفادة من قرائن التسجيل الصوتي والتصوير في بيان الحقيقة وتتبع الجناة وإدانتهم، وليس فيه من انتهاك للحقوق والحرمات أكثر مما في القبض والتفتيش.

ولا يعد هذا الإجراء والتقييد لحرية المتهم نفياً للبراءة الأصلية؛ ولكنه إجراء وقتله الضرورة.

الدليل الثاني:

احتاج المانعون من اعتبار التصوير والتسجيل حجة في الإثبات الجنائي بأنهما ليستا من القرائن القاطعة، ولأنهما تقبلان التزوير والتمويه.

أما الصوت فإنه قابل للمشاهدة والمحاكاة، فاحتمال تشابه الأصوات وارد، وقد يقلد بعضهم أصوات الآخرين، فاحتمال شبه التزوير فيه، شبهة تمنع من العمل به.

ومن الممكن جواز الإكراه فيه، أو يحتمل أن صاحب الصوت كان يلهو ويلعب وليس جاداً.

فمع وجود هذه الاحتمالات والشبهات التي ترد على قرينة الصوت، ومع هذا الضعف الذي يتباها وهذا الاضطراب الذي يعتريها فلا تصلح لأن تكون أساساً لبناء الحكم عليها وطريقاً يحكم على الناس بموجتها.

وأما الصورة: فإنها قابلة للتزوير أيضاً كالصوت وذلك عن طريق "دبلجته"، وكذلك هناك احتمال تشابه صور الأشخاص.

لذلك فلا تصح أن تكون حجة يحكم بموجتها في أموال الناس وأعراضهم وأبدانهم؛ حيث إنها لا تعد قرينة قاطعة؛ لأن ما يرد عليها من شبهات تضعفها وتوهيها، وتجعلها غير صالحة لبناء الحكم عليها.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن قرائن الصوت والصورة لا يؤخذ بها كدليل في الإثبات الجنائي بإطلاقه دون قيد أو شرط أو ضابط. بل هناك شروط معتبرة يجب مراعاتها والالتزام بها كي تعتمد في الإثبات ويعتبر بها.

وسأيين هذه الشروط والضوابط لأجل الالتزام بها في ميدان القضاء، والاعتماد على هذه القرائن المستجدة كدليل معتبر من أدلة الإثبات.

^١ "حقوق المشتبه فيه"، مرجع سابق، ص ١٤.

وهي - كما يدو لـ - على النحو الآتي:

١. قيام صلة بين هذه الصور والقضايا التي تعرض في الدعوى، أي إثبات صلتها بالجريمة المرتكبة وبشخصية مرتكبها.
٢. التتحقق من صحة الصورة في تمثيل حقيقة الواقع والتعبير عنها تعبيراً صادقاً، وسلامتها من الشكوك والشبهات التي تثار حولها، وإقامة البينة الفنية على مضمونها من قبل خبير مؤهل ومتخصص بهذا الشأن، للتأكد من سلامتها من التزوير، لأجل الاعتداد بما في التعرف على الشخصية وقبو لها دليلاً في الإثبات.
٣. تحقق الدقة والإتقان الفني في تصوير وتسجيل الواقعة المراد إثباتها من صوت أو صورة أو مكالمة هاتفية. وخاصة إذا علمنا بتطور أجهزة التصوير والتسجيل تطوراً مذهلاً من الناحية التكنولوجية في الآونة الأخيرة، وبصورة لم يسبق لها مثيل.
٤. التتحقق التام من غياب أي قصد بهدف التضليل.
٥. عدم جواز الحصول على الصوت والصورة والتتصت التلفوني في الحالات الاعتبادية، دون وجود حاجة لذلك؛ لأن ذلك يعد ثمرة للعدوان على حرمة الحياة الخاصة، بطريقة تخالف القواعد والأحكام التي تحمي خصوصيات الناس وأمنهم وأمانهم وأسرارهم.
٦. لا يلتجأ إلى هذه الإجراءات إلا من باب الضرورات، وما تقضي به مبادئ السياسة الشرعية لدفع العدوان والفساد عن المجتمع، وتغليب مصلحة الجموع على مصلحة الفرد. وذلك في حالة وجود ألمارات قوية ودلائل كافية حول المشتبه فيه تدل على ارتكابه الجريمة، حينئذ توضع القيد على حريته، حتى لا يفلت الجرم من العقاب. فالألمارات القوية مبررات لاتخاذ مثل هذا الإجراء، ولا يجوز اتخاذ تلك الإجراءات في غير حالة الضرورة، ولا يجوز كذلك اللجوء إلى مثل هذه الإجراءات إذا كان بالإمكان الحصول على دليل آخر.
٧. يُعتقد بتقدير القاضي لصحة هذه القرائن وقناعته الشخصية بها، لذلك ينبغي على القاضي تقدير قرائن الصوت والصورة، ومعرفة ظروفها وملابساتها ووقائعها، وما يعتريها من شبهات، وما يعرض لها من تلفيق، لكي يصل إلى الحكم. معقصد الشرع في تحقيق العدالة في الخصومات، وحتى لا تكون تكأة تلفق بها التهم لكثير من الأبرياء.

فالقاضي له تقدير القرائن القائمة في الدعوى، والتي يطمئن إليها بعد أن يجتهد فيها اجتهاداً قائماً على الفهم الدقيق الوعي، وبعد بذل جهده واستفراغ وسعه في معرفة ظروف الدعوى وملابساتها، فعليه أن يتروى ويتأني في تقييم القرينة والبحث عن حقيقتها من خلال التدقيق فيها، ومعرفة واكتشاف ما يعتريها من شبكات، حتى يصل إلى القناعة التامة بالحق في الدعوى.

لذا فإن تقدير حجية قرينة ما في الدعوى ومدى الاعتداد بها أو عدمه، أمر متزوك للقاضي، ومدى اقتناعه بها واطمئنانه إليها، بحسب تقديره لقوتها وفق ظروف وملابسات الدعوى ومدى سلامتها من الطعون، وبالتالي له أن يأخذ بها أو يطرحها بناء على الموازنة والمفاضلة بين القرائن المتعارضة لأجل الوصول إلى المطابقة بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية.

ومع ذلك فليست حرية القاضي في الاقتناع مطلقة، وإنما مقيدة بشروط صحة التسبيب والالتزام بالتعليق، والتي تراقبها جهات الطعن، وهذه القرارات تعرض على محكمة النقض، فإما أن تصدقها وتقرها، أو تنقضها وترفضها.

إن تقدير القاضي واقتناعه أمر لا يقتصر على القرائن فقط، بل يؤخذ به حتى في شهادة الشهود؛ إذ إنها تخضع لتقدير القاضي.

فلو رأى في الشهادة أن الواقع يكذبها، طرحها ولم يعول عليها، كما لو شهد أربعة رجال على رجل بالزنا، فوجد الرجل محبوباً "عيوب في العضو التناسلي يستحيل على الرجل معه الاتصال الجنسي بالمرأة".

والإقرار كذلك تخضع هو الآخر لتقدير القاضي، إذا صاحب الإقرار ما يدل على كذب المقر في إقراره.

وعموماً فإن أدلة الإثبات في الشريعة الإسلامية، تخضع لتقدير القاضي فإذا أخذ بها بعد تحيسنها والتأكيد من صحتها ومطابقتها للواقع، ويرفضها إذا كانت تخالف الحقيقة والواقع، إلا أن تحرى الحقيقة وصحة الدليل إنما هو في حدود ما يستطيعه البشر. فالشريعة لا تكلف القاضي بما ليس في وسعه للوصول للحقيقة الواقعية وإنما يكفي أن يصل باجتهاده وتحيسنه إلى الحقيقة الظاهرة والتي يطلق عليها فقهاء القانون "الحقيقة القضائية"؛ لأن القاضي مهما بذل من جهد لا يستطيع أن يصل إلى أعماق نفوس الناس وضمائرهم.^١

^١ علي رسلان، نظام إثبات الدعوى وأداته في الفقه الإسلامي والقانون (القاهرة: دار الدعوة، د.ط، ١٩٩٦م)، ص ١٩٢.

لذلك يقول رسول الله ﷺ: «إِنَّمَا أُمِرْتُ أَنْ أُنْبَأَ عَنْ قُلُوبِ النَّاسِ وَلَا أُشْقِي بِطُوقَمِهِ».^١
 فهذه القرائن أرى أنها يعتد بها بشرطها وضوابطها وقيودها، وخاصة في الجرائم التي تمس حقوق العبد كما في حد القذف على رأي من يقول في حد القذف إن حق العبد فيها غالب - وكذلك في القصاص. فالقرينة القوية في هذه الحالات ينبغي أن يؤخذ بها حتى ترد الظلالات إلى أهلها.^٢
 وهنا يعرض لنا تساؤل، وهو: ما مدى شرعية الإقرار الذي سُجل خلسة وفي غفلة عن المتهم عن طريق جهاز التسجيل أو تسجيله عن طريق التنصت التلفوني، هل يكون هذا الإقرار من قبيل الإقرار الملزم؟ بحيث تترتب عليه آثاره الشرعية؟ علماً بأن الإقرار هو سيد الأدلة، والإنسان مؤاخذ بإقراره، فمن أقر بحق عليه أو بجريمة ارتكبها فإنه مؤاخذ بإقراره وتترتب عليه آثار الشرعية.
 ولكن ما الحكم إذا لم يثبت المقر على إقراره بل رجع عنه، فهل له الحق في الرجوع عن هذا القرار؟

وللجواب على ذلك نقول: إن المقر به إما أن يكون حقيقةً للعبد، أو حقيقةً للعبد.
 فإن كان حقيقةً للعبد: فقد اتفق الفقهاء على أنه يجوز للمقر الرجوع عن إقراره في حقوق الله تعالى كالردة وشرب الخمر والرنا والسرقة من أجل إسقاط الحد، لا إسقاط المال، لأنها تدرأ بالشبهات، فإن أقام على اعترافه أقيم عليه الحد.^٣

^١ أبو الحسين مسلم بن الحاج، الصحيح (بيروت: دار الجليل، د.ط، د.ت)، كتاب الزكاة، باب ذكر الخوارج، وثاقبهم، رقم الحديث: ١٠٦٤، وهذا الحديث رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه، وأخرجه أحمد في مسنده، ج ٢، ص ٤؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج ٨، ص ١٩٦.

^٢ عارف علي عارف، البصمة الجنائية ودورها في الإثبات الجنائي (كوالالمبور: دار التجديد، ط ١، ٢٠٠٢م)، ص ١٦.
^٣ محمد أمين صلاح الدين بن عابدين، حاشية ابن عابدين (بيروت: دار الثقافة والتراجم، د.ط، ٢٠٠٠م)، ج ٣، ص ١٤٠؛ محمد بن أحمد بن جزي، القوانين الفقهية (القاهرة: دار الحديث، د.ط، ٢٠٠٥م)، ص ٣٤٩؛ عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقى (بيروت: دار الكتاب العربي، ط ١٤٠٣م)، ج ٨، ص ١٩٧؛ سعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (القاهرة: المطبعة الجمالية، ط ١٩٠١م)، ج ٧، ص ٦١؛ عبد الرحمن المغربي الخطاب، موهاب الجليل لشرح مختصر خليل (بيروت: دار الفكر، ط ٣، ١٩٩٢م)، ج ٦، ص ٢٩٤؛ وعند الظاهري أن من أقر بإقراراً تماماً بحق من مال أو دم أو بشرة، وكان عاقلاً بالغاً غير مكره، ولم يصل إقراره بما يفسده، فقد لزمته إقراره، ولا رجوع له بعد ذلك، فإن رجع لم يتفع برجوعه، وقد لزمه ما أقر به على نفسه من دم أو حد أو مال. انتظر، ابن فرحون، تبصرة الحكم، ج ٢، ص ٣٨؛ محمد بن عبد الواحد بن الممام، شرح فتح القدير (الرياض: دار عالم الكتب، د.ط، ٢٠٠٣م)، ج ٤، ص ١٢٠؛ أبو زكريا الأنباري، أنسى المطالب شرح روضة الطالب (القاهرة: مطبعة الميمنية، د.ط، ١٣١٣م)، ج ٤، ص ١٣٢؛ ابن قدامة، المغني، ج ١٠، ص ١٦٨؛ علي بن أحمد بن حزم، المخل (دار الفكر العربي للطباعة والنشر، ٢٠٠١م)، ج ٨، ص ٥٢٠.

يقول الإمام مالك: "إن الحد الذي هو لله لا يؤخذ إلا بأحد وجهين: إما بينة عادلة ثبتت على صاحبها، وإما اعتراف يقيم عليه حتى يقام عليه الحد، فإن أقام على اعترافه أقيم عليه الحد."^١ لذلك يشترط في الإقرار في الحدود كالزنا والشرب والسرقة والردة، أن يستمر المقر على إقراره إلى أن يقام عليه الحد، فإن رجع عن إقراره، قبل منه الرجوع ولا يقام عليه الحد سواء أبدى عذراً للرجوع، أو لم يبد أي عذر لتبير رجوعه.^٢

وهذا هو الذي ذهب إليه الشافعي وأبو حنيفة ومالك في أحد قوله.

ويشهد له ما رواه البخاري،^٣ ومسلم،^٤ وغيرهما، أن النبي ﷺ رد المقر بالزنا مراراً أربعاً، كل مرة يعرض عنه، ولما شهد على نفسه أربع مرات دعا النبي ﷺ وقال: «أبك جنون؟ قال: لا. قال: أحيست؟ قال: نعم».

وفي البخاري: «لعلك قبلت أو غمنت أو نظرت، وأخيراً قال الرجل: أريد أن تظهرني، قال: فأمر به فرجم».

قال الترمذى^٥: «فَلَمَّا وُجِدْ مِنْ الْحَجَارَةِ فِرْسَتْدَ؛ حَتَّىٰ مَرْ بِرْجَلٍ مَعَهُ لَحْىٌ جَلْ فَضَرَبَهُ بِهِ، وَضَرَبَهُ النَّاسُ حَتَّىٰ مَاتُ، فَذَكَرُوا ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ فِرْسَتْدَ حِينَ وُجِدَ مِنْ الْحَجَارَةِ وَمِنَ الْمَوْتِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «هَلَا تَرْكَتُمْهُ».

وهذا كله بيان إلى أنه يجوز للمقر بما فيه حد أن يرجع، ورجوعه مقبول. وينبئ على هذا أن الراجح في الإقرار لا يقام عليه الحد؛ إلا أنه يلزمه غرم المال الذي يتربّ على ما أقرّ به من حدود.

^١ يحيى بن عبي اللثيني، موطأ مالك برواية يحيى (دار الغرب الإسلامي، د.ط، ١٩٩٧م)، ص٨٢٦؛ بداية الجهد لابن رشد، دار الفكر، ج٢، ص٢٢٩؛ محمد الحبيب التحكاني، النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي (بغداد: دار الشؤون الثقافية العامة، آفاق عربية، د.ت)، ص٢١٧.

^٢ محمد بن عبد الباقى الزرقانى، شرح الزرقانى على موطأ الإمام مالك (بيروت: دار إحياء التراث العربى، ط١، ١٩٩٧م)، ج٤، ص١٤٧.

^٣ كتاب الحدود باب هل يقول الإمام للمقر: لعلك لمست أو غمنت، ج٦، ص٢٥٠٢، رقم الحديث ٦٤٣٨، وباب سؤال الإمام المقر هل أحصنت رقم الحديث ٦٤٣٩.

^٤ كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا، ج٣، ص١٣١٨ رقم الحديث ١٦٩١.

^٥ أبو داود، السنن، في كتاب الحدود، باب رجم ماعز بن مالك ج٤، ص١٤٥-١٤٩، أرقام الحديث ٤٤٣٤-٤٤١٩؛ ابن ماجة، السنن، كتاب الحدود باب الرجم ج٢، ص٨٥٤ رقم الحديث ٢٥٥٤.

^٦ الترمذى، السنن، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحد، عن المترف، إذا رجع، ج٤، ص٣٦، رقم الحديث ١٤٢٨، وقال الترمذى: حديث حسن.

فلو أقر شخص بسرقة ثم رجع عن إقراره فإن الحد لا يقام عليه، ولكنه يلزم برد المسرورق إلى صاحبه أو غرم ما اعترف به أنه سرقه.^١ لأن قطع اليد في السرقة إنما وجب حقاً لله تعالى فيسقط بالرجوع عن الإقرار به. ويمكن أن يعزز على أساس إقراره.

أما حقوق الآدميين:

فإنما ثبت حتى مع وجود الشبهات كإقرار بالقتل، أو الجرح، أو قطع طرف، أو إسقاط جنين. فلا يجوز للمقر الرجوع عن إقراره بما تعلقتها بحقوق الناس الشخصية ولو أن القصاص مما يدرأ بالشبهات.

لأن الأصل ألا يجوز إلغاء كلام المكلف بلا مقتضى^٢، ولأن حق العبد بعد ما ثبت بالإقرار لا يتحمل السقوط بالرجوع^٣، ولا يعد رجوعه إلغاء للإقرار.

يقول ابن جزي: "من أقر بحق مخلوق لم ينفعه الرجوع".^٤

والإقرار خارج القضاء يسمى إقراراً غير قضائي، وللقاضي سلطة مطلقة في تقديره وتقدير الظروف التي صدر فيها وحسب ظروف كل دعوى، فله الأخذ به أو طرمه، وبالجملة فإن قيمة الإقرار غير القضائي ترك لتقدير القاضي.^٥

والذي يبدو لي:

^١ محمد بن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي (دار الحديث الحسينية، ط١، ١٩٨٤م)، ص٢٩؛ أحمد محمد الخصري، السياسة الجزائرية (بيروت: دار الجليل، د.ط، ١٩٩٣م)، ج٢، ص٥٥.

^٢ منصور بن يونس البهري، كشاف القناع على متن الإنقاع (بيروت: دار الفكر، ١٩٨٢م)، ج٤، ص٨٦؛ ابن حزم، المخل، ج٨، ص٢٥٠؛ الشريبي، مغني الحاج، ج٤، ص١٧٥.

^٣ ابن الممام، فتح القيدير، ج٤، ص١٢٠؛ محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد وهماية المقتصد (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، ٤)، ج٢، ص٤٣؛ الشريبي، مغني الحاج، ج٤، ص١٥٠؛ ابن قدامة، المغنى، ج٨، ص١٩٧؛ أحمد بن محمد الدردير، أقرب مسالك إلى مذهب الإمام مالك (القاهرة: مطبعة المصطفى الملبي، ط٢، ١٩٥٤م)، ج٤، ص٣١٨؛ وهبة الرحيلي، الفقه الإسلامي وأدله (بيروت: دار الفكر، ط٤، ١٩٩٧م)، ج٦، ص٣٨٧.

^٤ محمد بن أحمد الرملبي، نهاية الحاج إلى شرح المنهاج (بيروت: دار إحياء التراث، ١٩٩٢م)، ج٤، ص٤١٠؛ شهاب الدين القليبي، حاشية قليبي (بيروت: دار إحياء الكتب العربية)، ج٣، ص١٨١.

^٥ ابن جزي، القوانين الفقهية، ص٢٠٨؛ الموسوعة الفقهية، ج٦، ص٦١.

^٦ رسلان، نظام إثبات الدعوى وأدله في الفقه الإسلامي والقانون، ص١٤٥؛ عبد الرزاق السنوري، الوسيط في شرح القانون المدني (دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٨٢م)، ج٢، ص٤٧٦.

أنه إذا جاز إثبات الإقرار بشهادة عدلين أو عدل وامرأتين، أو عدل واحد مع البين،^١ أفالا يجوز إثبات الإقرار بالتسجيل الصوتي المنضبط من الناحية العلمية والفنية مع مراعاة جميع شروطه وضوابطه، فيكون هذا الإقرار لازماً له.

ففي جريمة القذف "مثلاً"؛ فإن أبا حنيفة يرى جواز الشهادة على الإقرار إذا حدث في غير مجلس القضاء، لأن إنكار الإقرار بالقذف لا قيمة له ولا بعد رجوعاً عن الإقرار، وكذلك لا يقبل الرجوع عند أحمد.

وفي جريمة الزنا يجوز عند مالك والشافعي وأحمد أن يكون الإقرار في غير مجلس القضاء، ويشهد به الشهود في مجلس القضاء؛ لكن في الزنا يجوز الرجوع في الإقرار، والإقرار ثبت عند مالك والشافعي بشهادة شاهدين فقط.^٢

لذلك فالذى أراه:

أن التسجيل الصوتي للإقرار إذا أخذ بشروطه وضوابطه المتفق عليها فهو ثابت وأقرب إلى الحقيقة وأعدل من عدل واحد مع عينيه، وخاصة إذا تعددت الجهات التي قامت بالتسجيل وبالأخص إذا كانت هذه التسجيلات وفاءً لحاجة الشرطة في تتبع الجرائم والجنایات. وكل ذلك يخضع لتقدير القاضي وقناعته الشخصية، واطمئنانه، وخلو القرينة من الشكوك والشبهات.

ومع ذلك فإن هذا التقدير والقناعة ينبغي أن تقيد بشروط صحة التسبيب والالتزام بالتعليل -لما ذكرنا- لا مطلق القناعة.

أما الجيزيون فإنهم يرون أن الإثبات الجنائي عن طريق التصوير الضوئي وشريط الفديو والتسجيل الصوتي، وتسجيل المكالمات الهاتفية كل ذلك يدخل في باب الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، وتعد هذه الأدلة حجة في الإثبات إذا تحققت جميع الشروط والضوابط المعتبرة للأخذ بهذه الأدلة، فإذا وجدت مثل هذه القرائن بضوابطها وشروطها الشرعية عدت حجة وحكم بمقتضاه.

وكلام الفقهاء في القرينة منصب على القرينة القوية، والتي عرفوها بأنها التي تصير الأمر في حيز المقطوع به، أو الأمارة البالغة حد اليقين.

^١ ابن قدامة، المغنى، ج ٥، ص ١٦٤؛ المالك، فتح العلي، ج ٢، ص ٣٢٨.

^٢ الكاساني، بداع الصنائع، ج ٧، ص ٥٠؛ البهوي، الإنقاذ، ج ٤، ص ٢٥٩؛ الأنباري، أسف المطالب ج ٤، ص ١٣٢؛ البهوي، كشف النقاع، ج ٤، ص ٨٦؛ ابن حزم، الأخلي، ج ٨، ص ٢٥٠.

والتعريف الأخير يتفق وما جاء في مجلة الأحكام العدلية بتعريف القرينة. ففي المادة ١٧٤١ ورد أن القرينة هي الأمارة البالغة حد اليقين، ومع ذلك فإن مراد الفقهاء من اشتراط اليقين أو القطع في حد القرينة هو – كما ذكرنا – ما يشمل الظن الغالب لا خصوص اليقين القطعي. وذلك لأن دلالة طرق الإثبات مهما قوية فلا تخلو من ظن، ولا يتوقف العمل بها على اليقين الذي يقطع الاحتمال.

فالقرينة القاطعة من قبيل ما يفيد علم الطمأنينة لا علم اليقين.^١

إن الغرض من العمل بالقرائن هو إبانة الحق وإظهاره؛ إذ إن القرائن القوية ترجع كفة أحد الخصمين، وتدل على الحق في الخصومة، وليس من العدل، ولا من الحق، أن تُدرِّج دلالتها ويُحجر على القضاء الأخذ بها، وقد جاءت الشريعة باعتبارها، واعتمد عليها الفقهاء في صدر الإسلام في أقضيتها عليها، لذلك أضيفت القرينة القاطعة إلى الأدلة الشرعية المقبولة.^٢ وينبغي علينا التنبية إلى أن القرينة يؤخذ بها مع الاحتياط القوي واليقظة الشديدة حتى تطمئن نفس الحكم إليها ويُثْلِج صدره بما يحكم به.

كما أن شهادة الشاهدين على القتل "مثلاً" لا يؤخذ بها إلا بعد شدة التحري واستيفاء الشهادة شروطها.

فكمَا أن احتمال كذب الشاهدين قائم بعد عمل أقصى ما يمكن من التحري، مع ذلك فلا يمتنع الأخذ بشهادَيْهما في الدماء والأموال مهما بلغ عظمها، فكذلك الاحتمال البعيد بل الموهوم الذي يوجد مع القرينة القاطعة يجب ألا يمنع العمل بها.

ولئن أودت القرائن القاطعة بحياة وأموال أناس مظلومين، فلقد أودت شهادة الشهد العدول المزكين بحياة وأموال الكثيرين من الناس وهم مظلومون كذلك.

وما دام الوصول إلى الدليل القاطع الذي ينتفي معه كل احتمال لا مطبع فيه؛ إذ هو في حيز المستحيل غالباً، وجب الأخذ بحكم الضرورة بالأدلة والحجج الظنية مع الاستقصاء في التثبت وتقليل الأقوى منها على غيره عند التعارض وملاحظة الأمور المرجحة.^٣

^١ أحمد عبد المنعم البهبي، من طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ت)، ص ٧٣.

^٢ أحمد إبراهيم، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية (٣، ٢٥٩٨٠)، ص ٤٤٩.

^٣ المرجع السابق، ص ٤٦٢.

وفي مجال التشريعات الحديثة، فمن المعلوم أن من المبادئ الدستورية العامة في معظم دول العالم المتقدم هو حرمة حياة المواطنين الخاصة وهي حرمة يحميها القانون، وقد اهتمت بذلك الحلقات الدراسية التابعة للجنة حقوق الإنسان المتبقية عن هيئة الأمم المتحدة، وتناولت موضوع أجهزة التسجيل الخاصة بالأحاديث.^١

وقد عرض هذا الموضوع أيضاً في مؤتمرينا عام ١٩٦٠ حول حماية حقوق الإنسان من الإجراءات الجنائية، وانتقدوا بشدة موضوع استخدام المسجلات الصغيرة المخفية وتتسجيل الأحاديث التلفونية؛ لأنها من قبيل استراق السمع على الآخرين.

وفي مؤتمر عقد في نيوزيلندا عام ١٩٦١م، استقر الرأي على أن وضع الرقابة على الحديث التلفوني أثناء التحقيقات الجنائية بدون تنظيم يهدد الحقوق الشخصية، وطالبوها بمزيد من القيود والضمانات الجدية في ذلك.

وفي مؤتمر كامبيرا عام ١٩٦٣م، تقرر أن الاستماع التعسفي للمكالمات التلفونية يعتبر عدوانا خطيرا على حقوق الإنسان، ومع ذلك فقد قرروا أن بالإمكان الاستعانت بهذه الوسيلة لمصلحة المجتمع باعتبار أن الاتصال التلفوني كثيراً ما يسهل للإعداد لارتكاب الجرائم فيبني عدم حرمان الشرطة من استخدام هذه الوسيلة لإظهار الحقيقة.

وفي مصر؛ فإن التنصت التلفوني أو التسجيل الصوتي واسترافق السمع لمحادثات جرت في مكان خاص يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون، ويستتبع ذلك بطلان الدليل المستمد منه وعدم جواز قبوله في الإثبات.^٢

ويُعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة كل من انتوى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن في حالة ما إذا استرق السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الأجهزة أيّاً

^١ انظر، حسن صادق المرصاوي، ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية (القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية د.ط، ١٩٧٢م)، ص ٦٦-٧١.

^٢ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات (القاهرة: دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٨٦م)، ص ٧٨٦ وما بعدها؛ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية (القاهرة: دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٨١م)، ص ٤٧٣ وما بعدها؛ محمد زكي أبي عامر، الحماية الجنائية للحربيات الشخصية (الإسكندرية: منشأة المعارف، د.ط، ١٩٧٩م)، ص ٨٣ وما بعدها؛ كامل السعيد "الصوت والصورة ودورها في الإثبات الجنائي"، مجلة دراسات (كلية الحقوق - الجامعة الأردنية)، المجلد ١٨، العدد ٣، ١٩٩١م، ص ١٣١.

يُكَنْ نوعه؛ محاديث جرت في مكان خاص عن طريق التلفون، أو التقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أياً يكنْ نوعه؛ صورة شخص في مكان خاص.

فهي هذه الأحوال بعد التقاط الصورة أو تسجيل الصوت جريمة، ولا مجال للاعتراض بدليل تحصل عليه من جريمة فالآحاديث الشخصية والصور لا تكون محلاً للحماية؛ إلا إذا أخذت في مكان خاص لأنها تمثل في هذه ضرباً من ضروب الاعتداء على الحياة الخاصة للفرد. فأأخذ الصورة الفوتوغرافية للشخص في مكان خاص، يعد أمراً غير مشروع إذا كان بغير رضاه، الأمر الذي يترتب عليه عدم قبولها كبيبة، لأنها ثمرة عمل غير مشروع.

وقد أثير موضوع التسجيل الخفي في مصر أول ما أثير بمناسبة القضية التي عرفت يومها بقضية "بنك حمص".^١

فقد حدث في عام ١٩٥٤ أن بدأت هجرة رؤوس الأموال وتهريبها للخارج، وكانت هناك بنوك يمتلكها أفراد منها بنك حمص، وعرف عن هذا البنك قيامه بتهريب ثروات الأفراد للخارج، فتقدم أحد مأموري الضابطة القضائية من صاحب البنك للاتفاق معه على عملية التهريب، وتزود بجهاز صوتي خفي سجل به ما دار بينه وبين مدير البنك من حديث، وتم ضبط مدير البنك وقدمه النيابة إلى المحكمة، كما قدمت شريط التسجيل الصوتي كدليل على صحة الأدلة، وكانت وجهة نظر النيابة في مرافعاتها أنه ليس من المحرم على العدالة الاستعانة بشمرات التطوار العلمي، وأن تسجيل الصوت كشف علمي يعين على بيان الحقيقة وتبع الجناة وإدانتهم، وليس فيه من انتهاك لحقوق الإنسان والحرمات أكثر مما في القبض والتفتيش، وأنها كلها إجراءات لا شك في مشروعيتها وليس في القانون نص يبطل هذه الإجراءات.

ولكن الدفاع عن المتهم دفع ببطلان الدليل المستمد من التسجيل باعتبار أن استعمال جهاز التسجيل الخفي أمر يجافي قواعدخلق القوم وتأبه مبادئ الحرية التي كفلتها الدساتير كلها، وأنه لا يعدو أن يكون تلصصاً حدث من شخص آخر دخل خفية لكي يسترق السمع ثم يظهر بعد ذلك في صورة شاهد مما يتنافى مع مبدأ الحرية المكفولة للأماكن والأشخاص سواءً بسواءً، لذلك ينبغي إهدار الدليل المستمد من التسجيل الخفي، وقد أخذت المحكمة بوجهة نظر الدفاع وأهدرت الدليل المستمد من التسجيل الخفي.

^١ انظر، "الحماية الجنائية للحرابيات الشخصية"، ص ٨٩، نقلًا عن: كامل السعيد، مرجع سابق، ص ١٢٢.

ثم ظهر في مصر القانون المعدل رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢م. وقد أجاز لقاضي التحقيق أن يأمر بضبط جميع الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطروdes لدى مكاتب البرق، وأن يأمر بمراقبة الاتصالات السلكية واللاسلكية أو إجراء تسجيلات لأحاديث جرت في مكان خاص في جنابة أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر، ومعنى ذلك أن الدليل المستمد من التنصت التلفوني مقبول متى تم وفقاً للقانون.

فأصبحت النصوص القانونية هناك تسمح باعتبار الصور الفوتوغرافية دليلاً في الإثبات شريطة توافر صحتها ودقتها الفنية، خاصة إذا التقطت هذه الصور وفاء لواجب الشرطة في التحري عن الجريمة وضبط مرتكبها كما هي الحال بالنسبة لأجهزة الرادار مثلاً لرصد المخالفات المرورية أو أنها تمت لصيانة الأموال والحفاظ عليها في الحالات والأمكنة العامة، حيث لا يكون التقاطها مشكلاً بجريمة الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة في هذه الأحوال.

هذا وقد نص القانون الأردني "المادة ١٦٠ من قانون أصول المحاكمات الجزائية" على عدم جواز قبول الصورة الشمسية في معرض البينة للتعرف على صاحبها، وأجاز في المادة ٨٨ منه للمدعي العام مراقبة المحادثات الهاتفية متى كان لذلك فائدة في إظهار الحقيقة وهذا من باب تغليب مصلحة المجتمع على الحق الخاص للمواطن إذا تعارضتا.^١

وفي إنكلترا فإن الأحكام القضائية الصادرة هناك اعتمدت الصور الفوتوغرافية كدليل إثبات في القضايا الجنائية ضمن ضوابط وشروط معينة.

منها: قيام صلة بين هذه الصور والقضايا التي تعرض فيها.

ومنها: يجب أن تقام البينة على مضمونها من قبل شاهد مختص أو ذي صلاحية بهذا الشأن، وأن تكون مأخوذه وفق أسس فنية لصحة التعرف على الشخصية، وصور الرقاقة الضوئية المأخوذة بكاميرات أمنية أو توماتيكية في السرقة قبلت كدليل في جريمة السرقة في قضية معينة. هذا وقد وفر القانون الإنكليزي الحماية للمحادثات الخاصة في المكان الخاص.

وفي فرنسا فإن دليل الصورة وشريط الفيديو لا تكون لهما قيمة كاملة في الإثبات عندهم؛ إلا إذا انضمت إلى سواهما من الأدلة وتعززت بغيرها من الدلائل.

^١ انظر، كامل السعيد، المرجع السابق، الصفحات ٤، ١١٢، ١١٣، ١١٨، ١٢٣.

وفي كندا يتوقف قبول الصورة الفوتوغرافية على دقتها في تصويرها الحقيقي للوقائع والتعبير عنها تعبيراً صحيحاً والتحقق من غياب القصد السيء بهدف التضليل، والتحقق من صحتها يتم بوساطة شخص مؤهل لهذا العمل.

ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية في استبعاد أية صورة فوتوغرافية إذا ما تبين أنها ذات قيمة ضئيلة في الإثبات.

وقد جرى العمل عندهم أيضاً على قبول "شريط الفيديو" لإثبات مشاركة أشخاص متورطين في بحارة المخدرات.

أو أشخاص يترددون على محلات غير مشروعة لتعاطي المخدرات، وفي قضايا الشغب بكافة أنواعه وصوره وغيرهما.^١

فالقضاء الكندي وكذلك الإنكليزي قررا اعتبار هذه الأشرطة دليلاً كاملاً متي توافرت شروط صحتها، واطمأنت المحكمة إلى أنها جاءت تعبيراً صادقاً عن الحقيقة والواقع.

ومن فوائد الصورة في الإثبات أيضاً دورها في تعزيز الشهادة الشفوية وتقليل تفاصيل أكثر عن الواقع، والتي لا تقدمها الشهادة الشفوية بيسر وسهولة.

ومن فوائدها كذلك إظهار مسرح الجريمة، والإصابات التي حلّت بالمجني عليهم، والرصاص التي استعمل في تنفيذ الجريمة، وأثار أصابع الأقدام والأحذية على اختلاف أنواعها، والمسلوقات وغيرها.

وفي سويسرا، فإن المحكمة الفيدرالية السويسرية قد قررت في إحدى القضايا أن لقاضي التحقيق يمتنع القانون الأمر برفع السرية عن المحادثات التلفونية والرسائل البريدية والبرقية ولو بالنسبة لشخص غير متهم مباشرة في الجريمة متي وجدت دلائل قوية على أن له علاقة بها.^٢

هذا، وبعد بيان ما ورد في التشريعات الحديثة في بعض الدول العالم بهذا الخصوص، نلاحظ أن هذه التشريعات عموماً لا تبعد في أغلب الحالات عما هو موجود في الفقه

^١ انظر، كامل السعيد، المرجع السابق، الصفحات ١٠٣، ١١٣، ١٠٦، ١١٨، ١٢٤. وانظر كذلك: Dodson and Williams (1984) 71 CR, (1980) 1 W.L.R.971, Lamb (1980) I Crim, L.R.433, APP.R.198; Maynard et al. (1979) 69 cr.App.R.309 (نقل عن المرجع السابق، ص ١٠٣).

^٢ المصتاوي، الحق الجنائي، ص ٧٤.

الإسلامي، وما قرره الفقهاء القدامى والمعاصرون، حول حرمة الحياة الخاصة واحترام خصوصيات الناس وأسرارهم وحرماهم.

فالشريعة قد حمت هذه الخصوصيات وكذلك التشريعات الوضعية وذلك في الأحوال الاعتبادية.

أما إذا وجدت الضرورة أو الحاجة لحماية العدالة، بأن ظهرت أمارات دالة على ارتكاب جريمة أو تقع ارتكابها وظهرت شبهة قوية حول أشخاص، جاز استثناءً من الأصل المحرم، تقيد حرية المتهمين، والاستفادة من قرائن التسجيل الصوتي والضوئي وأجهزة الفيديو، وكذلك التنصت التلفوني في بيان الحقيقة وتتبع الجناة وإدانتهم، مع مراعاة ضوابط وشروط وقيود يجب توافرها في هذه القرائن الجديدة –كما اقترحناها– والاعتداد بما في الإثبات الجنائي، وإعطاء القاضي حرية واسعة لتقدير تلك الأدلة والاقتناع بها، مع تسبيب قبولها أو رفضها.

وأخيراً فإن هذا البحث خطوة للتجدد في بعض مناحي طرق الإثبات في الفقه الإسلامي على ضوء المستجدات الحديثة، وضمن الضوابط والقيود الشرعية ومقاصد الشريعة حتى لا يقف هذا الفقه العظيم جامداً عما يدور حوله في العالم.



الفصل السادس

إفشاء السر في الفقه الإسلامي
السر الطبيعي نموذجاً



الفصل السادس

إفشاء السر في الفقه الإسلامي السر الطبي نموذجاً

تمهيد:

يرمي هذا الفصل إلى بيان القضايا الشرعية التي تتعلق بالسر المهني، وبيان ما أبداه الفقه الإسلامي المعاصر من اهتمام بأحكامها، مع ذكر المسوغات والاستثناءات الشرعية في إفشاءه، وتأصيل ذلك تأصيلاً شرعياً.

والأسرار أنواع مختلفة، منها الأسرار الفردية الخاصة، والأسرار العامة؛ ومنها الأسرار الاقتصادية، والسياسية، والإدارية، والصناعية، والابتكارية، والمصرفية، والضرورية، والأسرار المتعلقة بمهنة المحاماة، وكذلك الأسرار المتعلقة بأمن الدولة. وهناك الأسرار الزوجية والعائلية، والأسرار الاجتماعية، وكذلك الأسرار المهنية والتي تشمل بعض الأسرار العامة والخاصة كما ذكرنا، ومن الأسرار المهنية: السر الطبي، وسوف نتعدد من السر الطبي نموذجاً، ونجعله قطب الراحي في هذا الفصل.

المبحث الأول:

التعريف بمفردات الموضوع وما يتعلق بها

الجريمة هي: محظورات شرعية زجر الله عنها بمحنة أو تعزير. وقد وصفت بأنها شرعية، أي لا بد من دليل شرعي يحظرها حتى يكون الفعل جريمة.

والسر لغة: ما أخفى وكتمت، وهو خلاف الإعلان، والجمع: أسرار، ومعنى السر في قوله تعالى: **﴿إِنَّمَا يَعْلَمُ الْأَيْرَ وَالْأَخْفَى﴾** [طه: ٧]، السر: ما حدث به الإنسان غيره وأسره إليه، والأخفى من السر: ما حدث المرأة نفسه وخطر بياله من غير أن يخبر به أحداً.^١

وأصطلاحاً: فإن السر عموماً هو الذي يحرض الإنسان على إخفائه عادةً. وقد عرفه مجمع الفقه الإسلامي بأنه "ما يفضي به الإنسان إلى آخر مستكتماً إياه من قبل أو من بعد، ويشمل ما حفت به قرائن دالة على طلب الكتمان إذا كان العرف يقضي بكتمانه، كما يشمل خصوصيات الإنسان وعيوبه التي يكره أن يطلع عليه الناس".^٢

ويعد سراً: كل ما يضر إنشاؤه شخصاً ما، ويستوي أن يكون الضرب أدبياً أو مادياً.^٣

والكتمان: هو ستر الشيء وتغطيته، وهو نقيض الإعلان.^٤

وكتمان السر هو: إخفاء المعلومات التي تعتبر سراً وسترها عن الوصول لغيره.

وإفشاء لغة: الانتشار، يقال فشا الحبر أي: انتشر وظهر.^٥

وإفشاء السر هو: إطلاع الغير على السر، أي نشره وإظهاره، وهو نقيض الحفظ والكتمان.

وجريمة إفشاء السر المهني – كما يراه رؤوف عبيد – هي: تعمد الإفشاء بسر من شخص أوئمن عليه بحكم عمله أو مهنته وصناعته في غير الأحوال التي يوجب القانون إلقاءه، أو يجيزه.^٦

^١ محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠٠٣م)، ج٤، ص٢٥٦؛ أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير (القاهرة: مؤسسة المختار، د.ط، ٢٠٠٨م)، ص٢٧٣.

^٢ "السر في المهن الطبية"، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد ٢٠، ١٩٩٤م، ص٢٠٨.

^٣ رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال (القاهرة: دار الفكر العربي، ط٨، ١٩٨٥م)، ص٢٩٢.

^٤ ابن منظور، لسان العرب، ج١٢، ص٥٦.

^٥ المصدر السابق، ج١٥، ص١١٥.

^٦ رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، ص٢٩٠.

وهناك من الفقهاء المعاصرين – ومنهم الشيخ عبد الوهاب أبو سليمان – من اعترض على عبارة "سر المهنة" بإضافة السر إلى المهنة؛ لأن المعرف اصطلاحاً أن سر المهنة هو دقائق المهنة وخصائصها، وهذا هو الشائع. فالأفضل أن تكون العبارة "الأسرار في المهنة"، وليس "سر المهنة". ومع ذلك فإننا سوف نأخذ بالعبارة الشائعة لدى الفقهاء المعاصرين وأهل القانون والطب لاستقرار هذا المصطلح عندهم جميعاً.

ومن الألفاظ القريبة من إفشاء السر: خيانة الأمانة؛ فالأمانة في اللغة تقىض الخيانة، ومؤئمن القوم: هو الذي يثقون به، ويستخدمونه أميناً وحافظاً.^١ وجاء في الحديث: "إذا حدث الرجل الحديث ثم التفت فهي أمانة".^٢ وفي حديث آخر: "المجالس بالأمانة إلا ثلاثة مجالس: سفك دم حرام، أو فرج حرام، أو اقطاع مال بغير حق".^٣

والمراد بالحديث أن المسلم إذا حضر مجلساً ووجدهم على منكر، أن يستر عورتهم، ولا يشيع ما رأى منهم، إلا أن يكون أحد هذه الثلاثة، أو ما كان ضرره شديداً مثلها، فإنه فساد عظيم، وإنخفاؤه ضرر كبير.

والسر الطبي: هو السر المودع لدى الطبيب أو من يعمل في الحقل الطبي. يقتضي صلته بمهنة الطب، والعلامات المهنية التي يكتشفها الطبيب، لذا ينبغي أن تبقى معلومات الطبيب سرية، فليس له أن يخون الثقة الموضوعة فيه، حتى لا يحجم المرضى عن اللجوء إلى الأطباء خشية افتتاح أسرارهم مما يؤدي إلى آثار سيئة على الصحة العامة.^٤

وهذه الأسرار تشمل عيوبه وأمراضه، وحالته النفسية والعقلية، وينبغي الالتزام بكتمان هذه الأسرار وعدم استخدامها إلا في الأغراض التي تم الحصول على هذه الأسرار من أجلها.^٥ فالطبيب يأنفه المريض على أسراره التي تتعلق بالمرض، وقد يكون فعلاً شائناً، وربما

^١ ابن منظور، لسان العرب، ج ١٣، ص ٢٢.

^٢ أحمد بن حنبل، المسند، تحقيق: شعيب الأرناؤوط (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ٢٠، ١٩٩٩/٥١٤٢٠)، ج ٣، ص ٣٢٤.

^٣ أبو دارد، السنن، رقم الحديث ٤٨٦٩، ج ٤، ص ٢٦٨؛ أحمد، المسند، رقم الحديث ٤٨٤٨، ج ٤، ص ٢٦٨.

^٤ أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية للأسرار المهنية (القاهرة: مطبعة جامعة د. ط. م)، ص ١٧١.

^٥ غنام محمد غنام، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام (القاهرة: جامعة المنصورة، د. ط. م)، ص ٤١٠.

طارق أحمد فتحي سرور، الحماية الجنائية لأسرار الفرد في مواجهة الشر (دار النهضة العربية، د. ط. م)، ص ٣٢.

أفضى إلى الطبيب النفسي بأسراره في حياته السابقة وعلاقته بأسرته، لأجل علاج مرضه النفسي الذي يعانيه، فيكون ذلك كله أمانة لدى الطبيب، ومن الخيانة أن يفشيها.

أما نطاق السر الطبي فقد ذهب البعض إلى أن إفشاء السر لا يكون جريمة؛ إلا إذا كانت الواقعة المفسحة ذات طبيعة ضارة بسمعة مودعه وكرامته ومصلحته.^١ فالضرر ركن أساسي عندهم في تجريم إفشاء السر، وهو المعيار لتحديد مفهوم السر الطبي الذي لا يجوز إفشاؤه. لذلك عرف بعضهم السر الطبي بأنه: كل ما يمس طمأنينة المريض وشرفه وعائلته، ومرجع ذلك إلى العرف، لأن العرف يقضي باعتبار بعض الأمراض كالبرص والجدام والزهري من الأمراض التي لا يجوز إفشاء سرها لأنها بطبيعتها تدعوا إلى النفور من المصاب بما يؤدي شعور صاحبها ويسبب له أسى وألمًا نفسياً، ولا يغير من ذلك أن يكون لهذه الأمراض أعراضها الظاهرة^٢ فلا عقاب عند هؤلاء على الإفشاء إلا إذا ترتب عليه ضرر.

ويرى آخرون: أن الطبيب الذي لديه أسرار المريض يعاقب على إفشاءه، ولو لم يكن في إفشه ضرر بالسمعة أو الكرامة،^٣ فليس من شأن الطبيب تقدير ما للمرضى من مصلحة في حفظ السر، فالامر في ذلك مرجعه إلى المريض نفسه الذي له وحده أن يقدر ظروفه، وليس لأمين السر في المهنة أن يفشي السر اعتماداً على أن هذا السر قد سبق إفشاؤه واشتهر بين الناس، فشهادة الطبيب دائماً تصيبه جديداً وتؤكّد شائعات ترددت كان فيما سبق محل جدل. وكذلك لا يستطيع المحامي بعد أن يدين موكله أن يفشي الإقرار الذي ضممه اعترافه بالجريمة، فشهرة الواقعه مهما كانت لا تعفي الطبيب أو المحامي من السر المهني.^٤

والذي يبدو لي: أن إفشاء السر ولو لم ينبع عنه الضرر مذموم شرعاً، وفي هذا يقول الإمام الغزالى رحمه الله: "إفشاء السر خيانة، وهو حرام إذا كان فيه إضرار، ولو لم يكن فيه إضرار، وكلاهما مذموم وفيهما إثم".^٥

^١ سلام، الحماية الجنائية للأسرار المهنية، ص ٢٩.

^٢ منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدلة في قانون المقويات (دار المطبوعات الجامعية، د.ط، ١٩٥٠م)، ص ٤٧٣.

^٣ سلام، الحماية الجنائية للأسرار المهنية، ص ٢٩ و٤٨.

^٤ المرجع السابق، ص ٤٢.

^٥ أبو حامد عبد الرحيم بن حسين الغزالى، إحياء علوم الدين للغزالى (القاهرة: مطبعة عيسى الباجي الحلبي، ١٩٣٩م)، ج ٣، ص ٢٧٨.

لذا ينبغي المحافظة على السر الطبي بغض النظر عن الضرر الناتج عنه، فالغاية من كمان السر هو المحافظة على الثقة المفروضة في ممارسة بعض المهن، وهذه الغاية لن تتحقق بصورة تامة إذا اقتصر العقاب على الإفشاءات الضارة.

إن حماية السر دون التقييد بشرط الضرر، تقتضيها ضرورات الأمانة، وحماية الطمأنينة في قلوب الناس، وكسب ثقة صاحب السر.

ثم إن تقدير أهمية السر في القضايا الطبية يقدر المريض نفسه، والذي له وحده أن يقدر ظروفه، وليس من شأن الطبيب تقدير ما للمريض من مصالح مختلفة في حفظ السر. ولا يشترط في السر أن يكون قد عهد به صاحبه الموعد إلى الأمين على أنه سر؛ لأن السر يجب أن يشمل كل أمر يعد سراً بطبيعته، ولو لم يطلب صاحبه ذلك؛ إذ يعد سراً كل أمر وصل إلى علم الطبيب عن طريق ممارسته لهنته أو الخبرة الفنية، أو عن طريق الظن والتخمين والاستنتاج، ولو لم يذكر له المريض شيئاً، لذا لا يشترط أن يكون صاحب السر هو الذي أودعه لدى الأمين، وهذا المعنى هو الذي يتفق ومقاصد الشريعة في حفظ الأسرار وستر العورات. فسرّ المهنة الطبية ينبغي أن يمتد إلى كل ما يشاهده الطبيب أو غيره في المهنة أو يسمع به أو يستنتجه أثناء ممارسة مهنته، ولو لم يعلم به صاحبه، فكل واقعة تقضي مصلحة المريض كتمانها وعدم إذاعتها، فهو سر لا يجوز إفرازه. وبذلك يسود الأمان بين أصحاب المهن وعملائهم مما يحقق مصلحة عامة، ولا شك أن الإفشاء يؤدي إلى إهدار الثقة العامة؛ مما يضر بالصحة العامة، وبالتالي يتزداد العملاء من المرضى وغيرهم من التردد عليهم، خوف كشف أسرارهم، والإساءة إلى سمعتهم، لذا يجب أن يطمئن المريض إلى محافظة الطبيب على أسراره التي هي في أدق خصوصياته. ومعظم قوانين الدول العربية حدد نطاق السرية بأنه كل ما وصل إلى علم الطبيب عن طريق مهنته، سواء أكان هذا السر مما عهد به إليه المريض واتمنه عليه، أو شاهده الطبيب بنفسه، أو سمع به.^١

أما المسؤولون عن حفظ السر الطبي فيشمل جميع الوظائف والاختصاصات الطبية التي يقوم بها الطبيب، وهي تختلف من حيث الأداء والمهام. فهناك الطبيب المعالج، ومهمته إجراء التحاليل اللازمة والحصول على الأسرار المتعلقة بالمرض، والطبيب الاستشاري وهو مسؤول

^١ أحمد رجائي الجندى، "مناقشات بمجمع الفقه الإسلامي"، مجلة الجمع الفقهى، ج ٣، ص ٣٧٢.

أعلى، ويطلع على أسرار المريض، خاصة إذا كان رئيساً لعامل التحليل، والطبيب الإداري، ويشمل كذلك مدير المستشفى، ومدير الإدارات وما فوقهم؛ إذ يطلع هؤلاء على التقارير الخاصة بالعاملين، وغيرهم، ويشمل أيضاً جميع الأشخاص الذين يطلعون على السر الطبي بحسب وظائفهم، كالموظفين الإداريين الذين يتلقون بيانات الأطباء إذا تضمنت ما يوجب الكتمان.

وقد حددت القوانين الفتاوى المنوطه بحفظ السرية^١، إذ يشمل كل العاملين الذين لهم علاقة بالمريض، ومنهم المطلعون على السجلات الطبية ومروراً بالهيئة التمريضية، ومسؤولي الأغذية، والصيادلة، والعاملين بالمخبرات والأشعة بجميع أنواعها، والعاملين في إدخال المعلومات في الحاسوب الآلي. وهؤلاء جميعاً مسؤولون على الحفاظ على سرية المعلومات الطبية.^٢

ومن وجهة نظر الشريعة فإن هؤلاء يعدون مؤتمنين على السر، وإفشاءهم له يعد من قبيل خيانة الأمانة إلا إذا كانت هناك مسوغات شرعية لإفشائه.

وقد نص قانون العقوبات المصري، على بعض هؤلاء المسؤولين على أسرار مهنة الطب؛ إذ نصت المادة (٣١٠) المعدلة بالقانون (٢٩) لسنة ١٩٨٢م على أن: "كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم مودعاً إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي أو ثمين عليه، فأفساه في غير الأحوال التي يلزمها القانون فيها بتبلغ ذلك، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ستة شهور، وبغرامة لا تتجاوز خمسماة جنيه مصرى، أو بإحدى هاتين العقوبتين".^٣

^١ انظر، المادة ٤٤٦ من قانون العقوبات المغربي، والمادة ٣٠١ من قانون العقوبات الجزائري، والمادة ١٥٦ من قانون العقوبات في اليمن الديمقراطية سابقاً؛ منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، ص ١٥٥.

^٢ قوانين مزاولة المهن الطبية للأطباء والصيادلة والقابلات والمرضات. انظر، بحث عبد السلام الترماني، مجلة الحقوق والشريعة، العدد ٢٢، ١٩٨١، ص ٤٤؛ أحمد رجائي الجندي، "سر المهنة الطبية بين الكتمان والعلانية"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج ٣، ص ١٢٤.

^٣ عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، ص ٢٩٠.

المبحث الثاني: فضائل كتمان السر

النفس الإنسانية تزعزع عادة إلى كشف الخبايا اتباعاً لهوى النفس، لا سيما إذا انقلب المودة إلى عداوة وانتقام من صاحبين، حيث لا يبعد أن يهتك أحدهما أسرار صاحبه نكایة به وانتقاماً منه، وإيذاء له ويلحق به ضرراً في نفسه أو ماله أو بدن، أو مركزه الاجتماعي، وهذا مما يأبه الإسلام؛ لأن خيانة الإنسان لمن اتمنه وإفشاء أسراره التي أودعها عنده وقت الصفاء والمحبة، كل ذلك يدل على لوم طبعه وخبث باطنه وسوء نيته، وهو أثر من آثار العداوة الباطنة، والخذل المخفي، والحسد الدفين. والرسول ﷺ يقول: «أدّ الأمانة إلى من اتمنك، ولا تخن من خانك».^١

فمن أفشى السر لا سيما عند الغضب والخصومة، فهو إنسان ثيم؛ لأن إفشاء السر عند الرضا شائع، وإنما محل الامتحان عند الغضب والخصومات وتضارب المصالح؛ لأن المرء الذي يصعب عليه كتمان السر في مثل هذه الأحوال، يرى في إفشه راحة له، خاصة إذا كان السر مرضياً، أو يحقق مصلحة، أو يدفع به ضرراً عن نفسه.

وهناك من الأسرار ما تعد من الأسرار العادلة، لا – كما ذكرنا – يحدث إفشاوها ضرراً في الكرامة أو تفويتاً لمصلحة؛ ولكنه مع ذلك ينبغي أن لا تفشي إلا بإذن صاحبها، من ذلك ما ورد عن ثابت عن أنس رضي الله عنه، قال: «أتى عليًّا رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه وأنا ألعب مع الغلمان، فسلم علينا، فبعثني في حاجة، فأبطأت على أمي، فلما جئت قالت: ما حبسك؟ فقلت: بعثني رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه حاجة، قالت ما حاجته؟ قلت: إنما سر، قالت: لا تخربن بسر رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه أحداً، قال أنس: والله لو حدثت به أحداً لحدثتك به يا ثابت».^٢

فالسر الذي كان أنس مستأمناً عليه كان سراً عادياً، لأنه لا يستأمن صغير يلعب مع الصبيان على سر كبير، ومع ذلك كان أنس حريراً على ألا يفشي سر رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه.

^١ أبو داود، السنن، ج ٣، ص ٩٠، رقم الحديث ٣٥٣٤ و ٣٥٣٥؛ محمد بن عيسى الترمذى، السنن (المكتبة العصرية للطباعة والنشر، ٢٠٠٦م)، ج ٣، ص ٥٦٤، رقم الحديث ١٢٦٤.

^٢ أبو الحسين مسلم بن الحاج، الصحيح (بيروت: دار الجليل، د.ط، د.ت)، رقم الحديث ٦٣٢٨، ج ١١، ص ٢٥٨.

ومن الأسرار التي يستحسن ألا تفتشي، وإن كانت من الأسرار العادلة، ما ورد عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه حين تأمنت بنته حفصة، قال: "لقيت عثمان بن عفان، فعرضت عليه حفصة، فقلت إن شئت أنكحتك حفصة بنت عمر؟ قال: سأنظر في أمري، فلبت ليالي، ثم لقيني، فقال: قد بدا لي أن لا أتزوج يومي هذا، فلقيت أبي بكر الصديق، فقلت: إن شئت أنكحتك حفصة بنت عمر؟ فصمت أبو بكر، فلم يرجع إلى شيئاً، فكنت عليه أوجد مني على عثمان، فلبت ليالي، ثم خطبها النبي صلوات الله عليه وآله وسلامه، فأنكرتها إياه، فلقيني أبو بكر، فقال: لعلك وجدت على حين عرضت على حفصة لم أرجع إليك شيئاً، فقلت: نعم، قال: فإنه لم يعنني أن أرجع إليك فيما عرضت على إلا أنني كنت علمت أن النبي صلوات الله عليه وآله وسلامه ذكرها، فلم أكن لأفشي سر رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه، ولو تركها النبي صلوات الله عليه وآله وسلامه قبلتها".^١

فالذى ييدو أن ما كان من سر رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه الذي علمه أبو بكر رضي الله عنه، كان سرا عاديا وهو ذكره لحفصة، ولو ذكره أبو بكر ربما سر عمر به، وأدخل البهجة عليه؛ ولكنه يريد أن يكتسم السر، ولو كان عاديا وقليلا، حتى يخبره به رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه.^٢ فالصحابية رضي الله عنه هكذا تعاملوا مع السر العادي والسر القليل، ومعنى ذلك أن في تعاملهم مع الأسرار غير العادلة كانوا أشد وأحرص في كتمانا وعدم البوح بها، خاصة ما تتعلق بعورات الناس، والغيبة والنمية وما يلحق بهم عند الفضيحة من الكرب والضرر والمهانة، لعلهم أن الحافظة على السر واجب إسلامي، وأنه أمانة لدى من استودع حفظه، وهو ما تقضي به المروعة؛ ولأن إفشاءه خيانة.

لقد وردت آثار عن ستر المسلم وحفظ سره فيما يفضحه وينزل به الكرب، وهذه الآثار تختتم كتمه وتوكيده، منها: قول الرسول صلوات الله عليه وآله وسلامه: «من ستر سره الله في الدنيا والآخرة».٣ وقوله صلوات الله عليه وآله وسلامه: «لا يستر عبد عبداً في الدنيا إلا ستره الله يوم القيمة».^٤ وقوله: «من ستر عورة مؤمن فكانما استحياناً مسؤولة في قبرها».^٥

والستر لا ينفي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والنصيحة، بل يجب على الساتر أن ينصح المستور عليه، وأن يصره بعييه ويطلب منه الامتناع عن المنكر. وفي قصة ماعز الذي

^١ أحد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري (القاهرة: الباي الحلبي، د.ط، ١٩٥٩)، ج ٩، ص ١٧٦.

^٢ انظر، توفيق الراغي، "حكم إفشاء السر في الإسلام"، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ندوة الرؤية الإسلامية لبعض المعارضات الطبية، ١٩٨٧م، ص ١٥٦.

^٣ مسلم، الصحيح، ج ٤، ص ٢٠٧٤، رقم الحديث ٢٦٩٩.

^٤ مسلم، الصحيح، ج ٤، ص ٢٠٠٢، رقم الحديث ٢٥٩٠.

^٥ أحمد، المسند، ج ٤، ص ١٥٣، رقم الحديث ١٧٤٣٣.

اعترف بالزنا، فأقام النبي ﷺ الحد عليه بالرجم، جاء هرّال، فقال: أنا أمرته أن يأتِ فيعترف، فقال النبي ﷺ: «يا هرّال لو سترته بثوبك لكان خيراً لك».^١

إفشاء السر هو من جنس الغيبة، ونوع منها؛ لأنه من ذكر الغير بما يكره. فلو لم يكن الأمر مكروهاً بالنسبة للمريض لم يعد هذا سراً، بل إن إفشاء السر قد يكون أبلغ في الحظر من الغيبة، لأن فيه أيضاً خيانة لأمانة الكلمة، والخيانة من علامات المنافق، كما قال ﷺ: «أية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا اؤتمن خان». ^٢ ومع ذلك فإن الغيبة وردت عليها استثناءات، فيتغير الحكم الأصلي للغيبة من الحظر إلى الإباحة أو الندب أو الوجوب، لأن السكوت أصبح ضرراً، والضرر يزال، وكذلك الحال مع إفشاء السر، فقد يعتريه الاستثناء، حينئذ يتغير الحكم وينبغي كشف السر بما يدفع المفسدة ويحقق المصلحة سداً للذرية ودفعاً للضرر ورفعاً للحرج.^٣

وقد حرم الإسلام وسائل إفشاء السر، ولما كان التجسس من أهم الوسائل للكشف عن السر فقد نهى الله تعالى عنه بقوله: «وَلَا يَجْتَسِنُوا وَلَا يَنْتَبَرُوكُمْ بَعْضًا» [الحجرات: ١٢]. فالتجسس منهى عنه شرعاً لما فيه كشف للعورات، فلنناس حرماهم وكرامتهم وأسرارهم التي لا يجوز انتهاكها والمساس بها.

هكذا تضافت الأدلة في فضائل كتمان السر عموماً، ويشمل سائر المهن والوظائف، فالمؤولون عن المعونات الاجتماعية، ومعونة الزكاة والصدقات، فإن معلوماتهم الخاصة عن هؤلاء المحتاجين هي أمانات لديهم لا يجوز كشفها ونشرها.^٤

ومن يذهب إلى المفتى ليسأله عن حكم الشرع في أمر قد فعله، فشرح له الواقعه، وأبان عن فعله؛ فإن هذا السر يكون أمانة عند المفتى لا يجوز البوح به إلا لسوغات شرعية. ومن هذه المهن: أسرار المهن المصرفية، وموظفي الضرائب والاتصالات، والحاماة، والقضاة، وغيرهم، وكل ما يتصل بأسرار الناس خاصة كانت أو عامة. ويدخل في هذا العموم كذلك، السر الطي، وسنفصل القول فيه.

^١ أحمد، المسند، ج ٥، ص ٢١٧، رقم الحديث ٢١٩٤١؛ أبو داود في سننه، ج ٤، ص ١٣٤، رقم الحديث ٤٣٧٧.

^٢ محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق: مصطفى ديب (بيروت: دار ابن كثير، واليمامة، ط ٣، ١٩٨٧ م)، ج ١، ص ٢١، رقم الحديث ٢٢؛ مسلم، الصحيح، ج ١، ص ٧٨، رقم الحديث ٥٨.

^٣ انظر، عجيل النشمي: في مناقشات ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية لسنة ١٩٨٧ م، مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ص ١٨٤.

^٤ محمد سليمان الأشقر، "إفشاء السر في الشريعة الإسلامية"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثامنة، العدد ٨، ١٩٩٤ م، ج ٢، ص ٣٢.

المبحث الثالث:

نبذة تاريخية عن السرطبي

إذا أردنا أن نورخ لمسألة إفشاء السر في التاريخ الإنساني عموماً، نجد أنه كان دائماً محل اهتمام الشرائع القديمة، الوضعية منها والسماوية، واهتمت به كذلك الأعراف والتقاليد في الماضي البعيد، وأسبغت عليه الحماية القانونية.

وتحريم إفشاء بعض الأسرار المهنية معروف منذ القدم، والحكمة من هذا التحريم هي أن كتمان السر واجب خلقي تقضيه مبادئ الأمانة، وأن مصلحة المجتمع تقضي أن يجد كل فرد أميناً يلتجأ إليه فيجد المريض طيباً يركن إليه، يأنمنه ويودعه سره؛ إذ إن في إفشاء أسرار المريض وغيره إساءة لسمعته، وحط من كرامته، وجراحته، ومنس بطمأنينته واستقراره النفسي.

ولقد تنبه الأقدمون إلى أهمية الحافظة على الأسرار لكل من اشتغل بالطبابة على مر العصور والأزمنة، فقد ظهر ذلك واضحاً في قسم الأطباء، ابتداءً من الطبيب أمحوت إله الطب المصري كما كانوا يعتقدون. وما ذكره الطبيب اليوناني أبقراط في القسم الذي صاغه وحدد فيه واحب الأطباء نحو مرضاهن ومنها حفظهم لأسرارهم.^١

وصيغة القسم بعد تعديله، هي:

"أقسم بالله وأشهد أن أحترم مهنتي، وأن اعتبر أستاذني بمنزلة والدي، وأن أتبع في العلاج الطريقة التي أؤمن أنها مجده ومفيده، وأن أمتنع عن كل ما هو ضار أو مؤذ، ولا أعطي دواء قاتلا، أو أسدى نصيحة ضارة، وسوف أقضي حياتي في ممارسة فني في طهر وقداسة، وأن أحترم البيت الذي أدخله، ولا أ נשي سراً أطلعت عليه، ولا أبوح بشيء يحجب عدم الإجابة عليه مما أراه أو أسمعه عن مرضى في نطاق عملني، وأن اعتبر هذه الأشياء من الأسرار المقدسة".^٢

وجاء في إعلان جنيف لعام ١٩٤٧ م - والذي عدل في أستراليا عام ١٩٦٨ م - قسم الطبيب " وأن أحترم كل الأسرار التي يعهد إليّ بحفظها حتى بعد وفاة المريض".^٣

^١ رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، ص ١٩٤.

^٢ عبد السلام الترمذاني، "السر الطبي"، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة، يونيو ١٩٨١ م، ص ٢٩.

^٣ شريف بن أدول بن إدريس، كتمان السر وإفشاءه في الفقه الإسلامي (عمان: دار النفائس، د.ط، ١٩٩٧ م)، ص ٥٢.

وقد أوصى الأطباء في التراث الطبي الإسلامي بمراعاة آداب مهنة الطب، هذه الآداب التي كانت تدرج ضمن معطيات الأخلاق الإسلامية والسلوك الإسلامي في ممارسة كل المهن سواءً أكانت طبًا أم غيره، فأوصوا بحفظ أسرار المريض، وأخذ العهد منهم على ذلك. ومن هؤلاء ابن أبي أصيبيعة في كتابه *عيون الأنبياء في طبقات الأطباء*، وقد حدد نطاق السر الطبي بقوله: "إذا كان ما سمعه الطبيب أو علم به مما تقضى الأعراف بسترها في الزمان والمكان، فذلك سر لا يجوز إفشاؤه".^١ وأكده علي بن رضوان كبير أطباء مصر (٥٤٥ـ). و منهم الطبيب مهذب الدين بن هيل البغدادي في كتابه *المختارات في الطب*،^٢ وكان من بين وظائف "المختسب" أن يأخذ على الأطباء قسم أبقراط في حفظ السر، وقد صدر "الدستور الإسلامي للمهنة الطبية" عن المؤتمر العالمي الأول للطب الإسلامي الذي انعقد بالكويت عام ١٩٨٠م، وورد فيه قسم الطبيب، وأخذت به كثير من البلاد الإسلامية.

ومن الجدير بالذكر أنه ظهر اتجاه عند بعض الأطباء المسلمين المعاصرین مفاده إعطاء مهابة وقداسة إلى أسرار المهنة الطبية، حتى وصفوا هذا السر بقدسية السر الطبي.

والذي يبدو: أن التقديس والقدسية هي للنصوص المقدسة، نصوص الوحي؛ أما أن تطلق القدسية على أسرار بعض المهن فأرى أن ذلك مبالغة غير مقبولة؛^٣ لأن معنى التقديس هو التنزيه، وإذا قلنا تقدس الله فمعنى ذلك نفي كل نقص عن الذات الإلهية، وقداسة القرآن معناه نفي كل تحرير وتبدل وتغيير فيه، فإذا كان هذا هو معنى التقديس، فلا ينطبق على السر الطبي.

^١ موقف الدين بن أبي أصيبيعة أبو العباس أحمد بن القاسم السعدي الخزرجي، *عيون الأنبياء في طبقات الأطباء*، تحقيق: نزار رضا (بيروت: دار مكتبة الحياة، د.ط، ١٩٦٥م)، ص ٤٥.

^٢ مهذب الدين بن هيل أبو الحسن علي بن أحمد بن علي بن هيل البغدادي، *المختارات في الطب* (مطبعة جمعية دائرة المعارف الثقافية، ط١، ١٩٩٢م)، ج ١، ص ٤.

^٣ انظر، مناقشات "سر المهنة"، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، المرجع السابق، ص ١٨٧.

المبحث الرابع: عقوبة إفشاء السر

الفقهاء رحمهم الله تخطوا الكلام في مسؤولية إفشاء الأسرار الطبية وغير الطبية، وأغفلوا الكلام عليها صراحة؛ لأنها مسؤولية أدية أخلاقية بالدرجة الأولى، وتدخل في دائرة الآداب العامة والأخلاق فهي بها أشبه وأقرب.^١

لذا فهي جريمة خلقية قبل أن تكون جريمة جنائية؛ ولكنهم لم يغفلوا الإشارة إليها فيما قدوا من قواعد وفرعوا من فروع؛ إذ إن عقوبات إفشاء الأسرار تدخل في العقوبات غير المحددة التي ترك أمرها لأولي الأمر، يفرضون لكل حالة ما يناسبها من عقوبات، وتسمى في عرف الفقهاء بالعقوبات التعزيرية، كما في التعزيرات غير المقدرة في منع أداء الزكاة، والخلوة بالأجنبية، واليمين العموس، وشهادة الزور.^٢

وتحتختلف عقوبة إفشاء السر باختلاف نوع الإفشاء، ونوع الأسرار التي تم إفشاوتها، والضرر العام أو الخاص المترتب على الإفشاء وخطورته، وكذلك باختلاف حال المفضي للسر، ويناط اختيار العقوبة بالقاضي ويفوض الأمر إليه في قضائه، حسب ما يناسب كل جريمة.

ولا يعاقب كل من يفشي سراً؛ لأن كتمان السر بحسب الأصل لا يزيد عن كونه واجباً أخلاقياً فإذا أودعه صاحبه طوعية و اختياراً لغيره؛ إذ لم يستطع أن يكتم سر نفسه، فأفشاء هذا الغير فلا عقاب عليه، وإن كان آثماً ديانة.

وكذلك كل واقعة ولو كانت سرية بطبيعتها يعلم بها الأمين خارج ممارسته لهنته لا يخضع إفشاوتها للعقوبة. فالطيب لا يعد ملزاً بكتمان السر الذي لا صلة له بهنته، فلو سمع الطبيب مريضه يتحدث عن سر من هذا النوع، فلا جريمة في إفشاءه إيه، فما يعلمه الطبيب

^١ الأشقر، إفشاء السر في الشريعة الإسلامية، ج ٢، ص ٤١.

^٢ أبو حامد عبد الرحيم بن حسين الغزالى، المستصفى (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٠)، ج ١، ص ٧٥؛ أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعاية (بيروت: دار الحيل، ١.٥.١٩٩٣م)، ص ٥٥؛ علي بن محمد الماوردي، الأحكام السلطانية (القاهرة: دار الحديث، ط ٢، ٢٠٠٦م)، ص ٢١.

عرضًا من أسرار خارجة عن مهنته بوصفه شخصاً عادياً من آحاد الناس وليس بوصفه طيباً^١، فليس عليه عقوبة تعزيرية إذا أفشاه، وإن كان الأصل ديانة هو كتمان السر وعدم إفشاءه؛ إذ إن ولي الأمر، أو القاضي، لا يعاقب على كل الحالات التي تناهى الخلق الكريم، وإنما يقتصر التجريم والتعزير على الأفعال التي تتعلق بسر المهنة الواجب كتمانه من قبل الأمناء على السر والمنصوص عليه في نظام المهنة في العصر الراهن ضمن واجبات الطبيب.

فالعقاب يتوجه للأمين الذي حصل على هذه الأسرار التي تلقاها أثناء ممارسته المهنة بصفته المهنية، والذي اضطر المريض إلى اتّهانه الطبيب عليه، وكان الإفشاء تلقائيًا وليس له مبرر شرعي، فيعاقب لاستهتاره بالأسرار المؤمنة لديه.

ولا يخفى أن للعرف دوراً في تحديد ما يعد سراً، وما بعد من إفشاء السر، ينبغي الأخذ به بعين الاعتبار، وكذلك النظر إلى كل حادثة على حدة وانفراد، مع معرفة ظروفها وملابساتها. وأخيراً فإن لقناعة القاضي وتقديره دوراً مهما في تحديد المسؤولية الجنائية لإفشاء السر.

وهذا ما فعلته محكمة النقض المصرية سنة ١٩٤٢م؛ حيث إن القانون لم يبين معنى السر، وترك الأمر لتقدير القضاة، فوجب الرجوع في ذلك إلى العرف، وإلى ظروف كل حالة على حدة.^٢

ولأهمية الحفاظ على السر المهني، تم تقيين قوانين خاصة تتعلق به، وذلك إما بنصوص عامة تشتهر فيها المهن الكثيرة، أو بنصوص خاصة لمهن محددة.

التعويض المالي في إفشاء السر:

إن إفشاء السر لا يشترط في عدم جوازه قصد الإضرار، بل يكفي فيه القصد العام، وهو إرادة الفعل، باعتبار أن الإفشاء هو في حد ذاته محظور شرعاً.

أما إفشاء السر المترتب عليه وقوع الضرر فيعد من الفعل الضار المنهي عنه في الشرع،

والرسول ﷺ يقول: «لا ضرر ولا ضرار».^١

^١ سلام، الحماية الجنائية لأسرار المهنة، ص ٥٤.

^٢ ابن إدريس، كتمان السر وإفشاءه في الفقه الإسلامي، ص ٥٠.

إفشاء السر إذا ترب عليه ضرر مادي، هو من الفعل الضار الموجب للضمان، فينبغي أن يلزم بتعويض مالي عما ترب على الإفشاء من ضرر؛ لأن من موجبات الضمان التسبب، كإفشاء أحد موظفي شركة صناعة المأكولات أو العطور أو الأدوية سر متوجهها، فيتسبب عن ذلك ضرراً مادياً، بأن يقلده الآخر، أو إفشاء المفتاح السري لبرامج الكمبيوتر؛ مما يسبب ذلك ضرراً مالياً للصاحب الأصلي للبرامج لاستغلال الغير لهذا السر.

ففي جرائم إفشاء السر، للقاضي معاقبة المفشي بالغرامة المالية، ويتحدد قدر الغرامة بما يناسب نوع الأسرار وظروف الإفشاء وملابساته، ومدى جسامته الضرر المترتب عليه.

أما التعويض عن الضرر الأدبي المترتب على الإفشاء، فلا أرى ذلك لأن التعويض المالي عن الضرر الأدبي، حكم مستحدث - كما يقول الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله - ليس له نظائر في الفقه الإسلامي؛ إذ إن الإسلام لم يقر الضمان المالي في الضرر الأدبي، فهو لا يرى مبرراً استصلاحياً لمعالجة الإضرار الأدبي بالتعويض المالي، ما دامت الشريعة قد فتحت مجالاً واسعاً لقمعه بالزواج التعزيري، ثم إن قبول مبدأ التعويض المالي عن الأضرار الأدبية له محدود واضح، هو أن مقدار التعويض اعتباطي محض، لا ينضبط بضوابط، بينما يظهر في أحكام الشريعة الحرص على التكافؤ الموضوعي بين الضرر والتعويض، وهذا متعدد هنا.

ويقول رحمه الله: "كثيراً ما نسمع فندهش في أخبار الدعاوى والأقضية الأجنبية أرقاماً بالملالين لقاء مزاعم لأضرار أدبية في منتهى التفاهة".^١ فالضرر الأدبي أو المعنوي الذي يلحق المفشي عليه والذي لا يترتب عليه ضرر مادي كإظهار عيوبه البدنية والنفسية فيما يمس سمعته، أو إفشاء أسرار أمواله في البنوك، فمثل هذا الضرر الأدبي من الصعوبة جداً تقديره بالتقدير المالي، لذلك فيكتفى بالتعزير المناسب وحده لإزالة الضرر الأدبي وردع الجرم.

^١ أحمد، المسند، ج ٥، ص ٢١١؛ أحمد بن حسين البيهقي، السنن الكبير (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، ١٩٩٩م)، كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار، حديث رقم ١١٣٨٥، ج ٦، ص ١١٥؛ انظر، ابن إدريس، كتمان السر وإفشاءه في الفقه الإسلامي، ص ١٩٤.

^٢ أحمد مصطفى الزرقا، الفعل الضار والضمان عليه (دمشق: دار القلم، د. ط، ١٩٨٨م)، ص ١٢٤.

المبحث الخامس: مسوغات إفشاء السر

الأصل في الشريعة الإسلامية هو حظر إفشاء السر، وإفشاءه بدون مقتضٍ معتبر، موجب للمواخذة شرعاً؛ ولكن هناك أحوالاً يسوغ فيها حامل السر إفشاءه بجهات معينة مسؤولة دون أن يقع تحت طائلة المسؤولية، ولا يعد الإفشاء في هذه الأحوال انتهاكاً للأسرار المهنية. وهذه الأحوال الاستثنائية تدخل تحت أحكام القواعد الشرعية التالية: قاعدة الضرورة وال الحاجة، وقاعدة الضرر وارتكاب أخف الضررين وأقل المفسدتين، وقاعدة سد الذريعة، وقاعدة رفع الحرج، وقاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح.

وقد ذكر الفقهاء حالات يعد فيها إفشاء السر عملاً مشروعاً، منها:

١. حرج الشهود عند القاضي، وجرح رواة الحديث، فهو جائز بالإجماع، بل واجب عند الحاجة،^١ ومع ذلك فإن جرح الشهود والرواية وما يتربّ على ذلك من ذكر العيوب، وإفشاء السر ليس أمراً مطلقاً، وإنما يشترط فيها كما يقول القرافي:^٢ أن تكون النية فيه خالصة لله تعالى في نصيحة المسلمين عند حكامهم وفي ضبط شرائعهم، وأن لا يكون من أجل عداوة أو جريان مع الموى، ويشترط كذلك فيما الأقصار على القوادح المخلة بالشهادة أو الرواية.
٢. حالة الاستفتاء، فيجوز فيها غيبة الشخص حياً وميتاً وإفشاء سره، لغرض شرعي إذا لم يمكن الوصول إليه إلا بها، كقول المستفي للمفتي: ظلمني أخي أو زوجي، فالتعيين مباح بقدر الضرورة.
٣. البحث عن المنكرات الظاهرة -من غير تجسس- هو مسؤولية المحتسب، فليس له أن يكتمها بل يجب عليه إزالتها ولو بالقوة، أو في بعض الحالات لا بد من إخبارولي الأمر أو السلطة القضائية إذا كان الأمر من صلاحية القاضي، وليس هذا انتهاكاً لأسرار الناس الخاصة بل هو حفظ للمصلحة العامة.^٣

^١ عبد الحفيظ الكثوري، الرفع والتكميل في الجرح والتعديل، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة (القاهرة: دار السلام، ط٦، ٢٠٠٣م)، ص ٥٣.

^٢ شهاب الدين أبو العباس القرافي، الفروق (الرياض: دار عالم الكتب، د.ط، ٢٠٠٣م)، ج ٤، ص ٢٠٦.

^٣ عبد الكريم زيدان، أصول الدعوة (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ٢٠٠٠م)، ص ١٧٧.

٤. أداء الشهادة:

٥. المراد من أداء الشهادة هو إظهار الأسرار التي خفيت عن القاضي حقيقتها لإثبات الحق في مجلس القضاء، وقد نهى الحق تعالى عن كتمان الشهادة: «وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَدَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ إِذَا مَا ذُعِنَّا» [البقرة: ٢٨٣]؛ لأنَّه يترتب على كتمها ضياع حق، وقال تعالى: «وَلَا يَأْتِ الشَّهَدَةَ إِذَا مَا ذُعِنَّا» [البقرة: ٢٨٢].

فالشهادة طريق من طرق إفشاء السر المشروعة، كمن علم بطلاق امرأة، ومطلقها يعاشرها في الحرام، أو علم برضاع رجل مع امرأة وهو متزوج بها، وهذه من الشهادة في حق الله تعالى. وتحمل الشهادة في غير حق الله تعالى عند الاستدعاء فرض كفاية إن كثُر من يتحمل، وفرض عين إن لم يوجد غيرها في التحمل، وكذلك في الأداء (على خلاف بين الفقهاء).^١ هذا وقد بين مجمع الفقه الإسلامي^٢ مسوغات إفشاء السر، فقرر الآتي: تستثنى من وحوب كتمان السر حالات يؤدي فيها كتمانه إلى ضرر يفوق ضرر إفشاءه بالنسبة لصاحبها، أو يكون في إفشاءه مصلحة ترجح على مضره كتمانه، وهذه الحالات على ضررين:

أ- حالات يجب فيها إفشاء السر بناء على قاعدة ارتكاب أهون الضرر لتفويت أشدتها، وقاعدة تحقيق المصلحة العامة التي تقضي بتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام إذا تعين ذلك لدرءه. وهذه الحالات نوعان:

- ما فيه درء مفسدة عن المجتمع.
- وما فيه درء مفسدة عن الفرد.

ب- حالات يجوز فيها الإفشاء لما فيه من:

- جلب مصلحة للمجتمع.
- أو درء مفسدة عامة.

وهذه الحالات يجب الالتزام فيها بمقاصد الشريعة وأولوياتها من حيث حفظ الدين، والنفس، والعقل، والمال، والنسل.

^١ عثمان بن علي بن محجن الرباعي، *تبين الحقائق* (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٠)، ج٤، ص٢٠٧؛ منصور بن يونس البهوي، *كشف النقانع على متن الإقناع* (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٩٨٢)، ج٦، ص٤٠٤؛ علي بن محمد الماوردي، *الحاوي الكبير* (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٩)، ج٢١، ص٥٤.

^٢ مجلة مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم ٨٦/١٠/١٩٩٤ في الدورة الثامنة، العدد٨، ج٣، ص٤٠٩.

ومن تطبيقات هذه المسوغات الشرعية:

أولاً: إذا تبين للطبيب أن الزوج قد أصيب بمرض جنسي، وهذا المرض معد، وبخسني أن ينتقل إلى زوجته، حاز للطبيب إخبار الزوجة بذلك؛ لأن إصابة الزوجة بهذا المرض أعظم وأشد ضرراً من الضرر الذي ينال المريض نفسه ببيان حاله، والقصد من إبلاغها بالمرض هو تقسيم العلاج الضروري له، واتخاذ أسباب الوقاية، وتحذيرهم من نتائج عدم مراعاته، إن التزام الطبيب الصمت في هذه الحالات يتربّ عليه من الضرر أضعاف ما يفوق الفائدة المرجوة من كتمان هذا السر.

ثانياً: مريض أصيب في عينيه، أو أنه كبير السن، فضعف إبصاره لدرجة يكون في قيادته للسيارة خطر عليه وعلى الناس، حاز للطبيب بيان حاله وإن كان في ذلك ضرر على المريض؛ لأن الضرر الذي يصيب المريض والضرر الذي يلحق بالناس أشد من ضرر الإبلاغ عن حاله^١ للسلطات المختصة لسحب الرخصة منه.

ثالثاً: في إجراء الفحص على "الخطيبين" قبل الزواج إذا اكتشف الطبيب مرضًا معيناً في أحدهما قد يؤدي إلى إنجاب طفل مشوه، حاز للطبيب إخبار الطرف الثاني بالنتيجة. وكذلك بعد الطبيب مخللاً بواجبه إذا ترك مريضاً بمرض الدفتيريا^٢ أو أي مرض آخر خطير، يتزوج من فتاة دون إخبارها بالمرض، الذي سوف يتنتقل إلى هذه الفتاة البريئة.^٣ وقد يعد ذلك اشتراكاً للطبيب في جريمة قتل.

لذلك فالطبيب الذي يكتشف خطورة مرض "الخطاب"، سواء أكان المرض معدياً أم وراثياً خطيراً، وتأثيره السيء في الزوجة والذرية مستقبلاً، ينبغي إخبار الفتاة ووليهما. وكذلك المرضعة المصابة بمرض الزهري لا يجوز للطبيب الصمت إزاء ما يهدد الطفل الرضيع من هذا المرض الخطير، وذلك لأن درء المفسدة عن الفتاة المخطوبة، وعن الطفل الرضيع أولى بالاعتبار في ميزان الشرع من مصلحة الخطاب أو المرضعة، ودرء المفاسد مقدم من جلب

^١ الأشقر، إفشاء السر في الشريعة الإسلامية، ج ٣، ص ٣٧.

^٢ محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات (القاهرة: جامعة فؤاد الأول، د. ط، ١٩٥١م)، ص ٥١.

^٣ وهناك قوانين في بعض دول العالم كالسويد، توجب على الطبيب إخطار الجهات المشرفة على مراسيم الزواج، عن المريض حتى لا يعقد زواجه على أية فتاة بغير شهادة تفيد شفاءه من المرض. انظر، سلام، الحماية الجنائية للأسرار المهنية، ص ٥٩٩؛ الجوهري، ص ٤٩٠.

المصالح، ويرتكب أخف الضررين لدفع أشدهما. لذا لا يجوز صمت الطبيب في هذه الحالة، وإفشاءه للسر مطلوب شرعاً، لتجنب هذه الأضرار الحسيمة، وهذه من الاستثناءات الشرعية على الأصل المشروع في وجوب كتمان السر المهني، والأولى أن يتبع الطبيب أفضل الطرق وأرحمها في منع هذا الضرر، كأن يقنع والدي الطفل برفض خدمات المرضعة، دون إخبارهم بالمرض، أو يقول الطبيب للفتاة وأهلها بأن هذا الاقتران ليس من مصلحتهما، ولا يزيد على ذلك، أو يطلب تأجيل الزواج مدة طويلة، أو بأية طريقة أو حيلة أخرى يراها الطبيب يحقق الغرض دون إفشاء السر، وبذلك نستطيع أن نجمع بين مصلحة المخطوبة والرضيع ودرء مفاسد إفشاء السر حرصاً على مشاعر الخاطب والمريضة، لا سيما إذا ترتب على الإفشاء الصريح إيداء الطبيب الذي قد يصل إلى حد القتل، وقد حدث هذا في الواقع، عندما تربص شاب للطبيب وقتلها بعيار ناري، ثم انتحر قبل القبض عليه، وكان ذلك بسبب اعتقاده بأن الطبيب كان سبباً في حرمانه للاقتران من أحبها، بسبب إفشاء الطبيب سر هذا الشاب من الناحية الصحية إلى أهل الفتاة.^١ ومثل ذلك في الجانب القضائي، إذا حكمت محكمة الجنایات على بريء بعقوبة الإعدام في الوقت الذي يعرف فيه المحامي براءة هذا المتهم؛ لأنه تلقى إقراراً من المجرم الحقيقي، فلا يجوز أن يلوذ المحامي بالصمت تاركاً البريء يقاد إلى حبل المشنقة.

رابعاً: إذا تأكد الطبيب من أن الزوج عقيم، ولا يمكن له أن ينجي، ووجد أن الزوجة قد أنجحت أولاداً، فهل للطبيب إفشاء هذا السر، وإنكار الزوج بأنه عقيم، وأنه يستحيل عليه أن ينجي. إن الطبيب في هذه الحالة سيتزاوجه أمران: ويواجهه ارتکاب أحد ضررين، ضرر السكوت على خيانة الزوجة، وإفساد الفراش، وإنجابها لأولاد ليسوا من صلب الزوج، وضرر آخر، وهو أنه في حالة إخبار الزوج بالحقيقة، قد يؤدي ذلك إلى تدمير هذه الأسرة الآمنة بقتل الزوجة وتشريد الأولاد، فإن غالب على ظن الطبيب ذلك لم يجز له إبلاغ الزوج بذلك، بناء على ارتکاب أخف الضررين لدفع أشدهما، ولأن الطبيب مؤمن ومكلف بالستر عليها في أمر قد مضى وانقضى؛ لأنه في هذه الحالة هو جهة تطبيب وستر، وليس جهة تحقيق وسلطة وحكم.

^١ سلام، الحماية الجنائية للأسرار المهنية، ص ٥٨٩.

خامساً: إذا اكتشف الطبيب أن "الطيار" الذي أجري الفحص عليه، مدمن مخدرات، فإن ذلك يسوغ إخبار الجهة المسئولة على ذلك، لأجل تفادى الأضرار المائلة التي قد تترتب على قيادة الطائرة من قبل شخص واقع تحت تأثير المخدر،^١ فيقدم ضرر إفشاء سره الشخصي على الضرر الذي يلحق بحياة المئات من البشر.

سادساً: يسوغ للطبيب المنتدب إفشاء السر، بوصفه خبيراً من قبل المحكمة؛ لأن الطبيب الخبير المكلف بقرار من المحكمة لا يجوز له أن يخفي عن القاضي ما يلاحظه، أو ما يدلي به الفرد إليه، استناداً إلى أن الخبير هو وكيل عن القاضي، وهو مؤمن، فلزم أن يقول الحقيقة أمام المحكمة، كالطبيب الشرعي من قبل القضاء للكشف عن الجريمة في شخص مقتول، أو ميت يشك أن في موته جنائية.

ويقتضي في هذه الحالات التضاحية بالمصلحة الفردية في سبيل المصلحة العامة، ولتحقيق مقتضيات العدالة؛ لأن المصلحة العامة ومقتضيات العدالة أجدر بالرعاية من مصالح الفرد،^٢ وكذلك الخبير المنتدب في إحدى جهات الإدراة كالطبيب الذي انتدب من قبل شركة التأمين للكشف على مقدم طلب التأمين ومعرفة لياقته الصحية، وكذلك الطبيب في اللجان الطبية أو الذي ينتدبه رب العمل أو الشرطة لفحص الراغبين في العمل لديها، أو الطبيب الذي يكشف على رخص القيادة لمعرفة مدى لياقة حاملها. والإبلاغ عن الأمراض التي تعيقهم عن العمل المراد، ولما كان كشف هذه الأسرار هو من باب الضرورات، فالأولى والأقرب إلى روح الشريعة وأدابها هو عدم ذكر الطبيب للمرض الذي بسببه أصبح غير لائق للوظيفة، بل يقتصر على ذكر "عدم أهلية للعمل" أو القول بأنه: "غير لائق للعمل" دون ذكر السبب إن أمكن؛ لأن الضرورة تقدر بقدرتها، وإلا فلا بأس بتعيين المرض.

سابعاً: معرفة الأمراض السارية الوبائية هي أحد المسوغات الشرعية للتبلغ عن السر إلى الجهات المختصة، لأن في الإبلاغ عن هذه الأمراض حفظاً للأمة، والصحة العامة، ووقاية لها من الأمراض الوبائية، ولا يعد الإفشاء في هذه الحالات اتهاكاً للأسرار المهنية؛ لأن ذلك يقتضي التضاحية بالمصلحة الفردية للمريض في كتمان سره في سبيل المصلحة العامة، فيتحملضرر الخاص لدفعضرر العام، ويقتصر الإبلاغ في هذه الحالات إلى الجهات التي تعينها الدولة.

^١ الأشقر، إفشاء السر في الشريعة الإسلامية، ج ٢، ص ٤١.

^٢ سلام، الحماية الجنائية للأسرار المهنية، ص ٤٥٨.

أما الأمراض غير المعدية التي تتضمن إفشاً عنها إهداً للشخصية، أو تدعى إلى السخرية من المريض، أو لها شهرة وراثية، كالصرع الذي يضر بسمعة المريض عائلاً، أو أنه مصاب بنوع من أنواع الفصام أو السرطان فلا يجوز إفشاً عنها، لذلك يجب إحاطة هذه الأمراض بسياج من الكتمان؛ إذ ليس من مصلحة المريض إفشاً عنه، إذا لم يكن هناك مسوغ شرعي للإبلاغ عنه؛ إذ يعد من العورات التي يجب سترها.

ثامناً: كتمان سر رق غشاء البكارة بسبب ارتكاب الزنا، ذلك أن فريقاً من المعاصرين منعوا الطبيب من عملية رق الغشاء؛ لأن في ذلك تعاوناً على الإثم والعدوان، ومساعدة على ارتكاب المنكر وانتشار الفواحش، ويكون غشاً للزوج المرتقب، فيكون رد الشيب إلى البكر، والملوثة إلى الطاهرة خداعاً يحرم على المسلم أن يشارك فيه أو يساعد عليه. ويرى فريق آخر أن رق غشاء البكارة هو ستر على أعراض المسلمين، ومنع لإشاعة الفاحشة، وهذا الكذب يمحى أثره ما دام ذلك سيجيئ كسرأً، ويستر على تائبة ستر الله عليها. لذلك فالستر على هذه المرأة من قبل الطبيب أفضل وأرجح؛ لأن الشارع الحكيم ندب إلى الستر على أعراض الناس.

تاسعاً: يجوز إفشاء السر بموافقة ورضا صاحبه إلى أية جهة يحددها؛ لأنه إذا جاز لصاحب السر أن يذيع سر نفسه فلا مانع من أن ينبع عنه من أفضى له به بعد ذلك؛ وأن لصاحب السر الحق في إسقاط حقه في الكتمان؛ ولكن بشرط أن لا يخل هذا الإفشاء بمصلحة العدالة ومصلحة المجتمع ونظام المهنة، وأن لا يكون هناك مانع شرعي من هذا الإفشاء.

هذا وقد اهتمت القوانين بالاستثناءات والمسوغات لإفشاء السر المهني، فالقانون الكويتي (سنة ١٩٦٠ والمعدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٨١) حدد الحالات - على سبيل المحصر - والتي يجوز الإفشاء فيها، وهي على النحو الآتي:

- ١- إذا كان الإفشاء لمصلحة الزوج أو الزوجة، ويكون الإفشاء لمنا شخصياً.
- ٢- إذا كان الإفشاء بقصد منع حدوث جريمة، ويكون الإفشاء مقصوراً على الجهة الرسمية المختصة.

- ٣- إذا كان الإفشاء بقصد التبليغ عن مرض سارٍ طبقاً للقوانين الصادرة بهذاخصوص، ويكون الإفشاء في هذه الحالة مقصوراً على الجهات التي تعينها وزارة الصحة.
- ٤- إذا وافق صاحب السر على إفشاءه إلى أي جهة يحددها والإفشاء يجوز لتوقي وقوع ضرر شخصي، أو تفادي حدوث ضرر على المجتمع.

والقانون لم يفرق بين أي نوع من أنواع الإفشاء سواءً أكان ذلك بسوء نية أم بحسن نية، فالعقوبة واحدة سواءً أكان ذلك الإفشاء بالسلب أم بالإيجاب.^١

ولقد أصدر المجمع الفقهي الإسلامي فتوى بخصوص إنشاء السر في المجال الطبي، ارتأيت إيرادها هنا لأهميتها؛ إذ تعبّر عن رأي جهاز شرعي له مكانته العلمية وتأثيره في صياغة الفتوى الشرعية في العصر الحاضر، ووقعه الكبير على العلماء الباحثين والمستفتين على سواء، ومحورى الفتوى هو على النحو الآتي:

"إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المعقد في دورته مؤتمر الثامن ببندر سيرى بيحان، بروناى دار السلام من ١ - ٧ محرم ١٤١٤هـ الموافق ٢١ - ٢٧ حزيران (يونيو) ١٩٩٣م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع السر في المهن الطبية، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، قرر الآتي:

أولاً: السر هو ما يفضي به الإنسان إلى آخر مستكتماً إيه من قبل أو من بعد، ويشمل ما حفت به قرائن دالة على طلب الكتمان إذا كان العرف يقضي بكمانه، كما يشمل خصوصيات الإنسان وعيوبه التي يكره أن يطلع عليها الناس.

ثانياً: السر أمانة لدى من استودع حفظه، التزاماً بما جاءت به الشريعة الإسلامية، وهو ما تقضي به المروءة وآداب التعامل.

ثالثاً: الأصل حظر إنشاء السر وإفشاؤه بدون مقتضٍ معترٍ موجب للمؤاخذة شرعاً.
رابعاً: يتأكد واجب حفظ السر على من يعمل في المهن التي يعود الإفشاء فيها على أصل المهنة بالخلل، كالمهن الطبية؛ إذ يرکن إلى هؤلاء ذوي الحاجة إلى محض النصح وتقليل العنون فيفضون إليهم بكل ما يساعد على حسن أداء هذه المهام الحيوية، ومنها أسرار لا يكشفها المرء لغيرهم حتى الأقربين إليه.

خامساً: تستثنى من وجوب كتمان السر حالات يؤدي فيها كتمانه إلى ضرر يفوق ضرر إفشائه بالنسبة لصاحبها، أو يكون إفشاؤه مصلحة ترجح على مضره كتمانه، وهذه الحالات على ضررين:

أـ حالات يجب فيها إنشاء السر بناءً على قاعدة ارتكاب أهون الضررين لتفويت أشدّهما، وقاعدة تحقيق المصلحة العامة التي تقضي بتحمل الضرر الخاص للمرء الضرر العام إذا تعين ذلك لدرئه.

^١ عبد السلام الترماني، "السر الطبي"، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة، يونيو ١٩٨١م، ص ٤١

انظر، أحمد رجائي الجندي، "سر المهن الطبية بين الكتمان والعلنية"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج ٣، ص ١٢١.

وهذه الحالات نوعان:

- ما فيه درء مفسدة عن المجتمع.
- وما فيه درء مفسدة عن الفرد.

بـ- حالات يجوز فيها إفشاء السر لما فيه:

- جلب مصلحة للمجتمع.
- أو درء مفسدة عامة.

وهذه الحالات يجب الالتزام فيها بمقاصد الشريعة وأولوياتها من حيث حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال.

سادساً: الاستثناءات بشأن مواطن وجوب الإفشاء أو جوازه ينبغي أن ينص عليها في نظام مزاولة المهن الطبية وغيره من الأنظمة، موضحةً ومنصوصاً عليها على سبيل المحصر، مع تفصيل كيفية الإفشاء، ولمن يكون، وتقوم الجهات المسؤولة بتوعية العامة بهذه المواطن.

ويوصي بما يأتي:

دعوة نقابات المهن الطبية، وزارات الصحة، وكليات العلوم الصحية، بإدراج هذا الموضوع ضمن برامج الكليات والاهتمام به وتوسيعه العاملين في هذا المجال بهذه الموضوع.
ووضع المقررات المتعلقة به، مع الاستفادة من الأبحاث المقدمة في هذا الموضوع.
والله الموفق".^١

وأرى لاستكمال الموضوع وإعطائه حقه، أن يقنن موضوعات السر الطبي وعقوبات إفشاءه وفق الشريعة الإسلامية، ويناط هذا الأمر بالجامعة الفقهية ضمن دائرة الاجتهد الجماعي، ليكون الأطباء والقضاة وغيرهم على بينة من أمرهم، على أن يشارك في ذلك الفقهاء والأطباء المختصون وأهل القانون للدراسة الموضوع من جميع جوانبه.

نتائج:

١. السر الطبي هو السر المودع لدى الطبيب وكل من يعمل في الحقل الطبي بما يمس طمأنينة المريض واستقراره النفسي.
٢. إفشاء السر مذموم شرعاً ولو لم ينتج عنه ضرراً للمحافظة على الأمانة والثقة المفروضة؛ ولأن أهمية السر، يقدر المريض نفسه، والذي له وحده أن يقدر ظروفه.

^١ بمجمع الفقه الإسلامي، مجلة الجمع، العدد ٨، ج ٣، ص ١٥، قرار رقم: ٧٩ (٨/١٠) بشأن السر في المهن الطبية الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي الم berk عن منظمة المؤتمر الإسلامي بتاريخ: ١٤٢٥/١٠/١٩ - الموافق لـ: ٢٠٠٤/١٢/٠٢ م.

٣. يعد إفشاء السر من قبيل خيانة الأمانة، وهو أبلغ في الحظر من الغيبة.
٤. كمان السر الطبي كان جزءاً مهماً في التراث الطبي الإسلامي، و محل اهتمام الأطباء المسلمين.
٥. عقوبة إفشاء السر تدخل في العقوبات التعزيرية في الفقه الإسلامي.
٦. إفشاء السر المترتب عليه وقوع الضرر المادي يعدّ من الفعل الضار المنهي عنه شرعاً، ويوجب الضمان بتعويض مالي.
٧. لا أرى التعويض المالي عن الضرر الأدبي المترتب على إفشاء السر، لصعوبة التقدير المالي للضرر الأدبي، فيكتفى بالتعزير المناسب وحده لإزالة الضرر الأدبي وردع المجرم.
٨. هناك أحوال استثنائية ومسوغات لإفشاء السر تدخل تحت القواعد الشرعية للضرورة، وغيرها؛ ولأن كمان السر يكون أشد ضرراً من إفشاءه.
٩. الاجتهاد الجماعي عن طريق الجامع الفقهية، لا بد منه لتقنين موضوعات السر الطبي وعقوبات إفشائه، وفق الشريعة الإسلامية، ليكون الأطباء والقضاة وغيرهم على يقنة من أمرهم.



الفصل السابع

قضايا معاصرة في الرهن*

* أصل المقال كتاب تحت عنوان: القرآن ومدى حجيتها في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة (كوالالمبور: دار التجديد، ط١، ١٤٢٢/٢٠٠٢م)، في ١٨٠ صفحة.



الفصل السابع

قضايا معاصرة في الرهن

تمهيد:

هذه قضايا معاصرة وحيوية في الرهن، وهي من المسائل المستجدة على الساحة الفقهية، لا أعلم أنه قد وردت فيها نصوص معينة، أو قامت حولها اجتهادات من الفقهاء القدماء رحمة الله. وسوف نحاول أن نجد حلولاً شرعية لها على ضوء عمومات الشريعة وكلياتها، والاهداء بمقاصد الشريعة، وما تتحققه من مصالح شرعية. كما نحاول أيضاً أن نجد لها نظائر فقهية في اجتهادات فقهائنا السابقين.

أولاً: رهن^١ الحقوق المعنوية

معنى الحقوق المعنوية:^٢

^١ الرهن شرعاً: عرفه الحنفية: بأنه جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون، وعند المالكية: إعطاء أمرئ وثيقة بحق. انظر، عثمان بن علي بن محجن الزيلعي، تبيان الحقائق شرح كثر الدقائق (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط. ٢٠٠٣م)، ج ٦، ص ٦٢؛ محمد بن أحمد علاء الدين السمرقندى، تحفة الفقهاء (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١٩٧٠م)، ج ٢، ص ٤٩، عبد الرحمن بن محمد شيخ زاده، مجمع الأئمـ شرح ملقي الأجر (اسطنبول: عدة نصريات، د.ط. ١٩٩١م)، ج ٢، ص ٥٨٤؛ عبد الرحمن المغربي الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (بيروت: دار الفكر، ط ٣، ١٩٩٢م)، ج ٥، ص ٢. وعند الشافعية: جعل عن مالية متولدة وثيقة بدين ليستوفى منها عند تعذر وفاته. انظر، محمد بن أحمد الرملـ، نهاية المحتاج إلى شرح المهاج (بيروت: دار الفكر، ١٩٨٤م)، ج ٤، ص ٣٤؛ محي الدين بن شرف النورـي، المجموع شرح المذهب (بيروت: دار الفكر الإسلامي الحديث، ط ١، ٢٠٠٠م)، ج ١٣، ص ١٧٧. وعند الحنابلـة: المالـ الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من منهـ إن تعذر استيفاؤهـ منـ هوـ عليهـ، مصطفى السيوطي الـرحـيـانـيـ، مطالب أولـيـ فيـ شـرـحـ غـاـيـةـ المـتـنـهـيـ (دمـشـقـ: المـكتـبـ الإـسـلامـيـ، ط ٣، ٢٠٠٠م)، ج ٣، ص ٢٤٨؛ عليـ بنـ سـليمـانـ الـمـداـويـ، الإنـاصـافـ (بيـرـوـتـ: دـارـ الكـتبـ الـعـلـمـيـ، دـطـ. ١٩٩٧م)، ج ٥، ص ١٣٧.

^٢ يسعى القانونيون هذه الحقوق تسميات عـدة منها: الـذـهـنـيـةـ، الـأـدـيـةـ، الـعـنـوـيـةـ، الـفـكـرـيـةـ، الـمـلـكـيـةـ الـأـدـيـةـ وـالـعـنـوـيـةـ، وـسـماـهاـ الشـيـخـ مـصـطـفـيـ الزـرـقاـ وـالـشـيـخـ الدـرـيـنـ بـحقـوقـ الـابـتكـارـ. هـذـاـ وـقدـ قـسـمـ أـهـلـ القـانـونـ الـحـقـوقـ الـمـالـيـةـ إـلـىـ ثـلـاثـةـ أـنـوـاعـ، هـيـ: الـحـقـوقـ الـعـيـنـيـةـ، الـحـقـوقـ الـشـخـصـيـةـ، وـالـحـقـوقـ الـذـهـنـيـةـ أـوـ الـعـنـوـيـةـ. وـقدـ عـرـفـواـ الـحـقـ العـيـنـيـ بـأنـهـ: سـلـطةـ مـعـيـنةـ يـعـطـيـهاـ

ظهرت الحقوق المعنوية نتيجة لتطور الحياة في مختلف جوانبها المدنية والاقتصادية والثقافية، وقد أقرها جميع التشريعات الحديثة. وهذه الحقوق ترد على الأشياء غير المادية،^١ ومنها: "حق المؤلف" وهو ما اصطلح على تسميته بالملكية الأدبية والفنية، "وحق المخترع" وهو ما اصطلح على تسميته بالملكية الصناعية. وهذه الحقوق هي نتاج الذهن وابتكاره^٢، لذا سوف نتناول هنا رهن حق المؤلف، ورهن براءة الاختراع.

المقالة الأولى: رهن حق المؤلف

نبذة تاريخية عن حقوق المؤلفين:

حينما ازدهرت الطباعة، وراجت تجارة الكتب، ظهر الاعتراف بالحقوق المعنوية للمؤلفين، وبداييات الحماية القانونية لحقوق المؤلف تمت على يد الملكة "آن" في إنكلترا سنة ١٧١٠م، ثم صدرت القوانين بعد ذلك التاريخ تباعاً لتأكيد هذه الحماية القانونية، فقد أصدر ملك فرنسا -لويس السادس عشر- عام ١٧٧٧م، ستة مراسم تنظم حقوق المؤلفين في نشر مصنفاتهم وبيعها للجمهور. وفي الولايات المتحدة الأمريكية صدر أول قانون لحماية

القانون لشخص معين على شيء معين، فصاحب يستطيع أن يباشره دون وساطة أحد. وعرفوا الحق الشخصي بأنه: رابطة ما بين شخصين، دائن ومدين، ينول الدائن بمقتضاهما مطالبة المدين بإعطاء شيء، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل، فصاحب لا يستطيع أن يباشره إلا بواسطة المدين. وقد قسموا الحقوق العينية إلى: حقوق أصلية، وحقوق تبعية. وعرفوا الحقوق العينية الأصلية بأنها: الحقوق التي تقوم بذاتها مستقلة، لا تتبع حقاً آخر. وعرفوا الحقوق العينية التبعية بأنها: الحقوق التي لا توجد مستقلة، إنما تتبع حقاً شخصياً لضمان الرفاء به كالتبرير؛ أما الحق المعنوي فهو: سلطة مقررة لشخص على شيء معنوي، أي على شيء لا يدرك بالحواس، كالأنذارات والمخترعات، فهو سلطة على شيء غير مادي، هو ثمرة فكر صاحب الحق أو نشاطه. انظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (دار النهضة العربية، د. ط، ١٩٨٢م)، ج ١، ص ١٠٣؛ عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في القوانين العربية، ج ١، ص ١٠؛ الشرقاوي، نظرية الحق، ص ٣٨؛ محمد سامي مذكر، نظرية الحق (القاهرة: طبعة ١٩٥٣م)، ص ٣٠؛ عبد السلام داود العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ١، ٢٠٠٠م)، ج ١، ص ١١٢.

^١ تقول المادة ٨٦ من القانون المدني المصري: الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة، السنهوري، الوسيط، ج ٨، ص ٧.

^٢ السنهوري، الوسيط، ج ٨، ص ٢٧٦، ويوجد أيضاً ما اصطلح على تسميته بالملكية العلمية، وهي حق يقع على الفكر المجرد قبل أن يتخذ لباساً مادياً من كتاب أو تصوير أو صوت أو حركة؛ إذ يصبح بعد اتخاذه هذا الثوب ملكية أدبية أو فنية أو صناعية، المصدر السابق ج ٨، ص ٢٧٦.

"الملكية الذهنية" في ولاية ماسوشيتس عام ١٨٨٦م، وفي عام ١٧٨٩م، أُبرمت اتفاقية "برن" لحماية المصنفات الأدبية والفنية، والتي تُعد مصدرًا أساسياً لكل تشريعات حماية حق المؤلف اللاحقة عليها، ثم ظهرت اتفاقية "جينيف" لحق المؤلف عام ١٩٥٢م، ثم اتفاقية "روما" عام ١٩٦١م، ثم اتفاقية "جينيف" لعام ١٩٧٠م، واتفاقية "مدريد" لعام ١٩٧٩م، واتفاقية "واشنطن" لعام ١٩٨٩م. وكان أول قانون لحماية حق المؤلف عرفته البلاد الإسلامية هو حق التأليف العثماني الصادر سنة ١٩١٠م. وظهرت منظمات دولية تعمل في مجال حماية حق التأليف منها: المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO) اليوبيو، ومنظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم "اليونسكو"، ويشترك فيها ١٠٥ من الدول، والمنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم (ALECSO) الألكسو.^١

وفي خصوص مدة الحماية القانونية لحق المؤلف، وضع اتفاق اليونسكو عام ١٩٥٢م، مبدأً هو أنه لا يجوز أن تقل مدة الحماية عن طول حياة المؤلف، وخمسة وعشرين سنة بعد موته؛ أما بالنسبة إلى الترجمة فقد نص الاتفاق على أنه إذا مضى سبع سنوات على تاريخ أول نشر للمصنف دون أن يقوم المؤلف بترجمته إلى اللغة القومية لإحدى دول الاتفاق، جاز لأي شخص من رعايا تلك الدولة أن يقوم بتلك الترجمة بعد اتباع إجراءات معينة، مع تعويض المؤلف تعويضاً عادلاً، وفي مصر صدر قانون حماية حق المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤م، وهو يجعل مدة الحماية خمسين سنة من وقت وفاة المؤلف، وجعل أيضاً مدة حفظ الحق في الترجمة خمس سنوات فقط من أول نشر للمصنف.^٢

وفي الفقه الإسلامي فإن العلماء القدامى لم يتناولوا مسألة حقوق المؤلفين بصورة معمقة من ناحية ما للمؤلف من إنتاجه الفكري من حقوق، ولم يكن موضع اهتمامهم، والسبب في ذلك أن هذه المسألة لم يكن لها وجود في العهود القديمة على التحول الذي نراه اليوم في الابتكارات في شتى مجالات العلوم والفنون في الجامعات والمراکز العلمية والبحثية في العالم؛ مما أدى إلى الارتقاء بالحضارة مادياً ومعنوياً.

لقد ظهرت الحقوق المعنوية، نتيجة لتطور مختلف مناحي الحياة، وأقرها القوانين في شتى

^١ محمد حسام محمود لطفي، "مضمون حق المؤلف"، ج ١، ص ٣٦١، ندوة حقوق المؤلف: مدخل إسلامي ج ١، ص ٢٨، المنعقد بالقاهرة في يونيو ١٩٩٦م، المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية، ص ٢، القاهرة ١٩٩٢م.

^٢ السنوري، الوسيط، ج ٨، ص ٤٤٨، فقرة ٢٦٩؛ محمد علي عثمان الفقي، فقه المعاملات (دار المريخ، د.ط، د.ت)، ص ١٠٦.

بلاد العالم، ويبدو أن هذه الحقوق لم تقم في المجتمع الإسلامي على مر التاريخ رغم نشاط حركة التأليف والنشر، ذلك أن الإسلام يدعو إلى كل ما فيه نفع للأمة، وأن العلم الشرعي خاصة لا يحمل كتمه، فالتأليف كان شعوراً بالواجب، ورغبة في الثواب والأجر، وكان المؤلف يحرص على نشره بكل أشكال الطرق؛ لأن في ذلك من الأجر والثواب والكرامة.^١

لقد كان هدف القدامى الترويج للفكر الإسلامي، وتحريره من كافة القيود لكي يصل إلى أكبر قدر ممكن من الناس، وعليه لم تبرز فكرة استحقاق الشخص لما يتوجه من أشياء فكرية غير مادية، وإن كانوا حريصين على نسبة الآراء إلى أصحابها.

والشرعية الإسلامية لا تتعارض مع ما أقره القانون في هذا المجال، بل تؤيده وتدعمه بهدف تحقيق الخير للبشر جيلاً وحماية إبداعاتهم الفكرية لتدفع بعجلة العلم والمعرفة خطوات أوسع نحو الأمام.

طبيعة الحقوق المعنوية:

اشتد الجدل في الفقه الوضعي حول تكييف طبيعة الحقوق المعنوية التي ترد على الأشياء غير المادية، فذهب فريق منهم إلى أن حق المؤلف هو من أقدس حقوق الملكية، وملكية الإنسان لنتاج ذهنه وتفكيره ولبتكراته العقلية هي أولى كثيراً بالحماية من الملكية المادية، التي قد يستحوذ الإنسان عليها وقد لا تكون من صنع يده ولا من نتاج عقله. وإذا نقصه التأيد، فلا يوجد ما يمنع -في نظر هذا الفريق- من أن يكون حق الملكية غير مؤبد.^٢

وذهب فريق آخر إلى أن حق المؤلف ليس حق ملكية؛ لأنه شيء غير مادي، وهناك مدى واسع يفصل ما بين عالم الفكر وعالم المادة، فالمادة تؤتي ثمارها بالاستحواذ عليها، والاستئثار بها؛ أما الفكر فعلى النقيض من ذلك، يؤتي ثماره بالانتشار لا بالاستئثار، وبالانتقال من شخص إلى آخر بحيث يمتد إلى أكبر مجموع ممكن من الناس، والذي يبدو: أنه لا أحد ينكر على المؤلف حقه المالي على عمله في استثمار فكره ما دام حياً ولمدة معقولة

^١ العادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج ١، ص ١٩٩.

^٢ إسماعيل غانم، النظرية العامة للحق (القاهرة: مكتبة سيد عبد الله وهبة، د.ط، ١٩٥٨م)، ص ٧٣؛ منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية (بيروت: دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٧٢م)، ص ١٠؛ الصدة، حق الملكية، فقرة ١٩٣؛ السنهوري، الوسيط، ج ٨، ص ٢٨١.

بعد وفاته يكون من نصيب الورثة. ويرى هذا الفريق أن هذا الحق ليس حق ملكية، ولكنه احتكار للاستغلال في الجانب المالي، وحق من حقوق الشخصية في الجانب الأدبي.^١

ومن الناحية الشرعية: فإن حق المؤلف حق مصون على أساس قاعدة الاستصلاح، أو المصلحة المرسلة.^٢ ويقى هذا الحق خالصاً لمؤلفه، ثم لورثته من بعده وقد استند المعاصرون في ذلك إلى حديث الرسول ﷺ: «من ترك مالاً، أو حقاً فلورثته»^٣، وهذا الحق مني على المصلحة المرسلة المتعلقة بالحقوق الخاصة^٤، والتكييف الفقهي للإتاج الفكري أنه لا يعدو كونه من المنافع عند قراءتها في محالها^٥، والرسول ﷺ يقول: «اللهم إني أسألك علمًا نافعًا»^٦، فالعلم هو مصدر للمنفعة شرعاً.

^١ حسن كبيرة، أصول القانون، فقرة ٢٥٦، السنهرى، الوسيط ج ٨، ص ٢٨١.

^٢ وهي الأوصاف التي تلازم تصرفات الشرع ومصالحه، ولكن لم يشهد لها دليل معين في الشرع بالاعتبار، أو الإلقاء، وبمحض من ربط الحكم بها، جلب مصلحة، أو دفع مفسدة عن الناس، فكل عمل فيه مصلحة غالبة، أو دفع ضرر أو مفسدة يكون مطلوباً شرعاً، انظر، وهبة الرحيلي، "بحث حق التأليف والتوزيع"، نقلاب عن: فتح الدربي، حق الابتكار (بيروت: مؤسسة الرسالة، د.ط، ١٩٨٤)، ص ١٩٩.

^٣ هذا الحديث لم يرد بهذا اللفظ في أي كتاب من كتب الحديث، وإنما ورد في كتب الفقه، مثل: خلاصة البدر المنير، ج ٢، ص ٩٢؛ بلفظ: "من خلف مالاً أو حقاً فلورثته"، وقال: متفق عليه من حديث أبي هريرة. ثم ذكر لفظ البخاري ومسلم بلفظ: "من ترك مالاً فلورثته"؛ مما يدل على أن اللفظ الأول ليس نص الحديث، بل هو مستبطن منه من قبل الفقهاء، وكذلك وجدت في المغني لابن قدامة، ج ٨، ص ٥؛ بلفظ: "من ترك حقاً فلورثته" ولم يعزه إلى كتاب الحديث، وكذلك وجده بلفظ: "من ترك حقاً فلورثته" في مهار السبيل لابن ضويان، ج ٥، ص ٢٥٨؛ مع إرواء الغليل، وصححه الألباني؛ ولكن عندما خرجه الشيخ الألباني من البخاري ومسلم وابن ماجة وأحمد خرجه بلفظ: "من ترك مالاً فهو لورثته" مما يدل على أن الشيخ الألباني لم يجده بذلك اللفظ. والحديث بلفظ "من ترك مالاً فلورثته" أخرجه البخاري، كتاب الفرائض، في باب قول النبي ﷺ: من ترك مالاً فلأهله" ج ١٢، ص ٩، رقم الحديث ٦٧٣١، مع فتح الباري، وبأرقام ٢٢٩٨، ٢٣٩٨، ٢٣٩٩، ٤٧٨١، ٥٣٧١، ٦٧٤٥، ٦٧٦٣، وفي صحيح مسلم: كتاب الجمعة، باب تحريف الصلاة والخطبة، ج ٢، ص ٥٦٠، رقم الحديث ٨٦٧ وبعد برقم ١٦١٩، وأبو دارد برقم ٢٩٥٥، والترمذى برقم ١٠٧٠، ٢٠٩١، والنمسائى، برقم ١٩٦٥، وابن ماجة، برقم ٢٤١٨، ٢٧٤٠، وأحمد، ج ٢، ص ٤٥٣، ٢٩٠.

^٤ الشيخ علي الخفيف، المدخل في الشريعة الإسلامية، ص ١٠.

^٥ الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية (دار الفكر العربي، د.ط، ١٩٩٨)، ص ٢٨.

^٦ عبد الله بن الزبير الحميدي، مسند الحميدي، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي (بيروت: عالم الكتب، د.ط، ١٣٨٢)، ج ١، ص ١٤٣ رقم الحديث ٢٩٩؛ عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٩٩٤)، ج ٦، ص ٣٣؛ محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، السنن (المكتبة المصرية للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، ٢٠٠٢)، رقم الحديث ٩١٢؛ أبو عبد الله بن علي أبو يعلى الموصلي، مسند أبي يعلى (بيروت: دار المعرفة، ط ١، ٢٠٠٥)، ج ١٢، ص ٣٦١؛ سليمان بن أحمد الطبراني، كتاب الدعاء (دار البشائر الإسلامية، د.ط، ١٩٨٧)، ص ٢١٣، كلهم من طريق مولى لأم سلمة عن أم سلمة عن النبي ﷺ، وهو ضعيف لجهة مولى أم سلمة. أحمد بن شعب أبو عبد الرحمن

ويرى فتحي الدربي حفظه الله أن التكليف الفقهي للإنتاج المبتكر أقرب شبهاً بالثمرة، المنفصلة عن أصلها، منه منافع الأعيان؛ إذ الإنتاج المبتكر ينفصل عن صاحبه ليستقر في كتاب أو عين، فيصبح له بذلك كيان مستقل، وأثر ظاهر، ولا يتصور هذا في منافع الأعيان^١، ويقى لهذا الفكر صلة بصاحب وآصله، بعكس الثمرة التي بعد انفصالها لا يبقى لها بأصلها صلة.

ويرى السيد أبو الحسن الندوبي رحمه الله أن المؤلف -بحكم إنفاقه في سبيل تأليفه وقوته وجهده وماله- يمكن أن يكون في درجة صناع، وأن يكون تأليفه في منزلة مصنوع، وكما أن كل صناع يملك حق الملكية نحو مصنوعه شرعاً، فكذلك المؤلف يمكنه أن يملك حق الملكية نحو تأليفه، ويجوز فيه التوارث مبدئياً. فالعمل الذهني كالعمل اليدوي كلاهما مصدر النفع، فإذا كانت منافع العمل اليدوي مالاً، فالعمل الذهني من باب أولى.^٢

وقد اختلف الفقهاء في كون منافع الأعيان أموالاً أم لا، فذهب الحنفية إلى عدم اعتبار المنافع أموالاً لاشتراطهم عنصر العينية مقوماً من مقومات المال وأن العينية مناط للمالية، وذلك كسكنى الدار، وركوب الدابة، لأنه لا يمكن إحرازها، وقد وجه إلى مذهب الحنفية في عدم اعتبار المنافع أموالاً، أو في اعتبارها أموالاً غير متقومة، نقد شديد؛ لأن فيه إهداً للحقوق، وضياعاً للمصالح، فالأموال لا يحرص عليها إلا لمنافعها، فكيف لا تكون مقومة.^٣ لذلك يقول ابن السبكي: إن منافع الأعيان أموال كالأشياء، بل المنافع أحق باسم الأموال من الأعيان، إذ الأعيان لا تسمى أموالاً إلا باشتمالها على المنافع ألا ترى أنها لا يصح بيعها بدوخها.^٤

أما متقدمو الحنفية فلا يعدون المنافع أموالاً متقومة بذاتها، وإنما تقومها بالعقد على

^١ النسائي، السنن (بيروت: مكتب المطبوعات الإسلامية، ط٢، ٢٠٦١ھ)، برقم ٧٨٠٨؛ وابن حبان في صحيحه، ج١، ص٢٨٣ عن جابر رضي الله عنه مرفوعاً بلفظ "اللهم إني أسألك علمًا نافعاً، وأعوذ بك من علم لا ينفع" ورجاله كلهم ثقات مauda'، أسماء بن زيد الليثي فهو صدوق بينهم، فمن ثم حديثه حسن.

^٢ الدربي، حق الابتكار، ص ١٩.

^٣ المرجع السابق، ص ١٣٤-١٤٩.

^٤ العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، ١٨٢.

^٥ تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، الأشباه والنظائر (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩١م)، ص ١٩٥؛ محمود بن أحمد الزنجاني، تحرير الفروع على الأصول (الرياض: مكتبة العبيكان، ط١، ١٩٩٩م)، ص ١١٠؛ إبراهيم بن محمد الباجوري، حاشية الباجوري (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٩٩٧م)، ج١، ص ٣٧١.

خلاف القياس، فيرون أن المنافع تعد من قبيل الأموال بورود العقد عليها مراعاة للمصلحة العامة على سبيل الاستحسان، وإن لم تكن عندهم من الأموال بحسب الأصل^١. والناس يحتاجون إلى المنافع في حياتهم، لذا جرى العرف على التعامل بها، والعرف مستنده المصلحة وال الحاجة، ونزع الناس من أعرافهم إيقاع لهم في الحرج، والخرج مدفوع في الدين: «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الْأَيْمَنِ مِنْ حَرَجٍ» [الحج: ٧٨].

والظاهر أن الحنفية اشترطوا العينية عنصراً أساسياً في مفهوم المال في اجتهادهم لتم الحيازة المادية التي بها يتحقق الاختصاص الذي هو جوهر حق الملك، ويناقش ذلك بأن الحيازة في كل شيء بحسبه، وقد تكون مباشرة في الأعيان المالية، وقد تكون غير مباشرة، كما في المنافع، وذلك بحيازة مصادرها ومحالها، وذلك كاف في تتحقق مفهوم الاختصاص، على أن الاختصاص يقوم مقام الحيازة المادية كما في الديون.^٢

والعينية ليس عنصراً في مفهوم المال، وأن إمكانية الحيازة المادية المباشرة ليس من خصائص المال كذلك عند الجمهور، بل تكفي حيازة العين التي استقرت فيها المعانى العقلية، أو المنافع، وهي حيازة غير مباشرة، لأنها لا يمكن أن توجد، ولا أن تستوفى إلا على هذا الوضع، وبالنظر لطبيعتها الخاصة، وما لا يوجد إلا على وضع معين، فإنه لا يُنافي عن بيعه على ذلك الوضع شرعاً، كما يقول ابن تيمية رحمة الله.^٣

وذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن المنافع تعد من الأموال المتقومة كالأعيان إذا كان مباحاً الانتفاع بها شرعاً.^٤ والأعيان والأشياء تقصد لمنافعها لا لذواها، والغرض في جميع الأموال هو منفعتها، كما قال شيخ الإسلام عز الدين بن عبد

^١ أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، القياس في الشرع الإسلامي (المطبعة السلفية ومكتبتها، د.ط، ١٩٦٥م)، ص ٢٨، محمد بن أحمد السريخسي، المبسوط (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ٢٠٠٩م)، ج ١١، ص ٧٨؛ العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج ١، ص ١٨٠، علي الحفيظ، المنافع، ص ٤٤؛ مجلة القانون والاقتصاد، السنة العشرون؛ الرجبي، نظرية الضمان، ص ١٢٠؛ الدربي، حق الابتكار، ص ٢٠٠.

^٢ انظر، علي الحفيظ، المعاملات المالية، ص ٨.

^٣ الدربي، حق الابتكار، ص ٣٢-٣٤؛ ابن تيمية، القياس في الشرع الإسلامي، ص ٢٨.

^٤ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر (بيروت: دار الكتب العلمية، ٢٠٠٧م)، ج ٢، ص ٩٧؛ عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقى (بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤٠٣م)، ج ٥، ص ٢١٨؛ محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي (القاهرة: المكتبة العصرية، ط ٢، ٢٠٠٣م)، ج ٢، ص ٣٤٢.

السلام^١ والمنافع ترد على العقود الناقلة للملكية، وتتضمن بالغصب، ويجري فيها الإرث^٢ وخالف الخفية وذهبوا إلى أنها لا تورث.^٣ والمنافع كذلك تجري فيها الوصية - كما يرى جمهور الفقهاء - خلافاً للظاهرية.^٤

والذي يبدو: أن الراجح هو القول بأن المنافع أموال - لما مر - أن الأعيان لا تقصد لذاتها بل لمنافعها وعلى هذا أعراف الناس ومعاملاتهم، وقد عد الشارع المنفعة مالاً في عقد الإجارة، وعدها مالاً أيضاً؛ إذ جاز جعلها مهراً في النكاح^٥ في جعل المهر سوراً من القرآن. كما أن في إهدار المنافع وعدم اعتبارها ضياع للحقوق وخاصة في هذا العصر، بل ولم تعد مالية المنافع محل جدل في هذا العصر.

يقول العبادي: "ولما كانت الأشياء غير المادية — ومنها حقوق المؤلفين — تدخل في مسمى المال في الشريعة، لأن لها قيمة بين الناس، ومتاح الانتفاع بها شرعاً، وقد قام الاختصاص بها، فعلى هذا الأساس يمكن أن تنظم باعتبارها نوعاً من أنواع الملك".^٦
وبناءً على ما انتهينا إليه يعد الإنتاج الذهني مالاً؛ لأن الصفة المالية للشيء تتحقق بوجود "النقوم" أي المنفعة المشروعة و"العرف"؛ إذ هما مناط المالية عند الجمهور، وهذه العنصران متوافران في الإنتاج الذهني، فيكون مالاً شرعاً عند الجمهور، ولم يرد في الكتاب ولا في السنة دليل يحدد مفهوم المال شرعاً، وكون الشيء مالاً، أو ذا قيمة شرعاً لا يفتقر إلى دليل إيجابي معين خاص بالشيء يثبت ذلك، بل يكفي انتفاء دليل التحرير؛ لأن عدم الدليل

^١ الدربي، حق الابتكار، ص ١٨٨.

^٢ المرجع السابق، ص ٢٠.

^٣ الرملي، نهاية المحتاج؛ ج ٥، ص ٣١٢؛ ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٤٦٧؛ ابن حزم، القوانين الفقهية، ص ٢٣٩؛ سعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشارع (القاهرة: المطبعة الجمالية، ط ١، ١٩٠١م)، ج ٦، ص ٢٦٧٢.

^٤ عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في إصلاح الأئم (دار القلم، ط ١، ٢٠٠٠م)، ج ٢، ص ١٤٧؛ ابن رشد، بداية المجهد، ج ٢، ص ٢٧٨.

^٥ السرخسي، المسوط، ج ٦، ص ٧٨.

^٦ العبادي، الملكية، ص ١٩٩. يقول الزركشي: "المال: هو ما كان متتفعاً به، وهو إما أعيان وإما منافع"، قواعد الزركشي، ص ٢٤٣. لذلك فإن "ديدان الصيد" تعتبر مالاً بالنظر لمنفعتها، من جعلها طمعاً لاقتراض طائر، أو اصطياد سمك. يقول ابن قدامة: إن المال هو ما كان فيه منفعة مباحة، لغير حاجة أو ضرورة، كمقار وحمل ودود قر، وديدان لصيد، وطير لقصد صوته، كبليل، وببغاء، ...، أما ما لا نفع فيه كالحشرات، أو فيه نفع عموم كالحمر، وما لا يباع إلا لضرورة كالميتة، وما لا يباح إلا لحاجة، فليس مالاً. انظر، ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٤٣٩.

على التحرم كاف في إثبات الحال والشرعية؛ إذ الأصل الإباحة، والتحرم خلاف الأصل. فإذا ثبتت القيمة والمنفعة في شيء "عرفاً" كان مالاً شرعاً عند الجمهور ما دام لا يعارض ذلك دليل من جهة الشرع، ولم يوجد، بل الذي وجد وجوب تحصيل العلم النافع والانتفاع به.^١ نزع الناس عن أعرافهم إيقاع لهم في الحرج، والحرج مدفوع في الدين: «وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْنَتُكُمْ» [آل عمران: ٢٢٠]؛ ولكننه يَعْلَمُ لم يشأ: «وَمَا جَعَلَ عَيْنَكُمْ فِي الظِّنَنِ حَرَجَ» [الحج: ٧٨].^٢ وبناء عليه فالشارع يقر مالية حق المؤلف؛ لأن جريان المعاوضة فيه أصبح عرفاً عالمياً، وأنه مبني على المصلحة المرسلة المتعلقة بالحق العام، وهو في الوقت ذاته علاقة احترافية بين الحق وصاحبها، لذلك أصبح هذا الحق حقاً عيناً مالياً مقصوراً على صاحبه وحده.^٣ والقيمة ثبتت بالعرف الذي لا يصادمه دليل من الشرع خاص في موضوعه^٤ فكل منفعة ذات قيمة مالية عرفاً تعد مالاً ولو لم تكن عيناً إذا كان مباحث الانتفاع بها شرعاً، والأصل الإباحة حتى يرد دليل التحرم.

ومالية الإنتاج الفكري لحق المؤلف والمحتوى عرف عالمي، وأمر شائع بين الأمم، واستقر على ذلك عرف جميع الدول والشعوب في العالم، والعرف يثبت مالية الأشياء شرعاً، -مادية أو معنوية- ما لم يرد نص خاص في موضوعه يحرمه -كما ذكرنا- أو إجماع أو قياس معتبر، أو تصادم قاعدة عامة في الدين قطعية، ولم يوجد، بل الذي وجد إيجاب تحصيل ذلك، باعتباره مقصداً شرعياً قطعياً لما فيه مصلحة حقيقة عامة مؤكدة، بدليل ثبات المثقفين وال المتعلمين في كل مكان في العالم لاقتناء الكتب.^٥ والقضايا العلمية والمعرفية المنشورة بكافة وسائل النشر، مثل: أشرطة الكاسيت، والفيديو، والديسكت، والسيدي روم، وأية وسيلة أخرى سوف ينتجهها العلم في مجالات الثورة التقنية لنشر العلوم ووسائل الاتصالات. إن العلاقة المباشرة بين المؤلف وإنتاجه الفكري، والمنسبة على محل هو مال، إذا أقرها الشارع، تعتبر حقاً عيناً مالياً، تجري المعاوضة في محلها عرفاً، ويجري فيها الملك؛ لأن

^١ الدربي، حق الابتكار، ص ١٢٦، ١٢٧، وما بعدها.

^٢ المرجع السابق، ١٢٩.

^٣ المرجع نفسه، ص ١٣٩.

^٤ نفسه، ص ٣٠.

^٥ نفسه، ص ٢٠.

الماujaة أساسها الملك.^١ وهناك من أهل القانون من يرى أن الحق المعنوي يتفق مع الملكية العادلة في نواح، ويختلف عنها في أخرى، فهو عبارة عن سلطة تنصب على الشيء المعنوي مباشرة دون وساطة، وتتحول صاحبه حق الانتفاع والاستغلال والتصرف؛ لكنه لا يقبل الاستئثار بحكم طبيعته، وهو كونه يقع على شيء غير مادي، وكذلك لا يصح أن يكون مؤبداً.^٢

وعلاقة المؤلف بمؤلفه هي علاقة اختصاصية مباشرة، ولا يجوز لأحد العدوان عليه، أو التصرف فيه؛ إلا بإذن صاحبه، وباعتباره حقاً مالياً فإنه يورث شرعاً.^٣

ويتعلق بالابتكار الذهني حق عام وهو حق الله تعالى، لما فيه من مصلحة إنسانية عامة، تعد مقصداً شرعاً قطعياً، فعدم اعتبار مالية الإنتاج الفكري يؤدي في هذا العصر إلى انقطاع العلماء عن الاستمرار في البحث والدراسات العلمية، وفي هذا هدم لمقصد شرعي.^٤

الحق الأدبي والحق المالي:

حق المؤلف ليس كتلة واحدة وإنما يتكون من حدين، هما: الحق الأدبي، والحق المالي؛ فهما حقان منفصلان مستقلان، كل منهما عن الآخر.

والحق الأدبي هو: حق المؤلف من ناحية أدبية بحثة، تتحول للمؤلف وحده حق تقرير نشر مصنفه على الجمهور ونسبته إلى نفسه وسحبه من التداول وإلزام الغير باحترام مصنفه، فلا يجوز للغير أن يجري فيه بالإضافة أو الحذف أو التحوير أو التعديل، والحق الأدبي غير قابل للحجز عليه، ولا يقبل التنازل عنه، ولا ينتقل إلى الورثة.

والحق المادي "المالي" هو حق المؤلف من الناحية المادية، فإذا قرر المؤلف نشر مصنفه؛ فإن هذا الحق يدخل في ذمته المالية. فالجانب المادي من حق المؤلف هو حق مستقل قائم بذاته وهو حق عيني ومال منقول؛ لأن المؤلف يتمتع باحتكار استئثاري على كل متحصلات استغلال مصنفه بكل الطرق.^٥

^١ نفسه، ص ١٨٨.

^٢ الصدة، الملكية في القوانين العربية، ج ١، ص ٩؛ الشرقاوي، نظرية الحق، ص ٥٨؛ إسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للحق، ص ٨٢.

^٣ الدربي، حق الابتكار، ص ١٣٨.

^٤ المرجع السابق، ص ١٣٦.

^٥ محمد شحات الجندي، "حماية حق المؤلف من منظور إسلامي"، ندوة حقوق المؤلف، ج ١، ص ٣٩٤-٣٩٨.

إن لصاحب التأليف حقاً على ما ابتكره من عمل ذهني وأخرجه إلى الوجود بجهده العقلي، حيث شحد فيه همته، وأعمل فيه طاقته، فتجسد في واقع ملموس على هيئة كتاب أو اختراع، فقد أنفق فيه وقته وبذل جهده، وأعطى ماله، وكابد وعان وانقطع لدراسة العلم وهضم الأفكار والنظريات المتعلقة بالشخص الذي يعمل فيه، وجهده هذا يقوم بحال؛ أما الجانب الأدبي من حق المؤلف فهو ليس بحق عيني، وليس بحال أصلاً، بل هو حق من حقوق الشخصية، مثله في ذلك مثل حق الأبوة، وكما أن الأب له حق الأبوة على ابنه، كذلك المؤلف له حق الأبوة على مصنفه.^١

فالمصنف كالوليد من حيث نسبته إلى أبيه، ولا يقبل التنازل عنه، ولا الإسقاط، فهو لصيق بالمؤلف لا ينفك عنه، يختص به وحده دون سواه في حياته وبعد مماته. ونطاق الحق المالي للمؤلف يتناول نقل المصنف إلى الجمهور بطريق غير مباشر بنسخ صور منه بواسطة الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير أو الصب في قوالب.. إلخ، كما يتناول نقل المصنف إلى الجمهور بطريق مباشر بالأداء العلني.

وللمؤلف أن يتصرف في حقه المالي للغير، ويكون ذلك عادة عن طريق عقد النشر.^٢ وهنا تثير مسألة: مدى شرعية رهن الحقوق المعنوية، ومنها رهن حق المؤلف. إن الرهن الحيازي^٣ في القانون يتميز بأن محله — المال المرهون — يمكن أن يكون منقولاً معنويًا، كالديون والسنادات، والعلامات والأسماء التجارية، وحق التأليف، وبراءة الاختراع، وهناك من يرى أن رهن المنقولات المعنوية هو استثناء على القاعدة التي يقتضها لا ترد الحقوق العينية أصلية وتبعية، إلا على أشياء مادية ولا يجوز أن يكون محلها شيئاً معنويًا.^٤

^١ السنوري، الوسيط، ج ٨، ص ٣٥٧؛ عبد الرحيم مأمون شديد، الحق الأدبي للمؤلف (بيروت: دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٧٨)، ص ٢٦٩؛ الجندي، "حماية حق المؤلف من منظور إسلامي"، ج ١، ص ٣٩٤.

^٢ المرجع السابق، ج ٨، ص ٢٦١.

^٣ الرهن الحيازي هو عقد به يلتزم شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى شخص ثالث يعينه العائدان، شيئاً ترتب عليه الدائن حقاً عيناً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم على الدائنين العاديين، والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثم هذا الشيء في أي يد يكون، انظر، مدن عراقي، القانون المدني المصري، ١٢٣٢؛ وانظر، خصائص الرهن الحيازي؛ السنوري، الوسيط، ج ١٠، ص ٧٤١ وما بعدها، فقرة ٤٩٧.

^٤ إبراهيم الدسوقي أبوالليل، الحقوق العينية والتبعية (الكتاب: جامعة الكويت، د.ط، ١٩٩٣)، ص ٢١٦.

لكن الحق المعنوي في الفقه الإسلامي هو في الحقيقة حق عيني مالي متقرر وليس حقاً مجردأ^١. والإنتاج الفكري هذا هو ثمرة منفصلة عن شخصية المؤلف المعنوية هذه، واتخذت حيزاً مادياً كالكتاب ونحوه، وهذه العلاقة منصبة على المال ذاته مادةً كان أو معنى فكان بذلك حقاً عيناً مترجماً، وهو حق مالي؛ لأن محله المال ويتحقق مفهوم الحق العيني في الفقه الإسلامي لا في خصوص الأعيان المالية فحسب، بل في المعانى كما في ملك المنافع.^٢

ولذلك فالذى يبدو لي:

أن المؤلف إذا كان له الحق أن يتصرف في حقه المالي لمؤلفه، جاز له أن يرهن هذا الحق، وترتباً على ذلك يجوز للمرهن الحجز على هذا الحق لاستيفاء دينه من المؤلف الراهن على أساس أن الأصل: أن ما جاز التصرف فيه يجوز رهنه ويجوز الحجز عليه.

ويبدو لي أيضاً أن الذي يجوز رهنه هو نسخ المصنف الذي تم نشره والمملوكة له، فباع في المزاد العلني ويوف المرهن حقه في الدين، وكذلك أرى جواز رهن حق المؤلف المالي في نشر مصنفه، للوفاء بدين المرهن الدائن عن طريق التعاقد بين المؤلف وأحد الناشرين، على طبع ونشر المصنف مع بيان سعر المؤلف مكتوباً على الغلاف حتى لا يتعرض العقد إلى جهالة في الثمن قد يؤدي إلى التزاع، أو أن يكون مبلغ المكافأة مقطوعاً، فيكون أكثر ضماناً في مسألة الرهن.

ويبدو لي كذلك: أن الأولى أن يلزم ولي الأمر المتعاقدين — لضعف الذمم في هذا العصر — ولأجل حفظ الحقوق عند التجاحد - بتوثيق العقد مع الناشر في ورقة رسمية عند كاتب العدل؛ لأن إغفال هذه الشكلية في العقد قد يعين على الإفلات من هذا القيد.

أما الحق الأدبي للمؤلف فلا يجوز الحجز عليه ولا التصرف فيه؛ لأنه من الحقوق المتعلقة بالشخصية، ويقى الحق المالي يتمتع به المؤلف طوال حياته، بل وبعد موته؛ إذ ينتقل إلى الورثة لمدة معينة، هي مدة الحماية التي أضفتها القوانين على هذا الحق. بل ويجوز للمؤلف أن يوصي بحقه في الاستغلال المالي بشرط أن يتقيد في وصيته بثلث التركة كما هو مقرر في أحكام الشرع.

^١ الحق مجرد: هو ما ثبت لأجل رفع الضرر عن تقرير له، لا على جهة الأصلية، وذلك كحق الشفعة الذي يثبت للجار والشريك دفعةً للضرر عنهم، وكحق الخيار للمرأة التي زوجها ولديها قبل البلوغ في أن تختار نسخ العقد بعد بلوغها دفعةً للضرر عنها، ولا يعد هذا الحق من قبل الحقوق المالية، والمال المقرر: يتمثل فيما يثبت لصاحبها أصلية لا على رفع الضرر عنه، انتظر: "نظارات حول موقف الفقه الإسلامي من الحق المالي للمؤلف"، ندوة حقوق المؤلف، ج ١، ص ٣٨.

^٢ الدربي، حق الابتكار، ص ٤٢.

فحق المؤلف المالي إذا كان هذا الحق مفرغاً في أشياء مادية كالكتاب ونحوه، فإن نسخ الكتاب المشورة تكون محلاً للرهن؛ أما إذا كان المؤلف لم يطبع في كتاب ولم ينشر بعد، بل كان على شكل مخطوطة ومسودات أو مفرغ في "ديسكت" أو شريط مسجل أو فيديو، ففي هذه الحالة جاز رهن هذا الحق أيضاً، ولكن بشرط طبعها في نسخ مشورة لكي تتحقق ماليته في كتاب، بأن يطبعه بنفسه، أو بإبرام عقد مع إحدى دور النشر ومن ثم توثيق هذا العقد.

فالحق المالي للمؤلف يجوز لمؤلفه التصرف فيه بكلفة أنواع التصرفات القانونية والشرعية، ومنها رهنها توثيقاً لدين، ويعلن عن هذا التصرف حسب الأصول المتبعة، وهذا الحق مالي مقدور التسليم ويمكن وضع اليد عليه.

لقد اتفق الفقهاء رحمهم الله على أن ما جاز بيعه جاز رهنه وما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه.^١ ويشترط في المرهون ما يشترط في المبيع لاستيفاء الدين منه.

وإذا كان هناك شيء من الجهة -لو افترضنا- في ثمن النسخ التي سوف تطبع، أو في حقوق المؤلف مع الناشر وما يستحقه من ثمن الكتاب؛ فإن ذلك لا يؤثر في مشروعية رهنه، فكل ما صح بيعه مع نوع من الجهة اليésire، يصح رهنه، وما لا يصح بيعه للجهة، لا يصح رهنه، والعلم المنشترط في المبيع هو: ما يرتفع به التزاع، أو هو ما لا يقع منه نزاع في العادة.^٢

والذى أنهى إليه هو أن جواز رهن حق المؤلف، والحقوق المعنوية الأخرى تدعوه إليه اعتبارات عملية وواقعية، ومتطلبات في المجتمعات الحديثة، كي لا يقف منعه في سبيل الحصول على الائتمان وتسييل المعاملات، وخاصة إذا علمنا أن ذلك لا يتعارض مع نصوص الشريعة وكلياتها ومقاصدها بل يحقق ذلك مصالح شرعية معتبرة وحقيقة.

المسألة الثانية: رهن براءة الاختراع

حق المخترع ويسمى "الملكية الصناعية"، وقد قسمه القانونيون إلى أنواع ثلاثة:

١ — براءات الاختراع.

^١ انظر: وبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (بيروت: دار الفكر، ط٤، ١٩٩٧م)، ج٥، ص٢٠٢؛ الشيرازي، المذهب، ج١، ص٣٠٩؛ البهوقى، كشف النقاع، ج٢، ص٣٥؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، ص٣٢٣؛ ابن قدامة، المغنى، ج٤، ص٣٤٣؛ الشربينى، مغني الحاج، ج٢، ص١٢٤؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، ص٢٢٣؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٢٦٩.

^٢ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٥، ص٢٠٤.

٢ — الرسوم والنماذج الصناعية.

٣ — العلامات والبيانات التجارية.^١

وهو حق يقع على شيء غير عادي وهو من ثمرات الفكر والابتكار الذهني.

وتحت براءة الاختراع لكل اختراع مبتكر جديد قابل للاستغلال الصناعي، بشرط أن لا

يكون الاختراع مخلأً بالآداب أو النظام العام.^٢

ويجوز رهن براءة الاختراع كجواز رهن حق المؤلف، وذلك لأن البراءة محل الملكية،

يجوز التصرف فيها بجميع التصرفات القانونية، والتنازل عنها للغير بعوض، أو بدون عوض،

ونقلها وانتقالها بين الأحياء، وبالإضافة لما بعد الموت.^٣

ولأجل إثبات الحقوق وقطع الزاع صدر القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٢ المصري، المادة

٢٧ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، والمادة ٢٨ من القرار رقم ١٥

لسنة ١٩٦٥م، اللائحة التنفيذية لقانون براءات الاختراع بمصر، وقرر أن رهن براءة

الاختراع لا يكون حجة على الغير إلا من تاريخ التأشير بالرهن في سجل البراءات، ويجب

أن ينشر رهن البراءة في الجريدة الرسمية.^٤

^١ النموذج: هو شكل يحسن أعد لاحتذائه عند الإنتاج، فتأتي المنتجات مطابقة للنموذج، مثل ذلك نماذج الملابس والأحذية والمعاطف، وهيكل السيارات، والزخارف، وما إلى ذلك. والرسم الصناعي: مثل الرسوم والتقويم الخاصة بالمنسوجات والسجاجيد والمجوهرات وغيرها، والعلامات التجارية: هي التي يتخذها صاحب المصنوع أو التاجر شعاراً لمنتجاته، أو بضاعته، تميزاً لها عن غيرها، وهي من أهم الوسائل التي يلحًا إليها التاجر والصانع لتعريف نفسه إلى مستهلكي سلعه، وبذلك يضمن لنفسه عدم تضليل الجمهور وخديعه في أمرها، مما يدفعه إلىبذل أقصى جهده في تحسين منتجاته، وتخفيف تكاليف الإنتاج إلى أقل حد ممكن ليتسنى تفوقها على مثيلاتها جودة ورخصاً. انظر، السنوري، الوسيط، ج، ٨، ص ٤٦٥.

^٢ فلا "تحت براءة الاختراع لمن صنع عقاقير كيماوية الغرض منها الإجهاض، أو صنع جهاز يكون الغرض منه منع فض البكارية في أثناء الاتصال الجنسي، أو صنع أجهزة لتسلق الحيطان ونقلها خفية للتتمكن من السرقة"، أو صنع جهاز يسهل للتلميذ عملية الغش أثناء اداء الامتحان، دون أن يستطيع المراقبون اكتشافها، المصدر السابق، ج، ٨، ص ٤٥٤. وهذه الاختراعات في استغلالها إخلال بالآداب أو النظام العام.

^٣ وأيضاً فقد صرحت المادة الخامسة والعشرون من قانون براءة الاختراع العراقي بذلك وجاء فيها: "يجوز التصرف بالبراءة بكافة التصرفات القانونية، ويعلن بالتصريح بالبراءة، وعن رهنها، ونقل ملكيتها حسب الأصول". وتقبل ذلك على أن يقع كتابة، ويعلن عنه للتمسك به على الغير. انظر، صلاح الدين الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية (عمان: دار الفرقان، ط١، ١٩٨٢م)، ص ١٨٢ وما بعدها.

^٤ إبراهيم دسوقي، الحقوق العينية والبعية، ص ٢٢٤.

وكل من النموذج والرسم الصناعي ينطوي على قدر من الابتكار ومن ثم يحميه القانون كما يحمي حق المخترع وحق المؤلف.

وبراءة الاختراع تخول مالكها الحق في استغلال الاختراع بجميع الطرق ولمدة خمس عشرة سنة من تاريخ تقديم الطلب؛ أما البراءات التي تمنع عن الاختراعات الكيميائية المتعلقة بالأعذية أو العقاقير الطبية، أو المركبات الصيدلية، فتكون مدتها عشر سنوات غير قابلة للتجديد.

ولصاحب البراءة في المدة التي تبقى فيها البراءة نافذة أن يتصرف فيها بعوض وغير عوض، وأن يرهنها، ويجوز الحجز عليها من دائرته، وتنتقل منه إلى خلفه بالميراث والوصية.^١ ولصاحب العلامة التجارية أيضاً التصرف فيها بعوض أو بغير عوض، ومع ذلك لا يجوز نقل ملكية العلامة أو رهنها، أو الحجز عليها إلا مع الخلل التجاري أو المشروع الذي تستخدم العلامة في تغيير منتجاته، ولا يجوز رهن العلامة التجارية أو نقل ملكيتها إلا بعد التأشير به في السجل وشهره بالكيفية التي يقررها القانون.

هذا وقد صدر القرار رقم ٥ بشأن الحقوق المعنوية من مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بالكويت في دوره مؤتمره الخامس ١٥-١٠ كانون الأول ١٩٨٨م، ونص القرار على ما يلي:
أولاً: الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع، أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمويل الناس لها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً، فلا يجوز الاعتداء عليها.

ثانياً: يجوز التصرف بالاسم التجاري، أو العنوان التجاري، أو العلامة التجارية، ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الضرر والتسليس والغش، باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً.
ثالثاً: حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعاً، ولأصحابه حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها.^٢ وبعد الرهن من قبل التصرفات الجائزة.

ثانياً: رهن سندات التداول التجارية

سندات التداول التجارية نوعان: النوع الأول هو الأوراق المالية، وهي الأسهم والسندات، وسندات قروض الدولة، والنوع الثاني هو الأوراق التجارية، وهي الكمييات الإذنية والشيكات.^٣

^١ السنوري، الوسيط، ج ٨، ص ٤٦.

^٢ نقلأ عن: الرحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٩، ص ٥٥٩.

^٣ انظر، السنوري، الوسيط، ج ٨، ص ٧٧؛ محمد بن معحوز، الحقوق العينية والبعلية في الفقه الإسلامي والفقين المغاربي (ط ١، ١٩٩٠م)، ص ٤٦١.

ورهن الأوراق المالية والتجارية يعد من قبيل رهن المنقول سواء أكانت اسمية أم لحامها، وكذلك الأسهم والمحصص، والسنادات التجارية والصناعية، اسمية كانت أو لحامها، مع الإشارة إلى أن ما كان من هذه الأوراق لحامها فإن رهنه يتم إما بتسليمها للمرهن، وإما بتسجيل الرهن بالسجلات الخاصة بها.^١

وفي مجال التشريعات الحديثة ولأجل ضمان الحقوق وتوثيقها، فإن الديون المثبتة في سنادات اسمية يتم رهنها بالقيد في سجلات الشركة مصدرة هذه السنادات؛ أما المثبتة في السنادات الإذنية فيتم رهنها بظهورها أي بذات طريقة حوالتها على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن.

وتمثل الأوراق التجارية حقاً مبلغ من النقود؛ لأن الصكوك التي تتضمن دفع مبلغ معين من النقود في تاريخ معين تصلح بدليلاً للنقد في المعاملات، وتتهيأ لها فرص التداول السريع، والأوراق التجارية تشمل أيضاً سند الشحن البحري، وتذكرة النقل الجوي أو البري، وصك الإيداع في المخازن العامة، لأن هذه الصكوك تكون قابلة للتداول بالطرق التجارية باعتبارها تمثل البضائع المنقولة أو المودعة، لذلك فإنها تمثل وبالتالي حقاً نقدياً، يجوز رهنها إذا أمكن استيفاء مبلغ الدين منها وجرى العرف بذلك. ومثل ذلك كوبونات الأسهم والسنادات المستحقة الوفاء، لأنها أيضاً قابلة للتداول وتمثل مبلغاً من النقود هو أرباح الأسهم، أو فوائد السنادات، وتستحق الدفع مجرد تقديمها للهيئة المصدرة، كل ذلك أرى جواز رهنها باعتبارها أدلة وفاء كالنقود، وذلك إذا جرى به العرف ولم يؤد إلى التزاع، مع إمكان استيفاء الدين منها.

وتكييف المسألة في الفقه الإسلامي هو أن رهن الأوراق التجارية يعد من قبيل رهن دين بدين، وقد اختلف الفقهاء في جواز رهن الدين فذهب الجمهور إلى عدم جواز رهن الدين لأنه غير مقدور على تسليمه، ولا يدرى المرهن هل في استطاعته الحصول عليه. وذهب المالكية إلى جواز رهنه بجواز بيعه.^٢

^١ محمد عثمان شير، المعاملات المالية المعاصرة (عمان: دار النافس، ط١، ٢٠٠٨م)، ص٦٢٠.

^٢ الشريبي، مغني الحاج، ج٢، ص١٢٢؛ ابن قدامة، المغنى، ج٤، ص٣٤٧؛ البهوي، كشف القناع، ج٣، ص٤٣٧؛ أحمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير (دار المعارف، د.ط.)، ج٣٠، ص٣١؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، ص٣٢١؛ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٥، ص٢٢٧.

والذي يدو لي:

جواز رهن الأوراق التجارية والديون وذلك لزوال السبب الذي من أجله منعوا رهن الدين وهو عدم القدرة على التسليم، ويشترط لصحة ذلك قبض الوثيقة والإشهاد على حيازتها، ويقع رهن الدين صحيحًا بإيجاب وقبول بين الراهن والمرken ويعين على الراهن تسليم سند الدين إلى الدائن المرken، فحيازة سند الدين تعد حيازة للدين نفسه، ولأجل صحة رهن الدين ينبغي أن يكون الدين قابلاً للحالة واللحجز، لأن الدين قد لا يكون قابلاً للحالة بالاتفاق، أو بنص القانون، أو بسبب طبيعة الحق نفسها، وكذلك قد يكون غير قابل للحجز عليه، كالحق في النفقة أو المعاش، فلا يجوز رهنه.

ويترتب على رهن الدين الآثار نفسها التي تترتب على الرهن بصفة عامة، فيلزم الراهن بتسليم سند الدين، لضمان الرهن، وجعله سارياً لصالح المرken في مواجهة المدين وفي مواجهة الغير.^١

وعن حكم التعامل بالسندات حلاً وحرمة، فقد أفتى علماء العصر بحرمة التعامل بالسندات لما تشتمل عليه من الربا، بسبب دفعفائدة مقطوعة على مبالغ الديون المدونة فيها فهي قروض بفائدة، وهذه الفائدة هي عين الربا الحرام شرعاً. واتفقوا على وجوب الزكاة فيها، إذا بلغت قيمتها النصاب الشرعي، وإن احتلت هذه السندات بالحرام، وصاحبها الربا، وحيث الكسب، لأن الحرمة المصاحبة لجزء من المال لا تمنع من فرض الزكاة^٢ وبالتالي فلا أرى ما يمنع من رهنة أيضاً لأن تعرض جزء منه للحرمة لا يخرجه عن المالية فلا يمنع صحة رهنه، وشهادات الاستثمار، أو سندات الاستثمار تجب فيها الزكاة، وإن كان عائدها خبيثاً وكسبها حراماً، ويجوز رهنه كذلك، لأن تحريم التعامل بالسندات لا يمنع من وجود الملك التام، ويتخلص من هذا الجزء الحرام بالتصدق به، لأن المال الحبيث مآلـه الصدقة؛ أما المال الحرام كالمحضوب والمسروق ومـال الرشوة والتزوير والاحتـكار والغش والربا ونحوـها فلا زكـاة فيهـ، ولا يجوز رـهنهـ، لأنـهـ غـيرـ مـلـوكـ لـهـائـزـهـ، وـيـجبـ ردـهـ لـصـاحـبـهـ الحـقـيقـيـ، منـعـاـ مـنـ أـكـلـ أـموـالـ النـاسـ بـالـبـاطـلـ.

^١ دسوقي، الحقوق العينية والبيعية، ص ٢٢٣.

^٢ الرحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٩، ص ١٦٧.

ثالثاً: الرهن الرسمي

الرهن في الفقه الإسلامي هو: جعل عين مالية وثيقة بدين، بحيث يمكن أخذ ذلك الدين من ثمن تلك العين، إن تعذر الاستيفاء من هو عليه.^١

فإن استدان شخص ديناً من آخر، وجعل له في نظير ذلك الدين عقاراً أو منقولاً محبوساً تحت يده حتى يقضيه، كان ذلك هو الرهن شرعاً، وهو الرهن الحيازي كما هو معروف.^٢
إننا نحتاج إلى عقد الرهن إذا كان هناك دين يخشى صاحبه أن لا يستوفيه، فيحتال لذلك عن طريق الاتفاق مع المدين، على أن يخصص هذا الأخير شيئاً معيناً له قيمة مالية، ليكون وسيلة لاستخلاص ذلك الدين من ثمه، فيما إذا عجز المدين عن الوفاء.^٣

فالرهن في الفقه الإسلامي يقوم على الحيازة، بأن ينقل حيازة التأمين العيني "المال المرهون" إلى يد الدائن، ويقى هذا الدائن الحائز مرتكناً للعين إلى أن يحل الدين، فإما أن يستوفييه من المدين، أو أن يبيع التأمين العيني ليستوفي الدين من ثمه.

وهناك نوع آخر من الرهن في التشريعات الوضعية لا يقوم على الحيازة، ويقى التأمين العيني في يد المدين إلى أن يحل الدين، فيستوفي الدائن دينه من المدين، أو يبيع التأمين العيني طبقاً للإجراءات القانونية ليستوفي الدين من ثمه،^٤ وهو ما يسمى بالرهن الرسمي.

فالرهن الرسمي عقداً يقتضاه يتقرر للدائن تأمين خاص أي حق عيني تبعي، هو حق الرهن الرسمي على عقار مملوك للراهن، سواء أكان هو المدين، أم شخصاً آخر، ويسمى بالرهن العقاري، أو التأميني، وهو نوع من الضمان العيني، ويعتبر هذا العقد يتقدم الدائن على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون، معبقاء الحيازة للراهن، فله حق التبع والأفضلية. لذلك يتميز عقد الرهن بأنه يبقى للراهن ملكية العقار المرهون، وحياته له، فهو يحتفظ بسلطة التصرف على العقار المرهون، ولهم حق إدارته، غير أن سلطات الراهن على العقار المرهون لا تكون مطلقة كأي مالك آخر، بل تقييد هذه

^١ ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٣٦١.

^٢ محمد علي عثمان الفقي، فقه المعاملات: دارسة مقارنة (الرياض: دار المريخ، د.ط، ١٩٨٦م)، ص ٤٢٢.

^٣ ابن معحوز، الحقوق العينية والتبعية في الفقه الإسلامي، ص ٤٤٣.

^٤ السنهوري، الوسيط، ج ١٠، ص ٢٦٢.

السلطات بالقدر اللازم للمحافظة على الرهن، وعدم المساس بسلامته، وله الحق في استعماله بنفسه، فإن كان المرهون متولاً سكنه، وإن كان أرضاً زراعية قام بزراعتها.

ويتميز عقد الرهن الرسمي بأنه عقد شكلي، لا يكفي التراضي والاتفاق لانعقاده، وإنما يتطلب إلى جانب ذلك إفراغه في الشكل الذي حدده القانون وهو "الرسمية"، ففرغ في ورقة رسمية موثقة وفقاً للقانون، أي صادرة عن الموظف المختص بتوثيق العقود الرسمية، وهو كاتب العدل.

ويخضع هذا النوع من الرهن للقواعد العامة في إبرام العقود، من حيث ضرورة توافر الأركان العامة في العقد، والسبب الدافع إلى إبرام العقد الرسمي هو ضمان وتوثيق الرفاء بالتزام المدين.

والرهن الرسمي لا يرد بحسب الأصل إلا على عقار؛ ولكن طبيعة هذا الرهن يقبل وروده على المنقول أحياناً، لذلك أجازت التشريعات الحديثة، ومواد قانونية خاصة رهن بعض المنقولات كالسفن والطائرات، والحال التجارية، نظراً للطبيعة الخاصة لهذه المنقولات، والتي تتميز بعدم سهولة إخفائها، إضافة إلى ارتفاع قيمتها المالية.^١

والرهن الرسمي لم يتكلم عنه فقهاء المسلمين القدماء -رحمهم الله- بل الذي تكلموا عنه هو ما يُعرف بالرهن الحيازي في اصطلاح أهل القانون، وعقد الرهن الرسمي من العقود المستحدثة في شكلياته، ونظمها من الأعراف التي لم تكن في عصور أسلافنا الأولين من فقهاء الشريعة، فلا غرابة إن لم يذكروه بهذه الصورة في أحکامهم وفتواهم.

والرهن الرسمي لا يتعارض مع أحکام الفقه الإسلامي، إلا أن بعض الباحثين أشکل عليه الأمر مما دفعهم إلى القول بأن الفقه الإسلامي لا يجيز الرهن الرسمي لكونه يتم ويلزم بغير قبض المال المرهون، فقد ورد في مجلة الأحكام العدلية، المادة ٧٠٦ منها، أن القبض ضروري لتمام الرهن ونفاذه.

ويمكن رد هذا الإشكال إذا علمنا أن الرهن عند جمهور الفقهاء ينعقد مجرد الإيجاب والقبول، وأما القبض فهو مجرد شرط للزوم الرهن وليس لانعقاده. فالجمهور -غير المالكية- يرون أن القبض ليس شرط صحة، وإنما هو شرط لزوم الرهن، فلا يلزم الرهن إلا بالقبض، فما لم يتم القبض يجوز للراهن أن يرجع عن العقد، وركن الرهن عند الخفية هو الإيجاب

^١ مصطفى منصور، التأمينات العينية، ص ٦٩؛ شفيق شحاته، النظرية العامة للتأمين العيني (القاهرة: د.ط، ١٩٥٢م)، ص ٥٤؛ الدسوقي، الحقوق العينية، ص ٣١، ١٣١، سلامة، التأمينات العينية، ص ٩٠؛ ابن معحوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي، ص ٥١؛ السنهوري، الوسيط، ج ١٠، ص ٢٦٨.

والقبول، كسائر العقود، ولكن لا يتم ولا يلزم إلا بالقبض أي بالتخليه أو النقل، والتسليم الفعلي ليس شرطاً عند المالكية في انعقاد الرهن، ولا في صحته، ولا في لزومه، بل ينعقد ويصح ويلزم بالصيغة أي بمجرد الإيجاب والقبول ثم يطلب المرهن أخذه.^١

والمقصود من قبض الرهن، هو تأمين الدائن المرهن وإبقاء الثقة والطمأنينة لديه، بتمكنه من حبس المرهون تحت يده، حتى يستوفي منه دينه، وليس المقصود من اشتراط القبض هو التبعد، أي تنفيذ المطلوب بدون معنى، ويكتفى في انتقال الحيازة انتقال السيطرة الفعلية على المال المرهون إلى الدائن المرهن، ولو لم تستند إلى التسليم المادي اكتفاء بالتسليم الرمزي الذي يتحقق بالتوثيق الرسمي.

ويصح أن يقوم مقام القبض كل وسيلة تؤدي إلى تأمين الدائن، ومنها هذا الذي أحدهه القانون المدني في الرهن الرسمي في العقار بوضع إشارة الرهن في صحيفة العقار في دائرة التسجيل العقاري، فهو محقق لحفظ المرهون، وبقائه ضماناً للدائن، وتؤمناً لصلحته، فيقوم هذا مقام القبض المطلوب شرعاً، وهذا ما أقره المالكية في جواز الرهن الرسمي.^٢

فالقبض يتم في كل شيء بحسبه، والرسمية في الرهن الرسمي، بإفراغه في ورقة رسمية موثقة وفقاً للقانون، وصادرة من الموظف المختص بتوثيق العقود الرسمية وهو كاتب العدل. إن هذا الإجراء هو بمثابة القبض للعقار المرهون رهناً رسمياً، والعقد الرسمي هذا هو ضمان، وتوثيق الوفاء بالتزام الدين، وهذا هو السبب الدافع إلى إبرام العقد الرسمي.^٣

ولنا أن نقول أن مجرد التراضي كافي في انعقاد العقد في الفقه الإسلامي، ولا يتشرط أن يتم هذا التراضي في شكل معين من كتابة أو غيرها. والقانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في أن عقد الرهن يتم بمجرد تراضي الطرفين، ولكنه يتشرط بالنسبة للرهن الحيازي الواقع على عقار، أن يكون الرهن مكتوباً، وهذا يعني أن عقد الرهن على عقار لا يكفي في القانون مجرد التراضي، بل لا بد أن يكون هذا التراضي محرراً في حجة أو عقد عرفي أو رسمي، "ويقصد بالحجة العرفية: الأوراق التي يحررها الأشخاص العاديون ويعقونها".

^١ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدله، ج٥، ص١٨١-٢٠٧.

^٢ المصدر السابق، ج٥، ص٢١٠.

^٣ الدسوقي، الحقوق العينية، ص١٧.

فالفقه الإسلامي لم يشترط تنظيم الحجة الكتابية في الرهن، كما لم يشترط في غيره، لما عرفنا أن الفقه الإسلامي لم يهتم كثيراً بالشكلية في كل ضرورتها، لذلك فإن الأمر بالكتابة في قوله تعالى: **«فَأَكْتُبُوهُ»** في آية الدين يدل على الندب والإرشاد، لما فيه مصلحة الناس في التوثيق، وليس واجباً ولا شرطاً في المعاملات، بدليل قوله تعالى: **«فَإِنْ أَمِنَّ بِعَصْمَكُمْ بَعْضًا فَلْيَوْزِفْ الَّذِي أَقْتُلُنَّ أَمْنَتُتُهُ»**. [البقرة: ٢٨٣].^١

ومع ذلك فإن هذه الشكلية في الرهن الرسمي لا تتعارض وأحكام الشريعة الإسلامية؛ إذ إن الغرض من ذلك هو نوع من أنواع التوثيق والضمان لدين الدائن المرهن، معبقاء المال المرهون وحياته في يد صاحبه، يستعمله ويستغله ويستثمره بنفسه، وتترتب عليه جميع الآثار الشرعية لعقد الرهن^٢، فله حق إدارته، فإن كان متولاً سكنه، وإن كان أرضاً زراعية قام بزراعتها، وإن كان محلاً تجاريًا قام بإدارته وهذه تتحقق مصلحة حقيقة للراهنين المدينين، ولا مانع شرعاً من ذلك.

فالرهن الرسمي عقد يؤدي إلى مصالح معتبرة شرعاً وليس من ورائه ضرر، وهذه مصلحة لا تتعارض مع النصوص وعمومات وكليات الشرع.
ثم إن عقد الرهن الرسمي أصبح عرفاً دعت إليه مصلحة عامة، ومصالح شخصية، والعرف من الأدلة الشرعية إذا أخذ بضوابطه، وهذا النظام التعاملية القانوني قد تغلغل في حياة البشر بكافة أدیافهم وأجناسهم.

^١ ابن معجوز، **الم حقوق العينية والبعية في الفقه الإسلامي**، ص ٤٤٨.

^٢ وأثار الرهن الرسمي في مجال القانون، فيما بين المتعاقدين، الراهن والمقرن، توضح إذا ما عرفنا أن عقد الرهن الرسمي، ملزم بجانب واحد هو الراهن؛ إذ يتلزم بمقتضاه أن ينشئ حق الرهن لمصلحة الدائن المقرن، كما يتلزم بضمان الرهن، ببقنات العقد والقيد، ومع ذلك لا يترع حق الرهن الرسمي عن الراهن ملكية العقار المرهون، أو حياته، أو إدارته واستغلاله والتصرف فيه، وإن كان يقيد من سلطة الراهن على العقار المرهون بقدر معلوم، ابتناء الحفاظ على حق المقرن وعدم المسار بضمانه، ولكن هذه الآثار لا تسرى في مواجهة الغير إلا إذا توافرت علانية وذلك بشهادة عن طريق قيده ومحى تم القيد قبض للدائن المقرن أن يجاج به الغير وأن يستعصم دونهم بمحه في التقدم والتابع، فيكون له أن يستوفي حقه في ثمن العقار المرهون أو ما يجل عمله بالأولية على غيره من الدائنين العاديين، والدائنين التاليين له في المرتبة، أي التالين له في شهر حقوقهم، وإذا كانت ملكية العقار قد انتقلت بعد قيد الرهن إلى شخص آخر، جاز للمقرن أن يتبع العقار، وينفذ عليه تحت يد هذا الأخير وفاء لحقه. ويتم قيد الرهن بإثبات بياتن عقد الرهن الجوهريه خاصة تعين العقار المرهون والدين المضمون، كذلك ساعة و تاريخ هذا الإثبات وذلك في سجلات الشهر العقاري.

ثم إن المسلمين في هذا العصر درجوا على توثيق حقوقهم رسميًّا، خصوصاً ما يتعلق بالقضايا المهمة، كالنكاح والطلاق، والمعاملات المالية الهامة التي يدوم أثرها، كالمعاملات العقارية والمدaiنات، ومنها أيضاً رهون ليسهل إثباتها عند التجاحد.^١

رابعاً: رهن وثيقة التأمين والتأمين على المال المرهون لدى شركات التأمين

هناك مسألتان في هذا الموضوع:

المسألة الأولى: رهن وثيقة التأمين

في حالات البيع المؤجل أو الدين يحدث أن يكون بيد المشتري أو المدين وثيقة تأمين مبلغ معين كافية لتعطية الدين الذي في ذمته، أو الثمن المؤجل أو بعض أقساطه الباقية، آنذاك يلحًا البائع بشمن مؤجل أو الدائن إلى رهن وثيقة التأمين هذه ضماناً لحق البائع في الثمن، أو لحق الدائن في دينه لاستيفاء حقه منها عند عدم الوفاء، ويلحًا المشتري أو المدين إلى هذه الوسيلة من وسائل الضمان إذا لم يكن لديه ما يقدمه ضماناً ورهناً للبائع أو الدائن الذي يجد في رهن وثيقة التأمين ضماناً كافياً. وينصب الرهن على مبلغ وثيقة التأمين التي في حوزة المشتري أو التي قد يقوم بالاكتتاب فيها لهذا الغرض ويكتفيه الاكتتاب في وثيقة التأمين على حياته بدفع قسط واحد للاستفادة من رهن وثيقة التأمين، وهذه فائدة عملية هامة لهذا الرهن، إذ لا يتطلب مالاً مرهوناً مملوكاً للمشتري يقدمه تأميناً ورهناً للبائع أو الدائن قد يعجز عن توفيره. وينبغي آنذاك تحديد الدين المضمون بهذا الرهن، وإعداد ملحق لوثيقة التأمين فيها إضافة بيانات جديدة برهن المؤمن له حقه في وثيقة التأمين لصالح الدائن أو البائع، أو يمكن ذلك بظهوره للبائع، ولكن يتشرط أن تكون وثيقة التأمين إذنية لأجل إتمام إجراءات التظهير.^٢

المسألة الثانية: التأمين على المال المرهون لدى شركات التأمين

قد يكون حق الدائن في دينه أو البائع في ثمن المبيع المؤجل مضموناً برهن وهو حق عيني على عقار أو منقول، وقد لا يقنع الدائن أو البائع بهذا التأمين العيني خشية فقد المال المرهون أو هلاكه أو تلفه أو سرقته أو لأي سبب آخر، مما يهدى حقه. ولأجل أن يتفادى الدائن أو

^١ ابن معجوز، الحقوق العينية والتبعية في الفقه الإسلامي، ص ٤٤٨.

^٢ أبو الليل، البيع بالقسيط والبيوع الانتهائية، ص ٢٤٣.

بائع المرهن هذا الخطر المحتمل، فإنه يطالب المدين أو المشتري بالتأمين على المال سواءً أكان هذا المال المرهون عقاراً أم منقولاً، آنذاك فإن حق الرهن يُنقل تلقائياً إلى تعويض التأمين. وبناءً على هذه القاعدة يكون قد أكمل للبائع أو الدائن ضمانه المنشود في هذا العصر الذي يحتاج الإنسان إلى ضمانات أكثر للمحافظة على حقه وذلك لفساد النعم - كما يقول الفقهاء. فبحصوله على ضمان يعني يتميز بأولوية خاصة وفق مرتبة الضمان الذي حصل عليه، وبإعمال مبدأ انتقال حقه إلى مبلغ التعويض المستحق عن التأمين، يمكنه ممارسة حق التبع على هذا المبلغ فيأمن بذلك خطر هلاك الشيء محل الضمان العيني "المال المرهون". فإذا قام مشتري السيارة بالتقسيط، بالتأمين عليها تأميناً شاملًا، فإن حق البائع الذي يكون له امتياز على هذه السيارة المرهونة ملكيته عنده، ينقل إلى مبلغ التأمين الذي يستحق لمشتريها إذا تحقق الخطر المؤمن منه.^١

والذي يedo لي:

أن مدى شرعية رهن وثيقة التأمين أو التأمين على المال المرهون لدى شركات التأمين مبني على مسألة أخرى، اختلف الفقهاء المعاصرون فيها اختلافاً كبيراً، وهي مدى شرعية التأمين لدى شركات التأمين، فمن قال بجواز عقد التأمين — ويترעם هذا الفريق الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله —^٢ جاز بناءً على ذلك رهن وثيقة التأمين، وكذلك التأمين على المال المرهون لدى شركات التأمين. والقائلون بجواز عقد التأمين كانوا قلة فأصبحوا كثراً اليوم، ومنهم الأستاذ علي الخفيف، ومحمد سلام مذكر، والأستاذ محمد بن الحسن الحجوي الشعالي أستاذ العلوم العالية بالقرويين، في كتابه *الفكر السامي*، والمرحوم يوسف موسى أستاذ الشريعة بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، والمرحوم الشيخ عبد الرحمن عيسى، والمرحوم الشيخ الطيب حسن النجار عضو جماعة كبار العلماء، والمرحوم الشيخ عيسوي أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة عين شمس، ومحمد البهبي عضو جمعيّة البحوث، والشيخ عبد الله صيام من علماء الأزهر المتخصصين، وغيرهم.

^١ المراجع السابق، ص ٢٣١.

^٢ محمد عبد اللطيف فرفور، "عقود التأمين وإعادة التأمين في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بالفقه الغربي"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٢٢، ج ٢، ١٩٨٦م، ص ٥٨٤.

وأما من قال بعدم جواز عقد التأمين -وهم الأغلبية- فإنه يستتبع ذلك عدم جواز رهن وثيقة التأمين، والتتأمين على المال المرهون كذلك، وليس هنا محل لبيان الرأي الراجح في مدى شرعية التأمين وذلك بإيراد أدلة الفريقين ومناقشتها.



الفصل الثامن

بيع العلامة التجارية والتصرف فيها

الفصل الثامن

بيع العلامة التجارية والتصرف فيها

تمهيد:

لا يخفى أن إنجازات الإنسان في شتى المجالات والميادين، كانت نتيجة إعمال عقله وبذل جهده وطاقاته في تلبية حاجاته، ومن ثم صنع وابتكر وطور ما عرفه من قبل، موظفاً ملاحظاته المتكررة، وتجاربه المتراكمة، وخبراته المتنوعة. وقائمة الاكتشافات والاختراعات مستمرة ومتجدد، وهذه كلها من سمات ما اصطلح عليه بالعصر الحديث.

ومن مفردات العصر الحديث ما يسمى بالملكية الفكرية، وهي تطلق على ما ينتجه العقل البشري من أفكار محددة تتم ترجمتها إلى أشياء ملموسة، فيدخل في نطاقها كافة الحقوق الناجمة من النشاط الفكري للإنسان في الحقول الفنية، والأدبية، والعلمية، والصناعية، والتجارية، وما أشبه ذلك^١، وهذه الحقوق الفكرية محفوظة من قبل القوانين الوضعية ومعترفة لأصحابها ولا يجوز لأي أحد أن يعتدي عليها؛ فمن اعتدى عليها، فعليه عقوبة خاصة تتناسب مع طبيعة اعتدائه. وصفوة القول: إن الحقوق الفكرية موضع اهتمام الدول، خصوصاً دول أوروبا في وقت مبكر، ثم باقي دول العالم في وقت لاحق.

والعلامة التجارية (Trade Mark) صورة من صور الحقوق الفكرية، بل من أهمها؛ لكثره تعامل الناس بها؛ ولأن لها قيمة ثمينة، وقد تدر بالأرباح الطائلة لصاحبها خاصة عند ما تكون لها شهرة وسمعة حسنة بين العملاء، فبمجرد سماع هذه العلامة تتزاحم العملاء إليها أفواجا؛ فالعلامة التجارية هي أهم عناصر المثل التجاري، بل إن المثل التجاري من غير هذه العلامة والشهرة والسمعة التي تجلب الجمهور لا معنى له، ولا قيمة تجارية حقيقة ترجى منه.

^١ صلاح زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية (عمان: الدار العلمية الدولية، ط ٢٠٠٣)، ص ١٤.

وعلى سبيل المثال، فقد اعتلت العلامة التجارية لشركة جوجل (Google) القمة في القائمة العلامات التجارية الأكثر شهرة في العالم؛ حيث صنفتها شركة ميلوارد براون على أنها رقم واحد في القائمة السنوية التي تكون من مائة علامة تجارية عالمية للعام الثاني على التوالي (عام ٢٠٠٧ و ٢٠٠٨) بقيمة تبلغ ٨٦ مليار دولار أمريكي.

وقد تخطت علامة جوجل المكانة التي كانت تعطليها شركة جنرال إلكتريك (General Electric)، والتي تمتلك علامة ن.ب.سي (NBC) التي تقدر بقيمة ٧١.٤ مليون دولار أمريكي. وتأتي في المرتبة التالية في العلامات التجارية العالمية، علامة مايكروسوفت (Microsoft) والتي تبلغ قيمتها ٧٠.٨٩ بليون دولار أمريكي؛ ثم علامة شركة كوكا كولا (Coca Cola)، والتي تصل قيمتها إلى ٥٨.٢ بليون دولار أمريكي، ثم العلامة التجارية لشركة الصين للهاتف المحمول وقيمتها ٥٧.٢ بليون دولار أمريكي؛ وهذا وفق ما ذكرته شركة ميلوارد براون في تقرير لها نشرته صحيفة الجارديان (Guardian) البريطانية.^١

وكل ذلك، إن دل على شيء فإنما يدل على أهمية العلامة التجارية؛ إذ تخدم مصلحتين في وقت واحد، فهي من جهة تخدم مصلحة التاجر، صاحب العلامة التجارية، باعتبارها وسيلة لتمييز بضائعه من غيرها أو ما يشابهها، فتصلب البضائع عن طريق العلامة التجارية إلى جمهور المستهلكين؛ ومن جهة أخرى فهي تخدم جمهور المستهلكين، إذ إنها وسيلة للتعرف على البضائع التي يقصدونها بكل يسر وسهولة، وجعل ثقفهم في الحصول على ما يريدون.

ولأجل ذلك، فقد قامت دول العالم بسنَّ الاتفاقيات والمنظمات لحماية العلامة التجارية، ومثال الأولى اتفاقيات باريس لحماية الملكية الصناعية والتجارية عام ١٨٨٣م، واتفاق الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية تريبيس (TRIPS) عام ١٩٩٤م؛ وأما المنظمات التي تعمل في مجال حماية العلامة التجارية، فمنها: المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO: World Intellectual Property Organization)، ومنظمة التجارة العالمية (WTO: World Trade Organization).

أما الشريعة الإسلامية، فقد اهتمت بالحقوق الفكرية عامة، والعلامة التجارية خاصة اهتماماً بالغاً، ومن مظاهره ما روي عن أنس بن مضرس رضي الله عنه قال: أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فبأيته، فقال:

^١ "al-Siy'ār Raqm Wāhid fi al-'Ālam," *Islam Today*, http://islamtoday.net/articles/show_articles (Accessed 19 May, 2008).

«من سبق إلى ماء لم يسبقه إليه مسلم فهو له». ^١ ووجه الاستدلال بالحديث: أن من سبق إلى اختراع شيء جديد، ومنه العلامة التجارية، فهو أحق به وأحق أن ينسب ذلك إليه. ناهيك عن نصوص الأحاديث النبوية القاضية باحترام الحقوق وحفظها وحرمة التعدي عليها. وما لا شك فيه أن العلامة التجارية حق لصاحبها، ومنها ما روي عن أبي أمامة الباهلي قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول في خطبته في حجة الوداع: «إن الله يعطى كل ذي حق حقه لا وصية لوارث». ^٢

زد على ذلك أن من مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ المال، وقد أوجب الله تعالى لتحصيله وإيجاده بالسعى في طلب الرزق، وللحافظة عليه حرم السرقة، والغضب، والغش، والخيانة، والربا، وأكل المال بالباطل، ووجب ضمان الملفات؛ ولا شك أن العلامة التجارية مال، بل هو من أنفس الأموال، ولهذا ألزم الشرع بحفظها، وحرم التعدي عليها. وموضع العلامة التجارية أيضاً من مستجدات العصر، مما استلزم تنظيمها، ووضع الضوابط لها، منعاً للتزاع أو تقليلاً له.

ولما كانت هذه القضية قد نشأت ضمن تعامل المجتمعات المعاصرة، فقد قامت بتنظيمها قوانين البلد التي نشأت فيها، وأول البلد التي اهتمت بها البلاد الأوروبية منذ مطلع القرن التاسع عشر. ثم انتقل التعامل بها إلى مجتمعاتنا الإسلامية في أوائل القرن العشرين، وهذا فكان لا بد أن بين الفقهاء والباحثون حكم هذه المسألة؛ حتى يطمئن المتعاملون إلى سلامة تصرفاتهم وشرعيتها. وهذا كله مما حرك قلب الباحث وعقله إلى اختيار هذا الموضوع لما له من خطورة وأهمية.

وهذا العمل المتواضع يحاول أن يدرس العلامة التجارية دراسة فقهية مركزة مع سرد بعض القوانين الوضعية في القليل النادر لكي يستبين الأمر، ويستثير الطريق، ويتيسر السبيل أمامنا، وذلك لأن القوانين الوضعية قد أولت الاهتمام بأسبقية تنظيم هذه القضية، وبسط مسأളتها، وبيان معالمها؛ فلا بأس أن نستعين بتلك القوانين في هذا الفصل الذي يتركز في دراسة الموضوع من الناحية الفقهية البحتة.

^١ سليمان بن الأشعث أبو دارد، سنن أبي داود، تحقيق: محمد عبد العزيز الخالدي (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٢٢/١٤٠١م)، ص ٤٩٦، باب إقطاع الأرضين، حديث رقم ٣٠٧١.

^٢ أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٢٠/١٤٩٩م)، باب من جعل ما فضل عن أهل الفرائض ولم يخلف عصبة ولا مولى في بيت المال ولم يرد على ذي فرض شيئاً، حديث رقم ١٢٤٠٠، ج ٦، ص ٣٩٩.

المبحث الأول

العلامة التجارية: تعريفها والمصطلحات القراءية منها وظائفها وصورها وشروطها

إن استخدام العلامة التجارية من التجار والصناع لتمييز سلعهم ومنتجاتهم، وتسهيل تعرف جمهور المستهلكين عليها، قد عرف من قديم الزمان خاصة عند الرومان حيث اعتادت فئة الصناع والتجار تمييز منتجاتها وبضائعها بوضع أسمائهم عليها، أو أسماء الجهات التي انتاجتها. ثم انتشر استعمال هذه العلامات التجارية في القرون الوسطى خاصة في البلاد الأوروبية، ولذلك كانت مسؤولية تنظيمها راجعة إلى نظم تلك البلاد وقوانينها.

ولم يتوقف الأمر إلى هذا الحد فقط، بل نظرا إلى الأهمية المتزايدة لهذه العلامات فقد أبرمت عدة اتفاقيات دولية تنظم شأنها على المستوى الدولي، والتي من بينها: اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية والتجارية لسنة ١٨٨٣م، واتفاق مدرید بشأن التسجيل الدولي للعلامات لعام ١٨٩١م، واتفاق نيس بشأن التصنيف الدولي للبضائع والخدمات لأغراض تسجيل العلامات لعام ١٩٥٧م، وبروتوكول اتفاق مدرید بشأن التسجيل الدولي للعلامات التجارية لعام ١٩٨٩م.

وجملة القول، إن القوانين الوضعية قد نظمت العلامة التجارية، وعدتها حقا ماليا مقررا ل أصحابها من حيث إثما تجح صاحبها حق الاستعمال، والاستئثار، والاستغلال بأي وجه من وجوه الاستغلال، ومنع الآخرين من تقليدها، أو تزييفها، أو تزويرها، أو الاعتداء عليها بأية صورة كانت.

والفقه الإسلامي وإن لم ينظم هذه القضية تنظيما واسعا دقيقا؛ إلا أنه بأصوله وقواعده ومقاصده يستوعبها. وجهة استيعاب الفقه الإسلامي لها راجع إلى نظرية الفقه الإسلامي إلى معنى المال، والحق، والملك، والمنفعة.

المطلب الأول: تعريف العلامة التجارية

عرفت المادة (١٥) من اتفاقية الجات (GATT) العلامة التجارية بأنها: علامة أو مجموعة علامات

تسمح بتمييز السلع والخدمات التي تتوجهها منشأة ما من تلك التي تتوجهها المنشآت الأخرى.^١

^١ عطية عبد الحليم صقر، "منظمة الجات وحقوق الملكية الفكرية"، ج ٢، ص ٤٣٣. وهو بحث مقدم في ندوة حقوق المؤلف؛ سنة ١٩٩٦م، نظمتها رابطة الجامعات الإسلامية بالتعاون مع مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي، بجامعة الأزهر (القاهرة).

وأما صلاح الدين الناهي فقد عرفها بقوله: هي إشارة توسم بها البضائع والسلع والمنتجات أو تعلم تميزها بما يماثلها من سلع تاجر آخر أو منتجات أرباب الصناعات الآخرين.^١ وعرفها صلاح زين الدين، بأنها: كل إشارة أو دلالة مميزة يتحذها الصانع أو التاجر أو مقدم الخدمة لتمييز منتجاته أو بضاعته أو خدماته عن مثيلاتها التي يصنعاها أو ينافسها أو يقدمها آخرون.^٢

وهناك أشكال متعددة للعلامات التجارية منها أسماء متحذة شكلاً مميزاً، أو إيماءات، أو كلمات وحروف، أو أرقام، أو رسوم، أو رموز، أو عناوين الحال، أو دمغات، أو اختام، أو تصاوير، أو نقوش بارزة، أو أية علامة أخرى، أو جموع منها إذا كانت تستخدم أو يراد أن تستخدم إما في تميز المنتجات أو البضائع، وإما للدلالة على مصدرها، أو نوعها، أو مرتبتها، أو ضمامها، أو طريقة تحضيرها، أو للدلالة على تأدية خدمة من الخدمات.^٣

ومثال العلامة التجارية: كوكاكولا (Coca Cola) وهذه علامة تستخدم لتمييز نوعاً معيناً من أنواع المشروبات الغازية ذات شهرة عالمية؛ ومارلboro (Marlboro) وهي علامة تستخدم لتمييز نوع من السجائر المشهورة عالمياً؛ وماكدونالدز (McDonald's)، وهذه العلامة تستخدم لتمييز نوع من الأطعمة السريعة التحضير.

وما يلاحظ على تلك التعريفات أمور، وهي:

الأول: إن العلامة التجارية علامة أو إشارة أو دلالة تستخدم لتمييز البضائع أو المنتجات أو الخدمات من مثيلاتها، وللدلالة على مصدرها، أو نوعها، أو مرتبتها، أو ضمامها.

والثاني: يتشرط لعلامة ما حتى تعد علامة تجارية صحيحة أن تكون ذات صفة مميزة بحيث تميز السلع والخدمات التي تنتجهما منشأة ما من تلك التي تنتجهما المنشآت الأخرى. وستأتي إن شاء الله الشروط التي يلزم توافقها في علامة تجارية حتى تعد صحيحة شرعاً وقانوناً.

والثالث: إن الوظيفة الأساسية للعلامة التجارية هي تمييز البضائع أو السلع أو الخدمات من مثيلاتها، وللدلالة على مصدرها، أو نوعها، أو مرتبتها، أو ضمامها.

^١ صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية (عنوان: دار الفرقان، ط ١، ١٩٤٠/٥١٩٨٣م)، ص ٢٣٣.

^٢ زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص ١١٤.

^٣ سبيحة القليوبى، القانون التجارى (القاهرة: دار النهضة العربية، د.ط، د.ت)، ص ٢٩٠.

ولو أتيحت للباحث فرصة أن يرجع من تلك التعريفات تعريفاً جاماً مانعاً لرجح تعريف صلاح زين الدين لتمييزه بالوضوح والبيان؛ وأنه يشمل جميع أفراد العلامة التجارية؛ إذ جعل مفهوم العلامة ينصرف إلى علامة الخدمة، إضافة إلى العلامة التجارية والصناعية.

المطلب الثاني: الفرق بين العلامة التجارية والمصطلحات القرية منها
تحب التفرقة بين العلامة التجارية والمصطلحات القرية منها، مثل: الاسم التجاري، العنوان التجاري، والبيانات التجارية.

أولاً: العلامة التجارية (Trade Mark) والاسم التجاري (Trade Name)
 تختلف العلامة التجارية عن الاسم التجاري؛ فالعلامة التجارية هي: كل علامة أو إشارة تستخدم لتمييز المنتجات أو البضائع أو الخدمات بما يماثلها.^١ أما الاسم التجاري فيقصد به: التسمية التي يطلقها التاجر على متجره لتمييزه من غيره من المتاجر المماثلة أو المشابهة له.^٢
 ويتبين من التعريف أن الوظيفة الأولى والأساسية للاسم التجاري هي تمييز المنشأة التجارية من غيرها من المنشآت المماثلة ليسهل التعرف عليها من عملائها الذين يفضلونها وعدم الخلط بينها وبين غيرها.

وليست هذه الوظيفة هي الوحيدة للاسم التجاري، بل إنه يستخدم للتتوقيع بواسطة صاحب المتجر على المستندات والتعهدات الصادرة منه بخصوص المحل. وذلك حتى يعلم الغير أن هذه التعهدات تخص المحل التجاري، ولا تخص شئون التاجر الخاصة، أو محل تجاري آخر يملكه التاجر ذاته باسم تجاري مختلف، أو يكون فيه شريكاً.

كما أن الاسم التجاري قد يستخدم من صاحب العلامة التجارية لتمييز السلع والبضائع التي ينتجها التاجر أو يقوم ببيعها إذا ما أراد ذلك، وتوافرت فيه شروط العلامة التجارية وأهمها أن يكون للاسم التجاري شكلًا مميزاً؛ ففي هذه الحالة يعد الاسم التجاري أداة لتمييز المتجر وفي ذات الوقت أداة لتمييز المنتجات والسلع كعلامة تجارية.^٣ ولعل هذا هو السبب في إطلاق الاسم التجاري على العلامة التجارية.^٤

^١ يعقوب يوسف صريحو، النظام القانوني للعلامات التجارية (الكتاب: ذات السلاسل، ط ١، ١٩٩٣م)، ص ٢٣.

^٢ صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الفكرية (عمان: دار الثقافة، ط ١، ٢٠٠٤م)، ص ٣٥-٣٦.

^٣ القليبي، القانون التجاري، ص ٣٣٦-٣٣٧.

^٤ انظر، محمد سعيد رمضان البوطي، قضايا فقهية معاصرة (دمشق: دار الفارابي، ط ٥، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م)، ج ١، ص

^٥ حسن عبد الله الأمين، "بيع الاسم التجاري والتاريخ"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٣، ج ٣،

والاسم التجاري قد يكون من واقع الحال، كما في "المطعم العربي" أو "الموسوعة العربية". وقد يكون من واقع الخيال، كما في "فاتنات الشرق" أو "عروض البحر". كما قد يكون من واقع الحال والخيال في آن معاً، كما في "الديك الذهبي" أو "المرأة الفولاذية".^١

ثانياً: العلامة التجارية والعنوان التجاري

يختلف العلامة التجارية عن العنوان التجاري، من حيث إن العلامة التجارية هي: كل علامة أو إشارة تستخدم لتمييز المنتجات أو البضائع أو الخدمات من مثيلاتها، بينما العنوان التجاري هو التسمية التي يستخدمها التاجر لتمييز نفسه من غيره من التجار.^٢ وهذه التسمية تحتوي -بالضرورة- اسم التاجر ولقبه الحقيقيين. فالعنوان التجاري يتكون -بصفة أساسية- من اسم التاجر ولقبه الحقيقيين وجوباً، ويمكن الإضافة إلى ذلك إضافة مناسبة، كتسمية محددة أو تسمية مبتكرة.^٣

وتطهر أهمية العنوان التجاري من خلال الوظائف التي يقوم بها والتي تمثل في أمور، منها: إنه يميز التاجر من غيره من التجار، وكونه يدل على شخص التاجر على أن يكتب عنوانه في مدخل متجره،^٤ ومنها: إنه مصدر سمعة التاجر وبالتالي شهرته في الوسط التجاري. زد على ذلك، فإنه قد يستخدمه التاجر، كعلامة تجارية، لتمييز السلع أو المنتجات أو الخدمات التي يتعاطى بها التاجر من توافر في شروط العلامة التجارية.

كما أن أهمية العنوان التجاري تبع من أنه يشكل وسيلة فعالة من وسائل قمع المنافسة غير المشروعة، ذلك أن أحكام العنوان التجاري تهدف -في الأساس- إلى تنظيم المنافسة المشروعة، ووضع التدابير المناسبة لمنع وقمع المنافسة غير المشروعة أو الأعمال أو الممارسات التي تخالف الممارسات الشرفية في مجال التجارة.^٥

والخلاصة، أن العلامة التجارية هي التي تتحذ لتمييز المنتجات أو البضائع أو الخدمات من مثيلاتها. أما العنوان التجاري فإما يتحذ لتمييز التاجر من باقي التجار.

^١ ١٤٠٩/١٩٨٨م، ص ٢٤٩٧؛ محمد عثمان شير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي (عمان: دار النفائس، ط ٤١٤٢٢م)، ص ٧١.

^٢ محمد حسين إسماعيل، القانون الأردني (عمان: دار عمار، ط ٢، ١٩٩٢م)، ص ١٨٧.

^٣ خليل مصطفى، محاضرات في القانون التجاري الأردني (عمان: دار بمدلاوي، ط ١، ١٩٨٥م)، ص ٨١.

^٤ زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص ٢٢٢.

^٥ صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية (عمان: دار الثقافة، ط ١، ١٩٩٩م)، ص ٢٧٦.

^٦ زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص ٢٢٣.

ثالثاً: العلامة التجارية والبيانات التجارية

تقدّم تعريف العلامة التجارية، والذي يظهر بوضوح أن العلامة التجارية غير البيانات التجارية (علامات البضائع)، فيقصد بهذه الأخيرة البيانات التي توضع على البضائع لغايّات إيضاحها. أي كل إيضاح يضعه التاجر أو المنتج على بضائعه أو منتجاته أو خدماته، وذلك بقصد التعرّف على عددها، أو مقدارها، أو مقاييسها، أو حجمها، أو كيلها، أو طاقتها، أو وزنها، أو مصدرها، أو طريقة صنعها، أو إنتاجها، أو عناصر تركيبها، أو صفات منتجها، أو صانعها، أو مقدمها، أو وجود براءات اختراع، أو غيرها من حقوق الملكية الصناعية (Industrial Property) أو أي امتياز، أو مميزات تجارية، أو صناعية أخرى.

والغرض من هذه البيانات (العلامات) هو مساعدة المستهلك في التعرّف على عناصر البضاعة بيسر وسهولة، وعادة ما تثبت البيانات التجارية على البضائع أو المنتجات بطريقة مادّية، كأن تكتب، أو تطبع، أو تنقش، أو تنسج على البضائع أو المنتجات.

ومن الجدير بالذكر، أن البيانات التجارية، لا تعد من الحقوق الفكرية، وبالتالي لا يتمتع التاجر الذي يضع بياناً تجاريًا معيناً على منتجاته بحق احتكار لهذا البيان، بل يجوز لغيره استعماله. في حين تعد العلامة التجارية من الحقوق الفكرية، ولصاحبها حق الاستئثار بها، ومنع غيره من استعمالها أو استغلالها إلا بإذن من صاحبها.^١

وتؤدي البيانات التجارية وظيفة مشابهة للوظيفة التي تؤديها العلامة التجارية؛ حيث تهدف إلى حماية المستهلكين من الغش (Passing-off) الذي قد يمارسه البعض من المنتجين والموزعين؛ إذ في تنظيم البيانات التجارية منع للغش إلى حد كبير، فضلاً عن تشجيع المنافسة المنشورة في التعامل الاقتصادي.^٢

المطلب الثالث: وظائف العلامة التجارية

تظهر أهمية العلامة التجارية من الوظائف التي تقوم بها، سواء للصانع، أم للتاجر، أم لمقدم الخدمة، أم للمستهلك؛ فالعلامة التجارية مهمة بالنسبة لهؤلاء على حد سواء، ويمكن إجمال وظائفها على النحو الآتي:

^١ زين الدين، المدخل إلى الملكية الفكرية، ص ٣٨.

^٢ المرجع السابق، ص ٣٩.

أولاً: العلامة التجارية تحدد مصدر المنتجات والبضائع والخدمات

تحدد العلامة التجارية مصدر المنتجات والبضائع والخدمات؛ إذ يمكن المستهلك بواسطة العلامة التمييز بسهولة بين منتجات أو بضائع أو خدمات مماثلة أو مشابهة، فهي الرمز الذي يدل على مصدر المنتجات أو السلع أو الخدمات، فالعلامة تسهل المعاملات التجارية فيما بين الأطراف؛ إذ يكفي أن يذكر المشتري اسم العلامة التي تحملها السلعة التي يريده شرعاً دون حاجة لبيان أوصاف وسمات الشيء المراد شرعاً.^١

ثانياً: العلامة التجارية رمز الثقة بصفات المنتجات والبضائع والخدمات

تعبر العلامة التجارية عن صفات المنتجات أو البضائع التي تميزها، سواء من حيث النوع، أم المرتبة، أم الضمان، أم طريقة التحضير. ويقصد بالنوع بمجموع خصائص المنتجات أو البضائع التي تمتاز بها عن خصائص منتجات أو بضائع أخرى مماثلة أو مشابهة؛ أما المرتبة فيقصد بها درجة الجودة والإتقان للمنتجات أو البضاعة، والمقصود بالضمان هو تعهد الصانع أو الناجر بصلاحية المنتجات أو البضاعة أو بيان العناصر الداخلية في تركيبها، وذلك يؤدي إلى رفع الثقة بالمنتجات والبضائع، ويكون دافعاً للعملاء لتفضيل هذه المنتجات من غيرها، مما يدفع مالك العلامة إلى مضاعفة حرصه على سمعة علامته وثقة عملائه بها، فيحرص على الإبقاء على هذه السمعة بذهن العملاء وتحسينها بإتقانه صنع منتجاته والحفاظ على جودتها، فتصبح العلامة محل ثقة عند الجمهور، مما يؤدي إلى سرعة تصريف المنتجات أو البضائع أو الخدمات تحت هذه الثقة.^٢

فالمستهلك يشتري بضائع يعرفها من سنين أو يسمع عنها، أو تم الإعلان عنها بكثرة؛ فهو يعرف أنها من نوعية جيدة، ولذا فهو يقبل عليها بسهولة تماماً.

والمستهلك إذا استعمل منتجات تحمل علامة كنتاكي فراید تشیکن (Kentucky Fried Chicken/KFC) مثلاً، فإنه يفترض أن مستوى النوعية تكون متساوية في جميع المطاعم التي تقدم المأكولات نفسها التي تحمل العلامة نفسها بغض النظر عن البعد المكاني فيما بينها. فالمستهلك في مثل هذه الحالة لا يهمه أن تكون تلك المطاعم تابعة لمصدر واحد، بل أن كل ما يهمه هو أن خدماتها تحمل العلامة التجارية نفسها التي تعبّر عن مستوى معين من النوعية.^٣

^١ عامر محمد الكسواني، الملكية الفكرية (عمان: دار الجيب، ط ١، ١٩٩٨م)، ص ١٣٦.

^٢ زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص ١١٦.

^٣ صرخوه، النظام القانوني للعلامات التجارية، ص ٦٥.

ثالثاً: العلامة التجارية وسيلة للإعلان عن المنتجات والبضائع والخدمات

تعد العلامة التجارية إحدى وسائل الإعلان (The Advertising Function) المهمة عن المنتجات والبضائع؛ فهي من أهم وسائل التاجر أو الصانع أو مقدم الخدمة للإعلان عن سلعته، أو منتجاته، أو خدماته، إذ عن طريق الإعلان^١ والدعاية عن علامته، يصل إلى أذهان الناس، وذلك باستخدام وسائل الدعاية المختلفة، خاصة الراديو، والتلفزيون، والجلالات، والصحف، وما إلى ذلك؛ مما قد يؤدي إلى تثبيت العلامة في ذاكرة الناس، فقد أصبح من الصعب تجاهل الدور المؤثر الذي تؤديه الدعاية في جذب العملاء إلى منتجات أو بضائع أو خدمات مشروع معين، لذا يحرص مالك المشروع أن يؤكد لجمهور المستهلكين من خلال الدعاية والإعلان أن منتجاته هذه أفضل وأجود المنتجات المتوفرة.^٢

لذا أصبحت المشروعات الاقتصادية بكافة أنواعها، تستثير وكلات الدعاية والإعلان فيما يتعلق بتكون العلامة ووسائل استعمالها في الدعاية للمنتجات،^٣ ونظراً إلى أهمية ذلك يراعي مصمم الدعاية والإعلان في تكوين العلامة، اعتبارات معينة، تهدف إلى جلب انتباه المستهلك، كأن تكون ذات منظر جميل، أو مكونة من كلمة بسيطة ذات وقع موسيقي تلفت انتباه المستهلك وتخدع عنده استحساناً لها.^٤

رابعاً: العلامة التجارية وسيلة من وسائل المنافسة المشروعة (Fair Competition)

للعلامة التجارية أهمية عملية بالغة؛ إذ تعد إحدى الوسائل الهامة في نجاح المشروع الاقتصادي، فهي وسليته في مجال المنافسة مع غيره من المشروعات على الصعيد الدولي والمحلي على حد سواء؛ إذ تهدف إلى جذب العملاء وجمهور المستهلكين، فهي تؤدي وظيفة مزدوجة، إذ تخدم مصلحتين في آن واحد، فهي من جهة تخدم مصلحة التاجر أو الصانع أو مقدم

^١ والإعلان عبارة عن دعوة غير مباشرة عن طريق إحدى وسائل الاتصال العامة لعرض وترويج الأفكار أو السلع أو الخدمات ويفصح فيها عن شخص المعلن.

^٢ انظر، قاسم محمد صالح، "دور التصميم الصناعي في الصناعة الحديثة"، مجلة البرموك، العدد ٣٨، سنة ١٩٩٢م، ص ٢٤.

^٣ محمد شكري سرور، "مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطيرة"، مجلة دراسات الجامعة الأردنية، العدد ٣، ١٩٨٤م، ص ٢٢١.

^٤ زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص ١١٧؛ وانظر:

Alexander Reuter, "International Marketing and Advertising and Conflict of Laws: Germany as example," *The Trade Marks Reporter*, Vol. 79, 1989, p. 698.

الخدمة، باعتبارها وسيلة هؤلاء لتمييز سلعهم أو بضائعهم أو خدماتهم من غيرها من السلع أو البضائع أو الخدمات المماثلة أو المشابهة، فيصلوا عن طريقها – أي العلامة – إلى جمهور المستهلكين. ومن جهة أخرى فهي تخدم جمهور المستهلكين؛ إذ إنها وسيلة للتعرف على السلع أو البضائع أو الخدمات التي يفضلونها، وتلقى عندهم قبولاً أكثر من غيرها، لذا تعد العلامة التجارية وسيلة مهمة من وسائل المنافسة المشروعة في مجال التعامل؛ إذ إنها تؤدي دوراً كبيراً في تحقيق العدالة بين المشتغلين في قطاع التجارة والصناعة والخدمات لينال كل منهم ثقة المستهلكين بقدر حرصه على تحسين منتجاته أو بضائعه أو خدماته، والمحافظة على جودتها من أجل كسب الشهرة المأموله.^١

وإذا كانت العلامة التجارية وسيلة من وسائل المنافسة المشروعة، فهي بالضرورة أداة من أدوات قمع المنافسة غير المشروعة (Unfair Competition)؛ إذ الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية –كما سيأتي– قد اتفقت على منع الاعتداء على العلامة التجارية المسجلة من تزويرها، أو تقليلها (Infringement)، أو اغتصابها، أو بيع المنتجات التي تحمل العلامة المزورة أو المقلدة أو المغشبة، أو عرضها للبيع أو للتداول أو حيازتها بقصد يعدها، وما إلى ذلك.

خامساً: العلامة التجارية ضمان لحماية جمهور المستهلكين

تعد التجارة^٢ من أهم وجوه النشاط البشري فائدة، لما فيها من أرباح طائلة. فقد تغيرت هذه الأخيرة – أصحاب النفوس الضعيفة والعقول الناقصة في اتباع ضروب الاحتيال والغش،^٣ في ترويج صناعتهم أو بضائعهم أو خدماتهم، بإخفاء عيوبها، ومن ثم إظهارها على غير حقيقتها، وصولاً إلى استعمال القوة الشرائية لجمهور المستهلكين بصورة تضليلية. فيقدم جمهور المستهلكين على شراء تلك الصناعات أو البضائع أو الخدمات اعتقاداً منهم بأنها تحمل المواصفات المحددة لها والمزايا الخاصة بها، على النحو المعلن عنه. في حين تكون تلك الصناعات أو البضائع أو الخدمات ليست كذلك أو على الأقل دون ذلك.^٤

^١ زين الدين، *شرح التشريعات الصناعية والتجارية*، ص ١١٧؛ وانظر، صالح، "دور التصميم الصناعي في الصناعة الحديثة"، ص ٢٤.

^٢ ذكر الخطيب الشربي تعريف التجارة في كتابه *معنى المحتاج* بأنها: تقليل المال بالمعاوضة لفرض الربح. محمد بن محمد الشربي، *معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج* (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٤م)، ج ١، ص ٣٩٤.

^٣ نائل عبد الرحمن صالح، *حماية المستهلك في التشريع الأردني* (عمان: زهران للنشر، ط ١، ١٩٩١م)، ص ٩٦.

^٤ محمد حسين منصور، *ضمان صلاحية البيع للعمل مدة معقولة* (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، د.ت)، ص ٢٠.

فالعلامة التجارية –عندئذ– تؤدي دوراً مهماً في ضمان حقوق المستهلكين من ضروب الغش والاحتيال حول مواصفات الصناعات أو البضائع أو الخدمات التي يتلقفونها من يد الصناع أو التجار أو مقدمي الخدمات، وذلك من خلال الرجوع على هؤلاء رجوعاً قانونياً لتحديد مسؤوليتهم عن آثار تضليل جمهور المستهلكين.^١

المطلب الرابع: أشكال وصور العلامة التجارية

العلامة التجارية قد تكون في صورة أسماء متحركة شكلًا مميزاً، أو إيماءات، أو كلمات، أو أرقام، أو رسوم، أو رموز، أو تصاوير، أو نقوش بارزة، أو آية علامة أخرى، أو جموع منها إذا كانت تستخدم، أو يراد أن تستخدم؛ إما في تمييز المنتجات أو البضائع؛ وإما للدلالة على مصدرها أو نوعها أو طريقة تحضيرها، أو للدلالة على تأدية خدمة من الخدمات.

وأهم هذه الأشكال والصور للعلامات التجارية، هي:

أولاً: الأسماء والإيماءات

قد تتخذ العلامة التجارية شكل اسم من الأسماء، وفي هذه الحالة يجب أن يكون للاسم شكلًا مميزاً، كوضعه في إطار معين، أو بألوان معينة، أو تركيب خاص.^٢ ومن الأمثلة على الأسماء الشخصية التي تعد علامة تجارية اسم "هيلتون" (Hilton) الذي يستخدم لتمييز نوع من الفنادق ذات البناء الجميل والخدمة الجيدة.^٣

وبناء على ذلك لا تعد الأسماء الشخصية المجردة عن أي تمييز، أو الأسماء العادية، أو الإيماءات غير المميزة علامة تجارية أو صناعية.^٤

ثانياً: الحروف والأرقام

يمجوز أن تكون العلامة التجارية من حروف أو أرقام معينة، سواءً أكانت هذه الحروف تمثل الحروف الأولى لاسم التاجر أو المنشأة، أم أنها لا تدل على اسم معين بشرط أن تكون

^١ فتحي، حدود مشروعية الإعلانات التجارية لحماية التجار والمستهلك، ص ٨ وما بعدها؛ وانظر، صرخوه، النظام القانوني للعلامات التجارية، ص ٦٤.

^٢ القليبي، القانون التجاري، ص ٢٩٠.

^٣ محمد سعدو الجرف، "الأثر المتوقع لحق الملكية الفكرية على اقتصادات الدول النامية"، ص ٣. وهو بحث مقدم في ندوة حول الملكية الفكرية، مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، في ٤ مايو ٢٠٠٢.

^٤ القليبي، القانون التجاري، ص ٢٩١.

هذه الحروف أو الأرقام شكلًا مميزاً، ومن أمثلة ذلك علامة ب. أم. دبليو (BMW) التي تميز السيارات الألمانية، وعلامة أن.إي.سي (NEC) لتمييز بعض الأجهزة الكهربائية والإلكترونية، وعلامة (٥٥٥) لتمييز الكولونيا، وقد تكون العلامة التجارية من الحروف والأرقام معاً مثل علامة سفن.آب (7.UP) لتمييز بعض المشروبات الغازية.^١

ثالثاً: الكلمات

يقصد بالتسميات الكلمات التي قد يستخدمها الصانع أو التاجر أو مقدم الخدمة لتميز منتجاتهم أو بضائعهم أو خدمتهم، وقد تكون الكلمة جديدة ومتكررة، وقد تكون مقتبسة من تركيب وجودة وفائدة المنتجات أو البضائع، ويطلق عليها عندئذ التسمية الضرورية، كما قد تكون التسمية شائعة ولا تعتبر الكلمات بحد ذاتها علامة، بل لاعتبارها كذلك لا بد أن تكون جديدة ومتكررة وغير شائعة في الاستعمال وغير مشتقة من طبيعة المنتجات أو صفاتها أو جودتها، ولا تؤدي إلى تضليل الجمهور، لذلك فإن التسميات التي تصلح أن تكون علامة هي التسميات والكلمات المتكررة والجديدة، ويكون لها صفة مميزة؛ بينما التسميات الشائعة لا تصلح لذلك، لأنها تفتقد لصفة التميز والجدة وقد تؤدي إلى الغش.^٦

رابعاً: الرموز والصور والرسوم

يجوز أن يتخذ التاجر رمزاً معيناً لتمييز منتجاته، يشير إلى شكل خاص سواء أكان مستمدًا من الطبيعة كشكل شجرة، أم زهرة، أم هرم، وله ما يميزه ويرز خاصيته، أم كان شكل أحد الحيوانات، أم العمارات أم السفن أو السيارات. كما يجوز أن تكون العلامة صورة من الصور سواء أكانت صورة أشخاص أم غير ذلك، وفي حالة اتخاذ صورة أحد الأشخاص علامة مميزة يجب الحصول على إذن من صاحب الصورة إن كان على قيد الحياة أو ورثته في حالة وفاته.^٣

خامساً: الدعوات والأختام والنقوش

ويقصد بالدمغات العلامات المحفورة؛ أما الأختام فيقصد بها العلامات التي تظهر على المواد المستعملة في غلق المعلبات، والزجاجات، والصناديق. كما يقصد بالنقوش في هذا الصدد الرسوم

^١ خاطر لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية (القاهرة: شركه نام للطباعة، د.ت)، ص ٢١٤.

^٤ زين الدين، *شرح التشريعات الصناعية والتجارية*، ص ١٢٤-١٢٥؛ وانظر، مجلة نقابة المحامين، ١٩٥٩، ص ١٣٩.

٢٩٣ القانون التجاري، القسم

أو الحروف أو الكلمات البارزة التي توضع على المنتجات أو المصنوعات، وهذه الدمغات والأختام والنقوش تشملها الحماية القانونية المقررة للعلامات التجارية لما تتحده من شكل مميز.^١

سادساً: البطاقات

ويقصد بالبطاقات كل مسطح معين يتخذ شكلاً مميزاً، وقد تكون من الورق أو الكرتون أو القماش أو النسيج أو أية مادة أخرى، وقد تتخذ شكلاً مربعاً أو مثلثاً أو مستطيلاً أو مخروطياً أو أي شكل هندسي آخر، وتوضع هذه البطاقة على منتجات مصنع أو متجر للتعريف على منتجاته أو بضائعه، وإشعاراً لجمهور المستهلكين.^٢

سابعاً: الغلافات

قد تكون العلامة التجارية من الشكل الخاص لتغليف المنتجات أو العلب والزجاجات التي توضع فيها السلع طالما كان لها شكل متميز، كما هو الحال بالنسبة لزجاجات العطور أو المياه الغازية أو المعدنية أو الكرتون الذي توضع فيه المنتجات الذي يمثل شكلاً خاصاً أو لوناً معيناً أو نقوشاً خاصة عليه، أو الأكياس المخصصة لتغليف هذه السلع والمنتجات والتي لها شكل خاص.^٣

ثامناً: الأشرطة

والمقصود بها الخيوط المثبتة على المنتجات أو البضائع، وقد تكون مصنوعة من الورق أو الكرتون أو ما شابه ذلك. وهذه الأشرطة لا تعد بحد ذاتها علامة؛ إلا أنه يمكن اعتبارها علامة متى كانت مميزة بأن اتخذت الصفة الفارقة والجدة.^٤

تاسعاً: مجموعة الألوان المتخذة شكلاً خاصاً

من الجائز اعتبار مجموعة الألوان علامة تجارية إذا كانت تتخذ شكلاً خاص وميزة، وكانت تستخدم لتمييز منتجات أو خدمات معينة. فإذا استخدم الناجر أو الصانع مجموعة من الألوان المتجانسة لمنتجاته أو مصنوعاته واتخذت هذه الألوان شكلاً خاصاً وطابعاً مميزاً؛ فإنها تتمتع بالحماية المقررة للعلامات التجارية.

^١ لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، ص ٢١٤.

^٢ زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص ١٢٣.

^٣ القليبي، القانون التجاري، ص ٢٩٢.

^٤ زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص ١٢٣.

أما إذا كانت السلعة تتكون من لون واحد لا تنويع فيه؛ فإن هذا اللون لا يصح أن يشكل علامة تجارية محمية.^١

عاشرًا: خليط مما ذكر أو بعضا منه يجوز للناجر أو الصانع أن يتخذ علامته التجارية من خليط من العناصر السالفة بيانها أو بعضها، فيجوز أن تكون العلامة من أسماء ذات شكل مميز، وإمضاءات، و كلمات، وأرقام، ورسوم، وألوان، ودمغات، وأنختام، وصور معينة، أو بعض منها لتمييز ممتلكاته.^٢

المطلب الخامس: شروط العلامة التجارية

يشترط في العلامة التجارية شروط يمكن إيجادها فيما يأتي:

أولاً: الشروط الموضوعية

تمثل الشروط الموضوعية اللازم توافرها في العلامة التجارية في شرط الصفة المميزة، وشرط الجدة، وشرط الم موضوعية.

الشرط الأول: أن تكون العلامة التجارية مميزة (The Distinctive Character)

يشترط في العلامة التجارية أن تكون لها ذاتية خاصة تميزها من غيرها من العلامات الأخرى المستخدمة لسلع مماثلة.^٣ وتكون العلامة مميزة متى تم وضعها بطريقة هندسية معينة، كأن تتخذ شكلا دائريا، أو مربعا، أو مسدسا مميزا، أو متى تم رسماها بشكل زخرفي معين، أو متى تمت كتابتها بمحروف مختلف مميزة، أو متى تم حفرها بشكل بارز مميز، أو بأي شكل آخر له صفة مميزة.

وعليه، فإن العلامة المجردة من أية صفة مميزة (فارقة) لا تعد علامة صحيحة، كالعلامة التي تكون من شكل شائع مألف، بصورة رجل يركب حصانا، أو رسم هندي معين كالمربع أو الدائرة، وكذلك الحال إذا كانت العلامة التجارية مجرد علامة وصفية كأن تدل على مصدر المنتجات فحسب، كما في كلمة (البن) فيقال (البن اليمني).^٤

^١ لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، ص ٢١٥.

^٢ المرجع السابق، ص ٢١٥.

^٣ القليبي، القانون التجاري، ص ٢٩٧.

^٤ "الخداع المأذجلي للعلامات التجارية المتشابهة"، مجلة حماية الملكية الصناعية، العدد ٢٨، ص ١٣٩.

الشرط الثاني: أن تكون العلامة جديدة

والمقصود بهذا الشرط هو عدم سبق استعمال ذات العلامة داخل إقليم الدولة على ذات السلع أو المنتجات المراد استخدام العلامة التجارية عليها، معنى ألا يكون قد سبق استعمال ذات العلامة من منتج أو تاجر آخر على سلع مماثلة؛ فالعلامة التجارية لا تصبح ملكاً لصاحبها إلا بالنسبة للمنتجات التي خصصت لتمييزها.

فإذاً الجدة المقصودة في هذا الخصوص ليست الجدة المطلقة في خلق وابتكار العلامة؛ وإنما المقصود هو الجدة في التطبيق على ذات السلع.

ويتضح عن ذلك ما يأتي:

أولاً: إن العلامة التجارية تعد جديدة حتى ولو سبق استعمالها ذاتها على نوع آخر من السلع؛ فالعبرة باستعمال العلامة التجارية على ذات السلع المراد وضعها عليها أي السلع المماثلة. ومن أمثلة ذلك مثلاً استعمال (شارع الغزال) التي كانت مستعملة على منتجات الجلوود لتمييز منتجات من الحلوي؛ إذ لن يؤدي إلى اللبس أو الخلط بين المنتجات التي تحمل ذات العلامة.^١ وعلى ذلك، فلا تعد العلامة مميزة إذا كانت تستعمل في صناعة ساعات يد ثم أريد استعمالها في صناعة منبهات أو ساعات حائط، وكذلك العلامة الخاصة بصناعة الصابون الجاف يمنع استعمالها للصابون غير الجاف.^٢

ثانياً: إن العلامة التجارية تتمتع بالحماية القانونية داخل إقليم الدولة بأكمله. ومعنى ذلك أن العلامة تعد جديدة إذا لم يسبق استعمالها داخل إقليم الدولة بأكمله، فإذا سبق استعمالها في جزء فقط من الإقليم كان هذا كافياً لفقد عنصر الجدة في العلامة التجارية، ولا يستطيع التاجر المنافس استعمال ذات العلامة في جزء آخر من الإقليم.

ثالثاً: إن العلامة التجارية لا تفقد عنصر الجدة إذا كان قد سبق استعمالها، وترك من صاحبها أو لم يقم بتجديدها وفقاً للشروط القانونية الخاصة بتسجيل العلامة. فشرط جدة العلامة ليس معناه الجدة المطلقة من حيث سبق استعمال العلامة في منتجات مماثلة؛ فالعلامة تعتبر جديدة حتى ولو سبق استعمالها في ذات نوع السلع أو المنتجات إذا ما أوقف استعمالها مدة طويلة، أو لم يقم صاحبها بتجديدها وفقاً لأحكام قانون العلامات التجارية.^٣

^١ القليبي، القانون التجاري، ص ٢٩٨.

^٢ زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص ١٤١.

^٣ القليبي، القانون التجاري، ص ٣٠٠.

الشرط الثالث: أن تكون العلامة التجارية مشروعة

لا يكفي أن تكون العلامة التجارية مميزة وجديدة على النحو السابق بيانه، وإنما يتشرط أيضاً أن تكون العلامة مشروعة.^١ ويقصد بمشروعية العلامة ألا تكون العلامة مخالفة للنظام العام أو الآداب أو منوعة قانوناً.^٢

وزاد بعض القوانين شرطاً رابعاً وهو شرط القابلية للإدراك عن طريق البصر، ويقصد به أن العناصر التي يجوز أن تدخل في تركيب العلامة التجارية يلزم إظهارها بصورة مادية ملموسة، معنى أن تدرك بواسطة حاسة البصر.

ولعل السبب في ذلك يعود إلى صعوبة حفظ العلامات المكونة من إشارات أو رموز أو دلالات غير مادية، والتكليف الباهض لذلك.^٣

ثانياً: الشروط الشكلية

يقصد بالشروط الشكلية للعلامة التجارية القيام بإجراءات تسجيل العلامة وفقاً للأصول المقررة في هذا الصدد.

وتتناول الشروط الشكلية للعلامة التجارية أشياء، مثل: من له حق طلب التسجيل، وكيفية تقسيم الطلب، ولمن يقدم الطلب، وموضع الطلب، ومتى سريان التسجيل وتجديده، وما إلى ذلك مما يتعلق بالأمور الشكلية في إجراءات تسجيل العلامة.^٤

وهذه الأشياء تختلف من عصر إلى عصر، ومن مصر إلى مصر، ومن قانون إلى قانون، فلكل بلد قانونه الخاص عنها، لذا نرى عدم النطريق إلى هذه المسألة لاستغناء البحث عنها وحصوله بدوخها، ويكتفى أن نقرر بأن العلامة التجارية إنما تتمتع بالحماية القانونية إذا ما سجلت لدى الجهة الرسمية لذلك مع توافر الشروط الموضوعية والشكلية لها.

^١ المرجع السابق، ص ٣٠١.

^٢ انظر، حسن كيرة، المدخل إلى علم القانون (الإسكندرية: منشأة المعارف، ط ٥، ١٩٧٣م)، ص ٤٢.

^٣ زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص ١٤٤.

^٤ المرجع السابق، ص ١٤٥.

المبحث الثاني

التكيف الشرعي للعلامة التجارية

توقف معرفة التكيف الشرعي للعلامة التجارية على إثبات أمور، هي:

الأول: العلامة التجارية حق من الحقوق

يفهم من تعريف العلامة التجارية –السابق ذكره– من أنها: كل إشارة أو دلالة مميزة يتخذها الصانع أو التاجر أو مقدم الخدمة لتمييز منتجاته أو بضاعته أو خدماته من مثيلاتها التي يصنعها أو يتاجر بها أو يقدمها آخرون.^١ وهي في حقيقتها عبارة عن علاقة تنشأ بين هذه العلامة المتضمنة لسلع معينة وبين الجمهور، جسد هذه العلاقة جهد التاجر واجتهاده في تمييز سلعه وتجويدها، بحيث اكتسبت العلامة التجارية سمعة وشهرة، جعل الإقبال عليها كبيرة، وتعارف جمهور الناس على صلاحيتها، وجودة ما يشير إليها هذه العلامة.^٢

ولا ريب أن صاحب الاسم التجاري [العلامة التجارية]^٣ لم يكتف بإطلاق اسم مجرد لسلعته أو بضائعه، وإنما ضمن هذا الاسم صفات ميزته من غيره من الأسماء والسلع، ولا يتحقق ذلك إلا بنوع إتقان يعرف به، وينفرد عما سواه، أو ينافس به غيره من الأسماء الجيدة السمعة، ولو لا ذلك الإتقان ما كان لهذا الاسم مزية على غيره، ولكن أسماء مجردة لا قيمة لها، فلا سمعة ولا شهرة حقيقة يخشى عليها حتى تطلب حمايتها.^٤ بل إن الاسم

^١ انظر، لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، ص ٢٠٩.

^٢ عجيل جاسم النشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٥، الجزء ٣، ١٩٨٨/٥، ص ٢٣٤١ (بتصرف).

^٣ المراد بالاسم التجاري هنا هو العلامة التجارية. وقد ذكر بعض المعاصرین أن الاسم التجاري اصطلاح يمكن أن يستعمل في التعبير عن أحد المصطلحين الثلاثة الآتية: الأول: الشعار التجاري للسلعة، وهو ما قد يسمى اليوم بـ: "الماركة" أو العلامة التجارية؛ والثاني: الاسم الذي غدا عنواناً على محل تجاري نال شهرة مع الزمن، بحيث تتجسد هذه الشهرة في الاسم المعلن عليه، وربما أطلق على هذا المضمون كلمة "الشهرة التجارية"؛ والثالث: الوصف الذي يتمتع به المحل التجاري بمقد ذاته، أي من حيث إنه موقع ومكان، لا من حيث الجهد أو الشهرة التي نسجها له عمل صاحب المحل. انظر، البرطي، قضايا فقهية معاصرة، ج ١، ص ١٠٢؛ شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص ٧١؛ الأمين، "بيع الاسم التجاري والترخيص"، ص ٢٤٩٧.

^٤ النشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي"، ص ٢٣٤٢.

التجاري رديء السمعة يهبط بسعر السلعة عند إرادة بيعه، وقد يكون ذلك سبباً في خسارة كبرى. ولذلك يعمد راغب الشراء إلى اتخاذ اسم تجاري جديد، وفي هذا إشارة إلى أن الاسم التجاري طيب السمعة له قيمة ذاتية.

ومن جانب آخر؛ فإن التاجر الذي نجح في إيجاد اسم تجاري له سمعة وشهرة، قد بذل جهداً ذهنياً وأموالاً وقتاً ليس بالقليل، حتى بين هذا الاسم، وأنزله مترلة مقبولة لدى الكافة أو جمهور الناس.

فالدعائية للاسم التجاري ضرورية، لإيجاد السمعة والشهرة، ولحماية هذه السمعة بعد تحقّقها، ولذا فإن التاجر يحتاج إلى الاستمرار في الدعاية والإعلان بين الفينة والأخرى، كي يؤمن استمرار اسمه التجاري في الأذهان حياً ومرغوباً، بعيداً عن المنافسة التي قد تستبدل به غيره.

ولا ريب أن هذا بذل مادي ضخم، موضوعه وسببه الاسم التجاري، أو بمعنى أصح موضوعه السمعة والشهرة، التي يمثل الاسم التجاري وعاءها وعنوانها.^١

فالاسم التجاري –والحال هذه– له واقع ملموس، كما أن له قيمة مالية في أنظار التجار.^٢ وإلى جانب ذلك: فإن للاسم التجاري أيضاً أهدافاً وأغراضًا يتحققها، أحصها وأهمها: أنه يحفظ السلع من التقليد والتزيف، ويوجد ارتباطاً وصلة وانطباعاً معيناً بينه وبين الجمهور، هذا الارتباط الذي ينبع من نسميه السمعة والشهرة التجارية.

ولا شك أبداً أن هذه السمعة في حقيقتها وواقعها مصلحة فعلية بالنسبة للتاجر من جانب، ولعامة الناس المتعاملين من جانب آخر.^٣

فاما مصلحة التاجر فتتمثل في مزيد من الإقبال على بضاعته، ومن نتائج ذلك تحقق المزيد من أرباحه وفاعليته التجارية.

وأما مصلحة العامة فتتمثل في تيسير الطريق أمامه إلى الوصول لما قد يبحث عنه من الجودة والإتقان،^٤ فمن حقهم أن يحمي هذا الاسم التجاري المرغوب، دفعاً للغش والتزيف، وهذا كلّه مر جده عند التحقيق إلى مصلحة المجتمع ذاته؛ إذ من المصلحة الاجتماعية أن تخلو

^١ المرجع السابق، ص ٢٣٤٢.

^٢ محمد تقى العثمانى، "بيع الحقوق المجردة"، مجلة جمجم القىقى الإسلامى، العدد ٥، الجزء ٣، ١٤٠٩/١٩٨٨، ص ٢٣٨٣.

^٣ النشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجارى فى الفقه الإسلامى"، ص ٢٣٤٣.

^٤ البرطى، قضايا فقهية معاصرة، ج ١، ص ١٠٥.

أسواق الناس من السلع الرديئة والمغشوشة، وتسوده السلع الجيدة، ويمكن أفراده من الحصول على البضائع ذات السمعة والشهرة التي تعبّر حقيقة عن الجودة والصلاحيّة.^١
 فإذا كان هذا كله من شأن الاسم التجاري؛ فإنه لا ريب بعد حقاً شرعاً يجب حمايته،
 ومنع الاعتداء عليه، وهذا الحق تعلق به مصلحة خاصة عائدّة لصاحب السلعة ومن ثم فهو
 يمنح صاحبه مزية الحصر والاختصاص.^٢

الثاني: العلامة التجارية منفعة قيمة وثرة مالية

ربما ورد السؤال: أبعد حق العلامة التجاري من الحقوق المالية المترورة، أم من الحقوق المجردة غير المالية؟

ويمكن أن نقول في الجواب: لا ريب أن مصدر هذا الحق هو الجهد الذهني مضافاً إليه النشاط الحركي والعضلي، وهو شيء ثابت ومستقر في كيان صاحب الحق ذاته؛ غير أن لهذا الجهد الذهني ثماراً تفصل عنه ل تستقر في سلعة أو بضاعة منفصلة عنه، بحيث يمكن استيفاؤها والانتفاع بها وتقديرها. وبذلك تصبح هذه الشمار ذات كيان وجود مستقل، وأثر ظاهر في المصلحة العامة. ومن ثم نشأت عنها قيمتها المالية التي أحضّعتها لقانون التداول.^٣

وكما أن السلع والبضائع تعد بحد ذاتها أموالاً متقدمة خاضعة للمعاوضة والتداول؛ فإن الأجهزة والأدوات التي تستخدم في إنتاجها تعد هي الأخرى أموالاً متقدمة.
 وإذا ثبت هذا، فلا فرق بين أن تكون هذه الأجهزة والأدوات وسائل وأسباباً مادية، وأن تكون جهوداً وابتكارات ذهنية؛ أي فكما تكون الأجهزة المادية ملكاً لأصحابها فكذلك جهودهم الفكرية وطاقاتهم الإبداعية، ينبغي أن تكون هي أيضاً ملكاً لأصحابها، ونظراً إلى أن هذه الطاقات الإبداعية أمور معنوية بحد ذاتها، فقد اقتضت الضرورة إحرازها وحصرها عن طريق تحسينها في العلامة التجارية.

وهكذا يتضح أن حق العلامة التجارية كنـية عن السياج الذي يحصر سائر الفوائد المالية والاعتبارية التي جاءت ثرة المزايا التي استقل بها التاجر في بضاعته، عن طريق ما بذل من الجهد الفكري والنشاط الحركي، كي لا تتبدل أو تحول إلى غيره.^٤

^١ النشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي"، ص ٢٣٤٣.

^٢ انظر، البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ج ١، ص ١٠٥.

^٣ محمد فتحي الدربي، حق الابتكار في الفقه الإسلامي (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ٣، ١٩٨٨م)، ص ٦٠-٦١.

^٤ البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ج ١، ص ١٠٦ (بتصرف).

وخلاصة القول، إن العلامة التجارية عنوان على السر الذي تمتاز به بضاعة ما أو خدمة ما؛ إذ يعطيها ذلك مزيداً من القيمة ويضمن مزيداً من الإقبال عليها والرغبة فيها؛ فهي إذاً في الحقيقة كنایة عن منفعة مالية متقومة.

الثالث: العلامة التجارية داخلة في دائرة الممتلكات

إذا كان تعريف الملك هو: (اختصاص إنسان بشيء يخوله شرعاً الانتفاع والتصرف فيه وحده ابتداء إلا لمانع)، فلا شك أنه ينطبق على حق العلامة التجارية. فقد علمنا أنه اختصاص حاجز، ثم علمنا أنه تعبير عن ثمرة جهد فكري ونشاط حركي، يتمثل في صنعة مبتكرة، أو درجة ممتازة من الإتقان؛ ثم علمنا أنها ثمرة مالية متقومة، هو وليها، وهو صاحب الاختصاص فيها. ونظراً إلى أنها منفصلة عن كيانه الإنساني متمثلة في قيمة متداولة، فله عليها سلطان التصرف عن طريق السلعة التي تلبس بها هذا الحق وتتمثل فيها معنى الابتكار أو الإتقان. وهذا هو تحليل معنى الملك وواقعه.^١

وبيني أن نعيد هنا إلى الذهن الفرق بين الحق في هذه المسألة (وهو أمر معنوي نعيشه بالإتقان أو الابتكار)، وبين جوهر السلعة ذاتها التي هي مظهر لذلك الحق. إننا إذ نقرر أن هذا الحق حق مالي متقرر، وأنه بذلك داخل في الممتلكات؛ فإننا لا نعني بالممتلكات هنا السلعة ذاتها؛ إذ امتلاك صاحبها لها أمر بدهي ليس محل بحث. وإنما نعني بالملوك هنا هذه الصفة المعنوية التي نسميه الابتكار أو الإتقان.^٢

صحيح أن حق التصرف إنما ينصب على العين المادية؛ ولكن سبب ذلك أن المنفعة التي هي الأساس وهي مصدر التقويم والتمويل، لا يمكن أن تقوم بنفسها ومن ثم فلا يمكن استيفاؤها؛ إلا عن طريق العين القائمة بها ومن هنا كان لا بد من حيازها عند امتلاك منفعتها. فمن هنا، نقول: إن التاجر يملك العين بالحيازة أو الصنعة. ثم يملك المنفعة المالية الإضافية التي تكلم عنه بما بذله من جهد الإتقان أو الابتكار. وكل منها مستقل في الاعتبار—عن الآخر.^٣

وعلى هذا كله يمكن القول مع الاطمئنان: إن العلامة التجارية منفعة ومال من جانب، وهو حق من جانب آخر. ولما كانت الحقوق أموالاً يجري فيها الملك والاختصاص والاستئثار؛ فإن العلامة التجارية إذاً مال ومنفعة وحق، وهي قابلة للتملك والتمليك.

^١ البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ج ١، ص ١٠٧.

^٢ المرجع السابق، ص ١٠٧.

^٣ المرجع نفسه، ص ١٠٧.

المبحث الثالث

تصريف التاجر في علامته التجارية

تصنف العالمة التجارية على أنها ملكية فكرية (Intellectual Property)، فهي تعامل مع أمور إنسانية فكرية غير محسوسة. والعلامة التجارية تعد شكلاً خاصاً من الملكية غير الملموسة، وتستعمل من قبل المشروعات التجارية والصناعية. وهي تعد رأس المال التجاري (Business Assets) يمكن بواسطتها الحصول على قيمة هائلة عن طريق انتسابها في ضمير الجمهور بواسطة الدعاية والإعلان عبر أدوات الاتصال الحديثة كالراديو، والتلفزيون، والإنترنت، وعن طريق الجهد الشاق الذي تبذله عبر السنين، فقيمتها كثيراً ما تزيد على قيمة المصنع ومعداته وأثاثه.

فالعلامة التجارية شكل من أشكال الملكية، وهذه الملكية تجسد مجموعة من الحقوق التي تعني ببساطة أن المالك يمنع الحماية الالزمة، ويقتصر استعمالها عليه وحده، يعني أن الغير يمنع استخدام العالمة نفسها أو عالمة تختلط بها، فإذا لم يحظر القانون على الغير استخدام العالمة التجارية حيث يتحمل حدوث اللبس والاختلاط لدى المستهلك، فلا يمكن القول بوجود ملكية عالمة تجارية.

ومن الحقوق التي تتمتع بها مالك العالمة التجارية -بجانب ما سبق- هو حق نقل ملكية العالمة بأي نوع من أنواع التصرف، مثل: البيع، والشراء، والإجارة، والرهن، والجزر، وما إلى ذلك، فالعلامة التجارية كأي نوع من أنواع الملكية، يمكن أن تباع، وتشتري، وترهن، ويجزر عليها.

المطلب الأول: بيع العالمة التجارية

يتخذ التاجر عالمة على بضاعته أو خدماته لتمييزها عما يماثلها، ولضمان صفاتها وجودة نوعيتها لتعطي المستهلك فكرة حسنة عن المنتجات التي تحمل العالمة.^١ فكلما رأى المستهلك أن البضاعة أنتجتها الشركة الفلانية التي عرفت بسمعتها الحسنة في السوق، اشتراها بمجرد سماع الشركة، أو وجود علامتها التجارية على وجهاً للبضاعة.

^١ صرخوه، النظام القانوني للعلامات التجارية، ص ٦٣.

وهكذا صارت العلامة التجارية سبباً لكثره إقبال المشترين على المنتجات وقلته، فصارت العلامة التجارية لها قيمة في أنظار التجار، يقول جون ستيفوارت، المؤسس المشارك لـ: كويكر أوتس (Quaker Oats) في شأن مطاعم ماكدونالدز (McDonalds): "قيمة سلسلة محلات ماكدونالدز تكمن في العلامة التجارية وليس في المحلات ذاتها، فلو فصلت المحلات عن العلامة التجارية فيمكن لأي شخص يملك العلامة التجارية أن يبدأ من جديد، وسوف يرجع مرة أخرى بسلسلة محلات ضخمة من جديد لأن القيمة في الاسم، ليست في رؤوس الأموال الجامدة".^١

وما يدل على قيمة العلامة التجارية وماليتها، أنها فاقت أضعافاً مضاعفة الثمن الحقيقي للأعيان! فقد تضائلت الأعيان بصورة مذهلة أمام قيمة العلامة التجارية. فحينما كانت العلامة التجارية كوكاكولا (Cola Coca) رخيصة كان ثمنها (٣٥ مليون دولار)، وفي هذا التقييم يقول خبير التسويق الدولي فيليب كوتلر (Philip Kotler): العلامة التجارية لمشروب كوكاكولا تقدر بـ: ٣٥ مليون دولار، وهو أكثر بكثير من قيمة مصانعها.

إذًا، حينما كان ثمن علامة الكوكاكولا خمسة وثلاثين مليون دولار أمريكي، كان هذا الرقم يفوق كثيراً قيمة مصانعها، وهي رؤوس الأموال العينة. وهل تدرى بكم تقدر علامة الكوكاكولا بمحاسبات عام ٢٠٠٤؟ تقدر بـ: ٦٧.٣٩ مليون دولار.

إذًا، فقد صار الأصل في البيع ليس هو العين؛ وإنما البيع الحقيقي إنما هو للعلامة التجارية، وما صارت المصانع ورؤوس الأموال لها كبير معنى يمكن أن يشكل وزنا اقتصادياً بحد ذاته؛ إلا بفضل العلامة التجارية.^٢ فما حكم هذا البيع والشراء؟ وقبل أن نتكلّم عن حكم بيع العلامة التجارية وشرائها، يتبعنا أن نتوقف على معنى البيع وشروطه.

^١ انظر:

Muhammad Rasyid, "Ahkām al-Farānshīs fi al-Fiqh al-Islāmy," *Muntadayaāt Syabakāt al-Syariāh al-Islāmiyyah*, <<http://www.sharee3a.com/vb/showthread.php>> (Accessed 19 May, 2008).

^٢ انظر:

Muhammad Rasyid, "Ahkām al-Farānshīs fi al-Fiqh al-Islāmy," *Muntadayaāt Syabakāt al-Syariāh al-Islāmiyyah*, <<http://www.sharee3a.com/vb/showthread.php>> (Accessed 19 May, 2008).

تعريف البيع

البيع لغةً: ضد الشراء، والبيع الشراء أيضاً، وهو من الأضداد.^١ والأصل في البيع مبادلة مال بمال.^٢

وأما البيع اصطلاحاً فقد اختلفت كلمة الفقهاء في تعريفه إلى ما يأتي:

عرف الشافعية البيع بما يفيد أنه شامل لبيع المنفعة، فقد عرفه الشيخ القليبي رحمه الله تعالى بقوله: "عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين أو منفعة على التأييد لا على وجه القرابة".

فخرج بقوله: (عقد) المعاطاة، وبـ: (المعاوضة) نحو الهدية، وبـ: (المالية) نحو النكاح، وبـ: (إفاده ملك العين) الإجارة، وبـ: (غير وجه القرابة) القرض. والمراد بالمنفعة: بيع نحو حق المرء، والتقييد بالتأييد فيه لإخراج الإجارة^٣.

وقال الشربيني الخطيب رحمه الله: "إن عقد معاوضة مالية يفيد ملك عين أو منفعة على التأييد فدخل بيع حق المرء ونحوه وخرجت الإجارة بقيد التأكيد فإنها ليست بيعاً".

فظهر بهذه التعريفين أن المنفعة المباحة المؤبدة مال عند الشافعية يجوز بيعه وشراءه، وكذلك الأمر عند الحنابلة، فتعريف البيع عندهم على ما ذكره صاحب شرح منتهى الإرادات، أنه: (مبادلة عين مالية أو منفعة مباحة مطلقاً بأحدهما، أو بمال في الذمة للتملك على التأييد غير ربا وقرض).

فقوله: (مبادلة عين مالية) مراده كل جسم أبيح نفعه واقتاؤه مطلقاً، فخرج نحو الخنزير والخمر والميتة النحسة ... وقوله: (منفعة مباحة مطلقاً)، أي لا تختص بإياحتها بحال دون آخر، كممر دار أو بقعة تحفر فيها بئراً. وقوله: (بأحدهما) أي عين مالية أو منفعة مباحة مطلقاً، نحو بيع كتاب بكتاب أو بمال في دار.

وقوله: (أو بمال في الذمة)، أي مبادلة عين مالية أو منفعة مباحة مطلقاً بمال في الذمة من نقد وغيره. وقوله: (للتملك) احتراز عن الإعارة. وقوله: (على التأييد) أي بأن لم تقييد مبادلة المنفعة بمدة أو عمل معلوم فتخرج الإجارة.^٤

^١ محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط٣، د.ت)، ج ١، ص ٥٥٦.

^٢ أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير (بيروت: مكتبة لبنان، ط١، ١٩٨٧م)، ص ٢٧.

^٣ القليبي وعميرة، حاشية قليبي وعميرة على منهاج الطالبين (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، د.ت)، ج ٢، ص ١٥٢.

^٤ الشربيني، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢.

^٥ منصور بن يونس البهري، شرح منتهى الإرادات (بيروت: عالم الكتب، ط٢، ١٩٩٦م)، ج ٢، ص ٥.

وأما المالكية، فالتعريف المشهور للبيع عندهم، هو: عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة، ذو مكاييس أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه. فقوله: (على غير)، أي على ذات غير منافع. و(غير متبع)، أي انتفاع بذلك، فتخرج الإجارة والكراء والنكاح، و(ذو مكاييس) وهي المغالبة وخرج بها هبة الثواب، وقوله: (أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة)، خرج به الصرف والمراطلة، فإنه ليس أحد العوضين فيما غير ذهب ولا فضة بل العوضان ذهب أو فضة في المراطلة أو أحدهما ذهب والآخر فضة في الصرف. وقوله: (معين غير العين فيه) خرج السلم، فإن غير العين فيه ليس معيناً، بل في الذمة، والمراد بالمعين ما ليس في الذمة فيشمل الغائب، فبيع الغائب ليس سلماً.^١

وظاهر هذا التعريف أن البيع يقتصر عندهم على الأعيان المادية، ولا يقع على المنافع والحقوق. ولكن يوجد عندهم —على الرغم من ذلك— جواز بعض البيوع التي ترجع إلى بيع الحقوق والمنافع، فيجوز عندهم بيع حق التعلی، وحق غرز الخشب على الجدار. يقول الدردير رحمه الله في شرحه الكبير: "(و) جاز بيع (هواء) بالمد، أي فضاء (فوق هواء) بأن يقول شخص لصاحب أرض: يعني عشرة أذرع مثلاً فوق ما تبنيه بأرضك (إن وصف البناء) الأسفل والأعلى لفظاً أو عادة، للخروج من الجهة والغرر، وبملك الأعلى جميع الهواء الذي فوق بناء الأسفل، ولكن ليس له أن يعني ما دخل عليه إلا بربض الأسفل ... (و) جاز عقد على (غرز جذع) أي جنسه، فيشمل المتعدد (في حائط) لآخر بيعاً أو إجارة. وخرق موضع الجذع على المشتري أو المكتري".^٢

وأما الحنفية، فتعريف البيع المشهور عندهم ما عرفه ملا خسرو بأنه: مبادلة مال بمال بطريق الاكتساب أي التجارة، فخرج به المبادلة بطريق التبرع أو الهبة بشرط العوض، ولم يقل على سبيل التراضي، ليتناول بيع المكره، فإنه بيع منعقد وإن لم يلزم.^٣

^١ محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، د.ت)، ج ١٠، ص ٤٢٨.

^٢ ابن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ١٠، ص ٤٩٤.

^٣ ملا خسرو، درر الحكم في شرح غور الأحكام، ج ٦، ص ١٥١.

وأما تعريف المال، فقد اضطربت فيه عبارات القوم لاختلاف العلماء في تعريف المال ما بين متسع فيه - وهو جمهور العلماء - ليشمل الأعيان وغيرها ما دام قد تحقق فيها صفة المالية، وبين مقصري الأعيان - وهو جمهور الحنفية -.

شروط البيع

اشترط الفقهاء لصحة البيع شروطاً منها ما يتعلق بالصيغة، ومنها ما يتعلق بالتعاقدين، ومنها ما يتعلق بالعقود عليه ثنا كان أو مثمنا. وهذا الأخير هو محل اهتمامنا هنا. فقد اتفق الفقهاء في الجملة على اعتبار الشروط الآتية في العقود عليه، سواء أكان ثنا أم مثمنا، فاشترطوا:

- ١- أن يكون المبيع ظاهراً، فلا يصح بيع نحس لا يمكن تطهيره سواء أكان مبيعاً أم ثنا، ونص على ذلك المالكية والشافعية.
 - ٢- وأن يكون المبيع مالاً متنفعاً به انتفاعاً شرعياً. وما لا نفع فيه فليس بمال فلا يصح بيع الحشرات التي لا نفع فيها، كما لا يصح بيع ما فيه منفعة محمرة كالخمر. واشترطوا في المبيع أن يكون مالاً متقوماً شرعاً، فلا يعقد بيع الخمر ونحوه كما لا يعقد بيع البسير من المال، كحبة من حنطة؛ لأنها ليست مالاً متقوماً، وهذا الشرط متفق عليه.
 - ٣- وأن يكون مملوكاً للبائع ملكاً تماماً وقت البيع، وهو شرط انعقاد عند الحنفية، ونص على هذا الشرط الحنفية، والشافعية، والحنابلة. واستثنى من ذلك السلم.
 - ٤- وأن يكون مقدوراً على تسليمه، وهو شرط انعقاد عند الحنفية، فلا يصح بيع السمك في الماء أو الطير في الهواء، كما لا يعقد بيع المغصوب لعدم القدرة على تسليمه. وهذا الشرط متفق عليه.
 - ٥- وأن يكون المبيع معلوماً لكل من العاقدين علماً يمنع المنازعـة والخلاف وهو شرط صحة عند الحنفية، فلا يصح بيع مجهول جهالة تفضي إلى منازعة كبيع شاة من قطيع. وهذا الشرط متفق عليه.
- وقد اشترط الحنفية شرطاً آخر وهو أن يكون المبيع مما يتعلق به الملك، فلا يعقد بيع العشب المباح ولو نبت في أرض مملوكة.^١

^١ محمد أمين بن عابدين، حاشية رد المخار على الدر المختار شرح تجوير الأبصار (بيروت: دار الفكر، ط ١، ١٩٩٥م)، ج ٤، ص ٦؛ عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لعليل المختار (القاهرة: مطبعة السعادة، ط ١، ١٩٥٠م)، ج ٢، ص ٥؛ ابن عرفة، حاشية

أما بيع العلامة التجارية فهو نقل حق استعمال العلامة من البائع إلى المشتري.^١ وأما حكم بيع العلامة التجارية في الفقه الإسلامي، فنقول: إن التصرف بالعلامة التجارية ينبغي على الكلام في التكييف الفقهي الشرعي لها، وقد استقر الرأي واطمأنت النفس إلى القول بأن العلامة التجارية حق ومنفعة ومال، يجري فيها الملك، وما دام ذلك كذلك فإن الأصل أن تسرى فيها وتجرى عليها جميع التصرفات التجارية في الأغراض من بيع أو إيجارة أو رهن أو غيرها.

لكن لما كان موضوع العلامة التجارية والحكم الشرعي فيها مستجداً، احتاج توثيق الحكم فيها إلى أمرين: تأصيلها وتكييفها وبيان طبيعتها من جهة، وإثبات إمكان تطبيق هذا التأصيل على فروع المسألة من جهة أخرى، فإذا التقى وتضافراً تأكلاً الاطمئنان في سلامة الحكم في أصل المسألة. ومن هنا كانت الحاجة إلى بيان مدى قبول العلامة التجارية لإجراءات التصرفات عليها، بعد أن عرفنا تكييفها أمراً ملحاً.^٢

الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤١٠؛ يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وآخرون (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م)، ج ٩، ص ١٥٧؛ عبد الرحمن بن أبي بكر بن قدامة، المغني (بيروت: دار الفكر، د. ط. د.ت) ج ٤، ص ٢٧٦؛ النشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري"، ص ٢٣٣١-٢٣٣٠.

^١ فهو مختلف عن عقد الفرانشایز (Franchise) من ثلاثة أوجه، هي:

١- بيع العلامة التجارية يكون نقاًلاً لحق استعمال العلامة من البائع إلى المشتري، فحق الاستعمال هنا يكون كلياً فلا يستحق البائع استعمال العلامة؛ أما الفرانشایز فإنه يكون إذناً في استعمالها لطرف ثالٍ هو ممنوح هذا الحق، ويقى حق ملكيتها واستعمالها في حوزة صاحب العلامة حتى جاز أن ينحها لعدد غير محدد.

٢- في بيع العلامة التجارية يتسلم المشتري كامل الحق في التصرف في العلامة -ضرورة أنه عقد بيع- أما في الفرانشایز فيكون للممنوح حق التصرف وفقاً لشروط الجودة للشركة الأم صاحبة العلامة؛ لأن العلامة التجارية لديها الإداراة والحرص الشديد على المحافظة على اسمها وجودتها ومكانتها في ذهن العمالء، لذلك فقد لا يفرق العميل بين أحد محلات ماكدونالدز (McDonalds) في الولايات المتحدة الأمريكية، وبين أحدها في مصر أو دولة عربية أو الهند.

٣- في بيع العلامة التجارية يكون المقابل لقيمة العلامة ثمناً لها – أي ل الكامل حق الاستخدام – أياً تكون طريقة الدفع، أما الفرانشایز فيكون المقابل هو نسبة من أعمال الفرع الممنوح له الترخيص. انظر:

Muhammad Rasyid, "Ahkām al-Farānshīs fī al-Fiqh al-Islāmiy," *Muntadāyat Syabakāt al-Syari'ah al-Islāmiyyah*, <http://www.sharee3a.com/vb/showthread.php> (Accessed 19 May, 2008).

^٤ النشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي"، ص ٢٤٧.

فبناء على التكليف السابق نستطيع القول: إن بيع العلامة التجارية جائز شرعاً؛ لأنها أصبحت مالاً، وذات قيمة مالية، ولها دلالة تجارية معينة، تحقق رواج السلعة ذات العلامة التجارية.^١ فحكم بيعها كحكم بيع الأعian سواء سواء، مع ملاحظة أمرين:

الأول: اختلاف طبيعة الأعian عن المنافع والحقوق.

الثاني: أن تكون العلامة التجارية تعبر عن واقع حقيقي لا صوري، حالية من الكذب والتزيف.^٢

وبيان ذلك يتضح في جانبين أساسين يجمعان ثبات الموضوع ويتوسّغان القول بمحاجة إجراء التصرفات على العلامة التجارية.

وهذا الجانبان، هما: كون العلامة التجارية حقاً، وكوئها مالاً.

الجانب الأول: العلامة التجارية حق من الحقوق

فقد أثبتنا فيما سبق أن العلامة التجارية في حقيقتها مصلحة وحق، وقد رأينا اتجاه جمهور الفقهاء إلى اعتبار العلاقة الاختصاصية المباشرة بين التاجر والعلامة التجارية بحيث يكون مسؤولاً مسؤولة كاملة عن هذه العلامة تجاه الآخرين، وفي الوقت ذاته يمتنع على الآخرين الاعتداء على هذه العلامة، حتى يكون الاعتداء عليها اعتداء على حق مالي متقرر ما دامت العلامة التجارية تمثل منفعة ذات قيمة في عرف الناس، والعلاقة إذا كانت على هذا الوجه تكون في فقه الشرع علاقة حق عيني، فتكون العلامة التجارية حقاً عيناً ومالياً؛ إذ الحقوق أموال.^٣

الجانب الثاني: العلامة التجارية مال

إن العلامة التجارية مال لما فيها من منفعة كبيرة، هي أهم منافع المتجر، بل إن المتجر دون هذه العلامة والشهرة والسمعة التي تحلبه الجمهور لا معنى له، ولا قيمة تجارية حقيقة فيه.

ولقد ثبتت هذه المنفعة وتأكدت من تعارف الناس والتجار منهم على سبيل الخصوص على اعتبار القيمة والمنفعة في هذه العلامة التجارية، فقبلوا التعاوض فيها. والمعاوضة أساس الملك، والملك مال عند المالكية، ونظرأً إلى ما فيها من قيمة فهو مال عند الشافعية والحنابلة.

وبالنظر إلى كل من هذين الجانبين سواء أكانا مجتمعين أم منفردين، تصلح كلها أن تكون ملحاً للملك فيجري فيها –في خصوص العلامة التجارية– جريانه في غيرها من

^١ وله الرجيلي، المعاملات المالية المعاصرة (دمشق: دار الفكر، ط١، ٢٠٠٢/٥١٤٢٣)، ص ٥٨٩.

^٢ النشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي"، ص ٢٣٤٧.

^٣ المرجع السابق، ص ٢٣٤٧.

الأعيان، فالمملوك يتحقق دون نظر إلى كون محله عيناً أو منفعة أو أمراً معنوياً ما دام بالإمكان حيازته واستيفاؤه أو الاختصاص به، إذ الاختصاص يقوم مقام الحيازة فيما لا تقبل طبيعته الحيازة المادية كالديون. وإذا كان ذلك كذلك فإن العلامة التجارية يجري فيها الملك والاختصاص فيجوز التصرف فيها بالبيع والشراء.^١

هذا هو حكم بيع العلامة التجارية في الجملة، لكن يمكن تفصيل المسألة حيث إن هناك طريقتان يعرفهما التجار لعملية بيع العلامة التجارية:

الطريقة الأولى: تتم في الغالب بين شركة وشركة أخرى، تشتري الأولى من الثانية العلامة التجارية لبضاعة ما، ويتضمن عقد الشراء هذا تكفل الطرف البائع بتقليم خبراء ومهندسين في تصنيع البضاعة المعروفة بتلك العلامة والكشف عن مصدر المزايا التي فيها؛ حيث يقوم هؤلاء الخبراء بدور التدريب والإرشاد، لتصنيع البضاعة على مستوى الجودة والمزايا التي ارتبطت مع الزمن بذلك الشعار أو العلامة. كما يتلزم الطرف البائع الاستمرار في التدريبات والقيام بالتجارب العملية، ريثما تترسخ لدى الطرف المشتري عوامل الإتقان ذاتها.

إن عملية الشراء في هذه الحالة إنما تنصب في الحقيقة على نقل الخبرة وشرائها، وإنما يدخل العلامة التجارية في الصفقة تبعاً، فمن الطبيعي لمن يشتري خبرة في صناعة سلعة ما أن ينال معها أطراها ومظاهرها المادية، وفي مقدمتها شعارها العالمي المسجل.^٢

وعلى هذا، فيبيع العلامة التجارية وشرائها على هذه الحالة جائزة شرعاً بشرطين:
الأول: أن تكون العلامة مسجلة عند الحكومة بصفة قانونية؛ لأن ما ليس بمسجل لا يعد مالاً في عرف التجار،^٣ ولا يتمتع بالحماية القانونية؛ لأن مناط الحماية التي أسبغها القانون على ملكية العلامة هو تسجيلها وفقاً للقانون.^٤

والثاني: أن لا يستلزم هذا البيع الالتباس أو الخديعة في حق المستهلكين، وذلك بأن يقع الإعلان من قبل المشتري أن منتج هذه البضاعة غير المنتج السابق، وإنما يستعمل هذه العلامة بعد شرائها بنية أنه سيحاول بقدر الإمكان أن يكون إنتاجه مستوى الإنتاج السابق أو أحسن منه.

^١ المرجع نفسه، ص ٢٣٤٨.

^٢ البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ص ١٠٨ (بتصرف).

^٣ العثماني، "بيع الحقوق المجردة"، ص ٢٣٨٥.

^٤ لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، ص ٣٢٩.

وأما بغير هذا الإعلان، فإن انتقال العلامة إلى منتج آخر يسبب اللبس والخداع للمستهلكين، واللبس والخداع حرام لا يجوز مجال.^١

ويستوي في جواز البيع أن يكون محل البيع العلامة التجارية وما تستوعبه من سلع وملحقاتها، أو بيع العلامة منفرداً، مع اشتراط أن ينشئ المشتري مضموناً جديداً من السلع هذه العلامة، بذات المواصفات والجودة المعهودة من ذي قبل، فإن لم يكن ذلك فيجب أن يعلن التاجر أو الجهة المسئولة للكافة أن العلامة التجارية المعهودة لم تعد تمثل ما كان داخلها في مشتملاتها ووعائهما، وأن المشتملات قد تغيرت من حيث المواصفات والأنواع. فإن فعل ذلك ارتفع اللبس والغرر.^٢

الطريقة الثانية: ما يجري عادة بين بعض التجار أو الشركات التجارية، من شراء العلامة التجارية للسلعة من غير أي التزام من البائع بتقديم خبرة أو الكشف عن أسرار الصنعة. وإنما يكون معنى هذا الشراء تنازل البائع عن العلامة التي كانت مسجلة لسلعته والتي كانت من حقه هو، بحيث يتمكن المشتري من جعلها شعاراً لسلعته المشابهة، وتكون الفائدة المرجوة للمشتري من ذلك رواج سلعته تحت هذه العلامة؛ إذا كانت العلامة التجارية التي اشتراها ذات شهرة وثقة في الوسط التجاري أو لدى عامة الناس.

ومن الثابت يقيناً أن هذا الشراء لا يتحقق له أي مضمون. ذلك لأن المزايا التي عرفت بها السلعة والتي هي المضمون المراد من الشعار التجاري، ستظل ثابتة للسلعة الأصلية ذاكراً، وستظل وثيقة الارتباط بها، مهما انفصل عنها اسمها أو شعارها التجاري ليتصق بسلعة أخرى مشابهة؛ إذ إن هذه المزايا إنما هي ثمرة جهود صاحبها ونشاطه الفكري أو الصناعي الممتاز، فهي متعلقة به من حيث الجهد، متجلية في صناعته من حيث الصورة والمظهر. وهيئات أن تنفك هذه العلاقة عنه وعنها مهما باع أو تصرف في رمزاً التجاري.^٣

كل ما يمكن أن يحدّثه نقل هذا الرمز التجاري من تاجر إلى آخر، بعقد كهذا، هو التغريب والتلبيس؛ أي إن هذا العقد منطوي على غرر بالغ فيما يتعلق بالصلة بين المشتري والبائع، ومنطوي على التلبيس والخداع فيما يتعلق بالصلة بين المشتري وعامة الناس الذين سيتحولون إليه، بحثاً عن الجودة التي آلت إليه شعارها.^٤

^١ العثماني، "بيع المخمر المجردة"، ص ٢٣٨٥.

^٢ النشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي"، ص ٢٣٤٨ (بتصرف).

^٣ البرطلي، قضايا فقهية معاصرة، ص ٩-١٠١ (بتصرف).

^٤ البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ص ١١٠؛ النشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي"، ص ٢٣٤٨.

والغرر هو الذي لا يُدرى هل يحصل أم لا؟ كالطير في الهواء والسمك في الماء.^١ وأما بيع الغرر فهو بيع ما دخلته الجهالة سواء أكانت في الشمن أم في المبيع، أم في الأجل، أم في القدرة على التسليم.^٢

ومن الثابت يقيناً أن شراء العلامة التجارية على هذه الطريقة الثانية لا يخلو من الغرر والجهالة في البيع؛ إذ إن الذي سيناله المشتري هو الشعار والعلامة المجردة؛ أما الجودة التي تكونت منها قيمة ذلك الشعار، فهي باقية في تضاعيف جهود البائع وخبرته، هذا إن استمر في إنتاج تلك السلعة، وهي متيبة وأيلة إلى الزوال إن توقف صاحبها عن مواصلة العمل والإنتاج.

ولا وجه للقول بأن الحق المتعلق بالعلامة التجارية حق مستقل بذاته وأنه من الحقوق المجردة، كحق الشورى والوظيفة والمنصب والولاية؛ لأن العلامة التجارية لا وجود لها أو لا معنى لوجودها. معزز عن الشهرة التي اكتسبتها السلعة المقرونة بها. وإنما نالت السلعة الشهرة بالجودة والإتقان، فغدا شعارها من طول الاقتران بما بمثابة الظل الملائم لها والمعبر عنها. فهو إذاً ليس حقاً مجرد، بل هو حق مالي متقرر، ولكنه يتمثل في القيمة التي تقابل الجودة أو تقابل حق الابتكار.

ونحن هنا لا نسقط عن الاعتبار احتمال أن تكون الجودة وهبة نسجتها في الأذهان الدعاية المجردة ومن ثم تكون قيمتها أيضاً وهبة مجردة، ولكننا لسنا مخولين هنا أن نبني الأحكام الفقهية على ظنون سيئة قائمة على احتمالات خفية من هذا القبيل، بل القاعدة الفقهية العامة تلزمنا ببناء الأحكام على الظواهر، مع إحالة الباطن إلى الله تعالى.^٣

إذاً، فإن بوسعنا أن ننتهي إلى قرار بأن بيع وشراء العلامة التجارية بهذه الطريقة الثانية التي أوضحناها عقد باطل لا يوجد أي وجه لصحته بسبب أنه مفرغ في الغرر.^٤

هذا إلى جانب أنه ذريعة جلية وغالبة إلى التلبيس والخداع في المعاوضات التجارية. فإن التاجر الواثق من جودة بضاعته أغنى ما يكون عن أن يغطيها بشعار ينسج لها الشهرة من جهود غيره. ولو لا أن بضاعته يعززها البرهان على الجودة والإتقان، لما سعى إلى القفز بها

^١ أحمد بن إدريس القرافي، *أنوار البروق في أنواع الفروق* (القاهرة: مطبعة إحياء الكتب العربية، ط١، ١٣٤٦هـ)، ج٣، ص١٠٥١.

^٢ محمد رواس قلعة جي، وحامد صادق قنبي، *معجم لغة الفقهاء* (بيروت: دار النفائس، ط١، ١٩٨٥م)، ص٣٣٢.

^٣ انظر، البرطبي، *قضايا فقهية معاصرة*، ص١١٠.

^٤ المرجع السابق، ص١١١.

على صعيد الشهرة، اعتماداً على مثل هذا الشعار. كما أن هذا البيع يتسبب عنه الضرر بالصالح العام؛ إذ إن من مصلحة أفراد المجتمع عامة، ومن حقهم أن يحصلوا على البضائع التي تحمل مواصفات جيدة يحتاجون ويرغبون فيها، كما أن من مصلحتهم أن تخلو أسواقهم من السلع الرديئة والمغشوشة، وتسوده السلع الحية، ويتمكن أفراده من الحصول على البضائع ذات السمعة والشهرة التي تعبر حقيقة عن الجودة والصلاحية.^١

آثار عقد البيع:

يرتب عقد بيع العالمة التجارية -كقاعدة عامة- التزامات في ذمة كل من البائع والمشتري؛ فيلزم البائع بنقل ملكية الشيء المبought إلى المشتري وتسلمه إليه، ويلزم المشتري من جانب آخر بدفع الثمن ومصاريف عقد البيع وتسليم المبought.

أولاً: التزامات البائع

للبائع التزامات نحو المشتري، هي:

١- الالتزام بنقل ملكية المبought

تنتقل ملكية العالمة التجارية -بوصفها منقولاً معنويًا- بمجرد إمضاء العقد أي توافق إرادتي البائع والمشتري؛ ولكن لا يكون نقل ملكية العالمة حجة على الغير إلا بعد التأشير بالسجل والنشر بجريدة العلامات التجارية.^٢

٢- الالتزام بتسليم المبought

يلتزم بائع العالمة التجارية بتسليمها إلى المشتري الجديد، ولكي يعد البائع قد قام بتنفيذ التزامه بالتسليم كاملاً يجب عليه أن يضع هذا المال المعنوي تحت تصرف الطرف الآخر.^٣

ثانياً: التزامات المشتري

يرتب عقد البيع في ذمة المشتري التزامين، هما: التزامه بتسليم المبought، والتزامه بالوفاء بالثمن المتفق عليه.

١- الالتزام باستلام المبought

^١ النشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي"، ص ٢٣٤٣.

^٢ القليبي، القانون التجاري، ص ٣١٤.

^٣ المرجع السابق، ص ٣٩٦.

يجب على المشتري أن يقوم باستلام المبيع في الوقت المتفق عليه في العقد، فإن لم يوجد مثل هذا الاتفاق وجب اتباع أحكام العرف التجاري في هذا الشأن، وإن لم يوجد عرف تعين على المشتري أن يستسلم التاجر بمجرد انعقاد العقد مع مراعاة المدة المحددة لذلك.

٢- الالتزام بدفع الثمن

يلزム المشتري بالوفاء بالثمن والمصاريف الإضافية كالرسوم القانونية وأجرة المسيرة. والاتفاق هو الذي يحدد طريقة الوفاء بالثمن من حيث تقسيطه أو دفعه جملة واحدة، والغالب أن يقسّط المشتري الثمن كله أو جزء منه نظراً إلى ضخامته.^١

المطلب الثاني: إحارة العلامة التجارية

لقد تعارف بعض التجار على تأجير العلامة التجارية (Licensing) وترخيصها للغير. والترخيص أو التأجير عبارة عن عقد يرمي به مالك العلامة ويرخص فيه لأي شخص طبيعي أو اعتباري (أو أكثر) باستعمال العلامة على كل أو بعض المنتجات التي تميزها العلامة المرخص باستعمالها، سواءً أكانت هذه المنتجات من صنع المرخص له أم كان يشتريها من الغير، وذلك خلال مدة محددة، وداخل نظام جغرافي معين، ولقاء أجراً متفقاً عليه.^٢ ويختلف الترخيص عن الامتياز التجاري (الفرانشایز) في أن الثاني يعتمد كلياً على السمعة التجارية للمشروع المرخص وطريقة بيع المنتجات أو الخدمات أو عرضها، تلك التي يقدمها هذا المشروع معتمداً على المعرفة الفنية للمرخص (Franchisor).^٣

ويترتب على انعقاد عقد الترخيص باستعمال العلامة أحقيّة المرخص له في استعمال العلامة المرخص باستعمالها خلال المدة وبالشروط المنصوص عليها بعد الترخيص عليها، ولذلك فإن هذا العقد يرتب التزامات على عاتق مالك العلامة - منها تمكين المرخص له من الانتفاع بالعلامة، وضمان ملكيته للعلامة وعدم المنازعة فيها - كما يرتب التزامات على المرخص له، والتي من بينها التزام المرخص له بالشروط المنصوص عليها بعد الترخيص؛ كالتقيد بنوع المنتجات أو السلع أو الخدمات التي تميزها العلامة، والتقييد بالنطاق الجغرافي المحدد بالعقد وعدم تجاوزه، والتزامه أيضاً ببذل العناية الواجبة في

^١ القليوي، القانون التجاري، ص ٤٠٤.

^٢ انظر، لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، ص ٢٨٥؛ صريحوه، النظام القانوني للعلامات التجارية، ص ١٥٤.

^٣ محمد أحمد الكندي، "أهم المشكلات العملية التي يواجهها عقد الامتياز التجاري"، مجلة الحقوق، العدد ٤، السنة ٢٤، ص ٩٢.

استعمال العالمة بأن يحافظ على درجة الجودة ومستوى التميز للمنتجات أو الخدمات التي تميزها العالمة.^١

ومثال ذلك سلسلة مطاعم ماكدونالز على مستوى العالم، فسنڌوتش بيج ماك (Big Mac) له المذاق نفسه، والشكل نفسه في القاهرة، كما هو في نيويورك، وباريس، ولندن، والمطعم لها الشكل نفسه في الإسكندرية كما هو في برلين، وجنيف، ومدريد، كما أن الواجهة الخارجية هي دائما نفسها في كل مطعم ماكدونالز حول العالم، فالجمهور على يقين تام من الحصول على الجودة نفسها وعمايل المنتج والخدمة التي تحددها عالمة ماكدونالز في أي فرع من فروعها المنتشرة حول العالم.^٢

وبناء على ذلك نعرف أن المراد بالتأجير أو الترخيص هنا هو عين المراد بعقد الإيجارة في كتب الفقه الإسلامي؛ إذ الإيجارة في الفقه الإسلامي عبارة عن عقد على منفعة مقصود معلومة قابلة للبدل والإباحة بعرض معلوم.^٣ والإيجارة مشروعة، وقد أجمع أهل العلم في كل عصر ومصر على جواز الإيجارة، كما أن العبرة أيضا دالة عليه؛ فإن الحاجة إلى المنافع كال حاجة إلى الأعيان، فلما جاز العقد على الأعيان وجب أن تجوز الإيجارة على المنافع.^٤

ويشترط لصحة الإيجارة شروط تتعلق بالعقد والعقود عليه وال محل المعقود عليه، والأجرة، ولكن الذي يهمنا هنا شروط تتعلق بالعقود عليه، وهي:
أولاً: أن يكون العقود عليه وهو المنفعة معلوماً علماً يمنع من المنازعات، فإن كان مجھولاً جهالة مفضية إلى المنازعات لا يصح العقد؛ لأن هذه الجهة تمنع من التسلیم والتسلیم، فلا يحصل المقصود من العقد.

ثانياً: أن يكون العقود عليه مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعًا، فلا تجوز إيجارة متغيرة التسلیم حقيقة، كإيجارة البعير الشارد والآخرين للكلام، أو شرعاً كإيجارة الحائض لكتن المسجد.

^١ لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، ص ٢٨٦.

^٢ المرجع السابق، ص ٢٩٥.

^٣ الشريبي، معجم المحتاج، ج ٢، ص ٤٤٩.

^٤ ابن قدامة، المغني، ج ٧، ص ٢٨٣.

ثالثاً: أن تكون المنفعة المعقود عليها مباحة شرعاً، كاستئجار كتاب للنظر القراءة فيه والنقل منه، واستئجار دار للسكنى فيها.

رابعاً: ألا يكون العمل المستأجر له فرضاً ولا واجباً على الأجير قبل الإجارة.

خامساً: أن تكون المنفعة مقصودة يعتاد استيفاؤها بعدد الإجارة، ويجري بما التعامل بين الناس، فلا يجوز استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها والاستظلال بها؛ لأن هذه المنفعة غير مقصودة من الشجر.

سادساً: أن لا ينفع الأجير بعمله، فإن كان ينفع به لم يجز، فلا تصح الإجارة على الطاعات؛ لأن القائم بما عامل لنفسه.^١

وإذا طبقنا تلك الشروط على العلامة التجارية نجد أن تلك الشروط متوفقة في العلامة التجارية من حيث أن العلامة التجارية منفعة مقصودة مباحة مقدورة على تسليمها؛ وعليه، فإن تأجير العلامة التجارية جائزة شرعاً حاجة الناس إليها؛ وأما الشروط المخصوص عليها بعدد التأجير كشرط التقييد بنوع المنتجات أو الخدمات التي تميزها العلامة، أو التقييد بالنطاق الجغرافي المحدد، فهي شروط لا تخالف مقتضى العقد، ولا تخالف أحكام الشريعة، وبالتالي فهي شروط صحيحة، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حراماً أو حل حراماً.^٢

المطلب الثالث: رهن العلامة التجارية

الرهن لغةً: مشتق من رَهَنَتِ المَنْعَ إِذَا حُبِسَتْ بِهِ فَهُوَ مَرْهُونٌ،^٣ وقيل معناه: الثبوت والدوام، يقال: ماء راهن: أي راكد، ونعمه راهنة: أي ثابتة دائمة.^٤ والرهن في الشرع: المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه من هو عليه.^٥

^١ وذهب الرحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (دمشق: دار الفكر، ط ٤، ١٤١٨/١٩٩٧م)، ج ٥، ص ٣٨٠٩ وما بعدها.

^٢ ومن الحديث بالكامل: حدثنا كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده: أن رسول الله ﷺ قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحًا حراماً أو أحل حراماً والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حراماً أو حل حراماً». محمد بن عيسى الترمذى، السنن، تحقيق: محمود محمد محمود (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ٢٠٠٠م)، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، حديث رقم ١٣٥٢، ج ٢، ص ٣٤٣.

^٣ انظر، الفيومي، المصباح المنير، ص ٩٢.

وهو جائز بالكتاب والسنّة والإجماع؛ أما الكتاب فقول الله تعالى: «وَإِن كُثُرْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَيْتَأْ فَرِهْنَ مَقْبُوْسَهُ» [البقرة: ٢٨٣]؛ وأما السنّة فروى أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الظاهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة.^١ وأما الإجماع فأجمع المسلمين على جواز الرهن في الجملة.^٢ وللهن شروط وأركان؛ ولكن الذي يهمنا هنا معرفة شروط المرهون لكي نتوقف على مدى توافر تلك الشروط في العلامة التجارية.

ويشترط في المرهون ستة شروط:

- ١- أن يكون مالا متفقاً: فلا يصح رهن ما ليس بمال كالميّة، ولا غير المقوم كالخمر.
- ٢- أن يكون موجوداً وقت التعاقد: فلا يصح رهن ما ليس بموجود عند العقد، كرهن الطير الطائر.
- ٣- أن يكون مملوكاً بنفسه للراهن: فلا يصح رهن المباح من صيد ونحوه.
- ٤- أن يكون معلوماً: فلا يصح رهن المجهول لأحد هذين الشيئين.
- ٥- أن يكون مقدوراً على التسلیم: فلا يصح رهن ما يعجز الراهن على تسلیمه كرهن الدين القائم في الذمة.
- ٦- أن يكون المرهون مقبوضاً في يد الدائن المرهن أو عند شخص مؤمن.^٣

وبالنظر إلى شروط المرهون السابقة يتبيّن للباحث أن هذه الشروط تتوافر في العلامة التجارية حيث إنها تمثل قيمة مالية قابلة للتملك، وهي معلومة ومقدورة على تسلیمهما، كما يمكن قبضها؛ لأن كيفية قبض الأشياء تختلف بحسب حالها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضاً لها،^٤ يقول الإمام ابن قدامة رحمه الله: "إن القبض في الرهن كالقبض في البيع والهبة؛ فإن كان منقولاً نقله أو

^١ محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (القاهرة: دار الفضيلة، د.ت)، ص ١٨٨.

^٢ ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٢٣.

^٣ محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري (القاهرة: المكتبة التوفيقية، د.ت)، باب الرهن مرکوب ومحلوب، حديث رقم ٢٥١٢، ج ٢، ص ١٣٢.

^٤ ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٢٤.

^٥ الرحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ص ٨٣؛ ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٣٢.

^٦ الرحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٧، ص ٥١٧٦.

تناوله، وإن كان أحتماناً أو شيئاً خفيفاً يمكن قبضه باليد فقبضه تناوله بما [...] وإن كان الرهن غير منقول كالعقار والثمرة على الشجرة فقبضه التخلية بين مرغنه وبينه من غير حائل.^١

وإذا صرخ رهن العلامة التجارية يتربأ عليه أحکام الرهن الصحيح، منها لزوم الرهن بالنسبة للراهن لا للمرغن، فلا يملك الراهن فسخه، كما يتربأ عليه آثاره والتي منها تعلق الدين بالمرهون، وحق حبس الرهن بالنسبة للمرغن، وامتياز الدائن المرغن يشمن المرهون عن سائر الغراماء، وتسلیم الرهن أو رده عند انتهاء الدين.^٢

وبالرجوع إلى القوانين الوضعية نجد أنها أجازت رهن العلامة التجارية؛ فقد نص قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ سنة ٢٠٠٢م بمصر على أنه "يموز نقل ملكية العلامة أو تقرير أي حق عيني عليها أو الحجز عليها استقلالاً عن المثل التجاري أو مشروع الاستغلال، وذلك وفقاً للقواعد والإجراءات التي تحدها اللائحة التنفيذية لهذا القانون"، ويقول المحامي خاطر لطفي شارحاً لهذا النص: "المالك العلامة التنازل عنها ونقل ملكيتها للغير سواءً بمقابل أو بغير مقابل، كما أن له الحق في رهن العلامة".^٣

خلاصة:

أولاً: النتائج

بعد هذه الرحلة العلمية، نعرض هنا ما توصلنا إليه من نتائج، وهي:

- ١- العلامة التجارية هي كل إشارة أو دلالة مميزة يتخذها الصانع أو التاجر أو مقدم الخدمة لتميز منتجاته أو بضاعته أو خدماته من مثيلاتها التي يصنعها أو يتاجر بها أو يقدمها آخرون.
- ٢- الاسم التجاري هو التسمية التي يطلقها التاجر على متجره لتميزه من غيره من المتاجر المماثلة أو المشابهة له، والعنوان التجاري هو التسمية التي يستخدمها التاجر لتميز نفسه من غيره من التجار، بينما البيانات التجارية فيقصد بها البيانات التي توضع على البضائع لأجل إيضاحها.

^١ ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٣٣.

^٢ انظر، المراجع السابق، ج ٦، ص ٤٢٧٤-٤٢٧٦.

^٣ لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، ص ٢٦٧.

- ٣- إن العالمة التجارية تؤدي وظائف متعددة، منها: أنها تحدد مصدر المنتجات والبضائع والخدمات، وهي ضمان لحماية المستهلكين، كما أنها وسيلة للإعلان عن المنتجات والبضائع والخدمات.
- ٤- تتمثل الشروط الموضوعية اللازم توافرها في العالمة التجارية في شرط الصفة المميزة، وشرط الجدة، وشرط المشروعية.
- ٥- إن العالمة التجارية منفعة ومال من جانب، وهو حق -في الوقت ذاته- من جانب آخر، ولما كانت الحقوق أموالاً يجري فيها الملك والاحتياط والاستثمار، فإن العالمة التجارية إذاً مال ومنفعة، حق وهي قابلة للتملك والتمليك.
- ٦- هناك طريقتان لعملية بيع العالمة التجارية: الأولى، تتم في الغالب بين شركة وشركة أخرى، تشتري الأولى من الثانية العالمة التجارية لبضاعة ما، ويتضمن عقد الشراء تكفل الطرف البائع بتقديم خبراء ومهندسين في تصنيع البضاعة المعروفة بتلك العالمة، فيبيع العالمة التجارية وشرائها على هذه الحالة جائزة شرعاً بشرطين: أحدهما: أن تكون العالمة التجارية مسجلة عند الحكومة بصفة قانونية، والثانى: أن لا يستلزم هذا البيع الالتباس أو الخديعة في حق المستهلكين؛ وأما الطريقة الثانية فهي ما يجري عادة بين بعض التجار أو الشركات التجارية، من شراء العالمة التجارية للسلعة دون أي التزام من البائع بتقديم خبرة أو الكشف عن أسرار الصنعة، فيبيع وشراء العالمة التجارية بهذه الطريقة الثانية عقد باطل لا يوجد أي وجه لصحته بسبب أنه مغرق في الغرر.
- ٧- إن تأجير العالمة التجارية جائزة شرعاً لحاجة الناس إليه؛ وأما الشروط المنصوص عليها بعد التأجير كشرط التقيد بنوع المنتجات أو الخدمات التي تميزها العالمة، فهي شروط لا تخالف مقتضي العقد، ولا تخالف أحكام الشريعة، وبالتالي فهي شروط صحيحة.
- ٨- يجوز رهن العالمة التجارية، لأن شروط المرهون تتوافر في العالمة التجارية؛ حيث إنها تمثل قيمة مالية قابلة للتملك، وهي معلومة ومقدورة على تسليمها، كما يمكن قبضها.

ثانياً: المقررات

بعد الاستقصاء نقدم عدة مقررات وتصانيات، أهمها:

- ١- إن العالمة التجارية موضوع معاصر وشاحن ومثير، ولأجله فمن المستحسن أن يقوم الباحثون بدراسة مرکزة جماعية مقارنة بالقوانين الوضعية.

٢ - لهذا الموضوع جزئيات مهمة لم نر مؤلفاً أو بحثاً أعطى حقها من البحث والدراسة، مثل: عقد الامتياز التجاري (الفرنشايز)، والترخيص التجاري، ولذلك نقترح أن يدلي الباحثون بدلوهم.





المصادر والمراجع

المصادر والمراجع

- ابن أبي الدَّم، إبراهيم بن عبد الله، أدب القضاة (دمشق: دار الفكر، ط٢، ١٩٨٢ م).
- ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد؛ المصنف في الأحاديث والآثار (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٩٩٤ م).
- ابن إدريس، شريف بن أدول، كتمان السر وإفشاءه في الفقه الإسلامي (عمان: دار النفائس، د.ط، ١٩٩٧ م).
- ابن الأثير، مجد الدين بن محمد، جامع الأصول (مكتبة الخلوي، د.ط، ١٩٦٩ م).
- ابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي، تاريخ عمر بن الخطاب، (بيروت: دار المعرفة، ط١، ٢٠٠٤ م).
- _____، زاد المسير في علم التفسير (بيروت: المكتب الإسلامي، ط١، ٢٠٠٢ م).
- ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد، المسند، تحقيق: شعيب الأرناؤوط (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤٢٠ هـ / ١٩٩٩ م).
- ابن العربي، محمد بن عبد الله، أحكام القرآن (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٣، ٢٠٠٣ م).
- ابن المرتضى، أحمد بن يحيى، البحر الزخار الجامعية لمذاهب علماء الأمصار (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠٠١ م).
- ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد الكمال، شرح فتح القدير (الرياض: دار عالم الكتب، د.ط، ٢٠٠٣ م).
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية (بيروت: دار الجليل، ١٥١، ١٩٩٣ م).
- _____، قوانين الأحكام الشرعية (القاهرة: عالم الفكر، ط١، ١٩٨٥ م).
- _____، القياس في الشريعة الإسلامية (المطبعة السلفية ومكتبتها، د.ط، ١٩٦٥ م).
- _____، مجموع الفتاوى (الرباط: مكتبة المعارف، د.ط، ١٩٨١ م).
- ابن جزي، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية (القاهرة: دار الحديث، د.ط، ٢٠٠٥ م).

- ابن حزم، علي بن أحمد، المخلقي (دار الفكر العربي للطباعة والنشر، ط٢٠٠١م).
- ابن رجب، محمد بن علي الحنبلي، القواعد (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢٠٠٨م).
- ابن رشد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتضى (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، ٢٠٠٤م).
- ابن عابدين، محمد أمين صلاح الدين، قرة عيون الأخيار لتكاملة رد المحتار على الدر المختار (باكستان: المكتبة المحمدية، ط٢، ١٩٨٤م).
- _____، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأ بصار (بيروت: دار الفكر، ط١، ١٩٩٥م).
- ابن عبد السلام، عز الدين، قواعد الأحكام في إصلاح الأئم (دار القلم، ط١، ٢٠٠٠م).
- ابن عرفة، محمد بن أحمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، د.ت).
- ابن فرحون، إبراهيم بن علي، تبصرة الحكم في أحوال الأقضية ومناهج الأحكام (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠٠٧م).
- ابن قدامة، عبد الرحمن بن أبي بكر، المغني (بيروت: دار الفكر، د. ط، د.ت).
- ابن كثير، إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم (بيروت: دار الكتاب العربي، ط١، ٢٠٠١م).
- ابن معجوز، محمد، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي (دار الحديث الحسينية، ١٩٨٤م).
- ابن مفلح، محمد المقدسي، الآداب الشرعية والمنح المرعية (مطبعة المنار، ط١، ١٣٤٩هـ).
- ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠٠٣م).
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٩م).
- _____، البحر الرائق: شرح كثر الدقائق (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٧م).
- _____، رسائل ابن نجيم (بيروت: دار مكتبة اللال، ط١، ١٩٨٠م).
- ابن هبل، مهذب الدين أبو الحسن علي بن أحمد بن علي، المختارات في الطب (مطبعة جمعية دائرة المعارف الثقافية، ط١، ١٩٩٢م).

- أبو البصل، عبد الناصر، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون (عمان: دار النفائس، ط١، م٢٠٠٠).
- أبو الريش، محمد إسماعيل، الشهادات دليل من أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي (المدينة: المكتبة العلمية، د.ط، م١٩٨٧).
- أبو العينين، عبد الفتاح محمد، القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي مع المقارنة بقانون الإثبات اليمني (القاهرة: مطبعة الأمانة، ١٩٨٣).
- أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، الحقوق العينية والتبعة (الكويت: جامعة الكويت، د.ط، م١٩٩٣).
- أبو اليزيد، علي الميت، المحاماة في المجتمع الاشتراكي (القاهرة: دار المعارف، د.ط، م١٩٦٤).
- أبو زهرة، محمد، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، م٢٠٠٦).
- _____، الخطابة: أصولها وتاريخها وأزهر عصورها عند العرب (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، م١٩٨٠).
- أبو زيد، بكر عبد الله، الحدود والتعزيرات عند ابن القيم: دراسة وموازنة (الرياض: دار العاصمة، د.ط، م١٩٩٤).
- أبو طالب، خالد محمد، النظام القضائي في المملكة العربية السعودية (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، م١٩٨٤).
- أبو عامر، محمد زكي، الحماية الجنائية للحرابيات الشخصية، (إسكندرية: منشأة المعارف، د.ط، م١٩٧٩).
- أبو فارس، محمد عبد القادر، القضاء في الإسلام (دار الفرقان، د.ط، م١٩٨٤).
- الأبي، الوشتباني، إكمال المعلم شرح صحيح الإمام مسلم (القاهرة: مطبعة السعادة، د.ط، د.ت).
- أرسلان، محمد شكيب، القضاء والقضاة (بيروت: دار الإرشاد، د.ط، م١٩٦٩).
- إسماعيل، محمد حسين، القانون الأردني (عمان: دار عمان، ط٢، م١٩٩٢)، ص ١٨٧.
- الأصبهاني، الراغب، المفردات في غريب القرآن (بيروت: دار المعرفة، د.ط، م١٩٩٩).
- الآلوزي، شهاب الدين محمود، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثانى (المطبعة المنيرية، د.ط، م١٣٤٥).
- الأنصارى، أبو ذكرياء، أسفى المطالب شرح روضة الطالب (القاهرة: مطبعة الميمنة، د.ط، م١٣١٣).

- الباجوري، إبراهيم بن محمد، حاشية الباجوري (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٩٩٧م).
- الباجي، سليمان بن خلف، المتلقى شرح الموطأ (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٩٩م).
- البعناري، عبد العزيز، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي (بيروت: دار الكتاب العربي، د.ط، ١٣٠٨هـ).
- البعناري، محمد بن إسماعيل، الأدب المفرد (القاهرة: مؤسسة المختار، ط١، ٢٠٠٩م).
- _____، الجامع الصحيح، تحقيق: مصطفى ديب (بيروت: دار ابن كثير، واليامة، ط٣، ١٩٨٧م).
- البغدادي، أبو بكر أحمد بن علي الخطيب، تاريخ بغداد (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٧م).
- البغوي، الحسين بن مسعود، شرح السنة (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٩٩٤م).
- البهاري، حب الله، مسلم الثبوت (الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، د.ط، ١٩٤٤م).
- بنتسى، أحمد فتحى، الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي (بيروت: دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٩١م).
- البهوتى، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات (بيروت: عالم الكتب، ط٢، ١٩٩٦م).
- _____، كشاف القناع على متن الإقناع (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٩٨٢م).
- البهي، أحمد عبد المنعم، من طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ت).
- البوطي، محمد سعيد رمضان، قضايا فقهية معاصرة (دمشق: دار الفارابي، ط٥، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م).
- _____، محاضرات في الفقه المقارن (دمشق: دار الفكر، د.ط، ٢٠٠٦م).
- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين، السنن الكبرى (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م).
- التجكاني، محمد الحبيب، النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي (بغداد: دار الشؤون الثقافية العامة، آفاق عربية، د.ت).
- الترمذى، محمد بن عيسى، السنن (المكتبة العصرية للطباعة والنشر، ٦، ٢٠٠٦م).

التفتازاني، مسعود بن عمر سعد الدين، التلويح على التوضيح (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٩٦م).

التهاجري، محمد علي، كشاف اصطلاحات الفنون (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٩٨م).
جاد، سالم السيد، إثبات الدعوى الجنائية بالقرائن في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، (الرياض: دار الوطن).

الجرجاني، علي بن محمد، التعريفات (بيروت: مؤسسة الرسالة، د.ط، ٢٠٠٦م).
الجحاصص، أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٧م).
جمل، سليمان بن عمر، حاشية الجمل على المنهج (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٦م).

ابن القيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، أعلام الموقعين عن رب العالمين (بيروت: دار الجيل، د.ط، ١٩٧٣م).

_____، تهذيب سنن أبي داود (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤١٥هـ).
_____، الطرق الحكيمية في السياسة الشرعية (بيروت: دار الفكر، د.ط، ٢٠٠٥م).
_____، زاد المعاد في هدي خير العباد (بيروت: مؤسسة الرسالة، د.ط، ١٩٨٣م).
الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح (بيروت: دار العلم للملائين، ط٤، ١٩٩٠م).
الجوهري، محمد فائق، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات (جامعة فؤاد الأول، د.ط، ١٩٥١م).
الجويني، عبد الملك بن عبد الله، غياث الأمم في التباث الظلم (بيروت: دار الكتب العلمية، ٢٠٠٣م).

جيرهارت، يوجين، كنوز الحماة، ترجمة: حسن الجداوي، ومحمد عمر (القاهرة: مكتبة النهضة المصرية، د.ط، ١٩٦٧م).

الحاكم، محمد بن عبد الله، المستدرك على الصحيحين (بيروت: دار المعرفة، ط١، ١٩٩٨م).
حجاري، عبد الحي، الإثبات في المواد المدنية (طبعة ١٩٥٧م).
حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات (القاهرة: دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٨٦م).
الخطاب، عبد الرحمن، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (بيروت: دار الفكر، ط٣، ١٩٩٢م).

- الحفناوي، منصور محمد منصور، الوسائل العلمية في ميزان الإثبات الشرعي (القاهرة: مطبعة الأمانة، د.ط، ١٩٩١م).
- الحميدي، عبد الله بن الزبير، مسند الحميدى، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي (بيروت: عالم الكتب، د.ط، ١٣٨٢هـ).
- الحميسي، عبد الرحمن إبراهيم، القضاء ونظامه في الكتاب والسنّة (مكة: جامعة أم القرى، مركز بحوث الدراسات الإسلامية، د.ط، ١٩٨٩م).
- حنا، منير رياض، المسؤلية الجنائية للأطباء والصيادلة في قانون العقوبات (دار المطبوعات الجامعية، د.ط، ١٩٥٠م).
- الحرشى، محمد بن عبد الله، حاشية الحرشى على مختصر سيدى خليل (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٧م).
- الخزرجي، موفق الدين بن أبي أصيبيعة أبو العباس أحمد بن القاسم السعدي، عيون الأنباء في طبقات الأطباء، تحقيق: نزار رضاء (بيروت: دار مكتبة الحياة، د.ط، ١٩٦٥م).
- الخشنى، محمد بن حاريث، قضاة قرطبة (القاهرة: دار الكتب المصرية، د.ط، ١٩٨٩م).
- خلاف، محمد عبد الوهاب، علم أصول الفقه (القاهرة: دار الحديث، د.ط، ٢٠٠٣م).
- الدارقطنى، علي بن عمر، السنن (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ٢٠٠٤م).
- دبور، أنور محمود، القرائن ودورها في الفقه الجنائي الإسلامي (القاهرة: دار الثقافة العربية، د.ط، ١٩٨٥م).
- الدبوني، عامر سامي، المؤسسة العامة للمحاماة (بغداد: مطبعة العاني، د.ط، ١٩٦٥م).
- الدردير، أحمد بن محمد، الشرح الصغير (دار المعارف، د.ط، ١٩٧٢م).
- دروزة، محمد عزة، التفسير الحديث (القاهرة: البافى الحلبي، د.ط، ١٩٦٢م).
- الدرليني، محمد فتحى، حق الابتكار في الفقه الإسلامي (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٩٨٨م).
- الدسوقي، محمد بن أحمد، حاشية الدسوقي (القاهرة: المكتبة العصرية، ط٢، ٢٠٠٣م).
- الدغمى، محمد رakan، حماية الحياة الخاصة في الشريعة الإسلامية (القاهرة: دار السلام، د.ط، ١٩٨٥م).

- الرازي، محمد بن عمر فخر الدين، *مفاتيح الغيب (تفسير الفخر الرازي)*.. (بيروت: دار الفكر، د.ط، ٢٠٠٢م).
- راغب، محمد عطية، *النظرية العامة للإثبات في التشريع الجنائي العربي المقارن* (بيروت: دار المعرفة، ١٩٦٠م).
- الرحبياني، مصطفى السيوطي، *مطالب أولي النهي في شرح غاية المتنبي* (دمشق: المكتب الإسلامي، ط٣، ٢٠٠٠م).
- رسلان، علي، *نظام إثبات الدعوى وأدلتها في الفقه الإسلامي والقانون* (القاهرة: دار الدعوة، د.ط، ١٩٩٦م).
- رضا، محمد رشيد، *تفسير النار* (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٩م).
- الرملي، محمد بن أحمد، *الإثبات في الشريعة الإسلامية* (دمشق: دار المكتبي، د.ط، ١٩٨٨م).
- _____، *الفتاوى الخيرية* (بيروت: دار المعرفة، د.ط، د.ت).
- _____، *نهاية الحاج إلى شرح المنهاج* (بيروت: دار إحياء التراث، ١٩٩٢م).
- _____، *وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية* (دمشق: مكتبة دار البيان، ١٩٨٢م).
- rossi، عمران محمد، *موسوعة الخامنئي العربية* (المؤسسة العربية للدراسات والنشر، د.ط، ١٩٨٣م).
- الزحيلي، محمد مصطفى، *تنظيم القضاء في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية* (دمشق: دار الفكر، د.ط، ١٩٨٢م).
- الزحيلي، وهبة، *الفقه الإسلامي وأدلته* (دمشق: دار الفكر، ط٤، ١٤١٨/٥١٩٩٧م).
- _____، *المعاملات المالية المعاصرة* (دمشق: دار الفكر، ط١، ١٤٢٣/٥٢٠٠٢م).
- الزرقا، أحمد مصطفى، *ال فعل الضار والضمان عليه* (دمشق: دار القلم، د.ط، ١٩٨٨م).
- _____، *المدخل الفقهي العام* (دمشق: دار القلم، د.ط، ١٩٩٨م).
- الزرقاني، محمد بن عبد الباقي، *شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك* (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط١، ١٩٩٧م).
- زغلول، أحمد فتحي، *المحاماة* (القاهرة: مطبعة المعارف، د.ط، د.ت).
- زيدان، عبد الكريم، *أصول الدعوة* (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ٢٠٠٠م).

- ، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٣، ٢٠٠٢م).
- الريلigiي، عبد الله بن يوسف، نصب الراية تخريج أحاديث الهداية (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، ٢٠٠٢م).
- الريلigiي، عثمان بن علي بن محجن، تبيان الحقائق (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٠م).
- زين الدين، صلاح، شرح التشريعات الصناعية والتجارية (عمان: الدار العلمية الدولية، ط١، ٢٠٠٣م).
- ، المدخل إلى الملكية الفكرية (عمان: دار الثقافة، ط١، ٢٠٠٤م).
- ، الملكية الصناعية والتجارية (عمان: دار الثقافة، ط١، ١٩٩٩م).
- السجستاني، سليمان أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق: محمد عبد العزيز الخالدي (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م).
- السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠٠٩م).
- سرور، أحمد فتحي، الحماية الجنائية لأسرار الفرد في مواجهة النشر (دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٩١م).
- ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية (القاهرة: دار النهضة العربية القاهرة، د.ط، ١٩٨١م).
- سلامة، أحمد كامل، الحماية الجنائية للأسرار المهنية (القاهرة: مطبعة جامعة، د.ط، ١٩٨٨م).
- سلامة، مأمون، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، ١٩٧٧م).
- سليمان، عبد الحميد أحمد، الحكومة والقضاء في الإسلام (القاهرة: مكتبة التراث الإسلامي، د.ط، ١٩٨٤م).
- السمرقندi، محمد بن أحمد علاء الدين، تحفة الفقهاء (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠٠٠م).
- السماني، علي بن محمد، روضة القضاة وطريق النجاة (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٩٨٤م).
- السنهاوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٨٢م).
- الشافعى، محمد بن إدريس، الأُم (دار الغد العربي، ط١، ١٩٩٠م).
- شبارو، عصام محمد، القضاء والقضاء في الإسلام (بيروت: دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٨٢م).

- شبير، محمد عثمان، **المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي** (عمان: دار النفائس، ط٤، ٢٠٠١/٥١٤٢٢).
- الشربيني، محمد بن محمد، **معنى الحاج إلى معرفة معاني ألفاظ النهاج** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٤م).
- الشرقاوي، جليل، **الإثباتات في المواد المدنية** (دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٨٢م).
- الشريف، عبد السلام محمد، **المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي** (بيروت: دار الغرب الإسلامي، د.ط، ١٩٨٦م).
- شلتوت، محمود، **الإسلام عقيدة وشريعة** (القاهرة: دار الشروق، ط١٧، ١٩٩٧م).
- الشوكياني، محمد بن علي، **السيل الجرار** (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٨٥م).
- _____، **نيل الأوطار** (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٩م).
- شيخ زاده، عبد الرحمن بن محمد، **مجمع الأئم شرح ملتقى الأئم** (إسطنبول: عدة نصريات، د.ط، ١٩٩١م).
- الشيرازي، إبراهيم بن علي أبو إسحاق، **التبصرة في أصول الفقه** (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٩٨٣م).
- الشيرازي، إبراهيم بن علي أبو إسحاق، **المذهب في فقه الإمام الشافعي** (القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، د.ط، د.ت).
- الشهيد، عمر بن عبد العزيز، **شرح أدب القاضي** (إسلام آباد: إدارات تحقیقات إسلامی، ط١، ١٩٨٧م).
- صالح، نائل عبد الرحمن، **حماية المستهلك في التشريع الأردني** (عمان: زهران للنشر، ط١، ١٩٩١م).
- صرخوه، يعقوب يوسف، **النظام القانوني للعلامات التجارية** (الكويت: ذات السلسل، ط١، ١٩٩٣م).
- الصناعي، عبد الرزاق، **المصنف**، (بيروت: منشورات المجلس العلمي، د.ط، ١٩٧٠م).
- الصناعي، محمد بن إسماعيل، **سبل السلام** (مكة: مكتبة نزار مصطفى الباز، ط٢، ٢٠٠٤م).
- الطبراني، سليمان بن أحمد، **كتاب الدعاء** (دار البشائر الإسلامي، د.ط، ١٩٨٧م).

- الطبرى، أبو جعفر محمد بن جرير، *جامع البيان عن تأويل القرآن* (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، ١٩٩٩م).
- الطاووى، أحمد بن محمد أبو جعفر، *اختلاف الفقهاء* (الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، د.ط، ١٩٧٢م).
- الطرابىسى، علاء الدين، *معين الحكم فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام* (القاهرة: مصطفى البابى الحلى، د.ط، ١٩٧٣م).
- الطرifi، ناصر بن عقيل بن جاسر، *المرافعات الشرعية* (الرياض: ط١، ١٩٨٥م).
- طلفاح، خير الله، *القضاء عند العرب* (بغداد: مطبعة المعارف، د.ط، ١٩٧٣م).
- عارف، علي عارف، *البصمة الجنائية ودورها في الإثبات الجنائي* (كوالالمبور: دار التجديد، ط١، ٢٠٠٢م).
- _____، *تولي المرأة منصب القضاء بين ثراثنا الفقهي والواقع المعاصر* (كوالالمبور: دار التجديد، د.ط، ١٩٩٩م).
- _____، *القرائن ومدى حجيتها في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة* (كوالالمبور: دار التجديد، ط١، ١٤٢٢/٢٠٠٢م).
- عالیة، سمير، *القضاء والعرف في الإسلام* (بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط١، ١٩٨٦م).
- العاني، محمد شفيق، *أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي* (بغداد: مطبعة الإرشاد، د.ط، ١٩٦٥م).
- العابدی، عبد السلام داود، *الملكية في الشريعة الإسلامية* (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ٢٠٠٠م).
- عبد المنعم، محمود عبد الرحمن، *معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية* (القاهرة: دار الفضيلة، د.ت).
- عبيد، رؤوف، *جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال* (القاهرة: دار الفكر العربي، ط٨، ١٩٨٥م).
- _____، *مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري* (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، ١٩٧٦م).
- عثمان، محمد رافت، *النظام القضائي في الفقه الإسلامي* (الكويت: مكتبة الفلاح، ط١، ١٩٨٩م).
- عدي، خليل، *اعتراف المتهم فقها وقضاء* (القاهرة: دار الكتب القانونية، د.ط، ١٩٩٦م).

- عزام، عبد العزيز محمد، **النظام القضائي في الإسلام** (القاهرة: المؤسسة العربية الحديثة، د.ط، م١٩٨٨).
- عزام، عبد الله، **العقيدة وأثرها في بناء الجيل** (صنعاء: مكتبة الجيل الجديد، د.ط، م١٩٩٢).
- عزرايزه، عدنان حسن، **حجية القرآن في الشريعة الإسلامية** (عمان: دار عمار للنشر، م١٩٩٠).
- العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، **الإصابة في تمييز الصحابة**، تحقيق: علي محمد البحاوي (بيروت: دار الجيل، ط١، م١٩٩٢).
- _____، **تلخيص الحبير في تحرير أحاديث الرافعي الكبير** (بيروت: الكتب العلمية، د.ط، م١٩٩٨).
- _____، **فتح الباري شرح صحيح البخاري** (القاهرة: دار الحديث، د.ط، م٢٠٠٤).
- عطية، جمال الدين، **تجديد الفقه الإسلامي** (بيروت: دار الفكر المعاصر، د.ط، م٢٠٠٠).
- عظيم آبادي، محمد شمس الحق، **عون المعبود** (عمان: بيت الأفكار الدولية، د.ط، م٢٠٠٤).
- علاء الدين، معين الحكم فيما يتعدد بين الخصمين من الأحكام (دار الفكر الإسلامي الحديث، د.ط، م٢٠٠٠).
- عليان، شوكت، **السلطة القضائية في الإسلام** (الرياض: دار الرشيد، ط١، م١٩٨٢).
- عنيسي، أحمد بن قاسم، **الناج المنهب في أحكام المنهب** (صنعاء: دار الحكمة اليمنية، د.ط، م١٩٩٣).
- العوا، محمد سليم، **أصول النظام الجنائي الإسلامي: دراسة مقارنة** (القاهرة: دار المعارف، ط٢، م١٩٨٣).
- عنيي، بدر الدين محمود بن أحمد، **البنية في شرح الهدایة** (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، م٢٠٠٠).
- عنيي، بدر الدين محمود بن أحمد، **عمدة القاري شرح صحيح البخاري** (بيروت: دار الفكر، د.ط، م٢٠٠٢).
- غانم، إسماعيل، **النظريّة العامّة للحق** (القاهرة: مكتبة سيد عبد الله وهبة، د.ط، م١٩٥٨).
- الغزالى، أبو حامد عبد الرحيم بن حسين، **إحياء علوم الدين للغزالى** (القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، م١٩٣٩).
- _____، **المستصفى** (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، م٢٠٠٠).

- غمام، محمد غنام، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام (القاهرة: جامعة المنصورة، د.ط، ١٩٨٨م).
- الفاسي، محمد بن أحمد، شرح محمد ميارا على تحفة ابن العاصم (المطبعة المصرية، د.ط، ١٣١٥هـ).
- الفائز، إبراهيم، الإثبات بالقرائن (الرياض: المكتب الإسلامي، د.ت).
- الفiroزآباد، محمد بن يعقوب، القاموس الخيط (بيروت: دار إحياء التراث، د.ط، ٢٠٠٣م).
- ابن فارس، أحمد الرازي، معجم مقاييس اللغة (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م).
- الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير (بيروت: مكتبة لبنان، ط ١، ١٩٨٧م).
- القاسمي، عبد الرحمن عبد العزيز، الإثبات والتوثيق أمام القضاء: بحث فقهي قانوني مقارن (القاهرة: مطبعة السعادة، د.ط، ١٩٨٢م).
- _____، مدى حق ولي الأمر في تنظيم القضاء وتقييده (القاهرة: مطبعة السعادة، د.ط، د.ت).
- القاسمي، ظافر، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي (عمان: دار النفائس، د.ط، ١٩٨٣م).
- قراءة، علي، الأصول القضائية في المرافعات الشرعي (القاهرة: مطبعة النهضة، ط ٢، ١٩٢٥م)، ص ٢٧٤.
- القرافي، أحمد بن إدريس، أنوار البروق في أنواع الفروق (القاهرة: مطبعة إحياء الكتب العربية، ط ١، ١٣٤٦هـ).
- القرافي، شهاب الدين أبو العباس، هذیب الفروق بهامش الفروق (علم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٩٨م).
- _____، الفروق (الرياض: دار عالم الكتب، د.ط، ٢٠٠٣م).
- القرطي، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، (بيروت: دار الكاتب المصرية، د.ط، ١٩٦٧م).
- القرزوني، محمد بن يزيد بن ماجة، السنن (المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، ٢٠٠٦م).
- القطسطلاني، أحمد بن محمد، إرشاد الساري شرح صحيح البخاري (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٩٩٠م).
- القضاة، مفلح عواد، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن (عمان: دار الثقافة، ط ٢، ٢٠٠٤م).

- قلعة جي، محمد رواس، وحامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء (بيروت: دار النفائس، ط١، ١٩٨٥م).
- القلبي، سبيحة، القانون التجاري (القاهرة: دار النهضة العربية، د.ط، د.ت).
- القلبي، شهاب الدين، حاشية قلبي (بيروت: دار إحياء الكتب العربية).
- القلبي، عميرة، حاشيتنا قلبي وعميرة على منهاج الطالبين (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، د.ت).
- القنوجي، صديق حسن خان، الروضة الندية (بيروت: دار ابن حزم، ط١، ٢٠٠٣م).
- الكاساني، سعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (القاهرة: المطبعة الجمالية، ط١، ١٩٠١م).
- الكافى، محمد بن يوسف، أحكام الأحكام على تحفة الحكم (القاهرة: دار الفكر، د.ط، ١٩٩٠م).
- كرزون، أحمد حسن، الخماماة: رسالة وأمانة (بيروت: دار ابن حزم، د.ط، ١٩٩٣م).
- الكسواني، عامر محمد، الملكية الفكرية (عمان: دار الجيب، ط١، ١٩٩٨م).
- الكمشميري، محمد أنور شاه، فيض الباري في شرح صحيح البخاري (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط١، ٢٠٠٥م).
- كثيرة، حسن، المدخل إلى علم القانون (الإسكندرية: منشأة المعارف، ط٥، ١٩٧٣م).
- لاشين، موسى شاهين، فتح المنعم شرح زاد المسلم فيما اتفق عليه البخاري ومسلم للشنقيطي (القاهرة: مكتبة الجامعة الأزهرية، د.ط، ١٩٧٠م).
- لجعلى، عبد الله البخاري، قانون الإثبات (الخرطوم: دار الخرطوم للنشر، ١٩٨٤م).
- لطفي، خاطر، موسوعة حقوق الملكية الفكرية (القاهرة: شركة ناس للطباعة، د.ت).
- الكتنوى، عبد الحي، الرفع والتكميل في الجرح والتعديل، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة (القاهرة: دار السلام، ط٦، ٢٠٠٠م).
- الليثى، يحيى بن يحيى، موطأ مالك برواية يحيى (دار الغرب الإسلامي، د.ط، ١٩٩٧م).
- مالك، أبو عبد الله بن أنس، الموطأ (القاهرة: المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، د.ط، ١٩٦٧م).
- مالك، أبو عبد الله بن أنس، الموطأ مع شرح الزرقاني (بيروت: دار المعرفة، د.ط، ١٩٧٨م).
- الماوردي، علي بن محمد، الأحكام السلطانية (القاهرة: دار الحديث، ط٢، ٢٠٠٦م).

- أدب القاضي (بغداد: مطبعة العان، د.ط، ١٩٧٢م).
- الحاوي الكبير (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٩م).
- متقي، علي عبد الملك، كفر العمال (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٨م).
- المحصاني، صبحي، تراث الخلفاء الراشدين في الفقه والقضاء (بيروت: ١٩٨٣، دار العلم للملايين).
- محمد، مشهور حسن، الخاتمة تاريخها في النظم و موقف الشريعة الإسلامية منها (عمان: دار الفيحاء، د.ط، ١٩٨٧م).
- مذكور، محمد سلام، القضاء في الإسلام (القاهرة: دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٦٤م).
- المرداوي، علي بن سليمان، الإنصاف (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٩٧م).
- المرصافي، حسن صادق، ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية، (القاهرة: معهد البحث والدراسات العربية د.ط، ١٩٧٢م).
- مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج، الصحيح (بيروت: دار الجليل، د.ط، د.ت..).
- المصري، محمد عبد الغني، أخلاقيات المهنة (عمان: مكتبة الرسالة الحديثة، د.ط، ١٩٨٦م).
- مصطففي، خليل، محاضرات في القانون التجاري الأردني (عمان: دار مجداوي، ط١، ١٩٨٥م).
- مصطففي، محمود، الإثبات في المواد الجنائية (القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة).
- المقدسي، عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني شرح مختصر الخرقى (بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤٠٣/٥ ١٩٨٣م).
- المنوري، عبد العظيم بن عبد القوي، الترغيب والترهيب (الرياض: مكتبة المعارف، ط١، ٢٠٠٣م).
- منصور، محمد حسين، ضمان صلاحية البيع للعمل مدة معقولة (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، د.ت).
- منصور، مصطفى، المدخل للعلوم القانونية (بيروت: دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٧٢م).
- المنعم أحمد، فؤاد عبد، وأخرون، الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي (الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، د.ط، ١٩٩٢م).
- المنهاجي، محمد أحمد، جواهر العقود وروضه القضاة والموقعين والشهود (القاهرة: مطبعة السنة الحمدية، القاهرة، ط١، ١٣٧٤هـ).
- ال Müdودي، أبو الأعلى، الإسلام في مواجهة التحديات (الكويت: دار العلم، د.ط، ١٣٩٨هـ).

-
- ، حقوق الزوجين: دراسة نقدية لقانون الأحوال الشخصية، تعریب:
أحمد إدريس (المختار الإسلامي، ط٤، ١٩٥٢م).
- ال媦ودي، أبو الأعلى. نظرية الإسلام وعديه (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٣٨٩هـ).
- الموصلي، أحمد بن علي أبو يعلى، مسنن أبي يعلى (بيروت: دار المعرفة، ط١، ٢٠٠٥م).
- الموصلي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليق المختار (القاهرة: مطبعة السعادة، ط١، ١٩٥٠م).
- ناصيف، إلياس، موسوعة العقود المدنية والتجارية (مكتبة صادر، د.ط، ١٩٩١م).
- الناهي، صلاح الدين عبد الطيف، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية (عمان: دار الفرقان، ط١، ١٩٨٣/٥١٤٠٣هـ).
- النسائي، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن، السنن (بيروت: مكتب المطبوعات الإسلامية، ط٢، ١٤٠٦هـ).
- نظام، المهام مولانا الشيخ، الفتاوى الهندية (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٠م).
- النووي، حمي الدين بن شرف، الأذكار (القاهرة: دار الفجر للتراث، ط١، ٢٠٠٣م).
- ، روضة الطالبين (بيروت: دار ابن حزم، ط١، ٢٠٠٢م).
-
- ، الجموع شرح المذهب (بيروت: دار الفكر الإسلامي الحديث، ط١، ٢٠٠٠م).
-
- ، الجموع شرح المذهب، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وأخرون
(بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٣/٥٢٠٠٢م).
-
- ، منهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط٣، ١٣٩٢هـ).
- هاشم، محمود محمد، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية (الرياض: عمادة شؤون المكتبات، د.ط، ١٩٨٨م).
- هريدي، أحمد، الفتاوى الإسلامية (القاهرة: دار الإفتاء المصرية، د.ط، د.ت).
- الميتمي، علي بن أبي بكر، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٨٨م).
- يجي، عبد الودود، دروس في قانون الإثبات (دار النهضة العربية، ١٩٧٠م).
- الموسوعة الفقهية (الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٩٩٨م).



هذا الكتاب

لقد أفرز هذا العصر مئات المسائل والقضايا والمشكلات، وهذه المستجدات تحتاج كلها من المنظور الإسلامي إلى إبداء الرأي من جانب الفقهاء لبيان ما هو مشروع وما هو غير مشروع، وبيان البديل التي تتحقق المقصود، ولا تتناقض مع أصول الشريعة وكلياتها ومقاصدها، ولا يتم هذا إلا بالتجدد في الاجتهد لتقدم الحلول الشرعية لل المشكلات بناء على مراعاة المصالح وال حاجات. لذا ينبغي تقويم الواقع بقيم الشريعة وذلك بالنظر في قضايا المجتمع و مشكلاته، وسبل معالجتها من منظور الشريعة، وتزييل الأحكام على الواقع من خلال المعاناة والمشكلات التي يعيشها المسلمون.

ينطلق المؤلف من أن الاجتهد ينبغي له أن يستمر في جميع مجالات الحياة، لتحقيق خلود الشريعة، وإثبات قدرها على النمو والامتداد، والاستجابة لجميع التغيرات والمستجدات، وتحريك العقول الإسلامية للتفكير، والنظر، والاستنباط؛ حيث هذه الآراء لا تخرج عن كوكها اجتهاداً قابلاً للنظر، والتجدد، والتعديل، والإضافة.

المؤلف في سطور

الأستاذ الدكتور عارف القره داغي



* عراقي متخصص في الفقه المقارن.

* حاصل على درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة بغداد،

عام ١٩٩٢ م.

* يعمل أستاذاً بالجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا.

IIUM Press

International Islamic University Malaysia
P.O. Box 10, 50728 Kuala Lumpur Malaysia
Tel: +603-6196 5014
Fax: +603-6196 4862
E-mail: rescentre@iium.edu.my
Website: <http://research.iium.edu.my>

ISBN 978-967-5272-99-8



9 789675 272998 >