

سلسلة بحوث في قضايائنا المعاصرة ③

بحوث في

القضاء الإسلامي

- القرآن ومدى حجيتها في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة
- قضاء القاضي بعلمه الشخصي - دراسة مقارنة
- الوكالة بالخصومة "المحاماة" بين المانعين والمجيزين في الفقه الإسلامي المعاصر
- الضوابط الشرعية لممارسة مهنة المحاماة
- الصوت والصوتة ومدى الاعتداد بهما في الإلزام الجنائي - رؤية إسلامية

تأليف

عارف عالي في عارف القره داغجي



دار الكتب العلمية

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah

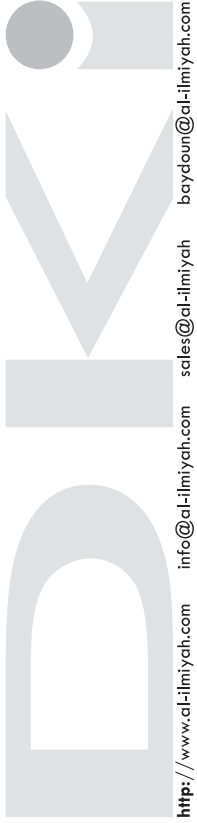
DKI

أسستها محمد رشيد بيطرس سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban



الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا للنشر

IUM press



http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

الكتاب : بحوث في القضاء الإسلامي

Title : **BUḤŪṬ
FĪ AL-QADĀ' AL-ISLĀMĪ**

التصنيف : فقه

Classification: Jurisprudence

المؤلف : عارف علي عارف القره داغي

Author : Aref Ali Aref al-Qorrah Daghi

الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت
الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا للنشر

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut
IUM press

Pages	272	عدد الصفحات
Size	17* 24 cm	قياس الصفحات
Year	2012 A.D. -1433 H.	سنة الطباعة
Printed in :	Lebanon	بلد الطباعة : لبنان
Edition : 1 st		الطبعة : الأولى



الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا للنشر

IUM press

Exclusive rights by © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beirut-Lebanon No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement réservés à © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beyrouth-Liban Toute représentation, édition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procédés, en tous pays, faite sans autorisation préalable signée par l'éditeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت-لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً .

**Dar Al-Kotob
Al-ilmiyah**

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: +961 5 804810/11/12
فاكس: +961 5 804813
ص:ب: 11-9424 بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت 11072290



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله الأمين،
وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه، 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 البدائل التي تحقق
المقصد، ولا تتناقض مع أصول الشريعة وكلياتها ومقاصدها، ولا يتم هذا
إلا بالتجديد في الاجتهاد لتقديم الحلول الشرعية للمشكلات بناء على
مراعاة المصالح والحاجات. لذا ينبغي تقويم الواقع بقيم الشريعة وذلك
بالنظر في قضايا المجتمع ومشكلاته، وسبل معالجتها من منظور الشريعة،
وتنزيل الأحكام على الوقائع من خلال المعاناة والمشكلات التي يعيشها
المسلمون.

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

وأخيراً أحمد الله تعالى على توفيقه وتيسيره إخراج هذا الكتاب،

وأدعو الله تعالى أن ينفع به كل باحث، ومريد للخير، وأن ينفع به كاتبه وقارئه والحمد لله أولاً وآخراً، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه، والحمد لله رب العالمين.

عارف علي عارف القره داغي

25 ذو القعدة 1431هـ / 01 نوفمبر 2010م

كوالالمبور - ماليزيا



(1) أصل المقال كتاب تحت عنوان: القرائن ومدى حجيتها في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة (كوالامبور: دار التجديد، ط 1، 1422هـ/2002م)، في 180 صفحة.

تمهيد

كُلَّمَا نَقَّبَ الْإِنْسَانَ فِي آفَاقِ الْفِقْهِ وَكُتُبِ الْفُقَهَاءِ الْمُسْلِمِينَ، اَزْدَادَ إِيمَانًا بِخُلُودِ شَرِيعَةِ الْإِسْلَامِ فِي تَنْظِيمِ الْحَيَاةِ، وَسَلَامَةِ الْفِكْرِ الْإِسْلَامِيِّ، وَعَبْقَرِيَّةِ الْفُقَهَاءِ، وَعَظَمَةِ الْفِقْهِ الَّذِي لَا تَقْتَصِرُ أَحْكَامُهُ عَلَى الدَّلِيلِ النَّقْلِيِّ مِنَ الْقُرْآنِ وَالسُّنَّةِ فَحَسَبٍ، وَإِنَّمَا تَتَغَلَّغَلُ فِي أَعْمَاقِ الْعَقْلِ الْإِنْسَانِيِّ لِتَجِدَ لَهَا مَا يُؤَيِّدُهَا وَيُدْعِمُهَا حَتَّى الْيَوْمِ، وَيَسَانِدُهَا مِنْ أَجْلِ التَّطْبِيقِ الْعَمَلِيِّ، وَيَشِدُّ أَرْزَاقَهَا لِلنُّهُوضِ مِنْ جَدِيدٍ فِي حُكْمِ الْعِلَاقَاتِ الْاجْتِمَاعِيَّةِ الْمَتَكَرِّرَةِ يَوْمِيًّا بَيْنَ الْأَفْرَادِ⁽¹⁾، وَلِتَحْقِيقِ الْعَدَالَةِ فِي سَاحَاتِ الْقَضَاءِ، وَفِي الْخُصُومَاتِ بَيْنَ النَّاسِ، وَإِعْطَاءِ كُلِّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ.

وَقَدْ أَمَرَ الْحَقُّ تَعَالَى النَّاسَ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ، فَقَالَ سُبْحَانَهُ: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ [النحل: 90]، وَجَعَلَ الْعَدْلَ أَمَانَةً يَجِبُ أَنْ تُوَدَى إِلَى أَهْلِهَا، وَأَنْ يَحْكَمَ بَيْنَ النَّاسِ بِالْعَدْلِ، وَأَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى بِالْعَدْلِ أَمْرًا شَامِلًا لِكُلِّ مَا يُؤَدِي إِلَى إِثْبَاتِ الْحَقِّ، وَكَشْفِ الْحَقَائِقِ.

وتعد القرائن عند جُمهُور كبير من العلماء والباحثين والمختصين - من بين طرق الحكم - إحدى تلك الوسائل المهمّة في الإثبات في ساحات القضاء، لما لها من مساس مباشر بواقع النَّاسِ وحياتهم، ولخطورة دورها في نشر العدل ومحاربة الظُّلم والطُّغيان، وفصل الخُصُومَاتِ والمُنَازَعَاتِ بَيْنَ النَّاسِ، وَإِعْطَاءِ كُلِّ ذِي حَقِّ حَقَّهُ، حِمَايَةً لِلأَفْرَادِ وَالْمَجْتَمَعِ، وَقَدْ نَالَ هَذَا الْمَوْضُوعُ اِهْتِمَامَ الْفُقَهَاءِ قَدِيمًا وَحَدِيثًا.

وَمِمَّا يُدَلُّ عَلَى أَهْمِيَّتِهَا أَنَّ صَاحِبَ الْحَقِّ قَدْ يَعْجُزُ عَنِ إِثْبَاتِ حَقِّهِ بِطَرِيقَةٍ

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (بيروت: دار الفكر، ط 4، 1997م)، ج 6، ص 9 (بتصرف).

من طرق الإثبات الأخرى المقرر شرعاً، وهي:

الإقرار والشهادة واليمين والكتابة، فيضطر لإثباتها بالقرائن، وإلا ضاع حقه⁽¹⁾؛ لأن الجاني قد يحاول الإفلات، ولن يعدم إلى ذلك سبيلاً، ومن هنا كان لزاماً على القاضي أن يتوخى الحق ويجتهد في استنباطه، خاصة أن من القضايا ما يكون أساسه التلفيق المحكم، فلو لم يكن لدى القاضي من الوسائل ما يمكنه من كشف ذلك التلفيق لوقع تحت طائلة العقاب كثير من الأبرياء، وأدينوا من غير ذنب. فالقاضي يتوصل بالأدوات والوسائل الشرعية ما يمكنه أن يسوق إلى معرفة الجناة، والكشف عن هويّتهم.

ومما يعين على ذلك، القرائن التي تحيط بالقضية، فإن لها فوائد كبرى، ولها دلالتها ومنزلتها في مراحل التحقيق والدعوى، للمحقق والقاضي.

الأمر الذي لزم معه البحث عن منزلة القرائن بين أدلة الإثبات في ميزان الشرع الإسلامي، وبخاصة في الأمور الجنائية وإلقاء الضوء عليها وبذل الجهد في الوقوف على حكم العمل بها، ومدى مشروعيتها اللجوء إليها، والكشف عن مكانها بين وسائل الإثبات الشرعي، سواء في إدانة المجرم، أم في تبرئة البريء.

والقصد من وراء ذلك كله دحض المفتريات والمزاعم التي تُروج بأن الدراسات الفقهية الشرعية في مجال الإثبات قد وقفت عاجزة قاصرة، خاصة في دائرة القرائن، بل وعن الإنجازات التي تحققت في هذا المجال⁽²⁾، وسوف نبين الدور الهام الذي أنيط بالقرائن في الفقه الإسلامي.

وما أروع ما قاله ابن القيم عند حديثه عن القرائن والأمارات؛ إذ يقول رحمه الله: "فهذه مسألة كبيرة، عظيمة النفع، جليلة القدر، إن أهملها الحاكم أو

(1) أنور محمود دبور، القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي (القاهرة: دار الثقافة العربية، د.ط، 1985م)، ص 3.

(2) منصور محمد منصور الحفناوي، الوسائل العلمية في ميزان الإثبات الشرعي (القاهرة: مطبعة الأمانة، د.ط، 1991م)، ص 7.

الولي أضع حقاً كثيراً، وأقام باطلاً كبيراً، وإن توسع وجعل معوله عليها دون الأوضاع الشرعية وقع في أنواع الظلم والفساد"⁽¹⁾.

ويقول أيضاً: "والحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات ودلائل الحال، ومعرفة شواهد، وفي القرائن الحالية والمقالية، كفقهاء في جزئيات وكليات الأحكام، أضع حقوقاً كثيرة على أصحابها، وحكم بما يعلم الناس بطلانه، ولا يشكون فيه، اعتماداً منه على نوع ظاهر ولم يلتفت إلى باطنه وقرائن حاله"⁽²⁾.

لذلك فليس من العدل والحكمة فتح الباب على مصراعيه لكل قرينة حتى يحكم بمقتضاها.

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

وقد كان موضوع القرائن موضع اهتمام فريق من العلماء أمثال: ابن القيم في كتابه الطُّرُق الحكمية، وابن فرحون المالكي في كتابه تبصرة الحُكَّام، وعلي بن خليل الطرابلسي الحنفي في كتابه لسان الحُكَّام في معرفة الأحكام.

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

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

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

(1) محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (بيروت: دار الفكر، د.ط، 2005م)، ص 3.

(2) المصدر السابق، ص 3.

وساحات القضاء.

هذه القرائن في مجال التَّحقيقات الجنائيَّة قد مكَّن المحققين من الوصول إلى إدانة الجاني، وتبرئة ساحة البريء إلى حدِّ كبير، وخاصَّةً أنَّ العُلوم الحديثة قد استحدثت قرائن جديدة في مجال الإثبات.

التَّعريف بالقرائن

القرائن لغةً: جمعٌ، ومفرده قرينة، وهي فعيلة مأخوذة من المقارنة بمعنى المصاحبة، وقرنت الشيء بالشيء وصلته به، والقرين: المصاحب، والقرينة أمر يشير إلى المقصود، والعلامة الدالَّة على شيء مطلوب⁽¹⁾.

والقرائن اصطلاحاً: بمعنى الأمانة والعلامة؛ إذ يلزم من العلم بها الظنُّ بوجود المدلول.

وهي كُلُّ أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه⁽²⁾؛ لأنَّها مقارنة للحق، أي مصاحبة له في أغلب الأحوال.

فالقرينة نتيجة تستنبط أو تستخلص من الوقائع المعلومة لمعرفة واقعة مجهولة، لذلك فهي أدلة غير مباشرة.

ومتى ثبتت القرينة كمرحلة أولى، أمكن إثبات مصدر الحق بتلك القرينة كمرحلة ثانية⁽³⁾.

(1) إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح (بيروت: دار العلم للملايين، ط 4، 1990م)، ج 6، ص 2181؛ محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط (بيروت: دار إحياء التراث، د.ط، 2003م)، ج 4، ص 358؛ أحمد الرازي بن فارس، معجم مقاييس اللغة (بيروت: دار الفكر، د.ط، 1399 هـ/1979م)، ج 5، ص 76؛ الراغب الأصبهاني، المفردات في غريب القرآن (بيروت: دار المعرفة، د.ط، 1999م)، ص 10؛ علي بن محمد الجرجاني، التعريفات (بيروت: مؤسسة الرسالة، د.ط، 2006م)، ص 152.

(2) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 6، ص 782.

(3) محمد علي التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 1998م)، ج 1، ص 72، ج 2، ص 1053؛ عبد الرّحمن عبد العزيز القاسم، الإثبات والتوثيق أمام

والبَيِّنَةُ والدلالة والحُجَّةُ والبرهان والآية والتبصرة والعلامة والأمانة كُلُّهَا ألفاظ متقاربة المعنى، وذات صلة بلفظ القرائن⁽¹⁾.

وَقَدْ ورد تعريف القرينة في المادة 1741 من مجلة الأحكام العدلية بأنَّها: الأمانة البالغة حَدَّ اليقين.

ومن الجدير بالذكر أَنَّ الفُقهاء المتقدمين لم يذكروا تعريفاً للقرينة يميِّزها من غيرها من طُرُق الإثبات الأخرى، فإنَّهم عدُّوها ضمن البيِّنات التي توصل إلى كشف الواقعة، ويبان مرتكبها من عدمه، أو أَنَّ القرينة عندهم ليست بيِّنَةً مستقلة كالإقرار أو الشَّهادة⁽²⁾.

أَمَّا معنى القرينة عند القانونيين:

فَلَا يختلف كثيراً عن معناها المتقدم لدى الفُقهاء؛ فالقانونيون يعرفون القرينة بتعريفات عدَّة، وإن كانت كُلُّها تتوافق في مؤداها.

فَقَدْ عرَّفوها بأنَّها: استنتاج الواقعة المطلوبة إثباتها من واقعة أخرى قام عليها دليل الإثبات. فهي الاستنتاجات التي يستخلصها القانوني أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة⁽³⁾، ومن ثَمَّ فتعد القرائن، خاصَّة القضاية منها

القضاء: بحث فقهي قانوني مقارن (القاهرة: مطبعة السعادة، د.ط، 1982م) ص 21؛ أحمد مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام (دمشق: دار القلم، د.ط، 1998م)، ج 2، ص 918؛ إبراهيم بن علي بن فرحون، تبصرة الحكام في أحوال الأقضية ومناهج الأحكام (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 2007م)، ج 1، ص 302؛ ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، ص 97؛ علاء الدين الطرابلسي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام (القاهرة: مصطفى البابي الحلبي، د.ط، 1973م) ص 161.

(1) ابن القيم، الطرق الحكمية، ص 4.

(2) الحفناوي، الوسائل العلمية في ميزان الإثبات الشرعي، ص 73.

(3) محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ص 487، بند 521؛ عبد المنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد الجنائية، فقرة 218؛ محمود مصطفى، الإثبات في المواد الجنائية (القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة) ص 19؛ سالم السيد جاد، إثبات الدَّعوى الجنائية بالقرائن في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، (الرياض: دار الوطن) ص 44.

من أدلة الإثبات غير المباشرة؛ إذ لا ينصب الإثبات فيها على الواقعة محل التداعي مباشرة، وإنما على واقعة أخرى بديلة، ويكُون من شأن ثبوتها أن يجعل قيام الواقعة الأصلية أو نفيها أمراً محتملاً، وذلك بحكم اللزوم العقلي⁽¹⁾.

وقد عرّفت محكمة النقض المصرية القرينة بأنها: استنباط أمر مجهول من واقعة ثابتة، بحيث إذا كانت هذه الواقعة محتملة وغير ثابتة بيقين فإنها لا تصلح مصدرًا للاستنباط⁽²⁾.

وعرّفها آخرون بأنها: الصلة الضرورية التي قد ينشئها القانون بين وقائع مُعيّنة، أو هي نتيجة يتحتم على القاضي أن يستنتجها من واقعة مُعيّنة⁽³⁾.

فالقرينة عند القانونيين عموماً تستنتج من وقائع ثابتة، ولا تدرك إدراكاً مباشراً، فهي تابعة، وليست أصلية في مجال الإثبات⁽⁴⁾.

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

(1) محمود محمّد هاشم، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية (الرياض: جامعة الملك سعود، 1988م) ص 312.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (دار النهضة العربية، د.ط، 1982م)، ج 2، ص 318، فقرة 173.

(3) رؤوف عبّيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، 1976م)، ص 613.

(4) مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، 1977م)، ص 157؛ الحفناوي، الوسائل العلميّة، ص 76.

المحور 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 طُرُق الإثبات، هل هي محصورة في جملة من الطرق لا يتعداها القاضي في حكمه إلى غيرها، أو هي غير محصورة في طُرُق مُعيَّنة، وللقاضي أن يقضي بكلِّ حُجَّةٍ يظهر بها جانب الحقِّ عنده وإن لم يرد نصٌّ على حجيتها.

وهذا الخلاف متفرِّع عن مسألة أخرى، هي:

اختلافهم في معنى البيِّنة، لذلك فسوف نبيِّن معنى البيِّنة والمراد منها عند الفقهاء.

ذهب الجمهور إلى أن المراد من البيِّنة: الشهود وحدهم؛ لأنَّ القرآن الكريم عدَّ الشَّهادة أساساً للإثبات في آيات كثيرة، منها:

في البيع يَقُولُ اللهُ تَعَالَى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: 282].

وفي الطلاق والرجعة يَقُولُ تَعَالَى: ﴿فَإِذَا بَلَغَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ

فَارْقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: 2].

وفي التداين يَقُولُ تَعَالَى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا

رَجَلَيْنِ فَرَجُلٌ وَأَمْرَأَتَاكَنِ وَمَنْ تَرَضَّوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴿ [البقرة: 282].

وفي الوصية يقول تعالى: ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهْدَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ

الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ أَتَّانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ ءَاخِرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ ﴾ [المائدة: 106].

وأيضاً فإنَّ الرَّسُولَ ﷺ أطلق البيّنة على الشهود في قوله لهلال بن أمية

حينما قذف امرأته عند النَّبِيِّ بشريك بن سحماء: «البيّنة أو حدّ في ظهرك»⁽¹⁾.

والبيّنة التي يثبت بها الزنا، هي: أربعة شهود، قال تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ

الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهْدَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ

هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ [النور: 4].

ومن ذلك أيضاً أنَّ الرَّسُولَ ﷺ حينما اختصم إليه الأشعث بن قيس مع

آخر في بئر قال له النَّبِيُّ ﷺ «بيّنتك أو يمينه»⁽²⁾.

وفي رواية أخرى: «شاهدك أو يمينه»⁽³⁾.

ودلت الرواية الثانية على أنَّ مراد النَّبِيِّ ﷺ من البيّنة خُصوص الشَّهادة.

أمَّا ابن تيمية وابن القيم ومن وافقهم فقد فسروا البيّنة بكُلِّ ما أبان الحَقَّ

وأظهره ولم يفرِّقوا في ذلك بين ما ورد فيه نصّ بخصوصه، وبين ما لم يرد فيه نصّ

بخصوصه وكان معنى البيّنة يشملها، وقالوا:

(1) محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق: مصطفى ديب (بيروت: دار ابن كثير، واليمامة، ط 3، 1987 م)، ج 2، ص 949، كتاب الشهادات، باب إذا ادعى أو قذف فله أن يلتمس البيّنة، رقم الحديث 2526.

(2) البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الأيمان، ص 17؛ أحمد بن حنبل، المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط 2، 1420هـ/1999م)، ج 4، ص 217.

(3) متفق عليه؛ محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار (بيروت: دار الكتب العلمية، 1999م)، ج 8، ص 302؛ علي بن أحمد بن حزم، المحلى (دار الفكر العربي للطباعة والنشر، 2001م)، ج 9، ص 428؛ صديق حسن خان القنوجي، الروضة الندية (بيروت: دار ابن حزم، ط 1، 2003م)، ج 2، ص 256.

إنَّ البَيِّنَةَ وردت في لسان الشَّرْع مراداً بها الحُجَّة والدَّلِيل ولم تأت مراداً بها الشهود وحدهم، فحملها على ذلك تخصيص بلا مخصص، ويلزم عليه حمل كلام الشارع على غير المراد وهذا غير جائز.

يقول ابن القيم: "فالبينة في كلام الله ورَسُوله اسم لكلِّ ما يُبَيِّن الحَقَّ ويظهره، ومن خصَّها بالشاهدين أو الأربعة أو الشَّاهد لم يوف مسماها حَقَّه، ولم تأت البَيِّنَةُ قَطُّ في القرآن مراداً بها الشَّاهدان، وإنما أتت مراداً بها الحُجَّة والدَّلِيل والبرهان مفردة ومجموعة.

وكذلك قول النَّبِيِّ ﷺ: «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعي»، المراد به أنَّ عليه أن يظهر ما يُبَيِّن صحَّة دعواه ليحكم به، فإذا ظهر صدقه بطريق من الطُّرُق حكم له⁽¹⁾، والشَّاهدان من البَيِّنَةِ.

ولا ريب أنَّ غيرها من أنواع البَيِّنَةِ قد يَكُون أقوى منها كدلالة الحال على صدق المُدَّعي فإنها أقوى من دلالة إخبار الشَّاهدين⁽²⁾.

ويَقُول رحمه الله في إعلام الموقعين: "البَيِّنَةُ في كلام الله ورَسُوله اسم لكلِّ ما يُبَيِّن الحَقَّ، فهي أعم من البَيِّنَةِ في اصطلاح الفُقهاء حيث خصَّوها بالشاهدين أو الشَّاهد واليمين، ولا حجر في الاصطلاح ما لم يتضمن حمل كلام الله ورَسُوله عليه، فيقع في ذلك الغلط في فهم التُّصوص.

ونذكر من ذلك مثلاً واحداً وهو ما نحن فيه، لفظ البَيِّنَةُ، فإنها في كتاب الله اسم لكلِّ ما يُبَيِّن الحَقَّ كَمَا قَالَ تعالى: ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ ﴾ [الحديد: 25]، وَقَالَ: ﴿ قُلْ إِنِّي عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّي ﴾ [الأنعام: 57]. وَقَالَ: ﴿ أَوْلَمْ تَأْتِهِم بَيِّنَةٌ مَّا فِي الصُّحُفِ الْأُولَىٰ ﴾ [طه: 133].

(1) ابن القيم، الطرق الحكمية، ص 4.

(2) المصدر السابق، ص 11.

وهذا كثير فلم يختص لفظ البيّنة بالشاهدين ولا استعمل في الكتاب فيهما البيّنة⁽¹⁾.

لذلك فإن معنى قول النبي ﷺ: «أَلَك بَيِّنَةٌ»، وقول عمر: "البيّنة على المدّعي"، فإن المراد به ألك ما يُبين الحقّ من شهود أو دلالة؟، فإنّ الشارع في جميع المواضع يقصد ظهور الحقّ بما يمكن ظهوره به من البيّنات التي هي أدلّة عليه وشواهد له، ولا يرد حقّاً قد ظهر بدليله أبداً، فيضيع حقوق الله وعباده ويعطلها، ولا يقف ظهور الحقّ على أمر مُعيّن لا فائدة في تخصيصه به مع مساواة غيره في ظهور الحقّ أو رجحانه عليه ترجيحاً لا يمكن جحده ودفعه:

كترجيح شاهد الحال على مجرد اليد في صورة من على رأسه عمامة، وبيده عمامة وآخر خلفه، مكشوف الرأس يعدو أثره، ولا عادة له بكشف رأسه، فبيّنة الحال ودلالته هنا تفيد من ظهور صدق المدّعي أضعاف ما يفيد مُجرّد اليد عند كلّ أحد.

فالشارع لا يهمل مثل هذه البيّنة والدلالة ويضيع حقّاً يعلم كلّ أحد ظهوره وحجّته.

بل لما ظنّ هذا من ظنّه ضيعوا طريق الحكم فضاع كثير من الحقوق يتوقف ثبوتها عندهم على طريق مُعيّن⁽²⁾.

ويقول أيضاً: "والمقصود أنّ البيّنة اسم لكلّ ما يُبين الحقّ ويظهره، وهي تارة تكون أربعة شهود، وتارة شاهدين، وشاهداً واحداً، وامرأة واحدة، ونكولاً، ويميناً، أو خمسين يميناً، أو أربعة أيمان، وتكون شاهد

(1) ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين (بيروت: دار الجيل، د.ط، 1973م) م ج 10، ص 90؛ أحمد عبد المنعم البهي، من طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون (القاهرة: دار الفكر العربي)، ص 6.

(2) ابن القيم، أعلام الموقعين، ج 1، ص 75.

الحال في الصُّور التي ذكرناها وغيرها"⁽¹⁾.

ويَقُول أيضاً: "وهو سبحانه ذكر ما يحفظ به الحقوق من الشهود، ولم يذكر أَنَّ الحُكَّامَ لَا يحكمون إِلَّا بذلك، بَلْ هُنَاكَ كثيرٌ غَيْر ذلك مِمَّا يُبَيِّن الحَقَّ ويظهره"⁽²⁾. يَقُول أحمد عبد المنعم البهي رحمه الله: "وما استدل به الجمهور لَا يفيد حصر البيِّنة في الشُّهُود؛ إذ لَا يلزم من إطلاق الرُّسُول ﷺ البيِّنة عَلَى الشُّهُود في قِصَّة هلال بن أمية أَنَّ البيِّنة محصورة في الشُّهُود، لِأَنَّ المقام في هذه الواقعة كان مقام شهادة فَقَط، والاستدلال لَا يتم إِلَّا إذا كان المقام مقام شهادة وغيرها، وأراد الرُّسُول من البيِّنة خُصُوص الشَّهَادَة.

وَأَمَّا رواية «بَيْتِكَ أَوْ يَمِينِهِ» في قِصَّة الأشعث بن قيس فليس فيها مَا يَدُلُّ عَلَى حصر البيِّنة في خُصُوص الشَّهَادَة؛ إذ يجوز حملها عَلَى مَا هو أعم من الشَّهَادَة.

وروايتها بلفظ الشَّهَادَة في الرِّوَايَة الأخرى لَا يَدُلُّ عَلَى حصر البيِّنة فيها لجواز أَنْ يَكُونَ هَذَا تفسيراً من الرِّوَايَة أَوْ نَصّاً منه عَلَى أهم أنواع البيِّنة، أَوْ أَنْ يَكُونَ قد فهم من حال المتخاصمين تعذر أي نوع من أنواع البيِّنة غَيْر الشَّهَادَة⁽³⁾.

لذلك فَإِنَّ الجمهور لَا يقصدون من تفسير البيِّنة بالشهود حصر طُرُق الإثبات في الشَّهَادَة لَا غَيْر، وَإِنَّمَا مرادهم من هَذَا التفسير أَنَّ البيِّنة إذا أطلقت لَا تنصرف إِلَّا إلى الشُّهُود بدليل أَنَّهُمْ ذكروا طُرُقاً أُخرى للإثبات غَيْر شهادة الشُّهُود، كالإقرار وقضاء القاضي بعلمه؛ إِلَّا أَنَّ هَذِهِ الطُّرُق لَا تُسَمَّى عندهم بيِّنة، وَإِنَّمَا تُسَمَّى بأسمائها.

فيقولون: القضاء بالإقرار، إذا كان الإثبات بالإقرار، والقضاء بعلم القاضي إذا كان القضاء به.

(1) ابن القيم، الطُّرُق الحكيمية، ص 24.

(2) ابن القيم، أعلام الموقعين، ج 1، ص 71.

(3) انظر، البهي، من طُرُق الإثبات في الشريعة وفي القانون، ص 10.

ويقولون: القضاء بالبيّنة إذا كان القضاء بالشهود وحدهم، في حين أنّ ابن تيمية ومن وافقه يرون انتظام البيّنة لكلِّ ما يقضى به⁽¹⁾.

هذا هو المراد من البيّنة لدى الفقهاء.

وبناءً على هذا الأصل المختلف فيه اختلفوا في المسألة الفرعية الأخرى - كما ذكرنا - وهو:

اختلافهم في إطلاق الإثبات أو تقييده وحصره، فممّا لا شكّ فيه أنّ أدلّة الإثبات القضائي لها دورها وخطرها في حماية الحقوق، وفصل الخُصومات، ولذلك كان محل اهتمام الشريعة، وعناية الفقهاء، وقد انقسموا حول هذه المسألة إلى فريقين:

الفريق الأوّل:

وهم جمهور الفقهاء، وقد ذهبوا إلى القول بحصر أدلّة الإثبات في أنواع مُعيّنة، وهي ثلاثة: الشّهادة واليمين والإقرار، ويلحق بها التُّكُول عنها⁽²⁾، غير أنّ فريقاً من الفقهاء يحدد طُرُق الإثبات ويحصرها في سبعة: البيّنة، والشّهادة، والإقرار، واليمين، والتُّكُول، والقسامة، وعلم القاضي، والقرينة القاطعة⁽³⁾.

ومجلة الأحكام العدلية، وهي تقنن لأحكام المذهب الحنفي قد عدت طُرُق الإثبات في المواد: 1572 - 1743، منها: الشّهادة والخط والقرائن واليمين والتُّكُول والإقرار، وكذلك مجلة الأحكام الشرعية.

ولا يجوز الخروج عن هذه الطُرُق المذكورة إلاّ بضرورة اقتضتها رعاية مصالح الناس، مع إعطاء القاضي دوراً إيجابياً في تقدير الدليل، ومنحه سلطة في

(1) المرجع السابق، ص 12.

(2) عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقي (بيروت: دار الكتاب العربي، 1403 هـ/1983م)، ج 9، ص 145، 217، 271؛ محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 2، 2004م)، ج 2، ص 386 - 393.

(3) محمد أمين صلاح الدين بن عابدين، حاشية ابن عابدين (بيروت: دار الثقافة والتراث، د.ط، 2000م)، ج 5، ص 354؛ محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات، ص 185.

توجيه الإثبات في بعض الأحيان.

وحصر أدلة الإثبات وتنظيمها وسيلة من وسائل الاحتياط مما قد يعتري القاضي من جور وتحكم، فهو بشر كسائر البشر وعرضة للخطأ، وهو ضمان لتحقيق مبدأ العدالة الذي يضمن مصالح الناس في كل زمان ومكان⁽¹⁾، واستقرار للمعاملات.

من أجل ذلك اختلف الفقهاء في قضاء القاضي بعلمه؛ إذ لا يؤمن على التقي أن يتطرق إليه التهمة، فإذا لم يعتمد القضاة على طرق محددة محصورة في استفادة غلبة ظنهم للحكم بمقتضاها كان الأمر متروكاً للحدس والتخمين، مما يؤدي إلى زعزعة المعاملات واضطراب الناس⁽²⁾، واختلاف القضاة في التأويل والتقدير مما ينشأ عنه اختلاف 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؛ لأن حاكماً ظالماً لا يعدم أن يقول ثبت عندي كذا بأمانة كذا. من أجل هذا وجب حصر الأدلة وعدم التوسع فيها⁽³⁾.

ثم إن اشتراط طرق معينة في الإثبات - بصفة عامة - هو قيد مقرر لمصلحة المتهم.

ومن مظاهر تقييد الأدلة في الفقه الإسلامي:

ترتيب الأدلة على نحو معين والالتزام بهذا الترتيب.

وضرورة الإثبات بشاهدين وعدم الاكتفاء بشهادة واحد إلا في

(1) علي رسلان، نظام إثبات الدعوى وأدلتها في الفقه الإسلامي والقانون (القاهرة: دار الدعوة، د.ط، 1996م) ص 79 - 86؛ عثمان بن علي بن محجن الزيلعي، تبيين الحقائق (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 2000م)، ج 4، ص 354؛ زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، رسائل ابن نجيم (بيروت: دار مكتبة الهلال، ط 1، 1980م).

(2) المصدر السابق، ص 83.

(3) أحمد إبراهيم، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية (ط 3، 1985م)، ص 30 - 39.

حالات استثنائية.

وإلزام القاضي بالأخذ بالشهادة إذا توافر نصابها.

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

ومنه تقييد القاضي والخصوم بأثر اليمين، فقد نصّت مجلة الأحكام العدلية على أن لا تكون اليمين إلا في حضور الحاكم أو نائبه، ولا اعتبار بالنكول عن اليمين في حضور غيرهما⁽¹⁾.

نعم إن الأصل في الدليل الإباحة، وللإنسان استنباطه من كل فعل أو حال يوصل إلى بيان الحق وإثباته؛ إلا أن من الأعمال ما لو ترك دليله لمجرد الاجتهاد يتطرق إليه الاضطراب ويدعو إلى طول النزاع فيكثر الفساد، ولا تستقيم أحوال الناس⁽²⁾.

الفريق الثاني:

أبرز أنصاره - كما ذكرنا - ابن القيم وشيخه ابن تيمية، وهذا الرأي يذهب إلى إطلاق حُرِّيَّة الإثبات وعدم تحديد طُرُق مُعَيَّنة يتقيد بها الخصوم أو القاضي، بل يباح للخصوم أن يقدموا من الأدلة ما يستطيعون به إقناع القاضي بصحة دعواهم، كما أن القاضي لا يتقيد بأي نوع من الأدلة⁽³⁾، وله أن يقبل من الأدلة ما يراه منتجاً

(1) المادّة 1744، مجلة الأحكام العدلية.

(2) أحمد إبراهيم، طُرُق القضاء في الشريعة الإسلامية، ص 31. وفي مجال القانون المدني أيضاً فليس لكل ذي حق أن يختار ما يرضاه من طُرُق الإثبات دليلاً على حقه، بل من الأدلة ما منعه القانون ومنها ما خصّصه، فمنع الإقرار واليمين والشهادة والقرائن والمحرمات العرفية ذات التاريخ غير الثابت في إثبات الهبة (المادّة 48 من القانون المدني المصري)، وفي إثبات الحيازة إن كان الرهن منقولاً (المادّة 549)، ومنع الشهادة والقرائن مطلقاً في الإجارة (المادّة 363)، وخصّص الشهادة في جميع الأحوال الأخرى بما لا تزيد قيمته على ألف قرش إلا استثناءات بيّنها على سبيل التّحديد. انظر، المصدر السابق، ص 31.

(3) علي رسلان، نظام إثبات الدّعوى وأدلّته، ص 67.

في الدَعْوَى ومثبتاً لَهَا لذلك وجب ترك الإثبات حرّاً.
 وَقَد ذكر ابن القَيِّم رحمه الله سنّة وعشرين طريقاً للقضاء.
 وذكر أَنَّ للخصوم أَنَّ يقدموا من الأدلّة مَا يستطيعون به إقناع القاضي
 بصحة دعواه وللقاضي أَنَّ يقبل من الأدلّة مَا يراه مثبتاً للدعوى⁽¹⁾.
 وهذه الطُّرُق، هي - كَمَا ذكرها - :

1. الإنكار المُجَرَّد مع عدم وُجُود البَيِّنَة، كالدين عَلَى الميت، أو من يدعي أَنَّهُ أوصى لَهُ.
2. اليد المُجَرَّدة وهي حيازة الشيء، فالحيازة دليل عَلَى التملك، أو قرينة عليه غالباً، فمن كان وصياً عَلَى طفل أو مجنون وفي يده شيء انتقل إليه عن أبيه فَلَا تقبل يمين في ذلك متى عدت البَيِّنَة، ويحكم لمجرد الحيازة.
3. اليمين وهي غالب الأحوال عند عدم وُجُود بَيِّنَة ومع يمين صاحبها.
4. التُّكُول عن اليمين.
5. رَدُّ اليمين فيجوز في أحوال مُعَيَّنَة أَن يردها من طلبت منه إلى من طلبها.
6. الشَّاهد الواحد بلا يمين في بَعْض الأمور كرؤية الهلال وأهل الخبرة.
7. الشَّاهد مع اليمين.
8. شهادة الرِّجل الواحد والمرأتين.
9. الشَّاهد مع التُّكُول.
10. شهادة امرأتين ويمين المُدَّعي في الأموال والحُقُوق.
11. شهادة امرأتين فَفَقَط دون يمين في شؤون النِّسَاء تحت الثياب.
12. شهادة ثلاثة رجال كَمَا في دعوى الإعسار بعد غنى.

(1) ابن القيم، الطُّرُق الحكيمية، ص 25.

13. شهادة أربعة رجال في حَدِّ الزِّنَا.
14. شهادة العبد والأمة في كُلِّ مَا تقبل فيه شهادة الحر والحرّة مع بَعْض الخِلاف.
15. شهادة الصبيان والمميزين مع خِلاف فقهي.
16. شهادة الفاسق في بَعْض الصُّور.
17. شهادة الكافر عَلَى مثله وَعَلَى المسلم في وصيته في السَّفَر.
18. الإقرار ويراها أقوى الأدلّة متى صدر عن رضا كامل.
19. علم القاضي مع خِلافات بين الفُقهاء في ذلك.
20. التواتر.
21. الحكم بالاستفاضة، وهي انتشار الخبر بين جمع كبير من الحيّ أو المهنة.
22. الحكم بأخبار الآحاد.
23. الحكم بالخط وهي الكتابة.
24. الحكم بالقرائن.
25. الحكم بالقرعة.
26. الحكم بالقافة⁽¹⁾.

يقول ابن القيم في الطُّرُق الحكيمية: فَإِنَّ الله سُبْحَانَهُ أَرْسَلَ رِسَالَهُ وَأَنْزَلَ كِتَابَهُ لِيُقِيمَ النَّاسَ بِالْقِسْطِ، وَهُوَ الْعَدْلُ الَّذِي قَامَتْ بِهِ الْأَرْضُ وَالسَّمَاوَاتُ، فَإِذَا ظَهَرَتْ أَمَارَاتُ الْعَدْلِ وَأَسْفَرَ وَجْهَهُ بِأَيِّ طَرِيقٍ كَانَ، فَتَمَّ شَرَعُ اللَّهِ وَدِينَهُ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ وَأَعْدَلُ أَنْ يَخْصَّ طَرِيقَ الْعَدْلِ وَأَمَارَاتِهِ وَأَعْلَامَهُ بِشَيْءٍ، ثُمَّ يَنْفِي مَا هُوَ أَظْهَرَ مِنْهَا، وَأَقْوَى دَلَالَةً، وَأَبْيَنَ أَمَارَةً، فَلَا يَجْعَلُهُ مِنْهَا، وَلَا يَحْكُمُ عِنْدَ وُجُودِهَا وَقِيَامِهَا، بَلْ قَدْ بَيَّنَّ سُبْحَانَهُ بِهِ شَرْعَهُ، وَقِيَامَ النَّاسِ بِالْقِسْطِ، فَأَيُّ طَرِيقٍ اسْتَخْرَجَ بِهِ

(1) ابن القيم، الطرق الحكيمية، ص 118 - 241؛ عبد الرحمن عبد العزيز القاسم، الإثبات والتوثيق أمام القضاء (القاهرة: مطبعة السعادة، 1982م)، ص 46.

العدل والقسط فهو من الدّين وليست مخالفة له.

والبيّنة في كلام الله ورَسُوله وكلام الصّحابة اسم لكلِّ ما يُبين الحقّ، فهي أعمّ من البيّنة في اصطلاح الفقهاء حيث خصّوها بالشاهدين أو الشاهد واليمين⁽¹⁾.

ويظهر من أقوال هؤلاء أنّهم يرون إطلاق الإثبات من كلّ قيد، فلا يلتزم القاضي ولا الخصوم بأدلة مُحدّدة، وإنّما يترك الخصوم وشأنهم في أن يقدّموا ما يرون من أدلّة، كما أنّ القاضي حرّ في أن يأخذ بدليل دون غيره ممّا يقدّمه الخصوم، ويجوز للقاضي عندهم أن يترك البيّنة ويكون قناعته من قرينة يستنبطها هو.

فهم يرون أنّ في تقييد الإثبات وحصره في طُرق مُعيّنة مضيعة لحقوق الله وعباده، وتعطيلاً لها.

يقول ابن القيم: إنّ الشارع لا يردّ حقّاً متى ظهر بدليله - ويقصد القرينة - فيضيّع حقوق الله وعباده.

وقد تترجح القرينة على البيّنة، ومثل ابن القيم لذلك بصورة من على رأسه عمامة وبيده عمامة وآخر خلفه مكشوف الرأس يعدو أثره، ولا عادة له بكشف رأسه، وانتهى إلى أنّ هذه قرينة على أنّ الأوّل يكون سارقاً.

ينبني على ذلك أنّ شهادة الشهود تخضع لتقدير القاضي، فلو رأى في الشّهادة أنّ الواقع يكذبها طرحها ولم يعوّل عليها.

كما لو شهد أربعة رجال على رجل بالزنا فوجد الرّجل مجبواً. أو شهدوا على امرأة بالزنا فوجدت المرأة رتقاء، فلا حدّ على المشهود عليه، وعلى الشهود حدّ القذف لما تبين للقاضي في هذه الحالة من كذبهم في الشّهادة.

والإقرار أيضاً يخضع لتقدير القاضي، فلا يلزمه الأخذ به إذا صاحبت الإقرار قرائن يترجح معها حال الكذب فيه على حال الصّدق، كإقرار إحدى

(1) ابن القيم، الطُّرق الحكميّة، ص 18.

المرأتين اللتين ادعيتا الولد أمام نبي الله سليمان حيث قَالَ: ائتوني بالسكين أشقّه بينهما، فسمحت الكبرى بذلك، وقالت الصُّغرى لَا تفعل رحمك الله، هو ابنها، فقضى به للصُّغرى استدلالاً من شفقة الصُّغرى عَلَى الولد وعدم رضاها بشقّه، عَلَى أنّها أمّه⁽¹⁾، على الرغم من إقرارها بأنّ الأخرى هي أمّه، لتلك القرينة التي صاحبت ذلك القرار.

إنّ الإسلام عمل عَلَى حفظ حُقوق النَّاس وتحقيق العدالة من وراء تشريعه لقواعد الإثبات؛ حتّى لَا تضيع الحُقوق عَلَى أربابها، ولا يجد المجرمون مجالاً لارتكاب جرائمهم، وحتّى لَا يحكم للمدعين بمجرد دعواهم، ولا يعاقب كُلُّ مُتهم بمجرد التُّهمة.

إنّ الشَّرع الإسلاميّ إذا كان قد بيَّن طُرُق الإثبات وفصّل قواعدها المُهمّة، فإنّه لم يبلغ طُرُقاً أخرى للإثبات إذا حصل بها من العلم واليقين في نفس القاضي، أو عَلَى الأقلّ مَا يشبه اليقين أو غلبة الظنّ، أو علم الطمأنينة.

إنّ الشَّرع لن يرفض هذه الوسائل العلميّة الجديدة التي لم يكن أسلافنا يعرفونها، والتي هي من ثمار التّقدّم العلمي والتّطوُّر التكنولوجي؛ إذ إنّ هذا الدِّين ليس دين الشكليات، وإنّما هو دين يعطي كُلّ أهمّيّة للمقاصد والغايات. إنّ وسائل الإثبات هذه ليست من الأمور التعبدية التي يقتصر فيها عَلَى مَا ورد في النُّصوص، وبالتالي لَا يجوز الخروج عنها أو الخروج عليها، وإنّما هي أقرب إِلَى المعاملات ومراعاة مصالح النَّاس وحاجاتهم، فلذلك يقبل منها كُلّ وسيلة تُوْدي إِلَى مراعاة المصلحة العامّة في تحقيق الأمن والطمأنينة والعدالة ومحاربة الجريمة والفساد ولإثبات الحُقوق⁽²⁾.

إنّ البيّنة يراد بها كُلّ مَا يُبيّن الحَقّ ويظهره بالقدر الذي يبعث الثِّقة في نفس

(1) المصدر السابق، ص 5.

(2) عدنان حسن عزازة، حُجِّيّة القرائن في الشَّرِيعَة الإسلاميّة (عمّان: دار عمار للنشر، 1990م)، ص 179.

القاضي، ويدفعه إلى الحكم وهو مطمئن إلى ثبوت ما يحكم به⁽¹⁾.
وبعد هذا العرض لآراء الفريقين وحججهم يبدو أن الرّاجح، هو:
القول بأنّ الإثبات له نظام وسط في الفقه الإسلاميّ يجمع بين التقييد والإطلاق، وهو ما يسميه فقهاء القانون بالنظام المختلط، وهذا مبناه على ضوء واقع نظام القضاء والدّعوى في الفقه الإسلاميّ.

ففي جرائم الحدود:

فإنّ وسائل الإثبات محصورة ومُحدّدة، وبشروط مُشدّدة - على رأي الجمهور - .

وأما في جرائم التعازير:

فإنّ وسائل الإثبات فيها غير مُقيّدة ولا محصورة، بل هي مطلقة دون قيد أو حصر؛ إذ أجازت للحاكم وضع عقوبات بناءً على ما تقتضيه مصالح العباد.
ويُدلّ واقع القضاء الإسلاميّ على أنّ جرائم التّعازير كانت تثبت بكافة طرق الإثبات.

فالفقه الإسلاميّ إذاً يجمع بين التّشُدُّد في أدلّة الإثبات وحصرها وتقييدها تارةً، وبين إطلاقها والتخفيف من التّشُدُّد تارةً أخرى، لأجل تحقيق العدالة للمجتمع ولل فرد؛ إذ إنّ مصلحة الجماعة هي في استئصال جذور الفساد ومحاصرة المجرمين وإدانتهم، وهذا يدعو إلى عدم ترك المجرم يفلت من العقاب بحجة أنّ دليل الإثبات ليس من بين الأدلّة المنصوص عليها، ومع ذلك فإنّ مصلحة الفرد تقتضي ألاّ يدان بريء أو توقع على مذنب عقوبة غير متناسبة مع جسامة جرمه.

وفي التّشُدُّد في إثبات بعض الجرائم تأكيد لحق الإنسان في المحافظة على سمعته واعتباره وعدم المساس بذلك إلاّ بناءً على أدلّة قاطعة ومُحدّدة.

ومن هذا المنطلق كان نظام الإثبات في الشريعة الإسلاميّة أحرص ما يكون

(1) محمّد بن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلاميّ (دار الحديث الحسينية، 1984م)، ص 377.

على التوفيق بين هذه الاعتبارات المتعارضة، فلم يكن نظاماً جامداً؛ وإنما هو يتسم بالتشديد والتقيد عندما تقتضي ظروف الجريمة والعقوبة ذلك، ويتخفف منهما عندما لا يحتاج الأمر هذا الشدّد والتقيد⁽¹⁾.

المطلب الثاني: في التشريعات الوضعية

نبذة عن طرق الإثبات:

تكاد تجمع الأنظمة الوضعية على أن طرق الإثبات سبعة:

الكتابة، والشهادة، والقرائن، والإقرار، واليمين، والمعينة، والخبرة⁽²⁾.

وفيما يلي بيان ذلك:

1 - الكتابة:

وهي أقوى طرق الإثبات، ولم تكن لها هذه القوة قديماً 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 معينة للطعن في الكتابة بالإنكار أو التزوير.

2 - الشهادة أو البيّنة:

لقد كانت من أقوى الأدلة في الماضي كما قدمنا، ثم أصبحت طريقاً

(1) مأمون سلامة، "المبادئ العامة للإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي"، المجلة العربية للدفاع الاجتماعي، العدد 10، أكتوبر، 1979م.

(2) انظر، قانون الإثبات المصري، من المواد 10 - 162. والمادة 11 من قانون الإثبات السوداني. والمادة الأولى من قانون الإثبات السوري. والفصل 427 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية. والمادة 404 من قانون الالتزامات والعقود المغربي. والمواد 8 - 92 من قانون الإثبات الكويتي. انظر، محمود محمّد هاشم، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية (الرياض: عمادة شؤون المكتبات، د.ط، 1988م)، ص 185.

للإثبات ذات قُوَّة محدودة لما يَنْطَرِقُ إليها من عوامل الضَّعف، كاحتمال كذبهم، وتعرض ذاكرة الشُّهُود للنسيان، وَقَدْ تخذلهم الدقة في أداء الشَّهادة، لذلك لَا يجوز إثبات التصرفات القانونيَّة بالشهادة إِلَّا في حالات استثنائية، وترك للقاضي التَّقدير الأعلى في الأخذ بها إذا أفنعت أو في أطراحها إذا هُوَ لم يقتنع.

3 - القرائن:

جعلت القرائن من حيث قُوَّتُها في الإثبات بمنزلة الشَّهادة ذات قُوَّة محدودة، ولا يجوز قبولها إِلَّا حيث تقبل الشَّهادة. ولم يرسم قَانُون المرافعات للقرائن إجراءات مُعيَّنة، فجميع الأحكام الخاصَّة بها أحكام موضوعيَّة، وهي متناثرة في جميع نواحي القَانُون⁽¹⁾.

4 - الإقرار:

إذا صدر الإقرار من الخصم عَلَى نفسه بحق لخصمه لَا يَكُون في الواقع من الأمر طريقاً لإثبات هَذَا الحَقِّ، بَلْ إعفاء من إثباته، ونزولاً من الخصم المقر عن حَقِّه في مطالبة خصمه بإثبات مَا يدَّعيه، وهُوَ حُجَّة قاصرة عَلَى المقر دون غيره.

5 - اليمين:

إنها طريق للإثبات من وجوه، وهي:
إذا حلفها من وجهت إليه فَقَدْ ثبت حَقُّه بيمينه، وإذا نكل دون أن يردها، فَقَدْ ثبت حَقُّ خصمه بنكوله.

وإذا ردها إلى الخصم فحلف فَقَدْ ثبت حَقُّ الخصم بيمينه.

وإذا رَدَّها إلى الخصم فَلَمْ يحلف فَقَدْ ثبت حَقُّه بنكول خصمه⁽²⁾.

(1) المادَّة 253 - 291، قَانُون المرافعات المصري؛ السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2، ص 89 - 92.

(2) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2، ص 93.

6 - المعاينة:

وهي انتقال المحكمة لمشاهدة عين المتنازع عليه عقاراً كان أو منقولاً. أو مشاهدة محل النزاع؛ إذ قد ترد المعاينة على الأشخاص عندما يعين القاضي ما بالشخص من إصابات، وذلك لإثبات الضرر الذي أصابه لما يدّعيه من خطأ المدّعى عليه⁽¹⁾. وتعدّ المعاينة من أهم الأدلة الموصلة إلى الحقيقة.

7 - الخبرة:

وهي نوع من أنواع المعاينة التي تحصل لا بواسطة المحكمة، وإنما بواسطة أهل الخبرة المختصين⁽²⁾.

والأنظمة الوضعيّة يتنازعها مبدآن في تنظيم قواعد الإثبات:
الأول: إظهار الحقّ بجميع الطُّرق دون قيد لمنع الظلم وإقرار العدالة، وإعطاء كلّ ذي حقّ حقه ولو بالتضحية في استقرار التعامل.

الثاني: لأجل استقرار الحقوق وتنظيم التعامل لا بُدّ من وضع الضوابط على حُرّيّة القاضي والمتقاضى، ذلك لأنّ الجميع بشر، ممّا يحتمل معه جنوحهم وانحيازهم عن الحقّ. لذلك لا يجوز الإثبات إلاّ بالكيفية التي تقرّها النُصوص ووفق الإجراءات التي تحددها، ولو على حساب العدالة، لأجل ذلك اختلفت النُظم وتعددت وجهات النظر في التشديد وحصر وسائل الإثبات والتضييق على حُرّيّة القاضي، وبين التسامح والتساهل في إثبات الوقائع بأية وسيلة.

فالتشريعات الوضعيّة في النظر إلى طُرق الإثبات لها ثلاثة نُظم، وأهم شيء في هذه النُظم الثلاثة لكي يحكم على صحّة أيّ نظام منها أو فساده هو حسن تطبيقه، وسلامة تنفيذه، فإنّ أحسن القاضي تطبيق النُظام بدت مزاياه، وإنّ أساء

(1) المصدر السابق، ج 2، ص 99؛ عبد المنعم فرج الصدة، قواعد الإثبات، ص 66.

(2) المصادر السابقة؛ محمود محمّد هاشم، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعيّة، ص 326.

تطبيقه بدت عيوبه، وهذه التُّنْم، هي:

النِّظام الأوَّل: وهو المذهب الحرّ:

ويسمى أيضاً بنظام الأدلّة الإقناعية أو المذهب المطلق، وهو الذي لا يحدد أدلّة مُعيّنة للإثبات، وفيه يترك القانون الخصوم أحراراً يقدّمون الأدلّة التي يستطيعون إقناع القاضي بها، ويترك القاضي في تكوين اعتقاده من أيّ دليل يقدم إليه. وهذا الاتجاه يسهل للقاضي الوصول إلى الحقيقة بغير قيد بجعل الحقيقة القضائية مطابقة للحقيقة الواقعيّة، وهو ما تقر به عين العدالة. والمذهب الحر في الإثبات أخذت به الشرائع الجرمانية والأنجلوسكسونية (القانون الألماني، والسويسري، والإنكليزي، والأمريكي إلى حدّ كبير).

وقد اعترض على هذا الاتجاه:

بأنّ القاضي إذا جار وتحكم في تعيين طرق الإثبات وتحديد قيمتها آنذاك مأل القضاء عن العدالة، وابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعيّة، أكثر من ابتعادها في المذهب المقيد⁽¹⁾.

إنّ إطلاق الحرّيّة للقاضي في الإثبات يعطي له سلطة واسعة لا حدّ لها، وهو بشر غير معصوم من الخطأ، ولا منزه عن الغرض، ويتيح له أن يقضي بعلمه الشخصي⁽²⁾.

فالقاضي في هذا النظام حر في قبول ورد أية بينة لم يقتنع 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 الزنا إلا بأربعة شهود.

أما في القانون، وتحديداً في هذا الاتجاه الحر، فقد يأخذ القاضي بشهادة

(1) علي رسلان، نظام إثبات الدّعوى، ص 50؛ الوسيط، ج 2، ص 28.

(2) عبد الحي حجازي، الإثبات في المواد المدنيّة (طبعة 1957م)، ص 9.

واحد وقد لا يقتنع بشهادة جمع من الناس، وإن طبقت الدعوى؛ لأن الأمر مبناه على قناعة القاضي⁽¹⁾.

النظام الثاني: هو المذهب المُقيّد بالأدلة القانونيّة، والمُحدّد لطرق الإثبات على سبيل الحصر، ويتقيد بذلك الخصوم والقاضي.

وهذا النظام يبين الشُروط اللازمة في كُلّ دليل، وتحديد قُوته بالنسبة إلى غيره، فإذا قام الدليل واستوفى شروطه التزم به القاضي ووجب عليه الحكم بالإدانة ولو كان مقتنعاً في قرارة نفسه بغير مؤدى 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 التّقدير بالنسبة لجميع الأدلّة، وهذا ما يكفل الثّبات في التّعامل.

وفيه أيضاً حماية للمتقاضين من مخاطر تحكم القضاة وأخطائهم؛ لأنّ جور القاضي وتحكمه محتمل لو أطلقت يده في تحريّي الحقيقة دون تقييده بالأدلة التي يعتمد عليها في ثبوت الدّعوى.

وكذلك لو ترك للقاضي الحرّيّة المطلقة في إثبات الدّعوى لأدّى ذلك إلى اختلاف القضاة في التأويل والتّقدير ممّا ينشأ عنه اختلاف في توزيع العدالة، وهو يُؤدّي إلى جعل مصائر الخصوم ومصالحهم معلقة بمحض تقدير قضاتهم، وهذا التّقدير عرضة لأن يتطرّق إليه الهوى والقصور.

ففي تقييد الإثبات كفالة حسن سير العدالة.

ويحقق أيضاً بهذا التعيين قاعدة احترام الوضع الثّابت أصلاً، فالأصل في الإنسان براءة الدّئمّة من كُلّ التزام، ومن يدّعي ما يخالف هذا الأصل أن يُقيم الدليل على دعواه؛ لأنّ "البينة على من يدّعي خلاف الأصل".

(1) عبد الناصر أبو البصل، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون (عمان: دار النفائس، ط 1، 2000م)، ص 320.

لذلك قررت محكمة النَّقض المصرية أَنَّ الأصل هُوَ براءة الذِّمَّة وانشغالها عارض، ويقع الإثبات عَلَى عاتق من يدَّعي مَا يخالف الثَّابت أصلاً، مُدَّعياً كان أو مُدَّعياً عليه.

والمذهب المقيد في الإثبات هو الاتجاه العام في الفقه الإسلامي.

النِّظام الثالث: المذهب المختلط.

وهذا النِّظام خليط من النظامين يجمع بين الإثبات المطلق، والإثبات المُقَيَّد.

وفي هذا النظام تمتزج خصائص النِّظامين الأصليين، وإن كانت التشريعات تتفاوت فيما بينها في درجة الامتزاج، فمنها مَا يغلب النِّظام الأول، ومنها مَا يغلب الثاني، بل إنَّ منها مَا يغلب الأول في مجال، والثاني في مجال آخر.

وهذا المذهب يُقَوِّل عنه علماء القانون أَنَّهُ خير المذاهب جميعاً، فهو يجمع بين ثبات التَّعامل بما احتوى عليه من قيود، وبين اقتراب الحقيقة الواقعيَّة من الحقيقة القضائيَّة بما أفسح فيه للقاضي من حُرِّيَّة التَّقدير. وَقَد أخذت به معظم التشريعات المعاصرة بوجه عام⁽¹⁾.

فالقانونيون يعملون بكلا الرأيين، ففي بَعْض القضاء يحددون طُرُق الإثبات، وفي أخرى يطلقونها.

ففي الدعاوى الجنائيَّة (الجنائيات، الجنح، المخالفات) فإنَّهم يتفقون مع رأي ابن تيمية ومن وافقه في عدم تحديد طُرُق إثباتها، ويتركون للقاضي تكييف الواقعة والأخذ بما يراه مقنعاً في الإثبات.

(1) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2، ص 38 - 39؛ محمود مصطفى، الإثبات في المواد الجنائيَّة، ص 7 وما بعدها؛ جميل الشراوي، الإثبات في المواد المدنية (دار النهضة العربية، د.ط، 1982م)، ص 8؛ عبد الودود يحيى، دروس في قانون الإثبات (دار النهضة العربية، 1970م)، ص 4 وما بعدها؛ علي رسلان، نظام إثبات الدَّعوى وأدلته، ص 23، 60؛ عبد الحي حجازي، الإثبات في المواد المدنيَّة، ص 8.

وفي الدعاوى المدنيّة والتجاريّة يوافقون رأي الجمهور ويجعلون الإثبات في طُرُق مُعيّنة، هي: الكتابة، والشّهادة، والإقرار، واليمين، والقرائن، والمعاينة. غير أنّهم لا يأخذون بهذه الطُّرُق جميعها في إثبات كلّ دعوى مدنيّة أو تجاريّة.

ففي الدعاوى المدنيّة في مصر والتي تزيد قيمتها على ألف قرش لا يقبل الإثبات فيها بغير الكتابة (مادّة 80/215 مدني)؛ إلا في حالات استثنائية كفقْد السند من صاحبه بقوة قاهرة بحريق أو غرق أو سرقة مثلاً، هُنَا أباح القانون الإثبات بالشهود والقرائن⁽¹⁾.

وما هو جدير بالملاحظة أن هذا النظام في التشريعات الوضعية قد وضع الأدلة الكتابية في المقام الأول، وهي مقدمة على الشهادة، فلا يجوز أن يثبت بالشهادة ما كانت قيمته تزيد على مبلغ معين، وإنما تثبت بالكتابة، وهنا يختلف القانون عن الشريعة في هذه المسألة⁽²⁾.

إنّ للقرائن دوراً معتبراً في الإثبات في هذا النظام؛ إذ إنّ الأصل في المحاكمات الجنائيّة هو اقتناع القاضي بناءً على الأدلة المطروحة عليه، فله أن يكون قناعته من أيّ دليل أو قرينة يرتاح إليها؛ إلا إذا قيده القانون بدليل معين ينص عليه.

ويذهب القضاء عموماً في التشريعات الوضعية الحديثة إلى أنه يجوز الإثبات بالقرائن كدليل مستقل وقائم بمفرده دون استلزام وجود أدلة أخرى، بمعنى أنّ الحكم الذي يستند فقط إلى قرائن أو دلائل يكون سليماً لا غبار عليه طالما أنّ استخلاصه للنتيجة التي وصل إليها كان مستساغاً عقلاً ومنطقاً⁽³⁾.

وهنالك اتجاه يرى أنّه لا يجوز للمحكمة أن تستند في حكمها إلى قرينة

(1) البهي، من طُرُق الإثبات، ص 14.

(2) أبو البصل، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، ص 319.

(3) نقض، 1967/5/30، السنة 18، رقم 147.

واحدة؛ إذ إنَّ القرينة الواحدة مهما كانت دلالتها فهي ناقصة⁽¹⁾.

فالمبدأ العام في الإثبات الجنائي في دائرة القوانين هو حُرِّيَّة الإثبات، ومبدأ حُرِّيَّة الإثبات الجنائي يعتمد على حُرِّيَّة الخصوم في تقديم الدليل واختياره، وكذلك حُرِّيَّة القاضي في تكوين اقتناعه من الأدلة المُقدِّمة إليه؛ فالقاضي حرّ في اختيار الدليل، وهو أيضاً حرّ في اطمئنانه واقتناعه بما يعرض عليه من أدلة في إدانة المُتهم أو براءته.

ولكن مع مبدأ حُرِّيَّة القاضي في تقدير قيمة الأدلة؛ فإنه ينبغي ألا يصل ذلك إلى حدِّ التحكم المبني على الحدس والتخمين، ويضع هذا الحدس والتخمين موضع أدلة الإثبات.

والتحكم هو أن يأخذ من الأدلة ما يشاء، ويترك منها ما يريد دون ضوابط، ودون احترام لقرينة البراءة وضمانات الحُرِّيَّة الشَّخصيَّة للمتهم، لذلك لا بُدَّ للقاضي أن يتقيد 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 للخصوم للاطلاع على الدليل ومناقشته.

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

. ألا يبنى قضاءه على وفق ما يروق له ودون اتباع لأحكام العقل والمنطق، بل لا بُدَّ أن يكون اقتناع القاضي سائغاً عقلاً في استنتاجاته من الوقائع والمعلومات⁽²⁾.

(1) محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائيَّة، ص 481؛ مأمون سلامة، قانون الإجراءات الجنائيَّة معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقص، ص 798؛ نظام إثبات الدَّعوى وأدلتها، ص 178.

(2) علي رسلان، نظام إثبات الدَّعوى وأدلتها، ص 109.

المبحث الثاني

تقسيم القرائن ودورها في الإثبات

في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

المطلب الأول: تقسيم القرائن في الفقه الإسلامي

هناك تقسيمات عدّة للقرائن باعتبارات شتّى:
فتقسم إلى قرائن شرعيّة وقرائن قضائيّة باعتبار مصدرها وطُرق استنباطها.
وتقسم بحسب مدلولاتها إلى قرائن عقليّة وقرائن عرفية.
وتقسم بحسب قوّتها وضعفها إلى قرائن قوية وقرائن ضعيفة.

أولاً: تقسيم القرائن إلى قرائن شرعيّة وقرائن قضائيّة

تقسم القرائن في الفقه الإسلامي المعاصر إلى قرائن شرعيّة وقرائن قضائيّة، وهذا التقسيم لم يرد في كتب الفقه، بل هو مأخوذ من التقسيم القانوني للقرائن⁽¹⁾؛ إذ قسموها إلى قرائن قانونيّة وقرائن قضائيّة، وفضل الأخذ بهذا التقسيم، وذلك لسهولة، وهذا التقسيم قد استحسّنه أحمد إبراهيم رحمه الله في كتابه طُرق القضاء، وسنشرح كلّ قسم منهما:

أ. القرائن الشرعيّة:

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

1. القرائن النصيّة:

وهي التي ورد فيها نصّ من الكتاب أو السُنّة، وجعلها الشارح أمانةً على

(1) أحمد إبراهيم، طُرق القضاء، ص 442.

شيء مُعَيَّن، مثل كون الفراش أمانة وقرينةً عَلَى نسبة الولد إلى الزَّوْج، ومثله الشبه في القافة، واللوث في القسامة، والضُّمات في زواج البكر للدلالة عَلَى رضائها وموافقتها، ووضع العلامات التي تَدُلُّ عَلَى المؤمن، أو تُمَيِّزُ المنافق والكافر عن غيرهما، كَمَا جعل الشَّارِع دم الحيض أمانة عَلَى براءة الرحم وخلّوه من الحمل، ورتب عَلَيْهِ أحكاماً تتعلق بانتهاء العِدَّة ومنع الرجعة، وجواز العقد عليها من الآخر، ومنها إثبات الشعر قرينة عَلَى البلوغ⁽¹⁾.

أما دور هذه القرائن في الإثبات:

فإنَّها تنقل الإثبات، فمن تقررت القرينة لصالحه، يُعْفَى من الإثبات، فالولد المنسوب لفراش صحيح، يُعد ثابت النسب من أبيه، وَعَلَى الأب إذا أراد نفي النسب أن يتخذ طريق الملاعنة لإثبات عكس ما أثبتته قرينة الفراش، وواصف اللقطة معني من إثبات أَنَّ اللقطة ماله، وَعَلَى من ينكر عليه ملكيته للمال الموصوف أن يثبت عكس ما دلَّت عليه قرينة الوصف.

وعقد الزواج الذي بني عَلَى رضا الزَّوْجَة، المعبَّر عنه بالسكوت، يعد عقداً صحيحاً، متوفراً عَلَى عنصر الرِّضَا، وَعَلَى مُدَّعي فقدان الرِّضَا أن يثبت ذلك. وهكذا فالقرينة الشَّرعيَّة إذاً وسيلة إعفاء من الإثبات، وليس وسيلة إثبات بالمعنى الضيق للكلمة؛ إِلَّا أَنَّ الإعفاء من الإثبات ينصبَّ عَلَى الواقعة المستنبطة. وهي في أمثلتنا، ثُبوت النَّسب، وملكِيَّة الواصف للمال الملتقط الذي وصفه، وثُبوت الرِّضَا بالزواج من طرف البكر.

أما الواقعة الأولى التي تكوّن الأمانة أو العلاقة، فهذه يجب أن تثبت إذا لم تكن ثابتة، فيجب إثبات الفراش إذا لم يكن متفقاً عَلَى ثبوته⁽²⁾.

(1) محمَّد الزحيلي، الإثبات في الشَّرعية الإسلاميَّة (دمشق: دار المكتبي، د.ط، 1988م)، ص 103.

(2) محمَّد الحبيب التجكاني، النَّظريَّة العامَّة للقضاء والإثبات في الشَّرعية الإسلاميَّة مع مقارنات بالقانون الوضعي (بغداد: دار الشؤون الثقافيَّة العامَّة، آفاق عربيَّة، د.ت)، ص 278.

2. القرائن الفقهية:

وهي التي استخرجها الفقهاء، وجعلوها أدلة على أمور أخرى، وتندرج تحت القرائن الشرعية السابقة باعتبار أن القاضي يلتزم بالحكم بموجبها ما لم يكن مجتهداً مطلقاً، فله أن يقضي بما توصل إليه اجتهاده.

ومنها: عدم ترتب أثر طلاق الفار بحرمان الزوجة من الميراث.

ومنها: الحكم بموت المفقود إذا مات أقرانه، واتخاذ ذلك قرينة على موته.

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 إيفاء الدين، وقد نص على ذلك ابن فرحون في باب القرائن، ونص عليه أيضاً في باب القضاء بشهادة الوثيقة⁽¹⁾.

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

ومنها: تنازع الزوجين في متاع البيت مع عدم البيّنة يرجع فيها إلى القرائن الظاهرة.

ويطلق القرائن الشرعية على مجموع النوعين، القرائن النصية والفقهية، وهي التي ورد فيها نص شرعي أو نص فقهي يلتزمه القاضي.

ب. القرائن القضائية:

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

(1) مجد الدين بن محمد بن الأثير، جامع الأصول (مكتبة الحلواني، د.ط، 1969م)، ج 8، ص 278.

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

ومنها: ما إذا شهد شاهدان في الصحو في المصر الكبير على هلال رمضان ولم يره غيرهما، قَالَ مالك: هما شاهدا سوء؛ لَأَنَّ ذَلِكَ قَرِينَةٌ ظَاهِرَةٌ فِي كَذِبِهِمَا.
ومنها: مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ مِنْ أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ قَوْلَ الْمَرْأَةِ أَنَّ زَوْجَهَا لَمْ يَكُنْ يَنْفَقُ عَلَيْهَا فِيمَا مَضَى مِنَ الزَّمَانِ، وَهِيَ فِي بَيْتٍ وَاحِدٍ؛ لَأَنَّ ذَلِكَ قَرِينَةٌ عَلَى كَذِبِهَا.

ومنها: أَنَّ مَالِكًا رَحِمَهُ اللَّهُ يَجْعَلُ الرَّهْنَ كَالشَّاهِدِ فِي قَدْرِ الدَّيْنِ إِلَى مَبْلَغِ قِيَمَةِ الرَّهْنِ.

ومنها: مَا إِذَا وُجِدَ عَلَى كِتَابٍ مَا يُدَلُّ عَلَى أَنَّهُ وَقْفٌ.

ومنها: حَكَمَ عُمَرُ رضي الله عنه بِرَجْمِ الْمَرْأَةِ الَّتِي ظَهَرَ بِهَا حَمْلٌ وَلَا زَوْجَ لَهَا وَلَا سَيِّدٍ، اعْتِمَادًا عَلَى الْقَرِينَةِ الظَّاهِرَةِ.

ومنها حَكَمَ عُمَرُ وَعِثْمَانُ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ رضي الله عنهم بِوَجُوبِ الْحَدِّ عَلَى كُلِّ مَنْ وُجِدَ مِنْ فَمِهِ رَائِحَةُ الْخَمْرِ أَوْ قَاءَهَا اعْتِمَادًا عَلَى الْقَرِينَةِ الظَّاهِرَةِ⁽¹⁾.

ومنها: الْحَكْمُ عَلَى الشَّخْصِ بِأَنَّهُ قَاتِلٌ إِذَا رُئِيَ مَدْهُوشًا مَلْطُخًا بِالدَّمِ، وَمَعَهُ سَكِّينٌ بِجَوَارٍ مُضْرَجٍ بِدَمَائِهِ فِي مَكَانٍ؛ فَإِنَّهَا تُعَدُّ وَحْدَهَا بَيِّنَةً نَهَائِيَةً كَافِيَةً لِلْقَضَاءِ⁽²⁾.

وَلَا شَكَّ أَنَّ الْقَاضِيَ يَنْبَغِي أَنْ يَسْتَعْمَلَ فِرَاسَتَهُ لِتَدْقِيقِ الْأَدَلَّةِ وَالْقَرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ؛ حَتَّى يَطْمَئِنَّ إِلَيْهَا وَيَقْتَنِعَ بِهَا، أَوْ يَدْعُهَا.

ومما يذكر في القضاء الإسلامي: أن رجلاً أودع عند آخر كيس نقود مختوم، ولمَّا طالت غيبة المودع، فتق الوديع لديه الكيس من أسفله، وأخذ ما فيه من دنانير وجعل مكانها دراهم، وأعاد الخياطة كما كانت، وبعد فترة جاء صاحب الوديعة يطلبها، فدفع إليه الوديع الكيس بختمه لم يتغير، فلمَّا فتحه وشاهد الحال

(1) أحمد إبراهيم، طُرُقُ الْقَضَاءِ، ص 447.

(2) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 6، ص 645.

رجع إليه، وَقَالَ: إِنِّي أودعتك دنائير، وأنت دفعت إليّ دراهم، فقال: هو كيسك بخاتمك، فاشتكى عليه للقاضي، فلمّا صارا بين يديه، قَالَ القاضي للمدعي: مُنذُكم أودعت هذا الكيس؟ فقال: مُنذُ خمس عشرة سنة، فأخذ القاضي تلك الدراهم، وقرأ سكتها فإذا فيها ما قد ضرب مُنذُ سنتين، فحكم عَلَى المُدعى عليه بدفع الدنانير⁽¹⁾، بناءً عَلَى تلك القرينة.

ويحسن بنا أن نلمّ بأوجه الاختلاف بين القرينة القضائية والقرينة الشرعية. فالقرينة القضائية هي وسيلة إثبات، فالمدعي هو الذي يعين الواقعة التي تعدّ أمانة، وَقَدْ يعينها القاضي؛ أمّا دلالة هذه الواقعة فيحددّها المُدعي، وللقاضي بعد ذلك أن يأخذ بهذا التّحديد أو يرفضه بناءً عَلَى قناعته. أمّا في القرينة الشرعية: فيظلّ القاضي أو المُدعي عَلَى الحياد؛ لأنّ ثبوت هذه القرينة معناه نقل الإثبات إلى الطرف الآخر، وإعفاء من تقررت القرينة الشرعية لصالحه من عبء الإثبات.

فالقرينة الشرعية مُحدّدة الدلالة من لدن الشّارع. فمثلاً متى وجد الفراش وجد ثبوت النّسب، ومتى وجد سكوت البكر وجد الرّضا بالزواج.

ومتى وصف الواصف مالا ضائعا كان الواصف هو المالك. وهكذا مع فتح الباب الدّفاعي للطعن في هذه النتيجة بإثبات العكس كقاعدة عامّة.

بينما الدلالة في القرينة القضائية تحدد من لدن القضاء، وللقاضي السلطة التقديرية الكاملة في ذلك، فَقَدْ يراها القاضي كافية في الإثبات، وَقَدْ يراها فقط بداية

(1) سمير عالية، القضاء والعرف في الإسلام (بيروت: المؤسّسة العالميّة للدراسات والنّشر والتّوزيع، د.ط، 1986م)، ص 128؛ محمّد سلام مذكور، القضاء في الإسلام (القاهرة: دار النّهضة العربيّة، د.ط، 1964م)، ص 95.

إثبات، وَقَدْ يلغي دلالة القرينة، فَلَا يترتب عليها أيُّ أثر⁽¹⁾.

ثانياً: أقسام القرائن باعتبار النسبة بينها وبين مدلولاتها

وتنقسم القرائن بهذا الاعتبار إلى قسمين:

أ. قرائن عقلية يستنتجها العقل كوجود المسروقات عند المُتَّهم

بالسرقة.

ب. قرائن عرفية، وتكون النسبة بينها وبين مدلولاتها قائمة على عرف أو عادة، كمن حلف ألا يأكل لحماً فأكل سمكاً، فَلَا يحث إذا كان العرف لا يطلق اللحم على السمك⁽²⁾، أو الإثبات بجذوع الشجر ومعاهد اللين في الجدران، وهي قرينة عرفية على المُلْك.

ثالثاً: أقسام القرينة بحسب قُوَّة دلالتها وضعفها

تنقسم القرائن إلى قرائن قويّة، وقرائن ضعيفة؛ لأنّ دلالة القرائن على مدلولاتها تتفاوت في القُوَّة والضعف تفاوتاً كبيراً، فَقَدْ تصل في القُوَّة إلى درجة القطع فتكون القرينة قاطعة وبالغة حدّ اليقين، فمن تلك القرائن القويّة: الألفاظ الدالّة على الإرادة الحقيقية والرّضا في العقود.

واستعمال آلة القتل دليل على قصد القتل.

والخلوة في استحقاق المهر عند الحنفية.

وعلامه الإسلام أو شارة الكفر على الركاز.

ووطء المرأة التي زفّت إلى العريس ليلة العرس.

وقد تضعف حتّى تنزل دلالتها إلى مُجرّد الاحتمال فتكون دليلاً مرجوحاً،

فَلَا يعوّل عليه في الإثبات، كاليد والحيازة، إذا عارضها قرينة أقوى منها، وكذلك

(1) التجكاني، التّظريّة العامّة للقضاء والإثبات، ص 280.

(2) المرجع السابق، ص 100.

اليد مع الشَّهَادَةِ تصبح ضعيفة، والتُّكُولُ مع الشَّهَادَةِ، وغيرها⁽¹⁾.
وتستبعد القرائن الضَّعِيفَةُ من طُرُق الإثبات، فَلَا تقبل في القضاء، ويقتصر
في الإثبات عَلَى القرائن القَوِيَّةِ التي تفيد ظنًّا قَوِيًّا، واحتمالاً راجحاً. ومن الجدير
بالذكر أَنَّ المراد بالقاطعة: القَوِيَّةُ، القريبة من اليقين، وذلك لبقاء الاحتمال مع
وُجُود القرينة كَمَا لَا يخفى؛ لكن النَّاحِيَةَ التي تؤديها القرينة تكون هي النَّاحِيَةَ القَوِيَّةَ
الراجعة.

يَقُولُ أحمد إبراهيم رحمه الله: "يستعمل العلماء العلم القطعي في معنيين:
أحدهما: مَا يقطع الاحتمال أصلاً كالمحكم والمتواتر.
والثاني: مَا يقطع الاحتمال النَّاشئ عن الدَّلِيلِ، كالظاهر والنَّصِّ والخبر
المشهور.

فالأول يسمونه "علم اليقين"، والثاني يسمونه "علم الطمأنينة"، والقرينة
القاطعة من قبيل مَا يُفِيد العلم الثاني"⁽²⁾.
إِنَّ الشَّرِيعَةَ لَمْ تبن القضاء عَلَى الحُجَّةِ القَطْعِيَّةِ والخبر القطعي فَقَطْ؛ لِأَنَّ
ذَلِكَ يُؤَدِّي إِلَى تعطيل مصالح النَّاسِ؛ لِأَنَّ القَطْعِيَّةِ واليقين قَلَّمَا يتحققان، لذلك
قَرَّرت الشَّرِيعَةُ الحكيمة مراعاةً لمصالح النَّاسِ أَنْ يُبنى القضاء عَلَى الحُجَّةِ الظَّنِّيَّةِ
بعد أَنْ أخذت الحيطة لذلك بأقصى مَا يستطاع إِلَى جانب القضاء بالحجة القَطْعِيَّةِ
اليقينية"⁽³⁾.

فإذا فات في هذا المقام علم اليقين، فَإِنَّ في علم الطمأنينة أو مَا يقرب منه
ويدانيه من الظَّنِّ الراجح الكفاية، وما لَا يدرك كُله لَا يترك جُلُّه، ولا يكلف الله نفساً
إلَّا وسعها.

إِنَّ الشَّرِيعَةَ أجازت للقاضي بناء حكمه عَلَى شهادة الشُّهُودِ العُدُولِ، وإقرار

(1) محمَّد الزحيلي، الإثبات في الشَّرِيعَةِ الإسلاميَّةِ، ص 97.

(2) أحمد إبراهيم، طُرُق القضاء، ص 448 وما بعدها.

(3) المرجع السابق، ص 11.

المُدعى عليه، مع احتمال كذب الشُّهود العُدُول المزكِّين فيما شهدوا به، واحتمال كذب المقرِّ في إقراره لغرض ما، لكنَّ جانب الصِّدْق في شهادة العُدُول أرجح من جانب الكذب ظاهراً وغالباً، ويعد في مجاري العادات أن يكذب الإنسان في إقراره على نفسه بحق يلزمه، ولا عبرة بالأحوال النادرة أو القليلة التي يختار فيها الإنسان الإقرار على نفسه كاذباً، ملتزماً ضرر ما أقرَّ به اتقاء ضرر أكبر، أو جلب مصلحة أرجح من ذلك في نظره وتقديره لاعتبارات يراها هو ويقتنع بها كأنَّ يَكُون الإقرار الكاذب مقابل جعل يأخذه من المجرم الحقيقي⁽¹⁾.

ومن الجدير بالذكر أنَّ قُوَّة القرينة وضعفها أمر نسبي تختلف فيه الأنظار، فقد يعدُّ بعض الفقهاء القرينة قُوَّة، وتكفي في الاستدلال، بينما يعدُّ آخرون القرينة نفسها واهية وضعيفة، ولا يعتمد عليها ولا يعتدُّ بها. ومثال ذلك: الاختلاف في متاع البيت بين الزوجين.

فيدعي كُلُّ منهما أنَّ المتاع ملكه، ولم يستطع إحضار البيِّنة والدليل على صحَّة قوله.

فقال الحنفيَّة والمالكيَّة والحنابلة والزَيْديَّة والإماميَّة في الأظهر والإباضيَّة: إنَّ متاع البيت الذي يصلح للرجال كالعمامة والسِّيف والكتُّب يعطى للزوج، والمتاع الذي يصلح للنساء كالحلي والثَّياب يعطى للزوجة، للقرينة القائمة على العرف والعادة في صلاحية كُلِّ نوع لصاحبه، وأنَّه لا عبرة لليد الحسيَّة فيها.

وذهب الشافعيَّة والظاهرية وبعض الإماميَّة إلى أنَّ متاع البيت يقسم بين الزوجين نصفين، سواء أكان ممَّا يصلح للرجال، أم ممَّا يصلح للنساء، أم ممَّا يصلح لهما، لظاهر اليد منهما؛ لأنَّ البيت بأيديهما، واشتراكهما في اليد يمنع التَّرجيح بالقرينة المبنية على العرف، وبما أنَّه لا يوجد بيِّنة فالحكم بظاهر اليد، والصلاحية لا تبطل أثر اليد، وخاصَّة أنَّ يملك كُلُّ منهما ما يصلح للآخر.

(1) المرجع نفسه، ص 27.

فاليد قرينة على الملك باتفاق، وبها تمسك أصحاب القول الثاني، والصّلاحيّة قرينة عرفيّة يشهد لها شاهد الحال والعرف والعادة، وقد تعارض ظاهر الحال المُستفاد من العادة الغالبة مع اليد، فقدّم الجمهور الأولى لدلالة شاهد الحال والظاهر، وعدوا هذه القرينة قويّة في الدلالة على صاحب الحقّ في التنازع في متاع البيت، بينما حافظ الشافعيّة ومن معهم على قرينة اليد، ولم يعدوا قرينة الصّلاحيّة قويّة في الدلالة⁽¹⁾.

المطلب الثاني: تقسيم القرائن عند القانونيين

يُقسّم أهل القانون القرائن إلى: القرائن القانونيّة، والقرائن القضائيّة، والقرائن الطبيعيّة.

أ. القرائن القانونيّة:

هي التي نصّ عليها القانون نصّاً صريحاً، فهو ركنها المنشئ لها فلا تقوم بدونه، ولذلك سميت قانونيّة، والقاضي ليس حرّاً الاختيار في الأخذ بها أو تركها، ولو اعتقد عدم صحّة تطبيقها على الحادثة الجزئية التي ينظر فيها، وذلك لأنّها تقرّرت بنصّ القانون⁽²⁾، بل هو ملزم بالأخذ بها، ولا يصح القياس على القرائن القانونيّة ولا التوسّع فيها، ولذلك اقتصر في العمل بها على المواضع التي نصّ عليها القانون.

مثال ذلك: إذا وجد سند الدّين تحت يد المدين كان ذلك قرينة على تخلصه من الدّين، ذلك أنّه من طبيعة الدّائن وعادته ألاّ يترك سند دينه للمدين إلاّ

(1) محمّد الزحيلي، الإثبات في الشريعة الإسلاميّة، ص 97 وما بعدها؛ الزرقا، المدخل الفقهي العام (بيروت: دار الفكر، 1968م)، ج 2، ص 918؛ ابن القيم، الطّرق الحكميّة، ص 21؛ شهاب الدين أبو العباس القرافي، الفروق (بيروت: دار إحياء الكتب العربيّة)، ج 4، ص 104؛ القرافي، تهذيب الفُروق بهامش الفُروق (عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، 1998م)، ج 4، ص 169.

(2) أحمد إبراهيم، طُرق القضاء، ص 439.

إذا أخذ دينه⁽¹⁾.

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

وكذلك عدّ التقنين المدني المصري في المادة 916 منه أن كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت، ويكون مقصوداً منه التبرع، يعد تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أياً تكن التسمية التي تعطى لهذا التصرف.

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

والقرائن القانونية كما تحقق المصلحة العامة تحقق أيضاً مصلحة للأفراد، كالقاعدة التي تقضي بأن الولد للفراش، فابن المرأة المتزوجة هو ابن زوجها، والزوجية قرينة قانونية على بؤة الابن لأبيه، لتعذر إثبات البؤة من الأب⁽²⁾.

ومنها: القرينة التي نص عليها في المادة 587 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 المألوف 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⁽³⁾.

(1) البهي، من طُرُق الإثبات في الشريعة وفي القانون، ص 113؛ أحمد نشأت، وسائل الإثبات، ج 2، ص 70.

(2) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2، ص 605.

(3) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2، ص 605. المادة 990 إثبات مصري، 89 سوري، 502 مدني عراقي، 303 أصول لبناني، 67 سوداني، 1352 فرنسي. انظر، عبد المنعم فرج الصدة، قواعد الإثبات، ص 293؛ إبراهيم الفانز، الإثبات بالقرائن (الرياض: المكتب الإسلامي)، ص 70 وما بعدها؛ محمّد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي (الكويت: مكتبة الفلاح، ط 1، 1989م)، ص 337.

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

والقرينة القانونية ليست طريقاً للإثبات بل هي إعفاء منه، فالخصم الذي تقوم لمصلحته قرينة قانونية يسقط عن كاهله عبء الإثبات، لأنّ القرينة القانونية نقلت الإثبات من محل لآخر⁽¹⁾.

ولذلك قضت الأنظمة المختلفة بأنّ القرينة القانونية تغني من تقرر لمصلحته عن أية طريقة أخرى للإثبات، ومن ثمّ فهي وسيلة إعفاء من الإثبات؛ ولكنّه إعفاء مؤقت، فإذا استطاع المتمسك ضده بالقرينة القانونية إثبات عكس ما تقضي به - وهذا هو الأصل - ارتدّ عبء الإثبات على من تقرر القرينة لصالحه ابتداءً.

والقرائن القانونية تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: القرائن القانونية القاطعة:

وهي التي لا يقبل إثبات عكسها؛ أيّ أنّ الخصم لا يمكنه إثبات ما يخالفها كما في قرينة التمييز، وبالتالي عدم المسؤولية الجنائية من عدم بلوغ الطفل سنّ السابعة.

وكذلك تحديد سنّ الرُّشد بسنّ مُعيّنة إن بلغها الشخص عدّ رشيداً قانونياً، ولو لم يكن بلغها بالفعل، وإذا لم يكن قد بلغ هذه السنّ فلا يعدّ رشيداً ولو كان عبقرياً.

وأيضاً فقد اختلف الرأي في اعتبار قاعدة الحيّزة في المنقول سند الحائز

(1) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2، ص 91، 329، 599؛ محمّد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية (دمشق: مكتبة دار البيان، 1982م)، ج 2، ص 68.

قرينة أو لا، فمنهم من جعلها قرينة قانونية يجوز إثبات عكسها، ومنهم من عدها قاعدة موضوعية.

والقرائن القانونية التي لا تقبل إثبات العكس نادرة، ولا بُدُّ في منع إثبات العكس فيها من نص في القانون.

والقرائن القانونية القاطعة تنقسم إلى نوعين:

النوع الأول:

من شأنها إبطال اتفاق لمخالفته أحكام القانون.

ومنها: البيع في مرض الموت؛ فإنَّ القانون يبطله إذا كان لوarith إلا إذا أجازته باقي الورثة، وإذا كان صادراً لغير وارث يبطله فيما زاد على ثلث ما للبائع، وذلك لأنَّه عد البيع في مرض الموت قرينة على أنه وصية وليس بيع حقيقة، وأعطاه حكم الوصية.

ومن ذلك أيضاً: البيع الذي يكون للقضاة أو أعضاء النيابة في الحقوق المتنازع فيها التي تكون رؤيتها من اختصاص المحاكم التي يؤديون فيها عملهم، فإنَّ القانون يعده باطلاً لأنَّه قرينة على استعمال نفوذ الحاكم أو الإكراه أو الرشوة. ومن ذلك تصرفات المفلس التي فيها ضرر بدائيه⁽¹⁾.

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 المدة الموجب (76، 102 من التقنين المدني المصري)، فمتى تمسك الخصم بها وأثبت وضع يده، لا تستمر المحكمة في سماع الدعوى المتنازع فيها، لأنَّ القانون عد مضي المدة الطويلة قرينة

(1) أحمد إبراهيم، طُوق القضاء، ص 420؛ محمد إسماعيل أبو الريش، الشهادات دليل من أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي (المدينة: المكتبة العلمية، د.ط، 1987م)، ص 116.

قاطعة على ملكية واضع اليد للعين المتنازع فيها⁽¹⁾.

ومنها: ما يعرف بحجية الأمر المقضي - كما ذكرنا سابقاً - وهو عدم جواز رفع دعوى جديدة بحق سبق أن رفعت عنه دعوى قضى 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 قضى فيه، إلا بطريق من طرق الطعن المقررة، ولولا ذلك لأصبحت الأحكام القضائية مقلقلة ومزعزعة، ولما اطمأن المحكوم له إلى حقه الثابت بالحكم، لذلك وجب احترام الأحكام ووضع حدٍّ للخصومة والنزاع⁽²⁾.

وحجّية الأمر المقضي أمر مُقرّر في الفقه الإسلامي، ووجهة نظر الشريعة والقوانين الوضعيّة في هذه المسألة واحدة؛ إذ لا يصح رجوع القاضي عن قضاؤه، والمقضي عليه في حادثة، لا تسمع دعواه ولا يبيته إلا إذا ادعى تلقي المُلْك من المُدّعي، أو ادعى التناج، أو برهن على إبطال القضاء كما يقول صاحب الأشباه والنظائر⁽³⁾.

وتعد حُجّية الأمر المقضي في مجال التشريعات الوضعيّة من أبرز القرائن القانونيّة⁽⁴⁾.

ومنها: إذا ثبت قيام حيازة متاع في وقت سابق مُعيّن، وكانت قائمة حالاً؛ فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المُدّة ما بين الزمنين ما لم يقدّم الدليل على العكس⁽⁵⁾، وهذا ما ورد في القرينة المنصوص عليها في المادة 78، 104 مدني مصري؛ إذ جاء فيها:

(1) البهي، من طرق الإثبات، ص 116.

(2) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الوسيط، ج 2، ص 605.

(3) أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص 445.

(4) عبد الحميد أحمد سليمان، الحكومة والقضاء في الإسلام (القاهرة: مكتبة التراث الإسلامي،

د.ط، 1984م)، ص 79؛ السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2، ص 201.

(5) الزحيلي، وسائل الإثبات، ج 2، ص 72.

أَنَّ من أثبت وضع يده على عقار أو حُقُوق عينية مُدَّة مُعَيَّنَة، وكان واضعاً يده عليها في الحال، فالمتوسط بين المُدَّتَيْن يعد وضع يده له ما لم يثبت ما ينافي ذلك⁽¹⁾.

وتقسم القرائن القانونيّة القاطعة أيضاً باعتبار المصلحة العامّة أو الخاصّة إلى نوعين:

النوع الأوّل:

القرائن القانونيّة القاطعة المراعى فيها المصلحة العامّة:

وهي التي لا تقبل إثبات ما يخالفها، ولا يجوز فيها استجواب الخصم توصلاً إلى إقراره أو توجيه اليمين الحاسمة إليه.

كالقرينة المستفادة من مُضَيّ المُدَّة الطويلة؛ إذ ليس من المصلحة العامّة أنّ ترفع دعاوى الحُقُوق المُدَّعى بها التي طال عليها الزّمان إلى ما لا نهاية.

النوع الثّاني:

القرائن القانونيّة القاطعة المراعى فيها المصلحة الخاصّة:

أمّا إذا كانت للمصلحة الخاصّة فإنّه يجوز إثبات ما يخالفها باستجواب الخصم مثلاً للحصول على إقراره أو بتوجيه اليمين الحاسمة إليه، كما في بيع المريض مرض الموت، إذا أقرّ الورثة بأنّ البيع كان بيعاً حقيقياً. ومن هذه أيضاً قرينة العلم بالقانون بعد نشره في الجريدة الرّسميّة، فنشر القانون يعد قرينة على علم الكافّة به.

وعدم بلوغ سنّ السّابعة قرينة على عدم التمييز.

وافترض الحقيقة والصّحة في الأحكام النّهائيّة⁽²⁾.

(1) البهي، من طرق الإثبات، ص 117.

(2) أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص 442؛ البهي، من طرق الإثبات، ص 115.

القسم الثاني: القرائن القانونية غير القاطعة أو البسيطة:

وهذه القرائن هي التي تقبل إثبات عكسها بكافة الطرق مهما كانت قيمة النزاع، ويجوز نقضها بقرائن أقوى منها. ومنها قرينة التخلّص من الدين، الاستفادة من وجود سنده أو صورته الواجبة التنفيذ تحت يد المدين، ما لم يثبت الدائن أنّ ذلك كان لسبب آخر، كالحصول عليه بالسرقة مثلاً: (المواد: 219، 220، 285 من القانون المدني المصري)⁽¹⁾.

ومنها: قرينة افتراض البراءة في المتهم حتى تثبت إدانته⁽²⁾.

ومنها: الأصل في المعاملات براءة الذمة، والبيّنة على من يدّعي خلاف ذلك.

ومنها: الأصل في أحوال البالغ السلامة والحريّة، والبيّنة على من يدّعي عارضاً على أهليته، أو قيام ولاية عليه.

ومنها: الأصل فيما ثبت بزمان، بقاؤه على ما كان عليه لزم معقول، والبيّنة على من يدّعي زواله أو تحوله.

ومنها أيضاً الأصل في التدابير التشريعيّة والتنفيذيّة والقضائيّة أنّها جارية على حكم القانون، والبيّنة على من يدّعي خلاف ذلك⁽³⁾.

ففي القرائن البسيطة فإنّه يجوز للخصوم الذين يتضررون من هذه القرائن وتشهد ضدّهم أن ينازعوا فيها، وقيموا الدليل على ما يخالفها، أي أن من يدّعي وجود قرينة أنّ يشبتها، ومتى ثبتت القرينة البسيطة على من يدّعيها كان على من ينازع في وجودها أن يثبت عكس ما أثبتته خصمه بعدم وجودها، أي يجوز له أن يثبت

(1) البهي، من طرق الإثبات، ص 113.

(2) أحمد فتحي سرور، أصول قانون الإجراءات الجنائيّة، ص 334؛ محمود مصطفى، شرح قانون تحقيق الجنائيات، ص 104؛ السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2، ص 602.

(3) البخاري عبد الله الجعلي، قانون الإثبات (الخرطوم: دار الخرطوم للنشر، 1984م)، ص 334.

كذب القرينة فتزول حُجَّتِهَا؛ لَأَنَّ هَذِهِ الْحُجَّةَ مُؤَقَّتَةٌ تَزُولُ بِإِثْبَاتِ عَكْسِهَا.
ومن الأمثلة أيضاً للقرائن القانونيّة البسيطة التي تعفي صاحبها من الإثبات
مُوقَّتاً:

مَنْ إِذَا شَهِدَ لَهُ الظَّاهِرَ فَلَيْسَ عَلَيْهِ إِثْبَاتٌ، وَإِنَّمَا عَلَى خِصْمِهِ، فَالظَّاهِرُ هُنَا
قرينة تعفي صاحبها من الإثبات، وَعَلَى مَنْ يَدَّعِي خِلَافَهُ إِثْبَاتٌ مَا يَدَّعِيهِ، كَالْيَدِ
المُجَرَّدَةِ فِي الفقه الإسلامي مثلاً - وتسميها النُظْمُ الوضعية الحيازة - فمن يحوز
شيئاً ويباشر عليه سُلطات تتفق مع طبيعته عَلَى مَرَأَى مِنَ النَّاسِ، فَإِنَّ مِنْ يَنَازِعُ فِي
ذلك فعليه الإثبات⁽¹⁾.

وكذلك مسؤوليّة المتبوع عمّا يُسبِّبه التَّابِعُ مِنْ أَضْرَارٍ، فَالفقه الإسلامي
والقانون يفترض كُلَّ مِنْهُمَا هَذِهِ المَسْؤُولِيَّةَ بِافْتِرَاضِ الخَطَأِ مِنَ المتبوع، وَلَهُ نَفْيُ هَذَا
الخطأ بإثبات أَنَّهُ قَامَ بِمَا يَجِبُ عَلَيْهِ لِيَنْفِي بِذَلِكَ مَسْؤُولِيَّتِهِ.
ومثله افتراض مسؤوليّة حارس أو صاحب الحيوان عن الأضرار التي قد
يُسبِّبها مَا لَمْ يَثْبُتَ عَدَمُ حَاصِلِ خَطَأِ مِنْهُ⁽²⁾.

ب. القرائن القضائيّة:

وهي القرائن التي يستخلصها القاضي باجتهاده وذكائه من موضوع الدَّعْوَى
وظروفها وملابساتها ووقائعها المعروضة لديه، فيستنبط القرينة بتفسيره لواقعة
معلومة في الدَّعْوَى، ويستدل بها عَلَى الواقعة التي يراد إقامة الدليل عليها⁽³⁾؛ أي
الاستنباط من واقعة معلومة لإثبات واقعة مجهولة.

ومن أمثلتها: إدانة المُتَّهَمِ بقرينة وجود بقعة دموية من نفس فصيلة دماء

(1) عبد الرّحمن عبد العزيز قاسم، الإثبات والتّوثيق أمام القضاء، 1982م، ص 203.

(2) ابن القيم، الطُّرُق الحَكَمِيَّة، ص 234؛ قاسم، الإثبات والتّوثيق أمام القضاء، ص 203.

(3) الإثبات المصري، م/100. والسوري م/92، فقرة 1؛ عبد الودود يحيى، الموجز في قانون
الإثبات، ص 128.

القتيل على ملابسه⁽¹⁾.

ومنها: ما أوردته محكمة النقض المصرية من أن وجود آثار المُخَدَّر في جيب المُتَّهَم يَدُلُّ على إحراز المُتَّهَم للمواد المُخَدَّرَة⁽²⁾.

ومنها: وجود بصمات المُتَّهَم أو آثار أقدامه في مكان الجريمة قرينة دالة على وجوده في ذلك المكان⁽³⁾.

ومنها: الإنفاق ببذخ من شخص مشتببه في ارتكاب جريمة سرقة، أو العثور على أشياء مسروقة في حوزته⁽⁴⁾.

وسميت بالقرائن القضائية لأنها ثمرة اجتهاد القاضي ونتيجة لعمله القضائي، ولا يمكن حصرها؛ إذ هي نتيجة وقائع مُعَيَّنة حدثت وتحدثت في المستقبل. وهذه القرائن تركت لاجتهاد القاضي في استنباطها وتقدير مدى حُجِّيَّتها، ويمكن للقرائن القضائية أن تتحوَّل إلى قرائن قانونية حينما يتبناها القانون⁽⁵⁾، وفي هذه الحالة تخرج هذه القرائن من دائرة القرائن القضائية على الرغم من أنها في أصلها ونشأتها كانت كذلك؛ لأنها كانت ثمرة العمل القضائي.

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

ومثل هذه القرائن القضائية قررتها بعض النظم فأصبحت قرائن قانونية⁽⁶⁾.

وللقرينة القضائية عنصران:

أولهما: مادِّي.

(1) مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية، ص 158.

(2) نقض 1962/4/2م، مجموعة أحكام، س3، رقم 70، ص 380.

(3) نقض 1939/6/12م، المجموعة الرسمية، س41، رقم 75، من 195. انظر، الحفناوي، الوسائل العلمية، ص 104.

(4) المرجع السابق، ص 105.

(5) قاسم، الإثبات والتوثيق أمام القضاء (طبعة 1982م)، ص 190.

(6) المرجع السابق، ص 192.

وهو الواقعة الثابتة أمام القاضي في الدَعْوَى، سواء أكان ثبوتها قد تمّ بالكتابة أم بيمين نكل الخصم عن أدائها، أم بإقرار من الخصم، أم بشهادة الشُّهُود، أو حتّى بقرينة أخرى ذلّت على الواقعة التي تستنبط منها القرينة⁽¹⁾، وهي تعطي القاضي علماً ظنياً، وتُسمّى الدلائل والأمارات.

أمّا إذا كانت الواقعة التي اختارها القاضي للاستنباط منها مُجرّد واقعة محتملة وغير ثابتة، فلا تصلح لأن تكون مصدراً لاستخلاص القرينة منها⁽²⁾.
ثانیهما: معنوي.

وهو استنباط الواقعة المجهولة من الواقعة الثابتة، وهو عمليّة ذهنيّة يقوم بها القاضي، متقيداً في ذلك بأمر المنطق والعقل، في النتيجة التي ينتهي إليها في حكمه⁽³⁾.

ولكنّ هذا الاستنباط ميدان وعر، تختلف فيه الأنظار، وتتفاوت فيه المدارك، فمن القضاة من يكوّن استنباطه سليماً، فيستقيم له الدليل، ومنهم من يتجافى استنباطه عن منطق الواقع، وإذا كانت في القضية عدّة قرائن فيشترط أن تكون متوافقة متماسكة، هذا وللقاضي أن يستتج القرينة من قضية أخرى، ومن أيّ تحقيق مدني أو جنائي، قضائي أو إداري، ومن أيّ أوراق أخرى، حتّى لقد قيل: إنّ له أن يبحث عن القرينة في تحقیقات باطلة⁽⁴⁾.

والقاضي حرّ في تكوين اقتناعه، فقد يقتنع بقرينة واحدة الدلالة، وقد لا يقتنع بقرائن متعدّدة ضعيفة الدلالة، فللقاضي سلطة واسعة في استنباط القرائن وتقدير قيمتها؛ ولكن بشرط أن تكون هذه القرائن تحت نظر المحكمة، وتكون

(1) السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 330، بند 175؛ فرج الصدة، قواعد الإثبات، ص 122؛ محمود محمّد هاشم، القضاء ونظام الإثبات، ص 316.

(2) فرج الصدة، قواعد الإثبات، ص 121.

(3) المرجع السابق، ص 289؛ محمود محمّد هاشم، القضاء ونظام الإثبات، ص 317.

(4) البهي، من طرق الإثبات، ص 118.

المحكمة قد اطلعت عليها وأخضعتها لتقديرها. هذا وقد أنزلت معظم الأنظمة الوضعية القرائن القضائية منزلة الشهادة، فحيث يجوز الإثبات بالشهادة يجوز أيضاً بالقرائن القضائية، وحجيتها القرائن القضائية حجية متعدية مثل الشهادة⁽¹⁾.

وهي أيضاً قابلة لإثبات العكس بكل الطرق، بالكتابة، أو الشهادة، أو بقرينة مثلها، أو أقوى منها. وحجيتها دون حجية الكتابة؛ لأن الكتابة في القانون هي أقوى من الشهادة، فحيث يجب الإثبات بالكتابة، فلا موضع للقرينة، ولا يجوز الأخذ بها. يتبين مما سبق أن هناك فروقاً بين القرائن القانونية، والقرائن القضائية.

منها: أن القرائن القانونية أدلة سلبية، أي أنها تعفي من تقديم الدليل، وأنها محصورة بنص واضح القانون.

أما القرائن القضائية فإنها أدلة إيجابية، وغير محصورة.

ومنها: أن القرائن القضائية غير قاطعة، فهي دائماً قابلة لإثبات العكس بجميع طرق الإثبات.

أما القرائن القانونية فالقاطعة منها لا يجوز نقضها بإثبات العكس، وغير القاطعة يجوز نقضها بإثبات العكس⁽²⁾.

والقرائن القانونية هي من طرق الإثبات الملزمة للقاضي، والتي هي غير خاضعة لتقديره متى اكتملت شرائطها، ومثلها اليمين المحاسمة 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 القرائن القضائية فهي من طرق الإثبات غير الملزمة للقاضي بل خاضعة لتقديره المطلق، ومثلها الشهادة في الأنظمة الوضعية والمعانية. والقرائن القضائية تعد طرقاً غير كافية بذاتها للإثبات، ومثلها اليمين المكتملة والشهادة إذا لم يكتمل نصابها.

(1) المرجع السابق، 319؛ السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 91 - 329.

(2) المصدر السابق، ج 2، ص 334 وما بعدها؛ فرج الصدة، الإثبات، 286 وما بعدها.

وجدير بالذكر أنه يجب أن لا يلجأ القاضي إلى الإثبات بالقرائن القضائية؛ إلا إذا تعذر الإثبات بالأدلة المباشرة⁽¹⁾.

هذا وقد قسّم قانون الإثبات اليمني - في الباب السابع منه - القرائن إلى ثلاثة أقسام:

- قرائن قاطعة شرعية.

- قرائن قاطعة قضائية.

- قرائن بسيطة.

فالقرائن الشرعية تغني عن أي دليل آخر ولا تقبل إثبات العكس، ويجب على المحكمة الأخذ بها والحكم بمقتضاها.

وقد مثّل القانون اليمني للقرائن القاطعة الشرعية بقرينة الولد للفراش.

وقد اعترضوا على ذلك بأنه لا ينبغي التمثيل بهذه القرينة في هذا الموطن، لأنها تقبل العكس؛ إذ يجوز نفي الولد عن الزوج باللعان على الرغم من ولادته على فراش الزوجية.

كما مثّل القانون اليمني أيضاً للقرائن القاطعة الشرعية بقرينة النكول (الامتناع) عن اليمين، فعدوها قرينة على صدق المدعى وكذب المدعى عليه، وإيجاب الحكم بمقتضاها.

ويعترض أيضاً على ذلك بأن التمثيل بالنكول عن اليمين وإن عُدَّ 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 احترازاً عن اليمين الكاذبة، يحتمل أن يكون امتناعه تورعاً عن اليمين الصادقة، ويحتمل أيضاً أن يكون بسبب الاشتباه.

(1) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات، ص 321؛ علي رسلان، نظام إثبات الدعوى، ص 17.

والقضاء بالقرينة الضعيفة لا يجوز في مسائل الدماء؛ لأنه يجب الاحتياط فيها أكثر من غيرها⁽¹⁾.

والقرائن القضائية في قانون الإثبات اليميني تُحوّل للقاضي أن يحكم بمقتضاها؛ إذ تعد دليلاً كاملاً عن الوقائع المراد إثباتها؛ ولكنها تختلف عن القرائن الشرعية من جهة أنها تقبل النقص إذا أثبت الخصم عدم صحتها بالبينة الشرعية. أما القرائن البسيطة، فهي لا تقطع بثبوت الواقعة المراد إثباتها، وإنما ترشح لثبوتها، فلا تعد دليلاً شرعياً كاملاً، ولا تغني عن إقامة البينة؛ ولكن يمكن للمحكمة أن تتخذ منه شعاعاً تهتدي به إلى الدليل الذي يجعلها تصدر الحكم بناءً عليه⁽²⁾.

ج. القرائن الطبيعية:

وهناك ما يسمى بالقرائن الطبيعية أو القرائن الحسية، 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 الدالة على كذب المقر في إقراره، كما إذا أقر شخص لشخص بالبنوة، مع أن المقر أصغر سنّاً من المقر له، وما إذا ادعى على رجل بالزنا فبان خصياً، وما إذا شهد شاهدان أن فلاناً قتل شخصاً معيناً في وقت معين ثم ثبت أن المدعى عليه بالقتل كان صبيّاً قبل هذا التاريخ⁽³⁾.

(1) عبد العال عطوه، محاضرات في علم القاضي: القرائن، ص 54.

(2) عبد الفتاح محمد أبو العينين، القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي مع المقارنة بقانون الإثبات اليميني (القاهرة: مطبعة الأمانة، 1983)، ص 427.

(3) انظر، البهي، طُرق الإثبات، ص 121؛ أحمد إبراهيم، طُرق القضاء، ص 426.

المحور الثاني حُجَّةُ القرائن في الإثبات

المبحث الأول القائلون باعتبار القرائن حُجَّةً في الإثبات وأدلتهم

يرى فريق من الفقهاء جواز الاعتماد على القرائن واعتبارها طريقاً من طرق الإثبات الشرعية، مع اختلافهم ممَّا يعدّ قرينة صالحة للاحتجاج وما ليس كذلك. وبهذا الرأي قال ابن العربي⁽¹⁾، والقرطبي⁽²⁾، وابن الفرس الحنفي⁽³⁾، وابن فرحون، والمازري⁽⁴⁾، وابن جزي المالكي⁽⁵⁾، وابن رجب الحنبلي⁽⁶⁾، وابن تيمية، وابن قيم الجوزية⁽⁷⁾، والعز بن عبد السلام⁽⁸⁾،

(1) محمد بن عبد الله بن العربي، أحكام القرآن (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 3، 2003م)، ج 1، ص 254.

(2) محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (بيروت: دار الكاتب المصرية، د.ط، 1967م)، ج 9، ص 150.

(3) ابن عابدين، الحاشية، ج 5، ص 354.

(4) ابن فرحون، تبصرة الحُكَّام، ج 1، ص 161.

(5) محمد بن أحمد بن جزي، القوانين الفقهية (القاهرة: دار الحديث، د.ط، 2005م)، ص 194.

(6) محمد بن علي بن رجب الحنبلي، القواعد (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 2008م)، ص 26.

(7) أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الرّاعي والرّعية (بيروت: دار الجيل، د.1، 1993م)، ص 11؛ ابن القيم، الطُّرُق الحَكْمِيَّة، ص 11، 19.

(8) عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام (دار القلم، ط 1، 2000م)، ج 2، ص 115، 126.

والننوي⁽¹⁾، وابن حجر العسقلاني⁽²⁾، والكاساني الحنفي⁽³⁾،
وعبد المنعم بن الغرس⁽⁴⁾، والطرابلسي⁽⁵⁾، والزيلعي⁽⁶⁾، والصنعاني⁽⁷⁾،
وابن أبي الدم⁽⁸⁾.

وقد أخذ بهذا الرأي جمع من المعاصرين⁽⁹⁾.

ومما هو جدير بالذكر أن الفقهاء رحمهم الله لم يخصصوا للقرائن باباً
مستقلاً كما فعلوا في الإقرار والشهادة؛ ولكن ذكروها في مواضع كثيرة، والذي
يستقرئ تاريخ الفقه والقضاء يجد أن الفقهاء والقضاة قد استندوا إلى القرائن في
كثير من الأحكام والقرارات القضائية.

ويبدو أن هناك نوعاً من الاتفاق على الأخذ بالقرينة في الفقه والقضاء؛ إلا
أنهم اختلفوا في التفصيل، وأوسع المذاهب أخذاً بها مذهب المالكية والحنابلة، ثم
الشافعية، ثم الحنفية⁽¹⁰⁾.

-
- (1) محي الدين بن شرف النوي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج (بيروت: دار إحياء
التراث العربي، ط 3، 1392هـ)، ج 10، ص 39.
- (2) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري (القاهرة: دار الحديث،
د.ط، 2004م)، ج 12، ص 154.
- (3) سعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (القاهرة: المطبعة الجمالية،
ط 1، 1901م)، ج 6، ص 202.
- (4) ابن فرحون، تبصرة الحُكَّام، ج 1، ص 161.
- (5) الطرابلسي، معين الحُكَّام، ص 161.
- (6) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج 3، ص 299.
- (7) محمد بن إسماعيل الصنعاني، سُبل السَّلام (مكة: مكتبة نزار مصطفى الباز، ط 2، 2004م)،
ج 3، ص 85.
- (8) إبراهيم بن عبد الله بن أبي الدم، أدب القضاء (دمشق: دار الفكر، ط 2، 1982م)، ج 1،
ص 187.
- (9) مدكور، القضاء في الإسلام، ص 93.
- (10) أبو عبد الله مالك بن أنس، الموطأ (القاهرة: المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، د.ط،
1967م)، كتاب الحدود، باب ما جاء في المغتصب، رقم الحديث 828؛ ابن فرحون، تبصرة
الحُكَّام، ص 110؛ محمد عطا السَّيد، التَّشريع الجنائي الإسلامي: الحدود، ص 183.

أدلة القائلين بحجّية القرائن:

استدلّ هؤلاء بالكتاب والسنة والمعقول.

1. الاستدلال بالكتاب:

استدلّوا بعدة أدلة، منها:

الدليل الأوّل:

قال تعالى: ﴿ وَجَاءَ وَآبَاهُمْ عِشَاءً يَبْكُونَ ﴿١٦﴾ قَالُوا يَا أَبَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِنْدَ مَتَعِنَا فَأَكَلَهُ الذِّئْبُ وَمَا أَنْتَ بِمُؤْمِنٍ لَنَا وَلَوْ كُنَّا صَادِقِينَ ﴿١٧﴾ وَجَاءَ وَعَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْرًا فَصَبْرٌ جَمِيلٌ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَى مَا تَصِفُونَ ﴿١٨﴾ ﴾ [يوسف: 16 - 18].

فإخوة يوسف وضعوا أياهم الصغير في بئر، وعادوا إلى أبيهم، وادّعوا أنهم ذهبوا يتسابقون، وتركوا يوسف يحرس أمتعتهم، ولمّا عادوا وجدوا الذئب قد أكل يوسف، وقدموا دليلاً على دعواهم: قميص يوسف المملّح بالدم، مع إبداء جزعهم على أخيهم بالبكاء؛ ولكنّ نبي الله يعقوب عليه السلام لاحظ القميص، فوجده غير ممزّق، فاستدل على ذلك بكذب دعواهم، لأنّهم لمّا أرادوا جعل الدّم على القميص علامة على صدقهم فيما يدّعون، قرن الله بها علامة تعارضها وتدفعها وهي سلامة القميص من التخريق والتمزيق، فإنّه لا يتصوّر أن يأكل الذئب يوسف وهو لابس قميصه، ثمّ يسلم القميص من التمزيق، فكانت هذه العلامة والقرينة مكذّبة لهم داحضة لحجّتهم⁽¹⁾.

فها هنا استدلال بالقرينة والأمانة على الحكم، وهو دليل على اعتبار القرينة وحجّيتها.

(1) ابن العربي، أحكام القرآن، ج 3، ص 1077؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 9، ص 149؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 2، ص 93.

الدليل الثاني:

قول الله تبارك وتعالى: ﴿ قَالَ هِيَ رَوَدْتَنِي عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَتْ قَمِيصُهُ قَدْ مِّنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكٰذِبِينَ ﴾ (٣٦) وَإِنْ كَانَتْ قَمِيصُهُ قَدْ مِّنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصّٰدِقِينَ ﴾ (٣٧) فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قَدْ مِّنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِّنْ كَيْدِكُنَّ إِنْ كَيْدُكُنَّ عَظِيمٌ ﴾ (٣٨) [يُوسُف: 26 - 28].

فهذه الآية تدلُّ على أَنَّ الشَّاهِدَ قد اسْتَدَلَّ بِقَرِينَةٍ قَدْ القَمِيصِ مِّنْ قُبُلٍ أَوْ دُبُرٍ عَلَى صِدْقِ أَحَدِهِمَا وَكَذِبِ الْآخَرَ، وَمَا ذَاكَ إِلَّا إِعْمَالٌ لِلْأَمَارَاتِ وَجَعَلَهَا سَبَبًا لِلْحُكْمِ. وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى جَوَازِ الْعَمَلِ بِالْقَرَائِنِ وَالاعْتِمَادِ عَلَيْهَا، ذَلِكَ أَنَّ الْعَادَةَ قَدْ جَرَتْ أَنَّ الْقَمِيصَ إِذَا أُمْسِكَ بِهِ وَشُدَّ مِنَ الْخَلْفِ تَمَزَّقَ مِنْ تِلْكَ الْجِهَةِ، وَإِذَا أُمْسِكَ بِهِ وَشُدَّ مِنَ الْأَمَامِ تَمَزَّقَ مِنْ تِلْكَ الْجِهَةِ كَذَلِكَ، وَلَا يَمْسُكُ الْقَمِيصَ وَيُشَدُّ مِنْ خَلْفٍ إِلَّا وَلَابِسَهُ مَدْبِرٌ فِي الْأَغْلَبِ⁽¹⁾.

وَلَا يُقَالُ: إِنَّ الاسْتِدْلَالَ بِهَذَا الدَّلِيلِ، وَالدَّلِيلِ الَّذِي قَبْلَهُ، إِنَّهُ مِّنْ قَبِيلِ شَرَعٍ مِّنْ قَبْلِنَا، ذَلِكَ لِأَنَّ شَرَعًا مِّنْ قَبْلِنَا يَعُدُّ شَرَعًا لَنَا مَا لَمْ يَرِدْ فِي شَرَعِنَا مَا يَنْسُخُهُ. وَهَذَا الْقَوْلُ هُوَ رَأْيُ جُمُهِورِ الْحَنْفِيَّةِ وَالْمَالِكِيَّةِ وَالشَّافِعِيَّةِ وَرَوَايَةٌ رَاجِحَةٌ عِنْدَ أَحْمَدَ⁽²⁾.

وهو رأي الكثير من الباحثين المعاصرين.

(1) ابن العربي، أحكام القرآن، ج 3، ص 1083؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 9، ص 171.

(2) محب الله البهاري، مسلم الثبوت (الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، د.ط، 1944م)، ج 2، ص 184؛ عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي (بيروت: دار الكتاب العربي، د.ط، 1308هـ)، ج 3، ص 932؛ إبراهيم بن علي أبو إسحاق الشيرازي، التبصرة في أصول الفقه (بيروت: دار الفكر، د.ط، 1983م)، ص 285؛ مسعود بن عمر سعد الدين التفتازاني، التلويح على التوضيح (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 1996م)، ج 2، ص 16.

ثُمَّ إِنَّ الْمَصَالِحَ وَالْعَادَاتِ لَا تَخْتَلِفُ فِيهَا الشَّرَائِعُ؛ وَلَكِنْ قَدْ يَخْتَلِفُ وَجُودُهَا مِنْ وَقْتٍ لآخَرَ، فَإِذَا وَجِدْتَ فَلَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِهَا وَالْأَخْذِ بِهَا⁽¹⁾. وَلَا شَكَّ أَنَّ كُلَّ ذَنْبٍ فِي كُلِّ زَمَانٍ وَمَكَانٍ لَا بُدَّ أَنْ يَمْرُقَ الْقَمِيصُ إِذَا أَكَلَ صَاحِبُهُ كَمَا أَنَّ كُلَّ امْرَأَةٍ تَعْرُضُ لَهَا شَخْصٌ وَأَرَادَ أَنْ يَضُمَّهَا إِلَيْهِ فَامْتَنَعَتْ وَدَفَعَتْهُ لَا يُمْكِنُ أَنْ يَتَمْرُقَ قَمِيصُهُ مِنْ دُبُرٍ بِسَبَبِ الدَّفْعِ، وَهَذَا شَيْءٌ لَا يَخْتَصُّ بِزَمَنِ يُوسُفَ دُونَ غَيْرِهِ.

وَقَدْ ذَكَرَ الْعُلَمَاءُ عَلَيَّ أَنَّ شَرَعَ مِنْ قَبْلِنَا يَكُونُ شَرَعًا لَنَا إِذَا كَانَ قَدْ سَيَقُ بِطَرِيقٍ يُفِيدُ اسْتِحْسَانَهُ وَعَدَمَ إِنْكَارِهِ، فَهُوَ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ يَصْبِحُ مِنْ بَابِ التَّقْرِيرَاتِ⁽²⁾.

الدَّلِيلُ الثَّلَاثُ:

قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَلَمَّا جَهَّزَهُمْ بِجَهَّازِهِمْ جَعَلَ السَّقَابَةَ فِي رَحْلِ أَخِيهِ ثُمَّ أَذَّنَ مُؤَذِّنٌ أَيَّتُهَا الْعِيرُ إِنَّكُمْ لَسَّرْتُمْ^(٧٠) قَالُوا وَقَبِلُوا عَلَيْهِمْ مَاذَا تَفْقَدُونَ^(٧١) قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ^(٧٢) قَالُوا تَاللَّهِ لَقَدْ عَلِمْتُمْ مَا جِئْنَا لِنُفْسِدَ فِي الْأَرْضِ وَمَا كُنَّا سَارِقِينَ^(٧٣) قَالُوا فَمَا جَزَاؤُهُ إِنْ كُنْتُمْ كَاذِبِينَ^(٧٤)﴾ [يُوسُفُ: 70 - 74].

وقوله تعالى حكاية عن إخوة يوسف: ﴿يَتَأَبَّأْنَا بِكَ أَبْنِكَ سَرَقَ وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلَّمْنَا وَمَا كُنَّا لِلْغَيْبِ حَافِظِينَ﴾ [يُوسُفُ: 81].

ووجه الدلالة من هذه الآيات أنهم لما استخرجوا 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

(1) ابن العربي، أحكام القرآن، ج 3، ص 1085.

(2) البهي، من طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون، ص 81.

من متاع أحيهم علموا أنه هُوَ السَّارِق، ولهذا شهدوا بحسب هذا الظَّاهر الذي رأوه، فلهذا قالوا يا أبانا إنَّ ابنك سرق، وإنَّما أخبروا عن ظاهر الحال لا عن باطنها؛ إذ لم يكونوا عالمين بباطنها⁽¹⁾.

الدَّلِيلُ الرَّابِعُ:

قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: 228].

فالله سبحانه جعل القروء علامة وأمانة على عدم وجود حملٍ لدى المُطَلَّقة، ولا ريب في أنَّ هذا إعمال للقرينة، فيجوز العمل به⁽²⁾.

الدَّلِيلُ الْخَامِسُ:

يستفاد من كتاب الله أنَّ نُكُولَ المرأة عن اللعان يعد قرينة على صدق الزَّوج في رميها بالزنى، ويقوم لعانه ونكولها مقام الشُّهود، ولذا يقام عليها الحد.

الدَّلِيلُ السَّادِسُ:

في مسألة حكم قذف الرَّجُلِ زوجته، فقد كان الأصل يقضي بأنَّ يطالب الزَّوج بالبينة، لأنَّه يدَّعي دعوى مخالفة للظاهر؛ ولكن لما قامت القرينة المرجحة لصدقه، وهي كونه زوجاً يحرص في الغالب على نفي الفاحشة عن زوجته لتعثيره بين النَّاسِ بظهور زناها، اكتفى الشَّارع منه بالأيمان المغلظة والدُّعاء على نفسه باللعن⁽³⁾.

2. الاستدلال بالسنة:

استدلَّ المجيزون بأحاديث كثيرة على حُجِّيَّةِ القرائن، نقتصر منها

(1) أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 2007م)، ج 3، ص 176؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 9، ص 234.

(2) ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، ص 89؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 3، ص 113.

(3) محمَّد سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن (دمشق: دار الفكر، د.ط، 2006م)، ص 196.

عَلَى مَا يَأْتِي:

الدَّلِيلُ الْأَوَّلُ:

روى عبد الرَّحْمَنِ بن عوف أَنَّ أنصاريين قتلا أبا جهل يوم بدر، ثُمَّ انصرفا إلى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فقال كُلُّ منهما: أنا قتلتها، فقال رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: هَلْ مسحتما سيفيكما؟ قالوا: لَا. فنظر في السيفين، فقال: كلاكما قتله، وقضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح.

فنظره ﷺ في السيفين إِنَّمَا هُوَ ليرجح القاتل بما يراه من أثر الطعان وصبغ الدَّم، وَإِنَّمَا خَصَّ أحدهما بسلبه لِأَنَّهُ ترجح عنده من نظره إلى السيفين أَنَّهُ هُوَ الذي أنفذ مقاتله، وعليه فيكون قوله: كلاكما قتله تطيباً لنفس الآخر من حيثُ إِنَّ لَهُ بَعْضَ المشاركة⁽¹⁾.

ففي هذا الحديث دليل عَلَى اعتبار القرينة وصلاحها لبناء الأحكام عليها، ولهذا قَالَ ابن القيم بعد ذكره هذه القصة: "وهذا من أحسن الأحكام وأحقها بالاتباع، فالدَّم في النصل شاهد عجيب!"⁽²⁾.

الدَّلِيلُ الثَّانِي:

قوله ﷺ: «لَا تنكح الأيِّمَ حَتَّى تستأذن. قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قَالَ: أَنْ تسكت»⁽³⁾.

وفي رواية: «ورضاها صماتها»⁽⁴⁾.

فَقَدَ عد النَّبِيِّ ﷺ سكوت البكر أمانة وقرينة عَلَى رضاها بالنكاح، وذلك

(1) البخاري، الصحيح الجامع، كتاب فرض الخمس، باب من لم يخمس الأسلاب، ومن قتل قتيلاً فله سلبه، رقم 3141، ج 6، ص 246؛ أبو الحسين مسلم بن الحجاج، الصحيح (بيروت: دار الجيل، د.ط، د.ت)، كتاب الجهاد والسير، باب قتل أبي جهل، ج 12، ص 159.

(2) ابن القيم، الطُّرُقُ الحَكْمِيَّة، ص 11؛ ابن فرحون، تبصرة الحُكَّام، ج 2، ص 94.

(3) ابن حجر، فتح الباري، رقم 5136، ج 9، ص 191؛ مسلم، الصحيح، ج 9، ص 202.

(4) البخاري، الصحيح، رقم 5173، ج 9، ص 191.

لأنَّ حياءها يمنعها من التّصريح بالقبول، ولا يمنعها من التّصريح بالرفض، وهذا ظاهر في الدّلالة على جواز الأخذ بالقرائن.

ومنهم من يرى أنّ هذا من أقوى الأدلّة في الحكم بالقرائن⁽¹⁾.

ويعترض على هذا الاستدلال:

بأنّ السُّكوت يحتمل أنّ يكون للهبة أو للخوف، أو لغيره، ومع هذا الاحتمال لا يصحّ به الاستدلال.

ودفع هذا بأنّ الرّسول ﷺ عد الرّضا منها حيث كان السُّكوت أمانة على الرّضا بالخاطب، فالسكوت أمانة على الرّضا في الغالب والكثير، لا النّادر، والنّادر لا يفرد له حكم العموم⁽²⁾.

الدليل الثالث:

قوله ﷺ: «بينما امرأتان معهما ابناهما، جاء الذئب فذهب بابن أحدهما، فقالت هذه لصاحبتها: إنّما ذهب بابنك أنت، وقالت الأخرى، إنّما ذهب بابنك، فتحاكما إلى داود عليه السّلام، ففضى به للكبرى، فخرجتا على سُلَيْمان بن داود عليهما السّلام فأخبرتا، فقال اتّوني بالسكين أشقّه بينكما، فقالت الصّغرى: لا، يرحمك الله هو ابنها، ففضى به للصّغرى»⁽³⁾.

ووجه الدّلالة في هذا الحديث: أنّ نبي الله سُلَيْمان عليه السّلام قضى بالولد للصّغرى اعتماداً على قرينة الشفقة، حيث عارضت قتله، بينما رضيت به الكبرى بذلك، ممّا يدلّ على أنّ الصّغرى هي أمّه الحقيقيّة.

وممّا لا يخفى أنّ سُلَيْمان عليه السّلام ما كان يريد شقّ الطّفّل إلى نصفين

(1) ابن فرحون، تبصرة الحُكّام، ج 2، ص 94.

(2) ابن فرحون، تبصرة الحُكّام، ج 2، ص 114؛ شوكت عليان، السُّلطة القضائيّة في الإسلام (الرياض: دار الرشيد، ط 1، 1982م)، ص 269.

(3) البخاري، الصحيح، كتاب الفرائض، باب إذا ادّعت المرأة ابناً، رقم 6769، ج 1، ص 55؛ مسلم، الصحيح، كتاب الأفضية، باب اختلاف المجتهدين، ج 2، ص 18.

حقيقة، وإنما أراد مُجَرِّد التَّعْرِفِ عَلَى أُمَّه الْحَقِيقِيَّةِ، وَقَدْ تَمَّ لَهُ مَا أَرَادَ بِذَلِكَ بَعْدَ أَنْ اخْتَبَرَ شَفَقَةَ الْمَرَاتِينِ لِتَمَيِّزِ لَهُ الْأُمَّ الْحَقِيقِيَّةِ، فَتَمَيَّزَتْ بِقَوْلِهَا "لَا تَقْطَعُهُ"، وَرَضِيَ الْأُخْرَى بِالْقَطْعِ⁽¹⁾.

الدَّلِيلُ الرَّابِعُ:

وَاسْتَدَلُّوا أَيْضاً بِحَدِيثِ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَسَأَلَهُ عَنِ اللَّقْطَةِ، فَقَالَ: اعْرِفْ عِفَاصَهَا (وعاءها)، ووكاءها (الخيط الذي تشدُّ به الضَّرَّةُ)، ثُمَّ عَرَفَهَا سَنَةً، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا فَشَأْنُكَ بِهَا⁽²⁾.

وَفِي رِوَايَةٍ أُخْرَى لِمُسْلِمٍ ذَكَرَ فِيهَا الْعَدَدَ، فَقَالَ: «... احْفَظْ وَعَاءَهَا وَعَدِّدْهَا»⁽³⁾.

وَقَدْ عَدَّ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْوَصْفَ فِي اللَّقْطَةِ قَائِماً مَقَامَ الْبَيْتَةِ، وَجَعَلَ مَعْرِفَةَ الْوَعَاءِ وَالرِّبَاطِ وَالْعَدَدَ دَلِيلاً عَلَى صِحَّةِ قَوْلِ مُدَّعِي اللَّقْطَةِ.

وَهَذَا دَلِيلٌ عَلَى جَوَازِ الْعَمَلِ بِالْقَرَائِنِ.

قَالَ الْأَبِي فِي شَرْحِ صَحِيحِ مُسْلِمٍ: وَحَدِيثُ اللَّقْطَةِ فِي الْحُكْمِ بِمَعْرِفَةِ الْعِفَاصِ وَالْوَكَاءِ أَصْلٌ فِي الْحُكْمِ بِالْعَرَفِ وَالْعَادَةِ عِنْدَ التَّنَازُعِ، وَلَيْسَ عِنْدَ أَهْلِ التَّحْقِيقِ دَلِيلٌ أَظْهَرَ مِنْهُ، لِأَنَّ الْغَالِبَ وَالْعَرَفَ أَنَّ مَالِكَ الشَّيْءِ يَعْرِفُ مِنْ نَعْوَتِهِ مَا لَا يَعْرِفُهُ غَيْرُهُ، وَإِنْ جَازَ أَنْ يَعْرِفَ الْغَيْرُ ذَلِكَ مِنْهُ، إِمَّا لِأَنَّهُ رَأَاهُ عِنْدَهُ، أَوْ اسْتَعَارَهُ، أَوْ أَجْرَهُ، لَكِنَّ الْغَالِبَ الْأَوَّلَ.

وَقَدْ أَجْرَى الْمَالِكِيَّةُ السَّرْقَةَ عَلَى حُكْمِ اللَّقْطَةِ، فَحَكَمُوا بِدَفْعِ الشَّيْءِ

(1) موسى شاهين لاشين، فتح المنعم شرح زاد المسلم فيما اتفق عليه البخاري ومسلم للشنقيطي (القاهرة: مكتبة الجامعة الأزهرية، د.ط، 1970م)، ج 1، ص 284.

(2) البخاري، الصحيح، كتاب اللقطة، باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة، رقم 2429، ج 5، ص 84؛ مسلم، الصحيح، كتاب اللقطة، ج 12، ص 20، وما بعدها؛ سليمان أبو داود السنجستاني، السنن (دار الجيل للنشر والطباعة، د.ط، 1992م)، ج 1، ص 269.

(3) مسلم، الصحيح، باب إذا أخبر رب اللقطة بالعلامة، رقم 2426، ج 5، ص 78.

المسروق لمن يدعيه ويذكر صفته⁽¹⁾.

قال ابن القيم: الصحيح الذي دلّت عليه السُّنَّة التي لا معارض لها أنّ اللُّقْطَةَ إذا وصفها واصف صفة تدلُّ على صدقه دُفعت إليه بمجرد الوصف، فقام وصفه مقام الشاهدين، بل وصفه لها بيّنة تبيّن صدقه، وصحّة دعواه، فإنّ البيّنة اسم لما يبيّن الحقّ⁽²⁾.

ويقول أيضاً: "وكذلك اللقيط إذا تداعاه اثنان، ووصفه أحدهما بعلامة خفيّة بجسده، حكم له به عند الجمهور"⁽³⁾.

وقد ردّ المانعون على هذا الاستدلال، وتأولوا أحاديث اللُّقْطَةَ؛ إذ قالوا: إنّ هذه الأحاديث أفادت الأمر بالإعطاء إلى المالك، وأنهم لا ينازعون في ذلك، وإنما ينازعون في إعطائها له بالوصف.

وقالوا: إنّ الأوصاف تتشابه، فليست طريقاً لمعرفة الحقّ، فقد يكون الواصف محتالاً، وهذا ما يجعل هذه القرينة قابلة لأن يثبت عكسها. وإذن فلا بُدّ من إقامة البيّنة من المالك على أنه مالكها، ولا تُعطى له بمجرد الوصف.

وقالوا: إنّ ما جاء في اللُّقْطَةَ من الأمر بمعرفة العفاص والوكاء محمول على أنه خاص بالملتقط لئلا تختلط اللُّقْطَةَ بماله، لا ليرتب عليه دفع اللُّقْطَةَ لو اصفها.

ويناقش ذلك بأنّ ما ذهبوا إليه لا يتماشى مع ظاهر الأحاديث، وعلى فرض

(1) الوشتاني الأبّي، إكمال المعلم شرح صحيح الإمام مسلم (القاهرة: مطبعة السعادة، د.ط، د.ت)، ج 5، ص 36. نقلاً: عن محمّد بن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 381؛ محمد بن إدريس الشافعي، الأمّ (دار الغد العربي، ط 1، 1990م)، ج 7، ص 209.

(2) ابن القيم، إعلام الموقعين، ج 1، ص 97.

(3) ابن القيم، الطُّرُقُ الحَكْمِيَّة، ص 10؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج 6، ص 199؛ محمد بن عبد الواحد الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 2003م)، ج 5، ص 344.

تسليمه فإنه لا يمنع من اعتبار الوصف في دفع اللقطة، ويكُون الأمر بمعرفة الوكاء والعفاص في الأحاديث قد أفاد شيئين:

الأوّل: أن يعرف الملتقط وكاء اللقطة وعفاصها حتى لا تختلط بماله؛ والثاني: أن يدفعها لمعرفها بمقتضى وصفه لها.

أمّا القول بأن معرفة الوكاء والعفاص خاص بالملتقط لئلا تختلط اللقطة بماله، وأنها لا تدفع لواصل وكائها وعفاصها إلا إذا أقام البيّنة على أنه مالكةا؛ فإن هذا القول يخالف صريح الأحاديث، ولا يتمشى مع ما ترمي إليه؛ إذ إن الرسول ﷺ رَبَّبَ الدَّفْعَ عَلَى الوصف⁽¹⁾.

الدليل الخامس:

وروى أنس أن النبي ﷺ قَالَ بعد أن تلاعن هلال ابن أمية وزوجته: "ابصروها فإن جاءت به أكحل العينين⁽²⁾، سابع الإليتين⁽³⁾، خدلج⁽⁴⁾ الساقين؛ فهو لشريك بن سحماء، فجاءت كذلك، فقال النبي ﷺ: لولا ما مضى من كتاب الله تعالى لكان لي ولها شأن⁽⁵⁾.

قالوا: هذا الحديث ظاهر الدلالة على اعتبار القرائن والأخذ بها، فقد جعل النبي ﷺ الشبه قرينة على النسب.

واعترض على ذلك:

بأن هذا الحديث يدل على عدم اعتبار الشبه، وأنه ليس له مدخل في بناء الأحكام الشرعية، بدليل أن النبي ﷺ لم يحكم بإلحاق الولد بشريك بن سحماء، مع أن الولد قد جاء يشبهه، كما ذكرت الأحاديث، ولم يَقم الحدّ على المرأة؛ لأنَّ

(1) البهي، من طُرُق الإثبات في الشريعة والقانون، ص 81 وما بعدها؛ التجكاني، النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي، ص 277.

(2) أكحل: منابت أصفانه سوداء كأن فيها كحلاً.

(3) سابع الإليتين: عظيمهما.

(4) خدلج: ضخم الساقين. انظر: ابن الأثير، جامع الأصول، ص 720.

(5) ابن حجر، فتح الباري، ج 9، ص 461.

معنى أن يأتي الولد يشبه شريكاً دليل على كذبها في لعانها وأنها قد زنت.

ويُرد هذا الاعتراض:

بأن الحديث حُجَّةٌ للقائلين باعتبار القافة المبني على الشبه، لأن قوله ﷺ: أبصروها فإن جاءت به كذا وكذا فهو لهلال، وإن جاءت به كذا وكذا فهو لشريك، إرشاداً منه ﷺ إلى اعتبار الحكم بالقافة، وأنَّ للشبه مدخلاً في معرفة النَّسب وإلحاق الولد⁽¹⁾.

وأجيب عن الاعتراض كذلك:

بأنَّ الذي منع من إعمال الشبه في إلحاق الولد بمن يشبهه إنما هو مانع اللعان، ولهذا قال النَّبِيُّ ﷺ: «لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن». وفي رواية: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»⁽²⁾.

ومعنى هذا القول: لولا ما سبق من حكم الله أنَّ أيمان اللعان تدفع الحَدَّ عن المرأة لأقمت الحَدَّ عليها من أجل الشبه الظاهر البيِّن بالذي رُميت به⁽³⁾.

فاللعان أقوى من الشبه، وحكمه يدفع حكم الشبه، فصار اللعان مع الشبه بمنزلة أقوى الدليلين مع أضعفهما، وحيثُ اعتبرنا الشبه في لحوق النَّسب فإنما ذلك إذا لم يقاومه سبب أقوى منه وهو اللعان.

وأما إخبار النَّبِيِّ ﷺ بشأن الولد وشبهه فإنه لم يكن من أجل تغيير حكم اللعان، وإنما ليتبين الصَّادق منهما من الكاذب؛ لأنَّ قول النَّبِيِّ ﷺ: «إنَّ جاءت به كذا وكذا فهو لفلان..» لا يعني إلحاقاً له به في النَّسب، كيف وقد نفاه عنه باللعان، وانقطع نسبه منه، وإنما كان إخباراً عن الواقع، ولم يقم الرُّسول ﷺ الحَدَّ على المرأة التي جاءت بالولد على النعت

(1) ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد (بيروت: مؤسَّسة الرسالة، د.ط، 1983م)، ج 5، ص 403.

(2) ابن الأثير، جامع الأصول، ج 10، ص 721.

(3) المصدر السابق، ج 5، ص 380؛ ابن حجر، فتح الباري، ج 9، ص 463.

المذكور من أجل أيمانها التي درأت عنها العذاب⁽¹⁾.

الدليل السادس:

اعتدت الشريعة بالقرينة في إثبات الإيمان والنفاق، فقال ﷺ: «إذا رأيتم الرجل يعتاد المساجد فاشهدوا له بالإيمان»⁽²⁾.
فاعتباد المساجد قرينة تدلُّ على الإيمان، وإذا كان ذلك شأن المؤمن، وكانت تلك القرائن تدلُّ عليه؛ فإنَّ للمنافق أيضاً علامات وقرائن تدلُّ عليه، حدثنا عنها رسول ﷺ حين قال: «آية المنافق ثلاث، إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أوْتمن خان»⁽³⁾.

الدليل السابع:

روي أنَّ عثمان ؓ أتى بامرأة ولدت لسته أشهر من زواجها، فأمر بها أن ترجم، فقال علي: ليس لك عليها سبيل، لقول الله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: 15]، وقوله تعالى: ﴿وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان: 14].
فالآية الأولى قد بيّنت مدّة الحمل والفصال ثلاثين شهراً، وأنَّ مدّة الفصال وحدها عامان، وهذا يقتضي أن أقل مدّة الحمل هي ستة أشهر، ومن ثم تكون المرأة قد وضعت في الزمن الشرعي للحمل، فلا يجوز أن يقام عليها الحدّ بتهمة الزنى.

ومعنى ذلك من ناحية أخرى أنّها لو ولدت لأقل من ستة أشهر لأقيم عليها الحدّ، ويكُون وضعها في تلك المدّة قرينة على زناها، وأنَّ القرينة تعد حُجّة في

(1) ابن قدامة، المغني، ج 5، ص 768؛ ابن القيم، الطُّرُق الحكيمية، ص 222؛ ابن حجر، فتح الباري، ج 9، ص 463؛ ابن القيم، زاد المعاد، ج 5، ص 380؛ عدنان حسن عزازية، حُجّة القرائن في الشريعة الإسلامية، ص 112 - 113.

(2) محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، السنن (بيروت: المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، 2006م)، ج 1، ص 263.

(3) ابن حجر، فتح الباري، ج 1، ص 9.

الإثبات، شأنها في ذلك شأن باقي طُرُق الإثبات الأخرى⁽¹⁾.

الدليل الثامن:

حكم النبي الله ﷺ بموجب اللوث في القسامة وجوز للمدعين أن يحلفوا خمسين يميناً ويستحقون الدية أو دم صاحبها، على ما رود في بعض الروايات. فهذا لوث في الدماء، والذي في سورة المائدة لوث في الأموال في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ عُرِ عَلَىٰ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّ إِثْمًا فَاحْرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأُولَٰئِ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَدْنَا أَحَقُّ مِن شَهَدَتَيْهِمَا وَمَا اَعْتَدْنَا إِنَّا إِذَا لَمِنَ الظَّالِمِينَ﴾ [المائدة: 107]. كما أن الذي في سورة يوسف لوث في الدعوى في العرض⁽²⁾.

ومعنى القسامة: 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 للقسامة في القوانين الوضعية.

وللقسامة فائدتان عظيمتان:

أولاهما: تعظيم شأن الدماء وألا تذهب هدراً بالقدر المستطاع، وثانيتها: بعث روح اليقظة والانتباه في أهل القرى والمحلات 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، وتتبعهم داخلاً وخارجاً، وذلك لشعور الجميع بالمسؤولية المشتركة والتضامن⁽³⁾.

(1) أبو العينين، القضاء والإثبات، ص 427.

(2) المرجع السابق، ص 427.

(3) أحمد إبراهيم، طُرُق القضاء، ص 420.

وصورة القسامة:

أن يوجد قتيل بموضع لا يُعرف من قتله ولا بيّنة، ويدّعي وليّه قتله على يد شخص أو جماعة، وتوجد قرينة تشعر بصدقه وتُسمّى (اللوث) - أيّ العداوة الظاهرة - فيحلف على ما يدّعيه ويحكم له⁽¹⁾.

ولا تجب بمجرد دعوى الأولياء حتّى تقترن بها شبهة يغلب على الظنّ الحكم بها⁽²⁾.

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 يمينا تقسم على أولياء القتيل إذا ادّعوا الدّم، أو على المدّعي عليهم الدّم لنفيه⁽³⁾، فاقتران الدّعوى بشيء يدلّ على صدق المدّعي تعدّ لوثاً يحكم بموجبها⁽⁴⁾.

ووجه الدلالة على العمل بالقرينة من الحكم بموجب اللوث في القسامة أنّ القتل حصل ولا بيّنة ولا اعتراف، فيحلف المدّعون من أولياء الدّم مع وجود القرينة - التي تثير الظنّ وتوقع في القلب صدق المدّعي - فيستحقون دم صاحبهم، سواء أكان المقصود الدّيّة أم القود، فيحكم له به، ولا مستند للحكم ها هنا إلا القرائن والأمارات وشواهد الأحوال⁽⁵⁾.

(1) شيخني زاده الحنفي، مجمع الأنهر (المطبعة العامرة، د.ط، د.ت)، ج 2، ص 677؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج 7، ص 286؛ النووي، روضة الطالبين (بيروت: دار ابن حزم، ط 1، 2002م)، ج 10، ص 9.

(2) ابن حجر، فتح الباري، ج 12، ص 136؛ مسلم، الصحيح، ج 11، ص 144.

(3) الشرييني، مغني المحتاج (بيروت: دار الفكر، 1978م)، ج 4، ص 109.

(4) ابن قدامة، المغني، ج 8، ص 68.

(5) عدنان حسن عزايزة، حُجّيّة القرائن في الشريعة الإسلامية، ص 124؛ شيخني زاده، مجمع الأنهر، ج 2، ص 677؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج 7، ص 286؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، ص 469؛ ابن حزم، المحلى، ج 12، ص 474.

الدليل التاسع:

وَرَدَ فِي حَدِيثِ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: "أَرَدْتُ السَّفَرَ إِلَى خَيْبَرَ فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ فَقُلْتُ: إِنِّي أَرَدْتُ الْخُرُوجَ إِلَى خَيْبَرَ. فَقَالَ: إِذَا أَتَيْتَ وَكَيْلِي فَخُذْ مِنْهُ خَمْسَةَ عَشَرَ وَسَقًا، فَإِذَا طَلَبَ مِنْكَ آيَةَ فَضَعْ يَدَكَ عَلَى تَرْقُوتِهِ"⁽¹⁾.

فهذا اعتماد في الدَّفْعِ إِلَى الطَّالِبِ عَلَى مُجَرَّدِ الْعَلَامَةِ، وَإِقَامَةِ لَهَا مَقَامَ الْبَيْتَةِ⁽²⁾.

وَقَدْ ذَكَرَ الصَّنَعَانِيُّ أَنَّ فِي هَذَا الْحَدِيثِ دَلِيلًا عَلَى الْعَمَلِ بِالْقَرِينَةِ وَالْعَلَامَةِ فِي مَالِ الْغَيْرِ، وَأَنَّ الرَّسُولَ يُصَدَّقُ وَتَدْفَعُ لَهُ الْعَيْنُ إِذَا جَاءَ بِعَلَامَةٍ مِنْ صَاحِبِ الْمَالِ⁽³⁾.

الدليل العاشر:

كَانَ الْأَئِمَّةُ وَالْخُلَفَاءُ يَحْكُمُونَ بِالْقَطْعِ وَالضَّمَانِ إِذَا وَجَدَ الْمَالُ الْمَسْرُوقَ مَعَ الْمُتَّهَمِ.

وَيُرَى ابْنَ الْقَيْمِ أَنَّ هَذِهِ الْقَرِينَةُ أَقْوَى مِنَ الْبَيْتَةِ وَالْإِقْرَارِ، فَإِنَّهُمَا خَبْرَانِ يَتَطَرَّقُ إِلَيْهِمَا الصِّدْقُ وَالْكَذِبُ، وَلَكِنَّ وُجُودَ الْمَالِ مَعَهُ يُعَدُّ نَصًّا صَرِيحًا لَا يَتَطَرَّقُ إِلَيْهِ شُبْهَةٌ⁽⁴⁾.

ويناقش ذلك:

بأنه ليس بالضرورة أن يدل ضبط المسروق في حوزة المتهم على أنه هو السارق، لاحتمال أن يكون المسروق قد دُس عليه؛ إذ إن هذه القرينة قد ثبت عدم مطابقتها للواقع في كتاب الله عز وجل.

(1) الصنعاني، سُبُلُ السَّلَامِ، ج 3، ص 85؛ ابن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 1998م)، ج 3، ص 51.

(2) ابن فرحون، تبصرة الحُكَّامِ، ج 2، ص 94؛ ابن القيم، الطُّرُقُ الْحَكْمِيَّةُ، ص 12.

(3) الصنعاني، سُبُلُ السَّلَامِ، ج 3، ص 85.

(4) ابن القيم، الطُّرُقُ الْحَكْمِيَّةُ، ص 7.

فَقَدْ وَرَدَ فِي سُورَةِ يُوسُفَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿ فَلَمَّا جَهَّزَهُم بِجَهَّازِهِمْ جَعَلَ السَّقَايَةَ فِي رِجْلِ أَخِيهِ ثُمَّ أَذَّنَ مُؤَذِّنٌ أَيَّتُهَا الْعِيرُ إِنَّكُمْ لَسَّرْتُمْ ﴿٧٠﴾ قَالُوا وَأَقْبَلُوا عَلَيْهِمْ مَاذَا تَفْقَدُونَ ﴿٧١﴾ قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾ قَالُوا تَاللَّهِ لَقَدْ عَلِمْتُمْ مَا جِئْنَا لِنُفْسِدَ فِي الْأَرْضِ وَمَا كُنَّا سَارِقِينَ ﴿٧٣﴾ قَالُوا فَمَا جَزَاؤُهُ إِنْ كُنْتُمْ كَاذِبِينَ ﴿٧٤﴾ قَالُوا جَزَاؤُهُ مَن وُجِدَ فِي رَحْلِهِ فَهُوَ جَزَاؤُهُ كَذَلِكَ نَجْزِي الظَّالِمِينَ ﴿٧٥﴾ فَبَدَأَ بِأَوْعِيَتِهِمْ قَبْلَ وِعَاءِ أَخِيهِ ثُمَّ اسْتَخْرَجَهَا مِنْ وِعَاءِ أَخِيهِ كَذَلِكَ كِدْنَا لِيُوسُفَ ﴿٧٦﴾ [يُوسُف: 70 - 76].

فالسقاية قد وجدت في رحل أخي يُوسُفَ، وأتخذ الحاضرون من وجودها في رحله قرينة ظاهرة على أنه هو السارق، وأجمعوا على ذلك بما فيهم إخوته - ما عدا يُوسُفَ ومن قام بتنفيذ العملية - وحكم على أخي يُوسُفَ بناءً على تلك القرينة، بينما هي تخالف الواقع تماماً؛ إذ إنه لم يسرق، وإنما دُست السقاية عليه دساً لحكمة سامية.

فكأنَّ القرآن الكريم يوحى إلينا من طرف بهذه الواقعة أننا لو اعتمدنا على مثل هذه القرائن في إثبات الجرائم لأمكن أن تكون تكأة تلفق بها التُّهم لكثير من البرءاء.

ويعترض على ذلك:

بأنَّ وُجُودَ المال المسروق في حوزة المُتَّهَم دليل قوي على أنه هو السارق؛ إذ ليس من المنطق أن يُسْتَهَانَ بهذا الدليل إلا إذا ادَّعى المُتَّهَم أنَّ المال قد دُسَّ عليه (مثلاً)، أو غير ذلك من الأعذار المقبولة، فإذا ثبتت هذه الاحتمالات والشُّبُهَات، واطمأنت نفس القاضي إلى وجودها، حينئذٍ لا يُعَدُّ وُجُودَ المال عنده دليل إثبات.

لذلك ينبغي على القاضي التَّحَقُّقَ من ادِّعاء المُتَّهَم أنَّ المال المسروق قد دُسَّ عليه؛ إذ إنَّها دعوى يحتاج إلى دليل يسندها، لا بمجرد الدَّعْوَى؛ حيثُ إنَّ كُلَّ

أحد يستطيع أن يدرأ حدَّ السرقة عن نفسه بهذا الادعاء إذا وجد المال المسروق عنده، وهذا يُؤدِّي إلى إبطال الحدِّ عن كُـلِّ من يدَّعي مثل هذا. فعلى القاضي أن يأخذ هذا الادعاء بحذر، قطعاً لذريعة إسقاط الحدِّ جملة، وحماية لحرمان الله تعالى أن تنتهك.

الدليل الحادي عشر:

حكم عمر وابن مسعود بوجوب الحدِّ برائحة الخمر من فم الرُّجل أو قيئه خمراً، اعتماداً على القرينة الظاهرة، ولم يعرف لهما مخالف من الصحابة، فكان ذلك إجماعاً.

وهذا دليل على اعتبار الشارع للقرائن والأمارات وتأثيرها في بناء الأحكام. إن دلالة الرائحة والقيء على شرب الخمر أقوى من دلالة الرؤية؛ لأنه لا يقطع بالرؤية بأن المشروب خمر بعكس الرائحة فدلالتها قوِّية قاطعة⁽¹⁾.

فالشَّم أقوى في معرفة حال المشروب من الرؤية؛ لأنَّ الرؤية لا يعرف بها الشُّراب أمسكراً هو أم لا؟ وإنما يعلم ذلك من رائحته.

فقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: "وجدت من عبید الله ریح شراب وأنا سائل عنه فإن كان يسكر جلدته"⁽²⁾.

وفي خبر السائب بن يزيد أنه حضر عُمر بن الخطاب يضرب رجلاً وجد منه ریح الخمر⁽³⁾.

قالوا: فحكم عُمر رضي الله عنه على تحقق الشُّرب بالرائحة من أقوى الأدلة على اعتماد القرائن في إصدار الأحكام القضائية.

وكذلك حديث ابن مسعود الذي جلد رجلاً وجد ریح الخمر منه⁽⁴⁾.

(1) ابن فرحون، تبصرة الحُكَّام، ج 2، ص 80.

(2) البخاري، الصحيح، كتاب الأشربة، باب الباذق ومن نهى عن كُـلِّ مسكر، ج 6، ص 244.

(3) الدارقطني، السنن، كتاب الحدود والديات وغيره، ج 3، ص 167.

(4) المسند (مسند عبد الله بن مسعود)، ج 2، ص 14.

وتفيد هذه الأحاديث تطابق رأي عُمر وابن مسعود في الأخذ بقريئة الرّائحة، إذا أثبتا بها جريمة الشُّرب وجلدا بها الحدّ.

وفي خبر أنّه أتى بالوليد بن عقبة إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه، وقد شهد عليه رجل أنّه رآه شربها - يعني الخمر - وشهد الآخر أنّه رآه يتقيأها، فقال عثمان: إنّهُ لم يتقيأها حتّى شربها⁽¹⁾.

قالوا: وهذا دليل آخر يثبت الشُّرب بالتقيؤ، وفيه أعظم استدلال على بناء الأحكام على القريئة⁽²⁾.

وأما احتمال الإكراه والنسيان والجهل وشرب عصير تشبه رائحته رائحة الخمر فدعوى تحتاج إلى دليل يسندها ويثبتها لا بمجرد الدّعوى؛ وإلاّ لادّعى كلّ شارب خمر إحدى تلك المبررات للإفلات من الحدّ.

أمّا بالنسبة لتشابه رائحة الخمر فقد صار تمييز شارب الخمر من غيره من الشُّراب في هذا العصر ميسوراً في كثير من الأماكن، وذلك عن طريق تحليل الدّم، والكشف عن الكحول فيه، أو عن طريق جهاز ينفخ فيه المُتّهم، فيقيس نسبة الكحول في نفسه.

الدليل الثاني عشر:

أمر النّبي الله صلى الله عليه وآله وسلم الزبير أن يقرّر عمّ حي بن أخطب بالعذاب على إخراج المال الذي غنّيه وادّعى نفاذه. فقال الرُّسول صلى الله عليه وآله وسلم: «العهد قريب والمال أكثر من ذلك».

فعدّ الرُّسول صلى الله عليه وآله وسلم قرب العهد وكثرة المال قريتين على عدم نفاذه، ولذلك أمر الرُّسول صلى الله عليه وآله وسلم الزبير بن العوام أن يمسه بعذاب وكان نتيجة ذلك أن أرشد إلى المال وأخرجه من مخبئه⁽³⁾.

(1) أبو داود، السنن، كتاب الحدود، باب الحدّ في الخمر، ج 4، ص 163.

(2) محمّد عطا السّيد، التشريع الجنائي الإسلامي، ص 179.

(3) أبو داود، السنن، كتاب الخراج والإمارة، ج 3، ص 408؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 2،

الدليل الثالث عشر:

ومن الأدلة القوية على اعتبار القرائن في الإثبات أن النبي ﷺ قد عدّ الحمل قرينة قاطعة على الزنى، وأمر بإقامة الحدّ على امرأة وجدت حاملاً بغير زواج.

فقد تزوج رجل من أصحاب النبي ﷺ امرأة فوجدها حبلى، ففضى النبي ﷺ بجلدها الحدّ بعد أن تلد وتتعافى من نفاسها.

وفي رواية: ففرّق رسول الله ﷺ بينهما وأعطاهما الصداق بما استحل من فرجها⁽¹⁾.

وقد حكم عمر رضي الله عنه بالرجم على المرأة التي ظهر بها الحمل ولم يكن لها زوج ولا سيد، وقال: ألا وإن الرّجم حقّ على من زنى وقد أحسن إذا قامت البيّنة، أو كان الحمل أو الاعتراف⁽²⁾.

وقد أورد الدارقطني أن هذا رأي علي رضي الله عنه، عندما قال بعد رجمه لشراحة الهمدانية: أيما امرأة نعي عليها ولدها أو كان اعتراف، فالإمام أول من يرجم، ثمّ الناس، فإنّ نعتها شهود فالشهود أول من يرجم، ثمّ الناس⁽³⁾.

يقول ابن قدامة: "ورجم من ظهر بها حمل من غير زوج ولا سيد قول سادة الصحابة، ولم يظهر لهم في عصرهم مخالف فكان إجماعاً"⁽⁴⁾.

ص 113 وما بعدها.

(1) أبو داود، السنن، كتاب النكاح، باب الرّجل يتزوج المرأة فيجدها حبلى، ج 2، ص 241 - 242؛ الدارقطني، السنن، باب المهر، ج 3، ص 251.

(2) محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب المحاربين من أهل الكفر والرّدة، باب الاعتراف بالزنا، ج 8، ص 25؛ مالك بن أنس، الموطأ، كتاب الحدود، باب ما جاء في الرّجم، حديث رقم: 824.

(3) علي بن عمر الدارقطني، السنن (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط 1، 2004م)، كتاب الحدود والديات وغيره، ج 3، ص 124.

(4) ابن قدامة، المغني، ج 8، ص 211.

ومع ما أوردناه فهناك مبدأ هام وهو أنَّ قرينة الحمل ككُلِّ القرائن يبطل أثرها كبينة إذا أبدت المرأة عذراً مقبولاً يدفع عنها جرم الزنا⁽¹⁾.

قال مالك: الأمر عندنا في المرأة توجد حاملاً ولا زوج لها فتقول: استكرهت، أو تقول: تزوجت، أنَّ ذلك لا يقبل منها، وإنما يقام عليها الحدّ، إلا أنَّ يكون لها على ما ادّعت من النكاح بيّنة، أو على أنها استكرهت⁽²⁾.

فهم لم يقبلوا دعواها الغصب على ذلك بلا قرينة تشهد لها بذلك، ولا دعواها أنَّ هذا الحمل سببه وجود مني في الحَمَام، ولا دعواها اتصال جني بها؛ إلاَّ القرينة التي تدلُّ على عدم زناها كأن تكون عذراء.

وقال الحنفية والحنابلة والشافعية:

إنَّ المرأة لا تحدّ بمجرد ظهور الحمل بها، وإنما تُسأل عن ذلك، فإن ادّعت أنها أكرهت أو وطئت بشبهة، أو لم تعترف بالزنا لم تحد⁽³⁾.

وهناك روايات تؤيد هذا الاتجاه.

فقد روي أنَّ امرأة رفعت إلى عمر بن الخطاب ليس لها زوج، وقد حملت، فسألها عمر، فقالت: إنني امرأة ثقيلة الرأس، وقع علي رجل وأنا نائمة، فما استيقظت حتى فرغ، فدرأ عمر عنها الحدّ⁽⁴⁾.

فعلى الرغم من أنَّ القرينة هنا قويّة على ارتكاب جريمة الزنا فلم يأخذ بها عمر ﷺ، وأسقط الحدّ عن المرأة بالشبهة التي ادّعتها مع أنَّ هذه الشبهة في غاية الضعف، بل لا يكاد يصدقها عقل⁽⁵⁾.

(1) محمّد عطا السّيد، التشريع الجنائي الإسلامي: الحدود، ص 174.

(2) مالك، الموطأ، ج 4، ص 150.

(3) محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي (القاهرة: المكتبة العصرية، ط 2، 2003م)، ج 4، ص 319؛ التفتازاني، الشرح الصغير، ج 4، ص 501.

(4) ابن قدامة، المغني، ج 10، ص 192. وأصل ذلك هو من باب درء الحدود بالشبهات، لا لكون الحمل لا يدلُّ على الوطأ؛ انظر، محمّد بن معجوز، وسائل الإثبات، ص 382.

(5) أبو العينين، القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي، ص 435.

كَمَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ أَنَّهُ قَالَ لَامْرَأَةً حَامِلًا مِنْ غَيْرِ زَوْجٍ أَيْضًا: اسْتَكْرَهْتَ؟
قَالَتْ: لَا، قَالَ: فَلْعَلَّ رَجُلًا أَتَاكَ فِي نَوْمِكَ⁽¹⁾.

وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ أَيْضًا أَنَّهُ دَرَأَ الْحَدَّ عَنْ امْرَأَةٍ حَامِلَةٍ ادَّعَتْ أَنَّهَا اسْتَكْرَهَتْ،
وَكُتِبَ إِلَى أَمْرَاءِ الْأَجْنَادِ أَلَّا يَقْتُلُوا أَحَدًا إِلَّا بِإِذْنِهِ⁽²⁾.

وَرُوِيَ أَيْضًا عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُمَا قَالَا: إِنْ كَانَ فِي الْحَدِّ لَعْلٌ وَعَسَى
فَهُوَ مَعْطَلٌ.

يَقُولُ ابْنُ تَيْمِيَّةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: "الْأَشْبَهُ بِأَصُولِ الشَّرِيعَةِ وَالْمَأْثُورُ عَنِ الْخُلَفَاءِ
الرَّاشِدِينَ ﷺ، وَمَذْهَبُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ الْمُتَوَرِّدِ حَدَّ الْمَرْأَةِ الْحَامِلَةِ مِنْ غَيْرِ زَوْجٍ وَلَا سَيِّدٍ
مَا لَمْ تَدَّعِ شُبُهَةً"⁽³⁾.

وَيَرَى الْجُمْهُورُ أَنَّ الرِّوَايَاتِ الَّتِي تَفِيدُ عَدَمَ اخْتِذَاكِ الصَّحَابَةِ بِالْقَرَائِنِ فِي
الْحُدُودِ، تَعَدُّ أَقْوَى مِنْ حَيْثُ الْإِسْنَادِ مِنَ الرِّوَايَاتِ الَّتِي تَفِيدُ احْتِجَاجَهُمْ بِهَا⁽⁴⁾.

والذي يبدو لي:

أَنَّ الْحَامِلَةَ مِنْ غَيْرِ زَوْجٍ يَدْرَأُ عَنْهَا الْحَدَّ بِمُجَرَّدِ إِدْعَائِهَا الْغَضَبَ أَوْ الْإِكْرَاهَ
أَوْ أَيِّ شُبُهَةٍ أُخْرَى، سِوَاءِ وَجَدْتَ قَرِينَةَ تَوْيْدٍ وَتَصَدَّقَ دَعْوَاهَا أَمْ لَمْ تَوْجَدْ، كَادْعَائِهَا
اسْتَدْخَالَهَا مَنِيًّا، أَوْ أَنَّهَا اسْتَجْمَرَتْ بِخَرْقَةٍ فِيهَا مَنِيٌّ، أَوْ تَحَمَّمتْ بِمَاءٍ قَدْ أَنْزَلَ فِيهَا
رَجُلًا، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْإِحْتِمَالَاتِ، وَلِأَنَّ الْمُقَرَّرَ بِالزَّنَا لَوْ رَجَعَ عَنْ إِقْرَارِهِ وَاعْتَرَفَهُ
لِقَبْلِ رَجُوعِهِ وَيَدْرَأُ عَنْهُ الْحَدَّ، فَكَيْفَ بِمَنْ لَمْ تَقَرَّرْ بِالزَّنَا أَصْلًا وَهِيَ تَدَّعِي الْغَضَبَ أَوْ
الْإِكْرَاهَ؟

فَدَرَأَ الْحَدَّ عَنْهَا هُنَا مِنْ بَابِ أَوْلَى؛ خَاصَّةً إِذَا عَلِمْنَا أَنَّ الشَّارِعَ
الْحَكِيمَ مَتَشَوِّفٌ إِلَى التَّسْتِرِّ عَلَى أَعْرَاضِ النَّاسِ وَإِلَى الْعَفْوِ وَالصَّفْحِ فِي حَدِّ

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، ص 431.

(2) ابن قدامة، المغني، ج 8، ص 210.

(3) ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص 111.

(4) المصدر السابق، ص 111.

الرِّئَا، لَأَيُّ شُبُهَةٍ كَانَتْ.

لِذَلِكَ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ لَهْزَالِ بْنِ يَزِيدِ الْأَسْلَمِيِّ لَمَّا أَخْبَرَهُ بِقِصَّةِ مَا عَزَّ: «يَا هِزَالُ لَوْ سَتَرْتَهُ بِرِدَائِكَ لَكَانَ خَيْرًا لَكَ»⁽¹⁾.

وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قَدْ عَرَّضَ لِمَاعِزٍ بِالرَّجُوعِ عَنِ إِقْرَارِهِ وَالتَّوْبَةِ إِلَى اللَّهِ، وَذَلِكَ بِقَوْلِهِ: «لَعَلَّكَ قَبِلْتَ، لَعَلَّكَ لَمْ تَمْسُتْ...».

وَكَذَلِكَ صَنَعَ مَعَ الْغَامِدِيَّةِ حَتَّى قَالَتْ لَهُ: أَتُرِيدُ أَنْ تَرُدَّنِي كَمَا رَدَدْتَ مَا عَزَّ؟ أَمَّا إِذَا لَمْ تَدَّعِ الْحَامِلَ مِنْ غَيْرِ زَوْجِ شُبُهَةٍ مُعَارِضَةً أَوْ غَضَبًا أَوْ إِكْرَاهًا؛ فَإِنَّ الْحَدَّ يُقَامُ عَلَيْهِمَا، مُوَافِقَةً لِمَا فَعَلَهُ الصَّحَابَةُ رِضْوَانِ اللَّهِ عَلَيْهِمْ⁽²⁾.

الدَّلِيلُ الرَّابِعُ عَشَرَ:

حُكْمُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَخُلَفَاؤِهِ مِنْ بَعْدِهِ بِالْقِيَاةِ، وَجَعَلَهَا دَلِيلًا مِنْ أَدَلَّةِ ثُبُوتِ النَّسَبِ، وَلَيْسَ فِيهَا إِلَّا مُجَرَّدُ الْأَمَارَاتِ وَالْعَلَامَاتِ، وَالْقِيَاةُ فِي ثُبُوتِ النَّسَبِ مِنْ أَكْثَرِ الْقُرَائِنِ ظُهُورًا وَتَطْبِيقًا فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ.

وَالْقِيَاةُ هِيَ اسْتِطْلَاعُ أَوْجِهِ الشَّبهِ بَيْنَ أَعْضَاءِ شَخْصَيْنِ كَالْعَلَامَاتِ الْمُمَيَّزَةِ لِأَقْدَامِهِمَا، لِلْإِسْتِدْلَالِ مِنْ وَرَاءِ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ الشَّخْصَيْنِ يَنْتَمِي أَحَدُهُمَا إِلَى الْآخَرِ. وَقَدْ اسْتَعْمَلَ الشَّرْعُ الْقِيَاةَ كَوَسِيلَةَ مِنْ وَسَائِلِ إِثْبَاتِ النَّسَبِ، اسْتِهْدَافًا مِنْهُ لِتَفَادِي مَشْكَلَةِ انْقِطَاعِ النَّسَبِ، عَلَى الْمَسْتَوَى الْاجْتِمَاعِيِّ، وَعَلَى الْمَسْتَوَى النَّفْسِيِّ لِلْفَرْدِ.

فَفِي عَهْدِ الرَّسُولِ ﷺ كَانَ بَعْضُ النَّاسِ يَشْكُونَ أَنَّ يَكُونُ أَسَامَةً حِبُّ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ابْنًا لِزَيْدِ بْنِ حَارِثَةَ، عَلَى الرَّغْمِ مِنْ أَنَّ أَسَامَةَ كَانَ يَنْسَبُ لِفِرَاشِ أَبِيهِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ أَسَامَةَ كَانَ أَسْوَدَ اللَّوْنِ، وَزَيْدُ بْنُ حَارِثَةَ كَانَ أَيْضًا، وَإِلْزَامَةَ هَذِهِ اللَّوْثَةِ عَنْ أَسَامَةَ وَأَبِيهِ، اعْتَمَدَ الرَّسُولُ ﷺ وَسِيلَةَ الْقِيَاةِ، فَجَاءَ قَائِفٌ مَاهِرٌ اسْمُهُ مَجْرَزٌ

(1) مالك، الموطأ مع شرح الزرقاني (بيروت: دار المعرفة، د.ط، 1978م)، كتاب الحدود، باب ما جاء في الرِّجْمِ، رقم 1594، ج 4، ص 138.

(2) عدنان حسن عزازية، حُجِّيَّةُ الْقُرَائِنِ، ص 130.

المُدلجي، ورأى أمامه أسامة وزيداً، بعدما غطّى وجه كُلاً منهما، فقال القائف: إنَّ هذه الأقدام بعضها من بَعْض⁽¹⁾.

فقد روى البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «دخل عليّ رسول الله ﷺ ذات يوم وهو مسرور، فقال: يا عائشة ألم تري أنّ مُجَزَّزاً المُدلجي دخل عليّ فرأى أسامة وزيداً وعليهما قطيفة قد غطيا رأسيهما وبدت أقدامهما، فقال: إنَّ هذه الأقدام بعضها من بَعْض⁽²⁾».

هذا الحديث - وأحاديث أخرى - هو أساس العمل بحكم القائف في إلحاق النَّسب، وهي أدلة احتج بها القائلون باعتبار الحكم بالقرائن، اعتماداً على قرينة الشبه.

الدليل الخامس عشر:

واستدلوا أيضاً بجعل النَّبي ﷺ نحر كُفَّار قريش يوم بدر عشر جزائر أو تسعاً قرينة وعلامة على كونهم ما بين الألف والتسعمائة.

وكذلك نزل الأثر منزلة البيّنة، 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⁽³⁾.

هذا وبعد عرض الأدلة من السنّة، نذكر بَعْض الوقائع التي تدلُّ على أنّ الخلفاء اعتمدوا على القرائن.

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

- (1) التجكاني، النظريّة العامّة للقضاء والإثبات، ص 288.
- (2) ابن حجر، فتح الباري، كتاب الفرائض، باب القائف، رقم 6771، ج 12، ص 56؛ مسلم، الصحيح، كتاب الرضاع، باب إلحاق القائف الولد، ج 10، ص 40.
- (3) ابن القيم، إعلام الموقعين، ج 1، ص 90؛ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 6، ص 647؛ أبو العينين، القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي مع المقارنة بقانون الإثبات اليمني، ص 428.

أَنَّ امرأة أتت عُمر بن الخطاب رضي الله عنه، فشكت زوجها وقالت: هُوَ من خير أهل الدنيا، يقوم الليل حتى الصباح، ويصوم النهار حتى يمسي، ثُمَّ أدركها الحياء. فقال: جزاك الله خيراً فَقَدْ أَحْسَنْتِ الثَّنَاءَ، فَلَمَّا وُلَّتْ، قَالَ كَعْبُ بْنُ سُوْرٍ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ لَقَدْ أْبْلَعْتَ إِلَيْكَ فِي الشُّكْوَى، فَقَالَ: وَمَا اشْتَكْتِ؟ قَالَ: زَوْجَهَا. قَالَ: عَلِيٌّ بِهَا، ثُمَّ قَالَ لِكَعْبٍ: اقْضِ بَيْنَهُمَا. قَالَ: أَقْضِي بَيْنَهُمَا وَأَنْتِ شَاهِدَةٌ! قَالَ: إِنَّكَ قَدْ فَطَنْتِ إِلَى مَا لَمْ أَفْطَنْ لَهُ. قَالَ: إِنَّ اللَّهَ يَقُولُ: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبْعَ﴾ [النساء: 3]، صم ثلاثة أَيَّامٍ وَأَفْطِرْ عِنْدَهَا يَوْمًا، وَقُمْ ثَلَاثَ لَيَالٍ وَبِتْ عِنْدَهَا لَيْلَةً.

فقال عُمر: هَذَا أَعْجَبُ مِنَ الْأَوَّلِ، فَبَعَثَهُ قَاضِيًّا لِأَهْلِ الْبَصْرَةِ، فَكَانَ يَقَعُ لَهُ فِي الْحُكُومَةِ مِنَ الْفِرَاسَةِ أُمُورٌ عَجِيبَةٌ⁽¹⁾.

وممَّا يَذْكَرُ فِي هَذَا الْمَجَالِ أَيْضًا:

أَنَّ امرأة راودت شاباً من الأنصار كانت تهواه، وهُوَ يخاف الله تعالى ويعرض عنها، ولَمَّا لَمْ تَجِدْ مِنْهُ اسْتِجَابَةً وَطَوَاعِيَةً كَادَتْ لَهُ، فَأَلْقَتْ عَلَى ثَوْبِهَا شَيْئاً مِنْ بِيَاضِ الْبَيْضِ، وَذَهَبَتْ تَتَنَظَّرُ الشَّابَّ حَتَّى رَأَتْهُ، فَتَعَلَّقَتْ بِثَوْبِهِ وَاسْتِغَاثَتْ، وَمَا أَكْثَرَ الْمَلِيبِينَ حِينَمَا تَسْتَعِيْثُ امْرَأَةٌ وَهِيَ تَتَعَلَّقُ بِثَوْبِ شَابٍّ، وَذَهَبُوا بِهِ إِلَى ابْنِ الْخَطَّابِ، وَكَانَ بِمَجْلِسِهِ حِينَئِذٍ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ وَغَيْرُهُ مِنْ صَحَابَةِ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وآله، وَالتفت عُمر إلى من حوله من الصُّحَابَةِ، وَكَأَنَّهُ يَسْأَلُهُمُ الرَّأْيَ، فَالمرأة جاءت وهي تتعلق بثوب الشاب، ومعها ما صنعته، لتدلُّ به عَلَى محاولة الشاب النيل منها، فقال عليٌّ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ أَمَهْلَنِي قَلِيلاً، وَأَحْضِرْ بَعْضَ الْمَاءِ وَهُوَ يَغْلِي، ثُمَّ صَبَّهُ عَلَى ثَوْبِ الْمَرْأَةِ فِي الْجِزْءِ الَّذِي ادَّعَتْ أَنَّهُ مِنْ أَثَرِ مَا كَانَ مِنَ الشَّابِّ فِي مَحَاوَلَتِهِ الْإِيْقَاعَ بِهَا، وَتَكَشَفَتْ حَقِيقَةُ مَا كَانَ، وَأَتَّضَحَ أَنَّ مَا عَلَى ثَوْبِ الْمَرْأَةِ بَعْضُ بِيَاضِ الْبَيْضِ،

(1) ابن القيم، الطُّرُقُ الْحَكْمِيَّة، ص 15.

وليس شيئاً من مني الشاب البريء⁽¹⁾.

لقد كان بياض القرينة مختلقة كاذبة على تجريم الشاب، فأبطل عليّ ﷺ تلك القرينة بقرينة أخرى وهي دلالة وجود بياض البيض على كذبها. ومنها ما روي أن علياً ﷺ لما حدث من أمر فداء أسرى المسلمين من أيدي المشركين، قال: فادوا منهم من كانت جراحاته بين يديه، دون من كانت من ورائه، فإنه فارّ⁽²⁾.

ومن هذا اللون ما روي من أن أحمد بن طولون رأى يوماً حملاً يحمل صنّاً - 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 بحط الصن، فإذا فيه جارية مقتولة، وقد قطعت، فقال: اصدقني عن حالها، فقال: أربعة نفر في الدار الفلانية أعطوني هذه الدنانير، وأمروني بحمل هذه المقتولة، فضربه وقتل الأربعة⁽³⁾.

3. الاستدلال بالمعقول:

واستدلّ القائلون بحجية القرينة في الإثبات بالمعقول، فقالوا: إنَّ عدم الاعتداد بالقرائن يكون سبباً في ضياع كثير من الحُقوق من أموال وأنفس وأعراض، وخاصة مع تقدّم أساليب الجريمة وتعقدها؛ إذ غالباً ما يترك المجرم آثاراً وقرائن تدلُّ عليه، فلو استبعدت القرائن من وسائل الإثبات، واقتصرت على الإقرار أو الشُّهود، لانتشرت الجريمة وعمّ الفساد، وخاصة تلك القرائن العلميّة المستجدة التي يتمّ بها إقامة العدل وإشاعة الطمأنينة عن طريق كشف خطط المجرمين ومعرفة هويتهم.

لذلك فإنَّ مقاصد الشريعة وقواعدها لا تعارض الاعتداد بالقرائن القويّة

(1) المصدر السابق، ص 48.

(2) المصدر نفسه، ص 50.

(3) نفسه، ص 44.

الظاهرة حفظاً للمجتمع، وإقامة للعدل، وإشاعة للطمأنينة، فمتى وجدت القرائن والأمارات التي تبين الحق وتظهره عمل بها.

والذي يستقرئ الشرع في مصادره وموارده وجده شاهداً لها بالاعتبار مرتباً عليها الأحكام⁽¹⁾.

يقول ابن القيم رحمه الله وهو بصدد الاستشهاد على حجية القرائن: "إن الله ﷻ أرسل رسوله، وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط والعدل، وليس من العدل والقسط أن تلغى القرائن القوية الظاهرة التي لا معارض لها، فلا تعتبر في بيان الأحكام عليها، فإذا ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأي طريق كانت فتم شرع الله، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل من أن يخص طُرق العدل وأماراته بشيء ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمانة فلا يجعله منها، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، فالقرائن القوية والأمارات الظاهرة حيث لا معارض لها مما هو أقوى منها محققة للعدل، مقيمة للقسط، فوجب اعتبارها"⁽²⁾.

ولا ينكر أحد فائدة القرائن وأهميتها في القضاء لشدة الحاجة إليها عند فقدان البرهان، أو التشكك في الدليل المقدم. كما أنها نافعة في الوصول إلى الحقيقة وإنصاف المظلوم، فالقرائن لا يستغنى عنها لتحقيق العدل، وإلا تعطلت الأحكام وضاعت الحقوق، وذلك إما لفقدان الدليل المباشر فيها، وإما لقدرة المعتدي على التمسك بظواهر الأمور⁽³⁾.

ففي كثير من الوقائع لا يمكن إثباتها بالشهادة أو الإقرار أو الكتابة، فإذا لم نسمح للقاضي باستنباط واستخراج القرائن، ضاعت الحقوق، مع حرص الشارع على حفظها، وإثباتها لأصحابها.

والقضاء بالقرائن يتفق مع غرض الشارع من إقامة العدل بين الناس وإيصال

(1) ابن القيم، الطُّرُق الحكيمية، ص 12 - 24؛ ابن فرحون، تبصرة الحُكَّام، ج 1، ص 161.

(2) ابن القيم، الطُّرُق الحكيمية، ص 14.

(3) الزحيلي، الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 112.

الحقوق إلى أصحابها، وإخلاء العالم من الفساد.

وموقع القرائن كذلك موقع هام من ناحية الاستثناس والترجيح؛ إذ يتعين بها جانب أقوى المتداعين في الخصومة، فيتبين بذلك أيُّهما المُدَّعي وأيُّهما المُدَّعى عليه، ذلك أنَّ المُدَّعي - عند جُمهور الفُقهاء - هُوَ من يخالف قوله الظَّاهر⁽¹⁾.

والمُدَّعى عليه هُوَ من يوافق قوله الظَّاهر، وإنَّما تعرف المخالفة والموافقة للظاهر بواسطة القرائن المختلفة.

فإذا قامت قرائن الأحوال، وأوضحت ظهور قول أحدهما وخفاء قول الآخر، طوِّب صاحب القول الخفي بالبينة، وسُمِّي "مُدَّعياً"، وطوِّب صاحب القول الظَّاهر باليمين، وسُمِّي "مُدَّعى عليه"⁽²⁾.

إنَّ القضاء بالقرائن له أهميَّة في الخُصومات، وذلك سواء في حال وُجود البيِّنة، أم الإقرار، أم في حال فقْد أيِّ منهما، فقَد تمنع القرينة سماع الدَّعوى، كادعاء فقير معسر إقراض غني موسر، وقَد يَكُون لوجود التُّهمة دور في ردِّ البيِّنة أو الإقرار مثل: قرابة الشَّاهد للمشهود له، أو يَكُون الإقرار في مرض الموت.

وقَد تعد القرينة دليلاً وحيداً مُستقلاً إذا لم يوجد دليل سواها، مثل ردِّ دعوى الزَّوجة القاطنة مع زوجها بعدم الإنفاق عليها، في رأي المالكِيَّة والحنابلة⁽³⁾.

(1) ابن قدامة، المغني، ج 10، ص 334؛ ابن عبد السَّلام، قواعد الأحكام، ج 2، ص 28.

(2) البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، ص 196.

(3) ابن القيم، الطرق الحكمية، ص 152؛ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 6، ص 644.

المبحث الثاني القائلون بعدم اعتبار القرائن حجة في الإثبات وأدلتهم

يرى هذا الفريق عدم جواز الاعتداد شرعاً بالقرائن في الإثبات؛ إذ لا يثبت بها حق ولا تعد دليلاً ولا مرشداً، ويمثل هؤلاء قلة من الفقهاء، وبهذا قال الخير الرملي⁽¹⁾، وشيخ الإسلام ابن سعود العمادي⁽²⁾، وصاحب تكملة ابن عابدين⁽³⁾، والجصاص⁽⁴⁾، والقرافي⁽⁵⁾، وابن نجيم⁽⁶⁾، وأيضاً الشيعة الجعفرية⁽⁷⁾، ومن المعاصرين اختار هذا الرأي علي قراعة⁽⁸⁾.

ومع ذلك فإن هؤلاء القلة قد ورد في مصنفاتهم مسائل وقضايا في فروع فقهية كثيرة ليس لهم مستند فيها إلا العمل بالقرائن، وإن لم يصرحوا بذلك. وسنبين أدلة المانعين مع مناقشتها.

الدليل الأول:

لا يجوز العمل بالقرائن والاعتداد بها في الإثبات لما يمكن أن يحف بها من الظواهر التي تلبس الحقيقة بالباطل، وتقلب الوقائع، فيؤخذ البريء بذنب

(1) خير الدين بن أحمد الرملي، الفتاوى الخيرية (بيروت: دار المعرفة، د.ط، د.ت)، ج 2، ص 12.

(2) المصدر السابق، ج 2، ص 52.

(3) ابن عابدين، قرة عيون الأخيار لتكملة رد المحتار على الدر المختار (باكستان: المكتبة المجدية، ط 2، 1984م)، ج 7، ص 437.

(4) الجصاص، أحكام القرآن، ج 3، ص 171.

(5) القرافي، الفروق، (بيروت: دار المعرفة)، ج 4، ص 65.

(6) زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، البحر الرائق: شرح كنز الدقائق (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 1997م)، ج 7، ص 205.

(7) عليان، السُلطة القضائية في الإسلام، ص 226.

(8) إبراهيم محمّد الفائز، الإثبات بالقرائن، ص 114 وما بعدها.

المجرم، ويحكم على الشخص بما ليس في ذمته، لمجرد أن المصادفات قد أوقعت ذلك البريء في ظروف أوحت إلينا بالاعتقاد بمسؤوليته، مع أن الواقع خلاف ذلك. فالقرائن ليست مطردة الدلالة لاختلافها قوة وضعفاً، وليست منضبطة. وكثيراً ما تبدو قوية دالة على الأمر ثم يعترها الضعف، وهذا يدخل خلافاً في مجرى العدالة.

ويستدل هؤلاء بما جاء في قضاء سيدنا عليّ عليه السلام، حيث أنه أتى برجل وجد في خربة بيده سكين ملطخ بدم، وبين يديه قتيل يتشطح في دمه، فسأله عمّن قتله، قال: أنا قتلته، قال: اذهبوا به فاقتلوه، فلما أخذوه وأرادوا قتله جاءهم رجل وقال: ردّوه إلى عليّ ولا تعجلوا قتله. فردّوه، فقال ذلك الرجل: يا أمير المؤمنين أنا قتلته. فقال عليّ للأول: ما حملك على أن قلت أنا قتلته ولم تقتله؟ قال: يا أمير المؤمنين، وما أستطيع أن أصنع، وقد وقف العسس على الرجل وهو يتشطح في دمه، وأنا واقف وفي يديّ سكين، وفيها أثر الدّم، وقد أخذت في خربة، فخفت أن لا يقبل مني، وأن يكون قسامة. فاعترفت بما لم أصنع واحتبست نفسي عند الله. فقال عليّ: بئسما صنعت.

ثمّ سأله عن قصّته فذكر أنه جزّار، وأنه ذبح بقرة وسلخها، وأثناء ذلك حبسه البول، فذهب وبيده السكين إلى خربة بقره فبال فيها وفعل راجعاً، فإذا به يجد الرجل يتشطح في دمه. فوقف ينظر إليه، وإذا به يفاجأ بالشرطة الذين أخذوه إلى عليّ، والناس يصيحون: هذا قاتله، وليس له قاتل سواه. فلم يجد بداً من أن يدّعي أنه قاتله مخافة أن لا يصدق في إنكاره.

ثمّ سأل عليّ المقرّر الثاني، فقال: إنّه أعرابي أغلس فقتل الرجل ليستولي على ما معه من المال، ثمّ سمع حركة العسس فأراد الفرار؛ ولكنّه رأى الجزّار قاصداً ذلك المكان بسكينه، فاستتر إلى أن يخلو المكان ثمّ يذهب، لكنّه رأى أن الرجل سيقتل وهو بريء فجاء واعترف بجريمته حتّى لا يبوء بدمه أيضاً.

فقال للحسن: ما الحكم في هذا؟، قال: يا أمير المؤمنين إن كان قتل نفساً

فَقَدْ أَحْيَا نَفْسًا، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: 32]. فحَلَّى عَلِيٌّ عَنْهُمَا، وَأَخْرَجَ دِيَةَ الْقَتِيلِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ⁽¹⁾.

قالوا: إِنَّ هَذِهِ الْقَضِيَّةَ تَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْحُكْمَ بِالْقَرَائِنِ لَا يُؤْمَنُ فِيهِ مِنَ الْوُقُوعِ فِي الْخَطَأِ؛ لِأَنَّ الْقَرَائِنَ قَدْ تَدُلُّ عَلَى غَيْرِ الْوَاقِعِ، فَإِنَّ هَذَا الرَّجُلَ كَادَ يُقْتَلُ نَظْرًا لِلْقَرَائِنِ الَّتِي أَحَاطَتْ بِهِ، وَالَّتِي غَلَبَ عَلَى ظَنِّ الْجَمِيعِ أَنَّهُ هُوَ الْقَاتِلُ، الشَّيْءَ الَّذِي لَمْ يَجِدْ مَعَهُ بُدًّا مِنَ الْإِعْتِرَافِ بِمَا لَمْ تَجْنِهْ يَدَاهُ. فَالْقَرَائِنُ بَدَتْ أَوَّلَ مَرَّةٍ قَوِيَّةً وَقَاطِعَةً، ثُمَّ ضَعُفَتْ وَوَهْنَتْ دَلَالَتُهَا بَعْدَ أَنْ ظَهَرَ الْحَقُّ مُخَالَفًا لَهَا.

فلو أخذنا بالقرائن واعتبرناها حُجَّةً فِي الْإِثْبَاتِ وَطَرِيقًا مِنْ طُرُقِ الْقَضَاءِ لَأَهْدَرْنَا دِمَاءَ كَثِيرَةً، وَأَزْهَقْنَا أَرْوَاحًا بَرِيئَةً.

لذَلِكَ فَإِنَّ الْقَرَائِنَ لَا تَصْلُحُ أَنْ تَكُونَ وَسِيلَةً مِنْ وَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَلَى ذَلِكَ:

أَوَّلًا: بِأَنَّ عَلِيًّا عليه السلام لَمْ يَحْكَمْ فِي هَذِهِ الْقَضِيَّةِ بِالْقَرَائِنِ، وَإِنَّمَا حَكَمَ بِإِقْرَارِ الْمُتَّهَمِ.

وِثَانِيًا: أَنَّ تِلْكَ الْقَرَائِنَ الَّتِي قَامَتْ بِالْمُتَّهَمِ لَمْ تَبْلُغْ مِنَ الدَّلَالَةِ عَلَى ثُبُوتِ التُّهْمَةِ بِالْقَتْلِ إِلَى دَرَجَةِ الْقَرَائِنِ الْقَطْعِيَّةِ فِي إِثْبَاتِ هَذِهِ التُّهْمَةِ، وَإِنَّمَا غَايَةُ مَا تَصَلُّ إِلَيْهِ هَذِهِ الْقَرَائِنُ أَنْ تَكُونَ لَوْثًا يُمْكِنُ مَعَهُ لِأَوْلِيَاءِ الْقَتِيلِ أَنْ يَحْلِفُوا خَمْسِينَ يَمِينًا كَمَا فِي أَيْمَانِ الْقِسَامَةِ، وَقَدْ فَهَمَ الرَّجُلُ نَفْسَهُ هَذَا فَذَكَرَ أَنَّهُ ائْتَمَرَ إِلَى الْإِعْتِرَافِ خَوْفًا مِنْ أَنْ يَعْدَ وَجُودَهُ عَلَى تِلْكَ الْحَالَةِ لَوْثًا تَثْبُتُ مَعَهُ الْقِسَامَةُ، وَلَمْ يَقُلْ إِنَّهُ أَقْرَّ لِأَنَّ الْقَرَائِنَ تَثْبُتُ عَلَيْهِ تُّهْمَةُ الْقَتْلِ.

وَالْإِعْتِرَاضُ عَلَى أَنَّ الْقَرَائِنَ قَدْ تَبَدُّوا قَوِيَّةً ثُمَّ يَعْتَرِيهَا الضَّعْفُ مَرْدُودٌ؛ فَإِنَّ مَا يَعْتَرِي الْقَرَائِنَ مِنْ اِحْتِمَالِ الضَّعْفِ يَعْتَرِي غَيْرَهَا مِنْ طُرُقِ الْإِثْبَاتِ الْآخَرَى.

(1) ابن القيم، الطُّرُقُ الْحَكْمِيَّةُ، ص 56 - 57.

لأننا لو تركنا الحكم بما يثبت بالقرائن نظراً لما في هذه القصة من كون القرائن قد تضعف ولا تدلّ على الواقع، لو قلنا بذلك لوجب بالأولى أن نترك الحكم بما يثبت بالإقرار.

لأن الرجل قد أقرّ بأنه قتل، ثمّ تبين أنه كان كاذباً في إقراره⁽¹⁾.

فقد يقرّ إنسان بالسرقة ثمّ يتبين بعد ذلك أن إقراره لم يكن اختياراً، وإنما كان تحت تأثير الإكراه، ولم يكن سارقاً في الواقع.

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

ثمّ إن وسائل الإثبات كلها 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 إفادة طريق من الطُرق يحقق الغرض المقصود وجب القضاء به دون اعتبار لما يطرأ عليه في المستقبل، والقرائن كباقي الطُرق في هذا المعنى⁽²⁾.

فكما يضعف الأخذ بالقرينة القاطعة يضعف الأخذ بالإقرار أيضاً - كما ذكرنا - مع أنه أقوى الحجج الشرعية.

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

وكذلك في ميدان الشهادة، فكم من مرّة زور الشهود، وصدر الحكم بناءً على شهاداتهم.

والقائلون بأن القرائن وسيلة من وسائل الإثبات اشترطوا أن تكون القرائن

(1) محمّد بن معجوز، وسائل الإثبات، ص 386.

(2) البهي، من طُرق الإثبات، ص 84؛ التجكاني، حُجّة القرائن في الشريعة الإسلامية، ص 145.

قَوِيَّةٌ لَا يَشْكُ فِي قُوَّتِهَا وَدَلَالَتِهَا، وَمِنْ هَذَا النَّوعِ قَرَائِنٌ تَبْلُغُ دَرَجَةَ مِنَ الْقُوَّةِ تَفُوقُ فِي دَلَالَتِهَا الشَّهَادَةَ وَالْإِقْرَارَ.

وَذَلِكَ كَمَا لَوْ ادَّعَى رَجُلٌ أَنَّهُ ارْتَكَبَ جَرِيمَةَ الزِّنَا، فَبَانَ أَنَّهُ خَصِي.

أَوْ ادَّعَى عَلَى امْرَأَةٍ أَنَّهَا ارْتَكَبَتْ جَرِيمَةَ الزِّنَا فَتَبَيَّنَ أَنَّهَا بَاكِرٌ.

فَالْقَرِينَةُ لَا يُؤْخَذُ بِهَا إِلَّا مَعَ الْإِحْتِيَاطِ الْقَوِيِّ وَالْيَقِظَةِ الشَّدِيدَةِ؛ حَتَّى تَطْمَئِنَّ

نَفْسُ الْحَاكِمِ إِلَيْهَا وَيُثَلِّجُ صَدْرُهُ بِمَا يَحْكُمُ بِهِ.

كَمَا أَنَّ شَهَادَةَ الشَّاهِدِينَ عَلَى الْقَتْلِ (مَثَلًا) لَا يُؤْخَذُ بِهَا إِلَّا بَعْدَ شِدَّةِ التَّحَرِّيِّ

وَاسْتِيفَاءِ الشَّهَادَةِ شُرُوطِهَا، فَكَمَا أَنَّ إِحْتِمَالَ كَذِبِ الشَّاهِدِينَ قَائِمٌ بَعْدَ عَمَلِ أَقْصَى

مَا يُمْكِنُ مِنَ التَّحَرِّيِّ، وَمَعَ ذَلِكَ فَلَا يُمْتَنَعُ الْأَخْذُ بِشَهَادَتِهِمَا فِي الدِّمَاءِ وَالْأَمْوَالِ

مَهْمَا بَلَغَ عَظَمَهُمَا، فَكَذَلِكَ الْإِحْتِمَالُ الْبَعِيدُ جَدًّا بَلِّ الْمَوْهُومِ الَّذِي يَوْجَدُ مَعَ الْقَرِينَةِ

الْقَاطِعَةِ يَجِبُ أَلَّا يَمْنَعَ الْعَمَلَ بِهَا.

وَلِئِنْ أَوْدَتِ الْقَرَائِنُ الْقَاطِعَةَ بِحَيَاةٍ وَأَمْوَالِ أَنْاسٍ وَهُمْ مَظْلُومُونَ لَقَدْ أَوْدَتِ

شَهَادَةُ الشُّهُودِ الْغُدُولِ الْمَزْكِينِ بِحَيَاةٍ وَأَمْوَالِ الْكَثِيرِينَ مِنَ النَّاسِ وَهُمْ مَظْلُومُونَ

كَذَلِكَ.

وَمَا دَامَ الْوَصُولُ إِلَى الدَّلِيلِ الْقَاطِعِ الَّذِي يَنْتَفِي مَعَهُ كُلُّ إِحْتِمَالٍ لَا مَطْمَعِ

فِيهِ؛ إِذْ هُوَ فِي حَيْزِ الْمُسْتَحِيلِ غَالِبًا، وَجِبَ الْأَخْذُ بِحُكْمِ الضَّرُورَةِ بِالْأَدْلَةِ وَالْحُجْجِ

الظَّنِّيَةِ مَعَ الْإِسْتِقْصَاءِ فِي التَّثْبِتِ، وَتَقْدِيمِ الْأَقْوَى مِنْهَا عَلَى غَيْرِهِ عِنْدَ التَّعَارُضِ

وَمُلَاحَظَةِ الْأُمُورِ الْمُرْجِحَةِ.

وَبِالْجُمْلَةِ فَإِذَا فَاتَ فِي هَذَا الْمَقَامِ عِلْمُ الْيَقِينِ؛ فَإِنَّ عِلْمَ الطَّمَأْنِينَةِ أَوْ مَا

يَقْرَبُ مِنْهُ وَيَدَانِيهِ مِنَ الظَّنِّ الرَّاجِحِ كِفَايَةٌ، وَمَا لَا يَدْرِكُ جُلَّهُ لَا يَتْرِكُ كُلَّهُ، وَلَا

يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وَسْعَهَا⁽¹⁾.

(1) أحمد إبراهيم، طُرُقُ الْقَضَاءِ، ص 461؛ مُحَمَّدٌ رَأْفَتُ عَثْمَانَ، النِّظَامُ الْقَضَائِي فِي الْفِقْهِ

الدليل الثاني:

استدلوا بحديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت:

اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص، عهد إلي أنه ابنه، انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله ولد علي فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله ﷺ إلى شبهه فرأى شبهاً بيناً بعتبة، فقال: هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة، قالت: فلم ير سودة قط⁽¹⁾.

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

ونوقش هذا الاستدلال:

بأن عدم اعتبار الشبه هنا لوجود ما هو أقوى من الشبه وهو الفراش، فصار الشبه مع الفراش بمنزلة أضعف الدليلين مع أقواهما، فلولا وجود ما هو أقوى من الشبه - وهو الفراش - لاعتبر الشبه في الإلحاق⁽²⁾.

ومع ذلك فقد أعطي هنا الفرع حكماً بين أصليين.

فالفراش الظاهر الثابت يقتضي إلحاقه بزمعة، والشبه البين يقتضي إلحاقه بعتبة، فروع الفراش في إثبات النسب.

والشبه البين بعتبة في أمر سودة بالاحتجاب⁽³⁾.

(1) البخاري، الصحيح، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش، رقم 4749، ج 12، ص 32؛ مسلم، الصحيح، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، ج 10، ص 36.

(2) ابن حجر، فتح الباري، ج 12 ص 35؛ مسلم، الصحيح، ج 10، ص 39؛ ابن قدامة، المغني، ج 5، ص 767.

(3) الصنعاني، سبل السلام، ج 3، ص 279؛ محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على

الدليل الثالث:

واحتج المعارضون للأخذ بالقرائن بقول النبي ﷺ: «لو كنت راجماً أحداً بغير بيّنة لرجمت فلانة، فقد ظهر منها الريبة في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليها»⁽¹⁾.

وروى البخاري أن ابن عباس رضي الله عنهما ذكر حديث المتلاعنين، فقال له رجل: هي التي قال النبي ﷺ: «لو كنت راجماً أحداً بغير بيّنة رجمت هذه»، فقال: لا! تلك امرأة كانت تظهر في الإسلام السوء⁽²⁾.

قالوا: لو جاز العمل بالقرائن لأقام النبي ﷺ الحدّ عليها؛ ولكن لم يفعل مع توافر الأمارات من وقوع الزنا من المرأة، كما هو الظاهر من الحديث. ويناقش هذا الاستدلال:

بأنّ الحديث ليس بحجة في عدم الأخذ بالقرائن.

لأنّ النبي ﷺ صرّح بأنّه لا يرجم بغير بيّنة، والقرائن من البيّنة، وهذا يدلّ على أنّ ما توافر لديه من أمارت لا يكفي في إقامة الحدّ عليها، فهي ليست قوّة الدلالة كالحمل مثلاً، حتّى يحكم عليها بحدّ الزنا، فدلالة الحمل قرينة قوّة ظاهرة بخلاف دلالة الخضوع بالقول، والابتدال في الهيئة، وترك الحشمة والستر.

لذلك فلا حجة لهم في الاستدلال بهذا الحديث على إلغاء القرائن عامّة.

ثمّ إنّ القرينة الضعيفة شُبّهة، والحدود تدرأ بالشبهات⁽³⁾.

موطأ الإمام مالك (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط 1، 1997م)، ج 4، ص 24.
(1) ابن ماجة، السنن، كتاب الحدود، باب من أظهر الفاحشة، ج 2، ص 855؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج 8، ص 305.

(2) البخاري، الصحيح، كتاب المحاربيين من أهل الكفر، باب من أظهر الفاحشة واللطخ والتهمة بغير بيّنة، ج 8، ص 33؛ ابن ماجة، السنن، كتاب الحدود، باب من أظهر الفاحشة، ج 2، ص 855.

(3) محمّد عطا السيّد أحمد، التّشريع الجنائي الإسلامي: الحدود، ص 182؛ عبد العال عطوه،

وأما حديث ابن عباس فإن الاستدلال به يُفيد منع العمل بالقرائن في إثبات الزنا، إذا اعتبرنا الأوصاف التي جاءت في الحديث قرينة على وقوع الزنا من هذه المرأة.

وعلى ذلك فالحديث لا دلالة فيه على منع العمل بالقرائن في جميع الحُقُوق؛ لأن غاية ما يفيد منع العمل بها في باب الزنا - عند من يرى ذلك - ودعواهم منع العمل بها مطلقاً⁽¹⁾.

الدليل الرابع:

واستدل المانعون أيضاً بأن القرائن تقوم على الظن والتخمين، وقد ندد الله تعالى بالظن، فقال: ﴿إِن يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَمَا تَهْوَى الْأَنْفُسُ﴾ [النجم: 23]، وقال: ﴿مَا لَكُمْ بِهِ مِنْ عِلْمٍ إِلَّا ابْتِغَاءَ الظَّنِّ﴾ [النساء: 157]، وقال الرسول ﷺ: «إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث»⁽²⁾.

وقد نوقش هذا الاحتجاج:

بأن القول بالظن نوعان: ضعيف وقوي، والمنهي عنه الأخذ بالظن الضعيف خاصة في أمر العقائد، كما تدل عليه الآيات التي أوردوها. أما في القضاء فإن القرينة أمر ظاهر مثبت فيها دلالة قوية على ثبوت حادثة أخرى.

مناقشة وترجيح:

وأخيراً، وبعد هذا العرض لاستدلالات كل فريق من الفريقين: القائلين

محاضرات في علم القاضي: القرائن وغيرها، ص 42.

(1) البهي، من طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون، ص 84.

(2) مسلم، الصحيح، كتاب البتر والصلّة والآداب، باب تحريم الظن والتجسس والتناؤس والتناجش، ونحوها، ج 4، ص 1985.

بحجية القرينة في الإثبات وأدلتهم، والمخالفين وأدلتهم، ومناقشة كل تلك الأدلة وما وردَ عليها من اعتراضات وردود، يمكن القول: بأنَّ رأي القائلين بحجية القرائن هو أولى بالترجيح واعتبار القرينة القويّة وسيلة من وسائل الإثبات، وطريقاً من طُرُق الحكم، لسلامة الأدلة التي اعتمد عليها هذا الرأي، ولضعف ما أُستند إليه القائلون بعدم حُجِّيَّة القرائن، لذلك لا ينبغي إهمال شأنها بعد أن قامت الأدلة القويّة على العمل بها، وعمل بها المانع والمجيز.

ولا شكَّ أنَّ العمل بالقرائن فيه توطيد أركان العدل ورعاية مصالح الخلق خصوصاً في هذا العصر الذي تميّز بالاستفادة من ثمرات التقدّم العلمي ومعطياته في مجال أدلة الإثبات وتوسيعها.

وهذا ما يوافق روح الشريعة ومقاصدها في حفظ الأنفس، والأموال، والأعراض.

وإنَّ إلغائها وعدم اعتبارها وخصوصاً القرائن المستجدة منها والمبنيّة على العلم والتجربة والسُنن الكونيّة الثابتة فتحُّ لباب الشر والفساد، وإغراء للمجرمين بارتكاب الجرائم.

يقول محمود شلتوت رحمه الله: "والأخذ بالقرائن ليس من مبتكرات القوانين الحديثة، وإنما هو شريعة إسلاميّة، جاء بها كتاب الله، وقررتّه السُنّة، ودرج عليه حُكّام المسلمين وقضاتهم في جميع العُصور، وأنَّ رمي الشريعة بالقصور أو الجمود ناجم عن الجهل بها، وعدم الاطلاع على كنوزها، نعم كان للمحدثين ظاهرة التنظيم والتنويع، وكلّ ما أوردوه من تقسيم للقرائن موجود في كتب الفقه الإسلاميّ، لا ينقصه إلاّ الأسماء الجديدة، والذهب هو الذهب، وإن علاه الصدا"⁽¹⁾.

ومن الجدير بالذكر أنَّ الفقهاء الذين رفضوا الأخذ بالقرائن، وجدناهم من

(1) محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة (القاهرة: دار الشروق، ط 17، 1997م)، ص 470.

التَّاحِيَةِ الْعَمَلِيَّةِ قَدْ اعْتَمَدُوها وَاعْتَبَرُوها، وَبِذَلِكَ خَالَفُوا مَذْهَبَهُمْ فِي مَنَعِ الْعَمَلِ بِهَا. فَمَثَلًا: أَنَّهُمْ قَدْ أَوْجَبُوا عَلَى الْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ بِنُكُولِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَنِ الْيَمِينِ، مَعَ أَنَّ الْقَضَاءَ بِالنُّكُولِ عَنِ الْيَمِينِ لَيْسَ إِلَّا حُكْمًا بِالْقَرِينَةِ الظَّاهِرَةِ الَّتِي دَلَّتْ عَلَى كَذِبِ النَّاكَلِ عَنِ الْيَمِينِ.

وَقَدَمُوا الْعَمَلِ بِهَذِهِ الْقَرِينَةِ عَلَى أَصْلِ بَرَاءَةِ الدِّمَّةِ.

بَلْ إِنَّا نَجِدُهُمْ يَذْهَبُونَ أَبْعَدَ مِنْ ذَلِكَ فَيُنَوِّنُونَ أَحْكَامًا مُخْتَلِفَةً عَلَى قَرَائِنِ أُخْرَى، فَمِنْ ذَلِكَ أَنَّ الْخَيْرَ الرَّمْلِيَّ الَّذِي أَنْكَرَ عَلَى ابْنِ الْغَرَسِ ذَكَرَهُ الْقَرِينَةُ بَيْنَ طُرُقِ الْإِثْبَاتِ بِقَوْلِهِ: "وَلَا شَكَّ أَنَّ مَا زَادَهُ ابْنُ الْغَرَسِ غَرِيبٌ عَنِ الْجَادَةِ فَلَا يَنْبَغِي التَّعْوِيلُ عَلَيْهِ".

هَذَا الْفَقِيهَ الَّذِي مَنَعَ الْعَمَلِ بِالْقَرَائِنِ سُئِلَ عَنِ الْمَسْأَلَةِ الْآتِيَةِ، فَبُنِيَ فِيهَا الْحُكْمُ عَلَى الْقَرَائِنِ.

فَقَدْ جَاءَ فِي الْفَتَاوَى الْخَيْرِيَّةِ: "وَسُئِلَ، رَجُلٌ تَلَقَى بَيْتًا عَنِ وَالِدِهِ، وَتَصَرَّفَ فِيهِ كَمَا كَانَ يَتَصَرَّفُ فِيهِ أَبُوهُ مِنْ غَيْرِ مَنَازِعٍ وَلَا مَدَافِعٍ، مُدَّةَ تَنِيْفٍ عَلَى الْخَمْسِينَ سَنَةً، وَبَرَزَ جَمَاعَةٌ يَدْعُونَ أَنَّ الْبَيْتَ لِحَدَثِهِمُ الْأَعْلَى، فَهَلْ تَقْبَلُ دَعْوَاهُمْ مَعَ إِطْلَاعِهِمْ عَلَى التَّصَرُّفِ الْمَذْكُورِ، وَإِطْلَاعِ آبَائِهِمْ، وَعَدَمِ قِيَامِ مَنَاعٍ يَمْنَعُهُمْ مِنَ الدَّعْوَى؟. أَجَابَ: لَا تَسْمَعُ هَذِهِ الدَّعْوَى، فَقَدْ جَاءَ فِي فَتَاوَى الْوَلَوَالِجِيِّ: "رَجُلٌ تَصَرَّفَ زَمَانًا فِي أَرْضٍ، وَرَجُلٌ آخَرَ رَأَى الْأَرْضَ وَالتَّصَرُّفَ، وَلَمْ يَدْعُ وَمَاتَ عَلَى ذَلِكَ، لَمْ تَسْمَعْ بَعْدَ ذَلِكَ دَعْوَى وَلَدِهِ، وَتَتْرَكَ لِلْمَتَصَرِّفِ؛ لِأَنَّ شَاهِدَ الْحَالِ لَهُمْ، هَذَا مَعَ مَا فِي سَمَاعِهَا مِنْ فَتْحِ بَابِ التَّزْوِيرِ وَالتَّلْبِيسِ".

فَهَذَا نَجْدُ الْخَيْرِ الرَّمْلِيِّ يَمْنَعُ سَمَاعَ الدَّعْوَى فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي سُئِلَ مُسْتَنْدَادًا إِلَى فَتْوَى الْوَلَوَالِجِيِّ بِعَدَمِ السَّمَاعِ بِنَاءً عَلَى الْقَرِينَةِ⁽¹⁾.

فَهَذَا إِقْرَارٌ مِنْهُ لِلْعَمَلِ بِالْقَرِينَةِ فِي أَجْلِي صُورِهِ، وَإِنْ لَمْ يَصْرَحْ بِذَلِكَ، بَلْ

(1) البهي، من طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون، ص 85 وما بعدها.

وإن صرح بمنع العمل بالقرائن.

يُقول ابن القَيِّم: "وأبعد النَّاس من الأخذ بذلك - بالقرائن - الشَّافعي رحمه الله تعالى، مع أنَّه اعتبر قرائن الأحوال في أكثر من مائة موضع، وقد ذكرنا منها كثيراً في غير هذا الكتاب.

منها: جواز وطء الرَّجل المرأة ليلة الزفاف وإن لم يرها ولم يشهد عدلان أنَّها امرأته بناءً على القرائن.... وغيرها"⁽¹⁾.

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 المحقوق بناءً على هذه القرينة⁽²⁾.

ومن اعتبار الفقهاء للقرائن انعقاد البيع، في سائر الأعصار والأمصار، بمجرد المعاطاة من غير لفظ، اكتفاءً بالقرائن والأمارات الدالة على التراضي الذي هو شرط في صحة البيع⁽³⁾.

وقد ذكر ابن فرحون في تبصرته خمسين مسألة من العمل بالقرائن قال به علماء المذاهب الأربعة، وبعضها قال بها مالك وحده⁽⁴⁾.

والمتتبع 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⁽⁵⁾.

(1) ابن القيم، أعلام الموقعين، ص 378.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج 2، ص 95.

(3) سمير عاليه، القضاء والعرف في الإسلام (المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، د.ط، 1986م)، ص 128.

(4) ابن فرحون، تبصرة الحُكَّام، ج 2، ص 95 وما بعدها.

(5) الطرابلسي، مغني الحُكَّام، ص 166؛ ابن فرحون، تبصرة الحُكَّام، ج 2، ص 115، أبو الريش، الشهادات دليل من أدلة الإثبات، ص 75.

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

فالفقهاء مجمعون على الأخذ بالقرائن في الجملة ومختلفون في التفصيل. يقول محمود شلتوت: "ومما ينبغي المسارعة إليه في هذا المقام، أن الناظر في كتب الأئمة يرى أنهم مجمعون على مبدأ الأخذ بالقرائن في الحكم والقضاء، وأن أوسع المذاهب في الأخذ بها مذهب المالكية والحنابلة، ثم الشافعية والحنفية"⁽¹⁾.

وسنعرض بعض الصور التي كانت موضع اعتبار الفقهاء اعتماداً منهم على القرائن، ونختار من هذه الصور: الوسم، والشاهد العرفي.

أولاً: الوسم

وهو وضع علامة تعد كقرينة على نوع المال.

قال أنس بن مالك: رأيت في يد رسول الله ﷺ الميسم وحديدة محمّاة، يسم به إبل الصدقة⁽²⁾.

وقد نص على استعمال الوسم كقرينة عدد من المالكية، والحنابلة.

فالمالكية قالوا: إذا وجد مكتوباً على المال كلمة "حبس" أو "وقف"؛ فإنه يحكم 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⁽³⁾؛ لأن تلك الكتابة قرينة على كون الدار وقفاً أو مسجداً، خصوصاً إذا كان الحجر المكتوب من جزء البناء، وكان ضخماً.

(1) شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، ص 469.

(2) مسلم، الصحيح، رقم 2119؛ أحمد بن حنبل، المسند، ج 3، ص 171.

(3) ابن القيم، الطُّرُق الحكيمية، ص 246.

واحتمال كونه نُقل إلى هُنَاكَ بعد البناء بعيد جداً كاحتمال كذب الشُّهُود الغُدُول⁽¹⁾.

وتوجد قرينة الوسم أو العلامة في المجال الثقافي.
فالمكتبات الخاصّة أو العامّة تضع طابعاً خاصّاً تطبع به ما لديها من كتب أو في بَعْض ورقاته، وتخضع هذه القرينة للسلطة التقديرية للقضاء تجنباً للتزوير أو التَّحَايِل⁽²⁾.

ومن هذه الصُّور أيضاً ما يسمّى بالشاهد العرفي أو شاهد الحال، وهذه التسمية لمتأخري المالكية، ويعنون به ظرفاً أو مجموعة الظروف المحيطة بالدعوى، تدلُّ باعتبار المنطق العقلي العام، أو باعتبار المتعارف بين النَّاس: أَنَّ أحد الطرفين لا ينقصه الصِّدْق، وَأَنَّ الطرف الآخر كاذب، أو أقل صدقاً من الأوَّل.
مثال ذلك:

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

هُنَا يرجح جانب من شهد له المتعارف بين النَّاس.
فالسلاح (السِّيف والرمح) مثلاً يحكم به للرجل، والمجوهرات يحكم بها للمرأة، إذا لم توجد معارضة من قرينة أخرى⁽³⁾.

ومن أمثلة شاهد الحال أيضاً: إذا اختلف الراهن والمرتهن في قدر الدَّين، فقال مالك: إِنَّه يقبل قول المرتهن في ذلك، مَا لَمْ يزد عَلَى قيمة الرِّهْن، وهذا هُوَ القَوْل الواضح، وهُوَ الذي يشهد له القُرْآن الكَرِيم، فَقَدْ قَالَ تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ

(1) المصدر السابق، ص 221.

(2) التجكاني، النُّظْرِيَّة العامّة للقضاء والإثبات، ص 290.

(3) محمد بن أحمد الفاسي، شرح محمَّد ميارة على تحفة ابن العاصم (القاهرة: المطبعة المصرية، د.ط، 1315هـ)، ج 1، ص 198. نقلاً عن: التجكاني، النُّظْرِيَّة العامّة للقضاء والإثبات، ص 291.

سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنُ مَقْبُوضَةً ﴿ [البقرة: 283]، فَقَدْ جَعَلَ الرَّهْنُ بَدَلًا مِنَ الْكِتَابِ وَالشُّهُودِ، فَهُوَ النَّاطِقُ بِالْحَقِّ، وَلِهَذَا إِذَا ادَّعَى الرَّاهِنُ قَدْرًا أَقْلَ مِنْ قِيَمَةِ الرَّهْنِ لَمْ يَصُدَّقْ، كَأَنْ يَقُولَ: رَهْنَتَهُ هَذِهِ الدَّارُ فِي مِائَةِ دَرَاهِمٍ؛ لِأَنَّ شَاهِدَ الْحَالِ يَكْذِبُهُ، وَلِأَنَّ الْعَادَةَ تَقْضِي بِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ أَنْ يَرَهْنَ الشَّيْءَ الْكَبِيرَ الْقِيَمَةَ فِي الدَّيْنِ الْقَلِيلِ⁽¹⁾.

ومن الشَّاهد العرفي الحيَازة في العقار والمنقول، والحيَازة أو اليد، هي وضع اليد على المال، والتَّصَرُّفُ فيه تصرف المالك، بالبناء والغرس مثلاً، إذا كان المحوز عقاراً، وبلاستعمال إذا كان المحوز منقولاً، كالسيارة والكتاب. وتعدّ الحيَازة لدى الجُمهور قرينة على المملكيَّة وشاهداً له إذا توافرت شروطها، وهي قابلة لإثبات عكس دلالتها⁽²⁾.

(1) ابن القيم، الطُّرُقُ الحَكَمِيَّة، ص 32.

(2) الفاسي، شرح محمَّد ميارة، ص 292؛ محمَّد بن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 405.

المبحث الثالث

إثبات القصاص والحدود بالقرائن

أولاً: إثبات القصاص بالقرائن

أما فيما يتعلق بالقصاص فإن الفقهاء قد اختلفوا في العمل بالقرينة في القصاص.

فيرى جمهور الفقهاء عدم جواز العمل بالقرائن في إثبات جرائم القتل - في غير القسامة - لأنها لا تعدّ وسيلة إثبات في القصاص، ولو كانت القرائن قوية الدلالة بحيث تقارب اليقين، بل يلجأ إلى القسامة حينئذٍ وموجبها من القود أو الدية - على خلاف بينهم - وذلك للاحتياط في أمر الدماء وإزهاق النفوس بالاعتماد على وجود القتل في محلة 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؛ لأنه كالحدود يدرأ بالشبهات⁽¹⁾.

والاحتياط في الدماء مثل الاحتياط في الحدود بل أكثر منها وأولى. هذا وقد استدلّ المانعون من الحكم بالقرائن في الدماء بحادثة الخبرة 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،

(1) عبد العال عطوة، محاضرات في علم القاضي، ص 54؛ محمد رأفت، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، ص 365؛ أنور دبور، القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 170.

بحيث تقارب اليقين في إثبات جريمة القتل بدون احتياج إلى القسامة. وممن ذهب إلى هذا الرأي ابن الغرس من الحنفية، وابن فرحون من المالكية، وابن قيم الجوزية من الحنابلة. ومذهبهم العمل بالقرائن في جميع الحقوق⁽¹⁾.

ومجلة الأحكام العدلية أخذت بالقرينة أيضاً كدليل إثبات في جرائم القتل، فقد نصت المادة 1741 من المجلة على أنه: "إذا خرج أحد من دار خالية، مدهوشاً، وفي يده سكين، ملوثة بالدم، فدخل في الدار، ورؤي فيها شخص مذبح في الوقت نفسه، فلا يشبهه في كونه قاتل ذلك الشخص، ولا يلتفت إلى الاحتمالات الوهمية الصرفة، كأن 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"⁽²⁾.

والذي يبدو 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 الجنايات.

ويرى الحنفية العمل بالنكول في إثبات الدماء - والقضاء بالنكول هو القضاء بالقرائن - مع اختلاف في التفاصيل.

فالإمام أبو حنيفة أثبت القصاص بالنكول فيما دون النفس.

وأوجب به الصحابان الأرش في النفس أو ما دونها، والناكل إما أن يكون باذلاً، وإما أن يكون مقرراً، ولولا ذلك لأقدم على اليمين، إقامة للواجب، ودفعاً

(1) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 2، ص 113.

(2) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ص 536.

للضرر عن النَّفس، وهو أخذ بظاهر الحال مع ترجيحه على البراءة الأصلية⁽¹⁾.
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،
فالظرف المكون من وجود العداوة، ومن القتل بعين المكان، يكون بداية دليل يتمم
باليمين، والتي تسمى القسامة.

ويرى بعض المعاصرين أنه يجب النظر إلى المصلحة التي تترتب للمجتمع
بأثره جراء الاستناد إلى القرائن في شأن إثبات جرائم القصاص والدية أو عدم
الاستناد إليها حسبما تتضح المصلحة⁽²⁾.

يتبين مما سبق أن الراجح هو أن القرائن القوية، تعد حجة في الإثبات
والتي يحصل بها العلم اليقيني أو على الأقل الظن الغالب الذي يطمئن إليه
القاضي، أو ما يسمى "بعلم الطمأنينة".

فإن وجدت مثل هذه القرائن عدت حجة، وحكم بمقتضاها، ولا يضر
حينئذٍ ما يمكن أن يتطرق إليها من احتمال أن تكون دالة على غير الواقع، بعد أن
يثبت من ظروف ووقائع 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 أقر بغير الواقع؛
لأن هذه احتمالات وإن كانت واردة لكنها بعيدة⁽³⁾.

وكلام الفقهاء في القرينة منصب على القرينة القوية، والتي عرفوها بأنها
التي تصير الأمر في حيز المقطوع به، أو الأمانة البالغة حدّ اليقين، والتعريف الأخير
يتفق وما جاء في مجلة الأحكام العدلية بتعريف القرينة، ففي المادة 1741 أن

(1) الزحيلي، الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 117 وما بعدها.

(2) سالم السيد جاد، إثبات الدعوى الجنائية بالقرائن (ط 1)، ص 72.

(3) ابن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 387.

القرينة، هي: الأمانة 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⁽¹⁾.

إن الغرض من العمل بالقرائن القوية هو إبانة الحق وإظهاره؛ إذ إن القرائن القوية ترجح كفة أحد الخصمين، وتدلل على الحق في الخصومة، وليس من العدل، ولا من الحق أن تهدر دلائلها ويحجر على القضاء الأخذ بها، وقد جاءت الشريعة باعتبارها، واعتمد عليها الفقهاء في صدر الإسلام في أفقيتهم عليها، لذلك أضيفت القرينة القاطعة إلى الأدلة الشرعية المقبولة⁽²⁾.

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

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

يقول أحمد إبراهيم رحمه الله: "ولئن أودت القرائن القاطعة بحياة وأموال أناس مظلومين، فلقد أودت شهادة الشهود العدول المزكين بحياة وأموال الكثيرين من الناس وهو مظلومون كذلك. وما دام الوصول إلى الدليل القاطع الذي يتنفي معه كل احتمال لا مطمع فيه؛ إذ هو في حيز المستحيل غالباً، وجب الأخذ بحكم

(1) البهي، من طرق الإثبات، ص 73.

(2) أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص 449.

الضرورة بالأدلة والحجج الظنية مع الاستقصاء في الثبوت وتقديم الأقوى منها على غيره عند التعارض وملاحظة الأمور المرجحة⁽¹⁾.

والذي يبدو كذلك:

أنه لا يوجد نص صريح من الكتاب أو السنة يدل على منع العمل بالقرائن في جريمة القتل، كما لا يوجد نص صريح أيضاً فيهما يدل على جواز العمل بها فيها. فالاعتبار في هذه الحالة بقوة القرينة التي تثبت بها الجريمة، إذا لم يثبت خلافها، وبمدى مصلحة المجتمع في اعتبار هذا الدليل ضمن أدلة الإثبات، لتحقيق العدل في الحكم، ومحاصرة الجريمة⁽²⁾.

ثانياً: إثبات الحدود بالقرائن

اختلف الفقهاء في إثبات الحدود بالقرينة على النحو الآتي:

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

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

وذهب ابن القيم إلى القول بأن الحدود تثبت بالقرائن شأنها شأن بقية الجرائم الأخرى، حيث قال: "والمقصود أن الشارع لم يقف الحكم في حفظ الحقوق البتة على شهادة ذكزين، لا في الدماء ولا في الأموال ولا في الفروج ولا في الحدود، بل قد حدّ الخلفاء الراشدون والصحابة ﷺ في الزنا بالحمل، وفي الخمر بالرائحة والقيء، وكذلك إذا وجد المسروق عند السارق كان أولى بالحدّ من ظهور الحبل والرائحة في الخمر، لأن هذه القرينة أقوى من شهادة شاهدين

(1) المرجع السابق، ص 462.

(2) عارف علي عارف، البصمة الجينية ودورها في الإثبات الجنائي (كوالالمبور: دار التجديد، ط 1، 2002م)، ص 45.

بالسرقة"⁽¹⁾.

ويمضي ابن القيم في بيان رأيه، فيقول: "إن المقصود هو أن الحاكم يحكم بالحجة التي ترجح الحق إذا لم يعارضها مثلها"⁽²⁾.

ويرى ابن الغرس أيضاً اعتبار القرائن طريقاً لإثبات جميع الحقوق في الحدود أو غيرها؛ إذ يقول: "والقرائن الدالة على ما يطلب الحكم به دلالة واضحة بحيث تصيره في حيز المقطوع به". وقد ذكر ابن فرحون خمسين مثلاً اتفقت فيها المذاهب الأربعة على الأخذ بالقرائن في الإثبات⁽³⁾.

والذي يترجح عندي هو:

جواز إثبات الجنايات 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 روي ذلك عن عدد من الخلفاء والصحابة، كعمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن مسعود⁽⁴⁾، وهو مذهب مالك.

(1) ابن القيم، أعلام الموقعين، ج 1، ص 87؛ الطرق الحكمية، ص 97 - 170.

(2) ابن القيم، أعلام الموقعين، ج 1، ص 89.

(3) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 2، ص 11 - 121/ ج 1، ص 312.

(4) البخاري، الصحيح، ج 9، ص 47؛ مالك، الموطأ، رقم 809؛ مسلم، الصحيح، رقم 1707. انظر، التجكاني، النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي، ص 84 وما بعدها، ابن القيم، أعلام الموقعين، ج 10، ص 103؛ سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح الموطأ (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 1999م)، ج 2، ص 40، 166. يقول ابن رشد: "واختلفوا في ثبوته بالرائحة، فقال مالك وأصحابه وجمهور أهل الحجاز يجب الحدّ بالرائحة إذا شهد بها عند الحاكم شاهدان عدلان"؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، ص 436؛ وانظر، أحمد بن قاسم عيسى، التاج المذهب في أحكام المذهب (صنعاء: دار الحكمة اليمنية، د.ط، 1993م)، ج 4، ص 235.

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

وإذا كان الشهود الذين يشهدون بأن فلاناً شرب خمرًا يستندون في شهادتهم إلى تلك الرؤية؛ فإن الشَّم أقوى في معرفة حال المشروب من الرؤية، لأن الرؤية لا يعرف بها الشراب أمسكر هو أم لا؟ وإنما يعلم ذلك من رائحته. وفي هذا العصر يمكن التيقن من أن الشخص شرب خمرًا عن طريق تحليل دمه، أو النفخ في جهاز معين صنع لهذا الغرض، يبين نسبة الكحول في نفسه، وبصورة قاطعة.

إن مما ينبغي على القاضي هو التأكد من عدم وجود الشبهات التي تسقط حدَّ الشرب، كأن يتأكد أنه لم يشربها تحت تأثير الإكراه، أو الضرورة: كمن شرب منها لغصة بقدر ما يسيغها، فأوجدت رائحة، أو تقيئها. أو أنه شربها ولم يعلم أنها خمر: كمن ظنها ماءً، فلما أحس بها في فيه مجها⁽¹⁾.

أو يتأكد أن الرائحة ليست رائحة مادة أخرى شبيهة برائحة الخمر، أو أنه لم يتمضمض بها، بل تعمد شربها، إلى آخره من الشبهات الواردة. فإذا ثبت ما ينفي تلك الشبهات فإن الحدَّ يقام عليه بهذه القرينة، حتى لا يفلت العصاة من العقوبات، وأن تكون للحدود فاعليتها الرادعة في محاربة الجريمة.

وفي جريمة الزنا:

فقد ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في قول إلى عدم جواز إثبات حدِّ الزنى بالقرائن؛ لأنَّ الحدود تدرأ بالشبهات، وحصرها بإثباتها بالإقرار والشهادة ولم

(1) بكر عبد الله أبو زيد، الحدود والتعزيرات عند ابن القيم: دراسة وموازنة (الرياض: دار العاصمة، د.ط، 1994م)، ص 327.

يعولوا على غيرها. ولما ثبت عن رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «لو كنت راجماً أحداً بغير بيّنة لرجمت فلانة، فقد ظهرت منها الريبة في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليها»⁽¹⁾.
 وَقَدْ اسْتَدَلَّ الْمَانِعُونَ لِإِثْبَاتِ الْحَدِّ بِالْقُرَائِنِ بِهَذَا الْحَدِيثِ - كَمَا ذَكَرْنَا سَابِقاً -
 - وَاَعْتَرَضَ الْمُحْزِيزُونَ بِأَنَّهُ لَمْ يَتَوَفَّرْ لِلْحُكْمِ عَلَى هَذِهِ الْمَرْأَةِ مِنَ الْقُرَائِنِ الْقَوِيَّةِ، كَمَا فِي الْحَمْلِ.

وقريب من هذا ما رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ أَنَّهُ أُتِيَ بِامْرَأَةٍ قَالَتْ أَنَّهَا أَكْرَهَتْ فَخَلَى سَبِيلَهَا، وَكُتِبَ إِلَى أَمْرَاءِ الْأَجْنَادِ: أَلَّا يَقْتُلَ أَحَدٌ إِلَّا بِإِذْنِهِ.
 وَمَا رُوِيَ أَنَّ امْرَأَةً رَفَعَتْ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ لَيْسَ لَهَا زَوْجٌ وَقَدْ حَمَلَتْ، فَسَأَلَهَا، فَقَالَتْ: إِنِّي امْرَأَةٌ ثَقِيلَةُ الرَّأْسِ، وَقَعَ عَلَيَّ رَجُلٌ وَأَنَا نَائِمَةٌ، فَمَا اسْتَيْقِظْتُ حَتَّى فَرَعْتُ، فَدَرَأَ عَنْهَا الْحَدَّ⁽²⁾.

فهذان دليلان يشهدان على أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ لَمْ يَعْمَلْ بِالْقَرِينَةِ فِي إِقَامَةِ الْحَدِّ نَظراً إِلَى وَجُودِ شُبْهَةٍ، وَالْحُدُودُ تَدْرَأُ بِالشَّبَهَاتِ.
 وَكَذَلِكَ فَإِنَّ الرَّسُولَ ﷺ لَمْ يَقْضِ بِحَدِّ الزَّانِيَةِ عَلَى الْغَامِديَّةِ، وَقَدْ جَاءَتْ وَهِيَ حَامِلٌ، وَالْحَمْلُ قَرِينَةٌ دَالَّةٌ عَلَى مَا سَبَقَهَا، إِلَّا بَعْدَ أَنْ جَاءَتْ تَطْلُبُ مِنْهُ إِقَامَةَ الْحَدِّ لِتَطْهِيرِهَا⁽³⁾.

والذي يبدو لي:

أَنَّ الرَّاجِحَ مِنْ أَقْوَالِ الْفُقَهَاءِ بِمَا يَتَّفِقُ مَعَ مَقَاصِدِ الشَّرِيعَةِ وَقَوَاعِدِهَا فِي إِقَامَةِ الْحَدِّ بِالْحَبْلِ، وَأَنَّ الْحَامِلَ مِنْ غَيْرِ زَوْجٍ إِذَا ادَّعَتْ أَيُّ شُبْهَةٍ: مِنْ غَضَبٍ أَوْ إِكْرَاهٍ، أَوْ إِتْيَانِ لَهَا عِنْدَ نَوْمِهَا دُونَ أَنْ تَشْعُرَ، أَوْ انْتِقَالِ الْمَنِيِّ إِلَيْهَا عَنْ طَرِيقِ الْحَمَامِ،

(1) ابن ماجه، السنن، ج 2، ص 91؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج 7، ص 117.

(2) ابن قدامة، المغني، ج 10، ص 193 وما بعدها؛ عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار (بيروت: دار الفكر، د.ط، 1994م)، كتاب الحدود، باب في درء الحدود بالشبهات، ج 9، ص 567.

(3) يراجع تفصيل ذلك في كتاب: البصمة الجينية ودورها في الإثبات الجنائي، مرجع سابق.

أو أي شُبْهَة أُخرى ضعيفة كانت الشُبْهَة أم قَوِيَّة، فإنَّه يدرأ عنها الحَدَّ، سواء وجدت قرينة على صدق دعواها أم لا؛ لأنَّ الشَّارِعَ الحَكِيمَ متشوف إلى العفو والصفح والستر على أعراض النَّاسِ.

لذلك قَالَ النَّبِيُّ ﷺ لهزَّالَ لَمَّا أَخْبَرَهُ بِقِصَّةِ مَاعِزٍ «يا هزَّالَ لو سترته بردائك لكان خيراً لك»⁽¹⁾.

ويَقُولُ لماعز لَمَّا جَاءَهُ مَعْتَرِفاً مَقْرَئاً: «لَعَلَّكَ قَبَلْتَ، لَعَلَّكَ لَمَسْتَ...» معرضاً له بالرجوع عن إقراره، والتَّوْبَةَ إلى الله تعالى.

وكذلك صنع مع الغامدية حتَّى قالت له: أتريد أن تردني كما رددت ماعزاً؟ فكيف بمن لم تعترف، وهي تدفع الدَّعْوَى بادعائها شُبْهَة من الشُّبْهَاتِ التي ذكرناها آنفاً، إنَّ درأ الحَدَّ عنها ها هُنَا أولى.

أمَّا إذا كانت حاملاً من غير زوج، أو التي لها زوج ولا يتصور الحمل منه لصغره، أو لأنه محبوب، أو المرأة التي تلد قبل ستة أشهر من تاريخ الدخول بها، ولا تدعي شُبْهَة من غصب أو إكراه، أو غيره، وهي متهمه، ففي هذه الحالة يقام عليها الحَدَّ موافقة لفعل الصَّحَابَةِ رضي الله عنهم⁽²⁾.

فالذي أرجحه هو:

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

أما القرائن الأخرى فأرى عدم الاعتداد بها في إقامة حد الزنا؛ لأن الشارِعَ شَدَّدَ في طرق إثبات الزنا وندب إلى الستر على أعراض النَّاسِ.

وجريمة السرقة:

ثبتت أيضاً بالقرائن ما لم يقيم الدليل على عكسها.

ويعد ابن القيم وجود المسروق عند السارق قرينة على السرقة؛ إلا أن يثبت

(1) مالك، الموطأ، كتاب الحدود، باب ما جاء في الرُّجْمِ، رقم 1594، ج 4، ص 138.

(2) عزازية، حُجِّيَّةُ القرائن في الشَّرِيعَةِ الإِسْلَامِيَّةِ، ص 130.

ما ينفياها.

وينبغي على القاضي الانتباه إلى ظروفها وملابساتها، وما تحف بها من احتمالات وشبهات؛ إذ إن الشبهة قد ترد على هذه القرينة. فمن المحتمل أن المسروق قد دس على المتهم بالسرقة نكايه 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 والتدبير معه - بينما هي تخالف الواقع تماماً؛ إذ إنه لم يسرق وإنما دست السقاية عليه دساً لحكمة سامية.

لذلك ينبغي على القاضي تقدير القرينة القائمة في دعوى السرقة، ومعرفة ظروفها وملابساتها ووقائعها، وما يعترها من شبهات، وما يعرض لها من تلفيق لكي يصل القاضي إلى الحكم بمقصد الشرع في تحقيق العدالة في الخصومات، وحتى لا تكون تكأة تلفق 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 وتدحضها وتنفيها، فلا يعتد بها حينئذٍ.

فالقرائن قابلة لإثبات العكس.

وإذا وجدت شبهة، وكانت هناك بينة أو قرائن أو أمارات 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

للدراء أم لا ؟

والصحيح أن المراد بالشبهة، الشبهة القوية التي تصلح لأن تجعل 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.

وحكمة درء الحدود بالشبهات هي تضيق دائرة تطبيق الحدود لشدها؛ ولكن لا انعدامها كلية، بل تبقى في المواضع القليلة التي تجب فيها.

وكذلك فإن الشبهة تصح أن تكون مانعاً من إقامة الحد مع وجود الركن والسبب والشرط⁽¹⁾. فالقاضي له تقدير القرائن القائمة في الدعوى، والتي يطمئن إليها بعد أن يجتهد فيها اجتهاداً قائماً على الفهم الدقيق الواعي، وبعد بذل جهده واستفراغ وسعه في معرفة ظروف الدعوى وملابساتها، فعليه أن يتروى ويتأنى في تقييم القرينة والبحث عن حقيقتها من خلال التدقيق فيها، ومعرفة واكتشاف ما يعترئها من شبهات، حتى يصل إلى القناعة التامة بالحق في الدعوى.

لذا فإن تقدير حجية قرينة ما في الدعوى ومدى الاعتداد بها أو عدمه، أمر متروك للقاضي، ومدى اقتناعه 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 واقتناعه أمر لا يقتصر على القرائن فقط، بل يؤخذ به حتى في شهادة الشهود؛ إذ إنها تخضع لتقدير القاضي.

(1) عبد السلام محمد الشريف، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي (بيروت: دار الغرب الإسلامي، د.ط، 1986م)، ص 304 وما بعدها.

فلو رأى في الشهادة أن الواقع يكذبها، طرحها ولم يعوّل عليها، كما لو شهد أربعة رجال على رجل بالزنا، فوجد الرجل مجبواً "عيب 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 تمحيصها والتأكد من صحتها ومطابقتها للواقع، ويرفضها إذا كانت تخالف الحقيقة والواقع.

ومع ذلك فإن حُرِّيَّة القاضي في الاقتناع، وسلطته التقديرية للأدلة ليست مطلقة، وإنما هي مُقيَّدة بشرط صحّة التسيب والتزامه التعليل، والتي تراجعها جهات الطّعن؛ إذ تعرض تلك القرارات والأحكام على محكمة النّقض "محكمة التمييز" لإقرارها وتصديقها، أو نقضها وردّها.

إلا أن تحري الحقيقة وصحة الدليل إنما هو في حدود ما يستطيعه البشر، فالشريعة لا تكلف القاضي بما ليس في وسعه للوصول إلى الحقيقة الواقعة، وإنما يكفي أن يصل بجتهاده وتمحيصه إلى الحقيقة الظاهرة والتي يطلق عليها فقهاء القانون "الحقيقة القضائية"؛ لأن القاضي مهما بذل من جهد لا يستطيع أن يصل إلى أعماق نفوس الناس وضمايرهم⁽¹⁾.

لذلك يقول الرسول ﷺ: «إني لم أؤمر أن أنقب عن قلوب الناس ولا أشق عن بطونهم»⁽²⁾.

وبعد هذا البيان لمدى إثبات القصاص والحدود بالقرائن، يبقى أن نبيّن أنّ

(1) علي رسلان، نظام إثبات الدعوى وأدلته في الفقه الإسلامي والقانون، ص 192.

(2) مسلم، الصحيح، كتاب الزّكاة، باب ذكر الخوارج وثقاتهم، ج 2، ص 742، رقم الحديث 1064. وهذا الحديث رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه، وأخرجه أحمد في مسنده، ج 2، ص 4، والبيهقي في السنن الكبرى، ج 8، ص 198.

القرائن القويّة تعدّ أيضاً حُجّة في المعاملات الماليّة، والأحوال الشّخصيّة عند عدم وُجود بيّنة في إثبات الحُقوق الناشئة عنها، سواء ما تعلق منها بحق الله تعالى، كالنسب والوقف، أم ما يتعلّق بحقوق العباد في عقد الزواج وألفاظ الطّلاق، وفي البيوع والتبرعات، وفي مختلف التصرفات⁽¹⁾.



(1) الزحيلي، الإثبات في الشريعة الإسلاميّة، ص 118؛ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، ج 6، ص 645.



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 يلتزم بها الأفراد، تحدد لهم حقوقهم وسبل إشباعها، ووجباتهم وسبل أدائها، لينصف الضعيف من القوي، والمظلوم من الظالم، ووجود هذه القواعد والقوانين لا يتحقق الهدف منه إلا إذا وجدت السلطة المنفذة لها، لأجل ذلك وجد القضاء لإحقاق الحق بين الناس وإلزامهم به، ولحماية هذه الحقوق وذلك بمنع الاعتداء عليه⁽¹⁾، 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 موكولاً إلى الأنبياء والمرسلين لشرف هذا الهدف وجلال قدره، قال تعالى: ﴿يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ يَمَّا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ﴾ [ص: 26]، وقال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: 58].

والقضاء بالعدل لا يتحقق، إلا إذا كان القاضي على بينة بما يقضي به، ولأجل تحقيق العدل بين الناس ينبغي أن يكون القاضي على علم ومعرفة بالموازن التي شرعها الله سبحانه في الإثبات؛ لأن الإثبات له دوره وخطره في فصل

(1) محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية (الرياض: جامعة الملك سعود، د.ط، 1988م)، ص 2.

الخصومات وتحقيق العدالة؛ لأنه شديد الصلة بمصالح الناس، لذا أصبح محل اهتمام الشريعة وموضع عناية الفقهاء.

ولقد نص الفقه الإسلامي على عدد من وسائل الإثبات التي تثبت الدعوى، وهذه الوسائل بعضها متفق عليه، وبعضها جرى فيه خلاف على حجته 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 قضاؤه صحيحاً وأن يحقق العدالة بين الناس، يشترط أن يحصل له حين فصل القضاء علمان:

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

أما العلم الأول، فيحصل له بأحد أمرين:

أولهما: أن يصل إليه خبرها من طرق الإثبات المقررة خارج علمه الشخصي. وهذا العلم استفاده القاضي مما قدم إليه في مجلس القضاء، فهذا النوع لا خلاف في جواز حكمه به.

ومجلس القضاء قد يكون حقيقة أو حكماً:

أما مجلس القضاء حقيقة: فهو المكان المعد لمزاولة وظيفة القضاء بين الناس للنظر في الخصومات.

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

وثانيهما: أن يشاهد الحادث بنفسه. وهذه المعلومات تسمى علم القاضي

الشخصي، سواء حصل عليه خارج مجلس القضاء، أم ما رآه وسمعه بنفسه باعتباره فرداً من الأفراد⁽¹⁾.

(1) محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (بيروت: دار الفكر، د.ط، 2005م)، ص 211؛ رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المصري (دار

فقد يطلع القاضي على حادثة بمشاهدتها أو سماعها ويحيط بها علماً حال قضاؤه، كأن سمع شخصاً يقر لشخص بمال، أو رآه يبيعه شيئاً، أو يشتري منه شيئاً، أو سمع شخصاً يطلق امرأته ثلاثاً، أو رأى القاضي شخصاً أتلّف مال شخص خارج مجلس القضاء، فهل يجوز للقاضي أن يحكم بما علمه من طلاق الأول فيقضي بالتفريق بينه وبين زوجته إذا طلبت الزوجة ذلك، ويحكم بضمان المال المتلوف على من أتلّفه؟ وهذا النوع من علم القاضي هو الذي ترد فيه الخلافات.

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

آراء الفقهاء في قضاء القاضي بعلمه الشخصي وأدلتهم:

اتفق جمهور الفقهاء على أن للقاضي أن يستند إلى علمه الشخصي في التجريح والتعديل، فإذا علم حال الشهود فيجب عليه أن يعمل بموجب علمه، فيقبل العدل ويسمع شهادته دون أن يأمر بتعديله وتزكيته ولو طلب الخصم ذلك، ويرد كل طعن فيه أو تجريح؛ إلا إذا بين المجرح شيئاً جديداً لم يعرفه القاضي، فيقدم الجرح، 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.

وانفق الجمهور أيضاً على جواز حكم القاضي بعلمه فيما يحدث في

النهضة العربية، د.ط، 1962م)، ص 639؛ عبد الرحمن عبد العزيز القاسم، الإثبات والتوثيق أمام القضاء: بحث فقهي قانوني مقارن (القاهرة: مطبعة السعادة، د.ط، 1982م)، ص 220.

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 بيعة، بناء على ما رأى وما سمع⁽¹⁾.

وقد اتفق الفقهاء على أنه إذا أقر الخصم بما ادعى به المدعي وعلم القاضي بذلك، وجب 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 يقضي 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 بعدها.

ذهب إلى ذلك أبو بكر، وعمر، وعلي، وابن عباس، وعبد الرحمن بن عوف، ومعوية[ؓ]، 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⁽²⁾.

(1) محمد الزحيلي، الإثبات في الشريعة الإسلامية (دمشق: دار المكتبي، د.ط، 1988م)، ص 124.

(2) إبراهيم بن علي بن فرحون، تبصرة الحكام في أحوال الأقضية ومناهج الأحكام (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 2007م)، ج 2، ص 26؛ شهاب الدين أبو العباس القرافي، الفروق (الرياض: دار عالم الكتب، د.ط، 2003م)، ج 4، ص 45؛ محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 2، 2004م)، ج 2، ص 510، ابن الشاط، تهذيب الفروق بهامش الفروق (عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، 1998م)،

الرأي الثاني:

أنه يجوز أن يقضي القاضي بعلمه مطلقاً، سواء أكان المحكوم به حقاً لله تعالى، أم للعباد، أم مشتركاً بينهما، وذلك في الحدود والقصاص والديون والحقوق المالية والعائلية، قبل ولايته أو أثناء ولايته، في بلده الذي يقضي فيه أو في غيره، سواء أكان في الواقعة بينة أم لا. ذهب إلى ذلك العترة، وأبو ثور، وابن حزم، والشافعية في القول الآخر لهم، وأحمد في رواية عنه، والصاحبان، وبعض الزيدية، والإمامية بالنسبة إلى الإمام قولاً واحداً، وأحد قولين عندهم بالنسبة إلى غيره، وبوب له البخاري في صحيحه بقوله: باب من رأى للقاضي أن يحكم بعلمه⁽¹⁾.

ج 4، ص 84؛ محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج (مكة: دار الكتب العلمية الكبرى، د.ط، د.ت)، ج 4، ص 398؛ محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي (القاهرة: المكتبة العصرية، ط 2، 2003م)، ج 4، ص 154، إبراهيم بن علي أبو إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي (القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، د.ط، د.ت)، ج 2، ص 320؛ عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقني (بيروت: دار الكتاب العربي، 1403هـ/1983م)، ج 9، ص 53 وما بعدها؛ علي قراعة، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية (القاهرة: مطبعة النهضة، ط 2، 1925م)، ص 274.

(1) محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 1999م)، ج 7، ص 618، الشربيني، مغني المحتاج، ج 4، ص 398؛ ابن قدامة، المغني، ج 1، ص 48؛ شهاب الدين أبو العباس القرافي، تهذيب الفروق بهامش الفروق (عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، 1998م)، ج 4، ص 84؛ الفروق، ج 4، ص 44؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، ص 510؛ ابن القيم، الطرق الحكمية، ص 210؛ الشيرازي، المهذب، ج 2، ص 320؛ علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 1997م)، ج 11، ص 255؛ أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامعة لمذاهب علماء الأمصار (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 2001م)، ج 5، ص 130؛ علي بن أحمد بن حزم، المحلى (دار الفكر العربي للطباعة والنشر، د.ط، 2001م)، ج 8، ص 366؛ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري (القاهرة: البابي الحلبي، د.ط، 1959م)، ج 16، ص 258؛ بدر الدين محمود بن أحمد عيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري (بيروت: دار الفكر، د.ط، 2002م)، ج 235، ص 14؛ سعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (القاهرة: المطبعة الجمالية، ط 1، 1901م)، ص 488؛ محمد أمين

الرأي الثالث:

أنه يجوز للقاضي أن يقضي بعلم حدث له بعد توليته القضاء بالمعينة 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 قضاؤه 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 لله ﷻ 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، والزيدية، والإمامية⁽¹⁾.

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 المعتمدة في المسألة والتي سنناقشها ونقتصر عليها، وهناك

صالح الدين بن عابدين، حاشية ابن عابدين (بيروت: دار الثقافة والتراث، د.ط، 2000م)، ج 5، ص 423، محمد بن أحمد بن جزى، قوانين الأحكام الشرعية (القاهرة: عالم الفكر، ط 1، 1985م)، ص 322.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج 7، ص 7؛ محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط (بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط 1، 1421هـ/2000م)، ج 16، ص 93؛ ابن عابدين، الحاشية، ج 4، ص 369؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج 8، ص 787؛ ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 53؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 4، ص 158؛ صبحي المحمصاني، تراث الخلفاء الراشدين في الفقه والقضاء (بيروت: دار العلم للملايين، د.ط، 1983م)، ص 186؛ سمير عالية، القضاء والعرف في الإسلام (بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط 1، 1986م)، ص 129.

أقوال أخرى في المسألة بينها ابن حجر؛ إذ يقول:

ومحصل الآراء في هذه المسألة سبعة:

1. يقضي بعلمه مطلقاً.
2. لا يقضي بعلمه مطلقاً.
3. يقضي في زمن قضاائه خاصة.
4. يقضي في مجلس حكمه.
5. يقضي في الأموال دون غيرها.
6. يقضي في الأموال والقذف.
7. يقضي في كل شيء إلا الحدود⁽¹⁾.

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 بالبينات؛ فإن الله ﷻ مع سعة علمه يستحضر الشهود عند الحكم على العباد لما في ذلك من إظهار الحجة، وقطع المحجة، وهو ذلك الصادق في قوله والعدل في حكمه، قال تعالى:

﴿ فَكَيْفَ إِذَا جِئْنَا مِنْ كُلِّ أُمَّةٍ بِشَهِيدٍ وَجِئْنَا بِكَ عَلَى هَؤُلَاءِ شَهِيدًا ﴾ [النساء: 41].

وقال تعالى: ﴿ وَجَاءَتْ كُلُّ نَفْسٍ مَعَهَا سَائِقٌ وَشَهِيدٌ ﴾ [ق: 21].

وقال تعالى: ﴿ يَوْمَ تَشْهَدُ عَلَيْهِمْ أَلْسِنَتُهُمْ وَأَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ ﴾ [النور: 24].

(1) ابن حجر، فتح الباري، ج 3، ص 163 (بتصرف).

وقال تعالى: ﴿الْيَوْمَ نَخْتِمُ عَلَىٰ أَفْوَاهِهِمْ وَتُكَلِّمُنَا أَيْدِيهِمْ وَتَشْهَدُ أَرْجُلُهُمْ بِمَا كَانُوا يَكْسِبُونَ﴾ [يس: 65].

وقال تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا مَا جَاءُوهَا شَهِدَ عَلَيْهِمْ سَمْعُهُمْ وَأَبْصَرُهُمْ وَجُلُودُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾ [فصلت: 20].

فإذا كان هذا في حق من لا يحتمل منه الظلم في مثقال ذرة، فكيف بالمخلوق الضعيف المعرض للأهواء والنزوات، لا شك أن ذلك يتأكد في حقه⁽¹⁾.

الدليل الثاني: واستدلوا من الكتاب بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: 4].

قال المانعون: فلو جاز له الحكم بعلمه ما قرنه بالشهادة⁽²⁾.

ب - من السنة:

الدليل الأول: أخرج مسلم عن ابن عباس في قصة الملاءنة أن النبي ﷺ قال: «لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمتها»⁽³⁾.

ظاهر هذا الحديث يفيد أن النبي ﷺ علم بوقوع الزنا من هذه المرأة، ولم يرحمها لعدم قيام البينة على زناها، فدل هذا على عدم جواز قضاء القاضي بعلمه؛

(1) عبد الرحمن الحميضي، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة (مكة: جامعة أم القرى، د.ط، 1984م)، ص 603.

(2) علي بن محمد الماوردي، أدب القاضي (بغداد: مطبعة العاني، د.ط، 1972م)، ج 2، ص 372.

(3) محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق: مصطفى ديب (بيروت: دار ابن كثير، واليمامة، ط 3، 1987م)، كتاب الطلاق، باب قول النبي ﷺ: «لو كنت راجماً بغير بينة؛ ابن حجر، فتح الباري، ج 9، ص 454، وكتاب الحدود، باب من أظهر الفاحشة واللطخ والتهمة بغير بينة، ج 12، ص 180؛ محي الدين بن شرف النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط 3، 1392هـ)، كتاب اللعان، ج 10، ص 130؛ محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، السنن (القاهرة: المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، 2006م)، كتاب الحدود، باب من أظهر الفاحشة، ج 2، ص 855.

لأنه ﷺ لم يقض على الملاعنة بما علمه.

ويعترض على ذلك:

بأنهم اقتصروا في الاستدلال به على صدر الحديث الذي يفيدهم في الاستدلال؛ لكن الحديث بتمام الرواية. كما يقول البهي: لا يستقيم به الاستدلال في موضوع النزاع، وهو ليس من تمام قصة الملاعنة، إنما كان في امرأة ظهر منها السوء، فقد روى ابن عباس أن الرسول ﷺ قال: "لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت فلانة فقد ظهر منها الريبة في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليها"⁽¹⁾.

والحديث بتمام روايته لا دلالة فيه على منع القاضي من القضاء بعلمه؛ لأن الرسول ﷺ لم يعلم وقوع الزنا منها، وإنما رأى من حالها وهيئتها ما يكون قرينة على وقوع الزنا منها، وخلافنا فيما أطلع القاضي بنفسه لا فيما استفاده من قرائن الأحوال⁽²⁾.

الدليل الثاني: استدلووا بأن الرسول ﷺ قال في قضية تنازع الحضرمي، والكندي: «شاهدك أو يمينه، ليس لك منه إلا ذلك»⁽³⁾.

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

واعترض عليه: بأن التنصيص على ما ذكر لا ينفي على ما عداه؛ إذ لم يقل أحد إن الإثبات لا يكون إلا بشاهدين أو اليمين فقط، فالحديث لا يفيد حصر الإثبات في الشاهدين واليمين.

وهذا ما رد به المالكية والحنابلة على الحنفية في منع القضاء بالشاهد

(1) البخاري، الصحيح، ج 7، ص 71؛ مسلم، الصحيح، ج 2، ص 134؛ ابن ماجه، السنن، ج 2، ص 61.

(2) أحمد عبد المنعم البهي، من طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ت)، ص 138.

(3) ابن قدامة، المغني، ج 11، ص 402.

واليمين، مع أن الحنفية حكموا بالنكول عن اليمين وبغيره.

وعبارة «ليس لك إلا ذلك» لا تدل على أن النبي ﷺ قد علم المحق 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 المدعي ليس له من المدعى عليه المنكر إلا اليمين ما دام ليس للمدعي بينة⁽¹⁾.

ويعترض عليه كذلك:

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

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 «شاهدك أو يمينه»؛ فإنه كان في الخصومة التي وقعت بين الأشعث بن قيس، وبين رجل آخر.

قال الأشعث: "كان بيني وبين رجل خصومة في بئر فاختصمنا إلى رسول الله ﷺ فقال: «شاهدك أو يمينه، فقلت إذن يحلف ولا يبالي، فقال: من حلف على يمين يقطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر، لقي الله وهو عليه غضبان»⁽²⁾.

الدليل الثالث: وفي حديث خزيمة⁽³⁾ وشهادته للرسول ﷺ ما يدل على أن

-
- (1) الشوكاني، نيل الأوطار، ج 8، ص 286 - 289؛ البهي، من طرق الإثبات، ص 136.
 (2) صديق حسن خان القنوجي، الروضة الندية (بيروت: دار ابن حزم، ط 1، 2003م)، ج 2، ص 256؛ ابن حزم، المحلى، ج 9، ص 428؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج 8، ص 302.
 (3) سليمان أبو داود السجستاني، السنن (دار الجيل للنشر والطباعة، د.ط، 1992م)، كتاب الأفضية، باب إذا علم الحاكم صدق الشاهد الواحد يجوز له أن يحكم به، ج 2، ص 276؛ أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، السنن (بيروت: مكتب المطبوعات الإسلامية، ط 2، 1406هـ)، كتاب البيوع، باب التسهيل في ترك الأشهاد على البيع، ج 7، ص 301.

القاضي لا يحكم بعلمه، فالرسول ﷺ يعلم كذب الأعرابي الذي باع منه الفرس، وإنما طلب من يشهد له، فشهد خزيمة ؓ، فقال له الرسول ﷺ: «بم 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 مصداقاً (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 ومخبرهم برضاكم؟ قالوا: نعم، فخطب فقال: إن هؤلاء الذين أتوني يريدون القود فعرضت عليهم كذا وكذا، فرضوا، أفرضيتم؟ قالوا: لا، فهّم المهاجرون بهم، فأمرهم رسول الله أن يكفوا عنهم، فكفوا، ثم دعاهم فزادهم، فقال: أفرضيتم؟ قالوا: نعم، قال: إني خاطب على الناس ومخبرهم برضاكم؟ قالوا: نعم، فخطب فقال: أرضيتم؟ فقالوا نعم»⁽¹⁾.

ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ لم يقض بما علمه منهم أول الأمر، حين أخبر القوم أنهم رضوا فأنكروا ذلك ورسول الله ﷺ يعلم أنهم ليسوا صادقين، ومع ذلك لم يلزمهم بما أقرؤا.

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 البيينة الشاهدة بالحق.

ومما يدل على ذلك عرضه ﷺ ومخاطبته الناس وزيادته لهم في الأرش وسؤالهم، فأقروا بالرضى في مواجهة الناس، ومن هذا يتضح أن ليس للقاضي أن يقضي بعلمه.

(1) رواه الخمسة إلا الترمذي، وإسناده صحيح، انظر: الشوكاني، نيل الأوطار، ج 8، ص 286؛ ابن قدامة، المغني، ج 10، ص 49؛ مصطفى الرحيباني، مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى (دمشق: ط 3، 2000م)، ج 6، ص 509.

الدليل الخامس: روي عن أم سلمة عن النبي ﷺ أنه قال: «إنما أنا بشر مثلكم، وإنكم تختصمون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع»⁽¹⁾.

فقد قيد النبي ﷺ القضاء بما يسمعه القاضي لا بما يعلمه، فالحديث يدل بمفهوم المخالفة على أنه ليس للقاضي أن يقضي بعلمه⁽²⁾.

واعترض: بأن اقتصار النبي ﷺ على القضاء بما سمع لا ينفي جواز قضاء القاضي بما علم لاحتمال أنه قال ذلك فيما لا علم للقاضي به⁽³⁾. ويمكن أن يقال:

إن هذا الحديث الشريف يعد حجة للمجيزين؛ لأن العلم أقوى من السماع، لأنه يمكن بطلان ما سمعه الإنسان، ولا يمكن بطلان ما يعلمه، فحوى الخطاب تقتضي جواز القضاء بعلم القاضي⁽⁴⁾.

وبذلك لا يستقيم هذا الدليل حجة للمانعين.

(1) ابن حجر، فتح الباري، كتاب الشهادات، باب من أقام البينة بعد اليمين، ج 5، ص 288؛ كتاب الأحكام بعد موعظة الإمام للخصوم، ج 13، ص 157؛ النووي، شرح صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب بيان أن حكم الحاكم لا يغير الباطن، ج 4، ص 120؛ أبو داود، السنن، كتاب الأفضية، باب في قضاء القاضي إذا أخطأ، ج 2، ص 270؛ محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، السنن (بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، ط 1، 1412هـ)، كتاب الأحكام، باب ما جاء في التشديد على من يقضي له بشيء ليس له أن يأخذه، ج 3، ص 624؛ النسائي، السنن، كتاب آداب القضاة، باب الحكم بالظاهر، ج 8، ص 233؛ ابن ماجه، السنن، كتاب الأحكام، باب قضية الحاكم لا تحل حراماً، ولا تحرم حلالاً، ج 2، ص 777؛ محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط 1، 1997م)، كتاب الأفضية، باب الترغيب في القضاء بالحق، ج 3، ص 373؛ القنوجي، الروضة الندية، ج 2، ص 255؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج 8، ص 278.

(2) الشيرازي، المهذب، ج 9، ص 54.

(3) شوكت عليان، السلطة القضائية في الإسلام (الرياض: دار الرشيد، ط 1، 1982م)، ص 232.

(4) عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط 3، 2002م)، ص 182.

ج. ومن المعقول:

فقد استدلوا بأن القاضي إذ قتل أخاه بحجة علمه بأن قاتل، أنه كالقتل العمد، لا يرث منه شيئاً للتهمة في الميراث، فيقاس عليه بقية الصور بجامع التهمة⁽¹⁾.

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

يقول ابن قيم الجوزية: "وحتى لو كان الحق هو حكم الحاكم بعلمه، لوجب منع قضاة الزمان من ذلك، وهذا لو قيل في شريح وكعب بن سوار والحسن البصري كان فيه ما فيه. ولقد كان سيد الحكام صلوات الله وسلامه عليه يعلم من المنافقين ما يبوح دماءهم وأموالهم ويتحقق ذلك، ولا يحكم فيه بعلمه، مع براءته عند الله وملائكته وعباده المؤمنين من كل تهمة، لئلا يقول الناس: إن محمداً يقتل أصحابه، ومن تدبر الشريعة وما اشتملت عليه من المصالح وسد الذرائع، تبين له صواب هذه المسألة"⁽²⁾.

واستدلوا بأن القاضي مندوب للحكم، والشاهد للشهادة، فلا يجوز تغييره، وأن الشهادة مشروعة باثنين، فلا يكفي واحد لمخالفته النص. كما يقول الشيرازي الشافعي⁽³⁾.

ولا يجوز للقاضي أن يضيف شهادة نفسه إلى شهادة غيره ليتم نصاب الشهادة، إذ إنه في هذه الحالة يكون قاضياً وشاهداً في آن واحد وهو لا يجوز⁽⁴⁾، فهو إما يقضي بوصفه قاضياً ولا يشهد، أو أن يشهد ولا يقضي، فلو جاز الحكم

(1) المصدر السابق، ص 181.

(2) ابن القيم، الطرق الحكيمة، ص 179.

(3) الشيرازي، المهذب، ج 2، ص 304.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج 7، ص 52؛ محمد سليم العوا، أصول النظام الجنائي الإسلامي: دراسة مقارنة (القاهرة: دار المعارف، ط 2، 1983م)، ص 312.

بعلم القاضي الشخصي لكان علمه كشهادة اثنين، ومن ثم ينعقد النكاح به وحده، ولم يقبل هذا أحد.

واستدلوا أيضاً:

بأن مذهب المجيزين 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، أجاز المجيزون لهذه المسألة أن يكون شاهد واحد كافياً إذا تصادف إن كان هذا الشاهد هو القاضي، وسواء علم بالزنى وهو يشغل منصب القضاء، أم قبل أن يشغله.

واستدلوا أيضاً: بأن مذهب المجيزين يفتح الطريق أمام تحكم القضاة، وأهوائهم، وأمام الطعن في عدالة القضاء، وسوء الظن بالقضاة. وهذا الأمر مبرر لرد مذهب المجيزين وعدم قبوله⁽¹⁾.

أدلة الرأي الثاني "المجيزين" ومناقشتها:

استدل القائلون بجواز قضاء القاضي بعلمه بالكتاب والسنة وأقوال

الصحابة:

أ. من الكتاب:

الدليل الأول: استدلوا بقوله تعالى: ﴿يَكْفُرُ بِهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُفُورًا قَوَّامِينَ

بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء: 135].

فقد أمر الله ﷻ المؤمنين بإقامة الشهادة، وأمر بالقوامة والقسط وهو العدل، والحاكم من جملتهم، وليس من القسط أن يعلم الحاكم أن أحد الخصمين مظلوم، والآخر ظالم، ويترك كلاً منهما على حاله ولا يغيره، ويعرض عن المظلوم فلا ينصره وهو عالم بظلمه، وأن يعلم طلاق امرأته ويترك مطلقها يعاشرها معاشرة

(1) المصدر السابق، ص 313.

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 مضيعاً للقسط لا قواماً به، فدللت الآية على جواز قضاء القاضي بعلمه إذ في ذلك إيصال للحق إلى صاحبه ورفع للظلم عن المظلوم⁽¹⁾.

ويعترض 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⁽²⁾.

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 محذور حيث لم يأت المظلوم بحجة يحكم له بها فالحاكم معذور، إذ لا حجة معه يوصل بها صاحب الحق إلى حقه"⁽³⁾.

الدليل الثاني: قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: 36].

قال القرطبي: "فكل ما علمه الإنسان أو غلب على ظنه جاز أن يحكم به"⁽⁴⁾.

ونوقش هذا الدليل بأن النهي ليس عن القول بلا علم، بل بالظن الذي هو

(1) ابن حزم، المحلى، ج 9، ص 426 - 429.

(2) شهاب الدين محمود الألوسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني (القاهرة: المطبعة المنيرية، 1345هـ)، ج 5، ص 167؛ ابن حزم، المحلى، ج 9، ص 429.

(3) ابن القيم، الطرق الحكيمة، ص 216؛ ابن حزم، المحلى، ج 10، ص 628.

(4) محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (بيروت: دار الكاتب المصرية، د.ط، 1967 م)، ج 10، ص 258.

التوهم والخيال لا الحكم بالعلم⁽¹⁾.

ب. 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». وإني والله لا أغير شيئاً من صدقة رسول الله ﷺ، ولأعملن فيها بما عمل رسول الله ﷺ، وأبي أبو بكر أن يدفع إلى فاطمة منها شيئاً⁽²⁾.

فأبو بكر حكم بعلمه الذي سمعه من رسول الله ﷺ، فمنع فاطمة مما ادعته من ميراثها من أبيها رسول الله ﷺ⁽³⁾.

ونوقش 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 أبا بكر ﷺ علم من دين الرسول أن هذه الدعوى باطلة، لا يسوغ الحكم بموجبها، بل دعواها بمنزلة دعوى استحقاق ما علم وتحقق دفعه بالضرورة، بل بمنزلة ما يعلم بطلانه قطعاً من الدعاوى، 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 بموجبها للحجة الظاهرة التي

(1) إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم (بيروت: دار الكتاب العربي، ط 1، 2001م)، ج 3، ص 39؛ ناصر بن عقيل بن جاسر الطريفي، المرافعات الشرعية (الرياض: ط 1، 1985م)، ص 183.

(2) ابن حجر، فتح الباري، كتاب الفرائض، باب قول النبي ﷺ: «لا نورث ما تركناه صدقة»، ج 12، ص 5؛ النووي، شرح صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب حكم الفيء، ج 2، ص 76؛ أحمد بن حسين البيهقي، السنن الكبرى (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 1999م)، كتاب آداب القاضي، باب من قال: للقاضي أن يقضي بعلمه، ج 10، ص 197.

(3) ابن القيم، الطرق الحكمية، ص 197.

علمها معه عمر بن الخطاب والصحابة رضي الله عنهم أجمعين، فأين هذا من حكم الحاكم بعلمه الذي لم يحم به حجة على الخصم⁽¹⁾.

الدليل الثاني: ما رواه ابن ماجة بإسناده عن سعيد بن الأطلول: أن أخاه مات وترك ثلاثمائة درهم وترك عيلاً. قال: فأردت أن أنفقها على عياله، فقال لي النبي ﷺ: «إن أخاك محتبس بدينه، فاقض عنه»، فقال: يا رسول الله، قد أدت عنه إلا دينارين ادعتهما امرأة وليست لها بينة، قال: «فأعطها فإنها محقة»⁽²⁾.

فالحديث دليل على أن النبي ﷺ قد قضى لهذه المرأة بما ادعته دون أن تقيم بينة على دعواها استناداً إلى علمه بأنها محقة إلا أن النبي ﷺ قد علم صدقها، فحكم لها بعلمه، وقد ورد في بعض ألفاظ الحديث: فإنها صادقة⁽³⁾.
ونوقش هذا الدليل:

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

ونوقش أيضاً من وجه آخر:

بأن قول الرسول ﷺ: «أعطها فإنها محقة»، ليس فيه دلالة على جواز قضاء القاضي بعلمه، فلم تدع المرأة بالدينارين أمام الرسول ﷺ ليحضي لها، وإنما أخبر الرسول ﷺ سعيد بن الأطلول بأن المرأة محقة، وليس معنى ذلك أنه شاهد في القضية، ولعل هذا الخبر هو من طريق الوحي، فلا دلالة فيه⁽⁴⁾.

(1) المصدر السابق، ص 197.

(2) ابن ماجة، السنن، كتاب الصدقات، باب أداء الدين عن الميت، ج 2، ص 813، رقم الحديث 2334؛ البيهقي، السنن الكبرى، كتاب أداء القاضي، باب من قال: للقاضي أن يقضي بعلمه، ج 10، ص 142.

(3) ابن القيم، الطرق الحكيمة، ص 214.

(4) الطريفي، المرافعات الشرعية، ص 183.

ونوقش أيضاً

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

الدليل الثالث: عن عروة ومجاهد أن رجلاً من بني مخزوم استعدى عمر بن الخطاب رضي الله عنه على أبي سفيان بن حرب أنه ظلمه حداً في موضع كذا وكذا، فقال عمر: "إني لأعلم الناس بذلك، وربما لعبتُ أنا وأنت فيه ونحن غلمان، فأتني بأبي سفيان، فأتاه به، فقال له عمر: يا أبا سفيان، انهض بنا إلى موضع كذا وكذا، فنهضوا، ونظر عمر فقال: يا أبا سفيان خذ هذا الحجر من ههنا، فقال: والله لا أفعل، فقال: والله لتفعلن، فقال والله لا أفعل، فعلاه عمر بالدرة، وقال: خذه لا أم لك فضعه ههنا، فإنك ما علمت قديم الظلم، فأخذ أبو سفيان الحجر ووضعته حيث قال عمر"⁽¹⁾.

فقد استدلوا بهذا الأثر على أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حكم بعلمه من غير بينة ولا إقرار⁽²⁾.

ونوقش هذا الدليل:

بأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لم يكن له فيها قضاء، بل ما فعله هو من باب إزالة المنكر، بدليل أنه لم يسأل أبا سفيان حتى يقر أو ينكر⁽³⁾.

ونوقش أيضاً:

بأن هذا الأثر المروي عن عمر رضي الله عنه؛ فإنه مذهب صحابي غير متفق على الاحتجاج به، ومع ذلك فإنه معارض بما روي عنه من أنه يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه إذا وجد معه شاهد آخر.

(1) ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 54؛ عبد الرحمن بن علي بن الجوزي، تاريخ عمر بن الخطاب (بيروت: دار المعرفة، ط 1، 2004م)، ص 117.

(2) ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 54.

(3) الطريفي، المرافعات الشرعية، ص 184.

الدليل الرابع: واستدلوا بقوله ﷺ: «بيتك أو يمينه»، ومن البينة التي لا أبين منها، علم الحاكم بالمحقق من المبطل.

ويعترض ابن القيم على ذلك بقوله: "وهذا إلى أن يكون حجة عليهم أقرب من أن يكون حجة لهم، فإنه قال: "بيتك" والبينة اسم لما يبين الحق، بحيث يظهر المحقق من المبطل، ويبين ذلك للناس، وعلم الحاكم ليس ببينة".

الدليل الخامس: روي عن عائشة رضي الله عنها، قالت: "دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله ﷺ، فقالت: "يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بنيّ إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل عليّ في ذلك جناح، فقال رسول الله ﷺ: «خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك»⁽¹⁾.

فالنبي ﷺ حكم لهند بأخذ ما يكفيها ويكفي ولدها بالمعروف بناءً على علمه بشح أبي سفيان، فصّدق امرأته في منعها من النفقة ولم يسألها البينة على دعواها، ولم يحضر الزوج ويسأله عن الدعوى، استناداً منه إلى علمه في الحادثة⁽²⁾.

فلو لم يكن القضاء جائزاً بعلم القاضي، لما حكم لها إلا بعد سماع البينة التي تثبت صحة دعواها، أو إقرار المدعي؛ لكنه حكم من غير ذلك، فكان ذلك دليلاً على صحة قضاء القاضي بعلمه.

ويعترض على ذلك:

بأن حديث هند من قبيل الفتيا وليس من باب القضاء بالعلم، وذلك أن

(1) ابن حجر، فتح الباري، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه، ما يكفيها وولدها بالمعروف، ج 9، ص 507؛ النووي، شرح صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب قضية هند، ج 12، ص 7؛ أبو داود، السنن، كتاب البيوع، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، ج 2، ص 259؛ النسائي، السنن، كتاب آداب القضاة، باب قضاء الحاكم على الغائب إذا عرفه، ج 8، ص 246؛ الشوكاني، نيل الأوطار، باب المرأة تنفق من مال زوجها بغير علمه إذا منعها الكفاية، ج 6، ص 362.

(2) البهي، من طرق الإثبات، ص 122؛ الطريفي، المرافعات الشرعية (1985م)، ص 173.

الرسول ﷺ لم يدعُ أبا 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 يوكل وكيلاً، لا يجوز اتفاقاً؛ إذ لا دليل على صحته، وإذا 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⁽¹⁾.

الدليل السادس: استدلوا بالواجب المقرر من القرآن والسنة من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. فالرسول ﷺ يقول: «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه»⁽²⁾.

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 تمت المنازعة أمامه على ذلك، ولم تكن هناك بينة؛ فإنه إذا لم يقض بعلمه، فيرد المال المغصوب، ويفرق بين هذين الزوجين، فإنه يكون قد أقر المنكر الذي أمر بتغييره.

واعترض على ذلك:

بأن المراد هو أن المطلوب تغيير ما يعلم الناس أنه المنكر بحيث لا تتطرق

(1) أحمد بن محمد أبو جعفر الطحاوي، اختلاف الفقهاء (الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، د.ط، 1972م)، ج 1، ص 221؛ الهمام مولانا الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 2000م)، ج 3، ص 339؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج 5، ص 423؛ البهي، من طرق الإثبات، ص 140.

(2) النووي، شرح صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ج 2، ص 22؛ أبو داود، السنن، كتاب الملاحم، باب الأمر والنهي، ج 2، ص 437؛ النسائي، السنن، كتاب الإيمان وشرائعه، باب تفاضل أهل الإيمان، ج 8، ص 111.

إليه تهمة في تغييره⁽¹⁾.

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، والوقوف في عرضه⁽²⁾.

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»⁽³⁾.

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⁽⁴⁾. ونوقش هذا الدليل بأن الحديث ورد في الشهادة، وليس في الحديث ما يدل عليه.

الدليل الثامن: عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: "بايعنا رسول الله ﷺ على السمع والطاعة، وأن لا ننازع الأمر أهله، وأن نقوم بالحق حيث كنا، وأن لا نخاف في الله لومة لائم"⁽⁵⁾.

(1) ابن القيم، الطرق الحكيمة، ص 198.

(2) المصدر السابق، ص 230، عبد العزيز محمد عزام، النظام القضائي في الإسلام (القاهرة: المؤسسة العربية الحديثة، د.ط، 1988م)، ج 1، ص 109؛ محمد عبد القادر أبو فارس، القضاء في الإسلام (دار الفرقان، د.ط، 1984م)، ص 153.

(3) الترمذي، السنن، كتاب الفتن، باب ماجاء في ما أخبر النبي ﷺ أصحابه بما هو كائن إلى يوم القيامة، ج 4، ص 483؛ ابن ماجه، السنن، كتاب الفتن، باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ج 2، ص 1328.

(4) الماوردي، أدب القاضي، ج 2، ص 374؛ الشيرازي، المهذب، ج 2، ص 304.

(5) ابن حجر، فتح الباري، كتاب الفتن، باب قول النبي ﷺ: "سترون بعدي أموراً تنكرونها"، ج 13، ص 192، وكتاب الأحكام، باب كيف يبايع الإمام الناس، ج 13، ص 192؛ النووي، شرح صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية، وتحريمها في المعصية، ج 12، ص 228.

فبايعوا رسول الله ﷺ على القيام بالحق، ومن القيام بالحق بالحكم بالعلم والقضاء به⁽¹⁾.

ويعترض على ذلك:

بأن هذا الحديث ليس فيه ما يدل على قضاء القاضي بعلمه؛ إذ مبايعة الرسول ﷺ بالقيام بالحق قولاً 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، فحلف 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»⁽²⁾.

فالرسول ﷺ قضى بعلمه بعد وقوع السبب الشرعي، وهو اليمين، فبالأولى جواز القضاء بالعلم قبل وقوعه⁽³⁾.

والرسول ﷺ حلف المدعى عليه اليمين بعد عجز المدعي عن إقامة البينة، ثم قضى على المدعى عليه بدفع الحق بعد أن حلف المدعى عليه على نفيه، فأقر النبي ﷺ للمدعى عليه بدفع الحق للمدعي كان بناءً على ما علمه من أن المدعى عليه كاذبٌ فيما حلف عليه.

فإذا جاز القضاء بالعلم بعد حلف المدعى عليه اليمين، جاز في غيره من باب أولى⁽⁴⁾.

(1) الماوردي، أدب القاضي، ج 2، ص 374.

(2) محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرک علی الصحیحین (بيروت: دار المعرفة، ط 1، 1998م)، كتاب الأحكام، باب الخصمان يقعدان بين يدي الحاكم، ج 4، ص 95، وقال: "هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه". انظر، الشوكاني، نيل الأوطار، ج 8، ص 290؛ القنوجي، الروضة الندية، ج 2، ص 260.

(3) البهي، من طرق الإثبات، ص 131.

(4) الشوكاني، نيل الأوطار، ج 8، ص 301.

واعترض على ذلك:

بأن هذا الحديث فيه العطاء بن السائب، وقد ضعفه علماء الجرح والتعديل، ولو سلم صحته فلا دلالة فيه على المدعى، لأنه ثبت في بعض الروايات أن جبريل عليه السلام، أخبر النبي ﷺ، بأن المدعى 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⁽¹⁾.

ج. ومن المعقول:

الدليل الأول: إن حكم القاضي بعلمه حكم بما تحققه 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 رآه بعينه وسمعه بأذنه علم مقطوع، فهل يقضي بالمظنون ويترك المقطوع؟ لذلك يقول ابن حزم: "وفرض على الحاكم أن يحكم بعلمه في الدماء والقصاص والأموال والفروج والحدود... وأقوى ما حكم بعلمه، لأنه يقين الحق ثم بالإقرار ثم بالبينه"⁽²⁾.

يقول الشوكاني: "يجوز الحكم بعلم القاضي، لأن علمه طريق لمعرفة المحق، وهو أقوى من طريق الشهادة التي تفيد الظن، بينما علم القاضي يفيد اليقين، أو ما هو أقوى من الظن قطعاً"⁽³⁾.

فالعلم الحاصل للقاضي بالشهادة مظنون، وقضاء القاضي بعلمه قضاء بما هو متيقن، ومعلوم على سبيل القطع، فإذا جاز الحكم مع احتمال الخطأ فلأن يجوز مع القطع بالصواب أولى.

(1) عليان، السلطة القضائية، ص 236.

(2) ابن حزم، المحلى، ج 8، ص 336.

(3) الشوكاني، نيل الأوطار، ج 8، ص 289؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج 9، ص 4088.

واعترض على ذلك:

بأنهم بنوا كلامهم على أن حكم القاضي المنسوب إلى علمه لا بد وأن يكون موافقاً لما تحققه وقطع به، وهذا مردود لأن الحكم المنسوب إلى علم القاضي كما يحتمل أن يكون موافقاً لما تحققه وقطع به، يحتمل أيضاً أن يكون بخلاف ذلك لمؤثر من المؤثرات، وعلى هذا يكون ما افترضوه من أن حكم القاضي المنسوب إلى علمه يكون موافقاً لما تحققه وقطع به ترجيح بلا مرجح⁽¹⁾.

ويناقش ذلك أيضاً:

بأن الحكم بشهادة الشهود العدول لا يفضي إلى التهمة بخلاف حكم القاضي بعلمه.

الدليل الثاني: أنهم قالوا: إن القاضي إذا كان يحكم بعلمه في تعديل الشهود وجرحهم وردّ شهادتهم، فمن باب أولى وقياساً عليه يكون للقاضي أن يحكم بما علم في ثبوت الحق وعدمه⁽²⁾.

ويُعترض على ذلك:

بأن حكم القاضي بعلمه في تعديل الشهود وجرحهم أمر ألجأت إليه الضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، ويقتصر منها على موردها، ولا يُقاس عليها. وفي حالة ضرورة التعديل والجرح إذا منعناه من العمل بعلمه في ذلك احتاج كل واحد من المزكّين إلى مزكّين آخرين، 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.

(1) أبو فارس، القضاء في الإسلام، ص 153؛ البهي، من طرق الإثبات، ص 140.

(2) الشريبي، مغني المحتاج، ج 4، ص 398؛ محمد بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (بيروت: دار إحياء التراث، 1992م)، ج 8، ص 259؛ إبراهيم بن محمد الباجوري، حاشية الباجوري (بيروت: المكتب الإسلامي، ط 2، 1997م)، ج 2، ص 314؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج 7، ص 7؛ السرخسي، المبسوط، ج 16، ص 105؛ القرافي، تهذيب الفروق، ج 4، ص 186.

لذلك يُعد قياسهم هذا قياس مع الفارق⁽¹⁾.

أدلة الرأي الثالث ومناقشتها:

استدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة نفسها التي استدل بها المجيزون بما يفيد الجواز، ثم قيدوها بأدلة المنع.

وقد استدلوا بما يأتي:

الدليل الأول: إن علم القاضي قبل ولايته أو خارج مكان الاختصاص يشبه ما يسمعه من الشهود في تلك الصورة، وهذا السماع لا أثر له، لأنه لا ولاية له؛ أما علمه أثناء قضاؤه وفي مكانه فيشبه ما سمعه من الشهود فيجب عليه القضاء بموجبه، فعلمه الأول حصل قبل توليه القضاء أو بعد توليه؛ ولكن في غير مكان قضاؤه، فلا يقضي بعلمه، ويعد كأنه لم يكن، أو هو شهادة فقط.

وعلمه الثاني حصل في الوقت المكلف فيه بالقضاء، فأشبهه البينة القائمة التي يجوز له الاعتماد عليها والقضاء بموجبها⁽²⁾.

فسماعه الأول من الشهود غير ملزم بخلاف سماعه الثاني، فإنه يترتب عليه الحكم والإلزام، فكان علمه في زمان الولاية ومصرها كالشهادة أمامه وهو قاضٍ.

ويناقش ذلك:

بأن الشهادة أمام القاضي تكون ملزمة بخلافها قبل أدائها، فهذا لا يرجع إلى الشهادة في ذاتها، وإنما يرجع إلى شيء آخر هو أدائها في مجلس الحكم. فعلة اشتراط زمن القضاء ومكانه للحكم بالعلم لكونه حصل في وقت هو مكلف فيه بالقضاء.

(1) البهي، من طرق الإثبات، ص 141؛ الطحاوي، اختلاف الفقهاء ج 1، ص 221.

(2) ابن قدامة، المغني، ج 11، ص 104؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج 7، ص 6؛ السرخسي، المبسوط، ج 16، ص 105؛ الزحيلي، الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 127.

ونوقش ذلك:

بأن هذا التفريق بين الحالتين مردود؛ لأنه تفرقة بلا مسوغ، ولأن علم القاضي بمعينة السبب لا يختلف، فالعلم الحاصل له قبل القضاء كالعلم الحاصل له بعد القضاء سواء بسواء، وكذلك الحال في علم الشهود حين معينة السبب وحين أداء الشهادة أمام القاضي.

أما أن الشهادة أمام القاضي تكون ملزمة بخلافها قبل أدائها فهذا لا يرجع إلى الشهادة ذاتها، وإنما يرجع إلى شيء آخر هو أداؤها في مجلس الحكم⁽¹⁾.
وأما علة تقييده بحقوق العباد دون الحدود الخالصة، فقد ذكروا أن ذلك لكون الحدود الخالصة مبنية على الإسقاط بالشبهات، وحكم القاضي فيها بعلمه شبهة لاعتبار التهمة في ذلك⁽²⁾.

والحدود لا يقضي بعلمه بها، لأنه خصم فيها، ولأنه حق لله تعالى وهو نائبه إلا في حد القذف، فإنه يعمل بعلمه لما فيه من حق العبد، وكذلك يعمل بعلمه في السكر إذا وجدناه 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 بمعينة السبب هو فوق العلم الذي يثبت له بشهادة الشاهدين، وفي حد القذف معنى حق العبد، فهو كالقصاص وسائر حقوق العباد"⁽³⁾.

الدليل الثاني: قول الرسول ﷺ في قصة الملاعنة: «لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمتها»⁽⁴⁾.

(1) البهي، من أدلة الإثبات، ص 143.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج 9، ص 4088.

(3) السرخسي، المبسوط، ج 9، ص 124؛ أحمد فتحي بهنسي، الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي (بيروت: دار النهضة العربية، د.ط، 1991م)، ج 4، ص 316.

(4) إسناده صحيح ورجاله ثقة، انظر، ابن ماجه، السنن، ج 2، ص 855 رقم 2559؛ علي عبد الملك متقي، كنز العمال (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 1998م)، ج 5، ص 185.

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، بجامع أن كلاً فيه حق لله، وحقوق الله مبنية على المسامحة. 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.

واعترض على ذلك:

بأن هذا الدليل خارج عن محل النزاع، لأن محل النزاع القضاء بالعلم قبل وجود السبب المقتضي للعلم، وهو الملاعنة وهذا مما لا يدل عليه الدليل⁽¹⁾.
 الدليل الثالث: ما روي عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطأ في العفو خير من أن يخطأ في العقوبة»⁽²⁾. وفي رواية ابن مسعود قال: «ادرءوا الحدود بالشبهات، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم»⁽³⁾.

- (1) البهي، من أدلة الإثبات، ص 134؛ عليان، السلطة القضائية، ص 239.
 (2) الترمذي، السنن، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود، ج 8، ص 438؛ ورواه الحاكم في المستدرک، وقال صحيح الإسناد؛ عبد الله بن يوسف الزيلعي، نصب الرأية تخريج أحاديث الهداية (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 2، 2002م)، ج 3، ص 308.
 (3) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات، ج 8، ص 238؛ ابن ماجة، السنن، كتاب الحدود، باب الستر على المؤمن، ودرء الحدود بالشبهات، ج 2، ص 850؛ علي بن عمر الدارقطني، السنن (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط 1، 2004م)، كتاب الحدود والديات، ج 3، ص 84؛ 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، 2006م)، ص 66، وعند الحنفية: "ما يشبه الثابت وليس بثابت أو وجود صورة الثابت وليس بثابت"، ابن نجيم، البحر الرائق، ج 5، ص 11. ومعنى هذا التعريف: أنها تشبه الثابت من حيث أثره في دفع العقوبة، ولا تشبهه في نفي الجريمة، فإن الجريمة موجودة مع الشبهة التي تقوم فتمنع ما يترتب عليها. انظر، عبد السلام محمد الشريف، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي

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 اعترض ابن حزم على استدلالهم بهذا الحديث: بأن الحديث لم يُروَ مرفوعاً، ولم يُروَ من طريق صحيح.

ويرد على هذا:

بأن الحديث روي مرفوعاً عن ابن عباس كما جاء في مسند أبي حنيفة. وعلى فرض أن الحديث مرسل؛ فإن الإرسال لا يقدر فيه، وإن الموقوف في هذا له حكم المرفوع.

وقد عمل بمضمون الحديث الخلفاء الراشدون والصحابة رضي الله عنهم، وأجمع فقهاء الأمصار على العمل به، لذا قال بعض الفقهاء: هذا الحديث متفق عليه وتلقته الأمة بالقبول⁽¹⁾.

الدليل الرابع: قالوا: إن المقر بحق من حقوق الله الخالصة إذا رجع صح رجوعه، 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 أمين فيما يخبر به حقوق الله⁽²⁾.

وأما المعقول:

فقد استدلوا: بأن الحدود حق خالص لله يستوفيهها الإمام على سبيل النيابة من غير أن يكون هناك خصم معين يطالب بها من العباد. فلو اكتفى بعلم نفسه في إقامة الحدود كان حكمه محل تهمة، والتهمة والشبهة لها تأثير في إسقاط الحدود؛

(بيروت: دار الغرب الإسلامي، د.ط، 1986م)، ص 300.

(1) البهي، من طرق الإثبات، ص 134؛ الطريقي، المرافعات الشرعية، ص 181.

(2) المرجع السابق.

أما حقوق العباد الخالصة والمشاركة، فإن هناك خصماً يطالب بها من العباد وبوجوده تنتفي 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 توأطئهما وسابق اتفاقهما وقيام صلة بينهما⁽¹⁾.

الرأي الراجح:

إن المدقق في مسألة حكم القاضي بعلمه الشخصي والناظر لكل من أدلة الفريقين يرى أن قول المجيزين هو الأقرب للصواب "نظرياً"؛ لأن علم القاضي مبني على القطع واليقين المكتسب عن طريق السمع أو الرؤية، هذا إذا افترضنا في القضاة النزاهة، والاستقامة، والصلاح، والعدالة، والبعد عن الهوى 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 القرون، حيث كان القضاة يتميزون بقوة دينهم، وشدة ورعهم، وتحريهم للعدالة.

ومع ذلك، فإن الروايات التي رويت 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 تتنابه الأهواء والشهوات والنزوات ما ينتاب غيره، خاصة عند فساد الزمان وفساد القضاة، وفتح هذا الباب فيه شر كبير واتباع للهوى.

لذلك وجدنا متأخري الحنفية - والحنفية هم أكثرهم تحمساً لقضاء

(1) البهي، من أدلة الإثبات، ص 133 - 142.

القاضي بعلمه - يفتون بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه، ويعلمون ذلك بفساد قضاة الزمان⁽¹⁾.

فاستناد القاضي إلى علمه لا يصلح كقاعدة عامة لتسيب الأحكام، فقد يعدل القاضي في حكم استند فيه إلى علمه؛ ولكن الضعف البشري لا يسمح بالتعميم، والتشريع يستند إلى الغالب الأعم من الوقائع⁽²⁾.

أما قولهم: إن علم القاضي يفيد اليقين؛ لأن اليقين حاصل بما علمه بالمعينة والسماع، أو يفيد ما دون اليقين الذي هو أقوى من الظن قطعاً؛ لأنه قد سمع بأذنيه ورأى بعينه، فيناقش ذلك:

بأن هذا القول صحيح بحد ذاته، ولكن للمرء أن يتساءل: من يدري 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 يَر؛ لكنه ادعى لنفسه أنه سمع ورأى! فإذا 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⁽³⁾.

يقول الشيخ أحمد إبراهيم رحمه الله: "أين هم أولئك نفر 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 وُضعت لهم تظهر درجة ما عليه من الخطأ، والبعد عن المناسبة، كالذي يخيط ثوباً هو غاية في حسن الهندام، ودقة التفصيل، وجودة

(1) ابن عابدين، الحاشية، ج 5، ص 439؛ محمد أحمد المنهاجي، جواهر العقود وروضة القضاة والموقعين والشهود (القاهرة: مطبعة السنة المحمدية، ط 1، 1374هـ)، ج 2، ص 212.

(2) محمّد الحبيب التجكاني، النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي (بغداد: دار الشؤون الثقافية العامة، آفاق عربية، د.ت)، ص 70.

(3) أبو فارس، القضاء في الإسلام، ص 153.

النسيج لرجل أقرع الصدر، أهدب الظهر، معوج الخلق، فلا يجده يصادف محله، فالثوب في ذاته غاية في الجمال والحسن، ولكن أين لابسه، فالحكيم هو الذي يعطي كل شيء ما يناسبه، ولا يبني علمه على التخيلات والتصورات الجميلة فحسب، وسبحانه الذي أعطى كل شيء خلقه ثم هدى"⁽¹⁾.

لأجل ذلك ينبغي ألا يُمكن القاضي من أن يقضي بعلمه، بل يلزم إلزاماً بأن يبين أسباب حكمه.

وأما النظريات الجميلة التي توضع لقوم هم في الذروة العليا في النزاهة والاستقامة، 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 ويحيله على علمه⁽²⁾.

فالتهمة في الشرع يقام لها وزن واعتبار وتؤثر في ترتيب الأحكام، ولهذا فهي تؤثر في الشهادات والأفضية والأقارير، وفي طلاق المريض، ومن هنا لم تُقبل بعض الشهادات مع أن أصحابها عدول لا يقدر في عدالتهم سوى تهمة التأثر بالقرابة، فقد ردوا بناءً على ذلك شهادة الأب لابنه خوفاً من انحيازه إلى المقضي له بالقرابة بسبب العاطفة التي بينهما، ونحو ذلك.

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

(1) أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص 50 وما بعدها.

(2) زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ص 183؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج 8، ص 787؛ ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 53؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 4، ص 158.

ضرتها أنها أَرْضَعْتَهَا لِلتَّهْمَةِ⁽¹⁾.

ثم إن عدم حكم القاضي بعلمه يؤيد حياده، ويؤيد عدالة المحاكمات وينفي التهمة عنه، وهذا من متفرعات قاعدة: "البينة على من ادعى" التي توجب الإثبات على المدعي، لا على القاضي ولا غيره⁽²⁾.

إن منع القاضي من الحكم بعلمه يقطع الطريق على حكام السوء الذين قد يبنون أحكامهم على الانتقام لوجود عداوة بينه وبينهم، فينزولون الأحكام الجائرة بخصوصهم وأعدائهم، أو خصوم من يدفع لهم أكثر، أو ترضية لولي أمر ظالم، وهذا ما يترتب عليه كثير من المفاسد والجور والمظالم، واتخاذة وسيلة فعالة للكيد والتعسف.

ويؤكد المنع في الحدود بشكل خاص لأنها تدرأ بالشبهات، ولأن الشارع الحكيم شدد في إثباتها لمنع الشك والشبهة فيها فيمنع القضاة من القضاء بعلمهم لتلا يكون العلم ذريعة لقضاة السوء في التسلط على رقاب الناس وأعراضهم وأموالهم، وليأمن الناس على حقوقهم، لذلك يقول الشافعي رحمه الله: "لولا قضاة السوء لقلنا إن للحاكم أن يحكم بعلمه"⁽³⁾.

وقد قيد البخاري رحمه الله قول من قال إن القاضي يحكم بعلمه بقوله: "إذا لم يخف الظنون والتهمة"⁽⁴⁾.

ويقول أبو حنيفة: "القياس أنه يحكم في ذلك بعلمه، ولكن أدع القياس واستحسن أن لا يقضي في ذلك بعلمه"⁽⁵⁾.

ويقول ابن عابدين: "وأصل المذهب الجواز بعمل القاضي بعلمه، والفتوى

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، ص 430؛ ابن قدامة، المغني، ج 11، ص 402.

(2) المحمصاني، المجتهدون في القضاء، ص 187.

(3) الشوكاني، نيل الأوطار، ج 8، ص 288.

(4) ابن حجر، فتح الباري، كتاب الأحكام، باب من رأى للقاضي أن يحكم بعلمه في أمر الناس إذا لم يخف الظنون والتهمة، ج 13، ص 139.

(5) الشوكاني، نيل الأوطار، ج 7، ص 611.

على عدمه في زماننا لفساد القضاة".

ويقول ابن حجر العسقلاني: "فيتعين حسم مادة تجويز القضاء بعلم القاضي"⁽¹⁾.

ويقول: "فإن هذا الباب لو فتح لوجد كل قاضٍ السبيل إلى قتل عدوه وتفسيقه، والتفريق بينه وبين من يحب"⁽²⁾.

ويقول الكرايسي: "لا يقضي القاضي بما علم لوجود التهمة إذ لا يؤمن على التقى أن تتطرق إليه التهمة"⁽³⁾.

يقول ابن القيم رحمه الله تعالى: "وهل يسوغ للحاكم أن يأتي إلى رجل مستور بين الناس، غير مشهور بفاحشة، وليس عليه شاهد واحد بها، فيرحمه، ويقول: رأيت يزنني؟ أو يقتله، 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 قاضٍ له عدو، السبيل إلى قتل عدوه، ورحمه وتفسيقه، والتفريق بينه وبين امرأته، ولا سيما إذا كانت العداوة خفية، ولا يمكن عدوه إثباتها"⁽⁴⁾.

هذا وقد رويت آثار كثيرة عن الصحابة الكرام والدالة على منع الحاكم من الحكم بعلمه، والصحابة هم أعلم من غيرهم بمقاصد الشريعة والمعاني المرادة 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 روي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال: "لو رأيت رجلاً على حد، لم أعاقبه،

(1) ابن حجر، فتح الباري، ج 13، ص 139؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج 3، ص 339؛ زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 1999م)، ص 222.

(2) ابن حجر، فتح الباري، ج 13، ص 160.

(3) الشوكاني، نيل الأوطار، ج 8، ص 228.

(4) ابن القيم، الطرق الحكيمة، ص 216.

حتى تقوم البيئة عليه، أو يكون معي شاهد آخر"⁽¹⁾.

والصديق كان حاكماً عاماً، والرؤية التي وردت في كلامه هي أقوى طريق للعلم، وقد صرح بأنه لو رأى مرتكباً لحد من الحدود، فإنه يمتنع عن أخذه حتى يكون معه شاهد، وهذا معناه أنه لا يقضي على هذا بعلمه المستند إلى الرؤية.

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: رأيت رجلاً زنى أو سرق؟ قال أرى شهادتك شهادة رجل من المسلمين، قال: أصبت"⁽²⁾.

وروي عن علي رضي الله عنه مثله، وهذا كله من فقه الصحابة رضي الله عنهم، فإنهم أفتة الأمة وأعلمهم بمقاصد الشرع وأحكامه⁽³⁾.

وكذلك ما رواه الضحّاك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "أن عمر اختصم إليه فيما يعرفه، فقال للطالب: إن شئت شهدت ولم أقض، وإن شئت قضيت ولم أشهد"⁽⁴⁾.

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.

(1) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب من قال: ليس للقاضي أن يحكم بعلمه، ج 10، ص 144؛ ابن حزم، المحلى، ج 10، ص 625؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج 8، ص 297.

(2) ابن حجر، فتح الباري، كتاب الأحكام، باب الشهادة عند الحاكم في ولاية القضاء، أو قبل ذلك للخصم، ج 13، ص 158؛ عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، (بيروت: منشورات المجلس العلمي، د.ط، 1970م)، كتاب الشهادات، باب شهادة الإمام ج 8، ص 340.

(3) ابن القيم، الطرق الحكمية، ص 213؛ ابن حزم، المحلى، ج 10، ص 628.

(4) ابن قدامة، المغني، ج 11، ص 402.

وصح عن الشعبي أنه قال: "لا أكون قاضياً وشاهداً"⁽¹⁾.

ثم إن الحكم بناءً على علم القاضي معناه عدم تمكن الخصوم من تقديم ما يثبت الدعوى أو دفعها، وعدم إمكان مناقشة ما يقدمه الخصوم والنظر والظعن 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، وتفويت لحقه في مناقشة ما استدل به القاضي في حكمه⁽²⁾، 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 ينزل منزلة الخصوم فيكون خصماً وحكماً، وهذا لا يجوز⁽³⁾.

هذا والناظر في أدلة الأقوال في قضاء القاضي بعلمه يتبين له رجحان أدلة المانعين، لقوتها وضعف أدلة المجيزين، وخاصة إذا نظرنا إلى المصلحة العامة الراجحة، وراعينا القواعد الفقهية المختلفة في تقديم أخف الضررين، ودفع الضرر الأشد، وسد الذرائع وقاعدة تغير الزمان.

وكذلك إذا راعينا ضعف النفس البشرية، ورقة الوازع الديني، والورع القوي، ودرءاً للفتنة، وخوفاً من التهمة.

ويلاحظ أيضاً أن الضرر المترتب على منع القضاء بعلم القاضي هو ضرر خاص على المتقاضين 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⁽⁴⁾.

(1) زيدان، نظام القضاء، ص 183؛ عزام، النظام القضائي في الإسلام، ج 1، ص 109؛ الزحيلي، الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 130.

(2) زيدان، نظام القضاء، ص 184.

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (دار النهضة العربية، د. ط، 1982م)، ج 2، ص 33.

(4) الزحيلي، الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 132.

هذا، وبعد عرض أقوال العلماء من منظور الفقه الإسلامي ومناقشة أدلتهم 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.

فالمبدأ 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 إمام الكافة بها⁽¹⁾.

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 جوهرى من مبادئ التقاضي حتى لا تبقى الخصومة مجهلة، وحتى تتكافأ فرص الخصوم في الدعوى، ومن ثم كان للخصم حق طلب التأجيل للاطلاع على المستندات المقدمة من خصمه والرد عليها⁽²⁾.

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 ينزل القاضي في منزلة

(1) عبد الباسط جميعي، نظام الإثبات في القانون المدني المصري، ص 78؛ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض "المصرية" في خمسين عاماً، ص 391 وما بعدها، قاعدة 951 - 1050؛ وانظر، أحمد إبراهيم، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية (ط 3، 1985 م)، ص 43.

(2) المادة 108 من قانون المرافعات المصري؛ السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 33.

الخصوم، فيكون خصماً وحكماً وهذا لا يجوز⁽¹⁾.

ويمنع القاضي من الحكم في الدعوى، إذا كان علمه مبنياً على معلومات استقاها خارج عمله القضائي، كما لو أفتى أو شهد فيها، أو عمل وكيلاً فيها، أو خبيراً، أو محكماً⁽²⁾.

يقول السنهوري: ولكن هذا لا يمنع من أن يستعين القاضي في قضاؤه بما هو معروف بين الناس، ولا يكون علمه خاصاً به مقصوراً عليه، وذلك كالمعلومات التاريخية والجغرافية والعلمية والفنية الثابتة⁽³⁾.

فالنظم الوضعية في جملتها تمنع القاضي من الحكم بعلمه وفقهاء القانون الوضعي، يرتبون على حكم القاضي بناء على معلوماته الشخصية، اعتبار حكمه معيباً، ومتعيناً نقضه، واعتباره باطلاً صراحة⁽⁴⁾.

وقد نصت المادة الثانية من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية الصادرة في سوريا عام 1947 على أنه (ليس للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي)⁽⁵⁾.

وبعد هذا العرض يتبين 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.



(1) السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 35.

(2) قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968م، المادة 146، فقرة 5.3.

(3) المصدر السابق.

(4) قانون البينات السوري رقم 359 لسنة 1947م، المادة 2؛ محمد عطية راغب، النظرية العامة للإثبات في التشريع الجنائي العربي المقارن (بيروت: دار المعرفة، د.ط، 1960م)، ص 168؛ المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968م، المادة 147؛ القاسم، الإثبات والتوثيق أمام القضاء، ص 223.

(5) السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 33.



الفصل الثالث
الوكالة بالخصومة "المحاماة"
بين المانعين والمجيزين
في الفقه الإسلامي المعاصر

تمهيد

لقد عرف الفقه الإسلامي والتاريخ القضائي الإسلامي نظاما في الدفاع عن طرفي الدعوى سمي "وكلاء الخصومة"، أو "وكلاء الدعاوى"⁽¹⁾، وهو المحاماة في حقيقته، ولم يذكروا كلمة المحاماة باسمها وصفتها، لأنها حديثة التنظيم . وقد بحث الفقهاء موضوع المحاماة تحت ذلك العنوان، وأصبح معروفا بها في كتب الفقه والتراجم⁽²⁾. وأطلق على من يمارس هذه المهنة "الوكلاء". أما المعنى الفقهي للوكالة بالخصومة.

فالوكالة معناها: تفويض التصرف إلى الغير⁽³⁾. وعرفت مجلة الأحكام العدلية "التوكيل" بأنه: تفويض أحد أمره لآخر وإقامته مقامه في ذلك الأمر⁽⁴⁾، وهي تصح تبرعا، وتصح بأجر لقوله تعالى: ﴿وَالْعَمَلِينَ عَلَيْهِمْ﴾ [التوبة: 60].

فهو توكيل على جباية الزكاة بجعل، والرسول ﷺ كان يبعث عماله لقبض الصدقات لقاء جعل⁽⁵⁾. وقد أجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة؛ لأن

-
- (1) وكان يسمى أيضا: وكلاء القاضي، أو وكلاء الحكم.
 - (2) أبو بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 1997م)، ج 9، ص 287/ ج 11، ص 41؛ محمد بن حارث الخشني، قضاة قرطبة (القاهرة: دار الكتب المصرية، د.ط، 1989م)، ص 53.
 - (3) محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 2009م)، ج 19، ص 2؛ محمد شمس الحق عظيم آبادي، عون المعبود (عمان: بيت الأفكار الدولية، د.ط، 2004م)، ج 10، ص 6؛ محمد بن أحمد علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 2000م)، ج 3، ص 380.
 - (4) المادة 1449 من مجلة الأحكام العدلية.
 - (5) محمد بن عبد الله التبريزي، مشكاة المصابيح (بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ط، 2001م)، ج 2، ص 337؛ إبراهيم بن علي بن فرحون، تبصرة الحكام في أحوال الأقضية

الحاجة داعية إلى ذلك.

أما الخصومة فهي: الدعوى والجواب عنها⁽¹⁾.

فالوكالة بالخصومة معناها:

إنابة شخص آخر ليقوم مقام نفسه أمام المحكمة المختصة⁽²⁾، والتوكيل بالخصومة هو من الحقوق الجائز فيها التوكيل؛ لأن الغرض هو إظهار الحق، بإثبات الدعوى للمدعي، أو دفعها عن المدعى 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⁽³⁾. ويقول السمناني في كتابه روضة القضاة مستدلاً على مشروعية الوكالة بالخصومة: وهو عمل جميع الناس في جميع الأمصار⁽⁴⁾.

وقد عرف مبدأ الوكالة بالخصومة 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 يهتدي إلى وجوه المخاصمات، ولأن كل تصرف يجوز للإنسان أن يتولاه بنفسه، فإنه يجوز أن يوكل فيه غيره⁽⁵⁾.

=

ومناهج الأحكام (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 2007م)، ج 1، ص 154.

(1) محمد علاء الدين بن عابدين، قرعة عيون الأختيار لتكملة رد المحتار على الدر المختار (باكستان: المكتبة المجدية، ط 2، 1984م)، ج 7، ص 398.

(2) محمد شفيق العاني، أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي (بغداد: مطبعة الإرشاد، د.ط، 1965م)، ص 50.

(3) السرخسي، المبسوط، ج 9، ص 4.

(4) علي بن محمد السمناني، روضة القضاة وطريق النجاة (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط 2، 1984م)، ج 1، ص 181.

(5) فؤاد عبد المنعم أحمد، الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي (القاهرة: مؤسسة شباب الجامعة، د.ط، 1992م)، ص 129؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 1، ص 154.

أما المحاماة فقد عرفت بأنها:

"مهنة علمية فكرية حرة مهمتها التعاون مع القضاة على تحقيق العدالة، والدفاع عن حقوق الموكلين"⁽¹⁾.

ومحمد 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، وتثبيتا للمصالح"⁽²⁾.

ومفلح عواد القضاة، يقول: "المحامون هم طائفة من رجال القانون وأعاون القضاة، الذين اتخذوا مهنة لهم، لتقديم المساعدة القضائية والقانونية لمن يطلبها لقاء أجر"⁽³⁾.

ويرى الأستاذ أحمد حسن كرزون حفظه الله بأن المحاماة: تكليف أصولي للدفاع عن أحد الأطراف المتخاصمة ورعاية مصالحه، ويكون على الغالب مقابل أجر محدد أو مقدر⁽⁴⁾.

وتلك التعاريف التي وردت هي تعاريف متقاربة في مدلولها لمهنة المحاماة.

والوكالة بالخصومة هي المحاماة بلغة العصر عموماً؛ لأن وكيل الدعوى في كلا النظامين يمارس عملاً مبنياً على قواعد الوكالة.

فقواعد وأسس التوكيل بالخصومة لا تختلف كثيراً عن التشريعات الحديثة في مهنة المحاماة؛ إذ على الرغم من وجود أصول كلية وأحكام عامة تبين كيفية

(1) قانون تنظيم مهنة المحاماة السوري، رقم 39، في 1981/7/21.

(2) محمد أبو زهرة، الخطابة: أصولها وتاريخها وأزهر عصورها عند العرب (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، 1980م)، ص 175.

(3) مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن (عمان: دار الثقافة، ط 2، 2004م)، ص 107.

(4) أحمد حسن كرزون، المحاماة: رسالة وأمانة (بيروت: دار ابن حزم، د.ط، 1993)، ص 12.

ممارسة الوكالة بالخصومة.

وعلى الرغم من أن الفقهاء قديماً قد أوردوا كثيراً من القواعد المتعلقة بها، فيما يجوز وما لا يجوز، وسلطات الوكيل بالخصومة، وحق الموكل في عزل الوكيل وغير ذلك⁽¹⁾؛ إلا أنه لم تعرف المحاماة كمهنة اجتماعية منظمة، ولم تنظم بتلك الدقة في التاريخ القضائي الإسلامي كما نظمت في هذا العصر.

نبذة تاريخية عن المحاماة:

المحاماة عمل أريد به منذ أقدم العصور صيانة الحقوق، وإقامة العدالة، وتحقيق مصالح الناس، ودفع المفسد عنهم.

وتعد من باب التعاون على البر والتقوى، ونصرة البائس والمظلوم، وأداء رسالة العدل؛ إذ إن المحامي يفترض فيه أن يكون ملجأً للمظلوم وسندا للمهضوم، وحمياً 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 يضيرها أن يكون بين أفرادها من يسيئون إليها وإلى أنفسهم.

إن حق الدفاع حق مشروع لكل من المتخاصمين، إما بأنفسهما، أو بمن ينوب عن كل منهما.

لذلك فإن دساتير العالم اليوم والأنظمة القانونية، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، كل 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.

(1) علاء الدين، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام (دار الفكر الإسلامي الحديث، د.ط، 2000م)، ص 63؛ ابن فرحون، التبصرة، ج 1، ص 154؛ محمد مصطفى الزحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي (دمشق: دار الفكر، ط 2، 2002م)، ص 76.

لقد عُرفت المحاماة في التاريخ الإنساني باسم غير اسمها الحالي، وعرفها المجتمع الإنساني منذ قديم الزمن؛ إذ ظهر رجال من أهل العلم يستعين الناس بهم في مشوراتهم وخصوماتهم، فوظيفة المحامي أقدم كثيرا من لقبه.

فقد وجد المحامون في أقدم الحضارات، ففي كل الأمم المتمدنة كان هناك على الدوام رجال أفاضل ضليعون في مبادئ القانون، ساعدوا الغير، بما أسدوه من نصح، ودافعوا عن أولئك الذين كانوا عاجزين عن الدفاع عن أنفسهم بأنفسهم⁽¹⁾.

فقد عرفها الكلدانيون والفرس وأهل بابل وقدماء المصريين، وعرفها اليونان؛ إذ قد نما نظام الدفاع عن المتهم عندهم، حتى أصبحت أئينا مدرسة المحاماة الأولى، وقد اهتم مشرع اليونان "سولون" بتلك المهنة الوثيقة الصلة بالقضاء، وبمصالح الناس، حتى أنه قال: لا يمكن تصور قضاء بدون مدافع، أو حكم بدون دفاع، وأصدرت من القوانين ما رفع من قدر المحاماة، وقدر رجالها، فاشتروطا أن يكون المحامي على خلق، لذلك حرموا المهنة على من جحد حقوق والديه، أو تنحى عن الدفاع عن الوطن، أو أسهم في تجارة غير شريفة، أو عُرف بفساد الخلق، أو علقت به ريبة أو شبهة⁽²⁾.

وقد عدَّ المشرع اليوناني مقاعد المحامين -مبالغة منه في تقدير رسالة المحاماة - مكانا مقدسا كحرم القضاء، فهي ترش بالماء المقدس -كما كانوا يعتقدون - قبل كل جلسة، ليدرك القضاة والمحامون جلال رسالتهم، وقد كان لقوة تأثير المرافعات في مجالس القضاء عندهم أثر واضح في الأحكام، حتى سُنت

(1) جورج بوبي شمار، المحامون، تعريب: سليم الصويص (الأردن: نقابة المحامين)، ص 10.

(2) كان قدماء المصريين - في بعض عصورهم - لأجل سير العدالة، وحماية القاضي من التأثيرات النفسية، قد حتموا أن تكون مرافعات المحامين بالكتابة فقط، خشية منهم من تأثير بلاغة المحامي، وسحر بيانه، وطلاقة لسانه؛ لأن التأثير الخطابي بالصوت والإلقاء والحركات والإشارات مما كانوا يخشونه خوفا من العدالة من أن تذهب فريسة قوة التأثير. انظر، يوجين جيرهارت، كنوز المحاماة، ترجمة: حسن الجداوي، ومحمد عمر (القاهرة: مكتبة النهضة المصرية، د.ط، 1967م)، ص 213؛ أبو زهرة، الخطابة، ص 137.

القوانين لمنع الخطباء من استخدام الوسائل لإثارة الوجدان والعواطف فيها، وحتى عُين في كل محكمة رجل يقاطع الخطيب أو يسكته كلما رآه يحاول التأثير بقوة العاطفة والألفاظ وإثارة الإعجاب⁽¹⁾.

أما روما فعرفت المحاماة أيضا، فكان المحامي في نظرهم هو حامي موكله، يشرف على أمورهم، ويقدم المهور لبنتهم عند الزواج، ولا ينتظر منهم إلا قدرا من الإخلاص وعرfan الجميل. وكانت قوانين روما تبيح للمحامين أن يقولوا كل ما يتطلبه الدفاع عن موكلهم، وأباحت للقضاة أن يشتغلوا بالمحاماة؛ إذ الوقوف للمرافعة لا يقل شرفا عن الجلوس للفصل في القضايا، بل إن كثيرا من أباطرة الرومان أنفسهم، وبعد أن لبسوا عباءة الحكم - لم يجدوا غضاضة في أن يتقدموا للمحاماة ليتعلموا أنظمتها، ويأخذوا عنها كيف يكون توزيع العدل بين الناس⁽²⁾.

واليهود في زمن موسى عليه السلام كان لهم رجال يشتغلون أمام القضاء فيما يشبه المحاماة اليوم، وكان من اختصاصهم حل المشكلات التي تظهر بين الأفراد من المسائل القانونية، وكانوا لا يقبضون أجورهم ممن يعملون لمصلحته، بل يأخذون على عملهم هذا جُعلا من بيت المال، وكانوا يُعدون كأنهم من رجال القضاء، وهم الذين يُنتخب من بينهم القضاة⁽³⁾.

وفي فرنسا فإن أول من بدأ تنظيم المحاماة ووضع القواعد والأسس لها هو لويس التاسع ملك فرنسا، فحتم على المحامين ألا يتقدموا للقضاء إلا بقضايا سليمة، وأن يبتعدوا في دفاعهم عن الاعتداء على الخصم، وأن يلتزموا القصد في التعبير، وألا تتحرك شفاههم بمذمة أو نقيصة.

وأما لويس الثاني عشر فقد اهتم بهذه المهنة، وهو الذي قال:

(1) جيرهارت، كنوز المحاماة، ص 23.

(2) المرجع السابق، ص 24.

(3) أحمد فتحي زغلول، المحاماة (القاهرة: مطبعة المعارف، د.ط، د.ت)، ص 4.

لو لم أكن ملكا على فرنسا لوددت أن أكون محاميا في بوردو⁽¹⁾.
وأول قانون لتنظيم مهنة المحاماة أصدره نابليون بونابرت عام 1810م،
وبلغ عدد المحامين في مدينة باريس وحدها ثلاثة آلاف محام، وذلك في عام
1898م.

وفي عام 1900م صدر قانون يبيح للمرأة حق مزاوله مهنة المحاماة،
واشترطوا الحصول على شهادة الليسانس في القانون لأجل ممارسة هذه المهنة، مع
أداء امتحان القبول، وقضاء فترة التمرين لمدة ثلاث سنوات بمكتب أحد المحامين
المعتبرين أمام محكمة الاستئناف⁽²⁾.

ونظام 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 الأوربية مع الدولة العثمانية.

ولما غزت أوروبا العالم الإسلامي دخل المحامي ساحة المحكمة بصفته
مترجما ينقل إلى القاضي الأوروبي كلام الخصم، ثم منح هؤلاء المترجمون
حقوقا، وأصبحوا يعرفون بالمحامين⁽³⁾، ثم وُضعت الأنظمة واللوائح لها، وأقيمت
نقاباتهما، وتطور العمل النقابي فيها؛ حتى قطعت مراحل كبيرة من الدقة والتنظيم.

وأول لائحة وضعت للمحامين في مصر كانت في عام 1880م.
وفي عام 1884م، صدر نظام المحامين في الآستانة، ثم توالى بعد ذلك
تأسيس نقابة المحامين في البلاد الإسلامية، فقد تأسست نقابة المحامين في دمشق

(1) جيرهارت، كنوز المحاماة، ص 41.

(2) أبو اليزيد علي المميت، المحاماة في المجتمع الاشتراكي (القاهرة: دار المعارف، د.ط،
1964م)، ص 60؛ عزيز خانكي، المحاماة قديماً، ص 13 وما بعدها، نقلا عن: مشهور حسن
محمود، المحاماة تاريخها في النظم وموقف الشريعة الإسلامية منها (عمان: دار الفيحاء،
د.ط، 1987م)، ص 41.

(3) انظر، صلاح الدين الناهي، "المؤسسات الإدارية الخادمة للقضاء"؛ أبو سليم خادم حسين،
"المحاماة في الشريعة الإسلامية"، مجلة الأمة (قطر)، العدد 34.

عام 1921م، وفي العراق عام 1933م، وفي الأردن عام 1950م⁽¹⁾. تلك نبذة مختصرة عن المحاماة في التاريخ. أما من المنظور الإسلامي فقد انقسم الباحثون المعاصرون في مدى مشروعيتها إلى فريقين، فريق حرّموا مهنة المحاماة، وهم "أقلية". فريق آخر "وهم الأغلبية" أجازوها بعد أن وضعوا لها ضوابط وشروطاً وأداباً.

وسنعرض أدلة كلا الفريقين مع مناقشتها.

حجج القائلين بتحريم مهنة المحاماة:

لقد شغلت مسألة شرعية مهنة المحاماة ومدى جواز ممارستها مساحة من تفكير أهل الاختصاص، فأعلن قلة من المعاصرين تحريمها⁽²⁾، وطالبوا بإلغائها كعمل حرّ. وقد استدل هذا الفريق بأدلة منها:

أولاً: إن مهنة المحاماة ولدت من رحم المجتمع الغربي وترعرعت في

أرضه، وهي مهنة غريبة عن المجتمع الإسلامي.

يقول المودودي رحمه الله: "لقد قام الحكم الإسلامي في أكثر من نصف الدنيا في الاثني عشر قرناً الماضية، فلا نرى لهذه الحرفة عينا ولا أثراً في نظامه القضائي، بل كان عندنا بدلاً منها منصب الإفتاء"⁽³⁾.

ويقول أبو سليم خادم حسين: "إن المحاماة لم تعرف قبل القرن الثاني عشر الهجري، حتى غزت أوروبا والعالم الإسلامي بثقافتها وسلاحها وأجبرت المسلمين

(1) عمران محمد روسي، موسوعة المحامي العربية (المؤسسة العربية للدراسات والنشر، د.ط، 1983م)، ج 1، ص 21؛ محمود، المحاماة وتاريخها في النظم، ص 41.

(2) منهم: أبو الأعلى المودودي، وعبد الله عزام رحمهما الله، وأبو سليم خادم. انظر، عبد الله عزام، العقيدة وأثرها في بناء الجيل (صنعاء: مكتبة الجيل الجديد، د.ط، 1992م)، ص 181.

(3) أبو الأعلى المودودي، نظرية الإسلام وهدية (بيروت: دار الفكر، د.ط، 1389هـ)، ص 223.

على الرضوخ للأمر المستورد، ويقول: المحاماة محرمة في الشريعة الإسلامية كتحریم بیع الخمر ولحم الخنزیر والبغاء⁽¹⁾.

ویناقش ذلك:

بأن القول: بأن المحاماة لم تكن معروفة لاثني عشر قرناً من الزمان، فليس هذا بحجة للقول ببطالانها وتحريمها، ذلك لأن المصالح المرسله 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⁽²⁾.

ثانياً: عمل المحامي وكسبه محرم شرعاً؛ لأنه يتولى الدفاع عن موكله بالحق أو بالباطل، فهو يشوّه الحقيقة في سبيل الكسب المادي.

يقول المودودي رحمه الله في ذلك: "والمحامي لا يهمله في قليل ولا كثير إن كان موكله على الحق أو الباطل، مجرماً أو غير مجرم، يريد أن ينال مظلمته، أو أن يهضم حق غيره، ولا يهمله إن كانت قضية موكله صحيحة أو غير صحيحة؛ وإنما الذي يهمله - قبل كل شيء وبعده - أن يكون موكله قد أدى إليه "قيمة أتعبه". 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، ويبرز ما فيها من وجوه الموافقة للقانون، ويلتقط من معالمها وشهاداتها ما يؤيد حجة موكله، ويكسب له القضية. ويحاول أن يضلل القاضي، ويقدم إليه تعبير القانون على ما يوافق، ويدلل عليه بكل ما يصل إليه ذهنه من نصوص القانون، حتى يجري قلم القاضي بما يبرئ موكله من المؤاخذه، لا بما يوافق الإنصاف، ويفي بمقتضيات العدالة⁽³⁾.

(1) عبد الله رشوان، "المحاماة في الشريعة الإسلامية"، مجلة الأمة، العدد 38.

(2) انظر، عبد الله رشوان، مرجع سابق.

(3) المودودي، نظرية الإسلام وهدية، ص 220؛ القانون الإسلامي، ص 71 - 72.

فهذا كلّ ما يهتم المحامي ويشغل باله، وهو لا يبالي بعده أن يصير المجرم بريئاً، والبريء مجرماً؛ لأنه لا يحترف بحرفة المحاماة لحماية الحق ونصرة المظلوم، ولا غاية له منها إلا المال، والمال فقط، فكل من أعطاه المال من الخصمين فهو على الحق في نظره⁽¹⁾.

ثم يقول رحمه الله: "وهل لرجل يقيم أدنى وزن لمحاسبة الضمير، ويؤمن بالله، ويرجو لقاءه أن يحمل على عاتقه تبعة حرمان المظلوم من حقه، وإقرار الظالم على ظلمه، لا لشيء إلا أن ينال أجرة من حطام الدنيا الدنيئة، 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 يوكل هذا موكل ذلك، وموكل ذلك موكل هذا، لأدلى كلّ منهما برأيه في هذه القضية نفسها مناقضاً لرأيه الآن، وبمثل القوة التي يدافع بها عن موكله"⁽²⁾.

فالمحامون يحاولون تضليل المحكمة، ويزورون الشهادات، حتى لا تأتي ملابسات الدعوى أمام المحكمة إلا بصورة مشوهة باطلة.

ولهذا الغرض يطولون الدعاوى، ويبالغون في التقاضي⁽³⁾، ويحبون أن تتصل الخصومة ولا تنفصم، ويؤخرون الفصل فيها.

وأن القضية التي ليس فيها محام تكون أكثر بساطة، وأسهل فصلاً، حتى صار صاحب الحق يتخلى عن حقه الواضح، استبقاء لراحته، وتوفيراً لماله⁽⁴⁾. لهذا يأبى الإسلام هذه المهنة إباءً شديداً، ولا مكان لها البتة في نظامه⁽⁵⁾.

(1) القانون الإسلامي، ص 72.

(2) المرجع السابق، ص 73.

(3) المودودي، الإسلام في مواجهة التحديات (الكويت: دار العلم، د.ط، 1398هـ)، ص 255.

(4) عبد الله زيد آل محمود، مجموعة الرسائل (المكتب الإسلامي، د.ت)، ج 2، ص 464؛

محمود، المحاماة وتاريخها في النظم، ص 85.

(5) المودودي، نظرية الإسلام وهدية، ص 223.

ويناقش هذا 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 والعدوان.

إن الأصل في المحامي أن لا يقبل الدفاع إلا عن الحق، لا الباطل، فإن عرضت عليه قضية درسها، فإن وجدها على الحق قبلها، وإن وجدها على الباطل رفضها، ونصح صاحبها، وهذا ما يطبقه كلّ محام ملتزم بدينه، وعددهم وفير ونجاحهم كثير والحمد لله، ولا يضرهم أو يمنعهم من ضل عن النهج القويم.

وأما أن بعض المحامين يسيء التصرف ويخالف أصول المحاماة، فهذا شيء وارد وصحيح، ويقع مثله في كلّ 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 المحاماة 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⁽¹⁾.

"ثم إن هذه المهنة كبقية المهن والصناعات الأخرى، فيها الأمين والخائن، وفيها الرفيع والوضيع، وفيها العالم والجاهل، وفيها... وفيها... وما أظن أن المنحرفين من أهلها أكثر من المنحرفين في غيرها من الصناعات، ويقينا فإن الأمر كان في القديم كما هو في الحديث"⁽²⁾.

(1) انظر، عبد الله رشوان، مرجع سابق.

(2) ظافر القاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي (عمان: دار النفائس، د.ط،

أما القول بأن وجود المحامي في القضية يعقدها، ويؤخر الفصل فيها، وإن القضية التي ليس فيها محام تكون أكثر بساطة وأسهل فصلا، فيرد على ذلك الأستاذ مشهور: "إن هذا القول غير دقيق، نعم، هذا ما يترأى 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 تعقيدا، ولكنها في الحقيقة ازدادت وضوحا وجلاء، 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 كل من الخصمين، لبحث له عن أدلته وحججه، ثم ليعود إلى شخصيته، القائم بدور الموازنة بين أدلة الطرفين وحججهما، فالمحامي هو الذي يساعد في إصدار الحكم العادل، وذلك ببسط الأدلة أمامه، وسوق الحجج والبراهين على ما يراه موكله"⁽¹⁾.

فالقاضي ينظر فيما أبداه الخصمان، ثم يوازن بين الأدلة والحجج، ويزنها بميزان العدالة والقانون، ثم يصدر حكمه العادل، ولو أن القاضي بقي لوحده يبحث وينقب عن وقائع القضية وأدلتها ومستنداتها لكان خطؤه أكثر احتمالا⁽²⁾.

أما قول بعضهم بأن نصف المحامين كاذبون وذلك بناء على أن وجود محامين في قضية معينة، معناه تناقض عبارتيهما، إذاً فلا يمكن أن يكون كلاهما صادقا، ولا بد أن أحدهما على الأقل كاذب لا يقول الصدق، وبذلك نصل إلى نتيجة منطقية وهي أن نصف المحامين كاذبون.

1983م، ص 127.

(1) محمود، المحاماة وتاريخها في النظم، ص 132.

(2) المرجع السابق؛ وانظر، محمد شكيب أرسلان، القضاء والقضاة (بيروت: دار الإرشاد، د.ط،

1969م)، ص 236؛ خير الله طلفاح، القضاء عند العرب (بغداد: مطبعة المعارف، د.ط،

1973م)، ص 147.

يناقش هذا الاعتراض:

بأن كل محام منهما يمثل بحسن نية وإخلاص وجه الحق في قضية موكله، وأن الحجج المتضاربة التي يقدمها المحاميان - بشرط قناعتها المسبقة أن موكلهم على حق - هي التي تظهر الدعوى على صورتها الحقيقية، ويكمل أدلة ودفاع أحدهما أدلة ودفاع الآخر.

فكل محام منهما يختار من الأدلة والوقائع ما يخدم قضية ومصصلحة موكله؛ إذ يبني دفاعه على العناصر التي تخدم دعواه دون غيرها.

فدفاع كل محام يلقي أضواء متباينة على مختلف جوانب القضية، فكل واحد منهما يلقي الضوء على الجانب المظلم من أدلة وحجج الخصم الذي أراد كتمانها وعدم إظهاره، فهما يساعدان القاضي على القيام بدور الحكم، والوصول إلى الموازنة الصحيحة بين أدلة الخصمين، وهذه الموازنة تؤدي في النهاية إلى وصول القاضي إلى تحقيق العدالة في حكمه. ورب قائل يقول: إن المحامي لا يغير الحقائق ولا يخترعها، ولكنه يختار من العناصر ما يخدم دعواه ومصصلحة موكله، وهو لا يرتكب إثماً إذا لجأ إلى عملية انتقائية للأدلة، فيركز عنايته في جمع الحقائق التي تهمه، وتؤيد وجهة نظره دون غيرها بحيث يخدم غرضه، أي أنه ينتقي من الحقائق ما يلائمه، ولكنه ليس له أن يخلق هذه الحقائق، أو يلبس الباطل ثوب الحق⁽¹⁾.

والذي يبدو لي:

أن هذا القول إن صح في بعض جوانبه لأجل أن يوازن القاضي بين طرفي الميزان بالأدلة والحجج، فإنه لا يصح بالنسبة للمحامي ديانة؛ إذ كيف يجوز له شرعا أن يبدي جانباً من الحق إذا حقق مصلحة موكله، ويخفي الجانب الآخر، إذا كان ضد مصلحة موكله؟

(1) بيرو كالماندري، قضاة ومحامون (القاهرة: دار المعارف، د.ط، د.ت)، ص 81 وما بعدها.

إن الواجب على المسلم أن يقول الحق، ويظهر الحقيقة إذا طلب منه ذلك لسير العدالة، ولو كان هذا الحق على نفسه أو الوالدين أو الأقربين.

"كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين" فالمحامي الذي يكتم وجها من الحقيقة وفيه إبطال لحق الخصم يدخل في الوعيد الذي أوعد الله من كتم العلم وكتم الحق، وكتم الشهادة ﴿وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ [البقرة: 283].

ولا فرق بين دفاع المحامي وبين شهادة الشاهد في هذه المسألة، بجامع أن كلا منهما يعلم شيئا ويكتمه، لذلك لا يصح للمحامي أن يكتم جانبا من الحق الذي يعلمه، ويغمض عينيه عن الوقائع الصحيحة بغرض تضليل العدالة، وكسب القضية. **ثالثا:** استدلال المحرمون لمهنة المحاماة بأن المحامي ينفذ القانون الوضعي، وهو حكم بغير ما أنزل الله. وهذا يعني الرضا به، والتوقيع لأحكام الكفر والتبجيل للقضاة الذين يحكمون بغير ما أنزل الله، يقول الأستاذ المودودي رحمه الله: "فحكم المحكمة غير المسلمة غير معترف به في نظر الشريعة الإسلامية، لأن الإسلام لا يعترف بالحكومة التي تجعل من نفسها مالك الملك، ولا يعترف أيضا 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، ويقضى فيه بقوانين أجازها أحد سواه لا بقوانينه التي شرعها هو وأجازها، فهو مجرم باغ متمرد، وهو جريمة حية مجسمة، فقضائه مجرمون وموظفوه مجرمون ومحاموه مجرمون"⁽¹⁾.

ويناقش هذه الشبهة بأنه لا شك أن الاحتكام لشرع الله فريضة إيمانية، وأن

(1) أبو الأعلى المودودي، حقوق الزوجين: دراسة نقدية لقانون الأحوال الشخصية، تعريب: أحمد إدريس (المختار الإسلامي، ط 4، 1952م)، نقلا عن: محمود، المحاماة وتاريخها، ص 86.

الحكم بغير ما أنزل الله والرضى به كفر ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ [النساء: 65].

والسؤال الذي يرد هو:

أن القوانين الوضعية المفروضة علينا فرضاً، هي في مساحة معينة منها لا تخالف الفقه الإسلامي: كتخليص الأبرياء، وإنقاذ المظلومين، وتبرئة المضطهدين، وإعطاء كل ذي حق حقه، ورفع المظالم وإصلاح الضرر. هذه المساحة من القوانين الوضعية والتي لا تتضارب 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 شرعي؟

لقد وردت فتاوى متعددة حول جواز المرافعة بالقوانين الوضعية إذا لم تخالف الشريعة الإسلامية.

منها فتوى مفتي الديار المصرية حسن مأمون⁽¹⁾.

ثم إن المحامي في دفاعه الذي يعتمد على نصوص القانون الوضعي المفروضة عليه لا يعني الرضا به، والافتناع بصوابه وأنه حق واجب الاتباع، خاصة إذا كان هذا المحامي مهوى قلبه ومهبط فؤاده وغاية حياته هو تمكين الشريعة في حياة الناس، وتغيير النصوص القانونية التي لا تتفق مع أحكام الشرع.

إن النتيجة العملية لتحريم 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 المسلم من هذه الساحة الهامة للدفاع عن الحق ودفع الظلم ورفع الجور عن الناس، وترك سوق المحاماة إلى غير المسلمين،

(1) الفتاوى الإسلامية من الديار المصرية، ج 7، ص 2535؛ فتوى في القاضي هل يمتنع عن الحكم بالقوانين الوضعية؟

وبذلك يسيطرون على المحاماة والقضاء، ولا يخفى ما في ذلك من ضرر ومفاسد عظيمة على الأمة الإسلامية⁽¹⁾.

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: ﴿فَأَنْفِقُوا لِلَّهِ مَا أَسْطَعْتُمْ﴾ [التغابن: 16].

والرسول ﷺ يقول: «إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم»⁽²⁾. وخاصة إذا علمنا أننا في مواجهة حالة الضرورة، وصحبة الظالم على التقية مستثناة من النهي بسبب حالة الاضطرار⁽³⁾.

والدفاع عن الموكل المظلوم يمكن أن نجد له أصلا في تولي يوسف الصديق عليه السلام جانبا من الحكم.

فنبى الله يوسف ﷺ تولي الوزارة في عهد ملك مصر الذي كان يحكم بقوانين وضعية أيضا، ولم يمنعه ذلك من فعل الممكن من العدل والإحسان.

لقد طلب من ملك مصر توليته على خزائن الأرض: ﴿قَالَ أَجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلَيْمُ﴾ [يوسف: 55]، على أن ملك مصر وقومه كانوا

(1) وعلى سبيل المثال فإن بلدا إسلاميا مثل ماليزيا نجد أن المحامين المسلمين لا يمثلون سوى نسبة قليلة من مجموع المحامين، لذلك ينبغي على طلاب كليات الشريعة والقانون وخاصة طلبة الجامعة الإسلامية العالمية أن يتجهوا صوب المحاماة ليقودوا بأنفسهم مسيرة العدالة والدفاع عنها، فهم أولى الناس بها.

(2) محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق: مصطفى ديب (بيروت: دار ابن كثير، واليمامة، ط 3، 1987 م)، ج 9، ص 117؛ أبو الحسين بن مسلم بن الحجاج، الصحيح (بيروت: دار الجيل، د.ط، د.ت)، رقم الحديث: 1337، ج 2، ص 975.

(3) محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (بيروت: دار الكاتب المصرية، د.ط، 1967 م)، ج 9، ص 108؛ محمد بن عمر فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب (تفسير الفخر الرازي)، (بيروت: دار الفكر، د.ط، 2002 م)، ج 18، ص 72.

كفاراً، وقوانينهم كانت قوانين كفر، ومع ذلك فعل الممكن من مبادئ العدل والإحسان.

ولا تعد المحاماة في ظل النظام الوضعي من باب الركون إلى الذين ظلموا في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَرْكَبُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَمَا تَمْسِكُ النَّارُ﴾ [هود: 113]، 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 للاتهام 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 داخله في الركون⁽¹⁾.

رابعاً: استدل المحرمون بأن أتعاب المحامي يحيطها الغرر فهي مجهولة، وأصول الشريعة لا تبيح الغرر لما فيها من جهالة. ويناقش ذلك بأن الأصل في أتعاب المحامي وأجره في الفقه الإسلامي هو أنه نظير عمل وجهد يبذله في القضية بناء على عقد الوكالة بينه وبين الموكل وبصرف النظر إلى أية نتيجة، وإن كانت مجهولة⁽²⁾.

(1) الرازي، مفاتيح الغيب، ج 18، ص 72؛ محمد رشيد رضا، تفسير المنار (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 1999م)، ج 12، ص 199.

(2) رشوان، "المحاماة"، مرجع سابق؛ وانظر، عبد الرحمن عبد العزيز القاسم، مدى حق ولي الأمر في تنظيم القضاء وتقييده (القاهرة: مطبعة السعادة، د.ط، د.ت)، ص 673؛ خالد محمد أبو طالب، النظام القضائي في المملكة العربية السعودية (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، 1984م)، ص 84. وفي مجال التشريعات الحديثة، فقد استمر الاجتهاد على تكييف العقد الذي يعقده المحامي لغرض قيامه بالمدافعة والمرافعة عن موكله لقاء أجر معين بعقد الوكالة المنصوص عليه بالقانون المدني؛ أما إذا كان العقد لقاء أجر معين، فإنه يعد في هذه

فالمحامي عرفاً يأخذ جزءاً معجلاً من أجرته، فإن كسب القضية لصالح موكله، أخذ المؤجل، وإلا اكتفى بما أخذ إن خسر موكله القضية. هذا وقد قرر الفقهاء رحمهم الله جواز أخذ الأجرة على الوكالة بالخصومة، ويستحق الوكيل أجرة مثله من الوكلاء في مثل تلك الخصومة، إن لم يتفقوا على أجر معين⁽¹⁾.

المجيزون وأدلتهم:

لقد أجاز مهنة المحاماة جمهور المعاصرين من الباحثين الإسلاميين: منهم: محمد رشيد رضا⁽²⁾، ومصطفى الزرقا⁽³⁾ رحمهما الله تعالى، والقاضي عبد القادر العماري⁽⁴⁾، ووهبة الزحيلي⁽⁵⁾، ومحمد الزحيلي⁽⁶⁾، وتقي

- الحالة عقد استخدام، ويكون خاضعاً لأحكام قانون العمل. انظر، إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية (مكتبة صادر، د.ط، 1991م)، ج 6، ص 364.
- (1) محمد علي الشوكاني، السيل الجرار (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 1985م)، ج 4، ص 31. وذكر ابن فرحون رحمه الله الاختلاف في جعل على الخصومة، على أنه إن أفلح فله كذا؛ وإلا فلا شيء له، قال: فمن أجازها، شبهه بمجاعة الطيب على البرء، وفي رواية عن مالك أنه جائز، لما بالناس من الضرورة إلى ذلك، وقد نص كثير من الفقهاء على مشروعية أعمال كثيرة تكون نتيجتها مجهولة، كجواز الجعالة في ردّ الزوجة من أهلها لزوجها، وجواز الجعالة لمن يقوم باستخراج من حُبس ظلماً، وعلّة جواز الجعالة في مثل هذه الأعمال هي تحقيق الكلفة في العمل، وهذه العلة متحققة في عمل المحامي. انظر، سليمان بن عمر جمل، حاشية الجمل على المنهج (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 1996م)، ج 3، ص 624؛ خالد رشيد الجميلي، الجعالة وأحكامها في الشريعة الإسلامية والقانون (بيروت: دار عالم الكتب، د.ط، 1986م)، ص 20؛ وانظر، محمود، المحاماة وتاريخها في النظم، ص 122؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 1، ص 126.
- (2) رشيد رضا، تفسير القرآن الحكيم - المنار، ج 2، ص 20.
- (3) انظر، مجلة حضارة الإسلام، العدد الثامن والتاسع لعام 1973م.
- (4) "المحاماة في الشريعة الإسلامية"، مجلة الأمة، العدد 37.
- (5) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 151.
- (6) محمد الزحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية

الدين النبهاني⁽¹⁾، وطه جابر العلواني⁽²⁾، والمستشار جمال صادق المرصفاوي⁽³⁾،
وعبد العزيز بن باز رحمه الله⁽⁴⁾، والمحامي إحسان الكيالي⁽⁵⁾، ومحمد صالح
العثيمين⁽⁶⁾، والأستاذ ظافر القاسمي⁽⁷⁾، وعبد الله رشوان⁽⁸⁾، وغيرهم⁽⁹⁾.

أدلة المجيزين:

استدل المجيزون لمهنة المحاماة بعدة أدلة منها:

أولاً: حديث أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال:

"إنما أنا بشر وإنه يأتيني الخصم، فلعل بعضهم أن يكون أبلغ من بعض،
فأحسب إنه صادق، فأقضي له، فمن قضيت له بحق مسلم، فإنما هي قطعة من النار،
فليحملها أو ليذرها"⁽¹⁰⁾.

=

(دمشق: دار الفكر، د.ط، 1982م)، ص 77.

(1) مقدمة الدستور والأسباب الموجبة له، تقي الدين النبهاني، ص 32، وقد أجاز المحاماة في
البلاد غير الإسلامية فقط - كأوروبا وأمريكا - دون غيرها، يقول: لأن دار الكفر يجوز فيها
الخنوع لقوانينها، والاحتكام إليها، إلا ما نص الشرع على تحريمه؛ إذ إن رسول الله ﷺ أمر
المسلمين في مكة أن يحتكموا إلى ما كان معروفاً عند أهلها من أحكام، وأقرهم على
الاحتكام إلى أهل مكة.

(2) "المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية"، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي (الرياض)،
ص 40.

(3) جمال صادق المرصفاوي، "نظام القضاء في الإسلام"، مقدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي
باليابان عام 1396هـ، ص 67.

(4) اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في المملكة العربية السعودية، فتوى رقم 3532.

(5) إحسان الكيالي، "المحاماة في الإسلام"، مجلة المنهل، العدد 346، 1985م.

(6) جريدة المسلمون، العدد العاشر، السنة الأولى 1412هـ.

(7) القاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، ص 390.

(8) مجلة الأمة، العدد 38.

(9) انظر تفصيل أسماء الباحثين المجيزين لمهنة المحاماة في كتاب المحاماة وتاريخها في
النظم، مرجع سابق، ص 140 وما بعدها.

(10) أحمد بن محمد القسطلاني، إرشاد الساري شرح صحيح البخاري (بيروت: دار الفكر، د.ط،

=

وجه الاستدلال بهذا الحديث على جواز المحاماة هو أنه إذا رأى القاضي - لأجل تحقيق المساواة بين المتقاضين - أن بعض الخصوم أبلغ من بعض، أوجب على المقصر أن يتخذ له وكيلًا، يعادل خصمه بلاغة؛⁽¹⁾ "لأن القاضي مهما تكن فطنته فإنه يمكن أن يدلس عليه أحد الخصوم بحسن منطقته وحذقه في عرض حجته، حين يختلط عليه الأمر، فيظن الباطل حقا، والحق باطلا، فيقضي على نحو ما سمع.

وفي الحديث إشارة إلى جواز استعانة العيبي بمن يحسن بسط حجته، والمضطرب بمن هو أثبت منه نفسا، وأصفى فكرا، وأعمق تجربة، ليواجه خصمه، ويفند حجته، ويعصم القاضي من الحكم بالباطل على تحقيق رسالته، وهي الكشف عن الحقيقة أولاً، ثم القضاء بالعدل ثانياً⁽²⁾.

ثانياً: واستدلوا على مشروعية هذه المهنة، بنصوص من القرآن والسنة، منها: قوله تعالى على لسان موسى ﷺ: ﴿ قَالَ رَبِّ إِنِّي قَتَلْتُ مِنْهُمْ نَفْسًا فَأَخَافُ أَنْ يَقْتُلُونِ ۗ ﴾^(٣٣) وَأَخِي هَارُونُ هُوَ أَفْصَحُ مِنِّي لِسَانًا فَأَرْسَلْهُ مَعِيَ رِدْءًا يُصَدِّقُنِي إِنِّي أَخَافُ أَنْ يُكَذِّبُونِ ۗ ﴾^(٣٤) قَالَ سَنَشُدُّ عَضُدَكَ بِأَخِيكَ ﴿ [القصص: 33 - 35].

فقد طلب موسى ﷺ الاستعانة بهارون للدفاع عنه لأنه أفصح لسانا وبيانا. واستدلوا أيضا بقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِبِينَ خَصِيمًا ﴾ [النساء: 105]، تدل الآية على جواز الدفاع عن غير الخائنين، ومشروعية ذلك.

واستدلوا أيضا بنصوص عامة تحث المسلم على إعانة غيره، من مثل قوله

(1990م)، ج 4، ص 263.

(1) الفاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، ص 283.

(2) عوض محمد عوض، "حقوق المشتبه فيه في مرحلة التحقيق"، مجلة المسلم المعاصر، العدد 22.

تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: 2].

فالمحاماة لإحقاق الحق وإبطال الباطل، هي حماية محمودة.

والمحاماة عن الظلم والظالمين لا شك أنها حماية محرمة.

واستدلوا كذلك ببعض الأحاديث النبوية الشريفة التي تنهى عن الخصومة في باطل، منها قوله ﷺ: «من خصم في باطل وهو يعلمه لم يزل في سخط الله حتى ينزع»⁽¹⁾؛ أي حتى يرجع عن المخاصمة ويعترف بالحق، ويرده إلى صاحبه.

ومنها قوله ﷺ: «ومن أعان على خصومة بظلم فقد باء بغضب من الله ﷻ»⁽²⁾.

ومنها «من مشى مع ظالم ليعينه وهو يعلم أنه ظالم فقد خرج من الإسلام»⁽³⁾.

. ومنها "من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، 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"⁽⁴⁾.

واستدلوا على ذلك أيضا بتوكيل الصحابة رضوان الله عليهم غيرهم في

الخصومات.

(1) أحمد بن حنبل، المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط 2، 1420هـ/1999م)، ج 2، ص 82؛ محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، السنن (المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، 2006م)، ج 2، ص 772.

(2) محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرک علی الصحیحین (بيروت: دار المعرفة، ط 1، 1998م)، ج 4، ص 99؛ محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار (بيروت: دار الكتب العلمية، 1999م)، ج 8، ص 305. والدفاع هو أعظم نجدة تقدم للملهوف، وأقوى إغاثة يعان به المكروب، حينما يكرب بتهمة ويساق إلى القضاء بما قد يؤدي به، وهو لا يستطيع أن يبين بحجته، فيجد العون والغوث من ذلك المحامي الذي يقف بجنبه في ساعة الشدة والضيق والعسرة.

(3) علي بن أبي بكر نور الدين الهيثمي، مجمع الزوائد (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 1988م)، ج 4، ص 205.

(4) مسلم، الصحيح، باب فضل الاجتماع، ج 4، ص 2074، رقم 2699؛ أحمد بن حسين البيهقي، السنن الكبرى (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 1999م)، ج 6، ص 82؛ سليمان أبو داود السجستاني، السنن (دار الجيل للنشر والطباعة، د.ط، 1992م)، ج 3، ص 305.

ومن ذلك حادث ابن عباس مع حسان بن ثابت، وقول ابن عباس له: الحق لك، ولكن أخطأت حججتك.

فدافع ابن عباس عن حق حسان أمام عثمان، فقضى به لابن عباس⁽¹⁾. وهذا من أقدم ما عرف من تاريخ الوكالة بالخصومة في الإسلام، كما يقول الأستاذ ظافر القاسمي⁽²⁾.

ثالثاً: واستدلوا كذلك بقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1].

وقد استدل الإمامان ابن تيمية وتلميذه ابن القيم بهذه الآية في إطلاق حرية الإنسان في إنشاء ما يراه من العقود فيما عدا ما حرمه الشارع، وأن "ال" في قوله تعالى "العقود" تفيد الاستغراق والشمول، وليست للعهد.

فيكون معنى الآية: أوفوا بكل عقد تبرمونه بإرادتكم واختياركم ولم يحرمه الله.

فاستعانة المتهم بمن يدافع عنه، يعد عقداً لم يرد في نصوص الشرع ما يحرمه.

كما أنه يتفق مع المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية، ومن ثم فإنه يكون جائزاً⁽³⁾.

ونصوص أئمة المذاهب الأربعة تستصحب الحكم بمشروعية المحاماة وتتسع لقبولها وذلك لأن الأصل في العقود الإباحة حتى يقوم دليل التحريم، وهذا هو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم رحمهما الله⁽⁴⁾.

(1) الحاكم، المستدرک، ج 3، ص 544.

(2) القاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، ص 282.

(3) علي رسلان، نظام إثبات الدعوى وأدلتها في الفقه الإسلامي والقانون (القاهرة: دار الدعوة، د.ط، 1996م)، ص 153.

(4) أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية، مجموع الفتاوى (الرباط: مكتبة المعارف، د.ط، 1981م)،

رابعاً: لقد حثّ الشرع كلّ مسلم على الرجوع إلى أهل الخبرة والعلم والتجربة في معالجة المشاكل، لغرض الوصول إلى الحقيقة.

قال تعالى: ﴿ فَسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾ [الأنبياء: 7].

وندب إلى تقديم المشورة بكل أمانة "المستشار مؤتمن"⁽¹⁾.

وعمل المحامي هو تقديم المشورة المخلصة في مجال اختصاصه للمطالبة بالحقوق، أو دفع الظلم عن وقوع عليه، ويظهر لموكله 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 النصر في الحق سواء أكان الموكل ظالماً أو مظلوماً، لقول الرسول ﷺ: «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً، قالوا: يا رسول الله، هذا نصره مظلوماً، فكيف نصره ظالماً؟ قال: تأخذ فوق يده»⁽²⁾.

فإن كان الموكل ظالماً أخذ على يده، ومنعه من العدوان 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 شَفَعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِّنْهَا ﴾ [النساء: 85]. وقول الرسول ﷺ: «اشفعوا فلتؤجروا»⁽³⁾.

ج 29، ص 129.

(1) محمد بن عيسى الترمذي، السنن (المكتبة العصرية للطباعة والنشر، 2006م)، كتاب الأدب،

ج 5، ص 125.

(2) البخاري، الصحيح، كتاب المظالم، ج 2، ص 96.

(3) البخاري، الصحيح، كتاب الأدب، ج 4، ص 55.

سادساً: لمتخصصين الحق في الدفاع عن حقوقهم، ولهم الحق في التوكيل بالخصومات، فلكل من طرفي النزاع أن يتولى الدفاع بنفسه، أو بتوكيل من يثق به من أهل الخبرة والمعرفة، لإيضاح الحجة والبرهان، تحقيقاً للعدالة، ولأن كلّ تصرف جاز للإنسان أن يتولاه بنفسه جاز أن يوكل فيه غيره⁽¹⁾، وثمة حاجة لتلك الوكالة لقضاء مصالح المحتاجين، ومباشرة أفعال من لا قدرة لهم عليها؛ إذ ليس كلّ إنسان يهتدي إلى وجوه المخاصمات، والمحاماة أفضل سبيل للوصول إلى الحقيقة الواضحة، وذلك عن طريق معارضة الأفكار، ومقارعة الحجة بالحجة بين المحامين، وبذلك يقدمون العون للقضاء في مختلف الخصومات، والقضايا القانونية، ويعين القاضي على رؤية أبعاد القضية، والوقوف على النصوص المتعلقة بها، تأييداً للاتهام، أو دفعا له، ولكي لا يقع القاضي تحت تأثير أحد الخصمين وضعف الآخر منهما.

سابعاً: واستدلوا على مشروعية مهنة المحاماة بأن هذه المهنة تحقق مصالح شرعية معتبرة للعباد في هذا العصر، ومن مقاصد الشريعة جلب المصالح ودفع المفسد.

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 المجالات الجزائية والمالية أمام المحاكم بمختلف اختصاصاتها ودرجاتها، وفي مختلف درجات الدعوى وافتقاد الخبرة والدراية بالأعمال الإجرائية، هذه المسائل القانونية قد لا يعرفها غير المتخصص في القانون، ولا يكون عنده الخبرة الكافية. فمن المقبول شرعاً أن

(1) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 1، ص 154؛ محمد بن إدريس الشافعي، الأم (دار الغد العربي، ط 1، 1990م)، ج 3، ص 207؛ وانظر، عبد المنعم، الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، ص 129.

يكون من بين حقوق المتهم الأساسية الاستعانة بمن يعينه في دفع الاتهام عنه⁽¹⁾. وقد يعجز الإنسان عن القيام بمصالح نفسه إما لمرض أو لعدم اهتداء، أو لكثرة مشاغل لا سيما في عصر كهذا العصر⁽²⁾.

فالوكالة بالخصومة تدعو إليها الحاجة لاختلاف الناس في البيان في الخصومة، والقدرة على إيضاح الدعاوى والحجج بدليل ما ورد في الحديث الشريف من قوله ﷺ: «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ... الحديث»⁽³⁾، وإذا كان هذا هو حال رسول الله ﷺ وفي زمان كانت المنازعات فيه بسيطة، وسبل حلها ميسرة، وكانت الأخلاق في قمتها، فما بالناس بحال الناس اليوم، وهذه أخلاقهم، وهذا زمانهم المعقد في كل جوانبه ونظمه وقوانينه، وهذه مصالحهم التي لا حصر لها ولا حدود، وهؤلاء قضاتهم من الناس، هل نترك الخصوم بحالهم دون سند أو مساعدة نرتبها وننظمها لهم حتى يظهر الحق ويغيب الباطل⁽⁴⁾.

وقد تدعو الحاجة إليها للبعد عن مواطن الخصام، وتوقى زلل الخصومات. فقد روي عن عبد الله بن جعفر أنه قال: "كان علي بن أبي طالب رضي الله عنه يكره الخصومة، فكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب، فلما كبر عقيل وكلني⁽⁵⁾".

ونقل عن علي رضي الله عنه قوله: "إن للخصومة قحما"⁽⁶⁾، وإن الشيطان ليحضرها،

(1) حسن صادق المرصفاوي، ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية (القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية د.ط، 1972م)، ص 53.

(2) عبد الرحمن إبراهيم حميضي، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة (مكة: جامعة أم القرى، مركز بحوث الدراسات الإسلامية، د. ط، 1989م)، ص 63.

(3) البخاري، الصحيح، كتاب الشهادات، باب من أقام البينة بعد اليمين، ج 3، ص 235.

(4) رشوان، "المحاماة في الشريعة"، مرجع سابق.

(5) البيهقي، السنن الكبرى، ج 6، ص 81.

(6) أي أنها تقحم بصاحبها على ما لا يهواه. أحمد الرازي بن فارس، معجم مقاييس اللغة

وإني أكره أن أحضرها".

ونقل عنه أيضا أنه قال: "ما قضي لوكيل فلي، وما قُضي على وكيل فلي".

واستدلوا بهذا على أن الوكيل يقوم مقام الموكل، وأن القضاء عليه بمنزلة القضاء إلى الموكل⁽¹⁾.

ومن المصالح التي تحققها المحاماة:

أن من الناس من لا يستطيعون عرض قضاياهم لأسباب كثيرة.

منها: عدم تفرغهم لهذا العمل، أو لبعد أماكنهم، أو لأنهم لا يملكون الكفاءة في عرض قضيتهم وعاجزون عن الدفاع عن أنفسهم فليس كل إنسان يهتدي إلى وجوه المخاصمات، وقد يكون الخصم بليغا طليق اللسان، فليس كل شخص يجيد فن المخاصمة والدفاع، والناس يتفاوتون في القدرة على البيان والتعبير، للدفاع عن حقوقهم.

ومن هذه المصالح أيضا هو أن حق المتهم في الاستعانة بمحام يعد من أهم ضمانات التحقيق والمحاكمة، لما يتضمن من بث الثقة في سلامة الإجراءات، وأكثر ضمانا في منع استعمال الوسائل الممنوعة، أو غير الجائزة مع المتهم أثناء التحقيق، فضلا عن أنه يهدئ من روع المتهم ويطمئنه ويساعده على الاتزان والهدوء في إجابته، وهذا الحق قد ضمته أيضا الدساتير والقوانين الحديثة، فللمتهم الحق في استصحاب محاميه في أي مرحلة من مراحل التحقيق، سواء أمام الشرطة، أم النيابة، أم المحكمة، أم هيئات التحكيم، أم الجهات الإدارية ذات الاختصاص

(بيروت: دار الفكر، 1399 هـ/1979م)، ج 5، ص 61.

(1) السرخسي، المبسوط، ج 91، ص 3؛ عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقى (بيروت: دار الكتاب العربي، 1403 هـ/1983م)، ج 5، ص 204؛ سعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (القاهرة: المطبعة الجمالية، ط 1، 1901 م)، ج 6، ص 22؛ الشافعي، الأم، ج 3، ص 237.

القضائي، وحضور المحامي في هذه المراحل من الضمانات الهامة التي تزيد الثقة في سلامة الإجراءات التي تتم أمام هذه الجهات، وتدعم قيمتها في الإثبات، فحضوره يعد بمثابة رقابة على المحقق تمنعه من اتخاذ أي إجراء تعسفي مع المتهم، واستجواب المتهم دون دعوة محاميه يعد إخلالا بحق الدفاع⁽¹⁾.

الترجيح:

وبعد هذا العرض لأدلة الفريقين يتبين رجحان رأي القائلين بمشروعية مهنة المحاماة لقوة أدلتهم وضعف أدلة المانعين - كما بينا - ولكن المجيزين لهذه المهنة لم يجيزوها بإطلاق، بل اشترطوا شروطا 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 عموما في الفقه الإسلامي طوعية مجانية، وليست صناعة يرتزق منها، فهي إلى المروءات والنخوات 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⁽²⁾.

فالأصل في الوكالة بالخصومة والهدف منها كان هو الإعانة والمساعدة من الوكيل لموكله، بدليل حديث ابن عمر من قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «من أعان على خصومة»، فمن هنا لم تكن تتخذ 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

(1) خليل عدلي، اعتراف المتهم فقها وقضاء (القاهرة: دار الكتب القانونية، د.ط، 1996م)، ص 51 وما بعدها؛ وانظر، المادة 36 من قانون المحاماة المصري، رقم 17 لسنة 1983م.

(2) القاسمي، نظام الحكم، ص 390.

والسلام: "إنكم تختصمون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض".
وقوله عليه الصلاة والسلام: «أبغض الرجال إلى الله الألد الخصم»⁽¹⁾،
وهو الدائم الخصومة.

إن تزامم وكلاء الدعوى على أبواب القضاة في التاريخ القضائي الإسلامي، بدأ منذ عصر العباسيين وأصبح جزءاً من النظام القضائي آنذاك.
لقد عمد قوم إلى احترافها والحضور أمام القضاة، وكالة عن المتخاصمين،
الذين لم تيسر لهم معرفة أحكام الشريعة، أو لم تكن أعمالهم تسمح لهم بالحضور
عند القاضي كلّ حين، أو لأن الموكل يتعذر حضوره لأي سبب كالمرضى والمرأة
المخدرة والصبي⁽²⁾.

وقد ذكر التنوخي أسماء بعض الوكلاء في كتابه نشوار المحاضرة⁽³⁾.
والفقهاء القدامى رحمهم الله لم يؤصلوا للدفاع والوكالة بالخصومة كنظرية
عامة، كما هو الحال في التشريع الحديث، وربما كان سبب ذلك أن مجالس القضاة
على مدى التاريخ الإسلامي كانت مجالس علنية، يحضرها أهل العلم والفتيا والفقهاء
والدراية، حتى إن بعض الفقهاء جعل ذلك الحضور واجبا⁽⁴⁾.

إن حضور مثل هؤلاء الوجوه يشكل في الغالب رقابة فقهية أمينة
تساعد القاضي على أن يقضي بالعدل، ونتيجة ذلك قلّ التوكيل بالخصومة،
وأدى ذلك إلى عدم الاهتمام الكبير بهذه المهنة وتنظيمها وترتيبها، كما هو

(1) البخاري، الصحيح، ج 9، ص 91.

(2) الحميضي، القضاء ونظامه، ص 475؛ عصام محمد شبارو، القضاء والقضاة في الإسلام
(بيروت: دار النهضة العربية، د.ط، 1982م)، ص 52.

(3) أبو علي المحسن بن علي التنوخي، نشوار المحاضرة وأخبار المذاكرة، تحقيق: عبود
الشالجي (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 2004م) نقلا عن: شبارو، القضاء والقضاة في
الإسلام، ص 52.

(4) محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية
والتجارية (الأردن: وزارة الأوقاف الأردنية، د.ط، 1972م)، ج 2، ص 26.

عليه الآن في العصر الحديث⁽¹⁾.

لذلك لم تكن لوكلاء الخصومة منظمة مستقلة عن القضاء تجمعهم وترعى مصالحهم وتراقب أعمالهم وسلوكهم على هيئة نقابة المحامين اليوم، كما أن عدم تقنين السلطات لقواعد الدفاع أمام القضاء التي وضعها الأئمة والفقهاء أدى إلى عدم تنظيم هذه المهنة، وعدم ارتقائها للمستوى الرفيع الذي كان يجب أن تتبوأه⁽²⁾.

وهناك بعض أوجه الخلاف بين النظامين نذكرها اختصاراً:

إن نظام وكلاء الخصومة المبنية على قواعد النيابة والوكالة في الفقه الإسلامي كانت قائمة على السهولة واليسر لبساطة الحياة آنذاك، بخلاف نظام المحاماة في العصر الحديث فهي مهنة من المهن الحرة المبنية على نظام معقد - لتعقد أنظمة الحياة - ومنظمة تنظيمياً مستقلاً عن القضاء، تنظمه نقابة المحامين بلوائحها وأنظمتها ومتابعتها للسلوك المهني للمحامين ورقابتها عليهم ضمن ضوابط معينة ومحددة، وبشروط يجب توافرها لمن يمارس المهنة⁽³⁾.

أما وكلاء الخصومة فقد كان القضاة هم الذين يتولون الرقابة والإشراف عليهم، وأحياناً يتولى المحتسب الرقابة عليهم⁽⁴⁾.

(1) عوض محمد عوض، "حقوق المشتبه في مرحلة التحقيق"، مجلة المسلم المعاصر، العدد 22، 1400هـ؛ طه جابر العلواني، "حقوق المتهم في مرحلة التحقيق"، مقدم إلى الندوة العالمية الثالثة بالرياض في موضوع المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية، 1982م، ص 37. ويذكر أنه في مدينة قرطبة أسس الأمويون داراً لشورى القضاء، أعضاؤها من خيرة العلماء، يرجع إليهم في تقرير الأحكام، ولم يكن يرون بأساً أن يجلس قوم من أهل الفقه والكرامة في مجلس القضاء للحكم. انظر، محمود محمد عرنوس، تاريخ القضاء في الإسلام (القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، مطبعة البابي الحلبي، د.ت)، ص 136.

(2) إحسان الكيالي، المحاماة في الإسلام، مرجع سابق.

(3) قواعد المرافعات في التشريع المصري المقارن (القاهرة: المطبعة النموذجية)، ج 1، ص 318؛ محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني (القاهرة: دار الفكر العربي، ط 2، 1990م)، ج 1، ص 283؛ القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية (الرياض: عمادة شؤون المكتبات، د.ط، 1988م)، ص 81.

(4) صلاح الدين الناهي، "المؤسسات الإدارية الخادمة للقضاء"، مجلة المنهل.

ثم إن حضور محام في محكمة الجنايات لمعاونة المتهم هو أمر واجب في أغلب التشريعات الوضعية، بينما توكيل المحامي عند الفقهاء عقد اختياري.

ومن نقاط الاختلاف بينهما أيضا هو أن مجال المحاماة أوسع من مجال الوكالة بالخصومة؛ لأن المحامي علاوة على توكيله عن الغير للدعاء بالحقوق والدفاع عنها، فإنه يقوم أيضا بتنظيم العقود والقيام بالإجراءات التي يستلزمها ذلك، والمشاركة في وضع مشروعات النظم واللوائح والقوانين والظعن في الأحكام لتصحيحها، ودفع مظالم السلطات العامة⁽¹⁾.

ولقد ظهرت دعوات من بعض المانعين لمهنة المحاماة بشكلها الحالي، لإصلاحها وإزالة أسباب ترديها.

فمنهم من دعا إلى إلغاء مهنة المحاماة كعمل حر، واقترح أن ينال المحامون رواتبهم من الحكومة؛ لأن أسباب الشناعات عند المحامين هي كون المحاماة مهنة.

ونادى بعضهم بأن يحل منصب الإفتاء محل المحاماة -كعمل حر - ويقطع للمفتين رواتب من الخزانة العامة⁽²⁾.

ومنهم من نادى بتأميم مهنة المحاماة تأميما كلياً مطلقاً، بأن تدفع وزارة العدل رواتب شهرية للمحامين أسوة بالحكام والقضاة، فإذا كان القاضي لا يتقاضى أجراً من المترافعين، فما الذي يضر المحامي إذا تقاضى أجره من نقابته لا من موكله؟⁽³⁾ وكذلك تتوزع الدعاوى حسب الحروف الأبجدية على المحامين، حتى لا يتعرض بعض المحامين إلى الحرمان، لأجل ضمان العيش الكريم لكل محام تحت

(1) رشوان، "المحاماة في الشريعة"، مرجع سابق.

(2) المودودي، الإسلام في مواجهة التحديات، ص 55؛ القانون الإسلامي وطرق تنفيذه للمؤلف نفسه، ص 74.

(3) عامر سامي الدبوني، المؤسسة العامة للمحاماة (بغداد: مطبعة العاني، د.ط، 1965م)، ص 19 و40.

مظلة مؤسسة المحاماة ونقابة المحامين، ولإتاحة الفرصة أمام جميع المواطنين في توكيل من تختاره لهم النقابة، وهذا أفضل من مجرد علاقة فردية قائمة بين الموكل والوكيل، وأدعى إلى الثقة والاطمئنان في نفس الموكل؛ لأن النقابة آنذاك تكون مسؤولة مسؤولية مباشرة عن الموكل، فلا يستطيع آنذاك أن يستغل حاجة الموكل وخوفه وجهله.

ولكن الذي يخشى منه هو تردي مهنة المحاماة بعد تأميمها، شأنها شأن بقية المؤسسات التي تقوم الدولة بإدارتها، فتهدط كفايتها؛ إذ إن في تأميمها إصلاح لها في جانب، وإفساد لها في جوانب أخرى. لذلك فتنظيم مهنة المحاماة أولى من تأميمها أو إلغائها لحاجة الناس إليها في ظل تعقد الحياة وتعقد القوانين وتشعبها.

خلاصة:

أهم النتائج التي توصلت إليها هي على النحو الآتي:

1. نظام المحاماة كان معروفاً في تاريخ القضاء الإسلامي - وذلك بشكله البسيط، لبساطة الحياة آنذاك - باسم وكلاء الخصومة، أو وكلاء الدعاوى، الذي كان مبنياً على أحكام الوكالة والنيابة في الفقه الإسلامي.
2. لم يؤصل الفقهاء للدفاع والوكالة بالخصومة كنظرية عامة كما هو الحال في التشريعات الحديثة؛ لأن مجالس القضاء الإسلامي كانت علنية يحضرها أهل العلم والفقه والفتيا، وكانوا يشكلون رقابة فقهية أمينة تساعد القاضي على القضاء بالعدل.
3. يتفق نظام وكلاء الخصومة في الفقه الإسلامي مع نظام المحاماة في التشريعات الحديثة، مع بعض أوجه الخلاف بين النظامين.
4. المحاماة مهنة إنسانية نبيلة لصيانة الحقوق ولإقامة العدالة، وهي عمل مشروع من منظور الإسلام، ويدخل ضمن مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وقضاء حوائج الناس.

5. لا يضير 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.





(1) أصل المقال بحث نشر في: مجلة الفقه (قسم الفقه وأصوله، أكاديمية الدراسات الإسلامية، جامعة ملايا - ماليزيا)، العدد الأول، يناير 2004م، ص 43 - 70.

تمهيد

لقد عرف الفقه الإسلامي والتاريخ القضائي الإسلامي نظاما في الدفاع عن طرفي الدعوى سمي: "وكلاء الخصومة"، أو "وكلاء الدعاوى"⁽¹⁾، وهو المحاماة في حقيقته، ولم يذكروا كلمة المحاماة باسمها وصفتها؛ لأنها حديثة التنظيم. وقد بحث الفقهاء موضوع المحاماة تحت ذلك العنوان، وأصبح معروفا بها في كتب الفقه والتراجم⁽²⁾. وأطلق على من يمارس هذه المهنة اسم "الوكلاء".

فالوكالة بالخصومة معناها:

إنابة شخص آخر ليقوم مقام نفسه أمام المحكمة المختصة⁽³⁾.

والتوكيل بالخصومة هو من الحقوق الجائز فيها التوكيل؛ لأن الغرض هو إظهار الحق، بإثبات الدعوى للمدعي، أو دفعها عن المدعى 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⁽⁴⁾.

ويقول السمناني في كتابه روضة القضاة مستدلاً على مشروعية الوكالة بالخصومة: وهو عمل جميع الناس في جميع الأمصار⁽⁵⁾.

(1) وكان يسمى أيضا: وكلاء القاضي، أو وكلاء الحكم.

(2) أبو بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 1997م)، ج 9، ص 287/ ج 11، ص 41؛ وانظر، محمد بن حارث الخشني، قضاة قرطبة (القاهرة: دار الكتب المصرية، د.ط، 1989م)، ص 53.

(3) محمد شفيق العاني، أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي (بغداد: مطبعة الإرشاد، د.ط، 1965م)، ص 50.

(4) محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 2009م)، ج 9، ص 4.

(5) علي بن محمد السمناني، روضة القضاة وطريق النجاة (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط 2، 1984م)، ج 1، ص 181.

وقد عرف مبدأ الوكالة بالخصومة 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 يهتدي إلى وجوه المخاصمات؛ ولأن كل تصرف يجوز للإنسان أن يتولاه بنفسه، فإنه يجوز أن يوكل فيه غيره⁽¹⁾.

أما المحاماة فقد عرفت بأنها: "مهنة علمية فكرية حرة مهمتها التعاون مع القضاة على تحقيق العدالة، والدفاع عن حقوق الموكلين"⁽²⁾.

والشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله يعرف المحامي بأنه: "العليم 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، وتثبيتاً للمصالح"⁽³⁾.

والدكتور مفلح عواد القضاة، يقول: "المحامون هم طائفة من رجال القانون وأعاون القضاة، الذين اتخذوا مهنة لهم، لتقديم المساعدة القضائية والقانونية لمن يطلبها لقاء أجر"⁽⁴⁾.

ويرى الأستاذ أحمد حسن كرزون حفظه الله بأن المحاماة: تكليف أصولي للدفاع عن أحد الأطراف المتخاصمة ورعاية مصالحه، ويكون على الغالب مقابل

(1) فؤاد عبد المنعم أحمد، وآخرون، الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي (الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، د.ط، 1992م)، ص 129؛ إبراهيم بن علي بن فرحون، تبصرة الحكام في أحوال الأقضية ومناهج الأحكام (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 2007م)، ج 1، ص 154.

(2) قانون تنظيم مهنة المحاماة السوري، رقم 39، في 1981/7/21م.

(3) محمد أبو زهرة، الخطابة: أصولها وتاريخها وأزهر عصورها عند العرب (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، 1980م)، ص 175.

(4) مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن (عمان: دار الثقافة، ط 2، 2004م)، ص 107.

أجر محدد أو مقدر⁽¹⁾.

وتلك التعاريف التي وردت هي تعاريف متقاربة في مدلولها لمهنة المحاماة.

والوكالة بالخصومة هي المحاماة بلغة العصر عموماً؛ لأن وكيل الدعوى في كلا النظامين يمارس عملاً مبنياً على قواعد الوكالة، فقواعد وأسس التوكيل بالخصومة لا تختلف كثيراً عن التشريعات الحديثة في مهنة المحاماة؛ إذ على الرغم من وجود أصول كلية وأحكام عامة تبين كيفية ممارسة الوكالة بالخصومة.

وعلى الرغم من أن الفقهاء قديماً قد أوردوا كثيراً من القواعد المتعلقة بها، فيما يجوز وما لا يجوز، وسلطات الوكيل بالخصومة، وحق الموكل في عزل الوكيل وغير ذلك⁽²⁾؛ إلا أنه لم تعرف المحاماة كمهنة اجتماعية منظمة، ولم تنظم بتلك الدقة في التاريخ القضائي الإسلامي كما نظمت في هذا العصر.

إن ممارسة مهنة المحاماة من منظور الإسلام، لا بد أن تضبط بضوابط وقيود شرعية لحماية المحامي من الوقوع في الممارسات المحظورة والتصرفات المحرمة التي يرفضها التشريع الإسلامي. وسوف أبين هذه الضوابط على ضوء الأدلة الشرعية، واستناداً إلى مقاصد الشريعة 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، وتأكد من ثبوت الاتهام عليه، فلا يجوز له آنذاك أن يهدف إلى إثبات ما ليس بثابت في الواقع، أو

(1) أحمد حسن كرزون، المحاماة: رسالة وأمانة (بيروت: دار ابن حزم، د.ط، 1993)، ص 12.

(2) علاء الدين الطرابلسي، معين الحُكَّام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام (القاهرة: مصطفى البابي الحلبي، د.ط، 1973م)، ص 63؛ ابن فرحون، التبصرة، ج 1، ص 154؛ محمد مصطفى الزحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية (دمشق: دار الفكر، د.ط، 1982م)، ص 76.

دفع ما هو ثابت في الحقيقة، وعليه أن يمتنع عن وكالته؛ إذ كيف يستطيع المحامي الدفاع عن موكل لا يؤمن بقضيته، وكيف تطاوعه نفسه أن يقف ويدافع بإخلاص عن إنسان يعلم أنه مبطل⁽¹⁾. لذلك ينبغي أن لا يسمح لنفسه أن يقتنع بسهولة لمجرد أن موكله يدفع له أتعابا، فالتثبت من ذلك مطلوب من قبل الشارع بقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنْ جَاءَكُمُ فَاسِقُ بِنْيَا فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصِحُّوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾ [الحجرات: 6].

ولذلك فإن على المحامي أن يحفظ للمحاماة قدرها ومنزلتها السامية في قلوب الناس باعتبارها ملجأ للمظلوم وسندا للمهضوم، وليست مهنة لكسب الرزق فحسب، ولأجل أن لا يعطي مبررا للساخرين ليقولوا: إن المحامي يدافع عن الرأي وضده، أو يقولوا: ما من قضية ظالمة إلا وجدت محاميا يدافع عنها، فهو ثرثار وأجير، صناعته الكلام، وبضاعته الأكاذيب، ويتساوى لديه أن يدافع عن الحق أو عن الباطل ما دمت تدفع له الأجر، يستعين بعلمه لينصر باطلك على حق خصمك⁽²⁾، وهو بوق موكله، وغير ذلك مما يصبون به المحامي.

إن استقامة المحامي ضمن آداب وضوابط المهنة يضفي بريقا على المهنة، ويؤكد شرف ونبل هذه الرسالة، ويرد الأقاويل عنها.

لذا فالواجب أن يقف المسلم من صاحب الدعوى المبطل موقف الناصح

(1) يقول السيد رشيد رضا رحمه الله عند تفسير قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ وَتُدْءُوا بِهَا إِلَى الْحُكْمِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: 188]، بأن في هذه الآية عبرة لوكلاء الدعوى 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، وإننا نراهم يعتمدون على خلافتهم في القول، ولحنهم في الخطاب، وما يذكر إلا أولو الألباب. تفسير المنار، (بيروت: دار المعرفة)، ج 2، ص 20.

(2) يوجين جيرهارت، كنوز المحاماة، ترجمة: حسن الجداوي، ومحمد عمر (القاهرة: مكتبة النهضة المصرية، د.ط، 1967م)، ص 65.

والمستنكر والناهي عنها⁽¹⁾. والرسول ﷺ يقول: «إن الناس إذا رأوا الظالم فلم يأخذوا على يديه، أوشك أن يعمهم الله بعقاب منه»⁽²⁾.

فعند إصرار الموكل 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 تقديمه دفوعاً كيدية، آنذاك عليه أن يتخلى عن وكالته، ولا يتمادى في الدفاع عنه، بشرط أن يشعر الموكل مسبقاً بما يكفي من الوقت لتوكيل محام آخر⁽³⁾.

والمحامي لا يجوز له أن يخاصم عن غيره في إثبات حق، أو نفيه، وهو غير عالم بحقيقة أمره، فلا يتوكل في الخصومة لأحد قبل أن يعرف أن الحق في أي جانب هو، فيخاصم بغير علم⁽⁴⁾. وقد حذر القرآن الكريم تحذيراً شديداً من الدفاع عن المبطلين والخائنين. يقول الله تعالى مخاطباً رسوله الكريم: ﴿وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِبِينَ خَصِيماً﴾ [النساء: 105]؛ أي لا تكن لأجل الخائنين مخاصماً لمن كان

(1) كرزون، المحاماة: رسالة وأمانة، ص 12.

(2) محمد بن عيسى الترمذي، السنن (بيروت: المكتبة العصرية للطباعة والنشر، د.ط، 2006م)، ج 4، ص 467.

(3) عمران محمد روسي، موسوعة المحامي العربية (المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 1983م). وفي مجال التشريعات الوضعية وآداب المهنة توصي نقابة المحامين الأمريكية بأداء هذا القسم عند القيد في الجدول: (لن أقدم مشورتي، أو أباشر أي دعوى، أو إجراء قضائي يبدو لي أنه غير عادل، ولا أقدم دفاعاً إلا ما أعتقد أنه شريف يحتمل المناقشة وفقاً لقوانين البلاد، ولن أسعى قط لتضليل القاضي، أو المحلفين بأية حيلة، أو بالبيانات الكاذبة، سواء عن القانون أو الوقائع). انظر، جبرهات، كنوز المحاماة، ص 167.

(4) محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (بيروت: دار الكاتب المصرية، د.ط، 1967م)، ج 6، ص 377؛ محمد رشيد رضا، تفسير المنار (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 1999م)، ج 5، ص 394؛ أبو حامد عبد الرحيم بن حسين الغزالي، إحياء علوم الدين (القاهرة: طبة الحلبي، 1939م)، ج 3، ص 119.

بريثا عن الذنب⁽¹⁾. ويقول تعالى: ﴿ وَلَا تُجَادِلْ عَنِ الَّذِينَ يَخْتَانُونَ أَنفُسَهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَن كَانَ خَوَّانًا أَثِيمًا ﴾ [النساء: 107].

يقول صاحب الظلال رحمه الله تعالى: "وهذه عقوبة أكبر من كل عقوبة، وهي تلقي إلى جانبها إيماء آخر، فالذين لا يحبهم الله لا يجوز أن يجادل عنهم أحد ولا يحامي عنهم أحد، وقد كرههم الله للإثم والخيانة"⁽²⁾.

يقول تعالى: ﴿ هَتَأْتُمْ هَتُؤُلَاءَ جَدَلْتُمْ عَنْهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا فَمَنْ يُجَادِلِ اللَّهَ عَنَّهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَمْ مَنْ يَكُونُ عَلَيْهِمْ وَكِيلًا ﴾ [النساء: 109].

فعلى فرض أنهم جادلوا عن الخائنين في الدنيا فنجحوا ونجوا من العقوبة الدنيوية، فمن الذي يجادل الله عنهم يوم القيامة، ويكون وكيلاً عليهم أمام الله ﷻ، وينقذهم من العقوبات الأخروية، وهو محيط بحقائق ما فعلوا ولا تخفى عليه صغيرة ولا كبيرة⁽³⁾.

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 لجريمته، إن وجدها ويطلب باستعمال الرأفة التي يكون المحامي مقتنعاً بها عن إخلاص بشرط ألا يخالف هذا التخفيف أحكام الشريعة؛ إذ إن الدافع إلى ارتكاب الجريمة أحياناً قد يكون عذراً كالإكراه، فلا توقع العقوبة على مرتكبها،

(1) محمد بن عمر فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب: تفسير الفخر الرازي (بيروت: دار الفكر، د.ط، 2002م)، ج 11، ص 33.

(2) سيد قطب، في ظلال القرآن (بيروت: دار الشروق، ط 7، 1398هـ)، ج 2، ص 754.

(3) محمد عزة دروزة، التفسير الحديث (القاهرة: البابي الحلبي، د.ط، 1962م)، ج 9، ص 160.

وكما في سقوط حدّ القطع في المجاعة، بل وفي كلّ جناية من جنایات الحدود، وقع فيها شبهة، خاصة إذا علمنا أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته وجريمته؟

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 مبین؟ أم يصح أن يتقدم للدفاع ولو اعتقد بطلان القضية؟ يجب 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 مؤمنا تمام الإيمان بحق وكيله فيما وكله فيه؛ وإلا كان في عمله تلبس على القضاء، وعرقلة للعدالة، وسعي في نصرة الباطل.

ويقول رحمه الله: ونحن نوافق صاحب هذا القول في القضايا المدنية والشرعية التي لا شبهة فيها، والتي يلوح فيها حق الخصم واضحا مكشوفًا، فعلى المحامي أن ينصح لموكله بالصلح، ويبين 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 موصلا، غير أنه لا يصح له أن يسلك من الوسائل الموصلة، إلا ما يعتقد كلّ الاعتقاد أنه حق يؤيده القانون، ومن غير تلبس 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 بمقتضى القانون، إذا المتهم بريء ما لم يدل الدليل القاطع على جريمته"⁽¹⁾، فلا شيء في الدفاع حينئذ.

(1) الذي يبدو لي: أن ثبوت أدلة الاتهام لا يبنى على القطع واليقين؛ وإلا 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 الأحكام.

وأما تصوير الحال التي وقعت فيه الجريمة استدرارا للعطف وإثارة للرحمة، وليس المحامي في هذا الحال إلا رسول المتهم يصور حاله، وينطق بجنانه، ويعرضه لمجلس القضاء. وإن نظرة عاجلة إلى المجرمين ترينا أن كل مجرم منهم قد تحيط جريمته أحوال نفسية شاذة ربما تخفف من حدة الجناية، وتلطف من شدة وقعها، اللهم إلا العتاة القساة الذين يتخذون الإجراء مرتزقا من غير اضطرار، فالمحامي يبين كل ما يصح أن يكون دفاعا، وقد لاحظت القوانين ذلك، فأوجب أن يكون لكل متهم في جناية محام يدافع عنه.

لذا فإن في إعداد المرافعة إذا لم يوصله بحثه في القانون وحوادث القضية وأوراقها إلى ما يثبت الدعوى بيقين، فليكتف 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⁽¹⁾.

لذلك فإن الدفاع عن المذنب جائز لتخفيف الحكم عنه إن اقتنع 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 مذنبا أو غير مذنب؛ إذ إن وقائع الدعوى تبرز عادة في بساطة تبهر الأبصار.

أما في القضايا المدنية فإن مجال الشك ولا ريب أوسع بكثير، ففي ثلث القضايا التي تعرض على المحامين يكون وجه الحق أو الباطل فيها واضحا بجلاء؛ أما في الثلثين الآخرين فتكون الحقيقة فيها تائهة⁽²⁾.

(1) أبو زهرة، الخطابة، ص 145 - 146.

(2) جيرهارت، كنوز المحاماة، ص 167.

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⁽¹⁾.

والفقهاء قرروا جواز التوكيل في الخصومة، ولم يقصروا الحكم على الخصومة المدنية وحدها، بل صرفوه كذلك إلى الخصومة الجنائية، فنصوا على جواز الوكالة في إثبات الاتهام سواء أعلق بحد أم بقصاص أم بتعزير... وإجازة الوكالة في إثبات الاتهام بتقضي بطريق التقابل إجازتها في درئه من باب أولى؛ لأن الحاجة إلى الوكالة في الدرء أمس، نظرا لما يعترى الشخص في مقام الاتهام والمحاكمة من عي أو اضطراب يعجزه عن إحسان الدفاع عن نفسه. وإن روح الشريعة، بل المنطق المجرد يوجب التسليم من باب أولى بحق المتهم في الاستعانة بمن يدافع عنه حيث قد يؤدي الحكم عليه إلى إهدار دمه أو طرفه، أو النيل من بدنه أو شرفه أو اعتباره⁽²⁾.

ومع ذلك فقد ذهب فريق من الفقهاء والباحثين⁽³⁾ 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 الحاكم؛ لأن الحدود حقوق الله، ولا يسمح بالدفاع واختراع الحيل لدفع الحد.

(1) يقول العيني: إذا وكل مطلوب وهو من عليه الحد أو القصاص رجلا 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، البناية في شرح الهداية (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، 2000م)، ج 7، ص 268؛ ويقول ابن قدامة رحمه الله: "والوكيل يقوم مقام الموكل في درء الحدود بالشبهات"؛ انظر، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقى (بيروت: دار الكتاب العربي، 1403 هـ/1983م)، ج 5، ص 206.

(2) عوض محمد عوض، "حقوق المشتبه فيه في مرحلة التحقيق"، مجلة المسلم المعاصر، العدد 22، ص 21.

(3) منهم: أبو سليم خادم حسين، "المحاماة في الشريعة الإسلامية"، مجلة الأمة، العدد 34.

ويرد عبد الله رشوان حفظه الله على هذه الشبهة، فيقول:

الحقيقة أن المحاماة جائزة في كل القضايا، بل واجبة في الخطيرة منها، ومن ذلك قضايا الحدود، لا على أساس أنها شفاعة، بل لأنها تساعد القاضي في تبين وجه الحق في كل أطراف الموضوع، وبيان دفاع المتهم في عقوبة من أخطر العقوبات التي ستلحقه، ولو لم يكن للمتهم محام لعينت له المحكمة محامياً.

فمثلاً، لو ارتكب شخص فعلاً يستحق عليه العقاب حداً أو تعزيراً أو قصاصاً؛ فإنه لا يتصور ولا يكون مقبولاً أن يقوم رجل الشرطة، أو عامة الناس بجر المتهم إلى القاضي مباشرة لتوقيع العقاب دون إجراء تحقيق وسماع أقوال المتهم، وسماع الشهود نفيًا أو إثباتًا، وجمع الأدلة والبيانات، ثم تحديد التهمة تحديداً دقيقاً بإعطائها الوصف الصحيح وتقديمها للقاضي مشفوعة بأدلتها، ويقوم بهذه المهمة رجال تخصصوا في هذا العلم وممارسته، وهؤلاء هم الادعاء، أو ما نسميه بالنيابة العامة التي تقف من المتهم بمثابة 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 يساعده على بيان وجه الحق في الموضوع، ويكون الأمر في ساحة القضاء سجلاً مشروعاً 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 يبين من بحوث ودراسات قدمها الادعاء والدفاع يكون للقاضي إمكانية الاهتداء إلى الحق في الموضوع برمته، ويقضي فيه بمقتضى الشريعة الغراء.

فمثلاً في حدّ السرقة:

قد يقدم الادعاء الواقعة للقضاء لإنفاذ الحد بمقولة أن شروط هذا الحد قد توافرت، وهي كثيرة، ومنها ما يشترط في الجاني، أو في الشيء المسروق، وقد يخطئ الادعاء في ذلك كله أو بعضه.

وهنا يأتي دور الدفاع ليثبت خطأ الادعاء، فيقيم الدليل مثلاً على أن المتهم غير بالغ أو غير عاقل، أو غير مكثف - أي مضطر - كفقير وجائع، أو أن المال المسروق لم تتوافر فيه شروط الحد، كأن تقل قيمته عن النصاب، أو يتلف بمضي الوقت، أو غير محرز، أو أن هناك شبهة تدرأ الحد، إنفاذاً للحديث الشريف «ادرؤوا الحدود بالشبهات»⁽¹⁾.

وهذا كله من ضمانات القضاء في دولة الإسلام، فهل يمكن أن نقول بعد ذلك أن المحاماة لا تجوز في قضايا الحدود؛ لأنها مجرد شفاععة، وترك المتهم بضعفه، لا يبين أمام سلطة الادعاء القوي مع افتراض الخطأ حتى بحسن النية من جانب المدعي⁽²⁾.

وبناء على ذلك، فالراجح في المحاماة في قضايا الحدود والقصاص جوازها؛ أما الذي لا يجوز شرعاً فهو الشفاععة وطلب الرحمة لمقترفي الحد بعد ثبوت الحد وصدور الحكم عليه⁽³⁾.

فلا تجوز الشفاععة بغير حق عند القاضي لكسب القضية لصالح موكله.

قال تعالى: ﴿ وَمَنْ يَشْفَعْ شَفَعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِنْهَا ﴾ [النساء: 85].

والرسول ﷺ يقول: «من حالت شفاعته دون حد من حدود الله ﷻ، فقد حاد الله ﷻ، ومن خاصم في باطل وهو يعلم، لم يزل في سخط الله حتى ينزع، ومن قال في مؤمن ما ليس فيه أسكنه الله ردغة الخبال (عصارة أهل النار أو عرقهم) حتى يخرج مما قال»⁽⁴⁾.

(1) ونص الحديث: "ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام إن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة". رواه الترمذي في سننه، ج 4، ص 33.

(2) عبد الله رشوان، "المحاماة في الشريعة الإسلامية"، مجلة الأمة، العدد 38.

(3) من مقال عبد القادر العماري، مجلة الأمة، العدد 38؛ كرزون، المحاماة رسالة وأمانة، ص 30.

(4) عبد العظيم بن عبد القوي المنذري، الترغيب والترهيب (الرياض: مكتبة المعارف، ط 1،

فالمتهم في جريمة من جرائم الحدود عندما يوكل محامياً يدافع عنه فإنه يأمل من ذلك دفع التهمة، ودرء الحد عنه، والشريعة الإسلامية ندبت إلى درء الحدود عن طريق إثارة الشبهات واكتشاف الأعذار للتوصل إلى إسقاطها. والذي يبدو لي:

أن الموكل إذا أقر بجريمته أمام المحامي، واعترف بها اعترافاً صريحاً، واقتنع المحامي بصحة هذا الإقرار، بأنه إقرار صادر عن وعي وتبصر وعدم إكراه، ولم يصدر عن حالة نفسية مكتئبة يائسة للتخلص من الحياة، ولم يجد في جوانب وخفايا القضية شبهات لتدراً الحد، أو أعذاراً تخفف العقوبة، ففي هذه الحالة يجب على المحامي الانسحاب من الدعوى؛ أما إذا لم يعترف المتهم لمحامي به شيء من ذلك، والأدلة التي بحوزته لم تكن كافية لإدانته، جاز للمحامي آنذاك الدفاع عن موكله إن ترجح عنده أنه غير مبطل.

ويبدو لي أيضاً:

في قضايا الدماء هناك حالة جديرة بالذكر، وهي: إذا علم المحامي بعفو ولي الدم عن القصاص، أو قبولهم الدية، آنذاك جاز للمحامي ديانة أن يسعى لتبرئة ذمة موكله، والدفاع عنه لإنقاذه من الإعدام.

وتكليف ذلك، أن عفواً أولياء الدم أو أحدهم يسقط عقوبة الإعدام - القود - وإن كان القانون الوضعي عموماً لا يقيم لعفو ولي الدم وزناً؛ لأن 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 فعفو ولي الدم يبرر للمحامي الدفاع عن موكله القاتل ديانة.

ثانياً: ومن الضوابط التي يراها الفقهاء عدم جواز إلزام القاضي أحد الخصمين بتوكيل محام عنه، ففي نطاق الفقه الإسلامي، فإن التوكيل بالخصومة هو

من الحقوق الجائز فيها التوكيل؛ لأن الغرض هو إظهار الحق بإثبات الدعوى للمدعي أو دفعها عن المدعى عليه، وليس للقاضي إلزام أحد الخصمين بالتوكيل من غير عذر؛ لأن من حق كل منهما مباشرة الخصومة بنفسه، فقد يكون أهدى إلى معرفة دعواه وحجته⁽¹⁾.

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 بحرية التوكيل في الخصومة للطالب المدعي، والمطلوب المدعى عليه⁽²⁾.

وفي نطاق التشريعات الحديثة:

فإنه نظراً إلى خطورة الجناية وأهميتها بالنسبة لغيرها من الجرائم فقد طلب القانون ضمانات خاصة، وهي ضرورة حضور محام مع كل متهم بجناية تنظرها محكمة الجنايات⁽³⁾، موكلاً أو منتدباً، وذلك تظميماً للمتهم وصوناً لحرية الدفاع عنه.

وهذه قاعدة أساسية في القوانين الحديثة لا يجوز مخالفتها وتجاوزها، فحق المتهم في الاستعانة بمحام للدفاع عنه أمام محكمة الجنايات، في قضية

(1) عمر بن عبد العزيز الشهيد، شرح أدب القاضي (إسلام آباد: إدارات تحقيقات إسلامي، ط 1، 1987م)، ج 2، ص 88.

(2) سعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (القاهرة: المطبعة الجمالية، ط 1، 1901م)، ج 7، ص 3450؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 1، ص 156؛ إبراهيم بن علي أبو إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي (القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، د.ط، د.ت)، ج 1، ص 355؛ ابن قدامة، المغني، ج 5، ص 204.

(3) رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، 1976م)، ص 63؛ الجنائية عند القانونيين هي الجريمة المعاقب عليها بعقوبات: الإعدام، أو الأشغال الشاقة المؤبدة، أو المؤقتة، أو السجن. انظر، مادة 10، في قانون العقوبات المصري.

جنائية هو حق مقرر بمقتضى الدستور والقانون⁽¹⁾.
وتندب النيابة العامة محاميا له إذا صدر أمر بإحالته إلى محكمة الجنايات
إذا لم يكن المتهم قد وكل محاميا للدفاع عنه⁽²⁾.
ويجب على المحامي المنتدب أن يؤدي واجبه عنمن يندب للدفاع عنه
بالعناية نفسها التي يبذلها إذا كان موكلا⁽³⁾.

فحضور محام في الجلسة لمعاونة المتهم وجوبي نظرا إلى خطورة الجناية
وأهميتها بالنسبة لغيرها من الجرائم⁽⁴⁾، وحفاظا على مصلحة المدعي والمدعى
عليه، وهذا الحق مقرر في الدستور والقانون، فقد نصت المادة 2/67 من الدستور
المصري لسنة 1971م، على أن: "كل متهم في جناية يجب أن يكون له محام يدافع
عنه"⁽⁵⁾.

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 عذر، لأن من حق كل منهما مباشرة الخصومة
بنفسه، فقد يكون أهدى إلى معرفة دعواه وحجته"⁽⁶⁾.

وقد وجهت انتقادات إلى هذه الإجراءات الملزمة في التشريعات الوضعية

(1) ومن ذلك على سبيل المثال ما ذكرته القوانين الجنائية في كل من المغرب وتونس وتركيا
وألمانيا، وكذلك لبنان وسوريا والأردن وغيرها من البلدان، انظر، محمد معروف عبد الله،
"حق المتهم في المعونة القانونية"، مجلة القانون المقارن، العدد 11، 1400هـ.

(2) نصت المادة 3/67 من الدستور المصري لسنة 1971م، على أن: "كل متهم في جناية يجب
أن يكون له محام يدافع عنه". انظر، اعتراف المتهم فقها وقضاء، مرجع سابق، ص 159.

(3) المرجع السابق، ص 161.

(4) عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، ص 63.

(5) المستشار عدلي خليل، استجواب المتهم فقها وقضاء (القاهرة: المكتبة القانونية، 1986م)،
ص 180.

(6) عبد الرحمن إبراهيم الحميضي، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة (مكة: جامعة أم القرى،
مركز بحوث الدراسات الإسلامية، د.ط، 1989م)، ص 468.

من قبل بعض الفقهاء المعاصرين؛ لأن الخصم قد يستطيع الدفاع عن نفسه، فما الداعي لاشتراط وجود المحامي للمرافعة أمام محكمة الجنايات.

لذلك فإن من الأفضل إزالة هذا الإلزام، وإعطاء الخيار للناس في توكيل المحامي، إضافة إلى أن هذا التوكيل يكلف الموكل مبالغ كبيرة.

ولأن الوكالة بالخصومة إنما هي عمل اختياري لا إلزام فيه؛ إذ إن الموكل ينشئ عقد الوكالة باختياره.

والذي يبدو لي:

هو عدم وجود مانع شرعي في إيجاب ولي الأمر الاستعانة بمحام في قضايا الجنايات لخطورتها، إذا رأى ولي الأمر أن ذلك يحقق مصلحة معتبرة، وذلك لأن لولي الأمر حق الإلزام بالمباح من باب السياسة الشرعية، لرعاية مصالح المتهمين، في بيان وتحليل ودفع أدلة الاتهام؛ لأنه يصعب على المتهم وحده الدفاع عن نفسه، وخاصة مع كثرة تشعب القوانين الحديثة وتعددتها وتشابكها وشدة تعقدها، بخلاف ما كان عليه الأمر في التاريخ القضائي الإسلامي؛ إذ لم يكن يتسم القضاء بهذا التشعب والتعقيد.

فالأغلبية الساحقة من المتهمين لا يتسمون باللياقة القانونية للدفاع عن أنفسهم، لعدم معرفتهم بإثارة النقاط القانونية والظروف المخففة لقضيتهم، ولعدم معرفتهم أيضا بالطعن في القرارات الصادرة، لافتقادهم إلى القدرات العلمية والخبرات الطويلة في هذا الميدان.

ثم إن الاتهام بارتكاب جريمة قد يسلب المتهم صفاء ذهنه، ويرتبك في منطقته، ولا يسلس له القول، وقد يركبه العي في موقف الدفاع، وإن كان مقتدرا على الدفاع، فإن وقوف محام صافي الذهن بجانب المتهم في هذه القضايا الخطيرة لا يكدر صفاء ذهنه خوف ولا قلق، أمر في غاية الأهمية.

يقول محمد معروف عبد الله: "غالبا ما يثير الاتهام في نفس المتهم اضطرابا، خاصة في الجنايات، وهذه الاضطرابات قد تنال من قدرته على الدفاع

عن نفسه حين ينفرد بهذا الدفاع، أو قد لا تكون للمتهم من الجرأة ما يخاطب به المحكمة، أو يناقش به الشهود، فلا بد من وجود من يعينه على إدراك القضية والبحث في مختلف جوانبها بشيء من الهدوء 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 طرفي الدعوى الجزائية، حيث يلم ممثل الاتهام بالقانون، وقلما يكون المتهم كذلك، وإن وجود المدافع عن المتهم من شأنه أن يحقق التوازن في إدارة العدالة الجزائية⁽¹⁾.

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 وخفاياها، وهي حالات نادرة بالنسبة إلى مجموع الناس، والعبرة للغالب الشائع لا للنادر؛ ولأن ذلك يحقق 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 شرعي، لذا لا يحل له أن يفصح أسرار موكله. والرسول ﷺ يقول: "ومن ستر على مسلم في الدنيا ستر الله عليه في الدنيا والآخرة"⁽²⁾.

وفي مجال التشريعات الحديثة:

نجد أن القانون يعفي من أوّتمن على سر بسبب مهنته من الإدلاء بالشهادة عنه دون أن يعد فعله جريمة امتناع عن الشهادة⁽³⁾.

(1) معروف عبد الله، "حق المتهم في المعونة القانونية"، مجلة القانون المقارن، العدد 11، 1980 م، ص 140.

(2) الترمذي، السنن، ج 4، ص 326.

(3) ففي القانون المصري على سبيل المثال، نص قانون الإثبات على أنه لا يجوز لمن علم من

وكذلك فإن كفالة حق الدفاع توجب أن تمتد الحصانة إلى الأوراق التي يسلمها المتهم للمحامي، والمراسلات المتبادلة بينهما، وأيضا فإن القانون قد أسغ الحماية على مكاتب المحامين وسوت بينها وبين المساكن عند التفتيش؛ لأنها تعد مستودعا لسر لا يباح لأي فرد الاطلاع على ما بداخله.

وأما نية الموكل المعلنة في ارتكاب جريمة فلا تدخل في الأسرار التي يجب على المحامي المحافظة عليها، وعلى المحامي أن يكشف عن ذلك بالقدر الذي يؤدي إلى منع ارتكاب الجرم، أو بالقدر الذي يحمي الشخص الذي قد يتعرض للأذى⁽¹⁾.

فالمحامي في هذه الحالة ملزم شرعا بتقديم النصح لموكله وتخويله من عاقبة جوره وتعسفه 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 الموكل وغرضه من التوكيل هو الإساءة والإضرار بالخصم، فلا يجوز توكيل عدو خصمه⁽²⁾، أو توكيل من عرف باللدد والشغب في الخصومة؛ لأنه إذا اقترن القصد الضار بالفعل المباح؛ فإن المباح

المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم، عن طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو معلومات، أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته، أو زوال صنعته، ما لم يكن ذكرها له مقصودا به منع ارتكاب جنائية أو جنحة. انظر، حسن صادق المرصفاوي، ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية (القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية د.ط، 1972م)، ص 135.

(1) موسوعة المحامي العربية، رقم 5 و35؛ المرصفاوي، ضمانات المحاكمة، ص 136؛ وانظر، كرزون، المحاماة رسالة وأمانة، ص 64؛ محمد عبد الغني المصري، أخلاقيات المهنة (عمان: مكتبة الرسالة الحديثة، د.ط، 1986م)، ص 355.

(2) يقول الحطاب: "لا يباح لأحد توكيل عدو خصمه على الخصام ولا عدو المخاصم على خصمه، لأن الضرر في الوجهين بين"؛ عبد الرحمن المغربي الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (بيروت: دار الفكر، ط 3، 1992م)، ج 5، ص 200؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 1، ص 124.

ينقلب محرماً.

فالقصد هو الذي يجعل الفعل حلالاً أو حراماً.

ولا يجوز كذلك الدعاوى التي هدفها الانتقام من الخصم وإيذاؤه، والإساءة لسمعته باتهامات باطلة، والعمل على تسويق الدعوى للإضرار بالطرف الآخر. قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بَغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾ [الأحزاب: 58].

خامساً: لا يجوز للموكل أو المحامي 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 بالطعان ولا باللعان والفاحش، ولا البذيء"⁽¹⁾. وعدّ المخاصمة الفاجرة من علامات النفاق⁽²⁾، والمراد بها هنا الشتم والرمي بالأشياء القبيحة والبهتان⁽³⁾، ومع ذلك فإن الشرع أباح قول السوء ضمن حدود، في حالة تذكير الظالم بسوء موقفه، أو الدعاء عليه، قال تعالى: ﴿لَا يُجِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعًا عَلِيمًا﴾ [النساء: 148].

فالمحامي له أن يبين مظلمة موكله إن كان مقتنعاً بها ولا حرج عليه من الجهر بذلك، ولأن الوكيل يعبر عن وجهة نظر موكله، وما جاز للموكل المظلوم أن يقوله، جاز لوكيله أن ينقله عنه، وجاز لغيرهم الإصغاء إليه، وقول السوء هذا والجهر بالشكوى من الظالم يدخل في باب الضرورات، والضرورات تقدر بقدرها،

(1) الترمذي، السنن، ج 4، ص 356.

(2) "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، ط 3، 1987 م)، ج 2، ص 69.

(3) أحمد بن محمد القسطلاني، إرشاد الساري شرح صحيح البخاري (بيروت: دار الفكر، د.ط، 1990 م)، ج 4، ص 263.

والرسول ﷺ يقول: «إن لصاحب الحق مقالا»⁽¹⁾، فالمظلوم، أو محاميه 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⁽²⁾، وكما أن «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته»⁽³⁾، ومعنى عرضه: شكايته.

ويدل على ذلك أيضا حديث الحضرمي والكندي؛ إذ قال الحضرمي: "يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يبالي ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء، ولم ينكره النبي ﷺ ولم يزره"⁽⁴⁾.

وفي مجال التشريعات الحديثة:

فإن نقابة المحامين في أنظمتها قد منعت المحامي من التعرض لخصمه بما يمس كرامته وسمعته، وما يعد تجريحا لشخصه إلا في حالة ضرورة الدفاع، وما تستلزم ذلك حالة الدعوى. ومع ذلك ولإفساح المجال أمام المتخاصمين لممارسة حقهم في الدفاع، فقد أباحت بعض الجهات القضائية بعض العبارات والأقوال التي

(1) البخاري، الصحيح البخاري، ج 3، ص 130.

(2) المصدر السابق، ج 3، ص 130.

(3) محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، السنن (المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، 2006م)، ج 2، ص 811، رقم الحديث 2427.

(4) أبو الحسين مسلم بن الحجاج، الصحيح (بيروت: دار الجيل، د.ط، د.ت)، ج 1، ص 123، رقم الحديث 223. يقول النووي رحمه الله: "فإن قلت لا بد للإنسان من الخصومة لاستيفاء حقوقه، فالجواب: ما أجاب به الغزالي: إن الذم إنما هو لمن خاصم بباطل، أو بغير علم، كوكيل القاضي، فإنه يتوكل قبل أن يعرف أن الحق في أي جانب، ويدخل في الذم من طلب حقا، لكنه لا يقتصر على قدر الحاجة، بل يظهر اللدد والكذب للإيذاء، أو التسليط على خصمه، وكذلك من يحمله على الخصومة محض العناد لقمه الخصم وكسره، وكذلك من يخلط الخصومة بكلمات تؤذي وليس له إليها ضرورة في التوصل إلى غرضه، فهذا هو المذموم، بخلاف المظلوم الذي ينصر حجته بطريق الشرع من غير لدد وإسراف وزيادة لجاج على الحاجة، وفي غير قصد عناد ولا إيذاء، ففعله هذا ليس مذموما ولا حراما". انظر، محي الدين بن شرف النووي، الأذكار (القاهرة: دار الفجر للتراث، ط 1، 2003م)، ص 330.

تحوي سبا وقذفا في شخصية الخصم وكرامته وذلك ضمن ضوابط وقيود؛ حتى لا تقيد حريته في الدفاع، الأمر الذي لا تتحقق به العدالة، فلم تعد هذه الألفاظ والأقوال مكونة لجريمة ما دامت قد وقعت من شخص يعد طرفا في الدعوى، فإذا لم تكن المرافعة تستلزم هذه العبارات غير اللائقة، سئل الخصم عنها، وهي مسألة يقدرها القاضي حسب ما يراه من العبارات التي أبديت والغرض منها⁽¹⁾.

ومن المبادئ الأساسية لضمان حق الدفاع للمتهم أو محاميه هي إعطاؤه الحرية للدفاع بكافة الصور، وتأكيده لذلك فقد وضع القانون المسؤولية الجنائية عن المتهم ومحاميه عما يقع منهم من عبارات القذف أو السب⁽²⁾، سواء أكان ذلك أمام المحكمة أم أمام سلطة التحقيق أم في محاضر الشرطة، وذلك إذا كانت هذه العبارات متصلة بموضوع الخصومة والتي تقتضيها ضرورات الدفاع، ومهما كانت وسائل التعبير، سواء أكانت كلاما، أم رسما، 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 طبقا لأصول المهنة في الدفاع، ولا يكون مسؤولا عما يورده في مرافعته الشفوية أو في مذكراته المكتوبة مما يستلزمه حق الدفاع، وذلك

(1) موسوعة المحامي العربية، رقم 15؛ المرصفاوي، ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية، ص 143؛ المصري، أخلاقيات المهنة، ص 345؛ وانظر، المادة 69 من قانون المحاماة المصرية، رقم 17 لسنة 1983م؛ استجواب المتهم فقها وقضاء، مرجع سابق، ص 193.

(2) ومعنى القذف في القانون هو نسبة أمر إلى شخص بطريق من طرق العلانية مُعاقب عليه، أو موجب للاحتقار، والمراد بالسب: كلُّ إلصاق لعيب، أو تعبير يحط من قدر الشخص نفسه، أو يחדش سمعته وشرفه واعتباره لدى الغير، انظر، اعتراف المتهم فقها وقضاء، مرجع سابق، ص 169.

مع عدم الإخلال بأحكام قانون الإجراءات الجنائية، وقانون المرافعات المدنية والتجارية⁽¹⁾.

سادساً: ذهب فريق من المعاصرين⁽²⁾ 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، ويستدلون في ذلك بقول قتادة: "قلما تتكلم امرأة فتريد أن تتكلم بحجتها إلا تكلمت بالحجة عليها"⁽³⁾. ولأن الصحابة ومن بعدهم وكلوا رجالاً، ولم يعرف عن أحد منهم أنه وكل امرأة، ولو لمرة واحدة قط⁽⁴⁾. وبالتالي فلا يجوز لها أن تمارس مهنة المحاماة سداً للذريعة، وأمناً للفتنة.

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، فيناقشه أستاذنا الدكتور عبد الكريم زيدان حفظه الله في كتابه الموسوعي المفصل في أحكام المرأة، فيقول:

ومن عرض أقوال المفسرين في قوله تعالى: ﴿وَلَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: 31]، وما رجحناه من أقوالهم في "إلا ما ظهر منها"، وأنه هو

(1) المرجع السابق، ص 170 وما بعدها.

(2) منهم: مشهور حسن سلمان، المحاماة وتاريخها في النظم وموقف الشريعة الإسلامية منها (عمان: دار الفيحاء، د.ط، 1987م)، ص 198 وما بعدها.

(3) أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل القرآن (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 2، 1999م)، ج 12، ص 184؛ عبد الرحمن بن علي بن الجوزي، زاد المسير في علم التفسير (بيروت: المكتب الإسلامي، ط 1، 2002م)، ج 7، ص 306.

(4) سلمان، المحاماة وتاريخها في النظم، ص 202.

الوجه والكفان، يترجح قول الجمهور وهو أن وجه المرأة وكفيها ليسا بعورة، وبالتالي يجوز كشفهما وإبداؤهما⁽¹⁾.

فإن قيل: إن كثيرا من الفقهاء قالوا بستر الوجه سدا للذريعة، ولأمن الفتنة. والجواب على ذلك كما يقول الباحث الإسلامي عبد الحليم أبو شقة في كتابه القيم تحرير المرأة في عصر الرسالة: هذا القول من بعض الفقهاء هو اجتهاد منهم لأمن الفتنة، وليس هو الحكم الأصلي الواردة به 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: فتنة النساء، وفتنة المال، وفتنة الأولاد، قال تعالى: ﴿إِنَّمَا أَمْوَالُكُمْ وَأَوْلَادُكُمْ فِتْنَةٌ﴾ [التغابن: 15]، وقال تعالى: ﴿زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ وَالْقَنَاطِيرِ الْمُقَنْطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ﴾ [آل عمران: 14].

ولكن هذه الفتن الثلاث لا غنى للبشرية عنها، فالمال عماد الحياة، ولا يجوز أن يعطل وظيفته في تعمير الأرض بناء على فكرة سدّ الذريعة، مع أنه فتنة؛ ولكن ينبغي أن نحرم أموراً حرمها الشارع الحكيم قد تصاحب المال سواء في كسبه أم في إنفاقه. وكذلك النساء؛ فإن الشارع حينما حذر من فتنة 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 بيانا شاملا كاملا، 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.

(1) هذا وقد وردت في كتب الصحاح الستة نحو عشرة أحاديث تفيد أن الرسول ﷺ رأى الوجوه مكشوفة فما أنكر ذلك. انظر، محمد الغزالي، سرّ تأخر العرب والمسلمين، ص 19.

وفتنة النساء كانت قائمة في العهد النبوي، بدليل قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُؤْنَ مِنْ أَبْصَرِهِنَّ﴾ [النور: 30]، وقوله تعالى: ﴿يَعْلَمُ حَايَةَ الْأَعْيُنِ﴾ [غافر: 19]. وقد وردت أحاديث كثيرة تفيد وقوع بعض الصحابة في النظر المحذور، ومنها حديث الخثعمية، فعندما أرسل الفضل بن العباس نظره إلى امرأة وضيفة في حضرته ﷺ، حول الرسول الكريم نظر الفضل، ولم يأمر المرأة بستر وجهها بالإسدال عليه من طرف ثوبها إن كانت مُحْرمة، أو بوضع النقاب إن كانت غير مُحْرمة، وكذلك حديث المرأة الحسنة تؤم المسجد ويتحرى بعض الرجال الصفوف المتأخرة لينظروا إليها⁽¹⁾.

ومع وجود الفتنة اكتفى الشارع بالأمر بالغض من البصر ولم يأمر بستر الوجه، وإذا كانت الوجوه مستورة فعن أي شيء نغض البصر!؟

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 عليهن: ﴿وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعًا فَسَأَلُوهُنَّ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ﴾ [الأحزاب: 53]، 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 سألن وتحذثن في مجلس النبي ﷺ، وقد صدر أمر إلهي بامتحان المؤمنات المهاجرات، وكان عمر يتولى ذلك الامتحان، فهل قال أحد: إن صوت المرأة حين تسأل وتجب عورة؟

إن أدب المخاطبة للمرأة هو الرصانة والجد في القول، وليس منع جنس الصوت من أن يسمعه الرجال، لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي

(1) أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، السنن (بيروت: مكتب المطبوعات الإسلامية، ط 2، 1406هـ)، كتاب الإمامة، الحديث رقم 838.

قَلْبِهِ مَرَضٌ ﴿ [الأحزاب: 32]. فالمنع هو في اللين من القول، وليس في مطلق القول، أي منع ترخيم الصوت وتنغيمه وتليينه، لما فيه من إثارة الفتنة؛ إذ ورد في السنة الشريفة وقائع كثيرة كان النساء يحدثن الرجال في جميع أمور الحياة بالمعروف⁽¹⁾. وقد وردت مئات النصوص في صحيح البخاري ومسلم تؤكد مشاركة المرأة في مجالات الحياة بخصوص الرجال ضمن آداب الإسلام وضوابطه.

إذ إن الصحابيات شاركن في الحياة الاجتماعية ولقين الرجال في مناسبات كثيرة جدا. ويبلغ ما ورد منها في صحيح البخاري ومسلم فقط نحو ثلاثمائة واقعة.

ومن صور حضور المرأة الذي ذكره الشارع وأجازته: الحضور والبروز للقيام بأعمال قضاء الحسبة، وهذا يستلزم مخالطتها لأهل السوق من الرجال الأجانب.

وقد استدلوا لعدم جواز ممارستها مهنة المحاماة أيضا بأن المرأة "ضعيفة الرأي"، و"قليلة الصواب" لذا فإنها لا تصلح لممارسة هذه المهنة. واستدلوا على ذلك بقول قتادة رضي الله عنه: "ما تكلمت امرأة ولها حجة إلا جعلتها على نفسها"⁽²⁾. وكذلك استدلوا بقول ابن كثير: "المرأة ناقصة.... وإذا خاصمت فلا عبارة لها، بل هي عاجزة عيئة".

والذي يبدو لي:

أن ضعف رأي المرأة وقلة صوابها - وكما كان يرى ذلك ابن قدامة، والماوردي، وابن العربي رحمهم الله - إنما هو تعبير عن واقع المرأة المسلمة آنذاك، نتيجة ضغوط البيئة والعوامل الاجتماعية والنفسية التي أحاطت بها وعزلتها

(1) الموسوعة الفقهية (الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1998م)، ج 4، ص 90.

(2) الطبري، جامع البيان في تفسير القرآن، ج 25، ص 35؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 16، ص 72.

عن الحياة، وحصرتها بين الجدران، كلّ 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 بالتربية والتوجيه والاكْتساب، كما هو الشأن مع الرجال، فينبغي العمل على رفع قدراتها، وصقل استعدادها، وعندها تزداد وعيا ونضوجا وصوابا؛ فالاهتمام بتعليمها واكتسابها العلوم والمعارف يزيد من مساحة الصواب عندها، كما يزيد ذلك من مساحة الصواب عند الرجل⁽¹⁾.

لذلك فإن المرأة المعاصرة التي حازت الشهادة لممارسة مهنة المحاماة وأثبتت كفاية؛ فإن مقدرتها على المرافعة وفهم القانون لا تقل عن مقدرة الرجل في هذا المضمار، والواقع العملي يشهد بذلك.

أما استدلالهم بأن المرأة لم يوكلها أحد في الخصومة في عهد الصحابة ولو مرة واحدة وإنما كان التوكيل للرجال، فيجاء 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 سابقا 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 الصريحة بمنعها.

بل إن عدم ممارستها التوكيل في الخصومة كان نابعا من سلطان البيئة والعرف والعادة، تلك العادات والتقاليد التي كانت مستحكمة وضاربة بجذورها في أعماق المجتمع، وكثير من هذه العادات والأعراف مبنية على مصالح متغيرة بتغير الزمان والمكان.

(1) عارف علي عارف، تولى المرأة منصب القضاء بين تراثنا الفقهي والواقع المعاصر (كوالالمبور: دار التجديد، د.ط، 1999م)، ص 47 - 48.

هذا وقد أفتى فضيلة الشيخ عبد المنصف عبد الفتاح بجواز عمل المرأة في مهنة المحاماة، وأن الإسلام يحترم حرية الرأي للمرأة، وجعل لها حق الدفاع عن نفسها، أو عن غيرها إذا اقتضى الحال إلى ذلك سيلا، فلا حرج على المرأة أن تقوم بمهمة الدفاع كما ترى أنه حق⁽¹⁾.

يقول الإمام السرخسي رحمه الله: "وإذا وكلت امرأة رجلا أو رجلا امرأة، فذلك كله جائز، لعموم الحاجة إلى الوكالة في حق هؤلاء"⁽²⁾.

وقد عقب ظافر القاسمي رحمه الله على هذه العبارة مؤكدا الجواز: "وبهذا فتحت الشريعة الإسلامية أبواب المحاماة أمام المرأة قبل أكثر من ألف عام"⁽³⁾.

سابعاً: المحاماة رسالة في الإصلاح الاجتماعي، وأمر بالمعروف ونهي عن المنكر، فيسعى المحامي 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 والعتق لا يحقق مصالحه المادية، بل إن كسبه وربحه هو في الخصومات لا في الصلح والتسامح بين المتخاصمين، أو كما يبدو ذلك ظاهراً؛ ولكن المادة ليست كل شيء في حياة المسلم، بل هناك اعتبارات عليا وقيم أسمى من ذلك. والله تعالى يقول: ﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ﴾ [الحجرات: 10]، ويقول: ﴿ فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ ﴾ [الأنفال: 1].

إن مهنة المحاماة مهنة إنسانية، وليست مرتزقا يُتخذ للعيش فقط، بل هو عمل شريف من قبيل الإصلاح الاجتماعي قبل كل شيء، ومن هذه الناحية تكتسب

(1) جريدة المسلمون، العدد العشرون، نقلا عن: سلمان، المحاماة وتاريخها في النظم، ص 198 وما بعدها.

(2) السرخسي، المبسوط، ج 8، ص 19.

(3) ظافر القاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي (عمان: دار النفائس، د.ط، 1983م)، ص 386.

المحاماة شرفها، وينال المحامي مجده⁽¹⁾.

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 دائما، ونجاحهم 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 صادقا والآخر غير صادق، وكان القضاة مستوفين حقوق العلم والعدالة، فالراجح أن المحامي الصادق يفلح أكثر من المحامي المضلل المحتمل⁽²⁾.

لذلك يجب على المحامي أن يتعد عن أية حيلة ليكسب موكله ما لا حق له فيه، أو عرقلة وصول الحق إلى صاحبه، فالمحامي المتحايل الذي يريد أن يأخذ لموكله حقا ليس له، أو تفويت حق لخصمه، إنه وإن كانت الأحكام تبنى 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 واجبا 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 تخفى منهم خافية. وقد حذر النبي ﷺ من ارتكاب الحيل، فقال: «لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل»⁽³⁾.

(1) أبو زهرة، الخطابة، ص 176.

(2) مجلة المقتطف، الجزء الأول من المجلد الحادي والستين، شوال سنة 1922م؛ انظر، سلمان، المحاماة وتاريخها في النظم، ص 117.

(3) أخرجه ابن بطة بسنده عن أبي هريرة مرفوعا، كما ذكره ابن كثير في تفسيره، وقال: هذا

يقول ابن القيم رحمه الله قولاً 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 لغيرهم، يقول رحمه الله: "فحقيق بمن اتقى الله وخاف نكاله أن يحذر استحلال محارم الله بأنواع المكر والاحتيال، وأن يعلم أنه لا يخلصه من الله ما أظهره مكرًا وخديعة من الأقوال والأفعال، وأن يعلم أن الله يوماً تُكفُّ فيه الرجال، وتنسف فيه الجبال، وتترادف فيه الأهوال، وتشهد فيه الجوارح والأوصال، وتبلى فيه السرائر، وتظهر فيه الضمائر، ويصير الباطن فيه ظاهراً، والسر علانية، والمستور مكشوفاً، ويحصل ويبدو ما في الصدور، كما يبعض 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، وتسودّ بما في قلوب أصحابها من الخديعة والغش والكذب والمكر والاحتيال، هنالك يعلم المخادعون أنهم لأنفسهم كانوا يخدعون، وبدينهم كانوا يلعبون، وما يمكرون إلا بأنفسهم وما يشعرون"⁽¹⁾.

ثامناً: ومن ضوابط ممارسة مهنة المحاماة أيضاً: حرمة التوكيل في المطالبة بحقوق أسقط الشرع مشروعيتها؛ ولكن أباحها القوانين الوضعية. فالمطالبة باستحقاقات الموكل في الدعاوى الربوية محرمة، لحرمة الربا، والمطالبة بدعاوى الإرث المستحقة بما يخالف قواعد التقسيم الشرعي له، أو المطالبة بمعاقبة الزوج بسبب تعدد زوجاته، كلّ ذلك يدخل التوكيل فيها في دائرة المحرمات.

إسناد جيد، 108/1، 258/2، دار الفكر، بيروت، 1401هـ. وذكره ابن قيم الجوزية في حاشيته على سنن أبي داود ونسبه إلى ابن بطة، وحسن إسناده، ابن قيم الجوزية، تهذيب سنن أبي داود (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 2، 1415هـ)، ج 9، ص 244.

(1) ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين (بيروت: دار الجيل، د.ط، 1973م)، ج 3، ص 163.

تاسعاً: ومن الشروط التي يجب توافرها في المحامي: أن لا يوكل أحد الخصمين ابن القاضي؛ إذ لا يجوز قضاء القاضي لابنه المحامي على خصمه، ولو قضى للخصم على ابنه المحامي جاز، لأن ذلك بمنزلة قضائه على ابنه؛ إذ لا تهمه في قضائه على ابنه، وإنما التهمة في قضائه له، ألا ترى أن شهادته على ابنه مقبولة بخلاف شهادته له⁽¹⁾.

عاشراً: ذهب فريق من الفقهاء منهم المالكية إلى منع توكيل المسلم للذمي، وتوكيل الذمي للمسلم، واحتجوا لذلك بأن الذمي لا يتقي الحرام، ولا تفارقه الخيانة، ويكره للمسلم أن يتوكل للذمي، لما فيه من الامتهان⁽²⁾.

أما عند الحنفية فاتحاد الدين ليس شرطاً في صحة الوكالة، فيصح 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 توكيله فيه غيره، وأن يوكل فيه عن غيره.

ومنع الشيعة الإمامية توكيل المسلم للذمي؛ لأن فيه إثبات السبيل للكافر على المسلم المنفي بالآية: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ [النساء: 141]⁽³⁾.

وقد أفتى الشيخ أحمد هريدي بجواز توكيل المسلم أو الذمي غير المسلم

(1) السرخسي، المبسوط، ج 19، ص 28.

(2) علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة (بيروت: دار الفكر، د.ط، 1991م)، ج 1، ص 20؛ محمد بن يوسف الكافي، أحكام الأحكام على تحفة الحكام (القاهرة: دار الفكر، د.ط، 1990م)، ص 63.

(3) جعفر بن الحسن المحقق الحلبي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام (قم: مؤسسة مطبوعة إسماعيليين، ط 2، 1987م)، ج 2، ص 199.

في الخصومة، لذلك جاز توكيل المحامي المدني غير المسلم في الدفاع في القضايا والأحكام الشرعية، وقيامه مقام المحامي الشرعي⁽¹⁾.

ويرى الأستاذ مشهور جواز مرافعة المحامي غير المسلم عن المسلم؛ لأن الوكالة نيابة وليست ولاية على الراجح عند العلماء، وكذلك ليس في محاماة غير المسلم عن المسلم احتقار ولا إهانة له⁽²⁾.

خلاصة:

أهم النتائج التي توصلت إليها، هي على النحو الآتي:

1. 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.
2. 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.
3. ممارسة المحاماة في ظل القوانين الوضعية جائزة، إذا لم تخالف الشريعة الإسلامية؛ لأن القول بتحريم مهنة المحاماة ضمن القوانين الوضعية يؤدي إلى انسحاب المسلم من ساحة الدفاع عن الحق ودفع الظلم، ويترتب عليه ترك سوق المحاماة إلى غير المسلمين، وبذلك يسيطرون على المحاماة والقضاء.
4. جواز ممارسة المرأة لمهنة المحاماة كالرجل تماماً ضمن الآداب والضوابط الشرعية في التعامل بين الجنسين.
5. حرمة التوكيل في المطالبة بحقوق أسقط الشرع مشروعيتها وإن أباحتها

(1) أحمد هريدي، الفتاوى الإسلامية (القاهرة: دار الإفتاء المصرية، د.ط، د.ت)، ج 6، ص 2279.

(2) انظر، سلمان، المحاماة وتاريخها في النظم، ص 92 وما بعدها.

القوانين الوضعية.

6. المحاماة أمانة في عنق المحامي، لذلك لا يجوز إفشاء أسرار الدعوى؛ أما نية الموكل المعلنة في ارتكاب جريمة فلا تدخل في الأسرار.
7. لا يجوز أن تكون نية المحامي أو الموكل قصد الإساءة إلى الخصم والانتقام منه، أو تسويق الدعوى للإضرار بالطرف الآخر.
8. 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 محامٍ عنه (وذلك من باب السياسة الشرعية، إذا رأى ولي الأمر ذلك)، فإن تعذر عليه ذلك فإن النيابة العامة تندب عنه محامياً.



الفصل الخامس
الصوت والصورة
ومدى الاعتداد بهما
في الإثبات الجنائي⁽¹⁾
"رؤية إسلامية"

(1) أصل المقال بحث نشر في: مجلة التجديد، السنة الثامنة، العدد السادس عشر، رجب 1425 هـ/أغسطس 2004م، ص 73 - 112.

تمهيد

لقد قذفت الحياة المعاصرة بمئات المسائل والقضايا والمشكلات، وهذه المستجدات تحتاج كلها من المنظور الإسلامي إلى إبداء الرأي. وفي دائرة الجنايات 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 ثمرات التقدم العلمي والتكنولوجي التي شهدتها العصور الأخيرة. ولم يكن يعرفها القدماء وأسلافنا الفقهاء؛ لكن الفقه الإسلامي لم يكن ليقف عاجزا أمام هذه القضايا المستحدثة، ما دام باب الاجتهاد مفتوحا حتى تظل هذه الشريعة قائمة كما أراد الله لها إلى يوم القيامة.

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 للتطور والتجديد في الحدود المشروعة، وعليهم أن يسهموا إسهاما واضحا في إرساء معالم البناء والتقدم ببيان ما هو حلال وما هو حرام، وبيان البدائل التي تحقق المقصود ولا تتنافى مع أصول الشرع ومقاصده. ولا يتم هذا إلا بالتجديد في الاجتهاد لمراعاة المصالح والحاجات. مع مراعاة ضوابط هذا التجديد⁽¹⁾.

ولذلك لن يقف هذا الفقه المرن متخلفا عما يدور ويجري في العالم،

(1) جمال الدين عطية، تجديد الفقه الإسلامي (بيروت: دار الفكر المعاصر، د.ط، 2000م)، ص 155، 196، 232.

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: "فإن الله سبحانه أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات. فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه. والله ﷻ أعلم وأحكم وأعدل أن يخصص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها، وأقوى دلالة، وأبين أمانة 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، فأبي طريق استخراج به العدل والقسط فهو من الدين وليست مخالفة له"⁽¹⁾.

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 والمجيزين لها، مع مناقشة أدلتهم وبيان الراجح منها.

ونعرض كذلك للتشريعات الحديثة لبعض الدول في الاحتجاج بهذه القرائن الجديدة في الإثبات الجنائي أو عدم الاحتجاج بها.

إن هذا النوع من وسائل الإثبات هي من الوسائل الحديثة في القضاء لم يعرفه الأقدمون، ولم يعرفه أسلافنا الفقهاء.

والمدقق في هذه المسألة يرى أنه ليس في الشريعة نصوص تمنع من تنظيم هذه الأمور على ضوء المستجدات العلمية الحديثة، إذا ما حققت العدالة.

(1) محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (بيروت: دار الفكر، د.ط، 2005م)، ص 18.

مع ذلك فإن هناك أصولاً عامة وأحكاماً كلية تحكم هذا النشاط كما تحكم غيره.

منها: ألا يؤدي هذا الأسلوب في الإثبات إلى إهدار الأحكام الشرعية التي تصون حرمة الناس وحقوقهم وأمنهم⁽¹⁾.

وأيضاً من أصول الشريعة الإسلامية أن الغاية لا تبرر الوسيلة، وإنما الذي يتفق مع أصولها أن تكافؤ الوسائل مع المقاصد في مشروعيتها.

إن التهمة إذا توجهت إلى شخص ما، واشتبّه في أمره ووجدت أمارات قوية ودلائل كافية على ارتكابه جريمة ما، فما تأثير هذا الاتهام والاشتباه في الحد من حقوق الشخص وحرياته لأجل مصلحة المجموع.

هناك أصلاً متعارضان يحكمان هذه المسألة، ومصْلحتان متنازعتان وكل منهما جدير بالرعاية، وهما: مصلحة الفرد ومصْلحة المجتمع ومدى تغليب أحدهما على الآخر.

أما الأصل الأول:

فيتعلق بتحقيق مصلحة الفرد وذلك أن من المقرر أن كل إنسان بريء إلى أن تثبت 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 يغيره 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 تغير تلك الحال.

أو هو جعل الحكم الذي كان ثابتاً في الماضي باقياً في الحال حتى يقوم

(1) عوض محمد عوض، "حقوق المشتبه في مرحلة التحقيق"، مجلة المسلم المعاصر، العدد 22، 1980م، ص 13، 23.

دليل على تغيره⁽¹⁾.

ومقتضى هذه القرينة ألا تُمس حقوق الإنسان، ولا تقيد حريته قبل أن تقوم الأدلة على انتفاء براءته.

والإتهام وحده لا ينفي تلك القرينة، لأنه لا يخلو من الشك بطبيعته، والشك لا يمحو اليقين، والبراءة الأصلية حقيقية متيقنة.

أما الأصل الثاني:

فيتعلق بتحقيق مصلحة المجتمع في نشر العدالة وكشف الحقيقة.

وهنا ومن - باب الضرورة - يخترق مصلحة الفرد بقدر ما يتعلق الأمر بمصلحة المجموع لدفع الشر والمفاسد والجرائم عنهم.

إن تمحيص الاتهام لا يتسنى في كثير من الأحيان دون التعرض لشخص المتهم وتقييد بعض حقوقه.

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 المحظورات، وأنها تقدر بقدرها.

والتعارض بين الأصلين يضع المحقق في موقف دقيق، ويفرض عليه تقييد كل منها بقدر ما تقضي 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.

(1) محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، 2006م)، ص 233؛ محمد عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه (القاهرة: دار الحديث، د.ط، 2003م)، ص 91؛ عبد الفتاح محمد أبو العينين، القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي مع المقارنة بقانون الإثبات اليمني (القاهرة: مطبعة الأمانة، 1983م)، ص 77.

لكن الاعتدال مطلب عسير؛ لأنه من المسائل النسبية التي تختلف فيها الأنظار.

والمهم هو إيجاد نوع من التوازن الذي تحرص الشريعة على وجوده في كل أحكامها بين حقوق الفرد وحقوق المجتمع⁽¹⁾.

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 وكشفا لأسرارهم وعوراتهم، وإطلاعا على ما يحرسون على إخفائه.

ويدخل جميع ذلك في باب التجسس واستراق السمع، وهو مما نهى الله

عنه. قال تعالى: ﴿وَلَا يَجَسَّسُوا﴾ [الحجرات: 12].

وقبل 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.

فالتجسس معناه طلب الأمارات المعرفة، ولا رخصة في طلبها؛ لأننا أمرنا

(1) "حقوق المشتبه فيه"، مرجع سابق، ص 14.

أن نجري أحكام الناس على الظواهر من غير استكشاف عن الأمور الباطنة⁽¹⁾.
 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 تعلق على ضرورة حمايته.

وذلك مقتضى التكريم الذي ورد في قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ [الإسراء: 70]. 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 حرمت الإنسان من مقتضيات التكريم الإلهي للإنسان، والآيات القرآنية والأحاديث النبوية في هذا الخصوص عديدة.

قال تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَىٰ أَهْلِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴿٢٧﴾ فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّىٰ يُؤْذَنَ لَكُمْ وَإِنْ قِيلَ لَكُمْ آرْجِعُوا فَآرْجِعُوا هُوَ أَزْكَىٰ لَكُمْ﴾ [النور: 27 - 28]. وقال تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا﴾ [الحجرات: 12].

وقال ﷺ: «كل مسلم على المسلم حرام ماله ودمه وعرضه»⁽²⁾. وقال ﷺ:

(1) أبو حامد عبد الرحيم بن حسين الغزالي، إحياء علوم الدين (القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، 1939م)، ج 2، ص 415؛ محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (بيروت: دار الكاتب المصرية، د.ط، 1967م)، ج 16، ص 333.
 (2) سليمان أبو داود السجستاني، السنن (دار الجيل للنشر والطباعة، د.ط، 1992م)، كتاب الأدب، باب في الغيبة، ج 4، ص 270، رقم 4882.

«إن الأمير إذا ابتغى الريبة في الناس أفسدهم»⁽¹⁾.

وقيل لابن مسعود رضي الله عنه: هذا الوليد بن عقبة تقطر لحيته خمرا، فقال: إنا نهينا عن التجسس، ولكن إن يظهر لنا منه شيء نأخذ به⁽²⁾.

وروي أن عمر بن الخطاب حدث أن أبا محجن الثقفي يشرب الخمر مع أصحاب له 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⁽³⁾.

ويروى عن عبد الرحمن بن عوف، قال: حرست ليلة مع عمر بن خطاب رضي الله عنه 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 يَجَسَّسُوا﴾ [الحجرات: 12]، وقد تجسسنا، فانصرف عمر وتركهم⁽⁴⁾.

لذلك فإن من توجيهات الإسلام المحافظة على عورات الناس وسترها.

يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «من ستر عورة مؤمناً فكأنما استحيا

(1) محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرک علی الصحیحین (بيروت: دار المعرفة، ط 1، 1998م)، ج 4، ص 419، رقم 8137؛ أبو داود، السنن، ج 4، ص 272 رقم 4889، باب النهي عن التجسس، كتاب الأدب.

(2) عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار (بيروت: دار الفكر، د.ط، 1994م)، ج 5، ص 327 رقم 26568؛ عبد الرزاق الصنعاني، المصنف (بيروت: منشورات المجلس العلمي، د.ط، 1970م)، ج 10، ص 232؛ محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرک علی الصحیحین (بيروت: دار المعرفة، ط 1، 1998م)، ج 4، ص 418 رقم 8135، وقال: "هذا حديث صحيح الإسناد".

(3) عبد الرزاق، المصنف، ج 9، ص 243/ ج 10، ص 232؛ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق: علي محمد البجاوي (بيروت: دار الجيل، ط 1، 1992م)، ج 7، ص 361؛ ابن أبي شيبة، المصنف، ج 6، ص 550، رقم 33746.

(4) عبد الرزاق، المصنف، ج 10، ص 231؛ ابن حجر، الإصابة، ج 2، ص 521.

مؤودة من قبرها»⁽¹⁾.

وقد أكد الرسول ﷺ على أنه لا يجوز إلحاق الضرر بالمسلمين أحادهم وجماعاتهم بقوله: «لا ضرر ولا ضرار»⁽²⁾.

ومن وصايا الرسول ﷺ في المحافظة على عورات الناس وسترها أنه قال: «إنك إن تتبعت عورات الناس أفسدتهم، أو كدت تفسدهم»⁽³⁾.

وقد روى عمر بن الخطاب أنه دخل على قوم يتعاقرون على شراب في أخصاص، فقال: "قد نهيتكم عن المعاقرة فعاقرتم، ونهيتكم عن الإيقاد في الإخصاص فأوقدتم؟

فقالوا: يا أمير المؤمنين قد نهك الله عن التجسس فتجسست، ونهك عن الدخول بغير إذن فدخلت، فقال عمر: هاتان بهاتين وانصرف"⁽⁴⁾.

يقول الألووسي رحمه الله: - في آية الحجرات - نهى الله عن التجسس نهياً عاماً، لأن الخطاب للجميع، وقد عد الاستماع إلى حديث القوم وهم له كارهون من التجسس، وهو حرام⁽⁵⁾.

والرسول ﷺ يقول: «من استمع إلى حديث قوم صب في أذنه الآنك»⁽⁶⁾.

(1) أبو داود، السنن، ج 2، ص 571؛ أحمد بن حسين البيهقي، السنن الكبرى (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، 1999م)، ج 8، ص 333؛ علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، 1988م)، ج 6، ص 274.

(2) محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، السنن (المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، د. ط، 2006م)، رقم (2341)، ج 2، ص 784؛ أحمد بن حنبل، المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط 2، 1420هـ/1999م)، ج 1، ص 313.

(3) أبو داود، السنن، ج 2، ص 570؛ البيهقي، السنن، 1356هـ، ج 8، ص 333.

(4) علي بن محمد الماوردي، الأحكام السلطانية (القاهرة: دار الحديث، ط 2، 2006م)، ص 353. ويقول القرطبي - في قوله تعالى: "ولا تجسسوا" - خذوا ما ظهر، ولا تتبعوا عورات المسلمين، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 16، ص 333.

(5) شهاب الدين محمود الألووسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني (المطبعة المنيرية، د. ط، 1345هـ)، ج 26، ص 156.

(6) عبد العظيم بن عبد القوي المنذري، الترغيب والترهيب (الرياض: مكتبة المعارف، ط 1،

ولذلك وبناء على هذا الأصل المحرم للتجسس وتتبع الأسرار.

فالذي يبدو لي:

أنه في الأحوال الاعتيادية لا يجوز تتبع الناس والتقاط صورهم وتسجيل أصواتهم خلسة ودون علمهم ورضاهم، وكذلك مراقبة مكالماتهم التلفونية ومثلها المراسلات البريدية والبرقية الشخصية، لأن جميع ذلك تتمتع بحرمة خاصة.

فلا يجوز أن يطلع عليها أحد باعتبار أنها خصوصية من خصوصيات الأفراد وأسرارهم، والشريعة حمت هذه الخصوصية.

فمن حق صاحب الرسالة على المجتمع وعلى المسؤولين حماية رسالته من الاعتداء عليها أو الاطلاع على محتوياتها.

وكشف الرسالة ونشر البرقية فيه اعتداء على حق المرسل، واعتداء آخر

على حق المرسل إليه.

وهذه المعلومات أمانة بيد الناقل سواء مصلحة البريد، أو مصلحة الهاتف فلا يجوز إفشاؤها؛ لأن في مراقبة هذه الرسائل إخلال بالالتزام بالعقد المبرم بين السلطة والمواطن مرسل الرسالة، أو المتكلم بالهاتف أو المرسل إليه ويعد ذلك إضراراً بالمرسل والمرسل إليه، والمتكلم والسامع.

والضرر المترتب على الإخلال بحق ثابت للغير بالعقد والشرع مسؤولية

يعاقب عليها الشرع حيث وجد الضرر وحيث وجد الإخلال بالعقد⁽¹⁾.

2003م)، ج 2، ص 692؛ محمد بن إسماعيل البخاري، الأدب المفرد (القاهرة: مؤسسة المختار، ط 1، 2009م)، ص 397، حديث رقم 1159؛ أبو داود، السنن، كتاب السنة، باب ما جاء في الرؤيا، ج 4، ص 306، رقم 5024؛ محمد بن عيسى الترمذي، السنن (المكتبة العصرية للطباعة والنشر، 2006م)، كتاب اللباس، باب ما جاء في المصورين، ج 4، ص 231 رقم 1751، وقال: حديث حسن صحيح.

(1) محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشرعية (القاهرة: دار الشروق، ط 5، 1997م)، ص 412؛ محمد راكان الدغمي، حماية الحياة الخاصة في الشريعة الإسلامية (القاهرة: دار السلام،

وبعد هذا البيان لموقف الإسلام من التجسس، نذكر أن الفقهاء رحمهم الله قد أوردوا استثناءات على هذا الأصل المحرم بناءً على قواعد الضرورات، والسياسة الشرعية، فذكروا أنه يباح فعل الحرام "وهو التجسس" في حالات الضرورة، لدفع المفسد والجرائم المتوقعة.

وذلك عند ظهور شبهة قوية، أو خبر ثقة، أو تكون هناك حرمة يفوت تداركها كالقتل والزنا.

فيجوز في مثل هذه الحالات التجسس حذراً من فوات ما لا يستدرك من انتهاك المحارم، وارتكاب المحظورات.

لذلك يجوز في حالات الضرورة -والضرورة تقدر بقدرها - التنصت على أسرار الناس في حالة وجود الأمارات الدالة على ارتكاب الجريمة. كما يقول الآلوسي رحمه الله⁽¹⁾.

ويقول أبو حامد الغزالي: "فلا يجوز أن يسترق السمع على دار غيره لسمع صوت الأوتار، ولا يستنشق ليدرك رائحة الخمر، ولا أن يمس ما في ثوبه ليعرف شكل المزمار، ولا أن يستخبر من جيرانه ليخبروه بما يجري في داره. نعم لو أخبره عدلان ابتداء من غير استخبار بأن فلانا يشرب الخمر في داره، أو بأن في داره خمر أعده للشرب فله إذ ذاك أن يدخل داره، فلا يلزمه الاستئذان ويكون تخطي ملكه بالدخول للتوصل إلى دفع المنكر، وتقبل شهادة العدل الواحد"⁽²⁾.

ويقول ابن الجوزي فيما ينقله المقدسي⁽³⁾: "لا ينبغي له أن يسترق السمع

د.ط، 1985م، ص 116.

(1) الآلوسي، روح المعاني، ج 26، ص 158.

(2) أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، ج 2، ص 324؛ محمد بن عبد الله الخرخشي، حاشية الخرخشي على مختصر سيدي خليل (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 1997م)، ج 2، ص 110.

(3) محمد بن مفلح المقدسي، الآداب الشرعية والمنح المرعية (مطبعة المنار، ط 1، 1349هـ)،

على دار غيره ليسمع صوت الأوتار، ولا يتعرض للشم ليدرك رائحة الخمر، ولا يستخبر جيرانه 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 ممنوع) أي الكتاب الذي فيه أمانة أو سر بين الكاتب والمكتوب إليه، إلى أن يقول: "ولكن هذا في الأحوال العادية، أما لو دعت الحاجة والضرورة إلى ذلك فإنه جائز"⁽¹⁾.

وكذلك في حالة توافر الأسباب الموجبة للتجسس من قبل ولي الأمر؛ فإن عليهم التجسس، على أهل الريب في حالة غلبة الظن، للتحري والكشف عن الجريمة، وقد أشار إلى ذلك أبو يعلى والماوردي: "ومن هذه الأحوال أن يكون في ترك التجسس انتهاك حرمة يفوت تداركها. أو أن يخبره من يثق بصدقه وأمانته أن رجلاً خلا بامرأة ليزني بها أو برجل ليقته. فيجوز له أن يستعمل من الوسائل المحظورة ما يفيد في كف الأذى، وصيانة الحرمات، والمحافظة على الأنفس والأعراض، خوفاً من انتهاك المحارم وارتكاب المحظورات، وخوفاً من فوات ما لا يستدرك إلا بهذا الأسلوب الذي منه التجسس"⁽²⁾.

وفي هذه الحالات يعمل بالظنون المضبوطة بالضوابط الشرعية، وإن ترك العمل بهذا النوع يؤدي إلى تعطيل مصالح كثيرة غالبية⁽³⁾.

ج 1، ص 320.

(1) محمد أنور شاه الكشميري، فيض الباري في شرح صحيح البخاري (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط 1، 2005م)، ج 4، ص 411؛ الحسين بن مسعود البغوي، شرح السنة (بيروت: دار الفكر، د.ط، 1994م)، ج 11، ص 74.

(2) علي بن محمد الماوردي، الأحكام السلطانية (القاهرة: دار الحديث، ط 2، 2006م)، ص 253؛ محمد بن حسين أبو يعلى، الأحكام السلطانية (بيروت: دار الكتب العمية، د.ط، 1983م)، ص 280؛ إبراهيم بن علي بن فرحون، تبصرة الحُكَّام في أحوال الأقضية ومناهج الأحكام (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 2007م)، ج 2، ص 186.

(3) عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام (دار القلم، ط 1، 2000م)، ج 2،

ويمكن أن يستدل لذلك أيضاً بحديث حاطب بن أبي بلتعة الذي رواه على ابن أبي طالب.. "فقلنا أخرجي الكتاب، فقالت، ما معي من كتاب، فقلنا: لتخرجن الكتاب، أو لتلقين الثياب، فأخرجته من عقاصها.."⁽¹⁾.

يقول البغوي: هذا الحديث يدل على أنه يجوز النظر في كتاب الغير بغير إذنه، وإن كان سراً، إذا كان فيه ريبة وضرر يلحق الغير⁽²⁾.

ويقول ابن فرحون في تبصرته: "الطريق الذي استخرج به الكتاب هي من السياسة الشرعية"⁽³⁾.

ويقول ابن الجوزي فيما ينقله صاحب عمدة القارئ: "وفيه دلالة على أن حكم المتأول في استباحة المحظور خلاف حكم المتعمد لاستحلاله من غير تأويل"⁽⁴⁾.

والإمام الجويني كان يرى ملاحقة أهل الريب وتبعمهم وللإمام وضع العيون عليهم، يقول الجويني: "إن نبع في الناس داعي الضلالة وغلب الظن أنه لا ينكف عن دعوته وشر غائلته فالوجه: أن يمنعه وينهاه ويتوعده... ثم يكل به موثقاً 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 مجهولين يجلسون إليه على هيئات متفاوتات ويعتزون إلى مذهبه

=

ص 62؛ محمد بن عبد الله بن العربي، أحكام القرآن (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 3، 2003م)، ج 4، ص 12؛ أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 2007م)، ج 5، ص 287.

(1) بدر الدين محمود بن أحمد عيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري (بيروت: دار الفكر، د.ط، 2002م)، ج 14، ص 254؛ البيهقي، السنن، ج 9، ص 146.

(2) البغوي، شرح السنة، ج 11، ص 74.

(3) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 2، ص 139.

(4) العيني، عمدة القارئ، ج 4، ص 257؛ الدغمي، حماية الحياة الخاصة، ص 121.

ويسترشدونه ويتدرجون إلى التعلم والتلقي منه، فإن أبدى شيئاً أطلعوا السلطان عليه، فيتسارع إلى تأديبه"⁽¹⁾.

لذلك وبناءً على هذا الاستثناء من الأصل المحرم في التجسس الذي ذكره الفقهاء، فإنه يجوز تتبع المشتبه فيه ومراقبته والاطلاع على أسراره في جناية لا يعرف فاعلها أو في جناية متوقعة، ذلك لأجل معرفة الجاني إذا وجدت هناك أمارات قوية تدل على المشتبه فيه.

فالمحقق أو الجهة المعنية بناءً على ما ذكرنا لهم السلطة التي تبيح لهم الحد من حرية المشتبه فيه وتقييد بعض حقوقه لأجل الكشف عن الحقيقة.

وسلطة القاضي والمحقق في هذا الشأن ليست أصلاً، بل هي استثناء من الأصل، فلا يجوز التوسع فيها، بل يجب الاقتصار على ما تقتضيه الضرورة.

لذلك ينبغي على الدولة تقرير عدد من الضمانات حماية للمتهم من جهة، ورعاية للحق العام من جهة أخرى⁽²⁾.

وبناءً عليه فإنه ليس في الشريعة ما يمنع على العدالة الاستعانة بثمرات التطور العلمي، والاستفادة من قرائن التسجيل الصوتي والتصوير في بيان الحقيقة وتتبع الجناة وإدانتهم، وليس فيه من انتهاك للحقوق والحرمان أكثر مما في القبض والتفتيش.

ولا يعد هذا الإجراء والتقييد لحرية المتهم نفيًا للبراءة الأصلية؛ ولكنه إجراء وقتي تمليه الضرورة.

الدليل الثاني:

احتج المانعون من اعتبار التصوير والتسجيل حجة في الإثبات الجنائي بأنهما ليستا من القرائن القاطعة، ولأنهما تقبلان التزوير والتمويه.

(1) عبد الملك بن عبد الله الجويني، غياث الأمم في التياث الظلم (بيروت: دار الكتب العلمية، 2003م)، ص 169.

(2) "حقوق المشتبه فيه"، مرجع سابق، ص 14.

أما الصوت فإنه قابل للمشابهة 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 ينتابها وهذا الاضطراب الذي يعتربها فلا تصلح لأن تكون أساساً لبناء الحكم عليها وطريقاً يحكم على الناس بموجبها. وأما الصورة: فإنها قابلة للتزوير أيضاً كالصوت وذلك عن طريق "دبلجته"، وكذلك هناك احتمال تشابه صور الأشخاص.

لذلك فلا تصح أن تكون حجة يحكم بموجبها 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 ويعتد بها.

وسأبين هذه الشروط والضوابط لأجل الالتزام بها في ميدان القضاء، والاعتماد على هذه القرائن المستجدة كدليل معتبر من أدلة الإثبات.

وهي - كما يبدو لي - على النحو الآتي:

1. قيام صلة بين هذه الصور والقضايا التي تعرض في الدعوى، أي إثبات صلتها بالجريمة المرتكبة وبشخصية مرتكبها.

2. التحقق من صحة الصورة في تمثيل حقيقة الوقائع والتعبير عنها تعبيراً صادقاً، وسلامتها من الشكوك والشبهات التي تثار حولها، وإقامة البيئة الفنية على مضمونها من قبل خبير مؤهل ومختص بهذا الشأن، للتأكد من

سلامتها من التزوير، لأجل الاعتداد بها في التعرف على الشخصية وقبولها دليلاً في الإثبات.

3. تحقق الدقة والإتقان الفني في تصوير وتسجيل الواقعة المراد إثباتها من صوت أو صورة أو مكالمة هاتفية. وخاصة إذا علمنا تطور أجهزة التصوير والتسجيل تطوراً مذهلاً من الناحية التكنولوجية في الآونة الأخيرة، وبصورة لم يسبق لها مثيل.

4. التحقق التام من غياب أي قصد بهدف التضليل.

5. عدم جواز الحصول على الصوت والصورة والتنصت التلفوني في الحالات الاعتيادية، ودون وجود حاجة لذلك؛ لأن ذلك يعد ثمرة للعدوان على حرمة الحياة الخاصة، بطريقة تخالف القواعد والأحكام التي تحمي خصوصيات الناس وأمنهم وأمانهم وأسرارهم.

6. لا يلجأ إلى هذه الإجراءات إلا من باب الضرورات، وما تقضي به مبادئ السياسة الشرعية لدفع العدوان والمفاسد عن المجتمع، وتغليب مصلحة المجموع على مصلحة الفرد. وذلك في حالة وجود أمارات قوية ودلائل كافية حول المشتبه فيه تدل على ارتكابه الجريمة، حينئذ توضع القيود على حريته، حتى لا يفلت المجرم من العقاب. فالأمارات 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.

7. يُعتد بتقدير القاضي لصحة هذه القرائن وقناعاته الشخصية بها، لذلك ينبغي على القاضي تقدير قرائن الصوت والصورة، ومعرفة ظروفها وملاساتها ووقائعها، وما يعترىها من شبهات، وما يعرض لها من تلفيق، لكي يصل إلى الحكم بمقصد الشرع في تحقيق العدالة في الخصومات، وحتى لا تكون تكأة تعلق بها التهم لكثير من الأبرياء.

فالقاضي له تقدير القرائن القائمة في الدعوى، والتي يطمئن إليها بعد أن يجتهد فيها اجتهاداً قائماً على الفهم الدقيق الواعي، وبعد بذل جهده واستفراغ وسعه في معرفة ظروف الدعوى وملابساتها، فعليه أن يتروى ويتأنى في تقييم القرينة والبحث عن حقيقتها من خلال التدقيق فيها، ومعرفة واكتشاف ما يعتربها من شبهات، حتى يصل إلى القناعة التامة بالحق في الدعوى.

لذا فإن تقدير حجية قرينة ما في الدعوى ومدى الاعتداد بها أو عدمه، أمر متروك 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 بالتعليل، 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 "عيب 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 فيأخذ بها بعد تمحيصها والتأكد من صحتها ومطابقتها للواقع، ويرفضها إذا كانت تخالف الحقيقة والواقع، إلا أن تحري الحقيقة وصحة الدليل إنما هو في حدود ما يستطيعه البشر. فالشريعة لا تكلف القاضي بما ليس في وسعه للوصول للحقيقة

الواقعة وإنما يكفي أن يصل باجتهاده وتمحيصه 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⁽¹⁾.

لذلك يقول رسول الله ﷺ: «إني لم أؤمر أن أنقب عن قلوب الناس ولا أشق بطونهم»⁽²⁾.

فهذه القرائن أرى أنها يعتد بها بشروطها وضوابطها وقبورها، وخاصة في الجرائم التي تمس حقاً للعبد كما في حد القذف - على رأي من يقول في حد القذف إن حق العبد فيها غالب - وكذلك في القصاص. فالقرينة القوية في هذه المجالات ينبغي أن يؤخذ بها حتى ترد الظلمات إلى أهلها⁽³⁾.

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 حقاً لله تعالى،

(1) علي رسلان، نظام إثبات الدعوى وأدلته في الفقه الإسلامي والقانون (القاهرة: دار الدعوة، د.ط، 1996م)، ص 192.

(2) أبو الحسين مسلم بن الحجاج، الصحيح (بيروت: دار الجيل، د.ط، د.ت)، كتاب الزكاة، باب ذكر الخوارج، وثقاتهم، رقم الحديث: 1064، وهذا الحديث رواه أبو سعيد الخدري رضى الله عنه، وأخرجه أحمد في مسنده، ج 2، ص 4؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج 8، ص 196.

(3) عارف علي عارف، البصمة الجينية ودورها في الإثبات الجنائي (كوالالمبور: دار التجديد، ط 1، 2002م)، ص 16.

أو حقاً للعباد.

فإن كان حقاً لله: فقد اتفق الفقهاء على أنه يجوز للمقر الرجوع عن إقراره في حقوق الله تعالى كالردة وشرب الخمر والزنا والسرقة من أجل إسقاط الحد، لا إسقاط المال، لأنها تدرأ بالشبهات، فإن أقام على اعترافه أقيم عليه الحد⁽¹⁾.

يقول الإمام مالك: "إن الحد الذي هو لله لا يؤخذ إلا بأحد وجهين: إما بينة عادلة تثبت على صاحبها، وإما اعتراف يقيم عليه حتى يقام عليه الحد، فإن أقام على اعترافه أقيم عليه الحد⁽²⁾."

"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 لرجوعه، أو لم

(1) محمد أمين صلاح الدين بن عابدين، حاشية ابن عابدين (بيروت: دار الثقافة والتراث، د.ط، 2000م)، ج 3، ص 140؛ محمد بن أحمد بن جزي، القوانين الفقهية (القاهرة: دار الحديث، د.ط، 2005م)، ص 349؛ عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقى (بيروت: دار الكتاب العربي، 1403 هـ/1983م)، ج 8، ص 197؛ سعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (القاهرة: المطبعة الجمالية، ط 1، 1901م)، ج 7، ص 61؛ عبد الرحمن المغربي الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (بيروت: دار الفكر، ط 3، 1992م)، ج 6، ص 294. وعند الظاهرية أن من أقر إقراراً تاماً بحق من مال أو دم أو بشرة، وكان عاقلاً بالغاً غير مكره، ولم يصل إقراره بما يفسده، فقد لزمه إقراره، ولا رجوع له بعد ذلك، فإن رجع لم ينتفع برجوعه، وقد لزمه ما أقرب به على نفسه من دم أو حد أو مال. انظر، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 2، ص 38؛ محمد بن عبد الواحد بن الهمام، شرح فتح القدير (الرياض: دار عالم الكتب، د.ط، 2003م)، ج 4، ص 120؛ أبو زكريا الأنصاري، أسنى المطالب شرح روضة الطالب (القاهرة: مطبعة الميمنية، د.ط، 1313هـ)، ج 4، ص 132؛ ابن قدامة، المغني، ج 10، ص 168؛ علي بن أحمد بن حزم، المحلى (دار الفكر العربي للطباعة والنشر، 2001م)، ج 8، ص 520.

(2) يحيى بن يحيى الليثي، موطأ مالك برواية يحيى (دار الغرب الإسلامي، د.ط، 1997م)، ص 826؛ بداية المجتهد لابن رشد، دار الفكر، ج 2، ص 329؛ محمد الحبيب التجكاني، النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي (بغداد: دار الشؤون الثقافية العامة، آفاق عربية، د.ت)، ص 217.

يبد أي عذر لتبرير رجوعه⁽¹⁾.

وهذا هو الذي ذهب إليه الشافعي وأبو حنيفة ومالك في أحد قولييه. ويشهد له ما رواه البخاري⁽²⁾، ومسلم⁽³⁾، وغيرهما⁽⁴⁾، أن النبي ﷺ رد المقر بالزنا مرارا أربعا، كل مرة يُعرض عنه، ولما شهد على نفسه أربع مرات دعاه النبي ﷺ وقال: «أبك جنون؟ قال: لا. قال: أحصنت؟ قال: نعم».

وفي البخاري: «لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت، وأخيرا قال الرجل: أريد أن تطهرني، قال: فأمر به فرجم».

قال الترمذي⁽⁵⁾: « فلما وجد مس الحجارة فر يشدد؛ حتى مر برجل معه لحي جمل فضربه به، وضربه الناس حتى مات، فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ أنه فر حين وجد مس الحجارة ومس الموت، فقال رسول الله ﷺ: «هلا تركتموه».

وهذا كله بيان إلى أنه يجوز للمقر بما فيه حد أن يرجع، ورجوعه مقبول. وينبغي على هذا أن الراجع في الإقرار لا يقام عليه الحد؛ إلا أنه يلزمه غرم المال الذي يترتب على ما أقر به من حدود.

فلو أقر شخص بسرقة ثم رجع عن إقراره فإن الحد لا يقام عليه؛ ولكنه يلزم برد المسروق إلى صاحبه أو غرم ما اعترف به أنه سرقه⁽⁶⁾. لأن قطع اليد في

(1) محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط 1، 1997م)، ج 4، ص 147.

(2) كتاب الحدود باب هل يقول الإمام للمقر: لعلك لمست أو غمزت، ج 6، ص 2502، رقم الحديث 6438، وباب سؤال الإمام المقر هل أحصنت رقم الحديث 6439.

(3) كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا، ج 3، ص 1318 رقم الحديث 1691.

(4) أبو داود، السنن، في كتاب الحدود، باب رجم ماعز بن مالك ج 4، ص 145 - 149 أرقام الحديث 4419 - 4434؛ ابن ماجه، السنن، كتاب الحدود باب الرجم ج 2، ص 854 رقم الحديث 2554.

(5) الترمذي، السنن، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحد، عن المعترف، إذا رجع، ج 4، ص 36، رقم الحديث 1428، وقال الترمذي: حديث حسن.

(6) محمد بن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي (دار الحديث الحسينية، ط 1،

السرقه إنما وجب حقاً لله تعالى فيسقط بالرجوع عن الإقرار به. ويمكن أن يعزز على أساس إقراره⁽¹⁾.

أما حقوق الأدميين:

فإنها تثبت حتى مع وجود الشبهات كالإقرار بالقتل، أو الجرح، أو قطع طرف، أو إسقاط جنين. فلا يجوز للمقر الرجوع عن إقراره بها لتعلقها بحقوق الناس الشخصية ولو أن القصاص مما يدرأ بالشبهات.

لأن الأصل ألا يجوز إلغاء كلام المكلف بلا مقتضى⁽²⁾ ولأن حق العبد بعد ما ثبت بالإقرار لا يحتمل السقوط بالرجوع⁽³⁾، ولا يعد رجوعه إلغاء للإقرار.

يقول ابن جزى: "من أقر بحق لمخلوق لم ينفعه الرجوع"⁽⁴⁾.

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

(1) 1984م، ص 29؛ أحمد محمد الحصري، السياسة الجزائرية (بيروت: دار الجيل، د.ط، 1993 م)، ج 2، ص 550.

(2) منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع (بيروت: دار الفكر، 1982م)، ج 4، ص 86؛ ابن حزم، المحلى، ج 8، ص 250؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج 4، ص 175.

(3) ابن الهمام، فتح القدير، ج 4، ص 120؛ محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 2، 2004م)، ج 2، ص 430؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج 4، ص 150؛ ابن قدامة، المغني، ج 8، ص 197؛ أحمد بن محمد الدردير، أقرب مسالك إلى مذهب الإمام مالك (القاهرة: مطبعة المصطفى الحلبي، ط 2، 1954م)، ج 4، ص 318؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (بيروت: دار الفكر، ط 4، 1997م)، ج 6، ص 387.

(4) محمد بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (بيروت: دار إحياء التراث، 1992م)، ج 4، ص 410؛ شهاب الدين القليوبي، حاشية قليوبي (بيروت: دار إحياء الكتب العربية)، ج 3، ص 181.

(4) ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 208؛ الموسوعة الفقهية، ج 6، ص 61.

طرحه، وبالجملة فإن قيمة الإقرار غير القضائي تترك لتقدير القاضي⁽¹⁾.

والذي يبدو لي:

أنه إذا جاز إثبات الإقرار بشهادة عدلين أو عدل وامرأتين، أو عدل واحد مع اليمين⁽²⁾، أفلا 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 يعد 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 يثبت عند مالك والشافعي بشهادة شاهدين فقط⁽³⁾.

لذلك فالذي أراه:

أن التسجيل الصوتي للإقرار إذا أخذ بشروطه وضوابطه المتفق عليها فهو أثبت وأقرب إلى الحقيقة وأعدل من عدل واحد مع يمينه، وخاصة إذا تعددت الجهات التي قامت بالتسجيل وبالأخص إذا كانت هذه التسجيلات وفاءً لحاجة الشرطة في تتبع الجرائم والجنايات.

وكل ذلك يخضع لتقدير القاضي وقناعته الشخصية، واطمئنانه، وخلو القرينة من الشكوك والشبهات.

(1) رسلان، نظام إثبات الدعوى وأدلتها في الفقه الإسلامي والقانون، ص 145؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (دار النهضة العربية، د. ط، 1982م)، ج 2، ص 476.

(2) ابن قدامة، المغني، ج 5، ص 164؛ مالك، فتح العلي، ج 2، ص 328.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج 7، ص 50؛ البهوتي، الإقناع، ج 4، ص 259؛ الأنصاري، أسنى المطالب ج 4، ص 132؛ البهوتي، كشاف القناع، ج 4، ص 86؛ ابن حزم، المحلى، ج 8، ص 250.

ومع ذلك فإن هذا التقدير والقناعة ينبغي أن تقيد بشروط صحة التسبب والالتزام بالتعليل - لما ذكرنا - لا مطلق القناعة.

أما المجيزون فإنهم يرون أن الإثبات الجنائي عن طريق التصوير الضوئي وشريط الفيديو 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 المعتمدة للأخذ بهذه الأدلة، فإذا وجدت مثل هذه القرائن بضوابطها وشروطها الشرعية عدت حجة وحكم بمقتضاها.

وكلام الفقهاء في القرينة منصب على القرينة القوية، والتي عرفوها بأنها التي تصير الأمر في حيز المقطوع به، أو الأمانة البالغة حد اليقين.

والتعريف الأخير يتفق وما جاء في مجلة الأحكام العدلية بتعريف القرينة. ففي المادة 1741 ورد أن القرينة هي الأمانة 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 قويت فلا تخلو من ظن، ولا يتوقف العمل بها على اليقين الذي يقطع الاحتمال.

فالقرينة القاطعة من قبيل ما يفيد علم الطمأنينة لا علم اليقين⁽¹⁾.

إن الغرض من العمل بالقرائن هو إبانة الحق وإظهاره؛ إذ إن القرائن القوية ترجح كفة أحد الخصمين، وتدلل على الحق في الخصومة، وليس من العدل، ولا من الحق، أن تهدر دلالتها ويحجر على القضاء الأخذ بها، وقد جاءت الشريعة باعتبارها، واعتمد عليها الفقهاء في صدر الإسلام في أفضيتهم عليها، لذلك أضيفت القرينة القاطعة إلى الأدلة الشرعية المقبولة⁽²⁾.

(1) أحمد عبد المنعم البهي، من طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ت)، ص 73.

(2) أحمد إبراهيم، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية (ط 3، 1985م)، ص 449.

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

فكما أن احتمال كذب الشاهدين قائم بعد عمل أقصى ما يمكن من التحري، مع ذلك فلا يمتنع الأخذ بشهادتهما 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 الشهود العدول المزكين بحياة وأموال الكثيرين من الناس وهم مظلومون كذلك.

وما دام الوصول إلى الدليل القاطع الذي ينتفي معه كل احتمال لا مطمع فيه؛ إذ هو في حيز المستحيل غالباً، وجب الأخذ بحكم الضرورة بالأدلة والحجج الظنية مع الاستقصاء في التثبت وتقديم الأقوى منها على غيره عند التعارض وملاحظة الأمور المرجحة⁽¹⁾.

وفي مجال التشريعات الحديثة، فمن المعلوم أن من المبادئ الدستورية الهامة في معظم دول العالم المتمدن هو حرمة حياة المواطنين الخاصة وهي حرمة يحميها القانون، وقد اهتمت بذلك الحلقات الدراسية التابعة للجنة حقوق الإنسان المنبثقة عن هيئة الأمم المتحدة، وتناولت موضوع أجهزة التسجيل الخاصة بالأحاديث⁽²⁾.

وقد عُرض هذا الموضوع أيضاً في مؤتمر فينا عام 1960م حول حماية

(1) المرجع السابق، ص 462.

(2) انظر، حسن صادق المرصفاوي، ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية (القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية د.ط، 1972م)، ص 66 - 71.

حقوق الإنسان من الإجراءات الجنائية، وانتقدوا بشدة موضوع استخدام المسجلات الصغيرة المخفأة وتسجيل الأحاديث التلفونية؛ لأنه من قبيل استراق السمع على الآخرين.

وفي مؤتمر عقد في نيوزلندا عام 1961م، استقر الرأي على أن وضع الرقابة على الحديث التلفوني أثناء التحقيقات الجنائية بدون تنظيم يهدد الحقوق الشخصية، وطالبوا بمزيد من القيود والضمانات الجدية في ذلك.

وفي مؤتمر كامبيرا عام 1963م، تقرر أن الاستماع التعسفي للمكالمات التلفونية يعتبر عدواناً خطيراً على حقوق الإنسان، ومع ذلك فقد قرروا أن بالإمكان الاستعانة بهذه الوسيلة لمصلحة المجتمع باعتبار أن الاتصال التلفوني كثيراً ما يسهل للإعداد لارتكاب الجرائم فينبغي عدم حرمان الشرطة من استخدام هذه الوسيلة لإظهار الحقيقة.

وفي مصر؛ فإن التنصت التلفوني أو التسجيل الصوتي واستراق السمع لمحادثات جرت في مكان خاص يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون، ويستتبع ذلك بطلان الدليل المستمد منه وعدم جواز قبوله في الإثبات⁽¹⁾.

ويُعاقب بالحبس لمدة لا تزيد على سنة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن في حالة ما إذا استرق السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الأجهزة أيّاً يكن نوعه؛ محادثات جرت في مكان خاص عن طريق التلفون، أو التقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أيّاً يكن نوعه؛ صورة شخص في مكان خاص.

(1) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات (القاهرة: دار النهضة العربية، د.ط، 1986م)، ص 786 وما بعدها؛ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية (القاهرة: دار النهضة العربية، د.ط، 1981م)، ص 473 وما بعدها؛ محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للحريات الشخصية (الإسكندرية: منشأة المعارف، د.ط، 1979م)، ص 83 وما بعدها؛ كامل السعيد "الصوت والصورة ودورهما في الإثبات الجنائي"، مجلة دراسات (كلية الحقوق - الجامعة الأردنية)، المجلد 18، العدد 3، 1991م، ص 131.

ففي هذه الأحوال يعد التقاط الصورة أو تسجيل الصوت جريمة، ولا مجال للاعتداد بدليل تحصل عليه من جريمة فالأحاديث الشخصية والصور لا تكون محلاً للحماية؛ إلا إذا أخذت في مكان خاص لأنها تمثل في هذه ضرباً من ضروب الاعتداء على الحياة الخاصة للفرد.

فأخذ الصورة الفوتوغرافية للشخص في مكان خاص، يعد أمراً غير مشروع إذا كان بغير رضاه، الأمر الذي يترتب عليه عدم قبولها كبينة، لأنها ثمرة عمل غير مشروع.

وقد أثير موضوع التسجيل الخفي في مصر أول ما أثير بمناسبة القضية التي عرفت يومها بقضية "بنك حمص"⁽¹⁾.

فقد حدث في عام 1954م 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 وقدمته النيابة إلى المحكمة، كما قدمت شريط التسجيل الصوتي كدليل على صحة الاتهام، وكانت وجهة نظر النيابة في مرافعاتها أنه ليس من المحرم على العدالة الاستعانة بثمرات التطور العلمي، وأن تسجيل الصوت كشف علمي يعين على بيان الحقيقة وتتبع الجناة وإدانتهم، وليس فيه من انتهاك لحقوق الإنسان والحرمان أكثر مما في القبض والتفتيش، وأنها كلها إجراءات لا شك في مشروعيتها وليس في القانون نص يبطل هذه الإجراءات.

ولكن الدفاع عن المتهم دفع بطلان الدليل المستمد من التسجيل باعتبار أن استعمال جهاز التسجيل الخفي أمر يجافي قواعد الخلق القويم وتآباه مبادئ

(1) انظر، "الحماية الجنائية للحريات الشخصية"، ص 89، نقلاً عن: كامل السعيد، مرجع سابق، ص 122.

الحرية التي كفلتها الدساتير كلها، وأنه لا يعدو أن يكون تلصصا حدث من شخص آخر دخل خفية لكي يسترق السمع ثم يظهر بعد ذلك في صورة شاهد مما يتنافى مع مبدأ الحرية المكفولة للأماكن والأشخاص سواء بسواء، لذلك ينبغي إهدار الدليل المستمد من التسجيل الخفي، وقد أخذت المحكمة بوجهة نظر الدفاع وأهدرت الدليل المستمد من التسجيل الخفي.

ثم ظهر في مصر القانون المعدل رقم 37 لسنة 1972م. وقد أجاز لقاضي التحقيق أن يأمر بضبط جميع الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود لدى مكاتب البرق، وأن يأمر بمراقبة الاتصالات السلكية واللاسلكية أو إجراء تسجيلات لأحاديث جرت في مكان خاص في جناية 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 المحلات والأمكنة العامة، حيث لا يكون التقاطها مشكلاً لجريمة الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة في هذه الأحوال.

هذا وقد نص القانون الأردني "المادة 160 من قانون أصول المحاكمات الجزائية" على عدم جواز قبول الصورة الشمسية في معرض البيئة للتعرف على صاحبها، وأجاز في المادة 88 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⁽¹⁾.

(1) انظر، كامل السعيد، المرجع السابق، الصفحات 104، 112، 113، 118، 123.

وفي انكلترا 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 البيئة على مضمونها من قبل شاهد مختص أو ذي صلاحية بهذا الشأن، وأن تكون مأخوذة وفق أسس فنية لصحة التعرف على الشخصية، وصور الرقابة الضوئية المأخوذة بكاميرات أمنية أوتوماتيكية 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. 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 بواسطة 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 تجارة المخدرات. أو أشخاص يترددون على محلات غير مشروعة لتعاطي المخدرات، وفي قضايا الشغب بكافة أنواعه وصوره وغيرهما⁽¹⁾.

(1) انظر، كامل السعيد، المرجع السابق، الصفحات 103، 106، 113، 118، 124. وانظر كذلك: Dodson and Williams (1984) I W.L.R.971, Lamb (1980) Crim, L.R.433. (1980) 71 CR, APP.R.198; Maynard et al. (1979) 69 cr.App.R.309 (نقلا عن المرجع السابق، ص 103).

فالقضاء الكندي وكذلك الإنكليزي قررا اعتبار هذه الأشرطة دليلاً كاملاً متى توافرت شروط صحتها، واطمأنت المحكمة إلى أنها جاءت تعبيراً صادقاً عن الحقيقة والواقع.

ومن فوائد الصورة في الإثبات أيضاً دورها في تعزيز الشهادة الشفوية وتقديم تفاصيل أكثر عن الواقعة، والتي لا تقدمها الشهادة الشفوية ببسر وسهولة. ومن فوائدها كذلك إظهار مسرح الجريمة، والإصابات التي حلت بالمجني عليهم، والرصاص التي استعمل في تنفيذ الجريمة، وآثار أصابع الأقدام والأحذية على اختلاف أنواعها، والمسروقات وغيرها.

وفي سويسرا، فإن المحكمة الفيدرالية السويسرية قد قررت في إحدى القضايا أن لقاضي التحقيق بمقتضى القانون الأمر برفع السرية عن المحادثات التلفونية والرسائل البريدية والبرقية ولو بالنسبة لشخص غير متهم مباشرة في الجريمة متى وجدت دلائل قوية على أن له علاقة بها⁽¹⁾.

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 الإسلامي، وما قرره الفقهاء القدامى والمعاصرون، حول حرمة الحياة الخاصة واحترام خصوصيات الناس وأسرارهم وحرمتهم.

فالشريعة قد حمت هذه الخصوصيات وكذلك التشريعات الوضعية وذلك في الأحوال الاعتيادية.

أما إذا وجدت الضرورة أو الحاجة لحماية العدالة، بأن ظهرت أمارات دالة على ارتكاب جريمة أو توقع ارتكابها وظهرت شبهة قوية حول أشخاص، جاز استثناءً من الأصل المحرم، تقييد حرية المتهمين، والاستفادة من قرائن التسجيل الصوتي والضوئي وأجهزة الفيديو، وكذلك التنصت التلفوني في بيان الحقيقة وتتبع

(1) المرصفاوي، المحقق الجنائي، ص 74.

الجناة وإدانتهم، مع مراعاة ضوابط وشروط وقيود يجب توافرها في هذه القرائن الجديدة - كما اقترحناها - والاعتداد بها في الإثبات الجنائي، وإعطاء القاضي حرية واسعة لتقدير تلك الأدلة والاعتناع بها، مع تسبب قبولها أو رفضها.

وأخيراً فإن هذا البحث خطوة للتجديد 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.



المصادر والمراجع

- ابن أبي الدَّم، إبراهيم بن عبد الله، أدب القضاء (دمشق: دار الفكر، ط2، 1982م).
- ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد، المصنف في الأحاديث والآثار (بيروت: دار الفكر، د.ط، 1994م).
- ابن الأثير، مجد الدين بن محمد، جامع الأصول (مكتبة الحلواني، د.ط، 1969م).
- ابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي، تاريخ عمر بن الخطاب، (بيروت: دار المعرفة، ط1، 2004م).
- _____، زاد المسير في علم التفسير (بيروت: المكتب الإسلامي، ط1، 2002م).
- ابن العربي، محمد بن عبد الله، أحكام القرآن (بيروت: دار الكتب العلمية، ط3، 2003م).
- ابن المرتضى، أحمد بن يحيى، البحر الزخار الجامعة لمذاهب علماء الأمصار (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 2001م).
- ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد الكمال، شرح فتح القدير (الرياض: دار عالم الكتب، د.ط، 2003م).
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، السياسة الشرعية في إصلاح الرّاعي والرّعية (بيروت: دار الجيل، د.1، 1993م).
- _____، مجموع الفتاوى (الرباط: مكتبة المعارف، د.ط، 1981م).

- _____، قوانين الأحكام الشرعية (القاهرة: عالم الفكر، ط1، 1985م).
- ابن جزى، محمد بن أحمد، القوانين الفقهيّة (القاهرة: دار الحديث، د.ط، 2005م).
- ابن حزم، علي بن أحمد، المحلى (دار الفكر العربي للطباعة والنشر، 2001م).
- ابن رجب، محمد بن علي الحنبلي، القواعد (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 2008م).
- ابن رشد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (بيروت: دار الكتب العلمية، ط2، 2004م).
- ابن عابدين، محمد أمين صلاح الدين، قرّة عيون الأخيار لتكملة رد المحتار على الدر المختار (باكستان: المكتبة المجدية، ط2، 1984م).
- ابن عابدين، محمد أمين صلاح الدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (بيروت: دار الفكر، ط1، 1995م).
- ابن عبد السلام، عز الدين، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام (دار القلم، ط1، 2000م).
- ابن عرفة، محمد بن أحمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، د.ت).
- ابن فارس، أحمد الرازي، معجم مقاييس اللغة (بيروت: دار الفكر، د.ط، 1399 هـ/1979م).
- ابن فرحون، إبراهيم بن علي، تبصرة الحُكّام في أحوال الأفضية ومناهج الأحكام (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 2007م).
- 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، ط1، 2001م).
- ابن معجوز، محمد، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي (دار الحديث الحسينية، 1984م).
- ابن مفلح، محمد المقدسي، الآداب الشرعية والمنح المرعية (مطبعة المنار، ط1، 1349هـ).
- ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 2003م).
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1999م).
- _____، البحر الرائق: شرح كنز الدقائق (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 1997م).
- _____، رسائل ابن نجيم (بيروت: دار مكتبة الهلال، ط1، 1980م).
- أبو البصل، عبد الناصر، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون (عمان: دار النفائس، ط1، 2000م).
- أبو الريش، محمد إسماعيل، الإثبات في الفقه الإسلامي (المدينة: المكتبة العلمية، د.ط، 1987م).
- أبو العينين، عبد الفتاح محمد، القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي مع المقارنة بقانون الإثبات اليمني (القاهرة: مطبعة الأمانة، 1983).
- أبو اليزيد علي المميت، المحاماة في المجتمع الاشتراكي (القاهرة: دار المعارف، د.ط، 1964م)،
- أبو زهرة، محمد، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، 2006م).

- _____، الخطابة: أصولها وتاريخها وأزهر عصورها عند العرب (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، 1980م).
- أبو زيد، بكر عبد الله، الحدود والتعزيرات عند ابن القيم: دراسة وموازنة (الرياض: دار العاصمة، د.ط، 1994م).
- أبو طالب، خالد محمد، النظام القضائي في المملكة العربية السعودية (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، 1984م).
- أبو عامر، محمد زكي، الحماية الجنائية للحريات الشخصية (الإسكندرية: منشأة المعارف، د.ط، 1979م).
- أبو فارس، محمد عبد القادر، القضاء في الإسلام (دار الفرقان، د.ط، 1984م).
- الأبي، الوشستاني، إكمال المعلم شرح صحيح الإمام مسلم (القاهرة: مطبعة السعادة، د.ط، د.ت).
- أحمد، أبو عبد الله بن حنبل، المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط2، 1420هـ/ 1999م).
- أرسلان، محمد شكيب، القضاء والقضاة (بيروت: دار الإرشاد، د.ط، 1969م).
- الأصبهاني، الراغب، المفردات في غريب القرآن (بيروت: دار المعرفة، د.ط، 1999م).
- الآلوسي، شهاب الدين محمود، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني (المطبعة المنيرية، د.ط، 1345هـ).
- الأنصاري، أبو زكريا، أسنى المطالب شرح روضة الطالب (القاهرة: مطبعة الميمنية، د.ط، 1313هـ).
- الباجوري، إبراهيم بن محمد، حاشية الباجوري (بيروت: المكتب الإسلامي، ط2، 1997م).

- الباجي، سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 1999م).
- البخاري، عبد العزيز، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي (بيروت: دار الكتاب العربي، د.ط، 1308هـ).
- البخاري، محمد بن إسماعيل، الأدب المفرد (القاهرة: مؤسسة المختار، ط 1، 2009م)،
- _____، الجامع الصحيح، تحقيق: مصطفى ديب (بيروت: دار ابن كثير، واليمامة، ط3، 1987م).
- البغدادى، أبو بكر أحمد بن علي الخطيب، تاريخ بغداد (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1997م).
- البغوي، الحسين بن مسعود، شرح السنة (بيروت: دار الفكر، د.ط، 1994م).
- البهاري، محب الله، مسلم الثبوت (الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، د.ط، 1944م).
- بهنسي، أحمد فتحي، الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي (بيروت: دار النهضة العربية، د.ط، 1991م).
- البهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات (بيروت: عالم الكتب، ط 2، 1996م).
- _____، كشاف القناع على متن الإقناع (بيروت: دار الفكر، د.ط، 1982م).
- البهي، أحمد عبد المنعم، من طُرُق الإثبات في الشريعة وفي القانون (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ت).
- البوطي، محمد سعيد رمضان، قضايا فقهية معاصرة (دمشق: دار الفارابي، ط 5، 1427هـ/2006م).

- _____، محاضرات في الفقه المقارن (دمشق: دار الفكر، د.ط، 2006م).
- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين، السنن الكبرى (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 1420هـ/1999م).
- التجكاني، محمد الحبيب، النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي (بغداد: دار الشؤون الثقافية العامة، آفاق عربيّة، د.ت).
- الترمذي، محمد بن عيسى، السنن (المكتبة العصرية للطباعة والنشر، 2006م).
- الفتازاني، مسعود بن عمر سعد الدين، التلويح على التوضيح (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 1996م).
- التهانوي، محمد علي، كشف اصطلاحات الفنون (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 1998م).
- جاد، سالم السيد، إثبات الدّعوى الجنائيّة بالقرائن في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (الرياض: دار الوطن).
- الجرجاني، علي بن محمد، التّعريفات (بيروت: مؤسسة الرسالة، د.ط، 2006م).
- الجصاص، أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 2007م).
- جمل، سليمان بن عمر، حاشية الجمل على المنهج (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 1996م).
- الجوزية، محمد بن أبي بكر بن قيم، الطُرق الحكميّة في السّياسة الشّرعيّة (بيروت: دار الفكر، د.ط، 2005م).

- _____، تهذيب سنن أبي داود (بيروت: دار الكتب العلمية، ط2، 1415هـ).
- _____، أعلام الموقعين عن رب العالمين (بيروت: دار الجيل، د.ط، 1973م).
- _____، زاد المعاد في هدي خير العباد (بيروت: مؤسّسة الرسالة، د.ط، 1983م).
- الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح (بيروت: دار العلم للملايين، ط4، 1990م).
- الجويني، عبد الملك بن عبد الله، غياث الأمم في التياث الظلم (بيروت: دار الكتب العلمية، 2003م).
- جيرهارت، يوجين، كنوز المحاماة، ترجمة: حسن الجداوي، ومحمد عمر (القاهرة: مكتبة النهضة المصرية، د.ط، 1967م).
- الحاكم، محمد بن عبد الله، المستدرک علی الصحیحین (بيروت: دار المعرفة، ط1، 1998م).
- حجازي، عبد الحي، الإثبات في المواد المدنية (طبعة 1957م).
- حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات (القاهرة: دار النهضة العربية، د.ط، 1986م).
- الحطاب، عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (بيروت: دار الفكر، ط3، 1992م).
- الحفناوي، منصور محمد منصور، الوسائل العلميّة في ميزان الإثبات الشرعي (القاهرة: مطبعة الأمانة، د.ط، 1991م).
- الحميدي، عبد الله بن الزبير، مسند الحميدي، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي (بيروت: عالم الكتب، د.ط، 1382هـ).
- الحميضي، عبد الرحمن إبراهيم، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة (مكة:

- جامعة أم القرى، مركز بحوث الدراسات الإسلامية، د.ط، 1989م).
- حنا، منير رياض، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالة في قانون العقوبات (دار المطبوعات الجامعية، د.ط، 1950م).
- الخرشي، محمد بن عبد الله، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1997م).
- الخرزجي، موفق الدين بن أبي أصيبعة أبو العباس أحمد بن القاسم السعدي، عيون الأنباء في طبقات الأطباء، تحقيق: نزار رضاء (بيروت: دار مكتبة الحياة، د.ط، 1965م).
- الخشني، محمد بن حارث، قضاة قرطبة (القاهرة: دار الكتب المصرية، د.ط، 1989م).
- خلاف، محمد عبد الوهاب، علم أصول الفقه (القاهرة: دار الحديث، د.ط، 2003م).
- الدارقطني، علي بن عمر، السنن (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1، 2004م).
- دبور، أنور محمود، القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي (القاهرة: دار الثقافة العربية، د.ط، 1985م).
- الدبوني، عامر سامي، المؤسسة العامة للمحاماة (بغداد: مطبعة العاني، د.ط، 1965م).
- الدردير، أحمد بن محمد، الشرح الصغير (دار المعارف، د.ط، 1972م).
- دروزة، محمد عزة، التفسير الحديث (القاهرة: البابي الحلبي، د.ط، 1962م).
- الدسوقي، محمد بن أحمد، حاشية الدسوقي (القاهرة: المكتبة العصرية، ط2، 2003م).
- الدغمي، محمد راكان، حماية الحياة الخاصة في الشريعة الإسلامية (القاهرة: دار السلام، د.ط، 1985م).

- الرازي، محمد بن عمر فخر الدين، مفاتيح الغيب (تفسير الفخر الرازي) (بيروت: دار الفكر، د.ط، 2002م).
- راغب، محمد عطية، النظرية العامة للإثبات في التشريع الجنائي العربي المقارن (بيروت: دار المعرفة، 1960م).
- الرحباني، مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (دمشق: المكتب الإسلامي، ط3، 2000م).
- رسلان، علي، نظام إثبات الدَعْوَى وأدلته في الفقه الإسلامي والقانون (القاهرة: دار الدعوة، د.ط، 1996م).
- رضا، محمد رشيد، تفسير المنار (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1999م).
- الرملي، محمد بن أحمد، الإثبات في الشريعة الإسلامية (دمشق: دار المكتبي، د.ط، 1988م).
- _____، الفتاوى الخيرية (بيروت: دار المعرفة، د.ط، د.ت).
- _____، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية (دمشق: مكتبة دار البيان، 1982م).
- _____، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (بيروت: دار إحياء التراث، 1992م).
- روسي، عمران محمد، موسوعة المحامي العربية (المؤسسة العربية للدراسات والنشر، د.ط، 1983م).
- الزحيلي، محمد مصطفى، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية (دمشق: دار الفكر، د.ط، 1982م).
- الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته (دمشق: دار الفكر، ط4، 1418هـ/ 1997م).

الزرقا، أحمد مصطفى، المدخل الفقهي العام (دمشق: دار القلم، د.ط، 1998م).

الزرقاني، محمد بن عبد الباقي، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط1، 1997م).

زغلول، أحمد فتحي، المحاماة (القاهرة: مطبعة المعارف، د.ط، د.ت).
زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط3، 2002م).

الزيلي، عبد الله بن يوسف، نصب الراية تخريج أحاديث الهداية (بيروت: دار الكتب العلمية، ط2، 2002م).

الزيلي، عثمان بن علي بن محجن، تبين الحقائق (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 2000م).

السجستاني، سليمان أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق محمد عبد العزيز الخالدي (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1422هـ/2001م).

السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 2009م).

سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية (القاهرة: دار النهضة العربية القاهرة، د.ط، 1981م).

سلامة، مأمون، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، 1977م).

سليمان، عبد الحميد أحمد، الحكومة والقضاء في الإسلام (القاهرة: مكتبة التراث الإسلامي، د.ط، 1984م).

السمرقندي، محمد بن أحمد علاء الدين، تحفة الفقهاء (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 2000م).

السمناني، علي بن محمد، روضة القضاة وطريق النجاة (بيروت: مؤسسة

- الرسالة، ط2، 1984م).
- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (دار النهضة العربية، د.ط، 1982م).
- الشافعي، محمد بن إدريس، الأم (دار الغد العربي، ط1، 1990م).
- شبارو، عصام محمد، القضاء والقضاة في الإسلام (بيروت: دار النهضة العربية، د.ط، 1982م).
- الشرييني، محمد بن محمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1994م).
- الشرقاوي، جميل، الإثبات في المواد المدنية (دار النهضة العربية، د.ط، 1982م).
- الشريف، عبد السلام محمد، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي (بيروت: دار الغرب الإسلامي، د.ط، 1986م).
- شلتوت، محمود، الإسلام عقيدة وشريعة (القاهرة: دار الشروق، ط17، 1997م).
- الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار (بيروت: دار الكتب العلمية، 1999م).
- الشوكاني، محمد بن علي، السيل الجرار (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 1985م).
- شيخ زاده، عبد الرحمن بن محمد، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (إسطنبول: عدة نصريات، د.ط، 1991م).
- الشيرازي، إبراهيم بن علي أبو إسحاق، التبصرة في أصول الفقه (بيروت: دار الفكر، د.ط، 1983م).
- الشيرازي، إبراهيم بن علي أبو إسحاق، المذهب في فقه الإمام الشافعي (القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، د.ط، د.ت).

- الشيهد، عمر بن عبد العزيز، شرح أدب القاضي (إسلام آباد: إدارات تحقيقات إسلامي، ط1، 1987م).
- صرخوه، يعقوب يوسف، النظام القانوني للعلامات التجارية (الكويت: ذات السلاسل، ط1، 1993م).
- الصنعاني، عبد الرزاق، المصنف (بيروت: منشورات المجلس العلمي، د.ط، 1970م).
- الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سُبُل السَّلَام (مكة: مكتبة نزار مصطفى الباز، ط2، 2004م).
- الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، جامع البيان عن تأويل القرآن (بيروت: دار الكتب العلمية، ط2، 1999م).
- الطحاوي، أحمد بن محمد أبو جعفر، اختلاف الفقهاء (الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، د.ط، 1972م).
- الطرابلسي، علاء الدين، معين الحُكَّام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام (القاهرة: مصطفى البابي الحلبي، د.ط، 1973م).
- الطريفي، ناصر بن عقيل بن جاسر، المرافعات الشرعية (الرياض: ط1، 1985م).
- طلفاح، خير الله، القضاء عند العرب (بغداد: مطبعة المعارف، د.ط، 1973م).
- عالية، سمير، القضاء والعرف في الإسلام (بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، 1986م).
- العاني، محمد شفيق، أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي (بغداد: مطبعة الإرشاد، د.ط، 1965م).
- عبد المنعم، محمود عبد الرحمن، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (القاهرة: دار الفضيلة، د.ت).

- عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، 1976م).
- عثمان، محمّد رأفت، النّظام القضائي في الفقه الإسلامي (الكويت: مكتبة الفلاح، ط1، 1989م).
- عدلي، خليل، اعتراف المتهم فقها وقضاء (القاهرة: دار الكتب القانونية، د.ط، 1996م).
- عزام ، عبد العزيز محمد، النظام القضائي في الإسلام (القاهرة: المؤسسة العربية الحديثة، د.ط، 1988م).
- عزام، عبد الله، العقيدة وأثرها في بناء الجيل (صنعاء: مكتبة الجيل الجديد، د.ط، 1992م).
- عزايزة، عدنان حسن، حُجِّيَّة القرائن في الشريعة الإسلاميَّة (عمّان: دار عمار للنشر، 1990م).
- العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق: علي محمد البجاوي (بيروت: دار الجيل، ط1، 1992م).
- _____، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير (بيروت: الكتب العلمية، د.ط، 1998م).
- _____، فتح الباري شرح صحيح البخاري (القاهرة: دار الحديث، د.ط، 2004م).
- عطية، جمال الدين، تجديد الفقه الإسلامي (بيروت: دار الفكر المعاصر، د.ط، 2000م).
- عظيم آبادي، محمد شمس الحق، عون المعبود (عمان: بيت الأفكار الدولية، د.ط، 2004م).
- علاء الدين، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام (دار الفكر الإسلامي الحديث، د.ط، 2000م).

عليان، شوكت، السُّلطة القضائيَّة في الإسلام (الرياض: دار الرشيد، ط1، 1982م).

عيسى، أحمد بن قاسم، التاج المذهب في أحكام المذهب (صنعاء: دار الحكمة اليمنية، د.ط، 1993م).

العوا، محمد سليم، أصول النظام الجنائي الإسلامي: دراسة مقارنة (القاهرة: دار المعارف، ط2، 1983م).

عيني، بدر الدين محمود بن أحمد، البناية في شرح الهداية (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 2000م).

عيني، بدر الدين محمود بن أحمد، عمدة القاري شرح صحيح البخاري (بيروت: دار الفكر، د.ط، 2002م).

الغزالي، أبو حامد عبد الرحيم بن حسين، إحياء علوم الدين للغزالي (القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، 1939م).

_____، المستصفي (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 2000م).

الفاصي، محمد بن أحمد، شرح محمّد ميارة على تحفة ابن العاصم (المطبعة المصرية، د.ط، 1315هـ).

الفائز، إبراهيم، الإثبات بالقرائن (الرياض: المكتب الإسلامي، د.ت).

الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط (بيروت: دار إحياء التراث، د.ط، 2003م).

الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير (بيروت: مكتبة لبنان، ط1، 1987م).

فؤاد، عبد المنعم أحمد، وآخرون، الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي (الاسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، د.ط، 1992م).

القاسم، عبد الرَّحمن عبد العزيز، الإثبات والتّوثيق أمام القضاء: بحث فقهي قانوني مقارنة (القاهرة: مطبعة السعادة، د.ط، 1982م).

القاسم، عبد الرَّحمن عبد العزيز، 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، 1983م).

قراعة، علي، الأصول القضائية في المرافعات الشرعي (القاهرة: مطبعة النهضة، ط2، 1925م).

القرافي، شهاب الدين أبو العباس، تهذيب الفُرُوق بهامش الفُرُوق (عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، 1998م).

_____، الفروق (الرياض: دار عالم الكتب، د.ط، 2003م).

القرطبي، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن (بيروت: دار الكاتب المصرية، د.ط، 1967م).

القزويني، محمد بن يزيد بن ماجه، السنن (المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، 2006م).

القسطلاني، أحمد بن محمد، إرشاد الساري شرح صحيح البخاري (بيروت: دار الفكر، د.ط، 1990م).

القضاة، مفلح عواد، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن (عمان: دار الثقافة، ط2، 2004م).

قلعة جي، محمد رواس، وحامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء (بيروت: دار النفائس، ط1، 1985م).

القليوبي، شهاب الدين، حاشية قليوبي (بيروت: دار إحياء الكتب العربية).
القليوبي، وعميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة على منهاج الطالبين (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، د.ت).

القنوجي، صديق حسن خان، الروضة الندية (بيروت: دار ابن حزم، ط1، 2003م).

- الكاساني، سعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (القاهرة: المطبعة الجمالية، ط1، 1901م).
- الكافي، محمد بن يوسف، أحكام الأحكام على تحفة الحكام (القاهرة: دار الفكر، د.ط، 1990م).
- كرزون، أحمد حسن، المحاماة: رسالة وأمانة (بيروت: دار ابن حزم، د.ط، 1993).
- الكشميري، محمد أنور شاه، فيض الباري في شرح صحيح البخاري (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط1، 2005م).
- كيرة، حسن، المدخل إلى علم القانون (الإسكندرية: منشأة المعارف، ط5، 1973م).
- لاشين، موسى شاهين، فتح المنعم شرح زاد المسلم فيما اتفق عليه البخاري ومسلم للشنقيطي (القاهرة: مكتبة الجامعة الأزهرية، د.ط، 1970م).
- لجعلي، عبد الله البخاري، قانون الإثبات (الخرطوم: دار الخرطوم للنشر، 1984م).
- الليثي، يحيى بن يحيى، موطأ مالك برواية يحيى (دار الغرب الإسلامي، د.ط، 1997م).
- مالك، أبو عبد الله بن أنس، الموطأ (القاهرة: المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، د.ط، 1967م).
- _____، الموطأ مع شرح الزرقاني (بيروت: دار المعرفة، د.ط، 1978م).
- الماوردي، علي بن محمد، الأحكام السلطانية (القاهرة: دار الحديث، ط2، 2006م).
- _____، أدب القاضي (بغداد: مطبعة العاني، د.ط، 1982م).

- _____، الحاوي الكبير (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1999م).
- متقي، علي عبد الملك، كنز العمال (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1998م).
- المحمصاني، صبحي، تراث الخلفاء الراشدين في الفقه والقضاء (بيروت: دار العلم للملايين، 1983م).
- محمود، مشهور حسن، المحاماة تاريخها في النظم وموقف الشريعة الإسلامية منها (عمان: دار الفيحاء، د.ط، 1987م).
- مدكور، محمّد سلام، القضاء في الإسلام (القاهرة: دار النهضة العربيّة، د.ط، 1964م).
- المرداوي، علي بن سليمان، الإنصاف (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 1997م).
- المرصفاوي، حسن صادق، ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية (جامعة الدول العربية: معهد البحوث والدراسات العربية د.ط، 1972م).
- مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج، الصحيح (بيروت: دار الجيل، د.ط، د.ت).
- المصري، محمد عبد الغني، أخلاقيات المهنة (عمان: مكتبة الرسالة الحديثة، د.ط، 1986م).
- مصطفى، محمود، الإثبات في المواد الجنائية (القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة).
- المقدسي، عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني شرح مختصر الخرقى (بيروت: دار الكتاب العربي، 1403 هـ/1983م).
- المنذري، عبد العظيم بن عبد القوي، الترغيب والترهيب (الرياض: مكتبة المعارف، ط1، 2003م).

- منصور، مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية (بيروت: دار النهضة العربية، د.ط، 1972م).
- المنهاجي، محمد أحمد، جواهر العقود وروضة القضاة والموقعين والشهود (القاهرة: مطبعة السنّة المحمدية، القاهرة، ط1، 1374هـ).
- المودودي، أبو الأعلى، الإسلام في مواجهة التحديات (الكويت: دار العلم، د.ط، 1398هـ).
- _____، حقوق الزوجين: دراسة نقدية لقانون الأحوال الشخصية، تعريب: أحمد إدريس (المختار الإسلامي، ط4، 1952م).
- _____، نظرية الإسلام وهدية (بيروت: دار الفكر، د.ط، 1389هـ).
- الموصلي، أحمد بن علي أبو يعلى، مسند أبي يعلى (بيروت: دار المعرفة، ط1، 2005م).
- الموصلي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار (القاهرة: مطبعة السعادة، ط1، 1950م).
- ناصيف، إلياس، موسوعة العقود المدنية والتجارية (مكتبة صادر، د.ط، 1991م).
- النسائي، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن، السنن (بيروت: مكتب المطبوعات الإسلامية، ط2، 1406هـ).
- نظام، الهمام مولانا الشيخ، الفتاوى الهندية (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 2000م).
- النووي، محي الدين بن شرف، روضة الطالبين (بيروت: دار ابن حزم، ط1، 2002م).
- _____، المجموع شرح المهذب (بيروت: دار الفكر الإسلامي الحديث، ط1، 2000م).
- _____، المجموع شرح المهذب، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود

- وآخرين (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 1423هـ/2002م).
- _____، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج (بيروت: دار إحياء التُّراث العربي، ط3، 1392هـ).
- هاشم، محمود محمَّد، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعيَّة (الرياض: عمادة شؤون المكتبات، د.ط، 1988م).
- هريدي، أحمد، الفتاوى الإسلامية (القاهرة: دار الإفتاء المصرية، د.ط، د.ت).
- الهيتمي، علي بن أبي بكر، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 1988م).
- يحيى، عبد الودود، دروس في قانون الإثبات (دار النهضة العربية، 1970م).
- الموسوعة الفقهية (الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1998م).

فهرس المحتويات

3مقدمة
5الفصل الأول: القرائن ومدى حجيتها في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة"
7تمهيد
10التعريف بالقرائن
	المحور الأول مدى الاختلاف في حصر أدلة الإثبات أو إطلاقها
13وأقسام القرائن في الفقه والقانون
13المبحث الأول مدى الاختلاف في حصر أدلة الإثبات أو إطلاقها
13المطلب الأول: في الفقه الإسلامي
26المطلب الثاني: في التشريعات الوضعيَّة
261 - الكتابة
262 - الشَّهادة أو البَيِّنة
273 - القرائن
274 - الإقرار
275 - اليمين
286 - المعاينة
287 - الخبرة
	المبحث الثاني تقسيم القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الإسلامي
34والقانون الوضعي
34المطلب الأول: تقسيم القرائن في الفقه الإسلامي
34أولاً: تقسيم القرائن إلى قرائن شرعيَّة وقرائن قضائيَّة
34أ. القرائن الشرعيَّة
341. القرائن النَّصيَّة
362. القرائن الفقهية
36ب. القرائن القضائيَّة

39	ثانياً: أقسام القرائن باعتبار النسبة بينها وبين مدلولاتها
39	ثالثاً: أقسام القرينة بحسب قُوَّة دلالتها وضعفها
42	المطلب الثاني: تقسيم القرائن عند القانونيين
42	أ. القرائن القانونيّة
44	القسم الأول: القرائن القانونيّة القاطعة
45	النوع الأوّل
45	النوع الثاني
47	النوع الأوّل
47	القرائن القانونيّة القاطعة المراعى فيها المصلحة العامّة
47	النوع الثاني
47	القرائن القانونيّة القاطعة المراعى فيها المصلحة الخاصّة
48	القسم الثاني: القرائن القانونيّة غير القاطعة أو البسيطة
49	ب. القرائن القضائيّة
54	ج. القرائن الطّبيعيّة
55	المحور الثاني حُجّيّة القرائن في الإثبات
55	المبحث الأول القائلون باعتبار القرائن حُجّة في الإثبات وأدلتهم
57	أدلة القائلين بحُجّيّة القرائن
57	1. الاستدلال بالكتاب
60	2. الاستدلال بالسنة
83	المبحث الثاني القائلون بعدم اعتبار القرائن حُجّة في الإثبات وأدلتهم
83	الدليل الأول
88	الدليل الثاني
89	الدليل الثالث
90	الدليل الرابع
90	مناقشة وترجيح
97	المبحث الثالث إثبات القصاص والحدود بالقرائن
97	أولاً: إثبات القصاص بالقرائن
101	ثانياً: إثبات الحدود بالقرائن

111	الفصل الثاني: قضاء القاضي بعلمه الشخصي "دراسة مقارنة"
113	تمهيد
115	آراء الفقهاء في قضاء القاضي بعلمه الشخصي وأدلتهم
119	أدلة الرأي الأول "المانعين"
126	أدلة الرأي الثاني "المجيزين" ومناقشتها
137	أدلة الرأي الثالث ومناقشتها
141	الرأي الراجح
	الفصل الثالث: الوكالة بالخصومة "المحاماة" بين المانعين والمجيزين في
151	الفقه الإسلامي المعاصر
153	تمهيد
156	نبذة تاريخية عن المحاماة
160	حجج القائلين بتحريم مهنة المحاماة
170	المجيزون وأدلتهم
171	أدلة المجيزين
179	الترجيح
183	خلاصة
185	الفصل الرابع: الضوابط الشرعية لممارسة مهنة المحاماة
187	تمهيد
202	وفي مجال التشريعات الحديثة
205	وفي مجال التشريعات الحديثة
216	خلاصة
	الفصل الخامس: الصوت والصورة ومدى الاعتداد بهما في الإثبات الجنائي
219	"رؤية إسلامية"
221	تمهيد
225	لقد انقسم العلماء في ذلك إلى فريقين
250	المصادر والمراجع
269	فهرس المحتويات

BUḤŪṬ FĪ AL-QADĀ' AL-ISLĀMĪ

by

Aref Ali Aref Al-Qorrah Daghi



الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا للنشر
IUM press