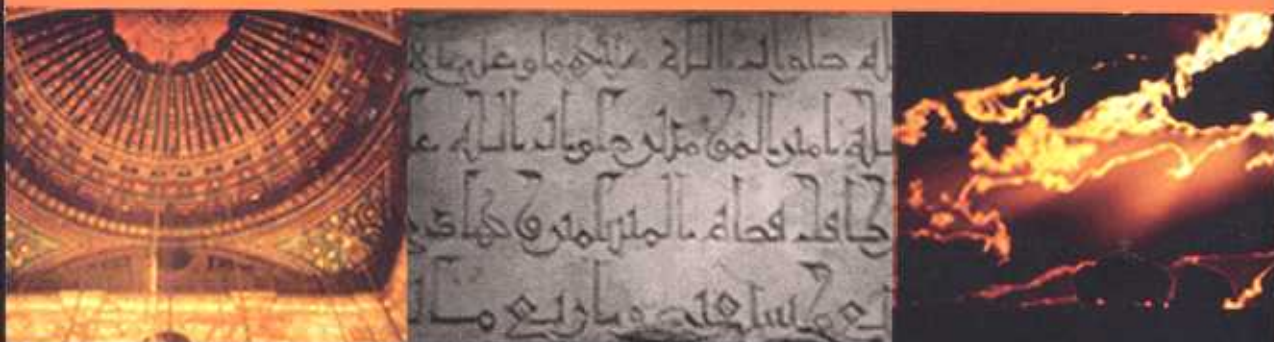
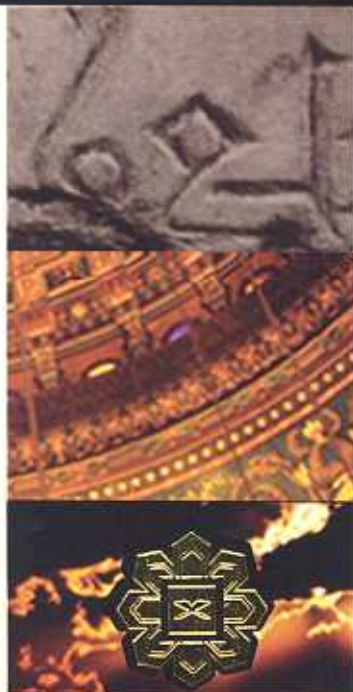


سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة [ ١ ]

# مسائل فقهية معاصرة



عارف علي عارف القره داغي



IIUM Press

# المحتويات

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

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

- ١٠١ آراء الفقهاء في قضاء القاضي بعلمه الشخصي وأدلتهم  
 ١٠٤ أدلة الرأي الأول "المانعين"  
 ١١٠ أدلة الرأي الثاني "المجيزين" ومناقشتها  
 ١١٨ أدلة الرأي الثالث ومناقشتها  
 ١٤١<sup>٥</sup> الرأي الراجح

### الفصل الثالث: الوكالة بالخصومة "المحاماة" بين المانعين والمجيزين في الفقه

- ١٢٩ الإسلام المعاصر  
 ١٣١ تمهيد  
 ١٣٣ نبذة تاريخية عن المحاماة  
 ١٣٧ حجج القائلين بتحريم مهنة المحاماة  
 ١٤٥ المجيزون وأدلتهم  
 ١٤٥ أدلة المجيزين  
 ١٥١ الترحيح  
 ١٥٤ خلاصة

### الفصل الرابع: الضوابط الشرعية لممارسة مهنة المحاماة

- ١٥٧ تمهيد  
 ١٦١ الضوابط في ممارسة مهنة المحاماة  
 ١٨١ خلاصة

### الفصل الخامس: الصوت والصورة ومدى الاعتداد بهما في الإثبات الجنائي

- ١٨٥ تمهيد  
 اختلاف المعاصرين في مدى شرعية التسجيل الصوتي والتصوير الضوئي  
 ١٨٨ والاعتداد بهما في الإثبات الجنائي

### الفصل السادس: إفشاء السر في الفقه الإسلامي: السر الطبي نموذجاً

- ٢٠٩  
 ٢١١ تمهيد

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



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

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



سلسلت بحوث فقهية في قضايا معاصرة [١]

# مسائل فقهية معاصرة

عارف علي عارف القره داغي



IIUM Press



نشر من قبل:

IIUM Press  
International Islamic University Malaysia

الطبعة الأولى ٢٠١١م/١٤٣٢هـ

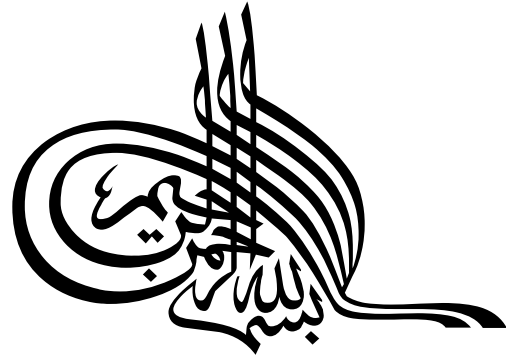
© IIUM Press, IIUM

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

رقم التسلسل الدولي (ISBN):

عضو مجلس النشر العلمي الماليزي

(Majlis Penerbitan Ilmiah Malaysia – MAPIM)





## مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على الرسول الأمين وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهداه، 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 المقصود، 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، وتزيل 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.

وقد بذلت جهدي في هذا الكتاب، مستفيداً من جهود العلماء المعاصرين، وقد جاءت فصول الكتاب منضبطة بضوابط الشرع ومقاصده وكلياته وقواعده العامة، ومناهج السلف التي ساروا عليها لمواجهة المستجدات والحكم عليها وضبط التعامل معها. هذا وقد أدخلت بعض التعديلات والإضافات على أبحاث الكتاب بما يتناسب مع مستجدات المرحلة، وإفرازات العصر.

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

٢٥ ذو القعدة ١٤٣١هـ / ٠١ نوفمبر ٢٠١٠م.

كوالالمبور - ماليزيا.



## المحتويات

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



٤٢	المطلب الثاني: تقسيم القرائن عند القانونيين
٤٢	أ. القرائن القانونية
٤٦	القسم الأول: القرائن القانونية القاطعة
٤٦	النوع الأول: القرائن القانونية القاطعة المراعى فيها المصلحة العامة
٤٦	النوع الثاني: القرائن القانونية القاطعة المراعى فيها المصلحة الخاصة
٤٦	القسم الثاني: القرائن القانونية غير القاطعة أو البسيطة
٤٧	ب. القرائن القضائية
٥١	ج. القرائن الطبيعية
٥٢	المحور الثاني: حُجية القرائن في الإثبات
٥٢	المبحث الأول: القائلون باعتبار القرائن حُجّة في الإثبات وأدلتهم
٥٣	أدلة القائلين بحُجية القرائن
٥٣	١. الاستدلال بالكتاب
٥٦	٢. الاستدلال بالسنة
٧١	٣. الاستدلال بالمعقول
٧٣	المبحث الثاني: القائلون بعدم اعتبار القرائن حُجّة في الإثبات وأدلتهم
٧٣	الدليل الأول
٧٧	الدليل الثاني
٧٧	الدليل الثالث
٧٨	الدليل الرابع
٧٩	مناقشة وترجيح
٨٤	المبحث الثالث: إثبات القصاص والحدود بالقرائن
٨٤	أولاً: إثبات القصاص بالقرائن
٨٧	ثانياً: إثبات الحدود بالقرائن
٩٥	الفصل الثاني: قضاء القاضي بعلمه الشخصي: دراسة مقارنة
٩٧	تمهيد

٩٩	آراء الفقهاء في قضاء القاضي بعلمه الشخصي وأدلتهم
١٠٢	أدلة الرأي الأول "المانعين"
١٠٨	أدلة الرأي الثاني "المجيزين" ومناقشتها
١١٦	أدلة الرأي الثالث ومناقشتها
١١٩	الرأي الراجح
	<b>الفصل الثالث: الوكالة بالخصومة "الحاماة" بين المانعين والمجيزين في الفقه الإسلامي المعاصر</b>
١٢٧	تمهيد
١٢٩	نبذة تاريخية عن الحاماة
١٣١	حجج القائلين بتحريم مهنة الحاماة
١٣٥	المجيزون وأدلتهم
١٤٣	أدلة المجيزين
١٤٣	الترجيح
١٤٩	خلاصة
١٥٢	
	<b>الفصل الرابع: الضوابط الشرعية لممارسة مهنة الحاماة</b>
١٥٣	تمهيد
١٥٥	الضوابط في ممارسة مهنة الحاماة
١٥٧	خلاصة
١٧٧	
	<b>الفصل الخامس: الصوت والصورة ومدى الاعتداد بهما في الإثبات الجنائي</b>
١٧٩	تمهيد
١٨١	اختلاف المعاصرين في مدى شرعية التسجيل الصوتي والتصوير الضوئي
١٨٤	والاعتداد بهما في الإثبات الجنائي
٢٠٣	<b>الفصل السادس: إفشاء السر في الفقه الإسلامي: السر الطبي نموذجاً</b>
٢٠٥	تمهيد

٢٠٦	المبحث الأول: التعريف بمفردات الموضوع وما يتعلق بها
٢١١	المبحث الثاني: فضائل كتمان السر
٢١٤	المبحث الثالث: نبذة تاريخية عن السر الطبي
٢١٦	المبحث الرابع: عقوبة إفشاء السر
٢١٧	التعويض المالي في إفشاء السر
٢١٩	المبحث الخامس: مسوغات إفشاء السر
٢٢٦	نتائج
٢٢٩	<b>الفصل السابع: قضايا معاصرة في الرهن</b>
٢٣١	تمهيد
٢٣١	أولاً: رهن الحقوق المعنوية - معنى الحقوق المعنوية
٢٣٢	المسألة الأولى: رهن حق المؤلف - نبذة تاريخية عن حقوق المؤلفين
٢٣٤	طبيعة الحقوق المعنوية
٢٤٠	الحق الأدبي والحق المالي
٢٤٣	المسألة الثانية: رهن براءة الاختراع
٢٤٥	ثانياً: رهن سندات التداول التجارية
٢٤٧	ثالثاً: الرهن الرسمي
٢٥١	رابعاً: رهن وثيقة التأمين والتأمين على المال المرهون لدى شركات التأمين
٢٥١	المسألة الأولى: رهن وثيقة التأمين
٢٥٢	المسألة الثانية: التأمين على المال المرهون لدى شركات التأمين
٢٥٥	<b>الفصل الثامن: بيع العلامة التجارية والتصرف فيها</b>
٢٥٧	تمهيد
	المبحث الأول: العلامة التجارية: تعريفها والمصطلحات القرينية منها
٢٦٠	وظائفها وصورها وشروطها
٢٦٠	المطلب الأول: تعريف العلامة التجارية
٢٦٢	المطلب الثاني: الفرق بين العلامة التجارية والمصطلحات القرينية منها

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

٢٧٤	المبحث الثاني: التكييف الشرعي للعلامة التجارية
٢٧٤	الأول: العلامة التجارية حق من الحقوق
٢٧٦	الثاني: العلامة التجارية منفعة قيمية وثمره مالية
٢٧٧	الثالث: العلامة التجارية داخلة في دائرة الممتلكات
٢٧٨	المبحث الثالث: تصرف التاجر في علامته التجارية
٢٧٨	المطلب الأول: بيع العلامة التجارية
٢٨٠	تعريف البيع
٢٧٢	شروط البيع
٢٨٨	آثار عقد البيع
٢٨٨	أولاً: التزامات البائع
٢٨٨	ثانياً: التزامات المشتري
٢٨٩	المطلب الثاني: إجارة العلامة التجارية
٢٩١	المطلب الثالث: رهن العلامة التجارية
٢٩٣	خلاصة
٢٩٣	أولاً: نتائج
٢٩٤	ثانياً: مقترحات
٢٩٥	المصادر والمراجع



الفصل الأول

**القرآن ومدى حجيتها في الفقه الإسلامي**

**دراسة مقارنة\***

\* أصل المقال كتاب تحت عنوان: القرآن ومدى حجيتها في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة (كوالالمبور: دار التجديد، ط ١، ١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م)، في ١٨٠ صفحة.







## الفصل الأول

# القرائن ومدى حجيتها في الفقه الإسلامي

## دراسة مقارنة

### تمهيد:

كُلَّمَا نَقَّبَ الْإِنْسَانُ فِي آفَاقِ الْفِقْهِ وَكُتُبِ الْفُقَهَاءِ الْمُسْلِمِينَ، أَزْدَادَ إِيمَانًا بِمَجْلُودِ شَرِيعَةِ الْإِسْلَامِ فِي تَنْظِيمِ الْحَيَاةِ، وَسَلَامَةِ الْفِكْرِ الْإِسْلَامِيِّ، وَعَبَقْرِيَّةِ الْفُقَهَاءِ، وَعِظْمَةِ الْفِقْهِ الَّذِي لَا تَقْتَصِرُ أَحْكَامُهُ عَلَى الدَّلِيلِ النَّقْلِيِّ مِنَ الْقُرْآنِ وَالسُّنَّةِ فَحَسْبُ، وَإِنَّمَا تَتَغَلَّغُ فِي أَعْمَاقِ الْعَقْلِ الْإِنْسَانِيِّ لِتَجِدَ لَهَا مَا يُوَيِّدُهَا وَيُدْعِمُهَا حَتَّى الْيَوْمِ، وَيَسَانِدُهَا مِنْ أَجْلِ التَّطْبِيقِ الْعَمَلِيِّ، وَيَشَدُّ أَرْزَاقَهَا لِلنَّهْوضِ مِنْ جَدِيدٍ فِي حُكْمِ الْعِلَاقَاتِ الْاجْتِمَاعِيَّةِ الْمَتَكَرِّرَةِ يَوْمِيًّا بَيْنَ الْأَفْرَادِ،<sup>١</sup> وَلِتَحْقِيقِ الْعَدَالَةِ فِي سَاحَاتِ الْقَضَاءِ، وَفِي الْخِصُومَاتِ بَيْنَ النَّاسِ، وَإِعْطَاءِ كُلِّ ذِي حَقِّ حَقَّهُ.

وَقَدْ أَمَرَ الْحَقُّ تَعَالَى بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ، فَقَالَ سُبْحَانَهُ: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ [النحل: ٩٠]، وَجَعَلَ الْعَدْلَ أَمَانَةً يَجِبُ أَنْ تُؤَدَّى إِلَى أَهْلِهَا، وَأَنْ يُحْكَمَ بَيْنَ النَّاسِ بِالْعَدْلِ، وَأَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى بِالْعَدْلِ أَمْرًا شَامِلًا لِكُلِّ مَا يُؤَدِّي إِلَى إِثْبَاتِ الْحَقِّ، وَكَشْفِ الْحَقَائِقِ.

وتعد القرائن عند جمهور كبير من العلماء والباحثين والمختصين - من بين طرق الحكم - إحدى تلك الوسائل المهمّة في الإثبات في ساحات القضاء، لما لها من مساس مباشر بواقع الناس وحياتهم، ولخطورة دورها في نشر العدل ومحاربة الظلم والطغيان، وفصل الخصومات والمنازعات بين الناس، وإعطاء كل ذي حق حقه، حمايةً للأفراد والمجتمع، وقد نال هذا الموضوع اهتمام الفقهاء قديمًا وحديثًا.

ومما يدلُّ على أهميتها أنَّ صاحب الحق قد يعجز عن إثبات حقه بطريقة من طرق

الإثبات الأخرى المقرر شرعاً، وهي:

<sup>١</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (بيروت: دار الفكر، ط٤، ١٩٩٧م)، ج٦، ص٩ (بتصرف).

الإقرار والشهادة واليمين والكتابة، فيضطر لإثباتها بالقرائن، وإلا ضاع حقه<sup>١</sup>؛ لأن الجاني قد يحاول الإفلات، ولن يعدم إلى ذلك سبيلاً، ومن هنا كان لزاماً على القاضي أن يتوخى الحق ويجتهد في استنباطه، خاصة إن 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 هويتهم.

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

الأمر الذي لزم معه البحث عن مترلة 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<sup>٢</sup>، 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 الولي أضاع حقاً كثيراً، وأقام باطلاً كبيراً، وإن توسع وجعل معولة عليها دون الأوضاع الشرعية وقع في أنواع الظلم والفساد"<sup>٣</sup>.

ويقول أيضاً: "والحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات ودلائل الحال، ومعرفة شواهد، وفي القرائن الحالية والمقالية، كفقهاء في جزئيات وكليات الأحكام، أضاع حقوقاً

<sup>١</sup> أنور محمود دبور، القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي (القاهرة: دار الثقافة العربية، د.ط، ١٩٨٥م)، ص ٣.

<sup>٢</sup> من صور محمد منصور الحفناوي، الوسائل العلمية في ميزان الإثبات الشرعي (القاهرة: مطبعة الأمانة، د.ط، ١٩٩١م)، ص ٧.

<sup>٣</sup> محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (بيروت: دار الفكر، د.ط، ٢٠٠٥م)، ص ٣.

كثيرة على أصحابها، وحكم بما يعلم الناس بطلانه، ولا يشكّون فيه، اعتماداً منه على نوع ظاهر ولم يلتفت إلى باطنه وقرائن حاله<sup>١</sup>.  
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 **الطرق الحكمية**، وابن فرحون المالكي في كتابه **تبصرة الحكام**، وعلي بن خليل الطرابلسي الحنفي في كتابه **لسان الحكام في معرفة الأحكام**.

والمتتبع لكتابات الفقهاء القدامى يرى أنّهم 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، ويتسميات 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 وساحات القضاء. هذه القرائن في مجال التّحقيقات الجنائيّة قد مكّن المحققين من الوصول إلى إدانة الجاني، وتبرئة ساحة البريء إلى حدّ كبير، وخاصّة أنّ العلوم الحديثة قد استحدثت قرائن جديدة في مجال الإثبات.

<sup>١</sup> المصدر السابق، ص ٣.

## التعريف 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 الدالة على شيء مطلوب.<sup>١</sup>

**والقرائن اصطلاحاً:** بمعنى الأمانة والعلامة؛ إذ يلزم من العلم بما الظن بوجود المدلول. وهي كلُّ أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه<sup>٢</sup>؛ لأنها مقارنة للحق، أي مصاحبة له في أغلب الأحوال.

فالقريضة 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.<sup>٣</sup> والبيّنة والدلالة والحجّة والبرهان والآية والتبصرة والعلامة والأمانة كلّها ألفاظ متقاربة المعنى، وذات صلة بلفظ القرائن.<sup>٤</sup>

وقد ورد تعريف القرينة في المادة ١٧٤١ من مجلة الأحكام العدلية بأنّها: الأمانة البالغة حدّ اليقين.

<sup>١</sup> إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح (بيروت: دار العلم للملايين، ط٤، ١٩٩٠م)، ج٦، ص٢١٨١؛ محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط (بيروت: دار إحياء التراث، د.ط، ٢٠٠٣م)، ج٤، ص٣٥٨؛ أحمد الرازي بن فارس، معجم مقاييس اللغة (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٣٩٩ هـ/١٩٧٩م)، ج٥، ص٧٦؛ الراغب الأصبهاني، المفردات في غريب القرآن (بيروت: دار المعرفة، د.ط، ١٩٩٩م)، ص١٠؛ علي بن محمد الجرجاني، التعريفات (بيروت: مؤسسة الرسالة، د.ط، ٢٠٠٦م)، ص١٥٢.

<sup>٢</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٦، ص٧٨٢.

<sup>٣</sup> محمد علي التهانوي، كشف اصطلاحات الفنون (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٩٨م)، ج١، ص٧٢، ج٢، ص١٠٥٣؛ عبد الرحمن عبد العزيز القاسم، الإثبات والتوثيق أمام القضاء: بحث فقهي قانوني مقارنة (القاهرة: مطبعة السعادة، د.ط، ١٩٨٢م) ص٢١؛ أحمد مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام (دمشق: دار القلم، د.ط، ١٩٩٨م)، ج٢، ص٩١٨؛ إبراهيم بن علي بن فرحون، تبصرة الحكام في أحوال الأفضية ومناهج الأحكام (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٧م)، ج١، ص٣٠٢؛ ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية، ص٩٧؛ علاء الدين الطرابلسي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام (القاهرة: مصطفى الباي الحلبي، د.ط، ١٩٧٣م) ص١٦١.

<sup>٤</sup> ابن القيم، الطرق الحكمية، ص٤.

ومن الجدير بالذكر أنّ الفقهاء المتقدمين لم يذكروا تعريفاً للقرينة يميّزها من غيرها من طرق الإثبات الأخرى، فإنّهم عدّوها ضمن البيّنات التي توصل إلى كشف الواقعة، وبيان مرتكبها من عدمه، أو أنّ القرينة عندهم ليست بيّنة مستقلة كالإقرار أو الشّهادة.<sup>١</sup>

أمّا معنى القرينة عند القانونيين:

فلا يختلف كثيراً عن معناها المتقدم لدى الفقهاء؛ فالقانونيون يعرفون القرينة بتعريفات عدّة، وإن كانت كلّها تتوافق في مؤداها.

**فقد عرفوها بأنّها:** استنتاج الواقعة المطلوبة إثباتها من واقعة أخرى قام عليها دليل الإثبات. فهي الاستنتاجات التي يستخلصها القانوني أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة<sup>٢</sup>، ومن ثمّ فتعد القرائن، خاصّةً القضائية منها من أدلة الإثبات غير المباشرة؛ إذ لا ينصب الإثبات فيها على الواقعة محلّ التداعي مباشرة، وإنّما على واقعة أخرى بديلة، ويكُون من شأن ثبوتها أن يجعل قيام الواقعة الأصلية أو نفيها أمراً محتملاً، وذلك بحكم اللزوم العقلي.<sup>٣</sup>

**وقد عرّفت محكمة النقض المصرية القرينة بأنّها:** استنباط أمر مجهول من واقعة ثابتة، بحيث إذا كانت هذه الواقعة محتملة وغير ثابتة يبقين فإنّها لا تصلح مصدراً للاستنباط.<sup>٤</sup>

**وعرّفها آخرون بأنّها:** الصلة الضرورية التي قد ينشئها القانون بين وقائع معيّنة، أو هي نتيجة يتحتم على القاضي أن يستنتجها من واقعة معيّنة.<sup>٥</sup>

فالقرينة عند القانونيين عموماً تستنتج من وقائع ثابتة، ولا تدرك إدراكاً مباشراً، فهي تابعة، وليست أصلية في مجال الإثبات.<sup>٦</sup>

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.

<sup>١</sup> الحفناوي، الوسائل العلمية في ميزان الإثبات الشرعي، ص ٧٣.

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

<sup>٣</sup> محمود محمّد هاشم، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية (الرياض: جامعة الملك سعود، ١٩٨٨م) ص ٣١٢.

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

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

<sup>٦</sup> مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري (القاهرة: دار الفكر العربي، د. ط، ١٩٧٧م)، ص ١٥٧؛ الحفناوي، الوسائل العلميّة، ص ٧٦.



# 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 مُعَيَّنة، وللقاضي أَنْ يَقْضِي بِكُلِّ حُجَّةٍ يَظْهَرُ بِهَا جَانِبُ الْحَقِّ عِنْدَهُ وَإِنْ لَمْ يَرِدْ نَصٌّ عَلَى حَجِّيَّتِهَا.

وهذا الخلاف متفرّع عن مسألة أخرى، هي:

اختلافهم في معنى البينة، لذلك فسوف نبيّن معنى البينة والمراد منها عند الفقهاء. ذهب الجمهور إلى أَنَّ المراد من البينة: الشهود وحدهم؛ لأنَّ القرآن الكريم عدَّ الشَّهَادَةَ أساساً للإثبات في آيات كثيرة، منها:

في البيع يَقُولُ اللهُ تَعَالَى: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وفي الطلاق والرجعة يَقُولُ تَعَالَى: ﴿فَإِذَا بَلَغَنَّ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢].

وفي التداين يَقُولُ تَعَالَى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وفي الوصية يَقُولُ تَعَالَى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهْدَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ [المائدة: ١٠٦].

وأيضاً فإنَّ الرَّسُولَ ﷺ أَطْلَقَ الْبَيْنَةَ عَلَى الشُّهُودِ فِي قَوْلِهِ لَهْلَالِ بْنِ أُمِّيَّةٍ حِينَما قَذَفَ أَمْرَاتُهُ عِنْدَ النَّبِيِّ بِشْرِيكَ بْنِ سَحْمَاءَ: «الْبَيْنَةُ أَوْ حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ»<sup>١</sup>.

<sup>١</sup> محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق: مصطفى ديب (بيروت: دار ابن كثير، واليمامة، ط ٣، ١٩٨٧ م)، ج ٢، ص ٩٤٩، كتاب الشهادات، باب إذا ادعى أو قذف فله أن يلتمس البينة، رقم الحديث ٢٥٢٦.

والبيّنة التي يثبت بها الزنا، هي: أربعة شهود، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤].  
ومن ذلك أيضاً أنّ الرسول ﷺ حينما احتصم إليه الأشعث بن قيس مع آخر في بئر قال له النبي ﷺ «بينتك أو يمينه»<sup>١</sup>.

وفي رواية أخرى: «شاهدك أو يمينه»<sup>٢</sup>.

ودلت الرواية الثانية على أنّ مراد النبي ﷺ من البيّنة خصوص الشّهادة.  
أمّا ابن تيمية وابن القيم ومن وافقهم فقد فسّروا البيّنة بكلّ ما أبان الحقّ وأظهره ولم يفرّقوا في ذلك بين ما ورد فيه نصّ بخصوصه، وبين ما لم يرد فيه نصّ بخصوصه وكان معنى البيّنة يشملها، وقالوا:

إنّ البيّنة وردت في لسان الشرع مراداً بها الحجّة والدليل ولم تأت مراداً بها الشهود وحدهم، فحملها على ذلك تخصيص بلا مخصّص، ويلزم عليه حمل كلام الشارع على غير المراد وهذا غير جائز.

يقول ابن القيم: "فالبيّنة في كلام الله ورَسُوله اسم لكلّ ما يُبين الحقّ ويظهره، ومن خصّها بالشاهدين أو الأربعة أو الشاهد لم يوفّ مسماها حقّه، ولم تأت البيّنة قطّ في القرآن مراداً بها الشاهدان، وإنّما أتت مراداً بها الحجّة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة. وكذلك قول النبي ﷺ: «البيّنة على المدّعي»، المراد به أنّ عليه أن يظهر ما يُبين صحّة دعواه ليحكم به، فإذا ظهر صدقه بطريق من الطّرق حكم له<sup>٣</sup>، والشّاهدان من البيّنة.

ولا ريب أنّ غيرها من أنواع البيّنة قد يكون أقوى منها كدلالة الحال على صدق المدّعي فإنّها أقوى من دلالة إخبار الشّاهدين<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الأيمان، ص ١٧؛ أحمد بن حنبل، المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ٢، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م)، ج ٤، ص ٢١٧.

<sup>٢</sup> متفق عليه؛ محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٩م)، ج ٨، ص ٣٠٢؛ علي بن أحمد بن حزم، المحلى (دار الفكر العربي للطباعة والنشر، ٢٠٠١م)، ج ٩، ص ٤٢٨؛ صديق حسن خان القنوجي، الروضة الندية (بيروت: دار ابن حزم، ط ١، ٢٠٠٣م)، ج ٢، ص ٢٥٦.

<sup>٣</sup> ابن القيم، الطرق الحكمية، ص ٤.

<sup>٤</sup> المصدر السابق، ص ١١.

وَيَقُولُ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي إِعْلَامِ الْمَوْقِعِينَ: "الْبَيْتَةُ فِي كَلَامِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ اسْمٌ لِكُلِّ مَا يُبَيِّنُ الْحَقَّ، فَهِيَ أَعَمُّ مِنَ الْبَيْتَةِ فِي اصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ حَيْثُ خَصَّوْهَا بِالشَّاهِدِينَ أَوْ الشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ، وَلَا حَجْرَ فِي الْاصْطِلَاحِ مَا لَمْ يَتَضَمَّنْ حَمْلَ كَلَامِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ عَلَيْهِ، فَيَقَعُ فِي ذَلِكَ الْغَلْطُ فِي فَهْمِ النُّصُوصِ. وَنَذَكْرٌ مِنْ ذَلِكَ مِثَالاً وَاحِداً وَهُوَ مَا نَحْنُ فِيهِ، لَفْظُ الْبَيْتَةِ، فَإِنَّهَا فِي كِتَابِ اللَّهِ اسْمٌ لِكُلِّ مَا يُبَيِّنُ الْحَقَّ كَمَا قَالَ تَعَالَى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ﴾ [الحديد: ٢٥]، وَقَالَ: ﴿قُلْ إِنِّي عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّي﴾ [الأنعام: ٥٧]. وَقَالَ: ﴿أَوَلَمْ تَأْتِهِم بَيِّنَةٌ مَّا فِي الصُّحُفِ الْأُولَىٰ﴾ [طه: ١٣٣]. وَهَذَا كَثِيرٌ فَلَمْ يَخْتَصْ لَفْظُ الْبَيْتَةِ بِالشَّاهِدِينَ وَلَا اسْتَعْمَلَ فِي الْكِتَابِ فِيهِمَا الْبَيْتَةَ".<sup>١</sup>

لِذَلِكَ فَإِنَّ مَعْنَى قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: «أَلْكَ بَيْتَةً»، وَقَوْلِ عَمْرِو: "الْبَيْتَةُ عَلَيَّ الْمُدَّعِي"، فَإِنَّ الْمُرَادَ بِهِ أَلْكَ مَا يُبَيِّنُ الْحَقَّ مِنْ شَهُودٍ أَوْ دَلَالَةٍ؟، فَإِنَّ الشَّارِعَ فِي جَمِيعِ الْمَوَاضِعِ يَقْصِدُ ظَهْرَ الْحَقِّ بِمَا يُمْكِنُ ظَهْرُهُ بِهِ مِنَ الْبَيِّنَاتِ الَّتِي هِيَ أَدْلَةٌ عَلَيْهِ وَشَوَاهِدٌ لَهُ، وَلَا يَرِدُ حَقًّا قَدْ ظَهَرَ بِدَلِيلِهِ أَبَدًا، فَيُضِيعُ حَقُوقَ اللَّهِ وَعِبَادَهُ وَيُعْطِلُهَا، وَلَا يَقِفُ ظَهْرَ الْحَقِّ عَلَيَّ أَمْرٌ مُّعَيَّنٌ لَا فَائِدَةَ فِي تَخْصِيصِهِ بِهِ مَعَ مَسَاوَاةٍ غَيْرِهِ فِي ظَهْرِ الْحَقِّ أَوْ رَجْحَانِهِ عَلَيْهِ تَرْجِيحاً لَا يُمْكِنُ جَحْدُهُ وَدَفْعُهُ: كَتَرْجِيحِ شَاهِدِ الْحَالِ عَلَيَّ مَجْرَدِ الْيَدِ فِي صُورَةٍ مِنْ عَلَيَّ رَأْسِهِ عِمَامَةً، وَبِيَدِهِ عِمَامَةً وَآخَرَ خَلْفَهُ، مَكْشُوفِ الرَّأْسِ يَعْذُو أَثْرَهُ، وَلَا عَادَةَ لَهُ بِكَشْفِ رَأْسِهِ، فَبَيْتَةُ الْحَالِ وَدَلَالَتُهُ هُنَا تَفِيدُ مِنْ ظَهْرِ صَدَقِ الْمُدَّعِي أَوْ أَوْجُهٍ مَّا يَفِيدُ مُجَرَّدَ الْيَدِ عِنْدَ كُلِّ أَحَدٍ. فَالشَّارِعَ لَا يَهْمَلُ مِثْلَ هَذِهِ الْبَيْتَةِ وَالدَّلَالَةَ وَيُضِيعُ حَقًّا يَعْلَمُ كُلُّ أَحَدٍ ظَهْرَهُ وَحُجَّتَهُ. بَلْ لَمَّا ظَنَّ هَذَا مِنْ ظَنِّهِ ضَيَعُوا طَرِيقَ الْحُكْمِ فَضَاعَ كَثِيرٌ مِنَ الْحَقُوقِ يَتَوَقَّفُ ثَبُوتُهَا عِنْدَهُمْ عَلَيَّ طَرِيقِ مُعَيَّنٍ".<sup>٢</sup>

وَيَقُولُ أَيْضاً: "وَالْمَقْصُودُ أَنَّ الْبَيْتَةَ اسْمٌ لِكُلِّ مَا يُبَيِّنُ الْحَقَّ وَيُظْهِرُهُ، وَهِيَ تَارَةٌ تَكُونُ أَرْبَعَةً شَهُودٍ، وَتَارَةً شَاهِدِينَ، وَشَاهِداً وَاحِداً، وَامْرَأَةً وَاحِدَةً، وَنَكُولاً، وَبَيْمِناً، أَوْ خَمْسِينَ بَيْمِناً، أَوْ أَرْبَعَةَ أَيْمَانَ، وَتَكُونُ شَاهِدِ الْحَالِ فِي الصُّورِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا وَغَيْرِهَا".<sup>٣</sup> وَيَقُولُ أَيْضاً: "وَهُوَ سُبْحَانَهُ ذَكَرَ مَا يَحْفَظُ بِهِ الْحَقُوقَ مِنَ الشَّهُودِ، وَلَمْ يَذْكَرْ أَنَّ الْحُكْمَ لَا يَحْكُمُونَ إِلَّا بِذَلِكَ، بَلْ هُنَاكَ كَثِيرٌ غَيْرُ ذَلِكَ مِمَّا يُبَيِّنُ الْحَقَّ وَيُظْهِرُهُ".<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> ابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين (بيروت: دار الجيل، د. ط، ١٩٧٣م) مج ١٠، ص ٩٠؛ أحمد عبد المنعم البهي، من طرق الإنبات في الشريعة وفي القانون (القاهرة: دار الفكر العربي)، ص ٦.

<sup>٢</sup> ابن القيم، أعلام الموقعين، ج ١، ص ٧٥.

<sup>٣</sup> ابن القيم، الطرق الحكمية، ص ٢٤.

<sup>٤</sup> ابن القيم، أعلام الموقعين، ج ١، ص ٧١.

يَقُولُ أحمد عبد المنعم البهي رحمه الله: "وما استدل به الجمهور لا يفيد حصر البيّنة في الشُّهُود؛ إذ لا يلزم من إطلاق الرَّسُولِ ﷺ البيّنة عَلَى الشُّهُودِ فِي قِصَّةِ هَالِلِ بْنِ أُمِيَّةٍ أَنَّ البيّنةَ محصورة في الشُّهُودِ، لِأَنَّ المَقَامَ فِي هَذِهِ الوَاقِعَةِ كَانَ مَقَامَ شَهَادَةٍ فَقَطْ، وَالاسْتِدْلَالُ لَا يَتِمُّ إِلَّا إِذَا كَانَ المَقَامَ مَقَامَ شَهَادَةٍ وَغَيْرَهَا، وَأَرَادَ الرَّسُولُ مِنَ البيّنةِ خُصُوصَ الشَّهَادَةِ.

وَأَمَّا رِوَايَةُ «بَيْنَتِكَ أَوْ يَمِينِهِ» فِي قِصَّةِ الأَشْعَثِ بْنِ قَيْسٍ فَلَيْسَ فِيهَا مَا يَدُلُّ عَلَى حَصْرِ البيّنةِ فِي خُصُوصِ الشَّهَادَةِ؛ إِذْ يَجُوزُ حَمْلُهَا عَلَى مَا هُوَ أَعْمُ مِنَ الشَّهَادَةِ.

وَرِوَايَتُهَا بِلَفْظِ الشَّهَادَةِ فِي الرِّوَايَةِ الأُخْرَى لَا يَدُلُّ عَلَى حَصْرِ البيّنةِ فِيهَا لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ هَذَا تَفْسِيرًا مِنَ الرَّاويِ أَوْ نَصًّا مِنْهُ عَلَى أَهَمِّ أَنْوَاعِ البيّنةِ، أَوْ أَنْ يَكُونَ قَدْ فَهِمَ مِنْ حَالِ المِتَخَاصِمِينَ تَعَذَّرَ أَيُّ نَوْعٍ مِنَ أَنْوَاعِ البيّنةِ غَيْرِ الشَّهَادَةِ.<sup>١</sup>

لِذَلِكَ فَإِنَّ الجُمهورَ لَا يَقْصِدُونَ مِنْ تَفْسِيرِ البيّنةِ بِالشُّهُودِ حَصْرَ طُرُقِ الإثْبَاتِ فِي الشَّهَادَةِ لِأَنَّ غَيْرَ، وَإِنَّمَا مَرَادُهُمْ مِنْ هَذَا التَّفْسِيرِ أَنَّ البيّنةَ إِذَا أُطْلِقَتْ لَا تَنْصَرَفُ إِلَّا إِلَى الشُّهُودِ بِدَلِيلِ أَنَّهم ذَكَرُوا طُرُقًا أُخْرَى لِلإثْبَاتِ غَيْرَ شَهَادَةِ الشُّهُودِ، كَالإِقْرَارِ وَقِضَاءِ القَاضِي بَعْلَمَهُ؛ إِلَّا أَنَّ هَذِهِ الطُّرُقَ لَا تُسَمَّى عِنْدَهُمْ بَيِّنَةً، وَإِنَّمَا تُسَمَّى بِأَسْمَائِهَا.

فَيَقُولُونَ: القِضَاءُ بِالإِقْرَارِ، إِذَا كَانَ الإثْبَاتُ بِالإِقْرَارِ، والقِضَاءُ بِعِلْمِ القَاضِي إِذَا كَانَ القِضَاءُ بِهِ. وَيَقُولُونَ: القِضَاءُ بِالبَيِّنَةِ إِذَا كَانَ القِضَاءُ بِالشُّهُودِ وَحَدَهُمْ، فِي حِينِ أَنْ ابْنَ تَيْمِيَّةٍ وَمَنْ وَافَقَهُ يَرُونَ انْتِظَامَ البيّنةِ لِكُلِّ مَا يَقْضَى بِهِ.<sup>٢</sup>

هَذَا هُوَ المَرَادُ مِنَ البيّنةِ لَدَى الفُقَهَاءِ.

وَبِنَاءِ عَلَى هَذَا الأَصْلِ المِخْتَلِفِ فِيهِ اِخْتَلَفُوا فِي المَسْأَلَةِ الفُرْعِيَّةِ الأُخْرَى — كَمَا ذَكَرْنَا — وَهُوَ: اِخْتِلَافُهُمْ فِي إِطْلَاقِ الإثْبَاتِ أَوْ تَقْيِيدِهِ وَحَصْرِهِ، فَمِمَّا لَا شَكَّ فِيهِ أَنَّ أدْلَةَ الإثْبَاتِ القِضَائِي لَهَا دَوْرُهَا وَخَطَرُهَا فِي حِمَايَةِ الحُقُوقِ، وَفِصْلِ الخُصُومَاتِ، وَلِذَلِكَ كَانَ مَحَلُّ اِهْتِمَامِ الشَّرِيعَةِ، وَعِنَايَةِ الفُقَهَاءِ، وَقَدْ انْقَسَمُوا حَوْلَ هَذِهِ المَسْأَلَةِ إِلَى فَرِيقَيْنِ:

### الفريق الأول:

وَهُم جُمهورُ الفُقَهَاءِ، وَقَدْ ذَهَبُوا إِلَى القَوْلِ بِحَصْرِ أدْلَةِ الإثْبَاتِ فِي أَنْوَاعِ مُعَيَّنَةٍ، وَهِيَ ثَلَاثَةٌ: الشَّهَادَةُ وَاليَمِينُ وَالإِقْرَارُ، وَيَلْحَقُ بِهَا التُّكُولُ عَنْهَا، غَيْرَ أَنَّ فَرِيقًا مِنَ الفُقَهَاءِ يَجِدُّ

<sup>١</sup> انظر، البهي، من طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون، ص ١٠.

<sup>٢</sup> المرجع السابق، ص ١٢.

طُرُق الإثبات ويحصرها في سبعة: البينة، والشهادة، والإقرار، واليمين، والتكول، والقسامة، وعلم القاضي، والقرينة القاطعة.<sup>٢</sup>

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

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

من أجل ذلك اختلف الفقهاء في قضاء القاضي بعلمه؛ إذ لا يؤمن على التقني أن يتطرق إليه التهمة، فإذا لم يعتمد القضاة على طرق محددة محصورة في استفادة غلبة ظنهم للحكم بمقتضاها لكان الأمر متروكاً للحدس والتخمين، مما يؤدي إلى زعزعة المعاملات واضطراب الناس<sup>٤</sup>، 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.<sup>٥</sup>

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

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

<sup>٣</sup> علي رسلان، نظام إثبات الدعوى وأدلته في الفقه الإسلامي والقانون (القاهرة: دار الدعوة، د. ط، ١٩٩٦ م)، ص ٧٩ - ٨٦؛ عثمان بن علي بن محسن الزيلعي، تبين الحقائق (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، ٢٠٠٠ م)، ج ٤، ص ٣٥٤؛ زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، رسائل ابن نجيم (بيروت: دار مكتبة الهلال، ط ١، ١٩٨٠ م).

<sup>٤</sup> المصدر السابق، ص ٨٣.

<sup>٥</sup> أحمد إبراهيم، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية (ط ٣، ١٩٨٥ م)، ص ٣٠ - ٣٩.

ثم إنَّ 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 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.<sup>١</sup>  
نعم إنَّ الأصل في الدليل الإباحة، وللإنسان استنباطه من كلِّ فعل أو حال يوصل إلى بيان الحقّ وإثباته؛ إلا أن من الأعمال ما لو ترك دليله مجرد الاجتهاد يتطرق إليه الاضطراب ويدعو إلى طول النزاع فيكثر الفساد، ولا تستقيم أحوال الناس.<sup>٢</sup>

### الفريق الثاني:

أبرز أنصاره — كما ذكرنا — ابن القيم وشيخه ابن تيمية، وهذا الرأي يذهب إلى إطلاق حُرِّيَّة الإثبات وعدم تحديد طُرُق مُعَيَّنَة 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<sup>٣</sup>، ولهُ أن يقبل من الأدلة ما يراه منتجاً في الدَّعْوَى ومثبتاً لها لذلك وجب ترك الإثبات حرّاً.  
وقد ذكر ابن القيم رحمه الله ستّة وعشرين طريقاً للقضاء.

<sup>١</sup> المادة ١٧٤٤، مجلة الأحكام العدلية.

<sup>٢</sup> أحمد إبراهيم، طُرُق القضاء في الشريعة الإسلامية، ص ٣١. وفي مجال القانون المدني أيضاً فليس لكلّ ذي حقّ أن يختار ما يرضاه من طُرُق الإثبات دليلاً على حَقِّه، بل من الأدلة ما منعه القانون ومنها ما خصّصه، فمنع الإقرار واليمين والشهادة والقرائن والمحركات العرفية ذات التاريخ غير الثابت في إثبات الهبة (المادة ٤٨ من القانون المدني المصري)، وفي إثبات الحيازة إن كان الرهن منقولاً (المادة ٥٤٩)، ومنع الشهادة والقرائن مطلقاً في الإجارة (المادة ٣٦٣)، وخصّص الشهادة في جميع الأحوال الأخرى بما لا تزيد قيمته على ألف قرش إلا استثناءات بينها على سبيل التّحديد. انظر، المصدر السابق، ص ٣١.

<sup>٣</sup> علي رسلان، نظام إثبات الدَّعْوَى وأدلته، ص ٦٧.

وذكر أن للخصوم أن يقدموا من الأدلة ما يراه مثبتاً للدعوى<sup>١</sup>.  
وللقاضي أن يقبل من الأدلة ما يراه مثبتاً للدعوى<sup>١</sup>.

وهذه الطُّرُق، هي — كما ذكرها —:

١. الإنكار المُجرَّد مع عدم وجود البيِّنة، كالدين على الميت، أو من يدعي أنه أوصى له.
٢. اليد المُجرَّدة وهي حيازة الشيء، فالحيازة دليل على التملك، أو قرينة عليه غالباً، فمن كان وصياً على طفل أو مجنون وفي يده شيء انتقل إليه عن أبيه فلا تقبل يمين في ذلك متى عدمت البيِّنة، ويحكم لمجرد الحيازة.
٣. اليمين وهي غالب الأحوال عند عدم وجود بيِّنة ومع يمين صاحبها.
٤. النُّكول عن اليمين.
٥. ردُّ اليمين فيحوز في أحوال مُعيَّنة أن يردها من طلبت منه إلى من طلبها.
٦. الشَّاهد الواحد بلا يمين في بعض الأمور كروية الهلال وأهل الخيرة.
٧. الشَّاهد مع اليمين.
٨. شهادة الرَّجل الواحد والمرأتين.
٩. الشَّاهد مع النُّكول.
١٠. شهادة امرأتين ويمين المدَّعي في الأموال والحقوق.
١١. شهادة امرأتين فقط دون يمين في شئون النساء تحت الثياب.
١٢. شهادة ثلاثة رجال كما في دعوى الإعسار بعد غنى.
١٣. شهادة أربعة رجال في حدِّ الزَّنا.
١٤. شهادة العبد والأمة في كلِّ ما تقبل فيه شهادة الحر والحرَّة مع بعض الخلاف.
١٥. شهادة الصبيان والمميزين مع خلاف فقهي.
١٦. شهادة الفاسق في بعض الصُّور.
١٧. شهادة الكافر على مثله وعلى المسلم في وصيته في السَّفَر.
١٨. الإقرار ويراه أقوى الأدلة متى صدر عن رضا كامل.
١٩. علم القاضي مع خلافات بين الفقهاء في ذلك.
٢٠. التواتر.

<sup>١</sup> ابن القيم، الطُّرُق الحكمية، ص ٢٥.

٢١. الحكم بالاستفاضة، وهي انتشار الخبر بين جمع كبير من الحيّ أو المهنة.  
 ٢٢. الحكم بأخبار الآحاد.  
 ٢٣. الحكم بالخط وهي الكتابة.  
 ٢٤. الحكم بالقرائن.  
 ٢٥. الحكم بالقرعة.  
 ٢٦. الحكم بالقافة.<sup>١</sup>

يقول ابن القيم في الطُّرُق الحَكْمِيَّة: فَإِنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ أَرْسَلَ رَسُولَهُ وَأَنْزَلَ كِتَابَهُ لِيُقِيمَ النَّاسَ بِالْقِسْطِ، وَهُوَ الْعَدْلُ الَّذِي قَامَتْ بِهِ الْأَرْضُ وَالسَّمَاوَاتُ، فَإِذَا ظَهَرَتْ أَمَارَاتُ الْعَدْلِ وَأَسْفَرَ وَجْهَهُ بِأَيِّ طَرِيقٍ كَانَ، فَتَمَّ شَرَعُ اللَّهِ وَدِينُهُ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ وَأَعْدَلُ أَنْ يُخَصَّ طُرُقَ الْعَدْلِ وَأَمَارَاتِهِ وَأَعْلَامَهُ بِشَيْءٍ، ثُمَّ يَنْفِي مَا هُوَ أَظْهَرَ مِنْهَا، وَأَقْوَى دَلَالَةً، وَأَيِّنَ أَمَارَةً، فَلَا يُجْعَلُ مِنْهَا، وَلَا يُحْكَمُ عِنْدَ وُجُودِهَا وَقِيَامِهَا، بَلْ قَدْ بَيَّنَّ سُبْحَانَهُ بِهِ شَرْعَهُ، وَقِيَامَ النَّاسِ بِالْقِسْطِ، فَأَيُّ طَرِيقٍ اسْتَخْرَجَ بِهِ الْعَدْلُ وَالْقِسْطُ فَهُوَ مِنَ الدِّينِ وَلَيْسَتْ مُخَالَفَةٌ لَهُ.

والبَيِّنَةُ فِي كَلَامِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَكَلَامِ الصَّحَابَةِ اسْمٌ لِكُلِّ مَا يُبَيِّنُ الْحَقَّ، فَهِيَ أَعْمٌ مِنَ الْبَيِّنَةِ فِي اصطلاح الفقهاء حيثُ حَصُّوْهَا بِالشَّاهِدِينَ أَوْ الشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ.<sup>٢</sup>

ويظهر من أقوال هؤلاء أنَّهم يرون إطلاق الإثبات من كُلِّ قيد، فَلَا يلتزم القاضي ولا الخصوم بأدلة مُحدَّدة، وإِنَّمَا يترك الخصوم وشأنهم في أَنْ يقدِّموا مَا يرون من أدلة، كَمَا أَنَّ القاضي حرٌّ في أَنْ يأخذ بدليل دون غيره مَّا يقدِّمه الخصوم، ويجوز للقاضي عندهم أَنْ يترك البيِّنَةَ ويكون قناعته من قرينة يستنبطها هو.

فهم يرون أَنَّ في تقييد الإثبات وحصره في طُرُق مُعيَّنة مضیعة لحقوق الله وعباده، وتعطيلاً لَهَا.

يَقُولُ ابن القيم: إِنَّ الشَّارِعَ لَا يردُّ حَقًّا مَتَى ظَهَرَ بِدليله -ويقصد القرينة- فيضیِّعُ حقوقَ اللَّهِ وعباده.

<sup>١</sup> ابن القيم، الطُّرُق الحَكْمِيَّة، ص ١١٨-٢٤١؛ عبد الرَّحْمَنِ عبد العزیز القاسم، الإثبات والتوثيق أمام القضاء (القاهرة: مطبعة السَّعادة، ١٩٨٢م)، ص ٤٦.

<sup>٢</sup> ابن القيم، الطُّرُق الحَكْمِيَّة، ص ١٨.



وَقَدْ تَرَجَّحَ الْقَرِينَةُ عَلَيَّ الْبَيْتَةَ، وَمِثْلُ ابْنِ الْقَيْمِ لِنَدْوَى بِصُورَةٍ مِنْ عَلَيَّ رَأْسِهِ عِمَامَةً وَبِيَدِهِ عِمَامَةً وَآخِرُ خَلْفِهِ مَكْشُوفُ الرَّأْسِ يَعْذُو أَثْرَهُ، وَلَا عَادَةَ لَهُ بِكَشْفِ رَأْسِهِ، وَانْتَهَى إِلَى أَنَّ هَذِهِ قَرِينَةٌ عَلَيَّ أَنَّ الْأَوَّلَ يَكُونُ سَارِقًا.

يُنْبَنِي عَلَيَّ ذَلِكَ أَنَّ شَهَادَةَ الشُّهُودِ تَخْضَعُ لِتَقْدِيرِ الْقَاضِي، فَلَوْ رَأَى فِي الشَّهَادَةِ أَنَّ الْوَاقِعَ يَكْذِبُهَا طَرَحَهَا وَلَمْ يَعْوَلْ عَلَيْهَا.

كَمَا لَوْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ رِجَالًا عَلَيَّ رَجُلًا بِالزَّانَا فَوَجَدَ الرَّجُلَ مَجْبُوبًا.  
أَوْ شَهِدُوا عَلَيَّ امْرَأَةً بِالزَّانَا فَوَجَدَتِ الْمَرْأَةَ رَتْقَاءَ، فَلَا حَدَّ عَلَيَّ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ، وَعَلَيَّ الشُّهُودِ حَدَّ الْقَذْفِ لَمَّا تَبَيَّنَ لِلْقَاضِي فِي هَذِهِ الْحَالَةِ مِنْ كَذِبِهِمْ فِي الشَّهَادَةِ.

وَالْإِقْرَارُ أَيْضًا يَخْضَعُ لِتَقْدِيرِ الْقَاضِي، فَلَا يَلْزِمُهُ الْأَخْذُ بِهِ إِذَا صَاحَبَتِ الْإِقْرَارَ قِرَائِنٌ يَتَرَجَّحُ مَعَهَا حَالُ الْكُذْبِ فِيهِ عَلَيَّ حَالِ الصِّدْقِ، كَالْإِقْرَارِ إِحْدَى الْمُرَاتَيْنِ اللَّتَيْنِ ادْعَيْتَا الْوَلَدَ أَمَامَ نَبِيِّ اللَّهِ سَلِيمَانَ حَيْثُ قَالَ: ائْتُونِي بِالسَّكِينِ أَشَقَّهُ بَيْنَهُمَا، فَسَمَحَتِ الْكَبِيرَى بِذَلِكَ، وَقَالَتِ الصُّعْرَى لَا تَفْعَلْ رَحِمَكَ اللَّهُ، هُوَ ابْنُهَا، فَقَضَى بِهِ لِلصُّعْرَى اسْتِدْلَالًا مِنْ شَفَقَةِ الصُّعْرَى عَلَيَّ الْوَلَدِ وَعَدَمِ رِضَاهَا بِشَقِّهِ، عَلَيَّ أَنَّهَا أُمَّهُ، عَلَى الرَّغْمِ مِنْ إِقْرَارِهَا بِأَنَّ الْأُخْرَى هِيَ أُمَّهُ، لِتِلْكَ الْقَرِينَةِ الَّتِي صَاحَبَتِ ذَلِكَ الْقَرَارَ.

إِنَّ الْإِسْلَامَ عَمَلٌ عَلَيَّ حِفْظِ حُقُوقِ النَّاسِ وَتَحْقِيقِ الْعَدَالَةِ مِنْ وَرَاءِ تَشْرِيْعِهِ لِقَوَاعِدِ الْإِثْبَاتِ؛ حَتَّى لَا تَضِيْعَ الْحُقُوقُ عَلَيَّ أَرْبَابِهَا، وَلَا يَجِدَ الْمَجْرُمُونَ مَجَالًا لِارْتِكَابِ جَرَائِمِهِمْ، وَحَتَّى لَا يَحْكُمَ لِلْمُدْعِينَ بِمَجْرَدِ دَعْوَاهُمْ، وَلَا يَعْاقِبُ كُلَّ مُتَّهَمٍ بِمَجْرَدِ التُّهْمَةِ.

إِنَّ الشَّرْعَ الْإِسْلَامِيَّ إِذَا كَانَ قَدْ بَيَّنَّ طُرُقَ الْإِثْبَاتِ وَفَصَّلَ قَوَاعِدَهَا الْمُهْمَّةَ، فَإِنَّهُ لَمْ يَلِغْ طُرُقًا أُخْرَى لِلْإِثْبَاتِ إِذَا حَصَلَ بِهَا مِنَ الْعِلْمِ وَالْيَقِينِ فِي نَفْسِ الْقَاضِي، أَوْ عَلَيَّ الْأَقْلَ مَا يَشْبَهُ الْيَقِينَ أَوْ غَلْبَةَ الظَّنِّ، أَوْ عِلْمَ الطَّمَأْنِينَةِ.

إِنَّ الشَّرْعَ لَنْ يَرْفُضَ هَذِهِ الْوَسَائِلَ الْعِلْمِيَّةَ الْجَدِيدَةَ الَّتِي لَمْ يَكُنْ أَسْلَافُنَا يَعْرِفُونَهَا، وَالَّتِي هِيَ مِنْ ثَمَارِ التَّقَدُّمِ الْعِلْمِيِّ وَالتَّطَوُّرِ التَّكْنُولُوجِيِّ؛ إِذْ إِنَّ هَذَا الدِّينَ لَيْسَ دِينُ الشَّكَلِيَّاتِ، وَإِنَّمَا هُوَ دِينٌ يَعْطِي كُلَّ أَهْمِيَّةٍ لِمَقَاصِدِ وَالْغَايَاتِ. إِنَّ وَسَائِلَ الْإِثْبَاتِ هَذِهِ لَيْسَتْ مِنَ الْأُمُورِ التَّعْبُدِيَّةِ الَّتِي يَقْتَضِرُ فِيهَا عَلَيَّ مَا وَرَدَ فِي النُّصُوصِ، وَبِالتَّالِي لَا يَجُوزُ الْخُرُوجُ عَنْهَا أَوْ الْخُرُوجُ عَلَيْهَا، وَإِنَّمَا هِيَ أَقْرَبُ إِلَى الْمَعَامَلَاتِ وَمُرَاعَاةِ مَصَالِحِ النَّاسِ وَحَاجَاتِهِمْ، فَلِذَلِكَ يَقْبَلُ مِنْهَا

كُلُّ وسيلة تؤدي إلى مراعاة المصلحة العامة في تحقيق الأمن والطمأنينة والعدالة ومحاربة الجريمة والفساد وإثبات الحقوق.<sup>١</sup>

إِنَّ الْبَيِّنَةَ يَرَادُ بِهَا كُلُّ مَا يُبَيِّنُ الْحَقَّ وَيُظْهِرُهُ بِالْقَدْرِ الَّذِي يَبْعَثُ الثَّقَةَ فِي نَفْسِ الْقَاضِي، وَيُدْفَعُهُ إِلَى الْحُكْمِ وَهُوَ مُطْمَئِنٌّ إِلَى ثُبُوتِ مَا يَحْكُمُ بِهِ.<sup>٢</sup>

وبعد هذا العرض لآراء الفريقين وحججهم يبدو أن الرَّاحِحَ، هُوَ: الْقَوْلُ بِأَنَّ الْإِثْبَاتَ لَهُ نِظَامٌ وَسَطٌ فِي الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ يَجْمَعُ بَيْنَ التَّقْيِيدِ وَالْإِطْلَاقِ، وَهُوَ مَا يَسْمِيهِ فَقْهَاءُ الْقَانُونِ بِالنِّظَامِ الْمُخْتَلَطِ، وَهَذَا مَبْنَاهُ عَلَى ضَوْءِ وَقَعِ نِظَامِ الْقَضَاءِ وَالِدَّعْوَى فِي الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ.

### ففي جرائم الحدود:

فإن وسائل الإثبات محصورة ومُحدَّدة، وبشروط مُشدَّدة — عَلَى رَأْيِ الْجُمْهُورِ —.

### وَأَمَّا فِي جَرَائِمِ التَّعَاذِيرِ:

فإن وسائل الإثبات فيها غَيْرُ مُقَيَّدَةٍ وَلَا مُحْصَرَةٍ، بَلْ هِيَ مُطْلَقَةٌ دُونَ قَيْدٍ أَوْ حَصْرٍ؛ إِذْ أَحَازَتْ لِلْحَاكِمِ وَضْعَ عَقُوبَاتٍ بِنَاءً عَلَى مَا تَقْتَضِيهِ مَصَالِحُ الْعِبَادِ.

وَيَدُلُّ وَقَعُ الْقَضَاءِ الْإِسْلَامِيِّ عَلَى أَنَّ جَرَائِمَ التَّعَاذِيرِ كَانَتْ تَثْبِتُ بِكَافَةِ طُرُقِ الْإِثْبَاتِ. فَالْفَقْهُ الْإِسْلَامِيُّ إِذَا يَجْمَعُ بَيْنَ التَّشَدُّدِ فِي أدَلَّةِ الْإِثْبَاتِ وَحَصْرِهَا وَتَقْيِيدِهَا تَارَةً، وَبَيْنَ إِطْلَاقِهَا وَالتَّخْفِيفِ مِنَ التَّشَدُّدِ تَارَةً أُخْرَى، لِأَجْلِ تَحْقِيقِ الْعَدَالَةِ لِلْمَجْتَمَعِ وَالْفَرْدِ؛ إِذْ إِنَّ مَصْلَحَةَ الْجَمَاعَةِ هِيَ فِي اسْتِثْصَالِ جَذُورِ الْفَسَادِ وَمَحَاصِرَةِ الْمُجْرِمِينَ وَإِدَانَتِهِمْ، وَهَذَا يَدْعُو إِلَى عَدَمِ تَرْكِ الْمُجْرِمِ يَفْلَتُ مِنَ الْعِقَابِ بِحُجَّةٍ أَنَّ دَلِيلَ الْإِثْبَاتِ لَيْسَ مِنْ بَيْنِ الأدلَّةِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهَا، وَمَعَ ذَلِكَ فَإِنَّ مَصْلَحَةَ الْفَرْدِ تَقْتَضِي الْأَيْدَانَ بَرِيءٍ أَوْ تَوْقَعِ عَلَى مَذْنَبِ عَقُوبَةٍ غَيْرِ مُتَنَاسِبَةٍ مَعَ جَسَامَةِ جَرْمِهِ.

وَفِي التَّشَدُّدِ فِي إِثْبَاتِ بَعْضِ الْجَرَائِمِ تَأْكِيدٌ لِحَقِّ الْإِنْسَانِ فِي الْمَحَافِظَةِ عَلَى سَمْعَتِهِ وَاعْتِبَارِهِ وَعَدَمِ الْمَسَاسِ بِذَلِكَ إِلَّا بِنَاءً عَلَى أدَلَّةٍ قَاطِعَةٍ وَمُحَدَّدةٍ.

وَمِنْ هَذَا الْمَنْطَلِقِ كَانَ نِظَامُ الْإِثْبَاتِ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ أَحْرَصَ مَا يَكُونُ عَلَى التَّوْفِيقِ بَيْنَ هَذِهِ الِاعْتِبَارَاتِ الْمُتَعَارِضَةِ، فَلَمْ يَكُنْ نِظَامًا جَامِدًا؛ وَإِنَّمَا هُوَ يَتَّسِمُ بِالتَّشْدِيدِ وَالتَّقْيِيدِ عِنْدَمَا تَقْتَضِي ظُرُوفُ الْجَرِيمَةِ وَالْعَقُوبَةَ ذَلِكَ، وَيَتَخَفَّفُ مِنْهُمَا عِنْدَمَا لَا يَحْتَاجُ الْأَمْرُ هَذَا التَّشَدُّدَ وَالتَّقْيِيدَ.<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> عدنان حسن عزازية، حُجَّةُ الْقَرَائِنِ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ (عَمَّان: دار عمار للنشر، ١٩٩٠م)، ص ١٧٩.

<sup>٢</sup> مُحَمَّدُ بْنُ مَعْجُوزٍ، وَسَائِلُ الْإِثْبَاتِ فِي الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ (دار الحديث الحسينية، ١٩٨٤م)، ص ٣٧٧.

<sup>٣</sup> مأمون سلامة، "المبادئ العامة للإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي"، المجلَّة العربية للدفاع الاجتماعي، العدد ١٠، أكتوبر، ١٩٧٩م.

## المطلب الثاني: في التشريعات الوضعيّة

نبذة عن طُرُق الإثبات:

تكاد تجمع الأنظمة الوضعيّة على أن طُرُق الإثبات سبعة:

الكتابة، والشّهادة، والقرائن، والإقرار، واليمين، والمعينة، والخبرة.<sup>١</sup>

وفيما يلي بيان ذلك:

### ١- الكتابة:

وهي أقوى طُرُق الإثبات، ولم تكن لها هذه القوّة قديماً بل كان المقام الأوّل 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 الشّهادة، وصار لها المقام الأوّل إذا حلت من احتمال التزوير، وقد رسم قانون المرافعات إجراءات مُعيّنة للطعن في الكتابة بالإنكار أو التزوير.

### ٢- الشّهادة أو البيّنة:

لقد كانت من أقوى الأدلّة في الماضي كما قدمنا، ثم أصبحت طريقاً للإثبات ذات قوّة محدودة لما يتطرّق إليها من عوامل الضعف، كاحتمال كذبهم، وتعرض ذاكرة الشهود للنسيان، وقد تحذهم الدقة في أداء الشّهادة، لذلك لا يجوز إثبات التصرفات القانونيّة بالشهادة إلا في حالات استثنائية، وترك للقاضي التّقدير الأعلى في الأخذ بها إذا أفنعت أو في أطراحها إذا هو لم يقتنع.

### ٣- القرائن:

جعلت القرائن من حيث قوّتها في الإثبات بمرتبة الشّهادة ذات قوّة محدودة، ولا يجوز قبولها إلا حيث تقبل الشّهادة.

ولم يرسم قانون المرافعات للقرائن إجراءات مُعيّنة، فجميع الأحكام الخاصّة بها أحكام موضوعيّة، وهي متناثرة في جميع نواحي القانون.<sup>٢</sup>

<sup>١</sup> انظر، قانون الإثبات المصري، من المواد ١٠-١٦٢. والمادّة ١١ من قانون الإثبات السوداني. والمادّة الأولى من قانون الإثبات السوري. والفصل ٤٢٧ من مجلّة الالتزامات والعقود التونسية. والمادّة ٤٠٤ من قانون الالتزامات والعقود المغربي. والمواد ٨-٩٢ من قانون الإثبات الكويتي. انظر، محمود محمّد هاشم، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعيّة (الرياض: عمادة شؤون المكتبات، د.ط، ١٩٨٨م)، ص ١٨٥.

<sup>٢</sup> المادّة ٢٥٣-٢٩١، قانون المرافعات المصري؛ السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، ص ٨٩ - ٩٢.

#### ٤- الإقرار:

إذا صدر الإقرار من الخصم على نفسه بحق لخصمه لا يكون في الواقع من الأمر طريقاً لإثبات هذا الحق، بل إعفاء من إثباته، ونزولاً من الخصم المقر عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه، وهو حجة قاصرة على المقر دون غيره.

#### ٥- اليمين:

إنها طريق للإثبات من وجوه، وهي:  
إذا حلفها من وجهت إليه فقد ثبت حقه بيمينه، وإذا نكل دون أن يردّها، فقد ثبت حقه خصمه بنكوله.

وإذا ردها إلى الخصم فحلف فقد ثبت حقه الخصم بيمينه.  
وإذا ردها إلى الخصم فلم يحلف فقد ثبت حقه بنكول خصمه.<sup>١</sup>

#### ٦- المعاينة:

وهي انتقال المحكمة لمشاهدة عين المتنازع عليه عقاراً كان أو منقولاً، أو مشاهدة محل النزاع؛ إذ قد ترد المعاينة على الأشخاص عندما يعاين القاضي ما بالشخص من إصابات، وذلك لإثبات الضرر الذي أصابه لما يدعيه من خطأ المدعى عليه.<sup>٢</sup> وتعدّ المعاينة من أهم الأدلة الموصلة إلى الحقيقة.

#### ٧- الخبرة:

وهي نوع من أنواع المعاينة التي تحصل لا بواسطة المحكمة، وإنما بواسطة أهل الخبرة المختصين.<sup>٣</sup>

والأنظمة الوضعية يتنازعها مبدأن في تنظيم قواعد الإثبات:  
الأول: إظهار الحق بجميع الطرق دون قيد لمنع الظلم وإقرار العدالة، وإعطاء كل ذي حقه حقه ولو بالتضحية في استقرار التعامل.

الثاني: لأجل استقرار الحقوق وتنظيم التعامل لا بد من وضع الضوابط على حرية القاضي والمتقاضى، ذلك لأنّ الجميع بشر، ممّا يمتثل معه جنوحهم وانحيازهم عن الحق. لذلك لا يجوز

<sup>١</sup> السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، ص ٩٣.

<sup>٢</sup> المصدر السابق، ج ٢، ص ٩٩؛ عبد المنعم فرج الصدة، قواعد الإثبات، ص ٦٦.

<sup>٣</sup> المصادر السابقة؛ محمود محمّد هاشم، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، ص ٣٢٦.

الإثبات إلاً بالكيفية التي تقرّها النُصوص ووفق الإجراءات التي تحدّدها، ولو على حساب العدالة، لأجل ذلك اختلفت النُظم وتعددت وجهات النظر في التشديد وحصر وسائل الإثبات والتّضييق على حُرّيّة القاضي، وبين التّسامح والتّساهل في إثبات الوقائع بأية وسيلة. فالتشريعات الوضعيّة في النظر إلى طُرُق الإثبات لها ثلاثة نُظم، وأهم شيء في هذه النُظم الثلاثة لكي يحكم على صحّة أيّ نظام منها أو فساده هو حسن تطبيقه، وسلامة تنفيذه، فإن أحسن القاضي تطبيق النُظام بدت مزاياه، وإن أساء تطبيقه بدت عيوبه، وهذه النُظم، هي:

### النُّظام الأوّل: 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 يجعل الحقيقة القضائيّة 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 طُرُق الإثبات وتحديد قيمتها آنذاك مال القضاء عن العدالة، وابتعدت الحقيقة القضائيّة عن الحقيقة الواقعيّة، أكثر من ابتعادها في المذهب المقيد.<sup>١</sup> إن إطلاق الحُرّيّة للقاضي في الإثبات يعطي له سلطة واسعة لا حدّ لها، وهو بشر غير معصوم من الخطأ، ولا منزّه عن الغرض، ويتيح له أن يقضي بعلمه الشخصي.<sup>٢</sup>

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.

<sup>١</sup> علي رسلان، نظام إثبات الدّعوى، ص ٥٠؛ الوسيط، ج ٢، ص ٢٨.

<sup>٢</sup> عبد الحي حجازي، الإثبات في المواد المدنيّة (طبعة ١٩٥٧م)، ص ٩.

أما في القانون، وتحديدًا في هذا الاتجاه الحر، فقد يأخذ القاضي بشهادة واحد وقد لا يقتنع بشهادة جمع من الناس، وإن طبقت الدعوى؛ لأن الأمر مبناه على قناعة القاضي.<sup>١</sup>

**النظام الثاني:** هو المذهب المقيّد بالأدلة القانونيّة، والمحدّد لطرق الإثبات على سبيل الحصر، وبتقيّد بذلك الخصوم والقاضي.

وهذا النظام يبين الشُرُوط اللازمة في كلّ دليل، وتحديد قوّته 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 تخلّف الدليل أو اختلت شروطه وجب الحكم بالبراءة ولو اعتقد القاضي خلاف ذلك. وميزة هذا الاتجاه أنّه يكفل المساواة بين المتهمين. وهو يسلب القاضي سلطة التّقدير بالنسبة لجميع الأدلّة، وهذا ما يكفل الثّبات في التّعامل.

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

وكذلك لو ترك للقاضي الحرّيّة المطلقة في إثبات الدعوى لأدّى ذلك إلى اختلاف القضاة في التأويل والتّقدير ممّا ينشأ عنه اختلاف في توزيع العدالة، وهو يؤدّي إلى جعل مصائر الخصوم ومصالحهم معلقة بمحض تقدير قضاةهم، 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 الذمّة من كلّ التزام، ومن يدّعي ما يخالف هذا الأصل أن يقيم الدليل على دعواه؛ لأنّ "البينة على من يدّعي خلاف الأصل".

لذلك قررت محكمة النقض المصرية أنّ الأصل هو براءة الذمّة وانشغالها عارض، ويقع الإثبات على عاتق من يدّعي ما يخالف الثّابت أصلاً، مدّعياً كان أو مدّعى عليه.

والمذهب المقيّد في الإثبات هو الاتجاه العامّ في الفقه الإسلاميّ.

<sup>١</sup> عبد الناصر أبو البصل، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون (عمان: دار النفائس، ط ١، ٢٠٠٠م)، ص ٣٢٠.

### النظام الثالث: المذهب المختلط.

وهذا النظام خليط من النظامين يجمع بين الإثبات المطلق، والإثبات المُقيّد. وفي هذا النظام تبرز خصائص النظامين الأصليين، وإن كانت التشريعات تتفاوت فيما بينها في درجة الامتزاج، فمنها ما يغلب النظام الأوّل، ومنها ما يغلب الثاني، بل إنَّ منها ما يغلب الأوّل في مجال، والثاني في مجال آخر.

وهذا المذهب يقول عنه علماء القانون أنّه خير المذاهب جميعاً، فهو يجمع بين ثبات التّعامل بما احتوى عليه من قيود، وبين اقتراب الحقيقة الواقعيّة من الحقيقة القضائيّة بما أفسح فيه للقاضي من حُرّيّة التّقدير. وقد أخذت به معظم التشريعات المعاصرة بوجه عام<sup>١</sup>.

فالقانونيون يعملون بكلا الرأيين، ففي بعض القضايا يحدّدون طرق الإثبات، وفي أخرى يطلقونها. ففي الدعاوى الجنائيّة (الجنایات، الجنح، المخالفات) فإنّهم يتفقون مع رأي ابن تيمية ومن وافقه في عدم تحديد طرق إثباتها، ويتركون للقاضي تكييف الواقعة والأخذ بما يراه مقنعاً في الإثبات.

وفي الدعاوى المدنيّة والتّجاريّة يوافقون رأي الجمهور ويجعلون الإثبات في طرق مُعيّنة، هي: الكتابة، والشّهادة، والإقرار، واليمين، والقرائن، والمعينة. غير أنّهم لا يأخذون بهذه الطرق 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 ٨٠/٢١٥ مدني)؛ إلاّ في حالات استثنائية كفقد السند من صاحبه بقوة قاهرة بحريق أو غرق أو سرقة مثلاً، هنا أباح القانون الإثبات بالشهود والقرائن<sup>٢</sup>.

وما هو جدير بالملاحظة أن هذا النظام في التشريعات الوضعيّة قد وضع الأدلة الكتابية في المقام الأوّل، 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<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، ص٣٨-٣٩؛ محمود مصطفى، الإثبات في المواد الجنائيّة، ص٧ وما بعدها؛ جميل الشرفاوي، الإثبات في المواد المدنية (دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٨٢م)، ص٨؛ عبد الودود يحيى، دروس في قانون الإثبات (دار النهضة العربية، ١٩٧٠م)، ص٤ وما بعدها؛ علي رسلان، نظام إثبات الدّعوى وأدلّته، ص٢٣، ٦٠؛ عبد الحي حجازي، الإثبات في المواد المدنيّة، ص٨.

<sup>٢</sup> البهي، من طرق الإثبات، ص١٤.

<sup>٣</sup> أبو البصل، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، ص٣١٩.

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

ويذهب القضاء عموماً في التشريعات الوضعيّة الحديثة إلى أنه يجوز الإثبات بالقرائن كدليل مستقل وقائم بمفرده دون استلزام وجود أدلة أخرى، بمعنى أن الحكم الذي يستند فقط إلى قرائن أو دلائل يكون سليماً لا غبار عليه طالما أن استخلاصه للنتيجة التي وصل إليها كان مستساغاً عقلاً ومنطقاً.<sup>١</sup>

وهناك اتجاه يرى أنه لا يجوز للمحكمة أن تستند في حكمها إلى قرينة واحدة؛ إذ إن القرينة الواحدة مهما كانت دلالتها فهي ناقصة.<sup>٢</sup>

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

ولكن مع مبدأ حرية القاضي في تقدير قيمة الأدلة؛ فإنه ينبغي ألا يصل ذلك إلى حدّ 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 وضمائم الحرية الشخصية للمتهم، لذلك لا بُدّ 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 مستمداً من إجراء صحيح، لا من إجراء باطل؛ لأن ما بني على الباطل فهو باطل.

— ألا يبني قضاؤه على وفق ما يروق له ودون اتباع لأحكام العقل والمنطق، بل لا بُدّ أن يكون اقتناع القاضي سائغاً عقلاً في استنتاجاته من الوقائع والمعلومات.<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> نقض، ٣٠/٥/١٩٦٧، السنة ١٨، رقم ١٤٧.

<sup>٢</sup> محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ص ٤٨١؛ مأمون سلامة، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض، ص ٧٩٨؛ نظام إثبات الدّعوى وأدلته، ص ١٧٨.

<sup>٣</sup> علي رسلان، نظام إثبات الدّعوى وأدلته، ص ١٠٩.



## المبحث الثاني: تقسيم القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

### المطلب الأول: تقسيم القرائن في الفقه الإسلامي

هناك تقسيمات عدّة للقرائن باعتبار شتى:

فتقسم إلى قرائن شرعية وقرائن قضائية باعتبار مصدرها وطرق استنباطها.

وتقسم بحسب مدلولاتها إلى قرائن عقلية وقرائن عرفية.

وتقسم بحسب قوتها وضعفها إلى قرائن قوية وقرائن ضعيفة.

### أولاً: تقسيم القرائن إلى قرائن شرعية وقرائن قضائية

تقسم القرائن في الفقه الإسلامي المعاصر إلى قرائن شرعية وقرائن قضائية، وهذا التقسيم لم يرد في كتب الفقه، بل هو مأخوذ من التقسيم القانوني للقرائن<sup>١</sup>؛ إذ قسموها إلى قرائن قانونية وقرائن قضائية، ونفضل الأخذ بهذا التقسيم، وذلك لسهولة، وهذا التقسيم قد استحسنته أحمد إبراهيم رحمه الله في كتابه **طرق القضاء**، وسنشرح كل قسم منهما:

#### أ. القرائن الشرعية:

وهي ما نصّ عليه الشارع من الكتاب أو السنة، أو ما استنبطه الفقهاء باجتهادهم،

وتنقسم إلى قسمين أيضاً:

#### ١. القرائن النصية:

وهي التي ورد فيها نصّ من الكتاب أو السنة، وجعلها الشارع أمارة على شيء معين، مثل كون الفراش أمارة وقرينة على نسبة الولد إلى الزوج، ومثله الشبه في القافة، واللوث في القسامة، والصّمات في زواج البكر للدلالة على رضائها وموافقتها، ووضع العلامات التي تدلّ على المؤمن، أو تميّز المنافق والكافر عن غيرهما، كما جعل الشارع دم الحيض أمارة على براءة الرحم وخلّوه من الحمل،

<sup>١</sup> أحمد إبراهيم، **طرق القضاء**، ص ٤٤٢.

ورتب عليه أحكاماً تتعلق بانتهاء العدة ومنع الرجعة، وجواز العقد عليها من الآخر، ومنها إثبات الشعر قرينة على البلوغ.<sup>١</sup>

أمّا دور هذه القرائن في الإثبات:

فإنّها تنقل الإثبات، فمن تقرر القرينة لصالحه، يُعفى من الإثبات، فالولد المنسوب لفراس صحيح، يُعد ثابت النسب من أبيه، وعلى الأب إذا أراد نفي النسب أن يتخذ طريق الملائنة لإثبات عكس ما أثبتته قرينة الفرّاش، وواصف اللقطة معفي من إثبات أن اللقطة ماله، وعلى من ينكر عليه ملكيته للمال الموصوف أن يثبت عكس ما دلّت عليه قرينة الوصف.

وعقد الزواج الذي بني على رضا الزوجة، المعبر عنه بالسكوت، يعد عقداً صحيحاً، متوفراً على عنصر الرضا، وعلى مدعي فقدان الرضا أن يثبت ذلك.

وهكذا فالقرينة الشرعية إذاً وسيلة إعفاء من الإثبات، وليس وسيلة إثبات بالمعنى الضيق للكلمة؛ إلا أن الإغفاء من الإثبات ينصب على الواقعة المستنبطة.

وهي في أمثلتنا، ثبوت النسب، وملكيتة الواصف للمال الملتقط الذي وصفه، وثبوت الرضا بالزواج من طرف البكر.

أمّا الواقعة الأولى التي تكون الأمانة أو العلاقة، فهذه يجب أن تثبت إذا لم تكن ثابتة، فيجب إثبات الفرّاش إذا لم يكن متفقاً على ثبوته.<sup>٢</sup>

## ٢. القرائن الفقهية:

وهي التي استخرجها الفقهاء، وجعلوها أدلة على أمور أخرى، وتدرج 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.

<sup>١</sup> محمد الزحيلي، الإثبات في الشريعة الإسلامية (دمشق: دار المكتبي، د.ط، ١٩٨٨م)، ص ١٠٣.

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

ومنها: وجود سند الدّين تحت يد المدين قرينة ظاهرة على إيفاء الدّين، وقد نصّ على ذلك ابن فرحون في باب القرائن، ونصّ عليه أيضاً في باب القضاء بشهادة الوثيقة<sup>١</sup>.  
ومنها: القضاء بالنكول، وهذا ليس إلاّ رجوعاً إلى مُجرّد القرينة الظّاهرة، فقدمت على أصل براءة الدّمة.

ومنها: تنازع الزّوجين في متاع البيت مع عدم البينة يرجع فيها إلى القرائن الظّاهرة. ويطلق القرائن الشرعيّة على مجموع التّوعين، القرائن النّصيّة والفقهية، وهي التي ورد فيها نصّ شرعي أو نصّ فقهي يلتزمه القاضي.

### ب. القرائن القضائيّة:

وهي التي يستنبطها القضاة بحكم ممارسة القضاء، ويستخرجون الأمارات من ظروف كلّ دعوى عن طريق الفراسة، والفطنة والذكاء، ويصلون إلى معرفة الحقّ.

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

ومنها: ما إذا شهد شاهدان في الصّحو في المصر الكبير على هلال رمضان ولم يره غيرهما، قال مالك: هما شاهدا سوء؛ لأنّ ذلك قرينة ظاهرة في كذبهما.

ومنها: ما ذهب إليه مالك وأحمد من أنّه لا يقبل قول المرأة أنّ زوجها لم يكن ينفق عليها فيما مضى من الزّمان، وهما في بيت واحد؛ لأنّ ذلك قرينة على كذبها.

ومنها: أنّ مالكا رحمه الله يجعل الرّهن كالشاهد في قدر الدّين إلى مبلغ قيمة الرّهن.

ومنها: ما إذا وُجد على كتاب ما يدلّ على أنّه وقف.

ومنها: حكم عمر رضي الله عنه برجم المرأة التي ظهر بها حمل ولا زوج لها ولا سيّد، اعتماداً على القرينة الظّاهرة.

ومنها حكم عمر وعثمان وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم بوجوب الحدّ على كلّ من وُجد من

فمه رائحة الخمر أو قاءها اعتماداً على القرينة الظّاهرة<sup>٢</sup>.

ومنها: الحكم على الشخص بأنّه قاتل إذا رئي مدهوشاً ملطخاً بالدم، ومعه سكّين

بجوار مخرج بدمائه في مكان؛ فإنّها تُعدّ وحدها بيّنة نهائية كافية للقضاء<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> محمد اليدن بن محمد بن الأثير، جامع الأصول (مكتبة الحلواني، د.ط، ١٩٦٩م)، ج ٨، ص ٢٧٨.

<sup>٢</sup> أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص ٤٤٧.

<sup>٣</sup> الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٦، ص ٦٤٥.

ولا شكَّ أنَّ القاضي ينبغي أن يستعمل فراسته لتدقيق الأدلَّة والقرائن القضائيَّة؛ حتَّى يطمئن إليها ويقتنع بها، أو يدعها.

ومَّا يذكر في القضاء الإسلامي: أن رجلاً أودع عند آخر كيس نقود محتوم، 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 رجع إليه، وقال: إنِّي أودعتك دنانير، وأنت دفعت إليّ دراهم، فقال: هو كيسك بخاتمك، فاشتكى عليه للقاضي، فلمَّا صارا بين يديه، قال القاضي للمدعي: مُنذُ كم أودعت هذا الكيس؟ فقال: مُنذُ خمس عشرة سنة، فأخذ القاضي تلك الدراهم، وقرأ سكتها فإذا فيها ما قد ضرب مُنذُ سنتين، فحكم على المدعي عليه بدفع الدنانير<sup>١</sup>، بناءً على تلك القرينة.

ويحسن بنا أن نلمَّ بأوجه الاختلاف بين القرينة القضائيَّة والقرينة الشرعيَّة.

فالقرينة القضائيَّة هي وسيلة إثبات، فالمدعي هو الذي يعيّن الواقعة التي تعد أمارة، وقد يعيّن القاضي؛ أمَّا دلالة هذه الواقعة فيحددها المدعي، وللقاضي بعد ذلك أن يأخذ بهذا التَّحديد أو يرفضه بناءً على قناعته.

أمَّا في القرينة الشرعيَّة: فيظل القاضي أو المدعي على الحياد؛ لأنَّ ثبوت هذه القرينة معناه نقل الإثبات إلى الطرف الآخر، وإعفاء من تقررت القرينة الشرعيَّة لصالحه من عبء الإثبات. فالقرينة الشرعيَّة مُحدَّدة الدلالة من لدن الشارع.

فمثلاً متى وجد الفراش وجد ثبوت النَّسب، ومتى وجد سكوت البكر وجد الرضا بالزواج. ومتى وصف الواصف مالا ضائعاً كان الواصف هو المالك.

وهكذا مع فتح الباب الدفاعي للطعن في هذه النتيجة بإثبات العكس كقاعدة عامَّة.

بينما الدلالة في القرينة القضائيَّة تحدد من لدن القضاء، وللقاضي السلطة التقديرية الكاملة في ذلك، فقد يراها القاضي كافية في الإثبات، وقد يراها فقط بداية إثبات، وقد يلغي دلالة القرينة، فلا يترتب عليها أيُّ أثر.<sup>٢</sup>

<sup>١</sup> سمير عالية، القضاء والعرف في الإسلام (بيروت: المؤسسة العالمية للدراسات والنشر والتوزيع، د.ط، ١٩٨٦م)، ص ١٢٨؛ محمد سلام مذكور، القضاء في الإسلام (القاهرة: دار النهضة العربيَّة، د.ط، ١٩٦٤م)، ص ٩٥.

<sup>٢</sup> التحكاني، النظرية العامَّة للقضاء والإثبات، ص ٢٨٠.

### ثانياً: أقسام القرائن باعتبار النسبة بينها وبين مدلولاتها

وتنقسم القرائن بهذا الاعتبار إلى قسمين:

#### أ. قرائن عقلية يستنتجها العقل كوجود المسروقات عند المتهم بالسرقة

ب. قرائن عرفية، وتكون النسبة بينها وبين مدلولاتها قائمة على عرف أو عادة، كمن حلف ألا يأكل لحماً فأكل سمكاً، فلا يحنث إذا كان العرف لا يطلق اللحم على السمك، أو الإثبات بجذوع الشجر ومعاهد اللبن في الجدران، وهي قرينة عرفية على الملك.

#### ثالثاً: أقسام القرينة بحسب قوة دلالتها وضعفها

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

واستعمال آلة القتل دليل على قصد القتل.

والخلو في استحقاق المهر عند الحنيفة.

وعلامه الإسلام أو شارة الكفر على الركاز.

ووطء المرأة التي زفت إلى العريس ليلة العرس.

وقد تضعف حتى تنزل دلالتها إلى مجرد الاحتمال فتكون دليلاً مرجوحاً، فلا يعول

عليه في الإثبات، كاليد والحيازة، إذا عارضها قرينة أقوى منها، وكذلك اليد مع الشهادة

تصبح ضعيفة، والتكول مع الشهادة، وغيرها.<sup>١</sup>

وتستبعد القرائن الضعيفة من طرق الإثبات، فلا تقبل في القضاء، ويقتصر في الإثبات على

القرائن القوية التي تفيد ظناً قوياً، واحتمالاً راجحاً. ومن الجدير بالذكر أن المراد بالقاطعة:

القوية، القريبة من اليقين، وذلك لبقاء الاحتمال مع وجود القرينة كما لا يخفى؛ لكن الناحية التي

تؤديها القرينة تكون هي الناحية القوية الراجحة.

يقول أحمد إبراهيم رحمه الله: "يستعمل العلماء العلم القطعي في معنيين:

أحدهما: ما يقطع الاحتمال أصلاً كالحكم والمتواتر.

والثاني: ما يقطع الاحتمال الناشئ عن الدليل، كالظاهر والنص والخبر المشهور.

<sup>١</sup> المرجع السابق، ص ١٠٠.

<sup>٢</sup> محمد الزحيلي، الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص ٩٧.

فالأول يسمونه "علم اليقين"، والثاني يسمونه "علم الطمأنينة"، والقرينة القاطعة من قبيل ما يُفيد العلم الثاني".<sup>١</sup>

إنَّ الشَّرِيعَةَ لَمْ تَبْنِ الْقَضَاءَ عَلَى الْحُجَّةِ الْقَطْعِيَّةِ وَالخَبْرِ الْقَطْعِيِّ فَقَطْ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُؤَدِّي إِلَى تَعطِيلِ مَصَالِحِ النَّاسِ؛ لِأَنَّ الْقَطْعِيَّةَ وَالْيَقِينَ قَلَمًا يَتَحَقَّقَانِ، لِذَلِكَ قَرَّرَتِ الشَّرِيعَةُ الْحَكِيمَةَ مَرَاعَاةً لِمَصَالِحِ النَّاسِ أَنْ يُبْنَى الْقَضَاءُ عَلَى الْحُجَّةِ الظَّنِّيَّةِ بَعْدَ أَنْ أَخَذَتِ الْحَيْطَةَ لِذَلِكَ بِأَقْصَى مَا يَسْتَطَاعُ إِلَى جَانِبِ الْقَضَاءِ بِالْحُجَّةِ الْقَطْعِيَّةِ الْيَقِينِيَّةِ.<sup>٢</sup>

فإذا فات في هذا المقام علم اليقين، فإنَّ في علم الطمأنينة أو ما يقرب منه ويدانيه من الظنِّ الراجح الكفاية، وما لا يدرك كله لا يترك جله، ولا يكلف الله نفساً إلاَّ وسعها. إنَّ الشَّرِيعَةَ أَحَازَتِ لِلْقَاضِي بِنَاءَ حُكْمِهِ عَلَى شَهَادَةِ الشُّهُودِ الْعُدُولِ، وَإِقْرَارِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، مَعَ احْتِمَالِ كَذِبِ الشُّهُودِ الْعُدُولِ الْمَرْكُوبِينَ فِيْمَا شَهِدُوا بِهِ، وَاحْتِمَالِ كَذِبِ الْمُقَرَّرِ فِي إِقْرَارِهِ لَغَرَضٍ مَا، لَكِنَّ جَانِبَ الصِّدْقِ فِي شَهَادَةِ الْعُدُولِ أَرْجَحُ مِنْ جَانِبِ الْكُذْبِ ظَاهِرًا وَغَالِبًا، وَيَبْعَدُ فِي مَجَارِي الْعَادَاتِ أَنْ يَكْذِبَ الْإِنْسَانُ فِي إِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ بِحَقِّ يَلْزَمُهُ، وَلَا عِبْرَةَ بِالْأَحْوَالِ النَّادِرَةِ أَوْ الْقَلِيلَةِ الَّتِي يَخْتَارُ فِيهَا الْإِنْسَانُ الْإِقْرَارَ عَلَى نَفْسِهِ كَاذِبًا، مَلْتَمِزًا ضَرَرَ مَا أَقْرَبَ بِهِ اتِّقَاءَ ضَرَرٍ أَكْبَرَ، أَوْ جَلَبَ مَصْلِحَةَ أَرْجَحَ مِنْ ذَلِكَ فِي نَظَرِهِ وَتَقْدِيرِهِ لِاعْتِبَارَاتٍ يَرَاهَا هُوَ وَيَقْتَنِعُ بِهَا كَأَنَّ يَكُونُ الْإِقْرَارُ الْكَاذِبَ مُقَابِلَ جُحُلٍ يَأْخُذُهُ مِنَ الْمَجْرَمِ الْحَقِيقِيِّ.<sup>٣</sup>

ومن الجدير بالذكر أنَّ قُوَّةَ الْقَرِينَةِ وَضَعْفَهَا أَمْرٌ نَسْبِيٌّ تَخْتَلِفُ فِيهِ الْأَنْظَارُ، فَقَدْ يَعدُّ بَعْضُ الْفُقَهَاءِ الْقَرِينَةَ قَوِيَّةً، وَتَكْفِي فِي الْاسْتِدْلَالِ، بَيْنَمَا يَعدُّ آخَرُونَ الْقَرِينَةَ نَفْسَهَا وَاهِيَةً وَضَعِيفَةً، وَلَا يَعتَمِدُ عَلَيْهَا وَلَا يَعتَدُّ بِهَا. وَمِثَالُ ذَلِكَ: الْاِخْتِلَافُ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ.

فَيَدْعِي كُلُّ مِنْهُمَا أَنَّ الْمَتَاعَ مَلِكُهُ، وَلَمْ يَسْتَطِعْ إِحْضَارُ الْبَيِّنَةِ وَالذَّلِيلَ عَلَى صِحَّةِ قَوْلِهِ. فَقَالَ الْحَنْفِيَّةُ وَالْمَالِكِيَّةُ وَالْحَنَابِلَةُ وَالزَّيْدِيَّةُ وَالْإِمَامِيَّةُ فِي الْأَظْهَرِ وَالْإِبَاضِيَّةُ: إِنَّ مَتَاعَ الْبَيْتِ الَّذِي يَصِلُحُ لِلرِّجَالِ كَالْعِمَامَةِ وَالسَّيْفِ وَالْكَتُبِ يَعْطَى لِلزَّوْجِ، وَالْمَتَاعُ الَّذِي يَصِلُحُ لِلنِّسَاءِ كَالْحُلِيِّ وَالثِّيَابِ يَعْطَى لِلزَّوْجَةِ، لِلْقَرِينَةِ الْقَائِمَةِ عَلَى الْعَرَفِ وَالْعَادَةِ فِي صِلَاحِيَّةِ كُلِّ نَوْعٍ لِصَاحِبِهِ، وَأَنَّهُ لَا عِبْرَةَ لِلِيدِ الْحَسْبِيِّ فِيهَا.

<sup>١</sup> أحمد إبراهيم، طُرُقُ الْقَضَاءِ، ص ٤٤٨ وما بعدها.

<sup>٢</sup> المرجع السابق، ص ١١.

<sup>٣</sup> المرجع نفسه، ص ٢٧.

وذهب الشافعية والظاهرية وبعض الإمامية إلى أن متاع البيت يقسم بين الزوجين نصفين، سواء أكان مآ يصلح للرجال، أم مآ يصلح للنساء، أم مآ يصلح لهما، لظاهر اليد منهما؛ لأن البيت بأيديهما، واشتراكهما في اليد يمنع الترحيح بالقرينة المبنية على العرف، وبما أنه لا يوجد بينة فالحكم بظاهر اليد، والصلاحيّة لا تبطل أثر اليد، وخاصّة أن يملك كلّ منهما ما يصلح للآخر.

فاليد قرينة على الملك باتفاق، وبها تمسك أصحاب القول الثاني، والصلاحيّة قرينة عرفيّة يشهد لها شاهد الحال والعرف والعادة، وقد تعارض ظاهر الحال المستفاد 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 الشافعية ومن معهم على قرينة اليد، ولم يعدوا قرينة الصلاحيّة قويّة في الدلالة.<sup>١</sup>

### 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 سمّيت قانونيّة، والقاضي ليس حرّ الاختيار في الأخذ بها أو تركها، ولو اعتقد عدم صحّة تطبيقها على الحادثة الجزئيّة التي ينظر فيها، وذلك لأنّها تقرّرت بنصّ القانون<sup>٢</sup>، بل هو ملزم بالأخذ بها، ولا يصحّ القياس على القرائن القانونيّة ولا التوسّع فيها، ولذلك اقتصر في العمل بها على المواضيع التي نصّ عليها القانون.

مثال ذلك: إذا وجد سند الدّين تحت يد المدين كان ذلك قرينة على تخلّصه من الدّين، ذلك أنّه من طبيعة الدّائن وعادته ألاّ يترك سند دينه للمدين إلاّ إذا أخذ دينه.<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> محمّد الزحيلي، الإثبات في الشريعة الإسلاميّة، ص ٩٧ وما بعدها؛ الزرقا، المدخل الفقهي العامّ (بيروت: دار الفكر، ١٩٦٨م)، ج ٢، ص ٩١٨؛ ابن القيم، الطّرق الحكميّة، ص ٢١؛ شهاب الدين أبو العباس القرافي، الفروق (بيروت: دار إحياء الكتب العربيّة)، ج ٤، ص ١٠٤؛ القرافي، تهذيب الفُروق بما مش الفُروق (عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٩٨م)، ج ٤، ص ١٦٩.

<sup>٢</sup> أحمد إبراهيم، طُرق القضاء، ص ٤٣٩.

<sup>٣</sup> البهي، من طُرق الإثبات في الشريعة وفي القانون، ص ١١٣؛ أحمد نشأت، وسائل الإثبات، ج ٢، ص ٧٠.

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 ٩١٦ 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 أيًا 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، والزوجة قرينة قانونية على بؤة الابن لأبيه، لتعذر إثبات البؤة من الأب.<sup>١</sup>

ومنها: القرينة التي نصّ عليها في المادة ٥٨٧ من التقنين المدني المصري، فقد عدّ 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.<sup>٢</sup>

والقرائن القانونية يقابلها في الفقه الإسلامي القرينة التي نصّ 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، لأن القرينة القانونية نقلت الإثبات من محل لآخر.<sup>٣</sup> ولذلك قضت الأنظمة المختلفة بأن القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى للإثبات، ومن ثم فهي وسيلة إعفاء من الإثبات؛ ولكنه إعفاء مؤقت، فإذا

<sup>١</sup> السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، ص٦٠٥.

<sup>٢</sup> السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، ص٦٠٥. المادة ٩٩٠ إثبات مصري، ٨٩ سوري، ٥٠٢ مدني عراقي، ٣٠٣ أصول لبناني، ٦٧ سوداني، ١٣٥٢ فرنسي. انظر، عبد المنعم فرج الصدة، قواعد الإثبات، ص٢٩٣؛ إبراهيم الفاتر، الإثبات بالقرائن (الرياض: المكتب الإسلامي)، ص٧٠ وما بعدها؛ محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي (الكويت: مكتبة الفلاح، ط١، ١٩٨٩م)، ص٣٣٧.

<sup>٣</sup> السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، ص٩١، ٣٢٩، ٥٩٩؛ محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية (دمشق: مكتبة دار البيان، ١٩٨٢م)، ج٢، ص٦٨.



استطاع المتمسك ضده بالقرينة القانونية إثبات عكس ما تقضي به — وهذا هو الأصل — ارتدّ عبء الإثبات على من تقررت القرينة لصالحه ابتداءً.  
والقرائن القانونية تنقسم إلى قسمين:

### القسم الأول: القرائن القانونية القاطعة:

وهي التي لا يقبل إثبات عكسها؛ أي أن الخصم لا يمكنه إثبات ما يخالفها كما في قرينة التمييز، وبالتالي عدم المسؤولية الجنائية من عدم بلوغ الطفل سن السابعة. وكذلك تحديد سن الرشد بسن معينة إن بلغها الشخص عدّ رشيداً قانونياً، ولو لم يكن بلغها بالفعل، وإذا لم يكن قد بلغ هذه السن فلا يعدّ رشيداً ولو كان عبقرياً. وأيضاً فقد اختلف الرأي في اعتبار قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز 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 بُدّ في منع إثبات العكس فيها من نصّ في القانون.

والقرائن القانونية القاطعة تنقسم إلى نوعين:

### النوع الأول:

من شأنها إبطال اتفاق لمخالفته أحكام القانون.

ومنها: البيع في مرض الموت؛ فإنّ القانون يبطله إذا كان لو ارث إلا إذا أحازه باقي الورثة، وإذا كان صادراً لغير وارث يبطله فيما زاد على ثلث ما للبائع، وذلك لأنّه عد البيع في مرض الموت قرينة على أنّه وصية وليس ببيع 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 يؤدون فيها عملهم، فإنّ القانون يعده باطلاً لأنّه قرينة على استعمال نفوذ الحاكم أو الإكراه أو الرشوة. ومن ذلك تصرفات المفلس التي فيها ضرر بدائنيه.<sup>١</sup>

### النوع الثاني:

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

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

ومنها: قرينة الملكية المُستفَادة من مُضيّ المدّة الموجب (٧٦، ١٠٢ من التقنين المدني المصري)، فمتى تمسك الخصم بها وأثبت وضع يده، لا تستمر المحكمة في سماع الدّعوى المتنازع فيها، لأنّ القانُون عد مُضيّ المدّة الطويلة قرينة قاطعة على ملكيّة واضع اليد للعين المتنازع فيها.<sup>١</sup>

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 صحّة ما جاء به، ومن ثمّ فلا تسمع الدّعوى الجديدة؛ لأنّ موضوعها سبق أن قضى فيه، إلا بطريق من طرق الطعن المُقرّرة، ولولا ذلك لأصبحت الأحكام القضائية مقلقلة ومزعزعة، ولما اطمأن المحكوم له إلى حقّه الثابت بالحكم، لذلك وجب احترام الأحكام ووضع حدّ للخصومة والنزاع.<sup>٢</sup>

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 حادثه، لا تسمع دعواه ولا يبيّنه إلا إذا ادّعى تلقي الملك من المدّعي، أو ادّعى النتاج، أو برهن على إبطال القضاء كما يقول صاحب الأشباه والنظائر.<sup>٣</sup>

وتعد حجّية الأمر المقضي في مجال التشريعات الوضعيّة من أبرز القرائن القانُونيّة.<sup>٤</sup> ومنها: إذا ثبت قيام حيازة متاع في وقت سابق مُعيّن، وكانت قائمة حالاً؛ فإنّ ذلك يكوّن قرينة على قيامها في المدّة ما بين الزميين ما لم يقيم الدليل على العكس، وهذا ما ورد في القرينة المنصوص عليها في المادّة ٧٨، ١٠٤ مدني مصري؛ إذ جاء فيها:

أنّ من أثبت وضع يده على عقار أو حقوق عينية مدّة مُعيّنة، وكان واضعاً يده عليها في الحال، فالمتوسط بين المدّتين يعد وضع يده له ما لم يثبت ما ينافي ذلك.<sup>٥</sup> وتقسم القرائن القانُونيّة القاطعة أيضاً باعتبار المصلحة العامّة أو الخاصّة إلى نوعين:

<sup>١</sup> البهي، من طرق الإثبات، ص ١١٦.

<sup>٢</sup> السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الوسيط، ج ٢، ص ٦٠٥.

<sup>٣</sup> أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص ٤٤٥.

<sup>٤</sup> عبد الحميد أحمد سليمان، الحكومة والقضاء في الإسلام (القاهرة: مكتبة التراث الإسلامي، د. ط، ١٩٨٤م)، ص ٧٩؛

السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، ص ٢٠١.

<sup>٥</sup> الزحيلي، وسائل الإثبات، ج ٢، ص ٧٢.

<sup>٦</sup> البهي، من طرق الإثبات، ص ١١٧.

### النوع الأول:

القرائن القانونية القاطعة المراعى فيها المصلحة العامة: وهي التي لا تقبل إثبات ما يخالفها، ولا يجوز فيها استجواب الخصم توصلًا إلى إقراره أو توجيه اليمين الحاسمة إليه. كالقرينة المستفادة من مُضي المدّة الطويلة؛ إذ ليس من المصلحة العامة أن ترفع دعاوى الحقوق المدعى بها التي طال عليها الزّمان إلى ما لا نهاية.

### النوع الثاني:

القرائن القانونية القاطعة المراعى فيها المصلحة الخاصة: أمّا إذا كانت للمصلحة الخاصة 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 الكافة به.

وعدم بلوغ سنّ السابعة قرينة على عدم التمييز.  
وافترض الحقيقة والصّحة في الأحكام النّهائيّة.<sup>١</sup>

### القسم الثاني: القرائن القانونية غير القاطعة أو البسيطة:

وهذه القرائن هي التي تقبل إثبات عكسها بكافة الطّرق مهما كانت قيمة النّزاع، ويجوز نقضها بقرائن أقوى منها. ومنها قرينة التّخلّص من الدّين، المستفادة من وُجود سنده أو صورته الواجبة التّنفيذ تحت يد المدين، ما لم يثبت الدّائن أنّ ذلك كان لسبب آخر، كالحصول عليه بالسرقة مثلاً: (المواد: ٢١٩، ٢٢٠، ٢٨٥ من القانون المدني المصري).<sup>٢</sup>

ومنها: قرينة افتراض البراءة في المتّهم حتّى تثبت إدانته.<sup>٣</sup>

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

<sup>١</sup> أحمد إبراهيم، طُرق القضاء، ص ٤٤٢؛ البهي، من طُرق الإثبات، ص ١١٥.

<sup>٢</sup> البهي، من طُرق الإثبات، ص ١١٣.

<sup>٣</sup> أحمد فتحي سرور، أصول قانون الإجراءات الجنائيّة، ص ٣٣٤؛ محمود مصطفى، شرح قانون تحقيق الجنايات، ص ١٠٤؛ السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، ص ٦٠٢.

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 لزمن 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.<sup>١</sup>

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 أن يثبتها، 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 كذب القرينة فتزول حجّيتها؛ لأنّ هذه الحجّية مؤقتة تزول بإثبات عكسها.

ومن الأمثلة أيضاً للقرائن القانونيّة البسيطة التي تعفي صاحبها من الإثبات مؤقتاً: من إذا شهد له الظاهر فليس عليه إثبات، وإنّما على خصمه، فالظاهر هنا قرينة تعفي صاحبها من الإثبات، وعلى من يدّعي خلافه إثبات ما يدّعيه، كاليد المجرّدة في الفقه الإسلاميّ مثلاً — وتسميها النّظم الوضعيّة الحيازة — فمن يجوز شيئاً ويباشر عليه سلطات تتفق مع طبيعته على مرأى من النّاس، فإنّ من ينازع في ذلك فعليه الإثبات.<sup>٢</sup>

وكذلك مسؤليّة المتبوع عمّا يُسببه التّابع من أضرار، فالفقه الإسلاميّ والقانون يفترض كلّ منهما هذه المسؤليّة بافتراض الخطأ من المتبوع، وله نفي هذا الخطأ بإثبات أنّه قام بما يجب عليه لينفي بذلك مسؤليّته.

ومثله افتراض مسؤليّة حارس أو صاحب الحيوان عن الأضرار التي قد يُسببها ما لم يثبت عدم حصول خطأ منه.<sup>٣</sup>

## ب. القرائن القضائيّة:

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

<sup>١</sup> البخاري عبد الله الجعلي، قانون الإثبات (الخرطوم: دار الخرطوم للنشر، ١٩٨٤م)، ص ٣٣٤.

<sup>٢</sup> عبد الرّحمن عبد العزيز قاسم، الإثبات والتّوثيق أمام القضاء، ١٩٨٢م، ص ٢٠٣.

<sup>٣</sup> ابن القيم، الطّرق الحكميّة، ص ٢٣٤؛ قاسم، الإثبات والتّوثيق أمام القضاء، ص ٢٠٣.

ومن أمثلتها: إدانة المُتَّهَم بقرينة وُجُود بقعة دموية من نفس فصيلة دماء القاتل على ملابسه.<sup>٢</sup>

ومنها: ما أوردته محكمة النقض المصرية من أن وُجُود آثار المخدَّر في جيب المُتَّهَم يدلُّ على إحراز المُتَّهَم للمواد المخدَّرة.<sup>٣</sup>

ومنها: وُجُود بصمات المُتَّهَم أو آثار أقدامه في مكان الجريمة قرينة دالة على وجوده في ذلك المكان.<sup>٤</sup>

ومنها: الإنفاق ببذخ من شخص مشتبه في ارتكاب جريمة سرقة، أو العثور على أشياء مسروقة في حوزته.<sup>٥</sup>

وسميت بالقرائن القضائية لأنها ثمرة اجتهاد القاضي ونتيجة لعمله القضائي، ولا يمكن حصرها؛ إذ هي نتيجة وقائع مُعيَّنة حدثت وتحدث في المستقبل. وهذه القرائن تركت لاجتهاد القاضي في استنباطها وتقدير مدى حُجَّتِها، ويمكن للقرائن القضائية أن تتحوَّل إلى قرائن قانونية حينما يتبناها القَانون<sup>٦</sup>، 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 قرَّرها بعض النُظُم فأصبحت قرائن قانونية.<sup>٧</sup> وللقرينة القضائية عنصران:

أولهما: مادِّي.

وهو الواقعة الثابتة أمام القاضي في الدَّعوى، سواء أكان ثبوتها قد تمَّ بالكتابة أم بيمين نكل الخصم عن أدائها، أم بإقرار من الخصم، أم بشهادة الشُّهود، أو حتَّى بقرينة أخرى

<sup>١</sup> الإثبات المصري، م/١٠٠. والسوري م/٩٢، فقرة ٤؛ عبد الودود يحي، الموجز في قانون الإثبات، ص ١٢٨.

<sup>٢</sup> مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية، ص ١٥٨.

<sup>٣</sup> نقض ١٩٦٢/٤/٢م، مجموعة أحكام، س ٣، رقم ٧٠، ص ٣٨٠.

<sup>٤</sup> نقض ١٩٣٩/٦/١٢م، المجموعة الرئسية، س ٤١، رقم ٧٥، من ١٩٥. انظر، الحفناوي، الوسائل العلمية، ص ١٠٤.

<sup>٥</sup> المرجع السابق، ص ١٠٥.

<sup>٦</sup> قاسم، الإثبات والتوثيق أمام القضاء (طبعة ١٩٨٢م)، ص ١٩٠.

<sup>٧</sup> المرجع السابق، ص ١٩٢.

دَلَّتْ عَلَى الْوَاقِعَةِ الَّتِي تَسْتَنْبِطُ مِنْهَا الْقَرِينَةُ<sup>١</sup>، وَهِيَ تَعْطِي الْقَاضِيَ عِلْمًا ظَنِيًّا، وَتُسَمَّى الدَّلَائِلُ وَالْأَمَارَاتُ.

أَمَّا إِذَا كَانَتْ الْوَاقِعَةُ الَّتِي اخْتَارَهَا الْقَاضِيَ لِلْاِسْتَنْبَاطِ مِنْهَا مُجَرَّدَ وَاقِعَةٍ مُحْتَمَلَةٍ وَغَيْرِ ثَابِتَةٍ، فَلَا تَصْلُحُ لِأَنَّ تَكُونَ مَصْدَرًا لِاسْتِخْلَاصِ الْقَرِينَةِ مِنْهَا.<sup>٢</sup>

ثَانِيهِمَا: مَعْنَوِي.

وَهُوَ اسْتَنْبَاطُ الْوَاقِعَةِ الْمَجْهُولَةِ مِنَ الْوَاقِعَةِ الثَّابِتَةِ، وَهُوَ عَمَلِيَّةٌ ذَهْنِيَّةٌ يَقُومُ بِهَا الْقَاضِي، مُتَقِيدًا فِي ذَلِكَ بِأُمُورِ الْمَنْطِقِ وَالْعَقْلِ، فِي النَّتِيجَةِ الَّتِي يَنْتَهِي إِلَيْهَا فِي حُكْمِهِ<sup>٣</sup>.

وَلَكِنَّ هَذَا الْاِسْتَنْبَاطَ مِيدَانٍ وَعَرٍ، تَخْتَلِفُ فِيهِ الْأَنْظَارُ، وَتَتَفَاوَتُ فِيهِ الْمَدَارِكُ، فَمِنَ الْقُضَاةِ مَنْ يَكُونُ اسْتَنْبَاطُهُ سَلِيمًا، فَيَسْتَقِيمُ لَهُ الدَّلِيلُ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَتَجَافَى اسْتَنْبَاطَهُ عَنِ مَنطِقِ الْوَاقِعِ، وَإِذَا كَانَتْ فِي الْقَضِيَّةِ عِدَّةُ قَرَائِنٍ فَيَشْتَرِطُ أَنَّ تَكُونَ مُتَوَافِقَةً مَتَمَاسِكَةً، هَذَا وَلِلْقَاضِي أَنْ يَسْتَنْتَجِ الْقَرِينَةَ مِنْ قَضِيَّةٍ أُخْرَى، وَمِنْ أَيِّ تَحْقِيقٍ مَدْنِيٍّ أَوْ جَنَائِيٍّ، قَضَائِيٍّ أَوْ إِدَارِيٍّ، وَمِنْ أَيِّ أَوْرَاقٍ أُخْرَى، حَتَّى لَقَدْ قِيلَ: إِنَّ لَهُ أَنْ يَبْحَثَ عَنِ الْقَرِينَةِ فِي تَحْقِيقَاتٍ بَاطِلَةٍ.<sup>٤</sup>

وَالْقَاضِي حَرٌّ فِي تَكْوِينِ اقْتِنَاعِهِ، فَقَدْ يَقْتَنِعُ بِقَرِينَةٍ وَاحِدَةٍ الدَّلَالَةَ، وَقَدْ لَا يَقْتَنِعُ بِقَرَائِنٍ مُتَعَدِّدَةٍ ضَعِيفَةِ الدَّلَالَةِ، فَلِلْقَاضِي سُلْطَةٌ وَاسِعَةٌ فِي اسْتَنْبَاطِ الْقَرَائِنِ وَتَقْدِيرِ قِيمَتِهَا؛ وَلَكِنَّ بِشَرَطٍ أَنْ تَكُونَ هَذِهِ الْقَرَائِنُ تَحْتَ نَظَرِ الْحَكْمَةِ، وَتَكُونَ الْحَكْمَةُ قَدْ اطَّلَعَتْ عَلَيْهَا وَأَخْضَعَتْهَا لِتَقْدِيرِهَا. هَذَا وَقَدْ أُنزِلَتْ مَعْظَمُ الْأَنْظُمَةِ الْوَضْعِيَّةِ الْقَرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ مُتْرَلَةَ الشَّهَادَةِ، فَحَيْثُ يَجُوزُ الْإِثْبَاتُ بِالشَّهَادَةِ يَجُوزُ أَيْضًا بِالْقَرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ، وَحُجِّيَّةِ الْقَرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ حُجِّيَّةٌ مُتَعَدِّدَةٌ مِثْلَ الشَّهَادَةِ.<sup>٥</sup>

وَهِيَ أَيْضًا قَابِلَةٌ لِإِثْبَاتِ الْعَكْسِ بِكُلِّ الطَّرِيقِ، بِالْكِتَابَةِ، أَوْ الشَّهَادَةِ، أَوْ بِقَرِينَةٍ مِثْلِهَا، أَوْ أَقْوَى مِنْهَا. وَحُجِّيَّتُهَا دُونَ حُجِّيَّةِ الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ فِي الْقَانُونِ هِيَ أَقْوَى مِنَ الشَّهَادَةِ، فَحَيْثُ يَجِبُ الْإِثْبَاتُ بِالْكِتَابَةِ، فَلَا مَوْضِعَ لِلْقَرِينَةِ، وَلَا يَجُوزُ الْأَخْذُ بِهَا.

يَتَبَيَّنُ مِمَّا سَبَقَ أَنَّ هُنَاكَ فَرْقًا بَيْنَ الْقَرَائِنِ الْقَانُونِيَّةِ، وَالْقَرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ.

<sup>١</sup> السنهوري، الوسيط، ج ٢، ص ٣٣٠، بند ١٧٥؛ فرج الصدة، قواعد الإثبات، ص ١٢٢؛ محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات، ص ٣١٦.

<sup>٢</sup> فرج الصدة، قواعد الإثبات، ص ١٢١.

<sup>٣</sup> المرجع السابق، ص ٢٨٩؛ محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات، ص ٣١٧.

<sup>٤</sup> البهي، من طرق الإثبات، ص ١١٨.

<sup>٥</sup> المرجع السابق، ص ٣١٩؛ السنهوري، الوسيط، ج ٢، ص ٩١ - ٣٢٩.

منها: أن القرائن القانونية أدلة سلبية، أي أنها تعفي من تقديم الدليل، وأنها محصورة بنص واضع 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.<sup>١</sup>

والقرائن القانونية هي من طرق الإثبات الملزمة للقاضي، والتي هي غير خاضعة لتقديره متى اكتملت شرائطها، ومثلها اليمين المحسمة 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 والمعينة. والقرائن القضائية تعد طرقاً غير كافية بذاتها للإثبات، ومثلها اليمين المكتملة والشهادة إذا لم يكتمل نصابها.

وجدير بالذكر أنه يجب أن لا يلجأ القاضي إلى الإثبات بالقرائن القضائية؛ إلا إذا تعذر الإثبات بالأدلة المباشرة.<sup>٢</sup>

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

- قرائن قاطعة شرعية.

- قرائن قاطعة قضائية.

- قرائن بسيطة.

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

وقد مثل القانون اليمني للقرائن القاطعة الشرعية بقرينة الولد للفراس.

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.

<sup>١</sup> المصدر السابق، ج ٢، ص ٣٣٤ وما بعدها؛ فرج الصدة، الإثبات، ٢٨٦ وما بعدها.

<sup>٢</sup> أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات، ص ٣٢١؛ علي رسلان، نظام إثبات الدعوى، ص ١٧.

كَمَا مَثَلَ الْقَائِنُونَ الْيَمِينِي أَيْضاً لِلْقَرَائِنِ الْقَاطِعَةِ الشَّرْعِيَّةِ بِقَرِينَةِ النُّكُولِ (الامتناع) عن اليمين، فعدوها قرينة عَلَى صدق المدعى وكذب المدعى عليه، وإيجاب الحكم بمقتضاها. ويعترض أيضاً عَلَى ذلك بأن التمثيل بالنكول عن اليمين وإن عُدَّ حُجَّةً عَلَى الناكل عند جميع الفقهاء في اللعان؛ إلا أَنَّهُ لَا يَعد حُجَّةً عند جميعهم في غير اللعان، وإنما تعتبر حُجَّةً عند بعضهم دون البعض الآخر؛ إذ إِنَّ القضاء بالنكول في مسائل الدَّمَاءِ قضاءً بقرينة ضعيفة، لأنَّهُ كَمَا يَحْتَمِلُ أَنُ يَكُونَ المدعى عليه قد امتنع عن اليمين احترازاً عن اليمين الكاذبة، يَحْتَمِلُ أَنُ يَكُونَ امتناعه تورعاً عن اليمين الصَّادِقَةِ، ويَحْتَمِلُ أَيْضاً أَنُ يَكُونَ بسبب الاشتباه.

والقضاء بالقرينة الضعيفة لا يجوز في مسائل الدَّمَاءِ؛ لأنَّهُ يَجِبُ الاحتياط فيها أكثر من غيرها.<sup>١</sup> والقرائن القضائية في قَائِنُونَ الإثبات اليمينِي تُحوَّلُ للقاضي أَنُ يَحْكُمَ بمقتضاها؛ إذ تعد دليلاً كاملاً عن الوقائع المراد إثباتها؛ ولكنها تختلف عن القرائن الشرعية من جهة أَنها تقبل النَّقْضَ 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 أَن تتخذ منه شعاعاً تهتدي به إلى الدليل الذي يجعلها تصدر الحكم بناءً عليه.<sup>٢</sup>

### ج. القرائن الطبيعية:

وهناك ما يسمى بالقرائن الطبيعية أو القرائن الحسية، ذكرها بعض القانونيين، وهي: قرائن قاطعة بحسب المشاهدة والاستقراء.

مثال ذلك: موت إنسان مضي عَلَى ولادته مائتا سنة (مثلاً)، أو ثبوت حياة إنسان في تاريخ معين، فإن ذلك قرينة قاطعة عَلَى أَنَّهُ كان حياً قبل هذا التاريخ. وهذه القرائن الطبيعية لها ما يشبهها عند الفقهاء، فمن ذلك القرائن الدالة عَلَى كذب المقر في إقراره، كَمَا إذا أقرَّ شخص لشخص بالبينة، مع أَن المقر أصغر سنّاً من المقر له، وما إذا ادعى عَلَى رجل بالزنا فبان حصياً، وما إذا شهد شاهدان أَن فلاناً قتل شخصاً معيناً في وقت معين ثم ثبت أَن المدعى عليه بالقتل كان صبيّاً قبل هذا التاريخ.<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> عبد العال عطوه، محاضرات في علم القاضي: القرائن، ص ٥٤.

<sup>٢</sup> عبد الفتاح محمد أبو العينين، القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي مع المقارنة بقانون الإثبات اليمينِي (القاهرة: مطبعة الأمانة، ١٩٨٣)، ص ٤٢٧.

<sup>٣</sup> انظر، البهي، طُرق الإثبات، ص ١٢١؛ أحمد إبراهيم، طُرق القضاء، ص ٤٢٦.



## 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 مما يعدّ قرينة صالحة للاحتجاج وما ليس كذلك. وبهذا الرأي قال ابن العربي<sup>١</sup>، والقرطبي<sup>٢</sup>، وابن الفرس الحنفي<sup>٣</sup>، وابن فرحون، والمازري<sup>٤</sup>، وابن جزي المالكي<sup>٥</sup>، وابن رجب الحنبلي<sup>٦</sup>، وابن تيمية، وابن قيم الجوزية<sup>٧</sup>، والعز بن عبد السلام<sup>٨</sup>، والنووي<sup>٩</sup>، وابن حجر العسقلاني<sup>١٠</sup>، والكاساني الحنفي<sup>١١</sup>، وعبد المنعم بن الغرس<sup>١٢</sup>، والطرابلسي<sup>١٣</sup>، والزيلعي<sup>١٤</sup>، والصنعاني<sup>١٥</sup>، وابن أبي الدم<sup>١٦</sup>.

<sup>١</sup> محمد بن عبد الله بن العربي، أحكام القرآن (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ٣، ٢٠٠٣م)، ج ١، ص ٢٥٤.

<sup>٢</sup> محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (بيروت: دار الكاتب المصرية، د. ط، ١٩٦٧م)، ج ٩، ص ١٥٠.

<sup>٣</sup> ابن عابدين، الحاشية، ج ٥، ص ٣٥٤.

<sup>٤</sup> ابن فرحون، تبصرة الحكماء، ج ١، ص ١٦١.

<sup>٥</sup> محمد بن أحمد بن جزي، القوانين الفقهية (القاهرة: دار الحديث، د. ط، ٢٠٠٥م)، ص ١٩٤.

<sup>٦</sup> محمد بن علي بن رجب الحنبلي، القواعد (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، ٢٠٠٨م)، ص ٢٦.

<sup>٧</sup> أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الرعي والرعية (بيروت: دار الجيل، د. ط، ١٩٩٣م)، ص ١١؛ ابن القيم، الطرق الحكمية، ص ١١، ١٩.

<sup>٨</sup> عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام (دار القلم، ط ١، ٢٠٠٠م)، ج ٢، ص ١١٥، ١٢٦.

<sup>٩</sup> محي الدين بن شرف النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط ٣، ١٣٩٢هـ)، ج ١٠، ص ٣٩.

<sup>١٠</sup> أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري (القاهرة: دار الحديث، د. ط، ٢٠٠٤م)، ج ١٢، ص ١٥٤.

<sup>١١</sup> سعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (القاهرة: المطبعة الجمالية، ط ١، ١٩٠١م)، ج ٦، ص ٢٠٢.

<sup>١٢</sup> ابن فرحون، تبصرة الحكماء، ج ١، ص ١٦١.

<sup>١٣</sup> الطرابلسي، معين الحكماء، ص ١٦١.

<sup>١٤</sup> الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٣، ص ٢٩٩.

<sup>١٥</sup> محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام (مكة: مكتبة نزار مصطفى الباز، ط ٢، ٢٠٠٤م)، ج ٣، ص ٨٥.

<sup>١٦</sup> إبراهيم بن عبد الله بن أبي الدم، أدب القضاء (دمشق: دار الفكر، ط ٢، ١٩٨٢م)، ج ١، ص ١٨٧.

وَقَدْ أَخَذَ بِهَذَا الرَّأْيِ جَمْعٌ مِنَ الْمَعَاصِرِينَ.<sup>١</sup>  
 وَمِمَّا هُوَ جَدِيرٌ بِالذِّكْرِ أَنَّ الْفُقَهَاءَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ لَمْ يَخْصُصُوا لِلْقُرْآنِ بَابًا مُسْتَقِلًّا كَمَا فَعَلُوا  
 فِي الْإِقْرَارِ وَالشَّهَادَةِ؛ وَلَكِنْ ذَكَرُوا فِي مَوَاضِعَ كَثِيرَةٍ، وَالَّذِي يَسْتَقِرُّ تَارِيخُ الْفِقْهِ وَالْقَضَاءِ  
 يَجِدُ أَنَّ الْفُقَهَاءَ وَالْقُضَاةَ قَدْ اسْتَدَلُّوا إِلَى الْقُرْآنِ فِي كَثِيرٍ مِنَ الْأَحْكَامِ وَالقَرَارَاتِ الْقَضَائِيَّةِ.  
 وَيَبْدُو أَنَّ هُنَاكَ نَوْعًا مِنَ الْإِتْفَاقِ عَلَى الْأَخْذِ بِالْقَرِينَةِ فِي الْفِقْهِ وَالْقَضَاءِ؛ إِلَّا أَنَّهُمْ اخْتَلَفُوا  
 فِي التَّفْصِيلِ، وَأَوْسَعُ الْمَذَاهِبِ أَخْذًا بِمَا مَذَهَبُ الْمَالِكِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ، ثُمَّ الشَّافِعِيَّةِ، ثُمَّ الْحَنَفِيَّةِ.<sup>٢</sup>  
**أدلة القائلين بحجية القرآن:**  
 اسْتَدَلَّ هَؤُلَاءِ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْمَعْقُولِ.

#### ١. الاستدلال بالكتاب: استدلوا بعدة أدلة، منها:

**الدليل الأول:** قَالَ تَعَالَى: ﴿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 قَيْصِهِ يَدْمِرُ كَذِبٍ  
 قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْرًا فَصَبْرٌ جَمِيلٌ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَى مَا تَصِفُونَ ﴿١٨﴾﴾ [يوسف: ١٦-١٨].  
 فإخوة يوسف وضعوا أخواهم الصغير في بئر، وعادوا إلى أبيهم، وادَّعَوْا أَنَّهُمْ ذَهَبُوا  
 يَتَسَابِقُونَ، وَتَرَكَوا يُوسُفَ يَحْرُسُ أَمْتَعْتَهُمْ، وَلَمَّا عَادُوا وَجَدُوا الذِّئْبَ قَدْ أَكَلَ يُوسُفَ، وَقَدَّمُوا  
 دَلِيلًا عَلَى دَعْوَاهُمْ: قَمِيصُ يُوسُفَ الْمَلطَّخُ بِالْدمِ، مَعَ إِبْدَاءِ جِزْعِهِمْ عَلَى أُخْيِهِم بِالْبِكَاءِ؛ وَلَكِنَّ  
 نَبِيَّ اللَّهِ يَعْقُوبَ عَلَيْهِ السَّلَامُ لَاحِظَ الْقَمِيصِ، فَوَجَدَهُ غَيْرَ مَمزُوقٍ، فَاسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ بِكَذِبِ  
 دَعْوَاهُمْ، لِأَنَّه لَمَّا أَرَادُوا جَعْلَ الدَّمِ عَلَى الْقَمِيصِ عِلَامَةً عَلَى صَدْقِهِمْ فِيمَا يَدَّعُونَ، قَرَنَ اللَّهُ بِهَا  
 عِلَامَةً تَعَارُضُهَا وَتَدْفَعُهَا وَهِيَ سَلَامَةُ الْقَمِيصِ مِنَ التَّخْرِيقِ وَالتَّمزِيقِ، فَإِنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ أَنَّ يَأْكُلُ  
 الذِّئْبُ يُوسُفَ وَهُوَ لَا يَسِ قَمِيصَهُ، ثُمَّ يَسْلَمُ الْقَمِيصِ مِنَ التَّمزِيقِ، فَكَانَتْ هَذِهِ الْعِلَامَةُ وَالْقَرِينَةُ  
 مَكذِّبَةً لَهُمْ دَاحِضَةً لِحُجَّتِهِمْ.<sup>٣</sup>

فَهَا هُنَا اسْتَدَلُّوا بِالْقَرِينَةِ وَالْأَمَارَةِ عَلَى الْحُكْمِ، وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى اعْتِبَارِ الْقَرِينَةِ وَحُجَّتِهَا.

<sup>١</sup> مذكور، القضاء في الإسلام، ص ٩٣.

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

<sup>٣</sup> ابن العربي، أحكام القرآن، ج ٣، ص ١٠٧٧؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٩، ص ١٤٩؛ ابن فرحون، تبصرة الحكماء، ج ٢، ص ٩٣.

## الدليل الثاني:

قول الله تبارك وتعالى: ﴿ قَالَ هِيَ زَوَدْتَنِي عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَتْ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ قَبْلِ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ۝ وَإِنْ كَانَتْ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ۝ فَلَمَّا رَأَى قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ ۝ ﴾ [يوسف: ٢٦-٢٨].

فهذه الآية تدلُّ على أنَّ الشَّاهد قد استدلَّ بقرينة قدِّ القميص من قُبُل أو دُبُر على صدق أحدهما وكذب الآخر، وما ذلك إلاَّ إعمال للأمارات وجعلها سبباً للحكم. وهذا يدلُّ على جواز العمل بالقرائن والاعتماد عليها، ذلك أنَّ العادة قد جرت أنَّ القميص إذا أمسك به وشُدَّ من الخلف تَمَزَّق من تلك الجهة، وإذا أمسك به وشُدَّ من الأمام تَمَزَّق من تلك الجهة كذلك، ولا يمسك القميص ويُشدُّ من خلف إلاَّ ولا يسه مدبر في الأغلب.<sup>١</sup>

ولا يقال: إنَّ الاستدلال بهذا الدليل، والدليل الذي قبله، إنَّه من قبيل شرع من قبلنا، ذلك لأنَّ شرع من قبلنا يعدُّ شرعاً لنا ما لم يرد في شرعنا ما ينسخه.

وهذا القول هو رأي جُمهور الحنفيَّة والمالكيَّة والشافعيَّة ورواية راجحة عند أحمد<sup>٢</sup>.

وهو رأي الكثير من الباحثين المعاصرين.

ثمَّ إنَّ المصالح والعادات لا تختلف فيها الشرائع؛ ولكنَّ قد يختلف وجودها من وقت لآخر، فإذا وجدت فلا بُدَّ من اعتبارها والأخذ بها<sup>٣</sup>. ولا شكَّ أنَّ كلَّ ذنب في كلِّ زمان ومكان لا بُدَّ أن يمزق القميص إذا أكل صاحبه.

كما أنَّ كلَّ امرأة تعرض لَهَا شخص وأراد أن يضمَّها إليه فامتنت ودفعته لا يمكن أن يتمزق قميصه من دُبُر بسبب الدَّفْع، وهذا شيء لا يختص بزمن يوسف دون غيره.

وقد ذكر العلماء على أنَّ شرع من قبلنا يكون شرعاً لنا إذا كان قد سبق بطريق يُفيد استحسانه وعدم إنكاره، فهو في هذه الحالة يصبح من باب التقريرات.<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> ابن العربي، أحكام القرآن، ج ٣، ص ١٠٨٣؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٩، ص ١٧١.

<sup>٢</sup> بحسب الله البهاري، مسلم الثبوت (الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، د. ط، ١٩٤٤م)، ج ٢، ص ١٨٤؛ عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي (بيروت: دار الكتاب العربي، د. ط، ١٣٠٨هـ)، ج ٣، ص ٩٣٢؛ إبراهيم بن علي أبو إسحاق الشيرازي، التبصرة في أصول الفقه (بيروت: دار الفكر، د. ط، ١٩٨٣م)، ص ٢٨٥؛ مسعود بن عمر سعد الدين التفتازاني، التلويح على التوضيح (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، ١٩٩٦م)، ج ٢، ص ١٦.

<sup>٣</sup> ابن العربي، أحكام القرآن، ج ٣، ص ١٠٨٥.

<sup>٤</sup> البهي، من طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون، ص ٨١.

### الدليل الثالث:

قوله تعالى: ﴿ فَلَمَّا جَهَّزَهُم بِجَهَّازِهِمْ جَعَلَ السَّقَايَةَ فِي رَحْلِ أَخِيهِ ثُمَّ أَذَّنَ مُؤَذِّنٌ أَيَّتُهَا الْعِيرُ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ ﴾ ٧٠ قَالُوا وَأَقْبَلُوا عَلَيْهِمْ مَاذَا تَفْقَدُونَ ﴿ ٧١ ﴾ قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴿ ٧٢ ﴾ قَالُوا تَاللَّهِ لَقَدْ عَلِمْتُمْ مَّا جِئْتَنَا لِنُفْسِدَ فِي الْأَرْضِ وَمَا كُنَّا سَارِقِينَ ﴿ ٧٣ ﴾ قَالُوا فَمَا جَزَاؤُهُ ۖ إِنَّ كُنْتُمْ كَاذِبِينَ ﴿ ٧٤ ﴾ [يوسف: ٧٠-٧٤].

وقوله تعالى حكاية عن إخوة يوسف: ﴿ يَتَأَبَّأْنَا بِكَ ابْنَكِ سَرَقَ وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلَّمْنَا وَمَا كُنَّا لِلْغَيْبِ حَافِظِينَ ﴾ [يوسف: ٨١].

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 من متاع أخيهم علموا أنه هو السارق، ولهذا شهدوا بحسب هذا الظاهر الذي رأوه، فلهذا قالوا يا أبانا إن ابنك سارق، وإنما أخبروا عن ظاهر الحال لا عن باطنها؛ إذ لم يكونوا عالمين بباطنها.<sup>١</sup>

### الدليل الرابع:

قوله تعالى: ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِيهِ أَرْحَامِهِنَّ ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

فالله سبحانه جعل القروء علامة وأمانة على عدم وجود حمل لدى المطلقة، ولا ريب في أن هذا إعمال للقرينة، فيجوز العمل به.<sup>٢</sup>

### الدليل الخامس:

يستفاد من كتاب الله أن نُكُولُ الْمَرْأَةَ عَنِ اللَّعَانِ يَعِدُ قَرِينَةَ عَلِيٍّ صَدَقَ الزَّوْجُ فِي رَمِيهَا بِالزَّيْنِ، ويقوم لعانه ونكولها مقام الشهود، ولذا يقام عليها الحد.

### الدليل السادس:

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

<sup>١</sup> أحمد بن علي الرازي الحصاص، أحكام القرآن (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، ٢٠٠٧م)، ج ٣، ص ١٧٦؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٩، ص ٢٣٤.

<sup>٢</sup> ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٨٩؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٣، ص ١١٣.

كونه زوجاً يحرص في الغالب على نفي الفاحشة عن زوجته لتعيّره بين الناس بظهور زناها، اكتفى الشارع منه بالأيمان المغلظة والدُّعاء على نفسه باللعن.<sup>١</sup>

## ٢. الاستدلال بالسنة:

استدلّ المجيزون بأحاديث كثيرة على حُجّية القرائن، تقتصر منها على ما يأتي:

### الدليل الأول:

روى عبد الرحمن بن عوف أن أنصاريين قتلا أبا جهل يوم بدر، ثم انصرفا إلى رسول الله ﷺ، فقال كلُّ منهما: أنا قتلته، فقال رسول الله ﷺ: هل مسحتما سيفيكما؟ قالا: لا. فنظر في السيفين، فقال: كلاكما قتله، وقضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح.

فنظره ﷺ في السيفين إنّما هو ليرجح القاتل بما يراه من أثر الطعان وصبغ الدّم، وإنّما خصّ أحدهما بسلبه لأنّه ترجح عنده من نظره إلى السيفين أنّه هو الذي أنفذ مقاتله، وعليه فيكون قوله: كلاكما قتله تطبيياً لنفس الآخر من حيث إنّ له بعض المشاركة.<sup>٢</sup>

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

### الدليل الثاني:

قوله ﷺ: «لا تنكح الأيّم حتّى تستأذن». قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت»<sup>٤</sup>.

وفي رواية: «ورضاها صماقها»<sup>٥</sup>.

فقد عد النبي ﷺ سكوت البكر أمانة وقرينة على رضاها بالنكاح، وذلك لأنّ حياءها يمنعها من التصريح بالقبول، ولا يمنعها من التصريح بالرفض، وهذا ظاهر في الدلالة على جواز الأخذ بالقرائن.

<sup>١</sup> محمد سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن (دمشق: دار الفكر، د. ط، ٢٠٠٦م)، ص ١٩٦.

<sup>٢</sup> البخاري، الصحيح الجامع، كتاب فرض الخمس، باب من لم يخمس الأسلاب، ومن قتل قتيلاً فله سلبه، رقم ٣١٤١، ج ٦، ص ٢٤٦؛ أبو الحسين مسلم بن الحجاج، الصحيح (بيروت: دار الجيل، د. ط، د. ت)، كتاب الجهاد والسير، باب قتل أبي جهل، ج ١٢، ص ١٥٩.

<sup>٣</sup> ابن القيم، الطُّرُق الحكيمية، ص ١١؛ ابن فرحون، تبصرة الحُكَّام، ج ٢، ص ٩٤.

<sup>٤</sup> ابن حجر، فتح الباري، رقم ٥١٣٦، ج ٩، ص ١٩١؛ مسلم، الصحيح، ج ٩، ص ٢٠٢.

<sup>٥</sup> البخاري، الصحيح، رقم ٥١٧٣، ج ٩، ص ١٩١.

ومنهم من يرى أن هذا من أقوى الأدلة في الحكم بالقرائن.<sup>١</sup>  
 ويعترض على هذا الاستدلال:  
 بأن السكوت يحتمل أن يكون للهبة أو للخوف، أو لغيره، ومع هذا الاحتمال لا يصح  
 به الاستدلال.

ودفع هذا بأن الرسول ﷺ عد الرضا منها حيث كان السكوت أمانة على الرضا  
 بالخاطب، فالسكوت أمانة على الرضا في الغالب والكثير، لا النادر، والتأدر لا يفرد له  
 حكم العموم.<sup>٢</sup>

### الدليل الثالث:

قوله ﷺ: «بينما امرأتان معهما ابناهما، جاء الذئب فذهب بابن أحدهما، فقالت هذه  
 لصاحبتها: إنما ذهب بابنك أنت، وقالت الأخرى، إنما ذهب بابنك، فتحاكما إلى داود عليه  
 السلام، ففضى به للكبرى، فخرجتا على سليمان بن داود عليهما السلام فأخبرتا، فقال اتوني  
 بالسكين أشقه بينكما، فقالت الصغرى: لا، يرحمك الله هو ابنها، ففضى به للصغرى».<sup>٣</sup>  
 ووجه الدلالة في هذا الحديث: أن نبي الله سليمان عليه السلام قضى بالولد للصغرى اعتماداً  
 على قرينة الشفقة، حيث عارضت قتله، بينما رضيت به الكبرى بذلك، مما يدل على أن  
 الصغرى هي أمه الحقيقية.

ومما لا يخفى أن سليمان عليه السلام ما كان يريد شقّ الطفل إلى نصفين حقيقة، وإنما  
 أراد مجرد التعرف على أمه الحقيقية، وقد تمّ له ما أراد بذلك بعد أن اختبر شفقة المرأتين  
 لتمييز له الأم الحقيقية، فتميزت بقولها "لا تقطعه"، ورضى الأخرى بالقطع.<sup>٤</sup>

### الدليل الرابع:

واستدلوا أيضاً بحديث زيد بن خالد ﷺ، قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ، فسأله  
 عن اللقطة، فقال: اعرف عفاصها (وعاءها)، ووكاءها (الخيط الذي تشدّ به الصرة)، ثم  
 عرفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها.<sup>٥</sup>

<sup>١</sup> ابن فرحون، تبصرة الحكماء، ج ٢، ص ٩٤.

<sup>٢</sup> ابن فرحون، تبصرة الحكماء، ج ٢، ص ١١٤؛ شوكت عليان، السُّلطة القضائية في الإسلام (الرياض: دار الرشيد، ط ١، ١٩٨٢م)، ص ٢٦٩.

<sup>٣</sup> البخاري، الصحيح، كتاب الفرائض، باب إذا ادّعت المرأة ابناً، رقم ٦٧٦٩، ج ١، ص ٥٥؛ مسلم، الصحيح، كتاب الأفضية،  
 باب اختلاف المجتهدين، ج ٢، ص ١٨.

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

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

وفي رواية أخرى لمسلم ذكر فيها العدد، فقال: «... احفظ وعاءها وعددها»<sup>١</sup>.  
 وَقَدْ عد النَّبِيُّ ﷺ الوصف في اللقطة قائماً مقام البيئنة، وجعل معرفة الوعاء والرباط  
 والعدد دليلاً على صحة قول مُدَّعي اللقطة.  
 وهذا دليل على جواز العمل بالقرائن.

قَالَ الأبي فِي شرح صحيح مسلم: وحديث اللقطة في الحكم بمعرفة العفاص والوكاء أصل  
 في الحكم بالعرف والعادة عند التنازع، وليس عند أهل التحقيق دليل أظهر منه، لأنَّ الغالب  
 والعرف أنَّ مالك الشيء يعرف من نعوته ما لا يعرفه غيره، وإن جاز أن يعرف الغير ذلك منه،  
 إمَّا لآثمه رآه عنده، أو استعاره، أو أجره، لكنَّ الغالب الأوَّل.  
 وَقَدْ أجرى المالكية السرقة على حكم اللقطة، فحكموا بدفع الشيء المسروق لمن يدَّعيه  
 ويذكر صفتة<sup>٢</sup>.

قَالَ ابن القيم: الصَّحِيح الذي دَلَّت عليه السُّنَّة التي لَا معارض لَهَا أَنَّ اللقطة إذا وصفها  
 واصف صفة تدلُّ على صدقه دُفعت إليه. بمجرد الوصف، فقام وصفه مقام الشَّاهدين، بل  
 وصفه لَهَا بيئنة تبيِّن صدقه، وصحة دعواه، فإنَّ البيئنة اسم لما يبيِّن الحقَّ<sup>٣</sup>.  
 وَيَقُول أيضاً: "وكذلك اللقيط إذا تداعاه اثنان، ووصفه أحدهما بعلامة خفية بجسده،  
 حكم له به عند الجمهور"<sup>٤</sup>.

وَقَدْ رَدَّ المانعون على هذا الاستدلال، وتألوا أحاديث اللقطة؛ إذ قالوا:  
 إنَّ هذه الأحاديث أفادت الأمر بالإعطاء إلى المالك، وأنَّهم لَا ينازعون في ذلك، وإنَّما  
 ينازعون في إعطائها له بالوصف.

وقالوا: إنَّ الأوصاف تتشابه، فليست طريقاً لمعرفة الحقِّ، فَقَدْ يَكُون الواصف محتالاً،  
 وهذا ما يجعل هذه القرينة قابلة لأنَّ يثبت عكسها.  
 وإذن فلا بُدَّ من إقامة البيئنة من المالك على أَنَّهُ مالِكها، ولا تُعطى له بمجرد الوصف.

<sup>١</sup> مسلم، الصحيح، باب إذا أخبر ربَّ اللقطة بالعلامة، رقم ٢٤٢٦، ج ٥، ص ٧٨.

<sup>٢</sup> الوشتاني الأبي، إكمال المعلم شرح صحيح الإمام مسلم (القاهرة: مطبعة السعادة، د. ط، د. ت)، ج ٥، ص ٣٦. نقلاً:  
 عن محمد بن معجوز، وسائل الإنبات في الفقه الإسلامي، ص ٣٨١؛ محمد بن إدريس الشافعي، الأم (دار الغد العربي،  
 ط ١، ١٩٩٠م)، ج ٧، ص ٢٠٩.

<sup>٣</sup> ابن القيم، إعلام الموقعين، ج ١، ص ٩٧.

<sup>٤</sup> ابن القيم، الطُّرُق الحكيمية، ص ١٠؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٩٩؛ محمد بن عبد الواحد الكمال بن الهمام،  
 شرح فتح القدير (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، ٢٠٠٣م)، ج ٥، ص ٣٤٤.

وقالوا: إنَّ ما جاء في اللَّقْطَةِ من الأمر بمعرفة العفاص والوكاء محمول على أَنَّهُ خاص بالملتقط لثلاثيَّة اللَّقْطَةِ بماله، لا ليترتب عليه دفع اللَّقْطَةِ لو اصفها.

ويناقش ذلك بأنَّ ما ذهبوا إليه لا يتمشى مع ظاهر الأحاديث، وعلى فرض تسليمه فإنَّه لا يمنع من اعتبار الوصف في دفع اللَّقْطَةِ، ويكُون الأمر بمعرفة الوكاء والعفاص في الأحاديث قد أفاد شيعيين:

الأوَّل: أن يعرف الملتقط وكاء اللَّقْطَةِ وعفاصها حتَّى لا تختلط بماله؛ والثاني: أن يدفعها لمعرفتها بمقتضى وصفه لها.

أمَّا القول بأنَّ معرفة الوكاء والعفاص خاص بالملتقط لثلاثيَّة اللَّقْطَةِ بماله، وأنَّها لا تدفع لو اصف وكائنها وعفاصها إلا إذا أقام البيِّنَةُ على أَنَّهُ مالِكها؛ فإنَّ هذا القول يخالف صريح الأحاديث، ولا يتمشى مع ما ترمي إليه؛ إذ إنَّ الرَّسُولَ ﷺ رَبَّ الدَّفْعِ على الوصف.<sup>١</sup>

#### الدَّليل الخامس:

وروى أنس أن النَّبِيَّ ﷺ قالَ بعد أن تلاعن هلال ابن أمية وزوجته: "ابصروها فإن جاءت به أكحل العينين<sup>٢</sup>، سابغ الإليتين<sup>٣</sup>، خدلج<sup>٤</sup> الساقين، فهو لشريك بن سحماء، فجاءت كذلك، فقال النَّبِيُّ ﷺ: لولا ما مضى من كتاب الله تعالى لكان لي ولها شأن.<sup>٥</sup>" قالوا: هذا الحديث ظاهر الدلالة على اعتبار القرائن والأخذ بها، فقد جعل النَّبِيُّ ﷺ الشَّبه قرينة على النَّسَب.

واعترض على ذلك:

بأنَّ هذا الحديث يدلُّ على عدم اعتبار الشَّبه، وأنَّه ليس له مدخل في بناء الأحكام الشَّرعية، بدليل أن النَّبِيَّ ﷺ لم يحكم بإلحاق الولد بشريك بن سحماء، مع أن الولد قد جاء يشبهه، كما ذكرت الأحاديث، ولم يُقم الحدَّ على المرأة؛ لأنَّ معنى أن يأتي الولد يشبهه شريكاً دليل على كذبها في لعانها وأنَّها قد زنت.

<sup>١</sup> البهي، من طرق الإثبات في الشريعة والقانون، ص ٨١ وما بعدها؛ النجفاني، النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي، ص ٢٧٧.

<sup>٢</sup> أكحل: منابت أحنافه سوداء كأن فيها كحلاً.

<sup>٣</sup> سابغ الإليتين: عظيمهما.

<sup>٤</sup> خدلج: ضخم الساقين. انظر: ابن الأثير، جامع الأصول، ص ٧٢٠.

<sup>٥</sup> ابن حجر، فتح الباري، ج ٩، ص ٤٦١.



ويُرد هذا الاعتراض:

بأن الحديث حُجَّةٌ للقائلين باعتبار القافة المبني على الشبه، لأنَّ 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 النَّسَب وإلحاق الولد.<sup>١</sup>

وأجيب عن الاعتراض كذلك:

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

وفي رواية: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»<sup>٢</sup>.

ومعنى هذا القول: لولا ما سبق من حكم الله أنَّ أيمان اللعان تدفع الحدَّ عن المرأة لأقمت الحدَّ عليها من أجل الشبه الظاهر البين بالذي رُميت به<sup>٣</sup>.

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

وأما إخبار النَّبي ﷺ بشأن الولد وشبهه فإنَّه لم يكن من أجل تغيير حكم اللعان، وإنما ليتبين الصادق منهما من الكاذب؛ لأنَّ قول النَّبي ﷺ: «إن جاءت به كذا وكذا فهو لفلان..» لا يعني إلحاقاً له به في النَّسَب، كيف وقد نفاه عنه باللعان، وانقطع نسبه منه، وإنما كان إخباراً عن الواقع، ولم يرقم الرَّسُول ﷺ الحدَّ على المرأة التي جاءت بالولد على النعت المذكور من أجل أيمانها التي درأت عنها العذاب.<sup>٤</sup>

### الدَّليل السَّادس:

اعتدت الشَّريعة بالقرينة في إثبات الإيمان والنفاق، فقال ﷺ: «إذا رأيتم الرَّجل يعتاد المساجد فاشهدوا له بالإيمان»<sup>٥</sup>.

<sup>١</sup> ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد (بيروت: مؤسَّسة الرسالة، د.ط، ١٩٨٣م)، ج ٥، ص ٤٠٣.

<sup>٢</sup> ابن الأثير، جامع الأصول، ج ١٠، ص ٧٢١.

<sup>٣</sup> المصدر السابق، ج ٥، ص ٣٨٠؛ ابن حجر، فتح الباري، ج ٩، ص ٤٦٣.

<sup>٤</sup> ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٧٦٨؛ ابن القيم، الطُّرُق الحَكَمِيَّة، ص ٢٢٢؛ ابن حجر، فتح الباري، ج ٩، ص ٤٦٣؛ ابن

القيم، زاد المعاد، ج ٥، ص ٣٨٠؛ عدنان حسن عزازية، حُجِّيَّة القرائن في الشَّريعة الإسلاميَّة، ص ١١٢-١١٣.

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

فاعتياد المساجد قرينة تدلُّ على الإيمان، وإذا كان ذلك شأن المؤمن، وكانت تلك القرائن تدلُّ عليه؛ فإنَّ للمناقق أيضاً علامات وقرائن تدلُّ عليه، حدثنا عنها رسول ﷺ حين قال: «آية المنافق ثلاث، إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان»<sup>١</sup>.

### الدليل السابع:

روي أن عثمان رضي الله عنه أتى بامرأة ولدت لسته أشهر من زواجها، فأمر بها أن ترحم، فقال علي: ليس لك عليها سبيل، لقول الله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥]، وقوله تعالى: ﴿وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤].

فالآية الأولى قد بينت مدة الحمل والفصال ثلاثين شهراً، وأن مدة الفصال وحدها عامان، وهذا يقتضي أن أقل مدة 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 أنها لو ولدت لأقل من ستة أشهر لأقيم عليها الحدّ، ويكون وضعها في تلك المدة قرينة على زناها، وأن القرينة تعد حجة في الإثبات، شأنها في ذلك شأن باقي طرق الإثبات الأخرى.<sup>٢</sup>

### الدليل الثامن:

حكم النبي 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 عَثَرَ عَلَيْهِمَا أَسْتَحَقَّ إِثْمًا فَتَأَخَّرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأَوْلَايَيْنِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَدْنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَدَتَيْهِمَا وَمَا أَعْتَدَيْنَا إِنَّا إِذَا لَمِنَ الظَّالِمِينَ﴾ [المائدة: ١٠٧]. كما أن الذي في سورة يوسف لوث في الدعوى في العرض.<sup>٣</sup>

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 الوضعيّة.

<sup>١</sup> ابن حجر، فتح الباري، ج ١، ص ٩.

<sup>٢</sup> أبو العينين، القضاء والإثبات، ص ٤٢٧.

<sup>٣</sup> المرجع السابق، ص ٤٢٧.

وللقسامة فائدتان عظيمتان:

**أولاهما:** تعظيم شأن الدماء وألاً تذهب هدرًا بالقدر المستطاع، وثانيتها: بعث روح اليقظة والانتباه في أهل القرى والحلّات والمدن والأماكن الخاصّة إلى ما يقع فيها أو قريباً منها من جرائم القتل منعاً لها بالقدر الممكن، وإشعار بالمسئولية الشّاملة وبالتضامن وتقدير للأمن، والضرب على أيدي الأشرار الذين يعيشون في الأرض فساداً ومراقبة من لهم صلة بهم جميعاً، وتتبعهم داخلاً وخارجاً، وذلك لشعور الجميع بالمسئولية المشتركة والتضامن.<sup>١</sup>

**وصورة القسامة:**

أنّ 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<sup>٢</sup>.

ولا تجب بمجرد دعوى الأولياء حتّى تقترن بها شبهة يغلب على الظنّ الحكم بها<sup>٣</sup>. فوجود قتيل في محلّة أو قبيلة بينه وبين أهلها عداوة وبه أثر القتل من جراحة، أو خنق، أو ضرب أو غيرها، يحكم فيها بالقسامة بخمسين يميناً تقسم على أولياء القتيل إذا ادّعوا الدّم، أو على المدّعي عليهم الدّم لنفيه، فاقتران الدّعوى بشيء يدلّ على صدق المدّعي تعدّ لوثاً يحكم بموجبها<sup>٤</sup>.

ووجه الدّلالة 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 الدّية أم القود، فيحكم له به، ولا مستند للحكم ها هنا إلاّ القرائن والأمارات وشواهد الأحوال<sup>٥</sup>.

<sup>١</sup> أحمد إبراهيم، طُرق القضاء، ص ٤٢٠.

<sup>٢</sup> شيخنا زاده الحنفي، مجمع الأثر (المطبعة العامرة، د. ط، د. ت)، ج ٢، ص ٦٧٧؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٢٨٦؛ النووي، روضة الطالبين (بيروت: دار ابن حزم، ط ١، ٢٠٠٢م)، ج ١٠، ص ٩.

<sup>٣</sup> ابن حجر، فتح الباري، ج ١٢، ص ١٣٦؛ مسلم، الصحيح، ج ١١، ص ١٤٤.

<sup>٤</sup> الشريبي، مغني المحتاج (بيروت: دار الفكر، ١٩٧٨م)، ج ٤، ص ١٠٩.

<sup>٥</sup> ابن قدامة، المغني، ج ٨، ص ٦٨.

<sup>٦</sup> عدنان حسن عزازية، حُجّية القرائن في الشريعة الإسلامية، ص ١٢٤؛ شيخنا زاده، مجمع الأثر، ج ٢، ص ٦٧٧؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٢٨٦؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٤٦٩؛ ابن حزم، المحلى، ج ١٢، ص ٤٧٤.

### الدليل التاسع:

ورد في حديث جابر بن عبد الله قال: "أردت السفر إلى خيبر فأتيت النبي ﷺ فقلت: إنني أردت الخروج إلى خيبر. فقال: إذا أتيت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقاً، فإذا طلب منك آية فضع يدك على ترقوته" <sup>١</sup>.

فهذا اعتماد في الدفع إلى الطالب على مجرد العلامة، وإقامة لها مقام البينة <sup>٢</sup>. وقد ذكر الصنعاني أن في هذا الحديث دليلاً على العمل بالقرينة والعلامة في مال الغير، وأن الرسول يصدق وتدفع له العين إذا جاء بعلامة من صاحب المال <sup>٣</sup>.

### الدليل العاشر:

كان الأئمة والخلفاء يحكمون بالقطع والضمان إذا وجد المال المسروق مع المتهم. ويرى ابن القيم أن هذه القرينة أقوى من البيينة والإقرار، فإنهما حيران يتطرق إليهما الصدق والكذب، ولكن وجود المال معه يعد نصاً صريحاً لا يتطرق إليه شبهة <sup>٤</sup>. ويناقش ذلك:

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

فقد ورد في سورة يوسف قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا جَهَّزَهُمْ بِجَهَّازِهِمْ جَعَلَ السَّقَايَةَ فِي رِجْلِ أُخِيهِ ثُمَّ أَدْنَىٰ أَذْنَٰ مُؤَدِّنٌ أَيَّتَهُ الْعِيرُ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ 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 جِئْتَنَا بِنَفْسٍ 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 بِأَوْعِيَّتِهِمْ قَبْلَ وَعَاءِ أُخِيهِ ثُمَّ اسْتَخْرَجَهَا مِنْ وَعَاءِ أُخِيهِ كَذَلِكَ كَذْنَا لِيُوسُفَ ﴿ [يوسف: ٧٠-٧٦].

<sup>١</sup> الصنعاني، سبل السلام، ج ٣، ص ٨٥؛ ابن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الراعي الكبير (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، ١٩٩٨م)، ج ٣، ص ٥١.

<sup>٢</sup> ابن فرحون، تبصرة الحكماء، ج ٢، ص ٩٤؛ ابن القيم، الطرق الحكمية، ص ١٢.

<sup>٣</sup> الصنعاني، سبل السلام، ج ٣، ص ٨٥.

<sup>٤</sup> ابن القيم، الطرق الحكمية، ص ٧.

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

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

بأن وجود المال المسروق في حوزة المتهم دليل قوي على أنه هو السارق؛ إذ ليس من المنطق أن يُستَهان بهذا الدليل إلا إذا ادعى المتهم أن المال قد دُسّ عليه (مثلاً)، أو غير ذلك من الأعدار المقبولة، فإذا ثبتت هذه الاحتمالات والشبهات، واطمأنت نفس القاضي إلى وجودها، حينئذٍ لا يُعدُّ وجود المال عنده دليل إثبات.

لذلك ينبغي على القاضي التَّحَقُّق من ادعاء المتهم أن المال المسروق قد دُسّ عليه؛ إذ إنها دعوى يحتاج إلى دليل يسندها، لا بمجرد الدعوى؛ حيث إنَّ كُلَّ أحدٍ يستطيع أن يدرأ حدَّ السرقة عن نفسه بهذا الادعاء إذا وجد المال المسروق عنده، وهذا يؤدي إلى إبطال الحدِّ عن كُلِّ من يدعي مثل هذا. فعلى القاضي أن يأخذ هذا الادعاء بحذر، قطعاً لذريعة إسقاط الحدِّ جملة، وحماية لحرمة الله تعالى أن تنتهك.

### الدليل الحادي عشر:

حكم عمر وابن مسعود بوجوب الحدِّ برائحة الخمر من فم الرجل أو قيئه خمرًا، اعتماداً على القرينة الظاهرة، ولم يعرف لهما مخالف من الصحابة، فكان ذلك إجماعاً. وهذا دليل على اعتبار الشارع للقرائن والأمارات وتأثيرها في بناء الأحكام. إنَّ دلالة الرائحة والقيء على شرب الخمر أقوى من دلالة الرؤية؛ لأنه لا يقطع بالرؤية بأنَّ المشروب خمر بعكس الرائحة فدلالته قوِّية قاطعة<sup>١</sup>.

فالشَّمُّ أقوى في معرفة حال المشروب من الرؤية؛ لأنَّ الرؤية لا يعرف بها الشَّرَابُ أمسكر هو أم لا؟ وإنما يعلم ذلك من رائحته.

<sup>١</sup> ابن فرحون، تبصرة الحكماء، ج ٢، ص ٨٠.

فَقَدَ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ: "وَجَدْتُ مِنْ عَبِيدِ اللَّهِ رِيحَ شَرَابٍ وَأَنَا سَائِلٌ عَنْهُ فَإِنْ كَانَ يَسْكُرُ جَلَدْتَهُ"<sup>١</sup>.

وَفِي خَبَرِ السَّائِبِ بْنِ يَزِيدَ أَنَّهُ حَضَرَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ يُضْرَبُ رَجُلًا وَجَدَ مِنْهُ رِيحَ الْخَمْرِ.<sup>٢</sup>  
قَالُوا: فَحَكَّمَ عُمَرَ رضي الله عنه عَلَى تَحْقُقِ الشُّرْبِ بِالرَّائِحَةِ مِنْ أَقْوَى الْأَدْلَةِ عَلَى اعْتِمَادِ الْقَرَائِنِ فِي إِصْدَارِ الْأَحْكَامِ الْقَضَائِيَّةِ.

وَكَذَلِكَ حَدِيثُ ابْنِ مَسْعُودٍ الَّذِي جُلِدَ رَجُلًا وَجَدَ رِيحَ الْخَمْرِ مِنْهُ.<sup>٣</sup>  
وَتَفِيدُ هَذِهِ الْأَحَادِيثُ تَطَابُقَ رَأْيِ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ فِي الْأَخْذِ بِقَرِينَةِ الرَّائِحَةِ، إِذَا أُثْبِتَا بِهَا جَرِيمَةُ الشُّرْبِ وَجُلِدَا بِهَا الْحَدَّ.

وَفِي خَبَرٍ أَنَّهُ أُتِيَ بِالْوَلِيدِ بْنِ عَقْبَةَ إِلَى عَثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ سَ، وَقَدْ شَهِدَ عَلَيْهِ رَجُلٌ أَنَّهُ رَأَاهُ شَرِبَهَا — يَعْنِي الْخَمْرَ — وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ رَأَاهُ يَتَّقِيهَا، فَقَالَ عَثْمَانُ: إِنَّهُ لَمْ يَتَّقِيهَا حَتَّى شَرِبَهَا.<sup>٤</sup>

قَالُوا: وَهَذَا دَلِيلٌ آخَرَ يَثْبُتُ الشُّرْبَ بِالتَّقْيُؤِ، وَفِيهِ أَعْظَمُ اسْتِدْلَالٌ عَلَى بِنَاءِ الْأَحْكَامِ عَلَى الْقَرِينَةِ.<sup>٥</sup>

وَأَمَّا إِحْتِمَالُ الْإِكْرَاهِ وَالنِّسْيَانِ وَالْجَهْلِ وَشُرْبِ عَصِيرٍ تَشْبَهُ رَائِحَتَهُ رَائِحَةَ الْخَمْرِ فَدَعْوَى تَحْتَاجُ إِلَى دَلِيلٍ يَسْنِدُهَا وَيُثْبِتُهَا لِأَنَّهَا لَمْ تَكُنْ دَعْوَى؛ وَإِلَّا لَادَّعَى كُلُّ شَارِبٍ خَمْرٍ إِحْدَى تِلْكَ الْمِرْرَاتِ لِلْإِفْلَاتِ مِنَ الْحَدِّ.

أَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِتَشَابُهِ رَائِحَةِ الْخَمْرِ فَقَدْ صَارَ تَمْيِيزُ شَارِبِ الْخَمْرِ مِنْ غَيْرِهِ مِنَ الشُّرْبِ فِي هَذَا الْعَصْرِ مَيْسُورًا فِي كَثِيرٍ مِنَ الْأَمَاكِنِ، وَذَلِكَ عَنْ طَرِيقِ تَحْلِيلِ الدَّمِّ، وَالكَشْفِ عَنِ الْكُحُولِ فِيهِ، أَوْ عَنْ طَرِيقِ جِهَازِ يَنْفَخُ فِيهِ الْمُتَّهَمُ، فَيُقَيَسُ نِسْبَةُ الْكُحُولِ فِي نَفْسِهِ.

### الدَّلِيلُ الثَّانِي عَشَرَ:

أَمَرَ النَّبِيُّ اللَّهُ صلى الله عليه وسلم الزَّيْبِرَ أَنْ يَقَرَّرَ عَمَّ حِي بنِ أَخْطَبِ بِالْعَذَابِ عَلَى إِخْرَاجِ الْمَالِ الَّذِي غَيَّبَهُ وَادَّعَى نَفَادَهُ. فَقَالَ الرَّسُولُ صلى الله عليه وسلم: «العهد قريب والمال أكثر من ذلك».

<sup>١</sup> البخاري، الصحيح، كتاب الأشربة، باب الباذق ومن نهي عن كل مسكر، ج ٦، ص ٢٤٤.

<sup>٢</sup> الدارقطني، السنن، كتاب الحدود والديات وغيره، ج ٣، ص ١٦٧.

<sup>٣</sup> المسند (مسند عبد الله بن مسعود)، ج ٢، ص ١٤.

<sup>٤</sup> أبو داود، السنن، كتاب الحدود، باب الحد في الخمر، ج ٤، ص ١٦٣.

<sup>٥</sup> محمد عطا السيّد، التشريع الجنائي الإسلامي، ص ١٧٩.

فعدَّ الرَّسُولُ ﷺ قرب العهد وكثرة المال قرينتين على عدم نفاذه، ولذلك أمر الرَّسُولُ ﷺ الزبير بن العوام أن يمسه بعذاب وكان نتيجة ذلك أن أرشد إلى المال وأخرجه من محبته.<sup>١</sup>

### الدليل الثالث عشر:

ومن الأدلة القويّة على اعتبار القرائن في الإثبات أن النَّبِيَّ ﷺ قد عدَّ الحمل قرينة قاطعة على الزّنى، وأمر بإقامة الحدّ على امرأة وجدت حاملاً بغير زواج. فقد تزوج رجل من أصحاب النَّبِيِّ ﷺ امرأة فوجدها حبلى، فقضى النَّبِيُّ ﷺ بجلدها الحدّ بعد أن تلد وتتعافى من نفاسها.

وفي رواية: ففرّق رسول الله ﷺ بينهما وأعطاهما الصداق بما استحل من فرجها.<sup>٢</sup> وقد حكم عمر رضي الله عنه بالرجم على المرأة التي ظهر بها الحبل ولم يكن لها زوج ولا سيّد، وقال: ألا وإنَّ الرَّجْمَ حَقٌّ عَلَى من زنى وقد أُحصن إذا قامت البيّنة، أو كان الحمل أو الاعتراف.<sup>٣</sup>

وقد أورد الدارقطني أن هذا رأي علي س، عندما قال بعد رجمه لشراحة الهمدانية: أيما امرأة نعي عليها ولدها أو كان اعتراف، فالإمام أوّل من يرحم، ثمّ النَّاس، فإنّ نعتها شهود فالشهود أوّل من يرحم، ثمّ النَّاس.<sup>٤</sup> يقول ابن قدامة: "ورجم من ظهر بها حمل من غير زوج ولا سيّد قول سادة الصّحابة، ولم يظهر لهم في عصرهم مخالف فكان إجماعاً".<sup>٥</sup>

ومع ما أوردناه فهناك مبدأ هام وهو أن قرينة الحمل ككُلِّ القرائن يبطل أثرها كبيّنة إذا أبدت المرأة عذراً مقبولاً يدفع عنها جرم الزّنا.<sup>٦</sup>

<sup>١</sup> أبو داود، السنن، كتاب الخراج والإمارة، ج ٣، ص ٤٠٨؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج ٢، ص ١١٣ وما بعدها.

<sup>٢</sup> أبو داود، السنن، كتاب النكاح، باب الرّجل يتزوج المرأة فيجدها حبلى، ج ٢، ص ٢٤١-٢٤٢؛ الدارقطني، السنن، باب المهر، ج ٣، ص ٢٥١.

<sup>٣</sup> محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب المخاريب من أهل الكفر والرّدّة، باب الاعتراف بالزّنا، ج ٨، ص ٢٥؛ مالك بن أنس، الموطأ، كتاب الحدود، باب ما جاء في الرّجم، حديث رقم: ٨٢٤.

<sup>٤</sup> علي بن عمر الدارقطني، السنن (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ١، ٢٠٠٤م)، كتاب الحدود والديات وغيره، ج ٣، ص ١٢٤.

<sup>٥</sup> ابن قدامة، المغني، ج ٨، ص ٢١١.

<sup>٦</sup> محمّد عطا السيّد، التشريع الجنائي الإسلامي: الحدود، ص ١٧٤.

قال مالك: الأمر عندنا في المرأة توجد حاملاً ولا زوج لها فتقول: استكرهت، أو تقول: تزوجت، أن ذلك لا يقبل منها، وإنما يقام عليها الحد، إلا أن يكون لها على ما ادّعت من التّكاح بيّنة، أو على أنّها استكرهت.<sup>١</sup>

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

وقال الحنفية والحنابلة والشافعية:

إن المرأة لا تحدد بمجرد ظهور الحمل بها، وإنما تُسأل عن ذلك، فإن ادّعت أنّها أكرهت أو وطئت بشبهة، أو لم تعترف بالزنا لم تحدد.<sup>٢</sup> وهناك روايات تؤيد هذا الاتجاه.

فقد روي أن امرأة رفعت إلى عمر بن الخطاب ليس لها زوج، وقد حملت، فسألها عمر، فقالت: إني امرأة ثقيلة الرأس، وقع عليّ رجل وأنا نائمة، فما استيقظت حتى فرغ، فدرأ عمر عنها الحد.<sup>٣</sup>

فعلى الرغم من أن القرينة هنا قويّة على ارتكاب جريمة الزنا فلم يأخذ بها عمر س، وأسقط الحد عن المرأة بالشبهة التي ادّعتها مع أن هذه الشبهة في غاية الضعف، بل لا يكاد يصدقها عقل.<sup>٤</sup>

كما روي عن عليّ أنه قال لامرأة حامل من غير زوج أيضاً: استكرهت؟ قالت: لا، قال: فلعل رجلاً أتاك في نومك.<sup>٥</sup>

وروي عن عمر أيضاً أنه درأ الحد عن امرأة حامل ادّعت أنّها استكرهت، وكتب إلى أمراء الأجناد ألا يقتل أحد إلا بإذنه.<sup>٦</sup>

<sup>١</sup> مالك، الموطأ، ج ٤، ص ١٥٠.

<sup>٢</sup> محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي (القاهرة: المكتبة العصرية، ط ٢، ٢٠٠٣م)، ج ٤، ص ٣١٩؛ النفتازاني، الشرح الصغير، ج ٤، ص ٥٠١.

<sup>٣</sup> ابن قدامة، المغني، ج ١٠، ص ١٩٢. وأصل ذلك هو من باب درء الحدود بالشبهات، لا لكون الحمل لا يدلّ على الوطأ؛ انظر، محمد بن معجوز، وسائل الإثبات، ص ٣٨٢.

<sup>٤</sup> أبو العينين، القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي، ص ٤٣٥.

<sup>٥</sup> ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٤٣١.

<sup>٦</sup> ابن قدامة، المغني، ج ٨، ص ٢١٠.



ورُوي أيضاً عن عليّ وابن عباس أنّهما قالوا: إن كان في الحدّ لعلّ وعسى فهو معطلّ. يقول ابن تيمية رحمه الله: "الأشبه بأصول الشريعة والمأثور عن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم، ومذهب أهل المدينة المنورة حدّ المرأة الحامل من غير زوج ولا سيّد ما لم تدّع شبهة".<sup>١</sup> ويرى الجمهور أنّ الروايات التي تفيد عدم أخذ الصحابة بالقرائن في الحدود، تعدّ أقوى من حيث الإسناد من الروايات التي تفيد احتجاجهم بها.<sup>٢</sup>

### والذي يبدو لي:

أنّ الحامل من غير زوج يدرأ عنها الحدّ بمجرّد ادّعائها الغصب أو الإكراه أو أيّ شبهة أخرى، سواء وجدت قرينة تؤيد وتصدق دعواها أم لم توجد، كادعائها استدخالها منياً، أو أنّها استجمرت بحرقه فيها مني، أو تحممت بماء قد أنزل فيها رجل، أو غير ذلك من الاحتمالات، ولأنّ المقرّ بالزنا لو رجع عن إقراره واعترافه لقبول رجوعه ويدرأ عنه الحدّ، فكيف بمن لم تقرّ بالزنا أصلاً وهي تدّعي الغصب أو الإكراه؟

فدرء الحدّ عنها هنا من باب أولى؛ خاصة إذا علمنا أنّ الشّارع الحكيم متشوّف إلى التستر على أعراض النّاس وإلى العفو والصفح في حدّ الزّنا، لأيّ شبهة كانت. لذلك قال النبي صلّى الله عليه وآله لهزال بن يزيد الأسلمي لما أخبره بقصة ماعز: «يا هزال لو سترته بردائك لكان خيراً لك».<sup>٣</sup>

وكان رسول الله صلّى الله عليه وآله قد عرض لماعز بالرجوع عن إقراره والتّوبة إلى الله، وذلك بقوله: «لعلك قبلت، لعلك لمست...».

وكذلك صنع مع الغامدية حتّى قالت له: أتريد أن تردني كما رددت ماعزاً؟ أمّا إذا لم تدّع الحامل من غير زوج شبهة معارضة أو غصباً أو إكراهاً؛ فإنّ الحدّ يقام عليها، موافقة لما فعله الصحابة رضوان الله عليهم.<sup>٤</sup>

### الدليل الرابع عشر:

حكم رسول الله صلّى الله عليه وآله وخلفاؤه من بعده بالقيافة، وجعلها دليلاً من أدلة ثبوت النّسب، وليس فيها إلاّ مجرد الأمارات والعلامات، والقيافة في ثبوت النّسب من أكثر القرائن ظهوراً وتطبيقاً في الفقه الإسلاميّ.

<sup>١</sup> ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص ١١١.

<sup>٢</sup> المصدر السابق، ص ١١١.

<sup>٣</sup> مالك، الموطأ مع شرح الزرقاني (بيروت: دار المعرفة، د. ط، ١٩٧٨م)، كتاب الحدود، باب ما جاء في الرّجم، رقم

١٥٩٤، ج ٤، ص ١٣٨.

<sup>٤</sup> عبدنان حسن عزازية، حجّة القرائن، ص ١٣٠.

والقيافة هي استطلاع أوجه الشبه بين أعضاء شخصين كالعلاقات المميزة لأقدامهما، للاستدلال من وراء ذلك على أن الشخصين ينتمي أحدهما إلى الآخر. وقد استعمل الشرع القيافة كوسيلة من وسائل إثبات النسب، استهدافاً منه لتفادي مشكلة انقطاع النسب، على المستوى الاجتماعي، وعلى المستوى النفسي للفرد.

ففي عهد الرسول ﷺ كان بعض الناس يشكّون أن يكون أسامة حِبُّ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ابناً لزيد بن حارثة، على الرغم من أن أسامة كان ينسب لفراس أبيه، وذلك لأن أسامة كان أسود اللون، وزيد بن حارثة كان أبيضاً، وإزالة هذه اللوثة عن أسامة وأبيه، اعتمد الرسول ﷺ وسيلة القيافة، فجاء قائف ماهر اسمه مجزّز المدلجي، ورأى أمامه أسامة وزيداً، بعدما غطى وجه كل منهما، فقال القائف: إن هذه الأقدام بعضها من بعض.<sup>١</sup>

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 أن مجزّزاً المدلجي دخل عليّ فرأى أسامة وزيداً وعليهما قطيفة قد غطيا رأسيهما وبدت أقدامهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض».<sup>٢</sup>

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

### الدليل الخامس عشر:

واستدلوا أيضاً بجعل النبي 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.<sup>٣</sup>

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

<sup>١</sup> التيجاني، النظرية العامة للقضاء والإثبات، ص ٢٨٨.

<sup>٢</sup> ابن حجر، فتح الباري، كتاب الفرائض، باب القائف، رقم ٦٧٧١، ج ١٢، ص ٥٦؛ مسلم، الصحيح، كتاب الرضاع، باب إلحاق القائف الولد، ج ١٠، ص ٤٠.

<sup>٣</sup> ابن القيم، إعلام الموقعين، ج ١، ص ٩٠؛ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٦، ص ٦٤٧؛ أبو العينين، القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي مع المقارنة بقانون الإثبات اليمني، ص ٤٢٨.

فَقَدَ أورد ابن القيم من المسائل التي أخذ فيها بالقرائن وصدقت فيها الفراسة، ومنها:  
 أَنَّ امرأة أتت عُمر بن الخطاب س، فشكت زوجها وقالت: هُوَ من خير أهل الدنيا،  
 يقوم الليل حتَّى الصباح، ويصوم النهار حتَّى يمسي، ثُمَّ أدركها الحياء. فقال: جزاك الله خيراً  
 فَقَدَ أحسنت الثناء، فلَمَّا وُلَّت، قَالَ كعب بن سور: يا أمير المؤمنين لقد أبلغت إليك في  
 الشُّكُوى، فقال: وما اشتكت؟ قَالَ: زوجها. قَالَ: عليّ بها، ثُمَّ قَالَ لكعب: اقض بينهما.  
 قَالَ: أقضي بينهما وأنت شاهد!، قَالَ: إِنَّك قد فطنت إلى مَا لَمْ أفطن لَهُ. قَالَ: إِنَّ الله يَقُول:  
 ﴿فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبْعَ﴾ [النساء: ٣]، صم ثلاثة أيام وأفطر عندها يوماً،  
 وقم ثلاث ليال وبت عندها ليلة.

فقال عُمر: هذا أعجب من الأوَّل، فبعثه قاضياً لأهل البصرة، فكان يقع لَهُ في الحكومة  
 من الفراسة أمور عجيبة.<sup>١</sup>  
 ومَّا يذكر في هذا المجال أيضاً:

أَنَّ امرأة راودت شاباً من الأنصار كانت تهواه، وهُوَ يخاف الله تعالى ويعرض عنها، ولمَّا  
 لم تجد منه استجابة وطواعية كادت لَهُ، فألقت على ثوبها شيئاً من بياض البيض، وذهبت  
 تنتظر الشاب حتَّى رآته، فتعلقت بثوبه واستغاثت، وما أكثر الملبين حينما تستغيث امرأة  
 وهي تتعلق بثوب شاب، وذهبوا به إلى ابن الخطاب، وكان بمجلسه حينئذ عليّ بن أبي  
 طالب وغيره من صحابة رسول الله ﷺ، والتفت عُمر إلى من حوله من الصحابة، وكأنه  
 يسألهم الرأي، فالمرأة جاءت وهي تتعلق بثوب الشاب، ومعها ما صنعته، لتدلُّ به على  
 محاولة الشاب النيل منها، فقال عليّ: يا أمير المؤمنين أمهلني قليلاً، وأحضر بعض الماء وهُوَ  
 يغلي، ثُمَّ صبَّه على ثوب المرأة في الجزء الذي ادَّعت أَنه من أثر ما كان من الشاب في  
 محاولته الإيقاع بها، وتكشفت حقيقة ما كان، وأتضح أَنَّ ما على ثوب المرأة بعض بياض  
 البيض، وليس شيئاً من مني الشاب البريء.<sup>٢</sup>

لقد كان بياض البيض قرينة محتلفة كاذبة على تجريم الشاب، فأبطل عليّ ﷺ تلك  
 القرينة بقرينة أخرى وهي دلالة وجود بياض البيض على كذبها.

ومنها ما روي أَنَّ علياً ﷺ لما حدث من أمر فداء أسرى المسلمين من أيدي المشركين،  
 قَالَ: فادوا منهم من كانت جراحاته بين يديه، دون من كانت من ورائه، فإنه فار.<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> ابن القيم، الطُّرُق الحكيمية، ص ١٥.

<sup>٢</sup> المصدر السابق، ص ٤٨.

<sup>٣</sup> المصدر نفسه، ص ٥٠.

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 الحمّال، 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.<sup>١</sup>

### ٣. الاستدلال بالمعقول:

واستدلّ القائلون بحجية القرينة في الإثبات بالمعقول، فقالوا: إنَّ عدم الاعتداد بالقرائن يُكوّن سبباً في ضياع كثير من الحقوق من أموال وأنفس وأعراض، وخاصةً 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، وخاصةً تلك القرائن العلميّة المستجدة التي يتمّ بها إقامة العدل وإشاعة الطمأنينة عن طريق كشف خطط المجرمين ومعرفة هويتهم.

لذلك فإنّ مقاصد الشريعة وقواعدها لا تعارض الاعتداد بالقرائن القويّة الظاهرة حفظاً للمجتمع، وإقامة للعدل، وإشاعة للطمأنينة، فمتى وجدت القرائن والأمارات التي تبيّن الحقّ وتظهره عمل بها.

والذي يستقرئ الشرع في مصادره وموارده وجده شاهداً لها بالاعتبار مرتباً عليها

### الأحكام.<sup>٢</sup>

يقول ابن القيم رحمه الله وهو بصدد الاستشهاد على حُجّية القرائن: "إنَّ الله وَجَّهَ أرسِل رسله، وأنزل كتبه ليقوم النَّاس بالقسط والعدل، وليس من العدل والقسط أن تلغى القرائن القويّة الظاهرة التي لا معارض لها، فلا تعتبر في بيان الأحكام عليها، فإذا ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأي طريق كانت فتمَّ شرع الله، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل من أن يخص طرق العدل وأماراته بشيء ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أماراً فلا يجعله منها، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، فالقرائن القويّة والأمارات الظاهرة حيث لا معارض لها ممّا هو أقوى منها محققة للعدل، مقيمة للقسط، فوجب اعتبارها".<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> نفسه، ص ٤٤.

<sup>٢</sup> ابن القيم، الطُّرُق الحكميّة، ص ١٢ - ٢٤؛ ابن فرحون، تبصرة الحُكّام، ج ١، ص ١٦١.

<sup>٣</sup> ابن القيم، الطُّرُق الحكميّة، ص ١٤.

ولا ينكر أحد فائدة القرائن وأهميتها في القضاء لشدة الحاجة إليها عند فقدان البرهان، أو التشكك في الدليل المقدم. كما أنّها نافعة في الوصول إلى الحقيقة وإنصاف المظلوم، فالقرائن لا يستغنى عنها لتحقيق العدل، وإلاّ تعطلت الأحكام وضاعت الحقوق، وذلك إمّا لفقدان الدليل المباشر فيها، وإمّا لقدرة المعتدي على التمسك بظواهر الأمور.<sup>١</sup>

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

والقضاء بالقرائن يتفق مع غرض الشّارع من إقامة العدل بين الناس وإيصال الحقوق إلى أصحابها، وإخلاء العالم من الفساد.

وموقع القرائن كذلك موقع هام من ناحية الاستئناس والترجيح؛ إذ يتعين بها جانب أقوى المتداعين في الخصومة، فيتبين بذلك أيّهما المدّعي وأيّهما المدّعى عليه، ذلك أنّ المدّعي — عند جمهور الفقهاء — هو من يخالف قوله الظاهر<sup>٢</sup>.

والمدّعى عليه هو من يوافق قوله الظاهر، وإمّا تعرف المخالفة والموافقة للظاهر بواسطة القرائن المختلفة.

فإذا قامت قرائن الأحوال، وأوضحت ظهور قول أحدهما وخفاء قول الآخر، طوب صاحب القول الخفي بالبيّنة، وتسمّى "مدّعيّاً"، وطوب صاحب القول الظاهر باليمين، وتسمّى "مدّعى عليه"<sup>٣</sup>.

إنّ القضاء بالقرائن له أهميّة في الخصومات، وذلك سواء في حال وجود البيّنة، أم الإقرار، أم في حال فقد أيّ منهما، فقد تمنع القرينة سماع الدّعوى، كادعاء فقير معسر إقراض غني موسر، وقد يكون لوجود التهمة دور في ردّ البيّنة أو الإقرار مثل: قرابة الشّاهد للمشهود له، أو يكون الإقرار في مرض الموت.

وقد تعد القرينة دليلاً وحيداً مستقلاً إذا لم يوجد دليل سواها، مثل ردّ دعوى الزّوجة القاطنة مع زوجها بعدم الإنفاق عليها، في رأي المالكيّة والحنابلة<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> الزحيلي، الإنبات في الشريعة الإسلامية، ص ١١٢.

<sup>٢</sup> ابن قدامة، المغني، ج ١٠، ص ٣٣٤؛ ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٨.

<sup>٣</sup> البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، ص ١٩٦.

<sup>٤</sup> ابن القيم، الطرق الحكمية، ص ١٥٢؛ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٦، ص ٦٤٤.

## 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<sup>١</sup>، وشيخ الإسلام ابن سعود العمادي<sup>٢</sup>، وصاحب تكملة ابن عابدين<sup>٣</sup>، والخصاص<sup>٤</sup>، والقراي<sup>٥</sup>، وابن نجيم<sup>٦</sup>، وأيضاً الشيعة الجعفرية<sup>٧</sup>، ومن المعاصرين اختار هذا الرأي علي قراءة<sup>٨</sup>. 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 يحفّ بها من الظواهر التي تلبس الحقيقة بالباطل، وتقلب الوقائع، فيؤخذ البريء بذنب المحرم، ويحكم على الشخص بما ليس في ذمته، مجرد أن المصادفات قد أوقعت ذلك البريء في ظروف أوحى إلينا بالاعتقاد بمسئوليته، 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.

<sup>١</sup> خير الدين بن أحمد الرملي، الفتاوى الخيرية (بيروت: دار المعرفة، د.ط، د.ت)، ج ٢، ص ١٢.

<sup>٢</sup> المصدر السابق، ج ٢، ص ٥٢.

<sup>٣</sup> ابن عابدين، قرة عيون الأختيار لتكملة رد المحتار على الدر المختار (باكستان: المكتبة المحمدية، ط ٢، ١٩٨٤م)، ج ٧، ص ٤٣٧.

<sup>٤</sup> الخصاص، أحكام القرآن، ج ٣، ص ١٧١.

<sup>٥</sup> القراي، الفروق، (بيروت: دار المعرفة)، ج ٤، ص ٦٥.

<sup>٦</sup> زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، البحر الرائق: شرح كثر الدقائق (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٩٧م)، ج ٧، ص ٢٠٥.

<sup>٧</sup> عليان، السُلطة القضائية في الإسلام، ص ٢٢٦.

<sup>٨</sup> إبراهيم محمّد الفائز، الإثبات بالقرائن، ص ١١٤ وما بعدها.

ويستدل هؤلاء بما جاء في قضاء سيدنا عليّ س، حيثُ أنّه أُتِيَ برجل وجد في خربة بيده سكين ملطخ بدم، وبين يديه قتيل يتشحط 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 يتشحط في دمه، وأنا واقف وفي يديّ سكين، وفيها أثر الدّم، وقد أخذت في خربة، فنخفت أن لا يقبل منّي، وأن يكون قسامة. فاعترفت بما لم أصنع واحتبست نفسي عند الله. فقال عليّ: بتسما صنعت.

ثمّ سأله عن قصّته فذكر أنّه جزّار، وأنّه ذبح بقرة وسلخها، وأثناء ذلك حبسه البول، فذهب وبيده السكّين إلى خربة بقره فبال فيها وقفل راجعاً، فإذا به يجد الرجل يتشحط في دمه. فوقف ينظر إليه، وإذا به يفاجأ بالشرطة الذين أخذوه إلى عليّ، والتّاس يصيحون: هذا قاتله، وليس له قاتل سواه. فلم يجد بداً من أن يدّعي أنّه قاتله مخافة أن لا يصدق في إنكاره. ثمّ سأل عليّ المقرّ الثاني، فقال: إنّه أعرابي أغلس فقتل الرجل ليستولي عليّ ما معه من المال، ثمّ سمع حركة العسس فأراد الفرار؛ ولكنّه رأى الجزّار قاصداً ذلك المكان بسكّينه، فاستتر إلى أن يخلو المكان ثمّ يذهب، لكنّه رأى أن الرجل سيقتل وهو بريء فجاء واعترف بجريمته حتّى لا ييؤء بدمه أيضاً.

فقال للحسن: ما الحكم في هذا؟، قال: يا أمير المؤمنين إن كان قتل نفساً فقد أحيا نفساً، وقد قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢]. فخلّى عليّ عنهما، وأخرج دية القتيل من بيت المال.<sup>١</sup>

قالوا: إن هذه القضيّة تدلّ على أن الحكم بالقرائن لا يؤمن فيه من الوقوع في الخطأ؛ لأنّ القرائن قد تدلّ على غير الواقع، فإنّ هذا الرجل كاد يُقتل نظراً للقرائن التي أحاطت به، والتي غلب على ظنّ الجميع أنّه هو القاتل، الشيء الذي لم يجد معه بداً من الاعتراف بما لم تجنه يداه.

فالقرائن بدت أوّل مرّة قويّة وقاطعة، ثمّ ضعفت ووهنت دلالتها بعد أن ظهر الحقّ مخالفاً لها.

<sup>١</sup> ابن القيم، الطُّرق الحكميّة، ص ٥٦ - ٥٧.

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

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

ويمكن أن يُجاب على ذلك:

أولاً: بأنَّ علياً عليه السلام لم يحكم في هذه القضية بالقرائن، وإنَّما حكم بإقرار المتهم.

وثانياً: أن تلك القرائن التي قامت بالمتهم لم تبلغ من الدلالة على ثبوت التهمة بالقتل إلى درجة القرائن القطعية في إثبات هذه التهمة، وإنَّما غاية ما تصل إليه هذه القرائن أن تكون لوثاً يمكن معه لأولياء القتيل أن يخلفوا خمسين يمينا كما في أيمان القسامة، وقد فهم الرجل نفسه هذا فذكر أنه اندفع إلى الاعتراف خوفاً من أن يعد وجوده على تلك الحالة لوثاً تثبت معه القسامة، ولم يقل إنه أقرَّ لأنَّ القرائن تثبت عليه تهمة القتل.

والاعتراض على أن القرائن قد تبدو قوِّية ثمَّ يعتريها الضعف مردود؛ فإنَّ ما يعتري القرائن من احتمال الضعف يعتري غيرها من طُرُق الإثبات الأخرى.

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

لأنَّ الرجل قد أقرَّ بأنَّه قتل، ثمَّ تبين أنَّه كان كاذباً في إقراره<sup>١</sup>.

فقد يقرُّ إنسان بالسرقة ثمَّ يتبين بعد ذلك أن إقراره لم يكن اختياراً، وإنَّما 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.

ثمَّ إنَّ وسائل الإثبات كلها ليست قطعية الدلالة حتماً؛ وإنَّما يؤخذ بها ترجيحاً لجانب الصدق على الكذب، وقد يكون الواقع غير ذلك.

والعبرة بالقرائن وقت القضاء، فإذا ظهر وقت القضاء إفادة طريق من الطُرُق يحقق الغرض المقصود وجب القضاء به دون اعتبار لما يطراً عليه في المستقبل، والقرائن كباقي الطُرُق في هذا المعنى<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> محمد بن معجوز، وسائل الإثبات، ص ٣٨٦.

<sup>٢</sup> البهي، من طُرُق الإثبات، ص ٨٤؛ التحكاني، حجية القرائن في الشريعة الإسلامية، ص ١٤٥.



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 مرة فهو في حيز التوهم ألف مرة، فإنه يجوز ترك الاحتجاج بالإقرار أيضاً لاشتراك كل في توهم الاحتمال، ولم يقل بذلك أحد. فكم من مرة ظهر بطلان الإقرار بعد أن لم يشكك فيه إنسان.

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

والقائلون بأن القرائن وسيلة من وسائل الإثبات اشترطوا أن تكون القرائن قوية لا يشك في قوتها ودالتها، ومن هذا النوع قرائن تبلغ درجة من القوة تفوق في دلالتها الشهادة والإقرار.

وذلك كما لو ادعى رجل أنه ارتكب جريمة الزنا، فبان أنه حصى.

أو ادعى على امرأة أنها ارتكبت جريمة الزنا فتبين أنها باكر.

فالقرينة لا يؤخذ بها إلا 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، ومع ذلك فلا يمتنع الأخذ بشهادتهما في الدماء والأموال مهما بلغ عظمهما، فكذلك الاحتمال البعيد جداً بل الموهوم الذي يوجد مع القرينة القاطعة يجب ألا يمنع العمل بها.

ولئن أودت القرائن القاطعة بحياة وأموال أناس وهم مظلومون لقد أودت شهادة الشهود العُدول المزيكين 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.

وبالجملة فإذا فات في هذا المقام علم اليقين؛ فإن علم الظمأنينة أو ما يقرب منه وبدانيه من الظن الرجح كفاية، وما لا يدرك جله لا يترك كله، ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها.<sup>١</sup>

<sup>١</sup> أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص ٤٦١؛ محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، ص ٣٤٤.

## 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 إليّ أنه ابنه، انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله ولد عليّ 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، واحتجني منه يا سودة بنت زمعة، قالت: فلم ير سودة قط.<sup>١</sup>

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

ونوقش هذا الاستدلال:

بأنّ 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.<sup>٢</sup>

ومع ذلك فقد أعطي هنا الفرع حكماً بين أصليين.

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

والشبه البين بعتبة في أمر سودة بالاحتجاب.<sup>٣</sup>

## الدليل الثالث:

واحتج المعارضون للأخذ بالقرائن بقول النبي ﷺ: "لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرحمت فلانة، فقد ظهر منها الرية في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليها".<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> البخاري، الصحيح، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش، رقم ٤٧٤٩، ج ١٢، ص ٣٢؛ مسلم، الصحيح، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوفي الشبهات، ج ١٠، ص ٣٦.

<sup>٢</sup> ابن حجر، فتح الباري، ج ١٢ ص ٣٥؛ مسلم، الصحيح، ج ١٠، ص ٣٩؛ ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٧٦٧.

<sup>٣</sup> الصنعاني، سبل السلام، ج ٣، ص ٢٧٩؛ محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط ١، ١٩٩٧م)، ج ٤، ص ٢٤.

<sup>٤</sup> ابن ماجه، السنن، كتاب الحدود، باب من أظهر الفاحشة، ج ٢، ص ٨٥٥؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٨، ص ٣٠٥.

وروى البخاري أن ابن عباس رضي الله عنهما ذكر حديث المتلاعنين، فقال له رجل: هي التي قال النبي ﷺ: «لو كنت راجماً أحداً بغير بينة رجمت هذه»، فقال: لا! تلك امرأة كانت تظهر في الإسلام السوء»<sup>١</sup>.

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. ويناقد هذا الاستدلال:

بأن الحديث ليس بحجة في عدم الأخذ بالقرائن.

لأن النبي ﷺ صرح بأنه لا يرجم بغير بينة، والقرائن من البينة، وهذا يدل على أن ما توافر لديه من أمارات لا يكفي في إقامة الحدّ عليها، فهي ليست قوينة الدلالة كالحمل مثلاً، حتى يحكم عليها بحدّ الزنا، فدلالة الحمل قرينة قوينة ظاهرة بخلاف دلالة الخضوع بالقول، والابتدال في الهيئة، وترك الحشمة والستر.

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

ثم إن القرينة الضعيفة شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات<sup>٢</sup>.

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 الحقوق؛ لأن غاية ما

يفيده منع العمل بها في باب الزنا — عند من يرى ذلك — ودعواهم منع العمل بها مطلقاً<sup>٣</sup>.

### الدليل الرابع:

واستدل المانعون أيضاً بأن القرائن تقوم على الظن والتخمين، وقد ندد الله تعالى بالظن،

فقال: ﴿إِن يَبْغُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَمَا تَهْوَى الْأَنْفُسُ﴾ [التجم: ٢٣]، وقال: ﴿مَا لَهُمْ بِهِ مِنْ عِلْمٍ إِلَّا أَنْبَاعَ

الظن﴾ [النساء: ١٥٧]، وقال الرسول ﷺ: «إياكم والظن والظن فإن الظن أكذب الحديث»<sup>٤</sup>.

وقد نوقش هذا الاحتجاج:

<sup>١</sup> البخاري، الصحيح، كتاب المحاربين من أهل الكفر، باب من أظهر الفاحشة واللطخ والتهمة بغير بينة، ج ٨، ص ٣٣؛ ابن ماجه، السنن، كتاب الحدود، باب من أظهر الفاحشة، ج ٢، ص ٨٥٥.

<sup>٢</sup> محمد عطا السيّد أحمد، التشريع الجنائي الإسلامي: الحدود، ص ١٨٢؛ عبد العال عطوه، محاضرات في علم القاضي: القرائن وغيرها، ص ٤٢.

<sup>٣</sup> البيهقي، من طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون، ص ٨٤.

<sup>٤</sup> مسلم، الصحيح، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظن والتجسس والتنافس والتناحش، ونحوها، ج ٤، ص ١٩٨٥.

بأن القول بالظن نوعان: ضعيف وقوي، والمنهي عنه الأخذ بالظن الضعيف خاصة في أمر العقائد، كما تدلُّ عليه الآيات التي أوردوها.

أما في القضاء فإن القرينة أمر ظاهر مثبت فيها دلالة قووية على ثبوت حادثة أخرى.

### مناقشة وترجيح:

وأخيراً، وبعد هذا العرض لاستدلالات كل فريق من الفريقين: القائلين بحجية القرينة في الإثبات وأدلتهم، والمخالفين وأدلتهم، ومناقشة كل تلك الأدلة وما وردَ عليها من اعتراضات وردود، يمكن القول: بأن رأي القائلين بحجية القرائن هو أولى بالترجيح واعتبار القرينة القوية وسيلة من وسائل الإثبات، وطريقاً من طرق الحكم، لسلامة الأدلة التي اعتمد عليها هذا الرأي، ولضعف ما أستند إليه القائلون بعدم حجية القرائن، لذلك لا ينبغي إهمال شأنها بعد أن قامت الأدلة القوية على العمل بها، وعمل بها المانع والمجيز.

ولا شك أن العمل بالقرائن فيه توطيد أركان العدل ورعاية مصالح الخلق خصوصاً في هذا العصر الذي تميز بالاستفادة من ثمرات التقدم العلمي ومعطياته في مجال أدلة الإثبات وتوسيعها.

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

وإن إلغاءها وعدم اعتبارها وخصوصاً القرائن المستجدة منها والمبنية على العلم والتجربة والسُنن الكونية الثابتة فتح لباب الشر والفساد، وإغراء للمجرمين بارتكاب الجرائم.

يقول محمود شلتوت رحمه الله: "والأخذ بالقرائن ليس من مبتكرات القوانين الحديثة، وإنما هو شريعة إسلامية، جاء بها كتاب الله، وقررتَه السنة، ودرج عليه حكام المسلمين وقضاةهم في جميع العصور، وأن رمي الشريعة بالقصور أو الجمود ناجم عن الجهل بها، وعدم الاطلاع على كنوزها، نعم كان للمحدثين ظاهرة التنظيم والتنوع، وكل ما أوردوه من تقسيم للقرائن موجود في كتب الفقه الإسلامي، لا ينقصه إلا الأسماء الجديدة، والذهب هو الذهب، وإن علاه الصدا".<sup>١</sup>

ومن الجدير بالذكر أن الفقهاء الذين رفضوا الأخذ بالقرائن، وجدناهم من الناحية العملية قد اعتمدوها واعتبروها، وبذلك خالفوا مذهبهم في منع العمل بها.

<sup>١</sup> محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة (القاهرة: دار الشروق، ط ١٧، ١٩٩٧م)، ص ٤٧٠.

فمثلاً: 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 النَّاكِلِ عَنِ الْيَمِينِ.

وقدموا العمل بهذه القرينة على أصل براءة الذمّة.

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

هَذَا الْفَقِيهَ الَّذِي مَنَعَ الْعَمَلَ بِالْقَرَائِنِ سَأَلَ عَنِ الْمَسْأَلَةِ الْآتِيَةِ، فَبَيَّنَ فِيهَا الْحُكْمَ عَلَى الْقَرَائِنِ. فَقَدْ جَاءَ فِي الْفَتَاوَى الْخَيْرِيَّةِ: "وَسُئِلَ، رَجُلٌ تَلَقَى بَيْتًا عَنِ وَالِدِهِ، وَتَصَرَّفَ فِيهِ كَمَا كَانَ يَتَصَرَّفُ فِيهِ أَبُوهُ مِنْ غَيْرِ مَنَازَعٍ وَلَا مَدَافِعٍ، مُدَّةً تَنِيْفَ عَلَى الْخَمْسِينَ سَنَةً، وَبَرَزَ جَمَاعَةٌ يَدْعُونَ أَنَّ الْبَيْتَ لِحَدَثِهِمْ الْأَعْلَى، فَهَلْ تَقْبَلُ دَعْوَاهُمْ مَعَ إِطْلَاعِهِمْ عَلَى التَّصَرُّفِ الْمَذْكُورِ، وَإِطْلَاعِ آبَائِهِمْ، وَعَدَمِ قِيَامِ مَانِعٍ يَمْنَعُهُمْ مِنَ الدَّعْوَى؟. أَجَابَ: لَا تَسْمَعُ هَذِهِ الدَّعْوَى، فَقَدْ جَاءَ فِي فِتَاوَى 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 التَّرْوِيرِ وَالتَّلْبِيسِ".

فَهُنَا نَجِدُ الْخَيْرَ الرَّمْلِيَّ يَمْنَعُ سَمَاعَ الدَّعْوَى فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي سُئِلَ مُسْتَنَدًا إِلَى فَتْوَى الْوَلَوَالِجِيِّ بِعَدَمِ السَّمَاعِ بِنَاءً عَلَى الْقَرِينَةِ"<sup>١</sup>.

فَهَذَا إِقْرَارٌ مِنْهُ لِلْعَمَلِ بِالْقَرِينَةِ فِي أَحْلَى صُورِهِ، وَإِنْ لَمْ يَصْرَحْ بِذَلِكَ، بَلْ وَإِنْ صَرَحَ بِمَنْعِ الْعَمَلِ بِالْقَرَائِنِ.

يَقُولُ ابْنُ الْقَيْمِ: "وَأَبْعَدُ النَّاسِ مِنَ الْأَخْذِ بِذَلِكَ — بِالْقَرَائِنِ — الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، مَعَ أَنَّهُ اعْتَبَرَ قَرَائِنَ الْأَحْوَالِ فِي أَكْثَرِ مِنْ مِائَةِ مَوْضِعٍ، وَقَدْ ذَكَرْنَا مِنْهَا كَثِيرًا فِي غَيْرِ هَذَا الْكِتَابِ. مِنْهَا: جَوَازُ وَطْءِ الرَّجُلِ الْمَرْأَةَ لَيْلَةَ الزَّفَافِ وَإِنْ لَمْ يَرَهَا وَلَمْ يَشْهَدْ عَدْلَانِ أَنَّهَا امْرَأَتُهُ بِنَاءً عَلَى الْقَرَائِنِ... وَغَيْرِهَا"<sup>٢</sup>.

وَالْحَنْفِيَّةُ يَحْكُمُونَ بِالنُّكُولِ وَلَيْسَ ذَلِكَ إِلَّا رَجُوعٌ إِلَى الْقَرِينَةِ الظَّاهِرَةِ، وَهِيَ الْإِمْتِنَاعُ عَنِ حَلْفِ الْيَمِينِ الَّذِي يُمْكِنُ بِهِ أَنْ يَدْفَعَ عَنِ نَفْسِهِ، فَدَلَّ امْتِنَاعَهُ عَلَى أَنَّهُ الْحَقُوقُ بِنَاءً عَلَى هَذِهِ الْقَرِينَةِ"<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> البهي، من طُرُقِ الْإِثْبَاتِ فِي الشَّرِيعَةِ وَفِي الْقَانُونِ، ص ٨٥ وما بعدها.

<sup>٢</sup> ابن القيم، أعلام الموقعين، ص ٣٧٨.

<sup>٣</sup> الزيلعي، تبيين الحقائق، ج ٢، ص ٩٥.

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.<sup>١</sup> وقد ذكر ابن فرحون في تبصرته خمسين مسألة من العمل بالقرائن قال به علماء المذاهب الأربعة، وبعضها قال بها مالك وحده.<sup>٢</sup>

والمتبع 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.<sup>٣</sup>

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 البينة، ويرفض قرائن معينة في حالات لوجود قرينة أقوى منها.

فالفقهاء مجتمعون 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 مجتمعون على مبدأ الأخذ بالقرائن في الحكم والقضاء، وأن أوسع المذاهب في الأخذ بها مذهب المالكية والحنابلة، ثم الشافعية والحنفية".<sup>٤</sup>

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 محماة، يسم به إبل الصدقة.<sup>٥</sup>

<sup>١</sup> سميير عليه، القضاء والعرف في الإسلام (المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، د. ط، ١٩٨٦م)، ص ١٢٨.

<sup>٢</sup> ابن فرحون، تبصرة الحكماء، ج ٢، ص ٩٥ وما بعدها.

<sup>٣</sup> الطرابلسي، معني الحكماء، ص ١٦٦؛ ابن فرحون، تبصرة الحكماء، ج ٢، ص ١١٥، أبو الريش، الشهادات دليل من أدلة الإثبات، ص ٧٥.

<sup>٤</sup> شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، ص ٤٦٩.

<sup>٥</sup> مسلم، الصحيح، رقم ٢١١٩؛ أحمد بن حنبل، المسند، ج ٣، ص ١٧١.

وَقَدْ نَصَّ عَلَى اسْتِعْمَالِ الْوَسْمِ كَقَرِينَةٍ عَدَدٍ مِنَ الْمَالِكِيَّةِ، وَالْحَنَابِلَةِ.  
فَالْمَالِكِيَّةُ قَالُوا: إِذَا وَجِدَ مَكْتُوبًا عَلَى الْمَالِ كَلِمَةَ "حَبْسٍ" أَوْ "وَقْفٍ"؛ فَإِنَّهُ يُحْكَمُ بِهَذِهِ  
الْقَرِينَةِ لِلدَّلَالَةِ عَلَى مَا يَعْنِيهِ.

وَالْحَنَابِلَةُ قَالُوا: إِذَا وَجِدَ فِي حَائِطِ الدَّارِ مَنْقُوشًا، أَوْ مَكْتُوبًا عَلَى حَجَرٍ مِنْ أَحْجَارِ الْبِنَاءِ  
كَلِمَةَ "حَبْسٍ" أَوْ "مَسْجِدٍ" عَمِلَ بِهَذِهِ الْقَرِينَةِ<sup>١</sup>؛ لِأَنَّ تِلْكَ الْكِتَابَةَ قَرِينَةٌ عَلَى كَوْنِ الدَّارِ وَقْفًا  
أَوْ مَسْجِدًا، خُصُوصًا إِذَا كَانَ الْحَجَرُ الْمَكْتُوبَ مِنْ جِزْءِ الْبِنَاءِ، وَكَانَ ضَخْمًا.

وَاحْتِمَالُ كَوْنِهِ نُقْلٌ إِلَى هُنَاكَ بَعْدَ الْبِنَاءِ بَعِيدٌ جَدًّا كَاحْتِمَالِ كَذِبِ الشُّهُودِ الْعُدُولِ.<sup>٢</sup>  
وَتَوْجِدُ قَرِينَةِ الْوَسْمِ أَوْ الْعَلَامَةِ فِي الْمَجَالِ الثَّقَافِيِّ.

فَالْمَكْتُوبَاتُ الْخَاصَّةُ أَوْ الْعَامَّةُ تَضَعُ طَابِعًا خَاصًّا طَبَعُ بِهِ مَا لَدَيْهَا مِنْ كِتَابٍ أَوْ فِي بَعْضِ  
وَرِقَاتِهِ، وَتَخْضَعُ هَذِهِ الْقَرِينَةُ لِلسُّلْطَةِ التَّقْدِيرِيَّةِ لِلْقَضَاءِ تَجْنِيبًا لِلتَّرْوِيرِ أَوْ التَّحَايُلِ.<sup>٣</sup>

وَمِنْ هَذِهِ الصُّوَرِ أَيْضًا مَا يَسْمَى بِالشَّاهِدِ الْعَرْفِيِّ أَوْ شَاهِدِ الْحَالِ، وَهَذِهِ التَّسْمِيَةُ لِمَتَأَخَّرِي  
الْمَالِكِيَّةِ، وَيَعْنُونَ بِهِ ظَرْفًا أَوْ مَجْمُوعَةً الظُّرُوفِ الْحَيْطَةِ بِالِدَعْوَى، تَدُلُّ بِاعْتِبَارِ الْمَنْطِقِ الْعَقْلِيِّ  
الْعَامِّ، أَوْ بِاعْتِبَارِ الْمُتَعَارَفِ بَيْنَ النَّاسِ: أَنَّ أَحَدَ الطَّرْفَيْنِ لَا يَنْقُصُهُ الصِّدْقُ، وَأَنَّ الطَّرْفَ الْآخَرَ  
كَاذِبٌ، أَوْ أَقْلٌ صِدْقًا مِنَ الْأَوَّلِ.

مثال ذلك:

لو اختلف الزوجان عند الطَّلَاقِ، أَوْ وَرَثَتُهُمَا عِنْدَ الْمَوْتِ، فَادْعَى كُلُّ مِنْهُمَا مَا ادْعَاهُ  
الْآخَرُ مِنْ أَمْتَعَةِ الْبَيْتِ.

هنا يرجح جانب من شهد له المتعارف بين الناس.

فالسَّيْفُ وَالرَّمْحُ (السَّيْفُ وَالرَّمْحُ) مِثْلًا يُحْكَمُ بِهِ لِلرَّجُلِ، وَالْمُجُوهَرَاتُ يُحْكَمُ بِهَا لِلْمَرْأَةِ، إِذَا لَمْ  
تَوْجِدْ مَعَارِضَةً مِنْ قَرِينَةٍ أُخْرَى.<sup>٤</sup>

وَمِنْ أَمْثَلَةِ شَاهِدِ الْحَالِ أَيْضًا: إِذَا ائْتَمَّتْ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهَنُ فِي قَدْرِ الدِّينِ، فَقَالَ مَالِكٌ: إِنَّهُ  
يَقْبَلُ قَوْلَ الْمُرْتَهَنِ فِي ذَلِكَ، مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى قِيَمَةِ الرَّهْنِ، وَهَذَا هُوَ الْقَوْلُ الْوَاضِحُ، وَهُوَ الَّذِي

<sup>١</sup> ابن القيم، الطُّرُقُ الْحَكْمِيَّةُ، ص ٢٤٦.

<sup>٢</sup> المصدر السابق، ص ٢٢١.

<sup>٣</sup> التَّحْكَايِي، النَّظَرِيَّةُ الْعَامَّةُ لِلْقَضَاءِ وَالْإثْبَاتِ، ص ٢٩٠.

<sup>٤</sup> محمد بن أحمد الفاسي، شرح محمد ميارة على تحفة ابن العاصم (القاهرة: المطبعة المصرية، د. ط، ١٣١٥هـ)، ج ١، ص ١٩٨. نقلًا عن: التَّحْكَايِي، النَّظَرِيَّةُ الْعَامَّةُ لِلْقَضَاءِ وَالْإثْبَاتِ، ص ٢٩١.

يشهد له القرآن الكريم، فَقَدْ قَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فَقَدْ جَعَلَ الرَّهْنُ بَدَلًا مِنَ الْكِتَابِ وَالشُّهُودِ، فَهُوَ النَّاطِقُ بِالْحَقِّ، وَلِهَذَا إِذَا ادَّعَى الرَّاهِنُ قَدْرًا أَقْلَ مِنْ قِيَمَةِ الرَّهْنِ لَمْ يَصْدَقْ، كَأَنْ يَقُولَ: رَهْنَتَهُ هَذِهِ الدَّارُ فِي مِائَةِ دَرَاهِمٍ؛ لِأَنَّ شَاهِدَ الْحَالِ يَكْذِبُهُ، وَلِأَنَّ الْعَادَةَ تَقْضِي بِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ أَنْ يَرَهْنَ الشَّيْءَ الْكَبِيرَ الْقِيَمَةَ فِي الدِّينِ الْقَلِيلِ.<sup>١</sup>

وَمِنَ الشَّاهِدِ الْعَرَفِيِّ الْحِيَازَةَ فِي الْعَقَارِ وَالْمَنْقُولِ، وَالْحِيَازَةُ أَوْ الْيَدُ، هِيَ وَضْعُ الْيَدِ عَلَى الْمَالِ، وَالتَّصَرُّفُ فِيهِ تَصَرُّفُ الْمَالِكِ، بِالْبِنَاءِ وَالغَرَسِ مِثْلًا، إِذَا كَانَ الْحَوْزُ عَقَارًا، وَبِالاسْتِعْمَالِ إِذَا كَانَ الْحَوْزُ مَنْقُولًا، كَالسَّيَّارَةِ وَالْكِتَابِ.  
وَتَعَدُّ الْحِيَازَةَ لَدَى الْجُمْهُورِ قَرِينَةً عَلَى الْمَلَائِكَةِ وَشَاهِدًا لَهُ إِذَا تَوَافَرَتْ شُرُوطُهَا، وَهِيَ قَابِلَةٌ لِإثْبَاتِ عَكْسِ دَلَالَتِهَا.<sup>٢</sup>

<sup>١</sup> ابن القيم، الطُّرُقُ الْحَكْمِيَّة، ص ٣٢.

<sup>٢</sup> الفاسي، شرح محمَّد ميارة، ص ٢٩٢؛ محمَّد بن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، ص ٤٠٥.



## المبحث الثالث: إثبات القصاص والحدود بالقرائن

### أولاً: إثبات القصاص بالقرائن

أما فيما يتعلق بالقصاص فإن الفقهاء قد اختلفوا في العمل بالقريفة 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 قريفة 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<sup>١</sup>.

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

ويرى فريق آخر:

أنه يؤخذ بالقرائن في قضايا الدماء، إذا كانت تلك القرائن قوية الدلالة، بحيث تقارب اليقين في إثبات جريمة القتل بدون احتياج إلى 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<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> عبد العال عطوة، محاضرات في علم القاضي، ص ٥٤؛ محمد رأفت، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، ص ٣٦٥؛ أنور

ديور، القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، ص ١٧٠.

<sup>٢</sup> ابن فرحون، تبصرة الحكماء، ج ٢، ص ١١٣.

ومجلة الأحكام العدلية أخذت بالقرينة أيضاً كدليل إثبات في جرائم القتل، فقد نصت المادة ١٧٤١ من المجلة على أنه: "إذا خرج أحد من دار خالية، مدهوشاً، وفي يده سكين، ملوثة بالدم، فدخل في الدار، ورؤي فيها شخص مذبوح في الوقت نفسه، فلا يشتبه في كونه قاتل ذلك الشخص، ولا يلتفت إلى الاحتمالات الوهمية 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".<sup>١</sup>

### 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 الصاحبان الأرش في النفس أو ما دونها، والناكل إما أن يكون باذلاً، وإما أن يكون مقرراً، ولولا ذلك لأقدم على اليمين، إقامة للواجب، ودفعاً للضرر عن النفس، وهو أخذ بظاهر الحال مع ترجيحه على البراءة الأصلية.<sup>٢</sup> وأيضاً، يؤخذ بالقرينة كبدية 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.<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> الزرقا، المدخل الفقهي العام، ص ٥٣٦.

<sup>٢</sup> الزحيلي، الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص ١١٧ وما بعدها.

<sup>٣</sup> سالم السيد جاد، إثبات الدعوى الجنائية بالقرائن (ط ١)، ص ٧٢.

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 وملازمات 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.<sup>١</sup>

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 ١٧٤١ أن 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.<sup>٢</sup>

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 دالاتها ويحجر على القضاء الأخذ بها، وقد جاءت الشريعة باعتبارها، واعتمد عليها الفقهاء في صدر الإسلام في أقضيتهم عليها، لذلك أضيفت القرينة القاطعة إلى الأدلة الشرعية المقبولة.<sup>٣</sup>

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

<sup>١</sup> ابن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، ص ٣٨٧.

<sup>٢</sup> البهي، من طرق الإثبات، ص ٧٣.

<sup>٣</sup> أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص ٤٤٩.

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 ينتفي معه كل احتمال لا مطمع فيه؛ إذ هو في حيز المستحيل غالباً، وجب الأخذ بحكم الضرورة بالأدلة والحجج الظنية مع الاستقصاء في الثبوت وتقديم الأقوى منها على غيره عند التعارض وملاحظة الأمور المرجحة".<sup>١</sup>

#### 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.<sup>٢</sup>

#### 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 والصحابه رضي الله عنهم في الزنا بالحمل، وفي الخمر بالرائحة والقيء، وكذلك إذا وجد

<sup>١</sup> المرجع السابق، ص ٤٦٢.

<sup>٢</sup> عارف علي عارف، البصمة الجنينية ودورها في الإثبات الجنائي (كوالامبور: دار التحديد، ط ١، ٢٠٠٢م)، ص ٤٥.

المسروق عند السارق كان أولى بالحدّ من ظهور الحبل والرائحة في الخمر، لأن هذه القرينة أقوى من شهادة شاهدين بالسرقة<sup>١</sup>.

ويعضى ابن القيم في بيان رأيه، فيقول: "إن المقصود هو أن الحاكم يحكم بالحجة التي ترجح الحق إذا لم يعارضها مثلها"<sup>٢</sup>.

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<sup>٣</sup>.

#### 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 والصحابه، كعمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن مسعود، وهو مذهب مالك.

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 الشّم أقوى في معرفة حال المشروب من الرؤية، لأن الرؤية لا يعرف بها الشراب أمسكر هو أم لا؟ وإنما يعلم ذلك من رائحته.

<sup>١</sup> ابن القيم، أعلام الموقعين، ج ١، ص ٨٧؛ الطرق الحكمية، ص ٩٧ - ١٧٠.

<sup>٢</sup> ابن القيم، أعلام الموقعين، ج ١، ص ٨٩.

<sup>٣</sup> ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج ٢، ص ١١ - ١٢١ / ج ١، ص ٣١٢.

<sup>٤</sup> البخاري، الصحيح، ج ٩، ص ٤٧؛ مالك، الموطأ، رقم ٨٠٩؛ مسلم، الصحيح، رقم ١٧٠٧. انظر، التجكاني، النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي، ص ٨٤ وما بعدها، ابن القيم، أعلام الموقعين، ج ١، ص ١٠٣؛ سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح الموطأ (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، ١٩٩٩م)، ج ٢، ص ٤٠، ١٦٦. 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 الاجتهاد، ج ٢، ص ٤٣٦؛ وانظر، أحمد بن قاسم عيسى، التاج المذهب في أحكام المذهب (صنعاء: دار الحكمة اليمنية، د. ط، ١٩٩٣م)، ج ٤، ص ٢٣٥.

وفي هذا العصر يمكن التيقن من أن الشخص شرب خمراً 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 حدّ 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<sup>١</sup>. 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 الحدّ 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 حدّ الزنى بالقرائن؛ لأنّ الحدود تدرأ بالشبهات، وحسروا إثباتها بالإقرار والشهادة ولم يعولوا على غيرها. ولما ثبت عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لو كنت راحماً أحداً بغير بينة لرحمت فلانة، فقد ظهرت منها الريبة في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليها»<sup>٢</sup>. وقد استدلل المانعون لإثبات الحدّ بالقرائن بهذا الحديث — كما ذكرنا سابقاً — واعترض المجيزون بأنّه لم يتوفر للحكم على هذه المرأة من القرائن القويّة، كما في الحمل. وقريب من هذا ما روي عن عمر بن الخطاب أنّه أتى بامرأة قالت أنّها أكرهت فخلّى سبيلها، وكتب إلى أمراء الأجناد: ألا يقتل أحد إلا بإذنه. وما روي أنّ امرأة رفعت إلى عمر بن الخطاب ليس لها زوج وقد حملت، فسألها، فقالت: إنّي امرأة ثقيلة الرأس، وقع عليّ رجل وأنا نائمة، فما استيقظت حتى فرغ، فدرأ عنها الحدّ<sup>٣</sup>.

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

<sup>٢</sup> ابن ماجه، السنن، ج ٢، ص ٩١؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٧، ص ١١٧.

<sup>٣</sup> ابن قدامة، المغني، ج ١٠، ص ١٩٣ وما بعدها؛ عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار (بيروت: دار الفكر، د. ط، ١٩٩٤م)، كتاب الحدود، باب في درء الحدود بالشبهات، ج ٩، ص ٥٦٧.

فهذان دليلان يشهدان على أن عمر بن الخطاب لم يعمل بالقرينة في إقامة الحد نظراً إلى وجود شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات.  
وكذلك فإن الرسول ﷺ لم يقض بحد الزنى على الغامدية، وقد جاءت وهي حامل، والحمل قرينة دالة على ما سبقها، إلا بعد أن جاءت تطلب منه إقامة الحد لتطهيرها.<sup>١</sup>

### والذي يبدو لي:

أن الرّاجح من أقوال الفقهاء بما يتفق مع مقاصد الشريعة وقواعدها في إقامة الحد بالحبل، وأنّ الحامل من غير زوج إذا ادّعت أي شبهة: من غصب أو إكراه، أو إتيان لها عند نومها دون أن تشعر، أو انتقال المني إليها عن طريق الحمام، أو أي شبهة أخرى ضعيفة كانت الشبهة أم قوية، فإنه يدرأ عنها الحد، سواء وجدت قرينة على صدق دعواها أم لا؛ لأنّ الشارح الحكيم متشوف إلى العفو والصفح والستر على أعراض الناس.  
لذلك قال النبي ﷺ لهزال لما أخبره بقصة ماعز «يا هزال لو سترته بردائك لكان خيراً لك».<sup>٢</sup>

ويقول ماعز لما جاءه معترفاً مقرراً: «لعلك قبلت، لعلك لمست...» معرضاً له بالرجوع عن إقراره، والتوبة إلى الله تعالى.

وكذلك صنع مع الغامدية حتى قالت له: أتريد أن تردني كما رددت ماعزاً؟ فكيف بمن لم تعترف، وهي تدفع الدعوى بادعائها شبهة من الشبهات التي ذكرناها آنفاً، إن درأ الحد عنها ها هنا أولى.

أمّا 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 شبهة من غصب أو إكراه، أو غيره، وهي متهمة، ففي هذه الحالة يقام عليها الحد موافقة لفعل الصحابة ﷺ.<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> يراجع تفصيل ذلك في كتاب: البصمة الجينية ودورها في الإثبات الجنائي، مرجع سابق.

<sup>٢</sup> مالك، الموطأ، كتاب الحدود، باب ما جاء في الرّحم، رقم ١٥٩٤، ج ٤، ص ١٣٨.

<sup>٣</sup> عزازة، حجية القران في الشريعة الإسلامية، ص ١٣٠.

### 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 الشارع شدد في طرق إثبات الزنا وندب إلى الستر على أعراض الناس.

### وجريمة السرقة:

تثبت أيضاً بالقرائن ما لم يقدّم الدليل على عكسها.

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

فمن المحتمل أن المسروق قد دسّ 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 للدرء 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 تضييق 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.<sup>١</sup> 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 ويتأن 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.

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

فلو رأى في الشهادة أن الواقع يكذبها، 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 -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 صحة التسبب والتزامه التعليل، والتي تراجعها جهات الطعن؛ إذ تعرض تلك القرارات والأحكام على محكمة التَّقض "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 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<sup>١</sup>.

لذلك يقول الرسول ﷺ: «إني لم أؤمر أن أنقب عن قلوب الناس ولا أشق عن بطونهم»<sup>٢</sup>. وبعد هذا البيان لمدى إثبات القصاص والحدود بالقرائن، يبقى أن نبين أن القرائن القويَّة تعدّ أيضاً حُجَّة في المعاملات الماليَّة، والأحوال الشَّخصيَّة عند عدم وجود بيِّنة في إثبات الحُقوق الناشئة عنها، سواء ما تعلق منها بحق الله تعالى، كالنسب والوقف، أم ما يتعلَّق بحقوق العباد في عقد الزواج وألغاف الطَّلَاق، وفي البيوع والتبرعات، وفي مختلف التصرفات<sup>٣</sup>.



<sup>١</sup> علي رسلان، نظام إثبات الدعوى وأدلته في الفقه الإسلامي والقانون، ص ١٩٢.

<sup>٢</sup> مسلم، الصحيح، كتاب الرِّكَاة، باب ذكر الخوارج وثقافتهم، ج ٢، ص ٧٤٢، رقم الحديث ١٠٦٤. وهذا الحديث رواه أبو سعيد الخدري س، وأخرجه أحمد في مسنده، ج ٢، ص ٤، والبيهقي في السُّنن الكُبْرَى، ج ٨، ص ١٩٨.

<sup>٣</sup> الزحيلي، الإثبات في الشريعة الإسلاميَّة، ص ١١٨؛ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٦، ص ٦٤٥.



الفصل الثاني  
قضاء القاضي بعلمه الشخصي  
دراسة مقارنة





## الفصل الثاني

# قضاء القاضي بعلمه الشخصي دراسة مقارنة

### تمهيد:

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

ولما كان التنازع من أجل البقاء سنة من سنن الكون، استوجب ذلك وجود قواعد 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<sup>١</sup>، 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 الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ يَمَا نُسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ﴾ [ص: ٢٦]، وقال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨].

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

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

ولقد نص الفقه الإسلامي على عدد من وسائل الإثبات التي تثبت الدعوى، وهذه الوسائل بعضها متفق عليه، وبعضها جرى فيه خلاف على حجتيه 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 علماً:

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.<sup>١</sup> فقد يطلع القاضي على حادثة بمشاهدتها أو سماعها ويحيط بها علماً حال قضائه، كأن سمع شخصاً يقر لشخص بمال، أو رآه يبيعه شيئاً، أو يشتري منه شيئاً، أو سمع شخصاً يطلق امرأته ثلاثاً، أو رأى القاضي شخصاً أتلف 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 أتلفه؟ وهذا النوع من علم القاضي هو الذي ترد فيه الخلافات.

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

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 وتجرّجه فلا يقبل شهادته، ولا يسأل عنه، ولا يسمع تعديله، ولو طلب الخصم ذلك، فقبول علم القاضي في الجرح والتعديل جائز عند الجمهور، لثلا يؤدي إلى التسلسل فيه، ولم يخالف فيه إلا الحنابلة في رواية عندهم، خشية التهمة عليه.

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

<sup>١</sup> محمد الزحيلي، الإنبات في الشريعة الإسلامية (دمشق: دار المكتبي، د.ط، ١٩٨٨م)، ص ١٢٤.



ذهب إلى ذلك أبو بكر، وعمر، وعلي، وابن عباس، وعبد الرحمن بن عوف، ومعاوية رضي الله عنهم، 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.<sup>١</sup>

### 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.<sup>٢</sup>

<sup>١</sup> إبراهيم بن علي بن فرحون، تبصرة الحكام في أحوال الأفضية ومناهج الأحكام (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٧م)، ج٢، ص٢٦؛ شهاب الدين أبو العباس القرافي، الفروق (الرياض: دار عالم الكتب، د.ط، ٢٠٠٣م)، ج٤، ص٤٥؛ محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، ٢٠٠٤م)، ج٢، ص٥١٠، ابن الشاط، تهذيب الفروق بمامش الفروق (عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٩٨م)، ج٤، ص٤٤؛ محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج (مكة: دار الكتب العلمية الكبرى، د.ط، د.ت)، ج٤، ص٣٩٨؛ محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي (القاهرة: المكتبة العصرية، ط٢، ٢٠٠٣م)، ج٤، ص١٥٤؛ إبراهيم بن علي أبو إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي (القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، د.ط، د.ت)، ج٢، ص٣٢٠؛ عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقي (بيروت: دار الكتاب العربي، ١٩٨٣/هـ ١٤٠٣م)، ج٩، ص٥٣ وما بعدها؛ علي قراة، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية (القاهرة: مطبعة النهضة، ط٢، ١٩٢٥م)، ص٢٧٤.

<sup>٢</sup> محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٩٩م)، ج٧، ص٦١٨، الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٣٩٨؛ ابن قدامة، المغني، ج١، ص٤٨؛ شهاب الدين أبو العباس القرافي، تهذيب الفروق بمامش الفروق (عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٩٨م)، ج٤، ص٨٤؛ الفروق، ج٤، ص٤٤؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٥١٠؛ ابن القيم، الطرق الحكمية، ص٢١٠؛ الشيرازي، المهذب، ج٢، ص٣٢٠؛ علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٩٧م)، ج١١، ص٢٥٥؛ أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامعة لمذاهب علماء الأمصار (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠٠١م)، ج٥، ص١٣٠؛ علي بن أحمد بن حزم، المحلى (دار الفكر العربي للطباعة والنشر، د.ط، ٢٠٠١م)، ج٨، ص٣٦٦؛ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري (القاهرة: البابي الحلبي، د.ط، ١٩٥٩م)، ج١٦، ص٢٥٨؛ بدر الدين محمود بن أحمد عيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري (بيروت: دار الفكر، د.ط، ٢٠٠٢م)،

### 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.<sup>١</sup>

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

هذه هي الأقوال المعتبرة في المسألة والتي سنناقشها ونقتصر عليها، وهناك أقوال أخرى

في المسألة بينها ابن حجر؛ إذ يقول:

ومحصل الآراء في هذه المسألة سبعة:

١. يقضي بعلمه مطلقاً.

٢. لا يقضي بعلمه مطلقاً.

ج ٢٣٥، ص ١٤؛ سعود بن أحمد الكاساني، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع* (القاهرة: المطبعة الجمالية، ط ١، ١٩٠١م)، ص ٤٨٨؛ محمد أمين صلاح الدين بن عابدين، *حاشية ابن عابدين* (بيروت: دار الثقافة والتراث، د. ط، ٢٠٠٠م)، ج ٥، ص ٤٢٣؛ محمد بن أحمد بن جزي، *قوانين الأحكام الشرعية* (القاهرة: عالم الفكر، ط ١، ١٩٨٥م)، ص ٣٢٢.

<sup>١</sup> الكاساني، *بدائع الصنائع*، ج ٧، ص ٧؛ محمد بن أحمد السرخسي، *المبسوط* (بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط ١، ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م)، ج ١٦، ص ٩٣؛ ابن عابدين، *الحاشية*، ج ٤، ص ٣٦٩؛ الشوكاني، *نيل الأوطار*، ج ٨، ص ٧٨٧؛ ابن قدامة، *المغني*، ج ٩، ص ٥٣؛ الدسوقي، *حاشية الدسوقي*، ج ٤، ص ١٥٨؛ صبحي المحمصاني، *تراث الخلفاء الراشدين في الفقه والقضاء* (بيروت: دار العلم للملايين، د. ط، ١٩٨٣م)، ص ١٨٦؛ سمير عالية، *القضاء والعرف في الإسلام* (بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط ١، ١٩٨٦م)، ص ١٢٩.

٣. يقضي في زمن قضائه خاصة.
٤. يقضي في مجلس حكمه.
٥. يقضي في الأموال دون غيرها.
٦. يقضي في الأموال والقذف.
٧. يقضي في كل شيء إلا الحدود.<sup>١</sup>

### 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 عَزَّوَجَلَّ 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: ﴿كَيْفَ إِذَا جِئْنَا مِنْ كُلِّ أُمَّةٍ بِشَهِيدٍ وَجِئْنَا بِكَ عَلَىٰ هَٰؤُلَاءِ شَهِيدًا﴾ [النساء: ٤١].

وقال تعالى: ﴿وَعَدَّتْ كُلُّ نَفْسٍ مَعَهَا سَائِقٌ وَشَهِيدٌ﴾ [ق: ٢١].

وقال تعالى: ﴿يَوْمَ تَشْهَدُ عَلَيْهِمْ أَلْسِنَتُهُمْ وَأَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾ [النور: ٢٤].

وقال تعالى: ﴿الْيَوْمَ نَخْتِمُ عَلَىٰ أَفْوَاهِهِمْ وَتُكَلِّمُنَا أَيْدِيهِمْ وَنَشْهَدُ أَرْجُلُهُمْ بِمَا كَانُوا يَكْسِبُونَ﴾ [يس: ٦٥].

وقال تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا مَلَآءَ وَهَاشَهِدَ عَلَيْهِمْ سَمْعُهُمْ وَأَبْصَرُهُمْ وَحُلُوْدُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾ [فصلت: ٢٠].

فإذا كان هذا في حق من لا يحتل منه الظلم في مثقال ذرة، فكيف بالمخلوق الضعيف المعرض للأهواء والتروات، لاشك أن ذلك يتأكد في حقه.<sup>٢</sup>

**الدليل الثاني:** واستدلوا من الكتاب بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَو يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ

شُهَدَاءَ فَاجْبَدُوهُمْ ثُمَّ نَبَيِّنَ لَهُمْ جَلْدَهُ﴾ [النور: ٤].

قال المانعون: فلو جاز له الحكم بعلمه ما قرنه بالشهادة.<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> ابن حجر، فتح الباري، ج ٣، ص ١٦٣ (بتصرف).

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

<sup>٣</sup> علي بن محمد الماوردي، أدب القاضي (بغداد: مطبعة العاني، د. ط، ١٩٧٢م)، ج ٢، ص ٣٧٢.

## ب- من السنة:

**الدليل الأول:** أخرج مسلم عن ابن عباس في قصة الملاءنة أن النبي ﷺ قال: «لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمتها».<sup>١</sup>

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؛ لأنه ﷺ لم يقض على الملاءنة 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 الملاءنة، 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".<sup>٢</sup>

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.<sup>٣</sup>

**الدليل الثاني:** استدلووا بأن الرسول ﷺ قال في قضية تنازع الحضرمي، والكندي: «شاهدك أو يمينه، ليس لك منه إلا ذلك».<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> محمد بن إسماعيل البخاري، **الجامع الصحيح**، تحقيق: مصطفى ديب (بيروت: دار ابن كثير، واليمامة، ط ٣، ١٩٨٧م)، كتاب الطلاق، باب قول النبي ﷺ: لو كنت راجماً بغير بينة؛ ابن حجر، **فتح الباري**، ج ٩، ص ٤٥٤، وكتاب الحدود، باب من أظهر الفاحشة والبطخ والتهمة بغير بينة، ج ١٢، ص ١٨٠؛ محي الدين بن شرف النووي، **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج** (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط ٣، ١٣٩٢هـ)، كتاب اللعان، ج ١٠، ص ١٣٠؛ محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، **السنن** (القاهرة: المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، د. ط، ٢٠٠٦م)، كتاب الحدود، باب من أظهر الفاحشة، ج ٢، ص ٨٥٥.

<sup>٢</sup> البخاري، **الصحيح**، ج ٧، ص ٧١؛ مسلم، **الصحيح**، ج ٢، ص ١٣٤؛ ابن ماجة، **السنن**، ج ٢، ص ٦١.

<sup>٣</sup> أحمد عبد المعين البهي، **من طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون** (القاهرة: دار الفكر العربي، د. ت)، ص ١٣٨.

<sup>٤</sup> ابن قدامة، **المغني**، ج ١١، ص ٤٠٢.

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 واليمين، مع أن الحنفية حكموا بالنكول عن اليمين وبغيره.

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

#### ويعترض عليه كذلك:

بأن قصة تنازع الحضرمي والكندي لم يثبت فيها عن الرسول ﷺ التصريح بلفظ "شاهدك" في الروايتين اللتين وردتا في صحيح مسلم، ومسنده 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 ييالي، فقال: من حلف على يمين يقطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر، لقي الله وهو عليه غضبان»<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٨، ص ٢٨٦-٢٨٩؛ البهي، من طرق الإثبات، ص ١٣٦.

<sup>٢</sup> صديق حسن خان الفتوح، الروضة الندية (بيروت: دار ابن حزم، ط ١، ٢٠٠٣م)، ج ٢، ص ٢٥٦؛ ابن حزم، المحلى، ج ٩، ص ٤٢٨؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٨، ص ٣٠٢.

**الدليل الثالث:** وفي حديث خزيمة<sup>١</sup> وشهادته للرسول ﷺ ما يدل على أن القاضي لا يحكم بعلمه، فالرسول ﷺ يعلم كذب الأعرابي الذي باع منه الفرس، وإنما طلب من يشهد له، فشهد خزيمة س، فقال له الرسول ﷺ: «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 مصدقاً (يأخذ الصدقات) فلاحه رجل في صدقته، فضربه أبو جهم، فشججه، 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، أفرضيتهم؟ قالوا: لا، فهم المهاجرون بهم، فأمرهم رسول الله أن يكفوا عنهم، فكفوا، ثم دعاهم فزادهم، فقال: أفرضيتهم؟ قالوا: نعم، قال: إني خاطب على الناس ومخبرهم برضاكم؟ قالوا: نعم، فخطب فقال: أفرضيتهم؟ فقالوا نعم»<sup>٢</sup>.

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 شججه 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، فأقرؤا بالرضى في مواجهة الناس، ومن هذا يتضح أن ليس للقاضي أن يقضي بعلمه.

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

<sup>٢</sup> رواه الخمسة إلا الترمذي، وإسناده صحيح، انظر: الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٨، ص ٢٨٦؛ ابن قدامة، المغني، ج ١٠، ص ٤٩؛ مصطفى الرحيباني، مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى (دمشق: ط ٣، ٢٠٠٠م)، ج ٦، ص ٥٠٩.

**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»<sup>١</sup>.  
فقد قيد النبي ﷺ القضاء بما يسمعه القاضي لا بما يعلمه، فالحديث يدل بمفهوم المخالفة على أنه ليس للقاضي أن يقضي بعلمه<sup>٢</sup>.  
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<sup>٣</sup>.

### 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، ففحوى الخطاب تقتضي جواز القضاء بعلم القاضي<sup>٤</sup>.

وبذلك لا يستقيم هذا الدليل حجة للمانعين.

### 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 بجماع التهمة<sup>٥</sup>.

<sup>١</sup> ابن حجر، فتح الباري، كتاب الشهادات، باب من أقام البيعة بعد اليمين، ج ٥، ص ٢٨٨؛ كتاب الأحكام بعد موعظة الإمام للخصوم، ج ١٣، ص ١٥٧؛ النووي، شرح صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب بيان أن حكم الحاكم لا يغير الباطن، ج ٤، ص ١٢٠؛ أبو داود، السنن، كتاب الأفضية، باب في قضاء القاضي إذا أخطأ، ج ٢، ص ٢٧٠؛ محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، السنن (بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، ط ١، ١٤١٢هـ)، كتاب الأحكام، باب ما جاء في التشديد على من يقضي له بشيء ليس له أن يأخذه، ج ٣، ص ٦٢٤؛ النسائي، السنن، كتاب آداب القضاة، باب الحكم بالظاهر، ج ٨، ص ٢٣٣؛ ابن ماجه، السنن، كتاب الأحكام، باب قضية الحاكم لا تحل حراماً، ولا تحرم حلالاً، ج ٢، ص ٧٧٧؛ محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط ١، ١٩٩٧م)، كتاب الأفضية، باب الترغيب في القضاء بالحق، ج ٣، ص ٣٧٣؛ القنوجي، الروضة الندية، ج ٢، ص ٢٥٥؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٨، ص ٢٧٨.

<sup>٢</sup> الشيرازي، المهذب، ج ٩، ص ٥٤.

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

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

<sup>٥</sup> المصدر السابق، ص ١٨١.

واستدلوا أيضاً: بأن النبي ﷺ، كان يعلم من المنافقين ما يبيح 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 يبيح دماءهم وأموالهم ويتحقق ذلك، ولا يحكم فيه بعلمه، مع براءته عند الله وملائكته وعباده المؤمنين من كل تهمة، لثلا يقول الناس: إن محمداً يقتل أصحابه، ومن تدبر الشريعة وما اشتملت عليه من المصالح وسد الذرائع، تبين له صواب هذه المسألة".<sup>١</sup>

واستدلوا بأن القاضي مندوب للحكم، والشاهد للشهادة، فلا يجوز تغييره، وأن الشهادة مشروعة باثنين، فلا يكفي واحد لمخالفته النص. كما يقول الشيرازي الشافعي<sup>٢</sup>. 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<sup>٣</sup> فهو إما يقضي بوصفه قاضياً ولا يشهد، أو أن يشهد ولا يقضي، فلو جاز الحكم 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.<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> ابن القيم، الطرق الحكمية، ص ١٧٩

<sup>٢</sup> الشيرازي، المهذب، ج ٢، ص ٣٠٤

<sup>٣</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٥٢؛ محمد سليم العوا، أصول النظام الجنائي الإسلامي: دراسة مقارنة (القاهرة:

دار المعارف، ط ٢، ١٩٨٣م)، ص ٣١٢.

<sup>٤</sup> المصدر السابق، ص ٣١٣.



## أدلة الرأي الثاني "المجيزين" ومناقشتها:

استدل القائلون بجواز قضاء القاضي بعلمه بالكتاب والسنة وأقوال الصحابة:

أ. من الكتاب:

الدليل الأول: استدلوا بقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتُوبًا قَوْمِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥].

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 الأزواج، وذلك لعدم وجود البينة، فإن ذلك لا يكون عدلاً، وليس فيه من القسط شيئاً، إذ كل ما علمه القاضي من الحق وحب عليه القضاء به وإلا كان مضيعاً للقسط لا قوامة به، فدللت الآية على جواز قضاء القاضي بعلمه إذ في ذلك إيصال للحق إلى صاحبه ورفع للظلم عن المظلوم.<sup>١</sup>

## ويُعترض 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.<sup>٢</sup> 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".<sup>٣</sup>

الدليل الثاني: قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: ٣٦].

قال القرطبي: "فكل ما علمه الإنسان أو غلب على ظنه جاز أن يحكم به".<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> ابن حزم، المحلى، ج٩، ص٤٢٦ - ٤٢٩.

<sup>٢</sup> شهاب الدين محمود الألوسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني (القاهرة: المطبعة المنيرية، ١٣٤٥هـ)،

ج٥، ص١٦٧؛ ابن حزم، المحلى، ج٩، ص٤٢٩.

<sup>٣</sup> ابن القيم، الطرق الحكمية، ص٢١٦؛ ابن حزم، المحلى، ج١٠، ص٦٢٨.

<sup>٤</sup> محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (بيروت: دار الكاتب المصرية، د.ط، ١٩٦٧م)، ج١٠، ص٢٥٨.

ونوقش هذا الدليل بأن النهي ليس عن القول بلا علم، بل بالظن الذي هو التوهم والخيال لا الحكم بالعلم.<sup>١</sup>

### 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 بكر أن يدفع إلى فاطمة منها شيئاً.<sup>٢</sup>

فأبو بكر حكم بعلمه الذي سمعه من رسول الله ﷺ، فمنع فاطمة مما ادعته من ميراثها من أبيها رسول الله ﷺ.<sup>٣</sup>

### 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 بمتزلة دعوى استحقاق ما علم وتحقق دفعه بالضرورة، بل بمتزلة ما يعلم بطلانه قطعاً من الدعوى، 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 علمها معه عمر بن الخطاب والصحابة رضي الله عنهم أجمعين، فأين هذا من حكم الحاكم بعلمه الذي لم يقم به حجة على الخصم".<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم (بيروت: دار الكتاب العربي، ط ١، ٢٠٠١م)، ج ٣، ص ٣٩؛ ناصر بن عقيل بن جاسر الطريفي، المرافعات الشرعية (الرياض: ط ١، ١٩٨٥م)، ص ١٨٣.

<sup>٢</sup> ابن حجر، فتح الباري، كتاب الفرائض، باب قول النبي ﷺ: «لا نورث ما تركناه صدقة»، ج ١٢، ص ٥؛ النووي، شرح صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب حكم الفيء، ج ٢، ص ٧٦؛ أحمد بن حسين البيهقي، السنن الكبرى (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، ١٩٩٩م)، كتاب آداب القاضي، باب من قال: للقاضي أن يقضي بعلمه، ج ١٠، ص ١٩٧.

<sup>٣</sup> ابن القيم، الطرق الحكمية، ص ١٩٧.

<sup>٤</sup> المصدر السابق، ص ١٩٧.

**الدليل الثاني:** ما رواه ابن ماجة بإسناده عن سعيد بن الأطول: أن أخاه مات وترك ثلاثمائة درهم وترك عيالاً. 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».<sup>١</sup>

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.<sup>٢</sup>

### 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 ليقضي لها، وإنما أخبر الرسول ﷺ سعيد بن الأطول بأن المرأة محقة، وليس معنى ذلك أنه شاهد في القضية، ولعل هذا الخبر هو من طريق الوحي، فلا دلالة فيه.<sup>٣</sup>

### 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 فيهِ ونحن غلمان، فأتني بأبي سفيان، فأتاه به، فقال له

<sup>١</sup> ابن ماجة، السنن، كتاب الصدقات، باب أداء الدين عن الميت، ج ٢، ص ٨١٣، رقم الحديث ٢٣٣٤؛ البيهقي، السنن

الكبرى، كتاب أداء القاضي، باب من قال: للقاضي أن يقضي بعلمه، ج ١٠، ص ١٤٢.

<sup>٢</sup> ابن القيم، الطرق الحكمية، ص ٢١٤.

<sup>٣</sup> الطريفي، المرافعات الشرعية، ص ١٨٣.

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 قدم الظلم، فأخذ أبو سفيان الحجر ووضعه حيث قال عمر".<sup>١</sup>

فقد استدلووا بهذا الأثر على أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حكم بعلمه من غير بينة ولا إقرار.<sup>٢</sup>

### 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.<sup>٣</sup>

### 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.

**الدليل الرابع:** واستدلووا بقوله صلى الله عليه وسلم: «بينتك أو يمينة». ومن البينة التي لا أبين منها، علم

الحاكم بالحق من المبطل.

ويعترض ابن القيم على ذلك بقوله: "وهذا إلى أن يكون حجة عليهم أقرب من أن يكون حجة لهم، فإنه قال: "بينتك" والبينة اسم لما يبين الحق، بحيث يظهر الحق 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 صلى الله عليه وسلم، 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 صلى الله عليه وسلم: «خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك».<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> ابن قدامة، المعنى، ج ٩، ص ٥٤، عبد الرحمن بن علي بن الجوزي، تاريخ عمر بن الخطاب (بيروت: دار المعرفة، ط ١، ٢٠٠٤م)، ص ١١٧.

<sup>٢</sup> ابن قدامة، المعنى، ج ٩، ص ٥٤.

<sup>٣</sup> الطريفي، المرافعات الشرعية، ص ١٨٤.

<sup>٤</sup> ابن حجر، فتح الباري، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل للفرقة أن تأخذ بغير علمه، ما يكفيها وولدها بالمعروف، ج ٩، ص ٥٠٧؛ النووي، شرح صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب قضية هند، ج ١٢، ص ٧؛ أبو داود، السنن، كتاب البيوع، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، ج ٢، ص ٢٥٩؛ النسائي، السنن، كتاب آداب القضاة،

فالنبي ﷺ حكم لهند بأخذ ما يكفيها ويكفي ولدها بالمعروف بناءً على علمه بشح أبي سفيان، فصدّق امرأته في منعها من النفقة ولم يسألها البينة على دعواها، ولم يحضر الزوج ويسأله عن الدعوى، استناداً منه إلى علمه في الحادثة.<sup>١</sup>

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.

### ويُعرض على ذلك:

بأن حديث هند من قبيل الفتيا وليس من باب القضاء بالعلم، وذلك أن 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.<sup>٢</sup>

### الدليل السادس: استدلووا 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».<sup>٣</sup>

باب قضاء الحاكم على الغائب إذا عرفه، ج ٨، ص ٢٤٦؛ الشوكاني، نيل الأوطار، باب المرأة تنفق من مال زوجها بغير علمه إذا منعها الكفاية، ج ٦، ص ٣٦٢.

<sup>١</sup> البهي، من طرق الإثبات، ص ١٢٢؛ الطريفي، المرافعات الشرعية (١٩٨٥م)، ص ١٧٣.

<sup>٢</sup> أحمد بن محمد أبو جعفر الطحاوي، اختلاف الفقهاء (الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، د. ط، ١٩٧٢م)، ج ١، ص ٢٢١؛ الهمام مولانا الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، ٢٠٠٠م)، ج ٣، ص ٣٣٩؛ ابن عابدين، رد المختار، ج ٥، ص ٤٢٣؛ البهي، من طرق الإثبات، ص ١٤٠.

<sup>٣</sup> النووي، شرح صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ج ٢، ص ٢٢؛ أبو داود، السنن، كتاب الملاحم، باب الأمر والنهي، ج ٢، ص ٤٣٧؛ النسائي، السنن، كتاب الإيمان وشرائعه، باب تفاضل أهل الإيمان، ج ٨، ص ١١١.

فأمر الرسول ﷺ بتغيير المنكر باليد، أو باللسان؛ فالحاكم إن علم شيئاً، فهو أولى الناس بتغيير الباطل وإقامة الحق.

فإذا رأى الحاكم وحده عدوان إنسان على إنسان وغصبه 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 إليه تهمة في تغييره.<sup>١</sup>  
أما ما يُتهم إذا فعله فلا يجوز فعله بحال، فإذا عمد القاضي إلى رجل مع زوجته لم يشهد أحد أنه طلقها، ولا سمع بذلك أحد ففرق بينهما وزعم أنه طلق؛ فإنه يُنسب ظاهراً إلى تغيير المعروف بالمنكر، وتطرق الناس إلى اتهامه، والوقوع في عرضه.<sup>٢</sup>

**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».<sup>٣</sup>  
ففي هذا الحديث نهي رسول الله ﷺ أن تكون هيبة الناس مانعة من القول بما في العلم والحكم به، والقاضي من باب أولى في ذلك.<sup>٤</sup>

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".<sup>٥</sup>

<sup>١</sup> ابن القيم، الطرق الحكمية، ص ١٩٨.  
<sup>٢</sup> المصدر السابق، ص ٢٣٠، عبد العزيز محمد عزام، النظام القضائي في الإسلام (القاهرة: المؤسسة العربية الحديثة، د.ط، ١٩٨٨م)، ج ١، ص ١٠٩؛ محمد عبد القادر أبو فارس، القضاء في الإسلام (دار الفرقان، د.ط، ١٩٨٤م)، ص ١٥٣.  
<sup>٣</sup> الترمذي، السنن، كتاب الفتن، باب ماجاء في ما أخبر النبي ﷺ أصحابه بما هو كائن إلى يوم القيامة، ج ٤، ص ٤٨٣؛ ابن ماجه، السنن، كتاب الفتن، باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ج ٢، ص ١٣٢٨.  
<sup>٤</sup> المواردي، أدب القاضي، ج ٢، ص ٣٧٤؛ الشيرازي، المهذب، ج ٢، ص ٣٠٤.  
<sup>٥</sup> ابن حجر، فتح الباري، كتاب الفتن، باب قول النبي ﷺ: "سترون بعدي أموراً تنكرونها"، ج ١٣، ص ١٩٢، وكتاب الأحكام، باب كيف يبايع الإمام الناس، ج ١٣، ص ١٩٢؛ النووي، شرح صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية، وتحريمها في المعصية، ج ١٢، ص ٢٢٨.

فبايعوا رسول الله ﷺ على القيام بالحق، ومن القيام بالحق الحكم بالعلم والقضاء به.<sup>١</sup>  
ويُعرض 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».<sup>٢</sup>

فالرسول ﷺ قضى بعلمه بعد وقوع السبب الشرعي، وهو اليمين، فبالأولى جواز القضاء بالعلم قبل وقوعه.<sup>٣</sup>

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، فأمر 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.<sup>٤</sup>

### واعترض على ذلك:

بأن هذا الحديث فيه العطاء بن السائب، وقد ضعّفه 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.<sup>٥</sup>

<sup>١</sup> الماوردي، أدب القاضي، ج ٢، ص ٣٧٤.

<sup>٢</sup> محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين (بيروت: دار المعرفة، ط ١، ١٩٩٨م)، كتاب الأحكام، باب الخصمان يقعدان بين يدي الحاكم، ج ٤، ص ٩٥، وقال: "هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه". انظر، الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٨، ص ٢٩٠؛ القنوجي، الروضة الندية، ج ٢، ص ٢٦٠.

<sup>٣</sup> البهي، من طرق الإثبات، ص ١٣١.

<sup>٤</sup> الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٨، ص ٣٠١.

<sup>٥</sup> عليان، السلطة القضائية، ص ٢٣٦.

## 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 بالبينة".<sup>١</sup>

يقول الشوكاني: "يجوز الحكم بعلم القاضي، لأن علمه طريق لمعرفة الحق، وهو أقوى من طريق الشهادة التي تفيد الظن، بينما علم القاضي يفيد اليقين، أو ما هو أقوى من الظن قطعاً".<sup>٢</sup>

فالعلم الحاصل للقاضي بالشهادة مظنون، وقضاء القاضي بعلمه قضاء بما هو متيقن، ومعلوم على سبيل القطع، فإذا جاز الحكم مع احتمال الخطأ فلا يجوز مع القطع بالصواب أولى.

## 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.<sup>٣</sup>

## 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.<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> ابن حزم، المحلى، ج ٨، ص ٣٣٦.

<sup>٢</sup> الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٨، ص ٢٨٩؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٩، ص ٤٠٨٨.

<sup>٣</sup> أبو فارس، القضاء في الإسلام، ص ١٥٣؛ البهي، من طرق الإثبات، ص ١٤٠.

<sup>٤</sup> الشربيني، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٣٩٨؛ محمد بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (بيروت: دار إحياء التراث، ١٩٩٢م)، ج ٨، ص ٢٥٩؛ إبراهيم بن محمد الباجوري، حاشية الباجوري (بيروت: المكتب الإسلامي، ط ٢، ١٩٩٧م).



**ويُعرض على ذلك:**

بأن حكم القاضي بعلمه في تعديل الشهود وجرحهم أمر أُلجأت 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. لذلك يُعد قياسهم هذا قياس مع الفارق.<sup>١</sup>

**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 قضائه وفي مكانه فيشبه ما سمعه من الشهود فيجب عليه القضاء بموجبه، فعلمه الأول حصل قبل توليه القضاء أو بعد توليه؛ ولكن في غير مكان قضائه، فلا يقضي بعلمه، ويعد كأنه لم يكن، أو هو شهادة فقط.

وعلمه الثاني حصل في الوقت المكلف فيه بالقضاء، فأشبهه البيئة القائمة التي يجوز له الاعتماد عليها والقضاء بموجبها.<sup>٢</sup>

فسماعه الأول من الشهود غير ملزم بخلاف سماعه الثاني، فإنه يترتب عليه الحكم والإلزام، فكان علمه في زمان الولاية ومصرها كالشهادة أمامه وهو قاضٍ.

ج٢، ص٣١٤؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٧؛ السرخسي، المبسوط، ج١٦، ص١٠٥؛ القراني، تهذيب الفروق، ج٤، ص١٨٦.

<sup>١</sup> البهي، من طرق الإثبات، ص١٤١؛ الطحاوي، اختلاف الفقهاء ج١، ص٢٢١.

<sup>٢</sup> ابن قدامة، المغني، ج١١، ص١٠٤؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٦؛ السرخسي، المبسوط، ج١٦، ص١٠٥؛ الزحيلي، الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص١٢٧.

### ويناقد 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. فعلةً اشتراط زمن القضاء ومكانه للحكم بالعلم لكونه حصل في وقت هو مكلف فيه بالقضاء.

### 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 أدائها في مجلس الحكم.<sup>١</sup>

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.<sup>٢</sup> 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".<sup>٣</sup>

**الدليل الثاني:** قول الرسول ﷺ في قصة الملاعنة: «لو كنت راجماً أحداً بغير بينة

لرجمتها».<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> البهي، من أدلة الإثبات، ص ١٤٣.

<sup>٢</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٩، ص ٤٠٨٨.

<sup>٣</sup> السرخسي، المبسوط، ج ٩، ص ١٢٤؛ أحمد فتحي بجنسي، الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي (بيروت: دار النهضة العربية، د. ط، ١٩٩١م)، ج ٤، ص ٣١٦.

<sup>٤</sup> إسناده صحيح ورجاله ثقة، انظر، ابن ماجه، السنن، ج ٢، ص ٨٥٥ رقم ٢٥٥٩؛ علي عبد الملك متقي، كتر العمال (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٨م)، ج ٥، ص ١٨٥.

قالوا: هذا الحديث أفاد منع القاضي من القضاء بعلمه في الزنا وما ذلك إلا لأنه حد من حدود الله، وعدوا هذا الحكم إلى سائر الحدود التي هي حق خالص لله، 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.<sup>١</sup>

**الدليل الثالث:** ما روي عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «ادرعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطأ في العفو خير من أن يخطأ في العقوبة».<sup>٢</sup> وفي رواية ابن مسعود قال: «ادرعوا الحدود بالشبهات، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم».<sup>٣</sup>

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.

<sup>١</sup> البيهقي، من أدلة الإثبات، ص ١٣٤؛ عليان، السلطة القضائية، ص ٢٣٩.

<sup>٢</sup> الترمذي، السنن، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود، ج ٨، ص ٤٣٨؛ ورواه الحاكم في المستدرک، وقال صحيح الإسناد؛ عبد الله بن يوسف الزيلعي، نصب الراية تخريج أحاديث الهداية (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ٢، ٢٠٠٢م)، ج ٣، ص ٣٠٨.

<sup>٣</sup> البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات، ج ٨، ص ٢٣٨؛ ابن ماجه، السنن، كتاب الحدود، باب الستر على المؤمن، ودرء الحدود بالشبهات، ج ٢، ص ٨٥٠؛ علي بن عمر الدارقطني، السنن (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ١، ٢٠٠٤م)، كتاب الحدود والديات، ج ٣، ص ٨٤؛ ومعنى الشبهة في اللغة: الالتباس، وقد عرفه الجرجاني بقوله: "هو ما لم يتيقن كونه حراماً أو حلالاً"، انظر، علي بن محمد الجرجاني، التعريفات (بيروت: مؤسسة الرسالة، د. ط، ٢٠٠٦م)، ص ٦٦، وعند الخنفي: "ما يشبه الثابت وليس بثابت أو وجود صورة الثابت وليس بثابت"، ابن نجيم، البحر الرائق، ج ٥، ص ١١. 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 (بيروت: دار الغرب الإسلامي، د. ط، ١٩٨٦م)، ص ٣٠٠.

**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.<sup>١</sup>

**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.<sup>٢</sup>

**وأما المعقول:**

فقد استدلوا: بأن الحدود حق خالص لله يستوفيها الإمام على سبيل النيابة من غير أن يكون هناك خصم معين يطالب بها من العباد. فلو اكتفى بعلم نفسه في إقامة الحدود كان حكمه محل تهمة، والتهمة والشبهة لها تأثير في إسقاط الحدود؛ أما حقوق العباد الخالصة والمشاركة، فإن هناك خصماً يطالب بها من العباد وبوجوده تنتفي التهمة عن القاضي.

**ويناقش ذلك:**

بأن التهمة كما تنطبق إلى القاضي في إقامة الحد بعلمه تنطبق إليه أيضاً في سائر الحقوق الأخرى، ولا ينفي هذه التهمة وجود خصم يطالب بها لاحتمال تواطئهما وسابق اتفاقهما وقيام صلة بينهما.<sup>٣</sup>

**الرأي الراجح:**

إن المدقق في مسألة حكم القاضي بعلمه الشخصي والناظر لكل من أدلة الفريقين يرى أن قول المحيزين هو الأقرب للصواب "نظرياً"؛ لأن علم القاضي مبني على القطع واليقين المكتسب عن طريق السمع أو الرؤية، هذا إذا افترضنا في القضاة النزاهة، والاستقامة،

<sup>١</sup> البهي، من طرق الإثبات، ص ١٣٤؛ الطريفي، المرافعات الشرعية، ص ١٨١.

<sup>٢</sup> المرجع السابق.

<sup>٣</sup> البهي، من أدلة الإثبات، ص ١٣٣-١٤٢.

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، وتحرّيبهم 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 تتاباه الأهواء والشهوات والتزوات 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 القاضي بعلمه — يفتون بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه، ويعللون ذلك بفساد قضاة الزمان.<sup>١</sup>

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.<sup>٢</sup>

أما قولهم: إن علم القاضي يفيد اليقين؛ لأن اليقين حاصل بما علمه بالمعاينة والسماع، أو يفيد ما دون اليقين الذي هو أقوى من الظن قطعاً؛ لأنه قد سمع بأذنيه ورأى بعينه، **فيناقد 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 ير؛ لكنه ادعى لنفسه أنه سمع ورأى! فإذا كان أحد الوجهين محتملاً، فكيف نحكم أنه طريق قطعي فيما يرد عليه التهمة

<sup>١</sup> ابن عابدين، الحاشية، ج ٥، ص ٤٣٩؛ محمد أحمد المنهاجي، جواهر العقود وروضة القضاة والموقعين والشهود (القاهرة: مطبعة السنة المحمدية، ط ١، ١٣٧٤هـ)، ج ٢، ص ٢١٢.

<sup>٢</sup> محمد الحبيب التحكاني، النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي (بغداد: دار الشؤون الثقافية العامة، آفاق عربية، د.ت)، ص ٧٠.

والاحتمال، لا سيما بعد عصر الصحابة والتابعين؛ إذ تغيرت النفوس، وضعف الوازع الديني، وخربت الذمم عند كثير من القضاة.<sup>١</sup>

يقول الشيخ أحمد إبراهيم رحمه الله: "أين هم أولئك النفر من القضاة الذين يُوثق بهم، وكم عددهم في كل بلد؛ إذ ما أقل عددهم، بل ما أندرهم، فدع عنك النظريات المجردة التي تستهوي الأبواب بروعة مقدماتها وجمال نتائجها في ذاتها، لكنها عند التطبيق على من وُضعت لهم تظهر درجة ما عليه من الخطأ، والبعد عن المناسبة، كالذي يخيظ ثوباً هو غاية في حسن الهندام، ودقة التفصيل، وجودة النسيج لرجل أقمع الصدر، أحذب 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".<sup>٢</sup>

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 التزاهة والاستقامة، ولا أحسب لهم وجوداً، اللهم إلا ما ندر، فليس من الحزم ولا من الحكمة وضعها لأناس تتجاوزهم 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.<sup>٣</sup>

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 يقدح في عدالتهم سوى تهمة التأثر بالقرابة، فقد ردوا بناءً على ذلك شهادة الأب لابنه خوفاً من انحيازهم إلى المقضي له بالقرابة بسبب العاطفة التي بينهما، ونحو ذلك.

<sup>١</sup> أبو فارس، القضاء في الإسلام، ص ١٥٣.

<sup>٢</sup> أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص ٥٠ وما بعدها.

<sup>٣</sup> زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ص ١٨٣؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٨، ص ٧٨٧؛ ابن قدامة، المغني، ج ٩، ص ٥٣؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ١٥٨.

وكذلك تهمة العداوة بين الشاهد والمشهود عليه، كما لا يقبل حكم القاضي لنفسه للتهمة أيضاً.

ولا يصح إقرار المريض مرض الموت للتهمة، ولا يقبل قول المرأة على ضررتها أنها أرضعتها للتهمة.<sup>١</sup>

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.<sup>٢</sup>

إن منع القاضي من الحكم بعلمه يقطع الطريق على حكام السوء الذين قد يبنون أحكامهم على الانتقام لوجود عداوة بينه وبينهم، فيتزلون الأحكام الجائرة بخصومهم وأعدائهم، أو خصوم من يدفع لهم أكثر، أو ترضية لولي أمر ظالم، وهذا ما يترتب عليه كثير من المفسد والجور والمظالم، واتخاذ 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".<sup>٣</sup>

وقد قيد البخاري رحمه الله قول من قال إن القاضي يحكم بعلمه بقوله: "إذا لم يخف الظنون والتهمة".<sup>٤</sup>

ويقول أبو حنيفة: "القياس أنه يحكم في ذلك بعلمه، ولكن أدع القياس واستحسن أن لا يقضي في ذلك بعلمه".<sup>٥</sup>

ويقول ابن عابدين: "وأصل المذهب الجواز بعمل القاضي بعلمه، والفتوى على عدمه في زماننا لفساد القضاة".

<sup>١</sup> ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٤٣٠؛ ابن قدامة، المغني، ج ١١، ص ٤٠٢.

<sup>٢</sup> المحمضاني، المجتهدون في القضاء، ص ١٨٧.

<sup>٣</sup> الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٨، ص ٢٨٨.

<sup>٤</sup> ابن حجر، فتح الباري، كتاب الأحكام، باب من رأى للقاضي أن يحكم بعلمه في أمر الناس إذا لم يخف الظنون والتهمة، ج ١٣، ص ١٣٩.

<sup>٥</sup> الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٧، ص ٦١١.

ويقول ابن حجر العسقلاني: "فيتعين حسم مادة تجويز القضاء بعلم القاضي".<sup>١</sup>  
ويقول: "فإن هذا الباب لو فتح لوجد كل قاضٍ السبيل إلى قتل عدوه وتفسيقه،  
والتفريق بينه وبين من يجب".<sup>٢</sup>

ويقول الكرابيسي: "لا يقضي القاضي بما علم لوجود التهمة إذ لا يؤمن على التقى أن  
تتطرق إليه التهمة".<sup>٣</sup>

يقول ابن القيم رحمه الله تعالى: "وهل يسوغ للحاكم أن يأتي إلى رجل مستور بين  
الناس، غير مشهور بفاحشة، وليس عليه شاهد واحد بها، فيرجمه، ويقول: رأيت يزي؟ 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، ورجمه وتفسيقه، والتفريق بينه وبين امرأته، ولا سيما إذا كانت العداوة  
خفية، ولا يمكن عدوه إثباتها".<sup>٤</sup>

هذا وقد رويت آثار كثيرة عن الصحابة الكرام والدالة على منع الحاكم من الحكم بعلمه،  
والصحابه 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، حتى تقوم  
البينة عليه، أو يكون معي شاهد آخر".<sup>٥</sup>

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.

<sup>١</sup> ابن حجر، فتح الباري، ج ١٣، ص ١٣٩؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ٣٣٩؛ زين الدين بن إبراهيم بن نجيم،  
الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٩م)، ص ٢٢٢.

<sup>٢</sup> ابن حجر، فتح الباري، ج ١٣، ص ١٦٠.

<sup>٣</sup> الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٨، ص ٢٢٨.

<sup>٤</sup> ابن القيم، الطرق الحكمية، ص ٢١٦.

<sup>٥</sup> البيهقي، السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب من قال: ليس للقاضي أن يحكم بعلمه، ج ١٠، ص ١٤٤؛ ابن حزم،  
المغلي، ج ١٠، ص ٦٢٥؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٨، ص ٢٩٧.



وقد استصوب عمر قول عبد الرحمن بن عوف عندما سأله: "لو رأيت رجلاً على حد، ثم وليت، هل تقيمه عليه؟ قال: لا، حتى يشهد معي غيري، فقال: أصبت. وفي رواية: رأيت رجلاً زني أو سرق؟ قال أرى شهادتك شهادة رجل من المسلمين، قال: أصبت".<sup>١</sup> وروي عن علي رضي الله عنه مثله، وهذا كله من فقه الصحابة رضي الله عنهم، فإنهم أفقه الأمة وأعلمهم بمقاصد الشرع وأحكامه.<sup>٢</sup>

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".<sup>٣</sup> قالوا: وهو يدل على منع القاضي من القضاء بعلمه. إذ خيره بين أن يشهد له ليقضي غيره، أو يقضي له، بشهادة غيره، وهذا معناه أنه لا يجوز للقاضي أن يكون شاهداً وقاضياً في خصومة في آن واحد.

وصح عن الشعبي أنه قال: "لا أكون قاضياً وشاهداً".<sup>٤</sup> 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 والظن فيه، وبيان ما يرد عليه أو ينقضه، ففي تجويز الحكم للقاضي بعلمه مع هذه الاحتمالات الواردة ظلم للمحكوم عليه، لعدم تمكنه من الدفاع عن نفسه، وتفويت لحقه في مناقشة ما استدل به القاضي في حكمه،<sup>٥</sup> 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 يتزل منزلة الخصوم فيكون خصماً وحكماً، وهذا لا يجوز.<sup>٦</sup> 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.

<sup>١</sup> ابن حجر، فتح الباري، كتاب الأحكام، باب الشهادة عند الحاكم في ولاية القضاء، أو قبل ذلك للخصم، ج ١٣، ص ١٥٨؛ عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، (بيروت: منشورات المجلس العلمي، د. ط، ١٩٧٠م)، كتاب الشهادات، باب شهادة الإمام ج ٨، ص ٣٤٠.

<sup>٢</sup> ابن القيم، الطرق الحكمية، ص ٢١٣؛ ابن حزم، المحلى، ج ١٠، ص ٦٢٨.

<sup>٣</sup> ابن قدامة، المغني، ج ١١، ص ٤٠٢.

<sup>٤</sup> زيدان، نظام القضاء، ص ١٨٣؛ عزام، النظام القضائي في الإسلام، ج ١، ص ١٠٩؛ الزحيلي، الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص ١٣٠.

<sup>٥</sup> زيدان، نظام القضاء، ص ١٨٤.

<sup>٦</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (دار النهضة العربية، د. ط، ١٩٨٢م)، ج ٢، ص ٣٣.

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<sup>١</sup>.

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 الدعوى، 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 استقواء من خبرته بالشؤون العامة المفروض إلمام الكافة بها<sup>٢</sup>.

إن القانون الوضعي يرى أن أي دليل يقدمه الخصم في الدعوى يجب أن يعرض على الخصوم جميعاً لمناقشته، ويدي كل برأيه فيه، يفنده أو يؤيده، والدليل الذي لا يعرض على الخصوم لمناقشته لا يجوز الأخذ به، وهذا مبدأ جوهري من مبادئ التقاضي حتى لا تبقى الخصومة مجهلة، وحتى تتكافأ فرص الخصوم في الدعوى، ومن ثم كان للخصم حق طلب التأجيل للاطلاع على المستندات المقدمة من خصمه والرد عليها<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> الزحيلي، الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص ١٣٢.

<sup>٢</sup> عبد الباسط جمعي، نظام الإثبات في القانون المدني المصري، ص ٧٨؛ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض "المصرية" في خمسين عاماً، ص ٣٩١ وما بعدها، قاعدة ٩٥١-١٠٥٠؛ وانظر، أحمد إبراهيم، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية (ط ٣، ١٩٨٥ م)، ص ٤٣.

<sup>٣</sup> المادة ١٠٨ من قانون المرافعات المصري؛ السنهوري، الوسيط، ج ٢، ص ٣٣.

ويترتب على حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقوم في الدعوى أن لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه، ذلك أن علم القاضي هنا يكون دليلاً في القضية، ولما كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل اقتضى الأمر أن يتزل القاضي في منزلة الخصوم، فيكون خصماً وحكماً وهذا لا يجوز<sup>١</sup>.

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<sup>٢</sup>. يقول السنهوري: ولكن هذا لا يمنع من أن يستعين القاضي في قضائه بما هو معروف بين الناس، ولا يكون علمه خاصاً به مقصوراً عليه، وذلك كالمعلومات التاريخية والجغرافية والعلمية والفنية الثابتة<sup>٣</sup>.

فالنظم الوضعية في جملتها تمنع القاضي من الحكم بعلمه وفقهاء القانون الوضعي، يرتبون على حكم القاضي بناء على معلوماته الشخصية، اعتبار حكمه معيماً، ومتعيناً نقضه، واعتباره باطلاً صراحة<sup>٤</sup>.

وقد نصت المادة الثانية من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية الصادرة في سوريا عام ١٩٤٧ على أنه (ليس للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي)<sup>٥</sup>.

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.



<sup>١</sup> السنهوري، الوسيط، ج ٢، ص ٣٥.

<sup>٢</sup> قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م، المادة ١٤٦، فقرة ٣-٥.

<sup>٣</sup> المصدر السابق.

<sup>٤</sup> قانون البينات السوري رقم ٣٥٩ لسنة ١٩٤٧م، المادة ٢؛ محمد عطية راغب، النظرية العامة للإثبات في التشريع الجنائي العربي المقارن (بيروت: دار المعرفة، د. ط، ١٩٦٠م)، ص ١٦٨؛ المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م، المادة ١٤٧؛ القاسم، الإثبات والتوثيق أمام القضاء، ص ٢٢٣.

<sup>٥</sup> السنهوري، الوسيط، ج ٢، ص ٣٣.

الفصل الثالث

**الوكالة بالخصومة "الحاماة"**  
بين المانعين والمجيزين في الفقه الإسلامي المعاصر





## 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"<sup>١</sup>، وهو المحاماة في حقيقته، ولم يذكروا كلمة المحاماة باسمها وصفتها، لأنها حديثة التنظيم .

وقد بحث الفقهاء موضوع المحاماة تحت ذلك العنوان، وأصبح معروفا بما في كتب الفقه والتراجم<sup>٢</sup>. وأطلق على من يمارس هذه المهنة "الوكلاء".

أما المعنى الفقهي للوكالة بالخصومة.

فالوكالة معناها: تفويض التصرف إلى الغير<sup>٣</sup>.

وعرفت مجلة الأحكام العدلية "التوكيل" بأنه: تفويض أحد أمره لآخر وإقامته مقامه في ذلك الأمر<sup>٤</sup>، وهي تصح تبرعا، وتصح بأجر لقوله تعالى: ﴿وَأَعْمِلِينَ عَلَيْهَا﴾ [التوبة: ٦٠].

فهو توكيل على جباية الزكاة بجعل، والرسول ﷺ كان يبعث عماله لقبض الصدقات لقاء جعل<sup>٥</sup>.

<sup>١</sup> وكان يسمى أيضا: وكلاء القاضي، أو وكلاء الحكم.

<sup>٢</sup> أبو بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٧م)، ج ٩، ص ٢٨٧/ ج ١١، ص ٤١؛ محمد بن حارث الخشني، قضاة قرطبة (القاهرة: دار الكتب المصرية، د. ط، ١٩٨٩م)، ص ٥٣.

<sup>٣</sup> محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ٢٠٠٩م)، ج ١٩، ص ٢؛ محمد شمس الحق عظيم آبادي، عون المعبود (عمان: بيت الأفكار الدولية، د. ط، ٢٠٠٤م)، ج ١٠، ص ٦؛ محمد بن أحمد علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ٢٠٠٠م)، ج ٣، ص ٣٨٠.

<sup>٤</sup> المادة ١٤٤٩ من مجلة الأحكام العدلية.

<sup>٥</sup> محمد بن عبد الله التبريزي، مشكاة المصابيح (بيروت: دار إحياء التراث العربي، د. ط، ٢٠٠١م)، ج ٢، ص ٣٣٧؛ إبراهيم بن علي بن فرحون، تبصرة الحكام في أحوال الأفضية ومناهج الأحكام (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، ٢٠٠٧م)، ج ١، ص ١٥٤.

وقد أجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة؛ لأن الحاجة داعية إلى ذلك.  
أما الخصومة فهي: الدعوى والجواب عنها<sup>١</sup>.  
فالوكالة بالخصومة معناها:

إنابة شخص آخر ليقوم مقام نفسه أمام المحكمة المختصة<sup>٢</sup>، والتوكيل بالخصومة هو من الحقوق الجائز فيها التوكيل؛ لأن الغرض هو إظهار الحق، يثبت 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 تكبير منكر، ولا زجر زاجر<sup>٣</sup>.  
ويقول السمناني في كتابه **روضة القضاة** مستدلاً على مشروعية الوكالة بالخصومة: وهو عمل جميع الناس في جميع الأمصار<sup>٤</sup>.

وقد عرف مبدأ الوكالة بالخصومة منذ فجر الإسلام، ومارسها بعض الصحابة، وعرفت بعد عصرهم، وقد زاو لها 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<sup>٥</sup>.  
أما المحاماة فقد عرفت بأنها:

"مهنة علمية فكرية حرة مهمتها التعاون مع القضاة على تحقيق العدالة، والدفاع عن حقوق الموكلين"<sup>٦</sup>.

ومحمد 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"<sup>٧</sup>.

<sup>١</sup> محمد علاء الدين بن عابدين، قرّة عيون الأخيار لتكملة رد المختار على الدر المختار (باكستان: المكتبة المحمدية، ط ٢، ١٩٨٤م)، ج ٧، ص ٣٩٨.

<sup>٢</sup> محمد شفيق العاني، أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي (بغداد: مطبعة الإرشاد، د. ط، ١٩٦٥م)، ص ٥٠.

<sup>٣</sup> السرخسي، المبسوط، ج ٩، ص ٤.

<sup>٤</sup> علي بن محمد السمناني، روضة القضاة وطريق النجاة (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ٢، ١٩٨٤م)، ج ١، ص ١٨١.

<sup>٥</sup> فؤاد عبد المنعم أحمد، الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي (القاهرة: مؤسسة شباب الجامعة، د. ط، ١٩٩٢م)، ص ١٢٩؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج ١، ص ١٥٤.

<sup>٦</sup> قانون تنظيم مهنة المحاماة السوري، رقم ٣٩، في ٢١/٧/١٩٨١.

<sup>٧</sup> محمد أبو زهرة، الخطابة: أصولها وتاريخها وأزهر عصورها عند العرب (القاهرة: دار الفكر العربي، د. ط، ١٩٨٠م)، ص ١٧٥.

ومفلح عواد القضاة، يقول: "المحامون هم طائفة من رجال القانون وأعاون القضاة، الذين اتخذوا مهنة لهم، لتقديم المساعدة القضائية والقانونية لمن يطلبها لقاء أجر"<sup>١</sup>. 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.<sup>٢</sup> 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<sup>٣</sup>؛ 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، وحامياً للضعفاء، يدافع متبرعاً أو مأجوراً عن القضايا العادلة، ويرد الحقوق المغتصبة إلى أصحابها، ويؤدي رسالته بإخلاص، ولا يباشر أية دعوى قضائية يبدو أنها غير عادلة، أو غير شريفة. ولا يضبرها أن يكون بين أفرادها من يسيئون إليها وإلى أنفسهم.

<sup>١</sup> مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن (عمان: دار الثقافة، ط٢، ٢٠٠٤م)، ص ١٠٧.

<sup>٢</sup> أحمد حسن كرزون، المحاماة: رسالة وأمانة (بيروت: دار ابن حزم، د.ط، ١٩٩٣)، ص ١٢.

<sup>٣</sup> علاء الدين، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام (دار الفكر الإسلامي الحديث، د.ط، ٢٠٠٠م)، ص ٦٣؛ ابن فرحون، التبصرة، ج ١، ص ١٥٤؛ محمد مصطفى الزحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي (دمشق: دار الفكر، ط٢، ٢٠٠٢م)، ص ٧٦.



إن حق الدفاع حق مشروع لكل من المتخاصمين، إما بأنفسهما، أو بمن ينوب عن كلٍّ منهما. لذلك فإن دساتير العالم اليوم والأنظمة القانونية، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، كل ذلك يدعو إلى كفالة حق الدفاع والتأكيد عليه بوصفه حقا من الحقوق الأساسية للإنسان، وحق الدفاع هذا وجد منذ وجدت الخصومة وهي من لوازم الاجتماع.

لقد عُرفت المحاماة في التاريخ الإنساني باسم غير اسمها الحالي، وعرفها المجتمع الإنساني منذ قديم الزمن؛ إذ ظهر رجال من أهل العلم يستعين الناس بهم في مشورتهم وخصوماتهم، فوظيفة المحامي أقدم كثيرا من لقبه.

فقد وجد المحامون في أقدم الحضارات، ففي كل الأمم المتقدمة 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<sup>١</sup>.

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 مشروع اليونان "سولون" بتلك المهنة الوثيقة الصلة بالقضاء، وبمصلح الناس، حتى أنه قال: لا يمكن تصور قضاء بدون مدافع، أو حكم بدون دفاع، وأصدرت من القوانين ما رفع من قدر المحاماة، وقدر رجالها، فاشتراطوا أن يكون المحامي على خلق، لذلك حرّموا المهنة على من جحد حقوق والديه، أو تنحى عن الدفاع عن الوطن، أو أسهم في تجارة غير شريفة، أو عُرف بفساد الخلق، أو علقته به ريبة أو شبهة<sup>٢</sup>.

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 سُنّت القوانين لمنع الخطباء من استخدام الوسائل لإثارة

<sup>١</sup> جورج بوبي شمار، المحامون، تعريب: سليم الصويص (الأردن: نقابة المحامين)، ص ١٠.

<sup>٢</sup> 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، ١٩٦٧م)، ص ٢١٣؛ أبو زهرة، الخطابة، ص ١٣٧.

الوجدان والعواطف فيها، وحتى عُين في كلِّ محكمة رجل يقاطع الخطيب أو يسكته كلما رآه يحاول التأثير بقوة العاطفة والألفاظ وإثارة الإعجاب.<sup>١</sup>

أما روما فعرفت المحاماة أيضا، فكان المحامي في نظرهم هو حامي موكله، يشرف على أمورهم، ويقدم المهور لبناتهم عند الزواج، ولا ينتظر منهم إلا قدرا من الإخلاص وعرفان الجميل. وكانت قوانين روما تبيح للمحامين أن يقولوا كلَّ 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.<sup>٢</sup>

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 كأهم من رجال القضاء، وهم الذين يُنتخب من بينهم القضاة.<sup>٣</sup>

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 يتعدوا في دفاعهم عن الاعتداء على الخصم، وأن يلتزموا القصد في التعبير، وألا تتحرك شفاههم بعمدة أو نقيصة.

وأما لويس الثاني عشر فقد اهتم بهذه المهنة، وهو الذي قال:

لو لم أكن ملكا على فرنسا لوددت أن أكون محاميا في بوردو.<sup>٤</sup>

وأول قانون لتنظيم مهنة المحاماة أصدره نابليون بونابرت عام ١٨١٠م، وبلغ عدد المحامين في مدينة باريس وحدها ثلاثة آلاف محام، وذلك في عام ١٨٩٨م.

<sup>١</sup> جيرهارت، كنوز المحاماة، ص ٢٣.

<sup>٢</sup> المرجع السابق، ص ٢٤.

<sup>٣</sup> أحمد فتحي زغلول، المحاماة (القاهرة: مطبعة المعارف، د.ط، د.ت)، ص ٤.

<sup>٤</sup> جيرهارت، كنوز المحاماة، ص ٤١.

وفي عام ١٩٠٠م صدر قانون يبيح للمرأة حق مزاولة مهنة المحاماة، واشتروطوا الحصول على شهادة الليسانس في القانون لأجل ممارسة هذه المهنة، مع أداء امتحان القبول، وقضاء فترة التمرين لمدة ثلاث سنوات بمكتب أحد المحامين المعتمدين أمام محكمة الاستئناف.<sup>١</sup> 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 مترجماً ينقل إلى القاضي الأوروبي كلام الخصم، ثم منح هؤلاء المترجمون حقوقاً، وأصبحوا يعرفون بالمحامين<sup>٢</sup>، ثم وُضعت الأنظمة واللوائح لها، وأقيمت نقاباتها، وتطور العمل النقابي فيها؛ حتى قطعت مراحل كبيرة من الدقة والتنظيم.

وأول لائحة وضعت للمحامين في مصر كانت في عام ١٨٨٠م.

وفي عام ١٨٨٤م، صدر نظام المحامين في الآستانة، ثم توالى بعد ذلك تأسيس نقابة المحامين في البلاد الإسلامية، فقد تأسست نقابة المحامين في دمشق عام ١٩٢١م، وفي العراق عام ١٩٣٣م، وفي الأردن عام ١٩٥٠م.<sup>٣</sup> 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 وآداباً.

وسنعرض أدلة كلا الفريقين مع مناقشتها.

<sup>١</sup> أبو اليزيد علي الميتم، المحاماة في المجتمع الاشتراكي (القاهرة: دار المعارف، د.ط، ١٩٦٤م)، ص ٦٠؛ عزيز خانكي، المحاماة قديماً، ص ١٣ وما بعدها، نقلًا عن: مشهور حسن محمود، المحاماة تاريخها في النظم وموقف الشريعة الإسلامية منها (عمان: دار الفيحاء، د.ط، ١٩٨٧م)، ص ٤١.

<sup>٢</sup> انظر، صلاح الدين الناهي، "المؤسسات الإدارية الخادمة للقضاء"؛ أبو سليم خادم حسين، "المحاماة في الشريعة الإسلامية"، مجلة الأمة (قطر)، العدد ٣٤.

<sup>٣</sup> عمران محمد روسي، موسوعة المحامي العربية (المؤسسة العربية للدراسات والنشر، د.ط، ١٩٨٣م)، ج ١، ص ٢١؛ محمود، المحاماة وتاريخها في النظم، ص ٤١.

## حجج القائلين بتحريم مهنة المحاماة:

لقد شغلت مسألة شرعية مهنة المحاماة ومدى جواز ممارستها مساحة من تفكير أهل الاختصاص، فأعلن قلة من المعاصرين تحريمها<sup>١</sup>، وطالبوا بإلغائها كعمل حرّ. وقد استدلت هذا الفريق بأدلة منها:

أولاً: إن مهنة المحاماة ولدت من رحم المجتمع الغربي وترعرعت في أحضانها، وهي مهنة غربية 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 بدلا منها منصب الإفتاء"<sup>٢</sup>.

ويقول أبو سليم خادم حسين: "إن المحاماة لم تعرف قبل القرن الثاني عشر الهجري، حتى غزت أوروبا العالم الإسلامي بثقافتها وسلاحها وأجبرت المسلمين على الرضوخ للأمر المستورد، ويقول: المحاماة محرمة في الشريعة الإسلامية كتحریم بيع الخمر ولحم الخنزير والبغاء"<sup>٣</sup>.

## ويناقش ذلك:

بأن القول: بأن المحاماة لم تكن معروفة لاثني عشر قرناً من الزمان، فليس هذا بحجة للقول ببطلانها 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<sup>٤</sup>.

ثانياً: عمل المحامي وكسبه محرم شرعاً؛ لأنه يتولى الدفاع عن موكله بالحق أو بالباطل، فهو يشوّه الحقيقة في سبيل الكسب المادي.

<sup>١</sup> 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، ١٩٩٢م)، ص ١٨١.

<sup>٢</sup> أبو الأعلى المودودي، نظرية الإسلام وهدية (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٣٨٩هـ)، ص ٢٢٣.

<sup>٣</sup> عبد الله رشوان، "المحاماة في الشريعة الإسلامية"، مجلة الأمة، العدد ٣٨.

<sup>٤</sup> انظر، عبد الله رشوان، مرجع سابق.

يقول المودودي رحمه الله في ذلك: "والحامي 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 أتعابه". عليه أن لا يترك حيلة دون أن يأتيها في المرافعة عنه، فهو يضع القضية ويجعلها موافقة لصورة القانون الظاهرية، يستر ما فيها من وجوه الضعف، 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 يرى موكله من المؤاخذة، لا بما يوافق الإنصاف، ويفي بمقتضيات العدالة.<sup>١</sup>

فهذا كل ما يهمل الحامي ويشغل باله، وهو لا يبالي بعده أن يصير المحرم 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.<sup>٢</sup>

ثم يقول رحمه الله: "وهل لرجل يقيم أدنى وزن لحاسبة 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 كل 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 كل منهما برأيه في هذه القضية نفسها مناقضاً لرأيه الآن، ويمثل القوة التي يدافع بها عن موكله".<sup>٣</sup>

فالمحامون يحاولون تضليل المحكمة، ويزورون الشهادات، حتى لا تأتي ملايسات الدعوى أمام المحكمة إلا بصورة مشوهة باطلة.

ولهذا الغرض يطولون الدعاوى، ويبالغون في التقاضي<sup>٤</sup>، ويجنون أن تتصل الخصومة ولا تنفصم، ويؤخرون الفصل فيها.

<sup>١</sup> المودودي، نظرية الإسلام وهدية، ص ٢٢٠؛ القانون الإسلامي، ص ٧١-٧٢.

<sup>٢</sup> القانون الإسلامي، ص ٧٢.

<sup>٣</sup> المرجع السابق، ص ٧٣.

<sup>٤</sup> المودودي، الإسلام في مواجهة التحديات (الكويت: دار العلم، د.ط، ١٣٩٨هـ)، ص ٢٥٥.

وأن القضية التي ليس فيها محام تكون أكثر بساطة، وأسهل فصلاً، حتى صار صاحب الحق يتخلى عن حقه الواضح، استبقاء لراحته، وتوفيراً لماله<sup>١</sup>. لهذا يأبى الإسلام هذه المهنة إباءً شديداً، ولا مكان لها البتة في نظامه<sup>٢</sup>.

### 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 كل 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 الحمامة، فهذا شيء وارد وصحيح، ويقع مثله في كل المهن الأخرى؛ ولكن لا يجوز أن ينسحب أثر هذه التصرفات والأخطاء في المهنة ذاتها أو في الملتزمين بأصولها وآدابها وأخلاقها.

لأننا لو قلنا بتحريم المهنة ذاتها لجرنا هذا إلى تحريم كافة المهن التي ينحرف بعض محترفيها، والأولى أن يقال: إن مهنة الحمامة 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<sup>٣</sup>.

"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، وبقينا فإن الأمر كان في القديم كما هو في الحديث"<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> عبد الله زيد آل محمود، مجموعة الرسائل (المكتب الإسلامي، د.ت)، ج ٢، ص ٤٦٤؛ محمود، الحمامة وتاريخها في النظم، ص ٨٥.

<sup>٢</sup> المودودي، نظرية الإسلام وهدية، ص ٢٢٣.

<sup>٣</sup> انظر، عبد الله رشوان، مرجع سابق.

<sup>٤</sup> ظافر القاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي (عمان: دار النفائس، د.ط، ١٩٨٣م)، ص ١٢٧.

أما القول بأن وجود المحامي في القضية يعقدها، ويؤخر الفصل فيها، وإن القضية التي ليس فيها محام تكون أكثر بساطة وأسهل فصلاً، فيرد على ذلك الأستاذ مشهور: "إن هذا القول غير دقيق، نعم، هذا ما يتراءى لنا بحسب الظاهر، ولكن الحقيقة هي أن المحامي حينما يعبر عن وجهة نظر موكله، فإنه يضيف إليها الأدلة والحجج التي يعجز موكله عن الإدلاء بها، فتظهر القضية وقد غدت أكثر تعقيداً، ولكنها في الحقيقة ازدادت وضوحاً وجلاءً، 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، ليجتهد 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".<sup>١</sup>

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 احتمالاً.<sup>٢</sup>

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.

### 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 ومصلحة موكله؛ إذ يبيني دفاعه على العناصر التي تخدم دعواه دون غيرها.

<sup>١</sup> محمود، الخامة وتاريخها في النظم، ص ١٣٢.

<sup>٢</sup> المرجع السابق؛ وانظر، محمد شكيب أرسلان، القضاء والقضاة (بيروت: دار الإرشاد، د. ط، ١٩٦٩م)، ص ٢٣٦؛ خير الله طلفاح، القضاء عند العرب (بغداد: مطبعة المعارف، د. ط، ١٩٧٣م)، ص ١٤٧.

فدفاع كلّ 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 يخرعها، 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 تمهه، وتؤيد وجهة نظره دون غيرها بحيث يخدم غرضه، أي أنه ينتقي من الحقائق ما يلائمه، ولكنه ليس له أن يختلق هذه الحقائق، أو يلبس الباطل ثوب الحق.<sup>١</sup>

#### 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 شرعاً أن يبدي جانباً من الحق إذا حقق مصلحة موكله، ويخفي الجانب الآخر، إذا كان ضد مصلحة موكله؟ 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 وجهاً من الحقيقة وفيه إبطال لحق الخصم يدخل في الوعيد الذي أوعده الله من كتم العلم وكتم الحق، وكتم الشهادة ﴿وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ إِثْمٌ قَلْبُهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣]. ولا فرق بين دفاع المحامي وبين شهادة الشاهد في هذه المسألة، بجامع أن كلا منهما يعلم شيئاً ويكتمه، لذلك لا يصح للمحامي أن يكتم جانباً من الحق الذي يعلمه، ويغض عينيه عن الوقائع الصحيحة بغرض تضليل العدالة، وكسب القضية.

**ثالثاً:** استدلل المحرمون لمهنة الحاماة بأن المحامي ينفذ القانون الوضعي، وهو حكم بغير ما أنزل الله. وهذا يعني الرضا به، والتوقير 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،

<sup>١</sup> بيرو كالماندري، قضاة ومحامون (القاهرة: دار المعارف، د.ط، د.ت)، ص ٨١ وما بعدها.



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 متمرّد، وهو جريمة حية مجسمة، فقضاته مجرمون وموظفوه مجرمون ومحاموه مجرمون".<sup>١</sup>

ويناقش هذه الشبهة بأنه لا شك أن الاحتكام لشرع الله فريضة إيمانية، وأن الحكم بغير ما أنزل الله والرضى به كفر ﴿ فَلَا وَرَيْكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ [النساء: ٦٥].

والسؤال الذي يرد هو:

أن القوانين الوضعية المفروضة علينا فرضاً، هي في مساحة معينة منها لا تخالف الفقه الإسلامي: كتخليص الأبرياء، وإنقاذ المظلومين، 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<sup>٢</sup>.

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،

<sup>١</sup> أبو الأعلى المودودي، حقوق الزوجين: دراسة نقدية لقانون الأحوال الشخصية، تعريب: أحمد إدريس (المختار الإسلامي، ط٤، ١٩٥٢م)، نقلاً عن: محمود، المحاماة وتاريخها، ص ٨٦.

<sup>٢</sup> الفتاوى الإسلامية من الديار المصرية، ج٧، ص ٢٥٣٥؛ فتوى في القاضي هل يتمتع عن الحكم بالقوانين الوضعية؟

وانسحاب المسلم من هذه الساحة الهامة للدفاع عن الحق ودفع الظلم ورفع الجور عن الناس، وترك سوق المحاماة إلى غير المسلمين، وبذلك يسيطرون على المحاماة والقضاء، ولا يخفى ما في ذلك من ضرر ومفاسد عظيمة على الأمة الإسلامية<sup>١</sup>.

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: ﴿فَأَنْقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ [التغابن: ١٦].

والرسول ﷺ يقول: «إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم»<sup>٢</sup>. وخاصة إذا علمنا أننا في مواجهة حالة الضرورة، وصحبة الظالم على التقية مستثناة من النهي بسبب حالة الاضطرار<sup>٣</sup>.

والدفاع عن الموكل المظلوم يمكن أن نجد له أصلا في تولي يوسف الصديق عليه السلام جانبنا من الحكم.

فنبى الله يوسف عليه السلام تولى 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 عَلِيمٌ﴾ [يوسف: ٥٥]، على أن ملك مصر وقومه كانوا كفارا، 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 تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ﴾ [هود: ١١٣]، إذا كان القصد منه إحقاق الحق وإبطال الباطل، ورد الحقوق إلى أربابها، ونصر المظلوم فهو مشروع لما في ذلك من التعاون على البر

<sup>١</sup> 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.

<sup>٢</sup> محمد بن إسماعيل البخاري، **الجامع الصحيح**، تحقيق: مصطفى ديب (بيروت: دار ابن كثير، واليمامة، ٣، ١٩٨٧ م)، ج ٩، ص ١١٧؛ أبو الحسين بن مسلم بن الحجاج، **الصحيح** (بيروت: دار الجيل، د. ط، د. ت)، رقم الحديث: ١٣٣٧، ج ٢، ص ٩٧٥.

<sup>٣</sup> محمد بن أحمد القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن** (بيروت: دار الكاتب المصرية، د. ط، ١٩٦٧ م)، ج ٩، ص ١٠٨؛ محمد بن عمر فخر الدين الرازي، **مفاتيح الغيب** (تفسير الفخر الرازي)، (بيروت: دار الفكر، د. ط، ٢٠٠٢ م)، ج ١٨، ص ٧٢.

والتقوى والإعانة على رؤية أبعاد القضية من قبل القاضي ليتسنى له تحقيق العدالة بين الخصمين تأييدا للاتهام أو دفعا 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 داخلية في الركون.<sup>١</sup>

**رابعاً:** استدلل المحرمون بأن أتعاب المحامي يحيطها الغرر فهي مجهولة، وأصول الشريعة لا تبيح الغرر لما فيها من جهالة.

**ويناقد 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.<sup>٢</sup>

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.<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> الرازي، مفاتيح الغيب، ج ١٨، ص ٧٢؛ محمد رشيد رضا، تفسير المنار (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٩م)، ج ١٢، ص ١٩٩.  
<sup>٢</sup> رشوان، "الحاماة"، مرجع سابق؛ وانظر، عبد الرحمن عبد العزيز القاسم، مدى حق ولي الأمر في تنظيم القضاء وتقييده (القاهرة: مطبعة السعادة، د. ط، د. ت)، ص ٦٧٣؛ خالد محمد أبو طالب، النظام القضائي في المملكة العربية السعودية (القاهرة: دار الفكر العربي، د. ط، ١٩٨٤م)، ص ٨٤. وفي مجال التشريعات الحديثة، فقد استمر الاجتهاد على تكييف العقد الذي 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 الحالة عقد استخدام، ويكون خاضعاً لأحكام قانون العمل. انظر، إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية (مكتبة صادر، د. ط، ١٩٩١م)، ج ٦، ص ٣٦٤.

<sup>٣</sup> محمد علي الشوكاني، السيل الجوار (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، ١٩٨٥م)، ج ٤، ص ٣١. وذكر ابن فرحون رحمه الله الاختلاف في جعل على الخصومة، على أنه إن أفلح فله كذا؛ وإلا فلا شيء له، قال: فمن أجازها، شبهه بمعاملة الطبيب على البرء، وفي رواية عن مالك أنه جائز، لما بالناس من الضرورة إلى ذلك، وقد نص كثير من الفقهاء على مشروعية أعمال كثيرة تكون نتائجها 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 ١، ١٩٩٦م)، ج ٣، ص ٦٢٤؛ خالد رشيد الجميلي، الجعالة وأحكامها في الشريعة الإسلامية والقانون (بيروت: دار عالم الكتب، د. ط، ١٩٨٦م)، ص ٢٠؛ وانظر، محمود، الحاماة وتاريخها في النظم، ص ١٢٢؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج ١، ص ١٢٦.

## المجيزون وأدلتهم:

لقد أجاز مهنة المحاماة جمهور المعاصرين من الباحثين الإسلاميين:  
منهم: محمد رشيد رضا<sup>١</sup>، ومصطفى الزرقا<sup>٢</sup> رحمهما الله تعالى، والقاضي عبد القادر  
العماري<sup>٣</sup>، ووهبة الزحيلي<sup>٤</sup>، ومحمد الزحيلي<sup>٥</sup>، وتقي الدين النبهاني<sup>٦</sup>، وطه جابر العلواني<sup>٧</sup>،  
والمستشار جمال صادق المرصفاوي<sup>٨</sup>، وعبد العزيز بن باز رحمه الله<sup>٩</sup>، والحامي إحسان الكيالي<sup>١٠</sup>،  
ومحمد صالح العثيمين<sup>١١</sup>، والأستاذ ظافر القاسمي<sup>١٢</sup>، وعبد الله رشوان<sup>١٣</sup>، وغيرهم<sup>١٤</sup>.

## 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"<sup>١٥</sup>.  
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

<sup>١</sup> رشيد رضا، تفسير القرآن الحكيم - المنار، ج ٢، ص ٢٠.

<sup>٢</sup> انظر، مجلة حضارة الإسلام، العدد الثامن والتاسع لعام ١٩٧٣م.

<sup>٣</sup> "الحاماة في الشريعة الإسلامية"، مجلة الأمة، العدد ٣٧.

<sup>٤</sup> الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤، ص ١٥١.

<sup>٥</sup> محمد الزحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية (دمشق: دار الفكر، د.ط، ١٩٨٢م)، ص ٧٧.

<sup>٦</sup> مقدمة الدستور والأسباب الموجبة له، تقي الدين النبهاني، ص ٣٢، وقد أجاز المحاماة في البلاد غير الإسلامية فقط - كأوروبا وأمريكا- دون غيرها، يقول: لأن دار الكفر يجوز فيها الخضوع 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.

<sup>٧</sup> "المنهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية"، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي (الرياض)، ص ٤٠.

<sup>٨</sup> جمال صادق المرصفاوي، "نظام القضاء في الإسلام"، مقدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي بالرياض عام ١٣٩٦هـ، ص ٦٧.

<sup>٩</sup> اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في المملكة العربية السعودية، فتوى رقم ٣٥٣٢.

<sup>١٠</sup> إحسان الكيالي، "الحاماة في الإسلام"، مجلة المنهل، العدد ٣٤٦، ١٩٨٥م.

<sup>١١</sup> جريدة المسلمون، العدد العاشر، السنة الأولى ١٤١٢هـ.

<sup>١٢</sup> القاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، ص ٣٩٠.

<sup>١٣</sup> مجلة الأمة، العدد ٣٨.

<sup>١٤</sup> انظر تفصيل أسماء الباحثين المجيزين لمهنة المحاماة في كتاب الحاماة وتاريخها في النظم، مرجع سابق، ص ١٤٠ وما بعدها.

<sup>١٥</sup> أحمد بن محمد القسطلاني، إرشاد الساري شرح صحيح البخاري (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٩٩٠م)، ج ٤، ص ٢٦٣.

وكيلا، يعادل خصمه بلاغة؛<sup>١</sup> "لأن القاضي مهما تكن فطنته فإنه يمكن أن يدلّس عليه أحد الخصوم بحسن منطقته وصدقته في عرض حجته، حين يختلط عليه الأمر، فيظن الباطل حقا، والحق باطلا، فيقضي على نحو ما سمع.

وفي الحديث إشارة إلى جواز استعانة العيبيّ بمن يحسن بسط حجته، والمضطرب بمن هو أثبت منه نفسا، وأصفى فكرا، وأعمق تجربة، ليوافقه خصمه، ويفند حجته، ويعصم القاضي من الحكم بالباطل على تحقيق رسالته، وهي الكشف عن الحقيقة أولاً، ثم القضاء بالعدل ثانياً.<sup>٢</sup>

ثانياً: واستدلوا على مشروعية هذه المهنة، بنصوص من القرآن والسنة، منها: قوله تعالى على لسان موسى عليه السلام: ﴿ قَالَ رَبِّ إِنِّي قَلْتُ مِنْهُمْ نَفْسًا فَأَخَافُ أَنْ يَقْتُلُونِ ۖ وَأَخِي هَارُونُ هُوَ أَفْصَحُ مِنِّي لِسَانًا فَأَرْسَلْهُ مَعِيَ رِدْءًا يُصَدِّقُنِي إِنِّي أَخَافُ أَنْ يُكَذِّبُونِ ۖ قَالَ سَنُنْشِئُكَ إِخِيكَ ۖ ﴾ [القصص: ٣٣ - ٣٥].

فقد طلب موسى عليه السلام الاستعانة بهارون للدفاع عنه لأنه أفصح لسانا وبيانا. واستدلوا أيضا بقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِبِينَ خَصِيمًا ۗ ﴾ [النساء: ١٠٥]، تدل الآية على جواز الدفاع عن غير الخائنين، ومشروعية ذلك.

واستدلوا أيضا بنصوص عامة تحث المسلم على إعانة غيره، من مثل قوله تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ۗ ﴾ [المائدة: ٢].

فالحاماة لإحقاق الحق وإبطال الباطل، هي حماية محمودة. والحاماة عن الظلم والظالمين لا شك أنها حماية محرمة.

واستدلوا كذلك ببعض الأحاديث النبوية الشريفة التي تنهى عن الخصومة في باطل، منها قوله صلى الله عليه وسلم: «من خصم في باطل وهو يعلمه لم يزل في سخط الله حتى يتزعج»<sup>٣</sup>؛ أي حتى يرجع عن المخاصمة ويعترف بالحق، ويرده إلى صاحبه.

ومنها قوله صلى الله عليه وسلم: «ومن أعان على خصومة بظلم فقد باء بغضب من الله عز وجل»<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> القاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، ص ٢٨٣.

<sup>٢</sup> عوض محمد عوض، "حقوق المشتبه فيه في مرحلة التحقيق"، مجلة المسلم المعاصر، العدد ٢٢.

<sup>٣</sup> أحمد بن حنبل، المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ٢، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م)، ج ٢، ص ٨٢؛ محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، السنن (المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، د. ط، ٢٠٠٦م)، ج ٢، ص ٧٧٢.

<sup>٤</sup> محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرک علی الصحیحین (بيروت: دار المعرفة، ط ١، ١٩٩٨م)، ج ٤، ص ٩٩؛ محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٩م)، ج ٨، ص ٣٠٥. والدفاع هو أعظم مجدة تقدم للملهوف،

ومنها «من مشى مع ظالم ليعينه وهو يعلم أنه ظالم فقد خرج من الإسلام»<sup>١</sup>. 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."<sup>٢</sup> واستدلوا على ذلك أيضا بتوكيل الصحابة رضوان الله عليهم غيرهم في الخصومات. ومن ذلك حادث ابن عباس مع حسان بن ثابت، وقول ابن عباس له: الحق لك، ولكن أخطأت حجتك.

فدافع ابن عباس عن حق حسان أمام عثمان، فقضى به لابن عباس<sup>٣</sup>. وهذا من أقدم ما عرف من تاريخ الوكالة بالخصومة في الإسلام، كما يقول الأستاذ ظافر القاسمي<sup>٤</sup>.

ثالثاً: واستدلوا كذلك بقوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]. 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<sup>٥</sup>. ونصوص أئمة المذاهب الأربعة تستصحب الحكم بمشروعية الحاماة وتتسع لقبولها وذلك لأن الأصل في العقود الإباحة حتى يقوم دليل التحريم، وهذا هو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم رحمهما الله<sup>٦</sup>.

وأقوى إغائة يعان به المكروب، حينما يكرب بتهمة ويساق إلى القضاء بما قد يودي به، وهو لا يستطيع أن يبين بحجته، فيجد العون والغوث من ذلك الحامي الذي يقف بجانبه في ساعة الشدة والضيق والعسرة.

<sup>١</sup> علي بن أبي بكر نور الدين الهيثمي، مجمع الزوائد (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٨٨م)، ج ٤، ص ٢٠٥.  
<sup>٢</sup> مسلم، الصحيح، باب فضل الاجتماع، ج ٤، ص ٢٠٧٤، رقم ٢٦٩٩؛ أحمد بن حسين البيهقي، السنن الكبرى (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٩٩م)، ج ٦، ص ٨٢؛ سليمان أبو داود السجستاني، السنن (دار الجيل للنشر والطباعة، د.ط، ١٩٩٢م)، ج ٣، ص ٣٠٥.

<sup>٣</sup> الحاكم، المستدرک، ج ٣، ص ٥٤٤.  
<sup>٤</sup> القاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، ص ٢٨٢.

<sup>٥</sup> علي رسلان، نظام إثبات الدعوى وأدلتها في الفقه الإسلامي والقانون (القاهرة: دار الدعوة، د.ط، ١٩٩٦م)، ص ١٥٣.  
<sup>٦</sup> أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية، مجموع الفتاوى (الرباط: مكتبة المعارف، د.ط، ١٩٨١م)، ج ٢٩، ص ١٢٩.

رابعاً: لقد حثّ الشرع كلّ مسلم على الرجوع إلى أهل الخبرة والعلم والتجربة في معالجة المشاكل، لغرض الوصول إلى الحقيقة.

قال تعالى: ﴿ فَتَلَوُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾ [الأنبياء: ٧].

ونذب إلى تقديم المشورة بكل أمانة "المستشار مؤتمن"<sup>١</sup>.

وعمل المحامي هو تقديم المشورة المخلصة في مجال اختصاصه للمطالبة بالحقوق، أو دفع الظلم عنم وقع 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 النصرة في الحق سواء أكان الموكل ظالماً أو مظلوماً، لقول الرسول ﷺ: «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً، قالوا: يا رسول الله، هذا ننصره مظلوماً، فكيف ننصره ظالماً؟ قال: تأخذ فوق يده»<sup>٢</sup>.

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 مِمَّا ﴾ [النساء: ٨٥]. وقول الرسول ﷺ: «اشفَعُوا فلتؤجروا»<sup>٣</sup>.

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 الحجج والبرهان، تحقيقاً للعدالة، ولأن كلّ تصرف جاز للإنسان أن يتولاه بنفسه جاز أن يوكل فيه غيره<sup>٤</sup>، 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 الحجج

<sup>١</sup> محمد بن عيسى الترمذي، السنن (المكتبة العصرية للطباعة والنشر، ٢٠٠٦م)، كتاب الأدب، ج ٥، ص ١٢٥.

<sup>٢</sup> البخاري، الصحيح، كتاب المظالم، ج ٢، ص ٩٦.

<sup>٣</sup> البخاري، الصحيح، كتاب الأدب، ج ٤، ص ٥٥.

<sup>٤</sup> ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج ١، ص ١٥٤؛ محمد بن إدريس الشافعي، الأم (دار الغد العربي، ط ١، ١٩٩٠م)، ج ٣، ص ٢٠٧؛ وانظر، عبد المنعم، الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، ص ١٢٩.

بالحجة بين المحامين، وبذلك يقدمون العون للقضاء في مختلف الخصومات، والقضايا القانونية، ويعين القاضي على رؤية أبعاد القضية، والوقوف على النصوص المتعلقة بها، تأييدا للالتزام، أو دفعا له، ولكي لا يقع القاضي تحت تأثير أحد الخصمين وضعف الآخر منهما.

**سابعاً:** واستدلوا على مشروعية مهنة الحاماة بأن هذه المهنة تحقق مصالح شرعية معتبرة للعباد في هذا العصر، ومن مقاصد الشريعة جلب المصالح ودفع المفاسد.

فالمتخصصون بحاجة ماسة إلى هذه المهنة، وخاصة من قبل أصحاب الأعمال والشركات التجارية والصناعية، وفي ظل ظهور هذا التعقيد الشديد في القوانين وتشعبها، مع جهل أغلب الناس بها في المجالات الجزائية والمالية أمام المحاكم بمختلف اختصاصاتها ودرجاتها، وفي مختلف درجات الدعوى واقتقاد الخبرة والدراية بالأعمال الإجرائية، هذه المسائل القانونية قد لا يعرفها غير المتخصص في القانون، ولا يكون عنده الخبرة الكافية. فمن المقبول شرعا أن يكون من بين حقوق المتهم الأساسية الاستعانة بمن يعينه في دفع الاتهام عنه<sup>١</sup>. وقد يعجز الإنسان عن القيام بمصالح نفسه إما لمرض أو لعدم اهتداء، أو لكثرة مشاغل لا سيما في عصر كهذا العصر<sup>٢</sup>.

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»<sup>٣</sup>، وإذا كان هذا هو حال رسول الله ﷺ وفي زمان كانت المنازعات فيه بسيطة، وسبل حلها ميسرة، وكانت الأخلاق في قمتها، فما بالناس اليوم، وهذه أخلاقهم، وهذا زمانهم المعقد في كل جوانبه ونظمه وقوانينه، وهذه مصالحهم التي لا حصر لها ولا حدود، وهؤلاء قضاتهم من الناس، هل تترك الخصوم بحالهم دون سند أو مساعدة ترتبها ونظمها لهم حتى يظهر الحق ويغيب الباطل<sup>٤</sup>. وقد تدعو الحاجة إليها للبعد عن مواطن الخصام، وتوقفي زلل الخصومات. فقد روي عن عبد الله بن جعفر أنه قال: "كان علي بن أبي طالب عليه السلام يكره الخصومة، فكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب، فلما كبر عقيل وكلني<sup>٥</sup>".

<sup>١</sup> حسن صادق المرصفاوي، ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية (القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية د.ط، ١٩٧٢م)، ص ٥٣.

<sup>٢</sup> عبد الرحمن إبراهيم حميضي، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة (مكة: جامعة أم القرى، مركز بحوث الدراسات الإسلامية، د. ط، ١٩٨٩م)، ص ٦٣.

<sup>٣</sup> البخاري، الصحيح، كتاب الشهادات، باب من أقام البينة بعد اليمين، ج ٣، ص ٢٣٥.

<sup>٤</sup> رشوان، "الحاماة في الشريعة"، مرجع سابق.

<sup>٥</sup> البيهقي، السنن الكبرى، ج ٦، ص ٨١.



ونقل عن علي عليه السلام قوله: "إن للخصومة قحماً، وإن الشيطان ليحضرها، وإني أكره أن أحضرها".

ونقل عنه أيضاً أنه قال: "ما قضي لو كيلى فلي، وما قضي على وكيلى فعلي".<sup>١</sup>  
واستدلوا بهذا على أن الوكيل يقوم مقام الموكل، وأن القضاء عليه بمثلة القضاء إلى الموكل.<sup>٢</sup>  
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 أيضاً هو أن حق المتهم في الاستعانة بمحام يعد من أهم ضمانات التحقيق والمحكمة، لما يتضمن من بث الثقة في سلامة الإجراءات، وأكثر ضمانا في منع استعمال الوسائل المنوعة، أو غير الجائزة مع المتهم أثناء التحقيق، فضلا عن أنه يهدئ من روع المتهم ويطمئنه ويساعده على الاتزان والهدوء في إجابته، وهذا الحق قد ضمنته أيضاً 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 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.<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> أي ألما تقحم بصاحبها على ما لا يهواه. أحمد الرازي بن فارس، معجم مقاييس اللغة (بيروت: دار الفكر، ١٣٩٩ هـ/١٩٧٩م)، ج ٥، ص ٦١.

<sup>٢</sup> السرخسي، المبسوط، ج ٩١، ص ٣؛ عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقي (بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤٠٣ هـ/١٩٨٣م)، ج ٥، ص ٢٠٤؛ سعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (القاهرة: المطبعة الجمالية، ط ١، ١٩٠١م)، ج ٦، ص ٢٢؛ الشافعي، الأم، ج ٣، ص ٢٣٧.

<sup>٣</sup> خليل عدلي، اعتراف المتهم فقها وقضاء (القاهرة: دار الكتب القانونية، د. ط، ١٩٩٦م)، ص ٥١ وما بعدها؛ وانظر، المادة ٣٦ من قانون المحاماة المصري، رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣م.

**الترجيح:**

وبعد هذا العرض لأدلة الفريقين يتبين رجحان رأي القائلين بمشروعية مهنة الحاماة 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<sup>١</sup>.

فالأصل في الوكالة بالخصومة والهدف منها كان هو الإعانة والمساعدة من الوكيل لموكله، بدليل حديث ابن عمر من قوله غ: «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 والسلام: "إنكم تختصمون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض".

وقوله عليه الصلاة والسلام: «أبغض الرجال إلى الله الألد الخصم»<sup>٢</sup>، وهو الدائم الخصومة. إن تراحم وكلاء الدعوى على أبواب القضاة في التاريخ القضائي الإسلامي، بدأ منذ عصر العباسيين وأصبح جزءا 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<sup>٣</sup>.

وقد ذكر التنوخي أسماء بعض الوكلاء في كتابه نشوار المحاضرة<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> القاسمي، نظام الحكم، ص ٣٩٠.

<sup>٢</sup> البخاري، الصحيح، ج ٩، ص ٩١.

<sup>٣</sup> الحميضي، القضاء ونظامه، ص ٤٧٥؛ عصام محمد شبارو، القضاء والقضاة في الإسلام (بيروت: دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٨٢م)، ص ٥٢.

<sup>٤</sup> أبو علي الحسن بن علي التنوخي، نشوار المحاضرة وأخبار المذاكرة، تحقيق: عبود الشالجي (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٤م) نقلا عن: شبارو، القضاء والقضاة في الإسلام، ص ٥٢.

والفقهاء القدامى رحمهم الله لم يؤصلوا للدفاع والوكالة بالخصومة كنظرية عامة، كما هو الحال في التشريع الحديث، وربما كان سبب ذلك أن مجالس القضاء على مدى التاريخ الإسلامي كانت مجالس علنية، يحضرها أهل العلم والفتيا والفقهاء والدراية، حتى إن بعض الفقهاء جعل ذلك الحضور واجبا<sup>١</sup>.

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 عليه الآن في العصر الحديث<sup>٢</sup>.

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<sup>٣</sup>.

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 تنظيماً مستقلاً عن القضاء، تنظمه نقابة المحامين بلوائحها وأنظمتها ومتابعتها للسلوك المهني للمحامين ورقابتها عليهم ضمن ضوابط معينة ومحددة، وبشروط يجب توافرها لمن يمارس المهنة<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية (الأردن: وزارة الأوقاف الأردنية، د. ط، ١٩٧٢م)، ج ٢، ص ٢٦.

<sup>٢</sup> عوض محمد عوض، "حقوق المشتبه في مرحلة التحقيق"، مجلة المسلم المعاصر، العدد ٢٢، ١٤٠٠هـ؛ طه جابر العلواني، "حقوق المتهم في مرحلة التحقيق"، مقدم إلى الندوة العالمية الثالثة بالرياض في موضوع المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية، ١٩٨٢م، ص ٣٧. 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 ١٣٦.

<sup>٣</sup> إحسان الكيالي، المحاماة في الإسلام، مرجع سابق.

<sup>٤</sup> قواعد المرافعات في التشريع المصري المقارن (القاهرة: المطبعة النموذجية)، ج ١، ص ٣١٨؛ محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني (القاهرة: دار الفكر العربي، ط ٢، ١٩٩٠م)، ج ١، ص ٢٨٣؛ القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية (الرياض: عمادة شؤون المكتبات، د. ط، ١٩٨٨م)، ص ٨١.

أما وكلاء الخصومة فقد كان القضاة هم الذين يتولون الرقابة والإشراف عليهم، وأحيانا يتولى المحتسب الرقابة عليهم.<sup>١</sup> 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 الحاماة 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 والطعن في الأحكام لتصحيحها، ودفع مظالم السلطات العامة.<sup>٢</sup> ولقد ظهرت دعوات من بعض المانعين لمهنة الحاماة بشكلها الحالي، لإصلاحها وإزالة أسباب ترديها.

فمنهم من دعا إلى إلغاء مهنة الحاماة كعمل حر، واقترح أن ينال المحامون رواتبهم من الحكومة؛ لأن أسباب الشناعات عند المحامين هي كون الحاماة مهنة. ونادى بعضهم بأن يحل منصب الإفتاء محل الحاماة -كعمل حر- ويقطع للمفتين رواتب من الخزانة العامة.<sup>٣</sup>

ومنهم من نادى بتأميم مهنة الحاماة 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؟<sup>٤</sup> وكذلك تتوزع الدعاوى حسب الحروف الأبجدية على المحامين، حتى لا يتعرض بعض المحامين إلى الحرمان، لأجل ضمان العيش الكريم لكل محام تحت مظلة مؤسسة الحاماة ونقابة المحامين، وإتاحة 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.

<sup>١</sup> صلاح الدين الناهي، "المؤسسات الإدارية الخادمة للقضاء"، مجلة المنهل.

<sup>٢</sup> رشوان، "الحاماة في الشريعة"، مرجع سابق.

<sup>٣</sup> المودودي، الإسلام في مواجهة التحديات، ص ٥٥؛ القانون الإسلامي وطرق تنفيذه للمؤلف نفسه، ص ٧٤.

<sup>٤</sup> عامر سامي الدبوني، المؤسسة العامة للمحاماة (بغداد: مطبعة العاني، د.ط، ١٩٦٥م)، ص ١٩ و ٤٠.

ولكن الذي يخشى منه هو تردي مهنة المحاماة بعد تأميمها، شأنها شأن بقية المؤسسات التي تقوم الدولة بإدارتها، فتتهبط 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:

١. 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.
٢. 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.
٣. يتفق نظام وكلاء الخصومة في الفقه الإسلامي مع نظام المحاماة في التشريعات الحديثة، مع بعض أوجه الخلاف بين النظامين.
٤. المحاماة مهنة إنسانية نبيلة لصيانة الحقوق وإقامة العدالة، وهي عمل مشروع من منظور الإسلام، ويدخل ضمن مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وقضاء حوائج الناس.
٥. 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.



الفصل الرابع  
الضوابط الشرعية  
لممارسة مهنة المحاماة\*

\* أصل المقال بحث نشر في: مجلة الفقه (قسم الفقه وأصوله، أكاديمية الدراسات الإسلامية، جامعة ملايا- ماليزيا)، العدد الأول، يناير ٢٠٠٤م، ص ٤٣-٧٠.





## الفصل الرابع الضوابط الشرعية لممارسة مهنة المحاماة

### تمهيد:

لقد عرف الفقه الإسلامي والتاريخ القضائي الإسلامي نظاما في الدفاع عن طرفي الدعوى سمي: "وكلاء الخصومة"، أو "وكلاء الدعاوى"<sup>١</sup>، 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<sup>٢</sup>. وأطلق على من يمارس هذه المهنة اسم "الوكلاء".

فالوكالة بالخصومة معناها:

إنابة شخص آخر ليقوم مقام نفسه أمام المحكمة المختصة<sup>٣</sup>.

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 تكبير منكر، ولا زجر زاجر<sup>٤</sup>.

ويقول السمناني في كتابه روضة القضاة مستدلاً على مشروعية الوكالة بالخصومة: وهو عمل جميع الناس في جميع الأمصار<sup>٥</sup>.

<sup>١</sup> وكان يسمى أيضا: وكلاء القاضي، أو وكلاء الحكم.

<sup>٢</sup> أبو بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٧م)، ج ٩، ص ٢٨٧/ ج ١١، ص ٤١؛ وانظر، محمد بن حارث الخشني، قضاة قرطبة (القاهرة: دار الكتب المصرية، د. ط، ١٩٨٩م)، ص ٥٣.

<sup>٣</sup> محمد شفيق العاني، أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي (بغداد: مطبعة الإرشاد، د. ط، ١٩٦٥م)، ص ٥٠.

<sup>٤</sup> محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ٢٠٠٩م)، ج ٩، ص ٤.

<sup>٥</sup> علي بن محمد السمناني، روضة القضاة وطريق النجاة (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ٢، ١٩٨٤م)، ج ١، ص ١٨١.



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.<sup>١</sup>

أما المحاماة فقد عرفت بأهمها: "مهنة علمية فكرية حرة مهمتها التعاون مع القضاة على تحقيق العدالة، والدفاع عن حقوق الموكلين".<sup>٢</sup>

والشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله يعرف المحامي بأنه: "العليم بالقانون الذي يستطيع أن يثبت حق ذي الحق، ويدفع باطل المعتدي، معتمدا في ذلك على علمه بما شرع القانون من حقوق، وما ألزم من واجبات، وما قيد به الحريات، حفظا للجماعة، وتثبيتا للمصالح".<sup>٣</sup>

والدكتور مفلح عواد القضاة، يقول: "المحامون هم طائفة من رجال القانون وأعوان القضاة، الذين اتخذوا مهنة لهم، لتقديم المساعدة القضائية والقانونية لمن يطلبها لقاء أجر".<sup>٤</sup> 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.<sup>٥</sup> وتلك التعاريف التي وردت هي تعاريف متقاربة في مدلولها لمهنة المحاماة.

والوكالة بالخصومة هي المحاماة بلغة العصر عموما؛ لأن وكيل الدعوى في كلا النظامين يمارس عملا مبنيا على قواعد الوكالة، فقواعد وأسس التوكيل بالخصومة لا تختلف كثيرا عن التشريعات الحديثة في مهنة المحاماة؛ إذ على الرغم من وجود أصول كلية وأحكام عامة تبين كيفية ممارسة الوكالة بالخصومة.

<sup>١</sup> فؤاد عبد المنعم أحمد، وآخرون، الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي (الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، د.ط، ١٩٩٢م)، ص ١٢٩؛ إبراهيم بن علي بن فرحون، تبصرة الحكام في أحوال الأفضية ومناهج الأحكام (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٧م)، ج ١، ص ١٥٤.

<sup>٢</sup> قانون تنظيم مهنة المحاماة السوري، رقم ٣٩، في ٢١/٧/١٩٨١م.

<sup>٣</sup> محمد أبو زهرة، الخطابة: أصولها وتاريخها وأزهر عصورها عند العرب (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، ١٩٨٠م)، ص ١٧٥.

<sup>٤</sup> مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن (عمان: دار الثقافة، ط ٢، ٢٠٠٤م)، ص ١٠٧.

<sup>٥</sup> أحمد حسن كرزون، المحاماة: رسالة وأمانة (بيروت: دار ابن حزم، د.ط، ١٩٩٣)، ص ١٢.

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؛ 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 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<sup>٢</sup>. لذلك ينبغي أن لا يسمح لنفسه أن يقتنع بسهولة مجرد أن موكله يدفع له أتعاباً، فالتثبت من ذلك مطلوب من قبل الشارع بقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهْلَةٍ فَتُصِيبُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾ [الحجرات: ٦].

ولذلك فإن على المحامي أن يحفظ للمحاماة قدرها ومترلتها السامية في قلوب الناس باعتبارها ملجأ للمظلوم وسندا للمهضوم، وليست مهنة لكسب الرزق فحسب، ولأجل أن

<sup>١</sup> علاء الدين الطرابلسي، معين الحُكَّام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام (القاهرة: مصطفى الباي الحلبي، د.ط، ١٩٧٣م)، ص ٦٣؛ ابن فرحون، التبصرة، ج ١، ص ١٥٤؛ محمد مصطفى الزحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية (دمشق: دار الفكر، د.ط، ١٩٨٢م)، ص ٧٦.

<sup>٢</sup> يقول السيد رشيد رضا رحمه الله عند تفسير قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ وَتُدْخُلُوا بِهَا إِلَى الْمَكْرِ إِيَّاتِكُمْ قَرِيبًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ١٨٨]، بأن في هذه الآية عبرة لوكلاء الدعاوى الذين يدعون بالهامين، فلا يجوز لمن يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقبل الوكالة في دعوى يعتقد أن صاحبها مبطل، ولا أن يستمر في محاولة إثباتها إذا ظهر له بطلانها أثناء التقاضي، وإنما نراهم يعتمدون على خلافتهم في القول، ولحنهم في الخطاب، وما يذكر إلا أولو الألباب. تفسير المنار، (بيروت: دار المعرفة)، ج ٢، ص ٢٠.

لا يعطي مبررا للساحرين 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<sup>١</sup>، وهو بوق موكله، وغير ذلك مما يصمون به المحامي. إن استقامة المحامي ضمن آداب وضوابط المهنة يضيفي بريقا على المهنة، ويؤكد شرف ونبل هذه الرسالة، ويرد الأقاويل عنها.

لذا فالواجب أن يقف المسلم من صاحب الدعوى المبطل موقف الناصح والمستنكر والناهي عنها<sup>٢</sup>. والرسول ﷺ يقول: «إن الناس إذا رأوا الظالم فلم يأخذوا على يديه، أو شك أن يعمهم الله بعقاب منه»<sup>٣</sup>.

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 دفوعا كيدية، آنذاك عليه أن يتخلى عن وكالته، ولا يتمادى في الدفاع عنه، بشرط أن يشعر الموكل مسبقا بما يكفي من الوقت لتوكيل محام آخر<sup>٤</sup>.

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<sup>٥</sup>. وقد حذر القرآن الكريم تحذيرا شديدا من الدفاع عن المبطلين والخائنين. يقول الله تعالى مخاطبا رسوله الكريم: «وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا» [النساء: ١٠٥]؛ أي لا تكن لأجل

<sup>١</sup> يوحين جيرهات، كنوز الخامة، ترجمة: حسن الجداوي، ومحمد عمر (القاهرة: مكتبة النهضة المصرية، د.ط، ١٩٦٧م)، ص ٦٥.

<sup>٢</sup> كرزون، الخامة: رسالة وأمانة، ص ١٢.

<sup>٣</sup> محمد بن عيسى الترمذي، السنن (بيروت: المكتبة العصرية للطباعة والنشر، د.ط، ٢٠٠٦م)، ج ٤، ص ٤٦٧.

<sup>٤</sup> عمران محمد روسي، موسوعة المحامي العربية (المؤسسة العربية للدراسات والنشر، ١٩٨٣م). 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 دفاعا إلا ما أعتقد أنه شريف يحتمل المناقشة وفقا لقوانين البلاد، ولن أسعى قط لتضليل القاضي، أو الخلفين بأية حيلة، أو بالبيانات الكاذبة، سواء عن القانون أو الوقائع. انظر، جيرهات، كنوز الخامة، ص ١٦٧.

<sup>٥</sup> محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (بيروت: دار الكاتب المصرية، د.ط، ١٩٦٧م)، ج ٦، ص ٣٧٧؛ محمد رشيد رضا، تفسير المنار (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٩م)، ج ٥، ص ٣٩٤؛ أبو حامد عبد الرحيم بن حسين الغزالي، إحياء علوم الدين (القاهرة: طبعة الحلبي، ١٩٣٩م)، ج ٣، ص ١١٩.

الخائنين مخاصما لمن كان بريئا عن الذنب<sup>١</sup>. ويقول تعالى: ﴿ وَلَا تُجَادِلْ عَنِ الَّذِينَ يَخْتَانُونَ أَنفُسَهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَن كَانَ خَوَّانًا أَثِيمًا ﴾ [النساء: ١٠٧].

يقول صاحب الظلال رحمه الله تعالى: "وهذه عقوبة أكبر من كل عقوبة، وهي تلقي إلى جانبها إيماء آخر، فالذين لا يجبههم الله لا يجوز أن يجادل عنهم أحد ولا يحامي عنهم أحد، وقد كرههم الله للإثم والخيانة"<sup>٢</sup>.

يقول تعالى: ﴿ هَتَأْتُمْ هَتُؤُلَاءِ جَدَلْتُمْ عَنْهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا فَمَنْ يُجَادِلْ اللَّهَ عَنْهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَمْ مَنْ يَكُونُ عَلَيْهِمْ وَكِيلًا ﴾ [النساء: ١٠٩].

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<sup>٣</sup>.  
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 وحيدا دون أن يكون له حق الدفاع عن طريق محام خبير بالقانون، قد يتعرف ويكشف عن ظروف لازمت جرمته، وشبهات أحاطت بقضيته، وأعدار ربما تصلح للتخفيف عنه، فيعرض هذه الظروف المخففة لجرمته، إن وجدها ويطالب باستعمال الرأفة التي يكون المحامي مقتنعا بها عن إخلاص بشرط ألا يخالف هذا التخفيف أحكام الشريعة؛ إذ إن الدافع إلى ارتكاب الجريمة أحيانا قد يكون عذرا كالإكراه، فلا توقع العقوبة على مرتكبها، وكما في سقوط حد القطع في المجاعة، بل وفي كل جناية من جنایات الحدود، وقع فيها شبهة، خاصة إذا علمنا أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته وجرمته؟

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

<sup>١</sup> محمد بن عمر فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب: تفسير الفخر الرازي (بيروت: دار الفكر، د.ط، ٢٠٠٢م)، ج ١١، ص ٣٣.

<sup>٢</sup> سيد قطب، في ظلال القرآن (بيروت: دار الشروق، ط ٧، ١٣٩٨هـ)، ج ٢، ص ٧٥٤.

<sup>٣</sup> محمد عزة دروزة، التفسير الحديث (القاهرة: البابي الحلبي، د.ط، ١٩٦٢م)، ج ٩، ص ١٦٠.

المهنة الشريفة أنه لا يصح للمحامي أن يقف إلا إذا كان مؤمناً تمام الإيمان بحق وكيله فيما وكله فيه؛ وإلا كان في عمله تلبيس 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 واضحاً مكشوفاً، 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 موثقاً، غير أنه لا يصح له أن يسلك من الوسائل الموصلة، إلا ما يعتقد كل الاعتقاد أنه حق يؤيده القانون، ومن غير تلبيس ولا تضليل.

أما القضايا الجنائية فإن المحامي يدافع فيها عن المتهم، ولو أن المتهم جان؛ لأن الواجب أحد أمرين؛ "أما نفي الجريمة إن لم تكن الأدلة عليها قائمة بيقين، وفي هذه الحال يكون دفاعه عن بريء بمقتضى القانون، إذا المتهم بريء ما لم يدل الدليل القاطع على جرمته"، فلا شيء في الدفاع حينئذ.

وأما تصوير الحال التي وقعت فيه الجريمة استدرازا للعطف وإثارة للرحمة، وليس المحامي في هذا الحال إلا رسول المتهم يصور حاله، وينطق بجنانته، ويعرضه لمجلس القضاء. وإن نظرة عاجلة إلى المجرمين ترينا أن كل مجرم منهم قد تحيط جرمته أحوال نفسية شاذة ربما تخفف من حدة الجنائية، وتلطف من شدة وقعها، اللهم إلا العتاة القساة الذين يتخذون الإحرام مرتزقا من غير اضطرار، فالمحامي يبين كل ما يصح أن يكون دفاعا، وقد لاحظت القوانين ذلك، فأوجب أن يكون لكل متهم في جنائية 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، ولتقدم في القضية الجنائية، وعلى المحامي في هذه الحال أن يدافع عنه بجرارة، ولينقل وجدانه إلى المحكمة<sup>١</sup>.

لذلك فإن الدفاع عن المذنب جائر 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؛

<sup>١</sup> 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.

<sup>٢</sup> أبو زهرة، الخطابة، ص ١٤٥-١٤٦.

لأن مثل هذا الحكم يجب أن يصدر من محكمة؛ وأما المحامي فإنه في الحقيقة مجرد متحدث بلسان موكله.

وهناك من يرى أن المحامي في تسعين بالمائة من القضايا الجنائية يعرف ما إذا كان موكله مذنباً أو غير 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 واضحاً بجلاء؛ أما في الثلثين الآخرين فتكون الحقيقة فيها تائهة.<sup>١</sup>

أما بشأن الدفاع عمّن أصاب حداً من الحدود؛ فإننا نفهم مما قرره الجمهور مشروعية المحاماة لمن ارتكب حداً من الحدود الشرعية، فقد ذهبوا إلى جواز التوكيل بالخصومة في دفع الحدود من قبل من عليه الحد أو القصاص.<sup>٢</sup>

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 تقتضي بطريق التقابل إجازتها في درئه من باب أولى؛ لأن الحاجة إلى الوكالة في الدرء أمسّ، نظراً لما يعترى الشخص في مقام الاتهام والمحاكمة من عيٍّ 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.<sup>٣</sup>

ومع ذلك فقد ذهب فريق من الفقهاء والباحثين<sup>٤</sup> إلى عدم جواز دفاع المحامي عن متهم في قضايا الحدود، وعدم الجواز هذا مبني عندهم على أن المحامي شفيع، ولا تجوز الشفاعة

<sup>١</sup> جبرهارة، كنوز المحاماة، ص ١٦٧.

<sup>٢</sup> يقول العيني: إذا وكل مطلوب وهو من عليه الحد أو القصاص رجلاً بالجواب عنه في دفع المطالبة عليه، قال أبو حنيفة: يجوز ومعه جمهور العلماء، وقال أبو يوسف: لا يجوز، وقول محمد مضطرب. انظر، بدر الدين محمود بن أحمد عيني، البناية في شرح الهداية (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، ٢٠٠٠م)، ج ٧، ص ٢٦٨؛ ويقول ابن قدامة رحمه الله: "والوكيل يقوم مقام الموكل في درء الحدود بالشبهات"؛ انظر، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقي (بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣ م)، ج ٥، ص ٢٠٦.

<sup>٣</sup> عوض محمد عوض، "حقوق المشتبه فيه في مرحلة التحقيق"، مجلة المسلم المعاصر، العدد ٢٢، ص ٢١.

<sup>٤</sup> منهم: أبو سليم خادم حسين، "المحاماة في الشريعة الإسلامية"، مجلة الأمة، العدد ٣٤.

والتوكيل في الحدود إذا ثبتت، وبلغت الحاكم؛ لأن الحدود حقوق الله، ولا يسمح بالدفاع واختراع الحيل لدفع الحد.

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 تبيين 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 والاجتمع 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 حد 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 مكنتف - أي مضطر - كفقير وجائع، أو أن المال المسروق لم تتوفر 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»<sup>١</sup>.

<sup>١</sup> 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 ٤، ص ٣٣.

وهذا كله من ضمانات القضاء في دولة الإسلام، فهل يمكن أن نقول بعد ذلك أن المحاماة لا تجوز في قضايا الحدود؛ لأنها مجرد شفاعاة، ونترك المتهم بضعفه، لا يبين أمام سلطة الادعاء القوي مع افتراض الخطأ حتى بحسن النية من جانب المدعي.<sup>١</sup>

وبناء على ذلك، فالراجح في المحاماة في قضايا الحدود والقصاص جوازها؛ أما الذي لا يجوز شرعاً فهو الشفاعاة وطلب الرحمة لمقتري الحد بعد ثبوت الحد وصدور الحكم عليه.<sup>٢</sup>

فلا تجوز الشفاعاة بغير حق عند القاضي لكسب القضية لصالح موكله.

قال تعالى: ﴿وَمَنْ يَشْفَعْ شَفَعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِنْهَا﴾ [النساء: ٨٥].

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 يتزع، ومن قال في مؤمن ما ليس فيه أسكنه الله ردغة الخبال (عصارة أهل النار أو عرقهم) حتى يخرج مما قال».<sup>٣</sup>

فالمتهم في جريمة من جرائم الحدود عندما يوكل محامياً يدافع عنه فإنه يأمل من ذلك دفع التهمة، ودرء الحد عنه، والشريعة الإسلامية نذبت 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 لمحاميه بشيء من ذلك، والأدلة التي مجوزته لم تكن كافية لإدانته، جاز للمحامي آنذاك الدفاع عن موكله إن ترجح عنده أنه غير مبطل.

ويبدو لي أيضاً:

في قضايا الدماء هناك حالة جديدة 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.

<sup>١</sup> عبد الله رشوان، "المحاماة في الشريعة الإسلامية"، مجلة الأمة، العدد ٣٨.

<sup>٢</sup> من مقال عبد القادر العماري، مجلة الأمة، العدد ٣٨؛ كرزون، المحاماة رسالة وأمانة، ص ٣٠.

<sup>٣</sup> عبد العظيم بن عبد القوي المنذري، الترغيب والترهيب (الرياض: مكتبة المعارف، ط ١، ٢٠٠٣م)، ج ٣، ص ١٩٨.



وتكليف ذلك، أنّ عفو 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 كلٍّ منهما مباشرة الخصومة بنفسه، فقد يكون أهدى إلى معرفة دعواه وحجته<sup>١</sup>.

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 بجرية التوكيل في الخصومة للطالب المدعي، والمطلوب المدعى عليه<sup>٢</sup>. وفي نطاق التشريعات الحديثة:

فإنه نظراً إلى خطورة الجناية وأهميتها بالنسبة لغيرها من الجرائم فقد طلب القانون ضماناً خاصة، وهي ضرورة حضور محام مع كلٍّ منهم بجناية تنظرها محكمة الجنايات<sup>٣</sup>، موكلًا أو منتدبًا، وذلك تطميناً 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 جنائية هو حق مقرر بمقتضى الدستور والقانون<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> عمر بن عبد العزيز الشهيد، شرح أدب القاضي (إسلام آباد: إدارات تحقيقات إسلامي، ط ١، ١٩٨٧م)، ج ٢، ص ٨٨.  
<sup>٢</sup> سعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (القاهرة: المطبعة الجمالية، ط ١، ١٩٠١م)، ج ٧، ص ٣٤٥؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج ١، ص ١٥٦؛ إبراهيم بن علي أبو إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي (القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، د. ط، د. ت)، ج ١، ص ٣٥٥؛ ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٠٤.  
<sup>٣</sup> رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري (القاهرة: دار الفكر العربي، د. ط، ١٩٧٦م)، ص ٦٣؛ الجناية عند القانونيين هي الجريمة المعاقب عليها بعقوبات: الإعدام، أو الأشغال الشاقة المؤبدة، أو المؤقتة، أو السجن. انظر، مادة ١٠، في قانون العقوبات المصري.  
<sup>٤</sup> ومن ذلك على سبيل المثال ما ذكرته القوانين الجنائية في كلٍّ 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 ١١، ١٤٠٠هـ.

وتندب النيابة العامة محاميا له إذا صدر أمر بإحالته إلى محكمة الجنايات إذا لم يكن المتهم قد وكل محاميا للدفاع عنه<sup>١</sup>.

ويجب على المحامي المنتدب أن يؤدي واجبه عمن يندب للدفاع عنه بالعناية نفسها التي يبذلها إذا كان موكلا<sup>٢</sup>.

فحضور محام في الجلسة لمعاونة المتهم وجوبي نظرا إلى خطورة الجناية وأهميتها بالنسبة لغيرها من الجرائم<sup>٣</sup>، وحفاظا على مصلحة المدعي والمدعى عليه، وهذا الحق مقرر في الدستور والقانون، فقد نصت المادة ٦٧/٢ من الدستور المصري لسنة ١٩٧١م، على أن: "كل متهم في جناية يجب أن يكون له محام يدافع عنه"<sup>٤</sup>.

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 أهدي إلى معرفة دعواه وحجته"<sup>٥</sup>.

وقد وجهت انتقادات إلى هذه الإجراءات الملزمة في التشريعات الوضعية من قبل بعض الفقهاء المعاصرين؛ لأن الخصم قد يستطيع الدفاع عن نفسه، فما الداعي لاشتراط وجود المحامي للمرافعة أمام محكمة 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

<sup>١</sup> نصت المادة ٦٧/٣ من الدستور المصري لسنة ١٩٧١م، على أن: "كل متهم في جناية يجب أن يكون له محام يدافع عنه". انظر، اعتراف المتهم فقها وقضاء، مرجع سابق، ص ١٥٩.

<sup>٢</sup> المرجع السابق، ص ١٦١.

<sup>٣</sup> عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، ص ٦٣.

<sup>٤</sup> المستشار عدلي خليل، استجواب المتهم فقها وقضاء (القاهرة: المكتبة القانونية، ١٩٨٦م)، ص ١٨٠.

<sup>٥</sup> عبد الرحمن إبراهيم الحميضي، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة (مكة: جامعة أم القرى، مركز بحوث الدراسات الإسلامية، د. ط، ١٩٨٩م)، ص ٤٦٨.

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 استيعابا 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".<sup>١</sup>

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.

**ثالثا:** 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

<sup>١</sup> معروف عبد الله، "حق المتهم في المعونة القانونية"، مجلة القانون المقارن، العدد ١١، ١٩٨٠م، ص ١٤٠.

لأخيه المسلم والمحافظة على سمعته وسره واجب شرعي، لذا لا يحل له أن يفضح أسرار موكله. والرسول ﷺ يقول: "ومن ستر على مسلم في الدنيا ستر الله عليه في الدنيا والآخرة".<sup>١</sup>

### وفي مجال التشريعات الحديثة:

نجد أن القانون يعفي من أو تمن على سر بسبب مهنته من الإدلاء بالشهادة عنه دون أن يعد فعله جريمة امتناع عن الشهادة.<sup>٢</sup>

وكذلك فإن كفالة حق الدفاع توجب أن تمتد الحصانة إلى الأوراق التي يسلمها المتهم للمحامي، والمراسلات المتبادلة بينهما، وأيضاً فإن القانون قد أسغح 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.<sup>٣</sup>

فالمحامي في هذه الحالة ملزم شرعاً بتقديم النصح لموكله وتخفيفه 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<sup>٤</sup>، أو توكيل من عرف باللدود والشغب في الخصومة؛ لأنه إذا اقترن القصد الضار بالفعل المباح؛ فإن المباح ينقلب محرماً.

<sup>١</sup> الترمذي، السنن، ج ٤، ص ٣٢٦.

<sup>٢</sup> ففي القانون المصري على سبيل المثال، نص قانون الإثبات على أنه لا يجوز لمن علم من 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 مقصوداً به منع ارتكاب جناية أو جنحة. انظر، حسن صادق المرصفاوي، ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية (القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية د. ط، ١٩٧٢م)، ص ١٣٥.

<sup>٣</sup> موسوعة المحامي العربية، رقم ٥ و ٣٥؛ المرصفاوي، ضمانات المحاكمة، ص ١٣٦؛ وانظر، كرزون، المحاماة رسالة وأمانة، ص ٦٤؛ محمد عبد الغني المصري، أخلاقيات المهنة (عمان: مكتبة الرسالة الحديثة، د. ط، ١٩٨٦م)، ص ٣٥٥.

<sup>٤</sup> يقول الخطاب: "لا يباح لأحد توكيل عدو خصمه على الخصام ولا عدو الخصام على خصمه، لأن الضرر في الوجهين بين"؛ عبد الرحمن المغربي الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (بيروت: دار الفكر، ط ٣، ١٩٩٢م)، ج ٥، ص ٢٠٠؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج ١، ص ١٢٤.

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 كَسَبُوا فَقَدْ أَحْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴾ [الأحزاب: ٥٨].

**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".<sup>١</sup>

وعدّ المخاصمة الفاجرة من علامات النفاق<sup>٢</sup>، والمراد بها هنا الشتم والرمي بالأشياء القبيحة والبهتان<sup>٣</sup>، ومع ذلك فإن الشرع أباح قول السوء ضمن حدود، في حالة تذكير الظالم بسوء موقفه، أو الدعاء عليه، قال تعالى: ﴿لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعًا عَلِيمًا﴾ [النساء: ١٤٨].

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، والرسول ﷺ يقول: «إن لصاحب الحق مقالاً»<sup>٤</sup>، 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<sup>٥</sup>، وكما أن «لي الواحد يحل عرضه وعقوبته»<sup>٦</sup>، ومعنى عرضه: شكايته.

<sup>١</sup> الترمذي، السنن، ج ٤، ص ٣٥٦.

<sup>٢</sup> "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 ٣، ١٩٨٧ م)، ج ٢، ص ٦٩.

<sup>٣</sup> أحمد بن محمد القسطلاني، إرشاد الساري شرح صحيح البخاري (بيروت: دار الفكر، د. ط، ١٩٩٠ م)، ج ٤، ص ٢٦٣.

<sup>٤</sup> البخاري، الصحيح البخاري، ج ٣، ص ١٣٠.

<sup>٥</sup> المصدر السابق، ج ٣، ص ١٣٠.

<sup>٦</sup> محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، السنن (المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، د. ط، ٢٠٠٦ م)، ج ٢، ص ٨١١، رقم الحديث ٢٤٢٧.

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".<sup>١</sup> 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 وإفصاح المجال أمام المتخاصمين لممارسة حقهم في الدفاع، فقد أباحت بعض الجهات القضائية بعض العبارات والأقوال التي تحوي سبا وقذفا في شخصية الخصم وكرامته وذلك ضمن ضوابط وقيود؛ حتى لا تقيد حرية 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 أبدت والغرض منها.<sup>٢</sup>

ومن المبادئ الأساسية لضمان حق الدفاع للمتهم أو محاميه هي إعطاؤه الحرية للدفاع بكافة الصور، وتأكيدا لذلك فقد وضع القانون المسؤولية الجنائية عن المتهم ومحاميه عما يقع منهم من عبارات القذف أو السب<sup>٣</sup>، سواء أكان ذلك أمام المحكمة أم أمام سلطة التحقيق أم في محاضر الشرطة، وذلك إذا كانت هذه العبارات متصلة بموضوع الخصومة والتي تقتضيها

<sup>١</sup> أبو الحسين مسلم بن الحجاج، الصحيح (بيروت: دار الجيل، د.ط، د.ت)، ج ١، ص ١٢٣، رقم الحديث ٢٢٣. يقول النووي رحمه الله: "فإن قلت لا بد للإنسان من الخصومة لاستيفاء حقوقه، فالجواب: ما أحاب به الغزالي: إن الدم إنما هو لمن خصم بباطل، أو بغير علم، كوكيل القاضي، فإنه يتوكل قبل أن يعرف أن الحق في أي جانب، ويدخل في الدم من طلب حقا، لكنه لا يقتصر على قدر الحاجة، بل يظهر اللدد والكذب للإيذاء، أو التسليط على خصمه، وكذلك من يحملة على الخصومة محض العناد لقهر الخصم وكسره، وكذلك من يخلط الخصومة بكلمات تؤذي وليس له إليها ضرورة في التوصل إلى غرضه، فهذا هو المذموم، بخلاف المظلوم الذي ينصر حخته بطريق الشرع من غير لدد وإسراف وزيادة لجأ 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 ١، ٢٠٠٣م)، ص ٣٣٠.

<sup>٢</sup> موسوعة المحامي العربية، رقم ١٥؛ المرصفاوي، ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية، ص ١٤٣؛ المصري، أخلاقيات المهنة، ص ٣٤٥؛ وانظر، المادة ٦٩ من قانون المحاماة المصرية، رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣م؛ استجواب المتهم فقها وقضاء، مرجع سابق، ص ١٩٣.

<sup>٣</sup> ومعنى القذف في القانون هو نسبة أمر إلى شخص بطريق من طرق العلانية مُعاقب عليه، أو موجب للاحتقار، والمراد بالسب: كل إصااق لعيب، أو تعبير يحط من قدر الشخص نفسه، أو يخلد سمعته وشرفه واعتباره لدى الغير، انظر، اعتراف المتهم فقها وقضاء، مرجع سابق، ص ١٦٩.

ضرورات الدفاع، ومهما كانت وسائل التعبير، سواء أكانت كلاماً، أم رسماً، أم صورة، أم إشارة بالإصبع، أم إيماء بالرأس.

أما إذا كانت هذه العبارات الخادشة أو الجارحة خارجة عن نطاق الخصومة، ولا تقتضيها ضرورات الدفاع؛ فإن المتهم أو محاميه يخضع للمسؤولية المدنية، أو المحاكم التأديبية فقط. وبناء على حرية المحامي في الدفاع عن موكله، فللمحامي أن يسلك الطريقة التي يراها ناجحة طبقاً لأصول المهنة في الدفاع، ولا يكون مسؤولاً عما يورده في مرافعته الشفوية أو في مذكراته المكتوبة مما يستلزمه حق الدفاع، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام قانون الإجراءات الجنائية، وقانون المرافعات المدنية والتجارية.<sup>١</sup>

سادساً: ذهب فريق من المعاصرين<sup>٢</sup> 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"<sup>٣</sup>. ولأن الصحابة ومن بعدهم وكلوا رجلاً، ولم يعرف عن أحد منهم أنه وكل امرأة، ولو لمرة واحدة قط<sup>٤</sup>. وبالتالي فلا يجوز لها أن تمارس مهنة المحاماة سدا 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:

<sup>١</sup> المرجع السابق، ص ١٧٠ وما بعدها.

<sup>٢</sup> منهم: مشهور حسن سلمان، **الحاماة وتاريخها في النظم وموقف الشريعة الإسلامية منها** (عمان: دار الفيحاء، د.ط، ١٩٨٧م)، ص ١٩٨ وما بعدها.

<sup>٣</sup> أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، **جامع البيان عن تأويل القرآن** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ٢، ١٩٩٩م)، ج ١٢، ص ١٨٤؛ عبد الرحمن بن علي بن الجوزي، **زاد المسير في علم التفسير** (بيروت: المكتب الإسلامي، ط ١، ٢٠٠٢م)، ج ٧، ص ٣٠٦.

<sup>٤</sup> سلمان، **الحاماة وتاريخها في النظم**، ص ٢٠٢.

ومن عرض أقوال المفسرين في قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِيَنَّ إِذَا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١]، وما رجحناه من أقوالهم في "إلا ما ظهر منها"، وأنه هو الوجه والكفان، يترجح قول الجمهور وهو أن وجه المرأة وكفيها ليسا بعورة، وبالتالي يجوز كشفهما وإبداؤهما.<sup>١</sup> 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: ١٥]، وقال تعالى: ﴿زَيْنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ وَالْقَنَاطِيرِ الْمُقَنْطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ﴾ [آل عمران: ١٤].

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 حرّمها 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 بخلقها- مثيرات الفتنة بيانا شاملا كاملا، وقرر مع بيانها مجموعة من الآداب. فالذي حرّمه الشارع أمور تصاحب حضور المرأة وتعاملها مع الرجال، مما هي من مثيرات الفتنة، ولم يعد كشف الوجه من تلك المثيرات المحظورة.

وفتنة النساء كانت قائمة في العهد النبوي، بدليل قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ [النور: ٣٠]، وقوله تعالى: ﴿يَعْلَمُ حَايَةَ الْأَعْيُنِ﴾ [غافر: ١٩]. وقد وردت أحاديث كثيرة تفيد وقوع بعض الصحابة في النظر المحظور، ومنها حديث الخثعمية، فعندما أرسل الفضل بن العباس نظره إلى امرأة وضئته في حضرته ﷺ، حول الرسول الكريم نظر الفضل،

<sup>١</sup> 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 ١٩.



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.<sup>١</sup>

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 مَتَعًا فَسَأَلُوهُنَّ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ﴾ [الأحزاب: ٥٣]، وكن يجبن عن الأسئلة الموجهة إليهن، سواء عن طريق الإفتاء والمشاورة، أم رواية الأحاديث لمن يريد أن يتحملها عنهن.

والمرأة المسلمة في عصر النبوة كانت تسأل النبي ﷺ في حضرة الرجال، ولم تجد في ذلك حرجا ولا منعا من النبي ﷺ. فكم من نساء سألن وتحدثن في مجلس النبي ﷺ، وقد صدر أمر إلهي بامتحان المؤمنات المهاجرات، وكان عمر يتولى ذلك الامتحان، فهل قال أحد: إن صوت المرأة حين تسأل 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 قَلْبِهِ مَرَضٌ﴾ [الأحزاب: ٣٢]. 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<sup>٢</sup>. وقد وردت مئات النصوص في صحيح البخاري ومسلم تؤكد مشاركة المرأة في مجالات الحياة بخصوص الرجال ضمن آداب الإسلام وضوابطه.

إذ إن الصحابييات 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.

<sup>١</sup> أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، السنن (بيروت: مكتب المطبوعات الإسلامية، ط٢، ١٤٠٦هـ)، كتاب الإمامة، الحديث رقم ٨٣٨.

<sup>٢</sup> الموسوعة الفقهية (الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٩٩٨م)، ج٤، ص٩٠.

وقد استدلووا 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"<sup>١</sup>. وكذلك استدلووا بقول ابن كثير: "المرأة ناقصة.... وإذا خاصمت فلا عبارة لها، بل هي عاجزة عيية".

### 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 عن الحياة، وحصرتها بين الجدران، كل ذلك أدى إلى أن يقل صواب رأيها، فحكمهم هذا هو فرع عن تصورهم لواقع المرأة آنذاك. ولذلك فلا غرابة في حكم قتادة وابن كثير وغيرهم على قلة صواب المرأة، فهذه الآراء جاءت مطابقة لغالب الأحوال وأعمها آنذاك في عالم المرأة.

والصواب عند المرأة يمكن زيادة احتمالاته بالتربية والتوجيه والاكتساب، 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.<sup>٢</sup>

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، فيجانب 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،

<sup>١</sup> الطبري، جامع البيان في تفسير القرآن، ج ٢٥، ص ٣٥؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ١٦، ص ٧٢.

<sup>٢</sup> عارف علي عارف، تولي المرأة منصب القضاء بين تراثنا الفقهي والواقع المعاصر (كوالالمبور: دار التجديد، د.ط، ١٩٩٩م)، ص ٤٧-٤٨.

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.

هذا وقد أفتى فضيلة الشيخ عبد المنصف عبد الفتاح بجواز عمل المرأة في مهنة المحاماة، وأن الإسلام احترام حرية الرأي للمرأة، وجعل لها حق الدفاع عن نفسها، أو عن غيرها إذا اقتضى الحال إلى ذلك سبيلا، فلا حرج على المرأة أن تقوم بمهمة الدفاع كما ترى أنه حق<sup>١</sup>. يقول الإمام السرخسي رحمه الله: "وإذا وكلت امرأة رجلا أو رجلا امرأة، فذلك كله جائز، لعموم الحاجة إلى الوكالة في حق هؤلاء"<sup>٢</sup>.

وقد عقب ظافر القاسمي رحمه الله على هذه العبارة مؤكداً الجواز: "وبهذا فتحت الشريعة الإسلامية أبواب المحاماة أمام المرأة قبل أكثر من ألف عام"<sup>٣</sup>.

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 والعفو 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: ١٠]، ويقول: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ﴾ [الأنفال: ١].

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 المحاماة شرفها، وينال المحامي مجده<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> جريدة المسلمون، العدد العشرون، نقلًا عن: سلمان، المحاماة وتاريخها في النظم، ص ١٩٨ وما بعدها.

<sup>٢</sup> السرخسي، المبسوط، ج ٨، ص ١٩.

<sup>٣</sup> ظافر القاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي (عمان: دار النفائس، د. ط، ١٩٨٣م)، ص ٣٨٦.

<sup>٤</sup> أبو زهرة، الخطابة، ص ١٧٦.

وهناك من يقول بأن المحامي لا ينجح في حياته العملية؛ إلا إذا نبذ التمسك بالصدق. ويستشهد القائلون بهذا ببعض المحامين الذين يعتمدون على التضليل والاحتيال ومع ذلك فهم مفلحون؛ أما الصادقون منهم فإنهم يبقون في المؤخرة دائماً، 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 صادقاً والآخر غير صادق، وكان القضاة مستوفين حقوق العلم والعدالة، فالراجح أن المحامي الصادق يفلح أكثر من المحامي المضلل المحتال.<sup>١</sup>

لذلك يجب على المحامي أن يتعد عن أية حيلة ليكسب موكله ما لا حق له فيه، أو عرقلة وصول الحق إلى صاحبه، فالمحامي المتحاييل 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 بأذن الحيل»<sup>٢</sup>.

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 يجذر 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 تُكعُّ فيه الرجال، وتنسف فيه الجبال، وترادف فيه الأهوال، وتشهد فيه الجوارح والأوصال، وتبلى فيه السرائر، وتظهر فيه الضمائر، ويصير الباطن فيه

<sup>١</sup> مجلة المقتطف، الجزء الأول من المجلد الحادي والستين، شوال سنة ١٩٢٢م؛ انظر، سلمان، المحاماة وتاريخها في النظم، ص ١١٧.

<sup>٢</sup> أخرجه ابن بطة بسنده عن أبي هريرة مرفوعاً، كما ذكره ابن كثير في تفسيره، وقال: هذا إسناد جيد، ١/١٠٨، ٢/٢٥٨، دار الفكر، بيروت، ١٤٠١هـ. 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 ٢، ١٤١٥هـ)، ج ٩، ص ٢٤٤.

ظاهراً، والسر علانية، والمستور مكشوفاً، ويحصل ويبدو ما في الصدور، كما يعثر ويخرج ما في القبور، وتجري أحكام الرب تعالى هناك على القصد والنيات، كما جرت أحكامه في هذه الدار على ظواهر الأقوال والحركات، يوم تبيض وجوه بما في قلوب أصحابها من النصيحة لله ورسوله وكتابه، وما فيها من البر والصدق والإخلاص للكبير المتعال، وتسود بما في قلوب أصحابها من الخديعة والغش والكذب والمكر والاحتيال، هنالك يعلم المخادعون أنهم لأنفسهم كانوا يخدعون، وبدينهم كانوا يلعبون، وما يمحرون إلا بأنفسهم وما يشعرون".<sup>١</sup>

**ثامناً:** ومن ضوابط ممارسة مهنة المحاماة أيضاً: حرمة التوكيل في المطالبة بحقوق أسقط الشرع مشروعيتها؛ ولكن أبحاثها القوانين الوضعية. فالمطالبة باستحقاقات الموكل في دعاوى الربوية محرمة، لحرمة الربا، والمطالبة بدعاوى الإرث المستحقة بما يخالف قواعد التقسيم الشرعي له، أو المطالبة بمعاقبة الزوج بسبب تعدد زوجاته، كل ذلك يدخل التوكيل فيها في دائرة المحرمات.

**تاسعاً:** ومن الشروط التي يجب توافرها في 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 بمرتلة 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.<sup>٢</sup>

**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.<sup>٣</sup>

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.

<sup>١</sup> ابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين (بيروت: دار الجيل، د.ط، ١٩٧٣م)، ج ٣، ص ١٦٣.

<sup>٢</sup> السرخسي، المبسوط، ج ١٩، ص ٢٨.

<sup>٣</sup> علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح النخبة (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٩٩١م)، ج ١، ص ٢٠؛ محمد بن يوسف الكافي، أحكام الأحكام على تحفة الأحكام (القاهرة: دار الفكر، د.ط، ١٩٩٠م)، ص ٦٣.

ومنع الشيعة الإمامية توكيل المسلم للذمي؛ لأن فيه إثبات السبيل للكافر على المسلم المنفي بالآية: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» [النساء: ١٤١].<sup>١</sup>

وقد أفق الشيخ أحمد هريدي بجواز توكيل المسلم أو الذمي غير المسلم في الخصومة، لذلك جاز توكيل المحامي المدني غير المسلم في الدفاع في القضايا والأحكام الشرعية، وقيامه مقام المحامي الشرعي.<sup>٢</sup>

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.<sup>٣</sup>

### خلاصة:

أهم النتائج التي توصلت إليها، هي على النحو الآتي:

١. لا يجوز للمحامي الدفاع عن مبطل، إذا تيقن من بطلان دعواه، بل يقف منه موقف الناصح والمستنكر؛ أما إذا لم يتبين الحق من الباطل، والتبس عليه الأمر، جاز له الدفاع عن المتهم بما يراه حقاً.
٢. يجوز المحاماة في قضايا الحدود والقصاص لدرء الحدود بالشبهات والأعداء؛ أما الذي لا يجوز شرعاً فهو الشفاعة وطلب الرحمة بعد ثبوت الحد، وصدور الأحكام عليه.
٣. 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.
٤. جواز ممارسة المرأة لمهنة المحاماة كالرجل تماماً ضمن الآداب والضوابط الشرعية في التعامل بين الجنسين.
٥. حرمة التوكيل في المطالبة بحقوق أسقط الشرع مشروعيتها وإن أبحاثها القوانين الوضعية.

<sup>١</sup> جعفر بن الحسن محقق الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام (قم: مؤسسة مطبوعة إسماعيلين، ط٢، ١٩٨٧م)، ج٢، ص١٩٩.

<sup>٢</sup> أحمد هريدي، الفتاوى الإسلامية (القاهرة: دار الإفتاء المصرية، د.ط، د.ت)، ج٦، ص٢٢٧٩.

<sup>٣</sup> انظر، سلمان، المحاماة وتاريخها في النظم، ص ٩٢ وما بعدها.

٦. المحاماة أمانة في عنق المحامي، لذلك لا يجوز إفشاء أسرار الدعوى؛ أما نية الموكل المعلنة في ارتكاب جريمة فلا تدخل في الأسرار.
٧. لا يجوز أن تكون نية المحامي أو الموكل قصد الإساءة إلى الخصم والانتقام منه، أو تسويق الدعوى للإضرار بالطرف الآخر.
٨. ليس للقاضي إلزام أحد الخصمين بتوكيل محام عنه؛ أما في القضايا الجنائية — لخطورتها وجهل الناس عموماً بالقوانين وتعقيداتها — فلا مانع شرعاً من إلزام المتهم بتوكيل محام عنه (وذلك من باب السياسة الشرعية، إذا رأى ولي الأمر ذلك)، فإن تعذر عليه ذلك فإن النيابة العامة تندب عنه محامياً.



الفصل الخامس

**الصوت والصورة**

**ومدى الاعتداد بهما في الإثبات الجنائي\***

\* أصل المقال بحث نشر في: مجلة التجديد، السنة الثامنة، العدد السادس عشر، رجب

١٤٢٥هـ/أغسطس ٢٠٠٤م، ص ٧٣-١١٢.







## الفصل الخامس

# الصوت والصورة

### ومدى الاعتداد بهما في الإثبات الجنائي

#### 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 ليقدّموا 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 مراعاة المصالح والحاجات. مع مراعاة ضوابط هذا التجديد<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> جمال الدين عطية، تجديد الفقه الإسلامي (بيروت: دار الفكر المعاصر، د.ط، ٢٠٠٠م)، ص ١٥٥، ١٩٦، ٢٣٢.

ولذلك لن يقف هذا الفقه المرن متخلفاً عما يدور ويجري في العالم، وخاصة أن علم الإثبات الجنائي هو من العلوم التي ليست بممناً 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 رسوله 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 سُبْحَانَهُ أعلم وأحكم وأعدل أن يخص 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، فأى طريق استخراج به العدل والقسط فهو من الدين وليست مخالفة له".<sup>١</sup>

هذا وسوف نعرض في هذا البحث حجج المانع من الاعتداد بالتسجيل الصوتي، والتصوير الضوئي، وشريط الفيديو، وكذلك التنصت على المكالمات التلفونية، في مجال الإثبات الجنائي والمخبرين 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.

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 حرمان الناس وحقوقهم وأمنهم.<sup>٢</sup>

وأيضاً من أصول الشريعة الإسلامية أن الغاية لا تبرر الوسيلة، وإنما الذي يتفق مع أصولها أن تتكافأ الوسائل مع المقاصد في مشروعيتها.

<sup>١</sup> محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (بيروت: دار الفكر، د. ط، ٢٠٠٥م)، ص ١٨.

<sup>٢</sup> عوض محمد عوض، "حقوق المشتبه في مرحلة التحقيق"، مجلة المسلم المعاصر، العدد ٢٢، ١٩٨٠م، ص ١٣، ٢٣.

إن التهمة إذا توجهت إلى شخص ما، واشتبه في أمره ووجدت أمارات قوية ودلائل كافية على ارتكابه جريمة ما، فما تأثير هذا الاتهام والاشتباه في الحد من حقوق الشخص وحياته لأجل مصلحة المجموع.

هناك أصلان متعارضان يحكمان هذه المسألة، ومصلحتان متنازعتان وكل منهما جدير بالرعاية، وهما: مصلحة الفرد ومصلحة 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 ثابتا في الماضي باقيا في الحال حتى يقوم دليل على تغيره.<sup>١</sup> ومقتضى هذه القرينة ألا تُمس حقوق الإنسان، ولا تقيّد حريته قبل أن تقوم الأدلة على انتفاء براءته.

والاتهام وحده لا ينفي تلك القرينة، لأنه لا يخلو من الشك بطبيعته، والشك لا يحو اليقين، والبراءة الأصلية حقيقية متيقنة.

### أما الأصل الثاني:

فيتعلق بتحقيق مصلحة المجتمع في نشر العدالة وكشف الحقيقة. وهنا ومن -باب الضرورة- يخرق 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.

<sup>١</sup> محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (القاهرة: دار الفكر العربي، د. ط، ٢٠٠٦م)، ص ٢٣٣؛ محمد عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه (القاهرة: دار الحديث، د. ط، ٢٠٠٣م)، ص ٩١؛ عبد الفتاح محمد أبو العينين، القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي مع المقارنة بقانون الإثبات اليمني (القاهرة: مطبعة الأمانة، ١٩٨٣م)، ص ٧٧.

ولما كان الأمر متعلقاً بتحقيق العدالة وهي من أسس الحياة الاجتماعية فلا مناص من النزول على حكم الضرورة - كما ذكرنا - للكشف عن الحقيقة. ومن القواعد المجمع عليها في الفقه الإسلامي - بل على مستوى الفكر الإنساني - أن الضرورات تبيح 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. 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.<sup>١</sup>

ولقد اختلف المعاصرون في مدى شرعية التسجيل الصوتي والتصوير الضوئي، والاعتداد بهما في الإثبات الجنائي؟

لقد انقسم العلماء في ذلك إلى فريقين:

#### الفريق الأول:

يرى عدم الاعتداد بهذه القرائن المستجدة في القضاء، ولا يجوز اعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات الشرعي. وقد احتجوا بما يأتي:

#### الدليل الأول:

إن التسجيل الصوتي والتنصت على المكالمات التلفونية، وكذلك التصوير بالأجهزة خلسة، كل ذلك يعد اعتداء على الناس وكشفاً لأسرارهم وعوراتهم، وإطلاعا على ما يحرصون على إخفائه.

ويدخل جميع ذلك في باب التجسس واستراق السمع، وهو مما نهى الله عنه. قال

تعالى: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾ [الحجرات: ١٢].

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.

<sup>١</sup> "حقوق المشتبه فيه"، مرجع سابق، ص ١٤.

فالتجسس معناه طلب الأمارات المعرفة، ولا رخصة في طلبها؛ لأننا أمرنا أن نجري أحكام الناس على الظواهر من غير استكشاف عن الأمور الباطنة.<sup>١</sup>  
 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: ٧٠].  
 والحقوق التي يحميها الإسلام عديدة، وأهمها حق الحياة وسلامة البدن والعرض والحرية الشخصية وحرمة المال والحياة الخاصة بوجه عام، وكفالة هذه الحقوق هي من صميم الشرع، والدولة مسئولة عن حمايتها بحكم كونها القائمة على تطبيق هذا الشرع.  
 فصيانة حرمان الإنسان من مقتضيات التكريم الإلهي للإنسان، والآيات القرآنية والأحاديث النبوية في هذا الخصوص عديدة.

قال تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَىٰ أَهْلِهَا ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾<sup>٢</sup> فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّىٰ يُؤْذَنَ لَكُمْ وَإِنْ قِيلَ لَكُمْ آرْجِعُوا فَآرْجِعُوا هُوَ أَزْكَىٰ لَكُمْ﴾ [النور: ٢٧-٢٨]. وقال تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا آجِنُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا﴾ [الحجرات: ١٢].

وقال ﷺ: «كل مسلم على المسلم حرام ماله ودمه وعرضه».<sup>٣</sup> وقال ﷺ: «إن الأمير إذا ابتغى الريبة في الناس أفسدهم».<sup>٤</sup>

وقيل لابن مسعود رضي الله عنه: هذا الوليد بن عقبة تقطر لحيته خمراً، فقال: إنا نهينا عن التجسس، ولكن إن يظهر لنا منه شيء نأخذ به.<sup>٥</sup>

<sup>١</sup> أبو حامد عبد الرحيم بن حسين الغزالي، إحياء علوم الدين (القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، ١٩٣٩م)، ج ٢، ص ٤١٥؛ محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (بيروت: دار الكاتب المصرية، د.ط، ١٩٦٧م)، ج ١٦، ص ٣٣٣.

<sup>٢</sup> سليمان أبو داود السجستاني، السنن (دار الجيل للنشر والطباعة، د.ط، ١٩٩٢م)، كتاب الأدب، باب في الغيبة، ج ٤، ص ٢٧٠، رقم ٤٨٨٢.

<sup>٣</sup> محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين (بيروت: دار المعرفة، ط ١، ١٩٩٨م)، ج ٤، ص ٤١٩، رقم ٨١٣٧؛ أبو داود، السنن، ج ٤، ص ٢٧٢، رقم ٤٨٨٩، باب النهي عن التجسس، كتاب الأدب.

<sup>٤</sup> عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٩٩٤م)، ج ٥، ص ٣٢٧، رقم ٢٦٥٦٨؛ عبد الرزاق الصنعاني، المصنف (بيروت: منشورات المجلس العلمي، د.ط، ١٩٧٠م)، ج ١٠، ص ٢٣٢؛ محمد بن

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 نمأك الله عن التجسس، فخرج عمر وتركه.<sup>١</sup>

ويروى عن عبد الرحمن بن عوف، قال: حرس 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 تَجَسَّسُوا﴾ [الحجرات: ١٢]، وقد تجسسنا، فانصرف عمر وتركهم.<sup>٢</sup>

لذلك فإن من توجيهات الإسلام المحافظة على عورات الناس وسترها.

يقول الرسول ﷺ: «من ستر عورة مؤمن فكأنما استحيا مؤودة من قبرها».<sup>٣</sup>

وقد أكد الرسول ﷺ على أنه لا يجوز إلحاق الضرر بالمسلمين أحادهم وجماعاتهم بقوله: «لا ضرر ولا ضرار».<sup>٤</sup>

ومن وصايا الرسول ﷺ في المحافظة على عورات الناس وسترها أنه قال: «إنك إن تتبعت عورات الناس أفسدتهم، أو كدت تفسدهم».<sup>٥</sup>

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؟"

عبد الله الحاكم، المستدرک علی الصحیحین (بیروت: دار المعرفة، ط١، ١٩٩٨م)، ج٤، ص٤١٨ رقم ٨١٣٥، وقال: "هذا حديث صحيح الإسناد".

<sup>١</sup> عبد الرزاق، المصنف، ج٩، ص٢٤٣/ج١٠، ص٢٣٢؛ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق: علي محمد الجاوي (بيروت: دار الجليل، ط١، ١٩٩٢م)، ج٧، ص٣٦١؛ ابن أبي شيبة، المصنف، ج٦، ص٥٥٠، رقم ٣٣٧٤٦.

<sup>٢</sup> عبد الرزاق، المصنف، ج١٠، ص٢٣١؛ ابن حجر، الإصابة، ج٢، ص٥٢١.

<sup>٣</sup> أبو داود، السنن، ج٢، ص٥٧١؛ أحمد بن حسين البيهقي، السنن الكبرى (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٩٩م)، ج٨، ص٣٣٣؛ علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٨٨م)، ج٦، ص٢٧٤.

<sup>٤</sup> محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، السنن (المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، ٢٠٠٦م)، رقم (٢٣٤١)، ج٢، ص٧٨٤؛ أحمد بن حنبل، المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٩٩٩م/١٤٢٠هـ)، ج١، ص٣١٣.

<sup>٥</sup> أبو داود، السنن، ج٢، ص٥٧٠؛ البيهقي، السنن، ١٣٥٦هـ، ج٨، ص٣٣٣.

فقالوا: يا أمير المؤمنين قد نهك الله عن التجسس فتجسست، ونهك عن الدخول بغير إذن فدخلت، فقال عمر: هاتان بهاتين وانصرف<sup>١</sup>.

يقول الألويسي رحمه الله: - في آية الحجرات - نهى الله عن التجسس نهيا عاما، لأن الخطاب للجميع، وقد عد الاستماع إلى حديث القوم وهم له كارهون من التجسس، وهو حرام<sup>٢</sup>. والرسول ﷺ يقول: «من استمع إلى حديث قوم صب في أذنه الآنك»<sup>٣</sup>. 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 بجرمة 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 إضرارا بالمرسل والمرسل إليه، والمتكلم والسامع.

<sup>١</sup> علي بن محمد الماوردي، الأحكام السلطانية (القاهرة: دار الحديث، ط ٢، ٢٠٠٦م)، ص ٣٥٣. ويقول القرطبي - في قوله تعالى: "ولا تجسسوا" - خذوا ما ظهر، ولا تتبعوا عورات المسلمين، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ١٦، ص ٣٣٣.

<sup>٢</sup> شهاب الدين محمود الألويسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني (المطبعة المنيرية، د. ط، ١٣٤٥هـ)، ج ٢٦، ص ١٥٦.

<sup>٣</sup> عبد العظيم بن عبد القوي المنذري، الترغيب والترهيب (الرياض: مكتبة المعارف، ط ١، ٢٠٠٣م)، ج ٢، ص ٦٩٢؛ محمد بن إسماعيل البخاري، الأدب المفرد (القاهرة: مؤسسة المختار، ط ١، ٢٠٠٩م)، ص ٣٩٧، حديث رقم ١١٥٩؛ أبو داود، السنن، كتاب السنة، باب ما جاء في الرؤيا، ج ٤، ص ٣٠٦، رقم ٥٠٢٤؛ محمد بن عيسى الترمذي، السنن (المكتبة العصرية للطباعة والنشر، ٢٠٠٦م)، كتاب اللباس، باب ما جاء في المصورين، ج ٤، ص ٢٣١ رقم ١٧٥١، وقال: حديث حسن صحيح.



والضرر المترتب على الإخلال بحق ثابت للغير بالعقد والشرع مسئولية يعاقب عليها الشرع حيث وجد الضرر وحيث وجد الإخلال بالعقد.<sup>١</sup>

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 المحرم، وارتكاب المحظورات.

لذلك يجوز في حالات الضرورة - والضرورة تقدر بقدرها - التنصت على أسرار الناس في حالة وجود الأمارات الدالة على ارتكاب الجريمة. كما يقول الألوسي رحمه الله.<sup>٢</sup>

ويقول أبو حامد الغزالي: "فلا يجوز أن يسترق السمع على دار غيره ليسمع صوت الأوتار، ولا يستنشق ليدرك رائحة الخمر، ولا أن يمسه 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 فلاناً 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".<sup>٣</sup>

ويقول ابن الجوزي فيما ينقله المقدسي<sup>٤</sup>: "لا ينبغي له أن يسترق السمع 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".

<sup>١</sup> محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة (القاهرة: دار الشروق، ط ٥، ١٩٩٧م)، ص ٤١٢؛ محمد ركان الدغمي، حماية الحياة الخاصة في الشريعة الإسلامية (القاهرة: دار السلام، د. ط، ١٩٨٥م)، ص ١١٦.

<sup>٢</sup> الألوسي، روح المعاني، ج ٢٦، ص ١٥٨.

<sup>٣</sup> أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، ج ٢، ص ٣٢٤؛ محمد بن عبد الله الخرشني، حاشية الخرشني على مختصر سيدي خليل (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٧م)، ج ٢، ص ١١٠.

<sup>٤</sup> محمد بن مفلح المقدسي، الآداب الشرعية والمنح المرعية (مطبعة المنار، ط ١، ١٣٤٩هـ)، ج ١، ص ٣٢٠.

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".<sup>١</sup>

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 حلاً بامرأة ليزني بها أو برجل ليقنته. 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".<sup>٢</sup>

وفي هذه الحالات يعمل بالظنون المضبوطة بالضوابط الشرعية، وإن ترك العمل بهذا النوع يؤدي إلى تعطيل مصالح كثيرة غالبية.<sup>٣</sup>

ويمكن أن يستدل لذلك أيضاً بحديث حاطب بن أبي بلتعة الذي رواه علي ابن أبي طالب.. "فقلنا أخرجي الكتاب، فقالت، ما معي من كتاب، فقلنا: لتخرجن الكتاب، أو لتلقين الثياب، فأخرجته من عقاصها..".<sup>٤</sup>

يقول البغوي: هذا الحديث يدل على أنه يجوز النظر في كتاب الغير بغير إذنه، وإن كان سراً، إذا كان فيه ريبة وضرر يلحق الغير.<sup>٥</sup>

<sup>١</sup> محمد أنور شاه الكشميري، فيض الباري في شرح صحيح البخاري (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط ١، ٢٠٠٥م)، ج ٤، ص ٤١١؛ الحسين بن مسعود البغوي، شرح السنة (بيروت: دار الفكر، د. ط، ١٩٩٤م)، ج ١١، ص ٧٤.

<sup>٢</sup> علي بن محمد الماوردي، الأحكام السلطانية (القاهرة: دار الحديث، ط ٢، ٢٠٠٦م)، ص ٢٥٣؛ محمد بن حسين أبو يعلى، الأحكام السلطانية (بيروت: دار الكتب العممية، د. ط، ١٩٨٣م)، ص ٢٨٠؛ إبراهيم بن علي بن فرحون، تبصرة الحكام في أحوال الأفضية ومناهج الأحكام (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، ٢٠٠٧م)، ج ٢، ص ١٨٦.

<sup>٣</sup> عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام (دار القلم، ط ١، ٢٠٠٠م)، ج ٢، ص ٦٢؛ محمد بن عبد الله بن العربي، أحكام القرآن (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ٣، ٢٠٠٣م)، ج ٤، ص ١٢؛ أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، ٢٠٠٧م)، ج ٥، ص ٢٨٧.

<sup>٤</sup> بدر الدين محمود بن أحمد عيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري (بيروت: دار الفكر، د. ط، ٢٠٠٢م)، ج ١٤، ص ٢٥٤؛ البيهقي، السنن، ج ٩، ص ١٤٦.

<sup>٥</sup> البغوي، شرح السنة، ج ١١، ص ٧٤.

ويقول ابن فرحون في تبصروته: "الطريق الذي استخرج به الكتاب هي من السياسة الشرعية".<sup>١</sup>

ويقول ابن الجوزي فيما ينقله صاحب عمدة القارئ: "وفيه دلالة على أن حكم المتأول في استباحة المحظور خلاف حكم المتعمد لاستحلاله من غير تأويل".<sup>٢</sup>

والإمام الجويني كان يرى ملاحقة أهل الريب وتبعضهم 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 نماه 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 ويستترشدونه ويتدرجون إلى التعلم والتلقي منه، فإن أبدى شيئاً أطلعوا السلطان عليه، فيتسارع إلى تأديبه".<sup>٣</sup>

لذلك وبناءً على هذا الاستثناء من الأصل المحرم في التجسس الذي ذكره الفقهاء، فإنه يجوز تتبع المشتبه فيه ومراقبته والاطلاع على أسرارها في جنابة لا يعرف فاعلها أو في جنابة متوقعة، ذلك لأجل معرفة الجاني إذا وجدت هناك أمارات قوية تدل على المشتبه فيه.

فالحق 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.<sup>٤</sup>

وبناءً عليه فإنه ليس في الشريعة ما يمنع على العدالة الاستعانة بثمرات التطور العلمي، والاستفادة من قرائن التسجيل الصوتي والتصوير في بيان الحقيقة وتبعض الجنابة 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.

<sup>١</sup> ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج ٢، ص ١٣٩.

<sup>٢</sup> العيني، عمدة القارئ، ج ٤، ص ٢٥٧؛ الدغمي، حماية الحياة الخاصة، ص ١٢١.

<sup>٣</sup> عبد الملك بن عبد الله الجويني، غياث الأمم في التياث الظلم (بيروت: دار الكتب العلمية، ٢٠٠٣م)، ص ١٦٩.

<sup>٤</sup> "حقوق المشتبه فيه"، مرجع سابق، ص ١٤.

## الدليل الثاني:

احتج المانعون من اعتبار التصوير والتسجيل حجة في الإثبات الجنائي بأنهما ليستا من القرائن القاطعة، ولأنهما تقبلان التزوير والتمويه.

أما الصوت فإنه قابل للمشاهدة والمحاكاة، فاحتمال تشابه الأصوات وارد، وقد يقلد بعضهم أصوات الآخرين، فاحتمال شبه التزوير فيه، شبهة تمنع من العمل به.

ومن الممكن جواز الإكراه فيه، أو يحتمل أن صاحب الصوت كان يلهو ويلعب وليس جاداً. فمع وجود هذه الاحتمالات والشبهات التي ترد على قرينة الصوت، ومع هذا الضعف الذي ينتجها وهذا الاضطراب الذي يعترها 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:

١. قيام صلة بين هذه الصور والقضايا التي تعرض في الدعوى، أي إثبات صلتها بالجريمة المرتكبة وبشخصية مرتكبها.

٢. التحقق من صحة الصورة في تمثيل حقيقة الوقائع والتعبير عنها تعبيراً صادقاً، وسلامتها من الشكوك والشبهات التي تثار حولها، وإقامة البينة 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.

٣. تحقق الدقة والإتقان الفني في تصوير وتسجيل الواقعة المراد إثباتها من صوت أو صورة أو مكالمة هاتفية. وخاصة إذا علمنا تطور أجهزة التصوير والتسجيل تطورا مذهلا من الناحية التكنولوجية في الآونة الأخيرة، وبصورة لم يسبق لها مثيل.

٤. التحقق التام من غياب أي قصد بهدف التضليل.

٥. 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 وأسرارهم.

٦. 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 الجرم 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.

٧. يُعتد بتقدير القاضي لصحة هذه القرائن وقناعته الشخصية بها، لذلك ينبغي على القاضي تقدير قرائن الصوت والصورة، ومعرفة ظروفها وملابساتها ووقائعها، وما يعترئها من شبهات، وما يعرض لها من تلفيق، لكي يصل إلى الحكم بمقصد الشرع في تحقيق العدالة في الخصومات، وحتى لا تكون تكأة تلفق بها التهم لكثير من الأبرياء.

فالقاضي له تقدير القرائن القائمة في الدعوى، والتي يطمئن إليها بعد أن يجتهد فيها اجتهاداً قائماً على الفهم الدقيق الواعي، وبعد بذل جهده واستفراغ وسعه في معرفة ظروف الدعوى وملابساتها، فعليه أن يتروى ويتأني في تقييم القرينة والبحث عن حقيقتها من خلال التدقيق فيها، ومعرفة واكتشاف ما 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 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، فيما 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.<sup>١</sup>

لذلك يقول رسول الله ﷺ: «إني لم أؤمر أن أنقب عن قلوب الناس ولا أشق بطونهم».<sup>٢</sup>

فهذه القرائن أرى أنها يعتد بها بشروطها وضوابطها وقيودها، 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.<sup>٣</sup>

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

<sup>١</sup> علي رسلان، نظام إثبات الدعوى وأدلتها في الفقه الإسلامي والقانون (القاهرة: دار الدعوة، د.ط، ١٩٩٦م)، ص ١٩٢.

<sup>٢</sup> أبو الحسين مسلم بن الحجاج، الصحيح (بيروت: دار الجيل، د.ط، د.ت)، كتاب الزكاة، باب ذكر الخوارج، وثقافتهم، رقم الحديث: ١٠٦٤، وهذا الحديث رواه أبو سعيد الخدري رضى الله عنه، وأخرجه أحمد في مسنده، ج ٢، ص ٤؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج ٨، ص ١٩٦.

<sup>٣</sup> عارف علي عارف، البصمة الجينية ودورها في الإثبات الجنائي (كوالمبور: دار التجديد، ط ١، ٢٠٠٢م)، ص ١٦.

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، 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.<sup>١</sup> 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.<sup>٢</sup> "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 يبد أي عذر لتبرير رجوعه.<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> محمد أمين صلاح الدين بن عابدين، حاشية ابن عابدين (بيروت: دار الثقافة والتراث، د.ط، ٢٠٠٠م)، ج ٣، ص ١٤٠؛ محمد بن أحمد بن جزى، القوانين الفقهية (القاهرة: دار الحديث، د.ط، ٢٠٠٥م)، ص ٣٤٩؛ عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقى (بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م)، ج ٨، ص ١٩٧؛ سعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (القاهرة: المطبعة الجمالية، ط ١، ١٩٠١م)، ج ٧، ص ٦١؛ عبد الرحمن المغربي الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (بيروت: دار الفكر، ط ٣، ١٩٩٢م)، ج ٦، ص ٢٩٤. 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 أقر به على نفسه من دم أو حد أو مال. انظر، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج ٢، ص ٣٨؛ محمد بن عبد الواحد بن الهمام، شرح فتح القدير (الرياض: دار عالم الكتب، د.ط، ٢٠٠٣م)، ج ٤، ص ١٢٠؛ أبو زكريا الأنصاري، أسنى المطالب شرح روضة الطالب (القاهرة: مطبعة الميمنية، د.ط، ١٣١٣هـ)، ج ٤، ص ١٣٢؛ ابن قدامة، المغني، ج ١٠، ص ١٦٨؛ علي بن أحمد بن حزم، المحلى (دار الفكر العربي للطباعة والنشر، ٢٠٠١م)، ج ٨، ص ٥٢٠.

<sup>٢</sup> يحيى بن يحيى الليثي، موطأ مالك برواية يحيى (دار الغرب الإسلامي، د.ط، ١٩٩٧م)، ص ٨٢٦؛ بداية المجتهد لابن رشد، دار الفكر، ج ٢، ص ٣٢٩؛ محمد الحبيب التحكاني، النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي (بغداد: دار الشؤون الثقافية العامة، آفاق عربية، د.ت)، ص ٢١٧.

<sup>٣</sup> محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط ١، ١٩٩٧م)، ج ٤، ص ١٤٧.

وهذا هو الذي ذهب إليه الشافعي وأبو حنيفة ومالك في أحد قولييه. ويشهد له ما رواه البخاري،<sup>١</sup> ومسلم،<sup>٢</sup> وغيرهما،<sup>٣</sup> أن النبي ﷺ رد المقر بالزنا مرارا أربعاً، 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، وأخيراً قال الرجل: أريد أن تطهرني، قال: فأمر به فرجم».

قال الترمذي<sup>٤</sup>: «فلما وجد مس الحجارة فر يشتد؛ 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: «هلاً تركتموه».

وهذا كله بيان إلى أنه يجوز للمقر بما فيه حد أن يرجع، ورجوعه مقبول. وبينني 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.<sup>٥</sup> لأن قطع اليد في السرقة إنما وجب حقاً لله تعالى فيسقط بالرجوع عن الإقرار به. ويمكن أن يعزز على أساس إقراره.<sup>٦</sup> أما حقوق الآدميين:

فإنها تثبت حتى مع وجود الشبهات كالإقرار بالقتل، أو الجرح، أو قطع طرف، أو إسقاط جنين. فلا يجوز للمقر الرجوع عن إقراره بما لتعلقها بحقوق الناس الشخصية ولو أن القصاص مما يدرأ بالشبهات.

<sup>١</sup> كتاب الحدود باب هل يقول الإمام للمقر: لعلك لمست أو غمزت، ج٦، ص٢٥٠٢، رقم الحديث ٦٤٣٨، وباب سؤال الإمام المقر هل أحصنت رقم الحديث ٦٤٣٩.

<sup>٢</sup> كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا، ج٣، ص١٣١٨ رقم الحديث ١٦٩١.

<sup>٣</sup> أبو داود، السنن، في كتاب الحدود، باب رجم ماعز بن مالك ج٤، ص١٤٥-١٤٩ أرقام الحديث ٤٤١٩-٤٤٣٤؛ ابن ماجه، السنن، كتاب الحدود باب الرجم ج٢، ص٨٥٤ رقم الحديث ٢٥٥٤.

<sup>٤</sup> الترمذي، السنن، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحد، عن المعترف، إذا رجع، ج٤، ص٣٦، رقم الحديث ١٤٢٨، وقال الترمذي: حديث حسن.

<sup>٥</sup> محمد بن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي (دار الحديث الحسينية، ط١، ١٩٨٤م)، ص٢٩؛ أحمد محمد الحصري، السياسة الجزائية (بيروت: دار الجيل، د.ط، ١٩٩٣م)، ج٢، ص٥٥٠.

<sup>٦</sup> منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع (بيروت: دار الفكر، ١٩٨٢م)، ج٤، ص٨٦؛ ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٢٥٠؛ الشريبي، مغني المحتاج، ج٤، ص١٧٥.



لأن الأصل ألا يجوز إلغاء كلام المكلف بلا مقتضى؛<sup>١</sup> ولأن حق العبد بعد ما ثبت بالإقرار لا يحتمل السقوط بالرجوع،<sup>٢</sup> ولا يعد رجوعه إلغاء للإقرار. يقول ابن حزي: "من أقر بحق لمخلوق لم ينفعه الرجوع".<sup>٣</sup> 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 طرحه، وبالجملة فإن قيمة الإقرار غير القضائي تترك لتقدير القاضي.<sup>٤</sup>

### والذي يبدو لي:

أنه إذا جاز إثبات الإقرار بشهادة عدلين أو عدل وامرأتين، أو عدل واحد مع اليمين،<sup>٥</sup> 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.<sup>٦</sup>

<sup>١</sup> ابن الهمام، فتح القدير، ج ٤، ص ١٢٠؛ محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ٢، ٢٠٠٤م)، ج ٢، ص ٤٣٠؛ الشريبي، مغني المحتاج، ج ٤، ص ١٥٠؛ ابن قدامة، المغني، ج ٨، ص ١٩٧؛ أحمد بن محمد الدردير، أقرب مسالك إلى مذهب الإمام مالك (القاهرة: مطبعة المصطفى الحلبي، ط ٢، ١٩٥٤م)، ج ٤، ص ٣١٨؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (بيروت: دار الفكر، ط ٤، ١٩٩٧م)، ج ٦، ص ٣٨٧.

<sup>٢</sup> محمد بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (بيروت: دار إحياء التراث، ١٩٩٢م)، ج ٤، ص ٤١٠؛ شهاب الدين القليوبي، حاشية قليوبي (بيروت: دار إحياء الكتب العربية)، ج ٣، ص ١٨١.

<sup>٣</sup> ابن حزي، القوانين الفقهية، ص ٢٠٨؛ الموسوعة الفقهية، ج ٦، ص ٦١.

<sup>٤</sup> رسلان، نظام إثبات الدعوى وأدلته في الفقه الإسلامي والقانون، ص ١٤٥؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (دار النهضة العربية، ط ٥، ١٩٨٢م)، ج ٢، ص ٤٧٦.

<sup>٥</sup> ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ١٦٤؛ الملك، فتح العلي، ج ٢، ص ٣٢٨.

<sup>٦</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٥٠؛ البهوتي، الإقناع، ج ٤، ص ٢٥٩؛ الأنصاري، أسنى المطالب، ج ٤، ص ١٣٢؛ البهوتي، كشف القناع، ج ٤، ص ٨٦؛ ابن حزم، المحلى، ج ٨، ص ٢٥٠.

### 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 والجنابات. وكل ذلك يخضع لتقدير القاضي وقناعته الشخصية، واطمئنانه، وخلو القرينة من الشكوك والشبهات.

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 ١٧٤١ 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.<sup>١</sup>

إن الغرض من العمل بالقرائن هو إبانة الحق وإظهاره؛ إذ إن القرائن القوية ترجح كفة أحد الخصمين، وتدل 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 أقضيتهم عليها، لذلك أضيفت القرينة القاطعة إلى الأدلة الشرعية المقبولة.<sup>٢</sup>

<sup>١</sup> أحمد عبد المنعم البهي، من طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ت)، ص ٧٣.

<sup>٢</sup> أحمد إبراهيم، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية (ط ٣، ١٩٨٥م)، ص ٤٤٩.

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 الثبوت وتقديم الأقوى منها على غيره عند التعارض وملاحظة الأمور المرجحة.<sup>١</sup>  
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.<sup>٢</sup>

وقد عُرض هذا الموضوع أيضاً في مؤتمر فيينا عام ١٩٦٠م حول حماية 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 ١٩٦١م، استقر الرأي على أن وضع الرقابة على الحديث التلفوني أثناء التحقيقات الجنائية بدون تنظيم يهدد الحقوق الشخصية، وطالبوا بمزيد من القيود والضمانات الجديدة في ذلك.

وفي مؤتمر كامبيرا عام ١٩٦٣م، تقرر أن الاستماع التعسفي للمكالمات التلفونية يعتبر عدواناً خطيراً على حقوق الإنسان، ومع ذلك فقد قرروا أن بالإمكان الاستعانة بهذه الوسيلة

<sup>١</sup> المرجع السابق، ص ٤٦٢.

<sup>٢</sup> انظر، حسن صادق المرصفاوي، ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية (القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية د.ط، ١٩٧٢م)، ص ٦٦-٧١.

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 لمخادثات جرت في مكان خاص يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون، ويستتبع ذلك بطلان الدليل المستمد منه وعدم جواز قبوله في الإثبات.<sup>١</sup>

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؛ مخادثات جرت في مكان خاص عن طريق التلفون، أو التقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أيّاً يكن نوعه؛ صورة شخص في مكان خاص.

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 كدليل، لأنها ثمرة عمل غير مشروع.

وقد أثير موضوع التسجيل الخفي في مصر أول ما أثير بمناسبة القضية التي عرفت يومها بقضية "بنك حمص".<sup>٢</sup>

فقد حدث في عام ١٩٥٤م 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

<sup>١</sup> محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات (القاهرة: دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٨٦م)، ص ٧٨٦ وما بعدها؛ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية (القاهرة: دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٨١م)، ص ٤٧٣ وما بعدها؛ محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للحريات الشخصية (الإسكندرية: منشأة المعارف، د.ط، ١٩٧٩م)، ص ٨٣ وما بعدها؛ كامل السعيد "الصوت والصورة ودورهما في الإثبات الجنائي"، مجلة دراسات (كلية الحقوق - الجامعة الأردنية)، المجلد ١٨، العدد ٣، ١٩٩١م، ص ١٣١.

<sup>٢</sup> انظر، "الحماية الجنائية للحريات الشخصية"، ص ٨٩، نقلاً عن: كامل السعيد، مرجع سابق، ص ١٢٢.

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 ببطلان الدليل المستمد من التسجيل باعتبار أن استعمال جهاز التسجيل الخفي أمر يجافي قواعد الخلق القويم وتأباه مبادئ الحرية التي كفلتها الدساتير كلها، وأنه لا يعدو أن يكون تلصصاً حدث من شخص آخر دخل خفية لكي يسترق السمع ثم يظهر بعد ذلك في صورة شاهد مما يتناقض مع مبدأ الحرية المكفولة للأماكن والأشخاص سواءً 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 ٣٧ لسنة ١٩٧٢ م. 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 لأحداث جرت في مكان خاص في جنائية 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 ١٦٠ من قانون أصول المحاكمات الجزائية" على عدم جواز قبول الصورة الشمسية في معرض البيئة للتعرف على صاحبها، وأجاز في المادة ٨٨ منه للمدعي العام مراقبة المحادثات الهاتفية متى كان لذلك فائدة في إظهار الحقيقة وهذا من باب تغليب مصلحة المجتمع على الحق الخاص للمواطن إذا تعارضتا.<sup>١</sup>

<sup>١</sup> انظر، كامل السعيد، المرجع السابق، الصفحات ١٠٤، ١١٢، ١١٣، ١١٨، ١٢٣.

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 بوساطة شخص مؤهل لهذا العمل.

ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية في استبعاد أية صورة فوتوغرافية إذا ما تبين أنها ذات قيمة ضئيلة في الإثبات.

وقد جرى العمل عندهم أيضاً على قبول "شريط الفيديو" لإثبات مشاركة أشخاص متورطين في تجارة المخدرات.

أو أشخاص يترددون على محلات غير مشروعة لتعاطي المخدرات، وفي قضايا الشغب بكافة أنواعه وصوره وغيرهما.<sup>١</sup>

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.

<sup>١</sup> انظر، كامل السعيد، المرجع السابق، الصفحات ١٠٣، ١٠٦، ١١٣، ١١٨، ١٢٤. 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 ١٠٣).

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.<sup>١</sup> هذا، وبعد بيان ما ورد في التشريعات الحديثة في بعض الدول العالم بهذا الخصوص، نلاحظ أن هذه التشريعات عموماً لا تتعد 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 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 والافتناع 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.



<sup>١</sup> المرصفاوي، المحقق الجنائي، ص ٧٤.

الفصل السادس

**إفشاء السر في الفقه الإسلامي  
السر الطبي نموذجاً**







## الفصل السادس

# إفشاء السر في الفقه الإسلامي السر الطبي نموذجاً

### تمهيد:

يرمي هذا الفصل إلى بيان القضايا الشرعية التي تتعلق بالسر المهني، وبيان ما أبداه الفقه الإسلامي المعاصر من اهتمام بأحكامها، مع ذكر المسوغات والاستثناءات الشرعية في إفشائه، وتأصيل ذلك تأصيلاً شرعياً.

والأسرار أنواع مختلفة، منها الأسرار الفردية الخاصة، والأسرار العامة؛ ومنها الأسرار الاقتصادية، والسياسية، والإدارية، والصناعية، والابتكارية، والمصرفية، والضريبية؛ والأسرار المتعلقة بمهنة المحاماة، وكذلك الأسرار المتعلقة بأمن الدولة. وهناك الأسرار الزوجية والعائلية، والأسرار الاجتماعية، وكذلك الأسرار المهنية والتي تشمل بعض الأسرار العامة والخاصة كما ذكرنا، ومن الأسرار المهنية: السر الطبي، وسوف نتخذ من السر الطبي نموذجاً، ونجعله قطب الرحى في هذا الفصل.

## المبحث الأول: التعريف بمفردات الموضوع وما يتعلق بها

الجريمة هي: محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير. وقد وصفت بأنها شرعية، أي لا بد من دليل شرعي يحظرها حتى يكون الفعل جريمةً.

والسر لغةً: ما أخفيت وكتمت، وهو خلاف الإعلان، والجمع: أسرار، ومعنى السر في قوله تعالى: ﴿فَإِنَّهُ يَعْلَمُ السِّرَّ وَأَخْفَى﴾ [طه: ٧]، السر: ما حدث به الإنسان غيره وأسرته إليه، والأخفى من السر: ما حدث المرء نفسه وخطر بباله من غير أن يخبر به أحداً.<sup>١</sup>

واصطلاحاً: فإن السر عموماً هو الذي يحرص الإنسان على إخفائه عادةً. وقد عرفه **مجمع الفقه الإسلامي** بأنه "ما يفضي به الإنسان إلى آخر مستكتماً إياه من قبل أو من بعد، ويشمل ما حفت به قرائن دالة على طلب الكتمان إذا كان العرف يقضي بكتمانها، كما يشمل خصوصيات الإنسان وعيوبه التي يكره أن يطلع عليه الناس".<sup>٢</sup>

ويعد سرّاً: كل ما يضر إفشائه شخصاً ما، ويستوي أن يكون الضرر أدبياً أو مادياً.<sup>٣</sup>

والكتمان: هو ستر الشيء وتغطيته، وهو نقيض الإعلان.<sup>٤</sup>

وكتمان السر هو: إخفاء المعلومات التي تعتبر سرّاً وسترها عن الوصول لغيره.

والإفشاء لغةً: الانتشار، يقال فشا الخبر أي: انتشر وظهر.<sup>٥</sup>

وإفشاء السر هو: إطلاع الغير على السر، أي نشره وإظهاره، وهو نقيض الحفظ والكتمان.

وجريمة إفشاء السر المهني - كما يراه رؤوف عبيد - هي: تعمد الإفشاء بسر من شخص أوّتمن عليه بحكم عمله أو مهنته وصناعته في غير الأحوال التي يوجب القانون الإفشاء، أو يجيزه.<sup>٦</sup>

<sup>١</sup> محمد بن مكرم بن منظور، **لسان العرب** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ٢٠٠٣م)، ج ٤، ص ٢٥٦؛ أحمد بن محمد الفيومي، **المصباح المنير** (القاهرة: مؤسسة المختار، د. ط، ٢٠٠٨م)، ص ٢٧٣.

<sup>٢</sup> "السر في المهن الطبية"، **مجلة البحوث الفقهية المعاصرة**، العدد ٢٠، ١٩٩٤م، ص ٢٠٨.

<sup>٣</sup> رؤوف عبيد، **جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال** (القاهرة: دار الفكر العربي، ط ٨، ١٩٨٥م)، ص ٢٩٢.

<sup>٤</sup> ابن منظور، **لسان العرب**، ج ١٢، ص ٥٠٦.

<sup>٥</sup> المصدر السابق، ج ١٥، ص ١١٥.

<sup>٦</sup> رؤوف عبيد، **جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال**، ص ٢٩٠.

وهناك من الفقهاء المعاصرين - ومنهم الشيخ عبد الوهاب أبو سليمان - من اعترض على عبارة "سر المهنة" بإضافة السر إلى المهنة؛ لأن المعروف اصطلاحاً أن سر المهنة هو دقائق المهنة وخصائصها، وهذا هو الشائع. فالأفضل أن تكون العبارة "الأسرار في المهنة"، وليس "سر المهنة". ومع ذلك فإننا سوف نأخذ بالعبارة الشائعة لدى الفقهاء المعاصرين وأهل القانون والطب لاستقرار هذا المصطلح عندهم جميعاً.

ومن الألفاظ القريبة من إفشاء السر: خيانة الأمانة؛ فالأمانة في اللغة نقيض الخيانة، ومؤتمن القوم: هو الذي يثقون به، ويتخذونه أميناً وحافظاً.<sup>١</sup> وجاء في الحديث: "إذا حدث الرجل الحديث ثم التفت فهي أمانة".<sup>٢</sup> وفي حديث آخر: "المجالس بالأمانة إلا ثلاثة مجالس: سفك دم حرام، أو فرج حرام، أو اقتطاع مال بغير حق".<sup>٣</sup>

والمراد بالحديث أن المسلم إذا حضر مجلساً ووجدهم على منكر، أن يستر عورتهم، ولا يشيع ما رأى منهم، إلا أن يكون أحد هذه الثلاثة، أو ما كان ضرره شديداً مثلها، فإنه فساد عظيم، وإخفاؤه ضرر كبير.

والسر الطبي: هو السر المودع لدى الطبيب أو من يعمل في الحقل الطبي. بمقتضى صلته بمهنة الطب، والملاحظات المهنية التي يكتشفها الطبيب، لذا ينبغي أن تبقى معلومات الطبيب سرية، فليس له أن يخون الثقة الموضوعة فيه، حتى لا يحجم المرضى عن اللجوء إلى الأطباء خشية افتضاح أسرارهم مما يؤدي إلى آثار سيئة على الصحة العامة.<sup>٤</sup>

وهذه الأسرار تشمل عيوبه وأمراضه، وحالته النفسية والعقلية، وينبغي الالتزام بكتمان هذه الأسرار وعدم استخدامها إلا في الأغراض التي تم الحصول على هذه الأسرار من أجلها.<sup>٥</sup> فالطبيب يأتمن المريض على أسرارها التي تتعلق بالمرض، وقد يكون فعلاً شائناً، وربما

<sup>١</sup> ابن منظور، لسان العرب، ج ١٣، ص ٢٢.

<sup>٢</sup> أحمد بن حنبل، المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ٢، ١٤٢٠/ ١٩٩٩م)، ج ٣، ص ٣٢٤؛ سليمان أبو داود السجستاني، السنن (دار الجيل للنشر والطباعة، د. ط، ١٩٩٢م)، حديث رقم ٤٨٤٨، ج ١٣، ص ٢١٨.

<sup>٣</sup> أبو داود، السنن، رقم الحديث ٤٨٦٩، ج ٤، ص ٢٦٨؛ أحمد، المسند، رقم الحديث ١٤٧٣٤، ج ٤، ص ٢٦٨.

<sup>٤</sup> أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية للأسرار المهنية (القاهرة: مطبعة جامعة، د. ط، ١٩٨٨م)، ص ١٧١.

<sup>٥</sup> غنام محمد غنام، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام (القاهرة: جامعة المنصورة، د. ط، ١٩٨٨م)، ص ١٠؛ طارق أحمد فتحي سرور، الحماية الجنائية لأسرار الفرد في مواجهة النشر (دار النهضة العربية، د. ط، ١٩٩١م)، ص ٣٢.

أفضى إلى الطبيب النفساني بأسراره في حياته السابقة وعلاقته بأسرته، لأجل علاج مرضه النفسي الذي يعانیه، فيكون ذلك كله أمانة لدى الطبيب، ومن الخيانة أن يفشيها.

أما نطاق السر الطبي فقد ذهب البعض إلى أن إفشاء السر لا يكون جريمة؛ إلا إذا كانت الواقعة المفشاة ذات طبيعة ضارة بسمعة مودعه وكرامته ومصالحته.<sup>١</sup> فالضرر ركن أساسي عندهم في تجريم إفشاء السر، وهو المعيار لتحديد مفهوم السر الطبي الذي لا يجوز إفشاؤه. لذلك عرف بعضهم السر الطبي بأنه: كل ما يمس طمأنينة المريض وشرفه وعائلته، ومرجع ذلك إلى العرف، لأن العرف يقضي باعتبار بعض الأمراض كالبرص والجذام والزهري من الأمراض التي لا يجوز إفشاء سرها لأنها بطبيعتها تدعو إلى النفور من المصاب بما يؤدي شعور صاحبها ويسبب له أسى وألماً نفسياً، ولا يغير من ذلك أن يكون لهذه الأمراض أعراضها الظاهرة<sup>٢</sup> فلا عقاب عند هؤلاء على الإفشاء إلا إذا ترتب عليه ضرر.

ويرى آخرون: أن الطبيب الذي لديه أسرار المريض يعاقب على إفشائه، ولو لم يكن في إفشائه ضرر بالسمعة أو الكرامة،<sup>٣</sup> فليس من شأن الطبيب تقدير ما للمريض من مصلحة في حفظ السر، فالأمر في ذلك مرجعه إلى المريض نفسه الذي له وحده أن يقدر ظروفه، وليس لأمين السر في المهنة أن يفشي السر اعتماداً على أن هذا السر قد سبق إفشاؤه واشتهر بين الناس، فشهادة الطبيب دائماً وتؤكد شائعات ترددت كان فيما سبق محل جدل. وكذلك لا يستطيع المحامي بعد أن يدين موكله أن يفشي الإقرار الذي ضمنه اعترافه بالجريمة، فشهرة الواقعة مهما كانت لا تعفي الطبيب أو المحامي من السر المهني.<sup>٤</sup>

**والذي يبدو لي:** أن إفشاء السر ولو لم ينتج عنه الضرر مذموم شرعاً، وفي هذا يقول الإمام الغزالي رحمه الله: "إفشاء السر خيانة، وهو حرام إذا كان فيه إضرار، ولوم إن لم يكن فيه إضرار، وكلاهما مذموم وفيهما إثم."<sup>٥</sup>

<sup>١</sup> سلامة، الحماية الجنائية للأسرار المهنية، ص ٢٩.

<sup>٢</sup> منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالة في قانون العقوبات (دار المطبوعات الجامعية، د. ط، ١٩٥٠م)، ص ٤٧٣.

<sup>٣</sup> سلامة، الحماية الجنائية للأسرار المهنية، ص ٢٩ و ٤٨.

<sup>٤</sup> المرجع السابق، ص ٤٢.

<sup>٥</sup> أبو حامد عبد الرحيم بن حسين الغزالي، إحياء علوم الدين للغزالي (القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، ١٩٣٩م)، ج ٣، ص ٢٧٨.

لذا ينبغي المحافظة على السر الطبي بغض النظر عن الضرر الناتج عنه، فالغاية من كتمان السر هو المحافظة على الثقة المفروضة في ممارسة بعض المهن، وهذه الغاية لن تتحقق بصورة تامة إذا اقتصر العقاب على الإفشاءات الضارة.

إن حماية السر دون التقييد بشرط الضرر، تقتضيها ضرورات الأمانة، وحماية الطمأنينة في قلوب الناس، وكسب ثقة صاحب السر.

ثم إن تقدير أهمية السر في القضايا الطبية يقدره المريض نفسه، والذي له وحده أن يقدر ظروفه، وليس من شأن الطبيب تقدير ما للمريض من مصالح مختلفة في حفظ السر. ولا يشترط في السر أن يكون قد عهد به صاحبه المودع إلى الأمين على أنه سر؛ لأن السر يجب أن يشمل كل أمر يعد سراً بطبيعته، ولو لم يطلب صاحبه ذلك؛ إذ يعد سراً كل أمر وصل إلى علم الطبيب عن طريق ممارسته لمهنته أو الخبرة الفنية، أو عن طريق الظن والتخمين والاستنتاج، ولو لم يذكر له المريض شيئاً، لذا لا يشترط أن يكون صاحب السر هو الذي أودعه لدى الأمين، وهذا المعنى هو الذي يتفق ومقاصد الشريعة في حفظ الأسرار وستر العورات. فسر المهنة الطبية ينبغي أن يمتد إلى كل ما يشاهده الطبيب أو غيره في المهنة أو يسمع به أو يستنتجه أثناء ممارسة مهنته، ولو لم يعلم به صاحبه، فكل واقعة تقتضي مصلحة المريض كتمانها وعدم إذاعتها، فهو سر لا يجوز إفشاؤه. وبذلك يسود الأمان بين أصحاب المهن وعمالئهم مما يحقق مصلحة عامة، ولا شك أن الإفشاء يؤدي إلى إهدار الثقة العامة؛ مما يضر بالصحة العامة، وبالتالي يتردد العملاء من المرضى وغيرهم من التردد عليهم، خوف كشف أسرارهم، والإساءة إلى سمعتهم، لذا يجب أن يطمئن المريض إلى محافظة الطبيب على أسرارته التي هي في أدق خصوصياته. ومعظم قوانين الدول العربية حدد نطاق السرية بأنه كل ما وصل إلى علم الطبيب عن طريق مهنته، سواء أكان هذا السر مما عهد به إليه المريض وائتمنه عليه، أو شاهده الطبيب بنفسه، أو سمع به.<sup>١</sup>

أما المسؤولون عن حفظ السر الطبي فيشمل جميع الوظائف والاختصاصات الطبية التي يقوم بها الطبيب، وهي تختلف من حيث الأداء والمهام. فهناك الطبيب المعالج، ومهمته إجراء التحاليل اللازمة والحصول على الأسرار المتعلقة بالمرض، والطبيب الاستشاري وهو مسؤول أعلى، ويطلع على أسرار المريض، خاصة إذا كان رئيساً لمعامل التحليل، والطبيب الإداري،

<sup>١</sup> أحمد رجائي الجندى، "مناقشات مجمع الفقه الإسلامي"، مجلة المجمع الفقهي، ج ٣، ص ٣٧٢.

ويشمل كذلك مدير المستشفى، ومديري الإدارات وما فوقهم؛ إذ يطلع هؤلاء على التقارير الخاصة بالعاملين، وغيرهم، ويشمل أيضاً جميع الأشخاص الذين يطلعون على السر الطبي بحسب وظائفهم، كالموظفين الإداريين الذين يتلقون بيانات الأطباء إذا تضمنت ما يوجب الكتمان. وقد حددت القوانين الفئات المنوطة بحفظ السرية؛<sup>١</sup> إذ يشمل كل العاملين الذين لهم علاقة بالمريض، ومنهم المطلعون على السجلات الطبية ومروراً بالهيئة التمريضية، ومسؤولي الأغذية، والصيدالة، والعاملين بالمختبرات والأشعة بجميع أنواعها، والعاملين في إدخال المعلومات في الحاسوب الآلي. وهؤلاء جميعاً مسؤولون على الحفاظ على سرية المعلومات الطبية.<sup>٢</sup>

ومن وجهة نظر الشريعة فإن هؤلاء يعدون مؤتمنين على السر، وإفشاؤهم له يعد من قبيل خيانة الأمانة إلا إذا كانت هناك مسوغات شرعية لإفشاءه.

وقد نص **قانون العقوبات المصري**، على بعض هؤلاء المسؤولين على أسرار مهنة الطب؛ إذ نصت المادة (٣١٠) المعدلة بالقانون (٢٩) لسنة ١٩٨٢م على أن: "كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيدالين أو القوابل أو غيرهم مودعاً إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي أو تمّن عليه، فأفشاه في غير الأحوال التي يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ستة شهور، وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصري، أو بإحدى هاتين العقوبتين".<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> انظر، المادة ٤٤٦ من قانون العقوبات المغربي، والمادة ٣٠١ من قانون العقوبات الجزائري، والمادة ١٥٦ من قانون العقوبات في اليمن الديمقراطية سابقاً؛ منير رياض حنا، **المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالين**، ص ١٥٥.

<sup>٢</sup> قوانين مزاوله المهن الطبية للأطباء والصيدالين والقابلات والمرضات. انظر، بحث عبد السلام الترماني، **مجلة الحقوق والشريعة**، العدد ٢٥، ١٩٨١، ص ٤٤؛ أحمد رجائي الجندى، "سر المهنة الطبية بين الكتمان والعلانية"، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، المرجع السابق، ج ٣، ص ١٢٤.

<sup>٣</sup> عبيد، **جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال**، ص ٢٩٠.

## المبحث الثاني: فضائل كتمان السر

النفس الإنسانية تنزع عادة إلى كشف الخبايا اتباعاً لهوى النفس، لا سيما إذا انقلبت المودة إلى عداوة وانتقام بين صاحبين، حيث لا يبعد أن يهتك أحدهما أسرار صاحبه نكاية به وانتقاماً منه، وإيذاء له ويلحق به ضرراً في نفسه أو ماله أو بدنه، أو مركزه الاجتماعي، وهذا مما ياباه الإسلام؛ لأن خيانة الإنسان لمن ائتمنه وإفشاء أسرارها التي أودعها عنده وقت الصفاء والمحبة، كل ذلك يدل على لؤم طبعه وخبث باطنه وسوء نيته، وهو أثر من آثار العداوة الباطنة، والحقد الخفي، والحسد الدفين. والرسول ﷺ يقول: «أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»<sup>١</sup>.

فمن أفشى السر لا سيما عند الغضب والخصومة، فهو إنسان لئيم؛ لأن إفشاء السر عند الرضا شائع، وإنما محل الامتحان عند الغضب والخصومات وتضارب المصالح؛ لأن المرء الذي يصعب عليه كتمان السر في مثل هذه الأحوال، يرى في إفشائه راحة له، خاصة إذا كان السر مرضاً، أو يحقق مصلحة، أو يدفع به ضرراً عن نفسه.

وهناك من الأسرار ما تعد من الأسرار العادية، لا - كما ذكرنا - يحدث إفشاؤه ضرراً في الكرامة أو تفويتاً لمصلحة؛ ولكنه مع ذلك ينبغي أن لا تفضى إلا بإذن صاحبها، من ذلك ما ورد عن ثابت عن أنس رضي الله عنه، قال: «أتى علي رسول الله ﷺ وأنا ألعب مع الغلمان، فسلم علينا، فبعثني في حاجة، فأبطأت على أمي، فلما جئت قالت: ما حبسك؟ فقلت: بعثني رسول الله ﷺ لحاجة، قالت ما حاجته؟ قلت: إنها سر، قالت: لا تخبرن بسر رسول الله ﷺ أحداً، قال أنس: والله لو حدثت به أحداً لحدثتك به يا ثابت»<sup>٢</sup>.

فالسر الذي كان أنس مستأمناً عليه كان سرّاً عادياً، لأنه لا يستأمن صغير يلعب مع الصبيان على سر كبير، ومع ذلك كان أنس حريصاً على ألا يفشي سر رسول الله ﷺ. ومن الأسرار التي يستحسن ألا تفضى، وإن كانت من الأسرار العادية، ما ورد عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه حين تأيمت بنته حفصة، قال: «القيت عثمان بن عفان، فعرضت عليه

<sup>١</sup> أبو داود، السنن، ج ٣، ص ٩٠، رقم الحديث ٣٥٣٤ ٣٥٣٥؛ محمد بن عيسى الترمذي، السنن (المكتبة العصرية للطباعة والنشر، ٢٠٠٦م)، ج ٣، ص ٥٦٤، رقم الحديث ١٢٦٤.

<sup>٢</sup> أبو الحسين مسلم بن الحجاج، الصحيح (بيروت: دار الجليل، د.ط، د.ت)، رقم الحديث ٦٣٢٨، ج ١١، ص ٢٥٨.



حفصة، فقلت إن شئت أنكحتك حفصة بنت عمر؟ قال: سأنظر في أمري، فلبث ليالي، ثم لقيني، فقال: قد بدا لي أن لا أتزوج يومي هذا، فلقيت أبا بكر الصديق، فقلت: إن شئت أنكحتك حفصة بنت عمر؟ فصمت أبو بكر، فلم يرجع إلي شيئاً، فكنت عليه أوجد مني على عثمان، فلبث ليالي، ثم خطبها النبي ﷺ، فأنكحتها إياه، فلقيني أبو بكر، فقال: لعلك وجدت عليّ حين عرضت عليّ حفصة لم أرجع إليك شيئاً، فقلت: نعم، قال: فإنه لم يمنعني أن أرجع إليك فيما عرضت عليّ إلا أنني كنت علمت أن النبي ﷺ ذكرها، فلم أكن لأفشي سر رسول الله ﷺ، ولو تركها النبي ﷺ لقبلتها<sup>١</sup>.

فالذي يبدو أن ما كان من سر رسول الله ﷺ الذي علمه أبو بكر ﷺ، كان سرا عاديا وهو ذكره لحفصة، ولو ذكره أبو بكر ربما سر عمر به، وأدخل البهجة عليه؛ ولكنه يريد أن يكتفم السر، ولو كان عاديا وقليلًا، حتى يخبره به رسول الله ﷺ<sup>٢</sup>. فالصحابه ﷺ هكذا تعاملوا مع السر العادي والسر القليل، ومعنى ذلك أن في تعاملهم مع الأسرار غير العادية كانوا أشد وأحرص في كتمانها وعدم البوح بها، خاصة ما تتعلق بعورات الناس، والغيبة والنميمة وما يلحق بهم عند الفضيحة من الكرب والضرر والمهانة، لعلمهم أن المحافظة على السر واجب إسلامي، وأنه أمانة لدى من استودع حفظه، وهو ما تقضي به المروءة؛ ولأن إفشائه خيانة.

لقد وردت آثار عن ستر المسلم وحفظ سره فيما يفضحه وينزل به الكرب، وهذه الآثار تحتم كتمه وتوكده، منها: قول الرسول ﷺ: «من ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة»<sup>٣</sup>. وقوله ﷺ: «لا يستر عبد عبداً في الدنيا إلا ستره الله يوم القيامة»<sup>٤</sup>. وقوله: «من ستر عورة مؤمن فكأنما استحيا مؤودة في قبرها»<sup>٥</sup>.

والستر لا ينفي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والنصيحة، بل يجب على الساتر أن ينصح المستور عليه، وأن يبصره بعيه ويطلب منه الامتناع عن المنكر. وفي قصة ماعز الذي اعترف بالزنا، فأقام النبي ﷺ الحد عليه بالرجم، جاء هزأل، فقال: أنا أمرته أن يأتي فيعترف، فقال النبي ﷺ: «يا هزأل لو سترته بثوبك لكان خيراً لك»<sup>٦</sup>.

<sup>١</sup> أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري (القاهرة: البابي الحلبي، د. ط، ١٩٥٩م)، ج ٩، ص ١٧٦.

<sup>٢</sup> انظر، توفيق الواعي، "حكم إفشاء السر في الإسلام"، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية، ١٩٨٧م، ص ١٥٦.

<sup>٣</sup> مسلم، الصحيح، ج ٤، ص ٢٠٧٤، رقم الحديث ٢٦٩٩.

<sup>٤</sup> مسلم، الصحيح، ج ٤، ص ٢٠٠٢، رقم الحديث ٢٥٩٠.

<sup>٥</sup> أحمد، المسند، ج ٤، ص ١٥٣، رقم الحديث ١٧٤٣٣.

<sup>٦</sup> أحمد، المسند، ج ٥، ص ٢١٧، رقم الحديث ٢١٩٤١؛ أبو داود في سننه، ج ٤، ص ١٣٤، رقم الحديث ٤٣٧٧.

وإفشاء السر هو من جنس الغيبة، ونوع منها؛ لأنه من ذِكر الغير بما يكره. فلو لم يكن الأمر مكروهاً بالنسبة للمريض لم يعد هذا سراً، بل إن إفشاء السر قد يكون أبلغ في الحظر من الغيبة، لأن فيه أيضاً خيانة لأمانة الكلمة، والخيانة من علامات المنافق، كما قال ﷺ: «أية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان».<sup>١</sup> ومع ذلك فإن الغيبة وردت عليها استثناءات، فيتغير الحكم الأصلي للغيبة من الحظر إلى الإباحة أو الندب أو الوجوب، لأن السكوت أصبح ضرراً، والضرر يزال، وكذلك الحال مع إفشاء السر، فقد يعتره الاستثناء، حينئذ يتغير الحكم وينبغي كشف السر بما يدفع المفسدة ويحقق المصلحة سداً للذريعة ودفعاً للضرر ورفعاً للحرَج.<sup>٢</sup>

وقد حرم الإسلام وسائل إفشاء السر، ولما كان التجسس من أهم الوسائل للكشف عن السر فقد نهى الله ﷻ عنه بقوله: ﴿وَلَا يَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَّ بَعْضُكُم بَعْضًا﴾ [الحجرات: ١٢]. فالتجسس منهي عنه شرعاً لما فيه كشف للعورات، فللناس حرماهم وكراماتهم وأسرارهم التي لا يجوز انتهاكها والمساس بها.

هكذا تضافرت الأدلة في فضائل كتمان السر عموماً، ويشمل سائر المهن والوظائف، فالمسؤولون عن المعونات الاجتماعية، ومعونة الزكاة والصدقات، فإن معلوماهم الخاصة عن هؤلاء المحتاجين هي أمانات لديهم لا يجوز كشفها ونشرها.<sup>٣</sup> ومن يذهب إلى المفتي ليسأله عن حكم الشرع في أمر قد فعله، فشرح له الواقعة، وأبان عن فعله؛ فإن هذا السر يكون أمانة عند المفتي لا يجوز البوح به إلا لمسوغات شرعية. ومن هذه المهن: أسرار المهن المصرفية، وموظفي الضرائب والاتصالات، والمحاماة، والقضاة، وغيرهم، وكل ما يتصل بأسرار الناس خاصة كانت أو عامة. ويدخل في هذا العموم كذلك، السر الطبي، وسنفصل القول فيه.

<sup>١</sup> محمد بن إسماعيل البخاري، **الجامع الصحيح**، تحقيق: مصطفى ديب (بيروت: دار ابن كثير، والبيامة، ط ٣، ١٩٨٧ م)، ج ١، ص ٢١، رقم الحديث ٢٢؛ مسلم، **الصحيح**، ج ١، ص ٧٨، رقم الحديث ٥٨.

<sup>٢</sup> انظر، عجيل النشمي: في مناقشات ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية لسنة ١٩٨٧ م، مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ص ١٨٤.

<sup>٣</sup> محمد سليمان الأشقر، "إفشاء السر في الشريعة الإسلامية"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثامنة، العدد ٨، ١٩٩٤ م، ج ٢، ص ٣٢.

## المبحث الثالث:

## نبذة تاريخية عن السر الطبي

إذا أردنا أن نؤرخ لمسألة إفشاء السر في التاريخ الإنساني عموماً، نجد أنه كان دائماً محل اهتمام الشرائع القديمة، الوضعية منها والسماوية، واهتمت به كذلك الأعراف والتقاليد في الماضي البعيد، وأسبغت عليه الحماية القانونية.

وتحريم إفشاء بعض الأسرار المهنية معروف منذ القدم، والحكمة من هذا التحريم هي أن كتمان السر واجب خلقي تقتضيه مبادئ الأمانة، وأن مصلحة المجتمع تقتضي أن يجد كل فرد أميناً يلتجأ إليه فيجد المريض طبيباً يركن إليه، يأتمنه ويودعه سره؛ إذ إن في إفشاء أسرار المريض وغيره إساءة لسمعته، وخط من كرامته، وجرح لمشاعره، ومس بطمأنينته واستقراره النفسي.

ولقد تنبه الأقدمون إلى أهمية المحافظة على الأسرار لكل من اشتغل بالطبابة على مر العصور والأزمنة، فقد ظهر ذلك واضحاً في قسَم الأطباء، ابتداءً من الطبيب أمحوتب إله الطب المصري كما كانوا يعتقدون. وما ذكره الطبيب اليوناني أبقراط في القسم الذي صاغه وحدد فيه واجب الأطباء نحو مرضاهم ومنها حفظهم لأسرارهم.<sup>١</sup>

وصيغة القسم بعد تعديله، هي:

"أقسم بالله وأشهده أن أحترم مهنتي، وأن أعتبر أساتذتي بمنزلة والدي، وأن أتبع في العلاج الطريقة التي أؤمن أنها مجدية ومفيدة، وأن أمتنع عن كل ما هو ضار أو مؤذٍ، ولا أعطي دواءً قاتلاً، أو أسدي نصيحة ضارة، وسوف أقضي حياتي في ممارسة فني في طهر وقداسة، وأن أحترم البيت الذي أدخله، ولا أفشي سراً اطلعت عليه، ولا أبوح بشيء يجب عدم الإجابة عليه مما أراه أو أسمع عن مرضاي في نطاق عملي، وأن أعتبر هذه الأشياء من الأسرار المقدسة".<sup>٢</sup>

وجاء في إعلان جنيف لعام ١٩٤٧م - والذي عدل في أستراليا عام ١٩٦٨م - قسم

الطبيب "وأن أحترم كل الأسرار التي يعهد إليّ بحفظها حتى بعد وفاة المريض".<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالة، ص ١٩٤.

<sup>٢</sup> عبد السلام الترماني، "السر الطبي"، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة، يونيو ١٩٨١م، ص ٢٩.

<sup>٣</sup> شريف بن أدول بن إدريس، كتمان السر وإفشاؤه في الفقه الإسلامي (عمان: دار النفائس، د.ط، ١٩٩٧م)، ص ٥٢.

وقد أوصى الأطباء في التراث الطبي الإسلامي بمراعاة آداب مهنة الطب، هذه الآداب التي كانت تندرج ضمن معطيات الأخلاق الإسلامية والسلوك الإسلامي في ممارسة كل المهن سواء أكانت طباً أم غيره، فأوصوا بحفظ أسرار المريض، وأخذ العهد منهم على ذلك. ومن هؤلاء ابن أبي أصيبعة في كتابه **عيون الأنباء في طبقات الأطباء**، وقد حدد نطاق السر الطبي بقوله: "فإذا كان ما سمعه الطبيب أو علم به مما تقضي الأعراف بستره في الزمان والمكان، فذلك سر لا يجوز إفشائه"<sup>١</sup>. وأكدته علي بن رضوان كبير أطباء مصر (٤٥٣هـ). ومنهم الطبيب مهذب الدين بن هبل البغدادي في كتابه **المختارات في الطب**<sup>٢</sup>، وكان من بين وظائف "المحتسب" أن يأخذ على الأطباء قسم أبقراط في حفظ السر، وقد صدر "الدستور الإسلامي للمهنة الطبية" عن المؤتمر العالمي الأول للطب الإسلامي الذي انعقد بالكويت عام ١٩٨٠م، وورد فيه قسم الطبيب، وأخذت به كثير من البلاد الإسلامية. ومن الجدير بالذكر أنه ظهر اتجاه عند بعض الأطباء المسلمين المعاصرين مفاده إعطاء مهابة وقداسة إلى أسرار المهنة الطبية، حتى وصموا هذا السر بقُدسية السر الطبي. والذي يبدو: أن التقديس والقُدسية هي للنصوص المقدسة، نصوص الوحي؛ أما أن تطلق القُدسية على أسرار بعض المهن فأرى أن ذلك مبالغة غير مقبولة<sup>٣</sup>؛ لأن معنى التقديس هو التنزيه، وإذا قلنا تقُدس الله فمعناه نفي كل نقص عن الذات الإلهية، وقُدسية القرآن معناه نفي كل تحريف وتبديل وتغيير فيه، فإذا كان هذا هو معنى التقديس، فلا ينطبق على السر الطبي.

<sup>١</sup> موفق الدين بن أبي أصيبعة أبو العباس أحمد بن القاسم السعدي الخزرجي، **عيون الأنباء في طبقات الأطباء**، تحقيق: نزار رضاء (بيروت: دار مكتبة الحياة، د.ط، ١٩٦٥م)، ص ٤٥.

<sup>٢</sup> مهذب الدين بن هبل أبو الحسن علي بن أحمد بن علي بن هبل البغدادي، **المختارات في الطب** (مطبعة جمعية دائرة المعارف الثقافية، ط ١، ١٩٩٢م)، ج ١، ص ٤.

<sup>٣</sup> انظر، مناقشات "سر المهنة"، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، المرجع السابق، ص ١٨٧.

## المبحث الرابع: عقوبة إفشاء السر

الفقهاء رحمهم الله تخطوا الكلام في مسؤولية إفشاء الأسرار الطبية وغير الطبية، وأغفلوا الكلام عليها صراحة؛ لأنها مسؤولية أدبية أخلاقية بالدرجة الأولى، وتدخّل في دائرة الآداب العامة والأخلاق فهي بما أشبهه وأقرب.<sup>١</sup>

لذا فهي جريمة خلقية قبل أن تكون جريمة جنائية؛ ولكنهم لم يغفلوا الإشارة إليها فيما قعدوا من قواعد وفرعوا من فروع؛ إذ إن عقوبات إفشاء الأسرار تدخّل في العقوبات غير المحددة التي ترك أمرها لأولي الأمر، يفرضون لكل حالة ما يناسبها من عقوبات، وتسمى في عرف الفقهاء بالعقوبات التعزيرية، كما في التعزيرات غير المقدرة في منع أداء الزكاة، والخلوّة بالأجنبية، واليمين الغموس، وشهادة الزور.<sup>٢</sup>

وتختلف عقوبة إفشاء السر باختلاف نوع الإفشاء، ونوع الأسرار التي تم إفشاؤها، والضرر العام أو الخاص المترتب على الإفشاء وخطورته، وكذلك باختلاف حال المفشي للسر، ويناظر اختيار العقوبة بالقاضي ويفوض الأمر إليه في قضائه، حسب ما يناسب كل جريمة.

ولا يعاقب كل من يفشي سراً؛ لأن كتمان السر بحسب الأصل لا يزيد عن كونه واجباً أخلاقياً فإذا أودعه صاحبه طواعية واختياراً لغيره؛ إذ لم يستطع أن يكتُم سر نفسه، فأفشاه هذا الغير فلا عقاب عليه، وإن كان آثماً ديانة.

وكذلك كل واقعة ولو كانت سرية بطبيعتها يعلم بها الأمين خارج ممارسته لمهنته لا يخضع إفشاؤها للعقوبة. فالطبيب لا يعد ملزماً بكتمان السر الذي لا صلة له بمهنته، فلو سمع الطبيب مريضه يتحدث عن سر من هذا النوع، فلا جريمة في إفشائه إياه، فما يعلمه الطبيب عرضاً من أسرار خارجة عن مهنته بوصفه شخصاً عادياً من آحاد الناس وليس بوصفه

<sup>١</sup> الأشقر، إفشاء السر في الشريعة الإسلامية، ج ٢، ص ٤١.

<sup>٢</sup> أبو حامد عبد الرحيم بن حسين الغزالي، المستصفى (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، ٢٠٠٠م)، ج ١، ص ٧٥؛ أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية (بيروت: دار الجليل، ١٠٥، ١٩٩٣م)، ص ٥٥؛ علي بن محمد الماوردي، الأحكام السلطانية (القاهرة: دار الحديث، ط ٢٠٠٦م)، ص ٢١.

طبيباً<sup>١</sup>، فليس عليه عقوبة تعزيرية إذا أفشاها، وإن كان الأصل ديانة هو كتمان السر وعدم إفشائه؛ إذ إن ولي الأمر، أو القاضي، لا يعاقب على كل الحالات التي تنافي الخلق الكريم، وإنما يقتصر التحريم والتعزير على الأفعال التي تتعلق بسر المهنة الواجب كتمانها من قبل الأمانة على السر والمنصوص عليه في نظام المهنة في العصر الراهن ضمن واجبات الطبيب. فالعقاب يتوجه للأمين الذي حصل على هذه الأسرار التي تلقاها أثناء ممارسته المهنة بصفته المهنية، والذي اضطر المريض إلى ائتمان الطبيب عليه، وكان الإفشاء تلقائياً وليس له مبرر شرعي، فيعاقب لاستهتاره بالأسرار المؤتمنة لديه.

ولا يخفى أن للعرف دوراً في تحديد ما يعد سراً، وما يعد من إفشاء السر، ينبغي الأخذ به بعين الاعتبار، وكذلك النظر إلى كل حادثة على حدة وانفراد، مع معرفة ظروفها وملايساتها. وأخيراً فإن لقناعة القاضي وتقديره دوراً مهماً في تحديد المسؤولية الجنائية لإفشاء السر.

وهذا ما فعلته محكمة النقض المصرية سنة ١٩٤٢م؛ حيث إن القانون لم يبين معنى السر، وترك الأمر لتقدير القضاء، فوجب الرجوع في ذلك إلى العرف، وإلى ظروف كل حالة على حدة.<sup>٢</sup>

ولأهمية الحفاظ على السر المهني، تم تقنين قوانين خاصة تتعلق به، وذلك إما بنصوص عامة تشترك فيها المهن الكثيرة، أو بنصوص خاصة لمهن محددة.

### التعويض المالي في إفشاء السر:

إن إفشاء السر لا يشترط في عدم جوازه قصد الإضرار، بل يكفي فيه القصد العام، وهو إرادة الفعل، باعتبار أن الإفشاء هو في حد ذاته محظور شرعاً. أما إفشاء السر المترتب عليه وقوع الضرر فيعد من الفعل الضار المنهي عنه في الشرع، والرسول ﷺ يقول: «لا ضرر ولا ضرار».<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> سلامة، الحماية الجنائية لأسرار المهنة، ص ٥٤.

<sup>٢</sup> ابن إدريس، كتمان السر وإفشاؤه في الفقه الإسلامي، ص ٥٠.

<sup>٣</sup> أحمد، المسند، ج ٥، ص ٢١١؛ أحمد بن حسين البيهقي، السنن الكبرى (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، ١٩٩٩م)، كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار، حديث رقم ١١٣٨٥، ج ٦، ص ١١٥؛ انظر، ابن إدريس، كتمان السر وإفشاؤه في الفقه الإسلامي، ص ١٩٤.

فإفشاء السر إذا ترتب عليه ضرر مادي، هو من الفعل الضار الموجب للضمان، فينبغي أن يلزم بتعويض مالي عما ترتب على الإفشاء من ضرر؛ لأن من موجبات الضمان التسبب، كإفشاء أحد موظفي شركة صناعة المأكولات أو العطور أو الأدوية سر منتجاتها، فيتسبب عن ذلك ضرراً مادياً، بأن يقلده الآخر، أو كإفشاء المفتاح السري لبرامج الكمبيوتر؛ مما يسبب ذلك ضرراً مالياً للمالك الأصلي للبرامج لاستغلال الغير لهذا السر.

ففي جرائم إفشاء السر، للقاضي معاقبة المفشي بالغرامة المالية، ويتحدد قدر الغرامة بما يناسب نوع الأسرار وظروف الإفشاء وملايساته، ومدى جسامة الضرر المترتب عليه.

أما التعويض عن الضرر الأدبي المترتب على الإفشاء، فلا أرى ذلك لأن التعويض المالي عن الضرر الأدبي، حكم مستحدث - كما يقول الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله - ليس له نظائر في الفقه الإسلامي؛ إذ إن الإسلام لم يقر الضمان المالي في الضرر الأدبي، فهو لا يرى مبرراً استصلاًحياً لمعالجة الإضرار الأدبي بالتعويض المالي، ما دامت الشريعة قد فتحت مجالاً واسعاً لقمعه بالزواج التعزيرية، ثم إن قبول مبدأ التعويض المالي عن الأضرار الأدبية له محذور واضح، هو أن مقدار التعويض اعتباطي محض، لا ينضبط بضابط، بينما يظهر في أحكام الشريعة الحرص على التكافؤ الموضوعي بين الضرر والتعويض، وهذا متعذر هنا. ويقول رحمه الله: "كثيراً ما نسمع فندهش في أخبار الدعاوى والأقضية الأجنبية أرقاماً بالملايين لقاء مزاعم لأضرار أدبية في منتهى التفاهة".<sup>١</sup> فالضرر الأدبي أو المعنوي الذي يلحق المفشي عليه والذي لا يترتب عليه ضرر مادي كإظهار عيوبه البدنية والنفسية فيما يمس سمعته، أو إفشاء أسرار أمواله في البنوك، فمثل هذا الضرر الأدبي من الصعوبة جداً تقديره بالتقدير المالي، لذلك فيكتفى بالتعزير المناسب وحده لإزالة الضرر الأدبي وردع المحرم.

<sup>١</sup> أحمد مصطفى الزرقا، الفعل الضار والضمان عليه (دمشق: دار القلم، د.ط، ١٩٨٨م)، ص ١٢٤.

## المبحث الخامس: مسوغات إفشاء السر

الأصل في الشريعة الإسلامية هو حظر إفشاء السر، وإفشاؤه بدون مقتضى معتبر، موجب للمواخاة شرعاً؛ ولكن هناك أحوالاً يسوغ فيها لحامل السر إفشاؤه لجهات معينة مسؤولة دون أن يقع تحت طائلة المسؤولية، ولا يعد الإفشاء في هذه الأحوال انتهاكاً للأسرار المهنية. وهذه الأحوال الاستثنائية تدخل تحت أحكام القواعد الشرعية التالية: قاعدة الضرورة والحاجة، وقاعدة الضرر وارتكاب أخف الضررين وأقل المفسدتين، وقاعدة سد الذريعة، وقاعدة رفع الحرج، وقاعدة درء المفسد مقدم على جلب المصالح. وقد ذكر الفقهاء حالات يعد فيها إفشاء السر عملاً مشروعاً، منها:

١. جرح الشهود عند القاضي، وجرح رواية الحديث، فهو جائز بالإجماع، بل واجب عند الحاجة،<sup>١</sup> ومع ذلك فإن جرح الشهود والرواية وما يترتب على ذلك من ذكر العيوب، وإفشاء السر ليس أمراً مطلقاً، وإنما يشترط فيها كما يقول القرافي:<sup>٢</sup> أن تكون النية فيه خالصة لله تعالى في نصيحة المسلمين عند حكاهم وفي ضبط شرائعهم، وألا يكون من أجل عداوة أو جريان مع الهوى، ويشترط كذلك فيهما الاقتصار على القوادح المخلة بالشهادة أو الرواية.
٢. حالة الاستفتاء، فيجوز فيها غيبة الشخص حياً وميتاً وإفشاء سره، لغرض شرعي إذا لم يمكن الوصول إليه إلا بها، كقول المستفتي للمفتي: ظلمي أخي أو زوجتي، فالتعيين مباح بقدر الضرورة.
٣. البحث عن المنكرات الظاهرة - من غير تجسس - هو مسؤولية المحتسب، فليس له أن يكتسبها بل يجب عليه إزالتها ولو بالقوة، أو في بعض الحالات لا بد من إخبار ولي الأمر أو السلطة القضائية إذا كان الأمر من صلاحية القاضي، وليس هذا انتهاكاً لأسرار الناس الخاصة بل هو حفظ للمصلحة العامة.<sup>٣</sup>
٤. أداء الشهادة:

<sup>١</sup> عبد الحي اللكنوي، الرفع والتكميل في الجرح والتعديل، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة (القاهرة: دار السلام، ط٦، ٢٠٠٠م)، ص ٥٣.

<sup>٢</sup> شهاب الدين أبو العباس القرافي، الفروق (الرياض: دار عالم الكتب، د. ط، ٢٠٠٣م)، ج ٤، ص ٢٠٦.

<sup>٣</sup> عبد الكريم زيدان، أصول الدعوة (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ١، ٢٠٠٠م)، ص ١٧٧.



٥. المراد من أداء الشهادة هو إظهار الأسرار التي خفيت عن القاضي حقيقتها لإثبات الحق في مجلس القضاء، وقد نهي الحق تعالى عن كتمان الشهادة: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣]؛ لأنه يترتب على كتمانها ضياع حق، وقال تعالى: ﴿وَلَا يَأْتِ الشُّهَدَاءُ إِذًا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢].

فالشهادة طريق من طرق إفشاء السر المشروعة، كمن علم بطلاق امرأة، ومطلقها يعاشرها في الحرام، أو علم برضاع رجل مع امرأة وهو متزوج بها، وهذه من الشهادة في حق الله تعالى. وتحمل الشهادة في غير حق الله تعالى عند الاستدعاء فرض كفاية إن كثر من يتحمل، وفرض عين إن لم يوجد غيرهما في التحمل، وكذلك في الأداء (على خلاف بين الفقهاء).<sup>١</sup> هذا وقد بين مجمع الفقه الإسلامي<sup>٢</sup> مسوغات إفشاء السر، فقرر الآتي: تستثنى من وجوب كتمان السر حالات يؤدي فيها كتمانه إلى ضرر يفوق ضرر إفشائه بالنسبة لصاحبه، أو يكون في إفشائه مصلحة ترجح على مضرة كتمانه، وهذه الحالات على ضربين:

أ- حالات يجب فيها إفشاء السر بناء على قاعدة ارتكاب أهون الضررين لتفويت أشدها، وقاعدة تحقيق المصلحة العامة التي تقضي بتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام إذا تعين ذلك لدرئه. وهذه الحالات نوعان:

- ما فيه درء مفسدة عن المجتمع.

- وما فيه درء مفسدة عن الفرد.

ب- حالات يجوز فيها الإفشاء لما فيه من:

- جلب مصلحة للمجتمع.

- أو درء مفسدة عامة.

وهذه الحالات يجب الالتزام فيها بمقاصد الشريعة وأولوياتها من حيث حفظ الدين، والنفس، والعقل، والمال، والنسل.

ومن تطبيقات هذه المسوغات الشرعية:

<sup>١</sup> عثمان بن علي بن محسن الزليعي، تبين الحقائق (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٠م)، ج ٤، ص ٢٠٧؛ منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٩٨٢م)، ج ٦، ص ٤٠٤؛ علي بن محمد الماوردي، الحاوي الكبير (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٩م)، ج ٢١، ص ٥٤.

<sup>٢</sup> مجلة مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم ٧٣/١٠/٨٦ في ١٩٩٤م، الدورة الثامنة، العدد ٨، ج ٣، ص ٤٠٩.

**أولاً:** إذا تبين للطبيب أن الزوج قد أصيب بمرض جنسي، وهذا المرض معد، ويخشى أن ينتقل إلى زوجته، جاز للطبيب إخبار الزوجة بذلك؛ لأن إصابة الزوجة بهذا المرض أعظم وأشد ضرراً من الضرر الذي ينال المريض نفسه ببيان حاله، والقصد من إبلاغها بالمرض هو تقديم العلاج الضروري له، واتخاذ أسباب الوقاية، وتحذيرهم من نتائج عدم مراعاتها، إن التزام الطبيب بالصمت في هذه الحالات يترتب عليه من الضرر أضعاف ما يفوق الفائدة المرجوة من كتمان هذا السر.

**ثانياً:** مريض أصيب في عينيه، أو أنه كبير السن، فضعف إبصاره لدرجة يكون في قيادته للسيارة خطر عليه وعلى الناس، جاز للطبيب بيان حاله وإن كان في ذلك ضرر على المريض؛ لأن الضرر الذي يصيب المريض والضرر الذي يلحق بالناس أشد من ضرر الإبلاغ عن حاله<sup>١</sup> للسلطات المختصة لسحب الرخصة منه.

**ثالثاً:** في إجراء الفحص على "الخاطبين" قبل الزواج إذا اكتشف الطبيب مرضاً معيناً في أحدهما قد يؤدي إلى إنجاب طفل مشوه، جاز للطبيب إخبار الطرف الثاني بالنتيجة. وكذلك يعد الطبيب مخلاً بواجبه إذا ترك مريضاً بمرض الدفتريا<sup>٢</sup> أو أي مرض آخر خطير، يتزوج من فتاة دون إخبارها بالمرض، الذي سوف ينتقل إلى هذه الفتاة البريئة<sup>٣</sup>. وقد يعد ذلك اشتراكاً للطبيب في جريمة قتل.

لذلك فالطبيب الذي يكتشف خطورة مرض "الخاطب"، سواء أكان المرض معدياً أم وراثياً خطيراً، وتأثيره السيء في الزوجة والذرية مستقبلاً، ينبغي إخبار الفتاة ووليها. وكذلك المرضعة المصابة بمرض الزهري لا يجوز للطبيب الصمت إزاء ما يهدد الطفل الرضيع من هذا المرض الخطير، وذلك لأن درء المفسدة عن الفتاة المخطوبة، وعن الطفل الرضيع أولى بالاعتبار في ميزان الشرع من مصلحة الخاطب أو المرضعة، ودرء المفسد مقدم من جلب المصالح، ويرتكب أخف الضررين لدفع أشدهما. لذا لا يجوز صمت الطبيب في هذه الحالة، وإفشاؤه للسر مطلوب شرعاً، لتجنب هذه الأضرار الحسيمة، وهذه من الاستثناءات

<sup>١</sup> الأشقر، إفشاء السر في الشريعة الإسلامية، ج ٣، ص ٣٧.

<sup>٢</sup> محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات (القاهرة: جامعة فؤاد الأول، د. ط، ١٩٥١م)، ص ٥١٦.

<sup>٣</sup> وهناك قوانين في بعض دول العالم كالسويد، توجب على الطبيب إخطار الجهات المشرفة على مراسم الزواج، عن الزوج المريض حتى لا يعقد زواجه على أية فتاة بغير شهادة تفيد شفاؤه من المرض. انظر، سلامة، الحماية الجنائية للأسرار المهنية، ص ٥٩٩؛ الجوهري، ص ٤٩٠.

الشرعية على الأصل المشروع في وجوب كتمان السر المهني، والأولى أن يتبع الطبيب أفضل الطرق وأرحمها في منع هذا الضرر، كأن يقنع والدي الطفل برفض خدمات المراجعة، دون إخبارهم بالمرض، أو يقول الطبيب للفتاة وأهلها بأن هذا الاقتران ليس من مصلحتهما، ولا يزيد على ذلك، أو يطلب تأجيل الزواج مدة طويلة، أو بأية طريقة أو حيلة أخرى يراها الطبيب يحقق الغرض دون إفشاء السر، وبذلك نستطيع أن نجتمع بين مصلحة المخطوبة والرضيع ودرء مفاسد إفشاء السر حرصاً على مشاعر الخاطب والمراجعة، لا سيما إذا ترتب على الإفشاء الصريح إيذاء الطبيب الذي قد يصل إلى حد القتل، وقد حدث هذا في الواقع، عندما تربص شاب للطبيب وقتله بعيار ناري، ثم انتحر قبل القبض عليه، وكان ذلك بسبب اعتقاده بأن الطبيب كان سبباً في حرمانه للاقتران بمن أحبها، بسبب إفشاء الطبيب سر هذا الشاب من الناحية الصحية إلى أهل الفتاة.<sup>١</sup> ومثل ذلك في الجانب القضائي، إذا حكمت محكمة الجنايات على بريء بعقوبة الإعدام في الوقت الذي يعرف فيه المحامي براءة هذا المتهم؛ لأنه تلقى إقراراً من المجرم الحقيقي، فلا يجوز أن يلوذ المحامي بالصمت تاركاً البريء يقاد إلى حبل المشنقة.

**رابعاً:** إذا تأكد الطبيب من أن الزوج عقيم، ولا يمكن له أن ينجب، ووجد أن الزوجة قد أنجبت أولاداً، فهل للطبيب إفشاء هذا السر، وإخبار الزوج بأنه عقيم، وأنه يستحيل عليه أن ينجب. إن الطبيب في هذه الحالة سيتنازعه أمران: ويواجه ارتكاب أحد ضررين، ضرر السكوت على خيانة الزوجة، وإفساد الفراش، وإنجابها لأولاد ليسوا من صلب الزوج، وضرر آخر، وهو أنه في حالة إخبار الزوج بالحقيقة، قد يؤدي ذلك إلى تدمير هذه الأسرة الآمنة بقتل الزوجة وتشريد الأولاد، فإن غلب على ظن الطبيب ذلك لم يجز له إبلاغ الزوج بذلك، بناء على ارتكاب أخف الضررين لدفع أشدهما، ولأن الطبيب مؤتمن ومكلف بالستر عليها في أمر قد مضى وانقضى؛ لأنه في هذه الحالة هو جهة تطيب وستر، وليس جهة تحقيق وسلطة وحكم.

**خامساً:** إذا اكتشف الطبيب أن "الطيار" الذي أُجري الفحص عليه، مدمن مخدرات، فإن ذلك يسوغ إخبار الجهة المسؤولة على ذلك، لأجل تفادي الأضرار الهائلة التي قد تترتب

<sup>١</sup> سلامة، الحماية الجنائية للأسرار المهنية، ص ٥٨٩.

على قيادة الطائرة من قبل شخص واقع تحت تأثير المخدر،<sup>١</sup> فيقدم ضرر إفشاء سره الشخصي على الضرر الذي يلحق بحياة المئات من البشر.

**سادساً:** يسوغ للطبيب المنتدب إفشاء السر، بوصفه خبيراً من قبل المحكمة؛ لأن الطبيب الخبير المكلف بقرار من المحكمة لا يجوز له أن يخفي عن القاضي ما يلاحظه، أو ما يدلي به الفرد إليه، استناداً إلى أن الخبير هو وكيل عن القاضي، وهو مؤتمن، فيلزم أن يقول الحقيقة أمام المحكمة، كالطبيب الشرعي من قبل القضاء للكشف عن الجريمة في شخص مقتول، أو ميت يشك أن في موته جنائية.

ويقتضي في هذه الحالات التضحية بالمصلحة الفردية في سبيل المصلحة العامة، ولتحقيق مقتضيات العدالة؛ لأن المصلحة العامة ومقتضيات العدالة أجدر بالرعاية من مصالح الفرد،<sup>٢</sup> وكذلك الخبير المنتدب في إحدى جهات الإدارة كالطبيب الذي انتدب من قبل شركة التأمين للكشف على مقدم طلب التأمين ومعرفة لياقته الصحية، وكذلك الطبيب في اللجان الطبية أو الذي ينتدبه رب العمل أو الشرطة لفحص الراغبين في العمل لديها، أو الطبيب الذي يكشف على رخص القيادة لمعرفة مدى لياقة حاملها. والإبلاغ عن الأمراض التي تعيقهم عن العمل المراد، ولما كان كشف هذه الأسرار هو من باب الضرورات، فالأولى والأقرب إلى روح الشريعة وآدابها هو عدم ذكر الطبيب للمرض الذي بسببه أصبح غير لائق للوظيفة، بل يقتصر على ذكر "عدم أهليته للعمل" أو القول بأنه: "غير لائق للعمل" دون ذكر السبب إن أمكن؛ لأن الضرورة تقدر بقدرها، وإلا فلا بأس بتعيين المرض.

**سابعاً:** معرفة الأمراض السارية الوبائية هي أحد المسوغات الشرعية للتبليغ عن السر إلى الجهات المختصة، لأن في الإبلاغ عن هذه الأمراض حفظاً للأمة، والصحة العامة، ووقاية لها من الأمراض الوبائية، ولا يعد الإفشاء في هذه الحالات انتهاكاً للأسرار المهنية؛ لأن ذلك يقتضي التضحية بالمصلحة الفردية للمريض في كتمان سره في سبيل المصلحة العامة، فيحتمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، ويقتصر الإبلاغ في هذه الحالات إلى الجهات التي تعينها الدولة.

أما الأمراض غير المعدية التي تتضمن إفشاؤها إهداراً للشخصية، أو تدعو إلى السخرية من المريض، أو لها شهرة وراثية، كالصرع الذي يضر بسمعة المريض عائلياً، أو أنه مصاب

<sup>١</sup> الأشقر، إفشاء السر في الشريعة الإسلامية، ج ٢، ص ٤١.

<sup>٢</sup> سلامة، الحماية الجنائية للأسرار المهنية، ص ٤٥٨.

بنوع من أنواع الفصام أو السرطان فلا يجوز إفشاؤها، لذلك يجب إحاطة هذه الأمراض بسياج من الكتمان؛ إذ ليس من مصلحة المريض إفشاؤه، إذا لم يكن هناك مسوغ شرعي للإبلاغ عنه؛ إذ يعد من العورات التي يجب سترها.

**ثامنا:** كتمان سر رتق غشاء البكارة بسبب ارتكاب الزنا، ذلك أن فريقاً من المعاصرين منعوا الطبيب من عملية رتق الغشاء؛ لأن في ذلك تعاوناً على الإثم والعدوان، ومساعدة على ارتكاب المنكر وانتشار الفواحش، ويكون غشاً للزوج المرتقب، فيكون رد الثيب إلى البكر، والملوثة إلى الطاهرة خداعاً يجرم على المسلم أن يشارك فيه أو يساعد عليه. ويرى فريق آخر أن رتق غشاء البكارة هو ستر على أعراض المسلمين، ومنع لإشاعة الفاحشة، وهذا الكذب يحمي أثره ما دام ذلك سيجبر كسراً، ويستتر على تائبة ستر الله عليها. لذلك فالستر على هذه المرأة من قبل الطبيب أفضل وأرجح؛ لأن الشارع الحكيم ندب إلى الستر على أعراض الناس.

**تاسعا:** يجوز إفشاء السر بموافقة ورضا صاحبه إلى أية جهة يحددها؛ لأنه إذا جاز لصاحب السر أن يذيع سر نفسه فلا مانع من أن ينيب عنه من أفضى له به بعد ذلك؛ ولأن لصاحب السر الحق في إسقاط حقه في الكتمان؛ ولكن بشرط أن لا يخل هذا الإفشاء بمصلحة العدالة ومصلحة المجتمع ونظام المهنة، وأن لا يكون هناك مانع شرعي من هذا الإفشاء.

هذا وقد اهتمت القوانين بالاستثناءات والمسوغات لإفشاء السر المهني، **فالقانون الكويتي** (سنة ١٩٦٠م والمعدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٨١م) حدد الحالات - على سبيل الحصر - والتي يجوز الإفشاء فيها، وهي على النحو الآتي:

١- إذا كان الإفشاء لمصلحة الزوج أو الزوجة، ويكون الإفشاء لهما شخصياً.  
٢- إذا كان الإفشاء بقصد منع حدوث جريمة، ويكون الإفشاء مقصوراً على الجهة الرسمية المختصة.

٣- إذا كان الإفشاء بقصد التبليغ عن مرض سارٍ طبقاً للقوانين الصادرة بهذا الخصوص، ويكون الإفشاء في هذه الحالة مقصوراً على الجهات التي تعينها وزارة الصحة.

٤- إذا وافق صاحب السر على إفشائه إلى أي جهة يحددها والإفشاء يجوز لتوقي وقوع ضرر شخصي، أو تفادي حدوث ضرر على المجتمع.

والقانون لم يفرق بين أي نوع من أنواع الإفشاء سواء أكان ذلك بسوء نية أم بحسن نية، فالعقوبة واحدة سواء أكان ذلك الإفشاء بالسلب أم بالإيجاب.<sup>١</sup>

<sup>١</sup> عبد السلام الترماني، "السر الطبي"، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة، يونيو ١٩٨١م، ص ٤١؛ انظر، أحمد رحائي الجندي، "سر المهنة الطبية بين الكتمان والعلانية"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج ٣، ص ١٢١.

ولقد أصدر المجمع الفقهي الإسلامي فتوى بخصوص إفشاء السر في المجال الطبي، ارتأيت إيرادها هنا لأهميتها؛ إذ تعبر عن رأي جهاز شرعي له مكانته العلمية وتأثيره في صياغة الفتاوى الشرعية في العصر الحاضر، ووقعه الكبير على العلماء الباحثين والمستفتين على سواء، ومحتوى الفتوى هو على النحو الآتي:

"إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثامن ببندر سيرى بيجوان، بروناي دار السلام من ١ - ٧ محرم ١٤١٤هـ - الموافق ٢١ - ٢٧ حزيران (يونيو) ١٩٩٣م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع السر في المهن الطبية، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، قرر الآتي:

**أولاً:** السر هو ما يفضي به الإنسان إلى آخر مستكتماً إياه من قبل أو من بعد، ويشمل ما حفت به قرائن دالة على طلب الكتمان إذا كان العرف يقضي بكتمانها، كما يشمل خصوصيات الإنسان وعيوبه التي يكره أن يطلع عليها الناس.

**ثانياً:** السر أمانة لدى من استودع حفظه، التزاماً بما جاءت به الشريعة الإسلامية، وهو ما تقضي به المروءة وآداب التعامل.

**ثالثاً:** الأصل حظر إفشاء السر وإفشاؤه بدون مقتضى معتبر موجب للمؤاخذة شرعاً.

**رابعاً:** يتأكد واجب حفظ السر على من يعمل في المهن التي يعود الإفشاء فيها على أصل المهنة بالخلل، كالمهن الطبية؛ إذ يركن إلى هؤلاء ذوو الحاجة إلى محض النصح وتقديم العون فيفضون إليهم بكل ما يساعد على حسن أداء هذه المهام الحيوية، ومنها أسرار لا يكشفها المرء لغيرهم حتى الأقربين إليه.

**خامساً:** تستثنى من وجوب كتمان السر حالات يؤدي فيها كتمانها إلى ضرر يفوق ضرر إفشائه بالنسبة لصاحبه، أو يكون إفشاؤه مصلحة ترجح على مضرة كتمانها، وهذه الحالات على ضربين:

أ- حالات يجب فيها إفشاء السر بناءً على قاعدة ارتكاب أهون الضررين لتفويت أشدهما، وقاعدة تحقيق المصلحة العامة التي تقضي بتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام إذا تعين ذلك لدرئه.

وهذه الحالات نوعان:

- ما فيه درء مفسدة عن المجتمع.
- وما فيه درء مفسدة عن الفرد.
- ب- حالات يجوز فيها إفشاء السر لما فيه:
- جلب مصلحة للمجتمع.

- أو درء مفسدة عامة.

وهذه الحالات يجب الالتزام فيها بمقاصد الشريعة وأولوياتها من حيث حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال.

**سادساً:** الاستثناءات بشأن مَوَاطن وجوب الإفشاء أو جوزاه ينبغي أن يُنص عليها في نظام مزاولة المهن الطبية وغيره من الأنظمة، مُوَضَّحَةً ومنصوفاً عليها على سبيل الحصر، مع تفصيل كيفية الإفشاء، ولمن يكون، وتقوم الجهات المسؤولة بتوعية العامة بهذه المواطن. ويوصي بما يأتي:

دعوة نقابات المهن الطبية، ووزارات الصحة، وكليات العلوم الصحية، بإدراج هذا الموضوع ضمن برامج الكليات والاهتمام به وتوعية العاملين في هذا المجال بهذا الموضوع. ووضع المقررات المتعلقة به، مع الاستفادة من الأبحاث المقدمة في هذا الموضوع. والله الموفق".<sup>١</sup>

وأرى لاستكمال الموضوع وإعطائه حقه، أن يقنن موضوعات السر الطبي وعقوبات إفشائه وفق الشريعة الإسلامية، ويناط هذا الأمر بالمجامع الفقهية ضمن دائرة الاجتهاد الجماعي، ليكون الأطباء والقضاة وغيرهم على بينة من أمرهم، على أن يشارك في ذلك الفقهاء والأطباء المختصون وأهل القانون لدراسة الموضوع من جميع جوانبه.

## نتائج:

١. السر الطبي هو السر المودع لدى الطبيب وكل من يعمل في الحقل الطبي بما يمس طمأنينة المريض واستقراره النفسي.
٢. إفشاء السر مذموم شرعاً ولو لم ينتج عنه ضرراً للمحافظة على الأمانة والثقة المفروضة؛ ولأن أهمية السر، يقدره المريض نفسه، والذي له وحده أن يقدر ظروفه.
٣. يعد إفشاء السر من قبيل خيانة الأمانة، وهو أبلغ في الحظر من الغيبة.
٤. كتمان السر الطبي كان جزءاً مهماً في التراث الطبي الإسلامي، ومحل اهتمام الأطباء المسلمين.
٥. عقوبة إفشاء السر تدخل في العقوبات التعزيرية في الفقه الإسلامي.
٦. إفشاء السر المترتب عليه وقوع الضرر المادي يعدّ من الفعل الضار المنهي عنه شرعاً، ويوجب الضمان بتعويض مالي.

<sup>١</sup> مجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع، العدد ٨، ج٣، ص ١٥، قرار رقم: ٧٩ (٨/١٠) بشأن السر في المهن الطبية الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي بتاريخ: ١٩/١٠/١٤٢٥هـ- الموافق لـ: ٠٢/١٢/٢٠٠٤م.

٧. لا أرى التعويض المالي عن الضرر الأدبي المترتب على إفشاء السر، لصعوبة التقدير المالي للضرر الأدبي، فيكتفى بالتعزير المناسب وحده لإزالة الضرر الأدبي وردع المجرم.
٨. هناك أحوال استثنائية ومسوغات لإفشاء السر تدخل تحت القواعد الشرعية للضرورة، وغيرها؛ ولأن كتمان السر يكون أشد ضرراً من إفشائه.
٩. الاجتهاد الجماعي عن طريق الجامع الفقهية، لا بد منه لتقنين موضوعات السر الطبي وعقوبات إفشائه، وفق الشريعة الإسلامية، ليكون الأطباء والقضاة وغيرهم على بينة من أمرهم.







## الفصل السابع

# قضايا معاصرة في الرهن\*

\* أصل المقال كتاب تحت عنوان: القرائن ومدى حجيتها في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة (كوالالمبور: دار التجديد، ط ١، ١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م)، في ١٨٠ صفحة.





## الفصل السابع

# قضايا معاصرة في الرهن

### تمهيد:

هذه قضايا معاصرة وحيوية في الرهن، وهي من المسائل المستجدة على الساحة الفقهية، لا أعلم أنه قد وردت فيها نصوص معينة، أو قامت حولها اجتهادات من الفقهاء القدامى رحمهم الله. وسوف نحاول أن نجد حلولاً شرعية لها على ضوء عمومات الشريعة وكلياتها، والاهتداء بمقاصد الشريعة، وما تحققه من مصالح شرعية. كما نحاول أيضاً أن نجد لها نظائر فقهية في اجتهادات فقهاءنا السابقين.

### أولاً: رهن الحقوق المعنوية

#### معنى الحقوق المعنوية:<sup>٢</sup>

<sup>١</sup> الرهن شرعاً: عرفه الحنفية: بأنه جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون، وعند المالكية: إعطاء امرئ وثيقة بحق. انظر، عثمان بن علي بن محسن الزيلعي، تبين الحقائق شرح كثر الدقائق (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٠م)، ج ٦، ص ٦٢؛ محمد بن أحمد علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ٢٠٠٠م)، ج ٣، ص ٤٩؛ عبد الرحمن بن محمد شيخ زاده، مجمع الأثر شرح ملتقى الأبحر (إسطنبول: عدة نصریات، د.ط، ١٩٩١م)، ج ٢، ص ٥٨٤؛ عبد الرحمن المغربي الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (بيروت: دار الفكر، ط ٣، ١٩٩٢م)، ج ٥، ص ٢. وعند الشافعية: جعل عين مالية متمولة وثيقة بدين ليستوفى منها عند تعذر وفائه. انظر، محمد بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (بيروت: دار الفكر، ١٩٨٤م)، ج ٤، ص ٣٤؛ محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب (بيروت: دار الفكر الإسلامي الحديث، ط ١، ٢٠٠٠م)، ج ١٣، ص ١٧٧. وعند الحنابلة: المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه، مصطفى السيوطي الرحباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (دمشق: المكتب الإسلامي، ط ٣، ٢٠٠٠م)، ج ٣، ص ٢٤٨؛ علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٩٧م)، ج ٥، ص ١٣٧.

<sup>٢</sup> يسمى القانونيون هذه الحقوق تسميات عدة منها: الذهنية، الأدبية، المعنوية، الفكرية، الملكية الأدبية والفنية والصناعية، وسمها الشيخ مصطفى الزرقا والشيخ الدريني بحقوق الابتكار. هذا وقد قسم أهل القانون الحقوق المالية إلى ثلاثة أنواع، هي: الحقوق العينية، والحقوق الشخصية، والحقوق الذهنية أو المعنوية. وقد عرفوا الحق العيني بأنه: سلطة معينة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين، فصاحبه يستطيع أن يباشره دون وساطة أحد. وعرفوا الحق الشخصي بأنه: رابطة

ظهرت الحقوق المعنوية نتيجة لتطور الحياة في مختلف جوانبها المدنية والاقتصادية والثقافية، وقد أقرتها جميع التشريعات الحديثة. وهذه الحقوق ترد على الأشياء غير المادية<sup>١</sup> ومنها: "حق المؤلف" وهو ما اصطلح على تسميته بالملكية الأدبية والفنية، "وحق المخترع" وهو ما اصطلح على تسميته بالملكية الصناعية. فهذه الحقوق هي نتاج الذهن وابتكاره<sup>٢</sup>، لذا سوف نتناول هنا رهن حق المؤلف، ورهن براءة الاختراع.

### المسألة الأولى: رهن حق المؤلف

#### نبذة تاريخية عن حقوق المؤلفين:

حينما ازدهرت الطباعة، وراجت تجارة الكتب، ظهر الاعتراف بالحقوق المعنوية للمؤلفين، وبدايات الحماية القانونية لحقوق المؤلف تمت على يد الملكة "آن" في إنكلترا سنة ١٧١٠م، ثم صدرت القوانين بعد ذلك التاريخ تباعاً لتأكيد هذه الحماية القانونية، فقد أصدر ملك فرنسا -لويس السادس عشر- عام ١٧٧٧م، ستة مراسيم تنظم حقوق المؤلفين في نشر مصنفاتهم وبيعها للجمهور. وفي الولايات المتحدة الأمريكية صدر أول قانون لحماية "الملكية الذهنية" في ولاية ماسوشستس عام ١٧٨٩م. وفي عام ١٨٨٦م، أبرمت اتفاقية

ما بين شخصين، دائن ومدين، بخول الدائن بمقتضاها مطالبة المدين بإعطاء شيء، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل، فصاحبه لا يستطيع أن يباشره إلا بواسطة المدين. وقد قسموا الحقوق العينية إلى: حقوق أصلية، وحقوق تبعية. وعرفوا الحقوق العينية الأصلية بأنها: الحقوق التي تقوم بذاتها مستقلة، لا تتبع حقاً آخر. وعرفوا الحقوق العينية التبعية بأنها: الحقوق التي لا توجد مستقلة، إنما تتبع حقاً شخصياً لضمان الوفاء به كالرهن؛ أما الحق المعنوي فهو: سلطة مقررة لشخص على شيء معنوي، أي على شيء لا يدرك بالحواس، كالأفكار والمخترعات، فهو سلطة على شيء غير مادي، هو ثمرة فكر صاحب الحق أو نشاطه. انظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (دار النهضة العربية، ط، ١٩٨٢م)، ج ١، ص ١٠٣؛ عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في القوانين العربية، ج ١، ص ١٠؛ الشرفاوي، نظرية الحق، ص ٣٨؛ محمد سامي مذكور، نظرية الحق (القاهرة: طبعة ١٩٥٣م)، ص ٣٠؛ عبد السلام داود العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ١، ٢٠٠٠م)، ج ١، ص ١١٢.

<sup>١</sup> تقول المادة ٨٦ من القانون المدني المصري: الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة، السنهوري، الوسيط، ج ٨، ص ٧.

<sup>٢</sup> السنهوري، الوسيط، ج ٨، ص ٢٧٦، ويوجد أيضاً ما اصطلح على تسميته بالملكية العلمية، وهي حق يقع على الفكر المجرد قبل أن يتخذ لباساً مادياً من كتاب أو تصوير أو صوت أو حركة؛ إذ يصبح بعد اتخاذه هذا الثوب ملكية أدبية أو فنية أو صناعية، المصدر السابق ج ٨، ص ٢٧٦.

"برن" لحماية المصنفات الأدبية والفنية، والتي تُعد مصدراً أساسياً لكل تشريعات حماية حق المؤلف اللاحقة عليها، ثم ظهرت اتفاقية "جنيف" لحق المؤلف عام ١٩٥٢م، ثم اتفاقية "روما" عام ١٩٦١م، ثم اتفاقية "جنيف" لعام ١٩٧٠م، واتفاقية "مدريد" لعام ١٩٧٩م، واتفاقية "واشنطن" لعام ١٩٨٩م. وكان أول قانون لحماية حق المؤلف عرفته البلاد الإسلامية هو حق التأليف العثماني الصادر سنة ١٩١٠م. وظهرت منظمات دولية تعمل في مجال حماية حق التأليف منها: المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO) الويبو، ومنظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم "اليونسكو"، ويشترك فيها ١٠٥ من الدول، والمنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم (ALECSO) الألكسو.<sup>١</sup>

وفي خصوص مدة الحماية القانونية لحق المؤلف، وضع اتفاق اليونسكو عام ١٩٥٢م، مبدأ هو أنه لا يجوز أن تقل مدة الحماية عن طول حياة المؤلف، وخمسة وعشرين سنة بعد موته؛ أما بالنسبة إلى الترجمة فقد نص الاتفاق على أنه إذا مضى سبع سنوات على تاريخ أول نشر للمصنف دون أن يقوم المؤلف بترجمته إلى اللغة القومية لإحدى دول الاتفاق، جاز لأي شخص من رعايا تلك الدولة أن يقوم بتلك الترجمة بعد اتباع إجراءات معينة، مع تعويض المؤلف تعويضاً عادلاً، وفي مصر صدر قانون حماية حق المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤م، وهو يجعل مدة الحماية خمسين سنة من وقت وفاة المؤلف، وجعل أيضاً مدة حفظ الحق في الترجمة خمس سنوات فقط من أول نشر للمصنف.<sup>٢</sup>

وفي الفقه الإسلامي فإن العلماء القدامى لم يتناولوا مسألة حقوق المؤلفين بصورة معمقة من ناحية ما للمؤلف من إنتاجه الفكري من حقوق، ولم يكن موضع اهتمامهم، والسبب في ذلك أن هذه المسألة لم يكن لها وجود في العهود القديمة على النحو الذي نراه اليوم في الابتكارات في شتى مجالات العلوم والفنون في الجامعات والمراكز العلمية والبحثية في العالم؛ مما أدى إلى الارتقاء بالحضارة مادياً ومعنوياً.

لقد ظهرت الحقوق المعنوية، نتيجة لتطور مختلف مناحي الحياة، وأقرتها القوانين في شتى بلاد العالم، ويبدو أن هذه الحقوق لم تقم في المجتمع الإسلامي على مر التاريخ رغم نشاط

<sup>١</sup> أحمد حسام محمود لطفي، "مضمون حق المؤلف"، ج ١، ص ٣٦١، ندوة حقوق المؤلف: مدخل إسلامي ج ١، ص ٢٨، المنعقد بالقاهرة في يونيو ١٩٩٦م، المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية، ص ٢، القاهرة ١٩٩٢م.

<sup>٢</sup> السنهوري، الوسيط، ج ٨، ص ٤٤٨، فقرة ٢٦٩؛ محمد علي عثمان الفقي، فقه المعاملات (دار المريخ، د. ط، د. ت)، ص ١٠٦.

حركة التأليف والنشر، ذلك أن الإسلام يدعو إلى كل ما فيه نفع للأمة، وأن العلم الشرعي خاصة لا يحل كتمه، فالتأليف كان شعوراً بالواجب، ورغبة في الثواب والأجر، وكان المؤلف يحرص على نشره بكافة الطرق؛ لأن في ذلك من الأجر والثواب والكرامة.<sup>١</sup>

لقد كان هدف القدامى الترويج للفكر الإسلامي، وتحريره من كافة القيود لكي يصل إلى أكبر قدر ممكن من الناس، وعليه لم تبرز فكرة استحقاق الشخص لما ينتجه من أشياء فكرية غير مادية، وإن كانوا حريصين على نسبة الآراء إلى أصحابها.

والشريعة الإسلامية لا تتعارض مع ما أقره القانون في هذا المجال، بل تؤيده وتدعمه بهدف تحقيق الخير للبشر جميعاً وحماية إبداعاتهم الفكرية لتدفع بعجلة العلم والمعرفة خطوات أوسع نحو الأمام.

### طبيعة الحقوق المعنوية:

اشتد الجدل في الفقه الوضعي حول تكييف طبيعة الحقوق المعنوية التي ترد على الأشياء غير المادية، فذهب فريق منهم إلى أن حق المؤلف هو من أقدم حقوق الملكية، وملكية الإنسان لنتاج ذهنه وتفكيره ولمبتكراته العقلية هي أولى كثيراً بالحماية من الملكية المادية، التي قد يستحوذ الإنسان عليها وقد لا تكون من صنع يده ولا من نتاج عقله. وإذا نقصه التأييد، فلا يوجد ما يمنع - في نظر هذا الفريق - من أن يكون حق الملكية غير مؤبد.<sup>٢</sup>

وذهب فريق آخر إلى أن حق المؤلف ليس حق ملكية؛ لأنه شيء غير مادي، وهناك مدى واسع يفصل ما بين عالم الفكر وعالم المادة، فالمادة تؤتي ثمارها بالاستحواذ عليها، والاستثمار بها؛ أما الفكر فعلى النقيض من ذلك، يؤتي ثماره بالانتشار لا بالاستثمار، وبالانتقال من شخص إلى آخر بحيث يمتد إلى أكبر مجموع ممكن من الناس، والذي يبدو: أنه لا أحد ينكر على المؤلف حقه المالي على عمله في استثمار فكره ما دام حياً ولمدة معقولة بعد وفاته يكون من نصيب الورثة. ويرى هذا الفريق أن هذا الحق ليس حق ملكية، ولكنه

<sup>١</sup> العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج١، ص١٩٩.

<sup>٢</sup> إسماعيل غانم، النظرية العامة للحق (القاهرة: مكتبة سيد عبد الله وهبة، د.ط، ١٩٥٨م)، ص ٧٣؛ منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية (بيروت: دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٧٢م)، ص ١٠؛ الصدة، حق الملكية، فقرة ١٩٣؛ السنهوري، الوسيط، ج٨، ص٢٨١.

احتكار للاستغلال في الجانب المالي، وحق من حقوق الشخصية في الجانب الأدبي.<sup>١</sup> ومن الناحية الشرعية: فإن حق المؤلف حق مصون على أساس قاعدة الاستصلاح، أو المصلحة المرسله.<sup>٢</sup> ويبقى هذا الحق خالصاً لمؤلفه، ثم لورثته من بعده وقد استند المعاصرون في ذلك إلى حديث الرسول ﷺ: «من ترك مالاً، أو حقاً فلورثته»<sup>٣</sup>، وهذا الحق مبني على المصلحة المرسله المتعلقة بالحقوق الخاصة<sup>٤</sup>، والتكليف الفقهي للإنتاج الفكري أنه لا يعدو كونه من المنافع عند قراءتها في محالها<sup>٥</sup>، والرسول ﷺ يقول: «اللهم إني أسألك علماً نافعاً»<sup>٦</sup>، فالعلم هو مصدر للمنفعة شرعاً.

<sup>١</sup> حسن كبيرة، أصول القانون، فقرة ٢٥٦، السنهوري، الوسيط ج٨، ص ٢٨١.  
<sup>٢</sup> وهي الأوصاف التي تلائم تصرفات الشرع ومقاصده، ولكن لم يشهد لها دليل معين في الشرع بالاعتبار، أو الإلغاء، ويحصل من ربط الحكم بها، جلب مصلحة، أو دفع مفسدة عن الناس، فكل عمل فيه مصلحة غالبية، أو دفع ضرر أو مفسدة يكون مطلوباً شرعاً، انظر، وهبة الزحيلي، "بحث حق التأليف والتوزيع"، نقلاً عن: فتحي الدريني، حق الابتكار (بيروت: مؤسسة الرسالة، د.ط، ١٩٨٤م)، ص ١٩٩.

<sup>٣</sup> هذا الحديث لم يرد بهذا اللفظ في أي كتاب من كتب الحديث، وإنما ورد في كتب الفقه، مثل: خلاصة البدر المنير، ج٢، ص ٩٢؛ بلفظ: "من خلف مالاً أو حقاً فلورثته"، وقال: متفق عليه من حديث أبي هريرة. ثم ذكر لفظ البخاري ومسلم بلفظ: "من ترك مالاً فلورثته"؛ مما يدل على أن اللفظ الأول ليس نص الحديث، بل هو مستنبط منه من قبل الفقهاء. وكذلك وجدت في المعني لابن قدامة، ج٨، ص ٥٠؛ بلفظ: "من ترك حقاً فلورثته" ولم يعزه إلى كتاب حديث، وكذلك وجدته بلفظ: "من ترك حقاً فلورثته" في منار السبيل لابن ضويان، ج٥، ص ٢٥٨؛ مع إرواء الغليل، وصححه الألباني؛ ولكن عندما خرج الشيخ الألباني من البخاري ومسلم وابن ماجه وأحمد خرج بلفظ: "ومن ترك مالاً فهو لورثته" مما يدل على أن الشيخ الألباني لم يجده بذلك اللفظ. والحديث بلفظ "من ترك مالاً فلورثته" أخرجه البخاري، كتاب الفرائض، في باب قول النبي ﷺ: من ترك مالاً فأهله" ج١٢، ص ٩، رقم الحديث ٦٧٣١، مع فتح الباري، وأرقام ٢٢٩٨، ٢٣٩٨، ٢٣٩٩، ٤٧٨١، ٥٣٧١، ٦٧٤٥، ٦٧٦٣، وفي صحيح مسلم: كتاب الجمعة، باب تخفيف الصلاة والخطبة، ج٢، ص ٥٦٠، رقم الحديث ٨٦٧ وبعده برقم ١٦١٩، وأبو داود برقم ٢٩٥٥، ٣٣٤٣، والترمذي برقم ١٠٧٠، ٢٠٩١، والنسائي، برقم ١٩٦٥، وابن ماجه، برقم ٢٤١٨، ٢٧٤٠، وأحمد، ج٢، ص ٢٩٠، ٤٥٣.

<sup>٤</sup> الشيخ علي الخفيف، المدخل في الشريعة الإسلامية، ص ١٠.

<sup>٥</sup> الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية (دار الفكر العربي، د.ط، ١٩٩٨م)، ص ٢٨.

<sup>٦</sup> عبد الله بن الزبير الحميدي، مسند الحميدي، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي (بيروت: عالم الكتب، د.ط، ١٣٨٢هـ)، ج١، ص ١٤٣ رقم الحديث ٢٩٩؛ عبد الله بن محمد بن أبي شيبه، المصنف في الأحاديث والآثار (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٩٩٤م)، ج٦، ص ٣٣؛ محمد بن يزيد بن ماجه القزويني، السنن (المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، ٢٠٠٦م)، رقم الحديث ٩١٢؛ أحمد بن علي أبو يعلى الموصلي، مسند أبي يعلى (بيروت: دار المعرفة، ط ١، ٢٠٠٥م)، ج١٢، ص ٣٦١؛ سليمان بن أحمد الطبراني، كتاب الدعاء (دار البشائر الإسلامي، د.ط، ١٩٨٧م)، ص ٢١٣، كلهم من طريق مولى لأم سلمة عن أم سلمة عن النبي ﷺ، وهو ضعيف لجهالة مولى أم سلمة. أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، السنن (بيروت: مكتب المطبوعات الإسلامية، ط ٢، ١٤٠٦هـ)، برقم ٧٨٠٨؛ وابن حبان في صحيحه، ج ١،



ويرى فتحي الدريني حفظه الله أن التكليف الفقهي للإنتاج المبتكر أقرب شبهاً بالثمرة، المنفصلة عن أصلها، منه بمنافع الأعيان؛ إذ الإنتاج المبتكر ينفصل عن صاحبه ليستقر في كتاب أو عين، فيصبح له بذلك كيان مستقل، وأثر ظاهر، ولا يتصور هذا في منافع الأعيان، ويبقى لهذا الفكر صلة بصاحبه وأصله، بعكس الثمرة التي بعد انفصالها لا يبقى لها بأصلها صلة.

ويرى السيد أبو الحسن الندوي رحمه الله أن المؤلف -بحكم إنفاقه في سبيل تأليفه وقته وجهده وماله- يمكن أن يكون في درجة صنّاع، وأن يكون تأليفه في منزلة مصنوع، وكما أن كل صنّاع يملك حق الملكية نحو مصنوعه شرعاً، فكذلك المؤلف يمكنه أن يملك حق الملكية نحو تأليفه، ويجوز فيه التوارث مبدئياً. فالعمل الذهني كالعمل اليدوي كلاهما مصدر النفع، فإذا كانت منافع العمل اليدوي مالاً، فالعمل الذهني من باب أولى.<sup>٢</sup>

وقد اختلف الفقهاء في كون منافع الأعيان أموالاً أم لا، فذهب الحنفية إلى عدم اعتبار المنافع أموالاً لاشرائطهم عنصر العينية مقوماً من مقومات المال وأن العينية مناط للمالية، وذلك كسكنى الدار، وركوب الدابة، لأنه لا يمكن إحرازها، وقد وجه إلى مذهب الحنفية في عدم اعتبار المنافع أموالاً، أو في اعتبارها أموالاً غير متقومة، نقد شديد؛ لأن فيه إهداراً للحقوق، وضياعاً للمصالح، فالأموال لا يحرص عليها إلا لمنافعها، فكيف لا تكون مقومة.<sup>٣</sup> لذلك يقول ابن السبكي: إن منافع الأعيان أموال كالأعيان، بل المنافع أحق باسم الأموال من الأعيان، إذ الأعيان لا تسمى أموالاً إلا باشتغالها على المنافع ألا ترى أنها لا يصح بيعها بدونها.<sup>٤</sup>

أما متقدمو الحنفية فلا يعدون المنافع أموالاً متقومة بنفسها، وإنما تقومها بالعقد على خلاف القياس، فيرون أن المنافع تعد من قبيل الأموال بورود العقد عليها مراعاة للمصلحة

ص ٢٨٣ عن جابر رضي الله عنه مرفوعاً بلفظ "اللهم إني أسألك علماً نافعاً، وأعوذ بك من علم لا ينفع" ورجاله كلهم ثقات ماعدا أسامة بن زيد الليثي فهو صدوق بينهم، فمن ثم حديثه حسن.

<sup>١</sup> الدريني، حق الابتكار، ص ١٩.

<sup>٢</sup> المرجع السابق، ص ١٣٤-١٤٩.

<sup>٣</sup> العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، ١٨٢.

<sup>٤</sup> تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، الأشباه والنظائر (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩١م)، ص ١٩٥؛ محمود بن أحمد الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول (الرياض: مكتبة العبيكان، ط ١، ١٩٩٩م)، ص ١١٠؛ إبراهيم بن محمد الباجوري، حاشية الباجوري (بيروت: المكتب الإسلامي، ط ٢، ١٩٩٧م)، ج ١، ص ٣٧١.

العامّة على سبيل الاستحسان، وإن لم تكن عندهم من الأموال بحسب الأصل<sup>١</sup>. والناس يحتاجون إلى المنافع في حياتهم، لذا جرى العرف على التعامل بها، والعرف مستنده المصلحة والحاجة، ونزع الناس من أعرافهم إيقاع لهم في الحرج، والحرج مدفوع في الدين: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

والظاهر أن الحنفية اشترطوا العينية عنصراً أساسياً في مفهوم المال في اجتهادهم لتمام الحيّزة المادية التي بها يتحقق الاختصاص الذي هو جوهر حق الملك، ويُناقش ذلك بأن الحيّزة في كل شيء بحسبه، وقد تكون مباشرة في الأعيان المالية، وقد تكون غير مباشرة، كما في المنافع، وذلك بجزارة مصادرها ومحالها، وذلك كاف في تحقق مفهوم الاختصاص، على أن الاختصاص يقوم مقام الحيّزة المادية كما في الديون<sup>٢</sup>.

والعينية ليس عنصراً في مفهوم المال، وأن إمكانية الحيّزة المادية المباشرة ليس من خصائص المال كذلك عند الجمهور، بل تكفي حيّزة العين التي استقرت فيها المعاني العقلية، أو المنافع، وهي حيّزة غير مباشرة، لأنها لا يمكن أن توجد، ولا أن تستوفي إلا على هذا الوضع، وبالنظر لطبيعتها الخاصة، وما لا يوجد إلا على وضع معين، فإنه لا يُنهى عن بيعه على ذلك الوضع شرعاً، كما يقول ابن تيمية رحمه الله<sup>٣</sup>.

وذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن المنافع تعد من الأموال المتقومة كالأعيان إذا كان مباحاً الانتفاع بها شرعاً<sup>٤</sup> والأعيان والأشياء تقصد لمنافعها لا لذواتها، والغرض في جميع الأموال هو منفعتها، كما قال شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام<sup>٥</sup> والمنافع ترد على العقود الناقلة للملكية، وتضمن بالغصب، ويجري فيها الإرث<sup>٦</sup>

<sup>١</sup> أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، القياس في الشرع الإسلامي (المطبعة السلفية ومكتبتها، د. ط، ١٩٦٥م)، ص ٢٨، محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ٢٠٠٩م)، ج ١١، ص ٧٨؛ العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج ١، ص ١٨٠، علي الخفيف، المنافع، ص ٤٠؛ مجلة القانون والاقتصاد، السنة العشرون؛ الزحيلي، نظرية الضمان، ص ١٢٠؛ الدريني، حق الابتكار، ص ٢٠٠.

<sup>٢</sup> انظر، علي الخفيف، المعاملات المالية، ص ٨.

<sup>٣</sup> الدريني، حق الابتكار، ص ٣٢-١٣٤؛ ابن تيمية، القياس في الشرع الإسلامي، ص ٢٨.

<sup>٤</sup> جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر (بيروت: دار الكتب العلمية، ٢٠٠٧م)، ج ٢، ص ٩٧؛ عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقي (بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م)، ج ٥، ص ٢١٨؛ محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي (القاهرة: المكتبة العصرية، ط ٢، ٢٠٠٣م)، ج ٢، ص ٣٤٢.

<sup>٥</sup> الدريني، حق الابتكار، ص ١٨٨.

<sup>٦</sup> المرجع السابق، ص ٢٠.

وخالف الحنفية وذهبوا إلى أنها لا تورث.<sup>١</sup> والمنافع كذلك تجري فيها الوصية - كما يرى جمهور الفقهاء - خلافاً للظاهرية.<sup>٢</sup>

والذي يبدو: أن الراجح هو القول بأن المنافع أموال - لما مرّ - أن الأعيان لا تقصد لذاتها بل لمنافعها وعلى هذا أعراف الناس ومعاملاتهم، وقد عد الشارع المنفعة مالاً في عقد الإجارة، وعدها مالاً أيضاً؛ إذ جاز جعلها مهراً في النكاح<sup>٣</sup> في جعل المهر سوراً من القرآن. كما أن في إهدار المنافع وعدم اعتبارها ضياعاً للحقوق وخاصة في هذا العصر، بل ولم تعد مالية المنافع محل جدل في هذا العصر.

يقول العبادي: "ولما كانت الأشياء غير المادية - ومنها حقوق المؤلفين - تدخل في مسمى المال في الشريعة، لأن لها قيمة بين الناس، ومباح الانتفاع بها شرعاً، وقد قام الاختصاص بها، فعلى هذا الأساس يمكن أن تنظم باعتبارها نوعاً من أنواع الملك".<sup>٤</sup>

وبناءً على ما انتهينا إليه يعد الإنتاج الذهني مالاً؛ لأن الصفة المالية للشيء تتحقق بوجود "التقوم" أي المنفعة المشروعة و"العرف"؛ إذ هما مناط المالية عند الجمهور، وهذان العنصران متوافران في الإنتاج الذهني، فيكون مالاً شرعاً عند الجمهور، ولم يرد في الكتاب ولا في السنة دليل يحدد مفهوم المال شرعاً، وكون الشيء مالاً، أو ذا قيمة شرعاً لا يفتقر إلى دليل إيجابي معين خاص بالشيء يثبت ذلك، بل يكفي انتفاء دليل التحريم؛ لأن عدم الدليل على التحريم كافٍ في إثبات الحل والمشروعية؛ إذ الأصل الإباحة، والتحريم خلاف الأصل.

فإذا ثبتت القيمة والمنفعة في شيء "عرفاً" كان مالاً شرعاً عند الجمهور ما دام لا يعارض ذلك دليل من جهة الشرع، ولم يوجد، بل الذي وجد وجوب تحصيل العلم النافع والانتفاع

<sup>١</sup> الرملي، نهاية المحتاج؛ ج ٥، ص ٣١٢؛ ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٤٦٧؛ ابن جزى، القوانين الفقهية، ص ٢٣٩؛ سعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (القاهرة: المطبعة الجمالية، ط ١، ١٩٠١م)، ج ٦، ص ٢٦٧٢.

<sup>٢</sup> عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام (دار القلم، ط ١، ٢٠٠٠م)، ج ٢، ص ١٤٧؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٧٨.

<sup>٣</sup> السرخسي، المبسوط، ج ٦، ص ٧٨.

<sup>٤</sup> العبادي، الملكية، ص ١٩٩. يقول الزركشي: "المال: هو ما كان منتفعاً به، وهو إما أعيان وإما منافع"، قواعد الزركشي، ص ٣٤٣. لذلك فإن "ديدان الصيد" تعتبر مالاً بالنظر لمنفعتها، من جعلها طُمعاً لاقتناص طائر، أو اصطيد سمك. يقول ابن قدامة: إن المال هو ما كان فيه منفعة مباحة، لغير حاجة أو ضرورة، كعقار وحمل ودود قر، وديدان لصيد، وطير لقصده صوتته، كبلبل، وبيغاء،... أما ما لا نفع فيه كالخشرات، أو فيه نفع محرم كالخمر، وما لا يباع إلا لضرورة كالميتة، وما لا يباع إلا لحاجة، فليس مالاً". انظر، ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٤٣٩.

به.<sup>١</sup> نزع الناس عن أعرافهم إيقاع لهم في الحرج، والحرج مدفوع في الدين: «وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ» [البقرة: ٢٢٠]؛ ولكنه ﷻ لم يشأ: «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» [الحج: ٧٨].<sup>٢</sup> وبناء عليه فالشارع يقر مالية حق المؤلف؛ لأن جريان المعاوضة فيه أصبح عرفاً عالمياً، ولأنه مبني على المصلحة المرسلّة المتعلقة بالحق العام، وهو في الوقت ذاته علاقة اختصاصية بين الحق وصاحبه، لذلك أصبح هذا الحق حقاً عينياً مالياً مقصوراً على صاحبه وحده.<sup>٣</sup> والقيمة تثبت بالعرف الذي لا يصادمه دليل من الشرع خاص في موضوعه<sup>٤</sup> فكل منفعة ذات قيمة مالية عرفاً تعد مالا ولو لم تكن عيناً إذا كان مباحاً الانتفاع بها شرعاً، والأصل الإباحة حتى يرد دليل التحريم.

ومالية الإنتاج الفكري لحق المؤلف والمخترع عرف عالمي، وأمر شائع بين الأمم، واستقر على ذلك عرف جميع الدول والشعوب في العالم، والعرف يثبت مالية الأشياء شرعاً، -مادية أو معنوية- ما لم يرد نص خاص في موضوعه يجرمه -كما ذكرنا- أو إجماع أو قياس معتبر، أو تصادم قاعدة عامة في الدين قطعية، ولم يوجد، بل الذي وجد إيجاب تحصيل ذلك، باعتباره مقصداً شرعياً قطعياً لما فيه مصلحة حقيقية عامة مؤكدة، بدليل قهافت المثقفين والمتعلمين في كل مكان في العالم لاقتناء الكتب.<sup>٥</sup> والقضايا العلمية والمعرفية المنشورة بكافة وسائل النشر، مثل: أشرطة الكاسيت، والفيديو، والديسكت، والسيدى روم، وأية وسيلة أخرى سوف ينتجها العلم في مجالات الثورة التقنية لنشر العلوم ووسائل الاتصالات.

إن العلاقة المباشرة بين المؤلف وإنتاجه الفكري، والمنصبه على محل هو مال، إذا أقرها الشارع، تعتبر حقاً عينياً مالياً، تجري المعاوضة في محلها عرفاً، ويجري فيها الملك؛ لأن المعاوضة أساسها الملك.<sup>٦</sup> وهناك من أهل القانون من يرى أن الحق المعنوي يتفق مع الملكية العادية في نواح، ويختلف عنها في أخرى، فهو عبارة عن سلطة تنصب على الشيء المعنوي

<sup>١</sup> الدريني، حق الابتكار، ص ١٢٦، وما بعدها.

<sup>٢</sup> المرجع السابق، ١٢٩.

<sup>٣</sup> المرجع نفسه، ص ١٣٩.

<sup>٤</sup> نفسه، ص ٣٠.

<sup>٥</sup> نفسه، ص ٢٠.

<sup>٦</sup> نفسه، ص ١٨٨.

مباشرة دون وساطة، وتحويل صاحبه حق الانتفاع والاستغلال والتصرف؛ لكنه لا يقبل الاستئثار بحكم طبيعته، وهو كونه يقع على شيء غير مادي، وكذلك لا يصح أن يكون مؤبداً<sup>١</sup>. وعلاقة المؤلف بمؤلفه هي علاقة اختصاصية مباشرة، ولا يجوز لأحد العدوان عليه، أو التصرف فيه؛ إلا بإذن صاحبه، وباعتباره حقاً مالياً فإنه يورث شرعاً<sup>٢</sup>. ويتعلق بالابتكار الذهني حق عام وهو حق الله تعالى، لما فيه من مصلحة إنسانية عامة، تعد مقصداً شرعياً قطعياً، فعدم اعتبار مالية الإنتاج الفكري يؤدي في هذا العصر إلى انقطاع العلماء عن الاستمرار في البحث والدراسات العلمية، وفي هذا هدم لمقصد شرعي<sup>٣</sup>.

### الحق الأدبي والحق المالي:

حق المؤلف ليس كتلة واحدة وإنما يتكون من حقين، هما: الحق الأدبي، والحق المالي؛ فهما حقان منفصلان مستقلان، كل منهما عن الآخر. والحق الأدبي هو: حق المؤلف من ناحية أدبية بحتة، تحويل للمؤلف وحده حق تقرير نشر مصنفه على الجمهور ونسبته إلى نفسه وسحبه من التداول وإلزام الغير باحترام مصنفه، فلا يجوز للغير أن يجري فيه بالإضافة أو الحذف أو التحوير أو التعديل، والحق الأدبي غير قابل للحجز عليه، ولا يقبل التنازل عنه، ولا ينتقل إلى الورثة. والحق المادي "المالي" هو حق المؤلف من الناحية المادية، فإذا قرر المؤلف نشر مصنفه؛ فإن هذا الحق يدخل في ذمته المالية. فالجانب المادي من حق المؤلف هو حق مستقل قائم بذاته وهو حق عيني ومال منقول؛ لأن المؤلف يتمتع باحتكار استثنائي على كل متحصلات استغلال مصنفه بكل الطرق<sup>٤</sup>.

إن لصاحب التأليف حقاً على ما ابتكره من عمل ذهني وأخرجه إلى الوجود بجهده العقلي، حيث شحذ فيه همته، وأعمل فيه طاقته، فتجسد في واقع ملموس على هيئة كتاب أو اختراع، فقد أنفق فيه وقته وبذل جهده، وأعطى ماله، وكابد وعان وانقطع لمدارسة

<sup>١</sup> الصدة، الملكية في القوانين العربية، ج ١، ص ٩؛ الشرقاوي، نظرية الحق، ص ٥٨؛ إسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للحق، ص ٨٢.

<sup>٢</sup> الدريني، حق الابتكار، ص ١٣٨.

<sup>٣</sup> المرجع السابق، ص ١٣٦.

<sup>٤</sup> محمد شحات الجندي، "حماية حق المؤلف من منظور إسلامي"، ندوة حقوق المؤلف، ج ١، ص ٣٩٤-٣٩٨.

العلم وهضم الأفكار والنظريات المتعلقة بالتخصص الذي يعمل فيه، وجهده هذا يقوم بمال؛ أما الجانب الأدبي من حق المؤلف فهو ليس بحق عيني، وليس بمال أصلاً، بل هو حق من حقوق الشخصية، مثله في ذلك مثل حق الأبوة، وكما أن الأب له حق الأبوة على ابنه، كذلك المؤلف له حق الأبوة على مصنفه.<sup>١</sup>

فالمصنف كالوليد من حيث نسبته إلى أبيه، ولا يقبل التنازل عنه، ولا الإسقاط، فهو لصيق بالمؤلف لا ينفك عنه، يختص به وحده دون سواه في حياته وبعد مماته.

ونطاق الحق المالي للمؤلف يتناول نقل المصنف إلى الجمهور بطريق غير مباشر بنسخ صور منه بواسطة الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير أو الصب في قوالب.. إلخ، كما يتناول نقل المصنف إلى الجمهور بطريق مباشر بالأداء العلني.

وللمؤلف أن يتصرف في حقه المالي للغير، ويكون ذلك عادة عن طريق عقد النشر.<sup>٢</sup>

وهنا نثير مسألة: مدى شرعية رهن الحقوق المعنوية، ومنها رهن حق المؤلف.

إن الرهن الحيازي<sup>٣</sup> في القانون يتميز بأن محله — المال المرهون — يمكن أن يكون منقولاً معنوياً، كالديون والسندات، والعلامات والأسماء والتجارية، وحق التأليف، وبراءة الاختراع، وهناك من يرى أن رهن المنقولات المعنوية هو استثناء على القاعدة التي بمقتضاها لا ترد الحقوق العينية أصلية وتبعية، إلا على أشياء مادية ولا يجوز أن يكون محلها شيئاً معنوياً.<sup>٤</sup>

لكن الحق المعنوي في الفقه الإسلامي هو في الحقيقة حق عيني مالي متقرر وليس حقاً مجرداً.<sup>٥</sup> والإنتاج الفكري هذا هو ثمرة منفصلة عن شخصية المؤلف المعنوية هذه، واتخذت

<sup>١</sup> السنهوري، الوسيط، ج ٨، ص ٣٥٧؛ عبد الرشيد مأمون شديد، الحق الأدبي للمؤلف (بيروت: دار النهضة العربية، د. ط، ١٩٧٨م)، ص ٢٦٩؛ الجندي، "حماية حق المؤلف من منظور إسلامي"، ج ١، ص ٣٩٤.

<sup>٢</sup> المرجع السابق، ج ٨، ص ٢٦١.

<sup>٣</sup> الرهن الحيازي هو عقد به يلتزم شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى شخص ثالث يعينه العاقدان، شيئاً ترتب عليه الدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم على الدائنين العاديين، والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون، انظر، مدني عراقي، القانون المدني المصري، ١٣٣٢؛ وانظر، خصائص الرهن الحيازي؛ السنهوري، الوسيط، ج ١٠، ص ٧٤١ وما بعدها، فقرة ٤٩٧.

<sup>٤</sup> إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الحقوق العينية والتبعية (الكويت: جامعة الكويت، د. ط، ١٩٩٣م)، ص ٢١٦.

<sup>٥</sup> الحق المجرد: هو ما ثبت لأجل رفع الضرر عن تقرر له، لا على جهة الأصالة، وذلك كحق الشفعة الذي يثبت للحجار والشريك دعماً للضرر عنهم، وكحق الخيار للمرأة التي زوجها وليها قبل البلوغ في أن تختار فسخ العقد بعد بلوغها دعماً

حيزاً مادياً كالكتاب ونحوه، وهذه العلاقة منصبة على المال ذاته مادة كان أو معنى فكان بذلك حقاً عينياً متقراً، وهو حق مالي؛ لأن محله المال ويتحقق مفهوم الحق العيني في الفقه الإسلامي لا في خصوص الأعيان المالية فحسب، بل في المعاني كما في ملك المنافع.<sup>١</sup>

### ولذلك فالذي يبدو لي:

أن المؤلف إذا كان له الحق أن يتصرف في حقه المالي لمؤلفه، جاز له أن يرهن هذا الحق، وترتيباً على ذلك يجوز للمرتهن الحجز على هذا الحق لاستيفاء دينه من المؤلف الراهن على أساس أن الأصل: أن ما جاز التصرف فيه يجوز رهنه ويجوز الحجز عليه.

**ويبدو لي أيضاً:** أن الذي يجوز رهنه هو نسخ المصنف الذي تم نشره والمملوكة له، فتباع في المزداد العلني ويوفى المرتهن حقه في الدين، وكذلك أرى جواز رهن حق المؤلف المالي في نشر مصنفه، للوفاء بدين المرتهن الدائن عن طريق التعاقد بين المؤلف وأحد الناشرين، على طبع ونشر المصنف مع بيان سعر المؤلف مكتوباً على الغلاف حتى لا يتعرض العقد إلى جهالة في الثمن قد يؤدي إلى التزاع، أو أن يكون مبلغ المكافأة مقطوعاً، فيكون أكثر ضماناً في مسألة الرهن.

**ويبدو لي كذلك:** أن الأولى أن يلزم ولي الأمر المتعاقدين — لضعف الذمم في هذا العصر — ولأجل حفظ الحقوق عند التجاحد- بتوثيق العقد مع الناشر في ورقة رسمية عند كاتب العدل؛ لأن إغفال هذه الشكلية في العقد قد يعين على الإفلات من هذا القيد.

أما الحق الأدبي للمؤلف فلا يجوز الحجز عليه ولا التصرف فيه؛ لأنه من الحقوق المتعلقة بالشخصية، ويبقى الحق المالي يتمتع به المؤلف طوال حياته، بل وبعد موته؛ إذ ينتقل إلى الورثة لمدة معينة، هي مدة الحماية التي أضفتها القوانين على هذا الحق. بل ويجوز للمؤلف أن يوصي بحقه في الاستغلال المالي بشرط أن يتقيد في وصيته بثالث التركة كما هو مقرر في أحكام الشرع. فحق المؤلف المالي إذا كان هذا الحق مفرغاً في أشياء مادية كالكتاب ونحوه، فإن نسخ الكتاب المنشورة تكون محلاً للرهن؛ أما إذا كان المؤلف لم يطبع في كتاب ولم ينشر بعد، بل كان على شكل مخطوطة ومسودات أو مفرغ في "ديسكت" أو شريط مسجل أو فيديو، ففي

للضرر عنها، ولا يعد هذا الحق من قبيل الحقوق المالية، والمال المقرر: يتمثل فيما يثبت لصاحبه أصالة لا على رفع الضرر عنه، انظر: "نظرات حول موقف الفقه الإسلامي من الحق المالي للمؤلف"، ندوة حقوق المؤلف، ج ١، ص ٣٨.

<sup>١</sup> الدريني، حق الابتكار، ص ٤٢.

هذه الحالة جاز رهن هذا الحق أيضاً؛ ولكن بشرط طبعها في نسخ منشورة لكي تتحقق ماليته في كتاب، بأن يطبعه بنفسه، أو بإبرام عقد مع إحدى دور النشر ومن ثم توثيق هذا العقد. فالحق المالي للمؤلف يجوز لمؤلفه التصرف فيه بكافة أنواع التصرفات القانونية والشرعية، ومنها رهنها توثيقاً لدين، ويعلن عن هذا التصرف حسب الأصول المتبعة، وهذا الحق مالي مقدور التسليم ويمكن وضع اليد عليه. لقد اتفق الفقهاء رحمهم الله على أن ما جاز بيعه جاز رهنه وما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه.<sup>١</sup> ويشترط في المرهون ما يشترط في المبيع لاستيفاء الدين منه.

وإذا كان هناك شيء من الجهالة - لو افتراضنا - في ثمن النسخ التي سوف تطبع، أو في حقوق المؤلف مع الناشر وما يستحقه من ثمن الكتاب؛ فإن ذلك لا يؤثر في مشروعية رهنه، فكل ما صح بيعه مع نوع من الجهالة اليسيرة، يصح رهنه، وما لا يصح بيعه للجهالة، لا يصح رهنه، والعلم المشترط في المبيع هو: ما يرتفع به النزاع، أو هو ما لا يقع منه نزاع في العادة.<sup>٢</sup> والذي أنهى إليه هو أن جواز رهن حق المؤلف، والحقوق المعنوية الأخرى تدعو إليه اعتبارات عملية وواقعية، ومتطلبات في المجتمعات الحديثة، كي لا يقف منعه في سبيل الحصول على الائتمان وتسهيل المعاملات، وخاصة إذا علمنا أن ذلك لا يتعارض مع نصوص الشريعة وكلياتها ومقاصدها بل يحقق ذلك مصالح شرعية معتبرة وحقيقية.

### المسألة الثانية: رهن براءة الاختراع

حق المخترع ويسمى "الملكية الصناعية"، وقد قسمه القانونيون إلى أنواع ثلاثة:

- ١ — براءات الاختراع.
- ٢ — الرسوم والنماذج الصناعية.
- ٣ — العلامات والبيانات التجارية.<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> انظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (بيروت: دار الفكر، ط٤، ١٩٩٧م)، ج٥، ص٢٠٢؛ الشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٠٩؛ البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣١٥؛ ابن جزى، القوانين الفقهية، ص٣٢٣؛ ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٣٤٣؛ الشريبي، مغني المحتاج، ج٢، ص١٢٤؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، ص٢٣٣؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٢٦٩.

<sup>٢</sup> الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٥، ص٢٠٤.

<sup>٣</sup> النموذج: هو شكل مجسم أعد لاحتدائه عند الإنتاج، فتأتي المنتجات مطابقة للنموذج، مثل ذلك نماذج الملابس والأحذية والمعاطف، وهياكل السيارات، والزخارف، وما إلى ذلك. والرسم الصناعي: مثل الرسوم والنقوش الخاصة بالمنسوجات



وهو حق يقع على شيء غير عادي وهو من ثمرات الفكر والابتكار الذهني. وتمنح براءة الاختراع لكل اختراع مبتكر جديد قابل للاستغلال الصناعي، بشرط أن لا يكون الاختراع محلاً بالآداب أو النظام العام.<sup>١</sup>

ويجوز رهن براءة الاختراع كجواز رهن حق المؤلف، وذلك لأن البراءة محل الملكية، يجوز التصرف فيها بجميع التصرفات القانونية، والتنازل عنها للغير بعوض، أو بدون عوض، ونقلها وانتقالها بين الأحياء، وبالإضافة لما بعد الموت.<sup>٢</sup>

ولأجل إثبات الحقوق وقطع النزاع صدر القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٢م المصري، المادة ٢٧ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، والمادة ٢٨ من القرار رقم ١٥ لسنة ١٩٦٥م، اللائحة التنفيذية لقانون براءات الاختراع بمصر، وقرر أن رهن براءة الاختراع لا يكون حجة على الغير إلا من تاريخ التأشير بالرهن في سجل البراءات، ويجب أن ينشر رهن البراءة في الجريدة الرسمية.<sup>٣</sup>

وكل من النموذج والرسم الصناعي ينطوي على قدر من الابتكار ومن ثم يحميه القانون كما يحمي حق المخترع وحق المؤلف.

وبراءة الاختراع تحول مالكة الحق في استغلال الاختراع بجميع الطرق ولمدة خمس عشرة سنة من تاريخ تقديم الطلب؛ أما البراءات التي تمنع عن الاختراعات الكيميائية المتعلقة بالأغذية أو العقاقير الطبية، أو المركبات الصيدلانية، فتكون مدتها عشر سنوات غير قابلة للتجديد.

والسجاجيد والمجوهرات وغيرها، والعلامات التجارية: هي التي يتخذها صاحب المصنع أو التاجر شعاراً لمنتجاته، أو بضاعته، تمييزاً لها عن غيرها، وهي من أهم الوسائل التي يلجأ إليها التاجر والصانع لتعريف نفسه إلى مستهلكي سلعته، وبذلك يضمن لنفسه عدم تضليل الجمهور وخديعته في أمرها، مما يدفعه إلى بذل أقصى جهده في تحسين منتجاته، وتخفيض تكاليف الإنتاج إلى أقل حد ممكن ليتسنى تفوقها على مثيلاتها جودة ورخصاً. انظر، السنهوري، الوسيط، ج ٨، ص ٤٦٥.

<sup>١</sup> فلا "تمنح براءة الاختراع لمن صنع عقاقير كيميائية الغرض منها الإجهاض، أو صنع جهاز يكون الغرض منه منع فض البكارة في أثناء الاتصال الجنسي، أو صنع أجهزة لتسلق الحيطان ونقبتها خفية للتمكن من السرقة"، أو صنع جهاز يسهل للتلميذ عملية الغش أثناء أداؤه الامتحان، دون أن يستطيع المراقبون اكتشافها، المصدر السابق، ج ٨، ص ٤٥٤. فهذه الاختراعات في استغلالها بإخلال بالآداب أو النظام العام.

<sup>٢</sup> وأيضاً فقد صرحت المادة الخامسة والعشرون من قانون براءة الاختراع العراقي بذلك وجاء فيها: "يجوز التصرف بالبراءة بكافة التصرفات القانونية، ويعلن بالتصرف بالبراءة، وعن رهنها، ونقل ملكيتها حسب الأصول". وتقبل ذلك على أن يقع كتابة، ويعلن عنه للتمسك به على الغير. انظر، صلاح الدين الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية (عمان: دار الفرقان، ط ١، ١٩٨٢م)، ص ١٨٢ وما بعدها.

<sup>٣</sup> إبراهيم دسوقي، الحقوق العينية والتبعية، ص ٢٢٤.

ولصاحب البراءة في المدة التي تبقى فيها البراءة نافذة أن يتصرف فيها بعوض وبغير عوض، وأن يرهنها، ويجوز الحجز عليها من دائنيه، وتنتقل منه إلى خلفه بالميراث والوصية.<sup>١</sup> ولصاحب العلامة التجارية أيضاً التصرف فيها بعوض أو بغير عوض، ومع ذلك لا يجوز نقل ملكية العلامة أو رهنها، أو الحجز عليها إلا مع المحل التجاري أو المشروع الذي تستخدم العلامة في تمييز منتجاته، ولا يجوز رهن العلامة التجارية أو نقل ملكيتها إلا بعد التأشير به في السجل وشهره بالكيفية التي يقررها القانون.

هذا وقد صدر القرار رقم ٥ بشأن الحقوق المعنوية من مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بالكويت في دورة مؤتمره الخامس ١٠-١٥ كانون الأول ١٩٨٨م، ونص القرار على ما يلي: **أولاً:** الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع، أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً، فلا يجوز الاعتداء عليها.

**ثانياً:** يجوز التصرف بالاسم التجاري، أو العنوان التجاري، أو العلامة التجارية، ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الضرر والتدليس والغش، باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً. **ثالثاً:** حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعاً، ولأصحابه حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها.<sup>٢</sup> ويعد الرهن من قبيل التصرفات الجائزة.

### ثانياً: رهن سندات التداول التجارية

سندات التداول التجارية نوعان: النوع الأول هو الأوراق المالية، وهي الأسهم والسندات، وسندات قروض الدولة، والنوع الثاني هو الأوراق التجارية، وهي الكمبيالات الإذنية والشيكات.<sup>٣</sup>

ورهن الأوراق المالية والتجارية يعد من قبيل رهن المنقول سواء أكانت اسمية أم لحاملها، وكذلك الأسهم والحصص، والسندات التجارية والصناعية، اسمية كانت أو لحاملها، مع الإشارة إلى أن ما كان من هذه الأوراق لحاملها فإن رهنه يتم إما بتسليمها للمرهن، وإما بتسجيل الرهن بالسجلات الخاصة بها.<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> السنهوري، الوسيط، ج ٨، ص ٤٦.

<sup>٢</sup> نقلاً عن: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٩، ص ٥٥٩.

<sup>٣</sup> انظر، السنهوري، الوسيط، ج ٨، ص ٧٧؛ محمد بن معجوز، الحقوق العينية والتبعية في الفقه الإسلامي والتفتين المغربي (ط ١، ١٩٩٠م)، ص ٤٦١.

<sup>٤</sup> محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة (عمان: دار النفائس، ط ١، ٢٠٠٨م)، ص ٢٠٦.

وفي مجال التشريعات الحديثة ولأجل ضمان الحقوق وتوثيقها، فإن الديون المثبتة في سندات اسمية يتم رهنها بالقيود في سجلات الشركة مصدرة هذه السندات؛ أما المثبتة في السندات الإذنية فيتم رهنها بتظهيرها أي بذات طريقة حوالتها على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن.

وتمثل الأوراق التجارية حقاً بمبلغ من النقود؛ لأن الصكوك التي تتضمن دفع مبلغ معين من النقود في تاريخ معين تصلح بديل النقود في المعاملات، وتتهيأ لها فرص التداول السريع، والأوراق التجارية تشمل أيضاً سند الشحن البحري، وتذكرة النقل الجوي أو البري، وصك الإيداع في المخازن العامة، لأن هذه الصكوك تكون قابلة للتداول بالطرق التجارية باعتبارها تمثل البضائع المنقولة أو المودعة، لذلك فإنها تمثل حقاً نقدياً، يجوز رهنها إذا أمكن استيفاء مبلغ الدين منها وجرى العرف بذلك. ومثل ذلك كويونات الأسهم والسندات المستحقة الوفاء، لأنها أيضاً قابلة للتداول وتمثل مبلغاً من النقود هو أرباح الأسهم، أو فوائد السندات، وتستحق الدفع بمجرد تقديمها للهيئة المصدرة، كل ذلك أرى جواز رهنها باعتبارها أداة وفاء كالنقود، وذلك إذا جرى به العرف ولم يؤد إلى التزاع، مع إمكان استيفاء الدين منها.

وتكليف المسألة في الفقه الإسلامي هو أن رهن الأوراق التجارية يعد من قبيل رهن دين بدين، وقد اختلف الفقهاء في جواز رهن الدين فذهب الجمهور إلى عدم جواز رهن الدين لأنه غير مقدور على تسليمه، ولا يدري المرتهن هل في استطاعته الحصول عليه. وذهب المالكية إلى جواز رهنه لجواز بيعه.<sup>١</sup>

### والذي يبدو لي:

جواز رهن الأوراق التجارية والديون وذلك لزوال السبب الذي من أجله منعوا رهن الدين وهو عدم القدرة على التسليم، ويشترط لصحة ذلك قبض الوثيقة والإشهاد على حيازتها، ويقع رهن الدين صحيحاً بإيجاب وقبول بين الراهن والمرتهن ويتعين على الراهن تسليم سند الدين إلى الدائن المرتهن، فحيازة سند الدين تعد حيازة للدين نفسه، ولأجل

<sup>١</sup> الشريبي، مغني المحتاج، ج٢، ص١٢٢؛ ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٣٤٧؛ البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣٠٧؛ أحمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير (دار المعارف، د.ط، ١٩٧٢م)، ج٣، ص٣١٠؛ ابن جزى، القوانين الفقهية، ص٣٢١؛ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٥، ص٢٢٧.

صحة رهن الدين ينبغي أن يكون الدين قابلاً للحوالة والحجز، لأن الدين قد لا يكون قابلاً للحوالة بالاتفاق، أو بنص القانون، أو بسبب طبيعة الحق نفسها، وكذلك قد يكون غير قابل للحجز عليه، كالحق في النفقة أو المعاش، فلا يجوز رهنه.

ويترتب على رهن الدين الآثار نفسها التي تترتب على الرهن بصفة عامة، فيلزم الراهن بتسليم سند الدين، لضمان الرهن، وجعله سارياً لصالح المرتهن في مواجهة المدين وفي مواجهة الغير.<sup>١</sup>

وعن حكم التعامل بالسندات حلاً وحرمة، فقد أفتى علماء العصر بجرمة التعامل بالسندات لما تشتمل عليه من الربا، بسبب دفع فائدة مقطوعة على مبالغ الديون المدونة فيها فهي قروض بفائدة، وهذه الفائدة هي عين الربا المحرم شرعاً. واتفقوا على وجوب الزكاة فيها، إذا بلغت قيمتها النصاب الشرعي، وإن اختلطت هذه السندات بالحرام، وصاحبها الربا، وخبث الكسب، لأن الحرمة المصاحبة لجزء من المال لا تمنع من فرض الزكاة<sup>٢</sup> وبالتالي فلا أرى ما يمنع من رهنة أيضاً لأن تعرض جزء منه للحرمة لا يخرج عن المالية فلا يمنع صحة رهنه، وشهادات الاستثمار، أو سندات الاستثمار تجب فيها الزكاة، وإن كان عائدها خبيثاً وكسبها حراماً، ويجوز رهنها كذلك، لأن تحريم التعامل بالسندات لا يمنع من وجود الملك التام، ويتخلص من هذا الجزء الحرام بالتصدق به، لأن المال الخبيث ماله الصدقة؛ أما المال الحرام كالمغصوب والمسروق ومال الرشوة والتزوير والاحتكار والغش والربا ونحوها فلا زكاة فيه، ولا يجوز رهنه، لأنه غير مملوك لحائزه، ويجب رده لصاحبه الحقيقي، منعا من أكل أموال الناس بالباطل.

### ثالثاً: الرهن الرسمي

الرهن في الفقه الإسلامي هو: جعل عين مالية وثيقة بدين، بحيث يمكن أخذ ذلك الدين من ثمن تلك العين، إن تعذر الاستيفاء ممن هو عليه.<sup>٣</sup>

فإن استدان شخص ديناً من آخر، وجعل له في نظير ذلك الدين عقاراً أو منقولاً محبوساً تحت يده حتى يقضيه، كان ذلك هو الرهن شرعاً، وهو الرهن الحيازي كما هو معروف.<sup>١</sup>

<sup>١</sup> دسوقي، الحقوق العينية والتبعية، ص ٢٢٣.

<sup>٢</sup> الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٩، ص ١٦٧.

<sup>٣</sup> ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٣٦١.

إننا نحتاج إلى عقد الرهن إذا كان هناك دين يخشى صاحبه أن لا يستوفيه، فيحتال لذلك عن طريق الاتفاق مع المدين، على أن يخصص هذا الأخير شيئاً معيناً له قيمة مالية، ليكون وسيلة لاستخلاص ذلك الدين من ثمه، فيما إذا عجز المدين عن الوفاء.<sup>٢</sup>

فالرهن في الفقه الإسلامي يقوم على الحيابة، بأن ينقل حيازة التأمين العيني "المال المرهون" إلى يد الدائن، ويبقى هذا الدائن الحائز مرهنناً للعين إلى أن يجلب الدين، فإما أن يستوفيه من المدين، أو أن يبيع التأمين العيني ليستوفي الدين من ثمه.

وهناك نوع آخر من الرهن في التشريعات الوضعية لا يقوم على الحيابة، ويبقى التأمين العيني في يد المدين إلى أن يجلب الدين، فيستوفي الدائن دينه من المدين، أو يبيع التأمين العيني طبقاً للإجراءات القانونية ليستوفي الدين من ثمه،<sup>٣</sup> وهو ما يسمى بالرهن الرسمي.

فالرهن الرسمي عقدٌ بمقتضاه يتقرر للدائن تأمين خاص أي حق عيني تبعية، هو حق الرهن الرسمي على عقار مملوك للراهن، سواء أكان هو المدين، أم شخصاً آخر، ويسمى بالرهن العقاري، أو التأميني، وهو نوع من الضمان العيني، وبمقتضى هذا العقد يتقدم الدائن على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون، مع بقاء الحيابة للراهن، فله حق التبعية والأفضلية. لذلك يتميز عقد الرهن بأنه يبقى للراهن ملكية العقار المرهون، وحيابته له، فهو يحتفظ بسلطة التصرف على العقار المرهون، وله حق إدارته، غير أن سلطات الراهن على العقار المرهون لا تكون مطلقة كأبي مالك آخر، بل تقتيد هذه السلطات بالقدر اللازم للمحافظة على الرهن، وعدم المساس بسلامته، وله الحق في استعماله بنفسه، فإن كان المرهون منزلاً سكنه، وإن كان أرضاً زراعية قام بزراعتها.

ويتميز عقد الرهن الرسمي بأنه عقد شكلي، لا يكفي التراضي والاتفاق لانعقاده، وإنما يتطلب إلى جانب ذلك إفراغه في الشكل الذي حدده القانون وهو "الرسمية"، فتفرغ في ورقة رسمية موثقة وفقاً للقانون، أي صادرة عن الموظف المختص بتوثيق العقود الرسمية، وهو كاتب العدل.

ويخضع هذا النوع من الرهن للقواعد العامة في إبرام العقود، من حيث ضرورة توافر الأركان العامة في العقد، والسبب الدافع إلى إبرام العقد الرسمي هو ضمان وتوثيق الوفاء بالتزام المدين.

<sup>١</sup> محمد علي عثمان الفقي، فقه المعاملات: دراسة مقارنة (الرياض: دار المريخ، د. ط، ١٩٨٦م)، ص ٤٢٢

<sup>٢</sup> ابن معجوز، الحقوق العينية والتبعية في الفقه الإسلامي، ص ٤٤٣.

<sup>٣</sup> السنهوري، الوسيط، ج ١٠، ص ٢٦٢.

والرهن الرسمي لا يرد بحسب الأصل إلا على عقار؛ ولكن طبيعة هذا الرهن يقبل وروده على المنقول أحياناً، لذلك أجازت التشريعات الحديثة، ومواد قانونية خاصة رهن بعض المنقولات كالسفن والطائرات، والمحال التجارية، نظراً للطبيعة الخاصة لهذه المنقولات، والتي تتميز بعدم سهولة إخفائها، إضافة إلى ارتفاع قيمتها المالية.<sup>١</sup>

والرهن الرسمي لم يتكلم عنه فقهاء المسلمين القدامى -رحمهم الله- بل الذي تكلموا عنه هو ما يُعرف بالرهن الحيازي في اصطلاح أهل القانون، وعقد الرهن الرسمي من العقود المستحدثة في شكلياته، ونظامه من الأعراف التي لم تكن في عصور أسلافنا الأولين من فقهاء الشريعة، فلا غرابة إن لم يذكره بهذه الصورة في أحكامهم وفتاواهم.

والرهن الرسمي لا يتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي، إلا أن بعض الباحثين أشكل عليه الأمر مما دفعهم إلى القول بأن الفقه الإسلامي لا يميز الرهن الرسمي لكونه يتم ويلزم بغير قبض المال المرهون، فقد ورد في مجلة الأحكام العدلية، المادة ٧٠٦ منها، أن القبض ضروري لتمام الرهن ونفاذه.

ويمكن رد هذا الإشكال إذا علمنا أن الرهن عند جمهور الفقهاء ينعقد بمجرد الإيجاب والقبول، وأما القبض فهو مجرد شرط للزوم الرهن وليس لانعقاده. فالجمهور -غير المالكية- يرون أن القبض ليس شرط صحة، وإنما هو شرط لزوم الرهن، فلا يلزم الرهن إلا بالقبض، فما لم يتم القبض يجوز للراهن أن يرجع عن العقد، وركن الرهن عند الحنفية هو الإيجاب والقبول، كسائر العقود، ولكن لا يتم ولا يلزم إلا بالقبض أي بالتخلية أو النقل، والتسليم الفعلي ليس شرطاً عند المالكية في انعقاد الرهن، ولا في صحته، ولا في لزومه، بل ينعقد ويصح ويلزم بالصيغة أي بمجرد الإيجاب والقبول ثم يطلب المرهن أخذه.<sup>٢</sup>

والمقصود من قبض الرهن، هو تأمين الدائن المرتهن وإبقاء الثقة والطمأنينة لديه، بتمكينه من حبس المرهون تحت يده، حتى يستوفي منه دينه، وليس المقصود من اشتراط القبض هو التعبد، أي تنفيذ المطلوب بدون معنى، ويكفي في انتقال الحيازة انتقال السيطرة الفعلية على

<sup>١</sup> مصطفى منصور، التأمينات العينية، ص ٦٩؛ شفيق شحاته، النظرية العامة للتأمين العيني (القاهرة: د.ط، ١٩٥٢م)، ص ٥٤؛ الدسوقي، الحقوق العينية، ص ٣١، ١٣١، سلامة، التأمينات العينية، ص ٩٠؛ ابن معجوز، الحقوق العينية في

الفقه الإسلامي، ص ٥١؛ السنهوري، الوسيط، ج ١٠، ص ٢٦٨.

<sup>٢</sup> الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٥، ص ١٨١-٢٠٧.

المال المرهون إلى الدائن المرهن، ولو لم تستند إلى التسليم المادي اكتفاء بالتسليم الرمزي الذي يتحقق بالتوثيق الرسمي.

ويصح أن يقوم مقام القبض كل وسيلة تؤدي إلى تأمين الدائن، ومنها هذا الذي أحدثه القانون المدني في الرهن الرسمي في العقار بوضع إشارة الرهن في صحيفة العقار في دائرة التسجيل العقاري، فهو محقق لحفظ المرهون، وبقائه ضماناً للدائن، وتأميناً لمصلحته، فيقوم هذا مقام القبض المطلوب شرعاً، وهذا ما أقره المالكية في جواز الرهن الرسمي.<sup>١</sup>

فالقبض يتم في كل شيء بحسبه، والرسمية في الرهن الرسمي، بإفراغه في ورقة رسمية موثقة وفقاً للقانون، وصادرة من الموظف المختص بتوثيق العقود الرسمية وهو كاتب العدل. إن هذا الإجراء هو بمثابة القبض للعقار المرهون رهناً رسمياً، والعقد الرسمي هذا هو ضمان، وتوثيق الوفاء بالتزام الدين، وهذا هو السبب الدافع إلى إبرام العقد الرسمي.<sup>٢</sup>

ولنا أن نقول أن مجرد التراضي كافٍ في انعقاد العقد في الفقه الإسلامي، ولا يشترط أن يتم هذا التراضي في شكل معين من كتابة أو غيرها. والقانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في أن عقد الرهن يتم بمجرد تراضي الطرفين، ولكنه يشترط بالنسبة للرهن الحيازي الواقع على عقار، أن يكون الرهن مكتوباً، وهذا يعني أن عقد الرهن على عقار لا يكفي في القانون مجرد التراضي، بل لا بد أن يكون هذا التراضي محرراً في حجة أو عقد عرفي أو رسمي، "ويقصد بالحجة العرفية: الأوراق التي يحررها الأشخاص العاديون ويوقعونها".

فالفقه الإسلامي لم يشترط تنظيم الحجة الكتابية في الرهن، كما لم يشترط في غيره، لما عرفنا أن الفقه الإسلامي لم يهتم كثيراً بالشكلية في كل ضروبها، لذلك فإن الأمر بالكتابة في قوله تعالى: ﴿فَأَكْتُبُوهُ﴾ في آية الدين يدل على الندب والإرشاد، لما فيه مصلحة الناس في التوثيق، وليس واجباً ولا شرطاً في المعاملات، بدليل قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُوهُنَّ أَمْنَتَهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣].<sup>٣</sup>

ومع ذلك فإن هذه الشكلية في الرهن الرسمي لا تتعارض وأحكام الشريعة الإسلامية؛ إذ إن الغرض من ذلك هو نوع من أنواع التوثيق والضمان لدين الدائن المرهن، مع بقاء المال المرهون وحيازته في يد صاحبه، يستعمله ويستغله ويستثمره بنفسه، وتترتب عليه جميع الآثار

<sup>١</sup> المصدر السابق، ج ٥، ص ٢١٠.

<sup>٢</sup> الدسوقي، الحقوق العينية، ص ١٧.

<sup>٣</sup> ابن معجوز، الحقوق العينية والتبعية في الفقه الإسلامي، ص ٤٤٨.

الشرعية لعقد الرهن<sup>١</sup>، فله حق إدارته، فإن كان متزلاً سكنه، وإن كان أرضاً زراعية قام بزراعتها، وإن كان محلاً تجارياً قام بإدارته وهذه تحقق مصلحة حقيقية للراهن المدين، ولا مانع شرعاً من ذلك.

فالرهن الرسمي عقد يؤدي إلى مصالح معتبرة شرعاً وليس من ورائه ضرر، وهذه مصلحة لا تتعارض مع النصوص وعمومات وكليات الشرع.

ثم إن عقد الرهن الرسمي أصبح عرفاً دعت إليه مصلحة عامة، ومصالح شخصية، والعرف من الأدلة الشرعية إذا أخذ بضوابطه، وهذا النظام التعاملى القانوني قد تغلغل في حياة البشر بكافة أديانهم وأجناسهم.

ثم إن المسلمين في هذا العصر درجوا على توثيق حقوقهم رسمياً، خصوصاً ما يتعلق بالقضايا المهمة، كالنكاح والطلاق، والمعاملات المالية الهامة التي يدوم أثرها، كالمعاملات العقارية والمدائنات، ومنها أيضاً الرهن ليسهل إثباتها عند التجاحد.<sup>٢</sup>

#### رابعاً: رهن وثيقة التأمين والتأمين على المال المرهون لدى شركات التأمين

هناك مسألتان في هذا الموضوع:

##### المسألة الأولى: رهن وثيقة التأمين

في حالات البيع المؤجل أو الدين يحدث أن يكون بيد المشتري أو المدين وثيقة تأمين بمبلغ معين كافٍ لتغطية الدين الذي في ذمته، أو الثمن المؤجل أو بعض أقساطه الباقية، آنذاك يلجأ البائع بثمن مؤجل أو الدائن إلى رهن وثيقة التأمين هذه ضماناً لحق البائع في الثمن، أو

<sup>١</sup> وأثار الرهن الرسمي في مجال القانون، فيما بين المتعاقدين، الراهن والمرهن، تتضح إذا ما عرفنا أن عقد الرهن الرسمي، ملزم لجانب واحد هو الراهن؛ إذ يلتزم بمقتضاه أن ينشئ حق الرهن لمصلحة الدائن المرهن، كما يلتزم بضمان الرهن، بنفقات العقد والقيّد، ومع ذلك لا يترع حق الرهن الرسمي عن الراهن ملكية العقار المرهون، أو حيازته، أو إدارته واستغلاله والتصرف فيه، وإن كان يقيد من سلطة الراهن على العقار المرهون بقدر معلوم، ابتغاء الحفاظ على حق المرهن وعدم المساس بضمانه، ولكن هذه الآثار لا تسري في مواجهة الغير إلا إذا توافرت علانيته وذلك بشهره عن طريق قيده ومتى تم القيد قيض للدائن المرهن أن يحاج به الغير وأن يستعصم دولهم بحقه في التقدم والتتبع، فيكون له أن يستوفي حقه في ثمن العقار المرهون أو مما يحل محله بالأولية على غيره من الدائنين العاديين، والدائنين التاليين له في المرتبة، أي التاليين له في شهر حقوقهم، وإذا كانت ملكية العقار قد انتقلت بعد قيد الرهن إلى شخص آخر، جاز للمرهن أن يتتبع العقار، وينفذ عليه تحت يد هذا الأخير وفاء لحقه. ويتم قيد الرهن بإثبات بيانات عقد الرهن الجوهرية خاصة تعيين العقار المرهون والدائن المضمون، كذلك ساعة وتاريخ هذا الإثبات وذلك في سجلات الشهر العقاري.

<sup>٢</sup> ابن معجوز، الحقوق العينية والتبعية في الفقه الإسلامي، ص ٤٤٨.



لحق الدائن في دينه لاستيفاء حقه منها عند عدم الوفاء، ويلجأ المشتري أو المدين إلى هذه الوسيلة من وسائل الضمان إذا لم يكن لديه ما يقدمه ضماناً ورهنًا للبائع أو الدائن الذي يجد في رهن وثيقة التأمين ضماناً كافياً. وينصب الرهن على مبلغ وثيقة التأمين التي في حوزة المشتري أو التي قد يقوم بالاكتتاب فيها لهذا الغرض ويكفيه الاكتتاب في وثيقة التأمين على حياته بدفع قسط واحد للاستفادة من رهن وثيقة التأمين، وهذه فائدة عملية هامة لهذا الرهن، إذ لا يتطلب مالا مرهوناً مملوكاً للمشتري يقدمه تأميناً ورهنًا للبائع أو الدائن قد يعجز عن توفيره. وينبغي آنذاك تحديد الدين المضمون بهذا الرهن، وإعداد ملحق لوثيقة التأمين فيها إضافة بيانات جديدة برهن المؤمن له حقه في وثيقة التأمين لصالح الدائن أو البائع، أو يمكن ذلك بتظهير الوثيقة للبائع، ولكن يشترط أن تكون وثيقة التأمين إذنية لأجل إتمام إجراءات التظهير.<sup>١</sup>

#### المسألة الثانية: التأمين على المال المرهون لدى شركات التأمين

قد يكون حق الدائن في دينه أو البائع في ثمن المبيع المؤجل مضموناً برهن وهو حق عيني على عقار أو منقول، وقد لا يقنع الدائن أو البائع بهذا التأمين العيني خشية فقد المال المرهون أو هلاكه أو تلفه أو سرقة أو لأي سبب آخر، مما يهدر حقه. ولأجل أن يتفادى الدائن أو البائع المرهن هذا الخطر المحتمل، فإنه يطالب المدين أو المشتري بالتأمين على المال سواء أكان هذا المال المرهون عقاراً أم منقولاً، آنذاك فإن حق الرهن يُنقل تلقائياً إلى تعويض التأمين. وبناء على هذه القاعدة يكون قد اكتمل للبائع أو الدائن ضمانه المنشود في هذا العصر الذي يحتاج الإنسان إلى ضمانات أكثر للمحافظة على حقه وذلك لفساد الذمم - كما يقول الفقهاء. فبحصوله على ضمان عيني يتميز بأولوية خاصة وفق مرتبة الضمان الذي حصل عليه، وبإعمال مبدأ انتقال حقه إلى مبلغ التعويض المستحق عن التأمين، يمكنه ممارسة حق التبعية على هذا المبلغ فيأمن بذلك خطر هلاك الشيء محل الضمان العيني "المال المرهون". فإذا قام مشتري السيارة بالتقسيط، بالتأمين عليها تأميناً شاملاً، فإن حق البائع الذي يكون له امتياز على هذه السيارة المرهونة ملكيته عنده، ينقل إلى مبلغ التأمين الذي يستحق لمشتريها إذا تحقق الخطر المؤمن منه.<sup>٢</sup>

<sup>١</sup> أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيع الائتمانية، ص ٢٤٣.

<sup>٢</sup> المرجع السابق، ص ٢٣١.

والذي يبدو لي:

أن مدى شرعية رهن وثيقة التأمين أو التأمين على المال المرهون لدى شركات التأمين مبني على مسألة أخرى، اختلف الفقهاء المعاصرون فيها اختلافاً كبيراً، وهي مدى شرعية التأمين لدى شركات التأمين، فمن قال بجواز عقد التأمين — ويتزعم هذا الفريق الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله<sup>١</sup> — جاز بناء على ذلك رهن وثيقة التأمين، وكذلك التأمين على المال المرهون لدى شركات التأمين. والقائلون بجواز عقد التأمين كانوا قلة فأصبحوا كثيراً اليوم، ومنهم الأستاذ علي الخفيف، ومحمد سلام مذكور، والأستاذ محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي أستاذ العلوم العالية بالقرويين، في كتابه **الفكر السامي**، والمرحوم يوسف موسى أستاذ الشريعة بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، والمرحوم الشيخ عبد الرحمن عيسى، والمرحوم الشيخ الطيب حسن النجار عضو جماعة كبار العلماء، والمرحوم الشيخ عيسوي أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة عين شمس، ومحمد البهي عضو مجمع البحوث، والشيخ عبد الله صيام من علماء الأزهر المتخصصين، وغيرهم.

وأما من قال بعدم جواز عقد التأمين — وهم الأغلبية — فإنه يستتبع ذلك عدم جواز رهن وثيقة التأمين، والتأمين على المال المرهون كذلك، وليس هنا محل لبيان الرأي الراجح في مدى شرعية التأمين وذلك بإيراد أدلة الفريقين ومناقشتها.



<sup>١</sup> محمد عبد اللطيف فرفور، "عقود التأمين وإعادة التأمين في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بالفقه الغربي"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٢، ج ٢، ١٩٨٦م، ص ٥٨٤.



الفصل الثامن

**بيع العلامة التجارية والتصريف فيها**





## الفصل الثامن

# بيع العلامة التجارية والتصريف فيها

### تمهيد:

لا يخفى أن إنجازات الإنسان في شتى المجالات والميادين، كانت نتيجة أعمال عقله وبذل جهده وطاقاته في تلبية حاجاته، ومن ثم صنع وابتكر وطور ما عرفه من قبل، موظفا ملاحظاته المتكررة، وتجاربه المتراكمة، وخبراته المتنوعة. وقائمة الاكتشافات والاختراعات مستمرة ومتعددة، وهذه كلها من سمات ما اصطلح عليه بالعصر الحديث.

ومن مفردات العصر الحديث ما يسمى بالملكية الفكرية، وهي تطلق على ما ينتجه العقل البشري من أفكار محددة تتم ترجمتها إلى أشياء ملموسة، فيدخل في نطاقها كافة الحقوق الناتجة من النشاط الفكري للإنسان في الحقول الفنية، والأدبية، والعلمية، والصناعية، والتجارية، وما أشبه ذلك<sup>١</sup>، وهذه الحقوق الفكرية محفوظة من قبل القوانين الوضعية ومعترفة لأصحابها ولا يجوز لأي أحد أن يعتدي عليها؛ فمن اعتدى عليها، فعليه عقوبة خاصة تتناسب مع طبيعة اعتدائه. وصفوة القول: إن الحقوق الفكرية موضع اهتمام الدول، خصوصاً دول أوروبا في وقت مبكر، ثم باقي دول العالم في وقت لاحق.

والعلامة التجارية (Trade Mark) صورة من صور الحقوق الفكرية، بل من أهمها؛ لكثرة تعامل الناس بها؛ ولأن لها قيمة ثمينة، وقد تدر بالأرباح الطائلة لصاحبها خاصة عند ما تكون لها شهرة وسمعة حسنة بين العملاء، فبمجرد سماع هذه العلامة تتزاحم العملاء إليها أفواجا؛ فالعلامة التجارية هي أهم عناصر المحل التجاري، بل إن المحل التجاري من غير هذه العلامة والشهرة والسمعة التي تجلب الجمهور لا معنى له، ولا قيمة تجارية حقيقية ترجى منه.

<sup>١</sup> صلاح زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية (عمان: الدار العلمية الدولية، ط ١، ٢٠٠٣م)، ص ١٤.

وعلى سبيل المثال، فقد اعتلت العلامة التجارية لشركة جوجل (Google) القمة في القائمة العلامات التجارية الأكثر شهرة في العالم؛ حيث صنفتها شركة ميلوارد براون على أنها رقم واحد في القائمة السنوية التي تتكون من مائة علامة تجارية عالمية للعام الثاني على التوالي (عام ٢٠٠٧ و ٢٠٠٨) بقيمة تبلغ ٨٦ مليار دولار أمريكي.

وقد تخطت علامة جوجل المكانة التي كانت تحتلها شركة جنرال إلكتريك (General Electric)، والتي تمتلك علامة ن.بي.سي (NBC) التي تقدر بقيمة ٧١.٤ مليون دولار أمريكي. وتأتي في المرتبة التالية في العلامات التجارية العالمية، علامة مايكروسوفت (Microsoft) والتي تبلغ قيمتها ٧٠.٨٩ بليون دولار أمريكي؛ ثم علامة شركة كوكا كولا (Coca Cola)، والتي تصل قيمتها إلى ٥٨.٢ بليون دولار أمريكي، ثم العلامة التجارية لشركة الصين للهاتف المحمول وقيمتها ٥٧.٢ بليون دولار أمريكي؛ وهذا وفق ما ذكرته شركة ميلوارد براون في تقرير لها نشرته صحيفة الجارديان (Guardian) البريطانية.<sup>١</sup>

وكل ذلك، إن دل على شيء فإنما يدل على أهمية العلامة التجارية؛ إذ تخدم مصطلحين في وقت واحد، فهي من جهة تخدم مصلحة التاجر، صاحب العلامة التجارية، باعتبارها وسيلة لتمييز بضائعه من غيرها أو ما يشابهها، فتصل البضائع عن طريق العلامة التجارية إلى جمهور المستهلكين؛ ومن جهة أخرى فهي تخدم جمهور المستهلكين، إذ إنها وسيلتهم للتعرف على البضائع التي يقصدونها بكل يسر وسهولة، ومحل ثقتهم في الحصول على ما يريدون.

ولأجل ذلك، فقد قامت دول العالم بسنّ الاتفاقيات والمنظمات لحماية العلامة التجارية، ومثال الأولى اتفاقيات باريس لحماية الملكية الصناعية والتجارية عام ١٨٨٣م، واتفاق الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية تريبس (TRIPS) عام ١٩٩٤م؛ وأما المنظمات التي تعمل في مجال حماية العلامة التجارية، فمنها: المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO: World Intellectual Property Organization)، ومنظمة التجارة العالمية (WTO: World Trade Organization).

أما الشريعة الإسلامية، فقد اهتمت بالحقوق الفكرية عامة، والعلامة التجارية خاصة اهتماما بالغا، ومن مظاهره ما روي عن أسمر بن مضرس رضي الله عنه قال: أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فبايعته، فقال:

<sup>١</sup> "al-Syi'ār Raqm Wāhid fi al-'Ālam," *Islam Today*, [http://islamtoday.net/articles/show\\_articles](http://islamtoday.net/articles/show_articles) (Accessed 19 May, 2008).

«من سبق إلى ماء لم يسبقه إليه مسلم فهو له»<sup>١</sup> ووجه الاستدلال بالحديث: أن من سبق إلى اختراع شيء جديد، ومنه العلامة التجارية، فهو أحق به وأحق أن ينسب ذلك إليه. ناهيك عن نصوص الأحاديث النبوية القاضية باحترام الحقوق وحفظها وحرمة التعدي عليها. ومما لا شك فيه أن العلامة التجارية حق لصاحبها، ومنها ما روي عن أبي أمامة الباهلي قال: سمعت رسول الله ﷺ، يقول في خطبته في حجة الوداع: «إن الله ﷻ قد أعطى كل ذي حق حقه لا وصية لوارث»<sup>٢</sup>.

زد على ذلك أن من مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ المال، وقد أوجب الله تعالى لتحصيله وإيجاده بالسعي في طلب الرزق، وللمحافظة عليه حرم السرقة، والغصب، والغش، والخيانة، والربا، وأكل المال بالباطل، ووجب ضمان المتلفات؛ ولا شك أن العلامة التجارية مال، بل هو من أنفس الأموال، ولهذا ألزم الشرع بحفظها، وحرم التعدي عليها.

وموضوع العلامة التجارية أيضا من مستجدات العصر، مما استلزم تنظيمها، ووضع الضوابط لها، منعا للتزاع أو تقليلا له.

ولما كانت هذه القضية قد نشأت ضمن تعامل المجتمعات المعاصرة، فقد قامت بتنظيمها قوانين البلاد التي نشأت فيها، وأول البلاد التي اهتمت بها البلاد الأوروبية منذ مطلع القرن التاسع عشر. ثم انتقل التعامل بها إلى مجتمعاتنا الإسلامية في أوائل القرن العشرين، ولهذا فكان لا بد أن يبين الفقهاء والباحثون حكم هذه المسألة؛ حتى يطمئن المتعاملون إلى سلامة تصرفاتهم وشرعيتها. وهذا كله مما حرك قلب الباحث وعقله إلى اختيار هذا الموضوع لما له من خطورة وأهمية.

وهذا العمل المتواضع يحاول أن يدرس العلامة التجارية دراسة فقهية مركزة مع سرد بعض القوانين الوضعية في القليل النادر لكي يستبين الأمر، ويستنير الطريق، ويتيسر السبيل أمامنا، وذلك لأن القوانين الوضعية قد أولت الاهتمام بأسبقية تنظيم هذه القضية، وبسط مسألتها، وبيان معالمها؛ فلا بأس أن نستعين بتلك القوانين في هذا الفصل الذي يتركز في دراسة الموضوع من الناحية الفقهية البحتة.

<sup>١</sup> سليمان بن الأشعث أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق: محمد عبد العزيز الخالدي (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م)، ص ٤٩٦، باب إقطاع الأرضين، حديث رقم ٣٠٧١.

<sup>٢</sup> أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م)، باب من جعل ما فضل عن أهل الفرائض ولم يخلف عصابة ولا مولى في بيت المال ولم يرد على ذي فرض شيئا، حديث رقم ١٢٤٠٥، ج ٦، ص ٣٩٩.



## المبحث الأول العلامة التجارية: تعريفها والمصطلحات القريبة منها ووظائفها وصورها وشروطها

إن استخدام العلامة التجارية من التجار والصناع لتمييز سلعهم ومنتجاتهم، وتسهيل تعرف جمهور المستهلكين عليها، قد عرف من قديم الزمان خاصة عند الرومان حيث اعتادت فئة الصناع والتجار تمييز منتجاتها وبضائعها بوضع أسمائهم عليها، أو أسماء الجهات التي أنتجتها. ثم انتشر استعمال هذه العلامات التجارية في القرون الوسطى خاصة في البلاد الأوروبية، ولذلك كانت مسؤولية تنظيمها راجعة إلى نظم تلك البلاد وقوانينها. ولم يتوقف الأمر إلى هذا الحد فقط، بل نظرا إلى الأهمية المتزايدة لهذه العلامات فقد أبرمت عدة اتفاقيات دولية تنظم شأنها على المستوى الدولي، والتي من بينها: اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية والتجارية لسنة ١٨٨٣م، واتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات لعام ١٨٩١م، واتفاق نيس بشأن التصنيف الدولي للبضائع والخدمات لأغراض تسجيل العلامات لعام ١٩٥٧م، وبروتوكول اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات التجارية لعام ١٩٨٩م.

وجملة القول، إن القوانين الوضعية قد نظمت العلامة التجارية، وعدتها حقا ماليا مقررًا لصاحبها من حيث إنها تمنح صاحبها حق الاستعمال، والاستئثار، والاستغلال بأي وجه من وجوه الاستغلال، ومنعت الآخرين من تقليدها، أو تزييفها، أو تزويرها، أو الاعتداء عليها بأية صورة كانت.

والفقه الإسلامي وإن لم ينظم هذه القضية تنظيمًا واسعًا دقيقًا؛ إلا أنه بأصوله وقواعده ومقاصده يستوعبها. وجهة استيعاب الفقه الإسلامي لها راجع إلى نظرة الفقه الإسلامي إلى معنى المال، والحق، والملك، والمنفعة.

### المطلب الأول: تعريف العلامة التجارية

عرفت المادة (١٥) من اتفاقية الجات (GATT) العلامة التجارية بأنها: علامة أو مجموعة علامات تسمح بتمييز السلع والخدمات التي تنتجها منشأة ما من تلك التي تنتجها المنشآت الأخرى.<sup>١</sup>

<sup>١</sup> عطية عبد الحليم صقر، "منظمة الجات وحقوق الملكية الفكرية"، ج ٢، ص ٤٣٣. وهو بحث مقدم في ندوة حقوق المؤلف؛ سنة ١٩٩٦م، نظمتها رابطة الجامعات الإسلامية بالتعاون مع مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي، بجامعة الأزهر (القاهرة).

وأما صلاح الدين الناهي فقد عرفها بقوله: هي إشارة توسم بها البضائع والسلع والمنتجات أو تعلم تمييزا لها عما يماثلها من سلع تاجر آخر أو منتجات أرباب الصناعات الآخرين.<sup>١</sup> وعرفها صلاح زين الدين، بأنها: كل إشارة أو دلالة مميزة يتخذها الصانع أو التاجر أو مقدم الخدمة لتمييز منتجاته أو بضاعته أو خدماته عن مثيلاتها التي يصنعها أو يتاجر بها أو يقدمها آخرون.<sup>٢</sup>

وهناك أشكال متعددة للعلامات التجارية منها أسماء متخذة شكلا مميزا، أو إمضاءات، أو كلمات وحروف، أو أرقام، أو رسوم، أو رموز، أو عناوين المحال، أو دمغات، أو أختام، أو تصاوير، أو نقوش بارزة، أو أية علامة أخرى، أو مجموع منها إذا كانت تستخدم أو يراد أن تستخدم إما في تمييز المنتجات أو البضائع، وإما للدلالة على مصدرها، أو نوعها، أو مرتبتها، أو ضمائها، أو طريقة تحضيرها، أو للدلالة على تأدية خدمة من الخدمات.<sup>٣</sup> ومثال العلامة التجارية: كوكا كولا (Coca Cola) وهذه علامة تستخدم لتمييز نوعا معينا من أنواع المشروبات الغازية ذات شهرة عالمية؛ ومالبورو (Marlboro) وهي علامة تستخدم لتمييز نوع من السجائر المشهورة عالميا؛ وماكدونالدز (McDonald's)، وهذه العلامة تستخدم لتمييز نوع من الأطعمة السريعة التحضير.

ومما يلاحظ على تلك التعريفات أمور، وهي:

**الأول:** إن العلامة التجارية علامة أو إشارة أو دلالة تستخدم لتمييز البضائع أو المنتجات أو الخدمات من مثيلاتها، وللدلالة على مصدرها، أو نوعها، أو مرتبتها، أو ضمائها.

**والثاني:** يشترط لعلامة ما حتى تعد علامة تجارية صحيحة أن تكون ذات صفة مميزة بحيث تميز السلع والخدمات التي تنتجها منشأة ما من تلك التي تنتجها المنشآت الأخرى. وستأتي إن شاء الله الشروط التي يلزم توافرها في علامة تجارية حتى تعد صحيحة شرعا وقانونا.

**والثالث:** إن الوظيفة الأساسية للعلامة التجارية هي تمييز البضائع أو السلع أو الخدمات من مثيلاتها، والدلالة على مصدرها، أو نوعها، أو مرتبتها، أو ضمائها.

<sup>١</sup> صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية (عمان: دار الفرقان، ط ١، ١٤٠٣/١٩٨٣م)، ص ٢٣٣.

<sup>٢</sup> زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص ١١٤.

<sup>٣</sup> سميحة القليوبي، القانون التجاري (القاهرة: دار النهضة العربية، د.ط، د.ت)، ص ٢٩٠.

ولو أتيحت للباحث فرصة أن يرجح من تلك التعريفات تعريفا جامعا مانعا لرجح تعريف صلاح زين الدين لتمييزه بالوضوح والبيان؛ ولأنه يشمل جميع أفراد العلامة التجارية؛ إذ جعل مفهوم العلامة ينصرف إلى علامة الخدمة، إضافة إلى العلامة التجارية والصناعية.

### المطلب الثاني: الفرق بين العلامة التجارية والمصطلحات القريبة منها

تجب التفرقة بين العلامة التجارية والمصطلحات القريبة منها، مثل: الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والبيانات التجارية.

#### أولاً: العلامة التجارية (Trade Mark) والاسم التجاري (Trade Name)

تختلف العلامة التجارية عن الاسم التجاري؛ فالعلامة التجارية هي: كل علامة أو إشارة تستخدم لتمييز المنتجات أو البضائع أو الخدمات عما يماثلها.<sup>١</sup> أما الاسم التجاري فيقصد به: التسمية التي يطلقها التاجر على متجره لتمييزه من غيره من المتاجر المماثلة أو المشابهة له.<sup>٢</sup> ويتضح من التعريف أن الوظيفة الأولى والأساسية للاسم التجاري هي تمييز المنشأة التجارية من غيرها من المنشآت المماثلة ليسهل التعرف عليها من عملائها الذين يفضلونها وعدم الخلط بينها وبين غيرها.

وليست هذه الوظيفة هي الوحيدة للاسم التجاري، بل إنه يستخدم للتوقيع بواسطة صاحب المتجر على المستندات والتعهدات الصادرة منه بخصوص المحل. وذلك حتى يعلم الغير أن هذه التعهدات تخص المحل التجاري، ولا تخص شئون التاجر الخاصة، أو محل تجاري آخر يملكه التاجر ذاته باسم تجاري مخالف، أو يكون فيه شريكا.

كما أن الاسم التجاري قد يستخدم من صاحب العلامة التجارية لتمييز السلع والبضائع التي ينتجها التاجر أو يقوم ببيعها إذا ما أراد ذلك، وتوافرت فيه شروط العلامة التجارية وأهمها أن يكون للاسم التجاري شكلا مميزا؛ ففي هذه الحالة يعد الاسم التجاري أداة لتمييز المتجر وفي ذات الوقت أداة لتمييز المنتجات والسلع كعلامة تجارية.<sup>٣</sup> ولعل هذا هو السبب في إطلاق الاسم التجاري على العلامة التجارية.<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> يعقوب يوسف صرخوه، النظام القانوني للعلامات التجارية (الكويت: ذات السلاسل، ط ١، ١٩٩٣م)، ص ٢٣.

<sup>٢</sup> صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الفكرية (عمان: دار الثقافة، ط ١، ٢٠٠٤م)، ص ٣٥-٣٦.

<sup>٣</sup> القليوبي، القانون التجاري، ص ٣٣٦-٣٣٧.

<sup>٤</sup> انظر، محمد سعيد رمضان البوطي، قضايا فقهية معاصرة (دمشق: دار الفارابي، ط ٥، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م)، ج ١، ص ١٠٢؛ حسن عبد الله الأمين، "بيع الاسم التجاري والترخيص"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٥٥، ج ٣،

والاسم التجاري قد يكون من واقع الحال، كما في "المطعم العربي" أو "الموسوعة العربية". وقد يكون من واقع الخيال، كما في "فاتنات الشرق" أو "عروس البحر". كما قد يكون من واقع الحال والخيال في آن معا، كما في "الديك الذهبي" أو "المرأة الفولاذية".<sup>١</sup>

### ثانياً: العلامة التجارية والعنوان التجاري

يختلف العلامة التجارية عن العنوان التجاري، من حيث إن العلامة التجارية هي: كل علامة أو إشارة تستخدم لتمييز المنتجات أو البضائع أو الخدمات من مثيلاتها، بينما العنوان التجاري هو التسمية التي يستخدمها التاجر لتمييز نفسه من غيره من التجار.<sup>٢</sup> وهذه التسمية تحتوي -بالضرورة- اسم التاجر ولقبه الحقيقيين. فالعنوان التجاري يتكون -بصفة أساسية- من اسم التاجر ولقبه الحقيقيين وجوبا، ويمكن الإضافة إلى ذلك إضافة مناسبة، كتسمية محددة أو تسمية مبتكرة.<sup>٣</sup> وتظهر أهمية العنوان التجاري من خلال الوظائف التي يقوم بها والتي تتمثل في أمور، منها: إنه يميز التاجر من غيره من التجار، وكونه يدل على شخص التاجر على أن يكتب عنوانه في مدخل متجره،<sup>٤</sup> ومنها: إنه مصدر سمعة التاجر وبالتالي شهرته في الوسط التجاري. زد على ذلك، فإنه قد يستخدمه التاجر، كعلامة تجارية، لتمييز السلع أو المنتجات أو الخدمات التي يتعاطى بها التاجر متى توافرت فيه شروط العلامة التجارية.

كما أن أهمية العنوان التجاري تنبع من أنه يشكل وسيلة فعالة من وسائل قمع المنافسة غير المشروعة، ذلك أن أحكام العنوان التجاري تهدف -في الأساس- إلى تنظيم المنافسة المشروعة، ووضع التدابير المناسبة لمنع وقمع المنافسة غير المشروعة أو الأعمال أو الممارسات التي تخالف الممارسات الشريفة في مجال التجارة.<sup>٥</sup>

والخلاصة، أن العلامة التجارية هي التي تتخذ لتمييز المنتجات أو البضائع أو الخدمات من مثيلاتها. أما العنوان التجاري فإنما يتخذ لتمييز التاجر من باقي التجار.

١٤٠٩/١٩٨٨م، ص ٢٤٩٧؛ محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي (عمان: دار النفائس، ط ٤، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م)، ص ٧١.

<sup>١</sup> محمد حسين إسماعيل، القانون الأردني (عمان: دار عمار، ط ٢، ١٩٩٢م)، ص ١٨٧.

<sup>٢</sup> خليل مصطفى، محاضرات في القانون التجاري الأردني (عمان: دار مجدلاوي، ط ١، ١٩٨٥م)، ص ٨١.

<sup>٣</sup> زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص ٢٢٢.

<sup>٤</sup> صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية (عمان: دار الثقافة، ط ١، ١٩٩٩م)، ص ٢٧٦.

<sup>٥</sup> زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص ٢٢٣.

### ثالثاً: العلامة التجارية والبيانات التجارية

تقدم تعريف العلامة التجارية، والذي يظهر بوضوح أن العلامة التجارية غير البيانات التجارية (علامات البضائع)، فيقصد بهذه الأخيرة البيانات التي توضع على البضائع لغايات إيضاحها. أي كل إيضاح يضعه التاجر أو المنتج على بضائعه أو منتجاته أو خدماته، وذلك بقصد التعرف على عددها، أو مقدارها، أو مقياسها، أو حجمها، أو كيلها، أو طاقاتها، أو وزنها، أو مصدرها، أو طريقة صنعها، أو إنتاجها، أو عناصر تركيبها، أو صفات منتجها، أو صانعها، أو مقدمها، أو وجود براءات اختراع، أو غيرها من حقوق الملكية الصناعية (Industrial Property) أو أي امتياز، أو مميزات تجارية، أو صناعية أخرى.

والغرض من هذه البيانات (العلامات) هو مساعدة المستهلك في التعرف على عناصر البضاعة بيسر وسهولة، وعادة ما تثبت البيانات التجارية على البضائع أو المنتجات بطريقة مادية، كأن تكتب، أو تطبع، أو تنقش، أو تنسج على البضائع أو المنتجات.

ومن الجدير بالذكر، أن البيانات التجارية، لا تعد من الحقوق الفكرية، وبالتالي لا يتمتع التاجر الذي يضع بيانا تجاريا معيناً على منتجاته بحق احتكار لهذا البيان، بل يجوز لغيره استعماله. في حين تعد العلامة التجارية من الحقوق الفكرية، ولصاحبها حق الاستئثار بها، ومنع غيره من استعمالها أو استغلالها إلا بإذن من صاحبها.<sup>١</sup>

وتؤدي البيانات التجارية وظيفة مشابهة للوظيفة التي تؤديها العلامة التجارية؛ حيث تهدف إلى حماية المستهلكين من الغش (Passing-off) الذي قد يمارسه البعض من المنتجين والموزعين؛ إذ في تنظيم البيانات التجارية منع للغش إلى حد كبير، فضلا عن تشجيع المنافسة المشروعة في التعامل الاقتصادي.<sup>٢</sup>

### المطلب الثالث: وظائف العلامة التجارية

تظهر أهمية العلامة التجارية من الوظائف التي تقوم بها، سواء للصانع، أم للتاجر، أم لمقدم الخدمة، أم للمستهلك؛ فالعلامة التجارية مهمة بالنسبة لهؤلاء على حد سواء، ويمكن إجمال وظائفها على النحو الآتي:

<sup>١</sup> زين الدين، المدخل إلى الملكية الفكرية، ص ٣٨.

<sup>٢</sup> المرجع السابق، ص ٣٩.

### أولاً: العلامة التجارية تحدد مصدر المنتجات والبضائع والخدمات

تحدد العلامة التجارية مصدر المنتجات والبضائع والخدمات؛ إذ يتمكن المستهلك بواسطة العلامة التمييز بسهولة بين منتجات أو بضائع أو خدمات مماثلة أو مشابهة، فهي الرمز الذي يدل على مصدر المنتجات أو السلع أو الخدمات، فالعلامة تسهل المعاملات التجارية فيما بين الأطراف؛ إذ يكفي أن يذكر المشتري اسم العلامة التي تحملها السلعة التي يريد شراءها دون حاجة لبيان أوصاف وسمات الشيء المراد شراءه.<sup>١</sup>

### ثانياً: العلامة التجارية رمز الثقة بصفات المنتجات والبضائع والخدمات

تعتبر العلامة التجارية عن صفات المنتجات أو البضائع التي تميزها، سواء من حيث النوع، أم المرتبة، أم الضمان، أم طريقة التحضير. ويقصد بالنوع مجموع خصائص المنتجات أو البضائع التي تمتاز بها عن خصائص منتجات أو بضائع أخرى مماثلة أو مشابهة؛ أما المرتبة فيقصد بها درجة الجودة والإتقان للمنتجات أو البضاعة، والمقصود بالضمان هو تعهد الصانع أو التاجر بصلاحية المنتجات أو البضاعة أو بيان العناصر الداخلة في تركيبها، وذلك يؤدي إلى رفع الثقة بالمنتجات والبضائع، ويكون دافعا للعملاء لتفضيل هذه المنتجات من غيرها، مما يدفع مالك العلامة إلى مضاعفة حرصه على سمعة علامته وثقة عملائه بها، فيحرص على الإبقاء على هذه السمعة بذهن العملاء وتحسينها بإتقانه صنع منتجاته والحفاظ على جودتها، فتصبح العلامة محل ثقة عند الجمهور، مما يؤدي إلى سرعة تصريف المنتجات أو البضائع أو الخدمات تحت هذه الثقة.<sup>٢</sup>

فالمستهلك يشتري بضائع يعرفها من سنين أو يسمع عنها، أو تم الإعلان عنها بكثرة؛ فهو يعرف أيها من نوعية جيدة، ولذا فهو يقبل عليها بسهولة تماما.

والمستهلك إذا استعمل منتجات تحمل علامة كنتاكي فرايد تشيكن (Kentucky Fried Chicken/KFC) مثلا، فإنه يفترض أن مستوى النوعية تكون متساوية في جميع المطاعم التي تقدم المأكولات نفسها التي تحمل العلامة نفسها بغض النظر عن التباعد المكاني فيما بينها. فالمستهلك في مثل هذه الحالة لا يهمه أن تكون تلك المطاعم تابعة لمصدر واحد، بل أن كل ما يهمه هو أن خدماتها تحمل العلامة التجارية نفسها التي تعبر عن مستوى معين من النوعية.<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> عامر محمد الكسواني، الملكية الفكرية (عمان: دار الحبيب، ط ١، ١٩٩٨م)، ص ١٣٦.

<sup>٢</sup> زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص ١١٦.

<sup>٣</sup> صرخوه، النظام القانوني للعلامات التجارية، ص ٦٥.

### ثالثاً: العلامة التجارية وسيلة للإعلان عن المنتجات والبضائع والخدمات

تعد العلامة التجارية إحدى وسائل الإعلان (The Advertising Function) المهمة عن المنتجات والبضائع؛ فهي من أهم وسائل التاجر أو الصانع أو مقدم الخدمة للإعلان عن سلعته، أو منتجاته، أو خدماته، إذ عن طريق الإعلان<sup>١</sup> والدعاية عن علامته، يصل إلى أذهان الناس، وذلك باستخدام وسائل الدعاية المختلفة، خاصة الراديو، والتلفزيون، والمجلات، والصحف، وما إلى ذلك؛ مما قد يؤدي إلى تثبيت العلامة في ذاكرة الناس، فقد أصبح من الصعب تجاهل الدور المؤثر الذي تؤديه الدعاية في جذب العملاء إلى منتجات أو بضائع أو خدمات مشروع معين، لذا يحرص مالك المشروع أن يؤكد لجمهور المستهلكين من خلال الدعاية والإعلان أن منتجاته هذه أفضل وأجود المنتجات المتوافرة.<sup>٢</sup>

لذا أصبحت المشروعات الاقتصادية بكافة أنواعها، تستشير وكالات الدعاية والإعلان فيما يتعلق بتكوين العلامة ووسائل استعمالها في الدعاية للمنتجات،<sup>٣</sup> ونظراً إلى أهمية ذلك يراعي مصمم الدعاية والإعلان في تكوين العلامة، اعتبارات معينة، تهدف إلى جلب انتباه المستهلك، كأن تكون ذات منظر جميل، أو مكونة من كلمة بسيطة ذات وقع موسيقي تلفت انتباه المستهلك وتجذب عنده استحساناً لها.<sup>٤</sup>

### رابعاً: العلامة التجارية وسيلة من وسائل المنافسة المشروعة (Fair Competition)

للعلامة التجارية أهمية عملية بالغة؛ إذ تعد إحدى الوسائل الهامة في نجاح المشروع الاقتصادي، فهي وسيلته في مجال المنافسة مع غيره من المشروعات على الصعيد الدولي والمحلي على حد سواء؛ إذ تهدف إلى جذب العملاء وجمهور المستهلكين، فهي تؤدي وظيفة مزدوجة، إذ تخدم مصلحتين في آن واحد، فهي من جهة تخدم مصلحة التاجر أو الصانع أو مقدم الخدمة، باعتبارها وسيلة هؤالء لتمييز سلعهم أو بضائعهم أو خدماتهم من غيرها من السلع

<sup>١</sup> والإعلان عبارة عن دعوة غير مباشرة عن طريق إحدى وسائل الاتصال العامة لعرض وترويج الأفكار أو السلع أو الخدمات ويفصح فيها عن شخص المعلن.

<sup>٢</sup> انظر، قاسم محمد صالح، "دور التصميم الصناعي في الصناعة الحديثة"، مجلة اليرموك، العدد ٣٨، سنة ١٩٩٢م، ص ٢٤.

<sup>٣</sup> محمد شكري سرور، "مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منجاته الخطرة"، مجلة دراسات الجامعة الأردنية، العدد ٣، ١٩٨٤م، ص ٢٢١.

<sup>٤</sup> زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص ١١٧؛ وانظر:

Alexander Reuter, "International Marketing and Advertising and Conflict of Laws: Germany as example," *The Trade Marks Reporter*, Vol. 79, 1989, p. 698.

أو البضائع أو الخدمات المماثلة أو المشابهة، فيصلوا عن طريقها - أي العلامة - إلى جمهور المستهلكين. ومن جهة أخرى فهي تخدم جمهور المستهلكين؛ إذ إنها وسيلتهم للتعرف على السلع أو البضائع أو الخدمات التي يفضلونها، وتلقى عندهم قبولا أكثر من غيرها، لذا تعد العلامة التجارية وسيلة مهمة من وسائل المنافسة المشروعة في مجال التعامل؛ إذ إنها تؤدي دورا كبيرا في تحقيق العدالة بين المشتغلين في قطاع التجارة والصناعة والخدمات لينال كل منهم ثقة المستهلكين بقدر حرصه على تحسين منتجاته أو بضائعه أو خدماته، والمحافظة على جودتها من أجل كسب الشهرة المأمولة.<sup>١</sup>

وإذا كانت العلامة التجارية وسيلة من وسائل المنافسة المشروعة، فهي بالضرورة أداة من أدوات قمع المنافسة غير المشروعة (Unfair Competition)؛ إذ الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية - كما سيأتي - قد اتفقت على منع الاعتداء على العلامة التجارية المسجلة من تزويرها، أو تقليدها (Infringement)، أو اغتصابها، أو بيع المنتجات التي تحمل العلامة المزورة أو المقلدة أو المغتصبة، أو عرضها للبيع أو للتداول أو حيازتها بقصد بيعها، وما إلى ذلك.

### خامسا: العلامة التجارية ضمان لحماية جمهور المستهلكين

تعد التجارة<sup>٢</sup> من أهم وجوه النشاط البشري فائدة، لما فيها من أرباح طائلة. فقد تغري - هذه الأخيرة - أصحاب النفوس الضعيفة والعقول الناقصة في اتباع ضروب الاحتيال والغش،<sup>٣</sup> في ترويج صناعاتهم أو بضائعهم أو خدماتهم، بإخفاء عيوبها، ومن ثم إظهارها على غير حقيقتها، وصولا إلى استمالة القوة الشرائية لجمهور المستهلكين بصورة تضليلية. فيقدم جمهور المستهلكين على شراء تلك الصناعات أو البضائع أو الخدمات اعتقادا منهم بأنها تحمل المواصفات المحددة لها والمزايا الخاصة بها، على النحو المعلن عنه. في حين تكون تلك الصناعات أو البضائع أو الخدمات ليست كذلك أو على الأقل دون ذلك.<sup>٤</sup>

فالعلامة التجارية - عندئذ - تؤدي دورا مهما في ضمان حقوق المستهلكين من ضروب الغش والاحتيال حول مواصفات الصناعات أو البضائع أو الخدمات التي يتلقفونها من يد

<sup>١</sup> زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص ١١٧؛ وانظر، صالح، "دور التصميم الصناعي في الصناعة الحديثة"، ص ٢٤.

<sup>٢</sup> ذكر الخطيب الشربيني تعريف التجارة في كتابه مغني المحتاج بأهم: تقليب المال بالمعاوضة لغرض الربح. محمد بن محمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٤م)، ج ١، ص ٣٩٤.

<sup>٣</sup> نائل عبد الرحمن صالح، حماية المستهلك في التشريع الأردني (عمان: زهران للنشر، ط ١، ١٩٩١م)، ص ٩٦.

<sup>٤</sup> محمد حسين منصور، ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معقولة (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، د.ت)، ص ٢٠.



الصناع أو التجار أو مقدمي الخدمات، وذلك من خلال الرجوع على هؤلاء رجوعاً قانونياً لتحديد مسؤوليتهم عن آثار تضليل جمهور المستهلكين.<sup>١</sup>

### المطلب الرابع: أشكال وصور العلامة التجارية

العلامة التجارية قد تكون في صورة أسماء متخذة شكلاً مميزاً، أو إمضاءات، أو كلمات، أو أرقام، أو رسوم، أو رموز، أو تصاوير، أو نقوش بارزة، أو أية علامة أخرى، أو مجموع منها إذا كانت تستخدم، أو يراد أن تستخدم؛ إما في تمييز المنتجات أو البضائع؛ وإما للدلالة على مصدرها أو نوعها أو طريقة تحضيرها، أو للدلالة على تأدية خدمة من الخدمات.

وأهم هذه الأشكال والصور للعلامات التجارية، هي:

#### أولاً: الأسماء والإمضاءات

قد تتخذ العلامة التجارية شكل اسم من الأسماء، وفي هذه الحالة يجب أن يكون للاسم شكلاً مميزاً، كوضعه في إطار معين، أو بألوان معينة، أو تركيب خاص.<sup>٢</sup> ومن الأمثلة على الأسماء الشخصية التي تعد علامة تجارية اسم "هيلتون" (Hilton) الذي يستخدم لتمييز نوع من الفنادق ذات البناء الجميل والخدمة الجيدة.<sup>٣</sup> وبناء على ذلك لا تعد الأسماء الشخصية المجردة عن أي تمييز، أو الأسماء العادية، أو الإمضاءات غير المميزة علامة تجارية أو صناعية.<sup>٤</sup>

#### ثانياً: الحروف والأرقام

يجوز أن تتكون العلامة التجارية من حروف أو أرقام معينة، سواء أكانت هذه الحروف تمثل الحروف الأولى لاسم التاجر أو المنشأة، أم أنها لا تدل على اسم معين بشرط أن تكون هذه الحروف أو الأرقام شكلاً مميزاً، ومن أمثلة ذلك علامة ب. أم. دبليو (BMW) التي تميز السيارات الألمانية، وعلامة أن. إي. سي (NEC) لتمييز بعض الأجهزة الكهربائية

<sup>١</sup> فتحي، حدود مشروعية الإعلانات التجارية لحماية المتجر والمستهلك، ص ٨ وما بعدها؛ وانظر، صرخوه، النظام القانوني للعلامات التجارية، ص ٦٤.

<sup>٢</sup> القليوبي، القانون التجاري، ص ٢٩٠.

<sup>٣</sup> محمد سعدو الجرف، "الأثر المتوقع لحق الملكية الفكرية على اقتصاديات الدول النامية"، ص ٣. وهو بحث مقدم في ندوة حول الملكية الفكرية، مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، في ٤ مايو ٢٠٠٢م.

<sup>٤</sup> القليوبي، القانون التجاري، ص ٢٩١.

والإلكترونية، وعلامة (٥٥٥) لتمييز الكولونيا، وقد تتكون العلامة التجارية من الحروف والأرقام معا مثل علامة سفن.آب (7.UP) لتمييز بعض المشروبات الغازية.<sup>١</sup>

### ثالثا: الكلمات

يقصد بالتسميات الكلمات التي قد يستخدمها الصانع أو التاجر أو مقدم الخدمة لتمييز منتجاتهم أو بضائعهم أو خدماتهم، وقد تكون الكلمة جديدة ومبتكرة، وقد تكون مقبسة من تركيب وجودة وفائدة المنتجات أو البضائع، ويطلق عليها عندئذ التسمية الضرورية، كما قد تكون التسمية شائعة ولا تعتبر الكلمات بحد ذاتها علامة، بل لاعتبارها كذلك لا بد أن تكون جديدة ومبتكرة وغير شائعة في الاستعمال وغير مشتقة من طبيعة المنتجات أو صفاتها أو جودتها، ولا تؤدي إلى تضليل الجمهور، لذلك فإن التسميات التي تصلح أن تكون علامة هي التسميات والكلمات المبتكرة والجديدة، ويكون لها صفة مميزة؛ بينما التسميات الشائعة لا تصلح لذلك، لأنها تفتقد لصفة التميز والجدة وقد تؤدي إلى الغش.<sup>٢</sup>

### رابعا: الرموز والصور والرسوم

يجوز أن يتخذ التاجر رمزا معيناً لتمييز منتجاته، يشير إلى شكل خاص سواء أكان مستمداً من الطبيعة كشكل شجرة، أم زهرة، أم هرم، وله ما يميزه ويبرز خاصيته، أم كان شكل أحد الحيوانات، أم العمارات أم السفن أم السيارات. كما يجوز أن تكون العلامة صورة من الصور سواء أكانت صورة أشخاص أم غير ذلك، وفي حالة اتخاذ صورة أحد الأشخاص علامة مميزة يجب الحصول على إذن من صاحب الصورة إن كان على قيد الحياة أو ورثته في حالة وفاته.<sup>٣</sup>

### خامسا: الدمغات والأختام والنقوش

ويقصد بالدمغات العلامات المحفورة؛ أما الأختام فيقصد بها العلامات التي تظهر على المواد المستعملة في غلق المعلبات، والزجاجات، والصناديق. كما يقصد بالنقوش في هذا الصدد الرسوم أو الحروف أو الكلمات البارزة التي توضع على المنتجات أو المصنوعات، وهذه الدمغات والأختام والنقوش تشملها الحماية القانونية المقررة للعلامات التجارية لما تتخذها من شكل مميز.<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> خاطر لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية (القاهرة: شركة ناس للطباعة، د.ت)، ص ٢١٤.

<sup>٢</sup> زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص ١٢٤-١٢٥، وانظر، مجلة نقابة المحامين، ١٩٥٩م، ص ١٣٩.

<sup>٣</sup> القليوبي، القانون التجاري، ص ٢٩٣.

<sup>٤</sup> لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، ص ٢١٤.

**سادسا: البطاقات**

ويقصد بالبطاقات كل مسطح معين يتخذ شكلا مميزا، وقد تكون من الورق أو الكرتون أو القماش أو النسيج أو أية مادة أخرى، وقد تتخذ شكلا مربعا أو مثلثا أو مستطيلا أو مخروطيا أو أي شكل هندسي آخر، وتوضع هذه البطاقة على منتجات مصنع أو متجر للتعريف على منتجاته أو بضائعه، وإشعارا لجمهور المستهلكين.<sup>١</sup>

**سابعا: الغلافات**

قد تكون العلامة التجارية من الشكل الخاص لتغليف المنتجات أو العلب والزجاجات التي توضع فيها السلع طالما كان لها شكل متميز، كما هو الحال بالنسبة لزجاجات العطور أو المياه الغازية أو المعدنية أو الكرتون الذي توضع فيه المنتجات الذي يمثل شكلا خاصا أو لونا معيناً أو نقوش خاصة عليه، أو الأكياس المخصصة لتغليف هذه السلع والمنتجات والتي لها شكل خاص.<sup>٢</sup>

**ثامنا: الأشرطة**

والمقصود بها الخيوط المثبتة على المنتجات أو البضائع، وقد تكون مصنوعة من الورق أو الكرتون أو ما شابه ذلك. وهذه الأشرطة لا تعد بحد ذاتها علامة؛ إلا أنه يمكن اعتبارها علامة متى كانت مميزة بأن اتخذت الصفة الفارقة والجددة.<sup>٣</sup>

**تاسعا: مجموعة الألوان المتخذة شكلا خاصا**

من الجائز اعتبار مجموعة الألوان علامة تجارية إذا كانت تتخذ شكلا خاصا ومميزا، وكانت تستخدم لتمييز منتجات أو خدمات معينة. فإذا استخدم التاجر أو الصانع مجموعة من الألوان المتجانسة لمنتجاته أو مصنوعاته واتخذت هذه الألوان شكلا خاصا وطابعا مميزا؛ فإنها تتمتع بالحماية المقررة للعلامات التجارية. أما إذا كانت السلعة تتكون من لون واحد لا تنوع فيه؛ فإن هذا اللون لا يصح أن يشكل علامة تجارية محمية.<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص ١٢٣.

<sup>٢</sup> القليوبي، القانون التجاري، ص ٢٩٢.

<sup>٣</sup> زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص ١٢٣.

<sup>٤</sup> لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، ص ٢١٥.

### عاشرا: خليط مما ذكر أو بعضا منه

يجوز للتاجر أو الصانع أن يتخذ علامته التجارية من خليط من العناصر السالف بيانها أو بعضها، فيجوز أن تتكون العلامة من أسماء ذات شكل مميز، وإمضاءات، وكلمات، وأرقام، ورسوم، وألوان، ودمغات، وأختام، وصور معينة، أو بعض منها لتمييز منتجاته.<sup>١</sup>

### المطلب الخامس: شروط العلامة التجارية

يشترط في العلامة التجارية شروط يمكن إجمالها فيما يأتي:

#### أولا: الشروط الموضوعية

تتمثل الشروط الموضوعية اللازم توافرها في العلامة التجارية في شرط الصفة المميزة، وشرط الجدة، وشرط المشروعية.

#### الشرط الأول: أن تكون العلامة التجارية مميزة (The Distinctive Character)

يشترط في العلامة التجارية أن تكون لها ذاتية خاصة تميزها من غيرها من العلامات الأخرى المستخدمة لسلع مماثلة.<sup>٢</sup> وتكون العلامة مميزة متى تم وضعها بطريقة هندسية معينة، كأن تتخذ شكلا دائريا، أو مربعا، أو مسدسا مميزا، أو متى تم رسمها بشكل زخرفي معين، أو متى تمت كتابتها بحروف مختلفة مميزة، أو متى تم حفرها بشكل بارز مميز، أو بأي شكل آخر له صفة مميزة. وعليه، فإن العلامة المجردة من أية صفة مميزة (فارقة) لا تعد علامة صحيحة، كالعلامة التي تتكون من شكل شائع مألوف، كصورة رجل يركب حصانا، أو رسم هندسي معين كالربع أو الدائرة، وكذلك الحال إذا كانت العلامة التجارية مجرد علامة وصفية كأن تدل على مصدر المنتجات فحسب، كما في كلمة (البن) فيقال (البن اليمني).<sup>٣</sup>

#### الشرط الثاني: أن تكون العلامة جديدة

والمقصود بهذا الشرط هو عدم سبق استعمال ذات العلامة داخل إقليم الدولة على ذات السلع أو المنتجات المراد استخدام العلامة التجارية عليها، بمعنى ألا يكون قد سبق استعمال ذات العلامة من منتج أو تاجر آخر على سلع مماثلة؛ فالعلامة التجارية لا تصبح ملكا لصاحبها إلا بالنسبة للمنتجات التي خصصت لتمييزها.

<sup>١</sup> المرجع السابق، ص ٢١٥.

<sup>٢</sup> القليوبي، القانون التجاري، ص ٢٩٧.

<sup>٣</sup> "الخداع الخارجي للعلامات التجارية المتشابهة"، مجلة حماية الملكية الصناعية، العدد ٢٨، ص ١٣٩.

فالجدة المقصودة في هذا الخصوص ليست الجدة المطلقة في خلق وابتكار العلامة؛ وإنما المقصود هو الجدة في التطبيق على ذات السلع. وينتج عن ذلك ما يأتي:

**أولاً:** إن العلامة التجارية تعد جديدة حتى ولو سبق استعمالها ذاتها على نوع آخر من السلع؛ فالعبرة باستعمال العلامة التجارية على ذات السلع المراد وضعها عليها أي السلع المماثلة. ومن أمثلة ذلك مثلاً استعمال (شارة الغزال) التي كانت مستعملة على منتجات الجلود لتمييز منتجات من الحلوى؛ إذ لن يؤدي إلى اللبس أو الخلط بين المنتجات التي تحمل ذات العلامة.<sup>١</sup> وعلى ذلك، فلا تعد العلامة مميزة إذا كانت تستعمل في صناعة ساعات يد ثم أريد استعمالها في صناعة منبهات أو ساعات حائط، وكذلك العلامة الخاصة بصناعة الصابون الجاف يمنع استعمالها للصابون غير الجاف.<sup>٢</sup>

**ثانياً:** إن العلامة التجارية تتمتع بالحماية القانونية داخل إقليم الدولة بأكمله. ومعنى ذلك أن العلامة تعد جديدة إذا لم يسبق استعمالها داخل إقليم الدولة بأكمله، فإذا سبق استعمالها في جزء فقط من الإقليم كان هذا كافياً لفقد عنصر الجدة في العلامة التجارية، ولا يستطيع التاجر المنافس استعمال ذات العلامة في جزء آخر من الإقليم.

**ثالثاً:** إن العلامة التجارية لا تفقد عنصر الجدة إذا كان قد سبق استعمالها، وتركت من صاحبها أو لم يتم بتجديدها وتسجيلها وفقاً للشروط القانونية الخاصة بتسجيل العلامة. فشرط جدة العلامة ليس معناه الجدة المطلقة من حيث سبق استعمال العلامة في منتجات مماثلة؛ فالعلامة تعتبر جديدة حتى ولو سبق استعمالها في ذات نوع السلع أو المنتجات إذا ما أوقف استعمالها مدة طويلة، أو لم يتم صاحبها بتجديدها وفقاً لأحكام قانون العلامات التجارية.<sup>٣</sup>

### الشرط الثالث: أن تكون العلامة التجارية مشروعة

لا يكفي أن تكون العلامة التجارية مميزة وجديدة على النحو السابق بيانه، وإنما يشترط أيضاً أن تكون العلامة مشروعة.<sup>٤</sup> ويقصد بمشروعية العلامة ألا تكون العلامة مخالفة للنظام العام أو الآداب أو ممنوعة قانوناً.<sup>٥</sup>

<sup>١</sup> القليوبي، القانون التجاري، ص ٢٩٨.

<sup>٢</sup> زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص ١٤١.

<sup>٣</sup> القليوبي، القانون التجاري، ص ٣٠٠.

<sup>٤</sup> المرجع السابق، ص ٣٠١.

<sup>٥</sup> انظر، حسن كيرة، المدخل إلى علم القانون (الإسكندرية: منشأة المعارف، ط ٥، ١٩٧٣م)، ص ٤٢.

وزاد بعض القوانين شرطا رابعا وهو شرط القابلية للإدراك عن طريق البصر، ويقصد به أن العناصر التي يجوز أن تدخل في تركيب العلامة التجارية يلزم إظهارها بصورة مادية ملموسة، بمعنى أن تدرك بواسطة حاسة البصر. ولعل السبب في ذلك يعود إلى صعوبة حفظ العلامات المكونة من إشارات أو رموز أو دلالات غير مادية، والتكاليف الباهضة لذلك.<sup>١</sup>

### ثانيا: الشروط الشكلية

يقصد بالشروط الشكلية للعلامة التجارية القيام بإجراءات تسجيل العلامة وفقا للأصول المقررة في هذا الصدد. وتتناول الشروط الشكلية للعلامة التجارية أشياء، مثل: من له حق طلب التسجيل، وكيفية تقديم الطلب، ولمن يقدم الطلب، وموضوع الطلب، ومدة سريان التسجيل وتحديد، وما إلى ذلك مما يتعلق بالأمور الشكلية في إجراءات تسجيل العلامة.<sup>٢</sup> وهذه الأشياء تختلف من عصر إلى عصر، ومن مصر إلى مصر، ومن قانون إلى قانون، فلكل بلد قانونه الخاص عنها، لذا نرى عدم التطرق إلى هذه المسألة لاستغناء البحث عنها وحصوله بدونها، ويكفي أن نقرر بأن العلامة التجارية إنما تتمتع بالحماية القانونية إذا ما سجلت لدى الجهة الرسمية لذلك مع توافر الشروط الموضوعية والشكلية لها.

<sup>١</sup> زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص ١٤٤.

<sup>٢</sup> المرجع السابق، ص ١٤٥.

## المبحث الثاني التكليف الشرعي للعلامة التجارية

تتوقف معرفة التكليف الشرعي للعلامة التجارية على إثبات أمور، هي:

### الأول: العلامة التجارية حق من الحقوق

يفهم من تعريف العلامة التجارية -السابق ذكره- من أهما: كل إشارة أو دلالة مميزة يتخذها الصانع أو التاجر أو مقدم الخدمة لتمييز منتجاته أو بضاعته أو خدماته من مثيلاتها التي يصنعها أو يتاجر بها أو يقدمها آخرون.<sup>١</sup> وهي في حقيقتها عبارة عن علاقة تنشأ بين هذه العلامة المتضمنة لسلع معينة وبين الجمهور، جسدت هذه العلاقة جهد التاجر واجتهاده في تمييز سلعته وتجويدها، بحيث اكتسبت العلامة التجارية سمعة وشهرة، جعل الإقبال عليها كبيراً، وتعارف جمهور الناس على صلاحيتها، وجودة ما يشير إليها هذه العلامة.<sup>٢</sup>

ولا ريب أن صاحب الاسم التجاري [العلامة التجارية]<sup>٣</sup> لم يكتف بإطلاق اسم مجرد لسلعته أو بضاعته، وإنما ضمن هذا الاسم صفات ميزته من غيره من الأسماء والسلع، ولا يتحقق ذلك إلا بنوع إتقان يعرف به، وينفرد عما سواه، أو ينافس به غيره من الأسماء الجيدة السمعة، ولولا ذلك الإتقان ما كان لهذا الاسم مزية على غيره، ولكان اسماً مجرداً لا قيمة له، فلا سمعة ولا شهرة حقيقية يخشى عليها حتى تطلب حمايتها.<sup>٤</sup> بل إن الاسم التجاري رديء السمعة يهبط بسعر السلعة عند إرادته بيعه، وقد يكون ذلك سبباً في خسارة

<sup>١</sup> انظر، لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، ص ٢٠٩.

<sup>٢</sup> عجيل جاسم النشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٥، الجزء ٣، ١٤٠٩/١٩٨٨م، ص ٢٣٤١ (بتصرف).

<sup>٣</sup> المراد بالاسم التجاري هنا هو العلامة التجارية. وقد ذكر بعض المعاصرين أن الاسم التجاري اصطلاحاً يمكن أن يستعمل في التعبير عن أحد المضامين الثلاثة الآتية: الأول: الشعار التجاري للسلعة، وهو ما قد يسمى اليوم بـ: "الماركة" أو العلامة التجارية؛ والثاني: الاسم الذي غدا عنواناً على محل تجاري نال شهرة مع الزمن، بحيث تجسد هذه الشهرة في الاسم المعلن عليه، وربما أطلقت على هذا المضمون كلمة "الشهرة التجارية"؛ والثالث: الوصف الذي يتمتع به المحل التجاري بمجد ذاته، أي من حيث إنه موقع ومكان، لا من حيث الجهد أو الشهرة التي نسجها له عمل صاحب المحل. انظر، البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ج ١، ص ١٠٢؛ شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص ٧١؛ الأمين، "بيع الاسم التجاري والترخيص"، ص ٢٤٩٧.

<sup>٤</sup> النشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي"، ص ٢٣٤٢.

كبرى. ولذلك يعتمد راغب الشراء إلى اتخاذ اسم تجاري جديد، وفي هذا إشارة إلى أن الاسم التجاري طيب السمعة له قيمة ذاتية.

ومن جانب آخر؛ فإن التاجر الذي نجح في إيجاد اسم تجاري له سمعة وشهرة، قد بذل جهداً ذهنياً وأموالاً ووقتاً ليس بالقليل، حتى بنى هذا الاسم، وأنزله منزلة مقبولة لدى الكافة أو جمهور الناس.

فالدعاية للاسم التجاري ضرورية، لإيجاد السمعة والشهرة، ولحماية هذه السمعة بعد تحققها، ولذا فإن التاجر محتاج إلى الاستمرار في الدعاية والإعلان بين الفينة والأخرى، كي يأمن استمرار اسمه التجاري في الأذهان حياً ومرغوباً، بعيداً عن المنافسة التي قد تستبدل به غيره.

ولا ريب أن هذا بذل مادي ضخيم، موضوعه وسببه الاسم التجاري، أو بمعنى أصح موضوعه السمعة والشهرة، التي يمثل الاسم التجاري وعاءها وعنوانها.<sup>١</sup>

فالاسم التجاري -والحال هذه- له واقع ملموس، كما أن له قيمة مالية في أنظار التجار.<sup>٢</sup> وإلى جانب ذلك: فإن للاسم التجاري أيضاً أهدافاً وأغراضاً يحققها، أخصها وأهمها: أنه يحفظ السلع من التقليد والتزييف، ويوجد ارتباطاً وصلته وانطباعاً معيناً بينه وبين الجمهور، هذا الارتباط الذي ينتج ما نسميه السمعة والشهرة التجارية.

ولا شك ألبتة أن هذه السمعة في حقيقتها وواقعها مصلحة فعلية بالنسبة للتاجر من جانب، ولعامّة الناس المتعاملين من جانب آخر.<sup>٣</sup>

فأما مصلحة التاجر فتتمثل في مزيد من الإقبال على بضاعته، ومن نتائج ذلك تحقق المزيد من أرباحه وفاعليته التجارية.

وأما مصلحة العامة فتتمثل في تيسير الطريق أمامه إلى الوصول لما قد يبحث عنه من الجودة والإتقان،<sup>٤</sup> فمن حقهم أن يحمي هذا الاسم التجاري المرغوب، دفعاً للغش والتزييف، وهذا كله مرجعه عند التحقيق إلى مصلحة المجتمع ذاته؛ إذ من المصلحة الاجتماعية أن تخلو أسواق الناس من السلع الرديئة والمغشوشة، وتسوده السلع الجيدة، ويمكن أفرادها من الحصول على البضائع ذات السمعة والشهرة التي تعبر حقيقة عن الجودة والصلاحية.<sup>٥</sup>

<sup>١</sup> المرجع السابق، ص ٢٣٤٢.

<sup>٢</sup> محمد تقي العثماني، "بيع الحقوق المجردة"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٥، الجزء ٣، ١٤٠٩هـ/١٩٨٨م، ص ٢٣٨٣.

<sup>٣</sup> النشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي"، ص ٢٣٤٣.

<sup>٤</sup> البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ج ١، ص ١٠٥.

<sup>٥</sup> النشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي"، ص ٢٣٤٣.



فإذا كان هذا كله من شأن الاسم التجاري؛ فإنه لا ريب يعد حقا شرعيا تجب حمايته، ومنع الاعتداء عليه، وهذا الحق تتعلق به مصلحة خاصة عائدة لصاحب السلعة ومن ثم فهو يمنح صاحبه مزية الحصر والاختصاص.<sup>١</sup>

### الثاني: العلامة التجارية منفعة قيمية وثمره مالية

ربما ورد السؤال: أيعد حق العلامة التجاري من الحقوق المالية المتقررة، أم من الحقوق المجردة غير المالية؟

ويمكن أن نقول في الجواب: لا ريب أن مصدر هذا الحق هو الجهد الذهني مضافا إليه النشاط الحركي والعضلي، وهو شيء ثابت ومستقر في كيان صاحب الحق ذاته؛ غير أن لهذا الجهد الذهني ثمرا تنفصل عنه لتستقر في سلعة أو بضاعة منفصلة عنه، بحيث يمكن استيفاؤها والانتفاع بها وتقديرها. وبذلك تصبح هذه الثمار ذات كيان ووجود مستقل، وأثر ظاهر في المصلحة العامة. ومن ثم نشأت عنها قيمتها المالية التي أخضعها لقانون التداول.<sup>٢</sup>

وكما أن السلع والبضائع تعد بحد ذاتها أموالا متقومة خاضعة للمعاوضة والتداول؛ فإن الأجهزة والأدوات التي تستخدم في إنتاجها تعد هي الأخرى أموالا متقومة. وإذا ثبت هذا، فلا فرق بين أن تكون هذه الأجهزة والأدوات وسائل وأسبابا مادية، وأن تكون جهودا وابتكارات ذهنية؛ أي فكما تكون الأجهزة المادية ملكا لأصحابها فكذلك جهودهم الفكرية وطاقاتهم الإبداعية، ينبغي أن تكون هي أيضا ملكا لأصحابها، ونظرا إلى أن هذه الطاقات الإبداعية أمور معنوية بحد ذاتها، فقد اقتضت الضرورة إحرازها وحصرها عن طريق تحصينها في العلامة التجارية.

وهكذا يتضح أن حق العلامة التجارية كناية عن السياج الذي يحصر سائر الفوائد المالية والاعتبارية التي جاءت ثمرة المزايا التي استقل بها التاجر في بضاعته، عن طريق ما بذل من الجهد الفكري والنشاط الحركي، كي لا تتبدد أو تتحول إلى غيره.<sup>٣</sup>

وخلاصة القول، إن العلامة التجارية عنوان على السر الذي تمتاز به بضاعة ما أو خدمة ما؛ إذ يعطيها ذلك مزيدا من القيمة ويضمن مزيدا من الإقبال عليها والرغبة فيها؛ فهي إذاً في الحقيقية كناية عن منفعة مالية متقومة.

<sup>١</sup> انظر، البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ج ١، ص ١٠٥.

<sup>٢</sup> محمد فتحي الدريني، حق الابتكار في الفقه الإسلامي (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ٣، ١٩٨٨م)، ص ٦٠-٦١.

<sup>٣</sup> البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ج ١، ص ١٠٦ (بتصرف).

### الثالث: العلامة التجارية داخلة في دائرة الممتلكات

إذا كان تعريف الملك هو: (اختصاص إنسان بشيء يحوله شرعا الانتفاع والتصرف فيه وحده ابتداء إلا لمانع)، فلا شك أنه ينطبق على حق العلامة التجارية. فقد علمنا أنه اختصاص حاجز، ثم علمنا أنه تعبير عن ثمرة جهد فكري ونشاط حركي، يتمثل في صنعة مبتكرة، أو درجة ممتازة من الإتقان؛ ثم علمنا أنها ثمرة مالية متقومة، هو وليها، وهو صاحب الاختصاص فيها. ونظرا إلى أنها منفصلة عن كيانه الإنساني متمثلة في قيمة متداولة، فله عليها سلطان التصرف عن طريق السلعة التي تلبس بها هذا الحق وتمثل فيها معنى الابتكار أو الإتقان. وهذا هو تحليل معنى الملك وواقعه.<sup>١</sup>

وينبغي أن نعيد هنا إلى الذهن الفرق بين الحق في هذه المسألة (وهو أمر معنوي نعبر عنه بالإتقان أو الابتكار)، وبين جوهر السلعة ذاتها التي هي مظهر لذلك الحق. إننا إذ نقرر أن هذا الحق حق مالي متقرر، وأنه بذلك داخل في الممتلكات؛ فإننا لا نعني بالممتلكات هنا السلعة ذاتها؛ إذ امتلاك صاحبها لها أمر بدهي ليس محل بحث. وإنما نعني بالملوك هنا هذه الصفة المعنوية التي نسميها الابتكار أو الاتقان.<sup>٢</sup>

صحيح أن حق التصرف إنما ينصب على العين المادية؛ ولكن سبب ذلك أن المنفعة التي هي الأساس وهي مصدر التقوم والتمول، لا يمكن أن تقوم بنفسها ومن ثم فلا يمكن استيفائها؛ إلا عن طريق العين القائمة بها ومن هنا كان لا بد من حيازتها عند امتلاك منفعتها. فمن هنا، نقول: إن التاجر يملك العين بالحيازة أو الصنعة. ثم يملك المنفعة المالية الإضافية التي نتكلم عنه بما بذله من جهد الإتقان أو الابتكار. وكل منهما مستقل في الاعتبار—عن الآخر.<sup>٣</sup>

وعلى هذا كله يمكن القول مع الاطمئنان: إن العلامة التجارية منفعة ومال من جانب، وهو حق من جانب آخر. ولما كانت الحقوق أموالا يجري فيها الملك والاختصاص والاستثمار؛ فإن العلامة التجارية إذاً مال ومنفعة وحق، وهي قابلة للتملك والتملك.

<sup>١</sup> البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ج ١، ص ١٠٧.

<sup>٢</sup> المرجع السابق، ص ١٠٧.

<sup>٣</sup> المرجع نفسه، ص ١٠٧.

### المبحث الثالث تصرف التاجر في علامته التجارية

تصنف العلامة التجارية على أنها ملكية فكرية (Intellectual Property)، فهي تتعامل مع أمور إنسانية فكرية غير محسوسة. والعلامة التجارية تعد شكلا خاصا من الملكية غير الملموسة، وتستعمل من قبل المشروعات التجارية والصناعية. وهي تعد رأسمالا تجاريا (Business Assets) يمكن بواسطتها الحصول على قيمة هائلة عن طريق انطباعها في ضمير الجمهور بواسطة الدعاية والإعلان عبر أدوات الاتصال الحديثة كالراديو، والتلفزيون، والإنترنت، وعن طريق الجهود الشاقة التي تبذل عبر السنين، فقيمتها كثيرا ما تزيد على قيمة المصنع ومعداته وأثاثه.

فالعلامة التجارية شكل من أشكال الملكية، وهذه الملكية تجسد مجموعة من الحقوق التي تعني ببساطة أن المالك يمنح الحماية اللازمة، ويقتصر استعمالها عليه وحده، بمعنى أن الغير يمنع استخدام العلامة نفسها أو علامة تختلط بها، فإذا لم يحظر القانون على الغير استخدام العلامة التجارية حيث يحتمل حدوث اللبس والاختلاط لدى المستهلك، فلا يمكن القول بوجود ملكية علامة تجارية.

ومن الحقوق التي تتمتع بها مالك العلامة التجارية -بجانب ما سبق- هو حق نقل ملكية العلامة بأي نوع من أنواع التصرف، مثل: البيع، والشراء، والإجارة، والرهن، والحجز، وما إلى ذلك، فالعلامة التجارية كأى نوع من أنواع الملكية، يمكن أن تباع، وتشترى، وترهن، ويحجز عليها.

#### المطلب الأول: بيع العلامة التجارية

يتخذ التاجر علامة على بضاعته أو خدماته لتمييزها عما يماثلها، ولضمان صفاتها وجودة نوعيتها لتعطي المستهلك فكرة حسنة عن المنتجات التي تحمل العلامة.<sup>١</sup> فكلما رأى المستهلك أن البضاعة أنتجتها الشركة الفلانية التي عرفت بسمعتها الحسنة في السوق، اشتراها بمجرد سماع الشركة، أو وجود علامتها التجارية على وجه البضاعة.

<sup>١</sup> صرخوه، النظام القانوني للعلامات التجارية، ص ٦٣.

وهكذا صارت العلامة التجارية سببا لكثرة إقبال المشترين على المنتجات وقتلته، فصارت العلامة التجارية لها قيمة في أنظار التجار، يقول جون ستيوارت، المؤسس المشارك لـ: كويكر أوتس (Quaker Oats) في شأن مطاعم ماكدونالدز (McDonalds): "قيمة سلسلة محلات ماكدونالدز تكمن في العلامة التجارية وليس في المحلات ذاتها، فلو فصلت المحلات عن العلامة التجارية فيمكن لأي شخص يملك العلامة التجارية أن يبدأ من جديد، وسوف يرجع مرة أخرى بسلسلة محلات ضخمة من جديد لأن القيمة في الاسم، وليست في رؤوس الأموال الجامدة".<sup>١</sup>

ومما يدل على قيمة العلامة التجارية وماليتها، أنها فاقت أضعافاً مضاعفة الثمن الحقيقي للأعيان! فقد تضاءلت الأعيان بصورة مذهلة أمام قيمة العلامة التجارية.

فحينما كانت العلامة التجارية كوكاكولا (Cola Coca) رخيصة كان ثمنها (٣٥ بليون دولار)، وفي هذا التقييم يقول خبير التسويق الدولي فيليب كوتلر (Philip Kotler): العلامة التجارية لمشروب كوكاكولا تقدر بـ: ٣٥ بليون دولار، وهو أكثر بكثير من قيمة مصانعها.

إذاً، حينما كان ثمن علامة الكوكاكولا خمسة وثلاثين بليون دولار أمريكي، كان هذا الرقم يفوق كثيراً قيمة مصانعها، وهي رؤوس الأموال العينية. وهل تدري بكم تقدر علامة الكوكاكولا بحسابات عام ٢٠٠٤؟ تقدر بـ: (٦٧.٣٩ بليون دولار).

إذاً، فقد صار الأصل في البيع ليس هو العين؛ وإنما البيع الحقيقي إنما هو للعلامة التجارية، وما صارت المصانع ورؤوس الأموال لها كبير معنى يمكن أن يشكل وزناً اقتصادياً بحد ذاته؛ إلا بفضل العلامة التجارية.<sup>٢</sup> فما حكم هذا البيع والشراء؟

وقبل أن نتكلم عن حكم بيع العلامة التجارية وشرائه، يتعين لنا أن نتوقف على معنى البيع وشروطه.

<sup>١</sup> انظر:

Muhammad Rasyid, "Ahkām al-Farānshīs fi al-Fiqh al-Islāmy," *Muntadayāt Syabakāt al-Syarīah al-Islāmiyyah*, <<http://www.sharee3a.com/vb/showthread.php>> (Accessed 19 May, 2008).

<sup>٢</sup> انظر:

Muhammad Rasyid, "Ahkām al-Farānshīs fi al-Fiqh al-Islāmy," *Muntadayāt Syabakāt al-Syarīah al-Islāmiyyah*, <<http://www.sharee3a.com/vb/showthread.php>> (Accessed 19 May, 2008).

## تعريف البيع

الْبَيْعُ لغةً: ضدُّ الشراء، والْبَيْعُ الشراء أيضاً، وهو من الأضداد.<sup>١</sup> والأصل في البيع مبادلة مال بمال.<sup>٢</sup>

وأما البيع اصطلاحاً فقد اختلفت كلمة الفقهاء في تعريفه إلى ما يأتي:  
عرف الشافعية البيع بما يفيد أنه شامل لبيع المنفعة، فقد عرفه الشيخ القليوبي رحمه الله تعالى بقوله: "عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين أو منفعة على التأييد لا على وجه القرية". فخرج بقوله: (عقد) المعاوضة، وبـ: (المعاوضة) نحو الهدية، وبـ: (المالية) نحو النكاح، وبـ: (إفادة ملك العين) الإجارة، و(بغير وجه القرية) القرض. والمراد بالمنفعة: بيع نحو حق الممر، والتقييد بالتأييد فيه لإخراج الإجارة".<sup>٣</sup>

وقال الشرييني الخطيب رحمه الله: "إنه عقد معاوضة مالية يفيد ملك عين أو منفعة على التأييد فدخل بيع حق الممر ونحوه وخرجت الإجارة بقيد التأقيت فإنها ليست بيعاً".<sup>٤</sup>  
فظهر بهذين التعريفين أن المنفعة المباحة المؤبدة مال عند الشافعية يجوز بيعه وشراءه، وكذلك الأمر عند الحنابلة، فتعريف البيع عندهم على ما ذكره صاحب شرح منتهى الإرادات، أنه: (مبادلة عين مالية أو منفعة مباحة مطلقاً بأحدهما، أو بمال في الذمة للتملك على التأييد غير ربا وقرض).

فقوله: (مبادلة عين مالية) مراده كل جسم أبيع نفعه واقتناؤه مطلقاً، فخرج نحو الخنزير والخمر والميتة النجسة... وقوله: (منفعة مباحة مطلقاً)، أي لا تختص بإباحتها بمجال دون آخر، كممر دار أو بقعة تحفر فيها بئرا. وقوله: (بأحدهما) أي عين مالية أو منفعة مباحة مطلقاً، نحو بيع كتاب بكتاب أو بممر في دار.

وقوله: (أو بمال في الذمة)، أي مبادلة عين مالية أو منفعة مباحة مطلقاً بمال في الذمة من نقد وغيره. وقوله: (للتملك) احتراز عن الإعارة. وقوله: (على التأييد) أي بأن لم تقيد بمبادلة المنفعة بمدة أو عمل معلوم فتخرج الإجارة.<sup>٥</sup>

<sup>١</sup> محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط ٣، د.ت)، ج ١، ص ٥٥٦.

<sup>٢</sup> أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير (بيروت: مكتبة لبنان، ط ١، ١٩٨٧م)، ص ٢٧.

<sup>٣</sup> القليوبي وعميرة، حاشيتنا قليوبي وعميرة على منهاج الطالبين (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، د.ت)، ج ٢، ص ١٥٢.

<sup>٤</sup> الشرييني، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢.

<sup>٥</sup> منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات (بيروت: عالم الكتب، ط ٢، ١٩٩٦م)، ج ٢، ص ٥.

وأما المالكية، فالتعريف المشهور للبيع عندهم، هو: عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة، ذو مكايسة أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه.

فقوله: (على غير)، أي على ذوات غير منافع. و(غير تمتع)، أي انتفاع بلذة، فتخرج الإجارة والكرأ والنكاح، و(ذو مكايسة) وهي المغالبة وخرج بها هبة الثواب، وقوله: (أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة)، خرج به الصرف والمراطة، فإنه ليس أحد العوضين فيهما غير ذهب ولا فضة بل العوضان ذهب أو فضة في المراطة أو أحدهما ذهب والآخر فضة في الصرف. وقوله: (معين غير العين فيه) خرج السلم، فإن غير العين فيه ليس معيناً، بل في الذمة، والمراد بالمعين ما ليس في الذمة فيشمل الغائب، فبيع الغائب ليس سلماً.<sup>١</sup>

وظاهر هذا التعريف أن البيع يقتصر عندهم على الأعيان المادية، ولا يقع على المنافع والحقوق. ولكن يوجد عندهم -على الرغم من ذلك- جواز بعض البيوع التي ترجع إلى بيع الحقوق والمنافع، فيجوز عندهم بيع حق التعلي، وحق غرز الخشب على الجدار. يقول الدردير رحمه الله في شرحه الكبير: "(و) جاز بيع (هواء) بالمد، أي فضاء (فوق هواء) بأن يقول شخص لصاحب أرض: بعني عشرة أذرع مثلاً فوق ما تبنيه بأرضك (إن وصف البناء) الأسفل والأعلى لفظاً أو عادة، للخروج من الجهالة والغرر، ويملك الأعلى جميع الهواء الذي فوق بناء الأسفل، ولكن ليس له أن يبني ما دخل عليه إلا برضا الأسفل... (و) جاز عقد على (غرز جذع) أي جنسه، فيشمل المتعدد (في حائط) لآخر يبع أو إجارة. وخرق موضع الجذع على المشتري أو المكثري.<sup>٢</sup>

وأما الحنفية، فتعريف البيع المشهور عندهم ما عرفه ملا خسرو بأنه: مبادلة مال بمال بطريق الاكتساب أي التجارة، فخرج به المبادلة بطريق التبرع أو الهبة بشرط العوض، ولم يقل على سبيل التراضي، ليتناول بيع المكره، فإنه بيع منعقد وإن لم يلزم.<sup>٣</sup>

وأما تعريف المال، فقد اضطرت فيه عبارات القوم لاختلاف العلماء في تعريف المال ما بين متوسع فيه -وهو جمهور العلماء- ليشمل الأعيان وغيرها ما دام قد تحقق فيها صفة المالية، وبين مقصر في الأعيان -وهو جمهور الحنفية-.

<sup>١</sup> محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، د.ت)، ج ١٠، ص ٤٢٨.

<sup>٢</sup> ابن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ١٠، ص ٤٩٤.

<sup>٣</sup> ملا خسرو، درر الحكام في شرح غرر الأحكام، ج ٦، ص ١٥١.

## شروط البيع

اشترط الفقهاء لصحة البيع شروطاً منها ما يتعلق بالصيغة، ومنها ما يتعلق بالمتعاقدين، ومنها ما يتعلق بالمعقود عليه ثمناً كان أو مثنماً. وهذا الأخير هو محل اهتمامنا هنا. فقد اتفق الفقهاء في الجملة على اعتبار الشروط الآتية في المعقود عليه، سواء أكان ثمناً أم مثنماً، فاشترطوا:

- ١- أن يكون المبيع طاهراً، فلا يصح بيع نجس لا يمكن تطهيره سواء أكان مبيعاً أم ثمناً، ونص على ذلك المالكية والشافعية.
  - ٢- وأن يكون المبيع مالا منتفعا به انتفاعاً شرعياً. وما لا نفع فيه فليس بمال فلا يصح بيع الحشرات التي لا نفع فيها، كما لا يصح بيع ما فيه منفعة محرمة كالخمر. واشترطوا في المبيع أن يكون مالا متقوماً شرعاً، فلا ينعقد بيع الخمر ونحوه كما لا ينعقد بيع اليسير من المال، كحبة من حنطة؛ لأنها ليست مالا متقوماً، وهذا الشرط متفق عليه.
  - ٣- وأن يكون مملوكاً للبائع ملكاً تاماً وقت البيع، وهو شرط انعقاد عند الحنفية، ونص على هذا الشرط الحنفية، والشافعية، والحنابلة. واستثنى من ذلك السلم.
  - ٤- وأن يكون مقدوراً على تسليمه، وهو شرط انعقاد عند الحنفية، فلا يصح بيع السمك في الماء أو الطير في الهواء، كما لا ينعقد بيع المغصوب لعدم القدرة على تسليمه. وهذا الشرط متفق عليه.
  - ٥- وأن يكون المبيع معلوماً لكل من العاقدين علماً يمنع المنازعة والخلاف وهو شرط صحة عند الحنفية، فلا يصح بيع مجهول جهالة تفضي إلى منازعة كبيع شاة من قطيع. وهذا الشرط متفق عليه.
- وقد اشترط الحنفية شرطاً آخر وهو أن يكون المبيع مما يتعلق به الملك، فلا ينعقد بيع العشب المباح ولو نبت في أرض مملوكة.<sup>١</sup>

<sup>١</sup> محمد أمين بن عابدين، حاشية رد اختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (بيروت: دار الفكر، ط ١، ١٩٩٥م)، ج ٤، ص ٤٦؛ عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار (القاهرة: مطبعة السعادة، ط ١، ١٩٥٠م)، ج ٢، ص ٥؛ ابن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٠؛ يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وآخرون (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م)، ج ٩، ص ١٥٧؛ عبد الرحمن بن أبي بكر بن قدامة، المغني (بيروت: دار الفكر، د. ط، د.ت) ج ٤، ص ٢٧٦؛ النشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري"، ص ٢٣٣٠-٢٣٣١.

أما بيع العلامة التجارية فهو نقل حق استعمال العلامة من البائع إلى المشتري.<sup>١</sup> وأما حكم بيع العلامة التجارية في الفقه الإسلامي، فنقول: إن التصرف بالعلامة التجارية ينبني على الكلام في التكييف الفقهي الشرعي لها، وقد استقر الرأي واطمأنت النفس إلى القول بأن العلامة التجارية حق ومنفعة ومال، يجري فيها الملك، وما دام ذلك كذلك فإن الأصل أن تسري فيها وتجرى عليها جميع التصرفات الجارية في الأعيان من بيع أو إجارة أو رهن أو غيرها.

لكن لما كان موضوع العلامة التجارية والحكم الشرعي فيها مستجداً، احتاج توثيق الحكم فيها إلى أمرين: تأصيلها وتكييفها وبيان طبيعتها من جهة، وإثبات إمكان تطبيق هذا التأصيل على فروع المسألة من جهة أخرى، فإذا التقيا وتضافرا تأكد الاطمئنان في سلامة الحكم في أصل المسألة. ومن هنا كانت الحاجة إلى بيان مدى قبول العلامة التجارية لإجراء التصرفات عليها، بعد أن عرفنا تكييفها أمراً ملحا.<sup>٢</sup>

فبناء على التكييف السابق نستطيع القول: إن بيع العلامة التجارية جائز شرعاً؛ لأنها أصبحت مالا، وذات قيمة مالية، ولها دلالة تجارية معينة، تحقق رواج السلعة ذات العلامة التجارية.<sup>٣</sup> فحكم بيعها كحكم بيع الأعيان سواء بسواء، مع ملاحظة أمرين:

**الأول: اختلاف طبيعة الأعيان عن المنافع والحقوق.**

<sup>١</sup> فهو يختلف عن عقد الفرانشايز (Franchise) من ثلاثة أوجه، هي:

١- بيع العلامة التجارية يكون نقلاً لحق استعمال العلامة من البائع إلى المشتري، فحق الاستعمال هنا يكون كلياً فلا يستحق البائع استعمال العلامة؛ أما الفرانشايز فإنه يكون إذناً في استعمالها لطرف ثان هو ممنوح هذا الحق، ويبقى حق ملكيتها واستعمالها في حوزة صاحب العلامة حتى جاز أن يمنحها لعدد غير محدد.

٢- في بيع العلامة التجارية يتسلم المشتري كامل الحق في التصرف في العلامة - ضرورة أنه عقد بيع - أما في الفرانشايز فيكون للممنوح حق التصرف وفقاً لشروط الجودة للشركة الأم صاحبة العلامة؛ لأن العلامة التجارية لديها الإدارة والحرص الشديد على المحافظة على اسمها وجودتها ومكانتها في أذهان العملاء، لذلك فقد لا يفرق العميل بين أحد محلات ماكدونالدز (McDonalds) في الولايات المتحدة الأمريكية، وبين أحدّها في مصر أو دولة عربية أو الهند.

٣ - في بيع العلامة التجارية يكون المقابل لقيمة العلامة ثمنها - أي لكامل حق الاستخدام - أي تكن طريقة الدفع، أما الفرانشايز فيكون المقابل هو نسبة من أعمال الفرع الممنوح له الترخيص. انظر:

Muhammad Rasyid, "Ahkām al-Farānshīs fī al-Fiqh al-Islāmy," *Muntadayāt Syabakāt al-Syarīah al-Islāmiyyah*, <<http://www.sharee3a.com/vb/showthread.php>> (Accessed 19 May, 2008).

<sup>٢</sup> النشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي"، ص ٢٣٤٧.

<sup>٣</sup> وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة (دمشق: دار الفكر، ط١، ١٤٢٣/٥١٤٢٣م)، ص ٥٨٩.



**الثاني:** أن تكون العلامة التجارية تعبر عن واقع حقيقي لا صوري، خالية من الكذب والتزيف.<sup>١</sup> وبيان ذلك يتضح في جانبين أساسيين يجمعان شتات الموضوع ويسوغان القول بجواز إجراء التصرفات على العلامة التجارية.

وهذا الجانبان، هما: كون العلامة التجارية حقا، وكونها مالا.

#### الجانب الأول: العلامة التجارية حق من الحقوق

فقد أثبتنا فيما سبق أن العلامة التجارية في حقيقتها مصلحة وحق، وقد رأينا اتجاه جمهور الفقهاء إلى اعتبار العلاقة الاحتصاصية المباشرة بين التاجر والعلامة التجارية بحيث يكون مسؤولا مسؤولية كاملة عن هذه العلامة تجاه الآخرين، وفي الوقت ذاته يتمتع على الآخرين الاعتداء على هذه العلامة، حتى يكون الاعتداء عليها اعتداء على حق مالي متقرر ما دامت العلامة التجارية تمثل منفعة ذات قيمة في عرف الناس، والعلاقة إذا كانت على هذا الوجه تكون في فقه الشرع علاقة حق عيني، فتكون العلامة التجارية حقا عينيا وماليا؛ إذ الحقوق أموال.<sup>٢</sup>

#### الجانب الثاني: العلامة التجارية مال

إن العلامة التجارية مال لما فيها من منفعة كبرى، هي أهم منافع المتجر، بل إن المتجر دون هذه العلامة والشهرة والسمعة التي تجلب الجمهور لا معنى له، ولا قيمة تجارية حقيقية فيه. ولقد ثبتت هذه المنفعة وتأكدت من تعارف الناس والتجار منهم على سبيل الخصوص على اعتبار القيمة والمنفعة في هذه العلامة التجارية، فقبلوا التعاوض فيها. والمعاوضة أساس الملك، والملك مال عند المالكية، ونظراً إلى ما فيها من قيمة فهو مال عند الشافعية والحنابلة. وبالنظر إلى كل من هذين الجانبين سواء أكانا مجتمعين أم منفردين، تصلح كلها أن تكون محلاً للملك فيجري فيها - في خصوص العلامة التجارية - جريانه في غيرها من الأعيان، فالملك يتحقق دون نظر إلى كون محله عيناً أو منفعة أو أمراً معنوياً ما دام بالإمكان حيازته واستيفائه أو الاختصاص به، إذ الاختصاص يقوم مقام الحيازة فيما لا تقبل طبيعته الحيازة المادية كالديون. وإذا كان ذلك كذلك فإن العلامة التجارية يجري فيها الملك والاختصاص فيجوز التصرف فيها بالبيع والشراء.<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> النشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي"، ص ٢٣٤٧.

<sup>٢</sup> المرجع السابق، ص ٢٣٤٧.

<sup>٣</sup> المرجع نفسه، ص ٢٣٤٨.

هذا هو حكم بيع العلامة التجارية في الجملة، لكن يمكن تفصيل المسألة حيث إن هناك طريقتان يعرفهما التجار لعملية بيع العلامة التجارية:

**الطريقة الأولى:** تتم في الغالب بين شركة وشركة أخرى، تشتري الأولى من الثانية العلامة التجارية لبضاعة ما، ويتضمن عقد الشراء هذا تكفل الطرف البائع بتقديم خبراء ومهندسين في تصنيع البضاعة المعروفة بتلك العلامة والكشف عن مصدر المزاي التي فيها؛ حيث يقوم هؤلاء الخبراء بدور التدريب والإرشاد، لتصنيع البضاعة على مستوى الجودة والمزايا التي ارتبطت مع الزمن بذلك الشعار أو العلامة. كما يلتزم الطرف البائع الاستمرار في التدريبات والقيام بالتجارب العملية، ريثما تترسخ لدى الطرف المشتري عوامل الإتيان ذاتها.

إن عملية الشراء في هذه الحالة إنما تنصب في الحقيقة على نقل الخبرة وشرائها، وإنما يدخل العلامة التجارية في الصفقة تبعاً، فمن الطبيعي لمن يشتري خبرة في صناعة سلعة ما أن ينال معها أطرها ومظاهرها المادية، وفي مقدمتها شعارها العالمي المسجل.<sup>١</sup>

وعلى هذا، فبيع العلامة التجارية وشرائها على هذه الحالة جائزة شرعاً بشرطين:

**الأول:** أن تكون العلامة مسجلة عند الحكومة بصفة قانونية؛ لأن ما ليس بمسجل لا يعد مالا في عرف التجار،<sup>٢</sup> ولا يتمتع بالحماية القانونية؛ لأن مناهج الحماية التي أسبغها القانون على ملكية العلامة هو تسجيلها وفقاً للقانون.<sup>٣</sup>

**والثاني:** أن لا يستلزم هذا البيع الالتباس أو الخديعة في حق المستهلكين، وذلك بأن يقع الإعلان من قبل المشتري أن منتج هذه البضاعة غير المنتج السابق، وإنما يستعمل هذه العلامة بعد شرائها بنية أنه سيجادل بقدر الإمكان أن يكون إنتاجه بمستوى الإنتاج السابق أو أحسن منه. وأما بغير هذا الإعلان، فإن انتقال العلامة إلى منتج آخر يسبب اللبس والخديعة للمستهلكين، واللبس والخديعة حرام لا يجوز بحال.<sup>٤</sup>

ويستوي في جواز البيع أن يكون محل البيع العلامة التجارية وما تستوعبه من سلع وملحقاتها، أو بيع العلامة منفرداً، مع اشتراط أن ينشئ المشتري مضمونا جديداً من السلع

<sup>١</sup> البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ص ١٠٨ (بتصرف).

<sup>٢</sup> العثماني، "بيع الحقوق المجردة"، ص ٢٣٨٥.

<sup>٣</sup> لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، ص ٣٢٩.

<sup>٤</sup> العثماني، "بيع الحقوق المجردة"، ص ٢٣٨٥.

لهذه العلامة، بذات المواصفات والجودة المعهودة من ذي قبل، فإن لم يكن ذلك فيجب أن يعلن التاجر أو الجهة المسئولة للكافة أن العلامة التجارية المعهودة لم تعد تمثل ما كان داخلا في مشتملاتها ووعائها، وأن المشتملات قد تغيرت من حيث المواصفات والأنواع. فإن فعل ذلك ارتفع اللبس والغرر.<sup>١</sup>

**الطريقة الثانية:** ما يجري عادة بين بعض التجار أو الشركات التجارية، من شراء العلامة التجارية للسلعة من غير أي التزام من البائع بتقديم خبرة أو الكشف عن أسرار الصنعة. وإنما يكون معنى هذا الشراء تنازل البائع عن العلامة التي كانت مسجلة لسلعته والتي كانت من حقه هو، بحيث يتمكن المشتري من جعلها شعارا لسلعته المشابهة، وتكون الفائدة المرجوة للمشتري من ذلك رواج سلعته تحت هذه العلامة؛ إذا كانت العلامة التجارية التي اشتراها ذات شهرة وثقة في الوسط التجاري أو لدى عامة الناس.

ومن الثابت يقينا أن هذا الشراء لا يتحقق له أي مضمون. ذلك لأن المزايا التي عرفت بها السلعة والتي هي المضمون المراد من الشعار التجاري، ستظل ثابتة للسلعة الأصلية ذاتها، وستظل وثيقة الارتباط بها، مهما انفصل عنها اسمها أو شعارها التجاري ليلتصق بسلعة أخرى مشابهة؛ إذ إن هذه المزايا إنما هي ثمرة جهود صاحبها ونشاطه الفكري أو الصناعي الممتاز، فهي متعلقة به من حيث الجهد، متجلية في صناعته من حيث الصورة والمظهر. وهيئات أن تنفك هذه العلاقة عنه وعنهما مهما باع أو تصرف في رمزها التجاري.<sup>٢</sup>

كل ما يمكن أن يحدثه نقل هذا الرمز التجاري من تاجر إلى آخر، بعقد كهذا، هو التغير والتدليس؛ أي إن هذا العقد منطوق على غرر بالغ فيما يتعلق بالصلة بين المشتري والبائع، ومنطوق على التدليس والخداع فيما يتعلق بالصلة بين المشتري وعامة الناس الذين سيتحولون إليه، بحثا عن الجودة التي آل إليه شعارها.<sup>٣</sup>

والغرر هو الذي لا يُدرى هل يحصل أم لا؟ كالطير في الهواء والسمك في الماء.<sup>٤</sup> وأما بيع الغرر فهو بيع ما دخلته الجهالة سواء أكانت في الثمن أم في المبيع، أم في الأجل، أم في القدرة على التسليم.<sup>٥</sup>

<sup>١</sup> النشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي"، ص ٢٣٤٨ (بتصرف).

<sup>٢</sup> البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ص ١٠٩-١١٠ (بتصرف).

<sup>٣</sup> البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ص ١١٠؛ النشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي"، ص ٢٣٤٨.

<sup>٤</sup> أحمد بن إدريس القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق (القاهرة: مطبعة إحياء الكتب العربية، ط ١، ١٣٤٦هـ)، ج ٣، ص ١٠٥١.

<sup>٥</sup> محمد رواس قلعة جي، وحامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء (بيروت: دار النفائس، ط ١، ١٩٨٥م)، ص ٣٣٢.

ومن الثابت يقينا أن شراء العلامة التجارية على هذه الطريقة الثانية لا يخلو من الغرر والجهالة في المبيع؛ إذ إن الذي سيناله المشتري هو الشعار والعلامة المجردة؛ أما الجودة التي تكونت منها قيمة ذلك الشعار، فهي باقية في تضاعيف جهود البائع وخبرته، هذا إن استمر في إنتاج تلك السلعة، وهي منتهية وآيلة إلى الزوال إن توقف صاحبها عن مواصلة العمل والإنتاج. ولا وجه للقول بأن الحق المتعلق بالعلامة التجارية حق مستقل بذاته وأنه من الحقوق المجردة، كحق الشورى والوظيفة والمنصب والولاية؛ لأن العلامة التجارية لا وجود لها أو لا معنى لوجودها بمعزل عن الشهرة التي اكتسبتها السلعة المقرونة بها. وإنما نالت السلعة الشهرة بالجودة والإتقان، فغدا شعارها من طول الاقتران بما بمثابة الظل الملازم لها والمعبر عنها. فهو إذاً ليس حقاً مجرداً، بل هو حق مالي متقرر، ولكنه يتمثل في القيمة التي تقابل الجودة أو تقابل حق الابتكار.

ونحن هنا لا نسقط عن الاعتبار احتمال أن تكون الجودة وهمية نسجتها في الأذهان الدعاية المجردة ومن ثم تكون قيمتها أيضاً وهمية مجردة، ولكننا لسنا مخولين هنا أن نبني الأحكام الفقهية على ظنون سيئة قائمة على احتمالات خفية من هذا القبيل، بل القاعدة الفقهية العامة تلزمنا ببناء الأحكام على الظواهر، مع إحالة الباطن إلى الله عَلَّمَ.<sup>١</sup>

إذاً، فإن بوسعنا أن ننتهي إلى قرار بأن بيع وشراء العلامة التجارية بهذه الطريقة الثانية التي أوضحناها عقد باطل لا يوجد أي وجه لصحته بسبب أنه مغرق في الغرر.<sup>٢</sup> هذا إلى جانب أنه ذريعة جلية وغالبة إلى التلبس والخداع في المعاملات التجارية. فإن التاجر الوثائق من جودة بضاعته أغنى ما يكون عن أن يغطيها بشعار ينسج لها الشهرة من جهود غيره. ولولا أن بضاعته يعوزها البرهان على الجودة والإتقان، لما سعى إلى القفز بها على صعيد الشهرة، اعتماداً على مثل هذا الشعار. كما أن هذا البيع يتسبب عنه الضرر بالصالح العام؛ إذ إن من مصلحة أفراد المجتمع بعامة، ومن حقهم أن يحصلوا على البضائع التي تحمل مواصفات جيدة يحتاجون ويرغبون فيها، كما أن من مصلحتهم أن تخلو أسواقهم من السلع الرديئة والمغشوشة، وتسوده السلع الجيدة، ويتمكن أفرادهم من الحصول على البضائع ذات السمعة والشهرة التي تعبر حقيقة عن الجودة والصلاحية.<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> انظر، البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ص ١١٠.

<sup>٢</sup> المرجع السابق، ص ١١١.

<sup>٣</sup> النشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي"، ص ٢٣٤٣.

**آثار عقد البيع:**

يرتب عقد بيع العلامة التجارية -كقاعدة عامة- التزامات في ذمة كل من البائع والمشتري؛ فيلزم البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري وتسليمه إليه، ويلزم المشتري من جانب آخر بدفع الثمن ومصاريف عقد البيع وتسليم المبيع.

**أولاً: التزامات البائع**

للبيع التزامات نحو المشتري، هي:

**١- الالتزام بنقل ملكية المبيع**

تنتقل ملكية العلامة التجارية -بوصفها منقولاً معنوياً- بمجرد إمضاء العقد أي توافق إرادتي البائع والمشتري؛ ولكن لا يكون نقل ملكية العلامة حجة على الغير إلا بعد التأشير بالسجل والنشر بجريدة العلامات التجارية.<sup>١</sup>

**٢- الالتزام بتسليم المبيع**

يلتزم بائع العلامة التجارية بتسليمها إلى المشتري الجدي، ولكي يعد البائع قد قام بتنفيذ التزامه بالتسليم كاملاً يجب عليه أن يضع هذا المال المعنوي تحت تصرف الطرف الآخر.<sup>٢</sup>

**ثانياً: التزامات المشتري**

يرتب عقد البيع في ذمة المشتري التزامين، هما: التزامه بتسليم المبيع، والتزامه بالوفاء بالثمن المتفق عليه.

**١- الالتزام باستلام المبيع**

يجب على المشتري أن يقوم باستلام المبيع في الوقت المتفق عليه في العقد، فإن لم يوجد مثل هذا الاتفاق وجب اتباع أحكام العرف التجاري في هذا الشأن، وإن لم يوجد عرف تعين على المشتري أن يستسلم المتجر بمجرد انعقاد العقد مع مراعاة المدة المحددة لذلك.

**٢- الالتزام بدفع الثمن**

يلتزم المشتري بالوفاء بالثمن والمصاريف الإضافية كالرسوم القانونية وأجرة السمسرة. والاتفاق هو الذي يحدد طريقة الوفاء بالثمن من حيث تقسيطه أو دفعه جملة واحدة، والغالب أن يقسط المشتري الثمن كله أو جزء منه نظراً إلى ضخامته.<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> القليوبي، القانون التجاري، ص ٣١٤.

<sup>٢</sup> المرجع السابق، ص ٣٩٦.

<sup>٣</sup> القليوبي، القانون التجاري، ص ٤٠٤.

### المطلب الثاني: إجارة العلامة التجارية

لقد تعارف بعض التجار على تأجير العلامة التجارية (Licensing) وترخيصها للغير. والترخيص أو التأجير عبارة عن عقد يبرمه مالك العلامة ويرخص فيه لأي شخص طبيعي أو اعتباري (أو أكثر) باستعمال العلامة على كل أو بعض المنتجات التي تميزها العلامة المرخص باستعمالها، سواء أكانت هذه المنتجات من صنع المرخص له أم كان يشتريها من الغير، وذلك خلال مدة محددة، وداخل نظام جغرافي معين، ولقاء أجر متفق عليه<sup>١</sup>. ويختلف الترخيص عن الامتياز التجاري (الفرانشايز) في أن الثاني يعتمد كلياً على السمعة التجارية للمشروع المرخص وطريقة بيع المنتجات أو الخدمات أو عرضها، تلك التي يقدمها هذا المشروع معتمداً على المعرفة الفنية للمرخص (Franchisor)<sup>٢</sup>.

ويترتب على انعقاد عقد الترخيص باستعمال العلامة أحقية المرخص له في استعمال العلامة المرخص باستعمالها خلال المدة وبالشروط المنصوص عليها بعقد الترخيص عليها، ولذلك فإن هذا العقد يربط التزامات على عاتق مالك العلامة - منها تمكين المرخص له من الانتفاع بالعلامة، وضمان ملكيته للعلامة وعدم المنازعة فيها - كما يربط التزامات على المرخص له، والتي من بينها التزام المرخص له بالشروط المنصوص عليها بعقد الترخيص؛ كالتقيد بنوع المنتجات أو السلع أو الخدمات التي تميزها العلامة، والتقيد بالنطاق الجغرافي المحدد بالعقد وعدم تجاوزه، والتزامه أيضاً ببذل العناية الواجبة في استعمال العلامة بأن يحافظ على درجة الجودة ومستوى التميز للمنتجات أو الخدمات التي تميزها العلامة<sup>٣</sup>.

ومثال ذلك سلسلة مطاعم ماكدونالدز على مستوى العالم، فسندوتش بيغ ماك (Big Mac) له المذاق نفسه، والشكل نفسه في القاهرة، كما هو في نيويورك، وباريس، ولندن، والمطاعم لها الشكل نفسه في الإسكندرية كما هو في برلين، وجنيف، ومدريد، كما أن الواجهة الخارجية هي دائماً نفسها في كل مطاعم ماكدونالدز حول العالم، فالجمهور على يقين تام من الحصول على الجودة نفسها وتمثال المنتج والخدمة التي تحددتها علامة ماكدونالدز في أي فرع من فروعها المنتشرة حول العالم<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> انظر، لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، ص ٢٨٥؛ صرخوه، النظام القانوني للعلامات التجارية، ص ١٥٤.

<sup>٢</sup> محمود أحمد الكندري، "أهم المشكلات العملية التي يواجهها عقد الامتياز التجاري"، مجلة الحقوق، العدد ٤، السنة ٢٤، ص ٩٢.

<sup>٣</sup> لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، ص ٢٨٦.

<sup>٤</sup> المرجع السابق، ص ٢٩٥.

وبناء على ذلك نعرف أن المراد بالتأجير أو الترخيص هنا هو عين المراد بعقد الإجارة في كتب الفقه الإسلامي؛ إذ الإجارة في الفقه الإسلامي عبارة عن عقد على منفعة مقصود معلومة قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم.<sup>١</sup> والإجارة مشروعة، وقد أجمع أهل العلم في كل عصر ومصر على جواز الإجارة، كما أن العبرة أيضا دالة عليه؛ فإن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فلما جاز العقد على الأعيان وجب أن تجوز الإجارة على المنافع.<sup>٢</sup> ويشترط لصحة الإجارة شروط تتعلق بالعاقدين والمعقود عليه والمحل المعقود عليه، والأجرة، ولكن الذي يهمنا هنا شروط تتعلق بالمعقود عليه، وهي:

**أولاً:** أن يكون المعقود عليه وهو المنفعة معلوما علما يمنع من المنازعة، فإن كان مجهولا جهالة مفضية إلى المنازعة لا يصح العقد؛ لأن هذه الجهالة تمنع من التسليم والتسلم، فلا يحصل المقصود من العقد.

**ثانياً:** أن يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعا، فلا تجوز إجارة متعذر التسليم حقيقة، كإجارة البعير الشارد والأخرس للكلام، أو شرعا كإجارة الحائض لکنس المسجد.

**ثالثاً:** أن تكون المنفعة المعقود عليها مباحة شرعا، كاستئجار كتاب للنظر والقراءة فيه والنقل منه، واستئجار دار للسكنى فيها.

**رابعاً:** ألا يكون العمل المستأجر له فرضا ولا واجبا على الأجير قبل الإجارة.

**خامساً:** أن تكون المنفعة مقصودة يعتاد استيفؤها بعقد الإجارة، ويجري بها التعامل بين الناس، فلا يجوز استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها والاستئجار بها؛ لأن هذه المنفعة غير مقصودة من الشجر.

**سادساً:** أن لا ينتفع الأجير بعمله، فإن كان ينتفع به لم يجز، فلا تصح الإجارة على الطاعات؛ لأن القائم بها عامل لنفسه.<sup>٣</sup>

وإذا طبقنا تلك الشروط على العلامة التجارية نجد أن تلك الشروط متوافرة في العلامة التجارية من حيث أن العلامة التجارية منفعة مقصودة مباحة مقدورة على تسليمها؛ وعليه، فإن تأجير العلامة التجارية جائزة شرعا لحاجة الناس إليها؛ وأما الشروط المنصوص عليها بعقد التأجير كشرط التقييد بنوع المنتجات أو الخدمات التي تميزها العلامة، أو التقييد بالنطاق

<sup>١</sup> الشريبي، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٤٤٩.

<sup>٢</sup> ابن قدامة، المغني، ج ٧، ص ٢٨٣.

<sup>٣</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (دمشق: دار الفكر، ط ٤، ٤١٨/١٩٩٧م)، ج ٥، ص ٣٨٠٩ وما بعدها.

الجغرافي المحدد، فهي شروط لا تخالف مقتضى العقد، ولا تخالف أحكام الشريعة، وبالتالي فهي شروط صحيحة، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو حل حراما.<sup>١</sup>

### المطلب الثالث: رهن العلامة التجارية

الرهن لغةً: مشتق من رَهَنْتَ المتاع بالدين رَهْنًا إذا حبسته به فهو مَرهُونٌ،<sup>٢</sup> وقيل معناه: الثبوت والدوام، يقال: ماء رهن: أي راكد، ونعمة رهنه: أي ثابتة دائمة.<sup>٣</sup> والرهن في الشرع: المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه.<sup>٤</sup> وهو جائز بالكتاب والسنة والإجماع؛ أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]؛ وأما السنة فروى أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة.<sup>٥</sup> وأما الإجماع فأجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة.<sup>٦</sup> وللرهن شروط وأركان؛ ولكن الذي يهمنا هنا معرفة شروط المرهون لكي نتوقف على مدى توافر تلك الشروط في العلامة التجارية.

ويشترط في المرهون ستة شروط:

- ١- أن يكون مالا متقوما: فلا يصح رهن ما ليس بمال كالميتة، ولا غير المتقوم كالخمر.
- ٢- أن يكون موجودا وقت التعاقد: فلا يصح رهن ما ليس بموجود عند العقد، كرهن الطائر.
- ٣- أن يكون مملوكا بنفسه للراهن: فلا يصح رهن المباح من صيد ونحوه.
- ٤- أن يكون معلوما: فلا يصح رهن المجهول كأحد هذين الشيئين.

<sup>١</sup> ومتن الحديث بالكامل: حدثنا كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو حل حراما». محمد بن عيسى الترمذي، السنن، تحقيق: محمود محمد محمود (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ٢٠٠٠م)، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، حديث رقم ١٣٥٢، ج ٢، ص ٣٤٣.

<sup>٢</sup> انظر، الفيومي، المصباح المنير، ص ٩٢.

<sup>٣</sup> محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (القاهرة: دار الفضيلة، د.ت)، ص ١٨٨.

<sup>٤</sup> ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٢٣.

<sup>٥</sup> محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري (القاهرة: المكتبة التوفيقية، د.ت)، باب الرهن مركوب ومحلوب، حديث رقم ٢٥١٢، ج ٢، ص ١٣٢.

<sup>٦</sup> ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٢٤.



٥- أن يكون مقدورا على التسليم: فلا يصح رهن ما يعجز الرهن على تسليمه كرهن الدين القائم في الذمة.

٦- أن يكون المرهون مقبوضا في يد الدائن المرهن أو عند شخص مؤتمن.<sup>١</sup> وبالنظر إلى شروط المرهون السابقة يتبين للباحث أن هذه الشروط تتوافر في العلامة التجارية حيث إنها تمثل قيمة مالية قابلة للتملك، وهي معلومة ومقدورة على تسليمها، كما يمكن قبضها؛ لأن كيفية قبض الأشياء تختلف بحسب حالها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضا لها،<sup>٢</sup> يقول الإمام ابن قدامة رحمه الله: "إن القبض في الرهن كالقبض في البيع والهبة؛ فإن كان منقولاً نقله أو تناوله، وإن كان أمثانا أو شيئا خفيفا يمكن قبضه باليد فقبضه تناوله بما [...] وإن كان الرهن غير منقول كالعقار والثمره على الشجرة فقبضه التخلية بين مرتهنه وبينه من غير حائل".<sup>٣</sup>

وإذا صح رهن العلامة التجارية يترتب عليه أحكام الرهن الصحيح، منها لزوم الرهن بالنسبة للراهن لا للمرتهن، فلا يملك الراهن فسخه، كما يترتب عليه آثاره والتي منها تعلق الدين بالمرهون، وحق حبس الرهن بالنسبة للمرتهن، وامتياز الدائن المرتهن بضمن المرهون عن سائر الغرماء، وتسليم الرهن أو رده عند انتهاء الدين.<sup>٤</sup>

وبالرجوع إلى القوانين الوضعية نجد أنها أجازت رهن العلامة التجارية؛ فقد نص قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ سنة ٢٠٠٢ م. بمصر على أنه "يجوز نقل ملكية العلامة أو تقرير أي حق عيني عليها أو الحجز عليها استقلالاً عن المحل التجاري أو مشروع الاستغلال، وذلك وفقا للقواعد والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون"، ويقول الحامي خاطر لطفي شارحا لهذا النص: "المالك العلامة التنازل عنها ونقل ملكيتها للغير سواء بمقابل أو بغير مقابل، كما أن له الحق في رهن العلامة".<sup>٥</sup>

<sup>١</sup> الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ص ٨٣؛ ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٣٢.

<sup>٢</sup> الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٧، ص ٥١٧٦.

<sup>٣</sup> ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٣٣.

<sup>٤</sup> انظر، المرجع السابق، ج ٦، ص ٤٢٧٤-٤٢٧٦.

<sup>٥</sup> لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، ص ٢٦٧.

## خلاصة:

### أولاً: النتائج

بعد هذه الرحلة العلمية، نعرض هنا ما توصلنا إليه من نتائج، وهي:

- ١- العلامة التجارية هي كل إشارة أو دلالة مميزة يتخذها الصانع أو التاجر أو مقدم الخدمة لتمييز منتجاته أو بضاعته أو خدماته من مثيلاتها التي يصنعها أو يتاجر بها أو يقدمها آخرون.
- ٢- الاسم التجاري هو التسمية التي يطلقها التاجر على متجره لتمييزه من غيره من المتاجر المماثلة أو المشابهة له، والعنوان التجاري هو التسمية التي يستخدمها التاجر لتمييز نفسه من غيره من التجار، بينما البيانات التجارية فيقصد بها البيانات التي توضع على البضائع لأجل إيضاحها.
- ٣- إن العلامة التجارية تؤدي وظائف متعددة، منها: أنها تحدد مصدر المنتجات والبضائع والخدمات، وهي ضمان لحماية جمهور المستهلكين، كما أنها وسيلة للإعلان عن المنتجات والبضائع والخدمات.
- ٤- تشمل الشروط الموضوعية اللازم توافرها في العلامة التجارية في شرط الصفة المميزة، وشرط الجدة، وشرط المشروعية.
- ٥- إن العلامة التجارية منفعة ومال من جانب، وهو حق -في الوقت ذاته- من جانب آخر، ولما كانت الحقوق أموالاً يجري فيها الملك والاختصاص والاستثمار، فإن العلامة التجارية إذاً مال ومنفعة، وحق وهي قابلة للتملك والتملك.
- ٦- هناك طريقتان لعملية بيع العلامة التجارية: الأولى، تتم في الغالب بين شركة وشركة أخرى، تشتري الأولى من الثانية العلامة التجارية لبضاعة ما، ويتضمن عقد الشراء تكفل الطرف البائع بتقديم خبراء ومهندسين في تصنيع البضاعة المعروفة بتلك العلامة، فبيع العلامة التجارية وشرائها على هذه الحالة جائزة شرعاً بشرطين: أحدهما: أن تكون العلامة التجارية مسجلة عند الحكومة بصفة قانونية، والثاني: أن لا يستلزم هذا البيع الالتباس أو الخديعة في حق المستهلكين؛ وأما الطريقة الثانية فهي ما يجري عادة بين بعض التجار أو الشركات التجارية، من شراء العلامة التجارية للسلعة دون أي التزام من البائع بتقديم خبرة أو الكشف عن أسرار الصنعة، فبيع وشراء العلامة التجارية بهذه الطريقة الثانية عقد باطل لا يوجد أي وجه لصحته بسبب أنه مغرق في الغرر.

- ٧- إن تأجير العلامة التجارية جائزة شرعا لحاجة الناس إليه؛ وأما الشروط المنصوص عليها بعقد التأجير كشرط التقيد بنوع المنتجات أو الخدمات التي تميزها العلامة، فهي شروط لا تخالف مقتضى العقد، ولا تخالف أحكام الشريعة، وبالتالي فهي شروط صحيحة.
- ٨- يجوز رهن العلامة التجارية، لأن شروط المرهون تتوافر في العلامة التجارية؛ حيث إنها تمثل قيمة مالية قابلة للتملك، وهي معلومة ومقدورة على تسليمها، كما يمكن قبضها.

### ثانيا: المقترحات

بعد الاستقصاء نقدم عدة مقترحات وتوصيات، أهمها:

- ١- إن العلامة التجارية موضوع معاصر وشاحن ومثير، ولأجله فمن المستحسن أن يقوم الباحثون بدراسته دراسة مركزية جماعية مقارنة بالقوانين الوضعية.
- ٢- لهذا الموضوع جزئيات مهمة لم نر مؤلفا أو بحثا أعطى حقها من البحث والدراسة، مثل: عقد الامتياز التجاري (الفرنشايز)، والترخيص التجاري، ولذلك نقترح أن يدلي الباحثون بدلوهم.



## المصادر والمراجع





## المصادر والمراجع

- ابن أبي الدّم، إبراهيم بن عبد الله، أدب القضاء (دمشق: دار الفكر، ط ٢، ١٩٨٢م).
- ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد؛ المصنف في الأحاديث والآثار (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٩٩٤م).
- ابن إدريس، شريف بن أدول، كتمان السر وإفشاؤه في الفقه الإسلامي (عمان: دار النفائس، د.ط، ١٩٩٧م).
- ابن الأثير، مجد الدين بن محمد، جامع الأصول (مكتبة الحلواني، د.ط، ١٩٦٩م).
- ابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي، تاريخ عمر بن الخطاب، (بيروت: دار المعرفة، ط ١، ٢٠٠٤م).
- \_\_\_\_\_، زاد المسير في علم التفسير (بيروت: المكتب الإسلامي، ط ١، ٢٠٠٢م).
- ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد، المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ٢، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م).
- ابن العربي، محمد بن عبد الله، أحكام القرآن (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ٣، ٢٠٠٣م).
- ابن المرتضى، أحمد بن يحيى، البحر الزخار الجامعة لمذاهب علماء الأمصار (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ٢٠٠١م).
- ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد الكمال، شرح فتح القدير (الرياض: دار عالم الكتب، د.ط، ٢٠٠٣م).
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية (بيروت: دار الجيل، د.١، ١٩٩٣م).
- \_\_\_\_\_، قوانين الأحكام الشرعية (القاهرة: عالم الفكر، ط ١، ١٩٨٥م).
- \_\_\_\_\_، القياس في الشرع الإسلامي (المطبعة السلفية ومكبتها، د.ط، ١٩٦٥م).
- \_\_\_\_\_، مجموع الفتاوى (الرباط: مكتبة المعارف، د.ط، ١٩٨١م).
- ابن جزى، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية (القاهرة: دار الحديث، د.ط، ٢٠٠٥م).
- ابن حزم، علي بن أحمد، المحلى (دار الفكر العربي للطباعة والنشر، ٢٠٠١م).

- ابن رجب، محمد بن علي الحنبلي، القواعد (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٨م).
- ابن رشد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، ٢٠٠٤م).
- ابن عابدين، محمد أمين صلاح الدين، قررة عيون الأختيار لتكملة رد المختار على الدر المختار (باكستان: المكتبة المحمدية، ط٢، ١٩٨٤م).
- \_\_\_\_\_، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (بيروت: دار الفكر، ط١، ١٩٩٥م).
- ابن عبد السلام، عز الدين، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام (دار القلم، ط١، ٢٠٠٠م).
- ابن عرفة، محمد بن أحمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، د.ت).
- ابن فرحون، إبراهيم بن علي، تبصرة الحكام في أحوال الأقضية ومناهج الأحكام (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٧م).
- ابن قدامة، عبد الرحمن بن أبي بكر، المغني (بيروت: دار الفكر، د. ط، د.ت).
- ابن كثير، إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم (بيروت: دار الكتاب العربي، ط١، ٢٠٠١م).
- ابن معجوز، محمد، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي (دار الحديث الحسينية، ١٩٨٤م).
- ابن مفلح، محمد المقدسي، الآداب الشرعية والمنح المرعية (مطبعة المنار، ط١، ١٣٤٩هـ).
- ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠٠٣م).
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٩م).
- \_\_\_\_\_، البحر الرائق: شرح كتر الدقائق (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٩٧م).
- \_\_\_\_\_، رسائل ابن نجيم (بيروت: دار مكتبة الهلال، ط١، ١٩٨٠م).
- ابن هبل، مهذب الدين أبو الحسن علي بن أحمد بن علي، المختارات في الطب (مطبعة جمعية دائرة المعارف الثقافية، ط١، ١٩٩٢م).
- أبو البصل، عبد الناصر، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون (عمان: دار النفائس، ط١، ٢٠٠٠م).

- أبو الريش، محمد إسماعيل، الشهادات دليل من أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي (المدينة: المكتبة العلمية، د.ط، ١٩٨٧م).
- أبو العينين، عبد الفتاح محمد، القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي مع المقارنة بقانون الإثبات اليمني (القاهرة: مطبعة الأمانة، ١٩٨٣).
- أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، الحقوق العينية والتبعية (الكويت: جامعة الكويت، د.ط، ١٩٩٣م).
- أبو اليزيد، علي المميت، الخامة في المجتمع الاشتراكي (القاهرة: دار المعارف، د.ط، ١٩٦٤م).
- أبو زهرة، محمد، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، ٢٠٠٦م).
- \_\_\_\_\_، الخطابة: أصولها وتاريخها وأزهر عصورها عند العرب (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، ١٩٨٠م).
- أبو زيد، بكر عبد الله، الحدود والتعزيرات عند ابن القيم: دراسة وموازنة (الرياض: دار العاصمة، د.ط، ١٩٩٤م).
- أبو طالب، خالد محمد، النظام القضائي في المملكة العربية السعودية (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، ١٩٨٤م).
- أبو عامر، محمد زكي، الحماية الجنائية للحريات الشخصية، (الإسكندرية: منشأة المعارف، د.ط، ١٩٧٩م).
- أبو فارس، محمد عبد القادر، القضاء في الإسلام (دار الفرقان، د.ط، ١٩٨٤م).
- الأبي، الوشائي، إكمال المعلم شرح صحيح الإمام مسلم (القاهرة: مطبعة السعادة، د.ط، د.ت).
- أرسلان، محمد شكيب، القضاء والقضاة (بيروت: دار الإرشاد، د.ط، ١٩٦٩م).
- إسماعيل، محمد حسين، القانون الأردني (عمان: دار عمان، ط ٢، ١٩٩٢م)، ص ١٨٧.
- الأصبهاني، الراغب، المفردات في غريب القرآن (بيروت: دار المعرفة، د.ط، ١٩٩٩م).
- الآلوسي، شهاب الدين محمود، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني (المطبعة المنيرية، د.ط، ١٣٤٥هـ).
- الأنصاري، أبو زكريا، أسنى المطالب شرح روضة الطالب (القاهرة: مطبعة الميمنية، د.ط، ١٣١٣هـ).
- الباجوري، إبراهيم بن محمد، حاشية الباجوري (بيروت: المكتب الإسلامي، ط ٢، ١٩٩٧م).
- الباجي، سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٩٩م).



- البخاري، عبد العزيز، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي (بيروت: دار الكتاب العربي، د.ط، ١٣٠٨هـ).
- البخاري، محمد بن إسماعيل، الأدب المفرد (القاهرة: مؤسسة المختار، ط١، ٢٠٠٩م).
- \_\_\_\_\_، الجامع الصحيح، تحقيق: مصطفى ديب (بيروت: دار ابن كثير، واليامة، ط٣، ١٩٨٧م).
- البغدادي، أبو بكر أحمد بن علي الخطيب، تاريخ بغداد (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٧م).
- البغوي، الحسين بن مسعود، شرح السنة (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٩٩٤م).
- البهاري، محب الله، مسلم الثبوت (الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، د.ط، ١٩٤٤م).
- بننسي، أحمد فتحي، الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي (بيروت: دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٩١م).
- البهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات (بيروت: عالم الكتب، ط٢، ١٩٩٦م).
- \_\_\_\_\_، كشف القناع على متن الإقناع (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٩٨٢م).
- البهي، أحمد عبد المنعم، من طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ت).
- البوطي، محمد سعيد رمضان، قضايا فقهية معاصرة (دمشق: دار الفارابي، ط٥، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م).
- \_\_\_\_\_، محاضرات في الفقه المقارن (دمشق: دار الفكر، د.ط، ٢٠٠٦م).
- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين، السنن الكبرى (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م).
- التجكاني، محمد الحبيب، النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي (بغداد: دار الشؤون الثقافية العامة، آفاق عربية، د.ت).
- الترمذي، محمد بن عيسى، السنن (المكتبة العصرية للطباعة والنشر، ٢٠٠٦م).
- الفتازاني، مسعود بن عمر سعد الدين، التلويح على التوضيح (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٩٦م).
- التهانوي، محمد علي، كشف اصطلاحات الفنون (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٩٨م).

- جاد، سالم السيد، إثبات الدّعوى الجنائية بالقرائن في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، (الرياض: دار الوطن).
- الجرجاني، علي بن محمد، التعريفات (بيروت: مؤسسة الرسالة، د.ط، ٢٠٠٦م).
- الخصاص، أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٧م).
- جمل، سليمان بن عمر، حاشية الجمل على المنهج (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٦م).
- ابن القيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، أعلام الموقعين عن رب العالمين (بيروت: دار الجيل، د.ط، ١٩٧٣م).
- \_\_\_\_\_، تهذيب سنن أبي داود (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤١٥هـ).
- \_\_\_\_\_، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (بيروت: دار الفكر، د.ط، ٢٠٠٥م).
- \_\_\_\_\_، زاد المعاد في هدي خير العباد (بيروت: مؤسسة الرسالة، د.ط، ١٩٨٣م).
- الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح (بيروت: دار العلم للملايين، ط٤، ١٩٩٠م).
- الجوهري، محمد فائق، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات (جامعة فؤاد الأول، د.ط، ١٩٥١م).
- الجويني، عبد الملك بن عبد الله، غياث الأمم في التياث الظلم (بيروت: دار الكتب العلمية، ٢٠٠٣م).
- جيرهارت، يوجين، كنوز المحاماة، ترجمة: حسن الجداوي، ومحمد عمر (القاهرة: مكتبة النهضة المصرية، د.ط، ١٩٦٧م).
- الحاكم، محمد بن عبد الله، المستدرک على الصحيحين (بيروت: دار المعرفة، ط١، ١٩٩٨م).
- حجازي، عبد الحفي، الإثبات في المواد المدنية (طبعة ١٩٥٧م).
- حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات (القاهرة: دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٨٦م).
- الخطاب، عبد الرحمن، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (بيروت: دار الفكر، ط٣، ١٩٩٢م).
- الحفناوي، منصور محمد منصور، الوسائل العلمية في ميزان الإثبات الشرعي (القاهرة: مطبعة الأمانة، د.ط، ١٩٩١م).
- الحميدي، عبد الله بن الزبير، مسند الحميدي، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي (بيروت: عالم الكتب، د.ط، ١٣٨٢هـ).

- الحميضي، عبد الرحمن إبراهيم، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة (مكة: جامعة أم القرى، مركز بحوث الدراسات الإسلامية، د.ط، ١٩٨٩م).
- حنا، منير رياض، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالة في قانون العقوبات (دار المطبوعات الجامعية، د.ط، ١٩٥٠م).
- الخرشي، محمد بن عبد الله، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٧م).
- الخرزجي، موفق الدين بن أبي أصيبعة أبو العباس أحمد بن القاسم السعدي، عيون الأنبياء في طبقات الأطباء، تحقيق: نزار رضاء (بيروت: دار مكتبة الحياة، د.ط، ١٩٦٥م).
- الخشني، محمد بن حارث، قضاة قرطبة (القاهرة: دار الكتب المصرية، د.ط، ١٩٨٩م).
- خلاف، محمد عبد الوهاب، علم أصول الفقه (القاهرة: دار الحديث، د.ط، ٢٠٠٣م).
- الدارقطني، علي بن عمر، السنن (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ١، ٢٠٠٤م).
- دبور، أنور محمود، القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي (القاهرة: دار الثقافة العربية، د.ط، ١٩٨٥م).
- الدبوني، عامر سامي، المؤسسة العامة للمحاماة (بغداد: مطبعة العاني، د.ط، ١٩٦٥م).
- الدردير، أحمد بن محمد، الشرح الصغير (دار المعارف، د.ط، ١٩٧٢م).
- دروزة، محمد عزة، التفسير الحديث (القاهرة: الباي الحلبي، د.ط، ١٩٦٢م).
- الدريني، محمد فتحي، حق الابتكار في الفقه الإسلامي (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ٣، ١٩٨٨م).
- الدسوقي، محمد بن أحمد، حاشية الدسوقي (القاهرة: المكتبة العصرية، ط ٢، ٢٠٠٣م).
- الدغمي، محمد راكان، حماية الحياة الخاصة في الشريعة الإسلامية (القاهرة: دار السلام، د.ط، ١٩٨٥م).
- الرازي، محمد بن عمر فخر الدين، مفاتيح الغيب (تفسير الفخر الرازي)، (بيروت: دار الفكر، د.ط، ٢٠٠٢م).
- راغب، محمد عطية، النظرية العامة للإثبات في التشريع الجنائي العربي المقارن (بيروت: دار المعرفة، ١٩٦٠م).

- الرحياني، مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (دمشق: المكتب الإسلامي، ط ٣، ٢٠٠٠م).
- رسالن، علي، نظام إثبات الدعوى وأدلته في الفقه الإسلامي والقانون (القاهرة: دار الدعوة، د. ط، ١٩٩٦م).
- رضا، محمد رشيد، تفسير المنار (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٩م).
- الرملي، محمد بن أحمد، الإثبات في الشريعة الإسلامية (دمشق: دار المكتبي، د. ط، ١٩٨٨م).
- \_\_\_\_\_، الفتاوى الخيرية (بيروت: دار المعرفة، د. ط، د. ت).
- \_\_\_\_\_، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (بيروت: دار إحياء التراث، ١٩٩٢م).
- \_\_\_\_\_، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية (دمشق: مكتبة دار البيان، ١٩٨٢م).
- روسي، عمران محمد، موسوعة المحامي العربية (المؤسسة العربية للدراسات والنشر، د. ط، ١٩٨٣م).
- الزحيلي، محمد مصطفى، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية (دمشق: دار الفكر، د. ط، ١٩٨٢م).
- الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته (دمشق: دار الفكر، ط ٤، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م).
- \_\_\_\_\_، المعاملات المالية المعاصرة (دمشق: دار الفكر، ط ١، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م).
- الزرقا، أحمد مصطفى، الفعل الضار والضمان عليه (دمشق: دار القلم، د. ط، ١٩٨٨م).
- \_\_\_\_\_، المدخل الفقهي العام (دمشق: دار القلم، د. ط، ١٩٩٨م).
- الزرقاني، محمد بن عبد الباقي، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط ١، ١٩٩٧م).
- زغلول، أحمد فتحي، المحاماة (القاهرة: مطبعة المعارف، د. ط، د. ت).
- زيدان، عبد الكريم، أصول الدعوة (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ١، ٢٠٠٠م).
- \_\_\_\_\_، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ٣، ٢٠٠٢م).
- الزيلعي، عبد الله بن يوسف، نصب الراية تخريج أحاديث الهداية (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ٢، ٢٠٠٢م).

- الزليعي، عثمان بن علي بن محجن، تبين الحقائق (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٠م).
- زين الدين، صلاح، شرح التشريعات الصناعية والتجارية (عمان: الدار العلمية الدولية، ط ١، ٢٠٠٣م).
- \_\_\_\_\_، المدخل إلى الملكية الفكرية (عمان: دار الثقافة، ط ١، ٢٠٠٤م).
- \_\_\_\_\_، الملكية الصناعية والتجارية (عمان: دار الثقافة، ط ١، ١٩٩٩م).
- السجستاني، سليمان أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق: محمد عبد العزيز الخالدي (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م).
- السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ٢٠٠٩م).
- سرور، أحمد فتحي، الحماية الجنائية لأسرار الفرد في مواجهة النشر (دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٩١م).
- \_\_\_\_\_، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية (القاهرة: دار النهضة العربية القاهرة، د.ط، ١٩٨١م).
- سلامة، أحمد كامل، الحماية الجنائية للأسرار المهنية (القاهرة: مطبعة جامعة، د.ط، ١٩٨٨م).
- سلامة، مأمون، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، ١٩٧٧م).
- سليمان، عبد الحميد أحمد، الحكومة والقضاء في الإسلام (القاهرة: مكتبة التراث الإسلامي، د.ط، ١٩٨٤م).
- السمرفندي، محمد بن أحمد علاء الدين، تحفة الفقهاء (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ٢٠٠٠م).
- السمناني، علي بن محمد، روضة القضاة وطريق النجاة (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ٢، ١٩٨٤م).
- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٨٢م).
- الشافعي، محمد بن إدريس، الأم (دار الغد العربي، ط ١، ١٩٩٠م).
- شبارو، عصام محمد، القضاء والقضاة في الإسلام (بيروت: دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٨٢م).
- شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي (عمان: دار النفائس، ط ٤، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م).
- الشربيني، محمد بن محمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٤م).

- الشرقاوي، جميل، **الإثبات في المواد المدنية** (دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٨٢م).
- الشريف، عبد السلام محمد، **المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي** (بيروت: دار الغرب الإسلامي، د.ط، ١٩٨٦م).
- شلتوت، محمود، **الإسلام عقيدة وشرعية** (القاهرة: دار الشروق، ط١٧، ١٩٩٧م).
- الشوكاني، محمد بن علي، **السييل الجرار** (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٨٥م).
- \_\_\_\_\_، **نيل الأوطار** (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٩م).
- شيخ زاده، عبد الرحمن بن محمد، **مجمع الأثر شرح ملتقى الأبحر** (إسطنبول: عدة نصريات، د.ط، ١٩٩١م).
- الشيرازي، إبراهيم بن علي أبو إسحاق، **التبصرة في أصول الفقه** (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٩٨٣م).
- الشيرازي، إبراهيم بن علي أبو إسحاق، **المهذب في فقه الإمام الشافعي** (القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، د.ط، د.ت).
- الشهيد، عمر بن عبد العزيز، **شرح أدب القاضي** (إسلام آباد: إدارات تحقيقات إسلامي، ط١، ١٩٨٧م).
- صالح، نائل عبد الرحمن، **حماية المستهلك في التشريع الأردني** (عمان: زهران للنشر، ط١، ١٩٩١م).
- صرخوه، يعقوب يوسف، **النظام القانوني للعلامات التجارية** (الكويت: ذات السلاسل، ط١، ١٩٩٣م).
- الصنعاني، عبد الرزاق، **المصنف**، (بيروت: منشورات المجلس العلمي، د.ط، ١٩٧٠م).
- الصنعاني، محمد بن إسماعيل، **سبل السلام** (مكة: مكتبة نزار مصطفى الباز، ط٢، ٢٠٠٤م).
- الطبراني، سليمان بن أحمد، **كتاب الدعاء** (دار البشائر الإسلامي، د.ط، ١٩٨٧م).
- الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، **جامع البيان عن تأويل القرآن** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، ١٩٩٩م).
- الطحاوي، أحمد بن محمد أبو جعفر، **اختلاف الفقهاء** (الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، د.ط، ١٩٧٢م).

الطرابلسي، علاء الدين، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام (القاهرة: مصطفى الباي الحلبي، د.ط، ١٩٧٣م).

الطريفي، ناصر بن عقيل بن جاسر، المرافعات الشرعية (الرياض: ط ١، ١٩٨٥م).

طفلاح، خير الله، القضاء عند العرب (بغداد: مطبعة المعارف، د.ط، ١٩٧٣م).

عارف، علي عارف، البصمة الجينية ودورها في الإثبات الجنائي (كوالمبور: دار التجديد، ط ١، ٢٠٠٢م).

\_\_\_\_\_، تولي المرأة منصب القضاء بين تراثنا الفقهي والواقع المعاصر (كوالمبور: دار التجديد، د.ط، ١٩٩٩م).

\_\_\_\_\_، القرائن ومدى حجيتها في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة (كوالمبور: دار التجديد، ط ١، ١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م).

عالية، سمير، القضاء والعرف في الإسلام (بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط ١، ١٩٨٦م).

العاني، محمد شفيق، أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي (بغداد: مطبعة الإرشاد، د.ط، ١٩٦٥م).

العبادي، عبد السلام داود، الملكية في الشريعة الإسلامية (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ١، ٢٠٠٠م).

عبد المنعم، محمود عبد الرحمن، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (القاهرة: دار الفضيلة، د.ت).

عبيد، رؤوف، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال (القاهرة: دار الفكر العربي، ط ٨، ١٩٨٥م).

\_\_\_\_\_، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، ١٩٧٦م).

عثمان، محمد رأفت. النظام القضائي في الفقه الإسلامي (الكويت: مكتبة الفلاح، ط ١، ١٩٨٩م).

عدلي، خليل، اعتراف المتهم فقها وقضاء (القاهرة: دار الكتب القانونية، د.ط، ١٩٩٦م).

عزام، عبد العزيز محمد، النظام القضائي في الإسلام (القاهرة: المؤسسة العربية الحديثة، د.ط، ١٩٨٨م).

عزام، عبد الله، العقيدة وأثرها في بناء الجيل (صنعاء: مكتبة الجيل الجديد، د.ط، ١٩٩٢م).

عزايزة، عدنان حسن، حجية القرائن في الشريعة الإسلامية (عمان: دار عمار للنشر، ١٩٩٠م).

- العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق: علي محمد البجاوي (بيروت: دار الجيل، ط ١، ١٩٩٢م).
- \_\_\_\_\_، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير (بيروت: الكتب العلمية، د.ط، ١٩٩٨م).
- \_\_\_\_\_، فتح الباري شرح صحيح البخاري (القاهرة: دار الحديث، د.ط، ٢٠٠٤م).
- عطية، جمال الدين، تجديد الفقه الإسلامي (بيروت: دار الفكر المعاصر، د.ط، ٢٠٠٠م).
- عظيم آبادي، محمد شمس الحق، عون المعبود (عمان: بيت الأفكار الدولية، د.ط، ٢٠٠٤م).
- علاء الدين، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام (دار الفكر الإسلامي الحديث، د.ط، ٢٠٠٠م).
- عليان، شوكت، السلطة القضائية في الإسلام (الرياض: دار الرشيد، ط ١، ١٩٨٢م).
- عيسى، أحمد بن قاسم، التاج المذهب في أحكام المذهب (صنعاء: دار الحكمة اليمنية، د.ط، ١٩٩٣م).
- العوا، محمد سليم، أصول النظام الجنائي الإسلامي: دراسة مقارنة (القاهرة: دار المعارف، ط ٢، ١٩٨٣م).
- عيني، بدر الدين محمود بن أحمد، البناية في شرح الهداية (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٠م).
- عيني، بدر الدين محمود بن أحمد، عمدة القاري شرح صحيح البخاري (بيروت: دار الفكر، د.ط، ٢٠٠٢م).
- غانم، إسماعيل، النظرية العامة للحق (القاهرة: مكتبة سيد عبد الله وهبة، د.ط، ١٩٥٨م).
- الغزالي، أبو حامد عبد الرحيم بن حسين، إحياء علوم الدين للغزالي (القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، ١٩٣٩م).
- \_\_\_\_\_، المستصفي (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٠م).
- غانم، محمد غنام، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام (القاهرة: جامعة المنصورة، د.ط، ١٩٨٨م).
- الفاصي، محمد بن أحمد، شرح محمد ميارة على تحفة ابن العاصم (المطبعة المصرية، د.ط، ١٣١٥هـ).
- الفائز، إبراهيم، الإثبات بالقرائن (الرياض: المكتب الإسلامي، د.ت).



- الفيروزآباد، محمد بن يعقوب، **القاموس المحيط** (بيروت: دار إحياء التراث، د.ط، ٢٠٠٣م).
- ابن فارس، أحمد الرازي، **معجم مقاييس اللغة** (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م).
- الفيومي، أحمد بن محمد، **المصباح المنير** (بيروت: مكتبة لبنان، ط ١، ١٩٨٧م).
- القاسم، عبد الرحمن عبد العزيز، **الإثبات والتوثيق أمام القضاء: بحث فقهي قانوني مقارن** (القاهرة: مطبعة السعادة، د.ط، ١٩٨٢م).
- \_\_\_\_\_، **مدى حق ولي الأمر في تنظيم القضاء وتقييده** (القاهرة: مطبعة السعادة، د.ط، د.ت).
- القاسمي، ظافر، **نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي** (عمان: دار النفائس، د.ط، ١٩٨٣م).
- قراعة، علي، **الأصول القضائية في المرافعات الشرعي** (القاهرة: مطبعة النهضة، ط ٢، ١٩٢٥م)، ص ٢٧٤.
- القراقي، أحمد بن إدريس، **أنوار البروق في أنواع الفروق** (القاهرة: مطبعة إحياء الكتب العربية، ط ١، ١٣٤٦هـ).
- القراقي، شهاب الدين أبو العباس، **تهذيب الفروق بهامش الفروق** (عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٩٨م).
- \_\_\_\_\_، **الفروق** (الرياض: دار عالم الكتب، د.ط، ٢٠٠٣م).
- القرطبي، محمد بن أحمد، **الجامع لأحكام القرآن**، (بيروت: دار الكاتب المصرية، د.ط، ١٩٦٧م).
- القزويني، محمد بن يزيد بن ماجه، **السنن** (المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، ٢٠٠٦م).
- القسطلاني، أحمد بن محمد، **إرشاد الساري شرح صحيح البخاري** (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٩٩٠م).
- القضاة، مفلح عواد، **أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن** (عمان: دار الثقافة، ط ٢، ٢٠٠٤م).
- قلعة جي، محمد رواس، وحامد صادق قنبي، **معجم لغة الفقهاء** (بيروت: دار النفائس، ط ١، ١٩٨٥م).
- القليوبي، سميحة، **القانون التجاري** (القاهرة: دار النهضة العربية، د.ط، د.ت).
- القليوبي، شهاب الدين، **حاشية قليوبي** (بيروت: دار إحياء الكتب العربية).

- القليوبي، عميرة، حاشيتنا قليوبي وعميرة على منهاج الطالبين (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، د.ت).
- القنوجي، صديق حسن خان، الروضة الندية (بيروت: دار ابن حزم، ط ١، ٢٠٠٣م).
- الكاساني، سعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (القاهرة: المطبعة الجمالية، ط ١، ١٩٠١م).
- الكافي، محمد بن يوسف، أحكام الأحكام على تحفة الحكام (القاهرة: دار الفكر، د.ط، ١٩٩٠م).
- كرزون، أحمد حسن، المحاماة: رسالة وأمانة (بيروت: دار ابن حزم، د.ط، ١٩٩٣م).
- الكسواني، عامر محمد، الملكية الفكرية (عمان: دار الجيب، ط ١، ١٩٩٨م).
- الكشميري، محمد أنور شاه، فيض الباري في شرح صحيح البخاري (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط ١، ٢٠٠٥م).
- كبيرة، حسن، المدخل إلى علم القانون (الإسكندرية: منشأة المعارف، ط ٥، ١٩٧٣م).
- لاشين، موسى شاهين، فتح المنعم شرح زاد المسلم فيما اتفق عليه البخاري ومسلم للشنقيطي (القاهرة: مكتبة الجامعة الأزهرية، د.ط، ١٩٧٠م).
- لجعلي، عبد الله البخاري، قانون الإثبات (الخرطوم: دار الخرطوم للنشر، ١٩٨٤م).
- لطفني، خاطر، موسوعة حقوق الملكية الفكرية (القاهرة: شركة ناس للطباعة، د.ت).
- اللكنوي، عبد الحي، الرفع والتكميل في الجرح والتعديل، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة (القاهرة: دار السلام، ط ٦، ٢٠٠٠م).
- الليثي، يحيى بن يحيى، موطأ مالك برواية يحيى (دار الغرب الإسلامي، د.ط، ١٩٩٧م).
- مالك، أبو عبد الله بن أنس، الموطأ (القاهرة: المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، د.ط، ١٩٦٧م).
- مالك، أبو عبد الله بن أنس، الموطأ مع شرح الزرقاني (بيروت: دار المعرفة، د.ط، ١٩٧٨م).
- الموردي، علي بن محمد، الأحكام السلطانية (القاهرة: دار الحديث، ط ٢، ٢٠٠٦م).
- \_\_\_\_\_، أدب القاضي (بغداد: مطبعة العاني، د.ط، ١٩٧٢م).
- \_\_\_\_\_، الحاوي الكبير (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٩م).
- متقي، علي عبد الملك، كتر العمال (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٨م).
- الحمصاني، صبحي، تراث الخلفاء الراشدين في الفقه والقضاء (بيروت: ١٩٨٣، دار العلم للملايين).

- محمود، مشهور حسن، **الحاماة تاريخها في النظم وموقف الشريعة الإسلامية منها** (عمان: دار الفيحاء، د.ط، ١٩٨٧م).
- مدكور، محمد سلام، **القضاء في الإسلام** (القاهرة: دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٦٤م).
- المرادوي، علي بن سليمان، **الإنصاف** (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٩٧م).
- المرصفاوي، حسن صادق، **ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية**، (القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية د.ط، ١٩٧٢م).
- 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، ١٩٨٦م).
- مصطفى، خليل، **محاضرات في القانون التجاري الأردني** (عمان: دار مجدلاوي، ط ١، ١٩٨٥م).
- مصطفى، محمود، **الإثبات في المواد الجنائية** (القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة).
- المقدسي، عبد الله بن أحمد بن قدامة، **المغني شرح مختصر الخراقي** (بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤٠٣ هـ/١٩٨٣م).
- المنذري، عبد العظيم بن عبد القوي، **الترغيب والترهيب** (الرياض: مكتبة المعارف، ط ١، ٢٠٠٣م).
- منصور، محمد حسين، **ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معقولة** (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، د.ت).
- منصور، مصطفى، **المدخل للعلوم القانونية** (بيروت: دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٧٢م).
- المنعم أحمد، فؤاد عبد، وآخرون، **الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي** (الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، د.ط، ١٩٩٢م).
- المنهاجي، محمد أحمد، **جواهر العقود وروضة القضاة والموقعين والشهود** (القاهرة: مطبعة السنة الحمديّة، القاهرة، ط ١، ١٣٧٤هـ).
- المودودي، أبو الأعلى، **الإسلام في مواجهة التحديات** (الكويت: دار العلم، د.ط، ١٣٩٨هـ).
- \_\_\_\_\_، **حقوق الزوجين: دراسة نقدية لقانون الأحوال الشخصية**، تعريب: أحمد إدريس (المختار الإسلامي، ط ٤، ١٩٥٢م).
- المودودي، أبو الأعلى. **نظرية الإسلام وهدية** (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٣٨٩هـ).
- الموصللي، أحمد بن علي أبو يعلى، **مسند أبي يعلى** (بيروت: دار المعرفة، ط ١، ٢٠٠٥م).

- الموصللي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار (القاهرة: مطبعة السعادة، ط ١، ١٩٥٠م).
- ناصيف، إلياس، موسوعة العقود المدنية والتجارية (مكتبة صادر، د.ط، ١٩٩١م).
- الناهي، صلاح الدين عبد اللطيف، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية (عمان: دار الفرقان، ط ١، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م).
- النسائي، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن، السنن (بيروت: مكتب المطبوعات الإسلامية، ط ٢، ١٤٠٦هـ).
- نظام، الهمام مولانا الشيخ، الفتاوى الهندية (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٠م).
- النووي، محي الدين بن شرف، الأذكار (القاهرة: دار الفجر للتراث، ط ١، ٢٠٠٣م).
- \_\_\_\_\_، روضة الطالبين (بيروت: دار ابن حزم، ط ١، ٢٠٠٢م).
- \_\_\_\_\_، المجموع شرح المذهب (بيروت: دار الفكر الإسلامي الحديث، ط ١، ٢٠٠٠م).
- \_\_\_\_\_، المجموع شرح المذهب، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وآخرون (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م).
- \_\_\_\_\_، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط ٣، ١٣٩٢هـ).
- هاشم، محمود محمد، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية (الرياض: عمادة شؤون المكتبات، د.ط، ١٩٨٨م).
- هريدي، أحمد، الفتاوى الإسلامية (القاهرة: دار الإفتاء المصرية، د.ط، د.ت).
- الهيتمي، علي بن أبي بكر، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٨٨م).
- يجي، عبد الودود، دروس في قانون الإثبات (دار النهضة العربية، ١٩٧٠م).
- الموسوعة الفقهية (الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٩٩٨م).

