



فصلية محكمة متخصصة في  
علوم الوحي والدراسات الإنسانية

OPEN ACCESS

تاريخ الاستلام: 2024-8-18  
تاريخ القبول: 2024-10-4

## شكالية الإجراء القضائي في الفقه الإسلامي: دراسة تحليلية نقدية لنظرية بابر يوهانسن

غني أولاجدي<sup>(1)</sup>

[Olajideganiu65@gmail.com](mailto:Olajideganiu65@gmail.com)

### الملخص

يهدف هذا البحث إلى تحليل نقدي لنظرية المستشرق الألماني بابر يوهانسن التي تعتبر أن الإجراء القضائي في الفقه الإسلامي الإجراء القضائي للفقه الإسلامي شكلي محض، لا تعتمد على القرائن. ولتحقيق هذا الهدف، اعتمد منهج تحليلي نقدي لتناول عناصر البحث المقسمة إلى أربعة مباحث: تناول المبحث الأول تبرير يوهانسن لشكالية الإجراء القضائي للفقه الإسلامي، في حين ناقشت المباحث الثلاثة الأخرى اعتماد الأمور التي حاول يوهانسن من خلالها إبراز شكالية الإجراء القضائي للفقه الإسلامي على القرائن، وتتمثل في مسائل التعذيب القضائي واللعان والقسامة ومفهوم البينة. وقد توصل البحث بعد ذلك إلى اعتماد الإجراء القضائي في الفقه الإسلامي على القرائن، وإمكانية اعتبار اليمين والنكول من جملة القرائن؛ إذ اليمين قرينة تدل على البراءة، والنكول قرينة دالة على المسؤولية. كما يمكن اعتبار اشتراط العدالة في الشاهد اعتماداً على القرائن التي تدل على عدالته، فتكون الشهادة التي يصير بابر يوهانسن على حصر مدلول البينة فيها مبنية على القرائن. ومن نتائج البحث كذلك أن المبررين الذين ذكرهما يوهانسن لا يكفيان لرمي الممارسة القضائية في الفقه الإسلامي بسهم الشكالية الجافة. وأن مسائل التعذيب القضائي واللعان والقسامة مبنية ابتداءً وانتهاءً على القرائن، وأنها لا تدل على شكالية الإجراء القضائي للفقه الإسلامي.

### الكلمات المفتاحية

الإجراء القضائي، الفقه الإسلامي، الشكالية، القرائن، بابر يوهانسن.

(1) باحث في سلك الدكتوراه بمؤسسة دار الحديث الحسنية جامعة القرويين، الرباط، تخصص الفقه وأصوله.

للاقتباس: أولاجدي، غني أولاجدي، شكالية الإجراء القضائي في الفقه الإسلامي: دراسة تحليلية نقدية لنظرية بابر يوهانسن، مجلة نماء، مركز نماء، مصر، مج9، ع1، 2025، 78-105.

© نشر هذا البحث بموجب ترخيص (CC BY-NC4.0) المفتوح، الذي يسمح لأي شخص تنزيل البحث وقراءته والتصرف به مجاناً، مع ضرورة نسبته إلى صاحبه بطريقة مناسبة، مع بيان إذا ما قد أجري عليه أي تعديلات، ولا يمكن استخدام هذا البحث لأغراض تجارية.

## OPEN ACCESS

Received: 2024-8-18

Accepted : 2024-10-4



## The Formalism of Judicial Procedure in Islamic Jurisprudence: A Critical Analysis of Baber Johansen's Theory

Olajide Ganiu Olajide<sup>(2)</sup>[Olajideganiu65@gmail.com](mailto:Olajideganiu65@gmail.com)

### Abstract

This research aims to critically analyse the theory of the German Orientalist, Baber Johansen, who considers that the judicial procedure in Islamic jurisprudence is purely formal and does not rely on evidence. To this end, a critical analytical approach was adopted to address the four sections of the research. The first section deals with Johansen's justification for the formality of the judicial procedure in Islamic jurisprudence, while the other three sections discuss the reliance on signs in the issues through which Johansen tried to highlight the formality of the judicial procedure in Islamic jurisprudence, the issues are judicial torture, li'an and qasamah, and the concept of Bayyina. The research then concluded that the judicial procedure in Islamic jurisprudence relies on signs; and that the two justifications cited by Johansen are not enough to consider the judicial practice in Islamic jurisprudence purely formal. The research also found that the issues of judicial torture, li'an, and qasamah are based on signs and do not indicate the formality of the judicial procedure in Islamic jurisprudence.

### Keywords

judicial procedure, Islamic jurisprudence, formality, signs, Baber Johansen.

(2) PhD researcher at Dar el-Hadith el-Hassania Institution, Al-Quaraouiyine University, Rabat. Major in Jurisprudence and its Fundamentals.

Cite this article as: Olajide, Olajide Ganiu, The Formalism of Judicial Procedure in Islamic Jurisprudence: A Critical Analysis of Baber Johansen's Theory, *Journal of Namaa*, Nama Center, Egypt, V 9, issue 1, 2025, 78-105.

© This research is published under an open license (CC BY-NC 4.0), which allows anyone to download, read and use the research for free, provided it is properly acknowledged, indicating if any modification has been made to it. This research shall not be used for commercial purposes.

## مقدمة

يتميز الإجراء القضائي في الفقه الإسلامي بالعقلانية اللازمة؛ بحكم اعتماده على القرائن المرجحة، مما يعني أنه يعنى بإثبات الحقائق قدر الإمكان، ولا يكتفي فقط بالشكليات الجافة التي ينتفي معها المقصد الأساس من القضاء وإجراءاته، ولذلك يشترط فيمن يتولى القضاء رجاحة العقل والنضوج. والفقه الإسلامي، وإن كان شرعاً، فإن اللامعقول ليس جوهرياً فيه، بأي شكل من الأشكال، ولم ينشأ هذا الفقه عن طريق عمليات عصبية على التعقل<sup>(3)</sup>.

وقد حكى الطرابلسي أربعة وعشرين مسألة اتفقت فيها المذاهب الأربعة على العمل بالقرائن<sup>(4)</sup>. لكن عدم ذكر الفقهاء لها صراحة في طرق الإثبات، أو أفرادهم لها باباً خاصاً بها كالشاهد واليمين وغيرها من الأدلة، أدى إلى خلاف متأخري فقهاء الأمة الإسلامية في جواز القضاء بالقرينة. ومن أنصار جواز القضاء بالقرينة ابن تيمية وابن قيم الجوزية من الحنابلة، وابن فرحون المالكي<sup>(5)</sup>، والقاضي الطرابلسي، قاضي بيت المقدس، وابن الغرس الحنفي<sup>(6)</sup>، والدسوقي عند تكاثر القرائن، وابن عابدين على ألا توجب القصاص<sup>(7)</sup>.

وثمة نصوص كثيرة تدل على مشروعية العمل بالقرائن في القضاء، منها: قول الله تعالى ﴿وَشَهِدْ شَاهِدًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِّن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٢٦﴾ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِّن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾، (يوسف: 25، 26) فقد الثوب من الدبر قرينة على صدق يوسف ﷺ في أن امرأة العزيز هي التي راودته عن نفسه وهو مدبر لها هارب منها، فلو كان الثوب قدّم من القبل لكان ذلك قرينة على صدقها في أن يوسف هو الذي أراد بها سوءاً وهي ممتنعة عن ذلك ورافضة له، إلا أن ذلك لم يكن، وكذلك قول النبي ﷺ (الولد للفراش)<sup>(8)</sup>؛ إذ جعل الفراش

(3) حمادي ذويب، «من مواقف المستشرق شاخنت من الفقه والأصول والتلقي النقدي لها»، نشر في ملف بحثي بعنوان «الإسلام في

الغرب»، إشراف: بسام الجمل، تنسيق: أنس الطريقي، وعلى «موقع مؤمنون بلا حدود»، بتاريخ: 31/03/2017م، ص: 5.

(4) الطرابلسي، أبو الحسن، علاء الدين، علي بن خليل، الحنفي، معين الحكام فيما يتروى بين الخصمين من الأحكام، بيروت، دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ. (1/166، 167).

(5) عكرمة سعيد صبري، «الإثبات بالقرائن والأمارات»، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة. (12/879).

(6) هو العلامة محمد بن خليل بن الغرس، ولد بالقاهرة سنة 833هـ/1429م وتوفي بها سنة 894هـ/1488م، وهو من فقهاء الحنفية وله عدة كتب منها: الفواكه البدرية في الأفضية الحكمية (الضوء اللامع: 9/220). وقد ذكر في كتابه المذكور أن القرينة القاطعة تعتبر من طرق الحكم. المرجع السابق، (12/880).

(7) المرجع السابق، (12/1258).

(8) أخرجه البخاري في صحيحه، باب: الولد للفراش، حرة كانت أو أمة، حديث رقم 6398، ومسلم في صحيحه، باب الولد للفراش، وتوفي الشبهات، حديث رقم 2738، والترمذي في جامعه باب ما جاء أن الولد للفراش، حديث رقم 1139، وابن ماجه في سننه، باب الولد للفراش، وللعاشر الحجر، حديث رقم 2011.

قرينة لإثبات النسب. ولأهمية العمل بالقرائن قال الإمام ابن القيم: «فمن أهدر الأمارات والعلامات في الشرع بالكلية فقد عطل كثيراً من الأحكام، وضيع كثيراً من الحقوق»<sup>(9)</sup>.

والمطلع على ما كتبه المستشرق الألماني بابر يوهانسن في مقاله الموسوم بـ«القرائن كدليل: مذهب ابن تيمية وابن قيم الجوزية في الدليل»، يجد أنه ينتقد ما ذهب إليه فقهاء العصر المملوكي عمومًا، وابن تيمية وتلميذه ابن القيم خصوصًا، من اعتمادهم على القرائن؛ حيث يرى أن الإجراء القضائي في الفقه الإسلامي شكلي، ولا يعنى بإثبات الحقائق في الوقائع، لكونه يعفي القضاء من مسؤولية إثبات الحقائق؛ ويفوّض هذه المسؤولية إلى الأطراف والشهود والخبراء<sup>(10)</sup>. وقد ذكر يوهانسن لرأيه مبررات عدة، منمذجا بمسألتي القسامة واللعان، ليصل من خلال ذلك كله إلى التشكيك فيما انتهى إليه اجتهاد فقهاء العصر المملوكي من مشروعية التعذيب القضائي، أو إكراه المتهم لحمله على الاعتراف، منكرًا عليهم اعتمادهم على القرائن في ذلك، ومستدلًا بما يراه مذهبًا للعلماء في المسألة.

والذي يفهم بالسياق من خلال ما كتبه يوهانسن في مقاله السالف الذكر، ومن خلال الأطروحة التي بدافع عنها في هذا المقال، هو أن المقصود بشكالية الإجراء القضائي في الفقه الإسلامي هو عدم الاعتداد بدلالة القرائن، والاكتفاء بالإجراءات الشكلية، وإن لم تكن معقولة، ولذلك يحصر مفهوم البيئة في شهادة العدلين، دون غيرها من الأدلة. وليس المقصود بالشكالية في هذا البحث، كما قد يتبادر ذلك إلى الذهن، الشكليات المتبعة في الإجراء القضائي، كالكتابة وشروطها، وإنما المقصود في هذا البحث الاكتفاء بهذه الشكليات، والوقوف عند حدودها، وعدم تجاوزها إلى العمل بالقرائن الظاهرة. ولا شك في أن هذا الأمر سيفتح الباب لرمي الشريعة والإجراء القضائي في الفقه الإسلامي، بسهم التأثير بتشريعات أخرى، على نحو ما قام به يوهانسن نفسه في مقاله المذكور آنفًا؛ حيث استشكل فيه مرافقة التطور الذي عرفه الفقه الإسلامي في مسألة التعذيب القضائي نفس التطور الذي حققه القانون الأوروبي خلال القرنين الثالث عشر والرابع عشر في المسألة نفسها، دون أن يكون قد تأثر أحدهما بالآخر، بأي شكل من الأشكال؛ بناء على تجاهله دور القرائن في الإجراء القضائي الإسلامي القديم.

فالإشكالية الجوهرية المطروحة في هذا السياق، هي: مدى شكالية الإجراء القضائي في الفقه الإسلامي. ولمعالجة هذه الإشكالية من خلال ما كتبه يوهانسن في مقاله المذكور، لا بد من الإجابة عن مجموعة من الأسئلة الفرعية، أهمها:

(9) ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب، الطرق الحكمية، القاهرة، مكتبة دار البيان. ص: 87.

(10) Baber Johansen: Signs as Evidence: The Doctrine of Ibn Taymiyya (1263-1328) and Ibn Qayyim Al-jawziyya (D. 1351) on Proof. (EHESS, Paris) Koninklijke Brill NV, Leiden 2002. P. 12.

هل الإجراء القضائي في الفقه الإسلامي شكلي محض كما يرى يوهانسن؟  
 هل المبررات التي قدمها يوهانسن كافية للشكلية المحضّة في الممارسة القضائية في الفقه الإسلامي؟  
 وهل تأثر فقهاء العصر المملوكي بالقانون الأوربي في مسألة التعذيب القضائي؛ بناءً على ما يراه  
 يوهانسن من عدم اعتداد الإجراء القضائي في الفقه الإسلامي القديم والكلاسيكي بدليل القرائن؟  
 وهل مسألتا اللعان والقسامة خاليتان فعلاً عن الحكم بالقرائن كما يعتقد يوهانسن؟  
 ومن هنا، كان من المهم التحقيق في هذه الإشكالية وأسئلتها الفرعية، ولا سيما أنني لم أقف على  
 أية دراسة حاولت الإجابة عنها من خلال نفي ما يرمى الإجراء القضائي للفقه الإسلامي به من سهام  
 الشكلية الجافة، والتي من شأنها أن تجعل هذا الإجراء يُنظر إليها بعين النقص وعدم الكفاءة وانعدام  
 الجدوى في إعطاء كل ذي حق حقه، والضرب على أيدي الظلمة، وفي الحد من انتشار الفساد في  
 الأرض، وبالنتيجة لن تطمئن إليه قلوب المسلمين أنفسهم، فضلاً عن أن تأخذ به الأنظمة القضائية  
 على مستوى العالم.

وعلى الرغم من أنني لم أقف على أية دراسة تهدف إلى نفي ما يرمى الإجراء القضائي للفقه الإسلامي  
 به من سهام الشكلية الجافة، فإن هناك دراسات تبين اعتماد الفقه الإسلامي على القرائن، وذلك مثل  
 مقال «الإثبات بالقرائن والأمارات»، لعكرمة سعيد صبري، المنشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع  
 لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة.

وسيتم تحليل نقدي لنظرية يوهانسن في المسألة من خلال أربعة مباحث، غير أن من الجدير  
 التمهيد لذلك بشيء من التعريف ببابر يوهانسن، وكتاباتة في الشريعة الإسلامية، وذلك على النحو  
 الآتي:

تمهيد: في التعريف ببابر يوهانسن وكتاباتة في الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول: تبرير شكلية الإجراء القضائي في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: الشكلية في مسألة التعذيب القضائي.

المبحث الثالث: الشكلية في مفهوم البيئة.

المبحث الرابع: الشكلية في مسألتا اللعان والقسامة.

## تمهيد: في التعريف بابار يوهانسن، وكتابه في الشريعة الإسلامية

يجدر التمهيد لهذا الموضوع بشيء من التعريف بابار يوهانسن وكتابه في الشريعة الإسلامية، وذلك ما سيتم من خلال مطلبين، هما:

المطلب الأول: التعريف بابار يوهانسن

المطلب الثاني: التعريف بكتابات بابار يوهانسن في الشريعة الإسلامية.

### المطلب الأول: التعريف بابار يوهانسن

ولد بابار يوهانسن في برلين عام 1936م، وتلقى تكوينًا في الدراسات الإسلامية، وعلم الاجتماع، والاقتصاد، والقانون في جامعة برلين الحرة (FU Berlin)، علاوة على اللغة العربية والتاريخ في جامعة القاهرة. تخرج عام 1965م، وتم تأهيله في جامعة برلين الحرة عام 1972م. كان أستاذًا زائرًا في معهد الدراسات المتقدمة في برينستون، وهو محرر مشارك لمجلة الشريعة الإسلامية والمجتمع (بريل، 1994م)<sup>(11)</sup>. كما تمت دعوة يوهانسن إلى جامعة كا فوسكاري في فينيس للتدريس لمدة شهر (أبريل - مايو 1996م) كأستاذ زائر. إضافة إلى دعوته من قبل جامعة هارفارد بصفته H.A.R. باحث جيبس في أبريل 1998 وألقى ثلاث محاضرات.

في عام 2006م، عُيّن أستاذًا منتسبًا في كلية الحقوق بجامعة هارفارد ونائب المدير لبرنامج دراسات الشريعة الإسلامية من 2006 إلى 2010م. وفي عام 2007م، كان منتسبًا إلى قسم لغات وحضارات الشرق الأدنى، وكان مدير مركز دراسات الشرق الأوسط من يونيو 2010 إلى يونيو 2013م، وهو أيضًا مساعد لهيئة التدريس بمركز ويذرهد للشؤون الدولية (Weatherhead Center for International Affairs) في جامعة هارفارد وعضو في لجنهما التنفيذية. وكان يعمل كرئيس تحرير قسم الشريعة الإسلامية في موسوعة أكسفورد للتاريخ القانونية (2009م)، ومستشارًا لموسوعة القانون والمجتمع (2009م)<sup>(12)</sup>.

يعتبر يوهانسن من أكبر المستشرقين الباحثين في مجال الفقه الإسلامي عمومًا، وفي الفقه الحنفي خصوصًا، كما يعد أحد رموز المدرسة الاستشراقية الألمانية، وهي الأهم على الإطلاق بين المدارس

(11) Wikipedia, Baber Johansen: [https://de.wikipedia.org/wiki/Baber\\_Johansen](https://de.wikipedia.org/wiki/Baber_Johansen)

(12) HDS: Baber Johansen, Professor of Islamic Religious Studies: <http://hds.harvard.edu/people/baber-johansen>.

المختلفة التي سعت إلى سبر أغوار الشرق وما به من مقاربات اجتماعية وفكرية، وذلك في أعقاب الحملات الاستعمارية الغربية على الشرق التي زادت ضراوتها مع نهاية القرن الثامن عشر<sup>(13)</sup>. وله العديد من الدراسات بالألمانية والإنجليزية التي تتناول مسائل اجتماعية وقانونية. ولم يعد يقدم الدروس في جامعة هارفارد، كما كان يفعل منذ تعيينه في 2005م أستاذًا للدراسات الإسلامية حتى تقاعد بعد الفصل الخريفي للعام 2019م، حسبما أخبرني بذلك أحد طلبته.

ولعل بابر يوهانسن أهم باحث يعمل حاليًا في مجال الفقه الإسلامي الكلاسيكي -الذي يغلب عليه المذهب الحنفي-، ويركز بحثه وتعليمه على العلاقة بين الشريعة والقانون في العالم الإسلامي الكلاسيكي والحديث. ورغم كل هذا، فلا تزال الدراسات حول أفكاره ضئيلة جدًا، وقد يكون السبب في ذلك راجعًا إلى ما تتطلبه دراسة إنتاجاته الفكرية من إلمام باللغات الأوروبية؛ لأنه يكتب بلغات متعددة، من إنجليزية، وفرنسية، وألمانية، ونادرًا ما يكتب باللغة العربية، وأغلب ما كتبه باللغات الأجنبية لم يترجم إلى العربية، بل لم أجد لكتاباتنه ترجمة عربية إلا ما يتعلق بأطروحاته التي نال بها درجة دكتوراه تحت عنوان: «محمد حسين هيكل» أوروبا والشرق – من منظور واحد، من الليبراليين المصريين<sup>(14)</sup>، كما قد يكون السبب في ذلك راجعًا إلى ما تتطلبه هذه الدراسة من تخصص مهجي في الفقه الإسلامي، وملكة لا بأس بها في قراءة التراث الفقهي، ودقة الملاحظة.

## المطلب الثاني: التعريف بكتابات بابر يوهانسن في الشريعة الإسلامية

لبابر يوهانسن كتابات كثيرة في مجال الشريعة الإسلامية عمومًا، وفي الفقه الإسلامي -الذي يغلب عليه المذهب الحنفي- على وجه الخصوص، ويمكن ذكر بعضها على سبيل المثال لا الحصر:

- الطوارئ في الشريعة: القواعد الشرعية والأخلاقية في الفقه الإسلامي<sup>(15)</sup>: يضم هذا الكتاب مجموعة من المقالات التي كتبها يوهانسن في سنين طويلة، وهي خمسة عشر مقالًا باللغة الإنجليزية، والألمانية، والفرنسية. إحدى الأفكار المركزية للكتاب، فكرة تفريق الفقهاء بين الشريعة والأخلاق في المنظومة الفقهية، وكيف أنهما مجالان مختلفان ضمن إطار واحد، إطار الفقه، بمعنى

(13) «مستشرق ألماني يحلل تأثيرات الفكر الغربي على مفكري الشرق» - صحيفة الاتحاد، نشر بتاريخ 16/8/2010م.

(14) Muhammad Husain Haikal – Europa und der Orient im Weltbild eines aegyptischen Liberalen (Beirut/Wiesbaden: Steiner, 1967). Arabic translation 2010.

(15) Baber Johansen: Contingency in a Sacred Law: Legal and Ethical Norms in the Muslim Fiqh (Leiden: Brill, 1999).

- أنهم أحياناً -وهو يركز على الفقه الحنفي- يصححون الفعل شرعاً مع أنه لا يصح أخلاقياً.
- العلاقة بين الدستور والشريعة والفقه: فقه محكمة مصر الدستورية العليا<sup>(16)</sup>: خلص فيه إلى اقتناعه بأن محكمة مصر الدستورية العليا تمثل أحد أكثر الجهود إثارة للاهتمام في القضاء الدستوري العربي الحديث في محاولتها الجمع بين الأُسلمة والدمقرطة.
- الردة كحقيقة موضوعية وغير شخصية: حكمان قضائيان مصريان حديثان<sup>(17)</sup>: ناقش فيه المعيار الذي يحدّد به ما يمكن أن تُعتبر ردة وما لا تُعتبر كذلك، منطلقاً من خلال الحكمين القضائيين الصادرين في حق نصر حامد أبي زيد.
- الضريبة والإيجار في الفقه الإسلامي<sup>(18)</sup>: يكشف فيه عن كيفية تأثير التغييرات في الفقه الحنفي على القانون العام والقانون المدني، والتركيز بشكل خاص على المجالات المرتبطة بالامتلاكات وضريبة الأراضي الصالحة للزراعة مما يغير العلاقة بين الضريبة والإيجار.
- تقييم الجسد الإنساني في الفقه السني الإسلامي<sup>(19)</sup>: تحدّث فيه عن إمكانية اعتبار الإنسان (العبد) سلعة، والإشكاليات المطروحة بخصوص جنس العبيد، هل يميّز جنس العبيد عن جنس الإنسان الحر، وهل يشكلان جنساً واحداً؟ أو هما جنسان مختلفان؟ وإذا كانوا من جنس السلعة فكيف يمكن تحديد قيمتهم؟
- القرائن كدليل: مذهب ابن تيمية (1263-1328 م) وابن قيم الجوزية (1351 م) في الدليل: ناقش فيه موضوع اعتبار القرائن كدليل، ضمن مجموعة من الأدلة والحجج التي يمكن من خلالها إثبات الحقوق في الفقه الإسلامي القديم والكلاسيكي، مقارنة بالاعتبار الذي حظيت به القرائن عند فقهاء العصر المملوكي، مركزاً على مذهب ابن تيمية وتلميذه ابن القيم في ذلك، معتنياً بشكل خاص بمسألة التعذيب القضائي (إكراه المتهم على الاعتراف)، ومستشكلاً مرافقة ظهور هذا الإجراء القضائي في الفقه الإسلامي لظهوره في القانون الغربي، في الوقت نفسه، دون أن يكون قد تأثر أحدهما بالآخر، أو يكون هناك اشتراك بينهما. وقد شملت هذه الدراسة تحديداً أربعة من مؤلفات

(16) Baber Johansen: The Relationship Between the Constitution, the Shari 'a and the Fiqh: The Jurisprudence of Egypt's Supreme Constitutional Court. EHESS-CENJ, Paris. Max-Planck-Institut Fur ausländisches offentliches Recht und Volkerrecht, 2004.

(17) Baber Johansen: Apostasy as Objective Depersonalized Fact: Two Recent Egyptian court judgement. Source: Social Research, Vol. 70, No. 3 Islam: The public and Private Spheres (fall 2003), pp. 687- 710. Published by: The New School.

(18) Baber Johansen: The Islamic Law on Land Tax and Rent: The Peasants' Loss of Property Rights as Interpreted in the Hanafi Legal Literature of the Mamluk and the Ottoman Periods (London et al Croom Helm, 1988).

(19) Baber Johansen: The valorization of the Human Body in Muslim Sunni Law. "princeton papers in Near Eastern Studies 4 (1996) pp: 71- 112.

ابن تيمية وابن القيم، حاول يوهانسن من خلالها دراسة نظريتهما في عد القرائن من جملة الأدلة، وهي: السياسة الشرعية، والحسبة في الإسلام، أو وظيفة الحكومة الإسلامية، لابن تيمية، وإعلام الموقعين عن رب العالمين، والطرق الحكمية، لابن القيم. وهو المقال الذي سيُدرَس في هذا البحث، إن شاء الله تعالى.

## المبحث الأول: تبرير شكلية الإجراء القضائي في الفقه الإسلامي

يبرر يوهانسن شكلية الإجراء القضائي في الفقه الإسلامي؛ لأن هذا الإجراء -في رأيه- لا يعنى بإثبات الحقائق، ويعنى من مسؤولية إثبات الحقائق؛ ويفوض هذه المسؤولية إلى الأطراف والشهود والخبراء، ولذلك يسمي ما قام به ابن تيمية وابن القيم، وابن فرحون، وغيرهم من فقهاء مرحلة ما بعد الكلاسيكية للفقه الإسلامي، بترشيد الممارسة القضائية؛ للمكانة المهمة التي تحتلها القرائن في إجراءاتهم القضائية.

وهذا أمر فاقد للدقة اللازمة؛ لأن الفقه الإسلامي، وإن كان شرعاً، فإن اللامعقول ليس جوهرياً فيه، بأي شكل من الأشكال، ولم ينشأ هذا الفقه عن طريق عمليات عصبية على التعقل<sup>(20)</sup>. والقضاء غير معني من إثبات الحقائق، بل هو مسؤول عن إثبات الحقائق ما أمكن ذلك من خلال اعتماده على الأطراف والشهود والخبراء، ولا يعني ذلك تفويض الأطراف والشهود والخبراء مسؤولية إثبات الحقائق في الوقائع؛ إذ لن يقبل القاضي من الشهود إلا العدول، ولن يبت الخبير في الوقائع، فعلى القاضي النظر في الشهادة من حيث عدالة أصحابها، والخبرة من حيث ثقة وتمكن صاحبها، فليس كل شهادة تقبل، وليس كل خبرة يعتد بها.

ويبرر يوهانسن كل هذا بأمرين، هما:

الأول: حماية القاضي من الضغوط التي يمارسها المتقاضون الذين يرغبون في معرفة حقيقة الوقائع، وحمايته من الانتقادات الموجهة إليه بناءً على أي خطأ قد يكون ارتكبه.

الثاني: حماية حقوق المدعى عليه؛ بحيث لا يحكم عليه القاضي بناءً على علمه بجريمة المدعى عليه، وإنما يعتمد فقط على ما يقوله الأطراف والشهود والخبراء<sup>(21)</sup>.

إلا أن هذين التبريرين لا يكفيان لرمي الممارسة القضائية في الفقه الإسلامي بسهم الشكلية الجافة،

(20) حمادي ذويب، «من مواقف المستشرق شاخت من الفقه والأصول والتلقي النقدي لها»، ص: 5.

(21) Baber Johansen: Signs as Evidence: The Doctrine of Ibn Taymiyya (1263-1328) and Ibn Qayyim Al-jawziyya (D. 1351) on Proof. P. 12.

واللاعقلانية المذمومة؛ فحماية القاضي من الضغوط التي يمارسها المتقاضون الذين يرغبون في معرفة الحقيقة مضمونة، وحمایته من الانتقادات الموجهة إليه بناءً على أي خطأ قد يرتكبه مكفولة، حتى مع عقلانية الممارسة القضائية، فلا بد في أن يبني حكمه على القرائن الراجحة، ولا يسير وراء شهادة الشهود -المتناقضة أحياناً- سير الأعمى. كما أن حقوق المدعى عليه محمية؛ حيث لا يحكم عليه القاضي بما يعلمه من جريمة المدعى عليه، وإنما يعتمد فقط على ما يقوله الأطراف والشهود والخبراء، فليس ما يعلمه القاضي من جريمة المدعى عليه بحق له، حتى إذا لم يحكم على المدعى عليه بعلمه، فإنه لا يتجاهل القرائن في حكمه، فكما أن للمدعى عليه حقوقاً، فكذلك للمدعي حقوق. وأيضاً، فإن الضغوط التي يمارسها المتقاضون الذين يرغبون في معرفة الحقيقة قائمة، حتى وإن اكتفى بالشكليات القضائية، دون احتكام إلى القرائن. كما أن اعتماد القاضي على القرائن لا يعني ضياع حقوق المدعى عليه، وإنما الغاية من ذلك حماية حقوقه وحقوق المدعي، «فمن أهدر الأمارات والعلامات في الشرع بالكلية فقد عطل كثيراً من الأحكام، وضيع كثيراً من الحقوق»<sup>(22)</sup>.

ولا يعتبر الاعتماد على القرائن الظاهرة من باب قضاء القاضي بعلمه<sup>(23)</sup>، بل هو داخل في الظاهر الذي يبني الحكم عليه. «والحكم على ظاهر الأمر، وافق ذلك السرائر أو خالفها»<sup>(24)</sup>. والظن المستفاد من دليل القرينة لا يقصر عن الظن المستفاد من شهادة البينة، مع تساويهما في احتمال الغلط وعداوة الشهود، والأحكام الظاهرة تابعة للأدلة الظاهرة من البينات والأقارير وشواهد الأحوال، ولا يقدح عدم مطابقتها أو اضطرابها في كونها طرقاً وأسباباً للأحكام<sup>(25)</sup>.

## المبحث الثاني: الشكلية في مسألة التعذيب القضائي

إن السبب الأساس الذي كتب يوهانس من أجله مقاله في القرائن، يتمثل في دعواه تأثر فقهاء المملوكي بالقانون الأوربي في مسألة التعذيب القضائي؛ ولكي يثبت ذلك يدعي أن الإجراء القضائي في الفقه الإسلامي القديم والكلاسيكي لا يعتد بالقرائن؛ لأن الفقهاء إنما يعتمدون في مشروعية التعذيب القضائي أساساً على القرائن، فإذا أخرج السارق ما سرقه تحت التعذيب، يجوز معاقبته على السرقة؛

(22) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، ص: 87.

(23) الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1405. (4/ 291).

(24) الشافعي، الأم، بيروت، دار المعرفة، الطبعة: بدون طبعة، سنة النشر: 1410هـ/1990م. (7/ 42).

(25) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1411هـ- 1991م. (3/ 15، 16).

بناءً على دلالة قرينة الشيء المسروق الذي أخرجه بعد التعذيب.

فذكر يوهانسن أن المذاهب الأربعة على أن التعذيب القضائي ليس وسيلة موثوقة ومشروعة لإثبات حقائق، فالاعتراف المبتز باطلٌ ولاغٍ. وأن المالكية فقط من شدوا عن هذا المبدأ الشائع. ومنذ القرن التاسع، يبرر العديد من فقهاءهم المهمين تطبيق التعذيب على أساس سمعة المدعى عليه. وشكّل تعليمهم مرجعاً مهماً لمذاهب القرنين الثالث عشر والرابع عشر التي تشكل موضوع هذا المقال. وترى الآراء السائدة في المدارس السنية الأخرى أن التعذيب غير مقبول، فالقاضي الذي يبتز الاعتراف ثم يدين المدعى عليه ويعدم على أساس الاعتراف المبتز، يخضع، وفقاً لمبدأ صارم في المذهب الحنفي للقصاص -وربما لم يطبق أبداً- سيكون هو نفسه محكوماً عليه بالإعدام. وطوال الأرباع الثلاثة الأولى من القرن الثالث عشر، كان هذا فرقا رئيسيا بين القانون العام الأوروبي والمذهب الكلاسيكي للفقه السني. في حين أن القانون العام، منذ بداية القرن الثالث عشر فصاعداً، اعترف بالتعذيب القضائي كأداة ضرورية للتحقيق القضائي في القضايا، فإن المذهب السائد في الفقه الإسلامي الكلاسيكي يعتبر التعذيب القضائي بمثابة خطيئة وتدمير جنائي لمصادقية الأقوال<sup>(26)</sup>.

فهو يذكر مذاهب الفقهاء في التعذيب القضائي؛ ليبني على ذلك عدم جوازه في الفقه الإسلامي القديم والكلاسيكي، وأن المذهب -مثل مذهب فقهاء العصر المملوكي- الذي يخالف هذا المبدأ يعتبر شاذاً، والشاذ لا حكم له، كما يقول الفقهاء. إلا أن يوهانسن هنا يغفل أمراً، وهو كون ادعائه -تأثر فقه العصر المملوكي بالقانون الأوروبي في مسألة التعذيب القضائي- يفتقر إلى الغياب الكلي للتعذيب القضائي في الممارسة القضائية للفقه الإسلامي القديم والكلاسيكي، وقد تعذر ذلك لوجود هذا الإجراء في المذهب المالكي القديم والكلاسيكي على حسب قوله، فوجود هذا الإجراء في الممارسة القضائية للفقه الإسلامي القديم والكلاسيكي، ولو في مذهب واحد، يكفي لإبطال دعوى تأثر الفقه الإسلامي بالقانون الأوروبي في مسألة التعذيب القضائي. وأيضاً، فإن قول يوهانسن بانفراد المذهب المالكي بجواز إكراه المتهم على الاعتراف في الفقه الإسلامي القديم والكلاسيكي غير مسلم؛ لأن مع المالكية في هذه المسألة بعض الحنفية، والشافعية إذا كان الضرب للتصديق.

يقول السرخسي الحنفي: «وبعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله تعالى أفتوا بصحة إقرار السارق بالسرقة مع الإكراه؛ لأن الظاهر أن السارق لا يقرون في زماننا طائعين وسئل الحسن بن زياد

(26) Baber Johansen: Signs as Evidence: The Doctrine of Ibn Taymiyya (1263-1328) and Ibn Qayyim Al-jawziyya (D. 1351) on Proof. P. 3, 4.

-رحمه الله تعالى- أيجل ضرب السارق حتى يقر فقال: ما لم يقطع اللحم ولا يتبين العظم، وأفتى مرة بجواز ضربه ثم ندم واتبع السائل إلى باب الأمير فوجده قد ضرب السارق وأقر بالمال وجاء به، فقال ما رأيت جوراً أشبه بالحق من هذا»<sup>(27)</sup>. وقال الماوردي من الشافعية: «يجوز للأمر مع قوة التهمة أن يضرب المتهم ضرب التعزير لا ضرب الحد؛ ليأخذه بالصدق عن حاله فيما قرف به واتهم»<sup>(28)</sup>. وقول الماوردي هذا يدل كذلك على أن مسألة التعذيب القضائي مبنية ابتداءً على القرائن، فلا تعذيب إلا بعد وجود القرائن الدالة على مسؤولية المتهم. فكيف يصح مع كل هذا دعوى تأثر الفقه الإسلامي في العصر المملوكي بالقانون الأوروبي، فمسألة التعذيب القضائي قديمة في الفقه الإسلامي، وليست وليدة العصر المملوكي الذي ظهرت فيه هذه المسألة في القانون الأوروبي.

والعجب في كل هذا أن يوهانسن يذكر أن فقهاء العصر المملوكي يستدلون على مشروعية التعذيب القضائي بالسنة النبوية، وسنة الخلفاء الراشدين، والصحابة الكرام، ولذلك أمكن لهم تقويض الحظر الواضح للتعذيب القضائي الذي يميز الشريعة الإسلامية الكلاسيكية من القرن الثامن إلى الثاني عشر<sup>(29)</sup>. ولا أدري ماذا يريد منهم أكثر من ذلك، فإذا استدلووا على مشروعية هذا الإجراء بهذا كله، فكيف يصح مع ذلك التشكيك في جهدهم، ورميه بسهم التأثر بالقانون الأوروبي، ولماذا لا يتم يوهانسن القانون الأوروبي بالتبعية والأخذ من جهد هؤلاء الفقهاء، أو على الأقل، من الفقه الإسلامي القديم.

فكما قال يوهانسن، فقد أورد ابن القيم في المسألة الحديث الذي ورد فيه: «أن امرأة وقع عليها في سواد الصبح وهي تعمد إلى المسجد بمكروه على نفسها، فاستغاثت برجل مر عليها، وفر صاحبها، ثم مر عليها ذوو عدد، فاستغاثت بهم، فأدركوا الرجل الذي كانت استغاثت به فأخذوه، وسبقهم الآخر، فجاءوا يقودونه إليها، فقال: أنا الذي أغتتكت، وقد ذهب الآخر، قال: فأتوا به نبي الله - ﷺ -، فأخبرته أنه الذي وقع عليها، وأخبر القوم أنهم أدركوه يشتد، فقال: إنما كنت أغتتها على صاحبها فأدركني هؤلاء فأخذوني، فقالت: كذب، هو الذي وقع علي، فقال النبي - ﷺ -: انطلقوا به فارجموه، فقام رجل من الناس فقال: لا ترجموه وارجموني، فأنا الذي فعلت بها الفعل، فاعترف، فاجتمع ثلاثة عند رسول الله - ﷺ -: الذي وقع عليها، والذي أغاثها، والمرأة، فقال: أما أنت فقد غفر لك وقال للذي أغاثها قولاً حسناً، فقال عمر: ارجم

(27) السرخسي، المبسوط، بيروت، دار المعرفة، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: 1414هـ - 1993م. (9/185).

(28) الماوردي، الأحكام السلطانية، القاهرة، دار الحديث. (1/323).

(29) Baber Johansen: Signs as Evidence: The Doctrine of Ibn Taymiyya (1263-1328) and Ibn Qayyim Al-jawziyya (D. 1351) on Proof. PP: 20- 25.

الذي اعترف بالزنى، فأبى رسول الله - ﷺ -؛ فقال: لأنه قد تاب إلى الله»<sup>(30)</sup>.

ثم ذكر ابن القيم أن وجه الاستدلال بالحديث يتمثل في أن أمر رسول الله - ﷺ - برجم المغيبي من غير بينة ولا إقرار، من أدل الدلائل على اعتبار القرائن والأخذ بشواهد الأحوال في التهم، وقاس ذلك على ما اتفق عليه الصحابة من إقامة الحدود بالرائحة والقيء، وإقامة حد الزنا بالحبل، «كما نص عليه عمر، وذهب إليه فقهاء أهل المدينة وأحمد في ظاهر مذهبه، وكذلك الصحيح أنه يقام الحد على المتهم بالسرقة إذا وجد المسروق عنده، فهذا الرجل لما أدرك وهو يشهد هرباً. وقالت المرأة: هذا هو الذي فعل بي، وقد تعترف بأنه دنا منها وأتى إليها وادعى أنه كان مغيباً لا مريباً، ولم ير أولئك الجماعة غيره، كان في هذا أظهر الأدلة على أنه صاحبها، وكان الظن المستفاد من ذلك لا يقصر عن الظن المستفاد من شهادة البينة، واحتمال الغلط وعداوة الشهود كاحتمال الغلط أو عداوة المرأة ههنا، بل ظن عداوة المرأة في هذا الموضوع في غاية الاستبعاد؛ فنهاية الأمر أن هذا ظاهر لا يستبعد ثبوت الحد بمثله شرعاً كما يقتل في القسامة باللوث الذي لعله دون هذا في كثير من المواضع؛ فهذا الحكم من أحسن الأحكام وأجراها على قواعد الشرع، والأحكام الظاهرة تابعة للأدلة الظاهرة من البينات والأقارير وشواهد الأحوال، وكونها في نفس الأمر قد تقع غير مطابقة ولا تنضب أمر لا يقدر في كونها طرقاً وأسباباً للأحكام، والبينة لم تكن موجبة بذاتها للحد، وإنما ارتباط الحد بها ارتباط المدلول بدليله، فإن كان هناك دليل يقاومها أو أقوى منها لم يبلغه الشارع، وظهور الأمر بخلافه لا يقدر في كونه دليلاً كالبينة والإقرار»<sup>(31)</sup>.

وجاء في كتابه الطرق الحكمية: «وحكم عمر وابن مسعود - ﷺ - ولا يعرف لهما مخالف - بوجوب الحد برائحة الخمر من في الرجل، أو قيئه خمرًا، اعتماداً على القرينة الظاهرة. ولم يزل الأئمة والخلفاء يحكمون بالقطع إذا وجد المال المسروق مع المتهم، وهذه القرينة أقوى من البينة والإقرار، فإنهما خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب، ووجود المال معه نص صريح لا يتطرق إليه شبهة، وهل يشك أحد رأى قتيلاً يتشحط في دمه، وآخر قائماً على رأسه بالسكين: أنه قتله؟ ولا سيما إذا عرف بعداوته، ولهذا جوز جمهور العلماء لولي القتل أن يحلف خمسين ميمناً أن ذلك الرجل قتله، ثم قال مالك وأحمد: يقتل به. وقال الشافعي: يقضى عليه بديته»<sup>(32)</sup>.

ومن بين الآثار الواردة في هذا الباب كذلك ما رواه الصحابي عبد الرحمن بن عوف - ﷺ - من حديث

(30) البيهقي، السنن الكبرى، المحقق: محمد عبد القادر عطا، بيروت - لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثالثة، 1424هـ -

2003م، باب من قال يسقط كل حق لله تعالى قياساً، رقم الحديث: 17323.

(31) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، (3/15، 16).

(32) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، ص: 6.

مطول بأن معاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء تداعيا قتل أبي جهل يوم بدر. فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم: «هل مسحتما سيفكما؟ قالوا: لا، فنظر في السيفين فقال: كلاكما قتله. وقضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح<sup>(33)</sup>. فإن نظرة الرسول ﷺ إلى السيفين إنما ليرجع من القاتل، بما يراه من أثر الطعان وصبغ الدم فأعطى السلب لابن عمرو لوجود علامات تشير إلى أن سيفه أنفذ مقاتل أبي جهل، فكان هو المؤثر في قتله. وعليه فيكون قوله ﷺ: «كلاكما قتله» تطييباً لنفس معاذ ابن عفراء؛ لأن له بعض المشاركة في قتل أبي جهل<sup>(34)</sup>.

### المبحث الثالث: الشكلية في مفهوم البينة

بعد ذكر يوهانسن لمذاهب الفقهاء في التعذيب القضائي، ذكر أن تعذيب الشهود لم يكن معروفاً في الفقه الإسلامي مثلما كان في القانون الروماني، وأن سبب ذلك قد يكون راجعاً إلى كون قبول شهادتهم مرتباً بسمعتهم الاجتماعية والدينية، وأن شهادة العدلين هي التي تسمى البينة، وفسرها بـ«الأدلة التي تجعل الأمور واضحة»<sup>(35)</sup>. ويرى أن ابن تيمية قد هاجم هذه الفكرة، وأكثر منه ابن قيم الجوزية حين قال في تعريف مصطلح البينة<sup>(36)</sup>:

«اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، ومن خصها بالشاهدين، أو الأربعة، أو الشاهد لم يوف مسماها حقه. ولم تأت البينة قط في القرآن مراداً بها الشاهدان، وإنما أتت مراداً بها الحجة والدليل والبرهان، مفردة مجموعة وكذلك قول النبي ﷺ: {البينة على المدعي} المراد به: أن عليه بيان ما يصحح دعواه ليحكم له، والشاهدان من البينة ولا ريب أن غيرها من أنواع البينة قد يكون أقوى منها، لدلالة الحال على صدق المدعي. فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهد، والبينة والدلالة والحجة والبرهان والآية والتبصرة والعلامة والأمانة: متقاربة في المعنى»<sup>(37)</sup>.

كما ذكر أن ابن قيم الجوزية يقدم في جميع كتاباته العديدة حالات كثيرة تدعم أطروحته بأن مفهوم البينة يجب أن يفهم على أنه الدليل الواضح، ومن ثم، يمكن التعرف على تلك القرائن التي،

(33) صحيح البخاري: رقم: 3141، باب من لم يخمس؛ وصحيح مسلم، رقم: 1752، بابُ اسْتِحْقَاقِ الْقَاتِلِ سَلْبَ الْقَتِيلِ.

(34) ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، بيروت، دار المعرفة، 1379هـ، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز. (248/6).

(35) Baber Johansen: Signs as Evidence: The Doctrine of Ibn Taymiyya (1263-1328) and Ibn Qayyim Al- jawziyya (D. 1351) on Proof. P. 3, 4.

(36) المرجع السابق، ص: 20.

(37) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، ص: 11.

إذا تمت قراءتها بشكل صحيح، تمكن الشخص في الحياة اليومية، وكذلك في التقاضي الشرعي من اتخاذ قرار صحيح والعتور على الأمارات التي تؤدي إلى حقيقة الأمور. ويمكن لشواهد الحال أن تفسر معنى أفعال الشخص، ومن ثم، ينبغي اعتبارها بينة. إذا كان الشخص الذي يدعي أنه فقد شيئاً وصف خصائصه، فالعلامات الموصوفة بمثابة دليل، وتعمل العلامة التجارية على الحيوان كإشارة إلى حقوق الملكية لصاحبها، والنقش على جدار يشير إلى التاريخ الذي تم فيه تأسيس وقف هو دليل على أن المبنى ينتمي إلى هذا الوقف، ويمكن أن يكون التشابه الجسدي بين الطفل والذكر البالغ دليلاً على الأبوة والانتساب؛ وفي حالة الأدوات التي يطالب بها اثنان من الحرفيين ذوي المهارات المختلفة، فإن العلاقة بين المهارة التي تمارس ونوع الأداة المعنية قد تكون بمثابة دليل على ملكية أحد الحرفيين. يعترف النبي وصحابته - كما يقول ابن قيم الجوزية - بأن العلامات براهين واضحة. ولذلك، فإن على الشريعة قبولها على هذا النحو. ثم أشار يوهانسن إلى تحذير ابن القيم من إهمال الفقهاء للعلامات بقوله: «فمن أهدر الأمارات والعلامات في الشرع بالكلية فقد عطل كثيراً من الأحكام، وضيع كثيراً من الحقوق»<sup>(38)</sup>. ولذلك، يجب أن يصبح القضاة قراء للعلامات ويجب ألا يكتفوا بأن يكونوا الثالث الحاسم في مناقشة متناقضة بين طرفين. ففراستهم، أي قدرتهم على اكتشاف العلامات وإنتاجها وتفسيرها، تصبح أهم مؤهل لنشاطهم القضائي وتحريهم من التبعية لأقوال المتقاضين والشهود. ومن ثم، فإن القاضي لديه مجموعة من الأدلة أكبر بكثير من المتقاضين الذين يُعرضون قضاياهم على المحكمة، والذين يجب أن يعتمدوا على الإقرارات الشفوية، والشهادات، والقسم، أو رفض المدعى عليه أداء اليمين. فقد تتحدث الأشياء والوضع الاجتماعي والظروف بشكل أكثر وضوحاً، وبلغة أكثر جدارة بالثقة من كلمات الشهود. ويجب على القاضي أن يستمع إلى هذه اللغة وأن يأخذ في الاعتبار العلامات التي تنتجها.

وقد سرد يوهانسن أمثلة أخرى كثيرة لما يسميه بتقنية البراهين عند ابن تيمية وابن القيم، مثل تعريض العينين للشمس، من أجل تحديد ما إذا كان هناك تفاعل مع التحفيز أم لا، عندما يدعي رجل أنه فقد بصره بعد أن هاجمه رجل آخر، فتعتبر الأمارات المادية أدلة أقوى من شهادة الشهود، لأنها لا تكذب. لذلك، يتم قبول بيان الفيزيائي حول الأبوة والانتساب. والشيء المسروق الذي يعثر عليه في عهدة الشخص يثبت أن هذا الشخص لص. كما ذكر يوهانسن في السياق نفسه أنه ليس أي شخص يمكنه أن يقاضي أي أحد. والمرأة التي تهتم رجلاً يتمتع بسمعة طيبة باغتصابها ستعاقب على اتهامها. ويذكر يوهانسن أن هذه القاعدة لها تاريخ طويل في الفقه المالكي، حيث يمكننا متابعتها من المدونة

(38) المرجع السابق، ص: 87.

فصاعداً. لكن ابن تيمية وابن قيم الجوزية يحولان القاعدة إلى مبدأ عام، إذا وجه رجل من ذوي المركز الأدنى اتهامًا ضد عضو رفيع المستوى في المجتمع يتمتع بسمعة طيبة، فينبغي دائماً معاقبة المطالب، لأنه جرح الشخص المتهم. إن القرائن التي تنتجها الروابط الاجتماعية والتسلسلات الهرمية الاجتماعية، والمهنة والروابط العرقية، تعطى إجراءً خاصاً عند جميع فقهاء العصر المملوكي تحت مسمى «دعوى التهم»، وتتبع هذه المحاكمات إجراءات خاصة، وتُعترف بالأدلة التي لا يُعترف بها عموماً... فيجب على المدعي أن يؤدي القسم من أجل جعل ادعائه موثقاً به. وإذا كان الشهود مشتبهاً فيهم، ينبغي للقاضي أن يستمع إليهم، كل على حدة، وأن يقدمهم للاستجواب المفصل. وإذا اقتنع القاضي بذنب المدعى عليه، فقد يهدده. وقد يسجن رجل يشتهبه في سرقة على الطرق السريعة ويضرب إلى أن يبلغ السلطات عن المخبأ الذي تخفى فيه غنيمته. وإذا قام لص -تحت التعذيب- بإبلاغ السلطات عن المكان الذي يخفى فيه شيء مسروق، يجوز معاقبته على السرقة. وليس الاعتراف المنتزع هو الذي يستخدم كأساس للحكم، بل الشيء المسروق، الذي يتحدث عن نفسه ويثبت ذنب المشتبه فيه.

هذه عموماً مناقشة يوهانسن لمفهوم البيئة فهو يصر على حصر مفهوم البيئة في شهادة العدلين أو أكثر، وعدم تعميمها في غيرها من الأدلة؛ ليدعم بذلك ما يراه من نفي العقلانية عن الممارسة القضائية، ورميها بالطابع الشكلي، والقصور، وعدم قدرة القاضي على تمييز الأقوال الصحيحة عن غيرها. ويحاول يوهانسن التقليل من دور القرائن في الإجراء القضائي للفقهاء الإسلاميين القدامى والكلاسيكيين؛ لأن وجودها فيه تتنافى معه الشكلية الجافة التي يرميه بها. ولذلك يتحدث عن القرائن بشكل يكون فقهاء ما بعد الكلاسيكية من أمثال ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم، وابن فرحون، والقرافي، قد أعطوا لها من الأهمية أكثر مما تستحق؛ لأن مذهبهم الجديد يتميز بالاعتناء المتفائل بأن القاضي باعتماده على العلامات والأمارات، لديه القدرة على تحديد الحقيقة ووضع حكمه عليها، بل ويتمهم بأن الهدف من المبدأ الجديد ليس ضمان حقوق المدعى عليه، بل حماية المصلحة العامة وقدرة السلطات السياسية على السيطرة على الاضطرابات والخروج على الشرع»<sup>(39)</sup>. وجعل ذلك الفكرة الجوهرية لمقاتته، ولذلك كان عنوان المقال «القرائن كدليل: مذهب ابن تيمية وابن قيم الجوزية في الدليل».

وزيادة على ما ذكره يوهانسن هنا من استدلالات ابن القيم، فقد احتج ابن القيم كذلك بأن البيئة في كتاب الله اسم لكل ما يبين الحق من خلال مجموعة من الآيات كما قال تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا

(39) Baber Johansen: Signs as Evidence: The Doctrine of Ibn Taymiyya (1263-1328) and Ibn Qayyim Al-jawziyya (D. 1351) on Proof. P. 13.

رُسِّلْنَا بِالْبَيِّنَاتِ ﴿[الحديد: 25] وقال: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلَّا رِجَالًا نُوحِي إِلَيْهِمْ فَسَأَلُوا أَهْلَ الدِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿٤٣﴾ بِالْبَيِّنَاتِ﴾ [النحل: 43 - 44] وقال: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلَّا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمْ الْبَيِّنَةُ﴾ [البينة: 4] وقال: ﴿قُلْ إِنِّي عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّي﴾ [الأنعام: 57] وقال: ﴿أَفَمَنْ كَانَ عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّهِ﴾ [هود: 17] وقال: ﴿أَمْ ءَاتَيْنَهُمْ كِتَابًا فَهُمْ عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّنْهُ﴾ [فاطر: 40] وقال: ﴿أَوَلَمْ تَأْتِهِم بَيِّنَةٌ مَّا فِي الصُّحُفِ الْأُولَىٰ﴾ [طه: 133] وهذا كثير، لم يختص لفظ البينة بالشاهدين، بل ولا استعمل في الكتاب فيهما ألبتة<sup>(40)</sup>. ومن ثم، يكون المقصود من قول النبي - ﷺ - للمدعي «ألك بينة؟» وقول عمر «البينة على المدعي»: ألك ما يبين الحق من شهود أو دلالة؟ فإن الشارع في جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البينات. حتى لا تضيع الحقوق ولا تعطل، بحصر بينة في شهادة العدلين، مع أن غيرها قد يرجح عليها ترجيحاً لا يمكن جرده ودفعه، كترجيح شاهد الحال على مجرد اليد في صورة من على رأسه عمامة وبيده عمامة، وآخر خلفه مكشوف الرأس يعدو أثره، ولا عادة له بكشف رأسه، فبينة الحال ودلالته هنا تفيد من ظهور صدق المدعي أضعاف ما يفيد مجرد اليد عند كل أحد؛ فالشارع لا يهمل مثل هذه البينة والدلالة، ويضيع حقاً يعلم كل أحد ظهوره وحجته، بل لما ظن هذا من ظنه ضيعوا طريق الحكم، فضاع كثير من الحقوق لتوقف ثبوتها عندهم على طريق معين، وصار الظالم الفاجر ممكناً من ظلمه وفجوره، فيفعل ما يريد، ويقول لا يقوم علي بذلك شاهدان اثنان، فضاعت حقوق كثيرة<sup>(41)</sup>. وتجدر الإشارة إلى أن الجمهور - وإن كانوا يرون أن البينة مرادفة للشهادة - فإنهم لا يقصدون أنها منحصرة فيها، بل إن مرادهم أن البينة عند الإطلاق تنصرف إلى الشهادة، مع وجود وسائل أخرى للإثبات، تكلموا عنها، وسموها بأسماء تميزها، وليس بالبينة، وإن كانت بينة في المعنى. وأيضاً، من الواضح أن البينة التي تعتمد على شهادة المتمتع بالرضى، ليس سوى حكم بالقرائن؛ لأن الرضى لا ينشأ عن فراغ، وإنما من خلال ظهور الأمارات والقرائن التي تجعل الشاهد محل الرضى أمام الناس، يقول ابن العربي: «قوله: ﴿مِمَّن تَرَضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: 282] دليل على تفويض القبول في الشهادة إلى الحاكم؛ لأن الرضا معنى يكون في النفس بما يظهر إليها من الأمارات عليه، ويقوم من الدلائل المبينة له، ولا يكون غير هذا؛ فإننا لو جعلناه لغيره لما وصل إليه إلا بالاجتهاد، واجتهاده أولى من اجتهاد غيره»<sup>(42)</sup>.

(40) ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، (1/ 71).

(41) المرجع السابق، بتصرف.

(42) ابن العربي، أحكام القرآن، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد القادر عطا، بيروت - لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م، (1/ 336).

وفي سياق بيان وائل حلاق الخلفية الأخلاقية والاجتماعية في المؤسسة القضائية يقول: «إن العدالة والثقة، وهما أساسا الشهادة، يبنيان الرأسمال الأخلاقي الذي يستثمر فيه الشخص لتكوين روابط اجتماعية قوية، فلأن يكذب المرء يعني أن يخسر هذه الروابط، وبالتالي يفقد وجاهته الاجتماعية واحترامه»<sup>(43)</sup>.

ولا أدري لماذا ينكر يوهانسن على فقهاء العصر المملوكي اعتمادهم على القرائن، مع أن الفقهاء القدامى والكلاسيكيين قد اعتمدوا عليها بشكل واضح، تشهد الأبواب الفقهية في الإجراءات القضائية على ذلك، وإن لم يصرحوا بكونه دليلاً، ولم يخصصوا لها باباً مستقلاً كباقي الأدلة، وقد حكى الطرابلسي أربعة وعشرين مسألة اتفق فيها المذاهب الأربعة على العمل بها<sup>(44)</sup>.

### المبحث الرابع: الشكلية في مسألتي اللعان والقسامة

حاول يوهانسن إبراز شكلية الإجراء القضائي في الفقه الإسلامي القديم؛ بناء على تجاهله دور القرائن فيه، وذلك ما فعله لما ذكر أن الأيمان تؤدي دوراً مهماً في المذهب الفقهي الكلاسيكي، وأن قسم المدعي كثيراً ما يقترن بشهادة شاهد ذكر كشكل من أشكال الشهادة يكفي لإصدار حكم. ويجوز ليمين المدعي عليه أن يبت في قضية -مؤقتاً- إذا لم يكن لدى المدعي شهود، ولم يعترف المدعي عليه. وإذا وجد المدعي، بعد صدور هذا الحكم، شهوداً، جاز له أن يجدد طلبه، ويجوز للقاضي عندئذ أن يصدر حكماً لصالحه. ثم أشار يوهانسن إلى أن اليمين قد يكون أساساً للحكم الدائم، كما في إجرائي اللعان والقسامة، فالحكم مبني فيهما أساساً على اليمين، في نظره، دون أن يعتمد في ذلك على شيء من القرائن.

والصحيح الظاهر عكس ما يقرره يوهانسن في المسألتين، فالحكم فيهما مبني أساساً على القرائن، وليس الحكم فيهما بمجرد يمين، ويلخص هذا الأمر قول ابن القيم، لما قال: «وقد دل القرآن على رجم المرأة بلعان الزوج إذا نكلت، وليس ذلك إقامة للحد بمجرد أيمان الزوج، بل بها وبنكولها، وهكذا في القسامة إنما يقبل فيها باللوث الظاهر والأيمان المتعددة المغلظة»<sup>(45)</sup>. فنكول الزوجة ليس سوى حكم بالقرينة؛ لأن نكولها قرينة على صدق دعوى الزوج؛ إذ النكول كالإقرار<sup>(46)</sup>، كما أن اللوث الظاهر

(43) وائل حلاق، ما هي الشريعة؟ ترجمة: طاهرة عامر، وطارق عثمان، بيروت، مركز نماء للبحوث والدراسات، الطبعة الأولى: 2016م. ص: 34-37.

(44) الطرابلسي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، (1/166، 167).

(45) ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، (2/238).

(46) الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت، دار الفكر، الطبعة: ط أخيرة - 1404هـ/1984م. (6/315).

المقبول في القسامة لا يعني سوى الحكم بالقرينة. وبيان ذلك بالتفصيل في مطلبين:

المطلب الأول: اللعان

المطلب الثاني: القسامة

## المطلب الأول: اللعان

من بين الإجراءات القضائية التي حاول يوهانسن من خلالها إبراز شكليات الإجراءات القضائي في الفقه الإسلامي القديم؛ بناءً على تجاهله دور القرائن فيه، إجراء اللعان، أثناء حديثه عن بعض الحالات التي يكون فيها اليمين أساساً للحكم الدائم. وينطبق هذا على اللعان الذي ينتج عندما يتم الزوج زوجته بالزنا دون أن يقدم الشهود دعماً لدعواه؛ وبدون اعترافها بالتهمة، وإذا أقسمت الزوجة بأن زوجها يكذب، فإنها لا تعاقب على الزنا؛ ولا يعاقب زوجها على القذف. وعلى الرغم من أنه من وضوح كذب أحدهما، فإنه ليس من مهمة القاضي أن يثبت حقيقة الأمر؛ مهمته أن يوجّه الإجراء؛ وأن يعلن، نتيجة من اللعان، فسخ الزواج، ويعتبر حكمه في مثل هذه الحالة بمثابة إعلان عن عجزه عن تقرير أي منهما يكذب<sup>(47)</sup>.

يقرر يوهانسن هذا الأمر؛ ليثبت أن حكم القاضي في هذه الحالة وأمثالها بمثابة إعلان القاضي عجزه عن إثبات الحقيقة، فمهمة القاضي في هذه الحالة وأمثالها توجيه الإجراء القضائي. ويحاول يوهانسن أن يدعم هذه الحالة وأمثالها نفي العقلانية عن الممارسة القضائية في الفقه الإسلامي القديم والكلاسيكي، ورميها بالطابع الشكلي، والقصور، وعدم قدرة القاضي على إثبات الحقيقة وضمأن الحقوق، ولذلك يسمي ما قام به ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، وابن فرحون، وغيرهم من فقهاء مرحلة ما بعد الكلاسيكية للفقه الإسلامي، بترشيد الممارسة القضائية؛ للمكانة المهمة التي تحتلها القرائن في إجراءاتهم القضائية. وهو يتجاهل دور القرينة في الممارسة القضائية في الفقه الإسلامي القديم والكلاسيكي، فما قاله في هذه الحالة مثلاً ليس على إطلاقه عند الفقهاء؛ لأنهم يعتبرون القرائن فيها، ولا يتلاعن الزوجان إلا بعد شهادة القرائن لعدم دعوى الزوج وعدم نكول الزوجة.

ففي التهذيب في اختصار المدونة: «واللعان يجب بثلاثة أوجه: فوجهان مجتمع عليهما، وذلك أن يدعي أنه رآها تزني كالمروء في المكحلة ثم لم يطأها بعد ذلك، أو ينفي حملاً يدعي قبل استبراء، والوجه الثالث أن يقذفها بالزنا ولا يدعي رؤية ولا نفي حمل، فأكثر الرواة يقولون: إنه يحد ولا يلاعن، قاله

(47) Baber Johansen: Signs as Evidence: The Doctrine of Ibn Taymiyya (1263-1328) and Ibn Qayyim Al-jawziyya (D. 1351) on Proof. P. 5.

ابن القاسم مرة، وقاله المخزومي وابن دينار، وقالوا: إن نفي حملاً ولم يدع استبراء جلد الحدّ ولحق به الولد، وقال ابن القاسم مرة أخرى: إنه إن قذف أو نفي حملاً لاعن، ولم يكشف عن شيء، وقاله ابن نافع<sup>(48)</sup>. وفي القوانين الفقهية: «وأما سبب اللعان فشيئان (أحدهما) دعوى رؤية الزنى بشرط ألا يطأها بعد الرؤية فإن ادعى الزنى دون الرؤية حد للقذف، ولم يجز اللعان على المشهور خلافاً لهم (الثاني) نفي الحمل بشرط أن يدعي أنه لم يطأها لأمد يلحق به ويشترط أن يدعي الاستبراء بحيضة واحدة، وقال ابن الماجشون ثلاث حيض خلافاً للشافعي وابن حنبل في هذا الشرط ويشترط أن ينفيه قبل وضعه، فإن سكت حتى وضعته حد ولم يلاعن خلافاً لأبي حنيفة، وقال الشافعي يلاعن إذا سكت لعذر فإن قذفها من غير رؤية ولا نفي حمل لم يلاعن في المشهور خلافاً لهم<sup>(49)</sup>. فكل ما ذكر من رؤية الزوج زوجته في حالة الزنى كالمردود في المكحلة؛ وعدم وطئه لها بعد ذلك، أو نفيه حملاً بعد استبراء، قرائن يجب على القاضي الاعتماد عليها ليتلاعن الزوجان، وأما إذا لم تكن هناك قرائن فالأكثر على أنه يحد ولا يلاعن. فباب اللعان مبني على القرائن التي يدعم قول الزوج.

## المطلب الثاني: القسامة

من بين الإجراءات القضائية التي حاول يوهانسن من خلالها إبراز شكلية الإجراء القضائي في الفقه الإسلامي القديم؛ بناءً على تجاهله دور القرائن فيه، إجراء القسامة عاطفاً لها على اللعان، كحالة أخرى يكون فيها اليمين أساساً للحكم الدائم، وهي إجراء تقسم فيه مجموعة من المحلفين خمسين يميناً يتهمون شخصاً بالقتل، ويمكن أن يكون أساساً لعقوبة الإعدام للمتهم. وهو إجراء خاص بحالة ما إذا تم العثور على شخص مقتول، وكان هناك ما يدعو إلى الاشتباه في أن بعض الأشخاص يتحملون مسؤولية الوفاة العنيفة، ولكن شهادة الشهود غير كافية لإثبات الجريمة، ووفقاً للمالكية والحنابلة، بمجرد أن يقسم المتهمون الخمسين اليمين، يجب إعدام المتهم. ووفقاً للشافعية، يتعين عليه دفع الدية. وعند الأحناف، تقسم المجموعة المشتبه فيها خمسين قسماً على براءتهم، ثم يُطلب منهم دفع الدية. ويرى يوهانسن أن القسم المؤدى في هذا الإجراء لا يمثل دليلاً على مسؤولية المدعى عليه. ولا سيما في مذهب الأحناف. والأمر نفسه في المذهب المالكي والحنبلي، اللذين يسمحان بأداء هذه اليمين لمن كانوا يعيشون في المغرب في الوقت الذي وقع فيه القتل في مكة. ففي مثل هذه الحالة، لا يؤكد

(48) ابن البراذعي، خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، التهذيب في اختصار المدونة، دراسة وتحقيق: محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دبي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الطبعة: الأولى، 1423هـ - 2002م. (329/2).

(49) ابن جزي، أبو القاسم، القوانين الفقهية، ص: 161.

قسم المحلفين حقيقة الوقائع، بل يثبت فقط اعتقاد المحلفين بمسؤولية الشخص المتهم<sup>(50)</sup>. يصّر يوهانسن في هذه الحالة كذلك على نفي العقلانية عن الإجراءات القضائية في الفقه الإسلامي القديم والكلاسيكي؛ بحكم أن هذا الإجراء في رأيه شكلي، غير قادر على إثبات الحقائق. وهذا أمر فيه نظر؛ لأن كل قضية في الممارسة القضائية مبنية على القرائن بالدرجة الأولى، ثم يؤتى بباقي الإجراءات القضائية من إقرار، أو شهادة، أو يمين، أو نكول، لتأكيد صدق القرائن القائمة أو كذبها، كما قد يؤتى بالقرائن لتأكيد هذه الإجراءات والأدلة القضائية، بل يمكن اعتبار النكول من جملة القرائن؛ إذ ليس سوى قرينة تدل على مسؤولية الناكل عن اليمين، فالنكول كالإقرار<sup>(51)</sup>.

يقول ابن القيم: «وهل القضاء بالنكول إلا رجوع إلى مجرد القرينة الظاهرة، التي علمنا بها ظاهراً أنه لولا صدق المدعي لدفع المدعى عليه دعواه باليمين؟ فلما نكل عنها كان نكوله قرينة ظاهرة دالة على صدق المدعي، فقدمت على أصل براءة الذمة»<sup>(52)</sup>. ويقول عبد القادر عودة: «والنكول ليس إلا قرينة تقوي شهادة المجني عليه الذي لا يعتبر في الأصل شاهداً تبعاً لقواعد الشريعة»<sup>(53)</sup>.

ويمكن اعتبار اشتراط العدالة في الشاهد اعتماداً على القرائن التي تدل على عدالته، فتكون الشهادة التي يصير يوهانسن على حصر مدلول البيئة فيها مبنية على القرائن. فما ذكره يوهانسن في الحالة التي يسمح فيها المذهب المالكي والحنبلي بأداء هذه اليمين لمن كانوا يعيشون في المغرب في الوقت الذي وقع فيه القتل في مكة، من كون قسم المحلفين لا يؤكّد حقيقة الوقائع، بل يثبت فقط اعتقاد المحلفين بمسؤولية الشخص المتهم، فاعتقادهم مسؤولية المتهم مبني على قرينة يدل على مسؤوليته، إما لسمعة المتهم الاجتماعية، أو الدينية، أو لعامل خارجي، كوجود العداوة بينه وبين المقتول، أو وجود المقتول في بيته، وغير ذلك. فلا يقع الحكم على خلاف ما تشهد له القرائن الظاهرة، ولا يتولى السرائر إلا عالم الغيب والشهادة.

وقد جاء في المبسوط للسرخسي مثلاً، بعد ذكر الآثار المروية في القسامة أن «الظاهر أن القاتل منهم؛ لأن الإنسان قلما يأتي من محلة إلى محلة ليقتل مختاراً فيها، وإنما تمكن القاتل منهم من هذا الفعل بقوتهم ونصرتهم فكانوا كالعاقلة، فأوجب الشرع الدية عليهم صيانة لدم المقتول عن الهدر؛ وأوجب القسامة عليهم لرجاء أن يظهر القاتل بهذا الطريق فيتخلص غير الجاني إذا ظهر الجاني؛ ولهذا

(50) Baber Johansen: Signs as Evidence: The Doctrine of Ibn Taymiyya (1263-1328) and Ibn Qayyim Al-jawziyya (D. 1351) on Proof. P. 5, 6.

(51) الرملي، شمس الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. (315/6).

(52) ابن القيم، الطرق الحكمية، ص: 7.

(53) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، بيروت، دار الكاتب العربي. (318/2).

يستحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً، ثم على أهل كل محلة حفظ محلهم عن مثل هذه الفتنة؛ لأن التدبير في محلهم إليهم، فإنما وقعت هذه الحادثة لتفريط كان منهم في الحفاظ حين تغافلوا عن الأخذ على أيدي السفهاء منهم، أو من غيرهم فأوجب الشرع القسامة والدية عليهم لذلك، ... وقال مالك -رحمته - إذا كان بين أهل القتيل وأهل المحلة عداوة ظاهرة ولو وثأثيره وكان العهد قريباً بدخوله في محلهم إلى أن وجد قتيلاً يؤمر الولي بأن يعين القاتل منهم باعتبار اللوث، وتفسير اللوث: أن يكون عليه علامة القاتلين أو يكون هو مشهوراً بعداوته... وإذا انعدمت هذه المعاني أو أبى الولي أن يحلف، فالحكم فيه ما هو الحكم في سائر الدعاوى<sup>(54)</sup>. فقلوه: «الظاهر أن القاتل منهم؛ لأن الإنسان قلما يأتي من محلة إلى محلة؛ ليقتل مختاراً فيها...». صريح في كون القسامة مبنية على القرائن الظاهرة. وكل ما قاله مالك من عداوة ظاهرة بين أهل القتيل وأهل المحلة، ولو وثأثيره، وقرب العهد بدخوله في محلهم إلى أن وجد قتيلاً، وأن يؤمر الولي بأن يعين القاتل منهم باعتبار اللوث، لا يعني سوى بناء الحكم على القرائن الظاهرة المعتبرة.

وعند النووي المعنى نفسه، وذلك لما اعتبر أن اللوث «قرينة لصدق المدعي بأن وجده قتيلاً في محلة أو قرية صغيرة لأعدائه أو تفرق عنه جمع ولو تقابل صفان لقتال وانكشفوا عن قتيل فإن التحم قتال فلوث في حق النصف الآخر وإلا ففي حق صفه وشهادة العدل لوث وكذا عبيد أو نساء...»<sup>(55)</sup>. وذكر في روضة الطالبين أيضاً، في سياق ذكره لقيود القسامة أن «اللوث قرينة تثير الظن وتوقع في القلب صدق المدعي» وذكر له طرقاً، منها: أن يوجد قتيل في قبيلة، أو حصن، أو قرية صغيرة، أو محلة منفصلة عن البلد الكبير، وبين القتيل وبين أهلها عداوة ظاهرة فهو لوث في حقهم إذا لا يساكنهم غيرهم. ومنها كذلك أنه إذا وجد قتيل في صحراء، وعنده رجل معه سلاح متلطخ بدم، أو على ثوبه أثر دم فهو لوث، إلا أن يكون بقربه سبع، أو رجل آخر مول ظهره...»<sup>(56)</sup>. وإلى غير ذلك مما ذكره الإمام النووي من طرق اللوث. فهذا كله يبيِّن في العقلانية التي يتمتع بها الإجراء القضائي في الفقه الإسلامي القديم والكلاسيكي باعتماد الفقهاء على القرائن كأساس في باب القسامة.

ويوضح هذا الأمر أكثر أنه قد يعارض القرينة ما يمنع كونها لوثاً، ويعارض اللوث ما يسقط أثره ويبطل الظن الحاصل به، كما يبينه النووي، ومن ذلك أن يتعذر إثباته، وإذا ظهر لوث في حق جماعة،

(54) السرخسي، المبسوط (26/108).

(55) النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، بيروت، دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية، 1392، (1/289).

(56) النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، بيروت-دمشق-عمان، المكتب الإسلامي، الطبعة: الثالثة، 1412هـ/1991م. (10/12-10).

وقال الولي: القاتل أحدهم ولا أعرفه، فلا قسامة، وله تحليفهم، فإن حلفوا إلا واحداً، فنكوله يشعر بأنه القاتل، ويكون لوثاً في حقه. ومنها كذلك أن ينكر المدعى عليه اللوث في حقه، فيكون على المدعي البينة على الأمانة التي ادعاها، فإن لم يكن بينة، حلف المدعى عليه على نفيها، وسقط اللوث، وبقي مجرد الدعوى...<sup>(57)</sup>. أقل ما يدل عليه هذه النصوص هو أن الفقهاء لا يكتفون فقط بإجراء يمين القسامة، بل يبحثون عن القرائن المرجحة للقتل، أو البراءة منه إذا عارض هذه القرائن ما يمنع كونها لوثاً. بل إن ابن الغرس الحنفي يرى الاكتفاء بالقرائن القاطعة الدالة على القاتل، دون حاجة إلى أيمان القسامة، وإن كان يلقي معارضة شديدة من فقهاء المذهب مثل الرملي وغيره<sup>(58)</sup>. فلا ينبغي رمي الممارسة القضائية في الفقه الإسلامي القديم والكلاسيكي باللاعقلانية الجافة؛ فالقضاء في الفقه الإسلامي مبني، بجانب الإقرار والشهادة واليمين والنكول، على القرائن المرجحة، مما يجعل له العقلانية اللازمة، ويصونه من الشكليات الجافة، واللاعقلانية المذمومة.

## خاتمة

يتبين من خلال ما سبق أن الإجراءات القضائية في الفقه الإسلامي مبني على القرائن بالدرجة الأولى، ثم يوثى بباقي الإجراءات القضائية من إقرار، أو شهادة، أو يمين، أو نكول، لتأكيد صدق القرائن القائمة أو كذبها، كما قد يوثى بالقرائن لتأكيد هذه الإجراءات والأدلة القضائية، بل يمكن اعتبار اليمين والنكول من جملة القرائن؛ إذ اليمين قرينة تدل على البراءة، والنكول قرينة دالة على المسؤولية. كما يمكن اعتبار اشتراط العدالة في الشاهد اعتماداً على القرائن التي تدل على عدالته، فتكون الشهادة التي يصير بابر يوهانسن على حصر مدلول البينة فيها مبنية بالدرجة الأولى على القرائن. كما أن المبررين الذين ذكرهما يوهانسن لا يكفيان لرمي الممارسة القضائية في الفقه الإسلامي القديم والكلاسيكي بسهم الشكليات الجافة، واللاعقلانية المذمومة؛ فالقاضي محمي من الضغوط التي يمارسها المتقاضون الذين يرغبون في معرفة الحقيقة، كما أنه من الانتقادات الموجهة إليه بناءً على أي خطأ قد يرتكبه، حتى مع عقلانية الممارسة القضائية، فلا بد في أن يبني حكمه على القرائن الراجحة، ولا يسير وراء شهادة الشهود -المتناقضة أحياناً- سير الأعمى. وحقوق المدعى عليه مضمونة كذلك؛ حيث لا يحكم عليه القاضي بعلمه، وليس ما يعلمه القاضي من جريمة المدعى عليه بحق له، وحتى إذا لم يحكم على المدعى عليه بعلمه، فإنه لا يتجاهل القرائن في حكمه، فكما أن للمدعى عليه حقوقاً، فكذلك للمدعي

(57) المرجع نفسه (10/12-14).

(58) عكرمة سعيد صبري، «الإثبات بالقرائن والأمارات»، (12/1253).

حقوق.

ولا يمكن الاستدلال على شكلية الإجراء القضائي في الفقه الإسلامي بمسألة التعذيب القضائي، وكذلك العكس؛ لأن مسألة التعذيب القضائي مبنية ابتداءً وانتهاءً على القرائن، فلا تعذيب إلا بعد وجود القرائن الدالة على مسؤولية المتهم، وإذا أقر بعد ذلك بالتهمة، فالمعمول بها أيضاً القرائن، وليس الإقرار الواقع تحت الإكراه. كما لا يمكن الاستدلال على هذه الشكلية بمسألتي اللعان والقسامة؛ لأن الفقهاء يعتبرون القرائن فيهما كذلك؛ فلا يتلاعن الزوجان إلا بعد شهادة القرائن لدعم دعوى الزوج وعدم نكول الزوجة، كرؤية الزوج زوجته في حالة الزنى كالمردود في المكحلة؛ أو نفيه حملاً بعد استبراء، وأما إذا لم تكن هناك قرائن، فالأكثر على أنه يحد ولا يلاعن. والقسامة مبنية كذلك على القرائن بالدرجة الأولى، وذلك مثل العداوة الظاهرة بين أهل القتل وأهل المحلة، وقرب العهد بدخوله في محلهم إلى أن وجد قتيلاً، بشرط ألا يساكنهم غيرهم، وغير ذلك من الأمور التي ذُكرت في البحث.

## المراجع

1. القرآن الكريم برواية حفص.
2. ابن البراذعي، خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، التهذيب في اختصار المدونة، دراسة وتحقيق: محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دبي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الطبعة: الأولى، 1423هـ.
3. ابن جزي، القوانين الفقهية. بدون طبعة، (د.ت).
4. ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، بيروت، دار المعرفة، 1379هـ، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز.
5. ابن عبد البر، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، المحقق: علي محمد البجاوي، بيروت، دار الجيل، الطبعة: الأولى، 1412هـ.
6. ابن العربي، أحكام القرآن، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد القادر عطا، بيروت - لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثالثة، 1424هـ.
7. ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1411هـ - 1991م.
8. ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، القاهرة، مكتبة دار البيان.

9. ابن ماجه، السنن، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، (د.ت).
10. البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى 1422هـ.
11. البيهقي، السنن الكبرى، المحقق: محمد عبد القادر عطا، بيروت - لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثالثة، 1424هـ.
12. الترمذي، الجامع الكبير - سنن الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، بيروت، دار الغرب الإسلامي، سنة النشر: 1998م.
13. حمادي ذويب، «من مواقف المستشرق شاخت من الفقه والأصول والتلقي النقدي لها»، نشر في ملف بحثي بعنوان «الإسلام في الغرب»، إشراف: بسام الجمل، تنسيق: أنس الطريقي، وعلى «موقع مؤمنون بلا حدود»، بتاريخ: 2017/03/31م.
14. الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت، دار الفكر، الطبعة: ط أخيرة - 1404هـ.
15. السرخسي، المبسوط، بيروت، دار المعرفة، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: 1414هـ.
16. الشافعي، الأم، بيروت، دار المعرفة، الطبعة: بدون طبعة، سنة النشر: 1410هـ.
17. الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1405هـ.
18. الطرابلسي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، بيروت، دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
19. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، بيروت، دار الكاتب العربي، (د.ت).
20. عكرمة سعيد صبري، «الإثبات بالقرائن والأمارات»، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، (د.ت).
21. الماوردي، الأحكام السلطانية، القاهرة، دار الحديث، (د.ت).
22. مسلم بن الحجاج، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، العربي - بيروت، دار إحياء التراث، (د.ت).
23. النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، بيروت - دمشق - عمان، المكتب الإسلامي، الطبعة: الثالثة، 1412هـ.

24. النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، بيروت، دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية، 1392.

25. وائل حلاق، ماهي الشريعة؟ ترجمة: طاهرة عامر، وطارق عثمان، بيروت، مركز نماء للبحوث والدراسات، الطبعة الأولى: 2016م.

## المراجع الأجنبية:

1. Baber Johansen: The Islamic Law on Land Tax and Rent: The Peasants' Loss of Property Rights as Interpreted in the Hanafi Legal Literature of the Mamluk and the Ottoman Periods (London et al Croom Helm, 1988).
2. Baber Johansen: The valorization of the Human Body in Muslim Sunni Law. "rinceton papers in Near Eastern Studies 4 (1996) pp: 71- 112.
3. Baber Johansen: Contingency in a Sacred Law: Legal and Ethical Norms in the Muslim Fiqh (Leiden: Brill, 1999).
4. Baber Johansen: The Relationship Between the Constitution, the Shari 'a and the Fiqh: The Jurisprudence of Egypt's Supreme Constitutional Court. EHESS-CENJ, Paris. Max-Planck-Institut Fur ausländisches offentliges Recht und Volkerrecht, 2004.
5. Baber Johansen: Apostasy as Objective Depersonalized Fact: Two Recent Egyptian court judgement. Source: Social Research, Vol. 70, No. 3, Islam: The public and Private Spheres (fall 2003), pp. 687- 710. Published by: The New School.
6. Baber Johansen: Signs as Evidence: The Doctrine of Ibn Taymiyya (1263-1328) and Ibn Qayyim Al- jawziyya (D. 1351) on Proof. (EHESS, Paris) Koninklijke Brill NV, Leiden 2002.

## المواقع الإلكترونية:

1. HDS: Baber Johansen, Professor of Islamic Religious Studies: <http://hds.harvard.edu/people/baber-johansen>.
2. Wikipedia, Baber Johansen: [https://de.wikipedia.org/wiki/Baber\\_Johansen](https://de.wikipedia.org/wiki/Baber_Johansen)

## Arabic reference

1. Al-Qur'ān al-Karīm bi-riwāyat Ḥafṣ.
2. Ibn al-Barādhī, Khalaf ibn Abī al-Qāsīm Muḥammad, al-Azdī al-Qayrawānī, al-Tahdhīb fi ikhtīṣār al-Mudawwanah, Ed : Muḥammad al-Amīn Wuld Muḥammad Sālīm ibn al-Shaykh, Dubayy, Dār al-Buḥūth lil-Dirāsāt al-Islāmīyah wa-lḥyā' al-Turāth, St1, 1423.
3. Ibn Juzayy, al-qawānīn al-fiqhīyah. bi-dūn Ṭab'ah, (D. t).
4. Ibn Ḥajar, Faḥ al-Bārī sharḥ Ṣaḥīḥ al-Bukhārī, Bayrūt, Dār al-Ma'rifah, 1379h, raqm katabahu wa-abwābuh wa-aḥādīthahu : Muḥammad Fu'ād 'Abd al-Bāqī, Ed: Muḥibb al-Dīn al-Khaṭīb, 'alayhi ta'liqāt al-'allāmah : 'Abd al-'Azīz ibn 'Abd Allāh ibn Bāz.
5. Ibn 'Abd al-Barr, al-Istī'āb fi ma'rifat al-aṣḥāb, Ed: 'Alī Muḥammad al-Bajāwī, Bayrūt, Dār al-Jīl, St1, 1412.
6. Ibn al-'Arabī, Aḥkām al-Qur'ān, rāja'a uṣūlahu wa-kharraja aḥādīthahu w'Ilāq 'alayhi : Muḥammad 'Abd al-Qādir 'Aṭā, Bayrūt – Lubnān, Dār al-Kutub al-'Ilmīyah, St3, 1424h.
7. Ibn Qayyim al-Jawzīyah, I'lām al-muwaqqi'in 'an Rabb al-'ālamīn, Ed: Muḥammad 'Abd al-Salām Ibrāhīm, Bayrūt, Dār al-Kutub al-'Ilmīyah, St1, 1411.
8. Ibn Qayyim al-Jawzīyah, al-ṭuruq al-Ḥikmīyah, al-Qāhirah, Maktabat Dār al-Bayān.
9. Ibn Mājah, al-sunan, taḥqīq : Muḥammad Fu'ād 'Abd al-Bāqī, Dār lḥyā' al-Kutub al-'Arabīyah, (D. t).
10. al-Bukhārī, al-Jāmi' al-Musnad al-ṣaḥīḥ al-Mukhtaṣar min umūr Rasūl Allāh ﷺ wsnnh wa-ayyāmuh, Ed: Muḥammad Zuhayr ibn Nāṣir al-Nāṣir, Dār Ṭawq al-najāh, St1 1422.
11. Al-Bayhaqī, al-sunan al-Kubrā, Ed: Muḥammad 'Abd al-Qādir 'Aṭā, Bayrūt – Lubnān, Dār al-Kutub al-'Ilmīyah, St3, 1424.
12. al-Tirmidhī, al-Jāmi' al-kabīr-Sunan al-Tirmidhī, Ed: Bashshār 'Awwād Ma'rūf, Bayrūt, Dār al-Gharb al-Islāmī, sanat al-Nashr : 1998.
13. • Ḥammādī Dhuwayb, "min Mawāqif al-mustashriq shākht min al-fiqh wa-al-uṣūl

- wa-al-talaqqī al-naqdī la-hā”, Nashr fi Milaff baḥthī bi-‘unwān “al-Islām fi al-Gharb”, ishrāf : Bassām al-Jamal, tansīq : Anas al-Ṭurayqī, wa-‘alā “Mawqī‘ Mu‘minūn bi-lā ḥudūd”, bi-tārīkh : 31/03/2017.
14. Al-Ramlī, Shams al-Dīn Muḥammad ibn Abī al-‘Abbās Aḥmad ibn Ḥamzah Shihāb al-Dīn, nihāyat al-muḥtāj ilā sharḥ al-Minhāj, Bayrūt, Dār al-Fikr, al-Ṭab‘ah : Ṭakhīrah-1404.
  15. Al-Sarakhsī, al-Mabsūṭ, Bayrūt, Dār al-Ma‘rifah, al-Ṭab‘ah : bi-dūn Ṭab‘ah, Tārīkh al-Nashr : 1414.
  16. Al-Shāfi‘ī, al-umm, Bayrūt, Dār al-Ma‘rifah, al-Ṭab‘ah : bi-dūn Ṭab‘ah, sanat al-Nashr : 1410.
  17. Al-Shawkānī, al-Sayl al-jirār almtdfq ‘alā Ḥadā’iq al-azhār, Ed: Maḥmūd Ibrāhīm Zāyid, Bayrūt, Dār al-Kutub al-‘Ilmiyah, St1, 1405.
  18. Al-Ṭarābulusī, Mu‘īn al-ḥukkām fimā yataraddadu bayna al-khiṣmayn min al-aḥkām, Bayrūt, Dār al-Fikr, al-Ṭab‘ah : bi-dūn Ṭab‘ah wa-bi-dūn Tārīkh.
  19. ‘Abd al-Qādir ‘Awdah, al-tashrī‘ al-jinā’ī al-Islāmī muqāranan bi-al-qānūn al-waḍ‘ī, Bayrūt, Dār al-Kātib al-‘Arabī, (D. t).
  20. ‘Ikrimah Sa‘īd Ṣabrī, “al-ithbāt bi-al-qarā’in wāl’mārāt”, Majallat Majma‘ al-fiqh al-Islāmī al-tābi‘ li-Munazzamat al-Mu’tamar al-Islāmī bi-Jiddah, (D. t).
  21. Al-Māwardī, al-aḥkām al-sultānīyah, al-Qāhirah, Dār al-ḥadīth, (D. t).
  22. Muslim ibn al-Ḥajjāj, al-Musnad al-ṣaḥīḥ al-Mukhtaṣar bi-naql al-‘Adl ‘an al-‘Adl ilā Rasūl Allāh ﷺ, Ed: Muḥammad Fu‘ād ‘Abd al-Bāqī, al-‘Arabī – Bayrūt, Dār Iḥyā’ al-Turāth, (D. t).
  23. Al-Nawawī, Rawḍat al-ṭalībīn wa-‘umdat al-muftīn, Ed: Zuhayr al-Shāwish, byrwt-dmshq-‘Ammān, al-Maktab al-Islāmī, St2, 1412.
  24. Al-Nawawī, al-Minhāj sharḥ Ṣaḥīḥ Muslim ibn al-Ḥajjāj, Bayrūt, Dār Iḥyā’ al-Turāth al-‘Arabī, St2, 1392.
  25. Wā’il Ḥallāq, mā hiya al-sharī‘ah? Ed: Ṭāhirah ‘Āmir, wa-Ṭāriq ‘Uthmān, Bayrūt, Markaz Namā’ lil-Buḥūth wa-al-Dirāsāt, St2: 2016.