

حق الدفاع أمام القضاء في تاريخ الحضارة الإسلامية

The right to defend in the courts of justice In The History of Islamic Civilization

إبراهيم بودوخة*، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد لمين دباغين - سطيف 2 -

ibrahimboudoukha@yahoo.fr

تاريخ إرسال المقال: 2022/02/05 تاريخ قبول المقال: 2022/04/26 تاريخ نشر المقال: 2022/05/12

الملخص :

يعتبر حق الدفاع ؛ شرعا وقضاءً ؛ ركيزة أساسية لقيام القضاء العادل، وهو يتقوّم بمفاهيم معرفية دقيقة مستخلصة من نصوص شرعية وفقهية ، كانت مطبقة في المحاكم طيلة تاريخ الحضارة الإسلامية في نماذج مبهرة ، والهدف المتوخى : تحقيق المفهوم وتمحيص النصوص ؛ المفضيان إلى استخلاص القواعد العامة لحق الدفاع وتفرعاتها ، والإجابة عن إشكالية : مدى ما في الحضارة الإسلامية ؛ تشريعا وقضاء ، ما يدعو بفعالية إلى ضمان حقوق الدفاع على مستوى النزاع القضائي .

ومن نتائج البحث : أن النصوص الشرعية بينت بوضوح : عدم جواز الاعتداد بالإجراء الباطل ؛ أخذا بمبدأ مشروعية الإجراءات ، وأنها تؤكد على حق الدفاع ؛ قضاء ، تأكيدا : إلزاميا وجوبيا ، وأن التطبيقات التاريخية بشأن حق الدفاع ؛ قضاء : زاخرة في الحضارة الإسلامية ، وأن لحق الدفاع مفهومين : واسع ، وضيق ؛ وهما متكاملان ، وأن حق الدفاع ؛ محوط بأخلاقيات واجبة الضبط والتتفيذ على جميع الأطراف .

الكلمات المفتاحية : حق - الدفاع - الوكالة بالخصومة - المحاماة - الحضارة الإسلامية .

Abstract:

The right of defense is considered; In Islamic Sharia and the judiciary as a fundamental pillar of justice, which is a precise knowledge concepts from legitimate texts, which were applied in the courts throughout the history of Islamic civilization in spicy models, and aimed at this research to extract the general rules of defense and its divisions, and answer the problem: What in Islamic civilization; In legislation and judiciary, effectively to ensure defense rights at the level of judicial conflicts.

One of the results of this research: that legitimate texts clearly stated: not admission to false action; Through the legality of the procedures, and they emphasize the right to defend the judiciary as mandatory and emphasis, and that historical applications on the right to defense in many Islamic justice in Islamic civilization, And that there is a broad concept of defense right and a narrow concept, including two integrated,

And that the right of defense must be characterized by ethics that must be seized and implemented on all parties.

Key words : right- defense - lawyers - Islamic civilization

مقدمة :

إن العدل صبغة الله في الملة ، ومركز قوام الأمة ، كما هو أساس الملك ، وقاعدة الدولة ؛ وإذا كان - من حيث المفهوم والمحمول - يتجلى في أكثر من قضية بأبعادها المعرفية ، فهو من حيث التصديق والفعل ؛ يحتاج إلى الإمكانيات والآليات والإجراءات لتحقيق تجليات مفاهيمه الحق في الواقع والملموس .

ويُعد الحق في الدفاع؛ قضاء : من أهم جوانب ذلك التصديق والتمثل .

وعلى الرغم من ذلك ؛ فإنه لم ينل من البحث والتقصي ما يكفي - شرعا ، وكذا قانونا - بحيث يصل إلى درجة من التكامل في نظرية وحدوية قائمة بذاتها .

ولقد كفلت الشريعة الإسلامية تلك الحقوق سواء كانت المحاكمة في الأمور المدنية أم الإدارية أم الجزائية أم أي نزاع مهما كان ؛ وظهرت تطبيقاتها التي بلغت - بمعيار زمانها - من المثالية والعلو مبلغا عظيما؛ بحيث عُدَّ ذلك سبقا تشريعيا وتطبيقيا على الإطلاق .

وهذا البحث ؛ يتناول الجوانب التشريعية الإسلامية ، وظلالها التطبيقية ؛ في النهضة بحقوق الدفاع والارتقاء بمبادئها الإنسانية القائمة على تحقيق : الحق والعدل وضمان المحاكمة العادلة ، يحاول أن يخطو الخطوة الأولى من مسيرة الآلاف منها؛ بالغوص بشأن مجال البحث في حق الدفاع في تاريخ الحضارة الإسلامية .

التعريف بموضوع البحث :

- لا يتبوأ القضاء - في أحكامه وقراراته - معاهد العدالة ؛ إلا بضمانه التام لحق الدفاع في إجراءات المحاكمة .

- وهذا البحث ؛ يرنو إلى الإثبات التاريخي لما هو مقرر نصا فيما يتعلق بوجود ضمانات حقيقية لحقوق الدفاع في المنظومة القضائية ، التي كانت مرجعيتها الأولى متمثلة في الشريعة الإسلامية ؛ عبر مراحل الحضارة الإسلامية .

أهمية الموضوع :

- يعتبر حق الدفاع من أهم الوسائل على الإطلاق لتحقيق المساواة والعدالة ..
- ضرورة التعرف على مآثر الحضارة الإسلامية في الجوانب القضائية ، وصلتها بحقوق المتقاضين .
- الاطلاع على النصوص الشرعية التي قررت القواعد العامة لحقوق الدفاع .
- فهم الخطاب الفقهي الذي هو مرآة اجتهاد الفقهاء وهم يشرحون النصوص من جهة ، وقيمون معانيها واقعا ملموسا من جهة أخرى .

- التأكيد على أن المراجع التراثية في الجوانب القضائية ؛ تزخر بكنوز لا حصر لها فيما يتعلق بحق الدفاع .

أهداف البحث :

- الاطلاع على الأصول التشريعية العامة من نصوص القرآن والسنة، وآفاق الاستنباط الأصولي الناظم لحق الدفاع في القضاء .

- فحص مدى توفر التراث الإسلامي الفقهي الاجتهادي على مسألة حق الدفاع في النظام القضائي .

- البحث عن المفاهيم وكذا الإجراءات الحقوقية الشرعية المتعلقة بحق الدفاع ، ومحاولة إبرازها .

الصعوبات :

- قلة المراجع والمصادر المتخصصة في حق الدفاع من الناحية الشرعية ؛ وإن كانت متوفرة من الناحية القانونية .

الدراسات السابقة :

- لم نظفر _ في حدود الاطلاع الذاتي _ بدراسة قائمة متخصصة في حق الدفاع في القضاء الإسلامي ؛ بالمفهوم الحقوقي المتداول ، وإن كانت هناك مراجع كثيرة في نظرية الدفاع الشرعي أو ما يسمى شرعا بدفع الصائل ؛ والبون في الدلالة بينهما يدركه أدنى من له شيء من النظر الفقهي .

الإشكالية :

على إثر الفحص والتدقيق في ماثرات البحث ، ومكان ما تدعو إليه مسائله وتدفع نحوه ؛ تم ضبط إشكالياته الجزئية المتفرعة عن إشكاليته الرئيسة ، المتمثلة فيما يأتي :

- هل في الحضارة الإسلامية ؛ تشريعاً وقضاء ، ما يدعو - على نحو فعال - إلى حفظ وضمان حقوق الدفاع ، أم لا ؟

ومن ثم تولدت الإشكاليات الجزئية متناثرة بالتساوق على جميع جوانب موضوع هذا البحث؛ متمثلة فيما يأتي :

- ما هو مفهوم حق الدفاع في التراث الحضاري الإسلامي ، وما هو مصدر هذا الحق ؟

- هل النصوص الشرعية تطرقت للحديث عن هذا الحق أم لا ؟

- وأين هي التطبيقات التاريخية لممارسة حق الدفاع ؟

- وهل لحق الدفاع أنواع وتقسيمات ؛ وما هي ؟

المنهجية :

تم الاعتماد في هذا البحث على المناهج العلمية الآتية : المنهج الوصفي ، والمنهج التحليلي ، والمنهج التاريخي .

وأما أدوات البحث ؛ فتم استعمال التالية منها ؛ وهي : الاستقراء ، والقياس ، والمقارنة ، والمقاربة .

محاور البحث :

المبحث الأول : مفهوم حق الدفاع في التراث الحضاري الإسلامي .

المبحث الثاني : مشروعية حق الدفاع ، وجوانب من التطبيقات التاريخية لمفهومه

المبحث الثالث : أنواع حق الدفاع

المبحث الأول : مفهوم حقوق الدفاع في التراث الحضاري الإسلامي

المطلب الأول : مفهوم حق الدفاع في اللسان العربي

إن مصطلح حقوق الدفاع ، مكون من كلمتين اثنتين ؛ الأولى : حقوق جمع حق ، والثانية : الدفاع مصدر دفع .

والحق معناه في اللغة العربية : الثبات، والوجوب، والعدل، واليقين، وهو ضد الباطل¹. وهو اسم من أسماء الله تعالى.

قال تعالى : (إن هذا لهو حق اليقين) [الواقعة : 95] .

أي : اليقين الثابت الذي لا يداخله شك².

وقال تعالى : (يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق) [ص : 26] . أي : بالعدل³.

وأما معنى الدفاع لغة ؛ فهو : الإزالة بقوة ما⁴ ، تقول : دافع عنه مدافعة ودفاعا إذا حامى عنه وانتصر له .. ومنه : الدفاع في القضاء، ودفع عنه الأذى: أبعدته ونحاه⁵.

وقد قال الإمام الزمخشري : إن الدفاع ؛ يحمل معنى : الرد⁶.

هذا عن المعنى اللغوي بإيجاز .

المطلب الثاني : دلالة الحق في التصور الحضاري الإسلامي

إن مصطلح حق الدفاع لا يخرج عن الفكرة الشرعية العامة لمعنى الحق وأنواعه .

فالحق في التصور الحضاري الإسلامي⁷ منشأه : الحكم الشرعي ، وليس العكس ، وهو ممنوح من الشرع لحكمة ومقصد يتمثل عموما في : جلب المصالح ودرء المفاسد ، وهو مقيد بهذا القصد ؛ لا ينبغي أن يتعداه ، فهو ليس بغاية في حد ذاته ؛ بل هو وسيلة إلى مصلحة شرع الحق من أجلها .

والدولة في الحق كالفرد ؛ كلاهما يتلقى الحق من الشرع الحكيم الذي وضعه الله سبحانه وتعالى ، فالفرد عبد لله وحده ، وهو كائن ، حي ، حر ، مستقل ومسئول ؛ وليس هو عبد للدولة ولا لأي شخص آخر طبيعيا كان أم معنويا أم افتراضيا أم غير ذلك ، والشرع هو الذي منح الفرد كيانا مستقلا ، وشخصية ذاتية في الجماعة والدولة ، وليس هو مجرد عنصر تكويني أو آلة اجتماعية .. هذا الشرع هو كذلك الذي منح للدولة حق الطاعة على الرعية في حدود رعايتها هي لأحكام الله تعالى .

قال تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ) [النساء : 59] .

وقال: (وَلَا تَزْكُتُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ وَمَا لَكُم مِّنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ أَوْلِيَاءَ ثُمَّ لَا تُنصَرُونَ) [هود : 113] .

وعليه ؛ فليس لمؤسسات الدولة أن تسلب حق الفرد تحكما وتعسفا ؛ لأنها لم تكن هي التي منحتة إياه ، بل إن وظيفتها إنما تتمثل في رعاية حق الفرد في حدود المصلحة العامة ، وتمكينه من التمتع به والدفاع عنه على وجه لا يضر بالغير .

ويرفض التصور الإسلامي فكرة استناد الحق عموما وحق الدفاع خصوصا إلى فكرة القانون الطبيعي⁸ التي ابتكرها الغرب تخلصا من هيمنة القانون الكنسي ، فإنه تقرر شرعا أن لا منافاة بين القوانين الكونية التي أبدعها الله في الخليقة (وهو المصطلح المرادف للطبيعة حسب مقتضيات الشرع) وبين القوانين الشرعية ، فالذي خلق قوانين الأكوان هو الذي أنزل قوانين القرآن ، تم ذلك بوضوح وشفافية تامة ، وأين هذا من تصور الأوهام المتضاربة الناشئة في محاولة استجلاء عطاء القانون الطبيعي !

ومن تلك الأوهام ؛ الإقرار من فلاسفة القانون أنفسهم بأن القانون الطبيعي محتواه متغير ، نظرا لكون طبيعة الإنسان نفسها تتغير وتتغير بتغير المكان والزمان والإنسان ذاته ، ومن ثم أكد الفقيه جستنجان أن القانون الطبيعي لا يمثل ما هو مشترك بين الإنسانية جمعاء .. بمعنى : أنه لا يمثل قانونا خالدا أزليا قابلا للانطباق في كل مكان وزمان ، وإنما قانونا يبحث عن الانطباق في المستقبل لا غير ، ولا يمثل ما هو كائن بل ما يجب أن يكون على اعتبار أن القانون الطبيعي لا يستخلص من طبيعة الإنسان الصرفة بل من طبيعته المفترضة ، وبناء على ذلك ؛ فإنه يصعب القول بارتباط حق الدفاع بالحقوق الطبيعية تأسيسا على خاصية الخلود وعدم قابلية التغير ؛ ذلك أن أنصار القانون الطبيعي أنفسهم اختلفوا حول تلك الخاصية ، بل إن المحدثين منهم قد عمدوا إلى إنكارها ونفيها⁹ .

المطلب الثالث : مفهوم حق الدفاع اصطلاحا

ومن خلال هذا الأساس الشرعي العام ؛ فإن الحق في الدفاع يحمل معنى كونه : مجموعة من الوسائل الدفاعية التي يقدمها الخصوم لتأييد وجهة نظرهم في الخصومة القضائية¹⁰ ، وسواء كانت هذه الوسائل واقعية قد قررها الواقع ، أم شرعية نص عليها الشرع ، أو نظمها القانون في حدود الاجتهاد الشرعي . ومن ثمة¹¹ : فإن الدفاع يتضمن كل الوسائل المشروعة التي يرد بها المدعى عليه على المدعي في الدعوى ؛ كالطلبات العارضة والوسائل الدفاعية الأخرى كالدفع الموضوعية ، والإجرائية ، والدفع بعدم القبول .

كما ينصرف مدلول حق الدفاع إلى : " تخويل المتهم مكنة عرض حقيقة ما يراه بشأن حقيقة الواقعة المسندة إليه على قاضيه الطبيعي ، ويستوي في هذا الصدد ؛ أن يكون منكرا اقترافه للواقعة المسندة إليه ، أو معترفا بها ، فالمتهم وإن كان يستهدف من وراء إنكاره الوصول إلى تأكيد براءته ؛ فقد يكون اعترافه مبرزا ما أحاط

به من ظروف وملابسات، والتي قد يكون من بينها : ما يدل على أنه كان في حالة دفاع شرعي ، أو ما يبين الظروف المعفية من العقاب أو المخففة له " ¹² .

وسواء كان هذا الدفاع المكفول من الخصوم أنفسهم أم ممن يمثلهم كالوكلاء بالخصومة ، وهم المحامون في الاصطلاح الحديث .

إن حق الدفاع القضائي يعد حقاً شخصياً إجرائياً ؛ حيث إنه يهدف إلى إشباع حاجة الأفراد إلى الحماية القضائية، إذ هو : وسيلة أساسية للأفراد لرد عدوان الغير عليهم وعلى حقوقهم ؛ عبر عدد من الضمانات القضائية ، لذلك فهو يحمي مصلحة الأفراد الشخصية ، غير أن الأفراد يتمتعون بحرية كبيرة في تقدير طلب الحماية واختيار الوسائل التي تحقق ذلك من عدمه ، ولما كان ذلك كذلك ؛ فإن حق الدفاع أمام القضاء يغدو من الحقوق الشخصية ، ولا يعد من الرخص والحريات التي يشترك فيها الناس جميعاً على قدم المساواة ، وذلك لأن ما يوفره حق الدفاع من امتيازات إنما تكون في مواجهة أشخاص آخرين يلتزمون باحترام هذه المكّنات ، فالحق في الدعوى مثلاً ؛ يقابله واجب القاضي في الاستماع إلى الادعاء، كما أنه ينشئ حقاً للخصم في مناقشة الأساس الذي قامت عليه الدعوى ؛ مستخدماً في ذلك كل الوسائل المشروعة للرد على الادعاء الموجه ضده ، كما أن حق الشخص في الاستماع إلى وجهة نظره ؛ يقابله واجب القاضي في عدم القضاء بعلمه ، ولذا لا يقضي القاضي إلا بعد تمكين الخصم من إبداء وجهة نظره.

والنتيجة الحتمية لذلك ؛ نراها في أن حق الدفاع يعد حقاً بالمعنى الفني الدقيق ، وذلك لأن له طرفاً إيجابياً ، وطرفاً سلبياً ؛ أما الطرف الإيجابي فهو صاحب الحق ، وأما الطرف السلبي فهو من عليه احترام هذا الحق ¹³ .

وإذا تأكد أن **حق الدفاع** ؛ حق شخصي يتمتع به المتهم ، فإن **حرية الدفاع** تعني : الأسلوب الذي يتخذه المتهم في الدفاع عن نفسه ، ويختاره المدافع في حدود ما يباح لكل منهما في مجلس القضاء ، فحق الدفاع ينشأ من اللحظة التي يواجه فيها الشخص بالاتهام ، أما **عن طبيعة حق الدفاع** ؛ فهو حق شخصي ، ولا يعني ذلك أنه حق خاص بالمتهم وحده له أن يمارسه أو أن يتركه ، فهو كذلك من حق المجتمع في أن لا يعاقب إلا الجاني حتى لا يتحمل المجتمع ضررين : عقوبة بريء ، وبراءة مجرم ، الأمر الذي دفع معظم التشريعات إلى النص على ضرورة حضور المحامي مع المتهم في مرحلة المحاكمة أو في مرحلة التحقيق في الجرائم الخطيرة ¹⁴ .

ولحق الدفاع في الخصومة الجزائية خطورة لا تضاهيها الأنواع الأخرى من الخصومات ؛ إذ قد يفضي الحكم فيها إلى الإعدام أو سلب الحرية لمدة طويلة، ومن ثم وجب الاجتهاد الحريص لوضع الترتيبات الصارمة لحماية هذا الحق من اعتداء أو تجاوز من أي كان أثناء المحاكمة أو قبلها أو بعدها ¹⁵ .

المبحث الثاني : مشروعية حق الدفاع ، وجوانب من التطبيقات التاريخية لمفهومه**المطلب الأول : النصوص الشرعية تؤكد حق الدفاع**

قد وردت نصوص شرعية كثيرة ؛ تحمل معنى حق الدفاع بأسلوب مباشر ، وبأسلوب غير مباشر ، ونذكر هنا أمثلة عن ذلك:

- جاء في القرآن العزيز قوله تعالى : (يوم تأتي كل نفس تجادل عن نفسها وتوَفَّى كلٌ لانفسٍ ما عملت وهم لا يُظلمون) [النحل:111].

وقد اعتبر الشيخ الطاهر بن عاشور في تفسيره لهذه الآية؛ أن عبارة : تجادل ؛ الواردة فيها ، تعني : الدفاع بالقول للتخلص من تبعة فعل، وتقدم عند قوله تعالى : (ولا تجادل عن الذين يختانون أنفسهم) في سورة النساء ، والمعنى : أنه يأتي كل أحد يدافع عن ذاته ، أي : يدافع بأقواله ليدفع تبعات أفعاله¹⁶.

وبديهي أن اعتماد هذه الآية ؛ هو من باب تبيان قيمة الدفاع ، ذلك على الرغم من عدم إمكانية المقارنة بين الإجراءات الدنيوية وتلك المتبعة في الآخرة؛ إلا أن ذلك لا يمنع من التأكيد على الربط شبه الآلي في هذه الآية بين الدفاع وعدالة الحكم ، كما أنه وعمل الرغم من ورود عديد الآيات التي تؤكد أن وسائل الإثبات المعتمدة في الآخرة دامغة لا يمكن مخالفتها ؛ ضرورة أن كل الأفعال التي يأتيها الإنسان مكتوبة (انظر مثلا : الآية 49 من سورة الكهف) ، وأن الشهود فيها هي : الأيدي والأرجل واللسان (انظر مثلا : الآية 24 من سورة النور) ، فإن ذلك لم يمنع من تخويل الإنسان الدفاع عن نفسه قبل صدور القرار أو الحكم في شأنه ، كما يجب التأكيد أن اعتماد عبارة " المجادلة " ، كان للتدليل على الدفاع في هذه الآية ؛ خاص ، على اعتبار أن ذات العبارة قد وردت بمعنى النقاش في سورة المجادلة¹⁷ .

- جاء في الحديث الشريف قوله صلى الله عليه وسلم : (من ابتلي بالقضاء بين المسلمين ؛ فليعدل بينهم في : لحظه، وإشارته، ومقعده ، ومجلسه ، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين ما لا يرفع عن الآخر)¹⁸ .

قال الإمام السرخسي : إن رفع الصوت في الكلام فوق ما يحتاج إليه القاضي هو : منهي عنه ؛ لأنه يكسر قلب الخصم به ، ويمنعه من إقامة حجته ، ويشتهبه على القاضي بسببه طريق الإصابة ، وربما لا يفهم كلام أحد الخصمين عند ذلك ، والتنكر للخصوم ؛ هو : أن يقطب وجهه إذا تقدم إليه أحدهما ؛ فإن فعل ذلك مع أحدهما فهو جَوْر منه ، وإن فعله معهما ؛ ربما عجز المحق عن إظهار حقه ، وقد انصرف وترك حقه¹⁹ .

- ولما بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم علي بن أبي طالب رضي الله عنه قاضيا إلى اليمن ؛ قال له : (إن الله سيهدي قلبك ، ويثبت لسانك ؛ فإذا قعد الخصمان بين يديك ؛ فلا تقضي حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء)²⁰.

ولا يخفى ما يدل عليه هذان الحديثان الشريفان من تحقيق مبدأ المساواة بين الأطراف ، وتحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم بكل صوره وأشكاله التي لم يصل إلى تحقيقها حتى الآن أرقى النظم الوضعية في

العالم ؛ حيث لم يوجد نص في أي قانون من القوانين الوضعية - على حد علمنا - ينظم مبدأ المساواة حتى في لغة الإشارة والنظر وارتفاع الصوت وانخفاضه بين أطراف النزاع ؛ اللهم إلا شريعة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم التي جاءت لتثبيت أركان العدل في الأرض²¹ .

• وقد جاء في الحديث الآخر ؛ ما يفيد التأكيد على التحذير من الانحراف وسوء استعمال حق الدفاع، يقول عليه الصلاة والسلام : (لو يعطى الناس بدعواهم ؛ لادعى رجالٌ : أموال قوم ودماءهم ، ولكن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)²² .

وهذا الحديث يدل على أنه لا يجوز قبول ادعاء أي كان بلا بينة ، وأساس ذلك : أنه إذا ترك الناس أحراراً فيما يدعون من دون بينة؛ فسيترتب عليه من المفاسد ما لا يخفى ، حيث سيستطيع كل إنسان أن يسيئ استخدام حقه في الادعاء؛ ليشوه بذلك شرف وسمعة من يريد من الناس ، وسيؤدي ذلك حتماً إلى الانحراف بحق الدفاع عن غايته السامية ، ولذلك : حذر الرسول صلى الله عليه وسلم من الانحراف بحق الدفاع والتعسف في استعماله ؛ حيث قال - كما في رواية ابن عمر رضي الله عنهما - : (من خاصم في باطل وهو يعلم ؛ لم يزل في سخط الله حتى ينزع) ، وفي لفظ آخر : (من أعان على خصومة بظلم ؛ فقد باء بغضب من الله)²³ . وفي رواية أوس بن شرحبيل أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : (من مشى مع ظالم ؛ ليعينه وهو يعلم أنه ظالم ، فقد خرج من الإسلام)²⁴ .

وهذا يؤكد²⁵ : أن الإسلام ما أقر مبدأ حق الدفاع إلا لغاية ؛ هي من أشرف الغايات وأنبهها ، وهي : إقامة العدل ورفع الظلم عن المظلومين ، وهذه الغاية تقتضي من الخصم في أية خصومة أو وكيله أن يعمل في إطار الهدف ، فإذا عمل عكس ذلك فإنه يكون قد صادر على المطلوب من غاية حق الدفاع ومقاصده الشرعية .

• وهذا ما أكدته رسول الإنسانية محمد صلى الله عليه وسلم ؛ حيث قال : (إنكم تختصمون إليّ ، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض ، وإنما أقضي بينكم على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً ؛ فلا يأخذه ، فإنما أقطع له من النار)²⁶ .

المطلب الثاني : بعض التطبيقات التاريخية لمفهوم حق الدفاع

امتألت عصور الحضارة الإسلامية بتطبيقات لا حصر لها لصور المحاكمة العادلة ومبادئها .. ولقد شهد على ذلك : آدم مترز أستاذ التاريخ بجامعة سويسرا في كتابه " الحضارة الإسلامية في القرن الرابع الهجري " ، فإنه ذكر أنه خلال ثلاثة قرون كاملة لم يحدث أن تدخلت السلطة التنفيذية للانحراف بالسلطة القضائية إلا حادثتين فقط²⁷ وقد رفضهما القضاء ، ولا عجب في هذا ؛ فقد أرسيت دعائم حق الدفاع ضمن ضمان الحق في المحاكمة العادلة انطلاقاً من آيات القرآن وأحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم وسيرته .

وهذا عمر بن الخطاب في خلافته ، يبعث إلى قاضيه أبي موسى الأشعري برسالته المشهورة في القضاء والتي ترجمت إلى العديد من لغات العالم²⁸ ، يقول فيها :

(أما بعد ؛ فإن القضاء فريضة محكمة ، وسنة متبعة ، فافهم إذا أدلي إليك ، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ..) .

حتى قال له : (وإياك والقلق ، والضجر ، والتأذي بالناس ، والتكر للخصم في مجالس القضاء ..)²⁹ . وأوصى قاضيه معاوية بن أبي سفيان بمجموع وصايا من بينها : تقديم المسافرين أو الغريب عن وطنه إذا كثرت القضايا والمتقاضون ؛ بقوله :

(وتعاهد الغريب ؛ فإنك إن لم تعاهده : ترك حقه ، ورجع إلى أهله ، فربما ضيع حقه من لم يرفع به رأسه)³⁰ .

وروى البيهقي في سننه³¹ : عن الشعبي قال : كانت بين عمر وأبي بن كعب خصومة في شيء ؛ فقال عمر : اجعل بيني وبينك رجلا (أي : قاضيا) ، فجعل بينهما زيد بن ثابت ، قال : فأتياه فقال عمر : أتيانك لتحكم بيننا ، فخرج زيد ، وقال : هلا بعثت إلي يا أمير المؤمنين ؟ فقال عمر : في بيته يؤتى الحكم ، فلما دخلا عليه ؛ أجلس زيدَ عمرَ معه على صدر فراشه ، فقال عمر : هذا أول جور جرت في حكمك ، أجلسني وخصمي مجلسا واحدا ، قال : فقص عليه القصة ، فقال زيد لأبي : اليمين على أمير المؤمنين ؛ فإن شئت أعفيتها ! فقال عمر : يمين لزممتني ، وأقسم عمر على ذلك) .

إن احترام حق الدفاع كان مطبقا في خصومات القضاء ؛ مهما بلغت رتبة أحد الأطراف ولو كان رئيسا للدولة ، وينبغي أن يكون الطرفان أمام القضاء على درجة واحدة من المساواة ، ويحكم القضاء بأدلة الإثبات ولو في غير صالح رئيس الدولة .

وروى الشعبي أيضا : (أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب أخذ فرسا على سوم . أي : على ثمن متفق عليه ؛ فحمل عليه رجلا ليشوره - أي : يختبره - فعطب الفرس ، فقال البائع : بيني وبينك شريح ؛ فأتياه ، فقال شريح بعد سماعه لهما : يا أمير المؤمنين ؛ أخذته صحيحا على سوم ، فعليك أن ترده سليما كما أخذته)³² .

ولك أن تتصور هذه الحوادث ، وقد كان الجميع يخشون عمر ويهابونه ؛ سواء كانوا من الإنس أم الجن ، ولم يمنعه ذلك من الانقياد للحق إذا كان عليه مهما كانت وطأته .

ومن حقوق الدفاع التي كانت بديهية في العصر الأول للأمة : عدم الاعتداد بالإجراء الباطل ؛ ضمانا لمبدأ مشروعية الإجراء ..

فقد جاء أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يمشي بالمدينة ليلا فسمع صوت رجل سكير في بيت يتغنى ؛ فتصور عليه عمر ؛ فقال له : يا عدو الله ؛ أظننت أن الله يسترك وأنت في معصية ، فقال : وأنت يا أمير المؤمنين لا تعجل علي ، إن كنت قد عصيته واحدة ؛ فقد عصيته أنت في ثلاث ، قال : (ولا تجسسوا) [الحجرات : 12] ، وقد تجسست ، وقال : (وآتوا البيوت من أبوابها) [البقرة : 189] ، وقد تسورت علي ، ودخلت علي بغير إذن ؛ والله تعالى يقول : (لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا

وتسلموا على أهلها) [النور : 27]، قال عمر : هل عندك من خير إن عفوت عنك ؟ قال : نعم ، فعفا عنه وخرج عنه وتركه³³ .. أي : عفا عنه في التعزير ، أما الحد فقد سقط بالشبهة ، وهي : الإخلال بالإجراء .

ولقد أخذ عمر بمبدأ مشروعية الإجراءات استنادا لقول النبي صلى الله عليه وسلم : (رفع عن أمتي : الخطأ ، والنسيان ، وما استكرهوا عليه) رواه البيهقي وغيره³⁴ ، فهذا الحديث يدل على عدم جواز الاعتداد بالإجراء الباطل ؛ ونص على عدم جواز الاعتداد بأي تصرف يجيء نتيجة إكراه مادي أو معنوي، ولقد سار عمر بن الخطاب على هذا النهج ، ولقد أثر عنه أنه كان يقول : (ليس الرجل بأمين على نفسه ؛ إذا جوعته أو ضربته أو وثقته)³⁵ .

ولما تخاصم علي بن أبي طالب وهو خليفة مع النصراني لاتهامه بسرقة درعه ، إثر عثوره عليه وهو يبيعها في السوق بعد أن فقدوها علي مدة من الزمن، وكان القاضي هو شريح الذي طلب من علي البينة، وإلا رُفضت دعواه ، فقال علي: صدق شريح ، فقال النصراني : أما أنا فأشهد أن هذه أحكام الأنبياء، أمير المؤمنين يجيء إلى قاضيه ، وقاضيه يقضي عليه !! هي والله يا أمير المؤمنين درعك ؛ اتبعتك من الجيش وقد زلت عن جملك الأورق ، فأخذتها ، وإنني أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله .. فقال علي : أما إذا أسلمت فهي لك ، وحمله على فرس عتيق)³⁶ .

المبحث الثالث : أنواع حق الدفاع

وانطلاقا من أن حق الدفاع هو : المكنات المتاحة لكل خصم بعرض طلباته وأسانيدها ، والرد على طلبات خصمه وتقنيدها ؛ إثباتا لحق من الحقوق ، أو نفيا لتهمة ؛ بإثبات فساد دليلها ، أو بإقامة الدليل على نقيضها وهو البراءة ، وكل ذلك على نحو يمكن المحكمة من بلوغ الحقيقة وحسم النزاع المعروض عليها بعدالة تامة³⁷ .

وانطلاقا من هذا المعنى ؛ يمكن الوصول إلى أن حق الدفاع له مفهومان اثنان³⁸ ؛ أحدهما : مفهوم واسع ، والآخر : مفهوم ضيق .

فالأول يعني كافة الصور والوسائل التي تحمل معنى الحماية للمتهم ضد تعسف سلطات الاستدلال والتحقيق والمحاكمة، وكذلك الحماية لكل متقاض يلجأ للمحكمة في أي قضية شملها نزاع ما .

وأما المعنى الآخر ؛ وهو الموصوف بأنه مفهوم ضيق ؛ فيعني به : حق المتهم ، أو أي متقاض آخر ؛ في الاستعانة بمحام ليدافع عنه .

وهذا كله ؛ أقرته الشريعة الإسلامية ، وأكدته نصوص القرآن والسنة ، وسارت عليه الأمة وهي تصنع حضارتها العالمية الكبرى طيلة قرون عديدة .

وقبل بيان مشروعية هذا المعنى الثاني في التراث التشريعي الإسلامي ؛ يحسن أن نذكر نماذج من النصوص الإسلامية حول المعنى الأول .

المطلب الأول : نماذج عن المفهوم الواسع لحق الدفاع في التاريخ الحضاري الإسلامي كما تعرضه النصوص الشرعية

النموذج الأول : تحدث القرآن الكريم في قصة سيدنا داود عليه السلام عن مبدأ حق الدفاع ، وأنه منحة من الله عز وجل للإنسان ، وأن الإنسان اكتسبها بحكم مخلوقيته لله ، وبحكم إنسانيته ، وليس هذا الحق طبيعياً منحتة الطبيعة أو قواعد القانون الطبيعي كما يقال ، ولا هو منحة كذلك من طرف سلطة الدولة كائنة ما كانت .

يقول الله تعالى : (يَا دَاوُودُ 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 بِمَا نَسُوا الْحِسَابَ) [ص : 26] .

ثم يحكي القرآن الحادثة التي جرت لسيدنا داود عليه السلام : (وَهَلْ أَتَاكَ نَبَأُ الْخَصْمِ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ (21) إِذْ دَخَلُوا عَلَى دَاوُودَ فَفَزِعَ مِنْهُمْ قَالُوا لَا تَخَفْ خَصْمَانِ بَغَى بَعْضُنَا عَلَى بَعْضٍ فَاحْكُم بَيْنَنَا بِالْحَقِّ وَلَا تُشْطِطْ وَاهْدِنَا إِلَى سَوَاءِ الصِّرَاطِ (22) إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعَجَةً وَلِي نَعَجَةٌ وَاحِدَةً فَقَالَ أَكْفُلْنِيهَا وَعَزَّنِي فِي الْخِطَابِ (23) قَالَ لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعَجَتِكَ إِلَى تِعَاجِهِ وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَا هُمْ وَظَنَّ دَاوُودُ أَنَّمَا فَتَنَّاهُ فَاسْتَغْفَرَ رَبَّهُ وَخَرَّ رَاكِعًا وَأَنَابَ (24) فَغَفَرْنَا لَهُ ذَلِكَ وَإِنَّ لَهُ عِنْدَنَا لَزُلْفَى وَحُسْنَ مَآبٍ) [ص : 21 - 25] .

إنه من خلال هذه الآيات العزيزة ؛ يمكن تسجيل هذه الاستنباطات الآتية :

1 / القرآن جسد مدى الأهمية الكبرى لمبدأ احترام حق الدفاع ؛ وقد عبر عن تركه وإهماله بالفتنة .

2 / وبيان ذلك : أن أحد الأطراف ، وهو الذي لجأ إلى القضاء ، بدأ في عرض حججه وأدلته ، وتقنيد أقوال الطرف الآخر ، وهذه صورة يتجلى فيها مبدأ الحق في المرافعة .

وهو : حق الخصم في مخاطبة هيئة القضاء موضعاً وقائع القضية ، ويكون ذلك شفاهة أو كتابة³⁹ ، أوهما معا .

3 / إن نبي الله داود عليه السلام لم يمكن الخصم الآخر من حقه في الدفاع عن نفسه ، بأن يرد حجج الخصم ، ويدحض أدلته؛ فهو لم يحقق مبدأ المساواة بينهما⁴⁰ ، أو مبدأ مواجهة الخصوم⁴¹ ، وقد عبر القرآن عن ذلك بالفتنة .

يقول الشهيد سيد قطب رحمه الله تعالى⁴² : (ويبدو أنه عند هذه المرحلة اختفى عنه الرجلان ؛ فقد كانا ملكين جاءا للامتحان ! امتحان النبي الملك - والقاضي - الذي ولاه الله أمر الناس ، ليقضي بينهم بالحق والعدل ، وليتبين الحق قبل إصدار الحكم ، وقد اختارا أن يعرضا عليه القضية في صورة صارخة مثيرة - استعجالية - ، ولكن القاضي عليه أن لا يُستثار ، وعليه أن لا يتعجل ، وعليه أن لا يأخذ بظاهر قول واحد ؛ قبل أن يمنح الآخر فرصة للإدلاء بقوله وحجته ، فقد يتغير وجه المسألة كله ، أو بعضه ، وينكشف أن ذلك الظاهر كان خادعاً أو كاذباً أو ناقصاً ! .

عند هذا تنبه داود إلى أنه الابتلاء : (وظن داود أنما فتناه) ، وهنا أدركته طبيعته (إنه أواب) ؛ (فاستغفر ربه وخر راكعا وأناب) ..

النموذج الثاني : حكى القرآن العظيم قصة أخرى ، وقد أثار فيها مبدأ حق الدفاع أمام القضاء بأروع صورة ، وبأبلغ تأثير ؛ وهي في قصة سيدنا يوسف عليه السلام يقول الله تعالى :
(وَاسْتَبَقَا الْبَابَ وَقَدَّتْ قَمِيصُهُ مِنْ دُبُرٍ وَأَلْفَيَا سَيِّدَهَا لَدَى الْبَابِ قَالَتْ مَا جَزَاءُ مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوءًا إِلَّا أَنْ يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ (25) قَالَ هِيَ رَاوَدَنِّي عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقْتُ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (26) وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبْتُ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ (27) فَلَمَّا رَأَى قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ (28) يُوسُفُ أَعْرِضْ عَنْ هَذَا وَاسْتَغْفِرِي لِذَنْبِكِ إِنَّكِ كُنْتِ مِنَ الْخَاطِئِينَ (29)) [يوسف : 25 - 29] .

إنه من خلال هذه الآيات العزيرة ؛ يمكن تسجيل هذه النقاط الآتية :

- 1 / إنها تحكي عن مخاصمة بين امرأة العزيز ونبي الله يوسف عليه السلام ؛ أمام رئيس السلطة القضائية والتنفيذية في مصر ، وهو العزيز زوج المدعية ..
- 2 / تتهمه المدعية بالتحرش الجنسي ، ومحاولة التعدي على عرضها ؛ وطلبت في دعواها : توقيع عقوبة السجن أو العذاب البدني الأليم ..
- 3 / بادر سيدنا يوسف عليه السلام بعد سماعه لهذا الاتهام الخطير بالدفاع عن نفسه ولم يتوان عن ذلك ، وقدم حجته ودفاعه ، وأيد حجته بما يصدقه من قرائن الأحوال التي تشهد على الزوجة لا لها ؛ وذلك لأن لسان الحال أبلغ من لسان المقال .
- 4 / كان القضاء في هذه القضية يواجه حالة استثنائية بالغة ؛ لذا تميز بالاستعجالية والسرعة والمرونة والسرية والتنافي فقد كان القاضي قريبا من أحد الخصوم .. وهذه كلها كانت واحدة منها كافية في أن تسلب يوسف عليه السلام الحق في الدفاع ؛ فكيف إذا اجتمعت كلها عليه .. ولكن حق الدفاع هذا منحة من الله الجليل للإنسان ؛ فلم يتوان هذا النبي أبدا في التمسك به لإثبات براءته .
- 5 / طلب سيدنا يوسف عليه السلام اللجوء إلى التحكيم في هذه القضية الجنائية ؛ وهو أرقى ما تتسم به وما يصل إليه القضاء الجنائي ، وقلما يوجد في هذه الأزمنة المعاصرة .. قال تعالى : (وشهد شاهد من أهلها) ، وليس المقصود هنا الشهادة الحجة أو الإثبات الذي يكبل يد القاضي فيلزمه الحكم بفحواها ، وإنما المقصود هنا التحكيم .. لأن الشاهد هذا لم يعرض شهادته فهو لم يكن حاضرا ، ومن يستطيع الحضور آنذاك وهي قد (غلقت الأبواب) ، وقد عرض هذا الشاهد نتيجة التحكيم على القاضي لينظر فيها وليصدر الحكم النهائي في القضية المعروضة عليه .

6 / كان هذا المحكم الذي سماه القرآن (شاهدا) طفلا رضيعا لم يتكلم من قبل ، وكان من أهل زوجة القاضي ، فهي خالته أو عمته ؛ مع ملاحظة حالة السرعة والاستعجال ، وحالة الغضب التي كان عليها القاضي ؛ لأنه أدخل نفسه في الخصام كطرف متضرر .. وكل ذلك كان كافيا في أن يكون الحكم لصالح المدعية ضد المدعى عليه في قضية التحرش الجنسي والاعتداء على العرض .

7 / عرض المحكم نتيجة التحكيم بسرعة مواكبة لحالة الاستعجال التي كانت عليها القضية فقال : (إن كان قميصه قُد من قُبْل ؛ فصدقت ، وهو من الكاذبين ، وإن كان قميصه قُد من دُبُر فكذبت ، وهو من الصادقين) ..

سمع القاضي ما نطق به المحكم ؛ منطلقا ونابعا من : مبادئ المحاكمة العادلة من إعمال حق الدفاع أولا ، والذي أثر مبدأ المواجهة بين المدعي والمدعى عليه ثانيا ، وأعمل ثالثا مبدأ الحق في الإثبات ؛ وهي هنا : القرائن ، والدفع بعدم معقولية تصوير الواقعة ، وتناقض أقوال المدعية مع حال الواقع ، حيث تبين أن قميص يوسف قد تمزق من الدبر⁴³ .

8 / بعد إعمال حق الدفاع : ظهر المستور، وانكشف المسكوت عنه ، وانجلي الأمر المخفي في القضية ، وتجلت الحقيقة ، وحصل الحق ؛ فالمدعية فعلا هي التي راودته عن نفسه ، فاستعصم .. وليس العكس .

9 / لقد وردت القصة في أسلوب خبري إنشائي ؛ كأنها تقييد دلالة أصولية على أن ذلك ما يجب أن يكون ، فلا يُحكم في قضية إلا بعد أن يتجلى وجه الحق فيها من خلال إعمال حق الدفاع⁴⁴ ، وعدم الإخلال به إلى أبعد الحدود .

المطلب الثاني : المفهوم الثاني لحق الدفاع ، ونماذج عن تطبيقاته

ويتمثل المعنى الثاني لحق الدفاع ، وهو الموصوف بأنه : معنى ضيق ، في مقابل المعنى الأول ؛ يتمثل في حق دفاع المتهم في الاستعانة بمحام ليدافع عنه ، وكذلك حق كل متقاض في التوكيل في الخصومة في جميع مجالات القضاء الأخرى .. المدنية والتجارية والإدارية ونحو ذلك⁴⁵ .

وقد عرفت الحضارة الإسلامية معنى المحاماة بمصطلح آخر ؛ هو : الوكالة بالخصومة⁴⁶ .

وهي من عقود التراضي التي لا تتم إلا بالإيجاب والقبول من الطرفين : الموكل والوكيل .

وقد أجاز علماء المذاهب الأربعة⁴⁷ وغيرهم التوكيل في الخصومة ؛ بل انعقد الإجماع على جوازها⁴⁸ ، وقد أجازها الجمهور منهم حتى بتسخير القاضي لوكيل في حالات خاصة كما سوف نرى ، وجعلوها واجبة على الدولة إذا كان أحد مرافقها طرفا في الخصام⁴⁹ .

إن الحق في الاستعانة بمحام في المحاكمة أو التوكيل في الخصومة ؛ يعتبر من أهم المظاهر الدالة على احترام ممارسة حق الدفاع، لأنه غالبا ما يعجز الخصم عن ممارسة هذا الحق بنفسه ، ويحتاج أن ينيب عنه

غيره ممن يقدر على مباشرة هذه المهمة ، فيثبت حجج موكله ، ويقدم أسانيده ، ويفند مزاعم خصمه وأباطيله⁵⁰ .

وإنما أجازت الشريعة الإسلامية للخصم توكيل غيره ، لهذه الحكمة - كما قال الفقهاء - فليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات، وقد لا يحب أن يتولاها بنفسه لما فيها من المهالك ، وقد يكون الخصم امرأة لم تجر عاداتها بالبروز ومخالطة الرجال ، فيلزم التوكيل منها دفعا للحرَج ؛ لأنها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها ، بل نص المالكية : إنه على القاضي أن يمنع ذات الجمال من مباشرة الخصومة بنفسها ، ويأمرها أن توكل وكيلة مخافة الافتتان والشغف بها⁵¹؛ منه ، أي : القاضي ، أو من غيره . وقد عرفت الحضارة الإسلامية منذ عهد النبوة والخلفاء الراشدين : نظام الوكالة بالخصومة للدفاع عن المتداعين ، وتراكمت التطبيقات تنظمها المبادئ العامة للعدالة في الإسلام .

ولا بأس أن نذكر أدلة مشروعية المحاماة أو التوكيل بالخصومة مشفوعة ببعض التطبيقات في العهود الأولى للحضارة الإسلامية .

1 / يستدل على مشروعيتها بقول الله عز وجل : (قَالَ رَبِّ إِنِّي قَتَلْتُ مِنْهُمْ نَفْسًا فَأَخَافُ أَنْ يَقْتُلُونِ (33) وَأَخِي هَارُونُ هُوَ أَفْصَحُ مِنِّي لِسَانًا فَأَرْسَلْهُ مَعِيَ رِدْءًا يُصَدِّقُنِي إِنِّي أَخَافُ أَنْ يُكَذِّبُونِ (34) قَالَ سَنَشُدُّ عَضُدَكَ بِأَخِيكَ وَنَجْعَلُ لَكُمَا سُلْطَانًا فَلَا يَصِلُونَ إِلَيْكُمَا بِآيَاتِنَا أَنْتُمْ وَمَنِ اتَّبَعُكُمَا الْعَالِيُونَ (35)) [القصص : 33-35] .

فهذا النص القرآني يُفصح عن حاجة الفرد إلى من هو أفصح منه لسانا ، وأقدر منه بيانا للحجة في سبيل الوصول إلى الحق ورفع الظلم ، كما أن الواضح أيضا من هذه الآيات ؛ أن سيدنا موسى كان لا يريد الاستعانة بأخيه ليدافع عنه في قتال أو شجار ، بل ليدافع عنه بقوة حجته ولسانه في جرم القتل الخطأ الذي ارتكبه ، وهذا ما يؤكد على أن الإسلام في فجره قد عرف حق الدفاع عن شخص بواسطة غيره ؛ بأن يختار من هو أفصح منه ، وأقدر على بيان الحجة في سبيل الوصول إلى الحق⁵² .

2 / ويُستدل على جواز التوكيل في الخصومة بحديث أم سلمة رضي الله عنهما أنها قالت : أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلان يختصمان في مواريث لهما ، ولم تكن لهما بينة إلا دعواهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم : (إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إليّ ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ؛ فأقضي له على نحو مما أسمع منه ، فمن قضيت له من حق أخيه بشيء ؛ فلا يأخذ منه شيئا ، فإنما أقطع له قطعة من النار) فبكى الرجلان ، وقال كل واحد منهما : حقي لك ، فقال لهما النبي صلى الله عليه وسلم : (أما إذا فعلتما ما فعلتما؛ فاقتما ، وتوخيا الحق ، ثم استهما ، ثم تحالا)⁵³ .

في هذا الحديث مسائل جمة ..

منها : أنه دل على لسان حال رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ وكأنه يقول⁵⁴ : إذا حضر مجلسي الخصوم فربما كان بعضهم أشد بيانا من بعض ، وأقوى تأثيرا، وأقوم قِيلا ، وأقدر على صوغ الحجج ، وتوضيح

المشتبه ، وإجلاء الغامض ؛ لذراية لسان ، وقوة بيان ، وطول مران ، وحدة ذهن ، وسرعة بديهة .. والآخر دونه في ذلك ، فلا يحسن البيان والخصام ، والحوار والدفاع ، وقد يكون الحق في جانبه ، والصدق في قوله ، ولكنَّ عيَّه وضعفه ؛ ستر معالم حقه ، وبيان الأول وبلاغته جلى دعواه، وألبسها ثوب الحقيقة ، وقد تكون دعوى باطلة ، وقضية مزورة ..

فيغلب على ظني ، ويقع في نفسي صدق من علا بيانه ، وقوي حجاجه ؛ وهو في الباطن كاذب ، فأقضي له بما ادعى ، فمن قضيت له بحق أخيه في الإنسانية . مسلما أو ذميا ، معاهدا أو حربيا . فذكر المسلم من باب التهيج للالتزام الحق ، وإنما أقضي له بقطعة من نار إذا كان في الواقع حق غيره لا حقه، فهو معذب به لا محالة ، فإن رآه الآن مالا ونفعا ، فسيراه في الآخرة نارا ولهبا، فإن شاء فليأخذ ما حكمت له به ، وإن شاء فليترك ، فإن أخذ فالنار موعده ، وإن ترك فلعل الله مسامحه ، فالأمر هنا للتهديد ؛ مثله في قوله تعالى : (وقل الحق من ربكم ؛ فمن شاء فليؤمن ، ومن شاء فليكفر) [الكهف : 29] .

والحديث كما ترى أصل كبير في المحاماة والقضاء ..

ومما يخص المحاماة ؛ فإن كانت عن الباطل ففيها إثم كبير، وفي ذلك يقول القرآن : (ولا تجادل عن الذين يختانون أنفسهم إن الله لا يحب من كان خوانا أثيما، يستخفون من الناس ولا يستخفون من الله وهو معهم ؛ إذ يبيتون ما لا يرضى من القول ، وكان الله بما يعملون محيطا ، ها أنتم هؤلاء جادلتم عنهم في الحياة الدنيا ، فمن يجادل الله عنهم يوم القيامة ، أم من يكون عليهم وكيل) [النساء : 107-109] ، فإذا انضم إلى ذلك استخدام القوة الخطابية ، والمواهب النفسية في إظهار الحق في معرض الباطل ، ورسم الباطل في مظهر الحق ؛ كان الإثم أشد ، والجرم أكبر .

أما أن تستخدم البلاغة ، وقوة العارضة في نصرته الحق ، وإزهاق الباطل، في عبارة سياجها الأدب ، منزهة عن التشهير بالخصم والتلم للعرض ؛ فذلك ما لا حرج عليك فيه ، بل لك من الله أجر الدفاع ، وثواب الإقناع .

وإذا كان قضاء الحاكم بالباطل لا يحل حراما ، ولا يحرم حلالا ؛ فبأي وجه حق يستحل المحامون أجر الدفاع عن الباطل ؛ إذا وقفوا على الحقيقة قبل التوكيل أو في أثناء المرافعة ، ليعلموا أن الحياة الدنيا متاع ، وأن ما عند الله خير وأبقى ، وأنه لا يبقى على ملك ، ولا يضيع عند الله حريص على حق .

فهذا الحديث دل بفحواه على أن من لا يحسن البيان والخصام ؛ هو بحاجة إلى أن يتخذ له وكيل يعادل خصمه بلاغة ، عملا بمبدأ المساواة بين المتقاضين الذي يقتضي المساواة بينهم في كل الأمور، ومنها القدرة على الدفاع ، وإثبات الحقوق⁵⁵ .

وقد قال الإمام السرخسي رحمه الله تعالى⁵⁶ : إنه قد جرى الرسم على التوكيل على أبواب القضاة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، من غير تكير منكر ، ولا زجر زاجر .

3 / ومما يدل على مشروعية الوكالة بالخصومة ؛ ما جاء في الأخبار من أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يمارسونها في حياتهم القضائية ..

وقد كان ابن عباس رضي الله عنهما ممن كان يتوكل في حق المتقاضين .

فقد كانت⁵⁷ بين حسان بن ثابت شاعر الرسول صلى الله عليه وسلم ، وبين بعض الناس منازعة عند عثمان بن عفان ، فقضى عثمان على حسان ، فجاء حسان إلى عبد الله بن عباس ، فشكا ذلك إليه ، فقال له ابن عباس : الحق حَقُّك ، ولكن أخطأتُ حجتك ، انطلق معي ، فخرج به حتى دخلا على عثمان ، فاحتج له ابن عباس حتى تبين عثمان الحق ، فقضى به لحسان بن ثابت .

وفي هذا الخبر دليل على جواز إعادة المحاكمة ، حين وضوح الخطأ في الحكم ، وفيه أيضا : أن مرافعة العاجز أو الجاهل عن نفسه أمام القضاء غير جائزة ، لما يترتب عليها من المفاسد وضياع الحقوق .
وقد جاء في الروايات أيضا⁵⁸ : أن معاوية بن أبي سفيان كان وكيلا بالخصومة لعلي بن أبي طالب في خلافة عثمان بن عفان ، وأن عبد الله بن جعفر كذلك كان وكيلا له ، وأن عقيلا بن أبي طالب أيضا كان وكيلا له .

4 / وقد استدلت العلماء بالإجماع والمنطق التشريعي الإسلامي على مشروعية ضمان حق الدفاع عن طريق محام ، أو بعبارتهم عن طريق الوكالة بالخصومة .
قال الإمام السرخسي⁵⁹ : (وإذا وُكِّلَ الرجل بالخصومة في شيء ؛ فهو جائز لأنه يملك المباشرة بنفسه ؛ فيملك هو صكه إلى غيره ، ليقوم فيه مقامه ، وقد يحتاج لذلك ؛ إما لقلّة هدايته ، أو لصيانة نفسه عن الابتذال في مجلس الخصومة) .

ويواصل قوله في أن الوكيل بالخصومة - أي : المحامي - (لا فرق أن يكون رجلا أم امرأة ، مسلما أم غير مسلم ؛ فيقول : وإذا وكلت امرأة رجلا ، أو رجلا امرأة ، أو مسلما ذميا ، أو ذميا مسلما ، أو حرّا عبدا ، أو مكاتباً له أو لغيره - بإذن مولاه - فذلك كله جائز ؛ لعموم الحاجة إلى الوكالة في حق هؤلاء) .
وهذا سبق تشريعي هائل ؛ سبقت به الحضارة الإسلامية الدنيا كلها في حرية ممارسة المحاماة دون أن تكون قاصرة على فئة دون أخرى ، أو طبقة اجتماعية دون أخرى ، بشرط مراعاة معايير الكفاءة في تولي الدفاع عن الوكلاء .

وهو يدل على المبلغ الأعلى للمساواة والعدالة التي بلغها المجتمع الإسلامي في ظل تطبيق الشريعة الإسلامية طيلة تاريخ الحضارة الإسلامية .

وقد كان الخلفاء والملوك يُخاصمون من طرف الرعية ، وكانوا يستعملون الوكالة بالخصومة ..

فقد كان القاضي محمد بن عمران قاضيا في المدينة المنورة، ولما حج أبو جعفر المنصور الخليفة العباسي ، فلما أراد أن يمضي بالحمالين إلى الشام ؛ فاستعدوا عليه إلى القاضي ، فقال محمد بن عمران القاضي لكاثبه : اكتب عليه عدوى ، أي : مذكرة جلب ، فجاء بالخليفة ، فقال المساعد للقاضي : بأي شيء أناديه

؟ أبالخلافة أم باسمه ، فقال : باسمه ، فناداه؛ فتقدم إليه ، وقضى عليه فيما بينه وبين الحمالين ، أي : كان الحق لهم ، فلما أراد الخليفة أن ينصرف ؛ قال له القاضي : يا أمير المؤمنين ، بنو فلان يتظلمون منك ؛ فأن الأوان أن تحضر معهم أو توكل وكيلًا يقوم مقامك ، فقال الخليفة : هذا الربيع - وهو الوزير الأول - يوكله أبو جعفر ، فكان وزيره الأول وكيلًا عنه في الخصومة⁶⁰ .

وهناك نماذج عديدة طويناها ، ومحلها كتب القضاء في الإسلام .
لقد عرفت الحضارة الإسلامية نموذج المحاماة كأسلوب راق في ممارسة حق الدفاع ؛ ويمارس المحامي أو الوكيل بالخصومة حق الدفاع نيابة عن موكله وتكون له سلطة القيام بأعمال الخصومة وإجراءاتها .
فإذا كان وكيلًا من جهة المدعي ؛ فله أن يدعي ، وأن يقيم البينة ، ويسعى في تعديلها ، ويحلف ويطلب الحكم والقضاء ، ويفعل ما هو وسيلة للإثبات .

والوكيل من جهة المدعى عليه ؛ ينكر ويظعن في الشهود، ويسعى في الدفاع بما أمكنه ، بحيث يعمل على دفع التهمة الموجهة إلى موكله ، ورد الشهود ما أمكنه بالحق والحجة القوية والمنطق البين والبرهان الواضح .

ومهما كان الوكيل من أي جهة ؛ فهو مطالب بالتقيد بالضوابط الشرعية ، كما توفر الحماية الكاملة له أثناء توكيله، فإذا جرح الشهود فلا يلاحق بالقذف ، ولا يتابع بالتشهير بالأشخاص بما يصدر عنه في جلسة التحاكم⁶¹ ..

ولكن لا يجوز للوكيل بالخصومة : القيام بأعمال فيها إضرار بخصم موكله كممارسة اللدد والشغب في الخصومة ؛ إذ لا يحل إدخال اللدد على المسلمين ؛ فإن ظهر منه ذلك وجب على القاضي إبعاده وعدم قبول وكالته ، كما أنه لا يجوز للخصم نفسه أن يتخذ حقه في ممارسة الدفاع ذريعة للإخلال بمجلس القضاء والانتقاص من هيئته أو الإساءة إلى أحد الخصوم أو الشهود ؛ فإذا أساء أحد الخصمين على الآخر ؛ وجب على القاضي أن يؤدبه بما يستحقه ، ولا يجوز له تركه لانتهاكه حرمة مجلس القضاء والحكم، كذلك يؤدب القاضي الخصم إذا أساء على الشهود أو أهل الفتوى أو عرض لهم بما يؤذيهم أدبا موجعا ، كما أنه إذا نهى الحاكم أحد الخصمين عن الكلام ؛ فلم يفعل ، وأتى بالحجج ليخلط على صاحبه ويمنعه الكلام ويكثر معارضته في كلامه ؛ أمر القاضي بأدبه⁶² .

الخاتمة :

أولا : نتائج البحث

- لا عدل في أحكام القضاء ؛ إلا بضمان حق الدفاع ، ضمانا كاملا لا لبس فيه من جميع جوانبه .
- من ضمانات حق الدفاع ؛ الحق في اللجوء إلى القاضي فضا للنزاع أو فحفا للتهمة ، والحكم فيها من قبله ، وأن يكون القضاء نزيها عادلا مستقلا .

- الحق ؛ منشأه : الحكم الشرعي ، وهو ممنوح من الشرع الحكيم ، بقصد أن يستهدي به الإنسان بعقله في جلب المصالح ودرء المفاسد .
- حق الدفاع : مجموعة من الوسائل الدفاعية التي يقدمها الخصوم من أجل تأييد وجهة نظرهم في الخصومة القضائية .
- يتسع نطاق الحق في الدفاع من الأشخاص أصحاب الحق والطرف الأصلي في النزاع ، ومن يمثلهم في الخصومة ، ومن يدخل فيها ، إلى كل موضوع قانوني محل نزاع قضائي ، ثم إلى كل أوجه ضمانات هذا الحق كالحق في الطلبات والدفع بشتى أنواعها وترتيبها .
- النصوص الشرعية تؤكد على حق الدفاع ؛ قضاء ، تأكيداً ؛ إلزامياً وجوبياً .
- التطبيقات التاريخية بشأن حق الدفاع ؛ قضاء : زاخرة في الحضارة الإسلامية .
- لحق الدفاع مفهومين : واسع ، وضيق ؛ وهما متكاملان .
- حق الدفاع ؛ محوط بأخلاقيات واجبة الضبط والتنفيذ على جميع الأطراف .
- عبر القرآن عن إهمال حق الدفاع بالفتنة ؛ واجبة الدرع .
- أكدت النصوص الشرعية على ضرورة احترام مبدأ المواجهة .
- الوكالة بالخصومة نظرية قانونية قائمة بذاتها في الفقه الإسلامي ، وهي تضاهي المحاماة في العصر الحديث .
- بينت النصوص الشرعية بوضوح : عدم جواز الاعتداد بالإجراء الباطل ؛ أخذاً بمبدأ مشروعية الإجراءات .

ثانياً : المقترحات

- ضرورة البحث في إجلاء : نظرية متكاملة لحق الدفاع في القضاء - بشتى صوره وجميع أنواعه ومراتبه - في الشريعة الإسلامية ؛ تنطلق من : النصوص الشرعية ، والرصيد الفقهي والقضائي الحضاري ، وتجمع بين عطاء التجارب والخبرات لدى الحضارات والمدنيات الأخرى .
- إذا كان رجال القانون يشكون من ما شابه حق الدفاع منذ القديم من غموض وعدم استقرار المحتوى ، على الرغم من قيام الدول الحديثة بإمكانياتها الهائلة في خدمة تحسين النظم القانونية؛ فكيف يكون القول بشأن حق الدفاع _ مفهوم وإجراء _ في النظام التشريعي الإسلامي، وقد توقف العمل الاجتهادي الشرعي منذ قرون بسبب غياب الحاضنة السياسية الداعمة للتحسين ، فحق الدفاع في الفقه الإسلامي يحتاج بحق إلى جهود حقوقية شرعية جبارة لاستنهاض نظرية كاملة متكاملة مستوعبة لتناقضات الواقع ؛ تضمن قيمة العدل المنوه بها في نصوص الشرع على نحو قاطع .
- ضرورة التأسيس الشرعي لجوانب بالغة الخطورة لها أثرها على مصداقية حقوق الدفاع في المحاكمة ؛ لاسيما ما تعلق منها بـ :

- ضمان حق المساعدة القضائية بمحام ، والحق في المترجم ، والحق في علمه بالتهمة الموجهة إليه ؛ منذ اتصال القضية بالضبطية القضائية وإلى نهايتها ، وأيضا : حقه في الصمت أمام القضاء ، بله عن حقه في الاطلاع على جميع عناصر ملفه القضائي .
- ضرورة وضع قواعد اجتهادية شرعية واضحة بشأن حدود البطلان من عدمه في حالة الإخلال بالجوانب الكلية والجزئية لحقوق الدفاع وآثار ذلك على المتقاضين .
 - ضرورة الاطلاع والتفقه والاستفادة من نظرية القانون الإجرائي في النظم القانونية المعاصرة ؛ لكون أغلبها مبنيا على رصيد من التجارب الناجحة في اتخاذ أسباب توطيد العدل إجرائيا .

الهوامش :

- ¹ ابن منظور الأفرقي (لسان العرب) دار المعارف مصر ، دون تاريخ (10 / ص : 939-940) باب القاف ، والفيروزآبادي (القاموس المحيط) فصل الجيم باب القاف ، دار الجيل لبنان دون تاريخ (3 / ص : 228) .
- ² ابن جرير الطبري (جامع البيان) دار الحديث مصر 1987م (11 / ص : 82) .
- ³ القرطبي (الجامع لأحكام القرآن) (8 / 5830) دار الغد العربي ، مصر ، دون تاريخ .
- ⁴ ابن منظور ، مرجع سابق ، (2 / ص : 1394) باب الدال .
- ⁵ مجمع اللغة العربية بمصر (المعجم الوجيز) الطبعة ، الأولى ، 1400 هـ / 1980 م بمصر ، (ص : 230) .
- ⁶ الزمخشري (أساس البلاغة) ، تحقيق : محمد باسل عيون السود ، دار الكتب العلمية لبنان ، ط1 ، 1998م ، (ص : 290) .
- ⁷ راجع : فتحي الدريني (الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده) مؤسسة الرسالة لبنان ط2/1984م (ص : 70 - 74) .
- ⁸ Motulsky .H ;le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droit de la défense ; in : Ecrit , études et notes de procédure civile ; Dalloz ; Paris 2010 p:6.6
- ⁹ أشرف الماجري : حق الدفاع ، مجمع الأطرش للكتاب المختص ، تونس ط1/ 2018 ؛ ص : 74-75 ؛ نقلا عن :
 - Dabin J ; la notion du droit naturel et la pensée juridique contemporaine ; in ; Revue néo-scholastique de philosophie 30ème année série 2 n 20 ; 1928 pp :439 .
 - Renard G ; le droit l'ordre et la raison ; conférence d'introduction philosophique a l'étude du droits (3eme série) 4ème conférence sirey ; Parie 1927.pp :119 et Ss .
 - Jestaz PH ; du droit naturel de seconde nature R.T.D.civ .1983.pp262-233 .préci p :236 .
 - Kelsen H ; Théorie pure du droit :Introduction a la science du droit . éd : la Baconnière ;Neuchatel . 1953 (traduit) .pp :48 et 89.
- ¹⁰ محمد علي عويضة (حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم) منشأة المعارف ، الإسكندرية مصر ، 2008م (ص : 92) .
- ¹¹ المرجع السابق (ص : 93) .
- ¹² حلايمية سفيان ، بولقمح يوسف : (حصانة الدفاع في المواد الجزائية) ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، العدد العاشر : جوان 2018 ، المجلد الأول ، (ص : 378) ؛ نقلا عن : حسن صادق المرصفاوي : (ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية) ، معهد البحوث والدراسات العربية ، الاسكندرية ، 1973 ، ص : 62 .

- 13 المرجع السابق ، (ص : 93) .
- 14 فار جميلة : (استقلالية القضاء وكفالة حق الدفاع لضمان محاكمة عادلة) ، مجلة المفكر كلية الحقوق جامعة بسكرة، العدد الخامس عشر ، جوان 2017 ؛ (ص : 457) .
- وراجع : سمية بدر البدور ولهاصي ؛ (حق الدفاع وتجلياته في تنظيم سير العدالة) ، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن جامعة تلمسان، المجلد الخامس ، العدد الثاني 2019 ، (ص : 38) .
- 15 راجع : محمود لنكار وبو الصلصال نور الدين ؛ (حقوق الدفاع في الخصومة الجزائية) ، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ، المجلد 7 ، العدد 2 ، السنة 2020 ؛ (ص : 1302-1284) .
- 16 محمد الطاهر ابن عاشور : (تفسير التحرير والتنوير) ، الدار التونسية للنشر تونس ، والمؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر ، 1984 ، (302/14) .
- 17 أشرف الماجري : (حق الدفاع) ، مجمع الأطرش ، تونس 2018 ؛ (ص : 15) .
- 18 راجع : الشوكاني (نيل الأوطار) دار الجيل لبنان (9 / ص : 181) وفيه : رواه أبو يعلى والدارقطني والطبراني في الكبير من حديث أم سلمة .. ورواه البيهقي في الكبرى (بأرقام : 20962/20961/20245/20244) ، وفي الصغرى (4514) ، وخرجه الألباني في (الإرواء) (2618) ، و (ضعيف الجامع) (5321) ؛ وقال : هو ضعيف .
- 19 الإمام السرخسي (المبسوط في الفقه الحنفي) دار الفكر لبنان (16 / ص : 64)
- 20 أبو داود (3582) والنسائي (8420) ، وفي الإرواء (2500) : هو حسن .
- 21 محمد عويضة ، مرجع سابق (ص : 121) .
- 22 رواه البخاري (4552) ومسلم (1711) .
- 23 رواهما أبو داود (3597 / 3598) ، وهما في السلسلة الصحيحة (1021) .
- 24 أخرجه البخاري في (التاريخ الكبير) ؛ (250/4) ، وابن قانع (34/1) ، والطبراني (227/1) ، رقم (619) ؛ قال الهيثمي (205/4) : فيه عياش بن مؤنس ولم أجد من ترجمه وبقية رجاله وثقوا وفي بعضهم كلام . وأخرجه أيضًا : ابن أبي عاصم في الأحاد والمثاني (249/4 ، رقم 2252) ، والديلمي (547/3) ، رقم (5709) .
- 25 محمد عويضة ، مرجع سابق ، (ص : 122) .
- 26 رواه أخرجه البخاري (2 / 161 ، 4 / 342 ، 392) ومسلم (5 / 129) وأبو داود (3583) والنسائي (2 / 307 ، 311) والترمذي (1 / 250 - 251) ، وابن ماجه (2317) ومالك / أيضا (2 / 719 / 1) .
- 27 آدم منز (الحضارة الإسلامية في القرن الرابع الهجري) ترجمة : عبد الهادي أبو ريده ، م و ك الجزائر ، د ت ن تونس ط 1 / 1986 م (1 / ص : 353 - 354) .
- 28 الخير قشي (السلطة القضائية في الإسلام) مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية ، جامعة باتنة ، ع 1 / 1994 (ص : 83) .
- وقد ترجمها إلى الفرنسية : إميل تيان ، وإلى الإنجليزية : هنري كاتن ؛ راجع : ظافر القاسمي (نظام الحكم في الشريعة والتاريخ : السلطة القضائية) دار النفائس لبنان ط 2 / 1987 م (ص : 439) .
- 29 ظافر القاسمي ، مرجع سابق (ص : 440 و 442) نقلا عن : مصادر تاريخية مختلفة .
- 30 المرجع السابق ، (ص : 465) ، وقد خرجها الشيخ الألباني في الإرواء (2619) ، وحكم لها بالصحة .
- 31 سنن البيهقي الكبرى (20297 / 21014) .

- 32 الدسوقي (حاشيته على الشرح الكبير) (4 / 234) ، وابن القيم (إعلام الموقعين) (1 / ص : 85) .
- 33 ابن الأثير (الكامل في التاريخ) ؛ (3 / 57) ط بيروت .
- 34 قال الألباني في الإرواء (82) : صحيح .
- 35 البيهقي في الكبرى (14884/15502) ، وابن أبي شيبه (28891 / 28303) ، وقال ابن حجر في الفتح (12 / 314) : إسناده صحيح .
- 36 رواها البيهقي في الكبرى (20969) ، راجع : ابن أبي الدم (أدب القضاء) تحقيق : محمد الزحيلي ، دار الفكر سورية (ص : 84) .
- 37 حاتم بكار (حماية حق المتهم في محاكمة عادلة) منشأة المعارف مصر ط1/ 1997م (ص : 239) .
- 38 محمد خميس (الإخلال بحق المتهم في الدفاع) منشأة المعارف مصر 2001م (ص : 07) .
- 39 محمد عويضة ، مرجع سابق (ص : 113)
- 40 نفسه (ص : 113) .
- 41 الخير قشي ، مرجع سابق (ص : 83) .
- 42 سيد قطب (في ظلال القرآن) دار الشروق مصر ط 11 / 1985م (5 / ص : 3018) .
- 43 محمد عويضة ، مرجع سابق ، (ص : 115) .
- 44 المرجع السابق ، (ص : 115) ، نقلا عن : عبد الله مبروك النجار (المبادئ العامة لحق الدفاع أمام القضاء في الفقه الإسلامي) بحث مقدم في مؤتمر (حق الدفاع) 20-12/4/1996م بحقوق عين شمس مصر .
- 45 الأصل في المحاكمات هو حضور الخصوم بأنفسهم ؛ ليتحقق مبدأ حق الدفاع الذي يعد من أهم عوامل العدل المقررة شرعا والمسلمة عقلا ، فوقوف المدعي والمدعى عليه على حقائق الدعوى ومكوناتها ؛ فيه دفع للتهم وتقرير للحقائق ، فمباشرة الخصم لإجراءات الخصومة القضائية ، لا تقتصر على قيامه بعمل إجرائي فيها فحسب ؛ إنما تشمل كذلك حقه في متابعة كافة الإجراءات التي تتخذ فيها من قبل القاضي أم من قبل غيره من الخصوم بما يسمح له بالاتصال المباشر بعناصر الدعوى القضائية ومناقشتها تطبيقا لحقه في الدفاع ، ويبنى على هذا ويقوم عليه ؛ أن الأصل هو حضور الخصوم في الجلسة المحددة لنظر الدعوى حتى تكتمل الصورة أمام القاضي ، وهو الوجه النموذجي للعدالة .
- فيهذا الشكل ؛ يستطيع القاضي الفصل في الدعوى المنظورة أمامه طبقا لمعايير العدالة بالاستماع لكل أطرافها .
- قلت : فهذا الأصل وأما الوكالة بالخصومة أو المحاماة فهي استثناء ، وقد يكون هذا الاستثناء لازما واجبا أحيانا ..
- شامي يسين ولعروسي أحمد : (أحكام الحضور والغياب القانوني للخصم وأثرها على كفالة حق الدفاع) ؛ مجلة العلوم القانونية والاجتماعية جامعة زيان عاشور الجلفة الجزائر ، العدد 12 / ديسمبر 2018 ؛ (ص : 117) ؛ نقلا للفقرة الأولى عن : محمود سيد التحيوي ؛ (أثر حضور المدعى عليه في انعقاد الخصومة القضائية طبقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية) ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية 2003 ؛ (ص : 226) .
- وفيما يخص الدعوى الإدارية وصلة الحضور والتوكيل بالخصومة بحق الدفاع ؛ راجع : آمنة سلطاني ؛ (الحقوق القضائية الإجرائية أمام القاضي الإداري ومستلزمات الحق في الدفاع) ، مجلة البحوث والدراسات جامعة وادي سوف/الجزائر ، العدد 21 السنة 13 / شتاء 2016 ؛ (ص : 151-152) .
- 46 عرف الإمام أبو حامد الغزالي الخصومة بأنها : (لجاج في الكلام ؛ ليستوفي به مال أو حق مقصود ، وذلك تارة يكون ابتداء ، وتارة يكون اعتراضا) . (إحياء علوم الدين) دار المعرفة لبنان (3 / ص : 118) .

⁴⁷ ابن قدامة (الكافي في فقه الإمام أحمد) (2 / ص : 240) ، والصنعاني (بدائع الصنائع) (6 / ص : 22) ، و ابن فرحون المالكي (تبصرة الحكام) (1 / ص : 50) ، والشافعي (الأم) (3 / ص : 207) ، و خليل بن إسحاق المالكي (مختصر خليل) (ص : 216) ، والشعراني (الميزان) (2 / ص : 83) ، و ابن قدامة (المغني) (5 / ص : 81) ، والشيرازي (المهذب) ؛ (1 / ص : 348) ، و الدردير (الشرح الكبير) (3 / ص : 378) ، و البهوتي (كشف القناع) (3 / ص : 471) ..

⁴⁸ ابن القطان (الإقناع في مسائل الإجماع) تحقيق : فاروق حمادة ، دار القلم سورية ط1/2003م (3 / ص : 1558-1560) .

⁴⁹ ابن فرحون (تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام) تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد ، مكتبة الكليات الأزهرية مصر ط1/1986 م ، (1 / 185) .

⁵⁰ خالد شبكة (كفالة حق التقاضي) دار الفكر الجامعي مصر ط1/2005م (ص : 301) .

⁵¹ ابن فرحون ، مرجع سابق ، (1 / ص : 50) .

⁵² محمد عبد الظاهر حسين (المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل) دار النهضة العربية مصر 1996م (ص : 17) .
- ويشار أيضا إلى الأدلة الأخرى من القرآن الكريم ؛ كقوله تعالى : (هَا أَنْتُمْ هَؤُلَاءِ جَادَلْتُمْ عَنْهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا فَمَنْ يُجَادِلُ اللَّهَ عَنْهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَمْ مَنْ يَكُونُ عَلَيْهِمْ وَكِيلًا) [النساء : 109] .

والإنكار في هذه الآية على من يدافعون عن الخونة ؛ وإلا كان الثناء والمدح في حالة العكس كما هو مقرر في قواعد المفهوم في الفقه والأصول .

⁵³ البخاري (2680) ، ومسلم (1713) (4) عن أم سلمة .

⁵⁴ محمد عبد العزيز الخولي (أدب الحديث النبوي) مطبعة الاستقامة مصر ط3/1951م ، (ص : 66-67) .

⁵⁵ خالد سليمان شبكة ، مرجع سابق ، (ص : 302) .

⁵⁶ الإمام السرخسي (المبسوط في الفقه الحنفي) (19 / ص : 5) .

⁵⁷ ظافر القاسمي ، مرجع سابق (2 / 382-383) نقلا عن : الزبيري (نسب قريش) ، (ص : 26) .

⁵⁸ السرخسي ، مرجع سابق ، (19 / ص : 3-6) ، وظافر القاسمي مرجع سابق (2 / ص : 382) .

⁵⁹ السرخسي ، مرجع سابق ، (19 / ص : 4) .

⁶⁰ راجع : ظافر القاسمي ، مرجع سابق ، (2 / ص : 387-388) نقلا عن وكيع بن الجراح (أخبار القضاة) (1 / ص : 193) .

⁶¹ وهذا في الشريعة سبق تشريعي ما توصلت إليه القوانين الوضعية ؛ إلا بعد نضال كبير .

راجع : حلايمية سفيان ، وبو القمح يوسف : المرجع السابق ؛ ص : 373-374 .

⁶² أبو الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي (معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام) (ص : 20-21) ، ط1 / المطبعة الأميرية ، مصر 1300هـ .

- وراجع : ابن فرحون ، مرجع سابق (1 / ص : 49) ، والحطاب (مواهب الجليل) دار الفكر ط1 / 1987م (5 / ص : 86) .