الْمُحَامَاةُ

فِي الشَّرِيعَةِ الإِسْلَامِيَّةِ

عادل بن منصور شراحيلي

الفهارس

الْبَابُ الأَوَّلُ : تَمْهِيدُ ، وَفِيهِ مَسَائِلُ :

الْمَسْأَلَةُ الأولَى : تَعْرِيفُ الْمُحَامَاةِ.....٤
الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ : مُصْطَلَحَاتٌ مُتَعَلِقَةٌ بِالْمُحَامَاةِ ، وَ هِيَ :
١- الْوَكَالَةُ ، والْعَلاقَةُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْمُحَامَاةِ.....٤
٢- الْخُصُومَةُ.....٤
٣- الْوَكَالَةُ بِالْخُصُومَةِ ، وَ الْعَلاقَةُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْمُحَامَاةِ (أَوْجُهُ الشَّبَهِ وَ الاخْتِلافِ).....٥

الْبَابُ الثَّانِي : حُكْمُ مِهْنَةِ الْمُحَامَاةِ ، وَيَشْتَمِلُ عَلَى :

تَوْطِئَةٌ.....٨
صُورَةُ الْمُحَامَاةِ.....٨
تَحْرِيرُ مَحَلِّ النِّزَاعِ.....٨
أَسْبَابُ الْخِلافِ.....٩
بَيَانُ جَوَازِ مِهْنَةِ الْمُحَامَاةِ ، وَالرَّدُّ عَلَى الْمَانِعِينَ.....٩-١١

الْبَابُ الثَّالِثُ : التَّكْيِيفُ الْفِقْهِيُّ لِعَقْدِ الْمُحَامَاةِ ، ويشتمل على :

أَقْسَامُ الْعُقُودِ.....١٣
الْمُحَامَاةُ بِغَيْرِ عِوَضٍ (وَكَالَةٌ).....١٣
الْمُحَامَاةُ بِعِوَضٍ (إِجَارَةٌ أَوْ جَعَالَةٌ).....١٤
تَعْرِيفُ الْإِجَارَةِ وَالْجَعَالَةِ ، وَالْعَلَاقَةُ بَيْنَهُمَا.....١٤-١٥
تَحْدِيدُ كَوْنِ الْمُحَامَاةِ هَلْ هِيَ إِجَارَةٌ أَوْ جَعَالَةٌ ؟.....١٥
صُوَرٌ يَفْسُدُ فِيهَا عَقْدُ الْمُحَامَاةِ ، وَيُصَحَّحُ بِأُجْرَةِ الْمِثْلِ.....١٦

الْبَابُ الرَّابِعُ : أَرْكَانُ الْمُحَامَاةِ، وَيَشْتَمِلُ عَلَى :

أَرْكَانُ الْعُقُودِ.....١٨
الرُّكْنُ الأَوَّلُ : الصِّيغَةُ . الْمَقْصُودُ بِهَا ، وَشُرُوطُهَا.....١٩
تَرَاخِي الْمُحَامِي فِي الْقَبُولِ.....١٩
الرُّكْنُ الثَّانِي : الْمُحَامِي . الْمَقْصُودُ بِهِ ، وَشُرُوطُهُ.....٢٠
أَوَّلًا / الشُّرُوطُ الْمُتَّفَقُ عَلَيْهَا.....٢١
حُكْمُ تَصَرُّفِ الْمُكْرَهِ.....٢١
ثَانِيًا / الشُّرُوطُ الْمُخْتَلَفُ فِيهَا.....٢٢-٢٤
الرُّكْنُ الثَّالِثُ : الْمُحَامَى لَهُ . الْمَقْصُودُ بِهِ ، وَشُرُوطُهُ.....٢٥-٢٦
الرُّكْنُ الرَّابِعُ : مَحَلُّ الْمُحَامَاةِ . الْمَقْصُودُ بِهِ ، وَشُرُوطُهُ.....٢٧-٢٨

الْبَابُ الأَوَّلُ : تَمْهِيدٌ ،

وَفِيهِ مَسَائِلُ :

الْمَسْأَلَةُ الأُولَى : تَعْرِيفُ الْمُحَامَاةِ .

الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ : مُصْطَلَحَاتٌ مُتَعَلِّقَةٌ بِالْمُحَامَاةِ ، وَهِيَ :

١ـ الْوَكَالَةُ ، والْعَلاقَةُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْمُحَامَاةِ .

٢ـ الْخُصُومَةُ .

٣ـ الْوَكَالَةُ بِالْخُصُومَةِ ، وَ الْعَلاقَةُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْمُحَامَاةِ .

الْعَلاقَةُ بَيْنَ الْمُحَامَاةِ وَ الْوَكَالَةِ بِالْخُصُومَةِ .

✍أَوْجُهُ الشَّبَهِ :

١- الْمُحَامَاةُ فِي اللُّغَةِ : الْقِيَامُ بِأَمْرِ الْغَيْرِ ؛ إِذْ فِيهِ حِمَايَةٌ لَهُ
وَ الْوَكَالَةُ فِي اللُّغَةِ : الْقِيَامُ بِأَمْرِ الْغَيْرِ .

٢- فِي كِلَيْهِمَا يَقُومُ النَائِبُ مَقَامَ الْمُنِيبِ .

٣- كِلاهُمَا يُبَاشِرُ عَمَلا مَبْنَاهُ عَلَى قَوَاعِدِ النِّيَابَةِ .

٤- كِلا الْعَقْدَيْنِ عَلَى التَرَاخِي ابْتِدَاءً دُونَ لُزُومٍ ، وَمِنَ الْمُمْكِنِ أَنْ يَكُونَا عَقْدَ مُعَاوَضَةٍ ، وَبِذَلِكَ يَكُونَا لازِمَيْنِ ؛ لِوجُودِ الْعِوَضِ .

✍أَوْجُهُ الاخْتِلافِ :

الْمُحَامَاةُ	الْوَكَالَةُ بِالْخُصُومَةِ
١- لِلْمُحَامِي صِفَةٌ مُزْدَوَجَةٌ : اسْتِشَارِيَّةٌ مَكْتَبِيَّةٌ، وَتَنْفِيذِيَّةٌ مَيْدَانِيَّةٌ ، مَعَ تَوفُّرِ الْعِلْمِ بالشرعة وَ الْقَانُونِ بِحُكْمِ مِهْنَتِهِ مِمَّا يَجْعَلُهُ أَقْدَر مِنْ وَكِيلِ الْخُصُومَةِ .	لَيْسَتْ كَذَلِكَ .
٢- الْمُحَامَاةُ أَوْسَعُ ؛ إِذْ لا تَقْتَصِرُ عَلَى الْمُسَاعَدَةِ فِي تَجْهِيزِ الدُّفُوعِ ، بل تَشْمَلُ : بَذْلَ الْمَشُورَةِ ، وَتَنْظِيمَ الْعُقُودِ ، والصُّلْحَ ، وَالتَّحْكِيمَ .	تَقْتَصِرُ عَلَى مَا يُحَدِّدُهُ الْوَكِيلُ .
٣- لِلْمُحَامِينَ جَزَاءَاتٌ تَنُصُّ عَلَيْهَا الأَنْظِمَةُ عِنْدَ إِخْلالِهِمْ بِالْتِزَامَاتِ الْمِهْنَةِ وَذَلِكَ مِنَ الْجِهَةِ الْمُشْرِفَةِ عَلَيْهِمْ .	لَيْسَتْ كَذَلِكَ ؛ لِعَدَمِ وُجُودِ جِهَةٍ مُشْرِفَةٍ عَلَيْهِمْ، وَإِنَّمَا يَخْضَعُونَ لِرَقَابَةِ الْقَضَاءِ ، والْقَوَاعِدِ الأَخْلاقِيَّةِ ، وَالاجْتِمَاعِيَّةِ .
٤- تَتَطَلَّبُ إِعْدَادَ مَكْتَبٍ مُنَاسِبٍ .	لَيْسَتْ كَذَلِكَ .
٥- لابُدَّ مِنْ تَرْخِيصٍ .	لَيْسَتْ كَذَلِكَ .
٦- لا يُزَاوِلُهَا إِلا مَنْ تَحَقَّقَتْ فِيهِ الشُّرُوطُ.	لَيْسَتْ كَذَلِكَ .
٧- مُمَارِسُهَا يُوصَفُ بِأَنَّهُ مُحَامٍ .	لَيْسَتْ كَذَلِكَ .
٨- يَمْتَنِعُ جَمْعُ وَظِيفَةٍ أُخْرَى ذَاتُ عَلاقَةٍ ؛ كَالْوِزَارَةِ ، والْوَظَائِفِ الْعَامَّةِ . وَكَذَا التِّجَارَةُ.	لَيْسَتْ كَذَلِكَ .
٩- يَجِبُ أَنْ يَكُونَ الْمُحَامِي مُقَيَّدًا فِي قَائِمَةِ الْمُحَامِينَ .	لَيْسَتْ كَذَلِكَ .

تنبيه : طائفة من العلماء يلحقون المحاماة بأحكام الوكالة بالخصومة ، فما بال الاختلاف بينهما في الحكم ؟ وقد ذكر ابن نجيم في : " البحر الرائق " انعقاد الإجماع على صحة الوكالة بالخصومة . وكذلك النفراوي في : " الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني " ، والنووي في المجموع . وابن قدامة في المعني .

وأما ما نسب إلى أبي حنيفة من عدم قبول الوكيل بالخصومة بغير عذر إلا برضا الخصم ، فهذا لا يعد خلافا في أصل مشروعية الوكالة بالخصومة ، وإنما لزومها .

الْبَابُ الثَّانِي :
حُكْمُ مِهْنَةِ الْمُحَامَاةِ

ويشتمل على:

- تَوْطِئَةٌ .
- صُورَةُ الْمُحَامَاةِ .
- تَحْرِيرُ مَحَلِّ النِّزَاعِ .
- أَسْبَابُ الْخِلافِ .
- بَيَانُ جَوَازِ مِهْنَةِ الْمُحَامَاةِ ، وَالرَّدُّ عَلَى الْمَانِعِينَ .

حكم مهنة المحاماة (توطئة):

المحاماة بهذا المصطلح من المهن الحديثة التي لم تعرف في التاريخ الإسلامي المنصرم إلا في العصور المتأخرة ، وتحديدا في آواخر الدولة العثمانية ، في عصر ما يسميه أرباب التأريخ : عهد الرجل المريض ، ولما انفكت عُرى الدولة العثمانية ، واقتسم أراضيها المستعمرون ، اشتهرت هذه المهنة في المحاكم المختلطة بمصر ، ثم بين الدول الإسلامية ، ولما كانت هذه المهنة غير منصوص عليها احتاج الفقهاء إلى بيان حكمها ، وذلك بالتتبع والاستقراء من جميع جوانبها ، ومن أفضل الطرق في بحث مثل هذه المسائل أن تتبع النقاط الآتية :

- تعطى صورة المسألة عامة .
- تحرير محل النزاع .
- بيان سبب الخلاف .
- ذكر الأقوال إجمالا .
- ذكر أدلة كل قول والاعتراضات على الأدلة .
- بيان القول الراجح ، مع بيان سبب الترجيح ، وتبيين قوة الخلاف ونوعه .

فنقول وبالله التوفيق :

▪صورة المسألة :

أن يوكل شخص شخصا آخر في : كتابة عقد ، وصياغته صياغة قانونية سليمة ، أو أن يترافع عنه أمام شخص آخر وذلك لكتابة عريضة الدعوى والرد على الخصوم ، وتقديم الحجج ، والبينات للجهات المختصة ، واتباع كل ما يصب في مصلحة القضية الموكل فيها ، بما في ذلك الاستشارات القانونية ، والشرعية ، التي تتخلل القضية ، سواء كان تبرعا من الوكيل ، أم بأجرة محددة ، يتفقان عليها .

▪تحرير محل النزاع :

اتفق الفقهاء على أمور ، هي :

١/ عدم جواز توكيل المحامي في قضية يطالب بها محرم ، أو اتضح ظلم صاحبها ، بله نص الفقهاء على أنه لا يجوز للمحامي أن يتوكل في خصومة قل أن يعرف الحق في أي كفة هو .

٢/ اشتراط العلم بمحل العقد وتعيينه . ولما كانت الأجرة محلا للعقد في عقد المحاماة = فإنه يشترط فيها مايشترط في محل كل عقد، وهو العلم بها ، وتحريرها تحريرا ينفي الجهالة والغرر ، ويدفع النزاع .

٣/ إذا كان للموكل عذر يمنعه من المخاصمة بنفسه = له أن يوكل ولو لم يرض خصمه بالوكيل.

▪أسباب الخلاف :

١/سوء سمعة المحامي ، وأثره الشَّنَار على المتقاضين

٢/ عدم وجود تطبيق عملي متطور لهذه المهنة في التاريخ الإسلامي .

٣/ عدم وجود نص صريح يحلل أو يحرم .

وبناء على هذه الأسباب اختلف الفقهاء في حكم المحاماة بالنسبة للموكل والوكيل إذا انعدم : العذر ، وصحة القضية ، أو عدم العلم بها ، أو وجود الأجرة = على قولين :

☚القول الأول :

المحاماة جائزة ، وبهذا قال جمهور الفقهاء من المعاصرين ، منهم :

لجنة البحوث العلمية والإفتاء ، و الشيخ ظاهر القاسمي ، و المستشار جمال المرصفاوي ، و الشيخ محمد نجيب المطيعي ، و الشيخ وهبة الزحيلي ، و الشيخ أحمد المبارك ، و الشيخ فؤاد عبد المنعم .

أدلتهم (وهي أدلة عامة وخاصة) :

أ/الأدلة العامة على جواز الوكالة :

١/قال ﷻ :﴿ ۞ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱلۡعَٰمِلِينَ عَلَيۡهَا ﴾الآية [التوبة : ٦٠] .

والعاملين عليها هم : السعاة الذين أنابهم الإمام لجمعها ، فإذا صحت في الزكاة فلئن تصح فيما سواها من باب أولى

٢/عن عروة بن الجعد البارقي ﷺ أن النبي ﷺ أعطاه دينارا ليشتري به شاة ، فاشترى به شاتين ، ثم باع إحداهما بدينار في الطريق ، قال : فأتيت النبي ﷺ بالدينار والشاة ، وأخبرته ، فقال : " بارك الله لك في صفقة يمينك " . ففيه مشروعية الوكالة .

٣/ حديث بعث معاذ ﷺ إلى اليمن ، إذ فيه توكيل النبي ﷺ في أمر الدين ، فما سواه أولى .

٤/ الإجماع .

ب/الأدلة الخاصة :

١/قال ﷻ :﴿ إِنَّآ أَنزَلۡنَآ إِلَيۡكَ ٱلۡكِتَٰبَ بِٱلۡحَقِّ لِتَحۡكُمَ بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُۚ وَلَا تَكُن لِّلۡخَآئِنِينَ خَصِيمٗا ١٠٥ ﴾[النساء: ١٠٥] . ووجه الاستدلال : مفهوم المخالفة ، قال القرطبي(ت٦٧١هـ) : "في هذا دليل على أن النيابة عن المبطل والمتهم في الخصومة لا تجوز ، فلا يجوز لأحد أن يخاصم عن أحد إلا بعد أن يعلم أنه محق "

٢/قال ﷻ :﴿ قَالَ رَبِّ إِنِّي قَتَلۡتُ مِنۡهُمۡ نَفۡسٗا فَأَخَافُ أَن يَقۡتُلُونِ ٣٣ وَأَخِي هَٰرُونُ هُوَ أَفۡصَحُ مِنِّي لِسَانٗا فَأَرۡسِلۡهُ مَعِيَ رِدۡءٗا يُصَدِّقُنِيٓۖ إِنِّيٓ أَخَافُ أَن يُكَذِّبُونِ ٣٤ ﴾ [القصص: ٣٣ – ٣٤] .

فموسى عليه السلام طلب الاستعانة من هارون عليه السلام ، ليس للقتال والحماية ، بل للدفاع عنه في التهم الموجهة إليه ؛ لأنه أفصح منه لسانا ، وأقوى منه حجة .

٣/قال تعالى :﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ ﴾ [المائدة: ٢] .

القول الثاني : تحريم المحاماة ، و قال بهذا :

الشيخ أبو الأعلى المودودي ، ود/عبد الله عزام ، ود/خادم حسين بخش .

أدلتهم :

١) أدلة أبي الأعلى المودودي :

الدليل الأول : عمل المحامي ، وكسبه = محرم شرعا ؛ لأنه يتوكل في الدفاع عن موكله بالحق أو بالباطل ، ويعمل جاهدا على قمع الأدلة ؛ لكسب هذه القضية ، ولو بالحيلة والخداع .

وهذا الدليل فيه نظر ؛ إذ فيه تعميم في الحكم ، وبعد عن الدقة ، وإذا صح ذلك في بعض الصور فلا ينطبق عليها كلها .

الدليل الثاني : مهنة المحاماة من أكبر معايب النظام الحاضر للمحاكم الوضعية .

الدليل الثالث: عدم وجود مبرر خلقي أو عملي لبقاء هذه المهنة في المحاكم.

الدليل الرابع : وجودها يؤدي إلى التلاعب بالقانون الإلهي كما يتلاعبون بالقوانين الوضعية .

الدليل الخامس : الحكم الإسلامي عم أكثر من نصف الدنيا دون أن يرى

تفنيد هذه الأدلة

وهذه الأدلة غير مسلمة ، إذ يتضح أن مصدرَ الكلام ناتجٌ عن عاطفة جياشة ، ورد فعل متحمس، من أجل إصلاح أوضاع الأمة الإسلامية ، وهي نتيجة لما لمسه الشيخ من أوضاع لبعض المحامين المنتسبين لهذه المهنة لا يرضى عنها الشرع ، إلا أن التأصيل العلمي ، وإصدار الأحكام لا ينبني على مجرد العواطف ، فلم نجد في كلام الشيخ تعليلا شرعيا ، أو عقليا يدعم ما ذهب إليه من المطالبة بإلغاء مهنة المحاماة ، بل نلحظ إطلاق الأحكام المجردة ؛ كقوله : " فليس هناك حاجة حقيقة لأعمال المحكمة لا يمكن سدها إلا بالمحاماة " وهذا كلام مجمل ونظري ، والواقع بخلافه ، ودور المحاماة في مجلس القضاء والاستشارات مشهود لا

٢) أدلة د/ عبد الله عزام .

عمل المحامي حرام ؛ لأنه يترافع أمام الطاغوت، ويقر الحكم بأحكام الكفر ، ويبجل القضاة الذين يحكمون بغير ما أنزل الله ، وقد تدخل المبالغات والتهويلات في مرافعته .

تفنيد هذه الأدلة

و هذا الكلام ليس بشيء ؛ لأمور :

١/مفهوم المخالفة يقتضي عند انتفاء هذه الأسباب أن يتغير الحكم ، ويكون ما هو حرام وفق ظروف معينة حلالا وفق ظروف عكسية .

٢/لو سلمنا بقبول هذه الحجة ، فإنا نعني جانبا صغيرا من عمل المحامي ، لا يمكن أن يقال بتحريم مهنة المحاماة بسببها ، ولا خلاف في وجوب الحكم بشرع الله ، والتحاكم إليه في جميع شؤون الحياة ، ولكن إذا كان الدافع خلاف ذلك من يشرع القوانين الوضعية بشكل لا قدرة على رفعه في وقته ، والظلم قد يقع إذا لم يقم المحامي بدوره في كشف الحقيقة ، وبيان الحق ، فلا يليق بالمحامي أن يترك المظلوم فريسة سائغة دون أن يدفع الظلم عنه ، أو يخفف وطأته بما يتوافق مع شرع الله ، وعدله ، دون أن يعمد إلى نصرة هذه القوانين ، أو الإعلاء من شأنها ، بل يبين أوجه الخلل والظلم فيها ، وذلك من باب در المفاسد مقدم على جلب المصالح، وأن القاعدة الشرعية تقول : " أداء الواجب أعظم من ترك المحرم " وأن الطاعة الوجودية أعظم من الطاعة العدمية ، وأن الورع المشروع هو أداء الواجب وترك المحرم لا ترك المحرم فقط . ولا حرج عليه أن يترافع بموجب هذه القوانين ما لم تخالف الشريعة

٣) أدلة د / خادم حسين بخش .

الدليل الأول : عدم معرفة هذه المهنة قبل العصر الثاني عشر من الهجرة ، وإنما جاءت مع المستعمر .

الدليل الثاني : التوكيل لدفع حد من حدود الله عن المتخم لا يصح ، وبالتالي لا يجوز في المحاماة ؛ لأن الوكيل شفيع ولا تجوز الشفاعة في الحدود .

الدليل الثالث : أن الأجر الذي يستحقه المحامي مجهول يحيط به الغرر من كل جهة وأصول الشريعة لا تبيح صفقات الغرر لما فيها من الجهالة .

الدليل الرابع : المحاماة قرينة بمهنة صناعة الخمر وبيع لحم الخنزير، فهي من الحرف التي لا تجيزها أصول الشريعة .

تفنيد هذه الأدلة

الجواب عن الدليل الأول :

ما ذكره المودودي إنما هو من باب السياسة الشرعية فإن القصد أنه لم يعرف نظام المحاماة في الإسلام بهذه الاسم والتنظيم الحديث والاعتراض ، أما إذا كان القصد عدم وجوده رسما ومبنى كما قال المودودي فإن ذلك ليس بصحيح لأن المحاماة عمليا كانت معروفة في تاريخ القضاء تحت مسمى نظام وكلاء الدعوى ، وهذا النظام لا يختلف عن المحاماة إلا في جزء من الأطر التنظيمية .

ثم القول بكونه مستجد لا يعد حجة لتحرمه ، فليس كل قديم جائز ، ولا كل حديث حرام ، بل إن التحليل والتحريم يخضعان لحكم الشرع ، كما أن هناك من عرف في التاريخ الإسلامي بمزاولة هذه المهنة مثل : علي المقدسي (ت٢٢٩هـ) ، عثمان بن برية (ت ٣٤٦هـ) ، وعلي بن بركه (ت٦٠٥هـ) . وقد ألف كتابا أسماه : "كامل الآلة في صناعة الوكالة " مما يدل على أن لها عرفا سائغا .

الجواب عن الدليل الثاني :

من المسلم عند العلماء أنه لا تجوز الشفاعة والتوكيل في الحدود إذا ثبتت وبلغت الحاكم أو القاضي ، وإنما الحديث هنا يدل على أنه إذا لم يثبت الحد وبلغ الحاكم أو القاضي فهل يجوز التوكيل ؟

وقد خلط في هذا القول بين التوكيل والخصومة في التوكيل فيما لا يقبل النيابة ، وقد صرح الفقهاء في قبول توكيل المدعى عليه بالحد والقصاص وإنما جرى الخلاف بينهم في الوكيل هل يملك حق الاعتراض عن موكله ؟ وفرقوا بين حقوق الله ، وحقوق الآدمي .

الجواب عن الدليل الثالث :

الأجر والأتعاب نظير عمل وهو الجهد الذي يبذله المحامي في القضية لإظهار حقائقها بناء على اتفاقه مع موكله وصرف النظر عن أي نتيجة ، وهذه الحقيقة غابت عن الكاتب بحيث ظن أن هذه الأتعاب مرهونة بنتيجة الخصومة فربطها بعقود الغرر ولعل بسبب هذه الفهم ما تعارف عليه بعض المحامين من تأجيل سداد بعض الأتعاب حتى تنتهي القضية وهو ما يسمى بتأخر الأتعاب ، وللمحامي الحق في تأجيل أتعابه كلها أو بعضها

الْبَابُ الثَّالِثُ :
التَّكْيِيفُ الْفِقْهِيُّ لِعَقْدِ الْمُحَامَاةِ .

- أَقْسَامُ الْعُقُودِ .
- الْمُحَامَاةُ بِغَيْرِ عِوَضٍ (وَكَالَةٌ) .
- الْمُحَامَاةُ بِعِوَضٍ (إِجَارَةٌ أَوْ جَعَالَةٌ) .
- تَعْرِيفُ الْإِجَارَةِ وَالْجَعَالَةِ ، وَالْعَلَاقَةُ بَيْنَهُمَا .
- تَحْدِيدُ كَوْنِ الْمُحَامَاةِ هَلْ هِيَ إِجَارَةٌ أَوْ جَعَالَةٌ ؟
- صُوَرٌ يَفْسُدُ فِيهَا عَقْدُ الْمُحَامَاةِ ، وَيُصَحَّحُ بِأُجْرَةِ الْمِثْلِ.

التكييف الفقهي لعقد المحاماة .

أقسام العقود :

١/ عقود تبرع ؛ كالهبة، والعارية ، والوقف .

٢/عقود معاوضة ؛ كالبيع والإجارة .

٣/عقود توثيق ؛ كالكفالة ، والرهن .

وعقد المحاماة لا يخرج عن النوعين الأولين ، فإما أن يكون :

عقد تبرع أو معاوضة ، والعامل المؤثر في إلحاقه بأحدهما هو : وجود العوض (الأجرة) في العقد، فإن خلا العقد عن العوض فهو عقد تبرع ، وإن وجد العوض فالعقد معاوضة ، ويتضح هذا من خلال صيغة العقد غالبا .

واختلاف نوع العقد يترتب عليه اختلاف في الأحكام ، بما يؤثر في عقد المحاماة .

والذي يظهر أن عقد المحاماة مركب من عدة عقود ، هي :

الوكالة ، والجعالة ، والإجارة .

وهاك بيانها فيما يأتي :

/المحاماة بغير عوض (وكالة):

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن عقد الوكالة بغير أجر = جائز غير لازم بالنسبة للعاقدين ، أما من جانب الموكل : فلأنه يرى المصلحة في ترك ماوكل فيه أو في توكيل شخص آخر .

وأما من جانب المحامي : لأنه قد لا يتفرغ لأعمال الوكالة ، فيكون لزوم العقد مضرا بالطرفين ، وبناء عليه لكل من طرفي عقد الوكالة الرجوع عنه متى شاء ، وتنتهي حينئذ الوكالة .

فالأصل في عقد الوكالة أنها من عقود التبرعات ؛ لأنها من باب التعاون بين المسلمين على البر والتقوى فهي إلى المروءات أقرب منها إلى الحرفة التي تعتبر مصدرا للتكسب والارتزاق ؛،وقد وكل النبيﷺ عروة بن الجعد البارقيرضي الله عنه في شراء شاة ، وأنيسا في إقالة الحر ، ووكل غيرهما بغير عوض .

وفي هذه الحال يكون عقد المحاماة عقدا جائزا غير لازم ، فيجوز لأحد المتعاقدين فسخه متى شاء ولا يلزم المضي في العمل ، بل للمحامي التخلي عنه أي وقت ، وهذا مذهب الأئمة الأربعة .

المحاماة بعوض (إجارة أو جعالة) :

الوكالة بعوض جائزة ، بل قد تدعو الحاجة إليها ، فقد ثبت عن النبي ﷺ أنه كان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم عُمالة .

وإذا كانت الوكالة بعوض فهي إما أن تكون إجارة أو جعالة ، وقد مثل بعض العلماء للأعمال التي تصلح فيها الإجارة والجعالة بالوكالة على الخصومة .

واعلم – رحمك الله – أنه لا يصلح اجتماعهما في عقد واحد ، فإما إجارة ، وإما جعالة ، ولِمَ ؟ لأن الإجارة لا بد أن تكون معلومة ، والجُعل يجوز فيه المجهول ، فهما أصلان مفترقان ؛ لافتراق أحكامهما ، فمتى جمع بينهما فسدا [١].

إذا تقرر ذلك : فعقد المحاماة إذا تضمن عوضا من الموكل يقبضه المحامي لقاء قيامه بما وكل فيه فإنه يكون عقد معاوضة سواء سمي أجرا أو جعلا أو أتعابا أو قيمة أتعاب ، ونحو ذلك .

وبناء على الاتفاق بين طرفي العقد على كيفية استيفاء العوض يتم تكييف هذا العقد وتحديده إجارة أو جعالة .

وخذ بيان ذين العقدين (الإجارة و الجعالة) فيما يأتي:

تعريف الإجارة شرعا :

بذل عوض معلوم في منفعة معلومة من عين معينة أو موصوفة في الذمة أو في عمل معلوم .

تعريف الجعالة شرعا :

جعل شيء من المال لمن يفعل كذا ، أو التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر علمه.

العلاقة بين عقدي الإجارة والجعالة :

أوجه الشبه :

١/ وجود صيغة دالة على الإذن في العمل بالعوض الملتزم به .

٢/ العوض فيهما لابد أن يكون معلوما، بالوصف أو المشاهدة ، وهذا ما اشترطه فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة .

٣/ لا يجوز في العقدين أم يكونا على محرم ، فلا يجوز في الإجارة تأجير الدار أو العقار لمن يتخذها في أمر محرم ، كتأجير الدار على من يتخذها كنيسة أو لمن يلعب فيهما بالقمار ، أو ليشرب فيهما الخمر ، وكذلك الأمر في عقد الجعالة فلا يجوز أن يتخذ الجاعل عاملا يدله على من يقرض بالربا أو من يقتل أو من يبيع الخمر .

[١] وستأتي أوجه الاختلاف بينهما إن شاء الله .

أوجه الاختلاف :

الإجارة	الجعالة
عقد لازم .	عقد جائز .
لا تحتمل الجهالة والغرر ، فلابد من أن يعلم العمل والمدة .	تحتمل الغرر ، وتنعقد مع جهالة العمل والمدة ، فالعمل مجهول ؛ لأنه لا يعرف مكان الضالة ، والمدة مجهولة ؛كرد الضالة إلى شهر أو أكثر .
لا تصح إلا مع أجر معين .	تصح بدون تعيين الأجر ؛ قال ﷻ : ﴿ لِمَن جَاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِ زَعِيمٌ ﴾ [يوسف : ٧٢] .
الأجير يستحق أجرته بالعقد ، ويقدر عمله كل يوم .	لا يستحق الأجر إلا بالفراغ من العمل ، ولو شرط تعجيله في العقد استحق أجرة المثل ، فإذا سلمه الجاعل له بلا شرط امتنع تصرفه فيه حتى يتم العمل .

تحديد كون المحاماة إجارة أو جعالة .

– كما سبق – يتحدد كون عقد المحاماة إجارة أو جعالة من صيغة العقد وحقيقته ، ويظهر هذا في النظر إلى : لوازمه ، ودلالتها على نوع العقد .

من لوازم عقد الإجارة : تعرف المحاماة أنها عقد إجارة إذا اتفق الموكل و المحامي على:

١/ أنه محام عنه في هذه القضية فقط بعوض مطلقا ، سواء كسبها أم لم يكسبها .

٢/أن كل مذكرة يقدمها له عليها مبلغ كذا .

٣/أن كل جلسة يجلسها له عليها مبلغ كذا .

٤/أنه عقد لازم لا يملك أحدهما الخروج منه إلا برضا الآخر .

من لوازم عقد الجعالة : تعرف المحاماة أنها عقد جعالة إذا اتُّفق على أنه :

١/ إن كسبَ الدعوى فله كذا ، وإن لم يكسبها فليس له شيء .

٢/ أنه عقد غير لازم ، ولأحدهما الخروج متى شاء دون إذن الطرف الآخر .

فإن قلتَ : إن ورد العقد بصيغة محتملة ؛ كأن ينص فيه على أنه محام عنه في هذه القضية بعوض ، دون تحديده بما يتميز به عن غيره من إجارة أو جعالة ، فبأي العقود تلحق المحاماة ؟

الأظهر أنها تلحق بعقد الإجارة ، لأن الأصل في العقود أن تكون على منافع الإجارة ؛ لأنها لا تشتمل على غرر ، كما أنه متفق على مشروعيتها .

صور يفسد فيها عقد المحاماة ، ولكن يصحح بأجرة المثل :

●إذا كانت صيغة العقد تدل على أنه عقد إجارة ، وكان استيفاء العوض على طريق الجعالة ، فهذه تعتبر جعالة فاسدة ، وتصحح له بأجرة المثل ؛ لأن نماء الجعالة يُرد إلى صحيح الإجارة .

●إذا ظهر من صيغة العقد أن شيئا من العوض يتسلمه المحامي مقدما ، ثم لا يستحق شيئا إلا بعد تمام القضية وكسبها لصالح الموكل = فهذا عقد جعالة فاسد ، لأنه شرط فيها تقديم شيء من العوض وهذا لا يجوز في عقد الجعالة ، فإن تم العمل يقر العقد على أنه إجارة صحيحة وله أجرة المثل .

●إذا كان العوض محددا لأعمال المحامي من جلسات وعقود ، واشترط المحامي نسبة كـ (١٠)% من المحكوم به عند كسب القضية = فهو عقد صحيح ؛ لأنها إجارة مع شرط ، إلا إذا كانت النسبة أكبر من الأجرة .

واعلم –رحمك الله – أن جميع ما سبق في تكييف عقد المحاماة يختص بالمحامي المستقل ، الذي لم يتبع الموكل ، وهو ما يسمى في الفقه بـ(الأجير المشترك) وهذا كأصحاب مكاتب المحاماة أفرادا أم شركاءا .

والضابط في المشترك هو : مَن قُدِّر نفعه بالعمل ، سمي مشتركا : لأنه يتقبل أعمالا لجماعة واحدة في وقت واحد ، يعمل لهم فيشتركون في نفعه ؛ كالحائك ، والصباغ ، والحمال .

فلا يتضمن العقد جميع نفع المؤجر في تلك المدة .[١]

---

[١] أما الأجير الخاص ، كالمستشار في شركة ؛ فمثل هؤلاء لا تنطبق عليهم التكييف السابق؛ لأنهم يأخذون رواتب ، ولكن يشكل هنا أن بعض الشركات تعطي قضاياها لمكاتب معينة ، فهل تأخذ هذه المكاتب حكم الأجير الخاص ؟ .

الْبَابُ الرَّابِعُ :
أَرْكَانُ الْمُحَامَاةِ

وَيَشْتَمِلُ عَلَى :
- أَرْكَانُ الْعُقُودِ .

- الرُّكْنُ الأَوَّلُ : الصِّيغَةُ ، وَفِيهِ مَسْأَلَتَانِ :
  - الْمَسْأَلَةُ الأُولَى : الْمَقْصُودُ بِهِ .
  - الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ : شُرُوطُهُ .

- الرُّكْنُ الثَّانِي : المحامي ، وَفِيهِ مَسْأَلَتَانِ :
  - الْمَسْأَلَةُ الأُولَى : الْمَقْصُودُ بِهِ .
  - الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ : شُرُوطُهُ .

- الرُّكْنُ الثَّالِثُ : الْمُحَامَى لَهُ ، وَفِيهِ مَسْأَلَتَانِ :
  - الْمَسْأَلَةُ الأُولَى : الْمَقْصُودُ بِهِ .
  - الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ : شُرُوطُهُ .

- الرُّكْنُ الرَّابِعُ : مَحَلُّ الْمُحَامَاةِ ، وَفِيهِ مَسْأَلَتَانِ :
  - الْمَسْأَلَةُ الأُولَى : الْمَقْصُودُ بِهِ .
  - الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ : شُرُوطُهُ .

- الرُّكْنُ الْخَامِسُ : الأُجْرَةُ .

أركان المحاماة

قبل أن ندلف إلى معرفة هاتيك الأركان ، اعلم – وفقك الله – أن الفقهاء اختلفوا في تعداد :

أركان العقود على قولين :

القول الأول : كل عقد تبرع له أربعة أركان ، وخمسة إن كان عقد معوضة . (قاله الجمهور) .

القول الثاني : كل عقد له ركن واحد ألا وهو الصيغة ؛ لأنها حقيقة العقد .

أما العاقدان ، والمعقود عليه فلا يتصور العقد بدونهما .

والخلاف فيها لفظي ، لا يترتب عليه كبير علم . ودونك أركان المحاماة فيما يأتي :



وسنتحدث عن كل ركن بالتفصيل فيما يأتي .

الركن الأول : الصيغة .

الْمَسْأَلَةُ الأولَى : الْمَقْصُودُ بِهِ : الإيجاب والقبول ، وما المقصود بهما ؟ على قولين :

الإيجاب : ما يصدر ممن يكون منه التمليك ؛ كالبائع ، والمؤجر ، والولي في النكاح .
والقبول : ما يصدر من الطرف الآخر الذي يكون منه التملك ؛ المشتري ، والزوج ، والتاجر

قاله الجمهور .

الإيجاب : ما يصدر أولا .

قاله الحنفية .

الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ : شُرُوطُهُ .(شروط الصيغة) :

١- أن تكون الصيغة مفهمة ، بحيث يفهم كل من المتعاقدين الآخر .

٢- أهلية المتعاقدين لإتمام العقد ، والأهلية هنا : العقل والبلوغ .

٣- أن لا تكون على أمر محرم .

٤- تطابق الإيجاب مع القبول ، سواء كانت المطابقة لفظا أو معنى . فإن قال : وكلتك محامٍ عني في جدة ، فقال : قبلت في موزمبيق[١] = لم يصح .

٥- أن يتصل الإيجاب بالقبول ، فلا يفصل بينهما بفاصل ؛ لئلا يقطع العقد .

واعلم – رحمك الله – أنه يجوز تراخي القبول إن كان في مجلس واحد ، وهذا بناء على أن المحاماة عقد لازم ، أما إذا كانت المحاماة جائزة بناء على أنها عقد وكالة فإنه القبول يصح ولو كان في غير مجلس العقد! ؛ إذ يصح توكيل الغائب ، وهي من عقود التبرعات – كما سبق – .

مسألة : تراخي المحامي في قبول المحاماة .

صورة المسألة : إذا قال الموكل : وكلتك في قضية كذا، فهل للمحامي الرد بعد ٣ أيام– مثلا–؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : يجوز التراخي ؛ قاله الجمهور .

الدليل : التوكيل يعد من طرف الموكل إذنا بالتصرف للوكيل ، ولا إذن قائم مالم يرجع عنه الموكل ؛ فأشبه الإباحة ، فدل هذا على التراخي في القبول ، وهذا في الوكالة الجائزة .

القول الثاني : يجوز إلى ثلاثة أيام ؛ قاله المالكية .

القول الثالث : لا يجوز ، بل تشترط الفورية ؛ قياسا على البيع .

ولعلنا نجمع بين الأقوال ، فيقال : المحاماة إن كانت بغير عوض ، فقول الجمهور ظاهر ، وإن كانت بعوض فالأولى قول المالكية .

---

[١] ☺ .

الركن الثاني : المحامي .

✍الْمَسْأَلَةُ الأُولى : الْمَقْصُودُ بِهِ : هو باذل العمل في المحامى فيه نيابة عن موكله ، بعوض أو بدونه .

والمحاماة إذا كانت مبنية على أنها وكالة فإنه يجوز فيها إبهام المحامي وقت صدور الإيجاب ؛ كأن يقول : من كَتَب لي عقدا فله كذا ، فالمحامي حين صدور الإيجاب مبهم ، وقد يستمر إبهامه إلى إنجاز العمل .

✍الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ : شُرُوطُهُ . (شروط المحامي) :

أولا / الشروط المتفق عليها إجمالا :

١– العقل . ٢– الرضا . ٣– تيقن المحامي من صحة دعوى موكله .

ثانيا / الشروط المختلف فيها إجمالا :



وهاكها بشيء من البسط :

أولا / الشروط المتفق عليها :

١– العقل ، قال ﷺ : " رفع القلم عن ثلاثة : ...وعن المجنون حتى يفيق " ، ولئن كان لا يصح تصرفه لنفسه ، فلأن لا يصح أن يلي أمر غيره من باب أولى .

٢– الرضا .

الرضا والاختيار عند الجمهور بمعنًى ، قال عبد العزيز البخاري في"كشف الأستار" : " الرضا أخص درجات الاختيار " .

ومما يؤثر على الرضا الإكراه ، الذي هو : حمل الغير بغير حق على فعل لا يريده تحت الإجبار والتهديد .

والإكراه الذي يعد عيبا قادحا في الرضا لابد فيه من ثلاثة شروط :

أ– أن يكون المكره قادرا على إيقاع ما هدد به .

ب– أن يكون المكرَه متيقن بأن المكرِه سيوقع ما هدد به دون شك .

ج– أن يكون المهدَّد به ماسًّا مباشرة في نفسه ، أو ماله بالإتلاف ، أو بإتلاف ما دون النفس ، أو الحبس ، أو الضرب ، أو التهديد ، أو إلحاق الأذى بالعائلة .

مسألة : حكم تصرف المكره .

إذا أكره أحد على عقد المحاماة ففيه ٣ أقوال :

أ– العقد باطل ؛ لأن المكره لا اختيار له ؛ قاله الشافعية والحنابلة .

ب– العقد فاسد ؛ قاله الحنفية .

ج– العقد موقوف على الإذن ؛ قاله المالكية .

٣– أن يتيقن من صحة دعوى موكله . وهذا على ثلاث صور :

الصورة الأولى : حصول اليقين ؛ وذلك :

إذا علم صدق دعوى موكله ، فهنا يجوز التوكيل .

"" "" كذب "" "" ، فهنا لا يجوز التوكيل ؛ قال ﷻ : ﴿ وَلاَ تُجَادِلْ عَنِ الَّذِينَ يَخْتَانُونَ أَنفُسَهُمْ ﴾ [النساء : ١٠٧] .

الصورة الثانية : الرجحان ، وذلك : إذا غلب على ظنه صدق موكله .

الصورة الثالثة : عدم الرجحان ، هل هي صحيحة أم لا ؟ فهنا يجوز الشروع في القضية ؛ لأن الأصل في الوكالة الحل ، فإذا تبين له كذب فيها فعليه فسخ العقد ؛ إذ لا يجوز إعانة المسلم على أخيه بالباطل .

ثانيا / الشروط المختلف فيها .

١/ الإسلام . واختلف في اشتراطه على قولين :

القول الأول : شرط ؛ قاله المالكية .

القول الثاني : ليس بشرط إلا في الأمور التي لا يجوز للكافر أن يتولاها ؛ كتزويج النساء ، وكذا في الأمور التي لا يجوز لمسلم توليها ؛ كشراء الخمر .

الراجح : اشتراطه ؛ لأمور :

أ– أمور المسلمين مبنية على التعاون ، وهذه منفية غالبا مع الكافر .

ب– اشترط بعضهم في الوكالة : عدم العداوة ، وسحبوها على العداوة الدينية .

ج– المحاماة مرتبطة بالولاية الدينية ؛ لأن لها تعلق بالإمام أو القاضي ، والكافر لا يستوعب مثل هذه الأمور .

مسألة مستثناة :

لو كان الموكل في دولة أجنبية ، فهل تجوز المحاماة حينئذ من كافر ؟

الضرورة تقدر بقدرها ، والحقوق ينبغي أن لا تضيع ، بل قد يكون توكل الكافر أولى ؛ لأنه يعرف قوانين هذه البلدة .

٢/ البلوغ . واختلف في اشتراطه على قولين :

القول الأول : شرط ؛ قاله المالكية ، والشافعية .

الدليل : لأن البلوغ يدل على تمام الأهلية ، وذلك أنَّ المكلَّفَ يَعلمُ مرادَ الله بنفسه ، أو بواسطةٍ، ولما كان العقلُ غيرَ ظاهر = وضع الشارعُ له علامةً وهي : البلوغ .

القول الثاني : ليس بشرط ؛ قاله الحنفية والحنابلة .

الدليل : عن أم سلمة – رضي الله عنها – أن رسول الله ﷺ لما خطبها قالت : ليس أحد من أوليائي شاهدا ، فقال ﷺ : " ليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب! " فقالت لابنها عمر : يا عمر ! قم ، فزوج رسول الله ﷺ . فزوجه .

ولم ينكر ذلك النبي ﷺ ، فدل على جواز توكيل الصبي .

قال ابن قدامة (ت ٦٢٠ هـ) : " وتصح وكالة الصبي المراهق إذا أذن له الولي ؛ لأنه ممن يصح تصرفه " .

الراجح : يجوز توكيل الصبي المميز ، ولكن يستثنى :

عقد المحاماة ؛ لأنه يحتاج إلى : معرفة الدفوع ، تقديم الحجج البليغة ، وتفنيد الدعاوى ، وهذا لا يقدر عليها الصبي المميز ، بل المفاسد في وكالته أغلب من المصالح .

٣/ الرشد . واختلف في اشتراطه على قولين :

القول الأول : شرط ، إلا فيما يصح إقراره به ،فيؤخذ به حال سفهه ؛ كدعوى القتل والطلاق والقذف ؛ قاله الشافعية والحنابلة .

القول الثاني : ليس بشرط ؛ قاله الحنفية ، وهو ظاهر مذهب المالكية .

الراجح :اشتراط الرشد ؛ لأن من صح توكله عن نفسه صح عن غيره ، والسفيه دونه خَرْطُ القَتَادِ.

٤/ العدالة ، وهي : هيئة راسخة في النفس ، تحث على ملازمة التقوى ، واجتناب الكبائر ، وتوقي الصغائر ، والتحاشي عن الرذائل .

وممن نص عليها : الكاساني في بدائع الصنائع ، والشربيني في : " مغني المحتاج " ، وابن قدامة في : " المغني " ، والحجاوي في : " الإقناع " .

٥/ العلم بالوكالة ، واختلف في اشترطه على قولين :

القول الأول : شرط ؛ لأنه من باب الإذن ، فيجب أن يعلم هذا الإذن ؛ قاله الحنفية ، وهو وجه عند الحنابلة .

القول الثاني : ليس بشرط ؛ قاله المالكية ، و الشافعية .

واعلم أن الخلاف لا يجري إن كيَّفنا المحاماة على أنها جعالة .

٦/ الحرية . والراجح أن السيد إذا وكل عبده في الخصومة = صحت .

٧/ تعيين المحامي .

اعلم – بارك الله فيك – أنَّا إن كيفنا المحاماة على أنها جعالة فلا يشترط التعيين ، وإن كيَّفناها على أنها إجارة = فعلى قولين :

القول الأول : شرط ؛ قال الجمهور .

القول الثاني : يجوز عدم التعيين إذا كان توكيل المجهول تابعا لمعلوم ؛ نحو : وكلتك وكل مسلم؛ قاله الشافعية .

٨/ أن يكون المحامي مؤهلا شرعيا ونظاميا .

٩/ أن لا يكون المحامي قد توكل عن الخصم في ذات الخصومة ؛ لأنه بعد عزله صار عدوا له ، والعداوة لا تجوز ، ويكون أيضا قد اطلع على عورات الخصم ؛ قاله المالكية .

وهذا فيه نظر ؛ لأن الحق يبقى حقا ، علمه من علمه ، جهله من جهله ، والقضية إن كان فيها باطل فيجب أن يبينه ، وإن كان فيها حق فيجب إظهاره .

ولكن قد يقال بهذا الشرط سدا لذريعة من يتوكلون ، فيطلعون على الأسرار ثم يعزلون أنفسهم ، ويحامون عن الآخر ، وهذا فيه تغرير أيَّما تغرير .

١٠/ أن لا يكون المحامي وكيلا عن الخصمين في ذات القضية ؛ لأن الوكيل حينئذ يكون مخاصما ومخاصما في وقت واحد[١]،وهذا أمر يضطرب معه الوفاء بالوكالة على وجهها المطلوب.

وهذا مقتضى مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة ، وهو ما رجحه النووي (ت ٦٧٦ هـ) .

١١/ أن يكون المحامي رجلا .

اعلم – رحمك الله – أن الفقهاء لم ينصوا على حكم توكيل المرأة في الخصومة ، وإنما جاء التنصيص على جواز توكيلها عموما ، قال السرخسي (ت ٤٩٠ هـ) : " وإذا وكلت امرأة رجلا، أو رجل امرأة فذلك كله جائز ؛ لعموم الحاجة إلى الوكالة في حق هؤلاء " .

وقال ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ) : "كل من صح تصرفه في شيء بنفسه + وكان مما تدخله النيابة = صح أن يوكل فيه رجلا كان أو امرأة " .

ومن أدلة من يحرمون :

أ– الأصل في المرأة القرار .

ب– يؤدي إلى بروزها للرجال .

ج– عدم أمن الفتنة عليها .

د– خروجها المتكرر عن بعلها وأبنائها .

ومهما يكن من شيء : فالمسألة عويصة ، والمجيزون أدلتهم وجيهة ؛ إذ اعتماد المانعين في المنع على المصالح والمفاسد .

---

[١] ☺ .

الركن الثالث : المحامى له .

الْمَسْأَلَةُ الأُولَى : الْمَقْصُودُ بِهِ : هو من فَوَّضَ المحامي بعمل معين .

الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ : شُرُوطُهُ . (شروط المحامى له) :

وقبل السير في بيانها ينبغي أن يُعلم أن أكثر الشروط مستفادة من شروط المحامي .

١/ العقل . (تنظر : ص { ٢١ }) .

٢/البلوغ . (تراجع : ص {٢٢ }) .

٣/عدم ردة المحامي له . اختلف فيها على أقوال :

القول الأول : لا تفسخ الوكالة ؛ قاله الحنابلة .

القول الثاني : يفسد مطلقا .

القول الثالث : العقد موقوف ، فإن عاد إلى الإسلام = فوكالته ماضية .

وإن مات أو لحق بدار الحرب = فُسخت الوكالة .

والقول الثالث هو الراجح .

مسألة : متى يعتبر هذا الشرط في عقد المحاماة ؟

إذا حكم القاضي بردته ، أما إذا علم الوكيل أو شاع بين الناس فلا عبرة بذلك .

٤/ الرضا (شوف! : ص {٢١ }) .

٥/الرشد . (طالع : ص { ٢٣ }) .

٦/ أن يكون المحامي له (الموكل) معلوما لدى محاميه ، وهذا الشرط لم يذكره أكثر الفقهاء ؛ لأن العادة جرت أن الموكل معلوم لدى المحامي باسمه ووصفه ، وهذا يرجع إلى حصافة القاضي، وفي الوكالة اشترط النظام السعودي أن يكون معروفا لدى القاضي ، ولم بشترطوا ذلك في المحامي .

٧/ أن لا يقصد المحامي له (الموكل) الإضرار بخصمه ، ويظهر ذلك بقرينة حالية أو مقالية ، ومن ذلك :

أ) أن يوكل عدو خصمه ، وقَصْدُ الإضرار ظاهر هنا .

ب) أن يعزل محاميه ويعين آخر كلما اتجهت القضية لصالح الخصم .

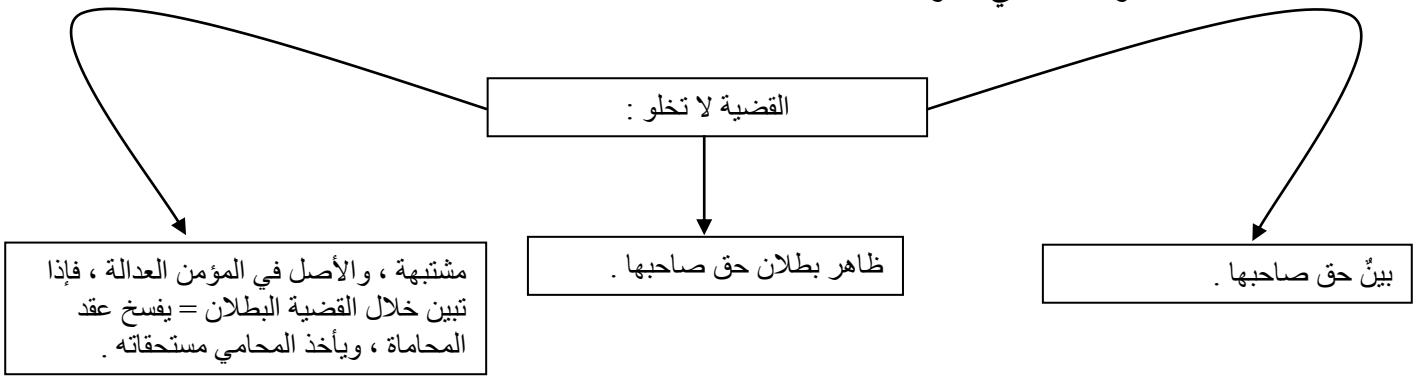
ج) أن يوكل محاميا مشتهرا باللدد ، والتشغيب ، واستخدام الحيل .

٨/ أن لا يكون المحامي له محجورا عليه ؛ إذ لا يقبل إقراره ؛ لأن المحامي لو أقر بمال على المفلس للزمه، فربما يتفق مع الغريم ، فيحصل ما لا يحمد عقباه .

٩/ أن يكون المحامي له طالبا لا مطلوبا (مدعًى لا مدعًى عليه) .

وهل الأصل أن المدعى عليه دائما دعواه باطلة ؟! لا يلزم .

١٠/ أن يكون محقا في دعواه .



الركن الرابع / المحامى فيه (ذات القضية) .

المَسْأَلَةُ الأُولَى : المَقْصُودُ بِهِ : هو محل عمل المحامي من عقد ، أو حق متنازع فيه ، أو طلب ، أو دفع .

الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ : شُرُوطُهُ . (شروط المحامى فيه) :

١/ أن يكون محل الوكالة معلوما ، ولايعني أن يعلم الدقيق والجليل من كل وجه ، وضابط المعلومية : أن يكون المحامي على علم بمحل الوكالة على وجه يجعله قادرا على إنفاذ ما وكل به بصورة سليمة ، لا يشوبها ضرر أو غرر .والجهالة اليسيرة مغتفرة .

وهنا ينصح بعدم الوكالة العامة .

٢/ أن يكون محل الوكالة مملوكا للموكل .

فإن لم يكن مملوكا ← فلا يجوز .

وليس تابعا ←

أما إذا كان تابعا للأَصل = فيجوز .

وقد حصر أهل العلم الملك بأحد الأسباب الآتية :

أ) أن يكون الموكل مالكا لما يوكل فيه ملكا أصليا معتبرا شرعا . (الحيازة) .

ب) أن يكون الموكل مالكا لحق معنوي حال الحياة والممات ؛ نحو : القذف ، الشفعة .

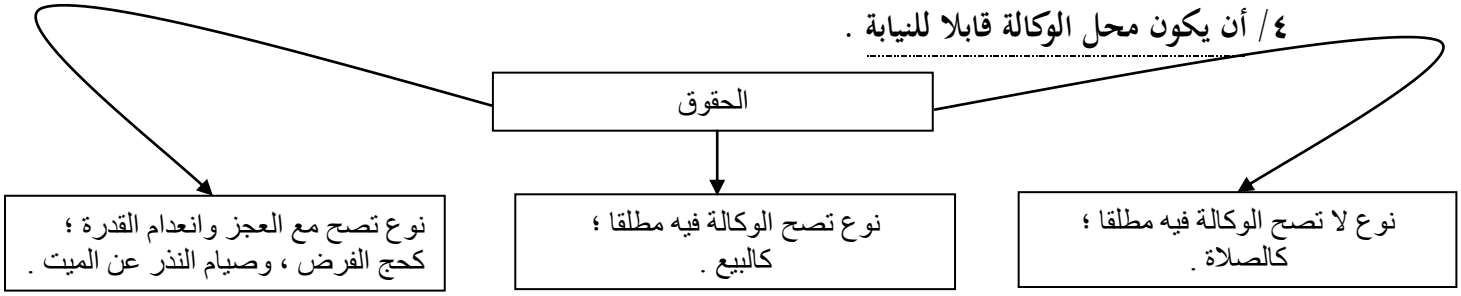
وخالف الحنفية ؛ لأنهم لا يرون بتوريث الحقوق .

ج) أن تكون للموكل ولاية شرعية على محل التوكيل تمكنه من توكيل غيره ؛ نحو : ولاية الأب على أموال وشؤون ابنه الصغير .

تنبيه : الملكية المشروطة هي وقت إبرام العقد ، وليست فيما سيملكه الموكل مستقبلا ؛ لأنه لا يقدر على التصرف فيه بنفسه وقت التوكيل ، ولكن إن كان ما سيملكه تابعا لما يملكه = صح ؛ لأن التابعَ تابعٌ ، وكذا إن كان يملك أصل ماوكل فيه ، فيصح التوكيل فيما سيملكه ؛ لأن الفرع تابع للأصل .

٣/ أن يكون محل الوكالة مشروعا ، فلا تصح الوكالة في العقود الفاسدة ، ولا المطالبة بدين قمار ، ولا في الغصب ، أو الاعتداء ...وهكذا دواليك .

٤/ أن يكون محل الوكالة قابلا للنيابة .



بعض الفقهاء اشترط شرطا فيه نظر ، وهو :

أن لا يكون الموكل فيه سهلا ؛ فبعض القضايا لا تحتاج إلا إلى جلسة واحدة .

فالتوكيل والحال هذه غي الغالب يكون للإضرار ؛ كإطالة الوقت ، لاسيما في القضايا التي لابد فيها من حضور الموكل ؛ كالشهادة ونحو ذلك .

الركن الخامس : الأجرة ، وتعطى إن كانت المحاماة إجارة أو جعالة لا وكالة .

شروط الأجرة :

الشرط الأول / أن تكون الأجرة معلومة ؛ فلا يصح كما يقول عامة الناس : تحامى عني ولن نختلف . فإن حصل مثل هذا ، فإنه يرجع إلى أجرة المثل .

ثانيا / أن تكون الأجرة مما يباح وينتفع به لغير حاجة ، فالمال هو : عين أو منفعة مباحة النفع بلا حاجة[1] . فخرج بهذا الشرط ما يأتي :

١) ما لا يباح ؛ كالخمرِ ، والخنزيرِ وابنه الخِنَّوْصِ! وآلاتِ اللهوِ والطرب .

٢) ما لا نفع فيه أصلا ؛ كالحشرات .

٣) ما فيه نفع ، ولكن أبيح لضرورة ؛ كالميتة حال المخمصة .

٤) ما فيه نفع ، ولكن أبيح لحاجة ؛ كالكلب . فالنهي عما سبق جاء لانتفاء ماليته .

الشرط الثالث : أن تكون الأجرة مملوكة للموكل ، أو مأذونا له فيها حال العقد . فكما لا يصح بيع ما لا يملك ، فكذا الأجرة على ما لا يملك

الشرط الرابع : القدرة على تسليم الأجرة ، فكيف تكون الأجرة عبدا آبقا ، أو جملا داعسا!!.

مسائل متعلقة بالمحاماة :

طرق إثبات عقد المحاماة :

تثبت المحاماة بما تثبت به سائر العقود الجائزة واللازمة ، فطرق الإثبات هي :

١/ الشهادة ، وقد اختُلف في العدد المعتبر لقبولها ، والأظهر كما قال الجمهور عدا الحنفية أن الوكالة إن كانت بمال أو ما يقصد به المال فتقبل الشهادة من رجلين ، أو رجل وامرأتين ، أو رجل ويمين . وإن كانت غير ذلك لم تقبل إلا من رجلين ؛ لأن شهادة النساء مع الرجال تقبل في الأموال دون غيرها . ونصاب الشهادة يختلف بحسب القضايا ، فإثبات الزنا يكون بأربعة شهود ، والقسامة بخمسين ، وهكذا .

٢/ الإقرار ، ويكفي مرة واحدة .

تعدد المحامين :

الأصل أن يترافع الإنسان عن نفسه ، وإن لم يستطع فالأصل أن يكون المحامي واحدا ولو كان لأكثر من موكل ؛ لأدائه للفرض غالبا . ولكن بعض القضايا تستوجب تعدد المحامين ؛ إما لمعنى في القضية ؛كتشعبها ، أو لمعنى في الموكل ؛ كأن يرى عدم الاكتفاء بواحد وغير ذلك من المسوغات .

وقد اختلف الفقهاء في تعدد المحامين على قولين:

القول الأول : لا يجوز للشخص أن يوكل في تصرف واحد أكثر من وكيل إلا بعد موافقة الخصم؛ قاله المالكية . واستدلوا بما يأتي :

١/ في هذا الفعل إضرار بالخصم ، وإرهاق له بسبب كثرة الوكلاء .

٢/ قد يحصل تشويش وفوضى ، فقد يقر أحد الوكلاء بأمر ، وينكر الآخر .

القول الثاني : يجوز ذلك ؛ وهو قول الجمهور ؛ لما يأتي :

١/ الأصل جواز التوكيل في الواحد أو الأكثر .

٢/ أنه تصرف جائز ، مأذون له فيه .

طريقة الترافع إذا كان في القضية عدد من المحامين :

الصورة الأولى / إذا حدد الموكل اختصاصات كل محامٍ ، كأن يكون المحامي الأول في الجانب الفقهي ، والثاني في الجانب النظامي ، والثالث في الجانب الفني (كتابة العرائض ونحو ذلك) ، فالأصل أن لا يترافعوا سويًّا ؛ دفعا للفوضى والتشويش ، لذا يجب أن ينيبوا أحدهم ، أو يترافع كلٌّ في قضيته .

الصورة الثانية / إذا لم يحدد الموكل اختصاصات كل محامٍ ، واجتمعوا سويًّا فهل يجوز أن يترافعوا جميعا ، أويعينوا أحدهم ؟ ج/ لا يجوز أن يترافعوا منفردين! ولِمَ ؟لما يأتي :

١/ عدم تحديد الموكل للمحامين دالٌّ على أنه يريدهم جميعا ؛ ليتشاوروا ويتباصروا .

٢/ تصرف الوكيل ناتج عن إذا الموكل ، ولم تظهر إرادة الموكل : هل يكونون جميعا أم منفردين؟

٣/ إنفرادهم يؤدي إلى التناقض ، وهذا غير مراد[١] .

---

[١] قال النووي : " ولو وكل رجلين بالخصومة ، ولم يصرح باستقلال كل واحد منهما فوجهان ، الأصح : ألا يستقل واحد منهما ، بل يتشاوران ويتباصران ، كما لو كلهما في أنه لا ينفرد واحد منهما بحفظه ، بل يحفظانه في حرز ، بينهما ، والثاني ينفرد " (روضة الطالبين) ٣٢١/٤ .

قال ابن مفلح في : "الفروع" ٣٥١/٤ : " وإن وكل اثنين لم ينفرد واحد بلا إذن ، وقيل : إن وكلهما في خصومة انفرد ؛ للعرف " .

قال الشوكاني في : " السيل الجرَّار " ٢٢٩/٤ :" إذا كان قصد الموكل الاجتماع بقرينة حال أو مقال كان تصرف أحدهما منفردا غير صحيح ولو فيما يخشى فواته إلا أن يعرف أنه يأذن بالانفراد في مثل ذلك . وإن لم يكن مقصده الاجتماع كان لكل واحد منهما أن يتصرف فيما أطلقه لهما أو عيَّنه ، فإن اختلفا لم ينفذ تصرف أحدهما حتى يتفقا أو يأذن الموكل بما فعله أحدهما " .

أتعاب المحامي إذا كُيِّفتْ على أنها إجارة :

اعلم – رحمك الله – أن الإجارة : بذل عوض معلوم في منفعة معلومة ، من عين معينة أو موصوفة في الذمة ، أو عمل معلوم .

وأجمع العلماء على مشروعيتها إلا ما جاء عن الأصم وابن عُلَيَّة في قولهما بعدم مشروعية الإجارة، وهذا القول غير معتبر ، كما أنهما من المبتدعة .

ويكون عقد المحاماة = إجارة بأمور :

١/ النص على الإجارة في صيغة العقد .

٢/ أن يتفقا على أن العقد لازم .

٣/ أن يتضمن العقد سمات الإجارة ؛ نحو كل لائحة بكذا ، وكل ساعة استشارة بكذا ، ونحو ذلك .

أتعاب المحامي إذا كُيِّفتْ على أنها جعالة :

الجعالة : جعل شيء من المال لمن يفعل كذا .

والجمهور على جوازها ، والحنفية خصوها في جُعل العبد الآبق .

ويكون عقد المحاماة = جعالة بأمور :

١/ النص على الجعالة في صيغة العقد .

٢/ أن يتفقا على أن العقد غير لازم .

٣/ إذا كان العقد يتضمن سمات الجعالة ؛ نحو :

أ– إن كسب القضية فله كذا ، وإلا فلا .

ب– إن نفعت الاستشارة من المحامي فله كذا ، وإلا فلا .

ج– إن كتب المحامي عقدا كامل الشروط فله كذا ، وإلا فلا .

قبض المحامي عن موكله فيما ثبت له :

المقصود : هل يجوز للوكيل أن يقبض المال الذي ثبت لموكله ؟ أم أنه فقط محامٍ في كسب القضية ؟ اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال :

القول الأول : يجوز للمحامي قبض المال فيما وكل فيه ؛ قاله الحنابلة .

القول الثاني : يجوز بشرط الأمانة في المحامي ؛ قاله زُفَر من الحنفية .

القول الثالث : لا يجوز ؛ لأنه وكله في الخصومة ولم يوكله في قبض المال ؛ قاله الجمهور .

أما إذا كانت الوكالة عامة فلا إشكال.