عدد خاص

المورد

مجلة تراثية فصلية

تصدرها وزارة الثقافة والاعلام - دار الجاحظ - الجمهورية العراقية

المجلد التاسع - العدد الرابع - ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م

٤

القرن الخامس عشر الهجري

الأبحاث والدراسات

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

دراسات في القضاء والافتاء في الاسلام

الخصائص الاساسية للقضاء
في العصور والبلاد الاسلامية

بقلم الدكتور
صلاح الدين الناهي
الاستاذ المتمرس بجامعة بغداد
ورئيس شرف جمعية القانون المقارن
العراقية

الفصل الاول

١ ـ كلمة تمهيدية :

اطلعت في العدد الاول من المجلد الثامن من مجلة المورد الغراء على مقالة « تراث المسلمين القضائي » للدكتور بدري محمد فهد ، من كلية الاداب بجامعة بغداد ، فحملتني قرائتها على الكتابة تعقيبا وتمهيدا ، فقد صادفت مني ميلا قديما للكتابة في موضوع القضاء في الاسلام .

ومقالة الاستاذ فهد ـ لعمر الحق ـ منهجية جديرة بالتنويه والتعقيب ، فقد مهد كاتبها سبيل البحث لكل من سيسهم في التعقيب ، او يدلي بدلوه في دراسة القضاء والتنظيم القضائي في الاسلام ، وما اجدر هذا الموضوع بالتتبع والبحث والتمحيص والموازنة ومساهمة الحقوقيين والمؤرخين في دراسته مجتمعين ومنفردين نظرا لاختلاف وجوه النظر اليه وفيه ، ولدلالته على نمط العدل الاسلامي في التطبيق ونظرا لاهمية المقالة المذكورة واستثارتها الهمم ، ودعوتها للتعقيب ، فقد عن لي ان اراجع ما ورد في بعض كتبي ومقالاتي ومحاضراتي متفرقا في صدد خصائص القضاء والتنظيم القضائي في العصور الاسلامية ، وان اضيف الى ذلك اشياء اخرى لاتعدو في مقالتي هذه تلك الخصائص الاساسية العامة للقضاء المذكور ، وان انسق ذلك تنسيقا يجعل من هذا التعقيب والتصوير الجامع تمهيدا اخر متواضعا لا لدراسة القضاء وحده ، ولكن لدراسة صنوه الموسوم بالافتاء ، لان القضاء والافتاء توأمان ـ كما سنرى ـ ولسوف اختتم هذه المقالة بكلمة في فلسفة الشرع والقضاء الاسلاميين

فان سنحت الفرصة واتسع صدر « المورد » فان لنا عودة او اكثر الى هذه الدراسات لتمحيص جوانب اخرى من الافتاء والقضاء والتنظيم القضائي في الاسلام فتناول فيها في مقالات متعددة :

١ ـ مبدأ تخصيص القضاء وتوزيع العمل القضائي (الاختصاص) بين محكمة القاضي وبين جهات اخرى نشأت في ظل الاسلام على مر العصور في مختلف البلاد الاسلامية كاختصاص الشرطة بالقضاء الجزائي والحسبة بالرقابة على الاخلاق والسلوك (الامر بالمعروف والنهي عن المنكر) والمظالم بالشكوى من اعمال الجور والتعسف .

٢ ـ مشكلة الرجوع في القضية المقضية او نقضها والقيود التي ترد على ذلك والجهة المختصة بذلك .

٣ ـ ادارة القضاء ومبدأ الاستخلاف والنيابة وقضاء القضاة .

٤ ـ نظام الترافع والنظر في الدعوى منذ الارتفاع للقاص حتى التسجيل وما يتصل بذلك من ضمان حق التقاضي والدفاع .

٥ ـ الخصائص العامة لنظام الاثبات (البينات) .

٦ ـ مؤسسة الافتاء في ماضيها منذ عصر الاجتهاد الحر حتى ظهور مشيخة الاسلام ، وفي حاضرها منذ انقراض الدولة العثمانية حتى يومنا هذا ، وصلة هذه المؤسسة بادارة الشؤون الدينية والتعليم الديني للاقليات المسلمة المعاصرة وبحقوق الانسان .

٢ ـ نقاط الاهتمام :

لقد أثار كاتب المقالة المذكورة نقاطا جديرة بالاهتمام ، فدعى لدراسة القضاء دراسة موازنة[١] (مقارنة) مع القضاء في الحضارات الاخرى ، وبداهة فان المقصود بذلك هو الموازنة بين النظام القضائي الاسلامي وبين النظم القضائية الاخرى في الحضارات التي تضاهي الحضارة الاسلامية في درجة التقدم الفكري والثقافي ، سواء تفوقت عليها تكنولوجيا ام لم تتفوق ، دون الموازنة مع الحضارات البدائية الاولى ، فان الموازنة انما تجري بين النظم المتقاربة في المستوى الحضاري ولا شأن للتكنولوجية في ذلك فيما لا يتعلق بشؤون التكنولوجيا وضروراتها .

ودعى كاتبنا لدراسة تاريخية واسعة المدى والنطاق لنظام القضاء ومعرفة تفاعل القضاء الاسلامي مع غيره من النظم ، وعلى حد تعبيره معرفة « ما افاده القضاء الاسلامي من الارث المحلي » .

وتثير هذه الدعوة قضايا متفرعة في مقدمتها صلة النظام القضائي الاسلامي بالنظم القضائية البيزنطية والساسانية والمصرية والعراقية ، التي كانت قائمة في البلاد التي استولى عليها الفاتحون الاولون من المسلمين ، ومع ان بعض الكتاب المعاصرين من العرب والفرنسيين[٢] روجوا للقول بتأثر النظام القضائي الاسلامي بتلك النظم فان هذه الدعوى لا يمكن التسليم بها كما نوهنا مرارا ، لعدم ثبوتها تاريخيا بالنسبة لجوهر النظام القضائي في الاسلام والاسس العامة التي تحكمه نشأة وتطورا وفي مقدمتها كون الشرع الاسلامي ناسخا لما قبله[٣] ، والمبادىء التي قام عليها العدل الاسلامي ، ولثبوت انتقال الاسلام الى الاقاليم المفتوحة برسالة تشريعية متكاملة ، كان لها اليد العليا على شرائع البلاد المفتوحة واعرافها ، الغاء ونسخا وتقدما ، ونظام قضائي يستند الى سلطة واسعة في الاجتهاد ومصادر تشريعية مرنة وعادلة ومبادىء واحكام عادلة وغائية تنطلق من مراعاة مصالح المكلفين بالشرع انفسهم ولا تتعثر باشكال جامدة وطقوس غيبية ، فاغناه كل ذلك عن الاستعارة من النظم الاجنبية ، سواء في مضمار القواعد التنظيمية ام في نطاق القواعد الموضوعية .

وبالرغم من تسليم الاستاذ مييه بان للقاضي المسلم سلطة اجتهادية واسعة نظرا لضيق نطاق السلطة التشريعية التي للخليفة في نظره ، لكون القرآن هو الشرع الالهي ، فقد انطلق في نظرته لمنشأ النظام القضائي في الاسلام الى التذرع بالنقد الاوربي الذي زعم له السلامة في المنطق (ص٦٨٨ بند ٨٤٩ في مقدمته) وعلى حد منطقه هذا اشار الى الرواية الاسلامية القائلة بان الرسول والخلفاء لم يكن لهم قضاة ، باسلوب يصور هذه الرواية تصويرا مسرفا يضفي عليها الجدية وينسى انها ليست بالمسلمة في معترك مختلف الروايات في هذا الصدد فكيف ساغ له التغاضي عن عرض وجهة النظر الاسلامية كاملة ! اليس في منطق النقد الاوربي ان تستعرض مختلف الروايات المتنازعة ، وصحة كل فريق واسانيده وتعليلاته ، وكيف تجاهل طبيعة التنظيم القضائي في فترة الرسالة وكون ذلك التنظيم فيها لا يعدو المنطلق وبداية عهد القضاء بالنشوء والتحول الذاتي الداخلي ، لا بالاستناد الى عوامل خارجية ، فقد نسخ الاسلام نظام التحكيم الجاهلي الكهنوتي الغيبي الذي كان يستند في التمويه على اساس من السجع وزعم الاتصال بالغيب ونقل ارادة الالهة ، فلم يسع الاسلام سوى القضاء المبرم على ذلك الطراز من القضاء بالغاء سلطة الكهنة والسجع في هذا الصدد واعلان التحكيم الالزامي يجعل التحاكم للرسول والتسليم بما يقضي فيه بين المتنازعين طواعيه مع جعل الارتياب في ذلك كفرا ومروقا من الايمان ، وسرعان ما تحول التحكيم الالزامي الى ولاية قضائية تامة بالاستناد الى عموم الايات في هذا الصدد والى رسم الرسول لقضاته المعالم الاساسية لمصادر القاعدة الشرعية واقراره الاجتهاد القضائي الجاد والعمل بالظاهر وبسط احكام الاثبات فمهد السبيل لكل تطور ذاتي لاحق .

ولقد ثبت ان هذا النظام الاصيل الذي يرجع في شكله العام لاعراف العرب قبل الاسلام وفي مبادئه واسسه لسماحة الشرع الاسلامي ثبت لاعراف البلاد المفتوحة التي وجدها في الاقاليم المفتوحة غارقة في التقاليد الطبقية الظالمة المنافية لمبدأ المساواة الاسلامي ، وفي البدائية الطقوسية ، فنقاها من تلك الشوائب وهذبها واخضعها لمبادئه العادلة ، وصهرها في بوتقة الشرع الاسلامي ، فلم يسلم القضاء الاسلامي بالاساليب البدائية في الاثبات كالامتحان بالنهر او بالنار او استرقاق المدين بالدين استرقاقا مؤبدا او موقتا ومتعديا الى

زوجته واولاده او اخضاع العقود لطقوس دينية وشكليات فاقدة المعنى والجدوى ، ولكنه اخضع كل ما صادفه من عرف لمبادىء الشرع الاسلامي وعدالة قضائه فصاغه صياغة نفت عنه او شابه القديمة وابرزته في ثوب اسلامي خالص من تلك الشوائب ، وتطور النظام القضائي بدوره من بساطته الاولى في ظل نظام التحكيم العربي الجاهلي تطورا تلقائيا عملا بقانون الضرورات ومراعاة احوال التغير المطرد في مختلف الظروف والاعصار ومبدأ تخصيص القضاء الذي كان من اقدم المبادىء التي طبقت في التنظيم القضائي وادت الى تنوع الاختصاص المسمى في المصطلح الاسلامي (بالعمل القضائي) .

ولقد دعى الاستاذ فهد ايضا الى دراسة مصادر القواعد الشرعية (ادلة الاحكام في مصطلح الاصوليين) لمعرفة ما بذله القضاء من جهد لتطوير احكام الشرع وقد حفلت كتب اصول الفقه بهذه المباحث كما عالجتها بعض مصنفات القضاء الاسلامية .

وتمخضت جهود المسلمين عن افساح المجال للفقهاء المجتهدين في العمل بالرأي والاستحسان والمصلحة المرسلة واعمال العقل والعدل ، على نحو لا يدع مجالا لتخلف الشرع عن الركب مهما طوى الزمن من ابعاد اما فلاسفة الشرع الاسلامي فقد سلموا بالمصالح المعتبرة اساسا للتشريع وتصدوا لدعوى غلق باب الاجتهاد بالتنفيذ ورحبوا بالسياسة العادلة وشجبوا الظالمة .

وجميع هذه النقاط اساسية ومهمة وجديرة بالعناية والدرس فيجدر بنا ان نقول فيها ما يناسب المقام ونبدأ بقضية الموازنة .

٣ ـ الموازنة منهج في البحث :

فاما الموازنة بين الشرائع والنظم فدراسة تمت في الغرب الاوربي منذ اكثر من قرن حتى عرفت بعلم القانون الموازن وبالموازنة بين الشرائع ، فهي منهج في البحث موضوعه الشرائع والنظم القانونية المعاصرة .

ومن المعروف ان هذا العلم هو في الدرجة الاولى مكرس للموازنة بين الشرائع والنظم القانونية، وانه منهج استعراضي ولذا فانه كما يتسع لاستعراض النظم القائمة يتسع ايضا لدراسة تاريخ النظم ولدراسة فلسفة القانون . وان الغرض منه متنوع يقتصر طورا على الوصف ويصل طورا حد المفاضلة بعد بيان الاضداد والمحاسن(٤) .

وان تطبيق هذه الدراسات على القضاء والافتاء في الاسلام مما يتسع له علم القانون الموازن ، الذي قسم الشرائع الى عوائل (انماط) فجعل الشريعة الاسلامية نمطا قائما بذاته له استقلاله الذاتي وتطلعاته ، الى جانب ماضيه الفني ومستقبله الملهم ، ولقد كان للشرع الاسلامي قديما فضل الريادة في دراسات القانون الموازن فيما ترسمه الفقهاء من بيان الخلاف بين المذاهب وحملتهم ظاهرة الخلاف محملا توفيقيا روعيت فيه مصلحة الجماعة وعزيمة المكلف واحتمالات التقدم والنتول كما يتضح لمن اطلع على اراء الشعراني في مقدمته للميزان وابن هبيرة في الافصاح . كما ان بعض مفكرينا القدماء لم تقتصر جهودهم على هذه الموازنة الداخلية بل سجلوا قصب السبق للموازنة بين الشريعة الاسلامية في جملتها وبين ما عاصرها من اعراف وشرائع كما فعل البيروني في موازنته بين الشريعة وبين اعراف الهند في كتابه الموسوم بتحقيق ما للهند من مقولة وكما فعل الفيلسوف العامري في موازنته بين الشريعة الاسلامية وبين شرائع الفرس(٥) وستنجلى الدراسة الموازنة لنظام القضاء الاسلامي عن خصائص تفرد بها كنظام مشاورة القضاة في مجلس القاضي وخارجه ، ذلك النظام الذي عمل به منذ عهد مبكر ، وكان له فضل كبير في تمكين القضاء من مواصلة العمل الاجتهادي الخلاق ، ومن الجمع بين النظر وبين العمل ، ولقد كتبت في هذه الصدد في مقدمة كتابي الموسوم باهم القرارات والاجتهادات القضائية (ص٤) انه « كان لقضائنا الاسلامي في عصر الاجتهاد المطلق القدح المعلى في الاجتهاد وتطوير المبادىء التشريعية التي تضمنتها آيات الاحكام والاحاديث والسنن ، وتبرى الفقهاء المجتهدون لاولئك القضاة نقدا ومناظرة(٦) . فاثمرت تلك المباريات والجهود المجردة عن الاهواء ضربا من التعاون الوثيق بين الفقه وبين القضاء يتجلى فيها صنفه ابو يوسف من رسالة في بيان اختلاف ابي حنيفة الفقيه المقدم في عصره ، وفي كل العصور من بعده ، وابن ابي ليلى فقيه الكوفة الشهير في ذلك العصر وقاضيها ، ويتجلى في اقرار الفقهاء باحضار القضاة الفقهاء في مجلس القضاء ، واستشارتهم فيما يرفع اليهم من الخصومات والدعاوى .

ولربما خطر للاذهان ان مشاورة القضاة شبيهة بنظام المحكمين المسمى « بالجورى » في النمط الانكلي السكسوني ، وهذا وهم ينبغي التنبيه عليه ، فان المحكمين في الجورى ليسوا من الفقهاء وانما هم من عامة الناس ، يطلب اليهم القاضي استماع استجواب المتهم للبت في البراءة او الادانه لافي تحديد

حكم القانون ومعرفته فان ذلك موكول للمحكمة وانما تقتصر مهمة الجورى على النطق بالحكم على المتهم ايجابيا اوسلبيا ولذا وجب تحليفهم ، لان لهم مساهمة في الحكم ولاتقتصر مهمتهم على المشورة وعلى ذلك تجمع معاجم اللغه الانكليزيه(٧) .

٤ ـ عدم تقليد مذهب بعينه في القضاء

ولقد ذكر الاستاذ فهد في مقالته (ص١١ عمود٢) ما يفهم منه ان قاعدة عدم الزام الحكومة للقضاة بالسير على مذهب معين كانت قاعدة عامة على مر العصور واشار في ذلك الى كتابة المرسوم بتاريخ العراق في العصر العباسي الاخير(ص٢٢٨ منه) والواقع ان الامر لم يكن على هذا النحو من الاطلاق فقد مر استقلال القضاء الاسلامي في الاجتهاد بمرحلتين مرحلة الاجتهاد المطلق ، ومرحلة الالتزام بمذهب معين دون غيره يتوسطهما مرحلة متوسطة بين الاستقلال وبين الاتباع وثمة روايات تاريخية تؤرخ لظهور قاعدة الزام القضاء والافتاء بمذهب معين في بعض الدول الاسلامية كدولة الاندلس الاموية التي انتقلت من مذهب الاوزاعي الى العمل بمذهب مالك انتقالا رسميا بامر الخليفة الاموي هنالك(٨) وعندما اعتنق المأمون الاعتزال رسميا فرضه على قضاته كما هو مشهور .

ولقد قلنا في الجزء الاول من روضة القضاة (ص ٥) ان مزاج العصر العباسي منذ ان استقل في مختلف الاقاليم الاسلامية دول الطوائف والمتغلبين من الامراء والسلاطين من بويهيين وسلاجقة الخ ، كان يميل الى ربط كل دولة من دول الطوائف في اطار الخلافة العباسية بمذهب تعتنقه الدولة وتتعصب له ، فاما الدولة الفاطمية فاستقلالها عن الخلافة العباسية معروف ، فقد كانت المنافسة بين تينك الخلافتين تستند الى منازعة كل منها الاخرى في الشرعية ، والوجود والسلطان .

ولذا فقد كان من الطبيعي ان ترسم الخلافة الفاطمية لنفسها مذهبا وقضاء لاتدين فيهما بما عليه العمل في ظل الدولة العباسية من مذاهب يعمل بها في القضاء ، ومع ان بعض الفقهاء صاغ من القواعد مايقضي باستقلال القاضي في قضائه وتحرره مما يفرض عليه في عقد توليته من اتباع مذهب بعينه فان بعض المذاهب الزم مقلديه بالتقاضي لدى فقهاء مذاهبهم ، والاعراض عن قضاء الدولة ، ويمكن ان يعلل ذلك بتزعزع الثقة بشرعية الدولة التي لايتوفر فيمن يتولى الولاية العامة العظمى فيها شروط الامامة التي يشترطها ذلك المذهب(٩) .

وبالرغم من شيوع التقليد المذهبي ورضوخ القضاة لواقع التقليد فقد بقي الفقه يؤكد عنصر الاجتهادمحاولا تحرير القضاة من ربقه التقليد ، ومقاومة السياسه الرامية الى تكريس تقليد مذهب دون غيره في العمل القضائي ، وفي هذا يقول الماوردي ان شرط الامام المولى على المولى في عقد التقليد شرطا عاما بتقليد مذهب بعينه دون غيره«كان هذا الشرط باطلا ، سواء كان موافقا لمذاهب المولى او مخالفا ، لانه قد منعه من الاجتهاد فيما يجب فيه الاجتهاد » (ادب القاضي للماوردي ١ ـ ١٨٧) .

٥ ـ مدى ولاية القضاء

لقد كان القضاء الاسلامي حاملا للواء العدالة الاسلامية واللغة العربية في مختلف بقاع الاسلام الى عهود قريبة ، فكانت العربية لغة القضاة والقضاء ، وان ابيح للمتقاضين الاعراب عن مطالبهم ودفوعهم بلغاتهم ، وكان القضاء موئل العدالة الاسلامية والمدافع عنها ضد الطغاة ، فكانت له صولات في حماية حقوق الانسان والضعفاء والزام الدولة ورجالاتها بحكم الشرع وكانت ولاية القاضي تشمل الافراد العاديين واكبر رجالات الدولة ابتداء من الخليفة ، فكان الخليفة يقاضي على قدم المساواة مع افراد الشعب عند الارتفاع بشكوى عليه ، ولو من حمالين وكانت تقاليد الاسلام تقضي بان يحضر الخليفة مجلس القضاء عند الشكوى عليه حضورا عاديا لا تحفه مراسيم التبجيل والتعظيم(١٠) ونظرا للمثل العليا المنوطة بالقاضي في ادب الاسلام فقد حاسب المؤرخون القضاة حسابا عسيرا فسجلوا عليهم سلوكهم الشخصي والمهني واشادوا بعدالة من عدل وكان صلب العود في الحق ، وشهروا بمن ظلم وارتشى ، وقد كان الغالب على مؤسسة القضاء الاسلامي حسن السمعة بين معاصري المسلمين من معتنقي الاديان الاخرى، ولذا فان الدويلة اليهودية التي قامت في بعض ديار الترك في العصر العباسي جعلت المحكمة الاسلامية مرجعا للفصل فيما يشكل على سائر محاكم الملل الاخرى التي قامت في ظل تلك الدويله(١١) .

ان تقدير القضاء الاسلامي يثير قضية استقلاله والضمانات التي كانت تتكفل له بذلك الاستقلال او تقصر عن كفالته ، واوجز ما يقال في هذا الصدد ان ولاية القضاء كانت جزءا من الولاية العظمى(١٢) فكان لولي الامر من خليفة او سلطان ان يقلد القضاة

ويعزلهم ، وان يقيد عملهم بما يراه من القيود الزمانية والمكانية ، ومن حيث الموضوع ، ومع ذلك فان مبدأ اجتهاد القاضي كان اكبر ضمانة تتكفل باستقلال القاضي ، فقد كان للقاضي ان يجتهد ولا يتبع مذهب من قلده ، ولم ير الفقهاء اهمية لاشتراط تقليد مذهب بعينه[١٣] ، وحين خضعت بعض الاقاليم الاسلامية لدول غير مسلمة بعد غزوات المغول شرط الفقه على من يتولى القضاء ان يشترط على مقلده القضاء عدم التدخل في عمله القضائي[١٤] . ومن الضمانات التي كانت تتكفل باستقلال القاضي في عمله تلك الصفات التي لو توفرت لقاض لما اخذته في الحق لومة لائم ، ومع ذلك فان الضمانة الشخصية على اهميتها ليست من القوة والحياد كالضمانة الموضوعية التي تتجلى في النص على عقوبة التدخل في عمل القاضي وليس ثمة ما يحول بين القاضي وبين تأديب من يتدخل في عمله او بينه وبين رفع الامر الى من قلده القضاء[١٥] وقد كان بعض القضاة ـ كما اشرنا ـ يشترطون على من يقلدهم العمل ان يطلق لهم حرية القضاء على حاشية الامير وبطانته فكان ذلك الشرط يضمن لهم حرية التصرف في عملهم القضائي وتحقيق مبدأ المساواة على اتم وجه[١٦] .

٦ ـ مركز القاضي والقضاة

لقد كان القضاء الاسلامي في عصور طويلة يتمتع باخطر مركز بعد مركز الخلافة ، ولذا كانت دراسة تاريخه من الامور الممتعة والجديرة بالبحث ، لانها قيمته بان تكشف لنا النقاب عن طبيعة نظام الحكم في الاسلام في جملته ، وعن نوع من الديمقراطية والعدالة حاول الاسلام اناطة تحقيقهما بالقضاء ، واكد فيهما على العدل والمساواة امام الشرع ، وعلى سيادة الشرع على المكلفين حكاما ومحكومين ، وعلى التزام القضاء الحياد بين المراكز والحقوق مع مراعاة المصالح المعتبرة والعمل بالاصلح والاوفق والاحوط ، كما يستفاد من حكم الاعذار في آخر باب الاجارة من كتاب بدائع الصنائع للكاساني ، دون التزام السلبية او الاحتناء امام الارادة الفردية ، بدعوى سلطان الارادة ، فسطر بذلك انبل مارمت الى تحقيقة الثورة الفرنسية من حقوق الانسان ، قبل ان تولد تلك الثورة وان تسطر فلسفتها التي انحرفت نحو الفردانية ، خلافا للشرع الاسلامي الذي عرف بميوله الاجتماعية الاشتراكية الموفقة بين حاجات الحياة الفردية في اطار المجتمع والمصلحة العامة ، ولكن الفقه الاسلامي اناط بالقضاة مهمة النضال في سبيل هذه المباديء وببعض القواعد الموضوعية الاساسية[١٧] دون رسم معالم اجراءات محددة مضمونة الجوانب ، اللهم باستثناء حق القاضي في تفتيش السجون واطلاق سراح المسجونين ظلما[١٨] وهو حق بالغ الدلالة في احاطة الدين الاسلامي حقوق الانسان بضمانة اساسية تحول دون التعسف في الاتهام[١٩] .

ولقد اشار الاستاذ تيان الى الصلة الوثقى بين القضاء الاسلامي وبين السلطة التنفيذية وتبعية القضاء للسلطة المذكورة تبعية جعلت منه اداة طيعة لمصالح هذه السلطة ورغباتها رغم محاولاته الاستقلال عنها ومع ذلك فان هذا القول لا يصدق في جميع الاحوال ، اذ كان على القضاة ان يكافحوا في سبيل العدل واحقاق الحق والشرع ، وكانت صيغ بعض مناشير تقليدهم القضاء تتضمن تعهد موليهم القضاء باحترام اقضيتهم وخضوع الجميع لها من الامير وحاشيته الى اقل الرعية شأنا . وتشدد الفقه في صفات القضاة واعوانهم ، وحين ضعف القضاة انيط الرجاء بنظام المظالم لردع الطغاة عن الفساد والحيلولة دون الاستهانة باحكام القضاة وحقوق الافراد ، ولا تعوزنا الامثلة على ذلك

ومما يتصل بتاريخ النظام القضائي الاسلامي ظهور نظام قاضي القضاة في الدولة العباسية وتحديد مهمته ومنشأه ثم ظهور مثل هذه المؤسسة في عاصمة الفاطميين مع ظهور قاضي الجماعة في اموية الاندلس وحرص دول الطوائف على تحقيق استقلالها القضائي مع حرص بغداد العباسية على سيادة قضائها

٧ ـ تعقيب وتتمة

ويحسن ان نشير قبل اختتام هذا التعقيب اتماما للجهد الكبير الذي بذله الاستاذ فهد ـ الى الامور الاتية :

١ ـ اشار الى شرح عمر بن عبدالعزيز بن مازه المعروف بحسام الدين الشهيد على ادب القاضي للخصاف (ص٢٧ ع١) وفاته ان يشير الى ان هذا الاثر قد حققه الاستاذ محي الدين هلال السرحان وطبعه في اربعة اجزاء في سلسلة مطبوعات وزارة الاوقاف العراقية وبذل في اخراجه جهدا محمودا .

٢ ـ اشار الى النسخ المخطوطة لكتاب ادب القاضي للخصاف (ص٢٦ ع١) وثمة نسخ اخرى احداها قديمة في مكتبة بروسة (بورصة كما تنطق في التركية الحديثة) .

٣ ـ اشار الى الورد البسام في رياض الاحكام للشيخ عبدالعزيز بن الحاج ابراهيم الشمني

(ت ١٢٢٣هـ) المطبعة التونسية ١٣٤٥هـ . وهو على مذهب الاباضية .

٤ ــ الديوان او ديوان المشايخ تأليف جماعة من مشايخ الاباضية في حربه[٢٠] (١٦جزء صغار او ثلاثة كبار) وهو في المذهب الاباضي طبع منه في مصر طبعا حجريا كتاب الطهارات فقط .

٥ ــ نظم الديوان لناظمه الشيخ محمد بن سلمان بن ادريس ، مطبوع .

٦ ــ المجلة (مجلة الاحكام العدلية) التي شرعت في عصر التنظيمات من طرف الدولة العثمانية ولها عدة شروح اهمها شرح سليم رستم باز وشرح علي حيدر وشرح بالتركية للمرحوم ابو العلا ماردين .

٧ ــ الجواب الحسن في القول لمن للشيخ القاضي عطاءالله بن يحيى الشهير بنوعي زادة المتخلص بعطائي مخطوطة كتبت بخط المصنف سنة ١٢٧٦هـ وهي بحوزة الدكتور شوكت عليان .

٨ ــ ثمة كتب قديمة في القضاء وفي فن كتابة الوثائق لم يشر اليها وحيث انها قد نشرت حديثا ولم يتسع وقت الباحث الفاضل لها فاني اشير الى بعض ذلك ولعل معقبين اخرين سيشيرون الى غيرها .

(١) ياقوتة الحكام في مسائل القضاء والاحكام ، تاليف عبدالحفيظ بن الحسن العلوي . من مطبوعات الخزانة الملكية (السلطانية) في المغرب[٢١] .

(٢) ادب القاضي لمحمد بن عمر السفري (ت٩٥٦)[٢٢] .

(٣) جواهر الكلام في الحكم والاحكام لاحمد بن عبدالملك المحتسب[٢٣] .

(٤) الشروط الصغير مذيلا بما عثر عليه من الشروط الكبير للامام ابي جعفر احمد بن محمد الطحاوي المتوفى سنة ٣٢١هـ (جزءان) تحقيق روحي اوزجان (رسالة ماجستير ، بغداد من مطبوعات ديوان الاوقاف العراقية (وزارة الاوقاف الان) .

٩ ــ في التركية (العثمانية والحديثة) مراجع لبحث تاريخ القضاء في تلك الدولة وعلى الاخص في عصر التنظيمات الذي نشطت فيه تلك الدولة للاصلاح والتشريع الوضعي رغبة في التظاهر بمظهر التجديد والانبعاث ومن المراجع التي تحسن الاشارة اليها في هذا الصدد :

(١) كتاب « تورك حقوقي تاريخي » اي تاريخ الحقوق التركية للاستاذين جوشكون اوج ــ اوق واحمد مومجي . ط ١٩٧٦ .

(٢) كتاب « تنظيمات » اصدرته وزارة التربية الملية سنة ١٩٤٠ . استانبول . وقد تضمن بضع مقالات عن عصر التنظيمات .

(٣) تنظيمات ، لمؤلفه انكلها ردت (بالفرنسية) ترجمة آيده دوز . من نشريات جريدة مليت .

(٤) تنظيمات وعدلية تشكيلاتي لمصطفى رشيد بلكه ــ صاى . مقالة في كتاب تنظيمات لوزارة التربية الملية .

(٥) توركية وتنظيمات تأليف انكلهاردت (بالفرنسية) ترجمة على رشاد (استانبول ١٩١٢) .

ان الاشارة الى ما كتب في التركية العثمانية والحديثة من ابحاث في القضاء والافتاء ونظام التعليم في المدارس وجامعة السليمانية التي انشأها السلطان سليمان القانوني (الامجد في مصطلح الاوربيين) واثر كل ذلك في تخريج العلماء والقضاة والمفتين وتطور مؤسسة قضاء القضاة الى مؤسسة مشيخة الاسلام[٢٤] ثم في الاصلاح التشريعي ونظام الحكم في عصر التنظيمات يلقي اضواء قوية على فترة طويلة انسلخت فيها الدولة العثمانية عن التنظيم الاداري والقضائي الاسلامي الى تكلف النظم الادارية والقضائية الغربية بعد عصور طويلة تلقت فيها الشرع الاسلامي ونظاميه القضائي والافتائي على نحو ما كان متعارفا ومرسوما في الدول والسلطنات الاسلامية التي تقدمتها ، وعلى الاخص دولة سلاجقة الاناضول ولقد ازدهر النظام القضائي الاسلامي في الدولة العثمانية في بادىء الامر نظرا لعناية كبار السلاطين العثمانيين بامر «المدارس» وتعهدها بالتوجيه والدعم والاشراف والرقابة بغية تمكنها من تخريج من تمس اليهم حاجة الدولة للعمل في القضاء والافتاء والمشورة . فلما تزعزعت برامج الدراسة والتدريس ، وانحط مستوى تلك المدارس ، انحط القضاء والافتاء في تلك الدولة التي كانت في عصرها اكبر دولة اسلامية يحسب لها حسابها في قيادة العالم الاسلامي ، وزاد الطين بلة تعصب الدولة العثمانية للمذهب الحنفي في العملين القضائي والافتائي ، فلما ظهرت الدعوة لاقتباس النظم القانونية من الغرب الاوربي ، ومن فرانسة على وجه الخصوص ، في عصر التنظيمات ، لم يصمد النظام القضائي الاسلامي لتلك الدعوة التي كانت تستند الى مصالح الدول الغربية الصناعية التجارية والجاليات التجارية المتمتعة بامتيازات استثنائية فقد كانت تلك المصالح

يضـــايقهـــا فلســـفة الشـــرع الاســـــلامي التي تحظر الاستغلال والغرر والتعامل بالمجهـول والمعدوم وتضيق من نطاق سلطان الارادة(٢٥) . وكان ذلك السلطان قد بلغ يومئذ في التشريع المدنـــي الفرنسي والفقه الغربي ذروة المجد والعنفوان تحقيقا لمصالح الطبقة البروجية (البورجوازية . المغالقة) تلك المصالح الى كانت وراء تدخل الدول الغربية في شؤون الدولة العثمانية(٢٦) .

وهكذا تراجع المشرع العثماني امام تلـــك الضغوط الهوجاء التي كان يعانيها في الداخـــل والخارج ، فشرع « الخطوط » الدستورية المقررة لمبادىء الحرية والمساواة ، وظهرت المحاكم النظامية المدنية منها والتجارية وتقاصرت محكمة القاضي ، فورثت البلاد العربية المنسلخة من الدولة العثمانية تلك الخطة المتنكرة للتراث الاســلامي ، فضيقت الخناق بدورها على المحاكم الشرعية وعدلت عن نظام القاضي الفرد الى نظام المحاكم المتدرجة وطرق الطعن .

١٠ــ والى جانب ذلك ففي الفارسية بعض المقالات الحديثة في القضاء منها : ــ

١ــ مقالة بعنوان « دادكستری در ايران از صدر اسلام تا اغاز مشـروطيت » اي القضـــاء في الاسلام منذ صدر الاسلام حتى بداية المشروطية بقلم الاستاذ محيط طباطبائي في العدد (١١٩) من مجلة كانون وكلا (س٢٤ ص٧٥ ــ ١١٥) .

٢ ــ استقلال قضائي ومصونيت قضائي در اسلام « اي استقلال القضاء وحصانته في الاسلام ، وهي عبارة عن ترجمة لرسالة الامام علي الى مالك بن الاشتر النخعي ، مجلة كانون وكـلا (ع١٢٢ س٢٥ ص١٥ــ١٦) نقلا عن نهـــج البلاغة .

٣ ــ وثمة ندوة قضائية خاصة بالقضاء في ايران وردت الاشارة اليها في مجلة كانون وكـــلا (ع٢٤ ص١٦ ــ ٢٨) بعنوان كنفرانسي عالي قضائي .

ومقالة بعنوان قطعنامه كنفرانس عالـــى قضائي .

٤ ــ مقالة عن الديوان العالي الايراني بعنوان هيات عمومي ديوانعالى كشـور بقلم فتح‌الله ياردى في المجلة نفسها (ص٤٠ ــ ٤٥) .

١١ ــ ما صنف بالفرنسية في القضاء الاسلامي :

لقد اسهم المستشرقون والباحثون في اللغات الغربية في الكتابة عن النظام القضائي في الاسلام ، ومن اهم ما كتب في الفرنسية في هذا الصدد .

١ ــ التنظيم القضائي في بلاد الاسلام لاميل تيان وهو كتاب قيم في جملته لو لا ما شابه من اسراف في زعم ان القضاء الاسلامي مدين في نموه وتطوره لما كان سائدا في البلاد التـــي انتزعها المسلمون من الامبراطوريتين البيزنطية والساسانية من نظم قضائية ، وان ســـلطة الرسول القضائية في الاسلام لم تكن ذات خطر كبير بالرغم من التشريع القراني بصددها ، وانها لم تعد حدود التحكيم الاتفاقي غير الملزم للمتقاضين بالرجوع الى سلطة الرســـول او خلفائه في التقـاضي ، ولا للنبي وخلفـائه في الحكم بين المتقاضين .

ولقد حاول جاهدا ان يثير الشكوك في ما انتهت اليه نظرية الاسلاميين في حدود السلطة القضائية في الاسلام ليثبت زعمه القاصر عن فهم مضمون الايات القرآنية التي نزلت في وجوب رجوع المسلمين للرسول عند نشوب شجار بينهم وان ذلك الرجوع لا يلزمهم ابتداء فحسب وانما يلزمهم ايضا انتهاء بالتسليم بعدالة ما يقضي به الرسول بينهم من اقضية تسليما لا تشوبه شائبة شك لقوله تعالى « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شـــجر بينهم ، ثم لا يجدوا في انفسهم حرجا ممـــا قضيت ويسلموا تسليما»(٢٦) فاية حجة تسند زعمه ان ولاية الرسول وخلفائه لم تعد التحكم الرضائي ، ولقد اعترف هذا الكاتب مع ذلك باصالة النظام القضائي في الاسلام فوقع في تناقض بين مزاعمه وبين اعترافه هذا .

٢ ــ مقدمة في دراسة الشرع الاسلامي لطيب الذكر الاستاذ لوى مبيه . مجموعة سيرى ١٩٥٣ وقد انبرى هذا الاستاذ لنقد من تقدمه من المستشرقين في دراسة الشريعة الاسلامية نقدا لاذعا فطعنهم في صميم منهجهم وشهد باصالة الشرع الاسلامي(٢٧) وخص القضاء بالفصل السادس من كتابه (ص٦٨٣ ــ ٧٨٣) وان تاثر بنظرية اميل تيان وشـاب ارائه بعض الهنات التي يشفع لها تشبثه بحسن القصد وتحرى النهج السوى في البحث .

٣ ــ ليفى بروفنسال . اسبانيا المسلمة في القرن العاشر . نظـم وحيـاة اجتمـاعية ، باريس ١٩٣٢ .

٤ ــ كولان وليفى بروفنسال . وجيز في الحسبة . باريس ١٩٣١ .

٥ ــ هنرى برونو وغودفروى ديمومبين . كتاب القضاء (الحكام) للونشريشي رباط ١٩٣٢ .

٦ ــ او ، بيسله . القضاء والمرافعات والاثبات في الاسلام وفقا للمذهب المالكي ، الدار البيضاء .

٧ ــ القضاء في الشرع الاسلامي لمعروف الدواليبي، مع مقدمة د.ماسنيون ، باريس ١٩٤١ .

١٢ ــ مراجع لدراسة القضاء الاسلامي دراسة موازنة :

ان دراسة القضاء الاسلامي دراسة موازنة مع غيره من النظم القضائية ينبغي لها :

١ ــ الالمام بمبادىء هذا الفن من فنون البحث الذي سبق ان اشرنا الى كونه منهجا من مناهج البحث والموازنة بين النظم والشرائع وقد صنف في هذا البحث في العربية كتابان جامعان هما .

٢ ــ اصول القانون المدني المقارن لزميلنا وصديقنا الاستاذ الدكتور عبدالمنعم البدراوي . مطابع دار الكتاب العربي بمصر ١٩٥٩ .

٣ ــ كتاب النظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف للدكتور صلاح الدين الناهي .

٤ ــ وصنف مؤخرا كتاب القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة للدكتور عبدالسلام الترمانيني الاستاذ بكلية الحقوق « الشريعة بجامعة الكويت، وقد نوهنا به في مقالة انتقادية في سلسلة مقالاتنا الموسومة بكتبوا فأجادوا .

وليس في وسع الباحث القيام بدراسة موازنة جادة دون الالمام بمبادىء هذا الفن من فنون البحث بالرجوع الى امثال هذه المراجع ومعرفة اهداف هذا المنهج واساليبه ومصطلحه، ومع ذلك فقد وجدت طلبة الدراسات القانونية العليا في العراق يقتحمون هذا الميدان مع ان اكثرهم لا المام له بهذه الحقائق ، ولقد سبق لجامعة بغداد ان جعلت هذا العلم فرعا من مناهج الدراسة العليا في القانون لمدة قصيرة كلفت فيها بتدريس هذه المادة ثم حذفت مع اننا كنا نؤمل تأصيل هذه الدراسة وتنويعها لتكون معاهدنا الحقوقية في طليعة معاهد العالم العربي في امثال هذه الدراسات الاساسية في الثقافة القانونية فلا يسعنا سوى تسجيل هذه الحقائق املا في معاودة النظر في ذلك .

٥ ــ الاطلاع على التنظيم القضائي للانماط الشرعية التي تجري الموازنة فيما بينها وبين النمط الاسلامي، والرجوع في ذلك الى ما كتب في اكثر من لغة بصدد التنظيم القضائي في مختلف البلاد التي تحكمها الانماط القانونية الموازن بينها . وبصدد المرافعات وطرق الاثبات ومصادر القاعدة القانونية ، واسلوب الاستنباط وكيفية صياغة المبادىء الجديدة في ظل حياة متغيرة الظروف والضرورات والحاجات ، وضرورات متسعة الافاق(٢٨) .

ومع ان بعض فقهاء القانون الوضعي المعاصرين من العرب تطرقوا فيما كتبوه وصنفوه في المرافعات والتنظيم القضائي السائد للقضاء الاسلامي فان ما صنفوه وكتبوه في هذا الصدد لم يزل حتى الان بعيدا عن الدسامة ، لا يعدو الاشارات العامة ، وللفائدة نشير الى ما صنف من تلك الكتب :

١ ــ الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية للدكتور صلاح الدين الناهي . سنة ١٩٦٢ (ج١ ص٣٣ــ ٤٠) .

٢ ــ شرح احكام المرافعات للدكتور سعدون ناجي القشطيني . (ج١ ، ط٢) بغداد ١٩٧٦ .

٣ ــ محاضرات في المبادىء الاساسية للتنظيم القضائي في البلاد العربية للدكتور توفيق الشاوي سنة ١٩٥٧ منشورات معهد الدراسات العربية العالية .

٤ ــ السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الاسلامي للدكتور سليمان محمد الطماوي سنة ١٩٦٧ . منشورات معهد الدراسات العربية العالية (ص٣٠٣ ــ ٣٢٩) .

٥ ــ محاضرات في مبادىء التنظيم القضائي في العراق للاستاذ ضياء شيت خطاب معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٦٨

٦ ــ السلطات الثلاث في الاسلام لاستاذنا المرحوم الشيخ عبدالوهاب خلاف . مجلة القانون والاقتصاد (س٥ ع٥ ص٥٠٨ وما بعدها) .

٧ ــ المرافعات الشرعية للشيخ محمد زيد الابياني .

٨ ــ اصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي للمرحوم الاستاذ محمد شفيق العاني (ط٢ س ١٩٦٦) .

٩ ــ الحسبة لاستاذنا المرحوم الشيخ علي الخفيف . مجلة حضارة الاسلام س١٩٦١ (ع٥ ص١٤ وما بعدها) .

١٠ــ ولاية المظالم للمرحوم الشيخ محمد ابو زهرة مجلة القضاء سنة ١٩٦٠ ع٢ و ٣ ص٥٤٢ .
١١ــ طرق القضاء في الشريعة الاسلامية لاستاذنا المرحوم الشيخ احمد ابراهيم في مجلة الحقوق (س١ ع١) .
١٢ــ من طرق الاثبات في الشريعة القانونية لاحمد عبدالمنعم البهى ، رسالة دكتوراه . القاهرة ١٩٦٥ .
١٣ــ نظرية الاثبات في الفقه الجنائي الاسلامي القاهرة . ١٣٨١هـ .
١٤ــ الاصول القضائية في المرافقات الشرعية لعلي قراعة ط٢ القاهرة ١٩٢٥ .
١٥ــ حجية الاقرار في الاحكام القضائية لمجيد حميد السماكية . رسالة ماجستير . بغداد
١٦ــ اصول الاثبات في الفقه الجعفري لمحمد جواد مغنية . بيروت ١٩٦٤ .
١٧ــ فذلكة في الاثبات القضائي في الشرع الاسلامي. الدكتور صلاح الدين الناهي . مجلة القانون المقارن العراقية ، ع٤ــ٥ سنة ١٩٧٢ .
١٨ــ طرق القضاء في الشريعة الاسلامية لمجيد حميد السماكية .
١٩ــ الوجيز في الدعوى والاثبات في الشريعة الاسلامية للدكتور شوكت عليان استاذ الفقه المعاون ، كلية الشريعة ، الرياض .
٢٠ــ قضاء المظالم في الاسلام للدكتور شوكت عليان استاذ الفقه المقارن المساعد بكلية الشريعة . الرياض بغداد ١٩٧٧ مع تقديم للدكتور صلاح الدين الناهي .
٢١ــ السلطة القضائية في الاسلام للدكتور شوكت محمد عرسان ، رسالة دكتوراه ، رونيو القاهرة ١٩٧٢ .
٢٢ــ اصول المرافعات . التنظيم القضائي والاجراءات والاحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية احمد مسلم . دار الفكر العربي بالقاهرة (ص ٥ ــ ٢٨) .

والى جانب ذلك فثمة كتب وابحاث صنفت في تصوير النظم القضائية المعاصرة مع الموازنة بغيرها او بدون موازنة وحيث ان في الامكان الرجوع اليها عند الموازنة فان من المناسب الاشارة الى ما كتب في العربية منها او ترجم اليها : ــ

١ ــ روح العدالة لارثر فاندر بيلت ترجمة ابراهيم خليل بيدس . المؤسسة الاهلية للطباعة والنشر بيروت . وهذا الكتاب على صغر حجمه جيد العرض ، غني بالافكار وتصوير القضاء في الولايات المتحدة الامريكية .
٢ ــ المدخل الى النظام القضائي في الولايات المتحدة لالان فارنسويرث . ترجمة الدكتور محمد لبيب شنب . مكتبة القاهرة الحديثة . وهذا الكتاب في الاصل مجموعة محاضرات على طلاب القانون الموازن في جامعة استانبول في النظام القضائي للولايات المتحدة الامريكية .
٣ ــ القانون والقضاء في المجتمع الاشتراكي . لجمال البنا ١٩٦٣ .
٤ ــ القضاء والامة للقاضي روبرت جاكسون . ترجمة فؤاد مويساي .
٥ ــ نظام المحاكم المغربية في عهد الحماية والاستقلال للاستاذ عبدالقادر بن جلون نقيب محامي الدار البيضاء ، المغرب .
٦ ــ القضاء في الاتحاد السوفيتي . لشينين . دار الطبع والنشر باللغات الاجنبية . موسكو ١٩٥٩ .
٧ ــ القضاء في بريطانية . دون ذكر اسم المؤلف ولا سنة الطبع .
٨ ــ العمل القضائي في القانون المقارن للدكتور القطب محمد طبلية دار الفكر العربي ١٩٦٥ .
٩ ــ القانون القضائي الخاص للدكتور ابراهيم نجيب سعد (ج١) الاسكندرية ١٩٧٦ .
١٠ــ قانون القضاء المدني للدكتور فتحي والي (ج١) القاهرة ١٩٧٣ .
١١ــ مبادىء قانون القضاء المدني للدكتور فتحي والي . القاهرة ١٩٧٥ .
١٢ــ قانون القضاء المدني الكويتي للدكتور فتحي والي . القاهرة ١٩٧٥ .
١٣ــ المحكمة العليا في الولايات المتحدة لجيرالد جونسون ترجمة عمر الاسكندري . مكتبة القاهرة الحديثة .
١٤ــ النظام القضائي في مصر ونظريتا الدعوى والاختصاص لمحمد العشماوي . مطبعة الاعتماد ١٩٢٦ .
١٥ــ الحقوق السوفيتية لرينيه دافيد وجون هازارد ترجمة عبدالوهاب الازرق ومحسن العباس ج١ الفصل الرابع ــ التنظيم القضائي ورجال القانون السوفيت ، ص٣٩٩ وما بعدها .

١٦ــ النظام القضائي والحركة التشريعية في ليبيا . للاستاذ محمود القاضي . معهد الدراسات العربية العالية ١٩٦٠ .
١٧ــ نظرية الاثبات (اربعة اجزاء) للاستاذ حسين المؤمن .
١٨ــ الاثبات بالمحررات في الشريعة الاسلامية ومواد الاحوال الشخصية والقضايا الجزائية للاستاذ حسين المؤمن ، بيروت ١٩٧٥ .
١٩ــ دور الحاكم المدني في الاثبات . لا دم وهيب النداوي . رسالة ماجستير . بغداد ١٩٧٦ .
٢٠ــ نظرية الدعوى بين الشريعة الاسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية للدكتور محمد نعيم عبدالسلام ياسين . جزءان رسالة دكتوراه ، القاهرة ١٩٧٢ .
٢٠ــ المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي للدكتور عبدالحميد ابو هيف في مصر ط٢ س١٩٢١ .
٢١ــ النظام القضائي المدني . للدكتور محمد عبدالخالق عمر (ج١) القاهرة ١٩٧٦ .
٢٢ــ النظرية العامة للعمل القضائي للدكتور وجدي راغب الاسكندرية ١٩٧٤ .
٢٣ــ الموجز في مبادىء القضاء المدني للدكتور وجدي راغب . القاهرة ١٩٧٧ .
٢٤ــ دراسات في استقلال القضاء في الشريعة الاسلامية والانكليزية . جمال العطيفي مجلة المحاماة المصرية س٥٠ ع٢ شباط ١٩٧٠ .
٢٥ــ القضاء احدى سلطات الدولة الثلاث، لحافظ هريدي . مجلة القضاء . القاهرة س١(١٩٦٨) ع٣ .
٢٦ــ قانون القضاء المدني في الاتحاد السوفيتي . للدكتور فتحي والي . مجلة القانون والاقتصاد س٣٧ ع٢ يونيه ١٩٦٧ .
٢٧ ــ لمحمد فؤاد جابر. مجلة مصر المعاصرة س٥٦ ع٣٢١ تموز ١٩٦٥ .
٢٨ــ نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات للدكتور وجدي راغب . مجلة العلوم القانونية والاقتصادية لجامعة عين شمس س١٥ ع١ يناير ١٩٧٠ .
٢٩ــ دور القاضي في تطبيق وخلق القانون لوجدي عبدالصمد مجلة المحاماة المصرية س٥٥ ع٩ــ ١٠ نوفمبر وديسمبر ١٩٧٥ .
٣٠ــ الوجيز في التحكيم للاستاذ حسين المؤمن . مطبعة الفجر بيروت ١٩٧٧ .
٣١ــ نصوص قانونية وشرعية للدكتور صلاح الدين الناهي . ط١ مطبعة الامان بغداد (ص٢٤٠ ــ ٢٥٤) .
٣٢ــ الدعوى . ضياءشيت خطاب . مجلة القضاء العراقية ع٤ ، ١٩٥٦ .
٣٣ــ النظام القضائي في الاتحاد السوفيتي ، مجلة المحاماة . س٥٠ نوفمبر ١٩٧٠ ع١١ .
٣٤ــ ملاحظات حول استعمال الحاكم لمعلوماته الشخصية المجلة الفصلية للقانون المدني الفرنسي ع١ س ١٩٦٢ . ترجمة هشام الكيلاني . مجلة نقابة المحامين . دمشق المجلد ٢٦ ع٣ س١٩٦٢ .

* * *

الفصل الثاني

الخصائص الاساسية :

١ ــ بعد هذا التعقيب الوجيز نستعرض الخصائص الاساسية للقضاء الاسلامي فنقسمها الى جامعة يشترك فيها القضاء والافتاء ، والى خاصة بكل منهما على انفراد ، فان بين نظامي القضاء والافتاء أواصر قربى تعزى اليها خصائصهما المشتركة واستقلالا في المهمة والوظيفة تعزى الخصائص الاخرى اليه . والقضاء والافتاء من اهم النظم الشرعية الاسلامية منذ عصر الرسالة حتى اليوم ، وان اختلفا في المهمة فكان القضاء انشاء اطلاق او الزام فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا والفتيا اخبار عن حكم الشرع فقط[٢٩] واختلف مصيرهما وحظهما من مواصلة السير في تطوير احكام الشرع الاسلامي واستنتالها ، فلقد نشأ هذان النظامان توامين منذ عصر الرسالة ، فكان النبي (ص) رسولا يبلغ تشريع السماء للارض وحكما وقاضيا ومفتيا حفظت عنه اقضية وفتاوى ، وفرق بين صفتيه القضائية والافتائية[٣٠] .

ولا يعني هذا ان العالم لم يعرف القضاء والافتاء قبل ظهور الاسلام ، فان هذين النظامين من النظم التي يمليها على الجماعات البشرية المتقدمة بعض التقدم ، ضرورة تنسيق الروابط والصلات السلوكية بين الافراد في تعاملهم اليومي ، لما في القضاء من فوائد الحد من الفوضى وغلبة القوة وضمان العدالة الموضوعية التي لا تفسح المجال للشهوات والامزجة المتقلبة ، ولذا عرف التحكيم في الجماعات

التي لم تبلغ مرتبة الخضوع لسلطة جامعة تملك ولاية الامر والنهي ، وتتمتع بولاء الافراد لها طوعا او كرها باستمرار متصل في حالتي السلم والحرب ، ولذا كان من الطبيعي بالنظر لهذه الضرورات والمنافع الاجتماعية ان يظهر القضاء ولو في صورة التحكم الاختياري في مختلف البقاع والعصور ، وبين مختلف الامم والجماعات المتطورة ، وقد كان القضاء معروفا في الجاهلية في صور عرفية لا تخرج عن حدود التحكيم والكهانة والفتاحة[٣١] وهي مرحلة معروفة من مراحل تاريخ النظم القانونية لدى معظم الشعوب فلما ظهر الاسلام عمد الى الغاء الكهانة واساليب السجع التي كانوا يموهون بها لما فيها من معاني الوثنية وادعاء الاتصال بالالهة الوثنية ومعرفة حكمها في النزاع وبذلك اقام الاسلام القضاء على اسس موضوعية من العمل بالظاهر والانطلاق من العدل والمساواة .

ولقد روى عن الرسول (ص) ما يؤكد ان العمل القضائي يقوم على العمل بظاهر البينات والحجج[٣٢] وفي فترة الرسالة تطور التحكيم فبعد ان كان العمل حاريا بالتحكيم الاختياري مست الحاجة والسياسة التشريعية الجديدة والتغيرات الجذرية في المعتقد والهدف الى اعادة النظر في ذلك بتقرير ولاية الرسول في التحكيم ، والرجوع الى احكام الشريعة ونسخ التحكيم الحر الذي لايلتزم فيه المحكم بغير الاعراف الموروثة عن الجاهلية[٣٣] وقد تحقق ذلك بقوله تعالى « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في انفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما »[٣٤] .

فاصبح التحكيم الزاميا بعد ان كان اختياريا ، واصبح قضاء حقيقيا وجزءا من ولاية الرسول ، بعد ان كان نظاما عرفيا بحتا واصبح تابعا لاصول الشرع واحكامه وفي مقدمة ذلك وجوب الحكم بالعدل لا بأهواء الكهنة والمحكمين وبعد تقرر ولاية الرسول القضائية تقلص التحكيم الاختياري وخضع لقيود فقد قصر على النظر في الاموال وما في معناها ، دون الحدود وما يتعلق بحقوق الله بمعناها الواسع الشامل في مصطلح عصرنا للنظام العام لمساسها بحقوق عامة او حقوق غير المتحاكمين[٣٥] .

ومعرفة حكم الشرع عملية عقلانية وشرعية مركبة ، اذ ينبغي على القاضي في استنباط الحكم ان يتبع الادلة المرسومة لذلك، ويعرف المصادر ومسائل اصول الفقه وطرق التفسير والاستنباط[٣٦] .

وقد تقررت جميع هذه المبادىء في عصر الرسالة ففيها قضى الرسول بنفسه وعين القضاة ورسم لقضاته منهج الحكم باتباع ترتيب معين لادلة الاحكام، فاذا ما طالعنا بعد ذلك في كتب القضاء ان القضاء لا يجوز ان يولاه القاضي من جهة العوام ، وانما يولاه من جهة الامام[٣٧] فما ينبغي ان نظن ان هذه القاعدة نظرية محضة ومن مبتكرات الفقهاء المتأخرين عن عصر الرسالة .

هذا عن القضاء ، اما الافتاء فلا ريب ان كل جماعة تدين بالطاعة لنبي او حكيم او امير يرجع افرادها وموظفوها اليه في النوازل اليومية مستفتين متسائلين عن الحكم فيما اشكل عليهم فهمه ، كما تشهد بذلك مراسلات موظفي الدولة البابلية مع حمورابي وفي هذا تتفق مختلف الشرائع ، ثم ينفرد الافتاء في الاسلام بخصائصه وتطوره عبر العصور والامصار الاسلامية على تفصيل في الامر لا يتسع له صدر هذه المقالة التعقيبية المكرسة للخصائص الاساسية في القضاء والافتاء .

والقضاء والافتاء في الاسلام توأمان ـ كما قلنا ـ تقاسما رعاية احكام الشرع بالنظر والتبيان والاستنباط ، وانفرد القضاء بحسم القضايا المعروضة عليه وتطبيق حكم الشرع على النزاع ، والخصوم ، اما الافتاء فليس من مهمته الحسم وانما يقتصر عمله على التعريف بحكم الشرع في النازلة موضوع الافتاء ، ومع ذلك فالصلة بين المهمتين قائمة ، فان النطق بحكم الشرع على سبيل التطبيق والحسم لا يخلو من التعريف بهذا الحكم في القضية محل النزاع ، كما ان التعريف بحكم الشرع من طرف المفتي يمهد السبيل لرعاية ذلك الحكم اذ كثيرا ما يرعوى المستفتي عن الخصومة بعد معرفة حكم الشرع او يقتنع الطرفان بذلك الحكم ويرعويان منقادين اليه طواعية .

هذه الصلة بين القضاء والفتوى ترتب عليها وحدة الثقافة والمنهج التعليمي الذي يؤهل طلاب الشريعة والفقه لكل من منصبي الفقه والقضاء ، اذ يشترط فيهما بلوغ مستوى متقارب من المعرفة بالفقه ومن التحلي بالعدالة والاخلاق القويمة التي ينبغي ان يتصف بها من يؤهل لمنصب الكفاح من اجل تحقيق الحق ورفع راية العدل والمساواة في عصور خلت من الضمانات الحقيقية التي تتكفل باستقلال القضاء والافتاء من العزل ولم يكن للقضاة والمفتين من ضمانة حقيقية قوية سوى صلابة العود في الحق ، وقبول التضحية بالنفس عند الضرورة القصوى عملا بمبدأ الامر بالمعروف والنهي عن المنكر، ذلك المبدأ الذي تمخض عن تسليم الدول الاسلامية

بمؤسسة الحسبة ، اما تظاهرا باحترام الشرعية والعدل .

ولم يهمل القدماء مسألة المنهج ، فقد عني علماء اصول الفقه بالنظر في تربية طلاب الفقه ورسم المناهج التي تؤهلهم للاضطلاع بالافتاء والقضاء فقد كانت حاجة الدولة والمجتمع ماسة الى من يتكفل بالعملين القضائي والفقهي . ورسم الفقه للقضاء والافتاء اداب العمل القضائي والافتائي .

ولقد اشتدت حاجة عصرنا هذا الى اعادة النظر في تلك المناهج وفقا لروح العصر ومعضلاته المتفاقمة، للقضاء على روح التقليد وضيق الافق والتعصب المذهبي الاعمى والجهل المطبق بمعضلات العصر وقضايا الاجتماع البشري والعمران الحديث في قرن قطع شوطا بعيدا من التقدم الحضاري والثقافي والتثول وبلغ ذروة التفقيد والاعضال واطبقت عليه الازمات والغثيان فان لم نفعل اصبح الاسلام وثقافته عرضة للاستغلال والتضليل .

خصائص القضاء :

وينفرد القضاء عن الافتاء في كونه ولاية عامة رسمية لا يتولاها احد بدون تقليد من ولي الامر من خليفة او سلطان او امير او رئيس جمهورية او من ينوب عمن له الولاية العظمى ولم تكن التولية(التقليد) عملا شكليا محضا ، بل كانت تصرفا وعقدا حقيقيا من عقود المصلحة العامة له خصائصه وبعبارة اخرى انابة واستخلافا . لان ولاية القاضي مشتقة من ولاية الخليفة او السلطان كما اشرنا وجزء من الولاية العظمى باجماع الفقهاء الاسلاميين والباحثين المعاصرين .

تلك هي القاعدة في منصب القضاء ـ كما اشرنا ـ اما الافتاء فحيث انه لا يكلف بتطبيق حكم الشرع ، وانما يقتصر عمله على التعريف به في النوازل التي يستغني فيها عن ذلك الحكم ، فليس يشترط في تعينه للافتاء تقليد رسمي ، ولذا قيل ان « القاضي مأمور بالنظر والاحتياط لارباب الحقوق والتحرز عن تعطيلها ودفع الظلم(٣٨) .

والشرع الاسلامي يتفق في تقرير هذه القاعدة مع سائر الشرائع الراقية ، لا على سبيل استعارة شريعة من اخرى ، بل على سبيل الالتقاء عند حكم تمليه طبيعة هذا النظام ، ولذا فان قوانين المرافعات المعاصرة تقرر بدورها ان على القاضي النظر وعدم الامتناع عن النظر والفصل بحجة خلو النص وشغوره او غموضه غموضا لايمكن التغلب عليه، لان هذا الامتناع بعد اخلالا بمهمة القضاء(٣٩) ان تقرير هذه القاعدة في الاسلام يرجع الى زمن الرسول (ص) فقد امتحن معاذ بن جبل حين ولاه القضاء بقوله بماذا تحكم اذا ارتفع اليك الخصمان ؟ فلما وجده مدركا لطرق استخراج القاعدة والاهتداء الى مصادرها على سبيل التدرج من المصادر المسنونة الى المصادر المعقولة دون التهرب من القضاء وحسم الحقوق والتوقف عن اداء الواجب اقره على ذلك حين ثبت له ان قاضيا يدرك هذه الحقائق لا يعجز عن استنباط الحكم المناسب لكل واقعة وفقا لادلة الشرع والعقل(٤٠) .

هذا عن التزام القاضي بالحكم وعدم جواز امتناعه عن الفصل في قضية ترفع اليه في حدود اختصاصه ، اما عن المفتي فله ان يعتذر عن الجواب عما يستفتي فيه ما لم يتعين للافتاء ولا يوجد من يضطلع بالافتاء غيره فيتعين عليه ذلك خصوصا اذا كان مقلدا من طرف الجهة المختصة في الدولة بتعيين المفتين وتقليدهم الافتاء في منطقة معينة وفي امور معينة .

ومع ان القضاء يختص بالنظر في الخصومات التي تعرض عليه ويرتفع فيها اليه الخصوم ولا يلتزم بالنظر فيما لم يعرض عليه ، فقد كان للقضاء في العصور الاسلامية الاولى اهمية بالغة فكان من اهم الولايات العامة ، وهذا ما يفسر لنا اناطة الخلفاء والسلاطين ببعض القضاة مختلف المهام التي لا تدخل بطبيعتها في نطاق العمل القضائي لكونها من المهام السياسية مثلا ، اما الافتاء فلا يقتصر على بيان حكم الشرع في النوازل التي تعرض ولا يشترط ان يستفتى في واقعه نزلت بالفعل ، لان المفتي معلم الشعب الحقيقي ومرشده يهديه الى احكام الشرع الاسلامي ويرشده الى قواعد السلوك السليم فيمتد اختصاصه الى اعمال رجال الدولة وسلوكهم ويكون له ابداء الراي في كل نازلة نظرية كانت ام عملية على نحو ما سنرى ، ونظرا للدور البالغ الذي انيط بالافتاء ، فقد حرصت الدول الاسلامية على التدخل في العمل الافتائي احيانا ففرضت بعض القيود التي تجعل لها حق حصر الافتاء في منطقة معينة بمفت بعينه مع وجود انداد له فيها بحجة الحرص على سلامة الافتاء ، واستبعاد المفتين الماجنين والفاسقين ، او بحجة تقديم الافضل بين اقرانه فقد جاء في روضة القضاة (١ ـ ٥٧) « كان بنو امية ينادون في الموسم : لا يفتي احد بمكة غير عطاء بن ابي رباح ، لانه كان القدوة في زمانه ، وفي المدينة مالك بن انس » .

خصائص الافتاء :

مما سلف يتبين لنا ان وظيفة الافتاء اوسع نطاقا من وظيفة القضاء وانها لا تتقيد بنازلة وقعت بالفعل ، واختلف فيها اثنان ، وفي الحكم المترتب عليها ، بل تشمل وقائع الحياة العامة والخاصة الواقعة والمحتملة فالمفتي عرضة للسؤال عن اصغر الوقائع التي تقع في المجتمع فلا تقلق بال غير من نزلت به ، واعظم الوقائع كجور الحكام والولاة اذ عليه ان يكون مرشدا للراعي والرعية ، للحاكمين والمحكومين وان ينبري لاعمال الموظفين بالنقد والتجريح فيضطلع بمهمة المعارضة في مصطلح عصرنا ولذا فقد كانت مهمة المفتين والفقهاء مهمة شاقة في حالة تدخل الخليفة في شؤون الفكر واملاء وجهة نظر رسمية في العقيدة كما حدث في عصر المأمون ولكن مبدأ الاجماع خفف العبء بالقاء المسؤولية على عاتق جميع مجتهدي الامة والعصر من مختلف المذاهب فحال دون استغلال ضعف المفتي تجاه السلطة وتضليل الراي العام (الكافة) .

لقد كانت الدولة اذا عنيت بتقليد مفتين رسميين اعدتهم للنظر في القضايا العامة واشركتهم او رؤساءهم في مجالس النظر في شؤون الدولة بعض الاشراك وفي زمن الدولة العثمانية نظم الافتاء تنظيما دقيقا حتى اصبح « مشيخة » يطلق عليها مشيخة الاسلام ، وقد استبقت الجمهورية التركية بعد ذلك نظام الافتاء بعد تقييده .

ولقد ترك المفتون مجموعات متعددة من الفتاوى سجلت تطور الفقه الاسلامي منذ اقدم العصور حتى عصرنا هذا وفي مختلف الاقاليم الاسلامية فكانت تلك الفتاوى عاملا من عوامل التجديد اذ روعي فيها تغير الاحكام بتغير الاعصار وعوامل اختلاف البيئات بعضها عن بعض فأدى ذلك الى اختلاف فروع المذهب الواحد تبعا لذلك في بعض المسائل ، ولو درست تلك الفتاوى دراسة وافية لامكن رسم معالم تاريخ الشرع الاسلامي على واقع النوازل والفتاوى ومعرفة تحدي الاحداث والواقع وجواب الشرع الاسلامي عليها .

تلك هي الخصاص العامة الاساسية للقضاء والافتاء ، اقتصرنا في عرضها على مايتصل منها بالعلاقة الوثقى بينهما من حيث اضطلاعهما بالنظر في شؤون الناس من وجهة نظر الشرع الاسلامي ، ولم نتعرض كثيرا لتاريخ هاتين المنظمتين عبر الاعصار والامصار الاسلامية ، ولا لغير ذلك من المسائل لان الحديث عن ذلك يتشعب ويطول ، فقد كان لكل من هاتين المؤسستين الاسلاميتين تاريخ حافل بالتطور والتقلص والانحطاط ، ومن المعروف في عصرنا هذا ان معظم الدول الاسلامية اخذت باسلوب التنظيم القضائي الغربي وعدلت عن نظام التقاضي على درجة واحدة الى نظام الدرجتين مع افساح المجال للطعن في احكام كل درجة بمعايير معينة وقيام محكمة عليا للنظر في اجتهاد المحاكم وان هذه الدول الغت القضاء الاسلامي او قصرته على المحاكم الشرعية في حدود احكام الاسرة ، اما الافتاء فمع ان دوره في رقابة اعمال رجال الدولة قد تقلص في عصرنا فان دوره في ارشاد المسلمين فيما يعرض لهم من نوازل الحياة الخاصة لم يزل قائما مسلما به للمفتيين رسميين كانوا ام غير رسميين وتبدو اهمية الافتاء في البلاد التي تعيش فيها اقلية مسلمة من سكانها غير المسلمين ، حيث تمس حاجة تلك الاقليات الى منظمة الافتاء لمواصلة حياتها الدينية وثقافتها الاسلامية وشعورها بكيانها الروحي في اطار امة التوحيد والعدل والاحسان دون ان تضلل وتتعرض لاحابيل الاستغلال الثقافي والسياسي في عصر تصطرع فيه الثقافات بالحق والباطل ، ويختلط حابل الفكر بالنابل ويشيع الترويج بأساليب بعيدة عن الكذب والتمويه والمين .

كما نجد ان بعض الدول التي كرست العلمانية مبدأ دستوريا لم تحرم المسلمين من سكانها اغلبية كانت ام اقلية ــ من منظمة الافتاء ، ولكنها حرصت على قصر صلاحية المفتين في حدود العقيدة والارشاد، ويمكن القول ان حق الاقليات المسلمة والاغلبيات الاسلامية في البلاد العلمانية في منظمة الافتاء ينبغي اعتباره في عصرنا الحاضر من جملة حقوق الانسان الاساسية لصلته بالعقيدة ، وتتجلى اهمية هذه هذه القضية في هذه المرحلة التاريخية بالنظر للدلائل الدالة على يقظة العالم الاسلامي وشعور المسلمين في جميع الاقاليم والبقاع بضرورة الالتقاء والالتفات حول تراثهم واحياء ما لم يزل ينبض بالحياة والحيوية منه ، وفي مقدمة ذلك نظم الشرع الاسلامي والمبادىء الاساسية التي بشر بها هذا الشرع ودعى لخير الانسان والانسانية وللاخوة البشرية .

والحديث بعد هذا يتسع لقضايا خطيرة في تاريخ القضاء الاسلامي والافتاء كتطور هذين النظامين وقضية توزيع الاختصاص القضائي على مر العصور وظهور انظمة متعددة من المحاكم والجهات القضائية، وصلة كل ذلك بضمانة حقوق الانسان والجماعات وتوفير العدل والكرامات ولكن النطاق الذي رسمناه لهذه المقالة يضيق ولا يتسع لذلك فنرجيء بحثه الى مناسبة اخرى بعون الله ومشيئته وحسبنا ان نقول

ان الفقهاء المسلمين اقروا بان ولاية القاضي في النظر اختلفت سعة وضيقا واجتماعا وتوزعا باختلاف العرف في مختلف العصور والامصار(٤١) .

فنجم عن ضعفها ظهور جهات قضائية متعددة انيط بها ضروب مختلفة من « النظر » فاستحقت المزيد من الدراسة والتمحيص .

ولا يفوتنا ختاما ان نشير الى امرين :

ان التنظيم القضائي تمخض عن نمو ونتول بالغين في ادلة الاثبات التي بدا الاهتمام بها في التشريع القرائي والسنن النبوية وان مثل هذا التطور حدث في مضمار قواعد المرافعات والتقاضي ، فقد صاغ الفقهاء والقضاة ادق قواعد الترافع على مر العصور والاحداث كما يتجلى في تبصره الحكام لابن فرحون مثلا .

ولقد توخوا في ذلك تمكين القاضي من التوصل الى الحقيقة بقدر الوسع ، دون التخبط في التعسف والظنون ، وتوفير حقوق الخصم في التقاضي والدفاع ، وكرامة الشهود العدول ، مع المحافظة على حرمة المحكمة وهيبتها ونظام الجلسة .

اننا بحاجة الى بحث جامع اخر في تراثنا الافتائي ، واخر في تراثنا في السياسة والاحكام السلطانية والوزارة والخراج فان تكاملت هذه الابحاث الجامعة مهدت السبيل لاعادة النظر في كتابة التاريخ العام للنظم الفقهية والقضائية والافتائية والسياسية والمالية وبعبارة اخرى امكن رسم معالم تاريخ هذه النظم على ضوء الاحداث الاجتماعية والاقتصادية والتطور الثقافي العام ، واكتشاف حقائق لا تخطر لنا في الوقت الحاضر ما بقيت امهات المراجع راقدة في رفوف المخطوطات رقود المستسلم للافات ولعل احسن ما نسديه لهذا التراث من خدمة توجيه طلبة الدراسات العليا نحو تحقيق العيون من تلك الاثار والمخطوطات ، وقد بدت طلائع هذه الحركة ولكنها لم تبلغ بعد مداها وغايتها ، فانها بحاجة الى تخطيط شامل متصل الحلقات والاسباب ، في هذا المضمار وفي كل مضمار اخر من ميادين الثقافة والفكر ، على ان يبدا هذا التخطيط على مستوى جامعات القطر ثم يعقبه تخطيط وتنسيق اوسع نطاقا بين الجامعات في مختلف البلاد العربية ، تمهيدا للتعاون بين جميع الجامعات الاخرى في البلاد الاسلامية والبلاد المعنية بالتراث الاسلامي في القضاء والافتاء وما اليهما من انظمة الشرع الاسلامي اذ تعنى معاهد عليا وجامعات مختلفة في العالم الغربي بتراثنا من مختلف جوانبه انطلاقا من مفاهيمهم واغراضهم فما ينبغي ان تهدر مفاهيمنا واهدافنا ، ونحن ورثة ذلك التراث ، وحملة رسالته العادلة السامية ، وان تقدم قربانا في مذبح الصراع بين التكتلات السياسية الكبرى .

فلسفة الشرع والقضاء :

وختاما لهذه المقالة وحيث ان لكل حكم فلسفة فلابد من الاشارة لفلسفة الحكم في الاسلام عامة وفي القضاء الاسلامي خاصة فما هي معالم تلك الفلسفة ؟

ان القضاء وهو ولاية اسلامية عامة يصدق عليه ما يصدق على سائر الولايات العامة في الاسلام من كونه لا ينظر اليه من حيث هو حيث هو سلطة يتمتع بها الملوك والامراء ويملون بالاستناد اليها اوامرهم على الرعية ولكن من حيث هو واجب من واجبات السلطان ، اذ يطالب السلطان بواجبات عامة فرضت عليه شرعا وسياسة على حد قول ابن خلدون في العمل بسياسة المصالح التي يعضدها الشرع والعقل ويسلم بها « الكافة » ضمانا لشرعية الحكم . وعلى حد قول حواريه ابن الازرق في كتابه الموسوم ببدائع السلك في طبائع الملك(٤٢) ، وهذه الواجبات تملي على من يتقلد ولاية عامة ان يحذر جملة محظورات في مقدمتها اتباع الهوى ، لان القصد بالسلطان ـ « حفظ مصالح الاجتماع المدني لنوع الانسان »(٤٣) تلك هي فلسفة الحكم في الاسلام في نظر هذا الفريق من حكمائه ومفكريه الذين اقاموا الدولة والنظم القانونية على اساس من رعاية المصالح وتجنب المفاسد ، وحاصلها :

١ ـ ان السلطان ملزم باحكام الشرع وبالسياسة الشرعية الحكيمة العامة يراعى فيها تحقيق مصالح العباد وتوطيد الامن .

٢ ـ ان القاضي ملزم بتطبيق احكام الشرع وبالاجتهاد فيما لا نص عليه من الشارع . بالقياس والراي والمصالح المعتبرة على اختلاف تلك المذاهب .

والحاصل فان القضاء الاسلامي يقوم في نظر فلسفة الشرع الاسلامي على اساس من ضرورة حفظ النظام وتحقيق منافع المكلفين ومصالحهم المشروعة تلك هي الفلسفة السائدة في اصول الفقه الاسلامي ، وقد انجبت لنا اعلاما من الاصوليين من امثال الغزالي والعز بن عبدالسلام والشاطبي والطوفي ومن المؤرخين من امثال ابن خلدون وابن الازرق ومن فلاسفة الشرائع والاخلاق من امثال العامري والغزالي والراغب الاصفهاني ، ولم تزل تلك المدرسة قائمة تواصل دعوتها كما يتضح من البحث المكرس « للقضاء بالسياسة الشرعية » في تبصرة

الحكام (٢/١٠٧ وما بعدها) ففيه تفصيل المقصود بهذه السياسة بعد تقسيمها الى ظالمة تستبعد وعادلة يصار اليها . وقد صرح ان خلافا كبيرا في الرأي وقع في تحديد حدود السياسة الشرعية العادلة وان المرجح هو « مصلحة الامة » لقوله تعالى « اليوم اكملت لكم دينكم » وان هذا الكمال شامل لجميع المصالح الدينية والدنيوية على وجه الكمال ؛ والحق هو الجمع بين السياسة والشرع وان الدليل على مشروعية العمل بالسياسة المحققة لمصلحة الامة ان الاحكام المشروعة منها ما يدركه العقل ومنها الخفي فيحمل على المصلحة . وقد قسم ابن فرحون الاحكام الى الاقسام الاتية بحسب المصلحة :

١ ــ ما شرع لكسر النفس كالعبادات .

٢ ــ ما شرع لبقاء جبلة الانسان كالاذن في المباحات المحصلة للراحة .

٣ ــ ما شرع لدفع الضرورات كالبياعات والاجارات لافتقار الانسان الى ما ليس عنده من الاعيان واحتياجه الى استخدام غيره في تحصيل مصالحه .

٤ ــ ما شرع تنبيها على مكارم الاخلاق كالحض على المواساة والاحباس (الاوقاف) والصدقات ونحو ذلك .

٥ ــ ما شرع للزجر وصيانة الوجود كالقصاص في النفوس والاطراف والانساب كحد الزنا والاعراض كالتعزير على السب والاذى بالقول والاموال كحد السرقة والعقل كحد الخمر الخ .

* * *

الهوامش

(١) انظر ما ذكرته في تفصيل مصطلح الموازنة على المقارنة في كتابي الموسوم بالنظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف (ص ٦ ــ ٧) .

(٢) من هؤلاء الاستاذ اميل تيان (من لبنان) في كتابه الموسوم بالتنظيم القضائي في بلاد الاسلام (بالفرنسية) ومقالته الموسومة بالتنظيم القضائي في كتاب القانون في الشرق الاوسط . المجلد الاول (بالانكليزية) (ص ٢٣٦ ــ ٢٧٨) . وطيب الذكر لوى ميليه في كتابه الموسوم بمقدمة في دراسة الشرع الاسلامي (بالفرنسية) (ص ٦٨٨ وما بعدها) .

(٣) من المبادىء الاساسية في الشرع الاسلامي انه ناسخ لما قبله من الاديان والشرائع التي كانت سائدة قبله ، فلا يسلم في بلد يسري فيه حكم الاسلام وتشمله سيادته بشريعة تناقض شريعته ، وبقضاء لا يعدو عن عدالة الاسلام ، ولا مجال للقياس على ما جاء من ابقاء العرب على نظم الخراج والديوان في الامور الخراجية والمالية ، فان دولة العرب الاسلامية لم يكن لها عهد بمثل تلك النظم ولا نقل لها عرف عربي عن جاهلية العرب ولا في صدر الاسلام ، ولذا لم يجد الخلفاء بدا من العمل بتلك النظم بلفاتها في بادىء الامر ، حتى تم تعريبها واخضعت لاصول العدل الاسلامي ، اما القضاء فقد كان له جرثومة معروفة في جاهلية العرب فتطورت وتهذبت في عهد الرسالة اذ لا تخلو امة من طراز قضائي او مثال للقضاء ولو في صورة تحكيم اختياري ، وقد صرح الماوردي في ادب القضاء (ج ١ ص ١١٧) باجماع الامم على القضاء ، وهي ملاحظة دقيقة معناها ان هذا النظام من النظم التي ترتد في نشاتها للضرورة الاجتماعية ، وقد كان المؤرخون المسلمون امناء في اشارتهم لما استبقاه المسلمون الفاتحون من نظم البيزنطيين والساسانيين ، فاشاروا الى الاخذ بما ذكر ، والى وجود القضاء في صدر الاسلام .

وما ورد من روايات بان الرسول والخلفاء الاولين لم يكن لهم قضاة فينقضها روايات اخرى متعددة نصت على خلاف ذلك (يراجع في هذه الروايات المختلفة كتاب تاريخ القضاء في الاسلام للدكتور احمد عبدالمنعم البهي ص ٥٥ وما بعدها) .

او على انهم لم يعينوا في حاضره النبوة او الخلافة قاضيا مختصا بالنظر في جميع القضايا باستمرار نظرا لاضطلاع النبي نفسه والخلفاء الراشدين من بعده بالنظر في جميع الامور العامة والخاصة في حاضرة الدولة الاسلامية ، اما المدن النائية فقد بعث النبي والخلفاء الراشدون اليها القضاة وان لم يقصروا مهمة اولئك القضاة على الفصل في الخصومات الخاصة ، فقد كان للقضاء الاسلامي من المهام ما ليس لغيره من النظم القضائية لان القاضي الى جانب عمله القضائي مرشد للسلوك السوي والخلق الاسلامي وقائد من قادة الدين الاسلامي ، وهذا ما يعترف به ميليه نفسه في مقدمته لدراسة الشرع الاسلامي (ص ٧١٩) وقد صرح الماوردي في ادب القاضي (١/١٣٣) بقوله « وكان اذا اسلم قوم اقام عليهم (النبي ص) من يعلمهم شرائع الدين ويقضي على المتنازعين ، وجاء فيه ايضا « وقد حكم الخلفاء الراشدون بين الناس ، وقلدوا الحكام القضاء (١/١٣٣) .

وورد في كتاب « اعتاب الكتاب » لابن الابار (ص ٥١) ان عمر بن الخطاب (ر) كتب الى بعض عماله ينهاهم عن استخدام الاعاجم بقوله « لا تعيدوهم في شيء سلبهم الله اياه ، واخشوهم على دينكم » .

(٤) كتابنا الموسوم بالنظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف ص ٢٣ ــ ٢٤ .

(٥) كتابنا المذكور (ص ٨١) وما بعدها ، وكتاب العامري الموسوم بالاعلام في مناقب الاسلام .

(٦) من امثلة ذلك ما روى من نقد ابى حنيفة لابن ابي ليلى حين اقام الحد على امراة في المسجد (الطبقات السنية ، ١\١٠٨ – ١٠٩) .

(٧) جاء في روح العدالة لآرثر فاندر بيلت (ص ١٢) ان القاضي يرشد المحلفين لحكم القانون ، وان له رد المحلفين والسماح باعادة المحاكمة .

(٨) يراجع في هذا الصدد الجزء الاول من الكتاب الذي صنفه القاضي عياض في طبقات المالكية وقد طبع في المغرب وهو بعنوان ترتيب المدارك .

(٩)

(١٠) انظر ما جاء في كتاب الوزراء والكتاب للجهشياري (ص ١٣٧) في صدد شكوى الحمالين على المنصور لدى قاضي المدينة .

(١١)

(١٢) وفي هذا يقول ابن فرحون في تبصرة الحكام (١\١٤) « ان اهلية القضاء جزء من الامامه الكبرى » ويقول مييه في مقدمته (ص ٦٨٦) ان الاسلام لم يعرف نظرية فصل السلطات ، لان جميع السلط كانت في قبضة رئيس الدولة الاسلامية يمارسها بنفسه وينيب عنه في ممارستها الحكام الاداريين والقضائيين .

(١٣) على ان بعض فقهاء المذاهب اشترط ان يتقيد القاضي بمذهبهم (انظر على سبيل المثال ما جاء في الورد البسام للشمني ص ٢٣ – ٢٤) وقد انتقد الماوردي مثل هذا الاتجاه مهما قيل في تبريره حرصا منه على استمرار مهمة الاجتهاد (ادب القاضي له ١\١٨٥ – ١٨٦) ومع ذلك فان ركود حركة الاجتهاد ظاهرة سجلها الفقهاء بكل صراحة واسف ورتبوا عليها اثارها ففي التبصرة لابن فرحون نقلا عن المازري المتوفى سنة (٥٣٦هـ) « اما عصرنا هذا فانه لا يوجد في الاقليم الواسع العظيم مفت نظار ، قد حصل على آلة الاجتهاد ، واستبحر في اصول الفقه ومعرفة اللسان والسنن والاطلاع على ما في القران من الاحكام ، والاقتدار على تاويل ما يجب تاويله ، وبناء ما تعارض بعظه على بعض ، وترجيح ظاهر على ظاهر ومعرفة الاقيسة وحدودها وانواعها وطرق استخراجها وترجيح العلل والاقيسة بعضها على بعض، هذا الامر زماننا عار منه في اقليم المغرب كله ، فضلا عمن يكون قاضيا على هذه الصفة ، فالمنع من ولاية المقلد القضاء تعطيل للاحكام وايقاع للهرج والفتن والنزاع وهذا لا سبيل اليه في الشرع .

(١٤) كتاب المحيط ،مخطوط في مكتبة وزارة الاوقاف العراقية

(١٥) جاء في الورد البسام (ص ١٦) « وان استمسك احد بالقاضي او هو به ، ارتفعا الى الامام او قاضيه سواه الخ » .

(١٦) كتاب النباهي الموسوم بالمرتبة العليا .

(١٧) كقاعدة حجية الاقضية فيما قضت فيه من الامور الاجتهادية وقاعدة وجوب استماع القاضي لاقوال الطرفين قبل النطق بالحكم وقاعدة المساواة التامة في المعاملة بين الطرفين اثناء الخصومة بين يديه دون اظهار اي ميل لاحدهما على الآخر .

(١٨) يراجع في هذه القاعدة ادب القاضي للماوردي وروضة القضاة للسمناني .

(١٩) لقد كان الفكر الاسلامي سباقا في تقرير مبدأ حظر التعسف في استعمال الحق ، يراجع في صدد هذا المبدأ الجزء الاول من احياء العلوم للغزالي .

(٢٠) جاء في الورد البسام (ص : ح) ان المشايخ الذين ألغوا الديوان هم سبعة ، وان الذي تولى كتابة الديوان منهم فنسب اليه هو ابو عمران موس بن زكريا .

(٢١) تراجع مقالة المخطوطات العربية في المغرب للدكتور محمد عبدالقادر احمد في المورد (ع١ مجلد ٨ ص ١٢٦ عم٢).

(٢٢) نسخة خطية في خزانة فيض الله افندي في مجموع رقمه ٢١٢٨\٢٠٣٨ (٣١ – ٦٩) .

(٢٣) نسخة خطية في خزانة فيض الله افندي في مجموع رقمه ٢١٣٤\٢٠٤٤ (١ – ٤٢) .

(٢٤) تفصيل ذلك في مقدمة مييه ص ٧٠٤ – ٧٠٨ .

(٢٥) تفصيل هذه الفلسفة في مذكراتنا غير المطبوعة على طلبة الدراسات العليا في القانون، في كلية القانون والسياسة لسنة ١٩٧٨ – ١٩٧٩ وهي بعنوان « ولاية القضاء في تفسير العقد وتوجيهه .

(٢٦) جاء في كتاب « تنظيمات » لانكهاردت ان التدخل في شؤون الدول مهما يكن عملا غير مشروع فانه بالنسبة للدولة العثمانية مشروع ، لانه الضرورة تمليه ، ولان الشروط التي تملى هذه الضرورة لم تزل قائمة لم تخفف حدتها اصلاحات خمسين سنة (الترجمة التركية ص ٣٧٨ – ٣٧٩) .

(٢٦) مما يؤيد ما نقول فهم الامام الماوردي لهذه الآية ، فقد جاء في ادب القاضي (١\١٢٥ – ١٢٦) :
«ثم لا يجدوا في انفسهم حرجا مما قضيت» فيه وجهان:
احدهما : يسلموا ما تنازعوا فيه لحكمك
والثاني : انما قاله الضحاك
« ويسلموا تسليما » يحتمل وجهين :
احدهما : يسلموا ما تنازعوا فيه الحكمك
والثاني : يستسلموا اليك تسليما لا مرك ، .اهـ

(٢٧) جاء في فاتحة هذا الكتاب « ان الفكر الاسلامي مكون من عين النواة العقلية التي يتكون منها القانون فيالغرب، فهو يصدر عن نفس القمة ، ويصب في عين المصب ، وانما يختلف عنه في اتخاذه مجرى مخالفا ليلتقي معه في اسفل الوادي ، في النهر الاعظم للتجربة البشرية في كيانات اصيلة » .

(٢٨) يقال عادة ان الضرورات تقدر بقدرها ، ومع ذلك فان قدر الضرورة يختلف من عصر لعصر ، ويتسع باتساع احوال التمدن والعمران ومطالب العدالة ومراحل التقدم الفكري .

(٢٩) القرافي ص ١ – ٣ تبصرة الحكام ١\٧ – ٨ .

(٣٠) جاء في الاحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام وتصرفات القاضي والامام للقرافي « اما تصرفه (ص) بالحكم فهو مغاير للرسالة والفتيا ، لان الفتيا والرسالة تبليغ محض واتباع صرف ، والحكم انشاء والزام من قبله (ص) بحسب ما نتج من الاسباب والحجاج » (ص٢٣) .

(٣١) الفتاحه بالضم الحكم ، والفتاحه بالضم والكسر ان يحكم بين خصمين ، وقيل الفتاحة بالضم الحكومة ، ومنه قوله تعالى « ربنا افتح بيننا وبين قومنا بالحق وانت خير الفاتحين » والفتاح الحاكم (لسان العرب) .

(٣٢) يتجلى هذا الاتجاه في حديث « انكم تختصمون الى ولعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من بعض ، فمن قضيت له بشيء من حق اخيه فلا ياخذه ، انما اقتطع له قطعة من النار » وفي كتاب الاحكام للقرافي ان هذا الحديث يدل على ان القضاء يتبع الحجاج وقوة اللحن

(٣٣) اي ان النسخ تناول كلا من التحاكم للكهنة والعمل بما يخالف الشريعة الاسلامية من اعراف الجاهلية .

(٣٤) النساء \ ٤ .

(٣٥) جاء في تبصرة الحكام (١\٤٣) ان الخصمين اذا حكما بينهما رجلا وارتضاه لان يحكم بينهما فان ذلك جائز في الاموال وما في معناها ، ولا يقيم المحكم حداً ، ولا يلاعن بين الزوجين ، ولا يحكم في قصاص او قذف او طلاق او عتاق او ولاء ، وانما استثنيت هذه المسائل من هذه القاعدة ، لاستلزامها اثبات حكم او نفيه عن غير المتحاكمين ، ومن عدا هذين المتحاكمين لم يرضى بحكم المحكم .

(٣٦) روضة القضاة ١\٥٥ ـ ٥٦

(٣٧) ذهب الاباضية الى جواز تولي القضاء من الجماعة (الورد البسام ص ٥) . وجاء في تبصرة الحكام ان جواز ذلك مقيد بالضرورة ، ولا يشترك في القيام به جميع الناس ، ولكي يقوم به « ذوو الراي واهل العلم والمعرفة والعدالة لرجل منهم كملت فيه شروط القضاء، وهذا حيث لا يمكنهم مطالعة الامام في ذلك .. ويكون عقدهم له نيابة عن عقد الامام الاعظم او نيابة عمن جعل له ذلك للضرورة الداعية الى ذلك (تبصرة الحكام ١\١٥) .

(٣٨) مقالتنا الموسومة

(٣٩) انظر قصة معاذ بن جبل في روضة القضاة ١\٥٦ ـ ٥٧

(٤٠) تبصرة الحكام ١\١٢ .

(٤١) بدائع السلك ٢\٩ .

(٤٢) ايضا .

(٤٣) ايضا .

**

من مراجع البحث

١ ـ اعتاب الكتاب لابي عبدالله محمد بن عبدالله بن ابي بكر القضاعي المعروف بابن الابار تحقيق الدكتور صالح الاشتر ١٩٦١ .

٢ ـ تراث المسلمين القضائي للدكتور بدري محمد فهد ، مجلة المورد .

٣ ـ النظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف د. صلاح الدين الناهي .

٤ ـ التنظيم القضائي في بلاد الاسلام ، أميل تيان (بالفرنسية) .

٥ ـ مقدمة في دراسة الشريعة الاسلامية لوى ميه (بالفرنسية) .

٦ ـ تحقيق ما للهند من مقولة = للبيروني تحقيق سخاو .

٧ ـ الاعلام بمناقب الاسلام للعامري .

٨ ـ اهم القرارات والاجتهادات القضائية د . صلاح الدين الناهي .

٩ ـ الطبقات السنية للتميمي .

١٠ـ روح العدالة ، آرثر فاندربيلث .

١١ـ روضة القضاة للسمناني تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهي .

١٢ـ تنظيمات ، اد . انكليهاردت ترجمة تركية .

١٣ـ بدائع السلك في طبائع الملك لابن الازرق .

١٤ـ كتاب الخراج وصنعة الكتاب لابي الفرج الحافظ قدامة بن جعفر الكاتب البغدادي (مخطوط) .

١٥ـ تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام لابن فرحون ط ١٣٠٣هـ بالقاهرة .

١٦ـ بدائع الصنائع للكاساني .

١٧ـ ادب القاضي للماوردي ـ تحقيق الاستاذ محي هلال السرحان .

١٨ـ القانون في الشرق الاوسط (مجموعة مقالات) (بالانكليزية) .

١٩ـ الميزان للشعراني .

٢٠ـ الافصاح لابن هبيرة .

٢١ـ اختلاف ابي حنيفة وابن ابي ليلى لابي يوسف .

٢٢ـ تاريخ العراق في العصر العباسي الاخير د . بدري محمد فهد .

٢٣ـ القاضي عياض .

٢٤ـ كتاب الوزراء والكتاب للجهشياري .