

حقوق الانسان والضمانات القضائية في الاسلام

يقام/ المعامى الدكتور صلاح الدين الناهي
الاستاذ للمقرن بجامعة بغداد رئيس
مشرف جمعية القانون المقارن
العراقية

الباب الاول

كلمة تمهيدية

القضاء في الشرع الاسلامي ولاية عامة يتولاها الخليفة بنفسه وله أن ينوب عنه فيستعين بالقضاة ويوليهم القضاء، ولاية مطلقة أو مقيدة مخصصة، وليس للخليفة أو غيره من رؤساء الدول الاسلامية ان يهمل تنظيم خطة القضاء لان تنظيمها واختيار الاصلح أو الصالح لتوليها من جملة واجبات رئيس الدولة في الاسلام (١) ولأن حكمة مشروعية

(١) بدائع السلك في صنائع الملك لابي عبد الله بن الازرق/ تحقيق الدكتور علي سامي النشار (٢٥٠/١) وفيها:
(عن اللخمي) - اقامة حكم للناس واجب، لما فيه من رفع التهاجر والظلم، فعلى الوالى على بلد النظر في أحكامهم ان كان اهلا لذلك فان لم يكن اهلا أو اشتغل عن ذلك، وجب عليه ان يقدم من هو اهل لذلك، وان لم يكن بالموضع وان كان ذلك لذوي الرأي والثقة).
وفي الغرر والحكام شرح غرر الاحكام لملا خسرو (٤٠٥/٢) ينبغي للمقلد ان يختار الاقدروا الاولى، قال رسول الله (ص) من قلد غيره وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله تعالى ورسوله وخان جماعة المسلمين. (منتهى الارادات ٥٣١/٢).

القضاء حفظ النظام ودفع الضرر العام (٢) والخاص. فالقضاء من اهم واجبات الدولة واشرف سلطتها، ولذا فقد اهتم الفقه الاسلامي برسم احكامه فنشأ علم القضاء (٣) في عصر مبكر سبق فيه الفقه الاسلامي سائر الانماط الفقهية المتطورة في العناية بأمر القضاء خطة وفنا عمليا ومثلا عليا آمرة بضرورة السهر على العدل في التطبيق والتحلي به في السلوك باشتراطه فيمن يتولى تطبيق احكام الشرع مفتيا كان أم شاهدا أم موظفا تابعا لمحكمة القاضي أن يكون على جانب من التحلي بالفضائل الخلقية بحيث يستحق وصف العادل، وبناء على ذلك فيمكن القول ان الفرق الاساسي بين فلسفة القانون في الغرب وبينها في الاسلام يدور حول منطلق معيار الامر الجازم القاطع (٤) الذي نادى به كمنط، فان هذا الامر ينطلق في فلسفة كمنط من الحرية وينطلق في الفلسفة الشرعية الاسلامية من العدل (٥) ولذا فان ابن فرحون يضيف الى مهمة القضاء علاوة على ما ذكر واجب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر (٦) ويعتبر الخليفة في الشرع الاسلامي نائباً عن الشارع ومقيداً

-
- (٢) بدائع السلك (١/٢٥٠).
(٣) تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الحكام للقاضي برهان الدين بن فرحون (١/٢).
(٤) الامر القاطع في مصطلح كمنط IMPERATIF CATEGORIQUE

هو معيار القاعدة القانونية من حيث هي قاعدة ملزمة وتكليف بواجب في علاقة بين مكلفين بخطاب الشارع و يتجلى هذا المعيار في النمط الاسلامي أيضاً في تعريف مهمة القضاء فقد عرف القضاء في تبصرة الحكام بكونه اخباراً عن حكم شرعي على سبيل الالتزام وان معنى قضي القاضي أي ألزم الحق أهله (تبصرة الحكام ١/٧-٨) وحتمه عليه. وفي مجمع الانهر (١٤٢/٢) القضاء «شرعاً قطع الخصومة أو قول ملزم صدر عن ولاية عامة»، ولئن قيل أيضاً ان حكم القاضي قد يكون على سبيل الاطلاق والاباحة فان هذا لا ينفي عنه انه حكم بأمر الشارع الملزمة بوجه من الوجوه.

- (٥) فلسفة الشرائع/المعضلات والانماط للدكتور صلاح الدين الناهي (لم يزل مخطوطاً).
(٦) تبصرة الحكام (١/٢٨٠)، وفيها ان حكمة القضاء (رفع التهارج ورد النوائب وقمع المظالم وقطع الخصومات والامر بالمعروف والنهي عن المنكر) قاله ابن رشد وغيره.
وفي مجمع الانهر (١٤٣/٢) «الحاكم نائب الله تعالى في أرضه، في انصاف المظلوم من الظالم، وابطال الحق الى المستحق والامر بالمعروف والنهي عن المنكر».
وفي الام للشافعي (٢/١٠) ان صفة هذه الامة.. الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وانهم بها كانوا خير الامم، قال الله تعالى [كنتم خير امة اخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله] (الآية ١١٠ من سورة آل عمران).

ان دولة القانون (دولة الحقوق) هي الدولة التي تتجلى فيها معالم الديمقراطية الحققة وتتوفر فيها الضمانات المتكفلة برعاية حقوق الانسان من مختلف جوانبها الانسانية والاقتصادية والاجتماعية.

بحكم الشرع، والدولة الإسلامية دولة قانون (دولة حقوق) مقيدة بالشرع والعدل، أما القاضى فيعد نائباً عن يوليه القضاء، ومسؤولاً عن اداء مهمته مسؤولية تعرضه للحساب الدقيق ولهذا الحساب فى الحياة الدنيا صور متعددة منها إيقاف القاضى لسماع الشكوى عليه عند عزله، والطعن فى احكامه وعدالته وهو فى دست القضاء، ومسؤوليته عند تيقن تعمده الظلم فى أحكامه على تفصيل فى الامر معروف روعى فيه الاحتياط لحقوق المتقاضين ولحرمة القضاء.

(أصالة القضاء الاسلامى)

ويمتاز القضاء فى الاسلام بكونه نظاماً اسلامياً عربياً اصيلاً، نشأ فى جزيرة العرب منذ عصر الرسالة نشأة محدودة فى اطار الفصل فى الخصومات التى ترفع اليه، وترعرع فى العراق والشام ومصر والاندلس والشمال الافريقى الخ... فاتسع نطاق عمله وتطور وفقاً لمقتضيات الحاجة وضرورة حماية المصالح العامة والخاصة والرقابة الاجتماعية (٧) وقد تكفل هذا التطور بظهور نظام قاضى القضاء فى العصر العباسى ابتداء من عهد الرشيد وقاضى قضائته أبى يوسف، اذ أصبحت خطة القضاء تدار من طرف قاضى القضاء الذى يتصل بالخليفة مباشرة وفى ذلك ضمان لحسن ادارة القضاء واداء القضاء اعمالهم على وجه الاستقلال عن السلطة التنفيذية على نحو يكفل لهم عدم تدخل رجال تلك السلطة. ولقد زعم بعض المستشرقين (٨) كما زعم اميل تيان

(٧) قال ابن خلدون — كان القاضى فى عصر الخلفاء انما له الفصل بين الخصوم فقط ثم دفع له بعد ذلك امور اخرى على التدرج بحسب الخلفاء والملوك بالسياسة الكبرى، واستقر منصبه آخر الامر على أن جمع له على ذلك استيفاء بعض الحقوق العامة (بدائع السلك ١/٢٥١).

(٨) ميبه فى كتابه الموسوم بمقدمة فى دراسة الشرع الاسلامى (بالفرنسية) (ص ٦٩٣ — ٦٩٤ بند ٨٥٨) وقد زعم فى كتابه هذا ان القضاء الاسلامى لم يكن من صنع محمد، ولا الخلفاء الراشدين ولا الامويين، وانما هو ثمرة تطور بطيء وان اصوله لا ينبغى البحث عنها فى الجزيرة العربية والقرآن ولكن فى المجتمع العربى الاسلامى فى البلاد المفتوحة وفى النظم القضائية الاجنبية التى وجدها العرب فى بلاد الفتح فاتبعوها (أ هـ) والتحكم فى هذا التصور ظاهر فقد عزل القضاء الاسلامى عن بيئته، ومصادر ولايته، والشرع الذى يحكم بموجبه، ومنه يستمد أصوله ومصادر أحكام الاقضية التى يقضى فيها وعزله عن الدولة التى هو جزء من ولايتها العامة وعن تقاليد العرب والاسلام ليلصقه بكل ما هو اجنبى عنه، بدون دليل مُسلم، وفاته بدعيه بسيطة كل البساطة فلم يفتن أو تجاهل ان لكل امة قضاؤها وان قضاء الامة العربية بعد الاسلام مزيج من تقاليد العرب فى التحكيم بعد تخويله وجعله الزامياً، ومن سنن النبى والخلفاء، وان آيات القرآن هى الاساس فى كل الولايات العامة وهى المعايير التى رسمت للتحكم بين الناس بالعدل، وان بساطة التنظيم القضائى الاسلامى تشهد له بكل ذلك. =

(من لبنان) (٩) ان التنظيم القضائي في الاسلام مستعار من النظم القضائية البيزنطية والساسانية وهو زعم باطل لان النظام القضائي في الاسلام متصل الاسباب بنظام التحكيم العربي، وتطور له في ظل الاسلام الذي ساء فساد ذمم الكهنة والمحكمين فحظر الترافع اليهم وامر المسلمين بالتحاكم لدى النبي (ص) فأصبح التحكيم الجاهلي الاختياري بذلك منسوخاً وحل محله تحكيم الزامي لا يحمل من التحكيم سوى الاسم القديم، أما الجوهر فقضاء تمارسه دولة مركزية ذات شرع له مصادر شرعية معلومة وفلسفة في الحكم وقد تحقق ذلك امثالاً لقوله تعالى (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في انفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً) (١٠) ففي هذه الآية تأصيل لولاية القضاء بأسلوب بالغ الدقة في تحويل التحكيم الاختياري القديم إلى خطة قضائية عامة وولاية حقيقية اساسية يلتزم المسلمون بالرجوع اليها في خصوماتهم ويكون لها اختصاص عام في النظر مع واجب التسليم بهذه الخطة والاطمئنان اليها (٥) والاقلاع عن الاحتكام للكهان وابطال ما كانوا يرتجلونه من اسجاع ولقد انطلقت الآية من مصطلح التحكيم واختتمت بمصطلح القضاء وفي ذلك دلالة بالغة على الهدف. والى جانب ذلك فقد وضعت الآية المذكورة حداً لاقتضاء الحق مباشرة دون مراجعة سلطة

= أما تطوره فلم يكن مديناً لعوامل خارجية ولكنه كان ثمرة التجارب الداخلية والممارسة الطويلة وقد سجلت الكتب المصنفة في تاريخ القضاء والقضاة شطراً كبيراً من تلك التجارب والتطور فلم نجد فيه عنصراً أجنبياً والفرصة الوحيدة لتلاقي القضاء الاسلامي بالنظم القضائية والشرائع الاجنبية هي فرصة تحاكم أهل الذمة الى القاضي المسلم ولورجعنا الى شروط ذلك لوجدنا ذلك التحاكم يقع الى محكمة القاضي. وفقاً لاصول التقاضي فيها وأسايب الترافع المسلم بها فيها وان هذا الترافع قيس على التحكيم أيضاً وشروط فيه أساسية:

أ - ارتفاع المتخاصمين الى محكمة القاضي بمحض اتفاقهم وبدون أي اجراء شكلي، أو تدخل أو اذن سابق من جهة دينية أخرى.

ب - ان للقاضي قبول ارتفاع هؤلاء اليه والنظر في خصومتهم.

ج - ان عليه أن يشترط عليهم خضوعهم في تلك الخصومة لاحكام الشريعة جملة وتفصيلاً واستبعاد احكام شرائعهم (يراجع في تحاكم أهل الذمة للقاضي المسلم كتاب الام للشافعي).

(٩) اميل تيان في كتابه الموسوم بالتنظيم القضائي في بلاد الاسلام (بالفرنسية).

(١٠) سورة النساء الآية (٦٥) وانظر ادب القاضي للماوردي ١٢٢/١ - ١٢٦.

(*) ان اطمئنان المكلفين الى عدالة الشرع من أهم المثل العليا المنشودة في القوانين المسنونة، فان عدم هذا الاطمئنان يسرب القلق والنفور من طراز الحكم القائم الى نفوس العامة وللتطبيق العملي في مجال القضاء والادارة دوره الفعال في توفير الطمأنينة العامة الى عدالة النظام المضطلع بالحكم، واستقرار الامن وتقدم المجتمع في نهاية الشوط.

مختصة، أى لما يطلق عليه مصطلح العدالة الخاصة، وبعبارة أخرى اقتضاء الشخص حق نفسه بنفسه، ولم يستثن من ذلك سوى حالة الدفاع المشروع عن النفس والمال عند الضرورة. والضرورة تقدر بقدرها وحالة الظفر بعين الحق وحق الحبس وتعد هذه الاستثناءات من قبيل العدالة الخاصة المنظمة (قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقا للقانون الكويتي للدكتور المرحوم رمزي سيف، ص (٤٣-٤)).

وقد ارسل الرسول قضاة لبعض الاقاليم وحدد لهم مصادر القاعدة الشرعية (ادلة الاحكام) ورخص لهم فى الاجتهاد وكان لسائر ولاته على البلاد الاسلامية اكثر من مهمة فقد كانوا يجمعون بين ولاية الادارة وبث الدعوة والتعليم الاسلامى والقضاء (١١) ولم تكن حاجة المسلمين يومئذ الى التقاضى شديدة نظرا لبساطة الحياة وحاسة المسلمين الاولين لتعاليم الاسلام والتمسك بها، وقوة التقاليد العربية التى هذبها الاسلام بمثل العليا، وقد مارس النبى (ص) نفسه القضاء وسلم له بصفته هذه ولم يكن بالمسلمين فى ذلك العصر وفى العصور اللاحقة حاجة الى الاطلاع على النظم القضائية الاجنبية وتقليدها، خلافا لما فعلوه فى مجال النظم المالية فلم يزل التنظيم القضائى الاسلامى يتدرج على مر العصور دون حاجة الى الاستعارة والاقتباس المزعومين بحجج متكلفة فقد كانت النظم الاجنبية بعيدة الشبه كل البعد عن النظام القضائى فى الاسلام، وكما لم يكن العرب مدينين باشعارهم الى (هومين) لم يكن المسلمون مدينين بالتنظيم القضائى الى نظم بيزنطيه والساسانيين، ولقد تحقق وضع الحجر الاساسى للنظام القضائى فى الاسلام بنزول الآيه سالفه الذكر. ورسخت سياسة خطة القضاء بقوله تعالى: (وان احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع اهوائهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل اليك) (١٢)، وقوله: (فاحكم بينهم بما أنزل الله) (١٣)، وقوله تعالى: (انا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ولا تكن للخائنين خصيما) (١٤) الى غير ذلك من الايات الدالة على ما قلناه وعلى ان دولة الاسلام مقيدة بالشرع، ملزمة باحقاق الحق والعدل، وان استبداد السلاطين والامراء فى بعض العصور

(١١) جاء فى أدب القاضي للماوردي ١٣٣/١ (وكان اذا أسلم قوم أقام عليهم من يعلمهم شرائع الاسلام ويقضي

بين المتنازعين).

(١٢) المائدة، الآيه (٤٩).

(١٣) المائدة، الآيه (٤٨).

(١٤) النساء، الآيه (١٠٥).

شذوذ عن الصراط المستقيم وجادة العدل «ان الانسان ليطغى ان رآه استغنى». وقد رسم الاسلام السبيل لمقاومة ذلك الشذوذ بتقرير مبدأ الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ومبدأ الثورة على الظلم والسلطان الجائر وتقرير كرامة الانسان وخلافته على الارض. ان النظام القضائي في الاسلام يمتاز بالتزام معايير العدل من حيث هو فضيلة من الفضائل الشخصية ومعياري من معايير السلوك السوي في مختلف ضروب الروابط والمعاملات المالية والعلاقات البشرية الخاصة والعامة ويحرص الفقه على توكيد صفتي العدل والاجتهاد في القاضي من فسح المجال له في استشارة الفقهاء المجتهدين، وتحقيق مبدأ الشورى في مضمار خطة القضاء على نحو يبرز جانباً من ديمقراطية الاسلام الاصيلية (١٥).

ولقد اتاحت لي فرصة دراسة هذا النظام دراسة تمحيص في مناسبات مختلفة اهمها مناسبة تحقيق كتاب روضة القضاة للسمناني ونشره (١٦) فقلت في مقدمتي في التعريف بذلك الكتاب ان «لنظام القضائي في الاسلام تاريخ طويل حافل بالحركة والتضال في سبيل العدل والانسان والحق والشرع وملامح جذابة لمافيه من طرافة» (١٣/١).

خطة البحث

وحيث ان موضوع هذا البحث يدور حول الضمانات القضائية في الاسلام فان لنا قبل تحديد هذه الضمانات ان نشير الى ان مثل هذه التطلعات والمعايير المتكفلة بتحقيقها في أي نمط شرعي لا بد لها من تمهيد في الضمانات العامة التي يقدمها ذلك النمط لحقوق الانسان في اطارها الفردي والاجتماعي، فان ثبتت سلامة تلك الضمانات في النمط باسره امكن ان نتوقع نظاماً قضائياً يضطلع بتطبيق حد ادنى من ذلك على الاقل، وبناء على ذلك وجب التساؤل اولاً عن الضمانات التي تكفل بها الشرع الاسلامي على وجه الاجمال لمتابعة النظر في الضمانات التي تكفل بها القضاء الاسلامي والتنظيم القضائي عبر العصور الاسلاميه المختلفة، دون أن نتطرق الى الضمانات التي تكفلت بها أحكام الترافع أمام القضاء إلا عرضاً لتعلق ذلك بمباحث علم التقاضي وهو فرع علم القضاء ويرجع هذا الفرع

(١٥) مقالة لنا بعنوان آراء الغزالي في السياسة في مجلة الادبية .

(١٦) روضة القضاة للسمناني تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهي .

يبدو أنه إلى جذور عربية قديمة عرفت قبل الإسلام وتهذبت وترعرعت في ظل الإسلام فقد اضطلع القاضى بمهمة إدارة محكمته والرقابة على موظفيها وظهرت أصول كتابة القرارات وأمسك سجلات خاصة بكتابة ذلك وبضبط مايجرى في المرافعة والمحاكمة من شهادات وتوزيع العمل الإدارى والقضائى بين موظفى محكمة القاضى إلى جانب الرقابة على أعمال القائمين بكتابة العدل. والاستماع إلى شهاداتهم الكتابية والتدقيق فى عدالتهم وسيرتهم واسقاط عدالة من يثبت فسادهم، والرقابة على وكلاء الدعوى والخصومات فى ممارسة عملهم. وإلى جانب تقسيم الضمانات إلى شرعية وقضائية ينبغى النظر إلى ما توفر فى التنظيم القضائى فى الإسلام من ضمانات ذاتية وموضوعية وتطلعات مثالية.

تلك هى التقسيمات التى سنعالج بموجبها الضمانات القضائية فى الشرع الإسلامى وهى لا تعدو التقسيمات والابواب الآتية:

(١) تقسيم الضمانات إلى شرعية وقضائية.

(٢) ثم تقسيم الضمانات القضائية إلى ذاتية وموضوعية وسنعالج ذلك فى بابين ونختتم هذا البحث بكلمة استنتاجية جامعة.

ويمسنا قبل ذلك أن نشير إلى أن التنظيم القضائى فى الإسلام وعلم القضاء وعلم التقاضى من الموضوعات الجديدة باهتمام الباحثين بالرغم من عدول معظم الدول العربية والإسلامية عن ذلك التنظيم إلى أساليب التنظيم القضائى الغربية، فإن هذا العدول يمكن أن يعلّل بعوامل تاريخية مختلفة منها ضغط الدول والجاليات الاستعمارية على الدول الإسلامية وفى مقدمتها الدولة العثمانية ومصر ودول الشمال الأفريقى وإهمال تربية الفقهاء فى (المدارس) أى تلك الجامعات الإسلامية التقليدية التى كانت فى بادىء الأمر موضع اهتمام الخلفاء العباسيين منذ عصر السلاجقة والسلاطين من آل عثمان فأدى ذلك الإهمال إلى تدنى ثقافة الفقهاء وعجزهم عن مواصلة مهمة الاجتهاد الخلاق، أما مبادئ التنظيم القضائى فى الإسلام فلم تزل مبادئ سامية جديرة بالعبارة لما حققت من ضمانات فى حماية النظام والأمن والشرعية وحقوق الإنسان.

أن هزيمة النظم الإسلامية فى أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين هزيمة مؤقتة لا تعدو تغلب النسق الغربى فى الصياغة على النسق الذى كان سائداً فى العالم

الاسلامى فى اواخر عصور الجمود والتقليد، و يعزى ذلك التغلب للعامل التاريخى المذكور. ولعامل نفسانى معروف فى فلسفة ابن خلدون وفى الفكر الفلسفى الاجتماعى الغربى هو ظاهرة تقليد الغالب حتى يثبت للمغلوب ضلال التقليد فيذكر اصاله تراثه وسمو مبادئه شرعه والاسس الجوهرية التى يقوم عليها نمطه الشرعى و يبادر لاماطة الغبار عنه وتفحص مراميه، ومن صور التعامل النفسانى فى عصرنا هذا تجاوز الشعور القومى المتطرف حد الانصاف الى حد التعصب على التراث الاسلامى تعصبا حمل بعض القوميين المتطرفين على اتهام الاسلام بهدر حقوق الانسان وكرامته، واباحة العبودية والقتل(*)، قد تسترت هذه الظاهرة بالعلمانية والعقلانية. وتجاهلت ان الاسلام نادى بتحكيم العقل، وتكريم الانسان، واعلان خلافته على الارض، ليعدل ويمهد السبيل للتمدن والرقى، وانه فى سبيل تحقيق التوازن والتعاون بين القوميات اعلن ان اختلاف الامم والشعوب فى الخصائص القومية وسيلة للتعارف، والتآخى، لاللتعالى والتفاخر، لان افضل الافراد والجماعات عند الله ادناهم الى الفضائل والتمسك بالتقوى، فشجب بذلك دعوى التفوق العنصرى بكل اشكالها الجديدة (النازية والفاشية) والقديمة (الشعبوية) وفكرة شعب الله المختار (الصهيونية)، وان هذه المبادئ تكفل بالاسس السليمة التى تقوم عليها فلسفة حقوق الانسان التى تدور فى الشرع الاسلامى حول صيانة كرامة الانسان وتوفير العدل ورعاية المصالح الاساسية المعتبرة عقلا وشرعاً.

(١٧) ميبه - مقدمة فى دراسة الشرع الاسلامى ص ٧٠٤ - ٧٠٧ بند ٨٧٩ - ٨٨٣.
(*) من أمثلة هذه الاتهامات والتجنيات السطحية المتعصبة ماذهب اليه ابلهان آرسيل فى كتابه الموسوم بنحن الاسانذة (ص ١٩١ وغيرها) فقد ورد فيه قوله ان عالم الاسلام الذى ينتسب اليه لم يحقق نتولاً مائلاً للتعاليم العلمانية ووصف الشريعة باقبح الاوصاف كالمرض والسرطان والمستنقع.

الباب الثانى

الضمانات الشرعية والقضائية فلسفة الشرع الاسلامى واهدافه

ان مهمة القانون فى كل نط شرعى هى التصدى للتحكم والاهواء والشهوات واستبعاد الحكام والطفاة (١٨) وحماية الفرد والجماعة فى اطار جامع بين الحقوق الفردية والمصالح الاجتماعية على سبيل التوفيق والانسجام الى حد يحقق درجة من العدل والتوازن تصون السلام والعلاقات الاجتماعية من التمزق والتزعزع ويتكفل بشرعية السلوك والنظام القائم بما يرسمه من قواعد السلوك السليم ومن حق فى الثورة على الظلم ومقاومته ومن اخضاع الحاكمين لمبادئ القانون وفق المعايير الشرعية فى العدل والمصلحة المعتمدة ومبدأ الامر بالمعروف والنهي عن المنكر. والشرع الاسلامى فى مقدمة الشرائع التى اضطلعت بالتصدي للطفغيان والجبروت وسعت لتحقيق التوازن العادل بين مراكز الافراد وبين المصالح الاجتماعية العامة، دون اسراف فى تصور الحقوق الفردية أو تفريط، فلقد بدأت الآيات المكية بالاهتمام بامرین:

(١) زعزعة العقائد الوثنية وعلان التوحيد المطلق بديلا عن كل عقيدة تتسامح بالشرك فى الله بوجه من الوجوه سواء فى صورة التسليم بعناصر متعارضة كالمثنوية أو متماسكة كالاقاليم فى العقيدة المسيحية.

(٢) مهاجمة الطفغيان والجبروت وفساد الطبقة الحاكمة بامرها ورجال الكهنوت لما عرف عن هذه الطبقات فى جميع العصور من فساد التقاليد واستغلال الانسان بالربا والسحت والتسخير وتجارة النفوذ والسلطة بالرشوة... الخ.

(١٨) مقالتنا الموسومة بمقدمة فى فلسفة الشرائع فى مجلة القانون المقارن العراقية العدد الحادى عشر ص ٦.

واعقب ذلك اعلان كرامة الانسان، واباحة الانتفاع بجميع الخيرات الممكنة في الارض والبحر والسموات دون شطط وفساد فقد سخر الله للانسان ما في الارض جميعا وابعح له السير في مناكب الارض وركوب البحار وابتغاء الرزق حيثما وجد وتيسرت اسبابه ومحاولة النفوذ بسلطان العلم من اقطار السموات والارض، على الا يرتكب في ممارسة نشاطه والانتفاع بجميع هذه الرخص والاباحات فسادا وصدا عن سبيل الله، سبيل العدل والخير والتقدم وال عمران. ولذا رجح الاسلام جانب السلام وامر بالاستجابة له كلما جنح العدو المتعنت لسلم عادل، ونهى عن الغدر والخيانة حتى في حالة الحرب، وأمر بالاصلاح بين الفئتين المتحاربتين، وجعل ذلك واجبا على سائر الدول والجماعات الملتزمة بالسلم والعدل حتى تفيء الفئة التي تبغى الى امر الله، فرسم بذلك معالم السلم في الداخل والخارج.

خصائص الشرع الاسلامي

ولم يشهد حوض البحر الابيض المتوسط بعد شريعة روما شريعة كتب لها من الانتشار والتقدم في فن الصياغة السامية في المحتوى والشكل والسبك وسمو الاهداف مثل ما كتب للشريعة الاسلامية التي امتازت علاوة على ذلك بخلوها من الشكليات التي اثقلت احكام الشريعة الرومية ونظمها، وبطابعها الانساني العميق الذي جعل منها شريعة انسانية جمعت بين حب العدل والانصاف وبين الرغبة في استقرار السلام والطمأنينة والاخاء والمحبة والمساواة وحقت انتصارات واسعة في مضمار حماية الضعفاء من نساء وصغار وسائر ناقصي الاهلية، ومدينين غارمين، وعاقدين غافلين، وازالة الفوارق بين الشعوب باعلان وحدة النوع البشري وتفنيد كل دعوة عنصرية أو سياسية ميكافيلية، فقد ادان الاسلام كل ذلك ورسم كبار مفكره للخلفاء والملوك سياسة مثلى تؤثر الخير والعدل والصلاح وتيسر اسباب التقدم والتكامل كما يتجلى مثلا في نظرية الغزالي في السياسة في كتاب فضائح الباطنية وكتاب الخراج لابي يوسف، وقد رسم الاخير هارون الرشيد خطة اصلاح مالى وضربى ايجابية، وشرح له مساوىء جباية الخراج في عصره شرحا مقترنا بالاقتراحات العادلة التي اتصفت بالريادة في علم المالية والضرائب.

خلافة الانسان على الارض

ولقد تكملت الفلسفة الشرعية بعد ذلك وحين استقر سلطان الاسلام في المدينة بإعلان القرآن الكريم خلافة الانسان على الارض، تلك الخلافة التي فسرت باضطلاع الانسان بالسلوك المستقيم السوي وامثاله التكليف باقامة الحق والعدل واعمار الارض وتوفير سبل التمدن والارتقاء (١٩) وتقرير مبدأ الثورة على الظلم ومقاومته عند الضرورة واستفحال الشر والفساد وجعل ذلك مبدأ واجبا على كل مسلم بل على كل انسان بقدر وسعه وطاقته وذلك ما عتبر عنه بالامر بالمعروف والنهي عن المنكر، وظاهر ان هذه الفلسفة التي يقوم عليها الشرع الاسلامي وتدعمها الايات القرآنية لا يمكن وصف التشريع الذي يقوم عليها بكونه تشريعا عتيقا لمجرد كونه شرعا دينيا فقد عرف فقهاء هذا الشرع الحدود التي تجعل من امر الشرع الاسلامي واجبا يلتزم القضاء بتطبيقه أو أمرا خلقيا موكولا لنفس الانسان وفرقوا بين عمل القاضي بالظاهر وبين علم المحكوم له بحقيقة الحال فان حكم له بالظاهر وكان مبطلا فالقاعدة ان الحكم ماض على الظاهر وحكم القاضي قابل للتنفيذ ولكن المحكوم له الذي يعلم انه مبطل موكول الى ضميره (الى نفسه) ولقد اوجب الفقه على اولى الامر عند حدوث تمرد أو ثورة المبادرة الى استماع شكاوى الثوار والعمل على ازالة اسبابها وازاحة عللها في بادىء الامر قبل المبادرة الى قتالهم.

مقاصد الشرع الاسلامي

الى جانب هذا الموقف الايجابي الصريح من رعاية حقوق الانسان وكرامته من حيث هو كائن عاقل كرمه الله بالعقل والارادة والقدرة على ادراك الحسن وعمل الخير والتمييز بين الخير والشر وخاطبه بالمسؤولية والتشريع، الى جانب كل ذلك قرر الشرع الاسلامي للأفراد حقوقا فردية واجتماعية متنوعة وللمجتمع مصالح ومنافع واجبة الحماية

(١٩) تراجع نظرية خلافة الانسان على الارض في كتاب الذريعة الى مكارم الشريعة للراغب الاصفهاني ورسالة الخوالد من آراء الراغب للدكتور صلاح الدين الناهي ومقاله بعنوان «نظرة الاسلام في صباح العيد» (بالتركية) للاستاذ المساعد في كلية الاهيات بجامعة أنقرة الدكتور محمد آيدن في جريدة مليت (١٩٨٠ اغسطس).

فتوصل علماء الاصول أى فلاسفة الشرع الاسلامى الى القول بان فلسفة الشرع الاسلامى هى فلسفة (المقاصد) التى فسرت بانها فلسفة المنافع الاساسية التى تصلح بها الحياة الفردية والاجتماعية فى انسجام وتوافق مطرد تراعى فيه فى بادىء الامر الضروريات الاساسية ويمهد السبيل بعد ذلك للحاجات التى توفر للمكلفين اسباب التقدم ثم توفر للمكلفين اسباب الوفاء والكماليات لان الغاية من الشرع الاسلامى توفير السعادتين الدنيوية والاخرية للانسان دون فساد ولا تبذير. ان مذهب المنفعة الذى تمتد جذوره الى الفلسفة اليونانية ترعرع فى انكلترة، وحمل لواءه فيها الفيلسوف القانونى بنتام، وتعرض للنقد الداعى للتجرد عن المنفعة الانانية، وتحقيق الخير حبا فى الخير والعدل، ايمانا بحسن العدل.

اما مذهب المصالح المشروعة الذى ذهبت اليه مدرسة المقاصد الشرعية الاسلامية بالاستقراء من جملة احكام الشرع — كما يقول الشاطبي فى المرافعات — فلا يمكن القول بانطلاقة من الانانية الفردية، نظرا لتغلب فكرة التوفيق بين المصالح الفردية وبين المصالح الاجتماعية فى الفكر الاسلامى، ودعوة الاسلام للبر والخير والعدل، وضرورة الجمع بين هذه المبادئ الكلية العليا على نحو يجعل منها مجموعا متكاملا متوازنا تقوم عليه فلسفة الشرع الاسلامى، ويمهد السبيل لنمط انسانى جامع فى فلسفة التشريع، ونظرا لكون المشرع فى نظر الاسلام هو الله تعالى، ولا يتصور عقلا نسبة الانانية الى مشرع السماء خلافا للمشرع الوضعى (فى مقابل السماوى) فانه عرضه للتأثر بالانانية التطبيقية والمصالح الفردية والحزبية والطبقية، مهما تستر عليها كاصطناع التعميم والتجريد فى صياغة القواعد القانونية، والتباكي على الحريات والعدالة المهذرة.

اشتراكية الاسلام

ولقد اخضع الاسلام الخيرات والاموال لضوابط عادلة تحول دون الاستغلال الانانى غير المشروع فحظر الربا وقاس الفقهاء عليه الضرراى كل نقص غير عادل بين الاعواض. ولذا نجد الغزالي فى احياء العلوم يفرق بين اسباب الكسب فيجعل منها ما هو مشروع لانتفاء معنى الربا والغرر فيه، ومنها ما هو غير مشروع ويلزم التجار بواجبات خلقية رفيعة لئلا يكون كسبهم حراما لما يشوبه من ميل لاستغلال حاجة المحتاج واحتكار الاموال ترقباً للغلاء مع حاجة المستهلكين اليها، ان آراء الغزالي وغيره من فقهاء الاسلام انطلقت من منطلقات خلقية رفيعة بقصد اسباغ تلك المعايير الخلقية على المعاملات المالية وغيرها من

العقود، اما اليوم فالمنطلق من مقولات اشتراكية صريحة في الحيلولة دون استغلال الانسان لا على سبيل التذكير بمكارم الاخلاق فحسب، بل على سبيل توكيد الصراع الطبقي الذي ينبغي أن يحقق انتصار الطبقة العاملة، وهكذا يمكن القول بان للاسلام وجهة نظر في تيسير العدالة التوزيعية وان له اشتراكية لا تقل عمقا واصالة عن الاشتراكية المسيحية. ان شرعا تضمن كل هذه الاتجاهات الرفيعة وحفل بمثل هذه الفلسفة والمبادئ والمثل التي شهدت تطبيقا حازما في صدر الاسلام كما تشهد بذلك سيرة النبي والخلفاء الراشدين من بعده، ان مثل هذا الشرع لا بد له ان يستند الى معيار سليم في ارساء قواعد هذه الفلسفة و يتجنب غلواء الفلسفة الفردية التي اسكرتها ايدولوجية الحرية الفردية وسلطان الارادة فزعمت ان تحرير الارادة وحده كفيل بتحقيق العدالة فاذا تساءلنا عن ذلك المعيار الاسلامي وجدنا انه عبارة عن معيار العدالة والاقساط الذي يرمز اليه في الفكر الاسلامي بالميزان المتكفل بالمساواة، والعدالة هي المنطلق الحق لكل نط شرعى سليم القواعد والاسس، لانها تتكفل في الوقت عينه بقدر معقول من الحرية في اطار الضرورات الاجتماعية واما الحرية فلا تستقل بمفردها بتوفير العدالة.

معيارية الاحكام

لقد زعم ميه ان النبي محمدا لم يكن ينوى اتخاذ نط تشريعى جديد لقلة الآيات القرآنية المتعلقة بالقانون (٢٠) وقد فاته ان اقل عدد من الآيات التي اشار اليها يصلح اساسا لنمط تشريعى جديد اذا تضمن ذلك العدد معايير تشريع جديدة واتجاها جديدا في العدل، وذلك ما يصدق على الايات القرآنية فان معظمها ذو طابع معيارى سليم وتوجيهى رفيع للسلوك نحو مثل العدالة والمعروف والخير والبر والتعاون، وفي وسع أى قضاء عادل توفر في رحابه شرطا العادلة والاجتهاد ان يواصل العمل القضائى البناء لان في الشريعة ما يتكفل بالاستنباط والبناء على اسس سليمة الاركان، وهذا ما حققه القضاء الاسلامى في القرون الاولى من الاسلام، وما فعله المجتهدون اجتهادا مطلقا فقد توفر الفريقان على العمل

(٢٠) مع ذلك فقد زعم ميه (ص ٦٨٥ من مقدمته) بعد ان استعرض علاقة الشرائع العتيقة بالدين وجمع القاضي القديم بين صفة الجهر وصفة القاضي واستناد الشكلية الرومية الى القداس الدينى زعم في كتابه المذكوران لخطئة القضاء في الاسلام خصائص تجعلها والشرع الاسلامي ادنى الى التشريعات العتيقة منها الى الأنماط الشرعية الحديثة لا لثنى سوى ان القاضي المسلم يطبق الشريعة الاسلامية، ولكنه تراجع بعد ذلك قليلا في الصحيفة ٦٨٧.

الاستنباطى منذ عصر الصحابة والتابعين وتابعيهم ولقد روى التاريخ الاسلامى اقتباس العرب الفاتحين نظم بيزنطة والساسانيين الخراجية والمالية بامانة وصراحة مع اخضاعها لمثل **الاسلام العادلة**، ولم يكن ذلك الاقتباس ليعدوا الجوانب الفنية فى امساك الدفاتر والحسابات اما القضاء فقد روى التاريخ لنا اسماء قضاة المسلمين وطرفا من انضيتهم ،ارتخوا حوادث تطور النظام القضائى تطورا ذاتيا باسلوب يعد فى جملة سليما وصادقا ومنطلقا من عمل اولئك القضاة ببدأ « ان الاسلام يعلو» وبارشادات الخلفاء لهم فى ادارة دفة القضاء واتباع اداية وفى مقدمة ذلك رسالة عمر فى القضاء فانها تمثل المثل الاسلامية الحقيقية فى القضاء العادل مهما حف هذه الرسالة من جدل.

الوسائل العملية للضمانات الشرعية

ان هذه الضمانات الشرعية فى الاسلام لابد ان يحتاط لها بالوسائل العملية التى تتكفل برعايتها وتطبيقها، والوسائل الى ذلك فى الاسلام منها نظام القضاء يكمله نظام الافتاء ومنها مبدأ الامر بالمعروف والنهي عن المنكر وبعد ترجمته الى نظم متخصصة كنظام الحسبة ونظام المشاورة القضائية، ومنها تقرير مانسميه فى عصرنا فى مصطلح الديمقراطية بالمعارضة الحرة وما يطلق عليه فى المصطلح القرآنى بالدعوة للخير (ولتكن منكم امة يدعون الى الخير، ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون)(*)).

ويعنينا من هذه الوسائل القضاء الاسلامى وما انيط من ضمانات ورسم له من مهام وأداب فى الفقه الاسلامى، اما الافتاء فنظام مواز للقضاء ولولاية عامة ذات طابع شعبى حر، وليس لهذه الولاية سلطة فصل الخصومات بين الافراد فى الروابط الخاصة أو بين الفرد وبين موظفى السلطة العامة أو دواوين الدولة عن الاضرار والتعسف الذى يتعرض له الافراد من جراء ممارسة الموظفين سلطتهم على نحو منحرف، وانما لولاية الافتاء الارشاد الى حكم الشرع بمفهومه الواسع الجامع بين التكليف الدينوى الملزم بين القاعدة الخلقية المستحبة والسلوك المنزه عن المكروهات، وبالرغم من القيود على سلطة الافتاء فقد اضطلعت هذه المؤسسة الشعبية الحرة بالعمل على استقرار العلاقات الاجتماعية وتوجيه سلوك الافراد وجهة سليمة بما قدمته ولم تزل تقدمه لمن يستفتى من افراد الشعب والحاكمين والقضاة من

(*) آل عمران، الآية (١٠٤).

استشارات وارشادات وتوجيه للسلوك وفق احكام الشرع الاسلامى ومبادئه الشرعية التكليفية بشرطها القانونى والخلقى، وبيان لما يعد مشروعاً أو محظوراً أو مندوباً أو مكروهاً من الافعال والتصرفات.

ولم يزل الافتاء قائماً في مختلف شعوب الكتلة الاسلامية وعاملاً مساعداً على حقوق الاقليات المسلمة في ممارسة العقيدة والاطلاع على الثقافة الاسلامية والانتفاع بها وان مست حاجة العصر الى اعادة النظر في برامج اعداد المفتين وتبصرتهم بعمق التحولات الاجتماعية والاقتصادية والفكرية المعاصرة تيسيراً لتجدد حركة الافتاء وتوفيقاً بينها وبين المبادئ الاساسية والسياسة التشريعية العادلة، وحاجة الانسان الى ما يبيصره بعدالة الاسلام وروحه الانسانية الجامعة وعقلانيته، وسوف نرى مدى التعاون بين المفتين والمجتهدين وبين القضاة في ممارسة الاخيرين للعمل القضائى والمنهج السليم المرسوم لذلك ولعل من المناسب أن نختم ما قلناه بصدد نظام الافتاء بالاشارة الى أن هذه الوسيلة الشعبية الحرة جلبت انتباه الخلفاء والسلاطين فنالت نصيباً من اهتمامهم يتجلى في محاولة الرقابة على نشاط الافتاء وتنظيمه حرصاً على النظام العام، وبسطاً لسيطرة الدولة على مؤسسة منافسة لها في توجيه السلوك والرأى العام، وتتجلى الرقابة في الحجر على المفتي الماخن، والتنظيم الرامى الى تعيين مفتين رسميين للافتاء، وقد سجل تدخل السلطان سليم خان في تنظيم الافتاء في الشام تقييد حرية المفتين في الافتاء بتخصيص مفت لكل مذهب من مذاهب اهل السنة، والزامه بالافتاء في حدود مذهبه، وشهد القضاء مثل هذا الحجر على حرية الاجتهاد في عهد ذلك السلطان(٥٥).

(**) يراجع في هذا التدخل كتاب عرف البشام فيمن ولي فتوى الشام، للمرادى ص (٣).

الباب الثالث

الضمانات القضائية

الفصل الاول

الصفات والضمانات الذاتية

ان من الضمانات القضائية المتكفلة باضطلاع القضاة بمهامهم على افضل وجه ضمانات ذاتية يشترط توفرها في شخص القاضى أو المرشح للقضاء باعتبارها من جملة صفاته الشخصية والخلقية التى اشتهر بها وعرف بين الناس واكتسبها بالتربية المنهجية التى تلقاها اثناء الدراسة والتلمذة على ايدى شيوخ يوثق بهم.

وفى مقدمة الصفات التى اجمع عليها فى مختلف ماكتب فى القضاء وادبه ما ذكره السمنانى فى روضة القضاة من وجوب بلوغ المرشح للقضاء مرتبة الاجتهاد فى الفقه وتوفر صفات العفاف والعقل والفهم والعلم فيه، والتحلى بالعدالة من حيث هى صفة شخصية مكتسبة وفضيلة من الفضائل الشخصية الخلقية وكل ذلك على اختلاف فى التوكيد على بعض هذه الصفات بين الفقهاء مرده الجمع بين المثالى وبين والواقعي، فقد بالغ السمناني مثلاً فى تحرى اصلح المرشحين وافضلهم لمنصب القضاء، اما عبارات سائر المصنفين فاكثر اعتدالاً (روضة القضاة ١/٥١).

ونظراً لاهمية هذه الشروط والصفات فاننا سنقف عند بعضها فنحدث عنها قليلاً.

شرط الاجتهاد:

فاما شرط الاجتهاد فمن اهم الشروط التى حرص الفقه على اشتراطها فى المرشح لمنصب القضاء والافتاء ومع ذلك فهو شرط الاولوية فى القاضى والمفتي لا الجواز، وقد اتاح الشرع الاسلامى منذ عصر الرسالة الاجتهاد للقضاة وعين رتبته (٢١).

(٢١) مجمع الانهر (١٤٦/٢) وقد علل ذلك بقوله هو الصحيح نيسيراً وتسهيلاً خلافاً للامة الثلاثة.

ويرى الفقه ان الاجتهاد وسيلة لاستنباط احكام الشرع الاسلامي مهما تغيرت الظروف الاجتماعية والاقتصادية، وجد من حاجات ومقتضيات، وجاء في تعليل الاجتهاد ان (القاضي مأمور بالقضاء بالحق) وانما يمكنه القضاء بالحق اذا كان عالما بالكتاب والسنة واجتهاد الرأي لان الحوادث محدودة والنصوص معدودة فلا يجد القاضي في كل حادثة نصا يفصل به الخصومة فاحتاج الى استنباط المعنى من النصوص، وانما يمكنه ذلك اذا كان عالما بالاجتهاد (٢٢) ولا يشترط في الاجتهاد الاقتصار على القياس على نص معين فان عدم النص لا يحول دون البناء على مقاصد الشارع المعبرة فقد اشرنا الى مذهب المصلحة الذي اعتمدته كبار علماء اصول الفقه الاسلامي على تفصيل في الامر لا يتسع له المقام فنكتفي بما سبق من اشارات اليه ونضيف الى ذلك ان الاقتصار على ظاهر النص مع اعمال العمومات عرف في الاسلام ايضا في مذهب اهل الظاهر (٢٣) ولكن سائر مذاهب اهل السنة بأسرها ترى ان للاجتهاد مجالا يتجاوز ذلك الحد نظرا لباحثها العمل بالقياس على درجات متفاوتة من التحفظ. ونظرا لمنهج اهل السنة في التوسع في تحليل مفاهيم الالفاظ النصية تحليلًا يخرج عن نطاقها اللغوي المألوف الى ما وراءه من مقاصد الشارع ومرايمه التي لا يتسع لها اللفظ في اصل وضعه ومفهومه اللغوي القديم (٢٤)، ولا ادل على ذلك من تحليل الامام الشافعي للفظ (الغضب) المانع من القضاء في حديث (لا يقضي القاضي وهو غضبان) وتوكيد الغزالي وغيره من الفقهاء لذلك الاتجاه (٢٥) ومنطلق اهل السنة في هذا الاتجاه قريب منه مذهب جيني في التفسير والمناداة بمصادر اخرى للقاعدة القانونية في مقدمتها البحث

(٢٢) الام للشافعي .

(٢٣) الام للشافعي .

(٢٤) المحلى لابن حزم.

(٢٥) جاء في الام (أى حال جاءت عليه (على القاضي) يعلم هو من نفسه تغير عقله أو فهمه، امتنع من القضاء فيها، فان كان اذا اشتكى أو جاع أو أهتم أو حزن أو بطر فرحا تغير لذلك فهمه أو خلقه لم احب له أن يقضي، وان كان ذلك لا يغير عقله ولا فهمه ولا خلقه قضى.

فأما النعاس فيغمر القلب شبيها بغمر الغنى، فلا يقضي ناعسا ولا مغمورا القلب من هم أو وجم يغمر قلبه (١٩٩/٦).

فالفقه الاسلامي لم يكن يتقيد بالمعنى الظاهر المتبادر من الالفاظ، وانما كان ينظر الى ما تنطوي عليه من أبعاد معقولة مماثلة تكشف عنها الايام وتغير الاحوال بجامع من حكمة التشريع يصلح للتعميم والتجريد وتحرير القاعدة الجزئية من جزئيتها بتغليب المصلحة الاعم منها واعتبار الجزئي نموذجًا للكل الشامل.

العلمي الحر(٢٦) ولكن الاجماع أو شبه الاجماع منعقد على عدم التسليم بالالهام المطلق (*).

ولقد سلم الفقهاء المسلمون بقاعدة لاينكر تغير الاحكام الاجتهادية بتغير الاعصار والامصار وسلموا للقاضي بقسط معقول من العمل بالسياسة الشرعية في حدود اختصاصه القضائي ومايعهد اليه به من سائر الاعمال، ولكن لم يجعلوا له العمل بالسياسة العامة (الكبرى) و يظهر اثر العمل بالسياسة الشرعية في سلطة التعزير التي جعلت للقضاة في مراقبة السلوك الاجرامى فيما لانص على عقوبة معينة فيه، فان هذه السلطة مشروطة في اطار السياسة الشرعية، سياسة الاستصلاح وشرعية السلوك في الاطار القانونى والخلقى المقرر فى الاسلام وفلسفة الشرع الاسلامى (٢٧). وما يتصل بمسألة الاجتهاد نظام مشاوراة القضاة الذى اجاز الفقه الاسلامى العمل به فى القضاء بعبارة لا تعدو الاستجباب للقاضى الجاهل فى المذهب الحنفى، وتزيد على هذه الدرجة فى المذهب المالكى أو بعض البيئات التى طبق فيها هذا المذهب، فهل يعنى ذلك تقييد حرية القاضى فى الاجتهاد؟ ذلك مالا يمكن التسليم به فقد أريد باباحة المشاورة تقوية القاضى على اداء مهمته دون تقييد سلطته الاجتهادية وتتجلى هذه الحقيقة عند مطالعة مارسمه الشافعى لنظام المشاورة من حدود ومنهج (٢٨) وفي هذا يقول (وغير جائز له): «للقاضى» ان يقلد احدا من اهل دهره وان كان أبين

(٢٦) يراجع كتاب فرانسوا جيني الموسوم بمنهج التفسير والمصادر فى القانون الخاص الوضعى وقد دعى فيه الى انطلاق التفسير فى البحث العلمى الحر دون الجمود على النص المسنون عند ثبوت عجز النص عن الوفاء بحاجات النوازل المتجددة الى احكام جديدة.

(*) الالهام المطلق يقابل الحدس المطلق الذى ذهبت اليه مدرسة القانون الحرفى فلسفة القانون المعاصر (انظر ارشاد الفحول للشوكاتى، والميزان للشعرانى، وفلسفة القانون لجورج ديل فيكيو (الترجمة الفرنسية).

(٢٧) تراجع تبصرة الحكام وفيها ان عمل القاضى بالسياسة القضائية كالعمل بالقرائن يختلف باختلاف الاحوال والعرف، وان نصوص اهل المذهب الاندلسيين صريحة بان للقضاة تعاطى ذلك (١١٢/٢ - ١١٣) وكره مالك العمل بالمخادعة لما فيها من اكراه، فقد سئل مالك ايكراهه للسلطان أن يأخذ الناس بتهمة فيخلو بعضهم فيقول لك الامان واخبرني فيخبره؟ فقال أي والله اني لا كره ذلك، وان يقوله هم وهو وجه من الخديعة (تبصرة الحكام ١١٤/٢).

(٢٨) اشترط الشافعى فى المشاورة ألا يشاور القاضى الا عالما بالشرع مأمون الجانب وان يمتحن اقواله ويمحصها فيطلب اليه الاسباب التى يستند اليها والامانيد لا يقبل منه قوله استحسن بدون دليل، ومحميص فقد جاء فى الام (٢٠٣/٩١) احب للقاضى ان يشاور، ولا يشاور فى أمره الا عالماً بكتاب وسنة وآثار

فضلا في العقل والعلم منه، ولا يقضي ابدا الا بما يعرف وانما امرته بالمشورة لان المشير ينبهه لما يغفل عنه، ويدله من الاخبار على ما لعله أن يجهله، ومع ذلك فان نظام المشاورة اتخذ في الاندلس الاسلامية طابع الالتزام في بعض العصور التي جرت فيها عادة الامراء بالنص في عهد تولية القاضي على تعيين مشاوريؤامر فيما اشكل على القاضي واستغلق (ليرد عليه منه ما يعمل به ويمثله و يقتصر عليه و يصير اليه).

شرط العدالة : في النظر

واما شرط العدالة فهو اهم الشروط التي حرص عليها الفقه الاسلامي واهتم الفكر الاسلامي بمعالجتها برسم معايير العدل وارجاعها الى معيار جامع هو معيار الميزان الذي ترجع اليه النواميس الكونية والخلقية والجمالية والشرعية(٢٩) وبالجمع بين العدل و بين الاحسان، والتوفيق في المصالح المتوخاة من العدل بين المصالح الفردية و بين المصالح الجماعية، توفيقاً متصل الاوشاج .

وقد كان لقضية العدل اهمية خاصة في علم الكلام والعقيدة في الاسلام، فقد وصف الله تعالى نفسه بالعدل فاثار علماء الكلام صفة العدل الالهى واطلق المعتزلة على فرقته وصف اهل العدل والتوحيد، وهو في الحقيقة وصف لجميع المسلمين على اختلاف فرقهم، لان غاية الاسلام في العقيدة ترسيخ مبدأ التوحيد المطلق في اكمل صورة، وفي التشريع اقامة العدل والانصاف، وذلك هو الكمال الذي وصف به الاسلام في قوله تعالى (اليوم اكملت لكم دينكم).

وما يتصل بقضية العدل ما اثاره المعتزلة من قضية ملكة العقل في ادراك ما في

= وأقارب الناس وعاقلا يعرف القياس ولا يعرف الكلام ووجوهه ولا يكون هذا في رجل حتى يكون عالما بلسان العرب ولا يشاوره اذا كان هذا مجتمعا فيه رجل حتى يكون مأمونا في دينه لا يقصد الا قصد الحق عنده ولا يقبل ممن كان عنده شيئا اشار به عليه علي حال حتى يجبره انه اشار به من خبر يلزم، وذلك كتاب اوسنة او اجماع ومن قياس على احدهما.

ولا يقبل منه وان قال هذا له حتى يعقل منه ما يعقل فيقفه عليه فيعرف منه حقوقه ولا يقبل منه وان عرفه هكذا حتى يسأل هل له وجه يحتمل غير الذي قال؟ الى آخر ذلك من شروط التحري والتمحيص) ويعرم عليه ان يعمل بغير هذا من قوله استحسنت لانه اذا اجاز لنفسه استحسنت اجاز لنفسه أن يشرع في الدين ايضاً ٢٠٣/٦).

(٢٩) ميزان الحكمة للخازن .

الافعال من صفات ذاتية تدل على الحسن والقبح (المعيار الجمالي) وذلك مايقابله قضية القانون الطبيعي في فلسفة القانون الغربية (٣٠).

العدالة في العمل:

هذا الاهتمام البالغ بالعدل في علم العقيدة والكلام يقابله في فقه القضاء اهتمام عملي مواز له، فقد اشترط الفقهاء العدالة في كل من تولى عملاً من اعمال الولاية العامة كبيراً كان أم صغيراً أو يساعد على حسن القيام بالاعمال بوجه من الوجوه ، ولو على سبيل الشهادة أمام القضاء، فالعدالة من حيث هي عنصر اساسي من عناصر المروءة (الانسانية) شرط في الخليفة والسلطان والامير ورئيس الجمهورية والقاضي (٣١) والمفتي (*)، وجميع موظفي محكمة القاضي والشهود حتى القسام على تواضع في عمله يقول فيه الشافعي (لا ينبغي أن يكون الا عدلاً مقبول الشهادة مأموماً.. ولا يكون غيباً يخدع ولا من ينسب الى الطمع) (٣٢).

ومع ذلك فقد لاحظ اعلام المفكرين والفقهاء المسلمين ندرة توفر شروط العدالة في عصر الغزالي مثلاً، واقروا بذلك بمرارة وحملت هذه الظاهرة الفقه الحنفي على تقبل الامر الواقع فجعل من العدالة شرط كمال في التقليد (٣٣) لاشترط صحة فيه ولا ترجيح عند وجود العادل والفاسق أو تفاوت العدول في الصلاح (٣٤).

(٣٠) فلسفة الشرائع/المعضلات والانماط .

(٣١) روضة القضاة ١/٥٨، ٧٤.

(*) في عرف البشام فيمن ولي فتوى دمشق الشام للمراي ان شرط المفتي كونه مسلماً مكلفاً عدلاً مأموماً، منزهاً عن اسباب الفسق وخوارم المروءة فقيه النفس سليم الذهن (ص ١٢) .

(٣٢) وفي الام للشافعي ٦/٢٠ (ان معنى الاجتهاد من الحاكم انما يكون بعد ألا يكون فيما يريد القضاء فيه كتاب ولا سنة ولا أمر مجمع عليه واما شيء من ذلك موجود فلا) .

(٣٣) وفي هذا يقول الكاساني في بدائع الصنائع (٣/٧) ان ابلغ دالة عندنا ليست بشرط لجواز التقليد لكنها شرط الكمال فيجوز تقليد الفاسق وتنفيذ قضايه اذا لم يجاوز فيها حد الشرع، وانظر ايضاً مجمع الأنهر (١٤٣/٢) وفيه: يصح تقليد الفاسق ويجب الا يقلد .

وعند الشافعي لا يصلح الفاسق قاضياً، لان الفاسق عنده ليس من اهل الشهادة وعندنا هو من اهل الشهادة فيكون من اهل القضاء، لكن لا ينبغي ان يقلد الفاسق فاذا قلده الوالي فعلاً جاز التقليد وصار قاضياً تنفذ احكامه كغيره من القضاة ١٠ هـ .

(٣٤) بهذا المعنى ايضاً - المدخل للفقه الاسلامي للدكتور محمد سلام مدكور ص ٣٥٧ .

تقدير شرط العدالة في العمل والوسيلة المتكفلة بتوفره:

ولا ريب ان توفر العدالة في كل هؤلاء يقتضى سهرا دائبا على العمل القضائي والادارى، ومنهج اعداد العاملين في اجهزة الدولة (*) وضميرا فرديا واجتماعيا على مستوى رفيع من الشعور بالخير والثقافة، ويلزم الدولة بواجب الاهتمام باعداد القضاة والموظفين لتولى مهام القضاة والادارة وفقا لمعايير العدل والاستصلاح.

ولقد سجل المؤرخون مدى اهتمام مختلف الدول الاسلامية بهذه المهمة وما احدثوه من اصلاحات في مناهج التعليم والتربية وما طرأ على تلك الجهود من فتور وتراخ، وما نجم عن كل ذلك من فساد بحيث يمكن القول ان معضلة تربية القضاة وثقيفهم جزء من معضلة اعم يتردد الشعور بها احيانا فيما تنص عليه بعض النظم والتعليمات القانونية ذات الطابع الخلقى والمثالى كنص الدساتير على أن النائب لا يمثل المقاطعة التى تم انتخابه فيها فقط ولكنه يمثل جميع تراب الوطن ايقاظا لشعوره بالعدالة، واتحاداً لروح التعصب المحلى أو الحزبى فى نفسه وهي محاولة يائسة بعد تمكن تلك العوامل من نفسه ويمين اداء بعض المهام بشرف وامانة... الخ. ومع ذلك فان الخرق اوسع من هذه العلاجات الجزئية لاننا امام معضلة متجددة بتجدد الاجيال، واتساع نطاق التفجر السكاني وظاهرة الاستهانة بالمثل والاخلاق فى بداية كل جيل طالع، إبرازاً لروح التمرد على مختلف السلط.

= ولقد ادركت اليونسكو هذه الحقيقة فدعت الى معالجة معضلة تعليم حقوق الانسان في ندوة انقرة (١٦ - ٢١ حزيران ١٩٨٠) واتيحت لي فرصة المساهمة فيها فأمنت بأهمية هذه المعضلة وضرورة التعمق في معالجتها. فان مأساة اساءة تطبيق حقوق الانسان ظاهرة عامة تعانيتها حضارة القرن العشرين، والاهتمام بها يخدم قضية السلام والبشرية.

(*) يراجع في هذه الاداب والقواعد مقدمات كتاب عرف البشام فيمن ولي فتوى دمشق الشام لمحمد بن خليل المرادي.

ولقد جلبت هذه الظاهرة انتباه بعض العلماء والمفكرين في عصرنا، نذكر من هؤلاء على سبيل المثال الدكتور الكسى كاريل في كتابه الموسوم بالانسان ذلك المجهول، فقد بسط بعض جوانب هذه المعضلة بقوله (ان اكثر ما يعرض الامم العصرية للخطر هو النقص العقلي والادبي الذى يعانى منه الزعماء السياسيون (٣٥ و ٣٦). ومع ان الزعماء السياسيين وكبار رجال السياسة تعرضوا لهذا النقد المرير بالدرجة الاولى فان هذا لا يعنى ان من يليهم من كبار رجال القضاء والادارة فى منجاة من تدهور الشعور بالمسئولية الخلقية والادبية وتدنى المستوى الثقافى الذى لا يغنى التخصص العميق عن توفره ولا يضمن توفر الشجاعة الادبية وحسن الاضطلاع بواجب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولا يحول دون ما يسميه بعض علماء الاجتماع بانتهازية المثقفين فان التخصص الحديث على اهميته وعمقه يمنح الخلق الرفيع بمفرده، وليس ذلك من شأنه ولكنه يمنح الفهم العميق لبعض الجوانب الجزئية من بعض فروع التخصص والمعرفة العلمية المحدودة وعملا بواجب قول الحق الذى حرص الاسلام على توكيده ودعوة الانسان اليه نقول ان المتخصصين فى عصرنا هذا اصبحوا تحت رحمة رجال السياسة ومساوماتهم فان حرصهم على مستقبلهم ومنافعهم واسباب معيشتهم كثيرا ما يحمل اكثرهم على التضحية بواجب الاستقلال الخلقى وخدمة مآرب رجال السياسة وما اكثر مآرب رجال السياسة فى عصر تفشت فيه الرشاوى الكبرى على نطاق واسع بين اعلى المستويات الاجتماعية وبمناسبة الانتخابات العامة لأكبر المناصب فى الدول الديمقراطية.

هذه الحقيقة ادركها الفقهاء المسلمون ولم يغب عن بالهم ان الانسان خلق ضعيفا وان النفس اماراة بالسوء، وان الاهواء والمطامع غالبية، وان الانسان سريع الميل للطغيان، فحرصوا على اتقاء مخاطر هذه العيوب الفطرية فى الانسان، ذلك المخلوق الذى جبل من طين ومن ماء مهين برسم مخطط تربوى لا يخضع لغير رقابة الدولة من بعيد. بناء على السياسة العامة لاعداد طلبة الفقه ثم عمدت الدولة الاسلامية ابتداء من العصر العباسى السلجوقى الى انشاء المدارس الجامعية كالنظاميات والمستنصرية ومدارس الصحن العثمانية لاعداد طلبة الفقه الذين يرشحون بعد تخرجهم وحصولهم على الاجازة من افضل الاساتذة لمناصب القضاء والافتاء وكلاهما من الولايات العامة المهمة.

(٣٥) الانسان ذلك المجهول للدكتور الكس كاريل ترجمة عادل شفيق ص ٢٦.

(٣٦) ايضا ص ٢٦.

وقد حرصوا في هذا المخطط الاهلي والرسمى على اعداد الطلبة اعدادا ينمي فيهم ملكة الاجتهاد والاستنباط وادب المروءة الاسلامية، ومع ذلك فان عصر الاجتهاد المطلق كان قصيرا اذ سرعان ما اعلن غلق باب الاجتهاد، وشاعت تلك الدعوى الباطلة ابتداء من القرن الثالث للهجرة فكان ذلك الاعلان المشؤوم ضربة قاضية على صفة الاجتهاد رغم ردود الفعل المتصلة وعدم الاجماع على الغلق، فاجيز اضطارا تولية المقلدين وتبارت المذاهب في اعداد المتون الفقهية الموجزة اليسيرة الحفظ لاعداد المقلدين اعداداً خفيفا سريعا مع تعارض ذلك من المثل الاعلى في اعداد القضاة والمفتين ولكن الانتهازية والكسل العقلي داء قديم.

ولقد اضطر الفقه منذ عهد مبكر الى علاج ضعف الفقهاء باباحة استشارة القاضى الفقهاء في مجلسه وفي غيره ومراجعة الخليفة في المضلات ليعنى بنفسه بما جد من احداث تستوجب النظر والعلاج وسن التعليمات وهكذا اصبح للقاضى احضار الفقهاء في مجلسه ومشاورتهم خارج مجلس الحكم فيما يعرض عليه من القضايا ورسم الشافعى ادب تلك المشاورة وحدودها واسلوب النقد والتحميص في اطار العمل بها دون اخلال بسلطة القاضى في الاستقلال بالاجتهاد وقد سبقت الاشارة الى ذلك ورسم الفقهاء ادب الافتاء وقواعد الاحتياط من احتمال تزو يرفتاواهم فتكامل بذلك الاطار التربوي الخلفي للعاملين في القضاء والافتاء.

ثانيا: الضمانات الموضوعية:

ونعنى بهذه الضمانات ما لا علاقة له بصفات القاضى الشخصية وبمزاياه الخلقية مما يتصل بما يعهد اليه من ولاية العمل القضائى الصرف وما يكمله من سائر السلط المكملة والتبعية، وسنبداً بما يتصل بولاية القضاء الحقيقة من حيث هى ولاية عامة وخطة على حد تعبير بعض المؤرخين وقد عرفها بعضهم بانها خطة الدخول بين الخالق والمخلوق ليؤدى فيهم اوامره واحكامه بواسطة الكتاب والسنة وفي هذا ابراز لمعنى الولاية العامة المختصة بتطبيق احكام الشارع في الخصومات التى تثور بين الافراد، وترفع الى القضاء، على ان التعريف المذكور لا ينصرف الى تصوير خطة القضاء تطويرا سلبيا يتوقف على تقدم الخصوم اليه بطلب النظر، وانما يشمل ايضا الجانب الايجابى من هذه الخطة، وسنرى ان للقضاء مهام ايجابية تجعل للقاضى، بل عليه المبادرة الى ما يصبون المصالح العامة المقصودة من الشرع والرقابة

الاجتماعية على تلك المصالح المالية والانسانية وهذا التوسع في مفهوم القضاء في الاسلام مرده الى توسع الفكر الاسلامي في مفهوم الدولة وفي الوظائف العامة التي تضطلع بها، فان الدولة في الفكر الاسلامي ذات مفهوم واسع يفوق مفهوم الشرطى الذى ذهب اليه الفكر الغربى في العصور الوسطى، في تصوره للدولة ومهامها، ويرجع هذا المفهوم الواسع للدولة في الفكر الاسلامي الى فلسفة الشرع الاسلامي الفائية القائلة بان الانسان كم يخلق سدى وعيها، وانما خلق لتحقيق سعادته ومصالحه في الدنيا والاخرة والخلافة على الارض نيابة عن الشارع في تحقيق هذه المصالح وحمايتها ورعايتها (٣٧) وفي مقدمة ذلك رعاية الكليات الضرورية (٣٨) التى اتفق عليها علماء اصول الفقه اى فلسفة الشرع الاسلامي، اما القضاء فنباية عن الخلافة في الدولة الاسلامية وولاية عامة حرصت الخلافة العباسية على التمسك بها في اشد ادوار ضعفها، وجعلت منها رمزا لوحدة العالم الاسلامي ويتجلى ذلك التمسك في اطلاق مصطلح «قاضي القضاة» على رئيس القضاة والعدالة في عاصمة الخلافة العباسية ومصطلح اقضى القضاة غيره من رؤساء القضاة والعدالة في الدول الاسلامية الموالية للخلافة العباسية.

هذه الخطة المهمة في هيكل الدولة الاسلامية حلت الفقهاء وعلماء اصول الفقه على العناية بمنهج اعداد المرشحين للقضاء وتنشأة الفقهاء، وفي هذا اضمناة لحسن اضطلاع هؤلاء في العمل القضائي والافئائي والاجتهادى الاستنباطى وجميع هذه الاعمال مكملة بعضها وخادمة، فان تقدم الفقه ييسر للقضاة عملهم القضائي وتوفر الفقهاء والمفتين ييسر للقضاة الركون الى مشورتهم، فقد جعل للقضاء الرجوع الى هذه المشورة كما قلنا.

وحيث ان ضمانة التربية المذكورة سابقة على تولى القضاء فثمة ضمانة اخرى مقارنة لتولية هى ضمانة اختيار المرشحين لهذا المنصب، فان الفقه لم يهمل النظر في

(٣٧) بدائع السلك في طبائع الملك لابن الازرق ١/ ١٩٢.

(٣٨) جاء في بدائع السلك ١/ ١٩٤ - ١٩٥ أن هذه الكليات هي (الضروريات الخمس المتفق على رعايتها في جميع الشرائع : الدين والنفس والعقل والنسل والمال الخ... ومن الاصوليين من الحق بهذه الخمسة سادسا وهو العرض بحفظه من جانب الوجود باعتقاد سلامته عن المطاعن والقوادح، ومن جانب القبح بالحد من القذف واللعان (بدائع الصنائع ١/ ١٩٥) وبالتنميز فيما لاحد فيه من أحوال التطاول على الاعراض والمس بحرمان الانسان وكرامته. وقد برع الامام الشاطبي في الموافقات في بسط نظرية المصالح (المنافع) التى يقوم عليها الشرع الاسلامي وأطلق عليها مصطلح المقاصد، ومن نادى بالمصالح أساسا للتشريع الامام الغزالي والعزبن عبد السلام وغيرهما.

الضمانة الواجبة في الترشيح ، ولم يسلم للخليفة أو السلطان باختيار القضاة كيفما اتفق، بل رسم لذلك قواعد حكيمة مجملها اختيار اجدد المرشحين للقضاء بالنظر لمجموع الصفات الذاتية والموضوعية في المرشحين لذلك في عصره ومصره (٣٩).

فاذا توفرت تلك الصفات في مرشح ولم تتوفر في غيره وامتنع عن تولى القضاء جاز في سبيل المصلحة العامة جبره على القضاء لان المصلحة العامة مقدمة على الحرية الشخصية عند التعارض، وان توفرت تلك الصفات في اكثر من واحد فلا جبر، هذا عن ترشيح القضاة وتعينهم اما عن تعيين المفتين فالافتاء خطة اخرى من خطط تبليغ احكام الشريعة للناس وارشادهم الى السلوك السوى، والقاعدة ان للخليفة أو السلطان لايلتزم بتعيين المفتين والمدرسين ولكن له ذلك على سبيل العمل بالسياسة الشرعية وتنظيم المصالح العامة، ولذا قال ابن خلدون ان للخليفة تصفح اهل العلم والتدريس ورد الفتيا الى من هو اهل لها واعانتة على ذلك ومنع من ليس بأهل لها وزجره لانها من مصالح المسلمين (بدائع السلك ٢٤١/١) وقال ابن الازرق (على الامام ان يبالغ في تصفح من يقدمه للتدريس صونا لاجتهاد الائمة عن التقصير (بدائع السلك).

ولم يقتصر الاهتمام بتوفر الضمانات الذاتية والموضوعية في القضاة والمفتين على فترة الترشيح لتلك الخطط بل جعل لاولى الامر وللقضاة الرقابة على استمرار تلك الصفات والمؤهلات خلال مدة العمل القضائي والافتائي، وجعل ثبوت فساد القاضي من اسباب عزله، ولولي الامر سلطة التفتيش عن ذلك وتحري مايعني للقضاة من مفسدات بل جعل على ولي الامر ذلك (٤٠) وجعل للمتظلمين طلب عزل القاضي بالطعن في عدالته. وطلب الحجز على المفتي لمنعه من الافتاء عند ثبوت تساهله في الترخيص في الفتيا على غير الشروط المعتبرة شرعا ارضاء للسلطان (٤١) وقد تخرج الفقه في القول بعزل القاضي عند الشكوى منه

(٣٩) جاء في بدائع السلك ٢٥١/١ قال الميظي.. اذا ذهب من ولاة الله أمور المسلمين الى تقديم قاضي فليجتهد وليتخير أهل الدين والفضل والورع والعلم كما فعل أبو بكر في استخلافه عمر (ج).

(٤٠) عن ابن عرفة (يجب تفقد الامام حال قضائه فيعزل من في بقائه مفسدة وجوبا فوراً. ومن تخشى مفسدته استحبابا ومن غيره أولى عزله راجح) (بدائع السلك ٢٥٣/١ - ٢٥٤) وفيها تفصيل اختلاف الصيغ والترجيحات في صدد العزل بالمفسدة والتقصير.

(٤١) وقد ذكر ابن الازرق وقائع تاريخية تؤيد العمل بهذه المبادئ (بدائع السلك ٣٤٤/١).

والطعن في عدالته، فأوجب التحقيق من ذلك وتثبيت من كان مشهوراً بالعدالة ورد الشكوى (٤٢) لما في الاستجابة للطعن بدون تدقيق من فساد أو اختلال امر القضاء (٥).

ومما يتصل بضمانه تعيين افضل المرشحين أو احد الافاضل من بين فضلا، وان لم يكن افضلهم قضية توصل القاضى الى تولى القضاء باساليب غير مشروعة مخلة بالضمانات الذاتية المشروطة في المرشح كدفعه الرشوة فان ذلك قاذح في صحة توليه القضاء وفي صحة قضاءه.

الضمانات القضائية المستندة الى العمل القضائي المحض:

وتبدأ الضمانات القضائية الوظيفية الموضوعية بعد تولى القاضى النظر وتقليده القضاء لما تقرر له من سلط في رعاية الحقوق الفردية والعامة والعمل بالسياسة الشرعية المتصلة بخطة القضاء وفي مقدمة تلك الضمانات:

- ١- اقرار المنشور له بالاجتهاد.
- ٢- اقرار المنشور له بنفاذ حكمه على الحاكمين ومن يلوذ بهم من كبار ذوى الجاه والنفوذ.
- ٣- تفتيش السجون واطلاق سراح من يثبت انه سجن ظلماً.
- ٤- اشرافه على عدالة الشهود والرقابة عليها.
- ٥- رقابته على موظفى المحكمة وكتابها وتفقد احوالهم.
- ٦- ممارسة مختلف انواع الرقابة الاجتماعية العامة والخاصة المالية والشخصية ضماناً لحسن تطبيق احكام الشرع والالتزام بها .
- ٧- الالتزام بادب القضاء في اداء العمل القضائي وفي مقدمة ذلك ضبط القاضى ميوله النفسية وما يعرض له من غضب وغيره مما يخرج عن العدل ومن ذلك التسوية بين الخصوم عملاً بالمساواة امام القانون والقضاء.

(٤٢) بدائع السلك ٢٥٤/١ وفيها (اذا تظاهرت الشكوى بالقاضى، فلا ينبغي للامام ان يعزله ان كان مشهوراً بالعدالة لما في ذلك من الفساد على القضاة. والمذهب للشيرازي.

(*) في قضاة قرطبة وعلماء افريقية للخنسنى تحقيق الحسينى (ص ١٥) مثال تاريخى لتظلم من قاضى كلف بموجبه قاضى الجماعة النظر في التهمة واصدار القرار بالادانة والعزل أو البراءة والاقرار على العمل.

وسنلقى نظرة الى كل ضمانة من هذه الضمانات ثم نتساءل عن معيار سلطة القاضى فى ممارسة هذه الضمانات والعمل القضائى، وهل ان الفقه الاسلامى جعل ارادة المتعاقدين ملزمة للقاضى دون مراعاة للظروف والأعذار الطارئة أم ان للقاضى احترام ارادة المتعاقدين فى حدود المعقول مع مراعاة العمل بالاحوط والا صلح عندما يجد من الاحوال والأعذار ما لم يكن متوقعا عند التعاقد (نظرية الظروف الطارئة) (٥٥).

المطلب الاول : منشورية القضاء

من المعلوم فى الفقه الاسلامى ان التعيين فى الوظائف العامة يتجاذبه عاملان عامل المصلحة العامة التى تقتضى تغليب صفة العمل الادارى على التعيين، وعامل الحرية الفردية التى تقتضى مشاركة الموظف المعين فى قبول التعيين، وعدم اجباره على قبول المنصب الا اذا رجحت المصلحة العامة، بأن لم يتوفر غير المعين لذلك المنصب . ولقد جرت العادة بعد ان يختار الخليفة أو السلطان من يصلح للقضاء ان يعرض عليه ذلك المنصب، فان لم يجد حجة معقولة فى الاعتذار عن قبوله ومست حاجة البلد الى تعيينه كان لولى الامر اجباره ذلك، ولو ادى الامر الى تعرضه للتعذيب، اما اذا وافق فيصدر بتقليده فى العادة منشور يتضمن فيما يتضمنه :

أ — النصح له بالتزام ادب القضاء والمساواة بين الخصوم.

ب — تعيين مصادر القاعدة الشرعية (ادلة الاحكام) التى له العمل بها، واباحة الاجتهاد له فى اطار المصادر الرسمية.

ج — نفاذ حكمه على الجميع حاكمين ومحكومين.

(**) ولم يقتصر الفقه الاسلامى فى تطبيق نظرية الأعذار وتغليبها على منطلق سلطان الارادة على نحو ما ذكر، فقد طبقها فى كل مجال يتصرف فيه أحد طرفى العقد ضرراً مادياً أو معنوياً (أديباً) فأثبتوا للصغير فسخ عقد اجاره الاب أو الجدة ابى الاب للصغير فى حرفة حقيرة عند بلوغه فى المدة خلافاً لسانن العقود التى يعقد ها الاب أو الجدة ابوا الاب على مال الصغير (انظر تفصيل هذه القاعدة فى أحكام الصغار للاستروشنى ٣٢/٢).

وسنلقى نظرة سريعة على قضية الاجتهاد والتقليد، فإن المثل الاعلى والقاعدة العامة في الفقه الاسلامى هي توفر اهلية الاجتهاد في القاضى وقد توفرت تلك الاهلية في العصور الاولى ابتداء من عصر الرسالة حيث ان النبى (ص) اباح لبعض من خولهم القضاء والاجتهاد السليم ببذل الوسع دون تقصير فكان الحديث المروى في هذا الصدد من جملة اسانيد العمل بالرأى والقياس، وكان للاجتهاد القضائى دوره الفعال في استنباط الاحكام من الكتاب والسنة، واثارة مختلف القضايا التى اصبحت بعد ذلك مادة للفقه يتولى عرضها ودراستها ويظهر تفاعل الاجتهادين القضائى العمل والفقهى النظرى في تاريخ المذهب الحنفى فقد جمع ابو يوسف بين الاجتهاد القضائى الذى تلقاه عند دراسته في حلقة قاضى الكوفة الشهير ابن ابى ليلى، قبل التحاقه بحلقة ابى حنيفة وبين الاجتهاد الفقهى الذى تلقاه في حلقة امام مدرسة الكوفة وحامل لواء أبى حنيفة وقد صنف ابو يوسف في ذلك كتابا ذكر فيه ترجيح بعض اقوال ابن ابى ليلى في العمل (٤٣).

كما يظهر هذا التفاعل في احتكاك الفقهاء بالمحاكم الاسلامية بنسبات مختلفة منها حضورهم مجلس القضاء بدعوة من القاضى للمشاورة واستشارتهم فيما يعرض عليه من القضايا. ومنها ممارسة الفقهاء توثيق العقود والشروط في المحاكم، أو على مرأى ومسمع منها، فقد كان توثيق العقود والشروط اشبه بكتابة العدل في زماننا هذا، وكانت تلك المهمة مزيجاً من كتابة العدل ومن تحمل الشهادة بتدوينها وادائها امام المحاكم حين تعرض العقود الموثقة امام القضاء، وقد صنف في الشروط والعقود كتباً عديدة حقق منها كتاب الشروط للطحاوى وعلمنا من هذا الكتاب ان ابا حنيفة قد مارس صناعة التوثيق وكتابة الشروط وقد تمكن فن كتابة الشروط، ان يرسم قواعداً وصيغاً لكتابة العقود والشروط يحتاج فيها من اختلاف اقوال المذاهب فكان هذا الفن ضماناً عملية من الضمانات المكملة لمهمة القضاء.

ومع ان القاعدة العامة تقضى بكون القاضى مجتهداً أو عدم تقيده بمذهب من يقلده دون غيره وعدم التزامه بمذهب من قلده القضاء، فان هذه الضمانة ضعفت بمرور الايام وتفشى التقليد المذهبى. ولم تزل معضلة تربية المرشحين للقضاء وتثقيفهم ثقافة تؤهلهم للاجتهاد من اهم المعضلات الاجتماعية في عصرنا هذا. وقد عولجت في بعض الدول المعاصرة بانشاء معاهد اختصاص لتخريج مرشحي العمل في القضاء والادعاء العام واخذت

(٤٣) اختلاف ابن ابى ليلى وأبى حنيفة للامام أبى يوسف.

الجمهورية العراقية بهذه الوسيلة بإنشاء المعهد القضائي. أما القديما فقد عاجلوا ظاهرة تدرى ثقافة المرشحين للقضاء وعجزهم عن الاجتهاد بوسائل مختلفة منها ما اشرنا اليه من اباحة مشاورة الفقهاء واحضارهم في محكمة القاضي، ومنها اعادة النظر في توزيع العمل القضائي بتوزيع الاختصاص القضائي بين جهات قضاء متنوعة منها قضاء الشرطة (في القضايا العقابية والقضايا المتعلقة بالامن).

والقضاء الجزئي ومنصب الحسبة واخيرا ديوان المظالم وكل ذلك عملا بمبدأ جواز تخصيص القضاء. اما معالجة ذلك التقصير عن طريق الطعن في القرارات القضائية امام درجة اعلى فقد قاومه الفقهاء مقاومة شديدة واصروا على المحافظة على نظام القاضي الفرد من درجة واحدة (٤٤) وهذا ما يقتضى القاء نظرة سريعة على مختلف هذه الوسائل والمعضلات.

قلنا ان القضاء في الاسلام درجة واحدة وان احكام القاضي لا تقبل الطعن امام محكمة من درجة اعلى منه (محكمة استئناف) تعيد النظر في وقائع القضية، ولا امام محكمة قانون عليا (محكمة تمييز، نقض، تعقيب) ومع ذلك فلا بد ان نسجل هنا آراء مبشرة تحتاج إلى تمحيص، ففي المدخل للفقهاء الاسلامي لمحمد سلام مذكور (٤٥) في صدد منصب قاضي القضاة ان هذا القاضي كان له النظر في اقصية القضاة ومراجعة احكامهم (بل كان له حق نقض الاحكام ايضا) وقد استند في اقواله هذه الى قول صاحب الدر المختار على تنوير

(٤٤) تستفاد تلك المقاومة من فصل عقدة ابن فرحون في بصرة الحكم (٦٢/١) بعنوان «فصل في جمع الفقهاء للنظر في حكم القاضي» فقد جردوا قضاء الجماعة من الفقهاء بصفة استثنائية أي بدرجة أعلى في قضية مقضية سبق الحكم فيها من قاض سابق جردوا قرار الجماعة فيها من كل حجة حتى لو اقترن قرارهم بفسخ حكم القاضي بمصادقة الامر على الفسخ وجعلوا لمن نظر بعد ذلك في الحكم الصادر من القاضي ان ينظر فيه بذاته مجردا من قرار الفسخ، فيقدر صحته من فسادة وبذلك وفقا لمعيار نقض الاحكام القضائية من طرف حاكم آخر من نفس الدرجة وعبارة التبصرة في هذا المعنى صريحة فقد جاء فيها «أرى لمن نظر في هذا بعد ذلك ان ينظر في الحكم الاول فان كان صوابا لا اختلاف فيه، او كان اختلف فيه أهل العلم، أو ما اختلف فيه الائمة المأثرون فأخذ ببعض ذلك فحكمه ماض والفسخ الذي تكلفه الامر، والفقهاء باطل وان كان الحكم الاول خطأ بينا امضى فسخه واجاز ما فعله الامر والفقهاء.

(٤٥) المدخل للفقهاء الاسلامي، مذكور، صفحة ٣٦٩.

* اختلاف ابي حنيفة وابن ليل وقد رواه الشافعي في الام وطبع في مصر طبعه مستقلة.

** انظر النقد الموجه لهذا المبدأ في فلسفة القانون لجورج دين فيكو.

الابصار (٣٥٦/٤) ان قاضى القضاة هو الذى يتصرف فيهم مطلقا ولا ندرى ما المقصود باستنتاج ذلك فانه غير صريح في كون قاضى القضاة كان يفعل ذلك باعتبار محكمته محكمة استئناف أو تمييز فان لكل قاضى اذا رفعت اليه قضية حكم فيها حاكم آخر ان يتأكد من كون ذلك القرار غير مخالف للاحكام اليقينية القطعية التى لاتعد من امور الاجتهاد والتى يستساغ فيها اختلاف الرأى، فان وجد أن الحكم مخالف لنص ثابت من نصوص القرآن أو السنة أو الاجماع نقض ذلك الحكم وان وجد انه قضى في امر خلا في يقبل الاجتهاد لم ينقضه، وكل ذلك دون ان يعد ذلك استئنافا او نقضا امام محكمة اعلى ودرجة قضائية تزيد على درجة محكمة القاضى.

فالحقيقة التاريخية ان التنظيم القضائى في الاسلام لم يتجاوز مرحلة محكمة القاضى الفرد، ومحكمة الدرجة الواحدة التى يحكم فيها قاضى فرد، دون أن يعنى ذلك عدم امكان مراجعة الاحكام المخالفة للنصوص الثابتة على سبيل اليقين او الاحكام الفاسدة لمخالفتها. قواعد أمره يقينية لا مجال فيها للاجتهاد، فان تلك المراجعة كانت تجرى في محكمة أى قاضى فرد آخر، وقد اقر الاستاذ المذكور نفسه ان: مراجعة القرار القضائى امام قاض آخر يشترط فيه ان يكون في خصومة ودعوى صحيحة (٤٦) لا ان يكون في صورة طعن في خصومة لم تزل قائمة لم تحرز حجية القضية المقضية.

المطلب الثانى: نفاذ حكم القاضى على الجميع

ومن الامور التى تتضمنها مناشير تولية القضاة قاعدة نفاذ حكم القاضى على الحاكمين والمحكومين واخضاع حاشية السلطان أو الامير لاوامر القضاة واقتضيتهم دون استثناء وضمان الخليفة أو السلطان المقلد لذلك ضمانا يتكفل بحسن توزيع العدالة القضائية على سبيل الاستقلال فان الدولة الاسلامية وان تكن من الناحية النظرية دولة قانون فان واقع البنية الطبقية في العالم الاسلامى القديم نبه اذهان القضاة في بعض العصور الى ظاهرة تمرد الطبقة المتمتعة بالجاه والنفوذ على احكام القضاة واوامرهم، فاشترطوا في عقود توليتهم تعهد من يقلدهم القضاء باخضاع هؤلاء لسلطة الشرع التى يمثلها القاضى ورويت لنا في

(٤٦) المدخل المذكور (٣٦٢/٨).

هذا الصدد امثلة رائعة (٤٧) تدل على كفاح بعض القضاة في سبيل الحق ومابذلوه من جهد لتوفير مبدأ سيادة ولاية القضاء على الجميع ومساواة الجميع امام القانون والقضاء وتمتع القضاء من حيث هو خطة من خطط الدولة باستقلال يوفر له سلامة العمل والتطبيق وتحقق كل ذلك قبل ان تعرف فلسفة القانون في الغرب مبدأ فصل السلطة.

والحاصل فان مبدأ استقلال القاضي في عمله القضائي بمعزل عن التدخل والتأثير الاداري والنفوذ السياسي والاجتماعي والاقتصادي غير المشروع من المبادئ الاساسية التي تحرص عليها القوانين المدنية الوضعية المعاصرة (٤٨). وقد عالجها الفقه الاسلامي ووثقها بوسائله المذكورة وبتوكيده على توفير الخصال الحميدة في القاضي وفي مقدمتها، خصلة العدل والانصاف والعفاف وتوكيدا منقطع النظير.

ولا يغيب عن البال أن عزل القاضي وان خضع في الاسلام لارادة رئيس الدولة وتقديره، فان مما يقابل هذه السلطة مبدأ اختيار «القوى الامين» لمختلف مهام الدولة، وذلك المبدأ الذي تؤكد الاحاديث والآيات كقوله تعالى حكاية قول ابنة شعيب لابيها «ان خير من استأجرت القوى الامين».

ومن جملة ضمانات استخدام سلطة تعيين القضاة وعزلهم منصب قاضي القضاة، فان من المحتمل جدا ان يكون الغرض من انشاء ذلك المنصب اعلاء شأن خطة القضاء بتمييزها عن سائر الخطط الادارية، وتوفير ضمانه مماثلة لضمانة المجلس القضائي الاعلى في النظم الوضعية المعاصرة. وقد اثرت في العصور المتأخرة قضية تولى القضاء من سلطان غير عادل فكانت الفتوى في الفقه الحنفي جواز ذلك اذا تعهد بعدم التدخل في العمل القضائي وشؤون القضاء.

(٤٧) في اقدم نموذج لمهود تولية القضاء في الاندلس الاسلامية قبل دخول الخلفاء جعل للقاضي:

أ - اجراء الحدود مجارها.

ب - اعطاء الحقوق من وجبت له (ولاية التنفيذ).

ج - الالتزام بمشاورة مشاور رسمي (قضاة قرطبة وعلماء افريقية، ص ٢٤).

(٤٨) انظر في مبدأ استقلال القضاء في التنظيم القضائي المعاصر كتاب قانون المرافعات المدنية للاستاذ

المساعد الدكتور آركون أون (بالتركية) (ص ١٣).

المطلب الثالث: تفتيش السجون

ان من جملة ما اقربه الفقه للقاضي من الرقابة العامة على تطبيق احكام الشرع سلطته في تفتيش السجون واطلاق سراح من يثبت له أنه سجن ظلماً، وقد صاغ السمناني هذا المبدأ الدستوري الديمقراطي بعبارة وجيزة جامعة بقوله:

(يستحب للقاضي ان يبدأ بالنظر في امر المسجونين وعددهم وفيما حبسوا والاقوات التى حبسوا فيها والاسباب التى من اجلها حبسوا فان الحبس عقوبة ولعل في الحبس من لا يجب حبسه، أو من قد توجب على القاضي اخراجه من الحبس)(١/١٣٥). وبقوله:

(فان لم يحضر للمحبوس خصم وقال انه حبس بغير حق، وماله خصم، فان القاضي ينادى اياما من كان له على فلان حق فليحضر ليحكم بينهما، فان لم يحضر احد يتأتى في اطلاقه ولا يعجل لعل الخصم غائب عنه ثم يأخذ منه كفيلا بنفسه ثم يطلقه).

ان هذا معناه ان الفقه جعل للقاضي الرقابة على الحريات العامة واطلاق سراح من يثبت له انه حبس ظلماً وتعمداً دون ان يستند في حبسه الى قرار محكمة أو مطالبة بدين توجب حبس المدين الخ... وبداية فان الصيغ المذكورة يستخلص منها المبدأ المذكور بعد تجريدها من التفصيلات التى تناسب حالة عصر السمناني، فان تطورت نظم السجون فاصبح في الامكان التخفيف من بعض تلك الاجراءات الاحتراسية صدقت القاعدة التى قلناها، ولم تتجاوز مبدأ ضمان الحريات والرقابة على تطبيق مبادئ الحرية وامكن القول ان الشرع الاسلامي هو شرع الحرية في جوهره.

المطلب الرابع: الرقابة على شهادة الشهود — ونظام التزكية والعدول

وتتصل هذه الرقابة بضمانات القضاء، بالتقاضي وموضعها في مبحث ضمانات التقاضي والترافع امام القضاء ومع ذلك فحسبنا ههنا ان نشير الى ان للقاضي الرقابة على عدالة الشهود وتزكيتهم والتحرى عما يجرح تلك العدالة.

المطلب الخامس: الرقابة على موظفي المحكمة وكتابها وتفقد احوالهم

ومن الضمانات القضائية المتعلقة بسلطة القاضي الادارية ضمان تصفح عمل الكاتب والاشراف عليه فان هذه الضمانة تبدأ منذ اللحظة التى يعين فيها الكاتب وتستمر

بعد ذلك خلال مدة عمل الكاتب في محكمة القاضى فان للقاضى ولاية تعيين كاتبه بشرط ان يتحرى كاتبها ورعا عارفا بالفقه (روضة القضاة ١/١١٣).

و ينبغى عليه بعد ذلك ان يتفقد أمر كاتبه و يتصفح عمله و يشرف على ماتحت يده، حيث يؤدي ذلك الى حفظ أحكامه وضبطه فيؤمن من وقوع خلل فيما يكتبه ويحكمه و يدونه ويمضيه من الاحكام (روضة القضاة ١/١١٥).

المطلب السادس: النظر في السياسة الشرعية

ذكر ابن فرحون ان القاضي ليس له السياسة العامة ثم استدرك فقال ان له النظر في كثير من السياسات الشرعية (١٢/١) وجعل مرد ذلك للعرف الذى يختلف باختلاف العصور والامصار (تبصرة ١٢/١) وللعمل بالسياسة الشرعية أمثلة كثيرة في الفقه الاسلامى وقواعد بنيت على العمل بهذه السياسة منها تضمين الصناع ما يعهد اليهم بصنعه فقد جاء في تبصرة الاحكام (٢٣٦/٢) ان من السياسة الشرعية القضاء بتضمين الصناع وشبههم، والصناع ضامنون لما استصنعوا فيه اذا نصبوا أنفسهم لذلك، سواء عملوا ذلك بأجر أو بغير أجر اذا عملوه في حوانيتهم أو دورهم هذا ان عملوا في غيبة رب المتاع أو اختلف عملوه مع حضوره. واذا اشترط الصناع ان لا ضمان عليه لم ينفعه شرطه عند ابن القاسم.

المطلب السابع: العمل بالاحوط والاصح

لقد أناط الفقه الاسلامى بالقضاء مهمة خطيرة فيجعل له العمل بالاحوط والاصح كلما تعذر اعمال ارادة الطرفين المتعاقدين بعذر من الاعذار بحيث يمكن اعتبار هذه الولاية خطيرة من جملة ضمانات تطبيق العدل تطبيقاً مكملًا للارادة، كلما تعذر اعمال الارادة نفسها لثلاث تعطل مصالح الناس (ص ٣٨ من مقالنا مقدمة في فلسفة الشرائع) والفصل الاخير من الاجازة في بدائع الصنائع للكاسانى (٢٢٣/٤) ومن تطبيقات ذلك في الفقه الحنفى قولهم ان الاجارة كما تفسخ بالعذر تبقى بالعذر، فالقاضى يملك في هذا الفقه سلطة العمل بالاصح والاحوط، وفقا لظروف كل نازلة، ولا يطلب اليه الانحناء لسلطان الارادة مع الاعذار، خلافا للمذهب الفردى الذى يلزم القاضى بالاذعان لسلطان

الارادة وافتراضها دون نظر للاعذار الطارئة، وهو خلاف بالغ يفسره تشبع الفقه الاسلامى بروح احقاق الحق والعدل، وتقديم العدالة على مطلق الحرية عند الضرورة.

المطلب الثامن: الرقابة الاجتماعية

ولا يقتصر عمل القاضي في الاسلام على فصل الخصومات فقد اتسع اختصاصه على مر الايام فأصبح له ممارسة ضروب مختلفة من الرقابة القضائية على المصالح الفردية والعامة ومن صور ذلك :

١- الرقابة على الاوقاف (٤٩).

٢ - الولاية الشخصية على الايتام والايامى وتزويج النساء عند العضل تعسفا من أولياء أمرهن (٥٠) وتطليق المرأة المتزوجة في بعض الاحوال التى يخشى فيها من الاساءة اليها كالشقاق المستمر بين الزوجين ولا تقتصر هذه الولاية على الاحوال المذكورة لان الغرض منها حماية الضعفاء عملا بمبدأ ان القاضي ولي من لا ولي له.

٣ - تنبيه الخليفة أو الامير أو السلطان الى شذوذ تصرفات الشرطة ومن يوكل اليهم شؤون الامن بأية تسمية كانت لتلافي شططهم في العمل والسلوك.

على أن ولاية القاضي منوطة بالمصلحة المقصودة المقبولة شرعا ومقدرة بقدرها وحدودها. فان تجاوز ذلك كان في تصرفه رعية في حقه لنفسه يستفاد ذلك من تطبيقات متعددة منها قولهم ان القاضي لوزوج اليتيمة من نفسه لا يجوز نكاحه لأنه بغير ولي، لان القاضي رعية في حقه، وقد طردوا القاعدة في كل ولي يلى ولاية عامة فيتجاوز حدودها أو أهدافها و يتصرف لمصلحة نفسه (يراجع في ذلك كتاب أحكام الصغار للاستروشنى).

(٤٩) جاء في ادب القاضي للماوردي (١٧٠/١) ان للقاضي النظر في الوقوف والوصايا ان لم يكن فيها ناظر يتولاها وان كان فيها ناظر راعاها. فان كانت لمعين سقط الاجتهاد فيهم وان كانت لموصوفين تعينوا باجتهاد الناظر قبل الحكم وباجتهاد القاضي عند الحكم.

(٥٠) جاء في أدب القاضي للماوردي (١٦٩/١) أن للقاضي الولاية على الايامى في عقود مناكحتهم لا كفائتهم عند عدم اوليائهم أو عضلهم، واسقط ابو حنيفة (ع) هذا القسم من ولايته، مع البلوغ لتجوز له ان ينفرد بالعقد على انفسه.

المطلب التاسع: الضمانة المستندة إلى توزيع الاختصاص بين مختلف المحاكم وتنويعه

ولئن كانت محكمة القاضي في بادىء الامر واحدة فقد اظهرت التجارب احتمال عجزها عن الوفاء بمهمتها في بعض الامور والاحوال ، فمست الحاجة الى توزيع العمل القضائي بين جهات مختلفة، وتنويع المحاكم تخفيفا للعبء عن القضاء، فوجد في عهد مبكر قضاء المظالم الذى قصد به النظر في الشكاوى والخلافات التي تعجز المحاكم عن النظر فيها ووجد اختصاص الشرطة بالجنايات الخ... وسنلقي نظرة على هذا الضرب من التنظيم وتوزيع العبء القضائي واختصاص النظر والعمل بين بعض الجهات.

فصل التنفيذ عن القضاء

كان للقاضي في صدر الاسلام تنفيذ أحكامه وقرارته فوراً، بوسائله الميسورة فلما اتسعت رقعة العالم الاسلامى وتغيرت أحواله وظهر جبروت المتجبرين من ذوى الجاه والنفوذ أقر الفقه بأن السياسة الشرعية تسمح بفصل التنفيذ كله أو ما عجز القاضي عن الاضطلاع به عن القضاء، وايداع الى جهة اخرى ضمانا لحسن التنفيذ عند ثبوت عجز القاضي (٥١). وسياسة الفصل هذه هي المعمول بها في عصرنا في مختلف الانماط الشرعية المعاصرة، وان لم يكن هذا الفصل تاما نظرا لصلة جهاز التنفيذ بالقضاء من جهة ولكون ديوان المظالم لم يضطلع بغير ما عجز القاضي عن تنفيذه من الاحكام.

فصل اقامة الحدود عن محكمة القاضي

أشار ابن فرحون في تبصرة الحكام (١٢/١) الى أن اقامة الحدود مما لا يدخل في ولاية القاضي الا باذن امام الوقت . وتعليل ذلك مخافة عجز القاضي . وبعد اطلاق هذه القاعدة استدرك هذا القول — الذى رواه عن القرافى — بقوله ان المذهب ان له اقامة

(٥١) جاء في تبصرة الحكام (١٢/١) ان ولاية القضاء متناولة للحكم لا يندرج فيها غيره وليس للقاضي السياسة العامة، ولا سيما الحاكم الذي لا قدرة له على التنفيذ كالحاكم الضعيف القدرة على الملوك الجبارة. فهو ينشئ الالتزام على الملك العظيم ولا يخطر له تنفيذه، لتعذر ذلك عليه، والحاكم من حيث هو الحاكم ليس له إلا انشاء، واما التنفيذ فأمر زائد على كونه حاكما. فقد يقوض اليه التنفيذ وقد لا يندرج في ولايته.

الحدود، لأن الأصل أن ذلك للخلفاء وللقضاة، والقتل لا يكون لكل القضاة فقد روى عن عمر (رض) أنه نهى الولاة عن القتل إلا بأذنه وانتهى إلى القول بوجود التحوط في الحدود، بقصرها على بعض الولاة خوفاً من الفتنة والتهارج.

واختلفت عبارات الفقهاء في توزيع النظر في إقامة الحدود بين القاضي وبين الشرطة (ولاة معاون) والظاهر أن مرد ذلك إلى اختلاف العرف في مختلف الأمصار والعصور الإسلامية (٥٢).

نظام الحسبة

إن أهمية نظام الحسبة في صدد موضوع بحثنا تقتصر على تخفيف العبء عن القضاء بالبقاء واجب الفحص عن المنكرات على عاتق المحتسب، وإن لم تنه إليه، خلافاً للقاضي الذي يقتصر عمله على النظر فيما يرفع إليه من المنكرات (تبصرة الحكام ١٣/١) والنظر فيما يفتقر منها إلى اجتهاد القاضي فليس الغرض من الحسبة تقليص اختصاص القاضي، بل التخفيف عنه بأعفائه من التفتيش على المخالفات والمنكرات (٥٣).

الضمانات المرتبطة بقواعد العزل

لقد تبين لنا أن عزل القاضي منوط بالمصلحة في نظر الفقه الإسلامي، ولذا جاز الطعن في عدالته، وطلب عزله في نظر من يرى شرط العدالة شرطاً أساسياً في تولية القاضي ولا يميز تولية الفاسق، ومن الضمانات المتعلقة بأحكام عزل القاضي ضمانه عدم جواز عزل القاضي دون مقتضى من المصلحة الشرعية الثابتة، وهي من الضمانات المهمة في النظم القضائية في الأنماط الشرعية المعاصرة، وقد مال إلى هذا المبدأ من فقهاء المسلمين الإمام

(٥٢) راجع على سبيل المثال في هذا الصدد ما جاء في أدب القاضي للماوردي (١٧١/١).

(٥٣) مما يؤكد هذه التفرقة ما جاء في أدب القاضي للماوردي في صدد توزيع النظر في المنكرات فقد ورد فيه في صدد النظر فيما يدخل في اختصاص القاضي النظر فيه (فأما مخارج الأئمة والأجنحة إلى الطرقات) ومقاعد الأسواق فإن جاء فيه متظلم (القاضي) فيه ودخل في ولايته وإن لم يأت دخل فيه متظلم في الحسبة. وكان (المحتسب) أحق بالنظر فيه، وإن لم يفتقر إلى اجتهاد نفرد المحتسب به. وإن افتقر إلى اجتهاد كان القاضي أحق بالاجتهاد فيه وأولى من المحتسب فيه منفذاً لحكم القاضي (١٦٧/١ - ١٦٩).

الشافعي، فإن الاولى عنده ألا يعزل القاضي عن القضاء دون مقتضى، لأن عقد توليته لمصلحة المسلمين، وقد تعلق به حق الامة، فلا يملك عزله مع سداد حاله قياساً على الوكالة اذا تعلق بها حق الغير والظاهر ان تقدير ما يقتضي العزل لولى الامر فلا يشترط ان تثبت خيانة القاضي أو ارتكابه مخالفة خطيرة (جناية) (٥٤).

ولا ينعزل القاضي بمجرد صدور قرار العزل بل يجب ان يعلم به، وقال ابو يوسف لا ينعزل حتى يصل خلفه صيانة لحقوق الناس (٥٥) ومما يتصل بضمانة العزل ان القاضي اذا كان عدلاً ففسق بأخذ الرشوة مثلاً، فانه يستحق العزل، وقيل ينعزل لان المقلد اعتقد عدالته فلم يرض بقضائه بدونها، وقال قاضي خان : اجمعوا انه اذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى (٥٦).

الكلمة الاستنتاجية الختامية :

ان النظام القضائي في الاسلام نظام عربى اسلامى اصيل نمى في جزيرة العرب منذ عصر التحكيم الالزامي، وتحول في صدر الاسلام الى سلطة قضائية حقيقية بغرض تحكيم الرسول (ص) الزاما على المسلمين، وترعرع بعد الفتح واستقرار الحكم فتطور تطوراً ذاتياً تلقائياً بحكم التجارب والاحداث واجتهاد الفقهاء. ان الضمانات التي قدمها النظام القضائي في الاسلام ترجع الى مجموعة الصفات الذاتية التي اشترطت في القضاة وفي مقدمتها العدالة والاجتهاد، والى ضمانات موضوعية منها في مضمار التنظيم نظام مشاوراة القضاة لغيرهم من الفقهاء والمجتهدين، وقد اضطلع القضاء في الاسلام ببسط مجموعة من

(٥٤) جاء في المفتي لابن قدامة (١٠٣/٨) وقيل مالك عزله دون ان تقع منه خيانة، لما روى ان علياً ولى ابا الاسود ثم عزله، فقال لم عزلتني وما خنت ولا جنيت؟ فقال اني رأيتك بعلو كلامك على الخصمين.

(٥٥) وفي مجمع الانهر (١٤٤/٢) لو أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضياً، وهو الصحيح، ولو قضى لم ينفذ وبه يفتي، وفيه ايضاً ان الرشوة لا تملك ولذا يلزم الاسترداد (١٤٥/٢). وليس هذا الاسترداد خاصاً بهذه الحالة بل هو تطبيق لمبدأ عام في وجوب رد كل ما قبض بدون حق أو بموجب عقد باطل فان مبدأ حظر الكسب دون سبب من المبادئ العامة في الشرع الاسلامي كما بينا في كتابنا الموسوم بالكسب دون سبب والفضالة كمصدرين للالتزام. وانظر ايضاً البهجة شرح التحفة (١٩/١) وفيها ان شرط صحة ولاية القضاء، «كونه غير دافع رشوة لتحصيله، فان دفعها فلا تعتد ولايته، وقضاؤه مردود ولو وافق الحق وتوفرت فيه شروط القضاء كما في التبصرة واعتمده الزرقاني والخطاب».

(٥٦) شرح الزيلعي على الكنز (١٧٥/٤).

الضمانات الموضوعية لتحقيق الحق والعدل وتوطيد النظام في ظل دولة مقيدة بالشرع ملزمة بالتزام المساواة والعدل وكفالة الحريات والكرامة وحقوق الانسان الفردية والجماعية وتحدى الظلم اما ما اصاب القضاء من انتكاسات، فيرجع الى تقصير بعض الفترات في منهج اعداد القضاة والى تردى الاوضاع الاجتماعية والاقتصادية، ومع ذلك فقد حاول القضاء الاسلامى التماسك والتوجيه نحو السلوك السوى بما حرص عليه الفقه والقضاء من ضمان استقلال القضاة في اعمالهم وتعهد الامراء بعدم التدخل في شؤون القضاء.

ان تاريخ القضاء في الاسلام حافل بالدروس والعبر، وجدير بالدراسة والتحصيل والموازنة، فقد تمكن الفقه والقضاء في الاسلام من معرفة الفروق الاساسية بين القاعدة القانونية وبين القاعدة الحلقية التي يوكل، أمرها الى النفس لتختار الواجب الحلقى، اما القانون فقد تكفل ببيان الواجب التكميلى مراعيًا مقتضيات العدل والمساواة ومصالح المكلفين بالشرع، وبذا جمع الاسلام بين المثالية وبين الموضوعية فلم يوصد الباب امام المثل الاعلى ولم يتجاهل واقع الحياة، وذلك هو سر تطور الفقه الاسلامى واضطلاع القضاء الاسلامى بمهمته في احقاق العدل والحق.

ومما يجدر التنويه به أخيرا ان القضاء في الاسلام بعيد الشبه بالقضاء الانكليزي في صدد العلاقة بين حكم القانون الشرعى وبين حكم العدالة اذ لانظير في القضاء الاسلامى لتلك التفرقة بين قانون العموم (الكومنلو) وبين العدالة، فان العدل واستنباط الحكم العادل يعد في نظر القرآن الكريم جزءا من احكام الشرع وأوامره لا يتجزأ، فالقاضى الاسلامى ملزما بان يحكم بما ثبت له من أحكام القرآن والسنة على وجه اليقين وان يحكم بالعدل والاحسان عند عدم النص وتعذر القياس، ولا مجال للاعتذار عن الحكم بحجة شغور النص، فليس ثمة ثغرة حقيقية في الشرع الاسلامى تستلزم تقسيم المحاكم الى محكمة قانون ومحكمة عدالة، نظرا للاندماج التام بين حكم الشرع وبين حكم العدل والاحسان، ولعدم تقييد القاضى في الاسلام في ممارسة عمله القضائى بشرط حصول المرتفعين اليه على أمر بالارتفاع والتقدم الى محكمة القاضى من أية جهة أخرى مختصة باصدار أمثال تلك الأوامر(٥٧)، ولكون محكمة القاضى في الشرع الاسلامى مشرعة الابواب أمام المتقاضين ولها النظر في جميع مالم تمنع من النظر فيه في منشور التولية عملا بقاعدة تخصيص القضاء،

سواء تعلق بعلاقة بين الافراد أم بينهم وبين مختلف رجالات الدولة، دون استثناء الخليفة نفسه أو أوامر السلطة أو ما يعقده قادة الجيش مع أعيان المدن المفتوحة من عقود أمان وسائر التصرفات.

وهكذا لم يكن الارتفاع الى محكمة القاضي متوقفاً على ما عرف في بعض الشرائع الشكلية القديمة كالرومية والانكليزية قبل ادماج محكمة العموم (الكومنلو) بمحكمة العدالة من التماس أمر كتابي من البريطور في الاولى، أو من الملك الى مشاورة في الثانية (٥٨) لكي تتحرك الدعوى و ينظر فيها وفقاً لمبادئ العدل أمام القضاء.

و يرجع هذا التخفيف في الشكليات، وهذه الولاية العامة الى طبيعة الحرية التي جبل عليها العرب في بيئتهم الصحراوية التي لا تعرف الحدود والخنوع، والى سماحة الشرع الاسلامي الذي توثقت الصلة بينه وبين كل من العدل والاحسان والعقل والحكمة بآيات قرآنية لا تحصى أوصت بالتزام كل ذلك وجعلت الحكمة قرينة للكتاب في مواضع كثيرة، واقامت التكليف بالشرع في جملة على تحقيق مصالح المكلفين به وسعادتهم والتيسير عليهم، والابتعاد عن الاجراءات الشكلية الجوفاء.

ولو تأملنا ما استنبطه الفقه والقضاء والافتاء في الاسلام من مبادئ وأقوال وفتاوى وتغير أقوال شيوخ المذاهب بتغير العصور والبيئات في الامور الاجتهادية لوجدناه لا يعدو اعمال المبادئ العامة وفقاً لمقتضيات العدل في ظل ظروف جديدة.

ولئن طال بنا البحث فنستطيع القارىء والسامع عذراً فنشير الى النقاط الآتية بايجاز لصلتها به من وجوه:

١ — فمن ذلك اننا اشرنا الى عناية المؤرخين الاسلاميين القدماء كوكيع والنباهي بالكتابة في تاريخ القضاة تعديلاً وتجريحاً واشادة بمواقف كبار القضاة وصلابتهم في الحق.

ومع ذلك وبالرغم من تلك الجهود الفردية والرسمية ومن جهود كبار القضاة في سبيل توطيد قواعد القضاء على أسس قوية من الاجتهاد، والاستقامة والاستقلال في العمل

(٥٨) انظر في الثنائية القانونية والقضائية والامور المذكورة ما جاء في كتاب «القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة للدكتور عبد السلام الترماني» (ص ٧٨ و ١٥٣).

القضائي، دون الرضوخ لتدخل فحل بالعدالة، فقد روى مؤرخوا القضاة ما ارتكبه بعض القضاة من شذوذ عن جاده الحق والظاهر ان القضاة الاسلامي تعرض في فترة احتلال البويهيين لبغداد عاصمة الخلافة العباسية لغثيان شديد فقد أصبح القضاة مرفقا ترتفق الدولة بموارده وتقلده لمن يلزم بأداء مبلغ من المال، وحاول البويهيون التدخل في تعيين قضاة القضاة فحالت الخلافة العباسية دون ذلك وبذلت ما في وسعها في ظل احتلال عسكري أورث البلاد الاسلامية في ايران وفي العراق الدمار والخراب.

٢ — أشرنا الى حرص الفقهاء على توفير حرية القاضي في الاجتهاد، وتيسير السبل الى ذلك حرصا شديدا وقد تجل ذلك في تعديهم لقضية تعليق تقليد القاضي على شرط العمل بمذهب معين دون غيره، فقد صرحوا بأن ذلك مفسدا للاجتهاد، ومفوت للحق، والهدف المنشود من خطة القضاة من حيث هي مؤسسة لاحقاق الحق، وفي احقاق الحق توفير للعدل وصيانة لحقوق الانسان.

ولقد علل الفقهاء موقفهم هذا تعليلا فلسفيا دقيقا فجاء في المذهب للشيرازي قوله: (٢٩١/٢)

«لا يجوز ان يعقد تقلد القضاة على أن يحكم بمذهب بعينه، لقوله تعالى (فاحكم بين الناس بالحق)» (الآية ٢٦ من سورة ص) والحق مادل عليه الدليل، وذلك لا يتعين في مذهب بعينه».

وهكذا كان السلف من مجتهدي هذه الأمة يدين التقليد المذهبي والتعصب الفردي أو الرسمي لمذهب على سائر المذاهب، وكانوا يرون أن الحق لا يحتكر وإنما هو امر شائع تتوفر جميع المذاهب وكل من بلغ درجة الاجتهاد بحق على استجلائه دون الاستبداد بادعاء الكشف عنه ولذا لم يكن مستساغا شرعا لديهم الزام القاضي الزاما عاما بمذهب بعينه كما صرح الماوردي في أدب القاضي.

ولقد حرصت الخلافة العباسية على عدم التقييد بمذهب (٥٩) فكانت تعين الفقهاء من مختلف المذاهب ولا تحول بينهم وبين الاستقلال في الاجتهاد ان كانوا أهلا لذلك، ثم تورطت الدولة العثمانية وبعض الدول التي قامت في ايران والأندلس بالتمذهب، فكانت

(٥٩) ذهب الى هذا الرأي الدكتور عبد الرزاق الانباري في رسالته للدكتوراه أوفي تاريخ قضاة بغداد.

تلك السياسة الضيقة وبالا على تراثنا الفقهي والقضائي حتى استيقظ العالم الاسلامى فتحررت السلطة التشريعية الحديثة في أكثر الدول الاسلامية من التزام مذهب رسمى، فحققت حركة اصلاح قوانين الاحوال الشخصية مكاسبها بفضل الرجوع الى مختلف المذاهب ومختلف أقوال المجتهدين والمفسرين بخلاف القانون المدني الايراني الذى التزم المذهب الشيعي الاثنا عشري.

وقد جرت العادة في الغالبية الساحقة من دساتير الدول الاسلامية، ان ينص على ان دين الدولة الاسلام، دون الالتزام بمذهب معين فان تمذهب الدول دليل على ضيق أفق نظرها.

٣ — وأخيرا فقد أثار الفقهاء قضية تولية المرأة منصب القضاء، فاختلفت اقوالهم وتباينت واحتج المتمزتون بحديث ما افلح قوم اسندوا أمرهم الى امرأة وبخوف الفتنة حين تولى القضاء قاضية حسناء.

وكلا الجهتين محل نظر فان سفور المرأة يخفف وطأة الفتنة على الاغرار والمراهقين فلم تعد المرأة كائنات خياليا كما كانت في عصر الحجاب والفصل بين الجنسين في الحياة العامة.

والحديث المذكور — ان صح — يخص تولى المرأة الولاية العامة أى رئاسة الدولة فقد قيل بتلك المناسبة نظرا لخطورة هذا المنصب ولا يعم سائر الولايات، وليس فيه معنى التشريع وحظر تولية المرأة كل ولاية عامة على سبيل التعميم والاطلاق وفي جميع الاحوال واخيرا فلا خوف من الفتنة اذا لم تتبرج القاضيات والتزمن في ملبسهن الحشمة والجلب السوداء الداكنة وتكلفن الوقار القضائى.

مراجع وكتب وردت الإشارة اليها في هذا البحث

- ١ — ادب القاضى. الماوردى (ابو الحسن على بن محمد بن حبيب) تحقيق محيى هلال السرحان. سلسلة (احياء التراث الاسلامي) رئاسة ديوان الاوقاف. بغداد.
- ٢ — الاحكام السلطانية. الماوردى.
- ٣ — اسبانيا المسلمة في القرن العاشر. المؤسسات والحياة الاجتماعية (بالفرنسية) باريس ٩٣٢.
- ٤ — الام. الشافعى.
- ٥ — بدائع السلك في طبائع الملك. ابن الازرق (ابو عبدالله) تحقيق الدكتور على سامي النشار.
- ٦ — بدائع الصنائع للكاسانى.
- ٧ — تاريخ التنظيم القضائي في بلاد الاسلام (بالفرنسية) اميل تيان.
- ٨ — تاريخ قضاة الاندلس (المراقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا). النباهي الاندلسي.
- ٩ — تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الحاكم لابن فرحون (القاضي برهان الدين المالكي) طبعة الحلبي ١٣٠٣ هـ .
- ١٠ — الخوالد من اراء الراغب الاصفهاني. للدكتور صلاح الدين الناهي.
- ١١ — الدرر الحكام شرح غرر الاحكام لمن لا خسرو.
- ١٢ — الذريعة في مكارم الشريعة. للراغب الاصفهاني. ط . النجف.
- ١٣ — عرف البشام فيمن ولى فتوى دمشق الشام. المرادى (محمد خليل بن على بن محمد بن محمد بن مراد) تحقيق محمد مطيع الحافظ ورياض عبد الحميد مراد. مطبوعات — مجمع اللغة العربية بدمشق.
- ١٤ — فلسفة الشرائع، العضلات والانماط الناهي (صلاح الدين) مخطوط.

- ١٥ — قضاة دمشق لابی طولون (شمس الدين) تحقيق الدكتور صلاح الدين المنجد. دمشق.
- ١٦ — قضاة قرطبة وعلماء افريقية (كتابان معاً) للخشني القيرواني (ابوعبد الله محمد بن حارث بن اسد) تحقيق السيد عزت العطار الحسيني.
- ١٧ — كتاب القضاة للونشريسي. الرباط ١٩٣٢ (بالفرنسية). برونورغود فري ديمومي.
- ١٨ — الكسب دون سبب والفضالة كمصدرين الالتزام للناهي (صلاح الدين) القاهرة.
- ١٩ — مجمع الانهر لشيخ زاده (عبد الرحمن بن شيخ محمد بن سليمان).
- ٢٠ — المحلي لابن حزم الاندلسي ج ٩.
- ٢١ — مقدمة ابن خلدون.
- ٢٢ — مقدمة في دراسة الشرع الاسلامي (بالفرنسية) لويس ميه. سيرى.
- ٢٣ — مقدمة في فلسفة الشرائع الناهي (صلاح الدين) مجلة القانون المقارن العراقية، العدد الحادى عشر.
- ٢٤ — الموافقات للشاطبي.
- ٢٥ — ميزان الحكمة. للخازن (ابو الفتح عبد الرحمن المنصور) من علماء النصف الاول من القرن الثاني عشر للميلاد. تحقيق فؤاد جيعان.
- ٢٦ — القوانين الفقهية لابن جزی. فاس.
- ٢٧ — المغني لابن قدامه .
- ٢٨ — معين الحكام.
- ٢٩ — منتهى الايرادات في جمع المقتنع مع التنقيح والزيادات لابن النجار (تقي الدين محمد بن احمد الفتوحى الحنبلي المصرى) تحقيق عبد الغني عبد الخالق.
- ٣٠ — فلسفة القانون. جورج ديل فيكيو (الترجمة الفرنسية) دلويز ١٩٣٥).
- ٣١ — مختصر الفحاوى. Philosophie du droit - georges del Vecchio. (Dalloz).
- ٣٢ — شرح الاسبجبابي على مختصر الفحاوي (الشرح لابن نصر احمد بن منصور المظفري القاضي سفي سمرقند) من مخطوطة الاوقاف في الجمهورية العراقية.
- ٣٣ — كتاب الولاء والقضاء للكندى. بيروت ١٩٠٨.
- ٣٤ — احكام الصغار للاستروشنى تحقيق عبد الحميد عبد الخالق البيزلي. بغداد (على الرونيو).

- ٣٥ — ادب القاضي والقضاء للقيسي (أبو المهلب هيثم بن سليمان) تحقيق د. فرحات الدفراوي. الشركة التونسية للطبع.
- ٣٦ — الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع للشرييني الخطيب (الشيخ محمد) ط. الحلبي.
- ٣٧ — احياء علوم الدين للغزالي.
- ٣٨ — اقضية الرسول للقرطبي (عبدالله بن محمد).
- ٣٩ — اعلام الموقعين لابن القيم.
- ٤٠ — الحسبة في الاسلام محاضرة لمحمد كرد علي في الجزء التاسع عن مجلة المجمع العلمي العربي بدمشق ١٩٢١.
- ٤١ — القضاء في الاسلام محاضرة عارف النكدي في المجمع العلمي العربي ١٩٢١.
- ٤٢ — تاريخ القضاء في الاسلام لمحمود محمد عرموس ١٩٣٤.
- ٤٣ — المبادئ الاساسية للتنظيم القضائي للشاوي (توفيق).
- ٤٤ — فن القضاء تأليف ج. رانسون القاضي في محكمة السين ترجمة محمد رشدي.
- ٤٥ — فن القضاء حلم سينين.
- ٤٦ — مثل عليا في قضاء الاسلام لمحمود الباحي.
- ٤٧ — مقالة بعنوان نظرة للاسلام في صباح العيد (بالتركية) للاستاذ المساعد في كلية الاهليات بجامعة انقره الدكتور محمد آيدن جريدة مليت ١٩ اغسطس ١٩٨٠
Bayram Sabahinda Islama abir Bakis
- ٤٨ — نحن الاساتذة (بروفيسور لر) بالتركية. ايلهان آرسيل انقره ١٩٧٩.
- ٤٩ — قانون المرافعات المدنية (بالتركية) للاستاذ المساعد في كلية الحقوق بجامعة انقره الدكتور ايركون اونن.
Medeni yargilama Hukuku. Dr. Ergun Onen
- ٥٠ — قانون المرافعات المدنية للاستاذ الدكتور نجيب بلكه والاستاذ المساعد الدكتور ايركون اونن. انقره ١٩٧٨.
- Medoni yargilama Hubuku. Prof. Dr. Necip bilge ve Doc. Dr. Ergun Onen.
- ٥١ — المجلة العدلية وشروحها المعتبرة للاساتذة المرحومين على صدر وسليم رسم بازابو العلا ماردين (على المواد ١٧٨٤ وما بعدها).
- ٥٢ — القانون المقارن والناهج القانونية الكبرى المعاصرة للدكتور عبد السلام الترماني ١٩٤٠هـ — ١٩٨٠م.
- ٥٣ — تاريخ قضاة بغداد. الدكتور عبد الرزاق الانباري.