

محاضرات في علم القضاء

قسم التنظيم القضائي



د. عبدالعالي أحمد عطوه

الألوكة

www.alukah.net

المملكة العربية السعودية

جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية

الدراسات العليا

المعهد المالي للقضاء

محاضرات

علم القضاء في

قسم التنظيم القضائي

ألقاها على طلبة السنة الاولى بالمعهد

الدكتور / عبد المال عطوه

الاستاذ بالمعهد

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين
وامام العادلين ، وقدوة المقسطين ، سيدنا محمد النبي الامين ، الذى
جاء بآتم شريعة وأكمل دين ، وعلى آله واصحابه ومن تبعهم بخير واحسان
الى يوم الدين .

وبعد :

فان القضاء من أجل المناصب خطرا ، وأشرفها قدرا ، وأعظمها ذكرا
وقد جاء الاسلام بأصوله العامة ، وقواعده الكلية ، وكثير من أحكامه التفصيلية
واستنبط الفقهاء - بطرق الاستنباط المقررة شرعا - الاحكام الكثيرة فى
شتى نواحيه ، وسائر ضروبه وفروعه ، فتكون من مجموع ذلك للقضاء
نظام كامل ، يفوق ارقى نظام القضاء فى العصور الحديثة والقديمة دقة
وعدالة ، ووفاء بمصالح الامم والشعوب افرادا وجماعات .

وفى هذا الموجز من المحاضرات التى القيتها على ابنائى طلبة
الدراسات العليا بالسنة التمهيدية من المعهد العالى للقضاء ، الدليل
الناصح والبرهان القاطع ، على صدق ما أقول .

والله تعالى أسأل أن يوفقنا الى خدمة شريعته ، بعرضها العريض
اللائق بمكانتها ، وابراز كنوزها وذخائرها ، وان يوفق قادة الامم الاسلامية
وأولى الامر فيها الى جعلها المصدر الاساسى والوحيد لكل ما تحتاجه
الامة من قوانين ونظم لجميع مرافق حياتها ، دون غيرها من النظم والقوانين
الضعيفة حتى يكتب الله لهم النصر ويجعل لهم العزة ويمنحهم الهدوء
والامن والاستقرار . والله ولى التوفيق ، وهو حسبنا ونعم الوكيل .

تمهيد

فى حاجة الناس الى الشرائع وبخاصة تشريعات القضاء

لا بد للانسان من مجتمع يعيش فيه ، لا استحالة قيامه وحده بجميع مصالحه فتنشأ بينه وبين غيره من افراد المجتمع علاقات مختلفة ، وروابط متعددة تتشعب الى اسرية ، ومالية ، وسياسية ، وجنائية ، وغيرها ، ولا يمكن ان تترك هذه العلاقات من غير تنظيم ، والا سادت الفوضى ، وانها المجتمع ، واذن فلا بد لصالح المجتمع من تنظيم هذه العلاقات على وجه يحقق الخير للجميع ، فمن الذى يتولى هذا التنظيم ؟

لو ترك أمر التنظيم للأفراد لخضع لأهوائهم وشهواتهم ومصالحهم لكثرة المفريات التى تجعل الانسان أسير شهواته وهواه ، بحيث لا يستجيب الى نداء العقل الذى يدعو الى فعل الخير ، وبما ان أهواء الناس ومصالحهم مختلفة متباينة ، فسوف يؤدى ذلك الى التظالم وسفك الدماء ، ومن وراء ذلك انهيار المجتمع .

واذا لم يمكن ترك التنظيم للأفراد ، فلا بد لصالح المجتمع من وجود قوة أخرى تقوم بهذا التنظيم وقد جاءتهم هذه القوة من السماء رحمة بهم بأنزل الله الشرائع وأرسل بها رسله الى الناس لتمييز لهم الخير من الشر ، والخيير من الطيب ، وتبين لكل فرد ماله من الحقوق ، وما عليه من الواجبات ، تحقيقا للعدل والامن والاستقرار .

ولكن لا يكفى فى صلاح المجتمع ان توجد به شرائع تنظم علاقات الناس المختلفة ، وذلك لميل النفوس الى مخالفة الشرائع ، بسبب غلبة الأهواء عليها

- ٣ -

وإذن فلا بد أن توجد في المجتمع سلطة تقوم بحماية الحقوق والالتزام بالواجبات فلا يكفي أن توجب الشريعة على المقترض رد المال الذي اقترضه ، وإن تلزم الزوج بالانفاق على زوجته ، وإن تحرم السرقة ، بل يجب أن يوجد في المجتمع سلطة تقوم بالزام المقترض رد ما اقترضه ، والزام الزوج بالانفاق على زوجته وقطع يد السارق جزاء جرمه ، هذه السلطة هي سلطة القضاء ، فالقضاء هو السلطة التي تنشئها الدولة ، لتباشر وظيفتها حماية الحقوق والالتزام بالواجبات فهي التي تقرر للفرد حقوقه إذا انكرها الغير أو اعتدى عليها ، وتلزمه بأدائها إليه أو ضمانها ، فإن امتثل والا استخلصت منه الحقوق بالقوة وانزلت به العقاب الذي يستحقه .

ومع هذا فلا يكفي أن يوجد قضاة للقيام بهذه المهمة ، ثم تتألق لهم الحرية في تحقيقها والحكم فيها كما يشاؤون ، أو يأتلق للخصوم الحرية فيما يرون اتباعه من إجراءات التقاضي أو مراعاته من المواعيد ، لأن القضاء عمل دقيق وخطير ، فيجب أن يوضع للقاضي أحكام يسير عليها ويسترشد بها من بدء نظره في القضية إلى حين الفصل فيها ، لتعصمه من التحكم ، وتتأى به عن الخطأ ، كما يجب أن يوضع للخصوم إجراءات منضبطة وأحكام خاصة ترشد هم إلى كيفية التقاضي الصحيحه ، حتى يسيروا في طريق سليم يوصلهم إلى حقوقهم العادلة .

وإذن فلا بد للقضاء من قوانين وأحكام تنظم سيره ، وتحدد اختصاصاته وتبين طرق الالتجاء إليه ، والمارق التي يعتمد عليها في الحكم ، وقد جاءت الشريعة الإسلامية بهذه القوانين والأحكام ، وبالنظر في كتب الفقه في المذاهب المختلفة يمكننا تصنيف هذه الأحكام إلى خمسة أنواع : -

(١) احكام التنظيم القضائى : . . وهى الاحكام المتعلقة بترتيب درجات التقاضى (المحاكم) ، ودرجات القضاة وطبقاتهم ، وتمييزهم وعزلهم ، والشروط التى يجب ان تتوفر فيهم ، والاداب التى ينبغى ان يراعىونها ، وبيان حقوقهم وواجباتهم ، وسائر ما يتعلق بنظام القضاء .

(٢) احكام الاختصاص أو احكام الولاية القضائية . . وهى الاحكام التى تبين توزيع ولاية القضاء ، من حيث النوع ، او المقدار ، او الزمان ، او المكان او المذهب .

(٣) احكام التقاضى . . وهى الاحكام التى تتعلق بكيفية التقاضى مثل احكام الدعوى ، وما يجوز سماعه منها ، وما لا يجوز ، والجراءات والاوضاع التى يجب ان يتبعها الخصوم عند رفع خصومتهم الى القضاء ، وعند السير فيها أمام القضاء وكذلك الاجراءات والاحكام التى يجب على القضاة اتباعها اثناء سيرهم فى نثار القضية من بدايتها الى حين الفصل فيها بالحكم ، على خصومهم .

(٤) الاحكام المتعلقة بطرق القضاء او طرق الاثبات ، وهى الاحكام المتعلقة بالادلة المثبتة للدعوى والتى يبنى عليها القاضى حكمه من الشهادة والاقرار واليمين ، والنكول عنه ، والقرائن ، والخطوط ، وغيرها من أنواع البينات والحجج الشرعية .

(٥) الاحكام المتعلقة بحكم القاضى . . من حيث صيغته ، وصفته ، وتسجيله وتنفيذه ، ونحو ذلك .

هذا ويطلق بعض الفقهاء المحدثين لفظ " المرافعات " على هذه الازواع الخمسة من الاحكام ، فما مدلول هذا اللفظ ، وما مدى صحته

هذا الاطلاق ؟ للإجابة على هذا نقول : -

المرافعات جمع مرافعة ، وهى مصدر رافعه الى الحاكم او السلطان اذا شكا اليه ، فالمرافعات معناها لفة : الشكايات (١) سواء أكانت لسلطان ام وال ، ام قاض ، فهى أعم من المخاصمات القضائية لشمولها الشكوى الى السلطان ، او الوالى ، او رئيس العمل .

ومعناها فى عرف عامة الناس : الاقوال التى يبدى بها الخصوم أو وكلاؤهم فى مخاصماتهم امام القضاء ، سواء أكانت هذه الاقوال شفوية أو كتابية = وفى اصطلاح القانونيين هى : الاحكام المتعلقة بالتظلم القضائى والاختصاص ، والتقاضى ، وهى أنواع الاحكام الثلاثة الاولى من الاحكام التى ذكرناها آنفا ، وشمول المرافعات لهذه الانواع الثلاثة من الاحكام فيه شئ من التوسع والتساهل فى مدلول اللفظ ، اذ أن مدلول لفظ المرافعات اللغوى لا يسمح باطلاق لفظ المرافعات الا على الاحكام المتعلقة بكيفية التقاضى ، وهى المرافعات بالمعنى الاخص ، وهذا التساهل فى التعبير دعا بعض رجال (٢) قانون المرافعات الى اقتراح اسم اخر غير اسم المرافعات يشمل الانواع الثلاثة ، او قصر المرافعات على ما يختص بكيفية التقاضى ، لأن مدلول لفظ المرافعات ينطبق عليها فقط ، دون أحكام التنظيم القضائى وأحكام الاختصاص .

= اما فى اصطلاح فقهاء الشريعة الاسلامية : فان لفظ المرافعات

يندر استعماله فى لسان الفقهاء القدامى ، ولا نعرف ان احدا منهم قد

- (١) القاموس المحيط ج ٣ ص ٣٠ و اساس البلاغة للزمخشري ج ١ ص ٢٤٠ .
(٢) هو الاستاذ الدكتور احمد مسلم عميد كلية الحقوق الاسبق بجامعة عين شمس بالقاهرة واستاذ قانون المرافعات بها وقد سجل ذلك فى كتابه أصول المرافعات ص ٩ طبع دار الفكر العربى سنة ١٩٦٨ م .

أخذ هذا اللفظ عنواناً لكتاب أو باب من كتب وأبواب الفقه ، غير أن فريقاً^(١) من مدرسي الشريعة الإسلامية بمصر قد اصطالحوا في مطلع هذا القرن على إطلاق اسم المرافعات الشرعية على كتب : الدعوى ، والقضاء ، والشهادة ، والاقرار ، وما يتصل بهذه الأبواب ، أى أنهم أطلقوه على أنواع الأحكام الخمسة المتقدمة ، واشتهر هذا الاصطلاح في مصر حتى صار متداولاً بين العلماء ورجال القضاء الشرعى .

ومما لا شك فيه أن إطلاق اسم المرافعات على أنواع الأحكام الخمسة المتقدمة من جانب بعض أساتذة الشريعة ، قد جاء مجازة للقوانين الوضعية في تسمية أحد فروعها باسم قانون المرافعات ، إلا أن المرافعات في عرف هؤلاء الشرعيين أوسع بكثير مما تشمله قوانين المرافعات الوضعية ، رغم ما في مدلول لفظ المرافعات عند القانونيين من التوسع الذى بيناه آنفاً .

وبناءً على ذلك فإن إطلاق لفظ المرافعات من جانب بعض فقهاء الشريعة المحدثين على أنواع الأحكام الخمسة المذكورة ، إطلاق غير دقيق ، بسبب تجاوز مدلول لفظ المرافعات اللغوى إلى مدلول أوسع وأعم بدون مبرر .

لذلك أرى أن لفظ المرافعات يجب قصره على أحكام التقاضى فقط ، وأن اللفظ الذى ينبغى إطلاقه على الأنواع الخمسة هو لفظ أحكام القضاء ، وأنه يجب أن يفرد بعلم مستقل يسمى : علم القضاء لشموله جميع هذه المباحث ، وقد سبقنا إلى هذه التسمية ابن فرحون المالكي في كتابه " تبصرة الحكام " وتابعه عليها الطرابلسي في كتابه : " معين الحكام " .

(١) أول من أطلق ذلك الشيخ محمد زيد الأبياني بك استاذ الشريعة الإسلامية بمدرسة الحقوق أوائل القرن العشرين ، ثم تابعه بعد ذلك بعض الكتابين انظر: كفاية المتخصصين للشيخ محمد أحمد فح السنبورى ص ٥ .

أما فصل علم القضاء عن الفقه ، وجعله علما مستقلا فلا ضير فيه للامور الاتية :

(١) ان الفقهاء لم يستوعبوا جميع الاحكام المتعلقة بالقضاء في كتبهم الفقهية

فكانت الحاجة ماسة الى أفراده بعلم خاص تستكمل فيه مباحثه ، وهذا

ما حدا ببعض العلماء الى تصنيف كتب خاصة بالقضاء كابن فرحون ، ففى

" تهنئة الحكام " والطرابلسى فى : " معين الحكام " وابن الفرس فى

" الفواكه البدرية " وابن القيم فى " الطرق الحكمية " ، وابن الشحنة فى

" لسان الحكام " والعنيسى فى " أدب القاضى " والسمنانى فى

" روضة القضاة " و " طريق النجاة " ... وغيرهم .

(٢) ان كثيرا من احكام النظام القضائى ، واختصاص القضاة ، تقوم على قواعد

السياسة ، التى تعتمد على المصلحة فى كثير من احكامها ، والسياسة

الشرعية قد افردت بعلم خاص ، وكتب خاصة ، رغم كونها من الفقه ، فلتكن

مباحث القضاء من هذا القبيل .

(٣) ان مباحث القضاء لها اهمية كبرى فى الفقه الاسلامى ، لحاجة الناس

المستمرة الى التحاكم الى القضاء فى منازعاتهم وخصوماتهم التى لا تنقطع

ولهذه الاهمية ينبغى ان تفرد مباحث القضاء بعلم خاص مستقل ، كما افردت

مباحث كل من التوثيقات الشرعية والفرائض بعلم خاص مستقل ، مع انها من

مباحث علم الفقه لاهمية مباحث كل منهما .

وبناء على ما تقدم يمكننا القول بأن مباحث علم القضاء تتناول جميع الاحكام

التي تتصل بالقضاء وهى الانواع الخمسة التى تقدم ذكرها ، لكن يمكن ادماجها

فى ثلاثة انواع :

- ١ - أحكام التنظيم القضائي ، او نظام القضاء ، ويتناول النوعين الاول والثاني .
- ٢ - أحكام التقاضي ويتناول النوعين الثالث والخامس ، باعتبار ان الحكم هو الفاية المقصودة من التقاضي ، والاثر المترتب عليه ، فهو تابع للتقاضي بهذا المعنى .
- ٣ - طرق الاثبات او القضاء ويتناول النوع الرابع .

... +

الفصل الأول

فى القضاء

وفيه ثلاثة مباحث : المبحث الأول فى :

حقيقة القضاء وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول : فى التعريف بالقضاء

القضاء فى اللغة :

يطلق القضاء فى اللغة على معان متعددة منها :

١ - الحكم بمعنى الايجاب والالزام ، ومن وروده بهذا المعنى قوله تعالى :

(وقضى ربك الا تعبدوا الا اياه)^(١) . . . اى حكم بعبادته وحده وعدم

عبادة غيره على سبيل الالزام ، وانما اردنا من الحكم معنى الايجاب والالزام

لان الحكم يرد بمعنى آخر لسننا بصدده بيانه ، وهو سياسة الامة بتدبير

شئونها ، وتصريف أمورها على وجه يحقق لها المصلحة .

٢ - الفراغ والانتها ، ومنه قوله تعالى : " قضى الامر الذى فيه تستفتيان "^(٢) ،

أى فرغ وانتهى .

٣ - القتل والموت ومنه قوله تعالى : " فوكزه موسى فقضى عليه "^(٣) . . . أى اماته

وقتله .

٤ - الاداء ومنه قوله تعالى : " فاذا قضيتم مناسككم "^(٤) . . . اى اديتموها .

٥ - الانتهاء والا بلاغ ، ومنه قوله تعالى : " وقضينا اليه ذلك الامر "^(٥) اى بلغناه

ذلك وانهيئناه اليه .

(١) الاسراء - ٣٣ (٢) يوسف - ٤١ (٣) القصص - ١٥

(٤) البقرة - ٢٠٠ (٥) الحجر - ٦٦ .

٦ - الخلق والصنع ، ومنه قوله تعالى : (فَنَقْضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ)^(١)
أى خلقهن فى يومين .

٧ - بلوغ الشئ ونيله ، ومنه قوله تعالى : (قَلَمًا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَارَ زَوْجَانُكُهَا)^(٢)
أى نال منها حاجته وهذه المعانى كلها ترجع الى معنى واحد وهو اتمام
الشئ وكماله ، قولاً كان أو فعلاً ، وقد صرح بذلك ابن قتيبة ولا زهرى من
أئمة اللغة ، فيكون لفظ القضاء حينئذ من قبيل المشترك المعنوى .

وانسب هذه المعانى لموضوع بحثنا ، هو الحكم بمعنى الايجاب والالزام
لأن أصل الحكم فى اللغة المنع وهذا المعنى موجود فى القضاء لأن وظيفة القاضى
منع الناس من الظلم ، وحجز بعضهم عن بعض ، ومنع غير المحق من التعرض
لصاحب الحق ، ويؤيد ذلك ورود لفظ الحكم فى القرآن بمعنى القضاء ، كما فى
قوله تعالى : (وان احكم بينهم بما انزل الله)^(٣) ، وقوله تعالى : (ومن لم
يحكم بما انزل الله فأولئك هم الفاسقون)^(٤) ، وقوله تعالى (فلا وربك لا يؤمنون
حتى يحكموك فيما شجر بينهم)^(٥) ، فان الحكم فى الآيات الثلاثة معناه القضاء
ولذلك يسمى القاضى فى اصطلاح الفقهاء حاكماً .

....

القضاء فى اصطلاح الفقهاء :

لل قضاء فى اصطلاح الفقهاء تعريفات كثيرة ، تختلف باختلاف المذاهب ، بل
وباختلاف الفقهاء فى المذهب الواحد ، ولكنها مع ذلك تكاد تتفق فى المعنى
فقد عرفه المالكية بأنه الاخبار عن حكم شرعى على سبيل الالزام .^(٦)

- | | | |
|---|----------------|------------------|
| (١) فصلت ١٢ | (٢) الاحزاب ١٥ | (٣) المائدة ٤٩ . |
| (٤) المائدة ٤٧ | (٥) النساء ٦٥ | |
| (٦) تبصرة الحكام لابن فرحون - ج ١ ص ٧ . | | |

- * وعرفه الحنابلة بأنه تبين الحكم الشرعى ، والالزام به ، وفصل الخصومات^(١)
- * وعرفه الشافعية بأنه اظهر حكم الشرع فى الواقعة فمن يجب عليه امضاؤه^(٢)
- * وعرفه الحنفية بأنه قول ملزم يصدر عن ولاية عامة^(٣) .
- * وعرفه بعض الحنفية باعتبار الاثر المترتب عليه ، بأنه فصل الخصومات ، وقطاع
المشاروعات على وجه خاص^(٤) .

ونشرح بعض ما جاء فى هذه التعريفات فنقول :

١ - المراد بالاجماع تبين الحكم الذى جاء به الشرع واظهاره للخصوم بأى وسيلة من وسائل البيان ، وهى : القول والكتابة ، والاشارة ، وعلى ذلك فالنص على القول فى التعريف الرابع من باب التعبير بالغالب ، اذ الغالب أن يكون الحكم ينطق القاضى وقوله ، وبناء على ذلك اذا لم يتحقق البيان المذكور فلا قضاء .

٢ - الالزام بتنفيذ القول على الغير شاء أو أبى ، وهذا الالزام يستمد قوته فى الواقع ونفس الامر من خطاب الشارع ، أى من النصوص الشرعية ، ولا يستمد قوته من القاضى ، لأن القاضى شخص نصبه الشارع لتنفيذ هذا الالزام ، فالالزام من القاضى تنفيذ للالزام الثابت للحكم قبل القضاء ، بمقتضى السلطة التى خولها الشارع للقاضى ليقوم بهذا التنفيذ ، وليس الزاماً من قبله وهذا معنى ما يقوله بعض الفقهاء : ان الزام القاضى الزام فى الظاهر فقط ، فالقضاء على هذا : اخبار بالالزام الثابت للحكم الشرعى .

= لكن القرافي يرى ان القضاء انشاء الزام بحكم شرعى ، فيعرف القضاء

(١) منتهى الارادات ج ٣ ص ٤٥٩ .

(٢) منتهى المحتاج ج ٤ ص ٣٧٢ والذى يجب عليه الامضاء هو القاضى الملزم .

(٣) الاختيار ج ٢ ص ٨٢ . (٤) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٣٥٢

بأنه : انشاء الزام أو اطلاق بحكم شرعى ، فانشاء الالزام مثاله : حكم القاضى بلزوم الصداق ، أو النفقة ، أو الشفعة ، وانشاء الاطلاق مثاله حكم القاضى بزوال الملك عن الارض التى زال عنها الاحياء ، وهذا رأى غير صحيح ، فان القاضى ليس له ولاية انشاء الاحكام أو الالزام بها ، فان ذلك لصاحب الشرع خاصة ، ولذلك يقول الفقهاء ان حكم القاضى مظهر للحق وليس مثبتا له ، أى ليس منشئا له .

فالالزام الصادر من القاضى : الزام فى الظاهر ، أما حقيقة ما يقع منه فانما هو تنفيذ الالزام الثابت بكتاب الشارع .
لذلك يرى أن الصحيح هو أن القضاء اخبار لا انشاء ، والالزام هو الذى يميز القضاء عن الفتوى ، لأن الفتوى اخبار بحكم شرعى لا على سبيل الالزام ، فقيود الالزام يخرج الفتوى من دائرة القضاء .

٣ - الحكم الشرعى أو حكم الشرع : هو الحكم الذى يستند الى دليل شرعى من كتاب أو سنة أو اجماع ، أو قياس على أحدها ، ويدخل ويدخل فى ذلك حكم القاضى باجتهاده عند عدم وجود النص الصريح ، لأن اجتهاده يستند الى دليل أو قاعدة شرعية ، ولأن الاجماع قد انمقد على أن المجتهد يجب عليه أن يعمل بما يؤديه اليه اجتهاده ، لأن هذا هو حكم الشرع فى ظنه وتقديره .

وحكم الشرع أربعة أقسام :

حق الله تعالى المحض ، كحد الزنا وشرب الخمر ، وحق العبد المحض كثبوت الملك فى داره أو متاعه ، وما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب

كحد السرقة ، وما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب كالقصاص .

٤ - قطع المنازعات وفصل الخصومات وهذا ان ليسا من حقيقة القضاء ، وانما هما فائدة القضاء والفرض المقصود منه ، يترتبان عليه ولا يدخلان في حقيقته فاشتمال التعريفان الثانى والرابع عليهما من باب بيان الفرض ، أو الفائدة من حقيقة المعرف وهو القضاء ، وليس من أركانه الذاتية ، وكثيرا ما تشتمل التعريفات على قيود لا علاقة لها بحقيقة المعرف ، ويسمى التعريف حينئذ بالرسم - وتعام الكلام على ذلك محله علم المنطق .

المطلب الثاني

فى أركان القضاء

يذكر ابن عابدين^(١)، والطرابلسي^(٢)، وابن فرحون^(٣)، وغيرهم أن أركان القضاء ستة : -

١ - القاضي : ويسمى بالحاكم . . وهو كل من له سلطة الحكم بين الناس فى منازعاتهم وخصوماتهم ، فيعتبر الامام قاضيا ، بل هو رئيس القضاة لأن سلطة القضاء بيده حكما وتقليدا وعزلا ، ويعتبر المحكم قاضيا لأن الخصمين قد ولياه سلطة الحكم بينهما .

وقد اشتملت التعريفات الاربعة على هذا الركن بطريق الاقتضاء وذلك لأن الاخبار يقتضى مخبرا ، والتبيين يقتضى مبينا ، والاظهار يقتضى مظهرا والقول يقتضى قائلا ، وكل من هؤلاء الاربعة هو القاضي ، بل صرح التعريف الثالث به .

والقاضي ركن فى القضاء ، فاذا انتفى فى قضية ما فلا قضاء فلو اصاب صدر الحكم من ليس له سلطة الحكم بين الناس كوزير ، او مدير أو رئيس هيئة أو لجنة ، فان هذا الحكم لا يعتبر قضاء .

٢ - المقضى به : ويسمى بالمحكوم به ، وهو حكم الشرع الذى سبق بيانه فى شرح تعريفات القضاء وهو مصحح به فى التعريفات الثلاثة الاولى ، ومفهوم من التعريف الرابع ، لأن الالتزام لا يتحقق الا بحكم الشرع .

وحكم الشرع ركن فى القضاء ، فلو انتفى فى حكم ما فلا يعتبر هذا الحكم

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٣٥٣ .

(٢) معين الحكام ص ١٣ .

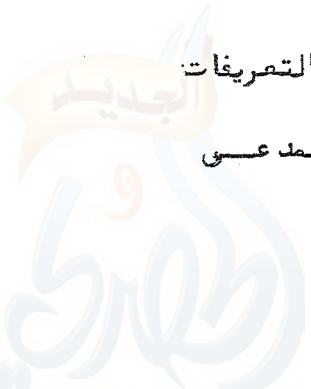
(٣) ميسرة الحكام ج ١ ص ٢٣ .

قضاء ، وعليه لو اخبر القاضي بحكم عقلى ، أو حسى ، أو لغوى أو تجريبي
او اصطلاحى ، فان ذلك لا يعتبر قضاء ، لانتفاء الحكم الشرعى ، ولو قضى
بقانون وضعى كحبس السارق أو الزانى ، دون قطع يده أو جلده أو رجمه
فان ذلك لا يعتبر قضاء أو يعتبر قضاء باطلا .

٣ - المقضى له : ويسمى بالمحكوم له ، وهو اما صاحب الشرع فى حقوق الله
تعالى المحضة ، او التى غلب فيها حقه ، واما العبد فى حقوقه المحضة
أو التى غلب فيها حقه ، ويسمى العبد بالمدعى ، والذى يمثل صاحب
الشرع هو الامام او المحتسب المفوض من قبل الامام او المحتسب المتبرع وهو
صاحب الشرع وفى دعوى عدم الانفاق على الحيوان المقضى له ليس هو
الحيوان وانما هو صاحب الشرع الذى يمثله المحتسب الذى أقام دعوى
الانفاق حسبة لله تعالى .

٤ - المقضى عليه : ويسمى بالمحكوم عليه أو المدعى عليه
وهو العبد دائما ان هو الذى يستوفى منه حق الشرع أو حق العبد ، وهو
اما متعين كالواحد المعين او الجماعة المعينة ، أو غير متعين كالقضاء على
كافة الناس ، وذلك كما فى القضاء بالحرية الاصلية لانسان فان ذلك قضاء
على كافة الناس ، حتى لا تسمع دعوى الرق فى حقه ، ويرى بعض الفقهاء ان
القضاء على الكافة مستحيل وسيأتى بيان ذلك .

وهذا الركن مفهوم اقتضاء من التعريفات فان الالتزام المصرح به فى التعريفات
يقتضى شخصا يقع عليه الالتزام ، وهذا الشخص هو المقضى عليه او المدعى
عليه .



٥ - المقضى فيه : ويسمى بالقضية وهى الواقعة أو الحادثة التى وقع فيها التخاصم والتنازع ورفع امرها الى القاضى ، كدعوى الزوجية أو البيع أو الارث والواقعة التى هى موضوع النزاع على الوجه السابق بيانه ركن فى القضاء فاذا لم توجد واقعة فلا قضاء لا استحالة ان يقع الحكم على غير محل أو محل لم يحصل بشأنه نزاع ، أو حصل بشأنه نزاع ولم ترفع الى القاضى .

وقد صرح بهذه ~~الركن~~ ~~فى التعريف الثالث~~ ~~والتعريف~~ ~~الشافعية~~ ~~ومفهوم~~ من بقية التعريفات .

٦ - طرق القضاء ، وهى الدعوى والبيئة وما يتعلق بهما ، ويعبر بالطرق المسمى وابن فرحون عن هذا الركن بكيفية القضاء ، بدلا من طرق القضاء .

وأبأ ما كان الامر فنحن لا نرى أن الدعوى والبيئة وما يتعلق بهما من كفيات التقاضى ، من أركان القضاء لعدم اعتبارهما من أجزاء حقيقته ، وانما هما شرعا ان فيه ، لتوقفه عليهما ، فعد هما ركننا من أركان القضاء لا يستقيم الا على رأى من يرى أن الركن هو ما يتوقف عليه الشئ أعم من أن يكون داخلا فى الماهية او خارجا عنها .

....

المطلب الثالث

في عمل القاضي

يتنوع عمل القاضي نوعين :

عمل أصلي أساسي . . . وعمل تبعي إضافي . .

العمل القضائي :

أما عمل القاضي الأصلي ، الذي يقوم به بحكم وظيفته الأساسية ، فهو تحقيق وقائع الدعوى ، والبحث عن حكمها الشرعي الذي ينطبق عليها ، . . والقضاء به ، وذلك لأن الغرض من القضاء قطع المنازعات وفصل الخصومات ولا يتحقق ذلك إلا بهذين الأمرين .

فإذا رفعت خصومة إلى القاضي ، فإن عمله ينحصر في تحقيق الوقائع المدعاة ، ثم البحث عن حكمها في الشرع وتطبيقه على تلك الوقائع ، وإصدار الحكم به ، وهذا هو ما يعرف بالعمل القضائي .

أما تحقيق وقائع الدعوى فإن القاضي المكلف ينظر القضية للفصل فيها لا يباشر تحقيق هذه الوقائع من تلقاء نفسه ، أي أنه لا يكلف بإثباتها أو نفيها وإنما يتولى الخصوم إثباتها أو نفيها بطرق الإثبات الشرعية ، ونصيب القاضي من التحقيق : التعرف على مدى صحة الإجراءات التي يتبعها الخصوم في تقديم الدعوى وإبداء الأدلة ، وإقامة الدفع ، وله أن يثبت منها أن استراب فيها بالتفريق بين الشهود وتزكياتهم ، وكل ما يوصله إلى تقييم وتقدير الأدلة والبيانات المقدمة من الخصوم إثباتاً أو نفياً ، فإذا عجز المدعى عن إثبات دعواه التي يدعيها ، أو كانت الأدلة التي قدمها غير كافية لإثبات الدعوى فليس على القاضي

ان يبحث عن طرق اخرى تثبت صحة هذه الدعوة ، ولا يلام القاضي على عدم بحثه عن الحقيقة بنفسه ، لان هذا غير واجب عليه ، (ولذلك يرى كثير من الفقهاء عدم جواز قضاء القاضي بعلمه ، ومن يرى منهم ذلك فانه لا يرى الزام القاضي بالقضاء وانما يترك له الحرية في ذلك) .

اما البحث عن حكم الوقائع في الشرع فهو واجب على القاضي ، ويتوصل القاضي الى الحكم اما بالاجتهاد ان كان مجتهدا ، او بالعثور على النص الفقهي في المذهب الذي الزم بالقضاء به ان كان مقلدا ، (فاذا وصل الى الحكم طبقه على وقائع الدعوى ، وصادر الحكم به فورا ولا يتأخر عن ذلك الا اذا كان هناك موجب للتأخير بان يطلب المدعى عليه الأمهال لوجود بينه على دفعه) . وهذا الواجب يقوم به القاضي من تلقاء نفسه ، وليس الخصوم مكلفين بالبحث عن حكم الشرع الذي ينطبق على قضيتهم ، كما انهم ليسوا مكلفين بارشاد القاضي الى هذا الحكم ، وان كان هم أو وكلاؤهم يقومون في الواقع بمساعدته في البحث ، ببيان وجهة نظرهم في تطبيق النص الفقهي المتضمن للحكم ، او في تفسيره وتعزيز ذلك بالبراهين والادلة .

وقد يحدث الا يجد القاضي نصا في موضوع الدعوى ، او يجد النص في الموضوع ، ولكنه يحتمل اكثر من معنى واكثر من تفسير .

ففي الحالة الاولى : يجتهد القاضي في استنباط الحكم اما بالقياس على موضوع آخر قد نص على حكمه ، ووجد بينه وبين موضوع القضية علة جامعة ، واما باستنباطه من نص ورد في غير موضوع القضية بطريق من طرق الدلالات المعتمدة ، واما بتطبيق العرف او القواعد العامة في الفقه ، او غير ذلك .

وفي الحالة الثانية ، يجتهد في ترجيح احد المعاني التي يحتملها النص ، بطريق من طرق الترجيح المعترف بها في الاصول والفقه ، . . فاذا

ترجح لديه احد هذه المعاني وكان منطبقا على الوقائع الثابتة في القضية حكم به .

وقد اصطلح القضاء الشرعي في مصر على تسمية القضية التي يصل القاضي

الى الحكم فيها بطريق من طرق هاتين الحالتين باسم : " القضية ذات المبدأ " وما تقدم يبين لنا أمران :

١ - ان القضاء وهو نطق القاضي بالحكم الشرعي الملزم هو المرحلة الأخيرة من عمل القاضي وان عمله ليس مقصورا على ذلك ، بل يسبقه عملان آخران يقوم بهما القاضي وهما :

* تحقيق الواقعة المتنازع فيها .

* والبحث عن الحكم الشرعي للواقعة .

٢ - ان القضاء يتوقف على طرق القضاء من الدعاوى والبيانات ، توقف المشروط على الشرط ، فهي شروط للقضاء وليست أركاناً له ، وقد اشرنا الى بعض ذلك عند الكلام على الأركان .

* * *

العمل الولائي :

اما عمل القاضي التبعي او الاضافي فهو اعمال اخرى اضيفت اليه بجانب عمله الاصيل الاساسي ، مثل : تزويج اليتامى ، ورعاية اموالهم ، ونصب الاوصياء عليهم ورعاية الاوقاف ، وصرف ريعها الى مستحقيها ، وتعيين النظار والولاة عليها وعزلهم ومحاسبتهم ، وتنفيذ الوصايا ، وتزويج من لا ولي لها ، ورعاية اموال الغائبين والمجانين والمعتوهين والمحجوز عليهم للسفه . . الى غير ذلك مما سيأتي الكلام عليه في الاختصاص النوعي للقضاء ، وتعرف هذه الاعمال بالاعمال الولائية للقاضي ، او الوظيفة الولائية للقاضي ، نسبة للولاية العامة الثابتة له ، كما تسمى ايضا القضاء الفعلي .

وهذه الأعمال تعتبر في الواقع أعمالاً إدارية ، كان يجب أن تقوم بها هيئات إدارية ، ولكن اسند القيام بها إلى القضاة ، لأنها تحتاج إلى قواسم عادلة ، ورعاية رشيدة وإدارة حكيمة ، بسبب قصور أربابها وعجزهم عن القيام بها ، وعدم وجود من يقوم بهذه الأعمال من أوليائهم ، والقضاة أقدر الناس على القيام بهذه الأعمال ، لأنه تتوفر فيهم صفات خاصة من العدالة والنزاهة ، والعلم بالشرعية والخبرة بتطبيقها ، وهذه الصفات تؤهلهم للقيام بهذه الأعمال التي تخرج عن معنى القضاء ، ولكنها تتصل بعملهم الأصلي وهو تحقيق العدالة ، ورعاية المصالح الخاصة .^(١)

(١) إن رعاية مصالح عدمي الأهلية ، والمعاجزين ، ومن ليس لهم ولي خاص وجعل هذه الرعاية من اختصاص أعلى سلطة في الدولة وهي القضاء ، مثل رافع من أمثلة التضامن الاجتماعي في الشريعة الإسلامية ، وهذا التضامن الذي وضعت أسسه وقواعد النصوص الشرعية الكثيرة مثل : قوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الأثم والعدوان) وقوله صلى الله عليه وسلم : (المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً) وقوله : (مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم) الحديث . . . ولقد أحسن فيها فقهاء الإسلام تطبيقها والاستنباط منها ، فأخرجوا للناس أحكاماً في التضامن والتكافل الاجتماعي لا نجد لها نظيراً في القوانين القديمة والحديثة رغم ما يتشددون به من قوانين ومبادئ وشماعات .

المبحث الثانيفي مشروعية القضاء ، وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول

في مشروعية القضاء

القضاء - تقليداً وتقليداً وحكما - مشروع بالكتاب والسنة والجماع والمعقول ..
أما الكتاب فأيات كثيرة منها قوله تعالى : " وأن احكم بينهم بما أنزل الله " (١).
 فهذا أمر بالحكم ، وهو باطلاقه يتناول الأنواع الثلاثة والأمر بالشئ يفيد مشروعيته .

وأما بالسنة . . فقد أثبت الرسول صلى الله عليه وسلم الأجر للقاضي سواء كان مصيباً أو مخطئاً ، بقوله فيما رواه الشيخان عن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر) (٢). وقد باشر النبي صلى الله عليه وسلم القضاء بنفسه كما يدل لذلك ما رواه الجماعة عن أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (إنما أنا بشر وأنكم تختصمون إلي) (٣) كما أمر أصحابه بالقضاء أمامه وأقرهم عليه ، يدل لذلك ما رواه سعيد في سنته عن عقبة بن عامر قال : جاء خصمان يختصمان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال لي : (اقض بينهما) قلت : أنت أولى بذلك ، فقال : (وإن كان) (٤) وقد عين الرسول صلى الله عليه وسلم القضاة وأرسلهم إلى البلاد المختلفة ، فقد بعث علياً إلى اليمن قاضياً ، وبعث

(١) المائدة - ٤٩ .

(٢) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٧٢ .

(٣) المنتقى مع نيل الأوطار ج ٨ ص ٢٣٢ .

(٤) المغنى ج ٩ ص ٣٥ .

معاداً ايضاً واليا وقاضياً ، واستخلف عتاب بن أسيد على مكة واليا وقاضياً وكل ذلك يدل على مشروعية القضاء تقليداً وتقليداً وحكماً .

وأما الاجماع فقد أجمع المسلمون من لدن عصر الصحابة حتى يومنا هذا على مشروعية القضاء تقليداً وتقليداً ، وحكماً .

وأما المعقول فلأنه يشتمل على المصالح الواردة في حكمة مشروعيته ، وكل ما كان كذلك فانه يعتبر مشروعاً في نظر الاسلام .

المطلب الثاني

في حكمة مشروعية القضاء

شرع الله تعالى القضاء لما فيه من مصالح كثيرة تحقق للمجتمع الامن والهدوء والطمأنينة ، وتوفر له الاستقرار والنظام ، وتتلخص هذه المصالح فيما يلي :-

- ١ - اقامة العدل بين الناس باعطاء كل ذي حق حقه .
- ٢ - نصرة المظلوم ، بايصال حقه اليه ، ورد الظالم عن ظلمه ، بالاخذ على يديه .

٣ - القضاء على النزاع والخصومات ، اما بالصلح بين الخصوم ، واما بالقضاء العادل الذي يحجز بعضهم عن بعض .

٤ - الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، فان القضاء العادل يعتبر من ابرز انواع الامر بالمعروف والنهي عن المنكر .

٥ - اخلاء المجتمع عن الفساد بالاخذ على ايدي المجرمين المفسدين (١) والحكم بالعقوبات الشرعية من الحدود والقصاص وتنفيذها .

(١) معين الحكام ص ٧ تبصرة الحكام ج ١ ص ١٣ .

ولا شك ان هذه مصالح عظيمة ، وفوائد جليلة لا يمكن ان يتحقق مجتمع
فاضل بدونها .

المطلب الثاني

في

فضل القيام بالعدل في القضاء

العدل في القضاء له فضل كبير ، وشرف عظيم ، ومكانة عالية ، ومنزلة سامية ،
ويدل لذلك ما يأتي :

- ١ - قوله تعالى : (انا انزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون
الذين اسلموا . . .)^(١) وقوله تعالى : (انا انزلنا اليك الكتاب بالحق
لتحكم بين الناس بما اراك الله . . .)^(٢) . فقد جعل الله تعالى الحكم
بين الناس بالعدل من مهام الانبياء والرسل ، ولا شرف افضل من هذا .
- ٢ - قوله تعالى : (وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط ان الله يحب المقسطين)^(٣)
فقد اخبر الله بحبه للحاكم العادل وحب الله للحاكم العادل مكانة
لا تعد لها مكانة .
- ٣ - قول الرسول صلى الله عليه وسلم فيما رواه الشيخان عن ابن مسعود :
(لا حسد الا في اثنتين : رجل آتاه الله مالا فسلطه على هلكته في
الحق ، ورجل آتاه الله الحكمة فهو يقضي بها ويعمل بها) فقد جعل
الرسول عليه الصلاة والسلام القضاء من النعم الجليلة ، حتى انه اباح
الحسد عليها بمعنى التمني بفعل مثلها .

(١) المائدة - ٤٤ .

(٢) النساء - ١٠٥ .

(٣) المائدة - ٤٢ .

٤ - قول الرسول صلى الله عليه وسلم فيما رواه الامام احمد عن عائشة رضى الله عنها : (السابقون الى ظل الله يوم القيامة : الذى اذا أعطوا الحق قبلوه ، واذا استئلوه بذلوه ، واذا حكموا بين الناس حكموا كحكمهم لا أنفسهم) فقد جعل الرسول صلى الله عليه وسلم الحكم بالعدل سبيلا للسبق الى ظل الله يوم القيامة ، وناهيك بهذا من فضل .

٥ - قول الرسول صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح : (سبعة يظلمهم الله في ظله يوم لا ظل الا ظله : امام عادل . . .) فبدأ بالامام الحادل في حكمه ، وهذا يدل على مكانة الحكم بالعدل بين الناس .

٦ - قول الرسول صلى الله عليه وسلم فيما رواه احمد ومسلم والنسائي عن عبد الله بن عمر : (ان المقسطين عند الله على منابر من نور يوم القيامة على يمين الرحمة - وكلتا يديه يمين - الذين يعدلون في حكمهم وأهليهم وما ولوا) وهذا يدل على ان الحكم بالعدل من افضل اعمال البر واعلى درجات الاجر .

٧ - قول الرسول صلى الله عليه وسلم فيما رواه ابن ماجه عن عبد الله بن ابي اوفى (ان الله مع القاضي ما لم يجز ، فاذا جار وكله الله الى نفسه) وفي رواية للترمذى : (ان الله مع القاضي ما لم يجز فاذا جار تخلى عنه ولزمه الشيطان) وقوله عليه الصلاة والسلام فيما رواه البيهقي عن ابن عباس (اذا جلس الحاكم في مكانه هبط عليه ملكان يسدانه ويوفقاته ويرشدانه ما لم يجز ، فاذا جار عرجا وتركاه) .

فقد جعل الله العدل في القضاء سبيلا لسداد القاضي ورشاده وتوفيقيه

وفي هذا فضل كبير .

كل هذه النصوص وغيرها مما لم نسقه تدل على فضل العدل في القضاء

ومكانته الرفيعة ، مما دفع ابن مسعود الى ان يقول : لان اقضى يوما ، احبب

(١)

الى من عبادة سبعين عاما ، ومراده القضاء بالحق .

المبحث الثالث

في حكم القضاء وصفته

وفيه ثلاثة مطالب :

يطلق الحكم ويراد به الأثر المترتب على الفعل ، كما في قول الفقهاء
حكم البيع الملك .. وحكم النكاح حل الاستمتاع .. والنفقة .. وثبوت التوارث
بين الزوجين ، ويطلق ويراد به صفة فعل المكلف من حيث الحل والحرمة ، كما
في قولهم : حكم الصلاة الوجوب ، وحكم الزنا الحرمة ، وحكم البيع الحل ، وحكم
صوم يوم عاشوراء الندب ويسمى الحكم حينئذ بالحكم التكليفي ، ويطلق ويراد به
صفة العقد أو التصرف من حيث الصحة والفساد ، والنفاذ واللزوم ، كما في
قولهم : حكم بيع المرايا الصحة ، وحكم الربا الفساد ، والبيع بشرط الخيار
موقوف على الاجازة . كما يطلق على جمع الشارع شيئا سببا لشيء آخر أو شرطا
له أو غلة له أو علامة عليه أو مانعانه ويسمى الحكم حينئذ بالحكم الوضعي .

والذي نريد أن نتحدث عنه هنا هو الحكم بمعنى صفة فعل المكلف من
حيث الوجوب والحرمة ، أي صفة تشريع القضاء أهو واجب ، أم مندوب ، أم مباح
وللاجابة على هذا السؤال نقول : أن تشريع القضاء تتنازعه ثلاثة أمور :

الاول : تفويضه من قبل ولي الامر واسناده الى من يقوم به ، ويسمى بالتقليد
أو التولية ، أو النصب أو التعيين .

الثاني : قبول من يسند اليه القيام به وهو القاضي ويسمى بالتقليد أو التولى .

الثالث : حكم القاضي ، وهو الفصل بين الناس في المنازعات .

ونتناول صفة هذه الأمور الثلاثة في ثلاثة مطالب :

المطلب الأول

في تقليد القضاة

نص الفقهاء على أن تقليد القضاة وتعيينهم واجب على الامام خارج المصر الذي يقيم به وذلك في البلدان التي تدخل في حكمه وسلطانه ، وكذلك في المصر الذي يقيم فيه ان تدر عليه الفصل في الخصومات التي تقع بين أهله ، بسبب كثرة السكان ، أو كثرة مشاغله الأخرى ، أو رأى أن يتفرغ لغير القضاء . واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول .

أما الكتاب : فقوله تعالى : " يا داود انا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق " ^(١) وقوله تعالى : " وأن احكم بينهم بما أنزل الله " ^(٢) ووجه الدلالة من ناحيتين : الأولى أن الأمر بالحكم مطلق يتناول الحكم بنفسه بدون واسطة ، والحكم بواسطة غيره عن طريق تقليد هم وبما أن الامر يفسد الوجوب ، فيكون تقليد القضاة واجبا ، الثانية أن الآية تأمر بالحكم بين جميع الناس ، ولا يتم ذلك الا بتقليد القضاة في البلدان المختلفة ، لاستحالة قضاء الرسول والائمة من بعده بين الناس جميعا ، فيكون تقليد القضاة واجبا من باب ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب .

وأما بالسنة : فقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قلد القضاة في المدينة وخارجها ، فقد استخلف عتاب بن أسيد على مكة واليا وقاضيا ، وأمر عقبة بن عامر وعمرو بن العاص بالقضاء بين يديه ، وأمر حذيفة بن اليمان بالقضاة في حظار - بعيد عن مجلس الرسول صلى الله عليه وسلم ، وأرسل عليا الى اليمن

(١) ص - ٢٦ .

(٢) المائدة - ٤٩ .

قاضيا ، كما ارسل معاذا الى اليمن واليا وقاضيا ، وكان اذا أسلم قوم أقام عليهم من يعلمهم شرائع الدين ويقضى بين المتنازعين ، وفعل الرسول صلى الله عليه وسلم المتكرر يدل على الوجوب .

وأما الاجماع : فقد قام الخلفاء الراشدون بتقليد القضاة في سائر انحاء الدولة الاسلامية فقد بعث أبو بكر أنسا الى البحرين قاضيا ، وولى عمر شريحا قضاء الكوفة ، وكعب بن سور قضاء البصرة ، وكتب الى أبي عبيدة ومعاذ يأمرهما بتولية القضاة بالشام ، وقلد عثمان شريحا القضاء ، وبعث على عبيد الله بن عباس الى البصرة قاضيا ، ولم ينكر عليهم أحد من سائر الصحابة ذلك بل كان الانكار على عدم التقليد فدل ذلك على وجوب تقليد القضاة في سائر انحاء الدولة الاسلامية .^(١)

وأما المعقول في وجهين : الاول : أن الناس يتعذر أو يتعسر عليهم الحضور الى الامام من أطراف البلاد المختلفة ليقضى بينهم ، فاذا لم يعين لهم الامام قضاة يفصلون في منازعاتهم ، فاما ان يتركوا التقاضي ، أو يحاول كل واحد أن يأخذ ما يعتقد أنه حقه بنفسه ، أو يحضروا الى الامام متحملين المشقة وكثرة النفقة ، وكل هذه أضرار كبيرة ، وعلى فرض حقورهم فلا يستطيع الامام القضاء بينهم بنفسه ، لكثرتهم ، واشتغاله بالمصالح الأخرى وترك القضاء بينهم ضرر كبير لما فيه من ترك حقوقهم ، او محاولة استخلاصها بأنفسهم وعلى فرض قضاء الامام بينهم فان ذلك يترتب عليه ترك النظر في المصالح الأخرى ، فتضيع الحقوق وتكثر المنازعات ، وتتمطل المصالح ، وكل هذا ضرر كبير ، ولا سبيل الى دفع هذه الأضرار الكثيرة الا بتقليد القضاة في جميع انحاء البلاد ، وبما أن

(١) أدب القاضي للماورى ج ١ ص ١١٧ - ١٣٦ .

دفع الضرر واجب ، فيكون تقليد القضاة واجبا ، يضاف الى هذا ان عدم تقليد القضاة يشجع أهل الفساد على ارتكاب الجرائم والمجاهرة بالمعاصي في المجتمع فيختل الأمن وتسود الفوضى ، ولا سبيل الى دفع ذلك الا بتقليد القضاة ، فيكون تقليد هم واجبا ، لما قلنا آنفا .

الثاني : ان فصل الخصومات بين الناس واجب على الامام ، ولا يتمكن من ذلك الا بتقليد القضاة ، فيكون تقليد هم واجبا ، بناء على قاعدة ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب .

هذا ويرى بعض فرق الخوارج أنه لا داعي الى نصب قاض ، ولا الى نصب امام ، لان الواجب على الناس التزام احكام دينهم ، واذا التزموا ذلك فلا حاجة الى نصب امام أو قاضي . لحجزمينهم أو يقطع منازعاتهم ، وهذا رأى باطل لمصادمته النصوص التي قد منها ، والواقع العملي من حياة الناس ، فان طباع البشر مجبولة على المظالم ومنع الحقوق ، ومفطورة على التنازع والتخاصم ، وقل من ينصف الناس من نفسه بالنزول على حكم الحق والعدل ، واذا كان الامر كذلك فلا بد من نصب الائمة والقضاة .

ومما يدل على بطلانه ايضا أن أصحاب هذا الرأي قد هجروه وهو في مهده عند ما أمروا عليهم عبد الله بن وهب الراسبي ، فهو رأى باطل لا يستند الى نظر علمي أو واقع عملي .

المطلب الثاني

في صفة تقلد القضاة

اذا تعين شخص ما للقضاء ، بأن لم يوجد غيره ممن يوثق به ، فان قبول القضاء فرض عين في حقه ، ويجبر على قبوله ولو بالضرب والحبس ، لان امتناعه عن القبول يترتب عليه ضياع الحقوق ، ووقوع التظالم ، وسفك الدماء ،

وانتهاك الأعراس، وهذه اضرار كبيرة وما أن دفع الضرر واجب، ولا سبيل النسي دفعه هنا الا بقبول منصب القضاء، لذا كان قبوله المنصب فرض عين عليه، كما في غسل الميت اذا تمين على شخص ما .

وقد نقل عن الامام احمد انه لا يفترض عليه القبول، فانه سئل هل يأثم القاضي اذا لم يوجد غيره؟ قال: لا يأثم، لكن أرجح الروايتين عنه أنه يتعين عليه القبول، ويحمل ما نقل عنه على من لم يمكنه القيام بالواجب بسبب ظلم السلطان أو غيره، والذي يدعو الى هذا الحمل ما نقل عن الامام احمد انه قال: لا بد للناس من حاكم، أتذهب حقوق الناس؟^(١)

اما اذا لم يتعين الشخص للقضاء، بأن وجد غيره ممن هو أهل له، فان قبوله يعتبر فرض كفاية، بمعنى أنه اذا قيل البعض القضاء سقط الاثم على الباقيين، فانا امتنعوا جميعا أثموا وأجبر الامام واحدا من الصالحين للقضاء على قبوله وان كان القبول فرض كفاية عند عدم التمين فما حكمه في هذه الحالة اذا عرض على شخص ما؟ في ذلك خمسة آراء:

- ١ - يلزمه القبول ان كان أفضل الموجودين .
- ٢ - يندب له القبول، سواء كان أفضلهم أو مماثلا لهم، وهذا ان الرأيان لفقهاء الشافعية^(٢).
- ٣ - يجوز له القبول، وهذا رأى جمهور الفقهاء وهو رواية عن الامام احمد .
- ٤ - لا يستحب له القبول، أى أن الأفضل عدم قبوله، وهذا ظاهر كلام الامام احمد .

(١) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٣٦ - ٣٧ .

(٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ٨، ٩، نيل الاطار ج ٨ ص ٢١٦ - ٢١٩ .

هـ - يندب له القبول إذا كان خاملاً لا يرجع إليه في الأحكام ، أما إذا كان مشهوراً في الناس بالعلم فالأولى له عدم القبول ، وهذا رأى عبد الله ابن حامد من فقهاء الحنابلة ، وهو رأى الشافعية ، إلا أنهم يزيدون على هذا أنه يندب له القبول أيضاً إذا كان ذا حاجة وفي القضاء رزق^(١) .

استدل أرباب المذاهب الثلاثة الأولى بالنصوص الكثيرة التي تدل على شرف القضاء وعلو مكانته ، وعظيم منزلته ، وفضل القيام بالعدل فيه التي ذكرنا بعضها في فضل القضاء في المبحث الثاني وهي واضحة الدلالة لأصحاب المذهب الثاني القائمين بالندب ، أما أصحاب المذهب الأول فيقولون : لما كان لأفضل الصالحين للقضاء مزية على غيره ، جعل كأنه قد تعين له هذا المنصب فيلزمه قبوله ، ويقول أرباب المذهب الثالث : إن الندب الذي تدل عليه هذه النصوص قد صرفه إلى الجواز ما في منصب القضاء من مخاطر الظلم ، والاندسان مأمور بأن يوثق لنفسه السلامة ، وفي البعد عنه إيثار للسلامة ويعتد عن المخاوف ، هذا بالإضافة إلى الأدلة التي تفيد التنفير من تولي القضاء وهي التي استدل بها أصحاب المذهب الرابع وهي :

أولاً : بما رواه الخمسة إلا النسائي عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (من جعل قاضياً بين الناس فقد ذبح بغير سكين) ففي تشبيهه تولي القضاء بالقتل مع شدة الألم تنفير شديد من قبول القضاء وتولييه .

ثانياً : بما رواه أحمد وابن ماجه عن ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (ما من حاكم يحكم بين الناس إلا حبس يوم القيامة ، وطك آخذ بققاه ، حتى يقفه على جهنم ، ثم يرفع رأسه إلى الله عز وجل ، فان قال : ألقه ، ألقاه في مهوى ، فهوى أربعين خريفاً ” وفي تصوير الحديث ما يلقاه القاضي يوم القيامة بهذه الصورة ترهيب من القضاء والحكم بين الناس .

(١) نيل الأوطار ج ٨ ص ٢١٦-٢١٩ ، المغنى ج ٩ ص ٣٧ .

ثالثا : بما رواه أحمد عن عائشة قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : " لتأتين على القاضي العدل يوم القيامة ساعة يتمنى أنه لم يقض بسين اثنين في ثمرة قط " وفي هذا الحديث من التنفير ما يفوق التنفير في سابقه ، لأنه اذا كان هذا موقف القاضي العدل فما بال القاضي الظالم ؟ .

رابعا : بأن كثيرا من السلف امتنعوا من تولي القضاء ، فقد أراد عثمان أن يولي ابن عمر القضاء ، فقال : لا أقضى بين رجلين ، فقال عثمان فان أباك كان قاضيا فقال : ان ابني لو أشكل عليه شيء سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولو أشكل على رسول الله صلى الله عليه وسلم شيء سألت جبريل ، واني لا أجد من أسأله ، فأعفاه عثمان ، وطلب الامام ابني حنيفة للقضاء فأبى حتى سجن وضرب وكذ لك عرض على الشافعي فأبى وغير هؤلاء كثير وكفى بهم قدوة ^(١) .

هذه أدلة القائلين بعدم استحباب قبول القضاء ، وان الافضل عدم القبول لمن عرض عليه .

وقد رد الجمهور عليهم بأن هذه الأحاديث وغيرها من أحاديث الترهيب والتخويف من تولي القضاء محمولة على أربعة أنواع من القضاة :

- ١ - قضاة الجور من العلماء .
- ٢ - الجهال الذين يدخلون أنفسهم في هذا المنصب من غير علم ، لان جهلهم يدفعهم الى الظلم باعطاء الحق الى من لا يستحق وسلب الحق ممن يستحق .
- ٣ - من علم من نفسه الضعف عن القيام بأعباء هذا المنصب ، ثم أقحم نفسه فيه .
- ٤ - ومن رأى نفسه أهلا لولاية هذا المنصب والعلماء لا يرونه أهلا لله

(١) المرجع السابق .

فأحاديث الوعيد والتهديد واردة في الظلمة والجهلة والضعفه والمغرورين من القضاة ، لا في العلماء العدول من القضاة الذين يتحرون العدل ويحكمون به .

والذى دفع الجمهور الى هذا الحمل : الادلة التى قدمناها فى الترغيب فى القضاء بالعدل ، فانها تتعارض مع أحاديث الترهيب ولا سبيل الى التوفيق بينهما الا بحمل أحاديث الترهيب على القضاء بالظلم ويوضح هذا الحمل أتم توضيح ما رواه ابن ماجه وأبو داود عن بريدة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " القضاة ثلاثة : واحد فى الجنة ، واثنان فى النار ، فأما الذى فى الجنة فرجل عرف الحق ف قضى به ، ورجل عرف الحق وجار فى الحكم فهو فى النار ، ورجل قضى للناس على جهل فهو فى النار ^(١) " . فالحديث صريح فى أن الوعيد محمول على الظلمة والجهلة من القضاة ، وأن المؤاخذة إنما هى على القضاء بالظلم لا بالعدل .

ومعنى هذا ان عموم لفظ القاضى فى الحديثين الاول والثانى مخصوص بالقضاة الظلمة والجهلة ودليل التخصيص أحاديث الترغيب فى القضاء بالعدل أما الحديث الثالث فلا يدل على مؤاخذة القاضى العدل وعقوبته ، وكل ما يدل عليه هو شدة حسابه فقط ، وهذا أمر يتميز به الحساب الأخرى - وأين شدة الحساب من العقاب ، وامتناع السلف الصالح عن قبول القضاء يعتبر آراء خاصة بهم ، ولا ضير فى ذلك عليهم مادام القضاء لم يتعين عليهم . ^(٢)

(١) نيل الأوطار ج ٨ ص ٢٢٠ .

(٢) حكى ابن رسلان فى شرح السنن عن ابي العباس احمد بن القاسم أنه قال : ليس فى حديث " من جعل على القضاء ... " ذم له وتغيير منه وإنما فيه ترغيب فيه لان القاضي لما اضطبر على مخالفة الا باعد والا قارب ولم تأخذه فى الله لسومة لائم ، وقاده ذلك الى مر الحق جعل دبيحا للحق وبلغ به حال الشهداء الذين لهم الجنة ، نيل الأوطار ج ٨ ص ٢١٨ ، تبصرة الحكام ج ١ ص ٩ ، المغنى ج ٩ ص ٣٦ .

واستدل أصحاب المذهب الخامس بأن القبول في هاتين الحالتين يترتب عليه مصلحة ، وهي انتشار العلم بالرجوع اليه والحصول على الرزق الذي يدفع به حاجته ، ولتحقيق هذه المصلحة يندب له القبول .

ويمد استعراض هذه الآراء ، وأدلتها ، وما ورد عليها من مناقشات ، يترجح لنا مذهب جمهور الفقهاء من جواز قبول القضاء عند عدم التمين له ، وخير ما يقال بصدده هذا : ان القبول رخصة والترك عزيمة .

ويتفرع من هذا المطلب الفرع التالي وهو :

طلب القضاء :-

- يرى الفقهاء أن حكم طلب القضاء ينقسم الى خمسة أقسام :
- ١ - واجب ، اذا تمين له ، بأن لم يوجد في البلد من يصلح للقضاء غيره ، أو وجد لكن تنعذر ولا يته لمرض أو غيبة أو نحوهما ، أو كان القضاء بيد من لا يحل بقاؤه فيه ولا سبيل الى عزله الا بطلب القضاء من أهله ، وهذا رأى جمهور الفقهاء ولا تأباه فروع مذهب الحنابلة .
 - ٢ - مستحب اذا كان الطالب عالما ، ولكنه خامل غير مشهور بالعلم ، وقصد بذلك اشتهاره بالعلم لينتفع الناس به .
 - ٣ - مباح اذا كان فقيرا وله عيال ويقصد به تحصيل الرزق المخصص للقضاة أو كان يقصد به دفع ضرر عن نفسه ، أو كان المباشر غير اهل للقضاء وأراد بالطلب اقامة العدل ومنع الظلم ، وعندى ان هذه الامور يستحب فيها الطلب لوجود ما يقتضى هذا الاستحباب .
 - ٤ - مكروه اذا قصد بالطلب تحصيل الجاه والاستعلاء على الناس ، ونذهب بعض الشافعية الى عدم الكراهة لأن طلب المنزلة مما أبين ليس بمكروه ، ويرى الامام احمد انه مكروه اذا لم يتعين له .

هـ - حرام اذا طلبه مع وجود مباشر أهل للقضاء وقصد بالطلب عزله ، أو كان الطالب جاهلا لا يحسن القضاء ، أو كان عالما فاسقا ، أو كان قصده بالطلب الانتقام من اعدائه ، أو قبول الرشوة من الخصوم ، وما أشبه ذلك^(١) هذا هو ما ذكره الفقهاء في حكم طلب القضاء ، ونسوق النصوص الواردة في هذا الموضوع فنقول :

ورد في طلب الامارة عانة ، والقضاء خاصة نصوص تفيد كراهية الطلب ، منها :
 ما رواه البخاري ومسلم عن ابي موسى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
 " انا والله لا نولى هذا العمل أحدا يسأله أو أحدا حرض عليه " وما رواه البخاري ومسلم عن عبد الرحمن بن سمرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الامارة ، فانك ان أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها ، وان أعطيتها عن مسألة وكلت اليها " .

وما رواه الخمسة الا النسائي عن أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه ينزل عليه ملك يسدده " .^(٢)

كما وردت بعض النصوص التي تفيد جواز الطلب ، فمن ذلك ما رواه أبو داود عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " من طلب قضاء المسلمين حتى يناله ثم غلب عدله جوره فله الجنة ، ومن غلب جوره عدله فله النار " وهذه النصوص قد تبدوا متعارضة ، ولذلك حمل بعض العلماء حديث

الجواز على ما اذا لم يوجد الا طالب القضاء ، ولكننا نرى ان هذا الحمل غير سليم ، لأنه اذا لم يوجد من يصلح للقضاء غير الطالب فانه يتعين عليه ، ويكاد

(١) تبصرة الحكام ج ١ ص ١١ ، معين الحكام ص ٩ ، ١٠ . الاحكام السلطانية للماوردي ص ٦٢ .

(٢) نيل الاوطار ج ٨ ص ٢١٤ .

(٣) المصدر نفسه .

الاجماع ينعقد على هذا احياء لحقوق الناس وقطعا للخصومات بينهم .

ونرى في التوفيق بين هذه النصوص أن أحاديث المنع محمولة على عدم
القادر عليه أو الذي يقصد من ورائه أمرا محرما ، وأحاديث الاباحة محمولة على
من يأخذ القضاء بحقه ، وهو المصالح له الذي يقصد القيام بالعدل ، ودليل
هذا الحمل ما أخرجه مسلم عن أبي ذر قال : قلت يا رسول الله ألا تستعملني ؟
قال : " انك ضعيف ، وانها أمانة ، وانها يوم القيامة خزي وندامة ، الا من أخذ
بحقها وأدى الذي عليه فيها " .

وما رواه الطبراني من حديث زيد بن ثابت ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال : " نعم الشيء " الا مارة لمن أخذها بحقها وحلها ، وبئس الشيء " الا مارة
لمن أخذها بغير حقها تكون عليه حسرة يوم القيامة ^(١) .
وعلى ذلك فان طلب القضاء يكون مباحا اذا قصد صاحبه بالطلب اقامة
العدل ويرتقى هذا الجواز الى الندب لو وجدت معه مصلحة تستدعيه ، من
الحاجة الى الرزق او الاشتهار بالعلم ، كما يرتقى أكثر الى الوجوب اذا تعين له ،
وواضح انه اذا لم يتحقق عند الطلب شيء من ذلك كله ، فاما أن يكون مكروها
او حراما على الوجه المتقدم .

هذا ويمكن ان يستدل على جواز طلب القضاء من الصالح له اذا كان
قصده اقامة العدل ودفع الظلم ، لقوله تعالى على لسان يوسف : " قال اجعلني
على خزائن الارض اني حفيظ عليم " ^(٢) . . . ووجه الدلالة أن الله تعالى حكى طلب
يوسف الولاية من غير أن ينكر عليه هذا الطلب وذلك يفيد الجواز ، لأن شرع

(١) نيل الاوطار ج ٨ ص ٢١٥ - ٢٢٠ .

(٢) يوسف - ٥٥ .

من قبلنا شرع لنا اذا قصه الله علينا من غير نكير ، ولا فرق بين ولاية القضاء وغيرها من الولايات .

وقد يقال انه كان متعينا لهذه الولاية ، لأنه لم يكن هناك من هو أصلح وأكفأ منه ، والایماع على أنه اذا تعين الشخص للولاية وجب عليه طلبها ، والجواب أنه لا يوجد دليل من النص على ذلك .

وقد يقال ايضا ان هناك فرقا بين القضاء وغيره من الولايات فان ولاية القضاء تتمتع بخطورة ومكانة لا توجد في غيرها من الولايات ، والجواب أن طلب يوسف الولاية معلل بالقدرة على القيام بأعباء هذا المنصب ، وهى هنا بالحفظ والعلم ، فهو قد طلبها بحقها ، واذا وجدت هذه العلة في طلب الولاية على القضاء وهى أهلية الطالب مع قصد العدل وجب ان يقال بالجواز قياسا عليه .

* * *

المطلب الثالث

في صفة حكم القاضي

القضاء بمعنى الحكم بين الناس لقطع المنازعات وفصل الخصومات بينهم فرض عين يجب على القاضي القيام به فورا متى كانت القضية صالحة للفصل بأن استكملت الأركان والشروط المطلوبة في الدعوى والبيانات ، والقضاء ولا يجوز للقاضي الامتناع عن الحكم أو تأخيره ، والا كان آثما مستحقا للعزل ويمنع من ارتكابه ما لا يجوز شرعا ، والدليل على ذلك قوله تعالى : (وأن احكم بينهم بما انزل الله)^(١) فهذا امر بالحكم ، وهو يفيد الوجوب والفورية ، وقد انفق

(١) المائدة - ٤٩ .

الاجماع على وجوب المبادرة بفعل ما فيه مصلحة ، والقضاء ينتظم المصالح التي نكرناها في حكمة مشروعيته ، فوجب فعله فوراً .

لكن الفقهاء استثنوا من ذلك الحالات الآتية حيث قالوا يجوز للقاضي ان يؤخر الحكم فيها ، وهذه الحالات هي :

١ - رجاء الصلح بين المتخاصمين ، سواءً أكانوا اقارب أم اجنب ويتأكد

ذلك اذا كانوا اقارب - لقول عمر رضى الله عنه " ردوا الخصوم حتى يصطلحوا ، فان القضاء يورث الضغينة " ^(١) . ولكن لا يؤخر للقاضي ذلك ولو اعترف المدعى عليه بالحق ، لان الصلح مع الاقرار متفق عليه بين الفقهاء والخلاف بينهم في تسميته ، هل يسمى صلحا أو معاوضة ؟ وله أحكام تخصه يراعيها القاضي عند الصلح في هذه الحالة ^(٢) . هذا ، وانما لم يطمع القاضي في الصلح فانه ينفذ القضاء .

٢ - حصول ريبة في الشهود ، فله ان يؤجل الحكم حتى يثبت بالتركيبة والاطلاع على حال الشهود .

٣ - استمهال المدعى حتى يحضر البينة ، او استمهال المدعى عليه حتى يحضر بينته على الدفع ، فيجب على القاضي ان يجيبهما الى طلبهما ولا يعجل بالحكم .

٤ - عدم اعتماد القاضي فتوى فقهاء اهل مصره ، فله عندئذ تأخير الحكم حتى يبعث الفتوى الى مصر اخرى . . . وعندى ان القضية عند حصول ريبة في الشهود ، او عند استمهال المدعى او المدعى عليه ليست صالحة للفصل ، لانها لم تستكمل مقوماتها ، من الشروط التي لا بد منها ، وبناءً على ذلك لا تعتبر الحالتان الثانية والثالثة من الحالات المستثناة من القاعدة العامة ، وهى عدم جواز تأخير الحكم .

(١) المبسوط ج ١٦ ص ١١٠ . (٢) المغنى ج ٤ ص ٥٣٤ طبع الرياض .

الفصل الثاني

في

القاضي

وفيه عدة مباحث :

المبحث الأول

في شروط القاضي

اشترط الفقهاء في القاضي شروطا بعضها مجمع عليه ، وبعضها مختلف

فيه ونتكلم عليها في مطلبين :-

المطلب الاول

في الشروط المجمع عليها

الشرط الاول : البلوغ :

يشترط في صحة تقليد القاضي ان يكون بالغا ، فلا يصح تولية الصبي

القضاء واسناده اليه ولو كان مميّزا مشتهرا بالفطنة والذكاء ، وهذا باجماع^(١)

(١) من الطريف ان نشير هنا الى ما ذكره الشيخ عميرة في حاشيته على شرح الجلال

المحلي للمنهاج ، من أنه لما ولي المقتدر بالله العباسي الخلافة سنة ٢٩٥

وكانت سنة ثلاث عشرة سنة ، ألف الصولي كتابا احتج فيه على صحة ولاية الصغير

بأن الله تعالى نبأ يحيى بن زكريا وهو صبي ، وان النبي استعمل الصبيان في

امور (حاشية عميرة ج ٤ ص ١٧٣) .

ونقول : ان هذا لا يؤثر على اجماع المذكور في شيء ، لان الصولي ليس فقيها ،

ولأن ما استدله لا تقوم به حجة ، لأن نبوة يحيى في سن الثانيه أو الثالثه أو

السابعة على اختلاف الروايات - كانت خاصة بيحيى - والله اعلم حيث يجعل

رسالته - ان معظم الرسل لم يرسلوا قبل الاربعين (تفسير الالوسي ج ١

ص ٦٧) والثابت خصوصية لا يصح القياس عليه ، على ان الحكم في الآية قد فسرا ايضا

بالحكمة ، وبالعبادة ، وبالعقل ، اما استعمال النبي صلى الله عليه وسلم

للصبيان ، فلم يثبت انه استعمل احدا منهم في الولايات الخاصة او العامة ==

الفقهاء وسندهم في ذلك ما يأتي :

- ١ - مارواه الامام احمد بسنده عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : (تعوذوا بالله من رأس السبعين ، وامارة الصبيان ^(١)) ، فقد امر الرسول عليه الصلاة والسلام بالتعوذ من امارة الصبيان ، والتعوذ لا يكون الا من شرفتكون توليتهم اقامة للشر ونصبا له ، وهو لا يجوز .
- ٢ - أن القضاء يحتاج الى الفطنة ، وكمال الرأي ، وتام العقل ، وهذا غير متوفر في الصبي ، فلا يجوز توليته .
- ٣ - أنه لا ولاية له على نفسه ، فلا تكون له ولاية على غيره بالقضاء ونحوه من باب أولى .
- ٤ - ان تولية الامام مقيدة بالنظر والمصلحة ، ولا مصلحة في تقليد الصبي فلا يجوز تقليده .

ولا يشترط في القاضي سن معينة فضلا عن أن يكون القاضي طاعنا في السن بل المدار على اجتماع الشروط المعبرة في ولايته بعد بلوغه ، فمتى توفرت هذه الشروط بعد البلوغ في شخص صح تقليده القضاء ولو كان حديث السن ،

== اما امامة عمرو بن سلمة لقومه وهو ابن ست سنين او سبع ، فلأنه كان أقرأ قومه للقرآن حين أسلموا ، وقد قال الرسول عليه الصلاة والسلام ، لو فد قومه حين أسلموا (وليوئكم اكثركم قرآنا) وقد ثبت ان عمرا لم يأمره الرسول بشيء ، فلا حجة في هذا ايضا ، ومن ثم قال الزركشي تعليقا على ما قاله الصولي : انه خرق للاجماع (انظر السنن الكبرى للبيهقي ج ٣ ص ٩١) .

(١) نيل الاوطار ج ٨ ص ٢١٩ - ٢٢٢ ، وهذا الحديث من دلائل نبوته صلى الله عليه وسلم فقد ظهر في عشر السبعين كثير من الفتن كمقتل الحسين ، ووقعة الحرة وغيرها .

وقد روى ان المأمون قلد يحيى بن اكثم قضاء البصرة ، - وكان ابن ثمانى عشرة سنة (١) - فطعن بعض الناس في ولايته ، لحدائث سنه ، فأراد أن يريهم حسن اختياره ، فكتب اليه المأمون يقول : كم سن القاضي ؟ فكتب اليه يحيى يقول : انا على سن عتاب بن اسيد ، حين ولاه الرسول صلى الله عليه وسلم على مكة . لكن يحسن ان يكون القاضي متقدما في السن بعض الشيء ، ليكون ذلك ادعى لوقاره وهيئته من ناحية ، ولتمرسه بالعلم والعمل القضائي من ناحية اخرى .

وعلى ذلك لو رأى ولى الامر ان يحدد سنا معينة لتقليد القضاء ، صح ذلك من باب السياسة الشرعية ، لاعتماده على المصلحة التى أشرنا اليها ، وقد جاء ذلك التحديد في الفقرة هـ من المادة (٣٧) من نظام القضاء ، حيث نصت على انه لا يقل سن قاضى التمييز عن اربعين سنة وعن عشرين سنة فى درجات السلك القضائي الأخرى .

الشرط الثاني - العقل :

يشترط في صحة تقليد القاضي ان يكون عاقلا ، ولا يقصد بالعقل القدر الذى يتحقق به التكاليف ، وهو مجرد الادراك ، فان هذا لا يكتفى به فى القاضي ، وانما يقصد بالعقل الفطنة التى يتوصل بها القاضي الى ايضاح المشكلات ، وفصل المعضلات .

(١) هذه رواية شذرات الذهب ، وبناء عليها فلا يكون الجواب مطابقا ، لان سن عتاب عند ولايته كان احدى وعشرين سنة او ثلاثا وعشرين سنة كما جاء في وفيات الاعيان وفيه ان سن يحيى عند التولية كانت عشرين سنة وعليها يكون الجواب قريبا من الحقيقة (شذرات الذهب ج ٢ ص ١٠١) ، وفيات الاعيان ج ٢ ص ٢١٨) .

وبناءً على ذلك : لا يصح تقليد المجنون ، والمعتوه ، ومختل العقل بأى سبب كان ، وكذلك لا يصح تقليد السانج الذى يخدع في تصرفاته - وهو المصروف بالمغفل في اصطلاح فقهاء الحنفية - لأن تقليد هم يترتب عليه الاخلال بالمصلحة المقصودة من القضاء ، فلا يجوز تقليد هم .

ومقدار الفطنة لا حد له عند جماهير الفقهاء ، لكن قال بعض فقهاء المالكية والحنفية يندب الا يكون القاضى زائدا في الفطنة والدهاء عن عامة الناس ، خشية أن يحمله ذلك على الحكم بين الناس بالفراصة ، وترك قانون الشريعة من البينة واليمين .

وعندى أنه يندب ذلك ، لما فيه من سرعة الوصول الى الحق ، ويؤيد ذلك سرعة تولية عمر بن الخطاب رضى الله عنه كعب بن سور القضاء ، عندما ظهرت له زيادة فطنة .

أما الخشية من الحكم بالفراصة وترك قانون الشريعة ، فانه لا محل لها ، لان الفرض تحقق العدالة في القاضى ، وعدالة القاضى تمنعه من ترك قانون الشريعة والحكم بغيره .

الشرط الثالث - الحرية :

الحرية شرط في صحة تقليد القاضى ، وعليه فلا يصح تقليد العبد ، لان القضاء من باب الولاية ، والعبد لا ولاية له على نفسه ، فلا تكون له ولاية على غيره ، ولأنه لم يجز ان يكون شاهدا فأولى الا يكون قاضيا^(١) . ولانه لا يجد وقتا للقضاء ، لاشتغاله بخدمة سيده ، فلا تتحقق المصلحة بتوليته ، ولان الاحرار

(١) هذا الدليل لا يستقيم من القائلين بان العبد تقبل شهادته ، ويكفى لهم الدليل الاول .

يستنكفون - عادة - من ولاية العبد عليهم ، فتسقط هيبتهم وذلك يخل بالقضاء فلا يجوز تقليد هم لذلك .

ويستوى في هذا كامل الرق ، وصعق البعض والمدير ، والمكاتب ، وهذا الشرط مجمع عليه بين الفقهاء لكن يذكر الماوردي ان البعض يرى صحة تقليد العبد محتجا بقول عمر رضي الله عنه : لو كان سالم مولى ابي حذيفة حيا لما خالجنى شك في توليته ، وما جعلتها شورى ، ولانه تجوز فتياه وروايته ، فيجوز قضاؤه وقد رد الماوردي ذلك بأن سالما كان مولى عتاقة ولم يكن باقيا في الرق ، ومثل هذا يجوز تقليده أو ان عمر قال ذلك على وجه المبالغة في مدح سالم ، بدليل ان الاجماع على عدم جواز تولية العبد اماما على الامة ، فلا يجوز ان يشير بها اليه ، وبأن القياس على الفتيا والرواية قياس مع الفارق لوجود الالتزام في القضاء وعدمه في الفتيا والرواية ، فبطل ما احتج به هذا البعض ، فضلا عن عدم معرفته .^(١)

الشرط الرابع - الاسلام :

وهذا الشرط بالنسبة للقضاء بين المسلمين ، وبناء عليه فلا يصح تقليد الكافر القضاء بين المسلمين ، لأن القضاء من باب الولاية ، ولا ولاية للكافر على المسلم لقوله تعالى : (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا)^(٢) أى مشروعا ، او هو خبر لفظا ، انشاء معنى ، أى انه نفى قصد به النهي ، وهذا الحكم مجمع عليه بين الفقهاء أما بالنسبة لغير المسلمين فقد ذهب جمهور

(١) ادب القاضى للماوردي ج ١ ص ٦٢٩ طبع بغداد .

(٢) النساء - ١٤١ .

الفقهاء الى اشتراط الاسلام فيمن يقضى بينهم ، وبناء على ذلك لا يصح تقليد الكافر القضاء بين اهل دينه وملكه وذهب الحنفية^(١) الى جواز ذلك ، واستدلوا بما يأتي :

١ - قول الله تعالى : (لا تتخذوا اليهود والنصارى اولياء ، بعضهم اولياء بعض) فقد اثبتت الآية ولاية بعضهم على بعض فيتناول ذلك ولا يــــــســــة بعضهم القضاء على بعض .

٢ - انه يجوز شهادة الذمي على مثله ، فيجوز قضاء الذمي على مثله ، لان اهلية القضاء تتبع اهلية الشهادة .

٣ - ان الصرف في البلاد الاسلامية من فجر التاريخ الاسلامي قد جرى على تعيين قضاة من اهل الذمة ليحكموا بينهم .

واستدل الجمهور بما يأتي :

١ - قول الله تعالى : (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون)^(٣) وتقليد هم القضاء يفرض الى نفوذ الاحكام وهو ينفي الصغار ، فلا يجــــوز .

(١) للحنفية رواية اخرى ، وهي انه يصح تقلبده ، لكنه لا يصح حكمه بــــين المسلمين فلو حكم كان حكمه باطلا ، ووجهة هذه الرواية : ان الكافر اهل للقضاء في الجملة ، لصحة توليته القضاء بين غير المسلمين - كما يرى ذلك الحنفية - وبناء على هذه الرواية لو قلد الكافر القضاء ثم أسلم ، لا يحتاج الى تقليد جديد ، وان القاضي المسلم لو ارتد - والعيان بالله - لا ينعزل ، وأنه لو أسلم بعد ذلك لا يحتاج الى تقليد جديد (الدر المختار وحاشية ابن عابد بن جـ ه ص ٣٥٤ - طبع الحلبي) . ونرى ان وجه هذه الرواية غير سليم ، لان اهليته للقضاء بين اهل دينه وملكه - على فرض ثبوتها - لا تجعله اهلا للقضاء بين المسلمين ، لان كفره يمنع ولا يــــتــــه على المسلم بأى نوع من انواع الولاية .

(٢) المائدة - ٥١ .

(٣) - ٢٩ .

- ٢ - ما أخرجه الدارقطني في سننه ، والطبراني في الاوسط ، والبيهقي في الدلائل ، ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : (الا سلام يعملو ولا يعلى عليه)^(١) فضع هذا الخبر من أن يكون في الاسلام ولاية لغير مسلم .
- ٣ - ان الفاسق المسلم احسن حالا من الكافر ، لجريان احكام الاسلام عليه فلما منع الفاسق من ولاية القضاء كان أولى ان يمنع منه الكافر^(٢) .

وقد ردوا على ادلة الحنفية بان الاية محمولة على الموالاة دون الولاية ، وبأن العرف الجارى بتقليد هم انما هو تقليد زعامة ورياسة ، لا تقليد حكم وقضاء ، بدليل انهم اذا امتنعوا من تحاكمهم اليه لم يجبروا عليه وعليهم التحاكم الى قضاة المسلمين ان احبوا ، وبدليل ان الامام لا يلزمه حكم القاضى الكافر فيما حكم به ، أما لزوم حكمه اهل دينه فلانهم التزموه بالتحاكم اليه ، لا لزامهم به من جهة تقليد القاضى عليهم^(٣) . ونحن نرى رجحان مذهب الحنفية لعدة امور :

- ١ - ان العرف الذى اعتمد عليه الحنفية يستند الى دليل شرعى ، وهو ان عمرو بن العاص حينما فتح مصر ولى قضاة من الاقباط ليفصلوا بين اهل ديانتهم ، وان عمر بن الخطاب حين لفه ذلك اقراه ، ولا يعلم لهما مخالف من الصحابة ، وهذا هو أصل القضاء الملى في البلاد المصرية .
- ٢ - ان المفهوم من كلام فقهاء الحنفية انهم يرون ان تولية قاص من اهل الذمة ليحكم بينهم نوع من تسامح المسلمين مع اهل الذمة ، وهو مبدأ أقراه الاسلام ، فلا ينبغي ان يفهم من هذه التولية اكثر من هذا فلا يفهم منها ان هذه التولية واجبة على ولى الامر المسلم ، لأن الاصل العام

(١) ادب القاضى للماوردى ج ١ ص ٦٣٢ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) المصدر السابق .

المقرر في الشريعة هو أن كل ولاية عامة في بلاد الاسلام تسند السي المسلمين ، لا الى غيرهم ، كما لا يفهم منها ان اهل الذمة مجبرون على التحاكم الى قاضيهم ، لان لهم الحق في التحاكم الى قضاة المسلمين .

٣ - انه ليس في هذه التولية ما ينفي الصغار عنهم ، لانها لا تشمل المسلمين وانما هي قاصرة على اهل الذمة ، فالصغار لا زم لهم لكفرهم وادائهم الجزية ، كما انه ليس في هذه التولية علو على الاسلام وأهله لان العلو على الاسلام لا يتحقق الا بشمول التولية الحكم بين المسلمين ، وهي لا تشمل ذلك ، بل هي قاصرة على اهل الذمة .

رأى د خيل :

رأى بعض الكاتبيين المحدثين في موضوع القضاء في الاسلام ان تقليد غير المسلم القضاء بين المسلمين صحيح فيما عدا الاحوال الشخصية ، وان قضاء بينهم جائز فيما عدا الاحوال الشخصية ، وحاول اثبات ذلك بشيء من التحمل والتكلف ، فجاء بشبه نسوقها ، ثم نرد عليها فيما يلي :

- ١ - ان بعض الائمة قال بقبول شهادة غير المسلم على المسلم ، فمن ذلك :
أ- ان الحنابلة ، والظاهرية ، والامامية ، وشريحا ، والنخعي ، والاوزاعي ، وابن مسعود ، وأبا موسى يقولون بقبول شهادة غير المسلم في وصية المسلم حال السفر ، للضرورة ، لقوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم او آخران من غيركم ان أنتم ضربتم في الارض . . .) (١) .

والمراد من غيركم : من غير دينكم ، فأجزت الآية شهادة غير المسلم على المسلم اذا اوصى في حال السفر ولم يوجد غيره .

ب - وأنه قد روى عن الامام احمد القول بجواز شهادة غير المسلم على المسلم في الارث في حال السفر .

ج - وأنه قد روى عن مالك القول بجواز شهادة طبييين كافرين على المسلم حيث لا يوجد طبيب مسلم .

د - وان ابن تيمية يقول : ان تعليل قبول شهادة غير المسلم على المسلم في الوصية حال السفر بالضرورة يقتضى جواز هذه الشهادة في كل ضرورة حضرا او سفرا ، وصية او غيرها لدلالة النص على ما يساوى الوصية من الحوادث .

ثم خلاص الكاتب من نقل هذه النصوص الى القول بأنه مادام غير المسلم اهلا للشهادة على المسلم فيكون اهلا للقضاء عليه ، لأن اهلية القضاء بأهلية الشهادة .

٢ - ان قوله تعالى : (وأشهدوا اذا تباعتم ^(١)) وقوله تعالى : (فان اذ دفعتم اليهم اموالهم فأشهدوا ^(٢)) عليهم) . قد جاء مطلقا عن اشتراط الاسلام ، فيكون غير المسلم اهلا للشهادة على المسلم ومن ثم يكون اهلا للقضاء عليه ، لأن اهلية القضاء بأهلية الشهادة ^(٣) .

الرد على هذه الشبهة :

نجل الرد على هاتين الشبهتين بما يأتي :

١ - ان القول بأن الامام احمد يرى جواز شهادة غير المسلم على المسلم في

(١) البقرة - ٢٨٢ .

(٢) النساء - ٦ .

(٣) القضاء في الاسلام لمحمد سلام مدكور استاذ الشريعة الاسلامية بكلية

الحقوق بجامعة القاهرة ص ٣٨ - ٤٠ .

الميراث لا وجود له في الكتب المعتمدة في مذهب الحنابلة ، وفي ذلك يقول ابن قدامة : (مذهب أبي عبد الله أن شهادة أهل الكتاب لا تقبل في شيء على مسلم ولا كافر إلا في الوصية في السفر إذا لم يكن غيرهم ، ورواه عنه نحو من عشرين نفساً ^(١)) .

وهذا القول يوهن من قيمة هذه الرواية التي لم ينسبها إلى الإمام أحمد إلا ابن القيم في الطرق الحكمية وادعى أنها رواية ثانية وعلى فرض صحتها فهي محمولة على حال الضرورة التي قضت بقبول الشهادة في الوصية .

٢ - أن القائلين بجواز شهادة غير المسلم على المسلم - ما بين مضيق وموسع - قد قصروها على حالة الضرورة ، وهي حالة عدم وجود المسلمين ، فإذا لم تتحقق الضرورة المذكورة فلا تقبل هذه الشهادة ، وأن فاقصى ما يفيد هذا الدليل - على فرض افادته وانتاجه - هو جواز تولية غير المسلم القضاء عند ضرورة عدم وجود المسلمين فقط ، دون حالة الاختيار .

٣ - أن جمهور الفقهاء ومنهم مالك والشافعي وأبو حنيفة لا يرون أن المراد من غيركم من غير دينكم ، بل يرون أن المراد : من غير عشيرتكم وقبيلتكم أو تحمل الشهادة في الآية على التحمل ، أو الأيمان ، أو أن الآية منسوخة ^(٢) فالمراد من الآية مختلف فيه بين العلماء ، ومن المقرر أنه لا يحتج بفهم على فهم آخر .

٤ - أن الشهادة التي وردت مطلقة في آية التبائع ، وفي دفع مال اليتيم إليه ، مقيدة بالدالة على اشتراط اسلام الشهود وعدالتهم في الشهادة

(١) المفنى والشرح الكبير ج ١٢ ص ٥٣ .

(٢) الجامع لأحكام القرآن - ج ٨ ص ٣٤٩ .

على المسلمين من مثل قوله تعالى : (واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء^(١)) . ورجالنا هم المسلمون والمرضى من الشهداء هو المسلم العدل ، وكذلك الاجماع على اشتراط الاسلام في الشهادة على المسلمين فيظهر بهـذا ان الشهادة المطلقة في الآيتين مقيدة بالاسلام ، فلا حجة في الاستشهاد بها على مدعاه .

هـ - ان بناء ولاية القضاء على ولاية الشهادة ، بمعنى ان كل من كان أهلاً للشهادة كان أهلاً للقضاء ، غير مسلم ، لان كلا منهما وان كان من باب الولاية ، الا ان ولاية القضاء عامة شاملة ، وولاية الشهادة خاصة قاصرة وليس كل من يصلح لامر خاص يصلح لامر عام ، وايضا ولاية القضاء ملزمة للحق بلا واسطة ، اما ولاية الشهادة فهي ملزمة للحق بواسطة حكم القاضي فكان بينهما فارق يمنع من بناء احدهما على الآخر .

٦ - ان دعوى هذا الكاتب هي جواز تقليد الكافر في جميع المنازعات ماعدا الأحوال الشخصية ، والدليل - على فرض انتاجه - أنتج جواز تقليد غير الكافر القضاء على المسلمين في جميع المنازعات ، بما فيها الأحوال الشخصية فكان تقريب الدليل غير تام ، لانه انتج الاعم من الدعوى ، أما القول بأن استثناء الأحوال الشخصية كان بناء على ورود النص باشتراط العدالة في الطلاق او الرجعة بقوله تعالى : (واشهدوا ذوى عدل منكم^(٢)) وان هذا الاشتراط قد طرد في جميع مسائل الأحوال الشخصية ، والعدالة

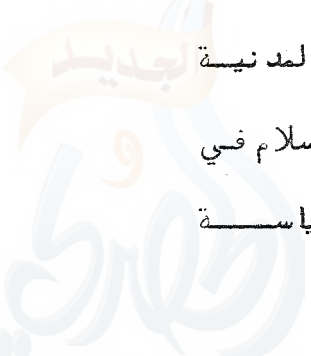
(١) البقرة - ٢٨٢ .

(٢) الطلاق - ٢ .

لا تتحقق في الكافر، فكان لا بد من اشتراط الاسلام فيها ، فهو قول باطل ، لان العدالة - التي يعتبر الاسلام اهم اركانها - قد اشترطها الشارع في الشهادة على المسلمين في جميع الامور كما قدمنا ، يلافرق بين الأحوال الشخصية وغيرها .

وفي ضوء هذه الانتقادات التي اوردناها نرى بطلان الرأي المذكور ولضعف ما ساقه صاحب هذا الرأي من ادلة على اثبات ما رآه، نراه يقول فلا يصح قضاء غير المسلم على المسلم في مسائل الاحوال الشخصية وان امكن التمثل والقول بجوازه في المسائل المدنية ونحوها ، ويقول في موضع آخر : وعلى كل فالمسألة ينبغي ان تكون محل نظر، وقد بين صاحب هذا الرأي غرضه فقال ، وبناء على هذا يمكن تصحيح الوضع الحاضر في القضاء المصري من ناحية السياسة الشرعية ، مادام اساسه الشهادة .

وانا فالغرض من سياق هذا الرأي هو تبرير الوضع الحاضر في القضاء المصري واخضاع الشريعة له ، مع ان الواجب هو اخضاع هذا الوضع لـ جميع الاوضاع - للشريعة ، لا اخضاع الشريعة لها ، نعم ، نحن مطالبون حقاً بتيسير الامور للناس، وتسهيلها عليهم ، وتلبية مصالحهم وتحقيق حاجاتهم في ظل الشريعة ، ولكن محل ذلك اذا لم تصادم هذه الاوضاع نصاً أو اجماعاً ، وهو الركن الاول في بناء الاحكام على السياسة الشرعية ، والوضع الحاضر في القضاء المصري القاضي بجواز تقليد الكافر القضاء بين المسلمين في المسائل المدنية والجنائية ، يخالف النصوص المتقدمة ، ويخالف الاجماع على اشتراط الاسلام في القاضي بين المسلمين ، وانما فلا يمكن بناء هذا الوضع على قواعد السياسة الشرعية كما زعم الكاتب .



الشروط المختلف فيها

الشروط المختلف فيها أربعة أيضا نورد ها فيما يلي :

الشرط الاول : سلاسة الحواس التي لها اتصال بالقضاء ونعني بها :
السمع .. والكلام .. والبصر .

أما السمع : فيشترط في القاضي ان يكون سميعا ، فلا يصح تقليد الأصم القضاء لانه لا يسمع كلام الخصوم فلا يفرق بين اقرار وانكار ، ولا الشهود ، فلا يفرق بين المشهود له او المشهود عليه ، والصمم المانع من التقليد هو الذي لا يسمع صاحبه الاصوات وان علت ، اما ثقیل السمع وهو الذي يسمع عالى الاصوات ولا يسمع خافتها ، ويسمى الاطروش^(١) فتقليده جائز صحيح ، عند الأئمة الثلاثة ، وهو أصح القولين عند الحنفية^(٢) وان كان الافضل تقليد كامل السمع .

وأما الكلام : فيشترط في القاضي سلامة اللسان ، أى القدرة على الكلام ، فلا يصح تقليد الأخرس ، لأنه لا يمكنه النطق بالحكم ، ولا يفهم جميع الناس اشارته ، فيدب الخلل الى القضاء ، وهو غير مشروع .

وجوز ابو العباس بن سريج ولايته وتقليده اذا كانت اشارته مفهومة^(٣) وهذا رأى مردود ، فان اشارته لا يفهمها كل من يتقاضى اليه ، لان الناس

(١) ويسمى الاطرش ايضا ، والطرش : اهون الصمم ، وقيل هو الصمم ، وقد قيل ان اللفظ ليس عربيا وقيل انه معرب والتحقيق انه عربي - تاج العروس مادة الطرش .

(٢) ادب القاضي للماوردي ج ١ ص ٦٢٣ وحاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٣٥٩ ، طبع الحلبي .

(٣) ادب القاضي للماوردي ج ١ ص ٣٢٤ .

يتقاضون اليه من مكان ، فلا يفهم الناس قضاءه فيمتنع تقليده .

أما إذا كان بلسانه تمتعه ، أو فأفة ، أو عقدة ، أو حبسه ، لا تمنع من فهم الكلام ، فانه يصح تقليده لانه نقص لا يمنع من فهم الكلام ، وان غمض نوعا ما على السامع ، ولان نبي الله موسى عليه وعلى نبينا افضل الصلاة وأزكى السلام لم تمنعه عقدة لسانه عن صحة رسالته ، فلا تمنع من صحة القضاء .

وأما البصر : فيشترط في القاضي ان يكون بصيرا ، فلا يصح تقليد الأعشى لانه لا يعرف المدعى من المدعى عليه ، ولا المقر من المقر له ، ولا الشاهد من المشهود له او عليه فيدخل الخلخل على المقصود من القضاء ، فلا يجوز التقليد وكذلك لا يصح تقليد من في بصره ضعف لا يمكنه من رؤية الصور ، وان كان يرى الاشباح ، لكنه يصح تقليد الأعور ، وضعيف البصر الذي لا يتمكن من رؤية الصور الا عن قرب ، والأعشى (٢) . لان هؤلاء يبصرون ، فلا يفوت المقصود في توليتهم القضاء ، وهذا رأى الجمهور .

وحكى عن مالك ، وبعض اصحاب الشافعى (٣) وهو قول عند الحنابلة انه (٤) يجوز تقليد الاعمى القضاء ، لكن التحقيق عند المالكية انه لا يجوز تقليده

(١) التمتة : كثرة تردد التاء عند الكلام ، والفأفة : كثرة تردد الفاء عند الكلام والعقدة : التواء اللسان عند الكلام بحيث يكون الكلام عويضا على صاحبها ، يقول الله تعالى على لسان موسى : (واحلل عقدة من لساني يفقهوا قولي) .

(٢) هو الذي لا يبصر بالليل ويبصر بالنهار ومثله من يبصر ليلا لا نهارا ، لكنه لا يقضى الا ليلا .

(٣) ادب القاضي للماوردي ج ١ ص ٦٢٢ ، المغنى ج ٩ ص ٤٠ طبع المنار .

(٤) الانصاف ج ١١ ص ١٧٧ .

الاعمى القضاء ، لكن لو ولى وحكم نفذ حكمه ^(١) ، كما اننا لم نعثر في كتب الشافعية التي اطلعنا عليها على قول بجواز تولية الاعمى ، واستدل من يرون جواز تولية الاعمى القضاء بأن شعيبا عليه الصلاة والسلام كان اعمى ، وبأن الرسول عليه الصلاة والسلام قد ولى ابن أم مكتوم على المدينة وكان أعمى ، والقضاء مندرج في الولاية ، ان لم يكن قد فصل عنها في ذلك الوقت . واستدل الجمهور على عدم جواز تولية اصحاب هذه المعاهات الثلاث بأن هذه المعاهات تمنع من قبول الشهادة ، فتمنع من تولية القضاء من باب أولى لان الشهادة دون القضاء ، لخصوصها وعموم القضاء ، واجابوا عن ادلة المخالفين بأن ما ذكر عن شعيب غير مسلم ، لانه لم يثبت عماه ، وبأن استخلاف ابن أم مكتوم كان في امانة الصلاة ، دون القضاء .

لكن يرد على دليل الجمهور ان شهادة الاعمى مقبولة عند الحنابلة في المسموعات اذا تيقن الصوت ، وعند الشافعية وابي يوسف ورواية عن ابي حنيفة فيما لا يحتاج الى البصر في الشهادة بالاستفاضة (التسمع) وهذا يقتضى جواز تقليد الاعمى القضاء ، ويقصر نفاذ حكمه على ما تقبل فيه شهادته ، نعم لو اجتمعت الآفات الثلاثة في شخص ما لا يجوز تقليد القضاء بالاجماع ، لانه لا تقبل حينئذ شهادته بالاجماع ^(٢) . اما سلامة باقي الاعضاء فغير معتبرة في تقليد القاضى ، فيجوز ان يقلد المقعد ، والاعرج ، ومقطوع الذراع او الازن أو الانف ، لان هذه المعاهات لا تخل بالمقصود ، لكن الافضل تقليد كامل الخلقة السليم من المعاهات والتشوهات ، لان السلامة من الآفات اهيى لذوى الولايات والمناصب .

(١) الشرح الكبير ج ٤ ص ١٣٠ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ١١٦ .

الشرط الثاني - العدالة :

وهي استواء الشخص في دينه ، واعتداله في أقواله وأفعاله ، وتحقق بأمرين :
الصالح في الدين ، والتحلي بالمرءة .

أما الصالح في الدين فيكون بفعل الفرائض ، واجتناب الكبائر ، وعدم
الاصرار على الصفائر .

وأما التحلي بالمرءة فيكون بفعل ما يجعل الشخص ويزينه ، وترك ما يدنس
ويشينه في المادة .

وهذا الشرط متفق على اعتباره في جواز التقليد وبناء عليه فلا يجوز لولى
الامر ان يقلد القضاء فاسقا فان قلده أثم بذلك .

أما اعتبار العدالة في صحة التقليد فختلف فيه بين الفقهاء ، فذهب
الشافعية والحنابلة والمالكية في المشهور عندهم الى ان العدالة شرط فى
صحة التقليد ، وبناء على ذلك لا يصح تقليد الفاسق القضاء ، بمعنى انه لو
حكم لا ينفذ حكمه ، واستدلوا على ذلك بما يأتى :

١ - قول الله تبارك وتعالى : (يأيتها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ
فتبينوا ^(١)) فقد امر الله بالتبين عند اخبار الفاسق ، وهذا يقتضى تأخير
قبول قوله الى حين التبين ، فلو صح تقليد القاضى الفاسق لوجب تأخير
قبول حكمه الى حين التبين وهذا لا يجوز ، لما فيه من تأخير القضاء
الذى يجب ان ينفذ على الفور .

٢ - ان القاضى بحكم منصبه أمين على دماء الناس وأعراضهم وأموالهم ،
والفاسق ليس آمينا على شىء من ذلك ، فلا يصح اسناد القضاء اليه .

(١) الحجرات - ٦ .

٣ - ان الفاسق لا يصلح شاهدا ، فلا يصلح قاضيا ، لان الشهادة اقل رتبة من القضاء ، لخصوصها وعموم القضاء ومالا يصلح للادنى لا يصلح للاعلى .
ونذهب الحنفية الى ان العدالة ليست شرطا لصحة التقليد ، وعلى ذلك فلو قلد ولى الامر فاسقا - مع ائمه بهذا التقليد - ثم قضى نفذ حكمه واستدلوا بما يأتى :

١ - الآية السابقة ، ووجه الدلالة منها : ان الامر بالتبين عند اخبار الفاسق دليل على قبول خبره بعد التبين ، والا لما كان الامر بالتبين معنى .
وانا قبلت شهادة الفاسق صح قضاؤه ، لان اهلية القضاء تستقى من اهلية الشهادة .

٢ - قوله صلى الله عليه وسلم : (سيكون بعدى امراء يؤخرون الصلاة عن اوقاتها ، فصلوها لوقتها ، واجعلوا صلاتكم معهم سبحة) ووجه الدلالة من هذا الحديث : ان تعمد تأخير الصلاة عن اوقاتها فسق وقد أخبر الرسول صلى الله عليه وسلم بصحة ولاية هؤلاء ، حيث وصفهم بانهم امراء امرنا بالصلاة معهم ، فدل ذلك على صحة ولاية الفاسق .

وأجاب الجمهور عن استدلال الحنفية بالآية بأن قبول خبر الفاسق بعد التثبت محمول على غير القضاء ، أما القضاء فإنه يترتب عليه تأخير تنفيذ حكم القاضى الى التبين وهو لا يليق بمنصب القضاء لوجوب صدور الحكم وتنفيذه فورا لما تقدم .

وعن الاستدلال بالحديث بأن الرسول صلى الله عليه وسلم اخبر بوقوع كونهم امراء ، لا بصحة كونهم امراء ، والنزاع انما هو في صحة التولية ، لا في وجودها .

الشرط الثالث - الاجتهاد :

ذهب الشافعية والحنابلة والمالكية في رواية عندهم وبعض الحنفية^(١) الى انه يشترط في القاضي ان يكون مجتهدا ، اى له اهلية استنباط الاحكام من الادلة ، وبناء على ذلك فولاية المقلد والجاهل غير جائزة ، ويأثم المقلد ، وغير صحيحة ، فلا تنفذ أحكامه ولو صادفت الحق ، فإن لم يوجد مجتهد حقيقة او حكما - بسبب مرض او سفر - ولى أمثله مقلد .

وذهب جمهور الحنفية والمالكية في الرواية الثانية الى عدم اشتراط الاجتهاد في القاضي وان كان الاولى اشتراطه ، وبناء على ذلك يجوز تولية المقلد وينفذ حكمه ، بل اجاز المتأخرون من هؤلاء تقليد الجاهل وعليه ان يستشير العلماء ويقضى بمشورتهم .

واستدل الفريق الاول بالكتاب والسنة والمعقول :

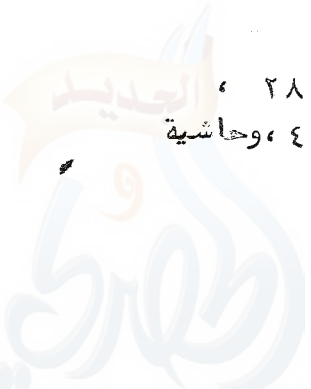
أما الكتاب : فقول الله تبارك وتعالى : (يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق)^(٣) وقوله تعالى : (وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط ان الله يحب المقسطين)^(٤) ووجه الدلالة من هاتين الآيتين انهما تأمران بالقضاء بالحق والعدل ، والقضاء بهما لا يتحقق على وجه الكمال الا من المجتهد لانه هو الذى يستطيع الوصول الى الحكم الشرعى الذى هو

(١) مفنى المحتاج ج ٤ ص ٣٧٧ ، والمفنى لابن قدامة ج ١١ ص ٢٨٢ ، وحاشية الدسوقي ج ٤ ص ١٣٦ ، وبداية المجتهد ج ٢ ص ٤٤٠ ، وحاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٣٦٥ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) ص - ٣٦ .

(٤) المائدة - ٤٥ .



الحق ، كما يدل ذلك قوله تعالى : (لعلهم الذين يستنبطونه منهم ^(١)) فتعين ان يكون القاضي مجتهدا ، تحقيقا للقضاء بالحق على وجه الكمال .
وأما السنة : فما ورد في حديث معاذ ان النبي صلى الله عليه وسلم اقره على الاجتهاد عندما اخبره انه سيجتهد اذا لم يجد نصا لحكم القضية في الكتاب أو السنة ، ووجه الدلالة ان اقرار الرسول عليه الصلاة والسلام معاذا على الاجتهاد بيان للصفة المعتبرة في القاضي دون غيرها ، ان لو كان التقليد والحكم بقول الغير جائزا لبينه له الرسول صلى الله عليه وسلم ، او قال له فان لم يمكنك ذلك ، لان الاقتصار في مقام البيان يفيد الحصر ، وتأخير عن وقت الحاجة لا يجوز .

وأما المعقول : فهو ان التقليد ضرورة في حق المقلد ، والضرورة تقتضي در بقدرها ، وذلك بالتزامه هو دون الزام المتقاضى بما التزمه ^(٢) . وقد يرد على ذلك بأن اعتبار التقليد ضرورة مبنى على القول بوجوب الاجتهاد على كل فرد وهو امر مختلف فيه ، وبأن الضرورة تستد فتشمل من يتقاضى اليه ، لانهم بقبولهم التقاضى اليه التزموا بما التزمه هو .

وأيا فان من لا يحسن الطب يجب على ولي الامر منعه من ممارسته ، لما في ذلك من المصلحة العامة ، فكذلك من لا يحسن الفقه يجب منعه من القضاء ^(٣) وقد يجاب عن هذا القياس بالفارق وهو ان المقلد يمكنه الحكم بمذهب غيره بالرجوع اليه ومشاورة اهل العلم ، ويتحقق المقصود من القضاء بحكمه .
اما المتطبب فلا يمكنه ذلك ، لانه لا يمكنه اجراء الجراحات بمجرد السؤوال والرجوع الى قول الاطباء بل لا بد له من التعلم .

(١) النساء - ٨٣ .

(٢) الاحكام السلطانية ص ٦٦ .

(٣) اعلام الموقعين ج ٤ ص ٢١٧ .

واستدل الفريق الثاني بما يأتي :

١ - بأن المقلد يمكنه الحكم بقول غيره ، بالرجوع الى رأيه وفتواه ، ويتحقق بهذا الحكم الغرض من القضاء ، وهو قطع المنازعات وفصل الخصومات وإيصال الحق الى مستحقه ، فيكون تقليده جائزا .

٢ - ان المقلد بالتزامه الحكم يذهب معين ينفي عن نفسه تهمة الحكم بالهوى فضلا عما فيه من سرعة وصول القاضي الى الحكم ، ومعرفة المتقاضين ما يقضى به القاضي ، فيكون تقليده جائزا ، لما فيه من هذه المصالح . ويمكن ان يناقش الدليل الاول بأنه ليس مقصود الشارع من نصب القاضي وتقليده : القضاء على اى وجه كان وانما المقصود هو القضاء الذى يتحقق الغرض منه على سبيل الكمال ، وهذا لا يتوفر الا للمجتهد ، فوجب اسناد المنصب اليه دون غيره .

كما يمكن ان يناقش الدليل الثاني بأن الله تعهدنا بأن نحكم بما أنزل في كتابه وسنة نبيه ، كما يدل لذلك قوله تعالى : (فاحكم بينهم بما انزل الله) وقوله تعالى : (وان احكم بينهم بما انزل الله) والحكم بما انزل الله لا يتحقق الا من المجتهد ، على ما بيناه .

ومما تقدم يتبين لنا امران :

الاول : رجحان رأى القائلين باشتراط الاجتهاد في القاضي .

الثاني : انه اذا لم يوجد المجتهد حقيقة او حكما ، او وجد ولكنه فقد صفة العدالة - على رأى من يقول بأن العدالة شرط في الاجتهاد - فان كلمة الفريقين تتفق على صحة تقليد المقلد ، او الالتزام بالحكم بمذهب معين ، وذلك لمكان الضرورة بالنسبة للفريق الاول ، ولجواز تقليد المفضل مع وجود الفاضل بالنسبة للفريق الثاني .

لكن يجب التنبيه الى ان جواز تولية المقلد في هذه الحالة لا يشمل تولية القاضي الجاهل ، كما يقول بذلك بعض المتأخرين من فقهاء الحنفية والمالكية بناءً على انه يمكنه الحكم بفتوى غيره ، لانه وان عرف الحكم بفتوى غيره الا انه لا يعرف ايقاعه وتطبيقه على موضوع القضية المعروضة عليه لان ذلك يحتاج الى زيادة نظر لا تتوفر عنده ، والقضاء صناعة دقيقة لا يهتدى اليها كل الناس ، فما بالك بالجاهل العامي .^(١)

وانا فأقل درجات المقلد من تأهل في العلم والفهم ، ويستطيع استخراج الحكم من كتب المذهب .

الشرط الرابع - الذكورة :

نسوق آراء الفقهاء في اشتراط الذكورة في القاضي فيما يلي :

رأى الجمهور : ذهب المالكية والشافعية والحنابلة الى انه يشترط في القاضي ان يكون رجلاً ، وبناءً على ذلك لا يجوز ولا يصح تقليد المرأة القضاة ، فلو قلدت أثم مقلدها ، وكانت ولايتها باطلة فانا حكمت لا ينفذ حكمها ، ولو وافق الحق ، وكان فيما تقبل فيه شهادتها .^(١)

رأى الحنفية : نسب الى الحنفية القول بجواز تقليد المرأة القضاة في غير الحدود والقصاص .^(٢) وهذا لا يمثل حقيقة مذهب الحنفية ، لانهم يرون أنه لا يجوز تقليد المرأة القضاة ، فلو ولاها ولي الا مرأثم بهذا التقليد ، لكنها ان قضت بناءً على هذا التقليد أو بناءً على تحكيم شخصين لها في نزاع بينهما ،

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ١٢٩ ، حاشية قليوبي وعميرة على شرح

المنهاج ج ٤ ص ٢٩٦ . المغنى والشرح الكبير ج ١١ ص ٣٨٠ .

(٢) الاحكام السلطانية ص ٥٣ ، والمغنى والشرح الكبير ج ١١ ص ٣٨٠ .

صح قضاؤها ونفذ ، في غير الحدود والقصاص اذا وافق كتاب الله وسنة رسوله ، اما في الحدود والقصاص فلا ينفذ قضاؤها ولو وافق الكتاب والسنة ، وكتبهم ناطقة بذلك^(١) ويستأنس لهذا بأن رئاسة القضاء في الدولة اسلامية كانت فهي يد الحنفية في اكثر عصور التاريخ ، ولم يؤثر عنهم انهم اسندوا القضاء الى امرأة ، ولو كان ذلك جائز عندهم لوقع ولو مرة واحدة في هذه العصور ومن هذا نرى ان الذكورة شرط جواز عند الحنفية ، يأثم ولي الامر بتقليد ها ، وليست شرط صحة في الجملة ، لنفان قضائها في غير الحدود والقصاص . واذا فهم مع الجمهور في عدم جواز تقليد ها واثم المولى لها ، وفي عدم نفاذ قضائها فهي الحدود والقصاص ، والخلاف انما هو في صحة ونفاذ قضائها في غير الحدود والقصاص .

رأى ابن جرير الطبري : ذكر الماوردي ان ابن جرير الطبري يرى جواز تقليد المرأة القضاء^(٢) وقال ابن قدامة : وحكى عن ابن جرير انه لا تشترط الذكورة في القاضي^(٣) وهذا خطأ من الناحيتين التاريخية والموضوعية .

أما من الناحية التاريخية : فيقول ابو بكر بن العربي : انه لم يثبت عن ابن جرير هذا النقل ، ولم يصح عنه^(٤) فاذا أضيف الى هذا : ان النقل عن ابن جرير لم ينسب الى كتاب من كتبه ولم يعز اليه بسند من الأسانيد ، تبين لنا انه لا يمكن الاطمئنان الى نسبة هذا القول الى ابن جرير من الناحية التاريخية . وأما من الناحية الموضوعية : فان هذا القول مخالف لحديث ابي بكرة المتفق

على صحته ودلالته - وسيأتي - ومخالف لاجماع من سبقه من الفقهاء على عدم

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٤١ وفتح القدير ج ٥ ص ٤٨٦ .

(٢) ادب القاضي ج ١ ص ٦٢٦ والاحكام السلطانية ص ٥٣ .

(٣) المفنى والشرح الكبير ج ١١ ص ٣٨٠ .

(٤) احكام القرآن ج ٣ ص ٤٤٥ ط الحلبي .

جواز تقليد ها القضاء ، ان ليس له سلف من الفقهاء يقول بجواز التقليد ، والقول ان ا خالف الاجماع ولم يكن صاحبه في عصر المجمعين ، فانه يكون قولاً مردوداً غير معتبر ، وفي ذلك يقول الماوردي مانصه : (ان قول ابن جرير من الشذوذ ومخالفة الاجماع ، بحيث لا يلتفت اليه) وعلى ذلك فنسبة القول بجواز تقليد المرأة القضاء الى ابن جرير غير صحيحة ، رواية ودراية .

رأى ابن حزم : يرى ابن حزم الظاهري انه لا تشترط الذكورة في القاضي وإنما عليه فيجوز تقليد ها القضاء بدون ان يأثم مقلداها ، وتكون ولايتها صحيحة يترتب عليها نفاذ حكمها في كل شيء حتى في الحدود والقصاص (١) .

ونسوق أدلة الآراء الثلاثة فيما يلي :

أدلة الجمهور : استدلل الجمهور بالكتاب والسنة ، والاجماع ، والمعقول ،

أما الكتاب : فقول الله تبارك وتعالى : (الرجال قوامون على النساء

بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من اموالهم) (٢) ووجه الدلالة ان الآية

افادت جعل القوامة للرجال على النساء دون العكس . وهذه القوامة عامة في

جميع الأمور ، ان أن حذف متعلق القوامة يوذن بعمومها فلو جاز تقليد النساء

الولايات العامة ومنها القضاء لكانت لهن القوامة على الرجال ، وهو ما نفيد الآية

عكسه فلا يجوز ولا يصح تقليد هن القضاء . (٣)

وقد نوقش هذا الدليل بأن المراد بالقوامة في الآية قوامة خاصة ، وهي

قوامة الرجل على زوجته في الاسرة وليس المراد بها القوامة على النساء في سائر

(١) المحلي ج ٩ ص ٤٢٩ طبع المطبعة السرية .

(٢) النساء - ٣٤ .

(٣) الاحكام السلطانية ص ٥٣ .

الولايات العامة ، والدليل على هذا التخصيص ثلاثة أمور :

- أ - سبب نزول الآية ، فقد قيل في سبب نزولها ان سعد بن الربيع نشزت أمراؤه فلطمها ، فأثت النبي صلى الله عليه وسلم شاكية ، فقال لها : أبينكما القصص) فأنزل الله عز وجل : (ولا تعجل بالقرآن من قبل ان يلقى اليك وحيه (١) فأمسك عليه الصلاة والسلام حتى نزل : (الرجال قوامون على النساء) فقال صلى الله عليه وسلم : (أردت أمرا واراد الله غيره (٢) وهذا يدل على ان المراد بالقوامة قوامة الزوج على زوجته بالتأديب.
- ب - تركيب الآية وسياقها ، فانها نصت على امور تتعلق بالاسرة فقط ، كانفاق الزوج وما يجب له على زوجته من طاعة وامانة والسلطة المخولة له في تأديب الزوجة وهذا يدل على ان المراد بالقوامة : قوامة الرجال على ازواجهم ، لا توليتهم عليهن في سائر الولايات العامة .

- ج - ان المرأة صلحة للولاية الخاصة ، كالوصاية على الايتام ، والولاية على الاوقاف وذلك بسبب قدرتها على القيام بأمر هذه الولايات ، فتصلح للولايات العامة مادام الضابط وهو القدرة متحققا ، ولا تأثير لعموم الولاية في ذلك ، ولولا الاجماع على امتناع تولية المرأة الامامة العظمى وما هو بمثابتها ، لجاز ان تتولاها بدون فرق بين ولاية خاصة او عامة .
- وعلى فرض التسليم بالعموم في الآية نقول : ان تقريب الدليل غير تام ، لانه انتج الأخص من الدعوى ، ذلك ان الدعوى المطروحة للاثبات هي عدم جواز ولاية المرأة القضاء بين الرجال فقط ، فلا يكون الدليل منتجا .

(١) طه - ١١٤ .

(٢) احكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٤١٥ . وانظر الجامع لاحكام القرآن للقرطبي ج ٥ ص فيه روايات اخرى .

والجواب عن هذه المناقشات نسوقه فيما يلي :

أما المناقشة بتخصيص العموم في الآية بسبب النزول ، فالجواب عنها :
ان الصبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب وهذا هو المعتمد عند الأصوليين وقد
استقر عليه الامر بين العلماء .

وأما المناقشة بتخصيص العموم بما ورد في الآية من احكام تتعلق بولاية
الزوج على زوجته ، فالجواب عنها : ان ذلك من باب افراد فرد من افراد
العام ، وهذا لا يصلح مخصصا ، لان العلماء قد اتفقوا على انه اذا اورد لفظ
عام ولفظ خاص يدل على بعض ما يدل عليه العام ، لا يكون الخاص مخصصا للعام^(١).
وأما المناقشة الثالثة فحاصلها يرجع الى معارضة الدليل بقياس الولايات
العامة على الولايات الخاصة ، وهذا القياس باطل ، لان الولاية الخاصة
- كالتصرف في ريع دار موقوفة ، أو الاشراف على مال يتيم ورعاية شئونه - يكفى
فيها مجرد القدرة ، اما الولاية العامة فانها تحتاج الى قدرة عالية ، تتناسب
مع طبيعة هذه الولاية وكثرة أعبائها وتشعبها وعمومها ، ومن الواضح ان من
يستطيع القيام بأعباء عمل خاص ، قد لا يستطيع القيام بأعباء عمل عام ، وانكار
هذا الفارق مكابرة ، وانما فالمناط في الولاية الخاصة وهو مجرد القدرة ، لا يوجد
في الولاية العامة التي تحتاج الى قدرة عالية فبطل هذا القياس هذا ان جرينا
على ان المناط في تولى الولايات هو القدرة ، ولكننا نرى ان القدرة وصف
مضطرب ، ليست له مقاييس او موازين مضبوطة ، والمعهود عن الشارع في مثله
ان يجعل المناط وصفا ظاهرا منضبطا ، وبالببحث في حديث ابى بكره الآتى

(١) الاحكام للآمدني ج ٢ ص ٣٣٥ طبع الانوار ، وشرح المضد ج ٢ ص ١٥٢ .

عن الوصف الظاهر المنضبط الذي جعل مناطاً لعدم الفلاح ، المانع من تولية المرأة الولاية . نجد انه الأنوثة التي يوصى إليها الحديث المذكور ، ان هي مظنة الاخلال أو عدم الكمال في القيام بأعباء الولاية ، والأنوثة موجودة في كل ولاية من الولايات العامة - ومنها القضاء - فلا يجوز توليتها في أى منها ولولا الاجماع على جواز اسناد الولايات الخاصة الى المرأة استناداً الى الاكتفاء بمجرد القدرة فيها لقلنا بعدم جوازها ايضاً ، وتخصيص العلة بدليل هو —————
الراجح عند الأصوليين .

اما القول بأنه لا تأثير لعموم الولاية في ذلك فهو قول غير صحيح ، لوجود هذا التأثير في الخلافة والوزارة - وزارة التفويض - والامارة على البلدان ، وقيادة الجيوش ، وذلك لانه لما احتاجت هذه الولايات الى قوة خاصة ، وقدرة عالية ، بسبب عمومها ، منعت المرأة من توليها وانعقد الاجماع على هذا .

اما المناقشة بأن التقريب غير تام ، لان الدليل انتج الأخص من الدعوى ، لانه انتج عدم جواز تقليد المرأة القضاء بين الرجال فقط دون النساء والأحداث فهي غير صحيحة ، وذلك لان الدليل أنتج مساوى الدعوى وذلك للمساواة بين الرجال والنساء والأحداث امام القضاء ، ان لا فرق بين الرجال وغيرهم ممن النساء والأحداث في مجال الخصومة والتقاضى ومواءمة القضاء لهم على ما يقع منهم ، فالحاق غير الرجال بهم قياس في معنى الاصل ، او كما يسميه البعض قياس جبلى ، واذا انتج الدليل مساوى الدعوى كان التقريب تاماً على ان هناك غفلة عما ورد في صدر الآية فقد جاء بها ان السبب في اثبات القوامة للرجال ومنعها عن النساء هو تفضيل الرجال على النساء في العقل والدين - وقد جاء ذلك مبيناً في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم - وهذا السبب الفطرى الجبلى يقتضى منع المرأة من عموم الولايات ، وعموم المولى عليهم ، الا ما استثنى

من ذلك بدليل ، وهو الولايات الخاصة ، وبذلك تنهار هذه المناقشة بتفصيلها لانهيار ما كانت عليه .

أما السنه : فما رواه البخارى واحمد والنسائي والترمذى وصححه عن ابى بكره رضى الله عنه قال : (لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة^(١)) .

ووجه الدلالة : ان الحديث خبر في معنى النهى ، وان كلمة (امرهم) تشمل جميع امور الامة التى تحتاج الى من يقوم بأمرها ، باعتبار انها صيغة عامة ، فيفيد الحديث النهى عن تولية المرأة شيئا من الولايات . . . وبما ان النهى يقتضى التحريم والفساد ، لذا يدل الحديث على تحريم وبطالان تولية المرأة شيئا من الولايات ، الا ما دل الدليل على استثنائه وهو الولايات الخاصة ، وبما ان القضاء ولاية عامة . لذا فان الحديث يدل على تحريم تولية المرأة القضاء وبطالان قضائها .

وننقل هنا فقرات من فتوى لجنة الفتوى بالأزهر بعدم منح المرأة الحقوق السياسية ، توضح وجه الدلالة من هذا الحديث ، فقد جاء فيها ما نصه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقصد بهذا الحديث مجرد الاخبار عن عدم فلاح القوم الذين يولون المرأة أمرهم ، لأن وظيفته عليه الصلاة والسلام : بيان ما يجوز لأئمة ان تفعله حتى تصل الى الخير والفلاح ، وما لا يجوز لها ان

(١) المنتقى مع نيل الاوطار ج ٨ ص ٢٧٣ ، هذا وقد طعن بعض الجاهليين بعدم قبول الحديث لان ابا بكره قد حده عمر لقذفه المغيرة بن شعبه ، وهذا غير صحيح لان عمر اقام الحد على ابى بكره لعدم تكامل الاربعة في الشهادة ، على المغيرة بالزنا ، وقد اجمع العلماء على قبول رواية المحدود في القذف اذا تاب ، ولذا روى البخارى عنه : فواتح الرحموت ج ٢ ص ١٤٤ .

(٢) نشرت هذه الفتوى سنة ١٩٥٢ م .

تفعله ، حتى تسلم من الشر والخسارة وانما يقصد نهى امته عن مجارة الفرس في اسناد شىء من الامور العامة الى المرأة ، وقد ساق ذلك بأسلوب من شأنه ان يبعث القوم الحريصين على فلاحهم وانتظام شملهم على الامثال ، وهو أسلوب القطع بان عدم الفلاح ملازم لتولية المرأة امرا من امورهم ، ولا شك ان النهى المستفاد من الحديث يمنع كل امرأة في أى عصر من العصور ان تتولى أى شىء من الولايات العامة ، وهذا العموم تفيد صيغة الحديث واسلوبه ، كما يفيد المعنى الذى كان من اجله هذا المنع ، وهذا هو ما فهمه اصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم وجميع أئمة السلف ، لم يستثنوا من ذلك امرأة ، ولا قوما ، ولا شأنا من الشؤون العامة فهم جميعا يستدلون بهذا الحديث على حرمة تولى المرأة الامامة الكبرى ، والقضاء ، وقيادة الجيوش ، وما اليها من سائر الولايات وهذا الحكم المستفاد من هذا الحديث ، وهو منع المرأة من الولايات العامة ليس حكما تعيدا يقصد مجرد امثاله دون ان نعلم حكمته ، وانما هو من الاحكام المعطلة بمعان واعتبارات لا يجهلها الواقفون على الفروق الطبيعية بين نوعى الانسان - الرجل والمرأة - ذلك ان هذا الحكم لم ينط بشىء وراء الانوثة التى جاءت كلمة (امرأة) في الحديث عنوانا لها ، وانما فالانوثة وحدها هى العلة ، وواضح ان الانوثة ليس من مقتضاها عدم العلم والمعرفة ، ولا عدم الذكاء والفطنة ، حتى يكون شىء من ذلك هو العلة ، لان الواقع يدل على ان للمرأة علما وقدرة على التعليم كالرجل ، وعلى ان لها ذكاء وفطنة كالرجل ، بل قد تفوق احداهن الرجل في العلم والذكاء والفهم ، فلا بد ان يكون الموجب لهذا الحكم شيئا وراء ذلك كله ، ان المرأة بمقتضى الخلق والتكوين مطبوعة على غرائز تناسب المهمة التى خلقت لاجلها ، وهى مهمة الامومة وحضانة النسل وتربيته ، وهذه تجعلها ذات تأثير خاص بدواعى العاطفة ، وهى مع هذا تعرض

لها عوارض طبيعية تتكرر عليها في الاشهر والاعوام ، من شأنها ان تضعف قوتها المعنوية وتوهن من عزيمتها في تكوين الرأي والتمسك به والقدرة على الكفاح والمقاومة في سبيله ، وهذا شأن لا تنكره المرأة من نفسها ، ولا تعوزنا الا مثلة الواقعية التي تدل على ان شدة الانفعال والميل مع العاطفة — من خصائص المرأة في جميع اطوارها وعصورها .

وقد نوقش هذا الدليل بأنه في غير محل النزاع لانه وارد في الامامة العظمى فيكون النهى المستفاد من الحديث قاصرا على الولاية العظمى دون ولاية القضاء والدليل على انه وارد في ذلك ما يأتي :

أولا : ان السبب الذي ورد فيه الحديث هو تولية بنت كسرى ملك ابوها ، فتقتصر دلالة الحديث على الرئاسة العامة للدولة ، وهي الامامة العظمى في النظام الاسلامي . والجواب عن هذا : ان العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب .

ثانيا : ان لفظ : (أمرهم) يراد به جميع شئون الامة ، والامر الذي يعمر جميع شئون الامة هو الامامة العظمى ، لانها هي التي تستمد منها الامة سائر الولايات ، فيقتصر المنع من التولية عليها .

والجواب عن هذا : ان لفظ (امرهم) مفرد مضاف الى معرفة ، وهو من صيغ العموم ، كما هو الراجح لدى علماء الاصول ، وهو مذهب اكثر العلماء ، ومنهم مالك واحمد ، ولهم في ذلك سلف من الصحابة منهم : علي وابن عباس (١) رضي الله عنهم . واذا فلا مجال للتشكيك بان عموم صيغة المفرد المضاف ليس محل وفاق بين العلماء وبناء على ذلك فلفظ (امرهم) الوارد في الحديث

يعتبر عاما والحكم الواقع عليه يعتبر من باب الكلية ، اى ان الحكم عليه يقع على كل فرد من افراد ه لا على المجموع ، فتنحل القضية الى قضايا بعدد افراد العام محكوم على كل فرد منها بالحكم الواقع على العام ، فاذا قلت جاء اولادى وعدد هم اربعة كانت هذه القضية في قوة أربع قضايا هي : جاء محمد ، وجاء زيد ، وجاء بكر ، وجاء عمرو ، وبناء على هذا يكون الحديث في قوة قضايا بعدد ولايات الدولة العامة ، فكأنه قال : لن يفلح قوم ولوا الخلافة امرأة، ولن يفلح قوم ولوا الوزارة امرأة ، ولن يفلح قوم ولوا القضاء امرأة ، وهكذا الى سائر الولايات العامة في الامة ، وذلك كما في قوله تعالى : (فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب اليم) (١)

ويتضح مما تقدم ان الحديث من باب الكلية التى يقع فيها الحكم على كل فرد من أفراد مدلولها ، وليس من باب الكل الذى يقع فيه الحكم على المجموع . على اننا لو سلمنا بصحة هذه المناقشات وان الحديث يدل فقط على معهود هو الامة العظمى ، فمعنى ذلك قصر دلالة الحديث على منع المرأة من توليها وعدم دلالته على المنع من تولي الوزارة ، وقيادة الجيوش ، وامارة البلدان مع ان الاجماع على عدم صحة اسناد هذه الولايات الى المرأة وجماهير العلماء يستدلون بهذا الحديث على المنع من توليها هذه الولايات ، ولا يصدحهم عن ذلك أمثال هذه المناقشات ، وذلك لتهافتها وقيامها على اساس غير سليم .

وأما الاجماع : فان الائمة المجتهدين قبل عصر ابن حزم قد اجمعوا على عدم جواز اسناد القضاء الى المرأة فقول ابن حزم - وهو ليس من الائمة المجتهدين - بعد انقراض عصر المجتهدين بجواز اسناده اليها يعد خرقا للاجماع فلا يقبل .

وبخاصة مع تهافت أدلته التي يستند إليها ، كما سيأتي بيان ذلك .

وقد نوقش هذا الدليل بما يأتي :

أولاً : ان الاجماع لا يمكن تحقيقه ، وعلى فرض تحقيقه فلا سبيل الى الوصول

لمعرفته لا حتمال وجود مخالف لم يمكن الاطلاع عليه .

والجواب : عن هذه المناقشة ان هذه مسألة قد فرغ الاصوليون منها

فأثبتوا امكان تحقق الاجماع وامكان معرفته والاطلاع عليه بما لا مزيد لقائل^(١) .

ثانياً : ان هذا الاجماع دعوى لا دليل عليها ، ان لم يصرح احد بنقل هذا

الاجماع فلا يقبل .

والجواب : انه بعد بذل الجهد في البحث والتحري عن المخالف لم

نمثر الا على قول بالجواز منسوب الى ابن جرير الطبري ، وسوء فهم

لمذهب الحنفية وقد بينا فيما سبق عدم صحة النقل عن ابن جرير ، كما

بيننا صحة مذهب الحنفية وانهم قائلون بعدم الجواز ، ولا يطالبنا

البحث العلمي في مقام الاستدلال باكثر من هذا .

ثالثاً : ان هذا الاجماع لم يصح ، لان عائشة رضى الله عنها تولت قيادة

الجيش وتزعمت الثورة ضد علي وانه لم ينكر عليها من معها من الصحابة

فيدل ذلك على عدم الاجماع ، ويدل ذلك في الوقت نفسه على

تقليد المرأة القضاء من باب أولى ، باعتبار ان القضاء اقل خطراً ، وأدنى

الى تصون المرأة من قيادة الجيوش وتزعّم الثورات . ومن ثم لا يكون ابن

ابن حزم قد خرق الاجماع .

(١) الاحكام للامدّى ج ١ ص ١٩٦ - ١٩٨ .

والجواب عن ذلك نورد في النقاط التالية :

أ - ان عائشة لم تخرج زعيمة لثورة او قاعدة لجيش ، أما عدم تزعمها الثورة فالدليل عليه ما ذكره ابن حجر حيث قال : (ان احدا لم ينقل ان عائشة ومن معها نازعوا عليا في الخلافة ، ولا دعوا الى احد منهم ليولوه الخلافة^(١)). وأما عدم قيادتها للجيش فلأن الثابت من كتب التاريخ انها خرجت بتأثير من جماعة يتزعمهم طلحة والزبير ، أرادوا ان يجمعوا الناس على أمر واحد ، ويزيلوا ما بينهم من أسباب الخلاف بما في ذلك أمر قتلة عثمان ، وذلك حتى لا تتفرق كلمة المسلمين ، ورأوا أن يضموا اليهم السيدة عائشة رجاء ان يرجع الناس وينضموا اليهم ، عندما يرون أمهم وحرمة نبيهم واقنعوها بأن في خروجها اصلاحا بين الناس ، وان الله تعالى ندب الى ذلك بقوله : (لا خير في كثير من نجواهم الا من امر بصدقة او معروف او اصلاح بين الناس)^(٢) فخرجت رجاء المثوبة واغتنام الفرصة ، وكاد الصلح ان يتم بين الطرفين ولكن الامور تطورت الى غير ما يرجون بفعل دعاة الفتنة من قتلة عثمان الذين خافوا من ان يدفعهم الى القتل اذا تم الصلح بين الفريقين^(٣) ، واذا فلم تكن السيدة عائشة قاعدة لجيش أو زعيمة لثورة .

ب - وعلى فرض أنها تولت قيادة الجيش ، فمن الذي ولاها ؟ لا يجوز ان يكون المولى لها ولي الامر الشرعي وهو على رضى الله عنه ، لان هذا غير مقبول عقلا ، ولا يجوز أن تكون التولية من قبل الفريق الذي كان معها ، لان التاريخ يحد ثنا بغير ذلك عن كيفية خروجها ، فلم يبق الا انها تولت القيادة

(١) فتح الباري ج ١٦ ص ١٦٦ .

(٢) النساء - ١١٤ .

(٣) الحواصم من القواصم ص ١٥٢ وما بعد ١٥ .

بطريق التغلب ، أى ان توليها كان فعلا منها ، وفعل الصحابي ليس بحجة ، وبخاصة على صحابي مثله ، فلا شرعية في هذه القيادة ، وعدم انكار من كان معها عليها لا يكسب فعلها الشرعية ، لان من كان معها ليسوا كل الصحابة ، بل كانوا اقل من فريق على وهو لا قد انكروا عليها خروجها وكتب التاريخ حافلة بهذا الانكار^(١) .

ج - وعلى فرض انها خرجت قائدة لجيش ، وان فعلها يفيد الشرعية على اساس ان فعل الصحابي حجة وانه لم ينكر عليها احد ، فان ذلك لا يدل على عدم الاجماع ، لانه في غير محل النزاع ، لان محل النزاع في القضاء ، واين هو من قيادة الجيوش .

د - وعلى فرض انها خرجت قائدة لجيش وان فعلها حجة وانه في محل النزاع فانها خرجت انها أم لمن معها من المؤمنين ، فهل يريد هذا المناقش ان تقلد المرأة القضاء ، ثم تقضى وهى في هودج ، او في حجرة يقف خارجها المتقاضون ؟ او يريد ان يؤمن ببعض الكتاب ويكفر ببعض ؟

هـ - وبعد ذلك كله فان عائشة رضى الله تعالى عنها كانت في خروجها مجتهدة وقد ثبت انها رجعت عن اجتهادها وخطأت نفسها في ذلك ، فلا حجة في فعلها ، حتى لو فرضنا جدلا انها كانت قائدة لجيش والدليل على ذلك :

١- ما اخرجه احمد وابو يعلى والبخاري وصححه ابن حبان والحاكم - وسنده على شرط الصحيح - من طريق قيس بن حازم ، قال : لما اقبلت عائشة

(١) الكامل لابن الاثير ج ٣ ص ٢١٣ ، ٢١٤ ، ٢٣٩ .

فنزلت بعض مياه بنى عامر، نبحت عليها الكلاب، فقال: أى ماء هذا؟ قالوا: الحوآب، قالت: ما أظننى إلا راجعة، فقال لها بعض من كان معها بل تقدمين فيراك المسلمون فيصلح الله ذات بينهم، فقالت: ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لنا ذات يوم (كيف باحداكن تنبح عليها كلاب الحوآب؟) وعند احمد فقال لها الزبير. بل تقدمين.. الخ.

٢- ما اخرجہ الطبری بسند صحيح عن ابی یزید المدینى، قال: قال عمار بن یاسر لعائشة لما فرغوا من الجمل: ما أبعد هذا السير من العهد الذى عهد اليكن - يشير الى قوله تعالى: (وقرن فـي بيوتكن)^(١) فقالت: ابو اليقظان؟ قال: نعم، قالت: والله انك - ما علمت - لقوال بالحق قال: الحمد لله الذى قضى لى على لسانك^(٢).

وأما المحقول: فمن اوجه:

١ - ان القضاء يحتاج الى كمال الرأى والفطنة، وتام العقل، وهذا غير متحقق في المرأة على سبيل الكمال لا نسياقها وراء العاطفة التى طبعت عليها بحكم وظيفتها الرئيسية في الحياة وهى الامومة ولتأثير العوامل الطبيعية التى تعثرها على ممر الشهور والسنين، فتمنع من تكوين الرأى الكامل لديها فلا يتحقق منها القضاء على سبيل الكمال، وقد سبق ان صنعنا قضاء المقلد العارف بمذهبه، لهذا السبب، فما بالنا نمنع هذا القضاء هناك ونجيزه هنا؟

٢ - ان مجلس القضاء يحضره الخصوم من الرجال، وهى ليست أهلا للحضور في محافل الرجال، لان ذلك يسيء الى كرامتها وسمعتها، فضلا عما فيه من

(١) الاحزاب - ٣٣ .

(٢) فتح البارى ج ١٦ ص ١٦٦ وما بعدها .

حدوث الافتتان بهن وما يترتب على ذلك من مفسد .
وقد نوقش هذا الوجه بأن الممنوع هو مزاحمة الرجال ، والخلوة المحرمة ،
أما الخروج في حدود الآداب الإسلامية لممارسة القضاء ، الذي هو مشاهد
من مشاهد الخير ومصالح الدنيا والآخرة ، فليس ممنوعاً ودلل هذا المناقش
بأن الخروج للقضاء لا يقل عن الخروج إلى المساجد للصلاة ، والرسول
صلى الله عليه وسلم يقول : (إذا استأذنت زوجة أحدكم في الخروج إلى
المساجد فليأذن لها) ثم استأنس لهذا أيضاً بأن محترفة الغناء - وهي
قليلة الحظ من الاحترام - إذا التزمت آداب الإسلام تظل نقية السمعة
موفورة الكرامة ، فكيف بمن تلي منصب القضاء ؟

والجواب : ان خروج المرأة للممارسة القضاء تقارنه أمور تتنافى وآداب
الإسلام ، ولا يمكن تفاديها أو التخلص منها . . ففيه الخلوة بكاتب السر
لاملاء الأحكام عليه ، ومراجعة عمله ، وهي ممنوعة من الخلوة بالاجنبي .
وفيه إدامة النظر في الخصوم والشهود للتحقق منهم ومراقبة ما يصدر
عنهم وما يدور بينهم ، وهي ممنوعة من ذلك ومأمورة بغض البصر .
وفيه الاتصال بأصحاب القضايا لانجاز ما يتعلق بقضاياهم ، وهي ممنوعة
من الاختلاط بالرجال .

وفيه كشف وجهها للمتقاضين والشهود ، ان لا تقضى منتقبة أو من وراء
جدار ، وهي مأمورة بالحجاب وبخاصة إذا كانت شابة .
وفيه مداومة الخروج إلى مكان القضاء (المحكمة) وهي مأمورة
بالاستقرار في البيوت .

أما الخروج إلى المساجد فليس فيه شيء من ذلك كله ، ومع ذلك فقد
جعل الرسول صلى الله عليه وسلم صلاة المرأة في بيتها أفضل لها من

صلاتها في المسجد ، ولما كثرت المساوىء والمضار المترتبة على خروج النساء من بيوتهن قالت عائشة رضى الله عنها : لو أدرك الرسول صلى الله عليه وسلم ما أحدثه النساء من بعده ، لمنعهن من الخروج الى المساجد (١) فبطل هذا القياس.

اما الاستثناس - او التوير - بالمغنية المحترفة ففضلا عما فيه من التناقض بين قلة احترامها وبين نقاء سمعتها ووفرة كرامتها ، نقل : ان الشرع يحكم على المغنية المحترفة بحكم خاص يلزمها ولو التزمت ببعض آداب الاسلام وان كنا لا ندري ما الذى التزمته من آداب الاسلام بعد احترامها الفناء ، وانغماسها في أوساط اللهو الموبوء ؟ ويظهر ان هذا القائل لم تتراحم اليه أخبار هذه الأوساط .

٣- ان المرأة لا تصلح للامامة العظمى ، والوزارة ، والامارة على البلدان بالا جماع - حتى من ابن حزم - فلا تصلح للقضاء لانه ولاية عامة ومناط المنع فيما اجمع عليه وهو الانوثة متحقق في كل منها .

وقد نوقش هذا الوجه بأن الانوثة في جانب القضاء وصف طردى لا تأثير له ان قد ثبت بالا جماع عدم تأثيرها في الولاية الخاصة كالوصاية على يتيم ، أو الولاية على وقف ، والمناط انما هو القدرة على الولاية دون نظر لمصوم او خصوص .

وقد سبق الرد على ذلك ونضيف الى ما تقدم القول : بأن الفرق بين ولاية القضاء ، وولاية بلد من البلدان ، بتحقيق القدرة في الاولى دون الثانية ، مع ان كلا منهما ولاية عامة تحكم محض ، وان المساواة بين

(١) الترغيب والترهيب ج ١ ص ٢٢٥ ، وانظر المعجم المفهرس لالفاظ الحديث

النبوى ج ٦ ص ٤٣٤ .

القضاء ، والصاية على يتيم نوع آخر من انواع التحكم الذى لا يقوم عليه دليل ، وهو مرفوض في البحث العلمى ،

شبه ابن حزم : تمسك ابن حزم في دعواه جواز تقليد المرأة القضاء بالشبه الآتية :

١ - الاصل ان كل من يتأتى منه الفصل بين الناس فحكمه جائز ، والمرأة يتأتى منها ذلك لان انوثتها لا تؤثر في فهمها الحجج وفصلها في الخصومات .
والجواب عن هذا : ان المرأة لا يتأتى منها الفصل بين الناس في الخصومات على وجه الكمال ، للنقصان الطبيعى فيها ، ولا نسيانها وراء الماطفة ، وللموامل الطبيعية التى تعثر بها بتوالى الاشهر والسنين ، من حيض وحمل وولادة وارضاع ، فتؤثر على فهمها الحجج وتكوين الحكم الكامل لديها .

على ان هذه الشبهة منقوضة بالامامة العظمى ، فان المرأة قد يتأتى منها القيام بأعباء الامامة ، ومع ذلك اجمع الفقهاء على عدم جواز اسناد الامامة اليها .

اما ما يثار من مناقشات للرد على ذلك ، تأييدا لابن حزم فقد سبق الرد عليه ببيان انه لا فرق بين الامامة والقضاء ، لا من جهة صفة الولاية وهو العموم ، ولا من جهة المناط وهو الانوثة وقد حكى القاضى ابوبكر بن العربي مناظرة جرت في هذه المسألة بين القاضى ابى بكر بن الطيب المالكى وبين ابى الفرج بن طرار ، شيخ الشافعية ببغداد ، في مجلس السلطان عضد الدولة على ما جرت به عادتهم في المناظرة ، من استخراج الادلة والتمرن على الاستنباط ، وان كانوا على وفاق في موضوع المناظرة .

فقال ابو الفرج بن طرار : الدليل على ان المرأة يجوز ان تحكم ان الغرض من الاحكام تنفيذ القاضى لها بعد سماع البينة عليها ، والفصل بين الخصوم فيها ، وذلك يمكن من المرأة ، كماكانه من الرجل . فاعترض عليه القاضى ابو بكر ونقض كلامه بالامامة الكبرى فان الغرض منها : حفظ الثغور وتدبير الامور ، وحماية البيضة ، وقبض الخراج ، وردة على مستحقيه ، وذلك يتأتى من المرأة كتأتيه من الرجل وقد علق القاضى ابو بكر بن العربي على هذه المناظرة بقوله : ليس كلام الشيخين في هذه المسألة بشىء ، فان المرأة لا يتأتى منها ان تبرز الى المجالس وتخالط الرجال وتفاوضهم مفاوضة النظير للنظير لانها ان كانت فتاة حرم النظر اليها وكلامها ، وان كانت متجالة برزة لم يجمعها والرجال مجلس تزدهم فيه معهم ، وتكون مناظرة لهم ، ولن يفلح قط من تصور هذا ولا من اعتقده .^(١)

وقد اثار تعليق ابن العربي ثائرة بعض الكاتبين في هذا الموضوع فحصل عليه وقال : ان الامام النووى رجع الى القول بجواز نظر الرجال من المرأة الى الوجه والكفين ، وقال انه اصاب ، لانه نص الحديث الصحيح من قول الرسول صلى الله عليه وسلم لاسماء : اذا بلغت المرأة المحيض لم يصلح لها ان يرى منها الا هذا وهذا ، وأشار الى وجهه وكفيه ، وان المالكية اجازوا للمرأة الاشتغال بالتجارة ومخالطة شركائها وعملاتها . وشهودها من الرجال ، وان نساء الصحابة كن يناقشن في العلم ويستفتين الرجال ، وييمن ويشتري ، وحتى غناء المرأة يقول الشافعية وغيرهم انه مكروه فقط ، ولم يحرموه لما في الصحيحين عن عائشة قالت :

(١) احكام القرآن ج ٣ ص ١٤٤٥ - ١٤٤٦ .

دخل على ابي وعندي جاريتان من جوارى الانصار تغنيان ، فقال : أما مـير الشيطان عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقال الرسول (يا ابا بكر: لكل قوم عيد ، وهذا عيدنا) وقال - اى هذا الكاتب ثم اذا منعوا المرأة من ان تكون قاضية ، فيمنعوها من أن تكون متقاضية وشاهدة لنفسى المعنى الذى يلحظونه .

والجواب عن هذه الحملة اجمالا هو ان فقهاء المذاهب الاسلاميه ازاء قضية الاختلاط وكشف الوجه والنظر اليه فريقان : فريق يرى عدم جواز ذلك سواء أمنت الفتنة او لم تأمن ، وفريق يرى عدم الجواز عند خوف الفتنة ، والجواز عند أمنها . واذنا نظرنا الى مجتمعاتنا في هذه الايام فانا لانجد امن الفتنة متوفرا على سبيل الكمال او ما يقرب منه ، والوقائع المشبهة لهذا اكثر من ان تحصي واما الجواب تفصيلا ، فنقول :

اما رجوع الامام النووى فهو رجوع الى جواز النظر عند امن الفتنة ، لانه كان يقول اولا بحرمة النظر حتى عند امن الفتنة ، فلا حجة في هذا الرجوع ، لان المفهوم من كلام الكاتب انه يرى الجواز مطلقا ويحتج له سواء أمنت الفتنة او لا .

واما حديث اسماء ففي ادعاء الكاتب صحته نظر ، فان في اسناده سعيد بن بشير وقد تكلم فيه غير واحد ومع ذلك فهو مرسل من رواية خالد بن دريك عن عائشة وخالد لم يسمع من عائشة^(١) فلا حجة فيه لمن لم يأخذ بالمراسيل ، ومن يأخذ بها قيد واجواز النظر بأمن الفتنة ، وبالحاجة الداعية الى النظر ، كالشاهد والمعامل وهذا هو مجمل ما قاله بعض المالكية في معاملة المرأة والدليل على هذا التقييد ما رواه البخارى عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه

(١) المنتقى مع نيل الاوطار ج ٦ ص ١٢٩ - ١٣٠ .

وسلم اردف الفضل بن العباس خلفه يوم النحر ، فجاءت امرأة وضيفة من مخشم تسأل النبي صلى الله عليه وسلم فطفق الفضل ينظر اليها فأخذ النبي صلى الله عليه وسلم بذقن الفضل فحول وجهه من النظر اليها ، واخرج الترمذى وصححه من حديث على ان العباس قال للنبي صلى الله عليه وسلم : لويت عنق ابن عمك ؟ فقال : (رأيت شابا وشابة فلم آمن عليهما الفتنة ^(١)) وفي هذا دلالة على عدم جواز النظر عند خوف الفتنة ^(٢) .

واما استفتاء الصحابيات ، ومناقشتهم في العلم ، وبيعهم ، وشراءهن ، فان كان قبل الحجاب فلا حجة فيه وان كان بعده فأين الدليل على كشف وجوههن اثناء ذلك ؟ ولا تصلح مباشرة ذلك منهن دليلا ، لانهن يستطعن ذلك مع الحجاب .

اما القول بأن غناء المرأة مكروه فقط عند الشافعية ، لحديث غناء الجاريتين وان هذا يدل على جواز كشف وجهها والنظر اليه فهو استدلال باطل ، وذلك لان الشارع اباح الغناء يوم العيد ، بطريق الاستثناء من الادلة القاضية بتحريم اللهو كما استثنى الغناء والطرب بالدف يوم العرس ، فاباحة الغناء في هذه الايام ثابتة بطريق الخصوصية وقد بين الرسول صلى الله عليه وسلم سبب هذه الخصوصية عندما انكر ابو بكر هذا الغناء بقوله : امزامير الشيطان في بيت رسول الله ؟ بأن هذا اليوم يوم عيد ، وهو يقتضى شيئا من الفرح والسرور والانطلاق المشروع ، وقد كان الامر كذلك ، افجاريتان ليستا محترفتين الغناء ، وغناءهما لم يكن مشتملا على هجر او فحش ، لانهما كانتا تغنيان بما

(١) المرجع السابق ج ٦ ص ١٢٨

(٢) لم يأمر النبي صلى الله عليه وسلم ، الخشمية بتغطية وجهها لانها كانت محرمة واحرام المرأة في وجهها .

تقاوت به الانصار يوم بعث ، ولم يكن ذلك الا فخرا ومدحا ، ونسوق الحديث باكملة ففيه دلالة على كل ذلك ، روى الشيخان عن عائشة رضى الله عنها قالت: دخل على ابو بكر، وعندي جاريتان من جوارى الانصار تغنياننى مبا تقاوت به الانصار يوم بعث - وليستا بمغنيتين - فقال ابو بكر مزامير الشيطان في بيست الرسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ وذلك في يوم عيد فقال : (يا ابا بكر، لكل قوم عيد ، وهذا عيدنا)^(١) وبعد ذلك نقول ان الخطأ في الاستدلال يتلخص في النقاط التالية :

- ١ - ان الدعوى كراهة غناء المرأة عند الشافعية في جميع الاحوال ، والدليل ينتج الجواز في ايام الاعياد فقط ، فالتقريب غير تام فلا سند للشافعية في هذه الدعوى .
- ٢ - انه على فرض ان الغناء مكروه - كما تقول الشافعية - فقياس كشف الوجه - والنظر اليه على الغناء ينتج الكراهة لا الجواز فالتقريب ايضا غير تام ،
- ٣ - ان الاستدلال على جواز كشف الوجه والنظر اليه بقياسه على الغناء في يوم العيد قياس باطل ، لان اباحة الغناء في يوم العيد ثابتة بطريق الاستثناء على سبيل الخصوصية ، ومثل هذا لا يقاس عليه ، كما هو مقرر لدى الاصوليين .

واما الالتزام بمنع المرأة من التقاضى كما منعت من القضاء ، فهو الزام غير وارد ، لان الضرورة التى تدفع المرأة الى الخروج للتقاضى مرة او مرتين فى عمرها ، لا يمكن ان تلحق بما لا ضرورة فيه من خروج المرأة الى عملها باستمرار على مدار ايام السنة .

(١) نيل الاوطار ج ٨ ص ٠٠٠

وبعد هذا كله فهذه مسألة جزئية فرعية ، تعتبر في هامش الموضوع وجانبه
لأننا لم نمنع تقليد المرأة القضاء بناءً على تحريم كشف وجهها أو النظر إليه فقط ،
بل على أن قضاءها مظنة الإخلال بالفرض المقصود من القضاء على ما بيناه آنفاً .

١ - أن المرأة يجوز أن تكون مفتية ، فيجوز أن تكون قاضية .

والجواب : أن هناك farkاً بين الافتاء والقضاء فان الافتاء اخبار عن حكم
شرعي لا الزام فيه ، وليس من باب الولايات ، أما القضاء فهو اخبار عن حكم
شرعي مع الإلزام ، وهو من باب الولايات ، فليس هناك جامع معتبر حتى
يصح اللاحق والقياس .

وقد قال كاتب : أن الفتيا أيضاً قد تكون ملزمة ، وذلك حين لا يوجد
ألا واحد صالح للافتاء .

وجوابه : أن الزام هنا للضرورة ، وللضرورة أحكام تخالف حالة الاختيار ،
وموضوع النزاع مفروض في حالة الاختيار ولذلك لو وجدت الضرورة في قضاء
المرأة ، بأن ولاها سلطان ذو شوكة نفذ قضاؤها^(١) وبذلك ظهر أن حالة
الضرورة في قضاء المرأة مستثناة لا ما زعمه هذا الكاتب .

٢ - أن عمر ولي امرأة تدعى الشفاء ولاية الحسبة على السوق ، فيجوز أن تتولى
القضاء ، إذ أن كلا منهما من الولايات العامة^(٢) .

والجواب من ناحيتين :

الأولى :- أن قول الصحابي أو فعله ، فيما للرأى فيه مجال ليس حجة
كما هو الراجح عند الأصوليين ، ولم يدع أحد أنه لا يعرف له مخالف حتى

(١) مفتح المحتاج ج ٤ ص ٣٧٧ .

(٢) المحلى طبع الامام ج ٩ ص ٢٤ .

يكنون اجماعا ثبت به الدعوى ، ومن المجيب ان يستدل ابن حزم بفعل عمر مع انه ينفي حجية رأى الصحابي ، واعجب من هذا انه خالف عادته عند الاستدلال بهذا الاثر فلم يذكر له سنداً او درجة ، واعجب من المجيب ان يستأنس هنا بقول ابي حنيفة مع انه اوسعه في غير هذا الموضع تشنيعاً وتجريحاً والاعجب من ذلك كله انه يرى ان المرأة لا تزوج نفسها ولا غيرها ثم يرى هنا تقليد ما القضاة لتزوج غيرها بمقتضى ولاية القضاء .

الثانية : انه لم يصح عن عمر انه ولي هذه المرأة أو غيرها ولاية الحسبة ، قال ابو بكر بن العربي : (وروى ان عمر قدم امرأة على حسبة السوق ، وهذا لم يصح فلا تلفتوا اليه ، وانما هو من دسائس المبتدعة في الاحاديث^(١)) . على اننا نستبعد صدور هذا من عمر لا مريم :

الاول : انه مخالف للحديث المتفق على صحته ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم : (لن يفلح قوم ولوا امرهم امرأة) ويبعد جدا ان يخالف عمر الحديث وقد رد احد الكاتبين هذا الاستبعاد بانه ليس بشيء ، فلمل الحديث لم يبلغ عمر او لعله بلغه وتأوله بالامامة العظمى .

وأقول : ان اثبات دعاوى بالترجي غير معتبر ، ان لا وزن للترجي بين الأدلة والبراهين وانما يقبل الرد لو جزم بعدم بلوغ عمر الحديث او بتأويل عمر له وهذا ما لم يجزم به ، فلا يقبل رده .

(١) ومع ذلك فالنص الذي نقله ابن حجر عن ابن سعيد خاصاً بهذا الموضوع لا يفيد ما ذهبوا اليه من تولية عمر لها حسبة السوق ان يقول : وربما ولاها - اي الشفاء - عمر شيئاً من امر السوق فالكلام خاص بشيء من امر الحسبة لا الحسبة نفسها ومع ذلك فهو قد علل هذه التولية مما يدل على انها كانت ولاية خاصة انظر الاصابة ج ٤ ص ٣٣٣ .

الثاني : ان فكرة الحجاب في الاسلام صادرة عن عمر نفسه ، حيث اشار بها على الرسول صلى الله عليه وسلم بالنسبة لنسائه ، فنزل الوحي من السماء بموافقة رأيه فيها ، وصارت تشريعا للامة ، فيستحيل بعد ذلك ان ينقض هذه الفكرة بتعيين امرأة تمكث طول يومها تخالط الرجال في الاسواق وتهجر بيتها الذي أمرت بالاستقرار فيه .

وقد رد الكاتب هذا الاستبعاد ايضا ، فقال : وهذا الوجه ايضا ليس بذلك فعسى ان المرأة كانت مرتفعة السن والمواهب ، فهي بسنها مصونة ، ومواهبها أهل لأن ينتفع بها ، اليس ذلك أولى بأن يسوغ ويقر ما كانت تفعله ام شريك على عهد صلوات الله عليه ؟ ان كان كثير من الصحابة يسمرون عندها ليلا وكانت ذات سن ، حتى قال فيها صلى الله عليه وسلم غير مستنكر : (تلك امرأة يفشاها أصحابي) ولم تنزل مرضية السيرة والسريرة لدى الجميع .

وأقول مرة أخرى للكاتب : ان الترجي لا مقام له بين الأدلة ، وأقول له مرة ثالثة : متى كان ارتفاع السن عاصما للمرء عن ارتكاب ما لا يليق ؟ وهل أصاب الصحابة - والعيان بالله - العقم في المواهب فلا يجدوا عمرا عند هذه المرأة فيوليها انتفاعا بمواهبها ؟

اما تفضيل هذا الكاتب ما فعله عمر - على فرض حصوله - على ما كانت تفعله أم شريك فهو فهم منحرف واستدلال خاطيء ، ان ما هو الدليل على ان صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يقصدون بيت أم شريك ليسمروا فيه ؟ ان أم شريك لم تفتح بيتها ناديا للسمر ، ولم يقصدوا الصحابة لذلك ، وكيف يسمرون وهم يعلمون ان السمر - وهو التحدث ليلا - مكروه بعد العشاء ؟^(١) لما رواه مسلم عن ابي برزة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يكره التحدث بعد العشاء . ان الصحابة كانوا يقصدون أم شريك لصلاحها وتقواها ، ولكرمها

الذي اشتهرت به، وكثرة مصروفها ونفقتها في سبيل الله وتضييفها الغرباء كما
 صرح بذلك الامام الثووي والزرقاني^(١) وان فلم يكن من صحابة رسول الله سمر او
 اختلاط بأم شريك حتى يكون ، اختلاط والية الحسبة بالرجال - ان صرح تولية عمر
 لها - أفضل من هذا السمر على ان صنيح هذا الكاتب خال من الامانة العلمية ،
 ان انه بتر النص فأخذ منه مايؤيد دعواه ، واغفل ما يبطل هذه الدعوى ، ذلك
 ان الذي رواه مسلم ومالك وغيرهما ان الرسول عليه الصلاة والسلام امر فاطمة
 بنت قيس ان تعتد في بيت ام شريك ، ثم عدل عن ذلك وقال لها : تلك امرأة
 يخشاها اصحابي ، اعتدى عند عبد الله بن ام مكتوم فانه رجل اعمى تضمين ثبابك
 عنده ، وفي رواية مسلم : (اذا وضعت خمارك لم يرك) ففي الجزء الاول من
 هذا النص - وهو الذي أغفله الكاتب لأنه يمنع من تولية المرأة الحسبة ، فكيف
 تكون توليتها افضل واولى ؟ ان الاستدلال على هذا النحو اما انه سوء فهم اما
 انه تحريف للكلام عن مواضعه .

٤ - انه الرسول صلى الله عليه وسلم قال : (. . . والمرأة راعية في مال
 زوجها وهي مسئولة عن رعيته . .) فقد اثبت لها الرسول عليه الصلاة
 والسلام الولاية على مال زوجها وبيته ، فدل ذلك على انها اهل لسائر الولايات
والجواب : ان هذه ولاية خاصة ولا يلزم من ثبوتها للمرأة ثبوت الولاية
 العامة لها ، وقد بينا ذلك فيما سبق كما بينا ان المناط في موضوع توليها
 الولايات هو الاوثقة لا القدرة ، وانه لولا النص والاجماع لقلنا بعدم ثبوت الولاية
 الخاصة لها .

(١) شرح النووي على مسلم ج ١ ص ٨٩ ، وشرح الزرقاني على الموطأ ج ٤ ص ١٢٠ .

أدلة الحنفية : استدلال الحنفية على عدم جواز تقليد المرأة القضاء بما استدلال به الجمهور وكان مقتضى ذلك ان يستدلوا بها على عدم الصحة كما فعل الجمهور، ولكنهم استدلوا على صحة قضائهم في غير الحدود والقصاص بمعنى نفاذ قضائهم مع اثم المقلد لها بأن القضاء يشارك الشهادة في باب الولاية والمرأة أهمل للشهادة في غير الحدود والقصاص فتكون أهلاً للقضاء في الحدود والقصاص .

ولكننا نرى ان الولاية في الشهادة مغايرة للولاية في القضاء ، بما قدمناه من وجوه المغايرة ، وهذا يستلزم ان تكون الأهلية في الشهادة مغايرة للأهلية في القضاء ، فضلا عن ان نفي الجواز الذي أفادته أدلة الجمهور يستتبع نفى الصحة .

وبعد فهذا عرض لبحث اشتراط الذكورة في القاضي ، نخرج منه بأن هناك اجماعا على عدم جواز تقليد المرأة القضاء ، وانه لم يصح النقل بجواز التقليد الا عن ابن حزم وان هذا لا يؤثر على الاجماع لحدوثه بعد انعقاد الاجماع واستقراره بقرون ، ولتهافت وبطلان ما استند اليه من شبه ، وبأن هناك اجماعا ايضا على عدم صحة قضائهم في الحدود والقصاص ، اما صحة قضائهم في غير الحدود والقصاص فمحل خلاف بين الحنفية والجمهور وان الراجح هو مذهب الجمهور ، كما تخرج منه بأن الضرورة لها حكم آخر يقضى بصحة قضاء المرأة ولكنه لا يؤثر على عدم الجواز في شيء ، فيبقى اثم المقلد لها قائما .

* * *

المبحث الثاني

في آداب القاضي

يقصد بآداب القاضي الصفات التي يصح أن يتحلّى بها ، والطرق التي يسير عليها في قضاءه ، وليس المقصود بالآداب ما يرادف المندوبات ، فإن منها ما هو واجب كعدم قبول الرشوة ، وإنما المقصود بهذا العنوان بيان ما يجب على القاضي ، أو يسن له أن يأخذ به نفسه واعوانه ، ومن أحكام ونظم ، تحفظهم عن الميل إلى الهوى ، وتسير بالقضاء إلى غايته المنشودة ، من تحقيق العدل والقضاء على الظلم والكلام على هذه الآداب يقع في أربعة مطالب :

المطلب الأول

الآداب المتمثلة بشخص القاضي وصفاته

أكثر الفقهاء من الصفات التي ينبغي أن يتحلّى بها القاضي ، حتى يجمعوا له شتى الفضائل ، وجعلوه من خلق يعز وجودهم ، يقول ابن فرجون وعلاء الدين الطرابلسي : اعلم أنه يجب على من ولي القضاء أن يعالج نفسه على آداب الشرع وحفظ المروءة ، وعلو الهمة ، ويتوقى ما يشينه في دينه ومروءته وعقله أو يحطه في منصبه وهيمته ، فإنه أهل لأن ينظر إليه ويقتدى به ، وليس يسمعه في ذلك ما يسع غيره ، فالحيون إليه مصروفه ونفوس الخاصة على الاقتداء بهديه موقوفه ، ولا يجعل حظه من الولاية المباهاة بالرياسة وانقاذ الأمر ، والتلذذ بالمطاعم والملابس والمساكن ، فيكون ممن خوطب بقوله تعالى : (إن هبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا) ^(١) وليجتهد أن يكون جميل الهيئة ، ظاهر الأبهة ، وقور

(١) الاحفاف - ٢٠ .

المشيئة والجلسة ، حسن النطق والصمت ، محترزا في كلامه عن الفضول وما لا حاجة به كأنما يعدد حروقه على نفسه عدا ، وليقلل عند كلامه من الإشارة بيده والالتفات بوجهه ، فإن ذلك عمل المتكلفين ، وصنع غير المتأدبين ، وليكن ضحكه تبسما ، ونظرة فراسة وتوسما ، واطرافه تفهما ، وليلزم من الصمت الحسن والسكينة والوقار ما يحفظ به مروءته ، فتميل الهمم اليه ، ويكبر في نفوس الخصوم الجراءة عليه ، من غير تكبر يظهره ، ولا اعجاب يستشعره ، فكلاهما شين في الدين وعيب في اخلاق المؤمنين (١) .

وقال بعضهم : من حق القاضي ان يكون غير متكبر عن مشورة من معه من أهل العلم ، ورعا ، ذكيا ، فطنا ، غير عجول ، نزها عما في ايدي الناس ، مرضى الاحوال ، موثوقا به في دينه ، غير مخدوع ، وقورا ، مهيبا عبوسا في غير غضب متواضعا من غير ضعف ، كثير التحرز من الحيل لا يطلع الناس منه على عورة ولا يخشى في الله لومة لائم (٢) .

وقال ابو علي الكرابي بعد أن ذكر الصفات التي ينبغي أن يتصف بها القاضي وهذا وان كنا نعلم انه ليس على وجه الارض أحد يجمع هذه الصفات ، ولكن يجب أن يطلب من أهل كل زمان اكملهم وافضلهم ، غير ان أبرز الصفات التي ينبغي أن يتحلى بها القاضي هي :

- ١ - القوة بلا عنف ، لئلا يطمع فيه الظالم .
- ٢ - اللين في غير ضعف ، لئلا يهابه المحق .
- ٣ - الحلم ، لئلا يغضب من كلام الخصوم ، فيؤدي ذلك الى عدم الحكم .

(١) تبصرة الحكام ج ١ ص ٢٢ ، ومعين الحكام ص ١٥ .

(٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ٢٠ .

- ٤ - التفتن ، لئلا يستغفله بعض الخصوم ، فيميل عن الحق .
- ٥ - التأني ، حتى لا تدفعه العجلة الرما لا ينبغي بنفسه ، اوبالخصوم ، اوبالحكم .
- ٦ - العفة ، بأن يكف نفسه عن الحرام ، حتى لا يطمع احد في حيفه .
- ٧ - العلم بأحكام من قبله من القضاء ، حتى يسهل عليه الحكم ، ويتضح له طريقه .

وفي ذلك كله يقول على رضى الله عنه : لا ينبغي للقاضى أن يكون قاضيا حتى تكمل فيه خمس خصال : عفيف حليم ، عالم بما كان قبله ، يستشير ذوى الالباب لا يخاف في الله لومة لائم^(١) .

—————

المطلب الثاني

الاداب المتعلقة بنزاهته وحفظ كرامته

حرصت الشريعة على أن تكون كرامة القاضى محفوظة ، ونزاهته مصونة فقررت احكاما كثيرة تحفظ عليه كرامته وتضمن له نزاهته ، منها :

١ - التنزه من طلب الحوائج : ينبغي للقاضى ان يتنزه عن طلب الحوائج من

الناس كالماعون ، والالة ، والسيارة ، ليكون موفور الكرامة ، محفوظا من السنة

الناس ملحوظا بيمين الاجلال والاكرام بعيدا عن استغلال المعير له .

٢ - كراهة البيع والشراء : يكره للقاضى أن يبيع أو يشتري شيئا لنفسه في

مجلس الحكم وغيره ، الا بوكيل لا يعرف انه وكيله ، لئلا يحابى ، والمحاباة في

حكم الهبة فتكون مكروهة .

(١) فتح البارى باب متى يستحق الرجل القضاء .

كما انه يكره للقاضي اشتغاله بالتجارة لما رواه الديلمي والحاكم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : (ما عدل وال اتجر في رعيته ابدا) ولان القاضي يصرف فيحابى ، فيكون كالمهدية ، فيؤثر ذلك على نزاهته ، فضلا عن ان اشتغاله بالتجارة يشغله عن النظر في القضايا ، وقد روى عن شريح انه قال : شرط على عمر حين ولائى القضاء الا أبيع ولا ابتاع .

وحكى عن ابي حنيفة عدم كراهة التجارة للقاضي ، واستدل بأن ابا بكر لما بويع اخذ الذراع ورزمة من قماش وقصد السوق ، فقالوا : يا خليفة رسول الله لا يسمعك ان تشتغل عن امور المسلمين قال : فانى لا ادع عيالى يضيحون ، قالوا : فنحن نفرض لك ما يكفيك ، ففرضوا له في كل يوم درهمين فذهاب ابي بكر للتجارة في السوق ، دليل على جوازها للولاة واجاب القائلون بالكراهة : بأن الصحابة قد انكروا عليه ، فاعتذر بحفظ عياله من الضياع فلما اغنوه عن التجارة بما فرضوه له من بيت المال قبل قولهم وترك التجارة ، فحصل الاتفاق منهم على تركها عند الغنى عنها^(١) .

٣ - تحريم قبول الرشوة : يحرم على القاضي قبول الرشوة ، لقوله تعالى :

(أكلون للسحت)^(٢) قال الحسن وسعيد بن جبير في تفسيره : هو

الرشوة ، وقال : اذا قيل القاضي الرشوة بلغت به الكفر ولقول الرسول

صلى الله عليه وسلم : (لعن الله الراشى والمرتشى والراش) وهو

وهو السفير بينهما ولان القاضي انما يرتشى ليحكم بغير الحق ، او ليوثق

الحكم عن الراشى ، وذلك من اعظم الظلم .

(١) المغنى ج ٩ ص ٧٩ .

(٢) المائدة - ٤٢ .

فان قضى القاضى في حادثة برشوة لا ينفذ قضاؤه في هذه الحادثة وان قضى بالحق ، لان القضاء عبادة ، والعبادة يجب ان تكون خالصة لله تعالى ، فاذا اخذ على القضاء رشوة فقد قضى لنفسه لا لله عز وجل فلا يصح قضاؤه في هذه الحادثة وينعزل بأخذ الرشوة ويمزره الامام بن عيسى ، وهذا رأى جمهور الفقهاء ورواية عند الحنفية ، والرواية الاخرى عنهم : انه يكون مستحقا للعزل فيعزله الامام ويمزره . (١)

٤ - تحريم قبول الهدية : يحرم على القاضى قبول الهدية ممن لم يكن يهدى اليه قبل ولا يته ، لان المهدى يقصد بها - في الغالب - استمالته قلب القاضى اليه ليكون الحكم في جانبه ، فتشبه الرشوة حينئذ ، روى ابو حميد المساعدى قال : بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من الازد يقال له ابن اللتبية على الصدقة ، فلما قدم قال : هذا لكم وهذا اهدى الى ، فقام النبی صلى الله عليه وسلم فحمد الله واثنى عليه ثم قال : (ما بال العامل نبهته ، فيجىء فيقول هذا لكم وهذا اهدى الى ، الا جلس في بيت ابيه وبيت امه فينظر ايهما يهدى اليه ام لا ؟) والذى نفس محمد بيده ، لا نبعث احدا منكم فيأخذ شيئا الا جاء يوم القيامة يحمله على رقبتة ان كان بعيرا له رغاء ، او بقرة لها خوار ، او شاة يتعمر) فرفع يديه حتى رأيت عفرة ابطيه فقال : (اللهم هل بلغت ؟) قالها ثلاثا .

اما من كان يهدى اليه قبل ولا يته فيباح له قبولها اذا لم يكن لله خصومة امامه لا انتفاء التهمة حينئذ ، وان كان رد ها اولى .

(١) المصنفى ج ٩ ص ٧٨ .



فإذا اخذ القاضي الهدية ممن لم يكن يهدى إليه ، او ممن كان يهدى إليه وله عنده خصومة ، وجب ردّها عليه وكذلك يجب رد الرشوة ، لان اخذهما بغير حق ، وذلك كالمأخوذ بعقد فاسد^(١) .

٥ - عدم اجابة الدعوة الخاصة : لا يجوز للقاضي اجابة الدعوة الخاصة ، لان اجابتها لا تخلو من التهمة : الا اذا كان صاحب الدعوة قريباً له ، او جرت عادته بدعوته قبل القضاء ، بشرط الا يكون لاحد هما خصومة عنده لا نعدام التهمة ، فان عرف القاضي ان لاحد هما خصومة عنده امتنع عن حضورها .

وفسر الفقهاء الدعوة الخاصة بأنها ما كان عدد المدعويين اليها لا يزيد على العشرة ، والاصح ان تحديد الدعوة الخاصة يرجع فيه الى العرف . اما الدعوة العامة فان كانت مشروعة كولاية العرس فانه يجيبها ، لان اجابتها امثال للسنة ولا تهمة في اجابتها وان كانت بدعة غير مشروعة فلا يجيبها . لكن للقاضي ان يعود المريض ، لان ذلك حق المسلم على المسلم ولا تلحقه التهمة بذلك وكذلك له تشييع الجنازة لان ذلك حق الميت على المسلمين ، فلم يكن متهما في ادائه هذه السنة كما ان له زيارة القادسين من سفر وتوديع المسافرين وزيارة اخوانه والصالحين من الناس ، لان ذلك قرية وطاعة ولا تهمة فيها .

٦ - عدم جواز القضاء لنفسه او أقاربه : لا يجوز للقاضي أن يحكم لنفسه وان حكم كان حكمه باطلا ولو صادف الحق ، وذلك لان القضاء عبادة ، والعبادة

(١) المصنف ج ٩ ص ٧٧ .

يجب ان تكون خالصة لله تعالى ، فاذا قضى لنفسه انتفى خلوصه لله تعالى فبطل قضاؤه ولأن حكمه لنفسه فيه تهمة الميل الى مصلحته وايثارها على مصلحة الخصم ، وهذا مبطل للقضاء .

فان عرضت له خصومة مع غيره تحاكم الى الامام ، او الى قاض آخر ، سواء كان من نوابه او من غيرهم او تحاكما الى شخص آخر يرضيان حكمه من غير القضاة فقد تحاكم عثمان وطلحة الى جبير ابن مطعم ، وتحاكم على مع اليهودى الى القاضى شريح ، وهذا الحكم بالا جماع بين الفقهاء . اما قضاؤه لاحد والديه او اولاده او من لا تقبل شهادته له ففي ذلك رأيان :

الاول : انه لا يجوز له الحكم فيها بنفسه ، وان حكم له لم ينفذ حكمه ، وهذا مذاهب ابي حنيفة والشافعى واضح الوجهين عند الحنابلة ، وذلك لان القضاء لواحد من هؤلاء قضاء لنفسه من وجه ، فلا يكون القضاء خالصا لله تعالى ، ولان فيه تهمة الميل الى المقضى له ، فلا يجوز قضاؤه حينئذ .

الثانى : انه يجوز قضاؤه له ، وينفذ حكمه ، وهو الوجه الثانى عند الحنابلة وقول ابي يوسف وابن المنذر ، وابى ثور ، لانه حكم لغيره ، فيجوز ، كما لو حكم الاجنبى .

اما اذا حكم على أحد هؤلاء او حكم على من تقبل له شهادة من الاقارب فان حكمه يعتبر نافذا لعدم التهمة حينئذ ، وكذلك اذا حكم لمدوه ، لعدم التهمة في هذه الحالة ، اما اذا حكم عليه فانه لا ينفذ حكمه لوجود التهمة حينئذ .

٧ - عدم الفتوى فيما قد يعرض على القاضي : لا يجوز للقاضي ان يفتى في

حادثه قد تعرض عليه وهي الحوادث والوقائع التي تدخل في اختصاصه فلا يجوز له أن يفتى في موضوع يتعلق بالنكاح اذا كان مختصا بالنظر في النكحة فقط، ولا في موضوع يتعلق بالاموال اذا كان مختصا بالنظر في المعاملات فقط، لانه قد تعرض عليه هذه الحوادث في خصومة قضائية، فيكون قد ابدى رأيه فيها، وهذا يخل بنزاهة القاضي ولانه قد يتغير رأيه اثناء نظر القضية لسبب من الاسباب، فلو قضى برأيه الاخير ادخل الشك في نفس الخصم، ولو قضى برأيه الاول يكون قد حكم بخلاف ما يعتقد صحته وهذا رأى فريق من فقهاء الحنابلة والشافعية .

ونذهب فريق آخر الى أنه يصح له الافتاء فيما يستفتى فيه من الوقائع التي تدخل في اختصاصه، ان لا فرق بينه وبين غيره في جواز الافتاء لكننا نرجح الرأى الاول لما فيه من تحقيق نزاهة القضاء وهو ما يحرص عليه الشارع ولما روى عن شريح انه عندما كان يستفتى فيما يصح ان ينظر امام القضاء كان يقول : انا اقضى بينكم ولا افتى (١) .

هذا وتوجد امور اخرى تقرر وتؤكد نزاهة القضاء، بعضها تلزم به الدوله ممثلة في ولي الامر، وهي : عدم التدخل في شئون القضاء وعدم عزل القضاة وتقرير الارأى والمرتببات لهم، وبعضها يقوم به القاضي وهي : علانية الجلسات وتسبب الاحكام (بيان اسبابها التي بنيت عليها) وسنعرض لكل منها في اماكنها ونقتصر هنا على بيان ارزاق ومرتببات القضاة .

٨ - تقرير الارزاق للقضاة : رزق القاضي هو المال الذي يصرف للقاضي من بيت

المال في كل شهر ليقوم بنفقاته ونفقات من يعمل على سبيل الكفاية مقابل
تفرغه للقضاء ويرادف الراتب والمرتب في عصرنا الحاضر والكلام على رزق
القاضي يقع في أربعة مواضع : مشروعيته ، وحل أخذه ، واعتباره كفاية ، وعدم
فرضه على الخصوم ونفصل ذلك فيما يلي :

أ - مشروعية فرض الرزق للقاضي : فرض الرزق للقاضي من بيت المال

مشروع بالسنة والاجماع والمقول أما السنة فيما رواه مسلم ^(١) ان عمر
بن الخطاب قال : عمت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
فعلمني ، أي : اعطاني رزقا على علمي ، وهذا الرزق ان كان على
ولاية أخرى ثبتت مشروعيته في القضاء من باب أولى وكذلك استعمل
الرسول صلى الله عليه وسلم عتاب بن اسيد على مكة عند ذهابه الى
حنين ورزقه في كل يوم درهمين وكان القضاء جزءا من ولايته .

واما الاجماع : فهو ما روى ان ابا بكر رضى الله عنه لما ولي الخلافة
فرض له الصحابة في كل يوم درهمين ، وان عمر رضى الله عنه فرض لشريح
مائة درهم وعشرة اجربة من الدقيق في كل شهر ، ورتب لسليمان بن ربيعة
الباهلي القاضي خمسمائة درهم في كل شهر ، وان عمر استعمل زياد
بن ثابت على القضاء وفرض له رزقا ، وبعث الى الكوفة عمارا ، وعثمان
بن حنيفة ، وابن مسعود ، ورزقهم كل يوم شاة ، نصفها لعمار ،
ونصفها لابن مسعود وعثمان ، وفرض على لشريح خمسمائة درهم في
الشهر ، وكل ذلك كان بمحض من الصحابة ولم ينكر عليهما احد فكان
اجماعا .

(١) فتح الباري ج ١٣ ص ١٢٣ .

وأما المعقول : فهو ان القاضي عامل لمصلحة المسلمين وكل من يعمل لمصلحة غيره تكون كفايته عليه ، كما في المفتى ، والوالى ، والعامل على الصدقات ، وايضا فان فرض الرزق للقضاة يجعلهم بمأمن من وسواس النفس والشيطان فلا تمتد ايديهم الى الرشوة او الهدية المحرمة ولا تلين قناتهم لحاكم او سلطان ، وبذلك تكون نزاهتهم مصونة ، وكرامتهم محفوظة .

ب - حل اخذ الرزق : اذا كان القاضي فقيرا حل له اخذ الرزق بلا خلاف بين العلماء وذلك لان اخذ القاضي الرزق اخذ بحكم مشروع وهو انه عامل لمصلحة المسلمين فتكون كفايته عليهم ، فاذا كان محتاجا جاز له الاخذ من باب اولى .

اما اذا كان القاضي غنيا فقد اختلف في اخذه الرزق ، فقال بعض الفقهاء لا يحل له ان يأخذ ، لان الاخذ بحكم الحاجة وهو غير محتاج ، لغناه ، ونذهب جمهور الفقهاء الى انه يحل له الاخذ وان الافضل له ان يأخذ ، اما الحل فلما قد مناه من انه عامل للمسلمين فتكون كفايته عليهم ، واما الافضلية فلانه وان لم يكن محتاجا بسبب غناه ، الا انه قد يجىء من بعده قاض محتاج وقد صار ذلك سنة ورسمًا فتمتنع السلاطين عن رزقه ، وحينئذ يمتنع القضاة عن الولاية ، وهذا ضرر ولا سبيل الى رفعه الا برزق القضاة غنيهم وفقيرهم فيكون اخذ الرزق اولى وافضل .^(١)

(١) المفتى ج ٩ ص ٣٧ ، وبدائع الصنائع ج ٧ ص ١٤ .

ج - رزق القاضى كفاية لا اجرة : ما يدفع للقاضى من بيت المال لا يعتبر اجرة

لانه لا يجوز الاستتجار على القضاء بالا جماع ، لانه فريه ان غاية اقامة العدل بين الناس ، فأشبه الصلاة ، والصلاة لا يجوز الاستتجار عليها ولذلك يقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، لا يجوز لقاضى المسلمين ان يأخذ على القضاء اجرا ، وانما هو مال يدفع الى القاضى يفي بنفقاته ونفقات من يعول ، على وجه يظهره بالمظهر اللائق بهذا المنصب وهو ما يعبر عنه الفقهاء بالكفاية ويتضح هذا من التعليل السابق لفرض الرزق، ومن اختلاف الرزق لشريح باختلاف الخلفاء وازمانهم .

وبناء على هذا فان رزق القاضى يختلف من مكان الى مكان ومن زمان الى زمان ومن قاض الى قاض آخر وذلك لان الاساس في فرض الرزق هو كفاية القاضى ، والكفاية تختلف باختلاف الزمان والاماكن والمكانة الاجتماعية .

د - هل يفرض الرزق على الخصوم : اذا قال القاضى للخصمين : لا اقضى

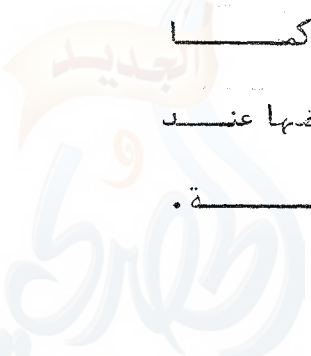
بينكما حتى تجعلا لى رزقا على القضاء ، فهل يجوز له ذلك ؟ لا يخلو الحال من احد امرين : اما ان يكون له رزق من بيت المال او لا .

فان كان يأخذ رزقا من بيت المال فلا يجوز له ذلك ، لعدم الضرورة اليه ، وطلبه بعد ذلك يعتبر جشما وشرافة وهى لا تليق بالقاضى . وان لم يكن له رزق من بيت المال ، أو له ولكنه لا يأخذه بسبب خراب بيت المال أو أى سبب آخر، ففي ذلك رأيان : الاول : يجوز له ذلك لان فيه اعانة على اقامة العدل والحق بين الناس ولو لم يجز لتمطل القضاء بين الناس ، لانصراف القاضى الى كسب معاشه ، بسبب خراب بيت المال ، او تقصير القائمين عليه . والثانى : انه لا يجوز له ذلك ، لانه يعتبر استتجار وهو لا يجوز ، لما تقدم والا رجع هو الرأى الاول للضرورة

القاضية بجوازه ، والاستئجار على العبادة جائز للضرورة كما في الاستئجار على إمامة الصلاة ، ومن ذلك يتبين ان الرسوم القضائية التي تأخذها المحاكم في بعض البلاد غير جائزة ، لان القاضي يأخذ رزقه من بيت المال ، والدولة لا تقصر في منحه هذا الرزق في كل شهر ، وقد يقال انه لا يأخذه لنفسه وانما تأخذه الدولة ، فلا مانع من فرض هذه الرسوم واخذها من الخصوم ، والجواب عن ذلك : انه وان لم يأخذها لنفسه ، لكنه ممنوع من نظر القضية الا اذا دفعت هذه الرسوم ، ففرضها مثل اشتراطه رسماً على الخصوم بحيث لا يقضى بينهم الا اذا دفعت هذه الرسوم اليه .

غير انه اذا ضاقت موارد الدولة ، واحتاج بيت المال الى اموال ينفق على المصالح المختلفة فلا بأس من فرض هذه الرسوم ، على انها نوع من انواع الضرائب التي تفرض عند الضرورة ، وهذا الجواز تلييه المصلحة المرسلة في مثل هذه الحالة لان عدم فرضها في هذه الحالة يؤدى الى تعطيل المصالح العامة في الدولة ، ومنها القضاء ، ولا سبيل الى منع هذا التعطيل الا باجازه فرض هذه الرسوم .

لكن يشترط الا تكون هذه الرسوم عبثاً ثقيلاً على المتقاضين ، يحول بينهم وبين التقاضى ، او لا يحول دون ذلك ولكن يوقعهم في الحرج والمشقه ، لان فرضها على هذا النحو يصيب المتقاضين بالضرر الشديد ، كما يشترط الا تفرض هذه الرسوم الا عند حاجة بيت المال ، لان فرضها عند الحاجة كان مبنياً على الضرورة ، ولا ضرورة عند عدم الحاجة .



المطلب الثالث

الاداب المتعلقة بمكان القضاء (المحكمه)

١ - مكان القضاء : لا يتقيد القضاء بمكان معين ، فيجوز ان يكون في دار معينة ويجوز ان يكون في المسجد ويجوز ان يكون في دار القاضي ، ويجوز ان يكون في السوق .

اما الدار المعينة فينبغى ان تكون فسيحة لثلا يتأذى بضيقهم المتقاضون ، فيضر ذلك بهم وبالقاضي وان تكون في وسط البلد ان امكن ليستوى اهل البلد في الوصول اليها .

واما المسجد فقد ذهب الشافعى الى عدم جواز القضاء فيه ، واستدل بأن عمر كتب الى القاسم بن عبد الرحمن يقول له : لا تقض في المسجد ، فانه يأتيك الحائض والجنب ، ولان الحاكم يأتيه الذهى والحائض والجنب ويكثر قاصدوه ، ويجرى بينهم اللغظ والتكاذب والتجاهد ، وربما ادى ذلك الى السب والصراخ وكل ذلك مما يجب ان تتنزه عنه المساجد .

ونذهب الجمهور الى جواز القضاء فيه ، واستدلوا بأن الرسول صلى الله عليه وسلم قضى في المسجد ، وكذلك قضى الخلفاء الراشدون وسادة القضاء من الصحابه والتابعين فكان اجماعا ، وفي ذلك يقول مالك : القضاء في المسجد من امر الناس في القديم ، واستدلوا ايضا بأن القضاء قربة وطاعة وانصاف ، وكل ذلك عبادة فيكون من جنس ما جعلت له المساجد ، فلا يكره القضاء فيها .

واجابوا عن دليل الشافعى بعدم وصحة ما كتبه عمر الى القاسم ، خصوصا وانه قد روى عن عمر خلافه ، وقالوا : ان الحائض توكل عنها ، والجنب يفتسل ويدخل ، والذي يجوز دخوله بغير اذن على رأى بعض الفقهاء وسكان

أى مسلم على رأى البعض الآخر وهذا ميسور، وبأن رفع الاصوات لا يمنع من القضاء فيه، لان الرسول عليه الصلاة والسلام كان يقضى في المسجد، وكان الصحابة يطالب بعضهم بعضا بالحقوق وربما رفعوا اصواتهم .

ولكننا مع هذا نميل الى ترجيح رأى الشافعى، لان القضاء في المسجد يتنافى مع حرمة المساجد، بسبب كثرة المتقاضين وما يحدث بينهم من سباب ومشاجرات وما يتخلف عنهم من قاذورات فضلا عن عدم مراعاة الناس احكام الطهارة عند دخولهم المساجد، وتعطيل اقامة الصلاة فيها، لطول المدة التى يمكنها القاضى في نظر القضايا الان لكثرة القضايا المصروضة عليه، ويؤيد هذا ما رواه البيهقى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : (جنبوا مساجدكم صبيانكم، ومجانينكم، وخصوماكم، ورفع اصواتكم.) فان المراد بالخصومة القشاحن والملاحاة ونحوها مما لا يليق بالمساجد، كما يدل لذلك سياق الحديث .

واما دار القاضى فيجوز القضاء فيها بشرط الا يمنع احدا من الدخول عليه، وان يجلس معه من كان يجلس معه في مجلس الحكم من مسجد او دار معه للقضاء لان جلوسه وحده يدعو الى الريبة والتهمة .

واما السوق فيجوز القضاء فيه اذا دعت ضرورة الى ذلك، وكذلك يجوز فى اى مكان آخر اذا دعت ضرورة الى القضاء فيه .

لكن اذا عين ولى الامر مكانا للحكم فليس للقاضى ان يحكم في غيره، لان القضاء يتخصص بالمكان كما يتخصص بالزمان والحادث والمذهب، بناء على الشياسة الشرعية التى تجيز لولى الامر بناء الحكم على المصلحة فيما سكت عنه الشارع ومن المصلحة ان تعد دار للحكم يعرفها المتقاضون فيقصدونها بدون عناء او مشقة .

٢ - مكان جلوس القاضي للحكم : ينبغي أن يتوفر في هذا المكان الأمور الآتية :

أ - أن يكون بارزا ظاهرا ، ليفرغه من يراه من غير حاجة الى السؤال عنه

ب - أن يكون مصنوا من اذى الحر والبرد والريح والغبار والدخان ، ليكون ذلك معينا له على الحكم .

ج - أن يكون المكان لا ثقا بالوقت من صيف وشتاء ، فيندب ان يكون ذا

خضرة في الربيع ، وذا ماء بارد في الصيف ، وذا كن في الشتاء ،

ليكون ذلك معينا له على استخراج الحكم .

د - أن يوضع له فراش على مكان مرتفع ، ووسادة يتكى عليها ، لأن ذلك اهيب لمجلسه وان كان متواضعا ^(١) .

٣ - من يستعين بهم القاضي في مجلس القضاء :

ينبغي للقاضي ان يشتمل مجلسه على ثمانية اصناف :

الصف الاول :

الاعوان ، وهم الذين حضرون الخصوم ويرفعونهم الى القاضي ، ويقومون

بين يدي القاضي اجلالا له ، ليكون المجلس مهيبا يدع فيه المتمرد للحق

ويعلق الكاساني من فقهاء الحنفية على الفرغ من الوقوف بين يدي القاضي ،

فيقول : (وهذا في زماننا ، فأما في زمان الصحابة والتابعين فما كانت تقع

الحاجة الى أمثال ذلك ، لأنهم كانوا ينظرون الى القضاة بعين التبجيل

والتعظيم ، وينقادون للحق بدون ذلك ، فاما اليوم فقد فسد الزمان وتغير

الناس فهان العلم وأهله ، فوقمت الحاجة الى هذه التكاليف للوصول الى

احياء الحق ، وانصاف المظلوم من الظالم ^(٢)) ويؤيد هذا ما جاء في تبصرة

(١) حاشية قليوبي وعميره على شرح المنهاج ج ٤ ص ٣٠٢ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٢ .

الحكام من ان الحسن كان ينكر على القضاة اتخاذ الاعوان ، فلما ولي القضاء وشوش عليه ما يقع من الناس عنده ، قال : لا بد للسلطان من وزعة ^(١) .

ويريد صاحب البدائع من «ذا التمليق ان يقول : ان اتخاذ الاعوان سيدة السياسة الشرعية ، ولكننا نرى ان لهذا النظام سندا آخر ، وهو ما رواه البخاري عن انس بن قيس بن سعد كان يكون بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم بمنزله صاحب الشرط من الامير ^(٢) . وعلى كل فاتخاذ الاعوان وغيره من سائر النظم القضائية خاضع للسياسة الشرعية التي تقوم على فعل كل ما يحقق المصلحة بشرط الا يصادم ذلك نوا او اجماعا مصادمة حقيقية .

هذا ، ويقول الفقهاء : يجب أن يكون الاعوان من الثقة المأمونين ، وان يأمرهم القاضي دائما بالرفق واللين في غير ضعف ولا تقصير .

الصف الثاني :

الحاجب وهو في الاصل من يبلغ الاخبار الى الامام ويمنع الناس من الدخول عليه حتى يأخذ لهم الاذن منه وهو يرادف ، البواب او صاحب الباب ، ومعناه الآن من يرتب دخول الخصوم على القاضي ، ويمنع المستطيل ، ويراقب نظام الجلسة . وقد كره احمد والشافعي وجماعة اتخاذ الحاجب ، واستدلوا على ذلك بما رواه احمد والترمذي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : (ما من امام او وال يفلق بابه دون ذوى الحاجة والخلة والمسكنة ، الا اغلق الله ابواب السماء دون خلته وحاجته ومسكنته) وبما ثبت في الصحيح في قصة المرأة التي وجدها الرسول صلى الله عليه وسلم تبكي عند احد القبور ، وفيها : انها

(١) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥ .

(٢) نيل الاوطار ج ٨ ص ٢٢٦ .

جاءت الى يابه فلم تجد عليه بوابين^(١) وذهب فريق آخر الى استحباب اتخاذه الحاجب واستدلوا بما ثبت في الصحيح في قصة تظاهر نساء النبي صلى الله عليه وسلم من انه قد اتخذ غلامه رباح الاسود على الباب وان عمر استأذنه في الدخول عليه ، كما استدلوا بأن الخلفاء الاربعة قد اتخذ كل منهم حاجبا فكان حاجب ابي بكر شديد مولاه ، وحجب عمر يرفاً مولاه وحاجب عثمان عمراه مولاه ، وحاجب علي قنبراً مولاه ، كما استدلوا ايضا بان عدم اتخاذه الحاجب يترتب عليه الاخلال بالقضاء ، لتكاثر دخول الخصوم في وقت واحد واحداث الجلبة والضوضاء . واجابوا عن الحديث الاول بانه محمول على الاحتجاب الذي يمنع او يؤخر الولاية والقضاء عن نظر الحاجات والفصل في الخصومات ، وعن الحديث الثاني بان عدم وجود البواب في وقت لا يلزم منه عدم وجوده دائما ، فقد يحتاج الى الاحتجاب عند الاشتغال بأمرهم ، وقد لا يحتاج اليه عند عدم ذلك ومن هنا يتبين رجحان الرأي الثاني القائل باتخاذ الحاجب ، لترتيب دخول الخصوم وحفظ النظام .

هذا ، وقد كان لفظ (الجلواز) يطلق على الحاجب في بعض الأزمنة ، وعلى معين القاضي في أزمنة اخرى .

الصف الثالث :

الكاتب يقول الفقهاء : يستحب للقاضي ان يتخذ كاتباً يقوم بكتابة وقائع الخصوم واقوال الشهود وغيرها مما يحتاج اليه القضاء ، وهذا مذهب الاثنية^(٢) الاربعة وغيرهم ، واستدلوا على ذلك بأن النبي صلى الله عليه وسلم استكتب

(١) نيل الاوطار ج ٨ ص ٢٢٢ - ٢٢٣ .

(٢) حاشية قليوبي وعميرة ج ٤ ص ٣٠١ . والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي

ج ٤ ص ١٣٨ . والبدايع ج ٧ ص ١٢ . والمفني ج ٩ ص ٧٢ .

زيد بن ثابت، ولا ن حفظ الدعاوى والبيانات والاقرارات امر متعذر أو متعسر وقد يشق على القاضي ان يكتب بنفسه لا نشغاله ونظره في القضايا فيستحب - او يجب على رأى بعض فقهاء المالكية اتخاذ كاتب ليقوم بهذه المهام وقد نص الفقهاء على انه ينبغي ان تتوفر في الكاتب الشروط الاتية :

١ - العدالة ، لان الكتابة من باب الامانة والامانة لا يقوم بها الا الممدل المذيف الذي لا يستمال بالرشوة وقالوا : انه يجب ان يتوفر فيه مع ذلك الورع والنزاهة .

٢ - الاسلام ، فلا ينبغي اتخاذ كاتب غير مسلم ، لان الله تعالى يقول : (يا ايها الذين آمنوا لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يالونكم خبالاً)^(١) . ويروى ان ابا موسى اطلع عمر بعض مكتوبات كاتبه فاستحسنه ، وقال له : قل لكاتبك يجيء ويقرأ كتابه ، فقال : انه لا يدخل المسجد ، قال : ولم؟ قال : انه نصراني ، فانتهزه عمر وقال له : لا تأتمنهم وقد خونهم الله ولا تقربوهم وقد ابعدهم الله ولا تعزوهم وقد اذلهم الله^(٢) .

٣ - الفقه ليعرف مواقع الالفاظ التي تتعلق بها الاحكام فيفرق بين الجائز والواجب ولتكون كتابته مطابقة للدعاوى والبيانات ، ولانه قد يحتاج الى الحذف والاختصار في كلام الخصوم من غير ان يوجب حقا لم يجب ، او يسقط حقا قد وجب ، ولا يقدر على ذلك الا من له معرفة بالفقه .

٤ - جودة الخط ، لان الخط الجيد يساعد على حفظ الحقوق بسبب وضوح الكتابة .

(١) آل عمران - ١١٨ .

(٢) المغني ج ٩ ص ٧٢ .

هذا ، ويقول الفقهاء ؛ ينبغي أن يجلس الكاتب بحيث يرى القاضي ما يكتب وما يصنع ، لان ذلك اقرب الى الاحتياط وان يجعل الكاتب لكل خصومة ورقا خاصا ، يكتب على ظهره اسم المدعى والمدعى عليه والشهود وهو ما يعرف الآن بالملف او الدوسية وان يجعل لخصومات كل شهر قمطرا خاصا لسهولة الرجوع اليها عند الحاجة ، كما قالوا : ان ثمن الاوراق التي تكتب فيها المحاضر والسجلات من بيت المال ، فان اعوز ذلك كان على صاحب الحق ان شاء (١) .

الصف الرابع :

المترجم ، ينبغي للقاضي ان يتخذ ترجمانا ، لجواز ان يحضر مجلس القضاء من لا يعرف القاضي لفته ، المدعى والمدعى عليه والشهود .
ويشترط في الترجمان ما يأتي :

- ١ - العدالة ، حتى يتحقق الا من في نقل كلام من يترجم عنه .
- ٢ - المدد ، فلا بد من رجلين فيما يتعلق بالحدود والقصاص ، او من رجل وامرأتين في غيرها ، او من اربعة رجال في حد الزنا - على رأى - وهذا ظاهر مذهب الحنابلة والشافعية ، واستدلوا على هذا بأن الترجمة نقل ما خفى على الحاكم فيما يتعلق بالمختاصمين ، فوجب فيه المدد كالشهادة وبأن ما لا يفهمه الحاكم وجوده عنده كعدمه ، فاذا ترجم له كان كمنقل الاقرار اليه من غير مجلسه ، ولا يقبل ذلك الا من شاهدين ، فكذلك الترجمة .

(١) المصدر السابق ج ٩ ص ٧٦ ، هذا والمحضر هو ما يكتب فيه ما يجري بين المختاصمين في المجلس والسجل : ما يكتب فيه ذلك مع الحكم او تنفيذه وقد يطلق المحضر على السجل : معنى المحتاج ج ٤ ص ٣١٩ .

ونذهب أبو حنيفة ومالك وأحمد في رواية عنه إلى الاكتفاء بالواحد، واستدلوا بما روى زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يتعلم كتاب يهود، وقال: فكتب له إذا كتب اليهم، وأقرأ له إذا كتبوا إليه، وبأن الترجمة لا تفتقر إلى لفظ الشهادة، فأجزأ فيها الواحد كما في أخبار الديانات وأجاب الفريق الأول عن هذه الأدلة بأن أثر زيد ليس وارداً في الترجمة أمام القاضي وإنما هو وارد في الأخبار والمكتاتب المادية، ولا يصح القياس على أخبار الديانات لأنه لا علاقة لها بالخصومة والقضاء، ولا نسلم أن الترجمة لا يعتبر فيها لفظ الشهادة بل لا بد فيها من لفظ الشهادة، فكانت مثلها. ونحن نميل إلى ترجيح الرأي الأول، لأن القضاء يحتاج إلى دقة وتثبيت في كل ما يبنى عليه الحكم، وهذا إنما يكون باشتراط العدد.

الصف الخامس: القاسم وغيره من أهل الخبرة والمعرفة

ينبغي أن يتخذ القاضي قاسماً يقوم بالتبثيت فيما يدعيه المتخاصمون في المساحات والمقادير، وكذلك بقسمة ما يحكم به القاضي في موضوع الخصومة إذا حكم بالقسمة وغير ذلك مما يحتاج إليه القاضي من أمور المساحات والحدود والمقادير، ويشترط فيه بالاضافة إلى ما يشترط في الكاتب أن يكون حاسباً، لأن الحساب عمله وبه يتمكن من القسمة، فهو كالخط للكاتب، والفقه للحاكم، والمقصود أن يكون خبيراً بكل ما يحتاج إليه عمله.

ويلحق بالقاسم أهل المعرفة من الأطباء، والتجار، والصناع، والزراع، وغيرهم وهم الخبراء بفنونهم وصناعاتهم، فللقاضي أن يستعين بهم، وله أن يعين منهم من يرى شدة الحاجة إليه ويقرر له رزقا من بيت المال.

الصنف السادس : الفقهاء ، ينبغي للقاضي عند تقلده منصبه ان يسأل عن فقهاء بلده ، ويتعرف عليهم ، ليدعوهم الى حضور مجلسه ، لمشاورتهم فيما يحتاج اليه من القضايا التي يشكل عليه امرها ، والدليل على استحباب المشاورة الكتاب والسنة والاجماع والمعقول .

اما الكتاب : فقول الله تبارك وتعالى : (وشاورهم في الامر)^(١) قال الحسن ان كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لغنيا عن مشاورتهم ، وانما اراد ان يستن بذلك الحكام بعده .

واما السنة : فما روى انه لم يكن احد اكثر مشاورة لاصحابه من رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن ذلك مشاورته لاصحابه في لقاء الكفار يوم بدر وفي موقع المعركة وفي الاسارى ، وفي مصالحة الكفار يوم الخندق .

واما الاجماع : فقد شاور ابو بكر الناس في ميراث الجدة ، وعمر في دية الجنين وحد الخمر ، وكان له مجلس شورى من الصحابة ، منهم : عثمان ، وعلى ، وطلحة ، والزبير ، وعبد الرحمن بن عوف ، يشاورهم فيما ينزل به من الامور وكان ذلك بحضور من جميع الصحابة ولم ينكر عليه احد فكان اجماعا ، وقد سار على هذا المنهج السلف الصالح من القضاة ، يقول الامام احمد : لما ولي سعد بن ابراهيم قضاء المدينة ، كان يجلس بين القاسم وسالم من فقهاء المدينة السبعة يشاورهما ، وولى محارب بن دثار قضاء الكوفة ، فكان يجلس بين الحكم وحماد يشاورهما ، قال الامام احمد : ما احسن هذا لو كان الحكام يفعلونه ، يشاورون وينظرون .

واما المعقول : فهو ان القاضي قد ينتبه بالمشاورة ، ويتذكر ما نسيه بالذاكرة

وقد ينتبه لصابة الحق ومصرفه حكم الحادثة من هو دونه فكيف بمن يساويه او يزيد عليه ؟ هذا فضلا عن ان الاحاطة بجميع العلوم متعذرة .

لكن هذا اذا كان القاضي لا يدخله حصر باجلاسهم عنده ، ولا يعجز عن الكلام بين ايديهم فان كان كذلك فانه لا يجلسهم ، فان اشكل عليه شيء من احكام الوقائع بعث اليهم وسألهم .

وقال الفقهاء : لا ينبغي للقاضي ان يشاورهم بحضرة الناس ، لان ذلك يذهب بمهابة المجلس ، والناس يتهمونه بالجهل ، ولكن يقيم الناس عن المجلس ثم يشاورهم ، او يكتب في رقعة ويدفعها اليهم ، او يكلمهم بلغة لا يفهمها الخصمان .

كما قالوا : ينبغي أن يكون الفقهاء من جميع المذاهب ، وان يكونوا من الموثوق بهم في دينهم وامانتهم ، لئلا يضنوا بما عندهم من الحق والصواب .

الصف السابع :

الشهود ، ينبغي للقاضي ان يحضر شهودا في مجلسه ، ليستوفي بهم الحقوق وتثبت بهم الحجج والمحاضر بأن يشهدوا كلام المتخاصمين ، من الدعوى والبيئة والاقرار ، حتى لا يجحد احدهما ما حصل منه ، وكذلك يشهدوا على حكمه .^(١)

الصف الثامن :

المزكون ، ينبغي للقاضي ان ينصب رجلين يسألان له عن الشهود ، جرحا وتعديلا ليقضى بشهادة الحدود ، ويستبعد غيرهم ، ويستحب الا يعرفهما الناس وان يكون كشفهما عن الشهود في السر ليستطيعا القيام بمهمتهما خير قيام .^(٢)

(١) المغنى ج ٩ ص ٥٢ .

(٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ٢٤ .

المطلب الرابع

الاذاب المتعلقة بجلوس القاضي للحكم

ينبغي للقاضي ان يراعى عند جلوسه للفصل بين الناس في الخصومات الامور الاتية :

١ - ينبغي ان يكون لجلوس القاضي للفصل بين الناس في الخصومات ايام معلومة ، يعلم بها الناس ، حتى يقصد ه الخصوم في هذه الايام ، ولا ينبغي ان يجلس في العيدين وما قارب ذلك ، كيوم التروية ويوم عرفة ، ويوم سفر الحجاج ، ويوم قدومهم وهدو ث ما يعم من سرور او حزن وكذ لك يــــوم الجمعة .

وكذ لك ينبغي ان يكون جلوسه في اوقات معينة من النهار ، حتى يقصد ه الخصوم في هذه الاوقات ، وبناء على ذلك فلا ينبغي ان يجلس بين العشائين ولا وقت السحر الا عند الضرورة .

٢ - ينبغي للقاضي قبل دخوله مجلس الحكم ان يصلى تحية المسجد ان كان مجلسه بالمسجد ، فان لم يكن مجلسه فيه خير بين الصلاة وعدمها ، والا فضل الصلاة لانها خير ما يبتدأ به عمله ، وجاء ان يوفقه الله للصواب .

٣ - ينبغي ان يكون جلوس القاضي للقضاء علانية فلا يمنع احدا من دخوله عليه لان قضاء الرسول صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين كان الكثير منه في المسجد وهو مكان عام يؤمه كل مسلم وقد استحب الفقهاء جلوس الفقهاء مع القاضي للتشاور كما قد منا ، وهذا يدل على استحباب العلانية ، ولان العلانية تحمل القاضي على النزاهة وتحري العدل ، فيحصل بالعلانية ، اطمئنان الخصوم على حق وقهم . لكن الفقهاء قد تركوا الأمر لرغبة القاضي ، فان شاء جلس وحده وان شاء اجلس الفقهاء عنده وسمح لغير الخصوم بالدخول ، وان كان اجلاس الفقهاء معه للمشاورة اولى وافضل.

٤ - ينبغي للقاضي ان يسلم على الخصوم ومن بالمجلس اذا دخل مجلس القضاء قبل ان يجلس، لكن لا يخص احدا منهم بالسلام ، لان السلام سنة الاسلام لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : (ومن حق المسلم على المسلم ان يسلم عليه اذا لقيه) وكان شريح القاضي يسلم على الخصوم اذا دخل واذا جلس القاضي لنظر القضايا فلا يسلم على احد ولا يسلم عليه احد ، اما هو فلان السنة ان يسلم القائم على القاعد لا العكس وهو قاعد وهم قيام عند دخولهم عليه ، واما هم فلانهم يشغلونه بالسلام عن نظر القضايا .

ونذكر صاحب معين الحكام رأيا آخر، وهو : ان القاضي لا يسلم عند دخوله لان ذلك أهيب للقضاء ، والحق ان ذلك مما تتدخل فيه السياسة الشرعية ، فان وجد القاضي مصلحة في عدم السلام امتنع منه والا فله ان يسلم .

٥ - يسن للقاضي ان يدعو عند ابتدائه النظر في القضايا بالتوفيق للحق والمصمة من الزلل في القول والعمل وكان من دعاء عمر رضي الله عنه : اللهم ارني الحق حقا ووفقني لا تباعه ، وارني الباطل باطلا ووفقني لا جتبا به وان يستعين بالله تعالى ويفوض امره اليه ، كما ينبغي ان يكون دعاؤه سرا ، لانه ارجى للاجابة وابتعد عن الرياء .

٦ - ينبغي للقاضي ان يجلس مستقبل القبلة ، لان خير المجالس ما استقبل به القبلة وان يجلس متربعا ، او محتبيا ، لان هذه الهيئة اهدب لمجلسه واجمع لا فكاره ونقل عن مالك انه لا بأس ان يقضى وهو متكئ ، وينبغي الا يفعل ما يخل بالسكينة والوقار ، فلا يتشاغل بالحدث ولا يتضاحك مع الغير ، فاذا اراد بذلك اجسام نفسه عند الفتور فليقوم من مجلسه ويدخل بيته او يخرج الناس من مجلس القضاء ، ويجلس للحدث مع من احب .

٧ - يجب ان يجلس القاضي في حالة اعتدال نفسية وجسمية ، فلا يصح ان يجلس للقضاء وهو غضبان او قلق ، او ضجر ، او حاقن ، او في حالة جوع شديد ، او شبع زائد او عطش شديد ، او هم او كسل او نعاس ، او برد مؤلم او حر مزعج ، لما رواه الجماعة عن ابي بكر قال : سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول : (لا يقضين حاكم بين اثنين وهو غضبان) فقد نهى عن الحكم عند الغضب لما فيه من تشوش الفكر ، ويلحق به ما ذكره ، لانه في معناه ، ولقول عمر في كتابه الى ابي موسى الاشعري : اياك والغضب ، والقلق ، والضجر ، والتأثر بالناس ولان هذه الامور كلها تمنع من الحكم بالحق ، لانها تمنع حضور القلب واجتماع الفكر الذي يتوصل بهما الى اصابة الحق في الغالب ، فيمنع القاضي من القضاء وهو متصف بها .

فان اقصى القاضي في حال الغضب ، فقد ذهب الجمهور الفقهاء الى صحة القضاء مع الكراهة ، لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم اختصم اليه الزبير ورجل من الانصار في شراج الحرة ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم للزبير : (اسق ثم ارسل الماء الى جارك) فقال الانصاري : ان كان ابن عمك ؟ فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال للزبير اسق ، ثم اجلس الماء حتى يبلغ الجدر) فقد حكم الرسول صلى الله عليه وسلم في حال غضبه ، وهذا يدل على الصحة ، وان النهي يفيد الكراهة وذهب القاضي من الحنابلة الى انه لا يصح حال الغضب ، ولا ينفذ ، لانه منهي عنه ، والنهي يقتضي الى الفساد ، واجاب عن الحديث بأن القضاء عند الغضب خاص بالرسول صلى الله عليه وسلم ، ولكن التخصيص لم يقم عليه دليل فلا يعتبر . وذهب فريق الى ان الغضب بمنع القاضي من الحكم اذا كان الغضب قبل ان يتضح له الحكم ففى المسألة ، اما اذا اتضح له الحكم ثم عرض الغضب فان ذلك لا يمنعه لان الحق

قد استبان قبل الغضب فلا يؤثر الغضب فيه ، وقد رجح الحافظ ابن حجر (١)
هذا التفصيل .

٨ - على القاضي ان يقدم الخصوم بحسب ترتيبهم في الحضور ، فيقدم
من حضر اولاً من المدعين ، ثم من حضر بعده ، وهكذا ، لقوله عليه الصلاة
والسلام : (المباح لمن سبق اليه) وبما ان القاضي مباح وقد سبق اليه الاول
فيكون احق بالسبق في التقاضي ممن حضر بعده ، ولا يقضى له القاضي الا في
خصومة واحدة ، فان ادعى غيرها اخره الى آخر الجلسة ، لكن لو ادعى المدعى
عليه دعوى على المدعى حكم القاضي بينهما ، لان التقديم هنا يحسب المدعى
لا بحسب المدعى عليه . فان اشتبه على القاضي حالهم ، او حضروا جميعاً في
وقت واحد وتشاحنوا ، اخرج بينهم ، فقدم من خرجت قرعته ، ويستثنى من قاعدة
ترتيب القضاء بين الخصوم بحسب ترتيبهم في الحضور ثلاثة أصناف :

أ - الغرباء ، فان على القاضي ان يقدم نظر قضاياهم على قضاياء اهل مصر ،
لما روى عن عمر انه قال : قدم الغريب ، فانك اذا لم ترفع به رأساً ذهب
وضاع حقه فتكون انت الذي ضيعته ، الا اذا كانوا كثيرين فيخلطهم باهل
المصر ، لان تقدمهم جميعاً يضر باهل مصر .

ب - اصحاب الشهود : فيقدمهم على من ليس معهم شهود ، لان اكرام الشهود
واجب ، قال عليه الصلاة والسلام : (اكرموا الشهود فان الله يحيى بهم
الحقوق) وليس من الاكرام حبسهم على باب القاضي ، فان كانوا كثيرين
اخرج بينهم فقدم من خرجت قرعته .

(١) المغني ج ٩ ص ٤٩-٥٠ ومنتهى الارادات ج ٣ ص ٤٧١ ونيل الاوطار ج ٨
ص ٢٢٧-٢٢٨ والشرح : هي مساليل النحل والشجر ، والجرة : هي ارضيات
حجارة سود ، والجدر بفتح الجيم وسكون الدال ، المراد به اصل الحائط وقيل
اصول الشجر ، والصحيح الاول ، ويروى الجدر بضم الجيم والدال جمع جدار .

جـ - النساء ، فانه يقدمهن على الرجال ، حتى لا يطول مكثهن خارج البيوت ، فان خروجهن ضرورة وحتى لا تقع الفتنة فيما لو خلطنهن بالرجال ، ولو رأى أن يجعل لهن يوما على حدة ، كان اولى لهذا المعنى .

٩ - يجب على القاضي ان يسوى بين الخصمين في الجلوس ، فيجلسهما بين يديه ، ولا يجلسهما عن يمينه او يساره . لان في ذلك تقريب احدهما من مجلسه ، ولا يجلس احدهما عن اليمين والاخر عن اليسار ، لان لليمين فضلا على اليسار ، وفي النظر ، فلا يقبل بوجهه على احدهما دون الآخر ، وفي الكلام فلا يكلم احدهما بلسان لا يعرفه الآخر ، وفي الاشارة فلا يوميء الى احدهما دون الآخر ، وفي الخلوة فلا يخلو بأحد هما دون الآخر ، والدليل على ذلك كله ما رواه ابو يعلى والدارقطني والطبراني عن ام سلمة ان النبي صلى الله عليه قال : (من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهما في لحظه وشارتته ومقعدته ، ومجلسه ولا يرفع صوته على احد الخصمين ما لا يرفع على الآخر^(١) . وجاء في كتاب عمر الى ابي موسى الاشعري : آمن بين الناس في مجلسك ووجهك وعدلك حتى لا يطمح شريف في حيفك ، ولا ييأس ضعيف من عدلك ، وروى ان عمر وابي بن كعب اختصما في حادثة الى زيد بن ثابت ، فألقى وسادة الى عمر فقال له عمر : هذا اول جورك وجلس بين يديه ، ولان القاضي اذا ميز احد الخصمين على الآخر حصر لسانه وانكسر قلبه ، وربما لم تقم حجته ، فيؤدي ذلك الى ظلمه .

وبناء على هذا ، فليس للقاضي ان يضيف احد الخصمين دون صاحبه ، فاما ان يضيفهما مما او يدعمهما مما فقد روى عن علي رضي الله عنه ، انه نزل به رجل فقال له : اننى خصم ، قال : تحول عنا ، فاني سمعت رسول الله صلى الله

(١) نيل الاوطار ج ٨ ص ٣١ .

عليه وسلم يقول : (لا تضيفوا احد الخصمين الا ومعه خصمه) ولا ن ذلك يوهم الخصم ميل الحاكم الى من اضافه وفي ذلك تهمة له .

كذلك ليس له ان يلقي احد الخصمين حجته ، لان في ذلك كسر قلب الآخر ولا ن فيه اعانه احد الخصمين فيوجب التهمة .

وكذلك ليس له ان يعلمه كيف يدعى الا ان يترك ما يلزم ذكره في الدعوى كشرط عقد ، او سبب ارث ، فله ان يسأل عنه ضرورة تحرير الدعوى ، فان اكثر الخصوم لا يعرف ذلك ولا ضرر على المدعى عليه في ذلك ولينفتح للقاضي وجه الحكم .

لكن للقاضي ان يشفع للمدعى عليه عند المدعى ليضع عنه شيئا من المدعى به او لينظره ، لان هذا من الشفاعة الحسنة التي امر الله بها في قوله عز وجل : (من يشفع شفاعا حسنة يكن له نصيب منها ^(١)) . وعن كعب بن مالك انه تقاضى ابن ابي حذر دينا كان عليه في المسجد ، فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم (ضع من دينك هكذا) وارما اليه بالشطر ، قال : قد فعلت فقال : عليه الصلاة والسلام : (قم فاقضه) .

١٠ - ينبغي للقاضي ان يكرم الشهود ، فلا يجوز له ان يعنت الشاهد او يداخله في كلامه ، او يعنفه للحديث السابق في اكرام الشهود ، ولا ن ذلك يشوش عليهم عقولهم ، فلا يمكنهم اداء الشهادة على وجهها . لكن لو ارتاب في امرهم فلا بأس ان يفرقهم عند اداء الشهادة فيسألهم اين ؟ ومتى ؟ وكيف ؟ فان اختلفوا اختلفا بوجوب رد هذه الشهادة ردها ، والا قبلها وقد فرق على بين الشهود ، وهو اول من فعل ذلك فكانت سنة حسنة ، وسياسة شرعية مرعية .

وگڏ لك يجوز للقاضى تحليف الشهود اذا ارتاب في شهادتهم عند بعض الفقهاء ونميل الى ترجيح هذا الرأى ، بسبب فساد الزمان .

وهل يجوز تلقين الشاهد ؟ ذهب الجمهور الى عدم الجواز ، لان القاضى يتهم في تلقين الشهادة ، فينبغى ان يعتمد عنه ، وذهب ابو يوسف الى انه لا بأس بتلقين الشاهد ، لانه قد يلحقه الحصر لمهاية القضاء ، فيعجزه ذلك عن اقامة الحجة فكان التلقين تقويما لحجة ثابتة فلا بأس به .

١١ - ظاهر مذهب الحنابلة انه ليس للقاضى ان يأمر المتخاصمين بالصلح الا اذا اشكل عليه وجه الحكم في القضية ، اما اذا ظهر وجه الحكم له واستتارت الحجة بذلك فقد وجب عليه الفصل في القضية وهذا رأى عطاء وابى عبيد وابن المنذر وذهب ابو حنيفة وجماعة من الفقهاء الى ان القاضى له ان يأمر بالصلح في اى مرحلة من مراحل التقاضى ، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : (والصلح خير) (١) . وهذا مطلق يتناول الصلح في اى مرحلة من مراحل نظر القضية كما استدلوا ايضا بقول عمر رضى الله عنه : ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بين القوم الضغائن ، وهذا ايضا مطلق يشمل جميع الحالات وفى الصلح حصول المقصود من غير ضغينة ، فكان جائزا في اى مرحلة لذلك نرى رجحان هذا الرأى .

١٢ - ينبغى للقاضى الا يطيل الجلوس في مجلس القضاء ، لانه يحتاج الى النظر في الحجج ، ولان الطالة تصيبه بالتعب او الفتور والضجر ، وكل ذلك يؤدى الى الاخلال بالنظر في القضايا .

(١) النساء - ١٢٨ .

١٣ - على القاضي ان يتوجه بكلية الى الخصومه ، فيجعل فهمه وسمعه وقلبه الى كلام الخصمين ، لقول عمر : الفهم الفهم فيما ادلى اليك ، ولان الحق مع احد الخصمين ، فاذا لم يفهم القاضي كلامهما ضاع الحق ، وهذا احد المعاني المفهومة من قول عمر : فانه لا ينفع تكلم بحق لانفاذ له ، ولهذا لا يقضى القاضي وهو ماش ، او راكب ، لان هذا يخل بالفهم ، ويشغله عن النظر والتأمل في كلام الخصمين ، ولكن لا بأس ان يقضى وهو متكى ، لان هذا لا يشغله عن النظر والتأمل .

١٤ - للقاضي ان ينهر الخصم اذا التوى ، وان استحق التعزير عزره بما يرى من ضرب او حبس ، وان افتات عليه بأن قال : حكمت على بغير الحق او ارتشيت ، فله تأديبه وله ان يعفو .

المبحث الثالث

في تخلى القاضى ورده - وفيه مطلبان

المطلب الاول

في تخلى القاضى عن نظر القضية او عن الحكم فيها

اذا تقلد القاضى منصب القضاء وجب عليه النظر فيما يعرض عليه من قضايا ،
وانا اصبحت القضية سالحة للفصل بأن استكملت الدعوى اركانها وشروطها
واقامت البينات على الدعوى والدفع من الطرفين وجب على القاضى ان يفصل
فيها فوراً ، ولا يجوز له تأخير الفصل الا في الحالات التى سبق بيانها ..

ويترتب على ذلك انه اذا تخلى القاضى وامتنع عن نظر القضية او عن الحكم
فيها فانه يأثم ويعزر لا ارتكابه امراً محرماً ، فضلاً عن استحقاقه للعزل لكن يستثنى
من ذلك الحالات الآتية :-

١ - اذا كان القاضى او وكيله او احد اصوله او فروعه او عدوه او صديقه
الحميم او شريكه طرفاً في الخصومة ، فان له ان يتخلى عن النظر في هذه القضية
بل يجب عليه ذلك ، نفياً للتمهة كما قدمنا .

٢ - اذا كان موضوع الدعوى تافها كحزمة من بقل ، او بضعة قـروسـ^(١) ،
فللقاضى ان يتخلى عن النظر في هذه الدعوى ، الا اذا رأى انه سوف يترتب
على النزاع منها ضرر كبير فيجب عليه حينئذ النظر فيها وعدم التخلي عنها .

٣ - اذا رأى القاضى ان المدعى عليه من اهل الصلاح والتقوى وان الغرض
من الدعوى هو التشهير به فقط ، فاذا تأكد القاضى من ذلك فله ان يتخلى
عن نظر هذه الدعوى .

(١) البضع بكسر الباء الممدود من ثلاثة الى تسعة .

٤ - اذا رأى القاضى أن الدعوى قد كثر فيها اللجاج ، وتعارضت فيها
الاثباتات والدفع ، وتشمعت أوراقها بحيث أصبح من المتعذر - او المتعسر -
الوقوف على وجه الحق فيها ، فانه يجوز له ان يصرف النظر عن تلك الأوراق . .
ويتخلص منها ، ويأمر الخصوم باستئناف الدعوى من جديد وقد بلغ الامام
مالك ذلك عن بعض القضاة فاستحسنه .^(١)

٥ - اذا تخلى القاضى عن نظر القضايا جملة بطريق الاستعفاء
والاستقاله من منصب القضاء ، فيجوز له ذلك ، وعلى ولى الامر ان يجيبه الى
طلبه ، لان القاضى وكيل عن الامة مشته في ولى الامر ، ولذا لا ينمزل القاضى
بموته ، والوكالة عقد غير لازم ، فللوكيل ان يمزله نفسه في أى وقت يشاء ، وهذا
مذهب الحنابلة وبعض الفقهاء ، ونذهب بعض فقهاء المالكية الى انه لا ينمزل
الا برضا ولى الامر ، لتعلق حق الامة بالقضاء ، ولكننا نرى ان هذا الحق
ليس لازما في حق القاضى الذى طلب الاستعفاء ، لانه لم يتعين للقضاء
ان يستطيع غيره ان يقوم به ، وحق الامة في وجود القضاء ، لا في وجوده من
شخص معين ، لذلك نرى رجحان الرأى الاول .

(١) تبصرة الحكام ج ١ ص ٣٩ - معين الحكام ص ٢٠ .

المطلب الثاني

في رد القاضى

يتفق الفقه الاسلامى مع قوانين المرافعات في تقرير بعض الاسباب التى تمنع القاضى من الفصل في بعض الخصومات، ولكنها يختلفان في امرين جوهريين :

الاول :

ان قوانين المرافعات تقرر ان القاضى الذى يتصف بسبب من اسباب المنع عليه ان يتنحى عن نظر القضية من تلقاء نفسه ، فان لم يفعل جاز للخصوم ان يطلبوا رده ومنعه عن نظر القضية ، وقررت هذه القوانين اجراءات خاصة مفصلة تنتهى بعض الامر على غيره من القضاء ، فيحكم اما برده عن نظر القضية او برفض طلب الرد ، اما في الفقه الاسلامي فانه لا يوجد به هذا النظام ، بل ان بعض الفقهاء يرى عدم جوازه لما فيه من الاستهانة بالقضاة والخط من كرامة القضاء ، وفي ذلك يقول ابن فرجون : (ولا ينبغي أن يمكن الناس من خصومة قضاتهم لان ذلك لا يخلو من وجهين : اما ان يكون عدلا فيستهان به او يؤذى بسبب ذلك ، واما ان يكون فاسقا فاجرا ، وهو الحق بحجته ممن شكاه ، فيبطل حقه ، ويتسلط ذلك القاضى على الناس ^(١) .

وعندى انه لا يوجد في الفقه ما يمنع من هذا النظام ، ان هو لا يخالف نصا او اجماعا او قياسا او قاعدة معتبرة ، وكراما القضاء لا تتأثر بذلك لانه يجب أن يتضمن هذا النظام الحكم بالتميزير على طالب الرد اذا ثبت انه غير محق في طلبه ، او انه قصد مجرد التشهير والتشويش على القاضى .

(١) التبصرة ج ١ ص

الثانى :

ان قوانين المرافعات تقرر ان القاضى الذى اتصف بسبببمنعه من القضاء اذا لم يتنح عن نظر القضية ، ولم يطلب احد من الخصوم رده ، وحكم في القضية فان حكمه متى صار نهائيا بمضى المدة المقررة للطعن فيه بدون طعن ، لا يجوز نقضه ، اما في الفقه الاسلامى فجمهور الفقهاء فيه على ان حكمه يقع باطلا ، لا اعتداد به ، ولا نفاذ له ، ومن الواضح البين الذى لا شك فيه ان نظرة الفقه الاسلامى اعدل واحفظ للحقوق من نظرة قوانين المرافعات ، ان تحفظ الحق لصاحبه ، ونقرر في الوقت ذاته حماية القضاء .^(١)

المطلب الثالث

رجوع القاضى عن حكمه

الاصل المقرر فقها ان حكم القاضى قاطع للنزاع ، ورافع للخصومة ، ومن هنا يستمد قوته التى يلزم بها طرفى الخصومة ، فلا يصح التمرض له بالنقض والابطال لا من القاضى الذى اصدر الحكم ولا من غيره ، ولذلك نص الفقهاء على انه لا يجب على القاضى تتبع قضايا من كان قبله من القضاة - وان كان له ذلك ان دعت اليه مصلحة - لكن لما كان حكم القاضى محتملا للخطأ قرر الفقهاء نقض الحكم اذا كان خطأ فيرجع عنه القاضى الذى اصدره ، وان رفع الى غيره ابطله ونقضه .

وفي ضوء هذا يقرر فقهاء الحنابلة ان حكم القاضى ينقض في الامور الاتية بـ

(١) كفاية المتخصصين لمحمد فرج السنهورى ص ١٢ - ١٣ .

١ - اذا خالف الحكم نص كتاب الله تعالى ، كما اذا حكم قاض بتسوية البنت بالابن في الميراث ، فان هذا الحكم مخالف لقوله تعالى (يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين ^(١)) لذلك وجب نقضه .

٢ - اذا خالف السنة متواترة او احاداً كالقضاء بحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها بمجرد العقد عليها من الزوج الثاني وطلاقه اياها قبل الدخول بها ، فان هذا مخالف لحديث المسيلة ، لذلك وجب نقضه ، وكالحكم بجعل من وجد عين ماله عند مفلس قد حجر عليه ، اسوة بالفرماء ، فانه مخالف لقوله عليه الصلاة والسلام (من ادرك ماله ببطيئته عند رجل أفلس فهو احق به من غيره ^(٢)) . لذلك وجب نقضه والرجوع فيه .

٣ - ان خالف الاجماع ، كالحكم بأن الميراث كله للاخ دون الجد ، فان الاجماع على عدم جعل الميراث كله للجد ، والثاني اشراك الجد ، مع الاخوة ، وانما أجمع على قولين لا يجوز احداث ثالث ، لذلك وجب نقضه والرجوع فيه . وانما وجب الرجوع في الحكم ونقضه في هذه الاحوال الثلاثة ، لان الاجتهاد فيها لم يصادف شرطه ، ان شرط الاجتهاد عدم وجود النص او الاجماع كما هو صريح حديث معاذ ، ولانه مفرد ، لترك الكتاب والسنة والاجماع والمفرد يجب نقض عمله .

ويرى الحنابلة انه لا ينقض الحكم ان خالف القياس ، لان من أحكام الشريعة ما ثبت على خلاف القياس كالاجارة والسلم والوصية ، والشافعية والمالكية يرون نقض الحكم ان خالف القياس الجلي ، ومثال هذه المخالفة الحكم بقبول شهادة

(١) النساء - ١١ ، هذا وينص القانون العراقي الجديد على تسوية الذكور بالانثى في الميراث.

(٢) نيل الاوطار ج ٥ ص ٢٠٥ .

النصراني ، فان قياسه على الفاسق يقتضي عدم قبوله شهادته ، لان الكفر اكبر من الفسق .

٤ - اذا خالف ما يعتقده ، كما اذا قضى بقتل المسلم بالكافر ، وكان اجتهاده او مذهبه امامه عدم قتل المسلم بالكافر ، وذلك لاعتقاده بطلان هذا الحكم .

فان اعتقده صحيحا وقت الحكم ثم تغير اجتهاده ، وليس في موضوع الحكم نص او اجماع ، لم يجز له الرجوع فيه ، لان عمر قضى في المسألة المشتركة باسقاط الاخوة الاشقاء ، ثم قضى فيها مرة ثانية باشراكهم مع الاخوة لأُم ، فلما قيل له انك قضيت في مثلها بغير ذلك قال : تلك على ما قضيتا ، وهذه على ما قضينا ويرى بعض الفقهاء المالكية نقض الحكم في هذه الحالة ، لأنه قد أصبح يراه باطلا بعد تغير اجتهاده ، ولكننا نرى ضعف هذا الرأي ، لأنه يوعدى الى عدم استقرار الاحكام لان الحكم الثاني قد ينقض باجتهاد آخر ، والثالث قد ينقض باجتهاد رابع ، وهكذا لكن لو رفع اليه حكم قاض يرى جواز قتل المسلم بالذمي فأنه لا ينقضه ، لان حكم القاضى في المسائل المختلف فيها يقطع النزاع ويرفع الخلاف .

هذا وقد كان الواجب ان يكون عنوان الموضوع : نقض الحكم مطلقا لا رجوع القاضى عن حكمه ليكون الموضوع اعم واشمل ، والبحث اتم واكمل ، ولكن هكذا وقع العنوان في المنهج المرسوم .

الفصل الثالث

الولاية القضائية

تمهيد :

الولاية القضائية :

السلطة التي تعطى للقاضي ليتمكن بواسطتها من القيام بواجبه والا صل فيها العموم والشمول فتتعلق بجميع أنواع الوقائع في كل زمان ومكان ولا تقتيد بمد هب معين ، او قاض ينضم الى آخر في نظر القضايا ، لان هذه الولاية يتلقاها القاضي من الامام بطريق التفويض اليه وهي ثابتة له على وجه العموم والشمول بدون تقييد فتثبت للقاضي ايضا غير مقيدة بشىء ما .

غير انه لما كان للقاضي لا يستطيع ان يفصل في جميع انواع الوقائع وفي كل مكان وفي جميع الازمنة وكانت المصلحة في بعض الازمنة تقتضى الحكم بمد هب معين أو ضم قاض الى قاض آخر ، لذلك قرر الفقهاء ان القضاء يتخصص بنوع القضايا والمكان والزمان ، وما يقضى به من أحكام وتعدد القضاة في نظر القضية الواحدة وهذا بناء على السياسة الشرعية التي تقتضى ببناء الحكم على المصلحة اذا لم يخالف ذلك نصا أو اجماعا وتسمى الولاية المتعلقة بأنواع الوقائع بالاختصاص النوعى والولاية المتعلقة بمكان القضاء بالاختصاص المكانى او الاختصاص المحلى وتسمى الولاية المتعلقة بزمان القضاء بالاختصاص الزمانى .

والكلام على الولاية القضائية يتلخص في عدة مباحث :

المبحث الاول

في تعيين القضاة

لا اختيار القضاة وتعيينهم في النظم الحديثة طريقتان :

الاولى : الانتخابية طرق متعددة : فتارة يكون الانتخاب المباشر أو غير المباشر وتارة يكون بواسطة هيئات خاصة كالمحامين وحامل اجازة القانون أو عامة كالهيئة التشريعية ، وهذه الطريقة هي المتبعة في امريكا ومعظم مقاطعات سويسرا .

الثانية : التعيين من قبل السلطة التنفيذية ، لانها هي الهيئة التي يمكنها تقدير الكفايات الخاصة التي يجب توفرها في القاضي .

أما في الشريعة فان تعيين القضاة من حق الخليفة أو نائبه ، ويقوم ولى الامر من ملك أو سلطان أو رئيس أو أمير مقام الخليفة ، والنائب عن الخليفة يشمل الوزير المختص والقاضي المأذون بالاستخلاف ، فتعيين القضاة في الشريعة الإسلامية من اختصاص السلطة التنفيذية باصطلاح القانون الدستوى فـي القوانين الوضعية .

وبناء على ذلك فليس للشخص ان يقلد نفسه القضاة وليس للامة ان تختار شخصا فتقلده القضاة الا عند الضرورة الملحة ، كعدم وجود أقلية مسلمة في بلد غير مسلم فلهذه الأقلية ان تعين لها قاضيا وانما كان تعيين القاضي من قبل الخليفة ، لان القضاة جزء من وظيفة الخلافة ، داخل في اختصاصها بياشره الخليفة بنفسه ، واذا جاز له ان يياشره بنفسه جاز له ان ينيب عنه غيره ، بمقتضى

القاعدة العامة في الوكالة ويؤيد ذلك ما ذكره الفقهاء من أن القاضي وكيل السلطان غير أنه لا ينمزل بموته كسائر الوكلاء ، لأنه في الواقع وكيل عن الأمة التي يمثلها السلطان في مباشرة أمورها .

وتقرير الشريعة لمبدأ تعيين القضاة من قبل الخليفة أو من يقوم مقامه أو من ينييه عنه ، أي من قبل السلطة التنفيذية ، يصون القضاة من الخضوع للأهواء والشهوات ويبعدهم عن النزول إلى معارك الانتخابات والسياسات الحزبية ، ويضمن المجيء إلى مناصب القضاء بذوى الكفايات الممتازة والخبرة التامة .

طريقة اختيار القاضي :

لا يكفي توفر شروط القضاء في شخص ما ليعين في القضاء ، فقد ندرت الشريعة ولي الأمر أن يراعى في اختيار القضاة عند تعيينهم امرين :

- ١ - اختيار الافضل من بين من تتوفر فيهم شروط القضاء ، وذلك من حيث القوة ، والكفاءة التي تمكن صاحبها من تحمل أعباء وظيفته القضاء والقيام بحقها ، ويتمهد عن اختيار المفضل ولو كان ذا مكانة ومنزلة دينية ، والدليل على ذلك قول الله تبارك وتعالى : " ان خير من استأجرت القوى الامين " (١) . وما رواه احمد ومسلم عن ابي ذر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : " يا ابا ذر اني اراك ضعيفا واني احب لك ما احب لنفسى ، لا تأمرن على اثنين ، ولا تولين مال يتيم " . وعن ابي ذر قال :

(١) القصص - ٢٦ .

قلت يا رسول الله ألا تستعملني قال : فضرب بيده على منكبي ثم قال :
” يا أبا ذر إنك ضعيف ، وإنها أمانة وإنها يوم القيامة خزي وندامة ،
إلا من أخذ بحقها وأدى الذي عليه فيها ^(١) ” .

٢ - الابتعاد عن محاباة الأقارب أو المعارف أو من له مصلحة لديهم عند
التولية والتعيين ، وقد رهببت الشريعة من ذلك أشد الترهيب ، فقد
روى الحاكم عن أبي بكر بن النبی صلى الله عليه وسلم قال : ” من ولى
من أمر المسلمين شيئاً ، فأمر عليهم أحداً محاباة ، فعليه لعنة الله ،
لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً حتى يدخله جهنم ” وروى الحاكم عن ابن
عباس أن النبی صلى الله عليه وسلم قال : ” من استعمل رجلاً من عصابة ،
وفيه من هو أرضى الله منه ، فقد خان الله ورسوله والمؤمنين ^(٢) ” .
وبعد تكليف ولى الأمر بمراعاة هذين الشرطين واشتراط العدالة في
القاضي وهي صفة تضمنه من الخضوع لاهواء الحكام وتعصمه من النزول
على أغراضهم ، وتبعده عن الوقوف في صفهم ، لا يتسنى القول بأن اسناد
تعيين القضاة إلى ولى الأمر قد تأتي بالقاضي غير الكفء أو تجعله
خاضعاً لاهواء الحكام الذين كان لهم الفضل في تعيينه .

٣ - علم ولى الأمر بتحقيق الشروط المطلوبة في القاضي ، ويكون علم ولى الأمر
بذلك بأحد طريقين :

أ - تقدم المعرفة لأن المقصود وهو العلم بتحقيق الشروط مع أفضليته
على غيره يتحقق بذلك ، وقد قلد رسول الله صلى الله عليه وسلم

(١) نيل الأوطار ج ٨ ص ٢٢٠ .

(٢) الترغيب والترهيب للبزدوى ج ٣ ص ١٧٩ .

علياً للقضاء اليمن ولم يختبره لعلمه به ، ولكن وصاه ، تنبيهها على وجه القضاء ، فقال " اذا حضر خصمان بين يدك فلا تقض لأحدهما حتى تسمع كلام الآخر " . فقال على : فما أشكلت على قضية بعد ما .

ب - الاختيار ، لانه الطريق الكاشفة عن تحقيق الشروط المطلوبة وتوافرها فيحضر ولي الامر من يريد توليته ، ويختبره ، فاذا اطمأن اليه قلده القضاء فقد بعث الرسول عليه الصلاة والسلام معاذاً قاضياً على اليمن واختبره ، حيث سألته عن القانون الذي يقضى به فاجابه اجابة سر منها عندما أخبره بأنه سيقضى بكتاب الله فان لم يجد فبسنة رسول الله فان لم يجد اجتهد رأييه واستتبط الحكم المناسب للقضية ودلت نتيجة الاختبار على ان اختيار الرسول معاذاً للقضاء صاف أهله .

وقد يأتي الاختبار مصادفة من غير قصد فيؤدي ما يؤديه الاختبار المقصود كما في قصة عمر مع كعب بن سور عندما جاءته امرأة تشتكي زوجها من هجر فراشها حيث ولاه قضاء البصرة ، وكما في قصة عمر مع شريح عندما تنازع مع رجل في فرس واحتكما الى شريح فلما قضى أعجبه قضاؤه فبعثه قاضياً على الكوفة .^(١)

(١) المنفى ج ٩ ص ٥١ ، اعلام الموقعين ج ١ ص ٩٨ طبع الكردي ، اخبار

القضاة لوكيع ج ٢ ص ١٨٩ .

شروط صحة التقليد :

يشترط لصحة التقليد ما يأتي :

١ - أن يكون التقليد صادرا من الامام او نائبه ، لانه صاحب الامر والنهي ، فلا يفتات عليه في التولية والتقليد ، ولان ولاية القضاء من المصالح العامة وهو الذي يتولى رعايتها .

٢ - صلاحية من يراد تقليده القضاء ، وذلك بتحقيق شروط القضاء وآدابه فيه ، وقد تقدم الكلام على طريق العلم بذلك .

٣ - اشتغال صيغة التقليد على ثلاثة أمور :

أ - اللفظ الذي يدل على انعقاد الولاية ، والألفاظ التي تنعقد بها الولاية ضربان : صريح وكناية ، فالصريح سبعة ألفاظ : وليتك ، وقلدتك ، وفوضت اليك ، ورددت اليك ، وجعلت اليك ، واستخلفتك ، واستنبتك ، والكناية أربعة ألفاظ : اعتمدت عليك ، وعولت عليك ، ووكلت اليك ، واستندت اليك ، وهذه لا تنعقد بها الولاية الا بقرينة تدل عليها ، مثل فاحكم ، أو اقض ، لان هذه الالفاظ تحتل الولاية وغيرها كالاخذ برأيه ونحوه ، فلا تنصرف الى التولية الا بقرينة تنفي هذا الاحتمال .

ويرى الماوردي^(١) في الاحكام السلطانية أن الصريح من هذه الالفاظ هو : التقليد ، والتولية ، والاستخلاف ، والاستنابة ، أما

(١) الاحكام السلطانية ص ٥٦ - ٥٧ طبع مطبعة السعادة وانظر منهم

الارادات ج ٣ ص ٤٦١ .

الباقى فهى كنايات.

ونحن نرى أن صراحة الالفاظ تتبع ظهور المراد من اللفظ ، وهو معنى الولاية بحيث لا يحتمل اللفظ معنى آخر غيره ، فإذا وجد لفظ يدل على ذلك ، كان صريحا وانعقدت به الولاية ، وذلك كلفظ التعيين في زمننا فإنه قد اشتهر في التقليد حتى أصبح صريحا فيه ، فتمعّد به الولاية من باب السياسة الشرعية ، وليس في ذلك مخالفة لنص أو إجماع ، لأنه لا يوجد نص أو إجماع يحصر الالفاظ التقليد في الالفاظ خاصة ، وكل ما في الأمر أن صيغة التقليد الواردة في النصوص ، قد ورد فيها بمض هذه الالفاظ ، وهذا لا ينفي الانعقاد بغيرها مادامت تؤدى المعنى بدون احتمال ، فتكون صريحة ، أو مع الاحتمال والقرينة فتكون كناية .

ب - النص على القضاء ، لأن هذه الالفاظ صالحة لسائر الولايات ، فلا بد من النص على القضاء لتنتفى سائر الولايات .

ج - النص على المكان الذى انعقدت ولاية القضاء عليه لأنه عند عدم النص يعتبر المكان مجهولا والولاية لا تصح مع المجهول .

٤ - علم المولى عليهم بالتقليد ، ويتحقق هذا العلم بأحد امرين : الأول ، شهادة الشهود الذين أشهدهم ولى الأمر على التقليد ، إذا كان البلد المولى عليه بعيدا ، بأن يكون بينه وبين بلد الإمام أكثر من خمسة أيام ، فإن كان البلد قريبا ، بأن كانت مدة المسافة بين البلدين خمسة أيام فأقل ، فإن العلم يتحقق بالاستفاضة وانتشار الخبر ، وهذا رأى الحنابلة والشافعية ، وذهب الحنفية الى أن العلم بالتقليد يتحقق بالاستفاضة سواء كان البلد قريبا أو بعيدا ، لأن النبى صلى الله عليه

وسلم ولى عليا ومصادا قضاء اليمن ، وهو بعيد عن المدينة - من غير شهادة ، وولى الولاة في البلاد البعيدة ، وفوض اليهم الولاية والقضاء من غير اشهاد ه ، وكذلك فعل خلفاؤه الراشدون ، ولم ينقل عنهم الاشهاد على تولية القضاء .

واستدل الحنابلة والشافعية بأن العلم بالتولية لا يتحقق الا بأحد أمرين : الاشهاد ، والاستفاضة ، وقد تمذرت الاستفاضة بسبب بعد البلد ، فتمين الاشهاد ، وقالوا في الرد على الحنفية : ان النسبي صلى الله عليه وسلم كان يشهد على توليته ، لان الظاهر انه لم يبعث واليا الا ومعه جماعة ، فالظاهر انه أشهدهم ، وعدم نقله لا يلزم منه عدم فعله ، وقد قام دليله ، وهو وجود الجماعة المرافقة للقاضي ، فتمين وجوده .

لكننا نرى ان هذا ليس شرطا لصحة التقليد ، وانما هو شرط لثبوت التقليد عند المولى عليهم ، أى انه شرط في لزوم الطاعة وليس شرطا فى نفاذ الحكم .

ه - قبول المولى بعد المشافهة ان كان حاضرا بالمجلس ، او بعد بلوغ خبر الولاية اليه ان كان غائبا عنه ، أو شروعه في العمل اذا كان غائبا - وكذلك ان كان حاضرا في نظرنا - لدلالة شروعه في العمل على القبول ، كالوكالة وانما اشترط القبول بالقول او الفعل ، لان هذا عقد بين الامام والقاضي ، فلا بد فيه من القبول عند الايجاب كما هو الشأن في كل عقد .

التقليد في النظم الحديثة :

الشروط التي يشترطها الفقهاء في صحة التقليد متوفرة في قرارات تقليد القضاة التي يصدرها ولي الأمر الآن ، لان القرار لا يصدر الا بمــــد التحقق الكامل من توفر الشروط المعتمدة فيمن يراد تقليده القضاء ، كما ان صيغة القرار تشتمل على وظيفة القضاء ، والمكان الذي يقضى فيه ، أما صيغة التقليد فانها تشتمل على لفظ التعيين ، وقد قدما ان لفظ التعيين يعتبر صريحا في التقليد ، أما ما اشترطه الفقهاء في ثبوت التقليد ، وهو العلم به من المولى عليهم ، فهو متحقق ايضا ، لان وسائل الاعلام من الصحف والاذاعة وغيرها ، جعلت البلاد قريبة ، والاخبار اليها مستفيضة ، فلا يتصور خلاف الفقهاء الذي قدماه في اوقاتنا الراهنة ، لان القرارات تنشر في الجريدة الرسمية للدولة والصحف المختلفة ، بقى قبولى المولى وهذا متحقق ايضا ، لان القرارات تحدد للقاضى المولى وقتا معيناً لاستلام العمل ، فاذا استلم العمل تحقق القبول ، واذا لم يستلم في الميعاد المحدد ولم يبد عذرا اعتبر رافضا لتولى القضاء ، والكلام في تعيين القضاة يتطلب الكلام على عزلهم فــــي المطلب الثاني .

=====

مطلب : في عزل القضاة

يقول فقهاء القانون الدستوري : ان عدم قبول القضاة للعزل من الضمانات القانونية التي يتمتع بها القضاة وتكفل لهم استقلالهم في العمل ، وتحميهم من تدخل الحكومة ، كما تحميهم من غيب المتقاضين واعتداء الافراد ، وعدم قبول القضاة للعزل ليس معناه ان يبقى القضاة في مراكزهم ولو صدر منهم ما يوجب المسؤولية ، وانما معناه عدم عزلهم الا اذا ثبت عدم كفاءتهم ، أو ارتكابهم ما يخل بالعدالة أو النزاهة ونظرية عدم العزل هي النظرية السائدة في معظم بلاد العالم ، فكثير من الدساتير تنص على وجوب بقاء القضاة في مناصبهم مادامت الاستقامة راعدهم .

أما فقهاء الشريعة فقد اتفقت كلمتهم على أن القاضي اذا تغيرت حالته وعجز عن القيام بأعباء وظيفته ، بسبب زوال عقله ، أو مرضه مرضا يمنعه من القضاء ، أو اتصف بما يناهض الأهلية أو اختل فيه بعض شروط القضاء ، فانه يكون معزولا ولو حكم كان حكمه باطلا .

أما عزله مع استمرار أهليته وسيره سيرة حميدة وخلوه من كل منتقصة فقد اختلف فيه الفقهاء ، فذهب الحنفية والحنابلة في رواية الى انه يجوز للامام عزل القاضي بريئة وبغير ريبة ، بل صح عن ابي حنيفة انه قال : لا يترك القاضي على قضاؤه أكثر من سنة لانه متى اشتغل بذلك نسي العلم فيقع الخلل في حكمه ، وذهب الحنابلة في رواية ثانية والشافعية والمالكية الى انه لا يجوز عزله ، ولو عزل فانه لا ينمزل الا اذا كان هناك مصلحة كتسكين فتنه ونحوها .

استدل الفريق الاول بما يأتي :-

- ١ - ان عمر قال : لأعزلن أبا مريم وأولين رجلا اذا رآه الفاجر فرقة ، فعزله عن قضاء البصرة وولى كعب بن سور مكانه ، وماروى أن عليا ولى أبا الاسود القضاء ثم عزله فقال له : لم عزلتني وما خنت ولا جنيت ؟ فقال : انى رأيته يحد و كلامك على كلام الخصمين ، وفعل الخلفاء الراشد ين مع عدم الانكار عليهم دليل على جواز العزل للحاجة ولعدم الحاجة .
- ٢ - ان الامام يملك عزل امرائه وولائه على البلدان ، فكذلك يملك عزل قضاته ، لعدم الفرق بين ولاية وولاية .

- ٣ - ان عمر كان يولى بعض الولاة القضاء مع الامارة ، كما فعل مع أبى موسى الاشعري حيث ولاه قضاء البصرة ومارتها ، ثم كان يعزلهم هو ، ومن لم يعزله عزله عثمان من بعده الا القليل منهم ، فعزل القاضى أولى لان الولاية الواحدة أخف من الولايتين .

وقد استدل الفريق الثاني بأن تولية القاضى وقبوله القضاء عقد تتم لمصلحة المسلمين ، فلا يملك عزله كما لو عقد النكاح على موليته ليس له فسخه ، ولان القاضى وكيل عن الامة ولا يجوز عزل الوكيل اذا تعلق بالوكالة حق الغير وهو هنا حق المسلمين .

وانا وازنت بين حجج الفريقين وجدت ان عزل عمرو على بعض قضاتهم كان مبنيا على المصلحة والحاجة ، كما هو مصرح به في عزل أبى مريم والأسود وهذا لا نزاع فيه لاحد كما تقدم ، كما ان قياس القضاء على الامارة قياس مع الفارق ، فان مكانة القضاء فوق مكانة الامارة .

لذلك نرى ان رأى الجمهور الفقهاء القائل بعدم جواز العزل من غير سبب يقتضيه أرجح من رأى الحنفية القائل بجواز العزل ، ولو ألقينا نظرة على تاريخ قضاة المسلمين وما كانوا يتصمون به من الاحترام والا جلال عند الحكام

وجمهور الناس ، لعرفنا ان قول فقهاء الحنفية : يجوز عزل القاضي برية وبغير رية كان مجرد تقرير لمبدأ نظري ، وهو أن القاضي وكيل الامام في نظرهم ، وللموكل الحق في عزل من وكله ، أما العمل فانه لم يكن سائرا مع هذا المبدأ ، لان اجلال الامة للقضاء كان يمنع الولاة من التلاعب بمراكزهم .

المبحث الثاني : في الاختصاص النوعي

ليس في الفقه حد معين لما يدخل في اختصاص القاضي ويتدرج تحت ولايته ، من انواع الوقائع والادوات بل ذلك متروك لولى الامر يحدده بما فيه المصلحة ، تبعا لحاجات الناس واعرافهم ومصالحهم ، وفي ذلك يقول ابن القيم في الطرق الحكمية مانصه : اذا عرف هذا فصوص الولايات وتخصصها وما يستفيد المتولى من الولايات يتلقى من الالفاظ والاحوال والعرف ، وليس لذلك حد في الشرع ، فيدخل في ولاية القضاء في بعض الزمنة والامكنة ما يدخل في ولاية الحرب في زمان ومكان آخر وبالعكس ، ويقول ابن الغرس في الفواكه البديرة ما نصه : القاضي تتأقت ولايته ويتقيد حكمه بالزمان والمكان والحادثة والمذهب وهذا صريح في ان اختصاص القاضي ليس له حد في الشريعة .

غير ان الماوردي يقول ما نصه : ان كانت ولاية القاضي عامة مطلقة كان ولايته تتناول ما يلي :

(١) فصل المنازعات وقطع التشاجر والخصومات اما صلحا عن تراض ، او اجبارا بحكم بات يصدر منه .

(٢) استيفاء الحقوق ممن مطل بها وايصالها الى مستحقها بعد ثبوت استحقاقها .

- (٣) ثبوت الولاية على من كان ممنوع التصرف بجنون أو صغر ، والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو لفساد وكذلك الولاية على مال الغائب .
- (٤) النظر في الاوقاف بحفظ اصولها وتنمية فروعها وصرف الغلة في مصارفها المشروطة .
- (٥) تنفيذ الوصايا طبقا لشروط الموصي فيما أباحه الشرع ولم يحظره .
- (٦) تزويج الايامى بالاكفاء اذا اعد من الاولياء ودعين الى النكاح ، ولم يجعله أبو حنيفة من حقوق ولايته بالنسبة للبالغة لانه يجوز مباشرتها عقد النكاح .
- (٧) اقامة الحدود على مستحقيها فان كان من حقوق الله تعالى تفرد باستيفائه من غير طلب اذا ثبت بأقرار أو بينه ، وان كان من حقوق العباد كان موقوفا على طلب مستحقه ، وقال ابو حنيفة لا يستوفيهما معا الا بخصم مطالب .
- (٨) النظر في المصالح العامة ، من الكف عن التمدي في الطرقات والآفنية واخراج ما لا يستحق من الاجنحة والابنية وينفرد بالنظر فيها وان لم يحضره خصم ، وقال ابو حنيفة لا يجوز له النظر فيها الا بحضور خصم مستعد .
- (٩) تصفح شهوده وامائه واختيار النائبين عنه ، فيقرهم مع ظهور السلامة والاستقامة ، ويستبدل بهم غيرهم عند ظهور الجرح والخيانة ، ومن ثقل عليه العمل منهم فاما ان يستبدل به من هو أقوى منه وأكفا ، واما ان يضم اليه آخر ليعينه ويقويه .

(١٠) التسوية في الحكم بين القوى والضعيف والوضيع والشريف .^(١)

ويظهر ان هذا هو ما استقرت عليه سلطة القاضي ايام الماورى في القرن الخامس الهجرى لان صاحب منتهى الارادات وغيره يحدثنا ان من اختصاصه ايضا اقامة الجمعة والعيدين ما لم يخصا بأمام، وجباية الخراج والزكاة ما لم يخصا بما^(١) ولعل السرفي هذه الزيادة ان اختصاص القاضي كان يتسع ويضيق حسب الزمنة والامكنة على مر العصور وفي ذلك يقول ابن خلدون : ان القاضي في عصر الخلفاء كان يختص بالفصل بين الخصوم فقط ثم اضيفت اليه بعد ذلك امورا اخرى على التدرج بحسب اشتغال القضاة والملوك بالسياسة العامة ، واستقر منصب القضاء آخر الامر على اضافة بعض الامور الى الفصل بين الخصوم ثم عد هذه الامور على نحو ما ذكره الماورى .

وعلى ضوء ما تقدم نستطيع ان نحدد المراد من العموم في قول الفقهاء : ان ولاية القاضي عامة ، بأنه عموم في جميع ما يقع فيه النزاع بين الخصوم وان هذا العموم يمتد فيشمل ما يضيفه ولى الامر الى القاضي من اعمال وليس المراد به عموم ولايات الدولة ، فان ولاية القضاء غير ولاية الحسبة ، او الشرطة ، او الجيش او الامارة على البلدان الا اذا كان ذلك بطريق الاضافة الى ولاية القضاء ، على ان العموم له ناحية اخرى وهى ناحية الافراد فان قضاء القاضي لا يكون قاصرا على المتخاصمين بل يتعداهما الى كافة الناس كما في ايجاب الدية فان ايجابها لا يقع على عاتق القاتل وحده وانما يتعداه الى عاقلته ، لكن هذا العموم يتخصص بما يراه ولى الامر ، بناء على السياسة الشرعية ، كما أسلفنا ، فيتخصص بما يلى :

(١) منتهى الارادات ج ٣ ص ٤٦٢ .

١ - الاختصاص بنوع معين :

يجوز لولي الامران يخصص القاضي - عند التقليد او بعده بنوع معين من القضايا كالأحوال الشخصية ، او المدنية ، او الامور التجارية ، او الجنائية ، أو بأخص من ذلك كقضايا التزييف والتهريب والمخدرات والمسكرات بالنسبة للجنايات أو الموارث والوصايا ، والوقف والزواج والفرق بالنسبة للأحوال الشخصية وهكذا ، وذلك طبقا لقاعدة جواز تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثه فان المراد بالحادثه نوع القضية التي ينظرها القاضي وعلى ذلك فلا يصح لـه ان يقضى في نوع آخر غير ما خصص به لقول الماوردي : والقسم الثاني ان يرد الى احدهما نوعا من الاحكام والى آخر غيره ، كرد المدانيات الى احدهما والمناكح الى الآخر فيجوز ذلك ويقتصر كل واحد منهما على النظر في ذلك الحكم الخاص في البلد كله .

ويقول ابن قدامه : ويجوز ان يقلده خصوص النظر في عموم العمل فيقول جعلت اليك الحكم في المدانيات خاصة في جميع ولايته ويجوز ان يقلده خصوص النظر في خصوص العمل كان يقول جعلت اليك الحكم في المدانيات خاصة في بلدة كذا او في ناحية منها او بين قوم مخصوصين .

٢ - الاختصاص بمقدار معين :

ويجوز ايضا تخصيص القضاء في النوع الواحد بمقدار معين ينظره قاض خاص ، وما يزيد عليه ينظره قاض آخر طبقا لقاعدة جواز تخصيص القضاء بالحادثه . فان الحادثه يتنوع مقدارها فجاز تخصيص مقدار بقاض وما يزيد عنه يقاض آخر ، اخرج الطبراني بسند جيد عن السائب بن يزيد ان عمر قال ليزيد بن اخت النمر رد عن الناس في الدرهم

والدرهمين ويقول الماوردي قال ابو عبد الله الزبيري لم يزل الا مراء
عندنا بالبصرة يستقضون قاضيا على المسجد الجامع يسمونه قاضي المسجد يحكم
في مائتي درهم وعشرين ديناراً فما دونها ويفرض النفقات ولا يتعدى موضعه
ولا ما قدر له (١).

ومن هذا يتبين ان مبدأ جعل التقاضي على درجات أمر مقرر لدى
فقهاء الشريعة وانه لا مانع منه فقها وسياسة بل قد يجب اذا اقتضته المصلحة من
باب السياسة الشرعية .

٣ - الاختصاص بقضية معينة :

يجوز ان يخصص ولي الامر قاضيا ينظر قضية معينة بين خصوم معينين
وهذا ايضا تطبيقا للقاعدة السابقة فلا يصح النظر في غيرها من القضايا
ولا بين غيرهم من الخصوم وفي ذلك يقول الماوردي ويجوز ان تكون ولاية
القاضي مقصورة على حكومة معينة بين خصمين فلا يجوز ان ينفذ النظر
بينهما الى غيرهما من الخصوم وتكون ولايته على النظر بينهما باقية
ما كان التشاجر بينهما باقيا فاذا بت بينهما زالت ولايته وان تجدد
بينهما مشاجرة اخرى لم ينظر بينهما الا بان مستجد (٢).

٤ - استثناء بعض الوقائع والحوادث :

ويدخل فيما تقدم تخصيص القضاء باستثناء بعض الوقائع والحوادث من
نظر القاضي لها ، فيجوز لولي الامر ان يمنع القاضي من سماع بعض

(١) الاحكام السلطانية ص ٦١ .

(٢) المصدر السابق نفسه .

الوقائع والحوادث ، وذلك ايضاً تطبيقاً لقاعدة تخصيص القضاء ، وعلى ذلك فلا يصح للقاضي ان يسمح الدعوى في القضايا المستثناة ولو سمعها وحكم فيها كان حكمه باطلاً .

وهذا هو الاصل الذي يبنى عليه المنع من سماع بعض الدعاوى التي تقتضى مصلحة شرعية المنع من سماعها ، ومن امثلة ذلك المنع من سماع دعوى الوقف اذا مضى على الاستحقاق ثلاثون ، أو ثلاث وثلاثون ، او ست وثلاثون سنة على اختلاف الاقول ، فان الفقهاء قد صرحوا بالمنع من السماع اذا لم يكن هناك عذر يمنع من الدعوى ، لان ترك الدعوى في هذه المدة مع التمكن من رفعها يدل على عدم الحق ظاهراً ، وان كان هذا التقادم لا يسقط الحق ، ان الحق لا يسقط بتقادم الزمان في الشريعة الاسلامية .

المبحث الثالث : في الاختصاص المكاني او المحلي

يجوز ان يخصص ولي الامر القاضي بالقضاء في بلدة معينة أو ناحية منها وعلى ذلك لا تثبت له ولاية قضائية على غيرها من الجهات ، ولولى الامر ان يقصر ولا يته على المقيمين في هذه الجهة دون الطارئین عليها ، او على المقيمين والطارئین حسب المصلحة التي يراها ولي الامر وذلك بناءً على قاعدة تخصيص القضاء بالمكان .

وانما خصص ولي الامر القاضي ببلدة معينة جازله ان يحكم في أحد جوانبها او في محلة منها او في اى دار من دورها ولو طلب منه ولي الامر الحكم في موضع معين منها لانه لا يمكن الحجر عليه في مواضع جلوسه مع عموم ولا يته

لكن لو قلده القضاء فيمن ورد اليه في داره ومسجده صح ولم يجز له ان يحكم في غير داره او في غير مسجده والفرق بين الحالتين ان ولى الامر جعل ولا يــــة القاضى في الحالة الثانية مقصورة على من ورد الى داره او مسجده وهم لا يتعينون الا بالورود اليها ، فلذلك صار حكمه فيهما شرطا ، أما في الحالة الاولى فان اهل البلده متعينون بتعيين البلدة في منشور التقليد ، فيكون القضاء بينهم في أى مكان من البلدة داخلا في اختصاصه فيجوز .

المبحث الرابع

في اختصاص القاضى بزمان معين

يجوز لولى الامر ان يخصص القاضى بالقضاء في زمن معين، كأن يخصصه بالقضاء يومى السبت والاحد من كل اسبوع، وعليه فلا يصح له ان يقضى في بقية ايام الاسبوع لانه يعتبر ممزولا عن النظر فيها ، لكن تستمر ولا يته في مثل هذا الزمن من كل اسبوع على ممر الاسبوع والشهور ، وذلك بناء على قاعدة تخصيص القضاء لقول الماوردى : (فلو لم يعين الخصوم وجعل النظر مقصورا على الايام وقال : قلدك النظر بين الخصوم في يوم السبت وحده جاز نظره فيه بــــين الخصوم في جميع الدعاوى وتزول ولا يته بفروب الشمس منه ولو قال قلدك النظر في كل يوم سبت جاز ايضا وكان مقصور النظر فيه فاذا خرج يوم السبت لم تنزل ولا يته لبقائها على أمثاله من الايام وان كان ممنوعا من النظر فيما عداه .

المبحث الخامس

في اختصاص القضاة عند تعدد هم

إذا عين ولى الأمر في البلدة الواحده اكثر من قاض فان حكم ذلك على

التفصيل الآتى :

- ١ - ان يقلد ولى الأمر قاضيين او اكثر في بلدة واحدة على ان يحدد لكل منهم جانباً معيناً من البلدة ففي هذه الحالة يصح التقليد ويقتصر قضاء كل منهم على الجانب المحدد له وذلك لعدم التضارب بين القضاة او الخصوم .
- ٢ - ان يقلد ولى الأمر قاضيين او اكثر ويجعل لكل منهما عملاً خاصاً فيجمل ل أحد هم النظر في الاحوال الشخصية والآخر للنظر في المدانيات والثالث النظر في القضايا المتعلقة بالمقار ، والرابع النظر في الجنايات وهكذا ففي هذه الحالة يصح للتقليد ويقتصر كل منهم على النظر فيما حدد له في سائر انحاء البلد المعين الذى قد مناه في الحالة الاولى .
- ٣ - ان يقلد ولى الأمر قاضيين او اكثر على ان يكون لكل منهم النظر في جميع انواع الدعاوى في جميع انحاء البلده وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه الحالة فذهب المالكة وبعض الشافعية وأبو الخطاب من الحنابلة الى عدم الجواز لان ذلك يؤدى الى ايقاف الفصل في الخصومات وتعطيل القضاء بسبب اختلافهما في الرأى والاجتهاد كما يؤدى الى التشاجر بين الخصوم بسبب اختلافهما في القاضى الذى يترافعان اليه ان قد يرغب احد الخصوم في التقاضى امام قاض معين ويرغب الآخر في التقاضى امام غيره وبناء على هذا الرأى تبطل ولا يتهم ان صدر منشور تقليد هم

في وقت واحد ويصح تقليد الاول ان صدر منشور تقليد هم على التعاقد .
 وذهب الحنابلة والحنفية وجمهور الشافعية الى الجواز لان القاضي وكيل
 عن الامام ويجوز للموكل ان يوكل عنه وكيلين او اكثر في موضوع واحد ولا نه يجوز
 للقاضي ان يستخلف خليفتين في موضوع واحد فيجوز للامام من باب اولى لان
 توليته اقوى ولان الغرض من القضاء هو فصل الخصومات وايصال الحق الى
 مستحقه وهذا يتحقق في تقليد اكثر من قاض واحد فيجوز .

وقد اجابوا عن الدليل الاول بأن تقليد اكثر من قاض لا يؤدى الى
 ايقاف الحكم بين المتقاضين لان القضاة ان كانوا مجتهدين حكم كل منهم
 باجتهاده وليس لغيره الاعتراض عليه ولا نقض حكمه اذا خالف اجتهاده وان كانوا
 مقلدين فسوف يحكمون بحكم واحد هو ما يراه امامهم الذي يقلدونه كما اجابوا
 عن الدليل الثاني بأن تعدد القضاة لا يؤدى الى التشاجر في تجاذب
 الخصوم كل الى قاض لان هذا يدفع بان يكون القول عند التجاذب للمدعى
 دون المدعى عليه فان تساوى بان كان كل منهما مدعى ومدعى عليه اعتبر اقرب
 القاضين اليهما فان تساوى القرب فقل يقرع بينهما وقيل يمنعان من التحاكم
 حتى يتفقا على قاض وهذا الرأى الراجح .

٤ - ان يقلد ولى الامر قاضيين او اكثر على ان يشتركا في نظر الخصومات
 وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه الحالة ايضا فذهب جمهور الفقهاء الى
 الجواز وعليهم نظر القضاة مجتمعين ولا يصح لواحد منهم الانفراد بالنظر
 فان انفرد وحكم كان حكمه باطلا لانه بالانفراد يعتبر معزولا عن النظر فان ولى
 الامر قد رضى برأى الجميع دون رايه على الانفراد واستدلوا بمثل ما استدل
 به جمهور الفقهاء في الحالة الثالثة .

وذهب فقهاء المالكية وبعض الشافعية الى عدم الجواز لان هذا يسوء الى عدم الحكم بين الخصوم لاختلافهما في الرأي غالبا واجاب الجمهور عن هذا بانه عند الاختلاف يرفع الامر الى من هو اعلى منهم ليفصل فيه ونستطيع ان نقول ان لولى الامر ان ينص على انه عند الاختلاف يحكم برأى الاغلبية وبذلك لا يسوء الاشتراك الى عدم الحكم ولا الى تعطله والنزول على رأى الاغلبية امر معترف به شرعا حيث نزل الرسول عليه الصلاة والسلام على رأى الاغلبية في الخروج الى الحرب في غزوة احد لذلك كان قول الجمهور هو الراجح .

المبحث السادس

في تخصيص القضاء بالمذهب

ذهب بعض الفقهاء الى عدم جواز تخصيص القضاء بمذهب معين ، لان القاضى مأثور بالحكم بالحق ، والحق ليس محصورا في مذهب بعينه ، ان يجوز ان يكون الحق في مذهب آخر ، يضاف الى ذلك ان القاضى المجتهد اذا حكم بالمذهب وكان مخالفا لما اداه اليه اجتهاده كان حاكما بغير حكم الله ، لان ما يؤم به اليه اجتهاده هو حكم الله في نظره ، وحكم القاضى بغير حكم الله يعتبر باطلا .

وذهب الجمهور الى انه يجوز تخصيص القضاء بمذهب معين ، فيجوز لولى الامر ان يلزم القضاة بالحكم بمذهب معين ، وسند هذا السياسة الشرعية التى تقوم على مراعاة المصلحة وتحقيقها للامة ، وأبرز وجوه المصلحة في هذا التخصيص ما يلى :

١ - توفير العدد الكافي من القضاة ، أن قد لا يوجد في بعض الأزمه احد من المجتهدين أو يوجد عدد ضئيل منهم ، فلو التزمنا بتقليد المجتهد لم نجد العدد الكافي من القضاة فتتعطل مصالح الناس فكانت المصلحة في توليتهم والزامهم بالحكم بالمذهب الذي يقلدونه .

٢ - عدم بلبلية الأفكار واضطرابها ، وذلك لانه اذا تركت الحرية للقضاة ليحكم كل قاض بالمذهب الذي يقلده ، فانه يترتب على ذلك اختلاف الأحكام تبعاً لاختلاف المذاهب فقاض يبطل عقداً يجيزه الآخر ويصححه ، وقاض يحرم شيئاً فيبيحه الآخر فتضطرب الأحكام ، وتضطرب معها أفكار العامة ، وقد يدفهم ذلك الى رمي الشريعة بالتناقض والاضطراب فكانت المصلحة في منع ذلك بالزام القضاة بمذهب معين . وقد يقال ان اختلاف الأحكام لازم لاختلاف المجتهدين ومع ذلك لا يجوز الزامهم بالحكم بمذهب معين .

والجواب : ان بلبلية أفكار العامة في العصور الأولى وهى عصور المجتهدين ذات خطر كما هو الحال في العصور المتأخرة ، لانهم كانوا على شىء من الوعى بأسرار التشريع والاجتهاد ، وكانوا على ثقة كبيرة بقضائهم ، بخلاف ما عليه العامة في العصور الأخيرة ، ومع ذلك لما ظهر شىء من البلبلية في القرن الثاني كتب عبد الله بن المقفع كتابه المشهور بـ البيان الى ابي جعفر المنصور يطلب منه جمع القضاة على أحكام واحدة تختار بحسب قوة الدليل التى يسندها من الكتاب والسنة .

٣ - عدم نزاع الناس عما افوه من العمل بمذهب معين ، وذلك انه قد يشيع في قطر من الاقطار العمل بمذهب معين ، فلو اطلق للقاضي الحكم

بما يراه من المذاهب لحكم بما لم يألفه الناس من المذاهب الاخرى،
وفي نزاع الناس عما افوه حن ومشفقة فكانت المصلحة في التزامهم بالمذهب
الذي يتبعونه .

٤ - ضمان عدم خطأ القاضي ، لانه لو ترك للقاضي المقلد الحكم بأي مذهب
قد يقع في الخطأ لعدم أهليته للاجتهاد ولو اطلق له الحكم بأي
مذهب فربما يخطئ ، في فهم الحكم من المذاهب الاخرى التي لم
يدرسها فكانت المصلحة في الالتزام بمذهب معين ضمانا لعدم الوقوع
في الخطأ .

هذا من ناحية الجواز بالنسبة لولي الامر .

أما بالنسبة للقاضي فانه يلزمه القضاء بالمذهب الذي الزمه به ولي الامر ،
وذلك لان الزام ولي الامر القضاء بمذهب معين الزام بما ليس فيه مخالفة للشرع ،
وذلك لما قد مناه آنفا من وجوه المصلحة ، وولي الامر اذا امر بما ليس فيه
مخالفة للشرع تجب طاعته ، لقوله تعالى : (وأطيعوا الله وأطيعوا الرسول
وأولى الامر منكم) . فتكون طاعة اولى الامر في القضاء بمذهب معين واجبه ،
وبناء عليه اذا قضى القاضي بغير هذا المذهب لا ينفذ قضاؤه ، لبطولان
القضاء حينئذ ، بسبب عدم التفويض اليه بالقضاء بهذا المذهب .

وقد جرى العمل في المملكة على الزام القضاة بالحكم بالمفتى به من مذهب
الحنابلة فنص قرار الهيئة القضائية الصادر في ١٣٤٧/١/٧ هـ المقتضين
بالتصديق العالي بتاريخ ١٣٤٧/٣/٢٤ هـ في الفقرة ألف منه على ما يأتي :

يكون مجرى القضاء في جميع المحاكم منطبقا على المفتى به من مذاهب
الامام احمد بن حنبل نظرا لسهولة مراجعة الكتب المؤلفة على مذهبه والتزامها
بذكر الادلة اثر مسائله . . ونص القرار المذكور على ان يكون اعتماد المحاكم
في سيرها على مذهب الامام احمد على الكتب الاتية :

١ - شرح المنتهى .

٢ - شرح القناع .

فما اتفقا عليه أو انفرد به احدهما فهو المتبع ، وما اختلفا فيه فالعمل ، بما
في المنتهى وانا لم يوجد بالمحكمة الشرحان المذكوران يكون الحكم بما في
شرحي الزاد والدليل وانا لم يجد القاضي نص القضية في الشروح المذكورة
طلب نصها في كتب المذهب التي هي ابسط منهما وقضى بالراجع (انظر
مجموعة النظم قسم القضاء الشرعي من سنة ١٣٤٥ هـ الى سنة ١٣٥٧ هـ تحت
عنوان التعميدات والاضافات التي طرأت في عام ١٣٤٧ هـ) . وتذكر بعض
المصادر ان المراجع المعتمدة في المذاهب ستة كتب :

١ - الاقناع لموسى الحجاوي .

٢ - كشف القناع على متن الاقناع لمنصور البهوتي .

٣ - منتهى الارادات للفتوحى .

٤ - شرح منتهى الارادات لمنصور البهوتي .

٥ - المغنى لابن قدامة .

٦ - الشرح الكبير لابن قدامة .

لكن ينص القرار المذكور في الفقرة (ب) على انه : " اذا وجد القضاة في

تطبيق المذهب على مسألة من المسائل مشقة ومخالفة لمصلحة المصوم يجرى

النظر والبحث فيها من باقى المذاهب بما تقتضيه المصلحة ويقرر السير على

ذلك المذهب مراعاة لما ذكر .

وهذه الفقرة تقتضي الأخذ بما في المذاهب الأخرى إذا ترتب على تطبيق المذهب الحنبلي ضرر ومشقة على الناس ، ويعتبر هذا استثناء من الأصل العام وهو القضاء بالمذهب الحنبلي ، ومن المقرر أن الاستثناء لا يتوسع في الأخذ به ولذلك اشترط في العمل بما تضمنته هذه الفقرة أن يكون ذلك باتفاق جميع قضاة المحكمة .

وقد ورد الجمهور على القائلين بعدم جواز التخصيص بالمذهب بأنه مفروض بالنسبة لغير المجتهدين وذلك عند شيوع التقليد ، وبأن ترك الحرية للقاضي المقلد بأي مذهب يوقعه في الخطأ على ما بيناه ، فكانت المصلحة في التخصيص بمذهب معين .

* * *

*