

مدخل في النظرية العامة لدراسة

الفقهاء الإسلاميين

ومقارنته بالفقه الأجنبي

تأليف:

الأستاذ الراحل
علاء الفايبي

1974_1910

إعداد ومرجعة:

عبد الرحمن بن العريفي الحريشي

مدير المؤسسة

الإيداع القانوني: 1985/148

حقوق الطبع محفوظة للمؤسسة

مؤسسة علاء الفاسي

مدخل في النظرية العامة لدراسة

الفقهاء الإسلاميين

ومقارنته بالفقه الأجنبي

تأليف:

الأستاذ التّراشد
علاّء الفاسي

1974_1910

إعداد ومراجعة:

عبد الرحمن بن العريفي الحريشي
مدير المؤسسة

الإيداع القانوني: 1985/148

حقوق الطبع محفوظة للمؤسسة



تصدير

□ يسعد مؤسسة علال الفاسي ان تقدم لمجموع الباحثين والمتقنين وخصوصا الذين يعنون بالدراسات الاسلامية : القانونية والتشريعية والمقارنة منها على الاخص : هذا الاثر الهام من آثار زعيم التحرير المغفور له الاستاذ الراحل علال الفاسي. الا وهو كتاب : مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الاسلامي ومقارنته بالفقه الاجنبي .

وان المؤسسة التي من اهم اهدافها جمع الانتاج الادبي والقانوني والسياسي والفكري للراحل علال الفاسي من اجل نشره، وتعميم الفائدة منه. لفخورة بان تضيف اليوم الى ما هو منشور ومطبوع من مؤلفاته. هذا التأليف القيم الذي لاشك - نظرا لموضوعه الهام - ستكون له مكانته اللائقة به وسيأخذ من تقدير المهتمين بالدراسات القانونية المقارنة - اساتذة وطلبة ومتقنين - بقدر ما اخذه من مؤلفه من جهد واستغراق في البحث واطلاع ومقارنة واستنتاج .

لقد كان المدخل في الاصل محاضرات كان يلقيها الراحل علال بكلية الحقوق بالجامعة المغربية بالرباط (جامعة محمد الخامس الآن) . ولقد كان يكتب مبيضتها في دفتر خاص حسب منهج منظم رتبته بعناية وتسلسل .

فلقد رسم للمدخل هذا المنهج وسماه مواد المدخل ويمكن تقسيم هذه المواد الى خمسة مواضيع رئيسية :

- 1 - منهج الدراسة ومقدمات العلم
- 2 - اصول الحكم في الاسلام
- 3 - الخطط الشرعية
- 4 - استقلال القضاء
- 5 - اصول الشريعة .

وهو في كل موضوع من هذه المواضع الرئيسية يفصل الكلام عنها من وجهة النظر التشريعية الإسلامية. ويقارنها بالتشريعات الأجنبية مما يمكن الاطلاع عليه تفصيلا في ثنايا الكتاب واجمالا في مواد المدخل التي صدره بها .

وهنا اود التنبيه الى ان هذه المواد بها بعض المواضع التي كان عازما على بحثها وادراجها ضمن المدخل لكن لم يكتبها. ونعتقد ان طبيعة كتابة المحاضرات التي تكون رهينة بوقت القائها. ونظرا لتتمام السنة الجامعية قبل تمام المقرر المفروض. ونظرا للواجبات الاخرى التي كان رحمه الله ملزما بادائها. كل ذلك صرفه عن اتمامها. وهي فصول مهمة تبتدىء من فصل العرف البربري الى آخر قائمة المواد . وقد آثرنا في المؤسسة ان نقوم باخراج ما كتبه رحمه الله من كتاب المدخل نظرا لاهميته وفائدته أملين ان يكون هذا حافزا لهمم المعنيين بهذه الدراسات ليتمموا الفصول الاخيرة منه سيما وقد حدد منهاج البحث تحديدا دقيقا يمكن التمكن منه بعد دراسة المواد المذكورة هذا وقد بذلت كل ما استطيع من جهد في جمعه واخراجه من مبيضته ومقارنة بعض فصوله المنشورة مع المبيضة الاصل مع مراجعة المصادر التي احال عليها والتثبت من عناوينها وارقامها مما أمل معه ان اكون قد وفقت الى ابرازه حسب ما كان يود رحمه الله ان يكون .

والله ولي التوفيق

عبد الرحمن العربي الحريشي
مدير المؤسسة

الرباط - شعبان 1405
مايو 1985

مواد المدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الاسلامي ومقارنته بالفقه الاجنبي

(1) منهج الدراسة:

معنى المدخل، مقدمات العلم. القانون، والفقه والحق، علم الفقه والقانون،
وعلم اصول الفقه، وقواعد الفقه .

الحق والقانون، اقسام القانون

الحكم عند الاصوليين وعند الفقهاء. اقسام الحكم التكليفي والوضعي
مقارنة مع نفس التقسيم القانوني، استنتاج ان الحكم الشرعي وان كان خطاب
الله فللعقل فيه مجال، غاية الحكم الشرعي اقامة العدل والانصاف .

الحكم في القانون الاوروبي

المحكوم فيه - الخلوص الى تقسيم الفقه الى ما هو تعدي وما هو معقول

المعنى اي مصلحي

الحقوق والالتزامات. تعريفهما وتقاربهما. حق الله وحق الانسان مقارنة
اقسام الحق في الاسلام مع التقسيم القانوني، للحق العام والخاص الخ .

الالتزامات باعتبار مصدرها .

ما هي العلاقة التي تقع بين الاعمال ؟ هل النهي عن التصرفات المعبرة

للاحكام يقتضي فسادها ؟

المحكوم عليه، تعريف الاهلية في اللغة وفي الاصطلاح. واقسامها. نظرية
الاهلية في الفقه الاسلامي، ومقارنتها بالفقه الاجنبي، مناقشة مع كل من
السنهوري والزرقا. تطور بحث الذمة في القانون الجرمانى. موضوعية الفقه
الاسلامى .

الارادة عند الفقهاء، صلتها بالاثار الشرعية للعقد. صلتها بالعمل نفسه
وبمحله شوائب الارادة. التفرقة بين الارادة الباطنة والظاهرة. مقارنة الخلاف
في الموضوع عند المسلمين مع الاختلاف الموجود عند الغربيين. تاثر
الانجليز بتطور الفقه الجرمانى. سبق الفقه الاسلامى منذ مئات السنين الى
اعتماد الارادة الظاهرة .

عيوب الرضا .

2 (أصول الحكم في الاسلام:

عهد الرسول. وعهد الخلفاء من بعده. حكم النبي مقيد بالوحي وبالشورى. اول دستور في العالم اعلنه النبي عند وصوله للمدينة، تحليله واستخلاص مواده الاساسية. اقراره المساواة والعدل والتضامن ونصرة المظلوم والسلام العام .
الحكومة المحمدية .

نظام الحكم في الاسلام بعد وفاة الرسول. مبايعة ابي بكر وظروفها استخلاف عمر، اهل الشورى في اختيار عثمان، تطور نظام الحكم بعد علي، شروط التأخير للخليفة، شروط الخليفة .
الرجوع الى الاصل، الشورى في الاسلام. محاولة استخلاص قواعد للشورى في الاسلام، المرأة تستشار، مناقشة من قال بخلاف ذلك، حق المرأة في تولي الوظائف العامة .

3 (الخطط الشرعية:

القضاء، نبذة تاريخية، اختصاصات القاضي. التنظيم القضائي قاضي الولاية، وقاضي الجماعة. والى المظالم، اختصاصات والى المظالم، في المشرق والمغرب، ولاية الرد، مقارنتها بمحكمة النقض. اختصاصها. الحسبة اختصاصها، مركزها من الانظمة الحديثة، الفتوى. تطوراتها في المشرق والاندلس والمغرب. اثر المفتش في الحكم .

4 (استقلال القضاء :

الفصل بين السلطات، جهة الاختصاص بتعيين القضاة شروط القاضي وحصانته، وحدة القضاء، تخصيص القضاء اقليمية القضاء، مركز غير المسلمين في القضاء، مركز الاجانب. عرض تاريخي لتطور الفكر الاسلامي في ذلك. الامتيازات الاجنبية، ما قبل الحماية وما بعدها، تعدد جهات القضاء والتشريع في المغرب وتفصيل ذلك بعد الاستقلال، التوحيد والاصلاح، التنظيم القضائي المغربي بعد الاستقلال، ملاحظات عليه، تعدد جهات القضاء والتشريع، استنتاج من الوضع الحاضر، جهات قضائية اخرى، القضاء الاداري القضاء العسكري محكمة العدل، محاكم الشغل .
نطاق تطبيق القانون من حيث المكان، بحث ما يتعلق بتنفيذ الاحكام من حيث المكان في المغرب بعد الاستقلال، اتفاقيات التعاون القضائي المتبادل، اتفاقيات الجامعة العربية، مع الدول الاجنبية .

5) اصول الشريعة:

الاحالة على علم الاصول فيما يرجع لمصادر التشريع الارباع دراسة موضوع المصلحة المرسله بتفصيل نظرية كل امام على حدة، نظرية الغزالي ملاحظات ابي حفص الفاسي. مذهب الطوفي وتحليله، الذين كتبوا فيه. مناقشتهم. نقطة الضعف في مذهب الطوفي وبيان ان المصلحة لا تتعارض ابدا مع مقصد شرعي مستخرج من ادلة كلية. عمل اهل المدينة وتطورات فهم المالكية له. علاقة عمل اهل المدينة بفكرة ابي يوسف في العرف .

المصادر الاحتياطية، العادة، العرف، العمل والتفرقة بين كل منهما، عدم تفرقة جل الفقهاء، مقارنة بين آراء الفقهاء واطلاقات العصر الحديث. الفقهاء المغاربة بين العوائد الشرعية وهي ما اقرها الدليل الشرعي او نفاها، وبين العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه واثباته دليل شرعي، العوائد والاعراف تعتبر عند المغاربة سببا للاحكام الشرعية لا من مصادرها، العرف ليس مصدرا اصليا للتشريع الاسلامي. حال العرب في الجاهلية .

القانون الروماني لم يؤثر في الشريعة الاسلامية، تفصيل الرد على من قال بذلك، مناقشة مارسيل موران وغيره من الاسلامولوجيين في الموضوع .

العرف البربري - تطوراته قبل الاسلام، علاقته بالعرف العربي .

هل اثر القانون القوطي في الفقه بالاندلس، مناقشة حسين مؤنس في ذلك.

العرف بعد الحماية ومحاولة استغلال الاستعمار له .

العمل في المغرب، تطورات، وشروط العمل به، اثره في وحدة التشريع والقضاء وفي تطور الفقه المغربي .

تدوين الفقه، العصر النبوي وعصر الاجتهاد والمذاهب، عصر المختصرات والشروح .

بدء التدوين العصري. في تركيا، في العراق وسوريا، في مصر والمغرب، مدونة الاحوال الشخصية وقيمتها، اثر الاسلوب في نهوض الفقه، ضرورة تكوين قانون اسلامي موحد. ضرورة العمل على التوحيد القانوني في العالم عن طريق الدراسة المقارنة .

القواعد الفقهية، تعريفها، كيف نشأت. مقارنتها بالقاعدة القانونية الذين الفوا فيها من المسلمين، من المغاربة، ضرورة الاعتناء بالقواعد الفقهية ودراستها نماذج من القواعد الفقهية المعروفة عند المؤلفين المغاربة .

بسم الله الرحمن الرحيم

1) جرت عادة الفقهاء الاقدمين ان يضعوا بين يدي الطلبة في دروسهم وبين يدي القراء في كتبهم التي يؤلفونها، مقدمات لابد منها لوضع الطالب والقارئ في جو العلم الذي سيدرسونه، وذلك ببيان حقيقة ذلك العلم وموضوعه، وما أخذه، وما يستند اليه من احكام وقواعد واصول، والفوارق التي بينه وبين غيره من العلوم والروابط التي تربطه بها، واستمداداته، فاذا اتم الطالب هذه المقدمات دخل الى صميم موضوعه، وهو مدرك لما يلقي اليه، وملاحظ لكيفية تمشي تلك المبادئ في اثناء تطبيقها على جزئيات الاحكام المعروضة عليه .

والمبادئ التي كان الاقدمون يعنون بها في المقدمات هي :
حد العلم، موضوعه، وغايته، ومنشؤه، ونسبته الى سائر العلوم، وواضعه،
وحكم الشرع فيه، ومسائله .

2) ومنذ بدا اقتباس الفقهاء المسلمين لاساليب الدراسة في الفقه الغربي وجدوا الاوروبيين ايضا يبدؤون دراساتهم بما يسمونه (مدخلا) لدراسة العلم. وهو ما يدخل به الى العلم، اي ما يقوم مقام المقدمات، غير انه يشتمل عادة على تفصيل اوسع لبعض الاصول الاساسية التي تتخذ عندنا علما قائما بنفسه وكان الاوروبيين يرون في التذكير بها في المدخل ضرورة لا بد منها للحصول على روح التجميع الذي يميز اساليب دراساتهم المنقحة، لان فقهاءنا امتازوا بغاية البراعة في التحليل للموضوعات وبيان احكامها، والنتائج المترتبة عليها، ولكنهم قلما كانوا يكملون بحثهم برابطة عامة تجمع بين تلك الفروع، كمصادر الحق، والعقود والالتزامات، والتفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني، وقد استحسنت فقهاؤنا المعاصرون استكمال طريقة التحليل الفقهية القديمة بطريقة التجميع الحديثة، ليحصل تنقيح العلم، ويسهل على القارئ والدارس الحديث، تناول الفقه الاسلامي، على احدث الطرق، دون ان يجد فيه من الصعوبات ما يجده فيما لو ترك شأنه مع الاسلوب التحليلي

وحده، لأن لكل عصر محاسنه الخاصة، ودرجة تقدمه التي لا ينبغي أن تحرم العلوم الإسلامية من الاستفادة منها والتطور معها .

3) - الطريقة التي سنسلكها في هذه الدروس هي العمل على أن نقرب للطلبة مقدمات الفقه الإسلامي، مع مقارنتها بالمقدمات التي اعتاد الأوروبيون تقديمها لطلبة الحقوق عندهم، كمعنى الفقه، وتدرجه، وتاريخ الفكرة، وتاريخ الطريقة المتبعة في التدوين، وعلاقات كل ذلك، بالظروف الاجتماعية وتطورات الأحوال، وعلاقاته أيضا بالتدرج الفقهي والاجتماعي عند الآخرين، لأن الغاية واحدة، وتفاعل الفكر الإنساني على اختلاف اتجاهه، خير داع للتوسع في المعرفة والاستفادة من عناصر التقدم التي هي غاية الإنسان .

ولذلك فإننا سنعرف الفقه، وعلمه، ومصادره التشريعية، ومصادر الحق فيه، وعلاقته بالعادات العربية، وتطوراته التاريخية، وظروفها عبر المدارس الفقهية الإسلامية الكبرى. وسندرس كذلك صلته بالشرائع القديمة والقوانين الأجنبية في عهد نشوئه، وهل له صلة بالفقه الروماني أم لا. ثم تطور الدراسات الفقهية ومقارنتها بالاساليب القوانين الأجنبية الحديثة. ونستخلص من ذلك كله ما للفقه من نقط التقاء مع الفقه الأجنبي، ونقط اختلاف تبعده عن ذلك الفقه، وهكذا سنجمع بين تاريخ الفقه من جهة تطور أحكامه وأصوله وقواعده، وبين الظروف التي نشأت فيها تلك الأحكام وتلك القواعد، لاننا نرى أن معرفة اجتماعيات التشريع، شرط أساسي للتحقق بمدلوله والغاية المقصودة منه .

وقد أبدت عائشة كثيرا من الملاحظات على رواية أبي هريرة وغيره من الصحابة، من جهة إهمالهم لظروف الحديث، حتى قالت مرة لأبي هريرة : إذا حدثت عن رسول الله صلعم فانظر كيف تحدثت (1) .

(1) افرد السيوطي مؤلفا خاصا لملاحظة عائشة في هذا المعنى، سماه (عين، الإصابة، في استدراك عائشة على الصحابة) وقد نقل خلاصته عبد القادر الشاذلي المؤذن في كتابه عن خصائص خديجة وعائشة وهذا الكتاب مخطوط بمكتبتي «واسم الكتاب : رد العقول الطائشة في ما اختصت به خديجة وعائشة. وهو مرتب في مؤسسة علال الفاسي تحت عدد ع. 184. المصحح» .

1 - الفقه

(4) - يطلق علم الفقه بمعنيين :

المعنى الاول : هو العلم بالاحكام الشرعية العملية، وهذا يعني حصول الانسان على صفة مدركة يستطيع ان يتوصل بها الى معرفة الاحكام الشرعية معرفة تفصيلية مستخرجة من ادلتها المجملة. وبذلك يصبح حاملا اسم الفقيه. اي المتصف بصفة علم الفقه، والعلم هنا ظني، فيخرج ما يتعلق بالاحكام المعلومة من الدين بالضرورة، لانها لا تكون مناط الاجتهاد، وذلك كالعلم بان الله واحد (1) .

والمراد من الاحكام، الخطابات المتعلقة بافعال المكلفين التي تحتاج معرفتها الى دليل، مثل كون الغاصب ضامنا للمغصوب، اذا هلك. وكون الامين كالوديع مثلا لا يضمن الا اذا تعدى او قصر في الحفظ .
واما الشرعية، فالمقصود بها الاستفادة من أمر الشارع أما من جهة اللفظ الصريح او بالدلالة والاستنباط .

والمعنى الثاني، هو تلك الاحكام الشرعية العملية نفسها، بحيث يعتبر مجموع ما تشتمل عليه مدونات الاحكام، علما فقهيا .

(5) - وينقسم علم الفقه من جهة اخرى، الى اصول وفروع. فالاصل هي القاعدة التي ينبني عليها الحكم، والفرع هو ما استفيدت معرفته عن طريق تلك القاعدة، وقد شبه المسلمون الفقه بالشجرة فجعلوا قواعد الاستدلال من كتاب وسنة وما اليهما، اصلا. وجعلوا الاحكام المستنبطة عن طريق ذلك الاستدلال فرعا. وقد عرف المحلي علم اصول الفقه، بانه معرفة جميع الاحكام الشرعية التي طريقها الاجتهاد فيخرج من موضوعه ما ليس طريقه الاجتهاد كمعرفة كون الصلوات الخمس واجبة .

وقد فهم ميو - من هذا التقسيم - ان الاصول سابقة الوجود على الرسول، مع انها مجموع الاصول التي حاول العلماء المجتهدون تنظيمها في علم قائم

(1) انظر المحلي في اوائل شرح الورقات، والفصل الاول من ارشاد الفحول للشوكاني

بنفسه مستخرجين لها من استقراءاتهم ومن ملاحظاتهم، لتكوين اجتماعيات اسلامية، حتى يسهلوا على محاول الاجتهاد النظر في الاصول التي سار عليها من قبله، وطريقة اجتهادهم، دون ان يكون مرغما على اتباعها، يدل على هذا قول الشوكاني في مقدمة كتابه ارشاد الفحول، في علم الاصول ما يأتي :

((وبعد، فان علم اصول الفقه لما كان هو العلم الذي يأوي اليه الاعلام، والملجأ الذي يلجأ اليه عند تحرير المسائل وتقرير الدلائل في غالب الاحكام، وكانت مسائله المقررة وقواعده المحررة تؤخذ مسلمة عند كثير من الناظرين - الى ان قال - حملني ذلك بعد سؤال جماعة لي من اهل العلم على هذا التصنيف في هذا العلم الشريف، فاصدا به ايضاح راجحه من مرجوحه، وبيان سقيمه من صحيحه موضحا منه ما يصلح للرد عليه، وما لا يصلح للتعويل عليه ليكون العالم على بصيرة في علمه يتضح له بها الصواب ولا يبقى بينه وبين درك الحق الحقيقي بالقبول الحجاب ه)) .

فمسائل علم الاصول، هي نفسها موضوعات استقرائية، تقبل من المجتهد القبول والرد. فلا معنى لاعتبارها قواعد انسانية من قبيل الحتميات التي سبقت الرسول، وكل انسان يمكنه ان يبحث فيها ويأخذ ويعطي، ويسمى حينئذ اصوليا او ياخذها قواعد مسلمة يشتغل بتطبيقها في اثناء اجتهاده ويسمى فقيها .

وهناك فرق بين اصول الفقه وقواعده، فالاول ليس فيه غالبا الا قواعد الاحكام الناشئة عن الالفاظ العربية خاصة وما يعرض لتلك الالفاظ من النسخ والترجيح ونحو الامر للوجوب والنهي للتحريم. والصيغة الخاصة للعموم، وما خرج عن هذا النمط الا كون القياس حجة وخبر الواحد وصفات المجتهدين. والقسم الثاني قواعد كلية فقهية جلية مشتملة على اسرار الشرع وحكمه لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى ولم يذكر منها شيء في اصول الفقه وان اتفقت اليه الاشياء هنالك على سبيل الاجمال. وكان ابراهيم عبد الصمد بن بشير من المعروفين باستنباط احكام الفروع من قواعد اصول الفقه، وعلى هذا مثنى في كتابه التنبيه. وقد فعل مثله القرافي في الذخيرة وافرد جماعة من المؤلفين كتبوا في قواعد الفقه من اقدمهم الامام المقري الجدي الذي جمع الفا ومائتي قاعدة في كتاب مخصوص قال في طليعته : ونعني بالقاعدة كل كلى هو اخص من الاصول وسائر المعاني

العقلية العامة واعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة. وممن الف فيها الونشريسي والزقاق وميارة والسيوطي. وقد فعلت المجلة مثل ذلك، واقتنى اثرها من المحدثين الشيخ مصطفى الزرقاء في خاتمة كتابه المدخل(1)

(6) - والفقہ في اللغة معناه الفہم والادراك، ونقله الى المعنى الاصطلاحي استعمال اسلامي، وقد زعم كثير من الفقهاء المحدثين انه متأخر عن استعمال كلمة الشريعة بامد طويل، وعندني انهم اذا كانوا يقصدون بتأخر استعمال الفقه في معناه الاصلي، العلم بمجموعة القوانين المدونة المختصة بالنواحي العملية، فهذا صحيح، وان كانوا يقصدون به دراسة الدين واحكامه والحصول على ملكة ادراكها وتأويل مصادرها، فهو غير صحيح، لانه قد ورد استعماله في القرآن بمعنى العلم بالدين، قال تعالى : (فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين). والتفقه يعني تعلم الفقه، اي ما تحصل به ملكة الفهم في الدين. وفي الحديث الشريف : - خياركم في الجاهلية، خياركم في الاسلام اذا فقهوا .. وطبعا ليس المقصود اذا فهموا، وانما المقصود اذا علموا، والعلم هنا هو علم الدين. وقد دعا صلى الله عليه وسلم لابن عباس بقوله : اللهم فقهه في الدين ، وعلمه التأويل. واذا تفقه في الدين فقد أصبح فقيها .

وفي رياض المتعلمين لابي نعيم عن شهر بن حوشب : كنا نأتي ابا سعيد الخدري، ونحن غلمان نساله، فكان يقول مرحبا بوصية رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال رسول الله : سيايتكم قوم يتفقهون ففقهوهم واحسنوا اليهم . ومن الاحاديث المشتهرة، الفقهاء امناء الرسل ما لم يدخلوا في الدنيا ويتبعوا السلطان. فاذا فعلوا ذلك فاحذروهم(2)

ومنها، لفقيه واحد اشد على الشيطان من الف عابد، رواه البيهقي في الشعب والطبراني في الاوسط، وابو بكر الاجري في فضل العلم، وابو نعيم في رياض المتعلمين، والدارقطني في سننه، والقضاعي من حديث يزيد بن عياض ابي هريرة مرفوعا، ما عبد الله بشيء افضل من فقهه في دين. وعماد هذا الدين الفقه(3)

(1) انظر الفروق للرافي وتهذيب الفروق في مقدمتها والديباج لابن فرحون في ترجمة بشير، والزرقاء في القسم الاخير من المدخل الفقهي .

(2) قال السخاوي في المقاصد الحسنة ص 300 حديث 746، رواه العسكري من حديث العوام بن حوشب عن ابي صادق عن علي به مرفوعا وهو ضعيف السند .

(3) نفس المصدر ص 335 - 336 - حديث 864 .

واذن فالفقه بمعنى العلم باحكام الدين، وبالشرعية، والفقيه بمعنى العالم فهما استعمال معروف من عهده صلى الله عليه وسلم .

وعليه فقول ابن خلدون : انهم كانوا يسمون الفقهاء في العهد الاول بالقراء غير صحيح. وانما كانوا يطلقون القراء على حفظة القرآن(1)ومثله قول الدكتور يوسف موسى : ان كلمة الفقه لم تعرفها لغة العرب في معناها الذي نريده اليوم الا بعد مضي صدر من الاسلام(2)

والشرعية استعملت كذلك في القرآن بمعنى الطريقة والهدى (ثم جعلناك على شريعة من الامر فاتبعها) فالشرعية هي مجموع ما جاء به رسول من عقائد واحكام. واما استعمالها بمعنى الاحكام الشرعية العملية وحدها فهو متأخر ايضا. وعرف الفقهاء الدين بانه : ما شرعه الله على لسان نبيه من الاحكام كمعرفة الصلاة والصيام والزكاة .

واذن فالدين هو ما شرع من حكم، والشرعية هي السنة والهدى. واما الفقه فهو العلم بمجموع ذلك. هكذا كان الاصل فيما يظهر، انها الطريق وهو النظر في فهمها وتوضيحها وتأويلها. واذا كان لنا ان نستخلص من ذلك شيئا فهو ان الفقه الاسلامي لا يمكن ان يكون منفصلا عن الشرعية او خارجا عنها فهو لا يقوم الا بها .

وقد تطور استعمال كلمة الفقه بحسب تباين العلوم بعضها عن بعض، ودرجة استقلال كل واحد منها عن الآخر. اي ان ذلك التطور علم تقني محض، والا فان الاصل الاصيل للكلمة مراعى دائما. فمن اقدم التعريفات للفقه قول ابي حنيفة : هو معرفة النفس ما لها وما عليها. اي انه يشمل كل ما كان من الاعتقادات والوجدانيات والعمليات. وعلى هذا الاساس وضع ابو حنيفة كتابه (الفقه الاكبر) الذي هو عبارة عن عقيدة الامام .

ونقل صدر الشرعية عن بعضهم حده، بانه معرفة ما يحل فعله او يحرم على الانسان، فهو اذن معرفة جميع الحقوق والواجبات. على انهم استثنوا منها منذ الصدر الاول ما عرف من الدين بالضرورة فلا يدخل في حد الفقه كما قاله الامام المقرئ في القاعدة التاسعة من قواعد(3).

(1) ابن خلدون، المقدمة ص 353 وقد جرى ابن خلدون جمهور من الف في الفقه من المعاصرين .
(2) يوسف موسى، المدخل ص 10، وكذلك في مؤلفاته الفقهية .
(3) المقرئ الجد، القواعد الفقهية، مخطوط بخزانتي نسخة مصورة منه. «وهي تحمل في مؤسسة علال الفاسي رقم ع 525 مصحح» .

وبنمو التشريع الاسلامي، توسع في استعمال كلمة الفقه، فاصبحت في عصر الغزالي - القرن الحادي عشر - تدل على معناها العربي. اي علم الاحكام الشرعية وطرقها. وفي القرن الرابع عشر نجد الفقه يستعمل في معرفة الاحكام المنزلة او المجمع عليها من الأئمة استنباطا من الأدلة الشرعية (1)

ومن هنا وقع اطلاق الفقه في العصر الحديث على مجموعة الاحكام العملية المشروعة في الاسلام وهو الذي اصبح موضوع المدونات الفقهية .

7 - وكانت المدونات الفقهية عادة، تشتمل على أقسام سبعة :
القسم الاول: ما يتعلق بعبادة الله من صلاة وصيام وحج وزكاة وغيرها، وهذه تحمل اسم العبادات .

والقسم الثاني : ما يتعلق بشؤون العائلة من زواج وطلاق ونسب ونفقة وامتناع وغيرها، وكانت تسمى بالانكحة والايمان، وتسمى اليوم بالاحوال الشخصية. وأغلب المؤلفين القدماء كانوا يدرجونها في المعاملات التي هي القسم الثالث .

والقسم الثالث : ما يتعلق بأفعال الناس من حيث تعامل بعضهم مع بعض في الحقوق والاموال، وفي مسائل القضاء، وكانت تحمل اسم المعاملات، وتوضع عادة اليوم تحت اسم : الاموال .

والقسم الرابع : ما يتعلق بعقاب المجرمين وضبط النظام الداخلي بين الناس وكانت تحمل اسم الدماء، وتسمى اليوم بالعقوبات، او بالجنايات .
والقسم الخامس : ما يتعلق بالحرب والجهاد، وتسمى السير .

والقسم السادس : ما يتعلق بالمحاسن والمساوىء، وبالاخلاق والسلوك ويسمى الآداب. وكان قدام المؤلفين يضعونه الى جانب كل ما شذ عن الابواب الاخرى باسم الجامع، وقد الف الشيخ خليل المالكي كتابا خاصا بهذا الاسم، اوضح فيه مسائل الآداب .

والقسم السابع : هو ما يتعلق بنظام الدولة، وبآداب الملك وهي الاحكام السياسية. وتعرف عند الفقهاء : بالاحكام السلطانية .

والقانون المدني يقتصر عادة، اليوم، على قسمي : الاحوال والاموال. والترتيب الفقهي القديم وليد الصدفة في الغالب. او انه ناتج عن جمع الاشباه والنظائر، مع مراعاة الفرق بين الاحكام التعبدية وبين الاحكام المعقولة

(1) يقول المقرري في نفس القاعدة التاسعة : القياسات الفقهية خطابة وجدلية لاسوفسطائية وشعرية ، وفي كون شيء منها برهانيا. ظاهر كلام ابن الحاجب فقه الاصبهاني اثباته وهو الاقرب .

المعنى. كما ان الفصل بين الدماء وبين المعاملات متفق مع التفرقة المعروفة في الشريعة، بين حق الله، وبين حق العباد. ونظم الشيعة الاثنا عشرية مؤلفاتهم الفقهية تنظيماً آخر يقوم على اساس : العبادات، والعقود والايقاعات والاحكام، وذلك عن طريق الصدقة ايضا .

وزعم بعض المستشرقين الانجليز ان الترتيب الموجود في كتب الفقه متأثر باثار اجنبية وان التقسيم لابواب الفقه في المذهب الشافعي ابتداء من المزني يقوم على تفكير يوناني، ومتأثر بتراجم الفلسفة الاخلاقية في مثل كتاب تهذيب الاخلاق لابن مسكويه، كما ان التقسيم في المذهب الحنفي وفي كتب محمد بن الحسن الشيباني متأثر بقراءات في كتب الفقه اليهودي والمثنا (MESHNA) اما في العبادات فالفكرة فيها قائمة على اساس الحديث المعروف، بني الاسلام على خمس(1)

وهذا الادعاء غير صحيح. فان التدوين الفقهي بدا كما سنبينه، من الرسول صلى الله عليه وسلم وكان من حق هفوينج ان يستنتج احكام المعاملات من الصحيفة التي كتبها النبي عليه السلام، كما استنتج جمع الاحكام التعبدية من حديث بني الاسلام على خمس .

ثم ان القانون كان مقسماً عند الرومان، الى القانون الطبيعي والى قانون الشعوب، فالاول ما يصح تطبيقه على الناس والحيوان ويقابله الثاني ، ثم تدرج الامر حتى اصبح القانون الطبيعي معتمداً عند المسيحيين على اساس من التعاليم الدينية التي اسميت القانون الطبيعي الاولى واضيف اليها التشريع البشري مقتبساً من الفرق او مدونا، فظهر القانون الطبيعي الثانوي، وقوامه قانون الشعوب، مضافاً اليه تشريع مدني خاص بكل بلد(2)وهذا ما يبين اختلاف التدرج في الفقه الاسلامي عنه في الفقه الاجنبي، لان الاول وقع تدوينه باعتبار ما نزل فيه من تشريع او صدر من فتوى. ولذلك اعتبره جولد تزهير مقابلاً للعمل عند الرومان .

وقال المستشرق الايطالي الاستاذ نلينو في محاضرة له : وادعى كثير من الناس عالة القانون الاسلامي على القانون الروماني كعلم. وهناك مؤلفون زعموا انه لا بد ان يكون هناك ترجمات عربية لكتب القانون الروماني مثل

(1) HEFFENZUM AUFBANS der ISLAMISHEN RECHASWARK او حسن عبد القادر، نظرة

عامة في تاريخ الفقه الاسلامي. ص 3 .

(2) خليل شيبوب. المعجم القانوني ص 314 .

كتاب (باندريكت) الروماني. (من عهد جوستنبيان) طالعها الفقهاء المسلمون فاخذوا منها الاحكام والانظمة، ولكن لا يمكن حتى اليوم، اثبات مثل هذه المزاعم. ونرى بطلانها قطعاً من جهة التاريخ لان البحوث والدراسات في الآداب الشرقية (من العبرانية والسريانية والنبطية والعربية والحشبية) للعثور على العناصر التي ستفيد لاعادة نصوص القوانين الامبراطورية (الرومانية) التي تخليها بونفانتته المأسوف عليه، لم تؤد حتى هذا اليوم (1932) الا الى نتائج سلبية. وسوى هذا البطلان من الناحية التاريخية فان من العجيب ان الذين يزعمون مثل هذه الادعاءات لم يروا ان المتشابهات الكثيرة التي توجد في تدوين احكام خاصة في ابواب خاصة هي لابد منها، مهما كان قانون قوم ذا ثقافة كبيرة. وبالعكس لو ان الفقهاء العرب وضعوا امامهم الكتب المتداولة في القانون الروماني ليحاكوها. لما فكروا ان يبعثروا مسائل العبيد او المعادن وملكية الاراضي في ابواب شتى، لا يظن اهل القانون من الاوروبيين ان يجدوها فيها ابدأ، ولما وضعوا مسائل الربا في باب البيوع، وفي الحقيقة ان هناك آثاراً تدل على ان العرب انشأوا فقههم انشاءً مستقلاً في القسم الاعظم منه، وفي رأبي ان هذا الانشاء المستقل كان نتيجة الاحوال التاريخية الخاصة في تطور المؤسسات القانونية والعمرانية الاسلامية اكثر مما كان بسبب النظريات القانونية المجردة (1) .

2 - الحق والقانون

(8) - الحق في اللغة هو الثابت الذي لا يسوغ انكاره وفي اصطلاح اهل المعاني هو الحكم المطابق للواقع الذي يطلق على الاقوال والعقائد والاديان والمذاهب باعتبار اشتمالها على ذلك ويقابله الباطل. وأما الصدق فقد شاع في الاقوال خاصة، ويقابله الكذب. وقد يفرق بينهما بان المطابقة تعتبر في الحق من جانب الواقع. وفي الصدق من جانب الحكم، فمعنى صدق الحكم مطابقته للواقع. ومعنى حقيقته مطابقة الواقع اياه (2) .

واما القانون فهو مجموع احكام تطبيق على الحوادث كالسارق تقطع يده والزاني يجلد او يرحم. فاذا جمعت هذه الاحكام بشروط تطبيقها في كتاب واحد سميت قانوناً. ولهذا سمي القرآن قانوناً سماوياً لجمعه احكاماً لا حصر لها وهي قواعد عامة مستديمة ولم يخص بها اشخاص دون آخرين ولم تكن

(1) تعريب م المسلمون ص 582 . 5 . ع 62 .

(2) الجرجاني . التعريفات ص 6 .

مؤقتة. وقد اجتمع فيه الامران. صدره عن السلطة التشريعية واحتواؤه على قواعد عامة. وهكذا يقال فيما اخذ عن السنة والاجماع والقياس(1).

وعليه فالقانون يشترط فيه امران :

(1) صدره عن سلطة تشريعية

(2) احتواؤه على قواعد عامة ومستديمة، وكلمة الحق والقانون معناها في الفرنسية (Droit) وتطلق بمعناها الموضوعي علي جماع القواعد الملزمة للإنسان في حياته الاجتماعية كالقوانين المدنية والأدبية والأخلاقية. وهو ما يشمل القانون الوضعي اي مجموع القواعد القانونية القائمة في بلد معين وهذا يتفق مع الاطلاق الفقهي. وتطلق بمعناها الذاتي على صفة تعتبر ميزة بملكها المرء ويلزم بها غيره اما على ان يعمل او لا يعمل. وهذا يتفق مع الاطلاق اللغوي. وتطلق في التشريع : على كل عمل صادر من السلطة التشريعية مشتملا على قواعد مستديمة عامة، وهو ما يتفق مع الاول .

فلا خلاف اذن بين التشريع السماوي والوضعي في كنه القانون ولا ما يجب ان يكون عليه. والغاية هي ضمان الحقوق واقامة العدل بين الناس. وعلم الحقوق او القانون، هو الذي يسمى بالفقه .

وينقسم القانون من جهة اهميته الى قانون اساسي او دستوري. وهو ما يتعلق بنظام الحكم. ويسمى الدستور ولا فرق في ذلك بين ان يكون مدونا او عرفيا. وهو الذي يبين الاحكام المحددة ويعرف اصول الاحكام بنص صريح من كتاب او اجماع او قياس. وهو فيما عدا القطعيات وما ورد بنص صريح راجع لاجماع المجتهدين، ومصادقة الامة مباشرة او بواسطة من تنتدبهم لذلك. والى قانون عادي، وهو ما يضعه اولياء الامر او المجالس النيابية لتنظيم ناحية اجتماعية للامة.. كالقانون المتعلق بتنظيم البلديات او الذي يفرض الضرائب المعلومة ويعين رسومها، وكل ما ينظم توزيع اختصاصات الادارة والقضاء .

وهذا القسم الثاني ينقسم الى قانون الميزانية، وهو قانون مالي سنوي مصرح فيه باعتماد مجموع الدخل والخروج عن السنة المقبلة عن طريق الاستشعار ((PREVISION) وقانون المحاسبة او التسوية .

(1) للسيد عبد الله حسين المقارنات التشريعية ص 36 .

والى قانون الامر العام، ويراد به عادة قانون خاص تمليه الظروف .
والقانون التقريري وهو الذي ينظم الموضوعات التي لا تدخل تحت
سلطات ارادة الافراد .
والقانون التفسيري او التكميلي، ويكون محله تبين معنى او مرمى قانون
سابق .

والقانون العسكري هو الذي يسمح باستدعاء الجيش لقمع فتنة داخلية .
وقد تجد اصطلاحات اخرى بحسب ما يعرض للنظام من تطور،
ولصلاحية الدولة من توسع. وكلها تندرج تحت الاصل الفقهي العام، الذي
يعطي لولي الامر حق توزيع الاختصاص في القضاء وفي التنفيذ .

3 . الح ك م

(9) الحكم الشرعي في اصطلاح الاصوليين هو : خطاب الشارع المتعلق
بافعال المكلفين طلبا او تخييرا او وضعاء. والمقصود بالخطاب ما يشمل
النص والقياس والاجماع وغيرها من الادلة الشرعية، لان جميع الادلة ترجع
عند التحقيق الى النصوص، ولما كانت النصوص خطابا، وكانت بقية الادلة
ترجع اليها صح ان تسمى كذلك خطابا .

والحكم الشرعي في اصطلاح الفقهاء، هو الاثر الذي يقتضيه خطاب
الشارع في الفعل، كالوجوب والحرمة والاباحة .

فقوله تعالى : (يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود) هو امر بالايفاء بالعقود،
فهذا الامر نفسه هو نص وهو بمقتضى ذلك حكم عند الاصوليين. ولكنه
يقتضي وجوب الايفاء، اي وجوب امتثال الامر. وهذا الوجوب هو الحكم في
اصطلاح الفقهاء .

وقوله تعالى : (لا تقربوا الزنى) نص صريح في النهي عن قرب الزنى
فهو حكم عند الاصوليين وحرمة مقاربة الزنى، حكم عند الفقهاء. وهذا هو ما
يطلق اليوم على الحكم القضائي. ولا خلاف بين علماء المسلمين ان مصدر
الاحكام الشرعية المتعلقة بجميع افعال المكلفين هو الله سبحانه، سواء كان
ذلك الحكم ظاهرا من النصوص التي اوحى بها الى رسله، ام استنبطها

المجتهدون عن طريق الدلائل والامارات التي جعلها لذلك. ومعنى هذا ان الحكم في الاصل لله، ولكنه لما استخلف عباده في الارض وبعث اليهم الرسل بالكتب المبينة لاصول السعادتين اشركهم في بذل الجهد لاكتشاف احكامه في الكون سواء من آيات الله او من ملكوته. وهذا ما يجعل مصدر الاحكام شرعيا دستوريا. ولكن استخراجها يقع بطريق النظر والاجتهاد اما في فهم محتويات النص، واما في ابتكار الحكم، طبقا لاصل عام. واذن فلا مناص من الاعتراف بان للعقل حظه من النظر في الاحكام الشرعية، وانما الخلاف بين المذاهب الاسلامية الاولى، في هل يمكن استقلال العقل بمعرفة الحسن والقبیح ام لا. وعدم الاستقلال في ادراك الشيء لا يعني عدم مساهمة الانسان في الادراك. وعندني ان الخلاف في هذا كان يجب ان ينقل الى بحث الحاجة الى النبوة. ولاشك ان الانسان كان متوقفا على ارشاد الاهي عن طريق الرسل لينمو ويصل الى سن الرشد الديني. فلما بلغ ذلك السن ختم الله الرسل بمحمد عليه السلام .

والحكم الشرعي قسمان تكليفي. وهو ما يتعلق بفعل المكلف على جهة الطلب او التخيير. والطلب اما امر بالفعل او امر بالكف عنه. والتخيير بين فعل الشيء او الكف عنه. مثال الامر بالفعل (اوفوا بالعقود). ومثال طلب الكف (لا تقربوا الزنى). ومثال التخيير. (واذا حللتم فاصطادوا). فقد اذن للمحرم في الحج متى حل، ان يصطاد، وان لا يصطاد .

والقسم الثاني وضعي. ويعرفونه بانه «ما اقتضى وضع شيء سببا لشيء او شرطا له او مانعا منه»

فالذي اقتضى وضع شيء سببا له مثل قوله تعالى : (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما) فقد اقتضى وضع السرقة سببا في القطع. والذي اقتضى وضع شيء شرطا له، مثل قول النبي صلى الله عليه وسلم : - لا نكاح الا بشاهدين - فقد جعل حضور الشاهدين شرطا لصحة الزواج. والذي اقتضى جعل شيء مانعا من شيء، مثل قوله صلى الله عليه وسلم : - ليس للقاتل ميراث - فقد جعل قتل الوارث لوريثه مانعا من ارثه .

والفرق بين القسمين، هو ان الحكم التكليفي مقصود به التكليف والتخيير،

وليس كذلك الحكم الوضعي. فان المقصود به بيان كون الشيء سببا لمسبب او شرطا لمشروط او مانعا من حكم .

والحكم التكليفي لا يقع الا مع وجود القدرة عليه، لانه لا تكليف بعسير . قال تعالى : (لا يكلف الله نفسا الا وسعها) اي طاقتها .

واما الحكم الوضعي فيقع حتى مع عدم وجود القدرة عليه، ككون القرابة سببا للارث. فليس في مقدور المكلف ان يختار اقراره، وكذلك بلوغ اللحم لانتهاؤ الولاية النفسية وبلوغ الرشد لنفاذ عقود المفاوضات المالية .

قال الاستاذ عبد الوهاب خلاف : واحكام القوانين الوضعية كالاحكام الشرعية منها ما هو احكام تكليفية تقتضي تكليف المكلف بفعل او كفه عنه، ومنها ما هو احكام وضعية تقتضي جعل شيء سببا لشيء او شرطا او مانعا. ونظرة في مواد القانون المدني او التجاري او قانون العقوبات او تحقيق الجنايات ترىنا عدة امثلة من النوعين، وهذه بعض امثلة من القانون المدني في باب الايجار :

المادة 279 على المستأجر ان يدفع الاجرة في المواعيد المشترطة. حكم تكليفي اقتضى فعلا .

المادة 373 لا يجوز للمؤجر ان يتعرض للمستأجر في انتفاعه بالمؤجر... حكم تكليفي اقتضى كفا .

المادة 364 يجوز للمستأجر ان يؤجر ما استأجره كله او بعضه او يسقط حقه في الايجار لغيره الا اذا وجد شرط يخالف ذلك. حكم تكليفي اقتضى تخييرا .

ومن اليسير التمثيل لانواع الحكم الوضعي لان اكثر النصوص القانونية الوضعية تقتضي وضع اسباب لمسببات او شروط لمشروطات او موانع من آثار(1).

ومن هاهنا نعرف ان محاولات لويس ميو، استغراب معنى الحكم عند المسلمين وتناقضها مع المعنى الغربي للقانون المحرر، في غير محله، فان

(1) عبد الوهاب خلاف، علم اصول الفقه ص 115-116

معنى الحكم عند المسلمين ليس كما قال : فلسفي محض، بل هو مطابق لنواقع من جهة الاثر وبذلك فهو وغيره من القوانين سواء(1).

وينقسم الحكم التكليفي الى خمسة أقسام :

واجب ، و مندوب ، و محرم ، و مكروه ، و مباح .
وذلك أن اقتضاء طلب الفعل أما على جهة الالتزام فيكون اثره الوجوب أو الفرض وما طلب فعله واجب أو مفروض ، وأما ان يكون الاقتضاء لا على جهة الالتزام فيكون أثره الندب ويسمى الاستحباب، والفعل مندوب أو مستحب .

وأما طلب الكف عن الفعل ، فإن كان اقتضاؤه له ، على جهة الالتزام فيكون أثره الحرمة والفعل محرم أو ممنوع . وإن كان اقتضاؤه له لا على جهة الالتزام فيكون أثره الكراهة ، والفعل مكروه . وإذا كان يقتضي تخيير المكلف بين الفعل والترك فيكون أثره الاباحة والفعل هو المباح .

ويفرق علماء الحنفية بين الفرض والواجب ، فإن كان ما اقتضى طلب الشرع الزامه دل عليه دليل قطعي من قرآن وسنة متواترة ، فهو الفرض . وإن كان دليله ظنيا فهو الواجب . فالصلاة المأمور بإقامتها بلفظ قوله تعالى (وأقيموا الصلاة) فريضة . وأما قراءة الفاتحة في الصلاة المطلوبة بقوله صلى الله عليه وسلم (لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب) فهي واجب . لأن الحديث خبر آحاد ودلالته ظنية .

وكذلك ما طلب الشارع الكف عن فعله ، فإن دل عليه دليل قطعي من قرآن أو سنة متواترة فهو المحرم ، كقوله تعالى (ولا تقربوا الزنا) فالزنا محرم لأنه دلت عليه آية قرآنية ، وإن دل عليه دليل ظني فهو المكروه تحريما ، أي كراهة تحريم . وذلك كلبس الرجال للحريير وتختهم بخاتم ذهب ، لقوله عليه السلام (حرام على رجال أمتي حلال على نساءهم) فإذا كان طلب الكف لا على جهة الالتزام مطلقا ، أي لا بالمتواتر ولا بالاحاد فهو المكروه كراهة التنزيه . ويحد المكروه عادة ، بأنه ما يثاب على تركه ، ولا يعاقب على فعله أي ديانة .

(1) Louis Milliot: cutroduction à l'étude du Droit Musulman P 186

. وينقسم الحكم الوضعي كذلك الى خمسة أقسام :

السبب والشرط والمانع والرخصة أو العزيمة، والصحة أو البطلان .
أ - فالسبب هو ما جعله الشارع علامة على مسببه ، فيلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم . فقد جعل الشارع شرك الرجل سببا في تحريم زواج المسلمة به ، وملك النصاب النامي من مال الزكاة سببا في وجوب اخراج الزكاة. فيلزم من وجود الشرك في الاولى تحريم زواج المسلمة ، فإذا زال الشرك بأن اسلم الرجل زال المنع وأصبح جائزا له أن يتزوج بتلك المسلمة أو غيرها . ويلزم من ملك النصاب الزكاة ، فإذا زال تمام النصاب النامي زال وجوبها .

ب - والشرط هو ما يتوقف وجود الحكم على وجوده ، ويلزم من عدمه عدم الحكم .

فالشرط شيء خارج عن ماهية المشروط يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجوده . وذلك كما يقال بالنظر لذاته ، والمقصود بالوجود الوجود الشرعي لانه الذي ينشأ عنه اثره .

فالزوجية شرط لايقاع الطلاق ، يلزم من عدمها عدم وجود الطلاق ، ولا يلزم من وجود الزوجية وجود طلاق ولا عدمه بالنظر لذاتها .

والفرق بين ركن الشيء وشرطه أن الركن جزء من ماهية الشيء والشرط خارج عنها ، وان كان كلاهما يتوقف وجود الحكم على وجوده ، فصيغة العقد ومحل العقد والعاقدان أركان العقد لانها اجزاؤه ، وحضور الشاهدين في الزواج ، وحياسة الموهوب في الهبة شرطان لا ركنان.

والشرط اما شرعي ، وهو ما وقع بحكم الشارع .

واما جعلي وهو ما يشترطه المكلف. ويدخل فيه ما تعارف الناس عليه حتى أصبح شرطا عرفيا . و (الناس على شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما) فإنه يبطل العقد ، لان الشرط مكمل للسبب. فإذا تنافى مع حكمه أبطل سببته .

ج - والمانع هو أمر يوجد مع تحقق السبب وتوافر شروطه ويمنع من ترتب المسبب على سببه ، كالزوجية الصحيحة مع اختلاف الدين

فالاختلاف في الدين مانع من ترتب مسبب الزوجية الصحيحة وهو الميراث .

والرخصة ، هي ما شرع من الأحكام في حالات خاصة مقتضية .
للتخفيف . ويحدونها : بأنها استباحة المحظور بدليل مع قيلم الحظر ، واما
العزيمة فهي ما شرع اصالة من الاحكام من غير مراعاة لحال دون حال ولا
مكلف دون غيره . فافطار رمضان للمسافر ، وقصر الصلاة ، وتصحيح
بعض العقود الاستثنائية التي لا تشتمل على سائر الشروط الضرورية
لصحة العقد كالسلم ، وبيع الوفاء والاستصناع والاجارة ، كلها رخص ،
شرعت للتخفيف على الناس .

د . - واذا باشر المكلف ما كلفه الشارع به من أعمال وما شرعه من
أسباب وشروط فلا يخلو ، اما أن تكون على وفق ما طلب وشرع ، بحيث
توفرت شرائطها واجتمعت أركانها ، وحينئذ يحكم الشرع بصحتها . واذا
كانت على خلاف ما طلب وشرع ، بحيث لم تتوفر جميع شرائطها ولا
تحققت كل أركانها ، فحينئذ يحكم الشرع بابطالها . والمقصود بالصحة
ترتب اثارها عليها ، وبالبطالان عدم ترتب اثارها عليها ، ولذلك يقولون :
المعدوم شرعا كالمعدوم حسا .

ويستج من مجموع ما تقدم ان الحكم الشرعي أمر الاهي وصل
للانسان عن طريق الخطاب المتعلق بالاعمال الانسانية ، سواء كانت فعلا
بالجوارح أو قولاً باللسان أو فكراً في الباطن ، من المكلف القادر والذي يعبر
عن إرادته لها أو عدم إرادته ، أو عن عدم اهتمامه ، اما بطلب هذه الافعال
أو إباحتها أو منعها . واما للتعريف بالاثر الناتج عنها باعتبار الطلب أو الإباحة
أو المنع . فالاجراء القانوني لا يقع الا بالرجوع لمصادر التشريع التي
سنتكلم عنها ، وعرض كل مسألة عليها ، واستخراج الحكم فيها بطريق
الاستنباط أو القياس .

وليس معنى هذا ان الاحكام الشرعية ، لا تراعي الظروف الاقتصادية
أو الاجتماعية . فالخطابات الالهية موجهة للانسان في دائرة العهد العام
المأخوذ عليه ، وهو ان يعمر الارض ويقوم بنشر العدالة فيها . وكثيرا ما
تعرض اشكالات على المفكرين من المسلمين والاجانب ، حينما يقرر لهم ان

الفقه ذو صبغة دينية أساسية ، فيحسبون ان الحكم من أحكام الفروع لن يطبق حينئذ الا بمقتضى مدلوله اللفظي ، والواقع الاسلامي دائما كان بعكس ذلك ، لان الحكم ليس تصورا ذهنيا فقط ، وشيئا مجردا خارجا عن العالم الواقعي ، ولكنه في صميم الحركة الانسانية ، ولذلك يسير معها لانجاز التعادل بين حاجات الانسان الجسمية وحاجياته الروحية .

فالاساس الديني للشريعة هي أنها بوحى من الله ، فلا بد اذن ان يكون أساس الفقه الايمان بالله والتصديق بما جاء من عنده ، واثر التصديق انما يظهر في أعمالنا . وهذا التصديق يقع في القلب ولكن كأثر للنظر والاستدلال اللذين يقوم بهما الانسان للحصول على الاقتناع الضروري للايمان ، فالايمان في النهاية اذن مبني على العقل . فأسباب الفقه وأسسه ومبرراته يجب ان يدركها الانسان كذلك بعقله وحكمته . لانه متى اقتنع الانسان بوجود الله ، فسيفتنع لا محالة بحكمته الكونية ويؤمن كذلك بضرورة الصلة بين الناس وبين ربهم عن طريق الاتصال الديني وذلك بالمسير في طاعة معينة ، يبذلون كل مجهوداتهم لاكتشاف معالمها واستنباط احكامها .

وميدان القانون اذن ، هو سائر الاعمال الانسانية .

وغيابته هو جعل الانسان في طاعة منتظمة ، تكمل له بها سعادته في الآخرة بالقرب من الله . وفي الدنيا بهدايته لان يكون عمله متفقا مع ضرورات الحياة والجماعة ، وذلك بتحديد أهوائه التي تقف في طريقه ، تدعوه الى الاستمتاع بكل ما يريد في حرية تامة ، بينما عقله وطبيعته انسانيته الاجتماعية والتقدمية تبعته على العمل بمقياس والحد من حريته . والشرع او القانون هو الدليل الفطري في هذه الطريق ، والحقوق والتواجبات هي الوسائل التي ينفذ بها الشرع أحكامه .

ووظيفة القانون الاساسية هي التعريف بصفات الاعمال الانسانية وتبيين لفصولها ، وأثرها وعلاقتها .

وتنظيم القضاء والاجراءات المتعلقة به هو مما يدخل في النظام الاداري ولم يضع الشارع على كل مخالفه عقابا أو حدا ، فإن الحدود قليلة

العدد وتتعلق بأنواع خاصة من المحظورات ومن هنا ندرك ان سلطة القانون في الاسلام تعتمد قبل كل شيء على وجدان الانسان . لا على القوات العمومية وقد بين الغزالي ، كيف ان الحدود التي شرعت ، روعي فيها الوازع الطبيعي الذي يقدمه الشارع على الوازع الشرعي . وذلك كالخمر والبول . فكلاهما حرام . غير ان الحد أقيم على من شرب الخمر ، لان الوازع الطبيعي عند الانسان قد لا يمنعه من شرب الخمر ، أما البول فترك لوجدانه فيه لان طبع الانسان ينفر منه . وهكذا يرغب الاسلام في عدم تدخل سلطة الدولة في أعمال الانسان الشخصية الا عند الضرورة .

فالفقه الاسلامي ، يبحث عن إقامة العدل والانصاف ، عن طريق السعادة الفكرية والاجتماعية والرغبة في الثواب ، والخوف من العقاب في الدارين . وهذه الناحية هي التي يختلف فيها الفقه الاسلامي عن الفقه الغربي . فالفقه الاسلامي نظام روحي ومدني معا . لان الشرع الاسلامي يتعلق بتنظيم سائر الامور الدينية والدنيوية . بينما الفقه الغربي لا يحمل أي طابع ديني ، لانه من وضع الدول أو الامم لنفسها . ولا يشتمل على فكرة الحلال أو الحرام كما انه لا يعتد ببواطن الامور ، بل الظاهر والصورة تكفي . فلو حصل الانسان على حكم قضائي بشيء ، وكان يعرف هو ان ذلك الشيء ليس له فإنه يصبح ملكا له في يده ، ولا يجد من الوازع الديني ما يمنعه من اغتصابه . اما في الاسلام فالعبرة في تعلق الحقوق للحقائق وان كان القضاء يجري ضرورة على الظاهر (1) وقد جاء في الحديث الشريف انما انا بشر وانكم لتختصمون الي ، وعسى أن يكون بعضكم الحن بحجته من الآخر فأقضي له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه ، فإنما أقطع له قطعة من النار فليأخذها أو ليطرکہا (رواه البخاري ومسلم) . وبهذا الاعتبار انقسمت أحكام المعاملات الي قسمين : اعتبار قضائي ، واعتبار ديني (1) فالقضاء يحكم على الفعل أو الحق باعتبار الظاهر ، اما الديانة فإنها تحكم بحسب الحقيقة والواقع لان الانسان هو الذي يحكم بمقتضى ضميره على عمله ، طبقا لمقتضيات الشرع . فقد يختلف الحكم على العمل الواحد

(1) مصطفى الزرقاء، المدخل ص 2/ج

باعتبار القضاء أو باعتبار الديانة . فلو أبرأ احد مدينه ولم يخبره ثم ادعى عليه بالدين ، وكتب ابرأؤه وقضى له به ، كان له حق التنفيذ من جهة القضاء ، وحرم عليه من جهة الديانة لانه يعلم انه كان أبراه وكتب براءته .

والحقيقة ان السلوك الانساني متوقف على وازع ديني يلجمه كلما أراد الخروج عن الطريق ، ولم تكن الاخلاق قط مقصورة على تشكيلات القانون أو القضاء ، ومما يدل على هذه الحاجة ان الناس كلهم يبحثون عن وازع الضمير أو حسن السلوك أو وازع الشرف أو ما الى ذلك مما يريدون عبثاً أن يعوضوا به الوازع الديني .

ويستنتج ايضا ان الحكم الوضعي هو الذي يترتب على حكم تكليفي كواجب أو مباح أو ممنوع وذلك لئلا يتتبع أثره أو تأويله . مثلاً، الحكم الذي يفرض تحويل ملك الشيء المرهون الى الغريم الراهن هو حكم وضعي وهو يكون عنصراً بنائياً في الرهن متمماً ومبيناً الحكم التكليفي الذي يجعل عملية الرهن كشيء مباح . وكذلك الاجراءات التي تتقدم وقوع التزام أو تحويله أو زواله أو البحث عن الاثر الذي يكون سببه أو شرطه . فبالحكم الوضعي اعتبر التدليس سبباً في وجود رد الملك أو أداء قيمته التي تفرض على المدلس .

وهكذا فإن الحكم الوضعي ينظر لمسألة العلة والاثر ، كما ان الحكم التكليفي ينظر لشرعية العمل الانساني .

الحكم في القانون الاوروبي

الحكم في القوانين الغربية ، هو خطاب مكتوب محرر صادق عليه وأمر بتنفيذه من له الاختصاص وكان تعبيراً عن قاعدة قانونية . وهو بهذا المعنى متفق مع الحكم الشرعي اذا نظرنا لجهة القضاء وحده ، ويختلف كما بينا عن الحكم الشرعي بعدم وجود الاعتبار المتعلق بالديانة ، ولكن هذه مسألة شخصية وجدانية لا دخل لها في القضاء .

وينقسم الحكم عندهم الى خمسة أقسام أيضاً . المفروض ، والتحريري ، والاختياري ، والتفسيري ، والمتمم

ويمكن ان ينطبق عليها نفس التقسيم الاسلامي الى وضعية وتكليفية .
ويتفق الفقهاء كذلك في تقسيم القوانين الى حق عام ، وحق خاص .
وان كانت كتب الفقه الاسلامي تضع مسائل الحق العام في فصول مختلفة مع
الحق الخاص . وليس من مانع في استخلاص ذلك وجعله على حدة ، كما
فعل الماوردي في الاحكام السلطانية وغيره .

- 4 - المحكوم فيه

(10) - المحكوم فيه ، هو فعل المكلف الذي تعلق به حكم الشارع .
لان كل حكم من أحكام الشارع يتعلق لا محالة بفعل من أفعال المكلفين .
على جهة الطلب أو التخيير أو الوضع . فالوجوب بالايفاء بالعقود المستفاد
من قوله تعالى (اوفوا بالعقود) هو أمر تعلق بفعل المكلف وجعله واجبا .
وهذا الفعل هو الايفاء بالعقود .

والندب المستفاد من قوله تعالى «اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه»
تعلق بفعل المكلف وجعله مندوبا ، وهذا الفعل هو كتابة الدين . والكراهة
المستفادة من قوله تعالى : «ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون» تعلقت بفعل
المكلف فجعلته مكروها وهذا الفعل هو انفاق المال الخبيث .

والحرمة المستفادة من قوله تعالى : «ولا تقتلوا النفس» تعلقت بفعل
المكلف فجعلته حراما . وهذا الفعل هو : قتل النفس .
وعدم الجناح المستفاد من قوله تعالى : « ليس عليكم جناح أن تبتغوا
فضلاً من ربكم » تعلق بفعل المكلف فجعله مباحا . وهذا الفعل هو التجارة
في الحج .

والحاصل ، ان متعلق الايجاب يسمى واجبا ، ومتعلق الندب يسمى
مندوبا . ومتعلق الاباحة يسمى مباحا . ومتعلق الكراهة يسمى مكروها .
ومتعلق الحرمة يسمى حراما .

(11) - ان موضوع الحكم هو أعمال الانسان، اي الواقعة القانونية وما
ينتج عنها من حقوق وواجبات . وتحديد الفعل القانوني ومعرفة حكمه سواء
من الوجهة الدينية أو المصلحية هو ما يهيم الشارع .

الواقعة القانونية مأخوذة في معناها الواسع على العمل الشرعي، أي عمل الإنسان معتبرا من جهة الشرع، هو مجموعة أفعال حسية أو قلبية نظر إليها كعمل واحد لأنها تنتج واقعات قانونية .

ويشتمل العمل الحسي على :

- 1 - النطق ، والإشارة والكتابة .
- 2 - أفعال الجوارح كالضرب أو المشي ، والتروك كعدم أداء الصلاة أو عدم تنفيذ اتفاق ما .

أما الأفعال القلبية فهي راجعة إلى الله ، مادامت لم تبد في مظهر خارجي ، فتنطبق عليها الأحكام .

العمل الشرعي ، يجب أن يكون خارجا عن ذات الشيء، وله وجود أمام القانون ، وذلك إذا كان ينطبق عليه حكم شرعي أو يندرج تحت أصل عام . فالبيع مثلا مباح ، وأثره عمل شرعي هو تحويل ملكية الشيء ، والبيعاء شيء ممنوع ، وأثره تطبيق العقوبة المترتبة عليه . فيكفي أن يكون الفعل موضوع تكليف شرعي ، ليترتب عليه الحكم بحسب مقاصد الشرع . فالاكل واجب اذا كان ضروريا لتقويم البنية وهو ممنوع في نهار رمضان .

والعمل الحسي لا يملك هذا الوجود الخاص ، حتى ولو نص عليه الشرع .

وهكذا ندرك ان العمل الشرعي شيء مجرد ، استنبطه العلماء من مجموع الشريعة ، ليتوافق مع مطالب الوجدان الاسلامي .

ان عمل الانسان مأخوذا من الوجهة الشرعية ، يجعله دائما في طاعة دينية . وحينما يكون قائما بمستلزمات حياته ، مساقا بوجدانه لعدم الخروج عن القانون . لا يكسب فقط ما يعمل له من غايات دنيوية ، ولكنه يحصل في الوقت نفسه على رضا الله ، وعلى محبة اخوانه في الدين . تلك احدى الغايات الأساسية لبناء القانون الاسلامي على أساس ديني . وهو ما يمتاز به عن القوانين الوضعية .

والفعل الذي يصح شرعا التكليف به ، يجب ان تتوفر فيه ثلاثة شروط :

الاول - ان يكون معلوما للمكلف علما تاما ، حتى يتمكن المكلف من أداء ما طلب منه على وجهه . فالأوامر أو النواهي الواردة في القرآن بصفة مجملة لا تعتبر واجبة التطبيق الا اذا ورد عن الرسول ما يبينها . فقد جاء في القرآن : (وأقيموا الصلاة) فما هي الصلاة الاسلامية الواجبة ؟ بينها عليه السلام بقوله : «صلوا كما رأيتموني أصلي»، وهكذا كل قواعد الاسلام الخمس . والاصل في ذلك قوله تعالى : (نزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم) .

ولذلك كانت السنة من دلائل الشريعة لانها متممة للقرآن كما سيأتي :
الثاني - ان يعلم ان التكليف به صادر ممن له حق التكليف وممن يجب اتباع أحكامه على المكلف ، حتى تتجه نفسه الى امتثال التكليف . وهذا هو السر في كون القوانين الوضعية تصدر القوانين بحثيات يشار فيها للسلطة التي عرضت مشروع القانون ، ولرئيس الدولة او الوزير الذي يصدره .

والمقصود بالعلم هنا امكانه ، لانه لا يعذر مكلف بجهله بالاحكام الشرعية في بلد اسلامي مثلا . ولذلك يعتبر اليوم ان صدور القانون في الجريدة الرسمية يجعله معلوما بالقوة للجميع ، اي لا يعذر مواطن بجهله . ولكن مع ذلك يجب في نظرنا مراعاة الحالة العامة في بلد ما ، اي مقدار انتشار العلوم والعناية بالشؤون العامة ، فاذا ثبت حسن نية المكلف في عمل ما ، فلا بد من مراعاة جهله في الوسط الجاهل .

الثالث - ان يكون الفعل المكلف به ممكن الوقوع ، وان يكون المكلف قادرا على فعله او الكف عنه . فلا يصح شرعا تكليف الانسان بما يستحيل وقوعه سواء كان مستحيلا لذاته كالجمع بين الضدين ، او المستحيل لغيره كطير الانسان في الهواء مثلا .

ويدخل في هذا الشرط عدم تحميل الانسان مسؤولية غيره ، اي لا يصح ان يكلف انسان بأن يفعل غيره فعلا أو يتركه .

ولا يقع التكليف بمشقة فوق طاقة البشر . وان كان التكليف كله مشتملا على المشقة التي يتحملها الناس ولا يضرهم ادامة تحملها ، كالسعي في طلب الرزق . وقد قال تعالى : «لا يكلف الله نفسا الا وسعها» اي طاقتها .

(13) وينقسم الفعل الشرعي ، الى ثلاثة أقسام :

(1) يكون الفعل اختياريًا او غير اختياري بحسب نية فاعله قبل الفعل أو أثناء قيامه به . واثر الإرادة على الفعل تبحث في موضوع أهلية الالتزام والاداء . والفعل الاختياري اي تصرف الانسان بإرادته طبقًا للقانون ، يسمى عملاً شرعيًا .

(2) والفعل الشرعي ، اما انشاء كالبيع والزواج ، واما خبر ، وهو ما يؤكد وقوع حادث ، كالشهادة أمام القضاء ، والاقرار وهو شهادة الانسان على نفسه . واما اعتقاد ، ومحل القلب . وهو ديناني محض .

(3) ويكون الفعل الشرعي كذلك اما اثباتًا ، كالبيع والهبة ، واما إسقاطًا كالطلاق والابراء . ومن الاول ما يفسخ كالكره ، وما لا يفسخ كالطلاق واليمين . واذ كان الفعل موثقًا لعلاقات قانونية فهو عقد ، واذ كان محللاً منها فهو فسخ .

وقد سبق ان بينا الفرق بين العقد الصحيح والباطل ، كأثر لتوفر شروط الحكم الشرعي او عدم توفرها . ونزيد بأن العناصر الاساسية التي تعطي للعقد الشرعي وجوده :

- 1 - التكليف ، الذي تحدده الشريعة .
- 2 - الأهلية ، أي القدرة على اكتساب الحقوق والتصرف فيها .
- 3 - والمحل ، اي محل العلاقة القانونية وهي :
أ - علاقة السبب بالواقع ، لانها محل المسؤولية التي تترتب عنها ، وذلك اذا كان العقد حسيًا .

ب - محل اتفاق الطرفين ، اذا كان العقد توافقيًا .
ولكن العقد اما أن يكون حسنًا او قبيحًا بنفسه ، أو بغيره . فالعبادات حسنًا من ذاتها ، كالصلاة والصيام والزكاة والحج ، تبقى الصلاة حسنة ، حتى اذا كان الانسان عاجزًا عن أدائها ، وكذلك الصيام ولو أعفى الانسان منه لاضراره بصحته . والزكاة طيبة ، ولو لم يكن هنالك فقراء . والحج محمود ولو لم يجب على الشخص لفقدته الاستطاعة المطلوبة . أما الحرب مثلًا فهي قبيحة من ذاتها ، ولكن توجد من الاسباب الخارجية ما يبررها ، فتصبح ضرورة تقدر بقدرها .

ومذهب الاشعري أن الحسن ما حسنه الشرع ، والقبيح ما قبحه . فكل ما أمر به الشرع أو أباحه فهو حسن ، وكل ما نهى عنه فهو قبيح . فقيمة العمل الانساني معروفة قبل وقوعها ، ولذلك فإن القتل والسرقه والزنا ، أشياء قبيحة أصلا .

ويشهد لما قلناه قول الغزالي وهو من الشافعية : «مسألة» اختلفوا في أن النهي عن البيع والنكاح والتصرفات المفيدة للاحكام هل يقتضي فسادها ؟ فذهب الجماهير الى انه يقتضي فسادها . وذهب قوم الى انه إن كانت نهيا عنه لعينه دل على الفساد . وإن كانت لغيره فلا . والمختار أنه لا يقتضي الفساد . وبيانه أنا نعني بالفساد تخلف الاحكام عنها وخروجها عن كونها أسبابا مفيدة للاحكام ، ولو صرح الشارع وقال حرمت عليك استيلاء جارية الابن ونهيتك عنه لعينه ، لكن إن فعلت ملكت الجارية . ونهيتك عن الطلاق في الحيض لعينه ، لكن ان فعلت بانث زوجتك . ونهيتك عن إزالة النجاسة عن الثوب بالماء المغصوب ، لكن إن فعلت طهر الثوب . ونهيتك عن ذبح شاة الغير بسكين الغير من غير إذن ، لكن إن فعلت حلت الذبيحة . فشيء من هذا ليس يمتنع ولا يتناقض ، بخلاف قوله حرمت عليك الطلاق وأمرتك به ، او أبحته لك وحرمت عليك الاستيلاء لجارية الابن او أوجبته عليك ، فإن ذلك متناقض لا يعقل ، لان التحريم يضاد الايجاب ، ولا يضاد كون المحرم علامة على حصول الملك والحل وسائر الاحكام .
انظر تتمته (1) .

ومعنى ما قاله الغزالي هو ما يعبر عنه المناطقة ، بان الجهة منفكة ، اي أن الشيء يمكن ان يكون محرما من جهة ، ولا يؤثر في غيره من جهة أخرى . وقد شبه فقهاء المالكية ذلك بالصلاة في الدار المغصوبة ، فان تحريم غصب الدار وتحريم الصلاة فيها لا يمنع من صحة الصلاة . وكذلك فيما اذا صلى وهو لابس ثوب الحرير ، فان صلاته بالحرير كلبسه ممنوع ، ولكن الصلاة تصح . وفي ذلك يقول خليل : وعصا وصحت ان لبس حريرا .

(1) ابو حامد الغزالي المستصفى في علم الاصول ص 24 .ج.2 .

ويسلك المالكية مسلكا آخر في التفرقة بين الجهتين، عن طريق مراعاة الخلاف الذي هو من أصول مذهب مالك ، فالذي يطلق في الحيض ، يرتكب معصية . وطلاقه يقع . ثم يجبر على رجعة المرأة إن لم تكن الطلقة آخرة الثلاث . فقد اعتبروا وقوع الطلاق لانه وقع بصيغته ، واعتبروا الذي يقول ، بعدم وقوعه لانه حرام في الحيض . فاجبروا الزوج على الرجعة معاملة بنقيض قصده .

وقد نَفَحَ عز الدين بن عبد السلام المناط ، فقسم أصول النهي بالنسبة لما يقتضيه من الفساد ، وما لا يقتضيه الى خمس حالات :

= الاولى = ان ينهى عن الشيء لاختلال ركن من أركانه أو شرط من شرائطه كالنهي عن الصلاة في المزبلة والمجزرة، والنهي عن بيع الغرر ، وبيع الثمار حتى تزهي . فهذا كله محمول على فساد المنهى عنه .

= الثانية = النهي لاقتران مفسدته ، وله أمثلة أحدها التطهر بالماء المغصوب ، النهي عنه ليس لعينه ، وإنما النهي عن استمرار غضبه ، والتطهر بما يخاف منه التلف ، لم ينه عنه لعينه ، وإنما النهي عما اقترن به من خوف التلف. ومنه الصلاة في الدار المغصوبة ومنه بيع الحاضر للبادي ، النهي انما هو للاضرار بالناس .

= الثالثة = ما يتردد بين هذين النوعين ، كصوم يوم الشك في أيام التشريق والصلاة في الاوقات المكروهات وفيه خلاف مأخذه ان النهي هل هو لعينه أم لا امر يقترن به .

= الرابعة = ان ينهى عما لا يعلم انه لاختلال الشرائط والاركان او لامر مجاوز ، فهذا أيضا مقتضى للفساد حملا للفظ على الحقيقة . ومثاله نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجزىء فيه الصاعان .

=الحالة الخامسة = ان ينهى عن الشيء لفوات فضيلة في العبادة ، كالنهي عن الصلاة مع مدافعة الاخبثين وكالحكم والحاكم في حال غضب شديد وألم قوي . فان ذلك احتياط للحكم ، فلو وقع الحكم بشرائطه وأركانه صح لحصول مقاصده (1) .

(1) مصطفى الزرقا. المدخل ص 491 ج 1

والخلاصة ان النهي ان كان لاختلال ركن أو شرط فانه يؤثر الفساد ، ويحمل عليه ما اذا لم يعلم هل النهي لاختلال ركن أو شرط أم لا فانه يقتضي الفساد حملا للفظ على ظاهرة. وان كان النهي لاقتران مفسدته ، فانه يؤثر الفساد لان المنع انما هو للاضرار بالناس. ويلحق به النهي عن الشيء لفوات فضيلة في العبادة ، فلا يقتضي الفساد . ومقتضى كلام ابن عبد السلام ان الحكم في هذه الحالات الاربع متفق عليه ، ويبقى الخلاف في الحالة الخامسة ، وهي ما إذا لم يظهر هل النهي عن الشيء لعينه او لامر يقترن به (1) .

قال الشاطبي : نعم ، لا بد من اعتبار الظروف التي وقع فيها الفعل والحكم بمقتضاها ، لان هذا الفعل اما قبيح لذاته او لغيره ، فاسد لذاته او لغيره . فاذا كان موضوع المنع باعثا ، اعتبره الشافعي كالعقل الحسي يفسد العقد . أما الحنفية فيعطون للمنع قيمة شبهة أخرى . فالعقد ليس فاسدا من نفسه ولكن بباعث خارجي ، الا اذا ثبت ما يخالف ذلك . وعليه فكل ما توفرت فيه الشروط الشرعية التي هي سبب نفعه ، فهو عقد شرعي . فالبيع يقع بواسطة العرض والقبول ، ويتبعه التسليم واداء الثمن فاذا توفرت هذه العناصر في عقد ، فما يطرأ عليه من منع لا ينبغي أن يؤثر في صحته . والمصلحة تقضي بالتفرقة بين سلامة العقد بالنسبة للمعاملات الانسانية ، وبين الباعث الذي يرجع لعلاقة الشخص مع ربه . فنهى الشارع عن عقد من العقود معناه إثم المقدم عليه ، وقد يعتبر العقد قائما على صفة من الصفات . وهذا ما اعتمده الدكتور شفيق شحاتة في رسالته عن النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية فقال : (الواقع ان الدافع او الباعث لم يعتبر أبدا عند الفقهاء ، حتى إنهم قالوا أن البيع يصح ولو أن الغرض الذي سيستعمل فيه المبيع غير مشروع (2) .

ويرى الاستاذ الزرقا ، ان هذا الحكم غير سديد على اطلاقه حتى بالنسبة للاجتهاد الحنفي الذي اتخذه الاستاذ المشار اليه سندا للبحث في رسالته هذه.

(1) تنبغي مراجعة القرافي في الفرق السبعين، من كتابه الفروق ص 82 ج 2 طبعة دار احياء الكتب العربية مصر .

(2) الدكتور شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ص 89 .

فقد نصر فقهاء الحنفية في مسائل يتجلى فيها اعتبارهم تأثيرا لمشروعية الباعث في مواطن من أحكام العقود . وذكر من أمثلة ذلك ما صرحوا به في الاجارة ان الانسان لو استأجر عاملا لهدم بناية ، ثم بدا له العدول عن الهدم ، فان له فسخ الاجارة بهذا العذر ، أما اذا أراد فسخ الاستيجار لانه وجد عاملا أرخص أجرا أو أراد أن يهدم البناء بنفسه فلا يعتبر فسخه (1) .

ثم ان الافعال والتروك من حيث هي أفعال أو تروك متماثلة عقلا بالنسبة الى ما يقصد بها ، اذ لا تحسین للعقل ولا نقبيح . فاذا جاء الشارع بتعيين أحد المتماثلين للمصلحة ، وتعيين الآخر للمفسدة ، فقد بين الوجه الذي منه تحصل المصلحة فأمر به أو أذن فيه ، وبين الوجه الذي تحصل به المفسدة . فنهى عنه رحمة بالعباد . والمكلف إنما كلف بالاعمال من جهة قصد الشارع بها .

قال الشاطبي : كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له ، فقد ناقض الشريعة . وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل . فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل ، لان المشروعات انما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد . فاذا خولفت لم يكن في تلك الافعال التي خولف بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة .

ويؤكد الدكتور السنهوري ان لمشروعية الغرض الباعث على التصرف أو عدم مشروعيته اعتبارا مؤثرا في كثير من أحوال العقود وأحكامها في نظر فقهاءنا . وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الحديث في الفقه الفرنسي ايضا (2) .

والذي يظهر أن المسألة لا تتجاوز الخلاف في الباطل والفاسد هل هما بمعنى أو أن الباطل ما يجعل العقد معدوما حسا لانعدامه شرعا ، والفاسد هو العقد الذي تتوفر فيه الاركان ولكنه يعتبر فاسدا لكونه طرأ عليه ما يمنع عنه صفة الصحة . ولكنه لا يعدم أثره كما يعدمه العقد الباطل . وان كان هذا الأثر لا يتعلق الا بالاركان المجتمعة والصفات المتوفرة . فالعقد ناقص ، وتختلف

(1) مصطفى الزرقا، المدخل ص 216 ج احاشية

(2) السنهوري، نظرية العقد ف 544 - 548

درجة أثره من حالة لآخرى . قال الغزالي : اختلفوا في ان النهي عن البيع والنكاح والتصرفات المفيدة للاحكام هل يقتضي فسادها ، فذهب الجماهير الى انه يقتضي فسادها وذهب قوم الى انه ان كان نهيا عنه لعينه دل على الفساد وان كان لغيره فلا والمختار انه لا يقتضي الفساد . (1)

وقد حصر العز بن عبد السلام ما يقتضيه النهي من الفساد وما لا يقتضيه في خمسة أحوال :

الحالة الاولى : أن ينهى عن الشيء باختلال ركن من أركانه او شرط من شرائطه كالنهي عن الصلاة في المزبلة والمجزرة فهذا محمول على فساد المنهي عنه .

الحالة الثانية : النهي لاقتران مفسدة كالنهي عن التطهر بالماء المغصوب فالنهي عنه لاستمرار غضبه .

الحالة الثالثة : ما يتردد بين هذين النوعين كالصلاة في الاوقات المكروهات ففيه خلاف مأخذه أن النهي عنه هل هو لعينه او لأمر يقترن به .
الحالة الرابعة : ان ينهى عما لا يعلم أنه لاختلال الشرائط والاركان او لأمر مجاوز فهذا ايضا مقتضى للفساد حملا للفظ على الحقيقة ومثاله : نهيه «صلعم» عن بيع الطعام حتى يجزه فيه الصاعان .

الحالة الخامسة : ان ينهى عن الشيء لفوات فضيلة في العبادة كالنهي عن الصلاة مع مدافعة الاخبثين فلا يقتضي الفساد . (2)

14 - من هذا البحث نفسه يظهر الفرق بين ما هو تفسيري في الفقه ، كالحدود والكفارات. فقد تولى القرآن نفسه تعيينها، وما هو معقول المعنى. أما هذه المعاملات فمرجع النظر في أمرها وان كان يستند لاصول عامة، وأحكام مروية ، فان تطوراتها تسامر مقدار النمو الاقتصادي والاجتماعي للامة . فالبواعث تعتبر بحسب اثرها على العمل ومساها بمقاصد الشرع فيه . ولكن المؤاخذة التي تترتب عليه تصبح اجتماعية ، أي بطلان العقد أو ثبوته . ان

(1) المستصفي للغزالي ص 24 وما بعدها ج 2 .
(2) قواعد الاحكام لابن عبد السلام فصل 3 ص 20 ج 2 .

هذه بداية المنطقة التي يفسح التشريع للعقل فيها مجالاً واسعاً ، في دائرة
الاصول العامة .

الحقوق والالتزامات

ينظر معنى كل من الحق والالتزام الى الواجب الذي لا تحده الا صفات
الافعال الانسانية طبقاً للتشريعة ، وقد توسع الاصطلاح في استعمال كل من
الكلمتين ، الحق والواجب في معنى الآخر ، اعتباراً للمعنى الاصلي . لان
الفعل يكون واجباً من جهة ، وحقاً من جهة أخرى . ويشمل الحق كل ما
يدخل في الذمة سواء كان حقاً عينياً او شخصياً . ويشمل الواجب كل ما يطلبه
الشرع او العرف . ويكون الواجب التزاماً اذا نشأ عن عقد بين طرفين ، أو
عن ارادة منفردة . والعقد كما يفهم من لفظه ارتباط توافقي بين طرفين أو ما
يقوم مقاميهما . ووجوب إزالة الضرر الناشئ عن عمل ، يدخل في فكرة
الضمان ، فينقلب الى الالتزام الواجب .

ويمكن أن يكون الالتزام ديناً إما مالا أو متمولاً ، فيعتبر مالا حكماً ،
غير محقق الوجود ما دام الدائن لم يسمح برده . وهو في ملك الدائن ولكنه
متعلق بأهلية المدين وداخل في ذمته .

ويمكن ان يكون عينا محققاً او محدداً في هويته ، ويجب على الملتزم ان
يؤديه ، اي أن يقوم به .

ويمكن كذلك ان يكون عملاً ، اي خدمة يقدمها الصانع او الأجر لمن اتفق
معه عليها . فيؤول الجميع ، الى اعتبار فكرة واحدة ، هي تحويل عملية الملك
او ما في الذمة . فالالتزام بعمل هو فعل .. وكذلك الالتزام بعين ، لان العين
لا يمكن ان يكون موضوع حق الا باعتبار امكان تسلمه والانتفاع به او
تصنيعه مثلاً .

فالالتزام التعاقدي ، والالتزام الجنائي ، وان اختلفا في منشئهما يكونان
غاية واحدة ، هي أداء المطلوب ، حق الطالب الذي يستحقه .

ومن ثم أيضاً يتميز الحق العيني ، اي المتعلق بالعين ، والذمي ، اي
المتعلق بالذمة .

حق الله وحق الانسان

15 - يقسم الفقهاء الحقوق باعتبار من تضاف اليه ، الى حقوق الله ، وحقوق الانسان .

فحقوق الله هي التي تولى بنفسه المعاقبة على خرقها، والاثابة على فعلها، كعدم إقامة الصلاة وأداء الزكاة والحج والجهاد والخراج وكذلك الحدود والتعازير والكفارات .

ولكن بما أن هذه الحقوق تعود بالنفع على المجتمع ، فانها يمكن ان يطلق عليها بهذا الاعتبار الحق العام . فحق الله اذن ، هو ما كان قصد الشارع منه مصلحة المجتمع عامة فحكمها حق خالص لله وليس للمكلف فيه خيار ، وتنفيذه لولي الامر . ومنها ما هو حق خالص لله وهي مايلي :

(1) العبادات ، كالصلاة والصيام والزكاة والحج وما بنيت عليه هذه العبادات ، من الايمان والاسلام . فان هذه العبادات وأسسها مقصود بها إقامة الدين وهو ضروري لنظام المجتمع. وحكمة تشريع كل عبادة منها دليل على أنها لمصلحة عامة ، لا لمصلحة المكلف وحده .

(2) العبادات التي فيها المؤونة كصدقة الفطر ، فانها عبادة من جهة التقرب لله ولكن فيها معنى الضريبة على النفس لحفظها ومعنى التضامن الاجتماعي. ويقول الاستاذ عبد الوهاب خلاف انه ينبغي عد الزكاة من هذا النوع ، لان المقصود بها ضريبة المال لبقائه ولحفظه .

(3) الجبايات المفروضة على الاراضي الزراعية من أعشار وخراج . فانها تصرف في المصلحة العامة .

(4) غنائم الجهاد والكنوز والمعادن، وهي تصرف في مصالح عامة ايضا .

(5) الحدود الكاملة ، كحد الزنا والسرقه والبيعة والسالبه .

(6) العقوبات القاصرة كحرمان القاتل من الميراث .

(7) عقوبات تحثوي على معنى العبادة ، ككفارة الحنت في اليمين وكفارة

من أفطر في رمضان عمدا ، ومن قتل خطأ ومن ظاهر زوجته .

ذلك تفصيل ما أجملناه أولا ، وهو مأخوذ بالاستقراء (1) .

(1) جارينا في هذا الترتيب الاستاذ خلاف في كتابه علم اصول الفقه، ص 228 وما بعدها .

أما حقوق الانسان ، فهي الحق الخاص وهي عديدة يصعب حصرها : ومنها حق الطمأنينة على النفس ، وحق الحرمة البشرية ، وحق الملكية ، والحقوق الناتجة عن التصرفات المطابقة للشرع ، وحقوق الاسرة ، من زوجته وولايته ، وحقوق النفقة والميراث ، وحق الامن على المال .
وحماية هذه الحقوق ترجع الى من يهمله الامر ، فهو الذي يتولى الدفاع عنها أمام ولي الحق العام أو جهة الاختصاص .

ومن هذين الحقين ، حقوق مشتركة ، أي عامة وخاصة ، مع ترجيح جانب منهما على الآخر . فقذف الانسان بكونه ابن زنا ، او قذف المرأة بالزنا مثلا ، يكون في الوقت نفسه اعتداء على الامة بمساس أحد أعضائها ، كما يمس الشخص المتهم نفسه .

ويبدو رجحان حق الله او الحق العام في مثل الزكاة والخراج ، ورجحان حق الانسان في مثل دية الجرح ، لان الحق العام هو طمأنينة المجتمع ، بينما الحق الخاص هو الحصول على تعويض عن ما أصيب به المجرور .

16 - بينا فيما سبق ، معنى الحق في الفقه الفرنسي ، سواء أطلق على جانبه الموضوعي ، او على جانبه الذاتي ، أي كقانون ملزم من السلطة ، او كمكنة تعطي الشخص حق مطالبة غيره . وبناء على ذلك فان الفقهاء الغربيين يقسمون الحقوق التي تشرعها القوانين الى حقوق سياسية ، وأخرى مدنية ويريدون بالحقوق المدنية كل ما عدى الحقوق السياسية ، ثم يقسمون الحقوق المدنية ، الى حقوق عامة ، وحقوق مالية ، وحقوق الاسرة (1) .

وقسم الدكتور ابوهيف ، والدكتور محمد صادق فهمي الحقوق الى ثلاثة أقسام :

حقوق سياسية

وحقوق عامة

وحقوق مدنية (2)

(1) كابتان ، مقدمة لدراسة القانون المدني ص 88 وما بعدها .
(2) ابوهيف ، القانون الدولي الخاص ف 147 . ومحمد صادق فهمي ، مقدمة فلسفية تاريخية لشرح القانون المدني ص 92 ف53 . ج 1

فالحقوق السياسية هي التي يشترك الفرد بمقتضاها في ادارة شؤون بلاده . وهي بالنسبة للدولة الاسلامية الحقوق التي يفرضها تضامن الامة ، والتي يشير اليها الحديث الشريف ، المسلمون يسعى بذمتهم أدناهم ، وهم يد على من سواهم .

والحقوق العامة ، وهي التي يتمكن بها الانسان من المحافظة على شخصيته وحرية ، ويضمن بها تنمية ملكاته الادبية ومصالحه المادية في دائرة القانون. وتدخل فيها حرية الاعتقاد والتعبير ، وغير ذلك من حقوق الانسان . ويدخل كثير منها تحت الاعتبار الاسلامي لحقوق الله والحق العام ، والحقوق المدنية ، ويمكن تقسيمها لثلاثة أقسام :

1 - الحقوق التي يكتسبها الفرد من صلات أسرته ، وهذه كالزوجية والميراث والولاية .

2 - الحقوق المالية وهي التي يكتسبها الفرد من معاملاته مع غيره .

3 - الدعاوي ، وهي الحقوق التي يقرها قانون المرافعات ويلجأ اليها الناس للوصول الى تأييد حقوقهم عند الضرورة .

والذي أوجب على فهمي وأبي هيف اختيار هذا التقسيم ، هو غموض كان قد حصل في الدستور المصري ، في المادة الثالثة منه ، فقد نصت على ان المصريين متساوون في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وقصد الشارع بالحقوق المدنية الحقوق العامة ، وحقوق الاسرة والحقوق المالية . فاستعمال الحقوق المالية في الدستور المصري هو بمعناها العام، بينما تطلق فنيا على حقوق الاسرة والحقوق المالية فقط . فرأى الاستاذ أن لمنع اللبس تقسيم الحقوق الى سياسية وعامة ومدنية . والتقسيم الفقهي الاجنبي او المصري ، انما هو ناشئ عن الترتيب الفني . أما التقسيم الاسلامي ، فهو مبني على فارق أساسي ، وهو ما يمس الحق العام وما يمس الحق الخاص ، فالحق العام ، ليس فقط حقا ، ولكنه واجب أيضا . وأما الحق الخاص فيكتفه الوجوب بالنظر الى ضرورة تحقيق مقاصد الشرع من انصاف الناس وتحقيق العدالة بينهم .

ومتى أقر هذان القسمان الكبيران ، يمكن بعد ذلك ان يقسم الحق الانساني الى الاقسام الثلاثة ، سياسية ، ومدنية ، ومالية . لان التقسيم

يراعى حينئذ الفرد في تشكيلاته الاجتماعية، لا المجتمع ككل. فالحقوق اذن حقوق المجتمع (او حق الله) وحق الفرد (او الانسان) والثاني ، هو الذي يشملته التقسيم الى سياسي ، ومدني ، ومالي .

الالتزامات

- 16 - تنقسم الالتزامات باعتبار مصدرها الى ثلاثة اقسام :
- (1) التزامات أوجبها الشرع ، كالزكاة والصلاة . وهذه من حق الله وحق المجتمع . وأخرى تنشأ من الاتصال العائلي، وهذه من حق الانسان .
 - (2) التزامات ناشئة عن اعتراف الشخص، كالاقرار والتعاقد .
 - (3) والتزامات تترتب عن المساس بحق الانسان كقذفه في عرضه او الاعتداء على شخصه .. الخ .

والقسمان الاولان فرض ، والثالث حرام .

وتنفيذ الالتزام ، اما ان يكون نوعيا، وهو أداء تنفيذ الشيء الملتمزم به نفسه ، كتسليم البضاعة المشتراة ، او رد الاشياء المغصوبة. واما ان يكون عوضا ، وذلك اذا وقع الاداء قضاء اما بتسليم شيء مماثل ، او بتأخير الاداء عن وقته. ويجب ان يكون القضاء مثليا في الظاهر والباطن . فاذا كان ذلك غير ممكن، فان أبا حنيفة لا يعتبره اداء الا فيما نص عليه الشارع ، ولذلك لا يمنح للمالك غلة ما رجع له حائز ذو نية سيئة (لانه يرى ان الانتفاع بالغلة شيء عرضي ليس من شأنه ان يقوم بخلاف الملك) .

فاذا كان اداء النوع غير ممكن ، لعدم التحديد الكافي ، ولم يكن القضاء يشبه الشيء الملتمزم به ، فان الحنفية يرون ان اداء قيمة المثل لا يكون الا في الحالة المنصوص عليها شرعا ، ولكن مادام هنالك امكان لتحقيق الاداء النوعي ، فان الغريم لا يمكن ان يتحرر الا بالاداء. فلا يمكن في حالة القتل العمد الزام الورثة بقبول الدية مكان القصاص ، لان الدية لا تشرع الا عند عدم وجود القصاص .

(17) - هنالك مبحث اصولي يتعلق بنوع العلاقة التي تقع بين الاعمال ويستنبط منها حكم جامع ، فاما ان تكون هذه العلاقة ركنا ، اي عنصرا

لازما في تكوين الفعل ، وذلك كالايجاب والقبول في العقد ، والحيازة في الرهن والهبة .

واما أن تكون علة ، وذلك بان ينشأ فعل عن فعل كنتيجة شرعية ، كحلية المباشرة ، تنشأ عن الزواج فالزواج سبب شرعي في اباحة المباشرة ، وكتحويل الملك نتيجة البيع .

واما ان تكون سببا، وذلك فيما اذا حدث فعل كنتيجة غير مباشرة لفعل آخر ، كالتقصير في السياقة فيقع الحادث ، أو كدلالة على مال في حرز فتقع السرقة .

واما ان تكون شرطا ، وذلك فيما اذا توقف وجود شيء على وجود غيره ، كما اذا التزم باداء الف فرنك لشخص اذا زاره في الرباط ، فالزيارة في الرباط شرط لاداء الالتزام .

واما ان تكون علامة، وذلك اذا دل فعل على آخر دون أن يكون وجوده متوقفا عليه ، كحيازة الشيء علامة على وقوع البيع .

(18) - توخذ العلة من ثلاثة وجوه :

(1) اما لفظا ، وذلك اذا دل النص عليها دلالة اصلية واضافية ، وذلك كقطع يد السارق ، مأخوذة لفظا من قوله تعالى : (فأقطعوا ايديهما) والقصاص المأخوذ من قوله تعالى : (وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص) (2) واما معنى ، كالربا ، يقع من عدم تحقق النوع ، ومن عدم المماثلة في قيمة المبادلات .

(3) واما حكما، وذلك كما اذا تعاقد انسان مع آخر على اعطائه عشرين في المائة من ربح البضاعة التي يبيعهها ، فكلما تحقق الربح ، كان العقد سببا في ترتب العشرين في المائة منه ديننا على الرابع . وقد اجتمع في العلة هنا ، الدلالة اللفظية والمعنوية .

ووجوه العلة هذه قلما تنفرد واحدة منها بالعمل . فاذا اجتمعت مع بعضها ، تكونت منها وجوه اربعة اخرى وهي :

(1) وقعت العلة اسما ومعنى واضافة ، في بيع الملك ، فالملك متحد مع البيع ، باضافة (بيع الملك) والعلة معنوية ، لان التفويت يدفع البائع للبيع .

والامتلاك يدفع المشتري للشراء . ثم يقع ملك البائع في البيع ، اي المعلوم ، فتتم العلة حكما . وهكذا تجتمع في هذه الصورة العلة بوجودها الثلاثة .

(2) ومن صور العلة اسما ومعنى فقط . لو عمد احد لايملك ، وليست عنده وكالة من المالك لبيع عقار غيره . فلما علم المالك الحقيقي بالواقع ، وافق على فعل البائع ، يصبح البيع الذي كان موقوفا صحيحا بسبب موافقة المالك ، وهو صحيح بالعقد الاول . لان العلة التي هي الملك سابقة على البيع ، وان كان حكمها لا يظهر الا عن طريق التصور القانوني . وبذلك حصل السبب لفظا ومعنى .

(3) ومن صور العلة معنى وحكما ، حق الوالد على الولد . له سبب مباشر هو مباذعة ابيه لامة ، والزواج هو سبب مبرر شرعا لهذه العلاقة ، وهو علة وقوعها بين الابوين .

ومن امثلتها ، الكراء علتة الانتفاع بالشيء المكترى . ولكن حيازة الغلة لا تقع الا مع الوقت أي لا حالا .

(4) ومن العلة اسما وحكما ، الامتناع عن الصوم في السفر العلة هي مظنة المشقة ، فاسم السفر يكفي ، وان لم تقع مشقة .

= 5 = المحكوم عليه

(19) - المحكوم عليه هو المكلف الذي تعلق التكليف بفعله ، اي الانسان الذي هو موضوع الحكم الشرعي الذي وضع من اجل سعادته المادية والروحية ، والذي تنطبق عليه الحقوق والواجبات ، طبقا للخاصة التي خلق الله عليها الانسان وخصه فيها من بين غيره من المخلوقات . فكل انسان اذن مصدر حق ، وله ذمة ، اي خاصة فطرية انسانية ، بها ثبت ماله من حقوق ، وما عليه من واجبات . وبذلك يكون شخصية قانونية ذات اهلية . والاهلية في اللغة هي الصلاحية والجدارة ، يقال فلان جدير بالرياسة واهل لها وصالح لها . وفي الاصطلاح الفقهي ، صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحا لخطاب شرعي (1)

(1) عز الدين بن عبد السلام ، قواعد الاحكام ص 20 . ج 2 .
مصطفى الزرقاء المدخل ص 491 ج 1 .

وتنقسم الى قسمين :

اهلية وجوب

واهلية اداء .

فالاولى هي صلاحية الانسان لان تثبت له حقوق وتجب عليه واجبات .
وبما ان اهلية الوجوب صفة انسانية كما قلنا ، فهي ثابتة لكل انسان ،
ولا صلة لها بالسن او العقل او الرشد ولا بالذكورة او الانوثة .

وتكون اهلية الوجوب في الانسان كاملة او ناقصة . فاذا كان اهلا
لثبوت الحقوق له ولم يكن زيادة على ذلك اهلا لترتب الالتزامات عليه فاهلية
وجوبه ناقصة ، وذلك كالجنين في بطن امه وقبل ان يولد ، فانه تثبت له
حقوق لانه يرث ويوصى له بالثلث . ويستحق في ريع الحبس . ولكن
لا تجب عليه واجبات لغيره . واذا كان اهلا لثبوت الحقوق له وكان زيادة على
ذلك صالحا لترتب الالتزامات عليه فأهلية وجوبه كاملة ، وذلك كالصغير
غير المميز والمجنون .

وأهلية الأداء ، هي صلاحية المكلف لممارسة الاقوال والافعال التي
يتوقف على العقل اعتبارها الشرعي ، أي اذا صدر منه قول او عقد او تصرف
كان معتبرا شرعا وانبتت عليه احكامه ، سواء كان ذلك عبادات دينية كالقراءة
والصلاة واخراج صدقة الفطر ، او مدنية كال عقود ، والمعاملات ، او جنائية
على غيره في نفس او عرض او مال .

ويقفهم من هذا ان فعل الانسان لا يعتبر شرعا ، الا اذا توفر لصاحبه قسط
من الفهم والتمييز والتعقل يتيح له فهم الخطاب التشريعي اجمالا ، وقدرة على
تحمل الاعباء ، لتترتب عليه المسؤولية ... فالطفل قبل ان يصير مميزا
قادرا على ما ذكر ، لا يمكن ان توجد لديه اهلية الاداء ، بخلاف اهلية الوجوب
التي هي كما اسلفنا صفة فطرية لا يعرى عنها الشخص بالمرّة اصلا .

وحالة الانسان بالنسبة لهذه الاهلية ، تدور بين تمام الاهلية ونقصانها
وبين عدمها ، فيكون تارة عديم الاهلية للاداء او فاقدها اصلا ، كالطفل قبل ان
يميز قادرا ، والمجنون في أي سن كان ، مادام مجنونا . فليست لهما اهلية
اداء ولا تترتب علي اقوالهما وافعالهما آثار شرعية . واذا جنى احدهما على

غيره اخذت الدية من ماله ، ولم يعاقب بدنيا . لان عمدهما خطأ ، لان العقل شرط في العمد والنية .

وتارة يكون كامل اهلية الاداء ، وهو الشخص الذي يبلغ الحلم عاقلا ، والعقل هو الشرط ، وانما جعل البلوغ علامة عليه .

وتارة يكون ناقص الاهلية للاداء ، وهو المميز الذي لم يبلغ الحلم والمعته ، وهو ضعيف العقل ، اي الابله الذي ليس بفأقد العقل ولا بكامنه وتصح تصرفاته النافعة له وتسقط تصرفاته الضارة به ، واما ما يدور من اعماله بين النفع والضرر فتتوقف صحته على اجازة وليه .

وهذا كله بالنسبة للحالة الطبيعية التي يكون عليها الانسان ، سليم البنية كامل التمييز ، وقد تطرأ عليه بعض الحالات العقلية او البدنية يكون لها اثر كلي او جزئي على صفة الاهلية ، وذلك كمرض الموت أو الجنون . وقد قسم الفقهاء هذه الطوارئ الى قسمين : عارض سماوي، وعارض مكتسب .

فالاول هي التي ليس للشخص يد في اكتسابها .

والثاني ما يكون للشخص في اكتسابه اختيار .

والنتيجة التي تترتب على القسمين واحدة ، فلا فرق في الطوارئ بين ان تكون سماوية او مكتسبة، بالنسبة لما يترتب عنها من الاحكام .

والعوارض السماوية هي :

الجنون، والعتة، والاعماء، والنوم، ومرض الموت(1)

ومن العوارض المكتسبة :

السكر والسفه .

ولا تؤثر هذه العوارض الا في اهلية الاداء ، لان مناطها العقل. ويضيف علماء الاصول الى العوارض السماوية زيادة على ما تقدم خمسة اخرى هي : الصغر والنسيان، والموت ، وبالنسبة للنساء خاصة، الحيض والنفاس .

(1) كانوا يعدون الرق في هذه العوارض ، وقد الغينا هذه الآن لامرين :

اولا ، لانه لم يبق له اعتبار في الواقع الانساني .

وثانيا ، لاننا لا نعتقد ان الرق من العوارض السماوية ، لان منشأه قديما ، هو الاسر او الاستيثار .

ولا يكونان الا نتيجة جريمة او صراع او تطاول ، مع عدم القدرة على الدفاع عن النفس .

كما يضيفون الى العوارض المكتسبة، اربعة اخرى هي :
السفر والجهل، والخطأ والهزل .

وقد سائر جل المؤلفين المعاصرين اسلوب علماء الاصول، واقتصر الشيخ مصطفى الزرقا على الحالات التي تقدم ذكرها ، معللا ذلك، بان هذه الحالات التسع الاخرى لا يصح ان تعد من عوارض الاهلية في شيء ، وان كان لها تأثير منعي في بعض التكاليف الشرعية ، واحكام استثنائية. وقد بين رايه بتطويل في حاشية كتابه المدخل ، فليرجع اليه من شاء (1)

ومن المناسب ان ننبه الى ان الامام أباحنيفة وبعض الائمة لا يرون الحجر بالسفه او الغفلة او الدين ، ويرون ان طارنا مثل هذه الثلاثة لا يؤثر على اهلية الاداء بازالة ولا بنقص. وذلك موازنة منهم بين الضرر الذي يحصل للانسان بالحجر عليه، وبين المصالح التي تترتب على ذلك ، فيرجحون دفع الضرر الاكبر على جلب المصلحة التي لاتوازيه .

20 - نظرية الاهلية في الفقه الاسلامي

ومقارنتها بالفقه الاجنبي

الاهلية في القانون الروماني صفات معتبرة قانونا تعطى للشخص القدرة على ممارسة حقوقه ، ولا يعطى هذا الحق في التصرف الا اذا كان ذا عائلة وكان حرا ومواطننا رومانيا . فمن لا عائلة له ، ومن كان رقيقا إما رقا اصليا او طارئا، ومن فقد كونه رومانيا ، ومن كان دون الخمسة والعشرين عاما ، أو كان مجنونا او محتوما . كل هؤلاء لا يتمتعون بصفة الاهلية .

ثم ان الاهلية كلها مقصورة على الذكر دون المرأة ، اما المرأة فلاحق لها في الاهلية طول عمرها .

وتعتبر الاهلية في القانون الفرنسي صفة شرعية للشخص يتمتع بها لممارسة حقوقه المدنية الاهلية، وهي الاصل . وعدم الاهلية هي الاستثناء، ويفرق القانون الفرنسي بين التمتع بالحقوق، وبين ممارستها . فالطفل اهل ملكية الحقوق، ولكن لا يمارسها بنفسه قبل بلوغ الواحد والعشرين من عمره. ومادام قاصرا فلا يتمتع باهلية الزواج والوصية والاقرار بالنسب .

(1) مصطفى الزرقا، المدخل ص 437 . ج 1.

وتنشأ عدم الاهلية عن صغر السن، والتغير في العقل والانوثة في الزواج وبعض الاحكام الجنائية (1).

ففي التشريع الغربي تتبع الاهلية حالة النظام الشخصي، اي مجموع الصفات التي يمكن للشرع ان يعتبرها ويبنى عليها وقائع قانونية، وتتميز حالة الشخص بحسب اوضاعه في الدولة كمواطن .

او في العائلة ، كزوج او قريب. او في عزلته حينما يكون في حالته الطبيعية بالنسبة الى غيره. او بالنسبة الى نفسه في حالاته المتعاقبة، من حجر ورشد وضعف جسمي، وضعف عقلي . وهذه الحالات باعتبار انها المنشئة للوقائع القانونية، تحصر وتعين عدد الحقوق والالتزامات التي للشخص وطبيعتها. (حقوق المواطنين وواجباتهم وحقوق الأزواج وواجباتهم) وقابلية الاشخاص لممارسة تلك الاعمال بانفسهم .

والمهم هو معرفة ما اذا كان الحق معترفاً به، والالتزام محكوماً به، في الحالة الاولى . وما اذا كان الشخص يتمتع بقابلية العمل باختياره ، في الحالة الثانية .

فاذا كان الشخص الذي ثبت له الحق او ثبت عليه الالتزام، لا يملك هذه القابلية سمي قاصراً. فالاهلية اذن هي الاصل. والقصور شيء طارئ واستثنائي .

وهناك فرق معروف بين اهلية التمتع بالحق والقصور عنها، وبين اهلية الممارسة للحق والقصور عنها. فالمحجور المولى عليه مثلاً يملك اهلية التمتع بحق الملك . ولكنه قاصر عن ممارسة هذا الحق بنفسه عن طريق البيع او الكراء .

اما في الفقه الاسلامي فان الاهلية تكون عناصر نظرية عامة غزيرة المادة ، اندهش لها الاوربيون لاشتمالها على جوانب اهملها الفقه الاجنبي منذ زمن طويل كفضية السكر ، وعدم صحة القبول او فساده . وقد اعترف برينشوويج ولويس ميو، وغيرهما ممن كتب من الغربيين في الفقه الاسلامي، لعبقرية النظرية الاسلامية في الاهلية ، وقالوا : انها من احسن نظريات الفقه

(1) سيد عبد الله علي حسين ، المقارنات التشريعية ص 64 . ج 1 .

عمقا لمسايرتها التامة للعقل . وقد بقيت مجهولة عند المؤلفين الغربيين حتى اكتشفها برينشويج في فن الاصول، فاذا بهم يجدونها تجمع نظريات معهودة في الفقه المقارن(1)

وتفرقة الغربيين بين اهلية التمتع بالحق، واهلية الممارسة، ليست هي تفرقة الفقهاء المسلمين بين اهلية الوجوب واهلية الاداء. لان بعض الفقهاء فرقوا بين الوجوب لنفسه، اي الوجوب المجرد، وبين وجوب اداء ما اشتمل عليه الالتزام الواجب .

فالمحجور مثلا قادر على ان يلتزم، ولكن لا اثر للالتزامه لانه يمكن الحكم بعدم اعتباره فعدمية الالتزام شرعا تجعله معدوما حسا، والمحجور قادر على ان يسلم عينا او ثمنا. لان الحكم الشرعي للالتزام هو الاداء الذي يمكن ان يقع بالنيابة، والغاية المتوخاة هي قيمة مال لاعمل شخص. وهو في مثل هذه الحال ملزم اذا كان للالتزام سبب شرعي . وكما ان الالتزام غير موجود لفقدان السبب او المحل، كذلك لا يكون موجودا لفقدان الواقع الشرعي، ولا تجب النية على المحجور مادام لم ينضج عقله، لانه قاصر عن الاداء بنفسه. وكل ما كانت نتائجه مرتبطة بالمقاصد والارادات فلا يمكن ان يعتبر الامع العقل والتفهم .

(21) واهلية الوجوب في الفقه الاسلامي مترتبة على ثبوت الذمة، والذمة هي كون الانسان صالحا لان تكون له حقوق وعليه واجبات . واهلية الوجوب هي هذه الصلاحية كما اسلفنا . والذمة تلازم الانسان، اذ يولد الانسان ذممة بحكم انه انسان، ومن ثم تثبت له اهلية الوجوب . فاهلية الوجوب على ما قال العلامة السنهوري مترتبة على وجود الذمة . ولا يقتصر الفقه الاسلامي في الذمة على مافي الانسان من نشاط اقتصادي بل يعتبر الذمة وصفا تصدر عنه الحقوق والواجبات جميعها وان لم تكن مالية كالصلاة والصيام والحج أو كانت مالية ذات صبغة دينية كالزكاة وصدقة الفطر والعشر والخراج ومن ثم كان نطاق الذمة واسعا في الفقه الاسلامي حتى قال العلامة البزدوي : ان الذمة لايراد بها الا نفس الانسان .

(1) R. BRUNCHVIG - Louis Milliol نظرية الاهلية عند حنفية العصور الوسطى المدخل لدراسة الفقه الاسلامي. وانظر كذلك المدخل لمصطفى الزرقا، والمقارنات التشريعية للسيد عبد الله علي حسين واصول البزدوي .

ويبنى الاستاذ السنهاوري على ما تقدم ان الذمة تبدأ ببدء حياة الانسان وهو جنين فتكون له ذمة قاصرة ، اذ يجوز ان يرث وان يوصى له وان يوقف عليه. ثم يولد حيا فتتكمّل ذمته شيئاً فشيئاً في المعاملات والعبادات والحدود حتى تصير كاملة وتبقى ذمة الانسان ما بقي حيا وتنتهي بموته . وهناك خلاف بين المذاهب في تلاشي الذمة بالموت(1)

ويرى الشيخ الزرقا ان اهلية الوجوب ذات عنصرين دائنية ، وهي الالتزام ، ومديونية وهي الالتزام. وهذا العنصر الثاني في اهلية الوجوب هو الذي يؤهل الشخص للمديونية وهو الذي يتتبع وجود شيء آخر يقدر شرعا في شخصية الانسان يسمى الذمة ، وهي وعاء اعتباري يقدر قيامه في الشخص لتثبت فيه الديون وسائر الالتزامات التي تترتب عليه(2)

واذن فالذمة لا تحصل للانسان الا بعد ان يولد حيا. ولا يكون ذا ذمة وهو جنين لان قابليته للالتزام لا تحصل الا بعد ان يولد حيا. واهلية الوجوب هي الفطرية عند الانسان بحكم انه انسان، والذمة مترتبة عليها، لانها وعاء تقديري لتفهم معنى اهلية الوجوب فهو بمثابة المحل في الواقعة القضائية .

والذمة في الفقه الغربي على ما اوضحه الفقيهان اوبرى ورو ، هي مجموع الحقوق الموجودة او التي قد توجد لشخص معين ، ويستخلص من ذلك معنيان :

اولا : ان الذمة مجموع من المال .

ثانيا : ان الذمة هي الشخصية القانونية. فما دام يدخل فيها الحقوق والالتزامات التي قد توجد، فهي اذن القابلية لكسب حق او ترتيب التزام . وهذه هي الشخصية القانونية .

ويترتب على ان الذمة مجموع من المال النتائج الآتية :

1 « يكون للدائنين حق ضمان عام على هذا المجموع من المال لا على مال معين بالذات .

2 « ينتقل حق الدائنين بعد موت المدين الى تركته كمجموع من المال .

(1) عبد الرزاق السنهاوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي. ج.1.ص.16.

(2) الزرقا، المدخل. ج.1.ص.494.

3» تقوم نظرية الحلول العيني على فكرة المجموع. بحيث يخرج مال من المجموع ويحل محله مال آخر . فثم حلول عيني ، ويصبح المال الجديد من عناصر المجموع مكان المال القديم .

ويترتب على ان الذمة هي الشخصية القانونية ما يقال عادة من ان الذمة لا بد لها من شخص ، ومن ان لكل شخص ذمة ، ومن ان الشخص الواحد لا تكون له الا ذمة واحدة .

فالذمة اذن ، كل لا يقبل التصرف ولا التجزئة .

وقد انتقد نظرية AUBRY et RAU في الذمة فقهاء القانون الجرمانى وتبعهم جمهور كبير من رجال الفقه الفرنسى والمصرى.. والنظرية الحديثة ترى ان الذمة ليست مجموعة من الحقوق والواجبات ترتبط فيما بينها بسبب انتسابها لشخص معين، بل بسبب تخصيصها لغرض اقتصادى معلوم . وتسمى هذه النظرية بنظرية تخصيص الذمة ، فالمصنع ومراكز التجارة عبارة عن مجموعة من الحقوق والواجبات ذات كيان مستقل عن حقوق التاجر أو الصانع وواجباتها من اجل تخصيصها الاقتصادى. فالمتجر او المصنع هو ذمة ، والذمة اذن هي مجموعة حقوق وواجبات مستقلة عن بقية اموال الشخص وواجباته بسبب تخصيصها لغرض اقتصادى معلوم(1)

ويرى انصار هذه النظرية ان الربط بين الحقوق والواجبات على أساس تخصيصها الاقتصادى يؤدي الى نتائج عملية لا يؤدي اليها الربط بينها على أساس انتسابها لشخص معين، لاسيما من ناحية الحلول العيني. فاذا فرضنا ان شخصا معيناً اتلف مالا مخصصا لاستغلال صناعى فان مبلغ التعويض يحل محل المال التالف وفقا لنظرية تخصيص الذمة ، فلا يشارك دائنو صاحب المصنع دائنى المشروع الاقتصادى، اقتضاء حقوقهم منه ، بخلاف ما تقتضيه النظرية التقليدية من دخول كل حق يكسبه الشخص فى ضمان جميع دائنيه سواء كان هذا الحق قد حل محل حق آخر ام لا، وان يخرج من هذا الحق كل حق يتصرف فيه المدين سواء كان هذا الحق قد خرج بمقابل يحل محله ام لا .

(1) نظرية الحق للدكتور مذكور ص 122 .

ولكن تخصيص مشروع معين بالمسؤولية الناتجة عن التلف، يدخل في باب الشخصية المعطاة للمشروع الاقتصادي المعين. ولذلك لا يؤثر على مبدأ الذمة من جهة ترتبها على اهلية الوجوب. فشخصية المؤسسات ليست طبيعية بل هي من خلق القانون وصنعه، فقد اعطى المشروع للمؤسسة شخصيتها فكون لها في الوقت نفسه ذمتها. ولولا اعتراف القانون بالشخصية المعنوية للمؤسسة لما كان للمال المرصود اي اعتبار في القانون.

ويرى أو يرى ولورو ان الذمة المالية لايجوز التنازل عنها او التصرف فيها، ويقول انصار النظرية الالمانية انه يجوز التصرف في الذمة والتنازل عنها بل يقولون ان العمل قد جرى على ذلك، ويستندون في ذلك الى احكام متعددة من القضاء الفرنسي تقضي بانه اذا وهب شخص لآخر جميع امواله او معظم امواله، فان الموهوب له يصبح مسؤولاً عن ديونه، فكان الواهب قد نقل الى الموهوب له ذمة باصولها وخصوصها.

ويجيب انصار النظرية التقليدية، بانه ليس من الذمة ان يقال: ان الواهب يستطيع ان ينقل الى الموهوب له كل الجانب السلبي من ذمته اي كل ديونه الحالية او المستقبلية، لان الواهب وهو ينقل للموهوب له حقوقه وديونه ينقل اليه حقوقاً وديوناً معينة بمفرداتها ومن ثم لا يجوز القول هنا بالتنازل او التصرف في الذمة ذاتها(1)

ومن هذا العرض يتبين ان الذمة في الفقه الاسلامي تختلف عن الذمة في الفقه الغربي، سواء اتبعنا النظرية التقليدية أو ماشينا النظرية الحديثة. وليست متفقة مع النظرية الاولى كما زعمه الشيخ علي الخفيف في دروسه(2) ويمكن تلخيص وجوه الخلاف فيما يأتي:

(1) = الذمة في الفقه الاسلامي وصف تصدر عنه الحقوق والواجبات المالية وغير المالية. اما الذمة في الفقه الغربي فلا تشمل الا الحقوق والالتزامات المالية.

(1) انظر الدكتور شفيق شحاتة في محاضراته عن النظرية العامة للحق. ص 62 وما بعدها. والدكتور مذكور في المرجع السابق.

(2) انظر دروس الشيخ علي الخفيف على طلبة قسم الدكتوراة بكلية حقوق القاهرة سنة 1945 الحق والذمة وتأثير الموت فيهما. وقد تابعه في ذلك الدكتور محمد سامي مذكور في حاشية كتابه نظرية الحق ص

(2) = وحتى في نطاق المال تبدأ الذمة في الفقه الاسلامي بالشخص ، ثم تنتهي الى المال (وفي الديون دون غيرها . اما الذمة في الفقه الغربي فتبدأ بالمال ثم تنتهي الى الشخص .

والذمة في الفقه الاسلامي لاتجعل المال مجموعا تفنى فيه عناصره كما هي حال الذمة في الفقه الغربي. ولا يكون المال مجموعا في الفقه الاسلامي، حتى عند الحجر او مرض الموت، وحتى بعد الموت . ففي هذه الاحوال الثلاثة تتعلق الديون بمالية الاعيان، لا بذواتها كما في الرهن، ولكن مال المدين لا يكون مجموعا كما في الفقه الغربي، بل انه لا يوجد تلازم بين الذمة والتركة في الفقه الاسلامي ، فقد تبقى الذمة قائمة وتنتقل التركة الى الورثة .

والخلاصة ان الفقه الاسلامي ينظر الى الذمة كشخصية قانونية لا كمجموع من المال ، ومن ثم سهل على الفقهاء المحدثين ان يبنوا للذمة في الفقه الاسلامي الخصائص التي يفرعها الفقه الغربي على فكرة الشخصية القانونية . فيقولون ان الذمة لا تثبت الا للشخص، وان لكل شخص ذمة ، وان الشخص الواحد لا تكون له الا ذمة واحدة(1).

22 - وعند التحقيق نجد الفقهاء المسلمين لا يهتم أكثر من أهلية التصرف ، التي تولد مع الانسان وتسايره في جميع أطوار حياته حتى تكتمل باكتمال رشده ، والطفولة تعتبر من العوارض التي تحد من الاهلية المعتبرة كجزء من الشخصية الانسانية . وهناك عوارض اخرى سبق أن تحدثنا عنها ، تحد أيضا من شخصيته وأهليته ، لاثرها على العقل . وهناك أسباب لا تؤثر في الاهلية بفقد ولا بنقصان ، ولكنها تؤثر على أعمال معينة ، لانها تنقص من ارادة الشخص كالخطأ والاكراه . وقد تحدثت الحالة المعنوية لشخص قصورا في أهليته، لاضراره بالامة الاسلامية كالمرتد، أو لاضراره بجماعة ما، كالافلاس بالنسبة للدائنين، ومرض الموت بالنسبة للورثة . وربما يحدث النقص الجسمي أيضا في بعض الحالات تأثيرا على العمل . فالاصم الابكم لا يمكن ان يكون شاهد خطاب ، والاعمى لا يشهد في

(1) لخصنا هذه الفقرة عن الفوارق بين الذمة في الفقه الغربي، وبين الذمة في الفقه الاسلامي، عن العلامة السنهوري مع الرجوع الى كتب الفقهاء والاصوليين والأقدمين والمحدثين . وراجع كتاب مصادر الحق في الفقه الاسلامي، فهو من احسن مؤلفات المعاصرين .

المرئيات ، والاعرج لا يلزم بالجنو على ركبتيه في الصلاة ولكن ذلك لا يؤثر على الاهلية نفسها .

فساد الارادة يحدث قصورا حاميا للفرد، والنقص المعنوي او الجسمي يحدث قصورا حاميا للامة او الجماعة، ولذلك ينبغي ان نتناول بالبحث الارادة والرضا والطوارئ التي تحدث لهما .

23 - الارادة عند الفقهاء هي المحرك الباطني الذي يدفع الانسان للعمل ولكن الانسان يمكن ان يريد شيئا ولا يرضى به ، فالفعل الذي يحدثه الانسان تحت الضغط والاكراه ، يريده ولكنه لا يرضاه . فالاكراه في الواقع لم يهدم الارادة، لان الفاعل اختار بين الموت وبين الفعل مثلا . وقد اثر الفعل من أجل الحياة ، فأحدث الفعل، فالفعل موجود بارادة فاعله . ولكنه غير راض به ، فعدم الرضا الذي هو شيء خلقي يحدث الفساد في الارادة وان كان لا يهدمها . واذن فالفعل الواقع تحت الاكراه باطل ، لان الارادة غير صحيحة .

ولا بد ان يكون الفعل ناشئا عن ارادة، أي عن اختيار بين الفعل وبين الترك، فالكلام الذي يهدي به الانسان عند النوم او عند التبنيح او السكر لا عبرة به ، لانه غير مراد ، وناشئ عن غير وعي . ولا ينظر للارادة في صلتها بالعمل نفسه كحركة جسمية فقط ، ولكن حتى في صلتها بموضوع العمل اي محل العلاقة القانونية . فمن الممكن ان تكون نتيجة العمل المباشرة مختلفة عن المراد إما لجهل او لعامل أجنبي، أو لنقصان في الوسائل المستعملة . فاذا كان ذلك ناشئا عن عدم اهتمام وتثبت ، سمي تقصيرا ، والا اعتبر خطأ .

وقد تغطي على الارادة شهوتنا لشيء هو الغاية المعجلة من عملنا. او لشيء آخر ينتج عن عملنا عاجلا او اجلا . فاذا اتفق ما نريده مع ما نشتهييه اعتبرهما الشارع متحدين، واذا اختلفا سمي الشيء المشتهي نية العمل . فاذا أعطيت لاحد ما لا فموضوع ارادتي هو العمل القانوني ، وأما النية فيمكن ان أقصد بالعبء جزء أخرويا ، او تحببا لذلك الشخص او مكافأة له على احسان سبق به الي . فالنية تطلق هنا من باب الكناية على الصفة التي يريد المرء ان يعطيها لعمله ، فتختلف عن الارادة بمعناها الحقيقي ، فعمل

الانسان وهو واع له ثمرته القانونية مهما كانت نيته ، اي غايته المشتهاة من ذلك العمل .

وينظر للارادة كذلك في صلتها بالآثار الشرعية للعقد، وكذلك الرضا يجب ان يراعى في صلته بالعمل وبعواقبه. وقد بينا أن الاكراه يجعل الانسان يريد الفعل ولا يرضى به. ومعنى ذلك ان المكروه لم يرد ولم يقبل ان يكون لما عمله أثر شرعي . وكذلك الهازل، يمكن ان يريد وان يفعل شيئا. ولكنه في الواقع لم يرد ولم يقبل ان يكون لعمله أثر شرعي .

فيجب التفريق اولا بين الارادة وبين الرضا او القبول، ثم التفريق بين الارادة والرضا من جهة ، وبين النية من جهة اخرى .

ويجب ملاحظة الارادة في صلتها بالعمل نفسه وبمحلها والآثار الشرعية المترتبة عليه . وكذلك الرضا يجب اعتباره مع العمل ومع ما يترتب عليه. وقد رأينا ان الانسان يمكن ان يريد تحت الضغط عملا دون ان يرضى به ، وذلك يعني انه لا يريد ان يترتب على عمله اثر شرعي . فاذا فرضنا ان انسانا نطق بصيغة عقد هازلا ، اي غير مريد ان يرتب عليها أثرا قريبا او بعيدا ، فان بحث الارادة والرضا يؤدي بنا الى استنتاج ان هذا الرجل أراد ورضى بأن يكون عملا شرعيا ولكنه لم يرد ولم يقبل أن يكون لهذا العمل أثره الشرعي .

فيجب التمييز شرعا بين الارادة والرضا اولا ، ثم بين الارادة والرضا من جهة ، وبين السبب من جهة اخرى ، ثم يجب اعتبار الارادة في صلتها بالعمل نفسه، وبالمحل وبالاثر الناشء عنه . فالارادة لا تعتبر تامة الا اذا تحققت معها العناصر الثلاثة المذكورة، وكذلك يجب توفرها في الرضا .
ففي النوم والسكر والغشيان، تنعدم الارادة فينعدم معها الفعل شرعا ، وكذلك الرضا . وفي الاكراه تكون الارادة ناقصة او فاسدة، بسبب فقدان الرضا . وفي الهزل تكون الارادة والرضا ناقصين .

شوائب الارادة

24 وشوائب الارادة التي تلحق بالعاقد يمكن ان تقسم الى قسمين :

قسم يبطل الارادة تماما كالنوم وعدم التمييز في الصغير والاعماء والسكر بالحلال او عن جهل وهو ما لا يلزم به عقد اتفاقا. والمراد بالسكر كل ما غيب العقل من مرقد او مخدر .

وقسم لا يهدم الارادة ، ولكنه يهدم الرضا . كصورة العقد، والغلط، والاكراه، وهو ما يفسد العقد بصورية او مائع (كذا). وأما السكران الذي عنده نوع تمييز فبيعه صحيح قطعا ، لكنه لا يلزم. لان ارادته غير كاملة كسائر اقراراته وعقوده، الا في العتق والطلاق والحدود والجنايات فتلزمه، لان الطلاق يجب ان يسان عن العبت، والعتق قد شوق اليه المشرع، والحدود لان فيها حفظ النفس والعرض والمال وكذلك الجنايات .

وأما السكر بحرام ففي صحة عقوده وعدم صحته تردد (1) .

وقد نصت مدونة الاحوال الشخصية المغربية في الفصل التاسع والاربعين من الكتاب الثاني على انه لا يقع طلاق السكران الطافح .

وكتبت في تقريراتي عن المدونة ان السكران الذي لا يميز بين ما يقول متفق على عدم لزوم طلاقه واما الذي يخطيء ويصيب فمختلف فيه بين الائمة وذهب الصحابة جميعا وعمر بن عبد العزيز وفئات من كل مذهب الى القول بعدم لزومه (2) .

١ وتنص - 1 - في المواضعة وهي ان يتفق المتعاقدان سرا على خلاف ما سيعلان، وتشمل ثلاثة صور :

المواضعة في أصل العقد ، وهي ان يتفق المتعاقدان سرا قبل العقد انهما سيقومان بعقد العقد بصورة ظاهرة ليس الا ، ايهاا لغيرهما. وذلك لغرض لهما او لاحدهما فيما يعلنانه من عقد كاذب . وكثيرا ما يفعل المدينون ذلك لتهريب أموالهم او إخفائها عن الدائنين. وقد يكون ذلك في صورة اقرار بدين او بعقد كما اذا اعترف الموروث لبعض ورثته بدين او بعقد ذريعة لتفضيله في الارث على غيره من الورثة، وكما اذا اقر من أحاط الدين بماله، بانه

(1) سيد عبد الله حسين ، المقارنات. ص 152 ج 2 .

(2) علال الفاسي ، تقرير المقرر العام عن مشروع وزارة العدل لكتابي الزواج والطلاق . مجلة القضاء والقانون المغربية . ع. 5. ص 475 .

سبق له ان باع المحل الفلاني لشخص تخليصا لبعض ماله من الضياع. وكلا نوعي المواضعة سواء تعلقت بانشاء العقد او بالاقرار به يجعل العقد او الاقرار به باطلين. لان الارادة الحقيقية معدومة في أصل العقد او الاقرار . وتستهدف المواضعة أحيانا مقدار البديل المتعاقد عليه دون أصل العقد. وحينئذ لا يبطل العقد بسبب المواضعة. ولكن يجب تعديل البديل الظاهر والعمل بما وقعت عليه المواطأة سرا .

وهذا كالمواضعة في بدل الاصل المشاع، لحرمان الشفيح من حق الشفعة .

او التصريح بمقدار كبير من المال في صداق ، مع الاتفاق سرا على أقل منه ، حبا في الشهرة. وتستهدف الصورية المتواضع عليها أحيانا الشخص المتعاقد لأصل العقد . وهو قضية الاسم المستعار، وذلك بأن يتعاقد شخص ويعمل باسمه لمصلحته الخاصة فيما يرى الناس ولمصلحة غيره في السر. ثم يعلن ان كل عقوده وأملاكه لذلك الغير وأنه انما كان يعطي اسمه اعارة. وهذا من قبيل الوكالة يتواطأ الطرفان على إخفائها، فيحل الشخص الاصيل محل الشخص الوكيل ضمن الحدود الشرعية المعروفة من كتب الفقه .

2 - ويتصور في الهزل، وهو كلام الهازل الذي لا يقصد ان يرتب على كلامه اثرا شرعيا، فكلام الهازل اللاعب او المستهزىء لا يترتب عليه عقد، وان توفرت فيه الارادة والرضا صوريا .

ويتحقق الهزل ، بتصريح الطرفين، أو أحدهما، وإذا اختلفا فالأصل هو الجد، وعلى مدعي الهزل اثباته. وهو من اختصاص محكمة النقض، إذ ترجع لتفسير العقد .

والتفرقة بين الجد والهزل، هو مذهب المالكية والحنفية والحنابلة ، ويرى المالكية ان التفرقة جارية بالنسبة لسائر العقود سواء كانت تتعلق بحقوق العباد كالبيع والاجارة والرهن، أو بحقوق الله كالزواج والطلاق والعنق (1) بينما الحنفية والحنابلة وبعض المالكية يقصرون التفرقة بين الجد والهزل، فيما هو

(1) يوسف موسى، الاموال. ص 291 .

من العقود المالية، وما يجري مجراها من بيع ونحوه. ويعتبرون الهزل كالجد فيما هو من حقوق الله كالنكاح والطلاق والعتاق، مستدلين لذلك بالحديث الشريف : ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد. النكاح والطلاق والعتاق. ورواه الترمذي بلفظه ثلاث هزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة. ويستثنى من الهزل سبق اللسان في الطلاق، بان قصد التكلم بغير الطلاق فنطق به ، فلا شيء عليه (1) .

والخلاف في هذه المسألة مبني على التفرقة بين الارادة الباطنة والارادة الظاهرة. فاذا توافق الاثنان، فلا فرق بين الاخذ بالارادة الباطنة وبالارادة الظاهرة. واما اذا اختلفتا يرى الشافعية اعتبار المعاني اي الارادة الحقيقية للمتعاقدين. بينما يرى الجمهور الوقوف عند المعاني الظاهرة من الالفاظ التي استعملها المتعاقدان فلا ينفذون منها الي المعاني الباطنة، وذلك تغليب منهم للارادة الظاهرة على الباطنة، نظرا لطابع الموضوعية الموجود في الفقه الاسلامي . ولكنهم لا يجمدون على الاخذ بالظاهر بل ينظرون للظروف ويقدرون النيات، معتمدين في كل ذلك على الظواهر بقدر الامكان .

وهذا الاختلاف نفسه موجود في الفقه الغربي، بين انصار النظرية التقليدية التي تعتمد على الارادة الباطنة اي ما تنطوي عليه النفس، وبين انصار النظرية الالمانية. فالعبرة عند الاولين بمعرفة الارادة النفسية عن طريق الجزم ان أمكن، والا فعلى طريق الافتراض الذي يضعه القاضي . ولا يشترط في نفاذها الا ان تكون ارادة باطنة غير متأثرة بغش ولا بإكراه، ولا بغلط .

وفي النصف الثاني من القرن التاسع عشر بحث فقهاء الالمان نظرية الارادة الباطنة بحثا مدققا وخلصوا منه الى ان هذه الارادة النفسية لا يمكن ان يكون لها اثر في القانون، لانها شيء كامن في النفس، والارادة التي تنتج اثرا هي الارادة في مظهرها الاجتماعي. فاذا اريد ان يكون للارادة الكامنة وجود في العالم الاجتماعي، وجب ان تتجسم في المظهر المادي لها، وهو ما

(1) الشيخ بناني، ح. على الزرقاني. ص. 85. ج. 4.

يستطاع ادراكه (1) .

وليس للإرادة الظاهرة عند هؤلاء طريق خاص لمظهر التعبير، فقد يكون تعبيراً صريحاً أو ضمناً، وقد يكون مجرد السكوت في أحوال خاصة مظهراً من مظاهر التعبير، كالسكر أذنها صماتها .

ولا يكتفون بجعل التعبير دليلاً على الإرادة، بل يعتبرون المظهر الخارجي هو العنصر الأصلي للإرادة فيجب الوقوف عنده. وإذا كان لا بد من اعتباره دليلاً على الإرادة الداخلية فهو دليل لا يقبل إثبات العكس، وهم لا ينكرون وجود إرادة باطنة بل يشترطون أن يكون وراء التعبير إرادة كاملة.. ولكن هذه الإرادة تكون مقصورة على أن يقصد بالإرادة الظاهرة أن تتخذ مظهرها الخارجي، لتحدث أثرها القانوني (2) .

وهكذا نرى أن الفقه الإسلامي سبق إلى اعتماد الإرادة الظاهرة منذ مئات السنين بينما لم يصل إليها الفقه الغربي إلا منذ أقل من مائة عام .

25 - وعبوب الرضا، وهي الحالات التي لا يحكم معها بانتفاء الإرادة ولا الرضا وإنما يشوب الرضا عيب يجعله غير صالح في نظر الشرع للزام صاحبه .

الغلط والتدليس والإكراه والغبن :

الغلط، هو أن تريد شيئاً معيناً فتأخذ ببدله غيره ظناً أو اعتقاداً أن هذا ما أردته (3) فإذا كان في طبيعة العقد فلا يوجد العقد، لأن إرادة الطرفين لم تتطابق على نقطة موحدة في طبيعة العقد، وذلك كما إذا أردت بيعاً فاعتقد أنه هبة أو بالعكس . وإذا كان الغلط في شخصية المتعاقد عليه، كبيع فرس

٤٠

(1) السنهوري، الوسيط ج 1. ص. 180 وقد حكى في الهامش تأثر القانون الألماني بالفقه الألماني. وطبق القانون الإنجليزي هذه النظرية في كثير من الفروض (انظر جنكس م. 77 : إذا استعمل شخص طرفاً للتعبير عن إرادته بحيث يكون من المعقول تبعاً للظروف أن يفهم منها معنى معين. فلا يجوز له أن ينكر هذا المعنى في مواجهة شخص تصرف عن حسن نية تصرفاً يتلاءم مع هذا المعنى. وانظر أيضاً بولوك في العقد. طبعة تاسعة ص. 5 - ص 6 وولتس في العقد ج 1 فقرة 94) ه .

(2) نفس المصدر السابق

(3) المقارنات التشريعية .

بعينه فغلط وباع الآخر فهذا يرجع لاختلاف المتبائعين في نفس المبيع، فان تمسك كل منهما بما اراد لا بما وقع تحالفا وفسخ البيع. واذا كان الغلط في الجنس، لم ينعقد العقد اصلا، لعدم المحل المعقود عليه، وهو من مقدمات العقد .

واذا كان الغلط في الوصف ففيه تفصيل ، فاذا كان المعقود عليه حاضرا في مجلس العقد، وكان وصفه مما يدرك بالمعاينة، وأشير اليه تحت عين العاقد، كان العقد لازما ، وليس للغلط تأثير . وان كان المعقود عليه غائبا او كان حاضرا ولا يدرك العاقد وصفه بالمعاينة، كمصدر الثوب مثلا ، او كان العاقد أعمى، فالعقد قائم . ولكن يخير العاقد في الفسخ لقوات الوصف، وهو ما يسمى بخيار الوصف . وهذا مذهب الحنفية، أما عند المالكية ، فاذا سمي المتعاقد عليه باسم عام وأشار اليه اشارة تعيين فلا رد فيه، كهذا الحجر او هذا الفص او هذا الشيء، مع الجهل بحقيقته الخاصة وهو يعلم شخص المبيع. كان يبيع هذا الحجر بدرهم فاذا هو ياقوته تساوي ألفا . سواء كان الغلط من المتبائعين او من أحدهما مع علم الآخر الا اذا كان المتعاقد وكيفا عن غيره وحصل هذا فلموكله الرد قطعا .

فلو سماه بغير اسمه كهذه الزجاجة فاذا هي زبرجدة ثبت الرد قطعا . وهذا في غير ما يعتبر لذاته بالنسبة للمتعاقدين، كعقد الزواج، فلا بد من التحقق من ذاتية الزوجين .

والغلط في الجريمة يدرأ الحد، ولكنه لا يمنع من أداء التعويض . والتدليس، هو اخفاء عيب في المعقود عليه في الثمن او المثمن، واستعمال وسائل غش لاختفائه عن الطرف الآخر. فاذا ثبت تدليس من أحد الطرفين فللمدلس عليه الخيار، ويسمى خيار العيب او خيار النقيصة .

ويقع الخيار بعقد شرط او لظهور عيب .

فالاول كمثل ما اذا اشترط احد الطرفين شرطا في العقد وهو كل وصف فيه حق مالي ، ولم يوجد الشرط فلمن أصابه الضرر الخيار في الرد وفي عدمه .

والثاني الخيار لظهور العيب كما لو باع الانسان دابة وظهر بها عيب قديم او ثوبا فظهر به ربو او خرق فللمشتري الخيار بين ان يمضي على عقده او

يرده. وكذلك كل عيب أدى الى نقص في الثمن او المثلن عقارا او عرضا او عينا فلواجد العيب الرد. فان كان العيب لايمكن الاطلاع عليه الا بعد تغيير في المبيع اما بالكسر او الذبح فلا رد به الا ان يكون هنالك شرط او عرف فيعمل به. واما في العقار فلا يرد الا بما له بال ، وتقديره بحسب العرف .
والغرر ان كان فعليا من البائع كمن صبغ ثوبا ليوهم المشتري انه جديد او لمع انية بالبياض او موهها وباعها موهما انها فضة فيرد به البيع لانه غش وغرر .

وأما الاعراء بالقول، كأن قال له اشتر مني هذا الفرس فهو جيد فلا رد به الا ان يوجد به عيب نقص فيجري على ما سبق. ومما يدخل في هذا الباب أساليب الاعلانات تعتبر اعراء لا غررا الا ان يوجد في المعلن عنه عيب نقص فيرد به. والاصل هو عدم وقوع الغش ولا الغلط ولا الاكراه ومن ادعى شيئا من ذلك وجب عليه اثباته .

والغبين لغة هو انتقاص الانسان من حق غيره .

وفي الاصطلاح هو الخسارة التي تعود على أحد المتعاقدين من عدم تقدير عوضه تقديرا حقيقيا يوافق العادة او العرف. فاذا باع بأكثر من ثمن المثل او أجر بأكثر من أجر المثل يكون المشتري او المستأجر مغبونا. واذا باع او أجر بأقل منه يكون البائع والمؤجر مغبونا .

والغبين في حد ذاته ليس سببا في الغاء العقد ، لان المتعاقدين بعوض كل منهما يرى ويقدر لنفسه الربح ويستزيد منه.

والغبين اليسير وهو ما لا يتجاوز حدود التفاوت اليسيرة في الاسعار لا رد فيه .

والغبين الفاحش وهو ما يتجاوز حدود التفاوت اليسيرة في الاسعار ، فان كان المتعاقدان من أهل المعرفة ويمارسان العقود بتعقل وهما حضريان او قرويان وحصل غبن في عقدهما فلا رد به ولو خالف العادة، ما لم تكن فيه مخالفة لسعر رسمي. وان استسلم احد الطرفين للآخر، او اعتمد على الآخر ففيها الرد باتفاق .

وان كان المغبون جاهلا ولم يستسلم للآخر بغبن ففي جواز رده خلاف وتفصيل ينظر في كتب الفقه .

وعقد القاصر ان كان بغير عوض تعيين على الوصي رده، وان كان بمعارضة اجراه على المصلحة .

والاكراه، هو حمل شخص على اجراء عقد او عمل مؤاخذ به شرعا، وهو ذو تأثير في سلب الرضا، وبذلك يؤثر في انعدام العقد، فالمكره لا يقع عقده ولا يوجد لتخلف ارادته بتخلف رضاه قهرا .

وقد اشترط الشارع في لزوم البيع ان يكون البائع رشيدا وان يكون طائعا مختارا فيما يلتزم به. والاكراه من أهم عيوب الرضا في الفقه الاسلامي وقد أفرده الفقهاء بالتأليف، لما فيه من احكام وتعريفات .

واثر الاكراه على العقد يتناول من وجوه ثلاثة :

- الاهلية في انجاز العقد

- مسؤولية الفاعل بالنسبة لمن وقع عليه الاعتداء مثلا

- مسؤولية المكره بالكسر سواء بالنسبة للمكره بالفتح او بالنسبة للمعتدى

عليه بسبب الاكراه وهو الشخص الثالث .

ولا يهدم الاكراه بالضرورة وجوب اتباع الحكم الشرعي .

فالمكره الذي يخير بين القتل او شرب كأس من الخمر مثلا يجب عليه ان يشرب الكأس ، أما الذي يخير بين ان يقتل غيره او يقتل، فانه يحرم عليه دائما قتل غيره، لانه لا فرق بين حياته هو وحياة اخيه ، نعم ، لا يقام عليه الحد لو فعل ذلك لوجود الاكراه .

والاكراه الذي يقع من أجل عمل مشروع، لا يضر بالعقد، بل بمضي، كما لو أجبرته الدولة على بيع ملكه لاجل مصلحة عامة ، فان البيع يمضي. ولا أثر للاجبار عليه .

6 - أصول الحكم في الاسلام

26 - قبل ان نتكلم عن طبيعة الحكومة الاسلامية وأصول الحكم في الاسلام ينبغي ان نعرفكم بأشكال الحكومات المعروفة لهذا العصر لنرى مركز الحكم الاسلامي من بينها .

فالحكومات اما جمهورية، وإما ملكية .

والجمهورية إما رئاسية، وهي التي يقوم رئيس الدولة فيها باختصاصات رئيس الحكومة ويكون مسؤولا اما مباشرة أمام الشعب او أمام مجلسين ينتخبهما الشعب لمدة معينة. وينتخبه عادة من بين المواطنين، الشعب كله، او ينتخب اعضاء المجلس او المجلسين من بينهم او من الشعب رئيسا للجمهورية لمدة معينة يمثل فيها الجمهورية وينفذ القوانين ويسير دفة الحكم مستعينا بوزرائه .

واما برلمانية وهي التي يحكم رئيس الجمهورية فيها بوساطة مجلس وزراء يعينهم ويكثون مسؤولين مباشرة أمام البرلمان، ويكون حق التشريع في هذه الحالة للبرلمان في الغالب او بالاشتراك مع رئيس الدولة . وليس للرئيس وحده حق اصدار القوانين ولا الغاء ما صدر عن البرلمان تحقيقا للفصل بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية .

وتتنوع اشكال الجمهوريات بحسب درجة الديمقراطية المحققة في بلد ما، وطبيعة المذهب الذي تنتحله الدولة .

والحكومات الملكية ، اما مطلقة او مقيدة .

فالاولى يكون الحكم فيها للملك يحكم الشعب مدة حياته بحق وراثي، ويجمع في يديه السلطة التنفيذية والتشريعية، وهو الذي يصدر القوانين ويلغي ما شاء منها، مستعينا بوزرائه الذين يكونون له بمثابة المساعدين يسألون أمامه، بينما يكون هو مسؤولا أمام الشعب بصفة مباشرة .

والمقيدة هي التي تسمى بالملكية الدستورية ، وهي التي يشرك الملك فيها أمته معه في الحكم اشراكا حقيقيا . وحينئذ يكون لها دستور او قانون اسلامي يسمح بانتخاب الامة ممثلين عنها في مجلس او مجلسين ويعين الملك رئيسا للوزراء ومجلس وزراء . ويتولى الملك السلطة التشريعية مع المجلس او المجلسين بينما يتولى الوزراء باسمه السلطة التنفيذية ويكون القضاء مستقلا عن السلطتين ويحكم باسم الملك ونيابة عنه .

ويسأل الوزراء أمام المجلس او المجلسين .

كما ان الامة تشترك مع الملك في صيانة النظام الاساسي وحماية المقدسات وأمن الدولة .

وإذا كانت الامة تسير في تشريعاتها دون مراعاة لعقيدة اساسية، فهي الحكومة الشورية المطلقة. فان كانت تخضع في توجيهها لعقيدة الدين فهي الشورية المقيدة .

27 - وجود نظام كهنوتي في البلدان الغربية، والخلاف الذي نشأ بسبب الاصلاح الديني بين الكاثوليكين والبروتستانتين في المانيا وسويسرا وبريطانيا ، ادى الى قيام حركة تعمل للادينية الدولة، اي حيادها بالنسبة لمختلف المعتقدات الموجودة في بلادها. مع ضمان امن التدين للجميع. وقد سارت فرنسا على هذا المنهج ولم يشايعها احد من الدول الديمقراطية التي قررت اعتبار دين ما، الكاثوليكية او البروتستانتية دينا رسميا للدولة .

اما الجمهوريات الاشتراكية، فانها تقرر الحياذ الديني، ولكنها تفرض (حزبية) الدولة ، فتحل عقيدة الحزب مكان عقيدة الكنيسة .

وطبيعي ان الاسلام دين بمعزل عن كل سلطة كنيسة ، ولذلك فمن الخطأ تبني بعض الدول الاسلامية لفكرة تدين الدولة او عدم تدينها، ولذلك اعتبرنا الافضل ان تعرض القضية باعتبار الواقع الشعبي لان الامة إما ان تكون متمسكة بعقيدة ما ، فان نوابها سيراعونها لا محالة، لانهم اختيروا على أساسها، واما ان تكون غير متمسكة بعقيدة ما، وحينئذ فان النواب يسكونون مطلقي الحق في تفكيرهم التشريعي .

28 - واذا نحن رجعنا الى الاسلام فيجب ان نفرق بين العهد الذي كان فيه النبي صلى الله عليه وسلم حيا ، وبين عهد الخلفاء من بعده .

فعهد الرسول ، كان مبنيا على أساس رسالة النبي ، وقد كان عليه السلام معتبرا في نظر المسلمين وغيرهم رئيس الامة الاسلامية والمدبر لشؤونها والقاضي والمشرع. فيما يعرض لها من الامور ، وفي الوقت نفسه الرسول المبلغ عن الله ما أمر بتبليغه من عقيدة وشريعة ومنهاج .

ومع كونه عليه السلام بحكم رسالته، وبحكم مرحلة التأسيس التي قام بها بأمر الله للدين الاسلامي والدولة الاسلامية ، فقد كانت حكومته عليه السلام

طيلة حياته الشريفة شورية مقيدة. فقد كان عليه السلام يستشير أمته في سائر أمور الدنيا وفي بعض أمور الدين التي لم ينزل فيها تشريع من السماء .

وفعل ذلك عليه السلام أمثالاً لامر الله له في قوله : (وشاورهم في الامر ، فاذا عزمتم فتوكل على الله) وقد وصف سبحانه المجتمع الاسلامي بطبيعته فقال : (وامرهم شورى بينهم) ومما استشار فيه النبي صلى الله عليه وسلم اصحابه فداء الاسارى في غزوة بدر وقضية الاذان، وغراسة النخل ، وغير ذلك من الامور المعروفة في كتب السيرة، وتتجلى شورية الحكم الاسلامي في عهده صلى الله عليه وسلم في العهد النبوي الذي أعطاه للمهاجرين والانصار وسكان المدينة وقبائلها على اختلاف اصلهم وديانتهم حين وصوله للمدينة المنورة ، فانه يبين بوضوح الاسس التي قامت عليها الامة المحمدية، وحكومتها. ومع ان هذا العهد النبوي من أقدم الوثائق التي حفظتها لنا كتب السير ، ومن أول ما دون من الاحكام الشرعية واخطرها قيمة ، فقد اغفله المتكلمون عن اصل الحكم في الاسلام وعن طبيعة السيادة والسلطة ، وحقيقة الامة في الاسلام، ولذلك ارى من الواجب ان اودعه هذا الكتاب واعقب على ما فيه بالتوضيح وبعض الشرح الضروري لحياء لعهد نبوي عظيم ، وتذكيراً بالدستور الاول لبناء الامة الاسلامية .

الدستور المدني او العهد النبوي

- 29 : بسم الله الرحمان الرحيم
- 1 - هذا الكتاب من محمد النبي (رسول الله) بين المومنين والمسلمين ، من قریش و«أهل يثرب» ومن تبعهم، فلحق بهم وجاهد معهم .
 - 2 - انهم أمة واحدة من دون الناس .
 - 3 - المهاجرون من قریش على ربعتهم يتعاقلون بينهم وهم يفدون عانيهم بالمعروف والقسط بين المؤمنين .
 - 4 - وبنو عوف على ربعتهم يتعاقلون معاقلهم الاولى ، وكل طائفة تفدي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين .
 - 5 - وبنو الحارث (من الخزرج) على ربعتهم يتعاقلون معاقلهم الاولى ، وكل طائفة تفدي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين .
 - 6 - وبنو ساعدة على ربعتهم يتعاقلون معاقلهم الاولى ، وكل طائفة تفدي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين .
 - 7 - وبنو جشم على ربعتهم يتعاقلون معاقلهم الاولى ، وكل طائفة تفدي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين .
 - 8 - وبنو النجار على ربعتهم يتعاقلون معاقلهم الاولى ، وكل طائفة تفدي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين .
 - 9 - وبنو عمرو بن عوف على ربعتهم يتعاقلون معاقلهم الاولى ، وكل طائفة تفدي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين .
 - 10 - وبنو النبيت على ربعتهم يتعاقلون معاقلهم الاولى ، وكل طائفة تفدي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين .
 - 11 - وبنو الاوس على ربعتهم يتعاقلون معاقلهم الاولى ، وكل طائفة تفدي عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين .
 - 12 - وان المؤمنين لا يتركون مفرجا بينهم ان يعطوه بالمعروف في فداء او عقل .

- 12 - ب - وان لا يخالف (يحالف ؟) مؤمن مولى مؤمن دونه .
- 13 - وان المؤمنين المتقين (ايديهم) على (كل) من بغى منهم او ابتغى دسيمة ظلم او اثمًا او عدوانًا او فسادًا بين المؤمنين ، وان ايديهم عليهم جميعًا ولو كان ولد احدهم .
- 14 - ولا يقتل مؤمن مؤمنًا في كافر ، ولا ينصر كافرًا على مؤمن .
- 15 - وان ذمة الله واحدة ، يجبر عليهم ادناهم ، وان المؤمنين بعضهم موالى بعض دون الناس .
- 16 - وانه من تبعنا من يهود فان له النصر والاسوة غير مظلومين ولا متناصر عليهم .
- 17 - وان سلم المؤمنين واحدة ، لايسالم مؤمن دون مؤمن في قتال في سبيل الله الا على سواء وعدل بينهم .
- 18 - وان كل غازية غزت معنا يعقب بعضها بعضًا .
- 19 - وان المؤمنين يبيء بعضهم عن بعض بما نال دماءهم في سبيل الله .
- 20 - وان المؤمنين المتقين على احسن هدى واقومه .
- 20 - ب - وانه لا يجبر مشرك مالا لقريش ولا نفسًا ولا يحول دونه على مؤمن .
- 21 - وانه من اعتبط مؤمنًا قتلًا عن بينة فانه قود به الا ان يرضى ولي المقتول (بالعقل) وان المؤمنين عليه كافة ولا يحل لهم الا قيام عليه .
- 22 - وانه لا يحل لمؤمن اقر بما في هذه الصحيفة وأمن بالله واليوم الآخر ان ينصر محدثًا او يؤويه ، وانه من نصره او آواه فان عليه لعنة الله وغضبه يوم القيامة ولا يؤخذ منها صرف ولا عدل .
- 23 - وانكم مهما اختلفتم فيه من شيء ، فان مرده الى الله والى محمد ص .
- 24 - وان اليهود ينفقون مع المؤمنين ما داموا محاربين .
- 25 - وان يهود بني عوف أمة مع المؤمنين لليهود دينهم وللمسلمين دينهم ، ومواليهم وانفسهم الا من ظلم او اثم فانه لا يوتغ الا نفسه وأهل بيته .
- 26 - وان ليهود بني النجار مثل ما ليهود بني عوف .
- 27 - وان ليهود بني الحارث مثل ما ليهود بني عوف .
- 28 - وان ليهود بني ساعدة مثل ما ليهود بني عوف .

- 29 - وان ليهود بني جشم مثل ما ليهود بني عوف .
- 30 - وان ليهود بني الاوس مثل ما ليهود بني عوف .
- 31 - وان ليهود بني ثعلبة مثل ما ليهود بني عوف الا من ظلم واثم فانه لا يوتغ الا نفسه وأهل بيته .
- 32 - وان جفنة بطن من ثعلبة كأنفسهم .
- 33 - وان لبني الشطبية مثل ما ليهود بني عوف ، وان البر دون الاثم .
- 34 - وان موالي ثعلبة كأنفسهم .
- 35 - وان بطانة يهود كأنفسهم .
- 36 - وان لا يخرج منهم أحد الا بإذن محمد .
- 36 - ب - وانه لا ينحجز على ثار جرح ، وانه من فتك فينفسه وأهل بيته ، الا من ظلم وان الله على ابر هذا .
- 37 - وان على اليهود نفقتهم ، وعلى المسلمين نفقتهم ، وان بينهم النصر على من حارب اهل هذه الصحيفة وان بينهم النصح والنصيحة والبر دون الاثم .
- 37 - ب - وانه لا يأثم امرؤ بحليفه، وان النصر للمظلوم .
- 38 - وان اليهود ينفقون مع المؤمنين ماداموا محاربين .
- 39 - وان يثرب حرام جوفها لاهل هذه الصحيفة .
- 40 - وان الجار كالنفس غير مضار ولا آثم .
- 41 - وانه لاتجار حرمة الا باذن اهلها .
- 42 - وانه ما كان بين اهل هذه الصحيفة من حدث او اشتجار يخاف فساده فان مرده الى الله والى محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وان الله على اتقى ما في هذه الصحيفة وابره .
- 43 - وانه لا تجار قريش ولا من نصرها .
- 44 - وان بينهم النصر على من دهم يثرب .
- 45 - واذا دعوا الى صلح يضالحونه ويلبسونه فانهم يضالحونه ويلبسونه ، وانهم اذا دعوا الى مثل ذلك فانه لهم على المؤمنين الا من حارب في الدين .
- 45 - ب - على كل اناس حصتهم من جانبهم الذي قبلهم .

46 - وان يهود الاوس مواليهم وانفسهم على مثل ما لهذه الصحيفة ، مع
البن المحض من أهل هذه الصحيفة ، وان البر دون الاثم ، لا يكسب كاسب
الا على نفسه. وان الله على اصدق ما في هذه الصحيفة وابره .

47 - وانه لا يحول هذا الكتاب دون ظالم او آثم . وانه من خرج آمن ومن
قعد آمن بالمدينة الا من ظلم واثم . وان الله جار لمن بر واتقى ، ومحمد
رسول الله صلى الله عليه وسلم .

30 - روى هذه الوثيقة ابن اسحاق في السيرة ، وابن هشام كذلك في
سيرته ومثلها ابن سيد الناس في سيرته وابن سعد في الطبقات ، وأبو داود
في السنن. وروى بعضها في كتب كثيرة، وذلك ما يدل على صحتها. وقد
اثبتها صاحب مجموعة الوثائق السياسية في العهد النبوي والخلافة الراشدة
ووضح مراجعها في فهرس المصادر الملحق بكتابه. ثم ليس هنالك في
نصها ما يشتم منه رائحة ضعفها او عدم صحتها ، فهي تمثل ظروفًا واقعية
عند مقدم النبي والمهاجرين للمدينة تؤيدها كل الأدلة الثابتة . كما ان
محتويات الوثيقة تتفق تماما مع مقتضيات الشريعة الاسلامية، وفيها عبارات
تأكدت فعلا باللفظ او المعنى في القرآن الكريم . زيادة على انها تحتوي على
الخطوط الرئيسية التي سار عليها الرسول عليه السلام في بناء وحدة الامة
وفي سياستها الداخلية مع كل طائفة من العرب، والخارجية مع غير المسلمين
من الامم، ولكن هل اعلن صلى الله عليه وسلم هذا العهد قبل بدر او
بعدها ؟ .

أما الرواة المسلمون فانهم مجمعون على انها وقعت بمجرد قدوم رسول
الله صلى الله عليه وسلم الى المدينة. وفي ذلك يقول السيد محمد حميد الله
في مقدمة مجموعة الوثائق السياسية المذكورة : ولما هاجر رسول الله صلى
الله عليه وسلم الى المدينة وجد هناك عدة قبائل يهودية فعاهدهم فدخلوا في
دولة وفاقية (Federation) تحت رئاسة محمد صلى الله عليه وسلم .

وقد أكد ذلك المستشرق ويلهاوزن الذي نشر البابين المشتملين على كتب
النبي صلى الله عليه وسلم . وذكر الوفود عليه من طبقات ابن سعد مع
ترجمتها الى الالمانية والتعليق عليها .

وزعم هوبرت جريم في كتابه عن الرسول، ان الوثيقة لم تقع الا بعد بدر ، لان وظيفة الحكم المعطاة للنبي صلى الله عليه وسلم في المادة 23 والمادة 36، تدل على ان سلطته كانت معترفا بها، ثم ان التلويح للجهاد في سبيل الله الواقع في المادتين 17 و 19 وفي الدين في المادة 45 ، تشير الى سبق نوع من الكفاح. هذا الى ان الموقف المطلوب من المدنيين اتخاذه ازاء القرشيين لا يعقل الا بعد بدر ، اي بعد ان وقع عداة فعلي بين الجانبين . وقد رد المستشرق الكائناني على جريم، مبينا له ان الشبه التي عرضها لا تبلغ درجة الثبوت التي يظنها. واذن فالصواب انها وقعت قبل بدر . ونضيف نحن الى ان كل الظروف المحيطة بالرسول عند مقدمه للمدينة تبين الضرورة التي تدعوا الى تنظيم مركز المسلمين ورسولهم في الوسط الذي يقيمون فيه، واستكمال الضمان الضروري لحماية بيضتهم من خيانة يهود المدينة او مشركيها وتواطئهم مع القرشيين، ولا يعقل ان يدخل المسلمون في غزوات مع قريش وظهرهم غير محمي، ومركزهم في المدينة غير متين .

والذي يظهر ان الوثيقة وقعت من أول مرة في صورتها الحالية ، ولم تقع في غيرها كما حاول المستشرق وات ان يستنتج من تغاير بعض العبارات او تكرار ذكر بعض القبائل فان ذلك واضح الاسباب من العبارات نفسها .

ولكي نفهم الدستور المدني على حقيقته يجب ان نحمله الى عناصره الاساسية التي يتركب منها :

- فاول ما يبده القارىء من الدستور المدني :
- أ - اعلان النبي صلى الله عليه وسلم لتكوين الامة .
 - ب - هذه الامة ليست مبنية على الدم والقرباة، ولكن على العقيدة من جهة والتحالف والتضامن لحماية الامة من جهة اخرى .
 - ج - شكل هذه الامة وفاقي رابطته الارض (بئرب) والرئيس (محمد) .
 - د - اعلان وحدة هذه الامة من دون الناس .
 - هـ - فتح أبواب الامة لمن شاء الانخراط فيها اما بالدخول مع المؤمنين في دعوتهم ، واما باللاحق بهم وتبعيتهم والجهاد معهم .

وهذا ما تتضمنه المادتان الأولى والثانية ، وهو يبين بوضوح كيف انه صلى الله عليه وسلم قام بثورة عظيمة قلبت الوضع الاساسي للمجتمع العربي، بينما كانت القبائل العربية تتطاحن فيما بينها ولا تعتبر لها رابطة غير رابطة الدم في اضيق حدوده، جمع بينها في رابطة أسمى هي رابطة الامة الواحدة ذات الارض الواحدة ، وان اختلفت عقيدتها ونسبتها وسلالتها . ومما يؤكد هذه الوحدة وصفتها كون النبي عليه السلام ، ذكر الوحدات القبلية باعتبار اتحاداتها، ولم يذكر قبائل بني قريظة والنضير وبني قينقاع اليهودية عدا لها مع القبائل العربية التي تسكن هي في اونها ليتمكن عد قريظة والنضير مع يهود الاوس وثلعية، لانهما يقيمان بين اوس الله وثلعية بن عمرو بن عوف . وحينئذ يكون المقصود بهذه الجملة : يهود بني عوف اليهود الذين كانوا متحدين مع هذه القبيلة، او تكون القبائل اليهودية اعتبرت متحدة مع بني عبد الأشهل التي تعتبر من بني النبيت .

تتكون هذه الامة الوفاقية من ثلاث مجموعات :

- 1 - المؤمنون بمحمد من المهاجرين والانصار .
- 2 - القبائل العربية المتساكنة كل على ربعته ومواليه ، ومن هاجر اليهم من قريش .

3 - اليهود المتساكنون مع القبائل العربية ومواليهم .

ويمكن ان نقول : ان هنالك تقسيمين متوازيين للمجتمع المدني بعد اعلان الدستور .. هنالك من جهة المؤمنون من مهاجرين وانصار، وهنالك المشركون واليهود، وثمت، القبائل العربية ، من مسلمين ومشركين. واليهود الملحقون بهم. فمن جهة الاحتفاظ بالنظام الخاص والتقاليد بقي كل على ربعته .

ومن جهة الدين ، تمايز المؤمنون عن غيرهم .

ولكن الجميع يتحد في تضامن تام لبناء صرح الامة والدفاع عن حوزتها تحت رعاية النبي وحكمه .

ما يخص المؤمنين :

المادة العشرون ، تصف المؤمنين المتقين على أحسن هدى ، وأقومه .

ومعنى ذلك انهم غير محتاجين للالتزام بعدم اجارة مال لقريش ولا نفس كما هو الحال مع المشركين، الذين تشترط ذلك عليهم المادة 20 ب .

ودماء المؤمنين متكافئة، تنص على ذلك المادة 19 .
وتضامن المؤمنين شيء مؤكد، فسلمهم واحدة، لا يسالم مؤمن دون مؤمن
في قتال الا على سواء وعدل بينهم (م 17) .

والمؤمنون بعضهم اولياء بعض يجير عليهم اذناهم (م 15) .
وهم يد على من سواهم من كل من بغى او اتبع طريق الظلم والعدوان او
الفساد بين المؤمنين وهم لا يراعون في ذلك الا ولا ذمة ولو كان الباغي ولد
احدهم (م 13) .

ولا يترك المؤمنون مفرحا بينهم، وهو الذي لا نسب له ولا ولاء او القاتل
يوجد بين القرشيين فيعطوه بالمعروف في فداء او عقل (م 12) .
ولا ينصر المؤمنون مبتدعا او مفسدا لأمن الامة او يأوونه والا نالوا لعنة
الله وغضبه (م 22) .

ولا يحالف مؤمن مولى مؤمن دونه اي بدون موافقته ورضاه (م
12 ب) .

ولا يقتل مؤمن مؤمنا في كافر ولا ينصر كافرا على مؤمن (م 14) .
وكل ما اختلف فيه المؤمنون من شيء فمرده الى الله والى رسوله (م
23) .

ويستبين من هذه الخصائص ان الامة المؤمنة بمحمد ، ترجع في شؤونها
الى الله والى رسوله وانها تعطي القدوة في سلوكها حتى لتكون على أحسن
هدى واتمه وانها متضامنة في حماية بيضة المسلمين ، دماؤهم واحدة وغاياتهم
واحدة ، يحاربون متحدين ويسالمون متحدين ، ولا يظلمون ولا يأوون محدثا
او ظالما ، وهم أشداء على اعدائهم رحماء بينهم ، سلم لمن سالمهم حرب
لمن عاداهم . ليست تلك هي صفة الاخاء الاسلامي الذي وحد بين المؤمنين
وتحدث عنها القرآن من قبل الدستور ومن بعده ؟؟ وهكذا فان محمدا عليه
السلام ليس رسولا للمؤمنين فحسب ، ولكنه رئيسهم ايضا .

ما يعم القبائل العربية المتساكنة في يثرب :
ضمن الدستور لمختلف القبائل العربية المتساكنة في يثرب سواء كانت
اصلية او من الذين هاجروا من قريش ان يبقوا على ربعتهم (وهي كعنبه)
امرهم الذي كانوا عليه، اي يجرون على ما تعارفوا عليه في العقل والفداء،

بشرط ان لا يتجاوز ذلك حدود المعروف والقسط بين المومنين. وهذه العبارة التي وردت مع كل الفقرات تدل على الاحتفاظ للاسلام بحق اصلاح التقاليد العربية، والهيمنة عليها باقرار بعضها ونبذ الاخر تبعا لتعاليم الدين المتتالية .

وهذا ما تتضمنه المادة الثالثة وما بعدها حتى الحادية عشرة .
وتفيد جملة (وكل طائفة تفدي عانيها الخ) الواردة في كل مادة من هذه المواد، ان القبائل العربية المذكورة تكون اتحادات من مختلف العشائر والفتحات، فتجرى كل اجزاء تلك الاتحادات على ما كان لها من قبل في حدود اتحادها الخاص المرتبط بوقايف الامة الاسلامية .

ما يخص المشركين :
وهما مادتان : واحدة تشتترط عليهم ان لا يجبر مشرك مالا لقريش ولا نفسا ولا يحول دونه على مومن (م 20 ب). والثانية انه من اعتبط مومنا قتلا عن بينة فانه قود به الا ان يرضي ولي المقتول بالعقل (م 21).

ويظهر ان المشركين في المدينة كانوا عند هجرة النبي صلى الله عليه وسلم اقلية وانها لم تكن ترى بأسا من الانحياز الى المسلمين، كما يظهر ان الاتصال الذي كان صلى الله عليه وسلم قد قام به في العقبة والبيعة التي بايعه اياها وفود يثرب، مهد له نفوس العرب المومنين، فلم يحتج معهم لاكثر من التنظيم والتوثيق .

ما يخص اليهود :
ويظهر ان كثافة اليهود وتشددهم في موقفهم جعل النبي يتأكد من امرهم اكثر من المشركين فبعد ان اعترف لهم انهم امة مع المومنين لليهود دينهم وللمسلمين دينهم مواليهم وانفسهم نبه الى ان من ظلم او اثم فانه لا يملك الا نفسه واهل بيته (م 25).

وقد كان هذا التأكيد لمختلف الطوائف اليهودية المذكورة باسمائها، في المواد 25 حتى 31 ثم المادة 33، واكد نفس العهد لموالي كل طائفة من اليهود او بطانتهم، وذلك ما تحتوي عليه المادة 32 و34 و35 و36. والمادة 47 .
وقد استشكل وات، تكرار ذكر يهود الاوس في المادة 30 وفي المادة 46. والواقع انه لا اشكال في ذلك لان الاولى خاصة بيهود الاوس انفسهم. اما الثانية فيقصد منها مواليهم .

ثم ان تأمين كل وحدة من اليهود ومن مواليهم على نفسها وتحميلها وحدها مسؤولية ما يرتكبه اهلها محوا لكل رابطة بين مختلف الطوائف المتساكنة في المدينة الا رابطة الامة، وفرض قانون الامة في كل ما يرجع للفصل بين علاقات تلك الوحدات مع بعضها افرادا او جماعات. وهذا من بديع العمل في اقرار سلطة الامة والاعتراف بها من الجميع .

وفي المادة 36، اشترط الميثاق على اليهود ان لا يخرج منهم احد الا باذن محمد. وهذا ما يؤكد سلطة النظام الاسلامي على القبائل اليهودية في المجتمع المدني. والمقصود بالخروج في نظرنا الخروج مطلقا إلى ما وراء منطقة الامة، وليس الخروج للحرب كما فهمه بعض الشارحين .

وفي المادة 36 ب، وانه لا ينحجز على ثأر جرح، وانه من فتك فينفسه واهل بيته الا من ظلم، وان الله على ابر هذا. والذي نفهمه من هذه المادة، ان مما التزم به اليهود ان واحدا منهم لا ينحجز اي لا يمتنع ويحمي نفسه اذا ترتب عليه ثأر جرح اي عقاب جرح ارتكبه، ولكن العقاب لا ينال الا نفسه فيما يجب فيه القصاص والا نفسه واهل بيته فيما تجب فيه الدية. ولكن من ظلم اي اعتدى عليه فدافع عن نفسه فانه حينئذ لا يعاقب عقاب الجاني. ومعنى هذا ان الدفاع عن النفس مشروع مبدئيا، وقد لا يعاقب المظلوم اذا دافع عن نفسه، ولكن ذلك طبعا مقيد بما اذا لم يتمكن من رفع قضيته للسلطة المختصة. فالعبرة في هذه المادة كقوله تعالى في غير هذا الموضوع : ((لا يحب الله الجهر بالسوء من القول الا من ظلم)) فانه لا يحب الجهر بالسوء مطلقا ولكن من ظلم معذور على كل حال. وكذلك من فتك فينفسه واهل بيته الا اذا كان مظلوما فان له عدرا مخفقا على كل حال. ولذلك اردفه بقوله، وان الله على ابر هذا. اي انه سبحانه لا يصادق من كل اعمال الثأر او الدفاع الا على ما هو بر وعدل. اي ان اقرار المبدأ الذي يعترف بحق الدفاع لا يمنع ابدا من تطبيق الشرع الالهي لتحقيق البر والعدل(1).

(1) ترجم وات هذه المادة بما يفهم منه غير ما بيناه، فقد جعل ضمير لا يخرج احد في المادة 36 عائدا على كل اهل الصحيفة، وان المقصود بالخروج، الخروج الى الحرب. كما ترجم المادة 36 ب على معنى ان احدا لا يمنع من الانتقام في جرح اصابه ولكن اذا فتك فالفتك ينزل به وباهل بيته، واما نصف الفقرة الاخيرة فقد تشكك في مدلوله. والصواب هو ما نترجمنا به المادتين. وهو ما يهدي لهما مدلولهما العربي. ومقتضى عدم التشويش في الضمائر. وقارن وات ص 270 من كتاب (محمد في المدينة (Mohamed a medine)

وفصل الميثاق امر الانفاق، فنص على ان اليهود ينفقون مع المومنين ما داموا محاربين، اي الفريقين ينفقان على الحرب ماداموا فيها، فاذا كان السلم، فان على اليهود نفقتهم فيما يخص شؤونهم، وعلى المسلمين نفقتهم فيما يخص شؤونهم. ولكن الطائفتين معا متضامنان في الدفاع ضد من حارب اهل هذه الصحيفة، وفي كل الاحوال فان علاقة بعضهم ببعض تقوم على النصح والنصيحة. والبر دون الاثم والمقصود بالنصح الاخلاص. وبالنصيحة الاعراب عنه اثناء العمل (مادة 24 ومادة 37) وتكررت المادة 24 بالحرف في المادة 38. ولعل ذلك للتأكيد بمناسبة الحديث عن المواد العامة .

وتتوج هذه المواد الخاصة بيهود المدينة، بالمادة 16 التي تفتح الباب على مصراعية لمن اتبع المسلمين من يهود. وتضمن له النصر والاسوة غير مظلومين ولا متناصر عليهم .

مواد تنظيمية :

والى جانب هذه المواد الاساسية توجد مادة تنظيمية تتعلق بالتناوب الذي يجب ان يكون في الغزو بين مختلف الطوائف على التعاقب فيما بينهم وهي المادة 18. وهي الى جانب المواد المتعلقة بتوزيع النفقة كل في ما يخصه، واشراك اليهود اذا حاربوا في النفقة مع المسلمين والى جانب المادة 45 ب التي تقول ان على كل اناس حصتهم من جانبهم الذي قبلهم : تكون المواد التنظيمية في العهد المدني. وخلاصة ما تحتوي عليه تلك المواد، ان :

أ - على كل اناس حصتهم من جانبهم الذي قبلهم، اي ما يكتسبون به من جنود اثناء الدفاع .

ب - ان كل غازية تعقب غيرها، فنظام التعبئة دوري .

ج - النفقة على الجميع اثناء الحرب. ثم كل يتكلف بالنفقات الخاصة بطائفته اثناء السلم. وهو نوع من الذاتية المالية لكل طائفة فيما يخصها. ولا شك انه يستثنى من هذا ما شرع بعد من زكوات وخراج وغيره .

أصول عامة :

تنص الوثيقة على اصول دستورية عامة، تشمل طوائف الامة باسرها، ويجب على الجميع اتباعها وهي :

° أ - ان يثرب حرام جوفها لاهل هذه الصحيفة، ومعنى هذا انها حمى لهم لا يمسه احد من دونهم بدون رضاهم (م 39) .

° ب - ان من جاور بها او دخل في جوارها فهو محمى بمثل ما تحمى به النفس بشرط ان لا يضار ولا يأتّم. وهو ما يدل على ان باب الامة مفتوحة لجميع القبائل والشعوب. وما يفسر بوضوح الكتب التي ارسلها النبي للملوك والرؤساء يطلب منهم الدخول في حظيرة الامة بالاسلام او بالدخول في ذمة المسلمين .

° ج - ولكن اذا كان الاحترام والدخول في الجوار ممكنا، فان حرمة الآخرين لا تجار بغير موافقة اهلها (م 41) والمعنى : انه لا ترغم امة او قرية على الاحترام بالمسلمين دون رضا اهلها. وقد فسر وات الحرمة هنا بالمرأة. اي ان المسلمين لا يقبلون جوار المرأة بدون رضا اهلها، وهو بعيد. لانه ان كان المقصود بالجوار الدخول في الاسلام فلا يعقل ان يوافق عليه النبي، لانه لم يكن ليرد احدا يريد الدخول في الاسلام رجلا كان او امرأة. وان كان المقصود به الاحتماء، فهو مبذول لجميع اهل الصحيفة ذكرانا كانوا ام اناثا. فالصواب هو ما شرحنا به المادة .

° د - ويؤكد ذلك اي كونه يتعلق بجوار الاجانب عن الصحيفة ما في المادة 43 من انه لا تجار قريش ولا من نصرها. فهو التزام من اهل الصحيفة عامة بعدم حماية كفار قريش ومن ناصرهم من الاحلاف، لان فيهم تتجلى المعارضة الوثنية لنشر دعوة الاسلام وترعرع دولته .

° هـ - ومادام اهل الصحيفة يكونون امة دعوة، ويقفون صفا واحدا ضد الوثنية العربية فمن المتوقع ان يداهمم العدو، ولذلك اصبح من الضروري تأكيد المناصرة ضد كل من دهم يثرب او هاجمها وهو ما تنص عليه المادة . 44

° و - وهذه الحرب الدفاعية، لا ترمي لاكثر من حماية حوزة الامة، وتحقيق حرية الدعوة للدين. ولذلك يجب ان يكون المقاتلون صفا واحدا، اذا دعاهم ولي الامر الى صلح نافع اجابوا اليه ولبوه كما ان طوائف هذه الصحيفة اذا دعت الى الصلح كان على المومنين ان يجيبوا دعوتهم، الا اذا كان الامر يتعلق بمن حارب الدين فانه لا تجب الاستجابة لدعوة الصلح حينئذ. ومن

المعلوم ان العدو المنتظر هم القريشيون الذين حاربوا الدين واخرجوا النبي والمسلمين من ديارهم بغير حق. فالمادة 45 اذن، تؤكد هيمنة الدعوة الاسلامية في تقرير مصير الحرب والسلام في البلاد العربية .

° ز فاذا وقع نزاع بين اهل هذه الصحيفة او اشتجار يخاف فساده، اي من شأنه ان يفرق وحدة الامة فان مرد ذلك الى الله والى محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وان الله على اتقى ما في هذه الصحيفة وابره (م 42) وذلك ما يؤكد صفة الرئيس المرجوع اليه في الفصل القضائي بين المتخاصمين لرسول الله، وبصفة انه رسول الله، واهل الكتاب قاطبة يعلمون ان من صفة الرسول القضاء بين الناس. يدل لذلك قوله تعالى : (ولكل امة رسول، فاذا جاء رسولهم قضي بينهم بالقسط وهم لا يظلمون).

أصول عامة ب :

وهناك اصول عامة لا تتعلق بكيان الامة وحوزتها فقط، ولكنها تتعلق بحقوق انسانية، تشتمل مادة 47 منها على ثلاثة :

أ - لا يحول هذا الكتاب دون ظالم او اثم. فالمسؤولية ثابتة لا يحمي منها عهد الامان ولا وثيقته وهذا اقرار بحق الله او ما يسمى اليوم بالحق العام .
ب - من خرج آمن ومن قعد آمن بالمدينة الا من ظلم واثم. والغالب ان المقصود بالخروج هنا الغزو. اي ان من اختار القعود على الغزو فانه آمن الا اذا ارتكب ظلما او اثما .

ج - جوار الله ورسوله اي حمايتهما لمن بر بوعده واتقى في سلوكه وعمله. وكذلك المادة 46 تنص على :

د - لا يكسب كاسب الا على نفسه، وهذا ضمان لعدم معاقبة احد بجرم غيره، اي اقرار للمسؤولية الشخصية، وهو ما اكده القرآن بقوله : (ولا تزر وازرة وزر اخرى) وقوله : وان ليس للانسان الا ما سعى، وان سعيه سوف يرى، ثم يجزاه الجزاء الاوفى. وفي المادة 37 نقطتان :

هـ - لا ياتم امرؤ بحليفه. وهذه مادة تهدم ما كان مألوفا عند العرب من أخذ الحليف بجرم حليفه اذ كان الرجل يتحالف مع الآخر ويقول له ترثني وارثك وتجنى علي واجني عليك، وهي من الحيل التي استعملها الاقدمون

لتوسعة العمل بالقوانين او بالتقاليد، وقد الغى الاسلام منها ما يرجع للاخذ بالجريمة. كما الغى منها حيلة التبني لاثبات النسب .

و - النصر للمظلوم، ومن العلوم ان المظلوم والضعيف في الحكم الاسلامي يمثلان القوة الكاملة حتى ينالا حقهما، كما قال عمر في خطبته .
والآن بعد ان عرفنا محتويات هذا الدستور الاول المعلن من رسول الله صلى الله عليه وسلم في شكل تعاھدي بينه وبين المومنين به من جهة، وبين مختلف الطوائف المتساكنة في المدينة من جهة اخرى. هل نجد فيه شيئاً يتنافى مع مقتضيات النصوص القرآنية والنبوية التي تبين اصول الحكم ؟ ثم اليس فيه النموذج الاول للمدينة الاسلامية التي ستصبح اوسع ما بين لابتي كسرى وقبصر ؟؟

لقد اشكل على البعض قيام هذه الوحدة الوفاقية، فاعتبر ان الامة في الاسلام ليست مركبة من الافراد ولكن من الطوائف، وهو خطأ شنيع. لان الامة المومنة قائمة بنفسها وتندمج معها امم اخرى او طوائف تفضل البقاء على دينها ولا يكرهها الاسلام على مفارقتها، فتتمتع بنفس الحقوق الانسانية والمدنية التي يتمتع بها المومنون، لان الجميع داخل في ذمة الله وميثاقه .
واذا اردنا ان نفهم صورة المجتمع المدني كما بناه الرسول، فلنسمع لهذه الآية الكريمة :

(يا ايها الناس انا خلقناكم من ذكر وانثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا. ان اكرمكم عند الله اتقاكم) .

فهل هنالك اعلان دستوري في العالم اشتمل على التصريح بالاخوة البشرية غير القرآن ؟ وهل هنالك تطبيق له اكثر من هذا الدستور المدني الذي سوى في الحقوق والواجبات بين المومنين وبين غيرهم في حكومة يرأسها النبي الكريم ؟

ثم لنستمع لهذه الآية الاخرى لنفهم مدلول العهد النبوي :
(واذ اخذ الله ميثاق النبيين لما آتيناكم من كتاب وحكمة، ثم جاءكم رسول مصدق لما معكم لتؤمنن به ولتنصرنه ؟ قال اقررتم واخذتم على ذلكم اصرى ؟ قالوا اقررنا. قال فاشهدوا وانا معكم من الشاهدين) .

فالميثاق مأخوذ على الانبياء وعلى اممهم طبعاً، لانهم تبع لهم وان لم يذكروا. فلما جاء محمد مصدقاً لما معهم، وجب ان يومن اتباع الانبياء السابقين بنبوته وان ينصروه. وقد اتفق سكان المدينة على اعتباره رسولا رئيساً قاضياً، وان لم يومن به بعضهم ايمان المسلمين. لقد قبلوا رئاسته، والتزموا بحماية دعوته، كما التزموا بقبول احكامه التي لا يمكن ان تخالف مقتضيات شريعته، فقبل ذلك منهم عليه السلام لانه لم يبعث عليهم جباراً، ووفى لهم بوعده، ووفى المومنون والعرب، فاما الذين خانوا من يهود فقد نبذ اليهم بعد ذلك على سواء .

وهكذا اسس عليه السلام في المدينة المنورة دار سلام، يهاجر اليها كل الذين يتبوأون الدار والايمان كما تبوأها اهلها. ويشع منها الحكم الاسلامي القائم على الحرية والايمان والعدل والشورى .

وفي هذه الدار، تلقى الرسول بيعة النساء من السيدات المسلمات اللاتي بايعنه ان لا يشركن بالله شيئاً ولا يسرقن ولا يزني ولا يقتلن اولادهن ولا ياتين بهتاناً يفترينه بين ايديهن وارجلهن ولا يعصينه في معروف. وباع الرجال على مثلها، وتوالت الوفود تؤكد بيعتها واسلامها وارسل عليه السلام الرسل للملوك والرؤساء يدعوهم فيها للدخول في حظيرة الدعوة الحق دعوة السلام والاتفاق على كلمة سواء : ان لا نعبد الا الله ولا نشرك به شيئاً، ولا يتخذ بعضنا بعضاً ارباباً من دون الله .

وكنما اسلمت جهة او دخلت في عهد المسلمين، ارسل اليها عليه السلام واليا يدبر شؤونها الدينية ويؤم باهلها الصلاة ويعلمهم احكام الدين وياخذ الزكوات والاعشار، ويجمع اهلها على البر والعدل وحماية الديار .

31 الحكومة المحمدية :

قلنا ان الحكم المحمدي كان شوريا مقيداً، واستدللنا لذلك بقوله تعالى :
(وشاورهم في الامر) واحب ان اضيف لذلك انه عليه السلام كان مقيداً بدستور اعلى واسمى من كل دستور وهو القرآن والوحي الالاهي . قال تعالى
مخاطباً لنبيه :

(وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم، واحذرهم ان يفتنوك عن بعض ما انزل الله اليك)

واذن فالقران اصل دستوري للحكم النبوي، فكل ما قضى به عليه السلام على انه وحي من الله وجب امتثاله عملا بقوله تعالى :
(وما كان لمومن ولا مومنة اذا قضى الله ورسوله امرا ان تكون لهم الخيرة من امرهم))

ولكن هذه الطاعة الواجبة على الامة والمقيدة بما انزل الله، يقابلها ضمان قرآني بعصمة الرسول من ان يعبد احدا او يطغى على احد. قال تعالى :
(ما كان لبشر ان يوتيئه الله الكتاب والحكمة والنبوءة ثم يقول للناس كونوا عبادا لي من دون الله))

هل هنالك حكم اكثر تقييدا من حكم النبي عليه السلام ؟؟
التمسك باحكام القران، واستشارة المومنين، وتدبير ما فيه المصلحة الدينية والدنيوية للجميع، ثم الدعوة الدائبة للايمان وللاخاء بين الشعوب في دار السلام وشريعة الاسلام .

نظام الحكم في الاسلام بعد وفاة رسول الله

32 توفي الرسول عليه السلام، ولم يترك وصية بمن يخلفه من بعده، ولا كتب للامة نظاما خاصا للحكم غير ما سار عليه السلام في حياته، وما كان يبلغه عن الله من اصول عامة يجب ان يسير عليها الحاكمون، ولم تكن اذذاك قد تكونت مدارس خاصة بالخلافة والامامة واشكالها وشروطها، لان ذلك ما سينشأ على اثر التجارب التي سار عليها المسلمون في الصدر الاول، ولكن الذي لاشك فيه ان جميع الصحابة شعروا بعد وفاة النبي بحاجة الى من يقوم بشؤون الامة الاسلامية ويرعى بيضتها ويواصل الدعوة للاسلام في انحاء الارض .

كما انه مما لاشك فيه، ان الصحابة فكروا في الاساليب المتبعة لدى القبائل العربية وضرورة الاتفاق مع رؤساء هذه القبائل الذين كانوا يعتبرون ممثلين حقيقيين لقبائلهم معترفا لهم بحق الكلام باسمهم والبت في الشؤون نيابة عنهم .

وهكذا قصد الجميع الى سقيفة بني ساعدة، حيث اجتمع اولاً الانصار بقصد الاستشارة في الامر واختيار خليفة للنبي صلى الله عليه وسلم وقد خطب فيهم سعد بن عبادة سيد الخزرج على رغم مرضه فقال :

«يا معشر الانصار لكم سابقة في الدين وفضيلة في الاسلام ليست لقبيلة من العرب، ان محمدا لبث بضع عشرة سنة في قومه يدعوهم الى عبادة الرحمان وخلع الانداد والاثان فما آمن به من قومه الا رجال قليل وما كانوا يقدرون على ان يمنعوا رسول الله صلى الله عليه وسلم ويعزوا دينه ولا ان يدفعوا عن انفسهم ضيما عموا به، حتى اذا اراد بكم الفضيلة ساق اليكم الكرامة وخصكم بالنعمة، فرزقكم الله الايمان به وبرسوله، والمنع له ولاصحابه، والاعزاز له ولدينه، والجهاد لاعدائه، فكنتم اشد الناس على عدوه منكم واثقلهم على عدوه من غيركم حتى استقامت العرب لامر الله طوعا وكرها واعطى البعيد القيادة صاغرا داخرا، حتى اتخن الله عز وجل لرسوله بكم الارض ودانت باسيافكم له العرب، وتوفاه الله وهو عنكم راض وبكم قرير العين استبدوا بهذا الامر دون الناس فانه لكم دون الناس .

وحضر الاجتماع نفر من المهاجرين على رأسهم ابوبكر وعمر وابو عبيدة بن الجراح ولما فرغ سعد بن عباده، وأمن الانصار على قوله، تقدم عمر يريد الكلام فاخذه ابو بكر والقى خطابا حمد فيه الله واثنى عليه، وذكر ما فعله عليه السلام من مقاومة عبادة الاوثان وانقاذ العرب منها وقال :

فعظم على العرب ان يتركوا دين آبائهم فخص الله المهاجرين الاولين من قومه بتصديقه والايمان به والمواساة له والصبر معه على شدة اذى قومهم لهم وتكذيبهم اياهم وكل الناس لهم مخالف زار عليهم، فلم يستوحشوا لقله عددهم، وشذف الناس لهم واجماع قومهم عليهم، فهم اول من عبد الله في الارض وأمن بالله وبالرسول وهم اولياؤه وعشيرته، واحق الناس بهذا الامر من بعده، ولا ينازعهم في ذلك الا ظالم .

واراد ابوبكر ان لا ينكر على الانصار أحقيتهم في تولي الحكم، وان كان يرى الاولوية للمهاجرين، فقال لهم :

وانتم يا معشر الانصار ممن لا ينكر فضلهم في الدين ولا سابقتهم العظيمة في الاسلام رضيكم الله انصارا لدينه ولرسوله، وجعل اليكم هجرته، وفيكم

ازواجه واصحابه، فليس بعد المهاجرين الاولين عندنا بمنزلتكم فنحن الامراء وانتم الوزراء فلا تفتاتون بمشورة ولا تقضى دونكم الامور .

ومن هنا يظهر اننا امام مؤتمر شعبي اذا لم يكن فيه الممثلون المنتخبون من الامة فان فيه رؤساء القبائل الذين يعترف لهم بحق التمثيل بصفة اقوى من الصفة الانتخابية نفسها. وقد ظهر في هذا المؤتمر حزبان متقابلان، حزب المهاجرين، وحزب الانصار .

تكلم رئيس الحزب الثاني مطالباً بالخلافة له، ومبيناً الاسباب والدواعي التي تحمله على ذلك .

وتكلم رئيس الحزب الاول، رادا عليه حججه ومثبناً اولوية المهاجرين بتولي الحكم، ثم تقدم عمر وابو عبيدة رافضين ترشيحهما ومؤكدين ترشيح ابي بكر واولويته بالامر قائلين :

(ما ينبغي لاحد من الناس ان يتقدم عليك يا ابا بكر انت صاحب الغار ثاني اثنين، وامرك رسول الله بالصلاة فانت احق الناس بهذا الامر) .

وقام ناطق باسم الانصار يثبت حسن نية حزبه ويؤكد ولاءهم لما عاهدوا عليه النبي فقال :

وان الله ما نحسدكم على خير ساقه الله لكم، وانا لكما وصفت يا ابا بكر والحمد لله، ولا احد من خلق الله احب الينا منكم ولا ارضى عندنا ولا ايمن، ولكننا نشفق لما بعد اليوم ونحذر على هذا الامر من ليس منا ولا منكم. فلو جعلتم اليوم رجلا منكم بايعنا ورضينا به على انه اذا هلك اخترنا آخر من الانصار فاذا هلك اخترنا آخر من المهاجرين ابدا ما بقيت هذه الامة، كان ذلك اجدر ان يعدل في امة محمد صلى الله عليه وسلم .

ويبدو من كلام هذا الناطق باسم الانصار، انهم كانوا يخشون ان يلي الامر من بعد احد من القرشيين ممن سبق ان قاتلوا اباهم على الاسلام فيثار من الانصار، ويقول هذا الناطق ان ذلك هو السبب في معارضتهم لبيعة المهاجرين، ولكن اذا ضمن لهم الاشتراك في الامر فان ذلك اجدر ان يمنحهم الطمأنينة على انفسهم، ولكن ابا بكر الصديق، لم يقنعه السبب المذكور، لانه يعلم ان وحدة الحكم شيء ضروري لكل عمل، وان تعدد

الرئيس ليس من شأنه ان يحل المشكل، ولكنه رأى مع ذلك ان رأى الانصار غير متحد او على الاقل غير متمسك بالاستبداد بالامر فاراد ان يجهز على الحزب مستعملا اسلوبا نفسيا مؤثرا، لان فيه تذكيرا بالواقع وقرارا للحقيقة. فقال :

ان هذا الامر ان تطاولت اليه الخزرج لم تقصر عنه الاوس، وان تطاولت اليه الاوس لم تقصر عنه الخزرج، وقد كان بين الجيشين قتلى وجراح لا تداوى، فان نعق منكم ناعق فقد جلس بين لحبي الاسد، يضغمه المهاجري ويجرحه الانصاري(1).

وكان لهذه الكلمة وقعها في نفس الاوس فتقدم سيدهم اسيد بن حضير وكان مما قال :

(يا معشر الانصار اما والله لئن كنا اولى الفضيلة في جهاد المشركين والسابقة في الدين ما اردنا ان شاء الله غير رضا ربنا، وطاعة نينا والكرم لانفسنا، وما ينبغي ان نستطيل بذلك على الناس، وما نبتغي به عرضا من الدنيا، فان الله تعالى ولي النعمة والمنة علينا بذلك. وان محمدا رسول الله صلى الله عليه وسلم رجل من قريش وقومه احق بميراثه وتولى سلطانه، وايم الله لا يراني انازعهم هذا الامر ابدا فاتقوا الله ولا تخالفوهم ولا تخادعوهم) . ثم مد يده لمبايعة ابي بكر وتبعه الاوس، ثم تبعهم الخزرج الاسعد بن عبادة والحباب بن المنذر يقول الطبرى، قال عمر، فارتفعت الاصوات وكثر اللغط فلما اشفقت الاختلاف قلت لابي بكر : ابسط يدك ابايعك، فبسط يده فبايعته، وبايعه المهاجرون والانصار... وانا والله ما وجدنا امرا هو اقوى من مبايعة ابي بكر، خشينا ان فارقنا القوم ولم تكن بيعة ان يحدثوا بيعة، فاما ان نتابعهم على ما لانرضى او نخالفهم فيكون فساد .

وقد كانت بيعة السقيفة بيعة خاصة، اما البيعة العامة فقد تمت في الغد في المسجد حيث جلس ابوبكر على المنبر وبايعه الناس .

من هذا العرض المختصر نستخلص الى ان الواقع الاسلامي قد ضمن لاصل الشورى الاسلامي شكله القابل للتطور، فقد اجتمع الناس في مؤتمر

(1) الطبرى

ضم حزبين مختلفين ادلى كل واحد منهما برأيه ثم اتفقت الاغلبية على انتخاب الخليفة بطريق المبايعه، واكد عامة المسلمين ذلك حين اجتماعهم في المسجد، وبقيت فئة معارضة فيها علي ومن معه من بني هاشم لاعتقادهم انهم احق بالخلافة من عامة قريش. ثم لم يلبث علي، ان ساند ابا بكر. وهكذا يبدو ان الحكم الاسلامي حكم ديمقراطي فيه الرئيس المنتخب وفيه حرية المعارضة والمناقشة في الرأي، والشورى .

وبمجرد ما تمت البيعة لابي بكر اعلن سياسته التي ينوي المضي عليها في هذه الخطبة القصيرة التي تؤكد ان حكمه مقيد بالاحسان وبطاعة الله ورسوله، وخاضع لرقابة الامة التي يجب عليها ان تؤيده وتعينه اذا احسن وتقومه اذا صدف. وفي ذلك يقول :

((ابها الناس)، قد وليت عليكم ولست بخيركم، فان احسنت فاعينوني، وان صدفتم فقوموني، الصدق امانة، والكذب خيانة، والضعيف فيكم قوي عندي حتى اخذ له حقه، والقوي فيكم ضعيف حتى اخذ الحق منه ان شاء الله لا يدع احد منكم الجهاد فانه لا يدعه قوم الا ضربهم الله بالذل، اطيعوني ما اطعت الله ورسوله، فاذا عصيت الله فلا طاعة لي عليكم، قوموا الى صلاتكم برحمكم الله)) .

وحيثما مرض ابو بكر فكر في ان يعهد بالخلافة من بعده الى عمر بن الخطاب ولم يرد ان ينفرد بالرأي في ذلك، فاستطلع رأي عبد الرحمان بن عوف فقال له اخبرني عن عمر بن الخطاب، فقال له : ما تسألني عن امر الا وانت اعلم به مني، فقال، وان، فقال عبد الرحمان، هو والله افضل من رأيك فيه من رجل، ولكن فيه غلظة، قال ابو بكر، ذلك لانه يراني رفيقا ولو افضى الامر اليه لترك كثيرا مما هو عليه. ثم دعا عثمان فقال : اخبرني عن عمر، قال انت اخبرنا به فقال علي ذلك يا ابا عبد الله، اخبرني عن عمر قال : اللهم علمي به سريرته افضل من علانيته وانه ليس فينا مثله، وسأل اسيد بن حضير فقال اسيد، اللهم اعلمه الخير بعدك، يرضى للرضى ويسخط للسخط، الذي يسر خيرا من الذي يعلن، ولن يلي هذا الامر اقوى عليه منه، واستشار ابو بكر آخرين فكلهم اتى على عمر. ثم دعا ابو بكر عثمان بن عفان لاملأه كتاب عهده لعمر .

وأشرف أبو بكر على الناس وهو في شدة مرضه وقال : (اترضون بمن استخلف عليكم ؟ فاني والله ما ألوت من جهد الرأي، ولا وليت ذا قرابة، واني استخلفت عمر بن الخطاب فاسمعوا واطيعوا) فقالوا سمعنا واطعنا .

ويستخلص من الاسلوب الذي اتبعه ابوبكر في عهده لعمر، انه جعل العهد ترشيحا له وجعل الفترة بقبول الامة ورضاهها، ولم يعين احدا من اقاربه، فالعهد هنا انما هو تدبير لحصول البيعة والانتخاب دون جدل ولا خصومة .

وقد سار عمر في خلافته على النهج الذي خطه ابوبكر، من الاقتداء بالرسول واستشارة اولي الرأي في الامة، والتقيد بمقتضى الشريعة.

ولما طعن عمر طلب منه ان يستخلف فابى. وقال : (ان استخلف فقد استخلف من هو خير مني يعني ابابكر، وان اترك فقد ترك من هو خير مني (يعني رسول الله) ولن يضيع الله دينه .

ثم دخل عليه الصحابة مرة اخرى، وقالوا يا امير المؤمنين لو عهدت عهدا. فقال، عليكم هؤلاء الرهط، الذي مات رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو عنهم راض. وقال فيهم : انهم من اهل الجنة، علي بن ابي طالب، وعثمان بن عفان، وسعد بن ابي وقاص، وعبد الرحمان بن عوف، والزبير بن العوام حواري رسول الله وابن عمته، وطلحة بن عبيد الله، وعبد الله بن عمر على ان لا يكون له من الامر شيء . وقد اوصى عند تساوي الاصوات ان يقع الاختيار من الفريق الذي في صفه عبد الله بن عمر. ثم قال : فاذا وليتم واليا فاحسنوا مؤازرته واعينوه. ثم نادى عمر اهل الشورى الذين عينهم وخاطبهم قائلا : (اني نظرت فوجدتكم رؤساء الناس وقادتهم. ولا يكون هذا الامر الا فيكم، وقد قبض رسول الله وهو عنكم راض، اني لا اخاف الناس عليكم ان استقمتم، ولكني اخاف عليكم اختلافكم فيما بينكم. فيختلف الناس، فانهضوا الى حجرة عائشة باذن منها، فتشاوروا واختاروا رجلا منكم) .

فاجتمعوا حيث امرهم، واخذت اصواتهم ترتفع، فقال لهم : الا اعرضوا عن هذا اجمعون. فاذا مت فتشاوروا ثلاثة ايام، وليصل بالناس صهييب، ولا ياتين اليوم الرابع الا وعليكم امير منكم. وليحضر عبد الله بن عمر مشيرا، ولا شيء له من الامر. وطلحة شريككم في الامر، فان قدم في الايام الثلاثة فاحضروه

امرکم، وان مضت الايام الثلاثة فاقضوا امرکم. ومن لي بطلحة. فقال سعد بن ابي وقاص، انا لك به ولا يخالف ان شاء الله. فقال عمر، ارجو ان لا يخالف ان شاء الله. ثم قال للمقداد بن الاسود (اذأ وضعتوني في حفرتي فاجمع هؤلاء الرهط في بيت حتى يختاروا رجلا منهم. وقال لصهيب صل بالناس ثلاث ايام، وادخل عليا وعثمان والزيبر وسعدا وعبد الرحمان بن عوف وطلحة ان قدم، واحضر عبد الله بن عمر ولا شيء له من الامر، وقم على رؤوسهم، فان اجتمع خمسة على رجل وابى واحد فاشدخ رأسه بالسيف، وان اتفق اربعة فرضوا رجلا منهم وابى اثنان فاضرب رؤوسهما. فان رضي ثلاثة منهم رجلا منهم، وثلاثة رجلا منهم، فحكموا عبد الله بن عمر فاي الفريقين حكم له، فليختاروا رجلا منهم، فان لم يرضوا بحكم عبد الله بن عمر، فكونوا مع الذين فيهم عبد الرحمان بن عوف واقتلوا الباقيين ان رغبوا عما اجمع عليه الناس)(1).

اجتمع بمجرد دفن عمر، اهل الشورى ما عدى طلحة الذي كان غائبا، ومرت الايام الثلاثة من غير ان يتفقوا على رجل منهم، فقال عبد الرحمان : (ايكم يخرج منها نفسه ويتقلدها على ان يوليها افضلهم ؟) فلما لم يجبه احد قال : (فانا انخلع منها) فقال عثمان انا اول من رضي. فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : امين في السماء، امين في الارض. فقال القوم قد رضينا. وعلي ساكت فقال : ما تقول يا ابا الحسن ؟ فقال اعطني موثقا لتوثر الحق ولا تتبع الهوى، ولا تخص ذا رحم ولا تالوا الامة ؟ فقال اعطوني موثيقكم على ان تكونوا معي على من بدل وغير، وان ترضوا من اخترت لكم، وعلى ميثاق الله الا اخص ذا رحم لرحمه ولا الو المسلمين، فاخذ منهم ميثاقا واعطاهم مثله .

تقلد مسؤولية الاختيار عبد الرحمان بن عوف وحده، فبدا يستشير الصحابة وذوي الرأي في الامة عن يستحق ان يكون خليفة المسلمين. وحين انتهى الاجل الذي ضربه عمر جاء عبد الرحمان وقت صلاة الصبح الى المسجد حيث اجتمع بقية اصحابه مع من حضر من المهاجرين واهل

(1) الطبري وابن قتيبة ، والدكتورين حسن وعلي ابراهيم .

السابقة والفضل من الانصار وامراء الاجناد، وخطب عبد الرحمن فقال :
 (ايها الناس : ان الناس قد احبوا ان يلحق اهل الامصار بامصارهم وقد
 علموا من اميرهم ؟) فقام عمار بن ياسر وقال : : (ان اردت ان لا يختلف
 الناس فبايع عليا) فقال المقداد بن الاسود : (صدق عمار ان بايعت عليا قلنا
 سمعنا واطعنا) فقام عبد الله بن ابي سرح وقال : (ان اردت ان لا تختلف
 فريش فبايع عثمان) فقال عبد الله بن ابي ربيعة : (صدق عبد الله ان بايعت
 عثمان قلنا سمعنا واطعنا) فشمتم عمار بن ابي سرح وقال له، متى كنت تنصح
 المسلمين ؟ فتكلم بنو هاشم وبنو امية فقال عمار : ايها الناس، ان الله عز
 وجل اكرمنا بنبيه واعزنا بدينه فاني تصرفون هذا الامر عن بيت نبيكم ؟ فقال
 سعد بن ابي وقاص، يا عبد الرحمان افرغ قبل ان يفتتن الناس. فقال عبد
 الرحمان، اني قد نظرت وشاورت فلا تجعلن ايها الرهط علي انفسكم سبيلا :
 ودعا عليا فقال له : عليك عهد الله وميثاقه لتعملن بكتاب الله ورسوله وسنة
 الخليفتين من بعده ؟ قال : (ارجو ان افعل واعمل بمبلغ جهدي وطاقتي) .
 ثم دعا عثمان واعاد عليه ما قاله لعلي. فقال : نعم. فبايعه. وهكذا اعلنت
 خلافة عثمان رضي الله عنه .

لقد وقع تطور في انتخاب الخليفة، فقد تركها عمر شورى بين ذلك الرهط
 من اصحاب الرسول. ولكنهم لم يتفقوا الا على توكيل عبد الرحمان بن عوف
 لاختيار الخليفة. وقد وسع عبد الرحمان الشورى فسأل ذوي الرأي في الامة
 جميعا، ثم اجتمع الناس في المسجد وظهر حزبان متنافسان، حزب قريش
 وحزب بني هاشم، او حزب علي وحزب عثمان ولما كاد الامر ان يخرج من
 طور التشاور الى طور الافتتان، بت عبد الرحمان. ويظهر انه كان يريد من
 علي ان لا يتردد في الالتزام بتنفيذ سنة الرسول والخلفاء فلما اجاب بصيغة
 اعتبرها عبد الرحمان صيغة غير الواثق بنفسه خاطب عثمان فاجاب بالتأكيد،
 فقال بذلك اختياره. وقد رضي علي على مريض ولم يخرج عن بيعة عثمان
 رحمه الله .

وانتهى عهد عثمان بثورة مصر وبعض الاقاليم عليه، واستشهاده. فبايع
 اهل المدينة عليا، فاصبح خليفة يمقتضى الاغلبية، وتردد في بيعته سعد بن
 ابي وقاص وعبد الله بن عمر. ثم ثار عليه معاوية بن ابي سفيان وقامت

الحرب المدنية بين المسلمين، حتى انتهت بقتل علي، وقيام الدولة الاموية .
33 - وهؤلاء الخلفاء الاربعة، هم الخلفاء الراشدون، وكلهم قد ساروا في
الحكم على المنهج الشوري القائم على انتخاب الخليفة، ومشاورته
للمحكومين، وقبول قيام معارضة له. ونستنتج من ذلك ان طبيعة الحكم
الاسلامي، ديمقراطية، وان الحكم شورى بين المومنين .

والخليفة ينتخب بطريقتين :

(1) بيعة اولي الامر من الامة .

(2) عهد الخليفة السابق لمن يخلفه من بعده، بشرط رضا الامة وقبولها

لذلك .

والمصدر الشرعي لهذين الطريقتين حسبما في المواقف هو الاجماع .
فقد اجمع المسلمون على قبول بيعة ابي بكر الصديق التي وقعت بطريقة
الانتخاب .

كما اجمعوا على قبول خلافة عمر الذي عينه ابو بكر وصادق على تعيينه
الجمهور .

وترتب على التطورات التي وقعت في عهد الخلفاء الاربعة، استنتاج
المجتهدين من علماء الاسلام ان مباحث الامامة ليست من العقليات ولا من
المعتقدات، وانما هي من قبول المصلحيات او الفقيهاة حسب تعبير الغزالي
ومثله للفهري .

قال الشيخ سيد عبد القادر الفاسي : لآكن لما زعمت الامامية وبعض
المعتزلة انها تجب وشاع بين الناس في باب الامامة اعتقادات فاسدة، ومالت
فرق اهل البدع والاهواء الى تعصبات باردة تكاد تفضي الى رفض كثير من
قواعد الاسلام ونقض عقائد المسلمين، والقبح في الخلفاء الراشدين بوب
عليها في علم الاصول لبيان انه لا يجب شيء في احكام التكاليف بدون
الشرع، والحققت تلك المباحث بالكلام، وادرجت في تعريفه عوناً للفاصدين،
وصونا للائمة المهتدين من مطاعن المبتدعين(1).

(1) عبد القادر الفاسي، الامامة العظمى، الصفحة الاولى، مخطوط. (وقد طبعت بالمطبعة الحجرية بفاس).

وحاول ابن عرفة تبرير اعتبارها من المعتقدات بما يشير له حديث : من مات وليس في عنقه بيعة، مات ميتة جاهلية. وهو ما لا يصح ان يستدل به، لان الميتة الجاهلية لا تعني الشرك دائما، وإنما قد تعني حالة الفوضى وعدم الاستسلام لطاعة او حكم، وهو ارشاد من الشارع الى ضرورة الانتظام وحث عليه، وتبيين لما ينشأ عن عدمه من الاضطراب والعودة الى حالة الجاهلية من الفتنة وتغلب القوي على الضعيف، وما اصدق قول الشاعر .

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم
ولا سراة اذا جهالهم سادوا

والذي يهم حسب نظر السنهوري هو ملاحظة ان نظام الخلافة يرجع في الوقت نفسه الى القانون الدستوري والى القانون الاداري والمالي، ومباحث الامامة لا تكون وحدها كل القانون الدستوري الاسلامي، ولكن يجب ان يضاف لها مباحث الحقوق الفردية الموجودة في اماكن من كتب الفروع. وابحاث السلطة التشريعية، لان الخليفة بعكس ما يظن ليس عاهلا او توتوقراطيا، وإنما له اختصاصات تنفيذية وقضائية واسعة النطاق ولكن لا يكلف بالتشريع(1)اي لان الشريعة لله .

وينجر البحث الى النظر في فصل السلطات، وقد اخذ الفقه الاسلامي تدريجيا مبدأ فصل السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية، منذ زمن معاوية وعمر بن عبد العزيز حتى عصرنا هذا. وان ظلت كتب الفقه ترجع الاولى للثانية، دون مراعاة للفصل بينهما، لان ذلك ليست له الاهمية التي اعطتها له القوانين الاوروبية، ولكن الفصل بين السلطة التشريعية من جهة، والقضاء والتنفيذ من جهة اخرى واضح في الفقه الاسلامي اكثر مما هو في الفقه العصري. لان هذا الفقه كثيرا ما يعتبر رئيس الدولة متمتعاً باختصاصات تشريعية في حين انه رئيس السلطة التنفيذية ولو نظريا على الاقل .

ويبقى النظر فيمن يختص بالسلطة التشريعية ؟

ومن المعلوم ان المشرع الحقيقي في الاسلام هو الله سبحانه، عن طريق خطابه الشرعي بالقران والسنة او الاجماع، وهذا الاخير يعني ان ارادة الله

(1) السنهوري، ص5. الخليفة، تطوره نحو جمعية ام شرقية (بالفرنسية) Voulutionners
Une Société des Nations oriental par A.SANHOURY

سبحانه لا يعبر عنها الخليفة وحده وإنما يعبر عنها اجماع الأمة على رأي. لأنه عليه السلام يقول : لا تجتمع امتي على ضلالة. فارادة الأمة مجتمعة من ارادة الله، وهل هنالك ديمقراطية أكثر من ما يدل عليه هذا الاجماع الاسلامي ؟ ويلتحق بالاجماع القياس والادلة الاخرى التي سنتحدث عنها من بعد .

34 - عرف السعد وغيره الخلافة، بأنها : رئاسة عامة في امور الدنيا والدين خلافة عن النبي صلى الله عليه وسلم فتخرج النبوة والقضاء وغيرهما من الرياسة الخاصة. ويستنتج من التعريف، ان حكومة الخلافة تمتاز عن غيرها من الحكومات الاخرى، بصفات ثلاث مهمة :

(الاولى) جمع الخليفة بين الاختصاصات الدينية والسياسية .
(الثانية) بناء على انه خليفة للرسول، فهو ملزم بتطبيق قواعد الشريعة الاسلامية في حكومته .

(الثالثة) بما ان رياسته عامة، فمن واجبه المحافظة على وحدة الاسلام . وهل هذه الحكومة المستوفية لهذه الصفات الثلاث واجبة ام لا ؟ وما هي مستندات وجوبها ؟ يجيب الاشعرية والمعتزلة والشيعية، بان نصب الامام الذي هو الخليفة واجب على الخلق لا على الخالق. واذن فالمسلمون على اختلاف مذاهبهم مجمعون على النقطة الاولى. ولم يخالف في ذلك الا بعض الخوارج الذين قالوا ان نصب الحكومة امر مسموح به ولكنه ليس بواجب(1).
واما السؤال الثاني، فيجيب عنه الاشعرية بان طريق وجوبه متلقى من السمع لا من العقل(2).

ويقول المعتزلة بان مستند وجوبه العقل الذي يفرض عدم بقاء الأمة فوضى لا راعي لها الامر الذي تترتب عليه مفاصد لا حصر لها. ويدخل نظرهم هذا في مبنى مذهبهم القائم على مذهب التحسين والتقيح العقليين(3)

(1) اعاد علي عبد الرزاق في كتابه الاسلام واصول الحكم الكرامة لانكار وجوب الخلافة مؤكدا مذهب الخوارج. وان لم يصرح بهم. وقد رد عليه جماعة من الفقهاء، ويمكن الرجوع لكتاب الخضر حسين، ولمؤلف السنهاجوري عن الخلافة .

(2) عبد القادر الفاسي، الامامة العظمى ص 3

(3) انظر كتابي : مقاصد الشريعة ومكارمها في باب الاسلام والعدل والعقل .

ويجيب اهل السنة، بان العقل لا يفرض اكثر من ضرورة قيام حكومة
ترعى الامة وتنظم امورها. ولا يفرض قيام هذا النوع من الحكومة الاسلامية
الذي هو الخلافة. ويقرب من مذهب المعتزلة مذهب الشيعة الذين يقولون
بان الامامة ضرورة اجتماعية لا غنى عنها كما قاله الحلبي في شرح تجريد
الاعتقاد .

وذهبت طائفة من المعتزلة وشايعهم التفتزاني الى ان طريق اثبات
وجوب الخلافة شرعي وعقلي معا .

وإذا ثبت انها واجبة بالسمع فهي من فروض الكفاية اذا قام بها البعض سقطت
عن الباقي(1).

قال اليفرني : وإذا لم يبق بها احد حرج بتركها فريقان احدهما اهل الحل
والعقد والثاني كل من يصلح للامامة فقط .

ويستنتج من التعريف السابق، ان السلطة الدينية والسياسية متلازمتان،
وهو ما اجمع عليه المسلمون ولم يحاول احد من الصدر الاول الشك فيه ولا
اثارته كموضوع للبحث ولكن يظهر ان تطور الخلافة الى الملك العضوض
بعد زمن الخلفاء الراشدين حمل بعض الصوفية(2)الى القول بان للنبوة ظاهرا
وباطنا فظاهرها القيام بامر الدين اعمالا واخلاقا. وباطنها القيام بامره علما
وتحققا فالقيام بظاهرها على التمام بحيث يكون له جبر غير للقيام بظاهر
الدين خلافة، والقيام بباطنها على التمام بحيث يهدي غيره الى القيام بباطن
الدين علما وتحققا امامة. والخليفة بناء على ذلك هو القائم في امة محمد
(صلعم) بما كان (صلعم) مقيما به فيهم لما به صلاح الدين والدنيا ظاهرا،
والامام هو القائم فيهم بما كان عليه السلام مقيما به فيهم لما يحفظ به امر
دينهم ودنياهم باطنا. ثم الخلافة والامامة قد يجتمعان في شخص وقد ينفرد
أحدهما دون الاخر ، والى القيام بذلك اجتماعا وانفرادا الاشارة بقوله صلى
الله عليه وسلم : لا تزال طائفة من أمتي قائمين على الحق
الى قيام الساعة وبقوله صلى الله عليه وسلم : لا تقوم الساعة حتى

(1) عبد القادر الفاسي، الامامة العظمى .

(2) نفس المصدر قبله .

يكون في امتي اثنا عشر خليفة ولكل خليفة امام. قال الشيخ عبد القادر الفاسي تعليقا على هذا الحديث إما هو في نفسه ان جمع له بين الامامة والخلافة، والا غيره ان لم يجمع له وبه يكون كما له. وقد قال الائمة وقد اجتمع الامر ان في كل من الخلفاء الاربعة واول الاقطاب الذي قد انفرد له الامر الباطني الحسن ابن علي ثم هذا الشأن والقيام به لا ينقطع في هذه الامة، بل هو اما ظاهر واما باطن الى قيام الساعة كما في الحديث .

ان هذا البحث الذي اثاره الصوفية وبعض الفقهاء طريف في بابه، ويشبهه في شكله البحث الذي اثاره الاوروبيون حول ضرورة فصل السلطة الدينية عن السلطة الزمنية. وان كان الصوفية المسلمون لا يخطر ببالهم ان يكون الخليفة المجرد عن الامامة محايدا في امر الدين او قائما بغير تطبيق الشريعة الاسلامية، والذي نعتقد ان بحثهم لم يكن الا طريقة للتعبير عما يخالج باطنهم من الاستنكار للحالة التي كان عليها الخلفاء منذ زمن معاوية رضي الله عنه مما لا يتفق مع الحالة التي كان عليها النبي والخلفاء الاربعة من بعده فقد فزعوا الى التفرقة بين الظاهر والباطن، والتجأوا الى الغيب ينشدون فيه الامامة التي لم يروها عند بعض خلفاء زمنهم، واذا عرفنا ان الجور الذي وقع في عدة حقب من تاريخ الامة الاسلامية حال بين العلماء وبين تنمية المباحث المتعلقة بالفقه الدستوري او بالحقوق العامة، وجدنا لهذا النوع من التفكير ما يبرره اجتماعيا، وان كان لا يتفق مع مقتضيات الشريعة الاسلامية واصولها، واذن فالاجماع المنعقد على ضرورة تكوين خلافة تتوفر فيها الصفات الثلاث التي ذكرناها من قبل، لا يمكن ان تؤثر فيه مثل هذه التأويلات الصوفية التي هي اقرب للخرافة منها للفكر الفقهي .

35 - الذين ينتخبون الخليفة .

ان انتخاب الخليفة يرجع للامة جمعاء مبدئيا، ولكن الامة لا يمكن ان تجتمع كلها في مكان واحد لان ذلك غير متيسر، ولذلك قال الفقهاء لا يجب الاستيعاب ولا يلزم كل أحد ان يحضر عنده ويضع يده في يده ، بل يكفي التزام طاعته والانقياد له وعدم شق العصا عليه . قال الشيخ عبد القادر الفاسي وهذا كان حال علي فانه لم يقع له الا التأخر عن الحضور عند أبي بكر مع كونه ذكر سبب ذلك .

واذن فالمقصود من الامة جماعة مخصوصة تمثلها اطلقوا عليها اسم اهل الحل والعقد ، وهم فيما قال التفتزاني العلماء والرؤساء ووجه الناس (1) ، وزاد النووي الذي يتيسر اجتماعهم (2) ، زاد الرملي ويكونون ممن يتبعهم الناس . وسمي الماوردي هذه الطائفة بأهل الاختيار (3) وذكر من شروطها ثلاثة :

(1) العدالة الجامعة لشروطها. ومن المعلوم ان العدالة قسمان صغرى، وهي عدم ارتكاب اي نوع من فسق الجوارح، وكبرى وهي الا يكون فاسقا في أعماله ولا ملحدا في عقيدته، اي ان يكون دينيا في اعتقاده ومتقيا في أعماله، وهذا الشرط يتفق مع ما يشترطه الفقهاء العصريون في الناخب، وهو الا يكون محكوما عليه في جريمة او شبهها .

(2) العلم الذي يتوصل به الى معرفة مستحق الامامة، وذلك ما يتطلب معرفة ندية بالفقه الاسلامي . ويقول رشيد رضا انه لا يشترط فيه ان يكون مجتهدا لان وجود مجتهد واحد في مجموع الناخبين كاف (4).

(3) الرأي والحكمة المؤديان الى اختيار من هو للامامة أصح ، وهذا ما يتطلب نوعا من التجربة في الحياة العامة والشؤون الحكومية ، وما يستوجب معرفة الناس وأحوالهم حتى يتسنى له الحكم على المرشحين للخلافة ومن الصالح منهم من غيره ، ومعرفة الاحوال السياسية والاجتماعية للتمكن مما يحتاج اليه الوقت .

قال السنهوري : وبما أن الذين تتوفر فيهم هذه الشروط لا يتيسرون دائما. فواضح ان المقصود هو وجود قائمة انتخابية من المثقفين المختارين، واطلاق اسم أهل الحل والعقد عليهم يشير الى انهم من ذوي الامر ، اي من المسيرين لشؤون الدولة . وهذا ما يبين ان انتخاب الخليفة يقع من درجتين، لان الناخبين يختارون من بين الجمهور بشروط معينة (5).

(1) شرح جامع المقاصد، والاجوبة الحسان لعبد القادر الفاسي .

(2) معنى المحتاج، الى معرفة الباطن المنهاج .

(3) الماوردي، الاحكام السلطانية. ص 3 - 4 .

(4) رشيد رضا، الخلافة ص 16

(5) السنهوري، الخلافة ص 55

36 - وقد يقع اختيار الخليفة بوساطة الاستخلاف، بان يعين الامام السابق شخصا معيناً يخلفه من بعده كما فعل ابو بكر الصديق مع عمر، وان يجعل الامر شورى في معينين بحيث يستشيرون ويتفقون على واحد كما وقع لعمر رضي الله عنه .

ولكي يكون الاستخلاف صحيحا يجب ان يكون من الخليفة أثناء ولايته ، فلا يصح ممن ستؤول اليه الخلافة ان يستخلف من بعده قبل ان يتولى هو بالفعل ، لان استخلافه لغيره انما يصح بما له من الولاية العامة القائمة ، لا بما له من الولاية المتوقعة ، ولذلك لا يمكنه ان يعين خلفا لمن يستخلفه من بعده .

ويجب الا يراعي الخليفة فيمن يستخلفه الا الصالح العام ، مختارا من تتوفر فيه كامل شروط الأهلية .

36 ويشترط في الخليفة المنتخب شروط اتفق أهل السنة منها على أربعة وهي :

الاول : التكليف، فلا تصح خلافة الصبي والمعتوه لانهما لا يقدران على القيام بأنفسهما فضلا عن غيرهما .

الثاني : الذكورة ، ويستدلون لذلك بالحديث الشريف : لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة ؟

الثالث : الحرية، لان من كان مشغولا بشؤون سادته لا يمكن ان يتفرغ لشؤون غيره .

الرابع : العدالة، والمقصود بها العدالة الكبرى التي سبق بيانها .

وزاد جماعة من أهل السنة اشتراط القرشية، مستدلين لذلك باجماع الصحابة يوم السقيفة على اختيار ابي بكر ، وقد لاحظ ابن حجر على ادعاء اجماع الصحابة في الموضوع بانه مناف لما اخرجاه احمد عن عمر بسند رجاله ثقات انه قال : ان ادركني أجلي وابو عبيدة حي استخلفته. فذكر الحديث وفيه ، فان ادركني أجلي وقد مات ابو عبيدة استخلفت معاد بن جبل وهو انصاري لا نسب له في قریش .

وهنالک شروط أضافها جمهور أهل السنة ، وهي : ان يكون شجاعا، وان

يكون مجتهدا في الاصول والفروع وان يكون ذا رأي في تدبير الامور . قال الشيخ عبد القادر الفاسي، وخالف بعضهم في اشتراطها لندرة اجتماعها في شخص واحد وجوزوا الاكتفاء فيها بالاستعانة بالغير بان يفوض أمر الحرب للشجعان والافتاء للمجتهد ويستشير أصحاب الرأي الصائبين في الآراء والامور .

37 - ان هذه الاحكام والشروط التي ذكرناها، بقيت في الاغلب نظرية ولم يمكن تطبيقها الا في زمن الخلفاء الاربعة الاولين، واما منذ ولى الامر معاوية فقد تطورت أفكار اولي الامر من المسلمين الى اقتباس انظمة بعض الدول المجاورة للبلاد العربية مكتفين بتطبيقها في جو اسلامي. ويظهر ان معاوية رحمه الله كان مقتنعا بان احسن الطرق لاختيار الخلفاء هو تعيين السابق للاحق اي ان تصبح وراثية كما جرى عليه بالفعل ، وقد كان يبدىء ويعيد في انتقاد نظام الشورى الذي اراد عمر ان يضع له أسسا منتظمة عن طريق تعيين قسم انتخابي يشتمل على اكثر افراد الامة تمثيلا لها . وقد روى ابن قتيبة ان معاوية قال لابن حصين حين أرسله اليه زياد بن ابيه فاستدعاه وخلا به ليلة وقال له : (يا ابن حصين قد بلغني ان لك ذهنا وعقلا فاخبرني عن شيء أسألك عنه، قال سلني عما بدا لك، قال اخبرني ما الذي شنته المسلمين ومألام ؟ وخالف بينهم. قال نعم، قتل الناس عثمان. قال ما صنعت شيئا ، قال فمسير علي اليك وقتاله اياك . قال ما صنعت شيئا ، قال فمسير طلحة والزبير وعائشة وقتال علي اياهم . قال ما صنعت شيئا، قال ما عندي غير هذا يا أمير المؤمنين . قال، فأنا اخبرك انه لم يشنت بين المسلمين ولا فرق أهواءهم الا الشورى التي جعلها عمر الى ستة نفر ، وذلك ان الله بعث محمدا بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره المشركون فعمل بما أمره الله به ثم قبضه الله اليه وقد أقام أبابكر للصلاة فرضوه لامر دنياهم اذ رضيه رسول الله لامر دينهم فعمل بسنة رسول الله وسار بسيرته ، حتى قبضه الله . واستخلف عمر فعمل بمثل سيرته ثم جعلها شورى بين ستة نفر فلم يكن رجل منهم الا رجاءا لنفسه ورجاءا له قومه ، وتطلعت الى ذلك نفسه، ولو ان عمر استخلف عليهم كما استخلف ابو بكر ما كان في ذلك اختلاف)

ه .

وهكذا تطورت الاحكام الفقهية تبعا لتطورات الواقع السياسي في البلاد الاسلامية فأصبح من أنواع الخلافة ما سموه بحكم الواقع والتغلب ، فاذا مات الامام وتصدى للامامة من يستجمع شرائطها من غير بيعة ولا استخلاف وقهر الناس بشوخته انعقدت له الخلافة ، وقد تطرق الفقهاء الى حد قبول التغلب ولو كان غير متوفر الشروط ولو كان فاسقا، ولكننا في هذا البحث لا يهمنا تتبع تفاصيل الاحكام المبنية على واقع المسلمين بقدر ما يهمنا معرفة طبيعة الحكومة الاسلامية ، كما تدل عليها مصادر الدين الاصلية . «والمهم ان المسلمين لم يتأخروا قط عن ايجاد الحلول لل صعوبات التي كانت تعترضهم بسبب الواقع الاجتماعي الامر الذي يؤكد على مرونة تفكيرهم الفقهي والسياسي وعلى ان شؤون الحكم من الامور «المصلحية» القابلة للتطور بحسب حاجات العصر وظروف حياته الاجتماعية» (1) .

وقد اتجهت انظار المسلمين اليوم الى تجديد معالم دينهم والاستشارة بها في شؤون دنياهم. فلا غرابة ان يبحثوا عن وسائل تنظيم الشورى الاسلامية التي أمر بها القرآن حتى يكونوا نظاما ديمقراطيا في جو اسلامي. فمذهب معاوية في الحكم وغيره من انصار الانظمة المطلقة، لم يغير شيئا من نصوص الشريعة التي تفرض الشورى وتوجب العمل بمقتضاها .

وقد جدت بمقتضى ذلك التطور مباحث عند الفقهاء المسلمين المعاصرين من الفائدة الاشارة لبعضها .

38 - الرجوع الى الاصل :

ومن الطبيعي ان يفكر الباحثون المعاصرون من المسلمين الى المصدر الاصيل لتشريع الشورى لئتمكنوا بعد ذلك من بحث القواعد المترتبة عليه في موضوع الشورى نفسه. وقد ذكروا قول الله سبحانه : (وشاورهم في الامر) وقوله : (وامرهم شورى) وقول الرسول حين نزلت الآية الاولى : (أما ان الله ورسوله لغنيان عنها) ، اي عن المشورة ، (ولكن جعلها الله رحمة لامتي فمن استشار منهم لم يعدم رشدا، ومن تركها لم يعدم غيا) .

(1) هذه الفقرة موجودة في القسم المنشور في مجلة البيعة ع 2 ص 111

كما رووا قول رسول الله عليه السلام (ماندم من استشار ولا خاب من استخار) وقوله : (ما تشاور قوم قط الا هدوا الى رشد أمرهم) وقوله عليه السلام : (المستشار مؤتمن) .

وقد علموا ان المشورة لا تقع الا بين اثنين ، وعرفوا ان القرآن يندب الى الاجتماع من أجلها ، كما يدل عليه قوله تعالى : (واتمروا بينكم بمعروف) فالاجتماع المؤتمرات لا يكون الا للتشاور والبحث عن حل المشاكل بأمر، بان يكون ذلك في دائرة المعروف الاسلامي .

وقد اعتبر الفقهاء الشورى من عزائم الاحكام ومن الاصول الشرعية وفرضوها على من ولي امر المسلمين . واعتبروا تركها من موجبات العزل كما نص على ذلك القرطبي (1) والرازي (2) .

وقد ذكرت الشورى في القرآن وفي الحديث بصفة مطلقة ، وتبين من عدم استشارة الرسول اصحابه فيما ورد فيه وحي صريح ، انها مقيدة بذلك. فالاحكام بين ما هو وارد بنص واضح من الكتاب والسنة لا يدعو الى اجتهاد ، فيجب تنفيذه دون شورى الا فيما يرجع لوسائل التطبيق او ما يتفرع عنه من مسائل او يمكن اندراجها تحته ، وما لانص فيه وهو مناط الشورى ومدارها، ومعنى هذا ان الشورى الاسلامية مقيدة بالاسلام الذي هو القانون الاساسي للدولة .

يقول الاستاذ الشهيد : السيد عبد القادر عودة في بحث له عن الشورى :
لم يكن تقرير الشورى تمثيا مع حال الجماعة ولا نتيجة لتقدمها ورفيها فقد جاء الاسلام والعرب في ادنى درجات الجهل وفي غاية التاخر والانحطاط .
وانما قرر الاسلام نظرية الشورى لانها قبل كل شيء من مستلزمات الشريعة الكاملة الدائمة المستعصية على التعديل والتبديل، ولان تقرير النظرية يؤدي بذاته الى رفع مستوى الجماعة وحملهم على التفكير في المسائل العامة والاهتمام بها، والنظر الى مستقبل الامة نظرة جدية، والاشترار في الحكم بطريق غير مباشر، وتوجيههم الى مراقبة الحكام ومحاسبتهم

(1) القرطبي، التعبير ص 249 ج 2.

(2) الرازي، مفاتيح الغيب ج 3 ص 120 وما بعدها .

والحد من سلطانهم. فنظرية الشورى اذن مقررة لتكميل الشريعة الاسلامية ولتوجيه الجماعة ورفع مستواها .

ومراد الاستاذ رحمه الله، ان الامر بالشورى امر ارشاد، لانه قرر الاصل العام الذي لا يقبل التبديل وترك للمومنين امر البحث عن وسائل التنظيم والتطبيق، وان كان قرر لهم قواعد دائمة ايضا تهديهم الى اكتشاف معالم الشورى الحق وطريقة الاستفادة منها، فمن قواعدها :

1 - اشراك المواطنين في التشريع عن طريق شرعية الاجتهاد في استنباط الاحكام والبحث عن اسبابها والقياس عليها وتبادل الرأي فيما يعود على الملة والامة بالنفع، وفيما من شأنه ان يحفظ كيان الدولة ويحمي حماها، وقد جعل الشارع المجتهد مثوبا مرتين ان اصاب ومرة ان اخطأ. وذلك اعظم تشجيع على بذل الجهد في استنباط الاحكام واستخراجها وسيأتي لنا مزيد بحث عن الاجتهاد في محله ان شاء الله .

2 - جعل الشارع الشورى حقا للحاكمين والمحكومين، لا يحرم منها واحد منهما. فكما ان للشعب ان يدلي برأيه، فكذلك للحاكم ان يعبر عن ما يرى ويناقش فيه بكل حرية. وذلك ما يدل عليه عموم قوله تعالى : وامرهم شورى بينهم .

3 - ان استشارة الحاكم للحكومين في جميع المسائل المهمة واجب عليه، وليس مجرد حق له، لان قوله تعالى (وشاورهم في الامر) امر بذلك. والامر اذا اطلق انصرف الى الوجوب حقيقة، وقد نقلنا عن القرطبي والرازي ان تخلف الحاكم عن الاستشارة مما يوجب عزله. ويترتب على ذلك ان من حق المواطنين ان يطالبوا الحاكم باستشارتهم ويعرض مسائل معينة عليهم ليدلوا فيها برأيهم .

4 - حينما قال صلى الله عليه وسلم، لا تجتمع امتي على ضلالة، ويد الله مع الجماعة فمن شذ شذ في النار، وقد نصح عليه السلام حذيفة اذا رأى الفتنة ان يلزم جماعة المسلمين وامامهم. اعطانا الارشاد للاستدلال باجماع رأي الامة في مسألة ما. وضرورة العمل بمقتضاه، لانهم لا يجتمعون على ضلالة. والمقصود بالاجماع دون شك اجماع المجتهدين او ذوي الشورى منهم ومن غيرهم. لان الامة لن تبلغ كلها درجة الاجتهاد وتنظيم الاجتهاد والاجماع، هو

ما يرمي اليه تنظيم الشورى، ودلالة الاجماع تعطي للقرار المستشار فيه قوة من الدرجة الاولى، ولكن اذا لم يقع اجماع فلاشك ان ما تمضي عليه اغلبية الجماعة اولى بالاتباع والعمل .

قال الأستاذ عودة : والواقع ان الشورى لن يكون لها معنى اذا لم يؤخذ برأي الاكثرية ووجوب الشورى على الامة الاسلامية يقتضي التزام رأي الاكثرية. وقد سن رسول الله صلى الله عليه وسلم التزام رأي الاكثرية في خروجه لغزوة احد فقد استشار المسلمين أخرج الي كفار قريش الذين نزلوا قريبا من جبل احد ام يمكت في المدينة وكان رأيه ان لا يخرجوا من المدينة وان يتحصنوا بها. فان دخلها الكفار قاتلهم الرجال على افواه الازقة والنساء من فوق البيوت، ووافقه على هذا الرأي عبد الله بن ابي وبعض الصحابة، ولكن جماعة الصحابة اشاروا بالخروج والحواء عليه في ذلك. فكان الرسول اول من التزم رأي الاكثرية واول من تجهز للخروج الى احد .

5- ويستنتج من هذا الحديث السابق ضرورة اتباع الاقلية للاكثرية، وخضوعها لها في العمل، وان تمسكت برأيها الخاص فيما بينها وبين نفسها، لانه لا قيمة للديمقراطية اذا لم يكن لها اثر في السلوك، وذلك باتباع الاقلية رأي الاغلبية .

6 - يجب على كل مستشار ان يبدي رأيه مجردا عن الهوى، وفي اخلاص لله ولرسوله ولعامة المسلمين ، لانه مؤتمن كما سبق في حديث (المستشار مؤتمن) فاذا هو لم يؤد المشورة على وجهها فقد خان الامانة، والله يقول : «يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وانتم تعلمون» .

7 - ليس في الاسلام ما يمنع من اعتبار المرأة مشاركة في الشورى ، ولا من مشاورتها والعمل برأيها ان اصابته، وذلك لانها ممن يباح لها الاجتهاد في الاحكام ويؤخذ بفتاها. وقد كانت عائشة ام المؤمنين من أعلم الناس بالفقه وأقواهم اجتهادا فيه. قال ابن حزم يمكن ان يجمع من فتيا عائشة سفر ضبحم، وقال عروة ما رأيت احدا اعلم بفريضة، ولا بحلال ولا بحرام ولا بفقه من عائشة. وقال عطاء كانت عائشة أفقه الناس وأعلم الناس. ومن المفتيات

المجتهدات غير عائشة من أمهات المؤمنين ام سلمة وحفصة وصفية وجويرية وحبيبة وميمونة، ومنهن كما عند ابن حزم أم ايمن وأم يوسف الغامدية وفاطمة بنت النبي وغيرهن .

وكانت عائشة ذات رأي قوي في الشؤون العامة يرجع اليها في ذلك، حتى قال عطاء : كانت عائشة احسن الناس رأيا في العامة .

ولم تترك عائشة زمن خليفة من الخلفاء الذين كانوا في عصرها، التدخل في الشؤون السياسية العامة تارة مؤيدة، وتارة معارضة حتى خاضت معركة الجمل ومعها عديد من الصحابة فيهم طلحة والزبير، وحتى قال علي عنها، لو كانت امرأة خليفة لكانت عائشة .

وقد شاركت نسيبة بنت كعب أم عمارة إحدى نساء بني مازن بن النجار واسماء بنت عدي بن عمرو بن نابي وأم منيع إحدى نساء بني سلمة في بيعة العقبة الثانية (1)، وكانت على ان يمنعوه مما يمنعون منه نساءهم وابنائهم، وعلى ان يرسل الرسول اليهم وهي مبايعة المؤمنين الاولين لرئيسهم ورسولهم .

وشارك النساء ايضا في بيعة الرضوان تحت الشجرة على الموت وعدم الفرار حين توجه عليه السلام الى مكة واجرى صلح الحديبية .

وقد كانت بيعة الرجال على بيعة النساء المنصوص عليها في القرآن : على ان لا يشركن بالله شيئا ولا يسرقن ولا يزني ولا يقتلن اولادهن ولا يأتين ببهتان يفترينه بين ايديهن وأرجلهن ولا يعصينه في معروف، وذلك ميثاق واتقن به الرسول عليه السلام .

وقد استشار النبي صلى الله عليه وسلم أم سلمة أم المؤمنين في غزوة الحديبية حينما أمر أصحابه بالنحر والهدى ثلاث مرات والحلق والاحلال فعصوا أمره وتلكأوا في تنفيذه وطلب رأيها، فأشارت عليه ان يعطيهم القدوة من نفسه فيخرج ويصنع هو ما طلبه منهم فلما فعل، استجابوا له واقعدوا به واكب بعضهم يخلق بعضا حتى كادوا ان يغموا بعضهم من شدة الزحام .

(1) انظر سيرة الكلاعي، وما نقله في ذلك عن ابن اسحاق

واراد عمر بن الخطاب ان يحد من صدقات النساء، فقالت له امرأة في المسجد ليس لك ذلك يا امير المؤمنين، لان الله يقول : اوتيتم احداهن فنتظارا فلا تأخذوا منه شيئا. ولو لم يكن يصح اعطاء المرأة القنطار في صداقها لما ذكره الله في كتابه فقال عمر امرأة اصابت ورجل أخطأ. ورجع لرأيها .

واستشار عبد الله بن الزبير أمه أسماء في حرب عبد الملك والحجاج ومن خرج معهما عليه فقالت له : ان خرجت لاهياء كتاب الله وسنة رسول الله فان الشاة لا تعذب بالسليخ، فمت على الحق. وان كنت انما خرجت على طلب الدنيا فلا خير فيك حيا ولا ميتا، يا بني مت كريما ولا تستلم .

وإذا كانت المرأة قد شاركت في مبايعة الرسول الرئيس الاول للدولة الاسلامية وشاركت في التشريع عن طريق الاجتهاد ابداء المشورة، فذلك ما يبين ان لها الحق في ان تكون نائبة عن الامة، وان تشارك في انتخاب النواب المستشارين والاصل في ذلك قوله تعالى : (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم اولياء بعض، يأمرون بالمعروف وينهون على المنكر ويقىمون الصلاة ويوتون الزكاة ويطيعون اله ورسوله، اولئك سيرحمهم الله، ان الله عزيز حكيم .

فقد اثبتت هذه الآية الولاية المطلقة للمؤمنات كما اثبتتها للمؤمنين، وتدخل فيها ولاية النصره، كما تدخل الحضور في المساجد والمشاهد ومعارك الجهاد، والامر بالمعروف والنهي عن المنكر، والآية صريحة في ان الولاية تشمل الامر بالمعروف والنهي عن المنكر .

وقد نص القرآن على التشاور بين الرجل وزوجته في شؤون الزوجية فقال : (فان ارادا فصالوا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما). وإذا كانت الشورى مطلوبة لهذا الحد في امر الاسرة فما بالك بأمر الاسرة الكبرى وهي الامة والدولة. وكما ان الشارع لم يحرم نصف الاسرة الذي هو المرأة من حق التشاور فلا معنى لان يحرم نصف الامة الذي هو المرأة من حق الشورى .

وقد حاول الاستاذ الشهيد عبد القادر عودة ان ينكر على المرأة حقها في

الانتخاب والترشيح لمجالس النواب، مستشهدا على ذلك بقوله تعالى :
(واستشهدوا شهيدين من رجالكم، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن
ترضون من الشهداء ان تضل احدهما فتذكر اخدهما الاخرى). قال :
والانتخاب شهادة فهل يعتبر كل صوتين من النساء بصوت رجل واحد ؟ الا
ترى انه لا يجوز تقديمها للتصويت لهذا الاعتبار ؟
واحتج لذلك ايضا بان المرأة لا تصلح قاضية، والقضاء اعظم من الشهادة
وعضوية البرلمان اعظم من القضاء .

ثم قال : ان الرسول بعدما نزلت آية الشورى (وشاورهم في الامر) بين
صلى الله عليه وسلم بيانا فعليا ان ذلك خاص بغير النساء، ولم يثبت انه
صلى الله عليه وسلم اشرك في هذه المشاورات التي قام بها مع الصحابة مع
كثرتها امرأة واحدة قط لابداء رأيها .

كما أنه عليه السلام عين ابن ام مكتوم وكان أعمى امارة المدينة ولم يعين
امرأة في ولاية طول حياته. واستمر الحال هكذا في عهد الخلفاء
الراشدين (1) .

واني لا أرى في شيء مما أدلى به الاستاذ الشهيد حجة على ما قال . فاما
الاستدلال بالآية التي تعتبر شهادة امرأتين مكان شهادة رجل واحد ، فغير
صحيح :

أولا : لان الشهادة غير ابداء الرأي ، فالمشورة لا تدخل الا في قبيل
استنباط الاحكام وتقريرها والاستدلال لها بالنصوص الشرعية او بمقتضيات
الرأي والاستحسان وهي من قبيل الاجتهاد والفتوى ، ولم يختلف احد من أئمة
المسلمين في الاعتماد برأي العالمات المجتهدات والاستدلال بفتاواهن والاخذ
عنهن . وفي ذلك يقول ابن حزم : لو تفقعت امرأة في علوم الديانة للزمننا
قبول نذارتها . وقد كان ذلك فهؤلاء أمهات المومنين وصالح رسول الله
صلى الله عليه وسلم ، قد نقل عنهن احكام الدين ، وقامت الحجة بنقلهن ، ولا
خلاف بين اصحابنا وجميع أهل نحلنا في ذلك (2) .

(1) عبد القادر شيبه الحمد. حقوق المرأة في الاسلام ص 42 وما بعدها .

(2) ابن حزم، الاحكام ج 3 ص 82 .

ومن المعلوم ايضا ان النقل والرواية هي غير الشهادة ، ولذلك اعتبر القائلون بعدم شهادة المرأة خبرها في كثير من الاشياء . كما انهم قبلوا خبر الكافر عند من لا يقبل شهادته .

ولعل الاستاذ اشتبه عليه استعمال كلمة الشهادة في بعض الدول الامريكية فيما يدلي به أهل الرأي في مسائل معينة يدعون لها . ولكنه استعمال أجنبي لا يقصد منه الشهادة بمعناها القضائي، ولا تنطبق عليه أحكامها بحال .

وثانيا : فان شهادة المرأة تختلف احكامها بحسب الموضوع الذي تشهد فيه وفي ذلك يقول ابن القيم : فصل وشهادة النساء نوعان، نوع يقبل فيه النساء منفردات ، ونوع لا يقبلن فيه الا مع الرجال . وقد اختلف السلف في ذلك في مواضع ، فروى ابن ابي شيببة عن مكحول لا تجوز شهادة النساء الا في الدين . وروى ايضا عن الشعبي قال : من الشهادات ما لا يجوز فيه الا شهادة النساء . وعن الزهري قال : مضت السنة ان تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن . وقال ابن عمر : لا تجوز شهادة النساء وحدهن ، الا فيما لا يطلع عليه غير النساء من عوراتهن وحملهن وحيضهن .

ثم قال بعد ذلك : وذكر سفيان بن عيينة ان امرأة وطأت صبيا فشهد عليها أربع نسوة ، فأجاز علي بن ابي طالب شهادتهن . ونقل عن مالك ان شهادة النساء منفردات تقبل في عيوب النساء والولادة والرضاع والاستهلال وحيث يقبل شاهد ويمين الطالب (1) .

وعدم قبول شهادة المرأة وحدها ، لا يقصد منه النيل من عدالتها ، فالمرأة مساوية للرجل عدالة وتجريبا ، وانما ذلك بقصد التذكير ، ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى ، فلما كان وضع الشهادة المذكورة في الآية هو عند عدم الكتابة، وكانت المرأة ربما لا تقوى على ان تعقل على تفاصيل موضوع الشهادة ، لانه لم يكن من شأنها ان تشتغل بالشؤون المالية ، هدى الشارع الى الجمع بين امرأتين حتى اذا نسيت احدهما

(1) ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص 152 وما بعدها .

ذكرتها الاخرى ، والذي يظهر انه اذا كانت المرأة تستعين على شهادتها بالكتابة وأحرى اذا كان ذلك يقع تسجيله في ابانه من طرف الشهود ، فلا يبقى معنى لاشتراط المرأتين مكان الرجل ، وكذلك اذا تطورت المرأة الى درجة إتقان مسائل المال والاعمال وبلغت في ذلك مبلغ الرجال فانها فيما أرى تتساوى معهم في الحكم. وقد تنبه لهذا المعنى الامام ابن تيمية حين قال فيما نقله عنه تلميذه ابن القيم : ان عدل النساء بمنزلة عدل الرجال وانما عقلها ينقص عنه. فما كان من الشهادات لا يخاف فيه الضلال في العادة لم تكن فيه على نصف رجل ، وما يقبل فيه شهادتهن منفردات : انما هو أشياء تراها بعينها او تلمسها بيدها او تسمعها بأذنها من غير توقف على عقل كالولادة والاستهلال والارتضاع والحيض والعيوب تحت الثياب فان مثل هذا لا ينسى في العادة ولا تحتاج معرفته الى كمال عقل، كمعاني الاقوال التي تسمعها من الاقرار بالدين وغيره. فان هذه معان معقولة، ويطول العهد بها في الجملة . (1)

والمقصود بالعقل هنا الذكر مقابل الضلال بمعنى النسيان، وليس المقصود العقل بمعنى الفكر. ففكر المرأة والرجل سواء في مطبوعه او مكتسبه، وحصول النسيان في المعاني عند المرأة ناشئ عما وضعتها فيه الاجيال من بعد عن الدراسة وممارسة اسباب الحياة العامة، ويزول ذلك حسب تطورها. فتتبع الاحكام العلة المذكورة في القرآن وجودا وعدما، واما كون القضاء اعظم من الشهادة والنيابة اعظم من القضاء، وبما ان المرأة لا تصلح قاضية فهي لا تصلح نائبة ولا مختارة من ينوب. فهو منطق صوري لا يثبت أمام الواقع .
اولا : لان القضاء غير النيابة وغير الشهادة، فالنيابة اجتهاد وتعبير والشهادة أداء لما في العلم. واما القضاء فهو نظر وتنفيذ، وليس من الضروري ان تستوي هذه الاشياء الثلاثة في حكم ما، لانها لا تتفق في اختصاصاتها .

وثانيا : لان منع المرأة من ولاية القضاء ليس بالشئ المتفق عليه. وقد قال

(1) ابن القيم. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص 150.

بإباحته جماعة من المجتهدين ومن أعلام كل مذهب من المذاهب الإسلامية .

فقد ذهب الطبري وهو من المجتهدين ذوي المذاهب المقبولة الى انه يجوز تولي المرأة كل مناصب الحكم دون استثناء نقله عنه ابن رشد في البداية .

وذهب ابن حزم الظاهري الى جواز تولي المرأة الحكم، وأجاب المستدلين بحديث لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة، بأن ذلك خاص بالامامة العظمى، ويرى الامام الاعظم ابو حنيفة جواز تولي المرأة القضاء في الاموال. وذهب على الرشداني من الحنفية الى جواز توليها القضاء في كل شيء الا في القصاص والحدود. ومثله لابي الفرج بن طراز من الشافعية، ولبعض أئمة المالكية .

وأما كون النبي عليه السلام بين بيانا بالفعل اختصاص الرجل بالمشورة فهو محض ادعاء اذ قد علمت ان النبي عليه السلام استشار ام سلمة في غزوة الحديبية واستشار في قضية الافك، وقبل عمر مشورة المرأة، واستشار ابن الزبير أمه. وقد قال صلى الله عليه وسلم، عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي .

وأما كون النبي عليه السلام لم يول امرأة في حياته، فلا ينهض حجة لان ولايات الرسول لم تكن كثيرة الى حد يضطر فيه لتكليف المرأة بمهام يوجد من يقوم بها من غيرها. وقد فعل ذلك عمر من بعد، فعين الشفاء وهي ليلي بنت عبد الله العدوية القرشية ولاية السوق ، وقد نقل ابو بكر بن العربي المعافري ان عمر ولاها حسبة السوق ، ومثل ذلك لابن حزم في الاحكام وابن عبد البر في الاستيعاب وابن حجر في الاصابة وغيرهم .

وقد حمل بعض المؤلفين المصريين على اخوان لهم دعوا الى تولية المرأة القضاء واعتبر ذلك مساسا بالدين مع انك رأيت العديد من أئمة الاسلام يقولون بذلك ويستدلون له. وقد كان في جملة ما قاله هذا المؤلف للاستدلال على عدم اباحة اشراك المرأة في الولايات كانت قضاء او نيابة او تصويتا ، انه الامر ما لم يرسل الله نبيه من النساء ولم يحك التاريخ الاشواذ من الجنس

الناعم فمن بأعمال ضخمة على حين شحنت صفحاته بأسماء الرجال (1) .

وهو كلام غريب ، لان التاريخ سجل للمرأة عددا كبيرا من الاعمال في مقدمتها تربية كل الرجال، وإذا كانت الظروف التاريخية جعلت ادوار الرجل أقوى من أدوار المرأة فعلم الله يحدث في العالم تقدما يفسح المجال للمرأة لتسجل من أعمالها الشيء الكثير وأما النبوة : فقد ذهب الامام الأشعري ورواه ابن عبد البر والسهيلي عن أكثر الفقهاء ان في النساء عدة نبيات، وروى القرطبي عن النبي صلى الله عليه وسلم ان في النساء أربع نبيات : حواء وآسية وأم موسى ومريم .

وقال ابن حزم : النبيات ست، حواء وسارة وهاجر وأم موسى وآسية ومريم .

ويشهد لنبوة المرأة من القرآن قوله تعالى : (اذ قالت الملائكة يا مريم ان الله يبشرك بكلمة منه اسمه المسيح عيسى ابن مريم). وقوله : (انما انا رسول ربك لاهب لك غلاما زكيا) وقوله تعالى : (وأوحينا الى أم موسى ان ارضعيه فاذا خفت عليه فألقيه في اليم ولا تخافي ولا تحزني)، وقوله تعالى في زوجة ابراهيم (وامراته قائمة فضحكت فبشرناها باسحاق، ومن وراء اسحاق يعقوب، قالت يا ويلتنا ألد وأنا عجوز وهذا بعلي شيخا، ان هذا لشيء عجيب، قالوا أتعجبين من أمر الله) .

وزيادة على ذلك فقد أباح الطبري وأبو ثور إمامة المرأة للرجال والنساء في الصلاة، نقله عنهما ابن رشد في البداية (2) واستدلالة بحديث أخرجه ابو داوود والحاكم عن أم ورقة بنت نوفل ان النبي صلى الله عليه وسلم أمرها ان تؤم أهل دارها وجعل لها مؤذنا يؤذن لها وكان لها غلام وجارية دبرتهما ويفهم منه انها كانت تؤم بالمؤذن والغلام والجارية، وقصر المزي إمامة المرأة للرجال في التراويح اذا لم يحضر احد ممن يحفظون القرآن .

(1) محمد الغزالي. من هنا نعلم. ص 160 وما بعدها .

(2) ابن رشد. بداية المجتهد. ص 113 ج 1 .

وأما إمامة المرأة بالنساء فهو ما أباحه جمهور الأئمة في صلاة التطوع، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وداود والأوزاعي وسفيان الثوري وإسحاق ابن راهويه، واستدلوا له بما روى من أن عائشة كانت تؤم النساء في التطوع وتقوم وسطهن في الصف. وما رواه الحاكم في صحيحه، من أن عائشة كانت تؤذن وتقيم وتقوم وسط النساء تؤم بهن في الصلاة ومثل ذلك رواه الدارقطني عن أم سلمة .

وقال ابن حزم ان المرأة تؤم بالنساء مطلقا وهو مذهب عطاء ومجاهد والحسن البصري وورد عن أبي حنيفة وابن حنبل والشافعي. واستدل له في المحلى بما روته تميمة بنت سلمة ان عائشة أمت نساء في الفريضة في المغرب وقامت وسطهن وجهرت بالقراءة .

ولا نريد ان نطيل أكثر في هذا الموضوع .
فإذا كان من العلماء المجتهدين من يقول بان في النساء نبيات، ومن يبيح ان تتولى المرأة الامامة ويرتضيها لشؤون الدين وأحدى ولاياته، ويوجد من يعطيها الحق في الولايات الدنيوية من قضاء وحسبة وغيرها من كل ما عدى الامامة العظمى. فما الذي يمنع من ان تشترك مع المسلمين في المشورة والاجتهاد وانتخاب رؤساء الامة ومستشاريها .

انني يعلم الله لا أجد فيما يقوله هؤلاء المؤلفون المشار اليهم الا تكلفا لا مبرر له في الدين، بل مصادر الشريعة كلها تدل على خلافه .

8 - يقول الاستاذ المودودي : لا ينتخب للامارة او لعضوية مجلس الشورى او لاي منصب من مناصب المسؤولية من يرشح نفسه له او يسعى فيه سعيا ما. فان النبي صلى الله عليه وسلم قال : انا والله لا نولي هذا العمل أحدا سألته او حرص عليه (1) .

وانه ليس في حدود الاسلام محل للترشيح (Condidature) للمناصب والدعايات الانتخابية أصلا. ومما يمجه الذوق الاسلامي وتأباه العقلية الاسلامية ان يقوم لمنصب واحد اثنان او ثلاثة او اربعة من طلابه فينتشرون

(1) متفق عليه

كل واحد منهم خلاف الآخر من نشرات تبكي لها المروءة وتندي لها جبين الشرف الانساني، ويعقدون حفلات لمدح انفسهم والطنن فيمن سواهم ويستخدمون الصحف والجرائد للدعاية استخداما ويغرون اصحاب الاصوات بأنواع من الحيل المخجلة ويطمعونهم في المال وتجري سياراتهم ليل نهار لتعبئة الناس ثم ينجح منهم من كان أكثرهم كذبا وادهاهم تلفيقا وتزويرا. ومن كان أشدهم اسرافا للمال فهذه طرق ملعونة للجمهورية الشيطانية لو وجد منها من رجل عشر معشارها في المملكة الاسلامية لعوقب في المحكمة عقابا شديدا ، فضلا عن ان ينتخب عضوا لمجلس شورى الخلافة (1) .

واذن فالاستاذ المودودي يحكم حكما لا هوادة فيه على ترشيح الانسان نفسه في اي منصب او نيابة، ويفرض حرمانه من ذلك ان فعل. وقد جراه في ذلك وذهب مذهبه عديد ممن الفوا هذه الرسائل الصغرى ممن لا يبلغون مبلغه في العلم والتدقيق والاخلاص فقال بعضهم : ويستبعد من هذا البحث كل من يطلب المنصب لنفسه حتى ولو كان هو الاصلح لانه وقد طلب المصب لنفسه فقد دل على انه غير متجرد لله والوطن، وانما في نفسه رغبة في العلو والاستكبار. والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : انا لا نولي أمرنا هذا من طلبه (2) .

وفي هذا الكلام اطلاق للرأي على عواهنه، فأما ما أشار اليه ابو العلاء من تقدم غير المستحقين وفوزهم بسبب ما يوزعونه من المال، وما يستعملونه من أساليب الدعاية، فهو صحيح، ولكنه من عوارض الترشيح لا يؤثر في جوازه هو، وانما يحرم على غير المستحقين ان يرشحوا انفسهم، وعلى الناس ان ينتخبوا الا من يرونه أهلا لما رشح نفسه او رشح له الناس، وهذه العوارض ليست خاصة بمن يرشح نفسه، ولكنها تشمل حتى من يرشحهم الناس او الحكام اذا كانوا يعرضون على الاختيار العام أعني الانتخاب، والا فلو فرضنا امتناع كل احد عن ترشيح نفسه وعدم ترشيح أحد له لضاع من

(1) ابو العلاء المودودي امين الجماعة الاسلامية بالباكستان. نظرية الاسلام السياسية. ص 50

(2) السيد السيد الشوريجي الاسلام ودستور الحكم ص 58 .

خيار الامة عدد كبير لا يعرفه الناس ولا يمكن ان يعرف بنفسه لتواضعه وليلا يقع في الجريمة التي يهدده بها السيد المودودي. فالصحيح جواز ترشيح الانسان نفسه وطلب المنصب الذي يرى نفسه صالحا له بشرط ان يكون أهلا له حقيقة وبشرط ان لا يستعمل لذلك الوسائل المخلة بالاخلاق وبالنزاهة، ويشهد لذلك ان يوسف عليه السلام طلب من العزيز توليته في احدى المناصب المهمة للدولة وعرف بنفسه وبمقدرته على حفظ المال وعلمه بطريقة ذلك، قال : (اجعلني على خزائن الارض اني حفيظ عليم) وأما الحديث المتفق عليه (انا لا نولي هذا العمل احدا سأنه او حرص عليه) فقد وردت في معناه، آثار كثيرة ولكنها ينبغي ان تحمل على الصنف الذي يتطلب المنصب لغير استحقاق او لغير مصلحة. قال ابن فرحون في تبصرة الحكام : الا ان يعلم انه تعين عليه فيجب عليه القبول. وذلك اذا تحقق انه ليس في تلك الناحية من يصلح للقضاء سواه ولا يجوز له حينئذ الامتناع، بل يجب عليه السعي في طلبه وتحصيله لتعين القيام بهذا الفرض عليه ويدل على ذلك قوله تعالى حكاية عن يوسف صلوات الله عليه (اجعلني على خزائن الارض اني حفيظ عليم) فانه كان بين قوم كفار فأراد استصلاحهم ودعاهم الى الله تعالى بالسعي في هذه الولاية دون غيرها لان المتولي ارزاق العباد تذلل له الرقاب، وتخضع له الجبابرة، ولا يستغني احد عن بابه. فلهذا طلب هذه الرتبة دون الامارة والموازرة وغير ذلك من الولايات (1) .

ثم أكد ابن فرحون بعد ذلك في فصل خاص ان طلب القضاء تعرض له الاحكام الخمسة ليكون واجبا او مباحا او مستحبا او مكروها او حراما. فالوجه الاول اذا كان من أهل الاجتهاد او من أهل العلم والعدالة ولا يكون هنالك قاض او يكون ولكن لا تحل ولايته، وليس في البلاد من يصلح للقضاء غيره ولكونه ان لم يلي القضاء وليه من لا تحل ولايته، وكذلك ان كان القضاء بيد من لا يحل بقاؤه عليه ولا سبيل الى عزله الا بتصدي هذا الى الولاية، فيتعين عليه التصدي لذلك والسعي فيه اذا قصد بطلبه حفظ الحقوق وجري الاحكام على وفق الشرع، لان في تحصيله القيام في فرض الكفاية. الوجه الثاني : ان يكون فقيرا وله عيال فيجوز له السعي في تحصيله لسد خلة، وكذلك ان

(1) ابن فرحون. التبصرة. الباب الثاني في باب فضل القضاء. نسخة مخطوطة بخزائني

كان يقصد به دفع الضرر عن نفسه، فيباح له أيضا والوجه الاول نقله المازري ونقل الثاني في الوجه المستحب .

الوجه الثالث، اذا كان هناك عالم خفي علمه عن الناس، فاراد الامام ان يشهره بولاية القضاء ليعلم الجاهل ويستفتي المسترشد او كان هو خامل الذكر لا يعرفه الامام ولا الناس، فاراد السعي في القضاء ليعرف وضع علمه فيستحب له تحصيل ذلك والدخول فيه بهذه النية. قال المازري، وقد يستحب ان لم يتعين عليه، ولكنه يرى انه انهض به وانفع للمسلمين من آخر تولاه وهو ممن يستحق التولية، ولكنه مقصر عن هذه .

الوجه الرابع : ان يكون سعيه في طلب القضاء لتحصيل الجاه والاستعلاء على الناس فهذا يكره له السعي ولو قيل انه يحرم لكان وجهه ظاهرا، لقوله تعالى : (تلك الدار الآخرة نجعلها للذين لا يريدون علوا في الارض ولا فسادا، والعاقبة للمتقين) ويكره ايضا اذا كان غنيا عن اخذ الرزق على القضاء وكان مشهورا لا يحتاج ان يشهر نفسه وعلمه بالقضاء ويحتمل ان يقسم هذا بقسم المباح .

الوجه الخامس : ان يسعى في طلب القضاء وهو جاهل ليس له اهلية القضاء، او يسعى فيه وهو من اهل العلم لكنه متلبس بما يوجب فسقه او كان قصده بالولاية الانتقام من اعدائه او قبول الرشا من الخصوم وما اشبه ذلك من المقاصد، فهذا يحرم عليه السعي في القضاء (1)

وإذا كانت هذه الاحكام تعتري القضاء الذي هو من اهم الوظائف واخطرها على النفوس، والذي ورد فيه - من ولي القضاء فقد ذبح بغير سكين - وورد - قاضيان في النار وقاض في الجنة - فاحرى ان تجري هذه الاحكام نفسها على الترشيح لغير القضاء من الوظائف او النيابة، خصوصا اذا كانت تتوقف على العامة للانتخاب. وعليه فالترشيح لاية وظيفه او لعضوية مجلس من المجالس قد يكون واجبا اذا كان الذي يرشح نفسه ممن امتازوا بوسائل النفع للامة ومساعدتها على النهوض، وقد يكون مستحبا اذا توفرت فيه

(1) ابن فرحون. نفس المصدر السابق

الشروط وكان هنالك من يقوم مقامه وقد يكون مباحا في الحالات العادية وعند تساوي الكفاءات، ويكون مكروها اذا قصد به الاستعلاء على الناس. وحراما اذا قصد به الفساد في الحكم والاستغناء عن طريق الرشوة او اذاية الخصوم والانتقام منهم. ولا اعتقد ان مذهبنا من المذاهب الاجتماعية يقول بعكس هذا التفصيل، ولذلك يضع المشرعون - المحدثون قوانين تمنع المحكوم عليه في جناية او جناحة من ترشيح نفسه بل حتى من التصويت على غيره احيانا. ولكن ذلك لا يعني عدم اباحة الترشيح. ولو ذهبنا هذا المذهب لما صح لمسلم ان يدخل في مباريات الوظيفة العمومية، مع انها صارت ضرورة لاقامة العدل بين ذوي الكفاءات المتساوية من حملة الشهادات، ولما صح للحكومات الاسلامية ان تجري هذه المباريات بين الموظفين وتعلن عنها. وهو ما لم يفكر عالم مسلم في انكاره مع اجماع الحكومات الاسلامية على اتباعه، وهو مما يندرج في المقاصد الشرعية التي هي اختلاف اساليب تحقيق العدل بحسب الزمان والمكان .

9 - نعم، يجب على الناخبين ان يراعوا المصلحة العامة في انتخاب نوابهم وامرائهم، وان لا يقبلوا في ذلك رشوة، وان يبذلوا اقل ما يستطيعون من الاجتهاد في اختيار الاصلح للامة وللملة .

كما يجب على المرشحين ان لا يستعملوا في الحملة الانتخابية الوسائل غير المشروعة ويجب على الدولة ان تضع التشريع الضامن لعدم وقوع شيء من ذلك خارج اطاره الشرعي، من التعريف بالمرشح والدعوة اليه وتحبيب الناس فيه عن طريق التعريف ببرنامجه وبما يريد ان ينجزه لهم ولصالحهم. ويبقى بعد ذلك الامر موكولا لضمير كل واحد، ويصدق عليه قول الرسول : «انما انا بشر ولعل احدكم ان يكون الحن بحجته من الآخر فانما اقضي له على نحو ما اسمع» .

10 - ولتحقيق الشورى الاسلامية، يجب على المواطنين ان يهتموا بشؤون الامة ويسايروا تطورات الاحوال فيها، ويعبروا عن رأيهم في كل ما يعرض من الشؤون، ولا يكتفون المشورة متى طلبت منهم، او عرضت امام انظارهم قضية مهمة. كما يجب عليهم ان يحضروا للتصويت، ويبذلوا النصح

للمسلمين فيمن يجب ان يختاروه مراعين في ذلك مصلحة الدين والامة. ولذلك قال صلى الله عليه وسلم : من لم يهتم بامور المسلمين فليس منهم. ولهم اذا لم يظهر لاحدهم وجه الحق في شيء ان يلزم التوقف فيعطي ورقة بيضاء في اثناء التصويت مثلا، ولكن متى جرى الرأي على وجهه، فعليه الطاعة واتباع العامة فيما سلكوه، وليس له ان يشق بيضة المسلمين او يحدث الخلاف بينهم في امر اتفقوا عليه، مادام له مستند ديني ومخرج شرعي .

11 - اذا دققنا النظر في قواعد الشورى الاسلامية السابقة، نجد ان الفصل بين السلطات القضائية والتشريعية والتنفيذية غير معترف به بالنسبة لاهل الشورى لان السلطات خاضعة لسيادة الامة التي يجب ان تكون موحدة، فاذا فصلنا السلطات عن بعضها نكون قد جزانا السيادة الشعبية التي تمثلها سلطة الشورى في الاشرع والقضاء. اما سلطة التنفيذ فهي وكالة عن سلطة الشورى، مقيدة برقابة هذه عليها ومشاركتها في ممارسة الحكم، واذن فبدأ الاستقلال بالسلطة التنفيذية يصبح وهما مادام مقيدا في الاساس، خصوصا وان الرئيس الاعلى تقع مبايعته من طرف الشعب. فرقابة الشورى وتدخلها يشمل كل السلطات التي وان انفصلت في مظاهرها التطبيقية فانها تظل متحدة ضمن الشورى .

12 - كل ما يرجع لامر الامن والخوف فمرده لسلطة الشورى في الاسلام، وهذا ما يختلف عن المؤلف في الانظمة الحديثة من قصر هذه الشؤون على سلطة التنفيذ وحدها. فالاسلام يشرك اهل الشورى في شؤون الامن العام والدفاع وما يسمى بامور السيادة. ويدل لذلك قوله تعالى : (واذا جاءهم امر من الامن او الخوف اذاعوا به، ولو ردهه الى الرسول والى اولى الامر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم) وقد نزلت هذه الاية في بعض ضعفة المسلمين الذين كانوا اذا جاءهم خبر عن سرايا النبي صلى الله عليه وسلم، وعما ينطق به عليه السلام من مبشرات او مخوفات اذاعوها لقلة تبصرهم، فبين لهم سبحانه ما يؤدي اليه ذلك من المفسدة وطلب منهم ان يمسكوا عن اذاعته ويردوا امره الى الرئيس والى اهل الشورى الذين يعلمون كيفية استنباطه واستخراج محتواه وطريقة الاستفادة منه او اسلوب الحديث

عنه. المهم ان لاهل الشورى رقابة الانباء الراجعة للامن او الخوف واستنباط التدابير المتعلقة بذلك .

13 - ان للشورى الاسلامية ناحية مقيدة، وناحية مطلقة. فالمقيدة منها ما يرجع للاجتهاد في الاحكام، فلا يمكن للشورى ان تتجاوز في ذلك حدود الله المبينة في الكتاب والسنة ومصادر التشريع الاخرى التي هي مناط الاجتهاد. والمطلقة منها ما يرجع لشؤون السياسة العامة فهي حرة في تدبير شؤون الدولة والرقابة على اعمال الحكومة، والنظر في توجيه المصالح الدنيوية، بشرط الا تخرج في ذلك عن مقتضيات الاصول العامة للتشريع، وهكذا فان القرآن هو القانون الاساسي الذي يجب ان يرد اليه كل عمل في الشورى وفي التنفيذ، لانه الذي يبين الحدود الشرعية والذي قال : (تلك حدود الله، فلا تعتدوها).

14 - استنكر بعض المؤلفين المعاصرين اعتبار الحزبية في اختيار اهل الشورى بل ندد بوجود الاحزاب وتعددها في الوطن الواحد مستدلا بقوله تعالى : ان الذين فرقوا دينهم وكانوا شيعا لست منهم في شيء .

وهذا ايضا من باب اطلاق الكلام على عواهنه، فالفرقة في الدين مذمومة قطعاً ولكن الاختلاف في النظر والتحزب لبعض ضروب الحكم واشكاله اذا لم يكن يخرج عن دائرة الدين، فلا محل لاعتباره من الفرقة المذمومة، فلم يزل المسلمون يكونون من المذاهب والجماعات الشيء الكثير، ولكل منهم شيع وانصار ومع ذلك لم يعتبر احد خلافهم او تشيعهم من الفرقة المذمومة، ثم ان امور الحكم والسلطان لا تجري في الارض الا على مقتضيات العمران وسنن الاجتماع. فاذا لم تتبع فيها الوسائل المعتادة في كل عصر بعدت عن السياسة وكللت بالفشل. فالحزبية في هذا العصر هي العصبية التي كان يتحدث عنها الاجتماعيون المسلمون، والتي استند اليها ابو بكر في السقيفة في توطيد دعامة الخلافة. نعم اذا وصلت الى حد تضحية المصالح العامة في سبيل الاهواء الشخصية فانها تعطي حكم الغاية منها .

والدول منذ كانت لا تقوم الا على عصبية للقائمين بها، او لمن يستندون اليهم وهذه العصبية تارة تمثل الجنس او القبيلة وهي التي مضى عليها الحال

عند العرب وغيرهم وفي دول الشمال الافريقي بصفة خاصة، وتارة تمثل التكتل حول مبدأ او عقيدة وهي عصبية العصر الحاضر المتمثلة في الاحزاب السياسية، ولا يوجد في عصرنا اليوم دولة قامت على غير نظام تسنده حزبية ما. نعم هنالك الانظمة التي تفرض الحزب الواحد وهنالك التي تبيح تعدد الاحزاب وتتخذ من ذلك الجهاز الاجتماعي الذي يحفظ كيان الدولة في المجتمع، لان القوة وحدها لا تكفي لقبول الناس لكون الحكم والنظام .

وقد بين ابن خلدون ان المقصود بالحل والعقد أهل القدرة عليه فمن لا قدرة له عليه فلا حل له ولا عقد لديه ، وبذلك برر فيلسوف الاسلام اخراج الملوك العلماء من أهل الشورى لانهم لم تعد لهم عصبية ، وكل ما يمكنهم هو أخذ الاحكام الشرعية عنهم او تلقي الفتاوي منهم .

قال ابن خلدون : وربما يظن الناس ان الحق فيما وراء ذلك وان فعل الملوك فيما فعلوه من اخراج الفقهاء والقضاة من الشورى مرجوح . وقد قال صلى الله عليه وسلم ، العلماء ورثة الانبياء ، فأعلم ان ذلك ليس كما ظنه ، وحكم الملك والسلطان انما يجري على ما تقتضيه طبيعة العمران والا كان بعيدا عن السياسة. فطبيعة العمران في هؤلاء لا تقضي لهم شيئا من ذلك ، لان الشورى والحل والعقد لا تكون الا لصاحب عصبية يقندر بها على حل او عقد او فعل او ترك ، واما من لا عصبية له ولا يملك من امر نفسه شيئا ولا من حمايتها وانما هو عيال على غيره، فاي مدخل له في الشورى او اي معنى يدعو الى اعتباره فيها ، اللهم الا شوراها فيما يعلمه من الاحكام الشرعية فموجودة في الاستفتاء خاصة .

واما شوراها في السياسة فهو بعيد عنها لفقدانه العصبية والقيام على معرفة أحوالها وأحكامها ، وانما اكرامهم من تبرعات الملوك والامراء الشاهدة لهم بجميل الاعتقاد في الدين وتعظيم من ينتسب اليه باي جهة انتسب (1) ثم نعى على العلماء عدم اتصافهم بما يحملونه من الاحكام الشرعية حتى سلبوا بذلك صفة الورثة الحقيقية .

(1) ابن خلدون، المقدمة، ص 402 م.ا.ق 2 طبعة لبنان .

قال ابن الازرق في كتاب السياسة : المسألة التاسعة ان الدعوة الدينية لا تتم الا بالعصبية لما سبقت الاشارة اليه ان كل امر يحمل الناس عليه لا يتم الا بالقتال الموقوف على العصبية، وفي الصحيح ما بعث الله نبيا الا في منعة من قومه، واذا كان هذا في الانبياء فما الظن بغيرهم ومع وضوحه فقد وقع الغلط بالذهول عنه لصنفين من الناس ، الصنف الاول طالب الملك بمجرد الدين كما اتفق لابن منى صاحب خلع النعلين في التصوف ثار بقرب الاندلس داعيا بزعمه الى الحق وسمى اصحابه بالمرابطين فاستتب له الامر قليلا لشغل لمتونة بما دهمهم من أمر الموحدين ولاول استيلاء المرابطين على المغرب بادر بالدخول في دعوتهم وكان أول داعية لهم بالاندلس ، لفعل العصبية الحامية عن المطالب . قلت ومن هذا الصنف الرجل المعروف بيوسف المدجن القائم بدعوة أهل ريبض البيازين من غرناطة صدر هذه المائة التاسعة توهمها منهم انه يقيم دعوة حق ويحيي رسم دين فقتل لامد قريب من ظهور فتنته ومضى لسبيله وأمثاله من الغافلين عن اعتبار العصبية في مثل ما طمعوا فيه كثير . الصنف الثاني القائمون بتغيير المنكر على أمراء الجور من الفقهاء والمتعبدین اغترارا بمن تبعهم من الغوغاء والداهماء فيهلكون بسبب ذلك .

والذي يهمننا من هذا ان الممثلين الحقيقيين للامة يجب ان تكون لهم سلطة ما داخل المجتمع ، تؤهلهم لان يختارهم الناس للنيابة عنهم ووسيلة ذلك اليوم هي هذه النحلة التي توجد ضمن حزب ما ذي برنامج وعقيدة معينة ، وهذه العصبية هي التي تجعل لقراراتهم صفة النفوذ والقبول من سلطة التنفيذ ومن الشعب نفسه .

والاحزاب السياسية في هذا العصر جماعات الغاية منها التنظيم والدعوة لنظريات معينة في الحكم وفي الاقتصاد والسياسة، وموقف الاسلام منها هو موقفه من نظرياتها ومذاهبها فان لم تكن منافية للشريعة ولا لاحكامها فاي موجب لاستنكارها .

الخطط الشرعية

يقول ابن خلدون : ثم اعلم ان الوظائف السلطانية في هذه الملة الاسلامية ، مندرجة تحت الخلافة لاشتمال منصب الخلافة على الدين والدنيا

كما قدمناه . فالاحكام الشرعية متعلقة بجميعها وموجودة لكل واحدة منها في سائر وجوهها لعموم تعلق الحكم الشرعي بجميع أفعال العباد . والفقهاء ينظر في مرتبة الملك والسلطان وشروط استقلالها استنادا على الخلافة وهو معنى السلطان او تفويضا منها وهو معنى الوزارة. عندهم كما ياتي، وفي نظره في الاحكام والاموال وسائر السياسات مطلقا او مقيدا، او في موجبات العزل ان عرضت وغير ذلك من معاني الملك والسلطان. وكذا في سائر الوظائف التي تحت الملك والسلطان من وزارة او جباية او ولاية لا بد للفقهاء من النظر في جميع ذلك كما قدمناه من انسحاب حكم الخلافة الشرعية في الملة الاسلامية على رتبة الملك والسلطان (1) .

ومقصود ابن خلدون ان الاجتماعي ينظر الى خطط الدولة من جهة طبيعة العمران ووجود البشر بينما ينظر اليها الفقهاء من جهة الحكم الشرعي . وقد اقتص هو في كتابة (المقدمة) وكذلك ابن الازرق وغيرهما ممن كتب في طبيعة العمران بالناحية الاجتماعية بينما اقتص الماوردي ومن بعده من الفقهاء الذين كتبوا في الاحكام السلطانية بالجانب الفقهي، وهو الذي يهمننا نحن في هذا المدخل. على ان طبيعة الخلافة هي الجمع بين النظر الديني والسياسي .

وقد عدّ ابن خلدون خطط الخلافة ثمان، وهي : الامامة ، والفتيا ، والقضاء ، والشرطة ، والمظالم ، والعدالة ، والحبسة ، والسكة ، واعتبر ما عدى ذلك من الوظائف تابعة للملك وسياسية . وذكر ابن الازرق في كتاب السياسة الشرطة في الوظائف السلطانية و اضاف الى الخطط الشرعية التدريس .

أما الماوردي فذكر منها اربعة : امارة البلاد ، والقضاء ، والمظالم ، والحبسة .

وجرى الفقهاء المغاربة على اعتبارها سنا ، تبعا للامام الزقاق في لاميته . وقد تبع هو في ذلك كلام ابي الاصبغ ابن سهل اذ قال : وللحكام الذين تجري

(1) ابن خلدون، المقدمة. ص 422-423، م.ا.ق 2 طبعة دار الكتاب اللبناني .

على ايديهم الاحكام ست خطط ، هي : القضاء، الشرطة، المظالم، الرد،
المدنية، السوق. والذي يهمننا الآن منها هو القضاء والمظالم ، والرد ،
والسوق ، والفتوى ، وستنكلم عنها ثم نبين التطور الذي حصل في التنظيمات
القضائية اليوم في المغرب وغيره .

القضاء :

كانت الاحكام في الجاهلية تجري بمقتضى الاعراف والتقاليد، وكان شيخ
القبيلة هو الذي يحكم. ومع ذلك فقد كانت لهم ثلاثة انواع من القضاء :

(1) الاول ما سموه بالحكومة ، وليست هنالك مصادر تعطينا ضوءا على
حقيقة هذه الحكومة ولعلها كانت نوعا من القضاء ، وقد تولاهما بنو سهم قبل
الاسلام .

(2) الاحتكام ، فقد كان العرب يحتكمون الى الكهان والعرفان ، الذين
كانوا يدعون ان لهم اتصالا بالجن او بعالم الغيب يستطيعون به ان يعرفوا وجه
الحكم في المسائل كلها .

وكان الاحتكام يقع ايضا بالقرعة او بالاتفاق على اول قادم . كما وقع في
قضية وضع الحجر مكانه في الكعبة فقد اختلفت القبائل فيمن يضعه ، ثم
اتفقوا على تحكيم اول قادم، فكان هو النبي صلى الله عليه وسلم فتولى الحكم
فيه .

(3) كان عند العرب كذلك نظام شبيهه بالنظام الذي أقره المسلمون وسموه
بولاية المظالم ، وذلك على اثر خلاف وقع بين العاص بن وائل ورجل من
زبيد اشترى منه العاص سلة وماطله في الدفع، فلما عيل صبر الرجل جاهر
بظلامته حول الكعبة بين رجال من قريش وقال شعرا رقيقا وهو :

باللرجال لمظلوم بضاعته بيطن مكة نادي الحي والنفر
ان الحرام لمن تمت مكارمه ولا حرام لثوب الفاجر القدر

فاجتمعت قريش بدار عبد الله بن جدعان حيث تحالفوا على ان ينصروا
المظلوم من الظالم ، فسمي هذا الحلف حلف الفضول، وشهده النبي صلى

الله عليه وسلم، وقال عنه : شهدت مع عمومتي في الجاهلية حلفا ما أحب ان لي به حمر النعم ولو دعيت به في الاسلام لاجبت .

وحيثما بعث الرسول تولى بنفسه الفصل في الخصومات تبعا لتقاليد النبوة التي بينها القرآن في قوله : (ولكل امة رسول ، فاذا جاء رسولهم قضي بينهم بالقسط وهم لا يظلمون) .

وقد نصت المادة 42 من الدستور الذي اعلنه الرسول في المدينة وتحالف عليه مع سكان يثرب على (انه ما كان بين اهل هذه الصحيفة من حدث او اشتجار يخاف فسادة، فان مرده الى الله عز وجل والى محمد رسول الله) .

بقي صلى الله عليه وسلم يباشر الحكم بين الناس في الوقت الذي يبلغ فيه الدعوة ويدبر شؤون الامة ، وكان يعهد لبعض الصحابة بالفصل في بعض القضايا ، وقد صرح القسطلاني في شرح المواهب ان الرسول لم يستقضى شخصا معينا للقضاء بين الناس وانما استقضى جماعة في اشياء خاصة . ويزعم الدكتوران حسن وعلي ابراهيم ، انه لم يؤثر أن النبي صلى الله عليه وسلم عين في بلد من البلدان رجلا اختص بالقضاء بين المسلمين بل كان يعهد بالقضاء الى بعض الولاة ضمن توليتهم أمور الولاية ، وتارة كان يعهد الى بعض اصحابه بفض بعض الخصومات (1) .

والذي يدل عليه حديث احمد وابي داود والترمذي عن علي رضي الله عنه قال : بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن قاضيا وانا حديث السن، فقلت يارسول الله تبعثني الى قوم يكون بينهم احداث ولا علم لي بالقضاء، قال : ان الله سيهدي لسانك ويثبت قلبك الذي يدل عليه هذا الحديث هو ان النبي عين عليا قاضيا لا واليا يتحمل القضاء الى جانب الولاية . وفي العقد الفريد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وجه ابا سفيان بن حرب على نجران

فولاه الصلاة والحرب ووجه راشد بن عبد الله على القضاء والمظالم ، وأما في المدينة حيث يقيم النبي صلى الله عليه وسلم ، فقد روى الترمذي وغيره ان

(1) الدكتوران حسن وعلي ابراهيم. النظم الاسلامية. ص 248

عمر كان يقضي في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وروى الطبري في الرياض النضرة عن ابن عمر أن عثمان قال له ما يمنعك من القضاء وقد كان أبوك يقضي على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ فقلت لست أنا كأبي، ولست أنت كرسول الله صلى الله عليه وسلم. كان أبي إذا أشكل عليه القضاء سأل النبي صلى الله عليه وسلم، وإذا أشكل على النبي صلى الله عليه وسلم سأل جبريل الى آخر الحديث.

وقال أبو بكر ابن العربي في الاحكام: واما ولاية القضاء فقدم النبي صلى الله عليه وسلم في حياته علي بن ابي طالب حين بعثه الى اليمن وقال: لا تقضي حتى تسمع من الآخر، قال: وقدم غيره من ولاته.

وحينما ولي ابو بكر الصديق الخلافة أسند القضاء الى عمر بن الخطاب فظل عامين لا يطرق بابه متقاضيان فرد الامر الى ابي بكر، على ان عمر لم يحمل اسم القاضي فيما أسند اليه. فلما ولي عمر إمارة المؤمنين بعد ابي بكر واتسعت رقعة الخلافة، وكثرت اشغال الخليفة الى حد لم يعد يمكن معه اضطراره بتدبير أمور الدولة وإدارة شؤون الفتوحات والاهتمام بتنظيم الممالك المفتوحة، وفي الوقت نفسه يشتغل لفض المنازعات والحكم في القضايا المعروضة عليه، فرأى من الضروري تأسيس نظام تشريعي لفض المشاكل التي تعرض للناس، فقرر فصل القضاء عن الولاية العامة، وعين على كل مصر قاضيا، فعين ابا الدرداء الصحابي المشهور على المدينة، وشريحا بالكوفة، وابا موسى الاشعري بالبصرة (1).

(1) اعتمدنا كلام ابن خلدون وغيره في اعتبار شريح اول قاض لعمر بالكوفة، وقد نقل السيد محمد المرير في كتابه: الابحاث السامية في المحاكم الاسلامية ج 1 ص 116 عن ابن قتيبة في عيون الاخبار عن الشعبي ان اول قاض لعمر بالعراق هو سلمان بن ابي ربيعة الباهلي، وانه قضى بالقانسية ثم بالمدائن ثم عزله عمر واستقضى شر حبيلا على المدائن ثم عزله واستقضى ابا قرة الكندي فاخط الناس الكوفة وقاضيهام ابو قرة، ثم استقضى شريح بن الحارث الكندي فقضى خمسا وسبعين سنة. وبذلك صرح الخطيب في تاريخ بغداد.

وفي كتاب الدكتورين حسن وعلى ابراهيم: (النظم الاسلامية): ومن الثابت ان شريحا كان قاضي الكوفة في عهد عمر وان ابا موسى الاشعري تولى قضاء البصرة من قبل عمر ايضا. وهذا يخالف ما ذكره بعض المؤرخين من ان عمر ارسل كتابه في القضاء الى ابي موسى وهو على قضاء الكوفة، اذ انه عين واليا على الكوفة في خلافة عثمان بن عفان.

وذهب مالك الى ان اول من فصل القضاء عن الولاية هو معاوية لا عمر ، وانكر ان يكون احد قبل معاوية ولى أحدا القضاء استقلالا ، وانما كانوا يجعلون القضاء مندرجا تحت الولاية ، وانتقد ابن عساكر ما قاله مالك ورام ابن رشد والمتطيبي ، تأويل ما قاله مالك على انهم لم يولوا أحدا استقلالا في موضع الخلافة وأما خارجها فلا (1) .

اختصاصات القاضي :

ان اختصاصات القضاة تتطور بحسب الزمان والمكان فقد يدخل في ولاية القضاء كما قال ابن القيم في بعض الامكنة ما يدخل في ولاية الحرب . وقد تكون في بعض الامكنة والازمنة قاصرة على الاحكام الشرعية فقط فيستفاد من ولاية القضاء في كل قطر ما جرت به العادة واقتضاه العرف . فقد كانت ولاية الحرب في البلاد الشامية وما جاورها زمن ابن القيم تختص بإقامة الحدود من القتل والقطع والجلد ويدخل فيها الحكم في دعاوي المتهم التي ليس فيها شهود ولا اقرار كما تختص ولاية القضاء بما فيه كتاب وشهود واقرار من الدعاوي التي تتضمن اثبات الحقوق والحكم بايصالها الى اربابها والنظر في الابضاع والاموال التي ليس لها ولي معين ، والنظر في نظار الوقوف واوصياء اليتامى وغير ذلك ، وفي بلاد اخرى كبلاد المغرب ليس لوالي الحرب مع القاضي حكم في شيء انما هو منفذ لما يأمر به متولي القضاء (2) وقد كان الامر في زمن الخلفاء ان المتولي لفصل الخصومات واثبات الحقوق والحكم في الفروج والانكحة والطلاق والنفقات وصحة العقود وبطالها هو الذي

(1) ابن عبد البر في التمهيد . وقال السيوطي في الاوائل : أول قاض في الاسلام عمر بن الخطاب فضى لابي بكر كذا قاله العسكري قلت لكن اخرج الطبراني بسند حسن عن السائب بن يزيد قال : ان النبي صلى الله عليه وسلم وأبابكر لم يتخذا قاضيا وأول من استقضى عمر قال رد عني الناس في الدرهم والدرهمين واخرج ابو يعلى في سنده بسند صحيح عن ابن عمر قال : ما اتخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم قاضيا ولا ابو بكر ولا عمر حتى كان في اخر زمانه قال ليزيد ابن اخت نمر اكفني بعض الامور يعني صغارها . واخرج ابن سعيد عن الزهري قال : ما اتخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم قاضيا ولا ابو بكر وعمر حتى كان عثمان ، واخرج ابن سعد من طريق ابي الغيث قال سمعت ابا هريرة رضي الله عنه لما ولى مروان بن الحكم المدينة ابن ابي سفيان سنة اثنتين وأربعين في الامرة الاولى استقضى عبد الله بن نوفل بن الحرث بن عبد المطلب بالمدينة فسمعت ابا هريرة يقول : هذا أول قاض رأيت في الاسلام .

(2) ابن القيم ، الطرق الحكمية .

يحمل اسم القاضي واسم الحاكم ، واستمر الامر كذلك حتى وسعت اختصاصاتهم على حسب التدريج، ثم اصبحت ولاية القاضي تارة عامة فتشمل كل تلك الاختصاصات، وتارة كقضاء الانكحة او المعاملات او الدماء، واعترف لولي الامر بالحق في حد اختصاص القاضي او توسيعه .

وقد نص الونشريسي على ان القاضي يختص بوجوه لا يشاركه فيها غيره من الحكام وهي الوصايا والاحباس المعقبة والاطلاق والتحجير والقسم والمواريث والنظر للايتام والنظر في اموال الغياب والانساب والحدود والجرارات والتوصيات والتسجيل والاثبات، وليس لهم السياسة العامة وقسم الخراج وقسم الغنائم وتفريق اموال بيت المال على المصالح وترتيب الجيوش وقتل البغاة وتوزيع الاقطاعات واقطاع المعادن ونحو ذلك، واختلف هل لهم اقامة الجمعة والاعياد وقبض اموال الصدقات وصرفها اذا لم يحضر ناظر أم لا (1) .

وفي الجزيرية : يشتمل نظر القضاة على تسعة احكام :

- احدها : قطع التشاجر والخصام بين المتنازعين اما بصلح عن تراض يراد به الجواز وأما باجبار بحكم ثابت يعتبر فيه الوجوب .
- والثاني : استيفاء الحق لمن طلبه وتوصيله الى يده اما باقرار او بيعة .
- والثالث : الزام الولاية للسفهاء والمجانين والتحجير على المفلسين حفظا للاموال .

- والرابع : النظر في الاحباس والوقوف والتفقد لاهوالها واحوال النظر فيها .

- والخامس تنفيذ الوصايا على شروط الموصى اذا وافقت الشرع، وفي المعينين يكون التنفيذ بالاقباض وفي المجهولين بتعيين المستحق لها بالاجتهاد فان كان له وصي رعاه والا تولاه .

- والسادس : اقامة الحدود فان كانت من حقوق الله تفرد باقامتها اما باقرار يتصل باقامة الحد او بمعصية اما ببينة او ظهور حمل من غير زوج ان كانت من حقوق الأدميين فيطلب مستحقها .

(1) احمد الونشريسي، كتاب الولايات واصله في التبصرة لابن فرحون، ص 26 ما وجد منه وطبع بالرباط .

- والسابع : النظر في المصالح العامة من كف التعدي في الطرقات والابنية واخراج ما لا يستحق من الاجنحة والابنية .
- والثامن : تصفح الشهود وتفقد الامناء واختيار من يرضيه لذلك .
- والتاسع : وجوب التسوية بين القوي والضعيف وتوخي العدل بين المشروف والشريف .

التنظيم القضائي

تطورت وظيفة القضاء بتطور الجماعة الاسلامية، واتساع رقعة ارضها ومعاملات اصحابها وبعد ان كان لكل ولاية قاض واحد اصبح لكل واحدة منها قضاة متعددون، ثم اصبح هؤلاء القضاة نوابا زمن الدولة العباسية عن رئيس اعلى كان يحمل اسم قاضي القضاة وربما حمل اسم اقضى القضاة، يقيم في عاصمة الخلافة، ويمثل ما نسميه الآن بوزارة العدل واول من حمل هذا اللقب هو ابو يوسف صاحب كتاب الخراج زمن هارون الرشيد واستمر هذا النظام حتى العصر العباسي الثاني، وانتشر في نواح متعددة وفي مصر وتونس ايضا. على ان اختصاصات قاضي القضاة كانت تضعف وتقوى فيما يظهر بحسب العرف، ولذلك نجد بعض المؤلفين يقدمونه كقاض مستقل له الحق في تقديم النواب عنه في القطر وان كان لا يمتاز عن غيره. وقد ذكر ابن خلدون ان قضاة مصر كانوا اربعة بحسب المذاهب يدعى كل واحد منهم قاضي القضاة تمييزا عن الحكام بالنيابة، فهل كانوا بمثابة اربعة وزراء عدل بحسب المذاهب الفقهية التي كانت في مصر ؟ ام كانوا اربعة قضاة عامين لكل واحد منهم الحق في تعيين نواب عنهم ؟ النتيجة واحدة، ولكن الاصل في قاضي القضاة هو ان يكون رئيسا اعلى لشؤون القضاة كما يظهر من الوظيفة التي اعطيت لابي يوسف. وقد صرح بذلك صاحب شرح العناية على الهداية من الحنفية نقلا عن الذخيرة وكذلك في طبقات السبكي .

وكان لقاضي القضاة في بغداد ديوان خاص يسمى ديوان (قاضي القضاة) يحتوي زيادة على الرئيس على كاتب وعارض الاحكام وحاجب وخازن ديوان الحكم واعوانه. ونقل القضاة من الحكم في المساجد الى اماكن خاصة بهم، وبعضهم كان يقضي في داره. واعطى للقاضي حق النظر في تعيين

العدول، توسعة لما له من الحق في التعديل والتجريح. وفرض على القضاة ارتداء لباس معين كان هو السواد في زمن العباسيين فكان القاضي يعتم بعمامة سوداء على قلنسوية طويلة .

وكان منصب القضاء خاصا باهل السنة، فلما تولى الشيعة الحكم في مصر، عينوا واحدا من مذهبهم سموه قاضي القضاة وداعي الدعاة، وصاروا يعينون بقية القضاة من سنيين وشيعيين على السواء .

اما في المغرب فان تونس والجزائر مضتا على ما كان عليه الحال في الدول المشرقية. واما المغرب الاقصى فقد كان اول قاض عين منفصلا عن الخليفة هو عامر بن محمد العنيسي احد تلامذة الامام مالك وكان قد رحل للدراسة عليه، ولقنه الامام بالعاقل وعينه المولى ادريس الاكبر قاضيا بعد ما وفدت عليه وفود المغرب والاندلس، وكان قبل ذلك يتولى القضاء بنفسه ويذكر المؤرخون لكل خليفة في المغرب قاضيا، اشارة الى انه قاضي العاصمة المعتبر عند الملك والمنزل منزلة قاضي القضاة في المشرق، ولكنه لم يكن في المغرب نظام قاضي القضاة. وانما كان هنالك من يحمل لقب قاضي الجماعة، ويظهر ان دلالاته كانت مزدوجة فكان يطلق احيانا على :

1 - قاضي الولاية او الاقليم. ويكون له حق الحكم المباشر في جميع القضايا داخل المدينة والنظر في احكام من ينيبهم من نوابه في المراكز القضائية التابعة له، وهذا هو الذي ادركنا عليه العمل، وسمعناه من شيوخنا وممن سبقنا الى الوجود .

2 - وكان يطلق كذلك في بعض الاحايين على القاضي العام وهو الذي يحكم في جميع ابواب الفقه ويكون غيره خاصا بنوع من القضاء كالانكحة مثلا، فيسمى الاول قاضي الجماعة بهذا الاعتبار والثاني قاضي الانكحة مثلا. وهذا هو الوضع الذي يفهم من تصانف متأخري الفقهاء المغاربة. وقد ذكر الشيخ التاودي بن سودة في شرح الزقايق ان ابن عبد السلام بناني كان قاضي الجماعة بينما كان الاجمى قاضي الانكحة .

3 - وحيانا كان يطلق قاضي الجماعة لمجرد الاحترام على من له ولاية

أقليم دون ان يكون لنظرة احد من النواب والشيوخ (1)

ان قاضي الجماعة لم يصل في يوم ما في المغرب لان يكون بمثابة وزير العدل، وسنين ان بنية الشكايات هي التي اصبحت اليوم وزارة العدل وهي ذات طابع آخر غير قضاء القضاة، واما في الاندلس فان قاضي الجماعة كان يعين من قبل الامير والخليفة ويقيم في قرطبة، وينوب عنه قضاة مسددون. وربما كان يحمل لقب قاضي الجند او العسكر(2). وقد قصدوا بالجماعة جماعة القضاة كما قال ابو الحسن النباهي .

المظالم :

ومن التنظيمات التي ادخلت على القضاء تخصيص ديوان خاص بولاية المظالم، وكان يقوم بها عادة في ابان الخلفاء الراشدين الخليفة نفسه. كما تدل على ذلك الشكايات التي كانت ترفع اليهم بعمال الاقاليم وبالظلامات التي كان يطلب منهم التدخل فيها، زيادة على التجول الليلي الذي كان يقوم به عمر بن الخطاب مثلا لتفقد احوال الرعية والبحث في شؤونهم. وقد حدد الماوردي هذه الولاية، بانها : قود المتظالمين الى التناصف بالرهبة وزجر المتنازعين عن التجاحد بالهبة، وهي وظيفة اقوى من وظيفة القضاء.. وبذلك قال عنها ابن العربي في الاحكام : انها عبارة عن كل حكم يعجز عنه القاضي فينظر فيه من هو اقوى منه يدا. ويقول ابن خلدون : انها وظيفة ممتزجة من سطوة السلطنة ونصفة القضاء وتحتاج الى علويد وعظيم رهبة، تقمع الظالم من الخصمين وتزجر المتعدي وكأنه يمضي ما عجز القضاء عن امضائه(3).

كان الخلفاء يجلسون بانفسهم لسماح المظالم، حتى ان الخليفة المهدي بنى قبة لها اربعة ابواب كان يجلس فيها ويعطيها اسم (قبة المظالم)(4) ثم

(1) زعم سيدي عبد الحفيظ الفاسي ان قاضي الجماعة بفاس كان بمثابة شيخ الاسلام في المشرق فكان له امر تولية القضاة وعزلهم وان مقره بمدينة فاس. وذكر ان والد مولاي اندريس بن عبد الهادي كان بهذه المثابة. انظر كتابه رياض الجنة. وقد رد عليه الاستاذ المرير في كتابه الابحاث السامية ص 214 ونظرا للمركز الذي كان لمولاي عبد الهادي عند السلطان فيمكن ان يكون حصل على نوع من التدخل في الولاية والعزل للقضاة عن طريق الاستشارة، وذلك كما قاله ابن حزم عن ابي يوسف. وعلى كل حال فلا نعلم سندا تاريخيا لهذه الدعوى .

(2) الخشني. قضاة قرطبة ص 28 وانظر تاريخ قضاة الاندلس ص 21 .

(3) ابن خلدون، المقدمة. ص 193

(4) المسعودي، مروج الذهب. ج 2 ص 431 .

تطور الامر فاصبح الوزراء يجلسون للنظر فيها ثم اخذوا يعينون لها ولاة خاصين بها. فقد سمي هارون الرشيد الامام اسماعيل ابن علية احد شيوخ الامام احمد واليا للمظالم ثم عين لها الامام احمد الوكيلي، وعين لها في ايام المعتز محمد بن عمران الضبي. واحيانا كانوا يسندونها الى القضاة نصا(1) واحيانا كانوا يسمون لها مطلق الكتاب، بل تعدى الامر الى جلوس بعض النساء للمظالم فقد تمتعت السيدة ام الخليفة المتقدر بنفوذ كبير واتسعت سلطتها الى حد انها استطاعت ان تعين قهرمنتها «ثومال» صاحبة للمظالم في سنة 306 فكانت تجلس في مكان بنته «السيدة» في الرصافة «وتنظر في رفاق الناس في كل جمعة، فكانت تجلس وتحضر القضاة والاعيان وتبرز التواقيع وعليها خطها»(2)

وفي هذه السنة نفسها كان المقتدر العباسي اظهر اعتناء فائقا بالمظالم فامر بان يجلس بكل جهة من الجهات فقيه يسمع من الناس شكاواهم. وانتدب الاتراك مندوبا للمظالم سموه (اميرزاد) اي امير العدل .

واما في المغرب، فان ولاية المظالم فيما يظهر كانت ترجع للخليفة ولمن ينيبه على ذلك من خلفائه. فقد روى صاحب المعجب ان خلفاء الموحدين على اتساع رقعة دولتهم كانوا يجلسون لفصل القضايا كلها فكان المنصور يقعد للناس عامة لا يحجب عنه من صغير ولا كبير حتى اختصم اليه رجلان

في نصف درهم فقاضى بينهما وامر الوزير ابا يحيى صاحب الشرطة ان يضربهما ضربا خفيفا تأديبا لهما. وقال لهما اما كان في البلد حكام قد نصبوا لمثل هذا ؟ فكان هذا مما حمله في ايام مخصوصة لا ينفذ فيها غيره، وكذلك كان الامر في ايام عبد المومن بن علي. وقد عينت الدولة الموحدية متلقيا للشكاية وسمته بالموقع على (القصص) اي قطع الورق. وهي الظلمات المرفوعة للخليفة بوساطة من يخصصه لذلك. وقد استمر الحال على هذه

(1) المرير، الابحاث السامية، ص 31 ج 2. وارجع لمقدمة ابن خلدون .
(2) السيوطي، تاريخ الخلفاء. ص 253. والدكتور ابراهيم حسن. تاريخ الاسلام السياسي ج 3 ص 314 .

الطريقة في المغرب(1) وقد ادركنا نحن على كل ناحية مهمة خليفة من الأسرة المالكة معه وزير، يتلقون الشكايات والظلمات ويبتون في بعضها عن الامر الشريف، ويرفعون المسائل الكبرى لبنيقة الشكايات. وكان الملك يتلقى الشكايات بنفسه وكذلك وزراءه في سائر الايام ولاسيما ايام الجمع. وله وزير شكايات خاص، هو الذي كان مختصا بالنظر في سائر التظلمات وتنسيقها ثم اطلاع السلطان عليها والكتابة عن امره للقضاة والولاة بما يلزم السير عليه في شأنها. فلم يكن السلطان نفسه ولا وزير الشكايات يتولى الحكم في قضية ما، بل كان يحيلها على قاض، او يامر جماعة من العلماء بتصفح وثائقها ورفع القضية اليه ثم يصدر امره لقاضي الجهة او العامل بتنفيذ ما افتي به الفقهاء . على ان بنيقة الشكاية كانت تقبل حتى ما يتعلق بالظلمات العامة كالغلو في استخلاص الضرائب او ما اشبه ذلك، فكانت تحيل كل شكوى على الجهات المختصة بها .

وإذن فقد كانت من جهة بمثابة وزارة العدل اليوم. ومن جهة اخرى تشبه مكتب الارشاد المؤسس في الديوان الملكي، والذي له نظير في ممالك غربية .

وقد زعم الدكتور حسن ابراهيم، ان ولاية المظالم هي مجلس الاستئناف في الانظمة القضائية العصرية(2) ولا يظهر له وجه، لانه يتناول أكثر من اختصاصات الاستئناف كما سنبينه في الوقت الذي لا يصدر حكما مقرر او ناقضا لاحكام القضاة، وانما يستوضح ويطلب احيانا اعادة النظر او يرد المظالم .

وزعم الشيخ التسولي(3) ان والي المظالم هو القائد في المغرب، وله وجه باعتبار ان القواد يتدخلون في الجرائم، ويشهد له تسمية المتيطي والونشريسي

(1) استمر الحال كذلك على هذه الطريقة في بعض الممالك العربية، التي وان تطورت انظمتها الديمقراطية فقد احتفظت بولاية المظالم. وقد رأيت في عمان جلالة الملك المرحوم عبد الله بن الحسين يجلس يوما في الاسبوع لتلقي الشكايات والبت في امرها. ورأيت شبيها لهذا الامر في جلوس (مجلس الرئاسة) بجمهورية الأوروغواي في أمريكا الجنوبية اياما في الاسبوع لتلقي الشكايات من مختلف الافراد .

(2) انظر تاريخ الاسلام السياسي ج 3 ص 314 .

(3) التسولي، حاشية على شرح الزقاقية (مخطوط) وانتقاد الوزاني عليه انما هو من باب المماحكة مع خصمه عبد السلام الهواري صاحب الحاشية على الزقاقية ايضا .

والي المظالم بوالي الجرائم⁽¹⁾ فيكون اذن والي المظالم هو رئيس محكمة الجنايات ويكون القائد متوليا لهذا الامر في حدوده المعينة له بينما السلطان او وزير الشكايات يختص بالنظر في الجنايات الكبرى. على ان اختصاص الجرائم بقي في المغرب للقضاة طيلة ما قبل الحماية، الا في بعض المظالم التي لا تصل اليها ايديهم فترجع كما قلنا للخليفة المحلي او للسلطان نفسه او من ينصبه لذلك من وزير للشكاية .

واما في الاندلس فقد كان كذلك للمظالم وزير خاص، وان كان الاختصاص في اصدار الاحكام في امرها بقي في يد القضاة، فهي اشبه ببنيقة الشكايات في المغرب .

اختصاصات والي المظالم

ان والي المظالم قاض متسع الاختصاصات، فهو :

- 1 - ينظر في مجاوزة الولاية حدود اختصاصاتهم. سواء تظلموا، او اكتشف هو الظلم الواقع عليهم بوسائله الخاصة فهو من هذه الجهة اشبه بمجلس الدولة في الانظمة الحديثة .
- 2 - ينظر في تعدي عمال الجبايات والصدقات والضرائب .
- 3 - يتدخل في الكتاب والموظفين، وما يمكن ان يقوموا به من عبث في وظائفهم .
- 4 - تظلمات الموظفين من رؤسائهم .
- 5 - رد الغصوب الى اربابها .
- 6 - تنفيذ ما عجز القضاة عن تنفيذه، وكذلك ما لم يقو عليه ولاية الحسبة .
- 7 - مراقبة امور الاوقاف والشؤون الدينية .
- 8 - استيفاء الحق لمن طلبه وتوصيله اليه اما باقرار او بينة، وقال ابو حفص الفاسي ان والي المظالم يرد الامر الى القاضي عند ثبوت الحق ليحكم بمقتضاه .
- 9 - اقامة الحدود .
- 10 - تعجيل حبس المتهم للاستبراء والكشف بخلاف القضاة .

(1) انظر كتاب الولايات للنشريسي ص 27 .

- 11 - ان له سماع شهادت أهل المهن اذا كثر عددهم ممن لا يسمعون القاضي .
- 12 - له رد الخصوم اذا اعضلوا الى واسطة الامناء، ليفصلوا بينهم صلحا عن تراض، وليس للقاضي ان يفعل ذلك الا برضى الخصمين .
- 13 - ان له نظرا في المواتبات وان لم توجب غرما ولا حدا وان رأى المصلحة في قمع السلبية باشهارهم بجرائمهم فعل .
- 14 - له ان يسمع شهادة غير المستورين بخلاف القضاة .
- والخلاصة ان محكمة المظالم واسعة الاختصاص، وتنتظر لامن الدولة والأفراد في دائرة القانون والسياسة الشرعية(1)

ولاية الرد

هذه الولاية ورد لها ذكر في تراجم رجالات الاندلس، ولكن لم يظهر لأحد ممن تكلموا عنها حدود اختصاصها ولا دائرة نفوذها، وقد نقلوا عن ابن سهل عن بعض من ادركه ان صاحبها انما يحكم فيما استرابه القضاة وردوه عن انفسهم، وعلى هذا فهي محكمة تنظر في القضايا التي اشكلت على القضاة .

والذي في نوازل ابن الحاج ان صاحب الرد كان يلخص الكتب التي ترفع الى الامير بأقل لفظ وبأشهر اسم يعرف في ظهر الكتاب فيوقع في ذلك الامير ما يراه ثم ينفذ صاحب الرد الحكم. وليس في كلام ابن الحاج تناقض مع كلام ابن سهل، الا انه عام يشمل ما يرده القضاة عن انفسهم وما يرفع للسلطان من قضايا خاصة .

وقال ابن عبد السلام بناني : ان هذه الولاية من انواع ولايات القضاء الخاصة الا انها عامة في كل ما استراب فيه القضاة .

وقد اشكل على متأخري فقهاء المغرب تعيين ولاية الرد ما هي، فزعم بعضهم انها هي ولاية المظالم، وقال آخرون انها هي ولاية الوزير او الكاتب الخاص .

(1) الونشريسي كتاب الولايات، والتبصرة لابن فرحون، والمقدمة لابن خلدون، وتاريخ الاسلام السياسي، لحسن ابراهيم، وشروح الزقاقية وحواشيتها، والابحاث السامية للمرير وغيرها من المصادر المعروفة في تاريخ الاندلس والمغرب .

والذي يظهر انها تعني النقص، فهي بمثابة محكمة تقوم بالنقض والابرام. فيمكن ان يرد اليها القضاة ما استرابوه من المسائل، ويمكن ان يستوضحوها في تطبيق بعض الاحكام. ويمكن كذلك ان يرفع اليها امر التظلم باعتبار خروج الحكم عن جادة الحق، وعندني ان خلفاء الاندلس اسسوا هذه الوظيفة واستحدثوا اسمها من الحديث الشريف : كل عمل ليس عليها امرنا فهو رد. اي مردود على صاحبه. وهو اصل في الطعن بعدم دستورية الحكم، او القانون. ويمكن ان يستأنس لرأينا بقضية عثمان بن عفان حين ابقى عامله على افرقية عبد الله بن سعد خمس الخمس من الفيء لنفسه وبعث بأربعة اخماس الخمس لعثمان. فوفد وفد على عثمان يشكو بابن ابي سرح فيما اخذ من الخمس فقال لهم عثمان رضي الله عنه : (انا نقلته اياه، وذلك الآن اليكم، فان رضيتم فقد جاز، وان غضبتم فهو رد (قالوا : فانا نسخت) فكتب عثمان الى ابن سعد برد ذلك(1)

وممن تولى ولاية الرد في الاندلس موسى بن محمد بن زياد الجذامي. «ولاه الامير رحمه الله الشرطة والرد ونقله الى الشرطة العليا ثم ولي القضاء فصلى بالناس جمعة واستعفى في الثانية»(2)

فيستفاد من ترجمة هذا الجذامي - ان الرد وظيفة مهمة تفوق الشرطة الصغرى ودون الشرطة الكبرى. وان قضاء الجماعة اكبر منها جميعا لانه وزارة عدل .

فتكون ولاية الرد بمثابة محكمة النقص في الانظمة العصرية .

اختصاص محكمة الرد

(ما يمكن نقضه من الاحكام)

ان احكام القضاة نافذة لا تقبل الرد الا في مسائل اربع. وهي مخالفة الحكم : للاجماع او القواعد او القياس الجلي او النص الصريح(3)

(1) ابن عذارى - البيان المغرب. ج.1. ص 13 نقلا عن الطبرى .

(2) الخشنى : فضاء قرطبة ص 137 .

(3) التبصرة لابن فرحون، وكتاب الولايات للنوشرسي. والاحكام في تمييز الفتاوي من الاحكام وتصرفات القاضي والامام لشهاب الدين القرافي .

والقاعدة ان الامام او اي قاض يمكنه ان ينقض حكم غيره متى عرض عليه وكان مخالفا لما ذكرناه، ولكن يظهر ان النظام في الاندلس كان يقضي برفع هذه المسائل الى والي الرد. ليرى هل من الممكن تطبيق مقتضيات النقض عليها ام لا. وفي غير البلاد التي كانت تملك محاكم الرد، كان ولي الامر يامر بجمع العلماء وعرض ما يستراب فيه أو يشتكي منه من احكام القضاة فيفتي العلماء الامام بما يروونه فيه، وحينئذ يصدر الامام او الامير نفسه حكم النقض او الابرام . قال المازري : واتفق العلماء على نقض كل حكم خالف الكتاب والسنة المتواترة والاجماع. وقد اشتهر هذا عن الصحابة رضوان الله عليهم.

الونشريسي : وكذا ينقض اذا خالف المذهب المقصود او كان عن غير دليل كالحرز والتخمين والحكم بالنجوم والقال والزجر والرمل، وحكى اختلافا في امر الحكم بالفراصة، قال ابن الحاجب فلو حكم قصدا فظهر ان غيره اصوب فقال ابن القاسم بفسخ الاول، وقال ابن الماجشون وسحنون لا يجوز فسخه وصوبه الاثمة وقال ايضا في اصوله لا ينقض الحكم في الاجتهاديات منه ولا من غيره، باتفاق للتسلسل فيفوت مصلحة نصب الحاكم .

واجاب القرافي عن السؤال التاسع والعشرين وهو : ما سبب نقض الحكم اذا وقع في الصور الاربع مخالفة الاجماع والقواعد والقياس الجلي والنص وما مثل ذلك ؟

بان سبب النقض في مخالفة الاجماع انه معصوم لا يقول الا حقا ولا يحكم الا بحق فخلافه يكون باطلا قطعاً، والباطل لا يقرر في الشرع فيفسخ ما خالفه الاجماع. واما القواعد والقياس الجلي والنص وان كانت في صورة الخلاف فالمراد اذا لم يكن لها معارض راجح عليها، اما اذا كان لها معارض فلا يفسخ الحكم اذا كان وفق معارضها الراجح اجماعاً، كالقضاء بصحة عقد القراض والمساقات والسلم والحوالة ونحوها فانها على خلاف القواعد والنصوص والقياس ولكن لادلة خاصة مقدمة على القواعد والنصوص والقياس، والأقيسة لأنها عامة بالنسبة الى تلك النصوص. ومتى لم يكن هذا المعارض بل عدم بالكلية بان يكون الاجتهاد لتوهم ليس بواقع في نفس الامر،

او اعتمادا على استصحاب براءة الذمة ونحوه لعدم الشعور بتلك القواعد والنصوص والاقيسة او يكون ثم معارض مرجوح من حديث مضطرب الاستناد ونحوه، فانه لا يعتد به ويتبين ذلك لوقوعه على خلاف المعارض الراجح فهذا سبب النقض، فان هذا لا يقر في الشرع لضعفه .
ثم مثل لذلك بما لو حكم بالميراث كله للاح دون الجد فان الامة على قولين :

المال كله للجد او يقاسم الاخ، اما حرمانه بالكلية فلم يقل احد به فمتى حكم به حاكم بناء على ان الاخ يدلي بالبنوة والجد يدلي بالابوة والبنوة مقدمة على الابوة نقضنا هذا الحكم. ومثل لمخالفة القواعد بمسألة السريجية متى حكم حاكم بتقرير النكاح هما في حق من قال : ان وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثا، فطلقها ثلاثا او اقل، فالصحيح لزوم الثلاث له فاذا ماتت او مات حكم بالارث لها أو منها. نقضنا حكمه لانها على خلاف القواعد، لان من قواعد الشرع صحة اجتماع الشرط مع المشروط لان حكمته انما تظهر فيه. او تتصل بشرط لا يصح اجتماعه بمشروطه وحكم الحاكم في المسألة السريجية لا يصح ان يكون في الشرع شرطا فلذلك ينقض حكم الحاكم في المسألة السريجية والحكم الصحيح وارد في اختصاصها بالنتريك، ولم يرد له معارض صحيح فينقض الحكم بخلافه .

واما الموضوعات التي تصرفات الحكام فيها ليست بحكم كالعقود واثبات الصفات في الذوات واسباب المطالبات واثبات الحجج الموجبة لثبوت الاسباب الموجبة للاستحقاق وغيرها من المواضيع التي ذكرها ابن فرحون في التبصرة والوتشيسي في كتاب الولايات. فلمحكمة الرد وغيرها النظر فيها وتغييرها .

الحسبة

يكسر الحاء اسم من الاحتساب اي ادخار الاجر، ولكونها مأخوذة من الامر بالمعروف والنهي عن المنكر فقد صح اطلاقها لان صاحبها يقوم بواجبها احتسابا له، او هي من الاحتساب بمعنى الانكار، يقال احتسب عليه

الشيء اذا عدده، وهي وظيفة المحتسب، وهو المعروف بصاحب السوق، واول من وضع نظامها هو عمر بن الخطاب، وكان يقوم بوظيفتها بنفسه، ولكن هذا اللفظ لم يستعمل الا في زمن الخليفة المهدي العباسي (158--169 هـ).

على ان النبي (ص) قدم من ينظر في حياته في الاسواق، فاستعمل سعيد ابن العاص على سوق مكة⁽¹⁾ كما استعمل عمر على سوق المدينة⁽²⁾ وولى مرة اخرى عبد الله بن سعيد بن اصيحة بن العاص سوق المدينة⁽³⁾ وثبت عن ابي هريرة ان النبي (صلعم) مر برجل يبيع طعاما فسأله، كيف تبع؟ فاجابه فأوحى اليه، ادخل يدك فيه فادخل يده فاذا هو مبلول فقال رسول الله (صلعم) ليس منا من غش، وقد نهى صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عباس عن ان يبيع حاضر لباد كما نهى عن تلقي الركبان .

واذن فعمر بن الخطاب انما سار في التوجه الذي فعله (صلعم) ولكنه اعطى للحسبة مكانة مهمة حيث تحمل مسؤولياتها بنفسه .

ويظهر ان نظام الحسبة تطور بحسب العصور والبلدان، وان الاصل فيها هو تركيز ما يتعلق بالامر بالمعروف والنهي عن المنكر في يد ممثل للسلطة حتى لا تبقى هذه المهمة الاجتماعية مرسلة فيما يرجع لتنفيذ احكامها اي ان كل مخاطب بالامر بالمعروف والنهي عن المنكر اصبح ملزما بعدم استعمال تغيير المنكر بيده، ورفع ذلك الى المحتسب الذي يتولى الامر بنفسه، اذا لم يكن قد سبق هو الى ادراك المنكر وتلافي شأنه قبل ان يرفعه اليه غيره. فالاصل في الحسبة اذن هو ان تكون عامة للجميع. اي كل انسان يمكنه ان يغير منكرا احتسابا لله، ولكن ذلك لو ترك لأدى الى نوع من الفوضى والاضطراب خصوصا فيما يقع الاختلاف فيه من الاحكام المتعلقة بالبدع والمنكرات، فلما عينت لذلك وظيفة يتحملها عالم بالاحكام ومزود بما يحتاج اليه من قدرة السلطان، انتظم شأن الامر بالمعروف والنهي عن المنكر،

(1) ابن عبد البر - الاستيعاب

(2) سيرة الحلبي

(3) ابن عساکر - التاريخ

وأصبحت ممارسة الحسبة العامة في متناول كل احد عن طريق رفع الامر للمحتسب .

وقد ارتقى نظام الحسبة في عهد الفاطميين فكان للمحتسب نواب يطوفون في الاسواق وغيرها ويلزمون الناس باتباع الشرع وعدم الخروج عنه وترك الغش(1).

وكان للحسبة في ايام الدولة العباسية بالمشرق مكانة مهمة، فاصبح المحتسب بمثابة مفتش عام للدولة ويتدخل في الاسواق والمحاكم والمساجد والتعليم وغير ذلك من الشؤون كما يتدخل في المسائل البلدية .

وكان لكل مدينة في الاندلس موظف يحمل اسم المحتسب او صاحب السوق، وكانت تشترط فيه شروط القاضي. وكانت لهم في اوضاع الاحتساب قوانين يتداولونها ويتدارسونها كما تتدارس احكام الفقه لانها عندهم تدخل في جميع المتاعاات وتتفرع الى ما يطول ذكره(2)

والنظام المغربي يقضي بتعيين محتسب لكل مدينة، اما اسواق البادية فسلطة الحسبة فيها منضمة للقائد، وكان يختار لها من الفقهاء اكثرهم مساسا بالشؤون العامة واتصالا بها ومقدرة على حلها، وكان يستعين في عمله بكتب خاصة تتعلق بالحسبة كانت توجد في زمن الشيخ ميارة في خزائن بمحكمة المحتسب، ويحمل اسم الفقيه، وله خليفتان وكتاب واعوان. ويعتمد على العرف في كثير من احكامه، ولذلك يرجع الى امناء الحرف وشيوخ الفلاحين ويعين بظهير خاص من الملك، وكانت رتبته في الوظائف بعد صاحب الامر والقاضي الشرعي. ولا تزال وظيفة الحسبة مبدئيا قائمة بالذات في المغرب وان الغيت عمليا في كثير من مدنه .

اختصاصات المحتسب

للمحتسب نوعان من الاختصاص، نوع قضائي ينظر فيه متى رفع اليه ووقع فيه التداعي امامه، وهذه تختص بالبخص في الثمن او المثلون او

(1) المقرئزي - الخطط ج.1 ص. 463

(2) المقرئزي - نفع الطوب ج.1 ص. 103 والمتاعاات. هكذا في بعض النسخ، وفي بعضها المتاعاات واصلحها بعضهم بالبياعات .

التطفيف في مكيل او موزون، وفيما يرجع للغش في الصناعة او في العرض او التدليس في ثمن او مثمون وكذلك فيما يتعلق بمماطلة الاغنياء في الدين الثابت، وكذلك مماطلة الاقارب في اداء النفقات المقدرة من القاضي الشرعي للزوجة او القريب .

قال ابن سهيل : وقد سألت بعض من لقيت عن صاحب السوق وهل يجوز له ان يحكم في عيوب الدور وشبهها وان يخاطب حكام البلاد في الاحكام فقال ليس له ذلك الا ان يجعل له ذلك في تقديمه .

والنوع الثاني يرجع للامر بالمنافع والنهي عن الاضرار وهو لا يتوقف على رفع اليه ولا تداع لديه، اذ يمكنه ان ينظر في مرافق المدينة وشوارعها ومصالحها العمومية في المساجد والحمامات ومنع الحمالين واهل السفر من الاكثار في الحمل، والحكم على اهل المباني⁽¹⁾ المتداعية للسقوط بهدمها وازالة ما يتوقع من ضررها على السابلة. والضرب على ايدي المعلمين في المكاتب وغيرها وزجر العالم اذا خالف ما اجمع عليه العلماء في تفسير القرآن، او انفرد برواية حديث ينطوي على الابتداع قصد افساد العقول .
واهم نظاره ما يرجع الى الاسواق :

بترتيب الباعة، وتعيين العرفاء والامناء، ومراقبة المكايل والموازين واختيار الكياليين والوزانيين والسامسة والدلالين وفحص المبيع ومراقبة الاسعار وتحديدها، ومراقبة الصناع في تطبيق اعرافهم وعقودهم، والاشراف على نقاباتهم وحراسة المرور ومنع الناس من التجمعات غير اللائقة، وحشد ذوي الامراض المعدية الى اماكن خاصة، ومقاومة التسول غير المشروع، والزام العاطلين بالشغل اذا كان ذلك كسلا منهم .

قال الونشريسي : الحسبة موافقة لاحكام القضاء من جهين ومقصورة عنها من جهين وزائدة عليها من جهين فتوافقا في جواز الاستعداد⁽²⁾ وسماع دعوى المستعدى والمستعدى عليه في حقوق الادميين في ثلاثة انواع

(1) ابن خلدون المقدمة، والماوردي، الاحكام السلطانية . والمرير الاحكام السامية، والونشريسي كتاب الولايات، والمقرزي : الخطط - والمقرزي : بنفخ الطيب .
(2) في الاصل المطبوع الاستعداد، والصواب ما اصلحنا به .

فقط، البخس والتطفيف في كيل او وزن والثاني الغش والتدليس في بيع او ثمن، والثالث المطل بمال دين مع المكنة، واختص بهذه الثلاثة دون غيرها لتعلقها بالمنكر الظاهر الذي نصب له. والوجه الثاني الذي يوافق الزام المدعي عليه للخروج من حق المدعي به وهذا غير عام في جميع الحقوق وانما هو خاص بالحقوق التي جاز له سماع الدعوى لها اذا وجبت بالافرار والمكنة واليسار، فيلزم المقر الموسر الخروج منها لان في تاخيرها منكر فهو متصرف لأزالته. واما الوجهان في قصورها عن القضاء فلا يسمع عموم الدعوى الخارجة عن ظاهر المنكرات في العقود والمعاملات وسائر الحقوق الا ان يفوض اليه ذلك بنص صريح يزيد على منصب الحسبة فيكون قاضيا ومحتسبا فيشترط القضاء ويقتصر على الحقوق المعترف بها بخلاف ما جحد لاحتياجه سماع البيات والايمان وليس منصبه. والوجهان الزائدان له على الحكام. تعرضه لوجوه المعروف والمنكر وان لم ينه اليه، بخلاف القاضي، وله من السلطة واستطالة الحماية ما ليس للقضاء، لان موضعه الرهبة، وموضوع القضاء النصفة وهو بالاناة والوقار أولى، فان خرج القاضي الى السلاطة خرج عن منصبه الذي وليه .

وتشابه الحسبة ولاية المظالم من وجهين وتخالفها من وجهين .

فتشابهها في الرهبة وجواز التعرض للاطلاع ، وتخالفها ان موضوع ولاية المظالم لما عجز عنه القضاء ، والحسبة لما نزه عنه القضاء، فرتبة المظالم أعلى ولوالي المظالم ان يرفع للقضاء، والمحتسب لا يرفع لاحد منهما ويجوز لوالي المظالم ان يحكم، وليس للمحتسب ان يحكم (1) .

وانظر قوله الاخير ليس للمحتسب ان يحكم، فان قصده فيما ليس من اختصاصه لما سبق ان بيناه، وعبارة القرافي أحسن في الموضوع، قال : وليس له (اي المحتسب) انشاء الاحكام ولا تنفيذها في عقود الانكحة والمعاملات (2) .

(1) الونشريسي - كتاب الولايات ص 8

(2) القرافي - الاحكام في تمييز الفتاوي من الاحكام. ص 46

وأما قوله ليس للمحتسب ان يرفع الى القاضي، فلا وجه له، اذ له ان يرد الامر الى صاحب الاختصاص اذا لم يكن له حق في تولي الحكم بنفسه .

الحسبة ومركزها من الانظمة الحديثة :

وإذا نظرنا الى مركز الحسبة من الانظمة الحديثة، وجدنا ان اختصاصاتها موزعة الان بين قسم الغش في وزارة الفلاحة، وإدارة المقاييس من جهة، وبين مصالح البلدية، ووكلاء الدولة، ومفتشي الادارات من جهة أخرى. فلو كانت لها سلطة مركزية لكانت مفتشية عامة للدولة ذات فروع في عموم البلاد . وكذلك لو ركزت اختصاصاتها في يد محتسب عام لكانت اقرب لنائب الحق العام. وإذا نظرنا الى اختصاصاتها المحلية قاربت وظيفة رئيس البلدية. وهذا هو الذي جعلنا نطالب في (دفتري مطالب الشعب المغربي) تسمية رئيس البلدية بالمحتسب، وهو الذي جرى به العمل في نظام الشمال المغربي في زمن الحماية الاسبانية .

ولكننا اذا دققنا الاصل الاصيل للحسبة، نراها أقرب لان تكون نيابة عن الحق العام ، فالنائب العمومي هو الذي يتدخل في كل ما يمس القانون ويقبل شهادة الشاكين بالمخالفة .

الفتوى

الفتوى هي الاخبار بحكم شرعي تعلق بالعبادات او بالمعاملات، والاصل فيها قوله تعالى : (فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون) (الآية 43 سورة النحل) والاصل في المفتي ان يكون مجتهدا اجتهدا مطلقا، واول من قام بهذا المنصب الشريف هو الرسول عليه السلام، وقد ارشده الله الى أجوبة مستقيمة في كثير من المسائل منها قوله تعالى : يستفتونك في النساء، قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم في الكتاب) وقوله : (بستفتونك قل الله يفتيكم في الكلاله) (1) .

(1) الف احمد بن عبد الصمد الغرناطي من اهل المائة السادسة كتابا في افضية الرسول عنونه بأفاق الشمس واعلاق النفوس، وقد الحق ابن القيم في اخر كتابه اعلام الموقعين فتاوي الرسول مرتبة على ابواب الفقه .

والمجتهد له نيابة عن الرسول في استنباط أحكام الشريعة وتبليغها، وهو كما قال الشاطبي، شارح من جهة انشائه للأحكام من النصوص واستنباطها من الكتاب والسنة فهو واجب الاتباع والعمل على وفق ما قاله وهذه هي عين الخلافة على التحقيق (1) .

وأما المقلد فهو ناقل ومبلغ، وهو كذلك من جهة تنزيل القضايا الشرعية على جزئياتها وتطبيقها بمثابة المجتهد فيعد بهذا الاعتبار مشاركا في التشريع. والفرق بين المجتهد والمقلد ان الاول ينظر في مصادر الأحكام الاصلية ويستنبط منها بينما يطبق الثاني آراء الفقه الذي يتبعه والامام الذي يقلده. ويجعل نصوص مذهبه بمثابة نصوص الشارع .

وقد كان الناس يستفتون العلماء زمن النبي (ص) فيفتونهم والنبي موجود. وربما أخبروا الرسول بفناوهم فيؤكدها أو يصححها، ففي الصحيح في قصة صاحبة العسيف التي رُجِمَت أن اهل العلم أخبروني ان على ابني جلد مائة وتخريب عام. وفي الموطأ عن ابي هريرة وزيد بن خالد الجهني ان رجلين اختصما الى النبي (ص) فذكر احدهما للرسول اني سألت أهل العلم فأخبروني الخ... وقد ذكر الفتني ان اربعة عشر من الصحابة كانوا يفتون في زمنه عليه السلام ولم يكن يفتي بحضوره احد سوى ابي بكر الصديق - (2) .

وهؤلاء الاربعة عشر هم :

ابو بكر وعمر وعثمان وعلي ومعاذ وعمار وزيد بن ثابت وأبي بركعب وعبد الله بن مسعود وعبد الرحمن بن عوف وحذيفة بن اليمان وابو موسى الاشعري وسلمان الفارسي وابو الدرداء .

والذين حفظت عنهم الفتوى من أصحاب رسول الله (ص) مائة ونيف وثلاثون نفسا ما بين رجل وامرأة (3) والمكثرون منهم سبعة عمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب وعبد الله بن مسعود وعائشة أم المؤمنين وزيد

(1) الشاطبي. الموافقات

(2) الفتني آخر كتاب مجمع الانوار «كتب الكتاني بالخزانة العامة»

(3) ابن القيم. اعلام الموقعين ج. 1 ص 9 .

ابن ثابت وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر، قال ابن حزم ويمكن ان يجمع من فتوى كل واحد منهم سفر ضخمة .

واستمر أهل العلم على ما كان عليه الصحابة فتصدر للفتوى من التابعين وتابعيهم خلق كثير يمكن التعرف لاخبارهم في كتب تاريخ الفقه الاسلامي وأطواره .

والاصل في الفتوى ان تكون مرسلة كما نقل ذلك والذي في مجموعة فتاويه عن ابن رشد، وكذلك الونشريسي في معياره : «فمن اعتقد من نفسه انه ممن تصح له الفتوى فما أتاه الله عز وجل من ذلك النور المركب على المحفوظ المعلوم جاز له ان استفتى ان يفتي واذا اعتقد الناس فيه ذلك جاز ان يستفتي فمن الحظ للرجل ان لا يفتي حتى يرى نفسه أهلا ويراه الناس أهلا له على ما حكي الامام مالك من ان ابن هرمرز اشار بذلك على من استشاره السلطان فاستشاره في ذلك» (1) .

وقد تطورت الفتوى في العالم الاسلامي تطورين متوازيين فاما في المشرق العربي فقد اخذت صبغة تنظيمية عينت لها شخصية تحمل اسم المفتي تعتبر في الدرجة الثانية بعد شيخ الاسلام. ويرجع اليه في جميع الاستفتاءات التي تعرض للدولة او للمحاكم او للناس، وقد اصبح لكل مذهب من المذاهب الموجودة في الدول المشرقية مفتي خاص، فهناك مفتي المالكية ومفتي الحنفية مثلا . وهذا ما امتد به العمل الى كل البلاد التي دخلت في الخلافة العثمانية وكان الخليفة هو الذي يعين المفتي وهو الذي يعزله، ولا يزال العمل جاريا على هذه الطريقة في جميع البلاد العربية ما عدا المغرب الاقصى، وقد اصبح في مصر للمفتي مجلس استفتاء يدرس الموضوع المعروض على انظار المفتي ثم يصدر فيه الفتوى باسمه، وترجع المحاكم الجنائية الى اخذ رأي المفتي. في آخر مرحلة من مداولاتها فتوجه اليه السؤال مكتوبا ثم يجيبها عنه، ولكن المحكمة حرة في ان تحمل بمقتضى فتواه او تحكم بما يخالفه فالاستشارة شكلية .

(1) عبد الواحد القاسي كئاشة الفتاوي. وانظر معيار الونشريسي، وفروق القرافي .

ويعتبر المفتي في لبنان وفي بعض بلاد الاعاجم ذات الاقلية المسلمة بمثابة رئيس للطائفة الاسلامية ترجع الى امره المحاكم الشرعية والمعاهد والمساجد وموظفوها .

وأما في الاندلس والمغرب ، فقد مضى امر الافناء مرسلا طبقا للفكرة التي دافع عنها ابن رشد، لان الفتوى اخبار بالحكم الشرعي، فلا محل لحصرها في موظف معين. نعم اكتسبت صبغة الاستشارة القضائية فيما يرجع للمعاملات وأصبح القاضي محاطا بمجموعة من المفتين يدعون المشاورين وأهل الشورى .

والاصل في ذلك ما كان يفعله ابو بكر فيما رواه البيهقي عن ميمون بن مهران انه كان اذا ورد عليه امر نظر في كتاب الله فان وجد فيه ما يقضي به قضى بينهم، وان علمه من سنة رسول الله قضى به ، وان لم يعلم خرج فسأل المسلمين عن السنة فان أعياه ذلك دعا رؤوس المسلمين وعلماءهم واستشارهم. وقال مالك : كان عثمان اذا جلس للقضاء أجلس معه سبعة من الصحابة ثم استشارهم فاذا رأوا ما رآه، أمضاه. وقال هؤلاء قضاوا لست أنا قضيت .

وقد اشتهر من التابعين في المدينة سبعة أئمة كانوا يصدرون عن رأيهم، فهم بمثابة هيئة الافناء او الشورى. وهم : عبد الله بن عيينة وخارجة بن زيد والقاسم بن محمد وعروة بن الزبير وسعيد بن المسيب وسليمان بن سيار وسالم بن عبد الله بن عمر وهؤلاء هم الفقهاء السبعة .

ويظهر ان هذه الاستشارة اتخذت صبغة تنظيمية في الاندلس حيث اصبح بنو أمية يعينون مشاورين للجلوس مع القاضي على الطريقة التي سلكها عثمان، وكانوا يتقدمون للقاضي ان لا يصدر حكما الا بعد استشارة من انتدبوه للشورى. هذا مع بقاء الفتوى مرسلة في بقية العلماء، غير المشاورين رسميا من القضاة او من الخليفة. وكان القاضي او الخليفة يجمع الفقهاء والمشاورين للنظر في المسائل بقصره او بالمجلس فاذا اتفقوا على رأي مضى بعد رفعه لمن جمعهم والا رجع للخليفة الذي يصدر أمره بترجيح رأي طائفة منهم فيحكم القاضي بمقتضى ذلك الترجيح الذي يعتبر بمثابة تشريع خاص .

وهذا النظام الاندلسي يجعل أمر احضار الشورى للقاضي ، وليس للخصم ان يطلب ذلك ، قال العناني : الامر في احضار اهل الشورى للاستشارة او بدفع ما يتوهم أهل الظنون السيئة انما هو الى القاضي ليس للخصم فيه مدخل، ولم يكن للفقهاء حق التدخل بابداء الرأي في احكام القضاة الا اذا طلبوها منهم، فهم لا يكتبون المذكرات القضائية التي يطلبها المستفتون من أصحاب الدعاوي الا بإذن الحاكم .

وقد انتقد كثير من الفقهاء هذا النظام ورأوا فيه مساسا بكرامة الحكام، اذا كان الخليفة يجمع الفقهاء لينظروا في أحكامهم. وقد نقل ابن فرحون في التبصرة عن مختصر الواضحة قال ابن حبيب قال مطرف : اذا اشتكى من القاضي في قضية حكم بها ورفع ذلك الى الامير فان كان القاضي مأمونا في أحكامه عدلا في أحواله بصيرا في قضائه فأرى ان لا يعرض له الامير في ذلك ولا يقبل شكوى من اشتكاه ولا يجلس الفقهاء للنظر في أحكام قضائه فان ذلك من الخطأ منه ان فعله ومن الفقهاء ان تابعوه على ذلك .

قال مطرف، ولو كان القاضي معروفا مشهورا بالعدل في أحكامه والصلاح في أحواله أقره ولم يقبل عليه شكوى ولم يكتب بأن يجلس مع غيره ولا يفعل هذا بأحد من قضائه الا ان يشتكى منه استبداد برأي أو ترك رأي من ينبغي ان يشاوره فينبغي له ان يكتب اليه وان يشاور في أمره واحكامه من غير ان يسمى له أحدا او يجلس معه أحدا .

وبهذا الاعتبار صارت الفتوى في المغرب مرسلة، فيمكن للمتداعيين ان يطلبوا من القاضي تأجيلهما ليأتيا بما ينفعهما فيذهبان الى المفتين ويأتي كل واحد منهما بفتوى هي مذكرة قضائية تبين جانب الحق في وجهة نظره، ثم يعذر القاضي لهما او لاحدهما ليأتي بما يناقض الفتوى المعروضة، وينظر بعد ذلك في الامر فيحكم بمقتضى ما أشير به او ببعضه او يحكم بما يراه مما يخالف مفتي الطرفين، او يحكم بالغاء بعض الفتاوى كما ان الخصم يمكنه ان يطلب من المفتين كتابة مذكرة قضائية له يقدمها للقاضي ولهذا الاخير قبولها او رفضها او الحكم بالغاؤها .

هذا هو الذي عليه العمل بالمغرب، وقد أقر في المحاكم العصرية وفي محاكم الاستئناف والحقيقة ان رجال الافتاء اصبحوا بمثابة كبار المحامين في الانظمة الغربية فيما يتعلق بالمعاملات فهم يدرسون القضية الموضوعة أمام المحكمة ويكتبون فيها المذكرات الفقهية التي من شأنها ان تؤيد دعوى مستفتيهم. وهذا هو حال المفتين المنصبين لهذه المهمة، واما مطلق العلماء فهم الذين يغتور متى سئلوا بمقتضى رأيهم وافق هوى السائل او لم يوافق .

وقد تطور الافتاء زمن الدولة اللتونية فأصبح الفقهاء أهل الحل والعقد في المغرب لا يقطع السلطان امرا بدونهم، وقد اصدر الخليفة امرا للقضاة بأن لا يحكموا في قضية الا بمحضر اربعة من رجال العلم والفتوى . وفي زمن الموحيين وقع تشجيع الاجتهاد وأمر الفقهاء بالافتاء بمذهب ابن حزم .

وفي العهد المريني، وقعت العناية بتقريب الفقهاء واستشارتهم في جميع المسائل فانتعش امر الافتاء والمفتين ، وقد كان القاضي يأذن لصاحب الدعوى بالسؤال في النازلة المعروضة على انظاره ، وقد نقل صاحب المعيار صورة لاذن القاضي الفشتالي نصها : أكرمكم الله ، سأل القائم ان ابيح له السؤال في ذلك وقد أبحته له فليعلم ذلك من يقف عليه بحول الله تعالى، وكتبه محمد الفشتالي .

وتأخذ صورة اذن القاضي اليوم الصيغة الآتية : الحمد لله لما أن عرض على انظار سيادة القاضي صورة الدعوى التي ادعاها فلان وما أجاب به الخصم وحجج كل من الطرفين سأل المدعي (مثلا) من سيادته ان يؤجله ليأتي بما ينفعه من كلام العلماء، وفر الله جمعهم، فاذن له سيادة القاضي وأجبه لذلك مدة كذا تبتدىء من يوم كذا. شهد بذلك عن اذن من يجب، فلان وفلان .

فاذا عرضت الفتاوى على القاضي استدعى الخصم الثاني وعرضها عليه وسأله هل له متكلم في ذلك، فاذا زعم ان له كلاما أجله لذلك بصيغة مماثلة ، وهذا ما مضى عليه العمل في زمن السعديين والعلويين .

نعم لايزال ولي الامر يأمر بعقد اجتماعات الشورى لابداء الرأي في القضايا المهمة مع تعيين من يجتمع لذلك في كل قضية بحسبها عن طريق وزارة العدل وتحت اشراف المحكمة المختصة .

وتعتبر مجموعات النوازل من أعظم الثروات الفقهية والاجتماعية في العالم الاسلامي عموما وفي المغرب بالخصوص ولا محيد للفقيه والقاضي ولا للمؤرخ والباحث الاجتماعي عن الرجوع اليها، لأنها تحفظ في غضوننا صوراً للحياة في مختلف العصور والجوانب التي تهم أهل الرأي والفقه فيها وطريقة مواجهتهم لحل المشاكل المعروضة عليهم .

وقد اعتنى احد ملوك الهند السلطان محمد اورنك زيب بهادر بمسألة النوازل فألف لجنة من العلماء برئاسة الشيخ نظام ليؤلّفوا كتابا (جامعا) لظاهر الروايات التي اتفق عليها وأفتى بها الفحول، ويجمعوا فيها من النوازل ما تلقته الامة بالقبول .

وتعتبر الفتاوي الهندية هذه في مقدمة كتب التدوين الرسمي للفقه .
وللفقهاء المغاربة مجموعات مهمة من النوازل، من أشهرها وأيدها كتاب المعيار للونشريسي، والمعيار الجديد للمهدي الوزاني، ومن أهم النوازل الخاصة نوازل عبد القادر الفاسي والزياتي ومازونة .

أثر المفتي في الحكم

ان اعطاء المفتي الصبغة النظامية في المشرق خلقت موضوع بحث ، وهو هل يمكن ان تحدث فتوى المفتي اثرا على حكم القاضي ام لا ؟ هل ان فتوى المفتي التي تعد حكما شرعيا باعتبار استقرار الادلة الشرعية تعد كذلك حكما فتنقض حكم الحاكم ام لا؟ وقد أجاب على ذلك القرافي بان النقض لا يكون الا لمن له الابرار فيما يكون فيه النقض وانشاء الحكم في مواقع الخلاف انما هو للحكام فكذلك النقض انما هو لهم وليس للمفتي انشاء الحكم فلا يكون له نقض. وقد رتب على ذلك قاعدة : وهي : ان من لا يملك العقد لا يملك الحل - فالمفتي انما هو بمثابة مترجم عن الحاكم فليس له النقض في صورة من الصور (1) .

(1) القرافي : الاحكام في تمييز الفتاوي عن الاحكام. ص 35-36

مادة النظام القضائي

رأينا في الفصول السابقة جوانب من التنظيم القضائي في الاسلام - وبحث الانظمة القضائية من الموضوعات المهمة التي يتعرض لدراستها فقهاء الشريعة الاسلامية في مقدمات دراستهم الفقهية، والواقع ان الموضوعات التي تتعرض لها مادة النظام القضائي متنسعة وتتجاذبها اطراف النظم السياسية والمرافعات المدنية والمسطرة الجنائية، وذلك ما جعلها موزعة في مختلف تلك الابواب عند رجال القانون. فرجال القانون المختصون بالمرافعات المدنية يجعلونها جزءا من أبحاثهم لان القانون المدني يحتوي عادة على 1. ما يتعلق بالنظام القضائي ، 2. ما يرجع للدعوى ، 3. اجراءات الادعاء والتنفيذ، وهذا ما يجعلها بالطبع من قواعد القانون العام. ولذلك فان تجريدتها اثناء البحث واعطاء نظرة مجملة عنها في مدخل الدراسة القانونية كما فعل الفقهاء المسلمون اولى في نظرنا .

استقلال القضاء

ان امتزاج السلط في يد النبي عليه السلام احدث عند الفقهاء المسلمين انتباها الى جوانب حياته عليه السلام ، وضرورة التفرقة في أفعاله بحسب ما انتصب اليه، فما فعله بوصفه رسولا يختلف عما فعله بوصفه اماما، وهما يختلفان عن فعله القضائي. وقد قسم القرافي أعماله عليه السلام الى اربعة اقسام :

- 1 - قسم اتفق العلماء على ان تصرفه فيه بالامامة كإقامة الحدود وارسال الجيوش .
- 2 - وقسم اتفقوا على انه تصرف بالقضاء كالزام اداء الديون وتسليم السلع .
- 3 - وقسم اتفقوا على انه تصرف بالفتيا كإبلاغ الصلاة وإقامتها وإقامة المناسك ونحوها .
- 4 - وقسم وقع من النبي وهو متردد بين هذه الاقسام ، واختلف العلماء فيه على انحاء - كقوله عليه السلام من أحيأ أرضا مواتا فهي له . هل خرج منه

هذا القول بصفته اماما أم بصفته مفتيا، فإن كان على الوصف الاول لم يجز احياء الارض الموات الا باذن حكومة الوقت والا يجوز الاحياء من غير حاجة الى اذن الامام.

والذي يهمننا من الاشارة الى هذا البحث هنا، هو ان الفقهاء رأوا ضرورة الفصل النظري بين مختلف تصرفاته عليه السلام مادام قد جمع بينها في العهد الاول التأسيسي للإسلام والدولة الاسلامية .

وقد اشرنا الى كونه عليه السلام اخذ في حياته يكلف بعض اصحابه بالقضاء وبعض أمور التنفيذ، وإن الفقهاء تطوروا بعد ذلك في بحث فصل السلطات، منذ ان اصبح القضاء وظيفة مستقلة عن وظائف الخلافة والوزارة .

وقد اجمع علماء المسلمين على ضرورة استقلال القاضي في أحكامه وعدم خضوعه لخليفة أو وزير ، وكان سلوك القضاة المسلمين في أغلب العصور مثاليا من هذه الناحية فما كانوا يقبلون ابدا ان يخرجوا عن الشريعة ارضاء للخليفة أو لمن له سلطة عليا، ولهم في ذلك مواقف عظيمة سجلتها كتب التاريخ بأحرف من نور .

هذا من جهة استقلال القاضي عن السلطة التنفيذية ، أما من جهة استقلالها عن السلطة التشريعية، فالقاضي والخليفة كلاهما منفذ للشريعة التي هي مستقلة في مصدرها الذي هو القرآن والسنة. والقاضي يطالب اولا بان يحكم بمقتضى كتاب الله فان لم يجد فبسنة رسول الله ، او بما يقاس على الاشباه والنظائر، وفيما وراء المصادر الاساسية للتشريع الاسلامي يبقى الحق للمجتهدين الذين يستنبطون الاحكام وهم باجتهدهم مستقلون احرار ولكن لاحق لهم في ان يتدخلوا في القضاء او في الزام القاضي بالحكم في قضية معينة بمقتضى رغبتهم .

ومن المناقشة التي جرت بين معاوية بن ابي سفيان وبين اسيد الانصاري يتبين ان معاوية كان يرى ان من حقه كرئيس للدولة ان يعين القانون الذي يجب ان يسير عليه القضاة وأن القاضي يجب ان يحكم بمقتضى ذلك، فقد كتب مروان الى اسيد بن حضير الانصاري وكان (مروان) عاملا على اليمامة، بأن

معاوية كتب اليه ان الرجل الذي تسرق منه سرقة فهو أحق بها حيث وجدها، فكتب اسيد الى مروان ان النبي (ص) قضى بانه اذا كان الذي ابتاعها من الذي سرقها غير متهم يُخبرُ سيدها فان شاء اخذ الذي سرق منه بثمنه، وان شاء اتبع سارقه، ثم قضى بذلك ابو بكر وعمر وعثمان، فبعث مروان بكتاب اسيد الى معاوية فكتب معاوية الى مروان :

(انك لست أنت ولا أسيد تقضيان علي ، ولكني أقضي فيما وليت عليكما فأنفذ ما أمرتك به) فبعث مروان بكتاب معاوية الى اسيد، فقال لا اقضي ما وليت بما قال معاوية (1) واذا كان اسيد يطعن في صحة ما امر به معاوية، فان ذلك لا ينقص من كون معاوية كان يرى ضرورة الحكم بما أمر به الخليفة مستندا فيه الى ما يراه موافقا للشريعة، فحكم الخليفة (ولا شك) يرفع الخلاف ويعين التشريع الذي يجب العمل به .

وتتضح نظرية فصل السلطات اكثر في ذهن الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه فقد القى في اول ما القاه من خطبه على الناس بعد ان ولى الخلافة، خطابا قال فيه : (ايها الناس، انه لا كتاب بعد القرآن، ولا نبي بعد محمد (ص) الا واني لست بقاض ولكني منفذ، ولست بمبتدع ولكني متبع، ولست بخير من أحدكم ولكن أتقلكم حملا ، وان الرجل الهارب من الامام الظالم ليس بظالم، الا لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق) .

فهذه الخطبة تبين بوضوح : ان المصدرين الاساسيين للتشريع هما القرآن والرسول ، وبذلك لن يحل الخليفة محلها، فسلطته التنفيذية منفصلة عن السلطة التشريعية الا ما كان له من حق كسائر المؤمنين من النظر في الكتاب والسنة والبحث عن وجوه تطبيقها وتوسيع مدلولاتها، وثانيا : ان الخليفة ليس بقاض يحكم بين الناس ولكنه منفذ هو وعماله لما يأمر به القرآن والرسول او يحكم به قضاة الاسلام متفقا مع شريعتهما .

وهكذا نرى ان الفصل بين السلطات تطور كما قلنا في ذهن المسؤولين ولاسيما فيما يرجع لعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية وبالقضاء .

(1) اخرجه النسائي في البيوع .

ولضمان استقلال القضاء فقد اعترف اولاً بانابة الخليفة القاضي عنه في تنفيذ احكام القضاء، فأصبح القاضي منفذاً للاحكام بالشرعية وله في ذلك نيابة مطلقة عن الامام. وبذلك أصبحت للقاضي حرمة اذ اصبح يشعر بانه الممثل المباشر للسلطة القضائية العليا .

جهة الاختصاص بتعيين القضاة :

يقع تعيين القضاة من رئيس الدولة، او من الشعب . والثانية هي طريقة التعيين بالانتخاب، وقد اجمع المسلمون على جوازها، فيمكن لذوي الرأي وأهل العلم والمعرفة والعدالة ان يجتمعوا على اختيار واحد منهم كملت فيه شروط القضاء قال المازري في شرح التلقين : القضاء ينعقد بأحد وجهين : عقد أمير المؤمنين او أحد امرائه الذين جعل لهم العقد في مثل هذا. والثاني عقد ذوي الرأي وأهل العلم والمعرفة والعدالة، وهذا حيث لا يمكنهم مطالعة الامام في ذلك. ولا ان يستدعوا منه ولايته ويكون عقدهم له نيابة عن عقد الامام الاعظم للضرورة الداعية الى ذلك (1) وقول المازري اذا لم تمكنهم مطالعة الامام، لا حاجة اليه، لانه اذا امكنتهم مطالعة الامام ووافق على ذلك فهو مثله، لانهم في كل الاحوال نواب عنه اما بانابته لهم واما بقبوله ما فعلوه واما للضرورة .

وانتخاب القضاة من مجموع الشعب او بواسطة اهل الحل والعقد هو ما كان مطبقاً فعلاً في الامبراطورية العثمانية حيث كان نواب المدن والبوادي يشتركون في انتخاب قضاة البداية والاستيناف، فاذا فاز احد المرشحين بالاغلبية عينه الوالي لمدة عامين، ثم يقع الانتخاب. وقد استمر العمل بهذا الى ان اعلن الدستور العثماني سنة 1913 ، (2) . وكان يقع مثل هذا في بعض اجزاء المغرب في اثناء التمرد على السلطة المركزية، وقد حدثت في ذلك استفتاءات اجاب فيها العلماء بصحة احكام من تنصبه الجماعة للقضاء اذا فعل أمراً لو عرض على قاضي عادل ما تجاوزه (3) .

(1) ابن فرحون التبصرة، الباب الرابع .

(2) فارس بن الخوري، اصول المحاكمات الحقوقية ص 58 .

(3) انظر نوازل عبد القادر الفاسي، والتاودي بن سودة .

وأما الطريقة الأولى وهي تعيين الامام فهي الاصل، وهي التي استقر عليها العمل في البلدان الاسلامية ، لان طريقة الانتخاب على محاسنها تحتاج الى من يجريها من الولاة الذين يعينهم الامام. وهذا ما يتفق مع الحضارة الحديثة القاضية بان تعين القضاة اعلى الهيئات التنفيذية مرتبة .

والعمل في المغرب دائما ان القاضي يعين بظهير ملكي، واما الولاة الذين يعطيهم الامام حد تعيين القضاة في اقاليمهم، فانهم يقومون مقامه في ذلك، ولكن هذه الطريقة لا تتبع اليوم، احتراما لمنصب القضاء واعلاء لشأنه .

شروط القاضي

وقد قيدت الشريعة الاسلامية حق رؤساء الدولة في تعيين القضاة بقيود معروفة في كتب الفقه وهي شروط من يصلح للقضاء، وهي قسمان: ما هو شرط في صحة الولاية وما ليس بشرط ولكن عدمه يوجب العزل زيادة على ما يسمونه بشروط الكمال .

قال عياض : وشروط القضاء التي لا يتم القضاء الا بها ولا تنعقد الولاية ولا يستدام عقدها معها عشرة، الاسلام والعقل والذكورية والحرية والبلوغ والعدالة والعلم وكونه واحدا، وسلامة حاسة السمع والبصر من العمى والصمم وسلامة اللسان من البكم. فالسبعة الاولى هي المشتركة في صحة الولاية والثلاثة الاخرى ليست شرطا في الصحة ولكن عدمها يوجب العزل⁽¹⁾ فاما شرط الحرية فلم يبق له محل لان الاسترقاق قد زال من الوجود، واما الذكورية فقد تقدم ان بعض الائمة يقولون بجواز تولية المرأة كل الوظائف ما عدى الامامة العظمى وبعضهم يجيز توليتها القضاء في بعض المسائل دون غيرها، واما اشتراط كونه واحدا فهوما ذهب اليه مالك ويجيز الشافعي ان يكون في المصر قاضيان اثنان، اذا رسم لكل واحد منهما ما سيحكم فيه وان شرط اتفاقهما في كل حكم لم يجز⁽²⁾ .

(1) ابن رشد - بداية المجتهد ص 384 ج 2 وابن جزري في القوانين الفقهية ص 286 فاس .

(2) ابن فرحون - التبصرة الباب الخامس الركن الاول، وقد سبق لنا البحث في امر تولية المرأة القضاء .

وتطور الفقه الى ضرورة تقييد رئيس الدولة بأشراك من يقومون بامتحان المرشحين للقضاء حتى لا يقع اختياره الا على من توفرت فيه الكفاءة العلمية، وقال قال الماوردي : انه لا يجوز ان يتولى من توفرت فيه الشروط الشرعية الا بعد العلم باجتماعها فيه، اما بتقديم معرفة او باختبار ومسألة .

وكان ابن أكنم قاضي قضاة المتوكل يمتحن من يريدهم للقضاء، وأفردت الدولة العباسية(1)موظفا خاصا لامتحان المرشحين للقضاء وممن عين لذلك محمد بن عمران الضبي(2)ولقد كانوا يتسامحون في كل الشروط الا في العلم والنزاهة، ولذلك قال مالك : ما ارى خصال القضاء اليوم تجتمع في احد فان اجتمع منها خصلتان ولى القضاء، وهما العلم والسورع(3).

وقد اصبحت اليوم الشهادات الجامعية في الحقوق والشريعة شرطا لدخول من يريد القضاء للمسابقة في الحصول على وظيفته، وذلك هو المعمول به في كل انحاء الارض، اما الاشراف على تعيين القضاة بعد النجاح والنظر في امرهم فيرجع لرئيس الدولة ومجلس القضاء الاعلى الذي يتولى الامتحان .

ويمتاز النظام القضائي الاسلامي في الاندلس والمغرب بالمشاورين او المفتين الذين يدعوهم لمساعدته على تلمس وجه الحق في المسائل المعروضة عليه، وهو افضل من نظام المحلفين الذي ازدهر في القضاء الانجليزي ثم اقتبسته الانظمة الاوروبية .

رواتب القضاة

ومن جملة الضمان المتخذ للمحافظة على استقلال القضاة تقدير رواتب لهم من بيت مال المسلمين وقد روى البخاري عن عبد الله السعدي انه قدم على عمر في خلافته فقال عمر : الم احدث انك تلي من اعمال الناس اعمالا فاذا اعطيت العمالة كرهتها فقلت : بلى فقال عمر ما تريد الى ذلك ؟ فقلت ان لي افراسا واعبدا وانا بخير وأريد ان تكون عمالتي صدقة على المسلمين فقال

(1) ابن قتيبة عيون الاخبار .

(2) الخطيب البغدادي التاريخ في ترجمة ابن عمران المذكور .

(3) ابن فرحون، التبصرة .

عمر لا تفعل، فاني كنت اردت الذي اردت وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطيني العطاء فأقول اعط من هو افقر اليه مني، فقال النبي (ص) خذه فتموله وتصدق به لما جاءك من هذا المال وانت غير مشرف ولا سائل فخذه ولا تتبعه نفسك، وقد فضل ابن بطال للقاضي الغني ان ياخذ الاجر على عمله لان ذلك اضمن لنزاهته .

وقال اصبح : وينبغي للامام ان يوسع على القاضي رزقه في بيت مال المسلمين لانه اجبر له ويجرى أرزاق قومته وكتابه واعوانه .

وهكذا نرى ان الفقهاء المسلمين ادركوا ضرورة التوسعة على القضاة ومن اليهم في ارزاقهم حتى لا يحوهم الحال الى التطلع للرشوة او الاشتغال بغير ما انتصبا اليه. وذلك من اعظم ما يضمن العدل ويمنع من الجور .

حصانة القاضي

لا يظهر ان الفقه الاسلامي اتجه الى حماية القاضي من العزل عن طريق محاكمته، بل ترك النظر في ذلك للخليفة الذي يجب عليه ان يفتش اعمالهم ويبحث اخبارهم ويتثبت في امرهم لانهم قوام امره وامر سلطانه حسب تعبير ابن فرحون، ويجب مثل ذلك الحكم على قاضي القضاة او وزير العدل فاذا ثبتت عدالة القاضي ورضي الناس به لم يكن هناك مبرر لعزله، اما اذا ثبت لدى الامام او قاضي القضاة انحرافه عن الطريق او طرؤ الفسق عليه بعد ولايته فيجب عليه عزله. واختلفوا فيما اذا تظاهرت الشكوى بالقاضي مع ما اشتهر به من العدالة هل على الامام عزله ارضاء للناس ام لا ؟

فالمسألة ان موكولة لضمير الامام ووزير عدله، ولكن ذلك لا يمنع من تطور الفقه الى قبول النظام الحديث الذي يسند فيه الامام امر النظر في الولاية والعزل للمجلس الاعلى الذي يستعمل في التولية طريق المسابقة بين طبقة معينة من حملة الشهادات، وفي العزل حكم المجلس التأديبي، حتى لا يطمع قاض في ميز ولا يخاف من حيف، ان ذلك اقرب لروح العدل الاسلامي وهو به اولى، ووسائل حفظ العدالة تختلف بحسب الزمان والمكان

والاعتماد على الضمير وحده لم يعد كافيا اليوم فلا بد من اجهزة تحفظ العدل وتضمن للقاضي حمايته من عبث الرؤساء ودس المرؤوسين .

ويجب ان تراعى مثل هذه الحماية في النقل من مركز قضاء الى آخر - حتى يكون القاضي في مأمن من كل ما يحته على الطمع او الهلع، فلا يوكل امر نقل القاضي الى مجرد قرار من الوزير او من الامام بل يوكل امره الى هيئة قضائية تجريه طبقا لقواعد معروفة تقررها الوظيفة العمومية ومجلس القضاء .

ومع هذا فقد كان للقضاء هبة كبيرة في نفوس الملوك والرؤساء لاسيما في العصر الاول وفي زمن الدولة الاموية فلم تكن تؤثر عليه التيارات السياسية، ولا يلحقه الفساد والاستغلال ثم اخذ يضعف احيانا زمن الدولة العباسية واما في المغرب فقد ظل محترما في جل العصور الاسلامية، وكان عديد من رجال العلم يندبون للقضاء فيفرون منه اعتقادا منهم انهم لا يقوون على اداء واجبه، وقد روينا عن كثير من المطلعين على تاريخ حقبة ما قبل الحماية ان القضاء ظل بمعزل عن الفساد الذي اصاب المجتمع المغربي حتى بداية القرن العشرين الحالي. وان القضاة كانوا في حصانة تامة من تأثير الملوك والرؤساء او المساس لكرامتهم، كما انهم ظلوا محافظين على سمت العلم وكرامة العدل، ثم لحقهم ما اصاب غيرهم من عمال الدولة ورجالها، فكان ما كان من اضطراب وانحلال، بتدخل من الاجنبي واحتلاله ، ولا يظلم ربك احدا(1).

(1) اعنتى المشرع المغربي بعد الاستقلال بامر القضاة فقرر حمايتهم، وقد نص الباب الثاني في الفصل الحادي عشر من الظهير المعتبر بمثابة نظام اساسي لرجال القضاء الصادر في 30 ديسمبر 1958 على : «ان رجال القضاء هم محميون طبقا لمقتضيات القانون الجنائي والقوانين الخصوصية الجاري بها العمل مما قد يتعرضون اليه من التهديدات والتهمات وهتك الحرمة والشتم والذف. وزيادة على ذلك تضمن لهم الدولة عند الاقتضاء طبق التنظيم المعمول به تعويضا على الاضرار التي يمكن ان تلحقهم اثناء مباشرة مهامهم او من اجل القيام بها . تلك الاضرار الغير المضمونة بموجب القوانين الجارية على رواتب التقاعد والمبلغ المالي المنفذ عند الوفاة، وفي هذه الحالة فان الدولة تحل محل المصاب في حقوقه ودعاويه ضد المتسبب في الضرر .

وحدة القضاء

قرر الاسلام مبدأ المساواة بين الناس في الاحكام، وذلك يعني ان الحكم يجب ان يكون واحدا في كل ما يعرض من النوازل المتماثلة، فالمساواة في الحكم تقتضي وحدته .

وتلك هي وحدة القانون بالنسبة لجميع الناس، وطبيعي ان تستوجب وحدة القانون وحدة القضاء الذي يطبق هذا القانون ويعطيه صفة الالزام والنفاد .

وهذا هو الاصل في اشتراط الفقهاء المسلمين وحدة القاضي .

ثم ان القضاة جميعهم يحكمون نيابة عن الامام، وبمقتضى الشريعة، فالمصدر الذي يستمدون منه سلطتهم ومصدر التشريع الذي يحكمون به واحد، فاستوجب ذلك وحدة القاضي، وغرض فقهاءنا من ذلك هو تأكيد سيادة الدولة الاسلامية الداخلية والخارجية، فوحدة التشريع تؤكد السيادة الداخلية، ووحدة القضاء تؤكد السيادة الخارجية .

وليس الغرض من ذلك كما فهمه (لويس ميو) تأكيد صبغة الدولة الاتوقراطية(1) فقد اوضح هو نفسه الحرية التي كانت للقاضي عند المسلمين. واثر تدخل الناس في امر تعيينه، وبيننا فيما سبق ان المسلمين اجمعوا على جواز انتخاب القاضي من الجمهور وان ذلك احد طريقتين في تعيين القضاة .

نعم لم يعرف المسلمون في تاريخهم القضائي تعدد القضاة في القضية الواحدة يحكمون مجتمعين، ولا يتم الحكم الا بموافقتهم جميعهم او اغلبيتهم. ولكنهم عرفوا اهل الشورى الذين يتعاونون مع القاضي على تعرف وجه الحق ثم يحكم هو بما يتفقون عليه .

والذي يظهر ان الاختلاف بين الاسلوبين غير عميق، فالانظمة الحديثة تقضي باعتبار وحدة المحكمة، فوحدة المحكمة شرط معمول به، سواء كان لها قاض واحد او قضاة متعددون، والنتيجة التي توخاها المسلمون من وحدة القاضي، هي التي يتوخاها رجال القضاء اليوم من وحدة المحكمة باعتبارها

(1) لويس ميو، المدخل ص 688 .

هيئة دائمة وان تغير القضاة، ولتمييز المحكمة عن القاضي اصبح من الممكن تعدد القضاة في المحكمة الواحدة(1) بحيث تكون هيئة المحكمة مشكلة من عدد من القضاة مجتمعين لا يستقل احدهم باي تصرف، كذلك امكن تعدد الهيئات المكونة للمحكمة فتكون المحكمة مشكلة من عدة دوائر تتساوى جميعها في اختصاصاتها وتعتبر كل منها ممثلة للمحكمة وتستطيع ان تنظر كل القضايا الداخلة في اختصاصها او بعضها .

وترتب على وحدة القاضي عند المسلمين عدم وجود درجات في القضاء، اي عدم وجود محاكم استئناف، ولكننا نستطيع ان نؤكد مبدأ جواز استئناف الاحكام، وقبول الفقهاء لفكرة الدرجات في القضاء، حيثما قبلوا مبدأ تعيين القاضي نائباً عنه واشرافه هو على احكامه، ففي مختصر المتيضية : واذا كان الاستخلاف باذن الخليفة فلا نبالي كان انقاضي غائباً او حاضراً، وكأن الامام ولي قاضيين احدهما فوق الآخر، وقد علمنا من اختصاصات محكمة الرد، ومن ولاية المظالم ما يبين وجوها من اعادة النظر في احكام القضاة وردها او نقضها او اثباتها .

وقد ساعد تشدد المسلمين في وحدة القاضي، على حفظ المجتمع الاسلامي من وجود فوارق في الاحكام وفي المحاكم. فلم يقع عند المسلمين ما وقع عند المسيحيين من محاكم الاشراف والاقطاع والمحاكم الكنسية، التي كانت تختلف احكامها بحسب الطبقة الاجتماعية التي تعرض عليها، واذا كانت (نقابات الاشراف) تتدخل في امر الجنح الراجعة للاشراف، فان احكامها لا تتجاوز الشريعة الاسلامية ولا تصدر حكماً نهائياً، وانما تهتم بأمر المتهم وحمايته ثم تبقي في النهاية بينه وبين القاضي الذي يحكم بين عموم المسلمين، فوحدة القضاء والقاضي، ادت مهمتها المقصودة منها في المحافظة على مبدأ المساواة بين الناس امام القضاء .

(1) توفيق الشاوي، محاضرات في المبادئ الاسلامية للتنظيم القضائي ص 90 .

تخصيص القضاء

ان وحدة القضاء سواء اخذت في مدلولها القديم الذي يستلزم وحدة القاضي او في مدلولها الجديد الذي يعني وحدة المحكمة، لا تعني عدم تخصيص القضاء، فمن المعلوم عند الفقهاء ان القضاء يتخصص .

وقد كان تخصيص القضاء يقع عادة باعتبار مكان القضاء، وغايته التسهيل على المتقاضين، وهذا هو الذي روعي في ايجاد محاكم لكل جهة محكمتها الخاصة بها وقد تشتمل هذه على دوائر متعددة للقضاء، ولكنها محكمة محلية واحدة .

وقد اتجه الامر في تاريخ القضاء الاسلامي الى التخصيص النوعي، فكان الامام يعين في الاندلس، وفي المغرب قاضي سدد وقاضي الانكحة واساس هذا التخصيص النوعي هو ان لولي الامر ان يعين القاضي ويعطيه من الاختصاصات ما يراه صالحا، وقد قسم الفقهاء القضاة الى عامين وهم من لهم اختصاص النظر في كل الاحكام وخاصين وهم من يعينون لنوع معين كالانكحة مثلا .

ونظرا لتعدد انواع القضايا فقد اصبح التخصيص النوعي مراعى في القضاء الحديث، ويعتبر من النظام العام الذي لا يجوز للافراد الاتفاق على مخالفته، ولكن التخصيص النوعي لا يمس وحدة القضاء باعتبار خضوع المحاكم كلها الى محكمة عليا هي عندنا محكمة النقض .

وقد دخلت في المغرب المحكمة الشرعية في القضاء العادي، واصبحت خاضعة للغرفة الشرعية في المحكمة العليا .

اقليمية القضاء

يراد باقليمية القضاء ان لا يعترف في اقليم الحولة الا بقضائها الوطني، فتكون سائر التصرفات الواقعة في اقليم الدولة والاموال الموجودة لديها والاشخاص المقيمين عليها، من اختصاص المحاكم الوطنية، ولا ينفذ كذلك داخل اقليم الدولة الا ما يحكم به قضاؤه الوطني، وينبني على ذلك ان القضاء الوطني لا يختص بما يوجد من اموال واشخاص وما يقع من تصرفات في

البلاد الاجنبية، كما ان احكامه لا تحدث اثرا تنفيذيا في خارج الاقليم الوطني .

ومن المعلوم ان ولاية القضاة المسلمين كانت عامة بالنسبة لجميع التصرفات والاشخاص والاموال الموجودة في البلاد الاسلامية بل اتسعت ولاية القاضي حتى شملت مسائل الحجر والوصاية والاوقاف واقامة الحدود وامور الطرقات والابنية(1)

وقد قسم المسلمون العالم الى بلاد اسلام وبلاد حرب، وعرفوا بلاد الاسلام بانها هي التي تنالها احكام الشريعة، ودار الحرب هي التي لا تنالها، وبذلك قرروا عدم حدوث اي اثر تنفيذي داخل دار الحرب لاحكام دار الاسلام كما انهم رفضوا اقرار اي اثر لاحكام غير المسلمين التي تقع في دار الحرب . وتفرق الشريعة الاسلامية بين الاقلية من أهل دار الاسلام وهم الذميون والمستأمنون، وبين الحربيين، ولذلك يجب ان نتكلم على كل واحد من القسمين على حدة لنرى كيف تطورت الاحكام الشرعية فيهما وكيف افضى التسامح الاسلامي الى عهد الامتيازات الاجنبية، وكيف افضت هذه الى التطور الحديث .

1 - يظهر من قوله تعالى (فان جاؤوك فاحكم بينهم او اعرض عنهم) ان النبي (صلعم) كان خير بين ان يحكم على الذميين والمستأمنين او ان يعرض عنهم، ومعناه ان من حق الذميين ان يتبعوا احكام دينهم، وقد ذكر ابن جرير الطبري في التفسير الخلاف القائم حول هذا الحكم هل لا يزال محكما ام نسخ بقوله تعالى امرأ نبيه : «واحكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم» فمقتضى هذه الآية انه اصبح واجبا على النبي (صلعم) وعلى القضاة من بعد، ان يحكموا بين اهل الكتاب، متى احتكموا اليهم(2) والقول الثالث انهم يتركون لاهل دينهم في موارثهم واحوالهم الشخصية الا ان يتحاكموا الينا، فالقاضي المسلم اذن مخير بين ان يحكم بين اهل الذمة والمستأمنين وبين ان يرفض في

(1) ابن خلدون المقدمة ص 175 وانظر الاحكام السلطانية ص 67 .

(2) راجع تفسير سورة المائدة من ابن جرير الطبري ج 6 .

مسائل الانكحة وغيرها من حقوق الله وحقوق العباد، وإذا أعدا كان المعدى بالخيار بين ان يحضر أو لا يحضر ولا يكره على ذلك، أما إذا كان احد المتداعين مسلما والأخر ذميا أو مستأمنا وجب الحكم بأحكام الاسلام فإذا اعدى وجب احضار المعدى ويجبر عليه .

وأما مذهب الشافعية ان كانا ذميين متفقي الملة فقولان اصحهما وجوب الحكم بينهما بحكم الاسلام مطلقا في الانكحة وغيرها، وان كانا مختلفي الملة فقولان ايضا اصحهما القول بوجوب الحكم بأحكام الاسلام .

وقال ابو حنيفة ان القاضي يحكم على الذميين في ما عدا الانكحة ونفي (كذا) المهر وتمليك الخمر والخنزير، وسواء كان الخصمان ذميين متفقي الملة أو مختلفيهما أو مسلمين أو معاهدين، أو احدهما ذميا والأخر مسلما أو مسلم ومعاهد أو ذمي ومعاهد .

وإن فالحنفية يرون وجوب سريان احكام الاسلام وقضائه على الذمي والمستأمن ولا يقولون بعدم خضوعهم لذلك ولو امر به الامام، ويستثنون من ذلك ما يرجع لزواج الذمي، وما يرجع لبعض الاحكام المتعلقة بالخمر والخنزير الخ.. فانهم يعفون من احكام الاسلام فيها .

ولكن احالة الذمي عند الحنفية او عند المالكية الى احكام دينهم لا يعني في الواقع وجود قضاء خاص بهم، وإنما يعني السماح لهم بان يحكموا من اهل ملتهم ممن يركنون اليه، وتبقى ولاية القضاء للقاضي المسلم، لان الاسلام لا يعترف للذمي بولاية القضاء. فأحالتهم هي مجرد تحكيم شأنهم في ذلك شأن المسلمين إذا اردوا ان يحتكموا لشخص ثالث قبل رفع الخصومة الى القاضي. فالقاضي المسلم هو المرجع النهائي عند اختلاف الخصوم⁽¹⁾.

وهكذا عوملت الشعوب المنافسة ايضا، فقد كانت تضمن لها الى جانب حرية الديانة ومظاهرها حقها اذا شاءت في الرجوع الى ابحارها ورها بينها للفصل بينها فيما يحدث لها من خصومات دينية ومدنية .

(1) الماوردي - الاحكام السلطانية ص 107 وانظر ابن جرير الطبري في تفسير سورة المائدة والشيخ بخيت : في ارشاد الامة الى احكام الحكم بين اهل الذمة .

وقد اعلن محمد الثاني حين فتحه لمدينة القسطنطينية سنة 857 هـ 1453م في كافة الجهات بانه لا يعارض في اقامة شعائر ديانة المسيحيين بل انه يضمن لهم حرية دينهم وحفظ املاكهم فرجع من هاجر من المسيحيين وجمع أئمة دينهم وطلب منهم ان ينتخبوا لهم بطريقا فاخاروا سوكلاريوس واعتمده السلطان وخول للمحاكم الكنسية التي كانت موجودة من قبل حق الفصل في الخصومات الدينية والمدنية(1)

ولما تقهقرت الدولة العثمانية وحاول الاجانب استغلال وجود الاقليات والشعوب المتأمنة ضمن امبراطوريتها لفرض امتيازات عليها اصدر السلطان عبد المجيد كرد فعل للتدخلات الاجنبية في 18 يراير 1856 وجمادي الاخرى سنة 1272 خطابا هما يونيا لم يترك الحرية لغير المسلمين في اتباع احكامهم الدينية الا فيما له تعلق بالدين كالزواج والطلاق ولا يسمح للمحاكم المليية الغير اسلامية بالتدخل في احكام الميراث الا اذا اتفق الطرفان على ذلك. وهذا هو الذي يتفق مع مقتضيات النظام العام المتبع في كل البلاد، طبقا لاقليمية القضاء .

وكان النظام في المغرب هو تطبيق احكام القضاء الاسلامي على جميع السكان، وبما ان العمل في بلادنا بمقتضى مذهب الامام مالك فقد كان لليهود بوصفهم ذميين حق التحاكم الى الحاخامات في كل المسائل الدينية وبعض المسائل المدنية وكانت للحاخام محكمة سيمونسا (بيت دين)، وكان من الممكن لليهودي اذا لم يرض بحكم الحاخام ان يستأنف لدى القاضي الشرعي او لدى الباشا، ويسند الحاخام عدول يوثقون الرسوم والاحكام ويطلقون عليهم اسم سفريم. اما القضايا التي بين مسلم ويهودي فترجع للمحكمة الشرعية الاسلامية. وكذلك الحكم بين يهودي ومسيحي (وليس في المغرب مسيحي من ابناؤه) .

وقد غيرت الحماية هذه الحالة فجعلت من حق التحاكم للحاخام محكمة تقضي بالقوانين الدينية واستصدرت لذلك ظهيرا بتاريخ 11 شعبان 1336

(1) محمد صادق بك مقدمة فلسفية تاريخية لشرح القانون المدني ج.1. ص 156 بند 158 ومحمد فريد بك تاريخ الدولة العلوية العثمانية ص 38 .

و22 مايو 1918 يقضي بتأسيس محاكم اسرائيلية في المدن والقرى التي يوجد فيها عدد مناسب من اليهود وصار لكل محكمة اربعة اعضاء يسميهم الصدر الاعظم من بينهم الرئيس وقاضيان وهؤلاء من الحاخامات. وكاتب يهودي. وفي نفس التاريخ وبمقتضى الظهير الصادر يوم 22 مايو 1918 اسست محكمة استئناف اسرائيلية مركزها في العاصمة (الرباط) وعضاؤها اربعة : رئيس وقاضيان وهؤلاء من الحاخامات وكاتب يهودي ويسمي الجميع الصدر الاعظم .

وقد اصبحت المحاكم الاسرائيلية بعد الاستقلال من مشمولات وزارة العدل .

2 - ومسألة الذميين والمستأمنين المنضوين تحت حكم الدولة المسلمة، تدخل في اطار الاقليات الوطنية، وهي تختلف عن الحربيين على الاقل من جهة الملجأ. فقد كان المسلمون بادىء ذي بدء ينظرون الى الحربي نظرة الريبة فلا يسمحون له بدخول بلاد الاسلام الا بالحصول على امان شخصي وكان لاي مسلم الحق في اعطاء هذا الامان، بناء على قول النبي (صلعم) في صفة المسلمين : يسعى بذمتهم ادناهم وهم يد على من سواهم. وقوله لام هاني : قد اجرنا من اجرت يا أم هاني. وكان هذا الامان بمثابة جواز اقامة مؤقت يسمح للحربي بالمقام في بلاد الاسلام مدة قصيرة فاذا اطال المقام امر بالخروج. وسواء خرج او اخرج لا يأخذ معه سلاحا ولا كراعا ولا رفيقا مما اسر من اهل الحرب، فاذا اشترى من ذلك شيئا رد على الذي ابتاعه منهم ورد الثمن اليه ولا يمنع من الثبات وما اشبهه(1)

واذا ترك فأقام سنة فرضت عليه الجزية .

وقد استمر العمل بالامان الفردي حتى عهد هارون الرشيد (170-193 هـ) حيث اعطي الامان لبعض رعايا الامبراطور شارلمان . وقد اعتبر الحربي كالذمي في الخضوع لاحكام ملته. واذا وقع النزاع بين ذميين وحربيين فالقول الراجح ان الحكم للمسلمين وكذلك اذا وقع بين مسلم وحربي .

(1) ابو يوسف. كتاب الخراج ص 116 .

واعطاء الحربي مبدأ الرجوع لقانون دينه يبين ان الشريعة الاسلامية تقول بشخصية القوانين. وذلك ما يدل عليه قوله تعالى : لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا (1)

وفي زمن الحروب الصليبية التي استمرت من 1096 الى 1272م تطورت احوال العلاقات بين الدول المسيحية والدول الاسلامية سواء في المشرق او في المغرب، واخذ الاستيمان صبغة معاهدات بين المسلمين وبين مختلفي الامم المسيحية. ولم تكن الدول الاسلامية ترمي بعقدها الا الى تطبيق مبدأ الاستيمان الاسلامي على الحربيين .

وهكذا عقدت المعاهدة بين جمهورية ميزا وبين الدولة الفاطمية سنة 1154 اعطت لاهل تلك الجمهورية امانا ثم جدد لهم صلاح الدين ذلك الامان سنة 1173 ثم عقدت بعد ذلك معاهدات بين مصر والدول الاوروبية .

وفي المغرب عقد المولى اسماعيل معاهدة مع لويس الرابع عشر سنة 1693 اشتملت بعض موادها على تنظيم حالة الاجانب وليست هذه الاتفاقية اساس الامتيازات الاجنبية كما استعملها المؤلفون الفرنسيون لانها لم تخرج عن نطاق ما اباحته الشريعة الاسلامية بمقتضى مذهب مالك للحربي المستأمن. فقد اعطت للفرنسيين حق التنقل والعبادة والتجارة وحرمة المساكن وحماية انفسهم واموالهم وسمحت لهم بحق فصل المنازعات فيما يرجع للاحوال الشخصية، وابتقت المسائل الجنائية من اختصاص المحاكم الشرعية، ولكنها سمحت للقنصل الفرنسي ان يحضر اثناء محاكمة الاجنبي كملاحظ ومن المناسب التنبيه الى ان نفس الحقوق اعطيت للرعايا المغاربة في فرنسا، وذلك ما يبعد عنها صبغة الامتيازات الخاصة .

وعقدت معاهدة اخرى بين المغرب وبين فرنسا سنة 1767 اكدت الاتفاقية السابقة وزادت باعطاء القنصل الفرنسي حق التصرف في الارث الذي يخلفه الرعايا الفرنسيون في المغرب .

(1) سورة المائدة آية 48 .

الامتيازات الاجنبية

استمرت اقليمية القضاء في المغرب سالمة الى اواخر القرن الثامن عشر، حيث عقد المغرب مع اسبانيا معاهدة 1797. اعترف فيها (بقاعدة المدعي يتبع المدعى عليه الى محكمته) وهي متعارضة تماما مع قواعد الشريعة الاسلامية التي تفرض على المسلم ان يتحاكم لدى المحاكم الاسلامية، وقد كان ذلك اول هدم خطير لاقليمية القضاء، وقد كانت هذه الاتفاقية نتيجة الثورات المتعاقبة في المغرب والصراع بينه وبين الاسبانيين على استرجاع مدينة سبتة(1)

وفي سنة 1824 عقد المغرب معاهدة مماثلة مع سردينيا. واخرى مع امريكا سنة 1836 اعترف فيها بمبدأ (المدعي يتبع المدعى عليه) واعطى للقنصل الامريكي الحق باستعمال رجال الامن المحلي في تنفيذ احكامه، فتم بذلك هدم اقليمية القضاء من جهتها، جهة القاضي وجهة التنفيذ .

وفي سنة 1856، عقد المغرب معاهدة مع انجلترا اعترف لها فيها بجميع الامتيازات السابقة واعطاها الحق في تعيين ما تشاء من عدد المترجمين والخدم واعفائهم بمقتضى «المخالطة» وبذلك انفتح باب الحماية الشخصية على مصراعيه، وحدت سلطة القضاء المغربي وغيره فيما يرجع للاجانب وفيما يرجع للمغاربة المحميين والمخالطين، ووقع تهافت من مختلف الدول الاجنبية على ذلك .

وفي سنة 1859، اعطى هذا الحق للاسبانيين ولجميع الدول الاوروبية التي عقدت مع المغرب اتفاقيات البلد الاكثر رعاية. وكان رد الفعل قويا في وسط الشعب المغربي، فأدى بحكومة المغرب الى ان تطالب بوضع حد لنظام «الحمايات» واستدعت الدول لعقد مؤتمر مدريد سنة 1850 وحصلت على تأكيدات بوضع حد لذلك الوباء الاجنبي وباحترام الجنسية المغربية وضماتها .

(1) انظر - محمد بن عبود - مركز الاجانب في مراكش ص 30 .

ولكن المستعمرين استمروا في مقاومة المغرب والتهجم على سيادته، وانتهى الامر بعقد مؤتمر الجزيرة سنة 1906 بطلب من الدولة المغربية والتي حصلت على تأكيد سيادة السلطان واستقلال المملكة، والتزمت هي بتطبيق بعض الاصلاحات التي منها سياسة الباب المفتوح وتأسيس بنك الدولة (البنك المخزني) .

عهد الحماية :

تعدد جهات القضاء والتشريع

لقد كان فرض الحماية الفرنسية والاسبانية والدولية على المغرب منذ سنة 1912 سببا في تفتيت كل مظاهر السيادة المغربية ومن جعلتها القضاء والتشريع فقد الغيت اختصاصات المحاكم القنصلية وازيقت الى محاكم مغربية للاجانب⁽¹⁾ في الجنوب والشمال والى محكمة مغربية مختلطة بمدينة طنجة .

والمحاكم المغربية للاجانب التي حملت (بصفة غير قانونية) اسم المحاكم الفرنسية تأسست بمقتضى ظهير مؤرخ بتاسع رمضان عام 1331 (12 غشت 1913) الذي كمل بظواهر متعددة منها المؤرخ بفتح شتنبر 1920 والمؤرخ بـ 10 نونبر 1922 والمؤرخ بـ 10 يوليو 1924 والمؤرخ بـ 23 يوليو 1926 والمؤرخ بـ 20 يناير 1930 وقد وضع لهذه المحاكم سلم قضائي يشتمل على محاكم صلحية تفصل الدعاوي الشخصية والتجارية والمدنية، والنفقات التي لا تزيد على ثلاثة آلاف فرنك في العام وأفات الشغل ومسائل الاكزية ومحاكم المطلب الاول وهي التي تستأنف احكام المحاكم الصلحية وعلى محكمة الاستئناف العليا ومقرها الرباط وتستأنف لديها الاحكام الصادرة من محاكم المطلب الاول، وترفع قضاياها لمحكمة النقض والابرام بباريس .

(1) جاء في الرسالة التفسيرية للمعاهدة المبرمة بين فرنسا والمانيا في 4 نونبر 1911 ما يلي : (ان فرنسا لا تطلب من الدول الاوروبية ان تنازل عن امتيازاتها للحكومة المراكشية، وانما تطلب - باتفاق مع جلالة السلطان - ان ينتقل اختصاص المحاكم القنصلية المقترح الغاؤها الى جهة القضاء الذي تقترح فرنسا انشاءها مراكش) .

وقد اعطيت لهذه المحاكم اختصاصات النظر في جميع الرعايا الفرنسيين والاجانب ما عدا الامريكيين وفق ظهير سبتمبر 1920 اختصاصاتها الى جميع القضايا التي يكون قوامها تنفيذ حكم أو أمر صادر من السلطة العدلية الفرنسية أو تأويلها كيفما كانت جنسية المتداعيين وموضوع الشيء المتداعي عليه. كما اصبح لها بمقتضى ذلك التشريع حق النظر في النوازل الادارية واعطي ظهير 12 غشت 1913 النظر في الاملاك العقارية المحفظة للمحاكم الفرنسية .

كما اصبح للمحاكم الفرنسية النظر في كل قضية يذكر فيها اجنبي كيفما كان نوعه كان المغربي مدعيا او مدعى عليه .

ومع ان معاهدة مدريد وعقد الجزيرة الخضراء نصتا على ان جميع المسائل والمنازعات المتعلقة بالعقار في المغرب هي من اختصاص المحاكم الشرعية المراكشية وحدها فان الفرنسيين جعلوا ذلك من اختصاص محاكمهم .

واما في الشمال فقد احتفظت الدول بامتيازاتها القنصلية ما عدا اسبانيا التي اعلنت محلها محاكم مغربية للاجانب تدعى بصفة غير قانونية محاكم اسبانيا. وقد استصدرت لانشائها الظهير الخلفي المؤرخ بفتح يونيو 1914 . والمرسوم الاسباني الصادر بنفس التاريخ، وحدد اختصاصها المرسوم الاسباني الصادر بتاريخ 17 فبراير 1915 وهو يشمل اختصاص المحاكم القنصلية الاسبانية السابق. وما يرجع لرعايا الدول التي لم تكن لها امتيازات قنصلية في الشمال .

وكانت احكام المحاكم الاسبانية تصدر باسم الخليفة السلطاني واسم رئيس الدولة الاسبانية الذي يتولى وحده تعيين قضاتها ومثل ذلك كان للمحاكم الفرنسية في الجنوب تصدر احكامها باسم السلطان ورئيس الجمهورية الفرنسية التي يتولى وحده تعيين قضاتها .

وقد اتبع الاسبانيون في توسعة اختصاص محاكمهم نفس الخطوات التي اتبعها الفرنسيون .

وفي طنجة وقع انشاء المحاكم المختلطة بناء على معاهدة باريس المؤرخة

بـ 18 ديسمبر سنة 1923 والخاصة بنظام طنجة ونظمت محاكمها بالظهير المؤرخ بـ 16 فبراير 1924 ويقضي بان احكام هذه المحاكم تصدر باسم جلالتة وهو الذي يعين قضاتها بناء على اقتراح الدول المتمتعة بفائدة النظام المذكور، بحيث يقترح ممثل كل دولة من يشاء من ابناء جلدته لمنصب القضاء ويستوي امامها كل الاجانب، وتختص بما تختص به المحاكم الفرنسية في منطقة حماية فرنسا من المغرب .

وقد صدرت مجموعات من التشريعات في كل منطقة من هذه المناطق لتطبق في محاكمها ، فصدرت قوانين في الجنوب مستمدة من القانون الفرنسي : كقانون الالتزامات والعقود وقانون المرافعات المدنية وقانون العقوبات والقانون التجاري والقانون الخاص المتعلق بحالة الاجانب في منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب .

وقد سلك الاسبانيون في منطقة نفوذهم نفس المنهج فأصدروا عدة مجموعات مستمدة من القانون الاسباني كالقانون الجنائي والقانون المدني وقانون الالتزامات والعقود وقانون المرافعات ووضع الاجانب . وقد جعلت اسبانيا لرعاياها في الشمال نفس المركز الذي أعطته فرنسا لرعاياها في الجنوب .

وطبقت في طنجة تشريعات مماثلة تتفق في أغلب الاحيان مع القوانين المطبقة في المنطقة الفرنسية .

ويصدر التشريع في الجنوب جلالة الملك في شكل ظهائر والصدر الاعظم في شكل مرسوم والمقيم العام في شكل قرار مقيمي بما له من النيابة التي أخذها من السلطان .

ويصدره في الشمال الخليفة في شكل ظهائر خليفية والصدر الاعظم في شكل مرسوم والمقيم العام الاسباني بما له من النيابة التي أخذها عن الخليفة، ولا يصدر الظهير أو المرسوم في احدى المنطقتين الا بعد تأشيرة المقيم الفرنسي أو الاسباني عليه

ويصدر التشريع في طنجة المندوب السلطاني الذي يتخذ قراراته في مجلس تشريعي مختلط ، ولا يصدر الا بعد تأشير رئيس مجلس المراقبة الدولية عليه .

أما في موريطانيا المغربية فقد كان العمل الفرنسي أشد جراً فقد ألغي مرسوم 30 أبريل 1946 القضاء المغربي فيما يخص الجنايات ، وفي 2 غشت 1946 صدر مرسوم من الوالي العام (لأفريقيا الغربية الفرنسية) يؤسس قضاء صلحياً ذا اختصاص جنائي ويتعلق بمسائل البوليس ، وهكذا أصبح دور القضاء الشرعي لايمثل الا الحكم وفي بعض الاختصاصات المحدودة .

كانت الغاية من هذه التدخلات الاجنبية ، القضاء على التشريع الاسلامي والمحاكم الشرعية ، وقد اتخذت لذلك خطتان :

الاولى - بلورة الفكرة القضائية حول المحاكم الجديدة الاجنبية ، التي أصبحت (من باب قلب الحقائق) هي القضاء العادي ، بينما المحاكم المغربية على أنواعها لم تعتبر الا قضاء استثنائياً لم يحظ بأي تنظيم ذي بال .
الثانية - تضييق دائرة اختصاص المحاكم الشرعية، عن طريق :

1 - توسيع دائرة المحاكم المخزنية (محاكم الباشوات والقواد)

2 - احداث المحاكم العرفية في القبائل البربرية .

فقد أعطي ظهير 4 غشت 1918 للباشا والقائد اللذين كانا موظفين اداريين الحق في النظر في القضايا المدنية والتجارية وكل ما هو ناشئ عن المنازعات التجارية والقضايا العقارية المتعلقة بأراضي الجماعة وقضايا الجنج . أما الجنايات فيقوم فيها بدور قاضي التحقيق ثم يحيلها على المحكمة العليا الشريفة ومقرها الرباط .

وتستأنف أحكام هذه المحكمة لدى الباشوات والقواد طبقاً لظهير 4 غشت 1918 المؤسس للمحكمة العليا .

وقرر ظهير 13 شتنبر 1914 احترام الاعراف البربرية وفي 16 ماي 1930 صدر الظهير البربري الذي أسس المحاكم العرفية المختصة في الاحوال الشخصية والعقار . وينص الفصل السادس منه على اضافة الجنايات الواقعة في مناطق العرف الى المحاكم الفرنسية ، ولما وقعت احتجاجات الشعب ضد هذا الظهير عدل الفصل السادس منه .

وأصبحت المحاكم العرفية تحكم ابتدائيا ونهائيا في الحقوق الشخصية والمنقولات الى نهاية مبلغ أصلي قدره ألف فرنك وتحكم ابتدائيا فقط فيما زاد على ذلك ويعين أعضاء المحكمة العرفية الصدر الاعظم بقرار وزاري ويشرف على أعمالها المندوب الفرنسي .

وقد أحدث الظهير الصادر بتاريخ 8 ابريل سنة 1934 قسما خاصا باستئناف الاحكام العرفية في المحكمة العليا الشريفة

وهكذا لم يبق للمحاكم الشرعية الا اختصاص الاحوال الشخصية وبعض المعاملات في المناطق التي لايشملها ظهير العرف البربري .

وقد تركت مع ذلك المحاكم الشرعية على حالتها العتيقة فلم يدخل عليها أي ترتيب أساسي الا في بعض التنظيمات المنصوص عليها في ظهير 7 يوليو 1914 .

وفي 7 ابريل 1921 أسس مجلس الاستئناف الشرعي ، الذي ينظر في استئناف أحكام القضاة الشرعيين في دائرة اختصاصاتها

ولم تكف الحماية بهذا الاهمال بل حرمت المحاكم الشرعية من كل اصلاح قانوني أو حتى من الاعتراف بها في ميزانية الدولة ، فكان القضاة يأخذون أجورهم من نسبة 30 في % من أجور العدول ، ولم يوضع حد لهذا النظام الا في 17 أكتوبر 1951 حيث قرر للقضاة اجور محدودة .

ونفس التدابير اتبعت في طنجة وفي منطقة الحماية الاسبانية ، الا أن هذه تركت للمحاكم الشرعية فيما يتعلق بالمغاربة جميع الاختصاصات التي لم تعط للمحاكم الاسبانية . أي أن اسبانيا لم تحدث محاكم عرفية بربرية كالتي أحدثتها فرنسا ، ولم تنزع عن المحاكم الشرعية الاختصاصات الجنائية فيما يخص المغاربة .

أما في الصحراء وفي موريطانيا فان القضاة الشرعيين الذين كان يعينهم ملك المغرب أو خليفته في الشمال بالنسبة للصحراء التي تحت النفود الاسباني وأحيانا تنتخبهم الجماعة في القصور الصحراوية أصبحوا يعينون من قبل والي المستعمرة الفرنسي في ما يخص منطقة النفود الفرنسي . وقد

نظمت العدلية الاهلية أولا طبقا لقرار رئيس الجمهورية الفرنسية المؤرخ بـ 22 مارس 1924 والمعدل بتاريخ 2 ديسمبر 1931 والتي أصبحت بمقتضاه المحكمة الشرعية مختصة في المسائل المدنية والتجارية (مع تحديد مبلغ خاص فيما يرجع للتجارة) وحدثت الى جانبها محكمة الدرجة الاولى المختصة بجميع الجناح المعاقب عليها ، . ومحكمة الدرجة الثانية التي يترأسها حاكم الدائرة (الفرنسي) ويعاونه عضوان أوروبيان وأخران مغربيان وتستأنف لديها أحكام الدرجة الاولى كما ترفع لديها الجرائم .

بعد الاستقلال - التوحيد والاصلاح

وقد أحييت الجرائم بمقتضى قرار 30 ابريل 1946 المشار اليه سابقا الى محكمة صلحية فرنسية ، وبذلك أصبح القاضي الشرعي في موريطانيا مجرد حكم في مسائل الدرجة الاولى من الاحوال الشخصية وبعض المسائل المالية والتجارية، ويستأنف أحكامه مجلس مختلط برئاسة حاكم فرنسي .

كانت الغاية من مجموع هذه التدابير الفرنسية هي اتباع الخطة التي سارت عليها فرنسا في الجزائر لفرنسة المغرب عن طريق فرنسة القانون والقضاء . وإذا كانت لم تستطع أن تحقق كامل بغيتها، فقد عطلت على المغرب تحقيق الاصلاح القضائي والتشريعي الذي كان يرمي اليه من عهد السلطان محمد بن عبد الله . ولذلك كان من الضروري تحقيق الاستقلال الوطني كمرحلة لتحقيق كل اصلاح منشود .

رأينا كيف أن الاستعمار عمد الى القضاء والى الشريعة الاسلامية بالمغرب فحدّ من نفوذ هما وساعد بذلك على هدم اقليميتهما كما أنها حين أعطت رجال الادارة المغربية سلطة القضاة قضت على فصل السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية فكان لابد في مواجهة الحالة بعد الاستقلال من مراعاة جوانب الفساد كلها واصلاحها .

وقد أعطى جلالة الملك في خطاب العرش الذي ألقاه يوم 18 نوفمبر 1955 الاتجاه الذي يجب أن تسير عليه الحكومة الاولى للمغرب المستقل

فقال : (وستكون الخطوة الأولى بحول الله تأسيس حكومة عصرية مسؤولة
تعبر تعبيراً حقيقياً عن ارادة الشعب ، سنقلدها ثلاث مهمات تباشرها في أن
واحد :

مهمة تدبير شؤون البلاد .

ومهمة وضع أنظمة ديموقراطية على أساس الانتخاب .

وفصل السلط في اطار ملكية دستورية

والمهمة الثالثة اجراء مفاوضات الخ)

والذي يهمننا من هذا الخطاب هو تصريح الملك بضرورة فصل السلط
كنواة للإصلاح الدستوري .

وفعلا قد دشنت وزارة العدل الجديدة عملها بفصل القضاء عن السلطة
الادارية وتم ذلك بمقتضى الظهير المؤرخ ب 19 مارس 56 الذي ألغى كل
مراقبة عامة أو خاصة على تدبير شؤون القضاء المغربي

وقد تجلى الفصل في ظاهرتين : الأولى احداث محاكم الحكام
المفوضين ترجع اليها المهمة القضائية التي كانت من قبل من اختصاص القواد
والباشوات ، بينما أصبحت مهمة هؤلاء ادارية محضة ، وقد كانت تجمع من
قبل بين السلطتين القضائية والادارية .

أما الظاهرة الثانية فهي اخضاع النيابة العامة لوزارة العدل وتجريدها من
ادارة المداولات والتدخل في اصدار الاحكام ولتحقيق الوحدة القضائية ،
اعتبرت محاكم المفوضين هذه نواة لقضاء مغربي ومحوراً تتبلور من حوله
جميع المحاكم التي احتفظ بها في المغرب ، وقد صدر يوم 4 ابريل 1956
ظهير ينظم هذه المحاكم وأعطاهها لأول مرة اسم المحاكم العادية . وتختص
بالنظر في جميع القضايا المدنية والتجارية والجنائية وتشتمل هذه المحاكم
على درجات ثلاث ، محاكم المفوضين القديمة وتحمل اسم محاكم السدد
احياء لاسم أندلسي قديم ، ومحاكم اقليمية ، والمحكمة العليا .

وقد الغيت المحاكم العرفية وأقيمت محاكم عادية ومحاكم شرعية محلها
بمقتضى الظهيرين المؤرخين في 25 غشت 1956 وأعيدتنظيم المحكمة العليا

بتقسيمها الى أربعة أقسام وألغي القسم الجنائي العرفي بمقتضى ظهير 7 مارس 1957 وأسندت مهمته الى قسم استئناف الجنج والقسم الجنائي العام كل فيما يخصه وفي 21 شتمبر 1957 ألغيت المحكمة العليا الشريفة وضمنت غرفها الأربع الى محكمة الاستئناف بالرباط .

ثم وقع تنظيم المحاكم الشرعية على صورة المحاكم العادية بمقتضى ظهير 8 دسمبر 1956 . وكذلك فعل بالمحاكم العبرية بمقتضى ظهيرين صادرين ب 23 فبراير 1957 .

أما المحاكم الأجنبية فقد كانت كما قلنا مغربية خاصة بالاجانب ، فأضافتها الوزارة لسلطتها وسمتها باسم المحاكم العصرية ، واحتفظت لها باختصاصاتها السابقة كما احتفظت بقسم من قضاتها الذين أصبحوا موظفين مع المغرب بمقتضى عقد محددة الأجال وقد بدأت تحكم باسم جلالة الملك فقط . واتبعت نفس الخطة مع المحاكم التي كانت تحمل اسم المحاكم الاسبانية بالشمال وبالمحكمة المختلطة بطنجة .

والى جانب هذا فقد توصل المغرب الى اتفاق مع الحكومة الامريكية على الغاء ما احتفظت به من امتياز لمحاكمها القنصلية وهكذا أعيدت للقضاء اقليميته التي هدمها الاستعمار .

ولكن هذا التوحيد لايزال ناقصا مادامت المحاكم العصرية والعادية والمحاكم الشرعية والاسرائيلية لم تمتزج وتتبلور في محكمة واحدة لا توزعها الا الاختصاصان المكاني والنوعي ، أي الاختصاص القانوني والمبني على الجنسية .

وقد وقع تحقيق نموذج من التوحيد في طنجة حيث أن ظهير 11 ابريل 1957 ألغى المحكمة الدولية (المختلطة) وأدمجها في النظام الجديد ولم يعد لطنجة الا نوع واحد من المحاكم ذو درجات وتعرض عليه جميع القضايا من غير امتياز بحسب الجنس أو الجنسية ولا يراعى في توزيع الاعمال داخل المحكمة الا الأساس المهني والاختصاص ويحتوي القضاء بطنجة على محكمة الاستئناف وتتركب من رئيس واحد ورئيس للعرفة وعشرة مستشارين

ومحام عام ونائبين عنه وتتركب من غرفتين ويجدر أن يحدث لكل غرفة قسمان أو أكثر وفقاً لما يقرره وزير العدل .

وعلى محكمة اقليمية ، وتتركب من رئيسين ونائبين عن الرئيس وتسعة حكام وقاضيي بحث وثلاثة نواب أعضاء ووكيل للدولة ونائبين عنه .

وعلى محكمة السدد ، وتتألف من مسدد بصفته رئيساً وأربعة أعضاء نواب .

ومتى تحقق تعميم هذا النموذج ووحد القانون كذلك في سائر المحاكم فسيتم للقضاء وحدته المنشودة بحول الله .

وقد أصبحت في محاكم الإستيناف في عموم المغرب غرف للاستيناف الشرعي وقد تَوَجَّح القضاء في المغرب بالمجلس الاعلى الذي أنشأه ظهير 27 شتمبر 1957 وابتدأ العمل به طبقاً لمرسوم منذ 23 أكتوبر 1957 واليه ترجع أحكام كل المحاكم المغربية .

ولكن توحيد المحاكم لا يتم الا بوحدة القانون ونلاحظ أن المحاكم المخزنية أصبحت هي المحاكم العادية بعدما نظمت على غرار المحاكم العصرية أي أنها اعتبرت الاصل الذي يرد اليه كل ما عداه ، وأن المحاكم الشرعية عممت مناطق وجودها ولكنها بقيت في دائرة اختصاصاتها التي تركتها عليها الحماية وذلك ما يؤدي حتما لو ترك لاحد أمرين: اما تعدد أنواع التشريع الذي تتعدد حتما بمقتضاه أنواع المحاكم .

وإما رد القضاء كله الى القانون المدني المستمد من القوانين الفرنسية وعدم القيام بما ينشده الجميع من بعث للشرعية الاسلامية وتعميم مدلولها . ومن حسن الحظ أن الحكومة راعت هذا الاعتبار وقررت العمل على تدوين القوانين الشرعية فيما يخص قوانين الاسرة والمعاملات .

وقد أسس ظهير 19 غشت 1957 لجنة من العلماء ورجال القانون لوضع مدونة الفقه الاسلامي . فانكب أعضاء هذه اللجنة على العمل وأعد مدونة الأحوال الشخصية التي تشتمل على كتاب الزواج وكتاب انحلال ميثاق الزواج ، وكتاب الولادة ونتائجها ، وكتاب الاهلية والنيابة الشرعية ، وكتاب

الوصية وكتاب الميراث ، و صدر الظهير الشريف بالمصادقة على هذا القسم في 13 أبريل 1958 .

وقد أنهت اللجنة القسم الأول من القانون المدني ورفعته للملك ليصادق عليه ، وستواصل اليوم عملها لاتمام كتاب الاموال ، و صدر مع المدونة الظهير المؤرخ في 16 ديسمبر 1957 والمتعلق بتنظيم الاجراءات المتبعة فيه لدى محاكم القضاة (1)

وهناك لجان تشتغل بوضع قوانين الجنايات، ولكن على أساس مدني . وقد صدر قانون المسطرة الجنائية مشتملا على 772 مادة بتاريخ 10 فبراير 1959 ولا توجد لحد الآن مجموعة باللغة العربية غير ما ذكرناه ، تتضمن سائر القوانين المغربية . نعم توجد باللغة الفرنسية مجموعة تحمل اسم (القوانين المغربية)

أصدرتها الشركة المعروفة باسم (Fiducidirs Mourocious d'edition) وهي تشتمل على عدة مجلدات وتشمل القوانين الجاري بها العمل بالمنطقة الجنوبية ومنطقة طنجة .

أما القوانين الجاري بها العمل في المنطقة الشمالية فلها مجموعة باللغة الاسبانية في مجلد يحمل اسم (قوانين المغرب) وهي من جمع القاضيين الاسبانيين Aquilera , Nazo ولكنها تقف عند سنة 1946 ولم توضع لها ملحقات بعد .

ومعظم القوانين الموجودة في هذه المجموعات لم يزل معمولا به ، أما القوانين العامة فقد أصبح أكثرها ملغى بعد اعلان الاستقلال . وقد صدر ظهير شريف في 7 رجب 1377 الموافق 28 يناير 1958 يقضي باحداث لجنة برئاسة وزير العدل وفيها مندوبون عن كل وزارة لاعادة النظر في التشريع الجاري به العمل في المملكة المغربية (2)

(1) انظر مجلة «القضاء والقانون» التي تصدرها وزارة العدل المغربية ص 503 عدد 5 - الصادرة في يناير 1958 .

(2) نشر الظهير بالجريدة الرسمية عدد 2364 - انظر مجلة (القضاء والقانون) عدد 7 الصادر بمارس 1958 ص. 650 . ولحد الآن لم تقم هذه اللجنة باي عمل يذكر .

بعد الاستقلال - تعدد جهات القضاء والتشريع :

ان الاصلاحات التي ادخلت على القضاء في المغرب وعلى القانون أيضا ، عظيمة الأهمية لا يمكن لاحد نكرانها ، ولكنها ما تزال عظيمة النقص كذلك ، فوحدة القضاء الوطني لا يمكن أن تتم الا بوحدة التشريع الذي يطبق في جميع المحاكم وإذا كان التشريع المغربي واحداً باعتبار أن الذي يصدره واحد ، فانه متعدد العايلة باعتبار الاستمداد الذي يستمد منه ، فقوانين الجنايات على الخصوص لا تمت للروح المغربية بصلة ، وقانون المرافعات الجنائية يكاد ان يكون نسخة طبق الاصل من المرافعات الفرنسية مع ان الفرنسيين انفسهم كانوا قد احسوا بضرورة تعديل المرافعات واختصارها في المغرب .

ومها يكن فان الموضوع الذي يهنا الآن هو ما يرجع لتعدد جهات القضاء الذي يقوم بالمغرب بعد الاستقلال .

وتعدد جهات القضاء ان كان يقصد منه النوع ويخضع لمحكمة عليا واحدة ولتشريع واحد فهو لا يخل بوحدة القضاء - أما اذا كان يختلف باعتبار الاشخاص نظراً للجنسية أو للغة أو للدين فهو من قبيل التعدد المخل بالوحدة القضائية على كل حال .

واذا نظرنا للوضع الحاضر في المغرب الآن ، فاننا لاشك نجد تعدداً من جهة الجنسية اذ أن المحاكم العصرية ما تزال هي المختصة بقضايا الاجانب وما تزال في كثير من القضايا تطبق قوانين غير التي تطبق في المحاكم الاخرى على المغاربة .

ولقد حاول المشرع أحيانا تلافى الأمر بتوزيع الاختصاص بحسب اللغة ، مع أن ذلك لا يغير شيئاً من الواقع ، وهو أن المحاكم تختلف بحسب الأشخاص الناطقين بتلك اللغة .

ففي جرائم الصحافة يضع الفصل 70 من التشريع المتعلق بها (ظهير 15 نونبر 1958) قواعد الاختصاص مراعيها فيها التنظيم القضائي القائم بالمغرب ، فمن حيث الاختصاص المحلي تراعى القواعد العامة المنصوص

عليها في قانون المسطرة الجنائية ، أما من حيث الاختصاص الموضوعي ، فهو يميز بين المتابعات المترتبة على مخالفة النظام الإداري للصحافة والمتابعات المترتبة على جرائم مرتكبة بواسطة النشرات الدورية والمطبوعات .

فالنظر في النوع الأول يناط بالمحاكم الابتدائية أية كانت جنسية الأشخاص الذين تلحقهم المتابعة ، وحيث لا توجد محاكم ابتدائية يعود النظر فيها للمحاكم الإقليمية .

أما النظر في النوع الثاني فقد روعيت في تحديده اللغة المستعملة ، فإذا كانت العربية كان النظر في المتابعة من اختصاص المحكمة الإقليمية ، وإذا كانت اللغة المستعملة غير العربية ، فإن النظر في المتابعة يكون من اختصاص المحكمة الابتدائية وحيث لا توجد فالمحكمة الإقليمية دون أن يكون لجنسية الأشخاص أي أثر في الموضوع (1).

وأكثر من هذا أن القوانين لاتزال تختلف بحسب المناطق ، فالعزب المتلبس بالزنا يعاقب بمقتضى قانون الجنايات المعمول به في الجنوب ، بينما لا يحكم عليه بشيء في محاكم طنجة لأن القانون المحلي لم ينص على معاقبته ، وبما أن العقوبات كانت من اختصاص المحاكم الشرعية بالنسبة للمسلمين المغاربة في الشمال فإن المحكمة العادية (لا الشرعية) تحكم عليه بالسجن بضعة أشهر باجتهاد القاضي ، لأن الاختصاص قد نزع للمحكمة الشرعية وأعطى للمحكمة العادية دون أن يقع التوحيد ، في القانون الذي يجب أن يطبق هنا وهناك .

فإذا انتقلنا للنظام العام فإننا نجد الأحوال الشخصية بالنسبة للاجانب مازال طبق الأنظمة القديمة . فقد نصت المادة الثالثة من قانون الاجراءات الطنجي على أن الاجانب يعاملون بمقتضى قانونهم الوطني فيما يرجع لحالتهم الخاصة وهذا ما ينطبق بالفعل على الفرنسيين وغيرهم طبقا للمادة 11 من ظهير 7 غشت 1913 التي تعطيهم الحق في أن يتزوجوا طبقا لقانون بلادهم أو للقانون المغربي .

(1) مجلة «الفضاء والقانون» ص 24 عدد 22 الصادر في أكتوبر 1959 .

ويترتب على هذا البحث لكل مواطن أجنبي عن قانونه الخاص . فإذا كانت بلاده تتيح له الزواج الديني صح ذلك له في المغرب والا أجبر على الزواج المدني طبقاً للشكل المعتاد في بلاده ، أو طبقاً للقانون المغربي الاسلامي . ذلك ما يقتضيه منطوق الظهير ، ولكن إيمانويل ديران يؤيد ضرورة اعتبار القانون المدني في حالة اختيار الفرنسي الزواج طبقاً للنظام المغربي . (ويقول : وهذا القانون المغربي لا يمكن أن يكون الا قانوناً عصرياً بمقتضى الحالة المدنية المعنية سنة 1915 فالفرنسي لا يجد في قانونه الوطني ولا في القانون المغربي ما يسمح له بالزواج الديني في المغرب، بينما الايطالي نظراً للاختيار المعطى له يمكن ان يتزوج دينياً في المغرب لان ذلك مسموح به في قانونه الوطني) (1) .

ومن المعلوم أن الفرنسيين يمكن أن يتزوجوا في المشرق العربي على يد راهب كاثوليكي . وقد شرع ذلك بمقتضى أمر من لويس 16 بتاريخ 3 مارس 1781 . ولم يغير القانون المدني الفرنسي شيئاً من ذلك ، بل اعتبر الزواج المعقود في الخارج من الفرنسيين مشروعاً اذا وقع على حالة عادية (المادة 170) .

وإذا كانت المحاكم الفرنسية قد أثارت الشبهة حول تطبيق هذا القانون على الفرنسيين في المغرب على اعتبار كون بلاد الحماية لا تعتبر تماماً أجنبية عن فرنسا فيما يخص المواطنين الفرنسيين . وذلك ما أكدته محكمة الدار البيضاء في حكمها الصادر ب 29 يونيو 1937 ورفضت تأييدها محكمة الرباط التي اعتبرت في حكمها الصادر ب 19 ماي 1932 صحة انطباق المادة 170 من القانون المدني الفرنسي على المغرب لأنه بلد أجنبي عن فرنسا فبالطبع لم يبق مجال بعد الاستقلال للشك في ان المغرب اجنبي عن فرنسا .

هذا من جهة اعتبار القانون الوطني الفرنسي الذي يجب أن يطبق على الفرنسيين في المغرب .. ولكننا لا يمكن أن نهمل التخيير المعطى للاجانب وعليه فإذا اختار الفرنسيون الزواج بمقتضى الشريعة الاسلامية أو بمقتضى

(1) إيمانويل ديران - بحث في النظام العام المغربي ص 72

الحالة الشخصية الاسرائيلية فيجب أن يكون زواجهم صحيحاً من جهة النظر المغربية وصحيحاً كذلك من جهة النظر الفرنسية لانه زواج عادي .
ولكن الظهير الصادر بتاريخ 4 مارس 1960 (المنشور في الجريدة الرسمية) تاريخ 25 مارس 1960 عدد 2474 أجاز على المغربي المتزوج بأجنبيه أن يؤكد زواجه (المعقود طبقاً لمدونة الاحوال الشخصية) عند ضابط الحالة المدنية المغربي مراعاة للزوجة الاجنبية .

وهذا ما يبين بوضوح أن المشرع المغربي مايزال يغض من القانون العام المغربي حين يحافظ أولاً للجانب على حالتهم الوطنية في الاحوال الشخصية وحين يجبر على المغربي المتزوج بمقتضى نظام بلاده تأكيد العقد المدني مراعاة لزوجته الاجنبية .

واما فيما يرجع لليهود المغاربة فان المحاكم الاسرائيلية قد أكدت ونظمت طبقاً للظهيرين المنشورين في الجريدة الرسمية بتاريخ 15 مارس 1957 على غرار المحاكم العادية ، وأبقى لها حق تطبيق الشريعة الموسوية مع احداث سلم واسع لها واعطاء استئناف سائر الاحكام التي تصدرها في عموم المملكة لدى المحكمة (العبرية) العليا بالرباط ، مع العزم على انشاء غرفة عبرية داخل المجلس الأعلى للقضاء تكون مهمتها السهر على حسن تطبيق الشريعة الموسوية وتتنظر فيما يرجع اليها من طعون في الاحكام الصادرة عن مختلف المحاكم الواقعة تحت نفوذها .

واذن فنحن مانزال بعداء عن توحيد القضاء والتشريع بعد الاستقلال على الرغم من المجهودات المبذولة لذلك ، ولا شك أن بقايا الأثر الاستعماري هو الذي يحول بينها وبين فرض القانون الوطني ولا سيما في النظام العام الخاص على الاجانب وعلى الاقلية اليهودية وقد رأينا أن فقهاء الشريعة الاسلامية يختلفون في هذا الموضوع وان أبا حنيفة يفرض القضاء الاسلامي على الجميع ولا شك أن التطور الحضاري القائم في أوروبا والاعتبارات السياسية للوضع المغربي تفرض علينا اختيار العمل بمبدأ اقليمية القضاء والقانون بكل ما تدل عليها من مدلول ، دون أن نستثنى من ذلك الا بعض ما يستثنيه العالم المتمدن لتحقيق التعاون في مقاومة الجريمة أو في تنفيذ الاحكام .

ولقد سبقت تونس ففرضت على اليهود التونسيين الخضوع للمحاكم التونسية في جميع درجاتها وتطبيق المجلة التونسية في ما يرجع للاحوال الشخصية على الجميع وقد ألغت بمقتضى ذلك القضاء اليهودي وصفت أحكام المحاكم العبرية . وكذلك ألغت مصر القضاء الطائفي حين ادمجت محاكم الاحوال الشخصية في المحاكم المدنية طبقا للقانون رقم 462 لسنة 1955 الصادر في 21 شتمبر 1955 . وقد جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المصري (تقضي قواعد القانون العام أن تكون سيادة الدولة تامة ومطلقة داخل بلادها كما تقضي بأن يخضع جميع السكان على اختلاف جنسياتهم لقوانين البلاد ومحاكمها ولجهة قضائية واحدة ، بصرف النظر عن نوع المسائل التي تتناولها خصوماتهم أو القوانين التي تطبق عليهم .

«ولكن الحال في مصر بعكس ذلك ، فجهات القضاء في مسائل الأحوال الشخصية للمصريين أنفسهم بقيت متعددة ، وكل جهة تطبق قوانينها وتتبع اجراءاتها الخاصة » .

«وانه من الشذوذ بكان ان يظل الوطنيون من المنتمين الى الطوائف الملية غير الاسلامية محتفظين باستثناءات قضائية كانت في كثير من الحالات عنوانا على الفوضى وعدم النظام» ..

و«ليس يتفق مع السيادة القومية في شيء ان تصدر أحكام في أصق المسائل بذاتية الانسان من جهات قضائية غير مسؤولة وغير مختارة من جانب الحكومة (1) او ان تكون تلك الجهات خاضعة لهيئات اجنبية تباشر أعمالها خارج حدود البلاد كما كان الحال بالنسبة لبعض الطوائف التي يرجع الطعن في أحكامها لمحكمة روما ، وليس أقل من ذلك مسااسا بالسيادة ان يلي الحكم في بعض المجالس الطائفية أجنب لا يعرفون لغة المتقاضين ويصدرون أحكامهم بين المصريين بلغة غير لغتهم «ومصر وان خطت خطوات في هذا السبيل فان الطوائف الدينية مازال محتفظة بوجوب تطبيق أحكام شريعتها عليها فيما يخص الاحوال الشخصية والمواريث، وتونس وحدها من بين العالم العربي التي ألغت حق تطبيق شريعة غير المسلمين كما ألغت محاكمهم» .

(1) يلاحظ ان القضاة اليهود معينون من قبل الحكومة المغربية ومسؤولون أمامها .

نعم ان قانون الاحوال الشخصية المتعلق بأحكام الزواج والنسب والنفقة والاهلية والوصية والمواريث في سوريا نص في المادة 306 منه على انطباقه على جميع السكان ما عدا بعض الاستثناءات فيما يخص الدروز وأخرى فيما يخص المسيحيين واليهود ، وقد ذكرت على جهة الحصر (1) .

جهات قضائية أخرى :

ولم ينحصر التعدد في جهات القضاء في المغرب في كل ما ذكر ، ولكن هناك جهات قضائية أخرى وهي : القضاء الاداري ، والقضاء العسكري ، ومحكمة العدل ، ومحاكم الشغل . ولكل هذه الجهات مثيلات في الدول العصرية ، سنتكلم على كل واحدة منها بالنسبة للمغرب لدى مركزها من القضاء العادي .

القضاء الاداري

ان فرنسا اول من أنشأ النظام المتعلق بالقضاء الاداري وقد تأثرت بها دول كثيرة منها بعض الدول العربية كمصر وسورية ، وقد اقتبست الاولى منها نظام مجلس الدولة الذي صدر به قانون سنة 1946 . ويعتبر مجلس الدولة في مصر جهة قضائية مستقلة تماما عن محكمة النقض، وعن القضاء العادي .

أما في سورية فان مرسوم 1952 جعل ما يتعلق بدعوى الالغاء من اختصاص الغرفة الادارية من محكمة التمييز التي احدثها هذا المرسوم . وأما بقية الاختصاصات الادارية فقد كانت أحييت على المحاكم المدنية منذ سنة 1951 . واذن فالمحاكم الادارية لا تعتبر في سورية جهة قضائية مستقلة ولكنها جزء من القضاء العادي .

ولم يكن في المغرب طيلة أمد الحماية مرجع للقضاء الاداري، بل لم يكن للمحاكم العادية نفسها حق في التدخل في طلبات الالغاء او قبول الشكايات ضد العبث باستعمال السلطة ومجاوزة الحد ، ولم يكن من حق المغربي ان يرفع دعوى ضد اي موظف او ادارة تضاره ، نعم نص الظهير المؤسس

(1) توفيق الشاوي . محاضرات في المبادئ الاساسية للتنظيم القضائي ص 108 .

للمحاكم «العصرية» سنة 1913 على ان من اختصاصها النظر في المنازعات الادارية التي ترفع اليها وتملك الحكم في التعويض عن الخسارة التي تسببها الادارة للناس بسبب قراراتها في أعمال غير مشروعة. فكانت المحاكم العادية اذن مختصة في كل من قضاء الالغاء وقضاء التعويض .

وقد اسس الظهير الشريف رقم 157.223 والمؤرخ في 27 سبتمبر 1957 المجلس الاعلى وبين اختصاصاته، وقد جاء في المادة الثانية من الفصل الاول منه، ان من اختصاصه البت في طلبات الغاء المقررات الصادرة من السلطات الادارية بدعوى الشطط في استعمال السلطة، وينظر المجلس الاعلى علاوة على ذلك فيما يلي :

- 1 - الطعون في التصرفات التي يتجاوز فيها القضاة سلطاتهم .
- 2 - البت في تنازع الاختصاصات بين محاكم لا توجد فوقها اية محكمة عليا مشتركة غير المجلس الاعلى .
- 3 - الطلبات لاجل مراجعة الاحكام الجنائية او التأديبية في دائرة الشروط المنصوص عليها في قانون التحقيق الجنائي المنشور بمقتضى الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 الموافق لـ 12 غشت 1913 .
- 4 - دعاوي مخاصمة القضاة والمحاكم غير المجلس الاعلى .
- 5 - قضايا التشكك في نزاهة الحكم .
- 6 - سحب الدعوة من محكمة لموجب الامن العمومي .
- 7 - طلبات تسليم المجرمين للخارج .

وتنص الفقرة الاخيرة من الفصل الثاني على تقسيم المجلس الى اربع غرف، منها غرفة ادارية ويمكن لكل غرفة ان تنقسم بدورها الى اقسام بموجب قرار من وزير العدل. ويمكن ان يعين اعضاء مندوبون لدى الغرفة الادارية بمقتضى مرسوم ، وينص الفصل السابع على انه ترفع الى الغرفة الادارية :

- 1 - مطالب النقض المرفوعة ضد الاحكام القضائية الصادرة في القضايا التي يكون فيها أحد الخصوم شخصا عموميا .
- 2 - طلبات الالغاء الموجهة ضد مقررات السلطة الادارية بسبب الشطط في استعمال السلطة .

على انه يصح ان تبحث وتحكم كل غرفة في القضايا المعروضة على المجلس ايا كان نوعها ولذلك فان القضايا ترفع اولا للرئيس الاول للمجلس الاعلى وهو الذي يسلم لكل غرفة ما جاء في اختصاصها .

ويعطي الفصل الرابع عشر قواعد خاصة برفع الدعاوي المتعلقة بالشطط في استعمال السلطة . فلا يقبل اي طلب بالغاء مقرر صادر عن السلطة الادارية من أجل الشطط في استعمال السلطة الا اذا تقدمه طعن اداري في المقرر المذكور لدى السلطة الادارية التي تعلق مباشرة تلك السلطة التي صدر عنها وان لم توجد سلطة أعلى يقدم الطعن الاداري بصورة استعطاف لاعادة النظر في المقرر الى السلطة التي اصدرته نفسها، وهذا الطعن الاداري التمهيدي يجب ان يقدم داخل اجل شهر ابتداء من تاريخ نشر المقرر المطعون فيه او تاريخ تبليغه .

ويجب ان يرفع الطلب الى المجلس الاعلى في ظرف شهرين اثنين ابتداء من تاريخ تبليغ مقرر الرفض الكلي او الجزئي للطعن الاداري المذكور .

ان سكوت السلطة الادارية اكثر من ثلاثة اشهر عن الطعن المرفوع الى سلطة ادارية اعلى او الى السلطة الادارية التي اصدرت القرار نفسها يعد بمثابة رفض. واذا كانت السلطة الادارية هيئة من الهيئات التي تعقد دورات للتداول فان الاجل المحدد بثلاثة اشهر لتقديم الطلب يمتد اذا اقتضى الحال الى نهاية اول دورة قانونية على الطلب .

وان كان القانون الجاري به العمل ينص على مسطرة خصوصية للطعن الاداري فان طلب الالغاء لا يقبل الا بعد سلوك طريق المسطرة المذكورة بتمامها ومع مراعاة الاجل المنصوص عليه أعلاه .

ولا يقبل طلب الالغاء الموجه ضد المقررات الادارية اذا كان في استطاعة من يعينهم الامر المطالبة بحقوقهم لدى المحاكم العادية .

وينص الفصل الرابع والاربعون على ان لوزير العدل ان يأمر النائب العام لدى المجلس الاعلى ليحيل على هذا المجلس التصرفات الصادرة عن الحكام وفيها شطط باستعمال السلطة وذلك قصد الغائها .

وتقوم الغرفة المعروضة عليها القضية بالغاء هذه التصرفات ان اقتضى الحال ، ويجري الالغاء على الجميع . وكذلك ينص الفصل السادس والاربعون على ان احدى غرف المجلس هي التي تبث في قبول الدعوى الموجهة على حكام ومحاكم المملكة بسبب الاحكام التي تصدر عنهم .
اما الحكم فيصدر عن مجمع غرفه كلها باستثناء الغرفة التي تبث في شأن القبول .

وتتحمل الدولة المسؤولية المدنية الناتجة عن الاحكام التي تصدر بالتعويضات عن الضرر بسبب الوقائع التي ادت الى رفع الدعوى على الحكام، وعلى كل حال يبقى للدولة الحق في متابعة هؤلاء الحكام .
وفي الفصل 47 اذا قبل المجلس دعوى التشكك في نزاهة حكم الحكام فانه يحيل القضية على محكمة يعينها بعد استشارة النيابة العمومية ولا تقبل دعوى التشكك ضد المجلس الاعلى .

على ان الفصل الثامن والاربعين ينص على ان وزير العدل وحده الذي يمكنه ان يرفع الى المجلس الاعلى بواسطة النائب العام طلبات احالة الدعوى بسبب التشكك في نزاهة الحكام ويبت فيها الرئيس الاول ورؤساء الغرف اثناء اجتماع استشاري في خلال ثمانية ايام .

وينص حرف (ج) من الفصل السادس والثلاثين، على انه يقبل الطعن على وجه التعرض من طرف الغير ضد الاحكام التي يصدرها المجلس الاعلى في طلبات الالغاء الموجهة ضد مقررات السلطة الادارية .

ويستخلص من نظام المجلس الاعلى هذا انه منظمة فريدة من نوعها، تختلف عن نظام القضاء الاداري الفرنسي والذي حدث حذوه مصر، كما يختلف عن الاسلوب الذي اتبعه الانكليز والامريكيون بجعل قضاء الالغاء وقضاء التعويض من اختصاص المحاكم العادية .

1) فالمجلس الاعلى المغربي مختص في القضاءين معا ، النقض والقضاء الاداري ولكن اختصاصه في القضايا الادارية حسبما في الفصل الاول من ظهير 7 شتنبر مقصور على طلب الالغاء لمقررات السلطة الادارية بدعوى الشطط في استعمال السلطة اي انه يقتصر على قضاء

الالغاء وليس هو مزجا للقضاءين فيما قد يبدو. اذ هو اناط اختصاص المجلس بكل من النقض والالغاء باجراءات معينة تختلف في كل من الحالتين على الاخرى .

(2) أما قضاء التعويض فقد جعله قانون الموجبات والعقود الصادر سنة 1913 من اختصاص المحاكم المؤسسة في تلك السنة ، وقد جاء في الفصل 79 منه ما يلي : (ان الدولة والبنديات مسؤولة عن الاضرار التي تتسبب فيها مباشرة لتسيير اداراتها وبالأخطاء المصلحية التي يرتكبها موظفوها) .

(3) رأى المشرع المغربي اعطاء الحق لجميع غرف المجلس الاعلى في ان تنظر لسائر القضايا المعروضة على المجلس. وأما تقسيم المجلس الى غرف فانما هو من باب التوزيع الداخلي للعمل، فالغرفة الادارية ليست محكمة مستقلة للقضاء الاداري ولكنها جزء من المجلس الذي من اختصاصه النظر في ما يرجع لطلب الالغاء .

(4) اقتصر المشرع في الوقت الحاضر على جعل المجلس الاعلى فيما يرجع للقضايا الادارية محكمة اول وآخر درجة، وليس ذلك بدعا فان مجلس الدولة الفرنسي بقي من سنة 1889 التي اعترف فيها لنفسه بانه المحكمة ذات الاختصاص العام المختص بكل المنازعات الادارية التي لم يعهد بها المشرع الى محكمة ادارية اخرى، يحكم فيها في الدرجة الاولى والاخيرة حتى صدر قانون 30 سبتمبر 1953 الذي جعل من المحاكم الادارية الاقليمية صاحبة الاختصاص العام نظرا لتراكم الاشغال على مجلس الدولة الفرنسي .

وكذلك كان مجلس الدولة في مصر منذ تأسيسه سنة 1946 المحكمة الادارية الوحيدة الى سنة 1955 اذ صدر قانون تحت رقم 155 جعل أحكام المحكمة المذكورة قابلة للنقض لدى (المحكمة الادارية العليا التي استحدثها كما انه اسس محاكم ادارية دون محكمة القضاء الاداري درجة نظرا لتراكم الاشغال على مجلس الدولة .

واذن فالمجلس الاعلى لا يعتبر لا في ما يخص النقض ولا فيما يخص القضاء الاداري محكمة مستقلة عن القضاء العادي .

القضاء العسكري

القضاء العسكري من جهات القضاء الاستثنائية التي توجد في معظم دول الارض والمبرر لذلك ان تطبيق التشريعات العسكرية تتوقف على معرفة خاصة قد لا توجد عند مطلق القضاة، وتمتاز هذه المحاكم بالسرعة في اصدار الاحكام وتنفيذها - وبتشكيل خاص في هيأتها، كما ان الغالب هو وضع قوانين خاصة بالمحاكم العسكرية .

ويعتمد القضاء العسكري في معيار اختصاصه على الصفة الشخصية، اي يختص بطائفة معينة هي الجنود والضباط مثلا .

ولكنه قد يتسع أحيانا لاسيما في الظروف الاستثنائية ، وعند اعلان حالة الطوارئ فيصدر تشريع يمنحه حق الحكم في قضايا تشمل غير العسكريين وأحيانا يعطي اختصاصات تتعلق ببعض القضايا المهمة كالامن الخارجي أو الاعتداء على سلامة الدولة .

وقد صادق الظهير الصادر في 10 نونبر 1956 على قانون للقضاء العسكري يشتمل على 215 فصلا ، ووقع تعديل لبعض فصوله في الظهير المؤرخ في 13 مايه 1958 م والمعدل كذلك بمقتضى الظهير الصادر في تاريخ 7 يناير 1960 م . ومع ان الحوادث التي كانت قد جرت في المغرب تأريخ صدوره، قد حولت اليه النظر في الجرائم التي تكون خرقا للنظام العام الداخلي ، فقد اكد الظهير ان المحاكم العسكرية مخصصة (لاعضاء القوات المسلحة الملكية) .

وهناك محكمة عسكرية دائمة مقرها الرباط وتسند رئاستها الى قاض من المحكمة العليا فيما يرجع للحكم على الجنود (والكبرانات) ، وعلى (البريكاديرات) وصفوف الضباط ، والى المستشارين من المحكمة العليا فيما يخص قضايا الضباط حتى درجة (ليوتنا كولونيل) ، والى رئيس المحكمة العليا فيما يرجع (للكولونيلات والجنرالالات) .

وفيما يخص محاكمة مرتكبي الجنايات والجنح المقترفة ضد أمن الدولة الخارجي يكون للمحكمة نفس التركيب عند بنتها في القضايا الجنائية، ويضاف اليها قاضيان اثنان من محكمة الاستئناف التي تتعقد في دائرتها

المحكمة العسكرية وفي حالة ما اذا كان جميع المتهمين مدنيين فان الاعضاء المستشارين العسكريين يكونون ضباطا من درجة قائد او رئيس (قبطان) .

وينص الفصل الاول من ظهير 13 مايه 58 على ان الاحكام الجنائية الخاصة باعضاء القوات الملكية المسلحة تصدرها :

أولا : محكمة القوات الملكية المسلحة وفي وقت الحرب المحاكم العسكرية للجيش .

ثانيا : المجلس الاعلى على حسب الاحوال والشروط المقررة في هذا القانون .

وينص الفصل الثالث عشر بعد المائتين على ان جميع الجرائم او الجنح المرتكبة بتراب الاقاليم التي يكون جنابه الشريف قد اعلن بمقتضى ظهير شريف عن جعلها تحت الحكم العسكري ترفع الى المحكمة العسكرية كيفما كان مرتكبوها .

وفي حالة ما اذا اعلن احد قضاة التحقيق المدني او أحد وكلاء الدولة او إحدى المحاكم المدنية عن مخالفة من اختصاصات المحكمة العسكرية فيجب حينئذ تسليم الامر باجراء البحث او تسليم الامر باجراء المحاكمة مباشرة (تعديل الفقرة الثانية من الفصل 33 بتاريخ 19 يبرابر 1960) .

وقد اعطى المشرع الحق في الطعن بطلب النقض لدى المجلس في الاحكام التي تصدرها المحكمة العسكرية من أجل الاسباب وضمن الشروط المنصوص عليها في الفصل 568 ومايلي من قانون المسطرة الجنائية (الفقرة الاولى من الفصل 109 من ظهير 19 يبرابر 1960) .

وهكذا فان القضاء العسكري في المغرب يرتبط بالمجلس الاعلى ويمكن الطعن أمامه في أحكامه بطلب النقض، ومقتضى الفقرة التي نقلناها أعلاه، فان المحكمة العسكرية تخضع للمجلس الاعلى سواء فيما يرجع للاحوال العادية او حالة الاحكام العرفية ، وهو ما سبق اليه التشريع المغربي سائر التشريعات العربية .

وقد جرى المشرع المغربي على اخضاع المحكمة العسكرية مباشرة للمجلس الاعلى دون احداث دائرة عسكرية خاصة تشتمل على العنصر العسكري . وهو ما امتاز به التشريع المغربي على غيره .

محكمة العدل

ان الاحداث التي جرت بعد الاستقلال والتي كانت امتدادا للمقاومة المسلحة جعلت المشرع يفكر في ضرورة تأسيس نظام استثنائي للتعجيل بالحكم في النوازل التي تمس أمن المواطنين وصيانة حياة وأموال جميع السكان ، لذلك اصدر في 23 مايه سنة 1957 ظهيرا يؤسس وينظم محكمة للعدل مقرها الرباط ، وقد حدد نفس الظهير اختصاصاتها وشكل تأليفها وقواعد الاجراءات التي تطبق أمامها .

وهي تختص وحدها في : 1 - الجنائيات والجنح المعينة والمعاقب عليها بمقتضى الفصول : 133 الى غاية 152 و 158 الى غاية 166 . و 194 والى غاية 204 من القانون الجنائي المغربي ، وهي التي تتعلق بالجنائيات والجنح المرتكبة ضد السلامة الداخلية للدولة، وضد الامن العام، والنظام العام، وكذا ما يصدر من موظفين عموميين او من يشابههم من التجاوز في النفوذ والاخلال بواجبات وظيفية عمومية .

2 - المخالفات المبينة والمعاقب عليها بمقتضى الظهير الشريف الصادر في 29 يونيه سنة 1935 بشأن قمع المظاهرات المخالفة للنظام والمس بكرامة السلطة .

3 - المخالفات المبينة والمعاقب عليها بمقتضى الفصول 75 الى غاية 86 من القانون الجنائي المطبق في المغرب حسب الشروط المبينة في الفصل 140 من الظهير المؤرخ في 12 غشت 1913 بشأن الاجراءات الجنائية . وهي الفصول المتعلقة بالجنائيات والجنح المرتكبة ضد السلامة الخارجية للدولة .

وتتركب المحكمة من رئيس من رجال القضاء او القانون، يعينه الملك . ومن قاضيين يعينهما وزير العدل، ومن اربعة مستشارين محلفين ويمكن

اضافة محلفين نواب. وتعين الحكومة مندوبا عنها او مندوبين يقترحهم وزير الداخلية للقيام بمهمة النيابة العمومية، ويعهد باجراء التحقيق الى قاضي بحث يعينه وزير العدل .

وينص الفصل التاسع من الظهير المذكور : على ان القوانين الجاري بها العمل، ولاسيما المنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية فيما يخص العلاقات بين النيابة العمومية وبين قاضي التحقيق تطبق أمام محكمة العدل في حالة عدم مخالفتها للظهير وتصدر محكمة العدل أحكامها بأغلبية الاصوات .

وتصدر الاحكام طبقا للقانون الجنائي الجاري به العمل، ويمكن استئناف الاحكام النهائية التي تصدرها محكمة العدل لدى محكمة النقض والابرار طبقا للشروط المبينة في الفصل 213 من الظهير المحتوي على قانون القضاء العسكري الصادر في 10 نوفمبر 1956 وهو الذي سبق ان حللناه في اثناء كلامنا على القضاء العسكري .

ان هذه المحكمة التي اسست لمدة سنة ولكنها ماتزال قائمة نظرا لعدة احداث استوجبت بقاءها تعتبر من المحاكم الاستثنائية، ولكن اخضاعها لمحكمة النقض تستأنف احكامها أمامها يخفف من استثنائيتها ويجعلها داخله في اطار المحاكم العادية .

محاكم الشغل

اعتنى المشرع المغربي بأمر الشغل وعمل على فض المنازعات الشخصية بطريق المصالحة واسبس الظهير المؤرخ في 29 ابريل 1957 محاكم للشغل بين فيه كيفية انشائها واختصاصاتها، وقد جاء في الفصل الاول ما يلي :

« تُحدث بمجموعة تراب المغرب محاكم للشغل تكلف بانهاء المنازعات الشخصية بطريق المصالحة تلك المنازعات التي يمكن ان تثار في شأن عقد الاستيجار في التجارة والصناعة والفلاحة والمهن الحرة، بين المؤجرين او ممثليهم والمستخدمين والعملة والمتعلمين من احد الجنسين او الجنس الآخر

الذي هم في خدمتهم ما عدا مأجوري الدولة او الجماعات العمومية. وهذه المحاكم تحكم حسب شروط الاختصاص المحددة في هذا الظهير في المنازعات التي لا ينجح فيها الصلح . وتطبق كذلك مهمتها على الصلح واصدار الاحكام في المنازعات الناشئة بين العملة فيما يخص الشغل . على انه لا يمكنها الحكم في دعاوي المطالبة بتعويضات ناتجة عن حوادث قد يصاب بها العمال او المستخدمون او المتعلمون . ويجب عليها ان تبدي رأيها في المسائل التي توجهها اليها السلطة الادارية، وزيادة على ذلك فهي تزاوّل الاختصاصات المخولة لها حسب مقتضيات تشريعية او قانونية خاصة .

وينص: الفصل الثاني والثلاثون : على ان المرافعات المطبقة لدى محاكم الشغل هي المقررة في الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 بشأن المسطرة المدنية فيما يختص بالقضايا المحالة على المحاكم الصلحية بشرط مراعاة المقتضيات المقررة في الفصول المثبتة بعد . والاحكام التي تصدر من محاكم الشغل نهائيا. او استينافيا يمكن الطعن فيها بطريق النقض والابرام .

وينص الفصل الحادي والستون على ان اعضاء هذه المحاكم يعينهم وزير الشغل بصفة مؤقتة ريثما يتيسر تحرير اللوائح الانتخابية لمحاكم الشغل .

نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

يتناول هذا البحث ما يتعلق باقليمية تنفيذ الاحكام . اذ الاصل ان القاعدة القانونية متى تقررت، اصبحت نافذة المفعول على كل من يصح ان يخاطب بها وهو المكلف، واحكام القضاء تمتاز بالقوة على التنفيذ. ولكن الاصل كذلك ان لا يعترف للمحاكم الاجنبية والاحكام والوامر التي تصدر عنها بالقدر التنفيذي داخل اقليم الدولة . ان تطبيق هذه الاصول على اطلاقها يؤدي الى المساس بمصالح الافراد، ويمكن الكثير من التهرب من احكام المحاكم عن طريق التنقل من بلد الى

بلد. ولذلك فقد بدأت الدول تعترف للأحكام الجنائية الاجنبية ببعض الآثار . ويكون العمل بمقتضى احكام المحاكم الاجنبية في الغالب على طريق الاتفاق والمعاملة بالمثل. وقد خص قانون الاجراءات الجنائية المغربي الكتاب السابع منه بشأن بعض الجرائم المرتكبة خارج المملكة، وبالعلاقات مع السلطة القضائية الاجنبية. وعينت الفصول الواقعة بين الفصل 748 و756 اختصاص المحاكم الجزائرية المغربية بالنظر في الجرائم المرتكبة خارج حدود المملكة، وقد جاء في الفقرة الاخيرة من الفصل 748 ما يلي :

ويمتد اختصاص المحاكم المغربية فيما يرجع للبت في الفصل الرئيسي الى سائر افعال المشاركة او الاخفاء ولو في حالة وقوعها خارج المملكة ومن طرف اجانب».

وفي الفصول الموالية ينص القانون على اختصاص المحاكم المغربية بالنظر في الجناح والجنايات المقترفة في عرض البحر على متن بواخر تحمل الراية المغربية وذلك أيا كانت جنسية مقترفي هذه الجرائم، وكذلك فيما يقع داخل ميناء بحري مغربي على متن باخرة تجارية اجنبية. وكذلك فيما يرجع للجنايات والجناح المرتكبة على متن طائرات مغربية ايا كانت جنسية مقترف الجريمة الا اذا نصت اتفاقات دولية على خلاف ذلك .

وكذلك تختص المحاكم المغربية بالنظر في الجنايات والجناح المقترفة على متن طائرات اجنبية اذا كان مقترف الجريمة او المجنى عليه ذا جنسية مغربية، او اذا نزلت الطائرة بالمغرب بعد وقوع الجناية او الجنحة، ويرجع النظر حينئذ الى المحاكم التي يقع في دائرتها مكان نزول الطائرة إن ألقى القبض في وقت النزول، والى المحاكم التي يقع ضمن دائرة نفوذها مكان اللقاء القبض على مقترف الجريمة إن ألقى هذا القبض فيما بعد بالمغرب .

اما الفصول 758 الى 760 فتبحث في الانابات القضائية الواردة من الخارج او الصادرة اليه، وقد نصت المادة 757 على ان مواد هذا الباب لا تطبق الا في حالة عدم وجود اتفاقيات مع الدول الاجنبية، او في حالة سكوت تلك الاتفاقيات .

واذن ففيما يخص الانابات القضائية، ينظر هل هناك اتفاقات بين المغرب والدولة التي يخصها الامر، فيجرى على مقتضى الاتفاقات، فاذا لم يكن هنالك

اتفاقات، او كانت وسكتت عن الموضوع، فان مواد الباب الثاني هي التي تطبق .

ويشتمل الباب على فروع ثلاثة : الاول في الانابات القضائية فيمكن للقضاة المغاربة ان يضعوا انابات قضائية قصد تنفيذها خارج تراب المملكة، وتوجه هذه الانابات لوزير العدل قصد تبليغها بالطرق الدبلوماسية . ويمكن للقاضي المغربي ان كان الامر يقتضي التعجيل ان يوجه الانابة القضائية الاجنبية مباشرة الى السلطة القضائية الاجنبية المطلوب منها القيام بالانابة .

وفي هذه الحالة يتعين عليه ان يوجه في نفس الوقت نسخة الى وزير العدل قصد تبليغها بالطرق الدبلوماسية .

والانابات القضائية الواردة من الخارج تصل الى القضاة المغاربة . اما بالطرق الدبلوماسية واما مباشرة .

وتنفذ على كيفية الانابات المسلمة داخل تراب المملكة وطبقا لمقتضيات التشريع المغربي . غير انه في حالة توجيهها بصفة مباشرة يتعين ان لا تسلم السلطة الخارجية بنتيجتها الا بعد التوصل بالنسخة المرفوعة بالوسائل الدبلوماسية . اما الفرع الثاني فيرجع لتسليم المجرمين . واجراءات التسليم تخول الدولة التي تطالب بالتسليم حق الحصول من الدولة المرفوع اليها الطلب على تسليم متهم او محكوم عليه التجأ الى ترابها . وقد حددت في الفصول الصادرة في هذا الشأن شروط تسليم المجرمين شكلا وجوهرا .

والفرع الثالث يتعلق بالاعتراف ببعض الاحكام الجنائية الاجنبية .

فاذا تبين لمحكمة زجرية من محاكم المملكة اثناء اجراء متابعة جنائية لاجل جنائية او جنحة عادية - من تصفح السجل العدلي الخاص بمرتكب الجريمة انه تقدم الحكم عليه من لدن محكمة اجنبية من اجل جنائية او جنحة عادية يستوجب القانون المغربي من جهته عقاب مرتكبها امكنا - بمقتضى قرار خاص معلل بأسباب ان تتحقق فيه من صحة الحكم الجنائي الصادر في الخارج - وان تعترف بالحكم المشار اليه كعنصر من عناصر العود الى الجريمة .

ولا يمكن ان تنفذ بالمغرب العقوبات المدنية الصادرة عن محكمة جنائية بالخارج، اللهم الا اذا صدر امر تنفيذها بمقتضى مقرر اصدارته محكمة مدنية مغربية تطبيقا لمقتضيات قانون الاجراءات الجنائية(1).

وهذه الفقرة الاخيرة هي محتوى الفصل 763 من قانون الاجراءات الجنائية، وتعتبر ناسخة للمادة 26 من الظهير الخاص بتنظيم القضاء الفرنسي في المغرب والتي تقول : ان الاحكام الصادرة من المحاكم في فرنسا وفي البلاد الخاضعة للاستعمار الفرنسي قابلة للتنفيذ في المغرب بدون حاجة الى امر بالتنفيذ ولا مراجعة ولا مراقبة، وهذا هو الوضع الذي كان في المغرب فيما يخص الاحكام الصادرة من المحاكم في فرنسا ومستعمراتها. اما الاحكام الاجنبية فقد كانت المادة 170 من قانون المرافعات المدنية للمحاكم الفرنسية في المغرب تقول بقبولها للتنفيذ في المغرب بشرط ان يوضع عليها امر لتنفيذها من محكمة فرنسية في المغرب الا اذا كان هناك ما يمنع من تنفيذها من الوجهة السياسية، وطبعاً فان ادماج المحاكم العصرية في القضاء العادي المغربي نص على وجود ما كانت تسميه الحماية بالمحاكم الفرنسية.

اما الوضع فيما يخص الاحكام الاجنبية الصادرة من محاكم البلاد التي تنازلت عن امتيازاتها في المغرب، فكانت قابلة للتنفيذ بدون مراجعة لموضوعها، على شرط ان يكون هناك تبادل في الموضوع، وذلك ما نصت عليه المادة 19 من الظهير الخاص بوضع الاجانب في المغرب .

وكانت الاوضاع بالنسبة للمحاكم الاسبانية في الشمال، على غرار الخطة الفرنسية. اما في طنجة فكانت الاحكام الصادرة من محاكم البلاد التي لم تشترك في عقد الجزيرة الخضراء، يحتاج تنفيذها الى امر خاص من محكمة طنجة المختلطة، بعكس ما يصدر من محاكم دول الجزيرة فما كان تنفيذها بحاجة الى امر خاص .

(1) انظر قانون الاجراءات الجنائي المغربي ص 205 وما بعدها .

اتفاقيات التعاون القضائي المتبادل

عقد المغرب بعد الاستقلال عدة اتفاقيات مع الدول الشقيقة والصديقة تتعلق بالتعاون القضائي المتبادل، اي ما يرجع لتنظيم شكل الانابات القضائية، والاعمال بالتنفيذ. وطلب تسليم المجرمين) كما ان المغرب انضم الى الجامعة العربية بعدما صادق على سائر الاتفاقات التي ابرمتها دولها .

اتفاقيات الجامعة العربية

ان مرجع الصلّات القضائية، بين الدول العربية، وطرق حل الصعوبات والمشاكل التي تنشأ عنها اصبح تابعا لاتفاقيات التعاون القضائي المبرمة بين دول العرب والتي اقرها مجلس جامعة الدول العربية بتاريخ 14-9-1952 والتي صادق عليها بالمغرب.

وتنقسم هذه الاتفاقات الى ثلاثة اقسام :

- 1 - ما يتعلق بتسليم المجرمين
- 2 - ما يرجع للاعلانات والانابات القضائية .
- 3 - ما يتعلق بتنفيذ الاحكام .

وقد اشترطت المادة الثالثة من اتفاقية تسليم المجرمين العرب ان تكون الجريمة المطلوب التسليم من اجلها جنائية او جنحة معاقبا عليها بالحبس لمدة سنتين، او بعقوبة اشد في قوانين كلتا الدولتين التي تطلب التسليم والتي يطلب منها التسليم. وقد مضت في ذلك على ما جرى عليه العمل الدولي منذ الاتفاقات القديمة الى الاتفاقات القضائية العصرية .

ولكن الفقرة الثانية من المادة الثالثة اجازت تسليم الشخص المطلوب بسبب جرم غير معاقب عليه في الدولة المطلوب اليها التسليم اذا كان من رعايا الدولة الطالبة .

اما الطريق الواجب اتباعها في تقديم طلبات تسليم المجرمين فقد اخذت فيه الجامعة بالاسلوب الدبلوماسي. وهو يقضي بان ترسل طلبات تسليم المجرمين من المرجع القضائي الذي قرر الطلب الى وزارة العدل التي تبعته الى وزارة الخارجية التي تحيله بدورها الى وزارة خارجية الدولة المطلوب اليها التسليم ومنها ترسل الى وزارة عدل هذه الدولة التي تحيله الى دوائرها

القضائية المختصة، ثم يعود الرد عن نفس الطريق الى مرجع القضاء في الدولة التي طلبت التسليم .

اما فيما يرجع للتبليغات والانابات القضائية فقد نصت المادتان الثالثة والسابعة من اتفاقياتها على سلوك الطريق الدبلوماسي ايضا في جميع المخابرات المتعلقة بهذين الموضوعين .

واما اتفاقية تنفيذ الاحكام فقد قُضت على الاجراءات الطويلة المتعلقة باعطاء صبغة التنفيذ، وقد اعفت رعايا الدولة طالبة التنفيذ في بلد من بلدان الجامعة من تقديم اي رسوم او امانة او كفالة لا يلزم بها رعايا هذا البلد ومنحهم نفس المساعدات القضائية والاعفاءات التي يتمتع بها رعايا الدولة المطلوب اجراء التنفيذ في اراضيها .

ان اتفاقيات التعاون القضائي بين الدول العربية، ناقصة في كثير من جوانبها، وقد بذل العرب على بعضهم بنفس المظاهر التعاونية التي حققوها مع دول اجنبية عنهم تماما .

مع الدول الاجنبية

وقد نظم المغرب مع عدة دول اجنبية طريقة التعاون القضائي المتبادل ومن ذلك الاتفاقية التي عقدها مع فرنسا بتاريخ 15 اكتوبر 1957 .

وقد تناولت جميع الاقسام المتعلقة بالتعاون القضائي، فنصت في الفصل الاول في ما يتعلق بتحويل العقود القضائية انها سواء كانت مدنية او تجارية او راجعة لمسائل العقوبات باستثناء ما يرجع لتسليم المجرمين. اذا كانت موجهة الى المقيمين في احدى البلدين تحول مباشرة من طرف الولاية المختصة الى محكمة المكان الموجود فيها الشخص .

وتنص المادة السابعة على ان لجنة البحث في المسائل المدنية والتجارية المنفذة في احدى البلدين تعتبر نافذة المفعول لدى الولاية القضائيتين، وان نتائجها توجه رأسا الى الجهة القضائية المختصة .

وتنص المادة الاولى من الفصل الثاني على ان الاحكام الصادرة في المغرب او في فرنسا فيما يرجع للمسائل المدنية والتجارية نافذة المفعول في اقليم البلدين اذا توفرت منها الشروط التالية :

أ - ان يصدر القرار من القضاء المختص طبقا للاجراء الدولي الخاص
المقبول في البلد الذي سينجز فيه الحكم (الا اذا تحقق تنازل من يهمة
الامر) .

ب - ان يكون الخصمان استدعيا ومثلا او صرح بعجزهما
ج - ان يكون القرار واجب التنفيذ بمقتضى قوانين البلاد الصادر فيها
الحكم .

د - ان لا يشمل القرار على ما يعارض النظام العام للبلد المطلوب او
مبدأ النظام العام المنفذ في ذلك البلد، وان لا يكون كذلك معارضا لحكم
قضائي صدر في هذا البلد واصبح واجب التنفيذ .

وتنص المادة 25 على ان محتويات الفرع الاول من الاتفاقية تطبق على
الجميع دون تمييز في الجنسية .

كما ان المادة 26، تنص على ان محتويات الاتفاقية تطبق على جميع
الشركات التجارية التي تؤسس طبقا للقانون المعمول به في المغرب او في
فرنسا، او الشركات التي لها مركز في واحد من البلدين .

ويدور الباب الثالث من الفصل السابع والعشرين الى الفصل 45، حول
تسليم المجرمين بين البلدين . وتسليم المجرمين لا يشترط فيه وجود اتفاقية
بين البلدين اذ يجوز للدولة بمحض ارادتها ان تستجيب بطلب دولة اخرى ليس
بينها وبينها اتفاقية في الموضوع. ولذلك اصبح من الضروري ان تضع كل
دولة قانونا داخليا ينظم الاجراء الذي يجب اتباعه في شأن التسليم .

ويرجع تاريخ التشريع المتعلق بتنظيم تسليم المجرمين الاجانب من
طرف المغرب الى الظهير الشريف الصادر في 21 فبراير سنة 1941
والذي يشتمل الفصل الثالث منه على ما يلي : يمكن للحكومة المغربية ان
تسلم للحكومات الاجنبية وبطلب منها كل شخص وجد فوق تراب المغرب
وكان مطلوبا للمحاكمة او محكوما عليه من طرف محاكم الدولة الطالبة على
شرط ان لا يكون فرنسيا او مغربيا، وطبعا فان ظروف الحماية هي التي
استثنت الفرنسي الى جانب المغربي. اما بعد الاستقلال فلم يبق مستثني الا
المغربي بحكم ان الدولة لا تسلم رعاياها لدولة اجنبية .

وكان الفصل العاشر وما يليه من ذلك الظهير يسند النظر في مشروعية طلب التسليم الى محكمة الاستئناف بالرباط. وقد نسخ ذلك بالظهير المؤرخ في 27 سبتمبر 1957 المتعلق بتأسيس المجلس الاعلى والذي اسند بمقتضى الفصل 51 منه الى الغرفة الجنائية من ذلك المجلس، البث في كل طلبات تسليم المجرمين الى الخارج وبين الاجراءات التي يجب اتباعها في ذلك . اما طلب التسليم نفسه فهو خاضع لشروط عينها الفصل 9 من ظهير 1941 .

وهي :

1 - ان يوجه الى الحكومة المغربية بالطريق الدبلوماسي ويكون ذلك بان تقدمه سفارة او مفوضية الدولة الطالبة في الرباط الى وزارة الخارجية المغربية التي تحيله بدورها على وزارة العدل .

2 - ان يرفق الطلب بالاصل او بنسخة مصدق عليها من الحكم الصادر بحق الشخص المطلوب او من امر قضائي يثبت انه مطلوب من طرف محكمة جزائية او من امر قضائي بالاعتقال وكذلك بنسخة من النصوص القانونية التي تنطبق في الدولة الطالبة على الجريمة المنسوبة الى الشخص المطلوب ويمكن ان يرفق ايضا بعرض موجز لوقائع القضية .

والغرفة الجنائية في المجلس الاعلى مكلفة بدراسة الطلب للتحقق من استيفائه هذه الشروط كلها والا كان مردودا(1) وقد عقدت اتفاقية تعاون قضائي بين اسبانيا والمغرب مؤرخة بـ 11 فبراير 1957 واعلنت في الفصل الثاني منها عن عزم الحكومتين على ابرام اتفاقيات في شأن المعاونة القضائية المتبادلة (2).

(1) مجلة القضاء والقانون المغربية ص. 685 عدد 7 .

(2) يجدر أن أكرر التنبيه في آخر هذا الفصل الى وجوب ملاحظة ان اصل هذا الكتاب «المدخل» محاضرات القاها الاستاذ علال الفاسي في أوائل عهد المغرب بالاستقلال بالجامعة المغربية . فيجب اعتبار التاريخ بالنسبة للقوانين والاتفاقيات الواردة فيه «المصحح» .

أصول الشريعة

سمى العلماء المسلمون مصادر الشريعة بأصول الفقه وخصصوا لها علما خاصا كان أول من كتب فيه الامام الشافعي في رسالته المشهورة ثم تعاقب العلماء على التصنيف فيه ، ووضع كل امام من الائمة أصولا خاصة بمذهبه أي المصادر التي يستند اليها في اجتهاده في استنباط الاحكام من المصدرين الأساسيين وهما الكتاب والسنة وقد اشتهر من الاصوليين المغاربة أبو اسحاق الشاطبي المتوفى عام 790 هـ والذي يعتبر بحق مجددا في علم الاصول ومقاصد الشريعة وكذلك ابن حزم الظاهري . ومن المتأخرين الشيخ ماء العينين الشنقيطي الذي نظم موافقات الشاطبي وشرحها في كتاب سماه المرافق على الموافق .

ولم يختلف أحد من الأئمة في أن الأصل الأصل للشريعة الاسلامية هو القرآن فهو البذرة المباركة التي تكون منها الاسلام بما فيه من عقيدة وعمل وجهاد ثم انهم اتفقوا في أن السنة هي المصدر الثاني للدين وانها ضرورة لتبيين القرآن ، وإعطاء الحكم فيما لم ينص عليه فيه .

واختلفوا فيها وراء ذلك من الأدلة التي يرجع إليها ، فأضاف ... الجمهور من أئمة السنة الى الكتاب والسنة مصدرين آخرين هما : الاجماع والقياس ، وأضاف جمع من الأئمة الاستصحاب والاستحسان والمصالح المرسلة ، ومراعاة الخلاف ، وسد الزرائع وعمل أهل المدينة وقد تتداخل هذه الاصول في بعضها ، ومردها كلها الى الأصلين الاولين اذ لو اجمعت الامة كلها مثلا على مخالفة الكتاب والسنة لكان اجماعهم باطلا .

ويمكن مراجعة كتب الاصول لمعرفة هذه الادلة الاصلية وحجج مثبتيتها وأدلة نفاتها ، وقد أتينا بخلاصة من ذلك مع توجيهها بما يناسب تطور الفكر الاسلامي في كتابنا أسرار الشريعة = مقاصد الشريعة = ، ولذلك لا نرى محلا للاطالة بذكرها هنا ، نعم لابد من الكلام على أدلة اعتمدها الامام مالك ، وكان لها أثر فعال في توجيه الفقه والفكر التشريعي في المغرب قديما

وحديثاً وهي من الاسس التي لا بد من الاعتماد عليها في التطور التشريعي الحديث اذا كنا نريد أن نعطي الدليل العملي على صلاحية الشريعة الاسلامية لكل زمان ومكان .

وهذه الادلة هي : المصلحة المرسله ، وعمل أهل المدينة باعتبارهما ممهدين لما تطورت اليه شؤون الفقه والتشريع من اعتماد المبحثين الاخرين ، وهما : العرف والعمل .

المصلحة المرسلّة

- لم يختلف أحد من المسلمين في أن الشريعة الإسلامية قائمة على حكم ومقاصد لرعاية مصلحة الخلق واللفظ بهم وتحسين أحوالهم في معاشهم وفيما يثيبهم في معادهم . فكل حكم من الأحكام الشرعية مربوط بحكمة دعت الى تقريره كما أنهم لم يختلفوا في أن استنباط القواعد الشرعية يستند في كثير من مصادره الى البحث عن هذه الحكمة أو المناسبة التي راعاها الشارع وجعل بعض الأوامر والنواهي اشارة عليها . وهذه الحكم هي ما يعبر عنه بالمصلحة والبحث عنها هو ما يسمى أحيانا بالاستصلاح لأنه اذا كانت هذه المصلحة مطلقة ميتوتة في أحكام الشريعة فمن الخير استكشافها والبحث عنها للاستدلال بها على الحكم الشرعي وذلك هو ما يقصد اليه الامام مالك بتسمية هذا الاستصلاح بالمصلحة المرسلّة . ولذلك عرفها الاصوليون بانها تشريع الحكم في واقعة لا نص فيها ولا اجماع بناء على مراعاة مصلحة مرسلّة أي مطلقة او ساذجة لم يرد عن الشارع دليل باعتبارها ولا بالغائها . وقد اختلفت عبارات الاصوليين في تعريف المصلحة وتعيين المقصود بها على أقوال :

وقد عرفها الغزالي بأنها عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة . وقال انه لا يعني بها ذلك . وانما يعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع . ومقصود الشرع هو المحافظة على الدين والعرض والمال والعقل والنفس . وهذه الاصول الخمسة هي معيار المصلحة فما يفوتها فهو مفسدة ، وما يؤكدتها فهو مصلحة .

ومقصود الغزالي ان المصلحة المعتبرة هي ما قام الدليل الشرعي على اعتبارها ، وليس كل ما اعتبره الانسان ان فيه جلب منفعة أو دفع مضرة . وليس هنالك خلاف بين العلماء في اعتبار المصلحة اذا ورد دليل شرعي على اعتبارها . كما أنه ليس هنالك خلاف بينهم في عدم اعتبار المصلحة اذا دل دليل شرعي على الغائها . ولذلك عرف الخوارزمي

المصلحة بأنها المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفساد عن الخلق .
ولاشك أن ما قصده الخوارزمي هو ما رمى اليه الغزالي ، لأن دفع المفسدة
جلب للمصلحة والعكس بالعكس فهما متلازمان .

وانما يبقى البحث في المصالح التي لم يقدّم دليل شرعي خاص على
رعايتها أو الغائها ، وهذه هي التي تدعى بالمصالح المرسلّة اي المطلقة لأنها
لم يرد دليل خاص في شأنها .

واخذ البحث على هذا المنهج يبين بوضوح ان في المسألة تبايناً في ما
كتبه علماء الاصول وفيما اخذ به الائمة ، وان الاختلاف في ذلك له
موضوعه ، وليس شكلياً كما حاول الاستاذ مصطفى زيد ادعاءه (1)

قال أبو حفص الفاسي : اعلم أن المناسب وهو المعني الذي يكون
الحكم على وفقه ، ينقسم باعتبار شهادة الشرع ، الى ثلاثة أقسام . الاول ما
شهد باعتباره اصل معين ، وهو الموجود في القياس . فيعتبر باتفاق القانسين
ثم هو قسمان ، لانه ان ثبت اعتباره بنص او اجماع ، فهو المؤثر . وان ثبت
لا بهما بل بترتب الحكم على وفقه فقط فاما ان يثبت بنص او اجماع اعتبار
عينه في جنس الحكم او جنسه في عين الحكم . والثالثة هو الملائم وامثلة هذه
الاقسام تطلب في محلها (2) والثاني ما يشهد بالغانه اصل معين وهذا هو
القريب ومثل له الغزالي وغيره بقول بعض العلماء لبعض الملوك لما جامع
في نهار رمضان عليك صوم شهرين متتابعين ، فلما انكر عليه اذ لم يأمر
بعتق رقبة مع اتساع ماله . قال لو أمرته بذلك لسهل عليه ، واحتقر اعتاق
رقبة في سبيل قضاء شهوته فكانت المصلحة في ايجاب الصوم لينزجر به .
قال الغزالي فهذا قول باطل . ناقش الغزالي ابو حفص فيما مثل به ، بان
هذه الفتوى ليست باطلة اذ لا مخالفة فيها لنص الكتاب . ثم بين ان الغزالي

(1) أبو زيد ، المصلحة في التشريع الاسلامي ونجم الدين الطوفي ص 21 .
(2) المناسب المؤثر ما ورد من الشارح نصاً او اجماعاً على ان علة الحكم فيه هو وصف معين .
كالاسكار في الخمر . والمناسب الملائم ما لا يشهد له دليل شرعي بالاعتبار بذاته ولكن يشهد دليل
شرعي على اعتباره علة لجنس الحكم ، أو على اعتبار جنس الوصف علة للحكم ، او اعتبار جنس
الوصف علة لجنس الحكم . ومثال الاول اعتبار الأشقة في تقدم الآخرة الأشقاء في الميراث . ومثال
الثاني جمع الصلاة في السفر ، العلة فيه المشقة فاعتبرت في جواز الجمع للمطر . ومثال الثالث جواز
رؤية الطبيب عورة المرأة دفعا للحرج ، انظر كتب الاصول .

ناقض كلامه اذ أجاز قتل المسلمين اذا تترس بهم العدو واعتبر ذلك من محل الاجتهاد . فخصص بمصلحة مقاتلة العدو ودفع ضررهم على المسلمين عموم قوله تعالى : من يقتل مؤمنا متعمدا .

ثم قال ابو حفص : والقسم الثالث ، ما لم يشهد له بالاعتبار ولا بالالغاء اصل معين وهذا هو المرسل وربط الحكم به يسمى استصلاحا واستدلالا . قال الابياري : الاستدلال عبارة عن ربط الحكم بالمعنى المناسب الذي لا يستند لاصل معين هـ . وحاصله الحكم على وفق مصلحة ساذجة او راجحة او مفسدة كذلك او مساوية من غير اصل معين (1)

- وقد اختلف العلماء في الاستصلاح أي فيما يرجع للعمل بالقسم الثالث ، على مذاهب ثلاثة . الاول ، نفيه والاقتصار على اتباع كل معنى له اصل . والثاني جواز اتباع وجوه الاستصلاح والاستصواب قربت من موارد النص او بعدت اذا لم يصادمها اصل من الاصول الثلاثة ، الكتاب والسنة والاجماع ، والمذهب الثالث : التمسك بالمعنى وان لم يستند الي نص ، على شرط قربه من معاني الاصول الثابتة .

وقد نسب امام الحرمين في البرهان القول الاول للقاضي ولطوائف من أصحابه المتكلمين . كما نسب القول الثاني للإمام مالك وشنع عليه . أما القول الثالث فنسبه للشافعي .

ومن كلام امام الحرمين نعلم ان الشافعي لا ينكر الاستصلاح مطلقا كما نسبه اليه متأخروا الشافعية وكما زعمه الاستاذ خلاف اذ قال :

وذهب الشافعي ومن تبعه الى انه لا استنباط بالاستصلاح ومن استصلح فقد شرع كمن استحسّن والاستصلاح كالاستحسان متابعة للهيوى (2)

وفي مذهب الشافعية نظريات فقهية لا يبررها الا القول بالمصلحة المرسلة .

(1) أبو حفص عمر القاسي ، شرح لامية الزقاق (من نسخة مخطوطة ، وكان قد طبع بالمطبعة الحجرية بفاس) .

(2) عبد الوهاب خلاف ، مصادر التشريع الاسلامي فيما لا نص فيه ص 74

من ذلك انهم يبيحون اتلاف الحيوان الذي يركبه الكفار ليقاتلوا عليه المسلمين ، واتلاف شجرهم ونباتهم لما تدعو اليه حاجة الحرب وحب الظفر بالاعداء . وليس في ذلك نص صريح . وانما هو من قبيل البحث عن المصلحة ومن ذلك انهم يقولون بتضمين الصناع للمصلحة . وهي حاجة الناس الى الاطمئنان على ما يدفعونه من حاجات وادوات للصنع او للتعليم . فاذا لم يضمن الصناع فربما اكلوا اموال الناس بالباطل ، ولم يطمئن الناس لمعاملتهم فيضيع جانب مهم من اقتصاديات الجماعة .

وقد قال البغدادي في (جنة الناظر) ، لا تظهر مخالفة الشافعي لمالك في المصالح فان مالكا يقول ان المجتهد اذا استقرأ موارد الشرع ومصادره افضى نظره الى العلم برعاية المصالح في جزئياته وكلياته . وان لا مصلحة الا وهي معتبرة في جنسها . لكنه استثنى من هذه القاعدة كل مصلحة صادمها اصل من اصول الشريعة وما حكاها اصحاب الشافعي عن الشافعي لا يعدو هذه المقالة .

قال ابو حفص الفاسي : ولما بين الامام في البرهان معنى التقريب الذي نسبه للشافعي بأنه قد ثبتت اصول معللة اتفق القائلون على عللها فقال الشافعي اجعل تلك الاصول معتبرة واجعل الاستدلال قريبة منها وان لم تكن اعيانها كانها اصول والاستدلال معتبر بها ، واعتبار المعنى بالمعنى تقريبا اولى من اعتباره صورة بصورة لمعنى جامع . قال الابياري رحمه الله : يقال له هذا التقريب ما جده وما المراد به ، وفي أي جهة يشترط التقارب افي مجرد المصلحة او في وجه اخر اقرب من ذلك فان اكتفى بمجرد التقارب في المصلحة اعملت جميع المصالح وان اشترط الاشتراك في الوجه الاخص فهو المؤثر بعينه وبين الدرجتين رتب متفاوتة في القرب والبعد لا ينضب بحال . قال : وأما قوله فاعتبار المعنى بالمعنى تقريبا اولى . الخ . هذا أيضا ليس يشيء فان قربنا الصورة بالصورة نظرا منه الى الاشتراك في المعنى ، فاذا اردنا ان نقرب المعنى بالمعنى فأى شيء يقرب منه ، فتحصل أن هذا الكلام ليس من البيان في شيء .

وأما الامام احمد ابن حنبل فهو متفق مع مالك في الاستصلاح .

وقد اشتهر ان الحنفية لا يقولون بالاستصلاح ، مع انهم يقولون بالاستحسان ويعدون من أنواعه ما سنده العرف والضرورة والمصلحة . وقد استظهر الاستاذ خلاف ان الحنيفة ممن يقولون بالاستصلاح .

وعلى كل فان الذي تزعم القول بالمصالح المرسله واشتهر بها هو الامام مالك ورجال مذهبه .

قال ابن دقيق العيد ، الذي لا يشك فيه ان لمالك ترجيحا على غيره من الفقهاء في هذا النوع ويليه ابن حنبل ولا يكاد يخلو غيرهما من اعتباره في الجملة ، ولكن لهذين ترجيح في استعماله .

واشترط المالكية للعمل بالمصلحة المرسله شروطا ثلاثة :

الاول : ان تكون متفقة مع مقاصد الشرع فلا تنافي اصلا من اصوله ولا دليلا من ادلته .

والثاني : ان تكون معقولة في ذاتها ، تتلقاها العقول بالقبول متى عرضت عليها .

والثالث : ان يكون في الاخذ بها حفظ امر ضروري او رفع حرج لازم

في الدين لقوله تعالى : (وما جعل عليكم في الدين من حرج) (1)

واخذ الزيدية بمذهب الاستصلاح وسموه قياسا . واشترطوا فيه ما اشترطه المالكية ، وخالفهم الظاهرية فلم يقولوا بالمصلحة المرسله واعتبروها من أنواع القياس الذي لم يذهبوا اليه .

وذهب الغزالي الى ان المناسب ان كان واقعا في رتبة التحسين وتقاعد عن رتبة الحاجة والضرورة لم يقبل . واختلف قوله في المتوسط وهو ما كان في رتبة الحاجات قبله في شفاء الغليل وردة في المستصفي وهو اخر مؤلفاته . واما الواقع في رتبة الضروريات ، فقال في المستصفي عنه : لا بعد في ان يؤدي اليه اجتهاد مجتهد وان لم يشهد له أصل معين ومثل له بالكفار اذا تترسوا بجماعة المسلمين فلو رمينا الترس لقتلنا مسلما معصوما لم يذنب ذنبا وهذا لا عهد به في الشرع ولو كففنا لسلطانا الكفار على جميع المسلمين (1) الشاطبي ، الاعتصام . ص 307 - 314 ج 2 ، ومصطفى زيد ، رسالة المصلحة في التشريع الاسلامي ص 51 .

فيقتلونهم ثم يقتلون الأسرى أيضا فيجوز ان يقول قائل هذا الاسير مقتول بكل حال فحفظ جميع المسلمين أقرب الى مقصود الشرع . لانا نعلم ان مقصود الشرع تقليل القتل كما يقصد حسم سبيله عند الامكان فان لم نقدر على الحسم فقد قدرنا على التقليل وكان هذا التفات الى مصلحة علم بالضرورة كونها مقصودة بالشرع لا بدليل واحد واصل معين بل بأدلة خارجة من الحصر لكن تحصيل المقصود بهذا الطريق وهو قتل من لم يذنب غريب لم يشهد له أصل معين ، وانقدح اعتبارها بثلاثة اوصاف. انها ضرورة قطعية كلية هـ . قال ابو حفص الفاسي بعد نقله كلام الغزالي : وتقرير مذهب الغزالي على ما سمعت كما هو صريح عبارته يظهر لك ما في قول السبكي في جمع الجوامع ان الغزالي : اعتبر هذه الاوصاف للقطع بالقول بالمرسل ، لا الاصل القول به فقد علمت ان الغزالي لم يقطع باعتبارها بل جعلها في محل الاجتهاد وقد اعترض مذهب ابو الحسن الابياري بما يوقف عليه في شرح البرهان . وقد أراد ابو حفص بتوضيح مذهب الغزالي وغيره ، اثبات ان الاخذ بالمصلحة المرسلة انما هو من شأن العلماء الذين بلغوا درجة الاجتهاد ، والذين يستطيعون ادراك المقاصد الشرعية عن طريق الادلة الكلية غير المعينة. وهو احتياط منه من الوقوع في الافتاء بدعوى المصلحة دون تيقن من اندراجها تحت أصل عام او عموم المقصود الشرعي .

مذهب الطوفي

- نجم الدين الطوفي من ائمة المذهب الحنبلي توفي سنة 716 ، وكان قد ألف عدة كتب من جملتها شرح للاربعين حديثا للامام النووي ، وحينما وصل لشرح الحديث الثاني والثلاثين وهو قوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) وقف عنده واطنّب في شرحه وتبيان مقاصد الشارع منه فانبتت من ابحاثه نظرية عظيمة الاهمية لم يسبق اليها ، وهي اعتبار المصلحة وتقديمها على جميع الادلة . وقد كان لما عمله الطوفي شقوف عظيم في العصر الاخير ، حينما بدأ المسلمون يبحثون عن وسائل التطور

في فهم احكام السريعة والتوفيق بين مقتضياتها وبين حاجات العصر الحاضر .

وكان اول من القى الاضواء على نظرية الطوفي هو علامة الشام السلفي الشيخ جمال الدين القاسمي اذ طبع شرح الطوفي للحديث الثاني والثلاثين وعلق عليه في رسالة خاصة .

ثم نقله الشيخ رشيد رضا في الجزء العاشر من المنار ، واستدل بكلامه في عدة مواضع من كتاب التفسير . ووضع عنه الاستاذ مصطفى زيد رسالة قدمها الى كلية دار العلوم بجامعة القاهرة للحصول منها على درجة الاستاذية في الشريعة الاسلامية . ثم كتب عنها ولخصها الاستاذ عبد الوهاب خلاف في محاضراته عن مصادر التشريع فيما لا نص فيه . وهكذا اصبحت نظرية الطوفي من النظريات المعتني بدراستها في موضوع المصلحة ، وان لم يؤكد القول بمقتضاها احد من الذين نشروها او كتبوا عنها .

- ويقوم رأي الطوفي على ثلاث قضايا :

أولها : ان المصلحة هي مقصود الشارع ، ومن ثم فهي اقوى ادلته واخصها .

والقضية الثانية : انه ليس ضروريا ان تكون حيث النص القاطع او اجماع المسلمين . فقد يعارض النص او الاجماع المصلحة ، وفي هذه الحال يجب ان تقدم عليهما بناء على القضية السابقة .

والقضية الثالثة : ان مجال هذا كله انما هو للعبادات والمعاملات مما يقصد به سياسة المكلفين . اما العبادات فهي حق الشارع لا يتلقى الا منه . (1)

وقد استدل الطوفي لنظريته بادلة شرعية، من اهمها حديث (لا ضرر ولا ضرار) فهو في نظره يكون اصلا عظيما يبني عليه اعتبار المصلحة حيث دارت، لان المصلحة لا تكون الا حيث لا يكون هنالك ضرر ولا ضرار. وحينما يناقش العلماء الذين تكلموا في المصلحة من قبله وقسموها الى اقسام

(1) مصطفى زيد ، المصلحة في التشريع الاسلامي . ونجم الدين الطوفي ص 144 .

ثلاثة يقول : (اعلم ان هؤلاء الذين قسموا المصلحة الى معتبرة وملغاة ومرسلة ضرورية وغير ضرورية، تعسفوا وتكلفوا. وذلك بان نقول : قد ثبت مراعاة الشارع للمصلحة والمفسدة اجماعا. وحينئذ فنقول : العقل ان تضمن مصلحة مجردة حصلناها، وان تضمن مفسدة مجردة نفيناها، وان تضمن مصلحة من وجه ومفسدة من وجه. فان استوى في نظرنا تحصيل المصلحة ودفع المفسدة توقفنا على المرجع او خيرنا بينهما كما قيل فيمن لم يجد من السترة الا ما يكفي احد فرجيه فقط هل يستر الدبر لانه مكشوفاً افحش. او قبل لاستقباله به القبلة او يتخير لتعارض المصلحتين والمفسدتين ؟ وان لم يستو ذلك بل ترجح اما تحصيل المصلحة واما دفع المفسدة. فعلناه، لأن العمل الراجح متعين شرعا. وعلى هذه القاعدة يتخرج كل ما ذكره في تفصيلهم المصلحة .

اما المعتبرة شرعا كالمقاييس بمصلحة ظاهرة مجردة او راجحة .
واما الملغاة كمنع زراعة العنب والشركة في سكنى الدار، فلان المصلحة والمفسدة تعارضتا فيهما لكن مصلحتها ضعيفة ومفسدتها عظيمة فكان نفيها ارجح لما يلزم من منع النفع المحقق من زراعة العنب والارتفاق المحقق بالشركة في السكنى لاجل مفسدة موهومة وهي اعتصار الخمر وحصول الزنا. ولو سلم ان هذه المفسدة مظنونة لكنها غير قاطعة. والمصلحة التي تقابلها قاطعة، فكان تحصيلها بالتزام المفسدة المظنونة اولى من العكس .

وقد بين الطوفي مغايرته لمذهب مالك حين قال : واعلم ان هذه الطريقة التي ذكرناها مستقيدين لها من الحديث المذكور، ليست هي القول بالمصالح المرسلة على ما ذهب اليه مالك، بل هي ابلغ من ذلك، وهو التعويل على النصوص والاجماع في العبادات والمقدرات، وعلى اعتبار المصالح في المعاملات وباقي الاحكام .

ثم يبين العمل في الاستدلال بالادلة في العبادات، ويرجع لادلة المعاملات : فيقول اما المعاملات ونحوها فالمتبع فيها مصلحة الناس كما تقرر :

فالمصلحة وباقي ادلة الشرع اما ان يتفقا او يختلفا. فان اتفقا فيها ونعمت،

كما اتفق النص والاجماع والمصلحة على اثبات الاحكام الخمسة الضرورية، وهي قتل القاتل والمرتد وقطع السارق وخذ القاذف والشارب ونحو ذلك من الاحكام التي وافقت فيها ادلة الشرع المصلحة. وان اختلفا فان امكن الجمع بينهما فاجمع بينهما. مثل ان يحمل بعض الادلة على بعض الاحكام والاحوال دون بعض على وجه لا يخل بالمصلحة ولا يفضي الى التلاعب بالادلة او بعضها .

وان تعذر الجمع بينهما قدمت المصلحة على غيرها. لقوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) وهو خاص في نفي الضرر المستلزم لرعاية المصلحة فيجب تقديمه. ولان المصلحة هي المقصودة من سياسة المكلفين باثبات الاحكام وباقي الادلة كالوسائل، والمقاصد واجبة التقديم على الوسائل .

وقد بين امكان تعارض المصالح والمفاسد ووضع ضابطا يدفع محذور تعارضها. وهذا الضابط هو ان المصلحة اذا تمحضت واتحدت فلا اشكال وان تمحضت وتعددت فان امكن تحصيل جميعها حصل، وان لم يمكن حصل الممكن. وان تعذر ما زاد على المصلحة الواحدة فان تفاوتت المصالح في الاهتمام بها حصل الالم منها وان تساوت في ذلك حصلت واحدة منها بالاختيار الا ان يقع ها هنا تهمة فبالقرعة .

وان تمحضت مفسدة واتحدت دفعت، وان تعددت فان امكن درء جميعها درئت وان تعذر درء منها الممكن فان تعذر درء ما زاد على مفسدة واحدة فان تفاوتت في عظم المفسدة دفع اعظمها وان تساوت في ذلك فبالاختيار او القرعة ان اتجهت التهمة .

وان اجتمع الامران فيه المصلحة والمفسدة، فان امكن تحصيل المصلحة ودفع المفسدة تعين وان تعذر فعل الالم من تحصيل او دفع ان تفاوتتا في الهمية وان تساويا فبالاختيار او القرعة ان اتجهت التهمة .

وان تعارض مصلحتان او مفسدتان، او مصلحة ومفسدة، وترجح كل من الطرفين من وجه دون وجه اعتبرنا ارجح الوجهين تحصيليا او دفعا. فان استويا في ذلك عدنا الى الاختيار او القرعة .

75 - وكلام الطوفي لا يعدو ان يكون رأيا من عالم يحاة، لا يظهر ان احدا من الفقهاء شايعه فيما ذهب اليه من قصر العمل بالنصوص وتقديمها، على العبادات. واعتبار المصلحة مقدمة في المعاملات على ما ورد بنص صريح من كتاب او سنة صحيحة. وقد سجل الاستاذ مصطفى زيد ما في كلام الطوفي من تناقض وما فيه من خلو من ذكر الامثلة التي تشرح مذهبه. وختم بحثه قائلا :

«ورابعا بالرغم من تلك الامثلة التي اسلفناها في التمهيد والتي تبدو فيها المصلحة معارضة للنصوص فان تقديم رعاية المصلحة على النص المرن العام امر لا يقبله المنطق ولا يسيغه الفهم السليم للدين الاسلامي ولهذا ينبغي اعتبار الفتاوي التي تقوم على هذا الاساس استثناء من القواعد العامة او ضرورة، والضرورات تبيح المحظورات ولكنها تقدر بقدرها» .

واذن فيبقى مناط المصلحة المرسلة هو ما لم يرد فيه نص برعاية المصلحة او الغائها. وهذا الموضوع الذي جعله زيد من مواطن الاستثناء هو الذي قصد اليه الغزالي حين سماه موطن الاجتهاد وهو الذي عنى أبو حفص الفاسي بتبيينه ونقلناه سالفاً، فليس هنالك تناقض بين المصلحة والنصوص الشرعية. وانما هنالك تناقض ممكن بين نصوص صريحة خاصة ومقصد شرعي عام ينفذ في نفس المجتهد من ادلة كلية لا من دليل معين كما في قضية التترس بالمسلمين، التي نقلناها عن الغزالي فان قتل المسلم ممنوع بدليل خاص. وتقليل القتل مقصود شرعي، لان الجهاد ضرورة تقدر بقدرها. وبما ان ترك الاعداء يتترسون بالمسلمين وان كان يحفظ حياة هؤلاء الذين تترسوبهم، فانه يؤدي الى انهزام المسلمين وامعان العدو في قتلهم وتقليل القتل مقصد شرعي، وارتكاب اخف الضررين ضرر الهزيمة وضرر قتل بعض المسلمين مقصد شرعي اكيد ايضا. ولو تنبه الطوفي الى ان هنالك موطناً للاجتهاد حينما تتعارض نصوص خاصة بمقصد شرعي مستخرج من ادلة كلية، لما احتاج الى القول بان المصلحة تتعارض مع النص ويجب تقديمها عليه .

عمل أهل المدينة

- نشأ الامام مالك في المدينة من اصل عربي وبها تعلم ونبغ وعلم وكون مدرسة عظيمة والى الموطأ وقد اشتهر بوقوفه موقفا وسطا بين مدرسة الرأي التي اشتهر بها العراقيون وبين مدرسة الحديث الحجازية. فكان لا يهمل الرأي بتاتا، ولكن لا يعمل الا بشروط. وفيما لم يرد فيه نص ثابت مخصوص. ومع ذلك فقد كان غنيا بالاعتماد على الحديث وتتبع آثار النبي والتماس مواقعها .

وبهذه الاعتبارات، اعتمد مالك عمل اهل المدينة في استنباط بعض الاحكام وترجيح القول بالعمل فيما اختلفت فيه الآراء وتعارضت المصادر، لانه يرى ان اهل المدينة كانوا اقرب من مواقع الوحي واجدر ان يحافظوا على ما سمعوه وتعلموه. وما يجرى به عملهم لاشك ان يكون قد رؤى وسكت عنه على الاقل من الرسول والصحابة من بعده، وهم حديثو عهد بالنبوة وبالتشريع وباجتهاد الصحابة الاولين .

وقد اقام النبي صلى الله عليه وسلم بالمدينة المنورة ثلاثة عشرة سنة، يوحى اليه، ويدبر شؤون الامة ويبنى قواعد الملة والدولة ويربي الناس ويحكم بينهم .

ثم كان مركز الخلافة في عهد الخلفاء الراشدين هو المدينة واجتمع فيها اكبر الصحابة واوسعهم علما واكثرهم عددا وتحملا. ولما ولي ابو بكر الخلافة وبدأ يقضي في المسائل كان يجمع لها الصحابة والفقهاء على الخصوص ويستشيرهم فيما يعمل، ليس ذلك كله بمرجح للوضع الذي يقوم في المدينة المنورة؟ ذلك ما فكر فيه مالك، فتحدث عن اجماع اهل المدينة في نيف واربعين مسألة، وقيل انه كان يقدم عمل اهل المدينة او اجماعهم على ما ترد به بعض الاحاديث .

ولكن ما هو عمل المدينة الذي يجعله مالك من مصادر التشريع؟
يقول القاضي المالكي عياض في المدارك حين تكلم على عمل اهل المدينة :

(اما نقل شرع من جهة النبي صلى الله عليه وسلم من قول او فعل كالصاع والمد أنه كان يأخذ منهم الصدقة وزكاة الفطر بهما. وكالاذان والاقامة وترك الجهر ببسم الله الرحمان الرحيم في الصلاة... وكالاحباس فنقلهم لهذه الامور من قوله وفعله كنقلهم موضع قبره وغير ذلك مما علم من عدد الركعات او نقل اقراره لمشاهدة ولم ينكرها كعهدة الرقيق ونسبة ذلك او نقل ترك احكام لم يلزمهم بها مع شهرتها لديهم وظهورها فيهم كترك اخذ الزكاة من الخضراوات مع علمهم انها كانت عندهم كثيرة لهذا النوع من اجماعهم حجة قطيعة، واليه رجع ابو يوسف وهذا الذي تكلم عليه مالك عند اكثر شيوخننا .

واذن فعمل اهل المدينة الذي يذكره مالك ويستدل به ثلاثة انواع .

أ= 1 - نقل شرع عن النبي صلى الله عليه وسلم من قول او فعل او

تقرير .

2 - نقل ترك من النبي صلى الله عليه وسلم لشيء قام لسبب وجوده

ولم يفعله .

وهذان النوعان يرجعان الي تقديم رواية رواية المدينة على غيرهم وبه قال

مالك وابو يوسف وخالفهما جمهور من العلماء .

ب= 3 - نقل الاعيان وتعيين الاماكن، كتعيين موضع قبر النبي صلى الله

عليه وسلم ولا محل للاختلاف في هذا .

ج= نقل العمل المستمر المتصل زمنا بعد زمن من عهده صلى الله عليه

وسلم كما نقلوه في شأن المزارعة والاذان للصبح قبل الفجر وتثنية الاذان

وافراد الاقامة. وقد اوضح ابن القيم في اعلام الموقعين ان ظاهر كلام مالك

في الموطا يبين ان هذا النوع هو الذي يريد. ثم قال ابن القيم (وهذا العمل

حجة يجب اتباعها وسنة متلقاة بالقبول واذا ظفر العالم بذلك قرت عينه

واطمانت اليه نفسه). وقال ابن القيم في الجزء الاول من تهذيب سنن ابي

داوود، وعمل اهل المدينة بترك التحديد في المياها عمل نقلي خلفا عن سلف

يجرى مجرى نقلهم الصاع والمد والاحباس وترك اخذ الزكاة من الخضراوات

وهذا هو الصحيح المتحج به من اجماعهم دون ما طريقة الاجتهاد والاستدلال

فأنهم وغيرهم فيه سواء. وربما يرجح غيرهم عليهم ويرجحوا هم على غيرهم فتأمل هذا الموضوع .

فالعمل المدني المتسلسل والمستند الى تأييد من النبي او من الخلفاء هو ما يرمي اليه مالك اولا .

واما ان كان عمل اهل المدينة مستندا الى الاجتهاد والاستدلال كما هو في مسألة خيار المجلس في البيع، والقنوت في الفجر قبل الركوع. فيظهر من ابن القيم انه لا يعتمد على رأيت، وهو موضع خلاف عند المالكية انفسهم. فذهب بعضهم الى انه ليس حجة و لا يرجح به احد الاجتهادين وقال آخرون انه ليس حجة. ولكن اذا كان هنالك اجتهادان ووافق احدهما العمل فانه يرجحه. والقول الثالث ان اجماعهم من طريق الاجتهاد حجة وان لم تحرم مخالفته .

وإذا ثبت حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم في مسألة ما، وكان الحديث من اخبار الأحاد التي لا توجب القطع، وكان في المدينة عمل جار في هذه المسألة، ماذا يكون الموقف من العمل ومن الحديث معا .

اما اذا كان العمل متفقا مع مقتضى الحديث، فلاشك ان الحديث مؤيد له ومصحح. اذا كان العمل من قبيل نوع النقل السابق. واما اذا كان من طريق الاجتهاد فالعمل مرجح للحديث على غيره. واذ خالف العمل الحديث المروى عن الأحاد فاذا كان العمل من قبيل النقل فلاشك انه من قبيل تعارض الأحاديث فيقدم ما جرى به عمل اهل المدينة. وان كان عملهم من قبيل الاجتهاد، فهو موضوع خلاف. هل اجتهاد اهل المدينة فيما اجمعوا عليه مقدم على خبر الأحاد ام لا ؟

- وقد تضاربت نقول المالكية في ما يرجع لهذا الاصل من مذهبهم، واشكلت عليهم طريقة تخريجه حتى قال ابن رشد في البداية في الكلام على الجمع في الحضر :

لكن النظر في هذا الاصل الذي هو العمل كيف يكون دليلا شرعيا فيه نظر، فان متقدمي شيوخ المالكية كانوا يقولون انه من باب الاجماع وذلك لا وجه له فان اجماع البعض لا يحتج به. وكان متأخروهم يقولون انه من باب

التواتر ويحتجون في ذلك بالصاع وغيره مما نقله اهل المدينة خلفا عن سلف والعمل انما هو فعل الفعل لا يفيد التواتر الا ان يقترن بالقول، فان التواتر طريقة الخبر لا العمل وبان جعل الافعال تفيد التواتر عسير بل لعله ممنوع . ولكن الذي يظهر لي ان مالكا قصد الى ما هو غير الاجماع وغير التواتر، لان المسألة لا تتعلق بقول اهل المدينة ولا بنقلهم وانما تتعلق بما جرى عليه عملهم. ولاشك ان مالكا يتحدث عن عصره، فهذا الاصل بالنسبة اليانا انما هو من قبيل المصادر التاريخية. ومالك قد ولد سنة 96 هجرية وتوفي سنة 179 هـ فقد ادرك اوائل القرن الثاني وادرك اتباع التابعين وله ثلاثيات كثيرة فيما رواه عن النبي، فهو يرى ان الاختلاف فيما يرجع للعمل في الاحكام الشرعية لم يقع كثيرا الا في مسائل تبدلت الاحكام فيها لاجتهاد الخلفاء الراشدين، واجتهادهم من قبيل السنة الواجب العمل بها. فمالك لا يقول بالاستدلال بالعمل اذا كان مخالفا للمروى الثابت عن رسول الله لانه يقول : اذا صح الحديث فهو مذهبي ولكنه يرى ان عمل اهل المدينة في عهده في مسألة مختلف عليها او تضاربت فيها الادلة يرفع الخلاف عنده. ويوجب لديه اختبار القول به على غيره من المذاهب .

ولا حاجة اذن الى الاحتجاج عليه بالبدع التي احدثت من بعد فهو ادري الناس بان ما يدخل في مدلول البدعة الشرعية لايعتبر عمل اهل المدينة. واعتقد ان مالكا قد وضع بهذا الاصل مبدأ تشريعا عظيم الاهمية، وهو اعتبار ما اعتمده القضاء والافتاء من الاحكام الشرعية وجعله مرجحا لما اشتهر من الاقوال، لانه يتفق مع البيئة ومع ظروفها. في حين ان الحاكمين والمفتين لا يتصور ان يعتمدوا القول او القضاء دون ان يكون متفقا مع مقتضيات الشرعية ومقاصدها واصولها. ومالك لا يقول ان العمل حجة ملزمة لجميع الامة ولا يقول : انه لا يجوز العمل بغيره، وانما يجعل العمل مرجحا عنده، فهو اذا تضاربت الاقوال واختلفت الآراء يختار القول بعمل اهل المدينة، لان لهم شيئا زائدا وهو جريان احكامهم في عصور ابعد عن الهوى واقرب الى الحق .

ويظهر ان مالكا اراد بعمل اهل المدينة ما قصد اليه ابو يوسف الذي كان يقدم العرف على الحديث ويقول : ان الحديث ليس الا تأكيدا او اقرارا

للعرف الذي كان في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وأنه لو وجد عليه السلام ورعاً تغير العرف تغيراً موافقاً لأصل الدين لأقره، ولذلك لا بد لنا من ان نتكلم عن العادة والعرف والعمل وهل لها تأثير على التشريع ومركزها من الفروع الفقهية .

المصادر الاحتياطية العادة، العرف، العمل

- العادة في اللغة الدين وهو ما اعتاد الناس عليه او طائفة منهم. وعرفها في تاج العروس بانها تكرير الشيء دائماً او غالباً على نهج واحد بدون علاقة عقلية. وقيل ما يستقر في النفوس من الامور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمة، ونقل ابو عبد الله الفاسي شارح القاموس عن جماعة ان العادة والعرف بمعنى، وقال قوم قد تختص العادة بالافعال والعرف بالاقوال. كما اشار انيه في التلويح .

وقال نجم الدين الحنفي⁽¹⁾ اختلف في عطف العادة على الاستعمال فقيل هما مترادفان وقيل المراد من الاستعمال نقل اللفظ عن موضعه الاصلي الى معناه المجازي شرعاً وغلبة استعماله فيه، ومن العادة نقله الى معناه المجازي عرفاً وتمايمه في الكشف الكبير .

وذكر الهندي في شرح المغني : العادة عبارة عن ما يستقر في النفوس من الامور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة وهي انواع ثلاثة العرفية العامة، كوضع القدم والعرفية الخاصة كاصطلاح كل طائفة مخصوصة كالرفع للنحاة والفرق والجمع والنقض للنظار والعرفية الشرعية كالصلاة والزكاة والحج تركت معانيها اللغوية بمعانيها الشرعية هـ .

وفي التبصرة : العادة غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد او بعضها. وعرف السيد الجرجاني في التعريفات العادة بما استمر الناس عليه على حكم المعقول وعادوا اليه مرة بعد اخرى .

وهكذا نرى ان الفقهاء لم يفرقوا في الغالب بين العادة والعرف، الا ان بعضهم قال : ان العرف خاص بالاقوال والعادة خاصة بالاعمال .

(1) نجم الدين ، الاشباه والنظائر ج.1.ص 127 .

ولذلك لم يفرق المشرع المصري والعراقي الحديثان بين العادة والعرف فاطلق كلا منهما على الآخر ولكن المشرع العراقي اشترط فيما يعتبر عرفاً ولو سمي عادة اعتقاد الناس في وجوب احترامه قانوناً (ص 187 قانون مدني عراقي) ففرق بذلك بين الاستعمالات المتواترة التي يعتقد الناس وجوب احترامها وبين المتواترة التي لا يعتقد الناس ذلك فيها .

وهذه التفرقة هي التي تمضي عليها القوانين الأوروبية التي اصطاحت على تسمية الركن المعنوي للعرف ركن الاعتقاد بلزوم العادة، وهو ما يميز العادات التي أصبحت عرفاً عن العادات التي لاتزال في طور الاستعمال المتواتر دون الزام .

- ويطلق العرف في العصر الحديث على مجموعة القواعد التي تنشأ من مضي الناس عليها بتواثرها خلفاً عن سلف بشرط ان يكون لها جزاء قانوني كالتشريع سواء بسواء .

اما العادات الاتفاقية فتصلح لتفسير نية المتعاقدين دون ان تكون ملزمة بذاتها كالعرف وانما تكون ملزمة اذا اتفق عليها العاقدان صراحة او ضمناً(1) ولم يفرق الفقهاء المغاربة بين العرف والعادة كذلك(2) وانما فرقوا بين العوائد الشرعية وهي ما اقراها الدليل الشرعي او نفاها. وبين العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا اثباته دليل شرعي فاما الاولى فهي تابعة لدليلها الشرعي. واما الثانية فقد تكون ثابتة وقد تتبدل ومع ذلك فهي من اسباب الاحكام تترتب عليها، فالثابتة كوجود شهوة الطعام والشراب والوقاع والنظر والكلام والبطش والمشي واشباه ذلك. فاذا كانت اسبابا لمسببات حكم بها الشرع فلا اشكال في اعتبارها والبناء عليها والحكم على وفقها دائماً. والمستبدلة منها ما يكون مستبدلاً في العادة من حسن الى قبح مثل كشف الرأس فانه يختلف بحسب البقاع في الواقع فهو لذوي المروءات قبيح في البلاد المشرقية وغير قبيح في البلاد المغربية فالحكم الشرعي يختلف باختلاف ذلك. ومنها ما يختلف في التعبير عن المقاصد فنصرف العبارة عن معنى الى عبارة اخرى اما بالنسبة

(1) السنهوري وابو شيت اصول القانون ص 82 وما بعدها .

وممدوح مصطفى ص 47 اصول تاريخ القانون .

(2) المهدي الوزاني 3. شرح العمل الفاسي .

الى من اعتاده دون من لم يعتده وهو ما يجرى في الايمان والعقود والطلاق
كتابة وتصريحا .

ومنها ما يختلف في المعاملات ونحوها، كما اذا كانت العادة في النكاح
قبض الصداق قبل الدخول او في البيع الفلاني ان يكون بالنقد لا بالنية او
بالعكس. والاختلاف في العوائد ليس اختلافا في اصل الخطاب الشرعي، وانما
هو اختلاف في رجوع كل عادة الى اصل شرعي يحكم به عليها (1)

- فالعوائد او الاعراف تعتبر سببا للاحكام الشرعية. فهي بهذا الاعتبار من
مصادرها. ولذلك كانت سببا في قيام العمل. والعمل هو حكم القضاة بالقول
وتواطؤهم عليه وقد نص ابوزيد الفاسي في مقدمة عملياته انه يعتمد على
العرف يرفع الخلاف في المسألة المختلف عليها. وقال الشيخ مصطفى : مراد
الائمة بقولهم هذا القول : جرى به العمل انه حكمت به الائمة واستمر حكمهم
به وجريان العرف بالشيء هو عمل العامة من غير استثناء لحكم من قول او
فعل وليس هذا مما نحن بصدده من قولهم وبه العمل . فتحصل ان العرف
هو فعل العامة والعمل هو حكم القضاة(2). واذن يجب ان ننظر في هل
اعتبرت العادة مصدرا للتشريع الاسلامي ام لا .

ثم هل كان لها اثر في الاحكام الفرعية، وعلاقة العمل بالاعراف في
المغرب، وما هو مقبول من العادات شرعا وما ليس بمقبول .

العرف ليس مصدرا اصليا للتشريع الاسلامي

العرب من العنصر السامي، يتكونون من شعبي قحطان وعدنان. وموطن
الاول في اليمن، ويتصل بسام بن نوح. وموطن الثاني الاصلي في الحجاز،
ويتصل نسبه باسما عيل بن ابراهيم .

وكانوا ينقسمون من الوجهة الاجتماعية الى بدو وحضر، والبدو هم
العرب الرحل الذين يعيشون مع ماشيتهم، يتبعون بها الكلا، ويأكلون من

(1) قارن بالموافقات للشاطبي .

(2) المهدي الوزاني شرح العمل الفاسي (الصغير) ج.اص. 5 .

ألبانها، ويتخذون من اصوافها سكنا لهم، ومن ظهورها مراكب لتنقلهم، ومن جلودها مادة لبناء بيوتهم وخيامهم .

وأما الحضر فهم سكان المدن كصنعاء في اليمن ومكة والمدينة في الحجاز .

ولم يكن العرب على مستوى واحد من الحضارة، فلاشك ان عرب المدن كانوا اكثر تمدنا بما ألفوه من صناعة وتجارة وما اتخذه من ضروب الزراعة، وكانت لهم مروءة وطيب اخلاق، فكانوا يكرمون الضيف، ويوقرون الكبير، ويحترمون الصغير، ويتمدحون بالاحسان وبالعمل على نوابق الحق .

والى جانب ذلك لم تكن لهم ديانة عامة، الا ما كان من عبادة الاصنام التي تختلف حسب القبائل والقرى، والا ما كان من العصبية المسيطرة على جميع افرادهم ومجتمعهم، وتمسح البعض منهم او تهود دون ان يحدث اثرا خطيرا في اخوانهم، او يغيروا شيئا من مجرى حياتهم .

وكان النظام السياسي يقوم على القبيلة التي تعيش مستقلة عن اخواتها ويرأسها من امتاز من افرادها بالكرم والشجاعة وحسن المنبت .

ولم يكن العرب منعزلين كل الانعزال عن العالم، فقد كان لهم اتصال بالفرس والروم عن طريق المعاملات التجارية، او التبعية السياسية احيانا .

كل هذه العوامل اثرت في وجود عاداتهم التي علمت مظاهر حياتهم وكانت المرجع والحكم في علاقاتهم مع بعضهم ومع الناس، ومن هذه العادات ما نشأ من محض الجماعة العربية ومنها ما تسرب عن الشريعة الموسوية او الرومانية والساسانية وهو قليل .

وكانت الاسرة، معتبرة هي الخلية الاولى بمقتضى نظام الاب الذي يعتبر رئيسها .

وللزواج انظمة كثيرة، منها نظام المتعة اي الزواج الموقت ومنها زواج الشغار وهو البضع بالبضع اي تبادل النساء بدون صداق .

ولم يكن هناك حد لتعدد الزوجات فيسوغ للرجل ان يأخذ منهن ما يشاء .

وكان الأب أو الولي يأخذ لنفسه رشوة من خاطب ابنته أو قريبتها .
وكان التبني مشروعاً ولا يجوز للمتبني ان يأخذ بنت الذي تبناه لانها تعتبر
مثل اخته، وهذا فيما نعتقد مما سرى للعرب من التقاليد الرومانية .
وكان الطلاق مباحاً ولا حد له، كما ان للرجل ان يرد زوجته المطلقة متى
شاء ولو بعد ثلاث .

وكما انه كان لهم زواج مؤقت فقد كان لهم طلاق مؤقت وهو الايلاء بحيث
يقسم الرجل على تطلق زوجته سنة او سنتين فتبقى المرأة معلقة حتى يتم
امد الطلاق ثم تعود الى زوجها، وهو ما يقابل الظهار الذي يؤبد في الجاهلية
طلاق المرأة .

وكانت المرأة تعتبر مشاعاً يورث، وبمقتضى ذلك كان من حق الابن ان
يتزوج بزوجة ابيه المتوفى او يعضلها حتى يأخذ ممن يريد زواجها صدق
ابيه الذي دفعه لها .

وكان الميراث يقوم على العصبية، ولذلك لا يرث الا البالغون من الاولاد
الذكور اما الاناث والذكور الصغار فلا .

وقد حرم الاسلام المتعة والشغار وحد تعدد الزوجات في اربع ان تحقق
العدل، وحرم اخذ الاب شيئاً مما يعطي لابنته، والغى التبني، وابعح للرجل ان
يتزوج بنت من تبناه، وجعل الطلاق مرتين، فامسك بمعروف او تسريح
باحسان .

ولم يبيح ان تتزوج المطلقة ثلاثاً زوجها السابق حتى تنكح زوجاً غيره،
واجل المولي اربعة اشهر اما ان يرجع واما ان يطلق. وجعل للظهار كفارة
عتق رقبة قبل ان يتامسا.

وحرم ان ينكح الرجل زوجة ابيه او يعضلها او غيرها من النساء .
ووضع للميراث نظامه الشرعي بنص القرآن، وقد نزل اشراك المرأة في
الارث شديداً على العرب .

وهكذا نجد ان الاسلام اصلح من شؤون الاسرة العربية ولم يقر من عاداتها
الا ما يتفق مع روح الفطرة ومقتضى طبيعة الاسلام .

اما في المعاملات والملكية فكانت اسبابها في الجاهلية القهر والغلبة والميراث والوصية والتبائع. ولم تكن تخلو المبيعات من الغدر والمقامرة، وكان الدين يقوم على الربا في الغالب. وقد اصلح الاسلام من المعاملات والملكية، فحرم اكل اموال الناس بالباطل، ومنع الربا، واحل ما دون ذلك مما فيه تجارة عن تراض بين الناس، ولم يعتبر التسلط والقهر مفوتا للحق المغتصب، بل اوجب انصاف كل احد وارجاع حقه اليه .

وكانت العقوبات في الجاهلية قائمة على مبدأ الانتقام الشخصي فاصلح من امرها وجعلها اداة صد عن الجريمة واصلاح لنفس المجرم .

وقد كان المصدر الذي استند اليه الرسول في اصلاح العادات العربية هو الوحي القرآني وما يستوحيه من بيان بمقتضى ما أوحى الى النبي او اجتهد فيه .

وبذلك اصبح التشريع اداة الفقه والقضاء فتضاءلت بذلك اهمية العادة، ولم يعتبر الاسلام هذه العادات دليلا من الادلة الشرعية، وانما اعتبرها موضوعا لوقائع قانونية يجب ان يبيت في امرها بمقتضى ما انزل الله واستوجبت تعاليمه، فهي سبب للتشريع لا مصدر له. فيستوي في ذلك ما هدمه الشارع منها وما استحسنته فأقره، وما بنى عليه بعض الاحكام، وهكذا ظهر ان رأي الاسلام في الاعراف من حيث هي انها سبب للحكم وليست مصدرا له، لان المصدر هو الخطاب الشرعي الناشئ من النص او الاجماع وهو ائله او احد اقسام الاستدلال .

القانون الروماني لم يؤثر في الشريعة الاسلامية

ذكر الاستاذ المستشرق الايطالي =نالينو =Nallino في محاضرة له عن علاقة الفقه الاسلامي بالقانون الروماني ان دومينيكو غايتسكي اول من زعم - فيما يظن - ان القانون الاسلامي في جوهره مأخوذ من القانون الروماني وذلك في كتابه المسمى :

Manuil di diritto-Publico Pribvalo ottanama المطبوع في الاسكندرية سنة 1865، وقد شايح بعض القانونيين الغربيين ولاسيما المستشرقون منهم

هذا الرأي ومنهم جولد تسيهر المجرى، ودي بور الهولندي وقد نحا نحوهما فون كريم(1) وايميليو بوسي(2) والمسشرق ايموس في كتابه القانون الروماني، وقد اغرق هذا الاخير فزعم ان الشرع الاسلامي ليس الا القانون الروماني للامبراطورية الشرقية معدلا وفق الاحوال السياسية في الممتلكات العربية(3). و خلاصة الحجج التي استند اليها هؤلاء الغربيون في زعمهم تأثر الفقه الاسلامي بالقانون الروماني .

1 - كان في الشام مدارس للقانون الروماني عند الفتح الاسلامي في قيصرية وبيروت وكانت هناك محاكم تسيير في نظامها واحكامها حسب القانون الروماني، وان العرب كانوا اقل مدنية من الرومان عند الفتح فاستمدوا كثيرا من المبادئ القانونية والاحكام التشريعية من القانون الروماني(4)

2 - ان هناك مسائل وقع فيها تشابه كثير بين الفقه الاسلامي وبين الفقه الروماني وبما ان الاول متأخر عن الثاني فلا بد ان يكون مستمدا من الاخير . فقد استعملت معاني كلمة : جرسى برودنسيا Juris prudancia بمعني الفقه في الشريعة الاسلامية، كما استعملت لفظة اوبينيا Opinia الرومانية فيما يطلق عليه الفقهاء كلمة (الرأي) .

وينقسم القانون الروماني الى اشخاص وموجبات واموال ودعاوي، والشريعة الاسلامية تحتوي على تلك الاقسام. وقاعدة : البينة على المدعي واليمين على من انكر مستعملة في الفقه الروماني وفي الشريعة الاسلامية(5). وقد حاول دومينكو غاينسكي ان يبرز اكثر ما يمكن من التشابه الموجود بين مدونة جوستنيان وبين الشرع الاسلامي .

3 - اكتفى بعض المستشرقين باظهار اسفهم على ان مذهب الامام الاوزاعي قد اندثر ولو بقي لوجد فيه اثر كبير للفقه الروماني لان الاوزاعي عاش ودفن في بيروت .

(1) تاريخ الثقافة الشرقية في ايام الخلفاء

(2) ابحاث في علاقات بيزنطية بالاسلام

(3) المدخل ليوسف موسى

(4) جولد تسيهر : اصول الفقه الاسلامي .

(5) زهري يكن : شرح قانون الموجبات والعقود ج.1.ص. 39 .

وها نحن أولاء نبين بطلان هذه الحجج مستمدين ممن سبقنا الى ذلك ومضيفين اليها حججا اخرى .

فأما الشبهة الاولى فهي لا تنهض حجة ، فقيام مدارس للرومان في مستعمرة من مستعمراتهم لا يدل على ان الفقه المقروء في هذه المدارس يطبق في المستعمرة نفسها ولاسيما على السكان الاهالي ، فقد عرف من طبيعة الرومانيين أنهم ما كانوا يهتمون بتطبيق أحكامهم على الاجانب عنهم وعلى غير المواطنين الرومانيين .

وفيما يخص المستعمرات لم يكونوا يهتمون ابدا بتحسين حالة الاهالي ولا باشراكهم في مظاهر حضارتهم، وقد نقل نيلنيو عن تيودورستو (من النصف الاول للقرن الخامس الميلادي) انه توجد اقوام في اقصى حدود الامبراطورية الرومانية، رغم انهم خاضعون لحكم الرومان، فان القانون الروماني لا يطبق عليهم، ويصرح تيودورستيو ان منهم القبائل الاسماعيلية الكثيرة العدد =الاسماعيلية اي العربية= ثم انه لا يوجد دليل قانوني يثبت ان الفقهاء المسلمين استمدوا من تلك المدارس او قاربوها في قليل او كثير .

ولو انهم فعلوا لظهر لذلك اثره في كتابتهم وافكارهم، ولا خطأ ولو مرة او مرات بذكر بعض الذين استفادوا او نقلوا عنهم .

وقد لاحظ الاستاذ = لنكدري ؟ في محاضرة له عن القضاء في الاسلام استقلال الشرع الاسلامي عن كل شرع «وعدم استمداد احكامه من الشرع الروماني» محتجا لذلك بما يلي :

1 - ان القانون الروماني لم يتم وضعه الا في بضعة عشر قرنا اي في القرن السادس للميلاد بايام جوستينان، وقد بني اكثره على العادات والاعتقادات في الامة الرومانية .

اما القضاء في الاسلام فقد نضج في فترة لم تبلغ القرنين ونما مع الايام ومع الحاجة، وكانت له مصادر اصلية معروفة اخذت من الكتاب والسنة والاجماع والقياس، وبني كثير منه على العادات في الامم التي دخلت تحت لواء الاسلام، ولذلك وضع الفقهاء قواعد مدنية تشريعية. كقولهم : «العادة محكمة» واستعمال الناس حجة : «والمعروف عرفا كالمشروط شرطا» .

2 - ان التاريخ لم يذكر ان العرب قد استمدوا احكامهم من الرومان كما استمدوا الفلسفة والادب والفلك وسائر العلوم الكونية، فصفحات التاريخ مليئة باسمااء المترجمين والمعربين في كل فن وعلم عدا العلوم القانونية .

3 - ان العلوم المنقولة بقيت عليها في لغتها مسحة من العجمة وفي الفاظها مفردات غريبة عن العربية خلا القضاء فقد جاء عربيا فصيحاً صحيحاً .

4 - لو استقت الشريعة الاسلامية من القانون الروماني لما كانت سلمت من ان يتسرب اليها شيء من الخزعبلات كمثل محاكمة الحيوانات والقضاء عليها بنفي او تعذيب او بصلب وكنبش الموتى من قبورها ومحاكمتها واصدار الاحكام عليها .

ويقول الاستاذ نبلتو : قبل اي بحث يجب ان نتحقق ما هي حالة النظام القانوني العربي او الانظمة القانونية للعرب قبل الاسلام .

والذي لاشك فيه ان هناك قبل الاسلام انظمة عربية قانونية راقية. لن نتكلم عن جنوب غربي جزيرة العرب فقط الذي كان مركز حضارة قديمة جدا ازدهرت قبل تاسيس روما نفسها فقد كانت هناك حكومة ذات اساس متين من الطراز الملكي، وكانت العقود تنشر بواسطة الكتابات على الحجر او البرونز، وكذلك كانت هناك قوانين مدونة مكتوبة، فقد نشرت في سنة 1947 كتابة سبئية حدد فيها : شمر نهر عش (280 م تقريبا) ملك سبأ وذي زيدان الحدود والاحكام التي تتعلق بحكم الفسخ في بيع الحيوانات والعبيد. لن نتكلم عن هذا، بل لنتحدث عن الحضرة الذين كانوا يسكنون الحجاز في الوقت الذي ظهر فيه الاسلام بينهم، يعني حوالي سنة 600م فلا بد ان يكون القانون المالي قد تطور لديهم تطورا جديرا بالذكر منذ مئات السنين : يكفي ان نفكر في معاملات فريش مكة، والقوافل التجارية الكبيرة المتصرفة بصفة دولية بجلب الميرة وتنظيم الخفارات التي لها صلة بالحج الى الكعبة كل سنة، وان نفكر في الزراعة وخزانات الماء للري وفي عقود المزارعة المختلفة في واحات المدينة وتبوك وتيماء واليمامة وغيرها، فيظهر انه لا بد ان تكون اصول القسم الكبير على الاقل من القوانين المالية الاسلامية موجودة لدى هؤلاء العرب قبل محمد بكثير .

لاجرم انه يمكن الظن في تسرب شيء من القانون الروماني بواسطة الاتصالات بفلسطين وسورية، ولكن اذا كان الامر كذلك فان هذه التسربات الرومانية تكون قد دخلت في الفقه الاسلامي بواسطة العرب الجاهليين لا بعد الفتوحات العربية خارج جزيرتهم، على ان هذا كله لا يكون لا ظنا بحنا، فانه لا يوجد لاثباته دليل الي الآن بل ان هنالك ادلة ضده(1) ومنها شهادة تيودور يستوا التي اوردناها انفا.

وقد نشرت مجلة الازهر بحثا جاء فيه :

لل قانون الروماني وهو مجموع الفواعد والاحكام التي عملت بها الامة الرومانية في العصور المختلفة منذ نشأتها حتى وفاة الامبراطور جوستينيان أربعة عصور كما قال = حيون = :

العصر الاول ، يبتدىء من تاريخ تأسيس روما سنة 753 قبل الميلاد ، وينتهي بتدوين قانون الالواح الاثني عشر ،

الثاني - من هذا التاريخ الى عهد الامبراطور = سيسمرون = .

الثالث من هذا التاريخ الى عهد الامبراطور = اسكندر سيفر =

العصر الرابع يبتدىء من هذا التاريخ وينتهي بوفاة جوستينيان سنة

565 م.

وقد ذكر مورخو القانون الروماني ان هذا القانون ضعف امره وخمل ذكره وانطفاً مصباحه بعد جوستينيان الذي ظهر الاسلام بعد موته بنحو نصف قرن ، وان هذا القانون ظل بعد هذا التاريخ مجهولا حتى عند أهل أوربا أنفسهم لانحصاره في دائرة ضيقة كالكنائس وما شابهها . ولم يقبض له الظهور والنهوض مرة أخرى الا في أواخر القرن الحادي عشر الميلادي حيث أخذت جامعة بولونيا الايطالية في شرحه والعناية بدرسه (2) .

ولو فرضنا وجود ما يثبت هذا التخمين ، وهيئات ذلك ، فسيكون الجواب ما قلناه من أن العادات الجاهلية أو غيرها ليست مصدرا للفقه الاسلامي ، وانما هي وقائع قانونية تعرض على الفقه ليقول فيها حكمه ،

(1) الاستاذ نيلنو : نظرات في علاقات الفقه الاسلامي بالقانون الروماني ص 574 عدد «6» مجلد خامس من مجلة المسلمون، تعريب السيد حميد الله .

(2) مجلة الازهر مجلد 8 ص 350 وما بعدها = وقد نقله الخطيب في فقه الاحكام ص 393 =؟

فوجود النازلة لا يجعلها مصدر الحكم فيها ، وانما هي تسببت فيه ، واما مصدر الحكم فهو مستقل عنها ، وهو في الاسلام النص .

وقد انتقل كريمة القول بأن التأثير الروماني في الفقه الاسلامي نشأ عن التأثير في الشريعة الموسوية ، وهذه بدورها اثرت في الشريعة الاسلامية .

ولكننا نطالب قبل كل شيء بتمييز ما هو من الكتب المقدسة في شريعة موسى مما هو من اثر الفقه الروماني فيها ، ويبقى بعد ذلك ان الاسلام لم يتأثر بشريعة موسى ، ولكنه أكد منها ما هو من الدين الالاهي مما لا يشمل اصلاح الذي جاء به محمد ، وقد بحث الاصوليون هذه المسألة تحت عنوان = هل شرع من قبلنا شرع لنا أم لا والصواب ان ما أكده الاسلام ولم ينسخه فهو شرع ، وما نسخه فليس بشرع لنا ، والمسكوت عنه يعرض على أحكام الشريعة ، وإذا فیسؤول الى انه سبب للاجتهاد في أمره ، كالعادات السابقة نفسها لان الرسول جاء مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيما عليه ، والهيمنة هي حق النسخ والتقرير ، وذلك تشريع جديد بوحى جديد .

وأما الشبهة الثانية ، وهي وجود موافقات بين بعض أحكام الفقه الاسلامي وبين بعض أحكام الفقه الروماني ، فهو لا ينهض حجة :

أولا : لان دلالة الشبه ضعيفة ، ووجود موافقات بين شريعتين لا يدل على أن احدهما استمدت من الاخرى ، وما فيه التشابه من الاحكام الاصلية يرجع الى وحدة الفكر الانساني ومحاولة البحث عن الانصاف ، أو الى وحدة الدين الالاهي في ارشاد الخلق الى قواعد الفطرة ، وأما التشابه في الجزئيات فهو قليل لانها تختلف في الغالب بحسب الزمان والمكان ، وليس من الحتم اذا وجد شبه ما ، ان يكون عن طريق التقليد والاقتباس .

والاحكام دائما مبنية على علل وأسباب ، فإذا وجدت هذه العلل والاسباب متشابهتين في بلدين صح أن ينتج عنهما حكم متشابه ، لان تضافر الاسباب تؤدي الى نفس النتائج (1) .

(1) الاستاذ المحمضاني = فلسفة التشريع ص 227 ، وقد نقل ذلك عن كتاب القانون القديم ص 114 .

وقال سالي : ان نظرية الموجبات في كل تشريع تكاد تكون قسما نظريا عاما بطبيعته ، فالغرض منها تعيين مختلف الصور التي تبرز منها الارادة في الاتفاقات الفردية مع دراسة الافكار القانونية التي تترتب على هذه الارادة فيكفي في هذه النظرية أن يستقيم الفكر ويتفق مع المنطق ، وهذا الذي يكون لها صفة علمية أكثر وضوحا من غيرها ، وهذا الذي جعل هذه النظرية دون سائر النظريات في القوانين الخاصة أقرب للتوحيد لان اثار الارادة الفردية تكاد تكون واحدة في كل قطر ، والضرورات القانونية المتشابهة توجد في كل النواحي اتفاقات متماثلة تقريبا (1) .

وقال ديموغ : إن نظرية الموجبات فيها من العموم ما يمحو الاعتبارات الخصوصية للزمان والمكان .

فالشريعة الرومانية كانت في الاصل مبنية على العادات والتقاليد في مدينة روما . ثم دونت تلك العادات في الاثنى عشر لوجا ، ثم نمت تلك القوانين باتساع الفتح الروماني . وقد جمع جوستينيان تلك القوانين في كتب ثلاثة ، وكذلك سبق نزول القرآن الكريم عهد انتشرت فيه التقاليد والعادات عند العرب . فإذا لاحظنا بعض الشبه بين الشريعتين فلان هناك ظروفًا اجتماعية مرت بكلتا الدولتين ولدت هذا التشابه . فضلا عن ان العقل السليم يؤدي دائما الى نتيجة واحدة (2) .

وقد لاحظ نيلنيو ان من الضلال المماثلة الظاهرية الخارجية التي لا تؤيدها العناصر الداخلية ولا الوثائق التاريخية . اذا أردنا ان نبين علاقة نظام قانوني بنظام قانون آخر ، ففي الامر الذي يشغلنا نجد أن الذين جمعوا المتشابهات لكي يثبتوا ان قسما عظيما من الفقه الاسلامي مأخوذ من القانون الروماني قد أهملوا ثلاث نقط أساسية في المسألة :

أ - أهملوا ما يوجد من خلاف بين مذهب ومذهب ، وهي أحيانا ذات أهمية ، فإذا كانت هنالك مماثلة بين مذهب إسلامي وبين الفقه الروماني . فقد لا يكون تشابه بين رأى المذاهب الثانية في بعض المسائل وبين القانون الروماني .

(1) الموجبات في القانون الالمانى بواسطة زهدى يكن .

(2) زهدى يكن : قانون الموجبات والعقود ص 40 .

ب - أنهم يصطادون بكل جهد المتشابهات ويهملون الإشارة الى الاختلافات التي تصير محكا بين قيمة المتشابهات وقدرها .

ج - اهلوا الفرق العظيم الذي يوجد بين الغرب القديم وبين العالم الاسلامي في تصور القانون وفي مصادره فقد توجد أمثلة من الافكار والمؤسسات التي كانت راسخة ومنتشرة في العالم الهليني الذي فتحه العرب ، هذا العالم الذي قيل ان حضارة المسلمين مبنية عليه ، ومع ذلك فإن هذه الافكار والمؤسسات لم تنجح ان تنفذ في الفقه الاسلامي ، ولنضرب لك مثالا :

من المعروف أن البيع والشراء عند اليونانيين عقد فعلي (Contra Real) ولكن مذاهب الفقه الاسلامي اجمعت على انه عقد لازم بالقول (Consemmel) وليس هذا الاختلاف ناتجا عن ان المسلمين رجعوا الى القانون الروماني القديم ، ولا عن أنهم فرقوا بين عقد بالفعل وعقد بالقول ، بل هذا مبني على آية من القرآن حيث نزل « تجارة عن تراض منكم » (1) ولما استولى العرب في مدة قصيرة على اخصب مقاطعات الدولة الرومانية وجدوا فيها الرهن العقاري = Hypotrèque = شائعا شيوعا عظيما ، وكان قد دخل في قانون اليهود فسموه = أبو طيقي = ولم تستطع هذه المؤسسة ان تنفذ الى الاسلام الا في زماننا بسبب التشريع الاوروبي . ولم تكن اجارات الاراضي للأجل الطويلة الامد = Emphytiotique = أقل ذبوعا في العالم الهليني ، ولكن مضت قرون عديدة حتى دخلت في الفقه الاسلامي (على انها لم تقبلها جميع المذاهب) بسبب شيوع الاوقاف والاقطاعات الحكومية .

وحيثما نقل مارسيل موران ادعاءات ، زايس وفان برغمان : ان المسلمين استفادوا نظام الوقف من النظام المماثل عند الرومان ، علق عليه بما يلي :

أولا. اجراءات القانون الروماني فيما يتعلق = Ressacroe = ليست لها أية موافقة مع الاجراءات الاسلامية في مسألة الحبس. وهكذا فان كلمة (Ressacroe) لا تتناول الا المعابد والامور المادية لشؤون العبادة فقط لاغير(2) ولا تطلق

(1) الآية 29 من سورة المائدة . (2) جرار : مدخل القانون الروماني ص 232 .

بحال على المال أو المتمول الذي ينتج أرباحا والذي يستعمل بنفسه أو بواسطة مدخوله لضمان مصلحة العبادة أو أي نظام آخر ذي صفة روحية ، أو تصطبغ بصفة الصالح العام .

ومن جهة أخرى فإن = Ressacroe = ناشئ عن رخصة قانونية كان يمنحها أحد الشيوخ أولا ، ثم الامبراطور من بعد ، أو أحد الاساقفة (1) ، ومجرد ارادة المحبس لا يكفي لمنح الشيء صفة الحبس ، بينما الفقهاء المالكيون يقولون : ان الحبس يمكن ان يكون شفويا ، ولا يستلزم تدخل ممثلي السلطة أو القضاء .

وأخيرا ، اذا كان النظام الروماني المسمى : Oedes = Sacroe = يمكن ان يملك تراثا ، فانه يدبر دائما من طرف الدولة التي تشرف عليه (2)

ومؤسساو الحبس في الاسلام يمكنهم ان يعينوا النظار الذين يشاؤون لتدبير حبسهم، (3)

وقد حاول ، بعد أن ذكر التطور الذي أصاب الحبس في روما الشرقية ، ان لا يستبعد استفادة المسلمين من قانون هذه الدولة التي كانت لها صلة بدمشق ، ولكنه نسي ان يذكر كون الوقف تأسس في المدينة في عهد الرسول (ص) ، ولاسباب مصلحة، كما يدل عليه الحديث ، وأيضا فإن الحبس بدأ بابراهيم حين بني البيت الحرام الذي نزل فيه : ان أول بيت وضع للناس للذي ببكة مباركا وهدى للعالمين ، فيه آيات بينات (4)

ومن أدلة الوقف قول الله تعالى : رب اني نذرت لك ما في بطني محررا فتقبل مني ، انك أنت السميع العليم (5)

فوقف الانبياء على خدمة الصالح العام ، هو كوقف الانسان نفسه أو ولده على العبادة والزهد .

(1) أكرياس : مختصر القانون الروماني م. 1 رقم 194 .

(2) جراز : المدخل الاساسي للقانون الروماني ص 11

(3) مارسيل موران : دراسات للفقهاء الاسلامي في الجزائر ص 244 وما بعدها .

(4) الآية 96 سورة آل عمران .

(5) الآية 25 سورة آل عمران .

وقد انكر الشارع على الجاهلية ما كانت تطلقه من سائبة ووصيلة لان ذلك كان مجرد تبذير لا فائدة للمجموع من ورائه ، وذلك قوله تعالى :
ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام ، ولكم الذين كفروا
يفترون على الله الكذب وأكثرهم لا يعقلون . (1)

وقد لخص العلماء المسلمون الذين كتبوا في الرد على حجة التشابه بين
الشريعتين ، كثيرا من الاختلافات التي تؤكد استقلال الشريعة الاسلامية عن
الشريعة الرومانية ، وهي ملخصة فيما يلي :

1 - ان نظام السلطة الابوية كما هو معروف بالقانون الروماني لم يكن
معهودا لدى العرب ، فالاب وان كان رئيس العائلة الا ان له حقوقا لا يتعدها
وقد فرضت عليه شريعة الاسلام واجبات تحد من سلطته .

2 - ان السيادة الزوجية تختلف اختلافا تاما في الشريعتين .

3 - ان الاسلام لا يعرف نظام الوصاية على المرأة المعروف بالقانون
الروماني . والمرأة في الشريعة الاسلامية لها شخصية مستقلة بمالها لا
يجوز للرجل مسه .

4 - ان نظام التبني المعروف في القانون الروماني لا يقره الاسلام .

5 - ان الشفعة لا مثيل لها في القانون الروماني وهي من أوضاع
الشريعة الاسلامية .

6 - ان الوقف كما هو مقرر في الشريعة غير معروف في القانون

الروماني فالرومان لا يقرون الوقف الذي الا اذا كان موقتا ولطبقتين فقط .

7 - اجازت الشريعة الاسلامية تعدد الزوجات ، ومنعته الشريعة

الرومانية .

8 - هناك اختلاف ظاهر في نظام المواريث بين الشريعتين .

9 - يتم العقد بالشريعة الاسلامية بالايجاب والقبول ، وفي الشريعة

الرومانية لا بد من اتخاذ اجراءات شكلية معينة .

10 - لا تنتقل الملكية بالقانون الروماني الا بأتياع مراسم شكلية ، أما

في الشريعة الاسلامية فتنقل بموجب الاتفاق .

(1) الآية 103 من سورة المائدة .

11 - ان الشريعة الرومانية لا تعرف حوالة الدين من مدين الى مدين
بينما الشريعة الاسلامية عرفتھا وفقا للقوانين الحديثة .

12 - لم يكن في الشريعة الاسلامية حاكم قضائي = Preteur =
يتولى ادارة القضاء ، وبيان المبادئ الواجب اتباعها ، بل كان يعهد بالقضاء
الى قضاة يترك لهم حرية الفصل في القضايا بحسب ما يرونه من نصوص
الكتاب والسنة وما يرشد اليه اجتهادهم (1) .

13 - لا توجد في القانون الروماني موانع الزواج من الرضاع

14 - يمتاز الفقه الاسلامي بنظام العقوبة بالتعزير .

15 - الطلاق في روما من حق الزوج والزوجة والعصمة في الاسلام

بيد الزوج .

16 - مبدأ التفرقة بين الحقوق العينية وبين الحقوق الشخصية الموجود
في القوانين الاوروبية المستمدة من القانون الروماني لا وجود له في الفقه
الاسلامي ، = وان خطأ بعض المؤلفين المحدثين من فقهاننا في ذلك .

17 - نظام الحسبة التي هي وظيفة اجتماعية في الاسلام تشبه نظام
النيابة العمومية في العصر الحديث لا وجود لها في القانون الروماني .

بقي أن نجيب عن التأسف الذي أظهره بعض المستشرقين لفقد فقه
الاوزاعي الذي عاش في بيروت ، ونحن نتأسف معهم على ذلك ، وان كنا
لا نشك في ان ما تحت يدينا من نماذج الاحكام المنقولة عن الاوزاعي تكون
مقياسا كبيرا لمذهبه ، وهي تثبت انه أبعد الناس عن مذهب الرأي ، فهو من
أهل الحديث الذين لا يصدرن في أحكامهم الا عن نصوص الكتاب والسنة .

وبذلك وصفه الذين ترجموا له وفي مقدمتهم أبو يوسف =

وقد نشر الامير شكيب أرسلان كتاب محاسن المساعي من ترجمة

الاوزاعي .

ولا يوجد في خزانة القرويين كتاب لفقه الاوزاعي خلافا لما توقعه

الاستاذ المحمصاني .

(1) زهدى يكن : شرح قانون العقود والالتزامات ص 43 و44 ، المجلد الاول ، وقارن كذلك ما كتبه
علي بدوي في مجلة هدي الاسلام عدد 38 ، وفي السنة الاولى في مجلة القانون والاقتصاد والمنخل
للاستاذ يوسف موسى ، وفلسفة الفقه الاسلامي للمحمصاني ، وقد نقل موسى خلاصة بحث كتبه فولر
جرالد يحتوي على بعض المعطيات التي ذكرناها .

وقد لاحظ فيتر جرالد أنه إذا استثنينا الاوزاعي وحده لم يبق واحد من كبار الفقهاء زمن الامويين والعباسيين في سوريا بل وفي بلاط معاوية ، بل كانت المدينة والكوفة موطنهم الاول ، ثم بعد ذلك بغداد في حالة أبي حنيفة وأصحابه ، وبغداد والقاهرة في حالة الشافعي .

وبعد هذه المناقشات الموضوعية نخلص الى نتيجة لا يمكن العدول عنها ، وهي أن الشريعة الاسلامية مستقلة عن غيرها من الشرائع في أحكامها وفي مصادرها ، وطبيعتها لا تقبل ان تستمد قليلا أو كثيرا من غيرها ، الا أن يكون ذلك الغير سببا في إثارة انتباهها لموضوع يعرض على مصادرها الحق لتقول فيه حكمه .

ولذلك فإن التفرقة التي اهتدى إليها أبو اسحاق الشاطبي بين السبب وبين المصدر أساسية ومفيدة(1)

(1) الى هنا انتهى ما كتبه الاستاذ غلال رحمه الله من فصول «المدخل» وقد بقيت بعض فصوله غير مكتوبة ابتداءا من فصل العرف البربري الى اخرها اعتبارا لما اوضحته في مقدمة الكتاب . راجع مواد المدخل . «المصحح»

بعض المصادر للمدخل

التفسير

تفسير الامام الطبري
تفسير الامام القرطبي
تفسير الشوكاني
احكام القرآن لابن العربي
احكام القرآن لابن الجصاص

الحديث

ابن حجر علي البخاري
الابي علي صحيح مسلم
سبل السلام شرح بلوغ المرام للنصنعاني
العريزي علي الجامع الصغير للسيوطي
حواشي أبي زيد انفاسي علي البخاري
حواشي التاودي ابن سودة علي البخاري
مسند الامام أحمد
نيل الاوطار للشوكاني علي منتقى الاخبار لابن تيمية
اعلام الموقعين لابن القيم
الهدي النبوي لابن القيم

القواعد والاصول

الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم
التبصرة لابن فرحون

الفروق للقرافي
الاحكام في الفرق بين الفتاوي والاحكام للقرافي
جمع الجوامع في الاصول وشروحه
شرح الورقات في الاصول لامام الحرمين
الاحكام في أصول الاحكام للآمدي
الاحكام في أصول الاحكام لابن حزم
الموافقات للامام الشاطبي
الاعتصام للامام الشاطبي
أصول تاريخ القانون للدكتور ممدوح مصطفى
مقدمة في فلسفة القانون للاستاذ صادق فهمي
فلسفة الفقه الاسلامي للمحمصاني
قواعد الاحكام لعز الدين بن عبد السلام
قواعد الاحكام لابن رجب الحنبلي
القواعد للمقري الجد مخطوط
شرح المنهج للزقاق
تكميل المنهج لميارة
الاشباه والنظائر للسيوطي
النقد الذاتي لعلال الفاسي
الاشباه والنظائر لابن نجيم
أصول الفقه للخضري
أصول الفقه للاستاذ خلاف
الطوفي والمصلحة لابن زيد

الفقه

مختصر الشيخ خليل بالدردير
الزرقاني علي خليل
الحطاب علي خليل
حواشي الرهوني على الزرقاني

حواشي بناني على الزرقاني
مختصر كنون على الزرقاني
بداية المجتهد لابن رشد
ميارة على تحفة ابن عاصم
المهدي الوزاني على التاودي على التحفة
شرح لامية الزقاق للتسولي
أبو حفص الفاسي على التحفة
أبو حفص الفاسي على لامية الزقاق
نوازل عبد القادر الفاسي
نوازل عبد الواحد الفاسي
نوازل مازونة مخطوط
التزامات الحطاب
علو الهمة في مسألة الذمة للمسناوي
المدخل للفقہ الاسلامي للدكتور يوسف موسى
المدخل لدراسة الفقه الاسلامي للاستاذ مصطفى الزرقا
العمل الفاسي لابي زيد الفاسي شرح المؤلف «مخطوط»
شرح السجلماسي على العمل
العمل المطلق وشرحه للسجلماسي
شرح العمل للعميري
نظرية الحق للاستاذ مذكور
الوسيط للسنهوري
مصادر الحق في الفقه الاسلامي للسنهوري
مدونة الاحوال الشخصية المغربية. تقاريرات علال الفاسي على المدونة .

القوانين

مجموعة ريفيير في القوانين المغربية « بالفرنسية »
العقود والالتزامات المغربية « بالفرنسية »

المدخل للعلوم القانونية للدكتور سليمان
الحقوق العينية لعبد الرحمان خضر القانون العراقي
كتب القانون الفرنسي
كتب في الفقه المقارن بالعربية والفرنسية
الحقوق الاسلامية في الجزائر مارسيل موران

تاريخ التشريع

محاضرات عن التنظيم القضائي لتوفيق الشاوي
تاريخ التشريع الاسلامي للخضري
الفكر السامي في تاريخ التشريع الاسلامي للحجوي
انترتيب الادارية لعبد الحي الكتاني

أبحاث عن الاعراف البربرية

المنظمات والاعراف البربرية في المغرب لسوردون
السياسة البربرية وعناصرها ومظاهر تطبيقها - علال الفاسي
تاريخ القانون القوطي
النظام القضائي لقبائل العرف البربري بالمغرب لهنري هيرسي
أبحاث عن موريطانيا في مجلة العالم الاسلامي

فهرس المدخل

5	تصدير
7	مواد المدخل
10	منهاج ومقدمات العلم
12	الفقه
18	الحق والقانون
20	الحكم
28	الحكم في القانون الاوروبي
29	المحكوم فيه
38	الحقوق والالتزامات
44	المحكوم عليه
47	نظية الاهلية في الفقه الاسلامي ومقارنتها بالفقه الاجنبي
55	شوانب الارادة
59	الغلط والتدليس والامراه والغبن
62	اصول الحكم في الاسلام
66	الدستور المدني والعهد النبوي
75	اصول عامة
77	اصول عامة ب
79	الحكومة المحمدية
80	نظام الحكم في الاسلام بعد وفاة الرسول
96	الرجوع الى الاصل
115	الخطط الشرعية
117	القضاء
120	اختصاصات القاضي
122	التنظيم القضائي
124	المظالم
127	اختصاصات والي المظالم
128	ولاية الرد
129	اختصاص محكمة الرد

131	الحسبة
133	اختصاصات المحاسب
136	الحسبة ومركزها في الانظمة الحديثة
136	الفتوى
142	اثر المفتي في الحكم
143	عادة النظام القضائي
143	استقلال القضاء
146	جهة الاختصاص بتعيين القضاة
147	شروط القاضي
148	رواتب القضاة
141	حصانة القاضي
151	وحدة القضاء
153	تخصيص القضاء
153	اقليمية القضاء
159	الامتيازات الاجنبية
160	تعدد جهات القضاء والتشريع
165	بعد الاستقلال : التوحيد والاصلاح
170	تعدد جهات القضاء والتشريع
175	القضاء الاداري
180	القضاء العسكري
182	محكمة العدل
183	محاكم الشغل
184	نطاق تطبيق القانون من حيث المكان
188	اتفاقات التعاون القضائي المتبادل
188	اتفاقات الجامعة العربية
189	مع الدول الاجنبية
192	اصول الشريعة
194	المصلحة المرسله
199	مذهب الطوفي
204	عمل اهل المدينة
208	المصادر الاحتياطية : العادة - العرف - العمل :
210	العرف ليس مصدرا اصليا للتشريع الاسلامي
213	القانون الروماني لم يؤثر في الشريعة الاسلامية
225	بعض مصادر المدخل

كتب صدرت للمؤلف

- 1 - النقد الذاتي
- 2 - الحركات الاستقلالية في المغرب العربي
- 3 - نداء القاهرة
- 4 - حديث المغرب في المشرق
- 5 - المغرب العربي منذ الحرب العالمية الاولى .
- 6 - حماية اسبانيا في مراكش من الوجهتين التاريخية والقانونية .
- 7 - الحماية في مراكش من الوجهة التاريخية والقانونية .
- 8 - السياسة البربرية في مراكش عناصرها ومظاهر تطبيقها .
- 9 - مقاصد الشريعة الاسلامية ومكارمها .
- 10 - دفاع عن الشريعة الاسلامية .
- 11 - عقيدة جهاد .
- 12 - منهج الاستقلالية .
- 13 - معركة اليوم والغد
- 14 - دائما مع الشعب
- 15 - كي لا ننسى
- 16 - دفاعا عن وحدة البلاد
- 17 - حفريات عن الحركة الدستورية في المغرب قبل الحماية
- 18 - حديث عن التبشير المسيحي وبعض الوثنيات الطائفية الهندية
- 19 - المدرسة الكلامية.. آثار الشيخ الطوسي وآراؤه الخاصة بهذا العلم
- 20 - واقع العالم الاسلامي
- 21 - الانسية المغربية
- 22 - مهمة علماء الاسلام
- 23 - الجواب الصحيح والنصح الخالص عن نازلة فاس وما يتعلق بمبدأ الشهور الاسلامية العربية .

- 24 - نضالية الامام مالك ومذهبه
25 - لفظ العبادة وهل يصح اطلاقه لغير الله
26 - بديل البديل
27 - الحرية

كتب تحت الطبع للمؤلف

- 1 - التقريب : شرح مدونة الاحوال الشخصية الكتابان الاول والثاني
- 2 - تاريخ التشريع الاسلامي
- 3 - العقود والالتزامات في الشريعة الاسلامية
- 4 - انغرة في اصول الفقه
- 5 - المدخل الديني
- 6 - مدخل لدراسة الفلسفة الاسلامية وعلم الكلام
- 7 - التصوف الاسلامي في المغرب
- 8 - العقيدة والشريعة في الاسلام
- 9 - وادي الجواهر : شذرات شعرية مختارة من اقلام خيرة شعراء فاس
- 10 - ابيات الابيات والكلمات من ديوان : «ابي القاسم بن هاني متنبى المغرب»
- 11 - سيبويه والمدرسة المغربية في النحو
- 12 - في الافق الانساني

مطبعة الرسالة

11 شارع علال بن عبد الله

الرباط (المغرب)

