

تاريخ القضاء الشرعى

للاستاذ احمد صفوت المحامى

رئيس محكمة استئناف الاسكندرية سابقا

فى ٣١ من ديسمبر ١٩٥٥ انتهى نظام القضاء الشرعى فى مصر بالقانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ بعد ان استمر فيها ثلاثة عشر قرنا . وكان الى صدور أول لائحة شرعية فى سنة ١٨٩٧ يجرى على النظام الشرعى المدون فى كتب الفقه والمعمول به من صدر الاسلام . وبعد صدور هذه اللائحة لم يبق له من صفة القضاء الشرعى الا انه يحكم طبقا للشريعة الاسلامية ومن بعدها اصبح اختصاصه واجراءاته ونظامه مقررا بقوانين مثله فى ذلك مثل المحاكم المدنية تماما . فاستخفت فى هذه الحقبة الطويلة مميزاته الاصلية وبالفائه تنطوى صفحته فلا يرجع اليها الا للبحث التاريخى . لذلك رأيت جمع شتات ما اطلعت عليه من تاريخه قيذا لها وبيانا لما كان عليه .

نظام التقاضى فى الجاهلية

لم يكن للعرب - رغم تاريخهم الطويل وحروبهم مع جيرانهم وبين القبائل وتجارتهم مع الروم والفرس والاحباش - نظام وقوانين مسنونة مثل ما نشأ فى روما وفى أثينا وفى مصر انما كانت امورهم تجرى على عوائدهم . وكذلك لم تنشأ لديهم سلطة عامة عليا يخضعون لحكمها وتنفذ أوامرها جبرا عليهم لا فى القبيلة ولا على مجموع حى او مدينة مثل مكة ويثرب والطائف ولا على اى اجتماع عام يضم أمة منهم مثل الحج أو سوق عكاظ أو سوق المجاز .

فكانت العدالة Justice بينهم يقتضيها الفرد لنفسه او الجماعة او القبيلة لنفسها أخذا بالثأر أو قبولا للدية أو بطريق التحاكم Arbitrage لدى محكمين من اكابرهم يشتهرون بالعلم والفراسة والعرافة ويكونون محل ثقة واحترام عام . ويتعهد المتخاصمون سلفا فيما بينهم بقبول حكمهم . وأدب العرب يفضى بذلك . قال اليعقوبى فى كتاب التاريخ « كان للعرب حكام ترجع اليها فى امورها وتتحاكم فى منافرهما وموارثهما ومياهما ودمائها » وقال ابن هشام فى السيرة عن أمير ابن الظريب العدوانى من حكماء الجاهلية « كانت العرب لا يكون بينها نائرة ولا عضلة فى قضاء الا اسندوا ذلك اليه ثم رضوا بما قضى به » وجاء

في الاغانى « كانت بكر بن وائل اذا تشاجرت بشيء رضيت بالاخطل » وقال جرير « ونحن الحاكمون على عكاظ كفيينا ذا الجريرة والمصابا » وقيل ايضا :

وعمى الذى اختارت معد فحكموا فالفقوا بارسان الى حكم عدل
فرعا قريش اذا ما حكموا عدلوا فصل القضاء وكانوا أهل تحكيم
تعالوا الى حكام كل قبيلة ففى الارض اقيال واندية زهر
ومنهم حكم يقضى فلا ينقضى ما يقضى
فارجع الى حكمى قريش انهم أهل النبوة والكتاب المنزل

ولذلك لم يرد فى أدب العرب ولا فى القرآن لفظ القاضى - بمعنى من يحكم جبرا على الناس .

وبقى نظام التحكيم بين العرب فى صدر الاسلام ففى عصر النبى صلى الله عليه وسلم كان يتحاكم اليه اختيارا اذ تحاكم اليه يهود المدينة فى نزاع بينهم وبين بنى النضير اخوانهم فى الدين فنزلت فى ذلك الآية الكريمة « وكيف يحكمونك وعندهم التوراة فيها حكم الله » .

وما سبق ذكره عن الاخطل وجرير يدل على استمرار هذا النظام الى أوائل عصر بن أمية .

وما نشأ نظام القضاء الا بعد انتشار الفتوح الاسلامية وفى الامصار المفتوحة أولا بدليل أن القاضى شريح وابى موسى الاشعرى عينا للقضاء لا فى جزيرة العرب بل فى الكوفة والبصرة . وأول قاض عين لمصر هو سليم بن عنز فى سنة ٤٠ هـ .

ولذلك فالصلة مقطوعة بين نظام الجاهلية البدائى فى التقاضى بطريق التحكيم وبين نظام القضاء فى الاسلام خصوصا وأن الاسلام لم يحرم الثأر ولا الدية وجعل الجروح قصاص فبقى للفرد حق اقتضاء حقه بنفسه . ولذلك استمر هذا الوضع مدة فى بلاد العرب فى عصر الخلفاء الراشدين لان سلطتهم الفعلية كانت محصورة فى المدينة عاصمة الخلافة .

أما نظام القضاء الاسلامى فبدأ فى مقر الخلافة يتولاه الخليفة ثم انشئ فى الامصار المفتوحة أولا ثم تولاه فى بلاد العرب الولاة من قبل خلفاء بنى أمية وبنى العباس والاغلب أنه كان محصورا فى المراكز التى يقيم بها الولاة أما البادية فبقيت على النظام القديم .

نظام الحكم فى الاسلام

كانت القاعدة الاساسية التى قام عليها الحكم فى الاسلام هى أن الخليفة يجمع فى يده كافة السلطات بأسرها لا يشاركه فيها أحد يشاور من يشاء من

الوزراء والعلماء ثم يتصرف آخر الامر بأمره وحده . ولم تكن بجواره أية سلطة أخرى سوى سلطة الجماعة التى ليس لها الا مظهر واحد هو مظهر البيعة للخليفة . وكانت البيعة تؤخذ من كبار المسلمين . ثم لا يكون لهذه الجماعة أثر بعد ذلك . فهى لا تجتمع الا مرة واحدة لمبايعة الخليفة ولم يؤثر عنها أبدا خلعها .

ولما كان الخليفة هو وحده مصدر السلطات كلها فى الحكم والادارة والقضاء ولا يمكنه مع اتساع الدولة أن يباشر كل ذلك بنفسه فكان ينبى عنه الولاية فى الاقاليم يباشرون كافة سلطته ومنها ولاية القضاء فى أول الامر ثم صار الخليفة يولى القضاء آخر غير الوالى على القطر . وكان لكل من الوالى والقاضى أن ينبى عنه غيره فى المدن والاقاليم . انما كل منهم يقوم بعمله نيابة عن الذى ولاه وتتسلسل النيابة حتى تصل الى الخليفة مصدر السلطات . فكان الحكم فى دار الاسلام قائما على قاعدة النيابة عن الخليفة . وقد تكون هذه النيابة عامة وقد تكون قاصرة على أمور معينة .

وكان القضاء أهم واكبر نظام ثابت فى دار الاسلام . فلم يوجد بجواره نظام آخر من نظم الحكم أكبر ولا أثبت منه لان الادارة لم يكن لها نظام ثابت كما كان للقضاء بل كان الولاية ومن تحتهم من ينوبون عنهم يتصرفون نيابة عن الخليفة فى أمور الادارة أصلا على مقتضى احكام الشرع الشريف ، ومن حاد عنها جاز التظلم منه الى القاضى بل روى ان القاضى حكم ضد الخلفاء والسلاطين فى حالات نادرة معينة . فكان من اثر القضاء رد الناس فى سائر تصرفاتهم وفى العبادات أيضا الى الحكم الشرعى وبقاء احكام الشريعة نافذة .

وكان نظاما فردا اجدا لم توجد معه نظم قضائية أخرى ولا محاكم مختلفة الانواع والدرجات والاختصاص كما وجد فى روما وفى العصور الوسطى وفى كثير من الممالك مثل محاكم جزئية وكلية ومحاكم الملزمين والاشراف والبلديات والمحاكم الكنسية والملكية مما لا عداد له فكان نظاما واحدا فى دار الاسلام لجميع المسلمين يتساوى لديه جميع الناس .

لكن النظم القضائية الحديثة للمحاكم الشرعية التى بدأت من سنة ١٨٩٧ على غرار نظم سائر المحاكم أخفت مميزاته الاصلية ورفعت آثاره ومظاهره السابقة التى كان يتميز بها ويؤثر بها فى حياة الناس وفى الحياة العامة - فى علاقة الدولة بالرعية - المعبّر عنها الان بالقانون العام Droit Public لان الدولة الاسلامية كانت من بدء نشأتها دولة دينية وكان الخليفة يدير أمور الرعية طبقا للقرآن الشريف والسنة النبوية وطبقا للفقهاء الشرعى كما ثبت لدى فقهاء المسلمين . فلم يؤثر عن الخلفاء ومن بعدهم السلاطين الى أوائل القرن السادس عشر الميلادى أن أحدا منهم سن قانونا أو أصدر لائحة بأى نظام من نظم الدولة مستكفيا عن ذلك كله لانه انما يطبق الشريعة الاسلامية فى كافة أمور الدولة

وأمر الرعية ومنها الأمور المتعلقة بتنظيم الإدارة • ومنها الأمور التي تندرج الآن في القانون الدولي العام فاحكام الحرب والاسرى والفنائم البرية والخراج وضريبتى العشور والزكاة كلها مشروحة في كتب الفقهاء ويطبقها الخلفاء والولاة في السلم والحرب • فكان السلطة التشريعية بمفهومها الحديث معطلة اكتفاء باحكام الشرع الشريف التي كانت كاملة وافية باغراض الدولة والجماعة في سائر أمورهم والتي حرص الخلفاء والولاة على تطبيقها • ولفظ قانون غير عربى معرب من لفظ Canon اللاتينى .

وبدأت حركة التشريع في عهد السلطان سليمان القانونى بقوانين للجزاء وتنظيم الإدارة والمكوس والاراضى الاميرية وكلها في مواد لم ترد فيها نصوص شرعية .

نشوء وظيفة القاضي

لما بدأ الفتح الاسلامى في عصر الخلفاء الراشدين كان العرب الفاتحون اقلية صفرى بالنسبة لسكان الاقطار المفتوحة اكثرهم الجند ومن تبهم فكان ممن المستحيل ومن غير المعقول أن يتولى الفاتحون أعمال الإدارة والقضاء بين الناس كافة وأغلبهم على غير دين الاسلام ولا يتكلمون اللغة العربية ولهم مدنية وقانون ونظام ثابت في الإدارة والقضاء سواء في بلاد الروم وبلاد الفرس هي أرقى كثيرا مما افه العرب في باديتهم • لذلك اقتصر عمل والى أول الامر على جمع الجزية والخراج وترك كل أمور الإدارة والقضاء بيد الذميين يتولاه رؤساؤهم كما كانوا من قبل تماما ويلتزمون بالجزية والخراج فكان العرب كما قال لامنز يتولون ولا يحكمون واقتصرت سلطة والى على المسلمين الذين معه فكان حاكمهم وامامهم في الصلاة وقاضيه في الشرع • ولم يؤثر تعيين قضاة في عصر الخلفاء الراشدين واولئل عصر الامويين في شبه جزيرة العرب وما بين النهرين بالعراق وفي مصر بل ان اول قضاة هذه الامصار كان ولائها ومنهم القاضي شريح وابو موسى الاشعري فالاول كان واليا على البصرة والثانى كان واليا على الكوفة • وابو عبيدة الجراح كان واليا وقاضيا على الشام في عهد عمر بن الخطاب وابو بكر بن حزم كان واليا وقاضيا على المدينة في عهد عمر بن عبد العزيز • ومعاذ ابن جبل أرسله النبي صلى الله عليه وسلم واليا واماما على اليمن •

هؤلاء كانوا يتولون القضاء بصفتهم ولاة نائين عن الخليفة يؤيد ذلك أن رواية المؤرخين عن هؤلاء القضاة جرت بقولهم - أرسله على صلاتها وخراجها - والقاضى الذى يتولى الامامة وجمع الخراج يكون هو والى أيضا •

وقد رأى الفاتحون نظام القضاء جبرا على الناس قائما في بلاد الفرس يتولاه رجال الدين وفي بلاد الشام يتولاه Judex Provincial وهو لقب حاكم الولاية من قبل ملوك الروم يتولى الإدارة والقضاء معا هو أو نائبه في جلسات علنية

فغيربوا اسمه الى قاض . ولذلك يسمى القسم الادارى فى بلاد الشام بالقضاء .
فيقال قضاء بعلبك وهو يقابل المركز فى مصر .

فلما دخل الناس أفواجا فى الاسلام لم يتيسر للوالى أن يقوم بنفسه بوظيفة
القضاء فكان يعين من ينوب عنه أو يرسل الخليفة قاضيا غيره للقطر . وهذا كان
ينيب عنه من يشاء ويسمى فى هذه الحالة نائب القاضى أو النائب فقط أو مأذون
القاضى - ومنه المأذون الشرعى لعقود الزواج . ومن له سلطة الانابة له عزل من
ينيبه لانه وكيله وليس قاضيا مستقلا بالقضاء .

وفى العصر العباسى مع اتساع الدولة نشأت وظيفة قاضى القضاء نقلا عن
الفرس فكان قاضى القضاء يعين لبلد كبغداد أو لقطر كالشام ويكون هو صاحب
الولاية أصلا يستخلف أو ينيب عنه غيره فى القضاء . وأبو يوسف هو أول من
عين قاضى القضاء فى عهد هارون الرشيد ثم يحيى بن أكثم فى عهد المأمون ويروى
عنه القول المأثور « سياسة القضاء أشد من القضاء » وكان ابن خالدون قاضى
القضاء فى عهد الملك الظاهر فى مصر وقال المقرئى عن وظيفة قاضى القضاء
« لا يخرج شىء من الامور الدينية عنه » .

وكان من أثر ذلك قاعدة تخصص القضاء بالزمان والمكان وبنوع معين من
القضايا طبقا لنص التولية أو الانابة فما روى أن بعضهم خص بالفصل فى
الانكحة أو فى المياه فكان يسمى قاضى الانكحة أو قاضى المياه فلا يحكم فيما
عداها .

ومن أثر ذلك أن التظلم من حكم قاض كان يرفع الى من قلده القضاء أو انابه
عن نفسه لاعلى اعتبار أنه استئناف لحكمه بل رجوعا الى من أقامه ليقضى هو
بنفسه فى الخصومة لاعلى أنه ثانى درجة بل على أنه مصدر القضاء . كما كان
يجوز رفع الخصومة أولا وأخيرا الى صاحب ولاية القضاء الاصلى مع التجاوز عن
الالتجاء أولا الى نائبه المحلى Omisso Mediae فاستمر نظام التقاضى درجة
واحدة لا استئناف لها .

ومن أثر ذلك أن استمر نظام القاضى الفرد فى الاسلام فلم يعرف نظام
الكليات التى يجلس للقضاء فيها ثلاث قضاة أو أكثر يحكمون بأغلبية الآراء -
الا بعد ادخال النظم الحديثة فى مصر باللائحة الشرعية الصادرة فى ٢٧ مايو
سنة ١٨٩٧ . ورغم هذه اللائحة بقي نظام القاضى الفرد قائما حتى سنة ١٩١٤
ممثلا فى قاضى مصر الذى كان يعين من قبل الخليفة فى استامبول فكان هو
الرئيس الاعلى للقضاء الشرعى يتولى معا رئاسة المحكمة الشرعية العليا والمحكمة
الابتدائية بالقاهرة ويحكم وحده برأيه غير مقيد برأى الذين يجلسون معه لانه
هو القاضى الشرعى المولى من قبل الخليفة وكان لا ينفذ أمر فى المحكمة بغير
موافقته . وينص فى الحكم ذاته انه صدر من فلان المأذون بالقضاء من قبل سماحة
قاضى مصر . (تاريخ القضاء فى الاسلام للقاضى ابن عرنوس ص ٢٠٩) .

وحدث في اوائل القرن العشرين ان اتخذت الحكومة المصرية قرارا أو عرضت مشروع أمر عال بتعيين اثنين من مستشارى محكمة الاستئناف الاهلية عضوين بالمحكمة الشرعية العليا فرفض قاضى مصر التركى قبولهما ولم يصدر القانون أو لم ينشر ونفذ أمر قاضى مصر ولم ينفذ أمر خديوى مصر وهذه الواقعة اذكرها ويذكرها المخضرمون اذ لم ينشر القانون .

وتسمية القاضى الشرعى حديثة فقبل ذلك كان يسمى بالقاضى فقط فلما نشأت التنظيمات الحديثة بالدولة العلية وبمصر سمى بالقاضى الشرعى تمييزا له عن أعضاء مجالس الاحكام والقضاة بالمحاكم المدنية بل ان كلمة قاضى بمعنى الحكم فى الخصومات لم ترد فى القرآن ولا فى ادب العرب قبل الاسلام حيث كان فض المنازعات يتولاه رؤساء القبائل والعرافون والمشهورون بفراستهم ويسمى بالحكم من التحكيم لان الالتجاء اليهم لم يكن مفروضا بل كان تحكيما .

سلطة القاضى واختصاصه

كانت سلطة القاضى فى اول الامر عامة تشمل كل منازعات الافراد بعضهم مع بعض وتوقيع الحدود على الجرائم التى ورد فيها الحد فى الشرع والتعذير فيما عداها .

وتشمل علاقة الافراد بالدولة - المعبر عنها فى الفقه الحديث بالقانون العام فنظم الدولة واحكام الحرب والاسرى والغنائم البرية والخراج وضريبتى العشور والزكاة وحقوق غير المسلمين من ذميين واجانب مستأمنين كلها مشروحة فى كتب الفقهاء يطبقها الخلفاء والولاة فى السلم والحرب . وكانت المنازعات عليها يفصل فيها القاضى قبل الاحكام والولاة وقبل الخليفة احيانا فمنها أن الخليفة المنصور استحضر قاضى مصر للحكم فى خلاف بينه وبين والدته الخليفة المهدي . والخليفة المأمون تحاكم الى قاضى القضاة يحيى بن اكثم . والخليفة المهدي تحاكم مع ابن بختيشوع طبيبه الى قاضى القضاة أحمد بن أبى داود .

وفى سنة ١٥١٩ اراد السلطان سليم الرجوع فى الحقوق التى منحها السلطان محمد الفاتح للنصارى فاحتمى البطرك بنصوص القرآن وأيده المفتى لدى السلطان . وهذه الحادثة مشهورة رواها المعاصرون ومنهم المؤرخ الهولاندى دى هامر .

انما تجب ملاحظة أن كل هذه الحوادث قبل فيها الخليفة التحاكم لا الى القاضى بل الى الشرع . وقبل تحكيم القاضى . فلم يكن للقاضى اصلا سلطة الحكم على من ولاه اذ ولايته مستمدة منه وليست مستقلة عنه .

وكان يوكل اليه أمانة الصلاة وادارة الجامع والاقواف الخاصة بالجامع

ويكلف أيضا بإدارة المشاهد أى أضرحة الاولياء والاقواف الخاصة بها فنشأت من ذلك ادارته للاوقاف الخيرية .

وكذلك وكل اليه ادارة أموال القصر فيحاسب الاوصياء ويستغل أموالهم في التجارة بتسليفها الى التجار ولما كانت الفائدة محرمة فكان يلجأ الى الحيل الشرعية فيشتري بمال القاصر عينا بمبلغ ثم يبيعها لمن باعها للقاصر بثمان أغلا من الثمن الاول ويؤجل وفاء الثمن . وكان يعين لادارة هذه الاموال كاتب بالمحكمة يسمى كاتب الايتام وفى مصر وقف قديم مندثر يعرف باسم وقف كاتب الايتام ورد ذكره فى الدعوى رقم ٥١٧ سنة ١٩٤١ كلى مصر .

وكان يتولى اثبات رؤية هلال رمضان كما هو الحال الان ويتولى اثبات اسلام من يسلم ويقال فى سبب ذلك أن الولاة كانوا لا يرضون عن دخول الناس جماعة فى الاسلام خشية أن يكون ذلك تحايلا لعدم دفع الجزية والخراج مع بقائهم سرا على دينهم فيثبت الاسلام من كل فرد لدى القاضى بعد التأكد من شروط صحته وهى الايمان وانكارا ما ارتد عنه .

مجلس القضاء ونظام المشورة

كان القاضى أول الامر يجلس للحكم فى الجامع يحيط به العلماء يستشيرهم لكن لا يتقيد برأيهم .

وبقى هذا النظام قائما فيحضر العلماء الفقهاء مجلس القاضى يجلسون بجواره وحضورهم مندوب فى اداب القاضى يشاورهم « ان اشكل عليه من احكام الحوادث ولايتقيد برأيهم » . كما قال الكسائى فى بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع وذكر ابن نجيم فى البحر الرائق ان عمر ابن الخطاب عين قاضيا على مدينة حمص وسأله بما يحكم ان لم يجد فى الكتاب والسنة حلا يرجع اليه فقال أرجع الى عقلى « واستشير جلسائى » .

وبعض مراسم تقاليد القضاة نصت على الامر بذلك كما ذكر الكندى فى كتاب الولاة .

ومذهب الامام مالك يفرض المشاورة وجوبا فلا يجلس القاضى وحده مطلقا . وروى أن أحد قضاة الاندلس يحيى بن معمر اعترض على الجالسين معه ورفضهم فتعطل القضاء حتى عين الامير عبد الرحمن غيرهم كما ورد فى كتاب قضاة قرطبة للخشنى . وقال ابن عابدين ان القاضى لا يجلس وحده بل يجب أن يجلس معه اثنان من الفقهاء مشاورين له . فالمذهب المالكى يحتم نظام المشورة لكن القاضى لا يتقيد برأيهم .

فهل هذا أصل تسمية غرفة المداولة بغرفة المشورة ؟

وبقى الجامع مقر القاضى . لكن المذهب الشافعى لا يجوز ذلك خشية ان يكون بين الخصوم والشهود والحاضرين كافر أو نجس . ولذلك كان القضاة والخلفاء من هذا المذهب لا يجلسون للقضاء فى الجامع . بل فى منازلهم او فى المدارس وحيانا فى الطريق حتى خصص لهم مكان بقصد حفظ السجلات اولا . وكل ضبط الدعوى يصر فى قمطر .

اجراءات التقاضى

كانت الاجراءات اول الامر بسيطة فالمدعى يحضر المدعى عليه وان لم يحضر معه ارسل القاضى حاجبه لاحضاره . وللعدل بين الخصوم فى ترتيب نظر الدعوى كان يقترح بينهم ويقدم الحاضر من بلد بعيد على الحاضرين من اهل البلد .

والاجراءات الشرعية الخاصة بالاثبات مدونة فى كتب الفقه وكانت تتبع بدقة . والعمدة فى الاثبات اولا على الاقرار ثم على البينة عند الانكار ثم اليمين .

وكان الشهود غير المعروفين يزكون سرا وعلانية بالسؤال عنهم وعلانية فى المحكمة من المزيين الذين يشهدون على أن الشاهد عدل . فالشاهد لا تناقض أقواله بل تجرح ذمته أو تزكى .

فمن ثبت أنه عدل حكم على مقتضى شهادته . ومن ثبت أنه عدل مرة لا يزكى بعدئذ ويعتبر شاهدا مقرررا لدى القاضى حتى أن بعض القضاة كانوا يرسمون الشهود فيصبحون شهودا عدولا مقرررين أمام القاضى تقبل شهادتهم وحيانا يذكرون فى سجل حتى اصبح بالمحاكم شهود وظيفتهم الشهادة فى الدعوى كما يحصل الان تماما فى مكتب الشهر العقارى بالقاهرة .

وجاء فى كتاب الولاية للكندى ان المفضل بن فضالة قاضى مصر حوالى سنة ١٧٤ هـ رسم اقواما بالشهادة فكانوا عشرة فرأى الناس انه قد اتى امرا عظيما فقال اسحق ابن معاذ للمفضل :

« سادعو الهى حتى الصباح
« سننت لنا الجور فى حكمنا
« ولم يسمع الناس فيما مضى
« بأن العدول عديدا قليلا
« لكيما يعيدك كلبا هزيلا
« وصيرت قوما لصوصا عدولا »

على ان هذا لا يمنع الاخصام من الاستشهاد بغيرهم انما هؤلاء يكونون عرضة للتزكية سرا وعلانية لاثبات انهم شهود عدول .

وقد استوجب وجودهم بالمحكمة طبيعة الاثبات بالبينة . وعدم توافر شهود على واقعة النزاع بين الخصمين وكان مفروضا انهم باختلاطهم بالناس عالمون بالنزاع مباشرة أو سماعا . ويشهدهم الناس عليها توثيقا لها .

وكان القاضى مقيدا بشهادة الشهود اذا كانوا عدولا وجرى فى ذلك القول المشهور شاهدك قاتلاك . ولا تقبل ضدّهم شهادة شهود نفى . فشهود النفى لم يعرفوا فى هذا النظام .

أما الاثبات بالكتابة فكان موضوع شك فالكتابة المنكورة فى المحكمة تعتبر غير قائمة والاقرار بها يقوم مقامها فلم تكن للكتابة قيمة فى الاثبات لان الكتابة والامضاء واستعمال الختم كان فى نظرهم موضوع ريبة وعرضة للتزوير كما قال ابن عابدين .

فالاثبات فى كل الامور كان بالبينة حتى ما يضبط فى سجل يضبط بحضور الشهود ويثبت ما فى السجل لا بتدوينه بل بشهادة الشهود على صحته . فالشهادة فى السجل هى البينة على صحة الكتابة فكأن الكتابة ذاتها تثبت بالبينة . ولذلك قيل فى تعريف الحكم انه الزام على الغير بينة أو اقرار أو نكول .

وخشية التزوير كان ضبط الدعوى يكتب على ورقة واحدة طويلة ولا يكتب فى صحف متفرقة ولذلك فكل تصرف يضبط فى المحاكم الشرعية انما يضبط أصله فى سجل ولا يضبط فى ورقة مفردة .

وكان حكم القاضى يثبت بالبينة . ويشهد القاضى شاهدين على حكمه خصوصا وانه لم يكن يكتب فى أول الامر وأول من كتبه فى مصر القاضى سليم بن عتر حوالى سنة ٤٠ هجرية اذ تحاكم اليه ورثة فضى بينهم ثم اختلفوا فيما حكم به وتحاكموا اليه ثانيا فكتب حكمه وأشهد عليه . وكان الحكم يبدأ بعبارة « هذا ما أشهد على نفسه القاضى . . الخ »

والمرافعات الشرعية تقوم على أسس مقررة فيجب ان يثبت المدعى دعواه بأركانها لتكون مقبولة ثم دفع المدعى عليه القانونية فى الموضوع بالنسبة لجواز شهادة الشاهد وبالنسبة لصفته عدلا او فاسقا غير أهل للشهادة . ولذلك لا يؤثر فى تاريخ المحاكم الشرعية كلها مرافعة بليغة اذ لا مرافعة بالمعنى المعروف بل كلها بحاجة بين الخصمين فى توافر اركان الدعوى والدفع والجواب عنها وثبوت واقعة او عدم ثبوتها لا فى ذاتها بل على الوجه الشرعى وتجريح الشهود بعدم توافر الصفات المطلوبة فيهم شرعا .

ولذلك نرى احكام المحاكم الشرعية المنشورة فى مجلة المحاماة الشرعية تذكر وقائع الدعوى باختصار مقتصرة على بيان اركان الدعوى والدفع والرد عليها بعبارة قانونية واضحة مختصرة . وهذا النظام أدق وأفضل من نظام المحاكم المدنية التى تختلط فيها الوقائع والدفع بشروح مطولة . وهذا نتيجة لاحكام المرافعات الشرعية التى تفرض بيان أركان الدعوى والدفع والجواب عن ذلك من الخصم الآخر فتتخلص الوقائع المتنازع عليها ويجرى ثبوتها أو عدم ثبوتها على الوجه الشرعى ، كما هو مقرر فى المادة ١٠٦ من اللائحة الشرعية . وكانت الاحكام تنفذ اختيارا أو جبرا بواسطة حاجب القاضى أو بواسطة صاحب الشرطة .

مراسم تعيين القضاة

فى العصر العباسى والعصر الفاطمى مع اتساع الدولة وغناها ثبتت مراسم لتعيين القضاة منها أن يخلع عليهم الخليفة خلعة - أى كسوة او عباءة، وأن يعطى لهم بقلعة وأن يذهب القاضى أول يوم فى مركب يحف به الكبار والعلماء الى الجامع حيث يتلى أمر تعيينه .

ولعل الخلعة او الكسوة التى كان ينعم بها على القضاة الشرعيين فى عصرنا هى من اثر تلك المراسم السابقة .

وتجرى صيغة التولية هكذا - « فقلده قضاء القضاء بمدينة السلام وسائر الامصار فى الافاق والاقطار شرقا وغربا وبعدا وقربا » . وتجرى صيغة الانابة من القاضى الى غيره بعبارة استخلفتك أو استنبتكت عنى فى القضاء .

وقال بن خلدون ان السلطان « بعث من كبار الخاصة من اقعدنى بمجلس الحكم » وقيل عن غيره « فركب الى الجامع ولبس السواد » والسواد كان شعار الخلفاء والخاصة .

ومن تولى القضاء يتمتع بلقب القاضى بعد ترك القضاء سواء أعفى منه او تولى عملا آخر كما ذكر المقرئى .

أما مرتب القاضى فكان يدفع من بيت المال الا أن نظام التزام الوظائف شاع بعدئذ فكانت وظائف القضاء تعطى التزاما مقابل جعل يدفعه القاضى سلفا وهو يرجع على نوابه وعلى المتقاضين من رسوم تفرض على الدعاوى . وبلغ بالنسبة لوظيفة قاضى القضاة حوالى سنة ٣٥٠ هـ مئتى الف درهم ووظيفة قاضى الولاية خمسين ألف درهم . وكان يكتب بذلك شرط مسجل ولاشك أن هذا النظام أدى الى فساد كبير ، يكفى فى وصفه قول الامام أبو يوسف فى كتاب الخراج « ولاأظن كثيرا من القضاة والله أعلم بيبالى بما صنع وكيفما عمل ولا يبالى أكثر من معهم ان يفقروا اليتيم ويهلكوا الوارث الا من وفقه الله منهم » .

وظيفة الافتاء

نشأت وظيفة الافتاء فى الاسلام وحدها اذ كان المسلمون وخصوصا الذين يدخلون فى دين الله يلجأون الى الفقهاء فى تعرف احكام الدين يستفتونهم فيما أشكل عليهم فى العبادات والمعاملات ولاشك أن الفقهاء العالمين بالقرآن والحديث فى القرن الاول كانوا قلة يعدون ويعرفون بعلمهم ويقومون بتعليم القرآن وتفسير الحديث فى الجامع واليههم يرجع الناس فى تفقه الدين والشرع .

وقد شعر الخلفاء بحاجة الناس الى من يفتيهم خصوصا فى الامصار المفتوحة التى دخل أهلها فى دين الله افواجا فكان الخليفة عمر بن عبد العزيز

أول من عين مفتين ثلاثة في مصر كما ذكر المقرئى وعين الخليفة المأمون اللاط ابن سعيد وتوالى تعيين المفتين الى اليوم وربط لهم مرتب فى بيت المال .

وعظم أمرهم فى عصر السلاطين الممالك لعدم المام هؤلاء بالشرع . وكانوا يستفتونهم فى السياسة الشرعية وفى كل ما يبدو لهم اجراؤه وفى أمورهم الخاصة . بل وفى عصر سلاطين آل عثمان حين بدأت الحكومة تسنّ قوانين ولوائح للإدارة وغيرها كان لا يصدر شئ منها الا بعد استفتاء المفتى عن موافقة ذلك للشرع .

وتعيين المفتى لا يمنع العلماء جميعا من الفتوى . وكل عالم وخصوصا الذين كانوا يدرسون الدين والفقه يحق له الافتاء ويستفتى فعلا حتى فى الدعاوى المرفوعة الى القاضى وتقدم فيها الفتوى للاستناد اليها .

وكان لطبقة المفتين أثر كبير جدا فى توضيح الشرع وتطبيقه على الامثلة العملية التى يستفتون فيها ويستشهد بفتاويهم لدى القضاء وفى كتب الفقه فكثيرا ما يختم بحث بعبارة (وعليه الفتوى) دلالة على أنه الرأى الراجح .

وقد دونت فتاوى كبار المفتين وطبعت وصارت مرجعا هاما من مراجع الفقه منها الفتاوى المهدية للمهدى العباسى والحامدية نقحها ابن عابدين والخاصانية لقاضىخان وغيرها .

والفتاوى فى الاسلام تقابل تماما Jus Prudenciae فى القانون الرومانى وكان المفتون الى ما قبل العصر العثمانى يعتبرون أقل درجة من القاضى ويجلسون معه فى القضاء يستشيرهم ولا يتقيد برأيهم فاختلفت وظيفة المفتى بالمشارو خصوصا فى بلاد الاندلس التى ساد فيها مذهب الامام مالك . وهذا المذهب يوجب على القاضى المشاورة فلا يجلس وحده الا بحضور المشاوين وكانوا عادة من المفتيين .

ولذلك كانوا يرسمون مفتين فى دار العدل ويقصد بذلك المحكمة لان لفظ المحكمة لم يعرف الا فى التنظيمات الحديثة المقتبسة عن النظام الفرنسى .

وفى العصر العثمانى صار المفتى أكبر مقاما من القضاة والمفتى فى مصر فى درجة رئيس المحكمة الشرعية العليا سابقا . وكان للقضاء رقابة عليهم وذكر ابن خلدون لما عين قاضيا للقضاة فى مصر انه منع المفتين غير المعينين من الافتاء لعدم كفاءتهم .

وكلاء الدعاوى

أما المحاماة لدى القضاء الشرعى فلم تنشأ كمهنة مستقلة ذات كيان كما نشأت قديما فى روما وفى العصور الوسطى بأوروبا وفى النظم الحديثة انما نشأت فئة سميت بالوكلاء - وكلاء الدعاوى لا يشترط فيهم توافر العلم بالفقه ولا

يعينهم احد بل حسبهم توافر شروط الوكالة ينوبون عن الخصم اما لتفرية او كما ورد (لصيانة نفسه من الابتذال في مجلس الخصومة) ويقفون بباب الحكم - عارفين بسائر الحيل الشرعية وكلما ورد ذكرهم في أى كتاب اقترن باللعنة عليهم لفساد ذمتهم .

وبعض صيغ تولية القضاء اشتملت على وصفهم وكف مساوئهم فمنها :
« الوكلاء هم البلاء المبرم والشياطين المسئولون لمن توكلوا له بالباطل ليقضى لهم به وانما يقطع لهم قطعة من جهنم فليكيف بمهابته وساوس أفكارهم ومساوىء فجارهم ولا يدع لمجنى أحد منهم ثمرة الا ممنوعة ولا يد اعتداء الا مغلوله الى عنقه او مقطوعة وليظهر بابه من دنس الرسل الذين يعيشون على غير الطريق » .
فكان القاضى يجمعهم فى أول جلسة يعقدها بالجامع ويقرأ عليهم سورة العصر ثم يعظهم ويحذرهم .

* * *

ان الصورة التى رسمت للقضاء لا يجب ان تأخذ على أنها صورة كاملة لكل عصر وكل بلد بل هى صورة مرقعة تبين ما كان عليه القضاء عموما مع انه لم يكن على هذه الصورة فى كل عصر وفى كل بلد من بغداد الى الاندلس مدة ثلاثة عشر قرنا . وتخلل ذلك تغييرات عديدة متباينة فمثلا كان قاضى القضاة بمصر شافعيًا لان اهل مصر كانوا على المذهب الشافعى فعين السلطان بيبارس قاضيا للقضاة من كل مذهب . واختلف فى سبب ذلك هل كان قاضى القضاء الاصلى الشافعى المذهب لم يجبه الى فتوى ارادها أو كان يعارض أحكام القضاة من المذهب الحنفى أو أن السلطان وهو على المذهب الحنفى اراد أن يجعل قاضى القضاة من مذهبه .

وبقى قضاة المذاهب الاربعة فى مصر يقضون كل حسب مذهبه وتتناقض أحكامهم . فلما أخذ السلطان سليم البيعة بالخلافة من آخر الخلفاء بنى العباس وكان الاتراك على مذهب أبى حنيفة صار المذهب الحنفى هو المتبع .

وكانت سريات الجيش المحاربة يصحبها قاض للحكم بينهم وتفريق الغنائم والاقطاعات عليهم والنظر فى الاسرى يسمى قاضى الجيش فى عهد الخلفاء ثم قاضى عسكر فى عهد السلاطين وكانت وظيفته كبيرة لدى سلاطين آل عثمان لانه كان يصحب السلطان فى الحرب ووظيفته لديهم ثابتة فى السلم ايضا .

وقد تولى بعض القضاة فى عصور مختلفة وظائف أخرى بالاضافة الى وظيفتهم الاصلية لا على أنها تبع لعمل القاضى بل نتيجة لثقة الخليفة فيهم ولعلمهم بالشرع مثل وظيفة كاتب السر للخليفة يرفع له ما يرد من المكاتبات والالتماسات ويبدى له المشورة فيها فيما كان يسمى بديوان الطغراء أى التوقيع فى مثل مركز رئيس الديوان الان . ومثل النظر على الرباع - وهى الاراضى المملوكة للسلطان ومثل القصص اى تعليم الدين فى الجامع فيقص عليهم أحسن القصص من القرآن

والسيرة النبوية وتفسير الحديث . ومثل الدعوة لمذهب الخلفاء وكان سليمان بن عتر داعية للامويين ضد العلويين وله مرتب خاص بذلك .
وفي بعض حالات عزل خليفة بثورة من جنده كان يؤخذ من القاضي حكم باثبات تنازله لتصح بيعة خلفه .

قضاء الشرطة

وقد نشأ بجوار القاضي نظامان آخران دائمان - هما قضاء الشرطة وقضاء المظالم .

فالشرطة - أي البوليس - تقوم على حفظ الامن وتعقب المجرمين وقطاع الطريق وتتولى التحقيق والحكم بتوقيع الجزاء في غير الاحوال التي ورد فيها حد في القرآن .

وسبب ذلك ان اجراءات القاضي في المواد الجنائية كانت مقيدة بطرق الاثبات الشرعية وهي الاقرار أو البينة أو النكول فلا يعرف نظام التحقيق فالمتهم يكون في مركز المدعى عليه لا تثبت ادانته لدى القاضي بغير هذه الادلة الشرعية - واحيانا كان يوجه اليه اليمين عند الانكار وعدم البينة ولذلك كان زجره للناس ضعيفا خصوصا مع مراعاة القاعدة الشرعية « ادروا الحدود بالشبهات » .

وأساس ولاية الشرطة النيابة عن الخليفة أو عن الوالي فيفوض رئيسها وكان يسمى الحاجب أو صاحب الشرطة أو صاحب المدينة بتعقب المجرمين ومعاقتهم وكان يشار اليه في الفقه باسم والي الجرائم . ويظهر أن اختصاصها كان أول الامر قاصرا على التعذيب فيما لم يرد فيه حد لكنها امتدت الى الحدود فيحكمون بالجلد والحبس والقصاص في الجروح والاعدام احيانا غير مقيدتين بطرق الاثبات الشرعية بل حسب اعتقادهم . وكانت المحاكمة تجري اما بادعاء من المدعى مباشرة أو من قبلهم ولسهولة وبساطة وشدة هذا النظام امتد الى كل الجرائم فطفي على سلطة القاضي التي بقيت قائمة لم تلغ لا في الحدود ولا في التنازير فكان الشرطة كانت تتولى القضاء الجنائي . ولاشك أن قد حصل تضارب في الاختصاص يوضحه ما رواه الكندي قال :

« وتظلم رجل الى الوزير بان على بن سعيد نظر في أمره وحكم له وأن القاضي على بن النعمان أنكر ذلك واعترض فيه فوقع الوزير - من حكم بحكم من سائر المستخلفين فليس للقاضي ولا لغيره الاعتراض عليه كما انه ليس لاحد منهم الاعتراض على القاضي فيما حكم فيه » .

وواضح من توقيع الوزير أن أساس ولاية الشرطة الاستخلاف على الحكم من قبل السلطان .

ولم يؤثر عن الشرطة تعذيب المتهمين للاعتراف فلم تكن بحاجة الى اعترافه اذا صدقت أقوال المدعى أو قامت عليه القرائن .

قضاء المظالم

كان الخلفاء والولاة ينظرون فيما يرفع اليهم من ظلمات الافراد مما « يعجز عنه القاضى فينظر فيه من هو اقوى منه » فى مجلس يحضره العلماء والوزراء وقاضى القضاة وقد ينيب الخليفة عنه من يشاء مثل قاضى القضاة أو الوزراء للحكم فى المظالم وكانوا يعقدون لذلك جلسات علنية ثم فى ايام محددة فى عصر المماليك واساس هذا النظام امران :

الاول - ان قضاء القاضى كان مقيدا بطرق الاثبات الشرعية فلا يثبت بها كثير من المظالم التى يعجز المدعون عن اثباتها بالبينة وقضاء المظالم غير مقيد بها .

الثانى - ان ديوان المظالم لا ينظر فى دعاوى الافراد العاديين التى تخضع للقاضى الشرعى وللاثبات الشرعى بل « بتصدى لفصل المظالم بين المتداعين فيما لا تسوغ الدعوى فيه من الامور الديوانية وغيرها » .

وقوله الامور الديوانية يقصد بها مراقبة الولاة والحكام والجباة وعمالهم فى أداء وظائفهم والنظر فى التظلم من افعالهم ومن تعديات الاقوياء على الضعفاء وغصب اموالهم ومن عدم تنفيذ أحكام القضاء أو أحكام الشرع أو سماع الشكاوى ضد القضاة انفسهم . مما لا تسوغ الدعوى فيه لدى القاضى حسب ما ورد . فكانت ولاية المظالم كما قال ابن خلدون « مزيجا من سطوة السلطة ونصف القضاء وتحتاج الى علو يد وعظيم رهبة » .

والظاهر انه بدأ فى عهد عمر بن العزيز حين زادت مظالم بنى أمية فردها عمر على اهلها وهو يشبه الى حد كبير القضاء الادارى الان .

وكانت احكامه تجرى بالانصاف برد الحق المفسوب وتغريم الظالم أو عزله وتأديب المفتري وجرت مرة بجلد المدعى المبطل فى دعواه والخارجين على قواعد الاسلام .

قضاء نقيب الاشراف

وكذلك انشأ بنو العباس نقابة للاشراف لحصر العلويين من نسل فاطمة الزهراء وخصص لهم مرتبات فى بيت المال وجعل لنقيبهم ولاية القضاء بينهم فى كافة أمورهم تعظيما لهم وارضاء لهم عن الخلافة التى خرجت من يدهم وكان نقيبهم يحكم فى كل أمورهم وعلى الاخص بابطال الزواج من شريفاتهم بغير ذوى الكفاءة لهن ويتولى تزويج الايامى منهن ويقوم على صالح من لا ولى له ويقوم على تعذيبهم وردهم عما لا يليق بمقامهم واقامة الحد على من يتعدى حدود الله .

انما يظهر انه لم يكن له القضاء فى الحقوق المدنية اذا تنازعوا مع غيرهم - وما زالت هذه النقابة قائمة فى مصر الى اليوم . ولم يؤثر عن نقيبهم فى مصر انه قلد القضاء بينهم .

أثر القضاء الشرعى

ان القضاء الشرعى كان محور الحياة فى الاسلام جعلها كلها قائمة على احكام الشريعة وفيما عدا ذلك لم يكن له اثر فيما تلاه من تنظيمات قضائية مطلقا ولم يؤثر فى تقرير قواعد الشريعة فلا تعرف من احكامه بل من مصادرها فى كتب الفقهاء .

ولم يؤثر الاستشهاد على حكم شرعى من حكم قاض لان القاضى كان يستند الى هذه المصادر كما كان يستشهد بفتاوى كبار المفتين .

ولعل ذلك كان نتيجة حتمية لعدم وجود العدد الكافى من الفقهاء لتولى القضاء ثم لتقيد القاضى بما ورد فى مذهبه . فالقاضى الشافعى لا يحكم برأى مخالف للمذهب الشافعى وثانيا لقفل باب الاجتهاد عموما ثم جاءت اللائحة الشرعية فقيدت القاضى بالحكم بارجح الاقوال من مذهب ابى حنيفة .

وقد ابقى العمل بهذا النص . ولو حذف لكان خيرا اذ يتحلل القضاء من هذا القيد ويطبق كليات احكام الشريعة على مقتضى احوال هذا العصر التى تغيرت تغيرا كبيرا فى الحالة الاجتماعية وفى التفكير بما يتفق وما ورد فى المذاهب الاخرى ويكون اوفق للحالة الاجتماعية الجديدة .

وبمقارنة القضاء الشرعى بالنظم القضائية فى روما والعصور الوسطى باوربا نجد انه نظام خاص بالاسلام فى هذه الحقبة من الزمن لا يتصل بما سبقه ولم يؤثر فيما لحقه من التنظيمات وهو مرآة للحالة الاجتماعية وقتئذ ولنظم الحكم فيها . وهو يفضلها من حيث اثره فى اقامة العدل باجراءات سريعة وحاسمة رغم ان لا ضمان فيه سوى ذمة القاضى كما شهد بذلك الاستاذ جوستاف لبون فى كتابه مدنية العرب عما شهد به بنفسه فى مراكش .

Dr. Gustave le Bon, La Civilisation des Arabes, Paris 1884, P. 413-14

وهو يشابه فى بعض خصائصه ومميزاته نظام القضاء فى انجلترا - خصوصا فى العصر السابق على توحيد المحاكم بها فى القرن التاسع عشر فالشرع الانجليزى Common Law كالشريعة الاسلامية غير مقنن ويتولى القضاء قاض بمفرده الى اليوم ووظيفة قاضى القضاة فى كليهما . وكان قاضى القضاة احيانا يتولى الوزارة فى عصر العباسيين والفاطميين مثل Lord Chancellor فهو قاض ووزير . والقاضى فى الشريعتين يتولى بتفويض من السلطان . والقضاء الجنائى فى انجلترا

كان أكثره قديما غير مقنن والعقاب فيه تعذيب متروك لتقدير القاضى • وقضاء المظالم يشبه الى حد كبير قضاء الانصاف فى محكمة Lord Chancellor

القضاء بين الذميين

القضاء بين الذميين نوعان : القضاء الملى الذى نشأ من أول الفتح الاسلامى ، ثم القضاء القنصلى الذى نشأ فى أول القرن السادس عشر بعهد السلطان سليمان القانونى الى ملك فرنسا فرانسوا الاول ، والذى عرف باسم الامتيازات الاجنبية • كلاهما نظام متوافق مع أحكام الشريعة الاسلامية ومقرر بها •

القضاء الملى

من الخطأ الشائع القول حديثا بأن القضاء الملى كان امتيازا لغير المسلمين لاسباب سياسية كما قال بذلك بعض المؤلفين دفاعا عن هذا النظام وشبهوه بالامتيازات الاجنبية مع أنه نظام أساسى فى دار الاسلام وفى الشريعة الاسلامية نشأ وبقي منذ الفتح الاسلامى الى حين تنظيمه بالخط الهمايونى الصادر فى سنة ١٨٥٦ من سلاطين آل عثمان •

وكان أول الامر عاما شاملا لسائر المنازعات المدنية والجنائية والاحوال الشخصية أيضا ، وسبب ذلك أن البلاد التى فتحها المسلمون كان أهلها على جانب كبير من المدنية والرقى ، وكانت حكوماتهم منظمة ولهم قانون مكتوب هو القانون الرومانى والقانون الكنسى فى الشام ومصر ومحاكم منظمة تعقد جلسات علنية ذات اجراءات مكتوبة والعمدة فى الاثبات لديهم على الكتابة لا البينة ، وكذلك كانت بلاد الفرس • فلما جاء المسلمون وكانوا أول الامر قلة من الجند ومن يتبعهم لا يعرفون لغة البلاد ، ترك الفاتحون سائر نظام الحكم والادارة والقضاء على الذميين لاهل البلد ، بل واستعملوا عددا من أهلها فى وظائف الدولة وبجوار الخليفة وبقيت لغة البلاد لغة الدواوين مدة طويلة فى سائر الامصار •

فالخليفة معاوية بن أبى سفيان ، كان كاتبه وصاحب أمره سرجون الرومى ، وعلى حرسه رجل من الموالى يقال له المختار • والعباسيون استعملوا الفرس ، وكذلك كل الولاة فى سائر الامصار • فكان العرب كما قال لامنز يتولون ولا يحكمون فلما دخل الناس أفواجا فى الاسلام لم يتغير هذا النظام الا أن المسلمين أصبحوا وحدهم خاضعين للشريعة الاسلامية وللقاضى الشرعى ، ذلك أن الشريعة أمرت بترك الذميين وما يدينون ولم تخضعهم للقاضى الشرعى الا اذا تحاكموا اليه •

ويؤيد ذلك قول ابن سعد فى كتاب الطبقات أن القاضى شريح اذا أتى بلدا خراجا لا يتولى القضاء فيها والبلد الخراج هى التى كل أهلها ذميون لان الخراج لا يربط على المسلمين •

وكان من أسباب ذلك اختلاف شرائعهم عن الشريعة الإسلامية فى الأحوال الشخصية وفى المعاملات المحرمة فى الشريعة والجائزة عندهم مثل الربا والتعامل فى الخمر والخنزير وفى الحدود حيث يعاقب المسيحى على تعدد الزوجات وكانت أحكام البطارقة فى ذلك ينفذها الوالى المسلم .

ومما يؤيد ذلك ترجمة شريعتهم من السريانية الى العربية فى منتصف القرن الخامس للهجرة حوالى سنة ١٠٥٩ فى كتاب اسمه الهدى ترجمه قسيس مارونى يدعى داود ونسخته محفوظة فى الفاتيكان . فترجمة شريعتهم الى العربية دليل على اتباعها فيما بينهم الى ذلك التاريخ وبعده أيضا .

وكان الولاة يعينون قضاة من الذميين للحكم بينهم والمذهب الحنفى يجيز ذلك .

وفى التاريخ الإسلامى أمثلة لتولية رؤساء أهل الذمة القضاء بين أتباعهم . قد جاء فى صبح الاعشى فى توقيع الى بطرك اليعاقبة (الاقباط الارثوذكس) سنة أربع وستين وسبعمائة « وليتحدث فى قسمة مواريتهم اذا ترافعوا اليه وليجعل فصل أمور طائفته من المهمات لديه ج ١١ ص ٤٠٠ » . وجاء فى توقيع الى بطرك النصارى بالشام « وليفصل بينهم بحكم مذهبهم فى مواريتهم وأنكحتهم وليعتمد الزهد فى أموالهم وأمتعتهم ج ١٢ ص ٤٢٥ » . وجاء توقيع الى رئيس السامرة بالشام « وليحكم فى طائفته وفى أنكحتهم ومواريتهم وكنائسهم القديمة المعقود عليها بما هو فى عقد دينه . ج ١١ ص ٣٩٢ » . وجاء فى توقيع الى رئيس اليهود بالشام « وأن يعاملهم على ما ألفوه من الأحكام وينصف صاحب حقهم من متطلبهم حتى لا يعدوا أحد فى سبت ولا فى سائر الايام وليعبر من أسفار العبرية عن عوائد قضاياهم النظامية . ج ١٢ ص ٤٢٨ » (راجع طبعة دار الكتب الملكية سنة ١٩١٩) .

وذكر جيبون فى تاريخ الامبراطورية الرومانية أن المسلمين حين فتحوا الهند أبقوا قضاءها على حاله اذ اعتبروا أهلها ذميين لا وثنيين .

ومع انتشار الإسلام وتولى المسلمين سائر أعمال الدولة وصيرورة الذميين أقلية وتعرّبهم والتجائهم الى القاضى الشرعى أو الوالى فى معاملاتهم صار قضاؤهم فيما بينهم منحصرا فى البطارقة وفى أحوالهم الشخصية والدينية فقط .

وقد تكرر ما حصل فى بدء الفتح الإسلامى عند فتح القسطنطينية . ففى هذا البلد كان السلطان وجنده وحاشيته أقلية صغرى بين أهل البلد لا يعرفون لغتها فولى بطاركتهم الحكم بين رعاياه فى سائر أمورهم الدنيوية المدنية والجنائية وأمورهم الدينية لان هذا النظام هو الذى أملت طبيعة الحالة الاجتماعية واختلاف الشرائع بين الحاكم وبين الرعية وهو بعينه ما حصل فى بدء الفتح الإسلامى فى الشام وفى مصر وفى بلاد الفرس .

فلم يكن هذا النظام امتيازاً لغير المسلمين بل تطبيقاً صحيحاً لاحكام الشريعة الاسلامية وبقي كذلك فى الدولة العثمانية حتى نظم فى سنة ١٨٦٥ بالخط الهمايونى وأخذ من البطاركة اختصاصهم فى الامور المدنية والتجارية والجزائية وقصر على الاحوال الشخصية لاهل ملتهم .

وسار القضاء الملى فى مصر على الخط الهمايونى وما تلاه من منشورات وتحريرات سامية صادرة من الباب العالى « لم تكن (كما قالت المذكرة الايضاحية لقانون الغاء المحاكم الشرعية والمالية) فى صياغتها وتفسيرها وليدة حرص على توخى الوضوح والاحكام وانما كانت فى حقيقتها ثمرة تجهيل اقتضته ظروف السياسة » .

وقد أدى غموضها الى خلافات كبيرة مشروحة فى كتابى « قضاء الاحوال الشخصية للطوائف المالية » والحكومة المصرية سارعت الى تنظيم الطوائف الوطنية وهى الاقباط الارثوذكس والارمن الكاثوليك والبروتستانت . أما سائر الطوائف الاخرى فلم تتعرض لهم لان أكثر أتباعهم من الاجانب لم يكن للحكومة سلطة التشريع عليهم فبقيت هذه الطوائف تتمتع بهذا الاختصاص يتولاه بطركها المعتمد تعيينه لدى الحكومة المصرية بصفته قاضى الطائفة . وهو بالطبع ينيب عنه المطارنة وينظم محاكمهم لكن الحكم يعتبر حكمه لا حكمهم - وقد تقرر ذلك فى الدعوى رقم ١/١٩٥٠ جنايات اسكندرية .

وكان اختصاص كل طائفة قاصراً على أتباعها فقط . وكان تنازع الاختصاص شائعاً بينها بعضها مع بعض ومع المحاكم الشرعية بسبب تغيير الملة وتغيير الدين . وتضارب الاختصاص كان يؤدى الى تضارب القوانين وتناقض الاحكام .

ولما كانت المجالس المالية والمحاكم الشرعية كل منها لا تطبق الا قانونها فتتعارض قواعد الاختصاص مع الحكم الموضوعى الواجب تطبيقه فيفضل فى التنفيذ الحكم الصادر من المحكمة التى تطبق شريعة العقد على الحكم الصادر من المحكمة المختصة باعتبار أن الاختصاص مسألة اجراءات وأن قاعدة شريعة العقد تتعلق بتنظيم حقوق عائلية من النظام العام فتفضل على قواعد الاختصاص عند التعارض بينهما وانعقد الاجماع على ذلك أول الامر .

وأساس هذه القاعدة ومقتضاها أن الزواج حين عقده على مذهب طائفة يرتضى الزوجان أحكام قانون هذه الطائفة شريعة لهما يعرفان منه حقوقهما وواجباتهما . ولا يجوز لاحد الزوجين أن يغير هذا القانون بارادته وحده ويبدل فى واجباته وفى حقوق الطرف الآخر فى ديانتة الاولى فان يكن من حقه أن يتمتع بما يحله له مذهبه أو دينه الجديد فيجب أن لا يترتب على ذلك اسقاط الحقوق المكتسبة للزوج الآخر بمقتضى عقد الزواج .

وبعد الغاء الامتيازات وخصوصاً بعد الغاء المحاكم المختلطة استقر القضاء

بالعكس على اعمال قواعد الاختصاص واعتبارها من النظام العام فضحيت بذلك قاعدة شريعة العقد .

ومن المهم أن نذكر أن جهة الادارة المنوط بها تنفيذ أحكام المحاكم للاحوال الشخصية كانت أول الامر تسير على رأى الاول بارشاد قلم قضايا الحكومة . وكان كل أعضائه أولا غير مسلمين وأجانب وهذا لا يطعن فى تقديرهم اذ تقديرهم فى نظرى هو الصحيح .

ان المؤلفين المسيحيين بسبب تمسكهم بهذا النظام وحماية له ودفاعا عنه قالوا خطأ أنه امتياز لغير المسلمين على غرار الامتيازات الاجنبية فى الدولة العلية . وهم فى ذلك مخطئون كل الخطأ . فهذا النظام مقرر بأحكام الشريعة ومطبق من بدء الاسلام وأثناء أوج عظمته ولم يوصف بأنه امتياز الا فى القرن التاسع عشر من قبل الدول الحامية للمسيحيين كثرة لنزاعها السياسى مع الدولة العثمانية .

والقضاء الملى فى الاسلام كان له شبيهه فى بلاد النصرى فعلى أثر الحروب الصليبية وخروج أقطار ومدن اسلامية من يد الخلفاء والسلطين بقى المسلمون فى هذه البلاد يتمتعون بقضائهم الشرعى وممارسة شعائر الدين وكان السلطين ينصون على حق المسلمين فى اقامة جامع وامام وقاضى فى معاهدات الصلح مع أمراء النصرى . M.P. Eleutheriades, Etudes Orientales, T.I, P. 145

وجاء فى معاهدة الصلح بين تركيا والنمسا فى فبراير سنة ١٩٠٩ التى تنازلت فيها تركيا عن البوسنة والهرسك أن لشيخ الاسلام فى استامبول حق تعيين رئيس العلماء فيها وهذا الرئيس يعين القضاة وأئمة المساجد والمفتى ويتولى معهم ادارة الاوقاف ونص فيها على استمرار الدعاء للخيفة فى خطبة الجمعة (المرجع السابق ص ٢٤٦) .

القضاء القنصلى والامتيازات الاجنبية

وبهذه المناسبة نقول أيضا عن الامتيازات الاجنبية أنها لم تكن فى الاصل امتيازات ولا منح ، بل كانت تطبيقا لحكم الشرع نشأت من نظام القضاء الشرعى الذى لا يحكم بغير الشريعة الاسلامية ، والذى لا يقضى بين غير المسلمين الا اذا تحاكموا اليه طوعا واختيارا . والمؤلفون الاجانب أرجعوه الى أسس سياسية ثم اعتبروه امتيازات عندما ضعفت الدولة العثمانية فى أوائل القرن التاسع عشر مع أنه بدأ بمعاهدة السلطان سليمان مع ملك فرنسا فرانسوا الاول سنة ١٥٣٥ والدولة العثمانية فى أوج عظمتها وقوتها العسكرية والملك فرانسوا مغلوب على أمره هزم فى حربه مع الامبراطور شارل كانت ، فحاول الاستنجد بالسلطان ماليا وعسكريا وأرسل اليه مبعوثه لهذا الغرض فلم يكن فى مركز المفاوضات بل فى مركز المستجدى .

ويلاحظ أن الترك لم يحاربوا الفرنسيين أبدا بل كانت حروبهم لا تتعدى حدود النمسا . وكان الامبراطور شارل كانت قد هزم الترك قبل ذلك فى أعالي الدانوب وفي تونس فسر السلطان من مبعوث ملك فرنسا ومن انشاء علاقة ودية معه .

فالى هذا المبعوث سلم السلطان بيده عهدا منحة منه « بقشيشا » (كما قال بذلك الاستاذ ف . ب . اليشيرياويس المحامى بأثينا فى كتابه السابق ذكره ج ١٠ ص ١٣٧٠) .

فهذا العهد ليس معاهدة لانه عمل صادر من جانب واحد وليس وليد مفاوضة واتفاق أو مساومة اذ ليس لنصوصه مقابل تعهد به ملك فرنسا .

وقد نشرت وزارة الخارجية الفرنسية وثائق هذا العهد واعتمد عليها Charière, Negociation de la France dans le Levant, T.I, P. 225 وتسميته Capitulation ليست مشتقة من فعل Capituler بل من لفظ Caput اللاتينى ومعناه Chapitre أى فصل لان العهد كتب فى فصول ، أى بنود منمرة .

بل نص فيها على أن كلا من انجلترا - عدوة فرنسا وقتئذ - والبابا يمكنهم أن ينضموا اليها اذا أبدوا رغبتهم بذلك فى مدة ثمانية أشهر . فما هو الباعث للسلطان على اعطاء هذا العهد .

لم يكن هذا العهد بقشيشا بل اجراء متوافقا مع نظام الحكم والقضاء فى دار الاسلام للاجانب المستأمنين .

فدار الاسلام فى شريعتها واحدة لكل المسلمين ، ولو كانوا تحت حكم أمراء أو خلفاء مستقلين أحدهم عن الآخر ، فالمسلم من الاندلس الخاضع لخلافة بنى أمية لا يعد أجنبيا فى بغداد تحت حكم خلفاء بنى العباس . فالمسلم أينما حل فى دار اسلام يكون فى وطنه ولا يعد أجنبيا .

والذميون هم أهل الكتاب المتوطنون فى دار اسلام يخضعون للجزية وللخراج ويعتبرون من رعايا الخليفة .

والاجنبى من أهل الكتاب هو المقيم فى دار الحرب - وتشمل ما عدا دار الاسلام باعتبار دار الحرب واحدة بصرف النظر عن استقلالها بعضها عن بعض .

فاذا جاء الاجنبى دار الاسلام عابرا أو متاجرا يعتبر مستأمنا - لا رعية - ولا تفرض عليه الجزية وبالطبع لا يفرض عليه الخراج لانه لا يمتلك أرضا . فالمستأمن فى الشرع هو العابر الذى لا يتوطن فى دار الاسلام . ومدة اقامته مقدرة لسنة فان زاد عليها اعتبر رعية وخضع للجزية وكان للخليفة أن يأذن بزيادة هذه المدة اذا شاء .

وعند فتح القسطنطينية اعتبر جميع المقيمين فيها من أهلها ومن الاجانب

مثل أهل البندقية وجنوا وغيرهم رعية بحق الفتح • أما من جاء بعد ذلك من
أجانب فاعتبر مستأمناً لمدة سنة •

وكان الاتراك منصرفين عن التجارة تركوها الى الذميين والى الاجانب وكان
السلاطين يشجعون المستأمنين من التجار الاجانب • ومما لا شك فيه أن
الكثيرين من المستأمنين كانوا يلتصقون مد مدة الاستئمان ويرى السلطان فى
ذلك فائدة لتجارة بلاده •

ومراعاة لذلك نص فى عهد السلطان الى ملك فرنسا على اطالة مدة الاستئمان
الى عشر سنوات ، بعدها يصبح المستأمن رعية الا اذا رجع الى بلده ثم عاد الى
تركيا فتبدأ مدة استئمان جديدة لعشر سنوات •

وكان المستأمنون من أول الفتح يخضعون النصارى منهم الى قضاء البطارقة
واليهود الى قضاء الحاخام لانهم باعتبارهم غير مسلمين لا يخضعون للشرعية
الاسلامية •

ولذلك جاء فى العهد أن الفرنسيين المستأمنين يخضعون الى قضاء رؤسائهم
القناصل والسفير ، ولم يكن فى ذلك تبديل كبير اذ هو موافق للشرعية فاخراجهم
من قضاء البطارقة الى القضاء القنصل لم يكن مغايراً للشرعية التى تجيز للخليفة
أن يعين للذميين قضاة منهم •

وربما كان المستأمنون من قبل لا يلجأون فى منازعاتهم التجارية فقط الى
البطاركة بل الى كبارهم ثم الى قناصلهم خصوصاً وان قوانين بلاد أوروبا بدأت فى
ذلك الحين تتميز بعضها عن بعض فلم تكن الشريعة الرومانية سائدة فى
كل البلاد •

فيتبين من ذلك أن عهد السلطان سليمان الى ملك فرنسا - ولا أسميه
معاهدة - كان متوافقاً مع الشريعة الاسلامية ولم يكن منحة « بقشيشا » فهو عهد
صدر الى دولة أجنبية صديقة غير محاربة •

ولعل « دار الحرب » بعدئذ أخذت تتقلص مع انشاء علاقات صداقة
بين الخليفة وملوك بعض بلاد النصارى وقصر تطبيقها بعدئذ على حالات
الحرب فعلاً •

أما نص العهد على تطبيقه على الانجليز وعلى أتباع البابا - وكانت سلطته
ممتدة على كثير من ممالك أوروبا - فهو أساس تطبيقه على سائر الاجانب عملاً
بقاعدة « أولى الامم رعاية » •

فلما أرادت الدولة العثمانية ادخال التنظيمات القضائية الحديثة فى أوائل
القرن التاسع عشر ، وقد ضعفت ، اعتبرت الدول المناوئة لها هذه القواعد

الشرعية امتيازات لرعاياها وللمسيحيين من رعايا الدولة العلية • وقال بذلك المؤرخون غير العالمين بالشريعة الاسلامية •

يتبين من كل ما سبق أن نظام القضاء الملى وقضاء الامتيازات الاجنبية لم يكن امتيازاً ولا منحة بل كان نظاماً أساسياً فى دار الاسلام • ولم يعتبر نظاماً استثنائياً الا بعد نشوء فكرة سيادة الدولة فعد انتقاصاً منها • مع أنه نشأ وسيادة الدولة كاملة • وكان هذا النظام مقررًا بحسب شريعتها الاسلامية • (١)

(١) ان أهم مرجع حديث جامع مبوب مرتب فى هذا الموضوع اعتمدت عليه هو كتاب الاستاذ Emile Tayan, Histoire de l'Organisation Judiciaire en Pays d'Islam, Paris, Sirey, 1938.