الفصل الاول

النطاق الموضوعى لولاية القضاء الاسلامى

نقصد بهذا النطاق تحديد ولاية القضاء بالنظر الى الأعمال المسندة الى القضاة ذوى الولاية العامة ؛ حيث تكون ولاية هؤلاء القضاة كاملة لم يطرأ عليها أى تخصيص بزمان أو بمكان أو بحادثة ؛ وهذه الولاية العامة قد تكون لبعض القضاة ، كما أنها تكون دائما للامام بحكم ولايته العامة .

ومن الصعوبة بمكان وضع حدود فاصلة وجامدة لهذا النطاق . فقد قرر بعض الفقهاء المسلمين أنه لا حدود لذلك فى الشرع ؛ وقد أوضح ذلك الفقيه أبو العباس ابن تيمية فقال : « عموم الولايات وخصوصها وما يستفيده المتولى بالولاية يتلقى من الألفاظ والأحوال والعرف . وليس لذلك حد فى الشرع ، فقد يدخل فى ولاية القضاء فى بعض الأمكنة والأزمنة ما يدخل فى ولاية الحرب فى مكان وزمان آخر بالعكس وكذلك الحسبة وولاية المال . وجميع هذه الولايات هى فى الأصل ولاية شرعية ومناصب دينية فأى من عدل فى ولاية من هذه الولايات فساسها بعلم وعدل وأطاع الله ورسوله بحسب الامكان فهو من الأبرار الصالحين ؛ وأى من ظلم وعمل فيها بجهل فهو من الفجار الظالمين »[1] ؛ وأشار الى مثل ذلك الشيخ على الخفيف قائلا : « وليست الحدود بين هذه الولايات « القضاء والحسبة والمظالم » يمتنع معه التدخل والتنازع بينها ؛ فكان الفصل بينهما بسبب ذلك دقيقا والتمييز بين اختصاص كل منها فى بعض الأحوال عسيرا ، وكان المرجع فى ذلك على العموم ما تحويه مراسيم

---

(١) انظر للفقيه ابن تيمية : الحسبة فى الاسلام او وظيفة الحكومة الاسلامية طبعة ١٣١٨هـ . ص ٨ ، وانظر مثل هذا القول للعلامة ابن قيم الجوزية : الطرق الحكمية ، تحقيق الأستاذ محمد حامد الفقى ، طبعة ١٩٥٣ م ، ص ٢٣٩ .

التولية فى كل منها من بيان وتفصيل »[٢] ، كذا أشار الى ذلك الشيخ عبد الوهاب خلاف عند تعرضه للقضاء فى عهد الصحابة قائلا : « أما الاختصاص الموضوعى الذى يتبين منه ما يدخل فى اختصاص القاضى من مواد المنازعات ، وما يخرج عن اختصاصه منها ، فليس فى تاريخ هذا العهد « عهد الصحابة » ما يحدده تمام التحديد »[٣] ، كذلك نجد الشيخ محمود بن عرنوس يقرر ذلك عند حديثه عن الاختصاص القضائى فى الطور التاريخى الثانى للقضاء فى الاسلام (من ١٥٠ — ١٢٢٥هـ) قائلا : « ان هذا المبحث من أدق المباحث التى تعترض الكاتب فى القضاء الاسلامى اذ ليس لذلك حد مقرر »[٤] ، كما أشار الى أعمال كثيرة ليست ذات طبيعة قضائية كانت تسند للقضاة كقيادة الجند[٥] ، ورؤية شهر رمضان [٦] ، والى أن بعض القضاة كان يجمع بين ولايتين كالجمع بين ولايتى القضاء والشرطة [٧] ، كما أن كثيرا من الشراح المعاصرين أوضح أن لا حدود لاختصاص القضاء الاسلامى [٨] . بيد اننا نلاحظ أن هناك

---

(٢) انظر : بحث لفضيلته القى فى أسبوع الفقه الاسلامى ومهرجان الامام ابن تيمية بدمشق فى الفترة من ١٦ — ٢١ شوال سنه ١٣٨١هـ ، مطبوع بمعرفة المجلس الاعلى للفنون والآداب والعلوم الاجتماعية سنة ١٩٦١ م ، ص ٥٦٨ .

(٣) انظر : السلطات الثلاث فى الاسلام . بحث لفضيلته منشور بمجلة القانون والاقتصاد ، السنة السادسة سنة ١٩٣٦ — العدد الرابع ، ص ٤٥٢ . ومثل هذا القول ايضا فى مؤلفه : السياسة الشرعية ، طبعة سنة ١٣٥٠ هـ ، ص ٥٠ .

(٤) انظر : تاريخ القضاء فى الاسلام ، للشيخ محمود عرنوس ، ص ١١١ .

(٥) انظر : تاريخ القضاء فى الاسلام ، للشيخ محمود عرنوس ، ص ٢٧ .

(٦) انظر : الشيخ محمود بن عرنوس ، المرجع السابق نفسه ، ص ١١٤ .

(٧) انظر : الشيخ محمود بن عرنوس ، المرجع السابق نفسه ، ص ٢٦ .

(٨) انظر : الدكتور القطب محمد طبلية ، العمل القضائى فى القانون المقارن ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٨٠ ، الدكتور : عطية مصطفى =

فريقاً آخراً من الفقهاء أشار الى وجود محتوى موضوعى لولاية القضاء ، وهذا المحتوى يتضمن أعمالا يقتصر نظرها على القضاة ولا يزاحمهم فيها غيرهم من الولاة بحيث لا تتد خل ولاية القضاء مع غيرها من الولايات فى هذا الصدد . وفكرة وجود هذا المحتوى أشار اليها صاحب تبصرة الحكام نقلا عن الفقيه القرافى قائلا : « أما ولاية القضاء فقال القرافى : هذه الولاية متناولة للحكم لا يندرج فيها غيره ..... »[٩] ، ويشير الى وجود هذا المحتوى فى موضع آخر نقلا عن الفقيه ابن سهل قائلا : « قال ابن سهل : ويختص القاضى بوجوه لا يشاركه فيها غيره من الحكام .... »[١٠] ؛ كما أشار صراحة الى وجود هذا المحتوى العلامة ابن خلدون وبرر اضافة أعمال غير قضائية للقضاة بكفاءة هؤلاء القضاة فقال : « انما كان للقاضى فى عصر الخلفاء الفصل بين الخصوم فقط ، نعم قد يفوض له الخليفة نظر بعض الأمور العامة لا باعتبار أنها داخلة فى ولاية القضاء ولكن لما يراه فى القاضى من الكفاءة للقيام بها ... »[١١] ، بل اننا نلاحظ وجود هذا المحتوى الموضوعى فى أقوال الشيخ محمود بن عرنوس بعد أن قرر أنه لا حد لذلك فى الشرع فقال : « القاضى من حيث هو قاضى ليس له الا الفصل فى الخصومات ، فان كان يلى ولاية المظالم مع ولاية القضاء كان له النظر فيما فوض الى صاحب هذه الولاية ، وان أضيفت له ولاية الشرطة نظر فيما يخصها أيضا »[١٢] .

كما يفهم وجود هذا المحتوى من توضيح العلامة شهاب الدين

=مشرفة : القضاء فى الاسلام . الطبعة الثانية سنة ١٩٦٦ . ص ١٠٩ ؛ الأستاذ عبد الحمد عبد الحليم سالم ؛ السلطة القضائية وأطوارها . رسالة مخطوطة مقدمة لجامعة الأزهر . سنة ١٩٣٧ م الورقة رقم ١٠١ .

(٩) انظر : تبصرة الحكام لابن فرحون . طبعة سنة ١٣٠١ هـ ، الطبعة الأولى بالمطبعة العامرة الشرفية بمصر ص ١٢ .

(١٠) انظر : تبصرة الحكام ؛ المرجع السابق نفسه . ص ٦٦٧ .

(١١) انظر هذا القول للعلامة ابن خلدون ، مشار اليه فى مرجع الشيخ محمود بن عرنوس ؛ السالف الذكر ص ٢٥ .

(١٢) انظر : الشيخ محمود بن عرنوس ؛ المرجع السالف الذكر ، ص ٢٦ .

القرافى للعلاقة بين الامام والمفتى والقاضى ، اذ أوضح أن للامام أن يقضى كما أنه من الممكن أن يفعل ما ليس بقضاء فقال : « ان الامام فى نسبته الى المفتى والحاكم — أى القاضى — كنسبة الكل لجزئه ، والمركب لبعضه ، فان للامام أن يقضى وأن يفتى ، وله أن يفعل ما ليس بفتيا ولا حكم ، فكل امام قاض ومفت ، والمفتى والقاضى لا تصدق عليهما الامامة الكبرى »[١٣] ، كما أن الفقيه ابن القيم أوضح أن لفظ « القاضى » لا يطلق الا على من يقوم بأعمال معينة فقال : « والمتولى لفصل الخصومات واثبات الحقوق والحكم فى الفروج والأنكحة والطلاق والنفقات وصحة العقود وبطلانها هو المخصوص باسم الحاكم والقاضى »[١٤] ، ومن هذه الأقوال السابقة جميعا يمكننا القول بوجود محتوى موضوعى لولاية القضاء وهذا المحتوى يختلف عن محتوى أى ولاية من الولايات العامة الأخرى ، كالشرطة والحسبة والمظالم وغيرها ، بل اننا نلاحظ أن بعض الفقهاء قد حصر الأعمال التى يتضمنها هذا المحتوى كالعلامة أبو الحسن الماوردى فقال : « فان كانت ولايته — أى ولاية القاضى — عامة مطلقة التصرف فى جميع ما تضمنه فنظره مشتمل على عشرة أحكام :

أحدها : فصل المنازعات وقطع التشاجر والخصومات ، اما صلحا عن تراض ويراعى فيها الجواز ، أو اجبار بحكم بات يعتبر فيه الوجوب .

والثانى : استيفاء الحقوق ممن مطل بها وايصالها الى مستحقها بعد ثبوت استحقاقها من أحد وجهين : اقرار أو بينة ، واختلف فى جواز حكمه فيها بعلمه فجوزه مالك والشافعى رضى الله عنهما فى أصح قوليه ومنع منه فى القول الآخر ، وقال أبو حنيفة رحمه الله : يجوز أن يحكم بعلمه فيما علمه فى ولايته ولا يحكم بما علمه قبلها .

والثالث : ثبوت الولاية على من كان ممنوع التصرف بجنون أو صغر

---

(١٣) انظر للفقيه القرافى : الاحكام فى تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضى والامام ، طبعة سنة ١٩٢٨ ، مطبعة الأنوار ، ص ٦ .

(١٤) انظر : اشارة الى هذا القول : الشيخ محمود بن عرنوس ، تاريخ القضاء فى الاسلام ، المرجع السابق ، ص ١١١ .

والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو فلس حفظا للأموال على مستحقيها وتصحيحا لأحكام العقود فيها .

والرابع : النظر فى الأوقاف بحفظ أصولها وتنمية فروعها والقبض عليها وصرفها فى سبيلها فان كان عليها مستحق للنظر فيها راعاه وان لم يكن تولاه ، لأنه لا يتعين للخاص فيها ان عمت ويجوز أن يفضى الى العموم وان خصت .

والخامس : تنفيذ الوصايا على شروط الموصى فيما أباحه الشرع ولم يحظره وان كانت لمعينين كان تنفيذها بالاقباض ، وان كانت فى موصوفين كان تنفيذها أن يتعين مستحقوها بالاجتهاد ويملكوا بالاقباض فان كان فيها وصى راعاه وان لم يكن تولاه .

والسادس : تزويج الأيامى بالأكفاء اذا عدمن الأولياء ودعين الى النكاح ، ولا يجعله أبو حنيفة رضى الله عنه من حقوق ولايته لتجويزه تفرد الأيم بعقد النكاح .

والسابع : اقامة الحدود على مستحقيها ، فان كان من حقوق الله تعالى تفرد باستيفائه من غير طالب اذا ثبت باقرار أو بينة ، وان كان من حقوق الآدميين كان موقوفا على طلب مستحقه وقال أبو حنيفة لا يستوفيها معا الا بخصم مطالب .

والثامن : النظر فى مصالح عمله من الكف عن التعدى فى الطرقات والأفنية واخراج ما لا يستحق من الأجنحة والأبنية ، وله أن ينفرد بالنظر فيها وان لم يحضره خصم ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز له النظر فيها الا بحضور خصم مستعد ، وهى من حقوق الله تعالى التى يستوى فيها المستعدى وغير المستعدى فكان تفرد الولاية بها أحض .

والتاسع : تصفح شهوده وأمنائه واختيار النائبين عنه من خلفائه فى اقرارهم والتعويل عليهم مع ظهور السلامة والاستقامة وصرفهم والاستبدال بهم مع ظهور الجرح و لخيانة ومن ضعف منهم عما يعانيه كان موليه بالخيار وفى أصلح الأمرين اما أن يستبدل به من هو أقوى منه وأكفى واما أن يضم اليه من يكون اجتماعه عليه أنفذ وأمضى .

والعاشر : التسوية فى الحكم بين القوى والضعيف والعدل فى القضاء بين المشروف والشريف ولا يتبع هواه فى تقصير المحق أو ممايلة المبطـل »[١٥] .

ومن ذلك يتضح لنا أن هناك نطاقا لولاية القضاء الاسلامى من الناحية الموضوعية ، ولكن يلاحظ أن حدود هذا النطاق ليست جامدة بل انها ذات طبيعة مرنة بحيث يشمل هذا النطاق أعمالا ليست من صميم عمل القاضى ، ويمكننا القول بأن الأعمال التى تسند للقضاة والتى يتضمنها هذا النطاق أنواع ثلاثة :

النوع الأول : أعمال ذات طبيعة قضائية بالمعنى الدقيق .

النوع الثانى : اعمال ذات طبيعة ولائية .

النوع الثالث : أعمال ذات طبيعة مناقضة لولاية القضاء ، وهـذه الاعمال يتعلق بعضها بالولايات الأخرى كالحسـبة والمظالم والشرطة وغيرها ، بينما يتعلق البعض الآخر منها بالعبادات .

ويلاحظ أن هذا النطاق الموضوعى لولاية القضاء ، يختلف عن النطاق الموضوعى لكل من التحكيم والفتيا ، كما يختلف أيضا عن النطاق الموضوعى لكل من ولايتى المظالم والحسبة .

وسوف نلقى الضوء على هذا النطاق الموضوعى لولاية القضاء فى المباحث التالية :

المبحث الأول : فى الأعمال ذات الطبيعة القضائية بالمعنى الدقيق « فصل الخصومات » .

المبحث الثانى : فى الأعمال ذات الطبيعة الولائية .

المبحث الثالث : فى الأعمال ذات الطبيعة المناقضة لولاية القضاء .

المبحث الرابع : فى العلاقة بين النطاق الموضوعى لولاية القضاء ونطاق النظم التى لها شبه بالقضاء .

* * *

---

(١٥) انظر : الأحكام السلطانية لأبى الحسـن المـاوردى — طبعـة مطبعة الوطن بمصر ، سنة ١٢٩٨ هـ ، ص ٦٧ ، ٦٨ ، وانظر مثل ذلك أيضا : الأحكام السلطانية للقاضى ابى يعلى ، طبعة مطبعة الحلتى بمصر ، سنة ١٣٥٧ هـ ، ص ٤٩ ، ٥٠ .

المبحث الأول
الأعمال ذات الطبيعة القضائية بالمعنى الدقيق
« فصل الخصومات »

العمل الأساسي للقضاة وفقا للنظام القضائي الاسلامي هو حسم الخصومات وهـذا يتضح لنا من التعريفات الاصطلاحية للقضاء التي ذكرها لنا فقهاء المسلمين[١٦] ، كما أن الواقع العملي منذ عصر الرسول ﷺ الى الان يؤكد لنا ذلك ، وقد أوضح العلامه أبو الحسن الماوردى أن أول عمل للقاضى ذى الولاية العامة هو فصل المنازعات[١٧] ، اذ الغرض من القضاء فصل الخصومات ، وقد اشار الى هذا الغرض صاحب كشاف القناع فقال « وتفيد ولاية الحكم العامة أى التي لم تخص بحالة دون حاله ، فصل الخصومات وما عطف عليه ، ويلزم القاضى بها أى بسبب الولاية العامة ، فصل الخصومات واستيفاء الحق ممن هو عليه ودفعه الى ربه لان المقصود من القضاء ذلك ، ولهذا قال أحمد[١٨] : أنذهب حقوق الناس »[١٩] .

---

(١٦) راجع ص ١٧ ، ١٨ من هذا البحث .

(١٧) انظر : الأحكام السلطانية لأبى الحسن الماوردى ، طبعة مطبعة الوطن بمصر ، سنة ١٢٩٨ هـ ، ص ٦٧ ، ومثل ذلك أيضا الأحكام السلطانية للقاضى أبى يعلى ، طبعة مطبعة الحلبى بمصر ، سنة ١٣٥٧ هـ ص ٤٩ .

(١٨) أحمد : أى الامام احمد بن حنبل ، رضى الله عنه هو : أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال الشيبانى ، الفقيه العالم الحافظ الحجة ، ولد سنة ١٦٤هـ ، سافر رضى الله عنه كثيرا فى طلب العلم فزار البصرة والكوفة ومكة والمدينة واليمن والشام والمغرب والجزائر ، والتقى بالشافعى فى رحلة الحجاز ، وأخذ عنه الفقه وأصوله ، وعلم الناسخ والمنسوخ ، ولقيه مرة أخرى ببغداد ، قال الشافعى : خرجت من بغداد وما خلفت بها أفقه ولا أورع ولا أزهد من احمد بن حنبل ، توفى رحمه الله سنة ٢٤١ هـ ، انظر طبقات الحنابلة ج ١ ص ٤ وما بعدها ، خلاصة التذهيب ، ص ١٠ ، صفوة الصفوة ، ج ٢ ص ١٩٠ .

(١٩) انظر : كشاف القناع عن متن الاقناع ، نشر مكتبة النصر الحديثة ، الرياض ، ج ٦ ص ٢٨٩ .

ويتلاحظ لنا أن جميع المنازعات تخضع لولاية القضاء : فلا خصومة بلا قاض فى الشريعة ، ولا خروج لمنازعات معينة من ولاية القضاء بحيث اذا رفعت احداها اليه رفضها لانتفاء ولايته ، وهـذه العمومية تتضح لنا مما ذكره صاحب تبصرة الحكام عندما تحدث عن ركن المقضى فيه فقال : « المقضى فيه هو جميع الحقوق ، قال القاضى أبو الأصبغ بن سهل : اعلم أن خطة القضاء أعظم الخطط قدرا وأجلها خطرا وعلى القاضى مدار الأحكام واليه النظر فى جميع وجوه القضاء من القليل والكثير بلا تحديد[٢٠] ، وقال مثل ذلك صاحب كتاب معين الأحكام[٢١] ، وأوضح عمومية ولاية القضاء الاسـلامى بخضوع جميع المنازعات لهذا القضاء صاحب بداية المجتهد فقال : « أما فيما يحكم فاتفقوا أن القاضى يحكم فى كل شىء من الحقوق كان حقا لله أو حقا للآدميين »[٢٢] .

ولا يتوهمن أحـد أن تخصيص القضاء بالخصومات أو بالمكان أو بالزمان من الممـكن أن يؤدى الى خروج منازعة عن ولاية القضاء الاسـلامى ، اذ المحتوى الموضوعى لولاية القضاء وهو يتسم بالعمومية كما سبق أن ذكرنا لن ينقصه تنظيمه وتقسيمه الى أنصبة توزع بين القضاة عن طريق تخصيصهم بالزمان أو المكان أو الحادثة ، اذ أن مجموع هـذه الأنصبة يتساوى تماما مع هـذا المحتوى الموضوعى الذى لا تخرج منه منازعات لا ينظرها القضاء الاسـلامى ، فالامام له أن يخصص القضاة بحكم ولايته العامة ، بيد أنه اذا أخرج منازعة معينة من ولاية أحـد القضاة فليس أمامه الا أحـد طريقين لا ثالث لهما وهما : اما أن يجعل نظر هـذه المنازعة ضمن ولاية قاضى آخر ، أو أن ينظرها بنفسه بحـكم أنه قاضى ذى ولاية عامة فكل امام قاضى وولايته غير قابلة للتخصيص بل هو الذى يملك تخصيص القضاة .

---

(٢٠) انظر : تبصرة الحكام فى اصـول الأقضية ومناهج الأحكام، الطبعة الأولى ، للمطبعة العامرة الشرقية بمصر ، سنة ١٣٠١ هـ ، ص ٦٦ .

(٢١) انظر : معين الأحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ، طبع المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣١٠ هـ ، ص ٤٠ .

(٢٢) انظر : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لأبى الوليد ابن رشـد القرطبى ، طبع مطبعة صبيح بالقاهرة ، ج ٢ ص ٣٨٢ .

فقد أوضح فقهاء المسلمين أن ولى الأمر اذا خصص القاضى بالزمان أو المكان أو بالحادثة ، فان عليه أن يسمع الدعاوى التى تخرج عن ولاية هـذا القاضى بنفسه ، أو أن يولى قاضيا يختص بسماع هـذه الدعاوى حتى لا يضيع حق أى انسان(٢٣) ، ومن ثم فان التخصيص لا ينقص من ولاية القضاء .

كذلك ينبغى ملاحظة أن المسلمين مأمورين بأن يرفعوا خصوماتهم الى القضاء الاسـلامى ، فقد قال الله تعالى : « **فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما** »(٢٤) وقال الله تعالى أيضا : « **يا أيها الذين آمنـوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، فان تنازعتم فى شىء فردوه الى الله والرسول ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، ذلك خير وأحسن تأويلا** »(٢٥) ، فهذه الآيات الكريمة تأمر المسلمين بالرجوع الى أوامر الله ونواهيه التى أوحى بها الى رسوله ﷺ وتطبيق أحكامه المنزلة على كل خصومة أو نزاع ، كما أنها تتضمن دعوة لهم أن يعرضوا قضاياهم وخصوماتهم على القضاء الاسـلامى(٢٦) .

اذ الشريعة الاسـلامية لا تعرف ما يسـمى بالقضاء الخـاص « La Justice privée » **وهو القضاء الذى كان يسـود فى المجتمعات البدائية حيث كان يجوز للفرد أن يقتضى حقه بنفسه ومن ثم كان المجتمع**

---

(٢٣) انظر : رد المحتـار على الدر المختـار ، المطبعـة المصرية ج ٤ ص ٥٣٢ ، عدة أرباب الفتوى ص ٢٧٤ ، غمز عيون البصائر على الأشباه والنظائر ، ج ١ ص ٣٦٩ ، الفتاوى البزازية ، ج ١ ص ٤١٦ ، الفتـاوى الانقـروية ، ج ١ ص ٣٣٤ ، الفتـاوى الحامـدية ، ج ٢ ص ٥ ، الفتـاوى الكاملية ، ص ١٠٨ ، الدكتـور حامد عبد الرحمن ، نظـرية عـدم سـماع الدعـوى للتقـادم بين الشريعة والقـانون ، رسالة مقدمة لجامعة الأزهر سنة ١٩٧٦ ، ص ٨٧ .

(٢٤) النساء : ٦٥ . (٢٥) النساء : ٥٩ .

(٢٦) انظر : فى دلالة هذه الآيات على ذلك : الدكتور محمد نعيـم ياسين ، نظرية الدعوى بين الشريعة الاسـلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، الرسالة السابقة ، ص ١٣٠ .

فوضويا يسوده الاضطراب والهمجية[٢٧] ، ولم يكن هناك احتراما للمبدأ السائد الآن فى المجتمعات الحديثة والذى لا يبيح للفرد أن يقضى لنفسه بنفسه « Nul ne peut se faire justice à soi-même » ، فقد وجد احترام لهذا المبدأ مع وجود نظام القضاء العام « La Jastice Publiquo » حيث تتكفل الدولة وحدها باقامة العدل ، ورغم زوال نظام القضاء الخاص فان هناك بعض الآثار لهذا النظام حيث تجيز التشريعات الحديثة للفرد فى بعض الحالات دفع العدوان عن حقه بنفسه دون الالتجاء مقدما للسلطة العامة ولكن بحدود رسمتها هذه التشريعات وهذه الحالات يعتبرها الفقه من قبيل القضاء الخاص المنظم « La Justice privée roglomentée » ، ومن قبيل هذه الحالات : حق الدفاع الشرعى ، والحق فى الحبس ، والدفع بعدم تنفيذ العقد ، وحق الاضراب[٢٨] .

ولا يؤثر فى صحة قولنا بأن الشريعة لا تعرف القضاء الخاص اجازة فقهاء المسلمين تحصيل الأعيان المستحقة مثل العين المغصوبة اذ يجوز استردادها من الغاصب بدون اذن الحاكم[٢٩] ، أو اجازتهم

---

(٢٧) انظر : اشارة للقضاء الخاص : الدكتور عبد الباسط جميعى والدكتور عبد المنعم الشرقاوى ، شرح قانون المرافعات الجديد ، المرجع السابق ، ص ١ ، الدكتور عبد المنعم الشرقاوى ، الوجيز فى المرافعات المدنية والتجارية ، المرجع السابق ، ص ١ ، الدكتور رمزى سيف ، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، المرجع السابق ، ص ٧ ، الدكتور محمد العشماوى ، قواعد المرافعات فى القانونين الأهلى والمختلط المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ١ ، الدكتور عبد الحميد أبو هيف ، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائى فى مصر ، المرجع السابق ، ص ٢٩ ، الدكتور ابراهيم نجيب سعد ، القانون القضائى الخاص ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ٧ ، ٨ .

(٢٨) انظر : الدكتور رمزى سيف ، الوسيط فى المرافعات ، المرجع السابق ، ص ٧ هامش رقم ١ .

(٢٩) انظر : مغنى المحتاج ، جـ ٤ ص ٤٦٢ ، كشاف القناع ، جـ ٤ ص ٢١١ ، الوجيز فى فقه مذهب الامام الشافعى ، جـ ٢ ص ٢٦٠ ، تحفة المحتاج ، جـ ١٠ ص ٢٨٧ ، ٢٨٨ ، حاشية الباجورى ، جـ ٢ ص ٤٠٠ ، منح الجليل ، جـ ٤ ص ٣٢١ ، تهذيب الفروق ، جـ ٤ ص ١٢٣ ، الدكتور محمد نعيم ياسين ، نظرية الدعوى ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٨٩ .

تحصيل نفقة الزوجة والأولاد من مال الزوج ما يكفى هـذه الزوجة وأولادها بدون اذن الحاكم[٣٠] ، اذ أنهم فى نفس الوقت أجمعوا على عدم اجازة ذلك اذا كان يخشى منه مفسدة أو فتنة[٣١] ، والمفسدة هى الضرر الذى يترتب على تحصيل الانسـان حقه بنفسه[٣٢] ، وقيل انها تتمثل فى ارعاب المسلم وترويعه اذ لا يجوز لمستحق العين أخذها اذا كانت مودعة عند آخر لمـا يترتب على ذلك من ترويع المودع عنده بظن ضياع الوديعة[٣٣] ، ومن ثم لا يمكننا اعتبار هاتين الحالتين من قبيل القضـاء الخاص أو حتى آثار له اذ أنهما مشروطتان بعـدم حدوث فتنة أو مفسدة كما أوضحنا ، ومن النادر حدوثهما بدون ذلك ، اذ لا شك أنه ينتج عن ذلك ضرر أو على الأقل ترويع للمسلم ، أضف الى ذلك الأهداف النبيلة والعـادلة التى تتحقق من اجازة هاتين الحالتين اذا ما توفرت شروطهما حيث تؤدى الحالة الأولى الى القضاء على غصب

---

(٣٠) انظر : المغنى ، جـ ٩ ص ٣٢٧ ، البحر الزخار ، جـ ٤ ص ٣٨٧ ، تهذيب الفروق ، جـ ٤ ص ١٢٥ ، المهذب ، جـ ٢ ص ٣١٩ ، الدكتور محمد نعيم ياسين ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٩٢ ، وقد اجمع الفقهاء على ذلك لمـا ورد فى الحديث الصحيح عن السيدة عائشـة رضى الله تعالى عنها انها قالت : دخلت هند بنت عتبة امراة ابى سفيان على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله .. ان أبا سفيان رجـل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى بنى الا ما أخذت من ماله بغير علمه ، فهل على فى ذلك جناح ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفى بنيك » ؛ انظر : سنن ابى داوود مع معالم السـنن ، جـ ٣ ص ١٦٦ ، صحيح البخـارى مع فتح البارى ، جـ ١٣ ص ١٤٦ ، صحيح مسلم بشرح النووى ، جـ ١٢ ص ٧ ، السنن الكبرى ، جـ ١٠ ص ١٤١ ، سنن النسائى ، جـ ٨ ص ٢٤٦ ، ٢٤٧ .

(٣١) انظر : الوجيز فى فقه مذهب الامام الشـافعى ، للغزالى ، جـ ٢ ص ٢٦٠ ، منح الجليل ، جـ ٤ ص ٣٢١ ، تهذيب الفروق ، جـ ٤ ص ١٢٣ ، حاشية الباجورى ، جـ ٢ ص ٤٠٠ ، تحفة المحتاج ، جـ ١٠ ص ٢٨٨ ، كشاف القناع ، جـ ٤ ص ٢١١ ، الدكتور محمد نعيم ياسين ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٨٧ .

(٣٢) انظر : حاشية الباجورى ، جـ ٢ ص ٤٠٠ .

(٣٣) انظر : مغنـى المحتـاج ، جـ ٤ ص ٤٦٢ ، تحفـة المحتـاج جـ ١٠ ص ٢٨٨ .

الأعيان ومن ثم لا تعم الفوضى فى المجتمع ، وتؤدى الثانية الى المحافظة على الزوجة والأولاد وفى ذلك صيانة للأسرة التى هى أساس المجتمع ، ففى الحالتين محافظة على المجتمع وتقويته ودفع أى فساد بعكس القضاء الخاص حيث كانت الهمجية تسـود المجتمعات .

كذلك لا يقدح فى قولنا السـابق ما اختلف فيه فقهاء المسلمين من اجازة أن يستوفى الدائن دينه من مال مملوك لمدينه اذا ظفر به[٣٤] ، اذ أنهم اختلفوا فى ذلك ، ومن أجاز للدائن ذلك اشترط شروطاً مشددة للغاية كاشتراط أن يكون مال المدين من جنس حق الدائن وأن يكون بنفس صفته[٣٥] ، كما أنهم جميعا لم يبيحوا للدائن ذلك فى حالة خشية حدوث فتنة أو مفسدة وقد سبق أن تعرضنا لهـذا الاجماع فى الصورتين السابقتين كما أن الامام أحمد بن حنبل ـ رضى الله عنه ـ لم يجز للدائن ذلك استنادا الى قول الرسول الكريم صلوات الله وسلامه عليه : « أد الأمانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك »[٣٦] ، فاذا أخذ الدائن مال مدينه بغير اذنه فقد ارتكب ما نهى عنه الرسول صلوات الله وسلامه عليه[٣٧] ، والى قوله ﷺ : « لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفس منه »[٣٨] وفى هـذا الحديث الأخير منع من أن يأخذ الانسـان مال غيره الا برضاه[٣٩] ، كما استند أنصار مذهب الامام أحمد بن حنبل

---

(٣٤) انظر : فى عرض هـذه المسألة تفصيلا : الدكتور محمد نعيم ياسين ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، من ص ٩٤ ـ ١٣٢ والمراجع التى اشـار اليها .

(٣٥) انظر : البحر الرائق ، جـ ٧ ص ١٩٢ ، قرة عيون الاخيار ، جـ ١ ص ٣٨٠ .

(٣٦) انظر : سـنن الدارمى ، جـ ٢ ص ١٧٨ ، معالم السنن ، جـ ٣ ص ١٦٨ ، سبل السلام ، جـ ٣ ص ٨٩ ، حلية الأولياء جـ ٦ ص ١٣٢ .

(٣٧) انظر : كشاف القناع ، جـ ٤ ص ٢١١ ، المغنى لابن قدامة ، جـ ٩ ص ٣٢٧ .

(٣٨) انظر : التلخيص الحبير ، طبع شركة الطباعة الفنية المتحدة ، سنة ١٩٦٤ ، جـ ٣ ص ٤٥ ، ٤٦ ، المطالب العالية ، طبع المطبعة العصرية بالكويت ، الطبعة الأولى سنة ١٩٧٠ ، جـ ١ ص ٤٢٢ .

(٣٩) انظر : المغنى لابن قدامة ، جـ ٩ ص ٣٢٧ ، القواعد والفوائد الأصولية ، ص ٣٠٩ .

رضى الله عنه فى عدم اجازتهم للدائن ذلك الى قوله تعالى : « **يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم ، ولا تقتلوا أنفسكم ، ان الله كان بكم رحيما** »(٤٠) ، اذ المعاوضة يشترط لصحتها باتفاق العلمـاء رضا المتعاوضين وفقا للآية القرآنية الكريمة ، والدائن اذا ظفر بغير جنس حقه من مال المدين ليس له أخذه لأنه معاوضة يشترط لصحتها رضا المتعاوضين ، كما أنه اذا ظفر بجنس حقه من مال المدين فليس له تعيين ما يقضى به المدين بغير رضا صاحبه لأن التعيين يعود اليه ، اذ لا يجـوز للدائن أن يقول للمدين : أقضى حقى من هذا المـال دون هـذا(٤١) ، فالامام أحمد بن حنبل — رضى الله عنه — لم يجز للدائن أن يستوفى حقه من مال مملوك لمدينه اذا ظفر به ، كما أن باقى الفقهاء لم يجيزوا للدائن ذلك الا بشروط مشددة وأجمعوا على عدم اجازة ذلك اذا ترتب عليه مفسدة أو فتنة كما أوضحنا ، وبذا لا صلة بين هـذه الحالة الخلافية والقضاء الخاص حيث ينتج عنه دائمـا مفسدة بقيام كل فرد باقتضاء حقه بنفسه ولا يأخذ حقه الا الأقوياء ومن ثم تعم الفوضى والهمجية فى المجتمع وهو ما لا تقره الشريعة الاسـلامية .

فعمومية ولاية القضاء فى الاسلام أمر لا ريب فيه فى اعتقادنا ؛ فلم توجد منازعة بلا قاض ، ولا يملك القضاء رفض الدعاوى استنادا الى ما يسمى انتفاء الولاية من الناحية الموضوعية ما لم تتعارض هـذه الدعاوى مع النطاق الشخصى أو الاقليمى لهذا القضاء وهو ما سوف نوضحه تفصيلا فى مواضع أخرى ، وقد استمرت عمومية ولاية القضاء الاسـلامى منذ ظهور الاسـلام حتى تمكن المستعمرون من القضاء على المحاكم الشرعية عقب نجاحهم فى تعطيل أحكام الشريعة الاسلامية وبذا تمكنوا من تعطيل الشريعة والقضاء الاسـلامى المرتبط بها(٤٢) ،

---

(٤٠) النساء : ٢٩ .

(٤١) انظر : المغنى لابن قدامة ، ج ٩ ص ٣٢٧ ؛ الدكتور محمد نعيم ياسين ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ١٢٧ ، ١٢٨ .

(٤٢) ولقد قيل بحق بالنسـة لتعطيل احكام الشريعة الاسـلامية ان « الامتيازات الأجنبية — وهى التى كانت ممنوحة للأجانب فى مصر — لم تلغ الا بعد أن ثبتت النظم الوضعية مما يمكن معه القول انها لم تلغ — وانما الغت =

ويشير الى العمومية التى كانت لولاية المحاكم الشرعية فى مصر فى عهدها الشيخ محمود بن عرنوس قائلا « للمحاكم الشرعية تاريخ قديم حيث كانت المحاكم الطبيعية فى كل المواد بالنسبة لكل انسان »(٤٣) ، بيد أن حسم الخصومات ليس هو العمل الوحيد للقضاء الاسلامى فهناك أنواع أخرى من الأعمال تدخل فى النطاق الموضوعى لولاية هذا القضاء وهو ما سنوضحه الآن فى المباحث القادمة .

* * *

المبحث الثانى
الأعمال ذات الطبيعة الولائية

نقصد بهذه الأعمال تلك التى لا تتعلق بنزاع معين ، وهذه الأعمال تضاف للقضاة لتعلقها بالمحافظة على الحقوق العامة أو الخاصة للمسلمين ، وقد أشار الى هذه الأعمال العلامة ابن خلدون فقال : « استقر منصب القضاء آخر الأمر على أن يجمع مع الفصل بين الخصوم استيفاء بعض الحقوق العامة للمسلمين بالنظر فى أحوال المحجور عليهم من المجانين واليتامى والمفلسين وأهل السفه وفى وصايا المسلمين وأوقافهم وتزويج الأيامى عند فقد أوليائهن على رأى من يراه والنظر فى مصالح الطرقات والأبنية وتصفح الشهود والأمناء والنواب واستيفاء العلم والخبرة فيهم بالعدالة والجرح ليحصل له الوثوق بهم وصارت هذه كلها من متعلقات وظيفته وتوابع ولايته »(٤٤) .

وأوضحها الفقيه البهوتى بعد أن أوضح العمل الأصيل للقاضى وهو فصل الخصومات فقال : ان للقاضى «النظر فى أموال اليتامى والمجانين

= الشريعة الاسلامية » ، انظر هذا القول للدكتور محمد محمد سند منصور ، الفقه الاسلامى والقوانين الوضعية منذ الخلافة العثمانية ، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة الأزهر ، ص ٢٠٩ . وانظر تكرار نفس هذا القول ص ٣٣٤ .

(٤٣) انظر : تاريخ القضاء فى الاسلام ، للشيخ محمود بن عرنوس ، ص ١٩٩ .

(٤٤) انظر اشارة الى هذا القول : الشيخ محمود بن عرنوس ، تاريخ القضاء فى الاسلام ، ص ١١٣ .

والسفهاء لأن ترك ذلك يؤدى الى ضياع أموالهم ، والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو فلس لأن الحجر يفتقر الى نظر واجتهاد فلذلك كان مختصاً به ، والنظر فى الوقوف التى فى عمله — أى ولايته — لتجرى باجرائها على شرط الواقف لأن الضرورة تدعو الى اجرائها على شرطه سواء أكان له ناظر خاص أو لم يكن ، وتنفيذ الوصايا لأن الميت محتاج الى ذلك كغيره ، وترويج النساء اللاتى لا ولى لهن لقوله ﷺ : « فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » والقاضى نائبه ، ..... والنظر فى مال الغائب لئلا يضيع »[٤٥] .

كما ذكرها العلامة أبو يعلى عند توضيحه لولاية القاضى عام النظر اذ أشار أنه يدخل فى ولاية هذا القاضى « ثبوت الولاية على من كان ممنوعا من التصرف لجنون أو صغر ، والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو فلس ، حفظا للأموال على مستحقيها ، والنظر فى الأوقاف بحفظ أصولها وتنمية فروعها وقبض غلتها وصرفها فى سبيلها ، فان كان عليها مستحق للنظر راعاه وان لم يكن تولاه ، تنفيذ الوصاية على شروط الموصى فيما أباحه الشرع فان كان لمعينين نفذها بالاقباض وان كانت لغير معينين كان تنفيذها الى اجتهاد النظر ، ترويج الأيامى بالأكفاء اذا عدم لأولياء ودعين الى النكاح »[٤٦] .

فالقاضى ينظر فى الأوقاف[٤٧] ، وهذه الأوقاف اما أن يكون لها ناظر يديرها بأن يتولى حفظ أصولها وتنمية فروعها وقبض غلتها وصرفها فيما وقفت لأجله ، أو أن تكون هذه الأوقاف مهملة ، وهذا الاهمال قد يكون بسبب عدم وجود ناظر لها فللقاضى هنا أن يتولاها أو يعين من

---

(٤٥) انظر : كشاف القناع عن متن الاقناع ، نشر مكتبة النصر بالرياض ، ج ٦ ص ٢٨٩ ، ٢٩٠ .

(٤٦) انظر : الأحكام السلطانية لأبى يعلى ، طبع مطبعة الحلبى ، سنة ١٣٥٧ هـ ، ص ٤٩ .

(٤٧) انظر : معين الحكام ص ٤٠ ، كشاف القناع ، ج ٦ ص ٢٨٩ ، الأحكام السلطانية للماوردى ، ص ٦٨ ، الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ٤٩ ، تبصرة الحكام ص ٦٦ ، السلطة القضائية فى الاسلام ، للدكتور شوكت عرسان عليان ، الرسالة السابقة ، ص ٢٣٧ ، ٢٣٨ .

هو اصلا ذلك . وقد يكون الاهمال ناتجا عن عدم قيام ناظرها بواجباته فعلى القاضى النظر فى تصرفاته فيقر منها ما كان صحيحا وينكر ما عدا ذلك ، وقد اشار الشيخ محمود بن عرنوس لمدى عناية القضاة فى مصر الاسلاميه بالنظر فى الاوقاف فذكر ان « توبة بن نمر قاضى مصر فى زمن هشام بن عبد الملك نظر فى الأحباس « الاوقاف » وقد كانت فى ايدى أهلها وفى أيدى أوصيائهم فلما ولى « توبة » قال : ما أرى مرجع هذه الصدقات الا الى الفقراء والمساكين فأرى أن اضع يدى عليها حفظا لها من الضياع والتوارث فلم يمت « توبة » حتى صار للأحباس ديوانا عظيما وكان ذلك فى سنه ١١٨ هـ واستمر العمل على ذلك مع من جاء بعده »[٤٨] .

كما أن له النظر فى احوال الوصايا[٤٩] ، فمن كان منهم حفيظا أمينا على المال يقوم بجميع ما تتطلبه مصلحة الصغير أقره ، ومن كان منهم سيء التصرف اخذ المال من يده ودفعه الى آخر يحسن القيام بهذا العمل .

ومن أعمال القاضى المحافظه على اليتامى وأموالهم[٥٠] ، واليتيم هو من مات أبوه وهو دون البلوغ ، فاذا كان لم يوص لأحد بالمحافظة عليه أقام القاضى من يصرف له شئونه ويحافظ على أمواله ، والاصل فى ذلك قوله تعالى : « **وآتوا اليتامى أموالهم** »[٥١] ، فان المراد بايتائهم أموالهم

---

(٤٨) انظر : تاريخ القضاء فى الاسلام ، للشيخ محمود بن عرنوس ، ص ٢٧ .

(٤٩) انظر : كشاف القناع ، ج ٦ ص ١٨٩ ، الاحكام السلطانية لأبى يعلى ، ص ٤٩ ، وللماوردى ، ص ٦٧ ، معين الحكام ص ٤٠ ، السلطة القضائية فى الاسلام ، للدكتور عليان ، ص ٢٣٩ ، ٢٤٠ ، تبصرة الحكم ص ٦٦ .

(٥٠) انظر : تاريخ القضاء فى الاسلام ، للشيخ عرنوس ص ١١٣ ، معين الحكام ص ٤٠ ، تبصرة الحكام ص ٦٦ ، الدكتور شوكت عليان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٢٤٠ ، ٢٤١ ، المدونة الكبرى ج ١٢ ص ١٤٩ ، المغنى والشرح الكبير ج ١١ ص ٣٩٣ .

(٥١) النساء : ٢ .

المحافظه عليها لحين ان يبلغوا الحلم راشدين فتسلم اليهم أموالهم حامله والخطاب انما هو لأولياء الامور والقاضى نائب عن ولى الأمر فيكون الله تعالى قد خاطب القضاة بالمحافظه على اموال اليتامى[٥٢] ، واذا كانت هناك يتيمه وقد بلغت عشرا وخيف عليها الفساد بان كانت بين جيران سوء . ولم يكن لها وصى وعلم القاضى بذلك فله ان يزوجها[٥٣] ، وقد جرى العمل على الاهتمام بالمحافظه على اليتامى واموالهم فى عصر الرسول ﷺ وعصر الخلفاء الراشدين وصدرا من خلافه بنى امية ، وفى عهد خلافه عبد العزيز بن مروان تولى القضاء عبد الرحمن بن معاويه بن خديج سنة ٨٥ هـ . فراقب اموال اليتامى بنفسه . وفى عهد الخليفة العباسى أبى جعفر المنصور جاء القاضى خير بن نعيم فادخل أموال اليتامى بيت المال وسجل لها سجلين احدهما للوارد والاخر للمنصرف ، ومن القضاة من كان يطوف بالليل يسأل عن احوال الشهود والمحاسبة على أموال اليتامى ، ويقال ان القاضى عيسى بن المنكدر شاهد خللا فى أموال يتيم فضرب وليه وانتزع المال من يده[٥٤] ، ويتضح لنا من ذلك أن للعنايه باليتامى واموالهم من اعمال القاضى ولم تترك هذه الطائفة من المجتمع بدون ايه عنايه كما هو الحال الان فى كثير من المجتمعات .

وللقاضى النظر فى حال أولياء المحجورين[٥٥] ، ليتضح له صلاحيتهم للولايه أو عدم صلاحيتهم فيمنع تصرف من يرى عدم صلاحيته لذلك ، اذ المحافظة على الاموال احد مقاصد الشريعة الغراء .

كذلك فان من اعمال القاضى النظر فى تزويج الأيامى اللاتى لا ولى لهن ، والأيامى جمع أيم ، والأيم كل امرأة ليس لها زوج سواء فارقها

(٥٢ ، ٥٣) انظر : الدكتور شوكت عرسان عليان . السلطة القضائية فى الاسلام . الرساله السابقه ص ٢٤١ .

(٥٤) راجع : الدكتور شوكت عيان . السلطه القضائيه فى الاسلام . الرساله السابقة ص ٢٤١ .

(٥٥) راجع : الأحكام السلطانية ، لأبى يعلى ص ٤٩ ؛ الأحكام السلطانيه للماوردى ص ٦٧ ، حاشية الشرقاوى على التحرير ج ٢ ص ١٤٧ . السلطة القضائية فى الاسلام ، للدكتور شوكت عليان ، لرسالة السابقة . ص ٢٣٧ ؛ كشاف القناع ج ٦ ص ٢٩٠ .

زوجها بموت أو طلاق ، أو لم تتزوج ، فان لم يكن لها ولى أو كان لها ولى وغاب عنها غيبة بعيدة لا يعلم ميعاد عودته فان للقاضى أن يباشر ذلك فيقيم لها وليا وينظر فى أموال الولى القائم وذلك لما روى عن رسول الله صلوات الله وسلامه عليه أنه قال : « السلطان ولى من لا ولى له »(٥٦) ، ولا شك أن فى ذلك محافظة على الأيامى وصون لهن بازالة العوائق التى أمام زواجهن وفى ذلك محافظة على كيان المجتمع ككل ، وان كان العلامة الماوردى قد ذكر أن الامام أبا حنيفة — رضى الله عنه — لا يجعل ذلك من ولاية القاضى وذلك لتجويزه تفرد الأيم بعقد النكاح(٥٧) .

ومن الأعمال المسندة للقاضى المحافظة على أموال عديمى الأهلية(٥٨) ، فحل من كان عديماً للأهلية أو ناقصها بأى سبب من الأسباب التى أوضحها فقهاء المسلمين كالجنون والصغر والسفه والرق والمرض والفلس وغيرها من الأسباب ، فان القاضى يقوم بالمحافظة على أموالهم بأن يقيم لهم وليا يرعى مصالحهم ويحافظ على أموالهم وفقا لأحكام الشريعة وذلك اذا لم يكن لهم ولى ، أما اذا كان لهؤلاء ولى فان القاضى يراقب أعماله فما كان منها صحيحا أقره وما خالف ذلك عزله وأقام وليا غيره ، وفى قيام القاضى بذلك محافظة وصون لهذه الطائفة من المجتمع ورعاية لأموالهم ومصالحهم .

وهذه الأعمال التى أوضحناها آنفا هى النوع الثانى من الأعمال التى تكون المحتوى الموضوعى لولاية القضاء .

* * *

---

(٥٦) انظر : سبل السلام ج ٣ ص ١١٨ ، السلطة القضائية فى الاسلام ، للدكتور شوكت عليان ص ٢٤٢ ، الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ٤٩ .

(٥٧) انظر : الأحكام السلطانية للعلامة أبى الحسن الماوردى ، طبعة ١٢٩٨ هـ ، ص ٦٨ .

(٥٨) انظر كشاف القناع ج ٦ ص ٢٩٠ ، المهذب ج ٢ ص ٣١٥ ، الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ٤٩ ، والماوردى ص ٦٨ ، السلطة القضائية فى الاسلام ، للدكتور شوكت عليان ص ٢٤٢ ، ٢٤٣ ، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٨٨ .

المبحث الثالث
الأعمال ذات الطبيعة المناقضة لولاية القضاء

هـذه الأعمال تخرج بطبيعتها من ولاية القضاء ، بيد أنها كانت تسند للقضاة ، لأسباب معينة سنوضحها عقب عرضنا لتلك الأعمال ، وهـذه الأعمال قد تتعلق بولايات عامة أخرى وقد تتعلق بالعبادات .

ومن الاعمال التي تتعلق بولايات عامه اخرى ، انه كان يضاف للقاضي تولي قيادة الجند ، كما فعل المامون مع قاضيه يحيى بن أكثم وكما فعل عبد الرحمن الناصر بالأندلس مع القاضي منذر بن سعيد[٥٩] ، رغم أن ذلك يتعلق بولاية الحرب .

كذلك فان التنفيذ في فترات معينه كان يقوم به الخصوم من تلقاء أنفسهم أو يقوم به القاضي في الحال عقب صدور الحكم[٦٠] ، ولكنه رغم ذلك لا يندرج في ولايه القاضي بصفة أساسيه وقد أوضح ذلك الفقيه القرافي بقال : « الحاكم من حيث هو حاكم ليس له لا انشاء ، وأما قوة التنفيذ فأمر زائد على كونه حاكما ، فقد يفوض اليه التنفيذ وقد لا يندرج في ولايته »[٦١] ، فالقاضي عمله الأساسي انشـاء الالزام أما التنفيذ فليس عملا أصيلا من أعماله .

كما كان يضاف للقضاة أعمال ادارية يقومون بها ، فقد أشار البعض أنه في العصر العباسي في العراق أضيف الى القاضي « أعمال ادارية لم تسند اليه من قبل ، منها نيابة الوزارة ونيابة الديوان الخليفي ، والاشراف على دووابن الولايات ، ومن أمثلة ذلك أن قاضي القضـاة

---

(٥٩) انظر : تاريخ القضاء في الاسلام . للشيخ محمود بن عرنوس ص ٢٧ .

(٦٠) انظر : المرجع السابق نفسه ، للشيخ عرنوس ص ٢٨ ، القضاء في الاسلام ، للدكتور محمد سلام مدكور ص ٤٨ ، السلطات الثلاث في الاسلام ، للشيخ عبد الوهاب خلاف ، البحث السابق الاشارة اليه ص ٤٥٦ .

(٦١) انظر : اشـارة الى هـذا القول : تبصرة الحكام ص ١٢ ، معين الحكام ص ١١ .

أبا الحسن على بن محمد الدافعانى المتوفى سنة ٥١٣ هـ تقلد نيابة الوزارة لخليفتين هما المستظهر بالله والمسترشد بالله ، كما تولى قاضى القضاة أبو القاسم الزبيني المتوفى سنة ٥٤٣ هـ نيابة ديوان الخليفة ، وفى سنة ٦٠٤ هـ قلد أبو الفضائل على بن يوسف الآمدى قضاء واسط وأعمالها وأضيف اليه اشراف الديوان بواسط »[٦٢] ، وهذه الأعمال ليست لها طبيعة قضائية ؛ فهى لا تتعلق بحسم الخصومات بل هى تندرج بصفة أساسية فى ولايات عامة أخرى .

بل كان يضاف للقضاة ولاية أخرى بأكملها غير ولاية القضاة ، فقد يجمع القاضى بين ولاية القضاء وولاية الشرطة[٦٣] ، وقد تسند اليه ولاية المظالم[٦٤] ، كما كانت تضاف اليه أحيانا ولاية الحسبة[٦٥] .

وأكثر من ذلك فاننا نلاحظ أنه كانت تسند للقضاة أعمال تتعلق بالعبادات ، كالاشراف على صلاة الجمعة ، والأعياد ، وقد أشار الى ذلك صاحب كشاف القناع فقال : ان من أعمال القاضى « اقامة الجمعة بالاذن فى اقامتها ونصب امامها وكذا العيد ، لأن الخلفاء كانوا يقيمونها ثم ينصبا بامام من جهة السلطان »[٦٦] ، كما كان من أعمالهم رؤية

---

(٦٢) انظر : الدكتور : فاضل عبد اللطيف الخالدى . النظم فى العراق فى أواخر العصر العباسى (٤٤٧ — ٦٥٦ هـ) ، رسالة للدكتوراه ، مقدمة لجامعة القاهرة سنة ١٩٧٢ م ، ص ٢٥٥ .

(٦٣) انظر : الشيخ محمود بن عرنوس . المرجع السابق ص ٢٦ ، وقد ذكر « ان العباسى بن ربيعة المرادى قاضى مصر كان يجمع بين ولايتى القضاء والشرطة وتبعه القاضى يونس بن عطية الحضرمى » .

(٦٤) انظر : المرجع السابق نفسه ؛ للشيخ محمود بن عرنوس ص ٢٥ ؛ السلطات الثلاث فى الاسلام . للشيخ عبد الوهاب خلاف ؛ البحث السابق الاشارة اليه ص ٤٥٢ ؛ ٤٦٨ .

(٦٥) انظر : الشيخ على الخفيف ؛ البحث السابق الاشارة اليه عن ولاية الحسبة ص ٥٦٨ .

(٦٦) انظر : كشاف القناع عن متن الاقناع جـ ٦ ص ٢٩٠ ؛ بداية المجتهد ، طبعة مطبعة صبيح جـ ٢ ص ٣٨٢ ؛ تاريخ الاسلام السياسى والدينى والثقافى والاجتماعى ، للدكتور حسن ابراهيم حسن ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٦٧ ، جـ ٤ ص ٣٧٧ ، وهامش ٢ لذات الصحيفة ، حيث ذكر ..

هلال شـــهر رمضان[٦٧] ، ولا شك فى أن هـــذه الأعمال تتعلق بالعبادات وليست لها طبيعة قضائية ولا تندرج بصفة أساسية فى ولاية القضاء .

واسناد هذه الأعمال الى القضاة رغم أنها لا تندرج فى ولاية القضاء بطبيعتها ، قد يثير الدهشة خاصة وأن مثل هذه الأعمال لا تسند للقضاة فى الأنظمة القضائية اللااسلامية ، ولكن هذه الدهشة لا تلبث أن تزول اذا علمنا أن جميع الولايات بما فيها ولاية القضاء تهدف الى هدف واحد وقد أوضحه العلامة ابن تيمية فقال : « ان جميع الولايات فى الاسلام مقصودها أن يكون الدين كله لله وأن تكون كلمة الله هى العليا ، فان الله سبحانه وتعالى انما خلق الخلق لذلك وبه أنزل الكتب وبه أرسل الرسل وعليه جاهد الرسل والمؤمنون »[٦٨] . فجميع الولايات فى الاسلام ان هى الا وسائل لتحقيق غاية واحدة وهى أن يكون الدين كله لله وأن تكون كلمة الله هى العليا ، وولاية القضاء هى احدى هذه الولايات ، ومن ثم فانهـــا لا تهدف الى غرض مغاير لمـــا تهدف اليه الولايات العـــامة الأخرى ، ووحدة الهدف هذه تؤدى الى امكانية اضافة أعمال للقضاة لا تندرج بطبيعتها فى ولاية القضاء .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فانه ينبغى ملاحظة أن الأعمال القضائية بالمعنى الدقيق وهى التى تتعلق بحسم الخصومات ، كانت فى

= أن من أعمال القاضى فى العصر العباسى الثانى « الاشراف على الصلاة فى أيام الجمع والأعياد بالمسجد الكبير بقرطبة أو بمسجد الزهراء الـــذى بناه عبد الرحمن الناصر بمدينة الزهراء . وابدعاء فى صلاة الاستسقاء وقد كان قاضى القضاة يشرف على الصلاة ايضا ولذلك كان يسمى « صاحب الصلاة » واستمرت الحال على ذلك حتى أفرد عبد الرحمن الناصر الأموى بالأندلس للصلاة شخصا معينا ولقضاء القضاة شخصا آخر » . وانظر ايضا : تبصرة الحكام ، الطبعة الأولى ، سنة ١٣٠١ هـ ، ص ٦٦ ، حيث ذكـــر ابن فرحون خلافا فى مدى جواز قيام القاضى بذلك .

(٦٧) انظر : الشيخ محمود بن عرنوس . المرجع السابق نفسه ص ١١٤ .

(٦٨) انظر : الحسبة فى الاسلام ـــ طبع مطبعة دار البيان بدمشق ـــ سنة ١٩٦٧ ، ص ٤ .

فترات معينة قليلة ، نظرا للوازع الدينى لدى المسلمين ، حيث كانت علاقتهم لا تلوثها خصومة أو نزاع .. اذ كان المجتمع الاسلامى مجتمعا نموذجيا تحكمه الشريعة الغراء فى كافة الأمور كبيرها وصغيرها ، ومثال ذلك فى عصر رسول الله ﷺ ، حيث أوضح لنا البعض أن « ولاية القضاء لم تنفصل فى عهده ﷺ عن غيرها من الولايات لأن الأعمال كانت قليلة ، والولاية الخاصة كثير عليها أن يستقل بها وال خاص »[٦٩] ، ولذلك كان من الممكن أن يضاف للقاضى أعمال أخرى بالاضافة الى عمله الأساسى المتعلق بفض المنازعات ، وقد ساعد على ذلك أيضا ما كان يتمتع به القضاة من كفاءة للقيام بهذه الأعمال ذات الطبيعة المناقضة لولاية القضاء وقد أشار الى كفاءة القضاة فى عصر الخلفاء الراشدين — رضى الله عنهم — العلامة ابن خلدون فقال : « انما كان للقاضى فى عصر الخلفاء الفصل بين الخصوم فقط ، نعم قد يفوض له الخليفة نظر بعض الأمور العامة لا باعتبار أنها داخلة فى ولاية القضاء ، ولكن لما يراه فى القاضى من الكفاءة للقيام بها »[٧٠] .

أضف الى ذلك أن ما يسمى حاليا فى الأنظمة الوضعية بمبدأ الفصل بين السلطات « Séparation des pouvoirs » ، وهو يعنى فى جوهره تقسيم وظائف الدولة الى ثلاث وظائف : تشريعية وتنفيذية وقضائية ، وعدم تجميع هذه الوظائف الثلاث فى هيئة واحدة لضمان الحريات الفردية ومنع استبداد الحكام[٧١] ، وقد وجهت اليه انتقادات عديدة لم يتسع مجال بحثنا لتوضيحها[٧٢] ، هذا المبدأ كان بعيدا عن

---

(٦٩) انظر : السلطات الثلاث فى الاسلام ، لفضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف . بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة ، العدد الخامس ، ص ٥١٨ .

(٧٠) انظر : اشارة الى هذا القول ، تاريخ القضاء فى الاسلام ، للشيخ محمود بن عرنوس ، ص ٢٥ .

(٧١) انظر : السلطات الثلاث فى الدساتير العربية وفى الفكر السياسى الاسلامى للأستاذ الدكتور : سليمان محمد الطماوى — الطبعة الثانية سنة ١٩٧٣ م . ص ٤٣٤ .

(٧٢) انظر : الانتقادات التى وجهت لهذا المبدأ تفصيلا فى : القانون الدستورى والأنظمة السياسية،للدكتور:عبد الحميد متولى ، الطبعة الثانية=

أذهان فقهاء المسلمين [٧٣] ، اذ لم يكن هناك مبررا للأخذ به ، فالأهداف التي يتوخاها هذا المبدأ سواء منع الاستبداد وضمان الحرية وتحقيق مزايا تقسيم العمل ليست غريبه على نظام الدين الاسلامى ولحمته وسداه [٧٤] ، ففى شريعة الاسلام من الأحكام ما يكبح جماح المستبدين ويمنع الاعتداء على الحريات ، ولم يكن المسلمون فى حاجه من الناحية العمليه طوال قرون عديدة الى هذا المبدأ كضمانة ضد الاستبداد ، فقد أغناهم عنه الوازع الدينى وخشية الله وتطبيقهم لأحكام الشريعة فى كافة أمورهم .

وبالرغم من عدم قيام الحاجة للأخذ بهذا المبدأ فان توزيع وظائف الدولة على هيئات مستقلة ومتخصصة تراقب بعضها بعضا أمر لا ينافى مبادىء الفكر الاسلامى فى السياسة [٧٥] ، ولكن ينبغى ملاحظة أن

= سنة ١٩٦٣ . الجزء الأول . ص ٣٦٥ ، ٣٦٦ . ١٦٧ ، السلطات الثلاث ، للدكتور : سليمان الطماوى . المرجع السابق الاشاره اليه من ص ٤٣٤ الى ٤٣٩ . القانون الدستورى ، للدكتور اسيد صبرى ، طبعه سنه ١٩٤٦م ، ص ١٥٩ وما بعدها ، مبادىء نظام الحكم فى الاسلام مع المقارنة بالمبادىء الدستورية الحديثـــه ، للدكتور : عبد الحميد متولى . الطبعـــه الأولى ، سنة ١٩٦٦ م . ص ٦٥٠ وما بعدها .

(٧٣) انظر : السلطات الثلاث ، للدكتور:سليمان الطماوى ، المرجع السابق الاشارة اليه ، ص ٥٨٤ ، نظام الحكم الاسلامى مقارنا بالنظم المعاصرة ، للدكتور محمود حلمى ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٧٠ م ، ص ٣٩١ .

(٧٤) انظر : الدكتور سليمان الطماوى ، المرجع السابق نفسه ، ص ٥٨٨ .

(٧٥) انظر : السلطات الثلاث فى الاسلام ، للدكتور : سليمان الطماوى ، المرجع السابق نفسه ، ص ٥٨٨ . وانظر أيضا : السلطة القضائية فى الاسلام ، للدكتور شوكت عليان ، رسالة لدكتوراه مقدمة لجامعة الأزهر ، سابق الاشارة اليها ، ص ٦٩ حيث ذكر انه « اذا أريد الأخذ بنظام الفصل بين السلطات وأريد استكمال كل النظم التى تستلزمها الدولة وتقتضيها وكان فى ذلك مصلحة محققة للدولة الاسلامية وضمانا أكيدا لتوفير الخير لها والعدالة بين أفرادها فليس فى نصوص التشريع الاسلامى ما يمنع من ذلك مطلقا » ، وانظر : السلطة القضائية وأطوارها للأستاذ عبد الصمـــد عبد الحليم سالم رسالة مخطوطة مقدمة لجامعة الأزهر سابق الاشارة اليها =

التشريع فى الاسلام ينفصل انفصالا تاما عن القضاء والتنفيذ (٧٦) ، فالتشريع بمعناه الدقيق فى الاسلام انما هو لله تعالى ولا تملك أية سلطة فى الدولة الاسلامية سلطة التشريع أى ابتداع أحكام مبتـدأة فى الدولة (٧٧) ، اذ هذه السلطة محفوظة لله سبحانه وتعالى وليس للبشر أن يتناولوها (٧٨) ، ولا ينازع الله سبحانه وتعالى فى هذا الحق الا من

= ص ٣٠ ، حيث ذكر أنه « اذا أريد الفصل بين السلطات — فى أى وقت من الأوقات — واستدعى نظام سير الأعمال اختصاص كل هيئة من الهيئات بعمل خاص لتشرف هيئات متعددة على مرافق الدولة ، وكان فى ذلك مصلحة محققة للعدالة فالشريعة الاسلامية ترحب بذلك وليس فيها من النصوص ما يحول دون هذا الفصل » ، وانظر : ايضا : النظرية السياسية الاسلامية فى السلطات العامة للدولة ، للدكتور عبد الملك عبد الله الجعلى ، رسالة للدكتوراه مقدمة لجامعة الأزهر سنة ١٩٧٦ م ، ص ٣٥١ ، حيث ذكر انـه « ليس فى نصوص الشريعة الاسلامية ولا فى عمل الخلفاء والصحـابة ما يوجب الجمع بين السلطات أو ما يقتضى الفصل بينها وكل ما هنالك انهم استجابوا لداعى الضرورة فاستحدثوا من العمال والأعمال ما هدتهم اليـه التجربة ودلتهم عليه الممارسة لأحوال الأمم ونظم الحكم الصالحة وراوه اكثر اصلاحا واجلب لرفاهية الحاكمين والمحكومين ، واذا كانت الشريعـة الاسلامية مبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد وكانت نظرية الفصل بين السلطات ترمى الى تأمين الناس على حقوقهم ودرء الأخطار عن الحرية ومنع التحكم والاستبداد كان القول بوجوبها فى تلك العصور التى تحكمت فيهـا الشهوات وطغت الأهواء موافقا للحكمة ملائما لغرض الشارع » ، وانظر مثل ذلك ايضا : السلطات الثلاث فى الاسلام ، لفضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف ، البحث السابق الاشارة اليه بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٦ ، وواضح أن هؤلاء الشراح لا يعارضون الأخذ بمبدأ فصل السلطات اذا كان فى ذلك مصلحة للدولة الاسلامية وكان ذلك أكثر تحقيقا للعدالة ، على أنه من الناحية العلمية ينبغى الا يكون الهدف من الأخذ بمبدأ الفصل بين السـلطات مجرد محاكاة الأنظمة الوضعية فى هذا الصدد والا يؤدى الأخذ به الى مخالفة أى حكم من احكام الشريعة الاسلامية ومبادئها وأهدافها العامة .

(٧٦) انظر : الدكتور محمود حلمى ، المرجع السابق نفسه ؛ ص ٣٩٢ ، الدكتور سليمان الطماوى ، المرجع السابق نفسه ، ص ٥٨٦ .

(٧٧) انظر : الدكتور سليمان الطماوى ، المرجع السابق ، ص ٥٨٦ .

(٧٨) انظر : المشروعية فى النظام الاسلامى ، للدكتور مصطفى كمال وصفى ، طبعة سنة ١٩٧٠ م ، ص ٧٣ .

جعل نفسه ندا لله عز وجل . ومن سلم لغير الله بهذا الحق فقد جعله كذلك نداً لله سبحانه (٧٩) ؛ فالقواعد العامة التى تحكم المجتمع الاسلامى هى من صنع الله بصفة أساسية (٨٠) ؛ ولا تملك أية سلطة ايجاد شرع مبتدع . اذ أن ايجاد شرع مبتدع لا يكون الا لله (٨١) ؛ فهو سبحانه وتعالى دائما مصدر الأحكام الشرعية .

ولذلك فاننا لا نؤيد مطلقا اطلاق تعبير « السلطة التشريعية Le pourvoir législatif» للدلالة على السلطة الثالثة فى الدولة الاسلامية بالاضافة للتنفيذ والقضاء ؛ فهذه السلطة الثالثة يمارسها المجتهدون (٨٢) ، وهم يقومون فقط بمواجهة الضرورات الجديدة عن طريق

---

(٧٩) انظر : المشروعية الاسلامية العليا . للدكتور على محمد جريشة . رسالة للدكتوراه . الطبعة الأولى ؛ سنة ١٩٧٦ م ص ٤٤ .

(٨٠) انظر : نظرية الدولة لاسلامية مع المقارنة بنظرية الدولة فى الفقه الدستورى الحديث . للدكتور حازم عبد المتعال الصعيدى ؛ رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة ، ص ٤٢٣ .

(٨١) انظر : السلطات الثلاث فى الاسلام ، بحث للشيخ عبد الوهاب خلاف ؛ سابق الاشارة اليه ؛ ص ٥٦٥ ..

(٨٢) لا نرجح ما ذهب اليه بعض الشراح المعاصرين من أن « سلطة التشريع يتولاها جميع اهل الحل والعقد من الأمة » ولن يتسع مجال بحثنا لعرض الحجج التى ساقها صاحب هذا الرأى للدلالة على صحته . « انظر : الدولة والسيادة فى الفقه الاسلامى ؛ للدكتور : فتحى عبد الكريم ، ص ٢٤٨ الى ٢٥١ . اذا اننا نلاحظ ان الدور التشريعى للمجتهدين ؛ وفقا للنطاق الذى ذكرناه فى المتن — لا ينبغى أن يمارسه غيرهم من اهل الحل والعقد الذين لا تتوافر فيهم شروط الاجتهاد . اذ ليست لديهم القدرة على استنباط الأحكام من ادلتها . فأهل الحل والعقد — اهل الاختيار — وهم من تتوفر فيهم شروط « العلم والعدالة والرأى والحكمة المؤديان الى اختيار من هو للامامة أصلح وتدبير المصالح أقوم وأعرف » — انظر الأحكام السلطانية للماوردى ص ٤ ، — لهم مهمة سياسية وهى اختيار الخليفة ، اما مهمة المجتهدين فهى مهمة تشريعية دقيقة ، والمجتهدون يعتبرون من جماعة اهل الحل والعقد ، ولكن بالاضافة اليهم تتضمن جماعة أهل الحل والعقد من لا يتوافر فيه شروط الاجتهاد فكل مجتهد هو من اهل الحل والعقد ولكن العكس غير صحيح » انظر : الدكتور سليمان الطماوى . المرجع السابق نفسه ، ص ٣٥٦ ، فهذا الرأى المعاصر الذى لا نرجحه والذى يعطى =

استمداد ما يناسبها من أحكام من التشريع الالهى (٨٣) .

وقد أوضح فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف دور المجتهدين وأهل الفتيا فى هذا المجال فقال : ان « سلطتهم لا تعدو أمرين : أما بالنسبة الى ما فيه نص فعملهم تفهم النص وبيان الحكم الذى يدل عليه ، وأما بالنسبة الى ما لا نص فيه فعملهم قياسه على ما فيه نص واستنباط حكمه بواسطة الاجتهاد وتخريج العلة وتحقيقها ، وذلك أن الدولة الاسلامية لها قانون أساسى الهى شرعه الله فى كتابه وعلى لسان رسوله فحيث يوجد نص فى هذا القانون يجب اتباعه ولا يكون لرجال التشريع فيه الا البحث وتعرف الحكم المراد منه حتى يكون تطبيق النص صحيحا ، واذا لم يوجد نص فى هذا القانون ، كان لرجال التشريع الاسلامى مجال للاجتهاد والاستنباط على أن يكون مرجعهم فى اجتهادهم واستنباطهم نصوص القانون الأساسى فيشرعون الأحكام فيما لا نص فيه بواسطة القياس على ما فيه نص »(٨٤) .

وتسمية جماعة المجتهدين بالسلطة التشريعية أمر يؤدى الى الخلط بين ما يقوم به المجتهدون فى دولة الاسلام وبين السلطة التشريعية فى الأنظمة الوضعية ، وهو أمر سيؤدى الى نتائج غير مقبولة ، اذ ينبغى ملاحظة أن هناك تناقضا من الناحية العضوية والموضوعية بين جماعة المجتهدين فى الدولة الاسلامية وبين ما يسمى « بالسلطة التشريعية »

= لغير المجتهدين من أهل الحل والعقد من طوائف الأمة وفئاتها المختلفة حق مشاركة المجتهدين فى التشريع — وفقا للنطاق المخول لهم — يخشى المرء من أن يؤدى الأخذ به الى أن يتسع نطاق التشريع بصورة تشبه ما تقوم به ما تسمى « بالسلطة التشريعية » فى الأنظمة الوضعية ، فهذه الأخيرة سواء من الناحية العضوية أو الوظيفية مناقضة تماما لجماعة مجتهدى الأمة كما سيتضح لنا ذلك فى المتن بعد قليل .

(٨٣) انظر : الدكتور سليمان الطماوى ، المرجع السابق نفسه ، ص ٥٨٦ .

(٨٤) انظر : السياسة الشرعية أو نظام الدولة الاسلامية ، لفضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف ، مطبعة التقدم ، سنة ١٣٩٧ هـ ؛ ص ٤٣ .

فى الأنظمة الوضعية (٨٥) ، فمن الناحية العضوية نجد أن للمجتهدين شروط محددة (٨٦) ، بينما نجد السلطات التشريعية فى الأنظمة الوضعية تتكون عن طريق الانتخاب . ويشترط فى المرشحين شروطاً مختلفة تماما عن شروط المجتهدين ، فعلى سبيل المثال لا يشترط فيهم من حيث الثقافة الا القدر الذى يمكنهم من أداء وظائفهم والذى يتمثل حده الأدنى فى اجادة القراءة والكتابة (٨٧) ، ومن الناحية الموضوعية فان السلطة التشريعية فى الأنظمة الوضعية تملك أن تصدر أى تشريع تشاء أما الاجتهاد فى الشريعة الاسلامية فانه مقصور على استمداد الأحكام الشرعية من مصدرها السماوى المتمثل فى القرآن الكريم والسنة (٨٨) ، ولذا فاننا نلاحظ أن السلطة التشريعية فى الأنظمة الوضعية تنازع الله سبحانه وتعالى وهو وحده عز وجل المشرع ولا تملك أية سلطة ايجاد شرع مبتدع كما أوضحنا آنفا ، ولذلك فانه فى دولة الاسلام لا يوجد ما يسمى « بالسلطة التشريعية » بالمفهوم المعمول به فى الأنظمة الوضعية

---

(٨٥) راجع فى المقارنة بين التشريع فى الدولتين الحديثة والاسلامية : السلطات الثلاث للدكتور : سليمان الطماوى . المرجع السابق نفسه من ص ٣٠٣ الى ٣٠٦ .

(٨٦) لا يصل العالم الى مرتبة الاجتهاد الا اذا تحققت فيه شروط نذكرها اجمالا : الشرط الأول : ان يعرف القرآن الكريم بمعانيه لغة وشريعة ، الثانى : أن يعرف السنة النبوية بمعانيها لغة وشريعة . الثالث : ان يعرف الناسخ والمنسوخ من الكتاب والسنة . الرابع : أن يكون على علم تام باللغة العربية ، الخامس : ان يكون عالما بأصول الفقه لأنه عماد الاجتهاد وأساسه ، السادس : ان يفهم مقاصد الشارع العامة من تشريع الأحكام عن طريق استقراء الأحكام الشرعية فى مواردها المختلفة واستقراء العلل والحكم التشريعية التى قرنها الشارع بكثير من هذه الاحكام وأن يكون خبيرا بمصالح الناس وأحوالهم واعرافهم وعاداتهم التى يصح رعايتها وصيانتها ليستطيع فهم الوقائع التى لا نص فيها واستنباط الأحكام الملائمة لها عن طريق القياس أو الاستحسان أو المصالح المرسلة . أو غيرها . انظر هذه الشروط بالتفصيل ، للدكتور : سليمان الطماوى . السلطات الثلاث . المرجع السابق ص ٢٩٧ ، ٢٩٨ ، أصول الفقه ، للشيخ زكى الدين شعبان ، الطبعة الأولى ص ٣٢١ وما بعدها .

(٨٧ ، ٨٨) انظر : السلطات الثلاث ، للدكتور سليمان الطماوى . المرجع السابق نفسه ، ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ .

وما يشبه هذه السلطة فى الدولة الاسلامية هو جماعة المجتهدين وفقا للشروط والنطاق الذى أوضحناه آنفا .

ومما سبق يتضح لنا الانفصال التام بين التشريع من ناحية والتنفيذ والقضاء من ناحية أخرى فى الدولة الاسلامية ، ولذلك فانه اذا كان من حق الخليفة أن يجتهد برأيه فيما يعرض عليه من مسائل فانما يجتهد بوصفه من المجتهدين لا بوصفه رئيسا للسلطة التنفيذية ، كذلك الحال بالنسبة للقاضى الذى تتوفر فيه صفة الاجتهاد ، فهو ان حكم برأيه فانما يجتهد بوصفه من المجتهدين لا بوصفه من أعضاء السلطة القضائية .

وقد نتج عن هذا الانفصال التام بين التشريع من ناحية والتنفيذ والقضاء من ناحية أخرى استقلال القضاء الاسلامى فى مباشرة أعماله ، فلم يكن هناك أى تأثير للسلطة التنفيذية على أعمال القضاة ، فقد كان استقلال القاضى فى ممارسة اختصاصه موفورا لدرجة لا نظير لها فى الدولة الحديثة (٨٩) .

فرغم تبعية القضاة من الناحية العضوية للسلطة التنفيذية أو ما قد يحدث من اندماج عضوى بين السلطتين القضائية والتنفيذية فان ذلك لا تأثير له على قضاء القاضى ، نظراً لموقف كل من رجال السلطة التنفيذية والقضاة فى مواجهة التشريع (٩٠) ، فهم جميعا ملزمون بتطبيق التشريع الاسلامى ، فالقواعد التى يطبقها القاضى ليست من عمل السلطة التنفيذية بل هى مبادىء الهية أو مستمدة من الأصول الألهية (٩١) ، فقد كان القضاة فى أحكامهم لا تؤثر عليهم ميول الحاكم بل كانت كلمتهم

---

(٨٩) انظر : الدكتور : محمود حلمى ، المرجع السابق ، ص ٣٩٢ .

(٩٠) انظر : عمر بن الخطاب واصول السياسة والادارة الحديثة ، للدكتور سليمان الطماوى ، دار الفكر العربى سنة ١٩٦٩ م ، ص ٣٦٣ ؛ نظام الحكم الاسلامى للدكتور : محمود حلمى ، المرجع السابق الاشارة اليه ، ص ٣٩٢ .

(٩١) انظر : السلطات الثلاث ، للدكتور سليمان الطماوى ، المرجع السابق الاشارة اليه : ص ٥٨٧ .

نافذة حتى على الولاة أنفسهم [٩٢] . فهذه التبعية العضوية لم يكن لها أية أثر فى استقلال النشاط القضائى [٩٣] . وقد أشار الى ذلك العلامة أبو الأعلى المودودى فقال : « والقضاة وان كان الخليفة هو الذى يتولى تعيينهم الا أنه لم يكن من حقه اذا عين القاضى وولاه منصبه أن يحاول التدخل فى قضائه بل اذا كان لرجل من الرجال دعوى على الخليفة من حيث منزلته الشخصية أو باعتباره رئيسا للهيئة التنفيذية لم يكن يجد ـ أى الخليفة ـ بدأ من الحضور أمام القاضى كعامة المواطنين » [٩٤] .

وبذا يتضح لنا أن اسناد أعمال للقضاة لا تندرج بطبيعتها فى ولاية القضاء نظراً لوحدة غاية جميع الولايات بما فيها ولاية القضاء ، ولقلة الخصومات فى فترات معينة ، ولكفاءة القضاة فى القيام بهذه الأعمال وجواز الاندماج العضوى بين القضاء والتنفيذ ، لم يكن له أى تأثير على استقلال القضاء الاسلامى وعدالته .

* * *

المبحث الرابع

العلاقة بين النطاق الموضوعى لولاية القضاء ونطاق النظم التى لها شبه بالقضاء

سنتعرض هنا لبعض النظم التى لها شبه بالقضاء كالافتاء والتحكيم وولاية المظالم والحسبة ؛ فنوضح أوجه الشبه والخلاف بينها وبين ولاية

---

(٩٢) انظر : القضاء فى الاسلام ؛ للدكتور محمد سلام مدكور ، ص ٣٠ ، ٤٤ حيث ذكر سيادته أن « تعيين الحاكم العام أو نائبه من تتوافر فيه الأهلية والصلاحية فى وظيفة القضاء ، لا تمنع القاضى من جواز نظره الخصومات التى يكون السلطان أو نائبه طرفا فيها ، وان يحكم له أو عليه حسب ما تقتضيه العدالة ونتيجة الاثبات » .

(٩٣) انظر : الدولة القانونية والنظام السياسى الاسلامى ، الدكتور : منير حميد البياتى ، رسالة للدكتوراه ، مقدمة لجامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٦ ص ٣٩٠ .

(٩٤) انظر : نظرية الاسلام وهديه فى السياسة والقانون والدستور ، للأستاذ : أبو الأعلى المودودى ، دار الفكر بدمشق ، سنة ١٩٦٤م ، ص٢٧٠ .

القضاء ، ولن نتعرض تفصيلا لكل من هذه النظم اذ أن ذلك لن يتسع له مجال بحثنا ، ولكننا سنقتصر فقط على التعرض لها بما يمكننا من توضيح الحدود والفواصل بينها وبين ولاية القضاء ، خاصة ما يتعلق بالأعمال التى تندرج فى كل منها ولا تدخل بصفة أساسية فى النطاق الموضوعى لولاية القضاء والذى سبق لنا تحديده ، وسنوضح ذلك فى المطالب الأربعة التالية :

المطلب الأول : فى العلاقة بين النطاق الموضوعى لولاية القضاء ونطاق الافتاء .

المطلب الثانى : فى العلاقة بين النطاق الموضوعى لولاية القضاء ونطاق التحكيم .

المطلب الثالث : فى العلاقة بين النطاق الموضوعى لولاية القضاء ونطاق ولاية المظالم .

المطلب الرابع : فى العلاقة بين النطاق الموضوعى لولاية القضاء ونطاق ولاية الحسبة .

* * *

المطلب الأول
العلاقة بين النطاق الموضوعى لولاية القضاء ونطاق الافتاء

الفتيا والفتوى لغة (٩٥) : ما أفتى به الفقيه ، ويقال : استفتيت فلانا فأفتانى بكذا ، ويقال أفتاه فى الأمر : أبان له ، ومنه أفتى العالم اذا بين الحكم .

وفى الاصطلاح قيل : ان الافتاء تبليغ للناس عن حكم الله (٩٦) ، وقيل الفتوى هى عبارة عن الجواب الصادر ممن هو أهل لذلك الذى يميط

---

(٩٥) انظر : القاموس المحيط ، ج ٤ ، ص ٣٧٣ ، المصباح المنير ، ج ٢ ، ص ٦٣٢ .

(٩٦) انظر : الدكتور محمد سلام مدكور ، القضاء فى الاسلام ، ص ١٣٥ .

اللثام عن المسألة المسئول عنها [٩٧] ، وقيل الافتاء هو الاخبار عن حكم الشارع فى أمر من الأمور [٩٨] .

والافتاء أمر مشروع ، فقد قال الله تعالى : « **فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون** »[٩٩] ، وقال تعالى : « **يسألونك ماذا ينفقون ، قل ما أنفقتم من خير فللوالدين والأقربين واليتامى والمساكين وابن السبيل ، وما تفعلوا من خير فان الله به عليم** »[١٠٠] ، وقال تعالى أيضا : « **ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو** »[١٠١] ، بل لقد أسند الله تعالى الافتاء الى نفسه [١٠٢] ، فقال تعالى : « **ويستفتونك فى النساء ، قل الله يفتيكم فيهن** »[١٠٣] .

ولقد قام النبى ﷺ بالافتاء [١٠٤] . فكان صلوات الله وسلامه عليه يفتى عن الله بوحيه المبين وكانت فتاويه جوامع الأحكام ومشتملة على فصل الخطاب ، ولكن ينبغى ملاحظة أن افتاء النبى ﷺ كان واجب الاتباع ولا يجوز لأحد مخالفته [١٠٥] ، وقد قام من بعده بهذا المنصب الفقهاء من الصحابة رضوان الله عليهم .

والافتاء يتفق مع القضاء فى أن كل منهما اخبار بحكم الله تعالى الواجب الاتباع [١٠٦] ، ولكن القضاء يتميز عن الافتاء فى الالزام

---

(٩٧) انظر : الدكتور شوكت عليان ، السلطة القضائية فى الاسلام ، الرسالة السابق الاشارة اليها . ص ٤٠٢ .

(٩٨) انظر : نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات ، للدكتور محمد نعيم ياسين ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ١٠ .

(٩٩) الأنبياء : ٧ . (١٠٠) البقرة : ٢١٥ .

(١٠١) البقرة : ٢١٩ .

(١٠٢) انظر : القضاء فى الاسلام ، للدكتور محمد سلام مدكور ، المرجع السابق ، ص ١٣٥ . (١٠٣) النساء : ١٢٧ .

(١٠٤ ، ١٠٥) انظر : الدكتور محمد سلام مدكور ، المرجع السابق نفسه ، ص ١٣٦ ، الدكتور شوكت عليان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٤٠٣ .

(١٠٦) انظر : الدكتور محمد سلام مدكور ، المرجع السابق نفسه ، ص ١٣٦ ، الدكتور محمد نعيم ياسين ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ١٠ .

بالحكم [١٠٧] ، فالفتوى اخبار يجوز للمستفتى أن يعمل بها ويجوز له أن يترك العمل بها فالتزام المستفتى بها ديانة فقط ، أما حكم القاضى فملزم ولا مناص من تنفيذه على من صدر عليه ، كذلك فان حكم القاضى جزئى خاص لا يتعدى الى غير المحكوم عليه وله ، بينما فتوى المفتى تكون عامة تتعلق بالمستفتى وغيره فقضاء القاضى يكون معينا على شخص معين اذ قضاؤه خاص ملزم ، أما الفتوى فهى عامة غير منزمة [١٠٨] .

أما من حيث النطاق الموضوعى — أى الأعمال التى يقوم بها بصفة أساسية كل من القاضى والمفتى — فاننا نلاحظ أن نطاق الافتاء أكثر عمومية من نطاق ولاية القضاء ، فالقضاء خاص ببعض الأمور دون البعض وقد سبق لنا توضيح نطاقه ، أما الافتاء فانه عام [١٠٩] ، فهو يتناول علاقة العبد بينه وبين ربه اذ الفتوى تكون حتى فى العبادات [١١٠] ، كما يتناول الافتاء علاقة الفرد داخل بيته مع أسرته بل يجوز للمفتى نفسه أن يفتى أباه وأمه وسائر من لا تقبل شهادتهم له [١١١] ، كما يتناول الافتاء أيضا علاقة الفرد مع من حوله من العالم سواء أكان فى البيع والشراء والأخذ والعطاء والرهن والشفعة وما الى ذلك من أنواع المعاملات [١١٢] ، فنطاق الافتاء أكثر اتساعا وعمومية من نطاق ولاية القضاء فى هذا المجال .

* * *

---

(١٠٧) انظر : الاحكام فى تمييز الفتاوى من الأحكام وتصرفات القاضى والامام - للفقيه القرافى ، مطبعة الانوار بمصر ، سنة ١٩٣٨ م ، ص ٥ ، اعلام الموقعين ، للعلامه ابن القيم ، شركة الطباعة الفنية المتحدة سنة ١٩٦٨ ، جـ ١ ، ص ٣٦ ، الدكتور محمد سلام مدكور ، المرجع السابق نفسه ، ص ١٣٦ ، الدكتور محمد نعيم ياسين ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ١١ ، الدكتور شوكت عليان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٤١٠ .

(١٠٨) انظر : اعلام الموقعين ، جـ ١ ، ص ٣٨ ، الدكتور محمد نعيم ياسين ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ١٢ ، ١٣ .

(١٠٩) انظر : الدكتور شوكت عليان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٤١٠ .

(١١٠) انظر : الدكتور محمد سلام مدكور ، المرجع السابق الاشارة اليه ، ص ١٣٦ .

(١١١ ، ١١٢) انظر : الدكتور شوكت عليان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٤١٠ .

المطلب الثانى
العلاقة بين النطاق الموضوعى لولاية القضاء ونطاق التحكيم

التحكيم لغة : يقال حاكمه الى الحاكم دعاه ؛ وحكمت الرجل فوضت اليه ، وحكمه فى الأمر تحكيما أمره أن يحكم فاحتكم ، والاسم الاحكومة والحكومة [١١٣] .

وفى الاصطلاح الفقهى قيل : انه اختيار الخصمين شخصا غير قاض للحكم بينهما فيما تنازعا فيه[١١٤] ، وقيل : انه يقصد به أن يحكم اثنان أو أكثر آخر بينهم ليفض النزاع ويطبق حكم الشرع [١١٥] .

والتحكيم مشروع فقد قال تعالى : « **وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ، ان الله كان عليما خبيرا** »[١١٦] . كما أقر الرسول صلى الله عليه وسلم حكم سعد بن معاذ [١١٧] فى بنى قريظة [١١٨] . وقد أجمع الصحابة على جواز

---

(١١٣) انظر : المصباح المنير ، ج ١ ص ٢٠٠ ، القاموس المحيط ، ج٤ ص ٩٨ .

(١١٤) انظر : البحر الرائق ، ج ٧ ص ٢٧ ، رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص ٤٢٨ ، السلطة القضائية فى الاسلام — للدكتور شوكت عليان، ص ٣٨٨ .

(١١٥) انظر : القضاء فى الاسلام ، للدكتور محمد سلام مدكور ، ص ١٣١ .

(١١٦) النساء : ٣٥ .

(١١٧) هو : سعد بن معاذ بن النعمان بن امرىء القيس الأوسى الأنصارى، شهد بدرا، ورمى بسهم يوم الخندق، حكمه النبى صلى الله عليه وسلم فى بنى قريظة ؛ مات سنة ٥ هـ ؛ انظر : الاصابة فى تمييز الصحابة ؛ ج ٣ ، ص ٨٧ ، ٨٨ .

(١١٨) انظر : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق — الطبعة الأولى سنة ١٣١٣ هـ ؛ ج٤ ص ١٩٣ ، البحر الرائق ؛ ج٧ ص ٢٧ ، ٢٨ ، الدكتور محمد سلام مدكور ، المرجع السابق نفسه ، ص ١٣٢ ، الدكتور شوكت عليان ؛ الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٣٨٩ .

التحكيم من غير نكير [١١٩] .

ولقد اختلف الفقهاء في تحديد نطاق التحكيم [١٢٠] ، وهذا الخلاف ينحصر في اتجاهين :

الاتجاه الأول : جواز التحكيم في كل شيء [١٢١] ، فقد أجاز بعض الفقهاء التحكيم في كل الأمور وأن حكم المحكم ينفذ في كل ما حكم فيه ، وقد استدلوا على ذلك بالسنه الشريفه ، فقد روى أبو شريح — رضى الله عنه — أن رسول الله ﷺ قال له : «ان الله هو الحكم فلم تكن أبا الحكم» ؟ قال : ان قومى كانوا اذا اختلفوا فى شيء أتونى فحكمت بينهم فرضى الفريقان ، قال : « فما أحسن هذا ، فمن أكبر ولدك » ؟ قال : شريح . قال : « فأنت أبو شريح »[١٢٢] ، ووجه دلالة هذا الحديث الشريف ظاهر فى قول أبى شريح للرسول ﷺ : ان قومى كانوا اذا اختلفوا فى شيء أتونى فحكمت بينهم ، وقد استحسن الرسول ﷺ هذا من أبى شريح وأثنى عليه ، فلو لم يصح التحكيم فى كل شيء لما قبله الرسول ﷺ ولا أقره من أبى شريح ، لكنه قبله منه فكان جائزا فى كل شيء[١٢٣] .

الاتجاه الثانى : قصر جواز التحكيم على بعض الحقوق : وهو اتجاه غالبية الفقهاء ، فقد ذهب فريق أول من الفقهاء — أنصار هذا الاتجاه

---

(١١٩) انظر : كشاف القناع ، ج ٦ ص ٣٠٩ ، المهذب ، ج ٢ ص ٣٠٩ ، البحر الرائق ، ج ٧ ص ٢٨ ، الدكتور شوكت عليان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٣٩٠ ، الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ، المرجع السابق الاشارة اليه ، ص ١٣٢ .

(١٢٠) انظر عرضا لهذا الخلاف فى : مدى حق ولى الأمر فى تنظيم القضاء وتقييده ، الدكتور عبد الرحمن القاسم — رسالته للدكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة سنة ١٩٧٣ من ص ٤٥٧ الى ٤٦٠ ، الدكتور شوكت عليان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٣٩١ ، ٣٩٢ .

(١٢١) انظر : كشاف القناع ، ج ٦ ، ص ٣٠٨ ، منتهى الارادات ، ج ٤ ص ٢٦٤ .

(١٢٢) هذا الحديث أخرجه النسائى ، انظر : المرجعين السابقين ذات الصحائف .

(١٢٣) انظر : السلطة القضائية فى الاسلام — للدكتور شوكت عليان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٣٩٢ .

الى أنه ليس للمحكم أن يحكم فى دية ولا فى قصاص فيما دون النفس كقطع اليد وفقأ العين وما الى ذلك ولا فى حد من الحدود كالسرقه والزنا والردة وما الى ذلك ويحكم فيما عدا ذلك[١٢٤] . وقد استدلوا على عدم جواز التحكيم فى ذلك بأن حكم المحكم بمنزلة الصلح وهذه الأمور التى منع هذا الفريق من الفقهاء المحكم من الحكم فيها لم يجز فيها الصلح فلا يجوز فيها التحكيم[١٢٥] .

وذهب الفريق الثانى من الفقهاء أنصار هـذا الاتجاه الى أن للمحكم أن يحكم فى الجرح وفى المـال وليس له أن يحكم فيما عدا ذلك كاثبات نسب ونفيه وطلاق ولعان وعتق[١٢٦] . وقد استدلوا فى قصر اجازة التحكيم فى الجرح والمـال فقط وعدم اجازته فى غيرهما بأن غير الجرح والمـال يتعلق به حق لغير الخصمين ، وهـذا الحق الذى تعلق به اما أن يكون حقاً للآدمى كالولاء والنسب واللعان ، واما أن يكون حقا لله تعالى كالردة والزنا والعتق والقتل والطلاق . واجازة التحكيم فى خالص حق الله تعالى كالردة والزنا يؤدى الى الافتيات على الامام والافتيات عليـه ممتنع . وكذلك فان اجازة التحكيم فيما يتعلق بحق من حقوق المخلوقات كالسرقة والقذف والغصب يؤدى أيضا الى الافتيات على الامام لأنه من حق الامام ولذا لا يجوز[١٢٧] .

والرأى الراجح فى نظرنا هو ما ذهب اليه أنصار الفريق الأول من الاتجاه الثانى . ووفقا لهذا الرأى كما سبق أن أوضحنا لا يجوز التحكيم فى الحدود والقصاص وذلك لأن حكم المحكم غير متعد فليس بحجة فى حق غير المحكمين فكانت فيه شـبهة ، والحدود والقصاص

---

(١٢٤) انظر : البحر الرائق ، ج ٧ ص ٢٨ ؛ رد المحتار على الدر المختار ، ج ٥ ، ص ٤٢٩ ، فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٥٠٠ .

(١٢٥) انظر : الدكتور شوكت عليان ، الرسالة السابق الاشارة اليهـا ، ص ٣٩١ ، ص ٣٩٢ .

(١٢٦) انظر : منح الجليل ج ٤ ص ١٥٤ ؛ تبصرة الحكام ج ١ ص ٥٥ ، دسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ١٣٥ .

(١٢٧) انظر : السلطة القضائية فى الاسلام ، للدكتور : شوكت عليان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٣٩٢ .

لا تستوفى بالشبهات[١٢٨] . ولكن هـذا الترجيح من جانبنا يرتبط وجوداً وعدماً باعتبار عملى وهو وجود النظام القضائى الاسـلامى الذى تحكمه الشريعة الاسلامية من الناحية العضوية والموضوعية والذى لا يحكم الا بأحكام هذه الشريعة،فاذا لم يكن النظام القضائى نظاما اسلاميا من الناحية العضوية والموضوعية ويصدر أحكامه وفقا للقوانين الوضعية فاننا نميل الى الأخذ بالاتجاه الأول القائل بجواز التحكيم فى كل شىء ، اذ الأخذ بنظام التحكيم فى كل شىء فى هـذه الحالة وفقا لشروطه التى أوضحها لنا فقهاء المسلمين تفصيلا هو السـبيل الوحيد أمام المسلمين لضمان تطبيق أحكام الشريعة الاسـلامية التى يدينون بها على خصوماتهم اذ ليس بقضاء حقيقة ذلك القضاء الذى لا يفصل فى الخصومات بالاخبار عن حكم الشارع عز وجل [١٢٩] ، أما فى حالة وجود النظام القضائى الاسـلامى فليس للمحكم أن يحكم فى الحـدود والقصاص كمـا سبق أن ذكرنا .

هـذا هو نطاق التحكيم وهو نطاق محل خلاف كما سبق أن أوضحنا ؛ ويلاحظ لنا أن هـذا النطاق أضيق من نطاق ولاية القضاء من الناحية الموضوعية بلا شك ، فوفقا لرأى غالبية الفقهاء كمـا سبق أن ذكرنا نجد أن التحكيم لا يجوز الا فى حقوق معينة ، وحتى وفقا للرأى القائل بجواز التحكيم فى كل شىء فانه رغم ذلك يظل نطاقه أضيق من ولاية القضاء من الناحية الموضوعية اذ التحكيم يتوقف على رضا الطرفين فهو اختيارى من حيث المبدأ باتفاق الفقهاء[١٣٠] ، أما القضاء فلا يتوقف الرفع اليه على رضا كلا الطرفين اذ يكفى الرفع اليه من قبل أحد طرفى الخصومة فالقاضى يصير قاضيا حيث ولى من قبل ولى الأمر رضى الخصوم به أم لم يرضوا ، ولا شك فى أن ضرورة توافر رضا طرفى الخصومة على

---

(١٢٨) انظر : الدكتور : محمد سلام مدكور ، القضاء فى الاسلام ، المرجع السابق الاشارة اليه ص ١٣٢ .

(١٢٩) راجع توضيحنا لطبيعة ولاية القضـاء فى الاسلام ص ٢٤ وما بعدها من هـذا البحث .

(١٣٠) انظر : الدكتور عبد الرحمن القاسم ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٤٦٣ .

التحكيم وعلى شخص المحكم يجعل مجال التحكيم محدوداً ، أضف الى ذلك أن حكم المحكم لا يتعدى النازلة التى حكم فيها فاذا حكم المحكم فى غيرها بطل حكمه الا بتحكيم جديد(١٣١) ، وهـذا يدلنا أيضا على ضيق نطاق التحكيم بالنسبة للنطاق الموضوعى لولاية القضاء(١٣٢) ، ومما يؤكد لنا ضيق نطاق التحكيم أن مزاحمة المحكم للقضاء لا تكون الا فى نوع واحد من أعمال القضاء وهو حسم الخصومات وان كان ذلك

---

(١٣١) انظر الدكتور : شوكت عليان ، الرسالة السابق الاشـارة اليها ص ٣٩٨ .

(١٣٢) هناك فروق عديدة بين التحكيم والقضاء ذكرها الشراح وهى لا تتعلق بصـفة أساسية بالنطاق الموضوعى والذى أوضحناه فى المتن ، ومن هـذه الفروق : « انه اذا اختار الخصمان حكما مسلما عالمـا ثم ارتد المحكم بعـد اختياره للتحكيم وقبل صـدور الحكم منه ثم عاد للاسلام وحكم لم ينفذ حكمه بل لابد من تحكيم جديد لأن الأول بطل بالردة ولا كذلك القضاء ، وهـذا الفرق عند الحنفية ، أما المالكية ومن معهم ممن شرط عدالة القاضى فقالوا : سقطت عدالته بالردة فيحتاج الى تولية جديدة » .

— اذا اختير عبد للتحكيم فحكم — نفذ حكمه — وليس للقاضى نقضه وهذا بخلاف القاضى وهذا الفرق للحنفية أيضا ، أما المـالكية والشافعية ومن معهم فقالوا لا يلى القضاء عبد .

— أن للمحكمين عزل المحكم بعد اختياره وقبل صدور الحكم ولا كذلك القاضى .

— المحكم لا يجـوز له تفويض التحكيم الى غـيره بخلاف القاضى فان له ذلك .

— اذا كتب المحكم الى قاض آخر يخبره فيه بأنه حكم بكذا بين فلان وفلان فان كتابه باطل لا يترتب عليه أثر ، وكما انه لا يجوز له ان يكتب الى القاضى لا يجوز للقاضى أن يكتب اليه لأن اختياره للتحكيم انما هو اختيار من قبل الخصمين ولذلك لم يصح كتابه للقاضى ولا عكسه بخلاف القاضى .

— المحكم لا يجوز له أن يحكم بكتاب قاض رضى الخصمان به أو لم يرضيا لأن الذى يحكم بكتاب القاضى هو القاضى .

— أن للقاضى الحبس واستيفاء ما حكم به ولا كذلك للمحكم .

— يجوز للمحكم أن يحكم لنفسه أو عليها ولا كذلك للقاضى وهـذا للشافعية وابن فرحون وابن عرفة من المالكية — انظر : السلطة القضائية فى الاسلام — للدكتور : شوكت عليان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، من ص ٣٩٨ الى ٤٠١ والمراجع التى أشار اليها فى هذا الصدد .

هو العمل الأصيل للقضاء ولكن فيما يتعلق بالأعمال ذات الطبيعة الولائية التى سبق أن أوضحناها لا اختصاص للمحكم بالنسبة لها ، كذلك لا يضاف للمحكم أعمال تتعلق بولايات عامة او تتعلق بالعبادات مثل القاضى ، اذ المحكم ليس من ذوى الولايه العـــامه أو الخاصـــة بل هو معين من قبل الخصمين لنظر خصومتهما فقط .

* * *

المطلب الثالث

العلاقة بين النطاق الموضوعى لولاية القضاء ونطاق ولاية المظالم

المظالم لغة(١٣٣) : جمع مظلمة بكسر اللام ، ما تظلمه الرجل وأراد

---

(١٣٣) راجع المعنى اللغوى لكلمة « ولاية » ص ١٥ من هذه الرسالة . وقد ورد فى لسان العرب عن مادة ظلم بالاضافة لمـــا ذكرناه فى المتن « الظلم : وضع الشى فى غير موضعه ، ومن امثال العرب فى الشبه : « من شابه اباه فما ظلم » قال الأصمعى : ما ظلم اى ما وضع الشبه فى غير موضعه . وأصل الظلم الجور ومجاوزة الحد ، يقال : لزموا الطريق فلم يظلموه أى لم يعدلوا عنه . ومنه حديث الوضوء : « فمن زاد او نقص فقد اساء وظلم » أى أساء الأدب بتركه السنة والتأدب بأدب الشرع وظلم نفســـه بما نقصها من الثواب . وفى التنزيل العزيز : « **الذين آمنوا ولم يلبسوا ايمانهم بظلم** » (الأنعام : ٨٢) . قال ابن عباس وجماعة أهل التفسير : لم يخلطوا ايمانهم بشرك . والظلم : الميل عن القصد ، والعرب تقول : ألزم هـــذا الصواب ولا تظلم عنه اى لا تجر عنه وقوله عز وجـــل : « **ان الشرك لظلم عظيم** » (لقمان : ١٣) يعنى أن الله تعالى هو المحيى والمميت الرزاق المنعم وحـــده لا شريك له ، فاذا أشرك به غيره فذلك أعظم الظلم ؛ لأنه جعل النعمة لغير ربها ، والظلمة : المانعون اهل الحقوق حقوقهم ؛ يقال : ما ظلمك عن كذا أى ما منعك . وظلمت الناقة : نحرت عن غير علة . وكل ما اعجلته عن أوانه فقد ظلمته . وتظالم القوم : ظلم بعضهم بعضـا . والظلم . بالتشديد : الكثير الظلم ..... » انظر : معانى لغوية أخرى لهذه الكلمة : لســـان العرب ، طبعة بيروت سنة ١٩٥٦ م ، المجلد الثانى عشر ، ص ٣٧٣ وما بعدها ، وانظر : مثل ذلك أيضا : اساس البلاغة ، طبعة سنة ١٣٧٢ هـ ، مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة ص ٢٩٠ وما بعدها ، القاموس المحيط ، الطبعة الخامسة ، سنة ١٩٥٤ م ، مطبعة شركة فن الطباعة بالقاهرة =

ظلامه ومظالمة أى ظلمة والظلم بالضم وضع الشىء فى غير موضعه ، والمصدر الحقيقى الظلم بالفتح ، ظلم يظلم ظلما بالفتح فهو ظالم وظلوم ، وتظلم منه : شكا من ظلمه .

أما ولاية المظالم فى اصطلاح الفقهاء : فقد قيل ان « نظر المظالم هو قعود المتظالمين الى التناصف بالرهبة وزجر المتنازعين عن التجاحد بالهيبة »(١٣٤) ، وقيل انها « وظيفة ممتزجة من سطوة السلطنة ونصفة القضاء وتحتاج الى علو يد وعظيم رهبة تقمع الظالم من الخصمين وتزجر المعتدى »(١٣٥) .

وقيل : ولاية المظالم هى « كولاية القضاء،وكولاية الحرب،وكولاية الحسبة ، جزء مما يتولاه ولى الأمر الأعظم ، ويقيم فيه نائبا عنه ، من يكون فيه الكفاية والهمة لأدائه ، ويسمى المتولى لأمر المظالم ناظراً ولا يسمى قاضياً ، وان كان له مثل سلطان القضاء ومثل اجراءاته فى كثير من الأحوال ، ولكن عمله ليس قضائيا خالصا ، بل هو قضائى وتنفيذى ، فقد يعالج الأمور الواضحة بالتنفيذ أو بالصلح أو بالعمل الخيرى يرد لصاحب الحق حقه فهو قضـــاء أحيانا وتنفيذى ادارى أحيانا »(١٣٦) ، وقال البعض : ولاية المظالم هى « الانتصاب للنظر فى مظالم الناس ، وازالة أسبابها ، بحيث تعود الحقوق الى أهلها الشرعيين وأماكنها المختصة بها ، بالرهبة والقوة ، مع العدل والانصاف »(١٣٧) .

= ج ٤ ص ١٤٥ وما بعدها،مختار الصحاح . الطبعة السابعة،سنة ١٩٦٣م المطبعة الأميرية بالقاهرة ص ٤٠٥ وما بعدها .

(١٣٤) انظر : الأحكام السلطانية ، لأبى الحسن المـــاوردى ص ٧٣ ، ومثل ذلك الأحكام السلطانية لأبى يعلى الفراء ص ٧٧ .

(١٣٥) انظر : مقدمة ابن خلدون ص ٢٤٦ .

(١٣٦) انظر : ولاية المظالم فى الاسلام ، بحث لفضيلة الشيخ : محمد أبو زهرة ، مقدم الى الحلقة الدراسية الأولى للقانون والعلوم السياسية ، والتى عقدت باشراف المجلس الأعلى لرعاية العلوم والفنون والآداب والعلوم الاجتماعية فى القاهرة فى الفترة من ٢٣ الى ٢٧ اكتوبر سنة ١٩٦٠ .

(١٣٧) انظر : ولاية المظالم فى الاسلام ، للدكتور : حسين احمد قطوم ، رسالة للدكتوراه ، مقدمة لجامعة الأزهر ، سنة ١٩٧٤ ، ص ١٠٦ .

وقيل : هى « سلطة قضائية أعلى من سلطة القاضى والمحتسب ، فهى تنظر من المنازعات ما لا ينظره القاضى ، بل هى تنظر ظلامة الناس منه ، فهى وظيفة ممتزجة من سطوة السلطنة ونصفة القضاء »(١٣٨) .

وولاية المظالم مشروعة ، وأصل مشروعيتها من القرآن الكريم هو ذات الآيات الكريمة التى دلت على مشروعية القضاء(١٣٩) ، أما ما يدل على مشروعيتها من السنة الشريفة فهو ما روى عن الرسول الكريم صلوات الله وسلامه عليه أنه قال « انصر أخاك ظالما أو مظلوما ، قالوا : يا رسول الله .. هذا ننصره مظلوما فكيف ننصره ظالما ، قال : تأخذ فوق يديه »(١٤٠) ، كما أنه صلوات الله وسلامه عليه نظر المظالم بنفسه(١٤١) ، كذلك سلك الخلفاء الراشدون — رضى الله عنهم — مسلك النبى ﷺ فى نظر المظالم(١٤٢) .

---

(١٣٨) انظر : المدخل للفقه الاسلامى ، للدكتور : محمد سلام مدكور ، نشر دار النهضة العربية ص ٤٠٤ ، والقضاء فى الاسلام لسيادته ، المرجع السابق الاشارة اليه ص ١٤١ .

(١٣٩) انظر : الدكتور حسين قطوم ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ١٠٩ ، وراجع الآيات الكريمة التى سبق لنا الاشارة اليها للدلالة على مشروعية ولاية القضاء ص ٢٥ وما بعدها من هذه الرسالة .

(١٤٠) انظر : صحيح البخارى ، مطبعة المعاهد بمصر ، سنة ١٣٥٢ هـ ، ج ٢ ص ٤٥ ، وانظر دلالة هذا الحديث على مشروعية ولاية المظالم ، الدكتور حسين قطوم ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ١١٠ .

(١٤١) انظر : القضاء فى الاسلام ، للدكتور محمد سلام مدكور ، سابق الاشارة اليه ص ١٤٥ ، الدكتور حسين قطوم ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ١١٠ ، ٣٧٣ ، الدكتور شوكت عليان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٣٣٥ ، القضاء فى الاسلام ، للدكتور مصطفى عطية مشرفة ، الطبعة الثانية ، سنة ١٩٦٦ ، ص ١٧٢ ، السلطات الثلاث ، للدكتور : سليمان الطماوى ، المرجع السابق الاشارة اليه ص ٤١٤ ، ولاية المظالم فى الاسلام ، بحث فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة ، السابق الاشارة اليه ، ومقالة للعلامة محمد أبو زهرة ، بعنوان « ولاية المظالم » بمجلة القضاء العراقية العدد ٤ ، ٥ سنة ١٩٦٠ ص ٥٤٢ وما بعدها من العدد الرابع من المجلة المذكورة ، تاريخ الاسلام السياسى ، للدكتور حسن ابراهيم ج ١ ص ٤٩١ .

(١٤٢) انظر امثلة لذلك : ولاية المظالم فى الاسلام ، الدكتور =

ونطاق هذه الولاية — أى الأعمال المسندة لناظرها وسلطاته — يتكون من نوعين من الأعمال : فمن هـذه الأعمال ما يتصدى له والى المظالم من تلقاء نفسـه دون الرفع اليه من متظلم ومنها ما يستلزم الرفع اليه من متظلم(١٤٣) ؛ وسنتناول توضيح هذه الأعمال تفصيلا كالآتى :

أولا — الأعمال المسندة لوالى المظالم والتى لا يستلزم لنظرها الرفع اليـه :

ينظر والى المظالم فى تعدى الولاة على الرعية وأخذهم بالعنف فى السيرة ؛ فعليه أن يتصفح أحوالهم ليقويهم ان أنصفوا . ويكفيهم ان فسقوا ، ويستبدل بهم ان لم ينصفوا(١٤٤) .

= حسين قطوم؛الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٣٧٣ وما بعدها؛الدكتور محمد سلام مدكور ؛ القضاء فى الاسـلام . المرجع السابق ص ١٤٥ ؛ الدكتور شوكت عليان ؛ الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٣٣٦ وما بعدها الدكتور سـليمان الطمـاوى ؛ المرجـع السـابق ص ٤١٤ ؛ ٤١٥ ؛ الدكتور عطية مشرفة ؛ المرجع السابق ص ١٧٢ .

(١٤٣) راجع هـذه الأعمال فى : الأحكام السلطانية للقاضى ابى يعلى ص ٦١ ، ٦٢ ؛ الأحكام السلطانية للماوردى ص ٧٦ ؛ ٧٧ ؛ الدكتـور محمد سلام مدكور ، القضاء فى الاسلام . المرجع السابق ص ١٤١ ، ١٤٢ ؛ الدكتور شوكت عليان ؛ الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٣٤٠ وما بعدها ، الدكتور حسين قطوم ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٢٠٥ وما بعدها ؛ الدكتور منير حميد البياتى ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٣٨٤ ؛ الدكتور سليمان الطماوى ، المرجع السابق ص ٤١٧ وما بعدها ، الدكتـور عطية مشرفة ، المرجع السابق ص ١٧٦ وما بعدها ، بحث فضيلة الشـيخ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق الاشارة اليه ، الدكتور عبد الملك عبد الله الجعلى ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٣٠٩ وما بعدها .

(١٤٤) لقد حرص عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — على اختيار الولاة من اهل التقى والصلاح والكفاءة ، وحرص — رضى الله عنه — على توجيههم ونقصى سـيرهم دائما فقد روى عنه انه خاطب ولاته على الأطراف فقال : « انى لم ابعثكم امراء ولا جبارين ، ولكن بعثتكم ائمة الهدى يهتدى بكم ، فأدروا على المسلمين حقوقهم ولا تضربوهم فتذلوهم ، ولا تحمدوهم فتفتنوهم ، ولا تغلقوا الابواب دونهم فيأكل قويهم ضعيفهم ، ولا تستأثروا عليهم فتظلموهم ، ولا تجهلوا عليهم ، وقاتلوا بهم الكفـار طاقتهم .... أيها الناس .. انى اشهدكم على امراء الأمصار انى لم ابعثهم الا ليفقهوا الناس=

وينظر فى جور الجبـــاة فيما يجبـــونه من الأموال ، فان كان ما استزادوه رفعوه الى بيت المـــال أمر برده ، وان أخذوه لأنفسهم استرده لأربابه ونظر فى أمرهم(١٤٥) .

= فى دينهم ويقسموا عليهم فيئهم ويحكموا بينهم فان أشكل عليهم شىء رفعوه الى » ، انظر : « الخراج » لأبى يوسف ، الطبعة الثالثة ، سنة ١٣٨٢ هـ : المطبعة السلفية ص ١١٧ ، ١١٨ .

كما كان عمر بن عبد العزيز — رضى الله عنه — يتقصى ســـير ولاته ايضا ، وفى ذلك يقول صاحب الخراج « حدثنى داوود بن هند عن ربـــاح بن عبيده انه قال : ياأمير المؤمنين .. حاجتك أوصنى بها . قال : حاجتى أن تسأل عن أهل العراق وكيف ســـيرة الولاة فيهم ورضاهم عنهم ، فلما قدمت العراق سألت الرعية عنهم فأخبرت بكل خير عنهم ، فلما قدمت أخبرته بحسن ســـيرتهم فى العراق وثناء الناس عليهم ، فقال : « الحمد لله على ذلك . لو أخبرتنى عنهم بغير هـــذا عزلتهم ولم أستعن بهم بعدها ابدا .. ان الراعى مسئول عن رعيته فلا بد له من أن يتعهد رعيته بكل ما ينفعهم الله به ويقربهم اليه ، فان من ابتلى بالرعية فقد ابتلى بأمر عظيم » .

انظر الخراج لأبى يوسف ، المرجع السابق ، ذات الصحائف .

ولذلك كان من أهم أعمال ناظر المظالم تعقب الولاة والنظر فى أحوالهم .

(١٤٥) لقد حاسب رسول الله صلوات الله وسلامة علية عماله حسابا عسيرا وتوعد من يتعد على حقوق المسلمين بالخزى يوم القيامة ، فقد روى عنه صلوات الله وسلامة عليه أنه « استعمل رجلا يقال له ابن اللتبية على صدقات بنى سليم ، فلما قدم قال : هـــذا لكم وهـــذا أهدى لى ، فقام النبى صلى الله عليه وسلم على المنبر ، فحمد الله وأثنى عليه ، ثم قال : ما بال عامل ابعثه فيقول هـــذا لكم وهـــذا أهدى الى ، أفلا قعد فى بيت أبيه وبيت أمه حتى ينظر أيهدى اليه أم لا ؟ والذى نفسى بيده ، لا يأخـــذ منها شيئا الا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبته ، ان كان بعيرا له رغـــاء أو بقرة لها خوار أو شاة تيعر ، ثم رفع يديه حتى رؤى بياض ابطيه فقال : اللهم هل بلغت ؟ اللهم هل بلغت » ؟

انظر : صحيح البخارى ، طبع المطبعة البهية بمصر ، سنة ١٣٥٦ هـ ، جـ ٤ ص ٢١٨ ، ٢١٩ .

وسار على هـــذا النهج عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — فقد خطب الناس بعد توليته الخلافة وأوضح أنه سيقتضى ممن يتعد على أموال المسلمين من عماله فقال « انى والله ما ابعث اليـــكم عمالى ليضربوا أبشـــاركم ، ولا ليأخذوا من اموالكم ولكنى ابعثهم اليكم ليعلموكم دينكم وسنة نبيكم فمن فعل به سوى ذلك فليرفعه الى ، فوالذى نفسى بيده لأقصنه منه ... » =

كما ينظر والى المظالم فى مهام كتاب الدواوين فيتصفح أعمالهم لأنهم أمناء على بيوت أموال المسلمين فيما يستوفونه ويوفونه منها ، فان عدلوا عن حق فى دخل أو خرج الى زيادة أو نقصان ، أعادوه الى قوانينه ، وحاسبهم على ذلك وحقق فيه ، وعمل هؤلاء الكتاب عمل دقيق اذ بيدهم ضبط أموال الدولة وأى خطأ منهم يؤدى الى ضياع حقوق المسلمين وأموالهم ، ولذا كان من أعمال والى المظالم متابعتهم . فقد حرص كثير من الخلفاء على تقصى سير الكتاب ومراقبة أعمالهم(١٤٦) .

وأشار بعض الفقهاء المعاصرين الى أن من أعمال والى المظالم والتى لا تحتاج الى تظلم من أرباب المظالم النظر فى سير الحجاب(١٤٧) ،

= انظر : الخراج لأبى يوسف . سابق الاشارة اليه ص ١١٥ ، وفى هذا المجال روى عن عمر بن عبد العزيز — رضى الله عنه — انه قال لعامله حيان بن شريح عندما لاحظ مبالغته فى جباية الأموال « ضع الجزية عمن أسلم .. قبح الله رأيك ، فان الله بعث محمدا صلى الله عليه وسلم هاديا ولم يبعثه جابيا » انظر : تاريخ التمدن الاسلامى لجورجى زيدان ، طبعة دار الهلال ج ١ ص ٧٨ .

ويروى المؤرخون أن الخليفة المنصور — رضى الله عنه — كان يتتبع العمال ويأخذ أموالهم ، ويستبدل بهم سواهم ويضع ما يأخذه من أموالهم فى بيت مال منفرد سماه « بيت مال المظالم » ، انظر : تاريخ ابن الأثير ، طبعة سنة ١٢٩٠ هـ ، القاهرة ج ٦ ص ١٣ .

وقام ولاة المظالم على مر العصور بالضرب على أيدى العابثين من الجباة والمحافظة على أموال المسلمين محفظة تامة فلم تتعرض أموال المسلمين للسلب والنهب ، انظر : أمثلة تاريخية لذلك لن يتسع مجال بحثنا للتعرض لها فى : ولاية المظالم فى الاسلام ، رسالة الدكتور : حسين قطوم ، السابق الاشارة اليها من ص ٢١٣ الى ٢٢٢ .

(١٤٦) انظر : ولاية المظالم فى الاسلام ، الدكتور : حسين قطوم ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٢٢٣ الى ٣٢٦ .

(١٤٧) انظر : الدكتور حسين قطوم ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٢٢٧ ، وأول من وضع الحاجب هو الخليفة معاوية بن أبى سفيان — رضى الله عنه — ثم اقتدى به من جاء بعده من الخلفاء ، بينما كان باب الخلفاء الراشدين مفتوحا للجميع : يدخله من يشاء فى أى وقت يشاء ، راجع : الدكتور : حسن ابراهيم حسن ، تاريخ الاسلام السياسى ج ١ ص ٢٤٢ .

حيث لم يقتصر عملهم على مجرد تنظيم دخول الناس على الخلفاء والولاة بل كانوا يتدخلون فى أمور الدولة(١٤٨) ، ولذلك كان من أعمال ناظر المظالم تقصى سيرهم ومدى عدالتهم فى عملهم •

كذلك من الأعمال المسندة لوالى المظالم والتى لا تحتاج الى متظلم لمباشرتها النظر فى الأوقاف ذات المصارف العامة مثل الأوقاف على المساجد والفقراء وغيرها ، فهو يشرف عليها ليجرى ريعها على سبيلها ، ويمضيها على شروط واقفها اذا عرفها من أحد ثلاثة أوجه : اما من دواوين المندوبين لحراسة الأحكام ، واما من دواوين السلطنة على ما جرى فيها من معاملة أو ثبت لها من ذكر وتسمية ، واما من كتب فيها قديمة تقع فى النفس صحتها •

ومن أعماله أيضا رد الغصوب السلطانية ، أى ما يغتصبه ولاة الجور وذوو النفوذ والبطش بغير حق اما بضمها للدولة ظلما ، أو أن يأخذ هؤلاء الولاة هذه الغصوب لأنفسهم ، وناظر المظالم يحكم برد الغصوب الى ذويها متى علم بها من تلقاء نفسه ، ودون حاجة الى متظلم ، فان لم يعلم بها فان نظره فيها متوقف على تظلم أربابها بيد أنه فى هذه الحالة يستطيع أن يتقصى الحقيقة من ديوان السلطنة ، فاذا وجد فيه ذكر قبضها على مالكها عمل عليه أمر بردها اليه ، ولم يحتج الى بينة تشهد به ، وكان ما وجده فى الديوان كافيا ، أى أن نظره غير متوقف على تقديم الأدلة من ذى المصلحة •

---

(١٤٨) وقد أوضح ذلك الدكتور حسن ابراهيم عند حديثه عن العصر العباسى الثانى فقال « ولم تقتصر مهمة الحاجب فى ذلك العصر على حراسة الخليفة ومنع الناس من الاتصال به ، بل تعداه الى التدخل فى اهم شئون الدولة ، حتى أن بعضهم استبد بهذه الشئون دون الوزراء ، وكان أصحاب الدواوين يرجعون اليهم فى المسائل المتعلقة بدواوينهم ، ولا يفصلون فيها الا بعد الرجوع اليهم » انظر : المرجع السابق نفسه جـ ٣ ص ٢٦٧ ، كما ينبغى ملاحظة أن الحجابة فى « بلاد الأندلس » لم تكن تعنى الوقوف على باب الخليفة أو أصحاب النفوذ لتنظيم الناس فى الدخول عليهم بل كانت تعنى الوزارة وكان « الحاجب » هو الوزير ، انظر : الدكتور : حسين قطوم ، المرجع السابق نفسه ص ٢٣٠ هامش رقم (٢) .

كما يقوم والى المظالم بمراعاة العبادات الظاهرة كالجمعة والأعياد والحج والجهاد[١٤٩] ، فينظرها خوفا من التقصير فيها ؛ أو الاخلال بشروطها ، اذ حقوق الله تعالى أولى أن تستوفى ، ولابد أن تؤدى فروضه عز وجل ، وينظر والى المظالم فى هـذه الأمور بدون حاجة الى الرفع اليه من متظلم . وعلة ذلك أن هـذه الأعمال من حقوق الله تعالى والظلم فيها لا يقع على أشخاص معينين بل يعم جماعة المسلمين .

كذلك فان من أعمـال ناظر المظالم النظر فيما عجـز عنه ولاة الحسبة[١٥٠] ومعاونتهم فى انفاذ اختصاصاتهم ان لم يتمكنوا من ذلك ؛ كالمجاهرة بمنكر ضعفوا عن دفعه ، والتعدى فى طريق عجزوا عن منعه ، والتحيف فى حق لم يقدروا على رده ؛ فيأخذ والى المظالم المعتدين بحق الله تعالى فى جميعه ويأمر بحملهم على موجبه[١٥١] ؛ ورغم تمتع ولاة الحسبة بسطوة الحماة ؛ الا أن طبيعة عملهم قد توحى الى الناس أنهم فى مركز ضعف لا فى مركز قوة[١٥٢] . ولذلك أنيط بولاة المظالم تنفيذ ما عجزوا عنه .

---

(١٤٩) يعتبر البعض هـذا الاختصاص لوالى المظالم من الاختصاصات التى يتوقف نظره على طلب أربابها ، الدكتور : محمد سلام مدكور ، المرجع السابق ص ١٤٢ ، بيد اننا نعتقد انها من الأعمال التى لا تحتاج الى تظلم لوالى المظالم لكى ينظرها وذلك للعلة التى أوضحناها فى المتن ، انظر فى اعتبارها كذلك : الدكتور : حسين قطوم . الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٢٥١ ، الدكتور : شوكت عليان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص٣٤١ .

(١٥٠) انظر ما سيأتى عن نطاق ولاية الحسبة ص ٨٢ وما بعدهـا من هـذا البحث .

(١٥١) انظر : الأحكام السلطانية للماوردى ص ٧٧ .

(١٥٢) انظر : الدكتور حسين قطوم . الرسالة السابق الاشـارة اليها ص ٢٤٤ ، وهو يعتبر هـذ الاختصاص لوالى المظالم لا يتوقف نظره على تظلم ، وان كان الدكتور محمد سلام مدكور ، اعتبره من الاختصاصات والى المظالم مباشرة دون توقف على الرفع اليه من متظلم .
التى يتوقف نظر والى المظالم لها على طلب أربابها ؛ انظر : القضاء فى الاسـلام ، المرجع السابق ص ١٤٢ ، بيد اننا لا نعتقد ذلك نظرا لأن المحتسب يمارس غالبية اختصاصاته بدون حاجة للرفع اليه كما سيتضح لنا ذلك تفصيلا عند توضيحنا لنطاق هذه الولاية ومن ثم فان ما يعجز عنه المحتسب ينظره

ثانيا — الأعمال المسندة لوالى المظالم والتى يستلزم لنظرها الرفع اليه :

ينظر والى المظالم بين المتشاجرين ويحكم بين المتنازعين ، فلا يخرج فى النظر بينهم عن موجب الحق ومقتضاه ، ولا يسوغ أن يحكم بينهم الا بما يحكم به الحكام والقضاة[١٥٣] ، وينبغى الرفع اليه من أحد المتنازعين حتى يفصل فى نزاعهما .

كما ينظر فى تظلم المسترزقة « الموظفين » فى نقص أرزاقهم أو تأخرها عنهم ، فيرجع الى ديوانه فى فرض العطاء العادل فيجريه عليهم ، وينظر فيما أنقصوه أو منعوه من قبل ، فان أخذه ولاة أمورهم استرجعه منهم ، وان لم يأخذوه قضاه من بيت المال[١٥٤] ، ولابد من التظلم اليه حتى ينظر فى ذلك .

ومن أعمال والى المظالم أيضا تنفيذ الأحكام التى يعجز القضاء عن تنفيذها ، اذ ناظر المظالم أقوى يدا وأنفذ أمرا ، بما يملكه من سطوة الحماة ، فينفذ الحكم على من توجه اليه ، بانتزاع ما فى يده أو بالزامه الخروج مما فى ذمته ، فوالى المظالم يكبح جماح ذوى الجاه والسلطان عند امتناعهم عن تنفيذ أحكام القضاء بالزامهم بهذه الأحكام .

كما ينظر فى غصوب الأقوياء من الأفراد ، أى الأموال التى يغتصبها وجهاء الدولة من الضعفاء ، فهذا النوع من الغصوب يختلف عن الغصوب السلطانية التى يقوم بها الولاة والتى ينظر فيها والى المظالم مباشرة بدون تظلم ، والغصوب التى نحن بصددها الآن تقع من أقوياء الأفراد على الضعفاء منهم ، فهى ضرب من الغصوب تغلب عليها أهل القوة والجاه بالقهر والغلبة وتصرفوا فيه تصرف الملاك ، ولا ينتزع والى المظالم هذه الغصوب من الغاصب الا بواحد من أمور أربعة[١٥٥] : اما باعتراف الغاصب واقراره ، واما بعلم والى المظالم ، واما ببينة تشهد على الغاصب بغصبه

(١٥٣ ، ١٥٤) انظر الماوردى ، المرجع السابق نفسه ص ٧٧ .

(١٥٥) انظر : الأحكام السلطانية للماوردى ، المرجع السابق نفسه ص ٧٧ .

أو تشـــهد للمغصوب منه بملكه ، واما بتظاهر الأخبار التى ينتفى عنها التواطىء ولا تختلج فيها الشكوك لأنه لمـــا جاز للشهود أن يشـــهدوا فى الأملاك بتظاهر الأخبار كان حكم ولاة المظالم بذلك أحق ، وبذا يقوم والى المظالم برد الغصوب بنوعيها سواء غصوب الولاة أو غصوب الأفراد بعضهم لبعض ، بيد أن هـــذا النوع الأخير ينبغى أن يرفع تظلم لناظر المظالم لكى يزاول اختصاصه برده الى المغصوب منه •

وينظر والى المظالم أيضا فى المنازعات المتعلقة بالأوقاف الخاصة أى التى تكون على مستحقين معروفين ، وهو لا يملك التصدى لها الا بتظلم يرفع اليه ، وبذا يختلف نظر والى المظالم فى الأوقاف الخاصة عن نظره فى الأوقاف ذات المصارف العـــامة حيث لا يحتاج الى تظلم يرفع اليه للاشراف على هـــذه الأخيرة ؛ كما يختلف نظره فى الأوقاف الخاصة عن اشرافه على الأوقاف ذات المصارف العـــامة من ناحيـــة الاثبات ؛ فهو لا يحكم فى الأوقاف الخاصة الا وفقا للطريقة المألوفة فى الاثبات ؛ ولا يجوز له أن يرجع لاثباتها الى ديوان السلطنة ، ولا الى ما يثبت من ذكرها فى الكتب القديمة اذا لم يمكن اثباتها بطرق الاثبات المألوفة ، وعلة اسناد هـــذا النوع من المنازعات الى والى المظالم هو ما يغلب على مستحقيها من ضعف أمام سـطوة نظار الوقف ، وقد أوضح هـــذه العلة فضيلة الشيخ محمـــد أبو زهرة فقال « ويسأل سائل : أما كان الأولى فى مثل الأوقاف الخاصـــة أن يكون النظر للقضـــاء العادى ؟ ونقول : ان قضاء المظالم يرفع الظلم عن الضعفاء الذين لا يستطيعون دفع الظلم عن أنفسهم ، وان أكثر المستحقين فى الأوقاف الخاصـــة ضـــعفاء أمام نظارها ، وقد أثبتت التجارب التى كانت فى المحـــاكم الشرعية[١٥٦] ، أن ضعفاء المستحقين تذهب حقوقهم ضياعاً ، فكان من

---

(١٥٦) المحاكم الشرعية هى احـــدى التطبيقات العملية للنظام القضائى الاســـلامى وكان لها فى فترة معينة الولاية العـــامة فى كل المواد بالنسبة لكل انســـان فى مصر ، انظر : تاريخ القضاء فى الاسلام ، للشيخ محمود بن عرنوس ص ١٩٩ .. ولما كان الهدف الأساسى للمستعمرين من استعمار دار الاسلام ومصر جزء منها ، تثبيت تطبيق تشريعاتهم وانظمتهم القضائية =

الحق أن يتولى ديوان المظالم بقوة بأسه انصافهم ، وان سلك فى اثبات حقوقهم مسلك القضاء المعتاد »[١٥٧] .

هـذه هى الأعمال التى تسند لناظر المظالم بنوعيها ، وواضح أن نطاق هـذه الولاية أكثر اتساعا من النطاق الموضوعى لولاية القضاء ، فناظر المظالم أفسح مجالا من القاضى[١٥٨] ، فله كما ذكرنا النظر بين المتناجرين والحكم بين المتنازعين اى ان له القيام بالعمل الأصيل للقضاة وهو فصل الخصومات ، كما أنه ينظر فى الأعمال ذات الطبيعة الولائية فقد ذكرنا أن له النظر فى الأوقاف بانواعها والتنفيذ ، وهذه من الأعمال التى ينظرها القضاء أيضا ، كما أنه ينظر فى الأعمال ذات الطبيعة المناقضة

= المرتبطه بها فى هذه الـدار وحجب الشريعة الاسـلامية عن التطبيق العملى وتعطيل النظـام القضائى الاسـلامى المرتبط بهـا . وقد تحقق لهم هذا الهدف على مراحل طويلة متوازنه حيث كان يصحب تبنيت تشريعاتهم وانظمتهم حجب وتعطيل للشريعه ونظامها القضائى فى وقت واحد ولن يتسع مجال بحثنا لتوضيح هذه المراحل تفصيلا ، ففى اثناء خطواتهم العمليه لتحقيق هذا الهدف عمدوا الى تشويه هذه المحاكم باعتبارها احدى صور النظـام القضائى الاسلامى والاعتداء على ولايتها الى أن وصلت حاله هـذه المحاكم الى درجه سيئه للغايه (انظر : وصف لهذه الحالة السيئه : تقرير فضيلة الشيخ محمد عبده فى اصلاح المحاكم الشرعيه ، طبع مطبعه المنـار بمصر سنة ١٣١٧ هـ) ولقد كان من الآمال الوطنيه للمصريين المحافظة على هـذه المحاكم حيث ادركوا غاية المستعمر فى الغاء هذه المحاكم فرغم انه طلب من الامام محمد عبده بيان اصلاح هذه المحاكم الا أن « السواد الأعظم كان سيء الظن بالحكومة — آنذاك — معتقدين أنها مدفوعة من القوة المحتلة الى الغاء هذه المحاكم لأنها اكبر شعار ملى للأمة الاسلامية ، انظر : تقديم السـيد محمد رشيد رضا لتقرير الشيخ محمد عبده السابق الاشارة اليه ، وقـد استمرت هذه الآمال الوطنية فترة طويلة الى أن تم الغاء هذه المحاكم وتحققت بذلك غاية المستعمرين التى كان يخشى السواد الأعظم من المصريين أن تقدم الحكومة آنذاك على تحقيقها مدفوعة من القوة المحتلة كما سبق أن أوضحنا .

(١٥٧) انظر : بحث ولاية المظالم ، لفضيلة الشيخ محمد ابو زهرة ، السابق الاشارة اليه ، .

(١٥٨) انظر : الأحكام السلطانية للماوردى ، المرجع السابق ، ص ٧٩ ، والأحكام السلطانية لأبى يعلى ، المرجع السابق ، ص ٦٣ .

لولاية القضاء والتى تضاف للقضاة لاسباب سبق لنا ذكرها[١٥٩] ، ومثال ذلك ان من اختصاصات ناظر المظالم مراعاة العبادات الظاهرة والاعياد والحج والجهاد ، فهذه الانواع الثلاثة السابقة من الأعمال والتى تكون المحتوى الموضوعى لولاية القضاء كما أوضحنا ذلك عند تعرضنا للنطاق الموضوعى لولايه القضاء ، هى بذاتها مسندة لوالى المظالم ، وفضلا عن هـــذه الانواع الثلاثة من الاعمال فان لناظر المظالم أعمال أخرى لا يحتاج قيامه بها الى تظلم يرفع اليه . كالنظر فى تعدى الولاه على الرعية وجور الجباه ومراقبه كتاب الدواوين وسير الحجاب ورد الغصوب السلطانية والاشراف على الأوقاف العـــامة . فهو يقوم بهذه الأعمال دون أوضحنا ذلك تفصيلا من تلقاء نفسه . ومن ذلك يتضح لنـــا اتساع نطاق هذه الولاية عن النطاق الموضوعى لولاية القضاء .

أضف الى ذلك أن لناظر المظالم من السلطات ما يتلاءم مع طبيعة هذه الولاية الطارئه والمستحدثه [١٦٠] ، والتى لم تستقل عن ولايه القضاء وتصبح ولايه قائمه بذاتها الا بعد ان « تجاهر الناس بالظلم والتغالب ولم يكفهم زواجر العظه عن التمانع والتجاذب »[١٦١] ، فضعف الوازع الدينى واستحدث المسلمون هذه الولايه لكبح جماح الظالمين والمستبدين .

وهذه السلطات اكثر من سلطات القاضى ، وعلة ذلك أن لناظر المظالم السياسة [١٦٢] ، وليس للقاضى ذلك وفقا لرأى العلامة ابى الحسن

---

(١٥٩) راجع : ص ٤٨ وما بعدها من هذه الرسالة .

(١٦٠) انظر : الدكتور حسين قطوم ، الرسالة السابق الاشـــاره اليها ، ص ١٣٠ .

(١٦١) انظر : الأحكام السلطانية للماوردى . المرجع السابق . ص ٧٣ .

(١٦٢) **السياسة لغة :** هى الأمر والنهى والتاديب . ويقال : ساست الرعية أمرتها ونهيتها ، وسوسه القوم جعلوه يسوسهم . ويقال ساس الأمر سياسة بمعنى قام به (انظر : القاموس المحيط ـــ مختار الصحاح ـــ لسان العرب ـــ المصباح المنير ـــ مادة سوس) .

وفى الاصطلاح : فقد قيل ان الفقهاء ارادوا بها « التوسعة على ولاة الأمر فى أن يعملوا ما تقضى به المصلحة مما لا يخالف اصول الدين وان لم يقم عليه دليل خاص ، فهى العمل بالمصالح المرسلة لأن المصلحة المرسلة هى =

الماوردى والعلامة ابى يعلى الفراء وهو الرأى الذى نميل اليه [١٦٣] ،

= التى لم يقم من الشارع دليل على اعتبارها أو الغائها » ، أشار الى ذلك : فضيلة الشيخ : عبد الوهاب خلاف ، السياسة الشرعية أو نظام الدولة الاسلامية ، طبع مطبعة المقتدم سنة ١٣٩٧ هـ ، ص ٤ .

وقيل انها : « ما تدير به شئون البلاد من القوانين والأنظمة ، لتحقيق مصالح العباد فى مختلف العصور وسائر البلدان » ، الدكتور : حسين قطوم — الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ١٣٢ — ، ولا شك فى نظرنا ان التعريف الذى أشار اليه فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف أكثر وضوحا ودلالة على معنى السياسة فى اصطلاح الفقهاء من القول الأخير .

وانظر فى ان لولاة المظالم ان يستعملوا « السياسة » لمعرفة وجه الحق فيما ينظرونه من خصومات الناس ومظالمهم ، ولهم الكشف عن أصحاب الجرائم والحكم بالقرائن التى تظهر بها الحقوق ، وكذلك لهم تهديد الخصم اذا ظهر أنه مبطل ، وسؤاله عن أشياء تدل على صورة الحال ، بينما لا يجوز مثل هذا وفقا لرأى البعض لولاة القضاء — الدكتور حسين قطوم ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ١٣٠ ، ١٣١ .

(١٦٣) ثمة خلاف بين الفقهاء فى مدى جواز استعمال القاضى للسياسة فى فصل الخصومات ، فقد قيل : انه ليس لذلك حد فى الشرع ، فمثل ذلك يستفاد من العرف والأحوال والألفاظ وقد يدخل فى ولاية من الولايات فى بعض الأزمنة والأمكنة ما يدخل فى ولاية أخرى فى زمان أو مكان آخر ، انظر : الطرق الحكمية ، للعلامة ابن قيم الجوزية ، طبعة سنة ١٩٥٣ تحقيق الأستاذ محمد حامد الفقى ، ص ٢٣٩ ، وراجع اشارة لهذا الراى ، الدكتور حسين قطوم ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ١٣٣ ، ١٣٤ .

وقال بعض الفقهاء : ان للقضاة ان يتعاطوا السياسة والحكم بها فيما يرفع اليهم من اتهام اللصوص وأهل الشر والتعدى ، والكشف عن أصحاب الجرائم ، والحكم بالقرائن التى يظهر بها الحق ، من غير وقوف على مجرد الاقرار وقيام البينات ولا فرق فى ذلك بين القضاة وولاة المظالم . انظر : تبصرة الحكام « لابن فرحون » بهامش « فتح العلى المالك فى الفتوى على مذهب الامام مالك » ، جـ ٢ ، ص ١٤٣ ، ١٤٤ ، معين الأحكام — للطرابلسى — الطبعة الأولى ، ص ١٦٩ .

وذهب فريق ثالث من الفقهاء الى أنه لا يجوز للقضاة ان يتعاطوا أو يستعملوا السياسة فيما ينظرونه من الشكاوى والخصومات ، وأنه لا مدخل لهم فيها ، ولذلك فقد فرقوا بين نظر ولاة المظالم ونظر القضاة من وجوه عديدة . (انظر : الأحكام السلطانية للماوردى ، ص ٧٩ ، ولأبى يعلى الفراء ، ص ٦٣ ، وراجع اشارة لهذا الراى الدكتور حسين قطوم ، المرجع السابق الاشارة اليه ص ١٣٨) .

ونظرا لذلك فان لوالى المظالم من السلطات ما ليس للقضاء [١٦٤] ، فالقاضى يتقيد بأدلة محددة فى الوصول الى المحق ومعرفة المبطل أما سلطات ناظر المظالم فى الوصول الى ذلك فهى أوسع ، ولناظر المظالم من فضل الهيبة وقوة اليد ما ليس للقضاة ؛ كما أن له أن يقابل من ظهر ظلمه بالتأديب ويأخذ من بان عدوانه بالتقويم والتهذيب وله أن يتأنى قبل اصدار حكمه وذلك اذا اشتبه الأمر واستبهمت الحقوق ؛ أما القضاة فليس لهم أن يؤخروا الحكم اذا طلب أحد الخصمين الفصل ، ولناظر المظالم أن يرد الخصوم ليفصلوا التنازع صلحا . وليس ذلك للقاضى الا اذا رضى الخصمان بالرد ؛ وله ان يفسح فى ملازمة الخصمين اذا وضحت أمارات التجاحد ويأذن بالكفالة فيما يسوغ فيه التكفل لينقاد

= ورأى احد الشراح المعاصرين أنه « يجوز لولاة القضاء استعمال السياسة بانواعها فى سبيل الوصول الى الحق واظهاره ، شأنهم فى ذلك شأن ولاة المظالم ، الا انه رغم ذلك تظل هناك عدة فروق بين نظر الواليين وانه اذا ما ورد فى صك انتداب ولاة القضاء من العبارات والالفاظ الواضحة التى تحدد وترسم ما لهم وما عليهم من مسألة استعمال السياسة فان عليهم التقيد بذلك وتطبيقه » ، وقد رتب على ذلك انه للقاضى مثله فى ذلك مثل ناظر المظالم ان يتهدد الخصوم أو يسألهم عن اشياء توضح جهة الحق ويدل عليه وان يتانى فى اصدار الاحكام بضرب الآجال ليتبين له وجه الحق أو تزول الخصومه وانه فى حالة الخصومة بين الأقارب على القاضى أن يصلح بينهم أو يردهم الى وساطة الأمناء ليفصلوا بينهم عن تراض » الدكتور حسين قطوم . الرسالة السابق الاشارة اليها . ص ١٤١ ، ١٤٢ ، والذى نميل اليه فى هذا الصدد هو رأى العلامة أبى الحسن الماوردى ، ومثله العلامة ابى يعلى الفراء ؛ وبمقتضى هذا الرأى لا يجوز للقضاء استعمال السياسة ومن ثم ينبغى التفرقة بين ناظر المظالم والقضاة ، اذ اننا نعتقد أن استعمال والى المظالم للسياسة أمر ملائم لطبيعة هذه الولاية المستحدثة والتى ما اقيمت الا « للنظر فيما عجز عنه القضاة ووقف تعدى ذوى الجاه والسلطان » انظر الأحكام السلطانية للماوردى ، ص ٨٣ ؛ فلوالى المظالم استعمال السياسة فى القيام بأعمائه وبها يتمكن من كبح جماح كبار الظلمة من ذوى النفوذ ولا حاجة للقاضى لمثل ذلك .

(١٦٤) انظر : الأحكام السلطانية للماوردى ، المرجع السابق ، ص ٧٩ ، وايضا الأحكام السلطانية لأبى يعلى الفراء ، المرجع السابق ، ص ٦٣ .

الخصوم الى التناصف ويعدلوا عن التجاحد والتكاذب ويسمع من شهادات المستورين ما يخرج عن عرف القضاة فى الشهادة ، وله أيضا احلاف الشهود عند ارتيابه بهم اذا بدلوا أيمانهم طوعا ويستكثر من عددهم ليزول عنه الشك وينفى عنه الارتياب وليس ذلك للقضاة ، كما أنه يجوز لناظر المظالم أن يبدأ من تلقاء نفسه باستدعاء الشهود ، ويسألهم عما عندهم من تنازع الخصوم ، وعادة القضاة تكليف المدعى احضار بينة ولا يسمونها الا بعد مساءلته ، وهذه السلطات تمكن والى المظالم من القيام بأعماله وتتلاءم كما ذكرنا وطبيعة ولاية المظالم ، حيث تؤدى هذه السلطات الى منع ظلم ذوى النفوذ والمستبدين .

وكل ذلك يدلنا على اتساع نطاق ولاية المظالم عن النطاق الموضوعى لولاية القضاء .

* * *

المطلب الرابع

العلاقة بين النطاق الموضوعى لولاية القضاء ونطاق ولاية الحسبة

الحسبة لغة : تأتى بمعنى ادخار الأجر والثواب عند الله تعالى ، فيقال : احتسب بكذا أجرا عند الله اذا ادخره عنده لا يرجو ثواب الدنيا ، وبمعنى الانكار فيقال : احتسب على فلان اذا أنكر عليه ، ويقال : انه يحسن الحسبة فى الأمر ، اذا كان حسن التدبير ، ويقال أيضا : فلان محتسب البلد ولا يقال محسب (١٦٥) .

واصطلاحا : هى « وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر »(١٦٦) ، وقيل انها « أمر بالمعروف اذا ظهر تركه ، ونهى عن المنكر

---

(١٦٥) انظر : القاموس المحيط ، للفيروزابادى ، ج ١ ، ص ٥٤ ، ٥٥ . الصحاح للجوهرى ، ج ١ ، ص ١٠٩ ، ١١٠ .

(١٦٦) انظر : مقدمة ابن خلدون ، ص ٥٧٦ ..

اذا ظهر فعله »[١٦٧] ، وقال البعض : ان الحسبة هي « أمر بمعروف ونهى عن منكر ، واصلاح بين الناس »[١٦٨] ، وقال أحد الشراح المعاصرين انها « سلطة تخول صاحبها حق مباشرة الأمر بالمعروف اذا ظهر تركه والنهي عن المنكر اذا ظهر فعله ، بتفويض من الشارع أو تولية من الامام وتوقيع العقاب على المخالفين بمقتضى أحكام الشريعة في حدود اختصاصه »[١٦٩] .

وينبغي ملاحظة أن المعروف هو « كل قول ، وفعل ، وقصد حسنه الشارع وأمر به »[١٧٠] ، والمنكر هو « كل قول ، وفعل ، وقصد قبحه الشارع ونهى عنه »[١٧١] .

وهذه الولاية مشروعة فقد قال عز وجل : **« ولتكن منكم أمة يدعون الى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ، وأولئك هم المفلحون »**[١٧٢] .

وروى عن النبي ﷺ أنه قال : « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه ، فان لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الايمان »[١٧٣] ، كذلك فقد اتفقت كلمة المجتهدين من السلف والخلف على

---

(١٦٧) انظر : الأحكام السلطانية ، للماوردى ، سابق الاشارة اليه ، ص ٢٢٧ ، ومثله الأحكام السلطانية ، لأبى يعلى ، سابق الاشارة اليه ، ص ٢٨٤ .

(١٦٨) انظر : نهاية الرتبة فى طلب الحسبة ، للشيزرى ، طبع مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر بالقاهرة سنة ١٩٤٦ م ، ص ٦ .

(١٦٩) انظر : الدكتور عبد الله محمد عبد الله ، الحسبة فى الاسلام ، رسالة للدكتوراه مقدمة لجامعة الأزهر ، سنة ١٩٧٤ ص ٤٣ .

(١٧٠ ، ١٧١) انظر : الحسبة فى الاسلام ، لفضيلة الشيخ : ابراهيم دسوقى الشهاوى ، طبع مطبعة المدنى بالقاهرة ، سنة ١٩٦٢ ، ص ٩ .

(١٧٢) ال عمران : ١٠٤ .

(١٧٣) انظر : احياء علوم الدين ، جـ ٢ ص ٢٧٣ ، الأحكام السلطانية لأبى يعلى ، ص ٢٨٤ .

وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر حسبة لله وابتغاء مرضاته [١٧٤] .

ونطاق ولاية الحسبة — أي أعمال وسلطات المحتسب[١٧٥] — ينحصر بصفة أساسية في الامر بكل معروف ظهر تركه والنهي عن كل منكر ظهر فعله ، سواء أكان ذلك متعلقا بحقوق الله تعالى أو بحقوق العباد أو بالحقوق المشتركة بين الله تعالى وبين عباده [١٧٦] .

---

(١٧٤) انظر : الحسبة في الاسلام ، للأستاذ الشيخ : ابراهيم الشهاوى ، ص ٤ .

(١٧٥) راجع هذه الأعمال والسلطات في : نهاية الرتبة في طلب الحسبة — لشيزرى — ص ١١ وما بعدها ، الحسبة في الاسلام أو وظيفة الحكومة الاسلاميه ، للعلامه ابن تيمية ، ص ٩ وما بعدها ، الحسبة في الاسلام ، للدكتور : عبد الله محمد عبد الله ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٢٣٢ وما بعدها ، الحسبة في الاسلام للشيخ الشهاوى ، المرجع السابق الاشاره اليه ، ص ٨٢ وما بعدها ، الاحكام السلطانية للماوردى ، ص ٢٢٨ وما بعدها ، الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ٢٨٣ وما بعدها ، احياء علوم الدين للغزالى ، ج ٢ ، ص ٢٩٥ وما بعدها ، القضاء في الاسلام للدكتور محمد سلام مدكور ، ص ١٥٢ ، السلطة القضائية في الاسلام للدكتور شوكت عليان ، ص ٤١٧ وما بعدها ، السلطات الثلاث ، للدكتور سليمان الطماوى ، ص ٤٢٣ وما بعدها ، القضاء في الاسلام ، للدكتور عطية مشرفة ، ص ١٨٣ وما بعدها ، المدخل للفقه الاسلامى للدكتور محمد سلام مدكور ، ص ٤٠٦ وما بعدها ، النظم الاسلامية للدكتورين حسن ابراهيم وعلى ابراهيم حسن ، ص ٢٧٠ وما بعدها ، الحسبة في الاسلام ، بحث مقدم من فضيلة الشيخ على الخفيف لاسبوع الفقه الاسلامى ومهرجان الامام ابن تيمية بدمشق ، من ١٦ — ٢١ شوال سنة ١٣٨٠ هـ ، طبعة المجلس الأعلى للفنون والآداب والعلوم الاجتماعية ، سنة ١٩٦١ م ، الحسبة في الاسلام ، دراسة مقارنة بالأنظمة المشابهة في التشريع الوضعى ، بحث للأستاذ على حسن فهمى ، مقدم لأسبوع الفقه الاسلامى ومهرجان الامام ابن تيمية بدمشق ، طبعة المجلس الأعلى للفنون سنة ١٩٦١ ، الحسبة ، للأستاذ : عبد الرزاق الحصان ، مطبعة التفيض ، ببغداد ، سنة ١٩٤٦ م ، ص ٣٥ وما بعدها .

(١٧٦) سنأخذ هنا بتقسيم العلامة أبى الحسن الماوردى لأعمال المحتسب وهذا التقسيم يقوم على أساس أن وظيفة المحتسب أصلها الأمر =

فالمحتسب يقوم بالأمر بالمعروف ، وقد يتعلق ذلك بحقوق الله تعالى الخالصة كالاشراف على اقامة صلاة الجمعة متى استوفت شروطها الشرعية ، وصلاة العيدين . والأمر بصلاة الجماعة فى المساجد واقامة الآذان فيها ، كما يزجر من يتركون الصلاة بلا عذر شرعى .

وقد يتعلق الأمر بالمعروف بحقوق العباد ، وبعض هذه الحقوق ذو طابع عام ، وهو ما يشترك فى الانتفاع به سائر الناس وتعود بالنفع لصالح الجماعة فيقوم المحتسب بالاشراف على المرافق العامة كالمساجد والمستشفيات والأسوار ودور الأيتام وتقديم المساعدات لأبناء السبيل وغيرها والانفاق على هذه الخدمات قد يكون من بيت المـــال أو من أغنياء

= بالمعروف والنهى عن المنكر وعلى أساس التقسيم الثلاثى للحقوق : حقوق الله تعالى وهى التى تتعلق بالعبادات وبكيان المجتمع الاسلامى . وحقوق العباد وهى الحقوق الخاصة للأفراد كحق الملكية مثلا ، وحقوق مشتركة بين الله تعالى والعباد وهى الحقوق التى تحمل خصائص الحقين السابقين معا (انظر الأحكام السلطانية للماوردى ، ص ٢٢٨ وما بعدها ، ومثله العلامة ابو يعلى الأحكام السلطانية ص ٢٨٣) ، ولكن ينبغى التنبيه الى ان الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر من الشمول والعموم بحيث يستوعبان أحكام الشريعة كلها ، ومن ثم يصعب حصر أعمال المحتسب وقد أشار الى ذلك الفقيه عبد الرحمن بن نصر الشيزرى فقال : « لو شرعت أن أذكر جميع ما ينبغى للمحتسب ان يفعله من أمور الحسبة لطال الكتاب ، ولم يقع عليه حصر ، ولكن قد وضعت أصولا وقواعد يقيس عليها المحتسب ما يجانسها ، ولعمرى ان الضابط فى أمور الحســـبة هو الشرع المطهر ، فكل ما نهت الشريعة عنه يكون محظورا ، ووجب على المحتسب ازالته والمنع عن فعله ، وما أباحته الشريعة اقره على ما هو عليه » (انظر الرتبة فى طلب الحسبة ، طبعة سنة ١٩٦٤ ، ص ١١٨) ، كما نجد الامام ابن تيمية يضع ضابطا عاما لأعمال المحتسب فيقول : « وأما المحتسب فله الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر مما ليس من خصائص الولاة والقضاة واهل الديوان ونحوهم » (انظر : الحسبة فى الاسلام : طبع مطبعة المؤيد سنة ١٣١٨ هـ ، ص ٩) .

ووفقا لذلك فانه فيما عدا ما يكون من خصائص الولاة والقضاة واهل الديوان ونحوهم يكون للمحتسب ان يأمر بكل معروف وينهى عن كل منكر ، ولذا فاننا لن نستطيع التعرض لجميع أعمال المحتسب اذ لن يتسع مجال بحثنا لذلك ، وسنقتصر فقط على الاشارة الى بعضها بما يمكننا من مقارنة نطاق هذه الولاية بنطاق ولاية القضاء .

المسلمين بحسب ظروف الحال ، والبعض الآخر من حقوق العباد ذو طابع خاص ، حيث يتعلق الأمر بالمعروف بحقوق الأفراد قبل بعضهم ، ومثال ذلك المماطلة فى الحقوق وفى أداء الديون اذا أخرت بدون مقتضى أو عذر ، فللمحتسب أن يأمر بأداء الحقوق وسداد الديون ولكن ليس له حبس المدين اذ الحبس فى الدين حكم وذلك يكون لمقاضى ، وهو يأمر بسداد الديون وأداء الحقوق بشرط المقدرة وظهور الحق أو الدين اذا تقدم اليه الدائن أو صاحب الحق ، ويقوم بكفالة من تجب كفالته من الصغار ، وغير ذلك من حقوق العباد •

وقد يتعلق الأمر بالمعروف بالحقوق المشتركة ومثالها الزام الأولياء بتزويج الأيامى اذا تقدم لهن أكفاؤهن والزام المطلقات من النساء بأحكام العدة ، ويكلف المحتسب أرباب البهائم باطعامها وألا يستعلموها فيما لا تطيق ، ويعزر تأديبا لكل من نفى ولدا قد ثبت فراش أمه ولحوق نسبه ، كما يأمر من أخذ لقيطاً وقصر فى كفالته أن يقوم بحقوق التقاطه من التزام كفالته أو تسليمه الى من يلتزمها ويقوم بها •

كما يقوم المحتسب بالنهى عن المنكر (١٧٧) ، وقد يتعلق ذلك بحقوق الله الخالصة ومن هذه الحقوق ما يكون فى مجال العبادات ، ومن أمثلة مخالفة هذه الحقوق عدم أداء الصلاة وفقا لأوضاعها الشرعية ، والافطار فى رمضان ، والامتناع عن اخراج الزكاة ، والتعرض للناس بالمسألة فى غير حاجة فان رأى المحتسب رجلا يتعرض لمسألة الناس فى طلب الصدقة وعلم أنه غنى اما بمال أو عمل أنكره عليه وأدبه فيه ، وتصدى الجهلاء للفتوى فى شئون الدين فمن ابتدع قولا خرق به الاجماع وخالف فيه النص ورد قوله علماء عصره أنكر عليه وزجره عنه ، ومن أتى بتأويل عدل فيه عن ظاهر التنزيل الى بدعة أو انتصر لقول مبتدع كان على المحتسب

---

(١٧٧) يجب ان يكون المنكر موجودا فى الحال ومن ثم يخرج المنكر المفروغ منه والمنكر الذى سيوجد فى المستقبل ، كما يجب ان يكون المنكر ظاهراً للمحتسب بغير تجسس ، وان يكون منكرا معلوما بلا اجتهاد (راجع : الحسبة فى الاسلام ، للدكتور عبد الله محمد عبد الله ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٢٨٨ وما بعدها) .

انكار ذلك ، كذلك ينكر المحتسب من يتصدى لتعليم علوم الشريعة وهو ليس أهلا لها ولاحظ له فيها ، فيمنعه ويظهر أمره حتى لا يغتر به عوام الناس • كما يمنع المحتسب المحظورات مثل مواقف الريبة فيمنع الناس منها ، ويمنع المجاهرة باظهار الخمر فاذا جاهر انسان بأظهار الخمر فان كان مسلما أراقها المحتسب وأدبه على ذلك وان كان ذميا أدبه كذلك لأن كل مصر من أمصار المسلمين لا ينبغى لمسلم ولا لكافر أن يدخل فيه خمرا ولا خنزيرا ظاهرا ، كما يمنع المحتسب الملاهى المحرمة فيؤدب من يظهر آلات اللهو المحرمة ويمنع بيعها ، كما يمنع المحتسب المعاملات المنكرة كالربا والبيوع الفاسدة وتزويج المرأة فى عدتها والغش فى المبيعات وتدليس الأثمان ، والتطفيف والبخس فى المكاييل والموازين ، فيؤدب المحتسب كل من وجد يفعل ذلك •

وقد يتعلق المنكر بحقوق الآدميين الخالصة ومثالها أن يتعدى أحد الأفراد على حد لجاره ، أو حرمة داره ، أو أن يضع أجذاع على جداره بدون اذنه ، وفى هذا المجال يراقب المحتسب أهل المهن المختلفة والصناع حتى يجيدوا أعمالهم ويمنعهم عن الغش •

كما قد يتعلق المنكر بالحقوق المشتركة بين الله تعالى والعباد ، فيتصدى المحتسب لهذا المنكر ، ومن ذلك أنه يمنع الاطلاع على منازل الغير ، ويمنع التعـرض لأهل الذمـة بالسب والأذى ، ويمنع أرباب الحيوانات من استعمالها فيما لا تطيق ، ويمنع أصحاب السفن من الاسراف فى تحميلها بما قد يؤدى الى اغراقها ويمنعهم من السفر وقت اشتداد الريح لمـا قد يترتب على ذلك من مخاطر ، ويشرف على الأسواق حتى لا تستعمل الا فيما أعدت له من أغراض ، ويمنع المحتسب أئمة المساجد من الاطالة فى الصلاة مراعاة للضعفاء وكبار السن من المسلمين ، ويشرف على الطرق العامة حتى لا تشغل ببناء أو منقولات تضر بالمـارة حيث تعوق السير فيها ، الى غير ذلك من المنكرات التى تتعلق بالحقوق المشتركة بين الله تعالى والعباد •

هذه هى الأعمال المسندة للمحتسب وهى كما أوضحنا تنحصر فى

الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، وللمحتسب من السلطات ما يمكنه من القيام بهذه الأعمال (١٧٨) ، فله أن يعزر من ارتكب منكر ظاهرا مما لا يدخل فى الحدود ، كما له أن يتخذ أعوانا ليكون أقدر على تنفيذ ما وكل اليه ، وله أيضا أن يسمع الدعاوى المتعلقة بحقوق الآدميين فيما يكون منكراً ظاهراً وعدوانا بينا ويلزم المدعى عليه فى هذه الدعاوى بأداء الحق اذا ثبت ذلك للمدعى ، كما له البحث عن المنكرات الظاهرة لينكرها على مرتكبيها دون أن يتوقف ذلك على الرفع اليه .

ولا شك فى أن نطاق هذه الولاية بما يتضمنه من أعمال وسلطات يختلف عن النطاق الموضوعى لولاية القضاء ، وان كان هناك علاقة بين كل من النطاقين ، اذ للمحتسب أن ينظر فى الدعاوى المتعلقة بحقوق الآدميين والتى أوضحناها ومثالها ما يتعلق ببخس الثمن وتطفيف الكيل ؛ وبغش أو تدليس وبمطل فى حق أو تأخير دين مع المقدرة على الوفاء ؛ وقد أجيز له التصدى لحسم هذه المنازعات لأنها تتعلق بمنكر ظاهر مما يختص بازالته فموضوع الحسبة الزام الحقوق والمعونة على استيفائها ، كما أن للمحتسب — كما ذكرنا من قبل — فى هذه الدعاوى أن يلزم المدعى عليه بالوفاء مما عليه من حقوق متى ثبتت تلك الحقوق باعتراف واقرار وكان فى وسعه الوفاء بها لأن فى تأخيره لها منكر هو منصوب لازالته (١٧٩) ، ولكن هذه العلاقة لا تعنى أن للمحتسب سلطة الفصل فى جميع الخصومات مثله فى ذلك مثل القاضى ، فليس له أن يسمع سوى هذا النوع الوحيد من الدعاوى الذى سبق لنا ذكره ، وليس له سماع الدعاوى الخارجة عن ظواهر المنكرات فى العقود والمعاملات وسائر الحقوق فذلك من اختصاص القضاء ، وهذا النوع الوحيد من الدعاوى التى للمحتسب سماعها يقتصر على الحقوق المعترف بها وأما ما يتداخله التجاحد والتناكر فلا يجوز له النظر فيه اذ ليس له سماع

---

(١٧٨) راجع : السلطة القضائية فى الاسلام ، للدكتور شوكت عليان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٤٢١ .

(١٧٩) راجع : الأحكام السلطانية للعلامة الماوردى ، ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ .

بينة على اثبات الحق ولا أن يحلف يمينا على نفى الحق فذلك من عمل القضـــاة .

ومما يوضح لنا اختلاف نطاق ولاية الحسبة عن النطاق الموضوعى لولاية القضاء ، أن للمحتسب القيام بأعماله التى سبق لنا ايضاحها سواء ما يتعلق منها بالأمر بالمعروف أو بالنهى عن المنكر دون حاجة الى الرفع اليه من خصم مستعد وفى هذا يختلف بلا شك عن القضاء اذ لابد من الرفع اليه من خصم مستعد ، أضف الى ذلك أن عمل المحتسب يتسم بالغلظة والسلاطة (١٨٠) .

ولا شك فى اتســـاع نطاق هـــذه الولاية حيث تتضمن الأمر بكل معروف والنهى عن كل منكر كما سبق لنا توضيح ذلك تفصيلا ، عن النطاق الموضوعى لولاية القضاء الذى يقتصر بصفة أساسية على فصل الخصومات .

* * *

(١٨٠) وقد اشار الى ذلك العلامة المـــاوردى فقال : « للناظر فى الحسبة من سلاطة السلطنة واستطالة الحماة فيما يتعلق بالمنكرات ما ليس للقضاة ، لأن الحسبة موضوعة للرهبة ، فلا يكون خروج المحتسب اليهـــا بالسلاطة والغلظة تجوزا فيها ولا خرقا ، والقضاء موضوع للمناصفة فهو بالأناة والوقار أحق ، وخروجه عنهما الى سلاطة الحسبة تجوز وخرق ، لأن موضوع كل واحد من المنصبين مختلف . فالتجاوز فيه خروج عن حده » ؛ انظر : الأحكام السلطانية ، ص ٢٤٩ .