

كتاب القضاء والشهادة

(٢٠٤)

القضاء بين غير المسلمين في مسائل الأحوال الشخصية وغيرها^(١)

[هل لقضاة الإسلام أن يحكموا بين غير المسلمين في
مسائل الأحوال الشخصية وغيرها ؟]

«الجواب» : وقع الاشتباه فيما إذا وقع نزاع بين ذميين في حق من الحقوق ، ورفع أحدهما أمره إلى قاضٍ من قضاة الإسلام ، وطلب إحضار خصمه فهل يجب إحضار خصمه ، ويلزم الحكام الحكم بينهم بشرع الإسلام ؟ ففي «مُعِينُ الْحُكَّامِ» ، وبعض فتاوى أهل العصر : ما يقتضي أنه لا بُدَّ من

(١١) نُشر هذا البحث المطوَّل في صورة مقال بمجلة المحاماة الشرعية ، وقالت المجلة في صدره : « في هذه الأيام أثار بعضهم في الصُّحف وغيرها ضجة وعنوانها : « هل للمحاكم الشرعية أن تحكم بطلاق المسيحيين ؟ » . . فلمناسبة ذلك وخدمة للحقيقة وتنويراً للأذهان ننشر هنا البحث الممتع تحقياً لهذه المسألة وتصحيحاً لما سمعناه وقرأناه فيما نُشر حولها من خطأ وبعْدٍ عن الحقيقة ، وحَسْبُ هذا التحقيق أن يكون بقلم من له حقُّ الكلام في مثله ، ومن قوله يُعدُّ بحقَّ الفصل فيه ، وهو أحد أقطاب العلم وأئمة الفقه في هذا العصر الأستاذ الجليل الشيخ بخيت ، قال حفظه الله : . . . » ثم نص البحث أعلاه .

وكان الشيخ المطيعي نفسه قد نُشرَ ، سنة ١٣١٧ هـ ، البحث بنصّه هذا في رسالة صغيرة الحجم (٢٣ صفحة) ، بعنوان « إرشاد الأمة إلى أحكام أهل الذمة » ، المطبعة الأدبية ، بمصر ، ط١ ، ١٣١٧ هـ .



مرافعة الخصمين لدى القاضي ، ورضاهما بحكمه عملاً بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ فَأَحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ .

ولمّا كان ما ذكر في « معين الحكام » ليس مذهب الحنفية ؛ أردت أن أذكر ما هو منصوص في ذلك فأقول : تحقيق المقام أن آية ﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ فَأَحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ ظاهرها التخيير ، وهي معارضة لقوله تعالى : ﴿ وَأِنْ أَحْكَم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ فذهب قوم إلى أن التخيير منسوخ بالآية الأخرى ، وإليه ذهب كثير من السلف ، وقيل : إن هذه الآية في غير أهل الذمة ، والأخرى في أهل الذمة ، فلا نسخ .

قال القاضي في تفسيره : لو تحاكم كتابيان إلى القاضي لم يجب عليه الحكم ، وهو قول الشافعي ؛ والأصح الوجوب إذا كان المترافعان أو أحدهما ذمياً ، لأننا التزمنا الذب عنهم ودفع الظلم عنهم ، والآية ليست في أهل الذمة .

وعند أبي حنيفة يجب مطلقاً ، انتهى .

قال القونوي : قوله عند أبي حنيفة يجب مطلقاً لأن الآية منسوخة بقوله : ﴿ وَأِنْ أَحْكَم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ لأن الجزم بالحكم رفع للتخيير بينه وبين الإعراض ، وروي النسخ بذلك عن ابن عباس - رضي الله عنه - انتهى بتصرف .

وقال الجصاص في كتاب « الأحكام » ما نصّه : قال أصحابنا : أهل الذمة يُحمّلون في البيوع والموايرث وسائر العقود على أحكام الإسلام كالمسلمين ، إلا في بيع الخمر والخنزير ، فإن ذلك جائز فيما بينهم لأنهم مقرّون على أن يكون مالاً لهم ، ولو لم يجز تباعهم وتصرفهم فيها والانتفاع بها ، لخرجت من أن تكون مالاً لهم ، ولما وجب على مستهلكها عليهم ضمان ، ولا نعلم خلافاً بين الفقهاء فيمن استهلك لذي خمر أن عليه قيمتها وما عدا ذلك فهم محمولون على أحكامنا لقوله تعالى : ﴿ وَأِنْ أَحْكَم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ﴾ ، روي أنه صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل نجران : « إِمَّا أَنْ تَدْرُوا الرَّبَّاءَ وَإِمَّا أَنْ





تَأَذَّنُوا بِحَرْبِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ» فجعلَهم النبي ﷺ في حَظَرِ الرِّبَا وَمَنْعَهُمْ كَالْمُسْلِمِينَ ، قَالَ تَعَالَى ﴿ وَأَخَذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ هُمُوا عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ ﴾ كما قَالَ تَعَالَى ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ فأخبر أنهم منهيون عن الربا ، وعن أكل المال المحظور إلا أن يكون تجارة عن تراضٍ منهم ؛ فسوّى بينهم وبين المسلمين في المنع من العقود الفاسدة فهذا الذي ذكرنا مذهب أصحابنا في عقود المعاملات والتجارات والحدود : أهل الذمة والمسلمون فيه سواء ، إلا أنهم لا يُرجمون لأنهم غير محصنين .

وقال مالك : الحاكم مُخَيَّرٌ إذا اختصموا إليه بين أن يحكم بينهم بحكم الإسلام أو يُعرض عنهم فلا يحكم بينهم ، كذلك قوله في العقود والمواريث وغيرها .

واختلف أصحابنا في مناكحاتهم فيما بينهم فقال أبو حنيفة : هم مُقَرُّون على أحكامهم لا نعترض عليهم فيها إلا أن يرضوا بأحكامنا ، فإن تراضَ بها الزوجان حُملا على أحكامنا ، وإن أبى أحدهما لم نعترض عليهم فإن رضيا جميعاً حُملا على أحكام الإسلام ، إلا في النكاح بغير شهود ، والنكاح في العدة فإنه لا يُفَرَّقُ بينهم ، وكذلك إن أسلموا .

وقال محمد إذا رضي أحدهما حُملا جميعاً على أحكامنا وإن أبى الآخر ، إلا في النكاح بغير شهود خاصة .

وقال أبو يوسف : يُحْمَلُونَ على أحكامنا وإن أبوا ، إلا في النكاح بغير شهود خاصة ؛ فإنه يجيزه إذا تراضوا بها .

وقال زفر يُحْمَلُونَ في النكاح بغير شهود على أحكامنا ولا يُجيزه إذا تراضوا بها .

فأما أبو حنيفة فيذهب في إقرارهم على مناكحاتهم بأنه قد ثبت أن النبي ﷺ أخذ الجزية من مجوس هجر ، مع علمه بأنهم يستحلون نكاح





المحارم ، ومع علمه بذلك لم يأمر بالتفريق بينهما ، وكذلك اليهود والنصارى يستحلون كثيراً من عقود المناكحات المحرمة ولم يأمرهم بالفرقة بينهم حين عقد لهم ، وكذلك أهل نجران ووادي القرى وسائر اليهود والنصارى الذين دخلوا في الذمة ورضوا بإعطاء الجزية ، وفي ذلك دليل على أنه أقرهم على مناكحاتهم كما أقرهم على اعتقاداتهم ومذاهبهم ، ألا ترى أنه لما علم استحلالهم الربا كتب إلى أهل نجران إما أن تذرؤا الربا وإما أن تأذنوا بحرب من الله ورسوله ، ولم يُقرهم عليه حين علم تبايعهم به .

وأيضاً قد علمنا أن عمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنه - لما فتح السواد أقر أهلها عليها وكانوا مجوساً ؛ ولم يثبت أنه أمر بالتفريق بين ذوي المحارم منهم ، مع علمه بمناكحاتهم ، وكذلك شأن الأئمة بعده جرؤا على منهاجه وترك الاعتراض عليهم ، وفي ذلك دليل على صحة ما ذكرنا .

فإن قيل : فقد ورد أن عمر كتب إلى سعد يأمر بالتفريق بين ذوي المحارم منهم ، قيل : لو كان هذا ثابتاً لورد النقل متواتراً كوروده في سيرته فيهم في أخذ الجزية ، ووضع الخراج ، وسائر معاملاتهم ، فلما لم يرد ذلك من جهة التواتر علمنا أنه غير ثابت ، ويحتمل أن يكون كتابه إلى سعد بعد ذلك إنما كان فيمن رضي منهم بأحكامنا ، وبذلك نقول إذا تراضوا بأحكامنا .

وأيضاً قد ثبت أن قوله تعالى : ﴿ وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ ناسخة للتخيير المذكور في قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ ، فالذي ثبت نسخه هو التخيير ، فأما شرط المجيء منهم فلم تصح الدلالة على نسخه ؛ فينبغي أن يكون حكم الشرط باقياً والتخيير منسوخاً فيكون تقديره مع الآية : فإن جاءوك فاحكم بينهم بما أنزل الله ، وإنما قال : إنهم يُحمَلون على أحكامنا إذا رضوا بها إلا في النكاح بغير شهود والنكاح في العدة من قبل أنه لما ثبت أنه ليس لنا اعتراض عليهم قبل التراضي منهم



بأحكامنا ، فمتى تراضوا بها وارتفعوا إلينا فإنما الواجب إجراؤهم على أحكامنا في المستقبل ، ومعلوم أن العدة لا تمنع بقاء النكاح في المستقبل وإنما تمنع الابتداء لأن امرأة تحت زوج لو وطئت بشبهة حتى طرأت عليها العدة لم يمنع ما وجب من العدة بقاء النكاح ، فثبت أن العدة تمنع ابتداء العقد ، ولا تمنع البقاء ، فمن أجل ذلك لم يُفَرَّقَ بينهما ، ومن جهة أخرى إن العدة حقُّ الله ، وهم غير مؤاخذين بحقوق الله في أحكام الشريعة ، فلمَّا لم يكن عندهم عِدَّةٌ لم يكن عليها عِدَّةٌ ، فجاز النكاح الثاني ، وليس كذلك نكاح المحارم إذ لا يختلف فيها حكم الابتداء والبقاء في بطلانه .

وأما النكاح بغير شهود فإن الذي هو شرط لصحة العقد وجود الشهود في حال العقد ولا يحتاج في بقاءه إلى استصحاب الحال في الشهود لأن الشهود لو ارتدوا أو ماتوا لم يؤثر ذلك في العقد ؛ فإذا كان إنما يحتاج إلى الشهود للابتداء لا للبقاء لم يَجُزْ أن يُمنَعَ البقاء في المستقبل لأجل عدم الشهود ، ومن وجه آخر أن النكاح بغير شهود مختلف فيه بين الفقهاء فمنهم من يجيزه والاجتهاد سائغ في جوازه ولا يعترض على المسلمين إذا عقدوه ما لم يختصموا فيه ، فغير جائز فسخه إذا عقدوه في حال الكفر إن كان سائغاً جائزاً في وقت وقوعه لو أمضاه حاكم فيما بين المسلمين جاز ، ولم يَجُزْ بعد ذلك فسخه ، وإنما اعتبر أبو حنيفة تراضيهما جميعاً بأحكامنا من قبل قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ فَأَحْكُمْ ﴾ فشرط مجيئهم ، فلم يَجُزِ الحكم على أحدهما بمجيء الآخر ، فإن قيل : فإذا رضي أحدهما بأحكامنا فقد لزمه حكم الإسلام فيصير بمنزلة ما لو أسلم فيحمل الآخر معه على حكم الإسلام ، قيل له : هذا غلط لأن رضاه بالحكم لا يلزمه ذلك إيجاباً ، ألا ترى أنه لو رجع عن الرضاء قبل الحكم عليه لم يلزمه إياه ، وبعد الإسلام يلزمه الرضاء بأحكامنا ، وأيضاً إذا لم يَجُزْ أن يعترض عليهم إلا بعد الرضاء بحكمنا فمن لم يرض يبق على حكمه لا يجوز إلزامه حكماً لأجل رضاء غيره .



وذهب محمد إلى أن رضاء أحدهما يُلزم الآخر حكم الإسلام كما لو أسلم ، وذهب أبو يوسف إلى ظاهر قوله تعالى ﴿ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ﴾ . انتهى .

وقال في البدائع : ثم كُلُّ نكاحٍ جاز بين المسلمين وهو الذي استجمعت فيه شرائط الجواز التي وصفناها فهو جائز بين أهل الذمة ، وأمَّا ما فسد بين المسلمين من الأنكحة فإنها منقسمة في حقهم منها ما يصحُّ ومنها ما يُفسخُ ، وهذا قول أصحابنا الثلاثة ، وقال زفر كُلُّ نكاحٍ فسَدَ في حق المسلمين فسَدَ في حق أهل الذمة ، حتى لو أظهروا النكاح بغير شهود نعترض عليهم ويحملون على أحكامنا وإن لم يرفعوا إلينا ، وكذا إذا أسلما يُفَرِّقُ بينهما عنده ، وعندنا لا يُفَرِّقُ بينهما وإن تحاكما إلينا أو أسلما بل يُقران عليه ، وجه قوله إنهم لما عقدوا عقد الذمة فقد التزموا أحكامنا ورضوا بها ومن أحكامنا أنه لا يجوز النكاح بغير شهود ، ولهذا لم يَجْزُ نكاحهم المحارم في حكم الإسلام ، ولأن تحريم النكاح بغير شهود في شريعتنا ثبت بخطاب الشرع على سبيل العموم بقوله ﷺ « لا نكاح إلا بشهود » ، والكفار مخاطبون بشرائع هي حرمت في الصحيح من الأقوال ، فكانت حرمة النكاح بغير شهود ثابتة في حقهم ، ولنا أنهم دانوا النكاح بغير شهود ، إذ الكلام فيه ، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون إلا ما استثنى من عهودهم كالزنا ، وغير الزنا غير مستثنى منها ، فصَحَّ في حقهم كما صحَّ منهم تمليك الخمر والخنزير وتملكهما ، فلا يُعْتَرَضُ عليهم كما لا يُعْتَرَضُ عليهم في الخمر والخنزير ، ثم قال صاحب البدائع : وأمَّا قوله - أي زفر - إنهم بالذمة التزموا أحكام الإسلام فنعم ؛ لكن جواز النكاح بغير شهود من أحكام الإسلام في حقهم ، وقوله - أي زفر - تحريم النكاح بغير شهود عامٌ ممنوع بل هو خاص في حق المسلمين ، لوجود المُخَصَّصِ لأهل الذمة وهو عمومات الكتاب .





ولو تزوج ذمي ذمية في عدّة ذمي جاز النكاح في قول أبي حنيفة ، وهذا والنكاح بغير شهود عنده سواء حتى لا يُعترَضُ عليهما بالتفريق ، ولو ترافعا إلينا أو أسلما يُقرّان على ذلك ، وقال أبو يوسف ومحمد وزفر : النكاح فاسد يُفرّقُ بينما ، وجه قولهم على نحو ما ذكرنا لزفر في النكاح بغير شهود وهو أنهم يقبول عقد الذمة التزموا أحكامنا ومن أحكامنا المجمع عليها فساد نكاح المعتدة ، ولأن الخطاب بتحريم نكاح المعتدة عام ، قال تعالى ﴿ وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴾ ، والكفار مخاطبون بالحرمان وكلام أبي حنيفة على نحو ما تقدم أيضاً لأن في ديانتهم عدم وجوب العدة ، والكلام فيه فلم يكن هذا نكاح المُعْتَدَةِ في اعتقادهم ، ونحن أمرنا بتركهم وما يَدِينُونَ ، وكذا عمومات النكاح من الكتاب والسنة مطلقة عن هذه الشريطة أعني الخلو من العدة ، وإنما عرف شرطاً في نكاح المسلمين بالإجماع ، وقوله تعالى ﴿ وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ ﴾ خطاب للمسلمين أو يُحْمَلُ عليه عملاً بالدلائل كلّها صيانة لها عن التناقض ، ولأن العِدَّةَ فيها معنى العبادة وهي حقّ الزوج أيضاً من وجه ، قال تعالى ﴿ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾ فمن حيث هي عبادة لا يمكن إيجابها على الكافرة لأن الكفار لا يخاطبون بشرائع هي عبادات أو قُرَبَات ، وكذا من حيث هي حقّ الزوج لأن الكافر لا يعتقده حقاً لنفسه بخلاف المسلم إذا تزوج كتابية في عدّة من مسلم ، أنه لا يجوز ؛ لأن المسلم يعتقد العِدَّةَ حقاً واجباً ، فيمكن الإيجاب لحقّه إن كان لا يمكن لحقّ الله من حيث هي عبادة ، ولهذا قلنا إنه ليس للزوج المسلم أن يجبر امرأته الكافرة على الغُسلِ من الجنابة والحَيْضِ والنفاس ، لأنّ الغُسلِ من باب القُرْبَةِ وهي غيرُ مخاطبةٍ بالقربات ، وله أن يمنعها من الخروج من البيت لأن الإسكان حقه ، وأما نكاح المحارم والجمع بين خمس نسوة والجمع بين الأختين فقد ذكر الكرخي أن ذلك كله فاسد في حكم الإسلام لأن فساد هذه الأنكحة في حق المسلمين ثبت لفساد قطيعة الرحم ، وخوف الجور عن إيفاء الحقوق من





النفقة والسكنى والكسوة وغير ذلك ، وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين المسلم والكافر ، إلا أنه مع الحرمة والفساد لا تتعرض لهم قبل المرافعة وقبل الإسلام لأنهم دانوا بذلك ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون ، كما لا يُعترض عليهم في عبادة غير الله تعالى وإن كانت مُحَرَّمَةً ، فإذا ترفعوا إلى القاضي فالقاضي يُفَرِّقُ بينهما كما يُفَرِّقُ بينهما بعد الإسلام ، لأنهما إذا ترفعوا فقد تركا ما دأناهُ ورَضِيَا بحكم الإسلام ، ولقوله تعالى ﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ فَأَحْكُم بَيْنَهُمْ ﴾ ، وأما إذا لم يترافعا ولم يوجد الإسلام أيضاً فقد قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله : أنهما يُقْرَأُ على نكاحهما لا يُعْتَرَضُ عليهما بالتفريق ، وقال أبو يوسف : يُفَرِّقُ بينهما الحاكم إذا علم ذلك سواء ترفعوا إلينا أو لم يترافعا ، ولو رفع أحدهما دون الآخر ، قال أبو حنيفة : لا يُعْتَرَضُ عليهما ما لم يترافعا جميعاً وقال محمد : إذا رفع أحدهما يُفَرِّقُ بينهما .

أما الكلام في المسألة الأولى : فوجه قول أبي يوسف ظاهر قوله تعالى ﴿ وَأَنْ أَحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ ﴿ أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَهُ مطلقاً عن شرط المرافعة ، وقد أنزل حرمة هذه الأنكحة فيلزم الحكم بها مطلقاً ، ولأن الأصل في الشرائع هو العموم في حق الناس كافةً ، إلا أنه تعدر تنفيذها في دار الحرب لعدم الولاية ، وأمكن في دار الإسلام ، فيلزم التنفيذ فيها ، فكان النكاح فاسداً ، والنكاح الفاسد زنى من وجهٍ فلا يُمَكَّنُونَ منه ، كما لا يمكنون من الزنا في دار الإسلام .

ولأبي حنيفة قوله تعالى ﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ فَأَحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ ، والآية حُجَّةٌ له في المسألتين جميعاً ، أما في المسألة الأولى فإنه شرط المجيء للحكم عليهم فثبت التخيير بين الحكم والإعراض ، إلا أنه قام الدليل على نسخ التخيير ولا دليل على نسخ شرط المجيء فكان حكم الشرط باقياً فيحمل المطلق على المقيّد لتعدر العمل بهما وإمكان جعل المقيّد بياناً للمطلق .



وأما في المسألة الثانية فلأنه شَرَطَ مجيئهم للحكم عليهم ، فإذا جاء أحدهما دون الآخر فلم يوجد الشرط وهو مجيئهم للحكم بينهم .

وروي أن رسول الله ﷺ كتب إلى مجوس هجر : « إِمَّا أَنْ تَذَرُوا الرِّبَا أَوْ تَأْذِنُوا بِحَرْبٍ مِنْ اللَّهِ وَرَسُولِهِ » ، ولم يكتب إليهم في أنكحتهم شيئاً ، ولو كان التفريق مستحقاً قبل المرافعة لكتب به كما كتب بترك الربا .

وروي أن المسلمين لما فتحوا بلاد فارس لم يتعرضوا لأنكحتهم ، وما روي أن عمر كتب أن يُفَرَّقَ بينهم وبين أمهاتهم لا يكاد يُثْبِتُ ، لأنه لو ثَبِتَ لُنُقِلَ على طريق الاستفاضة لتوفر الدواعي على نقله ، فلما لم يُنْقَلْ دَلَّ على أنه لم يُثْبِتْ ولأن ترك التعرض والاعتراض ثَبِتَ حقاً لهما ، فإذا رَفَعَ أحدهما فقد أسقط حق نفسه فيبقى حق الآخر .

وجه قول محمد أنه لما رَفَعَ أحدهما فقد رضي بحكم الإسلام فيلزمه إجراء حكم الإسلام في حقه فيتعدى إلى الآخر ، كما إذا أسلم أحدهما ، إلا أن أبا حنيفة رحمه الله يقول : الرضاء بالحكم ليس نظير الإسلام ، بدليل أنه لو رضي ثم رَجَعَ عنه قبل الحكم عليه لم يلزمه حكم الإسلام ، وبعد ما أسلم لا يمكنه أن يأبى الرضاء بحكم الإسلام ، وإذا لم يكن ذلك أمراً لازماً ضرورياً فلا يتعدى إلى غيره وجعل رضاه في حق الغير كالعدم بخلاف الإسلام .

وذكر الإمام القاضي أبو زيد : أن نكاح المحارم صحيح فيما بينهم في قول أبي حنيفة ، بدليل أن الذمي إذا تزوج بمحارمه ودخل بها لم يسقط إحصانه عنده حتى لو قذفه إنسان بالزنا بعد الإسلام يُحَدُّ قاذفه ، ولو كان النكاح فاسداً لسقط إحصانه عنده ؛ لأن الدخول في النكاح الفاسد يُسْقِطُ الإحصان عنده كما في سائر الأنكحة الفاسدة ، وكذلك لو ترافعا إلينا وطلبت المرأة النفقة فإن القاضي يقضي بالنفقة في قول أبي حنيفة فدل أن نكاح المحارم وقع صحيحاً فيما بينهم في حكم الإسلام .





واتفقوا على أنه لو تزوج حربيٌّ أختين في عقدة واحدة أو على التعاقب ثم فارق إحدهما قبل الإسلام ثم أسلم أن نكاح الباقية صحيح ، ومعلوم أن الباقي غير الثابت ، ولو وقع نكاحها فاسداً حال وقوعه لما أُقِرَّ عليه بعد الإسلام وكذلك لو تزوج خمسا في عقد متفرقة ثم فارق الأولى منهن ثم أسلم بقي نكاح الأربع على الصحة ، ولو وقع فاسداً من الأصل لما انقلب صحيحاً بالإسلام ، بل كان يتأكد الفساد ، فثبت أن هذه الأنكحة وقعت صحيحة في حقهم في حكم الإسلام ثم يُفَرَّقُ بينهما بعد الإسلام لأنه لا صحة في حق الإسلام .

ولو طلق الذمي امرأته ثلاثاً أو خالعتها ثم أقام عليها كقيامه عليها قبل الطلاق يُفَرَّقُ بينهما وإن لم يترافع ؛ لأن العقد قد بطل بالطلقات الثلاث وبالخلع ، لأنه يدين ذلك ، فكان إقراره على القيام عليها إقراراً على الزنا ، وهذا لا يجوز ، ولو تزوج ذميٌّ ذمية على أن لا مهر لها وذلك في دينهم جائز صحَّ ذلك ، ولا شيء لها عند أبي حنيفة - رحمه الله - سواء دخل بها أو لم يدخل بها ، طلقها أو مات عنها ، أسلمها أو أسلم أحدهما ، وعند أبي يوسف ومحمد لها مهرٌ مثلها ، ثم إن طلقها بعد الدخول بها أو بعد الخلوة أو مات عنها تأكد ذلك ، فإن طلقها قبل الدخول وقبل الخلوة سقط مهر المثل ، ولها المتعة كالمسلمة .

ولو تزوج حربيٌّ حربية في دار الحرب على أن لا مهر لها جاز ذلك ولا شيء لها في قولهم جميعاً ، والكلام في الجانيين على نحو ما ذكرنا في المسائل المتقدمة ، هما يقولان : إن حكم الإسلام قد لزم الزوجين الذميين بالتزامهما أحكامنا ، ومن أحكامنا أن لا يجوز النكاح بغير مال ، بخلاف الحربيين لأنهما ما التزما أحكامنا ، وأبو حنيفة يقول : إن في ديانتهم جواز النكاح بغير مهر ، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يَدِينُونَ إلا فيما استثنى في



عهدهم كالزنا ، وهذا لم يقع الاستثناء عنه ، فلا تتعرض لهم ويكون جائزاً في حقهم في حكم الإسلام انتهى .

وقال في مبسوط السرخسي بعد ذكر ما تقدم بالمعنى : قال أبو حنيفة إن لهذه الأنكحة فيما بينهم حكم الصحة ولهذا قال : يُقضى لها بنفقة النكاح إذا طلبت ولا يسقط إحصائه إذا دخل بها حتى إذا أسلم يُحدّ قاذفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : هو باطل في حقهم ، ولكن لا تتعرض لهم في ذلك لمكان عقد الذمة ، وبعد أن ذكر دليل كل من القولين على نحو ما ذكرنا عن البدائع قال : إذا ثبتت هذه القاعدة فنقول :

عند أبي حنيفة - رحمه الله - إذا رفع أحدهما الأمر إلى القاضي ، وطلب حكم الإسلام : لم يُفرّق بينهما إذا كان الآخر يأبى ذلك .

وعندهما يُفرّق لأن أصل النكاح كان باطلاً ولكن ترك التعرض كان للوفاء بعقد الذمة ، فإذا رفع أحدهما الأمر وانقاد لحكم الإسلام كان هذا بمنزلة ما لو أسلم أحدهما ، ولو أسلم أحدهما فرّق القاضي بينهما فكان إسلام أحدهما كإسلامهما ، فكذلك رَفَعُ أحدهما كمرافعتيها .

وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول : أصل النكاح كان صحيحاً فرفع أحدهما إلى القاضي ومطالبته بحكم الإسلام لا يكون حجةً على الآخر في إبطال الاستحقاق الثابت له باعتقاده ، بل اعتقاده يكون معارضاً لاعتقاد الآخر ، فبقي حكم الصحة على ما كان بخلاف ما إذا أسلم أحدهما فإن الإسلام يعلو ولا يعلو .

ثم قال صاحب «المبسوط» بعد أن ذكر مسألة المهر المتقدم نقلها عن «البدائع» : فإذا طلق الذمي امرأته ثلاثاً ثم أقام عليها فرافعته إلى السلطان فرّق بينهما لأنهم يعتقدون أن الطلاق مُزِيلٌ للملك ، وإن كانوا لا يعتقدون أن ذلك محصور العدد ، فإمساكه إياها بعد التطليقات الثلاث ظلم منه ، وما أعطيناهم





الذمة لُقِرَهُمْ عَلَى الظلم ، أُرِيَتْ لَوْ اِخْتَلَعَتْ بِمَالٍ أَكَانَ يَدْعُو لِيُقْرَمَ عَلَيْهَا وَقَدْ اسْتَوْفَى مِنْهَا ، وَأَمَّا إِذَا تَزَوَّجَهَا بَعْدَ التَّطْلِيقَاتِ الثَّلَاثِ فَلَا يَنْ هَذَا وَنِكَاحِ الْمُحَارِمِ سِوَاهُ لِأَنَّ الطَّلَاقَ مُوجِبٌ لِحُرْمَةِ الْمَحَلِّ بِخَطَابِ الشَّرْعِ كَالْمَحْرَمَةِ وَهَمَّ لَا يَعْتَقِدُونَ ذَلِكَ ، وَحُرْمَةُ الْمَحَلِّ بِهَذَا السَّبَبِ تَمْنَعُ قِيَامَ النِّكَاحِ كَمَا تَمْنَعُ الْإِبْتِدَاءَ ، وَكَانَ كَالْمَحْرَمَةِ فِيمَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْرِيعَاتِ . انْتَهَى .

وَقَدْ ذَكَرَ مِثْلَ مَا فِي « الْبَدَائِعِ » وَ« الْمَبْسُوطِ » فِي « الْفَتْحِ » وَغَيْرِهِ مِنْ شُرَاحِ « الْهَدَايَةِ » وَفِي « الدَّرَةِ الْبِيضَاءِ » وَ« لِفَتَاوَى الْهِنْدِيَّةِ » وَسَائِرِ كُتُبِ الْمَذْهَبِ الْمَعْتَبَرَةِ ، وَبِهَذَا تَعَلَّمَ أَنَّ اشْتِرَاطَ مِرَافَعَتِهِمَا عَلَى قَوْلِ الْإِمَامِ ، وَعَدَمَ الْإِشْتِرَاطِ عَلَى قَوْلِ صَاحِبِيهِ وَزَفَرٍ ، كُلُّ ذَلِكَ خَاصٌّ بِمَسَائِلِ النِّكَاحِ الْمُتَقَدِّمَةِ ، بِمَعْنَى أَنَّهُ إِذَا تَزَوَّجَ الْكَافِرُ كَافِرَةً زَوْجًا فَاسِدًا فِي حُكْمِ الْإِسْلَامِ ، ثُمَّ رَفَعَ أَحَدَهُمَا أَمْرَهُ إِلَى قَاضِي الْمُسْلِمِينَ يَرِيدُ التَّفْرِيقَ لِفَسَادِ النِّكَاحِ فِي حُكْمِنَا ، فَعَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يُفْرَقُ إِلَّا إِذَا تَرَافَعَا وَرَضِيَ بِأَحْكَامِنَا ، فَتَكُونُ دَعْوَى أَحَدِهِمَا غَيْرَ مُلْزِمَةٍ لِأَخْرَجٍ حَقًّا ، فَلَا تَسْمَعُ ، فَلَا يَجْبِرُ خَصْمَهُ عَلَى الْحَضُورِ وَلَا يَطْلُبُ ، وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدَ وَزَفَرَ إِذَا رَفَعَ أَحَدَهُمَا ذَلِكَ إِلَى الْقَاضِي وَيَطْلُبُ التَّفْرِيقَ يُسْمَعُ وَيَطْلَبُ خَصْمَهُ وَيَجْبِرُ عَلَى الْحَضُورِ لِكُونَ دَعْوَى الطَّالِبِ مُلْزِمَةً لَخَصْمِهِ حَقًّا عَلَيْهِ إِذَا ثَبَّتَ عِنْدَهُمْ .

وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ لَا خِلَافَ بَيْنَ أُمَّتِنَا فِيمَا لَا يُقَرُّونَ عَلَيْهِ مِنَ الْأَحْكَامِ وَأَنَّهُمْ فِي ذَلِكَ كَالْمُسْلِمِينَ لَا يُشْتَرَطُ مِرَافَعَةُ الْخَصْمِينَ وَرِضَاهُمَا بِأَحْكَامِنَا فِي ذَلِكَ ، بَلْ يَكْفِي مِرَافَعَةُ أَحَدِهِمَا فِيمَا يَلْزَمُ فِيهِ الدَّعْوَى ، وَلَا يُقَرُّونَ عَلَيْهِ ، وَيَكْفِي عِلْمَ الْقَاضِي ، وَشَهَادَةُ الْحُسْبِيِّ فِيمَا لَا يُحْتَاجُ لِلْمِرَافَعَةِ مِنْ حَقُوقِ اللَّهِ كَالْحُدُودِ ، مَا عَدَا حَدَّ الشَّرْبِ ، لِأَنَّ الْمَدَارَ فِي جِبْرِ الْمَطْلُوبِ عَلَى الْحَضُورِ بِنَاءً عَلَى طَلْبِ الطَّالِبِ ، عَلَى أَنْ تَكُونَ الدَّعْوَى صَاحِبَةً شَرْعًا ، مُلْزِمَةً عَلَى الْمَطْلُوبِ حَقًّا ، إِذَا ثَبَّتَ ، وَفِيمَا يُقَرُّونَ عَلَيْهِ كَالنِّكَاحِ الْفَاسِدِ عِنْدَنَا وَلِهَا حُكْمُ الصَّحَّةِ فِيمَا



بينهم على قول الإمام ، أو لها حكم الفساد ، ولكن لا يعترض عليهم فيها على قولهما لما لم تكن الدعوى من أحدهما ملزمة حقاً على المطلوب على قول أبي حنيفة اشترط مراعاتهما ورضاهما معاً ؛ لأن رضا أحدهما لا يلزم الآخر عنده ، ولما كانت ملزمة على قولهما حقاً على المطلوب بمراعاة أحدهما لأن رضا أحدهما يلزم الآخر قالوا يكفي مراعاة أحدهما كإسلامه ، وهل يُعقل أن الذمي لو قام على مطلقة ثلاثاً وأمسكها كقيامه عليها قبل الطلقات الثلاث إذا رفعت أمرها إلى القاضي يُفرَّق ويَجبره على الحضور منعاً للظلم ، ولو غصب ذمي مالاً من ذمي آخر ورفع المالك أمره إلى القاضي لا يسمع القاضي دعواه حتى يحضر الغاصب ويرضى بحكمنا ، وفي ذلك إقرارٌ لهم على الظلم ، أو اشترى ذمي شيئاً من ذمي واستلم المبيع ولم يُسلم الثمن أترك حتى يرضى المشتري ويجيء طائعاً ، ألا تنظر إلى قول السرخسي : رأيت لو اختلعت بمال ... إلخ ، فإذا كان هذا الحكم في الخلع ففي غيره من المعاوزات أولى ، وعلى ذلك لو طلبت الذمية الذمي لدى قاضي المسلمين تدعى نفقة أو أجرة حضانة أو غير ذلك بالطريق الشرعي تُسمع دعواهما ويُجبر المطلوب على الحضور شاء أو أبى ، ويكونان في ذلك كالمسلمين اتفاقاً كما هو صريح ما نقلناه ، وكذا الحكم في المبيعات والإجازات والمواريث والغصب والوقف وغير ذلك من كل ما لا يُقرُّون عليه لا يشترط مراعاتهما بل الذمي والمسلم في ذلك كله سواء ويصرح بذلك أيضاً ما قاله الحصري في « شرح الجامع الكبير » وتقدّم نقله عن « البدائع » و« المبسوط » : إذا تزوج الذمي بمحارمه وذلك نكاح في دينهم فطلبت منه نفقة النكاح ، فعلى قول أبي حنيفة يفرض لها ؛ وعلى قولهما لا ، بناء على أن عند أبي حنيفة لهذا النكاح حكم الصحة حتى قال : لو دخل بها لا يسقط إحصانه حتى إذا أسلم حدّ قاذفه ، ولو طلب أحدهما التفرقة لا يُفرَّق ما لم يطلبها ، وعندهما له حكم الفساد حتى قال :





يُفَرَّقُ بطلب أحدهما إلا أننا لا نتعرض لهما بحكم عقد الزمة ، ولا نفقة في النكاح الفاسد ، وعند أبي يوسف آخراً يُفَرَّقُ القاضي بينهما إذا عَلِمَ به من غير طلب .

وأجمعوا على أن في النكاح بغير شهود تستحق النفقة لأنه محكوم عليه بالصحة عند الكل انتهى ، فانظر كيف شرط المرافعة من الخصمين على قول أبي حنيفة فيما يتعلق بالتفريق فقط دون النفقة المتفرعة على هذا النكاح ، وكيف اتفقوا على فرضها في النكاح بغير شهود بدون شرط مرافعتها على قوله ، ومن المعلوم أن الزوجة هي التي تطلب النفقة ، وهي تارة تكون بالتراضي وتارة بقضاء القاضي ، والقضاء إلزام وفصل خصومة ، وانظر إلى قول « البدائع » : ليس للزوج أن يُجبر امرأته الكافرة على الغسل من الجنابة ، وله أن يمنعها من الخروج لأن الإسكان حقه ، وبالجملة فجميع التوجيهات السابقة صريحة فيما قلنا ، ويدل لذلك أيضاً ما قاله المشايخ قاطبة في الأصول من الاتفاق على أن الكفار مخاطبون بالمعاملات في أحكام الدنيا ، والعراقيون على أنهم مخاطبون بالكل ، قال في « متن التنوير » و « شرح الدر » و « حاشيته رد المحتار » من كتاب الجهاد : فإن حاصرناهم دعوناهم إلى الإسلام ؛ فإن أسلموا فيها وإلا فإلى الجزية ، فإن قبلوا ذلك : فلهم ما لنا من الإنصاف ، أي المعاملة بالعدل والقسط ، وعليهم ما علينا من الانتصاف أي الأخذ بالعدل ، (قال) في المنح : والمراد أنه يجب لهم علينا ويجب لنا عليهم لو تعرضنا لأموالهم ودمائهم أو تعرضوا لدمائنا وأموالنا ما يجب لبعضنا على بعض عند التعرض اهـ .

(وفي) البحر وسيأتي في البيوع استثناء عقدهم على الخمر والخنزير ؛ فإنه كعقدنا على العصير والشاة ، وقدمنا أن الذمي مؤاخذ بالحدود والقصاص إلا حد الشرب ، ومر في النكاح لو اعتقلوا جوازه بلا مهر أو شهود أو في عِدَّة نتركهم وما يدينون بخلاف الربا اهـ . فخرج العبادات إذ الكفار لا يخاطبون



بها عندنا ، والذي تحرر (في المنار) وشرحه لصاحب البحر أنهم مخاطبون بالإيمان وبالعبادات سوى حد الشرب ، وبالمعاملات أيضاً ، وأما العبادات : فقال علماء سمرقند : إنهم غير مخاطبين بها أداء واعتقاداً ، وقال علماء بخاري : إنهم غير مخاطبين بها أداء فقط ، وقال العراقيون : إنهم مخاطبون بهما فيعاقبون عليها ، وهو المعتمد (ومن البيوع) ، والذمي كالمسلم في بيع كصرف وسلم وربما وغيرها ، غير بيع الخمر والخنزير ، فإننا نجيز بيع بعضهم بعضاً لخصوص فيه ، (والظاهر) أن التشبيه من جهة الصحة والفساد ، لأن الصحيح من مذهب أصحابنا أن الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمة ، فكانت حرمة بيع الخمر والخنزير ثابتة في حقهم ، أيضاً لكنهم لا يمنعون من بيعها للأثر المنقول في خصوص ذلك عن عمر رضي الله عنه . انتهى ملخصاً .

ومن الفرق الذي ذكره في «المبسوط» وغيره من كتب المذهب بين ما إذا أمسك الذمي مطلقته ثلاثاً أو مختلته وما إذا تزوجها بعد الثلاث من أنها إذا رفعت أمرها إلى السلطان يُفَرَّق في الأولى لأنهم يعتقدون أن الطلاق يُزيل الملك ويوجب حرمة المحل ولا يُفَرَّق في الثانية وهو ما إذا تزوجها بعد الثلاث لأنهم يعتقدون أن الطلاق غير محصور في عدد ، وأن نكاحها حينئذٍ كنكاح المحارم سواء ، تعلم أن النكاح وإن كان من المعاملات التي وقع الاتفاق على مخاطبة الكفار بها لكنه مما يُقرُّون عليه في حكم الإسلام كبيع الخمر والخنزير عند أبي حنيفة ، إمّا لكون حكم الإسلام يقضي بصحته فيما بينهم وإن كان فاسداً فيما بين المسلمين كبيع الخمر والخنزير على ما قاله القاضي أبو زيد وهو الصحيح كما في الهندية ، وإمّا لكونه باطلاً فيما بينهم أيضاً ولكن يُقرُّون عليه كما قال الكرخي وهو قول الصحابين كما سبق .

ويندفع ما أورده الكمال في النظر الأول في هذا الموضوع من أن مقتضى توجيه أبي حنيفة أن الكفار لا يخاطبون بالمعاملات وهو خلاف ما ذكره المشايخ في الأصول ، من أن الاتفاق على أنهم مخاطبون في أحكام الدنيا إلى





أن قال فيلزم اتفاق الثلاثة على أنهم مخاطبون بأحكام النكاح غير أن حكم الخطاب في حق المكلف ببلوغه إليه والشهرة تنزل منزلته ، وهي متحققة في حق أهل الذمة دون أهل الحرب فمقتضى النظر التفصيل ١ هـ ، وذلك لما علمت من أن النكاح وإن كان من المعاملات التي وقع الاتفاق على مخاطبة الكفار بها في أحكام الدنيا ، إلا أنه للأدلة التي تقدم ذكرها كان مما يُقرُّون عليه في حكم الإسلام فكان مقتضى الخطاب ذلك إما لكون الخطاب اقتضى صحته فيما بينهم ، وإن كان فاسداً بين المسلمين كما اقتضى الخطاب صحة بيع الخمر والخنزير فيما بينهم وإن كان فاسداً بين المسلمين كما هو قول القاضي أبي زيد ، (أو) لكون الخطاب اقتضى إقرارهم عليه وإن كان باطلاً لمكان عقد الذمة كما هو تخريج الكرخي ، وقول الصاحبين كما سبق ، يرشدك إلى ذلك قول صاحب البدائع السابق في توجيه الكرخي ، إلا أنه مع الحرمة والفساد لا تتعرض لهم قبل المرافعة وقبل الإسلام لأنهم دانوا ذلك ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون ، وقوله في توجيه قول أبي زيد فثبت أن هذه الأنكحة وقعت صحيحة في حقهم في حكم الإسلام ثم يفرق بينهما بعد الإسلام ؛ لأنه لا صحة في حق الإسلام ، ولا يشوش عليك فيما ذكرنا من أن اشتراط المرافعة وعدم كل ذلك خاص بما يُقرُّون عليه على الوجه السابق قول الجصاص السابق ، فأما شرط المجني منهم فلم تصح الدلالة على نسخة ، فينبغي أن يكون حكم الشرط باقياً والتخيير منسوخاً ، فيكون تقديره مع الآية الأخرى (فإن جاءوك فاحكم بينهم بما أنزل الله) وقول صاحب البدائع أيضاً ولا دليل على نسخ شرط المجيء فكان حكم الشرط باقياً فيحمل المطلق على المقيّد لتعذر العمل بهما وإمكان جعل المقيّد بياناً للمطلق نظراً لما يظهر في بادئ النظر مما قالاه إن شرط المجيء باق في سائر الأحكام لا فرق بين النكاح وغيره لأننا نقول قد تقرر في الأصول أن مفهوم الشرط لا يعمل به عندنا وإذا كان التقدير كما قال الجصاص : فإن جاءوك فاحكم بينهم بما أنزل الله ، فيكون الشرط مع آية



﴿وَأَنِ احْكُم﴾ نصاً في أنهم إذا جاءوا يحكم بينهم بما أنزل الله ، وأما إذا لم يجيئوا فهذا النص ساكت عنه وحينئذ يعمل فيما يَقْرُونَ عليه بالأدلة التي دلت على اشتراط المرافعة منهما أو من أحدهما على اختلاف القولين ، وفيما لا يَقْرُونَ عليه يُعمل بالخطاب العامِّ الدالِّ على أنهم كالمسلمين سواء ، ولهذا وقع الاتفاق على أنهم مخاطبون بالمعاملات في أحكام الدنيا كما سبق ، فيتعيَّن أن يكون مراد الجصاص وصاحب البدائع ما ذكرنا ، ويكون قولهما المذكور جواباً عن دليل أبي يوسف ومحمد ، ويكون دليل الإمام ما ذكرناه نقلاً من إقرار النبي لمجوس هجر على مناكحاتهم مع علمه بها ، وإقرار عمر والخلفاء بعده على ذلك مما كاد أن يكون إجماعاً وعللاً مما سبق بيانه ، فلا يُعوَّل على ما في «معيّن الحكام» وغيره ممّا يخالف ما ذكرناه فإنه ليس بعد النصِّ إلا الرجوع إليه ، خصوصاً وأن «معيّن الحكام» هو تبصرة ابن فرحون المالكي مع حذف بعض منها ، وقد علمت مما تقدّم عن الجصاص أن مذهب مالك - رحمه الله - اشتراط المرافعة إلينا ورضاهم بأحكامنا في جميع المسائل وتسميماً للفائدة نذكر لك ما يتعلّق بمذهب الشافعي - رحمه الله - أيضاً فنقول : قال في العزيز شارع الوجيز للغزالي ما نصّه : إذا ترفع إلينا ذميان في نكاح أو غيره إن كانا متفقين الملة ففيه قولان أحدهما يجب الحكم بينهما لقوله تعالى ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ ، ولأنه يجب على الإمام أن يمنع الظلم عنهم فيجب أن يحكم بينهم كالمسلمين ويروى هذا عن أبي حنيفة واختاره المُرْزِي ، والثاني وبه قال مالك أنه لا يجب لقوله تعالى ﴿فَإِنْ جَاءُوكَ فَأَحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضُوا عَنْهُمْ﴾ ، وعلى هذا لا يتركهما على النزاع بل يحكم أو يرُدّها إلى حاكم ملّيتهم ، ورجَّح الشيخ أبو حامد وابن الصباغ القول الثاني ، وأكثرهم على ترجيح الأول منهم الإمام وصاحب التهذيب والقاضي والرويانى ، وفي محمل القولين ثلاث طرق ، أحدها : أن القولين في حقوق العباد ، فأما في حقوق الله فيجب الحكم لثلاث تضيع فإنه لا يطالب بها ، والثاني : أن القولين في





حقوق الله تعالى ، فأما في حقوق العباد فيجب لبنائها على التضييق ، وأظهرها على ما ذكر الشيخ أبو حامد طرد القولين في النوعين وإن كانا مختلفي الملة كاليهودي والنصراني فطريقان أحدهما : وبه قال أبو إسحاق طرد القولين وأصحهما وبه قال ابن أبي هزيرة القطع بوجوب الحكم لأن كل واحد منهما لا يرضى بحكم الآخر فيلزم النزاع بينهما .

ولو ترفع إلينا معاهدان لا يجب الحكم سواء اتفقت ملتتهما أو اختلفت لأنهم لم يلتزموا الأحكام ولا التزمنا دفع بعضهم عن بعض ، بخلاف أهل الذمة وقيل بإلحاقهما بالذميين ، وقيل إن كانا مختلفي الملة وجب وإلا لم يجب وألا يظهر الأول ، ولو ترفع إلينا ذميٍّ ومعاهد فطريقان أظهرهما أنها كالذميين فيعود القولان ، والثاني : انقطع بوجوب الحكم كالذميين المختلفي الملة وإن كان أحد الخصمين مُسْلِماً والآخر ذمياً أو معاهداً وجب الحكم لا محالة لمنع الظلم عن المسلم أو منعه عن الظلم وأيضاً فإن المسلم لا يمكنه النزول على حكم حاكم الكفار ، فلا بدّ من فصل الخصومة بحكمننا ، وقوله في الكتاب وإن كانا مختلفي الملة وجب على الأصح أي من الطريقتين ، ويجوز من جهة اللفظ أن يريد على الأصح من القولين جواباً على إثبات الخلاف وقوله ولا يجب في المعاهدين معلم بالواو ، وأما قوله ولا يحكم إلا إذا رضي الخصمان جميعاً بحكمننا فالسابق إلى الفهم منه أنا حيث قلنا بوجوب الحكم في الصورة السابقة فذلك إذا حصل رضي المتخاصمين ولفظ الوسيط يقتضي نحو ذلك لكنه لا يلائم نقلاً لأنه على اختلاف طبقاتهم فرعوا على القولين ، فقالوا إن قلنا بوجوب الحكم ، فإذا استعدى خصم على خصم وجب إعداؤه وإحضار الخصم ليحكم بينهما ، ووجب على المعدي الحضور ، وإن قلنا لا يجب الحكم لم يجب الإعداء وإذا أعدى كان المعدي بالخيار في الحضور ، ولا يحضر جبراً في التهذيب ، وغيره أن الذمي إذا أقرّ بالزنا يُقام عليه الحد جبراً إن قلنا بوجوب الحكم بينهم وكذا لو سرق مال مسلم أو ذمي يُقطع



جبراً ، وإن قلنا لا يجب الحكم بينهم فلا يُقام الحد إلا برضاه ، واعتبروا الرضا على قول عدم الوجوب ولم يعتبروه على قول الوجوب وعلى أن يجعل قوله ولا يحكم إلا إذا رضي الخصمان جميعاً بحكمنا من تَمَّة قوله ولا يجب في المعاهدين فيستمر الكلام من غير مخالفة اهـ . وقال في متن الإرشاد لابن المقري وشرحه فتح الجواد لابن حجر الهيتمي ولزمتنا معشر المسلمين - أي حكامنا - الحكم بشرعنا بين ذميين ، أو ذمي مع معاهد ، أو مسلم مع معاهد أو ذمي ، ترافعا إلينا في حق الله تعالى أو الأدمي بطلب خصم منها لذلك مِنَّا ، فيجب إحضاره لآية ﴿ وَأِنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ ﴾ الناسخة لآية التخيير ، نعم لا يُحدُّون في خمر لا في معاهدين وحريين ، ومعاهد وحربي ، لأنهم لم يلتزموا حكمنا ولا التزمنا دفع بعضهم عن بعض ، وحيث حكمنا بينهم فإنما نحكم بحكم الإسلام اهـ .

وفي شرح الروض لشيخ الإسلام ما نصّه الذميان لا المعاهدان ترافعا إلينا والمِلَّةُ مختلفة كيهودي ونصراني وجب الحكم بينهما وإعداء المستعدي منهما على خصمه ، أي أعانه الطالب له على إحضاره وإن لم يرض خصمه ، كالحكم بيننا ؛ لأنه يجب على الإمام منع الظلم عن الذمي كالمسلم ولقوله تعالى ﴿ وَأِنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ قال ابن عباس : وهذه ناسخة لقوله تعالى ﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ ، وكذا يجب ذلك إذا اتفقت مِلَّتُهُما كيهوديين لما ذكر اهـ .

فلنخص من جميع ما ذكرنا أن مذهب المالكية اشتراط مرافعة الخصمين ورضاهما بأحكامنا مطلقاً ذميين كانا ، أو معاهدين ، أو أحدهما ذمي والآخر معاهد ، بناءً على أن حاكم المسلمين مُخَيَّرٌ بين الحكم والإعراض إن ترافعوا إليه في الأنكحة وغيرها من حقوق الله وحقوق العباد ، وإذا أعدى كان المعدي بالخيار في الحضور ، ولا يحضر جبراً ، وإن كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً أو معاهداً وجب الحكم بأحكام الإسلام ، فإذا أعدى يجب إحضار المعدي





وَيُجْبَرُ عَلَى الْحُضُورِ ، ومذهب الشافعية إن كانا ذميين متفقي الملة فقولان أصحهما وجوب الحكم بينهما بحكم الإسلام مطلقاً في الأنكحة وغيرها من حقوق الله وحقوق العباد وإن كانا مختلفي الملة فقولان أيضاً أصحهما القطع بوجوب الحكم بحكم الإسلام ، ومثهما ذمي مع معاهد ، ومسلم مع ذمي أو معاهد ، وعلى هذا إذا أعدى أحد الخصمين وجب إحضار المعدي ويُجْبَرُ عَلَى الْحُضُورِ وإن كانا معاهدتين ، أو حربيتين ، أو أحدهما معاهد والآخر حربياً ، فلا يحكم بينهما إلا إذا رضي الخصمان بحكمنا ، فإذا أعدى أحدهما فلا يجب إحضار المعدي ولا يُجْبَرُ عَلَى الْحُضُورِ ، وحيث حكمنا فإنما نحكم بحكم الإسلام ، كل ذلك في الأنكحة وغيرها بلا فرق ، كما أن مذهب الشافعي أن كل عقد ولو نكاحاً فسد بين المسلمين فقد فسد بين الكفار وإن دانوا جوازه .

وأما مذهب الحنفية فقال أبو حنيفة : إنه فيما عدا الأنكحة ونفي المهر وتمليك الخمر والخنزير وتملكهما يستوي الكفار قاطبة والمسلمون في الأحكام ، ويجب إجراء أحكام الإسلام على الكفار كما وجب على المسلمين إلا أهل دار الحرب ؛ لانقطاع الولاية عليهم ، وعدم إمكان تنفيذ أحكامنا فيها ، فلا فرق بين ما إذا كان الخصمان ذميين متفقي الملة أو مختلفيها ، أو مسلمين ، أو معاهدتين ، أو أحدهما ذمياً والآخر مسلماً ، أو مسلم ومعاهد ، أو ذمي ومعاهد ، في إجراء أحكام الإسلام ووجوب الحكم بها ، وحينئذٍ إذا أعدى الخصم وجب إحضار المعدي ويُجْبَرُ عَلَى الْحُضُورِ فيما ذكر ، وأما في الأنكحة ونفي المهر فقد قال إن جميع الأنكحة الفاسدة بين المسلمين متى دان الكفار جوازها فلها في حكم الإسلام حكم الصحة فيما بينهم ، ويُقَرُونَ عَلَيْهَا ولا يُعْتَرَضُ عَلَيْهِمْ فِيهَا ، لا فرق في ذلك بين ذميين ، أو معاهدتين ، وذمي ومعاهد متفقي الملة أو مختلفيها ، إلا أنه إذا ترافعا إلينا ورضيا بحكم الإسلام فإن كان فساد النكاح بسبب حرمة المحل كالمحرمة أو الطلاق الثلاث فُرِّقَ



بينهما ، وكذا إذا أسلما أو أحدهما وإن كان الفساد لصدور العقد بغير شهود أو في عِدَّة ذمي لا يُفَرَّقُ بينهما ، ولو أسلما أو ترافعا إلينا إن رفع أحدهما الأمر إلى حاكم المسلمين وطلب التفريق لفساد النكاح في حكم الإسلام لم يُفَرَّقْ لكونه صحيحاً في حقِّهم في حكم الإسلام فلو أعدى خصمه لا يجب إحضار المعدي ولا يُجْبَرُ على الحضور لعدم الفائدة من إحضاره مع إباته حُكْمًا ، وإن كان فاسداً في حقَّ المسلمين فلا يُفَرَّقُ إلا إذا أسلما أو أحدهما ؛ إذ لا صحة مع الإسلام حينئذٍ ، وأما نفي المهر فمتى دانوا النكاح مع نفي المهر لا يجب المهر ، لا فرق في ذلك بين ذميِّين أو حربيِّين ، معاهدين أو لا ، أو ذمي ومعاهد ترافعا إلينا أو أسلما أو أحدهما لأنهم دانوا ذلك فلم يجب بالعقد شيء وقت صدوره حتى يطالب به بعد المرافعة أو الإسلام ، ولا يمكن وجوبه بعد المرافعة أو الإسلام بلا موجب فلو طالبته بالمهر بعد ذلك وطلبت إحضاره لا يجب إحضاره ، وأمَّا في بيع الخمر والخنزير وتملكها وتمليكها فالكل صحيح فيما بينهم وفي حقهم في حكم الإسلام فلا تُفسخ تصرفاتهم فيها مطلقاً ، ولو ترافعا إلينا أو أسلما أو أحدهما إذا كان الإسلام بعد تمام التصرفات فلو طلب أحدهما فسخ شيء من تلك التصرفات بناءً على فسادها في حقَّ المسلمين لا يجب إحضار خصمه ولو بعد إسلامهما ، لا فرق في ذلك بين الذميِّين وغيرهم من الكفار ، وقال أبو يوسف ومحمد فيما عدا الأنكحة : إن كل نكاح فسَدَ بين المسلمين فقد فسَدَ بين الكفار ، ولا يُقَرَّون عليه إذا ترافعا إلينا أو أحدهما ، أو أسلما أو أحدهما ، إلا النكاح بغير شهود فإنه لا يُفَرَّقُ بينهما فيه ، ولو ترافعا إلينا أو أسلما أو أحدهما ، لا فرق في ذلك بين ذميِّين ومعاهدين أو ذمي ومعاهد ، فلو أعدى أحدهما صاحبه وطلب فسخ النكاح لفساده ففي غير النكاح بلا شهود يجب إحضار المعدي ويُجْبَرُ على الحضور وفي النكاح بغير شهود لا يُجْبَرُ ولو بعد الإسلام لعدم التفريق مطلقاً قبل الإسلام وبعده فيه ، وأمَّا في نفي المهر ففي الحربيِّين





معاهدين أو لا قالوا كما قال أبو حنيفة ، وفي الذميين قالوا بوجوب مهر المثل ، ويتأكد بالدخول ، أو الخلوة ، أو الموت ، ويسقط بالطلاق قبل الدخول والخلوة ، ويجب متعة المثل ، فلو طالبت المرأة خصمها بالمهر أو المتعة وأعدته ، وجب إحضار المعدي ويُجبرُ على الحضور كالمسلمين ، وقول زفر فيما عدا الأنكحة ونفي المهر كقول أئمتنا الثلاثة وأما في الأنكحة فقال : كلُّ نكاح فسد بين المسلمين فسد بين الذميين ، فمتى عَلِمَ الحُكَّامُ بذلك لا يُقِرُّونهم عليه لالتزامهم أحكامنا بعقد الذمة ، بخلاف الحرَّيين لعدم التزامهم لها ، فلم يشترط المرافعة منهما أو من أحدهما حينئذٍ يكون الحكم كذلك إذا ترافعا أو أحدهما بالأولى حتى لو أعدى أحدهما صاحبه يُجبرُ المعدي على الحضور ويُفَرَّقُ بينهما حتى في النكاح بغير شهود ، وقول أبي يوسف آخرًا كقوله إلا في النكاح بغير شهود ، وأما في نفي المهر فقوله كقول صاحبين .

هذا ما يسره الله سبحانه وتعالى في تحقيق هذا المقام والحمد لله أولاً
وآخرًا على توفيقه^(١).

* * *

(١) مجلة المحاماة الشرعية : السنة الثانية ، العدد السادس ، شوال ١٣٤٩ / مارس ١٩٣١ .



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إمطة التوييح والمذمة عن «أحكام أهل الذمة» نقد لرسالة الشيخ المطيعي^(١)

الحمد لله ، والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه ومن والاه ، أما بعد ؛ فقد اطلعت على الرسالة المسماة بـ«إرشاد الأمة إلى أحكام الحكم بين أهل الذمة» فوجدت أن ما فيها من أنه لا يقول على ما في «مُعِين الحُكَّام» من أنه لا بُدَّ من مرافعة الخصمين من أهل الذمة لدى القاضي ورضاهما بحكمه ، وأنه ليس مذهب أبي حنيفة ، بل هو مذهب الإمام مالك رضي الله تعالى عنهما وتبعه بعض علماء العصر ، يعنِي به العلامة الشيخ محمداً المهديّ العباسي حيث أجاب في فتاويه بقوله : الحكم بين أهل الذمة بحكم شريعة الإسلام من قبل المواريث من قاضي المسلمين إنما يكون عند ترفع الخصمين معاً لدى الحاكم الشرعي ، ورضا الفريقين بحكمه لما ذكر علماؤنا أنه يجوز للقاضي أن يحكم بين أهل الذمة إذا تظالموا وترافعوا إليه

(١) هذه المادة عبارة عن رسالة مخطوطة وجدناها في «مكتبة الأزهر» («مكتبة الرافي» : الرقم الخاص : ٢٠٧٧ ، الرقم العام : ٢٦٩١٦) ، وليس عليها اسم كاتبها ، وتقع في ١٣ ورقة . وفي آخرها تاريخ كتابتها - أو نسُخِها - هكذا : «تمَّ في ٢٨ ذي القعدة ١٣١٧ هـ» . وبالرغم من أنه وقعت لنا مقالات وأبحاث منشورة تتصل بموضوع رسالة الشيخ بخيت «إرشاد الأمة إلى أحكام الحكم بين أهل الذمة» ، نقداً أو تأييداً ؛ فقد رأينا إرجاءها إلى محلها من «الأعمال الكاملة» ، وأثبتنا هذه الرسالة المخطوطة هنا ؛ لأنها لم تُنشر من قبل فيما نعلم . . والله تعالى أعلى وأعلم .



ورضوا بحكمه ، وليحكم بينهم بحكم الإسلام لقوله تعالى ﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ فَأَحْكُمْ بَيْنَهُمْ ﴾ اهـ .

فوجدت أن ما قيل فيها هو الذي لا يُعَوَّلُ عليه فإنَّ المذكور في « معين الحُكَّام » هو الذي نقله أئمة الدين من أهل المذاهب عن الإمام رضي الله تعالى عنه ، فقد ذكر الفقيه أبو الليث السمرقندي في تفسيره عند قوله تعالى ﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ فَأَحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ ﴾ قال الزهري مضت السنة أن يرُدَّ أهل الكتاب في حقوقهم وموارثهم إلى أهل دينهم إلا أن يأتون راغبين في حكم الله ، فحكيم بينهم بكتاب الله ، وهذا القول يوافق قولَ أبي حنيفة أنه قال : لا تحكم بينهم ما لم يتراضوا بحكمنا اهـ .

وقال أبو حيان في تفسيره المسمى بالبحر المحيط وعن أبي حنيفة إن احتكموا إلينا حملوا على حكم الإسلام وأُقيِمَ الحدُّ على الزاني بمسلمة والسارق من مسلم ، وأمَّا أهل الحجاز فلا يرون إقامة الحدود عليهم اهـ . وقال في « الكشاف » : قيل كان رسول الله ﷺ مُخَيَّرًا إذا تحاكم إليه أهل الكتاب بين أن يحكم بينهم ، وبين أن لا يحكم ، وعن عطاء والنخعي والشعبي أنهم إذا ارتفعوا إلى حكام المسلمين فإن شاءوا حكموا وإن شاءوا أعرضوا ، وقيل هو منسوخ بقوله ﴿ وَأَنْ أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ وعند أبي حنيفة رحمه الله إن احتكموا إلينا حملوا على حكم الإسلام ، وإن زنى منهم رجل بمسلمة أو سرق من مسلم شيئًا أُقيِمَ عليه الحدُّ ، وأمَّا أهل الحجاز فإنهم لا يرون إقامة الحدود عليهم اهـ .

وذكر الإمام أبو الحسن علي بن إبراهيم الحوفي في تفسيره المسمى بالبرهان في علوم القرآن ما نصه : وقال آخرون بل التخيير منسوخٌ ، وعلى الحاكم أن يحكم بينهم إذا احتكموا إليه بالحق ، وليس له ترك النظر بينهم ، وهو قول عكرمة والحسن البصري ومجاهد وعمر بن عبد العزيز والزهري والسُّدِّي ، وروي أيضًا عن ابن عباس ، وهو الصحيح من قول الشافعي ، وهو



قول أبي حنيفة وزفر وأبى يوسف ومحمد ، وقالوا عليه أن يحكم بينهم بالحقّ اهـ .

وذكر البيضاوي في تفسير قوله تعالى ﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ فَأَحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ أنه تخييرٌ لرسول الله ﷺ إذا تحاكموا إليه بين الحكم والإعراض ، ولهذا قيل : لو تحاكم كتابيان إلى القاضي لم يجب عليه الحكم ، وهو قول للشافعي ، والأصحُّ وجوبه إذا كان المترافعان أو أحدهما ذمياً ، لأننا التزمنا الذبَّ عنهم ودفع الظلم عنهم ، والآية ليست في أهل الذمة ، وعند أبي حنيفة يجب مطلقاً اهـ . فإنه إنما قال ذلك في المتحاكمين من أهل الكتاب ، وفي « أحكام الكتاب المبين » لعليّ بن عبد الله بن محمود الشفكي الشافعي اختلف الفقهاء في حكم هذه الآية على ثلاثة أقوال ، منهم من عمل بظاهرها فقال : الإمام مُخَيَّرٌ في الحكم بينهم إن جاءوه ، وإمّا إذا لم يجيئوه فلا حكم له عليهم ، وبهذا قال مالك ، ومنهم من قال يجب عليه الحكم بينهم إن جاءوه ، وكانهم رأوا التخيير منسوخاً ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وللشافعي قولان كالمذهبيين ، ومنهم من قال يجب على الإمام الحكم بينهم وإن لم يترافعوا إليه ، واحتجوا بإجماع المسلمين على وجوب قطع يد الذميّ إذا سرق ، وكأنّه رأى الآية الثانية ناسخة للتخيير في التقييد اهـ .

وفي « جامع البحرين في تفسير كتاب رب المشرقين ورب المغربين » لأحد علماء القرن الثامن ما نصّه : فأما إذا تحاكم إلينا مسلم وذميّ فيجب علينا الحكمُ بينهما لا يختلف القول فيه ، لأنه لا يجوز للمسلم الانقياد لحكم أهل الذمة ، وعن عطاء والنخعي والشعبيّ أنهم إذا ارتفعوا إلى حُكّام المسلمين فإن شاءوا حكموا أو أعرضوا ، وقيل هو منسوخ بقوله ﴿ وَأَنْ أَحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ ، وعند أبي حنيفة رحمه الله إن احتكموا إلينا حُمِلُوا على حكم الإسلام ، وإن زنى منهم رجل بمسلمة أو سرق من مسلم شيئاً أُقِيمَ عليه الحدُّ ، وأمّا أهل





الحجاز فإنهم لا يرون إقامة الحدود عليهم ، يذهبون إلى أنهم قد صولحوا على شريكهم وهو أعظم من الحدود اهـ .

وذكر العيني في شرحه على صحيح البخاري ما نصه : واختلف العلماء في الحكم بينهم إذا ترأفوا إلينا أوجب ذلك علينا ، أم نحن فيه مُخَيَّرُونَ ؟ فقال جماعة من فقهاء الحجاز والعراق إن الإمام أو الحاكم مُخَيَّرٌ إن شاء حَكَمَ بينهم إذا تحاكموا بحكم الإسلام وإن شاء أَعْرَضَ عنهم ، وقالوا إن قوله تعالى ﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ ﴾ مُحْكَمَةٌ لم ينسخها شيء ، وممن قال بذلك مالك ولسافعي في أحد قوليه ، وهو قول عطاء والشَّعْبِيّ والنَّخَعِيّ ، ورُوِيَ ذلك عن ابن عباس في قوله ﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ ﴾ قال نَزَلَتْ في بَنِي قُرَيْظَةَ ، وهي مُحْكَمَةٌ ، وقال عامر والنَّخَعِيّ إن شاء لم يحكم ، وعن ابن القاسم إذا تحاكم أهل الذمة إلى حاكم المسلمين ورضي الخصمان به جميعاً فلا يُحْكَمُ بينهما إلا برضى من أساقفتها ، فإن كره ذلك أساقفتهم فلا يُحْكَمُ بينهم ، وكذلك إن رَضِيَ الأساقفة ولم يرض الخصمان أو أحدهما لم يُحْكَمَ بينهم ، وقال الزهري مضت السنة أن يرد أهل الذمة في حقوقهم ومعاملاتهم وموارثهم إلى أهل دينهم إلا أن يأتوا راغبين في حُكْمِنَا فيحْكَمُ بينهم بكتاب الله عز وجل ، وقال آخرون واجب على الحاكم أن يحكم بينهم إذا تحاكموا إليه بحكم الله تعالى ، وزعموا أن قوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ناسخ للتخيير في الحكم بينهم في الآية التي قبل هذه ، ورُوِيَ ذلك عن ابن عباس وبه قال الزهري وعمر ابن عبد العزيز والسُّدِّيّ ، وإليه ذهب أبو حنيفة وأصحابه ، وهو أحد قولي الشافعي ، إلا أن أبا حنيفة قال إذا جاءت المرأة والزوج فعليه أن يحكم بينهما بالعدل ، وإن جاءت المرأة وحدها ولم يرض الزوج ، لم يحكم ، وقال أصحابه يحكم ، وكذا اختلف أصحاب مالك ، واختلف الفقهاء أيضاً في اليهوديين من أهل الذمة إذا زنيا هل يُرْجَمَانِ إن رفعهم حُكْمُهُمُ إلينا أم لا ، فقال مالك : إذا زنى أهل الذمة وشربوا الخمر فلا يتعرض لهم الإمام إلا أن



يُظهِرُوا ذَلِكَ فِي دِيَارِ الْمُسْلِمِينَ فَيُدْخِلُونَ عَلَيْهِمُ الضَّرَرَ فَيَمْنَعُهُمُ السُّلْطَانُ مِنْ الضَّرَرِ بِالْمُسْلِمِينَ ، قَالَ مَالِكٌ : وَإِنَّمَا رَجِمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْيَهُودِيِّينَ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لِلْيَهُودِ يَوْمَئِذٍ ذِمَّةٌ وَتَحَاكَمُوا إِلَيْهِ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ يُحَدِّثَانِ إِذَا زَيْنَا كَحَدِّ الْمُسْلِمِينَ ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ اهـ .

والمعتمد ما قاله الإمام في مسألة ما إذا جاء أحدهما ، قال في « التبيين » ثم بمرافعة أحدهما لا يفرق عنده ، ويفرق عندهما لالتزامه حكم الإسلام ، فصار كما إذا التزمه بالإسلام ، قال تعالى : ﴿ فَأَحْكُم بَيْنَهُمْ ﴾ وله أن بمرافعة أحدهما لا يبطل حق الآخر لأنه لم يلتزم حكم الإسلام ، وليس لصاحبه إلزامه ، بخلاف ما إذا أسلم ، لأن الإسلام يعلو ولا يُعلَى عليه ، وليس في الآية دلالة التزام ، وإنما توجب التخيير ، وفيها إشارة إلى أن مجيئهما شرط بقوله ﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ ﴾ وكذا في الملتقى ، فدل ذلك على أن المختار قول الإمام لا قولهما لتقديمهما لقوله .

وقال القرطبي في تفسيره : قوله تعالى ﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ فَأَحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ ﴾ هو تخيير من الله تعالى ذكره القشيري وتقدم معناه أنهم كانوا أهل موادة لا أهل ذمة ، فإن النبي ﷺ لما قديم المدينة وأدع اليهود ، ولا يجب علينا الحكم بين الكفار إذا لم يكونوا أهل ذمة ، بل يجوز الحكم إن أردنا ، فأما أهل الذمة فهل يجب علينا الحكم بينهم إذا ترفعوا إلينا ، فيه قولان للشافعي ، وإن ارتبطت الخصومة بمسلم يجب الحكم ، قال المهدي أجمع العلماء على أن على الحاكم أن يحكم بين المسلم والذمي ، واختلفوا في الذميين ، فذهب بعضهم إلى أن الآية محكمة ، وأن الحاكم مخير ، روي ذلك عن النخعي والشعبي وغيرهما ، وهو مذهب مالك والشافعي وغيرهما ، سوى ما روي عن مالك في ترك إقامة الحد على أهل الكتاب في الزنا ، فإنه إذا زنى المسلم بالكتابة حد ولا حد عليها ، فإن كان الزانيان ذميين فلا حد عليهما ، وهو مذهب أبي حنيفة ومحمد بن الحسن وغيرهما ، وقد روي عن أبي حنيفة



أيضاً أنه قال يُجلدان ولا يُرجمان وقال الشافعي وأبو يوسف وأبو ثور وغيرهم عليهما الحدُّ إذا أتيا راضيين بحُكْمِنَا ، قال ابن خوازمنداد : ولا يرسل الإمام إليهم إذا استعدى بعضهم على بعض ، ولا يُحضر الخصمَ مجلسه إلا أن يكون فيما يتعلّق بالمظالم التي ينتشر منها الفساد كالقتل ، ونهب المنازل ، وأشباه ذلك . فأما الديون والطلاق وسائر المعاملات فلا يحكم بينهم إلا بعد التراخي ، والاختيار له أن لا يحكم ويردّهم إلى أحكامهم ، فإن حكم بينهم حكم بحكم أهل الإسلام ، وأما إجبارهم على حكم المسلمين فيما ينتشر منه الفساد فليس على الفساد عاهدناهم ، وواجب قطع الفساد عنهم منهم وعن غيرهم ؛ لأن في ذلك حفظ أموالهم ودمائهم ، ولعلّ في دينهم استباحة ذلك فينتشر منه الفساد بيننا ، ولذلك منعناهم أن يبيعوا الخمر جهاراً وأن يُظهِروا الزنا ، وغير ذلك من القاذورات لئلا يفسد بهم سفهاء المسلمين ، وأما الحكم فيما يختصُّ به دينهم من الطلاق والربا وغيره فليس يلزمهم أن يتديّنوا بديننا ، وفي الحكم بينهم إضرار بحُكْمِهم وتغيير ملتهم ، وليس كذلك الديون والمعاملات ؛ لأن فيها وجهاً من المظالم وقطع الفساد ، والله أعلم .

وفي الآية قول ثان وهو ما روي عن عمر بن عبد العزيز والنخعي أيضاً أن التخيير المذكور في الآية منسوخ بقوله تعالى ﴿ وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ وأن على الحاكم أن يحكم بينهم ، وهو مذهب عطاء الخراساني وأبي حنيفة وأصحابه ، وغيرهم روى عن عكرمة أنه قال ﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ فَأَحْكَمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ ﴾ نسختها آية أخرى ﴿ وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ ، ثم قال القرطبي : وقال الزهري مضت السنة أن تردّ أهل الكتاب في حقوقهم ومواريتهم إلى أهل دينهم إلا أن يأتوا راغبين في حكم الله فتحكم بينهم بكتاب الله . قال السمرقندي : وهذا القول يوافق قول أبي حنيفة أنه لا يحكم بينهم ما لم يتراضوا بحُكْمِنَا ، وقال النحاس في « الناسخ والمنسوخ » : له قوله تعالى ﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ فَأَحْكَمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ ﴾ منسوخ بأنه إنما نزل أول



ما قَدِمَ النَّبِيُّ ﷺ المدينة واليهود فيها يومئذٍ كثير وكان الأدعى لهم والأصلح أن يُردُّوا إلى أحكامهم ، فلما قوي الإسلام أنزل الله عزَّ وجلَّ ﴿ وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ وقاله ابن عباس ومجاهد وعكرمة والزُّهري وعمر بن عبد العزيز والسُّدِّي وهو الصحيح من قول الشافعي ، قال في كتاب الجزية : ولا خيار له إذا تحاكموا إليه لقوله عزَّ وجلَّ ﴿ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾ قال النَّحاس وهذا من أصح الاحتجاجات ؛ لأنه إذا كان معنى قوله وهم صاغرون أن تَجْرِي عليهم أحكام المسلمين وجب أن يُردُّوا إلى أحكامهم ، فإذا وجب هذا فالآية منسوخة ، وهو أيضاً قول الكوفيَّين أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف ومحمد لا اختلاف بينهم إذا تحاكم أهل الكتاب إلى الإمام أنه ليس له أن يُعرضَ عنهم ، غير أن أبا حنيفة قال : إذا جاءت المرأة والزوج فعليه أن يحكم بينهما بالعدل ، ولو جاءت المرأة وحدها ولم يرضَ الزوج لم يحكم ، وقال الباقر : يحكم ، فثبت أن أقوال أكثر العلماء أن الآية منسوخة مع ما ثبت فيها من توقيف ابن عباس ، ولو لم يأت الحديث عن ابن عباس لكان النَّظَرُ يوجب أنَّها منسوخة لأنَّهم قد أجمعوا أن أهل الكتاب إذا تحاكموا إلى الإمام فله أن ينظرَ بينهم وأنه إذا نظرَ بينهم مُصِيبٌ عند الجماعة ، وأن لا يُعرضَ عنهم فيكونَ عند بعض العلماء تاركاً فرضاً فاعلاً ما لا يحل له ولا يسعه ، قال النَّحاس : ولمن قال بأنها منسوخة من الكوفيَّين قول آخر ، منهم من يقول على الإمام إذا عَلِمَ من أهل الكتاب حداً من حدود الله أن يُقيمه وإن لم يتحاكوا إليه ، ويحتجُّ بأنَّ قول الله ﴿ وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ ﴾ يحتمل أمرين ، أحدهما : وأن احكم بينهم إذا تحاكموا إليك ، والآخر : وإن احكم بينهم وأن لم يتحاكوا إليك إذا علمت ذلك منهم اهـ .

وعلى هذا فما ذكره الجصاص بأن أهل الذمة يُحمَلون في البيوع والموارث وسائر العقود على أحكام الإسلام فمُقَيَّدٌ بما إذا تراضيا على أحكامنا كما يفيدُه نقول المذهب على ما سبق ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *



(٢٠٥)

هل ثمة تمييز شرعي بين القانون المدني والقانون الجنائي ؟

هل يميز الشرع ويضع حداً ما بين القانون المدني والقانون الجنائي ؟

« الجواب » : إن الله سبحانه وتعالى إنما خلق آدم وذريته وهم النوع الإنساني ، ليعمروا الأرض ، فكان من ضروريات ذلك بقاء النسل والاجتماع ، ولذلك كان الإنسان مدنياً بالطبع ، فلضرورة بقاء النسل شرع الله سبحانه عقد الزواج ليعرف كل رجل زوجته لتختص هي به ويختص بها أولادها الذين رزق بهم منها ، وهي على عقد زواجه ، وليكون لكل شخص أقارب معينون يخلفونه دون سواهم في ماله إذا مات ، فشرع لذلك كله قانون الزواج وقانون الموارث ، ولولا ذلك لكان أمر النساء والأولاد والأقارب فوضى ، فلا يعرف رجل زوجته ولا زوجة زوجها ، ولا يعرف ولد أباه ولا جده ولا عمه ولا أخاه الشقيق ، أو لأب أو لأم ، ولا يعرف الأب ولده ولا الجد ولده . . . وهكذا ، فيكون الناس كالبهائم في ذلك ، وحينئذ يختل نظام العالم ويثور بعضهم على بعض ، وينقرض النوع الإنساني ، وقد أراد الله تعالى بقاءه إلى أجل معلوم .

ولضرورة الاجتماع وعدم استغناء بعض أفراد النوع عن البعض الآخر ، وإنه لا بد من التبادل بينهم في الأموال والأعمال ، وذلك يوجب النزاع والخصومات والتحاسد والتباغض ، فإن كل واحد منهم يجتهد في جلب ما ينفعه إليه ، ورفع ما يضره عنه ، ويسعى للحصول على الأول وللفرار من الثاني ، لذلك كله شرع الله قانون المعاملات من بيع وإجارة وهبة وإعارة ووديعة ، وشركات





تجارية وزراعية ، وغير ذلك مما يرجع إلى الحقوق المدنية ، وكل ما يتعلق بذلك هو القانون المدني الشرعي وهو مميز على حدته .

وشرع العقوبات من حقوق حدود ، وهي ما بين الشرع مقداره كحد الزنى ، حيث كان جناية على الإنسان . وحد شرب الخمر حيث كان جناية على العقل الذي يمتاز به الإنسان ، عما عداه من الحيوانات . وحد القذف حيث كانت جناية على الأعراض . ومن قصاص أو دية ، في النفس أو في الأطراف أو رأس جراحة أو حد سرقة ، حيث كان ما ذكر جناية على الإنسان في نفسه أو جزء من أجزائه أو على مائه ، ومن عقوبة تعزير ، وهي كل عقوبة على معصية وتعد لم يبين الشرع مقدارها ، بل فوض ذلك للحاكم يوقعها على حسب ما يراه رادعاً للفاعل زاجراً لغيره ، وجعل لذلك قانوناً على حدة هو قانون العقوبات . نعم . . إنه لا شبهة في أنه لا بأس بالقوانين السياسية إذا وقعت باتفاق ذوي الآراء من أهل الحل والعقد ، على وجه يحسن به الانتظام ويصلح أمر الخاص والعام ، ومنها تعين مراتب التأديب والزجر على معاصي ، وجنایات لم ينص الشارع فيها على حد معين ، بل فوض الأمر في ذلك لرأي الإمام فليس ذلك من المحادة لله تعالى ورسوله ﷺ في شيء ، بل فيه استيفاء حقه تعالى على أتم وجه ، لما فيه من الزجر عن المعاصي ، وهو أمر مهم للشارع - عليه الصلاة والسلام - ويرشد إليه ما في تحفة المحتاج أن للإمام أن يستوفي التعزير إذا عفا صاحب الحق ، لأن الساقط بالعفو هو حق الآدمي ، والذي يستوفيه الإمام هو حق الله تعالى للمصلحة ، وفي كتاب الخراج للإمام أبي يوسف عليه الرحمة إشارة إلى ذلك أيضاً ولا ينكر على ذلك ونحوه قوله تعالى : ﴿ أَلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ ﴾ (المائدة: ٣) ، لأن المراد كماله من حيث تضمنه ما يدل على حكمه تعالى خصوصاً أو عموماً ، ويرشد إلى هذا عدم التنكير على أحد من المجتهدين ، إذا قال بشيء لم يكن منصوصاً عليه بخصوصه ، ومن ذلك ما ثبت بالقياس بأقسامه ، فعم القانون الذي يكون وراء ذلك بأن كان مصادماً



لما نطقت به الشريعة الغراء ، زائفاً عن سنين المحجة البيضاء فيه ما فيه كما لا يخفى على العارف النبيه .

ولفصل الخصومات التي لا بد من وقوعها في المجتمع الإنساني سواء كان ذلك في الحقوق المدنية أو في المواد الجنائية أو في مواد الزواج والموارث شرع قانون المرافعات والقضاء وطريق فصل الخصومات وبين لكل واحد منها طريقاً يخصه كما بين طرق القضاء والمرافعات العامة لكل ذلك .

ولما كانت حراسة هذه القوانين والقيام على حفظها وتنفيذها يستدعي وازعاً يقوم بكل ذلك ، ولم يكن إنسان أولى بذلك من إنسان شرع الطريق الذي به يتحقق وجود هذا الوازع ، فبين الكيفية التي بها ينتخب الناس من يكون وازعاً يقوم بكل ما ذكر ويباعونه ويعطونه ميثاق الأمانة والطاعة لأوامره ونواهيته ، بشرط أن لا يخرج عن العمل بهذه القوانين التي شرعها الله وبين سبحانه وتعالى - أنه بعد أن تتم المبايعه لشخص يكون له أن يولي الولاية والقضاة ليحكموا نواباً عنه في رعاياه ، وبين الله تعالى الصفات التي يلزم أن تتوفر في من يبايعه الناس ، وينتخبون إماماً وسلطاناً لهم ، ومن أهمها أن يكون عدلاً قادراً على ضبط الرعية محافظاً على قوانينها الشرعية ، وشرع الله الطرق التي بها يجند هذا الإمام الحنود ويجيش الجيوش ويسوس الرعية ويؤمنها مما تخاف ، والطريق الذي به يجبي الأموال ويأخذها من رعيته وبين له مقدارها في البعض وفوض إليه تقديرها في البعض الآخر حسبما تقتضيه مصلحة رعاياه وبلاده ، وبين سبحانه أن الواجب على هذا الإمام أن يستشير عقلاً رعيته في شؤون أمته في كل ما لم يكن منوصاً عليه في شريعة أو كان مبهماً فيها ، وبالجملة قد فصل الله في شريعته الإسلامية كل ما يحتاج إليه النوع الإنساني حياته الدنيوية على اختلاف الأزمنة والأعصار والأحوال والأطوار ، فكانت شريعته عامة مشتملة على أحكام جميع الحوادث في جميع العصور من عهد أن جاء بها رسول الله ﷺ إلى أن تنتهي الحياة الدنيا .



ولأجل أن يكون جميع الناس خاضعين لتلك القوانين ولتلك الشريعة لا يجوز أن يكون واضعها واحداً من الخلق ، بل يجب أن تكون وضعا إلهياً وشرعاً سماوياً حتى يخشى كل إنسان من أن يعاقبه واضعها الخالق للجميع الذي لا يخفى عليه شيء في الأرض ولا في السماء ، وهو على كل شيء قدير ، لو خالفها أو خالف شيئاً منها عقوبة أبدية فصلها وبينها في تلك الشريعة ، ولأجل أن يعلم الناس أن الرسول الذي جاء بتلك الشريعة وتلك القوانين صادق في البلاغ عن الله سبحانه أيده بالبراهين العقلية الواضحة الجليلة الدالة على صدقه في دعواه أنه مرسل إلى الخلق من قبل خالقهم ، وفي كل ما يبلغه إليهم عن خالقهم جل شأنه ، ولا يجوز للبشر أن يضعوا أو أحد منهم قوانين يخضع لها كل الناس ، لأن الناس إنما يخضعون للقوانين الوضعية مخافة العقوبات الدنيوية التي يمكنهم الهرب منها ، ويمكنهم الاختفاء والفرار من وجه من يريد توقيعها عليهم من الخلق ، بخلاف ما إذا كان الواضع للشرائع والقوانين هو الله سبحانه على لسان رسله ، فإن الناس يخضعون إليها مع اعتقاد من خالقها أنه لا يمكن الاختفاء من واضعها ولا الفرار والهرب بحال من الأحوال ، بل يعتقد أنه سبحانه هو القاهر فوق عباده الآخذ بناصية كل دابة ، ولذلك كله وجب عند المسلمين أن تكون قوانينهم بجميع أنواعها شرعاً سماوياً ودينياً إلهياً يخضع لها الجميع على السواء ، لا فرق بين حاكم ومحكوم وراعٍ ورعيته ، وأمير وخفير ولا تقبل التغيير والتبديل ، ولا المحو ولا الإثبات بحال من الأحوال ، ومن ذلك كله يعلم أن الشرع وإن كان منبراً بين القانون المدني والقانون الجنائي من جهة ، أنه جعل لكل أحكاماً على حدة ، لكن لم يميز بينهما من يجتهد أن يكون المرجع في الجميع إلى ما فصله في شريعته الإسلامية التي بينها على لسان رسوله سيدنا محمد ، ﷺ .

وعلى ذلك يكون قانون الشريعة الغراء قانوناً عاماً شاملاً لعدة قوانين ، كل واحد منها يمتاز عن الآخر ويعلم أن الشرع ميمز بين القانون المدني والقانون



الجنائي وجعل لكل منهما أحكاماً وقواعد تخصه ، وجعل لكل منهما طريقاً يخصصه في القضاء والمرافعات ، كما جعل لذلك طريقاً عاماً لهما ولغيرهما من القوانين المتقدمة^(١).

* * *

(١) من أصل مخطوط ، لم يُطبع من قبل . وهو «المخطوطة ٤» . وتقع في ١١ ورقة من القُطْع الصغير ، مكتوبة بخط جميل وواضح . وبها أسئلة ثلاثة وأجوبتها . ونبه إلى أننا - كعادتنا في سائر هذا المجموع - قد فصلنا هذه الأسئلة الثلاثة ، موردين كل واحد منها في موضعه اللائق به موضوعياً .

وفي صدر هذه المخطوطة : «الإسكندرية في ٣ نوفمبر سنة ١٩٠٩ . حضرة المحترم الفاضل . . ورد لنا خطابكم الرقيم ٢٣ أكتوبر الماضي بأن جناب المستر ممثل أنس طلب منكم أن تسألونا عن الثلاثة أسئلة [هكذا] الآتية . . فإجابةً لهذا الطلب نقول » ، ثم السؤال الأول وجوابه (وهو ما تتصل به هذه الحاشية) ، ثم السؤال الثاني وجوابه ، ثم السؤال الثالث وجوابه .



(٢٠٦)

استئناف الأحكام

هل يُجيز الشرع استئناف الأحكام؟

وإن أجازته ، فلمن يرفع الاستئناف؟

وهل يجوز الاستئناف بالنسبة إلى وقائع الدعوى فقط
بالنسبة إلى نقطة قانونية ما؟

«الجواب»: إن الحكم الشرعي أن الخصومة متى فصل فيها الحاكم الشرعي بالوجه الشرعي لا يجوز إعادة النظر فيها ثانيًا ولا استئنافها بوجه من الوجوه ، ولكن لما كان من الجائز أن يكون القاضي الذي فصل في الخصومة أولاً قد أخطأ إما في موضوع الدعوى وإما في شكلها ، فحكم في موضوع الدعوى بما لا ينطبق على الوجه الشرعي أو سمع دعوى يقضي الوجه الشرعي عدم سماعها شكلاً لفساد شكلها ، جاز لولي الأمر أن يجمع جماعة من العلماء الموثوق بهم في علمهم ودينهم لينظروا فيما عمله القاضي الأول ، فإن وجدوه موافقاً للمنهج الشرعي لم يجز نقضه ولا إعادة نظر الخصومة مرة أخرى تقليلاً للخصومات وتعجيلاً لفصلها .

وإن وجدوه مخالفًا للمنهج الشرعي سواء كان ذلك من جهة مخالفة الحكم في الموضوع لما يقتضيه الوجه الشرعي أو من جهة فساد الشكل أعيد نظر الخصومة ثانيًا واستؤنفت ، والذي يرفع إليه الاستئناف هو من يعينه ولي الأمر قاضيًا لذلك من العلماء الموثوق بهم في علمهم ودينهم كما ذكرنا ، ويجوز أن الذي ينظرها ثانيًا هو القاضي الأول ، وكما يكون الاستئناف بالنسبة إلى وقائع





الدعوى يكون بالنسبة إلى نقطة قانونية ، لأن المقتضي للاستئناف هو مخالفة القاضي الأول للوجه الشرعي في حكمه ، فإن كانت المخالفة بالنسبة إلى وقائع الدعوى فإن الاستئناف لذلك ، وإن كانت المخالفة في نقطة قانونية كان الاستئناف لذلك وإن كانت المخالفة لأمرين كان الاستئناف لهما^(١).

* * *

(١) من أصل مخطوط ، لم يطبع من قبل . وهو « المخطوطة ٤ » . وهذا هو السؤال الثاني منها .





(٢٠٧)

كيفية تعيين القضاة في الزمن السالف

كيف كان تعيين القضاة في الزمن السالف ؟

وهل كان لكل قرية قاضٍ أو كان القاضي لجملة قرى ؟

« الجواب » : إن تعيين القضاة في ذاته مبني على قاعدة شرعية وهو أنه يلزم شرعاً أن يكون في كل مسافة سفر قاضٍ شرعيّ يفصل الخصومات ، ومسافة السفر هي مسافة واحد وعشرين ساعة فلكية بسير الجمال المحملة سيراً وسطاً في أرض سهلة ، بحيث لا يجوز أن تكون المسافة بين قاضٍ وقاضٍ أكثر من ذلك . ولكن يجوز أن تكون أقل نظراً إلى راحة المتقاضين .

والذي عليه العمل في السالف أن القطر المصري مثلاً كان مقسماً إلى مديريات ومحافظات ، وكل مديرية مقسمة إلى أقسام أربعة أو خمسة أو ستة أو سبعة على حسب كبر مساحتها وصغرها ، وكان لكل مديرية قاضٍ ونائب في مركزها يحكم كل منهما بالانفراد في كل ما يرفع إليه من كل جهات المديرية ، وكان لكل قسم من أقسام المديرية قاضٍ أو قاضيان أو أكثر على حسب كبر مساحته وصغرها ، وقضاة الأقسام يسمون نواباً ، وكذلك كان لكل محافظة من المحافظات قاضٍ ونائب يحكم كل منهما بالانفراد فيما يرفع إليه من جهات تلك المحافظة ، وعلى كل حال فلم يكن لكل قرية قاضٍ ، وإنما كان لكل جملة من القرى قاضٍ يسمى نائباً ولكن الجملة إما قسم من المديرية وإما قسم من قسم منها ، ولكل جملة كبيرة تسمى بالمديرية قاضٍ ونائب يحكمان على وجه ما سبق ، ولكل محافظة وهي بلاد الثغور والعاصمة قاضٍ ونائب .





وأما كيفية تعيين القضاة في الزمن السالف فلها أدوار كثيرة ، ففي دور كان التعيين من قبل الخليفة الإسلامي أو السلطان المأذون من قبله بذلك ، واستمر هذا الدور إلى أن صار تعيين قاضي مصر فقط من قبل سلطان آل عثمان ، وقاضي مصر يعين من قبله نائباً لبندر السويس فقط ، وأما تعيين قضاة باقي المحافظات والمديريات وأقسامها ، فكان بأمر خديو مصر بعد انتخاب من يعين بمعرفة مجلس الأحكام ، إلى أن صار قاضي مصر فقط هو الذي يعينه سلطان آل عثمان ، وصار قاضي السويس كغيره يعين أيضاً من قبل خديو مصر ، وعلى كل حال فتعيين القضاة إنما يكون دائماً بأمر ولي الأمر سلطاناً كان أو نائباً ، وذلك من مبدأ الإسلام إلى الآن ، وإنما تختلف الطرق التي بها يكون التعيين حسبما تقتضيه ظروف الأحوال في كل عصر^(١).



(١) من أصل مخطوط ، لم يطبع من قبل . وهو «المخطوطة ٤» . وهذا السؤال هو السؤال الثالث والأخير فيها . ثم بعده ، في ختام المخطوطة ، هذه الجملة : « هذا . . مع إهداء سلامنا لعناب المستر متشل أنس . . وإنما مستعدون لإجابة جنابه في كل ما يسأل . كما أنني أهديكم عاطر سلامي » .



(٢٠٨)

الشهادة في القضايا المدنية

ما حكم الشرع في الشهادة في القضايا المدنية؟ وهل يجوز للقاضي في قبوله الشهادة في قضية مدنية أن يراعي عوائد الجهة التي يحكم فيها (وبالاختصار معرفة كل ما يختص بالشهادة)؟

«الجواب»: الأصل في بيان كيفية المعاملة في الحقوق المدنية آية المدينة آخر سورة البقرة فقال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بَدَيْنَ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ (البقرة: ٢٨٢)، يخاطب الله تعالى عباده الذين آمنوا به وبشرائعه وقوانينه التي أنزلها على رسوله سيدنا محمد ﷺ بأنهم إذا دابن بعضهم بعضاً وترتب لأحدهم على الآخر دين بأي سبب كان من أسباب المعاملات التي توجب الدين لبعضهم على البعض الآخر، كالبيع والإجارة واستهلاك المال المغصوب أو إتلاف المال مطلقاً، مثلياً كان المال أو قيمياً، وغير ذلك مما أوجب ديناً لأحدهم على الآخر وكان ذلك الدين مؤجلاً إلى أجل مسمى وميعاد معلوم معين فيكتبوه بمقداره وأوصافه وميعاده، ليكون ذلك أوثق وأبعد عن الإنكار والجحود والشك والريب.

ثم قال تعالى: ﴿وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾ (البقرة: ٢٨٢)، هذا بيان لما يلزم العباد عمله فيما يتعلق بالكاتب وقت الكتابة، وأن اللازم أن يكتب بحضور الدابن والمدبون مسوياً بينهما، وأن يكتب بالعدل دون زيادة ولا نقص ولا تقصير فيما يلزم من شروط وقبود وإيضاح لما يكتبه، وهذا إرشاد أيضاً لما يجب أن يكون عليه الكاتب من الأوصاف من العلم والمعرفة





بما يلزم للوثائق من الشروط والقيود وبما يلزم أن يعامل كل من الدائنين والمديون ، فلا يجوز أن يعهد كتابة السندات والوثائق إلى من يجهل شيئاً مما ذكر ، ويجب على ولاة الأمور الذين هم رعاة الأمم مراقبة ذلك والقيام من مراعاة للمصلحة العامة .

ثم قال تعالى : ﴿ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ﴾ (البقرة: ٢٨٢) ، نهى الله الكاتب عن الامتناع عن الكتابة المطلوبة ، مبيناً له علة ذلك النهي ، وهي أنه كما علمه الله وتفضل عليه وأكرمه بمعرفة صناعة الكتابة والتوثيق يلزم ألا يمتنع عن ذلك ، لأن الله تعالى ما أنعم على ذلك الكاتب بمعرفة تلك الصناعة ، وهي من الصفات التي يتعدى أثرها إلى غيره إلا لينتفع بها وينفع بها غيره .

ثم قال تعالى : ﴿ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئاً فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيَمْلِكْ وَلْيُهُ بِالْعَدْلِ ﴾ (البقرة: ٢٨٢) ، بيان من الله تعالى وإرشاد منه سبحانه لما يجب عمله وقت الكتابة ، فبين أن الكاتب يكتب والذي يملئ على الكاتب ما يكتبه هو الذي عليه الحق ، وهو المديون لأنه هذا الذي يقر بما عليه وأمر الله تعالى من عليه الحق بأن يتقيه ، وأكد ذلك بذكر الاسمين الكريمين لفظ الله المشعر باستجماع جميع صفات العظمة والجلال والملك والملكوت ، ولفظ الرب المشعر بكمال تربية الله لعباده وتدرجه إياهم في مدارج الكمال ، ونهى من عليه الحق أيضاً أن يبخس من الحق الذي عليه شيئاً بأن يُنقص منه شيئاً وقت الإملاء على الكاتب وبين سبحانه أن الذي عليه الحق إن كان سفيهاً بأن كان أحمق مبذراً مسرفاً لا يحسن التصرف في ماله ، أو كان ضعيفاً في العقل والتمييز بأن كان صبيهاً أو مجنوناً أو معتوهاً أو لا يستطيع الإملاء بنفسه ، بأن عجز عن ذلك لكونه أخرس أو جاهلاً بالإملاء أو باللغة التي يكتب بها الكاتب ، أو امرأة مخدرة يغلب عليها الحياء فلا تستطيع الإملاء بحضرة



الرجال فليملل ويلقي على الكاتب متولي أمر من عليه الحق إملاء بالعدل بلا زيادة ولا نقص ، وبياسر الإملاء على الكاتب بالنيابة عن من عليه الحق ، ومتولي الأمر يشمل القيم والوصي والولي والوكيل والمترجم ، وكلهم يصح أن ينوب عن من عليه الحق في ذلك شرعاً .

ثم قال تعالى : ﴿ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ﴾ (البقرة: ٢٨٢) ، أمرنا سبحانه وتعالى وإرشاداً لنا وتعليماً لزيادة التوثق بأن نستشهد في جميع معاملاتنا بشاهدين من رجالنا ، نحضرهما وقت العمل ليؤديا شهادتهما إذا دعت الحاجة إلى ذلك ، فإن لم نستشهد برجلين فلنستشهد برجل وامرأتين مخافة أن تنسى إحدى المرأتين ، فإذا نسيت تذكرها الأخرى لكون النساء أكثر نسياناً من الرجال عادة ، ويلزم أن تكون الشهادة ممن ترضون من الشهداء ، أي ممن عرفوا لديكم بالعدالة والأمان وحسن السير والسيرة ، وممن تتقون بشهادتهم .

ثم قال تعالى : ﴿ وَلَا يَأْبَ الشَّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾ (البقرة: ٢٨٢) ، نهى الله الشهود عن الامتناع عن أداء الشهادة أو تحميلها إذا دعوا إلى ذلك حضاً على التعاون وإحياء للحقوق ، فلذلك أوجب عليهم المبادرة إلى أداء الشهادة أو تحميلها إذا دعوا لذلك .

ثم قال تعالى : ﴿ وَلَا تَسْمَعُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمٌ لِلشَّهَادَةِ وَأَدَقُّ أَلَّا تَرْتَابُوا ﴾ (البقرة: ٢٨٢) ، يعني لا تضجروا ولا تملوا من كتابة الحق ، سواء كان الحق صغيراً أو كبيراً ، يعني لا يجوز أن تضجروا وتملوا من أن تكتبوا الحق إلى أجله ، سواء كان الحق صغيراً أو كبيراً ، لأن كتابة الحق والإشهاد عليه وأداء الشهادة به عند الحاجة لذلك كل هذا أقسط وأعدل في شريعة الله تعالى ، وفي حكمه وأكثر استقامة وانتظاماً في المعاملة





والشهادة ، وأقرب إلى وثوق الشاهد بما يشهد به وإلى وثوق الحاكم بما يحكم به ، وعدم ريبة واحد منهما فيما يشهد أو يحكم به حيث تطابقت الكتابة مع الشهادة على الحق المكتوب .

ثم قال تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُوتَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا ﴾ (البقرة: ٢٨٢) ، يقول الله تعالى إنما يلزمكم كتابة الحق إذا لم يكن ناشئاً عن معاملة حاضرة جرى فيها التقابض بين المتعاملين يداً بيد ، كالأشياء التي يبيعها التجار في الأسواق ويشتريها الناس ، فيعطي المشتري ثمنها للبايع فوراً ، ويعطي البايع المبيع للمشتري فوراً ، فمثل هذه المعاملة لا جناح علينا ولا حرج في عدم كتابتها .

ثم قال تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾ (البقرة: ٢٨٢) ، يعني إذا تبايعتم ووقع بينكم مبادلة مال بمال ، وكان ذلك مما يخشى فيه التجاحد في المستقبل فأشهدوا العدول على ما حصل من مبادلة المال بالمال ، ثم قال تعالى : ﴿ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ﴾ (البقرة: ٢٨٢) ، أي لا يجوز لمن دعا كاتباً ليكتب له وثيقة أو شاهداً ليؤدي له شهادة أو يتحملها أن يضار الكاتب ، فلا يعطيه أجر مثله أو الشاهد فيكلفه أمراً يشق عليه ، كما لا يجوز للكاتب أو الشاهد أن يضر من كتب له أو عليه حقاً أو شهد له أو عليه بحق .

ثم قال تعالى : ﴿ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ ﴾ وَأَتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿ (البقرة: ٢٨٢) ، يعني إن فعلتم شيئاً مما نهيناكم عنه أو خالفتم أمراً مما أمرناكم به على وجه ما سبق ، فإن ذلك الذي وقع منكم فسوق ، أي خروج عن طاعة الله وعن حدوده وقوانينه وشريعته ، وذلك الخروج فإثم وواقع بكم وضرره عائد عليكم ، واتقوا الله خافوه واحذروه ، فإنه هو الذي يعلمكم ما فيه المصلحة في دينكم ودنياكم وهو بكل شيء عليم ، لا يخفى عليه وجه المصلحة في ذلك ، وأنتم يخفى عليكم فاتبعوا إرشاداته التي بينها لكم .



ثم قال تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنِمْ مَقْبُوضَةً ﴾ (البقرة: ٢٨٣) ، يعني إذا كنتم في موضع لا تجدون فيه كاتبًا يكتب ولا شاهدًا يشهد به فليأخذ الداين من المديون رهناً بالمدين استيثاقاً على دينه ، ويكون الرهن مقبوضاً بيد الداين أو بيد نائبه في ذلك .

ثم قال تعالى : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ﴾ (البقرة: ٢٨٣) ، يعني إذا لم يكتب الداين دينه ولا أشهد به شاهدًا اعتماداً على ثقته بذمة المديون واثمائه له ، فالواجب على المديون أن يؤدي ما عليه من الدين وليتق الله ربه فلا يجحد شيئاً من الدين ولا يماطل صاحب الحق .

ثم قال : ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴾ (البقرة: ٢٨٣) ، نهى الله عن كتمان الشهادة وبين جزاء من يكتمها ، فإن قلبه آثم وذمته خربة وباطنه شيء وسريرته خبيثة ، ومتى فسد قلبه على هذا الوجه فسدت جميع أعضائه وساءت حاله في أقواله وأعماله ، وعرف بين قومه بسوء السير والسريرة ، وكذا قال عليه الصلاة والسلام : « على مثل الشمس فاشهد » .

فأمر - عليه الصلاة والسلام - كل مكلف يريد أن يشهد بشيء أن لا يشهد به إلا إذا كان معلوماً له مثل علمه بالشمس وعلى ذلك كله بنى الفقهاء أحكامهم التي دونوها في الشهادة بالحقوق المدنية أو غيرها ، فبينوا كيفية تحمل الشهادة وكيفية أدائها عند القاضي وشروط ذلك ، وكل ما ذكروه يرجع إلى اشتراط علم الشاهد بما يشهد به ، ومن يشهد له ومن يشهد عليه ، وأن يكون موثقاً به في شهادته ، وأن لا يدفع عنه بالشهادة مغرمًا وضرراً ، وأن لا يجلب لنفسه مغماً ونفعاً وأن لا يكون متهمًا في شهادته لأمر يرجع إلى المشهود له أو عليه ، وهذا هو الحكم الشرعي في الشهادة في جميع الحقوق ، لا فرق بين المدنية وغيرها .





وأما مراعاة القاضي في قبول الشهادة في القضايا المدنية لعوايد الجهة التي يحكم فيها فإن كانت مراعاة القاضي لذلك مما ينفعه في وثوقه بشهادة الشاهد وتقديرها حق قدرها لزمه من يراعي ذلك حتى يحكم وهو مرتاح الذمة والضمير .

وأما ما طلبه جناب المستر متشل أنس من أنه يود أن يعرف كل ما يختص بالشهادة ، فقد بيناه لجنابه إجمالاً . وأما تفصيلاً ، فيحتاج إلى مجلدات ضخمة ، وهي مفصلة في كتب الفقه على أكمل بيان وأتم تفصيل . هذا . . وأرجو تبليغ أزكى سلامي لجنابه . والسلام عليكم ورحمة الله^(١) .

* * *

(١) من أصل مخطوط ، لم يُطبع من قبل . وهو «المخطوطة ٢» .

وهي تقع في ثماني ورقات من القطع الصغير ، مكتوبة بخط جميل وواضح . وفي صدرها : «الإسكندرية في ١٢ فبراير سنة ١٩١٠ . حضرة المفضل عثمان أفندي رفقي رفعتلو أفندي . أما بعد السلام . . فقد ورد لي خطابكم الرقيم ١٦ يناير الماضي ، وما به علم . وجواباً على السؤال الوارد به نقول » ، ثم السؤال والجواب .

(٢٠٩)

إجبار الشاهد على الشهادة

هل يجبر الشاهد شرعاً على الشهادة؟ وإن امتنع عن أدائها فهل هناك جزاء؟ فإن الشاهد في إنكلترا إذا امتنع عن أداء الشهادة حبس وفي الدولة العثمانية يعذب حتى يؤدي شهادته فهل الشرع يوافق على ذلك أم يمنعه؟

«الجواب»: إن الشرع لا يوافق على ذلك، بل يمقته ويمنعه منعاً باتاً، فإن الله تعالى قال في كتابه العزيز: ﴿وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ (البقرة: ٢٨٢)، وقال نبيه سيدنا محمد، عليه الصلاة والسلام: «أكرموا الشهود»، والعقل والعدل يقتضيان ذلك أيضاً، لأن الشاهد إنما يشهد بمقتضى ما يعتقد حَقاً، يجب عليه أدائه، وذلك يتعلق بديانته ودمته وأمانته، ولا يمكن الإكراه والجبر على ذلك بحال وغاية ما يمكن جبر الشهود الحضور إلى مجلس القضاء لأداء الشهادة، ولكن لا يؤدي الشهادة إلا حسبما يعتقد الشاهد حَقاً والمدار في ذلك على ذمة الشاهد وأمانته، وحيث كان الذي عليه المعول هو أمانة الشاهد وديانته ودمته كان اللازم تفويض الأمر إليه في ذلك، حتى إذا اعتقد أن أداء الشهادة حق لازم عليه إحياءً للحق حضر أمام القضاء لأدائها وإلا فلا، ولذلك قال تعالى في كتابه العزيز: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ (البقرة: ٢٨٣)، وقال عليه الصلاة والسلام: «على مثل الشمس فاشهد»، وبمقتضى ذلك كان الواجب على كل من علم حَقاً من الحقوق لشخص على آخر أن يبادر لأداء الشهادة متى طلب ذلك صاحب الحق، كما يجب على القاضي أن لا يهين الشهود، بل يكرمهم مخافة تنفير الناس عن الشهادة، وهذا



لا ينافي ما يستعمله القاضي من الحدق والمهارة في البحث عن الشهود ودرجة شهادتهم سرّاً وعلناً ، حتى يكون على بصيرة تامة في تقدير شهادتهم قدرها وارتياح ذمته للحكم بشهادتهم^(١).

* * *

(١) من أصل مخطوط ، لم يُطبع من قبل وهو «المخطوطة ٣» . وهي تقع في ثلاث ورقات من القطع الصغير ، مكتوبة بخط جميل وواضح . وبها أسئلة ثلاثة وأجوبتها . ونبه إلى أننا - كعادتنا في سائر هذا المجموع - قد فصلنا هذه الأسئلة الثلاثة ، موردين كل واحد منها في موضعه اللائق به موضوعياً . وفي صدر هذه المخطوطة : «الإسكندرية : ديسمبر سنة ١٩٠٩ . حضرة المحترم الفاضل عثمان أفندي رفقي رفعتلو أفندي . وبعد . . . فقد ورد لنا خطابكم ، وبه تستفهمون عن الأسئلة الثلاثة الآتية بناءً على طلب جناب المستر ممثل أنس . فجواباً عليها نقول» ، ثم السؤال الأول وجوابه ، ثم السؤال الثاني وجوابه ، ثم السؤال الثالث وجوابه (وهو ما تتصل به هذه الحاشية) . وفي ختامها هذه الجملة : «وأرجو إهداء سلامي وعاطر تحياتي لجناب المستر ممثل أنس وقبول ذلك لكم منا» .





(٢١٠)

تنفيذ الأحكام الشرعية في مصر قديماً

كيف كان تنفيذ الأحكام الشرعية في بلاد الريف بالأزمنة الماضية في مصر؟ هل كان العمدة هو المنفذ للأحكام الشرعية أم هل كان لكل محكمة موظفون وظيفتهم تنفيذ تلك الأحكام؟

«الجواب»: إن قضاة الإسلام من مبدأ ظهوره كانوا يحكمون في جميع الحوادث لا فرق بين المواد المدنية بجميع أنواعها ومواد الجنائيات ومواد الجنح والمخالفات ويطبّقون أحكامهم في جميع ذلك على قوانين الشريعة الإسلامية، وينفذون ما يصدر منهم من الأحكام بواسطة أعوانهم وموظفيهم الذين يعهد إليهم ذلك، حتى أن القاضي الذي تولى القضايا بالكوفة ستين سنة في زمن خلافة عمر بن الخطاب وبعدها كان إذا حكم على شخص بحق وامتنع من أدائه حبسه في المسجد إلى أن ينتهي مجلس القضاء، فإذا أصر على الامتناع أرسل إلى السجن حتى يؤدي أو يعلم إعساره، ولا فرق في ذلك كله بين الأمصار والقرى ولا بين بلاد الحضر وبلاد الأرياف، وكان لكل جهة قاض خاص بها يتولى فيها الأحكام وكان الخليفة الإسلامي وهو الإمام العام كثيراً ما يتولى الأحكام بنفسه في محل إقامته وعاصمة عرشه، وعلى كل حال فهو يراقب جميع قضاة وأمرائه، وكانت وظيفة الأمراء مع القضاة إعادتهم على تنفيذ الأحكام ومساعدتهم في ذلك، واستمر العمل على هذا النمط في جميع بلاد الإسلام، لا فرق بين القطر المصري وغيره، إلى أن سادت الفوضى وتفرقت كلمة المسلمين في سائر الأقطار وحل الجور والظلم محل العدل





والإنصاف ، وتغيرت الأحوال إلى أن صار القضاة الشرعيون في القطر المصري يحكمون في كل الحوادث أيضاً ، لكن ما كان من الأحكام متعلقاً بالجنح والمخالفات مما يكون الحكم فيه صادراً بالتقرير كالجلد والحبس والتوبيخ مثلاً ، فالقاضي ينفذه فور صدور لحكم بأن يجلد من حكم عليه بالجلد أو يوبخ من حكم عليه بالتوبيخ أو يسجن من حكم عليه بالسجن . . . وهكذا ، وما كان منها صادراً في الحقوق المدنية فكان القاضي ينفذها أيضاً حسب طرق التنفيذ المقررة لها في الشريعة الإسلامية ، وما كان صادراً في الجنايات الكبرى كالقتل فبعد الحكم ينفذه القاضي بواسطة حكام الإدارة بعد اتخاذ إجراءات نظامية في ذلك حسب اللوائح التي وضعت ، والتنفيذ على كل حال إنما يكون حسب المقرر شرعاً أيضاً : ولا فرق في كل ذلك بين الأمصار وبلاد الأرياف والقرى . واستمر الأمر على ذلك إلى أن سنت القوانين التي عليها العمل في مصر الآن ، وهي معلومة للخاص والعام . وعلى كل حال لم يكن تنفيذ الأحكام الشرعية بواسطة عمد البلاد في الأزمنة الماضية قبل وضع القوانين الحالية بمصر ، وإنما كانوا يساعدون القضاة في استحضار الخصوم المطلوبين للحضور أمامهم^(١) .

* * *

(١) من أصل مخطوط ، لم يُطبع من قبل . وهو « المخطوطة ٣ » . وهذا السؤال هو الأول فيها .





(٢١١)

كيف كان تنفيذ الأحكام في بلاد الريف قديماً ؟

هل يوجد مؤلف يتكلم عن نظام القرى من منذ خمسمائة سنة ؟ وإذا وجد فما هو أحسن كتاب كتب في هذا الموضوع والمقصود من نظام القرى كيفية الحكم في المنازعات التي كانت تحصل في بلاد الريف في ذلك الوقت ؟ وكيف كان تنفيذ تلك الأحكام ؟ وهل كان للعمدة اختصاص بالفصل في المنازعات ؟

«الجواب» : لم نقف على كتاب خاص في ذلك التاريخ في موضوع نظام القرى وبيان كيفية المنازعات التي كانت تحصل فيها على الخصوص ، ولكن المعلوم لنا من كتب التواريخ الإسلامية الصحيحة هو ما فصلناه في جواب السؤال الأول ، وما كان للعمدة ولا لغيره أدنى اختصاص بالفصل في المنازعات التي تحصل في بلاد الريف ولا في غيرها ، بل كان الفصل في كل المنازعات للقضاة الشرعيين على التفصيل السابق ، وكان تنفيذ الأحكام في بلاد الريف كتفويضها في غيرها على الوجه المفصل من قبل ، وجعل العمدة مختصاً في الفصل في بعض المنازعات إنما هو أمر جديد أحدث قريباً جداً^(١).

* * *

(١) من أصل مخطوط ، لم يُطبع من قبل . وهي «المخطوطة ٣» . وهذا السؤال هو الثاني فيها .





(٢١٢)

الحق لا يَسْقُطُ بتقادم الزمان

رفع (ع ح ح) وأخوه (ف ح ح) دعوى على وزارة المالية أمام محكمة مصر الشرعية تحت نمرة ٨٢ سنة ١٩١٦ ، قالوا فيها إن المحكمة واضحة اليد على جميع البناء المعروف الآن بالحوض بالمرصود ، وأبت تسليمه إلينا ، مع أنه تابع لوقف المرحوم (ص م ج) اللذين تَنظَرَا عليه حديثًا ، وطلبًا الحكم عن الوزارة بتسليمه إليهما ومنع معارضتها لهما فيه ، ارتكازًا على وقفية شرعية تاريخها ٢٠ رجب ١١٧٤ ، لأن هذا الوقف كان شمولاً بنظر كريمة (خ) هانم حسب شرط الواقف على أن الحكومة مالكة الحوض المرصود ، وواضعة اليد عليه المدة الجديدة والسنين العديدة دون منازع ولا معارض لها فيه ، لا من قبل وفاة (ص) بك ولا بعد وفاته ولا من كريمة (خ) هانم ، لأن (ص) بك المذكور توفي في ١١٨٢ ، وكانت (خ) هانم المذكورة مشاهدة وضع يد الحكومة عليه من عهد وفاة والدها حتى وفاتها الحاصلة سنة ١٢٥١ ، ولم تطالب الحكومة بشيء مع التمكن وعدم العذر الشرعي .

أما باقي الأعيان المعينة بكتب الوقف المذكور كانت واضحة اليد عليها (خ) هانم المذكورة من عهد وفاة والدها دون الحوض المرصود ، وتحصلت على حجة أيلولة





بالنقص منها من المحكمة الشرعية في سنة ١٢٥٠ ،
 واشترت جملة عقارات بعد وفاة والدها بمقتضى حجج
 شرعية ووقفها مع باقي الأعيان الموضحة بكتاب الوقف
 وبحجة الأيلولة أيضاً على نفسها ، وجعلت النظر إليها
 عليها أيام حياتها ، ثم من بعدها على ما هو معين
 ومشروح بحجج الوقف المؤرخة إحداها ١٥ شوال سنة
 ١٢٣٤ ، والثانية بتاريخ ٢٥ محرم سنة ١٢٣٨ ، والثالثة
 بتاريخ ٧ ربيع أول سنة ١٢٤٠ ، والرابعة والخامسة بتاريخ
 ٥ ذي القعدة سنة ١٢٥٠ ، أما تواريخ حجج المشتري
 وتاريخ حجة الأيلولة مُدُون بالوقفيات المذكورة ،
 فالعقارات التي اشترتها بعد وفاة والدها كانت بمقتضى
 خمس حجج ، الأولى تاريخها ١٠ شوال سنة ١١٩٠ ،
 والثانية تاريخها ٥ صفر سنة ١٢٢٩ ، والثالثة تاريخها ١٥
 شهر صفر المذكور ، والرابعة والخامسة والسادسة تاريخها
 ٢٥ محرم سنة ١٢٣٨ ، أما حجة الأيلولة تاريخها ٢٣
 شوال سنة ١٢٥٠ دليل على أن خديجة هانم المذكورة
 كانت مشاهدة وضع يد الحكومة على الحوض المرصود
 من عهد وفاة والدها حتى يوم وفاتها ، ولما كانت هذه
 القضية تستوجب اهتماماً خاصاً قد تحصلت وزارة المالية
 على المستندات الخاصة بموضوع هذه الدعوى ، فكان من
 ضمنها أربعة عشر مستنداً كلها أوامر العالية تفيد صراحة
 امتلاك الحكومة للحوض المرصود ، وثابت بها بيان
 ما حصل فيه من التغييرات في المدة من سنة ١٢٤٤ أعني





التي في حال حياة (خ) هانم المذكورة ، وأيضاً أوراق يرجع تاريخها إلى سنة ١٢٨٦ ، فكان من بينها خطاب من محافظة مصر إلى ديوان عموم الأوقاف تاريخه ٢٨ جماد آخر سنة ١٢٨٦ ص ١٦ يُقضي بأن اقتضت الإرادة السنية الشفوية [هكذا] بأخذ باقي الحوش نظارة (ل ش) الناظر على وقف (خ) هانم لتوسيع السكة أمام أبواب ويداخل الحوض المرصود دليل آخر على أنه ملك الحكومة ، وعلى الخطاب المذكور تأشير من ديوان الأوقاف إلى مأمور قسم رابع بثمينه وتحديده ومقاسه وعمل رسم عنه ، وعن السابق أخذه ، وفعلاً تم ذلك بمعرفة (ع) أفندي معاون قسم رابع أوقاف ، وذلك كان في يوم الأربعاء غرة رجب سنة ١٢٨٦ ، وقد بلغ مسطح الجزء المطلوب ٦١١٤ متراً بما في ذلك مسطح قطعة الأرض التي ما بين حوض شركس والورشة من قبلي ، وورشة النجارين التي تحد الورشة من جهة شرق ، ومعمل الحصر المجاور لذلك .

وبناء على ذلك فوزارة المالية قد صرفت من خزينتها مبلغ ٣٤٠٨٠ جنيهاً بإذن تاريخه ١٧ جمادى الآخرة سنة ١٢٨٦ ثمن الجزء الذي سبق أخذه ، كذلك ثابت بصورة الرسم المستخرجة من خريطة الاستحكامات والعمارات العسكرية بالمحروسة التابعة لديوان الجهادية ، أنه ينطبق تماماً على واجهة الحوض المرصود في الوقت الحاضر ، ويتضح من تاريخ عمله وهو سنة ١٨٧٤ أنه كان تابعاً





لوزارة الحربية . كل ذلك يدلُّ دلالة صريحة لا مرأى فيها
بملكية الحكومة للحوض المرصود من عهد محمد علي
باشا والي مصر .

بناء عليه تُقدِّم وزارة المالية لفضيلتكم المستندات الموضح
بيانها بالحفاضة طيِّه وقدرها عدد ٢٣ بِأَمَلٍ بعد الاطلاع
عليها التكرم بالإفادة عما إذا كانت المحكمة الشرعية
ممنوعة من سماع هذه الدعوى عملاً بالمادة ٣٧٦ من
اللائحة ، وعما يقتضيه الحكم الشرعي في هذا الموضوع .

« الجواب »^(١) : اطلعنا على خطاب الوزارة رقم ٢٣ مايو سنة ١٩٢٠

نمرة ٢٢٣ - ٧ - ٢٢ وعلى المستندات المرفقة معه التي قدرها عدد ٢٣ .

ونفيد أنه قال في المادة ٥٨٧ من قانون العدل والإنصاف أخذًا من « تنقيح
الحامدية » : « الحق لا يَسْقُطُ بتقادم الزمان ، فلو وضع شخص يده على دار
أو أرض أو غيرها مدة سواء طالَّت المدة أو قصرت ، وهو معترف بأنها ملك
فلان ، فإنه يُؤمَر بردها إليه إذا طلب فلان ذلك ، وإن كان منكرًا أنها ملك
فلان ، وفلان يدَّعي أنها ملكه يُنظَر إن كان مَضَى على وضع يده خمس عشرة
سنة فأكثر لا تسمع دعوى المدعي إلا في الإرث والوقف وعند وجود عذر
شرعي ، لكن في الإرث والوقف إنما تُسمع الدعوى بعد مضي هذه المدة إذا
لم يمضِ على وضع اليد ثلاثٌ وثلاثون سنة ، أما إذا مضى ذلك فلا تُسمع
دعوى الإرث والوقف أيضًا إلا عند وجود عذر شرعي » .

وهذا ما يقتضيه الحكم الشرعي .

(١) المبدأ : وضع اليد المدة الطويلة لا يسقط الحق في الملكية ، مهما طال الزمن . ولكن
لا تسمع الدعوى في الملكية لمضي خمس عشرة سنة . وفي الوقف والميراث بمضي
ثلاث وثلاثين سنة ، بشرطها . . طبقاً للقانون .





وأما مجرد الاطلاع على المستندات المذكورة ، فليس كافياً في القول بأن المحكمة الشرعية ممنوعة من سماع هذه الدعوى ، عملاً بالمادة ٣٧٦ من لائحة المحاكم نمرة ٣١ سنة ١٩١٠ أو غير ممنوعة . بل ذلك يتوقف على بحث تلك المستندات وتطبيقها على الواقع وتقديرها قدرها ، وذلك في الأعمال القضائية^(١).

* * *

(١) الفتاوى الإسلامية ، المجلد الرابع ، ص ١١٥٩-١١٦٢ .