

التاريخ والديناميات الاجتماعية

متنوعات مهداة إلى الأستاذ
حسن حافظي علوي



تنسيق :
محمد رابطة الدين ومحمد الأكلع

الجزء الثاني

2024

التاريخ والديناميات الاجتماعية
متنوعات مهداة إلى الأستاذ حسن حافظي علوي

تنسيق :
محمد رابطة الدين ومحمد الأكلع

الجزء الثاني

2024

Histoire et dynamiques sociales

Mélanges en l'honneur du professeur
Hassan HAFIDI ALAOUI



Coordination :
Mohamed RABITATEDDINE et Mohamed ELAKLAA

Tome 2

2024

التاريخ والديناميات الاجتماعية

متنوعات مهداة إلى الأستاذ
حسن حافظي علوي

تنسيق :
محمد رابطة الدين ومحمد الأكلع

الجزء الثاني

2024



التاريخ والديناميات الاجتماعية متنوعات مهداة إلى الأستاذ حسن حافظي علوي

تنسيق: محمد رابطة الدين ومحمد الأكلع

منشورات: مختبر الأبحاث حول الموارد، الحركية والجاذبية (LERMA)،
كلية الآداب والعلوم الإنسانية - جامعة القاضي عياض، مراكش.

الإيداع القانوني : 2024MO0741

ردمك : 978-9920-8894-0-7

الطبعة الأولى: 2024

الطباعة والإخراج الفني: دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الرباط

10 شارع العلويين رقم 3، حسان - الرباط
الهاتف : 05 37 20 75 83 - الفاكس : 05 37 20 75 89
E-mail : editionsbouregreg2015@gmail.com



«عدالة القاضي» وتجربة النظام القضائي في عهد المرابطين

عبد المنعم الشقيري^(*)

مقدمة

ظلت الرؤية المركزية الغربية في ثوبها الاستشراقي تارة والأثنوبولوجي تارة أخرى حاضرة في مقاربتها للمجتمعات المسلمة باعتبارها رمزا للاعقلانية والطغيان، أو ما تعارف عليه في أدبيات الاستشراق بالاستبداد الشرقي، بحيث لم تفلت أي من مكونات أو مجالات الحياة الإسلامية من قبضة هذه الرؤية. ومن إحدى تجلياتها، تطبيق المفهوم الذي ابتدعه القانوني الألماني هينريش ريتشارد شميدت (Richard Schmidt، 1862-1944) الذي يجسد تعسفية «عدالة القاضي» (Kadijustiz).⁽¹⁾ وقد أشاعه بعده ماكس فيبر (Weber Max، 1864-1920)، وصار يدل على نظام قانوني غير عقلاني يمنح القضاة سلطة تقديرية غير محدودة،⁽²⁾ بما يمثله من الشكل الذاتي الاعتباري والشاذ للحكم على أساس اعتبارات: أخلاقية، دينية، سياسية، عاطفية، نفعية شخصية، خارج القانون، وهي عناصر تعارض العقلنة الصورية الغربية، إذ لا يتبع القاضي مفهوم «عدالة القاضي» كمبدأ عام، بل يحكم ويصدر الأحكام حسب الحالة المرتبطة بعوامل اعتبارية محضة، مما يجعل قراراته تفتقر إلى التعميم والثبات، كما أن عدالته غير مترابطة، مما يعسر معه أمر التوقع بمسار القضاء؛ وبناء على هذا يصبح القانون الإسلامي نسقا جامدا غير قادر على الانسجام مع الظروف المستجدة، وذلك لأن مهام القضاة أقل انضباطا للقواعد الموجودة سلفا وهم أكثر ذاتية واعتباطية.

(*) دار الحديث الحسنية للدراسات الإسلامية العليا، جامعة القرويين، الرباط.

(1) Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, T. II (California: ed. G. Roth and C. Wittich Univ. of California Press, 1968), 976-1003.

(2) Shahar Ido, and Karin Carmit Yefet, «Kadijustiz in the ecclesiastical courts: Naming, blaming, reclaiming.» *Law & Society Review*. (2022): 1.

في هذا السياق يأتي اهتمامنا بهذا الموضوع الذي يعنى بتجربة القضاء في عهد المرابطين، لما يسمح به من وضع هذا الادعاء على محك تجربة تاريخية، اجتماعية، ومؤسسية؛ وما جسده هذه المرحلة من لحظات قوية في التاريخ الإسلامي عامة والمغربي خاصة من حيث الوحدة المذهبية،⁽¹⁾ التي يمكن اعتبارها تجربة تاريخية فريدة ذات دلالات كبرى سواء على مستوى الدين أو الثقافة أو الاجتماع من جهة، أو ما عرفته تجربة النظام القضائي خلالها من خصوصية من جهة أخرى، فضلا عن الاستقلالية التي حققها الفقه والقضاء في كنف هذه الدولة، والذي سمح للقاضي بهامش حرية القرار، إلى حد تسمية الأمير بالفقيه والقاضي، وتسمية الفقيه والقاضي بالأمير «لأنها عندهم أرفع السمات».⁽²⁾ لذا لما ثار ابن حمدين على المرابطين لقب بـ«أمير المسلمين».⁽³⁾ وقد أسهم دعم المالكية للمرابطين في تقوية القضاء⁽⁴⁾ ماديا ومعنويا؛ إلا أن هذا لا يعني أن هذا القطاع قد عرف تعسفا في الأحكام أو شابته الاعتبارية،⁽⁵⁾ بل على العكس من ذلك عرفت هذه الخطة الشرعية وجود آليات مادية ممثلة في هيئات لضبط سلطة القاضي، ومنعه من ممارسة الشطط بغية تحقيق العدالة، مما أهلها لتكون أرضية لمناقشة أطروحة «عدالة القاضي» ووسيلة من وسائل فهم آليات ومنطق اشتغاله.

فكيف عمل المرابطون على مؤسسة النظام القضائي بدل تركه رهينة ممارسة أهواء شخصية؟ وكيف مارس القاضي سلطته؟ وكيف كان يتخذ قراراته؟ وهل كانت الأحكام التي يصدرها في المنازعات تتم بشكل اعتباطي؟ وما علاقته بالمفتي؟ ومن هم الفاعلون الذين كان

(1) كان المذهب المالكي هو أساس الدولة المرابطية، حيث قامت على مخطط إصلاحى معارض لكل المذاهب المنتشرة آنذاك ببلاد المغرب، كالمذهب الخارجي الصفري الذي كانت تعتنقه إمارة بني مدرار بسجلماسة، والمذهب الإباضي الذي تبنته إمارة الرستميين بتاهرت، وما انتحلته الإمارة البرغواطية بتامسنا على ساحل المحيط الأطلسي، والاعتزال والتشييع اللذين عرفا صعودهما مع نشوء الدولة الإدريسية، والإمارة البجلية الشيعية بسوس. وهكذا تم توحيد المغرب في ظل المذهب المالكي مما جعل علماءه يتمتعون بمكانة لحرصهم على ترويج المذهب والعمل على تطبيق أحكامه في شتى مجالات الحياة. راجع حسن علي حسن، الحضارة الإسلامية في المغرب والأندلس عصر المرابطين والموحدين (القاهرة: مكتبة الخانجي، 1980)، 464؛ والشيخ ولد جلول، الأسس المذهبية للدولة المرابطية وأبعادها المالكية، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات الإنسانية والاجتماعية، المجلد 2، الإصدار 1 (2021): 216.

(2) المقري، نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب وذكر وزيرها لسان الدين بن الخطيب، ج. 1، تحقيق إحسان عباس (بيروت: دار صادر، 1968)، 211.

(3) شمس الدين الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج. 12، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا (بيروت: دار الكتب العلمية، 2010)، 483.

(4) Delfina Serrano, *Judicial pluralism under the «Berber empires» (last quarter of the 11th century C.E. – first half of the 13th century C.E.)* Bulletin d'études orientales, LXIII (2015): 251.

(5) Delfina Serrano, «Twelve Court Cases on the Application of Penal Law under the Almoravids,» in *Dispensing Justice in Islam* Qadis and their Judgements Edited by Muhammad Khalid masud (Brill: Rudolph Peter and David powers, 2006), 492.

يعول عليهم في إصدار أحكامه؟ قبل التطرق إلى «عدالة القاضي» كمفهوم غربي وتمحيصه. وللإجابة عن هذه الأسئلة، لابد من الرجوع إلى طبيعة النظام القضائي في العهد المرباطي لتفكيك العلاقة بين الثقافة والضوابط المتحركة في هذا النظام من جهة، وتتبع الإجراءات والتدابير التي كان يتخذها القاضي قبل إصدار الحكم من جهة ثانية.

• الشريعة حاضنة للثقافة والقانون

ليست الشريعة الإسلامية كما تزعم بعض الدراسات الاستشراقية وأنثروبولوجيا الإسلام مجرد مسألة قواعد موضوعية أو تأملات أخلاقية، ولكنها عملية ثقافية تصبح أكثر وضوحاً كلما سعينا للحصول على أصداء لها في مجالات ذات الصلة. ويزودنا الفقه، باعتباره فاعلاً أساسياً في تسيير دواليب الحكم داخل الدولة المرباطية، بفهم أوسع للثقافة الإسلامية سواء في الماضي أو الحاضر.

وقد ظلت الشريعة الإسلامية «أسلوب حياة، ولم تكن تفرض نفسها على الأخلاق الاجتماعية، وإنما كانت تدل عليها وتروج لها وتدعو إليها»⁽¹⁾ وذلك بتحديدتها للمواصفات الثقافية وأساليب الحياة وأنساق المعرفة التي اصطبغت بها، وعناصر الضبط التي تقيدت بها، وهكذا «أفرزت الشريعة نظام قيم أخلاقي خاص بها وهو نظام قانوني لكنه ذا أساس اجتماعي»⁽²⁾ مما يفسر هذا الارتباط بالفقهاء لتدبير حاجيات العامة التي اعتبرتهم الملجأ واعتصمت بهم، كما هو الحال بالأندلس حيث جعل الناس في شكوايهم فقهاءهم وسائط، إلى حد أصبح معه مقر إقامة أحدهم، وهو الفقيه ابن القليعي، كالمغنطيس لكل صادر ووارد يجد بهم السبيل إلى الطلب للقدر الذي قدره الله»⁽³⁾ وتلك الثقافة هي نفسها التي رسختها سيرة أبي الوليد محمد بن رشد الجدي، قاضي الجماعة زمن علي بن يوسف المرباطي، الذي «تقلد القضاء بقرطبة وسار فيه بأحسن سيرة وأقوم طريقة ... وكان الناس يلجؤون إليه، ويعوّلون في مهماتهم عليه. وكان حسن الخلق، سهل اللقاء كثير النفع لخاصته وأصحابه»⁽⁴⁾ مما يؤشر على كون هذه الثقافة الدينية «تسعى باستمرار نحو الاتساق المفاهيمي والاندماج

(1) وائل حلاق، ماهي الشريعة، ترجمة طاهر عامر وطارق عثمان (بيروت: مركز نماء للبحوث والدراسات، ط. 1، 2016)، 33.

(2) وائل حلاق، الدولة المستحيلة الإسلام والسياسة ومآزق الحداثة الأخلاقي، ترجمة عمرو عثمان، مراجعة ثائر ديب (الدوحة: المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات 2014)، 213.

(3) الأمير عبد الله، مذكرات الأمير عبد الله آخر ملوك بني زيري بغرناطة المسماة بكتاب التبيان 469-473، نشر وتحقيق ليفي بروفنسال (القاهرة: دار المعارف، 1955)، 109.

(4) ابن بشكوال، الصلة، ج. 2، تحقيق بشار عواد عروف (تونس: دار الغرب الإسلامي، ط. 1، 2010)، 212.

المنطقي» في علاقة وظيفية تكاملية مع النظم الاجتماعية؛⁽¹⁾ حتى وإن كانت أنشطة الناس متضاربة ومختلفة النوازع في تدبير أمورهم سواء أفراداً أو مجتمعات، إلا أنهم ظلوا يميلون إلى التفاعل فيما بينهم كعملية متواصلة من حيث أشكال التكيف ومواجهة التحديات ضماناً لاستمراريتهم.

ولما كانت الشريعة هي الإطار المرجعي للدولة المرابطية والتي «قامت على أساس ديني مستلهم من الدعوة الإصلاحية التي قادها عبد الله بن ياسين الجزولي (ت 451هـ/1059م) في صحراء المرابطين، والقادة الأوائل للدولة الذين تربوا في رباطه،»⁽²⁾ فقد برز أثرها على هذه المؤسسة في مستويين: يتمثل أولها في دعوتها كحركة إصلاحية إلى الرجوع للمبادئ الجوهرية للشريعة بإضفاء الصبغة القضائية في تقصي الأخلاق والسلوكات القويمة مما أعطى أهمية للقضاء.⁽³⁾ ويتجلى الثاني في ضرورة رجوع القضاة باستمرار لمشاورة الفقهاء باعتبارهم الأداة الفعلية للشريعة، خصوصاً وأن هذا الأمر اعتُبر ضمن الخيارات الكبرى للدولة؛ فها هو علي بن يوسف بن تاشفين (500-537هـ/1106-1142م) قد عُرِف عنه إثاره لأهل العلم والفقه، حيث كان «إذا ولى أحداً من قضاة، كان فيما يعهد إليه ألا يقطع أمراً ولا يبتّ حكومة في صغير من الأمور، ولا كبير إلا بمحضر أربعة من الفقهاء،»⁽⁴⁾ مما يؤكد قوة الفقهاء ومدى تأثيرهم سواء على مستوى النظام القضائي أو في تدبير الشأن العام الذي يخص الولاية والحكام؛ لأن من تجليات وأثار قوة الثقافة الإسلامية في ثوبها الفقهي هو تلك المواصفات التي اشترط الفقهاء توفرها في القاضي كآلية لضبط وتقويم ممارسات المشتغلين بهذه الخطة. وقد أوجزها النباهي في الخصال التالية التي لا يتم للقاضي قضاؤه إلا بها: وهي الإسلام، والعقل، والذكورية، والحرية، والبلوغ، والعدالة، والعلم، وسلامة حاسة السمع والبصر من العمى والصمم، وسلامة حاسة اللسان من البكم.⁽⁵⁾ وتبين من هذه الأوصاف قوة الشريعة في صياغة ذات القاضي وتحديد مواصفاته، وهي ذات أخلاقية بامتياز متأصلة في واقع ترعرع فيه القانون على الأخلاق،⁽⁶⁾ إذ بهما تتحقق هذه الذات مما يعطي مكانة للغاية الأخروية. وأول الشروط الواجب توافرها في القاضي هي الإسلام لما يحث عليه القرآن، الكتاب المنزل،

(1) Lawrence Rosen, *Law as culture An Invitation* (Princeton: Princeton University Press, 2006): 10.

(2) الشيخ ولد جلول، الأسس المذهبية، 223.

(3) Serrano, *Judicial pluralism*, 251.

(4) عبد الواحد المراكشي، المعجب في تلخيص أخبار المغرب من لدن فتح الأندلس إلى آخر عصر الموحدين، ضبطه وصححه محمد سعيد العريان ومحمد العربي العلمي (القاهرة: مطبعة الاستقامة، 1949)، 171.

(5) عبد الله النباهي، كتاب المراقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا (بيروت: دار الآفاق الجديدة، ط. 5، 1983)، 4.

(6) حلاق، الدولة المستحيلة، 213.

والأحاديث النبوية من التزام العدل أثناء التحكيم بين الناس ورفع المظالم، وهي عناصر تستدعي تقنيات الذات الأخلاقية في استحضارها للعدل الإلهي، لتصبح المحكمة مجالا لرفع المظالم والنظر في الشكاوى وقول الحق والمطالبة به بناء على الحجج والاستدلالات الدينية، حتى إنه يصعب فك الارتباط بين القانون والأخلاق، وقد يتجسد كل ذلك في أطوار المحاكمة وفي تدخل المشاورين والمفتين والفقهاء والشهود، إذ لم تكن المحكمة بدورها مفصولة عن مجتمعها إن تأثيرا أو تأثرا؛ ومن الشروط الوظيفية التي تؤهل القاضي لممارسة مهمته على أكمل وجه شرط العقل وما يرتبط به من توظيف للمهارات والقدرات الاستدلالية، وشرط سلامة الحواس، وما يتصل بها من النظر في المتهم والتمحيص في الوجوه أو فن إرهاف السمع للدعوى ولحجج المتقاضين . هذا مع التسليم بضرورة إلمام القاضي بالفقه وعلم الأحكام والرأي وعلم الخلاف والمسائل، وإن ظلت هذه المؤهلات تختلف من قاض إلى آخر بحسب التزامه بالمساطر القضائية الإسلامية، وقد يؤدي أي استخفاف بها إلى عزله من قبل الحاكم بتوجيه من الفقهاء.⁽¹⁾

• النظام القضائي في عهد المرابطين

يُجمع عدد من الأنثروبولوجيين، ومن بينهم إرنست غلنر (Ernest Gellner)، على أن ما ميز المجتمعات المسلمة هو غنى ثقافة وقوة المجتمع مقابل ضعف الدولة.⁽²⁾ وإذا كان هذا الحكم بحاجة إلى تدقيق لقياس مدى صحة ضعف الدولة أمام قوة المجتمع، فإن ما يهمنا هو ثراء ثقافة المجتمع، لأن المؤسسات الإسلامية ظلت تستند إلى بنيتها الحضارية أكثر من استنادها إلى السلط السياسية المتعاقبة وتستمد منها مشروعيتها، بل إن السلطة السياسية هي التي تسعى جاهدة لاكتساب الشرعية من خلال هذه المؤسسات كالقضاء مثلا من خلال السهر على رعايته وإظهار استقلاليته، وعدم «إلزام القضاة بالسير على مذهب معين»،⁽³⁾ مما جعل القضاء نظاما له كيانه ومنطق اشتغاله وتراثه الخاص. وفي هذا السياق نجد النباهي يعرف خطة القضاء بأنها من أسنى الخطط، وأنها ممارسة الأنبياء والرسول ومن بعدهم الخلفاء، إذ تكمن قيمتها في «تصريف أمور الأنام يحكمون في الدماء والأبضاع والأموال والحلال والحرام

(1) راجع المبادئ التي ربي عليها عبد الله بن ياسين أتباعه في الرباط الذي انطلقت منه الدعوة المرابطية قبل تحولها إلى دولة. أبو عبيد البركي، المسالك والممالك، ج. 2، تحقيق أدريان فان ليوفن وأندري فيري (بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1992)، 858-866.

(2) سامي زبيدة، أنثروبولوجيا الإسلام مناقشة ونقد لأفكار إرنست غلنر (بيروت: دار الساقي، 1997)، 8.

(3) بدري محمد فهد، تراث المسلمين القضائي، المورد العدد 1 (1979): 11.

...فلا شرف في الدنيا بعد الخلافة أشرف من القضاء.⁽¹⁾ وقد كانت إقامة الأحكام في تاريخ الأندلس والمغرب الوسيط تتم في نسق تشريعي متداخل الأركان، مما كان يشكل بنية متراسة تفتن لها السلاطين المرابطون؛ إذ إن «الحكام الذين تجري على أيديهم الأحكام ست خطط: أولها القضاء، وجلها قضاء الجماعة، والشرطة الكبرى، والشرطة الصغرى، وصاحب المظالم، وصاحب رد بما رد إليه من الأحكام، وصاحب مدينة، وصاحب سوق.»⁽²⁾ ولئن اعتبرت هذه الخطة من أعظم الخطط قدرا، إلا أنها في الوقت نفسه أكثر خطرا، لأن فقهاء المالكية اعتبروا القاضي المدافع الرئيسي عن الشرع،⁽³⁾ وهذا يرجع إلى حساسية هذه الوظيفة لخلفتها الدينية والاجتماعية المتمثلة في المسؤولية الملقة على عاتق القاضي في إقامة العدل بين الناس، وإحكام الشرع في قضايا دمائهم وأعراضهم وأموالهم، مما يجعلهم مطمئنين لنيل حقوقهم.

وحتى لا يتمركز هذا الشأن العظيم، وهذه المهمة الجسيمة في يد واحدة، شكل النظام القضائي لدى المرابطين نسقا متسلسلا اتخذ صبغة هرمية يرأسها قاضي الجماعة. وقد ظهر هذا اللقب بالأندلس في حدود النصف الأول من القرن الهجري الثاني/الثامن للميلاد مع الدولة الأموية الفتية، وهو أعلى منصب قضائي، تفرد به كل من قاضي قرطبة وقاضي مراكش، وكان قاضي الجماعة بمراكش يدعى أحيانا بقاضي الحضرة،⁽⁴⁾ كما كان لقاضي قرطبة مكانة متميزة، وكان الأمير هو من يتولى أمر تعيينهما. والراجح أن هذا القاضي قد سمي بقاضي الجماعة نسبة إلى جماعة القضاة الذين يتكلف بتعيينهم أمام السلطان؛ يقول النباهي في هذا الصدد: «والمراد بالجماعة جماعة القضاة، إذ كانت ولايتهم قبل اليوم غالبا من قبل القاضي بالحضرة السلطانية»⁽⁵⁾ وإن كان هناك من يرى بأن المقصود بالجماعة ليس هم القضاة الذين يتولى قاضي القضاة أمر تعيينهم، ويستشهد بنص للنباهي يخبرنا فيه أنه لم تكن لقاضي الجماعة سلطة على القضاة خارج قرطبة، وأن دواعي التسمية ترجع إلى «المنصب الاعتباري، إذ لا يُمكن إلا الفقيه العالم المشاور من قبل السلطة.»⁽⁶⁾ ومع هذا، فنحن أمام وظيفة من الوظائف الكبرى للدولة، وهي تسمية توازي تسمية قاضي القضاة في المشرق، وإن كان هناك

(1) النباهي، المرقبة العليا، 2.

(2) ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سبر الحكام (ديوان الأحكام الكبرى)، تحقيق يحيى مراد (القاهرة: دار الحديث، 1428هـ/2007م)، 27-28.

(3) Nejmeddine Hentati, «Le pluralisme judiciaire en Occident musulman médiéval et la place du cadi dans l'organisation judiciaire,» *Bulletin d'études orientales*, LXIII (2015): 69.

(4) إبراهيم حركات، المغرب عبر التاريخ، ج. 1 (الدار البيضاء: دار الرشاد الحديثة، 2000)، 201.

(5) النباهي، المرقبة العليا، 21.

(6) محمد البركة، النظام القضائي بالأندلس الأمويون وخطة الرد مقارنة علائقية لآثار العدل في حماية الملك (الرباط: منشورات الزمن العدد 96، 2017)، 44.

من سُمي بهذا الاسم بالأندلس من قضاة قرطبة كما هو الحال مع القاضي أبي العباس أحمد بن عبد الله بن دكوان الأموي، وأبي بكر يحيى بن عبد الرحمن بن وافد اللخمي.⁽¹⁾ وعلى الرغم من أن هذا القاضي كان يعين من قبل الأمير كما سبقت الإشارة، إلا أنه كان مسؤولاً عن تنصيب القضاة الآخرين في مختلف المناطق كما فعل قاضي الجماعة القاسم بن يوسف التجيبي (670-730هـ/1272-1330م) في توليته لعبد العزيز الباغاني على قضاء أغمات؛ وأبو منظور قاضي الجماعة بمراكش في توليته لعبد الرحمن بن محمد عبد الرحمن على قضاء سلا. أما الذين شغلوا هذا المنصب فهم القاضي أبو الوليد بن رشد (ت 520هـ/1126م)، والقاضي عياض بن موسى بن عياض (ت 544هـ/1149م)، والقاضي أبو القاسم أحمد بن محمد بن حمدين التغلبي (ت 521هـ/1127م).

هذا وقد اتسعت صلاحيات قاضي الجماعة لتجمع بين ما هو إداري وديني كالإشراف على بيت المال، وإقامة الصوامع، وبناء المساجد وإلقاء خطب الجمعة بالمسجد الجامع؛⁽²⁾ بل وشملت أيضاً ما هو سياسي كما هو الحال أثناء مشاركته كشاهد على وثيقة البيعة بصفته أعلى سلطة قضائية في البلاد.⁽³⁾ وقد يتولى قاضي القضاة كتابه نص البيعة كإقرار وشهادة تؤثر على نهاية مرحلة وبداية أخرى؛⁽⁴⁾ كما كان يشرف على تعيين المحتسب والعدول وأئمة المساجد والخطباء، وقضاة الكور، وهم القضاة الذين يتولون الأحكام في النواحي والأطراف، وكان لهم الحق في أن يفصلوا في كل شيء إلا قضايا الحدود، وخصوصاً عقوبة الإعدام، التي كان يتعين عليهم عرضها على قاضي الجماعة حسب ابن رشد الجدل، كما كان عليهم إعلام «السلطان» بالصلب والقطع من خلاف في حالة من احترفوا الحراية.⁽⁵⁾ وبخلاف المناصب الإدارية الأخرى كصاحب الشرطة والمحتسب،⁽⁶⁾ فإن القاضي الذي كان يتولى الأحكام يعين من قبل القاضي أو الحاكم، ويسمى صاحب الأحكام.⁽⁷⁾ ولئن كان رينهت دوزي (Reinhart Dozy) قد

(1) النباهي، المراقبة العليا، 21.

(2) Delfina Serrano, «Chief Qadi (Qadi I-Jama'a), Non- Qadi Judges, Almoravid Rulers and the Limits of Adjudication in Matters of Hudud Punishments», *AJAMES* no.27-1(2011): 212.

(3) Ibid, 213.

(4) محمد عبد الوهاب خلاف، تاريخ القضاء في الأندلس من الفتح الإسلامي إلى نهاية القرن الخامس الهجري الحادي عشر ميلادي (القاهرة: المؤسسة العربية الحديثة 1992)، 162.

(5) Serrano, *Twelve Court Cases*, 476.

وعن دور القضاة في تثبيت الأمن الاجتماعي ببلاد المغرب والأندلس، يراجع: سعيد بنحمادة، نظام الشرطة بالمغرب الإسلامي: نسقية المؤسسات والممارسات الأمنية، منشورات الزمن، سلسلة شرفات 92 (الرباط: مطابع الرباط نت، 2017).

(6) Christian Müller, «Administrative tradition and civil jurisdiction of the Cordoban sahib al-ahkam», in-*Qantara*, vol. 21, n° 1 (2000): 68.

(7) Rachid EL Hour, «Le Sahib al ahkam à l'époque almoravide», *Al-Andalus Magreb: Estudios árabes e islámicos*, N° 8-9, 1 (2000-2001): 55.

حصر مهمة صاحب الأحكام في مراقبة الإدارة القضائية، والسهر على تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاة، فقد ارتبطت مهمته في عهد المرابطين بالخوض في المسائل الأخلاقية وتعقب كل قضايا الفساد والانحراف والدعارة،⁽¹⁾ إلا أنه ظل تحت إمرة القاضي، وفي هذا الصدد يقول ابن عبدون: «على الحاكم أن يحضر مجلس القاضي كل يوم ويشاوره فيما يقع له من الأمور الكبار ويكون من القاضي رقبة عليه، بل يطلع أمره ويبحث عن أحكامه وسيرته في ذلك»،⁽²⁾ لذلك فهو يحظى بمرتبة أقل من القاضي، وقد عرف باسم المسدد عندما يتعلق الأمر بالولاية القضائية لمدينة صغيرة كما أشار إلى ذلك بروفنصال،⁽³⁾ وهو نوع من القاضي المساعد الذي يمارس العدل في الأماكن الصغيرة أو النائية، ولم تكن له نفس مسؤوليات القاضي، لذلك لم يحمل اسم قاضي الأحكام،⁽⁴⁾ وكان عليه طلب الفتوى واستشارة الفقهاء في كل الأمور. وأشهر من تولى هذا المنصب هو أبو محمد عبد الله بن أحمد بن عمر القيسي المعروف بالوحيدي، الذي قال عنه ابن بشكوال: «كان من أهل العلم والمعرفة والفهم».⁽⁵⁾

ومن خطط القضاء أيضا خطة الشورى باعتبارها مكملية لنظام القضاء، وأصحابها هم العلماء والفقهاء الذين يعينهم الأمير في أمر القضاء وأحكامه وهم المشاورون، وقد أطلق على هذه الخطة أيضا اسم خطة الفتيا. وذهبت مانويلا مارين (Manuela Marin) إلى أن المشاورين لم يشكلوا خطة أو هيئة خاصة بحجة أن تسميتهم هي مجرد صيغة تعبيرية تدل على مهمة ثانوية كانت تمارس في مجالات عدة، كالقول بأن فلانا فقيه مشاور للأمير، ومشاور في الأحكام، أو كان مشاورا في الفقه، وهي تعابير تدل كلها على صيغ مشتقة من فعل شَاوَرَ،⁽⁶⁾ وأنها تتموقع حسب السياق، فتارة يكون الفقيه مشاورا للقاضي أو مشاورا للأمير في أمور الرعية، وقد يكون قاضي الجماعة نفسه مشاورا. أما إميل تيان (Emile Tyan) فيرى أن الشورى خطة أو ولاية وتسمية توحى بوظائف عمومية قائمة بذاتها، ولها ارتباط بالنظام القضائي، وأنها من «الخطط التي انفرد بها المغرب والأندلس عن بقية العالم الإسلامي بوصفها نظاما له أصوله ورجاله وجهازا مكملًا للهيكل القضائي، ولازما له»⁽⁷⁾ وأكد ابن سهل أنه لم تكن الحاجة إلى ذكر لفظ المشاور باعتباره مجرد لقب، لكن أحيانا يأتي اللقب صريحا

(1) Ibid, 59 .

(2) أبو محمد ابن عبدون الفهري التيجي، رسالة ابن عبدون في القضاء والحسبة ضمن ثلاث رسائل أندلسية في آداب الحسبة والمحتسب تحقيق ليفي بروفنصال (القاهرة: مطبعة المعهد العلمي للآثار الشرقية بالقاهرة، 1955)، 13.

(3) EL Hour, *Le Sahib*, 52 .

(4) Ibid, 53.

(5) ابن بشكوال، الصلة ج. 1، تحقيق بشار عواد معروف (تونس: دار الغرب الإسلامي، ط. 12010)، 387.

(6) Manuela Marin, «Surà et al-Surà dans al-Andalus», *Studia Islamica*, N62° (1985) : 39.

(7) خلاف، تاريخ القضاء، 326.

كما هو الحال في وصف بعض علماء القرن الخامس للهجرة/الحادي عشر للميلاد، ومن ذلك على سبيل المثال لا الحصر: «قال القاضي محمد بن عبد الملك المتوفى سنة 330هـ/924م، من أهل قرطبة فقيه مشاور»⁽¹⁾ ويبدو أن سر هذه التسمية هو أن كل مشاور فقيه وعالم، لكن ليس كل فقيه مشاور، حيث يفترض أن يتوفر على عناصر الخبرة والدراية والنجابة التي تؤهله لهذه المهمة. وعلى الرغم من أن المشاور لم يكن موظفا حكوميا بالمعنى المتعارف عليه، إلا أن مكانته كانت مرموقة وبارزة في الدولة، ويتجسد ذلك من خلال صلاحية أحكام القاضي التي ظلت مرهونة بأحكام المشاورين الذين كانوا يبدون رأيهم في عمل القضاة باستثناء قاضي الجماعة الذي كان في منزلتهم أو أكثر.⁽²⁾ وتعتبر خطة الرد من المناصب القضائية أيضا، وقد أُطلق على من يتقلدها اسم صاحب الرد لأن إليه كانت ترد بعض الأحكام المستعصية، وقد يصدر حكما فيما استرابه الحكام وردوه عن أنفسهم.⁽³⁾ ويظهر أمام هذا التعدد والتنوع في الوظائف أن القاضي لم يكن ليتصرف لوحده في إقامة العدل، بل كان هنالك طاقم يتكفل بمساعدته ويعينه على بلورة تصورات واتخاذ الإجراءات اللازمة، وهذا ما يعطي معنى لفعله وعقلنة لأحكامه، ويتكون هذا الطاقم المساعد من العناصر التالية:

• مجلس القضاء نموذج لمأسسة الثقافة

يخبرنا حاييم جربير (Haim Gerber) أن الممارسة القضائية في المجتمعات المسلمة لم تكن معزولة عن المجتمع،⁽⁴⁾ وأن جلسات الحكم تستقبل كل الأطياف، بل شملت الحلقات الأضعف في المجتمع كالنساء والفئات المستضعفة ممن لهم ملتمسات وشكاوى. أما السبب في الإقبال على التقاضي فيتجلى فيما يلي: أولاً: سرعة العدالة من حيث التنفيذ وبساطتها من حيث الإجراءات، حيث لم يكن المتقاضون بحاجة إلى وسطاء مهنيين كما هو الأمر اليوم في المحاكم الحديثة. وكانت العقوبة تنفذ على الفور إذ «التأخير والتأجيل مكروه لدى العلماء»⁽⁵⁾ باستثناء حالات الإعدام، مما ترك تحديد الجناية والعقاب لسلطة المفتي، والسبب في ذلك أنه غالبا ما يستند القضاة في حكمهم في قضية ما على المشاورين أهل العلم. ثانيا: لا يتطلب الأمر جهدا معرفيا لدى المتقاضين لفهم ما يجري أثناء المحاكمة، لأن المحكمة مرتبطة بأنشطة

(1) المرجع نفسه، 323.

(2) ابن الآبار، *الحلة السيرة*، تحقيق حسين مؤنس، ج. 2 (القاهرة: دار المعارف، 1963)، 202؛ حسين مؤنس، *شيوخ العصر في الأندلس* (القاهرة: دار الرشد، 1418هـ/1997م)، 29-39.

(3) النباهي، *المراقبة العليا*، 5.

(4) Haim Gerber, *State, Society, and Law in Islam Ottoman Law in Comparative Perspective* (New York: State University of New York, 1994), 24.

(5) مارشال هودجسون، *مغامرة الإسلام الضمير والتاريخ في حضارة عالمية*، ترجمة أسامة غاوجي المجلد الأول (بيروت: الشبكة العربية للترجمة، ط. 1، 2021)، 564.

الناس من حيث البيوع وباقي التعاقدات والنزاعات، فهي مألوفة لديهم، والسري في ذلك أن طبيعة العدالة الإسلامية هي «تواطؤ بين مؤسساتها ومستعملاتها»⁽¹⁾ فكان اللجوء إليها أمرا طبيعيا، وغالبا «ما كانت تتم الجلسات علنية لكل راغب في التعرف على نزاهة القاضي، والاطمئنان إلى سيادة العدل على المتخاصمين»⁽²⁾ حيث ظلت الأبواب مُشرعة أمام الجميع دون تمييز طبقي أو عرقي؛ لذلك «غالبا ما كانت تنعقد جلسات التقاضي في المسجد أو في رحابه، وهو أوفق بالشهود والخصوم وأقرب إلى العدل بين الناس ... وبالجلوس في المسجد يصل إليه الضعيف والقوي»⁽³⁾ يستشهد النباهي على ذلك أثناء ترجمته للقاضي أبي عبد الله محمد بن سلمان الأنصاري المالقي المتوفي سنة 500هـ/1107م، حيث «كان قعوده لتنفيذ الأحكام بالمسجد المذكور له من داخل مألوفة»⁽⁴⁾ حتى إن الفقهاء وضعوا آدابا للقاضي حينما يدخل للمسجد للقضاء أن «يركع فيه ركعتين عند دخوله فيه يدعو فيهما لنفسه بالتوفيق والتسديد والقوة على ما قلد في ذلك، وكذلك فعل سحنون عندما ولى القضاء»⁽⁵⁾ ومن الفقهاء من احتاط من إقامة جلسات المحاكمة بالمسجد حرصا على طهارته، وأحيانا كان يُتخذ بيت القاضي مجلسا، وغالبا ما يقع مجلس التقاضي في مفترق الطرق مما يسر الوصول إليه، كما ظلت الأبواب مشرعة، مما جعل البسطاء ينظرون إلى المحكمة باعتبارها أداة لحمايتهم من ظلم النخبة»⁽⁶⁾ وزادت المكانة الرمزية التي حظي بها القضاة من نجاحهم في مهامهم، لاحتكاكهم بالناس وملازمتهم لهم، ومعرفتهم الدقيقة بالحي وبالناس والجيران والتقاليد؛⁽⁷⁾ هكذا حافظت المحاكم الشرعية-الدينية على انفتاحها في وجه جميع شرائح المجتمع قبل

(1) وائل حلاق، الشريعة الإسلامية، النظرية، والممارسة، والتحويلات، ترجمه وقدم له الدكتور كيان حازم يحيى (بيروت: دار المدار الإسلامي، 2018)، 342.

(2) خلاف، تاريخ القضاء، 224.

(3) المرجع نفسه، 225. ومن القضايا الأكثر حضورا في تاريخ المحاكم بالأندلس والمغرب الوسيط قضايا النزاعات على الماء، منها محكمة المياه ببلنسية وإلش، اللتان تعدان أمودجا للمؤسسات القضائية التي تشهد على علانية الجلسات وإلزامية تطبيق الأحكام استنادا إلى ما يعرف اليوم بـ«قوة الشيء المقضي به». راجع: سعيد بنحمة، الماء والإنسان في الأندلس خلال القرنين 7 و8هـ/13 و14م: إسهام في دراسة المجال والمجتمع والذهنيات (بيروت: دار الطليعة، ط. 1، 2007)، 41-47.

Xavier De Planhol, *Les fondements géographiques de l'histoire de l'Islam* (Paris: Flammarion, 1968), 289.

وتحتفظ بعض الأرشيفات الإسبانية بوثائق تتعلق بأحكام قضائية ذات صلة بالنزاعات على الماء، منها تلك الموجودة بأرشفيف «مملكة بلنسية»، وهي بمثابة حكم قضائي مكتوب على الرق حرره أحد القضاة عام 1223هـ/1223 J.C. A.R.V., Procesos de Madrid, Letra S, No 429, daté de 619H/1223 J.C.

(4) النباهي، المراقبة العليا، 100.

(5) خلاف، تاريخ القضاء، 226.

(6) Gerber, *State, Society*, 57.

(7) Amira sonbol, «Women in Shari'ah Courts: A Historical and Methodological Discussion», *Fordham International Law Journal*, Volume 27, Issue 1 (2003):240.

ظهور المحاكم القانونية الحديثة، وبهذا لم يكن القانون بمعزل عن الثقافة وكيفية عملها، ومن ثم لن يخطئ المرء في النظر إليه كجزء من الثقافة.⁽¹⁾

• القاضي امتداد للجماعة

يمكّننا فهم النسق الثقافي في المجتمعات الإسلامية من الوقوف على مدى عقلانية اشتغال القضاء انطلاقاً من فعاليته ونجاعته في تسوية النزاعات، فقد ظل الناس يعتبرون القاضي ممثلاً للشرع أكثر من كونه ممثلاً للسلطة التي يشتغل في ظلها، وهو ما جعلهم يمثلون لإجراءاته ويرضون بأحكامه. وبناء عليه، فقد كانت خطة القضاء في العهد المرابطي امتداداً للحياة المعيشية للناس، لأن منطق التفكير المرتبط بالشريعة الإسلامية شبيه بما هو متداول في سلوكات الناس، وهو أمر ينطبق على الممارسة القانونية والقضائية، إذ لها عقلانية تخصها يمكن استنباطها من منطق ثقافتها وسياقها؛ لذلك لا مكان للعقلنة القانونية الصورية المنضبطة بالقواعد المجردة المتعالية عن الزمان والمكان وعن المعيش اليومي للناس.

وقد شكل القضاة جزءاً من المجتمع، وغالباً ما كانوا يشتغلون بالتجارة حسب الونشريسي وابن رشد أو كانوا من الوجهاء المتعلمين، فكما أن العلم والقدرة على الاجتهاد والعدل والاستقامة كلها خصال وجب توفرها في القاضي؛ فإن من المواصفات المطلوبة فيه أيضاً أن يحظى باحترام المجتمع، فلطالما تدخل الناس في اختيار القضاة وفق مبدأ التشاور، وعند التعذر يُترك الأمر إلى أمير المسلمين. وهذا ما يستنبط من رسالة للسلطان علي بن يوسف يقول فيها: «عندما وصلت إلينا مراجعتكم عما كنا خاطبناكم فيه من اختيار رجل منكم يصلح لولاية القضاء عندكم، ووقفنا منها على اختلافكم في الرجلين المذكورين... وإن استمر بكم الخلاف، أخرجنا الأمر عنكم، واجتهدنا في الاختيار لكم إن شاء الله تعالى، والسلام».⁽²⁾ ومن الأمثلة على هذا أنه لما ثارت العامة بقرطبة، واستطالت الأيدي لعجز القاضي أحمد بن رشد عن تدبير القضاء وفراره، بقي منصب القضاء شاغراً لمدة سنة لنقمة الأمير على الناس إلى أن أذن لهم في اختيار القاضي الذي يرونه مناسباً، فاتفقوا على ابن حمدين سنة 536هـ/1142م.⁽³⁾

والواقع أنه كان للاجتماع الأهلي قوته التعبيرية وأدواته الفعلية لمحاصرة أي شكل من أشكال القرارات والأحكام الاعتبائية للقضاة. فإلى جانب مؤسسة القضاء والشرطة،

(1) Lawrence, *Law as Culture*, 3.

(2) مكي محمود علي، وثائق تاريخية جديدة عن عصر المرابطين، مجلة المعهد المصري للدراسات الإسلامية، مدريد (1959-1960): 186.

(3) ابن الخطيب لسان الدين، أعمال الأعلام في من بويع قبل الاحتلال من ملوك الإسلام، تحقيق وتعليق ليفي بروفنسال (بيروت: دار المكشوف، ط. 2، 1956)، 252-253.

سعت مؤسسات أخرى لاستيفاء حاجيات الناس كنظام الأصناف بتنظيم أحوال التجار وإدارة شؤونهم المهنية، والجماعات الصوفية ومطالب الناس الروحية وجماعات الفتوة، ومؤسسة الوقف.⁽¹⁾ وكل هذه المؤسسات عبارة عن آليات دفاعية تقوم بالتوسط، وتشكل عنصر توازن داخل المجتمع ضد أي تغول لكل من السلطتين التنفيذية أو القضائية. حيث «تحتفظ هذه الجماعات باستقلالية قواعدها السلوكية الخاصة بها، ولم تكن الحكومة ولا القاضي يمليان هذه القواعد أو يتدخلان فيها»⁽²⁾ لأن هذه المؤسسات تعتبر عن صوت الناس. وقد أشار فانسن لاغاردير (Lagardère Vincent) إلى أن قوة الناس في إعطاء رأيهم تجاه تنصيب القضاة تتم عن طريق الاستفتاء إما بالقبول أو الاحتجاج، مما يدل على أهمية آراء الجماعة وحيوية المجتمع. وقد يكون معيار إجماع الناس على قاضٍ بعينه بناء على السمعة بعيدا عن الدراية الفقهية والكفاءة المهنية؛⁽³⁾ لذلك ظل إجماع سكان المدينة مسألة مركزية ذات دلالة اجتماعية تعكس وجود هيئة تعبيرية ممثلة في سلطة أعيان المدينة، وهذا ما يجد دليله في استخدام ابن الأبار لعبارة «حُمدت سيرته بين الناس» في معرض حديثه عن القاضي محمد بن أحمد التجيبى لما وُي قضا قرطبة لاتصافه بليونة الطبع والفضل، مما جعله مقبولا لدى العامة.⁽⁴⁾ وعلى هذا، لم يكن القاضي سوى نتاج لوضعه وواقعه الاجتماعي والثقافي، ولم يرقم في نهاية المطاف، بحكم علمه ودرايته، سوى بدور المصلح أو الأخصائي الاجتماعي الذي يفصل في المنازعات بين الناس المحتكمين إليه قصد «إعادتهم وتمكينهم من التفاوض بشأن علاقاتهم المسموح بها».⁽⁵⁾ حتى يضمن استمرار الحياة الاجتماعية كما كانت عليه قبل النزاع.

(1) Denoix Sylvie, «Unique modèle ou type divers? La structure des villes du monde arabo-musulman à l'époque médiévale», in C. Nicolet, R. Ilbert et J.-C. Depaule dir, *Mégapoles méditerranéennes* (Paris: Maisonneuve et Larose, 2000), 937.

(2) وائل حلاق، الشريعة النظرية والممارسة، 114؛ 395، Gerber, *State, Society*.

(3) Rachid El Hour, «The Andalusian Qādī in the Almoravid Period: Political and Judicial Authority», *Studia Islamica*, N°. 90 (2000): 72.

(4) ابن الأبار، التكملة لكتاب للصلة، ج2، حققه وضبط نصه وعلق عليه الدكتور بشار عواد معروف (تونس: دار الغرب الإسلامي، تونس ط الأولى 2011)، 359.

(5) Lawrence, Rosen, *The anthropology of justice Law as culture in Islamic society* (London: Cambridge university press, 1998), 7.

عكست أمثال العامة جوانب هامة من المكانة الاجتماعية للقضاة والمفتين وحرصهم على نصرة المظلومين. من ذلك ما جاء في بعض الأمثال الشعبية: «أفتنا يا قاضي يرحمك الله» و«بحل مظلوم لباب قاضي» و«جلوس مظلوم لباب قاضي» الزجالي، ري الأوام ومرعى السوام في نكت الخواص والعوام (أمثال العوام في الأندلس)، القسم 2 (فاس: مطبعة محمد الخامس، 1975)، 91، 138، 179 أمثال رقم 401، 609، 788. والأمر نفسه رده الزجالون، ومنهم ابن قزمان (ت. 555هـ/1160م) الذي مدح العديد من القضاة زمن المرابطين وأثنى على عدلهم. ابن سعيد المغربي، المغرب في حلى المغرب، ج. 1، تحقيق شوقي ضيف (القاهرة: دار المعارف، ط4، د. ت)، 169؛ إحسان عباس، تاريخ الأدب الأندلسي: عصر الطوائف والمرابطين (عَمَّان: دار الشروق، 1997)، 218-219.

• التقاضي بين القاضي و المفتي المشاور

شجعت الشريعة الإسلامية عمومًا القضاة على استشارة العارفين بالفقه قبل إصدار الحكم القضائي، خاصة في القضايا الصعبة أو غير الاعتيادية أو الحساسة كاحتمال فرض عقوبة الإعدام، وتكرست هذه الممارسة بوضوح في الغرب الإسلامي على وجه الخصوص.⁽¹⁾ وفي هذا السياق يقول ابن فرحون على لسان الفقيه المازري: «القاضي مأمور بالاستشارة ولو كان عالمًا، لأن ما فكر فيه الفقهاء وبحثوا فيه، تثق النفس به ما لا تثق بواحد إذا استبد برأيه.»⁽²⁾ لذا فإن من بين هفوات الذين قالوا بـ: «اعتباطية القضاء» في المجتمع الإسلامي عدم التفاتهم وإهمالهم لأحد العناصر الفاعلة في الشريعة، ويتعلق الأمر بالمفتي والشيخ والفقيه المفتي، باعتباره فقيها مشاورًا،⁽³⁾ إذ لم تتوقف الدراسات بعمق عند مكانة هذا الفاعل كعنصر جوهري في عملية القضاء، حتى إن دوره قد تُرجم إلى خطة قائمة بذاتها عُرفت بخطة الشورى التي انفرد بها القضاء في المغرب والأندلس، وذلك باختيار الأمير لمجلس فقهاء مشهود لهم بالعلم إلى جانب القضاة، فيكون على القاضي أن لا يتخذ قرارًا إلا بحضور أربعة منهم. كما اعتبر عمل المفتي متممًا لدور القاضي داخل النظام القضائي، إذ «بمجرد دخول النزاع إلى جهاز العدالة، فإنه يشق طريقه عبر محكمة القاضي إلى نظر المفتي، ثم مجلس السلطان قبل أن يعود إلى القاضي للتسوية النهائية.»⁽⁴⁾ فشكل المفتي بذلك عنصرا أساسيا في نظام المشورة، وسميت خطة الإفتاء تارة بخطة الشورى وتارة أخرى بخطة الفتيا.⁽⁵⁾ وهكذا ففي حال ما إذا أوصى قاضي الجماعة بتطبيق الحد، فإن رأيه يعرض على أهل الفتيا المرتبط بالمجلس، وإذا ما اتفقوا صادقوا عليه بالعبرة التالية: «إن جواب قاضي الجماعة صحيح.» ومن الواضح أن العقوبة في الطرف المذكور أعلاه لا يمكن إصدارها دون موافقة قاضي الجماعة، على أن فتواه ما زالت بحاجة إلى المصادقة من قبل المشاورين، وهو ما يبرز طبيعة التعامل والحذر الشديد فيما يخص الحدود،⁽⁶⁾ وذلك راجع لطبيعة التداخل بين النظر في الأحكام التي يعرضها عليه القاضي، وحجج المتقاضين سواء من جهة الأدلة الشرعية أو من جهة المقتضيات الواقعية للنازلة القضائية، لذلك كانت استشارة الفقهاء ملزمة، فهي هو الفقيه عياض يذكر في كتب

(1) Muhammad Khalid Masud, Brinkley Messick, David Powers, *Islamic Legal Interpretation Muftis and Their Fatwas*, Harvard Middle Eastern Studies (1996): 10.

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، خر ج أحاديثه وعلق عليه وكتب حواشيه الشيخ جمال مرعشلي (بيروت: دار الكتب العلمية، 1995)، 34.

(3) خلاف، تاريخ القضاء، 324.

(4) David Powers, *Law, Society, and Culture in the Maghrib, 1300–1500* (London: Cambridge University Press, 2002) 165.

(5) خلاف، تاريخ القضاء، 322.

(6) Serrano, *Twelve*, 477.

التراجم أنه على قدر ما كان مفتيا كان مشاورا، وقد أطلق لقب الفقيه المشاور على عدد كبير من الفقهاء في العصر المرابطي، كما استعمل ابن سهل هذا اللقب بكثرة في وثائقه، بل وظفه في عناوين بعض القضايا المعروضة على نظر المفتي للاستشارة مثل: «شورى في مولاة ورثها حفيدا معتقها وذكرت أن لها زوجا غائبا بجيان»،⁽¹⁾ و«شورى كتبها في قتل ابن فطيس زوجته رحيمة ابنة عبد الرحمن بن عبد الله بن خالد ابن شهيد». ⁽²⁾

وقد كان «أمير المرابطين يختار الفقيه المشاور من بين العلماء المعروفين لديه بناء على تزكية من قاضي الجماعة بقرطبة أو قضاة الكور، أو ممن يثق الأمير بقولهم من رجاله». ⁽³⁾ ولا يتصرف القاضي لوحده في إقامة العدل، بل هناك جهاز يتكفل بمساعدته، وعلى رأسه المفتي، وقد تتسم العلاقة بين القاضي والمفتي تارة بالتوافق وتارة بالاختلاف، مما يدل على حضور مفهوم أساسي هو المشاورة. ⁽⁴⁾ ففي الوقت الذي يعمل فيه القاضي على تقويم الأحداث والوقائع، يشتغل المفتي بتقييم المذهب الفقهي الملأئم لإصدار الحكم، مُرجحا إحدى الآراء في النازلة القضائية. لذلك ظل عمل بعض الأنثربولوجيين مبتورا وناقضا فيما يتعلق بكيفية اشتغال العدالة الإسلامية، إذ لم يلقوا بالا لأهمية هذا الفاعل داخل النسق، ⁽⁵⁾ لا من حيث صياغة وتعريف مصطلحات مهمته كما يستخدمها بشكل يومي، أو تقديم الحجج التي يسند بها فتواه الحاسمة في دعم حكم القاضي، فالمفتي هو الآخر سلطة قانونية موثوق بها، تسمح فتواه الشرعية بتزكية وإسناد حكم القاضي، وقد يزداد الأمر تأكيدا حينما تعتبر المالكية أن صفات المفتي كصفات القاضي، فلا يُستقضى إلا من يوثق به في عفاه وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجه الفقه، ولا يصلح أن يكون صاحب حديث من لا فقه له، أو فقيها لا حديث عنده، ولا يُفتى إلا ما كان هذا وصفه إلا أن يخبر بشيء سمعه، ولا ينبغي، وإن كان صالحا عفيفا، أن يولّى إلا أن يكون له علم بالقضاء؛ ⁽⁶⁾ فما تكشف عنه سلطة المفتي أن التقاضي لا يخضع فقط للسياق العام للأشخاص، أو لمجرد الاستناد إلى السياق الاجتماعي لأطراف النزاع، بل تقدم مؤسسة الفتوى أجوبتها الخطية - كما تشهد عليه تلك المراسلات بين القاضي وأهل الفتيا- إلى المحكمة كجزء من أدلة المحاكمة التي يتعين على القاضي أخذها بعين

(1) ابن سهل، ديوان الأحكام الكبرى، تحقيق يحيى مراد (القاهرة: دار الحديث، 2007)، 161.

(2) المرجع نفسه، 704.

(3) خلاف، تاريخ القضاء، 326.

(4) Nahed, Samour, «A Critique of Adjudication: Formative Moments in Early Islamic Legal History», in *Justice and Leadership in Early Islamic Courts* (Harvard: Harvard university press, 2018), 48.

(5) Powers, *Law, Society*, 229.

(6) النباهي، المراقبة العليا، 2.

الاعتبار، مع العلم بأن هناك من اعترض على هذه العلاقة بميزان العقلنة القانونية الغربية، حيث تقوم مبادئ العدالة على مقولتين قانونيتين رومانيتين: تلخص أولاهما في العبارة التالية: المحكمة تُعرّف القانون (iura novit curia) والثانية في: «أعطني الواقعة أُعطيك القانون» (da mihi factum, dabo tibi ius) كمبدأ عالمي للحكم. وبموجب هذا، يصبح تطبيق القانون في المحكمة من اختصاص القاضي بشكل حصري دون غيره، مما يحول دون اعتماده للاستشارة ويجعلها خارج نطاق القضاء، وانتهاكا للقاعدتين القانونيتين المذكورتين،⁽¹⁾ وبهذا تصبح القرارات المبنية على التقاضي غير عقلانية وغير عادلة.

والحال أن ما لم يستوعبه هذا النقد هو طبيعة سلطة المعرفة الحاكمة في المجتمع الإسلامي، وعلاقتها بالمنافخ الثقافي الذي به ومن خلاله تتحدد الممارسات والمؤسسات؛ إذ لا يتعلق الأمر في العدالة الإسلامية بدلالات الفهم الشائع الذي لا تختلف معانيه في السوق أو المحكمة أو المسجد كما جاء في الأعمال الأنثروبولوجية،⁽²⁾ بل لأن المعرفة الإسلامية العالمة هي الناظم ومفتاح الشرعية، وهي أساس فهم منطق اشتغال العدالة. ومن هذا المنطلق، فإن القوة الحضورية للمفتي تُستمد من قدراته الاستدلالية القائمة على الإقناع، لما له من طاقة في استنباط القواعد الفقهية/القانونية السليمة من نصوص الوحي.⁽³⁾ وعلى الرغم من استقلاليته عن الدولة، فإن الضرورة المعرفية تجعله لاعبا أساسيا في الاستشارة، وإن كانت آراؤه ليست مدعومة بأي آلية تنفيذية إلزامية، إلا أنها تضطلع بدور وظيفي خاص في نزع صبغة شخصنة التقاضي سواء من حيث التفاصيل أو السياقات، وذلك بامتناع فتواه وقراراته من التأثير بالتعرف على أحد طرفي القضية أو كليهما.⁽⁴⁾

هكذا تلتقي السلطة الإكراهية للقاضي مع السلطة الإقناعية للمفتي، مادام أن القضاء هو إخبار بحكم شرعي على وجه الإلزام، وأن الفتوى هي كذلك من غير إلزام؛ وقد تمت مأسسة ذلك في أدب القاضي، إذ تتمثل أهمية السلطة المعرفية لدى المفتي في كونه حينما يختلف القاضي والفقيه في مسألة يلزم القاضي الرجوع إلى الإجماع. وعلاوة على ذلك، وفي حالات الخلاف يمكن للقاضي طلب المشورة من الفقهاء خارج مدينته،⁽⁵⁾ وإن كان القاضي لا يقبل استشارة أي شخص كان، حتى يتأكد أن نصيحته أو فتواه مبنية على قواعد مُلزمة من

(1) Samour, *A Critique*, 49.

(2) مما يؤكد الخلفية الجوهرانية لتصور الثقافة الإسلامية كثقافة جامدة ترفض أي تغيير مع إعادة تكرار نفس معالمها سواء في السوق، المدرسة، المحكمة مهما اختلفت مجالات أو دوائر الحياة نذكر من بين هؤلاء كليفوردي غيرتز ولورانس روزن على شاكلة المستشرق غوستاف فون غرينباوم .

(3) Samour, *A Critique*, 51.

(4) Gerber, *State, Society*, 39 .

(5) Samour, *A Critique*, 55.

الكتاب والسنة والقياس، وقد لا يقبلها حتى يستوعبها، ويقتنع بها بالكامل، آنذاك يمكنه اتباع منطق استدلالها.⁽¹⁾ وذلك لأن سعة العلم والدراية في الفقه والمسائل والشروط كانت هي السمة الغالبة على فقهاء الشورى؛ ومع ذلك نجد بعض آثار إلزام القاضي بأراء أهل الشورى، إذ بمجرد الحسم في أمر، أو نازلة، فإنه يتم الحكم بها انطلاقاً مما انبثق عن تلك المشورة؛ وعلى هذا الأساس ظل مجلس الشورى يمثل آلية لضبط وتنزيل أحكام القاضي وتداول الأحكام حتى تتحقق العدالة.

• إصدار الحكم بين القاضي وصاحب الرد

يمثل الحرص على عدم تحمل أعباء وتبعات الإخلال بتطبيق العدالة أهم تجليات النسق الثقافي الإسلامي، إذ يعمل هذا النسق على تلافي تسرع القاضي في تشكيل تصوراتهِ واتخاذ المواقف في إصدار أحكامه، وذلك من خلال وجود خطط تعمل على اقتسام عبء مسؤولية الأحكام من جهة، وتفادي تمرکز قرار الحكم في يد القاضي من جهة أخرى؛ ولئن كان ما يبرر عدم مجاوزة القاضي للسلطة العلمية للفقهاء والمفتين والمشاورين هو مستوى البناء العقدي للدولة والسلطة العلمية للفقهاء، فإن ما يعلل حضور هذا النمط من الخطط داخل النسق القضائي هو تحدي أجراً العدالة، إذ لا يكفي ادعاء العدل أو الاحتكام للشريعة لدى القاضي أثناء الخصومات، بل يجب إظهار ذلك في هيئات وفاعلين يحظون بوزن واعتبار داخل التنظيم القضائي؛ وهذا ما جسده قاضي الرد؛ حيث كان للقاضي أيضاً قضاة مساعدون من ضمنهم أصحاب الرد، الذين يُعتبرون أقل من قاضي الجماعة وأعلى مرتبة من قضاة الكور داخل البنية التراتبية للنظام القضائي، كما أنهم مؤهلون لتولي خطة قضاء الجماعة؛ ومن الباحثين من ذهب إلى أن اختصاصهم كانت قريبة من اختصاصات صاحب الشرطة التنفيذية،⁽²⁾ مع اختلاف في الوظائف، لأن مهمة صاحب الشرطة كانت زجرية تنفيذية بَعْدِيَّة، أي تأتي بعد إصدار القاضي للأحكام. وهذا ما أكده ابن خلدون في معرض حديث عن المهمة التنفيذية لصاحب الشرطة حين قال: «يفرض العقوبات الزاجرة قبل ثبوت الجرائم، ويقيم الحدود الثابتة في محالها، ويحكم في القود والقصاص، ويقيم التعزير والتأديب في حق من لم ينته إلى الجريمة.»⁽³⁾ وعلى هذا، فإن صاحب الشرطة يتولى مهمة تنفيذ أحكام القاضي ويتعقب المجرمين، بينما يقوم صاحب الرد بمهمة تنفيذية قَبْلِيَّة، من خلال إسهامه في إنضاج

(1) Ibid., 58.

(2) خلاف، تاريخ القضاء، 519.

(3) ابن خلدون، المقدمة، ج. 1، تحقيق إبراهيم شيوخ وإحسان عباس (تونس: الدار العربية للكتاب، 2006)، 387.

قرار القاضي عبر إتمام صورة شاملة عن النازلة بإزالة أي لبس عنها، والمشاركة في بناء الحكم، ولما لا القول بأنه كان شريكا غير مباشر في صناعة الحكم مع استفراد القاضي بالنطق به.

وعلى هذا يشهد وجود صاحب الرد على عدم تمركز القاضي على ذاته وينفي اعتبارية قراراته، خصوصا في القضايا التي يلتبس عليه الأمر فيها ليس من ناحية تصريف الأحكام الفقهية وموقف الشرع منها، أو تقويم الأشخاص المتقاضين استنادا على الشهود لمعرفة أصول وتقويم نزاهة الأشخاص فحسب، بل وفيما يتعلق كذلك بالالتباس والغموض الذي يُلَف عناصر القضية الماثلة أمامه، سواء من حيث الوقائع وعدم وضوح الأحداث، أو نقص المعلومات الكفيلة باتخاذ القرارات وإيجاد الحلول⁽¹⁾ لإصدار الأحكام، مما يجعله يستعين بصاحب الرد لما سيقوم به من تحر ميداني في القضية، ونبش في تفاصيلها حتى تبرز أركانها وتظهر معالمها و يستوي أمر الحكم فيها بوجه حق.

وقد خلص محمد عبد الوهاب خلاف إلى رأي مختلف في تحديد اختصاصات صاحب الرد معتمدا في ذلك على علال الفاسي في موضوعه الخطط الشرعية،⁽²⁾ حيث اعتبر أن مهمة هذا القاضي تتمثل في نقض الحكم، وأن خطة قاضي الرد هي بمثابة محكمة النقض في الأنظمة العصرية،⁽³⁾ وأن لقاضي الرد صلاحية الطعن في الحكم الذي رد إليه لمخالفات ارتكبتها القاضي السابق في تطبيق إجراءات العدالة، أو سوء تقديره للواقع الذي ينبغي إنزال الحكم عليه؛ والحال «أن خطة الرد ليست خطة مقدمة على القاضي،⁽⁴⁾ فعملية الرد تتم قبل صدور الحكم، ولا تعرض على متوليها القضايا من قبل الناس كما هو الحال في خطة المظالم، بل تعرض عليه من قبل القاضي نفسه أو من الحاكم، ولا يكون ذلك حسب ابن سهل إلا عندما يعتري القاضي شك في قضية ما، فيردها الى صاحب الرد. ومن ثم، فكيف لقاضي الرد أن ينقض حكما لم يصدر بعد، أو أحجم القاضي عن إصداره حتى تتوفر كل أركان وقرائن القضية المعروضة عليه، والتي ينبغي أن يؤسس عليها حكمه، وهو ما عبر عنه النباهي بقول: «بما استرا به القضاة من القضايا الغامضة والشائكة وردوه عن أنفسهم»، وأن الرد ليس لأجل إصدار الحكم من قبل صاحب الرد، وإنما لإتمام العمل والقيام بالتحري، لذلك «كان صاحب الرد، صاحب نظر في القضية من حيث عناصرها، لا من حيث أحكام القضاة»⁽⁵⁾

(1) Pesle Octave, *La judicature, la procédure, les preuves dans l'Islam malékite* (Casablanca: Imprimeries réunies de la «Vigie marocaine» et du «Petit marocain» 1942), 27.

(2) علال الفاسي، الخطط الشرعية، مجلة البينة، السنة الأولى، العدد السادس (1962).

(3) خلاف، تاريخ القضاء، 520.

(4) محمد البركة، النظام القضائي بالأندلس، 67.

(5) المرجع، نفسه، 68.

أما ما يحتاجه القاضي من صاحب الرد فهو:

أولاً: الرجوع إلى صاحب الرد لتزويده بأدلة جديدة ظلت غائبة أثناء المحاكمة حتى يستطيع القاضي توفير شروط الحكم السديد، أو الحاجة إلى مزيد من التدقيق في الوقائع باعتبارها ركناً أساسياً في تثبيت حق المدعي أو حجة للمدعى عليه، أو الحاجة إلى تفصي مكان وقوع الجريمة أو النازلة. والغاية من كل هذه التحريات التي يتكلف بها صاحب الرد هو تمكين القاضي من الإحاطة بدقائق الأمور، وتزويده بالمعلومات الكافية لتسهيل إجراءات ومسطرة التوصل إلى الحكم المناسب لطبيعة وحيثيات القضية.

ثانياً: تكمن أهمية الرجوع إلى قاضي الرد في تفادي إمكانية استفراد القاضي بالقرار بناء على المهمة المركبة لقاضي الرد، ولا أدل على ذلك من مقارنة دوره بدور المحتسب، فإذا كان هذا الأخير يتدخل انطلاقاً من ذاته لما أوكل له من مهام بتعقب أحوال السوق على الميزان المعروف، وزجر المنكر طبقاً لما يسمى بالأخلاق العامة، فإن مهمة قاضي الرد تقوم بناء على دعاوي محددة «بقطع التشاجر والخصام بين المتنازعين، أو باستيفاء الحق لمن يطلبه، أو بإقامة الحدود، أو بالنظر في المصالح العامة، أو بتصفّي الشهود وتفقد الأمانة واختيار من يرضيه لذلك.»⁽¹⁾ وكل هذا بتنسيق تام مع القاضي أو الحاكم.

وبصرف النظر عن الاختلاف في تحديد مهمة صاحب الرد، بين من اعتبره مكلفاً بإعادة النظر في الحكم⁽²⁾ لعيب يشوب مسطرة الحكم التي اتبعها القاضي في فهم النازلة والحكم غير الملأئم لها الذي لا يرضى عنه المتقاضي، وبين من عدّه مكلفاً بالتدقيق في القضايا التي اشتبهت على القاضي فردّها إلى قاضي الرد؛ فإن كل المؤشرات في التصورين معا تؤكد على حرص النظام القضائي على عدم تغول السلطة التقديرية للقاضي، والحد من استفراده بالقرار خلافاً لما روجت له أطروحة «عدالة القاضي».

• نماذج من رجوع القاضي إلى مشورة الفقهاء

يقدم لنا ديوان الأحكام الكبرى للقاضي أبي الأصبغ عيسى بن سهل الأسدي الجبالي (ت 468هـ/1076م) مادة خصبة من النوازل في مجال القضاء، تمكننا من التعرف على منطق عمل القاضي وكيفية اشتغال آلة العدالة، وتعكس أسلوب تديره لعملية التقاضي والإجراءات المتبعة في ذلك، وطبيعة الأسئلة المرتبطة بالنوازل القضائية التي كان يبعث بها إلى المشاورين.

(1) المرجع نفسه، 89.

(2) خلاف، تاريخ القضاء، 525.

o التقاضي والشهود

تعطي الشريعة الإسلامية الأولوية للشهادة الشفوية القابلة للتداول على الأدلة الإثباتية المادية،⁽¹⁾ وذلك باعتبارها أكثر أشكال البيّنات إثباتاً.⁽²⁾ وقد ظل الفقه الإسلامي يعتبر الوثيقة دليلاً لا يرقى إلى مستوى البينة، فلا يمتلك الدليل قيمة إثباتية (Valeur probatoire)، بل بإمكان المدعى عليه نفي عقد ما، إلا أن يستحضر المدعي شهوداً لإثبات العقد،⁽³⁾ وهو ما جعل التداخل بين الشهادة والبينة أمراً طبيعياً، وذلك باعتماد الشهادة التي هي لب القضاء، مما يدل على استخدام نظام معقد من الشهود العدول؛ لدرايتهم بالناس والأحداث. وإذا كانت مهمة القاضي هي التحقق من عدالة الشهود الذين يساعدونه في مجلسه، فإن مهمة هؤلاء هي تقييم الأشخاص -سواء كانوا متقاضين أو شهوداً مصطحبين معهم في المحكمة-، من حيث أصولهم وظروفهم ومصداقيتهم وأحوالهم داخل المجتمع، أو التثبت من الوثائق والعقود وجميع المعاملات الشرعية تقريباً.⁽⁴⁾ لذلك تجسدت عناصر تقويض أطروحة «عدالة القاضي» في دور هذا الجهاز -أي الشهود العدول- من حيث قدرته الغريبة على تزويد المحكمة بمعلومات تخص الأطراف المتقاضية من جهة، وتقاسمه لعبء القرار الذي يتخذه القاضي من جهة أخرى، مما يقلل من درجة اعتبارية الحكم.⁽⁵⁾

وعلى هذا، فإن دور الشهود العدول هو مأسسة الفعل القضائي والمصادقة عليه، وهو فعل يعتمد على البعد الشخصي من حيث السمعة والمصادقية ودرجة الاستقامة؛ كما أن هذا لا يمنع من استدعاء القاضي لأفراد العامة كشهود طارئین خصوصاً إذا كانوا ممن حضروا وقائع النزلة سواء في المعاملات أو الجنايات. وفي هذا السياق، يورد ابن سهل قضية امرأة رمت رجلاً أنه افتضها،⁽⁶⁾ حيث عمل القاضي على تقصي حالة الرجل المتهم؛ فثبت عنده من خلال الشهود أن سيرة المدعى عليه حسنة، وأنه من أهل العفة، ولم يثبت عليه تورطه في مثل هذه القضايا، ولا نسب إليه من هذا الفعل شيء، ثم تحول القاضي بعد ذلك إلى استعلام الشهود

(1) عبر عن هذا الموقف كل من إميل تيان (Emile Tyan) وجوزف شاخت (Joseph Schacht) في كتابه مدخل للفقه الإسلامي فلطالما تردد الفقهاء حول أولوية الكتابة بحيث يصعب تحديد هوية صاحبها بيقينية وأنها ليست مزورة، كما يرجع تردد الفقهاء إلى طبيعة تحول الكتابة إلى مجرد مسودة لا تحمل قصد صاحبها.

(2) حلاق، *الشريعة النظرية*، 616.

(3) Christian Müller, «Ecrire pour établir la preuve orale en Islam. La pratique d'un tribunal à Jérusalem au XIV^e siècle», in *les outils de la pensée*, Etude historique et comparative des «textes» Akira Saito et Yusuke Nakamura (dir.) Publication sur Open Edition Books (24 juin 2019), 64.

(4) حلاق، *الشريعة النظرية*، 149.

(5) Rosen, *The anthropology of justice*, 26 .

(6) ابن سهل، ديوان الأحكام الكبرى، 686.

حول المدعية، فأكدوا له سوء أخلاقها وأنها امرأة سوء، وبهذا تتضح المنهجية الدقيقة التي يتبعها القاضي في التثبت من صحة كلام المدعي والمدعى عليه، وتحويله في ذلك على أقوال الشهود الثقة، لما لهم من معرفة بالناس؛ لذلك نلاحظ أثناء بداية كل محاكمة تركيز القاضي على معرفة أحوال المتقاضين، وسيرهم، ومن أين أتوا، وارتباطاتهم، لأن مصطلح «الأصل» مُحدد لمجرى العدالة.

ويقدم لورانس روزن (Lawrence Rosen) مثال الفهم الشائع حيث يُجمع الناس على أن صاحب السمعة الحسنة ذي المكانة الاجتماعية قد يسبب أذى كبيرا إذا ما ارتكب جناية، أو قام بسلوك غير لائق مقابل إنسان غير معروف، إذ يفاجئ سقف انتظار الجماعة أكثر من خرقه للقانون،⁽¹⁾ فالتركيز على العوامل الاجتماعية للمتقاضين كسمعتهم، وسنهم وعلاقاتهم، وطول إقامتهم في المدينة أو البادية، هي عناصر تخص ما يسميه الأنثروبولوجيون حسب تعبير ماكس غلوكمان (Max Gluckman) بـ: «الجماعة المركبة التي من خلالها يُسَلَّم بعيش الناس في حي، لهم اطلاع عميق وحميمي فيما بينهم من أحوال، وما يجري داخل الأبواب الموصدة»⁽²⁾ وفي المقابل، فإن ما يثبت عقلانية قرار المحكمة هي قرائن الإثبات، ولما كانت المحكمة مبنية على الشهود، فإنه لم يكن من الصعب أن نعثر لدى القاضي على آليات التثبت من صحة أقوال وحجج الأطراف المتنازعة، وهنا تكمن قيمة صاحب الرد في تقويم الدلائل، كأن يتحرى حول مدى مصداقية أقوال الجيران أكثر من البعيدين في حقيقة هذا الرجل المتهم بالاغتصاب، والنظر في مصداقية الذين تعاملوا مع المدعية حول سلوكها، مقابل أولئك الذين لم يحتكوا بها وإنما سمعوا عنها.

وعلى هذا الأساس، فإن معالم القضية توضحت على المستوى الأولي بما حققه القاضي اعتمادا على الشهود في فهم واقع النازلة القضائية، ولهذا فإنه لم يجازف بإنزال الحكم. وأملا في المزيد من تحري العدالة وجدناه ينتقل إلى المستوى الثاني الإجرائي من عملية المقاضاة، وذلك بتقصي الأمر من الوجهة الفقهية، وطبيعة الحكم الشرعي الذي ينبغي تنزيله على الواقعة، إذ يظهر أن حيثيات هذه القضية جعلته يرجع إلى أهل الرأي لطبيعة تعقد النازلة، وعدم قدرته على الحسم الشرعي في اتخاذ قرار بشأن المرأة المدعية افتراء باغتصابها من قبل رجل شهدت له جماعة الشهود بأنه منزه عن التهمة؛ فأى قرار بالعقوبة سيتخذه؟ هل الجلد بسبب تهمة الإقرار بالزنا، أو حد القذف بافترائها على الرجل؟ وهو أمر ملتبس من ناحية الأحكام الشرعية، والحال أن الفتوى جاءت ابتداءً بإلزام القاضي أولا بإصدار قرار عقوبة القذف وهو ثمانون

(1) Rosen, *The anthropology of justice*, 45.

(2) Powers, *Law, Society*, 360.

سوطا، ثم حد الزنا الذي هو مائة جلدة إن تمادت في دعواها، أما إذا رجعت عن ذلك، فلن يلزمها إلا حد القذف.⁽¹⁾

وتأسيسا على ما سبق، فإن ترتيب الحكم يكون تباعا بما هو ماثل أمام القاضي بجبر الضرر الذي وقع على الرجل، وذلك بإيقاع عقوبة القذف أولا، ثم حد الزنا إذا ما استمرت وتشبثت بادعائها الكاذب. والعبرة عند القاضي بالنتائج، لذلك نجد المحكمة تتجاهل منطق النية أو القصد كعامل مستقل، بل ما تحدثه من آثار على المجتمع، لذلك نتفهم أن مطلب أربعة شهود على فعل الزنا ليس فقط ذا ثقل ثبوتي قوي، بل هو أيضا تأكيد على أن فعل الزنا قد أحدث آثارا مضرّة بالجماعة بدليل اطلاع أربعة أشخاص من عناصر المجتمع عليه، وهذا يخالف تعاليم النبي صلى الله عليه وسلم {إِذَا ابْتُلِيْتُمْ فَاسْتَرُوا}. والذي يجعل فعل الابتلاء أي القيام بفعل مذموم محصورا في الذات بعيدا عن المجتمع. هكذا لم يكن القاضي ليستأثر بالرأي أو يرفع عن استشارة أهل النظر ابتداء بالشهود العدول الذين لهم ارتباط عضوي بمسار العدالة، وتارة بمن لهم دربة في مجال الخبرة القضائية، وأخرى بالعلماء والفقهاء للحسم في القضايا الفقهية من حيث تقويم النازلة القضائية من جهة الشريعة، وطبيعة الحكم المناسب لها. فالشهود والقاضي وأهل الفتوى هم مجال فهم منطق القضاء الإسلامي، إذ لا يتصرف القاضي لوحده في إقامة العدل، بل هناك إجراءات وتصورات وجهاز يتكفل بمساعدته، وهو ما يعطي معنى لفعله وعقلنة لأحكامه.

o القاضي والصلح

يتميز القانون الإسلامي بعقلانية تتسم بالنسقية المنطقية، لذا نجد القاضي يجتهد في ربط المفاهيم القانونية العامة بحالات بعينها، كما أن أحكامه موجهة للحاجات والضرورات المحلية، إضافة إلى كونها مبنية على معايير إسلامية.⁽²⁾ وما يهمه هو النتائج المترتبة على حكمه، والمتمثلة في تجنب الفوضى - الفتنة بمنطق الثقافة الدينية -، وذلك بدفع المتقاضين إلى التفاوض انطلاقا من المقولة التالية: «ينبغي أن يُبنى الصالح العام على الاستمرارية والإقرار على ما هو موجود».⁽³⁾ فها هو الفقيه سحنون يرفض عرض قضية رجلين صالحين من أهل الفضل لهما مكانتهما الاجتماعية بقوله لهما: «استرا على أنفسكما ولا تطلعا على سركما».⁽⁴⁾ وتظهر دعوته إلى التصالح من عبارته التالية: «إن مكانتكما لا تسمح بعرض نزاعكما أمام

(1) ابن سهل، ديوان الأحكام الكبرى، 687.

(2) Powers, *Law, Society*, 362.

(3) Rosen, *The anthropology of justice*, 49.

(4) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 34.

المحكمة، ولكونكما تمثلان قدوة للناس، فإنكما بقدومكما للتقاضي ستصبحان عرضة لكلامهم، وقد ينالون من مقامكما فلا تفضحا ما أراد الله ستره.»⁽¹⁾ لذا فالسبيل الأيسر هو التنازل عن التقاضي والميل إلى تسوية الأمر والجنوح إلى الصلح.

وبناء عليه، فإن مهمة القاضي لم تقتصر فقط على تطبيق الاستدلال المجرد المبني على القياس الفقهي والمنهجية الصارمة، بل شملت التصرف الحاذق المستند إلى المعرفة الدقيقة بالقضايا المحلية، والتي تؤهله للتدخل بطريقة حدسية في نقاشات وصراعات الجماعة إلى أن يتمكن من إرجاع أطراف الشجار للجلوس والتفاوض، وأحيانا التصالح. فالقاضي شغوف بالعواقب الاجتماعية أكثر من اهتمامه بتطبيق القواعد الفقهية المجردة،⁽²⁾ مما جعله يركز على الصلح. وقد أورد ابن سهل نازلة قضائية في هذا السياق عنوانها كالتالي: «تراموا بدم سجنوا فيه فاصطلحوا في السجن»⁽³⁾ ويتعلق الأمر بمجموعة من الأشخاص تبادلوا تهما فيما بينهم بادعائهم أن كل طرف قتل ابن عم الآخر، وما كان على القاضي إلا أن سجنهم جميعا، لكن الغريب في الأمر أنهم تصالحوا قبل حلول الليل، وتنازلوا عن الاتهامات المتبادلة فيما بينهم، ولما استطلع القاضي رأي رجال الشورى في هذا الموضوع، أجابوه بأن يخلي سبيلهم بحجة أنهم تصالحوا وتعافوا من دعواهم،⁽⁴⁾ ولأن ما وقع بينهم لا يعدو أن يكون شأن طارئ، وأنهم لا يمتلكون قرائن تعزز ادعاءاتهم، أو دلائل تثبت تورطهم، فإن القاضي، وبناء على رأي أهل الفتيا، عمد إلى أيسر السبل في الحكم، ولم يلزم بالنش في ادعاءاتهم بالقتل مادامت ليست هناك أمارات مادية، كما لم يؤاخذهم بجريرة افتراء بعضهم على بعض -باسم المتابعة القانونية- ما داموا قد جنحوا إلى المصالحة، وما يهمه هو أن يعيدهم إلى سابق علاقتهم، وأن يخرجوا من الحبس دون أحقاد أو ضغائن، خاصة وأن الثقافة الفقهية تتوجس من النتائج، ومن ما قد يترتب عن فصل القضاء من تمزق ينعكس على الجماعة. وقد يجد هذا الأمر سنده في تشجيع عمر بن الخطاب القضاء باللجوء إلى الصلح في النزاع بين الأقارب، من خلال مقولته الشهيرة: «ردوا القضاء بين ذوي الأرحام حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يحدث بينهم الضغينة.»⁽⁵⁾ وهكذا، فغالبا ما يكون هدف القاضي هو إصلاح ذات البين بين الأطراف المتنازعة عبر التراضي والصفح مع إظهار للمصلحة المشتركة بينهم؛ ولم يكن ملزم بالحسم عبر اتباع مسطرة الفصل في الأمر إذا كان يخشى أن يتسبب حكمه في اضطراب عشيرة المحكوم عليه، أو إذا لم يتمكن من

(1) Nejmeddine Hentati, *Mais le cadì tranche- t-il?* Islamic Law and Society July (2007): 190.

(2) Rosen, *Law as culture*, 30 -31.

(3) ابن سهل، ديوان الأحكام الكبرى، 700.

(4) المصدر نفسه، 700.

(5) Hentati, *Mais le cadì tranche-t-il?*, 186-187.

كشف الحقيقة، أو كانت أدلة الطرفين متقاربة. وقد يهرع إلى الصلح حينما يدرك أن المسألة المتنازع فيها هي مثار خلاف بين الفقهاء، أو اعترضه مشكل في اتباع المسطرة بسبب الادعاءات المشوشة للخصوم، حيث لم يستطع تمييز المدعي عن المدعى عليه.⁽¹⁾

وبما أن هدف القاضي لم يكن هو إذكاء نار الفرقة والشقاق وتمزق الجماعة، فقد ظل يحاول إنهاء الخصومات وتحقيق الصلح بالتالي هي أحسن، خصوصا حينما تكون أدلة وإثباتات المدعين غير مقنعة. وقد ساعدته في تحقيق ذلك طبيعة النسق الثقافي الإسلامي الذي انبثق عنه الفقه والقانون، حيث ظلت القاعدة الشرعية «الصلح سيد الأحكام» هي السائدة، حتى إنه إضافة إلى تدخل أقرباء المتقاضين وأهل الحارة في عملية الصلح، توفر المحكمة وسطاء للصلح، وهي خدمة مصادق عليها يقوم بها أفراد يمثلون المجتمع، كما دلت عليه سجلات المحاكم إبان الفترة العثمانية؛⁽²⁾ وهو الأمر نفسه الذي أشارت إليه ماريبل فييرو (Maribel Fierro) في معرض حديثها عن القضاء بالأندلس، حيث كان لدى مجلس القضاء موظفون مصلحون معينون لتنفيذ هذه المهمة المخصصة.⁽³⁾

ومن هنا تظهر معضلة التناول الأنثروبولوجي للقضاء، لأنه حتى وإن أراد الأنثروبولوجيون إيجاد منطق لفهم مسار العدالة أثناء حديثهم عن الصلح، فهم ينحازون لجانب الأعراف والعادات الاجتماعية بدعوى أنها تمثل قوة الثقافة، وأنها غالبا ما تنتقل من مستواها المحلي المعيش إلى عالم القضاء حيث الثقافة العالمية، وهو عين النفعية الاجتماعية، لنصبح أمام عدالة اجتماعية تتحرك باسم غايات تحددتها الجماعة كعدم رغبة هاته الأخيرة في التصدع وتسوية نزاعاتها من الداخل أو منع إمكانية تمدها، أو بدافع منطق الحكم الرامي إلى الحفاظ على النظام العام بتمكين الجماعة من تسوية الخلافات خصوصا في الجنايات، ليضيع بذلك حق المظلوم ويفلت الجاني من العقاب. وكان الأخرى بهذا التناول الالتفات أيضا إلى قوة الثقافة العالمية، أو ما يعرف بالتقليد الكبير (Great tradition) في أدبيات الأنثروبولوجيا الذي يحظى بقوة فاعلة في سياق الثقافة الإسلامية والمتمثل في الكتاب، والسنة، والقياس، والإجماع؛ فالصلح الذي يشرف عليه القاضي هو من تنظيم الفقه بالتفصيل لضمان الالتزام بحدود القانون،⁽⁴⁾ حيث يبدو أن هناك أسلوبان في الشريعة الإسلامية لحل النزاع إما بالتحكيم من قبل محكم، أو القضاء من قبل القاضي، وإن كان المالكية أكثر تضييقا في السعي للصلح وأكثر

(1) Ibid., 189.

(2) Leslie Peirce, *Morality Tales Law and Gender in the Ottoman Court of Aintab* (California: university of California press 2003), 185.

(3) وائل حلاق، *الشريعة والنظرية*. ص 327.

(4) Aida Othman, «And Amicable Settlement Is Best: Sulh and Dispute Resolution in Islamic Law,» in *Arab Law Quarterly*, Brill., Vol.21, N°1 (2007): 70.

ميلا نحو التطبيق الصارم للقضاء،⁽¹⁾ والثابت عندهم هو أن يتم الفصل في المنازعات قضائيا خصوصا إذا تبين للقاضي موضع الظالم من المظلوم؛⁽²⁾ لأن الصلح في هذا السياق غير عادل، مما يؤشر على فتح باب تشجيع المظالم، خصوصا حينما يعلم الظالم أنه بامتثاله لمسطرة الصلح سيفلت من عقاب محقق، وقد أوجز ابن فرحون في تحديد الشروط والإمكانات التي تسمح بلجوء القاضي إلى الصلح في العناصر التالية:

أ- إذا ما أشكل أو استعصى الأمر على القاضي في قرار يتحقق به العدل أو وجه الحق.

ب- إذا كان طرفا النزاع من أهل الفضل أو بينهما رحم، وهو تأكيد للبعد المقاصدي حتى لا تنفصم عرى القرابة.

د- إذا خشي من تفاقم الأمور وازدياد العداوة والشحناء بين أطراف النزاع.⁽³⁾

وإذا كان من المؤكد أن هنالك مجال لممارسة القاضي لسلطته التقديرية أثناء التوسط للإقناع بالتسوية، فإن القانون يظل يسعى مع ذلك إلى تحديد هذا الجانب من صلاحياته لضمان حياده وحماية مصالح الأطراف المتقاضية.

o آلية القسم كأداة للتحقق

يعتبر القيام بالقسم أو أداء اليمين في القانون الإسلامي بمثابة إتاحة الفرصة للمدعى عليه. وقد أورد ابن سهل في هذا الصدد نازلة عنوانها: «شورى كتبته في قتل ابن فطيس زوجه رحيمة ابنة عبد الرحمن بن عبد الله بن خالد بن شهيد»،⁽⁴⁾ وهي قضية اتهام فطيس عيسى بن فطيس بذبح زوجته رحيمة ابنة عبد الرحمن،⁽⁵⁾ حيث كانا يسكنان بدار في قرطبة، لا يسكن معهما أحد لا خادم ولا غيرهما، ولم يداخلا أحد منذ أربعة أشهر، إلى أن دخلوا عليها، فوجدوها مكتوفة مذبوحة، ولم يروا في الدار أثرا لدخول أحد فيها من جهة من جهاتها، ولا نزول من سقف ولا غيره فيها،⁽⁶⁾ مع العلم بأن فطيس لم يكن مسافرا في وقت وقوع الجريمة، وأن من يحيط بها أمها حمدة وشقيقها عبد الرحمن وأختها للأم وزوجها فطيس المتهم بذبحها. غير أن الزوج أنكر التهمة بحجة أنه لا دافع له لذلك، وأنه أولى الناس بطلب دمها

(1) Hentati, *Mais le cadi tranche -t -il?*, 190.

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 35.

(3) المصدر نفسه، 34.

(4) ابن سهل، ديوان الأحكام الكبرى، 704.

(5) المصدر نفسه، 704.

(6) المصدر نفسه، 705.

مع باقي أقربائها؛ وكانت ملابسات القضية، وما يرتبط بها من الشكوك التي تحوم حول الزوج من جهة، وغياب الأدلة الملموسة من جهة أخرى، هي ما دعا القاضي إلى استفتاء أهل المشورة. ومع ذلك فقد أفتى الفقهاء القاضي بإطالة حبس الزوج كشكل من أشكال الضغط إلى أن يعترف بجُرمه، فإن أصرَّ على إنكار التهمة، ولم يكن معه دليل براءته، فإنه يقسم بالجامع خمسين يمينا أنه لم يقتلها، ولا شارك في دمها،⁽¹⁾ فإن فعل أخلي سبيله، وهناك من ارتأى من أهل المشورة أن يُقسم أيضا أهل عصبته، إن كان أخوها لم يبلغ سن الرشد، يكررون اليمين خمسين مرة بمحضر القاضي أن زوجها قتلها متعمدا، أما إذا بلغ الحلم أقسم هو وباقي أبناء عمومته على أن زوجها من قتلها، وقد أسندوا قولهم إلى ما أخبر به ابن الماجشون لابن حبيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقر القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية.⁽²⁾

ما نستشفه من هذه النازلة الجنائية، هو طبيعة دواعي استشارة القاضي ومنطق جواب الفقهاء؛ فأما دواعي القاضي فترجع إلى كون النازلة القضائية قد بدت مستعصية عن الحل، لأن أفراد عائلة الضحية رحيمة يتهمون الزوج بقتل زوجته، وهو مُنكر لذلك، ولا قرائن ولا إثباتات ضده، علما أنه كان ملازما لزوجته طيلة المدة التي سبقت مقتلها. وأما منطق أجوبة رجال الشورى فهو مستمد من منطق الثقافة الإسلامية، وذلك باقتراحهم عليه آلية لإنشاء الحقائق القضائية القابلة للتجسيد، إذ تنهل الافتراضات والإجراءات من عمق الحياة الثقافية الدينية، فاليمين يثبت الكلام ويُضفي عليه صبغة الصدق، بل ويجعله حقيقيا، وهو ممارسة شائعة في حياة المسلمين، فمن مستلزمات التقاضي ضرورة الوقوف على الحقائق، لذلك ظل أداء اليمين أحد السبل المستعملة من قبل القاضي، والذي يشبهه لورانس روزن بالسعر المتفق عليه داخل السوق.

يستمد أداء القسم مشروعيته من الممارسات الإسلامية والمتمثلة في الحديث النبوي الشريف {الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ}، فكما أن البينة على المدعي لكونه يدعي خلاف ما هو في الظاهر، ولأن الأصل هو براءة الذمة، فإن أداء اليمين هو إتاحة الفرصة للمدعى عليه مادام ينكر دعوى خصمه؛ إذ «لم يكن القسم يشكل طريقة سهلة للإفلات من المسؤولية، وأنه كان يقبل في العادة بوصفه دليلا على البراءة».⁽³⁾ لذلك ما يستفاد من نازلة فطيس أن أداء اليمين هو إعطاء الأولوية للاستدلال القضائي من أجل الإثبات والجزم على النفي، فحينما يُلقى بالتهمة على شخص ما فإنها تؤخذ على محمل الجد، والمطلوب من

(1) المصدر نفسه، 705.

(2) المصدر نفسه، 706.

(3) حلاق، الشريعة النظرية، 346.

المدعى عليه نفي التهمة، لأنه مطالب بإثبات مصداقيته. فقد أعطى المشاورون لفطيس، المدعى عليه، فرصة أداء اليمين للخروج سالماً من أي تبعات أو عقوبات، إذ الإحجام عن القيام بها، يجعل الحكم ضده، وهو موقف يرجع إلى طبيعة النسق المعياري الديني المؤطر لسلوك الناس لهذا المجتمع. والذي يمكن استنتاجه من عدد كبير من الحالات، حتى وإن كان لا يمتلك أي طرف الدليل في المحكمة، فقد تُعطى للمدعى عليه فرصة أداء اليمين للخروج سالماً من أي تبعات أو عقوبات، لكنه غالباً ما يحجم عن القيام بذلك مما يجعل الحكم ضده، الأمر الذي يدل على الاعتقاد الراسخ أن وراء اليمين الكاذبة انتقام إلهي في الدنيا قبل الآخرة، وقد يؤدي أحياناً رفض أدائها من قبل المدعى عليه المتهم بالقتل إلى عقوبة الإعدام.⁽¹⁾ ذلك أن قوة وعقلانية اليمين تكمن في أن المجتمع لديه سبب في الاعتقاد بهؤلاء الذين خصهم باليمين، وأن وراء أدائه مطلب ثقافي ألا هو النظام والتناغم الذي تسعى المحكمة لتحقيقه.

لم نعد أمام ذلك الحوار الذي مارسه إدوارد تايلور وجيمس فرايزر في التمييز بين العقلاني واللاعقلاني، فمنذ مالمينوفسكي- رائد المدرسة الأنثروبولوجية الوظيفية- بدأ النقاش حول مدى تناغم الممارسات الاجتماعية أو عدم انسجامها مع المراكز الثقافية للمجتمع من حيث كونها تجسد إحدى أدوات تعبير المجتمع عن وحدته ومعناه.⁽²⁾ فالفعل يكسب معناه من كونه عقلانياً أو غير عقلاني ليس في ذاته، ولكن من حيث قدرته التعبيرية المجسدة لثقافة برمتها، وما ينبني عليها من آثار، فاليمين مثل «الطقس أو اللعب أو الرقص في علاقته بالثقافة والتعبير عن الرغبة في ربط الحقيقة بالنطق كما هو حال المساومة داخل نظام السوق»⁽³⁾ وما يترتب عنه من حقوق وواجبات، بل يأخذ اليمين قوته من الثقافة الغيبية، فهناك عقلانية تخص اليمين، لكنها لا تنبني على افتراضات علمية أو سيكولوجية، وعوض الحديث عن العقلاني وغير العقلاني، السحري والعلمي، ينبغي البحث عن المنسجم وما يفتقد التناغم في افتراضات المجتمع والعجلات الثقافية التي من خلالها يتم التعبير عن معنى النظام، لذلك لا تُقاس عقلنة أحكام القاضي بصورية الإجراءات، وإنما بالمتاح له داخل سياقه الثقافي المتمثل في حرصه على الاستقرار والفعالية والحرص على المصلحة العامة.

خاتمة

ظهر مما سبق كيف كانت تتم عملية التقاضي وكيف كانت سلطة القاضي في المجتمعات المسلمة، وعلى العكس من الرؤية الاستشراقية التي جعلت السلطة التقديرية للقاضي غير

(1) Gerber, *State, Society*, 49 .

(2) Rosen, *The anthropology of justice*, 36.

(3) Ibid., 37.

محدودة -بفعل اعتباطية ولاعقلانية الأحكام من جهة؛ والأطروحة الأنثربولوجية الثقافية التي تختزل هي الأخرى الدور القانوني للقاضي في نقل وترجمة الثقافة المعيشة في تصريف الأحكام، وتجعل أساس سلطته التقديرية هو مطابقة أحكامه لتصورات وأفكار الناس؛- فإن تجربة القضاء في عهد المرابطين تثبت بما لا يدع مجالا للشك مدى هشاشة أطروحة «عدالة القضاء» كما روج لها المستشرقون، إذ يمكن القول إن طبيعة هذه السلطة تكمن في اختصاص القاضي بالفصل بين المتنازعين وإصدار الأحكام بعد استفراغ الجهد، إلا أنها سلطة مشتركة بين ما يسدده صاحب الرد من تقص للحقائق، وحجية ما يقدمه الشهود العدول من شهادات صادقة تجاه الأشخاص، وما يقره الخبراء من حقيقة وصلاحيّة في قبول الأدلة، وما يزكيه المفتي المشاور عبر استدلالاته؛ ولولا هذه العناصر المساعدة ما كان للقاضي أن يقدر العقوبة حق قدرها، أو يحدد التعويض المناسب عن الضرر. وهذا ما يمثل هامش وإمكانات السلطة التقديرية للقاضي في المجتمع المسلم، ويوفر له الوسائل الإجرائية لتوخي تحقيق العدالة.