القانون الواجب التطبيق
في القضاء والتحكيم

إعداد الدكتور

محمد بن يحيى النجيمي

أستاذ الفقه بكليات الشرق العربي للحقوق
والخبير بمجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة

القانون الواجب التطبيق في القضاء والتحكيم

محمد بن يحيى النجيمي

قسم الفقه بكليات الشرق العربي للحقوق والخبير بمجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة

البريد الالكترونى : abhwi@yahoo.com

الملخص:

يهدف البحث إلى أن أن القضاء ضرورة اجتماعية للشعوب والجماعات ، ولا تستقيم حياتهم إلا بالقضاء بينهم لأن النفس الإنسانية تنزع للمخالفة والتعدي على الآخرين ، فيكون القضاء للفصل بين الناس وتمييز الحقوق ، واستيفاء الحق لأهله ، والإنسان مدني بطبيعته لا يستغني عن الاجتماع بغيره ، فهو في حاجة إلى أن يعيش مع بني جنسه يتبادل معهم أنواع المنافع التي لا يمكن الاستقلال بها ، واحتكاكه بغيره مع أنانيته المطبوع عليها تولد المنازعات والمشاحنات والخصومات فاقتضت طبيعة الوجود خلق هذا النظام ليحول دون استبداد القوي بالضعيف ، وليكون عوناً للمظلوم علي الوصول إلى حقه ، وبذلك تصان الحقوق وتحفظ الأرواح والأموال والأعراض وتسود الطمأنينة بين أعضاء الجماعة البشرية ومما لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية راعت مصالح الإنسان الدنيوية والأخروية ، فهي شريعة أساسها جلب المنافع ودفع المضار والمفاسد ، وشاملة لكل متطلبات الحياة ، فالإنسان مدني بطبعة وتتعدى مدنيته حدود دولته فيحتاج لعلاقات مع أناس خارج دولته فجاءت الشريعة ونظمت تلك العلاقات التي أحد أطرافها أجنبي أو تتعلق بمحل عقد في مكان أجنبي ،وهذا يسمى بالقانون الدولي الخاص ، وفي النهاية اقترح البحث أن يعين محكم في كل محافظة أو مدينة أو منطقة لتسهيل أمور القضاء ولتسريع البت في القضايا ولتخفيف الحمل على القضاء وللمحتكمين حق اللجوء إليه أو ترفع القضية للقاضي النظامي ويتوفر في المحكم شروط القضاء

المعتبرة ويكون تحت رعاية الدولة حيث إن نظام التحكيم يحتاج لتفعيل أكبر وتفعيل الرقابة القضائية أكثر.

الكلمات المفتاحية : القضاء ، الحقوق ، الجماعات ، التحكيم، النظام ، التطبيق .

Applicable Law in Judicial and Arbitration

Muhammad bin Yahya Al-Nujaimi

Department of Jurisprudence at the Arab East Colleges of Law and an Expert at the International Islamic Fiqh Academy in Jeddah

Email: abhwi@yahoo.com

Abstract

This research aims to indicate that the judiciary is a social necessity for peoples and groups, and their lives are not upright except by judging between them. As the human soul tends to disobey and transgress others. The judiciary is then to separate people, distinguish rights and fulfill the right to its people. Man is civil by nature and does not dispense with meeting with others, he is in need to live with his fellow species exchanging with them types of benefits of which he cannot be independent. This contact with others along with his imprinted selfishness generates disputes, fights and quarrels, so the nature of existence necessitates the creation of this system to prevent the tyranny of the weak by the strong, and to help the oppressed to attain his right, therefore, rights, lives and money are preserved; and honor and peace prevail among the members of the human community. There is no doubt that the Islamic Sharia takes into account the human interests of

the worldly and the hereafter. As the basis of Sharia is to bring benefits and repel harm and evil. So it includes all the requirements of life. Man is civil by nature, and his civility exceeds the borders of his state, so he needs relations with people outside his state. Thus Sharia came and regulated those relations in which one of the parties is foreign or related to a contract in a foreign place, and this is called private international law. Finally, the research suggested that an arbitrator should be appointed in each governorate, city or region to facilitate judicial matters and to expedite the settlement of cases and to reduce the burden on the judiciary. Besides, the litigants have the right to resort to the judiciary or submit the case to the regular judge. Also the arbitrator has the conditions of the judiciary and is under the auspices of the state as the arbitration system and the judicial oversight need to be more activated.

Key words: Judiciary, Rights, Groups, Arbitration, System, Application

المقدمة

الحمد لله نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، {يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون} [آل عمران: ١٠٢]، {يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيبا} [النساء: ١] ،{يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديدا – يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزا عظيما} [الأحزاب: ٧٠ – ٧١] .

أما بعد: فإن أصدق الحديث كتاب الله، وأحسن الهدي هدي محمد صلى الله عليه وسلم، وشر الأمور محدثاتها، وكل محدثة بدعة، وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار.

فإن الشريعة الإسلامية جاءت وافية كافية لا ينقصها شيء من أحوال الناس إلا وتكلمت عنه وأرست قواعد للحكم والفصل بين الناس لم تعرفها البشرية مثلها وقامت حماة الإسلام بتطبيقها حتى نتج مجتمع مثالي بلغ أعلى درجات الرقي والحضارة.

ولذلك لم تحتج شريعتنا قواعد إسناد ولا قانون إحالة بعكس القوانين الأرضية والأحكام الوضعية بل قواعد الإسناد من الشريعة نفسا فلو ترافع أهل الذمة للقاضي المسلم حكم بينهم وإن لم يترافعوا فلا تلزم الشريعة بالحكم بينهم.

كما أن الشريعة سبقت الدنيا في إقرار مبدأ التحكيم كنوع من القضاء المساعد ليخفف الوطء عن القضاء الأساسي للدولة.

فهذا بحث في القانون الواجب التطبيق في القضاء والتحكيم، جعلته في أربعة مباحث ، ومقدمة وخاتمة.

المبحث الأول
المراد بالقانون الواجب التطبيق في الشريعة والقانون.

القضاء ضرورة اجتماعية للشعوب والجماعات ، ولا تستقيم حياتهم إلا بالقضاء بينهم لأن النفس الإنسانية تنزع للمخالفة والتعدي على الآخرين ، فيكون القضاء للفصل بين الناس وتمييز الحقوق ، واستيفاء الحق لأهله ، قال النووي :"ولأن الظلم في الطباع، فلا بد من حاكم ينصف المظلوم من الظالم "[١] ، وكان من مهمة الأنبياء القضاء، قال تعالى :(يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب (٢٦)) ص ، وقوله عز وجل (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها، وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل) وقوله تعالى (وأن احكم بينهم بما أنزل الله)، قال النووي:" القضاء فرض على الكفاية "والنبي صلى الله عليه وسلم حكم بين الناس، وبعث عليا إلى اليمن للقضاء بين الناس، ولأن الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم حكموا بين الناس، وبعث عمر رضى الله عنه أبا موسى الاشعري إلى البصرة قاضيا، وبعث عبد الله بن مسعود إلى الكوفة قاضيا"[٢].

فلم يخل مجتمع قط من نظام قضائي يقضي بين الناس ،ولابد للقضاء أن يؤدي الغاية المقصودة منه من إيصال الحقوق إلى أصحابها ميسرة سهلة ، وإنصاف المظلومين ورفع الغبن عن المغبونين .

وقال أيضاً : " عدل ساعة في حكومة (أي في حكم) خير من عبادة ستين

(١) المجموع شرح المهذب (٢٠/ ١٢٥).
(٢) السابق.

سنة "[١] .

وقال عبد الله بن مسعود : " لأن أقضي يوماً بالحق أحب إلى من عبادة سبعين سنة"[٢] .

وقال عمر بن الخطاب موجهاً كلامه للقضاة : " إن جلستم للفصل في منازعات الناس ، فتبينوا وثبتوا ن فان أصابكم أدني شك ولو بمثقال شعرة فكفوا عن الحد ، والله ولي من لا ولي له "[٣] .

ولأن الإنسان مدني بطبيعته لا يستغني عن الاجتماع بغيره ، فهو في حاجة إلى أن يعيش مع بني جنسه يتبادل معهم أنواع المنافع التي لا يمكن الاستقلال بها ، واحتكاكه بغيره مع أنانيته المطبوع عليها تولد المنازعات والمشاحنات والخصومات فاقتضت طبيعة الوجود خلق هذا النظام ليحول دون استبداد القوي بالضعيف ، وليكون عوناً للمظلوم علي الوصول إلى حقه ، وبذلك تصان الحقوق وتحفظ الأرواح والأموال والأعراض وتسود الطمأنينة بين أعضاء الجماعة البشرية ولا يكفي أن تتكفل القوانين ببيان ما لكل إنسان من الحقوق بل يجب أن تتكفل بصيانة الحق لصاحبه وتمكينه من الحصول عليه بطريقة نظامية مشروعة ، لأن الإنسان إذا ترك وشأنه في الوصول إلى حقه وأخذه بيده تعم الفوضى ويسود الاستبداد .

الشريعة الإسلامية هي القانون الحق الواجب التطبيق:

تحكيم الشريعة أمر فرض لازم وحكم قاطع في قوله تعالى :"يا أيها الذي آمنوا

---

(٣) رواه في فضيلة العادلين من الولاة لأبي نعيم (ص: ١١٧) بسنده عن أبي هريرة، مرفوعا. وفي نصب الراية (٤/ ٦٧) رواه إسحاق بن راهويه في مسنده عن ابن عباس، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "يوم من إمام عادل، أفضل من عبادة ستين سنة، وحد يقام في الأرض بحقه أزكى فيها من مطر أربعين يوما". ورواه الطبراني في معجمه الوسط، والكبير . وانظر : ضعيف الترغيب والترهيب (٢/ ٧٠).

(١) فضيلة العادلين من الولاة لأبي نعيم (ص: ١١٧) .

(٢) فضيلة العادلين من الولاة لأبي نعيم (ص: ١١٧)

استجيبوا لله وللرسول إذا دعاكم لما يحييكم " الأنفال /٢٤ ، وقوله تعالى :"وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيمنا عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق " المائدة ٤٨ وقوله تعالى :" ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون " المائدة ٤٤ ، وقوله تعالى "ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون " المائدة /٤٥ ،وقوله تعالى :" ومن لم يحكم بما أنزل فأولئك هم الفاسقون " المائدة /٤٧ ، إلى غير ذلك من الآيات الكثيرة التي توجب في التشريع الذي يخضع له المسلمون أن يكون تشريعا إلهيا يخضع لأوامر الله ونواهيه وأحكامه مقاصده مراميه .

وطريق السعادة هو " أن ننشئ من جوهر فقهنا الذي ملأت آلاف مؤلفاته مكتبات العالم ،وأن نستمد من نبعه العذب المعين الهدار قوانين جديدة تفي بحاجاتنا الحديثة فيكون أصل القوانين راسخا في فقهنا وفرعه شامخا في السماء"[١].

قال ابن حزم :"ولا يحل الحكم إلا بما أنزل الله تعالى على لسان رسوله – صلى الله عليه وسلم –وهو الحق وكل ما عدا ذلك فهو جور وظلم لا يحل الحكم به ويفسخ أبدا إذا حكم به حاكم، برهان ذلك –: قول الله تعالى:(وأن احكم بينهم بما أنزل الله)المائدة: ٤٩، وقال تعالى: (وآمنوا بما نزل على محمد وهو الحق من ربهم)محمد: ٢ ،وقال تعالى:(لتبين للناس ما نزل إليهم) النحل: ٤٤ ،وقال تعالى:(وما ينطق عن الهوى)النجم: ٣،(إن هو إلا وحي يوحى) النجم: ٤ وقال تعالى: {ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه} [الطلاق: ١]والظلم لا يحل إقراره، والخطأ لا يجوز إمضاؤه.

والامتناع عن الحكم بشرع الله كفر ويكون كفر امتناع ، والامتناع عن الحكم بالشريعة الإسلامية وتطبيق القوانين الوضعية بدلاً منها–كفر امتناع–، والأصل في

(١) المدخل إلى الفقه الإسلامي١/٢٢ مصطفى الزرقا.

الإسلام أن الحكم بما أنزل الله واجب وأن الحكم بغير ما أنزل الله محرم، ونصوص القرآن صريحة وقاطعة فى هذه المسألة، فالله جل شأنه يقول: {إن الحكم إلا لله}يوسف:٤٠ ...ويقول: {اتبعوا ما أنزل إليكم من ربكم ولا تتبعوا من دونه أولياء قليلا ما تذكرون} الأعراف:٣ ، ويقول: {ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون} الجاثية:١٨، ويقول: {فإن لم يستجيبوا لك فاعلم أنما يتبعون أهواءهم ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى من الله إن الله لا يهدى القوم الظالمين} القصص:٥٠ ، ويقول: {وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيمنا عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا}المائدة:٤٨ ، وقوله:{أفغير دين الله يبغون وله أسلم من في السماوات والأرض طوعا وكرها وإليه يرجعون} آل عمران:٨٣ ، وقوله:{ومن يبتغ غير الإسلام دينا فلن يقبل منه وهو فى الآخرة من الخاسرين}آل عمران:٨٥.

ولا خلاف بين الفقهاء والعلماء في أن كل تشريع مخالف للشريعة الإسلامية باطل لا تجب له طاعة، وأن كل ما يخالف الشريعة محرم على المسلمين ولو أمرت به أو أباحته السلطة الحاكمة أيا كانت، ومن المتفق عليه أم من يستحدث من المسلمين أحكاما غير ما أنزل الله ويترك بالحكم بها كل أو بعض ما أنزل الله من غير تأويل يعتقد صحته، فإنه يصدق عليهم ما وصفهم به الله تعالى من الكفر والظلم والفسق كل بحسب حالته"[١].

قال ابن تيمية:" ولا ريب أن من لم يعتقد وجوب الحكم بما أنزل الله على رسوله؛ فهو كافر، فمن استحل أن يحكم بين الناس بما يراه هو عدلا من غير اتباع لما أنزل الله ؛فهو كافر فإنه ما من أمة إلا وهي تأمر بالحكم بالعدل، وقد يكون العدل

(١) التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي (٢/ ٧٠٩).

في دينها ما رآه أكابرهم، بل كثير من المنتسبين إلى الإسلام يحكمون بعاداتهم التي لم ينزلها الله سبحانه وتعالى، كسوالف البادية، وكأوامر المطاعين فيهم ، ويرون أن هذا هو الذي ينبغي الحكم به دون الكتاب والسنة، وهذا هو الكفر، فإن كثيرا من الناس أسلموا، ولكن مع هذا لا يحكمون إلا بالعادات الجارية لهم التي يأمر بها المطاعون، فهؤلاء إذا عرفوا أنه لا يجوز الحكم إلا بما أنزل الله فلم يلتزموا ذلك، بل استحلوا أن يحكموا بخلاف ما أنزل الله فهم كفار، وإلا كانوا جهالا، كمن تقدم أمرهم"[١].

قال ابن القيم:" والصحيح أن الحكم بغير ما أنزل الله يتناول الكفرين، الأصغر والأكبر بحسب حال الحاكم، فإنه إن اعتقد وجوب الحكم بما أنزل الله في هذه الواقعة، وعدل عنه عصيانا، مع اعترافه بأنه مستحق للعقوبة، فهذا كفر أصغر، وإن اعتقد أنه غير واجب، وأنه مخير فيه، مع تيقنه أنه حكم الله، فهذا كفر أكبر، وإن جهله وأخطأه فهذا مخطئ، له حكم المخطئين"[٢].

المقصود بالشريعة الإسلامية أو القانون الإسلامي:

الشريعة : لغة هي مورد الماء الذي يرده الأحياء للشرب ، والشريعة، والشراع، والمشرعة: المواضع التي ينحدر إلى الماء منها وشرع إبله، وشرعها: أوردها شريعة الماء، فشربت، ولم يستق لها. وفي المثل: " أهون السقي التشريع ". وذلك لأن مورد الإبل إذا ورد بها الشريعة، لم يتعب في استقاء الماء لها، كما يتعب إذا كان الماء بعيدا. والشريعة: موضع على شاطئ البحر، تشرع فيه الدواب. والشريعة، والشرعة: ما سن الله من الدين، وأمر به، كالصلاة والصوم والحج، وسائر أعمال البر، مشتق من شاطئ البحر، عن كراع. وشرع الدين يشرعه شرعا: سنه. وفي التنزيل:(شرع

[١] منهاج السنة النبوية (٥/ ١٣٠).
[٢] مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين (١/ ٣٤٦).

لكم من الدين ما وصى به نوحا)[1].

الشريعة الإسلامية هي الوحي الذي أوحاه الله إلى نبيه محمد عليه الصلاة والسلام ليخرج به الناس من الظلمات إلى النور وهي كتاب الله الكريم الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد، وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم المفسرة للقرآن والمبينة له والدالة عليه، وتفرع عنها الإجماع والقياس فهما من الشرع.

وهذه الشريعة ميزتها أنها راعت التوازن بين المادة والروح ،وقد أدرك التوازن بعض أساطين العلم بالغرب كالباحث الهولندي الدكتور ميليما الباحث الهولندي، بين المادة والروح في الإسلام، فقال: "لقد أعجبني اهتمام الإسلام بالمادة والروح باعتبارهما قيمتين أساسيتين، فالتطور العقلي والروحي للإنسان مرتبط في الإسلام وفي الفطرة على السواء ارتباطًا وثيقًا لا سبيل إلى فصله بحاجات الجسد"[٢].

وهذه الشريعة راعت مصالح الإنسان الدنيوية والأخروية ،فهي شريعة أساسها جلب المنافع ودفع المضار والمفاسد ؛ يقول الإمام الشاطبى: "ما شرعت أحكام الشريعة إلا لمصالح الناس، وحيثما وجدت مصلحة فثم شرع الله" [٣]، ويقول ابن القيم عن مقاصد الشريعة: "إن مبناها وأساسها قائم علي الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها، فكل مسألة خرجت من العدل إلي الجور ومن الرحمة إلي غيرها ومن المصلحة إلي المفسدة فليست من الشريعة ؛ لأن الشريعة عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه"[٤].

ولا يوجد في أي دولة أوربية محاكم أحوال شخصية للمسلمين ؛ في حين أن في

---

١ المحكم والمحيط الأعظم (١/ ٣٦٩).
(١) رجال ونساء أسلموا ، عرفات كامل العشي : ٦ / ١٢٤ - ١٢٥
(٢) الموافقات (٣/ ٢١٠).
(٣) إعلام الموقعين عن رب العالمين (٣/ ١١).

بلاد المسلمين التي فيها نصارى فيها محاكم تحت ظل الكنيسة ولا تتدخل الدخول المسلمة في أحكامهم تحكم بين أتباعها.

العلاقة القانونية الأجنبية في أحد عناصرها:

إن الشريعة الإسلامية شاملة لكل متطلبات الحياة ،فالإنسان مدني بطبعة وتتعدى مدنيته حدود دولته فيحتاج لعلاقات مع أناس خارج دولته فجاءت الشريعة ونظمت تلك العلاقات التي أحد أطرافها أجنبي أو تتعلق بمحل عقد في مكان أجنبي ،وهذا يسمى بالقانون الدولي الخاص ،والرابطة القانونية تتكون من ثلاث عناصر:١-السبب المشيء للعلاقة.٢-أشخاص العلاقة أو أطراف العلاقة القانونية.٣-موضوع العلاقة القانونية.

والشريعة تناولت تلك العلاقات وأشارت إليها ،لأن العلاقة إما أن تكون وطنية بكل أطرافها وموضوعها وسببها فهي العلاقة الوطنية.

أما إذا كان أحد العناصر الثلاثة أجنبيا ؛كأن يكون السبب المنشئ وقع خارج الدولة أو كان موضوعها خارج الدولة أو أحد أطرافها ليس من رعايا الدولة فتكون العلاقة أجنبية في أحد عناصرها.

والشريعة الإسلامية تعرض للحربي يتاجر بالبلد ولغير الحربي والمعاهد ليس من أهل البلد، فالجميع يخضع لأحكام الشريعة.

أثر العنصر الأجنبي في سير العملية القانونية:

إن القاضي الوطني إذا عرضت عليه تلك القضايا فينبغي أن ينتبه القاضي إلى:

١-معرفة القانون الواجب التطبيق .

٢-مدى اختصاصه بالنظر في هذه العلاقات لإصدار حكمه فيها.

أما المسألة الأولى: معرفة القانون الواجب في حالة وجود العنصر الأجنبي في القضية.

في القانون الوضعي الدولي تقوم الدول بالإفساح لقوانين غيرها ليحكم وفق قواعد قانونية تضعها الدولة وفق قانونها ليسترشد بها القاضي في حكمه وليعلم القانون الواجب التطبيق وتعرف بقواعد الإسناد لترشد القاضي للقانون الواجب التطبيق وتكون عادة بالباب التمهيدي لمجموعة القانون المدني تحت عنوان(تنازع القوانين من حيث المكان)[١] .

أما في الشريعة الإسلامية فلا يوجد مثل هذا بل حكم الله تعالى ملزم لكل أحد لأن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة وأصولها كما هو الراجح من أقوال الفقهاء فيلزمون بحكم القاضي المسلم ،قال في المنخول:" الكفار مخاطبون بفروع الشريعة عند الشافعي خلافا لأبي حنيفة والدليل على جواز تكليفهم الفروع أن العقل لا يحيله إذ التوصل إليه"[٢].

ولا خلاف بين العلماء في أن الكفار مخاطبون بأصول العقيدة: من الإيمان بالله تعالى وكتبه ورسله واليوم الأخر، حتى نقل القاضي أبو بكر الباقلاني الإجماع على ذلك، والأدلة على ذلك كثيرة، منها قوله –تعالى–: {يا أيها الناس اعبدوا ربكم الذي خلقكم والذين من قبلكم لعلكم تتقون} [البقرة: ٢١] وقوله تعالى: {يا أيها الناس اتقوا ربكم إن زلزلة الساعة شيء عظيم} أول سورة الحج: وقال النبي –صلى الله عليه وسلم–: "... وبعثت إلى الناس كافة"[٣].

كما أنه لا خلاف أنهم مخاطبون بالعقوبات الشرعية، فتقام عليهم إذا وجدت

(١) نظرات في الشريعة عبد الكريم زيدان ص١٣٣.
(٢) المنخول (ص: ٨٨).
(٣) رواه البخاري ومسلم والنسائي.

أسبابها، وكذلك المعاملات المالية، لأنها أمور دنيوية[1].

والأحكام الشرعية نوعان: أحكام تكليفية وهي الأمر والنهي ،وأحكان وضعية وهي الأمارات والعلامات التي وضعتها الشريعة لإثبات أو نفي الحكم الشرعي ، فخطاب الوضع: منه ما يكون سببا لأمر أو نهي، مثل كون الطلاق سببا لتحريم الزوجة وإتلافهم وجناياتهم سببا في الضمان، وهذا ثابت في حقهم إجماعا، بل ثبوته في حقهم أولى من ثبوته في حق الصبي، وكون وقوع العقد على الأوضاع الشرعية سببا في البيع والنكاح وغيرهما فهذا لا نزاع فيه، وفي ترتب الأحكام الشرعية عليه في حقهم كما في المسلم، وكذا كون الطلاق سببا للفرقة، فإن الفرقة ثبتت إذا قلنا بصحة أنكحتهم.

ومن هذا القبيل: الإرث والملك به، ولولا ذلك لما شاع بيعهم لمواريثهم وما يشترونه، ولا معاملتهم، وكذا صحة أنكحتهم إذا صدرت على الأوضاع الشرعية، والخلاف في ذلك لا وجه له.

ومن خطاب الوضع: ثبوت المال في ذمتهم في الديون والكفارات عند حصول أسبابها، ولا نزاع في ثبوت ذلك في حقهم، كما ثبت في حق المسلمين، وكذا تعلق الحقوق التي يطالبون بأدائها بأموالهم مثل: تعلق أروش الجنايات برقاب الجناة .

ومن خطاب الوضع: كون الزنا سببا لوجوب الحد، وذلك ثابت في حقهم، ولذلك رجم النبي –صلى الله عليه وسلم– اليهوديين ، وهو ثابت في الصحيحين[2].

ولذا يكون الحكم في ذلك النوع من القضايا للقاضي المسلم ويكون بالشرع فالقانون الواجب التطبيق هو الشرع لا غيره.

وقد روعي ذلك في المملكة العربية السعودية: فإن مذهب الإمام أحمد بن حنبل

(٤) الإبهاج للسبكي جـ١ ص١٧٦-١٧٧

(١) صحيح البخاري (٨/ ١٦٥)ومسلم (١٦٩٩) (٢٦) ومصنف ابن أبي شيبة (٤/ ٤٢٩).

هو المذهب السائد فيها والمعمول به في المحاكم الشرعية، ولما صدرت أخيرًا الأنظمة العدلية، ومنها: نظام المرافعات الشرعية، ونظام الإجراءات الجزائية= نصَّت المادة الخامسة والعشرون من نظام المرافعات على أنه " تختص محاكم المملكة بنظر الدعاوى التي ترفع على غير السعودي الذي له محل إقامة عام أو مختار، فيما عدا الدعاوى العينية المتعلقة بعقار خارج المملكة"(١). وهذا بعمومه وإطلاقه يدخل فيه غير المسلم.

وكذلك نصت المادة السادسة و العشرون على أنه " تختص محاكم المملكة بنظر الدعاوى التي ترفع على غير السعودي الذي ليس له محل إقامة عام أو مختار، في المملكة في الأحوال الآتية:

أ – إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في المملكة أو بالتزام تعتبر المملكة محل نشوئه أو تنفيذه.

ب– إذا كانت الدعوى متعلقة بإفلاس أُشْهِر في المملكة"(٢).

فالقانون الواجب التطبيق كما نصت المادة الأولى من نظام المرافعات الشرعية، وكذا المادة الأولى من نظام الإجراءات الجزائية على أنه "تطبِّق المحاكمُ على القضايا المعروضة أمامها أحكامَ الشريعة الإسلامية، وفقًا لما دلَّ عليه الكتاب والسنة، وما يصدره وليُّ الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة"(٣).

هذا، و المعمول به في محاكم المملكة أن حكم الإسلام لازم لغير المسلمين في معظم القضايا، من غير تفريق بين أحوال شخصية وغيرها.

فغير المسلمين يخضعون للقضاء في الدولة الإسلامية، ويجب على القاضي

(١) نظام المرافعات الشرعية السعودي مادة ٢٥ .
(٢) نظام المرافعات الشرعية السعودي مادة ٢٦ .
(٣) نظام المرافعات الشرعية السعودي مادة ٢٦ .

المسلم أن يحكم بينهم – بشكل عام– إذا ترافعوا إليه، أو ترافع أحدهما.

فالقاضي يحكم عليهم بحكم الإسلام، لا بما في شريعتهم .

وهنا مسألة لابد من بيانها وهي تولي غير المسلمين القضاء في أمورهم الشخصية في الدولة الإسلامية.

فاتفق الفقهاء على أن القاضي المسلم لا يجوز أن يحكم بغير شريعة الإسلام، سواء كان الحكم بين المسلمين، أو بين المسلمين وغير المسلمين، أو كان بين غير المسلمين من أهل الذمة أو المستأمنين الذين يسمَّون في الأنظمة المعاصرة بالأجانب. أي سواء كان أطراف القضية من المسلمين الوطنيين، أو كان أحد طرفيها مسلمًا و الطرف الآخر غير مسلم، أو كان الطرفان غير مسلمين. وذلك لأن غير المسلمين لما ترافع أحدهم إلى القاضي المسلم فقد رضي بحكم الإسلام، فيلزم إجراء حكم الإسلام في حقه.

وأما بالنسبة للقاضي المسلم فإنه لا يجوز أن يحكم بغير أحكام الإسلام، لأنه مخاطب بذلك ابتداء، كما في قوله تعالى: {وأنزلنا إليك الكتابَ بالحقِّ مصدِّقًا لما بين يديهِ من الكتابِ ومُهَيمنًا عليه فَاحكمْ بينهم بما أنزلَ اللهُ ولا تَتَّبعْ أهواءَهم عمَّا جاءكَ من الحقِّ لكلٍّ جعلنا منكم شِرعةً ومنهاجًا}.وقال:(وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك فإن تولوا فاعلم أنما يريد الله أن يصيبهم ببعض ذنوبهم وإن كثيرا من الناس لفاسقون (٤٩) أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون (٥٠))النساء ،و النصوص في ذلك من الكتاب و السنة كثيرة متضافرة.

وأما قوله تعالى(فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وإن تعرض عنهم فلن يضروك شيئا وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين)٤٢ النساء، قال ابن عباس و مقاتل وابن وهب والحسن البصري وعكرمة ومجاهد وغيرهم

نسختها الآية التي جاءت بعد وهي قوله: "وأن احكم بينهم بما أنزل الله إليك"[١].

وعن معمر ، عن عبد الكريم الجزري ، في قوله تعالى: {وأن احكم بينهم بما أنزل الله} [المائدة: ٤٩] أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى عدي بن أرطاة إذا جاءك أهل الكتاب ، فاحكم بينهم بما في كتاب الله "[٢].

وقد ذهب الحنفية إلى جواز أن يقلَّد غير المسلمين القضاء بينهم في قضاياهم؛ لأن لهم ولاية على بعضهم، وإذا جازت شهادة بعضهم على بعض فإنه يجوز قضاؤهم على بعض، وقد جرى العرف في الدولة الإسلامية على ذلك[٣].

أما جمهور الفقهاء فقد منعوا من تولية غير المسلم للقضاء، حتى ولو كان بين غير المسلمين، لأنهم يشترطون في القاضي أن يكون مسلمًا على الإطلاق، ولأن القانون الواجب التطبيق في دار الإسلام هو أحكام الشريعة الإسلامية، ولا يقوم بتطبيقها وتنفيذها إلا المسلم[٤].

ويفهم من كلام الحنفية أن الأصل عدم تولي القضاء لغير مسلم واستثنى الحنفية فقط ما يكون في قضاياهم الخاصة ويكون في ظل الولاية الإسلامية العامة والخضوع لها .

ومما يؤكد خضوع غير المسلم لحكم الإسلام ما روي عن النبي– صلى الله عليه وسلم – أنه كتب إلى أهل نجران :"إما أن تذروا الربا وإما أن تأذنوا بحرب من الله ورسوله"[٥]. فجعلهم النبي – صلى الله عليه وسلم – في حظر الربا ومنعهم منه

---

(١) تفسير القرآن من الجامع لابن وهب - الجزء ٣ (ص: ٦٨) و تفسير الطبري = جامع البيان ت شاكر (١٠/ ٣٣٠).
(١) تفسير عبد الرزاق (٢/ ١٩).
(٢) ابن عابدين ٤ / ٣٥٦، وفتح القدير ٦ / ٣٩١ و نهاية المحتاج ٨ / ٢٣٨ ، وكشاف القناع ٦ / ٢٩٤.
(٣) نهاية المحتاج ٨ / ٢٣٨ ، وكشاف القناع ٦ / ٢٩٤و حاشية ابن عابدين ٤ / ٢٩٩.
(٤) الأموال لابن زنجويه (٣/ ٩٤٩).

كالمسلمين، قال الله تعالى:{ وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل }. فأخبر أنهم منهيون عن الربا وأكل المال بالباطل، كما قال تعالى:{يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم }. فسوى بينهم وبين المسلمين في المنع من الربا والعقود الفاسدة المحظورة، إذ يقاس على الربا كل ما يتعلق بحكم البيوع والإجارات ونحوها من العقود والمعاملات.

والنبي – صلى الله عليه وسلم – قال: "بعثت إلى كل أحمر وأسود"(١).

أما المسألة الثانية: وهي تولي القاضي المسلم النظر في القضايا ذات العنصر الأجنبي.

القاضي المسلم ينظر في جميع القضايا ما دامت تحت ولايته سواء رفعها مسلمون أم غيرهم ولا تحديد لصلاحيات القاضي المسلم وربما تتحد بنوع القضايا فهذا جائز لكن لا تتحدد بكون العلاقة وطنية أم أجنبية أم مختلطة العناصر.

ولذلك أول ما فعله الاستعمار هو إلغاء اختصاص القاضي المسلم بكل القضايا بل حولوا القضاء المستعمر لتناول كل القضايا فيما بعد–حتى صار الوضع كما هو عليه الآن– ، ومن العجب أن العلمانيين ينكرون على الإسلام والمسلمين عدم اخصاص القاضي المسلم ويسمحون به بل يفرحون به في القضاء الوضعي والاستعماري ، والاستعمار كان عارفا بأهمية القضاء الشرعي ودوره في توحيد المسلمين، وكون القضاء يمثل السيادة، والخلافة الإسلامية؛ وهذا ما فعله الفرنسيون في الجزائر كما قال الحاكم العام دو فيدون في٢٠ مارس ١٨٧٤م (إن العدالة تدخل في إطار السيادة، وعلى القاضي المسلم الانحناء أمام القاضي الفرنسي ، وعلى كل واحد أن يفهم أننا الغالبون..."(٢).

(١) مسند أحمد (٤/ ١١٩).
(٢) طبيعة النظام القضائي ص ٥و المحاماة في الجزائر ص ٥٣.

المبحث الثاني
القانون الواجب التطبيق بالنسبة لغير المسلمين في الشريعة والقانون.

الشريعة الإسلامية لازمة لكل أحد ،والجميع يخضعون لسلطانها سواء كان من رعايا الدولة أم داخلا إليها:

وهذا هو المفهوم من الكتاب والسنة كقوله تعالى (وأن احكم بينهم بما أنزل الله إليك) وقوله (فاحكم بينهم بما أنزل الله).

واتفق الفقهاء :على أن الذمي إن رافعه إلى القاضي مسلم، أو رافع هو مسلما، وجب على القاضي الحكم بينهما، وبعبارة أخرى: إذا كان في الدعوى طرف مسلم، سواء كان مدعيا أو مدعى عليه: فإن القاضي المسلم يختص بالحكم والفصل في القضية، ويحكم بما أوجبه دين الإسلام، فالقانون الواجب التطبيق في هذه الحال هو القانون الإسلامي، إذ لا يجوز للمسلم أن يحكم بغير حكم الإسلام، سواء كانت القضية المتنازع فيها من دعاوى النكاح أو المعاملات المالية أو من غيرهما[1].

فاختصاص المحاكم في الدولة الإسلامية بالقضايا التي يكون أحد الخصوم فيها مسلما هو اختصاص إلزامي.

واختلفوا فيما وراءها مما يتعلق بخضوع أهل الذمة للقضاء الإسلامي، وبعبارة أخرى: اختلف الفقهاء في مدى اختصاص القاضي المسلم فيما إذا كان طرفا

(١) ((أدب القاضي)) لابن القاص الطبري: ١٤١/١ ،((مراتب الإجماع)) لابن حزم، ص (٥٠)، ((تبصرة الحكام)) لابن فرحون:٩٦/١، ((فتح القدير)) للكمال ابن الهمام:٤١٣/٢، ((المجموع شرح المهذب)) : ١٩٩/١٨،((موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي)): ٩٠٩/٢، ((فكرة تنازع القوانين))، د. رمزي محمد دراز، ص(٢٧٢).

الدعوى ذميين. وقد تناول العلماء – رحمهم الله تعالى– هذه المسألة بالبحث والبيان في مناسبات متعددة وأبواب متفرقة في كتبهم. وأوضحوا معالمها بالتفصيل، فلذلك نعرض أقوالهم وأدلتها بإيجاز.

أولا– مذهب الحنفية:

فرق فقهاء الحنفية بين ما إذا كان موضوع الدعوى يتعلق بالنكاح، وما إذا كان يتعلق بغيره كالمعاملات والحدود والقصاص:

أ . ففي المعاملات والمواريث وسائر العقود والتصرفات؛ يخضع أهل الذمة للقضاء الإسلامي، وتطبق عليهم أحكام الإسلام كالمسلمين، سواء ترافعا كلاهما إلى القاضي المسلم أو أحدهما؛ لأنهم ملتزمون بأحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات المالية، إلا في بيع الخمر والخنزير، فإن ذلك جائز فيما بينهم، لأنهم يقرون على أن تكون مالا لهم، ولو لم يجز مبايعتهم وتصرفهم فيها والانتفاع بها لخرجت من أن تكون مالا لهم، ولما وجب على مستهلكها عليهم ضمان. وفيما عدا ذلك فإنهم يحملون على أحكام المسلمين؛ لقوله تعالى: { وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم) المائدة ، الآية (٤٩) . وفي هذه الآية الكريمة نسخ للتخيير في الآية السابقة لها، وهي قوله تعالى: { فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم } . على رأي بعض العلماء، أو هي خاصة في غير أهل الذمة، والأولى في أهل الذمة، فلا نسخ فيهما.

وروي عن النبي– صلى الله عليه وسلم – أنه كتب إلى أهل نجران :"إما أن تذروا الربا وإما أن تأذنوا بحرب من الله ورسوله"[1].

(١) روي كتاب الصلح مع أهل نجران بألفاظ متقاربة. انظر: ((سنن أبي داود)): ٢٥٠/٤ ـ ٢٥١ (مختصر المنذري) ((سيرة ابن هشام)): ٥٩٤/٢ ـ ٥٩٥، ((فتوح البلدان)) : ٧٧/١ ـ ٧٨، ((طبقات ابن سعد)) : ٣٥٨/١، ((الأموال)) لأبي عبيد، ص (٢١٨ ـ ٢٢٠)، ولابن زنجويه: ٤٩٩/٢ ((الخراج)) لأبي يوسف، ص (٧٧ ـ ٧٨)، ((تاريخ الطبري)): ١٢٨/٣ ـ ١٢٩، ((زاد

فجعلهم النبي – صلى الله عليه وسلم – في حظر الربا ومنعهم منه كالمسلمين، قال الله تعالى: { وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل }النساء (١٦١).

فأخبر أنهم منهيون عن الربا وأكل المال بالباطل، كما قال تعالى: { يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم } النساء ، الآية (٢٩). فسوى بينهم وبين المسلمين في المنع من الربا والعقود الفاسدة المحظورة، إذ يقاس على الربا كل ما يتعلق بحكم البيوع والإجارات ونحوها من العقود والمعاملات.

ب . وفي الحدود أيضا : يجب على الإمام أن يحكم بينهم بأحكام المسلمين، فكل ما وجب على الإمام أن يقيمه على المسلمين فيما أصابوا من الحدود، كالزنا أو القذف أو السرقة أو قطع الطريق= وجب عليه أن يقيمه على أهل الذمة، غير ما استحلوا به في دينهم، كشربهم الخمر وما أشبهه، فإن ذلك يختلف حالهم فيه وحال المسلمين، فيعاقب المسلمون على ذلك، وأهل الذمة لا يعاقبون عليه، ما خلا الرجم في الزنا، فإنه لا يقام على أهل الذمة، لأن الأسباب التي يجب بها الإحصان: أحدها الإسلام. فأما ما سوى ذلك من العقوبات الواجبات في انتهاك الحرمات، فإن أهل الذمة كأهل الإسلام. ويجب على الإمام أن يقيمها عليهم، وإن لم يتحاكموا إليه، كما يجب عليه أن يقيمه على أهل الإسلام وإن لم يتحاكموا إليه.

والدليل على ذلك: حديث ابن عمر–رضي الله عنهما–: أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – رجم يهوديا ويهودية حين تحاكموا إليه [١] . ولم يجئ أنه – صلى

المعاد)) لابن القيم: ٦٣٦/٣،((إمتاع الأسماع)) للمقريزي: ٥٠٢/١ ،((مجموعة الوثائق السياسية)) د. محمد حميد الله ، ص (١٧٥ ـ ١٧٩). وأشار المنذري إلى أن الحديث مرسل. وقال ابن كثير: فيه غرابة. انظر: ((البداية والنهاية)): ٧٧/٥.

(١) عن عبدالله بن عمر ـ رضي الله عنهما ـ:((أن اليهود جاؤوا إلى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فذكروا له أن رجلا منهم وامرأة زنيا . فقال لهم رسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ: ما تجدون

الله عليه وسلم – لم يحكم عليهم إلا لأنهم تحاكموا إليه، فإن ابن عمر . رضي الله عنهما . إنما أخبر عن فعل النبي – صلى الله عليه وسلم – وحكمه إذ تحاكموا إليه، ولم يخبر عن حكمهم عنده قبل أن يتحاكموا إليه... وإنما حكم النبي – صلى الله عليه وسلم – عليهما بالرجم ، لأن ذلك كان الحكم في الزناة في شريعة موسى – عليه السلام – للمحصن وغير المحصن، ثم نسخ ذلك في شريعتنا، فجعل الرجم للمحصن والجلد لغير المحصن، ولا يكون الرجل محصنا بامرأته، ولا المرأة محصنة بزوجها، حتى يكونا حرين مسلمين بالغين، قد جامعها وهما بالغان. وممن قال بذلك كله: أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد . رحمهم الله تعالى[1] .

جـ . وكذلك يجب القصاص إذا ارتكب الذمي القتل عمدا، إذا كان القتيل مسلما أو ذميا. كما تجب الدية على الذمي في القتل الخطأ وشبه العمد، سواء كان القتيل مسلما أو من أهل الذمة.

د . وأما في النكاح؛ فإن كل نكاح يجوز فيما بين المسلمين فهو جائز أيضا فيما بين أهل الذمة، لأنهم يعتقدون جوازه، ونحن نعتقد ذلك في حقهم أيضا؛ فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: "بعثت إلى كل أحمر وأسود"[2]، وخطاب الواحد خطاب

في التوراة ؟ قالوا: نفضحهم ويجلدون . قال عبدالله بن سلام: كذبتم ، إن فيها آية الرجم ، فأتوا بالتوراة فنشروها ، فوضع أحدهم يده على آية الرجم ، فقرأ ما قبلها وما بعدها ، فقال له عبدالله بن سلام: ارفع يدك ، فرفعها فإذا فيها آية الرجم . فأمر بهما رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فرجما)) . أخرجه البخاري في الحدود: ١٣٦/١٢ ، ومسلم في الحدود أيضا: ١٣٢٦/٣ .

(١) ((شرح السير الكبير)) : ٣٠٦/١،((المبسوط)) : ٣٨/٥ وما بعدها، ((بدائع الصنائع)): ١٥٠٣/٣، ((أدب القاضي)) للخصاف، ص (٥٩٦ ـ ٦٠١) مع شرح الجصاص، ((مختصر اختلاف العلماء)): ٣٩٠/٣ وما بعدها، ((الفتاوى الخيرية لنفع البرية)) للرملي: ٩٣/١، ((البحر الرائق)) لابن نجيم: ١٨٨/٦ ،((فتح القدير)) : ٤٨٣/٢ ـ ٤٨٥ و ٣٩٩/٧، ((إرشاد الأمة إلى أحكام الحكم بين أهل الذمة)) للشيخ محمد بخيت المطيعي، ص (١٨) وما بعدها. وقارن بـ ((معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام)) للطرابلسي، ص (٣٦) .

(٢) قطعة من حديث((أعطيت خمسا لم يعطهن أحد قبلي ...)) أخرجه البخاري في التيمم: ٤٣٦/١ وفي مواضع أخرى، ومسلم في المساجد: ٣٧٠/١.

للجماعة. فما توافقنا في اعتقاده يكون ثابتا في حقهم[١].

وأما ما لا يجوز من النكاح بين المسلمين، فإنه يتنوع إلى أنواع؛ كالنكاح بغير شهود، ونكاح المعتدة، ونكاح المحارم.....وفيه تفصيل وخلاف عند أئمة الحنفية: فقال أبو حنيفة . رحمه الله . إنه لا يحكم بين أهل الذمة إلا أن يترافعا ويرضيا جميعا، فعندئذ نحملهما على أحكام الإسلام إلا في النكاح بغير شهود، والنكاح في العدة من ذمي، وكذلك إذا أسلموا فإنهم يقرون على أنكحتهم[٢].

وقال الإمام محمد بن الحسن: إنهم يخلون وأحكامهم ما لم يترافعوا إلى قاضي المسلمين، فإذا ترافعا أو أحدهما، فإنه يحكم بينهما بحكم الإسلام إلا في النكاح بغير شهود، لأنه جائز عندهم وهم يتدينون به، وقد أمرنا بتركهم وما يدينون إلا ما استثني من عقودهم . كالربا . وهذا غير مستثنى منها فيصح في حقهم، ولأن الشهادة ليست بشرط في بقاء النكاح على الصحة بدليل أنه لا يبطل بموت الشهود، فلا يجوز أن تكون شرط ابتداء العقد في حق الكافر، لأن في الشهادة معنى العبادة. وما عداه من الأنكحة الفاسدة فإنه يفرق بينهما فيه.

وقال القاضي أبو يوسف: يحملون على أحكامنا وإن أبوا إلا في النكاح بغير شهود، وذهب الإمام زفر إلى أن كل نكاح فسد بين المسلمين فسد في حق أهل الذمة، حتى لو أظهروه يعترض عليهم ويحملون على أحكامنا وإن لم يترافعوا إلينا، وكذا إذا أسلموا يفرق بينهما [٣].

---

(٣) البحر الرائق)) لابن نجيم: ١٨٨/٦ ،((فتح القدير)) : ٤٨٣/٢ ـ ٤٨٥ و ٣٩٩/٧.
(١) ((البحر الرائق)) لابن نجيم: ١٨٨/٦ ،((فتح القدير)) : ٤٨٣/٢ ـ ٤٨٥ و ٣٩٩/٧،
(٢) ((الجامع الصغير)) للإمام محمد ، ص (١٥٠ ـ ١٥١) مع شرحه ،((الأصل)) كتاب السير، ص (١٨٨ ـ ١٩٠) ،((المبسوط)): ٣٨/٥ ـ ٤٣،((بدائع الصنائع)) : ١٥٠٠/٣ وما بعدها، ((فتح القدير)): ٤٨٣/٢ ـ ٤٨٥ ومعه((العناية على الهداية)) نفسه ،((تبيين الحقائق)): ١٧١/٢ ـ ١٧٣، ((البحر الرائق)): ٢٢٢/٣ وما بعدها ،((حاشية ابن عابدين)): ١٨٤/٣ وما بعدها، ((أدب القاضي)) للخصاف، ص (٥٩٧ ـ ٦٠٠) مع شرحه للجصاص، ((مختصر اختلاف العلماء)):

ثانيا- مذهب الإمام مالك:

قال الإمام مالك: يخضع أهل الذمة للقضاء الإسلامي، فيحملون في البيوع والمعاملات والحدود على حكم الإسلام إلا في الزنا، فإنه لا يحكم به فيما بينهم، فإن ترافعوا إلى القاضي المسلم كان مخيرا، إن شاء حكم وإن شاء ترك ، فإن حكم بينهم حكم بحكم الإسلام، وإنما حكم النبي – صلى الله عليه وسلم – بالرجم على اليهودي لأنه لم يكن له ذمة يومئذ.

وقال: الذمي إذا سرق قطع، وكذلك إذا قتل أو قطع يد ذمي، اقتص منه، وإذا زنى لم يحد ويرد إلى أهل دينه، فإن أعلن ذلك عزره الإمام.

وقال: إذا تظالم أهل الذمة في مواريثهم: لم يعرض لهم، ولا أحكم لهم فيما يحكم دينهم وإن تظالموا. لكن إن رضوا بحكمنا: حكمنا بينهم بحكمنا. وإذا طلق الذمي امرأته ثلاثا فرفعته إلى الإمام: لم يعرض لهما حتى يرضيا بحكمنا، فإن رضيا فالقاضي مخير، وإن حكم بينهما حكم بحكم الإسلام[1] .

ثالثا- مذهب الشافعي:

قال الإمام الشافعي: الذي أحفظ من قول أصحابنا وقياسه أنهم لا ينظرون فيما بين أهل الكتاب ولا يكشفونهم عن شيء من أحكامهم فيما بينهم، وأنهم لا يلزمون أنفسهم الحكم بينهم إلا أن يتدارءوا هم والمسلمون، فإن فعلوا فلا يجوز أن يحكم

٣٩٠/٣ ـ ٣٩٣، ((أحكام القرآن)): ٤٣٤/٢ ـ ٤٣٨، ((إرشاد الأمة إلى أحكام الحكم بين أهل الذمة)) ص (٦) وما بعدها.

(١) ((مختصر اختلاف العلماء)) للجصاص: ٣٩١/٣ . وانظر أيضا:((البيان والتحصيل)): ١٨١/٤ ـ ١٨٦ و ٢٩٣/٩ ،((المقدمات الممهدات)): ١٥٦/٢ وما بعدها، ((تبصرة الحكام)) لابن فرحون: ٩٦/١ ،((القوانين الفقهية)) لابن جزيء ، ص (٣٠٧) ،((الكافي)): ٤١٨/١ ،((التمهيد)) كلاهما لابن عبد البر: ٣٨٥/١٤ وما بعدها ،((أحكام القرآن)) لابن العربي: ٦٢٠/٢ ـ ٦٢٣ ،((تفسير القرطبي)): ١٧٩/٦ و ١٨٤ ـ ١٨٦ ،((شرح السير الكبير)): ٣٠٦/١ وفيه يقول:((قال أهل المدينة: لا يقام عليهم ـ أهل الذمة ـ الحدود، كالزنا والسرقة ، ولكن يرفعون إلى حاكمهم ليقيمها عليهم . وذلك مروي عن علي - رضي الله عنه -)) .

لمسلم ولا عليه إلا مسلم يحكم بحكم الإسلام، وكذلك لو ترافعوا إلى حكامنا هم ومستأمن لا يرضى حكمهم، أو أهل ملة وملة أخرى لا ترضى حكمهم، وإن تداعوا إلى حكامنا فجاء المتنازعون معا متراضين ؛ فالحاكم بالخيار، إن شاء حكم وإن شاء لم يحكم، وأحب إلينا أن لا يحكم، فإن أراد الحكم بينهم قال لهم قبل أن ينظر فيه: إني إنما أحكم بينكم بحكمي بين المسلمين، ولا أجيز بينكم إلا شهادة العدول المسلمين، وأحرم بينكم ما يحرم في الإسلام من الربا وثمن الخمر والخنزير، وإذا حكمت في الجنايات حكمت بها على عواقلكم برضا العاقلة[1].

والحجة في ذلك: قوله تعالى:{فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم}المائدة(٤٢).فهي على المتنازعين لا على بعضهم دون بعض، مع قوله تعالى:{وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك}المائدة(٤٩).

قال الإمام الشافعي– رحمه الله–:"فسمعت من أرضى علمه يقول: وأن احكم بينهم إن حكمت..."[2].

رابعا– مذهب الحنابلة:

وقال الحنابلة: إذا تحاكم إلينا مسلم مع ذمي: وجب الحكم بينهم، لأن علينا حفظ الذمي من ظلم المسلم، وحفظ المسلم منه. وإن تحاكم بعضهم مع بعض، أو استعدى بعضهم على بعض: خير الحاكم بين الحكم بينهم والإعراض عنهم، فإن

---

(١) العاقلة جمع عاقل، وهو الذي يدفع الدية، والعاقلة تجمع على عواقل. يقال: عقلت القتيل عقلا: أديت ديته.قال الأصمعي: سميت الدية عقلا تسمية بالمصدر؛ لأن الإبل كانت تعقل بفناء ولي القتيل، ثم كثر الاستعمال حتى أطلق العقل على الدية، إبلا كانت أو نقدا. انظر:((المصباح المنير)) للفيومي:٤٢٢/٢-٤٢٣.

(٢)((الأم)) للشافعي: ٣٨/٧ ـ ٣٩ . وانظر أيضا: ١٨٣/٤ و ١٢٤/٦ وما بعدها، ((أدب القاضي)) لابن القاص الطبري: ١٤٢/١ ـ ١٤٤، ((المهذب مع تكملة المجموع)): ٢٠١/١٨، ((روضة الطالبين)) : ٣٢٧/١٠،((مغني المحتاج)) : ١٢٧/٤ ـ ١٢٨، ((حاشية البجيرمي على المنهج)) : ٢٥٤/٤ ،((مختصر اختلاف العلماء)) للجصاص: ٣٩٢/٣ .

حكم بينهم لم يحكم إلا بالإسلام، وإذا استعدت المرأة على زوجها في طلاق أو ظهار أو إيلاء: فإن شاء حكم لها وإن شاء تركها، فإن حضر زوجها: حكم عليه بما يحكم على المسلم في مثل ذلك[١].

ويقر أهل الذمة على الأنكحة الفاسدة بشرطين؛ أحدهما: ألا يتحاكموا إلينا، فإن تحاكموا إلينا لم نقرهم على ما لا مساغ له في الإسلام، والثاني: أن يعتقدوا إباحة ذلك في دينهم، فإن كانوا يعتقدون تحريمه وبطلانه: لم نقرهم عليه، كما لا نقرهم على الربا وقتل بعضهم بعضا وسرقة أموال بعضهم. وقد رجم رسول الله–صلى الله عليه وسلم–اليهوديين لما زنيا[٢].

اعتراض :

فإن قيل إن الشريعة الإسلامية قررت أن لهم دينهم ولنا ديننا(لكم دينكم ولي دين)[٣] ، وقوله :(لا إكراه في الدين) وقول: "نتركهم وما يدينون" فكيف نحاكمهم إلى الشرع.

الجواب:

إن هذه الآيات المقصود منها ترك إكراههم على الدخول في الإسلام لكنهم في التحاكم يخضعون لنظام الدولة الإسلامية ، وهذا حق معمول به في كل الدول ، وأجمع الفقهاء على ذلك مع دلالة القرآن والسنة ،قال في بدائع الصنائع:" ونحن أمرنا أن نتركهم، وما يدينون كما لا يتعرض لهم في عبادة غير الله تعالى، وإن كانت محرمة، وإذا ترافعا إلى القاضي، فالقاضي يفرق بينهما كما يفرق بينهما بعد

(٣) المغني لابن قدامة: ٦١٣/١٠ ـ ٦١٤ .
(١) أحكام أهل الذمة لابن القيم: ٣٩١/١. وأحكام أهل الملل)للخلال، ص (١٢٢)، ((المبدع)) : ٤٢٩/٣ ـ ٤٣٠، ((كشاف القناع)) : ١١٧/٣ و ١٣٠ ـ ١٣١.
(٢) أجابت اللجنة الدائمة عن كون هذه القاعدة حديثا: "لا نعلم حديثا عن النبي صلى الله عليه وسلم: "أمرنا أن نتركهم وما يدينون"، ولا بمعناه، بل هو مخالف للكتاب والسنة الصحيحة الآمرة بإبلاغ الشريعة، وجهاد من لم يستجب لها". فتوى رقم (٧٩٠٢).

الإسلام؛ لأنهما إذا ترافعا، فقد تركا ما داناه، ورضيا بحكم الإسلام، ولقوله تعالى {فإن جاءوك فاحكم بينهم} [المائدة: ٤٢] ، وأما إذا لم يترافعا، ولم يوجد الإسلام أيضا، فقد قال أبو حنيفة، ومحمد إنهما يقران على نكاحهما، ولا يعترض عليهما بالتفريق"[(١)].

وليس في الشريعة الإسلامية ولا النظام الإسلامي قواعد إسناد بل كل الناس ملزم بحكم الشريعة تجري عليهم سواء أكانوا من أهلها أم لا!.

والشريعة –عكس قوانين الأرض الوضعية –عالجت قضايا غير المسلمين بموضوعية شديدة وطبقت كامل قواعد العدل وفي بعضها –كمسألة العشور–يعامل غير المسلمين بما يفعلونه في بلادهم للمسلمين.

والشريعة الإسلامية ترفض مبدأ الإحالة فلا تعترف إلا بحكم الله تعالى لأنها شريعة إلاهية لا يأتيها الباطل ولا الخلل ولا الذلل ولا الضلال من بين أيديها ومن خلفها وهي نزلت لتكون شريعة لكل البشر وكافة الأمم وعامة العصور فلا تحتاج لنظام قواعد الإسناد ولا قانون الإحالة.

وإن النظام القضائي في الإسلام يتميز بخصائص لم يسجلها التاريخ لأي نظام قضائي آخر في الماضي والحاضر، وفيما تعيشه المجتمعات البشرية مستقبلا فهو يمتاز بالنزاهة المطلقة والبساطة الحكيمة الخالية من كل التعقيدات والشكليات والبعد عن الهيمنة والاستعلاء والتأله، وحرية المتقاضين في الدفاع عن حقوقهم دون خوف أو تعثر، كما يتميز بالسلوك المثالي للقضاة خوفا من الله تعالى وتجنبا للعقاب الأخروي ،كما أنه يتميز بعدم التناقض والتضاد في أحكامه وأنه يصلح لكل طائفة وكل أمة ،وتحقيق كامل مبدأ العدل بل عدل ساعة خير من عبادة ستين سنة، وموت القاضي العادل مصيبة عظيمة: "إن أكبر مصيبة تحدث في المملكة هي أقل

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٢/ ٣١١).

خطرا من مصابها بموت القاضي العادل لأن وفاة أحد القواد أو الوزراء لا تتأثر لها الحياة العمومية تأثرها بوفاة القاضي العادل"[١].

وحرص الإسلام على العدل حتى مع غير المسلمين من أوضح القضايا التي عرفت في التاريخ، في الحرب قبل السلم ، وقصة القاضي جميح بن حاضر الباجي- وقيل حاضر بن جميع[٢] -سمع شكوى أهل سمرقند بعد دخول قتيبة بن مسلم إليها ، أنه وعد بالخروج منها ولم يف بوعده ، فحكم القاضي بخروج المسلمين من سمرقند ، وأن يعود أهل سمرقند إلى حصونهم وينابذهم قتيبة على سواء-أي يخبرهم بأنه سيغزوهم علنا قبل غزوه لهم- ثم يحاربهم إن أبوا ، فاستجاب قتيبة والمسلمون وهموا بالانسحاب من المدينة فلما رأى أهل سمرقند أن الأمر جد وأنهم لم يشهدوا عدلا مثل هذا العدل ، قالوا: "مرحبا بكم سمعنا وأطعنا[٣].

والإسلام يعامل الناس بالرحمة والعدل وألا ظلم لأحد والعفو قدر المستطاع عن المسيء، والعقوبة للتأديب والإصلاح وإيفاء الحق لا الانتقام ، وأن الحرب تكون على قدر الضرورة والحاجة ، وتكون على أهلها المتصدرين لها لا على الضعفة والنساء والعمال والأطفال والشيوخ والرهبان ،ولما تزايد إقبال الناس على اعتناق الإسلام، ونقصت الجزية فقام بعض عمال الجزية بالإبقاء على الجزية من المسلمين الجدد حتى لا يتضرر بيت المال ، وظلوا يأخذون الجزية من المسلمين الجدد، فسخط المسلمون العرب- قبل غيرهم- على هؤلاء العمال الذين ارتكبوا هذا الخطأ، ورفعوا الأمر إلى الخليفة عمر بن عبد العزيز، الذي غضب غضبا شديدا على

(١) أدب القاضي / للماوردي - تحقيق محمد هلال السرحان / وزارة الأوقاف بالعراق ١٣٩١هـ - ١٩٧١م بغداد.

(١) السيرة النبوية والتاريخ الإسلامي (ص: ٢٨٣).

(٢) فتوح البلدان (ص: ٤٠٧)و السيرة النبوية والتاريخ الإسلامي (ص: ٢٨٣)، والذي يظهر أن ذكر عمر بن عبد العزيز خطأ لان قتيبة ولد سنة 49 هـ و توفي سنة 96 هـ في أول خلافة سليمان بن عبد الملك الذي كان قبل عمر بن عبد العزيزوعمر بن عبد العزيز تولى الخلافة سنة ٩٩هـ.

هؤلاء العمال وأمرهم على الفور برفع الجزية عمن يسلم، وقال :"قبّح الله رأيكم، فإن الله قد بعث محمدا هاديا ولم يبعثه جابيا"[١].

(٣) كتاب الخراج لأبي يوسف (ص ٢٥٤)و فتوح مصر لابن عبد الحكم (ص ١٠٧) .

المبحث الثالث
القانون الواجب التطبيق في التحكيم

ولاية التحكيم بين الخصمين :فهي ولاية مستفادة من آحاد الناس، وهي شعبة من القضاء متعلقة بالأموال دون الحدود، واللعان والقصاص[١].

والتحكيم : لغة من الفعل حكم مشدد الكاف بوزن فعَّل مبالغة في الحكم وطلب الحكم وأمره أن يحكم فاحتكم، والتحكيم مصدر له ، وحكمنا فلانا فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا. وحكمه في الأمر فاحتكم: جاز فيه حكمه[٢].

ومعناه أن الخصمين إذا حكما بينهما رجلا وارتضياه؛ أن يحكم بينهما، في الأموال وما في معناها، ولكنه لا يقيم المحكم حدا، ولا يلاعن بين الزوجين، ولا يحكم في قصاص أو قذف أو طلاق أو عتاق أو نسب أو ولاء[٣].

فالتحكيم إذا هو اتخاذ الخصمين حاكما برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما[٤].

وإنما استثنيت هذه المسائل من هذه القاعدة؛ لاستلزامها إثبات حكم أو نفيه من غير المتحاكمين، ومن عدا هذين المتحاكمين لم يرض بحكم هذا المحكم، فاللعان يتعلق به حق الولد في نفي نسبه من أبيه، فقد ينفيه هذا المحكم، وليس له ولاية على الحكم في هذا الولد، وكذلك النسب والولاء يسري إلى غير المحكمين، ومن يسري ذلك إليه لم يرض بحكم المحكم، وكذلك الطلاق والعتق فيهما حق لله – تعالى – إذ لا يجوز أن تبقى المطلقة البائن في العصمة، ولا أن يرد العتيق إلى الرق، وإن رضي، والله – تعالى – لم يجعل النظر في هذه الحقوق إلى هذا الرجل

(١) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (١/ ٢٠).
(٢) القاموس المحيط، ولسان العرب مادة (حكم).
(٣) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (١/ ٢٠)
(٤) الموسوعة الجنائية الإسلامية المقارنة (ص: ٢٢٨).

المحكم، وحيث قلنا لا يحكم في هذه المسائل فلو حكم فيها بغير الجور نفذ حكمه وينهى عن العود لمثله، ولو أقام ذلك بنفسه فقتل أو اقتص أو ضرب الحد أدب وزجر ومضى ما كان صوابا من حكمه وصار المحدود بالقذف محدودا والتلاعن ماضيا[١].

قال ابن قدامة: "وإذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماه بينهما ورضياه، وكان ممن يصلح للقضاء ، فحكم بينهما، جاز ذلك ، ونفذ حكمه عليهما"[٢].

فابن قدامة اشترط للمحكم أن يكون صالحا للقضاء فالتحكيم من القضاء الإسلامي.

وقال الزيلعي:"وإذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز، لأن لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما، وينفذ حكمه عليهما، وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم لأنه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط أهلية القضاء، ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام أهلية القضاء اعتبارا بأهلية الشهادة"[٣].

مشروعية التحكيم:

التحكيم مشروع بالكتاب والسنة والإجماع.

أما القرآن فقوله تعالى:{وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا } [النساء ٣٥]، قال القرطبي :"وفي هذه الآية دليل على إثبات التحكيم، وليس كما تقول الخوارج إنه ليس التحكيم لأحد سوى الله ، وهذه كلمة حق ولكن يريدون بها باطل"[٤] .

(١) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (١/ ٢٠).
(٢) المغني ٩٢/١٤.
(٣) نصب الراية ٥٩/٥.
(٤) أحكام القرآن ١٨٤/٥.

،وقوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما ليذوق وبال أمره عفا الله عما سلف ومن عاد فينتقم الله منه والله عزيز ذو انتقام }(٩٥)المائدة، قال مقاتل بن سليمان :" يحكم به ذوا عدل منكم"، يعني يحكم بالكفارة رجلان من المسلمين عدلين فقيهين يحكمان في قاتل الصيد جزاء مثل ما قتل من النعم"[١] ، فنبه على أن يكون فقيها.

وأما النصوص النبوية فكثيرة في جواز التحكيم ومنها:

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رضي بتحكيم سعد بن معاذ رضي الله عنه في أمر اليهود من بني قريظة، حين جنحوا إلى ذلك ورضوا بالنزول على حكمه[٢].

وقال ابن عباس: بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم سرية إلى بني العنبر وأمر عليهم عيينة بن حصن الفزاري، فلما علموا أنه توجه نحوهم هربوا وتركوا عيالهم، فسباهم عيينة بن حصن وقدم بهم على رسول الله صلى الله عليه وسلم، فجاء بعد ذلك رجالهم يفدون الذراري، فقدموا وقت الظهيرة، ووافقوا رسول الله ﷺ قائما في أهله، فلما رأتهم الذراري أجهشوا إلى آبائهم يبكون، وكان لكل امرأة من نساء رسول الله صلى الله عليه وسلم حجرة، فعجلوا قبل أن يخرج إليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فجعلوا ينادون: يا محمد اخرج إلينا، ويصيحون حتى أيقظوه من نومه، فخرج إليهم فقالوا: يا محمد فادنا عيالنا، فنزل جبريل عليه السلام فقال: إن الله يأمرك أن تجعل بينك وبينهم رجلا، فقال لهم رسول الله ﷺ : أترضون أن يكون بيني وبينكم سبرة بن عمرو، وهو على دينكم؟

فقالوا: نعم، فقال سبرة: إني لا أحكم بينهم إلا وعمي شاهد وهو الأعور بن

(١) تفسير مقاتل بن سليمان - العلمية (١/ ٣٢٢).
(٢) البخاري برقم (٣٠٤٣) ومسلم برقم (١٧٦٨) .

بشامة، فرضوا به، فقال الأعور: أرى أن تفادي نصفهم وتعتق نصفهم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: قد رضيت، ففادى نصفهم وأعتق نصفهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان محرر من ولد إسماعيل فليعتق. فأنزل الله تعالى:(إن الذين ينادونك من وراء الحجرات أكثرهم لا يعقلون)[١].

أما الإجماع : فقد حكم الصحابة بين بعضهم بعضا كما كان بين عمر وأبي بن كعب رضي الله عنهما منازعة في نخل ، فحكما بينهما زيد بن ثابت رضي الله عنه. واختلف عمر مع رجل في أمر فرس اشتراها عمر بشرط السوم، فتحاكما إلى شريح، كما تحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم رضي الله عنهم ، ولم يكن زيد ولا شريح ولا جبير من القضاة[٢].

وقد وقع مثل ذلك لجمع من كبار الصحابة ، ولم ينكره أحد فكان إجماعا.

شروط المحكم:

قال اللخمي: "إنما يجوز التحكيم إذا كان المحكم عدلا من أهل الاجتهاد أو عاميا واسترشد العلماء، فإن حكم، ولم يسترشد رد، وإن وافق قول قائل؛ لأن ذلك تخاطر منهما وغرر"[٣].

وقال المازري: "لا يحكم إلا من يصح أن يولى القضاء ، قال: وإذا كان المحكم من أهل الاجتهاد مالكيا، ولم يخرج باجتهاده عن مذهب مالك لزم حكمه، وإن خرج عن ذلك لم يلزم إذا كان الخصام بين مالكيين؛ لأنهما لم يحكماه على أن يخرج من قول مالك وأصحابه، وكذلك إن كانا شافعيين أو حنفيين وحكماه على مثل ذلك لم يلزم حكمه إن حكم بينهما بغير ذلك"[٤].

---

(١)الإصابة في تمييز الصحابة ٢٤٦/١و تفسير البغوي - إحياء التراث (٤/ ٢٥٥).
(٢) شرح منتهى الإرادات ٤٩٥/٣.
(٣) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (١/ ٦٣) .
(٤) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (١/ ٦٣) .

وقال الباجي رحمه الله: "فأما صفة من يحكم فأن يكون رجلا حرا مسلما بالغا عاقلا عدلا رشيدا"(١).

الأمور التي يجوز التحكيم فيها:

يجوز عند الحنابلة التحكيم في المال والقصاص والحدود، خلافا للجمهور.

قال في كشاف القناع: "وإن تحاكم شخصان إلى رجل للقضاء، بينهما فحكم، نفذ حكمه في المال والقصاص والحد والنكاح واللعان وغيرها حتى مع وجود قاض فهو كحاكم الإمام، لما روى أبو شريح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له: "إن الله هو الحكم فلم تكنى أبا الحكم"؟ قال: إن قومي كانوا إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي الفريقان قال: "فما أحسن هذا، فمن أكبر ولدك"؟، قال: شريح قال: فأنت أبو شريح"(٢).

وعنه صلى الله عليه وسلم" من حكم بين اثنين تحاكما إليه وارتضيا به فلم يعدل بينهما بالحق فعليه لعنة الله" رواه أبو بكر، ولولا أن حكمه يلزمهما لما لحقه هذا الذم ، ولأن عمر وأبيا تحاكما إلى زيد بن ثابت، وتحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم، ولم يكن أحد منهما قاضيا"(٣).

وقال ابن فرحون رحمه الله:"...أن الخصمين إذا حكما بينهما رجلا وارتضياه ؛ لأن يحكم بينهما ، فإن ذلك جائز في الأموال وما في معناها، ولا يقيم المحكم حدا ، ولا يلاعن بين الزوجين، ولا يحكم في قصاص أو قذف أو طلاق أو عتاق أو نسب أو ولاء، وإنما استثنيت هذه المسائل من هذه القاعدة ؛ لاستلزامها إثبات حكم أو نفيه من غير المتحاكمين"(٤).

---

(١) المنتقى شرح الموطأ ٢٢٨/٥ .
(٢) سنن النسائي الحديث رقم (٥٢٩٢) ورواه أبو داود برقم ٤٩٥٥).
(٣) كشاف القناع ٣٣١/٦ .
(٤) تبصرة الحكام ٦٢/١ .

والذي عليه العمل أن التحكيم في الأموال والخلافات الزوجية دون القصاص والحدود لخطورة الحكم فيها ، وهي مسئولية ولي الأمر، وهو الأمر المعمول به في المملكة العربية السعودية ،كما وورد في المادة الثانية من نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٦ وتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢هـ النص التالي: "لا يقبل التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ولا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف"(١).

شروط التحكيم :

١ – قيام نزاع ، وخصومة ، بين طرفين حول حق من الحقوق الخاصة.

٢ – تراضي طرفي الخصومة على قبول حكمه ، أما المعين من قبل القاضي فلا يشترط رضاهما به ، لأنه نائب عن القاضي.

٣ – اتفاق المتخاصمين والحكم على قبول مهمة التحكيم.

قانون التحكيم الواجب التطبيق:

المحكم يلزم بما يلزم به القاضي المسلم ، لأنه يقوم مقام القاضي، ولا يجوز له التحكيم بين خصمين أيا كانا إلا بالشرع وحكم الإسلام ، ويجب عليه الأخذ بوسائل الإثبات الشرعية التي يأخذ بها القاضي كالشهود وسائر البينات والإقرار والنكول عن اليمين ولا يحل له مخالفة الشرع بإجماع الفقهاء ،قال في المنتقى :" وسواء كان ذلك قبل البناء أو بعده فليس للحكمين أن يبطلا ما يرجع إلى الزوج من نصف الصداق قبل البناء كما ليس لهما أن يفرقا بينهما على شيء يأخذانه للزوجة من الزوج ووجه ذلك أن الطلاق حق من حقوق الزوج فليس للحكمين أن يخرجاه عن يده على شيء يأخذانه منه فيكون العوضان من جهته، وإنما يجوز لهما أن يوقعاه لشيء يأخذانه له من مال الزوجة ليكون ما يأخذانه منها يصير إلى الزوج عوضا عما أخرج عن

(١) نظام التحكيم مادة ٢.

ملكه من الطلاق"[١].

وقال في الشرح الممتع:" ولا يجوز للحكمين أن يريد كل واحد منهما الانتصار لنفسه وقريبه، فإن أراد ذلك فلا توفيق بينهما"[٢].

وقال السامري في المستوعب:" وينبغي للحكمين أن ينويا الإصلاح ويقصداه ؛ لقوله تعالى : { إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما } النساء : ٣٥ ، وينبغي أن يلطفا وينصفا ويرغبا ويخوفا ، ولا يخصا بذلك أحدهما دون الآخر ، وليس لأحدهما أن ينفرد بشيء دون صاحبه ، وليس لهما أن يربا عن حق وجب لأحد الزوجين على صاحبه من مهر أو دين أو رحل البيت ؛ لأنهما نصبا للإصلاح أو الفراق ، وليس في ذلك إصلاح ولا فراق .

وليس لهما أن يطلقا إلا أن يجعل الزوج إليهما ذلك ، وأي الزوجين امتنع من التوكيل فيما ذكرنا لم يجبر ، ولكن لا يزال الحاكم يبحث ويستخبر حتى يظهر له من الظالم فيردعه عن ظلمه ، ويستوفي منه الحق "[٣].

نقض حكم الحكمين وإبرامه:

لا ينقض حكم الحكمين إلا بما ينقض حكم القاضي فإن وافق الشرع فلا ينقض بحال ، وهو مذهب الحنابلة والشافعية والمالكية[٤]، وأما الحنفية فيجوز لقاضي المسلمين نقض حكم المحكم إذا رفع إليه إن خالف رأيه والحق عنده لأن المحكم له ولاية على من حكماه وليس له ولاية على غيرهما فهو بالنسبة للقاضي مصلح فكان له أن يرده إن خالف ما يراه صوابا ويبرمه إن وافق رأيه وهو بخلاف حكم القاضي

(١) المنتقى شرح الموطإ (٤/ ١١٥)
(٢) الشرح الممتع على زاد المستقنع (١٢/ ٤٤٧)
(٣) المستوعب (٦١٦) (٢/ ١٦٨)
(٤) المغني ج١٠٨/٩ ومغني المحتاج للشربيني ح٤/ص:٣٧٩ وتبصرة الحكام ج٥٦/٩ وأدب القاضي للماوردي ج٣٨٤/٢ وأدب القاضي لابن مازة ج٦٠/٤.

لأن للقاضي ولاية على الناس جميعا فقضاؤه حجة على الجميع لعموم ولايته وليس له أن يرد قضاء غيره[١].

تحكيم الذمي:

شرط المحكم أن يكون عاقلا ومسلما بالغا وعاقلا عند الأكثرين ،أما شرط الإسلام هذا فيمن سيحكم بين المسلمين لأنه شرط صلاحية تولي القضاء ،أما لو حكم بين غير المسلمين فلا يشترط فيه الإسلام إن كان سيحكم فيما بينهم مما يخصهم[٢].

كما أنه سبق في شروط التحكيم هو رضا الطرفين ووجود الخصومة ، فتراضي طرفي الخصومة على قبول حكمه ، أما المعين من قبل القاضي فلا يشترط رضاهما به ، لأنه نائب عن القاضي.

تحكيم المستأمن:

أهلية المحكم من أهلية القاضي كما سبق والذمي أهل للشهادة عند الحنفية فيجوز كونه محكما عندهم فيجوز تحكيمه بين المستأمنين ما لم يكن بينهم اختلاف دار.

وأما الجمهور فمنعوا من تحكيم الذمي والمستأمن لأنهما ليسا أهلا للقضاء[٣].

---

(١) أحكام الذميين والمستأمنين دعبد الكريم زيدان ص٦٠٠.

(٢) السابق.

(٣) المغني ج١٧٠/٩ وشرح الخرشي ج١٣٨/٧ ومغني المحتاج ج٤/ص:٣٧٨ وشرح اللمع ج١/ص:٥٢ و((الأصل)) كتاب السير ، ص (١٧٩) ،((الجامع الصغير)) مع شرحه((النافع الكبير)) ، ص (٢٥٦ ـ ٢٥٧)،((السير الكبير)): ٣٥٩/١ و ١٢٧٦/٤ و ١٤٨٨ وما بعدها ، ١٨٨٠/٥ ـ ١٨٩٠ ،((المبسوط)): ٩٣/١٠ ،((بدائع الصنائع)): ٤٣٧٩/٩ ،((اختلاف الفقهاء)) للطبري ، ص (٥٦ و ٥٧) و إرشاد الأمة إلى أحكام الحكم بين أهل الذمة)) للشيخ محمد بخيت ـ رحمه الله ـ فقد أشبع هذه المسألة بحثاو المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي٩١/١-٩٢.

المبحث الرابع
القانون الواجب التطبيق بالنسبة لغير المسلمين في مصر والعراق والمملكة العربية السعودية.

تمهيد :

كان رعايا الدولة العثمانية مؤلفين من أقوام مختلفين في العنصر والدين والمذهب، كما هو الحال في الدولة الإسلامية منذ عصورها الأولى، فنشأت في الدولة الإسلامية مسألة الأقليات غير المسلمة ومسألة الأجانب ، والأجانب بالتعبير المعاصر يعني من لا يحمل جنسية الدولة أو رعويتها، وهو يقابل المستأمن في الفقه الإسلامي(١).

فالأقليات غير المسلمة كانت تتمتع في مسائل الأحوال الشخصية بامتيازات قضائية، وفقا للمبدأ الإسلامي في التسامح مع أهل الذمة وعدم الإكراه في الدين.

وتأيدت هذه الامتيازات بعهود ومعاهدات لاحقة عديدة.

وكذلك كان الأجانب يتمتعون بامتيازات خاصة منذ القديم، وكانت تتجدد في بدء كل خلافة بمعاهدات متتابعة متشابهة(٢).

وكانت هذه المعاهدات . بوجه عام . تحوي الإعفاء من الضرائب، والحصانة من سلطة المحاكم العثمانية ومن التشريع المحلي في مسائل الأحوال الشخصية وفي سائر القضايا التجارية والمختلطة.

وكانت بعض هذه المعاهدات تعطي بعض الدول الأجنبية الحق بحماية رعايا دول أخرى. وهكذا تحولت الامتيازات التي كانت تستند إلى أسباب تجارية، فأصبحت وسيلة للتدخل الأجنبي في أمور الدولة بزعم حماية الأقليات غير

(١) بحوث ندوة القضاء الشرعي في العصر الحاضر بحث د عثمان جمعة ضميرية (٤٢/ ٢٣)
(٢) ((تاريخ القضاء في الإسلام))، للشيخ محمود عرنوس، ص(٢٠٠-٢٠١).

المسلمة.

وهكذا تشابكت قضية الجانب بقضية هذه الأقليات، بسبب وحدة الدين بين الفئتين، وازداد هذا التدخل في أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر. واعتبارا من سنة ١٩١٤م ألغت الدولة العثمانية الامتيازات الأجنبية، واعترفت الدول الأجنبية بذلك في معاهدة لوزان المؤرخة في ٢٤ تموز١٩٢٣م، وفي السنة التالية ألغيت الخلافة ومنصب شيخ الإسلام(المفتي العام) والمحاكم الشرعية، واستبدلت بالأحكام الشرعية الإسلامية قوانين مترجمة عن القوانين الأوربية بلا تعديل يذكر(١).

وأما في مصر: فقد كان القضاء الشرعي قديما القضاء العادي الوحيد في مصر، ولكن إبان العهد العثماني تألفت المحاكم النظامية، وضيق اختصاص المحاكم الشرعية تدريجيا. وعلى أثر تأسيس المحاكم المختلطة والقنصلية، تنظمت المحاكم الأهلية بلائحة أولى في سنة ١٨٨٣، وأعيد تنظيمها بلائحة ثانية، ولما ألغيت المحاكم المختلطة سنة ١٩٤٩، أصبحت المحاكم الأهلية المحاكم العادية الوحيدة في مصر. و بصدور القوانين الجديدة وتنظيم المحاكم الأهلية والمختلطة، انحصر اختصاص المحاكم الشرعية وأحكام الشريعة بقضايا الأحوال الشخصية، للملمين فقط، فأصبحت في صف واحد هي ومحاكم الأحوال الشخصية للطوائف المسيحية والإسرائيلية المصرية، وإن يكن اختصاصها فيما بقي لها أوسع قليلا من اختصاص المحاكم المذكورة. وفي هذه المرحلة تبدل الحال تماما حيث لم يعد يشترط في القاضي في الدولة الإسلامية أن يكون مسلما.

وأما غير المسلمين من المصريين، فكل طائفة منهم تخضع في مسائل الأحوال الشخصية إلى قانونها الخاص وإلى مجلس ملتها. أما قضايا الأحوال الشخصية

(١) مدى خضوع غير المسلمين للقضاء الإسلامي في العصر الحاضر لعثمان جمعة ضميرية. ص: و د. عبدالله محمد نوري الديرشوي الجهات القضائية واختصاصاتها في المملكة العربية السعودية.

المتعلقة بالأجانب(غير المصريين)، فإنها أصبحت بعد إلغاء المحاكم المختلطة من اختصاص المحاكم الأهلية المدنية[١].

ويتلخص مركز الأجانب (وهم المستأمنون بالتعبير الفقهي الإسلامي) في مصر. قبل التقنيات الحالية. في أنه كان في بداية الأمر يسري عليه ما يسري على غير المسلمين عامة، أي إنه كان يعامل معاملة أهل الذمة المصريين باعتباره غير مسلم، ثم في فترة لاحقة وفي ظل الامتيازات الأجنبية خضع للمحاكم القنصلية، ثم للمحاكم المختلطة كمرحلة أولى في سبيل إخضاع الأجنبي لولاية القانون الوطني المصري، ثم في مرحلة أخيرة وبإلغاء الامتيازات الأجنبية، أصبح في ولاية القضاء المصري.

فالمستأمن ، بعد أن دخلت التشريعات الوضعية وحلت محل أحكام الفقه الإسلامي، أصبح يعامل في مصر بصفته هذه – أجنبيا– وهو بهذه الصفة بالنسبة لمدى خضوعه لولاية القضاء المصري يتحدد مركزه بناء على قواعد القانون الدولي الخاص، وبالتحديد طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي التي تحدد اختصاص المحاكم المصرية إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى بالنسبة للمنازعات لتي تتضمن عنصرا أجنبيا، وبالتالي يخضع لولاية القضاء المصري إذا توفر في حقه أحد الضوابط المنصوص عليها في هذه القواعد، والتي بموجبها يخضع لولاية القضاء المصري. هذا عن مدى جواز خضوع الأجانب لولاية القضاء المصري في الماضي والحاضر. وما هو معمول به حاليا هو أن القانون المصري –كغيره من القوانين– يميز في هذا الصدد بين المصريين والأجانب، لا بين المسلمين وغير المسلمين[٢] .

أما القانون الواجب التطبيق في قضاياهم (الأجانب) في الوقت الحاضر؛ فيتم

(١) فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي))، د. رمزي محمد دراز، ص(٢٩٧-٢٩٨).
(٢) فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي))، د. رمزي محمد دراز، ص(٢٩٧-٢٩٨).

تحديده وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص، سواء من خلال قواعد الإسناد التي تعتبر الوسيلة الفنية التقليدية في حل تنازع القوانين؛ إذ تشير إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات الطابع الدولي، أو من خلال إحدى القواعد الموضوعية، إذا كانت العلاقة محل النزاع مما يخضع لهذه القواعد. أي: إن القانون الواجب التطبيق في قضايا الأجانب يتحدد وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص(١).

وكان الذميون يخضعون لقضاياهم في الأحوال الشخصية لمجالسهم الملية إن كانوا متحدين في الملة والطائفة وأما إن كانوا مختلفين في الملة فيخضعون للمحاكم الشرعية قبل إلغائها ،وأما بعد إلغاء المحاكم الشرعية فالجميع يخضعون لولاية القضاء العامة وهي المحاكم المدنية كما هو نص المادة الأولى من هذا القانون :" تختص المحاكم بالفصل في كافة المنازعات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والوقوف والولاية على جميع الجرائم إلا مستثنى بنص خاص" .

وأما ما يخص المواريث والوصية والوقف والولاية على المال فصدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ م ورقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م والقانون رقم ٣٨ سنة ١٩٤٦م فيما يخص الوقف والقانون رقم ١١٩ سنة١٩٥٢م في الولاية على المال والذميون كالمسلمين في خضوعهم لأحكام هذه القوانين والأحكام الشريعة الإسلامية التي تخص مواضيع هذه القوانين.

أما الأحوال الشخصية الأخرى غير ما سبق فتخضع لأحكام شريعتهم في نطاق النظام العام بشرطين:

أ-أن يكونوا متحدي الملة والطائفة.

ب-أن تكون لهم جهة قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون رقم٤٦٢ لسنة١٩٥٥م.

(١) المرجع السابق

نص المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ تنص علي الأتي :" أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدي الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون .. فتصدر الأحكام في نطاق النظام العام ... طبقا لشريعتهم ".

وتبعا لذلك: ١-فأحكام الشريعة الإسلامية تطبق علي المصريين المسلمين ... وغير المسلمين في حالة اختلاف الطائفة .. أو الملة .

٢-وأحكام الشرائع الخاصة (الطائفية) تطبق علي المصريين غير المسلمين .. متي كانوا متحدين في الديانة .. والطائفة .. والمله .

وتبعا لذلك فأن الفقرة الثانية من المادة السادسة _ السابق الاشارة اليها – حددت الشروط الثلاثة التي يجب توافرها حتي يمكن تطبيق شريعة غير المسلمين في مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بهم والشروط الثلاث هي:

١-ضرورة اتحاد المتقاضين في الطائفة وفي الملة معا.

أن تكون للمتقاضين جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون .

٣- عدم تعارض حكم شريعة غير المسلمين مع النظام العام .

و المحاكم الشرعية قبل إلغائها كانت تختص بقضايا الذميين في مسائل الأحوال الشخصية إذا اختلفوا في الطائفة أو الملة فتطبق عليهم أحكام الشريعة الإسلامية وفق المادة٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية[١].

ولاية القضاء العامة على المستأمنين(الأجانب):

للمستأمن أو الأجنبي حق رفع القضية للقضاء الوطني على خصمه إذا كان من رعايا الدولة المصرية، وأما إن المدعى عليه أجنبيا فقد بينت المادة الثالثة من

(١) أحكام الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين حلمي بطرس ص٣٩ ،شرح المرافعات المدنية والتجارية د / الشرقاوي ج١/ص:٣٢.

قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٧٧ لسنة١٩٤٩م[١] ببيان الأحوال التي تختص فيها المحاكم الوطنية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي إذا لم يكن له سكن أو موطن بمصر ، ويفهم منه أن المحاكم تختص بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجانب إذا كان لهم موطن أو سكن في مصر بغض النظر عن المكان الذي تمت فيه العقود أو الأفعال التي سببت النزاع[٢].

كما أنه ذكر في القانون قواعد الإسناد ليشير للقانون واجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي فيطبق القانون الأجنبي وفق قواعد الإسناد مقيدا بالنظام العام والآداب العامة وفق المادة٢٨ من القانون المدني المصري.

بمعنى أنه إذا كان القانون الواجب التطبيق طبقا لقواعد الإسناد يجيز زواج المسلمة من غير المسلم أو المساواة في المواريث بين الذكر والأنثى أو يمنع الطلاق إلا بإرادة الزوجة فعلى القاضي الوطني تطبيق القانون الوطني أي الشريعة الإسلامية فيقضي ببطلان الزواج لأن القانون الأجنبي مخالف للنظام العام في البلاد.

والأجانب يخضعون كذلك للقانون الوطني المصري في حالة أن يتزوج سرياني ذمي كاثوليكي مستأمنة أرثوذكسية ثم وقع خلاف فيحكم بينهم بالقانون المصري الوطني وهو الشريعة في مثل هذه الحالة حسب المادة٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وذلك لاختلاف الزوجين في الطائفة والملة.

وكذلك زواج المسلم من مستأمنة فالقانون الواجب التطبيق هو الشريعة وكذا في التوارث بين ذمي ومستأمنين لأن أحكام المواريث في مصر تجري على جميع المواطنين من مسلمين وغير مسلمين[٣].

---

(١) وألغي بقانون ١٣ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية.
(٢) القانون الدولي الخاص د أحمد مسلم ج١/ص٢٧٥ وشرح قانون المرافعات المدنية والتجارية حج١/ص:٢٥٢.
(١) أحكام الذميين والمستأمنين د عبد الكري زيدان ص:٦٠٨.

المطبق في العراق:

"القضاء في العراق : دراسة استعراضية للتشريعات التي نظمت شؤون القضاء في العراق" مدحت محمود.

كانت الدولة العثمانية تتمذهب بالمذهب الحنفي وتحكم به في كافة رعاياها وفي سائر محاكمها وكانت هو المطبق في العراق بالمحاكم الشرعية قبل إلغائها عام ١٣٠٥هـ ،وكانت تنظر في جميع القضايا ولجميع المقيمين ثم قيدها السلطان العثماني فمنع المحاكم الشرعية يوم ٢٤ جمادى الآخرة سنة ١٣٠٥هـ من النظر في قضايا التجارة والجزاء والضرر ونقل اختصاصها للمحاكم المدنية.

وبقي اختصاص المحاكم الشرعية للأحوال الشخصية لجميع المقيمين بالعراق حتى احتلت بريطانيا العراق سنة١٩١٧م أصدرت بيان المحاكم سنة ١٩١٧م وأناط رؤية دعاوى الأحوال الشخصية المتعلقة بالأفراد غير المسلمين للمحاكم المدنية وتستعين المحكمة بعالم روحاني للطائفة التي ينتمي إليها الخصوم لمعرفة الحكم الديني[١].

وفي عام١٩٢٥م تأسس القانون الاساسي للعراق ونصت المادة٧٥ على تقسيم المحاكم الشرعية الدينية لشرعية ومجالس روحية والمجالس الروحانية الطائفية تشمل المجالس الروحانية الموسوية والمسيحية.

وفي العراق وبعد تأسيس الدولة العراقية ، كانت المحاكم الشرعية تعتمد المذهب الشخصي للمسلمين المتداعين ، وتصدر قرارها وفقا لما تنص عليه فتاوى ومقررات هذا المذهب ، عبر العودة إلى النصوص المدونة في الكتب الفقهية ، والى الفتاوى في المسائل المختلف عليها ، ويستعان في اغلب الأحيان بالمراجع الدينية لهذا المذهب ، أو بالعودة إلى قضاء المحاكم في البلاد الإسلامية.

(٢) أحكام الذميين والمستأمنين د عبد الكريم زيدان ص:٦١١.

وبعد الرابع عشر من تموز ١٩٥٨م ألفت وزارة العدل العراقية بتاريخ : ٧ / شباط / ١٩٥٩ م لجنة لوضع لائحة قانونية استمدت مبادئها مما هو متفق عليه من أحكام الشريعة ، وما هو مقبول من قوانين البلاد الإسلامية ، وما استقر عليه القضاء الشرعي في العراق ، واستطاعت اللجنة صياغة مشروع قانون للأحوال الشخصية والذي عرف بقانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م ، واشتمل القانون على أهم أبواب الفقه في الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية الجامعة لمسائل الزواج والطلاق والولادة والنسب والحضانة والنفقة والوصية والميراث[١].

والذميون حاليا في مسائل المعاملات والأحوال العينية يخضعون للمحاكم المدنية كالمسلمين وأما المسائل الأحوال الشخصية فموزعة بين المحاكم الطائفية ومحاكم المواد الشخصية الشرعية والقانون الواجب التطبيق ليس واحدا.

ويخضع الأجنبي لولاية القضاء العامة مادام موجودا بالعراق وتطبق المحاكم المدنية القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد العراقية التي نص عليها القانون المدني العراقي في المواد ١٧-٣٣.[٢]

النظام المطبق في المملكة العربية السعودية:

فإن مذهب الإمام أحمد بن حنبل هو المذهب السائد فيها والمعمول به في المحاكم الشرعية، ولما صدرت أخيرا الأنظمة العدلية، ومنها: نظام المرافعات الشرعية، ونظام الإجراءات الجزائية= نصت المادة الخامسة والعشرون من نظام المرافعات على أنه " تختص محاكم المملكة بنظر الدعاوى التي ترفع على غير السعودي الذي له محل إقامة عام أو مختار، فيما عدا الدعاوى العينية المتعلقة بعقار خارج المملكة". وهذا بعمومه وإطلاقه يدخل فيه غير المسلم. و كذلك نصت

(١) لائحة الأسباب الموجبة لصدور قانون الأحوال الشخصية المرقم : (١٨٨)لسنة:١٩٥٩م .
(٢) المرجع السابق.

المادة السادسة و العشرون على أنه " تختص محاكم المملكة بنظر الدعاوى التي ترفع على غير السعودي الذي ليس له محل إقامة عام أو مختار، في المملكة في الأحوال الآتية:

أ – إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في المملكة أو بالتزام تعتبر المملكة محل نشوئه أو تنفيذه.

ب– إذا كانت الدعوى متعلقة بإفلاس أشهر في المملكة"[١].

فلا فرق بين سعودي وغير سعودي في الخضوع للنظام العام وتطبق المحاكم الشريعة الإسلامية في جميع القضايا التي تنظرها سواء كان في الأحوال الشخصية أم غيرها.

هذا من حيث مدى خضوع غير المسلمين للقضاء في المملكة.

وأما من حيث القانون الواجب التطبيق؛ فقد جاء النص في المادة الأولى من نظام المرافعات الشرعية، والمادة الأولى أيضا من نظام الإجراءات الجزائية على أنه "تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقا لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة[٢].

هذا، والمعمول به في محاكم المملكة أن حكم الإسلام لازم لغير المسلمين في معظم القضايا، من غير تفريق بين أحوال شخصية وغيرها[٣].

والمذهب الحنبلي يشترط رضى الطرفين في رفع الخصومة للقاضي المسلم إن كان الخصم مسلما والآخر غير مسلم ليحكم بينهما القاضي المسلم ،أما المحاكم

---

(١) ((نظام المرافعات الشرعية))، ضمن الأنظمة العدلية الثلاثة، ص(١١)، ((اللوائح التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية)) منشورة في مجلة العدل، العدد(١٥) السنة الرابعة،١٤٢٣هـ ، ص(١٢٠) وما بعدها.

(٢) ((الأنظمة العدلية الثلاثة)) ، ص (١١و٥٢).

(١) ((مجلة العدل)) العدد السابق نفسه، ص(٢٣٧-٢٤٠).

الشرعية لا تشترط الرضى من الخصمين وهذه مخالفة للمذهب الحنبلي، والراجح قول الجمهور من عدم اشتراط رضى المدعى عليه.

دولة الإمارات العربية المتحدة:

جاء اختصاص المحاكم من الناحية الدولية منسجما ومتفقا مع سيادة الدولة على أرضها، وولاية القضاء تتبع الإقليم في الأصل، وبالتالي فإن كل مقيم على أرض الدولة مشمول باختصاصها إلا ما استثني لسبب أو نص أو اتفاق، سواء كان المقيم مواطنا أو أجنبيا يطأ أرض الدولة.

واستثنى قانون الإجراءات المدنية الدعاوى العينية المتعلقة بعقار خارج الدولة. وكذلك يخرج عن اختصاص القضاء في الدولة أيضا: أمور لا يجوز النظر فيها لاعتبارات خاصة، ومنها:

أ . أعمال السيادة، وهي الأعمال التي تصدر عن السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة حكم، وذلك كالعلاقة بين الدولة والدول الأخرى في حالتي السلم والحرب، والتوقيع على المعاهدات، والتصديق عليها، وتفسيرها.

ب . المتمتعون بالحصانة القضائية، وهم رؤساء الدول، والبعثات الدبلوماسية والعاملون في المنظمات الدولية، فلا ترفع عليهم دعوى جنائية، وكذلك في المسائل الإدارية والمدنية إلا ما استثني في العقار غير المخصص للبعثة الرسمية ودعاوى الميراث، والدعاوى المتعلقة بنشاط مهني أو تجاري يقوم به لممثل الدبلوماسي في الدولة الموفد إليها خارج نطاق عمله الرسمي.

وفي الدعاوى الجزائية لا يثار موضوع الاختصاص الدولي للمحاكم الجزائية؛ لأن اختصاصها يتعين بالمكان الذي وقعت فيه الجريمة، مهما كانت جنسية المتهم،

على ما نصت عليه المادة (١٤٢) من قانون الإجراءات الجزائية[١]).

مقارنة بين ما سبق وما هو معمول به بالدول الغربية:

ولعله من المفيد هنا الإشارة سريعا إلى ما عليه العمل في بعض القوانين الغربية في مجال تطبيق القوانين على الأجانب، لبيان ما فيها من المفارقات والموافقات، وأجتزئ بما نقله الشيخ سبد عبد الله حسين – رحمه الله– في كتابه النفيس الفريد ((المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي))، وهو مقارنة بين القانون الفرنسي والفقه المالكي بخاصة، قال فيه:

(القانون الفرنسي: القوانين الخاصة بالبوليس والأمن العام تطبق على جميع المقيمين على الأرض الفرنسية بلا فارق بين أجنبي أو فرنسي.

والقوانين المتعلقة بالنظام العام من الأحوال الشخصية، كزواج غير واحدة، تطبق على الجميع أيضا.

والقوانين المتعلقة بالأهلية أو الأحوال الشخصية: تطبق على الفرنسيين فقط دون الأجانب، والقوانين الخاصة بالأملاك الشخصية العقارية تسري عليها القوانين الفرنسية، والمنقول يطبق عليه القوانين الفرنسة أيضا خصوص القاعدة (وضع اليد دليل الملكية) إلا إذا كان لمنقول ضمن ميراث، فيطبق عليه قانون التركة، وهو محل وجودها.

والقوانين المتعلقة بأهلية الشخص: ينفذ القانون الفرنسي على الفرنسي فقط، ولو كان خارجا عن أرض فرنسا، فيكون عمله قانونيا في فرنسا.

ويرى علماء القانون تطبيق قانون الأجنبي في أحواله الشخصية بشرط عدم

(١) ((أصول المحاكمات الشرعية في قوانين دولة الإمارات العربية المتحدة))، لأستاذي الدكتور محمد الزحيلي، ص(٤٣-٤٧).

مخالفته للقانون الفرنسي فيما يعتبر من النظام العام، كزواج المسلم بغير واحدة على أرض فرنسا، فهو ممنوع.

والقوانين الخاصة بالشروط المطلوبة في الشهادات القضائية يعمل بما هو مطلوب قانونا بقانون محل سماع الإشهاد.

والقوانين الخاصة بتنفيذ العقود وبالاتفاق تسري أولا شروط المتعاقدين فيما اتفقا عليه، وإلا فيسري قانون محل التعاقد[1].

(١) المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي: ١/٩١-٩٢.

الخاتمة

– القضاء الشرعي نظام فريد لم يأت نظام مثله.

– الشريعة هي القانون الواجب التطبيق في كل تفاصيل الحياة.

– الشريعة فاقت القوانين كلها وتميزت عليها لذلك لم تحتج لقواعد إسناد ولا قانون إحالة.

– أهل الذمة في الحدود والجرائم والأموال والمعاملات وغيرها مطالبون بالتحكيم للشرع.

– أهل الذمة والمستأمنون قد يتركون يحتكمون فيما بينهم في أحوالهم الشخصية ما لم يترافعوا للقاضي السلم.

– القاضي المسلم ليس له حدود اختصاص بل يحكم في كل القضايا وفي كل الأطراف من المسلمين وغيرهم.

– الشريعة الإسلامية واجبة التطبيق في القضايا كلها وليست الشريعة ببدع من النظم فكل نظم العالم في بلدها واجبة التحكيم في كل القضايا.

–القوانين الوضعية أقصت الشريعة بصور كلية في بعض البلدان إلا في بعض قضايا فقه الأسرة وهذه جريمة شرعية تسببت في هزائم للأمة.

– التحكيم أسلوب شرعي وله شروط واختصاصات وهو معين للقضاء ومخفف للعبء القضائي ومسرع لقضاء الحقوق.

– أقترح أن يعين محكم في كل محافظة أو مدينة أو منطقة لتسهيل أمور القضاء ولتسريع البت في القضايا ولتخفيف الحمل على القضاء وللمحتكمين حق اللجوء إليه أو ترفع القضية للقاضي النظامي ويتوفر في المحكم شروط القضاء المعتبرة ويكون تحت رعاية الدولة.

– أن نظام التحكيم يحتاج لتفعيل أكبر وتفعيل الرقابة القضائية أكثر.

قائمة المراجع

- الإبهاج في شرح المنهاج شرح على منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي (ط. دبي) تقي الدين السبكي؛ علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام السبكي الأنصاري الخزرجي، أبو الحسن، تقي الدين.

- أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام د/ عبد الكريم زيدان مؤسسة الرسالة 1982 – 1402 .

- أحكام القرآن أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي أبو جعفر تحقيق سعد الدين أونال.الرسالة.

- أحكام القرآن أبو بكر بن العربي المالكي تحقيق محمد عبد القادر عطا دار إحياء التراث .

- أحكام أهل الذمة (ط. رمادي) ابن قيم الجوزية؛ محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، أبو عبد الله، شمس الدين،تحقيق يوسف بن أحمد البكري أبو براء – أحمد بن توفيق العاروري أبو أحمد .دار التراث.

- أدب القاضي لأحمد بن أبي أحمد الطبري المعروف بابن القاص، تحقيق حسين خلف الجبوري دار الكتاب .

- أدب القاضي للماوردي – تحقيق محمد هلال السرحان / وزارة الأوقاف بالعراق.

- إرشاد الأمة إلى أحكام الحكم بين أهل الذمة للشيخ محمد بخيت المطيعي

- الإصابة في تمييز الصحابة للحافظ أحمد بن حجر العسقلاني ، دار الصحابة .

– أصول المحاكمات الشرعية في قوانين دولة الإمارات العربية المتحدة لأستاذي الدكتور محمد الزحيلي

– إعلام الموقعين عن رب العالمين ابن قيم الجوزية شمس الدين ، دار التراث.

– إمتاع الأسماع بما للنبي صلى الله عليه وسلم من الأحوال والأموال والحفدة المتاع المقريزي؛ أحمد بن علي بن عبد القادر، أبو العباس الحسيني العبيدي، تقي الدين المقريزي، تحقيق : محمد عبد الحميد النميسي.

– الأموال أبو عبيد القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي البغدادي تحقيق سيد بن رجب أبو أنس ، دار الحلبي للطباعة والنشر.

– الأموال لابن زنجويه ، تحقيق شاكر ذيب فياض ، دار القلم للنشر والتوزيع .

– البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ومعه منحة الخالق (ط. العلمية) لابن نجيم ،تحقيق زكريا عميرات دار الكتب العلمية.

– البداية والنهاية (ط. أوقاف قطر) (ت: الأرناؤوط ومعروف) ابن كثير؛ إسماعيل بن عمر بن كثير بن ضو بن درع القرشي البصروي ثم الدمشقي، أبو الفداء، عماد الدين ، تحقيق مجموعة من المحققين تحت إشراف: عبد القادر الأرناؤوط – معروف، بشار عواد .

– بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ط. الجمالية) أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي علاء الدين ، ط الجمالية.

– البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة، وضمنه: المستخرجة من الأسمعة المعروفة بالعتبية محمد بن أحمد بن رشد القرطبي أبو الوليد تحقيق محمد حجي ، دار الكتب العلمية.

– تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام إبراهيم شمس الدين محمد

بن فرحون اليعمري المالكي برهان الدين أبو الوفاء، المحقق: جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية.

– تفسير الطبري = جامع البيان عن تأويل آي القرآن ، تحقيق معروف، بشار عواد –الحرستاني ، دار الكتب العلمية.

– تفسير عبد الرزاق بن همام الصنعاني أبو بكر، تحقيق : محمود محمد عبده ط. العلمية.

– التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد مرتبا على الأبواب الفقهية (ط. الفاروق) ابن عبد البر؛ يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي المالكي، أبو عمر ياسر بن إبرهيم ، ط دار الفاروق .

– رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) ويليه قرة عيون الأخيار وتقريرات الرافعي محمد أمين بن عمر عابدين عادل أحمد عبد الموجود – علي محمد معوض ، دار إحياء التراث.

– صحيح البخاري (ط. التأصيل) البخاري؛ محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله البخاري؛ محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله ، دار التأصيل.

– صحيح مسلم (ط. التأصيل) الإمام مسلم؛ مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابورى، أبو الحسين مركز البحوث وتقنية المعلومات – دار التأصيل .

– فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي رمزي محمد علي دراز. منشورات الحلبي.

– كشاف القناع عن متن الإقناع منصور بن يونس بن إدريس البهوتي تحقيق وتخريج وتوثيق: لجنة متخصصة في وزارة العدل الناشر: وزارة العدل في المملكة

العربية السعودية الطبعة: الأولى، ١٤٢١ – ١٤٢٩ هـ = ٢٠٠٠ – ٢٠٠٨ م .

– المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي)) المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ) الناشر: دار الفكر (طبعة كاملة معها تكملة السبكي والمطيعي).

– مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة د. محمد حميد الله دار النفائس سنة النشر: ١٤٠٧ – ١٩٨٧ م.

– المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي مصطفى أحمد الزرقا ، سنة النشر: ١٤٢٠ – ١٩٩٩م ، دار القلم دمشق.

– معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام المؤلف: أبو الحسن، علاء الدين، علي بن خليل الطرابلسي الحنفي (المتوفى: ٨٤٤هـ) الناشر: دار الفكر الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ .