إشكالية النظام القانوني للأقليات الدينية بين الفقه الإسلامي ومبادئ المواطنة

الدكتـــــور
السيد أحمد عبدالله منصور
مدرس الفقه بقسم الدراسات الإسلامية
كلية التربية – جامعة الأزهر الشريف

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الإنسان محل عناية الاسلام وموضع رعايته، تولته عناية الله منذ خلقه الأول، فسواه ونفخ فيه من روحه ، وأحاطه بالمعونة والهداية، وضبط حياته بالشرائع والأحكام ٠

وقد أودع الله فى الانسان غرائز طبيعية تعمل على بقائه واستمراره، منها غريزة الانتماء إلى مثله من البشر، من خلال روابط وعلاقات تحقق مقتضى هذه الغريزة، وتنمى لديه الشعور بضرورة المحافظة عليها، وإضافة الى هذا العامل النفسي، وضع الإسلام له أحكاما تضبط حياته وعلاقته بغيره من الناس.

ويعتبر الموطن عنصرا جوهريا لإقامة التجمعات البشرية، حيث يعيش البشر وتدور عليه أحداث حياتهم ، يقول الله تعالى: " الذين إن مكنَّاهم فى الأرض أقاموا الصلاة وآتواْ الزكاة وأمرواْ بالمعروف ونهواْ عن المنكر ولله عاقبة الأمور "[1]

وقد ارتبطت بالوطن فى الفكر المعاصر فكرة المواطنة، وهو مصطلح مستحدث وفد إلينا من الحضارة الغربية، كغيره من المصطلحات المعاصرة، والتى تحمل مضامين معينة عند أصحابها، وقد أحدثت لبسا لدى المسلمين[2] ، بسبب اختلاف بعض هذه المضامين مع قواعد وأصول الشريعة .

ويكتسب مصطلح المواطنة أهمية كبرى عند تحديد علاقة مبادئها بأصول الشريعة فى الدول التى تعيش فيها مجموعات بشرية مختلفة الديانات، كاليهود والنصارى الذين يقيمون فى بلاد إسلامية ، أو كالمسلمين الذين يقيمون فى بلاد غير إسلامية .

---

(١) المؤمنون (٤١) .

(٢) الفقه الاسلامى ومفهوم المواطنة، قضايا ومناقشات، موقع التجديد العربى محفوظة ٢/ ٥/ ٢٠٠٨ .

ومن أهم القضايا التى تواجه فقهاء الشريعة فى العصر الحاضر بيان موقف الإسلام من المواطنة بمبادئها المعاصرة، وإيجاد الحلول لما قد يحدث من مشكلات بين مبادئ المواطنة وأحكام الشريعة .

وهناك اتجاهان لمواجهة هذه المشكلة: اتجاه يرفض فكرة المواطنة بمفهومها المعاصر دون مناقشة، واتجاه آخر يسلم بها بصورة مطلقة، ويرى أن عدم التسليم بها يعنى التخلف عن ركب الحضارة الحديثة، واتجاه ثالث وسط بين الطرفين يتبناه فقهاء الشريعة فى الأزهر الشريف الذي هو الجهة المنوط بها بيان موقف الاسلام من مثل هذه القضايا[١] .

وتعتبر قضية تحديد القانون الواجب التطبيق على الأقليات الدينية فى ظل نظام المواطنة، من أبرز القضايا التى تحتاج إلى بيان موقف الإسلام منها، سواء الأقليات غير الإسلامية فى البلاد الإسلامية، أو الأقليات الإسلامية فى البلاد غير الإسلامية، وهذا ما سوف أحاول المساهمة فى بيانه من خلال هذا البحث – إن شاء الله تعالى– وعنوانه: (إشكالية النظام القانوني للأقليات الدينية بين الفقه الإسلامي ومبادئ المواطنة)، ومصطلح إشكالية: مصدر صناعي من الفعل أشكل ويقصد منه " مجموعة من المسائل التي يطرحها الباحث في أحد فروع المعرفة والتي تحتاج إلى تأمل وفكر لإيجاد حل لها "[٢] ، وقصدت منه هنا: التنبيه على طرح مجموعة من المسائل المتعلقة بالأقليات الدينية في كل من الفقه الإسلامي ومبادئ المواطنة ؛ لإزالة ما يلتبس على البعض من أن أحكام الفقه الإسلامي تناهض مبادئ المواطنة، من خلال اضطهاد الأقليات الدينية، وبيان سمو الفقه الإسلامي على غيره من الأنظمة القانونية في معالجته لمشاكل الأقليات .أما مصطلح (النظام

---

(١) المواطنة وإشكاليتها في ظل الدولة الإسلامية د سامر مؤيد عبد اللطيف جامعة كربلاء كلية القانون مجلة الفرات العدد السابع ٢٠١١ ص٨٢ وما بعدها .

(٢) معجم اللغة العربية المعاصرة د / أحمد مختار عبد الحميد عمر بمساعدة فريق عمل، ج٢ / ص ١٢٢٨، الناشر عالم الكتب الطبعة الأولى ١٤٢٩ – ٢٠٠٨ .

القانوني) ، فالقصد منه التنبيه على أن المقصود هو بيان المدرسة القانونية التي يتبعها القانون المطبق على الأقليات الدينية أو بيان المرجعية القانونية للقانون الذي يطبق عليهم، كالنظام القانوني الأنجلوساكسوني، أو النظام القانوني اللاتيني وهي عبارة عن مجموعة من النظم القانونية ذات التراث المشترك، أو النظام القانوني الإسلامي الذي يمثله الفقه الإسلامي[(١)] .

أولا: أهمية البحث: ترجع أهمية البحث إلى ما يأتي:

١- أنه يبين مرونة الفقه الإسلامي وقدرته على وضع الحلول المناسبة للمشكلات القانونية المستحدثة بفعل التطور الإنساني .

٢- أنه يبين مواكبة الفقه الإسلامي لمبادئ المواطنة الحديثة وسموه عليها في ضرورة احترام عقائد غير المسلمين بوضع أحكام تحفظ هويتهم الدينية، وتعتبر عقائدهم أساسا لتقرير تلك الأحكام .

٣- أنه يحاول إيجاد الحلول الفقهية لمشاكل الأقليات الإسلامية التي تعيش في غير بلاد المسلمين، خاصة مع الأنظمة القانونية السائدة في تلك البلاد .

ثانيا: أهداف البحث: ويهدف البحث إلى:

١- الرد على خصوم الفقه الإسلامي الذين يزعمون أن اعتقاد المسلمين إقامة نظام قانوني عادل من خلال أحكام الفقه هو مجرد وهم لا أصل له في الواقع، وأن الشريعة عاجزة عن تقديم حلولا للمشكلات القانونية الخاصة بالأقليات الدينية .

٢- الرد على من يزعم عنصرية الفقه الإسلامي في مواجهة الأقليات الدينية في بلاد الإسلام، وأنه يقرر أحكاما تؤدي إلى اضطهاد الأقليات الدينية، وأن هذه القضية تظهر عوار الفقه الإسلامي وعنصريته .

---

(١) المصطلحات القانونية باللغة الإنجليزية مع ترجمة كاملة باللغة العربية للعقايلة محمد زيد، مكتبة دار النفائس للنشر والتوزيع الطبعة السادسة٢٠١٤ .

ثالثا: منهج البحث، وخطته:

أ – منهج البحث: يعتمد البحث المنهج الوصفي، اعتمادا على المراجع الأصلية، إضافة منهج المقارنة والتحليل للقضايا محل البحث .

ب – خطة البحث:

قسمت البحث إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم المواطنة بين الفقه والفكر القانوني .

المبحث الثاني: النظام القانوني للأقليات غير الإسلامية في بلاد الإسلام .

وفيه مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الأقليات في القانون الدولي والفقه .

المطلب الثاني: النظام القانوني لغير المسلمين في بلاد الإسلام .

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على غير المسلمين إذا تولى الحاكم الحكم بينهم .

المبحث الثالث: النظام القانوني للمسلمين المقيمين في غير بلاد الإسلام، وفيه مطالب:

المطلب الأول: الإقامة في غير بلاد الإسلام .

المطلب الثاني: ولاية القاضي غير المسلم على المسلمين في غير بلاد الإسلام.

المطلب الثالث: امتداد ولاية القاضي المسلم على المسلمين في غير بلاد الإسلام.

المطلب الرابع: تجاوز شرط إسلام القاضي .

المطلب الخامس: اللجوء إلى نظام التحكيم .

خاتمة في أهم نتائج البحث، مراجع البحث، والفهارس .

المبحث الأول

مفهوم المواطنة بين الفقه والفكر القانوني

أولاً: مفهوم المواطنة في الفقه:

لم يتناول الفقهاء مصطلح المواطنة لكنهم تحدثوا عن الموطن، وبينوا مفهومه وضوابطه أثناء كلامهم عن أحكام السفر، وسوف أعرض لمفهوم الموطن فى اللغة وعند الفقهاء:

تعريف الموطن لغة: يقال: وَطَنَ بالمكان وأوطَنَ: أقام فيه واتخذه وطنا، فالوطن هو المنزل يقيم فيه الانسان ويتخذه محلا، ومسكنا[(١)] .

تعريف الموطن اصطلاحا: عرف الفقهاء الموطن الأصلى أو موطن القرار- تمييزاً له عن غيره كوطن الإقامة، ووطن السكنى - بتعريفات منها:

١- عرفه الماوردى بأنه: " مجتمع المنازل الذين يسكنون المكان ولا يظعنون عنه شتاءً ولا صيفاً، إلا ظَعْنَ حاجة سواء مصراً أو قرية[(٢)] .

---

(١) لسان العرب لابن منظور، مادة : وطن حـ ١٥ / ص ٣٣٨ دار إحياء التراث العربى، المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير ص ٦٦٥، دار الفكر، المغرب فى ترتيب المعرب لناصر بن عبد السلام أبو المكارم حـ ١ / ص ٨٩ دار الكتاب العربى .

(٢) الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٣١ دار الكتب العلمية .

٢- وعرفه الكاسانى بأنه: " مولد الإنسان، أو موضع تأهل به، ومِن قصده التعيشُ به، لا الارتحال عنه "[١]

إذن الموطن الأصلى هو "" المكان الذى يقيم فيه الإنسان إقامة دائمة، ولا يظعن عنه إلا لحاجة[٢] .

وقد تحدث الفقهاء عن الموطن الأصلى عند الكلام عن أحكام السفر ؛ للتمييز بين أماكن الإقامة ؛ لبيان الجائز وغيره من أحكام السفر، واعتبروا الاستيطان مناطاً لاعتبار الموطن أصلياً، وأن لا يقصد الإنسان ترك المكان إلا لضرورة، كإخراج عدو، أو مخمصة، وإلا لم يكن موطناً أصلياً، وإنما يكون نوعًا آخر من أنواع الموطن وهى:

١- **وطن الإقامة:** بأن يقصد الإنسان المكث فى موضع صالح للإقامة مدة محددة، وهى المدة التى توجب عليه إتمام الصلاة، وهى مدة مختلف فيها، حددها الحنفية بخمسة عشر يوما[٣] .

٢- **وطن السكنى:** بأن يقصد الإنسان المقام فى غير بلدته أقل من خمسة عشر يوما[٤] .

---

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى حـ ١ / ص ١٠٤ دار الكتب العلمية ٠

(٢) تحفة المحتاج فى شرح المنهاج حـ ٢ / ص ٤٢٥ دار إحياء التراب العربى ٠

(٣) العناية شرح الهداية للبابرتى حـ ٢ / ص ٤٥ دار الفكر، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق حـ ١ / ص ٢١٥ دار الكتاب الاسلامى ٠

(٤) المبسوط للسرخسى محمد بن أحمد بن سهل حـ ١ / ص ٢٥٣، ٢٥٤، دار المعرفة، بيروت ١٤١٤ هـ، ١٩٩٣ م ٠

وهذان النوعان يقصد بهما: محل إقامة الإنسان داخل الموطن الأصلي، كالمحافظات في التقسيم الإداري المعاصر مثلا، وذُكِرا لبيان ضوابط عبادات السفر، قصراً، أو فطراً، بأن يتوافر **شرطان:**

١- أن تسبق الإقامة بسفر.

٢- وأن يكون بينهما مسافة وإلا لم يعتبرا وطناً.

والوطن الأصلى يمكن أن يتعدد، ويمكن أن يتغير؛ فقد كانت مكة وطنا للنبى -ﷺ- وأصحابه، فلما هاجروا إلى المدينة اتخذوها وطنا أصليا، فلما سافر النبى إلى مكة قال لأهلها: " أتموا صلاتكم فإنا قوم سَفْرٌ " ولا ينقض الموطن الأصلى بنية السفر والخروج إذا عاد إليه[(١)] .

وبهذا التقسيم يمكن اعتبار الموطن الأصلى ، يمثل الدول فى الاصطلاحات المعاصرة، فى إطار العالم الإسلامى الكبير، الذى يحتوى هذه الأوطان الأصلية ، أو الدول ، والذى يعبر عنه الفقهاء بدار الإسلام ، فى مقابل دار الحرب ، ودار العهد، فكل دولة مستقلة تعتبر موطنا أصليا ، ودارا مستقلة ، من ديار الإسلام ، وذلك بعد تقسيم العالم الاسلامى إلى كيانات مستقلة، أرضا، وشعبا، وسلطة، يتمتع كل منها باستقلال كامل، وذلك بحكم الواقع والحقيقة، وإن كانت كلها تمثل دار الإسلام اعتباراً وحكماً، ويكون الوطن الخاص ، أو الأصلى هو: " ما

(١) العناية شرح الهداية حـ ١ / ص ١٤٣، الجوهرة النيرة للعبادى حـ ١ / ص ٨٨، درر الحكام شرح عمدة الأحكام لمحمد بن فرموزا منلا خسرو حـ ١ / ص ١٣٦ دار إحياء الكتب العربية ، نصب الراية فى تخريج أحاديث الهداية حـ ٢ / ص ٢٢٦ ، ص ٢٢٧ دار الحديث ط الأولى ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م ٠

ولد فيه الانسان، وأقام به ، وارتبط وانتمى إليه ، واستعد للتضحية من أجل رفعته وتقدمه واستقراره "[١] .

ولابد للفقه أن يعمل فى هذا الإطار الواقعى العملى، وأن يعتبر كل دولة داراً مستقلة، مع عدم إغفال الانتماء إلى الوطن الإسلامي الأكبر، يقول الشوكانى رحمه الله تعالى: " وأما بعد انتشار الإسلام واتساع رقعته، وتباعد أطرافه، فمعلوم أنه قد صار فى كل قطر أو أقطار الولاية إلى إمام أو سلطان، وفى القطر الآخر كذلك، ولا ينفذ لبعضهم أمر ولا نهى على قطر الآخر أو أقطاره التى رجعت إلى ولايته، فلا بئس بتعدد الأئمة والسلاطين، وتجب طاعة كل واحد منهم بعد البيعة له على أهل القطر الذى ينفذ فيه أوامره ونواهيه "[٢] .

وهذه نظرة واقعية ، تتفهم الواقع ولا تصطدم به ، وتقرر مبدأ السيادة لكل قطر، وعدم جواز تدخله فى شئون غيره من الأقطار الأخرى ، وتوجب الطاعة لكل صاحب بيعة ، من سلطان ، أو رئيس على أهل بيعته ، والإسلام لا يمنع أن يكون للمسلم موطن خاص، ينتمي إليه، ويرتبط به ، ويخلص له ، ويضحى من أجله ، يدل على ذلك القرآن ، والسنة ، فمن القرآن الكريم :

١- قوله تعالى: " لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم ...."[٣] ، وقوله تعالى: " ولو أنا كتبنا عليهم أنْ اقتلوا أنفسكم أو اخرجوا

---

(١) معجم المصطلحات السياسية الدولية لأحمد زكى بدوى ص ٩٣، الناشر دار الكتاب اللبناني للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة الأولى .
(٢) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكانى حـ ٤ / ص ١٢.
(٣) سورة الممتحنة الآية (٨) .

من دياركم ..."[١] وقوله تعالى: " إن الذى فرض عليك القرآن لرادك إلى معاد "[٢] ، ففى الآية الأولى اعتبر القرآن الإخراج من الديار جريمة ، وقرنها بجريمة القتل ، وفى الثانية قرن حب النفس بحب الوطن، وفى الثالثة بين حب النبى - ﷺ- لمكة موطنه الأصلى، واشتياقه إليها ، فقد روى عن ابن عباس أن قوله تعالى: " إلى معاد " يعنى الى مكة[٣] .

٢- **ومن السنة:** حديث أنس -رضي الله عنه- قال: " كان رسول الله - ﷺ- إذا قدم من سفر فأبصر درجات المدنية أوضع ناقته – أى أسرع بها – وإذا كانت دابة حركها " قال أبو عبد الله: عن عمير، عن حميد: " حركها من حبها"[٤] .

وعن ابن عباس- رضي الله عنه -: قال رسول الله - ﷺ- لمكة: " ما أطيبَك من بلد، وما أحبَك إلى، ولولا أن قومى أخرجونى منك ما سكنت غيرك"[٥] .

وفى حديث عائشة رضى الله عنها: كان بلال رضى الله عنه يقول: " اللهم العن شيبة بن ربيعة، وعتبة بن ربيعة، وأمية بن خلف، كما أخرجونا من أرضنا إلى أرض الوباء، ثم قال رسول الله ﷺ : " اللهم حبب إلينا المدينة كحبنا لمكة أو أشد "[٦] .

---

(١) النساء ٦٦ .
(٢) القصص ٨٥ .
(٣) صحيح البخارى ، كتاب تفسير القرآن ، باب : إن الذى فرض عليك القرآن لرادك ، الآية رقم ٤٤ .
(٤) صحيح البخارى ، كتاب الحج ، باب : من أسرع ناقته إذا بلغ المدينة رقم ١٦٧٥ .
(٥) سنن الترمذى ، كتاب المناقب ، باب فى فضل مكة ، رقم ٣٨٦١ .
(٦) صحيح البخارى، كتاب الحج، باب كراهية النبى -ﷺ- ترك مكة، رقم ١٧٥٦ .

هذه الأحاديث ظاهرة الدلالة على اعتبار الإسلام للأوطان ، وحثه على الانتماء والحنين إليها، فقد كان النبى -ﷺ- يحب المدينة ويفرح إذا قدم إليها ، وكذلك كان حبه لمكة، مولده وموطنه، وقد اعتبر بلال - رضى الله عنه - إخراج المشركين لهم من وطنهم سببا للعنهم، واللعن لا يكون إلا لسبب قوى ، وقد أقره النبى - ﷺ -[(١)] .

إذن الآيات والأحاديث فيها مشروعية حب الأوطان الخاصة والانتماء إليها، وأن الإسلام لا يمنع ذلك، بل يحث عليه وينمى الشعور به ٠

فكل من أقام بصفة دائمة على أرض وارتبط بها وانتمى إليها وقصد العيش فيها وعدم الارتحال عنها إلا لضرورة فهو مواطن أصلى، دون نظر إلى دينه فالحربى يمكنه اكتساب صفة المواطن فى الدولة الإسلامية بالطريقة التى يقررها الإمام، بأن يلتزم بالواجبات المالية، ويكون ذلك بمحض إرادته، ويعرض عليه الإمام الإقامة[(٢)] .

واكتساب صفة المواطن الأصلى يقتضى مجموعة من الحقوق والواجبات تبنى عليها العلاقة بين المواطن ووطنه كواحد من رعاياه، وبينه وبين سائر المواطنين وهو ما يمكن تسميته حقوق وواجبات المواطنة، فالمواطنة:" تعبير عن الوضع

(١) حب الوطن من منظور شرعى للدكتور زيد بن عبد الكريم الزيد مكتبة الأمن الفكري النسخة الإلكترونية .

(٢) فتح القدير شرح الهداية حـ ٤ / ص ٣٢١، الهداية شرح بداية المبتدىء حـ ٤ / ص ٣٥٢ دار الفكر .

والصلة التي تربط الإنسان بموطنه الأصلي، ومواطنيه، والنظام القانوني والسياسي للفرد فى وطنه "[١].

ثانياً: تعريف المواطنة فى الفكر القانوني:

عرفت المواطنة بتعريفات متعددة منها:

عرفتها دائرة المعارف البريطانية بأنها: " علاقة بين فرد ودولة كما يحددها قانون تلك الدولة وبما تقتضيه تلك العلاقة من حقوق وواجبات، وهى تدل ضمنا على مرتبة من الحرية مع ما يصاحبها من المسئوليات، وهى على وجه العموم تسبغ على المواطن حقوقا سياسية مثل حق الانتخاب وتولى المناصب العامة " .

وفي موسوعة الكتاب الدولية: المواطنة " عضوية كاملة فى دولة أو فى بعض وحدات الحكم، كالإمارة مثلا، وأن المواطنين لديهم بعض الحقوق مثل حق التصويت وتولى المناصب العامة، وعليهم بعض الواجبات كدفع الضرائب والدفاع عن مصيرهم " .

وفي موسوعة كولير الأمريكية المواطنة هي " أكثر أشكال العضوية فى حياة سياسية اكتمالا "

وقيل المواطنة: " مجموعة من العلاقات المتبادلة بين الفرد والدولة التى يقيم فيها بصورة ثابتة ويتمتع بجنسيتها، وكذلك بين مجموع الأفراد فى الدولة على أساس

---

(١) المواطنة وإشكاليتها في ظل الدولة الإسلامية للدكتور / سامر مؤيد عبد اللطيف باحث في كلية القانون كربلاء ص٧٢، مجلة الفرات العدد السابع ٢٠١١.

الحقوق والواجبات المتبادلة التى يحددها القانون الأساسى أو الدستور الذى يقره المواطنون أنفسهم "[١] .

ويلاحظ على هذه التعريفات الإطالة وعدم دقة العبارة ، واستعمال مصطلحات فضفاضة كالعضوية الكاملة، والحقوق والواجبات التى يحددها القانون، مجموعة من العلاقات وهكذا، فهى مصطلحات واسعة يمكن حملها على مرادات مختلفة، وهذا الأسلوب من التعريفات معيب ؛ لأن التعريف يتميز بقلة ألفاظه ودقتها فى أداء المقصود منها حيث تضيق دائرة الخلاف فى تفسيرها، فشأن التعريف أن يكون جامعا مانعا، قليل العبارة، محدد الدلالة، وهذا ما يميز الفقه الاسلامى عن غيره، يلاحظ ذلك بغير عناء من يتعامل مع نصوص الفقهاء وتعريفاتهم .

والمواطنة لا تحمل معيارا واحدا متفقاً عليه تكتسب به لكنهم وضعوا لها أسساً منها:

١- قرابة الدم، أو العضوية، أو قانون الدم: وهو الذى يعطى حق المواطنة بناء على مواطنة والديه، فهي حق وراثي .

٢- مكان الولادة " قانون الأرض " وهو الذى يعطى حق المواطنة للفرد بحسب مكان ولادته، بغض النظر عن مواطنة والديه .

---

(١) مفهوم المواطنة وعلاقته بالانتماء د / عثمان بن صالح العامر موقع آفاق مركز آفاق للدراسات والبحوث، التأصيل التاريخي لمفهوم المواطنة، الدكتورة / بان غانم أحمد الصائغ، كلية العلوم السياسية جامعة الموصل، المواطنة والديمقراطية في البلدان العربية بشير نافع، سمير الشميرى، على خليفة الكوارى وآخرون، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت ٢٠٠١ ص ٣٦، ٤٠، مسلمون ومسيحيون في الحضارة العربية الإسلامية مركز يافا للدراسات والأبحاث القاهرة ١٩٩٩ ص ٥ محمد صدقي الدجانى .

٣- اكتساب المواطنة بالهجرة أو" قانون الهجرة "، يتحصل الفرد على مواطنة البلد التى هاجر إليها، وتوافرت فيه شروط الهجرة المطلوبة، وتمت الموافقة عليها[١] .

يلاحظ: " أن معايير اكتساب المواطنة قد أشار إليها الفقهاء، فمعيار قانون الدم أو الوراثة، قد أشاروا إليه باعتباره سببا فى اكتساب الموطن الأصلى، وهو أن يكون موطن آبائه وأجداده، وكذلك معيار المولد " أشرت إليه سابقا فى أقوال الفقهاء عن اكتساب الموطن الأصلى، ومعيار الهجرة عرضت له فقهيا، عند بيان قواعد اكتساب المواطنة الأصلية، وأن للإمام أن يعرض على الحربى الذى دخل ديار الإسلام الإقامة الدائمة فى بلادنا، واكتساب المواطنة الأصلية، حتى قال بعض الحنفية : إن مجرد الإقامة فى بلادنا سَنَةً يعطيه الحق في ذلك.

وأرى أن أقوى المعايير لاكتساب المواطنة معيار الوراثة أو الدم، فبه يرتبط الإنسان بالمكان والإنسان برباط الدم، وهو أقوى الروابط الإنسانية يقول الله تعالى: " وأولوا الأرحام بعضهم أولياء ببعض في كتاب الله ... "[٢] وهو أقوى من معيار المولد، ومعيار المولد أقوى من معيار الهجرة، وإن كان الفقه قد قرر اعتبار المعايير الثلاثة فى اكتساب الموطن الأصلي .

ومصطلح الموطن الأصلى لا يؤدى مفهوم المواطنة الغربى، فالإسلام يعلى قيمة الإنسان أي إنسان فى دولته، ويبين ما له من حقوق وما عليه من واجبات، و يحث على الانتماء للأوطان والتضحية فى سبيلها في إطار العقيدة الإسلامية، فلا منافاة بين الاسلام والانتماء للأوطان، بل الانتماء للأوطان والدفاع عنها من مبادىء الشريعة، ووجود رابطة للتعايش بين أفراد الدولة مسلمين وغير مسلمين

---

(١) المواطنة وإشكاليتها فى ظل الدولة الاسلامية د / سامر مؤيد عبد اللطيف، جامعة كربلاء علوم سياسية فى كلية القانون، مجلة الفرات العدد السابع .

(٢) الأنفال آية ٧٥ .

مما وضع مبادئه وضوابطه الفقه الإسلامي وعنى به عناية فائقة ، وخاصة الإطار القانوني الذي ينظم العلاقة بين الدولة والمواطنين، مسلمين وغير مسلمين حيث كان للفقه الإسلامي قصب السبق فى بيان أدق أحكامه وقواعده، وتحديد موقف الفقه الإسلامي من مفاهيم المواطنة بمعناها المعاصر يساعد فى تحقيق الاستقرار فى المتجمعات الإسلامية التى يعيش فيها جماعات من غير المسلمين، لا سيما وقد صارت المواطنة من الحقائق السياسية والقانونية المؤثرة .

المبحث الثانى

النظام القانوني للأقليات غير الإسلامية في بلاد الإسلام

المطلب الأول:

في مفهوم الأقليات في القانون الدولي والفقه

أولا – مفهوم الأقلية فى القانون الدولى:

لا يوجد تعريف متفق عليه فى القانون الدولى لمصطلح الأقليات، لتعدد المواقف التى تعيش فيها الأقليات، فبعضها يعيش فى مناطق محددة منفصلة عن الجزء الأكبر من السكان، فى حين تنتشر مجموعات أخرى فى أرجاء مختلفة من البلاد، ويتمتع بعضها بفكرة مجزأة عن تراثها[(١)]، وقد عرفت الأقليات بتعريفات منها:

١- **تعريف الموسوعة البريطانية**: الأقليات هى " جماعات من الأقوام يتمايزون عرقيا أو لغويا، أو قوميا عن بقية الأفراد فى المجتمع الذى يعيشون فيه " .

٢- **تعريف الموسوعة الدولية للعلوم الاجتماعية**: الأقلية هى " جماعة من الأفراد الذين يتميزون عن بقية أفراد المجتمع عرقيا أو قوميا، أو دينيا، أو لغويا، وهم يعانون من نقص نسبى فى القوة، ومن ثم يخضعون لبعض أنواع الاستعباد والاضطهاد والمعاملة التميزية " .

---

(١) حقوق الأقليات فى القانون الدولي : بعض الاضاءات مرفت رشماوى، مستشارة حقوق الإنسان، خبيرة فى منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، منظمة العفو الدولية، المكتب الإقليمي، للشرق الأوسط وشمال إفريقيا، موقع منظمة العفو الدولية .

٣- **تعريف الموسوعة الأمريكية:** الأقليات هي: " جماعات لها وضع اجتماعي داخل المجتمع، أقل من وضع الجماعات المسيطرة فى المجتمع نفسه، وتمتلك قدرا أقل من القوة والنفوذ، وتمارس عددا أقل من الحقوق مقارنة بالجماعات المسيطرة فى المجتمع، وغالبا ما يحرم أفراد الأقليات من الاستمتاع الكافي بامتيازات مواطن الدرجة الأولى "[(١)] .

وإذا كان الحصول على تعريف متفق عليه للأقليات أمرا صعبا فإنه من الممكن أن نحدد بناء على التعريفات السابقة معايير لتحديد مفهوم للأقليات:

المعيار الأول: معيار العدد: حيث تتصف الأقلية فى جميع التعريفات بأنها قليلة العدد عن بقية السكان .

المعيار الثاني: الضعف وعدم الهيمنة فى مواجهة الأغلبية: وهذه نتيجة طبيعية؛ إذْ من غير الممكن هيمنة الأقلية على الأغلبية، وهذا المعيار يدعو إلى توفير الحماية لهم .

المعيار الثالث: اختلاف الهوية اللغوية، أو الدينية، أو العرقية، وهذه عوامل موضوعية تتميز بها الأقليات عن غيرها .

وبناء على ذلك يمكن أن نعرف الأقلية بأنها: " مجموعة من الناس يتميزون بقلة عددهم تربطهم رابطة العرق،أو الدين، أو اللغة، يحاولون المحافظة عليها ولا يشعرون بالهيمنة " .

---

(١) راجع التعريفات فى : مفهوم الأقلية مجلة الوعى ، مجلة جامعية فكرية ثقافية العدد ٢٢٤ السنة العشرون رمضان ١٤٢٦ – ٢٠٠٥ م النسخة الالكترونية
www.al-waie.org/ ، مفهوم الأقليات وتعريفاتها فى المواثيق الدولية لموفق محمد ، موقع الحوار المتمدين ، محور حقوق الإنسان .

والجنسية ليست شرطا لتمتع الأقليات بالحماية ؛ لأن حقوق الأقليات من حقوق الإنسان،وهى لا تقتصر على المواطن، وهذا لا يعنى الطغيان على حقوق المواطنين الأصليين[١] .

ثانياً: الأقليات في الفقه :

لم يتناول الفقه مصطلح الأقليات ؛ فهو مصطلح مستحدث كمصطلح المواطنة ، وإن شاع استعماله لدى الفقهاء المعاصرين فقد أطلقوا على بعض الأحكام المتعلقة بغير المسلمين المقيمين في بلاد الإسلام أو المسلمين المقيمين في غير بلاد الإسلام مصطلح فقه الأقليات، وهو مصطلح مشعر بقهر الأقلية وانتهاك حقوقها وحصول التمييز ضدها من الأغلبية الحاكمة

والإسلام لا ينظر إلى المخالف فى الدين، أو اللغة، أو العرق، باعتباره أقلية مقهورة، لكن ينظر إلى جميع رعاياه باعتبارهم مواطنين أصليين يتمتعون بكافة الحقوق دون تميز، ويحترم عقائدهم ومللهم، ويقرر لهم أحكاما تحفظ هويتهم الدينية، أما المخالف فى اللغة أو العرق، فلا أثر لمخالفته فالقاعدة التي قررها القرآن الكريم: "يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفواْ إن أكرمكم عند الله أتقاكم "[٢] ، والنبي - ﷺ - يقول: " إن الله قد أذهب عنكم عبية الجاهلية، وفخرها بالآباء، مؤمن تقى وفاجر شقى، أنتم بنو آدم وآدم من تراب "[٣] وعن أبى سعيد - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله- ﷺ-:

(١) حقوق الإنسان مرفت رشماوى موقع منظمة العفو الدولية .
(٢) الحجرات ١٣ .
(٣) سنن أبى داود، كتاب الأدب، باب التفاخر بالاحساب ٥١١٦ .

" إن ربكم واحد ، وأباكم واحد ، ونبيكم واحد ، لا فضل لعربي على أعجمي ولا لعجمي على عربي، ولا أحمر على أسود، ولا لأسود على أحمر إلا بالتقوى "[(١)].

فقد تجاوز الإسلام مبادئ المواطنة، فلم يميز بين الناس على أساس الدين أو اللغة أو العرق، واحترم عقائدهم وأديانهم، وقرر في قواعده تركهم وما يدينون، وهذه نظرة متقدمة تسمو على كافة الأنظمة القانونية الحديثة ٠ وجريا على ما قرره بعض الفقهاء المعاصرين يمكن أن نعرف الأقلية فى اللغة والاصطلاح على النحو التالي:-

أ - تعريف الأقلية لغة:

القلة خلاف الكثرة، وقوم قليلون، وأقلاء يكون في قلة العدد، وقوم قليل مثله، وفى التنزيل: " واذكروا إذ كنتم قليلا فكثركم " وأقل: افتقر، والإقلال: قلة الجِدَة، ورجل مُقِلٌ وأقلُ فقير يقال: فعل ذلك من بين أثْرَى وأقل: أي من بين الناس كلهم[(٢)] .

فمادة قل تدور حول: قلة العدد، والفقر والحاجة، وتميز من اتصف بها عن غيره.

ب- تعريف الأقلية اصطلاحا :

يمكن تعريفها من خلال معناها فى اللغة بأنها: " التميز بقلة العـدد، أو المـال، أو الجاه، سواء كان المُمَيَّز فرداً، أو جماعةً " .

وقد عرفها معجم اللغة العربية المعاصرة بأنها: " مصدر صناعي، وأنها عكس الأكثرية، وأنها تعنى " جماعة متميزة بدينها أو عرقها، أو لونها، تعيش في مجتمع

(١) أحمد فى المسند برقم ٢٣٥٣٦ .
(٢) لسان العرب لابن منظور، حـ ١١ / ص ٨٧، مادة قلل،المصباح المنير ص ٥١٤ مادة قلل.

يفوقها عدداً، ويخالفها خصائص ومميزات " أقلية سياسية – أقلية دينية – أقلية برلمانية – وهكذا [١] .

وقد اختلف الفقهاء في تحديد من هم غير المسلمين " الأقليات الدينية " التي تعيش فى بلاد الإسلام كمواطنين أصليين، وهذا التحديد ضروري لبيان النظام القانوني الذي يطبق عليهم فى الدولة الإسلامية:

فذهب **الحنفية** [٢]: إلى أن المقصود بغير المسلمين: " جميع من لا يدينون بالإسلام إلا العرب من المشركين ؛ لأنهم رهط النبي- ﷺ- فلا يُقَرَّون على غير دينه، وأن للإمام أخذ الجزية منهم، ليقيموا فى بلاد الإسلام .

وذهب **المالكية**[٣] فى ظاهر المذهب، والأوزاعى، وسعيد بن عبد العزيز، وعبد الرحمن بن يزيد بن جابر[٤] : إلى أن الجزية تؤخذ من جميع غير المسلمين عرباً أو غير عرب، ليقيموا فى بلاد الإسلام .

واستدلوا على ذلك: بحديث بريدة: " كان النبي ﷺ إذا أمَّر أميرا على جيش أو سرية وصاه فى خاصة نفسه بتقوى الله تعالى، ومن معه من المسلمين خيراً، ثم قال: اُغزوا باسم الله فى سبيل الله، قاتلوا من كفر بالله، اُغزوا ولا تغلوا، ولا

---

(١) معجم اللغة العربية المعاصرة، حـ ٣ / ص ١٨٥٣، مادة قلل رقم ٤٠٨٤ د / أحمد مختار عبد الحميد عمر بمساعدة فريق عمل، عالم الكتب الطبعة الأولى ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م .

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى حـ ٣ / ص ٢٧٨ دار الكتاب الاسلامى الطبعة الثانية .

(٣) المنتفى شرح الموطأ حـ ٢ / ص ١٧٣ .

(٤) المغنى لابن قدامه حـ ٩ / ص ٣٣٤ .

تُمثلوا، ولا تقتلوا وليداً، وإذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى ثلاث خصال، فأيتهن ما أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم " ... الحديث "[١]

وجه الدلالة من الحديث: قوله ﷺ " إذا أنت لقيت عدوك "، فكلمة عدوك عامة فى غير المسلمين، فقد أجاز الحديث للإمام أخذ الجزية من كل كافر، ويلزم من ذلك اعتباره من أهل الذمة، وحصوله على حق الإقامة الدائمة، أو المواطنة[٢] .

وذهب **الشافعية**[٣] **والحنابلة**[٤] فى ظاهر مذهبهم: إلى أن المقصود بغير المسلمين: أهل الكتاب من اليهود والنصارى ومن يلحق بهم من المجوس، هم الذين يجوز للإمام أخذ الجزية منهم ليقيموا فى دار الإسلام، وأما غيرهم من عبدة الأوثان وأهل الشرك فلا.

واستدلوا على ذلك: بعموم الآيات والأخبار التى تأمر بقتل المشركين، والأمر بالقتل عام خُص منه أهلُ الكتاب بخطاب الله تعالى الذى يبين أنهم اليهود والنصارى: يقول الله تعالى: " قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم .. "[٥] مع قوله تعالى: " أنْ تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا وإنْ كنَّا عن دراستهم لغافلين "[٦] ويلحق باليهود والنصارى المجوس بحديث:

---

(١) صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب تأمير الإمام الأمراء على البعوث ووصيته إياهم بآداب الغزو رقم ١٧٣١ .

(٢) سبل السلام شرح بلوغ المرام لمحمد بن إسماعيل الصنعانى حـ ٢ / ص ٤٦٩ دار الحديث .

(٣) الأم للإمام الشافعي محمد بن إدريس حـ ٤ / ص ١٨٤ دار الفكر بيروت ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م .

(٤) المغنى لابن قدامه حـ ٩ / ص ٣٣٤ .

(٥) آل عمران ٦٤ .

(٦) الأنعام ١٥٧ .

" سنوا بهم سنة أهل الكتاب "[١] وحديث " أن النبي -ﷺ- أخذ الجزية من مجوس هجر "[٢] ، ولو كان غير المجوس داخلا لقال النبى -ﷺ- " سنوا بجميع المشركين "، فخرج من الأمر بالقتال اليهودُ والنصارى والمجوسُ، وبقى غيرهم، وأما أهل صحف إبراهيم، وزبور داود، وغيرهم فلا يقبل منهم ؛ لأنهم غير من ذكرنا، إذ لم تكن لهم شرائع وإنما كانت مواعظ وأمثال[٣] .

الترجيح:

الراجح مذهب القائلين: إن المقصود بغير المسلمين جميع من لا يؤمن بالإسلام من أهل الكتاب وغيرهم، وأن للإمام أخذ الجزية منهم ليصبحوا مواطنين من رعايا دار الإسلام، وحمل كلمة " عدوك " فى حديث بريدة على أهل الكتاب بعيد، والقول بأن النبي -ﷺ- لم يأخذها من العرب: يجاب عنه: بأن الأخذ لم يشرع إلا بعد الفتح وقد دخل العرب فى الإسلام ولم يبق منهم محارب ؛ ولأن العرب فتحوا بلاد فارس وبلاد الشام، وكان من رعاياهم عرب، خاصة بلاد الشام، ولم يبحث الفاتحون عن عربي ولا عجمي، بل عمموا الجزية على الجميع، وبهذا يعلم أن حديث بريدة كان بعد فرض الجزية[٤] .

---

(١) ضعفه الألباني فى إرواء الغليل فى تخريج أحاديث منار السبيل رقم ١٢٤٨، المكتب الاسلامى بيروت الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .

(٢) صحيح البخارى، كتاب الجزية، باب الجزية والموادعة مع أهل الحرب رقم ٢٩٨٧ .

(٣) أسنى المطالب شرح روض الطالب حـ ٤ / ص ٢١٣، ٢١٤، المغنى لابن قدامه حـ ٩ / ص ٣٣٤، كشاف القناع عن متن الاقناع حـ ٣ / ص ١١٨ دار الفكر وعالم الكتب ١٤٠٢ هـ ٠ ١٩٨٢ م .

(٤) سبل السلام حـ ٢ / ص ٤٩٦ .

وعلى ذلك فإن غير المسلمين الذين يقيمون فى بلاد الإسلام يعتبرون مواطنين أصليين ، سواء كانوا من أهل الكتاب أو من غيرهم، ما داموا ملتزمين بالقواعد التي يضعها الإمام، أما أهل العهد الداخلون إلى بلاد الإسلام بغير استيطان الذين يقيمون إلى مدة محددة، فلا يلزمنا أن نحكم بينهم[١] .

المطلب الثاني

النظام القانوني لغير المسلمين في بلاد الإسلام

تحرير محل النزاع في تحديد النظام القانوني لغير المسلمين :

اتفق[٢] الفقهاء على أن غير المسلمين إذا لم يترافعوا إلينا في أحكامهم الخاصة تُرِكوا وما يدينون .

واتفقوا[٣] على أن الخصومات التي يكون أحد طرفيها مسلماً، سواء كان طالباً أو مطلوباً، يجب على القاضي المسلم أن يفصل فيها .

واختلفوا إذا كان أطرف الخصومة غير مسلمين، وترافعوا إلينا، هل يجب على الحاكم أن يحكم بينهم أم هو بالخيار: إن شاء حكم وإن شاء أعرض عنهم ؟

---

(١) الحاوى الكبير للماوردى حـ ١١ / ص ٤١٩، ٤٢٠ .

(٢) الحاوى الكبير للماوردى حـ ١١ / ص ٤١٩ دار الفكر ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م، المغنى لابن قدامه حـ ٩ / ص ٨٤ .

(٣) المرجعان السابقان .

ويرجع سبب اختلافهم إلى: ورود الآيات بالتخيير، ووروودها بالإلزام، أما التخيير فقوله تعالى: " ... فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم .. "[(١)] وأما الإلزام فقوله تعالى: " وأن احكم بينهم بما أنزل الله .. "[(٢)] .

فبالأولى تمسك من رأى أنه بالخيار، وبالثانية تمسك من رأى الإلزام، وادعى نسخ الأول[(٣)] .

فإن اختاروا وتراضوا وترافعوا إلينا، فإن الفقهاء قسموهم إلى قسمين:

القسم الأول: أن يكونوا من أهل دين واحد كيهوديين، أو نصرانيين .

القسم الثانى: أن يكونوا مختلفي الديانة كيهودي ونصراني .

أولاً: مذاهب الفقهاء فى حكم متحدى الديانة:

إذا كانوا متحدى الديانة، وتراضوا بالتحاكم إلينا، فقد اختلف الفقهاء فى حكم استجابة الحاكم لهم: هل يلزمه ذلك ؟ أم هو بالخيار بين الحكم أو الترك ؟ اختلفوا على ثلاثة مذاهب .

---

(١) المائدة آية ٤٢ .

(٢) المائدة آية ٤٩ .

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد حـ ٤ / ص ٢٥٥ .

المذهب الأول: ذهب المالكية[١]، والشافعي[٢] فى القديم، وهو المنصوص عن أحمد، وقول النخعى[٣]، والشعبي، وعطاء، وقتادة : إلى أن الحاكم مخير بين الحكم بينهم أو الإعراض عنهم ٠

المذهب الثاني: وذهب الحنفية [٤]، والشافعي فى الجديد [٥]، وهو رواية عند الحنابلة[٦]، وقول ابن عباس، والحسن، وسفيان، ومجاهد[٧]: إلى أنه يجب على الحاكم أن يحكم بينهم إذا ترافعوا إلينا ٠

المذهب الثالث: ذكره ابن رشد: أنه يجب على الإمام الحكم بينهم، وإن لم يترافعوا إلينا[٨] .

وذكر الماوردى رحمه الله تعالى أقوالا ثلاثة للفقهاء: الأول: التخيير، الثاني: أنه يلزم الحاكم أن يحكم بينهم ويعدى المستعدى ويجبر المتعدى عليه على الحضور ويلزمه حكمه جبراً دون تفريق بين حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين، الثالث: أنه يلزمه الحكم بينهم فى حقوق الآدميين ولا يلزمه فى حقوق الله عز وجل، فالفرق بين القول الثاني والثالث من أقوال الماوردي: أن الثانى لم يفرق فى الإلزام بين حقوق

(١) المنتقى شرح الموطأ للباجى حـ ٥ / ص ١٨٨ .
(٢) الحاوى الكبير حـ ١١ / ص ٤١٩، ٤٢٠ .
(٣) المغنى لابن قدامه حـ ٩ / ص ٨٢، ٨٣، معالم التنزيل للبغوى حققه محمد عبد الله وغيره، الناشر دار طيبة للنشر والتوزيع الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م .
(٤) بدائع الصنائع حـ ٥ / ص ١٤٣ دار الكتب العلمية ١٤٠٩ – ١٩٨٦ م ؟ .
(٥) الحاوى الكبير حـ ١١ / ص ٤١٩ .
(٦) المغنى لابن قدامه حـ ٨ / ص ٨٣ .
(٧) أحكام القرآن للجصاص حـ ٢ / ص ٦١٠ .
(٨) بداية المجتهد لابن رشد الحفيد حـ ٤ / ص ٤٥٥ دار الحديث القاهرة ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م .

الله تعالى وحقوق الآدميين، أما الثالث، فقد فرق بينهما، فجعل الحاكم ملزما بالحكم فى حقوق الآدميين دون حقوق الله تعالى[١] .

تنبيه: اشترط المالكية لكى يحكم الحاكم بينهم: أن يرضى الخصوم، والأساقفة، وهى رواية ابن القاسم، والمذهب عندهم أنه لا يشترط رضا الأساقفة، وقد ذكر القرافى الأول بصيغة التضعيف فقال: قيل: لا يحكم إلا برضا أساقفتهم[٢]، وصحح ابن العربى عدم اشتراط رضا الأساقفة ؛ لعموم الدليل، والقياس على ما لو تحاكم رجلان من المسلمين لرجل نفذ حكمه، ولم يعتبر رضا الحاكم، فالكتابيون أولى ؛ إذ الحكم ليس بحق للحاكم على الناس إنما هو حق للناس على الحاكم .

وذكر وجه القول الضعيف وهو اشتراط رضا الأساقفة: بأن عدم اشتراطه إفساد عليهم[٣] .

أدلة المذهب الأول: استدل القائلون بالتخيير بالكتاب والسنة:

أ - من الكتاب: قوله تعالى: " فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وإن تعرض عنهم فلن يضروك شيئا فإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين"[٤]

---

(١) الحاوى الكبير حـ ١٧ / ص ١٠٠ .

(٢) الذخيرة لشهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافى حـ ٣ / ص ٢٨٦ دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠١ م .

(٣) أحكام القرآن لابن العربى المالكى حـ ٢ / ص ١٢٤ دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ٠

(٤) سورة النساء آية ٤٢ .

وجه الدلالة من الآية: أنها أصل فى التخيير وعمدة من قال به، فقد خيره الله تعالى صراحة بين الحكم بينهم أو الإعراض عنهم [١] .

- وقوله تعالى: " فإن تولوا فاعلم أنما يريد الله أن يصيبهم ببعض ذنوبهم.."[٢]

وجه الدلالة من الآية على التخيير: أن الله تعالى لم يقل فإن تولوا فاحكام بينهم[٣] .

ب- ومن السنة : حديث ابن عمر- رضي الله عنهما - أنه قال: " جاءت اليهود إلى رسول الله ﷺفذكروا له أن رجلاً منهم وامرأةً زنيا، فقال لهم رسول الله ﷺ: ما تجدون فى التوراة فى شأن الرجم ؟ فقالوا: نفضحهم، ويجلدون، فقال عبد الله بن سلام: كذبتم، إن فيها الرجم، فأتوا بالتوراة فنشروها، فوضع أحدهم يده على آية الرجم، ثم قرأ ما قبلها وما بعدها، فقال له عبد الله بن سلام: ارفع يدك فرفع يده، فإذا فيها آية الرجم، فأمر بهما رسول الله ﷺ، فرُجما، فقال عبد الله بن عمر: فرأيت الرجل ينحني على المرأة يقيها الحجارة "[٤]

قال الباجى: وإنما أختار للحاكم أن لا ينظر فيها، وقد نظر النبي ﷺ ؛ لأنه يحتمل أن يكون إنما أنفذ عليهما حكم دينهما، ولم يكن نزل بعد حد الزنا عليه٠ [٥]

أدلة المذهب الثاني: استدل القائلون بوجوب الحكم على الحاكم بالكتاب والسنة والمعقول:

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد حـ ٤ / ص ٢٥٥ .
(٢) المائدة آية ٤٩ .
(٣) الحاوى الكبير حـ ١٧ / ص ١٠٠ .
(٤) البخارى، كتاب المناقب، رقم ١٦٣٥، مسلم كتاب الحدود رقم ٦٩٩ .
(٥) المنتقى للباجى حـ ٧ / ص ١٣٣ .

أ – من الكتاب: قوله تعالى: " وأن أحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم.. " [١]

وجه الدلالة من الآية: أن الله تعالى أمره أن يحكم بينهم، والأمر للوجوب [٢]

– وقوله تعالى: "... من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يَدٍ وهم صاغرون " [٣] .

وجه الدلالة من الآية: قال الشافعي: الصغار أن تجرى عليهم أحكام الإسلام[٤] .

ب– من السنة: حديث: " أن النبي ﷺ رجم اليهوديين "[٥]

وجه الدلالة من الحديث: أنه لو لم تلزمهم أحكامه لامتنعوا عليه "[٦]

ج– من المعقول: لأننا نجريهم فى الدفع عنهم منا ومن غيرنا مجرى المسلمين، فوجب الدفع عنهم بالحكم بينهم فى استيفاء الحقوق كما نحكم بين المسلمين[٧]

أدلة المذهب الثالث: استدل ابن رشد للقائلين بوجوب الحكم بكل حال وإن لم يترافعوا إلينا ، بأنهم أجمعوا على أن الذمي إذا سرق قطعت يده فيجب على الحاكم أن يحكم بينهم على كل حال[٨] .

---

(١) المائدة آية ٤٩ .
(٢) الحاوى الكبير حـ ١١ / ص ٤١٨، ٤١٩ .
(٣) التوبة آية ٢٩ .
(٤) الحاوى حـ ١٧ / ص ١٠٠ .
(٥) صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير رقم ١٧٠٠ .
(٦) الحاوى حـ ١٧ / ص ١٠٠ .
(٧) الحاوى حـ ١١ / ص ٤٢٠، المغنى لابن قدامه حـ ٩ / ص ٨٣ .
(٨) بداية المجتهد حـ ٤ / ص ٢٥٥ .

واستدل الماوردى على القول بالتفريق بين حقوق الله تعالى وحقوق العباد، وأنه يلزمه الحكم بينهم فى حقوق الآدميين فقط: بأن، حق الله تعالى في أمرهم أعظم، وقد أقروا عليه، وحقوق الآدميين محفوظة لهم وعليهم كما يلزمنا حفظ أموالهم[١] .

مناقشة الأدلة:

أولا: مناقشة أدلة المذهب الأول:

استدلال القائلين بالتخيير بقوله تعالى " فاحكم بينهم أو أعرض عنهم ... " نوقش: بأنه نسخ حكمها بقوله تعالى: " وأن احكم بينهم "، وُردَّ بأنها محكمة وليست بمنسوخة، وسأعرض لأقوال المفسرين فى دلالة قوله تعالى: " فاحكم بينهم أو أعرض عنهم " على النحو التالي:

قال البغوى: واختلفوا فى حكم الآية: هل للحاكم الخيار فى الحكم بين أهل الذمة إذا تحاكموا إلينا ؟ فقال أكثر أهل العلم: هو حكم ثابت، وليس فى سورة المائدة منسوخ، وحكام المسلمين بالخيار فى الحكم بين أهل الكتاب إن شاءوا حكموا، وإن شاءوا لم يحكموا، وإن حكموا حكموا بحكم الإسلام وهو قول: النخعى، والشعبي، وعطاء، وقتادة، وقال قوم: يجب على حاكم المسلمين[٢] .

وقال المحاسبي: قال قوم من أهل القرآن: " الآية محكمة لم ينسخها شيء: روى ذلك عن على بن أبى طالب: أنه كتب إلى محمد بن أبي بكر فى نصرانية زنت: أن

(١) الحاوى حـ ١٧ / ص ١٠٠ .
(٢) معالم التنزيل للبغوى حـ ٣ / ص ٥٩ .

ادفعها إلى أهل دينها " فرأى أن آية التخيير ثابتة، لذلك أمره أن يترك الحكم فيها ويدفعها إلى أهل دينها "[١] .

وقال السمرقندى: " فإن جاءوك فاحكم بينهم... " يعنى أهل الكتاب إذا تخاصموا إليك فأنت بالخيار إن شئت فاحكم بينهم، وإن شئت فأعرض عنهم ولا تحكم بينهم، فإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط يعنى بالعدل "[٢] .

وذكر الجصاص فى دلالة الآية: أن ظاهرها يقتضى معنيين: أحدهما: تخليتهم وأحكامهم من غير اعتراض عليهم، الثاني: التخيير بين الحكم والإعراض إذا ارتفعوا إلينا:

قال: وقد اختلف السلف فى بقاء هذا الحكم " التخيير " فقال قائلون منهم: إذا ارتفعوا إلينا فإن شاء الحاكم حكم بينهم، وإن شاء أعرض عنهم وردهم إلى دينهم .

وقال آخرون: التخيير منسوخ، فمتى ارتفعوا إلينا حكمنا بينهم من غير تخيير فممن أخذ بالتخيير عند مجيئهم: الحسن، والشعبي، وإبراهيم النخعى، روى عن الحسن والكوفين: أبى حنيفة، ومحمد، وزفر، وأبى يوسف، لا اختلاف بينهم، قال: فثبت أن قول أكثر أهل العلم على أن الآية منسوخة مع ما ثبت فيها من توقيف ابن عباس[٣] .

---

(١) فهم القرآن ومعانيه للمحاسبى، الحارث بن أسد بن عبد الله المحاسبى أبو عبد الله ص ٤٤٤ الناشر دار الفكر، دار الكتب بيروت .
(٢) بحر العلوم للسمرقندى حـ ١ / ص ٤٧٧ .
(٣) أحكام القرآن للجصاص حـ ٤ / ص ٨٧ .

هذه بعض أقوال المفسرين فى دلالة قوله تعالى: " فاحكم بينهم أو أعرض عنهم " والتي تعتبر عمدة فى مسألة تحاكم غير المسلمين إلى الحاكم المسلم: حيث رجح بعضهم: أنها محكمة وثابتة ولم تنسخ وأن الحاكم مخير بين الحكم بين أهل الكتاب أو تركهم والإعراض عنهم، وذكر البغوى أنه قول أكثر أهل العلم، وأنه ليس فى سورة المائدة حكم منسوخ: واستدلوا على عدم النسخ بأثر سيدنا على – رضي الله تعالى عنه – فى المرأة النصرانية التي زنت، وأنه – رضي الله عنه – رأى أن آية التخيير ثابتة، حيث أمر محمد بن أبى بكر بترك الحكم عليها ودفعها إلى أهل دينها.

ورجح آخرون نسخ حكم الآية: وأن التخيير منسوخ، فيجب على الحاكم أن يحكم بينهم إذا ارتفعوا إلينا، وأن الناسخ قوله تعالى: " وأن احكم بينهم بما أنزل الله " لما روى عن عكرمة أنه قال: " فإن جاءوك فاحكم بينهم ... " خلوا بين أهل الكتاب وبين حاكمهم، وإذا ارتفعوا إليكم فأقيموا عليهم ما فى كتابكم، وروى سفيان بن حسين، عن الحكم، عن مجاهد، عن ابن عباس قال: آيتان فى سورة المائدة نسختا، آية القلائد[1] ، وآية " فاحكم بينهم أو أعرض عنهم " فكان رسول الله ﷺ مخيرا، إن شاء حكم بينهم أو أعرض عنهم فردهم الى أحكامهم حتى نزلت " وأن احكم بينهم بما أنزل الله " فأمر رسول الله ﷺ أن يحكم بينهم بما أنزل الله فى كتابه .

قال الجصاص: ومعلوم أن ذلك القول بالنسخ لا يقال عن طريق الرأي؛لأن العلم بتواريخ نزول الآية لا يجري عن طريق الرأي والاجتهاد، وإنما عن طريق التوقيف، ولم يقل من أثبت التخيير أن آية التخيير نزلت بعد قوله تعالى: " وأن

(١) المائدة آية ٢ .

أحكم بينهم " كرواية من ذكر نسخ التخيير "[١] ورجح القرطبي القول بنسخ التخيير المذكور فى الآية، وأن الناسخ قوله تعالى: " وأن احكم بينهم بما أنزل الله " وأنه قول ابن عباس، وعكرمة، والزهري، وعمر بن عبد العزيز، والسدى والصحيح من قولي الشافعي، وذكر قول مجاهد: " ولم ينسخ من المائدة إلا آيتان وذكرها منهما "[٢] .

ورأى البعض احتمال ثبوت حكم الآيتين جميعا: وأن حكم التخيير فى قوله تعالى: " فاحكم بينهم أو أعرض عنهم " يحمل على ما قبل عقد الذمة، وأن الالزام الثابت بقوله تعالى: " وأن احكم بينهم " يحمل على ما بعد عقد الذمة، أى على ما بعد الأمر بأخذ الجزية وجريان الأحكام عليهم، ففيها أمر بالحكم فى أهل الذمة وتخيير فى غيرهم كأهل العهد الذين لا ذمة لهم، وقوى هذا الاحتمال بما روى عن ابن عباس " أنها نزلت فى بنى قريظة والنضير ؛ لأن بنى النضير كان لهم شرف يُدَوْنَ دية كاملة، وبنو قريظة نصف الدية، فتحاكموا إلى رسول الله ﷺ فقضى بينهم بالحق، وسوى بينهم فى الدية، وهم لم يكن لهم ذمة، بل كان لهم عهد وهدنة ؛ بدليل إجلائهم وقتلهم، وهم من نزل فيهم التخيير، فجائز أن يكون حكمها باقياً فى أهل الحرب وأهل العهد، وحكم الآية الأخرى فى وجوب الحكم بينهم بما أنزل الله ثابت فى أهل الذمة، فلا يكون فيها نسخ، قال الجصاص: وهذا تأويل سائغ لولا ما روى عن السلف فى نسخ التخيير[٣] .

وروى عن ابن عباس، والحسن، ومجاهد، والزهري، أنها: نزلت فى شأن الرجم عند اليهود لما تحاكموا إلى النبي- ﷺ - ولم يكونوا أهل ذمة ، وإنما تحاكموا طلباً

(١) أحكام القرآن للجصاص حـ ٤ / ص ٨٧، ٨٨ ٠
(٢) أحكام القرآن للقرطبى حـ ٤ / ص ٨٨ ٠
(٣) أحكام القرآن، للجصاص حـ ٢ / ص ٦١١ ٠

للرخصة، وزوال الرجم، فبين لهم النبى -ﷺ -وجود الرجم عندهم، وأنهم كاذبون، وهم اليهود[١] ، وقال لهم: " اللهم إني أول من أحي سنة أماتوها "[٢] .

والقول بأن الآية محكمة وأن حكمها ثابت أرجح: لإمكان الجمع بين الآيتين، وشرط النسخ عدم إمكان الجمع، ووجه إمكان الجمع: أن الحاكم مخير بين الحكم بينهم أو الإعراض عنهم ما لم يختاروا التحاكم إلينا، فإن اختاروا التحاكم إلينا واختار الحاكم أن يحكم بينهم لزمه الحكم بينهم بما أنزل الله، وسياق الآيات يقوى هذا الاختيار ؛ فإنها نزلت فى نسق واحد، فيبعد أن يكون آخرها ناسخاً لأولها .

ولا منافاة بين الآيتين: أما قوله تعالى: " فاحكم بينهم أو أعرض عنهم " ففيه التخيير بين الحكم أو الإعراض: وأما قوله تعالى: " وأن احكم بنيهم " ففيه بيان كيفية الحكم إذا حكم بينهم أن يحكم بينهم بما أنزل الله، وإذا حكمت فاحكم بينهم بالقسط يعنى بالعدل والاحتياط " إن الله يحب المقسطين " يعنى العادلين فيما ولواْ أو حكموا فيه "[٣] .

أما استدلالهم بقوله تعالى: " فإن تولوا فاعلم أنما يريد الله أن يصيبهم ببعض ذنوبهم " فلا دلالة فيه على التخيير .

وأما حديث الزانيين من اليهود: فالجواب عنه: أن النبى ﷺ حكم بينهم، والقول بأنه حكم بينهم بحكم دينهم، وأنه لم يكن قد نزل عليه حكم الزنا، يعد احتمالا لا ينفى غيره، وهو أن النبى ﷺ حكم بنيهم بحكم الإسلام .

---

(١) الجصاص حـ ٢ / ص ٦١٢ ٠

(٢) مسلم، كتاب الحدود رقم ١٧٠٠ ٠

(٣) لباب التأويل فى معالم التنزيل للخازن أبى محمد على بن محمد بن إبراهيم بن عمر الشيحى أبو الحسن المعروف بالخازن حـ ٢ / ص ٢٨٤، ٤٨٥، ٤٨٦ ٠

ثانيا: مناقشة أدلة المذهب الثاني:

القائل بوجوب الحكم ونسخ التخيير: استدلالهم بقوله تعالى: " وأن احكم بينهم " يناقش: بأن المراد وإن اخترت الحكم بينهم فاحكم بينهم بما أنزل الله جمعا بين الآيتين، وقول الشافعي في قوله تعالى: " حتى يعطوا الجزية عن يدٍ وهم صاغرون " وأن المراد بصاغرين: أن يجرى عليهم أحكام الإسلام: يناقش: بأن هناك من قال غير ذلك، فقيل معنى " صاغرون " أذلاء مقهورون، يقال للذليل الحقير: صاغر، وقيل: وهم كارهون إلى غير ذلك[1] والتعيين يحتاج إلى دليل .

ثالثا: مناقشة أدلة المذهب الثالث:

استدلالهم بالقياس على الاجماع بقطع يد غير المسلم إن سرق، وأنه يجب على الحاكم الحكم بينهم على كل حال ترافعوا إلينا أم لا: يناقش: بأن السرقة من الجرائم الماسة بأمن المجتمع، وأنه حد من حدود الله تعالى التى لا يقتصر ضرره عليهم، كقطع الطريق، والبغي، وغيرها من الحدود وهذه محل اتفاق بين أهل العلم .

الترجيح:

بعد بيان مذاهب الفقهاء وأدلتهم والمناقشات الواردة عليها أرى: أن الأصل تخيير الحاكم بين الحكم بينهم أو الإعراض عنهم لعموم آية التخيير، والقول بنسخها مردود بإمكان الجمع، وإعمال الدليلين أولى من إعمال أحدهما وطرح العمل بالآخر، والحاكم هو الذى يقرر الوجوب وعدمه بمقتضى المصلحة، فتصرفه منوط

(١) جامع البيان فى تأويل القرآن، لمحمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملى أبو جعفر الطبرى، تحقيق أحمد شاكر، الناشر : مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م ، حـ ١٤ / ص ٢٠١، ٢٠٢ .

بالمصلحة، فإن رأى الحاكم وجوب الحكم بينهم إن ترافعوا إلينا واختار ذلك وفقا لما يراه كان له ذلك، وإن رأى الحاكم الحكم بينهم وإن لم يترافعوا إلينا وأن ذلك هو الذى يحقق المصلحة حسب الأحوال والزمان كان له ذلك، فهو مخير بحسب الأصل، فإن اختار الحكم بينهم حكم بينهم بما أنزل الله تعالى من الحق والعدل، فالقضاء من المصالح العامة التي يترك تنظيمها إلى نظر الحاكم .

هذا إذا كان الخصوم متفقى الديانة، أما إذا كانوا مختلفي الديانة:

فقد ذهب الحنفية[١] والمالكية[٢]، وهو قول الشافعي فى الجديد فى قول أبى إسحاق المر وزى، وحكاه غيره من الأصحاب قولا واحدا[٣]، ورواية عند الحنابلة[٤]: إلى أنه يجب الحكم بينهم، واستدلوا بما يأتي :

١- عموم قوله تعالى: " وأن احكم بينهم بما أنزل الله " [٥] .

٢- ولأن أهل الدين الواحد لهم حاكم واحد لا يختلفون فيه، فأمكن وصولهم إلى الحق منه، أما أهل الدينيين فيختلفان فيدعى النصراني إلى الحاكم النصراني، واليهودي إلى الحاكم اليهودي، فيتعذر الوصول إلى الحق إلا بحاكمنا فيلزمه الحكم بينهم [٦] .

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني حـ ٢ / ص ٣١٠ دار الكتب العلمية ١٤٠٦- ١٩٨٦ ٠

(٢) المنتقى حـ ٥ / ص ١٨٨ ٠

(٣) الحاوي الكبير حـ ١١ / ص ٤٢٠ ٠

(٤) المغنى لابن قدامه حـ ٩ / ص ٩٣ ٠

(٥) الحاوي حـ ١١ / ص ٤٢٠ ٠

(٦) الذخيرة لشهاب الدين القرافى حـ ٣ / ص ٨٦، دار الكتب العلمية الطبعة الأزولى ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٢ م

٣- ولعدم اتحاد أساقفتهم وليس أحدهما بأولى من الآخر فيسقطون ويجب علينا الحكم بينهم[١] .

المطلب الثالث

القانون الواجب التطبيق على غير المسلمين

إذا حكم الحاكم بينهم

إذا آل الأمر إلى أن يحكم الحاكم المسلم بين غير المسلمين مختاراً على مذهب الاختيار،أو وجوباً إذا ترافعوا إلينا على مذهب القائلين بالوجوب، أو لزوماً على مذهب القائلين بلزوم الحكم بينهم مطلقا،كيف يحكم القاضي بينهم ؟ هل يحكم بأحكام دينهم أم يحكم بينهم بحكم الإسلام ؟

اتفقوا على أنه يحكم بينهم بحكم الإسلام :

أ- الحنفية: يقول الجصاص رحمه الله تعالى: [المعاملات والتجارات والحدود أهل الذمة والمسلمون فيها سواء، إلا في الخمر والخنزير - ويقول: وأهل الذمة محمولون في البيوع والمواريث وسائر العقود على أحكام المسلمين[٢]].

ب- المالكية: يقول الباجي رحمه الله تعالى: [أما ما كان من التظالم كالغصب وقطع الطريق والسرقة، فإن حكم المسلمين حكم الإسلام، سواء كانا مسلمين أو

---

(١) المرجع السابق .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج٢ / ص ٢٢٣ دار الفكر ط ١٤١٤- ١٩٩٣ .

كافرين، على ملة واحدة أو على ملتين، أو أحدهما مسلماً والآخر كافراً، وهو كله قول مالك في كتاب ابن عبد الحكم وغيره[١] .]

ج- **الشافعية:** يقول الشافعي رضي الله عنه : [فإن اختاروا أن يحكم بينهم حكم بينهم حكمه بين المسلمين ...[٢]]

د- **الحنابلة:** يقول ابن قدامه رحمه الله تعالى: [فإذا ثبت هذا فإنه إذا حكم بينهم لم يجز له الحكم إلا بما حكم به الإسلام[٣]]

واستدلوا على وجوب الحكم بينهم بحكم الإسلام بما يأتي:

١- **قوله تعالى:** " وأن احكم بينهم بما أنزل الله ... "[٤] وقوله تعالى: " وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط ...[٥] " قوله تعالى: " وأخذهم الربا وقد نهوا عنه"[٦].

هذه الآيات فيها دليل على أن الحاكم إذا حكم بينهم لزمه الحكم بما أنزل الله، ووجب عليه العدل في الحكم، ولا يأتي العدل إلا بحكم الله، وقد منعهم القرآن من التعامل بالربا كما منع المسلمين ؛ لأنه من أكل أموال الناس بالباطل وهم والمسلمون فيه سواء .

---

(١) المنتقى شرح الموطأ للباجي ج٥ / ص ١٨٨، الذخيرة ج٣ / ص ٢٨٦ .
(٢) الأم للإمام الشافعي ج٤ / ص ٢٢٣ دار الفكر ط ١٤١٠ - ١٩٩٠
(٣) المغني لابن قدامه ج٩ / ص ٨٣ مكتبة القاهرة ١٣٨٨- ١٩٦٨ .
(٤) المائدة آية ٤٩ .
(٥) المائدة ٤٢ .
(٦) النساء ١٦١ .

٢- ومن السنة: حديث النبي -ﷺ- " أنه رجم الزانيين منهم "[١] .

وحديث: " إما أن تذروا الربا وإما أن تأذنوا بحرب من الله ورسوله "[٢] .

والروايتان تدلان على أنه- ﷺ -حكم بينهم بحكم الإسلام، حيث رجم الزانيين، وقضى بمنع غير المسلمين من أكل الربا .

وإذ قد ثبت اتفاقهم على أنه : يحكم الحاكم بينهم بحكم الإسلام إذا آل الأمر إلى أن يحكم بينهم، فإن هناك تفصيلات في المذاهب بحسب نوع التصرف الواقع منهم أبينه على النحو التالي:

أولا:الخصومات المتعلقة بالمظالم كالغصوب، وقطع الطريق، والسرقة، والرشوة، ونحوها يستوي فيها جميع المواطنين، مسلمين، وغير مسلمين ؛ لأنه يلزم الحكام الفصل فيها شرعا دون نظر إلى أطرافها[٣] .

---

(١) صحيح مسلم كتاب الحدود رقم ١٧٠٠ .

(٢) الخبر مذكور بهذا اللفظ في كتب الحنفية (أحكام القرآن للجصاص ج١ / ص٦٤٦) وفي سنن أبي داود عن إسماعيل بن عبد الرحمن عن ابن عباس (... مالم يحدثوا حدثا أو يأكلوا الربا) سنن أبي داود : كتاب الإمارة والفئ رقم ٣٠ ٤١،، وعند الحاكم، وابن حبان، وأبي يعلى الموصلي بلفظ (إن لم تذروا المخابرة فأذنوا بحرب من الله ورسوله) مستدرك الحاكم، كتاب التفسير رقم ٣١٨٣، صحيح ابن حبان كتاب المزارعة رقم ٥٢٠٠، مسند أبي يعلى الموصلي كتاب إخباره عن مناقب الصحابة ونسائهم بذكر أسمائهم رضوان الله عنهم أجمعين رقم٢٠٣٠ .

(٣) المنتقى شرح الموطأ حـ ٥ / ص ١٨٨، القوانين الفقهية لابن جزى ص ١٩٦ ٠

ثانيا:التخاصم والتطالب بالحقوق التي سلمت برضا الطالب لها، كالمعاملات المالية، من البيع، والشراء، والشركة، والقراض، ونحوها يطبق فيها القاضي ذات الأحكام على جميع رعايا الدولة مسلمين وغير مسلمين[١] .

ثالثا: الحدود والقصاص: يفرق القاضي بين ما يعتقدون تحريمه كاعتقادنا، كالزنا والسرقة، والقتل، وبين ما لا يعتقدون تحريمه إذا ترافعوا إلينا .

أما ما يعتقدون تحريمه إذا ترافعوا إلينا، فإن القاضي يحكم بينهم بحكم الإسلام فى كل ما يوجب عقوبة ومن أمثلة ذلك:

أ) حد الزنا: ذهب أبو يوسف[٢] من الحنفية، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]: إلى أنه تجب إقامة الحد عليهم فيرجم المحصن، ويجلد غير المحصن ويغرب.

واستدلوا بما يأتي:

١- حديث ابن عمر: " أن النبي ﷺ رجم اليهوديين اللذين فجرا بعد إحصانهما[٥] وهذا الحديث دليل على أن الإسلام ليس شرطاً في الإحصان ؛ إذ لو كان شرطاَ لَمَا رجمهما .

٢- ولأن اشتراط الإسلام زجر عن الزنا، والدين المطلق يصلح للزجر عنه؛ لأنه حرام فى الأديان كلها .

---

(١) التاج والاكليل حـ ٥ / ص ١٣٩ دار الكتب العلمية ١٤١٦ هـ - ١٩٩٤ م ٠
(٢) بدائع الصنائع حـ ٧ / ص ١٥٤ ٠
(٣) مغنى المحتاج حـ ٥ / ص ٤٥٤ ٠
(٤) المغنى لابن قدامة حـ ٩ / ص ٨٣، كشاف القناع حـ ٦ / ص ١٠١ ٠
(٥) صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب رجم اليهود أهل الذمة، رقم ٣٢١٧ ٠

وذهب أبو حنيفة ومحمد[١]، والمالكية[٢] : إلى أنهم يجلدون ولا يرجمون .

واستدلوا بما يأتي:

١- عموم قوله تعالى: "الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مئة جلدة"[٣] .

فقد أوجب الحد على مطلق الزنا، دون فصل بين مسلم وغيره، ومتى وجب الجلد انتفى الرجم ضرورة[٤] .

٢- ولأن زنا الكافر لا يساوى زنا المسلم فى كونه جناية، فلا يساويه فى استدعاء العقوبة، كزنا البكر مع الثيب [٥] .

وأما رجم اليهوديين فيحتمل أنه كان قبل نزول آية الجلد وانتسخ بها، ويحتمل أنه كان بعد نزولها، لكن نسخ خبر الواحد أهون من نسخ الكتاب[٦].

والراجح: مذهب القائلين برجم الزاني المحصن إذا توافرت شروطه الشرعية ؛ لفعل النبي ﷺ، وأنه لا وجه للتفريق بين عقوبة الجلد والرجم، فتطبق كل منها فى محلها .

---

(١) بدائع الصنائع حـ ٧ / ص ٢٥٤ ٠
(٢) الخرشي حـ ٨ / ص ٣١، المنتقى حـ ٧ / ص ١٤٦ ٠
(٣) التوبة آية ٨ ٠
(٤) البدائع حـ ٧ / ص ٢٥٤ ٠
(٥) بدائع حـ ٧ / ص ٢٥٤، الدسوقي حـ ٤ / ص ٣٢٠ ٠
(٦) بدائع الصنائع حـ ٧ / ص ٤ ٠

ب: جريمة القتل: إذا كان القتل عمداً وجب القصاص، سواء كان القاتل مسلماً والمقتول ذمياً، أو العكس عند أبى[١] حنيفة، وعند مالك[٢] إذا كان القتل غِيلَةً، أما عند الشافعية[٣] والحنابلة[٤] فيقتل الذمي إن قتل مسلماً، ولا عكس، والدليل على وجوب القصاص على غير المسلمين حديث أنس: " أن النبي- ﷺ- قتل يهودياً قتل جاريةً على أوضاح لها بحجر، فقتله رسول الله- ﷺ- بين حجرين "[٥] .

أما لا يعتقدون تحريمه، كشرب الخمر فلا يحدون ؛ لأنهم لا يعتقدون تحريمه، فلا تلزمهم عقوبته،وإن تظاهروا بذلك عزروا، لأنهم أظهروا منكرا في دار الإسلام فيعزرون كالمسلمين[٦] .

رابعا: الأحوال الشخصية: ومن أمثلتها:

أ - أنكحة غير المسلمين: الأصل إقرار غير المسلمين على أنكحتهم، وعدم التعرض لهم ، ما لم يترافعوا إلينا برضاهم .

---

(١) مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر حـ ٢ / ص ١٦٩ لعبد الرحمن بن محمد شيخى زاده دار إحياء التراث العربي ٠

(٢) حاشية الدسوقى حـ ٤ / ص ٢٣٨ دار الفكر ٠

(٣) البيان فى فقه الإمام الشافعي حـ ١١ / ص ٣٠٦ دار المنهاج ط ١، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م

(٤) العدة شرح العمدة لبهاء الدين عبد الرحمن بن عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسى حـ ١ / ص ٥٣١ دار الحديث القاهرة ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م ٠

(٥) صحيح البخاري، كتاب الوصايا، رقم ٢٧٤٦ ٠

(٦) المغنى لابن قدامه حـ ٩ / ص ٨٤ ٠

دليل ذلك: ١- أن النبي- ﷺ- أخذ الجزية من مجوس هَجَر، وهو يعلم استحلالهم نكاح المحارم، ولم يأمر بالتفريق بينهم، وكذلك فعل باليهود والنصارى، وهذا دليل على إقرارهم على أنكحتهم كما أقرهم على عقائدهم الفاسدة [١] .

٢- أن النبي -ﷺ- لم يقرهم على غير الأنكحة الفاسدة فمنعهم استحلال الربا " إما أن تذروا الربا وإما أن تأذنوا بحرب من الله ورسوله "، فلم يقرهم على الربا ومنعهم من ممارسته، وهذا المنع دليل على إقراره أنكحتنهم، وعلى ذلك سارت الأمة [٢] .

وإذا كان الأصل إقرارهم على أنكحتهم ما لم يترافعوا إلينا، فماذا لو ترافعوا إلينا واختار القاضي أن يحكم بينهم فى الأنكحة فهل يقضى بصحتها أم بفسادها ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على مذهبين:

ويرجع سبب اختلافهم: إلى معارضة القياس للأثر وذلك أنه ورد في ذلك أثران: أحدهما: مرسل مالك -رضي الله عنه-: " وهو أن غيلان أسلم وتحته عشر نسوة ... وسيأتي، والثاني: حديث قيس بن الحارث " أنه أسلم على أختين " وسيأتي، أما القياس المخالف للأثر: فتشبيه العقد على الأواخر قبل الإسلام بالعقد على الأواخر بعد الإسلام، يعني أنه كما كان العقد عليهن فاسدا في الإسلام فكذلك قبل الإسلام قال ابن رشد: وفيه ضعف[٣] .

---

(١) المغنى لابن قدامه حـ ٧ / ص ١٥٢، إعلام الموقعين لابن القيم حـ ٢ / ص ٢٥٣، ٢٥٤ دار الكتب العلمية ١٤١١ – ١٩٩١ أحكام القرآن للجصاص حـ ٢ / ص ٦١٤ ٠

(٢) أحكام القرآن للجصاص حـ ٢ / ص ٦١٣ .

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج٣ / ص ٧٥ .

المذهب الأول: ذهب مالك[١]،

(١) المدونة للإمام مالك بن أنس ج٢ ص٢٢٤ دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٤١٥ – ١٩٩٤ وفيها (نكاح أهل الشرك وأهل الذمة وطلاقهم قلت : أرأيت نكاح أهل الشرك وطلاقهم إذا أسلموا أتجيزه فيما بينهم في قول مالك ؟ قال : كل نكاحٍ يكون في الشرك جائزا فيما بينهم فهو جائز فيما بيننا إذا أسلموا) وفي بداية المجتهد (.. إذا أسلم وعنده أكثر من أربع نسوة أو أسلم وعنده أختان فإن مالكا قال: يختار منهن أربعا، ومن الأختين واحدة أيتهما شاء وبه قال الشافعي وأحمد وداود .. بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج٣ ص٧١) (وذكر الصنعاني أن القول بصحة أنكحتهم مذهب مالك والشافعي وأحمد سبل السلام ج٢ ص١٩٤) (وكذلك ذكر الشوكاني في نيل الأوطار ..ج٦ ص١٩٢، أن أنكحة الكفار صحيحة وإن خالفت نكاح الإسلام) وذكرت كتب المالكية أن المشهور من المذهب فساد أنكحة الكفار، ففي حاشية الخرشي [أنكحتهم فاسدة] قال الخرشي : إن أنكحة الكفار فاسدة على المشهور ولا يتأتى استيفاء الشروط ؛ لأن من شرط صحة النكاح إسلام الزوج فقول من قال : إنه إذا استوفى الشروط صحيح غلط – وعلق الشيخ عليش –رحمه الله تعالى – بقوله : قوله وأنكحة الكفار فاسدة أي وإن كانت مستوفية للشروط ؛ لانتفاء كون الزوج مسلما، وقوله _ يعني الخرشي – وقول من قال : لا يخفى أن هذا القائل هو القرافي، وعنده أن إسلام الزوج ليس شرط صحة، قال الشيخ عليش : وهو ظاهر ؛ لأنه يظهر كونه شرط صحة إذا كانت الزوجة مسلمة، وأما كونها كافرة فما وجه كونه شرط صحة ؟ .. شرح مختصر خليل للخرشي وحاشية العدوي ج٣ / ص ٢٢٨ دار الفكر، قال القرافي : واعلم : أن قولنا أنكحة الكفار فاسدة مشكل ؛ فإن ولاية الكافر للكافر صحيحة، والشهادة عندنا ليست شرطا في العقد حتى نقول لا تصح شهادتهم لكفرهم .. الذخيرة للقرافي ج٤ / ص ١١٧، وقال – رحمه الله تعالى – في أنوار البر وق : والفرق الثاني والخمسون والمائة بين قاعدة ما يقر من أنكحة الكفار وما لا يقر منها قال : قال ابن يونس : أنكحتهم عندنا فاسدة، وإنما الإسلام يصححها، وقال الشافعي وابن حنبل : عقودهم صحيحة قال القرافي : واعلم أن قولنا أيها المالكية : إن أنكحتهم فاسدة مشكل .. إلى أن قال : وأما القضاء بالبطلان مطلقا فمشكل .. أنوار البروق في أنواء الفروق للقرافي أحمد بن إدريس ج ٣ / ص ١٣٤ عالم الكتب، إذن هناك

والشافعي[١] وأحمد[٢]، ومحمد من الحنفية[٣]، وداود الظاهري[٤]: إلى أنه يحكم بصحة أنكحتهم، وإن لم توافق أحكام الإسلام ٠

المذهب الثاني: وذهب أبو حنيفة[٥]، وأبو يوسف[٦] والثوري، والأوزاعى، والزهري، وهو أحد قولي الشافعي: إلى أنهم لا يقرون على أنكحتهم إلا ما وافق أحكام الإسلام ٠

أدلة المذهب الأول: استدل القائلون بصحة أنكحتهم وإن لم توافق أحكام الإسلام بما يأتي:

١- حديث الضحاك بن فيروز الديلمى عن أبيه قال: " أسلمت وعندي امرأتان أختان، فأمرني النبي ﷺ أن أطلق إحداهما " وفى لفظ الترمذي: " اختر أيتهما شئت "[٧].

نقلان عن المالكية في حكم أنكحه الكفار الأول : الصحة، والثاني الفساد، والقول بفساد أنكحة الكفار هو الأشهر في كتبهم، وإن قال القرافي : إن القول بالفساد مشكل قال ابن العربي : فإن أنكحة الكفار فاسدة مستحقة الفسخ فلا يتعلق بها حكم طلاق ولا ظهار . أحكام القرآن لابن العربي ج٤ / ص١٥٩ .

(١) مغنى المحتاج حـ ٦ / ص ٤٠٨ دار الكتب العلمية ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م ٠

(٢) المبدع شرح المقنع لابن مفلح حـ ٦ / ص ١٧٨ ٠

(٣) أحكام القرآن للجصاص حـ ٤ / ص ٩١ ٠

(٤) سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعانى حـ ٢ / ص ١٩٤ دار الحديث ٠

(٥) المبسوط حـ ٤ / ص ٢٢٥ دار المعرفة ١٢١٤ هـ - ١٩٩٣ م ٠

(٦) أحكام القرآن للجصاص حـ ٤ / ص ٩١ ٠

(٧) سنن الترمذى، كتاب النكاح، رقم ١١٢٩، ١١٣٠ سنن أبى داود، كتاب الطلاق، رقم ٢٢٤٣ ٠

وجه الدلالة من الحديث: قوله: " اختر " دليل على الحكم بصحة نكاحه ، حيث لم يستفصل النبي ﷺ أنه نكحهما دفعة واحدة أو على الترتيب، ولو كان الأمر يختلف لفعل[١] .

٢- حديث غيلان، عن الزهري، عن سالم، عن ابن عمر " قال: " أسلم غيلان الثقفي وتحته عشر نسوة فى الجاهلية، فأسلمن معه فأمره أن يختار منهن أربعاً"[٢]

وجه الدلالة من الحديث: الحديث فيه دليل على أنه ﷺ حكم بصحة نكاح الأربع المختارات من العشر، حيث أمره بإمساكهن ولم يستفصل منه عن طريقة نكاحهن[٣] .

٣- لأن القول بفساد أنكحتهم يؤدى إلى أمر قبيح، وهو الطعن فى نسب كثير من الأنبياء عليهم السلام ؛ لأن أكثرهم ولد لأبويين كافرين "[٤] .

أدلة المذهب الثاني: استدل القائلون بعدم إقرارهم على أنكحتهم إلا ما وافق أحكام الإسلام بما يأتي:

قالوا: إن القول بصحة نكاحهم مخالف للأصول، والتخيير إنما كان فى ابتداء العقد على من شاء من المنكوحات[١] .

---

(١) المغنى لابن قدامه حـ ٧ / ص ١٦٣ مكتبة القاهرة ١٣٨٨ هـ - ١٩٩٨ م ٠

(٢) التلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير، كتاب النكاح، باب موانع النكاح رقم ١٦٣٧ لأحمد بن على محمد الكنانى العسقلانى مؤسسة قرطبة الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ حـ ٣ ٠

(٣) نيل الأوطار للشوكانى حـ ٦ / ص ١٩١ ٠

(٤) السابق حـ ٦ / ص ١٩٢، سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعانى حـ ٢ / ص ١٩٤ دار الحديث ٠

الراجح: مذهب القائلين بصحة أنكحتهم وإقرارهم عليها ؛ لما ثبت من السنة أن النبى ﷺ أقرهم، ولم يطلب منهم وصفا لطريقة أنكحتهم ليقر الصحيح منها وإنما أقرهم عليها على الحالة التي تمت بها ؛ ولأن تركهم وما يدينون فى أحوالهم الخاصة مطلوب شرعا[٢] .

ب: إرث غير المسلمين بعضهم بعضا: تسموا أحكام الفقه الإسلامي التي تتعلق بإرث غير المسلمين في بلاد الإسلام بعضهم بعضا على مبادئ المواطنة حيث جعل الفقه عقائدهم مناط التوارث بينهم ما لم يترافعوا إلينا ويتراضوا على التحاكم إلى أحكامنا، وبذلك يكون الفقه قد تجاوز مبادئ المواطنة التي تقرر أحكاما واحدة تطبق على جميع المواطنين دون اعتبار لعقائدهم .

وقد فرق الفقهاء في توريث غير المسلمين بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يكونوا أهل دين واحد: كاليهود أو النصارى .

وفى هذه الحالة يتوارثون بلا خلاف، لحديث النبي: " لا يرث المسلم الكافر[٣] " فهو دليل على أن الكافر يرث الكافر، وحديث النبي ﷺ: " لا يتوارث أهل ملتين شتى[٤] " وهو دليل على أن أهل الملة الواحدة يتوارثون، وحديث: " هل ترك لنا

---

(١) إعلام الموقعين حـ ٢ / ص ٢٥٣ ٠

(٢) نيل الأوطار حـ ٦ / ص ١٩١ ٠

(٣) صحيح البخارى، كتاب الفرائض، باب : لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، صحيح مسلم، كتاب الفرائض، رقم ٣٢٧ ٠

(٤) سنن أبى داود، كتاب الفرائض، باب : هل يرث المسلم الكافر رقم ٢٥٢٣، سنن الدارمى، كتاب الفرائض، باب فى ميراث أهل الشرك وأهل الاسلام رقم ٢٨٧٠ ٠

عقيل من رباع "[١] فيه دليل على أن عقيلا ورث أبا طالب، دون جعفر، وعلى ؛ لأن عقيلا كان على دين أبيه"[٢] .

الحالة الثانية: إذا اختلفت أديانهم، كيهودي ونصراني مثلا:

وقد اختلف الفقهاء فى توارثهم فى هذه الحالة، وهذا الخلاف مبنى على خلافهم فى الكفر نفسه هل هو ملة واحدة أو ملل مختلفة ؟

المذهب الأول: ذهب الحنفية[٣]، والشافعية[٤]، ورواية عند الحنابلة[٥]، وداود الظاهري، وهو قول حماد وابن شبرمة [٦]: إلى أنهم يتوارثون مع اختلاف أديانهم.

واستدلوا بما يأتي:

(١) عموم آيات توريث الآباء من الأبناء والعكس، وقوله تعالى: " والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ...[٧] " عام في جميعهم[٨] .

---

(١) البخارى كتاب الحج، باب توريث دور مكة وبيعها وشراؤها رقم ١٤٨٥ ٠
(٢) فتح البارى شرح صحيح البخارى، كتاب الحج، باب توريث دور مكة رقم ١٤٨٥ ٠
(٣) الاختيار لتعليل المختار حـ ٥ / ص ١١٦، ١١٧ ٠
(٤) أسنى المطالب حـ ٣ / ص ١٦ ٠
(٥) المغنى حـ ٦ / ص ٣٦٩، دقائق أولى النهى حـ ٢ / ص ٥٥٤ دار الكتب العلمية ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣
(٦) المغنى حـ ٦ / ص ٣٦٩ ٠
(٧) الأنفال آية ٧٣ .
(٨) نيل الأوطار حـ ٦ / ص ٨٨ ٠

المذهب الثاني: وذهب مالك[١] ورواية عن أحمد، وهو قول شريح، وعطاء وعمر بن عبد العزيز، والضحاك، والحكم، والثوري، والليث، وشريك، وابن أبى ليلى، والحسن بن صالح، والزهري، وربيعة[٢]: إلى أن مختلفي الديانة لا يتوارثون ٠

لكنهم اختلفوا في تحديد الملل، فذهب[٣] مالك في قول إلى أنهم ثلاث ملل: اليهودية، النصرانية، وما عداهما، وهؤلاء لا يتوارثون، وفى رواية عند الحنابلة[٤] أن الكفر ملل متعددة وأن أهل الملل لا يتوارثون .

أدلة المذهب الثاني: استدلوا بما يأتي:

١- حديث: " لا يتوارث أهل ملتين شتى " فالحديث نص فى أن مختلفي الديانة أو الملة لا يتوارثون " .

٢- ولأن كل فريق منهم لا موالاة بينهم، ولا اتفاق في دين، فلم يرث بعضهم بعضا كالمسلمين والكفار .

وقد ناقشوا استدلال الأولين بعموم آيات التوريث: بأن العموم مخصوص بالأحاديث ؛ ولأن المخالف منع التوارث بين أهل الحرب وأهل دار الإسلام مع اتفاقهم فى الملة فمع اختلاف الملة أولى .

الراجح: مذهب القائلين بالتوارث مع اختلاف الدين، ويحمل حديث لا يتوارث أهل ملتين " على أن المراد بإحدى الملتين ملة الإسلام وبالأخرى الكفر، فالحديث

---

(١) الذخيرة حـ ١٠ / ص ١٥٤ دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م ٠
(٢) المغنى لابن قدامة حـ ٦ / ص ٣٦٩ ٠
(٣) الذخيرة حـ ١٠ / ص ١٥٤ ٠
(٤) دقائق أولى النهى حـ ٢ / ص ٥٣ ٠

محمول على الإسلام والكفر بدليل رواية " لا يتوارث أهل ملتين "، لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، فيحمل أهل ملتين على " لا يرث المسلم"[١]

وضبط التوريث بالملة والإسلام والكفر دليل على أن الاعتبار بها دون غيرها[٢].

و إذ قلنا بتوارث غير المسلمين إذا اختلفت أديانهم، فما الحكم إن اختلفت ديارهم ؟ هل يؤثر اختلاف الدار على إرث بعضهم بعضا، كأن يموت نصراني مصري وورثته يحملون جنسية دولة أخرى ؟

هذه القضية تعرف بأثر اختلاف الدار على الإرث وللعلماء فيها مذهبان:

المذهب الأول: ذهب الحنفية[٣]، وقول عند الشافعية[٤]، ورواية عند الحنابلة[٥]: إلى أن اختلاف الدار مانع من الإرث، فإذا اختلفت ديارهم لا يتوارثون ٠

المذهب الثانى: وهو مذهب المالكية[٦]، وقول عند الشافعية[٧]، ورواية عند الحنابلة[٨] : أن اختلاف الدار ليس مانعا من الإرث فمهما اختلفت ديارهم فإنهم يتوارثون .

---

(١) أسنى المطالب حـ ٣ / ص ١٦ ٠
(٢) أسنى المطالب حـ ٤ / ص ٤٧٧، ٤٧٨ ٠
(٣) العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين حـ ٢ / ص ٣٢٠ دار المعرفة ٠
(٤) البيان في فقه الإمام الشافعي حـ ٩ / ص ١٨ ٠
(٥) المغنى لابن قدامه حـ ٦ / ص ٣٧٠ ٠
(٦) الذخيرة حـ ١٠ / ص ١٥٤ ٠
(٧) اسنى المطالب حـ ٣ / ص ١٦ ٠
(٨) كشاف القناع عن متن الاقناع حـ ٤ / ص ٤٧٩ دار الفكر وعالم الكتب ١٤٠٢ هـ ١٩٨٢م .

دليل المذهب الأول: أن اختلاف الدار مانع من التناصر الذى يقتضيه الإرث[١].

ودليل المذهب الثاني: عموم النصوص حيث إنها لم تخصص باختلاف الدار من غيرها، والأحاديث فى المنع بسبب اختلاف الملة[٢] .

والثاني أرجح : لقيام التناصر حتى مع اختلاف الدار لقوة الرابطة الدينية .

يقول الله تعالى: " إنه ليس من أهلك إنه عمل غير صالح ... "[٣] فرابطة العقيدة هي أقوى الروابط حتى وإن اختلفت الديار .

ويلاحظ: كم اقلت سمو الفقه على مبادئ المواطنة حيث قرر التوارث بين غير المسلمين وإن اختلفت ديارهم علي ما رجحته، حيث جعل المناط في التوارث بين المخالفين في الدين المقيمين في دار الإسلام هو عقائدهم، وكذلك إن اختلفت ديارهم على الراجح .

---

(١) شرح الزركشى على مختصر الخرقى حـ ٤ / ص ٥٣٣ دار العبيكان الطبعة الأولى ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣م، الذخيرة حـ ١٠ / ص ١٥٤ ٠

(٢) أسنى المطالب حـ ٣ / ص ١٦، كشاف القناع حـ ٤ / ص ٤٧٩ ٠

(٣) هود آية ٤٦ .

المبحث الثالث

النظام القانوني للمسلمين المقيمين في غير بلاد الإسلام

تمهيد:

يتمتع المواطن فى ظل مبادئ المواطنة بمجموعة من الحقوق تقابلها مجموعة من الواجبات، ومن أهم الحقوق التي يتمتع بها المواطن الحق فى الحماية القانونية، ومن أهم الواجبات واجب الالتزام بالقانون الذى يطبق على جميع المواطنين بدون تمييز .

والمواطنة بمفهومها المعاصر تثير العديد من المشكلات للمسلمين الذين يعيشون فى غير البلاد الإسلامية، حيث يضطر المسلمون إلى الخضوع لقاضى غير مسلم يطبق قانونا قد يختلف مع أحكام الشريعة الإسلامية، فى ظل نظام المواطنة الذى يقرر مبدأ المساواة أمام القانون لكافة المواطنين دون نظر إلى عقائدهم[(١)] .

ويواجه المسلمون فى البلاد غير الإسلامية نظامين قانونين:

الأول: النظام الانجلوسكسونى وتمثله: أمريكا – بريطانيا – ايرلندا – الدنمارك، ويطبق القانون الوطني على جميع المواطنين، ولا يسمح بتطبيق قوانين أخرى فى جميع فروع القانون الجنائي، والمدني، والأحوال الشخصية .

الثاني: النظام اللاتينى وتمثله: ألمانيا – فرنسا – إيطاليا، ويطبق قانون الجنسية[(٢)] .

---

(١) مفهوم المواطنة فى المنظور الإسلامي للدكتور وهبه الزحيلى، ٠موقع وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بسلطنة عمان، ضمن فعاليات ندوة تطور العلوم الفقهية .

(٢) يطبق قانون الجنسية من خلال قواعد الإسناد وهي قواعد استثنائية متميزة يضعها المشرع الوطني لغرض اختيار أكثر القوانين المتزاحمة ملائمة فيحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي

حجج الأخذ بالنظام الأول – القانون الوطني – احتج أنصاره بما يأتي:

١- أنه يحقق مصلحة الأسرة ؛ لأنه يوحد القانون، وتطبيقه أيسر من قانون الجنسية .

٢- أنه يؤدى إلى دمج الفرد في وطنه ؛ إذ هو محل مصالحه .

٣- أن فيه تيسيرا على القاضي، بخلاف قانون الجنسية الذى يؤدى إلى صعوبات كثيرة للقاضي .

٤- لأن تطبيق قانون الجنسية فيه مساس بسيادة الدولة، خاصة التى يكثر فيها الأجانب، أما تطبيق القانون الوطني فإنه يحافظ على المصالح العليا للبلاد .

حجج النظام الثاني - قانون الجنسية -: احتج أنصاره بما يأتي:

١- أن تطبيقه يؤدى إلى الاستقرار ؛ لأنه واحد لا يتغير، وعلاقة المواطن به فى مسائل الأحوال الشخصية دائمة، بخلاف علاقة الأجنبي بالقانون الوطني، فمؤقتة وقابلة للتغيير .

سواء كان قانونا وطنيا أو أجنبيا . (دروس في القانون الدولي الخاص د عبده جميل غضوب ص٢٥المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت طبعة ٢٠٠٣، نقلا عن دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن رسالة دكتوراه في الحقوق فرع القانون الخاص للطالب حمزة قتال السنة الجامعية ٢٠١٠ - ٢٠١١، مركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني د هشام على صادق منشأة معارف الإسكندرية ص١٨ طبعة ١٩٩٨ .

٢- قوانين الأحوال الشخصية تضعها الدول لمواطنيها فيجب أن تتبعهم، وتطبيقها يؤدى إلى نمو الشعور الوطني، بينما تطبيق قانون الموطن يقطع الصلة بين المواطن ودولته[١] .

والمسلمون في تلك البلاد يواجهون أحد النظامين السابقين، نظام القانون الوطني، أو قانون الجنسية، وكلاهما يؤدى الخضوع إليه إلى محاذير شرعية، وإن كان قانون الجنسية أقل من قانون الموطن، فالخاضعون لولاية قانون الموطن أو القانون الوطني يخضعون لولاية قاضى غير مسلم، وقد اتفق الفقهاء على خلاف ذلك، ويخضعون كذلك لقانون غير إسلامي، وقد اجمع الفقهاء على ضرورة تحكيم الشريعة وخضوع المسلم للحكم الشرعي .
أما الخاضعون لقانون الجنسية فإنهم يواجهون الخضوع لولاية قاضى غير مسلم، فما موقف المسلم تجاه ذلك ؟ وما موقف الفقه الإسلامي من ذلك ؟ لا سيما إذا تعلق الأمر بالأحوال الشخصية من زواج وطلاق وغيره ؟

هذا ما سأعرض له في المطالب التالية:

المطلب الأول: أبين فيه حكم الإقامة في غير بلاد الإسلام .

وفي المطلب الثاني: أبين ولاية القاضي غير المسلم على المسلم .

وفي المطلب الثالث: أبين حكم تجاوز شرط إسلام القاضي .

---

(١) نظام قواعد الإسناد فى مسائل الأحوال الشخصية وإشكاليات اعتماد معيار الجنسية د / عبد الرسول عبد الرضا ص ٢٤ جامعة بابل كلية القانون، منشورات زين للحقوقيين لبنان، القانون الدولي الخاص أ د / أحمد عبد الحميد عشوش عميد كلية الحقوق ببنها أستاذ القانون الدولي الخاص ص ٢٩٣، القانون الدولي الخاص د / منصور مصطفى منصور ص ٩٠ دار المعارف ١٩٥٦ ٠

وفي المطلب الربع: أبين حكم امتداد ولاية القاضي المسلم على المسلم في غير بلاد الإسلام .

وفي المطلب الخامس: أبين حكم اللجوء إلى نظام التحكيم .

المطلب الأول

الإقامة في غير بلاد الإسلام

قسم الفقهاءُ المسلمين المقيمين فى غير بلاد الإسلام التي لا عهد بينها وبين المسلمين إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: من لا يقدر على إقامة دينه، وهؤلاء تجب عليهم الهجرة ؛ لقوله تعالى: " قالوا كنا مستضعفين في الأرض قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيرا "[(١)]، وهذا الوعيد الشديد لا يكون إلا على فعل محرم ؛ ولحديث النبي ﷺ: " أنا بريء من كل مسلم يقيم بين أظهر المشركين لا تراءا ناراهما "[(٢)]

ومعنى قوله ﷺ: " لا تراء ا نارهما " من الترائي تفاعل من الرؤية يقال: تراءى القوم إذا رأى بعضهم بعضا، وإسناد الترائي إلى النار مجاز أي يلزم المؤمن أن يتباعد منزله عن منزل المشرك، حتى لا ننظر ناره إلى ناره فيكثر سواد المشركين "[(٣)]

أما حديث " لا هجرة بعد الفتح "[(٤)]، فيحمل على الهجرة من مكة بعد فتحها ؛ لأنها بالفتح صارت دار إسلام .

---

(١) النساء آية ٩٧ ٠

(٢) سنن الترمذى، كتاب السير عن رسول الله ﷺ ، باب ما جاء فى كراهية المقام بين أظهر المشركين رقم ١٦٠٤ ٠

(٣) تحفة الأحوذي لمحمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، دار الكتب العلمية

(٤) صحيح البخاري كتاب الجهاد والسير، باب فضل الجهاد والسير رقم ٢٥٧٥، صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب المبايعة بعد فتح مكة على الإسلام والجهاد رقم ٣٤٦٨ ٠

القسم الثاني: من كان مستضعفاً بسبب عجز أو مرض: وهؤلاء لا هجرة عليهم ولا حرج .

القسم الثالث: من كان قادراً على إظهار دينه والامتناع من الناس: يحرم عليه الهجرة عند الشافعية ؛ لأنه بامتناعه صار مكانه دار إسلام[١] .

إذن إقامة المسلم فى البلاد غير الإسلامية مشروعة وجائزة، ما دام قادراً على إظهار دينه والامتناعُ من غيره، وقول البعض بردة من أقام في دار الكفر إذا كان قادراً على التحول، خرقٌ لإجماع الأمة، ومخالفةٌ للكتاب والسنة ؛ لقوله تعالى: " والذين آمنوا ولم يهاجروا مالكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا ... [٢] "، فجعلهم القرآن مؤمنين مع إقامتهم فى دار الكفر بعد إسلامهم، وأوجب على المسلمين نصرتهم " وإن استنصروكم فى الدين فعليكم النصر [٣] " .

ولو كان قول من قال بردة من أقام فى دار الكفر صحيحا، لما جاز للتجار المسلمين الدخول فى دار الحرب بأمان وإلا كانوا مرتدين ولم يقل بذلك أحد .

وأما حديث الشعبي عن جرير قال: " سمعت النبي ﷺ يقول: " إذا أبق العبد إلى المشركين فقد حل دمه[٤] ، فمحمول على من لحق مرتداً عن الإسلام ؛ لأن إباق العبد لا يبيح دمه اتفاقاً، واللحاق بدار الحرب كدخول التجار إليها بأمان لا يبيح دمه[٥] .

---

(١) الحاوى الكبير للماوردى حـ ٨ / ص ٣١٣ ٠
(٢) الأنفال آية ٧٢ ٠
(٣) الأنفال آية ٧٢ ٠
(٤) سنن أبى داود كتاب الحدود ٣٧، باب الحكم فيمن ارتد رقم ٤٣٣٠ ٠
(٥) أحكام القرآن للجصاص حـ ٢ / ص ٣٣٩ ٠

أما البلاد التي بينها وبين المسلمين عهد فقد رجح البعض الإقامة فيها على الهجرة، كما هو حال العباس عم النبى- ﷺ - الذى كان مقيماً بمكة، وقيل إنه كان قد أسلم قبل بدر، وكان يكتم إسلامه، ويكتب إلى النبي- ﷺ - بأخبارهم، ويتقوى به المسلمون، وأنه كان يحب الهجرة فكتب إليه: " إن مقامك بمكة خير لك[١] .

فالإقامة فى غير بلاد الإسلام فى العصر الحاضر مشروعة خاصة، أن بيننا وبينهم مواثيق وعهود ومواثيق دولية، ما لم تكن فتنة فى الدين وإلا وجبت الهجرة، فإذا كان المسلم غير آمن على دينه أن يفتن فيه كانت الهجرة عليه فريضة، وإن أمن الفتنة سقط عنه فرض الهجرة ؛لاختصاص وجوب الهجرة بالمستضعفين [٢] .

المطلب الثاني

ولاية القاضي غير المسلم على المسلمين في غير بلاد الإسلام

اتفق[٣] الفقهاء على أن الإسلام شرط في القاضي إذا كان أحد طرفي الخصومة مسلماً، وأنه لا ولاية للقاضي غير المسلم على المسلم، واختلفوا فى حكم تولية القاضي غير المسلم على غيره من أهل دينه على مذهبين:

---

(١) مستدرك الحاكم، كتاب معرفة الصحابة رقم ٥٤٥٨، أسنى المطالب شرح روض الطالب حـ ٤/ ص ٢٠٥، شرح الزرقانى على المواهب اللدنية بالمنح المحمدية لأبى عبد الله محمد بن عبد الباقى بن يوسف بن أحمد بن شهاب الدين بن محمد الزرقانى المالكى، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٤١٧ - ١٩٩٦ حـ ٤ / ص ٤٧٥ ٠

(٢) الحاوى الكبير حـ ٨ / ص ٣١٣ ٠

(٣) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى حـ ٧ / ص ٥ دار الكتب العلمية الطبعة الثانية ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم حـ ٦ / ص

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣] : إلى أنه لا يجوز أن يتولى غير المسلم القضاء على أهل دينه .

المذهب الثاني: ذهب الحنفية[٤]: إلى أنه يجوز أن يتولى غير المسلم القضاء على أهل دينه من غير المسلمين .

أدلة المذهب الأول: استدل القائلون بعدم جواز تولية غير المسلم القضاء على أهله بالأدلة التالية:

١- من القرآن الكريم قوله تعالى:" ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا "[٥]

---

٢٨٣ دار الكتاب الإسلامي الطبعة الثانية، المنتقى شرح الموطأ لسليمان بن خلف الباجى حـ ٥ / ص ٢٨٤، دار الكتاب الإسلامى القاهرة الطبعة الثانية، أسني المطالب شرح روض الطالب لزكريا بن محمد بن زكريا الانصارى حـ ٤ / ص ٢٧٩ دار الكتاب الاسلامى، كشاف القناع عن متن الاقناع للبهوتى حـ ٦ / ص ٢٩٦ دار الفكر وعالم الكتب ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م ٠

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون حـ ١ / ص ٢٦ مكتبة الكليات الأزهرية ط الأولى ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م ٠

(٢) أسنى المطالب شرح روض الطالب حـ ٤ / ص ٢٧٨ دار المكتب الاسلامى، تحفة المحتاج حـ ١٠ / ص ١٠٧، دار احيار التراث العربى ٠

(٣) الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف المرداوى حـ ١١ / ص ١٧٦، دار إحيار التراث العربى ط ٢ ٠

(٤) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين حـ ٥ / ص ٣٥٥ دار الفكر بيروت ط ٢، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢ م ٠

(٥) النساء آية ١٤١ ٠

والولاية القضائية من أعظم السبل[١]، فلا يجوز تولية غير المسلم .

٢- ولأن الكافر لا يصح أن يكون شاهداً، فلا يصح أن يكون قاضيا من باب أولى[٢] .

٣- ولأن الكافر ليس أهلا للولاية[٣]:

وقد اعتبر الماوردى رحمه الله جريان عرف الولاة على تقليد القاضي غير المسلم على أهل دينه: أنه من باب تقليد الزعامة والرياسة، وليس لتقليد الحكم والقضاء، وأنه إنما يلزمهم حكمه لالتزامهم له لا للزومه لهم، وأنهم لا يجبرون على التحاكم إليه، جاء في مغنى المحتاج، لو ولى السلطان ذو الشوكة فاسقا مسلما أو مقلدا نفذ حكمه وقضاؤه للضرورة ؛ لئلا تتعطل مصالح الناس " قال الشربينى: تنبيه: أفهم تقيده بالفاسق أي المسلم أنه لا ينفذ من المرأة والكافر إذا وليا بالشوكة واستظهره الأوزاعى، لكن صرح ابن عبد السلام بنفوذه من الصبى والمرأة دون الكافر وهذا هو الظاهر[٤] .

ويقول الرملي: شرط القاضي الإسلام ؛ لأنه لا أهلية لكافر للولاية، ونصبه على مثله مجرد رياسة لا تقليد حكم وقضاء، ولا ينفذ قضاؤه حتى للضرورة، حتى لو ولاه السلطان أو ذو الشوكة[٥] .

---

(١) الإتقان والإحكام فى شرح تحفة الحكام المعروف بشرح مياره محمد بن أحمد العبادى، مطبعة الاستقامة بالقاهرة حـ ١ / ص ١١ ٠

(٢) منتهى الإرادات حـ ٣ / ص ٤٩٣ ٠

(٣) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملى حـ ٨ / ص ٢٣٩ ٠

(٤) مغنى المحتاج حـ ٦ / ص ٢٦٧ ٠

(٥) نهاية المحتاج حـ ٨ / ص ٢٣٩، تحفة الحبيب على شرح الخطيب حـ ٤ / ص ٣٨٥ ٠

وفى أسنى المطالب: ولا يجوز نصب قاضٍ كافر ولو على كفار، ومن نصب منهم كما جرت عادة الولاة فهو تقليد رياسة لا تقليد حكم[١] .

أدلة المذهب الثاني: استدل القائلون بجواز تولية غير المسلم القضاء على مثله بما يأتي:

١- أنه من أهل الشهادة، وأهل القضاء هم أهل الشهادة، فكما تجوز شهادة بعضهم على بعض يجوز أن يقضى بعضهم على بعض، ووجه إلحاق القضاء بالشهادة: أن كلا منهما يثبت الولاية على الغير، أما الشاهد فيلزم الحاكم أن يحكم بشهادته، وأما الحاكم فإنه يلزم الخصم بحكمه، فكانا من باب واحد[٢] .

٢- ولأنه تجوز ولايته عليهم فى مناكحاتهم، فكذا تجوز ولايته عليهم فى سائر الأحكام[٣] وكونه قاضياً خاصاً لا يضر، كما لا يضر تخصيص قاضي المسلمين بجماعة معينة ؛ لأن المراد من يصح قضاؤه فى الجملة[٤] .

المناقشة:

نوقش ما استدل به الجمهور من القرآن الكريم بقوله تعالى: " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ": بأن تولية القاضي غير المسلم على مثله ليس فيها سبيل على المؤمنين ؛ لأنه لا ولاية له عليهم، فالآية فى غير محل النزاع.

---

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب حـ ٤ / ص ٢٨٠ دار الكتب الاسلامى ٠
(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم حـ ٦ / ص ٢٨٣ ٠
(٣) المرجع السابق ٠
(٤) حاشية ابن عابدين حـ ٥ / ص ٣٥٥ ٠

وقولهم: بأنه لا ولاية لكافر لأنه ليس أهلا للولاية: يجاب عنه: بأن له ولاية على مثله فى الشهادة ونحوها، وكذلك فى المناكحات، وعدم أهليته للولاية إن كانت على مسلم ٠

الترجيح:

بعد عرض المسألة بالأدلة وما ورد عليها من مناقشات أرى أن الراجح مذهب القائلين بجواز تولية غير المسلم على مثله، ولا يجوز افتراض عدم عدالته على أهل دينه وإن كان ذلك مفترضا على المسلمين ؛ لأن افتراض عدله بين أهل دينه أقرب من عكسه، وكونه غير مسلم لا يعنى بالضرورة جوره، وقد أجيز قضاؤه بينهم فى المناكحات فَلِمَ يُمْنعُ من غيرها ؟

وإذْ اتفق الفقهاء على أنه لا ولالة للقاضي غير المسلم على المسلم، فماذا يصنع المسلمون المقيمون في دول غير إسلامية في ظل مبادئ المواطنة التي تجعل المواطنين متساويين في الخضوع إلى القاضي الوطني ؟

ففي الدول التي تطبق قواعد إسنادها قانون الجنسية فى قضايا الأحوال الشخصية سيقع المسلم فى محذور الخضوع لولاية القاضي غير المسلم الذي يتولى الفصل وفقا لقواعد الاسناد ٠

وفى الدول التي تطبق نظام القانون الوطني أو قانون الوطن سيقع المسلم فى محذورين:

الأول: الخضوع لولاية قاضى غير مسلم .

الثاني: خضوع المسلم لقانون غير إسلامي، والالتزام بالأحكام الشرعية خاصة فى الأحوال الشخصية واجب على المسلم لا يجوز العدول عنها إلى غيرها حتى من القاضي المسلم وإلا كان حكمه باطلا، والمنع فى القاضي غير المسلم أولى .

يقول ابن الأخوة القرشي: " وعلى الحاكم أن يحكم بكتاب الله تعالى فيما يعلم أنه ليس بمنسوخ، فإن لم يجد فبسنة رسول الله ﷺ إن لم تكن منسوخة[١] .

وإذا كانت ولاية القاضي غير المسلم على المسلم غير جائزة فما هي الحلول الفقهية لمواجهة هذا الإشكال ؟ هل يمكن القول بامتداد ولاية القاضي المسلم على المسلمين فى البلاد غير الإسلامية ؟ وهل يمكن القول بتجاوز شرط إسلام القاضي لمواجهة هذه الضرورة ؟ وإذا كان ذلك غير ممكن فهل يمكن اللجوء إلى نظام التحكيم ؟ هذا ما سوف أعرض له فى المطالب التالية:

(١) معالم القربة فى طلب الحسية لابن الاخوة القرشى حـ ١ / ص ٢٠٥ مكتبة المتنبى القاهرة ٠

المطلب الثالث

امتداد ولاية القاضي المسلم على المسلمين في غير بلاد الإسلام

ولاية القاضي قاصرة على دار الإسلام، ولا تمتد هذه الولاية إلى غير بلاد الإسلام وإن كان طرفا الخصومة مسلمين، والتصرفات التي يأتيها المسلم فى غير بلاد الإسلام سواء بين المسلم وأخيه المسلم أو بينه وبين غيره وتحتاج إلى قضاء القاضي لا ولاية للقاضي المسلم عليها وهذه التصرفات قد تكون:

أ – تصرفات مالية: إذا كانت تلك التصرفات تحتاج إلى قضاء القاضي كأن تكون متعلقة بصحة عقد أو عدمها، فلا ولاية للقاضي المسلم عليها فى غير دار الإسلام ؛ لأن ولايته قاصرة على بلاد الاسلام .

يقول السرخسى رحمه الله تعالى فى حكم خاص بالشفعة: لأن حق الشفعة من أحكام الإسلام، وحكم الإسلام لا يجرى فى دار الحرب[١] .

وفى موضع آخر بخصوص الضمان يقول: من شروط الضمان أن يكون فى وجوب الضمان فائدة، فلا ضمان على المسلم إذا أتلف مال الحربي، ولا على الحربي إذا أتلف مال المسلم فى دار الحرب ؛ لأنه لا فائدة فى الوجوب ؛ لعدم إمكان الوصول إلى الضمان ؛ لانعدام الولاية، فأما العصمة فليست بشرط لوجوب ضمان المال[٢] .

والقول بقصر ولاية قضاء الإسلام على دار الإسلام لا يعنى إسقاط عصمة مال المسلم على المسلم فى غير بلاد الإسلام، فالمسلم ملتزم بأحكام الإسلام فى دار

---

(١) المبسوط لشمس الأئمة السرخسى حـ ٧ / ص ١٦٩ ٠
(٢) المبسوط حـ ١٤ / ص ١٧٤ ٠

الإسلام وفى غيرها، فماله معصوم متقوم، وهذه العصمة تثبت بالإحراز فى دار الإسلام ولا ينعدم معنى الإحراز بالاستئمان إليهم[١]، فعصمة المال لا تسقط بعدم تحقق الولاية القضائية فى أى موضع، فكل ما كان محذورا فى دار الإسلام على المسلم يكون محذورا عليه فى دار الحرب كالربا والسرقة[٢] .

فقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥]، وهو قول الأوزاعي، وإسحاق، وأبي يوسف[٦]، إلى أن الربا حرام على المسلم في دار الحرب كما هوحرام في دار الإسلام، قال النووي: ولا فرق في تحريمه بين دار الإسلام ودار الحرب، فما كان حراما في دار الإسلام كان حراما في دار الحرب، سواء جرى بين مسلمين أو بين مسلم وحربي .

واستدلوا على ذلك بعموم الآيات والأخبار التي تحرم الربا ومنها قوله تعالى: " وحرم الربا .."[٧] وقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من

---

(١) المبسوط حـ ٤ / ص ٥٩ ٠

(٢) بدائع الصنائع حـ ٧ / ص ١٣١ ٠

(٣) أنوار البروق للقرافي ج ٣ / ص٢٠٨ .

(٤) المجموع شرح المهذب للإمام يحي بن شرف النووي ج ٩ / ص٤٨٩ مكتبة الإرشاد المملكة العربية السعودية . نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لمحمد بن شهاب الدين الرملي ج٣ / ٢٢٧ دار الفكر١٤٠٤ – ١٩٨٤ ,

(٥) المغني لابن قدامه ج٤ / ص٣٣، ٣٤، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلي بن سليمان بن أحمد المرداوي ج ٥ / ص٥٣ دار إحياء التراث العربي الطبعة الثانية .

(٦) المغني ج٤ / ص٣٣ .

(٧) البقرة ٢٧٥ .

الربا ..."[١] وحديث النبي ﷺ: "من زاد أو ازداد فقد أربى "[٢]، وأيضا فإن ما كان حراما في دار الإسلام كان حراما في دار الحرب[٣].

وذهب أبو حنيفة ومحمد[٤] إلى أن الربا لا يجري في دار الحرب بين المسلم والحربي ولا بين مسلمين في دار الحرب واستدلا بحديث مكحول أن النبي ﷺ قال:" لا ربا بين المسلمين وأهل الحرب في دار الحرب "[٥] وأن المسلم إذا دخل دار الحرب بغير أمان يجوز له أخذ مال الحربي بغير طيبة نفسه فإذا أخذه على وجه الربا بطيبة نفسه كان جائزا من باب أولى إذا دخلها بأمان فأموالهم مباحة بحسب الأصل[٦].

---

(١) البقرة ٢٧٨ .

(٢) صحيح مسلم، كتاب المساقاة، رقم ١٥٨٧ .

(٣) المغني لابن قدامه ج٤ / ٣٤، البيان في مذهب الإمام الشافعي لأبي الحسن، يحي، بن أبي الخير، بن سالم، العمراني ج٥ / ص١٢٦ دار المنهاج الطبعة الأولى ١٤٢١ – ٢٠٠٠ .

(٤) الجوهرة النيرة لأبي بكر محمد بن علي الجوادي ألعبادي ج١ / ص٢١٧ الطبعة الأولى١٣٢٢ هـ .

(٥) حديث ضعيف قال عنه الزيلعي : قلت غريب وأسنده البيهقي في المعرفة، في كتاب السير، عن الشافعي، قال : قال أبو يوسف : إنما قال أبو حنيفة هذا لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله ﷺ أنه قال :﴿ لا ربا بين اهل الحرب أظنه قال : وأهل الإسلام ﴾ قال الشافعي : وهذا ليس بثابت ولا حجة (نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشية بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، جمال الدين بن محمد بن عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي ج٤ / ص٤٤ الناشر مؤسسة الريان للطباعة والنشر بيروت الطبعة الأولى ١٤١٨ – ١٩٩٧، وذكر ابن حجر في الدراية ما يشبه كلامه: (الدراية في تخريج أحاديث الهداية لأبي الفضل أحمد بن أحمد بن على بن أحمد بن حجر العسقلاني ج٢ / ص ١٥٨، دار المعرفة بيروت) .

(٦) الفتاوي الهندية، لجنة من العلماء برئاسة نظام الدين البلخي ج٣ / ص ١٢٢ دار الفكر الطبعة الثانية١٣١٠هـ .

والراجح مذهب جمهور الفقهاء القائلين بعدم جواز الربا في دار الحرب؛ لقوة أدلتهم وما استدل به أبو حنيفة مرسل لا تقوم به حجة، ويحتمل أنه أراد النهي عن الربا لا إباحته والحديث لا يقوي على معارضة ما ورد في القرآن وتظاهرت به السنة والإجماع لأنه خبر مجهول[١].

ب: إذا ارتكب المسلم حدا في دار الحرب:

هل يعنى قصر ولاية القاضي المسلم على دار الاسلام سقوط الحد عن المسلم إذا ارتكب حدا فى غير بلاد الإسلام ؟ اختلف الفقهاء فى ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب الحنفية[٢] والحنابلة[٣] : إلى أنه لا يقام عليه الحد وإن جاء إلى دار الإسلام، واستدلوا على مذهبهم بالسنة والمعقول:

أ – دليلهم من السنة: حديث: " من زنى أو سرق فى دار الحرب، وأصاب فيها حدا ثم هرب فخرج إلينا فإنه لا يقام عليه الحد والله أعلم به[٤] .

الحديث دليل على سقوط الحد عن المسلم إذا ارتكب حدا فى دار الحرب .

---

(١) المغني ج٤ / ٣٣،٣٤، المجموع شرح المهذب ج٩ / ص ٤٨٩ .
(٢) بدائع الصنائع حـ ٧ / ص ١٣٢، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق حـ ٣ / ص ١٦٥ دار الكتاب الإسلامي ط ٢، البحر الرائق حـ ٨ / ص ١٥٤ ٠
(٣) المغنى حـ ٨ / ص ٤٧٣ ٠
(٤) غريب وأخرجه البيهقى عن الشافعى : نصب الراية حـ ٧ / ص ٤١١ للزيلعى ٠

- ما أخرجه سعيد بن منصور: أن عمر رضى الله عنه: كتب إلى الناس: لا يجلدن أمير جيش ولا سرية رجلا من المسلمين حدا، وهو غاز حتى يقطع الدرب قافلا ؛ لئلا يلحقه حمية الشيطان فيلحق بالكفار[١] .

ب – واستدلوا من المعقول: بأن الإمام لا يقدر على إقامة الحدود فى غير دار الإسلام ؛ لعدم ولايته عليها[٢] .

هذا وإذا رجع المسلم إلى دار الإسلام لا يقام عليه الحد ؛ لأن الفعل لم يقع موجبا أصلا، وكذا لو قتل مسلم مسلما عمداً فى غير دار الإسلام لا يؤخذ بالقصاص ؛ لتعذر الاستيفاء[٣] .

ولأن كونه فى دار الحرب أورث شبهة فى الوجوب، والقصاص لا يجب مع الشبهة، لكن يضمن الدية فى ماله لا على العاقلة ؛ لأن الدية تجب ابتداء على القاتل وتتحملها العاقلة ؛ لما بينهم من التناصر ولا تناصر مع اختلاف الدار[٤] .

---

(١) ابن أبي شيبة فى المصنف ٠ البهيقى فى السنن ٠

(٢) البناية شرح الهداية لبدر الدين، المغنى حـ ٦، ص ٢٥٥ دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٠ م، بدائع الصنائع حـ ٧ / ص ١٣٢ .

(٣) أحكام القرآن لابن العربى حـ ١ / ص ٦٥١ لمحمد بن عبد الله الأندلسى دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى

(٤) مواهب الجليل فى شرح مختصر خليل للحطاب حـ ٣ / ص ٣٦٦ دار الفكر، الطبعة الثالثة ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م ٠

المذهب الثاني: ذهب المالكية[١]، والشافعية[٢]: إلى أن المسلم إذا أصاب حدا فى غير بلاد الإسلام بأن زنى أو سرق، أو شرب خمرا، أو قتل يكون الحكم كالحكم فى دار الإسلام .

واستدلوا بما يأتي:

١- عموم آيات القرآن الكريم التى توجب تطبيق الأحكام على المسلمين، والقول بغير ذلك مخالف للكتاب، والسنة، والإجماع، يقول الله تعالى: " ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا ... "[٣] ، ويقول تعالى: " الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مئة جلدة ... "[٤] ، ويقول عز وجل: " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ..."[٥] ، فلا يجوز أن يسقط هذا عن الأسارى أو التجار فى دار غير المسلمين، بأن يكونوا فى دار ممتنعة، ولم نجد دلالة على هذا من كتاب، أو سنة، أو إجماع، فنزيل ذلك عنهم بلا دلالة ونخصهم بذلك دون غيرهم[٦] .

٢- لأن إقامة الحدود واجب على الامام كوجوب إقامة الصلاة والصوم، وهذا الواجب لا يسقط فى دار الإسلام ولا فى غيرها[٧] .

---

(١) حاشية الخرشى حـ ١١ / ص ١١١ ٠
(٢) الأم حـ ٨ / ص ٢٤١ ٠
(٣) الاسراء آية ٣٢ ٠
(٤) النور آية ١ ٠
(٥) المائدة آية ٣٨ ٠
(٦) الأم حـ ٤ / ص ٢٤١ ٠
(٧) الخرشى حـ ١ / ص ١١١ ٠

٣- ولأن القول بعدم وجوب الحد على المسلم فى غير دار الإسلام فيه إسقاط لحق الله تعالى عنهم وحق الآدميين الذى أوجبه الله تعالى، فما أتوا فى غير دار الإسلام لا يغير شيئا ولا يحل لهم حَبْسَ حَقٍ قِبَلَهم فى دم ولا مال .

إذن المذهب الثاني يرى: أن أحكام الإسلام تجرى على المسلم دون نظر إلى موضع إقامته: فلو دخل مسلم دار الحرب بأمان وأخذ مال حربى مضاربة أو شراء أو دينا فالثمن فى ذمته وعليه قضاؤه بمقتضى العقد، وإذا خرج الحربي إلى دار الإسلام قضى القاضي المسلم على المسلم كما يقضى له ؛ لأن الحكم جار على المسلم حيث كان لا يزول الحق عنه بأن يكون فى موضع من المواضع، كماً لا يزول عنه حكم الصلاة والصوم[١] .

هذا عن الأحكام التى تتعلق بالعقود وغيرها، أما ضمان الإتلاف فإن للشافعية وجهين: الأصح أنه لا ضمان وهو مقتضى مذهب أحمد ؛ لأنه لم يلزم شيء والإتلاف ليس عقدا يستدام، وكما هو الحال فى مال المسلم لا يوجب الضمان على الحربى، ومقابل الأصح: يضمن[٢] .

الترجيح:

والراجح: المذهب الأول: القائل بقصر ولاية القاضي المسلم في إقامة الحدود على ما وقع فى دار الإسلام، وعلى المسلم أن يرد المظالم المالية وغيرها بما يمكن رده إلى أصحابها تطهيراً للنفس وخروجا من العهدة، أما ما لا يمكن رده فعليه الاستغفار والاكثار من فعل الخيرات تكفيراً عما ارتكبه من ذنوب .

---

(١) الأم حـ ٤ / ص ٢٨٨ ٠

(٢) مغنى المحتاج للشربينى الخطيب حـ ٤ / ص ٢٣٠، المغنى لابن قدامه حـ ٨ / ص ٤٨٣.

ولو عاد المسلم إلى دار الإسلام وقد ارتكب حداً فى غيرها فلا سلطان عليه من القاضي المسلم وكذلك فى المخالفات المالية ؛ لأنه لم يكن خاضعا لولاية القضاء الإسلامي وقت ارتكاب المخالفة مالية أو غير مالية .

وقد وضع ابن نجيم - رحمه الله - أصلا تبنى عليه تصرفات المسلم فى غير بلاد الإسلام فقال: " وهاهنا أصل تبنى عليه هذه المسائل يجب العلم به وهو: أن كل حكم لا يفتقر إلى قضاء القاضى فدار الإسلام ودار الحرب فى ذلك الحكم سواء، وكل حكم يفتقر إلى قضاء القاضي لا يثبت ذلك فى حق من كان من المسلمين فى دار الحرب بمباشرة ذلك الحكم فى دار الحرب نظير الأولى: البيع والشراء ووجوب الصلاة والصوم، فإن هذه الأحكام كلها من أحكام المسلمين وتجرى على من كان فى دار الحرب من المسلمين ونظير الثانى: الزنا فإن المسلم إذا زنا فى دار الحرب ثم دخل دار الاسلام، لا يقام عليه الحد[1] .

والمراد بكلمة حكم فى قوله " كل حكم " : يعنى كل تصرف، فكل تصرف لا يحتاج فيه إلى اللجوء إلى القاضى يجب على المسلم أن يلتزم فيه بحكم الشرع سواء فى دار الإسلام أو فى غيرها، فالتجارة والزراعة والصناعة فى دار الإسلام وفى غيرها سواء، فتصبح المزارعة والمساقاة من المسلم والحربى فى دار الإسلام وفى غيرها[2] .

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم حـ ٨ / ص ١٥٥ دار الكتاب الاسلامى الطبعة الثانية.
(٢) الفتاوى الهندية حـ ٣ / ص ٢٧٧، حـ ٣ / ص ٢٤٩ ٠

المطلب الرابع

تجاوز شرط إسلام القاضي

بينت اتفاق الفقهاء على شرط إسلام القاضي فى الخصومات التي يكون أحد طرفيها مسلما، وبينت أن ولاية القاضي المسلم قاصرة على دار الاسلام، لكن بعض الباحثين[١] رأى جواز لجوء المسلم إلى القاضي غير المسلم إذا كان مقيما فى غير بلاد الإسلام، واستندوا فى تقرير قولهم إلى بعض الأدلة الشرعية منها:

أ – المصلحة[٢]: يعنى مصلحة المسلمين المقيمين فى غير بلاد الإسلام: وأن المصلحة هنا راجحة على مفسدة اللجوء إلى قاضٍ غير مسلم .

---

(١) حجية الأحكام الصادرة على المسلمين في الدول غير الإسلامية، إعداد القاضي الدكتور / أشرف يحي العمري قاضي عمان الشرعي، جمادى الإولى ١٤٢٨ – ٢٠٠٧ ٢٧٩ ، أثر الضرورة والحاجة على أحكام ممارسة الأقليات المسلمة في الأعمال التالية _المحاسبة – المصارف – الوظائف العامة القضاء والنيابة العامة والمحاماة د / صالح بن عبدالله الدرويش القاضي بالمحكمة العامة بالقطيف المملكة العربية السعودية ص ٢٦، مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا المؤتمر الخامس، المنامة البحرين، ذو القعدة ١٤٢٦– ٢٠٠٧ .

(٢) المصلحة كالمنفعة لفظا ومعنى واصطلاحا : المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق وتحصيل المصالح ودرء المفاسد معتبر شرعا، فالفعل أن تضمن مصلحة مجردة حصلناها وإن تضمن مفسدة مجردة نفيناها، وان تضمن مصلحة من وجه، ومفسدة من وجه فإن استوي في نظرنا تحصيل المصلحة ودفع المفسدة توقفنا على المرجح أو خيرنا بينهما كما قيل في من لم يجد من السترة إلا ما يكفي أحد فرجيه فقط هل يستر الدبر لأنه مكشوفا أفحش ؟ أو القبل لاستقبال القبلة ؟ أو يتخير لتعارض المصلحتين والمفسدتين ؟ وإن لم يستو ذلك بل ترجح أحد الأمرين تحصيل المصلحة أو دفع المفسدة فعلناه لأن العمل بالراجح متعين شرعا وعلى هذه القاعدة تخرج كل ما ذكروه في تفصيلهم المصلحة (شرح مختصر الروضة للطوفي سليمان بن عبد القوي بن الكريم أبو الربيع نجم الدين ج

وقد أجاز الشافعية تولية من لم تتوافر فيه جميع شروط القاضي ؛ لئلا تتعطل مصالح الناس، فإذا ولى سلطان ذو شوكة فاسقا أو عبدا أو امرأة نفذ حكمهم ؛ للضرورة ؛ ولئلا تتعطل مصالح الناس، وذلك إذا تعذر وجود من تتوافر الشروط فيه .

وفى تولية الكافر للضرورة وجهان عند الشافعية:

الظاهر: أنه لا يصح تولية الكافر مطلقا، وذلك بخلاف الصبي والمرأة ،

ومقابل الظاهر: أنه إذا ولى ذو الشوكة كافراً نفذ فضاؤه للضرورة[١] .

وجه الظاهر:انتفاء أهلية الكافر للولاية، ونصبه على غيره مجرد رئاسة لا تقليد حكم وقضاء[٢] .

وهذا الاستثناء فى تولية غير المسلم فى دار الإسلام للضرورة ؛ لئلا تتعطل مصالح الناس فى وجه مرجوح عند الشافعية، وقضيتنا الضرورة فيها أعظم وأشد ؛ لأن محلها مسلم فى غير بلاد الإسلام، ولا ولاية للقاضي المسلم عليه أصلا، فحاجة المسلم فى غير بلاد الإسلام تقتضى إباحة لجوئه إلى القاضي غير المسلم لئلا تتعطل مصالحه .

---

٣ / ص٢١٤ تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى ١٤٠٧-١٩٨٧.

(١) قليوبى وعميرة حـ ٤ / ص ٢٩٨ دار الفكر بيروت ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م، مغنى المحتاج حـ ٦ / ص ٢٦٦ دار الكتب العلمية ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م فتاوى الرملى حـ ٤ / ص ١٢٦ دار الفكر ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م، تحفة المحتاج فى شرح المنهاج لابن حجر الهيتمى حـ ١٠ / ص ١١٥ دار إحياء التراث العربى ٠

(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج حـ ٨ / ص ٢٣٩، دار الكتب العلمية ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م ٠

ب: قياسا على قاضي أهل البغي : أجاز البعض لجوء المسلم إلى القاضي غير المسلم فى غير بلاد الإسلام ؛ قياسا على قضاء قاضى أهل البغي .

حيث أجاز جمهور الفقهاء، المالكية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣] قضاء قاضى أهل البغي، على تفصيل فى كل مذهب، فالمالكية يجيزون قضاء قاضى أهل البغى المتأويلين دون مراجعة من قاضى أهل العدل، أما غير المتأولين فتراجع أحكام قاضيهم من قاضى أهل العدل، والشافعية يجيزون قضاء قاضى أهل البغى ما لم يستحل دماء أهل العدل، وإلا فلا ؛ لعدم عدالته، والحنابلة كالشافعية .
واستدلوا على جواز قضاء قاضى أهل البغي: بأن الخلاف معهم خلاف فى الفروع وهو خلاف سائع لا يمنع صحة القضاء[٤] .

والحنفية يرون عدم نفاذ قضاء قاضى أهل البغى إن كان باغياً، أما لو كان قاضياً من أهل العدل نفذ قضاؤه ؛ لأن البغاة فسقة، والفسق ينافي القضاء[٥] .

والحق: أن القول بإجازة لجوء المسلم فى بلاد غير المسلمين إلى القاضي غير المسلم للضرورة والمصلحة ؛ قياسا على مقابل الظاهر عند الشافعية غير مسلم ؛ لأنه قياس مع الفارق، فالشافعية يتحدثون عن قاضٍ يولى من والٍ مسلم فى بلاد الإسلام، وكلا منا فى قاضٍ غير مسلم فى غير بلاد الإسلام .

---

(١) حاشية الدسوقى حـ ٤ / ص ٣٠٠ ٠
(٢) البيان فى مذهب الامام الشافعى حـ ١٢، ص ٣٥، الأم حـ ٤ / ص ٢٣٥ ٠
(٣) المغنى لابن قدامه حـ ٦ / ص ١٠٩، ١١٠ مكتبة القاهرة ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م٠
(٤) المغنى حـ ٦ / ص ١٠٩ ٠
(٥) بدائع الصنائع حـ ٧ / ص ١٥ دار الكتب العلمية ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م الطبعة الثانية، أحكام القرآن للجصاص حـ ٣ / ص ٦٠١ ٠

والقياس على نفاذ قضاء قاضى أهل البغي على مذهب الجمهور أيضا قياس غير صحيح ؛ لأن قبولهم قضاءه بسبب أن الاختلاف معهم في الفروع، وهو اختلاف سائغ، بخلاف القاضي غير المسلم الذى يخالفنا فى الأصول والاعتقاد .

وقد قال بعض الباحثين: إن شرط الاسلام من وضع الفقهاء وأنه شرط اجتهادي فهو خاضع للاجتهاد حسب تغير الأحوال والأزمان والأوطان كسائر القضايا الاجتهادية ؛ لأنه ليس ثابتا بنص شرعي وأن التغيرات الجذرية التى حدثت فى نطاق العلاقات الدولية تحتم إعادة النظر فى هذا الشرط، وترجح القول بجواز خضوع المسلم لقاضى غير مسلم ؛ قياسا على جواز شهادة غير المسلم فى آية الوصية لمواجهة ظرف استثنائي[1] .

---

(١) راجع : بحث حجية الأحكام الصادرة على المسلمين في غير بلاد الإسلام للقاضي الدكتور أشرف العمري السابق . وهذا قياس على مسألة شهادة غير المسلم على وصية المسلم في السفر، وقد اختلف الفقهاء في حكمها على مذهبين، ويرجع سبب اختلافهم إلى فهم المراد من قوله تعالى في سورة المائدة في الآيات السادسة والسابعة والثامنة بعد المائة : (أو آخران من غيركم) فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، وهو قول سعيد بن المسيب، والحسن، وابن سيرين، وعبيدة، وسعيد بن جبير، والشعبي، وسليمان التيمي، وغيرهم إلى : أنه لا تجوز شهادة الكافر على المسلم مطلقا، لا في الوصية في السفر، ولا في غيرها، واستدلوا بعموم قوله تعالى : (ممن ترضون من الشهداء ... البقرة ٢٨٢) وقوله تعالى : (وأشهدوا ذوي عدل منكم ...الطلاق ٢) حيث لم يخص حالة دون حالة لا حضرا ولا سفرا، والسفر حالة من حالات الإنسان فلم يجز فيه شهادة غير المسلم على المسلم ذميا أو غيره .وذهب الحنابلة، وهو قول شريح، والنخعي، والأوزاعي، ويحي بن حمزة، وحكي عن أبي موسى، وابن مسعود : ذهبوا إلى جواز شهادة الذمي على وصية المسلم في السفر إذا لم يوجد مسلم، واستدلوا بقوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض فأصابتكم مصيبة الموت ... المائدة ١٠٦)،

وقالوا: إنه لا تلازم بين عدالة القاضي وبين كونه مسلماً ؛ لأن المسلم قد لا يكون عادلاً وقد يكون غير المسلم عادلا، واستدلوا بحديث النجاشي لما أمر النبي ﷺ المهاجرين بالهجرة إلى الحبشة ؛ لأن بها ملكا لا يظلم عنده أحد " .

وانتهى إلى أن شرط إسلام القاضي ليس لازما ؛ نظرا لتغير الأحوال خاصة بالنسبة لغير المسلمين المقيمين فى غير بلاد الإسلام ؛ ولأن تحقيق العدالة لا يتوقف على هذا الشرط .

والقول بتجاوز شرط إسلام القاضي خرق لإجماع الأمة لا يجوز، وقياس الجواز على جواز شهادة الذمي على وصية المسلم عند عدمه قياس على خلاف مذهب

فإن الضمير في قوله تعالى (: منكم) يرجع إلى المسلمين، وفي قوله تعالى : (من غيركم)، يرجع إلى غير المسلمين، وهذا ما يقتضيه سياق الآيات، وقد روي عن ابن عباس -رضي الله عنه - في قوله تعالى : (من غيركم) يعني من أهل الكتاب .وقد اعتذر الجمهور عن الاستدلال بالآية، وقالوا إنها منسوخة بقوله تعالى : (وأشهدوا ذوي عدل منكم ...)، وأن الضمير في قوله تعالى : (من غيركم)، يعني من غير قبيلتكم .

(أحكام القرآن للجصاص ج٢ ص٦١٣، أحكام القرآن لابن العربي ج٢ ص ٢٠٨، أحكام القرآن للشافعي ج٢/ ١٤٧ دار الكتب العلمية بيروت ١٤١٢هـ١٩٩١ م، جامع البيان في تأويل القرآن ج١١ / ص ١٥٧ لمحمد بن جرير بن يزيد بن غالب أبو جعفر الطبري ٢٢٤- ٣١٠ تحقيق أحمد شاكر نشر مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى ١٤٢٠ ٢٠٠٠، تفسير القرطبي الجامع لأحكام القرآن لمحمد بن أحمد بن أبي بكر الأنصاري القرطبي ج٦ / ص ٣٥٠، دار الكتب المصرية القاهرة الطبعة الثانية ١٣٨٤- ١٩٦٤، المبسوط للسرخسي ج٣٠ / ص١٥٣، ١٥٤، المقدمات والممهدات ج٢/ ص٢٨٦ لأبي الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي (الجد) دار العرب الطبعة الأولى ١٤٠٨- ١٩٨٨، المنتقى شرح الموطأ ج٥/ ١ص١٩٢، ١٩٣، الأم للشافعي ج٦ / ص ١٥٤، المغني لابن قدامه ج١٠ / ص١٦٥، ١٦٦ مكتبة القاهرة ١٣٨٨- ١٩٦٨.

جمهور الفقهاء الذين يرون خلاف ذلك، وتبقي علة الضرورة الملجئة للمسلم إذْ الضرورات تبيح المحظورات لكن الضرورة تقدر بقدرها فيحتمل جواز لجوء المسلم للقاضي الوطني غير المسلم في البلد التي يعيش فيها في القضايا الخاصة بالمعاملات المالية والغصوب، والإتلافات، ونحوها، دون مسائل الأحوال الشخصية ؛ وذلك نظرا للضرورة ؛ ولأن مصلحة الفصل في المنازعات لإيصال الحقوق إلى أصحابها أرجح من مفسدة اللجوء إلى قاض غير مسلم، وإذا كانت المصلحة أعظم من المفسدة يقدم تحصيل المصلحة مع التزام المفسدة ؛ قياسا على الحجر على المفلس، فهي مفسدة في حقه،لكنه ثبت تقديما لمصلحة الغرماء على مفسدة الحجر، والتلفظ بكلمة الكفر مفسدة عظيمة، لكن تقدم عليها مصلحة حفظ الأرواح والمهج، فهي مصلحة أكمل من مفسدة النطق بكلمة الكفر عند الإكراه[1] ، ولئلا تتعطل مصالح الناس، خاصة وأن البلاد الغربية وهي التي يهاجر إليها المسلمون تتمتع بأنظمة قضائية مستقرة وموضوعية .

ويمكن للمسلمين المقيمين فى غير بلاد الإسلام اللجوء إلى نظام التحكيم حلا لمشكلة خضوع المسلم لولاية قاضى غير مسلم، خاصة في قضاياهم الخاصة وهذا ما سوف اعرض له في المطلب التالي:

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام أبي محمد عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي الملقب بسلطان العلماء ج ١ ص ٩٨،ص١٢٣الناشر مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة ١٤١٤ -١٩٩١.

المطلب الخامس

اللجوء إلى نظام التحكيم

وإذا كان لجوء المسلم إلى قاضى غير مسلم ممنوعا، فإن في اللجوء إلى نظام التحكيم حلا لهذه المشكلة التي تواجه المسلمين المقيمين في بلاد غير إسلامية، فما مدى جواز التحكيم ؟ وما مدى إلزامية أحكام المحكمين ؟ وهل يمكن إكسابها حجية ؟هذا ما سوف أتناوله من خلال:

أولا: **تعريف التحكم**:

التحكيم لغة: يقال: حكمت، وحكمت، وأحكمت بمعنى: منعت ورددت، ومنه قيل للحاكم بين الناس: حاكما ؛ لأنه يمنع الظالم من الظلم، وحكَّمت الرجل بالتشديد فوضت إليه الحكم، والمحاكمة المخاصمة إلى الحاكم، والمحكَّم بفتح الكاف الشيخ المجرب المنسوب إلى الحكمة، والحاكم والحكيم بمعنى، وهو القاضي فهو فعيل بمعنى فاعل، أو هو الذي يحكم الأشياء ويتقنها[(١)] .

وعلى ذلك فمادة " حكم " تدور حول المنع، والاتقان، والعدل، والخبرة .

تعريف التحكيم اصطلاحا: " تولية الخصمين حاكما يحكم بينهم " أو هو: " اتخاذ الخصمين حاكما برضاهما، لفصل خصومتهما ودعواهما "[(٢)] .

---

(١) لسان العرب لابن منظور حـ ٣ / ص ٢٧٠، ٢٧١ مادة حكم دار إحياء التراث العربي بيروت، المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى للعلامة أحمد بن محمد بن على المقرى الفيومى ص ١٤٥ مادة حكم دار الفكر لبنان ٠

(٢) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، علاء الدين على بن خليل الطرابلسى حـ ١ / ص ٢٤ دار الفكر ٠

ثانيا: **حكمه**: والتحكيم مشروع بالكتاب، والسنة، والاجماع:

أ – من الكتاب قوله تعالى: " فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها "[١]

فلما جاز التحكيم بين الزوجين جاز فى سائر الخصومات[٢] .

ب – من السنة: حديث أبى شريح أنه قال: " يا رسول الله ﷺ: إن قومي إذا اختلفوا في شئ أتوني فحكمت بينهم فرضي عنى الفريقان فقال النبي – ﷺ – : " ما أحسن هذا " وحديث " أن النبي ﷺ حكم سعد بن معاذ في بني قريظة "[٣]

ج – وقد أجمعت الأمة على جواز التحكيم[٤] .

ولا يشترط لجواز التحكيم عدم وجود قاضٍ، فهو جائز مع وجود القاضى وعدمه، فقد تحاكم عمر، وأبى بن كعب، إلى زيدٍ بن ثابت "[٥].

ولأن علياً – رضى الله عنه – حكَّم فى الإمامة فما سواها أولى[٦] .

د – ومن حيث المعنى: فإنه لو لم يجز التحكيم لضاق الأمر على الناس ؛ لأنه يشق على الناس الحضور الى مجلس الحكم فجوز التحكيم للحاجة[٧] .

---

(١) النساء آية ٣٥ ٠

(٢) البناية شرح الهداية لبدر الدين العينى حـ ٩ / ص ٥٨، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٤٢٠ هـ – ٢٠٠٠ م ٠

(٣) صحيح البخاري، كتاب الجهاد والسير باب إذا نزل العدو على حكم رجل رقم ٢٨١٦ ٠

(٤) البناية شرح الهدايةج٩ص ٥٨ .

(٥) البيهقى فى سننه حـ ١٠ / ص ١٤٥ إرواء الغليل حـ ٨ / ص ٢٣٨ ٠

(٦) الحاوى الكبير للما وردى حـ ٢٠ / ص ٣٩٨ ٠

(٧) معين الحكام ج١١ ص٢٥، أحكام القرآن لابن العربي ج٢ص١٢٥٠

ثالثا : طبيعة التحكيم وكيفية اختيار المحكم وشروطه:

والتحكيم نوع من القضاء إلا أنه بمنزلة أدنى منه ويفارقه فيما يأتي:

١- أن التحكيم ولاية خاصة بخلاف القضاء، فهو من الولايات العامة .

٢- أن التحكيم ليس بلازم ما لم يتصل به الحكم بخلاف القضاء .

٣- أن التحكيم يقوم على تراضى الخصوم بخلاف القضاء .

٤- أن التحكيم يكون فى أمور معينة بخلاف القضاء .

وإذا كان التحكيم نوعا من القضاء إلا أنه ولاية خاصة بين الخصمين مستفادة من آحاد الناس، وهو شعبة من القضاء تتعلق بأمور معينة، ولابد فيه من رضا الخصوم[(١)]، أما القضاء فهو من أعظم الولايات العامة ؛ لذلك فإن اختيار المحكم ليس كاختيار القاضي، فإن تنصيبه منوط بالإمام، أما المحكم فقد وضع الفقهاء طريقة لاختياره، هذه الطريقة يمكن تطبيقها على حالة المسلمين المقيمين فى غير بلاد الإسلام ليختاروا واحدا منهم أو هيئة محكمين للفصل فى قضاياهم الخاصة:

فالحنفية: يرون أن جماعة المسلمين يتفقون على أهلٍ للولاية ليقوم بتولية من يقضى بينهم، أو يقوم هو بذلك إن كان أهلا [(٢)]٠

---

(١) معين الحكام حـ ١١ / ص ٢٥، أحكام القرآن لابن العربى حـ ٢ / ص ١٢٥ ٠

(٢) البناية شرح الهداية حـ ١٣ / ص ٢٥، العناية شرح الهداية حـ ٧ / ص ٣١٦، تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام حـ ١ / ص ٢٠ مكتبة الكليات الأزهرية ١٤٠٦ هـ / ص ١٩٨٦ م ٠

والمالكية: يرون أن ذوى العدالة والعلم والرأي يقومون مقام الإمام فى اختيار واحد منهم فى مثل هذه الأمور التى يضطر الناس إليها[١] .

والشافعية: يرون جواز اختيار واحد من المسلمين ليتولى الفصل فى قضاياهم وينفذ قضاؤه، بشرط عدم الإمام، وعدم إمكان الوصول إليه، وأن لا يمكن التحاكم إلى قاض قريب، فإذا توافرت هذه الشروط واجتمعوا على واحد منهم جاز ونفذ قضاؤه[٢] .

والحنابلة كالشافعية: إذا لم يكن إمام صحت التولية ونفذت أحكامه وإلا فلا[٣] .

وإذ قد قرروا جواز اختيار المحكم بالضوابط السابقة، فإنهم اشترطوا فيه نفس شروط القاضى: بأن يكون مسلما، أهلا للاجتهاد، وأن يتوافق عليه الخصوم، وأن يتراضوا عليه إلى حين الحكم، وأن تكون أحكامه فى أمور معينة، وأن يكون حكمه ملزما[٤] .

وقد وضع الفقهاء حدوداً للقضايا التي يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم ويجب على المسلمين المقيمين فى بلاد غير إسلامية مراعاتها ليكون التحكيم صحيحا منتجا أثره الشرعى:

---

(١) الفتاوى الهندية حـ ٤ / ص ٧٢ ٠

(٢) المنتقى شرح الموطأ حـ ٦ / ص ٦٩ دار الكتاب الاسلامى الطبعة الثانية ٠

(٣) الحاوى الكبير للماوردى حـ ٢٠ / ص ٥٩، ٦٠ دار الفكر للطابعة والنشر والتوزيع ١٤٢٤ هـ / ٢٠٠٢ م

(٤) شرح منتهى الإرادات للبهوتى حـ ٣ / ص ٤٩٣ عالم الكتب ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م ٠

رابعا: ما يجوز فيه التحكيم وما لا يجوز:

إذا كان التحكيم نوعا من القضاء إلا أنه لا يجوز فى كل الأحكام، فلا يجوز التحكيم فى الحدود، والقصاص عند جمهور الفقهاء، الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤] على تفصيل فى كل مذهب .

فالحنفية يمنعون التحكيم فيما كان حقا لله تعالى خالصا، ومنها الحدود والقصاص ؛ لأنه لا ولاية للخصمين على دمهما ؛ فلا يملكان الإباحة، فلا يستباح برضاهما ؛ ولأن حكم المحكم ليس بحجة فى غير المحكمين، فكانت شبهة، والحدود والقصاص لا يستوفى بالشبهات [٥] .

والمالكية: يقصرون جواز التحكيم على الأموال وما فى معناها، فلا يقيم المحكم حدا، ولا يحكم بقصاص، أو طلاق، أو عتق، أو نسب، لقصور ولايته وضعفها، وهذه أمور عظيمة تحتاج إلى أهلية عظيمة، وهى لولاة الأمور غالبا، وآحاد الناس قاصرو النظر عن ذلك[٦] .

أما **الشافعية** فقد قسموا الأحكام إلى ثلاثة أقسام:

---

(١) البناية شرح الهداية حـ ١٩ / ص ٥٨، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام لعلاء الدين على بن خليل الطرابلسى حـ ١ / ص ٢٥، الحاوى الكبير حـ ٢٠ / ص ٣٩٨.

(٢) البناية حـ ٩ / ص ٦٠ ٠

(٣) الذخيرة للقرافى حـ ٨ / ص ٢٩، ٣٠ دار الكتب العلمية ١٤١٣ هـ - ٢٠٠١ م ٠

(٤) الحاوى الكبير حـ ٢٠ / ص ٣٩٨، الكافي فى فقه الإمام أحمد لابن قدامه حـ ٤ / ص ٢٢٤ دار الكتب العلمية ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م

(٥) البناية حـ ٩ / ص ٦١ ٠

(٦) التاج والإكليل حـ ٨ / ص ١٠٠، الذخيرة حـ ٨ / ص ٣٠

١- قسم يجوز فيه التحكيم وهو الأموال وعقود المعاوضات، وما يصح فيه العفو والإبراء .

٢- قسم لا يجوز فيه التحكيم: وهو ما اختص القضاة بالمحافظة عليه من حقوق الله تعالى ، والولايات على الأيتام ، والأتباع ، وإيقاع الحجر على مستحقيه.

٣- قسم مختلف فيه: وهو أربعة أحكام: النكاح، واللعان ، والقذف ، والقصاص، وفى جواز التحكيم فيه وجهان:

١- يجوز لوقوفها على رضا المحكمين .

٢- لا يجوز لأنها حقوق وحدود يختص بها الولاة[١] .

أما **الحنابلة:** فروايتان قال أبو الخطاب: ظاهر كلام أحمد: أن تحكيمه يجوز فى كل ما يحاكم فيه الخصمان، قياسا على قاضى الإمام، وقال القاضي: يجوز حكمه فى الأموال خاصة، أما النكاح والقصاص فلا ؛ لأنها مبنية على الاحتياط فيعتبر للحكم فيها قاضى الإمام كالحدود، والأول هو المذهب[٢] .

وعلى ذلك: فجمهور الفقهاء على أن التحكيم لا يجوز فى كل شيء، بل يجوز في أشياء معينة، فلا يجوز فى الحدود إلا في رواية عند الحنابلة، ووجه عند الشافعية[٣] فإجازته فى كل الخصومات[٤] ؛ لأن الحدود لها طالب معين ؛ ولأن مياط الحكم

---

(١) الحاوى الكبير حـ ٢٠ / ٣٩٨ ٠

(٢) الكافى حـ ٤ / ص ٢٢٤، الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف حـ ١١ / ص ١٩٧ ٠

(٣) أسنى المطالب حـ ٤ / ص ٢٨٨ الغرر البهية شرح البهجة الوردية حـ ٥ / ص ٢٤١ ٠

(٤) الأنصاف حـ ١١ / ص ١٩٧ ٠

هنا رضا مستحقيه، وهو مفقود فيه شرط رضا الخصمين ؛ ولأن الحدود منوط بالإمام النظر فيها نظرا لخطورتها[١] .

ووجه القول بالجواز مطلقا: لأن من صح حكمه فى حكم صح فى جميع الأحكام .

والراجح: جواز التحكيم فى المنازعات الخاصة بالأموال، وعقود المعاوضات ونحوها، وكذلك فى قضايا الأحوال الشخصية، أما فى الحدود والقصاص فلا يجوز فيها التحكيم ؛ نظرا لخطورتها، وعظم العقوبات المترتبة عليها، فاحتاج الفصل فيها إلى ولاية عامة، تمكن من يفصل فيها من إجراء التحقيقات المناسبة والوقوف على أدلة الثبوت أو النفى، وهذه مسائل دقيقة تحتاج إلى أجهزة متخصصة إلى جانب الجهاز القضائي، وهذا مما يصعب توفرها فى المحكم، وأيضا: فإن الخطأ فى هذه القضايا تترتب عليه آثار خطيرة، كرجم الزانى المحصن، أو قطع يد السارق، فلا يجور إيلاء أمر الحدود إلى المحكين، وإنما تخضع لولاية القاضى بما له من صلاحيات كثيرة تمكنه من الفصل فيها .

وهنا تبدو مسألة فى غاية الأهمية: وهى الأثر المترتب على حكم المحكم من حيث اللزوم وعدمه، هل يلزم المحكمين تنفيذ حكم المحكم ؟ وكيف يكتسب الحكم صفة اللزوم ؟ وهل يمكن لهذا الحكم الذى يجرى بين المسلمين فى بلاد غير إسلامية أن يحوز حجية الشيء المقضي به ؟

خامسا: لزوم حكم المحكم للخصوم:

الأصل في التحكيم رضا الخصوم، لكن هل يئول التحكيم إلى اللزوم فى مرحلة ما بحيث يمتنع على الخصوم التنصل من حكم المحكم ؟

---

(١) البيان فقه الشافعى حـ ١٣ / ص ٢٦ ٠

ذهب جمهور الفقهاء الحنفية[١]، والمالكية[٢]، وأكثر أصحاب الشافعى[٣] ، والحنابلة[٤] : إلى أنه إذا تراضى المحكمان بحكم أهلٍ فحكم لزمهما حكمه، ونفذ، ولم يتوقف على رضاهما، واستدلوا بالأدلة التالية:

١- حديث: " من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فعليه لعنة الله"[٥] فى الحديث وعيد شديد، والوعيد دليل اللزوم، كقوله تعالى: " ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ..."[٦] فدل الوعيد على لزوم الحكم بالشهادة .

٢- حديث " إذا كنتم ثلاثة فأمروا عليكم واحدا "[٧] ، والمحكم صار بتأميرهم له نافذ الحكم ؛ لنفوذه لو كان واليا عليهم .

٣- ولأن من صح حكمه لزم، كالحاكم إذا ولاه الحاكم[٨]، فحكمه صدر عن ولاية شرعية عليها كالقاضي إذا حكم لزم[٩] .

وحكى الاصطخرى من **الشافعية** وجها: أن خيار الخصمين ينقطع بشروع المحكم فى الحكم، فإذا شرع المحكم فيه صار لازما ؛ لأن خيارهما بعد الشروع فى الحكم

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق حـ ٤ / ص ١٩٣ ٠
(٢) أحكام القرآن لابن العربى حـ ٢ / ص ١٢٥ ٠
(٣) أسنى المطالب حـ ٤٠ / ص ٢٨٨ ٠
(٤) الكافى حـ ٤ / ص ٢٢٤ ٠
(٥) التلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير، كتاب القضاء، حـ ٤ / رقم ٢٥٦٧
(٦) البقرة ٢٨٢ ٠
(٧) سنن أبى داود رقم ٢٧٠٨ ٠
(٨) البيان في فقه الامام الشافعى حـ ١٣ / ص ٢٥ ٠
(٩) تبيين الحقائق حـ ٤ / ص ١٩٣ ٠

مفض إلى أن لا يلزم بالتحكيم حكمٌ إذا رأى أحدهما توجه الحكم عليه، فيصير التحكيم لغوا[١] .

وهو وجه عند **الحنابلة** ؛ لأنه أي ثبوت الخيار مع الشروع فى التحكيم يؤدى إلى بطلان المقصود من التحكيم، وقيل: له الرجوع بعد الشروع ؛ لأن الحكم لم يتم، أشبه ما قبل الشروع[٢] .

لكن هل يلزم الحكم بمجرد صدوره من المحكم ؟ أم يرفع الحكم إلى القاضي فيكسبه الإلزام ؟ أم اللزوم مكتسب من ذات الحكم ؟

ذهب جمهور الفقهاء: المالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥] : إلى أن حكم المحكم يكتسب الإلزام من ذاته، وأنه لا يجوز للقاضي نقضه إذا رفع إليه، إلا بما ينقضي به حكم قاض آخر، بأن كان جورا بينا، سواء وافق الحكم مذهب القاضي أم خالفه .

وذهب **الحنفية** [٦] : إلى أنه: إذا رفع الحكم أي حكم المحكم إلى القاضي فوجده موافقا لمذهبه أمضاه فلا ينقضه .

---

(١) الحاوى الكبير حـ ٢٠ / ص ٣٩٩ ٠
(٢) الكافى حـ ٤ / ص ٢٢٤ ٠
(٣) الكافى حـ ٤ / ص ٢٢٤ ٠
(٤) أحكام القرآن لابن العربى حـ ٢ / ص ١٢٥ ٠
(٥) البيان فى مذهب الامام الشافعى حـ ١٢ / ص ٢٥ دار المنهاج ١٤١٢ هـ - ٢٠٠٠م .
(٦) الكافى حـ ٤ / ص ٢٥٥ ٠

لأنه لو عرض عليه لقضى به، وإن خالف مذهب القاضى أبطله جوازا [١]

المذهب الثانى: وهو قول الشافعى فى القديم: أنه يلزم تراضى الخصمين بالحكم كالفتيا .

وجه المذهب: لأن التحكيم لما وقف على خيارهما ابتداءً وجب توقفه عليه انتهاءً وهو قول المزنى[٢] .

والراجح: مذهب الجمهور القائلين بلزوم حكم المحكم بمجرد صدوره، وأنه يكتسب اللزوم من ذاته، وإلا خرج التحكيم عن مقصوده الذي شرع من أجله، ولا يجوز للقاضي نقض حكم المحكم إلا بما يجوز به نقض حكم القاضي .

إذن يمكن لنظام التحكيم أن يكون حلا لمشكلة المسلمين المقيمين فى غير بلاد الإسلام. فتقوم كل جالية من الجاليات الإسلامية من خلال أهل الرأي والعلم منهم باختيار واحد، منهم أو مجموعة من الأشخاص الذين تتوافر فيهم على سبيل التقريب شروط المحكم على النحو الذى بينته، ويعرض المختار أو المختارون كمرشحين مع المؤهلات العلمية لكل منهم، ويمكن الاستعانة بالهيئات العلمية الشرعية وعلى رأسها الأزهر الشريف لتقيم مؤهلات المحكم المقترح والتوصية بالاختيار أو عدمه، فإذا تم اتفاق الحالية على واحد أو على هيئة محكمين، قام المختار مقام القاضي فى الأحوال الشخصية خاصة فيصدر أحكامه مدعمة بالأدلة .

---

(١) البناية شرح الهداية للعينى حـ ٩ / ص ٦٠، ٦١ ٠الاختيار لتعليل المختار للموصلي حـ ٢ / ص ٩٦ دار الكتب العلمية ٠

(٢) الحاوى الكبير للماوردى حـ ٢٠ / ص ٣٩٩، البيان حـ ١٣ / ص ٢٥ ٠

وتبقى إلزامية الأحكام واكتسابها الحجية القانونية، ويمكن أن يتم ذلك من خلال تدخل وزراء العدل فى الدول الإسلامية من خلال منظمة المؤتمر الإسلامي لدى مؤسسات العدالة فى الدول غير الإسلامية للاتفاق على آلية لإكساب أحكام المحكمين صفة الحجية، بإجازة لجوء المسلم إلى قاضى الدولة التي يقيم فيها للتصديق على حكم المحكم كإجراء شكلي ضرورة لإكساب الحكم الحجية القانونية فى مواجهة الغير وبذلك تخرج عملية التحكيم من إشكالية القضاء الموازى أو محاولة فرض الجاليات الإسلامية أنظمة تخالف النظام القانوني فى دولة الإقامة، وبذلك نكون قد حققنا هدفين مهمين:

الأول: تحقيق صفة الإلزام لحكم المحكم من خلال جهة قضائية رسمية .

الثاني: تقرير مبدأ احترام السيادة القانونية لدولة الإقامة، بأن تتم عمليات التحكيم تحت ولايتها وسلطانها والتخلص من فكرة القضاء الموازى التى تنال من السيادة القانونية لدولة الإقامة .

أهم نتائج البحث

من خلال البحث يمكن إجمال أهم نتائجه فيما يأتي:

أولا: أن مصطلحي المواطنة والأقليات من المصطلحات المستحثة وأن المواطنة بمفهومها المعاصر قد تتضمن ما يخالف أحكام الفقه الإسلامي .

ثانيا: أن الفقه الإسلامي كان رائدا في وضع أحكام للأقليات الدينية قبل أن تعرفها النظم القانونية الحديثة، وغير المسلمين في ظل أحكامه يعتبرون مواطنين أصليين لهم جميع حقوق المواطنة .

ثالثا: يعتبر الفقه الإسلامي عقائد غير المسلمين أساسا لوضع الأحكام الخاصة بهم في أحوالهم الخاصة .

رابعا: يعتمد الفقه الإسلامي مبدأ سلطان الإرادة لغير المسلمين في اللجوء إلى القضاء الإسلامي في قضاياهم الخاصة، ويشترط تراضي أطراف النزاع على اللجوء إليه

خامسا: القضايا التي تتعلق بأمن المجتمع واستقراره يستوي فيها جميع المواطنين مسلمين وغير مسلمين وكذلك القضايا المتعلقة بالمعاملات المالية كالبيع والشركة.

سادسا: مشروعية الإقامة في غير بلاد الإسلام مع أمن الفتنة في الدين، ويلتزم المسلم بأحكام الحلال والحرام كما يلتزم بها في بلاد الإسلام .

سابعا: الإسلام شرط في القاضي والأصل أن يخضع المسلم لولاية القاضي المسلم ولأحكام الشريعة الإسلامية وأنه لا يجوز الخضوع لولاية قاض غير مسلم ولا

لقانون غير أسلامي وهذه من أهم المشكلات التي يواجهها المسلمون المقيمون في غير بلاد الإسلام .

ثامنا: الفقه الإسلامي يحترم مبدأ سيادة الدول خاصة سيادة القوانين الوطنية ويجعل وولاية القاضي المسلم قاصرة على بلاد الإسلام .

تاسعا: اقتُرِحت بعض الحلول لموجهة مشكلة الخضوع لقاض غير مسلم وقانون غير إسلامي فاقترح البعض تجاوز شرط الإسلامي للضرورة والمصلحة الراجحة وهو مبدأ معمول به في حالة قاضي الضرورة، ويمكن العمل به في القضايا المالية دون قضايا الأحوال الشخصية .

عاشرا: يعتبر اللجوء إلى نظام التحكيم في الفقه الإسلامي بضوابطه الشرعية حلا مناسبا في غير الحدود والقصاص لمشكلة اللجوء إلا القاضي غير المسلم والقانون غير الإسلامي .

حادي عشر: ويقترح البحث أن تقوم المنظمات الإسلامية كمنظمة المؤتمر الإسلامي من خلال وزراء العدل المسلمين بعقد اتفاقيات تعاون قانونية مع سلطات العدالة في الدول التي يعيش فيها مسلمون كي تعتمد أحكام المحكمين وتوثقها لتحوز حجية الشيء المقضي ويمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير عند المنازعة، وذلك يحقق هدفين:

الأول: احترام السيادة القانونية لتلك الدول .

والثاني: توثيق أحكام المحكمين بما يضمن حجيتها .

مراجع البحث

أولاً: التفسير

- أحكام القرآن، للإمام محمد بن إدريس الشافعي، دار الكتب العلمية طبعة ١٤٢٠- ١٩٩١ .
- أحكام القرآن لابن العربي، أبى بكر، محمد بن عبد الله الأندلسي، دار المنار للطباعة والنشر القاهرة، الحسين، دار الفكر، ١٤١٤ هـ، ١٩٩٤ م، دار الكتب العلمية بيروت .
- أحكام القرآن للجصاص: أبو بكر، بن علي الرازي الحنفي ت٣٧٠هـ، دار الفكر ط ١٤١٤ هـ، ١٩٩٤ م
- تفسير الطبري، جامع البيان عن تأويل القرآن، للإمام الطبري، محمد بن جرير، بن يزيد بن كثير بن غالب،الآملي أبو جعفر، دار مجد للطباعة والنشر ط الأولى ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٠ م، مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى ١٤٢٠-١٩٦٤تحقيق أحمد شاكر.
- تفسير القرطبي الجامع لأحكام القرآن لمحمد بن أحمد بن أبي بكر الأنصاري القرطبي، الناشر دار الكتب المصرية القاهرة الطبعة الثانية ١٣٨٤- ١٩٦٤ .
- فهم القرآن ومعانيه للمحاسبي، الحارث بن أسد بن عبد الله المحاسبي أبو عبد الله، الناشر دار الفكر، دار الكتب بيروت .
- لباب التأويل في معالم التنزيل للخازن أبي محمد علي بن محمد بن إبراهيم الشيحي المعروف بالخازن ت ٧٤١هـ
- معالم التنزيل في تفسير القرآن،لأبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، الناشر دار طيبة للنشر والتوزيع الطبعة الرابعة ١٤١٧ – ١٩٩٧ .

ثانياً: الحديث الشريف

- السنن الكبرى – للحافظ أبي بكر بن الحسين البيهقي- ت٤٥٨هـ دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الثالثة .
- المستدرك لأبي يعلى الموصلي أحمد بن علي بن المثنى بن يحي بن عيسى الموصلي المتوفى ٣٠٧ هـ ، الناشر دار المأمون للتراث دمشق الطبعة الأولى ١٤٠٤- ١٩٨٤.
- المنتقى شرح الموطأ لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي – ت ٤٧٤هـ دار الكتاب الإسلامي بالقاهرة .
- سبل السلام شرح بلوغ المرام لمحمد بن إسماعيل الصنعانى، ت ١١٨٢هـ دار الحديث، القاهرة
- سنن أبى داود للحافظ المحدث سليمان بن الأشعت بن إسحاق بن بشير الأزدي السجستاني شرح العظيم آبادي دار الحديث، القاهرة
- سنن الترمذي للإمام أبي عيسي محمد بن عيسى بن سورة الترمذي توفي ٢٧٠ هـ .
- سنن الدارقطنى للإمام،علي، بن عمر، بن أحمد بن مهدي البغدادي الدار قطني ت ٣٨٥هـ، الناشر، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤ هـ، ٢٠٠٤ م.
- سنن النسائي للإمام الحافظ أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب،بن علي بن سنان بحر الخراساني النسائي ت ٣٠٣هـ .
- صحيح ابن حبان،للحافظ أبي حاتم محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن يزيد التميمي البستي ت ٣٥٤هـ تحقيق سعد الأرنؤوط، الناشر مؤسسة الرسالة بيروت الطبعة الثانية ١٤١٤-١٩٩٣ .

- صحيح البخاري للإمام محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري ت٢٥٦ هـ .
- صحيح مسلم للإمام أبي الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم النيسابوري ت ٢٦١ هـ
- عون المعبود شرح سنن أبى داود للعلامة العظيم آبادي أبي الطيب محمد بن شمس الحق بن أمير بن علي ت١٣٢٩هـ مع تعليقات ابن القيم، دار الحديث القاهرة .
- فتح الباري شرح صحيح البخاري للحافظ ابن حجر العسقلاني، شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن علي ابن حجر العسقلاني، ت ٨٥٢هـ ـ دار المعرفة بيروت .
- مصنف عبد الرزاق الصنعانى للإمام أبي بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري الصنعاني ت ٢١١ هـ الناشر، المجلس العلمي الهندي الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ .
- نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية الحافظ جمال الدين عبدالله بن يوسف بن محمد بن أيوب بم مرسي الزيلعى الحنفي ت ٧٤٣ هـ دار الحديث ط الأولى ١٤١٥ هـ، ١٩٩٥ م
- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من كلام سيد الأخيار للشوكانى، أبو عبد الله محمد بن علي بن محمد بن عبدالله الشوكاني ت ١٢٥٠هـ، دار الحديث .

ثالثا: أصول الفقه وقواعده:

- أنوار البر وق على أنواء الفروق لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن أبي العلاء إدريس بن عبد الرحمن بن عبد لله الصنهاجي القرافي المصري ت ٦٨٤ هـ ، عالم الكتب.

- المنثور فى القواعد الفقهية الزركشى أبي عبد الله محمد بن بهادر بـن عبـد الله الزركشي ت ٧٩٤هـ طبع وزارة الأوقاف الكويتية .
- شرح مختصر الروضة للطوفي سليمان بن عبد القوي بن الكريم أبو الربيع نجم الدين، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر مؤسسة الرسالة الطبعـة الأولى ١٤٠٧ – ١٩٨٧
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام أبي محمد عز الدين بـن عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي لقب بسلطان العلماء، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية١٤١٤- ١٩٩١ .

رابعا المراجع الفقهية:

أ - الفقه الحنفي

- الاختيار لتعليل المختار لمحمد بن محمود بم مودود الموصلي أبو الفضل الحنفـي ت٦٨٣ هـ ، دار الكتب العلمية .
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق – زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجـيم – ت ٩٧٠هـ دار الكتاب الإسلامي .
- العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين محمـد أمـين عمـر، دار المعرفة .
- العناية شرح الهداية،لأكمل الدين محمد بن محمود البابرتى، ت ٧٨٦هـ مطبوع على هامش فتح القدير دار الفكر .
- الفتاوى الهندية لجنة من العلماء برئاسة نظام الدين البلخى، دار الفكر .
- المبسوط، لشمس الأئمة أبو بكر محمد بـن أحمـد بـن سـهل السرخـسى- ت ٤٨٣هـ دار الكتب العلمية .

- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعى، ت ٧٤٣هـ دار الكتاب الإسلامي .
- درر الحكام شرح عمدة الأحكام- القاضي محمد بن فراموز الشهير بمنلا خسرو ت ٨٨٥هـ، دار إحياء الكتب العربية .
- رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)- محمد أمين عمر، ط دار الفكر ١٩٩٢ م .
- شرح فتح القدير كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن الهمام – ت ٨٦١هـ دار الفكر .
- مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر- عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان – ت٩٥١هـ دار إحياء التراث العربي .
- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الإحكام لعلاء الدين على بن خليل الطرابلسي، دار الفكر .

ب -الفقه المالكي:

- الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة محمد بن أحمد العبادي، مطبعة الاستقامة بالقاهرة .
- التاج والإكليل لمختصر خليل أبو عبد الله محمد بن يوسف الشهير بالمواق – ت ٨٩٧ هـ دار الكتب العلمية .
- الذخيرة لشهاب الدين، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المصري ت ٦٨٤هـ دار الكتب العلمية بيروت ط الأولى ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م .
- الفواكه الدوانى على رسالة ابن أبى زيد القيرواني، للعلامة الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوى الأزهري المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت .

- المقدمات الممهدات، لمحمد بن أحمد بن رشد القرطبي المتوفى ٥٢٠ هـ ، دار الغرب الإسلامي ط الأولى ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الإمام القاضي أبى الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي ت ٥٩٥ هـ دار الكتب العلمية، بيروت .
- بلغة السالك لأقرب المسالك المعروفة بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، لأحمد بن محمد الشهير بالصاوي، دار المعارف مصر، دار الكتب العلمية .
- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون المالكي ت٧٩٩ مكتبة الكليات الأزهرية الطبعة الأولى ١٤٠٦ -١٩٨٦ .
- حاشية الخرشي على مختصر خليل للإمام محمد بن عبد الله بن على الخرشى المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان .
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لشمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، على الشرح الكبير، لأبى البركات سيدي أحمد الدر دير دار إحياء الكتب العربية، عيسى الحلبي .
- معالم القربة في طلب الحسبة لابن الأخوة القرشي محمد بن محمد بن أحمد بن أبي زيد بن الأخوة القرشي ت ٧٢٩، مكتبة المتنبي القاهرة .
- شرح الزر قاني على المواهب أللدنية بالمنح المحمدية لأبي عبد الله محمد بن عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن شهاب الدين بن محمد الزر قاني المالكي، دار الكتب العلمية الطبعة الاولى١٤١٧- ١٩٩٣ .
- منح الجليل شرح مختصر خليل - أبو عبد الله محمد بن أحمد المعروف بالشيخ عليش- ت ١٢٩٩هـ دار الفكر ١٩٨٥ م .

- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي ت٩٥٤ هـ المغربي المعروف بالحطاب المالكي دار الفكر الطبعة الثالثة١٤١٢- ١٩٩٢ .

ج - الفقه الشافعي:

- الأم للإمام الشافعي: لأبي عبدا لله محمد بن إدريس الشافعي – ت٢٠٤هـ كتاب الشعب، وطبعة عالم المعرفة .
- الأحكام السلطانية للإمام أبي الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردي ت٤٥٠ هـ .
- أسني المطالب شرح روض الطالب لأبي يحيى زكريا الأنصاري ت ٩٢٦هـ دار الكتاب الإسلامي .
- البيان في فقه الإمام الشافعي لأبي الحسين يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني ت ٥٥٨هـ ، دار المنهاج ١٤٢١- ٢٠٠١ .
- الحاوي الكبير للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي،ت-٤٥٠هـ دار الفكر ط ١٤٢٤ هـ، ٢٠٠٣ م .
- العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير تأليف الإمام أبى القاسم عبد الكريم بن محمد عبد الكريم الرافعي القزوينى الشافعي ت ٦٢٣ دار الكتب العلمية .
- المجموع شرح المهذب لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي – ت٦٧٦هـ وهو شرح لكتاب المهذب لأبي إسحاق الشيرازي – ت٤٧٦هـ ولم يكمل النووي شرحه ووفاته المنية، وجاء تقي الدين السبكي – ت ٧٥٦هـ مكتبة الإرشاد جدة السعودية .

- تحفة المحتاج في شرح المنهاج شهاب الدين أحمد بن محمد بن حجر الهيتمى- ت٩٧٤هـ دار إحياء التراث العربي .
- حاشيتا قليوبي وعميرة على الجلال المحلي لشهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، وشهاب الدين احمد البرلسي المعروف بعميرة دار الفكر بيروت١٤١٥ – ١٩٩٥ .
- فتاوى الرملي، لشهاب الدين أحمد بن أحمد الرملي دار الفكر ١٤٠٣- ١٩٨٣.
- فتاوى السبكى للإمام تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام السبكى، ت ٧٥٦هـ دار المعرفة بيروت .
- مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج شمس الدين محمد بن أحمد الشر بيني الخطيب ت ٩٧٧هـ دار الكتب العلمية .
- نهاية المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج شرح المنهاج شمس الدين محمد أحمد الرملي، دار الفكر .

د – الفقه الحنبلي:

- إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم محمد بن ابي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز الزرعي الدمشقي أبو عبدالله ت ٧٥١ هـ دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٤١١ هـ، ١٩٩١ .
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد بن محمد السعدي الدمشقي ت ٨٨٥ دارا حياء التراث العربي ١٤١٢- ١٩٩٢ .
- العدة شرح العمدة لبهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، دار الحديث القاهرة١٤٤٢ – ٢٠٠٣ .

- الفتاوى الكبرى – تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية،ت٧٢٨ هـ،دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م .
- الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامه موفق الدين أبو محمد عبدالله،أحمد، بن قدامه بن نصر المقدسي دار الكتب العلمية ١٤١٣- ٢٠٠١ .
- المبدع في شرح المقنع لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٤١٨- ١٩٩٧ .
- المغنى لابن قدامه، موفق الدين عبد الله أحمد المعروف بابن قدامه المقدسي،ت ٦٢٠هـ وهو شرح لمختصر ألخرقي ط دار الغد العربي .
- شرح الزركشي شمس الدين محمد بن عبد الله المصري الحنبلي الزركشي المصري ت ٧٧٢ هـ علي مختصر الخرقي، دار العبيكان،الطبعة الأولى ١٤١٣ -١٩٩٣ .
- شرح منتهى الإرادات منصور بن يونس بن إدريس البهوتي عالم ت- ١٠٥١هـ عالم الكتب .
- كشاف القناع عن متن الإقناع – البهوتى- دار الفكر وعالم الكتب ١٤٠٢- ١٩٨٢ .

مذاهب أخرى:

- فقه الظاهرية: المحلى بالآثار أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري – ت ٤٥٦هـ دار الفكر .
- فقه الزيدية: البحر الزخار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكاني أبي عبد الله محمد بن علي، بن محمد الشوكاني الخولاني الصنعاني ت ١٢٥٠هـ- دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى .

رابعا: آداب شرعية:

- بريقة محمودية في شرح طريقة محمدية وشريعة نبوية في سيرة أحمدية لمحمد بن محمد بن مصطفى الخازمي مطبعة الحلبي ط ١٣٤٨ هـ .

خامسا: مراجع اللغة:

- المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعي، تأليف أحمد بن محمد بن على المقري الفيومي، دار الفكر .
- المغرب في ترتيب المعرب للمطر زى، أبو الفتح ناصر بن عبد السيد برهان الدين الخوارزمي دار الكتاب العربي .
- لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن علي أبي الفضل جمال الدين بن منظور،ت ٧١١ هـ دار إحياء التراث العربي، بيروت .

معجم اللغة العربية المعاصرة للدكتور أحمد مختار عبد الحميد عمر بمساعدة فريق عمل، عالم الكتب الطبعة الأولى ١٤٢٩- ٢٠٠٨ .

سادسا: مراجع عامة:

- أثر الضرورة والحاجة على أحكام ممارسة الأقليات المسلمة في الأعمال التالية المحاسبة – المصارف – الوظائف العامة القضاء والنيابة والمحاماة د / صالح بن عبد الله الدرويش القاضي بالمحكمة العامة بالقطيف المملكة العربية السعودية، مجمع فقهاء أمريكا المؤتمر الخامس البحرين المنامة ذو القعدة ١٤٢٦- ٢٠٠٧ .
- التأصيل التاريخي لمفهوم المواطنة للدكتور / ربان غانم أحمد الصائغ، كلية العلوم السياسية جامعة الموصل .

- المواطنة والديمقراطية في البلدان العربية لبشير نافع سمير الشميري، وعلي خليفة الكواري وآخرون، مركز دراسات الوحدة العربية بيروت٢٠٠١ .
- المواطنة وإشكاليتها في ظل الدولة الإسلامية د / سامر مؤيد عبد اللطيف، كلية القانون جامعة كربلاء بحث منشور في مجلة الفرات العدد السابع ٢٠١١.
- القانون الدولي الخاص للدكتور منصور مصطفى منصور، دار المعارف ١٩٥٦.
- حجية الأحكام الصادرة على المسلم في الدول غير الإسلامية للقاضي الدكتور / أشرف يحي العمري قاضي عمان الشرعي جمادى الأولى ١٤٢٨- ٢٠٠٧.
- حقوق الأقليات في القانون الدولي بعض الإضاءات، مرفت رشماوي مستشارة حقوق الإنسان، موقع منظمو العفو الدولية، المكتب الإقليمي للشرق الأوسط وشمال إفريقيا .
- دروس في القانون الدولي الخاص للدكتور عبده جميل غضوب، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت ٢٠٠٨، نقلا عن بحث دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن رسالة دكتوراه في الحقوق فرع القانون الدولي الخاص إعداد الطالب حمزة قتال السنة الجامعية ٢٠١٠ – ٢٠١١ .
- مركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني للدكتور / هشام على صادق منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٦٨ .
- معجم المصطلحات السياسية الدولية لأحمد زكي بدوي، الناشر دار الكتاب اللبناني للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة الأولى .
- مفهوم المواطنة في منظور الإسلام للدكتور وهبة الزحيلي، بحث مقدم إلى ندوة تطور العلوم الفقهية، نشر وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بسلطنة عمان .
- مفهوم الأقلية، مجلة الوعي، مجلة جامعية فكرية ثقافية العدد ٢٢٤ السنة العشرون رمضان ١٤٢٦- ٢٠٠٥ النسخة الالكترونية .

- مفهوم المواطنة وعلاقته بالانتماء د عثمان بن صالح العامر مركز آفاق للدراسات والبحوث .
- مسلمون ومسيحيون في الحضارة العربية الإسلامية لأحمد صادق الدجاني مركز يافا للدراسات والأبحاث القاهرة ١٩٩٩ .

فهرس الموضوعات

م	الموضوع	رقم الصفحة
ا	المقدمة	١٧
٢	المبحث الأول: مفهوم المواطنة بين الفقه والفكر القانوني	٢١
٣	المبحث الثاني: النظام القانوني للأقليات غير الإسلامية في بلاد الإسلام	٣١
٤	المطلب الأول: مفهوم الأقليات في القانون الدولي و الفقه	٣١
٥	المطلب الثاني: النظام القانوني لغير المسلمين في بلاد الإسلام	٣٨
٦	المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على غير المسلمين إذا آل الحكم إلى القاضي	٥١
٧	المبحث الثالث: النظام القانوني للمسلمين المقيمين في غير بلاد الإسلام وفيه مطالب	٦٦
٨	المطلب الأول: الإقامة في غير بلاد الإسلام .	٧٠
٩	المطلب الثاني: ولاية القاضي غير المسلم على المسلمين في غير بلاد الإسلام	٧٢
١٠	المطلب الثالث: امتداد ولاية القاضي المسلم على المسلمين في غير بلاد الإسلام	٧٨
١١	المطلب الرابع: تجاوز شرط إسلام القاضي	٨٦

م	الموضوع	رقم الصفحة
١٢	المطلب الخامس: اللجوء إلى نظام التحكيم	٩٢
١٣	أهم نتائج البحث	١٠٣
١٤	مراجع البحث	١٠٥