# الفصل الثانى

## النطاق الشخصى لولاية القضاء الاسلامى

نقصد بهذا النطاق حدود ولاية القضاء الاسلامى من حيث الأشخاص الذين يخضعون لهذا القضاء ، واذا ما نظرنا الى أشخاص المتقاضين أمام القضاء الاسلامى فسنجد أنهم قسمين لا ثالث لهما : القسم الأول : المتقاضون المسلمون ، والقسم الثانى : المتقاضون من غير المسلمين ، فهذا التقسيم هو المعتبر والمأخوذ به فى شريعة الاسلام ، فالشريعة الاسلامية تقسم البشر بصفة عامة على أساس قبولهم الاسلام أو رفضه[1] ، اذ الاسلام هو المعيار الحاسم الوحيد فى تمييز البشر بعضهم عن بعض ولا عبرة بلون أو بلغة أو جنسية أو قومية أو موطن أو غير ذلك من المعايير المأخوذ بها فى الأنظمة القانونية الوضعية ، ومن ثم فاننا سنتعرض لبحث هذا النطاق فى مبحثين كالتالى :

**المبحث الأول :** فى شمول ولاية القضاء الاسلامى للمسلمين .

**المبحث الثانى :** فى مدى خضوع غير المسلمين للقضاء الاسلامى .

***

## المبحث الأول

## شمول ولاية القضاء الاسلامى للمسلمين

تثبت ولاية القضاء الاسلامى اذا كان أحد الخصوم مسلماً[2] ، اذ ولاية هذا القضاء عامة بالنسبة لجميع المسلمين ، ففى داخل

---

(١) يتضح ذلك من قول الله تعالى : « **هو الذى خلقكم فمنكم كافر ومنكم مؤمن ، والله بما تعملون بصير** » ( التغابن : ٢ ) ، وهناك آيات كريمة كثيرة تدلنا على تقسيم الشريعة للبشر على أساس العقيدة الاسلامية ، ولا شك فى أنه على أساس هذا التقسيم يتحدد مركز الفرد فى الدولة الاسلامية ، راجع : أحكام الذميين والمستأمنين فى دار الاسلام ، للدكتور : عبد الكريم زيدان ، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة سنة ١٩٦٢ ، ص ١٠ ، ١١ .

(٢) انظر : القضاء فى الاسلام ، للدكتور : محمد سلام مدكور ص ١٢٥ .

دار الاسـلام يهيمن هـذا القضاء على جميع الخصومات التى يكون أحد أطرافها مسلماً ؛ ولا يشترط أن يكون المسلم متمتعاً بجنسية معينة اذ الاسـلام دين وجنسية معاً[٣] : فالمسلم أياً كانت لغته وأياً كان لونه ، وأياً كان الاقليم الذى يقطنه[٤] ، أن يتداعى أمام القضاء الاسـلامى ، اذ لا أثر للغة أو لون أو موطن أو أية رابطة أخرى على ولاية القضاء الاسـلامى ما دام المتقاضى مسلماً ، وليس معنى ذلك أن ولاية القضاء الاسـلامى قاصرة على المنازعات التى يكون أحـد أطرافها مسلما فقط ، بل اننا سنوضح فيما بعد كيف أن هذه الولاية تمتد لتشمل منازعـات غير المسلمين داخل دار الاسـلام ، ولكن الذى نريد أن نلفت الأنظار اليه هنا هو أن أية رابطة بين الأفراد سوى رابطة الاسـلام لا عبرة بها[٥] ، ولا تأثير لها على ولاية القضاء الاسـلامى ، فالمسلمون أمة واحدة لا تفرقهم لغـة أو جنس أو لون أو قوميـة أو وطنيـة ، وهم كذلك أمام القضاء الاسـلامى لا فرق بين مسلم وآخر فى التداعى أمامه .

كذلك لا عبرة بالمذهب الذى يلتزم به المسلم ، فقد يختلف مذهب المتقاضى عن المذهب الذى يحكم به القاضى اذا قيده ولى الأمر بمذهب

---

(٣) انظر : أحكام القانون الدولى فى الشريعة الاسلامية ، للدكتور : حامد سلطان ، طبعة سنة ١٩٧٤ ، ص ١١١ .

(٤) انظر : ما سيأتى عن النطاق الاقليمى لولاية القضاء الاسلامى ص ١١٣ من هـذا البحث .

(٥) وقد أوضح ذلك الامامان جمال الدين الأفغانى ومحمد عبده فقالا : « ان كل فخار تكسبه الأنساب وكل امتياز تفيده الأحساب لم يجعل له الشارع أثرا فى وقاية الحقوق وحماية الأرواح والأموال والاعراض ، بل كل رابطة سوى رابطة الشريعة الحقة فهى ممقوتة على لسـان الشارع ، والمعتمد عليها مذموم والمغتصب لها ملوم ، وهـذا ما أرشدنا اليه سـير المسلمين من يوم نشأة دينهم الى الآن لا يعتدون برابطة الشعوب وعصبيات الأجناس وانما ينظرون الى جماعة الدين ، لهذا ترى العربى لا ينفر من سلطة التركى والفارسى يقبل سـيادة العربى ، والهنـدى يزعن لرياسـة الأفغانى ، ولا اشمئزاز عند أحـد منهم ولا انقباض » راجـع : العـروة الوثقى ، تأليف الامامين جمـال الـدين الأفغانى ومحمد عبـده ، الطبعة الأولى ، سنة ١٣٨٩ هـ ، ص ٥١ .

معين ، ومع ذلك فان هـذا الاختلاف لا ينبغى أن يكون له ثمة تأثير على التداعى أمام القضاء الاسـلامى ، فرغم أنه من الناحية العملية وصل تأثير الفهم الخاطىء للأخذ بالمذاهب الفقهية الى حـد تقسيم المتقاضين الى طوائف وفقا للمذاهب المختلفة ، لدرجة أنه اذا تقـدم متخاصمان على غير المذهب السائد فى بلد من البلدان اضطر القاضى الذى لجأ اليـه المتخاصمان أن ينيب عنه قاضيا يدين بعقائد مذهب المتخاصمين[٦] ، وكأن هذه المذاهب أصبحت قطعة من الوحى الذى نزل على النبى ﷺ ! ، رغم ذلك فاننا نعتقد أن الاختلاف فى المذهب هـذا لا ينبغى أن يكون عثرة أمام المتقاضى المسلم عند لجوءه للقضاء الاسـلامى ، ولتوضيح ذلك فاننا سنتعرض الآن بشىء من التفصيل لمدى جواز تقييـد ولاية القضـاء بمذهب معين وما يحـدثه ذلك من تأثير على التداعى أمام القضـاء الاسلامى .

لا ريب فى أن الزام القاضى بالحكم وفقا لمذهب معين أمر مؤثر فى ولايته ، فهذا الالزام قد يكون له تأثيره السىء على المتقاضين أنفسهم فقد يحجم المتقاضون أنصار مذهب معين عن اللجوء الى قاضى يلتزم بمذهب آخر غير مذهبهم ، وقد يزداد هـذا الاحجام عندما يحرص القاضى على انتشـار مذهبه بين أتباع المذاهب الأخرى[٧] ، هـذا من

---

(٦) حدث ذلك فى العصر العباسى : انظر : النظم الاسلامية ، للدكتورين : حسن ابراهيم حسن ، وعلى ابراهيم حسن ، الطبعة الثالثة ، سنة ١٩٦١ م ، ص ٢٧٤ وما بعدها ، القضاء فى الاسلام ، للدكتور : محمد سلام مدكور ص ٣٠ ، تاريخ الاسلام السياسى والدينى والثقافى والاجتماعى ، للدكتور : حسن ابراهيم حسن ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٦٧ م ، ج ٤ ص ٣٧٧ .

(٧) وقد ذكر الشيخ محمود بن عرنوس نموذج لحرص القاضى على نشر مذهبه وتعصبه له فقال « بعد أن انتشر مذهب مالك فى بلاد المغرب راى سحنون — وهو قاضى مالكى — كما راى سواه من شيوخ مذهب مالك هناك أن الفتوى بغير مذهب مالك فى بلاد افريقيا غير سائغة وكان من رأيهم ان يجمعوا الناس على مذهب مالك دون سواه ، غير أن الذى تم ذلك هو المعز بن باديس فانه هو الذى جمع جميع أهل المغرب على التمسك بمذهب الامام مالك دون غيره ومن ذلك التاريخ انقرض مذهب ابى حنيفة من المغرب بعد أن كان ظاهراً هناك » ، تاريخ القضاء فى الاسلام ، للشيخ عرنوس ، طبعة سنة ١٩٤٣ م ، المرجع السابق الاشارة اليه ص ١٨٨ .

ناحية ، ومن ناحية أخرى فان ترك العنان للقاضى ليحكم بما يراه وفقا لأى مذهب من المذاهب بدون تقيد بمذهب معين : فلا يعرف المتقاضى أى قانون سيحسم خصومته . أمر محل نظر فى رأينا ، اذ من البديهى أن ذلك سوف يؤدى الى تناقض الأحكام والى عدم الثقة فى القضاة ، فيكون من الأفضل للخصوم نتيجة لهذا الاضطراب ألا يلجأوا الى القضاء لحسم خصوماتهم ويكون التحكيم بالنسبة لهم أفضل من مثل هذا القضاء .

ونظرة الى ولاية القضاء قبل عصر ظهور المذاهب ، توضح لنا الفارق بين ما سبق هذا العصر وما تلاه من العصور فى هذا المجال ، ولو أخذنا مصر الاسلامية كنموذج لذلك ، لوجدنا أن العمل بها قد جرى منذ أن دخلها عمرو بن العاص — رضى الله عنه — على أن يحكم القاضى بما يراه من كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ ، وأقضية الصحابة واجماع المسلمين وبما يستنبط من قياس الأشباه على نظائرها[٨] ، فلم يكن هناك خلل أو تناقض فى الأحكام ولم يتردد الخصوم فى اللجوء الى القضاء .

اذن الزام القاضى بالحكم وفقا لمذهب معين قد يكون عثرة أمام العامة من أتباع المذاهب الأخرى فى اللجوء اليه ، كما أن عدم الزامه بمذهب معين قد يؤدى أيضا الى احجام بعض المتقاضين عن اللجوء اليه نظرا لما قد يحدث من اضطراب وتناقض فى لأحكام خاصة فى المسائل الخلافية فكيف يمكن لنا ازالة هذه العثرة ، والقضاء على مثل هذا الاحجام ، وما مدى جواز تقييد القاضى بمذهب معين ؟ .

يتلاحظ لنا أن هناك رأيين فى مسألة تقييد القاضى بمذهب معين :

**الرأى الأول :** وهو رأى جمهور الفقهاء[٩] ، ومقتضى هذا الرأى

---

(٨) انظر : السلطة القضائية واطوارها . الأستاذ : عبد الصمد عبد الحليم سالم ، رسالة مخطوطة مقدمة لجامعة الأزهرة ، سنة ١٩٣٧ ، الورقة رقم ١١٦ ورقم ١١٧ .

(٩) انظر : مطالب أولى النهى فى شرح المنتهى ، ج ٦ ص ٤٦٣ ، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٧٨ ، المجموع شرح المهذب ج ١٨ ص ٣٦٤ ، =

أنه لا يجـوز تقييد القاضى بمذهب معين ، ويستندون فى ذلك الى قوله تعالى : « **يا داوود انا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سـبيل الله ، ان الذين يضلون عن سـبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب** »(١٠) ؛ فقد أمر الله تعالى بالحكم بالحق ، والحق لا يتعين فى مذهب ؛ فقد يظهر فى مذهب آخر ، وقد أوضح ذلك صاحب المغنى فقال « ولا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه وهـذا مذهب الشافعى ولا أعلم فيه خلافا لأن الله تعالى قال : « **فاحكم بين الناس بالحق** » والحق لا يتعين فى مذهب وقد يظهر له الحق فى غير ذلك المذهب »(١١) .

وذكر أبو اسحق الشيرازى ذلك فقال « ولا يجوز أن يعقد القضاء على أن يحكم بمذهب بعينه لقوله عز وجل : « **فاحكم بين الناس بالحق** » والحق ما دل عليه الدليل وذلك لا يتعين فى مذهب بعينه فان قلد على هـذا الشرط بطلت التوليـة لأنه علقهـا على شرط وقد بطل الشرط فبطلت التوليـة »(١٢) .

وأشار صاحب تبصرة الحكام الى هـذا الرأى قائلا : « قال الشيخ أبو بكر الطرطوشى — رضى الله تعالى عنه — فى مقدمة كتابه المسمى تعليقة الخلاف فى القاضى يوليه الامام القضاء ويشترط عليه أن لا يحكم الا بمذهب امام معين مثل أن يكون مالكيا أو شافعيا أو حنفيا أو حنبليا فيقول له قد وليتك القضاء على أن لا تحكم الا بمذهب مالك مثلا وسواء وافق مذهب السـلطان الذى ولاه أو لا فهـذا على ضربين أحدهما :

---

= المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ١٠٦ ، المهذب جـ ٢ ص ٣٠٨ ، منار السبيل جـ ٢ ص ٤٥٧ ، الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ٤٧ ، الأحكام السلطانية للماوردى ص ٦٨ ، كشاف القناع جـ ٦ ص ٢٣٥ .

(١٠) سورة ص : ٢٦ .

(١١) انظر : المغنـى لابن قدامة جـ ٩ ص ١٠٦ ، طبعـة المنار ، الطبعة الثالثة ، سنة ١٣٦٧ هـ .

(١٢) انظر : المهذب جـ ٢ ص ٣٠٨ ، طبعة مطبعة دار الكتب العربية الكبرى بمصر ، سنة ١٣٣٣ هـ .

أن يشترط ذلك عموما فى جميع الأحكام فالعقد باطل والشرط باطل سواء قارن الشرط عقد الولاية أو تقدمه ثم وقع العقد »[١٣] .

**الرأى الثانى** : وهو رأى بعض فقهاء المذهب الحنفى[١٤] ، ومقتضى هـذا الرأى أنه يجوز تقييد القاضى بمذهب معين ، فاذا قيد الامام القاضى بمذهب خاص فلا يقضى الا بهذا المذهب ولا يملك مخالفته ، اذ ولاية القاضى مستفادة من ولى الأمر فلا ينفذ قضاؤه فيما منعه عنه .

والذى نميل اليه هو الرأى الأول القائل بعدم جواز تقييد القاضى بمذهب معين ، فقد يظهر للقاضى الحق فى مذهب آخر ، كما أن هـذا التقييد قد لا يلائم طبيعة عصر من العصور أو بيئة من البيئات ، ولذا فقد قيل بحق ان « تخير ولاة الأمر القوانين من مختلف الآراء أفضل من أن نضيق على الناس فى الأحكام التى نلزمهم بها من مذهب معين . مما قد لا يتفق مع العصر والبيئة ، وافضل أيضا من أن نلجأ الى قوانين أجنبية عن عقيدتنا وبيئتنا لنحتكم اليها ونهتدى بها فى حياتنا »[١٥] .

ولا شك لدينا فى أن اختيار القوانين من مختلف المذاهب الاسلامية لن يؤدى الى تنافض أحكام القضاة . اذ سيعلم المتقاضون مسبقا — وخاصة فى المسائل الخلافية بين المذاهب — الرأى الذى سيحسم خصومتهم .

---

(١٣) انظر : تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام ص ١٦ ، ١٧ ، الطبعة الأولى بالمطبعة العامرة الشرفية بمصر . سنة ١٣٠١ هـ .

(١٤) انظر : رد المحتار على الدار المختار جـ ٤ ص ٥١٩ ، الفتاوى الخيرية جـ ٢ ص ٨ ، وانظر اشارة لهذا الرأى فى : تبصرة الحكام ص ١٦ ، ١٧ ، مدى حق ولى الأمر فى تنظيم القضاء . للدكتور عبد الرحمن القاسم ، ص ٥٧٢ ، ٥٧٣ ، لقضاء فى الاسلام ، للدكتور محمد سلام مدكور ص ١١٢ ، نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم ، للدكتور حامد عبد الرحمن ص ٧٠ ، السلطة القضائية فى الاسلام ، للدكتور شوكت عليان ص ٢٦٢ ، تاريخ القضاء فى الاسلام للشيخ ابن عرنوس ص ٩٣، ٩٤ .

(١٥) انظر الدكتور محمد سلام مدكور ، القضاء فى الاسلام ، المرجع السابق ، ص ١٢٠ ، ١٢١ .

وسواء قيد الامام القاضى بمذهب معين أو لم يقيده ، فاننا نعتقد أنه لا نأثير لمثل هـذا التقييد أو عدمه على ولاية القاضى ما دام لم يخصصه الامام بمكان أو خصومة فالقاضى الذى قيده الامام بالمذهب الحنفى مثلا لا يعنى هـذا التقييد أنه لا ينظر فى قضايا أنصار المذاهب الأخرى اى أن يقتصر على نظر خصومات أنصار المذهب الحنفى فقط ، بل انه ينظر قضايا جميع المتخاصمين أياً كان المذهب الذى يميلون اليه ، وليس له أن يحيل قضايا أنصار المذاهب الأخرى الى قضاة يتبعون هـذه المذاهب ، فالتمسك بالمذاهب بمثل هـذه الصورة « الكهنوتية » ليس من الشريعة ، كما أن للمتقاضين أن يرفعوا خصوماتهم الى القاضى أياً كان المذهب الذى يميل اليه ولا ينبغى أن يكون ميل القاضى لمذهب معين عثرة أمامهم ولا تأثير لهذا الميل على ولايته .

مما سبق يتضح لنا شمول ولاية القضاء الاسلامى لجميع المسلمين ، ولا تأثير البتة للغة أو جنس أو لون أو قومية أو وطنية أو مذهب على ولاية هـذا القضاء .

* * *

## المبحث الثانى

## مدى خضوع غير المسلمين للقضاء الاسلامى

نظمت الشريعة الاسلامية الغراء العلاقة بغير المسلمين الذين يوجدون داخل دار الاسلام[١٦] ، تنظيما دقيقا فأوضحت ما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات ، وكان من نتيجة هـذا التنظيم الدقيق أن تمتع غير المسلمين داخل دار الاسلام بالعدالة طوال قرون عديدة .

وهـذا التنظيم ينبثق من نصوص الشريعة وأحكامها بحيث لا يؤثر فى هـذا التنظيم ما قد يلقاه المسلم من معاملة سيئة خارج دار الاسلام ،

---

(١٦) انظر : التعريف بدار الاسلام ودار الحرب ص ١١٣ من هـذه الرسالة .

فلا مجال فى هذا الصدد لمبدأ المعاملة بالمثل Traitement « réciprocité »[١٧] ، حيث يمكن أن يتصور المرء أنه اذا وقع ظلم على مسلم خارج دار الاسلام يقع ظلم مثله على غير المسلم الذى يقطن دار الاسلام ، ولم يكن له أية دور فى ظلم المسلم خارجها ، اذ ذلك يتنافى وعدالة الشريعة الغراء .

ولن يتسع بحثنا لاستعراض تنظيم شريعة الله لعلاقة المسلمين بغيرهم فى كافه جوانب الحياة بل سنتعرض فقط هنا لمدى امتداد ولاية القضاء الاسلامى لتشمل غير المسلمين فى دار الاسلام . لنعرف هل ستقتصر ولاية هذا القضاء على المسلمين فقط أم أنها ستمتد أيضا الى غيرهم لكى ينعموا بعدالته ؟ .

ثمة صنفان لغير المسلمين داخل دار الاسلام هما : الذميون والمستأمنون[١٨] ، فالذميون هم المعاهدون من النصارى واليهود وغيرهم

---

(١٧) وقد أشار الى ذلك الأستاذ أبو الأعلى المودودى فقال « أنه مهما خولت الدولة الاسلامية اهاليها غير المسلمين من الحقوق ، فستخولهم اياها بلا اعتبار أنه ماذا تفعل دولة من الدول المجاورة غير المسلمة بأهاليها المسلمين وماذا تعطيهم وماذا تمنعهم وهل تعطيهم تلك الحقوق أم لا ؟ وانا لنربأ بالمسلم عن أن يقرر خطة عمله تأسيا بالكفار ، فان أنصفوا أنصف ، وان عادوا يظلمون عاد ، هذا أيضا يتبع خطة الظلم والعدوان بل الأمر من حيث أننا مسلمون ، نتبع مبدأ واضحا قطعيا ، ولابد أن نعمل بمبادئنا » انظر : حقوق أهل الذمة فى الدولة الاسلامية ، للأستاذ المودودى ، طبع دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بالقاهرة ، ص ٣٦ . وهى مقالة لفضيلته نشرها فى مجلته الشهيرة « ترجمان القرآن » بباكستان ، عدد أغسطس سنة ١٩٤٨ م .

(١٨) أما غير المسلمين خارج دار الاسلام فهم صنفان ليضا : المعاهدون والحربيون : والمعاهدون هم الذين عاهدوا المسلمين ووادعوهم بمقتضى اتفاق أو معاهدة على الا يثيروا معهم حربا ولا يظاهروا عليهم عدوا والعلاقة بينهم وبين المسلمين تقوم على أساس اعتراف كل منهم باستقلال الآخر واحترام كل منهما لمال الآخر ودمه ، انظر : السلطة القضائية فى الاسلام ، للدكتور شوكت عليان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٧٣ ، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين فى الشريعة الاسلامية واليهودية والمسيحية والقانون ، للأستاذ الدكتور بدران أبو العينين بدران ، طبعة سنة ١٩٦٨ ، ص ١٥ . =

ممن يقيمون بدار الاسلام [١٩] ، اذ غير المسلم يصبح ذميا باحدى الطرق الأربعة الآتية[٢٠] :

اما بعقد الذمة الصريح وهو عقد بمقتضاه يصير غير المسلم فى ذمة المسلمين أى فى عهدهم وأمانهم على وجه التأبيد . ويكون له الاقامة فى دار الاسلام بصفة دائمة ، وهذا العقد يبرمه — وفقا لرأى جمهور الفقهاء — الامام أو نائبه مع غير المسلم ، وقد شرع هذا العقد بعد فتح مكة ، والأصل فى مشروعيته قول الله تعالى : « **قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون** »[٢١] .

كما أن الرسول الكريم ﷺ أعطى الذمة كما أعطاها خلفاؤه من بعده[٢٢] ، وحكمة مشروعية هذا العقد اشعار غير المسلمين بالأمن والطمأنينة على حياتهم وأموالهم بين المسلمين ومخالطتهم لهم واطلاعهم

---

= أما الحربيون فهم رعايا دار الحرب وبينهم وبين المسلمين حرب وعداء ولا توجد بينهم وبين المسلمين معاهدات صلح وأمان ، انظر : المدخل للفقه الاسلامى ، للدكتور : محمد سلام مدكور ، هامش ص ٦٤ ، آثار الحرب فى الفقه الاسلامى دراسة مقارنة ، للدكتور : وهبه الزحيلى ، رسالة للدكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة سنة ١٩٦٢ ، ص ١٦٠ .

(١٩) انظر أحكام الذميين والمستأمنين فى دار الاسلام ، للدكتور : عبد الكريم زيدان ، رسالة للدكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة سنة ١٩٦٢ ، ص ٢٢ ، القضاء فى الاسلام ، للدكتور : محمد سلام مدكور ص ١٢٣ ، الحريات العامة فى الفكر والنظام السياسى فى الاسلام ، دراسة مقارنة ، للدكتور : عبد الحكيم حسن عبد الله ، رسالة للدكتوراه مقدمة لجامعة عين شمس ، سنة ١٩٧٤ ، ص ٣١١ .

(٢٠) راجع : أحكام الذميين والمستأمنين فى دار الاسلام ، للدكتور : عبد الكريم زيدان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، من ص ٢٢ — ٤١ .

(٢١) التوبة : ٢٩ .

(٢٢) انظر : العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين ، للدكتور : بدران أبو العينين ، المرجع السابق الاشارة اليه ص ١٦ .

على شرائع الاسلام ، عسى أن ينفذ شعاع الاسلام الى نفوسهم فيبدد ظلماتها التى حجبت عنهم نور اليقين وأبعدتهم عن الصراط المستقيم(٢٣) .

وقد يصبح غير المسلم ذميا بالقرائن الدالة على رضاه بالذمة ، كالاقامة فى دار الاسلام ، أو شراء المستامن فى دار الاسلام أرضا خراجية اذ الخراج لا يلتزم به الا من هو من أهل دار الاسلام ، فشراءه للأرض ووضع الخراج عليها دليل على رضاه بأن يكون ذمياً ، ومن القرائن أيضا زواج الحربية المستأمنة رجلا من أهل دار الاسلام فهى تصير بهذا الزواج ذمية اذ المرأة تتبع زوجها .

وقد يصبح غير المسلم ذميا بالتبعية نظرا لعلاقة تستوجب هذه التبعية ، ومثل ذلك الأولاد الصغار .

وأخيراً ..قد تحدث الذمة بالغلبة والفتح ، وذلك فى حالة اذا ما فتح المسلمون بلادا غير اسلاميه ، ورأى الامام ترك سكان هذه البلاد أحرارا بالذمة وفرض الجزية والخراج عليهم .

أما المستأمنون(٢٤) : فهم الذين يدخلون دار الاسلام من أهل دار الحرب بأمان ، وهذا الأمان يكون مؤقتا لمدة معينة بخلاف أمان عقد الذمة الذى يكون مؤبداً ، وبمقتضاه لا يجوز التعرض لهم بسوء ، وهو يكون لغرض خاص كقضاء حاجة من بيع أو تجارة أو طلب صلح أو مهادنة .

والأمان قد يكون عاما لجميع الحربيين أو لجماعة غير محصورين منهم — كأهل ولاية — وهذا الأمان لا يصح من غير الامام أو نائبه ،

---

(٢٣) ينظر الهامش السابق .

(٢٤) راجع : احكام الذميين والمستأمنين فى دار الاسلام ؛ للدكتور عبد الكريم زيدان ، الرسالة السابق الاشارة اليها من ص ٤٦ — ٥٢ ؛ آثار الحرب فى الفقه الاسلامى ، للدكتور وهبه الزحيلى ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص٢٥٢ وما بعدها ، القضاء فى الاسلام للدكتور : محمد سلام مدكور ص ١٢٤ ؛ العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين ، للدكتور : بدران أبو العينين ، المرجع السابق الاشارة اليه ، هامش (١) ص ١٤٧ ، السلطة القضائية فى الاسلام ، للدكتور : شوكت عليان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٧٣ .

وقد يكون الأمان خاصا وهو الذى يعطى لحربى واحـد أو عشرة أو قافلة صغيرة ، أو حصن صغير وهو يصح من كل مسلم ، كما قد يحدث الأمان بالموادعة — أى المعاهدة — مع غير المسلمين على ترك القتال وهذا لا يجوز الا من الامام أو نائبه ، وقد يحدث الأمان بالعرف والعادة كما اذا أرسل غير المسلمين رسـولا الى دار الاسـلام بدون تقدم أمان من المسلمين فيكون هـذا الرسول آمنا اذا أخرج كتابا من ملكهم أو رئيسـهم ، وقد يكون الأمان بالتبعية كالأولاد الصغار اذ يدخلون فى عقد الأمان تبعا ، والأصل فى مشروعية الأمان قول الله تعالى : **« وان أحـد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه »**(*) .

وسواء أكان غير المسلم ذمياً أو مستأمناً فانه يلقى من قبل المسلمين معاملة كريمة(٢٥) ، بيد أنه لا يجوز لأياً منهما أن يتولى القضاء بين

---

(*) التوبة : ٦ .

(٢٥) فقد روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم انه قال « ألا من ظلم معاهداً او كلفه فوق طاقته أو انتقصه أو أخذ منه شـيئا بغير طيب نفس منه ، فأنا حجيجه يوم القيامة » انظر : سنن أبى داوود ، مطبعة الحلبى بالقاهره سنة ١٩٥٢ م ، ج ٢ ص ٢٥٥ ، وجاء بعهد النبى صلى الله عليه وسلم لأهل نجران قوله « ولنجران وحاشيتها جوار الله وذمة محمد النبى رسـول الله ... ولا يؤخـذ منهم رجل بظلم رجل آخر » انظر الخراج لأبى يوسف ، طبعة المطبعة السلفية بالقاهرة ، الطبعة الثالثة ، سنة ١٣٢٢هـ ، ص ٧٢ ، وجاء فى عهد عمر بن الخطاب الى اهل ايلياء — القدس — : « هذا ما اعطى عبد الله عمر أمير المؤمنين اهل ايلياء من الأمان : أعطاهم أمانا لانفسهم وأموالهم وكنائسهم وصلبانهم وسـائر ملتها لا تسكن كنائسهم ، ولا تهدم ولا ينتقص منها ، ولا من حيزها ، ولا من صليبها ، ولا من شىء من أموالهم ، ولا يكرهون على دينهم ، ولا يضار أحد منهم » انظر : تاريخ الطبرى ، طبعة دار المعارف بمصر ، ج ٣ ص ٦٠٩ ، واشار الى هـذه المعاملة الكريمة الفقيه القرافى فقال « ان عقـد الذمة يوجب لهم حقوقا علينا ، لأنهم فى جوارنا وفى خفارتنا — أى حمايتنا — وذمتنا وذمة الله تعالى ، وذمة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ودين الاسـلام ، فمن اعتدى عليهم ولا بكلمة سوء أو غيبة فقد ضيع ذمة الله ، وذمة رسوله صلى الله عليه وسلم ، وذمة دين الاسلام » ، انظر الفروق للقرافى ، الفرق التاسع عشر والمائة ج ٣ ص ١٤ ، وأشـار اليها صاحب مطالب أولى النهى فقال « يجب على الامام حفظ اهل الذمة ومنع من يؤذيهم ، وفك أسرهم ، ودفع من قصدهم =

الناس فى دار الاســـلام مطلقاً ، فجمهور الفقهاء على أن الذمى لا يصح تقليده القضاء ويشترطون أن يكون القاضى مسلماً ، اذ النص صريح فى ذلك وهو قوله تعالى : «**ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا**»(٢٦) .

كما أن توليته القضاء منافية لقوله تعالى : « **ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين** »(*) لأنه لو جاز أن يكون غير المسلم قاضيا على المسلمين لشعر المسلم بقوته وسلطانه وعلو يده ونفوذ أمره عليه وهذا مناف للآية الكريمة الســـالفه الذكر(٢٧) .

ولم يرد أن ذميا فى عصر الرســـول ﷺ أو فى عصر الخلفـــاء الراشدين ومن بعدهم فى العصور الاســـلاميه الأولى تولى القضاء(٢٨) ، كما أن القضاء من باب الولاية بل هو أعظم الولايات ، وغير المسلم ليس له أهلية أدنى الولايات وهى الشـــهادة على المسلمين فلأن لا يكون له أهلية أعلاها أولى(٢٩) ، كذلك فان القضاء هو الحكم بالشريعة الاسلامية ولا يطلب من غير المسلم أن يحكم بما لا يؤمن به(٣٠) ، ومن ثم فان تولية غير المسلم القضاء تجعلنا أمام نظام قضائى غير اســـلامى لا ينبغى للمســـلمين أن يترافعوا اليه ، اذ غير المسلم لن يستطيع أن يحســـم خصوماتهم بالاخبار عن أحكام الله تعالى .

---

= بأذى » انظر مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى ج ٢ ص ٦٠٢ ؛ ولن يتسع مجال بحثنا لاستعراض مظاهر هـــذه المعاملة الكريمة أو استعراض الحقوق التى منحتها الشريعة لهم والتى تفوق ما تمنحه الانظمة الوضـــعية للأفـــراد .

(٢٦) النساء : ١٤١ . (*) المنافقون : ٨ .

(٢٧) انظر : العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين ، للدكتور : بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق الاشارة اليه ص ١٩٨ .

(٢٨) انظر : أحكام الذميين والمستأمنين فى دار الاسلام ؛ للدكتور : عبد الكريم زيدان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٥٩٧ . القضاء فى الاســـلام ؛ للدكتور : محمد سلام مدكور ص ١٢٤ .

(٢٩) انظر : أحكام الذميين والمستأمنين فى دار الاسلام ؛ للدكتور : عبد الكريم زيدان — الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٥٩٥ .

(٣٠) انظر : غير المسلمين فى المجتمع الاسلامى ، للدكتور : يوسف القرضاوى . الطبعة الأولى ، سنة ١٣٩٧ هـ ؛ طبع دار غريب للطباعة بالقـــاهره ، ص ٢٣ .

ولا نرجح اجازة الأحناف لتقليد الذمى القضاء بين الذميين والمستأمنين دون المسلمين[٣١] ، اذ الذمى لا يجوز له أن يقضى بين الناس مطلقا كما سبق أن أوضحنا حتى بين الذميين والمستأمنين ، وان كان الأحناف قد استندوا لاجازة تقليد الذمى القضاء بين الذميين والمستأمنين الى قول الله تعالى : « **لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض** »[٣٢] ، فان المفسرين قد اتفقوا على أن هذه الولاية خاصة بالموالاة والنصرة دون الولاية ، فهى تعنى النهى عن اتخاذهم أنصارا على الرسول ﷺ[٣٣] ، ولا تتعلق بالقضاء[٣٤] ، ومثل هذا التقليد ان هو الا تقليد زعامة ورئاسة وقد أوضح ذلك الفقيه الماوردى فقال « الآية محمولة على الموالاة دون الولاية وأما العرف الجارى فى الموالاة فى تقليدهم فهو تقليد زعامة ورئاسة وليس تقليد حكم وقضاء وانما يلزم حكم أهل دينه لالتزامهم له للزومة لهم ولا يقبل الامام قوله فيما حكم بينهم ،

---

(٣١) راجع : رد المحتار على الدر المختار ، للامام ابن عابدين ، طبع المطبعة العثمانية ، سنة ١٣٢٤ هـ ، جـ ٤ ص ٤١٤ ، ٤١٥ ، ٤٨٢ ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، للامام الزيلعى ، طبع المطبعة الأميرية ، سنة ١٣١٣ هـ ، جـ ٢ ص ١٢٦ ، الفتاوى الهندية ، طبع المطبعة الأميرية ببولاق مصر ، سنة ١٣١٠ هـ ، جـ ٣ ص ٣٩٧ ، القضاء فى الاسلام ، للدكتور محمد سلام مدكور ص ١٢٤ ، ١٢٥ ، أحكام الذميين والمستأمنين فى دار الاسلام ، للدكتور : عبد الكريم زيدان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٥٩٦ وما بعدها ، مبدأ المساواة فى الاسلام ، للدكتور : فؤاد عبد المنعم أحمد ، رسالة للدكتوراه مقدمة لجامعة الاسكندرية سنة ١٩٧٢ م ، ص ١٣٣ .

(٣٢) المائدة : ٥١ .

(٣٣) انظر : فتح القدير الجامع بين فنى الرواية والدراية من علم التفسير ، للفقيه الشوكانى ، طبع مطبعة الحلبى بالقاهرة ، سنة ١٣٨٣ هـ ، جـ ٢ ص ٤٩ ، ٥٠ ، مختصر من تفسير الامام الطبرى ، للفقيه التجيبى ، تحقيق الأستاذ محمد حسن أبو العزم ، نشر الهيئة العامة للتأليف والنشر ، القاهرة سنة ١٣٩٠ هـ ، جـ ١ ص ١٤٧ ، أحكام القرآن ، للفقيه ابن العربى ، مطبعة الحلبى بالقاهرة ، سنة ١٣٧٨ هـ ، جـ ٢ ص ٦٣٩ .

(٣٤) راجع : مبدأ المساواة فى الاسلام ، للدكتور فؤاد عبد المنعم ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ١٣٣ .

واذا امتنعوا من تحاكمهم اليه لم يجبروا عليه وكان حكم الاسلام عليهم أنفذ[٣٥] .

كما أن تبريرهم لاجازة تقليد الذمى القضاء بين الذميين على أساس أن للذمى الشهادة على الذميين وأن الشهادة ولاية والقضاء ولاية وأن أهلية القضاء بأهلية الشهادة ، فان هذا التبرير غير قويم اذ لا يلزم من ثبوت الشهادة للذمى على الذميين أن تثبت لهم ولاية القضاء عليهم ، فالشهادة وان كانت تدخل فى باب الولاية فانها ليست كولاية القضاء التى فيها حكم الزام وانابة عن الامام فى القضاء[٣٦] ، أضف الى ذلك أن رأى الحنفية هذا ، رأى مبتور ، فهم لم يوضحوا لنا القانون الذى سيحكم به الذمى اذا تولى القضاء بين الذميين[٣٧] ، فالشريعة الاسلامية تطبق على جميع القاطنين فى دار الاسلام سواء أكانوا مسلمين أم ذميين فهى لا تعترف بأى قانون آخر يزاحمها ويجب تطبيقها حتى فى قضايا غير المسلمين[٣٨] ، فقد شرعها الله تعالى لجميع البشر وأمر سبحانه بوجوب الحكم بها فقال تعالى : « **وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله اليك** »[٣٩] ، « **وأنزلنا اليك الكتاب**

---

(٣٥) انظر : الحاوى الكبير للفقيه الماوردى ، مخطوط بدار الكتب المصرية برقم ٨٢ فقه شافعى ج ٢١ ؛ الورقة رقم ١٣٤ ، ومثل هذا القول للفقيه الماوردى أيضا ، بالأحكام السلطانية ، طبع المطبعة المحمودية التجارية بمصر ص ٦٢ .

(٣٦ ، ٣٧) راجع : أحكام الذميين والمستأمنين فى دار الاسلام ، للدكتور : عبد الكريم زيدان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٥٩٨ .

(٣٨) راجع : أحكام الذميين والمستأمنين فى دار الاسلام ، للدكتور : عبد الكريم زيدان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٥٩٢ ، حيث اوضح ان فقهاء المسلمين « عالجوا قضايا الذميين والمستأمنين ، التى يختلف فيها مع المسلمين ، بوضع قواعد موضوعية مستمدة من الشريعة الاسلامية تحكم هذه القضايا ، ولم يضعوا لها قواعد اسناد تحيل الى قانون غير الشريعة الاسلامية » .

(٣٩) المائدة : ٤٩ .

**بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيمنا عليه ، فاحكم بينهم بما أنزل الله ، ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق »**(٤٠)، **« ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون »**(٤١) ، **« ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون »** (٤٢) ، **« ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون »**(٤٣) ، وقد أوضح المفسرون أن هذه الآيات تفيد وجوب الحكم بما أنزل الله تعالى سواء أكان الحكم بين المسلمين أو بين غير المسلمين(٤٤) .

ومادامت الشريعة الاسلامية هى الواجبة التطبيق دائما ، والذمى اذا تولى القضاء بين الذميين أو المستأمنين لن يستطيع تطبيقها على منازعاتهم فانه ينبغى الأخذ برأى جمهور الفقهاء الذى سبق أن أوضحناه بعدم جواز تولى الذمى القضاء بين الناس مطلقا(٤٥) .

---

(٤٠) المائدة : ٤٨ .　　(٤١) المائدة : ٤٤ .

(٤٢) المائدة : ٤٥ .　　(٤٣) المائدة : ٤٧ .

(٤٤) انظر : مفاتيح الغيب الشهير بالتفسير الكبير ، للفقيه الرازى ، طبعة المطبعة البهية المصرية ، سنة ١٣٥٧ هـ ، ج ١٢ ص ١١ ، عمدة التفسير للفقيه ابن كثير ، اختصار وتحقيق الأستاذ أحمد شاكر ، طبعة دار المعارف بمصر ، سنة ١٣٧٦ هـ ، ج ٣ ص ١٦٤ ، ١٦٥ ، الجامع لأحكام القرآن ، للفقيه القرطبى ، الطبعة الثالثة ، سنة ١٣٨٧ هـ ، ج ٦ ص ١٨٦ ، ١٩٠ ، جامع البيان عن تأويل آى القرآن ، للفقيه الطبرى ، مطبعة الحلبى بمصر ، الطبعة الثانية ، سنة ١٣٧٣ هـ ، ج ٦ ص ٢٦٨ .

(٤٥) انفرد فضيلة الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور بالقول بجواز قضاء الذمى ولو على المسلم فيما تجوز شهادة عليه فيه ، فذكر « أن الذميين فى الوقت الحاضر يتولون الوظائف القضائية فى وطننا الاسلامى ، وولايتهم فى دائرة اختصاصهم عامة على جميع المواطنين ، ويمكن — من ناحية السياسة الشرعية التحل لتصحيح الوضع — القول بأن شهادة غير المسلم على المسلم على ما بينا تجوز فى المسائل المدنية دون مسائل الأنكحة وما يتعلق بها ، ومادام القضاء أساسه الشهادة على ما يقول الأحناف ، فانه يمكن بشىء من التأويل القول بجواز قضاء غير المسلم ولو على المسلم فيها تجوز شهادة عليه فيه » ، انظر : القضاء فى الاسلام لفضيلته ، طبع المطبعة العالمية بالقاهرة — نشر دار النهضة العربية — ص ١٢٥ .

. . . . . .

= وأوضح فضيلته أن ذلك يتفق وما اتجهت اليه اللجنة العلمية الاسلامية التى وضعت قانون مجلة الأحكام العدلية ، حيث لم تشترط نصوص المجلة فى القاضى الاسلام ، كما انها عالجت فقط المسائل المدنية تاركة مسائل الأسرة لقانون العائلات ، وهذا يؤكد من وجهة نظر فضيلته — جواز قضاء غير المسلم على المسلم فى المسائل المدنية ونحوها دون مسائل الأحوال الشخصية ! .

راجع : المدخل للفقه الاسلامى ؛ تاريخه ومصادره ونظرياته العامة لفضيلة الأستاذ الدكتور : محمد سلام مدكور ؛ نشر دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية سنة ١٩٦٣ — هامش رقم (١) ص ٣٥٧ .

والحق أن هذا القول يتعارض مع نصوص القرآن الكريم وسنة النبى صلى الله عليه وسلم ولم يقل به أحد من فقهاء المسلمين قط ؛ فجمهور الفقهاء كما سبق أن أوضحنا فى المتن يشترطون أن يكون القاضى مسلما ويستندون فى ذلك الى نصوص القرآن الكريم والى سنة الرسول صلى الله عليه وسلم ، حيث لم يحدث أن تولى ذمى القضاء بين الناس ، كما أن الأحناف يجيزون قضاء الذمى بين الذميين والمستأمنين فقط ، ولم يجيزوا قضاء غير المسلم على المسلم مطلقا سواء فيما تجوز شهادة عليه فيه أو غير ذلك ، ولم يوضح فضيلة الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ، المصدر الذى استقى منه قوله هذا ، اما بالنسبة لقياس القضاء على الشهادة ، فالأصل أن شهادة غير المسلم على المسلم لا تجوز وقد اختلف فقهاء المسلمين فى مدى جواز هذه الشهادة عند الضرورة أو الحاجة — راجع : العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين — للأستاذ الدكتر بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق الاشارة اليه ، من ص ٢١١ الى ٢٢٥ والمراجع التى اشار اليها ، وقد أوضح هذا الخلاف ص ٢١١ ، ٢١٢ ، فذكر أن « **الشافعية** لا يقبلون هذه الشهادة مطلقا ؛ اى شهادة غير المسلم على المسلم ، سواء كانت للمسلم أو عليه ، فى وصية أو غيرها ، فى سفر أو حضر ، وقال **الحنفية** : فى مشهور مذهبهم انها لا تقبل كالشافعية ونقل صاحب الدر المختار عن كتاب الأشباه انه قد تقبل شهادة غير المسلم على المسلم تبعا أو ضرورة ، كما لو شهد ذميان على ذمى موكله مسلم ، فان الشهادة تقبل على الوكيل قصدا ، وعلى الموكل ضمنا وتبعا ، وأما الشهادة التى تكون بطريق الضرورة فهى كشهادة ذميين على ذمى انه أوصى الى ذمى وأحضر مسلم عليه حق للميت الذمى ، فان الشهادة فى مثل ذلك على الايصاء ، فيلزم المدعى عليه المسلم باداء الحق الذى عليه للميت للموصى له ، **وقال المالكية** : لا تقبل شهادة غير المسلم الا شهادة الطبيب الكافر فى بعض العيوب ، وفى مقادير الجراح فقد قالوا بقبولها للحاجة ، وذهب **الحنابلة** : الى انه تجوز شهادة غير المسلم =

= على المسلم فى الوصية فى السفر اذا لم يكن غيره ، ولا تجوز شهادته فى غير ذلك ، وفى رواية عندهم تجوز عند كل ضرورة شهادة الكافر على المسلم » .

فاجازة بعض الفقهـــاء لشهادة غير المسلم على المسلم استثناء للضرورة او الحاجة ، لا يصح القياس عليها للقول بجواز قضاء غير المسلم على المسلم فى المسائل المدنية ونحوها ، ومثل هذا القياس غير دقيق ، راجع : « مدى حق ولى الأمر فى تنظيم القضاء وتقييده ، للدكتور عبد الرحمن القاسم ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ١٧٩ ، حيث ذكر بحق انه « اذا كان هناك من اجاز تولية غير المسلم قضاء المسلمين قياسا على الشهادة فهو حـكم شاذ وقياس فى غير محله » .

والقول بجواز قضاء غير المسلم على المسلم فيما تجوز شهادة عليه فية ، لا يعتبر من قبيل السياسة الشرعية ، اذ لا مجال للسياسة الشرعية فى أمـر يخالف أصول الدين وهنك دليل على عدم جوازه ، ويتضح لنا ذلك من تعريف فقهـاء المسلمين للسياسة ، راجع هذا التعريف فى السياسة الشرعية او نظام الدولة الاسلامية ، لفضيلة الشيخ عبد الوهـاب خلاف ، طبع مطبعة التقدم بمصر ، سنة ١٣٩٧ هـ ، ص ٤ ، وراجع أيضا ص ٧٨ هامش رقم ( ١٦٢ ) من هـذه الرسـالة .

ولا يصح الاستناد الى مجلة الأحكام العدلية فى هذا الصدد ، فهـذه المجلة وان كانت مستنبطة من احكام الفقه الاسلامى فهى لا تمثل مذهبا من المذاهب الفقهية ولا تعتبر مصدرا من مصادر الفقه ، وخلو نصوص المجلة من اشتراط أن يكون القاضى مسلما لا يعنى ان هذا الشرط يمكن تجاهله ، ويتضح لنا ذلك اذا ما عرفنا الظروف العملية التى احاطت باللجنة العلمية الاسلامية التى وضعت قانون مجلة الأحكام العدلية والغرض من هذه المجلة .

فمن حيث الظروف العملية التى احاطت بهذه اللجنة التى صـدر مرسوم بتشكيلها فى غرة المحرم سنة ١٢٦٨ هـ ( ١٨٦٩ م ) وانتهت من عملها سنة ١٢٩٣ هـ ( ١٨٧٦ م ) لا شك أن مجـال بحثنا لن يتسع لتوضيحها تفصيلا سواء من حيث حالة الضعف التى وصل اليها المسلمون او ما تعرضت له الدولة الاسلامية من مؤامرات سياسة واستعمار بكافة اشكاله واساليبـه ، ويكفى ان نشير الى أن تغيير التشريع والقضاء داخل دار الاسلام ، كان هدفا من اهداف المستعمرين ، حيث قطعوا شوطا طويـلا فى العمـل على تثبيت التشريعات الوضعية وحجب الشريعة الاسلامية عن التطبيق العملى ، وفـى المجال القضائى لم يكتفوا بالامتيازات القضائية التى منحتها الدولة العثمانية =

= للأجانب ، ( راجع تفصيلات هذه الامتيازات فى : الفقه الاسلامى والقوانين الوضعية منذ الخلافة العثمانية للدكتور : محمد محمد سيد منصور ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ١٨٢ وما بعدها ) ، بل قاموا بتشييد نظام قضائى غير اسلامى لا يشترط فى قضاته الشروط التى يتطلبها فقهاء المسلمين فى القاضى ولا يلتزم فى احكامه بالشريعة الاسلامية ، وقد شيدوا هذا النظام بحوار القضاء الاسلامى الذى كانت له من قبل الولاية على جميع القاطنين داخل دار الاسلام ، بحيث بدأ هذا النظام يغتصب ولاية القضاء الاسلامى رويدا رويدا ، فانحصرت ولاية القضاء الاسلامى فى فترات لاحقه فى نطاق مسائل الاحوال الشخصية ثم فى مرحلة معاصرة لم يعد للقضاء الاسلامى اية وجود ، ولا يمكن القول بأن اللجنة العلمية التى وضعت مجلة الأحكام العدلية كانت بمعزل عن ذلك ، فهى لم تقم بعملها هذا فى وقت كانت فيه الشريعة الاسلامية هى الوحدة المطبقة داخل دار الاسلام ، أو كان القضاء الاسلامى هو القضاء الوحيد داخل هذه الدار ، بل كانت تعمل فى الوقت الذى كان يقوم فيه المستعمرون بتثبيت التشريعات الوضعية وحجب الشريعة الاسلامية وتشييد نظام قضائى غير اسلامى على انقاض النظام القضائى الاسلامى الذى هدموا معظم اركانه ، وشرط كون القاضى مسلما لم تكن الدولة العثمانية تأخذ به بصورة مطلقة قبل بدء عمل هذه اللجنة ، فحتى سنة ١٨٦٤ م ، كانت هناك دواوين تمييز حيث لم تكن الدولة العثمانية قد وضعت نظاما للمحاكم النظامية بعد ، اذ نشأت هذه المحاكم سنة ١٨٧٢ م ، وكانت هذه الدواوين تنظر فى الدعاوى وكان كل ديوان منها يشكل من ستة اعضاء ثلاثة مسلمين وثلاثة من غير المسلمين ( راجع : الفقه الاسلامى والقوانين الوضعية منذ الخلافة العثمانية ، للدكتور محمد محمد سند منصور ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٢٣٨ ) ، ولذلك فلم يكن امرا غريبا أن تأتى نصوص المجلة خالية من هذا الشرط .

أما من حيث غرض المجلة ، فانها وضعت اساسا من اجل ايضاح احكام الشريعة الاسلامية ، لقضاة المحاكم النظامية او المجالس الحقوقية من غير فقهاء الشريعة الاسلامية وهؤلاء كان من الممكن أن يكونوا من غير المسلمين ، فقد جاء فى تقرير اللجنة العلمية التى وضعت المجلة والذى قدم للصدر الأعظم آنذاك « ان الغاية — من وضع المجلة — تأليف كتاب فى المعاملات الفقهية يكون مضبوطا سهل المأخذ عاريا عن الاختلافات ، حاويا الأقوال المختارة ، سهل المأخذ عاريا عن الاختلافات ، حاويا للأقوال المختارة ، سهل المطالعة على كل أحد » وهذا الأحد المقصود هو قضاة المحاكم النظامية او المجالس الحقوقية من غير فقهاء الشريعة الاسلامية فقد نص التقرير على أن « هناك تقريرات على الدعاوى التى تنظر فى هذه =

= المحاكم مثل التفريعات على قانون محاكم التجارة من الرهن والكفالة وهذه لا بد فيها من الرجوع الى القانون الأصلى ، والحال أن أعضاء مجالس تمييز الحقوق لا اطلاع لهم على مسائل الفقه ، فاذا حكم حكام الشرع الشريف فى تلك الفروع بمقتضى الأحكام الشرعية ، ظن الأعضاء انهم يفعلون ما يشـــاؤون خارجا عن النظامات والقوانين الموضوعة ، وأساءوا الظن بهذه الأحكام فيصير ذلك باعثا على القيل والقال ..... ، وكذلك الخصومات المتفرعة عن الدعاوى التجارية ..... لأنه اذا صارت المراجعة فى مثل هذه الخصومات الى قوانين أوروبا وهى ليست موضوعة بالارادة السنية فلا تصير مـــدار الحكم فى محاكم الدولة العلية ، واذا أحيل فصل تلك الخصومات الى محاكم الشريعة الغراء فالمحاكم الشرعية تصير مجبرة على استئناف المرافعـــة فى تلك الدعوى ، وحينئذ فالحكم على قضية واحدة فى محكمتين كل منهمـــا تغاير الأخرى فى أصول المحاكمة ينشأ عنها بالطبع تشعب ومباينة ..... واذا قيل لأعضاء محاكم التجارة أن يراجعوا الكتب الفقهية فهذا أيضا لا يتمكن؛ لأن هؤلاء الأعضاء على حد سواء مع أعضاء مجالس التمييز فى الاطلاع على المسائل الفقهية ، وعلم الفقه بحر لا ساحل له ..... بناء على ذلك لم يزل الأمل معلقا بتأليف كتاب فى المعاملات الفقهية يكون سهل المأخذ ، لأنـــه اذا وجـــد كتاب على هذا الشكل حصل منه فائدة عظيمة ..... » .

راجع هذا التقرير فى : الفقه الاسلامى والقوانين الوضعية منذ الخلافة العثمانية ، للدكتور محمد محمد سند منصور ، الرسالة السابق الاشـــارة اليها ، ص ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٢ ، فعدم الملم قضاة هذه المحاكم النظـــامية بالشريعة الاسلامية ، كان هو الباعث على وضع هذه المجلة ، وكما ذكرنا فان قضاة هذه المحاكم من الممكن أن يكونوا من غير المسلمين ، ومن ثم فلم يكن ضروريا ، أن تنص المجلة على شرط الاسلام فى القاضى ، وهى تخـــاطب قضاة بعضهم لا يتوافر فيه شرط الاسلام .

اذن عدم اشتراط نصوص مجلة الأحكام العدلية الاسلام فى القـــاضى لا يعنى أن ذلك أمرا تجيزه الشريعة الاسلامية ، واتجاه اللجنة العلمية الاسلامية التى وضعت المجلة لا ينبغى الاقتداء به ، وتصحيح الوضـــع الحالى فى وطننا الاسلامى من الناحية القضائية يكون بالأخذ بالنظـــام القضائى الاسلامى بأركانه العضوية والموضوعية ، فمن الناحية العضوية ينبغى أن تتوافر فى القاضى كافة الشروط التى تشترطها الشريعة الاسلامية لتولى القضاء بين الناس ، ومن الناحية الموضوعية ينبغى أن يكون حسم الخصومات بالاخبار عن أحكام الله تعالى . =

كذلك لا يجوز للمستأمن أن يتولى القضاء بين الناس مطلقا ، اذ هو من أهل دار الحرب يدخل دار الاسلام لمدة معينة ولغرض معين ، فهو أجنبى عن د ر الاسلام[٤٦] ، ومن ثم لا يجوز له أن يتولى الوظائف العامة ومنها القضاء[٤٧] ، ولا نرجح ما ذهب اليه الأحناف من جواز تولية المستأمن القضاء على المستأمنين اذا كانوا جميعا من دار واحدة بحجة أن له شهادة عليهم وأهلية القضاء بأهلية الشهادة[٤٨] ، وما سبق أن ذكرناه ردا على قول الأحناف بجواز تولية الذمى القضاء بين الذميين ينطبق على المستأمن من باب أولى ، فينبغى دائما أن يكون القاضى مسلما ، ولا يجوز لغير المسلم القضاء بين الناس مطلقا .

أما بالنسبة لمدى ولاية القضاء الاسلامى على غير المسلمين ، فقد اختلف فقهاء المسلمين فى ذلك وهناك أربعة آراء فى هذا الصدد :

---

= واذا كان الذميون فى الوقت الحاضر يتولون القضاء على المسلمين فى بعض أجزاء دار الاسلام ، فان هذه التولية لا أساس لها من الشريعة ولا يؤثر فى احكام الشريعة الغراء عدم اتفاق الواقع معها ، فالنظام القضائى الاسلامى بركنيه العضوى والموضوعى هو النظام القضائى الوحيد الذى يعترف المسلم بمشروعيته ، أما غيره من الأنظمة القضائية التى تجيز لغير المسلم أن يتولى القضاء على المسلم وتجيز له أن يؤسس قضاءه على غير احكام الله تعالى فهى انظمة غير مشروعة وفقا لوجهة النظر الشرعية لا يعتبر قضائها قضاة لعدم توافر الشروط التى يشترطها الاسلام لتولى القضاء بين الناس فى أحدهم ، ولا تعتبر الأحكام الصادرة من هؤلاء القضاة فى هذه الأنظمة غير الاسلامية قضاء حقيقة لتناقضها مع شريعة الله تعالى .

(٤٦) راجع : آثار الحرب فى الفقه الاسلامى ، للدكتور : وهبه الزحيلى ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٢٠٤ ، القضاء فى الاسلام ، للدكتور : محمد سلام مدكور ص ١٢٥ ، احكام الذميين والمستأمنين فى دار الاسلام ، للدكتور : عبد الكريم زيدان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٦٧ .

(٤٧) انظر : القضاء فى الاسلام ، للدكتور : محمد سلام مدكور ص١٢٥ .

(٤٨) راجع : احكام الذميين والمستأمنين فى دار الاسلام ، الدكتور : عبد الكريم زيدان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٥٩٦ ، ٥٩٧ .

**الرأى الأول :** وهو رأى المالكية والشيعة الامامية[٤٩] : وهم يشترطون لثبوت ولاية القضاء الاسلامى على غير المسلمين رضاء طرفى الخصومة فى الترافع الى القاضى المسلم ، واذا تم شرط الترافع فان لقاضى المسلم الخيار فى أن يحكم فى القضية أو أن يعرض ولا يلزمه الحكم بينهما ، وذلك لقوله تعالى : « **فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم** »[٥٠] ، وهذا الرأى قال به الحنابلة أيضا[٥١] ، ولكنهم يفرقون بين المستأمنين والذميين فى شرط الرضا بالترافع للقاضى المسلم ، فاذا كان طرفى الدعوى من المستأمنين فيشترط رضاهما بالترافع للقاضى المسلم حتى يحكم بينهما ، ولكن بالنسبة لأهل الذمة يكفى أن يرفع أحد الخصمين دعواه للقاضى المسلم حتى ينظر الدعوى[٥٢] .

---

(٤٩) انظر : المدونه الكبرى . طبعه المطبعة الخيرية ، سنة ١٩٠٦ م ، جـ ٤ ص ١٦١ ، الجامع لأحكام القرآن ، للفقيه القرطبى ، طبعة دار الشعب بالقاهرة سنة ١٩٧٠ م ، جـ ٦ ص ١٨٤ ، مجمع البيان فى تفسير القرآن ، للفقيه الطبرسى ، طبعة بيروت سنة ١٩٥٧ م ، جـ ٦ ص ١٠٠ ؛ مبدأ المساواة فى الاسلام ، للدكتور فؤاد عبد المنعم احمد ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ١٢٤ ، الحريات العامة فى الفكر والنظام الاسلامى ، للدكتور عبد الحكيم حسن محمد ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٣٢٤ ، النظرية السياسية الاسلامية فى السلطات العامة للدولة ، للدكتور عبد الملك عبد الله الجعلى ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٣٠٤ ، السلطة القضائية فى الاسلام ، الدكتور شوكت عليان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٧٣ ، أحكام الذميين والمستأمنين فى دار الاسلام ، للدكتور عبد الكريم زيدان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٥٧٠ ، القضاء فى الاسلام ، للاستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ١٢٦ ؛ مدى حق ولى الأمر فى تنظيم القضاء وتقييده ، للدكتور عبد الرحمن القاسم ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ١٧٧ ، ارشاد الأمة الى أحكام الحكم بين أهل الذمة ، للشيخ محمد بخيت المطيعى ، طبعة المطبعة الأدبية بمصر ، سنة ١٣١٧ هـ ، ص ٢٠ .

(٥٠) المائدة : ٤٢ .

(٥١) ، (٥٢) راجع : أحكام الذميين والمستأمنين فى دار الاسلام ، للدكتور عبد الكريم زيدان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٥٧٠ .

**الرأى الثانى :** وهو راى الاحناف[٥٣] : وهم يفرقون بين قضايا الأنكحه وما يتعلق بها وبين غيرها من القضايا ، ففى غير قضايا الأنكحه يخضع غير المسلمين لولاية القضاء الاسلامى . ولا يشترط ترافع الخصمين الى القاضى المسلم بل يكفى ان يرفع أحد الخصمين دعواه الى القاضى فيحكم فيما عرض عليه من نزاع ، اذ رفع أحد الخصمين دعواه الى القاضى المسلم يعتبر دليلا على رضاه بحكم الاسلام ، فيلزم اجراء الحكم فى حقه ويتعداه الى الاخر ، وحجة وجوب الحكم بينهم هو قوله تعالى : **« وأن أحكم بينهم بما انزل الله »**[٥٤] والتى نسخت آية **« فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم »**[٥٥] .

أما فى قضايا الأنكحه فيشترط الامام أبو حنيفة — رضى الله عنه — لحكم بين الخصمين رضاهما بالترافع الى القاضى المسلم ، بينما لا يشترط أصحابه : أبو يوسف ومحمد وزفر رضاء الطرفين فى الترافع الى القاضى المسلم . بل يكفى لوجوب الحكم بينهما ان يرفع أحدهما الدعوى الى القاضى المسلم .

**الرأى الثالث :** وهو للشافعية[٥٦] : وهم يرون وجوب امتداد ولاية القضاء الاسلامى لتشمل الذميين فيجب على القاضى المسلم الحكم

---

(٥٣) راجع : فتح القدير ، للفقيه ابن الهمام ج ٢ ص ٥٠٤ ، ٥٠٥ ، ارشاد الأمة الى احكام الحكم بين أهل الذمة ، للشيخ محمد بخيت المطيعى ، المرجع السابق الاشاره اليه ، من ص ١٢ — ١٤ ، القضاء فى الاسلام للدكتور محمد سلام مدكور ، المرجع السابق الاشارة اليه ص ١٢٦ ، احكام الذميين والمستامنين فى دار الاسلام ، للدكتور : عبد الكريم زيدان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٥٧٢ ، ٥٧٣ .

(٥٤) المائدة : ٤٩ . (٥٥) المائدة : ٤٢ .

(٥٦) راجع مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٩٥ ، الأم : للامام الشافعى ، طبع مطبعة بولاق بمصر سنة ١٣٢١ هـ ، ج ٤ ص ١٣٠ وج ٥ ص ١٩١ ، القضاء فى الاسلام ، للدكتور : محمد سلام مدكور ، المرجع السابق الاشاره اليه ص ١٢٥ ، ١٢٦ ، الحريات العامة فى الفكر والنظام السياسى فى الاسلام ، للدكتور عبد الحكيم حسن ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٣٢٤ ، أحكام الذميين والمستأمنين فى دار الاسلام ، للدكتور : عبد الكريم زيدان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٥٦٩ ، ٥٧٠ .

بينهم حتى لو كان طرفا الدعوى من ملة واحدة ، وبصرف النظر عن موضوع الدعوى نكاحا أو غيره ، ولا يشترط ترافع الخصمين بل يكفى رفع أحدهما الدعوى أمام القاضى المسلم حتى يحكم بينهما .

أما اذا كان طرفا الدعوى من المستأمنين ، فيشترط ترافعهما ورضاهما بحكم القضاء الاسلامى ، واذا تحقق الترافع والرضا بالحكم فان للقاضى المسلم الخيار بين الحكم بين راض عنهما .

**الرأى الرابع :** وهو رأى الظاهرية ، لم يروا امتداد ولاية القاضى المسلم لتشمل غير المسلمين سواء رضى الخصمان بالترافع اليه أو رضى أحدهما ، وذلك لقوله تعالى : « **وأن احكم بينهم بما أنزل الله** »(٥٨) ولافرق فى ذلك بين الذميين والمستأمنين ، ولا عبرة بموضوع الدعوى ، اذ يستوى أن تكون الدعوى من دعوى الأنكحة أو من غيرها من الدعاوى ، فيكفى رفع أحد الخصمين الدعوى أمام القاضى المسلم فى جميع أنواع الدعاوى حتى يحكم القاضى بينهما ، وقد أوضح ذلك الفقيه ابن حزم فقال : « يحكم على اليهود والنصارى والمجوس بحكم أهل الاسلام فى كل شىء ، رضوا أم سخطوا ، أتونا أم لم يأتونا ، ولا يحل ردهم على حكم دينهم ولا الى حكامهم أصلا ، وقال المخالفون قال الله تعالى : «**فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم**» فقلنا هذه منسوخة ، نسخها قوله تعالى : « **وأن احكم بينهم بما أنزل الله** »(٥٩) .

والرأى الراجح فى نظرنا هو الرأى الأخير ، اذ ولاية القضاء الاسلامى ينبغى أن تكون ولاية عامة على جميع القاطنين داخل

---

(٥٧) راجع : المحلى ، للفقيه ابن حزم جـ ٩ ص ٤٢٥ ، مبدأ المعاملة فى الاسلام ، للدكتور : فؤاد عبد المنعم ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ١٣٥ ، أحكام الذميين والمستأمنين فى دار الاسلام ، للدكتور : عبد الكريم زيدان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٥٧١ .

(٥٨) المائدة : ٤٩ .

(٥٩) راجع : المحلى ، للفقيه ابن حزم جـ ٩ ص ٤٢٥ .

دار الاســـلام ، فيلتزم الجميع بالتقدم له ، والالتزام بالأحكام الصادرة منه ، ويكفى أن يرفع غير المسلم دعواه الى القضاء الاســـلامى حتى يحكم فيها ، ســـواء أكان غير المسلم ذميا أو مستأمنا ، ولا ينبغى تقييد الحكم فى الدعوى بشرط تراضى الخصمين بالرفع للقضاء الاســـلامى ، فهذا القيد يؤدى الى ضياع الحق على صاحبه[٦٠] ، وتخيير القاضى المسلم بين الحكم فى قضايا غير المسلمين أو الاعراض عنهم أمر غير مقبول ـــ فالآية الدالة على هـــذا التخيير منسوخة[٦١] ، اذ يجب الحكم بينهم بما أنزل الله تعالى ، كذلك فان دفع الظلم عن غير المسلمين المقيمين داخل دار الاسلام والمحافظة على أموالهم وحقوقهم واجب على المسلمين ، ومن ثم ينبغى أن يفصل القضاء الاسلامى فى قضاياهم محافظة على حقوقهم وأموالهم ، فولاية القضاء الاسلامى لا تقتصر على المسلمين بل تمتد لتشمل غير المسلمين أيضا .

* * *

---

(٦٠) انظر : أحكام الذميين والمستأمنين فى دار الاسلام ، للدكتور : عبد الكريم زيدان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٥٧٥ .

(٦١) هى قوله تعالى : « **فان جاءوك فاحكم بينهم او اعرض عنهم** » ، ( المـــائدة : ٤٢ ) راجع : الناسخ والمنسوخ ، للفقيه ابى جعفر النحاس ، طبع مطبعة السعادة بمصر ، الطبعـــة الأولى ســـنة ١٣٢٢ هـ ، ص ١٢٩ ، ١٣٠ .