النوازل في فقه الأقليات

التحكيم والتحاكم في المحاكم

أ. د. محمد جبر الألفي

الألوكة
www.alukah.net

www.alukah.net إهداء من شبكة الألوكة

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
كلية الشريعة بالرياض
مؤتمر الفقه الإسلامي الدولي الثالث
(فقه الأقليات الإسلامية)

المحور الرابع

النوازل في فقه الأقليات

(التحكيم، والتحاكم في المحاكم)

إعداد

أ. د. محمد جبر الألفي

الأستاذ في المعهد العالي للقضاء

وعضو مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا

الرياض

١٤٣٧ – ٢٠١٥م

إهداء من شبكة الألوكة www.alukah.net

ملخص البحث

يتناول البحث الأحكام الشرعية لخضوع أفراد الأقليات الإسلامية إلى الجهات القضائية خارج ديار الإسلام، وذلك في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول- لجوء المسلم المقيم في دولة غير مسلمة إلى محاكمها:

وفي هذه الحالة: إذا لم يكن أمام المسلم سبيل آخر لاستخلاص حقه إلا عن طريقها فلا حرج عليه، من باب الضرورة – بمعناها الموسع – والضرورة تقدر بقدرها، ويعتبر هذا الحكم نوعاً من التحكيم الفاسد الذي ينفذ لموافقته قواعد ومبادئ العدالة.

ويستثنى من ذلك: مسائل الأحوال الشخصية من زواج ورضاع وطلاق وعِدد ونسب وميراث ووصايا ونفقات.. ونحو ذلك؛ لأنها أقرب اتصالاً بالعبادة والعقيدة، ولا يجوز للمسلم أن يلجأ فيها إلى محاكم لا تحكم بالشرع الإسلامي، ولا يكون أمامه إلا التحكيم.

المبحث الثاني- التحكيم عند الأقليات المسلمة:

تجيز المواثيق الدولية للأقليات أن تلجأ إلى التحكيم – بما لا يخالف النظام العام – فالأقليات الإسلامية التي تقيم في بلاد لا يسمح نظامها بغير قضاء الدولة لا يكون أمامها إلا أن تلجأ إلى التحكيم في كل أمر يكون حكم القضاء فيه مخالفاً للشرع الإسلامي.

المبحث الثالث- حكم الاشتغال بالمحاماة خارج ديار الإسلام:

لا يختلف الفقهاء في جواز أن يكون المسلم وكيلاً بالخصومة يدافع عن إخوانه المسلمين، أو عن غيرهم من المظلومين، إذا كان العمل الذي يؤديه مما يجوز للمسلم فعله؛ ويلتزم فيه بقواعد الشرع ومبادئ العدالة.

إهداء من شبكة الألوكة www.alukah.net

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم النبيين، سيدنا محمد، وعلى آله وأصحابه ومن اهتدى بهداهم إلى يوم الدين.

أما بعد:

فيسعدني أن أتقدم بهذا البحث الموجز إلى مؤتمر الفقه الإسلامي الدولي الثالث، الذي تقيمه كلية الشريعة بالرياض.

ويأتي هذا المؤتمر في وقت تحتاج فيه الأقليات المسلمة لمن يشعر بها، ويرعى مصالحها، ويجلي لها أحكام دينها، ويقف إلى جانبها يساندها في صمودها المشروع إزاء الهجمات الشرسة التي يتعرض لها دينها ونبيها وكيانها الاجتماعي والاقتصادي والسياسي.

وأحكام الإسلام هي شرع الله عز وجل، لازمة وملزمة لكل مسلم أينما كان، وكيفما كان، ومتى كان، في مجتمع مسلم أو غير مسلم، فالكل مطالب بتكاليف الإسلام وأحكام شريعته باعتبارها كُلاً لا يتجزأ، غاية الأمر أن الأقليات المسلمة التي تعيش خارج المجتمعات الإسلامية تحتاج إلى اجتهاد شرعي قويم يراعي زمانها ومكانها والظروف التي تحيط بها، ويضع لها الحلول الشرعية التي لا تتعارض مع الثوابت الإسلامية، وتلائم أوضاعها الاجتماعية من غير أن تعرضها للحرج.

وفي هذا الإطار يأتي هذا البحث ليلقي الضوء على التحكيم والتحاكم خارج ديار الإسلام، مبتدئاً بتمهيد في تحديد المفاهيم، يليه ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول- احتكام المسلم – المقيم في دولة غير مسلمة – إلى محاكمها.

المبحث الثاني- التحكيم في قضايا الأقليات المسلمة.

المبحث الثالث- ممارسة المحاماة في دولة غير مسلمة.

وسوف نتبع في هذا البحث المنهج الاستقرائي التحليلي والاستهداء بالتجارب الواقعية، مع احترام الأفكار المعاصرة التي طُرحت في هذا المجال.

والله من وراء القصد.

إهداء من شبكة الألوكة www.alukah.net

تمهيد في تحديد المفاهيم

أولاً- الأحوال الشخصية:

تعددت محاولات الأنظمة والشراح والقضاء لتحديد المقصود بمصطلح «الأحوال الشخصية» الذي لم يكن معروفاً وليس له مقابل لا في الشريعة الإسلامية ولا في القانون الفرنسي[١]، ولما نشطت حركة تقنين الأحكام في تركيا العثمانية وضعت أحكام الأسرة في قانون يسمى «قانون حقوق العائلة». ولعل أول من استخدم هذا المصطلح هو «محمد قدري باشا» الذي وضع عدة كتب على شكل قوانين – غير رسمية – مستمدة من الفقه الحنفي، منها: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان – في المعاملات المدنية – وكتاب العدل والإنصاف في حل مشكلات الأوقاف سنة ١٨٩٣، وقانون الأحكام (الأحوال) الشخصية – في الهبة والوصية والحجر والإيصاء والميراث –[٢]، وفي عام ١٩٣٤ صدر حكم لمحكمة النقض المصرية، فيه تحديد لمصطلح (الأحوال الشخصية) وأنها «مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية ككونه ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو ابناً شرعياً، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو عته أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية»[٣]. وفي عام ١٩٣٧ صدرت لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة، التي تختص – إلى جانب المحاكم القنصلية – بنظر الأحوال الشخصية للأجانب (المادة ٢٨)، وأعيد استعمال المصطلح نفسه في المادة (١٣) من قانون نظام القضاء (١٤٧ لسنة ١٩٤٩) الذي أعطى المحاكم الوطنية الاختصاص بنظر مسائل الأحوال الشخصية للأجانب في مصر، وجاء فيه: «تشمل الأحوال الشخصية – المنصوص عليها في المادة السابقة – المنازعات في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم، أو المتعلقة بنظام الأسرة، كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والتطليق والتفريق والبنوة والإقرار بالبنوة وإنكارها، والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار، وتصحيح النسب والتبني، والولاية والوصاية والقيامة والحجر والإذن

---

(١) النظرية العامة للقانون، سمير تناغو، ص ٢٧٣، والمرجع الذي أشار إليه.

(٢) عبدالرحمن القاسم، الإسلام وتقنين الأحكام، ص ٢٤٥-٢٤٦.

(٣) نقض مدني: ١٩٣٤/٦/٢١، مجلة المحاماة، ص ٨٧.

إهداء من شبكة الألوكة www.alukah.net

بالإدارة، والغيبة واعتبار المفقود ميتاً، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت».

ولما صدر نظام المرافعات الشرعية بالمرسوم رقم ١ وتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢هـ نص في مادته الثالثة والثلاثين على ما يأتي: «تختص محاكم الأحوال الشخصية بالنظر في الآتي:

أ- جميع مسائل الأحوال الشخصية، ومنها:

١- إثبات الزواج، والطلاق، والخلع، وفسخ النكاح، والرجعة، والحضانة، والنفقة، والزيارة.

٢- إثبات الوقف، والوصية، والنسب، والغيبة، والوفاة، وحصر الورثة.

٣- الإرث، وقسمة التركة بما فيها العقار إذا كان فيها نزاع، أو حصة وقف أو وصية، أو قاصر، أو غائب.

٤- إثبات تعيين الأوصياء، وإقامة الأولياء والنظار، والإذن لهم في التصرفات التي تستوجب إذن المحكمة، وعزلهم عند الاقتضاء، والحجر على السفهاء، ورفعه عنهم، وتحدد لوائح هذا النظام الإجراءات اللازمة لذلك.

٥- إثبات توكيل الأخرس الذي لا يعرف القراءة والكتابة.

٦- تزويج من لا ولي لها، أو من عضلها أولياؤها.

ب- الدعاوى الناشئة عن مسائل الأحوال الشخصية.

ج- الدعاوى المرفوعة لإيقاع العقوبات المنصوص عليها في نظام الهيئة العامة للولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم».

ثانياً- الأقليات الإسلامية:

يوجد وصف شائع للأقلية مفاده: أنها مجموعة قومية أو إثنية أو دينية أو لغوية تختلف عن

إهداء من شبكة الألوكة www.alukah.net

المجموعات الأخرى الموجودة داخل دولة ذات سيادة[١].

وأظهر الأقليات في العالم هي الأقلية الدينية، وتثور المشكلات الآن حول الأقلية المسلمة في المجتمعات غير الإسلامية، سواء كانت هذه الأقلية المسلمة من أهل البلاد الأصليين، أو كانت من المهاجرين الذين قدموا من بلاد إسلامية أو من غيرها، وحصلوا على جنسية الدولة أو على الإقامة القانونية فيها. ويتزايد عدد المسلمين – الأصليين والمهاجرين – لما يتميزون به من خصوبة عالية[٢]، ولأن الداخلين في الإسلام أكثر ممن يدخلون في أي دين آخر[٣].

وعلى الرغم من كل ما تتعرض له الأقليات الإسلامية من عسف ومكر وكراهية في المجتمعات التي تعيش فيها، إلا أنها بدت واثقة بذاتها، قادرة على الدفاع عن كيانها وهويتها، دون صدام مع الآخر، فأنشأت المساجد والمعاهد والمراكز الإسلامية والمنتديات الاجتماعية والثقافية.

ثالثاً- التحكيم:

١- التعريف اللغوي:

حَكَمَ بالأمر يحكُم حُكْماً: قضى، يقال: حكم له، وحكم عليه، وحكم بينهم. وحكَّم فلاناً في الشيء أو الأمر: جعله حَكَماً. والحَكَم: من يختار للفصل بين المتنازعين، قال تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ ﴾[٤]. **فالتحكيم في اللغة:** اختيار شخص للفصل في نزاع[٥].

---

(١) نحو فقه جديد للأقليات، جمال الدين عطية، ص ٧، ٨.

(٢) أوروبا والإسلام، إنجمار كارلسون، مشار إليه في جريدة الحياة، لندن: ٢٠-١٩٩٩/٤/٢٦م.

(٣) صحيفة الشرق الأوسط، لندن: ١٩٩٧/٧/٢٣م، مشار إليه في جمال عطية، ص١٣.

(٤) سورة النساء: ٣٥.

(٥) أساس البلاغة – تاج العروس – لسان العرب – المصباح المنير (حكم).

إهداء من شبكة الألوكة www.alukah.net

٢- التحكيم عند الفقهاء:

لم يضع كثير من الفقهاء تعريفاً للتحكيم اكتفاء بما وقر في الأذهان من معناه اللغوي، وبما تواضع عليه العرف والعمل، وإنما يبينون حكمه بعبارات يمكن أن يستخلص منها تعريف للتحكيم، بلورته مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٧٩٠) بقولها: «التحكيم: هو اتخاذ الخصمين برضاهما حاكماً يفصل خصومتهما ودعواهما».

٣- التحكيم في الأنظمة القانونية:

يكاد يتفق شراح الأنظمة على أن التحكيم هو: اتفاق لفض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بين أطراف في نزاع معين، عن طريق أفراد يتم اختيارهم بإرادة أطراف المنازعة، للفصل فيها بدلاً من فصلها عن طريق القضاء المختص[١].

رابعاً- القضاء (التحاكم في المحاكم):

١- التعريف اللغوي:

يقال: قضى يقضي قضياً وقضاء وقضية: حكم وفصل. والقضاء: الحكم، أو الأداء، أو عمل القاضي [٢].

٢- القضاء في الاصطلاح:

إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه [٣].

٣- القضاء عند شراح الأنظمة:

تطلق كلمة القضاء على: مجموع القواعد القانونية التي تستخلص من الأحكام التي تصدرها

---

(١) عقد التحكيم، أحمد أبو الوفا، ص١٥. التحكيم التجاري والدولي، محسن شفيق، ص ١٣.

(٢) أساس البلاغة - تاج العروس - لسان العرب - المصباح المنير (قضى).

(٣) مغني المحتاج، للشربيني الخطيب: ٣٧٦/٤، مطالب أولي النهى: ٤٣٧/٦.

إهداء من شبكة الألوكة www.alukah.net

المحاكم، كما تطلق على الحجية التي يمكن أن تسند إلى هذه الأحكام، أي: الحجية التي تستخلص من السوابق القضائية[١].

وقد غلب استعمال لفظ القضاء في الهيئة التي تقيمها الدولة للفصل بين المتنازعين، وردع المجرمين، ورد الحقوق إلى أصحابها، وبعبارة أعم: السلطة القضائية.

خامساً- المحاماة:

١- التعريف اللغوي:

يقال: حمى الشيء حمياً وحمى وحماية: منعه ودفع عنه، وحاميت عنه محاماة وحِماءً: منعت عنه، وحميت القوم حماية: نصرتهم[٢].

٢- التعريف الفقهي:

لم يرد مصطلح المحاماة في المدونات الفقهية، ولكن وُجِدَ ما يؤدي المعنى المراد منه، وهو: الوكالة بالخصومة (وفي الخصومة)، أي: إنابة ذي حق غيره – حال الحياة – يكون وكيلاً عنه في خصومة أو منازعة، أو يبدي له مشورة في عمل قضائي.

٣- التعريف النظامي:

نصت المادة الأولى من نظام المحاماة السعودي[٣] على أنه: «يقصد بمهنة المحاماة في هذا النظام الترافع عن الغير أمام المحاكم وديوان المظالم، واللجان المشكلة بموجب الأنظمة والأوامر والقرارات لنظر القضايا الداخلة في اختصاصها، ومزاولة الاستشارات الشرعية والنظامية، ويسمى من يزاول هذه المهنة محامياً».

---

(١) المدخل للعلوم القانونية، عبد الحي حجازي، ص ٤٨٢، والمراجع التي أشار إليها.

(٢) القاموس المحيط – لسان العرب – المصباح المنير (حمى).

(٣) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٨) وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ.

إهداء من شبكة الألوكة www.alukah.net

المبحث الأول

احتكام المسلم المقيم في دولة غير مسلمة إلى محاكمها

احتكام المسلم إلى محاكم لا تقضي بالشرع الإسلامي – في الوقت الراهن – من المسائل التي عمت بها البلوى، فأكثر البلاد الإسلامية لا تطبق أحكام الشريعة؛ لأن القوانين التي تسودها خليط من قواعد إسلامية وقواعد وضعية، وقضاتها الذين يحكمون على المسلمين فيهم القاضي المسلم والقاضي غير المسلم. وهذه الدول الإسلامية ترتبط بمواثيق ومعاهدات دولية، وتسري عليها أحكام ومبادئ القانون الدولي وقرارات المنظمات الدولية، وتطبق عليها – عند مخالفتها – عقوبات دولية.

إذا تقرر ذلك يكون احتكام المسلم المقيم في دولة لا تطبق أحكام الشرع من باب الضرورة – بمعناها الموسع – والضرورة تقدر بقدرها، وحينئذ يرخص للمسلم في الاحتكام إلى هذه المحاكم باعتباره نوعاً من التحكيم الفاسد الذي ينفذ لموافقة الحكم قواعد القانون الطبيعي ومبادئ العدالة[1].

ورأينا هذا لا يبعد كثيراً عن بعض الفتاوى القديمة والمعاصرة، كما أنه يتفق مع بعض الوقائع التاريخية:

١- يرى الحنفية[2]: أنه إذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقلد منه، وجب على أهل البلد أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه والياً فيولي قاضياً، أو يكون هو الذي يقضي بينهم.

٢- وعند المالكية[3]: إذا تعذر وجود الإمام، يتم عقد التولية من ذوي الرأي وأهل العلم والمعرفة والعدالة لرجل منهم كملت فيه شروط القضاء، ويكون عقدهم نيابة عنه للضرورة الداعية إليه.

٣- وقال الشافعية[4]: إن خلا العصر من إمام، ولم يرج تجديد إمام قريب، ولم يمكنهم أن يتحاكموا إلى قاضي أقرب البلاد إليهم، يكون تقليدهم للقاضي جائزاً إذا اجتمع على التقليد جميع أهل

---

(١) التحكيم ومستجداته في ضوء الفقه الإسلامي، محمد جبر الألفي، ص٤١ وما بعدها.

(٢) فتح القدير، لابن الهمام: ٥/٤٦١. حاشية ابن عابدين: ٥/٣٦٩.

(٣) تبصرة الحكام، لابن فرحون: ١/٢١.

(٤) أدب القاضي للماوردي: ١/١٣٩-١٤١، الأحكام السلطانية للماوردي، ص٧٦.

إهداء من شبكة الألوكة www.alukah.net

الاختيار منهم وأمكنهم نصره وتقوية يده، فإذا صحت ولايته نفذت أحكامه ولزمت طوعاً وجبراً.

وقد نص فقهاء الشافعية[١] على أن من يقدر على إظهار دينه في دار الحرب، ويمكنه الاعتزال في مكان خاص والامتناع من الكفار، فهذا تحرم عليه الهجرة؛ لأن مكان اعتزاله صار دار إسلام بامتناعه، فيعود بهجرته إلى حوزة الكفار، وهو أمر لا يجوز.

وقال العز بن عبدالسلام: إذا استولى الكفار على إقليم عظيم، فولوا القضاء لمن يقوم بمصالح المسلمين العامة، فالذي يظهر إنفاذ ذلك كله، جلباً للمصالح العامة ودفعاً للمفاسد السابقة[٢].

٤- وذهب الحنابلة[٣]: إلى أنه إذا خلا البلد من قاض، فاجتمع أهل البلد وقلدوا قاضياً عليهم، فإن كان الإمام مفقوداً صح ونفذت أحكامه عليهم.

٥- أفتى الشيخ محمد رشيد رضا في مسألة الحكم بالقوانين البريطانية في الهند بما يقرب مما نرى[٤].

٦- جاء في فتوى اللجنة الدائمة بمناسبة سؤال موجه لها عن حكم تحكيم القضاء الأمريكي في النزاع بين المسلمين في أمور التجارة والطلاق وغير ذلك: «لا يجوز للمسلم التحاكم إلى المحاكم الوضعية إلا عند الضرورة إذا لم توجد محاكم شرعية، وإذا قضي له بغير حق له فلا يحل له أخذه»[٥].

٧- أفتى سماحة الشيخ عبدالعزيز بن باز رحمه الله في حكم التحاكم إلى من يحكم بالقوانين الوضعية، ولا يستطيع الوصول إلى حقه إلا إذا تحاكم إليها: ليس له أن يتحاكم إليهم إلا عند الضرورة إذا لم يتيسر له الحصول على حقه إلا بذلك، وليس له أن يأخذ خلاف ما يحله الشرع المطهر[٦].

٨- فتوى الشيخ عبدالرزاق عفيفي في حكم التحاكم إلى محاكم تحكم بالقوانين الوضعية: «بقدر

---

(١) روضة الطالبين للنووي: ٦/١٠. نهاية المحتاج للرملي: ٨٢/٨.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ٧٣/١.

(٣) المغني لابن قدامة: ١٠٦/٩. كشاف القناع للبهوتي: ٢٨٨/٦. الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ٧٣.

(٤) تفسير المنار: ٣٣٥/٦-٣٣٨.

(٥) ٥٠٢/٢٣ (http.//www.alifta.com).

(٦) مجموع فتاوى العلامة عبدالعزيز بن باز، أشرف على جمعه وطبعه: محمد بن سعد الشويعر: ٢١٤/٢٣.

إهداء من شبكة الألوكة www.alukah.net

الإمكان لا يتحاكم إليها، أما إذا كان لا يمكنه أن يستخلص حقه إلا عن طريقها فلا حرج عليه»[١].

٩- ورد في كتاب الأغاني -بمناسبة ترجمة الشاعر النصراني الأخطل-: أخبرنا محمد بن العباس اليزيدي قال: حدثنا الخراز عن المدائني قال: قال أبو عبدالملك: كانت بكر بن وائل إذا تشاجرت في شيء رضيت بالأخطل، وكان يدخل المسجد فيقدمون إليه[٢].

١٠- جاء في بعض كتب التاريخ: «كان إذا حدث نزاع بين مسلم وقبطي، تقدم المتقاضون إلى مجلس مؤلف من قضاة يمثلون الفريقين المتنازعين»[٣].

نخلص من ذلك إلى أن المسلم المقيم خارج بلاد الإسلام قد يجد نفسه في موقف يلجئه إلى محاكمها كمدع أو مدعى عليه، فيكون في هذه الحالة في وضع أشبه بالخضوع إلى قاضي الضرورة في دار الإسلام. فإذا قضى القاضي نفذ حكمه، ولكن هذا لا يبيح له أن يقتضي ما ليس حقاً له، أو يأخذ ما يستند إلى قاعدة تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

---

(١) فتاوى ورسائل سماحة الشيخ عبدالرزاق عفيفي: ١٦٦/١.

(٢) الأغاني لأبي الفرج الأصفهاني: ٣٠٣/٨.

(٣) مصر في العصور الوسطى من الفتح العربي إلى الفتح العثماني، علي إبراهيم حسن، ص ٣٠٣.

إهداء من شبكة الألوكة www.alukah.net

المبحث الثاني

التحكيم في قضايا الأقليات المسلمة

ما سبق في المبحث الأول من الترخيص للمسلم المقيم في دولة غير مسلمة بالاحتكام إلى قضاتها للضرورة لا ينطبق على قضايا الأحوال الشخصية من زواج وطلاق ونسب ونحوها؛ لأن أحكام هذه القضايا تثبت بنصوص من الكتاب والسنة، ومجال الاجتهاد الفقهي فيها ضيق، فهي أقرب اتصالاً بالعبادة والعقيدة، والفصل فيما ينشأ عنها من نزاع يقتضي الكثير من الخشية والانضباط، ولهذا صدرت إعلانات دولية تقرر للأقليات الدينية الحق في التمتع بثقافتهم الخاصة، وإعلان وممارسة دينهم الخاص بحرية ودون تدخل أو تمييز، ولهم الحق في إنشاء الجمعيات الخاصة بهم والمحافظة على استمرارها، وأوجبت على الدول اتخاذ تدابير لتهيئة الظروف المواتية لتمكين الأشخاص المنتمين إلى أقليات من التعبير عن خصائصهم ومن تطوير ثقافتهم ولغتهم ودينهم وتقاليدهم وعاداتهم، إلا في الحالات التي تكون فيها ممارسات معينة منتهكة للقانون الوطني ومخالفة للمعايير الدولية.

وفي ظل هذا الوضع يقوم التحكيم بدور فعال في علاج المشكلات المرتبطة بقضايا الأحوال الشخصية للأقليات المسلمة؛ فالمسلمون خارج ديار الإسلام على ضربين:

١- أقليات تتمتع بقدر من الاستقلال الداخلي أو الحكم الذاتي، إما بنص أو معاهدة، وإما بحكم الأمر الواقع لأن بلادهم كانت تخضع لحكم إسلامي ردحاً من الزمن، مثل مسلمي الهند أو مسلمي البوسنة، وهؤلاء لا توجد لديهم صعوبات في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية؛ ففي البوسنة: يوجد قضاء شرعي للأحوال الشخصية تعترف به الدولة، وأحكامه ملزمة وواجبة التنفيذ. وفي الهند: توجد مجموعة من القوانين صدرت في السنوات ١٩٣٧، ١٩٣٩، ١٩٥٤م تنظم أحكام الزواج والطلاق والعِدد والمهر والحضانة والميراث والهبة والوقف وحقوق الملكية للمرأة المسلمة، وكلها مستمدة من الشريعة الإسلامية [(١)] على المذهب الحنفي.

٢- أقليات إسلامية في بلاد لا يسمح نظامها بغير قضاء الدولة وأحكام الأحوال الشخصية فيها

---

(١) قانون الأحوال الشخصية في الهند، عبدالكبير: ٢/٦٦٥ وما بعدها.

إهداء من شبكة الألوكة www.alukah.net

تخضع لقانون موحد، كما هو الحال في ألمانيا وبريطانيا وفرنسا، أو تخضع لقوانين مختلفة كالولايات المتحدة الأمريكية التي تتعدد فيها قوانين الأحوال الشخصية من ولاية لأخرى.

والمسلمون في هذه البلاد ليس أمامهم إلا الالتجاء إلى التحكيم، وذلك باختيار مسلم عادل عالم بالشرع يفصل في قضاياهم المتعلقة بالأحوال الشخصية، وغالباً ما تتولى هذه المهمة اتحاداتهم أو روابطهم أو جمعياتهم أو المراكز الإسلامية لديهم. وبعد صدور حكم هيئة التحكيم – فرداً أو أكثر – إما أن ينفذه الأطراف طوعاً، بوازع من الإيمان أو بتأثير من الجماعة، وإما أن يرفع حكم التحكيم إلى قضاء الدولة ليشمله بالصيغة التنفيذية.

والواقع أن نظام التحكيم – في الكثير من صوره – أصبح الآن معترفاً به في معظم الدول، ولا يعترض القضاء على نتيجته إلا إذا خالفت النظام العام أو حسن الآداب الذي يسود الدولة [1].

(١) التحكيم ومستجداته، محمد جبر الألفي، ص ٥٣-٥٤.

إهداء من شبكة الألوكة www.alukah.net

المبحث الثالث

ممارسة المحاماة في دولة غير مسلمة

تندرج مهنة المحاماة تحت عقد الوكالة الذي نظمه الفقه الإسلامي وأثبت مشروعيته بالقرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والمعقول. وهو – في الجملة – دليل مشروعية الوكالة بالخصومة [١]، واتخاذها مهنة يمارسها الوكيل مقابل أجر يدفعه الموكل [٢].

والوكالة بالخصومة مقابل أجر تندرج تحت عقد إجارة الأشخاص (الأجير المشترك) [٣]، ولا خلاف بين الفقهاء في جواز أن يكون المسلم أجيراً مشتركاً يتقيل الأعمال من المسلمين أو من غيرهم إذا كان هذا العمل مما يجوز للمسلم فعله.

وعمل المحامي – كما نصت عليه المادة الأولى من نظام المحاماة السعودي [٤]-: الترافع عن الغير أمام المحاكم .. ومزاولة الاستشارات الشرعية والنظامية. وعلى ذلك يمكن القول: إنه يجوز للمسلم ممارسة مهنة المحاماة خارج ديار الإسلام، فيكون وكيلاً عن المسلم المقيم في دار الإسلام أو خارجها، ويكون وكيلاً عن غير المسلم المقيم في دار الإسلام أو خارجها، وذلك بتوافر شرطين:

أولهما: أن يكون محل الوكالة مما يصح للمسلم مباشرته، كالترافع عن الموكل في مسائل البيوع وغيرها من المعاملات، والدفاع عنه فيما يتهم به من جنايات، والتوكل عنه في قضايا المناكحات والمواريث، والمطالبة برفع الظلم عنه فيما تصدره الجهات الإدارية من قرارات [٥].

والشرط الآخر: أن يكون محل الوكالة عن غير المسلم مما يصح له مباشرته بنفسه، ويورد الفقهاء

---

(١) الوكالة على الخصومة، عبدالله آل خنين، ص ٤١-٤٦.

(٢) العقود الدرية لابن عابدين: ٣٢٤/١. حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير: ٥٢٣/٣. المجموع للنووي وتكملته: ٦١٢/١٣. المغني لابن قدامة: ٢١١/٥. المحلى لابن حزم: ١٩٦/٨.

(٣) المادتان ٥٢٢، ٥٢٣ من مجلة الأحكام الشرعية للقاري.

(٤) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٨) وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ.

(٥) المبسوط للسرخسي: ٧١/١٥. عقد الجواهر الثمينة لابن شاس: ٦٧٧/٢. روضة الطالبين للنووي: ٢٩٨/٤. المغني لابن قدامة: ٣٦٨/٦-٣٦٩.

إهداء من شبكة الألوكة www.alukah.net

مثالاً على ذلك: عدم جواز شراء الكافر المصحف، فليس للمسلم الوكالة فيه [١].

وغني عن البيان أن المحاماة من المهن الحرة، فللمحامي حرية قبول التوكل عن شخص أو هيئة، ورفض التوكل عمن لا يقتنع بشرعية أو عدالة ما يطلبه.

(١) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس: ٦٧٧/٢. روضة الطالبين للنووي: ٢٩٧/٤. المغني لابن قدامة: ٣٦٨/٦.

إهداء من شبكة الألوكة www.alukah.net

خاتمة البحث

أولاً: النتائج:

١- قد يجد المسلم – المقيم في دولة غير مسلمة – أنه في موقف يلجئه إلى محاكمها كمدع أو مدعى عليه، فيرخص له – في غير قضايا الأحوال الشخصية – بالالتجاء إلى هذه المحاكم، على ألا يقتضي ما ليس حقاً له، أو يأخذ ما يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

٢- أما في قضايا الأحوال الشخصية فلا يرخص للأقليات الإسلامية بالخضوع لغير حكم الشرع الإسلامي، ولا يكون أمامهم إلا الالتجاء إلى التحكيم - الذي تنظمه المراكز الإسلامية في الخارج وتعترف به معظم الدول - فتفصل هيئة التحكيم في هذه القضايا وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ثم يرفع حكم التحكيم إلى قضاء الدولة ليشمله بالصيغة التنفيذية.

٣- لا مانع شرعاً من ممارسة المسلم مهنة المحاماة خارج البلاد الإسلامية؛ فيكون وكيلاً عن المسلم أو عن غير المسلم، إذا كان محل الوكالة مما يجوز للمسلم مباشرته، على أن يكون محل الوكالة غن غير المسلم مما يصح له مباشرته بنفسه.

ثانياً- التوصيات:

١- يوصي الباحث الأقليات الإسلامية بالاندماج النسبي في البلدان التي يعيشون فيها؛ وذلك بمراعاة واجبات المواطنة، مع التمسك بامتيازات الأقليات المنصوص عليها في العهود والمواثيق الدولية، والتي تسمح لهم بحرية العقيدة والعبادة وممارسة الحقوق الشخصية كإجراء عقود الزواج، وتكوين الجمعيات التي ترعى مصالحهم، وإنشاء مساجد ومدارس ومعاهد تعلم أبناءهم وفق عقيدتهم وعاداتهم الاجتماعية.

٢- يوصي الباحث المنظمات الإسلامية بمتابعة شؤون الأقليات المسلمة، فترفع صوت المضطهدين منهم إلى المجالس والهيئات والمحاكم الدولية، وتتابع تطبيق أحكام المواثيق الدولية التي تصب في مصلحتهم، وتمدهم بالمشورة والمعونة فيما يواجههم من مشكلات، وبالمال اللازم لبناء مساجدهم

www.alukah.net إهداء من شبكة الألوكة

ومدارسهم ومراكزهم.

٣- يوصي الباحث الجامعات الإسلامية باستضافة أبناء الأقليات المسلمة لتعليمهم اللغة العربية – لغة القرآن والسنة والفقه الإسلامي - وأحكام الشريعة الإسلامية، ووسائل الدعوة إلى الله تعالى بالتي هي أحسن.

والله من وراء القصد.

إهداء من شبكة الألوكة www.alukah.net

فهرس المصادر والمراجع

١- الاتجاهات التشريعية في قوانين البلاد العربية، شفيق شحاته، القاهرة: ١٩٦٠م.

٢- الأحكام السلطانية، أبو يعلى الفراء، تحقيق: محمد حامد الفقي، القاهرة: ١٣٥٧هـ.

٣- الأحكام السلطانية، الماوردي، مطبعة البابي الحلبي – مصر: ١٣٨٠هـ-١٩٦٠م.

٤- الأحكام السياسية للأقليات المسلمة، سليمان بن محمد توبولياك، دار النفائس والبيارق: ١٤١٨هـ.

٥- أدب القاضي، الماوردي، تحقيق: محيي سرحان، بغداد: ١٩٧١م.

٦- الأساس الفني للتفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية، حسن بغدادي، القاهرة: ١٩٣٧هـ بالفرنسية.

٧- الإسلام وتقنين الأحكام، عبدالرحمن عبدالعزيز القاسم، الطبعة الثانية: ١٣٩٧هـ-١٩٧٧م.

٨- إغاثة اللهفان، ابن القيم، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية – بيروت: ١٤١٢هـ.

٩- الأغاني، أبو الفرج الإصفهاني، دار الكتب المصرية: ١٩٤٥م.

١٠- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، ابن فرحون، دار الكتب العلمية – بيروت: ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.

١١- التحكيم التجاري الدولي، محسن شفيق، دار النهضة العربية – القاهرة: ١٩٩٤.

١٢- التحكيم ومستجداته في ضوء الفقه الإسلامي، محمد جبر الألفي، مجلة أبحاث اليرموك، المجلد (١٣)، العدد الرابع: ١٤١٨هـ -١٩٩٧م، ص ٤١-٦٥.

١٣- تفسير المنار، محمد رشيد رضا، القاهرة: ١٩٧٣م.

١٤- الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، دار إحياء التراث العربي – بيروت: ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.

١٥- حاشية ابن عابدين، دار الفكر – بيروت: ١٩٦٩م.

١٦- روضة الطالبين، النووي، المكتب الإسلامي – بيروت: د. ت.

١٧- روضة القضاة وطريق النجاة، السمناني، تحقيق: صلاح الناهي، مؤسسة الرسالة – بيروت:

إهداء من شبكة الألوكة www.alukah.net

١٤٠٤هـ.

١٨- الشرح الصغير على أقرب المسالك، الدردير، وحاشية الصاوي عليه، دار المعارف – القاهرة: ١٩٧٤م.

١٩- شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، تحقيق: عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة – بيروت: ١٤٢١هـ – ٢٠٠٠.

٢٠- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن قيم الجوزية، مطبعة المدني – مصر: ١٣٨١هـ – ١٩٩١م.

٢١- عقد التحكيم، أحمد أبو الوفا، منشأة المعارف – الاسكندرية: ١٩٧٤م.

٢٢- عقد الجواهر الثمينة، ابن شاس، تحقيق: محمد أبو الأجفان وآخرين، دار الغرب الإسلامي: ١٤١٥هـ.

٢٣- العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ابن عابدين، طبعة: ١٣٧٨هـ.

٢٤- فتاوى ورسائل سماحة الشيخ عبدالرزاق عفيفي، إعداد: وليد إدريس والسعيد بن صابر، دار الفضيلة: ١٤١٨هـ.

٢٥- فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، دار المعرفة – بيروت: بدون تاريخ.

٢٦- فتح القدير، ابن الهمام، القاهرة: ١٣١٥هـ.

٢٧- فقه جديد للأقليات، جمال الدين عطية محمد، دار السلام – القاهرة: ١٤٢٨هـ – ٢٠٠٧م.

٢٨- في فقه الأقليات المسلمة، طه جابر العلواني، دار نهضة مصر: ٢٠٠٠م.

٢٩- القاموس المحيط، الفيروزآبادي، المطبعة الأميرية – بولاق، مصر: ١٣٠١هـ.

٣٠- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، عز الدين بن عبدالسلام، القاهرة: ١٣٨٨هـ – ١٩٦٨م.

٣١- كشاف القناع، للبهوتي، بيروت: ١٩٨٣م.

٣٢- لسان العرب، ابن منظور، دار صادر – بيروت: ١٣٧٤هـ.

٣٣- المبسوط، السرخسي، دار المعرفة – بيروت: ١٤٠٦هـ.

٣٤- المحاماة في النظام السعودي، حماد بن عبدالله الحماد، دار عالم الكتب – الرياض: ١٤٣١هـ

إهداء من شبكة الألوكة www.alukah.net

٢٠١٠م.

٣٥- المدخل للعلوم القانونية (القانون)، عبدالحي حجازي، مطابع جامعة الكويت: ١٩٧٢.

٣٦- المصباح المنير، أحمد المقري الفيومي، مكتبة لبنان: ١٩٨٧م.

٣٧- مصر في العصور الوسطى، علي إبراهيم حسن، القاهرة: ١٩٤٩م.

٣٨- مطالب أولي النهى، مصطفى السيوطي الرحيباني، دمشق: ١٩٦١م.

٣٩- مغني المحتاج، محمد الشربيني الخطيب، القاهرة: ١٩٥٨م.

٤٠- المغني، ابن قدامة، ومعه الشرح الكبير، القاهرة: ١٣٦٧هـ.

٤١- المنهاج شرح صحيح مسلم الحجاج، للنووي، دار المعرفة – بيروت: ١٤٢١هـ.

٤٢- المهذب، الشيرازي، تحقيق: محمد الزحيلي، دار القلم – دمشق: ١٤١٢هـ.

٤٣- النظرية العامة للقانون، سمير تناغو، منشأة المعارف – الاسكندرية: ١٩٨٤م.

٤٤- نهاية المحتاج، الرملي، القاهرة: ١٢٨٦هـ.

٤٥- الوكالة على الخصومة، عبدالله آل خنين، مجلة العدل السعودية، العدد (١٥)، السنة الرابعة: رجب ١٤٢٣هـ، ص ٣٢-١١٩.

إهداء من شبكة الألوكة www.alukah.net

فهرس الموضوعات

ملخص البحث ٢

مقدمة ٣

تمهيد في تحديد المفاهيم ٤

أولاً-الأحوال الشخصية: ٤

ثانياً- الأقليات الإسلامية: ٥

ثالثاً- التحكيم: ٦

١- التعريف اللغوي: ٦

٢- التحكيم عند الفقهاء: ٧

٣- التحكيم في الأنظمة القانونية: ٧

رابعاً- القضاء (التحاكم في المحاكم): ٧

١- التعريف اللغوي: ٧

٢- القضاء في الاصطلاح: ٧

٣- القضاء عند شراح الأنظمة: ٧

خامساً- المحاماة: ٨

١- التعريف اللغوي: ٨

٢- التعريف الفقهي: ٨

٣- التعريف النظامي: ٨

المبحث الأول: احتكام المسلم المقيم في دولة غير مسلمة إلى محاكمها ٩

إهداء من شبكة الألوكة www.alukah.net

المبحث الثاني: التحكيم في قضايا الأقليات المسلمة ١٢
المبحث الثالث: ممارسة المحاماة في دولة غير مسلمة ١٤
خاتمة البحث ١٦
أولاً: النتائج: ١٦
ثانياً- التوصيات: ١٦
فهرس المصادر والمراجع ١٨
فهرس الموضوعات ٢١

إهداء من شبكة الألوكة www.alukah.net

سيرة ذاتية

١- بيانات شخصية:

* الاسم: محمد جبر عبده الألفي.
* الميلاد: القاهرة في ١٩٣٤/١٢/٥.
* العنوان: ص.ب: ٥٨١٠ – الرياض – ١١٤٣٢.

٢- المؤهلات العلمية:

* الإجازة العالية – كلية الشريعة والقانون – جامعة الأزهر.
* درجة العالمية مع إجازة التدريس – جامعة الأزهر.
* ليسانس الحقوق – جامعة عين شمس.
* ماجستير: كلية الحقوق – جامعة القاهرة.
* دبلوم الدراسات العليا: كلية الحقوق – جامعة باريس (٢).
* دكتوراه في الدراسات الإسلامية – جامعة باريس – السوربون.
* دكتوراه الدولة في الحقوق – جامعة باريس (١) – السوربون.

٣- جوائز علمية:

* جائزة إحياء التراث – مجمع اللغة العربية – القاهرة.

٤- التدرج الوظيفي:

* مدرس في كلية الشريعة والقانون – جامعة الأزهر.
* أستاذ مشارك – كلية الحقوق – جامعة باريس (١) – السوربون.
* أستاذ مساعد – كلية الحقوق – جامعة الكويت.
* أستاذ مشارك – كلية الشريعة والقانون – جامعة الإمارات.
* أستاذ في كلية الشريعة – جامعة اليرموك – الأردن.

إهداء من شبكة الألوكة www.alukah.net

٥- عضوية الهيئات العلمية:

* خبير / باحث: مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
* عضو: مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا.
* عضو الجمعية الخيرية الإسلامية – القاهرة.
* عضو الجمعية الفقهية السعودية – الرياض.
* عضو الجمعية العلمية القضائية السعودية – الرياض.

٦- المؤلفات والبحوث المنشورة:

* حوالي خمسة عشر كتاباً في الفقه والقانون المقارن بالعربية والفرنسية.
* حوالي أربعين بحثاً في الفقه والأصول والقانون والدراسات الإسلامية والمقارنة بالعربية والفرنسية.

٧- الندوات والمؤتمرات:

* شارك في أكثر من مائة لقاء ومؤتمر وندوة في مجال الشريعة والقانون على المستوى المحلي والإقليمي والدولي.

٨- عنوان الاتصال:

* هاتف وفاكس: ١١/٢٦٤٠٧٧٢
* محمول: ٠٥٤١٤٧٠٩٥٨.
* البريد الإلكتروني: dr.alfi2012@gmail.com
* جهة العمل: المعهد العالي للقضاء.