دراسة حول

الاية الثانية والاربعين من صورة المائدة بين النسخ والاحكام واثرها علي الاختصاص القضائي الدولي

الدكتور

يحيي أحمد زكريا الشامى

دكتوراه القانون الدولي الخاص

جامعة الأزهر

المركز العربي للنشر والتوزيع

دراسة حول الآية الثانية والأربعين
من سورة المائدة بين النسخ والأحكام وأثرها
على الاختصاص القضائي الدولي

دراسة حول الآية الثانية والأربعين من سورة المائدة بين النسخ والأحكام وأثرها على الاختصاص القضائي الدولي

الدكتور

يحيى أحمد زكريا الشامي

دكتوراه القانون الدولي الخاص

جامعة الأزهر

الطبعة الأولى

1440 هـ - 2019 م

المركز العربي للنشر والتوزيع

ثقافة بلا حدود

رقم الإيداع

2017/9059

ISBN 978-977-841-030-3

جميع حقوق الطبع محفوظة

لا يجوز نسخ أو استعمال أي جزء من هذا الكتاب في أي شكل من الأشكال أو بأي وسيلة من الوسائل - سواء التصويرية أم الإليكترونية أم الميكانيكية بما في ذلك النسخ الفوتوغرافي أو التسجيل على أشرطة أو سواها وحفظ المعلومات واسترجاعها - دون إذن خطي من الناشر

جمهورية مصر العربية

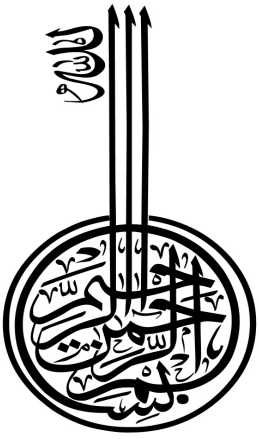
القاهرة – شبرا – 3 شارع ترعة النصراني أمام مسجد التقوى – منطي – شبرا الخيمة

00(20) 1282441890

00(20) 233518784

yasser261098@gmail.

www. ACBOOkZONE.COM



مقدمة

الحمد لله رب العالمين، حمداً طيباً مباركاً فيه، كما ينبغى لجلال وجهه وعظيم سلطانه، وارتفاع مكانه.

والصلاة والسلام على مسك الختام، وبدر التمام، ورسول السلام، سيدنا محمد وعلى أله وصحبه وسلم.

وبعد

أفرد هذا البحث للحديث عن النسخ فى الآية الكريمة [فإن جاؤوك] الآية 42 من سورة المائدة، وقد كانت دعوى النسخ هذه سبباً لما ثار من غبار وخلاف بين الفقهاء فى حسم قضية التخيير ! ! !

فهل حقاً هى منسوخة أم محكمة؟؟

- **وهذا هو الفصل الأول**، الذى يدور الحديث فيه أيضاً عن المادة 865 من قانون المرافعات المصرى لعام 1949م والتى كانت تتحدث عن التخلى، وقد صدر قانون المرافعات لسنة 1968م ولم يرد به نص

يقابل نص المادة 865 من قانون 1949 فهل قصد بهذا الإلغاء والنسخ؟؟ أم قصد ترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء ووفق المبادئ والقواعد العامة فى القانون الدولى الخاص؟؟؟

- **أما الفصل الثانى:** فأتحدث فيه عن اتجاهات الفقه الإسلامى والقانونى وأدلتهم على قبول أو رفض التخلى [التخيير] عن الاختصاص القضائى الدولى.
- **وأما الفصل الثالث:** فأبين فيه محل أو موضوع التخلى، أو ما يصح أن يسمى النطاق الموضوعى والشخصى للتخلى عن الاختصاص القضائى الدولى.
- **وأما الفصل الرابع:** فأجعله للحديث عن البدائل المقترحة بعد التخلى القضائى عن الاختصاص الدولى.

الفصل الأول

التخلى [التخيير] بين النسخ والإثبات

إن دعوى النسخ والإلغاء فى الفقه الإسلامى والقانونى كانت من أهم أسباب اختلاف الفقهاء حول مشروعية أو عدم مشروعية التخلى [التخيير] عن الاختصاص القضائى الدولى، ولأهمية ذلك رأيت أن أجلى الغبار وأرفع الستار عن هذه الدعوى وذلك بالبحث فى حقيقة النسخ وشروطه ثم عرض أقوال الفقهاء فى تلك الدعوى، وعرض رجال القانون المصرى فى إلغاء مادة التخلى من قانون المرافعات المصرى.

وذلك فى مباحث ثلاثة على النحو التالى:

- **المبحث الأول:** حقيقة النسخ وشروطه
- **المبحث الثانى:** أقوال فقهاء الإسلام فى نسخ أو إثبات الآية الكريمة.
- **المبحث الثالث:** أقوال رجال القانون المصرى فى إلغاء المادة 865.

المبحث الأول

ماهية النسخ وشروطه

قضية النسخ من أكبر القضايا التى أنسكب فيها المداد غزيراً، واشتجرت فيها الصفحات المظللة، وذلك يدل على خطورة النسخ لأنه يزيل حكماً شرعياً ويخلى منه ذمة المكلفين من المطالبة به فى الدنيا والآخرة، فما هى ماهية النسخ؟ وهل هو محل اتفاق على الاعتداد به؟ وما الحكمة من النسخ؟ وما أنواع النسخ؟ وما أركانه؟ وما أدلة تحققه؟ وما شروط النسخ؟

والإجابة على هذه التساؤلات تستدعى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالى:

- **المطلب الأول:** تعريف النسخ وبيان أحكامه
- **المطلب الثانى:** شروط النسخ

المطلب الأول

تعريف النسخ وبيان أحكامه

وأتحدث فى هذا المطلب عن تعريف النسخ، وما قيل فى ثبوته، والحكمة الشرعية منه وأنواعه، وأركانه، وأدلة تحققه، وذلك فى عدة فروع كالتالى:

- **الفرع الأول:** تعريف النسخ.
- **الفرع الثانى:** إثبات النسخ ونفيه.
- **الفرع الثالث:** الحكمة من النسخ.
- **الفرع الرابع:** أنواع النسخ.
- **الفرع الخامس:** أركان النسخ وأدلة تحققه.

الفرع الأول

تعريف النسخ

تدور معانى النسخ فى اللغة بين:

الرفع، والإزالـة، والنقل، والتبديل والتحويل.[1]وقد قيل نسخت الشمس الظل أى رفعته، وأزالته من مكانه، وقد استخدم القرآن الكريم [2]مادة النسخ فى هذه المعانى وما يماثلها فمن ذلك قول الحق تعالى: ﴿مَا نَنسَخْ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِنْهَا أَوْ مِثْلِهَا أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٍ﴾ البقرة: 106

وقول الحق جل شأنه: ﴿هَذَا كِتَابُنَا يَنطِقُ عَلَيْكُمْ بِالْحَقِّ إِنَّا كُنَّا نَسْتَنسِخُ مَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ الجاثية: 29

أى ننقله بعناية ودقة ونثبته فى كتاب لا يغادر صغيرة ولا كبيرة إلا أحصاها

وقول الحق جل شأنه: ﴿وَإِذَا بَدَّلْنَا آيَةً مَكَانَ آيَةٍ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا يُنَزِّلُ قَالُوا إِنَّمَا أَنْتَ مُفْتَرٍ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لا يَعْلَمُونَ﴾ النحل: 101

---

(1) – ابن منظور – لسان العرب – دار المعارف المصرية – مادة نسخ – جـ 6 صـ4407 والمعجم الوسيط – دار المعارف 1972م، ، ومقاييس اللغة لابن فارس، العلامة / الفيروزآبادى – بصائر ذوى التمييز فى لطائف الكتاب العزيز – تحقيق / عبد العليم الطحاوى – اصدار المجلس الأعلى للشئون الإسلامية – مصر 1428هـ / 2007 جـ 5 صـ44 جـ 1 صـ120، 121

(2) – انظر فى استعمال القرآن الكريم لهذه المعانى تفصيلاً: د / محمد بكر إسماعيل – النسخ فى القرآن – الموسوعة القرآنية المتخصصة – وزارة الأوقاف – القاهرة 1427 / 2006م – صـ632، 633.

وفى الاصطلاح

عرف بتعريفات متعددة منها: تعريف البيضاوى بأنه [بيان انتهاء حكم شرعى بطريق شرعى متراخ عنه [1]

وعرفه السمرقندى بأنه [بيان انتهاء الحكم الشرعى المطلق - الذى فى تقديرأوهامنا استمراره لولاه - بطريق التراخى] [2]

وعرفه ابن الحاجب بأنه: [رفع الحكم الشرعى بدليل شرعى متأخر] [3]

وعرفه الأمدى فى الأحكام فى أصول الأحكام حيث قال: [هو عبارة عن خطاب الشارع المانع من استمرار ما ثبت من حكم خطاب شرعى سابق] [4]وقال الفيروزآبادى فى البصائر جـ 5 صـ44: [إزالة الحكم بحكم يتعقبه] وفى جـ 1 يقول: [بيان نهاية تعبد بأمر، او نهى مجدد فى حكم خاص بنقله إلى حكم آخر]

(1) - منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوى - تحقيق / محمد محى الدين عبد الحميد - مطبعة السعادة - ط 1 - 1951م - صـ64

(2) - ميزان الأصول للسمرقندى - تحقيق: د / عبد الملك السعدى - ط / وزارة الأوقاف السعودية 1407 / 1987م جـ 2 صـ978

(3) - مختصر المنتهى لابن الحاجب مع شرح العضد - الميرية الكبرى - مصر 1317هـ - جـ 2 صـ185

(4) - ط / دار الكتب العلمية - لبنان 1400هـ / 1980م جـ 3 صـ155

الفرع الثانى

إثبات النسخ ونفيه

والناس فى أمر النسخ قسمان، مذهب يثبت النسخ، وآخر ينكره، والمنكرون كثيرون ومنهم من ينكره استكباراً وكفراً وهم اليهود الذين يرون أن شريعة موسى عليه السلام قائمة لم تنسخ، وقالوا: أن آية النسخ دليل على البداء ولا يليق بالحكيم العليم ذلك ومصدر ذلك لديهم أنهم يحرفون التوراة ويلبسون الحق بالباطل ويشترون بآيات الله ثمناً قليلاً وقد قال الحق فى شأنهم: ﴿كَبُرَ مَقْتاً عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لا تَفْعَلُونَ﴾ الصف: 3

ومنهم من أنكره تلبيساً للحق بالباطل وتدليساً على الدين وهم الرافضة حيث وافقوا اليهود فيما يقولون. (1)

وذهب بعض علماء الإسلام إلى منع وقوعه متعللين وليس منكرين وإن قالوا بجوازه عقلاً كأبى مسلم الأصفهانى، وذهب كثير من المحدثين إلى منع وقوعه فى القرآن وإن وقع فى السنة المشرفة (2)

وقد أنكره بعض المتأخرين ومنهم د / محمد البهى، و د / محمود حمدى زقزوق، و د / عبد الفتاح محمود إدريس (3)

---

(1) - الفيروزآبادى - بصائر ذوى التمييز - جـ 1 صـ117، 118، حيث يذكر ما سبق

(2) - د / عبد الفتاح محمود إدريس - النسخ - الموسوعة الإسلامية العامة - إصدار وزارة الأوقاف المصرية - 1429هـ / 2008م صـ1395

(3) - نقلاً عن المرجع السابق صـ1396

وأما أهل السنة والفقهاء الأصوليين وجماهير طوائف المسلمين [1]فقد أثبتوا النسخ وأجـازوه، وقد اشتمل القرآن الكريم على الناسخ والمنسوخ، وإن الحكمة الإلهية قد اقتضت ذلك، وأقوى من كل ذلك أن ذلك واقع بالفعل وثابت.

(1) - انظر: الفيروزآبادى.... جـ 1 صـ118، د / عبد الفتاح ادريس... صـ1395، د / محمد بكر إسماعيل.... صـ633

الفرع الثالث

الحكمة من النسخ

إن للنسخ فى الشريعة الإسلامية حكمة عظيمة: ففيه حفظ لمصالح العباد فى وقت الرسالة، لانتقال المسلمين من فوضى الجاهلية إلى نظام الإسلام، فاقتضت حكمة الشارع ألا ينقلهم دفعة واحدة إلى ما يستقر عليه التشريع آخر الأمر، لأنهم لا يطيقون ذلك، بل سلك بهم طريق تشريع الحكم الملائم لحالهم أول الأمر، فإذا ذاقوا بشاشته وألفوا الخروج على ما تعودوه بترويض أنفسهم لذلك، جاء حكم آخر.

ولذلك قد يأتى النسخ من الأخف إلى الأشد، وقد يكون من الأشد إلى الأخف وهذا تمشياً مع المصلحة، فإذا كانت المصلحة فى تبديل حكم بحكم وشريعة بشريعة كان التبديل لمرعاة هذه المصلحة، وعموماً ففى النسخ رحمة الله لخلقه بالتخفيف عنهم والتوسعة عليهم [1]

يقول الفيروزآبادى: [إن الحكم الربانية تقتضى ذلك..... وحيث إن طبائع الخلق مختلفة، وكذلك الأزمنة والأوقات متفاوتة، وبناءُ عالم الكون والفساد على التغيير والتحول، وأى حكمة أبلغُ وأتم من حكمة العدل على وفق طبائع الناس، بناء على رعاية مصالحهم بحسب الوقت والزمان كسائر التصرفات الإلهية فى العالم: من تكوير الليل والنهار، وتغيير الفصول والأيام بالبرد والحر والاعتدال

(1) - د / جلال الدين عبد الرحمن جلال - النسخ حقيقته وأحكامه - طبعة الجبلاوى - ط 1 1990م - صـ18، 19، د / عبد الفتاح إدريس... صـ1394، د / محمد بكر إسماعيل.... صـ649، 690

وتبديل أحوال العباد بالاغناء والافتقار والإصحاح والإعلال وغير ذلك من أنواع التصرفات المختلفة التى فى كل فرد من أفرادها حكمة بالغة، وإذا كان تصرفه تعالى فى مِلكه ومُلكه يقتضى الحكمة ولا اعتراض لمخلوق، فكذلك الأمر فى الشرائع والفرائض تارة بأمر وأخرى بنهى، ويكلف قوم بشرع ثقيل كبنى إسرائيل، وآخرين بشرع خفيف كأمة محمد ﷺ...] [1]

(1) - بصائر ذوى التمييز..... جـ1 صـ118، 119 وما بعدها

الفرع الرابع

أنواع النسخ

هذا وإن النسخ على عدة أنواع يأتى على رأسها:

- **الأول:** نسخ الإسلام للشرائع السابقة فيما يتعارض مع أحكام الإسلام.
- **والثانى:** ما نسخت تلاوته وبقى حكمه كالآية التى نسخت: [والشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالاً من الله] حتى قال عمر: " لولا أن يقول الناس زاد عمر فى كتاب الله لكتبتها بيدى " وكذا الآية التى تدل على تحريم الرضاع بعشر رضعات ثم خمس رضعات مشبعات والمنسوخات تلاوة مع بقاء الحكم.
- **والثالث:** ما نسخ حكمه وبقيت تلاوته وقد قال البعض إنه واقع فى مواضع فى ثلاثة وستين سورة. (1)
- **الرابع:** ما نسخ حكمه وتلاوته معاً، كما نسخت الرضعات العشر المحرمات بالرضاع بخمس رضعات، فقد نسخ العشر حكماً وتلاوة وكذلك ما نسب لأبى بكر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - [كنا نقرأ لا ترغبوا عن آبائكم فإنه كفر] وقد نسخ. كما ينقسم النسخ أيضاً إلى نسخ ببدل ونسخ بغير بدل، أما الأول: فلا خلاف فيه بين العلماء وأمثلته كثيرة، أما النسخ إلى غير بدل فمحل خلاف بين العلماء، وممن اعترض عليه الشافعى -

(1) - الفيروزآبادى... جـ 1 صـ124

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فقد قال فى كتابه الرسالة: [وليس ينسخ فرض أبداً إلا أثبت مكانه فرض، كما نسخت قبلة بيت المقدس فأثبت مكانها الكعبة، وكل منسوخ فى كتاب وسنة هكذا] [1] وقد جوزه البعض كالأمدى فى كتابه الإحكام فى أصول الأحكام وذكر أن ذلك مذهب الجميع [2]

(1) - صـ328 وقد أشار إليه د / محمد بكر إسماعيل..... صـ639

(2) - جـ 3 صـ195، وانظر فى كل ما سبق: الفيروز آبـادى..... جـ 1 صـ123 وما بعدها د / محمد بكر إسماعيل..... صـ636 وما بعدها

الفرع الخامس

أركان النسخ وأدلة تحققه

أركان النسخ هى:

1. **الناسخ:** وهو الله تعالى بالنص الصريح فى القرآن الكريم أو بالوحى على لسان النبى ﷺيم

2. **المنسوخ:** وهو الحكم الشرعى التكليفى الذى هو متعلق خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع، فلا يدخل النسخ فى العقائد ولا فى الإخبار.

3. **النسخ:** وهو الحاصل والنتيجة المترتبة على الناسخ والمنسوخ وهو إزالة الحكم الأول ورفعه وإثبات الحكم الثانى.

4. **المنسوخ عنه:** وهو المكلف الذى رفع عن كاهله عبئ التكليف بالحكم المنسوخ، وأثبت فى حقه الحكم الجديد، ووقع عليه التكليف[1].

واستدل الجمهور على جواز النسخ بالعقل والنقل والتاريخ: فمن القرآن الكريم قول الحق جل جلاله: ﴿مَا نَنسَخْ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِنْهَا أَوْ مِثْلِهَا أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾ البقرة: 106

(1) – انظر: الحافظ ثناء الله الزاهرى – تيسير الأصول – دار ابن حزم – بيروت – صـ210، د / جلال عبد الرحمن صـ20، 21، د / عبد الفتاح محمود إدريس.... النسخ.... صـ1394

وقوله تعالى: ﴿يَمْحُوا اللَّهُ مَا يَشَاءُ وَيُثْبِتُ وَعِنْدَهُ أُمُّ الْكِتَابِ﴾ الرعد: 39

وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَدَّلْنَا آيَةً مَكَانَ آيَةٍ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا يُنَزِّلُ قَالُوا إِنَّمَا أَنْتَ مُفْتَرٍ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لا يَعْلَمُونَ﴾ النحل: 101

وأما العقل فإنه لا يمنع جوازه: حيث إنه لا يترتب على وقوعه محال عقلاً.

وأما الواقع التاريخى فشهد على وقوع النسخ، فقد نسخ الإسلام ما قبله مما يعارضه، وقد وقع النسخ فى القرآن والسنة على نحو ما سبق.[1]

(1) - د / محمد بكر إسماعيل - النسخ..... صـ633، 634، 635

المطلب الثانى

شروط النسخ

هناك شروط متفق عليها بين العلماء، وأخرى محل خلاف بينهم.

- **الفرع الأول:** الشروط المتفق عليها.
- **الفرع الثاني:** الشروط المختلف.

الفرع الأول

الشروط المتفق عليها

اتفق العلماء على أربعة شروط للنسخ لا يتحقق النسخ بدونها جميعاً، وعند تخلف شرط منها لا حديث عن النسخ وهى:

- أن يكون المنسوخ حكماً شرعياً، لأن الحكم العقلى أو الوضعى لا يدخله النسخ حيث إنها مستندة إلى البراءة الأصلية فلا تنسخ، وإنما ترتفع بإيجاب العبادات بالأحكام الشرعية.
- أن يكون النسخ [الناسخ] حكماً وخطاباً شرعياً، فلا يتحقق النسخ بموت المكلف أو جنونه، لأن الأول قد زال عنه التكليف لتخلف ركنه الذى هو حياة المكلف، وفى الثانى فقد شرط التكليف الذى هو العقل، فالعقل مناط التكليف فحيث لا عقل ولا تكليف، وكذلك يختلف النسخ عن الأعذار المسقطة، فعدم القدرة مسقطة للحج، والمرض المزمن مسقط لأصل التكليف بالصيام إلى بدل مالى، والسفر رخصة مخففة للصلاة إلى القصر، وعدم وجود نصاب مسقط للزكاة لتخلف ركنها لا لنسخ حكمها.
- أن يكون الناسخ متراخياً عن المنسوخ غير متصل به، كاتصال القيد بالمقيد، والتأقيت بالمؤقت، وكذلك لا يسمى المقترن بالشرط والصفة والاستثناء نسخاً بل تخصيصاً، وأن يكون الناسخ متراخياً فى الزمان عن المنسوخ، وأن يعلم ذلك بيقين.

- أن يكون بين الناسخ والمنسوخ تعارض حقيقى لا يقبل الجمع ولا التوفيق بينهما بأى شكل. [1]

(1) - الفيروز آبادى... جـ 1 صـ120، د / محمد بكر إسماعيل - النسخ..... صـ634، 635، د / عبد الفتاح إدريس - النسخ..... صـ1395

الفرع الثاني

الشروط المختلف

1. أن لا ينسخ القرآن إلا بالقرآن، ولا السنة إلا بالسنة.
2. أن يكون الناسخ مثل المنسوخ فى القوة أو أقوى منه لا دونه، فلا ينسخ القرآن بالآحاد، لأن الأقوى لا ينسخه ضعيف.
3. أن يكون الفعل المراد نسخه قد دخل وقته، وتمكن المكلفون من امتثاله، فلا يجوز نسخ الفعل قبل التمكن من الامتثال.
4. أن يكون الناسخ مقابلاً للمنسوخ، مقابلة الأمر للنهى والمضيق للموسع.
5. أن يكون الناسخ والمنسوخ نصين قاطعين.
6. أن يكون النسخ ببدل مساو، أو بما هو أخف منه.
7. أن يكون الخطاب المنسوخ حكمه مما لا يدخله الاستثناء والتخصيص.[1]

(1) – الشيخ / محمد عبد العظيم الزرقانى – مناهل العرفان فى علوم القرآن – ط / عيس البابى الحلبى جـ 2 صـ76، د / محمد بكر إسماعيل – النسخ..... صـ634، د / عبد الفتاح إدريس – النسخ..... صـ1395، 1396، الفيروزآبادى..... جـ 1 صـ20

وبعد:

فهذه شروط النسخ المتفق عليها والمختلف فيها فإن تحققت هذه الشروط تحقق النسخ ولزم، وإلا ثبت الحكم المدعى نسخه وتأكد. وعلى هذا فدعوى النسخ دعوى عريضة وهى فى التحقق بعيدة، فماذا قال العلماء قديماً وحديثاً فى قوله تعالى ﴿سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ المائدة: 42 وكيف بها إذا أعملنا معها شروط النسخ وضوابطه؟

هذا ما أعالجه تفصيلاً فى المبحث التالى:

المبحث الثانى

أقوال العلماء والفقهاء والمفسرون فى

نسخ أو إثبات الآية الكريمة

لم تتفق كلمة العلماء عند حد سواء فى نسخ أو إثبات الآية الكريمة:

فقد قال البعض بنسخها مطلقاً، وقال آخرون بتخصيصها، وقال بعض الباقين بأن لا نسخ فيها ولا تخصيص.

وأعرض فى المبحث الماثل لهذه الاتجاهات الثلاثة ذاكراً أدلتهم ومؤيديهم، والنقد والتعليق على أقوالهم وصولاً إلى الراجح فى هذه المسألة، وذلك فى المطالب الآتية:

- **المطلب الأول: الاتجاه الأول:** الآية منسوخة
- **المطلب الثانى: الاتجاه الثانى:** الآية خاصة بالأجانب.
- **المطلب الثالث: الاتجاه الثالث:** لا نسخ ولاتخصيص فى الآية الكريمة [الآية محكمة عامة]
- **المطلب الرابع:** الترجيح وأسبابه

المطلب الأول

الاتجاه الأول: الآية منسوخة

قد قال بهذا الاتجاه جمع غفير من علماء المسلمين من فقهاء ومحدثين ومفسرين ونسب إلى بعض السلف والتابعين رضوان الله عليهم أجمعين. فما فقههم؟ وما مستندهم؟ وأخصص لكل سؤال منهما فرع وأعقبه بفرع ثالث أذكر فيه النقد والتعليق.

- **الفرع الأول:** فقه الاتجاه الماثل.
- **الفرع الثانى:** أدلة القائلين بالنسخ.
- **الفرع الثالث:** النقد والتعليق.

الفرع الأول

فقه الاتجاه الماثل

يقوم فقه الاتجاه الماثل فى مجموعه على مبدأ النسخ للآية الكريمة: ﴿سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ المائدة: 42

وذلك بالآية: ﴿وَأَنْ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمْ أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيراً مِنْ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ﴾ المائدة: 49 بيد أن الخلاف بين أصحاب هذا الاتجاه على أن النسخ فى الآية يشمل التخيير للقاضى، والمجئ للخصوم؟

فيراها بعض أنصار هذا الاتجاه عاماً يشمل نسخ التخيير بالنسبة للقاضى [فالقاضى ملزم] ونسخ اشتراط المجئ من الخصوم [فهم ملزمون، رضوا أم أبوا] وهذا هو رأى ابن حزم الظاهرى. (1)

(1) - المحلى بالآثار - لجنة إحياء التراث العربى - جـ 9 صـ425

بينما يرى أبو حنيفة [1] ومن تبعه [2] أن النسخ فى الآية الكريمة خاص بنسخ تخيير القاضى فحسب بالآية الناسخة التى تخاطب الحاكم وأما شرط مجيئهم ورضائهم بحكم القاضى فلم ينزل ما ينسخه فيظل ثابتاً محكماً.

فالخلاصة: أن أصحاب الاتجاه الماثل يرون أن الآية 42 من سوة المائدة منسوخة بالآية 49 من ذات السورة الكريمة وذلك على تفصيل بينهم على نسخ الحكم فى حق القاضى والخصوم أو فى حق القاضى فقط كما هو قول أبو حنيفة ومن تبعه فى ذلك.

(1) – الإمام الموصلى – الاختيار لتعليل المختار – تحقيق / محمد محى الدين عبد الحميد – مكتبة محمد على صبيح – القاهرة – جـ 5 صـ162، الشيخ / أبى جعفر أحمد الطحاوى – مختصر اختلاف العلماء للجصاص الرازى – تحقيق عبد الله نذير أحمد – دار البشائر الإسلامية – ط 2 ض4ض7هـ / 1996م جـ3 صـ390، 391، 392، 393، والشيخ / المراغى – التشريع الإسلامى لغير المسلمين – صـ41، 42، الجصاص – جـ4 صـ87، صـ90

(2) – كبعض الشافعية انظر مثلاً: الشيخ / القهوجى – زاد المحتاج – تحقيق / عبد الله الأنصارى – طبع الشؤون الدينية القطرية – ط 1 جـ 3 صـ244، 245، والشيخ / الشربينى – مغنى المحتاج – دار الكتب العلمية – لبنان – جـ 4 صـ329، ، وانظر ذلك بالتفصيل المناسب: رسالتى للماجستير بعنوان: التبنى فى الإسلام..... ط 1 – دار الجامعة الجديدة 2009م صـ102 وما بعدها، ورسالتى للدكتوراه بعنوان: آثار الزواج..... صـ370 وما بعدها

الفرع الثانى

أدلة القائلين بالنسخ

استدل الفقهاء القائلون بنسخ الآية الكريمة بعدة أدلة أهمها:

- **أولاً:** وجود تعارض ظاهر بين الآيتين الكريمتين وهما: ﴿سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ المائدة: 42

مع الآية: ﴿وَأَنْ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمْ أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيراً مِنْ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ﴾ المائدة: 49

فالأولى جعلت القاضى مخير بين الحكم بينهم أو الإعراض عنهم والثانية جعلت القاضى ملزماً بالحكم بينهم والإلزام والتخيير فى شأن واحد متعارضان، ووجود التعارض فى القرآن الكريم محال وباطل فوجب ثبوت نسخ الآية 42 من سورة المائدة بالآية 49 من ذات السورة رفعاً لهذا الإشكال. [1]

(1) – وإن لم يصرحوا بهذا إلا أن هذا مستفاد من أقوالهم: انظر ما سبق عرضه فى الفرع السابق، كما أن ذلك التعارض شرط من الشروط المتفق عليها للقول بالنسخ، وقد سبق ذكر ذلك تفصيلاً فى المبحث الأول من هذا الفصل

- **ثانياً:** ويؤيد النسخ بالأثر المروى عن ابن عباس - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - : فقد روى سفيان بن حسين عن الحكم عن مجاهد عن بن عباس قال: آيتان نسختا من سورة المائدة آية القلائد، وآية ﴿فإن جاؤوك﴾ فكان الرسول ﷺ مخير بين الحكم أو الإعراض عنهم وردهم إلى حاكمهم حتى نزل قوله تعالى ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾ فزال التخيير، ووجب الحكم بينهم بشريعتنا. (1)

- **ثالثاً:** ما روى عن الحسن البصرى - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - [خلوا بين أهل الكتاب وبين حاكمهم وإذا ترافعوا إليكم فأقيموا عليهم ما فى كتابكم] (2)فهذا لا يمكن أن يكون من الحسن إلا بطريق التوقيف.

- **رابعاً:** ذكر النحاس فى الناسخ والمنسوخ أن الآية الكريمة [فإن جاؤوك] منسوخة لأنها نزلت فى المدينة المنورة، واليهود يومها كثرة والمسلمون لا يزالون قلة، ثم نسخت لما قويت شوكة المسلمين وضعفت شوكة اليهود فى المدينة. (3)

- **خامساً:** وقد قرئ فى الآية الكريمة ﴿فإن جاؤوك فاحكم بينهم بما أنزل الله﴾ وقال صاحب الاختيار: وهو مروى عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس ورواية عن زيد - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - (4)والحق أنها قراءة شاذة عن طريق

---

(1) - ابن حزم - المحلى - جـ 9 صـ425، والجصاص جـ 4 صـ87، والفخر الرازى فى تفسيره التفسير الكبير ومفاتيح الغيب - دار الفكر العربى - مجلد 6 جـ 11 ط 1 صـ242، وزاد المحتاج جـ 3 صـ244، ومغنى المحتاج جـ 4 صـ329

(2) - ذكره الجصاص - جـ 4 صـ87، القرطبى - الجامع لأحكام القرآن الكريم - دار إحياء التراث العربى - بيروت 1405هـ / 1985م جـ 6 صـ186، صـ187

(3) - القرطبى جـ 6 صـ186

(4) - الإمام الموصلى - الاختيار لتعليل المختار - جـ 5 صـ162

الأعمش عن الزهرى عن المغيرة بن شعبة عن ذر بن حبيش عن عبد الله بن مسعود قرئ [فإن جاؤوك فاحكم بينهم بما أنزل الله]

- **سادساً:** أغلب السلف والخلف على نسخ الآية الكريمة ﴿فإن جاؤوك﴾ بالآية الكريمة [وأن احكم بينهم بما أنزل الله]

ومنهم: ابن عباس، والحسن، ومجاهد، وعكرمة [1]وروى النسخ عن عمر بن عبد العزيز، والنخعى، والشعبى، وعطاء الخرسانى، وأبو حنيفة [2]

وكذلك النحاس فى الناسخ والمنسوخ وقال فثبت أن القول بالنسخ هو قول الأكثرية مع التوقيف المروى عن ابن عباس [3]وهو مروى عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس ورواية عن زيد [4]وقد قال بالنسخ الفيروزآبادى [5]ولم ينازع ابن كثير فى نسخها [6]وصرح الجلالين بالنسخ [7]ولم يحسم أمره الماوردى [8]وقال الزهرى: [مضت السنة أن يرد أهل الكتاب فى حقوقهم ومواريثهم إلى أهل دينهم إلا أن يأتوا راغبين فى حكم الله فيحكم بينهم بكتاب الله] [9]وعليه الجصاص [10]

(1) - الرازى فى تفسيره - مجلد 6 جـ 11 صـ242، والقرطبى جـ 6 صـ185، 186

(2) - القرطبى جـ 6 صـ185، 186

(3) - القرطبى جـ 6 صـ186، 187

(4) - الاختيار لتعليل المختار جـ 5 صـ162

(5) - بصائر ذوى التمييز جـ 1 صـ180

(6) - المختصر - تحقيق / محمد على الصابونى - دار التراث العربى 1407هـ / 1987م - مجلد 1 صـ519

(7) - جلال الدين المحلى وجلال الدين السيوطى - تفسير الجلالين... صـ115

(8) - تفسير الماوردى - جـ 1 - دار الصفوة - صـ490

(9) - نقلاً عن القرطبى جـ 6 صـ185، 186

(10) - الجصاص - جـ 4 صـ87، 88

الفرع الثالث

النقد والتعليق

لقد قام النسخ فى الآية الكريمة على أسباب سائغة لعل أهمها نفى التعارض بين آيات الكتاب العزيز، والأثر المروى عن سيدنا عبد الله بن عباس - رضى الله عنهما - وغيرها كما أيده من السلف والخلف عدد كبير من علماء الإسلام فى مختلف العصور ومع ذلك يمكن الرد على هذه الأدلة بما يلى:

أولاً: بخصوص دعوى التعارض بين الآيتين الكريمتين فغير متحققة لأنه قد أمكن الجمع بينهما بأكثر من طريقة ومنها:

1. ما جمع به بينهما الإمام الشافعى فقال: إن الآية الأولى خاصة بالأجانب [المهادنين] والثانية خاصة بالوطنيين [الذميين] [1]ويؤيد ذلك سبب نزول الآية وقد نزلت فى شأن اليهوديين اللذين زنيا وهما من المهادنين [2]

ويمكن الجمع بينهما بأن الآية الأولى خيرت القاضى والثانية حددت له الشريعة التى يحكم بها عند اختيار الحكم بينهم وهى شرع الله تعالى، وقد قال به بعض الحنابلة. [3]

---

(1) - الأم - جـ 4 صـ128، 129، 130، ، والقزوينى - العزيز - جـ 8 صـ103، 104، 105، ، الغزالى - الوسيط - مجلد 5 - صـ139

(2) - ذات المراجع

(3) - المغنى جـ 8 صـ214، ، وكشاف القناع جـ 5 صـ116، 117، ، والانصاف جـ 4 صـ236

وطالما أمكن الجمع بين الآيتين فلا مجال للحديث عن النسخ الذى لا يتحقق إلا بالتعارض الذى لا يمكن إزالته أبداً، وقد زال التعارض فلا نسخ، كما أن الجمع بين الآيتين يؤدى إلى إعمال كل الأدلة، وقد جاء فى القاعدة الفقهية بأن [إعمال الكلام أولى من إهماله] [1]

ثانياً: أما عن الاستدلال بالأثر المروى عن ابن عباس - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فهو مردود بأمرين:

1) بما روى عن غيره من عدم النسخ ومنهم الشعبى والنخعى وقتادة ورواية عن الحسن وعطاء وأبى بكر الأصم وأبى مسلم.

2) بما روى عن ابن عباس والحسن فى شأن سورة المائدة قولهما: [إنه لا منسوخ فيها] [2]وقد تعارضت الراويتان عن ابن عباس فلا حجة فى أحدهما خاصة. قال القرطبى [3]: [فى تعليقه على دعوى النسخ: وهذه دعوى عريضة: فإن شروط النسخ أربعة: منها معرفة التاريخ بتحصيل المتقدم والمتأخر، وهذا مجهول من هاتين الآيتين، فامتنع أن يدعى أن واحدة منهما ناسخة للأخرى ويبقى الأمر على حاله] [4]

(1) - انظر القاعدة: ابن نجيم - الأشباه والنظائر صـ11، صـ135، ، والزركشى جـ 1 صـ183، والسيوطى جـ 1 صـ211

(2) - المغنى والشرح الكبير جـ 10 صـ623، 624، ، الرازى جـ 11 صـ242، القرطبى جـ 6 صـ184، ، الجصاص جـ 4 صـ87، ، الماوردى جـ 1 صـ490

(3) - القرطبى - مجلد 3 جـ 7 صـ676

(4) - جـ 6 صـ562

ثم قال القرطبى: وقد ذكر النحاس أن هذه الآية متأخرة [يعنى الآية 49] فى النزول إلا أن يقدر فى الكلام بعد قوله تعالى: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾ إن شئت وذلك حيث تقدم ذكر التخيير له ﷺ فى آية التخيير [آية 42] ثم حذف المقدر فى الآية [إن شئت] لدلالة الآية الأولى عليه لأنه معطوفاً عليه فحكم التخيير كحكم المعطوف عليه، فلابد من أن يكون قوله تعالى ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾ معطوفاً على ما قبله من قوله ﴿وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط﴾ ومن قوله تعالى ﴿فإن جاؤوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم﴾ فهو محكم غير منسوخ لأن الناسخ لا يكون مرتبطاً بالمنسوخ ومعطوفاً عليه، فالتخيير محكم غير منسوخ ثم قال القرطبى هكذا قاله مكى رحمه الله] (1)

ثالثاً: أما عن ما روى عن الحسن من التخلية بينهم وبين حاكمهم والحكم عليهم عند الترافع:

فيجاب عليه بأن ما يفيده قول الحسن التخلية بينهم وبين حاكمهم، ولكنهم إن ترافعوا إلى القاضى المسلم واختار هذا القاضى [أن يحكم لا أن يعرض] فإنه ملزم عند اختياره الحكم أن يحكم بالشريعة الإسلامية، فالمراد من قول الحسن النص على أنه عند اختيار الحكم أن يكون المحكوم به الشرع الحنيف وهذا أقصى ما يحتمله قول الحسن. (2)

(1) - القرطبى - مجلد 3 جـ 6 صـ562

(2) - انظر رسالتى للماجستير - التبنى..... ط 1 صـ107

رابعاً: وعن ما ذكره النحاس من أنها نزلت والمسلمين أقلية فى المدينة واليهود كثرة، فلما قويت شوكة المسلمين وضعفت شوكة اليهود نسخت.

فهو معارض بما ثبت عن أمنا عائشة - رضى الله عنها - : فقد روى عن جبير بن نقيل قال: حججت فدخلت على عائشة فقالت لى: يا جبير تقرأ المائدة؟ فقلت نعم. فقالت: أما أنها آخر سورة نزلت ما وجدتم فيها من حلال فاستحلوه، وما وجدتم فيها من حرام فحرموه] (1)

فهذا الأثر يدحض حجة النحاس فى قوله بالقوة والضعف، فهذه السورة آخر ما نزل بعد ما رسخت أركان الدولة، واتضحت معالمها فلا وجه للنسخ بالمعنى الذى أورده النحاس كما سبق ذلك.

بل إن النحاس ذاته وفيما رواه أبو داود والنحاس عن أبى ميسرة عمر بن شراحبيل قال [لم ينسخ من المائدة شيء] (2)

خامساً: أما عن القراءة التى أوردها صاحب الاختيار فهى قراءة كما سبق عن الأعمش وهى شاذة لا حجة فيها.

سادساً: أما عن القول بأن هذا الاتجاه [بالنسخ] هو ما عليه الغالب من السلف والخلف:

فقد نقل عن مثلهم القول بعدم النسخ (3)كما أنه لا يعتمد فى القول بالنسخ على أقوال المفسرين، ولا اجتهاد الفقهاء المجتهدين من غير نقل صحيح ثابت، وذلك لا يتحقق إلا بأحد وجوه ثلاثة:

---

(1) - الأثر ذكره ابن كثير - المختصر مجلد 3 صـ3، والشوكانى فى تفسير فتح القدير الجامع بين فنى الرواية والدراية - طبعة مصطفى البابى الحلبى - 1383هـ / 1964م - ط 2 صـ3

(2) - فتح القدير - جـ 2 صـ42

(3) - وسوف يأتى لاحقاً عند الحديث عن الاتجاهين الثانى والثالث

1 - نص صريح صحيح

2 - إجماع الأمة

3 - تعارض الأدلة المتساوية تعارضاً تاماً مع معرفة الأمر المتقدم زماناً من المتأخر منهما، ولا يعتمد متى تقدم أحدهم أو تأخره فى المصحف لأنه ليس مبنى على تقدم النزول [1]

فما أعجب الإنسان الدائم التقلب: حتى قال مجاهد: إن آية التخيير ﴿فَإِن جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ ...﴾ ناسخة للآية 49 ﴿وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾[2] ولست أستغرب لهذا فقد تعرضت لمثله فعند إعدادى لرسالة الماجستير[3] كنت أقول لا نسخ مطلقاً فى حق الذميين والأجانب، وعند إعداد رسالة الدكتوراه كنت أقول[4] النسخ خاص بالذميين، والتخيير ثابت فى حق الأجانب وها أنا ذا أعود إلى الانطباع الأول[5] فيا مثبت القلوب ثبت قلوبنا على دينك.

إذا لم يكن عون من الله للفتى فأول ما يجنى عليه اجتهاده

(1) - انظر: د / محمد بكر إسماعيل - النسخ..... صـ635، 636

(2) - الجصاص - جـ 4 صـ88

(3) - وقد تمت مناقشتى فيها يوم 18 / 1 / 2006م

(4) - وقد تمت مناقشتى فيها يوم 29 / 4 / 2014م

(5) - وها أنا ذا فى عامى الأربعين وفى نهاية 2014م

المطلب الثانى

الاتجاه الثانى

الآية غيرمنسوخة لكنها خاصة بالأجانب

- **الفرع الأول:** فقه الاتجاه الماثل.
- **الفرع الثانى:** أدلة هذا الاتجاه.
- **الفرع الثالث:** النقد والتعليق.

الفرع الأول

فقه الاتجاه الماثل

يقوم الاتجاه الماثل على أنه ليس فى الآية 42 من سورة المائدة نسخ، فالآية 49 من ذات السورة ليست ناسخة لها وإنما يجمع بينهما بأن الأولى خاصة بغير الذميين، ويدخل فيها طوائف الأجانب من المهادنين، المعاهدين، والمحاربين] ويقوم على رأس هذا الاتجاه الإمام الشافعى فى الجديد [1]ومن تبعه من الشافعية [2]وبعض المفسرين [3]

فالحاصل عند أصحاب هذا الاتجاه أنه:

- لا نسخ فى الآيتين.
- الآية 42 فى حق المهادنين.
- الآية 49 فى حق الذميين.
- القاضى مخير فى الحكم والاعراض فى حق الأجانب.
- القاضى ملزم بالحكم بين الذميين عند ترافعهم إليه.

(1) - انظر الأم جـ 4 صـ128، 129، 130، 131، ، جـ 5 صـ50

(2) - العزيز - جـ 8 صـ103، 104، 105، ، الوسيط - جـ 8 صـ138، 139، ، زاد المحتاج جـ 3 صـ244، 245، ، مغنى المحتاج جـ 4 صـ329، ، الحاوى الكبير جـ 9 صـ306، 307، 308، ، الطبرى - أدب القاضى - صـ142

(3) - الماوردى جـ 1 صـ488، 489، 490، ، القرطبى جـ 6 صـ184

الفرع الثانى

أدلة هذا الاتجاه

استدل القائلون بالتخصيص على النحو السابق بعدة أدلة هذا أهمها:

أولاً: أنه يمكن الجمع بين الآيتين الكريمتين:

وبدون أن يكون بينهما معارضة، وذلك بتخصيص حكم التخيير فى الآية 42 بالمهادنين [الأجانب] واخراج الذميين من نطاقها، وذلك من مقتضى الصغار الوارد فى قول الحق جل جلاله: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلا بِالْيَوْمِ الآخِرِ وَلا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ التوبة: 29

فمن مقتضى الصغار جريان أحكام الإسلام عليهم، فتكون آية التوبة مخصصة لآية المائدة، ثم جاءت الآية 49 من المائدة وهى قول الحق [وأن احكم بينهم بما أنزل الله] مؤكدة لذلك الإلزام بالحكم بينهم بلا تخيير بين الحكم والإعراض، وقد بقى الحكم بالتخيير ثابتاً فى حق المهادنين لانقطاع ولايتنا عليهم، حتى قال النحاس صاحب الناسخ والمنسوخ: [وهذا من أحسن ما قيل فى الجمع بين هذه الآيات] [1]

(1) - نقله القرطبى جـ 6 صـ186، وانظر فى عرضه: الإمام الشافعى - الأم - جـ 4 صـ128، 129، 130، 131، وكذلك كافة مراجع الشافعية السابق ذكرها سابقاً

ثانياً: الاستناد إلى سبب النزول

لقد ذكر الرواة أن الآية 42 ﴿سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ المائدة: 42

قد نزلت فى شأن اليهود الموادعين [الأجانب] الذين لم يلتزمون بالجزية وإنما بينهم وبين النبى ﷺ عهد وموادعة وأمان على غير ذمة ولا جزية، وقد ذكر الرواة سببان لنزول هذه الآية الكريمة:

- **السبب الأول:**

ما رواه أحمد ومسلم وغيرهما عن البراء بن عازب قال: مر على النبى ﷺ يهودى محمم مجلود فدعاهم فقال: هكذا تجدون حد الزانى فى كتابكم؟ فقالوا: نعم فدعا رجلاً من علمائهم فقال: أنشدك بالله الذى أنزل التوراة على موسى هكذا تجدون حد الزانى فى كتابكم؟ فقال: لا والله ولولا أنك نشتدنى بهذا لم أخبرك، نجد حد الزانى فى كتابنا الرجم ولكنه كثر فى أشرافنا فكنا إذا زنى الشريف تركناه، وإذا زنى الضعيف أقمنا عليه الحد، فقلنا تعالوا حتى نجعل شيئاً نقيمه على الشريف والوضيع فاجتمعنا على التحميم والجلد، فقال ﷺ: اللهم إنى أول من أحيا أمرك إذا أماتوه، فأمر به فرجم، فأنزل الله ﴿يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ لا يَحْزُنْكَ الَّذِينَ يُسَارِعُونَ فِي الْكُفْرِ مِنَ الَّذِينَ قَالُوا آمَنَّا بِأَفْوَاهِهِمْ وَلَمْ تُؤْمِنْ قُلُوبُهُمْ وَمِنَ الَّذِينَ هَادُوا سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ سَمَّاعُونَ لِقَوْمٍ آخَرِينَ لَمْ يَأْتُوكَ يُحَرِّفُونَ الْكَلِمَ مِنْ بَعْدِ مَوَاضِعِهِ يَقُولُونَ إِنْ أُوتِيتُمْ هَذَا فَخُذُوهُ وَإِنْ لَمْ تُؤْتَوْهُ فَاحْذَرُوا وَمَنْ يُرِدِ اللَّهُ فِتْنَتَهُ فَلَنْ تَمْلِكَ لَهُ مِنَ اللَّهِ شَيْئاً أُولَئِكَ الَّذِينَ لَمْ يُرِدِ اللَّهُ أَنْ يُطَهِّرَ قُلُوبَهُمْ لَهُمْ فِي الدُّنْيَا خِزْيٌ وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ المائدة: 41.

يقولون ائتوا محمداً، فإن أفتاكم بالتحميم والجلد فخذوه، وإن أفتاكم بالرجم فاحذروه إلى قوله ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ المائدة: 45

وأخرج الحميدى فى مسنده عن جابر بن عبد الله قال: زنى رجل من أهل فدك، فكتب أهل فدك إلى ناس من اليهود فى المدينة أن أسألوا محمداً عن ذلك، فإن أمر بالجلد فخذوه عنه، وإن أمركم بالرجم فلا تأخذوه عنه فسألواه عن ذلك فذكر نحو ما تقدم، فأمر به فرجم فنزلت [فإن جاؤوك] وأخرج البيهقى فى دلائل النبوة مثله من حديث أبى هريرة [1]

فاليهود المذكورين هنا وخاصة فى رواية الحميدى هم يهود فدك ولم يكونوا من أهل الذمة إنما كانوا موادعين بينهم وبين الرسول ﷺ عهد على ترك القتال فيما بينهم ولم يكونوا أهل ذمة، فيكون حكم التخيير خاص بالأجانب بدلالة سبب نزول حكم التخيير. [2]

- **أما السبب الثانى:**

فقد قال ابن عباس - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أن الآية التى فى المائدة قول الله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ نزلت فى الدية بين بنى قريظة وبين بنى

(1) - الجلالين... - صـ187، 188، 189، ، ابن كثير مجلد 1 صـ517، ، الماوردى جـ 1 صـ488، 489، ، الجصاص جـ 4 صـ89، ، القرطبى - جـ 6 صـ187، ، الرازى مجلد 6 جـ 11 صـ242

(2) - الأم - جـ 4 صـ128، 129، ، العزيز جـ 8 صـ103، 104، 105، ، الوسيط جـ 8 صـ139، ، زاد المحتاج جـ 3 صـ244، 245، ، مغنى المحتاج جـ 9 صـ307، 308

النضير وذلك أن بنى النضير كان لهم شرف يدون دية كاملة وأن بنى قريظة يدون نصف الدية فتحاكموا فى ذلك إلى رسول الله ﷺ فأنزل الله ذلك فيهم فحملهم ﷺ على الحق فى ذلك فجعل الدية سواء، ومعلوم أن بنى قريظة وبنى النضير لم تكن لهم ذمة قط، وقد أجلى النبى ﷺ بنى النضير، وقتل بنى قريظة ولو كان لهم ذمة لما أجلاهم ولا قتلهم، وإنما كان بينه وبينهم عهد وهدنة فنقضوها فأخبر ابن عباس أن آية التخيير نزلت فيهم فجائز أن يكون حكمها باقياً فى أهل الحرب من أهل العهد وحكم الآية الأخرى فى وجوب الحكم بينهم بما أنزل الله تعالى ثابتاً فى أهل الذمة، فلا يكون فيها نسخ، وهذا تأويل سائغ. (1)

وبعد، فهذه أسباب النزول تؤيد فكرة التخصيص، ونفى النسخ، وهى تفصح أن النزول ارتبط بشأن اليهود غير الذميين، فيكون التخيير ثابت فى حقهم وقاصر عليهم دون غيرهم.

(1) - انظر الجصاص - جـ 4 صـ88، والقرطبى جـ 6 صـ187، الرازى مجلد 6 جـ 11 صـ242، ابن كثير مجلد 1 صـ519، ، الماوردى جـ 1 صـ489

الفرع الثالث

النقد والتعليق

فى الواقع الاتجاه الثانى قد أصاب بجمعه بين الآيات الكريمة وبتخليه عن فكرة النسخ، تلك الفكرة التى يجب التعامل معها بحرس وحظر، كما يتعامل الطبيب الجراح الماهر فى استئصال العضو الذى به عطب، لا يصلح بقاؤه وإلا سمم البدن كله، كما أن هذا الاتجاه قد تعامل بحكمه مع أسباب النزول وحقاً إن أسباب النزول لفيها دلائل وإمارات تشير وتعين على معرفة أبعاد الحكم الشرعى، بيد أنه مع ذلك لم يسلم من مأخذ تؤخذ عليه:

- **فمن جهة :** تجاهل الاتجاه الماثل الرد على ما ذكره أصحاب الاتجاه الأول من أدلة على نسخ الآية الكريمة كالأثر المروى عن ابن عباس رضى الله عنهما.
- **ومن جهة ثانية :** كانت الطريقة التى استخدمها هذا الفريق من الفقه فى الجمع والتوفيق بين الآيات التى توهم المعارضة، كانت هذه الطريقة تحكمية غير قائمة على سند من النصوص القرآنية الكريمة، وأن التخصيص يحتاج إلى مخصص فى درجة الدليل الذى أورد النص العام، والتخصص المقدم منهم لم يقم إلا على اجتهاد عقلى. وقد كان أحسن منه الجمع والتوفيق الذى ساقه بعض الحنابلة وقد سبق بيانه ويأتى له مزيد عند عرض الاتجاه الثالث.
- **ومن جهة ثالثة :** فإن قولهم بأن مقتضى الصغار خضوع الذميين لأحكام الشرع الحنيف، قول سديد ومنطق سليم ينطبق مع ما سبق فى شأن بيان أساس جنسية الذمى فى دار الإسلام وهى الخضوع والتفويض

والتسليم لأحكام الإسلام، ومع ذلك فإنه لا يصلح للاستدلال به على إلزامية القضاء فى حقهم وإخراجهم من نطاق التخيير الوارد بالآية 42 من سورة المائدة.

ذلك أن هذا التخيير فى التقاضى فى حق القاضى على الأقل لا يخل بهذا الصغار وذلك الخضوع، إنما الذى كان يصح أن يوصف بهذا الإخلال هو تخييرهم هم أولي من القاضى ومن العجب أن هؤلاء يقولون بتخيير الخصوم ويمنعونا منه القاضى، فهل تخييرى المسلم فى الحكم بينهم أو الإعراض هو الذى يخل بهذا الصغار؟ وهل تخييرهم هم لا يخل بهذا الصغار؟

لاشك ولا ريب أن تخيير القاضى أو الخصوم فى الأمـور التى تخرج عن النطاق المسموح لهم فيه بإعمال شرائعهم يخل بهذا الصغار وقد سبق لى أن أكدت فى أكثر من موضع على ذلك، أما تخيير القاضى أو الخصوم أو هما جميعاً [ذميين أو مستأمنين] لا يخل بالصغار فى حق الأولين ولا بالأمان فى حق الآخرين.

وهذا النطاق المسموح لهم فيه بإعمال شرائعهم يخرج حتماً عن الصغار وعن التزامه بمقتضى الذمة بالخضوع والتفويض والانقياد لحكم الإسلام.

ولما انتفى ذلك سقط الاستدلال العقلى السابق، وثبت حكم التخيير فى حق الجميع بلا تفريق بين غير مسلم وآخر [وطنى أو أجنبى] ثم إن أقصى ما يحتمله معنى الآية 49 من سورة المائدة أن الحكم عند اختيار القاضى له لابد أن يبنى على أحكام الشرع الحنيف وليس مللهم ولا قوانينهم.

ثم إن هذا التخيير للقاضى وللخصوم ميزة، أفيكون الأجنبى مميز عن الوطنى، بأى مقتضى عقلى يقبل هذا !

- **ومن جهة رابعة:** فعن استدلالهم بأسباب النزول فطالما قال هؤلاء الفقهاء [1] [العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب]

- **ومن جهة خامسة:** فإن القول بأن اليهود فى المدينة بنى قريظة وبنى النضير لم يكونوا أهل الذمة إنما كانوا موادعين و أجانب] قول فى غاية الغرابة، فهم واقعياً أسبق من النبى ﷺ بالمدينة، وقد كانوا جزء من وثيقة المدينة التى وضعها الرسول الكريم دستوراً للتعايش بين مواطنى المدينة، فالقول بأن هؤلاء أجانب يصطدم مع الواقع التاريخى حينئذ، كما أن الاعتماد فى ذلك على أنهم لم يلتزموا بدفع الجزية فأى جزية فى ذلك الوقت الحرج والمسلمون لا يزالون يدفعون من الزكاة سهم المؤلفة قلوبهم، فالمسلمون كانوا فى حالة لا تسمح لهم بفرض الجزية على اليهود، ثم كانت هذه خصوصية لأهل المدينة التى عايشت المسلمون فى ضعفهم وقوتهم لا يمكن أبداً إنكار أن اليهود بالمدينة كانوا مواطنين فيها حتى وإن لم يلتزموا بدفع الجزية، أو لعل آية الجزية لم تكن نزلت بعد حينما تعاقد معهم النبى ﷺ وما أشبه حال المسلمين فى المدينة بحال المسلمين الآن، فهل يستطيع حاكم فى بلاد الإسلام أن يلزم غير المسلمين بدفع الجزية؟

(1) – وهذه مسألة خلافية بين الفقهاء. انظر: د / محمد والسيد جبريل – أسباب النزول (حقيقة سبب النزول – تعريف سبب النزول) الموسوعة القرآنية المتخصصة..... صـ29 وما بعدها، وعلى وجه الخصوص صـ52 وما بعدها حتى صـ57 وقد رجح قول الجمهور بأن العبرة بعموم اللفظ لا خصوص السبب

المطلب الثالث

الاتجاه الثالث

لا نسخ ولا تخصيص والآية عامة محكمة

حيث قام الاتجاه الثالث على منع إثبات النسخ أو التخصيص فى الآية 42 من سورة المائدة، فالآية محكمة وثابتة وعامة لا تخصيص فيها فهى تشمل غير المسلمين جميعاً [وطنيين أو أجانب]

- **الفرع الأول:** فقه الاتجاه الثالث.
- **الفرع الثانى:** أدلة هذا الاتجاه.
- **الفرع الثالث:** النقد والتعليق.

الفرع الأول

فقه الاتجاه الثالث

فلم يصرح الإمـام مالك بعدم النسخ فى الآيـة الكريمة لكنه قـال باثبات التخيير فى الآية، وكذلك عمومية الآية لتشمل جميع طوائف غير المسلمين [الوطنيين والأجانب] [1]وكذلك قال الإمام جعفر الصادق فلا نسخ والآية محكمة، والتخيير ثابت فى حق الذميين والأجانب [2]

أما مذهب الحنابلة فالنسخ ممتنع والتخيير ثابت والآيـة محكمة، وحكمها عام يشمل الذميين وغيرهم من طوائف غير المسلمين جميعاً [3]

وكذلك كان يرى الشافعى - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فى القديم أنه لا نسخ والتخيير عام فى حق الجميع [4]وكذلك هو مذهب بعض الشيعة والإمامية [5]

(1) - المدونة الكبرى رواية سحنون التنوخى..... جـ 3 صـ312، وانظر أيضاً: ابن رشد القرطبى - البيان والتحصيل - دار الغرب الإسلامى - جـ 9 صـ294

(2) - محمد جواد مغنية - فقه الإمام جعفر الصادق - دار الحواد - لبنان جـ 5 صـ72 73

(3) - المغنى جـ 8 صـ214، وكشاف القناع جـ 5 صـ16، 117، الإنصاف جـ 4 صـ236 وما بعدها

(4) - الوسيط جـ 8 صـ138، مغنى المحتاج جـ 4 صـ329، الحاوى الكبير جـ 9 صـ307، 308، 309

(5) - الشيخ / محمد بن الحسن الحر العاملى - وسائل الشيعة - دار إحياء التراث العربى جـ 1 مجلد 9 صـ218

فالحاصل عند أصحاب هذا الاتجاه أنه:

1 - لا نسخ فى الآية الكريمة.

2 - لا تخصيص فيها وهى عامة فى حق جميع طوائف غير المسلمين.

3 - التخيير ثابت ولازم فى حق الجميع.

4 - الآية ثابتة من حيث تخيير القاضى وكذلك الخصوم.

الفرع الثانى

أدلة هذا الاتجاه

استدل أصحاب الاتجاه الماثل بعدة أدلة لعل أهمها:

- **أولاً:** إن شروط النسخ فى الآية الكريمة غير متحققة وقد تخلفت ولا حجة للقائلين بالنسخ طالما تخلفت شروطه، وإن كان البعض قد قال بأن الآية منسوخة بالآية 49 وكما سبق بيان ذلك فإن البعض الآخر [مجاهد] قد قال بأن الآية 42 من سورة المائدة ناسخة لما بعدها [يعنى الآية 49] [1]ثم إن بعض القائلين بالنسخ قد فرقوا فيه بين تخيير القاضى وتخيير الخصوم فقالوا بنسخه فى حق القاضى وإثباته فى حق الخصوم [2]ولا سند لهم فى ذلك.

- **ثانياً:** إن الجمع بين الآيتين الكريمتين 42، 49 من سورة المائدة ممكن وذلك بأن القاضى والخصوم كلاهما مخير، وإن القاضى إذا اختار الحكم لزمه أن يعمل بينهم أحكام الشرع الحنيف ولا تعارض بين الآيتين إذا، فإن أحدهما قائمة على إثبات التخيير للقاضى والخصوم وهى الآية ﴿سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ ثم جاءت الآية الثانية 49: ﴿وَأَنْ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا

(1) - نقلاً عن الجصاص جـ 4 صـ88

(2) - كالحنفية مثلاً ومن تبعهم: الجصاص جـ 4 صـ90

أَنزَلَ اللَّهُ وَلا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمْ أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيراً مِنْ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ﴾

لتحسم أمر الشرع الواجب التطبيق فى حسم النزاع وهو الشرع الحنيف، ومن ثم لا خيرة للقاضى ولا الخصوم فى إعمال أحكام الشرع الحنيف، عند الخضوع الاختيارى منهم، وعند القبول الاختيارى من القاضى، فيلزم حينئذ إعمال أحكام الشرع الحنيف.

- **ثالثاً:** نسب عدم النسخ إلى كثير من السلف والخلف من علماء الإسلام ومنهم: الشعبى والنخعى وقتادة ورواية عن الحسن وعطاء وأبو بكر الأصم وأبو مسلم [1] بل نقل عن ابن عباس والحسن فى شأن سورة المائدة قولها: [أنه لا منسوخ فيها] [2]وقد روى عن أم المؤمنين عائشة - رضى الله عنها - فى شأن سورة المائدة: [إنها آخر سورة نزلت ما وجدتم فيها من حلال فاستحلوه وما وجدتم فيها من حرام فحرموه] [3]

(1) - المغنى لابن قدامه جـ 8 صـ214، 215، المغنى والشرح الكبير جـ 10 صـ723، 724، الجصاص جـ 4 صـ87 وما بعدها، الرازى جـ 11 صـ242، القرطبى جـ 6 صـ184، 185، الماوردى - جـ 1 صـ490، تفسير المراغى جـ 4 صـ120

(2) - القرطبى - مجلد 3 جـ 7 صـ676

(3) - الأثر عن أم المؤمنين عائشة - رضى الله عنها - أورده ابن كثير - المختصر - مجلد 3 صـ3، تفسير فتح القدير - ط 2 جـ 2 صـ3 وكذلك أخرج أبو داود والنحاس عن أبى ميسرة عمر بن شرحبيل قال: لم ينسخ من المائدة شيء، وكذا ما أخرجه سعيد بن منصور، وابن المنذر عنه، وكذا أخرجه عبد بن حميد وأبو داود فى ناسخه، وابن جرير، وابن المنذر من الشعبى، وكذا أخرجه عبد بن حميد وأبو داود فى ناسخه وابن المنذر عن الحسن البصرى. انظر الشوكانى - تفسير فتح القدير جـ 4 صـ329، 330

وقد أيد عدم النسخ بعض المعاصرين [1] حيث يقول: فالآية الثانية متممة للأولى، فالرسول ﷺ مخير بمقتضى الآية الأولى بين أن يحكم بينهم وأن يعرض عنهم، وإذا اختار أن يحكم بينهم وجب أن يحكم بما أنـزل الله بمقتضى الآية الثانية، وهذا ما نرجحه، لأن النسخ لا يصح إلا حيث تعذر الجمع.

(1) - د / محمد بكر اسماعيل - النسخ صـ646

الفرع الثالث

النقد والتعليق

لاشك أن هذا الاتجاه كان أكثر توفيقاً من سابقيه، وأنه قد أعمل الأدلة كلها ووفق بينها بكيفية ومضمون مقبول، وأنه قد تجاوز فكرتى النسخ والتخصيص اللذين لا دليل عليهما، إلا أنهم قد أخذت عليهم بعض المآخذ ولعل أهمها:

- **أنه من جهة:** قد أغفل هذا الاتجاه الرد على القائلين بالنسخ والتخصيص رداً علمياً موثقاً.
- **ومن جهة أخرى:** فإن هذا الاتجاه لم يقدم أدلة قوية على ما ذهب إليه، ولعل ذلك اعتماداً منه على الأصل: الذى هو لا نسخ ولا تخصيص حتى يثبت العكس.
- **ومن جهة ثالثة** لم يذكر أصحاب الاتجاه الماثل البديل الذى يلجأ إليه الخصوم بعد تخلى القاضى عن الاختصاص القضائى فى شأنهم.
- **ومن جهة رابعة:** كان قولهم بالتخيير مطلقاً وبلا قيد ولا ضابط.

المطلب الرابع

الترجيح وأسبابه

بعد العرض السابق لاتجاهات الفقهاء حول النسخ والإثبات فى الآية الكريمة، ومدى العمومية أو الخصوصية فما الراجح؟ وما سبب الترجيح؟

- **الفرع الأول:** الاتجاه الراجح.
- **الفرع الثانى:** أدلة الترجيح.

الفرع الأول

الاتجاه الراجح

فى الحقيقة وقد اتضح لى من عرض جميع الاتجاهات وذكر أدلتهم ومناقشة هذه الأدلة، فقد رسخ فى قلبى رجحان الاتجاه الثالث القائل بأن الآية محكمة وغير منسوخة، وأنها عامة تشمل غير المسلمين جميعاً [ذميين وأجانب] وأن التخيير ثابت فى حق القاضى المسلم، وكذلك التخيير ثابت فى حق جميع الخصوم، على النحو الصريح والفصيح الذى أعلنته الآية 42 من سورة المائدة، وأنه لا وجه للتخصيص فى الحكم بالتخيير للأجانب دون غيرهم من طوائف غير المسلمين، فالتخيير ثابت ولازم فى حق الجميع، والآية الكريمة من سورة المائدة محكمة وغير منسوخة.

الفرع الثانى

أدلة الترجيح

- **فمن جهة أولى:** لم يثبت النسخ للآية الكريمة من عدة جهات فقد تعارضت الآثار المثبتة للنسخ مع مثلها النافية للنسخ وكذلك لم تتحق شروط النسخ المعتبرة لدى الفقهاء فى الآية الكريمة، بما يعنى سلامتها من النسخ.
- **ومن جهة ثانية:** قد ثبت حتمياً الجمع بين الآيتين الكريمتين وهما الآية 42 من سورة المائدة والآية 49 من ذات السورة جمعاً أغلق الباب فى وجهه التعارض وهو حقاً محال فى شأن كتاب الله العزيز ﴿ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً﴾وبالتالى استقامة الآيتين بدون نسخ.
- **ومن جهة ثالثة:** عدم قيام دليل قاطع على النسخ، من آية أو حديث صحيح، وإنما المذكور كله لا يصلح سنداً لنسخ آيات الكتاب العزيز، وبالتالى فإن القاعدة الفقهية التى تقول: (العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب) كانت ذا بال هنا ومحل اعتبار، وكذلك قاعدة (إعمال الكلام أولى من إهماله).
- **ومن جهة رابعة:** قدمت الآية الكريمة بتخييرها للقاضى المسلم مخرجاً للقضاء فى العصر الحديث من الحكم بين غير المسلمين ووفق شرائع وقوانين من غير شرع الإسلام، والقاضى حتماً ملزم بتطبيق شريعة

الإسلام، وإلا كان مذنباً ذنباً قد يصل إلى درجة الفسق [ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون] أو يتجاوز إلى درجة الظلم [ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون] أو قد يتجاوز كل الحدود فيصل إلى درجة الكفر [ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون] ومع ذلك فالأمر يحتاج إلى ضوابط وحدود للتخيير سيأتى بيانها لاحقاً

المبحث الثالث

إلغاء المادة 865 من قانون المرافعات رقم 77 سنة 1949م، والذى تم إلغاء بموجب القانون رقم 13 لسنة 1968م؟

إذا كانت الآية 42 من سورة المائدة قد أثارت حولها هذه الهالة الضخمة بين مدعى نسخ، ومثبت إحكام فإن المادة 865 من قانون المرافعات رقم 77 لسنة 1949م والذى تم إلغاء بموجب القانون رقم 13 لسنة 1968م، قد ثار حولها الغبار بين فقهاء القانون الدولى الخاص، هل هى ملغية أم لا؟

والإجابة على هذا السؤال تستدعى منى التعرض لعدة موضوعات متعلقة بالإجابة على السؤال المعروض وهى:

- ما هو الإلغاء؟ وما أنواعه؟
- ما هى آراء فقهاء القانون الدولى الخاص بعد صدور القانون 13 لسنة 1968م خالياً من نص يقابل نص المادة 865؟

وذلك فى مطلبين على النحو التالى:

- **المطلب الأول:** ماهية الإلغاء.
- **المطلب الثانى:** آراء الفقهاء فى إلغاء التخلى أو عدمه بعد صدور القانون 13 لسنة 1968م خالياً من نص مقابل للمادة 865.

المطلب الأول

ماهية الإلغاء

إن إلغاء القاعدة القانونية يعنى رفع القوة الملزمة لها وإنهاء العمل بها اعتباراً من وقت إلغائها، وهذا الإلغاء قد يتم بالاستغناء عنها بصفة نهائية دون أن تحل قواعد أخرى محلها، وقد يتم باستبدال قواعد غيرها تحل محلها، والسلطة التى تملك ذلك هى ذاتها السلطة المصدرة للقاعدة القانونية، ولا تملك الأدنى إلغاء الأعلى، حيث لا تملك الإدارة إلغاء اللوائح الوزارية وتملك إلغاء قرارتها، وكذلك لا تملك السلطة التنفيذية إلغاء القانون، وإنما تملك إلغاء اللوائح، وكذلك الحال بالنسبة للدستور. (1)

والإلغاء قد يكون صريحاً أو ضمنياً

وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من التقنين المدنى المصرى بقولها: [لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعد ذلك التشريع "

(1) - انظر بالتفصيل المناسب: د / عبد الرازق حسن فرج - المدخل لدراسة القانون [نظرية القانون] 1413هـ / 1993م - صـ106، 107، 108، د / رأفت محمد حماد - المدخل لدراسة العلوم القانونية - 1986م - صـ158، د / عبد المنعم البدراوى المدخل للعلوم القانونية - فقرة 139 ط 1969 صـ207، د / عبد الفتاح عبد الباقى - المدخل للعلوم القانونية - فقرة 220 - صـ216، د / شمس الدين الوكيل - المدخل..... فقرة 132 - صـ221، د / عبد الرشيد مامون - دروس فى المدخل للعلوم القانونية

والإلغاء الصريح

يتحقق حينما يصدر تشريع جديد ينص صراحة على إلغاء التشريع السابق، بقوله: يلغى العمل بالقانون السابق ومن قبيل هذا الإلغاء ما نصت عليه المادة الأولى من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13 لسنة 1968م التى نصت على أن يلغى قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادرة بالقانون رقم 77 لسنة 1949م، عدا الباب السابع من الكتاب الأول الخاص بإجراءات الإثبات والفصل الثانى من الباب الثانى عشر من الكتاب الأول الخاص بالمعارضة والمواد من 868 إلى 1032 من الكتاب الرابع الخاص بالإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية كما يلغى الباب الخاص بحالات النقض وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض، ويستعاض عن النصوص الملغاة بنصوص القانون المرافق: كما يلغى كل نص آخر يخالف أحكامه وبهذا تكون المادة 865 مما تم إلغاءه صراحة بالنص الماثل. (1)

أما الإلغاء الضمنى:

فقد نصت عليه المادة الثانية من التقنين المدنى بقولها: "... أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع "

ويشتمل الإلغاء الضمنى على صورتين: الأولى منها حينما يصدر تشريع جديد تتعارض نصوصه مع تشريع قديم، فإن هذا التعارض يزال بإلغاء النص القديم المتعارض مع الجديد، والصورة الثانية أن يصدر تشريع جديد ينظم مسألة برمتها سبق له أن نظمها فإن هذا يعنى ضمناً وإن لم يصرح المقنن إلغاء التقنين القديم.

(1) - انظر المراجع المشار إليها سابقاً

كما أن هذا التعارض الذى يجئ بين القانون القديم والجديد قد يكون تعارضاً كلياً، وهنا يلغى كله، وقد يكون تعارضاً جزئياً وهنا تلغى النصوص التى تحمل تعارضاً مع القانون الجديد وحسب.وعندما يتعارض نص خاص مع آخر عام، فإن الخاص لا يلغى العام السابق عليه بل يخصصه وحسب، وأما العام اللاحق على الخاص فهو كذلك لا يلغى النص الخاص، وإنما يرد به قاعدة عامة فيما دون النص الخاص. (1)

(1) - انظر: د / عبد الرازق فرج - المدخل..... صـ109، 110، 111، 112، د / شمس الدين الوكيل..... فقرة 136 صـ223، د / رأفت حماد - المدخل ..... صـ160، 161، 162، 163، د / نعمان جمعة - دروس فى المدخل للعلوم القانونية 1980م صـ180، د / عبد الرشيد مامون - دروس فى المدخل للعلوم القانونية 1982م صـ148

المطلب الثانى

آراء الفقهاء فى قبول التخلى ورفضه بعد إلغاء المادة 865 من قانون المرافعات لقد كانت المادة 865

لا تلزم المحكمة بنظر الدعوى حتماً بل إنها أجازت لها التخلى عنها ووضعت لذلك شروطاً ثلاثة هى:

- أن يكون المدعى تابعاً لنفس الدولة التابع لها المدعى عليه الذى قبل اختصاص المحاكم المصرية.
- أن يكون رفع الدعوى مرة أخرى أمام إحدى محاكم هذه الدولة المشتركة جائزاً فى ذاته.
- أن يكون تنحى المحكمة المصرية متفقاً مع حسن سير العدالة فعندئذ يجوز للمحكمة المصرية أن تكلف المدعى بإعادة رفع الدعوى نفسها أمام محكمة دولته.

وقد عممت المادة الماثلة جواز التخلى فى كل الأحوال التى يكون فيها المدعى عليه غير متوطن فى مصر وهى الأحوال التى نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 861 فى الفقرات أ، ب، جـ، د

وكل ذلك خاضع لذات الشروط الثلاثة السابقة. [1]وظل الأمر على ذلك حتى صدر القانون رقم 13 لسنة 1968 وألغى المادة المذكورة حتى قال البعض [2]أن الأخذ بفكرة التخلى يتعارض مع أحكام القانون المصرى، فالمشرع قد ألغى صراحة الأخذ بهذه الفكرة.

ولم يقتصر الأمر على إغفال وضع نص يقابل نص المادة 865 التى كانت تجيز التخلى فى القانون السابق، بل صرح فى المذكرة الإيضاحية للقانون الحالى لسنة 1968م بأن: " المشرع لم يشأ أن يأخذ بحكم المادة 865 التى تجيز لمحاكم الجمهورية التخلى عن الدعوى الداخلة فى اختصاصها فى الحالات وبالشروط المبنية بها، وذلك أن حالات عقد الاختصاص لمحاكم الجمهورية الواردة فى المادة 861 / 2 من قانون سنة 1949م هى حالات روعى فيها الحماية للجانب الضعيف فى الدعوى وكونه متوطناً أو مقيماً فى الجمهورية، أو سبق تمتعه بجنسية الجمهورية على حسب الأحوال، ولا شك أن التخلى عن الدعوى يذهب بهذه الرعاية، كما أن إجازة التخلى عن حالة عقد الاختصاص لتلك المحاكم على أساس القبول من شأنه إمكان مصادرة هذا القبول " [3]

وقد جاء كل هذا تصريحاً بإلغاء التخلى وبالتالى عدم إعماله ورفضه وبالتالى فالقاضى الذى يتخلى عن الدعوى يكون قد خرج على مقتضيات الوظيفة العامة التى يناط به احترامها.

---

(1) - المستشار / تادرس ميخائيل تادرس - القانون المقارن فى الأحوال الشخصية فى مصر مع شرح قواعد المرافعات الخاصة بها - الطبعة الأولى 1954م - مطابع رمسيس بالإسكندرية - صـ230

(2) - د / إبراهيم أحمد إبراهيم - القانون الدولى الخاص..... صـ66

(3) - د / إبراهيم أحمد إبراهيم..... صـ66

ومن أراد الأخذ بالتخلى من الفقه فإنه يوجه النداء إلى المقنن لكى يعود إلى الأخذ به وتقنينه من جديد، حيث إن النصوص الحالية لا تسعف فى الأخذ به. (1)

التعليق على القول السابق

لقد اعتنق صاحب القول الماثل الاتجاه التقليدى والحرفى للنصوص القانونية وبالتالى سارع إلى القول بإلغاء التخلى عن الدعوى ولكنه:

- **من جهة:** يعد التخلى تقنيناً خاصاً، والقانون الجديد عاماً، والعام لا يلغى الخاص، ومن الممكن القول بأن هذا الإلغاء ليس صريحاً بل ضمنياً.
- **ومن جهة ثانية:** فإن المقنن قد يكون أراد ترك هذا الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء وفق القواعد العامة فى القانون الدولى الخاص.
- **ومن جهة ثالثة:** فإنه على فرض إلغاءه وتركه فإنه يتم إعمال القواعد العامة فى القانون ومنها العرف والعدالة وأحكام الشريعة الإسلامية، والتى تجيز التخلى عن نظر الدعوى وكما سبق بيان ذلك.
- **ومن جهة رابعة:** فقد كان رائد هذا الاتجاه الأول د / عز الدين عبد الله الذى يرفض التخلى فى جميع الأحوال إعمالاً لهذا الإلغاء واعتماداً على تعلق كل قواعد الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية بالنظام العام. (2)

---

(1) - د / إبراهيم أحمد إبراهيم..... صـ67

(2) - القانون الدولى الخاص - 1977م - ط 8 جـ 2 صـ737، وكذا القانون الدولى الخاص - الهيئة المصرية للكتاب - 1986م ط 9 جـ 2 صـ738 وما بعدها

وإزاء هذه الردة التقنينية من مقنن 1968م بخصوص إلغاه لمادة التخلى، تلك الردة التى أصابته بعدم أخذه بالتخير المنصوص عليه فى القرآن الكريم، والمدروس فقهياً على نحو عظيم خاصة وهو مطالب بمقتضى الدساتير المصرية إعمال أحكام الشريعة الإسلامية فى بلد دينه الإسلام وهى ردة أيضاً فى أضعف وأسوا الأحوال عن مواكبة ومسايرة القوانين الحديثة فى الدول المتمدينة، التى اعتمدت التخلى شرعة ومنهاجاً، ومن هذه الدول إنجلترا واستراليا وأمريكا [1]

وبالتالى قام اتجاه فى الفقه المصرى يدافع عن التخلى كنظرية فقهية ويبرر للقاضى إعمالها، حيث يقول: [2][ومع ذلك فعلى القاضى أن يبحث القيمة الفعلية للحكم الذى سيصدر عنه، فإن تبين له أن هذا الحكم سيمثل قيمة تنفيذية فعليه فى دولة التنفيذ تمسك بالاختصاص وإن وجد غير ذلك فعليه أن يتخلى عن الاختصاص وبشرط أن لا يؤدى ذلك إلى إنكار العدالة.

وأن منطق القائلين [فى الفقه المصرى] بمنع التخلى أصلاً عن القاضى المصرى يبدو منذ البداية متناقضاً مع ما أوردوه دون سند من النصوص القائمة]

إن القول بإجازة نظرية عامة فى التخلى عن الاختصاص الثابت فى ظل التشريع المصرى يبدو متسقاً مع ما نراه من مفهوم متميز لفكرة النظام العام فى مجال الاختصاص القضائى الدولى.

---

(1) – وقد أشار إليهم: د / أحمد عبد الكريم سلامه – فقه المرافعات المدنية الدولية – دار النهضة العربية – صـ310

(2) – د / أحمد قسمت الجداوى – مبادئ الاختصاص القضائى الدولى وتنفيذ الأحكام الأجنبية 1972م – 1973م صـ147 وما بعدها، دراسات فى القانون الدولى الخاص..... 1986م صـ147 وما بعدها

فمجالات الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية التى أوردتها النصوص التشريعية تمثل حداً أو مستوى عاماً معقولاً للمشاركة المصرية فى نظر المنازعات الدولية على نطاق الجماعة الدولية، فلا يقبل بحسب الأصل من الخصوم الافتئات من هذا الحد وإلا اختلت تلك المشاركة، أما القاضى المصرى فهو أمين على المشاركة المصرية فى الاختصاص الدولى، وإذ أنه بصدد نصوص تشريعية تعرض لحالات الاختصاص المصرى فى شمول قد يفتح الباب إلى ما لا نهاية لجزئيات تفصيلية تستغرق هذه المشاركة وتخل بوجوب وقوفها عند حد معين، وإلا بدى الاحتكار، مع خطر تقوقع الدولة..... " [1]

تلك الفكرة التى راودت طويلاً فقهاء القانون الدولى الخاص وخاصة ممن رأى تعلق قواعد الاختصاص القضائى الدولى بالنظام العام ومع ذلك قال: إنه يحق للمحكمة أن تتخلى عن الاختصاص إذا احسب أن حكمها سيكون عديم القيمة فى دولة التنفيذ وذلك لسببين:

أحدهما: سبق رفع الأمر لمحكمة أجنبية. والثانى: ارتباط الدعوى المرفوعة إليها بدعوى أمام محكمة أجنبية بشرط أن تكون المحكمة الأجنبية أقدر على حسم النزاع [2]

بيد أن فقيه آخر وقد اعتمد تقسيم قواعد الاختصاص إلى اختصاص وجوبى وآخر جوازى، قد رأى جواز التخلى مع حالات الاختصاص التى رآها جوازية، وعدم قبوله مع الأخرى التى عدها وجوبية. [3]

(1) - د / أحمد قسمت..... - مبادئ..... 1972م صـ157، 158، 159

(2) - د / هشام صادق - تنازع الاختصاص القضائى الدولى - دراسة مقارنة 1972م منشأة المعارف صـ155 - 143، 157 - وطبعة 2002م صـ155

(3) - د / محمد كمال فهمى - أصول القانون الدولى الخاص - مؤسسة الثقافة الجامعية 1992م - صـ617

وفى أثناء كل ذلك قد وضعها آخر فى إطار نظرية عامة للتخلى وقد وضع لها ضوابط وشروط منها أن يتحقق القاضى المصرى من عدم إنكار العدالة، وأن يكون النزاع عديم أو ضعيف الصلة بالإقليم المصرى وان تكون المحكمة الأجنبية أقدر على حسم النزاع، فإذا توافرت هذه الشروط [وغيرها] حق للمحكمة المصرية أن تتخلى عن نظر النزاع المعنى، وأن تحيل الخصوم إلى المحكمة المختارة من جانبهم.[1]

وبالتالى فإن إلغاء المقنن لهذه المادة قد أدى إلى فراغ تشريعى ورجعية فكرية أدعوا معها المقنن إلى تبنى نظرية التخلى بذات المنظور والضوابط التى أرسى معالمها الفقه الإسلامى وعلى نحو مما سبق بيانه تفصيلاً، وقد تخلص التخيير من شباك النسخ بينما وقعت المادة 865 فى شراك الإلغاء.

(1) - د / هشام خالد - طبيعة قواعد الاختصاص..... صـ185، 186

الفصل الثانى
اتجاهات الفقه الإسلامى والقانونى على قبول التخلى [1] أو رفضه وأدلتهم

- **تمهيد**

إن تخلى القاضى الوطنى عن نظر دعوى، قد يؤثر على الاختصاص القضائى الدولى، ومن ثم يترك أثراً على تنفيذ الأحكام الأجنبية المراد تنفيذها على التراب الوطنى، وقد يؤدى فى النهاية إلى إنكار العدالة المكفولة بمقتضى العهود والمواثيق الدولية [2] ويؤدى إلى الانتقاص من حالات الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية [3]

(1) - مصطلح التخلى والذى يفيد فى اللغة الترك - لسان العرب لابن منظور - جـ 14 - صـ239،، مختار الصحاح للرازى - جـ 1 - صـ79،، المعجم الوجيز 1995م - صـ209، 210، وهو مصطلح درج عليه لسان القانون الدولى الخاص، وهو يفيد ترك القاضى للدعوى، ويقابله فى لغة الفقه الإسلامى تخيير القاضى

(2) - فمن ذلك ما نصت عليه المادة الثامنة من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان عام 1948م بقولها: " لكل شخص الحق فى أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال اعتداء على الحقوق الأساسية التى منحها له القانون " كما نصت المادة 14 من الاتفاقية الدولية للحقوق السياسية والمدنية التى أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1966م على أن: " جميع الأشخاص متساوون أمام القضاء لكل فرد الحق.... وفى محاكمة عادلة وعلنية بواسطة محكمة مختصة " وعلى مثله نص الدستور المصرى فى المادة 68. انظر بالتفصيل المناسب: د / محمد فتحى عثمان - حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والفكر القانونى الغربى - ط 1 عام 1402هـ / 1982م - دار الشروق - صـ128.

وفى الفقه الغربى انظر:

- London, G. L.) the Italian - lebal system. Gertoma. ed 1985, p 108

(3) - حيث تختص المحاكم المصرية بمنازعات الزوجية طبقاً للمعايير التالية: =

ومن هذا الارتباط بين موضوع التخلى عن نظر الدعوى، والاختصاص القضائى وتنفيذ الأحكام الأجنبية وكفالة حق التقاضى من ناحية أخرى كان هذا الارتباط سبباً مرجحاً لأن أختتم دراستى هذه بهذا الموضوع.

ولكن ما مدى تأثير هذا التخلى على الاختصاص القضائى الدولى؟

وما مدى تأثيره على تنفيذ الأحكام الأجنبية فى مصر؟

يتضح هذا التأثير ومداه عند دراسة الاتجاهات فى التخلى وذلك فى إطار القانون الدولى الخاص والفقه المقارن وذلك فى المباحث التالية:

- **المبحث الأول:** رفض التخلى عن الاختصاص القضائى الدولى.
- **المبحث الثانى:** قبول التخلى عن نظر الاختصاص القضائى الدولى.
- **المبحث الثالث:** النقد والتقييم للاتجاهين السابقين.

=1) متى كان الزوج أو الزوجة مصرياً ومدعاً عليه.

2) متى كان أحد الزوجين أجنبياً متوطناً أو مقيماً فى مصر ومدعا عليه.

3) متى كان أحد الزوجين مدعى مصرى الجنسية أو متوطن بمصر، وكان القانون المصرى واجب التطبيق، أو المدعى عليه غير معلوم له موطن فى الخارج.

4) إذا نشأت الزوجية أو كانت واجبة التنفيذ فى مصر.

5) فى حالة خضوع الزوجين لولاية القضاء المصرى إختيارياً

المبحث الأول

رفض التخلى عن الاختصاص القضائى الدولى

ويقوم منطق الاتجاه الماثل على أن ضوابط الاختصاص القضائى الدولى تتعلق بالنظام العام ومن ثم يمتنع على القاضى الوطنى أن يتخلى عن هذا الاختصاص مادام كان فى حالة من حالات ذلك الاختصاص. والاتجاه الماثل يتضح منطقه من خلال عرض فقه هذا الاتجاه وتحليل آرائه وأدلته، وذلك فى إطار الفقه الإسلامى والمصرى وذلك فى المطلبين التاليين:

- **المطلب الأول:** فقه هذا الاتجاه.
- **المطلب الثانى:** أدلة هذا الاتجاه.

المطلب الأول

فقه الاتجاه الماثل

وأعرض هنا لآراء الفقه الإسلامى بهذا الشأن ثم الفقه المصرى.

- **الفرع الأول:** الفقه الإسلامى.
- **الفرع الثانى:** الفقه المصرى.

الفرع الأول

الفقه الإسلامى

حيث قام اتجاه عريض فى الفقه الإسلامى يرى أن القاضى المسلم غير مخير فى شأن الحكم بين غير المسلمين أو الإعراض عنهم وأنه ملزم بالحكم بينهم وقد قال بهذا الاتجاه جمع من فقهاء الإسلام على تفاوت بين فى مداه، إذ يراه ابن حزم: أن القاضى المسلم يحكم على اليهود والنصارى والمجوس بحكم أهل الإسلام فى كل شيء رضوا أم سخطوا تداعوا إلى القاضى المسلم أو لم يفعلوا ولا يحل ردهم إلى حكم دينهم ولا إلى حكامهم أصلاً [1]

وابن حزم بهذا فى قمة هذا الاتجاه،والحنفية [2]وأحد القولين عند الشافعية[3]وينسب لابن عباس والحسن وعكرمة ومجاهد والزهرى والسدى وعمر بن العزيز [4]حيث قالوا بوجوب الحكم بين غير المسلمين إذا تداعوا إلى القاضى المسلم.

---

(1) – المحلى بالآثار – تحقيق الشيخ / أحمد محمد عساكر – لجنة إحياء التراث العربى – دار الآفاق الجديدة – جـ 9 صـ425

(2) – انظر: الطحاوى – مختصر اختلاف العلماء – دار البشائر الإسلامية 1996م – ط 2 – جـ3 صـ390 وما بعدها – أبى اسحاق بن عبد الرفيع – معين الحكام على القضايا والأحكام – تحقيق: د / محمد بن قاسم بن عباد – دار الغرب الإسلامى – جـ2 صـ637 وما بعدها – الخصاف – شرح أدب القاضى – شرحه الإمام عمر بن عبد العزيز – دار الكتب العلمية – بيروت صـ495 وما بعدها – الجصاص – أحكام القرآن – تحقيق محمد الصادق قمحاوى – دار إحياء التراث العربى 1985م / 1405هـ – جـ4 – صـ87

(3) – الأم – جـ 5 صـ50،، الماوردى – الحاوى الكبير جـ9 صـ306،، الشربينى – مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج – دار الكتب العلمية – بيروت جـ4 صـ329،، الكوهجى – زاد المحتاج بشرح المنهاج – جـ3 صـ244، الغزالى – الوسيط فى المذهب – المجلد الخامس – صـ138،، القزوينى – العزيز شرح الوجيز دار الكتب العلمية بيروت – جـ8 صـ103

(4) – القرطبى – الجامع لأحكام القرآن الكريم – جـ6 صـ186 – الجصاص جـ4 صـ87،، الرازى – مفاتيح الغيب – مجلد 6 – جـ 11 صـ242،، المراغى جـ4 صـ120، 121، وهو مذهب الشيعة الزيدية المرتضى – البحر الزخار – دار الكتاب الإسلامى جـ5 صـ366

الفرع الثانى

الفقه المصرى

ويقوم على هذا الاتجاه فى مصر بعض الفقه، فيقوم على قمة هذا الاتجاه وفى أبعد مدى منه بالقول: بأن قواعد الاختصاص القضائى الدولى تتعلق بالنظام العام ودون تفرقة بين هذه القواعد جميعاً، ذلك لأنها مقررة بنصوص آمرة وقد أوردها قانون المرافعات مصدرة بلفظ " تختص " الذى يفيد الوجوب، ومن ثم فهو يرفض فكرة التخلى عن نظر الدعوى وبشدة وبصورة مطلقة. (1)

ويرى فى النهاية أنه لا يجوز تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة فى مسألة داخلة فى الاختصاص القضائى للقضاء الوطنى ولا يصلح اتفاق الخصوم على سلب الاختصاص من القضاء المصرى لصالح قضاء أجنبى. (2)

ومن القائلين بهذا الاتجاه أيضاً من قال (3): " بأن قواعد الاختصاص القضائى الدولى المصرى تتعلق من حيث الأصل بالنظام العام وكقاعدة عامة مع

---

(1) – د / إبراهيم أحمد إبراهيم – القانون الدولى الخاص – الاختصاص القضائى الدولى والآثار الدولية للأحكام – الكتاب الأول – 1991م جـ2 صـ39 وما بعدها وتحت عنوان: مدى تعلق قواعد الاختصاص القضائى الدولى بالنظام العام، صـ61 وما بعدها بعنوان: سلطة القاضى فى التخلى عن الاختصاص

(2) – د / إبراهيم أحمد – القانون – صـ76، 77، 79، 81، 82، 216، 217 وبعنوان: رفض إحالة الاختصاص فى مصر. ومشار إليه لدى: د / هشام خالد – طبيعة..... صـ23: صـ30

(3) – د / عز الدين عبد الله – القانون الدولى الخاص – 1977م – ط 8 جـ 2 صـ737، وكذا القانون الدولى الخاص – الهيئة المصرية للكتاب 1986م ط 9 جـ2 صـ738 وما بعدها. وقد أشار إليه لدى: د / هشام خالد طبيعة..... صـ10: صـ17

وجود استثناءات عليها، وأنه لا يوجد اختصاص قاصر ولا مشترك ومن ثم يصل إلى رفض فكرة التخلى عن نظر الدعوى، ولا يجوز تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة فى اختصاص المحاكم المصرية إلا فى حالات استثنائية وهى الضوابط التى بنيت على قاعدة الجنسية لضعفها، والعقود الدولية ومسائل الأحوال الشخصية.

المطلب الثانى

أدلة هذا الاتجاه

استند هذا الفريق من الفقه الإسلامى إلى أدلة من الشريعة الإسلامية كما استند رجال القانون إلى أدلة من القانون والقضاء المصرى.

- **الفرع الأول:** أدلة الفقهاء من الشريعة الإسلامية.
- **الفرع الثانى:** أدلة فقهاء القانون.

الفرع الأول

أدلة الفقهاء من الشريعة الإسلامية

استدل الفقهاء القائلون بمنع التخلى بأدلة بيانها كالتالى:

- **أولاً:** قول الله تعالى: ﴿سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ فَإِن جَآؤُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾[1] وقد جاءت الآية عامة تفيد اشتراط الترافع منهم إلينا بقوله تعالى: ﴿جَآؤُوك﴾ وتفيد التخيير بين الحكم والإعراض عنهم، ثم نسخ التخيير بين الحكم والإعراض بوجوب الحكم بينهم إذا ترافعوا إلينا بقوله تعالى: ﴿أَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ اللَّهُ﴾ [2] فكانت الآية الأخيرة ناسخة للسابقة.

ومما يؤيد النسخ المذكور ما ورد عن الحسن البصرى من قوله: " خلو بين أهل الكتاب وبين حاكمهم وإذا ترافعوا إليكم فأقيموا عليهم ما فى كتابكم " [3]وما روى عن ابن عباس أنه قال: " آيتان نسختا من سورة المائدة " آية القلائد، وآية ﴿فَاحْكُم بَيْنَهُم أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ فكان الرسول ﷺ مخيراً بين الحكم والإعراض عنهم وردهم إلى حاكمهم حتى نزل قوله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ اللَّهُ﴾ فزال التخيير ووجب الحكم عليهم بشريعتنا [4]

---

(1) - سورة المائدة - جزء آية 42

(2) - سورة المائدة - جزء آية 49

(3) - الأثر عن الحسن ذكره الجصاص - أحكام القرآن - جـ4 صـ87

(4) - انظر فى الاستدلال بهذا مراجع الحنفية والشافعية المشار إليها سابقاً وعلى وجه الخصوص الجصاص - أحكام القرآن - جـ4 صـ87، وتفسير الرازى جـ 11 صـ242

- **ثانياً:** قالوا: بأن الذمى إذا سرق تقطع يده مثل المسلم، فيقاس عليها غيرها من الأحكام. [1]

- **ثالثاً:** ما روى من كتاب عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إلى بنى تميم وفيه أن اقتلوا كل ساحر وساحرة وفرقوا بين كل ذى رحم محرم من المجوس، وكان ذلك قبل موته بسنة [2] وهو دليل على وجوب الحكم عليهم وإن لم يترافعوا إلينا [3] وما روى عن ابن جريج قال: فإن أهل الذمة إذا كانوا فينا فحدهم كحدنا [4] وما روى عن الحسن البصرى أيضاً فى مواريث أهل الذمة قال: " يحكم عليهم بما فى كتابنا"[5]

(1) - المحلى - جـ 9 صـ425، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد - جـ 2 صـ394

(2) - الأثر عن سيدنا عمر رواه البخارى - كتاب الجزية - باب الجزية مع أهل الذمة والحرب صـ363

(3) - بداية المجتهد - جـ 2 صـ394

(4) - بداية المجتهد - جـ2 صـ394

(5) - المحلى لابن حزم جـ9 صـ425

الفرع الثانى

أدلة فقهاء القانون

ذكر القائلون برفض التخلى على النحو السابق فى القانون الدولى الخاص عدة حجج على ما يقولون:

- **أولاً:** إذا كانت القوانين الأنجلو أمريكية تقوم على السوابق القضائية لعدم وجود تشريع مكتوب مما يبرر الأخذ بفكرة التخلى لديهم فإن الأمر على النقيض فى مصر لوجود تشريع مكتوب يلتزم به القاضى ولا يستطيع التهاون فيه [1] بل على العكس من ذلك يشبه القانون المصرى القانون الإيطالى الذى تقضى المادة الرابعة منه بمثل هذا مع وجود الاستثناءات الثلاثة التى ذكرها صاحب الفقه المعروض آنفاً. [2]
- **ثانياً:** إن الأخذ بفكرة التخلى يتعارض مع أحكام القانون المصرى فالمقنن قد ألغى صراحة الأخذ بهذه الفكرة [التخلى] ولم يقتصر الأمر على إغفال وضع نص يقابل نص المادة 865 التى كانت تجيز التخلى فى القانون السابق بل صرح فى المذكرة الإيضاحية للقانون الحالى لسنة 1968م بأن المشرع لم يشأ أن يأخذ بحكم المادة 865 والتى

(1) – د / إبراهيم أحمد إبراهيم – القانون..... صـ66. ومشار إليه لدى: د / هشام خالد – طبيعة..... صـ23: صـ30

(2) – د / عز الدين عبد الله – القانون الدولى.... ط 9 صـ742 – ط 8 صـ743. ومشار إليه لدى: د / هشام خالد طبيعة..... صـ10: صـ17

تجيز لمحاكم الجمهورية التخلى عن الدعوى الداخلة فى اختصاصها فى الحالات وبالشروط المبينة بها ذلك أن حالات عقد الاختصاص لمحاكم الجمهورية الواردة فى المادة 861 / 2 من قانون سنة 1949م هى حالات روعى فيها حماية الجانب الضعيف فى الدعوى وكونه متوطناً أو مقيماً فى الجمهورية.. ولا شك أن التخلى عن الدعوى يذهب بهذه الرعاية كما أن إجازة التخلى عن حالة عقد الاختصاص لتلك المحاكم على أساس القبول من شأنه إمكان مصادرة المطلوب" [1]

- **ثالثاً:** تواترت أحكام المحاكم المختلطة والدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف فى ظل المادتين 13، 14 على تعلقها بالنظام العام، ولم تتغير تلك الطبيعة بصدور قانون 1949م، وقانون 1986م [2] بما يقطع بمنع التخلى.
- **رابعاً:** القاضى موظف عام لا يمكنه مخالفة مهام وظيفته التى هى مباشرة كل ما يدخل فى اختصاصه ولا يتصور أن يكون مخيراً بين نظر المنازعات التى يختص بها أو التخلى عن نظرها وهو فى هذه الحالة الأخيرة سيكون متقاعساً عن القيام بوظيفته. [3]

---

(1) – د / إبراهيم أحمد – القانون..... صـ66، د / عز الدين عبد الله – القانون ط 8 صـ729، 730 – ط 9 صـ747، 748، وينتقد فكرة التخلى: د / محمد ماجد محمود – المسئولية عن التصادم البحرى فى القانون الدولى الخاص 1990 صـ608 وما بعدها

(2) – د عز الدين عبد الله – القانون – ط 8 صـ739 وذلك بقوله: "وقد جرت المحاكم المختلطة على الأخذ بهذا الرأى إبان سريان المادتين 13، 14 مدنى مختلط، وهذا أمر مسلم قضاء وفقهاء فى الجمهورية قبل وبعد العمل بقانون المرافعات الصادر فى سنة 1949 – ط 9 صـ742

(3) – د / إبراهيم أحمد – القانون..... صـ67. ومشار إليه لدى: د / هشام خالد – طبيعة..... – الموضع السابق

- **خامساً:** إن الأخذ بالتخلى سيؤدى إلى التحكم من القاضى وذلك لأن المعيار المقترح وهو انعدام القيمة الفعلية للحكم الذى كان سيصدر لو لم يتم التخلى متروك لمطلق تقدير القاضى ويتيح له سلطة تقديرية كبيرة فى قبول التخلى أو رفضه. [1]
- **سادساً:** سيؤدى إلى الإخلال بتوقعات الأطراف ذلك أن ترك أمر تقرير التخلى من عدمه بيد القاضى الذى يمكنه فى أى وقت أن يتخلى عن نظر الدعوى فيعيدهم من حيث بدأوا بعد ما بذلوا من وقت وجهد ومال وهو ما يؤدى إلى تعطيل الفصل فى المنازعات كما أنه يؤدى إلى إنكار العدالة فى حالة عدم اختصاص أى محاكم أخرى به [2]

(1) - د / إبراهيم أحمد - القانون... 67، 68. ومشار إليه لدى: د / هشام خالد - طبيعة.... الموضع السابق

(2) - د / إبراهيم أحمد - القانون..... صـ68. ومشار إليه لدى: د / هشام خالد - طبيعة..... الموضع السابق

المبحث الثانى

الاتجاه القابل بالتخلى عن الاختصاص القضائى الدولى

حيث قام اتجاه كبير يتمثل فى جانب من الفقه الإسلامى، وبعض الفقه الغربى وجمهرة فقه القانون الدولى الخاص فى مصر، وتتضح معالم هذا الاتجاه بعرض فقهه وحجته وذلك فى المطلبين التاليين:

- **المطلب الأول:** فقه الاتجاه الماثل.
- **المطلب الثانى:** تحليل الاتجاه الماثل "حجج هذا الاتجاه".

المطلب الأول

فقه الاتجاه الماثل

ويظهر فقه هذا الاتجاه من فروع ثلاثة متوالية:

- **الفرع الأول:** القائلون به فى الفقه الإسلامى.
- **الفرع الثانى:** الوضع فى الفقه المقارن.
- **الفرع الثالث:** الفقه المصرى.

الفرع الأول

القائلون به فى الفقه الإسلامى

وقد قال بهذا الاتجاه المالكية [1] والقول الثانى عند الشافعية [2] وهو مذهب الحنابلة [3] وهو مذهب بعض الشيعة [4] حيث قالوا جميعاً: إن القاضى المسلم مخير بين الحكم أو الإعراض عند تداعى غير المسلمين إليه فى مسائلهم الخاصة التى

(1) – ابن رشد القرطبى الأندلسى – شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد – تحقيق: د / عبد الله العبادى – دار السلام – المجلد الرابع – صـ2314،، المدونة الكبرى للإمام مالك رواية سحنون التنوخى – مطبعة الصحابة – مصر – ط 1 جـ 3 – صـ312،، مختصر العلامة خليل – جواهر الأكليل – دار الفكر – بيروت – لبنان – صـ338،، أبى زيد القيروانى – النوادر والزيادات على ما فى المدونة من غيرها من الأمهات – تحقيق / محمد الأمين بوخبزة – دار الغرب الإسلامى – المجلد الثامن – صـ238، 239،، الإمام / الدردير – الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك – تحقيق د / مصطفى كمال وصفى – دار المعارف – جـ 2 – صـ422،، أحمد بن يحى الونشريسى – المعيار المعرب – تخريج جماعة من الفقهاء – بإشراف: د / محمد حجى – دار الغرب الإسلامى – جـ 10 صـ130،، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية والتشريع الإسلامى – مقارنة بين مذهب الإمام مالك والقانون الفرنسى – تأليف سيد عبد الله على حسين – تحقيق مركز الدراسات الفقهية – دار السلام للطباعة – المجلد الرابع – صـ1379

(2) – العزيز – جـ 8 – صـ103 – الوسيط فى المذهب – مجلد 5 – صـ138،، مغنى المحتاج – جـ 4 – صـ329،، زاد المحتاج – جـ 3 – صـ244

(3) – البهوتى – كشاف القناع عن متن الاقناع – عالم الكتب – بيروت 1403هـ / 1983م – جـ 5 صـ116،، المرداوى السعدى – الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل – تحقيق / عبد الله محمد حسن إسماعيل – دار الكتب العلمية – بيروت – جـ 4 – صـ235،، ابن قدامة – المغنى لابن قدامة – تحقيق / محمد سالم محسن، وشعبان محمد إسماعيل – مكتبة الجمهورية العربية،ومكتبة الكليات الأزهرية – جـ8 – صـ214

(4) – كالجعفرية – محمد جواد مغنية – فقه الإمام جعفر الصادق – دار الحوار – بيروت لبنان – جـ 5 صـ72، 73،، والإمامية: الشيخ / محمد بن الحسين الحر العاملى وسائل الشيعة – دار إحياء التراث العربى – جـ1 مجلد9 صـ218

لا تدخل فى نطاق ما يعرف بالنظام العام كالعقوبات والحدود، والمعاملات المالية حيث يخضعون فيها على قدم المساواة مع المسلمين. والمسائل الخاصة التى يخير فيها القاضى لا تخرج عن نطاق الأحوال الشخصية السابق تحديدها.

الفرع الثانى

الوضع فى الفقه المقارن

يأخذ التخلى عن نظر الدعوى صوراً متعددة فى القانون المقارن، ففى حالة عدم ملائمة المحكمة للفصل فى الدعوى وكانت الدعوى تتعلق بنزاع لا توجد بينه وبين الإقليم الوطنى رابطة جدية تبرر هذا الاختصاص، وكانت المحكمة الأجنبية ذات صلة قوية بالنزاع المعنى جاز للمحكمة الوطنية أن تتخلى عن اختصاصها بالنزاع المعنى وبرغم دخوله فى الاختصاص الدولى لهذه المحكمة ويأخذ بهذا النظر القانون الإنجليزى، والاسترالى، والأمريكى [1]

وصار القضاء الفرنسى على التفريق بين الاختصاص القاصر والمشترك، فالأول لا يصح التنازل عن الاختصاص القضائى به، والثانى يمكن التخلى عنه مادام أنه متصل بطريقة واضحة بالدولة التى رفع النزاع أمام قضائها وإذا لم يكن اختيار هذا القضاء قد تم بطريقة تنطوى على غش. [2]

---

(1) - انظر بالتفصيل:

- Reter Herzog la theorie du forum non conveniens en droit Anglo
- Americain, un apercu, Revue Critique de droit international prive 1976 p. lets.
- Gutter idge, Recueil des Cours, 1933 p. 115 ets.

وانظر فى عرضه: د / إبراهيم أحمد - القانون - صـ640، د / أحمد عبد الكريم سلامه - فقه المرافعات المدنية الدولية دار النهضة العربية - ط 1 - صـ310، 311

(2) - د / هشام صادق، د / عكاشة عبد العال، د / حفيظة الحداد - القانون..... صـ143، 144

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: " يجب على المحكمة الاعتداد باختصاص المحكمة الأجنبية المعنية بنظر النزاع كلما كان النزاع مرتبطاً بالدولة التى صدر عنها هذا القضاء برابطة متميزة ولم يكن هناك غش من جانب رافع الدعوى شريطة عدم تعلق الأمر بحالة من حالات الاختصاص الاستئثارى للمحاكم الفرنسية. (1)

وفى الميراث مثلاً يعد اختصاص القضاء الفرنسى دولياً طبقاً لكون فرنسا آخر موطن للمتوفى فى حالة الاختلاف مع أنظمة قضائية لدول يقع فى دائرتها أموال للمتوفى قد تظل تلك الحالة نصوصاً نظرية خالية من التطبيق العملى، إذ ما الفائدة من إسناد مال لصاحب الشأن مع وجود هذا المال فى الخارج فكأن الحكم الذى يمكن صدوره سيكون عديم القيمة نظراً لوجود هذا المال خارج الإقليم الفرنسى، وتعطى أحكام القضاء الفرنسى اختصاصاً قاصراً للنظام القضائى للدولة التى تقع فيها الأموال. (2)

---

(1) - نقض فرنسى فى 6 / 2 / 1985م

- Cass Civ, fev. 1985, Clunet 1985

صـ 460 وما بعدها، وانظره بالتفصيل لدى د / هشام خالد - طبيعة قواعد الاختصاص القضائى الدولى وأثرها على تنفيذ الأحكام الأجنبية - مركز الإسكندرية للكتاب - 1997م - صـ120 وما بعدها

(2) - Civ. 7 janv - 1982, Rev - cnit 1983 87, note Anal

غير أن هذه القاعدة لا تمتد إلى النظام المالى للزاوج Negime mar nimonia

حيث أن النظام المالى للزوج أكثر أهمية من نظام الإرث على الرغم من الاتجاه المنتقد لاتفاقية لاهاى لعام 1978م.

وانظر بالتفصيل فى كل ما سبق:

- Mayen (p). Dnoit imternational. pnives, Montchnesrien gedirion

بند 800 صـ517

وعلى ذلك ففكرة التخلى عن نظر الدعوى القضائية الداخلة فى اختصاص القضاء الوطنى دولياً فكرة مبررة فى الفكر القانونى الدولى وإن تعددت صورها وأشكالها.

الفرع الثالث

الفقه المصرى

قام اتجاه كبير فى الفقه المصرى يرى جواز التخلى عن نظر الدعوى الداخلة فى اختصاص المحاكم الوطنية دولياً، وذلك بحسب نظر كل فقيه إلى المسألة فيرى بعض الفقه [1]أن قواعد الاختصاص القضائى الدولى من حيث الأصل تتعلق بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز للخصوم الاتفاق على سلب الاختصاص الثابت للمحاكم المصرية ولكن هذا لا يمنع المحكمة أن تتخلى عن هذا الاختصاص وذلك فى كل حالة يتبين لها فيها أن حكمها سوف يكون عديم القيمة الفعلية، ففى حالة الخضوع الاختيارى لولاية المحاكم المصرية من الخصوم طبقاً للمادة 32 مرافعات، ليس هناك ما يجبر القضاء الوطنى على النظر فى نزاع لا يرتبط بالإقليم الوطنى على أى وجه من الوجوه وبالتالى لا تضمن الدولة كفالة آثار الحكم الصادر فى شأنه، ومن ثم يحق للمحاكم المصرية أن تقضى بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها، مادام أن الصلة بين النزاع الذى اتفق الخصوم على طرحه أمام محاكم الدولة من جهة وبين إقليم هذه الدولة من جهة أخرى وحتى لا يخضع القضاء لأهواء الخصوم ورغباتهم غير المشروعة مادام أنه لا توجد صلة قوية تربط النزاع بالإقليم المصرى[2].

(1) – د / هشام صادق – تنازع الاختصاص القضائى الدولى – دراسة مقارنة – منشأة المعارف – 1972م – وتحت عنوان: مدى جواز الخروج عن قواعد الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية – صـ155 وما بعدها

(2) – د / هشام صادق – تنازع الاختصاص... صـ60 وما بعدها و صـ130. ومشار إليه لدى: د / هشام خالد طبيعة..... – صـ 17: صـ23

كذلك فإن الدعاوى المتعلقة بعقار واقع فى الخارج كالتى تقرر حقاً عينياً على عقار فى الخارج أو التى تتعلق بميراث لعقار واقع فى الخارج [1] وأيضاً متى كان المدعى مصرياً أو أجنبياً متوطناً فى مصر م 30 / 7 وتعلق النزاع بمسائل أحوال شخصية يصح التخلى مادام أنه قد تعلق ذلك بعقار واقع فى دولة أجنبية[2] وبصفة عامة يصح التخلى متى أحست المحكمة أن حكمها سيكون عديم الجدوى لسببين: أولهما سبق رفع النزاع إلى محكمة أجنبية الثانى: ارتباط النزاع بدعوى قائمة فعلاً أمام محكمة أجنبية وبشرط أن تكون الأخيرة أقدر على حسم النزاع. [3]

ويرى فقيه آخر [4] وفى إطار متابعته للفقيه السابق: " إننا نعتقد فى سلامة كثير من الاعتبارات التى تقوم عليها تللك الاستثناءات المقول بها إلى جانب غيرها مما قد يكشف عنه التطبيق العملى لنصوص الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية ولكنه تفادياً للحرج من أن يقوم الفقه بعمل المشرع عن طريق خلق استثناءات دون سند من النصوص التشريعية، فيصح أن تدخل فى نطاق نظرية عامة للتخلى عن الاختصاص بمقتضاها يحق للقاضى المصرى أن يتخلى عن اختصاصه الدولى

(1) – د / هشام صادق – تنازع الاختصاص... صـ 93، 97، 107. ومشار إليه لدى: د / هشام خالد طبيعة..... ذات الموضع

(2) – د / هشام صادق – تنازع الاختصاص... صـ123. ومشار إليه لدى: د / هشام خالد طبيعة..... – ذات الموضع

(3) – د / هشام صادق – تنازع الاختصاص... صـ157. ومشار إليه لدى: د / هشام خالد طبيعة..... – ذات الموضع

(4) – د / أحمد قسمت الجداوى – مبادئ الاختصاص القضائى الدولى وتنفيذ الأحكام الأجنبية – دار النهضة العربية 1972م – بند 141 صـ151 وما بعدها. ومشار إليه لدى: د / هشام خالد – طبيعة..... – صـ30: صـ34

الثابت طبقاً لعموم النصوص التشريعية القائمة وذلك فى ظروف معينة يقدرها فى المنازعة الدولية المرفوعة إليه وذلك بأن يبحث القاضى فى كل حالة على حدة فى إطار القيمة الفعلية للحكم الذى عساه أن يصدره وبشرط ألا يؤدى التخلى إلى إنكار العدالة ومن ثم يجب أن يخضع لرقابة محكمة النقض لقيامه على التجربة واحتمال الخطأ. (1)

وتحت عنوان: حالة عدم الملائمة للفصل فى الدعوى يقول بعض الفقه (2):

" ويمكن أن نضيف حالة عامة وهى إذا كانت الدعوى تتعلق بنزاع لا توجد بينه وبين الإقليم المصرى رابطة جدية تبرر عقد الاختصاص وكفالة الآثار التنفيذية للحكم الصادر إذ تعتبر المحكمة المصرية هنا ليست هى أنسب المحاكم للفصل فى الدعوى.

وخلاصة نظرية المحكمة غير الملائمة أنه يجوز للمحكمة أن تتخلى عن اختصاصها بنظر المنازعة ذات الطابع الدولى إذا ثبت اختصاصها بها بموجب ضابط من ضوابط الاختصاص القضائى الدولى، وذلك بالنظر إلى عدة اعتبارات تبرر التخلى عن نظر الدعوى منها: قوة وجدية الصلة بين النزاع والنظام القانونى لدولة المحكمة، ومنها كذلك مدى لدد أو كيد رافع الدعوى، ومدى فاعلية القرار الذى ستصدره، وذلك كالحكم القاضى بنفقة أو حضانة لطفل غير موجود بالإقليم الوطنى. (3)

---

(1) - د / أحمد قسمت - مبادئ..... صـ157، 158. ومشار إليه لدى: د / هشام خالد - طبيعة..... - ذات الموضع

(2) - د / أحمد عبد الكريم سلامة - فقه المرافعات المدنية الدولية - دار النهضة العربية - ط 1 - بند 250 صـ310 وما بعدها. ومشار إليه لدى: د / هشام خالد - طبيعة..... - صـ176، 177.

(3) - د / أحمد سلامه - فقه المرافعات..... صـ310، 311، 312، 313

ويبرر بعض الفقه التخلى بأن النزاع المعنى على صلة وثيقة بالقضاء الأجنبى، وأنه ضعيف الصلة بالإقليم المصرى وأن الحكم الذى سوف يصدره حال فصله فى النزاع سيكون عديم القيمة الفعلية. (1)

ويقرر البعض أنه يحق للمحكمة المصرية أن تتخلى عن نظر الدعوى أو تحيلها للمحكمة الأجنبية المعنية كلما كانت الأخيرة هى الأقدر على الفصل فيها مع ضرورة إضافة نص تشريعى يتضمن هذا الحكم صراحة وبالشروط التالية:

1 - يجب أن يتحقق القاضى المصرى من توافر شروط صحة الشرط السالب للاختصاص عندما يتقرر التخلى بمقتضاه.

2 - وأن يصدر هذا الشرط من شخص ذى أهلية كاملة.

3 - وألا يوجد إذعان من أطراف الشرط السالب للاختصاص.

4 - وأن يكون النزاع عديم أو ضعيف الصلة بالإقليم المصرى وأن تكون المحكمة الأجنبية أقدر على حسم النزاع المعنى. (2)

(1) - د / عكاشة عبد العال - القانون الدولى الخاص..... صـ612، 613، دراسات فى القانون الدولى الخاص فى دولة الإمارات - دار الجامعة الجديدة 2000م - صـ98، 119، 137، تنفيذ الأحكام الأجنبية بين فكرتى الاختصاص القاصر والاختصاص المشترك - مجلة الحقوق للبحوث القانونية - العدد 2 السنة 1992م - صـ191

(2) - د / هشام خالد - طبيعة قواعد الاختصاص القضائى الدولى وأثرها على تنفيذ الأحكام الأجنبية - دارسة الاتجاهات فى الفقه والقضاء - مركز الإسكندرية للكتاب 1997م - صـ185، 186

المطلب الثانى

تحليل الاتجاه الماثل "حجج هذا الاتجاه"

تتعدد الحجج التى يستند عليها أصحاب هذا الاتجاه، ومن الصواب التمييز بين نوعى الحجج فى فرعين على النحو الآتى:

- **الفرع الأول:** حجج الفقه الإسلامى.
- **الفرع الثانى:** حجج فقهاء القانون.

الفرع الأول

حجج الفقه الإسلامى

استدل من قال بأن القاضى مخير بين الحكم والإعراض عند تداعى غير المسلمين لديه بأدلة كثيرة منها:

- **أولاً:** قول الله تعالى: ﴿فَإِن جَآؤُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُم أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾[1] فالآية محكمة غير منسوخة وهى تفيد تخيير القاضى عند ترافع غير المسلمين إليه بين الحكم أو الإعراض عنهم وردهم إلى أهل دينهم. [2]
- **ثانياً:** ذكر الإمام الشافعى رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن رسول ﷺ أقام بالمدينة وبها يهود خيبر وفدك وكانوا كذلك باليمن، وكذلك فى زمان أبى بكر وصدْر من خلافة عمر حتى أجلاهم وكانوا بالشام والعراق واليمن فى ولاية عمر وعثمان وعلى - رضى الله عنهم أجمعين - ولم يُسْمَع لرسول الله ﷺ فيهم حكم إلا رجمه يهوديين زنيا وتراضيا بحكمه، ولا لأبى بكر ولا لعمر ولا لعثمان ولا لعلى، وهم أى اليهود بشر يتظالمون ويختلفون ويحدثون فلو لزم الحكم بينهم لزومه بين المسلمين لنقل إلينا عن النبى ﷺ [3]

---

(1) - جزء الآية 42 - سورة المائدة

(2) - المغنى والشرح الكبير - لموفق الدين ابن قدامة - دار الكتاب العربى - بيروت - لبنان 1392هـ / 1972م جـ 1 - صـ623، 624، كشاف القناع - جـ 5 - صـ116،، المدونة الكبرى - جـ 3 - صـ 312،، مغنى المحتاج - جـ 4 - صـ 329، 330،، زاد المحتاج - جـ3 - صـ245

(3) - الأم - جـ 4 - صـ129، 130

الفرع الثانى

حجج فقهاء القانون

- **أولاً:** ليس هناك ما يجبر القضاء الوطنى على النظر فى نزاع لا يرتبط بالإقليم الوطنى على أى وجه من الوجوه وبالتالى لا تضمن الدولة كفالة آثار الحكم الصادر فى شأنه، ومن ثم يحق للمحكمة أن تقضى بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها رغم خضوع الخصوم اختيارياً لولاية قضائية. (1)

- **ثانياً:** إن القول بجواز التخلى عن الاختصاص الثابت فى ظل التشريع المصرى يبدو متسقاً مع مفهوم النظام العام فى مجال الاختصاص القضائى الدولى فحالات الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية التى أوردتها النصوص التشريعية تمثل حداً أو مستوى عاماً معقولاً للمشاركة المصرية فى نظر المنازعات الدولية على نطاق الجماعة الدولية... لذلك يجب أن يتقرر لهذا القاضى مجابهة الحالات التفصيلية التى يبدو من ظروفها الموضوعية أن الاختصاص المصرى لن يحقق فائدة ترجى نتيجة انعدام القيمة الفعلية للحكم الذى سوف يصدره على النطاقين الداخلى والدولى، هنا يحق له التخلى عن الاختصاص، وفى هذا درءٌ للعبث عن التشريع المصرى وعن السلطة القضائية، وذلك مادام أن حكمه سوف يظل مجرد قصاصات من الورق لا جدوى منها، والأصل فى التشريع والقضاء تجنب العبث. (2)

---

(1) - د / هشام صادق - تنازع الاختصاص.... صـ60

(2) - د / أحمد قسمت الجداوى - مبادئ الاختصاص القضائى الدولى..... بند 149 - صـ158، 159

- **ثالثاً:** إذا كان الهدف من تنظيم الاختصاص الدولى عموماً هو إيجاد محكمة ملائمة لغايات العدالة، فإن تخلف ذلك تعين على المحكمة أن تتخلى عن نظر الدعوى، وهو أمر تقديرى للمحكمة استناداً إلى عدة اعتبارات منها قوة وجدية الصلة بين النزاع والنظام القانونى لدولة المحكمة، ومنها مدى كيد رافع الدعوى، ومدى فعالية الحكم الذى ستصدره المحكمة. (1)

- **رابعاً:** إن فريقاً من الشراح (2)قد قسم حالات الاختصاص القضائى إلى اختصاص قاصر على القضاء الوطنى واختصاص مشترك بين القضاء الوطنى والقضاء الأجنبى، فما الذى يمنع من التخلى عن الاختصاص المشترك كلما كانت الصلة بين النزاع وبين الإقليم المصرى صلة محدودة.

---

(1) – د / أحمد عبد الكريم سلامه – فقه المرافعات.... بند 250 – صـ311،

(2) – انظر فى القول بتقسيم الاختصاص إلى قاصر ومشترك د / محمد كمال فهمى أصول القانون الدولى الخاص – مؤسسة الثقافة الجامعية – 1992م – صـ617 وما بعدها، ويتابع البعض مقسماً له إلى اختصاص وجوبى وجوازى د / أحمد عبد الكريم سلامة – أصول المرافعات.... صـ208 وما بعدها، بينما يرى البعض حصر الحالات التى تتعلق بالنظام العام فى ثلاث حالات هى: 1 – إذا تعلق النزاع بعقار كائن فى مصر. 2 – إذا تعلق الأمر باتخاذ إجراء وقتى أو تحفظى. 3 – إذا تعلق الأمر بتنفيذ جبرى يتم فى مصر. د / هشام خالد – دروس فى القانون القضائى الدولى 1988م، 1989م – صـ104، 105، وانظر فى عرض الاختصاص القاصر والمشترك بالتفصيل بحث د / عكاشة عبد العال – تنفيذ الأحكام الأجنبية بين فكرتى الاختصاص القاصر والمشترك.... صـ191 وما بعدها، وانظر أيضاً: د / هشام خالد – طبيعة قواعد الاختصاص.... صـ96، 97

المبحث الثالث

نقد وتقييم الاتجاهين السابقين

كلا الاتجاهين السابقين يمسك بطرف من الحقيقة، وأن كلاهما قد أصاب وأخطأ، لذا أقسم هذا المبحث إلى مطالب ثلاثة أخصص الأول منها لنقد وتقييم الاتجاه الأول، وأجعل الثانى لنقد وتقييم الاتجاه الثانى، وأعقب بالثالث ما بدا لى رجحانه وذلك على النحو التالى:

- **المطلب الأول:** نقد وتقييم الاتجاه الأول الرافض للتخلى.
- **المطلب الثانى:** نقد وتقييم الاتجاه الثانى "القائلين بالتخلى".
- **المطلب الثالث:** نتائج وضوابط وتوصيات لفكرة التخلى.

المطلب الأول

نقد وتقييم الاتجاه الأول الرافض للتخلى.

إن بين جنبات هذا الاتجاه فقه الشريعة وفقه القانون، وأخصص لتقييم كل منهم فرعاً مستقلاً على النحو الآتى:

- **الفرع الأول:** تقييم أدلة المانعين للتخيير فى الفقه الإسلامى.
- **الفرع الثانى:** تقييم أدلة فقه القانون [المانعين للتخلى].

الفرع الأول

تقييم أدلة المانعين للتخييرفى الفقه الإسلامى

- **أولاً:** دعوى نسخ الآية الكريمة ﴿فَإِن جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ [1]فهذه الدعوى لم تسلم لهم من عدة وجوه والأصح والأقطع أنها لم تنسخ وأنها محكمة لما يأتى:

1 - أن الآية الكريمة نزلت فى شأن غير الوطنيين من غير المسلمين وقد نزلت فى حق المهادنين [الأجانب] وأهل العهد وإن الآية غير منسوخة وذلك ما روى عن ابن عباس - رضى الله عنهما - مما رواه محمد بن اسحق عن داود بن الحصين عن عكرمة أن ابن عباس قال: أن الآية التى فى المائدة يعنى قوله تعالى فاحكم بينهم أو أعرض عنهمإنما نزلت فى الدية بين بنى قريظة وبنى النضير، وذلك أن بنى النضير كان لهم شرف يأخذون به دية كاملة عن قتيلهم، وأن بنى قريظة يأخذون نصف الدية عن قتيلهم، فتحاكموا إلى رسول الله ﷺ فأنزل الله تعالى عليه ذلك فيهم، فحملهم رسول الله ﷺ على الحق فى ذلك فجعل الدية سواء بينهما.

ومن المعلوم أن بنى قريظة وبنى النضير لم يكونا من الوطنيين " أهل الذمة " وقد أجلى رسول الله ﷺ بنى النضير، وقتل بنى قريظة، ولو كان لهم ذمة لما أجلاهم ولا قتلهم، وإنما كان بينه وبينهم عهد وهدنة فنقضوها [2]حتى

(1) - جزء الآية 42 - من سورة المائدة

(2) - الجصاص - أحكام القرآن - جـ4 - صـ88، 89،، والفخر الرازى - التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب - دار

قال بعض المفسرين: " فيجوز حينئذ أن يكون حكمها باق فى حق [المسالمين من غير المسلمين] وحكم الآية الأخرى فى وجوب الحكم بينهم بما أنزل الله ثابتاً فى حق [الوطنيين من غير المسلمين] وأنه لا نسخ فى الآية الكريمة [1]

2 - أنه لا يوجد نسخ فى الآيتين الكريمتين لإمكان الجمع بينهما، قال تعالى ﴿ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ أفادت الآية الكريمة إباحة التحاكم إلى القاضى المسلم وأباحت للقاضى أن يحكم بينهم، أو أن يعرض عنهم ثم قررت أنه عند اختيار القاضى الحكم بينهم فلابد أن يكون حكمه بالقسط ولكن ما هو القسط الذى يحكم به؟ جاءت الآية التاسعة والأربعون بقول الله تعال: ﴿وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾ لتبين أن هذا هو القسط وهو الحكم بما أنزل الله تعالى، فمثلاً لو كان الزواج بالأم عندهم معتقداً به ثم جاءوا إلى القاضى المسلم ليفصل بينهم فيه، وقبل القاضى الفصل بينهم فلابد أن يحكم بما أنزل الله فيه وهو إبطال هذا الزواج ولذلك تعقب الآية بقول الله - تعالى - ﴿وَلا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾ وهذا كله يؤيد أن الآية الثانية لم تنسخ الأولى وإنما حددت المحكوم به عند اختيار الحكم بينهم وليس فى حالة الإعراض عنهم. [2]

3 - قال ابن العربى فى التعليق على نسخ آية التخيير بقوله تعالى ﴿وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ وهذه دعوى عريضة، فإن شروط النسخ أربعة: ومنها معرفة التاريخ بتحصيل المتقدم والمتأخر، وهذا مجهول من هاتين

الفكر العربى - ط 1 - مجلد 6 - جـ11 - صـ242

(1) - الجصاص - أحكام القرآن - جـ4 - صـ88، 89،، وانظر مغنى المحتاج - جـ4 - صـ329

(2) - فى هذا المعنى انظر: المغنى لابن قدامة - جـ 8 - صـ214، 215

الآيتين فامتنع أن يدعى أن واحدة منهما ناسخة للأخرى ويبقى الأمر على حاله. أ. هـ [1]

ثم قال القرطبى: قد ذكر النحاس أن هذه الآية متأخرة فى النزول إلا أن يقدر فى الكلام بعد قوله تعالى " وأن احكم بينهم بما أنزل الله " إن شئت، وذلك حيث تقدم ذلك التخيير له ﷺ فى آية التخيير، ثم حذف التخيير من الآية الثانية لدلالة الأولى عليه لأنه معطوفٌ عليه فحكم التخيير كحكم المعطوف عليه، فلابد أن يكون قوله تعالى " وأن احكم بينهم بما أنزل الله " معطوفاً على ما قبله من قوله تعالى " وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط " ومن قوله تعالى " فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم " فهو محكم غير منسوخ، لأن الناسخ لا يكون مرتبطاً بالمنسوخ معطوفاً عليه، فالتخيير محكم غير منسوخ ثم قال القرطبى هكذا قاله مكى رحمه الله. أ. هـ [2]

4 - ومما يؤكد عدم النسخ أيضاً: أن الآية رجحت جانب الإعراض عنهم على جانب الحكم بينهم وهذا مستفاد من قوله تعالى ﴿فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئًا﴾ فنفى المؤاخذة عند الإعراض وعدم الحكم مرجح للإعراض عنهم، أما عند الحكم بينهم فلم تنف المؤاخذة إنما احكم بالقسط، بما يفيد أن اختيار الحكم سيكون اختياراً للأشق والأثقل، وقد علم أن النبى ﷺ كان إذا خير بين أمرين اختار أيسرهما ولعل هذا هو الذى دفع الإمام مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن يقول: " وأحب إلى ألا يحكم بينهم " [3]

(1) - ذكره القرطبى - الجامع لأحكام القرآن - دار الحديث - مجلد 3 - جـ 6 - صـ562

(2) - القرطبى - الجامع لأحكام القرآن - جـ 6 - صـ562

(3) - المدونة الكبرى - رواية سحنون - جـ 3 - صـ312

يقول الفخر الرازى: " قال تعالى ﴿وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئًا﴾ والمعنى أنهم كانوا لا يتحاكمون إليه إلا لطلب الأسهل والأخف كالجلد مكان الرجم فإذا أعرض عنهم وأبى الحكم بينهم شق عليهم وصاروا أعداء له فيبين الله - تعالى - أنه لا تضره عداوتهم له شيئاً. (1)

5 - أما عما نسب لبعض الصحابة كابن عباس من القول بالنسخ فهو معارض بما روى عن آخرين من عدم النسخ فمن قال بعدم النسخ: الشعبى والنخعى وقتادة ورواية عن الحسن وعطاء، وأبو بكر الأصم أبو مسلم (2)بل نقل عن ابن عباس والحسن فى شأن سورة المائدة قولهما: إنه لا منسوخ فيها " (3)

6 - روى عن جبير بن نفيل قال: حججت فدخلت على أم المؤمنين عائشة - رضى الله عنها - فقالت لى: يا جبير تقرأ المائدة؟ فقلت: نعم فقالت: إنها آخر سورة نزلت من القرآن الكريم.

7 - ما نقله فتح القدير من أن بعض الأئمة قالوا بعدم النسخ مطلقاً فى سورة المائدة فمن وجدتم فيها من حلال فاستحلوه وما وجدتم فيها من حرام فحرموه. (4)هذا ما أخرجه أبو داود والنحاس عن أبى ميسرة عمر

(1) - تفسير الرازى - ط 1 - مجلد 6 - جـ 11 صـ242

(2) - المغنى لابن قدامة - جـ 8 - صـ214، 215،، والمغنى والشرح الكبير - جـ 10 - صـ723، 624،، الجصاص - جـ 4 - صـ87 وما بعدها،، والرازى - جـ 11 - صـ242،، والقرطبى - جـ 6 - صـ184، 185،، والماوردى فى تفسيره - دار الصفوة - ط 1 - 1413هـ / 1993م - جـ 1 - صـ490،، وتفسير المراغى - جـ 4 - صـ120

(3) - نقله القرطبى - الجامع لأحكام القرآن - مجلد 3 - جـ 7 صـ676

(4) - الأثر عن أم المؤمنين أورده الحافظ بن كثير فى تفسيره - تحقيق عبد العزيز غنيم، محمد أحمد عاشور، محمد إبراهيم البنا مكتبة دار الشعبة 1971م - مجلد 3 صـ3، وتفسير فتح القدير الجامع بين فنى الرواية والدراية للإمام الشوكانى طبعة مصطفى البابى الحلبى 1383هـ / 1964م - ط 2 - جـ2 - صـ3

بن شرحبيل قال: " لم ينسخ من المائدة شيء "، وكذا ما أخرجه سعيد بن منصور وابن المنذر عنه، وكذا أخرجه عبد بن حميد وأبو داود فى ناسخه، وابن جرير وابن المنذر عن الشعبى وكذا أخرجه عبد بن حميد وأبو داود فى ناسخه وابن المنذر عن الحسن البصرى. (1)

من هنا فإن دعوى النسخ لم تسلم وإن سلمت فإنها محمولة على نسخ الحكم فى حق الوطنيين من غير المسلمين، وحكمها باق فى حق الأجانب المسالمين وغير المسالمين. (2)

- **ثانياً:** أما عن قول الحسن البصرى " خلوا بين أهل الكتاب (3)وبين حاكمهم فإن ترافعوا إليكم فأقيموا عليهم ما فى كتابكم " فليس فيه حجة على وجوب الحكم بينهم عند تداعيهم إلى القضاء الإسلامى لأنه:

- **أولاً:** لا يصلح ناسخاً لنص قرآنى محكم، ولم يقل أحد بأن قول التابعى أو الصحابى يصلح ناسخاً للقرآن أو السنة.

- **ثانياً:** أن فى قول الحسن ما يفيد بيان المحكوم به وهو الشريعة الإسلامية عند ترافعهم إلى القاضى المسلم واختيار القاضى للحكم لا للإعراض عنهم حينئذ فإن أقصى ما يفيده قول الحسن هو الحكم عند اختياره بالشريعة الإسلامية.

---

(1) - الإمام الشوكانى - تفسير فتح القدير - جـ2 - صـ42

(2) - مغنى المحتاج - جـ4 - صـ329، 330

(3) - وقد يعترض بأن التعبير بلفظ أهل الكتاب أفضل من التعبير بالوطنيين من غير المسلمين ! ويجاب عليه بأن التعبير بأهل الكتاب أخص من التعبير بالوطنيين من غير المسلمين، ذلك أن لفظ الوطنيين من غير المسلمين يشمل أهل الكتاب وغيرهم، كما أن لفظ أهل الكتاب يشمل بعض الوطنيين وغيرهم ممن لم يدخل فى ذمة المسلمين فليس كل أهل الكتاب وطنيين وليس كل الوطنيين أهل كتاب

- **ثالثاً:** ما روى عن سيدنا عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ من كتابه إلى بنى تميم وفيه وجوب التفريق بين الأزواج منهم من ذوى المحارم فيجاب على هذا بأن هذا اختيار من عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ للحكم، فهذا اختيار بمقتضى الآية وليس فيه دليل على نسخ أو إلغاء، ثم الذين ذكروا فى الأثر عن عمر هم من الوطنيين غير المسلمين فيبقى حكم التخيير فى حق الأجانب كما هو.

- **رابعاً:** ما نسب للحسن البصرى من قوله: " بأن أهل الذمة إذا كانوا فينا فمواريثهم كمواريثنا " يجاب عليه بأن هذا حكم خاص بالمواريث فقط لما لها من مالية خاصة، وكذلك فهى فى حق الوطنيين من غير المسلمين ليبقى حكم الأجانب كما هو على التخيير.

- **خامساً:** أما عن القياس على قطع يد السارق منهم وغيرها من الأحكام. فالجواب عليها واضح بأن القياس فى غير محله لأن المقيس عليه يدخل فى الأحكام العامة التى تتعلق بالنظام العام والتى تطبق على كل السكان بلا استثناء، وليست داخلة فى نطاق أحوالهم الشخصية فهى بهذا خارجة عن محل النزاع، وهى من الأمور التى تتعلق بالنظام العام مما لا يسع القاضى أن يتخلى عنه، ولا يحق للخصوم الاتفاق على سلبه من ولاية القضاء الإسلامى، وسواء فى ذلك ترافعوا أو لم يترافعوا إلى القضاء الإسلامى، وذلك فى شأن قطع يد السارق، وقتل الساحر، وإقامة الحدود عليهم.

الفرع الثانى

تقييم أدلة فقه القانون [المانعين للتخلى]

- **فمن جهة** قد تأثر أصحاب الاتجاه المنتقد بالقانون الإيطالى والذى وضع قاعدة عامة مضمونها عدم جواز مخالفة قواعد الاختصاص الدولى للمحاكم الإيطالية وذلك بمقتضى المادة الثانية من قانون المرافعات الإيطالى. [1] وتأثروا أيضاً بما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون 1968م فى شأن عدم النص على التخلى وهى عندهم حجة قاطعة على عدم جواز التخلى، وهذا منهم يمثل تناقضاً مع الاستثناءات الضخمة التى أوردوها على حالات الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية، والتى لا تستند إلى نص صريح أو ضمنى فى هذا التشريع [2] فَلِمَ يعيبون على القائلين بالتخلى قولهم، ويبررون قولهم بأنه لا سند لهم من التشريع المصرى؟ فإذا كان القول بالاستثناءات على الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية، تنفى اختصاص المحاكم المصرية فى ظل تشريع تولى تفصيلاً تحديد حالات الاختصاص الدولى لهذه المحاكم دون أن يتكلم عن هذه الاستثناءات، وكأن الفقه قد خلقها دون

(1) – فى القول بهذا التأثر: د / هشام خالد – طبيعة قواعد الاختصاص – صـ39، وهو يشير إلى المادة 2 مرافعات إيطالى بالهامش رقم 80، وقد اعترض بعض الفقه على هذا التشابه المزعوم بين القانون المصرى ونظيره الايطالي والفرنسى، وذلك أن حال القانون المصرى فى هذا الصدد قد يختلف كثيراً عن حال هذين التشريعين وذلك سواء من حيث الاختلاف الهيكلى فى البناء التشريعى لقواعد الاختصاص القضائى الدولى فى كل من هذه التشريعات أو من حيث إمكانية المرونة أو ضرورتها فى تفسير النصوص التشريعية المتميزة القائمة فى كل منها شأن هذا الاختصاص. د / أحمد قسمت الجداوى – مبادئ الاختصاص... صـ147 وهامش 2

(2) – انظر هذا الاعتراض: د / أحمد قسمت.... مبادئ.... صـ152، 153

سند تشريعى وبمقتضاها قيد أو سلب من المحاكم المصرية اختصاصاً يشمله عموم النصوص التشريعية القائمة [1]

- **ومن جهة أخرى** فإن القول بأن التخلى يؤدى إلى تحكم القضاة لمرونة المعيار الذى يبنى عليه، فإنه من الممكن وضع معايير منضبطة كما أنه خاضع لرقابة محكمة النقض، وأما عن القول بأنه قد يؤدى إلى إنكار العدالة، فإن الفقه القائل بالتخلى قد اشترط عدم الوصول إلى هذه النتيجة وهى إنكار العدالة وذلك بأن يكون هناك محكمة مختصة بالفعل وأقدر على الحسم وأكثر صلة بالنزاع المعنى. [2]

- **ومن جهة ثالثة:** فإذا كان الفقه قد تكلم عن إعطاء الإرادة دوراً فى سلب الاختصاص كما أن لها دوراً فى جلب الاختصاص [3]فإن إعطاء القاضى هذا الحق يكون من باب أولى وذلك وفق ضوابط وفى إطار معين ويخضع من ثم لرقابة قضاء النقض.

- **التعقيب على هذا الاتجاه**

بعد عرض فقه هذا الاتجاه وتحليل أدلته وحججه، وعرض النقد الموجَّه إليه يمكننى أن أقول إن التخيير للقاضى المسلم قد سلم من النقد وتأكد فى حق الأجانب من غير المسلمين وأنه قد تعثر فى حق الوطنيين من غير المسلمين.

(1) - د / أحمد قسمت - مبادئ..... صـ156، 157

(2) - د / هشام خالد - طبيعة قواعد..... صـ186

(3) - د / أحمد سلامه - فقه المرافعات.... صـ216،، د / عكاشة عبد العال - الاختصاص القاصر والمشترك... صـ195، 205،، د / هشام خالد - طبيعة قواعد..... صـ176، 177

1. إن الفقه الرافض للتخلى عن نظر الدعوى الواقعة فى إطار الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية بشكل مطلق، فقه على ندرته[1] مرجوح.

2. إن الفقه الذى رفض التخلى بشكل مطلق تمسك بالظاهرية الشكلية من النصوص من مثل القول بأن قواعد الاختصاص القضائى متعلقة بالنظام العام لورودها مصدرة بلفظ تختص الذى يفيد الوجوب.

3. وقد لاقى هذا الاتجاه تأييداً من بعض أحكام القضاء، فمن ذلك الحكم القديم لمحكمة الاستئناف المختلطة الصادر عنها بجلسة 26 / يونيو / 1918م و بجلسة 20 / نوفمبر / 1918م إلى القول بتعلق قواعد الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية بالنظام العام فى مصر، وذلك فى ظل المادتين 13، 14 مدنى مختلط [2] ومنها الحكم الصادر فى 29 / 11 / 1995م فى الدعوى 1359 / 95 شمال القاهرة الابتدائية والتى رفضت تنفيذ حكم أجنبى قطرى لصدوره فى الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية وتعلق ذلك الاختصاص بالنظام العام. [3]

(1) – حيث لم يقل به سوى فقيهين هما: د / عز الدين عبد الله، د / إبراهيم أحمد إبراهيم

(2) – مشار إليهما فى: د / عز الدين عبد الله – القانون... ط 8 صـ739، وقد أشار إليهما د / هشام خالد – طبيعة.. صـ10، 11، 67

(3) – انظر فى إيراد هذا الحكم والتعليق عليه: د / هشام خالد – طبيعة قواعد الاختصاص.... صـ54 وما بعدها

كما أن الفضل يرجع إلى هذا الاتجاه فى وضع ضوابط ومعايير منضبطة ومحددة لا يؤدى التخلى عند مراعاتها إلى إنكار العدالة أو الإخلال بتوقعات الأفراد أو الغش وكان هذا من خلال المآخذ التى أخذوها على التخلى عن نظر الدعوى والتى راعاها الفقه عند بحثه لهذه النظرية ومن ثم وصل إلى نتائج طيبة فى هذا الشأن.

المطلب الثانى

نقد وتقييم الاتجاه الثانى " القائلين بالتخلى "

- **الفرع الأول:** النقد الموجه إلى الفقه المجوِّز لتخيير القاضى المسلم.
- **الفرع الثانى:** تقييم فقه القانون المؤيد للتخلى.

الفرع الأول

النقد الموجه إلى الفقه المجوِّز لتخيير القاضى المسلم

مطلقاً عند تداعى غير المسلمين لديه.

- **أولاً:** لم تسلم دعوى التخيير المطلقة من النقد، فقد ورد ما يؤكد نسخ هذا الحكم فى حق الوطنيين من غير المسلمين. فمن ذلك ما رواه مجاهد عن ابن عباس قال: نسخت من هذه السورة [المائدة] آيتان آية القلائد وقوله تعالى: ﴿فَإِن جَآؤُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُم أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ فكان رسول الله ﷺ مخيراً إن شاء حكم بينهم وإن شاء ردهم إلى حكامهم فنزلت ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ اللَّهُ﴾ فأمر رسول الله ﷺ أن يحكم بينهم بما فى كتابنا"[1]وأقل ما يقال أن هذا النسخ قد تأكد فى حق الوطنيين من غير المسالمين.

- **ثانياً:** إن الوطنيين من غير المسلمين يلتزمون بأحكام الدار باعتبارهم من أهلها وقد رضوا بذلك، وهم مقرون على أن يكون لهم ما لنا وعليهم ما علينا. [2]فالقول بتخيير القاضى فى شأنهم وردهم إلى حكامهم وشرائعهم لا يتناسب مع استقرار النظام فى البلاد وخاصة أن الروايات الكثيرة قد تضافرت وأقوال الكثير من الفقهاء قد توافرت على أن التخيير هذا حكمٌ خاصٌ بالأجانب من غير المسلمين، وقد بقى حكم التخيير فى حق الأجانب [3]

(1) - الأثر عن ابن عباس، ذكره ابن حزم - المحلى بالآثار - جـ 9 مسألة 1795 - صـ425

(2) - الجصاص - أحكام القرآن - جـ4 - صـ89

(3) - الجصاص - أحكام القرآن - جـ 4 - صـ 87، 88، 89، محمد جواد مغينة - =

حتى قال الماوردى أن أهل العلم لم يختلفوا فى أن آية التخيير نزلت فى شأن الموادعين [المستأمنين] من يهود المدينة قبل فرض الجزية عليهم [1]وبمثله قال الجصاص والقرطبى والرازى والمراغى. [2]

- **ثالثاً:** اعترض على القائلين بالتخيير بما ورد أن النبى ﷺ لما ردأ رأس يهودى بين حجرين لأنه ردأ رأس جارية بين حجرين " [3]فهذا النص يمنع التخيير ويلزم بالحكم بين غير المسلمين عند تداعيهم، وأجيب على هذا الاعتراض بأن هذا من القصاص الذى يستوى فيه الكافة من جميع سكان الدار ولا وجه للتمييز، وهذا خارج عن محل النزاع.

= الفقه على المذاهب الخمسة - دار الجواد - بيروت ط 7 صـ316،، مختصر اختلاف العلماء - الطحاوى - ج 3 - صـ390، 391، 392، 393،، شرح أدب القاضى - للإمام عمر بن عبد العزيز - دار الكتب العلمية - بيروت - صـ495 وما بعدها،، المغنى لابن قدامة - جـ 8 صـ214، 215،، الانصاف جـ 4 - صـ235، 236

(1) - الحاوى الكبير - جـ 18 - صـ446

(2) - الجصاص - جـ4 - صـ88 - القرطبى - جـ 6 - صـ184،، الرازى - جـ 11 - صـ242،، المراغى - جـ 4 - صـ120، 121

(3) - رواه قتادة عن أنس - صحيح البخارى - كتاب الديات - باب إذا قتل بحجر وعصا - وكذا باب من اقادا بالحجر صـ1380،، صحيح مسلم - كتاب القسامة والقصاص والديات - باب ثبوت القصاص فى القتل بالحجر صـ841، 842،، ومسند أحمد - كتاب باقى سند المكثرين - باب باقى السند السابق رقم 13337 - وفى سند أنس بن مالك رقم 12428،، ورواه جابر بن سمرة - سنن ابن ماجه - كتاب الحدود - باب 10 حديث رقم 2557 - صـ855

الفرع الثانى

تقييم فقه القانون المؤيد للتخلى

- **أولاً:** إن فقه القائلين بالتخلى عن نظر الدعوى الواقعة فى إطار الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية طبقاً لأحد ضوابط الاختصاص المقررة فى القانون المصرى، فقه هذا الاتجاه تعوزه الشرعية القانونية، حيث إن القانون الحالى صدر خالياً من نص يقرر التخلى بل لقد صرحت المذكرة الإيضاحية عن عدول المقنن عن التخلى عن نظر الدعوى طبقاً للقانون الملغى، وهنا فإن هذا الاتجاه ينقصه السند التشريعى من القانون المصرى.

فيقول بعض أنصار هذا الاتجاه: " ولكنه تفادياً للحرج من أن يقوم الفقه بعمل المشرع عن طريق.... دون سند من النصوص التشريعية القائمة ففى تقديرنا أن مثل هذه الاستثناءات وغيرها يصح أن يدخل فى نطاق نظرية عامة للتخلى عن الاختصاص بمقتضاها يحق للقاضى المصرى أن يتخلى عن اختصاصه... " [1]

بينما يدعو البعض المقنن إلى تقنين التخلى عن نظر الدعوى ويقترح لذلك القول بأنه: ويحق للمحكمة المصرية أن تتخلى عن نظر الدعوى أو تحيلها للمحكمة الأجنبية المعنية كلما كانت الأخيرة هى الأقدر على الفصل فيها " [2]

(1) - د / أحمد قسمت الجداوى - مبادئ..... صـ157

(2) - د / هشام خالد - طبيعة قواعد..... صـ186

- **ثانياً:** إن المحاكم المصرية عندما يطلب إليها تنفيذ حكم أجنبى لا تعول كثيراً على فكرة التخلى عن نظر الدعوى والتى مقتضاها فى مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية أن القاضى يضع نفسه وكأن النزاع عرض عليه ابتداءً فإذا تبين له أنه قليل الصلة بالقضاء المصرى ومن ثم يمكن التخلى عن نظره، حينئذ يمكنه تنفيذ الحكم الأجنبى الصادر فيه، أما إذا تبين له أن النزاع المحكوم فيه بحكم أجنبى ويدخل فى اختصاص القضاء المصرى، وشديد الصلة بالقضاء المصرى حينئذ يمكنه رفض تنفيذ هذا الحكم. (1)

ولكن القضاء المصرى لا يعول على ذلك فمن هذا حكم محكمة النقض المصرية بجلسة 2 / 7 / 1964م وقد قبلت تنفيذ الحكم الأجنبى الداخل فى اختصاص القضاء المصرى وذلك اعتماداً من المحكمة على أن هذا الاختصاص من قبيل الاختصاص المشترك وليس الاختصاص القاصر على المحاكم الوطنية. (2)

(1) – د / أحمد قسمت الجداوى – دراسات فى القانون الدولى الخاص – صـ204

(2) – القضية رقم 232 / 29 قضائية – مجموعة أحكام النقض السنة 15 العدد 2 صـ909، وانظر حكمها فى 28 / 11 / 1990م ومشار إليه لدى: د / هشام خالد – طبيعة قواعد.... صـ116، الذى يشير إلى د / عكاشة عبد العال الاختصاص..... صـ307، والحكم غير منشور.

المطلب الثالث

نتائج وضوابط وتوصيات لفكرة التخلى

وأعرض فى هذا المطلب إلى نتائج العرض السابق، وضوابط للتخلى، وتوصيات لازمة له، ومن ثم أقسم هذا المطلب إلى الفروع الثلاثة التالية:

- **الفرع الأول:** نتائج العرض السابق.
- **الفرع الثانى:** ضوابط التخلى عن نظر الدعوى.

الفرع الأول

نتائج العرض السابق

فى الواقع أن عرض الاتجاهين السابقين حول التخلى عن نظر الدعوى القضائية الداخلة فى اختصاص القاضى الوطنى فى الفقه الإسلامى والفقه القانونى، ترتب على ذلك عدة نتائج من أهمها:

- **أولاً:** أن المقطوع به فى فقه القانون، والراجح فى الفقه الإسلامى عدم جواز التخلى عن الدعوى مادام أنه كان فى أطرافها طرف وطنى، وفى الفقه الإسلامى وبالاتفاق مادام أنه كان فيها طرف مسلم.
- **ثانياً:** أن الراجح فى الفقهين الإسلامى والقانونى أن القاضى مخير بين الحكم أو التخلى عن الدعوى عندما يكون جميع أطرافها أجانب، بضوابط تأتى لاحقاً.
- **ثالثاً:** أن التخلى مبرر ووجيه حتى عند المعارضين له، إذ هو وسيلة جيدة للحفاظ على كرامة القضاء والنأى به عن العبث الذى يتنافى مع مكانته، فالأحكام التى قد تصدر عن هذا القضاء بغير ارتباط حقيقى بهذا القضاء ليس لها إمكانية التنفيذ خارج الحدود، تركها أفضل والبعد عنها أعظم وأكرم.

- **رابعاً:** أن التخلى عن نظر الدعوى القضائية فى الاختصاص القضائى بمنازعات أطرافها أجانب، وارتباطها به محدود أو معدوم نظرية قديمة قرر القرآن الكريم حكمها بقوله تعالى: ﴿فَإِن جَآؤُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُم أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ فهى ليست حدثاً جاءت به المدنية الحديثة فلعل لها جذوراً عميقة فى أصول الإنسانية منذ فجر التاريخ.
- **خامساً:** أن التخلى عن الدعوى يؤثر على تنفيذ الأحكام الأجنبية فيجعلها أكثر قبولاً عند طلب تنفيذها فى الدولة التى تخلت عن هذه الدعوى ابتداءً.
- **سادساً:** أن التخلى عن الدعوى لا يؤثر على حق التقاضى ولا يمس مركز الأجانب ولا يؤدى إلى إنكار العدالة.

الفرع الثانى

ضوابط التخلى عن نظر الدعوى

لا يعقل أن يترك للقاضى مكنة التخلى عن كل دعوى لا يهواها وإنما وضع القائلون بالتخلى ضوابط تلزم عند إعماله، ولقد كانت المادة 865 من قانون المرافعات رقم 77 لسنة 1949م تنص على أنه: " فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين 861 / 2، 862 وحيث يكون القانون الواجب تطبيقه هو قانون الدولة التى ينتمى إليها جميع الخصوم بجنسيتهم يجوز للمحكمة مراعاة لحسن سير العدالة أن تكلف المدعى برفع دعواه أمام محاكم هذه الدولة إذا كان رفعها إليها جائزاً " وكان التخلى منوطاً بتوافر عدة شروط وهى:

(أ) يجب اتحاد الخصوم فى الجنسية

(ب) أن يكون قانون جنسيتهم المشتركة هو الواجب تطبيقه على الدعوى.

(جـ) أن تكون محاكم الخصوم مختصة بالفصل فى الدعوى، فإذا تحققت هذه الشروط حق للمحكمة أن تتخلى عن نظر الدعوى وتكلف المدعى برفع دعواه إلى المحكمة المختصة فى دولته [1]

ويمكننى أن أضع أربعة ضوابط بتحققها يمكن للمحكمة أن تتخلى عن نظر الدعوى.

(1) - د / منصور مصطفى منصور - مذكرات فى القانون الدولى الخاص 1957م - صـ372، 373،، د / هشام خالد طبيعة قواعد الاختصاص ... صـ133، 134

- **الضابط الأول: أطراف الدعوى**

فيشترط فى أطراف الدعوى أن يكونوا جميعاً - وطبقاً للفقه الإسلامى - أجانب وغير مسلمين، وعلى ذلك لا يمكن قبول التخلى كلما كان أحد أطراف الدعوى وطنياً أو مسلماً طبقاً للفقه الإسلامى، حيث إن الفقه الإسلامى رأى إلزامية الدعوى كلما كان فيها طرف مسلم ولا خيرة للقاضى مع ذلك.

- **الضابط الثانى: موضوع الدعوى**

فيشترط أن تكون المنازعة على حق من الحقوق الداخلة فى إطار القانون الخاص، أحوال شخصية أو عينية، ومن ثم إذا تعلقت المنازعة بالقانون العام فإنها تخرج عن نطاق النظرية الماثلة، وذلك حيث إنه لا يمكن للقاضى التخلى عنها.

- **الضابط الثالث: القانون الواجب تطبيقه على الدعوى.**

يشترط هنا أن يكون القانون الواجب تطبيقه على الدعوى المراد التخلى عنها قانوناً أجنبياً وليس وطنياً لأنه لو كان وطنياً فإن الصلة تكون أكبر ومن ثم لا يصلح التخلى عن نظر الدعوى.

- **الضابط الرابع: الرابطة التى تربط الدعوى بالمحكمة.**

حيث إن ارتباط الدعوى بالمحكمة الوطنية أو المحكمة الأجنبية هو الذى يحدد إمكانية الفصل فى الدعوى أو التخلى عنها لصالح المحكمة الأجنبية وهذا الضابط هو الذى اهتم به الفقه الحديث وأخذ فى تفصيله. [1]

وفى النهاية يا حبذا لو قنن المشرع المصرى هذه النظرية بهذه الضوابط وجعل القاضى بعد ذلك مخيراً بين الحكم فى الدعاوى المعنية أو التخلى عنها.

(1) - وتحت عنوان فكرة الرابطة الوثيقة، انظر بالتفصيل: د / هشام خالد - الاختصاص القضائى.. صـ175 وما بعدها

الفصل الثالث

البدائل المقترحة بعد التخلى عن الاختصاص القضائى

من الثابت بطريق اللزوم أن الإسلام ما أغلق باباً إلا فتح بدلاً منه أبواباً، وما حرَّم شيئاً إلا أعلن بدلاً منه عن مباحات كثيرة، فقد حرَّم الزنا، واباح الزواج، والتسرى، وحرَّم السرقة وأباح الكسب الحلال،﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لا يَقُومُونَ إِلاَّ كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُوْلَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ البقرة: 275

وحرم عليه أن يأخذ القصاص بيده وجعله إلى ولى الأمر، فلما كان هذا هو منهج الإسلام عامة، فهو كذلك منهجه فى خصوصية التخلى عن الاختصاص القضائى [المحلى والدولى] فأوجد بدائل يلجأ إليها المتخاصمون عند تخلى القاضى المسلم عن نظر دعواهما لكونها داخلة فى النطاق الذى يجوز فيه التخلى [وقد سبق بيانه].

فما هى هذه البدائل التى تحل فى موضع القضاء الإسلامى المتخلِّى عن الاختصاص [المحلى أو الدولى]؟

فى الواقع أن هناك ثلاثة بدائل يغنى أحدها عن الآخرين يلجأ إليها المتخاصمون لحسم ما بينهم من شقاق ومنازعة وهى قاضى أهل الذمة، والتحكيم، والقضاء الأجنبى.

فإذا حدثت منازعة بين غير المسلمين فى النطاق السموح لهم فيه بإعمال شرائعهم حق لهم اللجوء ابتداء إلى أحد هذه البدائل الثلاثة أو اللجوء إليها بعد تخلى القاضى عن نظر نزاعهم وتركه.

أ - قاضى أهل الذمة

لقد سبق لنا أن عرضنا ما قاله الفقهاء فى شأن عدم جواز تولى غير المسلم القضاء بين المسلمين عند جمهور فقهاء الإسلام، وذلك خلافاً للحنفية الذين رأوا صحة تولية غير المسلم القضاء بين المسلمين وذلك من ناحيتين:

- **أحدهما:** أن التولية صحيحة ولا ينفذ قضاءه إذا قضى، فكأنهم يصححون عمل السلطان فى التولية.
- **والثانى:** أن صحة هذه التولية عند الحنفية يفيد أمران: أنه إذا أسلم لا يحتاج إلى تولية جديدة، والثانى أنه إذا ارتد ثم أسلم لا يحتاج إلى تجديد التولية. (1)

(1) - قاضى ذاده - مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر للإمام إبراهيم الحلبى، ومعه الدر المنتقى فى شرح الملتقى للحصفكى - دار الكتب العلمية - لبنان - ط 1 1419هـ / 1998م - جـ 2 صـ152، شرح فتح القدير - جـ 5 صـ453

ولكن الراجح [كما سبق] ما ذهب إليه جمهور علماء الإسلام. فلا تصح تولية غير المسلم القضاء بين المسلمين، وإن ولى فلا ينفذ قضاؤه.

فهل يصلح غير المسلم [الذمى] قاضياً بين غير المسلمين [الذميين وغيرهم] فى الفقه الإسلامى؟

لفقهاء الإسلام فى ذلك ثلاثة اتجاهات:

- **الاتجاه الأول:**

وهو مذهب الحنفية [1] وقد قالوا بجواز قضاء الذمى على مثله أو على من هو دونه [من طوائف غير المسلمين - المهادنين، والمعاهدين، والمستأمنين، والحربيين] وعلى ذلك فحكمه بين هؤلاء صحيح. غير أن الحنفية يشترطون لصحة قضاء الذمى بين الذميين وغيرهم ممن سبق عرضهم وذلك بشرطين:

- أن لا يترافعوا إلينا، لأنهم إن فعلوا ذلك وجب علينا الفصل بينهم وذلك بناء على تبنى الحنفية لمنهج منع التخيير ونسخ آية التخيير.
- أن يكون قضاؤهم فيما بينهم فى المسائل التى تتعلق بأمور مللهم ومعتقداتهم وأحوالهم الخاصة [داخلة فى النطاق المسموح لهم فيه بإعمال شرائعهم الملية فيما بينهم] ولا تكون مما يدخل فى مفهوم النظام العام واستتباب الأمن والسلام الاجتماعى، فهم والمسلمون

(1) - انظر المرجعين السابقين، وانظر أيضاً: الفتاوى الهندية - دار إحياء التراث العربى - لبنان - ط 3 1400هـ / 1980م - جـ 3 صـ 307، صـ 397، وحاشية ابن عابدين جـ 4 صـ 311، د / سمير عقبى - القضاء فى الفقه الإسلامى دراسة مقارنة صـ 68، المرغى - التشريع.... صـ 149، أ / محمد عبد الجواد - بحوث فى الشريعة الإسلامية صـ 169

يخضعون فيه للقضاء الإسلامى ويحكمون بشريعة الإسلام على سواء وبلا تخيير لهم ولا للقاضى المسلم.

أدلة الحنفية على ما ذهبوا إليه:

استدل الحنفية على صحة تولية الذمى القضاء فيما بين غير المسلمين وفى نطاقهم الخاص بعدة أدلة أهمها:

أنهم [غير المسلمين] مأمورين بإتباع ما أنزل الله عليهم فى كتبهم حيث قال تعالى: ﴿وَلْيَحْكُمْ أَهْلُ الإِنجِيلِ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فِيهِ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ المائدة: 47 ومتى وجب عليهم إعمال أحكام مللهم فيما بينهم، فإنهم بشر يتظالمون ويتنازعون ولابد من قاضى يفصل فيما بينهم وهو على علم بشرائعهم ومللهم، فكان من مقتضى الأمر الإلهى لهم أنه يجوز تولية قاضى منهم ليفصل بينهم.

ما رواه جابر بن عبد الله - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أن رسول الله ﷺ " أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض " [1]والشهادة نوع من الولاية فمتى صحت شهادة بعضهم على بعض صحت معها تولية بعضهم القضاء على بعض.

مار وى عن عمرو بن العاص - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أنه لما فتح مصر نصب على الأقباط قضاة منهم، فلما بلغ ذلك عمر بن الخطاب - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أقره ولم ينكره. ذلك أن القاضى الذمى أعلم بملتهم من غيره، والقاضى المسلم لا يصح له أن

(1) - سنن ابن ماجه - كتاب الأحكام - باب شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض - حديث رقم 2327 - صـ794، وانظر فى استدلال الحنفية بذلك: الزيلعى - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق - المطبعة الأميرية - ط 1 1313هـ / 1314هـ جـ 2 صـ126

يقضى بغير حكم الإسلام، فلما ولى معاوية ابن أبى سفيان الخلافة أضاف إلى القاضى الذمى قاضياً مسلماً ليتعاونا على الفصل فى النزاع المدنى، أما المسائل المتصلة بعقيدة غير المسلمين فكان يستقل بها القاضى الذمى وحده [1]

وإنّا قد أمرنا بتركهم وما يدينون، وصحة تولية أحدهم بالقضاء فيما بينهم يدخل فى إطار القاعدة الماثلة. [2]

اعتراض على قول الحنفية:

قال البعض إذا كان من الجائز [كما يقول الحنفية] تولية غير المسلم القضاء بين بنى دينه، فهو تولية زعامة وتحكيم وليس تولية قضاء وحكم فيقول الماوردى: " فهو تقليد زعامة ورئاسة، وليس بتقليد حكم وقضاء وإنما يلزمهم حكمه لالتزامهم له لا للزومه عليهم " [3]

وكما يعبر عنه فقيه القانون السنهورى: " فإن فصل غير المسلم فى قضايا غير المسلمين لا يعتبر حكماً قضائياً بالمعنى القانونى، وإنما هو تحكيم، فالقضاء بمعناه الصحيح لا يليه فى الشرع إلا المسلم، فلا يجوز تقليد الذمى القضاء حتى على ذمى مثله، وإذا حكم الذمى فى أقضية الذميين فإنما يكون هذا تحكيماً " [4]

---

(1) – أشارت إليه مراجع الحنفية السابقة، وقد أشار إليه أيضاً: د / مصطفى مشرفة – القضاء فى الإسلام – ط 2 1966م – شركة الشرق الأوسط صـ132، وهو ما ساد فى أسبانيا [الأندلس] عندما فتحها المسلمون، حيث عين قاضياً غير مسلم وسمى قاض النصارى أو قاضى العجم ليفصل فى خصومات غير المسلمين. انظر:
AFATTAL: Le staut legal de non musuimans …. Op. cit / p. 349
نقلاً عن: د / أحمد عبد الكريم سلامه – مبادئ.. صـ166

(2) – المراغى – التشريع... صـ150، والإمام أبو زهرة – العلاقات الدولية..... صـ66

(3) – الأحكام السلطانية – طبع المحمودية التجارية بمصر – صـ62

(4) – السنهورى فى مذكرته إلى محكمة النقض بشأن وصية غير المسلم نقلاً عن د / أحمد عبد الكريم – مبادئ..... صـ166

ومن ضرورة ذلك [لدى القائلين بالاعتراض] اشتراط تراضى واتفاق الخصوم جميعاً على الترافع إلى القاضى المسلم، فإذا تخلف الاتفاق استحال التحكيم، واسترد القضاء الإسلامى ولايته العامة، بالفصل فى كافة المنازعات حتى ما كان منها بين الذميين وهم وطنيين أو بين المستأمنين [1]

- دفع هذا الاعتراض

هذا الاعتراض لا محل له فى هذا الموضوع، وقد قال به أصحابه تبريراً لما ذهب إليه الحنفية ويكأن الحنفية جاؤوا بخطيئة والحق أن الحنفية لم يتجاوزوا حدود الشرع والعقل والعرف.

- **فمن جهة:** استند الحنفية فيما ذهبوا إليه على مقتضى الأمر القرآنى المجيد بتكليف غير المسلمين بإعمال شرائعهم.
- **ومن جهة ثانية:** قام ذلك لديهم بالقياس العقلى على الشهادة وهى ولاية وقد ثبتت ولاية الشهادة بالسنة المطهرة، فيصح بناء ولاية القضاء عليها .
- **ومن جهة ثالثة:** فقد وردت الآثار الصريحة عن عمرو بن العاص وغيره بتعيين وتكليف قاضى ذمى يفصل بين غير المسلمين، ولم يقل محكماً.
- **ومن جهة رابعة:** فإن التحكيم لا يتوقف على تكليف ولى الأمر، بل هو اختيار المتخاصمين.

(1) – د / محمد عبد المنعم رياض – مبادئ القانون الدولى الخاص – ط 2 – النهضة المصرية 1943م – بند 567 صـ495 وبالذات صـ 496، ومشار إليه لدى: د / أحمد عبد الكريم سلامه – مبادئ..... صـ167. وهو يؤيد هذا الاعتراض صـ166، 167

- **ومن جهة أخيرة:** فإن الأمر لو كان تحكيماً لما وجد خلاف بين الحنفية وغيرهم كما سيأتى لاحقاً.

- **الاتجاه الثانى: وهو للماكية**

والقديم عند الشافعية، ومذهب الحنابلة حيث قالوا: إن القاضى مخير عند تداعى غير المسلمين لديه فى أحوالهم الخاصة بين الحكم والاعراض، وكذلك التخيير قائم فى حق الخصوم، بما يفيد ضمناً جواز قضاء الذمى فيما بين الذميين وغيرهم من طوائف غير المسلمين ولعل هذا يتسق ويتفق مع ما ذهبوا إليه من التخيير وهذا هو المراد الطبيعى والعقلى لهؤلاء عند ردهم والاعراض عن دعواهم.[1]

- **الاتجاه الثالث: وقد ذهب إليه الجديد لدى الشافعية**[2]

وابن حزم [3]الظاهرى: أنه لا يجوز تولية غير المسلم القضاء بين غير المسلمين مطلقاً ذلك أن ولاية القضاء أسمى من ولاية الشهادة، وعند ابن حزم لا يجوز ردهم تخييراً لهم ولا للقاضى، ولايجوز ردهم إلى حكامهم أصلاً ويجب على القاضى المسلم أن يحكم بينهم، وأن يكون حكمه ملزماً لهم ويكون بمقتضى شريعة الإسلام فى كل الأحوال، وقد أفتى بمثله الماوردى [4]وذلك بقوله: عدم جواز

(1) - وقد سبق عرض ذلك تفصيلاً فيحال إليه

(2) - أحكام القرآن - ابن العربى - مطبعة الحلبى بالقاهرة 1378هـ / جـ 2 صـ639، ومتن أبى شجاع المسمى بالاقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع - طبعة 1359هـ / 1940 صـ261، الأم جـ 5 صـ50، 51، جـ 4 صـ130 131

(3) - المحلى بالآثار جـ 9 صـ425

(4) - الأحكام السلطانية صـ65

قضاء الكافر ولو على مثله، ولو جد مثل هذا فإنما يكون زعامة وتحكيم لا قضاء [وقد سبق الرد عليه] وكذلك حكى المنع مطلقاً عن ابن حجر الهيثمى، والعز بن عبد السلام [1]

وقد رود فى المبسوط [2]: بلغنا أن أبا موسى الأشعرى قدم على عمر - رضى الله عنهما - فسأله عمر عن كاتبه؟ فقال: هو رجل من أهل الذمة، فغضب عمر وقال: لا تستعينوا بهم فى شيء وأبعدوهم وأذلوهم. [3]

- **الترجيح:**

بعد العرض السابق يمكننى القول برجحان الاتجاه القائل بصحة قضاء أهل الذمة فيما بينهم أو فيمن دونهم، وفى حدود ما لا يتعلق بالنظام العام، وداخل دائرة الأمور التى تتعلق بمعتقداتهم، ذلك أن هذا الاتجاه أقرب إلى الواقعية ويساير السياسة العامة للشريعة الإسلامية واحتراماً لمقتضى عقد الذمة، وقد رجحه جمع من الكتاب [4]

(1) - د / محمد عبد الجواد - بحوث فى الشريعة الإسلامية والقانون - 1397هـ / 1977م - صـ167، 168، والماوردى صـ65

(2) - السرخسى جـ 15 صـ92

(3) - القرطبى - الجامع لأحكام القرآن - ط 3 - 1967م، جـ 2 صـ179، المغنى لابن قدامه جـ 8 صـ532، وفى السيرة النبوية لابن كثير - مكتبة الدعوة - القاهرة جـ 1 صـ338، جـ 2 صـ68

(4) - منهم: د / عبد الحسيب رضوان - القاضى والبينة - صـ173، د / سمير عقبى - أحكام القضاء.... صـ70، د / أحمد الحصرى - الدولة وسياسة الحكم..... صـ87، 290.

- **أسباب الترجيح**

1. أن عقد الذمة يكفل لهم ذلك طالما أنه ليس فيه خروج على النظام العام ويسانده ما روى عن الحسن [خلوا بين أهل الكتاب وبين حاكمهم وإن ترافعوا إليكم فأقيموا عليهم ما فى كتابكم] [1]
2. يصح لهم التحكيم فيما بينهم، فيصح لهم التقاضى فى ذلك، والقضاء أفضل من التحكيم لما فيه من حسم وإلزام، ولكن بشرط خضوع هذا القضاء لإشراف ورقابة الدولة [2].

وهنا يجب ملاحظة أن القضاء الطائفى فى الدولة العثمانية قد قام على أساس رجحان هذا الاتجاه لديهم [3]بينما يرفضه آخر معتبراً ذلك نوعاً من الامتيازات الأجنبية الباطلة] التى أعطاها لهم سليمان القانونى أحد ملوك العثمانيين للأوربيين وهى ليس لها أساس شرعى، وقد صارت بعد ذلك غلا فى أعناق المسلمين... [4]

ب - التحكيم والقضاء الأجنبى

هذان هما البديلان الآخران من بدائل التخلى عن الاختصاص القضائى فيحق لغير المسلم، الذى تخلى القاضى المسلم عن نظر دعواه أو يجوز له ذلك ابتداء فى مجال أحوالهم الخاصة أن يلجأ إلى التحكيم، وقد تطور التحكيم فى

(1) - الجصاص - أحكام القرآن - جـ 4 صـ87

(2) - كما يقول الشيخ المراغى - صـ99

(3) - المستشار / عبد الحميد أحمد سليمان - الحكومة والقضاء فى الفقه الإسلامى - جـ 2 صـ290

(4) - الشيخ / أبو زهرة - العلاقات الدولية..... صـ75، 76

مجال العلاقات الخاصة الدولية تطوراً كبيراً حتى بات يحل محل القضاء العادى وخاصة فى المنازعات التجارية الدولية بما يقترب معه من تجاوز القضاء العادى كلية واللجوء إلى محاكم التحكيم.

وبالنسبة للقضاء الأجنبى فقد اتضح من العرض السابق عند الحديث عن تنفيذ الأحكام الأجنبية المدى الكبير الذى وصلت إليه الأحكام الأجنبية والقيمة التنفيذية التى وصلت إليها.

وذلك بشروط وضوابط سبق لى إيضاحها فى مجال الفقه الإسلامى، وكذلك فى إطار قواعد القانون الدولى الخاص المقارن والمصرى.

ولما كان ذلك كذلك آثرت أن أحيل إلى ما سبق دراسته بخصوص التحكيم والقضاء الأجنبى تفادياً للتكرار والإطناب اللذان يتنافيان مع منهجية البحث العلمى المنضبط.

الخاتمة

بعد عرض هذا الموضوع (مشروعية التخلى عن الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية وبدائله) وتجلية غموضه، وإزالة لبسه وإشكاله. قد اتضح لى منه عدة نتائج وتوصيات:

◘ أولاً: نتائج البحث

- أن الآية الكريمة من سورة المائدة آية 42، ﴿سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ المائدة: 42 إنها غير منسوخة وأنها محكمة، ولم تصح أدلة النسخ ولم يثبت فيها ذلك، وإنها عامة ولم يقم دليل على التخصيص فيها.
- أن صدور القانون رقم 13 لسنة 1968م خالياً من نص مقابل للمادة 865 من القانون رقم 77 لسنة 1949م قد أدى إلى فراغ تشريعى وردة تقنينية فى مجال العلاقات الخاصة الدولية، مما أدى إلى خلاف كبير بين فقهاء القانون الدولى الخاص حول جواز التخلى عن الاختصاص من عدمه.
- ترجح لدىَّ قبول فكرة التخلى عن الاختصاص القضائى ومعايير أوردتها فى هذا البحث.

◘ ثانياً: التوصيات

- التوصية للمقنن المصرى بضرورة تقنين نظرية التخلى عن الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم الوطنية، وذلك فوق ضوابط وشروط أوردتها فى هذا البحث.
- جعل التخلى عن الاختصاص جوازياً للقاضى وفقاً للمعايير والشروط السابق عرضها.
- الدعوة التى أوجهها إلى زملائى الباحثين بضرورة الرجوع إلى الشريعة الإسلامية فى دراسة هذا الفرع الهام من فروع القانون، ووضعها بصورة عصرية بين يدى المقنن المصرى، تمهيداً لإعمالها. (سبحان ربك رب العزة عما يصفون. وسلام على المرسلين. والحمد لله رب العالمين).

المراجع

◘ أهم مراجع الفقه الإسلامى بالبحث

- د / محمد بكر إسماعيل - النسخ فى القرآن - الموسوعة القرآنية المتخصصة، وزارة الأوقاف - القاهرة - 1427هـ / 2006م.
- الإمام البيضاوى - منهاج الوصول إلى عام الأصول - تحقيق / محمد محى الدين عبد الحميد - مطبعة السعادة - 1951م - ط1.
- الإمام / السمرقندى - ميزان الأصول - تحقيق: د / عبد الملك السعدى - ط / وزارة الأوقاف السعودية - 1407هـ / 1987م - جـ2.
- ابن الحاجب - مختصر المنتهى مع شرح العضد - الميرية الكبرى - مصر 1317هـ.
- الفيروزآبادى - بصائر ذوى التمييز فى لطائف الكتاب العزيز - ط / دار الكتب العلمية - لبنان - 1400هـ / 1980م

- د / عبد الفتاح محمود إدريس - النسخ - الموسوعة الإسلامية العامة - وزارة الأوقاف المصرية - 1429هـ / 2008م.
- جلال الدين عبد الرحمن - النسخ حقيقته وأحكامه - طبعة الجبلاوى - ط / 1 1990م.
- الحافظ ثناء الله الزاهرى - تيسير الأصول - دار ابن حزم - بيروت.
- الشيخ / محمد عبد العظيم الزرقانى - مناهل العرفان فى علوم القرآن - ط / عيسى البابى الحلبى - جـ2.
- ابن حزم - المحلى بالآثار - لجنة إحياء التراث العربى - جـ9.
- الموصلى - الاختيار لتعليل المختار - تحقيق محمد محى الدين عبد الحميد - مكتبة محمد على صبيح - القاهرة - جـ5.
- أبى جعفر الطحاوى - مختصر اختلاف العلماء للجصاص الرازى - تحقيق / عبد الله نذير أحمد - دار البشائر الإسلامية - ط2 - 1996م - جـ3.
- الشيخ المراغى - التشريع الإسلامى لغير المسلمين - دار الآداب بالجماميز - القاهرة.
- الشيخ / القهوجى - زاد المحتاج - تحقيق / عبد الله الأنصارى - طبعة الشؤون الدينية القطرية - ط1.
- الشيخ الشربينى - مغنى المحتاج - دار الكتب العلمية - لبنان - جـ4.

- الفخر الرازى - مفاتيح الغيب - دار الفكر العربى - مجلد 6 ط 1 - جـ11.
- الإمام القرطبى - الجامع لأحكام القرآن الكريم - دار إحياء التراث العربى - بيروت - 1405هـ / 1985م - جـ6.
- ابن كثير - المختصر فى التفسير - تحقيق / محمد على الصابونى - دار التراث العربى 1407هـ / 1987م.
- الجلالين - تفسير الجلالين.
- ابن نجيم الحنفى - الأشباه والنظائر.
- الشوكانى - تفسير فتح القدير الجامع بين فنى الرواية والدراية - طبعة مصطفى البابى الحلبى - 1383هـ / 1964م - ط3.
- محمد جواد مغنية - فقه الإمام جعفر الصادق - دار الجواد - لبنان - جـ 5.
- الشيخ / محمد بن الحسن الحر العاملى - وسائل الشيعة - دار إحياء التراث العربى - جـ1 - مجلد 9.
- الجصاص - أحكام القرآن - تحقيق / محمد الصادق قمحاوى - دار إحياء التراث العربى 1985م / 1405هـ - جـ4.
- الإمام الشافعى - الأم - ط / الشعب - جـ5.
- ابن رشد الأندلسى - شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد - تحقيق: د / عبد الله العبادى - دار السلام - المجلد الرابع.

- البهوتى - كشاف القناع عن متن الإقناع - عالم الكتب - بيروت 1403هـ / 1983م.

◘ أهم مراجع القانون بالبحث

- د / عبد الرازق حسن فرج - المدخل لدراسة القانون (نظرية القانون) 1413هـ / 1993م.
- د / رأفت حماد - المدخل لدراسة العلوم القانونية - 1986م.
- د / عبد المنعم البدروای - المدخل للعلوم القانونية - ط 1969م.
- د / عبد الفتاح عبد الباقى - المدخل للعلوم القانونية.
- د / عبد الرشيد مأمون - دروس فى المدخل للعلوم القانونية 1982م.
- المستشار / تادرس ميخائيل تادرس - القانون المقارن فى الأحوال الشخصية فى مصر مع شرح قواعد المرافعات الخاصة بها - الطبعة الأولى - 1954م - مطابع رمسيس بالإسكندرية.
- إبراهيم أحمد إبراهيم - القانون الدولى الخاص - الاختصاص القضائى الدولى والآثار الدولية للأحكام - الكتاب الأول 1991م.
- د / عز الدين عبد الله - القانون الدولى الخاص - 1977م - ط 8 جـ2، ، والقانون الدولى الخاص - الهيئة المصرية للكتاب - 1986م ط 9 جـ2.

- د / أحمد عبد الكريم سلامه - فقه المرافعات المدنية الدولية - دار النهضة العربية.
- د / أحمد قسمت الجداوى - مبادئ الاختصاص القضائى الدولى وتنفيذ الأحكام الأجنبية 1972م / 1973م، ، دراسات فى القانون الدولى الخاص - 1986م.
- د / هشام صادق - تنازع الاختصاص القضائى الدولى - دراسة مقارنة 1972م - منشأة المعارف - الإسكندرية وطبعة 2002م.
- د / محمد كمال فهمى - أصول القانون الدولى الخاص - مؤسسة الثقافة الجامعية - 1992م.
- د / محمد فتحى عثمان - حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والفكر القانونى الغربى - ط 1 عام 1402هـ / 1982م - دار الشروق.
- د / محمد حامد محمود - المسئولية عن التصادم البحرى فى القانون الدولى الخاص - 1990م.
- د / هشام خالد - طبيعة قواعد الاختصاص القضائى الدولى وأثرها على تنفيذ الأحكام الأجنبية - مركز الإسكندرية للكتاب - 1997م.
- د / عكاشة عبد العال - دراسات فى القانون الدولى الخاص فى دولة الإمارات - دار الجامعة الجديدة 2000م، ، تنفيذ الأحكام الأجنبية بين فكرتى الاختصاص القاصر والمشترك - مجلة الحقوق للبحوث القانونية - العدد 2 السنة 1992م.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
المقدمة	7
الفصل الأول: التخلى [التخيير] بين النسخ والإثبات	9
المبحث الأول: ماهية النسخ وشروطه	11
المطلب الأول: تعريف النسخ وبيان أحكامه	13
الفرع الأول: تعريف النسخ	15
الفرع الثانى: إثبات النسخ ونفيه	17
الفرع الثالث: الحكمة من النسخ	19
الفرع الرابع: أنواع النسخ	21
الفرع الخامس: أركان النسخ وأدلة تحققه	23
المطلب الثانى: شروط النسخ	25
الفرع الأول: الشروط المتفق عليها	27
الفرع الثاني: الشروط المختلف	29
المبحث الثانى: أقوال العلماء والفقهاء والمفسرون فى نسخ أو إثبات الآية الكريمة	31
المطلب الأول: الاتجاه الأول: الآية منسوخة	33
الفرع الأول: فقه الاتجاه الماثل	35
الفرع الثانى: أدلة القائلين بالنسخ	37
الفرع الثالث: النقد والتعليق	40

الموضوع	الصفحة
المطلب الثانى: الاتجاه الثانى: الآية غير منسوخة لكنها خاصة بالأجانب	45
الفرع الأول: فقه الاتجاه الماثل.....	47
الفرع الثانى: أدلة هذا الاتجاه.....	48
الفرع الثالث: النقد والتعليق.....	52
المطلب الثالث: الاتجاه الثالث: لا نسخ ولا تخصيص والآية عامة محكمة	55
الفرع الأول: فقه الاتجاه الثالث.....	57
الفرع الثانى: أدلة هذا الاتجاه.....	59
الفرع الثالث: النقد والتعليق.....	62
المطلب الرابع: الترجيح وأسبابه.....	63
الفرع الأول: الاتجاه الراجح.....	65
الفرع الثانى: أدلة الترجيح.....	66
المبحث الثالث: إلغاء المادة 865 من قانون المرافعات رقم 77 سنة 1949م، والذى تم إلغاء بموجب القانون رقم 13 لسنة 1968م؟	69
المطلب الأول: ماهية الإلغاء.....	71
المطلب الثانى: آراء الفقهاء فى قبول التخلى ورفضه بعد إلغاء المادة 865 من قانون المرافعات لقد كانت المادة 865.....	75
الفصل الثانى: اتجاهات الفقه الإسلامى والقانونى على قبول التخلى أورفضه وأدلتهم.....	81
المبحث الأول: رفض التخلى عن الاختصاص القضائى الدولى....	83
المطلب الأول: فقه الاتجاه الماثل.....	85
الفرع الأول: الفقه الإسلامى.....	87
الفرع الثانى: الفقه المصرى.....	88
المطلب الثانى: أدلة هذا الاتجاه.....	91
الفرع الأول: أدلة الفقهاء من الشريعة الإسلامية.....	93
الفرع الثانى: أدلة فقهاء القانون.....	95

الموضوع	الصفحة
المبحث الثانى: الاتجاه القابل بالتخلى عن الاختصاص القضائى الدولى	99
المطلب الأول: فقه الاتجاه الماثل.....	101
الفرع الأول: القائلون به فى الفقه الإسلامى.....	103
الفرع الثانى: الوضع فى الفقه المقارن.....	105
الفرع الثالث: الفقه المصرى.....	108
المطلب الثانى: تحليل الاتجاه الماثل "حجج هذا الاتجاه".....	113
الفرع الأول: حجج الفقه الإسلامى.....	115
الفرع الثانى: حجج فقهاء القانون.....	116
المبحث الثالث: نقد وتقييم الاتجاهين السابقين.....	119
المطلب الأول: نقد وتقييم الاتجاه الأول الرافض للتخلى.....	121
الفرع الأول: تقييم أدلة المانعين للتخيير فى الفقه الإسلامى.....	123
الفرع الثانى: تقييم أدلة فقه القانون [المانعين للتخلى].....	129
المطلب الثانى: نقد وتقييم الاتجاه الثانى "القائلين بالتخلى".....	133
الفرع الأول: النقد الموجه إلى الفقه المجوِّز لتخيير القاضى المسلم	135
الفرع الثانى: تقييم فقه القانون المؤيد للتخلى.....	137
المطلب الثالث: نتائج وضوابط وتوصيات لفكرة التخلى.....	139
الفرع الأول: نتائج العرض السابق.....	141
الفرع الثانى: ضوابط التخلى عن نظر الدعوى.....	143
الفصل الثالث: البدائل المقترحة بعد التخلى عن الاختصاص القضائى	145
الخاتمة.....	155
المراجع.....	157
الفهرس.....	163