مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا

التحكيم وضوابطه الشرعية والإجرائية

أبحاث وقرارات وتوصيات المؤتمر السابع
لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا

المنعقد بـدولة الكـويـت

في الفترة
من ٢٣ ذي القعدة ١٤٣١ هـ الموافق ٣١ أكتوبر ٢٠١٠م

إلى ٢٦ ذي القعدة ١٤٣١ هـ الموفق ٣ نوفمبر ٢٠١٠م

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم
بقلم الأمين العام للمجمع

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه، وبعد..

فهذا هو كتاب المؤتمر السابع لـ مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا وهو المؤتمر الذي عقد بالتعاون مع دولة الكويت في الفترة من ٢٣ ذي القعدة ١٤٣١ هـ الموافق ٣١ أكتوبر ٢٠١٠م إلى ٢٦ ذي القعدة ١٤٣١ هـ الموفق ٣ نوفمبر ٢٠١٠م في الكويت بعنوان: «**التحكيم وضوابطه الشرعية والإجرائية**».

لقد أنشيء هذا المجمع على الساحة الأمريكية، وتبنى منذ اليوم الأول منهج الوسطية والاعتدال في إطار من الثوابت العقدية والمنهجية التي تنأى به عن الإفراط والتفريط، والتي تقدم يسر الإسلام وسماحته دونما تخاذل أو جفاء.

وها هي مؤتمراته السنوية تترى، وفي كل مؤتمر باقة من القضايا الحيوية التي تمس الحاجة إلى تحقيقها، ويتطلع المقيمون في هذا البلد إلى معرفة حكم الشريعة فيها، من خلال مرجعية علمية لها قدم راسخة في علوم الشريعة، ومن خلال اجتهاد جماعي متقن تجتمع فيه خبرة الخبراء وفقه الفقهاء، ويأتلف فيه العلم بالواقع، والدراية بالشرع.

وعلى طريق هذا العطاء المتواصل للمجمع، والدعم الموصول لمسيرته من أهل الخير والفضل في الأمة يتذكر المرء ما جاء في الأثر من أن الخير باق وموصول في هذه الأمة حيثما شرقت أو غربت، وأن وجه الأرض لا يخلو من قائم لله بحجة، وأن هذه الأمة كالغيث لا يدرى أوله خير أم آخره!

وبعد... فإننا إذ نقدم هذا السفر المبارك لنضيف به حلقة إلى سلسلة عطاءات المجمع الفقهية لنبتهل إلى الله جل وعلا أن يجعل التوفيق حليفنا، وأن يجعل الإخلاص باعثنا، وأن ينفع به كل من أسهم فيه بجهد علمي أو ببذل مالي، أو حتى بمجرد مشورة صادقة ونصيحة خالصة، فاللهم تقبل هذا العمل واجعله خالصًا لوجهك الكريم، واعف عنا ما عسى أن يكون قد بدر منا في إعداده من قصور أو تقصير إنك وليّ ذلك والقادر عليه، اللهم آمين.

أ.د/ صلاح الصاوي

الأمين العام

القرارات والتوصيات

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه أما بعد:

فإنه في الفترة من ٢٣ – ٢٦ من شهر ذو القعدة ١٤٣٠ – الموافق ٣١ من شهر أكتوبر – ٣ من شهر نوفمبر ٢٠١٠ جرت بدولة الكويت وبرعاية كريمة من وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية فعاليات المؤتمر السابع لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا تحت عنوان التحكيم وضوابطه الشرعية والقانونية، وقد دارت مناقشات موسعة ومستفيضة على مدى أربعة أيام متتالية حول الموضوعات المقدمة من السادة أعضاء المجمع وخبرائه، وانتهى إلى هذه القرارات الآتية:

أولاً: حول التحكيم وضوابطه الشرعية:

- التحكيم تولية الخصمين محكما يحكم بينهما، وقد يكون ذلك بعد وقوع الخصومة، أو عند نشوء العلاقة التعاقدية بين الطرفين، وهو ثابت بالكتاب والسنة والإجماع.
- يتفق التحكيم مع القضاء والوكالة والصلح في كونها جميعا وسائل لإنهاء النزاع وتحصيل الحقوق.

الفرق بين التحكيم والقضاء:

يختلف التحكيم عن القضاء فيما يلي:

- أن ولاية القاضي عامة، ولكن ولاية المحكم قاصرة على موضوع النزاع الذي رضي الخصمان برفعه إليه.
- أن مصدر تولية القاضي هو السلطان المسلم عند وجوده، أو أهل الحل والعقد من المسلمين عند عدم السلطان المسلم، ولكن مصدر تولية المحكم هو الخصمان المتنازعان.

- وجوب إجابة القاضي على كل من دعاه، ولو لم يرض بالتقاضي إليه، ولا تجب إجابة محكم إلا برضا الخصمين بالاحتكام إليه.
- للقاضي أن يستخلف غيره، ولا يجوز ذلك للمحكم إلا برضا الخصمين.
- المحكم غير ملزم بالحكم بما يلتزم قاضي البلد بالحكم به، وإنما بالمرجعية التي ارتضاها المحتكمون إليه في وثيقة التحكيم ما لم تصادم الشريعة الإسلامية.

الفرق بين التحكيم والوكالة:

- يفترق التحكيم عن الوكالة بان الوكيل يسعى في مصلحة موكله بينما المحكم يسعى في إقرار الحق سواء كان في مصلحة الطرف الذي اختاره أو في مصلحة خصمه.

الفرق بين التحكيم والصلح:

يختلف التحكيم عن الصلح فيما يلي:

- يفترق التحكيم عن الصلح بان الصلح لا يلزم فيه إقامة دعوى وإحضار بينات، بل يكفي فيه تنازل كل من الخصمين عن كل أو بعض دعواه، فإن الصلح هو التسالم بين شخصين على تمليك عين أو منفعة، أو إسقاط دين أو حق أو غير ذلك مجاناً، أو بعوض.
- أن المصلح لايلزم أن يكون قد اختاره الخصمان، بل قد يتطوع بالإصلاح من تلقاء نفسه.
- ينبغي جعل الإصلاح بين الناس جزءا من عمل المحكم بحيث يسعي أولا للإصلاح بين الخصمين فان لم يتيسر الصلح حكم بينهما.

مزايا التحكيم:

- أنه السبيل إلى تحكيم الشريعة الإسلامية في البلاد التي لا تحكم بها.

- سرعة فض المنازعات وقلة تكلفته غالبا مقارنة بالوقت الذي يستغرقه التقاضي وتكلفته.
- تلافي الأحقاد والعداوات، لأن التحكيم يتيح اختيار ذي تخصص دقيق وتجربه في موضوع الخصومة.

حكم التحكيم:

- يجب على آحاد المسلمين تحكيم الشريعة في خصوماتهم، من خلال التحكيم إذا عجزوا عن حلها صلحا، ويجب عليهم النزول على قرارات المحكمين، وإمضائها طائعين مختارين.
- يجب على المسلمين وجوبا كفائيا أن يهيئوا من بينهم محكمين مؤهلين إذا تعين ذلك طريقا لتلافي التحاكم إلى غير الشريعة.

مجالات التحكيم:

- التحكيم جائز في كل شيء عدا الحدود، على أن تراعي كل أقلية مسلمة السقف المسموح لهم به في أنظمة بلدهم عملًا بقوله تعالى: ﴿فَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ مَا ٱسۡتَطَعۡتُمۡ﴾[1].

أنواع التحكيم:

- ينقسم التحكيم إلى اختياري برغبة من الخصمين، وإجباري بأمر من القاضي أن تحال القضية إلى التحكيم والمحكم في النوع الثاني يعتبر نائبا عن القاضي.

---

(١) سورة التغابن: ١٦.

- كما ينقسم التحكيم باعتبار ثان إلى مؤسسي تتولاه هيئات مسجلة ومرخص لها في دولها بمزاولة التحكيم، والي خاص أو فردي وهو ما يتولاه أفراد برضا الخصمين.
- كما ينقسم التحكيم باعتبار ثالث إلى دولي بأن يكون أطراف النزاع أو معاملاتهم التي يحتكمون بشأنها في أكثر من دولة، والي محلي داخلي وهو ما كان فيه الخصمان ومعاملاتهم المتنازع عليها في دولة واحدة.
- أركان التحكيم خصمان، ومحكم، ومحل، وصيغة.
- يشترط في الخصمين أهلية التصرف.
- يشترط في المحكم أن يكون عدلا فقهيا يسترشد بآراء أهل الخبرة، أو ذا خبرة ودراية بموضوع الخصومة ولو لم يكن فقيها على أن يسترشد بآراء الفقهاء.
- محل التحكيم هو الأعيان المالية والمنافع وسائر الحقوق.
- صيغة التحكيم هي الإيجاب والقبول، وتكون بالنطق أو بكتابة ما يفيد قبولهما الاحتكام إلى محكم معين في موضوع تنازعهما.
- يتوقف التحكيم إذا غاب أحد الخصمين عن جلسة التحكيم، إلا إذا تبين للمحاكم أن التغيب بلا عذر فللمحكم حينئذ المضي في التحكيم وإصدار حكمه.
- وفاة أحد الخصمين أو زوال أهليته يؤدي إلى انقطاع سير الخصومة، إلا إذا كان المحكم قد أنهي إجراءات المرافعة قبل ذلك فله أن يصدر الحكم ولو بعد وفاة أحد الخصمين أو زوال أهليته.
- يجوز للمحكم تقاضي أجرة على التحكيم يأخذها من الخصمين بالتساوي بينهما.
- يجوز في المنازعات المالية أن يجعل العوض نسبة معلومة من المبلغ المتنازع عليه.

- الأجر هو ما اتفق عليه الخصمان، والمحكم فإن فشل التحكيم بعد الشروع فيه فللمحكم أجرة المثل على ما عمل.
- يستحسن أن تتولي المراكز والجمعيات الإسلامية قبض الأجرة من الخصوم وتسليمها للمحكم صيانة لهيبة التحكيم وحفظا لكرامة المحكمين.
- لا يجوز للمحكم أن يحكم بعقوبة تعزيزيه يجعلها بديلا عن عقوبات الحدود الشرعية.
- يجري على المحكم ما يجري على القاضي، فينقض حكمه إذا حكم فيما لا تشمله الدعوى المرفوعة إليه لأن ولايته قاصرة عليها، وكذا لو حكم فيما يختص القاضي بالحكم فيه، أو خالف شروط الخصوم، أو كان فاقد الأهلية للتحكيم.

إجراءات التحكيم:

ينبغي الحرص على الأخذ بالإجراءات التالية عند التحكيم:

- أن يكتب الخصوم قبل التحكيم ما يفيد قبولهما بالمحكم والتزامهما بحكمه، وأن يشهدوا على ذلك، ويتم توثيقه قانونيا وفقا للإجراءات القانونية المعتادة.
- أن يعلم المحكم الخصوم بمكان التحكيم وموعده.
- أن يشفع الخصوم دعواهم بالبينات والمستندات الدالة على صدق دعواهم.
- أن يستمع المحكم إلى الخبراء والشهود، وان يحرر موضوع النزاع ومطالب الخصوم كتابيا قبل الشروع في الدعوى.
- أن تسجل وقائع الجلسات وأقوال الخصوم كتابة في جميع جلسات التحكيم
- يجوز أن يكون المحكم واحدا أو أكثر، ويستحسن أن يكون العدد وترا بفرض الترجيح بين المحكمين إذا اختلفت آراؤهم.

مدة التحكيم:

- يتم التحكيم خلال مدة مناسبة، ولا تحديد لها إلا إذا اشترط الخصوم في اتفاق التحكيم أجلا للحكم فيجب على المحكم الالتزام بهذا الأجل ما أمكن، فإن تعذر طلب من الخصمين تمديد المدة.
- لا تمدد مدة التحكيم إلا باتفاق الخصمين، فان لم يوافقا على تمديدها جاز لكل منهما رفع النزاع إلى محكم آخر، أو إلى جهة أعلى.

توصيات:

- يوصي المجمع المتعاقدين في العقود كافة أن يضمنوا عقودهم مشارطة على التحكيم وفق أحكام الشريعة الإسلامية إذا حدث بينهم نزاع في موضوع العقد أو في تفسير شيء من بنوده، وأن يسميا هيئة موثوقة يحتكمان إليها وأن يتفقا كذلك على جهة تدقيق الأحكام التي يمكنهم الطعن أمامها في قرارات المحكمين.
- كما يوصي المجمع بإنشاء هيئات موثوقة تضم فقهاء وقانونيين وخبراء تتولي تدريب المحكمين وتأهيلهم على أن تضم قسما للتحكيم بين الخصوم وقسما للنظر في الطعون المقدمة في أحكام المحكمين.
- كما يوصي المجمع بنشر ثقافة التحكيم وتعريف المسلمين بأهميته لا سيما في البلاد غير الإسلامية وبالله التوفيق.

ثانياً: حول بعض مسائل النفقة والمتعة والحضانة:

- المبتوتة هي: المطلقة طلاقا بائنًا مكملا للثلاث.
- للمبتوتة النفقة والسكنى مدة العدة حتى تضع حملها، وأما غير الحامل فلها النفقة والسكنى مدة العدة إن لم يكن لها مال تنفق منه أو تبذل منه أجرة المسكن.

- المتعة هي: مال يبذله الزوج لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق أو ما في معناه جبرا لخاطرها المنكسر بالطلاق.
- تجب المتعة لكل مطلقة قبل الدخول إذا لم يسم لها مهر في العقد، فإن سمي لها مهر استحب لها متعة، مع استحقاقها نصف الصداق.
- تجب المتعة لكل مطلقة بعد الدخول إذا سمي لها مهر، ولم تكن المفارقة بسبب من قبلها.
- يراعى في تقدير المتعة حال باذلها عسرا ويسرا.
- الحضانة هي: حفظ من لا يستقل بأموره، وتربيته بما يصلحه.
- يكون حق حضانة الولد لأمه، وتمتد حضانتها له إلى بلوغه سن السابعة.
- الحضانة مقررة لمصلحة المحضون، فيترك للمحكم أو القاضي تقدير مصلحة الولد بعد السابعة إلى الخامسة عشرة: سواء أكان ذلك بتخييره بين أبويه، أو وضعه عند أحدهما، أو عند غيرهما، وفق ما تقتضيه مصلحة الصغير.
- لا يؤثر سفر الحاضنة في سقوط حقها في الحضانة، إلا إذا سافرت سفر نقلة إلى بلد آخر غير بلد ولي المحضون، بقصد الإقامة فيه، وبعدت المسافة بين بلد الولي والبلد الذي انتقلت إليه الحاضنة، بحيث يعنت بالولي أن يسافر إلى ولده لرؤيته في البلد الذي انتقلت إليه الحاضنة، أو كان الطريق إلى البلد المسافر إليه غير آمن، أو كان بهذا البلد قلاقل وفتن، سواء كان البلد المسافر إليه في داخل القطر أو خارجه.
- في حال سقوط الحضانة عن الحاضنة بسفر النقلة، تنتقل الحضانة إلى من يليها في الأحقية بالحضانة، إن كان مقيما غير مسافر.
- لغير الحاضن من الأبوين الاعتراض على سفر الحاضن بالمحضون، في الحالات التي يسقط السفر فيها حقه في الحضانة.

- لغير الحاضن الحق في زيارة المحضون عند الحاضن، أو في الموضع الذي يمكن فيه رؤيته، إذا روعيت في الزيارة الضوابط الشرعية.

من آداب الزيارة الشرعية للمحضون في بيت الحاضنة:

- تجنب الخلوة بالحاضنة، أو الاسترسال معها في الحديث، أو إطالة المكث عندها.
- اختيار الوقت المناسب للزيارة، وأن تكون مواقيتها على ما جرت به العادة.
- استئذان من في البيت قبل الدخول.
- أن لا يترتب على الزيارة أو الاستزارة الإضرار بمصلحة الصغير.
- أن لا يلقن الصغير ما يوغر صدره على أحد والديه، مع تعاونهما على تعليمه وتربيته، والحفاظ على دينه وخلقه، بحيث يكون بارا بهما.
- يمكن اعتبار ما تقضي به قوانين المجتمع الذي به المحضون، فيما يتعلق بتنظيم الزيارة والاستزارة، بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.
- تتحدد نفقة الولد عند انفصال أبويه بمقدار كفايته من المطعم والمشرب والملبس والمسكن، وأجرة الحاضنة إذا افتقر إليها، ونفقات تعليمه في مراحل التعليم، ونفقات علاجه، وفقا لحال من تجب عليه النفقة عسرا ويسرا، ووفق ما يقتضيه العرف في ذلك.
- لا يمتنع اعتبار قوانين المجتمع الذي به المحضون في تقدير نفقته، إذا راعى مقدار كفايته من أنواع النفقة السابق ذكرها.

التحكيم الشرعي

بين المسلمين في بلاد الغرب

إعداد الدكتور

أحمد الصويعي شليبك

أستاذ مشارك بجامعة الشارقة

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الشارقة

قسم الفقه وأصوله

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا وحبيبنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فإن الشريعة الإسلامية مبنية على مراعاة المصلحة في جميع المعاملات الإنسانية، لأن غايتها تحقيق السعادة الدنيوية والأخروية للجميع، والإنسان مدني بالطبع، وهو في حاجة أكيدة وشديدة إلى التعامل مع أفراد مجتمعه للحصول على ضروريات قوته ومعاشه، وتحقيق متطلبات حياته، وهذه الحاجة يتبادلها الأفراد، كما تتبادلها الجماعات بحكم الضرورة الملحة والمصلحة، وقد يحدث الخلاف والنزاع والشقاق وتباين وجهات النظر والرأي بين الأفراد خلال مسيرة الحياة نظرًا للاختلاف في الآراء والمعتقدات، وتنوع النزاعات، قال تعالى: ﴿وَلَوْ شَآءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ ٱلنَّاسَ أُمَّةً وَٰحِدَةً ۖ وَلَا يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ ﴿١١٨﴾ إِلَّا مَن رَّحِمَ رَبُّكَ ۚ وَلِذَٰلِكَ خَلَقَهُمْ﴾[1].

وقد أولي الإسلام عناية كبيرة للفصل في المنازعات على أساس العدل، ولم يكتف في حلها بإصلاح الفرد، بل فرض لحلها القضاء، وأنشأ له المحاكم والدواوين، بدءًا من النبي ﷺ، حيث كان حاكمًا وقاضيًا إلى الخلفاء من بعده وهكذا.

وأهتم الإسلام بالتحكيم اهتمامًا كبيرًا، فنظمه تنظيمًا جيدًا، ووضع لها ضوابط وقواعد، وأعطى لحكم المحكم صفة الإلزام كالقضاء، وجعل وظيفة التحكيم التوفيق بين المتنازعين، حيث يلجأ بعد نشوء النزاع، وجعل مبني أحكامه تحقيق المصالح المتماثلة في رد الحقوق لأصحابها بطريقة التراضي، وحفظ الأسرار، وسرعة الوصول

(١) سورة هود: ١٨٨ – ١٨٩.

للحقوق ودفع المفاسد. ولأهمية موضوع التحكيم في حياتنا وخصوصًا في الأقليات الإسلامية التي تعيش في بلاد الغرب رغبت في بحث هذا الموضوع: التحكيم الشرعي بين المسلمين في بلاد الغرب. لما فيه من فائدة كبيرة للمسلمين هناك، وقد قسمت هذا البحث إلى ما يلي:

المقدمة:

المبحث الأول: تعريف التحكيم ومشروعيته وأهميته.

المطلب الأول: تعريف التحكيم في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: ألفاظ ذات الصلة.

المطلب الثالث: مشروعية التحكيم.

المطلب الرابع: أهمية التحكيم.

المبحث الثاني: أصول التحكيم.

المطلب الأول: حكم التحكيم.

المطلب الثاني: شروط المحكم.

المطلب الثالث: شروط التحكيم.

المطلب الرابع: ما يجوز فيه التحكيم.

المطلب الخامس: إلزامية حكم المحكم.

المبحث الثالث: التحكيم بين المسلمين في بلاد الغرب.

المطلب الأول: الحكم.

المطلب الثاني: وثيقة التحكيم.

المطلب الثالث: أجرة التحكيم.

المطلب الرابع: مجال التحكيم.

الخاتمة: تضمنت نتائج البحث.

وقد اعتمدت على في كتابة هذا البحث علي: المنهج الاستقرائي، وذلك بتتبع الأقوال، والأدلة والمسائل المعاصرة المتعلقة بمبدأ التحكيم، وقرنت ذلك بالمنهج التحليلي للأقوال والأدلة، وربط هذه الأقوال بالتحكيم، والاستدلال الاستنباطي حيث ذكرت الأدلة التي اعتمد عليها العلماء ووجه الاستدلال.

أسأل الله عز وجل أن يكون هذا البحث قد أصاب الحق فيما ذهب إليه، وأن يكون خالصًا لوجهه الكريم، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا.

المبحث الأول

تعريف التحكيم ومشروعيته وأهميته

المطلب الأول

تعريف التحكيم في اللغة والاصطلاح

أولاً: تعريف التحكيم في اللغة:

التحكيم في اللغة: مصدر حكمه- بتشديد الكاف- في الأمر والشيء: أي جعله حكمًا، وفوض الحكم إليه، وحكمه بينهم: أي طلب منه أن يحكم بينهم. يقال حكمته في مالي: إذا جعلت إليه الحكم فيه، وحكمه في الأمر فاحتكم جاز فيه حكمه، يقال: حكمنا فلانًا فيما بيننا، أي: أجزنا حكمه بيننا.[(١)] فالتحكيم في اللغة هو: اختيار شخص وتفويض الأمر للفصل بين المتنازعين.

ثانيًا: تعريف التحكيم في الاصطلاح:

عرف التحكيم بعدة تعريفات نذكر منها ما يلي:

(١) **التحكيم هو**: تولية الخصمين شخصًا غير قاض للحكم بينهما فيما تنازعا فيه بحكم الشرع[(٢)].

(٢) **التحكيم هو**: اتخاذ الخصمين حاكمًا برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما[(٣)].

---

(١) الرازي، مختار الصحاح، ص١٤٨، الفيومي، المصباح المنير، ص١٤٥.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق ٧/ ٢٧.

(٣) مجلة الأحكام العدلية، المادة (١٧٩٠).

(٣) **التحكيم هو**: أن يختصم رجلان في حق من الحقوق المالية، فيحكما رجلًا ليقضي بينهما[(١)].

والتعريفات الثلاثة متقاربة لفظًا ومعني عبارة عن تراض بين المتخاصمين على تحكيم شخص بينهما في المنازعات، وكلن الذين عرفوا التحكيم لم يتطرقوا إلى إلزامية التحكيم، ولذا يمكن تعريف التحكيم بما يلي: اتفاق الخصوم برضاهم على تولية من يفض النزاع بينهم بحكم ملزم.

فالتحكيم لا يصح ويقع إلا بتراضي الخصوم اثنان أو أكثر على اختيار من يقوم بفصل النزاع، بشرط أن يكون حكم الحكام ملزمًا، رضي الخصوم أو لم يرضوا، لأنه لو لم يكن الحكم ملزمًا لما تحققت الفائدة المنشودة من التحكيم.

ولقد عرف مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم ٩٥/ ٨/ د٩ التحكيم بأنه: اتفاق بين طرفي خصومة معينة على تولية من يفصل في منازعو بينهما بحكم ملزم يطبق الشريعة الإسلامية.

يقال لمن ارتضي به الطرفان: الحكم- بفتح الحاء والكاف، والمحكم- بضم الميم وفتح الحاء والكاف المشددة.

(١) ابن أبي الدم، كتاب أدب القضاء ١/ ٤٢٨.

المطلب الثاني

ألفاظ ذات الصلة

أولاً: القضاء:

القضاء هو: تبين الحكم الشرعي، والإلزام به وفصل الحكومات [(١)]. أو هو: فصل الخصومات بإظهار حكم الشارع فيها على سبيل الإلزام [(٢)].

بالنظر إلى تعرفي التحكيم والقضاء نجد أنهما يتفقان في أمور، ويختلفان في أخرى.

(١) الأمور التي يتفق فيها التحكيم مع القضاء هي [(٣)]:

أ- التحكيم والقضاء ولاية حكم: فالتحكيم من الولايات، فهو نوع من القضاء لما فيه من فصل الخصومات، وبيان الحكم الشرعي، فالحكم نوع من أنواع القضاء، ولذلك قال بعض الفقهاء: أن التحكيم شعبة من القضاء [(٤)].

---

(١) البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٤٥٩، البهوتي، كشاف القناع ٦/ ٢٨٥.

(٢) ياسين، نظرية الدعوى، ص٢٨.

(٣) أحمد وغنيم، الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، ص٦٤، المنياوي، مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، ٤/ ١٣، الألفي، التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، ٤/ ١٧١، النشمي، التحكيم والتحكم الدولي، المجلة العلمية للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، العدد الثالث، ص٧٩، الغزالي، التحكيم في الفقه الإسلامي، ص٣٩.

(٤) الطرابلسي، معين الحكام، ص١١.

ب- كل منهما يطبق شرع الله على الخصومة المرفوعة إليه للفصل فيها، ولا محل في أي منهما للحم بالهوى والتشهي، لقوله تعالى: ﴿فَٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُۖ وَلَا تَتَّبِعۡ أَهۡوَآءَهُمۡ عَمَّا جَآءَكَ مِنَ ٱلۡحَقِّ﴾[1].

ج- كل من الحكم والقاضي لا يتصدى لمنازعات الناس من تلقاء نفسه، وإنما يكتسب ولاية الحكم ممن ولاه. ولا يتقيد بآراء من اختاره لهذا العمل، فالقاضي يقضي بما يراه حقًا ولو خالف رأي ولي الأمر الذي عينه، والحكم يحكم بما يعتقد صحته، ولو خالف رأي أحد الخصمين أو كليهما.

د- المولي يملك عزل المولي، فإذا عزل الإمام القاضي انعزل، وإذا اتفق الخصمان على عزل الحكم انعزل.

(٢) الأمور التي يختلف فيها التحكيم مع القضاء[2]:

أ- القاضي تتم توليته من قبل ولي الأمر أو نائبه، فعمله من المناصب والولايات، وهو سلطة الدولة في الفصل في النزاعات وحماية الحقوق، أما المحكم فتتم توليته من قبل الخصوم، والحكم يستمد سلطته منهم وسلطتهم خاصة على أنفسهم فقط، فولاية المحكم خاصة فيمن ارتضاه من المتخاصمين، وهي أدني من ولاية القضاء، والحكم أقل سلطة وأدني منه رتبة. وبالتالي حكمه أدني رتبة من حكم القاضي.

---

(١) سورة المائدة: ٤٨.

(٢) السرخسي، المبسوط ١٦/ ١١١، الكاساني، بدائع الصنائع ٧/ ٣، أحمد وغنيم، الوسيط في التنظيم القضائي، ص٦٤، أبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص٩٣.

ب- التحكيم لا يصح إلا برضا الخصمين، أما القضاء فلا يشترط رضا الخصمين ولو رفعت إليه قضية، حكم فيها ولو من غير رضاهما.

ج- التحكيم أضيق مجالًا من القضاء، فالحكم يقتصر اختصاصه في الدعوى المحكم فيها فقط، وحكمه قاصر على المحكوم عليه ولو ثبت ببينة أما القاضي فله النظر في كل القضايا التي تدخل في اختصاصه وهي عادة واسعة زمانًا ومكانًا، وحكمه يتعدى المحكوم عليه [(١)].

د- أن الخصم لا يجب عليه إجابة خصمه إلى التحكيم إذا دعاه إليه، أما إذا دعاه إلى القضاء فتجنب الإجابة.

ه- لا يجوز للحكم أن يستخلف غيره ليتولى التحكيم نيابة عنه إلا بموافقة الطرفين، لأن الرضا بالتحكيم مرتبط بشخص الحكم، أما القاضي فيجوز له أن يستخلف غيره في نظر القضايا المعروضة [(٢)].

و- التحكيم يحقق العدل بلا عداوة بين الخصوم بخلاف القضاء الذي يحقق العدل لكنه كثيرًا ما يخلف وراءه العداوة والأحقاد بين المتنازعين.

ز- أن حكم المحكم إذا رفع إلى القاضي، يجوز له أن ينقضه إذا كان محل التحكيم أمرًا اجتهاديًا، أو فيه خلل في مراحل التحكيم وقواعده، بينما حكم القاضي لا ينقض بحكم قاض آخر.

---

(١) الجصاص، شرح أدب القاضي للخصاف ص٣٩٣-٣٩٤. وعبد الله بن خنين، التحكيم في الشريعة الإسلامية ص٣٦-٣٧.

(٢) قرار مجمع الفقهاء الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة. رقم ٩١/٨/٩.

ثانيًا: الإفتاء:

الإفتاء هو: الإخبار عن حكم الشارع في أمر من الأمور [(١)].

(١) يتفق التحكيم مع الإفتاء في:

أ- الإخبار عن الحكم الشرعي في الواقعة أو المنازعة المعروضة، ولا يتطلب ولاية ولي الأمر، بل برضي المستفتي، أو المتنازعين.

ب- لا يجوز للمحكم والمفتي التساهل وأتباع الهوى في الفتوى والحكم.

ج- لا يجوز لهما إذا وجد في المسألة قولان: أحدهما فيه التشديد، والآخر فيه تخفيف أن يفتي أو يحكم العامة بالتشديد والخاص من ولاة الأمر بالتخفيف

(٢) ويختلف التحكيم عن الإفتاء في:

أ- يشترط في المحكم ما يشترط في القاضي بخلاف الإفتاء.

ب- أن حكم المفتي غير ملزم لأحد، فهو يخبر عن حكم الواقعة محل السؤال من قبل في الواقعة محل النزاع [(٢)]. قال ابن فرحون رحمه الله تعالى: «المفتي مخبر، والحكام ملزم» [(٣)].

---

(١) المرداوي: الإنصاف ١١/ ١٨٦.

(٢) القرافي، الفروق ٤/ ٥٣.

(٣) ابن فرحون، تبصرة الحكام ١/ ٦٥.

ج- الإفتاء أعم من التحكيم، فالإفتاء يدخل في كافة جوانب الحياة دون تخصيص، فيكون في المنازعات، والعبادات، والمعاملات وغير ذلك، أما التحكيم فهو خاص ومحدد في مسائل المنازعات والخصومات.

قال الإمام القرافي رحمه الله تعالى: «اعلم أن العبادات كلها على الإطلاق لا يدخلها الحكم البتة، بل الفتيا فقط، فكل ما وجد فيها من الإخبارات فهي فتيا فقط، فليس لحاكم أن يحكم بأن هذه الصلاة صحيحة، أو باطلة، ولا أن هذا الماء دون القلتين فيكون نجسًا فيحرم على المالكي بعد ذلك استعماله، بل ما يقال في ذلك إنما هو فتيا عن كانت مذهب السامع عمل بها، وإلا فله تركها والعمل بمذهبه»[(١)].

ويمكن القول: إن كل ما يجوز فيه الحكم تدخله الفتوى، لا العكس[(٢)].

أ- التحكيم أكثر تقييدًا من جهة المحكوم له من الأقرباء كالأب والولد والزوجة وغيرهم، أما الحكم فلا يجوز للمحكم أن يحكم لنفسه، ولا لمن تقبل شهادته له، ولا على عدوه. وذلك للتغاير بين علة منع الحكم للقريب، وهي التهمة التي تعتبر مختلفة في مسألة الفتوى لعموم الحكم فيها[(٣)].

ب- الحكم يعتمد على أدلة الإثبات التي يقدمها الخصوم، وهي محددة ومقيدة إلى جاني الأدلة الشرعية، بخلاف الفتوى التي تعتمد الأدلة الشرعية من

(١) القرافي، الفروق ٤/ ٤٨.

(٢) حسين، تهذيب الفروق ٤/ ٨٩.

(٣) السعدي، القواعد والأصول الجامعة، ص١٤٦، أبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص٩٠-٩١.

كتاب وسنة. فالمحكم مثلًا لا يجوز أن يستند في حكمه إلى علمه الشخصي في إثبات مسألة معينة، أما المفتي فيجوز له ذلك.

ج- أثر الفتوى عام يشمل المستفتي وغيره، أما الحكم فأثره خاص بأطراف النزاع الصادر فيه ذلك الحكم فلا يتعداهما.

المطلب الثالث

مشروعية التحكيم

يستدل على مشروعية التحكيم بالكتاب، والسنة، والإجماع:

(١) قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾[١].

وجه الدلالة من الآية: أن الله ﷻ أمر عند مخافة الشقاق والنزاع بين الزوجين أن يحكما حكمًا بينهما، فلما جاز التحكيم في حق الزوجين، دل ذلك على جواز التحكيم في سائر الخصومات والدعاوى إذا تراضي المتخاصمان على ثالث يفصل النزاع بينهما.

عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: هذا الرجل والمرأة إذا تفاسد الذي بينهما أمر الله أن تبعثوا رجلًا صالحًا من أهل الرجل، ورجلًا مثله من أهل المرأة فينظران أيهما المسيء[٢].

قال القرطبي رحمه الله تعالى: (وفي هذه الآية دليل على إثبات التحكيم)[٣].

(٢) قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ ﴾[٤].

---

(١) سورة النساء: ٣٥.

(٢) الشوكاني، فتح القدير ١/ ٤٦٣.

(٣) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٥/ ١٧٩.

(٤) سورة النساء: ٥٨.

وجه الدلالة: أن الله ﷻ أمر من يحكم بين الناس أن يحكم بالعدل، والحكم بين الناس وفصل الخصومات عام يشمل جميع أنواع الفصل في الخصومات، والحكم يكون بالقضاء وبالتحكيم، فدل ذلك على جواز التحكيم.

(٣) قوله تعالى: ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُمۡ أَوۡ أَعۡرِضۡ عَنۡهُمۡۖ وَإِن تُعۡرِضۡ عَنۡهُمۡ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيۡـٔٗاۖ وَإِنۡ حَكَمۡتَ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِٱلۡقِسۡطِۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُقۡسِطِينَ﴾[1].

وجه الدلالة: أن الأمر بالحكم عام يشمل النبي ﷺ وأمته، ويشمل القضاء والتحكيم.

قال ابن العربي رحمة الله تعالى في بيان مفهوم هذه الآية: (إن الحكم بين الناس إنما هو حقهم لا حق الحكام، بيد أن الاسترسال على التحكيم خرم لقاعدة الولاية ومؤد إلى تهارج الناس، فلابد من نصب فاصل، فأمر الشرع بنصب الوالي ليحسم قاعدة الهرج، وأذن في التحكيم تخفيفًا عنه وعنهم في مشقة الترافع لتتم المصلحتان وتحصل الفائدتان)[2].

(٤) عن شريح بن هاني أنه لما وفد إلى ﷺ فقال له: «**إن الله هو الحكم، وإليه هانئًا: أبا الحكم، فلم تكني أبا الحكم؟ فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم، فرضي كلا الفريقين،قال: أحسن من هذا، فما لك من الولد**»

(١) سورة المائدة: ٤٢.

(٢) ابن العربي، أحكام القرآن ٢/ ٦١٩.

قال: لي شريح، وعبد الله، ومسلم قال: «فمن أكبرهم» قال شريح: «فأنت أبو شريح» فدعا له ولولده [(١)].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أقر بتحكيم ابن هانئ واستحسنه، وهذا دليل صريح على مشروعية التحكيم.

(٥) رضي رسول الله ﷺ بتحكيم سعد بن معاذ رضي الله عنه في أمر يهود بني قريظة، حين جنحوا إلى ذلك، ورضوا بالنزول على حكمه، فعن عائشة رضي الله عنها قالت: أصيب سعد يوم الخندق، رماه رجل من قريش يقال له حبان بن العرفة، رماه في الأكحل، فضرب النبي ﷺ خيمة في المسجد ليعوده من قريب، فلما رجع رسول الله ﷺ من الخندق، وضع السلاح واغتسل، فأتاه جبريل عليه السلام، وهو ينفض رأسه من الغبار، فقال: «قد وضعت السلاح، والله ما وضعته، اخرج إليهم»، قال النبي ﷺ: فأين؟ فأشار إلى بني قريظة، فأتاهم رسول الله فنزلوا على حكمه، فرد الحكم إلى سعد، قال: فإني أحكم فيهم أن يقتل المقاتلة، وأن تسبي النساء والذرية، وأن تقسم أموالهم [(٢)].

---

(١) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الأدب، باب في تغيير الاسم القبيح، ح (٤٣٠٣)، سنن النسائي، كتاب آداب القضاء، باب إذا حكموا رجلًا فقضى بينهم، ح (٥٢٩٢)، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود ٣/ ٩٣٦.

(٢) البخاري، صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب مرجع النبي ﷺ من الأحزاب، ح (٣٨١٣)، مسلم، صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير باب جواز قتال من نقض العهد، ح (٤٥٥٠).

قال النووي في شريحه لصحيح مسلم: (فيه جواز التحكيم في أمور المسلمين وفي مهماتهم العظام، وقد أجمع العلماء عليه ولم يخاف فيه إلا الخوارج)[1].

(٦) عن أبي هريرةﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «**اشترى رجل من رجل عقارًا له، فوجد الرجل الذي اشتري العقار في عقاره جرة فيها ذهب، فقال له الذي اشتري العقار: خذ ذهبك مني أنما اشتريت منك الأرض، ولم أبتع منك الذهب، فقال الذي شري الأرض: إنما بعتك الأرض وما فيها، قال: فتحاكما إلى رجل فقال: الذي تحاكما إليه: ألكما ولد، فقال أحدهما: لي غلام، وقال الآخر: لي جارية، قال: أنكحو الغلام للجارية، وأنفقوا على أنفسكم منه تصدقًا**»[2].

قال النووي رحمه الله تعالى: (في هذا الحديث فضل الإصلاح بين المتنازعين، وأن القاضي يستحب له الإصلاح بين المتنازعين، كما يستحب لغيره)[3].

(٧) الإجماع: فقد ثبت منذ عهد الصحابةﷺ من خلال قضايا تنازع فيها بعضهم، فالتجأوا إلى التحكيم فقبلوه، من ذلك:

أ- كان عمر وأبي بن كعب رضي الله عنهما منازعة في نخل، فحكما بينهما زيد ابن ثابت ﷺ، فأتياه فخرج زيد بن ثابت إليهما، وقال لعمر ﷺ: ألا تبعث إلى فآتيك يا أمير المؤمنين، فقال عمر ﷺ: في بيته يؤتي الحكم، فإذن لهما فدخلا، وألقي لعمر وسادة، فقال عمر ﷺ: لو أعفيت أمير المؤمنين من

(١) النووي، صحيح مسلم بشرح النووي ١٢/ ٩٠.

(٢) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأنبياء، باب رقم (٥٤)، ح (٣٤٧٢)، مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب استحباب الإصلاح الحكام بين الخصمين، ح (١٧٢١).

(٣) النووي، صحيح مسلم بشرح النووي ١٢/ ٢٠.

اليمين، فقال عمر يمين لزمتني فلأحلف، فقال أبي كعب ﷺ، بل يعفي أمير المؤمنين ويصدقه [(١)].

ب- عن الشعبي رحمه الله تعالى قال: ساوم عمر رجلًا بفرس، فحمل عليه عمر فارسًا من قبله لينظر إليه، فعطب الفرس، فقال عمر: هو مالك، وقال الآخر: بل هو مالك، قال: فأجعل بيني وبينك من شئت، قال اجعل بيني وبينك شريحًا العراقي، فأتياه فقال عمر: أن هذا قد رضي بك، فقص عليه القصة، فقال شريح لعمر، خذ بما اشتريت، أو رد كما أخذت، فقال عمر: وهل القضاء إلا ذلك! فبعثه قاضيًا، وكان أول من بعثه [(٢)].

ج- عن أبي مليكة رحمه الله تعالى قال: أن عثمان ﷺ ابتاع من طلحة بن عبيدالله ﷺ أرضًا له بالكوفة، فلما تبايعا ندم عثمان، ثم قال بايعتك ما لم أره فقال طلحة: إنما النظر لي، إنما ابتعت مغيبًا، وأما أنت فقد رأيت ما ابتعت. فجعلا بينهما حكمًا، فحكما جبير بن مطعم ﷺ، فقضي على عثمان: أن البيع جائز، وأن النظر لطلحة أنه أبتاع مغيبا) [(٣)].

وهناك آثار كثيرة تدل على رجوع الصحابة ﷺ إلى التحكيم، ولم يسمع بمخالفة أحدهم لذلك، ولا إنكارهم ذلك، فكان إجماعًا [(٤)].

---

(١) الدارقطني، سنن الدارقطني ٤/ ٢٤٢، البيهقي، سنن البيهقي، كتاب آداب القاضي لا يحكم لنفسه ١٠/ ١٤٤.

(٢) الصنعاني، المصنف، كتاب الطلاق، باب الرجل يشتري الشيء على أن يجربه فيهلك، ح (١٦٠٥٢).

(٣) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب البيع، باب من قال يجوز بيع العين الغائبة ٥/ ٢٦٧/ ٢٦٨، الطحاوي، شرح معاني الآثار ٤/ ١٠، ابن حجر، تلخيص الحبير ٣/ ٦.

(٤) السرخسي، المبسوط ٢١/ ٦٢، الشربيني، مغني المحتاج ٤/ ٣٧٨.

المطلب الرابع

أهمية التحكيم

للتحكيم فوائد كثيرة لا يحققه من جلب المصالح ودرء المفاسد، ومن هذه الفوائد ما يلي:

(١) الإسراع في فض النزاع: وذلك لأن المحكم يكون عادة متفرغًا للفصل في هذه الخصومة وليس عنده خصومات أخرى، فيتيسر له البدء فورًا في إجراء التحكيم وإنهائه في وقت أقصر بكثير مما يتم في المحاكم، وهذا فيه مصلحة ظاهرة الإسراع في إيصال الحق لصاحبه، وللوقت أثر مهم على المتنازع عليه، والبط في اتخاذ القرار يجعل الأضرار تتنامى وتتضاعف.

(٢) تلافي الحقد والعداوة والبغضاء بين الخصوم، وحفظ العلاقة الطيبة بينهم بقدر الإمكان وذلك لأن أساس التحكيم يقوم على مبدأ أن الحكم مختار من قبل الخصوم أنفسهم، اختاروه بطيب نفس منهم، وهذا الشخص المختار حائز على ثقتهم، مما يجعل الحكم كأنه صدر من مجلس عائلي، وداخل أسرة واحدة.

(٣) أن التحكيم يسهم في إصلاح ذات البين وقطع المنازعات والخصومات في المجتمع المسلم وبالتالي تقل القضايا المرفوعة لدى القضاء وهذا يؤثر إيجابًا في تقليل عدد القضاة المطلوب تعيينهم، مما يعني مساهمة المواطن في هذا الجانب من خلال إفشاء التحكيم وإعماله في تحقيق المصلحة العامة للبلد.

قال ابن العربي رحمه الله تعالى: (فأمر بنصب الوالي ليحسم قاعدة الهرج، وأذن في التحكيم تخفيفا عنه وعنهم في مشقة الترافع لتتم المصلحتان وتحصل الفائدتان)[1].

(٤) أن التحكيم يتيح للمتنازعين فرصة اختيار محكمين أصحاب تخصيص دقيق في موضوع النزاع،مما يسهم في فهم سريع ودقيق لموضوع الخلاف، وبخاصة في بعض القضايا الدقيقة التي قد لا تتوافر في القاضي الذي ينظر في مختلف القضايا، ويعتمد على رأي أهل الخبرة.

(٥) أن التحكيم يعطي المتحاكمين مخرجًا من الالتزام بما خالف شرع الله ﷻ، وذلك عندما يكون المتنازعون في بلد لا يحكم بشرع الله كالأقليات في البلاد الغربية، فيجد المتنازعون في التحكيم فرصة لإنهاء النزاع بينهم باللجوء إلى حكم يلتزم شرع الله في الحكم بينهم، مخرجًا من تطبيق القانون الذي يتعارض مع معتقداتهم وأعرافهم[2].

(١) ابن العربي، أحكام القرآن ٢/ ٦٢٣.

(٢) الغزالي، التحكيم في الفقه الإسلامي، ص٩٦.

المبحث الثاني

أصول التحكيم

المطلب الأول

حكم التحكيم

أختلف العلماء في حكم التحكيم على قولين هما:

(١) ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز التحكيم [(١)]. واستدلوا بالأدلة التي ذكرناها في مشروعية التحكيم [(٢)].

(٢) ذهب بعض فقهاء الشافعية، وابن حزم [(٣)]، إلى أنه يجوز التحكيم بشرط أن لا يوجد قاض في البلد، فإن وجد لم يجز التحكيم، لأن الحكم بين الناس من عمل الإمام ونوابه، وفي التحكيم افتيات على عمل الإمام فلا يجوز، فإن لم يوجد قاض جاز لوجود الضرورة حينئذ.

يجاب عنه: بأن التحكيم يختلف عن القضاء، فالحكم يقتصر حكمه على من رضي بحكمه، بخلاف القاضي الذي له عموم الولاية. بالإضافة إلى أن الحكم ليس ولاية تنفيذ، وبالتالي ليس هنا افتيات على الإمام لأن السلطة أهم ما فيها التنفيذ.

---

(١) الزيلعي، تبيين الحقائق ٤/ ١٩٣، ابن العربي، أحكام القرآن ١/ ٤٢٧، النووي، روضة الطالبين ١١/ ١٢١، الشربيني، مغني المحتاج ٤/ ٣٧٨، ابن قدامة، المغني ٩/ ١٠٧، والبهوتي، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٤٦٧.

(٢) راجع ص٧ وما بعدها.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج ٤/ ٣٧٩، ابن حزم، المحلى ٩/ ٤٣٥.

والراجح هو القول الأول في أنه يجوز التحكيم مطلقًا، وجد القاضي أو بم يجد. وقد يصبح التحكيم مستحبًا، لما فيه من السماحة في المعاملة، ولما يترتب عليه من بقاء المودة والأخوة، وذلك كأن يدعوه أحد الخصمين صاحبة للتحكيم لما فيه من الرفق به من حيث الجهد البدني أو المالي، أو يناله ضرر بذهابه للمحكمة، أو يتسبب في كشف أشياء يرغب في سترها. وقد يكون التحكيم واجبًا، وذلك فيما لو احتاج الخصمان أو أحدهما حاجة ملحة لحكم قضائي، وهما في بلد لا يحكم بشرع الله، فليس أمامهما إلا تحكيم طرف ثالث [1]، يحكم بينهما بشرع الله.

(١) الغزالي، التحكيم في الفقه الإسلامي، ص ٨٨.

المطلب الثاني

شروط المحكم

يشترط فيمن يتولى التحكيم الشروط التالية:

(١) أن يكون أهلًا لتولي القضاء[١]: أي لابد أن تكون الشروط المطلوبة في القاضي متوفرة في المحكم، لأن المحكم منزل منزلة القاضي، فلا يجوز تحكيم الكافر، والفاسق، والصغير لأنهم ليسوا من أهل الشهادة[٢].

ويجوز عند الحنفية والمالكية في قول تحكيم المرأة، لأن كل من تقبل شهادته في أمر جاز أن يكون حكمًا فيه، ومن لا فلا[٣].

ويري بعض الشافعية إن هذا الشرط يمكن الاستغناء عنه، عندما لا يوجد الأهل لذلك.

وأرى أن هذا القول ليس على إطلاقه، بل لابد من أن يتصف المحكم ببعض الصفات، ولا تسقط هذه الصفات بحال، وهي: الإسلام فلا يصح تولية الكافر والمرتد في التحكيم بين المسلمين، لأن التحكيم نوع من أنواع الولاية على الغير ولا ولاية لغير المسلم على المسلم لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾[٤]، والبلوغ لأن البلوغ شرط لصحة الحكم، وغير البالغ لا يتعلق بقوله على

---

(١) يشترط في القاضي أن يكون: مسلمًا، عاقلًا، بالغًا ذاكرًا، سميعًا، بصيرًا، متكلمًا، عدلًا، عارفًا بما يقضي به.
أنظر: ابن الهمام، فتح القدير ٧/ ٣١٦، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ١/ ٥٦، الشربيني، مغني المحتاج ٤/ ٣.

(٢) الزيلعي، تبيين الحقائق ٤/ ١٩٣، الحطاب، مواهب الجليل ٦/ ١١٢، الشربيني، مغني المحتاج ٤/ ٣٧٨، البهوتي، كشاف القناع ٦/ ٣٠٦.

(٣) الطرابلسي، معين الحكام، ص ٢٥، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٤/ ١٣٦-١٣٧.

(٤) سورة النساء: ١٤١.

نفسه حكم، فكان الأولي ألا يتعلق بقوله على غيره حكم، والعدالة، والالتزام بتطبيق شرع الله ﷻ، فلا يصح تولية الفاسق وغير الصالح في التحكيم بين المسلمين لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ﴾[1]، وقوله: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَـٰنِ﴾[2].

وعلي هذا إذا فقد في بلاد الغرب من يكون أهلًا للقضاء فيجوز في هذه الحالة تولية العلماء، وطلبة العلم، وأئمة المساجد، والصالحين للتحكيم بين المسلمين.

(٢) العلم بما يحكم به: أي أن يكون المحكم عالمًا بالأحكام الشرعية، أو على القدر المتعلق بالواقعة التي يحكم فيها ومدركًا للواقع الذي يعيشه الخصوم، وذلك لأن شرط الحاكم والمحكم العلم بما يحكم به، وإلا لم يصح ولم ينفذ حكمه مع الجهل ولو وافق الصواب لأنه تخاطر وغرر، ولكن لو شاور المحكم الجاهل العلماء فأروه وجه الحق فحكم به صح حكمه ونفذ، لأن الغرض منه فصل الخصومات[3].

(٣) عدم تعدى الحكم لغير المتحاكمين: لأن التحكيم صلح معني حيث لا يثبت إلا بتراضي الخصمين والمقصود به قطع المنازعة، والصلح لا يعلق ولا يضاف.

---

(١) سورة النساء: ٥٨.

(٢) سورة النحل: ٩٠.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٤/ ١٣٦، الخرشي، حاشية الخرشي ٧/ ١٤٦، الصاوي حاشية الصاوي ٤/ ١٩٨.

(٤) لا يحكم المحكم لمن لا تقبل له شهادة لهم: وذلك مثل أصوله، أو فروعه، لأن أهلية الشهادة شرط القضاء، والشهادة لهولاء غير مقبولة، فكذلك الحكم، وعدم قبول الشهادة لهم لمظنة التهمة، لأن الابن جزء من أبيه، وماله ماله[(١)].

وهناك وجه عند الشافعية والحنابلة في قول بجواز التحكيم، لأن ذلك وقع عن رضا منهم، فصار المحكوم عليه راضيًا بحكمه عليه، ولأنه حكم لغيره أشبه الأجانب[(٢)].

(٥) أن لا يكون المحكم خصمًا: أي يشترط في المحكم أن لا يكون أحد الخصمين، لأن الشخص لا يحكم لنفسه لمظنة التهمة ولا عليها.

وأجاز الحنفية والمالكية والحنابلة أن يحكم الخصم خصمه، فلو حكمه فحكم لنفسه، أو عليها جاز تحكيمه ابتداء، ومضي حكمه مطلقًا إن لم يكن جورًا[(٣)].

ولعل الصحيح هو عدم صحة كون الخصم حكمًا، لأن النبي ﷺ لم يفعله، ولا صحابته الكرام لوجود التهمة خصوصًا لو حكم لنفسه، لأننا لا نجد من يحكم على نفسه في أي خصومة خصوصًا في هذا الزمان، ولو كان الأمر صحيحًا فلا فائدة من التحكيم أصلًا والله أعلم.

---

(١) نظام، الفتاوى الهندية ٣/ ٣٩٧، الشربيني، مغني المحتاج ٤/ ٣٧٩، ابن قدامة، المغني ٩/ ٧٧.

(٢) ابن أبي الدم، كتاب القضاء، ص ١٧٨، ابن قدامة، المغني ٩/ ٧٧.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق ٧/ ٢٨، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٤/ ١٣٥، البهوتي، كشاف القناع ٦/ ٣٠٩.

المطلب الثالث

شروط التحكيم

يشترط في صحة التحكيم الشروط التالية:

(١) قيام نزاع وخصومة بين متخاصمين حول حق من الحقوق، كل واحد يدعي حقًا له قبل الآخر.

(٢) تراضي الخصمين: أي اتفاق الخصمين على تحكيم رجل بعينه بينهما إلى حين الحكم، لأن لهما ولاية على أنفسهما، فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما، والرضا المعتبر هو الرضا قبل الحكم لا بعده، فإن رضي به أحدهما دون الآخر، أو رضيا به ثم رجعا، أو رضي أحدهما بطل حكمه، ولم ينفذ سواء حكم للراضي، أو للراجع[(١)]. وعند الحنفية لا يشترط تقدم رضي الخصمين عن التحكيم، بل لو رضيا بحكمه بعد صدوره جاز[(٢)].

(٣) اتفاق المتخاصمين والحكم على قبول مهمة التحكيم: إما صراحة كما لو قال الخصمان للمحكم: حكمناك بيننا، أو قال المحكم: أحكم بينكما فقبلا. أو دلالة كما لو اصطلح الخصمان على رجل بينهما، ولم يعلماه بذلك، ولكنهما اختصما إليه، فحكم بينهما، جاز حكمه، وإن لم يقبل الحكم، لم يجز حكمه إلا

(١) الماوردي، أدب القاضي ٢/ ٣٨٥.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق ٧/ ٢٥، ابن الهمام، شرح فتح القدير ٧/ ٣١٧.

بتجديد التحكيم[1]. ولا يجوز للمحكن عند تعينه أن يفوض غيره بالتحكيم، لأن الخصمين لم يرضيا بتحكيم غيره.

ويجوز للحكمين أن يقيدا التحكيم بشرط، كما لو حكما حكماً على أن يحكم بينهما في يومه، أو في مجلسه، أو على أن يستفتي فلانًا، ثم يقضي بينهما بما قال، فوافق جاز[2].

(٤) عدم تحكيم من ليس أهلًا للتحكيم: فلو اتفقا الخصمان على محكم ليس أهلًا للتحكيم، كما لو حكما غير المسلم بين المسلمين، وأجازا حكمه، لم يجز، لأن التحكيم نوع من أنواع الولاية على الغير ولا ولاية لغير المسلم على المسلم.

(٥) الإشهاد على التحكيم: لا يحتاج التحكيم إلى شهود يشهدون على الخصمين بأنهما حكما الحكم[3].

ولكن الصحيح أنه لابد من وجود شهود يشهدون على الخصمين أنهما قد حكما الحكم، وذلك خوفًا من الجحود والإنكار لأي من الخصمين، فمثلًا: لو حكما الخصمان الحكم، فحكم بينهما فأنكر المحكوم عليه منهما أنه حكمه، لم يقبل قول الحكم أن الجاحد حكمه إلا ببينة[4].

(٦) استمرار الاتفاق على الحكم حتى صدور الحكم، إذ أن رجوع أحد الخصمين قبل صدور الحكم يلغي التحكيم ولو بعد إقامة البينة والشروع فيه، لعدم

---

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٥/ ٤٢٨.

(٢)ابن نجيم، البحر الرائق ٧/ ٢٦، ابن عبدين، حاشية ابن عابدين ٥/ ٤٣١، الشربيني، مغني المحتاج ٤/ ٣٧٩.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٤/ ١٣٥.

(٤) ابن أبي الدم، أدي القضاء ١/ ٤٣٢، البهوتي كشاف القناع ٦/ ٣٠٩.

استمرار الرضا، فلو قال الحكم لأحدهما: أقررت عندي، أو قامت عندي بينة عليك بكذا، وقد ألازمتك وحكمت بهذا، فأنكر المقتضي عليه الإقرار، أو البينة لم يلتفت لقوله، ومضي القضاء، لأن ولاية المحكم قائمة، وهو في هذه الحالة كالقاضي.

أما إن قال ذلك بعد أن عزله الخصم، فإن قوله وحكمه لا يعتد به، كالحكم الذي يصدره القاضي بعد عزله [1].

(١) السرخسي، المبسوط ٢١/ ٦٣، ابن الهمام، شرح فتح القدير ٧/ ٣١٧، الشربيني، مغني المحتاج ٤/ ٣٧٩.

المطلب الرابع

ما يجوز فيه التحكيم

اختلف الفقهاء فيما يجوز فيه التحكيم على أربعة أقوال هي:

(١) ذهب الحنابلة إلى أنه يجوز التحكيم في جميع الأحكام، في المال، والقصاص والحدود والنكاح وغيرها، حتى مع وجود قاض[(١)].

(٢) ذهب المالكية[(٢)]، والشافعية في قول[(٣)] إلى أنه يجوز التحكيم في الأموال وما في معناها لأنها أخف، ولا يجوز فيما عداها، لاستلزامها إثبات حكم أو نفيه من غير المتحاكمين، ومن عدا هذين المتحاكمين لم يرض بحكم هذا المحكم، ولأنه تعلق بها حق لغير الخصمين، إما أنه حق لله تعالى كالحدود والقتل والطلاق، لأن الحدود زواجر، وهي حق الله، والمطلقة طلاقًا بائنًا لا يجوز إبقاؤها في العصمة، وإما أنه حق لآدمي كاللعان والنسب، فاللعان يتعلق به حق الولد في نفي نسبه من أبيه، فقد ينفيه هذا المحكم، وليس له ولاية على الحكم في هذا الولد، والنسب يترتب عليه أحكامه من نكاح وعدمه، وإرث وعدمه، فلا يجوز التحكيم فيها، وتناط ينظر القاضي ومنصبه. وزاد المالكية جواز التحكيم في الجروح وإن كبرت.

وقال المالكية: لو حكم الحكام في غير الأموال، كالحكم في حد، أو قصاص، أو لعان،

---

(١) البهوتي، كشاف القناع ٦/ ٣٠٨، ابن قدامة، المغني ٩/ ٧٨.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٤/ ١٣٦، الدردير، الشرح الصغير ٤/ ١٩٩، ابن فرحون، تبصرة الحكام ١/ ٥٥.

(٣) النووي، روضة الطالبين ١١/ ١٢١، الشربيني، مغني المحتاج ٤/ ٣٧٩.

وكان حكمه صوابًا، جاز حكمه ولا ينقض، لأن حكم المحكم يرفع الخلاف كحكم الحاكم، ولكن إذا نفذ الحكم بأن قتل أو حد أو اقتص، فإن الحكام يؤدب المحكم لافتياته على الإمام، وإلا فلا، فإن لم يكن حكمه صوابًا فعليه الضمان، فإن ترتب على حكمه إتلاف عضو، فالدية على عاقلته، وإن ترتب عليها إتلاف مال كان الضمان في ماله[1].

(٣) ذهب الحنفية في قول [2]، والشافعية [3]، إلى أنه يجوز التحكيم في الحدود الخالصة لله تعالى، ويجوز فيما عداها مطلقًا، لأن الإمام هو المتعين لاستيفائها، ولأن التحكيم تفويض والتفويض يصح بما يملك المفوض فيه بنفسه، ولا يصح فيما يملك كالتوكيل، وليس لهما ولاية على سائر الناس، ويجوز في القذف والقصاص، لأن الاستيفاء إليهما، وهما من حقوق العباد، فيجوز التحكيم كما في الأموال، ولأن ولي القصاص لو استوفي القصاص من غير أن يرفع إلى السلطان جاز، فكذا لو حكم فيه، لأنه من حقوق بني آدم، ولأن التحكيم تفويض وتولية في حقهما وإن كان صلحًا في حق غيرهما، وهما يملكان استيفاء القصاص فيصح تفويضه إلى غيرهما.

وقد ذكر الطرابلسي رحمه الله تعالى قاعدة فيما يصح فيه التحكيم فقال: (ويصح التحكيم فيما يملكان فعل ذلك بأنفسهما وهو حقوق العباد، ولا يصح فيما لا يملكان وهو حقوق الله تعالى)[4].

---

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٤/ ١٣٦، الصاوي حاشية الصاوي، ٤/ ٢٠٠، ابن فرحون، تبصرة الحكام ١/ ٤٤.

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٧/ ٣١٨، ابن عابدين حاشية ابن عابدين ٥/ ٤٢٩.

(٣) النووي، روضه الطالبين ١١/ ١٢١، الرملي نهاية المحتاج ٨/ ٢٤٣، الشربيني، مغني المحتاج ٤/ ٣٧٩.

(٤) الطرابلسي، معين الحكام، ص٢٥.

(٤) وذهب الحنفية [١]، إلى أنه لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقًا لله تعالى والقصاص والدية على العاقلة، ويجوز في غيرهما، لأنه لا ولاية لهما على دمهما، ولهذا لا يملكان الإباحة، فلا يستباح برضاهما، ويجوز في سائر الأمور الأخرى كالطلاق والنكاح وغيرهما، ولأن حكم الحاكم بمنزله الصلح، فكل ما يجوز استحقاقه بالصلح يجوز التحكيم فيه، وما لا فلا، ولا يجوز استفياء قصاص وحد القذف بالصلح، ولأنهما يندرثان بالشبهات، وفي حكمه شبهة، لأنه حكم في حقهما لا في حق غيرهما.

الترجيح:

والراجح أنه لا يجوز في النسب، والحدود والقصاص إلا في حالة الصلح، ويجوز فيما عدا ذلك. لأن هذه الأمور تحتاج إلى قاض يقضي ويقيم الحد فيها والقصاص، وهذا لا يتصور في المحكم، خصوصًا بالنسبة للمسلمين في بلاد الغرب، لأن قوانينها تمنع ذلك، فلا يستطيع المحكم المسلم في البلاد الغربية أ، قيم حدًا، أو قصاصًا، وإذا فعل ذلك فإنه يتعرض للمساءلة القانونية، وقد يؤدي الأمر إلى عقوبته وسجنه، فمن باب سد ذريعة الفساد يجب عليه أن لا يحكم في مسائل الحدود، ولكن له أن يحكم في القصاص بقصد الإصلاح بين الخصوم: إما بالعفو، أو الدية فقط، وما عدا ذلك فلا، لفعل النبي ﷺ ذلك، فعن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: «**ما رأيت رسول الله ﷺ رفع إليه شيء فيه القصاص، إلا أمر فيه بالعفو**» [٢]. وعن وائل بن حجر رضي الله عنه قال: كنت عند

(١) ابن نجيم، البحر الرائق ٧/ ٢٧، ابن همام، شرح فتح القدير ٧/ ٣١٨، الطرابلسي، معين الحكام، ص٢٥ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٥/ ٤٢٩.

(٢) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الديات، باب الإمام يأمر بالعفو في الدم، ح (٤٤٩٧)، النسائي، سنن النسائي، كتاب القسامة، باب الأمر بالعفو عن القصاص، ح (٤٧٨٧).

النبيﷺ إذ جئ برجل قاتل في عنقه النسعة، قال: «**فدعا ولي المقتول، قال اتعفوا؟» قال: لا، قال: أتأخذ الدية؟ قال: لا، قال أفتقتل؟ قال نعم، قال: أذهب به، فلما كان في الرابعة قال: «أما إنك إن عفوت عنه يبوء بإثمه وإثم صاحبه، قال: فعفا عنه»**[1].

وما ذكرته إنما يصح إذا اعتبرنا حكم المحكم يكون ملزمًا للخصمين، أما إذا كان حكمه غير ملزم للخصمين، فإنه يجوز له التحكيم في جميع الأحكام والله أعلم بالصواب.

(١) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الديات، باب الإمام يأمر بالعفو في الدم، ح (٤٤٩٩)، النسائي، سنن النسائي كتاب القسامة، باب القود، ح (٤٧٢٧).

المطلب الخامس

إلزامية حكم المحكم

اختلف الفقهاء في إلزامية حكم المحكم إذا حكم في المسألة المتنازع عليها، على ثلاثة أقوال:

(١) ذهب الحنفية، وبعض المالكية، والشافعية في أظهر قوليهم، وبعض الحنابلة [(١)] إلى أن حكم المحكم ملزم للخصمين، ولا يجوز فسخه، ولا يشترط رضاهما بعد صدور الحكم، وغير ملزم إذا رجع الخصمان أو أحدهما قبل صدور الحكم، ولو بعد إقامة البينة والشروع فيه، أو كان حكم المحكم مخالفًا للأصول الشرعية، واستدلوا بالأدلة التي ذكرناها في مشروعية التحكيم [(٢)].

ولأن من جاز حكمه، لزم حكمه كالقاضي ولاه الإمام [(٣)]. ولأنهما هما الموليان له، فلما عزله قبل أن يحكم، كما أن للسلطان أن يعزل القاضي قبل أن يحكم.

(٢) ذهب المالكية، والحنابلة [(٤)] إلى أن حكم المحكم بعد الشروع في الحكم وقبل تمامه ملزم لهما، ولا يصح رجوعهما أو أحدهما بعد الشروع في الحكم وقبل تمامه، كرجوع الموكل بعد صدور ما وكل فيه من وكيله، ويجوز رجوع الخصمين أن

---

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٧/ ٣١٦، ابن فرحون، تبصرة الحكام ١/ ٥٦، الشربيني، مغني المحتاج ٤/ ٣٧٩، ابن قدامة، المغني ٩/ ٧٧.

(٢) راجع ص ٧ وما بعدها.

(٣) الشيرازي، والمهذب ٢/ ٢٩٢.

(٤) ابن فرحون، تبصرة الحكام ١/ ٥٦، البهوتي، كشاف القناع ٦/ ٣٠٩.

أحدهما قبل الشروع في الحكم، لأنه لا يلزم حكمه إلا برضا الخصمين، أشبه رجوع الموكل عن التوكيل قبل التصرف فيما وكل فيه.

(٣) وذهب الشافعية في قول [(١)] إلى أنه عقد غير لازم مطلقًا، ولا يلزم المحكم بعد صدوره إلا بتراضيهما بعد الحكم. لأنه لو ألزمناهما حكمه، لكان ذلك عزلًا للقضاة، وافتياتًا على الإمام، ولأنه لما اعتبر تراضيهما في الحكم اعتبر رضاهما في لزوم الحكام، وبناء على هذا القول يكون حكم المحكم كالفتوى.

واعترض عليه: بأنه لا يلزم من إلزام حكم المحكم عزل القاضي، بل هو تخفيف وتقليل القضايا المرفوعة لدي القاضي، وتقليل لعدد القضاة المطلوب تعينهم، وفي هذا قال ابن العربي رحمه الله تعالى: (فأمر بنصب الوالي ليحسم قاعدة الهرج، وأذن في التحكيم تخفيفًا عنه وعنهم في مشقة الترافع لتتم المصلحتان وتحصل الفائدتان) [(٢)]. وقياس على الفتوى هو قياس مع الفارق، كما بينا ذلك [(٣)].

الترجيح:

والراجح والله أعلم بالصواب هو القول الثاني القائل بلزوم حكم الحكام للمتخاصمين، بعد الشروع في الحكم، ولا يجوز رجوعهما أو أحدهما بعد صدور الحكم، لأن هذا يؤدي إلى أنه إذا رأي من المتخاصمين أن الحكم ليس في مصلحه رجع عن الحكم، فيبطل المقصود بالتحكيم، ولأن حكمه كالقاضي، فكان أن القاضي إذا

(١) الشيرازي، المهذب ٢/ ٢٩٢، الشربيني، مغني المحتاج ٤/ ٣٧٩.
(٢) ابن العربي، أحكام القرآن ٢/ ٦٢٣.
(٣) راجع ص ٦.

حكم في قضية ما، فإن حكمه ينفذ من غير توقف على رضا أي من الخصمين، والتحكيم فرع عن القضاء فيجب أن ينفذ حكمه.

وقد رجح مجمع الفقه الإسلامي في قراره ٩٥/٨/٩ هذا الرأي فقال: (التحكيم عقد غير لازم لكل من الطرفين المتحكمين والحكم، فيجوز لكل من الطرفين الرجوع فيه ما لم يشرع الحكم في التحكيم، ويجوز للحكم أن يعزل نفسه- ولو بعد قبوله- ما دام لم يصدر حكمه، ولا يجوز له أن يستخلف غيره دون الطرفين، لأن الرضا مرتبط بشخصه).

المبحث الثالث

التحكيم بين المسلمين في بلاد الغرب

الأصل أنه لا يجوز للمسلم في بلاد الغرب أن يتحاكم إلى المحاكم غير الإسلامية، لقوله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى ٱلَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ ءَامَنُوا۟ بِمَآ أُنزِلَ إِلَيْكَ وَمَآ أُنزِلَ مِن قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَن يَتَحَاكَمُوٓا۟ إِلَى ٱلطَّٰغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوٓا۟ أَن يَكْفُرُوا۟ بِهِۦ وَيُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُضِلَّهُمْ ضَلَٰلًۢا بَعِيدًا﴾[1].

قال ابن القيم رحمه الله تعالى: (من تحاكم، أو حاكم إلى غير ما جاء به الرسول ﷺ فقد حكم الطاغوت، وتحاكم إليه، والطاغوت كل ما تجاوز به العبد حده من معبود، أو كتبوع، أو مطاع فطاغوت كل قوم من يتحاكمون إليه غير الله ورسوله ﷺ، أو يعبدونه من دون الله، أو يتبعونه على غير بصيرة من الله، أو يطيعونه فيما لا يعلمون أنه طاعة لله»[2].

وقد يضطر المسلم إلى التحاكم إلى المحاكم غير الإسلامية، وذلك مثل أخذ الحقوق من غير المسلمين، ولا يمكن ذلك إلى عن طريق المحاكم كالحوادث، الاعتداء، والضرورات نبيح المحظورات.

ولكن لو كان الخلاف والنزاع بين المسلمين، ففي هذه الحالة جيب عليهم أن يبحثوا ويرجعوا إلى من يقوم بحل هذا الخلاف والنزاع، وهو الحكم المسلم، من ذوي الاختصاص الشرعي، حتى يستطيع أن يعطي حكمًا سديدًا، وهناك لابد من وجودها عند التحكيم بين المسلمين نذكرها كما يلي:

---

(١) سورة النساء: ٦٠.

(٢) ابن القيم، أعلام الموقعين ١/ ٥٣.

المطلب الأول

الحكـــــم

يشترط في المحكم الذي يقوم بعمل التحكيم وفصل المنازعات والخصومات سواء كان خاصًا أو عن طريق المؤسسات والجمعيات والمراكز الإسلامية التي يلجأ إليها الخصوم لحل نزعاتهم أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

(١) أن يكون عالمًا بالأحكام الشرعية حتى يستطيع أن يفصل في المنازعات بالطريقة الصحيحة التي لا تخالف النصوص الشرعية، فإن لم يكن فقهيًا أو طالب علم، فيلزم أن يكون على اتصال بالعلماء في المكان التي يعيش فيه يسترشد ويستأنس بآرائهم ويعينونه على الفصل في الخصومات والمنازعات.

(٢) الحفاظ على أسرار المهمة الموكلة إليه.

(٣) أن يكون على دراية بقوانين البلد التي يعيش فيها ويعلم ما يستطيع أن يحكم فيه وما لا يستطيع، حتى لا يصطدم بالنظام العام.

(٤) أن يسجل اسمه لدى السلطات المعنية في الولاية أو المدينة، حتى يكون عمله رسميًا ولا يؤدي به إلى المسائلة القانونية، أو يعترض عليه أحد من الخصوم أو أقربائه.

(٥) أ، يكون على دراية بالعرف السائد في البلد التي يعيش فيها، لأن العرف له دور في استنباط الحكم الشرعي، ويسهل الوصول إلى الأحكام الشرعية التي تعينه على الوصول إلى الحلول للخصومات والمنازعات.

المطلب الثاني

وثيقة التحكيم

لابد من وجود وثيقة للتحكيم، لتوثيق الخصومة والمتخاصمين ومجريات، والحكم الذي يصدر المحكم. يقدم طلب التحكيم يذكر فيه: أسماء المتخاصمين وعناوينهم كاملة ووقائع النزاع والخصومة والبيانات المطلوبة ليتكون لدى المحكم فكرة أولية عن طبيعة النزاع.

يقوم الحكم عندئذ بإعداد وثيقة مهمة التحكيم، وتتضمن: ملخصًا للوقائع والنزاع، وطلبات الخصوم، والالتزام بما يحكم به، والمسائل التي سيفصل بها المحكم من حيث النتيجة. وبعد إعداد الوثيقة، ويعرضها المحكم على أطراف النزاع الذين لهم الحق ببيان رأيهم فيها وتعليقهم عليها. وعند اكتمال الوثيقة بالصيغة المعتمدة من المحكم، تقدم للأطراف للتوقيع من قبلهم، ومن قبل الشهود، ثم من قبل المحكم وبعد التوقيع عليها يقوم المحكم قبل إصدار الحكم ببدل مساعي الصلح بين الخصوم، وتبصرة أطراف النزاع بحقوقهم وواجباتهم، فإذا تم الصلح فيوثق المحكم ذلك، وإلا أصدر حكمه في الفصل بعد البحث والنظر في القضية وعندما يصدر الحكم من المحكم يعمل منها عدة نسخ، واحدة وهي الأصل تكون مع المحكم، ونسخة لكل خصم حتى تكون حجة على جميع الأطراف، وحتى لا يدعي أحد من الخصوم أنه لم يختار المحكم والأصل أن هذه الوثيقة تكون ملزمة للطرفين، خصومًا إذا صدقت من قبل الولاية أو المدينة.

المطلب الثالث

أجرة التحكيم

يجوز أخذ الأجرة على القربات، لقوله ﷺ: «**إن أحق ما أخذتم عليه أجرًا كتاب الله**»[1]، والتحكيم من القربات، فيجوز أخذ الأجرة عليه، قياسًا على أخذ الأجرة على الأذان، والصلاة، والقضاء، ويكون دفع الأجرة على المتخاصمين، وتقدر الأجرة وفقًا لظروف كل دعوى على حدة، وأخذ الأجرة على التحكيم تجوز لأمرين:

الأول: ضمان تنفيذ التحكيم وعدم الإخلال به، فالخصم إذا أدرك أنه إذا لم يلتزم بالتحكيم التزم بما هوا أشد، حمله ذلك على الوفاء بما التزم به، وبهذا يؤمن الحكم استمرارية التحكيم، وعدم عدول احد الأطراف عن التحكيم، وتكون الأجرة غير مستردة للخصوم إذا شرع الحكم في التحكيم، وهذا يعطي التحكيم صفة الإلزام بالنسبة للمحكمين، وأما قبل ذلك تكون الأجرة مستردة إذا رجع الخصوم أو أحدهما عن التحكيم، أو عزل المحكم عن التحكيم.

الثاني: هذه الأجرة تكون في مقابل حبس المحكم نفسه لسماع الخصوم، والنظر في القضية المتنازع عليها، والبحث في إيجاد الحكم المناسب للخصومة، وهذا قد يستغرق وقتًا طويلًا، فلو لم تجنب له الأجرة فقد لا نجد من يقوم بهذا العمل، ويقع الناس في حرج شديد، وحتى لا يتهاون المحكم في إنهاء النزاع لانشغاله بحياته الأسرية.

---

(١) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطب، باب الشرط في الرقية بقطيع من الغنم، ح (٥٧٣٧).

المطلب الرابع

مجال التحكيم

يعيش المسلمون في بلاد غير إسلامية، وقوانينها قوانين وضيعة تخالف الشريعة الإسلامية ولا يستطيع المحكم أن يحكم بحكم يخالف قوانين البد التي يعيش فيها، لأنه يوقع نفسه في حرج شديد، وعليه فيجوز للمحكم أن يحكم في جميع أنواع الخصومات والمنازعات، الأسرية من زواج وطلاق، ومعاملات مالية، ما عدا الحدود لأنه يشترط فيها وجود الإمام الذي يقوم بتطبيق الحدود الشرعية، والحكم لا يستطيع فعل ذلك، والقصاص إلا إذا كان يريد الصلح بالعفو، أو دفع الدية فيجوز في هذه الحالة، وكذا في النسب لما يتعلق به من أحكام شرعية نسب الطفل، وميراثه ونحو ذلك، والأسباب في عدم جواز التحكيم في الحدود والقصاص ما يلي:

(١) أن تطبيق الحدود والعقوبات تختص بولي الأمر، أو نائبه. أو من يقوم مقامه، وما دامت الحاليات الإسلامية تعيش تحت قوانين غير إسلامية، ولا يحكم بالإسلام، فإنه لا يجوز لها فعل ذلك، خوفًا من وقوع الفساد والاضطراب بين المسلمين، لأن إقامة الحدود تحتاج إلى شروط وقيود معينة يجب توافرها في المحكم حتى لا يدخل الهوى والحيف، وكذلك يجب توافر شروطًا لوجوب الحد واستحقاقه من انتفاء الإكراه والجهل وغير ذلك من الشبهات الدامغة ولا يستطيع معرفة ذلك إلا الحكام.

(٢) أن المسلمين يعيشون تحت حكم دولة غير إسلامية لها قوانين خاصة لها، ولا تسمح لأي فرد بتجاوز هذه القوانين، فإقامة الحد أو القصاص تحت بلد لا

يطبق الأحكام الشرعية، يؤدي إلى المساءلة القانونية، وإلى الإضرار بالمسلمين والإسلام في تلك البلاد.

فالردة والسرقة كغيرها من الحدود مفسدة عظيمة يجب العمل على الحد منها، ولكن تقابل هذه المفسدة بأكبر منها، وهي تعريض من يقوم بالتحكيم فيها إلى المساءلة القانونية والحكم عليه بالحبس أو الإعدام، وإلى الإضرار بوجود الجالية الإسلامية، وإلى تشويه الإسلام والتضييق عليه، كالقول بأن المسلمين يريدون أن يقيموا دولة إسلامية داخل دولة وغير ذلك، فيجب في هذه الحالة دفع الضرر الأشد بالضرر الأخف، أخذًا بقاعدة: (إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضررًا بارتكاب أخفهما) [(١)] فعدم التحكيم في الحدود مفسدة، ولكن يقابلها مفسدة أعظم، فنأخذ بالأخف وهو ألقول بعد التحكيم في الحدود والقصاص في بلاد الكفر، لدفع الضرر الأشد، وبقاعدة: (درء المفاسد مقدم على جلب المصالح)[(٢)]، وبقاعدة: (الضرر لا يزال بالضرر)[(٣)]، وبقاعدة: (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف)[(٤)]، فهذه القواعد وغيرها من القواعد توضيح أنه يجب دفع الضرر الأشد بالأخف، وأنه لا يجوز دفع الضرر بضرر مثله أو أشد منه.

---

(١) ابن نجيم الأشباه والنظائر، ص ٩٨، السيوطي، ألأشباه والنظائر، ص٨٧، ابن رجب، القواعد القاعدة ١١٢.

(٢) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٩٠، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٨٧، المجلة مادة ٣٠، ابن رجب القواعد ١٠٩.

(٣) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص٨٧، السيوطي الأشباه والنظائر، ص٨٦، الزركشي، المنثور ٢/ ٣٢١.

(٤) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص٨٨.

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين، أحمده سبحانه وتعالى، وأصلي وأسلم على سيد الخلق سيدنا محمد وعلي آله وصحبه، وأسأل الله سبحانه وتعالى أن يختم لنا بالباقيات الصالحات

في نهاية هذا البحث أود التذكير بأهم المسائل والنتائج والتوصيات التي خرجنا بها في نهاية البحث، أو جزها في النقاط التالية:

أولاً: النتائج:

(١) التحكيم هو: اتفاق الخصوم برضاهم على تولية من يفض النزاع بينهم بحكم ملزم.

(٢) التحكيم لا يصح إلا بتراضي الخصوم على اختيار من يقوم بفصل النزاع، بشرط أن يكون حكم الحكام ملزمًا، لأنه لو لم يكن ملزمًا لما تحقق الفائدة المنشودة من التحكيم.

(٣) التحكيم والقضاء ولاية حكم، وكل منهما يطبق شرع الله على الخصومة المرفوعة إلى للفصل بينهما، ولا محل في أي منهما للحكم بالهوى والتشهي.

(٤) كل من الحكم والقاضي لا يتصدى لمنازعات الناس من تلقاء نفسه، وإنما يكتسب ولاية الحكم ممن ولاه، ولا يتقيد بآراء من أختاره لهذا العمل، فالقاضي يقضي بما يراه حقًا ولو خالف رأي ولي الأمر الذي عينه، والحكم يحكم بما يعتقد صحته، ولو خالف رأي أحد الخصمين أو كليهما.

(٥) يختلف القضاء عن التحكيم: أن القاضي تتم توليته من قبل ولي الأمر أو نائبه، أما المحكم تتم توليته من قبل الخصوم، والتحكيم لا يصح إلا برضا الخصمين، أما القضاء فلا يشترط رضا الخصمين، والتحكيم أضيق مجالًا من القضاء.

(٦) يختلف التحكيم عن الإفتاء: أن حكم المفتي غير ملزم لأحد، وحكم المحكم ملزم ومنشيء للحكم في الواقعة محل النزاع، والإفتاء أعم من التحكيم.

(٧) للتحكيم فوائد كثيرة لما يحققه من جلب المصالح ودرء المفاسد منها: الإسراع في فض النزاع، وتلاقي الحقد والعداوة والبغضاء بين الخصوم، وحفظ العلاقة الطيبة بينهم ويسهم في إصلاح ذات البين وقطع المنازعات والخصومات في المجتمع المسلم.

(٨) يجوز التحكيم مطلقًا، جد القاضي أو لم يجد، وقد يصبح التحكيم مستحبًا، لما فيه من السماحة في المعاملة، وقد يكون التحكيم واجبًا، وذلك فيما لو احتاج الخصمان أو أحدهما حاجة ملحة لحكم قضائي وهما بلد لا يحكم بشرع الله.

(٩) يشترط فيمن يتولى التحكيم: أن يكون أهلًا منصب القضاء، والعلم بما يحكم به وتراضي الخصمين على تحكيمه، وعدم تعدي الحكم لغير المتحاكمين.

(١٠) يشترط في صحة التحكيم: قيام نزاع وخصومة بين متخاصمين حول حق من الحقوق واتفاق المتخاصمين والحكم على قبول مهمة التحكيم، وعدم تحكيم ما ليس أهلًا للتحكيم، و الإشهاد على التحكيم.

(١١) لا يجوز التحكيم في الحدود، والقصاص إلا في حالة الصلح، والنسب، ويجوز فيما عدا ذلك.

(١٢) يلزم حكم الحكام للمتخاصمين، بعد الشروع في الحكم، ولا يجوز رجوعهما أو أحدهما بعد صدور الحكم.

(١٣) الأصل أنه لا يجوز للمسلم في بلاد الغرب أن يتحاكم إلى المحاكم غير الإسلامية، ولكن يجوز للضرورة، لأن الضرورات تبيح المحظورات.

(١٤) يشترط في الحكم الذي يقوم عمل التحكيم في البلاد الغربية: أن يكون المحكم

عالمًا بالأحكام الشرعية، وعلي دراية بقوانين البلد التي يعيش فيها، وأن يسجل أسمه لدي السلطات المعنية في الولاية أو المدينة، وأن يكون على دراية بالعرف السائد في البلد التي يعيش فيها.

(١٥) لابد من وجود وثيقة للتحكيم، لتوثيق الخصومة والمتخاصمين ومجريات الخصومة والحكم الذي يصدره المحكم.

(١٦) يجوز أخذ الأجرة على التحكيم، قياسًا على أخذ الأجرة على الأذان، والصلاة، والقضاء، ويكون دفع الأجرة على المتخاصمين، لضمان تنفيذ التحكيم وعدم الإخلال به، وفي مقابل حبس المحكم نفسه لسماع الخصوم، والنظر في القضية المتنازع عليها.

ثانيًا: التوصيات:

(١) أنصح المجالس الفقهية وأئمة المساجد والمراكز الإسلامية في البلاد الغربية بتوعية المسلمين بأمور دينهم، والاهتمام البالغ بالتحكيم حتى لا يترك المجال للعوام والجهال فعل ذلك، وحتى لا يلجأ المسلمون إلى المحاكم غير الإسلامية.

(٢) نوصي مجمع فقاء الشريعة في أمريكا، الاهتمام وطلبة العلم العاملين في أمريكا في جميع النواحي، والتعاقد مع بعضهم إذا احتاج الأمر إلى ذلك، حتى يتمكنوا من القيام بدورهم الصحيح في تثقيف وترشيد الجالية الإسلامية في أمريكا، خصوصًا فيما يتعلق بالتحكيم وحل النزاعات والخصومات.

(٣) نوصي مجمع فقهاء الشريعة بتكوين مجلس فقهي يتكون من العلماء، وطلبة العلم، تكون مهمته النظر في المسائل التي تهم المسلمين في حياتهم اليومية، وبعمل دورات تدريبية، وتأهيلية مستمرة، للأئمة المساجد فيما يتعلق بالتحكيم وقواعده.

(٤) نوصي الجالية الإسلامية في أمريكا بسرعة إنشاء محاكم شرعية في الولايات الموجودين فيها، على غرار المحاكم اليهودية الموجودة المسموح بها في أمريكا، حتى يستطيع المسلمون الرجوع إليها عند وقوع الخصومات، والنزاعات، وأن يستفيدوا من التجربة اليهودية في ذلك.

وختامًا أسأل الله العلي القدير أن يجعل هذا العمل خالصًا لوجهه الكريم، فما أصبت فمن الله ﷻ وحده، وما أخطأت فمن نفسي والشيطان، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

عقد تحكيم بالصلح في منازعو عقدية (قضائية) [1]

الطرف الأول: ..... رقم الهوية: .....

عنوانه: .....

الطرف الثاني: ..... رقم الهوية: .....

عنوانه: .....

نوع النزاع: .....

حيثيات القضية: .....

اتفق الطرفان وهما بكامل الأهلية المعتبرة شرعًا وقانونًا على حال النزاع بطريق التحكيم وفقًا ما يلي:

المادة (١): تعتبر مقدمة هذا العقد جزءًا لا يتجزأ منه.

المادة (٢): تتكون من:

١. اتفق الطرفان على حل الخلاف القائم بينهما بطريق التحكيم بالصلح.
٢. عين الطرفان: ..... محكمًا للنظر في النزاع والحكم فيه.

المادة (٣): تتكون من:

١. على المحكم بيان قبوله بمهمة التحكيم بين الطرفين خطيًا خلال ..... من تاريخ تبلغه إياها.
٢. إذا امتنع المحكم عن القيام بمهمته بعد قبوله بالتحكيم، أو تنحي، أو مرض مدة

(١) شوشاري، الصيغ النموذجية، ص ١٧٨، بتصرف.

..... يومًا، ولم يستأنف المهمة بانقضائها، أو أصبح غير مؤهل للتحكيم لأي سبب آخر، عين الطرفان بدلًا عنه.

المادة (٤): تتكون من:

١. تعقد جلسات التحكيم في ..... بحضور المحكم والطرفين، أو ممثليهما في المواعيد التي يحددها المحكم، ولا يعتبر تغيب أحد الفرقين أو ممثله مبطلًا للتحكيم، أو لما اتخذ في إحدى الجلسات في غيابه.
٢. ينظم لكل جلسة من جلسات التحكيم محضر خاص يوقع من قبل المحكم والطرفين أو ممثليهما الحاضرين، ويثبت فيه الحضور والغياب، وما قدم من أوراق أدلة، ويترتب على عدم تنظيمه بطلان الجلسة، وبطلان التحكيم.
٣. يوقع المحكم على جميع المستندات والبيانات والطلبات المقدمة من قبل الطرفين.

المادة (٥): مدة التحكيم ..... تبدأ من تاريخ قبول المحكم مهمته، ويجب أن يصدر الحكم النهائي قبل انقضاء هذه المدة، ويجوز للطرفين تمديد التحكيم باتفاق لاحق خطي إذا دعت الحاجة لذلك.

المادة (٦): يعين المحكم مقدار أتعابه، ويدفع كاملًا، إلا إذا رضي المحكم خلاف ذلك، وتكون غير مستردة إذا شرع المحكم في التحكيم.

المادة (٧): يتعهد الطرفان بالالتزام بما يحكم به المحكم، إلا إذا خالف أمر شرعي.

المادة (٨): نظم هذا العقد من ثلاث نسخ احتفظ كل من الطرفين والمحكم بأحدهما.

حرر في تاريخ: .....

الطرف الأول: .....

الطرف الثاني: .....

الشهود:

الأول: ..... والثاني: .....

المحكم: .....

المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم وعلومه:

(١) أحكام القرآن لأبي بكر بن عبد الله المعروف بابن العربي، تحقيق على محمد البجاوي، (بيروت: دار الفكر).

(٢) الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي، (بيروت مؤسسة مناهل العرفان).

(٣) فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، للإمام محمد بن على الشوكاني (مصر، مطبعة مصطفي البابي الحلبي، ١٩٦٤) ط٢.

ثانيًا: الحديث الشريف وعلومه:

(١) تلخيص الحبير: لحمد بن على بن حجر العسقلاني بن حجر، تلخيص الكبير في تخريج احاديث الرافعي الكبير، تصحيح عبد الله هاشم اليامني، (القاهرة: شركة الطابعة الفنية لمتحدة، ١٣٨٤/ ١٩٦٤).

(٢) سنن أبي داود لسليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، (الرياضي: مكتبة الرشد، ١٤٢٤/ ٢٠٠٣)، ط١.

(٣) سنن الدار قطني، لعلي بن عمر الدار قطني، (القاهرة: دار المحاسن للطباعة).

(٤) السنن الكبري، لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، (الهند: مطبعة دار المعارف، ١٣٥٣-١٩٣٣).

(٥) سنن النسائي، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، (الرياض: دار السلام، ١٤٢٠/ ١٩٩٩)، ط١.

(٦) شرح معاني الآثار: لأحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، تحقيق محمد زهري النجار، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٣٩٩، ١٩٧٩)، ط١.

(٧) صحيح البخاري، للإمام محمد بن إسماعيل البخاري، (الرياض: مكتبة الرشد، ١٤٢٧/ ٢٠٠٦)، ط٢.

(٨) صحيح سنن أبي داود: لمحمد ناصر الدين الألباني، (الرياض: مكتبه المعارف ١٤٢١/ ٢٠٠٠)، ط٢.

(٩) صحيح مسلم، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، (الرياض: دار السلام، ١٤١٩/ ١٩٩٨)، ط١

(١٠) صحيح مسلم بشرح النووي، لأبي زكريا يحيي بن شرف النووي (بيروت: دار الفكر).

(١١) المصنف: لأبي بكر عبد الرازق بن همام الصنعاني، الهند، المجلس العلمي (١٣٩٣/ ١٩٧٣) ط١.

ثالثًا: كتب الفقه الإسلامي:

أولاً: المذهب الحنفي:

(١) البحر الراشق شرح كنز الدقائق: لزين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم، (بيروت: دار المعرفة)، ط٢.

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (مصر: مطبعة الإمام).

(٣) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، لعثمان بن على الزيلعي، (بيروت: دار المعرفة، ١٣١٣/ ١٨٩٣)، ط٢.

(٤) حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، محمد أمين بن السيد عمر عابدين، (بيروت: دار الفكر، ١٣٨٦/ ١٩٦٦)، ط٢.

(٥) شرح فتح القدير على الهدية، كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام (بيروت: دار إحياء التراث).

(٦) الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، المسماة بالفتاوي العالمكيرية، للشيخ النظام وجماعة من علماء الهند (بيروت: دار الفكر، ١٤١١-١٩٩١).

(٧) المبسوط، لأبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي (بيروت: دار المعرفة ١٤٠٦/ ١٩٨٦).

ثانيًا: المذهب المالكي:

(١) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل، لأبي عبد الله محمد الخرشي (بيروت: دار الفكر).

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد عرفة الدسوقي (مصر: دار الفكر).

(٣) حاشية الصاوي على لاشرح الصغير: لحمد بن محمد الصاوي المالكي، (بيروت: دار الفكر).

(٤) الشرح الصغير، لحمد الدردير أبو البركات (بيروت: دار الفكر).

(٥) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لمحمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني، الشهير بالحطاب (بيروت: دار الفكر، ١٣٩٨، ١٩٧٩).

ثالثًا: المذهب الشافعي:

(١) روضة الطالبين وعمدة المفتين: لمحي الدين أبو زكريا يحيي بن شرف النووي الدمشقي، (دمشق: المكتب الإسلامي، ١٤٠٥/ ١٩٨٥)، ط٢.

(٢) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج على متن الطالبين، لمحمد بن احمد الشربيني الخطيب، (دمشق: المكتبة الإسلامية).

(٣) المهذب في فقه الإمام الشافعي، لإبراهيم بن على بن يوسف الفيروز آبادي، (مصر: مطبعة عيسي البابي الحلبي).

(٤) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لمحمد بن أحد الرملي، المعروف بالشافعي الصغير، (بيروت: دار إحياء التراث العربي).

رابعًا: المذهب الحنبلي:

(١) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لعلاء الدين على بن سليمان بن أحمد المرداوي، (بيروت: دار إحياء العربي).

(٢) شرح منتهى الإرادات، المسمي دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي (بيروت: عالم المكتب).

(٣) كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي (مكة: مطبعة الحكومة، ١٣٩٤/ ١٩٧٤).

(٤) المغني على مختصر الخرقي، لأبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، ضبط عبد السلام محمد شاهين (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٤-١٩٩٤) ط٢.

خامسًا: المذهب الظاهري:

(١) المحلى، لأبي على بن سعيد بن حزم الظاهري، تحقيق أحمد محمد شاكر (القاهرة: دار التراث).

رابعًا: قواعد فقهية:

(١) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم (القاهرة: مؤسسة الحلبي، ١٣٨٧/ ١٩٦٨).

(٢) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي، (بيروت: دار الكتاب العربي ١٤٠٣/ ١٩٨٣) ط١.

(٣) القواعد، لأبي عبد الله بن محمد بن أحمد المقري، تحقيق الدكتور أحمدم بن عبد الله بن حميد، (أم القري: جامعة القرى).

(٤) المنثور في القواعد، لبدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، تحقيق تيسير فائق أحمد محمود، (الكويت: شركة دار الكويت للصحافة ١٤٠٥- ١٩٨٥) ط٢.

خامسًا: كتب السياسة الشرعية والقضاء:

(١) آداب القضاء لعلي بن حبيب الماوردي (بغداد: إحياء التراث الإسلامي).

(٢) إعلام الموقعدين، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب الدمشي المعروف بأبن قيم الجوزية، (بيروت: دار الجيل).

(٣) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لأبي الوفاء إبراهيم بن محمد بن فرحون المالكي، (مصر: المطبعة العامرة، ١٣٠١-١٨٨٠).

(٤) تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية: للإمام محمد بن على بن حسين المكي المالكي، مطبوع بهامش الفروق، عالم الكتب، بيروت- لبنان.

(٥) شرح أدب القاضي: لأبي محمد بن عبد العزيز المعروف .....ز

(٦) الفروق: لأبي العابس شهاب الدين أحمد بن إدريس الضهاجي المشهور بالقرافي، (بيروت: عالم الكتاب).

(٧) كتاب أدب القضاء: لشهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبي الدم، تحقيق محي هلال السرحان (بغداد: مطبعة الإرشاد ١٤٠٤/ ١٩٨٤) ط١.

(٨) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، لعلاء الدين على بن خليل الطرابلسي، (بيروت: جار الفكر).

سادسًا: كتب اللغة:

(١) مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، (بيروت: دار الفكر).

(٢) المصباح المنير، لحمد بن محمد على المقري الفيومي، (بيروت: دار القلم).

سابعًا: كتب حديثة:

(١) التحكيم في الفقه الإسلامي لحسن الغزالي، رسالة دكتوراه من كلية الشريعة بالرياض- السعودية.

(٢) الصيغ النموذجية، لصلاح الدين شوشاري، (عمان: دار الثقافة، ١٤٣١/ ٢٠١٠) ط١.

(٣) نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون: لعبد الناصر موسي أبو البصل (عمان: دار النفائس ١٤٢٠/ ٢٠٠٠) ط١.

(٤) نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، لمحمد نعيم ياسين، (عمان: دار النفائس ١٤١٩/ ١٩٩٩) ط١.

ثامنًا: بحوث ومقالات ومجلات.

(١) التحكيم في الفقه الإسلامي: لمحمد جبر الألفي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، العدد الرابع ١٤١٧/ ١٩٩٦.

(٢) التحكيم والتحاكم الدولي في الشريعة الإسلامية: لعجيل النمشي، المجلة العلمية للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، العدد الثالث، ١٤٢٤/ ٢٠٠٣.

(٣) مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، لمحمد بدر يوسف المنياوي، مجلة الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، العدد الرابع ١٤١٧/ ١٩٩٦.

قضية التحكيم على الصعيد الشرعي

إعداد الدكتور

أسامة عبد الرحيم علي

مسئول الشئون الإسلامية

السجون الفيدرالية / الولايات المتحدة الأمريكية

تعريف:

التحكيم لغة:

مأخوذ من مادة حكم، وهو المنع وأول المنع الحكم فهو منع من الظلم، ومعناه التفويض وحكّم فلانًا في كذا إذا جعل أمره إليه وفوضه بالحكم، وحكّمه في الأمر تحكيما أمره أن يحكم، وحكّمت الرجل بالتشديد فوضت الحكم إليه، وأمرته أن يحكم فيه.

والمحكّم: الشيخ المجرب المنسوب إلى الحكمة.

والحكيم: العالم صاحب الحكمة، والمتقن للأمور.

التحكيم اصطلاحًا:

هو اتخاذ الخصمين لآخر حاكما برضاهما ليفصل خصومتهما ودعواهما ويقال له حَكَم بفتحتين ـ ومُحَكَّم ـ بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة.

وقيل هو عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصا آخر حكما بينهما لفصل خصومتهما.

وللتحكيم معنيين أساسين:

معنى متمثل في التحكيم على أنه وسيلة يتم اللجوء إليها حال التحاكم منضمة إلى القضاء العام.

معنى متمثل في التحكيم على أنه عقد اتفاق يتم بين الخصوم لتقرير الفصل في نزاع حاصل بينهم.

صيغها وقيودها ومن بعض تعريفاته:

- تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما [(١)].
- تولية الجهتين حكما يرتضيانه ليحكم بينهما [(٢)].
- تولية خصمين حكما صالحا للقضاء ليحكم بينهما [(٣)].
- تولية خصمين حكما صالحا للقضاء يرضيانه للحكم بينهما [(٤)].

ويكون التحكيم طارئا بعد حدوث الخلاف بين المتنازعين وقد يكون التحكيم مؤصلًا بين الطرفين قبل نشوء الخلاف بحيث يشمله أصل التعاقد بينهم فيكون اللجوء للتحكيم منصوصا عليه إبتداءًا تحسبا لوقوع الخلاف.

وقد كان العرب قبل الإسلام مجموعات منتشرة من القبائل، ولم تكن هناك أية سلطة مركزية معروفة يمكن الولاء إليها غير القبيلة، وكانت القبائل تتقاتل لأسباب مختلفة، ولم تكن هناك أية وسيلة لحفظ الأمن والنظام داخل هذا المجتمع لعدم وجود أي سلطة تمتلك القدرة على السيطرة، حيث كنت كل قبيلة ممثلة بشيخ القبيلة الذي كان كثيرًا ما يقوم بدور المحكم بين أفراد قبيلته.

و كان يتم اللجوء إلى محكم خارجي يتم اختياره من قبل القبائل المختلفة في حال الخلاف بينهم، وهذا ما كان يعرف بالتحكيم الاختياري، و من حيث إجراءاته التحفظية قبل إصدار قراره، كان أطراف النزاع يضعون ماتنازعوا عليه لدى شخص

(١) البحر الرائق ٧/ ٢٤.
(٢) تبصرة الحكام ١/ ٧٢.
(٣) منهاج الطالبين ١٤٨.
(٤) المغني ١١/ ٤٨٣.

بعينه ليتسنى تنفيذ القرار عند صدوره بطريقة سهلة، وهو ما يعني أن الخصوم قد حددوا مسبقًا وسيلة التنفيذ.

أما إذا كان الشيء المتنازع عليه لا يمكن نقله فكان يتم وضع كفيل عن كل طرف يكون معروفًا وموثوقًا لدى الطرفين، حتى يتسنى له في النهاية تنفيذ حكم التحكيم.

مشروعية التحكيم:

التحكيم جائز ومشروع في جملته، يدل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

فمن الكتاب:

قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾[1]، فالآية صريحة في الدلالة على جواز التحكيم ومشروعيته بين الزوجين عند الشقاق وكذلك سائر الخصومات فللخصمين أن يُحكِّما برضاهما ثالثا ليفصل بينهما.

ومنها قوله تعالى: ﴿ ۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ ﴾[2].

و قوله ﷻ: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُواْ فِىٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيمًا ﴾[3].

(١) سورة النساء: ٣٥.

(٢) سورة النساء: ٥٨.

(٣) سورة النساء: ٦٥.

و من السنة:

فقد ثبت أن النبيﷺ حكَّم وتحاكَّم وشهد ونقل ذلك الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين، وتابعُيهم وتابعي التابعين، كما ثبت أن الصحابة كذلك حكّموا وتحاكّموا فيما كان بينهم من خلاف في أمور حياتهم، وتُعتبر وثيقة التحكيم بين على وبين معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهما أول وثيقة تحكيم إسلامية مكتوبة.

ففي حديث أبي سعيد الخدري ﷺ قال: نزل أهل قريظة على حكم سعد بن معاذﷺ فأرسل النبي ﷺ إلى سعد فأتى، فلما دنا من المسجد، قال للأنصار: قوموا إلى سيدكم أو خيركم فقال: هؤلاء نزلوا على حكمك، فقال: تقتل مقاتلتهم وتسبى ذراريهم، قال: قضيت بحكم الله، وربما قال: بحكم الملك.....[(١)]

وعن شريح بن هانئ عن أبيه هانئ أنه لما وفد إلى رسول الله ﷺ سمعهم وهم يكنون هانئا أبا الحكم، فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين، قال: ما أحسن هذا فما لك من الولد، قال: لي شريح و عبد الله ومسلم، قال: فمن أكبرهم. قال: شريح. قال: فأنت أبو شريح فدعا له ولولده.....[(٢)]

وفي هذين الحديثين دلالة على مشروعية التحكيم فقد أقر النبي ﷺ نزول بني قريظة على حكم سعد بن معاذ ﷺ، كما إمتدح هانئا ﷺ على ما جرى منه من الحكم بين قومه فدل ذلك على مشروعية التحكيم.

---

(١) رواه البخاري ومسلم.

(٢) رواه أبو داود والنسائي وصححه الألباني.

ومن الإجماع:

ما حكى جملة من أهل العلم من إجماع الصحابةﷺ على جواز التحكيم.

قال العيني ـ رحمه الله-: إن الصحابة ﷺ كانوا مجمعين على جواز التحكيم.

وقال السرخسي ـ رحمه الله ـ: والصحابة مجمعون على جواز التحكيم (١٠).

وقال النووي ـ رحمه الله ـ: أجمع العلماء على جواز التحكيم في أمور المسلمين، وفي مهماتهم العظام وعليه ـ أي جواز التحكيم ـ إجماع الصحابة ﷺ، ولم يخالف فيه إلا الخوارج.

ومن المعقول:

أن الحاجة داعية إليه، ففيه سعة على الناس في فصل أقضيتهم عن طريق من يختارون من المحكمين، وذلك دفعا لطول أمد المرافعة، والابتعاد عن الخصومة واللدد فيها، والرغبة عن غشيان مجالس القضاء حال الخصومة، ولأنه يشق على الناس الحضور إلى مجلس الحكم فجاز التحكيم للحاجة.

أن القول به محقق للتخفيف عن القضاء العام وعن الحاكم بين الناس.

أن الخصمين لهما ولاية على نفسيهما، فجاز لهما تعيين من يحكم بينهما عند النـزاع، لأن التحكيم ولاية تستفاد من آحاد الناس.

التحكيم عند الأئمة الأربعة:

المالكية:

يرى المالكية أن حكم التحكيم إذا ما صدر أصبح ملزما لطرفيه. فإذا ما عرض أمر مراجعته أمام القاضي فلا يجوز له نقضه بأية صورة من الصور، حتى و لو كان

مخالفا لاجتهاده، و لا يمكن نقض حكم التحكيم إلا إذا كان مخالفا للقرآن أو السنة أو الإجماع، أو إذا كان في الحكم جور بين.

وقد صرح بعض الفقهاء من المالكية بأنه لا يحق للحكم عزل نفسه بغير رضا الخصمين إذا شرع في نظر الدعوى التحكيمية وذلك لأن حق الخصمين قد تعلق بولاية الحَكَم فليس له عزل نفسه بغير رضاهما [(١)].

الشافعية:

للشافعية في هذه المسألة قولان:

أولهما: وهو قول المزنى، أن حكم التحكيم بعد صدوره لا يكون ملزما إلا بشرط تراضى الخصمين، لأنه لما وقف على خيارهما فى الإبتداء وجب أيضًا أن يقف على خيارهما في الانتهاء.

ثانيهما: أن حكم التحكيم إذا ما صدر فلا يجوز للقاضي أن ينقضه إلا بما ينقض به الحكم القضائي، و هو ما يعنى أن حكم التحكيم وفقًا لهذا الرأي يرتفع لمصاف الأحكام القضائية.

الحنابلة:

لا يختلف رأى الحنابلة عن رأى الشافعية، حيث يرى جمهور الحنابلة أن حكم التحكيم إذا ما صدر فإنه ملزم للقاضي، و لا يجوز له نقضه إلا بما ينقض به الحكم القضائي، فيلتزم القاضي الذي يرفع إليه كتاب المحكم بإنقاذه و ذلك سواء كان موافقا له في اجتهاده أم لا.

---

(١) انظر المنهل العذب السلسبيل ٣/ ١٤٧، ١٤٨.

الأحناف:

كان لفقهاء الحنفية ﷺ الريادة في تعريف التحكيم اصطلاحًا بينما اكتفى فقهاء المذاهب الأخرى بتوضيح وظيفته.

ويرى الأحناف إلى أن القاضي المعين من قبل الحاكم له ولاية على حكم التحكيم فإذا ما رفع إليه حكم ووجده مخالفا لمذهبه نقضه و لو كان هذا من المسائل المختلف عليها بين الفقهاء، و إن لم يجده كذلك أمضاه.

وقد تفرد فقهاء المذهب الحنفي دون نظرائهم من فقهاء المذاهب الأخرى، بسرد نقاط الاختلاف بين التحكيم والقضاء المولى وهو ما سنبينه لاحقًا.

مراجعة حكم التحكيم فى مجلة الأحكام العدلية:

رغم أن مجلة الأحكام العدلية مأخوذة من المذهب الحنفي إلا أننا سنعرض إجمالًا لموقفها فيما يلي:

(١) تمثل أحكام المجلة قيمة نظرية كبرى بحسبانها أول تقنين لأحكام الشريعة الإسلامية، و هو تقنين شامل لغالبية فروع القانون الوضعي. فضلا عن أنها وضعت تنظيما تفصيليا للتحكيم.

(٢) تمثل أحكام المجلة قيمة عملية أيضا باعتبارها القانون الذي طبق على عدد كبير من البلاد الإسلامية بل و ما زالت مطبقة في بعض البلدان، فضلا عن أن تأثيرها مازال موجودا في تشريعات بعض البلاد الإسلامية مثل الكويت و الأردن و الإمارات.

(٣) أن النص المتعلق بمراجعة حكم التحكيم في مجال لا يدل في ظاهرة على اقترابه

من المذهب الحنفي، بل هو يقترب أكثر من المذاهب الأخرى وإن حاولت شروح المجلة تفسير النص على نحو لا يخرج به عن الفقه الحنفي.

ولهذا أفردت المجلة فقرة مستقلة لمراجعة حكم التحكيم فيها (نص المادة ١٨٤٩ والذي يقرر أنه «إذا عرض حكم المحكم على القاضي المنصوب من قبل السلطان فإذا كان موافقا للأصول صدق و إلا نقض».

يعلق العلامة على حيدر شارح المجلة التعليق على هذا النص قائلًا:

«إذا عرض حكم المحكمة على القاضي المنصوب من قبل السلطان أو على محكم ثاني ليدقق الحكم مرة ثانية، فإذا كان موافقا للأصول صدقه، لأنه لا فائدة من نقض الحكم الموافق للأصول و الحكم ثانية، و فائدة تصديق حكم المحكم من قبل القاضي هو أنه لو عرض هذا الحكم على قاض أخر يخالف رأيه و واجتهاده رأى المحكم فليس له نقضه لأنه أمضاه، و قبول القاضي لحكم المحكم هو بمنزلة الحكم ابتداءً من القاضي، أما إذا لم يصدق القاضي على حكم المحكم، فيكون من حق المحكم والقاضي الأخر أن ينقض حكم المحكم، فإذا حكم المحكم حكما غير موافق للأصول ينقضه لقاضى والمحكم الثاني.

و قد يأتي عدم موافقة حكم المحكم للأصول من وجهين:

الأول: أن يكون حكم المحكم خطأ لا يوافق أي مذهب من المذاهب، و بتعبير أخر أن يكون حكم المحكم غير موافق لمذهب المجتهد الذي يقلده القاضي، فلا يوافق رأى أي من المجتهدين و العلماء.

وبما أن الحكم الذي يكون على هذه الصورة ظلم واجب رفضه، فيرفع هذا الحكم و ينقضه و يحكم القاضي على وجه الحق.

الثاني: أن يكون حكم المحكم موافقا لمذهب أحد المجتهدين إلا أنه يكون غير موافق لمذهب المجتهد الذي يقلده القاضي الذي عرض عليه حكم المحكم، و في هذه الحالة ينقض القاضي، ذلك لأن ولاية المحكم مقصورة على الطرفين المتخاصمين و حكم المحكم في ذلك لا يرفع خلاف المسائل الخلافية أي أن حكم المحكم معتبر في حق الطرفين فقط، والمحكم في حق سائر الناس هو كأحد الناس، وبما أن المحكم لم يحكم من طرف القاضي فلا يكون ملزما لتنفيذه بعكس القاضي، حيث أن له ولاية عامة فحكمه يرفع الاختلاف و ينفذ في حق عامة الناس.

وتتقارب – في الجملة – آراء غالبية الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة)، بحيث يمكن القول بأن حكم التحكيم لديهم كحكم القاضي، فإذا ما صدر لا يمكن نقضه إلا بما ينقض به حكم القاضي سواء وافق ذلك مذهبهم أم لا.

أما الأحناف فرأوا أن حكم المحكم غير ملزم للقاضي الحنفي إلا في حدود ما وافق اجتهاده أما إذا خالف المحكم الإجتهاد الحنفي نقض الحكم.

فيما عدا ذلك لم يفصل الفقهاء النظام الشرعي لمراجعة حكم التحكيم ولم يضعوا أسبابا محددة لإلغائه ولا قرروا مدة معينة للمراجعة، وليس ذلك قصورًا في الفقه الإسلامي بقدر ما كان تعبيرا عن واقعهم الذي لم يألف التعقيد في الإجراءات، فضلًا عن أن غلق باب الاجتهاد في فترة من الفترات قد أدي إلى إعاقة التطور الطبيعي للفقه الإسلامي نحو بناء قانون إجرائي متكامل بل ونحو نظرية متكاملة للقانون الإسلامي.

مراجعة حكم التحكيم:

ينقض حكم التحكيم إذا ورد فيما لا يجوز فيه التحكيم، وفي بيان ذلك قرر

الأحناف أنه لا يجوز التحكيم في حدود الله تعالي ولا في القصاص ولا في الدية على العاقلة ويجوز في غيرها، في حين يقرر المالكية أن التحكيم يجري في الأموال وما في معناها ولا يجوز في حدود الله ولا في القصاص ولا في الطلاق أو النسب أو العتاق أو ولاء.

ويرى الشافعية – في أحد الآراء – أن التحكيم يختص جوازه بالأموال وعقود المعاوضات، ولا يجوز في الحدود والقصاص والنكاح واللعان، وفي قول آخر يجوز في كل ما تحاكم فيه الخصمان كما يجوز حكم القاضي الذي ولاه الإمام، وأخيرًا يقرر الحنابلة أنه لا يجوز التحكيم في النكاح واللعان والحدود والقصاص ويجوز في غيرها، وفي قول عن الإمام أحمد أنه يجوز التحكيم في جميع المسائل.

وعلي ذلك إذا ورد حكم التحكيم في مسألة لا يجوز فيها التحكيم، كان حكم التحكيم واجبا نقضه، والمتتبع لكتابات الفقهاء يجد أن ما ينقض حكم القاضي ينقض حكم التحكيم ولعل ذلك هو ما دفع الفقهاء لعدم الإسهاب في معالجة مراجعة حكم التحكيم قياسا على حكم القاضي.

ومن جملة القواعد التي وضعها بعض الفقهاء لنقض الأحكام:

ينقض الحكم إذا كان مخالفًا لنص أو إجماع الاجتهاد لا ينقض بمثله لسوابق القضائية لا تقيد القاضي ولا تلزمه تنقض أحكام قاضي الجور والسوء إذا كانت جائرة التهمة تؤثر في حكم القاضي وتعرضه للنقض تدقق أحكام فليل الفقه ومن لا يشاور فيبرم منها الصحيح وينقض منها ما كان خطأ إذا كان الحكم المنقوض صحيحًا فإن الحكم الناقض ينقض ويبرم الحكم المنقوض.

اختيار قواعد التحكيم:

تختلف قواعد التحكيم عن قواعد الوكالة في أحكام الشريعة الإسلامية في أحوال، و تتفق في أخرى، على غير ما ذهب إليه بعض من فقهاء الشريعة الإسلامية من أن للتحكيم من أحكام ما للوكالة، كما هو الحال عند بعض الأحناف.

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديدهم لطبيعة التحكيم، ففي حين رآه الأحناف أقرب إلى الصلح والوكالة و أدنى مرتبة من القضاء، رآه الشافعية أنه مشروع فيما لو تم تحكيم رجل يصلح للقضاء، بينما نظر إليه المالكية على أنه ولاية خاصة لأنه يجوز في أمور دون أمور، وبدا فقهاء الحنابلة أكثر قبولًا لطبيعة التحكيم فساووا بينه وبين القضاء المولى فجعلوا حكم المحكَّم بمرتبة حكم القضاء.

ويتفق جمهور الفقهاء على أن نطاق مشروعية التحكيم يمتد ليشمل جميع الخصومات التي هي في ذاتها حق للناس كما اتفقوا على عدم جواز التحكيم في كل ما هو حق لله من حدود وعبادات وأموال الزكاة وغيرها.

أساس التحكيم ومصدر سلطة المحكمين:

اختيار المحكَّم:

اتفق الكثير من فقهاء الشريعة الإسلامية على أن طريقة البديل هي نفسها الطريق التي يتم بها اختيار المحكّم الأصيل، كما يظهر مما جاء في وثيقة التحكيم بين على ومعاوية.

و اتفقوا كذلك على ألا يعرض النزاع على المحكمين إلا باتفاق ذوي الشأن اتفاقًا واضحًا على الفصل فيه بطريق التحكيم، فتوافق إرادة الطرفين هو أساس التحكيم ومصدر سلطة المحكمين.

و يأخذ هذا الاتفاق إحدى صورتين:

شروط التحكيم:

وبه يتفق الأطراف على أن ما ينشأ من نزاع حول تفسير عقد أو تنفيذه يفصل فيه بواسطة التحكيم. وقد يرد الشرط في نفس العقد الأصلي مصدر النزاع، أو في اتفاق لاحق. فالذي يميزه هو كون المنازعات التي ينصب عليها التحكيم منازعات محتملة وغير محددة فهي لم تنشأ بعد.

وإذا ورد شرط التحكيم في العقد الأصلي، فإنه يستقل عن هذا العقد. ولهذا فإنه يتصور بطلان العقد وصحة الشرط. وهو ما يؤدي إلى إمكان عرض صحة أو بطلان العقد الأصلي على المحكمين إعمالا للشرط الوارد فيه. كما يؤدي إلى احتمال بطلان الشرط وصحة العقد.

ويلاحظ أن شرط التحكيم قد لا يرد في العقد الأصلي وإنما قد يكتفي العقد بالإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، ولو كانت هذه الوثيقة صادرة من شخص من الغير بشرط أن تكون الإحالة إلى شرط التحكيم في هذه الوثيقة إحالة واضحة.

اشتراط التحكيم:

وهو الاتفاق الذي يتم بين الطرفين بعد قيام النزاع بينهما لعرض هذا النزاع على التحكيم وهو يتم بعد نشأة النزاع ولهذا فإنه يتضمن تحديد الموضوعات التي تطرح على التحكيم، ويسمى أحيانًا (وثيقة التحكيم الخاصة).

ويجب لصحة الاتفاق على التحكيم شروط منها:

أهلية التصرف في الحق المتنازع فيه:

ذلك أن الاتفاق على التحكيم يعني التنازل عن رفع النزاع إلى قضاء الدولة.وإذا

كان العقد مبرما بواسطة وكيل، فيجب أن تكون هذه الوكالة خاصة فلا تكفي الوكالة العامة في مباشرة القضايا.

أن يصلح الحق المتنازع عليه كمحل للتحكيم:

فلا يصلح للتحكيم إلا الحق الذي يجوز التصالح عليه.

تحديد المسألة محل النزاع التي تخضع للتحكيم:

فيكفي بالنسبة له تحديد المحل الذي يدور حوله النزاع كالقول بأن التحكيم يتعلق بكل نزاع ينشأ عن تفسير عقد معين أو عن تنفيذ هذا العقد.

أن يتم الاتفاق على التحكيم كتابة:

تشترط الكتابة لاتفاقية التحكيم ولا يمكن إثباته بغيرها، بحيث استبعد كل طرق الإثبات الأخرى المحددة في قانون الإثبات، ولا يَشترط لها شكلًا محددًا كما هو الحال عند الكثير من جهات التقنين، والغرض من عدم هذا الاشتراط هو إطلاق حرية الأطراف في تغبيرها وتضمينها لرغباتهم الكاملة في تشكيل التحكيم ورسم معالمه بالأسلوب الكتابي الممكن فهمه من كل الأطراف.

وعليه فلا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة سواء قبل قيام الخلاف أو النزاع أو بعد ذلك، حتى لو كان طرفا التحكيم قد أقاما الدعوى أمام المحكمة، ويكون الاتفاق باطلًا إذا لم يكن مكتوبًا ومحددًا به موضوع التحكيم ويكون الاتفاق مكتوبًا إذا تضمنته وثيقة تحكيم أو برقيات أو خطابات أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة ذات الطابع التوثيقي- الكتابي- حتى تتفق مع قواعد القانون الأخرى التي تقتضي أن الكتابة شرط الإثبات الوحيد لاتفاق التحكيم.

بين القضاء والتحكيم:

التحكيم وإن كان نوعا من القضاء وجزء منه إلا أن بينه وبين القضاء فروقا متعددة، وهذه الفروق لا تُخرج التحكيم عن دائرة القضاء لكنها توضح خصوصية التحكيم في المتخاصمين لأنه يكتسب الولاية منهم

ومن أظهر هذه الفروق:

أولاً: أن الولاية للمحكم في التحكيم صادرة من المتخاصمين أما في القضاء فإن ولاية القاضي صادرة من ولي الأمر.

ثانياً: أن التحكيم لابد فيه من رضا المتحاكمين، وأما القضاء فإنه لا يشترط عند التحاكم إليه رضاهما به.

ثالثًا: أن المحكم ولايته قاصرة على القضية التي تم التحاكم والاتفاق على التحاكم بها عنده ولا يتعداها إلى غيرها فولايته تنتهي بالحكم في هذه القضية، وأما القاضي فإن له النظر في جميع ما ولي عليه من قبل الإمام.

رابعًا: أن القضاء يشمل جميع الحقوق والقضايا وأما التحكيم فلا يدخل في بعض القضايا كقضايا الحدود والقصاص واللعان ونحوها.

خامسًا: القضاء تجري أحكامه على القاصر عقلًا وسنًا ومن في حكمهما وأما التحكيم فلا تجري أحكامه عليهم دون إجازة القاضي له.

سادسًا: القضاء له ولاية مكانية خاصة يتقيد بها وأما التحكيم فإنه لا يتقيد بمكان معين بل يحكم في جميع القضايا التي يتراضى عليها المتحاكمون ولو كانوا في غير ولايته المكانية.

سابعًا: ولاية القضاء أعلى رتبة من ولاية التحكيم.

القضاء و الرقابة على التحكيم:

للقضاء دور في تعيين المحكم وتقرير التحاكم إليه، فالمحكم شخصية يتم اختيارها من قبل المتخاصمين وقد يتم ترشيحه من قبل الجهة المختصة أصلًا بنظر هذه الخصومة بعد تقرير موافقة أهل الخصومة على ذلك إذا لم يكن ثمة شرط بذلك.

وعند المشارطة على مبدأ التحكيم ولم يعين الخصوم المحكمين أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين عن العمل أو اعتزله أو قام به مانع عند مباشرته للتحكيم أو عزله عنه، وجب تعيين البديل من قبل أصحاب الدعوى أو عن طريق الجهة المختصة بنظر النزاع أصلًا.

تعيين المحكم:

إذا كان بين الخصوم شرط خاص بتعيين المحكم، وكان هذا الشرط مقبولًا شرعًا ونظامًا وجب العمل به، فإذا امتنع أحد الخصوم عن تنفيذ هذا الشرط فإنه يحق للآخر أن يتقدم للجهة القضائية المختصة بنظر هذه الخصومة أصلًا طالبًا منها إلزام خصمه بتعيين حكم من قبله وتقوم هذه الجهة القضائية بالفصل في هذا الطلب وتعيين المحكم إذا استمر الخصم على رفضه، وعندها يكون الحكم نهائيًا غير قابل للتمييز أو الطعن.

وقد يكون المحكم واحدًا يتفق عليه أهل الخصومة جميعًا أو يكون متعددًا، ففي حال التعدد لابد أن يكون العدد وترًا من أجل صدور الحكم بالأغلبية عند الاختلاف في تقرير حكم المسألة، وهذا المبدأ مقترن مع مبدأ قبول تعدد القضاة عند الحاجة لذلك.

ولا بد أن يراعى في حال تعيين المحكم أن يذكر اسمه كاملًا لئلا يلتبس بغيره، وكذلك لا بد من تحديد موضوع النـزاع تحديدًا واضحًا جليًا لئلا يتعدى التحكيم إلى ما لا يشمله التحكيم فلا بد من إيضاح معالم النـزاع وتقرير ما يلزم لضبط وتخصيص الحكم.

ويشترط في المحكم المعين صلاحيته للتحكيم والنظر في الخصومة المحالة له، وأن يكون للجهة القضائية المختصة بنظر الخصومة أصلًا حق الإشراف على تعيين المحكَّمين وعددهم وبيان انضباط الوصف المتعلق بموضوع الدعوى، كما تقوم بالتأكد من سلامة كافة المتطلبات عند تصديق واعتماد وثيقة التحكيم، وهذه الإجراءات كلها تؤكد للقضاء دورًا ظاهرًا في تقرير تعيين المحكمين واعتماد عملهم منذ بداية سير المحاكمة.

وإذا تم تعيين المحكم فعليه أن يباشر عمله ألتحكيمي وفقًا للقواعد المنظمة لسير المحاكمة التي ذكرها أهل العلم بخصوص التحكيم والفصل في النـزاع الموضحة في كتب القضاء فيتولى النظر في هذه القضية بصفته حاكمًا في هذه الخصومة لا وكيلًا عن أطراف الخصومة، وعليه أن يراعي ما نص عليه عقد التحكيم المحرر بين أطراف الخصومة وفقًا لما هو مقرر في القواعد والإجراءات المنظمة للتحكيم وسير العمل به.

دور القضاء في عزل المحكم:

إذا وجد ما يدعو إلى عزل المحكم لأي سبب ظاهر فإنه يتم عزل المحكم عن مباشرة عمله، ولهذا العزل أحوال ثلاثة هي:

أولاً: عزل المحكم قبل مباشرته لنظر الدعوى.

ثانيًا: عزل المحكم بعد مباشرته نظر الدعوى وقبل الفصل بها.

ثالثًا: عزل المحكم بعد الحكم في الدعوى.

فالعزل قد يكون من قبل الخصوم أو عن طريق المحكم بأن يطلب عزل نفسه عن مواصلة نظر هذه الخصومة، وللقضاء حق الإشراف على هذا العزل بتقرير نفاذه أو

عدمه، وتقرير ما يترتب على هذا العزل من حقوق ومتطلبات مالية أو معنوية سواءً كانت تخص المعزول أو طالب العزل إذا لم يكن العزل راجعًا لسبب منه.

قد يكون العزل للمحكم من قبل أحد الخصوم أو منهما جميعاً وقد تطرق الفقهاء لهذا الأمر تفصيلا من حيث جواز العزل باتفاقهما إذا كان قبل الحكم وهذا هو قول الحنفية والمالكية[(١)]، ومنع بعض أهل العلم العزل بعد الاتفاق عليه وإجازة القاضي له فإنه لا يجوز عزله لأنه بمنـزلة النائب عن القاضي فليس للخصمين عزله إلا بإذن القاضي[(٢)].

وقد يكون عزل المحكم وإيقافه عن نظر الخصومة راجعًا لسبب خارج عن إرادة أطراف النـزاع والمحكم كأن تقوم دعوى لدى إحدى الجهات القضائية، وتكون هذه القضية لها ارتباط قوي لا يمكن معه مواصلة نظر الدعوى التحكيمية مقترنة مع نظر الدعوى القضائية الناشئة فيتم إيقاف نظر الدعوى التحكيمية إلى حين انتهاء الدعوى القضائية التي تنظر لدى الجهة القضائية.

فإذا شمل الحكم القضائي كافة الدعاوى فيتم انقضاء الدعوى التحكيمية وانعزال المحكم لفوات محل النظر، وإن لم يتم الفصل في الدعوى التحكيمية من خلال نظر الجهة القضائية فيتم مواصلة الدعوى من قبل المحكم والفصل بها حسب المتبع، وإذا تم الفصل في الدعوى التحكيمية وإنهاء نظرها من قبل المحكم فينتهي دوره ألتحكيمي وينعزل عن التحكيم بسبب انقضاء موجب الحكم في هذه الدعوى ولا يحق له مواصلة نظر قضايا أخرى لأن تحكيمه وقع على قضية معينة فلا يتعداها.

---

(١) روضة القضاة ١/ ٧٩، والبحر الرائق ٧/ ٢٨.

(٢) انظر مجلة الأحكام العدلية المادة ١٨٤٧.

وقد ينعزل المحكم بسبب انتهاء موجب الدعوى التحكيمية التي يتولى نظرها، كأن يتنازل المدعي عن دعواه أو يصطلح الطرفان على هذا الحق بالإسقاط أو البذل، فتنتهي بذلك الدعوى التحكيمية وينعزل المحكم بذلك.

وإذا قام أحد الأسباب الموجبة لعزل المحكم فإنه يشعر بذلك فإن تنحى بنفسه وإلا فتتم المطالبة بعزله عن طريق الجهة القضائية المختصة أصلًا بنظر الدعوى، ويكون العزل للمحكم إذا وجد السبب الموجب في جميع مراحل نظر الدعوى التحكيمية منذ البدء إلى الانتهاء، وقد يكون هذا السبب متعلقًا بالحكم من حيث الصلاحية للنظر في هذه الدعوى التحكيمية كالأهلية المعتبرة ونحوها أو الحياة، فإنه إذا مات انعزل وانتهت ولايته، إذ الموت سبب ظاهر في انقطاع الولاية التحكيمية وكذلك مرضه الذي يمنع مواصلة النظر في الدعوى أو غيبته وفقده.

التحكيم كأحد الطرق البديلة والمناسبة لفض المنازعات التجارية:

بالرغم من أن القضاء منذ القدم ولا يزال الوسيلة الأساسية لحل النزاعات، إلا أنه مع تطور ظروف التجارة والاستثمار الداخلي والدولي أخذت تنشأ إلى جانب القضاء وسائل أخرى لحسم المنازعات، وظهر التحكيم فتطور مع تطور التجارة الدولية والتوظيفات الدولية، تطور بإجراءات المحاكمة التي اقتربت كثيرًا من إجراءات المحاكمات القضائية، ثم بشكلياته التي قربته أكثر من المحاكم القضائية، ثم جاءت المعاهدات الدولية لتحصنه وتحصن أحكامه، بحيث لم يعد من المبالغة القول بأن التحكيم لم يعد وسيلة بديلة لحسم المنازعات المدنية والتجارية بل أصبح أو يكاد يصبح الوسيلة الأساسية لحسم منازعات التجارة الدولية.

ولم يعد التحكيم مجرد نظام استثنائي فقط للقضاء، بل غدا مشروعًا بديلًا حقيقيًا

للقضاء الرسمي، وإذا كانت العلاقة التجارية هي محل التحكيم الغالب، فإن العلاقات الأسرية هي المرشح القادم لتكون محلًا جديدًا إضافيًّا للتحكيم.

كما أن تزايد مشكلات القضاء الرسمي و علاقته بالنظام وميله اللازم تجاه قوانين البلدان المختلفة المليئة بالتناقض والأفكار المتعارضة و لجموده وصرامته في تطبيق قواعد وأحكام نظام البلد الذي يمثله، وكذا للتطويل الذي أُصيبت به إجراءاته، كلها تـُعد أسبابًا قويةً للقول بأن العلاقات المدنيةً سوف تزداد لجوءا لقضاء التحكيم مستقبلًا.

ويؤكد الاتجاه العالمي الآن والمؤتمرات الدولية المعاصرة على أهمية الوسائل البديلة لفض المنازعات والعمل على إيجاد شروط للجوء إليها كبديل للقضاء وبخاصة في المجال المالي والتجاري والتعاقدات التجارية الالكترونية وكذا العمل على إدخال المزيد من الوسائل الالكترونية لتسوية المنازعات وعلى شبكة الانترنت وهو ما يعرف بالتسويات الالكترونية والمحاكم الالكترونية».

وتنقسم – على العموم – الطرق البديلة لفض المنازعات إلى أقسام عدة على أساس درجة التدخل Intervention من قبل الغير في النزاع أو الخلاف، منها:

- المفاوضات Negotiation
- الوساطة أو التوفيق Mediation or Conciliation
- التحكيم Arbitration

وتختلف كل طريقة عن الطرق الأخرى في طبيعتها وآثارها، فمثلًا التحكيم، أو ما يعرف بال Arbitration يختلف عن الوساطة والمصالحة أو ما يعرف بال Conciliation.

ففي التحكيم يتفق الطرفان على محكمين لحسم النزاع أما في الصلح فأطراف الخصومة أنفسهم يحسمونها، والصلح يقتضي تنازلًا من الجانبين على خلاف التحكيم إ المحكمون كالقضاة يحكمون بالحق لصاحبه.

وإلى جانب التحكيم ظهرت الوساطة والتوفيق وهذا الشكل من العدالة قديم جدا وهو أقدم من عدالة الدولة، وإذا كانت الوساطة تتم في السابق بشكل بسيط قائم على إصلاح ذات البين ونابعة من العادات والتقاليد السائدة في المجتمع، فقد كانت مطبقة في العهد القديم بمفهوم المصالحة وقد ظهرت في الولايات المتحدة خلال الأعوام ١٩٦٥-١٩٧٠الوسائل البديلة لفض المنازعات (**ADR Alternative Dispute Resolution**)، أو الطرق المناسبة لفض المنازعات كما تسمى في الوقت الحاضر **Appropriate Dispute Resolution**، ويعبر عنها أحيانا ب «فض المنازعات » (DR) **Dispute Resolution**) ، وهي تلك الآليات التي يلجأ لها الأطراف عوضًا عن القضاء العادي عند نشوء خلاف بينهم، بغية التوصل لحل لذلك الخلاف.

و انطلاقا من هذا المعنى يخرج التقاضي عن إطار هذا التعريف، فهــو لا يعد وسيلة بديلة لحل الخلافات بل وسيلة أصيلة، إذ أن الأصل في الأطراف اللجوء إلى المحاكم ومحاولة حل الخلافات التي بينها عبر التقاضي في حال نشوء خلاف بينها.

ولقد ظل التحكيم هو الوسيلة البديلة لحسم المنازعات إلى أن كان عام ١٩٧٧ في الولايات المتحدة الأمريكية...حيث كانت هناك دعوى عالقة أمام القضاء لمدة ثلاث سنوات، وكان هناك محامون ومرافعات وخبراء وجلسات ومستندات ونفقات خبرة ونفقات قضائية وأتعاب محامين، وأرهقت الدعوى الطرفين بالوقت والمصاريف، ثم طرحت فكرة وسيلة بديلة لحسم هذا النزاع. لماذا لا نؤلف محكمة مصغرة كل طرف يختار أحد كبار موظفيه ممن له دراية ومعرفة بتفاصيل النزاع ثم يختار الموظفان رئيسًا محايدًا.

وبعد أن راقت الفكرة للطرفين، أوقفت إجراءات المحاكمة القضائية وعقدت المحكمة المصغرة جلسة – لم تكن إلزامية – واستمرت الجلسة نصف ساعة أدلى بعدها رئيس المحكمة المحايد برأي شفهي لعضوي المحكمة ثم دخل موظفا الطرفين أي عضوا المحكمة إلى غرفة جانبية فدخلا في مفاوضة استمرت نصف ساعة وخرجا ليعلنا اتفاقهما وانتهت الدعوى بسلام ووقف نزيف الوقت والنفقات والرسوم والأتعاب، ثم كانت ولادة ما سمي في الولايات المتحدة بـ Alternative Disputes Resolution واختصرت وعرفت بالـ A.D.R أي الوسيلة البديلة لحسم النزاع.

وقد أدى ازدياد لجوء المتنازعين إلى هذه الوسائل في الفترة الأخيرة إلى تغير تسمية تلك الوسائل بـ «البديلة»، ذلك أن كثرة اللجوء إليها أدت إلى تحولها في كثير من الأحيان إلى وسائل أصيلة يلجأ لها الأطراف ابتداءًا، مستفيدين من مزاياها في سرعة حسم النزاع،والحفاظ على السرية، وخفض التكاليف في أوضاع كثيرة، إضافة إلى مرونتها من حيث إجراءات حل النزاع والقواعد المطبقة عليه كما ذكرنا قبل.

وجدير بالذكر أن الوسائل البديلة لحل المنازعات، قد أصبحت من الوسائل الملائمة للفصل في مختلف المنازعات، كما هو الشأن في منازعات التجارة الدولية وحماية المستهلك، والمنازعات الناشئة في بيئة الإنترنت، والتجارة الإلكترونية، والملكية الفكرية في العصر الرقمي وغيرها من المنازعات، حتى أصبح يطلق على هذه الوسائل بالنظر لطابعها العملي «الطرق المناسبة لفض المنازعات»، بل لقد أصبح اللجوء إلى التحكيم مشروطا في غالب الأحيان بضرورة اللجوء مسبقا إلى الوساطة أو التوفيق.

تطورت هذه الوسيلة وأخذت عدة أشكال وانتشرت أخيرًا في الولايات المتحدة الأمريكية انتشارا كبيرًا، لاسيما وأن التحكيم في الولايات المتحدة لم يعرف التقدم الذي

وصل إليه في أوروبا، لأنهم ظلوا يلجأون للمؤسسة القضائية، ولم يسلموا بعد بالتحكيم كوسيلة بديلة لحسم المنازعات كما فعلت أوروبا.

ثم تطور ظروف التجارة والاستثمار الداخلي والدولي أخذت تنشأ إلى جانب القضاء وسائل أخرى لحسم المنازعات واستمر هذا التطور فأوجد وسائل أخرى بديلة لحسم المنازعات، فأخذ التوفيق والوساطة طريقهما ليصبحا أيضًا من الوسائل البديلة لحسم النزاعات قبل اللجوء إلى التحكيم.

واستمر التوفيق والوساطة بعد ذلك وسيلتين بديلتين لحسم المنازعات، بديلتين عن القضاء وعن التحكيم وإن بقى القضاء هو الوسيلة الأساسية.

(استئجار) قاض:

وإن بدت التسمية غريبة، لكن هذا الشكل أخذ هذا الاسم في الولايات المتحدة وهو في الحقيقة تكليف قاض الفصل في النزاع. وقد بدأ هذا النظام في ولايتي كاليفورنيا ونيويورك الأمريكيتين، وبموجبه يتقدم الأطراف بطلب إلى المحكمة لتعيين محكم يكون عادة قاضيًا متقاعدًا ينظر بالنزاع بصورة غير رسمية ويصدر فيه حكمًا تلتزم المحاكم بتنفيذه إذا وجدته مناسبًا

مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء:

أصبح اللجوء للوسائل البديلة لحل النزاعات في وقتنا الحالي أمرًا ملحـًا كما ذكرنا، وذلك لتلبية متطلبات الأعمال الحديثة، والتي لم تعد المحاكم قادرة على التصدي لها بشكل منفرد.

فمع التطور المستمر في التجارة والخدمات، وما نتج عن ذلك من تعقيد في المعاملات، وحاجة إلى السرعة والفعالية في بث الخلافات، وتخصصية من قبل من ينظر

بهذه الخلافات أو يسهم في حـلها، نشأت الحاجة لوجود آليات قانونية يمكن للأطراف من خلالها حل خلافاتهم بشكل سريع وعادل وفـعّال، مع منحهم مرونة وحرية لا تتوفر عادة في المحاكم.

فلا غرو إذن أن تعرف الوسائل البديلة لحل النزاعات اهتماما متزايدا على صعيد مختلف الأنظمة القانونية و القضائية، وذلك لما توفره هذه الأخيرة من مرونة و سرعة في البت و الحفاظ على السرية وما تضمنه من مشاركة الأطراف في إيجاد الحلول لمنازعاتهم وغير ذلك مما ذكرناه آنفًا.

ونظرا لما احتلته الوسائل البديلة لحل النزاعات من مكانة بارزة في الفكر القانوني والاقتصادي على المستوى العالمي، وما شهده العالم مما يزيد على نصف قرن ويزيد من حركة فقهية و تشريعية لتنظيم الوسائل البديلة، وما تمثله في الحاضر من فعل مؤثر على صعيد التقاضي فقد كان من الطبيعي أن تعمل الدول جاهدة لإيجاد أطر ملائمة لضمان تقنين هذه الوسائل لتطبيقها لتكون أداة فاعلة لتحقيق وتثبيت العدالة وصيانة الحقوق.

مما سبق يتبين أن التحكيم قد أضحى طريقة مألوفة ومرغوبة لفض المنازعات والتـي تنشأ في الغالب عن علاقات تعاقدية عوضـا عن اللجوء إلى القضاء، و أصبـح التحكيم أكثر ضرورة في مجال علاقات التجـارة الدوليـة حيث لا يرغب عادة أطراف هذه العلاقـة الخضوع لقضاة محاكم الطرف الأخر.

ويعتبر التحكيم – من حيث نتيجته ملزمـًا – خلافاَ للوساطة والتقييم الحيادي المبكر الذي لا يملك هـذه السلطة، حيث يملك المحكّم أو هيئة التحكيم سلطة اتخاذ القرار في أساس النزاع والبت فيه.

كما أن التحكيم متى اتفق عليه (قبل نشوء النزاع أو بعده) يصبح ملزمًا، ويتوجب على الأطراف السير به حتى نهاية إجراءاته وإصدار القرار المنهي للخصومة من خلاله. ويعتبر حكم التحكيم ملزمًا ويستوي مع القرار الصادر عن المحكمة إذا ما تم تذييله بالصيغة التنفيذية.

مميزات التحكيم في مقابل القضاء الرسمي:

للتحكيم الكثير من المميزات التي تجذب المتخاصمين إليه كقضاء بديل عن القضاء الرسمي منها:

تراضي أطراف الخصومة على التحكيم كنظام لحل خصومتهم هو أهم مميزات التحكيم وأساسه الذي يقوم عليه، كما أنه يمثل عماد التحكيم وخلاصة فكرته ولا يؤثر فيه تقنين بعض الجهات الحكومية في بعض البلدان للتحكيم الإجباري.

حرية أطراف التحكيم في اختيار الهيئة التي ستنظر خصومتهم وحقهم في عزلها بالاتفاق تمثل ضمانة حقيقية لأطراف التحكيم على عدالة ونزاهة الحاكم بينهم، إذ أن الأصل في هذا أن أطراف التحكيم يبذلون الجهد بالتحري لتحكيم أكثر الأشخاص نزاهةً للحكم بينهم بعيدًا عن معايير الدول في اختيار القاضي القائمة على مختلف الشروط الدينية والوطنية والسياسية والعلمية،

كما أن من مميزات التحكيم لأغلب المتخاصمين السرعة في إنهاء الخصومة بحكم فاصل، إذ أن قواعد التحكيم في كثير من البلدان تنص على ضرورة تحديد مدة زمنية محددة تكون هيئة التحكيم ملزمة فيها بإصدار حكمها المنهي للخصومة، من مميزات التحكيم، أن التحكيم نظام فريد يمكن للأقليات الدينية من تطبيق قواعدها الخاصة أثناء تخاصم أطرافها فيما بينهم للإفلات من القوانين العلمانية غير المرغوبة والمعارضة

لديانتهم في غير بلاد المسلمين، كالأقليات الإسلامية في أوربا وأمريكا وغيرها.

تقليل عدد الدعاوى التي تحال على القضاء، فقد أثبتت تجارب البلدان التي أخذت بهذا النظام بأنها ساهمت بشكل مباشر في تخفيف العبء على المحاكم.

محدودية التكاليف واستغلال الوقت، حيث تؤدي الوسائل البديلة لتوفير الوقت والجهد والنفقات على الخصوم ووكلائهم من خلال إنهاء الدعاوى في مراحلها الأولى، فالوصول إلى حل خارج القضاء يكون من دون شك أسرع وأوفر.

خلق بيئة استثمارية جاذبة، حيث يمثل نظام الوسائل البديلة ضمانا له مفعول أكثر من قرار المحكمة، لأنها تكون مبنية على الواقع الحقيقي للأحداث، بينما يشوه هذا الواقع عندما يعرض أمام القاضي، لذا يمكننا القول بأن هذا النظام أقرب إلى الواقع من القضاء.

الخصوصية:

يكفل هذا النظام محافظة طرفي النزاع على خصوصية النزاع القائم بينهما وذلك بغية خلق روابط جيدة بين الأشخاص أو المؤسسات، كما هو الشأن في الوساطة العائلية فهذا النظام يتيح للزوجين تقييم الأمور والبحث عن مصلحة الأبناء، وإيجاد طرق أفضل للمستقبل بالحوار والاحترام المتبادل مما يساهم في المحافظة على الروابط الاجتماعية.

تحقيق مكاسب مشتركة لطرفي النزاع، فالتسوية النهائية لهذا النظام (خاصة الوساطة) قائمة على حل مرض لطرفي النزاع.

المرونة لأن إجراءات هذا النظام تتسم عادة بالمرونة لعدم وجود إجراءات وقواعد مرسومة محددة.

المحافظة على العلاقات الودية بين الخصوم فتبقى العلاقات الودية بين الخصوم قائمة في الوساطة بعكس الخصومة القضائية التي تؤدي في الغالب إلى قطع مثل تلك العلاقات.

توفير ملتقى لأطراف النزاع قبل بدء المحاكمة فقد تساعد جلسات الوساطة على توفير ملتقى أخير بين الخصوم قد يساهم في حل النزاع.

الحلول الخلاقة التي يمكن التوصل إليها حيث تساعد جلسات نظام الوسائل البديلة على تجاوز العقبات وتوفير الحلول الخلاقة والإبداعية غير النمطية لحل النزاع، فلقد عرضت الوساطة أفكارا جديدة لحل الخلافات العائلية تعطي فيها الأولوية لإعداد مشترك للقرارات الضرورية في إعادة تنظيم الأسرة أكثر من الاهتمام بالمطالبة بالحقوق الفردية.

تنفيذ اتفاقية التسوية رضائيًا:

لما كانت اتفاقية التسوية في الوساطة من صنع أطراف النزاع فإن تنفيذها على الأغلب سيتم برضائهم بعكس حكم القضاء الذي يتم تنفيذه جبرًا.

بساطة الإجراءات:

ويمتاز التحكيم كذلك، حيث نجد أن هيئة التحكيم تتمتع بحرية أوسع وأكثر من القضاء الوطني في كل ما يتعلق بإجراءات التقاضي، مثل التبليغات، وإدارة الجلسات وتنظيمها، وتقديم البينات، والاتصال بأطراف النزاع وغير ذلك.

وهي في كل هذه الأمور وغيرها تبتعد، ما أمكن، عن الإجراءات الشكلية التي تكون في كثير من الأحيان، أمام القضاء، طويلة ومملة، ولا فائدة منها سوى التقيد بحرفية النصوص القانونية الخاصة بالإجراءات، وذلك على حساب موضوع النزاع وجوهره.

والنتيجة الطبيعية لذلك، أن يصدر قرار التحكيم خلال وقت أقصر بشكل ملموس فيما لو عرض النزاع ذاته على القضاء.

كما تُعدُّ طريقة اختيار هيئة التحكيم، ودور أطراف النزاع في ذلك من مميزات التحكيم، فتكون للأطراف أو ممثلوهم الحق في اختيار المحكمين بطريقة مباشرة أم غير مباشرة.

فإذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم، وهم عادة ثلاثة محكمين، يتولى طالب التحكيم (المدعي) تعيين محكمه أو ترشيح هذا المحكم للتعيين، في حين يقوم بالشيء ذاته المطلوب التحكيم ضده (المدعى عليه). بالنسبة للمحكم الثاني، أما المحكم الثالث الذي يتولى رئاسة هيئة التحكيم، فإما إن تعطى الفرصة لتعيينه لطرفي النزاع، أو للمحكمين اللذين اختارهما الطرفان عنهما وذلك حسب قواعد التحكيم المطبقـة على النزاع.

ومثل هذا الأمر يعطي الأطراف نوعا من الأمان والراحة النفسية، حيث يساهم الشخص في اختيار قاضيه الذي سينظر النزاع، بل يساهم ولو بطريقة غير مباشرة في اختيار المحكم الثالث، وهذا بخلاف اللجوء للقضاء الوطني، حيـث نجد أن المحكمة مكونـة من قضاة رسميين في الدولة، لا دور للأطراف في تعيينهم أو تعيين أي منهم، وتكون الأطراف في كثير من الأحيان، أو بعضهم، غرباء عن ذلك النظام القضائي الوطني.

كما أن بعض المحكمين، إن لم يكن كلهم، يتم اختيارهم من ذوي الاختصاص والكفاءة بالنسبة للعقد موضوع النزاع، خاصة فيما يسمى بالتحكيم المؤسسي.

السرية في إجراءات التحكيم:

الأصل في إجراءات التحكيم أنها سرية إلا على أطراف النزاع وممثليهم، بحيث

يمكن القول إن مثل هذه السرية تُعدُّ من الأعراف التحكيمية التي يجب مراعاتها سواء في التحكيم الدولي أم الداخلي، حتى لو سكتت القواعد القانونية النافذة (التشريع الوطني مثلا) عن النص على ذلك، وهذا بخلاف إجراءات التقاضي التي تكون، كمبدأ عام، علنية بحيث يستطيع أي شخص حضور هذه الجلسات.

وتعتبر السرية من أهم مميزات التحكيم، فهي الجاذب الأكبر للمؤسسات والشركات التجارية للتحكيم، إذ بها يظل الكثير من أسرار المتخاصمين لاسيما الشركاء منهم محل حفظ وأمان، كما أن بسرية التحكيم في إجراءاته وحكمه تكتم وتحفظ الكثير من تفاصيل العلاقات الأسرية الخاصة حال الخصومة بين أطرافها.

و تجدر هنا الإشارة إلى أمرين:

الأول: أن التجار وأصحاب العمل عمومًا يفضلون، في غالب الأحيان، سرية الإجراءات على علانيتها وذلك حفاظًا، ما أمكن على سرية طبيعة العمل والصفقات التجارية التي يبرمونها وتفصيلاتها المختلفة، وأسماء الأشخاص الذين يتعاملون معهم. بل إن بعض هذه الصفقات قد تتطلب السرية التامة بحكم طبيعتها، أو بحكم انتماء أحد الأشخاص لجنسية دولة تحظر دخوله في هكذا صفقات. فإذا نشب نزاع بين طرفي العقد، فإنهما يفضلان تسويته بالطرق الودية، أو بأحسن الظروف، عن طريق التحكيم.

الثاني: أنّ السرية تنقلب في بعض الأحيان إلى علنية، وخاصة عند تنفيذ قرار التحكيم، فالنتيجة الطبيعية لكل دعوى، سواء أكانت قضائية أم تحكيمية، أن يكسب أحد طرفي الدعوى القضية، ولو جزئيًا، في حين يخسرها الآخر ولو جزئيًا.

لذلك، فإن أحـد الطرفين قد يرفض تنفيذ القـرار وديا، مما قد يضطر الآخر للجوء إلى القضاء الوطني لتنفيذه جبرًا. وعندئذ سيعرض القرار التحكيمـي، وأسماء الأطراف، وممثليهم وكل ما يتعلق بالقضية، على القضاء لاتخاذ الحكم المناسب بشأن القرار التحكيمي من حيث تنفيـذه أو عدم تنفيذه ولو جزئيًا.

ويترتب على ذلك، أن السرية التي حافظ عليها الأطراف وهيئـة التحكيم إلى حين صدور القرار، انقلبت إلى علنية من حيث النتيجة عند عرض الأمر على القضاء.

ومما تجدر الإشارة إليه كذلك، عند ذكر مثالب التحكيم في عصرنا الحاضر، كثرة مصاريفه بالمقارنـة مع القضاء أحيانًا، خاصة عندما يكون التحكيم دوليا. ففي هذه الحالة، حيث يكون أعضاء هيئة التحكيم (ذوي العدد غالبًا) وأطراف النزاع والمحامين من بلدان مختلفة، وهو ما يعني زيادة مصاريف التحكيم بالنسبة لتنقلاتهم واجتماعاتهم في مكان معين، إضافة لأتعاب المحكمين والمصاريف الإدارية الخاصة بالمركز الذي ينظم التحكيم، حيث يكون التحكيم مؤسسيا، و الأغلب فيه أن هذه الأتعاب والمصاريف تتناسب طرديًا مع قيمة النزاع، حيث يزداد مقدارها كلما زادت هذه القيمة.

وقد يحدث أن يفترض الشخص الذي يعين محكمه في نفسه في ذلك المحكم، أن يدافع عن مصلحة من عيّنه، أو يمثل وجهة نظره ولو جزئيًا.

وربما ينطبق هذا القول أيضا على المحكم نفسه في علاقته بمن عيّنه أو رشّحه للتعيين من جهة، وبأعضاء هيئة التحكيم الآخرين من جهة أخـرى.

و إن بدا هـذا الافتراض غير دقيق من الناحية العملية أحيانًا، إلا أنه قد يكون واقع أحيانا أخرى.

فليس بمستغرب أن نجد رئيس هيئة التحكيم في العديد من القضايا (في الهيئة الثلاثية مثلًا)، أن يكون موفقا بين وجهتي نظر المحكمين الآخرين، إلى الدرجة التي يصح فيها فتراضًا السابق، مما يؤثر بالطبع على العملية التحكيمية من حيث وجوب حياد أعضاء هيئة التحكيم، ونزاهتهم، وعدم تحيزهم، أو الشعور بعدم تحيزهم لطرف من أطراف النزاع ضد آخر.

كما أن انتماء أعضاء هيئة التحكيم وأطراف النزاع وممثليهم، في كثير من الحالات لأنظمة قانونية مختلفة، وأحيانا عدم معرفة الهيئة لأحكام القانون الواجب التطبيق على النزاع من جميع جوانبه بدقة، قد يؤثر سلبًا على مجريات القضية التحكيمية بما في ذلك قرار التحكيم ذاته.

هذا بخلاف اللجوء للقضاء الوطني حيث يتحدث محامي الأطراف والقضاة، على العموم، بلغة قانونية مشتركة هي قانونهم الوطني سواء من حيث الإجراءات أم الموضوع.

وهذا يقود إلى فرضية أخرى، وهي تعقيد إجراءات التقاضي وإطالتها، مما يفقد التحكيم إحدى مزاياه، التي أشرنا إليها سابقًا.

إن قرار التحكيم بعد صدوره قد يصطدم بعقبة تنفيذه، وتُعدُّ هذه المسالة من أكثر المشاكل التي تواجه قرار التحكيم خطورة من الناحية العملية، حيث لا يعني رابح الدعوى، كسبها بقدر ما يعنيه من الحصول على ما حكمت به هيئة التحكيم لصالحه، أو بمعنى آخر، تنفيذ القرار.

و تظهر المشكلة حين يرفض الطرف الخاسر التنفيذ طوعاَ، مما يضطر رابح الدعوى أن يلجأ للقضاء الوطني لتنفيذ قرار التحكيم جبرا، ويكثر هذا وقوعًا في الحياة العملية.

ومختلف القوانين الوطنية، أو بعضها، تتطلب لتنفيذ القرار إقامة دعوى عادية موضوعها تنفيذ قرار التحكيم الصادر في الخارج. مثـل هذه القوانين تجيز عدم التنفيذ إذا توافرت إحدى الحالات المنصوص عليها فيها. هنا يصطدم رابح الدعوى بإجـراءات قضائية تلافاها بداية، ثم فرضت عليه نهايـة.

هذا إضافـة لتخوفه من توافر إحدى حالات عدم التنفيذ المنصوص عليها في القوانين الوطنية، وهو ما يعني رجوعه حقيقة لما بدأ به.

وثمة احتمال آخر، ألا وهو لجوء الطـرف الخاسر للقضاء الوطني للطعن في القرار من حيث بطلانه أو فسخه، بحجة توافر إحدى الحالات التي تؤدي إلى ذلك استنادا لقانون وطني معين.

وقد تضيق أو تتسع حالات الطعن بالقرار على هذا النحو، وكذا حالات عدم تنفيذه على ، حسب اختلاف التشريعات الوطنية المختلفة ونظرتها للتحكيم.

ولخطورة هذه المشكلة، فإن بعض التجار يفضلون أحيانا، بالنسبة لبعض العقود التي يبرمونها، عدم النص في العقـد على شرط تحكيـم، مما يعني لجوء الأطراف للقضاء،و تجـدر الإشارة هنا، إلى أنّ الرغبة بتلافي هذه المشكلة ما أمكن، قد أدت بالدول لأن تبرم اتفاقية دولية خاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية على أراضيها، وهي ما عرف باتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨، والتي انضم لها ما يزيد على ال (١١٠) دول.

وأخيرًا فإن غاية القضاء وه هو إيصال الحقوق إلى أهلها سواء كان ذلك عن طريق الفصل القضائي العام، أم عن طريق الحكم الاختياري المتمثل في التحكيم الاختياري، فكلاهما طريقان لإيصال الحقوق إلى أهلها وفق الأصول والضوابط التي تؤدي إلى العدل وإحقاق الحق.

مما سبق يتبين لنا أن العلاقة بين التحكيم والقضاء علاقة ظاهرة إذ التحكيم جزء لا يتجزأ من القضاء ونوع من أنواع الفصل في الخصومات وتسري عليه جملة من المتطلبات المتعلقة بالقضاء، ولهذا وجب الاعتناء به بحثًا، و تنظيمًا وتأصيلًا، لتتحقق الثمرة المرجوة من الأخذ به وليكون عونًا للقضاء.

ففي اللجوء إلى التحكيم إعانة للقضاة في أعمالهم وحمل جزء منها على وفق المنشود واقعًا ونظامًا.

وفيه التخفيف عن الجهاز القضائي العام مما يؤدي إلى قلة الكلفة المادية على الدولة، وإتقان العمل المسند إلى القضاء العام بسبب قلة القضايا الواردة إليها.

وفيه تنظيم طرق المحاكمة وتأصيلها وعدم وجود الخلل المتمثل في اللجوء إلى القضاء العرفي أو القبلي أو الملي ونحو ذلك.

كما أن فيه تحقيق التوسعة على المتقاضين بعدم إلزامهم بالحضور إلى أماكن التقاضي العامة وفي أوقات قد تتعارض مع أعمالهم الرسمية ونحوها.

تحقيق القناعة بالأحكام الصادرة من المحكمين لأن أطراف النـزاع يطلبون التحاكم إلى من يرتضونه ويقنعون به فيكون هذا الأمر مسببًا للقناعة بما يصدر منه من أحكام، ويكون سببًا للصلح والعفو والتسامح.

وأخيرًا فإن في التحكيم فرصة لسرعة الفصل في القضايا وذلك لأن المحكم متفرغ لهذه القضية المعروضة عليه كما أنه غير ملزم بوقت محدد في نظرها ولديه من الجوانب المساعدة التعاونية ما يحقق وصوله للمراد بأسرع وقت وأسهل طريق.

هذا وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم . . .

الفهـــرس

التحكيم لغة: ٧٤
التحكيم اصطلاحًا: ٧٤
وللتحكيم معنيين أساسين: ٧٤
صيغها وقيودها ومن بعض تعريفاته: ٧٥
مشروعية التحكيم: ٧٦
التحكيم عند الأئمة الأربعة: ٧٨
المالكية: ٧٨
الشافعية: ٧٩
الحنابلة: ٧٩
الأحناف: ٨٠
مراجعة حكم التحكيم فى مجلة الأحكام العدلية: ٨٠
مراجعة حكم التحكيم: ٨٢
اختيار قواعد التحكيم: ٨٤
أساس التحكيم ومصدر سلطة المحكمين: ٨٤
اختيار المحكّم: ٨٤
شروط التحكيم: ٨٥
اشتراط التحكيم: ٨٥
أهلية التصرف في الحق المتنازع فيه: ٨٥
أن يصلح الحق المتنازع عليه كمحل للتحكيم: ٨٦
تحديد المسألة محل النزاع التي تخضع للتحكيم: ٨٦
أن يتم الاتفاق على التحكيم كتابة: ٨٦
بين القضاء والتحكيم: ٨٧
القضاء و الرقابة على التحكيم: ٨٨
تعيين المحكم: ٨٨
دور القضاء في عزل المحكم: ٨٩
التحكيم كأحد الطرق البديلة والمناسبة لفض المنازعات التجارية: ٩١
(استئجار) قاض: ٩٥
مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء: ٩٥
مميزات التحكيم في مقابل القضاء الرسمي: ٩٧
الخصوصية: ٩٨

تنفيذ اتفاقية التسوية رضائياً: ٩٩
بساطة الإجراءات: ٩٩
السرية في إجراءات التحكيم: ١٠٠
الفهـــرس ١٠٦

نظرية التحكيم في الشريعة

نظام التحكيم وضوابطه الشرعية والإجرائية

إعداد الدكتور

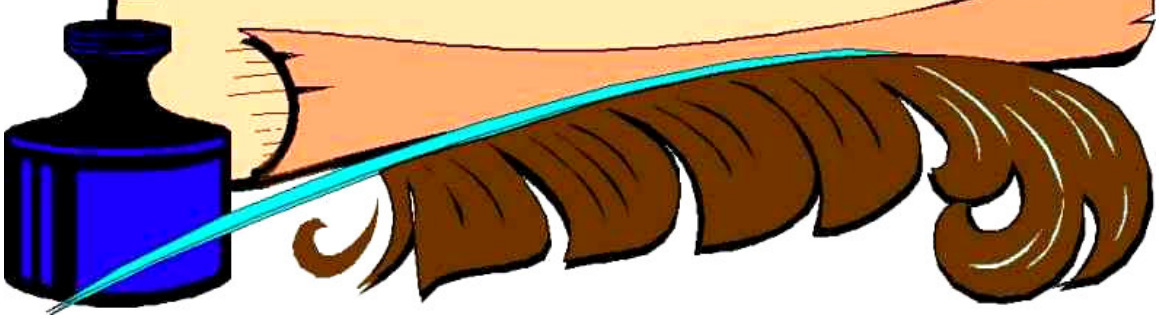
حاتم الحاج

عضو اللجنة الدائمة للإفتاء بمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا

محاضر بأكاديمية الشريعة

طبيب أطفال استشاري

بمستشفى البرت لي التابعة لمؤسسة مايو الصحية



مقدمـــة

بسم الله والحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا؛ من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، بلغ عن ربه فأتم البلاغ، وبين لنا شرائع ديننا في شتى مناحي الحياة، حتى غبطنا على بيانه أهل الكتاب. فاللهم صل وسلم عليه وعلى آله وصحبه ومن اتبع ملته إلى يوم الدين. أما بعد،

فإن مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا قام مشكورا بتسليط الضوء على قضية بالغة الأهمية وعظيمة الخطر، ألا وهي التحكيم بين المسلمين المقيمين في البلاد ذات الأغلبية غير المسلمة، وذلك من خلال استكتاب أعضائه بحوثا حولها لتناقش في مؤتمره السابع المزمع عقده بدولة الكويت من ٢٣ إلى ٢٦ من ذي القعدة سنة ١٤٣١، والموافق ٣١ أكتوبر إلى ٣ نوفمبر من سنة ٢٠١٠.

ولهذا الموضوع أهمية عظيمة تتزايد يومًا بعد يوم لعدة أسباب من أهمها:

زيادة أعداد المسلمين المقيمين خارج ديار الإسلام، ووجوب سعي هؤلاء وغيرهم من عموم المسلمين، قدر الإمكان، إلى تحكيم شريعتهم، فيما يكون بينهم من نزاعات وخصومات، امتثالا لأمر الله تعالى لهم وحرصًا على تحصيل ما أودعه تعالى فيها من العدل والرحمة والخير والمصلحة في المعاش والمعاد والعاجل والآجل.

ومنها كذلك نمو الوعي في البلاد الغربية بفوائد التحكيم، إذ يكون أرضى للناس، سيما هؤلاء الذين لا يشتركون مع الأغلبية في كل محددات الثقافة والهوية، وأهمها الدين. وكذلك فإنه يرفع الكثير من الأعباء عن كاهل مؤسسة القضاء التي أثقلت في كل البلاد بزيادة النزاعات بين الناس واحتدام الخصومات.

إن هذا التحكيم الذي كانت الدول الحديثة تقف منه موقف الريبة خشية أن يخدش من سيادتها، والآن تسعى كثير منها إلى ضبط تراتيبه لتوسيع رقعة الاستفادة منه، قد أقره الإسلام بضوابط محكمة منذ أربعة عشر قرنًا من الزمان ونيف. ولكن الشارع تعالى إذ أقره لفوائده العظيمة، ما كان سبحانه ليغفل عن ضرر الاسترسال فيه، كون ذلك يخدش من سيادة الدولة، أو كما يقول فقهاؤنا يخرم أبهة الولاية ويخرق قاعدتها. من أجل ذلك، جاءت أحكام الشريعة بصدده وسطًا بين الغلو فيه والجفاء عنه، فتم لها تحصيل منافعه وتكميلها ومنع مضاره أو تقليلها.

ولقد عهد إلي بالكتابة في أحد محاور الموضوع، وتحديدًا للإجابة على الأسئلة الآتية:

- هل يعد التحكيم ملزما بالشروع فيه؟ أم لا بد أن يبقى الرضا بالتحكيم وبالمحكمين إلى نهاية النظر في الخصومة؟
- هل يجوز الطعن في قرار هيئات التحكيم كما يطعن في أحكام القضاء؟ وهل يجوز أن يتفق الطرفان على جهة للطعن من البداية؟ وما مدى مناسبة أن يكون المجمع هو الجهة التي تدقق أمامها قرارات هيئات التحكيم لمن أراد أن يدقق هذه الأحكام؟
- كيف تتحول قرارات هيئة التحكيم إلى قرارات ملزمة تتمتع بالإلزام القانوني كما تتمتع أحكام المحاكم؟ وما مدى ضرورة أن يوجد في هيئات التحكيم مستشار قانوني ضمانا للجدية والضبط القانوني؟
- هل هناك من حرج في تحميل المتحاكمين مصروفات الخصومة؟ وهل هناك ما يمنع من أن تكون نسبة مئوية من قيمة الخصومة إذا كانت حول مسائل مالية؟

وماذا لو فشل التحكيم في أثناء الطريق وانسحب أحد الخصوم أو ترك البلاد وسافر، فهل يفوت هذا أجر هيئات التحكيم عما بذلت من جهد ووقت؟

وقبل أن أبدأ في تناول هذه الموضوعات مستعينا بالله ومتوكلا عليه، أقدم لها ببعض ما تجدر الإشارة إليه، وذلك من غير إسهاب، فأكثرها مما يعالج في بحوث أخرى. ولعل البداية ينبغي أن تكون بذكر مقدمات ضرورية عن التحكيم ونطاقه.

أولاً: تعريف التحكيم

التحكيم، كما في مجلة الأحكام: «هو عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكما برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما ويقال لذلك حكم بفتحتين ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة»[(١)] وركنه إيجاب من طرف وقبول من الآخر، ويكون الإيجاب بأي لفظ دال عليه.[(٢)]

ثانيًا: حكم التحكيم:

ذهب الجمهور من أهل العلم إلى مشروعية التحكيم أو استحبابه، وهم الحنفية[(٣)] والمالكية[(٤)] والحنابلة[(٥)] وأكثر الشافعية[(٦)] - وهو المذهب، ونقل الإجماع على

(١) المجلة ج ١ ص ٣٦٥.
(٢) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج ٤ ص ٦٤٠.
(٣) العناية شرح الهداية ج ١٠ ص ٢٩٤؛ تبيين الحقائق ج ٤ ص ١٩٤.
(٤) تبصرة الحكام ج ١ ص ٤٨ – ٥٠.
(٥) الإنصاف للمرداوي ج ٩ ص ٢٤١.
(٦) الحاوي الكبير ج ١٦ ص ١٧٠ – ١٧٢.

جوازه.[1] واستدلوا بالآتي:

قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[2]، جعلها أكثرهم أصلا في التحكيم. وقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْتُلُواْ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًۢا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّٰرَةٌ طَعَامُ مَسَٰكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَٰلِكَ صِيَامًا لِّيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِۦ ۗ عَفَا ٱللَّهُ عَمَّا سَلَفَ ۚ وَمَنْ عَادَ فَيَنتَقِمُ ٱللَّهُ مِنْهُ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ ذُو ٱنتِقَامٍ ﴾[3].

احتج بها ابن عباس رضي الله عنهما على الخوارج في شأن التحكيم يوم صفين.

وعن شريح عن أبيه هانئ أنه لما وفد إلى رسول اللهَّ ﷺ مع قَوْمِهِ سَمِعَهُمْ يَكْنُونَهُ بِأَبِي الْحَكَمِ فَدَعَاهُ رسول اللهَّ ﷺ فقال: «إِنَّ اللهَّ هو الْحَكَمُ وَإِلَيْهِ الْحُكْمُ فَلِمَ تُكْنَى أَبَا الْحَكَمِ فقال إِنَّ قَوْمِي إذا اخْتَلَفُوا في شَيْءٍ أَتَوْنِي فَحَكَمْتُ بَيْنَهُمْ فَرَضِيَ كِلَا الْفَرِيقَيْنِ فقال رسول اللهَّ ﷺ ما أَحْسَنَ هذا فما لك من الْوَلَدِ قال لي شُرَيْحٌ وَمُسْلِمٌ وَعَبْدُ اللهَّ قال فَمَنْ أَكْبَرُهُمْ قلت شُرَيْحٌ قال فَأَنْتَ أبو شُرَيْحٍ»[4]

كذلك ورد التحكيم من فعل كبار الصحابةرضي الله عنهم، بل نقل إجماعهم على جوازه. ومن ذلك التحكيم الذي جرى بين على ومعاوية رضي الله تعالى عنهما. وعن ابن أبي مليكة

(١) تبيين الحقائق ج ٤ ص ١٩٤.
(٢) سورة النساء: ٣٥.
(٣) سورة المائدة: ٩٥.
(٤) سنن أبي داود ج ٤ ص ٢٨٩.

رحمه الله أن عثمان ﷺ ابتاع من طلحة بن عبيد الله ﷺ أرضا بالمدينة ناقله بأرض له بالكوفة فلما تباينا ندم عثمان ﷺ ثم قال بايعتك ما لم أره فقال طلحة ﷺ إنما النظر لي إنما ابتعت مغيبا وأما أنت فقد رأيت ما ابتعت فجعلا بينهما حكما فحكما جبير بن مطعم ﷺ فقضى على عثمان أن البيع جائز وأن النظر لطلحة أنه ابتاع مغيبا.[1]

ومنع بعض الشافعية والحنابلة وكذلك الظاهرية منه وإن كان المفهوم من كلام أكثر من منع أنه عند وجود القاضي.

والحاصل أن القول الصحيح الذي عليه عامة أهل العلم هو جواز التحكيم، بل نقل عليه الإجماع.[2] ولكن المشروعية ترقى إلى الاستحباب عند كون التحكيم أدعى لسرعة الفصل بين الناس ورضا الخصمين والتخفيف عن القضاء وحفظ أموال المتخاصمين وبيت المال...الخ. أما في حالة الأقليات المسلمة في غير البلدان الإسلامية، فالوجوب ظاهر، كون التحكيم سبيلهم الوحيد إلى تحكيم شرع الله فيما شجر بينهم، سيما في أحكام الأسرة كالنكاح والطلاق وغيرها مما يسمى قوانين الأحوال الشخصية.

ثالثًا: ما يجوز فيه التحكيم:

اختلف الفقهاء فيما يجوز فيه التحكيم، فعند الحنفية لا يجوز في الحدود الواجبة لله وكذلك القصاص في الصحيح، وكذا اللعان كونه يقوم مقام الحد.[3] أما المالكية، فجائز عندهم إلا في عشرة مواضع: الرشد وضده والوصية والحبس المعقب وأمر

(١) سنن البيهقي الكبرى ج ٥ ص ٢٦٨.
(٢) تبيين الحقائق ج ٤ ص ١٩٤.
(٣) تبيين الحقائق ج ٤ ص ١٩٤

الغائب والنسب والولاء وحد وقصاص ومال [1] وزاد البعض الطلاق والعتق واللعان، وضعف الزيادة الخرشي في شرحه. [2] وعند الشافعية خلاف، والمذهب أنه لا يجوز في الحدود ويجوز في غيرها وقيل بشرط عدم وجود قاض [3]. أما الحنابلة، فظاهر كلام أحمد جوازه في كل ما يجوز فيه القضاء، حتى مع وجود قاض. [4] وقال القاضي أبو يعلى بجواز التحكيم في الأموال خاصة وأما النكاح والقصاص والحد فلا يجوز فيها التحكيم، وهو قول عند الشافعية [5].

وحاصله أنهم يستثنون من محل التحكيم ما ليس من حق المتحاكمين، كالحد والقتل والطلاق فإنه يتعلق بهم حق الله تعالى وكالنسب واللعان لتعلق حقوق لغير المتحاكمين بهما. يقول ابن العربي – رحمه الله: «والضابط أن كل حق اختص به الخصمان جاز التحكيم فيه ونفذ تحكيم المحكم به» [6] وكذلك يستثنون ما يؤدي التحكيم فيه إلى انخرام نظام الدولة، وفي ذلك يقول الخطيب الشربيني – رحمه الله: «ليس للمحكم أن يحبس بل غايته الإثبات والحكم وقضيته أنه ليس له الترسيم قال الرافعي نقلا عن الغزالي وإذا حكم بشيء من العقوبات كالقصاص وحد القذف لم يستوفه لأن ذلك يخرم أبهة الولاية» [7]

(١) مختصر خليل ج ١ ص ٢٠٧ – ٢٠٨.
(٢) شرح مختصر خليل ج ٥ ص ٣٠٠.
(٣) مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٨.
(٤) المغني ج ١٠ ص ١٣٧.
(٥) مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٨.
(٦) أحكام القرآن لابن العربي ج ٢ ص ١٢٥.
(٧) مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٩.

ولما كان الكلام عن هذه المسألة مما تعنى بحوث أخرى ببيانه، أكتفي بما مر ولكن مع التنبيه إلى كون هذه الاستثناءات التي استثناها البعض، منها ما يبقى خارج نطاق التحكيم خارج بلاد الإسلام كالحدود وسائر الدماء، وإن جاز النظر في عقوبات تعزيرية مالية في بعضها. ولكن منها ما لا يجوز خارج أرض الإسلام استثناؤه كالنكاح مثلا، فإن مآل القول بهذا أن يتحاكم المسلمون بهذا الخصوص إلى غير شرع الله. إن الذي يظهر أن السقف الأعلى لما يدخل في دائرة التحكيم - بخلاف الحدود والقصاص - ستحدده القوانين المحلية، فكل ما سمحت به تلك القوانين، وجب على المسلمين أن يحكموا العدول منهم فيه.

رابعًا: أهمية التحكيم للأقليات المسلمة وهل للحكام في تلك الأحوال حكم القضاة:

إن جموعا غفيرة من المسلمين في هذا العصر يقيمون خارج ديار الإسلام، سواء أكانوا من أهل تلك البلاد غير الإسلامية، أو ممن هاجر إليها. وإنهم تحدث بينهم خصومات، وهم مأمورون - متى تيسرت السبل - بتنصيب من يفصل فيها بشرع الله تعالى، فقد استقر العلم بوجوب ذلك، وأجمع أهل العلم أنه متى ما أمكن تحكيم شرع الله فلا يسع أحدًا من المكلفين أن يعدل عنه إلى غيره. إن الإعراض عن حكم الله لمن الطوام العظيمة التي توقع مقترفها في الكفر إن كان مستحلا أو كبائر الذنوب إن كان ظالما متبعا للهوى. قال الله تعالى: ﴿ إِنِ ٱلْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ ﴾[1]، وقال: ﴿وَلَا يُشْرِكُ فِي حُكْمِهِۦٓ أَحَدًا ﴾[2]، وقال: ﴿ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ

(١) سورة الأنعام: ٥٧، وسورة يوسف: ٤٠.

(٢) سورة الكهف: ٢٦، وقد قرأها ابن عامر أحد القراء السبعة (ولا تشركْ في حكمه أحدًا) بلا الناهية، وانظر إتحاف فضلاء البشر في القراءات الأربعة عشر ص ٢٨٩.

ٱلْكَٰفِرُونَ ﴾[1]، وقال: ﴿ أَفَحُكْمَ ٱلْجَٰهِلِيَّةِ يَبْغُونَ ۚ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ ٱللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾[2]

والسؤال المطروح هو ما إذا كان بإمكان المسلمين التحاكم فيما شجر بينهم إلى شرع الله وهم في تلك البلاد غير الإسلامية؟ والجواب هو أن هناك مساحة تسمح بشيء كثير من ذلك في أكثر تلك البلاد، وهي مساحة معقولة، وإن كانت دون ما وفره الإسلام في أرضه لأصحاب الملل الأخرى منذ أربعة عشر قرنا، ولكن وجود هذه المساحة في إطار ما يعرف بنظام (**Arbitration**) أو التحكيم لا يترك للمسلمين أي عذر في ترك الاستفادة الكاملة منه، ليحكموا شرع الله فيما تنازعوا فيه.

إن الحكام في تلك البلاد إذا كانت لهم أهلية القضاء وخولهم السلطان – وإن كان كافرا – فإنهم قضاة لهم ما للقضاة من أحكام، وإن لم يخولوا، فينبغي أن يصطلح المسلمون فيما بينهم على الالتزام بأحكامهم متى كانت هناك فسحة لذلك بالقانون. إن جماعة المسلمين أو العدول يقومون مقام الوالي والقاضي عند شغور الزمان منه، وهذا هو القول الصحيح الذي يحمي على الناس حقائق الإيمان وأصول الدين. قال ابن مسعود رضي الله عنه: «ما رءاه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن»

قال ابن عابدين – رحمه الله: «قوله (ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر) أي الظالم وهذا ظاهر في اختصاص تولية القضاء بالسلطان ... قلت وهذا حيث لا ضرورة وإلا فلهم تولية القاضي أيضاً ... قوله (ولو كافرا) في التاترخانية الإسلام ليس بشرط فيه أي في السلطان الذي يقلد وبلاد الإسلام التي في أيدي الكفرة

(١) سورة المائدة: ٤٤.

(٢) سورة المائدة: ٥٠.

لا شك أنها بلاد الإسلام.... وأما بلاد عليها ولاة كفار فيجوز للمسلمين إقامة الجمع والأعياد ويصير القاضي قاضيا بتراضي المسلمين فيجب عليهم أن يلتمسوا واليًا مسلمًا منهم... وفي الفتح وإذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقلد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة الآن يجب على المسلمين أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولي قاضيا ويكون هو الذي يقضي بينهم وكذا ينصبوا إماما يصلي بهم الجمعة.»[(١)]

وقال الخرشي – رحمه الله – في شرح المختصر أن لزوجة المفقود أن «ترفع أمرها إلى القاضي أو إلى الوالي وهو قاضي الشرطة أي السياسة وإلى ولاة المياه وهم الذين يأخذون الزكاة ليكشفوا عن أمر زوجها إذ الحق لها ... وإلا فلجماعة المسلمين أي فإن لم تجد المرأة أحدا ممن ذكر فإنها ترفع أمرها إلى جماعة المسلمين والواحد منهم كاف...»[(٢)]

وقال الجويني – رحمه الله: «أما ما يسوغ استقلال الناس فيه بأنفسهم، ولكن الأدب يقتضي فيه مطالعة ذوي الأمر ومراجعة مرموق العصر، كعقد الجمع وجر العساكر إلى الجهاد واستيفاء القصاص في النفس والطرف فيتولاه الناس عند خلو الدهر... فإذا خلا الزمان عن السلطان وجب البدار على حسب الإمكان إلى درء البوائق عن أهل الإيمان.»[(٣)]

وقال أبو يعلى – رحمه الله – في الأحكام السلطانية: «ولو اتفق أهل بلد قد خلا من

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٣٦٨ – ٣٦٩.
(٢) شرح مختصر خليل ج ٤ ص :١٤.
(٣) غياث الأمم ج ١ ص ٢٧٩.

قاض على أن قلدوا عليهم قاضيا فإن كان إمام الوقت موجودا بطل التقليد وإن كان مفقودا صح.»[1]

إنه ينبغي مراعاة خصوصية وضع الجاليات المسلمة عند مناقشة قضية التحكيم بالنسبة لهم، فبينما يكون الجواز أو الاستحباب حكمه في بلاد الإسلام التي تتحاكم إلى شرع الله، إذ القضاء الإسلامي هو الخيار الآخر، لكن قد يخفف التحكيم عنه لكثرة المنازعات. ولكن الحال في غير البلاد الإسلامية التي لا تتحاكم إلى الشرع مختلف، فإنهم إن لم يحكموا أمثل أهل العلم من المسلمين في منازعاتهم لآل الأمر إلى تحكيم غير ما أنزل الله في خاصة أمورهم وأحكام نكاحهم وطلاقهم وغيرها. إنه إن اتفق المسلمون على تنصيب وال لهم،[2] وقام هذا بدوره بتنصيب القضاة الذين يحكمون بين المسلمين في تلك البلاد غير الإسلامية فإن هؤلاء تكون لهم ما للقضاة من أحكام، وإن لم يفعلوا، فأقل ما يقال عن صلاحيات التحكيم أن السقف الأعلى لهذه الدائرة ستحدده القوانين المحلية، فكل ما سمحت به - بخلاف الحدود - وجب على المسلمين أن يحكموا العدول منهم فيه، وقد يسوغ كذلك النظر في إمكان التعوض عن بعض الحدود بعقوبات تعزيرية مالية.

إننا ينبغي كذلك أن نستصحب أهمية التحكيم بالنسبة إلى الجاليات المسلمة بالغرب وعموم الأقليات المسلمة بالعالم بل والمسلمين كافة في البلاد التي لا يحكم فيها بشرع الله تعالى وذلك في ترجيحاتنا في هذا الباب كله، ليكون أقرب ما يمكن إلى القضاء من حيث الإلزام.

هل يعد التحكيم ملزما بالشروع فيه؟ أم لا بد أن يبقى الرضا به إلى نهاية النظر في الخصومة؟

(١) الأحكام السلطانية ج ١ ص ٥٨.

(٢) قد تقوم هيئات إسلامية بهذا الدور في البلدان الغربية.

لقد اختلف أهل العلم في ذلك، فذهب عامتهم إلى أنه ملزم بعد الحكم، ولم يرد في ذلك إلا خلاف ضعيف عن الشافعية[(١)] يؤدي العمل به إلى نقض نظرية التحكيم من أصلها. أما بعد الشروع وقبل الحكم، فذهب الأحناف والمالكية في صحيح المذهب والحنابلة في وجه إلى حق أي من المحكمين في عزل المحكم، بينما ذهب المالكية إلى سقوط ذلك الحق عند قيام البينة والحنابلة أسقطوه في وجه بعد الشروع، وحكاه الإصطخري وجهًا عند الشافعية،[(٢)] وهو قول ابن الماجشون من المالكية.[(٣)]

قول السادة الأحناف:

لا يختلف المذهب عند الأحناف على جواز عزل المحكم قبل الحكم، ففي درر الحكام: «لذلك لو حاكم المحكم الطرفين وقال إنني أرى المدعي محقا في دعواه فعزله المدعى عليه قبل الحكم وحكم المحكم بعد ذلك للمدعي فلا ينفذ الحكم. كذلك لو حكم الطرفان حكما ليفصل الست الدعاوى المتكونة بينهما ففصل هذا الحكم قضية أو قضيتين لصالح أحد الطرفين وحكم على الآخر فعزل المحكوم عليه المحكم فيصح عزله في حق الدعاوى الأخرى ... أما لو عزلاه بعد الحكم فلا يبطل حكمه لأن هذا الحكم قد صدر من ذي ولاية شرعية.»[(٤)]

(١) الحاوي الكبير ج ١٦ ص ٣٢٦.
(٢) الحاوي الكبير ج ١٦ ص ٣٢٦.
(٣) تبصرة الحكام ج ١ ص ٥٠.
(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج ٤ ص ٦٤٤ وانظر أيضًا: الاختيار تعليل المختار ج ٢ ص ١٠٠؛ العناية شرح الهداية ج ١٠ ص ٢٩٤

قول السادة المالكية:

المذهب عند المالكية عدم جواز عزل المحكم بعد استيعاب الكشف عن حال المترافعين [1] أو قيام البينة، وفي تبصرة الحكام لابن فرحون - رحمه الله: «ولا يشترط دوام الرضا إلى حين نفوذ الحكم بل لو أقاما البينة عنده ثم بدا لأحدهما قبل أن يحكم فليقض بينهما ويجوز حكمه. وقال أصبغ لكل واحد منهما الرجوع ما لم ينشبا في الخصومة عنده فيلزمهما التمادي فيها كما ليس لأحدهما إذا ترافعا الخصومة عند القاضي أن يوكل وكيلا أو يعزله. وقال سحنون في كتاب ابنه لكل واحد منهما الرجوع ما لم يفصل الحكم بينهما. وقال ابن الماجشون ليس لأحدهما الرجوع كان ذلك قبل أن يقاعد صاحبه أو بعد ما ناشبه الخصومة وحكمه لازم لهما.» [2]

قول السادة الشافعية:

المذهب المعتمد عند الشافعية أن المحكم ينعزل بعزل أحد الخصمين له قبل الحكم وبعد الشروع وفي وجه حكاه الإصطخري - رحمه الله - لا ينعزل وفي قول ضعيف لا يلزم المتخاصمين قبول حكمه. قال الماوردي- رحمه الله: «.. فيما يصير الحكم به لازما لهما. وفيه للشافعي قولان ...: أحدهما: أنه لا يلزمهما الحكم إلا بالتزامه بعد الحكم كالفتيا، لأنه لما وقف على خيارهما في الابتداء وجب أن يقف على خيارها في الانتهاء وهو قول المزني. والثاني: وهو قول الكوفيين وأكثر أصحابنا أنه يكون بحكم المحكم لازما لهما ... وحكى أبو سعيد الإصطخري فيه وجها ثالثا: أن خيارهما في التحكيم ينقطع بشروعه في الحكم...» [3]

(١) الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٤٦
(٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ٥٠
(٣) الحاوي الكبير ج ١٦ ص ٣٢٦

قول السادة الحنابلة:

كلمتهم واحدة في لزوم الحكم بعد صدوره، واختلفوا فيما يكون بعد الشروع وقبل الفصل، والراجح عندهم سقوط خيار المتحاكمين بعد الشروع. قال المرداوي – رحمه الله: «فائدتان إحداهما: لو رجع أحد الخصمين قبل شروعه في الحكم: فله ذلك. وإن رجع بعد شروعه وقبل تمامه: ففيه وجهان ... أحدهما: له ذلك الثاني: ليس له ذلك. انتهى. قلت: وهو الصواب... واختار في الرعاية الكبرى: إن أشهدا عليهما بالرضا بحكمه قبل الدخول في الحكم فليس لأحدهما الرجوع.»[1]

الترجيح:

الراجح فيما يظهر لي من هذه الأقوال والذي ينبغي المصير إليه في الحال التي نبحثها وهي التحاكم إلى محكَّم مسلم يفصل بما علم من شرع الله لئلا يضطر الخصوم إلى تحكيم غيره هو سقوط خيار المتحاكمين إلا أن يتفقا على عزل المحكم.

واستدل الماوردي – رحمه الله – على لزوم الحكم بعد صدوره[2] بما روي عن النبيﷺ أنه قال: «**من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فعليه لعنة الله**»[3] قال: فكان الوعيد دليلا على لزوم حكمه وبقوله تعالى في الشهادة: ﴿وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾[4] قال: فدل الوعيد على لزوم الحكم بشهادته وبقوله عليه السلام: ' من

(١) الإنصاف للمرداوي ج ٩ ص ٢٤١

(٢) الحاوي الكبير ج ١٦ ص ٣٢٦

(٣) قال ابن الملقن في البدر المنير، ٩/ ٥٥٤: غريب لا يحضرني من خرجه من أصحاب الكتب المعتمدة ولا غيرها.

(٤) سورة البقرة : ٢٨٣.

علم علما وكتمه ألجمه الله يوم القيامة بلجام من نار»[1] فدل الوعيد على لزوم الحكم بما أبداه. والحديث الأول قال عنه ابن الملقن أنه لا أصل له، والآية والحديث الثاني لا يصلحان في خصوص هذه القضية فقد يعترض على الحديث بأنه في كل كتمان لعلم، كان ذلك في حكم قاض أو محكم أو في غير التحاكم أصلًا، لزم منه حكم أو لم يلزم، والآية كذلك.

ولكن توجيه القول باللزوم بعد صدور الحكم أنه قد صدر من ذي ولاية شرعية.[2] بل قال ابن أبي ليلى – رحمه الله: «هو بمنزلة المولى من جهة الإمام ...»[3] ولو لم يلزم لكان وساطة لا حكمًا.[4] ولو كان لكل منهما حق العزل بعد الشروع وقبل الحكم لبطل المقصود من التحكيم[5] لأنه قد يقع في نفس أحدهما بعد أي من مراحل الكشف وقيام البينة أنه سيحكم عليه، فيعزل الحكم فيصير التحكيم لغوا[6]. ولا يقال أنه لا يلزمهما الحكم إلا بالتزامه بعده كالفتيا، فليس التحاكم كالاستفتاء، بل شعبة من القضاء، لذا ذكروه في أبوابه. وكذلك لا يقال أن المحكم وكيل والوكيل ينعزل بعزل الموكل، فالفرق بينهما واضح، فالثاني لا يتصرف إلا لمصلحة موكله والأول قد يحكم له أو عليه.

---

(١) لم يرد بهذا اللفظ، وإنما ورد بلفظ «من كتم علما ألجمه الله يوم القيامة بلجام من نار» رواه الحاكم (المستدرك على الصحيحين ج١: ص ١٨) وغيره وقال: هذا إسناد صحيح من حديث المصريين على شرط الشيخين وليس له علة، ووافقه على تصحيحه جماعة منهم المنذري والزرقاني والزركشي والألباني.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج ٤ ص ٦٤٤ وانظر أيضًا: الاختيار تعليل المختار ج ٢ ص ١٠٠؛ العناية شرح الهداية ج ١٠ ص ٢٩٤.

(٣) تبيين الحقائق ج ٤ ص ١٩٤.

(٤) الحاوي الكبير ج ١١ ص.

(٥) المغني ج ١٠ ص ١٣٧.

(٦) الحاوي الكبير ج ١٦ ص ٣٢٦.

بقي أيضًا أن مآل القول بعدم لزوم حكم المحكم اختلاف الناس في قضاياهم كافة إلى المحاكم التي تحكم القوانين الوضعية وعزوفهم عن حكم الله، فما الفائدة في حق لا نفاذ له.

أما إن اتفق الطرفان على عزل المحكم، فلهما ذلك، فإنه كما قال ابن العربي - رحمه الله: «وتحقيقه أن الحكم بين الناس إنما هو حقهم لا حق الحاكم ...» [1]

هل يجوز الطعن في قرار هيئات التحكيم؟ وأن يتفق الطرفان على جهة للطعن من البداية؟

لا شك أن حكم المحكَّم يجري عليه النقض إذا خالف الأصول كحكم القاضي. أما إذا كان مما يسوغ فيه الاجتهاد، فهل يجوز لقاض أو محكم ثان أن ينقضه إن خالف مذهبه أو ما يعتقد رجحانه؟ منع الجمهور من ذلك وخالفهم الأحناف، وهذا عرض لبعض أقوالهم:

قول السادة الأحناف:

ذهب الأحناف إلى أن حكم المحكم لا يرفع الخلاف كما يرفعه حكم القاضي، فيجوز لمحكم ثان أو قاض أن ينقضه، وإن وافق بعض المذاهب المعتبرة، ففي درر الحكام: «إذا عرض حكم المحكم على القاضي المنصوب من قبل السلطان أو على محكم ثان ليدقق الحكم مرة ثانية فإذا كان موافقا للأصول صدقه لأنه لا فائدة من نقض الحكم الموافق للأصول ... فإذا حكم المحكم حكما غير موافق للأصول ينقضه القاضي والمحكم الثاني. وعدم موافقة حكم المحكم للأصول يكون على وجهين: الأول: أن يكون حكم المحكم خطأ لا يوافق أي مذهب ... الثاني: أن يكون موافقا لمذهب أحد المجتهدين إلا أنه يكون غير موافق لمذهب المجتهد الذي يقلده ... وفي هذه الصورة

(١) أحكام القرآن لابن العربي ج ٢ ص ١٢٥.

ينقض القاضي ذلك الحكم لأن ولاية المحكم مقصورة على الطرفين المتخاصمين وحكم الحكم في ذلك لا يرفع خلاف المسائل الخلافية ...»[1]

ولكن المتحاكم لا ينقض حكم المحكم بنفسه وإن كان عالما مجتهدًا، ففي حاشية رد المحتار: «... فإن قضى عليه بالبينونة والزوج لا يراها يتبع القاضي إجماعا. هذا كله إذا كان الزوج عالما له رأي واجتهاد ... هذا إذا قضى له أما إذا أفتى له ... فيلزم الجاهل اتباع قول المفتي كما يلزم العالم اتباع رأيه واجتهاده ... لأن القضاء ملزم سواء وافق رأي الزوج أو خالفه وكذا مع الإفتاء لو الزوج جاهلا. قوله (بل محكم) في الخانية حكم المحكم كالقضاء على الصحيح.»[2]

قول السادة المالكية:

عند المالكية يرفع حكم المحكم الخلاف كحكم القاضي، ففي تبصرة الحكام لابن فرحون – رحمه الله: «إذا حكم المحكم فليس لأحد أن ينقض حكمه وإن خالف مذهبه إلا أن يكون جورًا بينا لم يختلف فيه أهل العلم. مسألة قال اللخمي إنما يجوز التحكيم إذا كان المحكم عدلا من أهل الاجتهاد أو عاميا واسترشد العلماء فإن حكم ولم يسترشد رد وإن وافق قول قائل لأن ذلك تخاطر منهما وغرر.»[3]

وصرح الدردير – رحمه الله – في الشرح الكبير بأن حكم المحكم يرفع الخلاف فقال: «(ومضى) حكمه في أحد هذه السبعة (إن حكم صوابا) فلا ينقض لأن حكم المحكم يرفع الخلاف كحكم الحاكم.»[4]

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج ٤ ص ٦٣٩

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٣٤

(٣)تبصرة الحكام ج ١ ص ٥٠

(٤)الشرح الكبير ج ٤ ص ١٣٦

قول السادة الشافعية:

قال الماوردي – رحمه الله: «قال الشافعي رحمه الله: من اجتهد من الحكام فقضى باجتهاده ثم رأى أن اجتهاده خطأ أو ورد على قاض غيره فسواء. فما خالف كتابا أو سنة أو إجماعا أو ما في معنى هذا رده. وإن كان يحتمل ما ذهب إليه ويحتمل غيره لم يرده وحكم فيما استأنف بالذي هو الصواب عنده. [قال الماوردي] وهذا صحيح إذا بان للقاضي أنه قد أخطأ في حكمه أو بان له أن غيره من القضاة قد أخطأ في حكمه فذلك ضربان: أحدهما: أن يخطئ فيما يسوغ فيه الاجتهاد. والثاني: أن يخطئ فيما لا يسوغ فيه الاجتهاد. فإن أخطأ فيما يسوغ فيه الاجتهاد وهو أن يخالف أولى القياسين من قياس المعنى الخفي أو أولاهما من قياس التقريب في الشبه كان حكمه نافذا وحكم غيره من القضاة به نافذا لا يتعقب بفسخ ولا نقض...»[1]

قول السادة الحنابلة:

قول الحنابلة في ذلك كقول الجمهور، فهم يرون عدم نقض حكم الحاكم إلا بما ينقض به حكم القاضي. قال ابن قدامة – رحمه الله: «إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز نقض حكمه فيما لا ينقض به حكم من له ولاية ...»[2]

وقال ابن القيم – رحمه الله: «إذا لم يكن في المسألة سنة ولا إجماع وللاجتهاد فيها مساغ لم تنكر على من عمل فيها مجتهداً أو مقلدًا.»[3]

وقال المرداوي – رحمه الله: «... ونظيره لو حكماه في التداعي بدين وأقر به الورثة. انتهى. فعلى المذهب: يلزم من يكتب إليه بحكمه القبول وتنفيذه كحاكم الإمام .. .»[4]

---

(١)الحاوي الكبير ج ١٦ ص ١٧٢.

(٢)المغني ج ١٠ ص ١٣٧.

(٣) إعلام الموقعين ج ٣ ص ٢٨٨.

(٤) الإنصاف للمرداوي ج ٩ ص ٢٤١

الترجيح:

الراجح هو قول الجمهور بعدم رد ما يسوغ فيه الاجتهاد، ولعل ضبط ذلك عزيز إلا أن نقول أنه ما كان موافقًا لقول أحد الأئمة المعتبرين كالأربعة وأمثالهم، وله حظ من النظر، وعمل به فريق من المسلمين فلم يهجر بالكلية. أما القول بعدم النقض فظاهر، فإن هذا الحكم حكم صحيح لازم، قد صدر عن ذي ولاية شرعية، بل قال ابن أبي ليلى – رحمه الله: «هو بمنزلة المولى من جهة الإمام حتى لا يكون لأحد أن ينقض حكمه ما لم يخالف الدليل الشرعي»[(١)] ولما قيل لعمر: إنك لم تشرك في العام الماضي بين ولد الأم وبين ولد الأب والأم، فكيف تشرك الآن؟ قال تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا.[(٢)] أما قول الأحناف بأن التحكيم عقد في حق الحاكم فملك فسخه كالعقد الموقوف، فجوابه ما ذكره ابن قدامة – رحمه الله: «وما ذكروه غير صحيح فإن حكمه لازم للخصمين فكيف يكون موقوفا ولو كان كذلك لملك فسخه وإن لم يخالف رأيه ولا نسلم الوقوف في العقود»[(٣)] أما في حال الأقليات المسلمة فليس ثم الحاكم الذي يشيرون إليه أصلا. فينبغي التذكير هنا بخصوصية وضع هؤلاء الحكام في غير بلاد الإسلام، وأنهم إذا لم تكن لهم أحكام القضاة بالكلية، فينبغي أن يكون ترجيحنا بخصوص أحكامهم أقرب إلى الإلزام لسد ذريعة التساهل وضمان الالتزام. إن مآل رد الأحكام المختلف فيها – فيما أرى – هو حصول التهارج وضياع هيبة الأحكام، وفساد ذات بين الحكام، بل والفرقة والشقاق بين أهل القبلة.

---

(١) تبيين الحقائق ج ٤ ص ١٩٤.

(٢) سنن البيهقي الكبرى ج ١٠ ص ١٢٠

(٣) المغني ج ١٠ ص ١٣٧

المشارطة على التحاكم إلى جهة معينة عند أي تعاقد وكذلك على جهة تدقيق الأحكام.

أما المشارطة بين طرفي أي عقد على التحاكم إلى جهة معينة عند إبرامه وكذلك على جهة تدقيق الأحكام، التي يطعن أمامها في قرارات الحكام، سواء في العقد الأول أو في عقد التحكيم فلا بأس بها، ولا يطعن في ذلك أن عقد التحكيم غير لازم، فالصحيح لزومه بين المتحاكمين مع الشروع كما بينا، ولا يعترض بعدم جواز الشرط المعلق، فالصحيح – كما سنبين – نفاذه، وإن الأصل في العقود أنها لحفظ حقوق المتعاقدين وعلى التراضي مدارها إلا فيما جاء الشرع ببيان تحريمه، وفي ذلك قال ابن تيمية – رحمه الله: «وإذا ظهر أن العقود لا يحرم منها إلا ما حرمه الشارع فإنما وجب الوفاء بها لإيجاب الشارع الوفاء بها مطلقا إلا ما خصه الدليل. على أن الوفاء بها من الواجبات التي اتفقت عليها الملل بل والعقلاء جميعهم وقد أدخلها في الواجبات العقلية من قال بالوجوب العقلي [المعتزلة] ففعلها ابتداء لا يحرم إلا بتحريم الشارع والوفاء بها وجب لإيجاب الشارع إذا ولإيجاب العقل أيضًا. وأيضًا فإن الأصل في العقود رضى المتعاقدين وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد لأن الله قال في كتابه العزيز: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾[1] وإذا كان كذلك فإذا تراضي المتعاقدان بتجارة، أو طابت نفس المتبرع بتبرع، ثبت حله بدلالة القرآن؛ إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله؛ كالتجارة في الخمر، ونحو ذلك»[2]

أما الاعتراض على الشرط بعدم جواز عقد وشرط عند البعض أو شرط معلق

(١) سورة النساء: ٢٩.

(٢) مجموع الفتاوى ج ٢٩ ص ١٥٤ – ١٥٥

كون الجمهور يمنعون من التعليق في العقود، فالصحيح أن الأصل في الشروط النفاذ. قال رسول الله ﷺ: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بين الْمُسْلِمِينَ إلا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا أو أَحَلَّ حَرَامًا وَالْمُسْلِمُونَ على شُرُوطِهِمْ إلا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أو أَحَلَّ حَرَامًا»[1] وفي صحيح البخاري عن عمر رضي الله عنه: «مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما شرطت»[2] وهذه الشروط التي معنا تسد ذريعة الاختلاف فهي مستحبة. والأحناف أجازوا الشرط الملائم، والمذهب عند الحنابلة اعتبار الشروط في كل العقود إلا ما حرم حلالا أو أحل حراما، وفي التعليق يقول ابن القيم - رحمه الله: «... وقد شرع الله لعباده التعليق بالشروط في كل موضع يحتاج إليه العبد، حتى بينه وبين ربه كما قال النبي ﷺ لضباعة بنت الزبير وقد شكت إليه وقت الإحرام، فقال: «حجي واشترطي على ربك فقولي: إن حبسني حابس فمحلي حيث حبستني، فإن لك ما اشترطت على ربك» ... وتعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة، فلا يستغني عنه المكلف ... واشترى عبد الله بن مسعود جارية من امرأته وشرطت عليه أنه إن باعها فهي لها بالثمن، وفي ذلك اتفاقهما على صحة البيع والشرط، ذكره الإمام أحمد وأفتى به»[3]

ولم يصح أن النبي ﷺ نهى عن بيع شرط. وما روي في ذلك لا يصح مع مخالفته لسنن ثابتة كحديث جابر في بيع الجمل واشتراط حملانه وحديث: «من باع عبدًا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع».

---

(١) سنن الترمذي ج ٣ ص ٦٣٤ . وقال حسن صحيح.

(٢) صحيح البخاري ج ٢ ص ٩٧٠

(٣) إعلام الموقعين ج ٣ ص ٣٨٧

والخلاصة أن شرط التحكيم جائز في العقود كافة وكذلك شرط اللجوء إلى جهة معينة لتدقيق الأحكام سواء في العقد الأول أو في عقد التحكيم. وهذه الجهة ينبغي أن تكون محل ثقة المسلمين ومتأهلة لذلك، فإن القضاء ولا ريب مرتقى صعب مسلكه، فما بالك بتدقيق الأحكام.

مناسبة أن يكون المجمع الجهة التي تدقق أمامها قرارات هيئات التحكيم؟

للإجابة على هذا السؤال أبدأ بتعريف المجمع وخصائصه وآلية الفتوى فيه:

أولاً: التعريف:

مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا مؤسسة علمية غير ربحية معفاة من الضرائب تتكون من مجموعة مختارة من فقهاء الأمة الإسلامية وعلمائها، تسعى إلى بيان أحكام الشريعة فيما يعرض للمقيمين في أمريكا من النوازل والأقضيات.

الهيئة الرئاسية للمجمع:

الأستاذ الدكتور حسين حامد حسان، رئيس المجمع

الأستاذ الدكتور على أحمد السالوس، النائب الأول لرئيس المجمع

الأستاذ الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي، النائب الثاني لرئيس المجمع

الأستاذ الدكتور صلاح الصاوي، الأمين العام

الدكتور السيد عبد الحليم محمد حسين، الأمين العام المساعد

ثانيًا: خصائص المجمع:

التخصص، فكل أعضائه من حملة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية باستثناء القليل من الأعضاء من المقيمين بالغرب ويحملون الدكتوراة في فروع أخرى من العلوم الإسلامية.

الحيادية، فالمجمع ملك للأمة، ومشترك علمي عام يلتقي عليه العاملون لدين الله في مشرق أو في مغرب، بعيدا عن التكتلات الحزبية أو التجمعات التنظيمية.

الجمع بين العلم بالشرع والدراية بالواقع ، فبالإضافة إلى الفقهاء يوجد بالمجمع عدد من الخبراء لا يقل عددهم عن الفقهاء، وهؤلاء يمكنون الفقهاء من الرؤية المستبصرة والفاحصة للواقع الذي تطبق فيه الفتوى.

وجود لجنة دائمة للإفتاء بالمجمع تتكون من عدة أعضاء من حملة الدكتوراه في الشريعة وهي مقيمة داخل الولايات المتحدة وتتولى الرد على القضايا اليومية التي ترد إلى المجمع وتصدر قرارها في ذلك بالأغلبية.

وجود لجنة لمستشاري الإفتاء تتكون من ثمانية من كبار أهل الفتوى في الأمة ترجع إليها اللجنة الدائمة عند الاقتضاء مستخدمة في ذلك أحدث تقنيات الاتصالات.

وجود صلة وثيقة بين هذا المجمع وما سبقه من المجامع، فالأصل هو التنسيق والتكامل وليست المنافسة أو التنافر أو التضاد، ولهذا فإن عضوية هذا المجمع مبذولة لمن شاء من أعضاء المجامع الأخرى ممن تنطبق عليهم شروط العضوية كما فصلها النظام الأساسي للمجمع، فالمجمع يقدم قوة إضافية للجهود القائمة: تنسيقا بينها، وجمعا لشتاتها، وتجسيرا للصلة بين فقهاء الأمة عبر العالم.

ثالثًا: آلية الإفتاء بالمجمع:

الإفتاء هو المهمة الرئيسة للمجمع و لقد وضعت له آليات لضبطه و تيسيره.

تبدأ دورة الفتوى بتلقي الأسئلة من المستفتين عبر الهاتف أو الشبكة المعلوماتية أو البريد.

يجيب أحد أعضاء اللجنة الدائمة للإفتاء – و كلهم من المقيمين بالغرب – على الأسئلة التي ليس فيها إشكال و لا تمس أمر العامة أو كان للمجمع جواب سابق عنها.

تحال الأسئلة التي أشكلت على العضو أو تلك التي تمس أمر العامة إلى اجتماع اللجنة و الذي ينعقد دورياً مرة أو مرتين بالشهر حسب الحاجة.

تتم مناقشة الاستفتاءات المحالة إلى اللجنة من قبل أعضائها فمتى توصلت اللجنة إلى قرار أسندت الصياغة لأحد الأعضاء.

بعد الصياغة يعاد إرسال الجواب إلى أعضاء اللجنة عن طريق البريد الالكتروني للتعليق.

إذا تمت الموافقة على الصياغة تنشر الفتوى على موقع المجمع كما ترسل إلى المستفتي.

إذا لم تستطع اللجنة البت في المسألة المطروحة ترفع السؤال إلى مستشاريها للإفادة.

تحال بعض القضايا إلى مؤتمر المجمع السنوي الذي يدعى إليه علماء و خبراء المجمع كافة.

وإن الذي يظهر من خلال هذا العرض السريع أن مجمع فقهاء الشريعة بما يضمه من كوادر داخل الأمريكتين وخارجها، وما يعتمده من آليات، وما يظهره من حرص على عدم التساهل والتغرير والمخاطرة بشأن الأحكام الشرعية، لمؤهل للقيام بهذا الدور مع غيره من المؤسسات التي تتسم بنفس الصفات.

كيف تصير قرارات التحكيم ملزمة كأحكام المحاكم؟

قال عمر رضي الله عنه في رسالته إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه: «أما بعد: فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلى إليك فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له»[1]

(١) سنن البيهقي الكبرى ج ١٠ ص ١٥٠

إنه ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وإن السعي إلى تثبيت أركان التحكيم بين المسلمين في البلاد التي لا تقضي فيها المحاكم بشرع الله لأمر في غاية الأهمية والخطورة، لذا وجب اتخاذ كل التدابير التي تضمن سلامة هذه الأحكام ومصداقيتها وإلزامها. ومن هذه أمور تتعلق بأحكام الشريعة نفسها، ومنها أمور أخرى تتعلق بقوانين البلاد، كاعتماد نماذج وصيغ تبين فيها الإجراءات والمدد القانونية والخطوات التي يطالب مريد التحكيم باستيفائها قبل الشروع؟ والأولى هي محل البحث، ويجيب على الثانية أهل الاختصاص.

بداية، ينبغي نشر الوعي بين المسلمين بحقائق الإيمان وأن تحكيم شرع الله في كل أمور الإنسان وخصوماته لمن كبريات تلك الحقائق، ونبذ ذلك وهجرانه من الطوام.

كما ينبغي حض المسلمين على تضمين شرط التحكيم في عقودهم كافة، مع النص على استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، حتى إن فسد العقد، لا يفسد الشرط تبعًا له. وقد تقدم الكلام عن هذا الشرط ومشروعيته وإلزامه.

ويحسن اتفاق المسلمين على هيئة تنصب لهم القضاة أو تفوض المحكمين، فعندها لا ينعزلون إلا بعزل تلك الهيئة لهم. في درر الحكام: «... ولكن إذا حكمه الطرفان وأجاز القاضي المنصوب من قبل السلطان المأذون بنصب النائب هذا التحكيم يكون بمنزلة نائب هذا القاضي لأنه استخلفه. وكما أنه ليس للطرفين عزل القاضي أو عزل نائبه فليس لهما عزل هذا المحكم»[1]

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج ٤ ص ٦٤٤. وانظر كلام ابن عابدين في المقدمة عن تنصيب المسلمين في تلك البلاد واليًا عليهم، وقد تكون هيئة في أحوالنا المعاصرة.

وينبغي الحرص على مصداقية المحكمين، فإن أكثر أهل العلم يشترط فيهم ما يشترط في القضاة، وإننا وإن قلنا بغير هذا مع التأكيد على مشاورة أهل العلم، فلا ريب أن تحكيم الجهال يرجع بالضرر على الناس والنقض على فكرة التحكيم ومشروعها. وإن كل سبيل يتوصل بها إلى زيادة مصداقيتهم ينبغي ألا يزهد فيها، ومن ذلك زيادة عددهم، فلا بأس بذلك أبدًا، ففي المادة (١٨٤٣) من مجلة الأحكام: «يجوز تعدد المحكم يعني يجوز نصب حكمين أو أكثر لخصوص واحد ويجوز أن ينصب كل من المدعي والمدعى عليه حكمًا» وفي المنتقى «ولو حكم المتخاصمان رجلين فحكم أحدهما، ولم يحكم الآخر فإن ذلك لا يجوز له قاله سحنون في كتاب ابنه، ولو حكم جماعة فاتفقوا على حكم نفذوه...»[(١)] وفي مغني المحتاج للشربيني: «يجوز أن يتحاكما إلى اثنين فلا ينفذ حكم أحدهما حتى يجتمعا ويفارق تولية قاضيين على اجتماعهما على الحكم لظهور الفرق قاله في المطلب»[(٢)]

ويحسن الإشهاد على الرضا بالحكم قبل الدخول فيه وتوثيق ذلك. قال المرداوي – رحمه الله: «... وإن رجع بعد شروعه وقبل تمامه: ففيه وجهان ... واختار في الرعاية الكبرى: إن أشهدا عليهما بالرضا بحكمه قبل الدخول في الحكم فليس لأحدهما الرجوع»[(٣)] وقد أخبرت أن توثيق عقد التحاكم والإمضاء عليه عند هيئات التوثيق يجعله ألزم، وكذلك تفويض القاضي غير المسلم للمحكم المسلم، يجعله كذلك من جهة القانون ألزم.

(١) المنتقى شرح الموطأ ج ٥ ص ٢٢٨
(٢) مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٩
(٣) الإنصاف للمرداوي ج ٩ ص ٢٤١

ويجدر بالمحكمين الإشهاد على الأحكام، فإنه وإن لم يكن شرطًا في صحة التحكيم فهو شرط لقبول قول المحكمين عند الإنكار وذلك بعد الانصراف من مجلس الحكم. جاء في درر الحكام: «... أما إذا قال المحكم بعد عزله من قبل أحد الطرفين وبعد قيامه من مجلس الحكم: إنني حكمت بينكما فلا يصدق لأنه ينعزل بقيامه من مجلس الحكم كانعزاله بالعزل وفي هذه الحالة لا يكون مقتدرا على إنشاء الحكم كما أنه لا يكون مقتدرا على الإقرار ... »[1]

وربما ناسب رفع الأحكام المهمة إلى هيئة تدقيق يتفق عليها المسلمون، وذلك لمنع نقضها من محكم آخر، وهو وإن كان لا يسوغ للثاني على الصحيح، لكن النقض قول الأحناف إذا خالف حكم الأول مذهب الثاني، ففي درر الحكام: «... وفائدة تصديق حكم المحكم من قبل القاضي هو: أنه لو عرض هذا الحكم على قاض آخر يخالف رأيه واجتهاده رأي المحكم فليس له نقضه لأن إمضاء وقبول القاضي لحكم المحكم هو بمنزلة الحكم ابتداء من القاضي؛ أما إذا لم يصدق القاضي على حكم المحكم فيكون من الممكن للقاضي الآخر أن ينقض حكم المحكم ... »[2]

مدى ضرورة أن يوجد في هيئات التحكيم مستشار قانوني ضمانا للجدية والضبط القانوني؟

الأصل عدم الحاجة إلى ذلك، ولكن إن تعين وجود المستشار القانوني في هيئة التحكيم كسبيل وحيد لضمان الجدية والضبط القانوني لخطوات التحكيم، فلا يبعد أن يقال: «ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب»، ولكن ينبغي أيضًا الأخذ في الاعتبار تكاليف هذا الاشتراط، حتى لا يؤدي إلى تعسير إجراءات التحاكم ويعود على أصله بالنقض.

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج ٤ ص ٦٤٤

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج ٤ ص ٦٣٩

هل يجوز تحميل المتحاكمين مصروفات الخصومة؟ وهل تكون نسبة من قيمتها لو كانت تجارية؟

لقد استقر عند أهل العلم - بعد خلاف قديم - جواز أخذ الأجر على القربات التي تحتاج الأمة إلى من يقوم عليها ممن تأهل لها وكان لا تجري عليه أرزاق من بيت المال لتفريغه لها. والقول بغير ذلك مآله إلى ضياع أكثر هذه الولايات والعجز عن تلك المهمات.

أما في شأن التحكيم خاصة، فهذه بعض أقوالهم:

في المبسوط للسرخسي - رحمه الله: «وذكر عن مسروق رحمه الله أنه لم يأخذ عن القضاء رزقا ففيه دليل أنه من ابتلي بالقضاء وكان صاحب يسار فالأولى له أن يحتسب ولا يأخذ كفايته من مال بيت المال وإن كان لو أخذ جاز له ... قال الله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾... والذي على الغنائم يحفظها والذي على المقاسم، من وجد، كالقاضي لأنه عامل للمسلمين ولكنه ليس بمنزلة القاضي في الحكم حتى يجوز استئجاره على ذلك إن لم يكن له فيه نصيب ...»[1] والأحناف أشد المذاهب في أخذ الأجرة على القربات ولكنهم يفرقون بين القاضي وغيره، ولا يرون للقاضي أن يأخذ من بيت المال مع الغنى وإن أجازوه، ولعل استصحاب نظرهم في هذه المسألة يفيد من أخذ أجرًا على التحكيم في لجم النفس عن مجاوزة الحد. وفي رد المحتار ذكر ابن عابدين - رحمه الله - فروقا بين القاضي والمحكم، ومنها: «وكذا لم أر حكم قبول الهداية وإجابة الدعوة، وينبغي أن يجوزا له [أي للمحكم] لانتهاء التحكيم بالفراغ إلا أن يهدى إليه وقته من أحدهما فينبغي أن لا يجوز وذكر الرحمتي أن الذي ينبغي الجواز لأن من ارتاب فيه له عزله قبل الحكم بخلاف القاضي وفيه نظر والله سبحانه أعلم».

(١) المبسوط للسرخسي ج ١٥ ص ٤

وفي فتح العلي المالك للشيخ عليش - رحمه الله: «قال البرزلي: ... لكن لو أتى خصمان إلى قاض فأعطياه أجرا على الحكم بينهما أو أتى رجل للمفتي فأعطاه أجرا على فتوى لم يتعلق بها خصومة، ولم يتعين ذلك عليهما ... هذا ممن اختلف فيه الشيخان فقال الشيخ عبد الحميد أي شيء يمنع من ذلك ولا يجسر على التصريح به وقال اللخمي يمنع ذلك جملة لأنه ذريعة إلى الرشوة، وعلى الأول يحمل ما يروى عن ابن علوان أحد فقهاء تونس ومفتيها أنه كان يقبل الهبة والهدية ويطلبها ممن يفتيه كما نقله عنه ابن عرفة وما شاع وذاع أن القضاة يطلبون أجرا ممن أتى إليهم من الخصوم في الديار المصرية ...»[1] والصواب أنه لا يكون ذريعة للرشوة إن كان بالسوية من الخصمين. ولعل ما ذكر من طلب القضاة الأجر في الديار المصرية إنما محله في الأوقات التي تنقطع فيها الأرزاق من بيت المال.

وفي حاشية الجمل: «ولو قال للمتحاكمين لا أقضي بينكما حتى تجعلا لي جعلا فالمحكي عن الشيخ أبي حامد وجرى عليه القاضي أبو الطيب والجرجاني أنه يحل قال في الكناية لأنه لم يذكر أنه طالبه من أحدهما نعم اعتبر البندنيجي في جواز ذلك أن يكون القضاء يشغله عن معاشه فإن لم يكن لقلة المحاكمات فلا يجوز له أن يرتزق من الخصوم ...»[2]

والصواب أنه لو فرغ بعض وقته لمثل هذه الأعمال حتى يتضرر به في معايشه، فله أخذ الأجرة وإن لم ينقطع لهذا العمل فلا دليل على لزوم الانقطاع، والمحكم قد يقرئ القرآن، أو يعلم الصبيان ويحصل أرزاقه من هذه الأمور مجتمعة ولا يصلح بعضها

(١) ج ١ ص ٤١٠

(٢) حاشية الجمل على شرح المنهج ج ٥ ص ٣٤٨

لكفايته. وفي الفتاوى الكبرى الفقهية للهيتمي جملة من الشروط: «... له أن يقول للخصمين لا أحكم بينكما حتى تجعلا لي جعلا بشرط أن يكون فقيرا أو أن ينقطع بالحكم بينهما عن كسبه وأن يعلما به قبل الترافع وأن يكون عليهما معا وأن يأذن الإمام أو يعجز عن رزقه أو يفقد متطوع بالقضاء ولم يضر بالخصوم ولا جاوز قدر حاجته واشتهر قدره وساوى بين الخصوم فيه إن استوى وقت نظره وإلا جاز التفاوت ... »[(١)] انتبه إلى مراعاة وقت النظر في كلام الهيتمي – رحمه الله.

وفي التحبير شرح التحرير: «إذا قال لا أقضي بينكما حتى تجعلا لي جعلا: جاز، ويحتمل أن لا يجوز' انتهى. والقول الثاني: ليس له الأخذ. قلت: وهو ضعيف ... ومن أخذ من بيت المال لم يأخذ في الحالتين ... »[(٢)]

الترجيح والبيان:

إن الأدلة على جواز أخذ الأجرة على القربات كثيرة مبسوطة في كتب الفقه معلومة لأهله مما يغني عن سردها. والظاهر مما سبق جواز أخذ الأجرة على الحكم بين الناس خاصة لمن ينتصب لهذا الأمر الشريف، ممن يستغرق أوقاته في فصل الخصومات وفض النزاعات، وهذا مع الشروط التي ذكرها أهل العلم من وجود الحاجة وانتفاء الشبهة، فإن إقامة العدل بين المسلمين من أعظم مصالح دينهم ودنياهم، وإذا لم تتوفر الكفاية لمن ينتصب لها من النابهين، زهد فيها القادرون عليها وتناوشها الطامحون إليها ممن لم يعد لها عدتها ولا يملك شيئًا من آلتها. والأمر من ذلك انصراف الناس إلى المحاكم الوضعية ونبذهم الشريعة الربانية.

---

(١) الفتاوى الفقهية الكبرى ج ٤ ص ٣١٠

(٢) التحبير شرح التحرير ج ٨ ص ٤٠٤٨

إن فشل التحكيم أو انسحب أحد الخصوم، فهل يفوت هذا أجر هيئات التحكيم عما بذلت؟

جواب هذا يأتي في أبواب الجعالة وأثر الفسخ من جهة الجاعل، وهذا عند الجمهور. أما الأحناف فلا يأذنون بالجعالة في غير رد الآبق، فما يحصله المحكم عند من يجوزه منهم إنما هو من باب الإجارة، وله أحكامها.

والفسخ من جهة الجاعل بعد الشروع في العمل لا أثر له عند المالكية، ويستحق العامل تمام الجعل إن أتم العمل، ففي التاج والإكليل: (ولكليهما الفسخ ولزمت الجاعل بالشروع) ابن يونس : «للجاعل أن يفسخ الجعالة إذا لم يشرع المجعول له في العمل. وأما بعد الشروع فليس له ذلك»[1] والإشكال هنا أن العامل لا يقدر على إتمام العمل من غير تعاون الجاعل، فيكون له الجعل إن أعجزه انصراف الجاعل عن التحاكم.

أما الشافعية والحنابلة، فينفسخ عقد الجعالة عندهم بفسخ الجاعل له قبل تمام العمل، ولكنهم يجعلون للعامل أجر المثل على ما كان منه من عمل. ففي أسنى المطالب: «(قوله: فلو فسخها المالك في أثناء العمل لزمه أجرة المثل) لا فرق بين أن يكون ما صدر من العامل لا يحصل به مقصود أصلا كرد الآبق إلى بعض الطريق، أو يحصل به بعضه»[2] وفي كشاف القناع: «(وإن فسخها الجاعل) قبل شروع العامل لم يلزمه شيء و (بعد الشروع فعليه للعامل أجرة) مثل (عمله)»[3]

(١) التاج والإكليل ج ٥ ص ٤٥٥
(٢) أسنى المطالب في شرح روض الطالب ج ٢ ص ٤٤٢
(٣) كشاف القناع ج ٤ ص ٢٠٦

أما جعل العوض نسبة من المبلغ المتنازع عليه فجائز كون الجعل يبقى معلوما، وقد يجوز عند البعض إن كان نسبة معلومة من محل الجعالة، وإن كان فيه شيء من الجهالة، كما في الإنصاف: «فإن شرط عوضا مجهولا فسد العقد. وإن قال: فلك ثلث الضالة أو ربعها: صح على ما نص عليه في الثوب ينسج بثلثه والزرع يحصد والنخل يصرم بسدسه: لا بأس به. وفي الغزو: من جاء بعشرة رءوس فله رأس: جاز. وعند المصنف: لا يصح»[1] وهذا مع الجواز فإن في النفس منه شيئًا في القضية محل البحث كون الأصل أن الحكم بين الناس بالعدل من الواجبات، وإنه وإن لم يتعين على آحاد العلماء، فأعدادهم قليلة، وحاجة الناس إليهم جليلة، وقد تنصرف همم البعض منهم إلى فصل النزاعات بين الأغنياء دون الفقراء، وإنما جاز لهم أخذ كفايتهم لا غير، فالذي ينبغي هو ضبط الأمر بعدد الساعات التي يستغرقها العمل، وتحديد الأجر بالساعة، فإما أن يكتفى بذلك فتكون إجارة لا جعالة فيها، وإما أن يضرب حد أعلى لأتعاب المحكمين في القضية كجعل، فإن فسخ المتحاكمان أو أحدهما علم عدد الساعات المبذولة وأجرة الساعة، فإن جاوز المجموع ما سموه، فليس له إلا المسمى. ولا يشكل على جعل العقد إجارة لا جعالة سوى أن الفرق بينهما أن الفاعل في الجعالة لا يلتزم الفعل وقد يطول زمان إنجازه أو يقصر، وهو الأقرب هنا لأنه قد يقدر على الحكم أو لا يقدر، ولكن المخرج من ذلك هو ضرب الأجرة على الحبس دون الحكم.

إنه وإن كانت مصروفات التقاضي في الغرب باهظة، ولن تبلغ مصروفات هيئات التحكيم معشارها، لكن يبقى الأسلم للديانة والأدفع للتهمة والأدعى للصيانة أن تكون العبرة بالجهد المبذول ويقاس بعدد الساعات التي يستغرقها النظر في تلك الأقضية.

(١) الإنصاف للمرداوي ج ٦ ص ٣٩٠

مشروع قرار

حكم المحكم لازم بعد صدوره عند عامة أهل العلم لكونه قد صدر من ذي ولاية شرعية، والراجح سقوط خيار المتحاكمين في عزل المحكم متى شرع فيه إلا أن يتفقا.

لا شك أن المحكم كالقاضي يجري على حكمه النقض متى خالف الأصول.

أما إذا كان الحكم مما يسوغ فيه الاجتهاد، فالراجح هو قول الجمهور بعدم نقضه، فإن مآل رد الأحكام المختلف فيها حصول التهارج وضياع هيبة الأحكام، وفساد ذات بين الحكام.

الذي يسوغ فيه الاجتهاد هو ما كان موافقًا لقول أحد الأئمة المعتبرين كالأربعة وأمثالهم، وله حظ من النظر، وعمل به فريق من المسلمين فلم يهجر.

شرط التحكيم جائز أو مستحب في العقود كافة، وكذلك الاتفاق على جهة تدقيق الأحكام، التي يطعن أمامها في قرارات الحكام، سواء في العقد الأول أو في عقد التحكيم، فإن الأصل في العقود رضا المتعاقدين ومقصودها حفظ حقوقهما وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد، كما إن الأصل في الشروط النفاذ. قال رسول الله ﷺ: «**وَالْمُسْلِمُونَ على شُرُوطِهِمْ إلا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أو أَحَلَّ حَرَامًا**».

جهة تدقيق الأحكام ينبغي أن تكون محل ثقة المسلمين ومتأهلة لذلك، فإن القضاء ولا ريب مرتقى صعب مسلكه، فما بالك بتدقيق الأحكام.

إن مجمع فقهاء الشريعة بما يضمه من كوادر داخل الأمريكتين وخارجهما، وما يعتمده من آليات، وما يظهره من حرص على عدم التساهل والتغرير والمخاطرة بشأن الأحكام الشرعية، لمؤهل للقيام بتدقيق الأحكام مع غيره من المؤسسات التي تتسم بنفس الصفات.

إنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، لذا لزم السعي إلى تثبيت أركان التحكيم بين المسلمين واتخاذ كل التدابير والتراتيب التي تضمن سلامة هذه الأحكام ومصداقيتها وإلزامها. ومن ذلك:

- نشر الوعي بين المسلمين بحقائق الإيمان وأن تحكيم شرع الله من كبريات تلك الحقائق.
- حض المسلمين على تضمين شرط التحكيم في عقودهم كافة. وكذلك النص على استقلاله عن العقد الأصلي، حتى إن فسد العقد، لا يفسد الشرط.
- اتفاق المسلمين على هيئة تنصب لهم القضاة أو تفوض المحكمين.
- الحرص على مصداقية المحكمين، وإننا وإن قلنا بأنه لا يشترط فيهم ما يشترط في القضاة، للزم مع ذلك التأكيد على ضرورة مشاورتهم لأهل العلم.
- زيادة عدد المحكمين تزيد من مصداقية هيئات التحكيم.
- يحسن الإشهاد على الرضا بالحكم قبل الدخول فيه وتوثيق ذلك العقد والإمضاء عليه عند المعنيين فهذا يجعله ألزم من جهة القانون، وكذلك تفويض القاضي غير المسلم للمحكم المسلم.
- يجدر بالمحكمين الإشهاد على الأحكام، فإنه وإن لم يكن شرطًا في صحة التحكيم فهو شرط لقبول قول المحكمين عند الإنكار.
- يحسن رفع الأحكام المهمة إلى هيئة تدقيق يتفق عليها المسلمون، وذلك لاتفاق العلماء عندئذ على منع نقضها من محكم آخر ما لم تكن باطلا لا مجال فيها للاجتهاد.

- الأصل عدم الحاجة إلى وجود مستشار قانوني في هيئات التحكيم، ولكن إن تعين وجوده كسبيل وحيد لضمان الضبط القانوني، فلا يبعد لزومه متى كانت تكاليفه مقدورًا عليها.

لقد استقر عند عامة أهل العلم – بعد خلاف – جواز أخذ الأجر على القربات التي تحتاج إلى من يقوم عليها ممن تأهل لها، ولا تجري عليه أرزاق من بيت المال وذلك لتفريغه لتلك المهام. والقول بغير ذلك مآله إلى ضياع أكثر هذه الولايات والعجز عن تلك المهمات.

الظاهر جواز أخذ الأجرة على الحكم بين الناس لمن ينتصب لهذا الأمر الشريف، ممن يستغرق أوقاته في فصل الخصومات وفض النزاعات، وهذا مع الشروط التي ذكرها أهل العلم من وجود الحاجة وانتفاء الشبهة، فإن إقامة العدل بين المسلمين من أعظم مصالح دينهم ودنياهم، وإذا لم تتوفر الكفاية لمن ينتصب لها من النابهين، زهد فيها القادرون عليها وتناوشها الطامحون إليها ممن لم يعد لها عدتها ولا يملك شيئًا من آلتها.

جعل العوض نسبة من المبلغ المتنازع عليه جائز لكون الجعل مع ذلك يبقى معلوما، ولكن الأولى ترك ذلك لكون الأصل أن الحكم بين الناس بالعدل من الواجبات، وإنه وإن لم يتعين على آحاد العلماء، فأعدادهم قليلة، والحاجة إليهم جليلة، وقد تنصرف همم البعض منهم إلى فصل النزاعات بين الأغنياء دون الفقراء، وإنما جاز لهم أخذ كفايتهم لا غير، فالذي ينبغي هو ضبط الأمر بعدد الساعات التي يستغرقها العمل، وتحديد الأجر بالساعة، فإما أن يكتفى بذلك فتكون إجارة لا جعالة فيها، وتكون الأجرة على الحبس دون الحكم. وإما أن يضرب حد أعلى لأتعاب المحكمين في

القضية كجعل، فإن فسخ المتحاكمان أو أحدهما أو فشل التحكيم، علم عدد الساعات المبذولة وأجرة الساعة، فكان مجموع ذلك أجر المثل، فإن جاوز المجموع ما سموه، فليس للمحكمين إلا المسمى.

فهرس المراجع

(١) الأحكام السلطانية والولايات الدينية [كتاب]/ المؤلف أبو الحسن على بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. - بيروت: دار الكتب العلمية - ١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م.

(٢) الاختيار لتعليل المختار [كتاب]/ المؤلف عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي/ تحقيق: عبد اللطيف محمد عبد الرحمن. - بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م، الطبعة الثالثة.

(٣) أسنى المطالب في شرح روض الطالب [كتاب]/ المؤلف زكريا الأنصاري. - القاهرة: دار الكتاب الإسلامي. - شرح فيه (روض الطالب) أحد المتون الشافعية المعتمدة للعلامة شرف الدين إسماعيل بن أبي بكر بن عبد الله اليمني المقرئ المتوفى سنة (٨٣٧هـ).

(٤) إعلام الموقعين عن رب العالمين [كتاب]/ المؤلف محمد بن أبي بكر الزرعي (ابن القيم)/ المحقق طه عبد الرؤوف سعد. - بيروت: دار النشر ودار الجيل، ١٩٧٣م.

(٥) الأم [كتاب]/ المؤلف محمد بن إدريس الشافعي. - بيروت: دار المعرفة، ١٣٩٣ هـ. - الثانية.

(٦) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل [كتاب]/ المؤلف على بن سليمان المرداوي، أبو الحسن/ تحقيق: محمد حامد الفقي. - بيروت: دار إحياء التراث العربي.

(٧) البدر المنير في تخريج الأحاديث والأثار الواقعة في الشرح الكبير [كتاب]/ المؤلف عمر بن على بن أحمد الأنصاري الشافعي (ابن الملقن)/ المحقق مصطفى أبو الغي. - الرياض: دار الهجرة للنشر والتوزيع، ١٤٢٥هـ. - الأولى. - خرج فيه ابن الملقن (ت ٨٠٤هـ) أحاديث (فتح العزيز بشرح الوجيز = الشرح الكبير) للرافعي (ت ٦٢٣هـ) وهو شرح لكتاب (الوجيز) في الفقه الشافعي لأبي حامد الغزالي (ت ٥٠٥هـ).

(٨) التاج والإكليل لمختصر خليل [كتاب]/ المؤلف محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري (المواق)، أبو عبد الله. - بيروت: دار الفكر، ١٣٩٨ هـ. - الثانية. - شرح فيه (مختصر خليل) أحد المتون المالكية المعتمدة للعلامة أبي محمد ضياء الدين خليل ابن إسحاق بن موسى بن شعيب المتوفى سنة (٧٧٦هـ).

(٩) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام [كتاب]/ المؤلف إبراهيم بن محمد بن فرحون اليعمري/ المحقق جمال مرعشلي. - بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٢هـ.

(١٠) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق [كتاب]/ المؤلف عثمان بن على الزيلعي. - القاهرة: دار الكتاب الإسلامي، ١٣١٣هـ. - شرح فيه (كنز الدقائق) أحد المتون الحنفية المعتمدة للعلامة أبي البركات حافظ الدين عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي المتوفى سنة (٧١٠هـ).

(١١) التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، تأليف: [كتاب]/ المؤلف على بن سليمان المرداوي الحنبلي، علاء الدين أبو الحسن/ تحقيق: عبد الرحمن الجبرين، عوض القرني، أحمد السراح. - الرياض: مكتبة الرشد، ١٤٢١هـ.

(١٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج [كتاب]/ المؤلف أحمد بن حجر الهيتمي. - بيروت: دار إحياء التراث العربي. - شرح فيه (منهاج الطالبين وعمدة المفتين) أحد المتون الشافعية للنووي (ت ٦٧٦هـ) اختصار (المحرر) للرافعي (ت ٦٢٣هـ) والذي استمده من (الوجيز) للغزالي (ت ٥٠٥) اختصار (الوسيط) له، اختصار (البسيط) له أيضًا، اختصار (نهاية المطلب في دراية المذهب) للجويني (ت ٤٧٨هـ).

(١٣) الجامع الصحيح المختصر (صحيح البخاري) [كتاب]/ المؤلف محمد بن إسماعيل البخاري/ المحقق مصطفى ديب البغا. - بيروت: دار ابن كثير واليمامة، ١٤٠٧ هـ. - الثالثة.

(١٤) الجامع لأحكام القرآن [كتاب]/ المؤلف أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي. - بيروت: دار الكتب العلمية. - الأولى.

(١٥) حاشية ابن عابدين (حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار) [كتاب]/ المؤلف محمد بن أمين بن عمر (ابن عابدين). - بيروت: دار الفكر، ١٤٢١هـ. - حاشية على الدر المختار، وهو شرح العلامة الحصكفي المتوفى (١٠٨٨هـ) على كتاب تنوير الأبصار للعلامة ابن تمرتاش الغزي الحنفي المتوفى (١٠٠٤هـ).

(١٦) حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين [كتاب]/ المؤلف أبو بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي. - بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع. - حاشية على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين لزين الدين بن عبد العزيز المليباري (ت٩٨٧ هـ).

(١٧) حاشية الشيخ سليمان الجمل على شرح المنهج (لزكريا الأنصاري) [كتاب]/ المؤلف سليمان الجمل. - بيروت: دار الفكر.

(١٨) حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة [كتاب]/ المؤلف ابن عابدين. – بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر، - ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

(١٩) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني [كتاب]/ المؤلف على بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي/ تحقيق: الشيخ على محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود. - بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٩ هـ. - شرح فيه مختصر المزني، فجاء موسوعة عبقرية في الفقه الشافعي.

(٢٠) الخرشي على مختصر سيدي خليل [كتاب]/ المؤلف الخرشي. - بيروت: دار الفكر للطباعة.

(٢١) الدر المختار [كتاب]/ المؤلف محمد بن على بن محمد الحنفي الحصكفي. - بيروت: دار الفكر، ١٣٨٦ هـ.

(٢٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام [كتاب]/ المؤلف على حيدر/ تحقيق وتعريب: المحامي فهمي الحسيني. - بيروت: دار الكتب العلمية.

(٢٣) روضة الطالبين وعمدة المفتين [كتاب]/ المؤلف يحيى بن شرف النووي، محيي الدين أبو زكريا. - بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠٥ هـ.

(٢٤) سنن ابن ماجه (بتحقيق مشهور) [كتاب]/ المؤلف محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني/ بتحقيق مشهور بن حسن آل سلمان وحكم الألباني على درجة

الحديث. - الرياض: مكتبة المعارف. - الأولى.

(٢٥) سنن أبي داود [كتاب]/ المؤلف سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي/ المحقق محمد محيي الدين عبد الحميد. - بيروت: دار الفكر.

(٢٦) سنن البيهقي الكبرى [كتاب]/ المؤلف أحمد بن الحسين بن على بن موسى أبو بكر البيهقي/ المحقق محمد عبد القادر عطا. - مكة المكرمة: مكتبة دار الباز، ١٤١٤هـ.

(٢٧) سنن الدارقطني [كتاب]/ المؤلف على بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي/ تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني. - بيروت: دار المعرفة، ١٣٨٦ هـ.

(٢٨) الشرح الكبير [كتاب]/ المؤلف أحمد الدردير أبو البركات/ تحقيق: محمد عليش. - بيروت: دار الفكر. - شرح فيه (مختصر خليل) أحد المتون المالكية المعتمدة للعلامة أبي محمد ضياء الدين خليل بن إسحاق بن موسى بن شعيب المتوفى سنة (٧٧٦هـ).

(٢٩) صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان [كتاب]/ المؤلف محمد بن حبان بن أحمد، أبو حاتم التميمي البستي/ تحقيق: شعيب الأرنؤوط. - بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤١٤ هـ. - الثانية.

(٣٠) صحيح البخاري (الجامع الصحيح المختصر) [كتاب]/ المؤلف محمد بن إسماعيل البخاري. - بيروت: دار ابن كثير واليمامة، ١٤٠٧ هـ. - الثالثة.

(٣١) صحيح مسلم [كتاب]/ المؤلف مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري/ المحقق محمد فؤاد عبد الباقي. - بيروت: دار إحياء التراث العربي.

(٣٢) العناية شرح الهداية [كتاب]/ المؤلف محمد بن محمد البابرتي. – بيروت: دار الفكر.

(٣٣) غياث الأمم والتياث الظلم [كتاب]/ المؤلف عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي/ تحقيق: فؤاد عبد المنعم، مصطفى حلمي. - الاسكندرية: دار الدعوة، ١٩٧٩، الطبعة: الأولى.

(٣٤) الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ابن تيمية [كتاب]/ المؤلف أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني/ تقديم حسنين محمد مخلوف. - بيروت: دار المعرفة.

(٣٥) فتح الباري شرح صحيح البخاري [كتاب]/ المؤلف أحمد بن على بن حجر العسقلاني/ المحقق محب الدين الخطيب. - بيروت: دار المعرفة.

(٣٦) فتح العلي المالك [كتاب]/ المؤلف محمد بن أحمد بن محمد (الشيخ عليش)، طبعة دار المعرفة.

(٣٧) فتح المعين [كتاب]/ المؤلف زين الدين بن عبد العزيز بن زين الدين ابن على بن أحمد المعبري المليباري الهندي (المتوفى : ٩٨٧هـ) الوفاة: ٩٨٧ ، دار النشر :

(٣٨) كشاف القناع عن متن الإقناع [كتاب]/ المؤلف منصور بن يونس بن إدريس البهوتي/ تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال. - بيروت: دار الفكر، ١٤٠٢ هـ. - شرح فيه (الإقناع) للحجاوي (ت٩٦٠هـ).

(٣٩) لسان العرب [كتاب]/ المؤلف محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري. - بيروت: دار صادر. - الأولى.

(٤٠) المبدع في شرح المقنع [كتاب]/ المؤلف إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح

الحنبلي، أبو إسحاق. - بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠٠ هـ. - شرح فيه العلامة إبراهيم بن مفلح (ت ٨٨٤هـ) (المقنع) وهو أحد المتون الحنبلية المعتمدة لإمام عصره موفق الدين بن قدامة المقدسي المتوفى سنة (٦٢٠هـ).

(٤١) المبسوط [كتاب]/ المؤلف أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، شمس الأئمة. - بيروت: دار المعرفة. - شرح فيه شمس الأئمة السرخسي (ت ٤٨٣هـ) كتاب (الكافي) لأبي الفضل المروزي المعروف بالحاكم الشهيد (ت ٣٤٤هـ) والذي جمع فيه كتب ظاهر الرواية (المبسوط والزيادات، والجامع الكبير والصغير، والسير الكبير والصغير) لمحمد بن الحسن الشيباني (ت ١٨٩هـ).

(٤٢) مجلة الأحكام العدلية ، اسم المؤلف: جمعية المجلة الوفاة: ٩٩٩٩ ، دار النشر : كارخانه تجارت كتب ، تحقيق : نجيب هواويني

(٤٣) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر [كتاب]/ المؤلف عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي، المدعو بشيخي زاده/ تحقيق: خليل عمران المنصور. - بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ. - شرح فيه عبدالرحمن بن محمد بن سليمان (شيخي زاده) (ت ١٠٧٨هـ) كتاب (ملتقى الأبحر) للإمام إبراهيم بن محمد الحلبي (ت ٩٥٦هـ)، وهو من المتون الحنفية المعتمدة، وأورد الشارح آراء أصحاب المذهب، والشافعي أحيانًا.

(٤٤) المجموع شرح المهذب [كتاب]/ المؤلف يحيى بن شرف النووي. - بيروت: دار الفكر، ١٩٩٧م. - من أجمع كتب الفقه الشافعي بل الإسلام، شرح فيه النووي (المهذب) لأبي إسحاق الشيرازي (ت ٤٧٦هـ) ولم يتمه، وإنما شرح ربع الأصل في ٩ مجلدات، ثم مات، وجاء تقي الدين السبكي (ت ٧٥٦هـ) فزاد ثلاثًا، ثم

مات، ولم يتمه إلا الحضرمي والعراقي ثم محمد نجيب المطيعي.

(٤٥) مختصر خليل في فقه إمام دار الهجرة [كتاب]/ المؤلف خليل بن إسحاق بن موسى المالكي/ تحقيق أحمد على حركات. –بيروت: دار الفكر، ١٤١٥ ،

(٤٦) المستدرك على الصحيحين [كتاب]/ المؤلف محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري/ المحقق مصطفى عبد القادر عطا. - بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ. - الأولى.

(٤٧) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى [كتاب]/ المؤلف مصطفى السيوطي الرحيباني. - دمشق: المكتب الإسلامي، ١٩٦١م. - شرح (غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى) للكرمي (ت ١٠٣٣هـ) جمع (الإقناع) للحجاوي (ت٩٦٠هـ) و(منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات) لابن النجار (ت٩٧٢هـ) والذي جمع بين (التنقيح المشبع) للمرداوي (ت٨٨٥هـ) و(المقنع) لابن قدامة (ت٦٢٠هـ).

(٤٨) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج [كتاب]/ المؤلف محمد الخطيب الشربيني. - بيروت: دار الفكر. - شرح فيه (منهاج الطالبين وعمدة المفتين) أحد المتون الشافعية للنووي (ت ٦٧٦هـ) اختصار (المحرر) للرافعي (ت ٦٢٣هـ) والذي استمده من (الوجيز) للغزالي (ت ٥٠٥) اختصار (الوسيط) له، اختصار (البسيط) له أيضًا، اختصار (نهاية المطلب في دراية المذهب) للجويني (ت ٤٧٨هـ).

(٤٩) المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني [كتاب]/ المؤلف عبد الله بن أحمد بن

قدامة المقدسي. - بيروت: دار الفكر، ١٤٠٥ هـ. - الأولى. - ليس يقتصر على المذهب الحنبلي، بل يعرض الخلاف داخل وخارج المذهب، مع الاستدلال والترجيح، فكان عمدة كتب الفقه المقارن، ولم يدانه في بابه كتاب.

(٥٠) المنتقى شرح الموطأ [كتاب]/ المؤلف سليمان بن خلف الباجي. - القاهرة: دار الكتاب الإسلامي.

(٥١) منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل [كتاب]/ المؤلف محمد عليش. - بيروت: دار الفكر، ١٤٠٩هـ. - شرح فيه (مختصر خليل) أحد المتون المالكية المعتمدة للعلامة أبي محمد ضياء الدين خليل بن إسحاق بن موسى بن شعيب المتوفى سنة (٧٧٦هـ).

(٥٢) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل [كتاب]/ المؤلف محمد بن عبد الرحمن المغربي (الحطاب)، أبو عبد الله. - بيروت: دار الفكر، ١٣٩٨ هـ. - شرح فيه (مختصر خليل) أحد المتون المالكية المعتمدة للعلامة أبي محمد ضياء الدين خليل بن إسحاق بن موسى بن شعيب المتوفى سنة (٧٧٦هـ).

(٥٣) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج [كتاب]/ المؤلف محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، شمس الدين. - بيروت: دار الفكر للطباعة، ١٤٠٤هـ. - شرح فيه (منهاج الطالبين وعمدة المفتين) أحد المتون الشافعية للنووي (ت ٦٧٦هـ) اختصار (المحرر) للرافعي (ت ٦٢٣هـ) والذي استمده من (الوجيز) للغزالي (ت ٥٠٥) اختصار (الوسيط) له، اختصار (البسيط) له أيضًا، اختصار (نهاية المطلب في دراية المذهب) للجويني (ت ٤٧٨هـ).

(٥٤) الهداية شرح بداية المبتدي [كتاب]/ المؤلف على بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني، أبو الحسن. - القاهرة: المكتبة الإسلامية. - شرح فيه الإمام العلامة المرغيناني (ت ٥٩٣هـ) متن (بداية المبتدي) له (أي الماتن هو الشارح) ومتن البداية هو أحد المتون الحنفية المعتمدة والذي جمع فيه مسائل القدوري والجامع الصغير لمحمد بن الحسن.

الفهرس

مقدمة..... ١١٠
أولاً: تعريف التحكيم ١١٢
ثانيًا: حكم التحكيم: ١١٢
ثالثًا: ما يجوز فيه التحكيم:..... ١١٤
رابعًا: أهمية التحكيم للأقليات المسلمة وهل للحكام في تلك الأحوال حكم القضاة: ١١٦
المشارطة على التحاكم إلى جهة معينة عند أي تعاقد وكذلك على جهة تدقيق الأحكام. ١٢٨
مناسبة أن يكون المجمع الجهة التي تدقق أمامها قرارات هيئات التحكيم؟..... ١٣٠
مدى ضرورة أن يوجد في هيئات التحكيم مستشار قانوني ضمانا للجدية والضبط القانوني؟ ١٣٥
إن فشل التحكيم أو انسحب أحد الخصوم، فهل يفوت هذا أجر هيئات التحكيم عما بذلت؟ ... ١٣٩
مشروع قرار..... ١٤١
فهرس المراجع..... ١٤٥
الفهرس..... ١٥٥

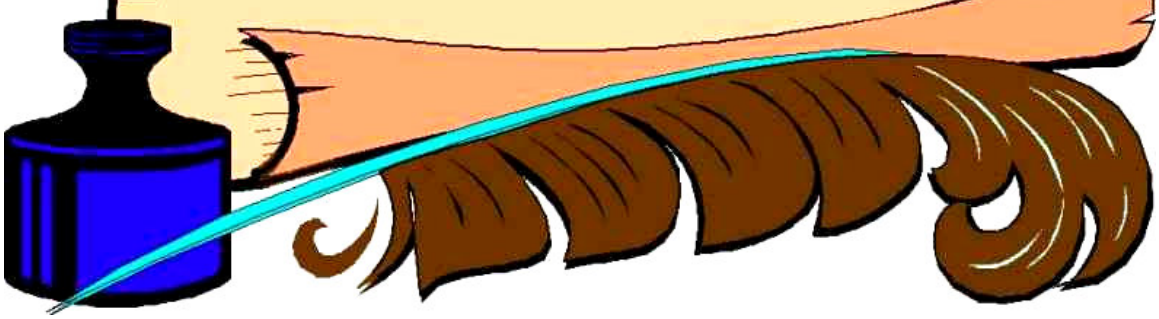
قضية التحكيم على الصعيد الشرعي

إعداد الأستاذ الدكتور

سيد عبد العزيز السيلي

عميد كلية الدراسات الإسلامية بالجامعة الدولية

وعضو مجمع فقهاء الشريعة بالولايات المتحدة الأمريكية



بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين وآله وصحبه أجمعين. وبعد...

فلقد عرف التحكيم قديمًا وحديثًا وبرزت أهميته في تحقيقه للمصالح، ودرئه للمفاسد، وسده للذرائع، وتحقيقه للعدل والإصلاح بين الناس. ولذا أقره الإسلام وأجازه، وندب إليه بل وأوجبه في بعض الأحوال التي ترفع الحرج عن الإنسان، وتتلافى وقوعه في الإثم- حين يكون التقاضي أمام المحاكم التي لا تقيم شرع الله عز وجل، وحين ينص على أن يكون التحكيم تطبيقا لشرع الله تعالى- حينئذ- تسود العدالة، ويتحقق الأمن والآمان، وخصوصًا بعد ما أفرزت معيشة المسلمين في بلاد الغرب كثيرًا من الإشكاليات التي تحتاج إلى المعالجة، وكان من بين هذه الإشكاليات التحاكم إلى القضاء الغربي الذي لا يعتمد الشريعة الإسلامية مصدرًا من مصادر التقنين.

ولما كانت الجاليات الإسلامية المقيمة خارج ديار الإسلام في حاجة ملحة إلى نظام شرعي يحتكمون إليه يحفظ عليهم دينهم ويقيم لهم شعائرهم، ويحقق لهم مصالحهم، فكان هذا النظام المتمثل في التحكيم، واجب التطبيق لتحقيق العدالة وفض المنازعات والمخاصمات.

ومن هنا فلا يقتصر نفعه وأهميته وضروريته على الجاليات خارج ديار الإسلام فحسب؛ بل إن ذلك يوجب تعميمه في أرجاء الأمة كلها حتى يعود إليها وئامها وسلامها!!

لذا أردت أن أساهم بهذا البحث مجيبًا على التساؤلات التي طرحها مجمع فقهاء الشريعة الموقر وهي تدور حول حقيقة التحكيم، وحكمه في واقعنا المعاصر وهل هو خاص بالجاليات خارج ديار الإسلام أم يعم الأمة كلها؟ وهل هو من ضروريات الجالية، وهل يتعين السعي إلى تحقيق ذلك بالنسبة لمؤسسات الفتوى القائمة في هذه الدولة أم يعم ذلك في كل دولة يقيم فيها الأئمة وطلبة العلم أن يقيموا هيئة تحكيم محلية؟ وهل يأثمون إذا تقاعسوا عن ذلك؟

ويجيب البحث أيضًا عن مجالات التحكيم، وعن مدى صحة القول بأن جرائم الحدود والقصاص تتحول إلى جرائم تعزيرية خارج ديار الإسلام لتعذر إقامة الحدود فيها؟

وهل تتحول عقوباتها إلى تعويض مالي عند تعذر إقامة الحدود والعقوبات الشرعية؟ ويجيب البحث أيضًا عما إذا كان التحكيم ملزما بمجرد الشروع فيه، أم لابد أن يبقى الرضا بالتحكيم إلى نهاية النظر في الخصومة؟ وهل يجوز الطعن في قرارات التحكيم وكيف تكون ملزمة؟ وما مدى الحاجة لتواجد مستشار قانوني مع هيئة التحكيم؟ وكيف نوفي هيئة التحكيم حقوقها وأتعابها؟ وقد تناولت إشكالية الطرح والمعالجة بمنهج التوثيق العلمي معتمدا بفضل الله على المصادر المحققة.

وحتى أوفي البحث حقه فقد قسمته إلى العناصر التالية:

١- مفهوم التحكيم.
٢- مشروعية التحكيم، وأنواعه ومجالاته.
٣- الفرق بين التحكيم وآليات التقاضي الأخرى.

٤- ضرورة التحكيم وأهميته خارج ديار الإسلام.

٥- اختيار المحكمين وعزلهم.

٦- مدة التحكيم.

٧- أتعاب المحكمين.

٨- وثيقة التحكيم.

وأرجو أن ينفعنا الله بهذا الجهد المتواضع وأن يتقبله منا بالقبول الحسن، إنه سميع قريب مجيب الدعاء.

د. سيد السيلي

تعريف التحكيم:

التحكيم في اللغة: مصدر حكمه في الأمر أي جعله حكمًا وفوض الحكم إليه.

وحكمه بينهم أي طلب منه أن يحكم بينهم، فهو حكم ومحكم، وحكمه في ماله تحكيمًا: إذا جعل إليه الأمر فيه[1] وحَكَّمت (بالتشديد) فوضت الأمر إليه[2]

وفي الاصطلاح: تولية الخصمين-أو الخصماء-حاكمًا يحكم بينهما[3]

وعرفه البعض[4] بأنه اتخاذ الخصمين برضاهما حاكمًا يفصل خصومتهما ودعواهما.

ولبعض المعاصرين تعريف يقولون فيه بأنه اتفاق بين طرفين أو أكثر على تفويض هيئة تحكيم من شخص أو أكثر للفصل في نزاع بينهم بحكم ملزم[5]

وقريبًا من هذا التعريف ما يقال: من أنه عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكمًا برضاهما ويقال له الحكم والمحكم[6]

وتعريف آخر يقال فيه: أنه تولية الخصمين حاكمًا يحكم بينهما أو تصيير الغير حاكمًا فيكون الحكم بين الخصمين كالقاضي في حق كافة الناس، وفي حق غيرهما كالمصلح[7]

---

(١) مختار الصحاح للرازي، ص١٤٨ والقاموس المحيط ج٤، ص٩٨.

(٢) المصباح المنير، ص١٤٥ وانظر أدب القاضي للماوردي ج٢ بند ٣٥٩٦.

(٣) الموسوعة الفقهية مادة تحكيم ج١٠- الكويت وتنظر المغني لابن قدامة ج٩، ص١٠٧.

(٤) انظر مجلة الحكام العلمية الطبعة ٣ بيروت ص١١٦٣.

(٥) انظر المطالبات ومحكمة التحكيم محمد خلوصي، ص٥٣.

(٦) انظر قواعد الفقه للمجددي ج١، ص٢٢٢.

(٧) انظر رد المختار لابن عابدين ج٥، ص٤٢٨.

والخلاصة: ان التحكيم هو النظام الـذي يمكـن بمقتضـاه الفصـل في المنازعـات بواسطة أفراد بعيدين عن القضاء[1] وقد يطلق على التحكيم: أنه قضاء خـاص، وهـو الطريق الذي تلجأ إليه الأطراف المتنازعة بغية الإفلات مـن سـلطان القضـاء رغبـة في الحصول على حكم سريع يكون فاصلًا للنزاع، وقابلًا للتنفيذ وحفاظًـا عـلى السريـة في موضوع النزاع بعيدًا عن المحاكم وما تتسم به مـن الإطالـة في الفصـل بـين المتنـازعين وإيغار الصدور التي تترتب على أحكام القضاء بينما التحكيم غالبًا مـا يراعـي تطييـب الخواطر، وترضية النفوس وقد اختلف الفقهاء حول طبيعة التحكيم فمـنهم مـن قـال إنها طبيعة قضائية لأن التحكيم قضاء، ومـنهم مـن قـال إنهـا عقديـة لأنـه اتفـاق بـين الأطراف، والراجح أن التحكيم ليس اتفاقًا محضًا، ولا قضاء محضًـا؛ بـل هـو في أولـه اتفاق اجرائي، وفي آخره حكم قضائي فالتحكيم يجمع بينهما[2].

وقد يأخذ التحكيم صورًا عديدة منها:

لجنة فض المنازعات:

وهي لجنة مكونة من بعض أعضاء الهيئات القضائية تحال إليها بعض القضايا تمهيدًا لإحالتها إلى القضاء العادي وقد تحسم الخصومة قبل أن تصل إلى المحاكم العادية ومنها أيضًا:

المجالس العرفية:

وهي شائعة عندنا في الريف المصري حيث إنها قد تحسم أمورًا تعجز عن البت فيها المحاكم الرسمية.

---

(١) انظر التحكيم وفض المنازعات- أحمد صالح العجلة، ص١.

(٢) انظر ماهية التحكيم وطبيعته فريد عنبر، ص٥٢.

ومنها أيضًا...

مجالس الصلح:

التي تعقد بين المتنازعين لتسوية الخلافات بينهما على الوجه المرضي للطرفين، حيث إن الأطراف المتنازعة هي التي اختارت المحكمين أو على أغلب الأحوال: يختار كل طرف ما يرتضيه من المحكمين. ومن هنا تكون للمحكمين صفة القبول لدى الأطراف المتنازعة.

الفرق بين التحكيم وآليات التقاضي الأخرى:

الفرق بين التحكيم والقضاء:

هناك فروق عديدة بين التحكيم والقضاء منها:

أولاً: إن القضاء هيئة نظامية معينة من قبل الدولة يصدق الحاكم على تعيين أفراد القضاة فيها بينما التحكيم ليس كذلك حيث يختار أطراف النزاع أفراد المحكمين بمحض إرادتهم دون إلزام من الدولة ودون تعيين من الحاكم لهؤلاء المحكمين[1].

ثانيًا: التحكيم لا يصح إلا برضا الأطراف المتخاصمة، أما القضاء فلا يشترط فيه رضا المتنازعين. بل يفصل القاضي في الخصومة ولو من غير رضا المتنازعين!

ثالثًا: حكم المحكمين غير ملزم لأطراف النزاع إلا إذا اتفقوا على ذلك، أما حكم القضاء فهو ملزم على جميع الأحوال[2].

---

(١) انظر نظام القضاء في الإسلام د. عبد الكريم زيدان، ص٢٥١. وانظر النظام التشريعي والقضائي في الإسلام د. محمود الصاوي، ص١١٧.

(٢) انظر النظام القضائي في العهد النبوي: مناع القطان، ص٣٤٥.

رابعًا: إن الخصم إذا دعي إلى القضاء فإنه يلزمه الاستجابة لذلك، أما إذا دعي إلى التحكيم فله ألا يستجيب.

خامسًا: القاضي له أن يُنيب غيره للنظر في القضية المتنازع فيها؛ أما الحكم فلا يجوز له ذلك إلا بالموافقة [(١)].

سادسًا: القضاء مقيد للاختصاص المكاني أما التحكيم فيجوز إعماله في أي مكان يرتضيه أطراف النزاع.

سابعًا: التحكيم لا يجوز إلا في المجال الذي حدده المتنازعون ولا يصح أن يتجاوز ذلك، ومجال التحكيم لا يكون إلا فيما يملكه الخصماء، أما القضاء فله الحق أن ينظر في كل خصومة [(٢)].

ثامنًا: التحكيم اتفاقي واختياري ولأطرافه حق الرجوع عنه قبل صدور الحكم، فإذا صدر فهو ملزم لهم، ولهم عزل المحكم قبل صدور الحكم، أما القضاء فلا يعزل.

تاسعًا: التحكيم يكون مقصورًا على الحقوق المتفق عليها عند بدء التحكيم. أما القضاء فيشمل كافة الحقوق [(٣)].

عاشرًا: لا يجوز التحكيم في حد من حدود الله تعالى المنصوص عليها لا بتبديل ولا بتغيير ولا باجتهاد لأنه لا اجتهاد مع النص ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه.

---

(١) انظر قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة ٩١/ ٨/ ٩.

(٢) انظر عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي: قحطان الدوري، ص٢٦-٣٠.

(٣) انظر النظام القضائي في العهد النبوي: مناع القطان، ص٣٤٥.

يقول الإمام الكاساني: التحكيم في الحدود والقصاص لا يصح [(١)].

أما الأمور التي يسوغ فيها الاجتهاد فلا بأس من التحكيم فيها [(٢)].

أما القضاء فيتسع لجميع أنواع الخصومات.

والخلاصة:

إن الاختلاف بين هيئة التحكيم وهيئة القضاء اختلاف جوهري له أثره وهو الجهة المولية لكل منهما. ففي التحكيم تتم التولية من الخصماء للحكم، والحكم يستمد سلطته منهم، وسلطته عليهم فقط.

أما القضاء فتتم توليته من الحاكم وهو صاحب السلطة العامة، والقضاء هو سلطة الدولة للفصل بين النزاعات، وحماية الحقوق فالقضاء مظهر من مظاهر سيادة الدولة، ومن هنا يختلف عن التحكيم الذي هو قضاء ثانوي، ولذا كانت ولاية التحكيم أدنى من ولاية القضاء والحكم أقل سلطة من القاضي، وأدنى رتبة منه [(٣)] وبالتالي فحكمه أدنى رتبة من حكم القاضي.

ولكنها قد تقوم مقام القضاء، وتغني عنه.

وعلى الرغم من هذه الفروق سواء اعتبرناها جوهرية، أو شكلية فإني أرى أن دور التحكيم مكمل لدور القضاء، ولا تعارض أو تناقض بينهما- ذلك أن التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات والخصومات، وقوامه الخروج عن طريق التقاضي أمام المحاكم،

(١) انظر بدائع الصنائع للكاساني، ج٧، ص٣.

(٢) انظر أصول النظام القضائي د. رياض عاشور، ص١٥٢.

(٣) انظر التحكيم في الفقه الإسلامي: حسن الغزالي، ص٤٩.

فهو قضاء اتفاقي مقصور على ما تنصرف إليه إرادة المحتكمين في طرحه على هيئة التحكيم، وغايته فض النزاع وفقًا لإرادة المتخاصمين المحتكمين. ويعتبر كل منهما حكمًا شرعيًا متى استوفى شروطه، ومن هنا يحل التحكيم محل القضاء ويقوم مقامه، ويكمل رسالته، في رأب الصدع، وحل النزاع، واحقاق الحق في حدود شرع الله، وإقامة دينه، وتحقيق تعاليمه.

إجراءات التحكيم:[1]

يقصد بإجراءات التحكيم مجموعة الأعمال الإجرائية التتابعية التي تستهدف الحصول على حكم من هيئة التحكيم يفصل في النزاع القائم بين طرفي التحكيم، وهي بهذه المثابة تفترض تحقق عدة أمور سابقة على طرح النزاع على هيئة التحكيم، فطرح النزاع على هيئة التحكيم يفترض:

١- تمام تعيين هيئة التحكيم، وهذا الأمر متروك بحسب الأصل لطرفي النزاع، او لمن يختارونه ثم من بعد القضاء بناءا على طلب أحد الطرفين في حالة نكولها أو نكوله عن القيام بالتعيين المطلوب.

٢- وطرح النزاع على هيئة التحكيم تفترض ثانيًا قبول المحكم أو المحكمين لمهمة التحكيم مادة ١٦/ ٣ من قانون التحكيم المذكور التي تنص على أن «يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيدته»، والكتابة هنا مطلوبة لمجرد الإثبات وليس باعتبارها شكلًا للقبول لا يوجد إلا بقيامه، ولذلك يكفي لإثباته قيام المحكم أو

(١) انظر نص المادة ٣٠ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

المحكمين بمهمة التحكيم بالفعل أو البدء فيها إذ أن هذا الأمر أو ذلك يفيد قبولًا قاطعًا وإن كان ضمنيًا.

٣- وطرح النزاع على هيئة التحكيم يفترض تعيين النزاع المحكم فيه، ولا صعوبة في الأمر عندما يكون اتفاق التحكيم لاحقًا على قيام النزاع إذ في الغالب أن يتضمن اتفاق التحكيم تعيينا له، ولكن الاتفاق على التحكيم قد يكتفي بتعيين المنازعات محل التحكيم بجنسها كما هو الحال عادة في شرط التحكيم المدرج بعقد أصلي، وفي هذه الحالة لا يتصور أن تبدأ خصومة التحكيم إلا إذا قام بالفعل بين الطرفين نزاع من المنازعات المتفق على التحكيم في جنسها ففي هذه الحالة يتم تحديد النزاع محل التحكيم، إما بوثيقة تحكيم خاصة، وإما في طلب التحكيم الذي يرسله أحد الطرفين إلى الآخر، وإما أمام هيئة التحكيم في بيان الدعوى الذي يقدم إليها، ويلاحظ وجوب التفرقة بين طلب التحكيم وبين طرح النزاع على هيئة التحكيم فإجراءات التحكيم تبدأ بتسليم طلب التحكيم إلى المدعي عليه، أما عرض النزاع على هيئة التحكيم فلا يبدأ إلا بإرسال بيان الدعوى إلى المدعي عليه وإلى هيئة التحكيم.

ماهية طلب التحكيم:

«تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يتسلم فيه المدعي عليه طلب التحكيم من المدعي ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر». (والمقصود هنا هو إجراءات التحكيم السابقة على طرح النزاع على هيئة التحكيم)، وإذا كان المقصود هو إجراءات طرحها على هيئة التحكيم على وجه التحديد وكان المشرع قد نص على تسليم الطلب إلى المدعي عليه وإلى هيئة التحكيم معا، وأهم الإجراءات السابقة على طرح النزاع على هيئة التحكيم هو تشكيل هيئة التحكيم أو استكمال تشكيلها والحصول على موافقة

هيئة التحكيم على القيام بالمهمة التي تم اختيارها للقيام بها، فإذا ما استجاب المدعي عليه لطلب المدعي وتم تعيين هيئة التحكيم باشر الطرفان بعد ذلك الاتفاق مع هيئة التحكيم المختارة على القيام بمهمة التحكيم وعلى مدة التحكيم، أما إذا لم يستجيب المدعي عليه لدعوة المدعي فيكون أمام المدعي الالتجاء إلى القضاء لتشكيل هيئة التحكيم أو استكمال تشكيلها.

طرح النزاع على هيئة التحكيم:

إذا تعلق الأمر بتحكيم حر فإن النزاع لا يعتبر مطروحًا إلا منذ تحديد أعضائها وقبولهم للمهمة الموكلة إليهم صراحة أو ضمنًا، وإذا تعلق الأمر بتحكيم نظامي لدى هيئة أو منظمة أو مركز من مراكز التحكيم الدائم، فالنزاع يعتبر مطروحًا على هيئة التحكيم التي تحددها هذه الهيئة أو هذا المركز أو هذه المنظمة بمجرد قبول الطرفين إجراء التحكيم لديها إذ إنها تعتبر موكلة من الطرفين باختيار هيئة التحكيم.

دور المدعي في خصومة التحكيم:

تفتتح خصومة التحكيم بمجرد أن يطلب أحد الطرفين أو كلاهما إلى هيئة التحكيم بدء طرح النزاع أمامها وذلك بعد اختيار المحكمين واختيار المكان والزمان حسب الاتفاق أو المشارطة، وبعد ذلك يتعين على المدعي أن يرسل إلى المدعي عليه- خلال الأجل المتفق عليه من الطرفين أو الذي تكون قد أقرته هيئة التحكيم (في حالة عدم الاتفاق على الأجل)-بيانًا مكتوبًا بدعواه وهذا البيان يرسله أيضًا إلى كل محكم، ويتضمن هذا البيان المعلومات الأساسية التي تشتمل على اسم المدعي وصفته وعنوانه واسم المدعي عليه وصفته وعنوانه مع شرح لموضوع النزاع وأسانيده وتحديد المسائل موضوع التحكيم والمسائل التي تشتمل عليها مشارطة التحكيم أو الاتفاق حتى يكون

المحكمون والمحتكم ضده (المدعي عليه)على بينة من هذا النزاع ظروفه وملابساته مع الإشارة إلى المدة التي يتعين على المدعي عليه أن يعقب فيها على ما جاء بطلب التحكيم، وهذه المدة إما أن يكون طرفا التحكيم قد اتفقا عليها أو حددتها هيئة التحكيم، ويختتم المدعى بيانه بتحديد طلباته.

دور المدعي عليه (المحتكم ضده) في خصومة التحكيم:

بعد أن يتلقى المحتكم ضده طلب التحكيم من المدعي خلال الميعاد المحدد بمعرفة هيئة التحكيم أو الميعاد المتفق عليه فإنه يرسل رده أو تعقيبه على طلب التحكيم (صحيفة الدعوى)وذلك لكل محكم وللمدعي أيضًا على أن يكون هذا الرد بمذكرة مكتوبة تنطوي على دفاعه ودفوعه ومستنداته التي يستند عليها.

حق المحتكم ضده (المدعي عليه)في الدفوع والطلبات العارضة:

للمدعي عليه أن يتمسك بحق ناشئ عن النزاع وذلك بالدفع بالمقاصة، وهذا الدفع ليس من النظام العام فيجوز للمدعي عليه إثارته ولو في مرحلة لاحقة من الإجراءات إذا كانت أسباب تأخير المدعي عليه في إبدائه كان لها ما يبررها وقبلتها هيئة التحكيم.

والطلبات العارضة التي يحق للمدعي عليه أن يتقدم بها في مذكرة دفاعه أو رده أو تعقيبه على الدعوى فهي تنحصر في الآتي:

أ- طلب المقاصة القضائية، وطلب الحكم بالتعويض عن ضرر لحقه من الدعوى الأصلية أو من إجراء فيها.

ب- أي طلب يترتب على إجابته ألا يحكم للمدعي بطلباته كلها أو بعضها، أو أن يحكم بها مقيدة بقيد لمصلحة المدعي عليه.

ج- أي طلب يكون متصلًا بالدعوى اتصالا لا يقبل التجزئة.

د- ما تأذن هيئة التحكيم بتقديمه مما يكون مرتبطًا بالدعوى الأصلية.

وواضح أن هذه الطلبات العارضة لم ترد على سبيل الحصر لأنها تشتمل أي طلب يتصل بالدعوى الأصلية اتصالا لا يقبل التجزئة.

التدخل في خصومة التحكيم:

النص في المادة ٣٠ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ أجاز للمدعي عليه فقط أن يتقدم بطلبات عارضة على نحو ما أوضحناه سلفا، وقد سكت النص عن تناول حالة التدخل سواء أكان هجوميًا أو انضماميًا، ومن ثم ونظرًا لأن خصومة التحكيم لها طبيعة خاصة وطبقًا لإرادة الطرفين فقد لا يكون هذا للغير طرفا في اتفاق التحكيم أو مشارطة التحكيم ومن ثم يصعب عليه التدخل في إجراءات التحكيم، وبوسع هذا الغير أن يتعامل مع طرفي النزاع مباشرة باللجوء إلى قاضيه الطبيعي.

تقديم المستندات:

لكل من الطرفين (المدعي والمدعي عليه) أن يرفق بمذكرات دفاعه صورًا ضوئية أو عرفية من المستندات والوثائق التي يستند عليها، وله أن يشير إلى وثائق أو مستندات لم يقدم صورها محتفظًا بحقه في تقديمها كأن يكون هناك مستند في جهة ما يجري استخراجه، وإذا جحد الخصم صور المستندات وتمسك بتقديم الأصول كان لزامًا على هيئة التحكيم أن تكلف الخصم الذي قدم الصور أن يقدم أصولها أو صورًا رسمية منها، ويجوز لهيئة التحكيم في جميع الحوال ومن تلقاء نفسها ودون أن يطلب الخصم أن تطلب تقديم أصول المستندات من أي من طرفي النزاع، كما ترسل صورة مما يقدمه أحد

الأطراف إلى هيئة التحكيم من مذكرات أو مستندات أو أوراق أخرى إلى الطرف الآخر، وكذلك يرسل صورة إلى كل من الطرفين من كل ما يقدم إلى الهيئة المذكورة من تقارير الخبراء أو المستندات وغيرها من الأدلة.

تعديل الطلبات:

يجوز لكل من طرفي التحكيم تعديل طلباته أو أوجه دفاعه أو استكمالها خلال إجراءات التحكيم ما لم تقرر هيئة التحكيم عدم قبول ذلك منعًا من تعطيل الفصل في النزاع.

بادئ ذي بدء تجدر الإشارة إلى أن تعديل الطلبات او الطلبات الختامية من الأمور المعروفة والحقوق المستقرة للمتقاضين طالما أن الدعوى ما تزال في مرحلة المرافعة، ولكن إذا ما أريد من وراء تقديم طلب التعديل أو تكرار هذا الطلب إطالة أمد بحث النزاع وعرقلة الفصل في الدعوى فإن من حق هيئة التحكيم أن تلتفت عنه.

المرافعة أمام هيئة التحكيم:

١- تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته ولها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

٢- ويجب إخطار طرفي التحكيم بمواعيد الجلسات والاجتماعات التي تقرر هيئة التحكيم عقدها قبل التاريخ الذي تعينه لذلك بوقت كاف تقدره هذه الهيئة حسب الظروف.

٣- وتدون خلاصة وقائع كل جلسة تعقدها هيئة التحكيم في محضر تسلم صورة منه إلى كل من الطرفين ما لم يتفقا على غير ذلك.

٤- ويكون سماع الشهود والخبراء بدون أداء يمين.

فالأصل أن تتم جلسات المرافعة في حضور الطرفين حيث يبدي كل طرف ما له من ملاحظات أو دفوع أو دفاع شارحًا وجهة نظره وشارحًا مدلول المستندات المقدمة ويكون لخصمه حق الرد والتعقيب، إلا أن النص أجاز أن تكتفي هيئة التحكيم بما قدم من أوراق ومستندات ومذكرات مكتوبة دون حاجة لمرافعة شفوية متى كانت هذه الأوراق كافية بذاتها لإظهار وجه الحق في النزاع، ولكن إذا اتفق الطرفان على تبادل المرافعات الشفوية تعين على الهيئة أن تمكنهما من ذلك، وتتولى الأمانة الفنية لهيئة التحكيم (السكرتارية) إخطار الطرفين بمواعيد جلسات المرافعة قبل حصولها بوقت كاف وتتأكد الهيئة من وصول هذه الإخطارات بالبريد بحيث إذا تخلف أحد الطرفين أو كلاهما رغم التأكد من إخطارهما كان من حق هيئة التحكيم الفصل فى الدعوى بحالتها، وتقوم الأمانة الفنية للهيئة بتدوين ما يدون بمحاضر جلسات المرافعة في محاضرها، والأصل أن تسلم لكل طرف من الأطراف المتنازعة صور من هذه المحاضر إلا إذا اتفقوا على غير ذلك، واليمين لا يكون إلا أمام هيئة قضائية وفقًا للقواعد العامة.

وبخصوص علنية أو سرية محاضر الجلسات فالأمر متروك لاتفاق الأطراف، فلهم طلب عقد جلسات غير علنية إذ تعتبر الخصوصية إحدى المزايا التي يحققها الالتجاء للتحكيم خاصة إذا تعلق النزاع بعقود نقل التقنية وما تقتضيه من المحافظة على أسرار المشروعات لأطراف النزاع، كما خلا القانون أيضًا من النص على سرية المداولة وذلك بعكس القانون الفرنسي المنظم للتحكيم الذي نص على هذا المبدأ، ولم يتضمن القانون المصري أيضًا نصًا يخول هيئة التحكيم سلطة إصدار قرار يقفل باب المرافعة وبدء المداولة وهو ما تضمنه القانون الفرنسي في نصوصه المنظمة للتحكيم الداخلي، وتبدو أهمية هذا القرار في أنه يغلق باب المرافعة أمام الطرفين فلا يجوز بعد تاريخ بدء المداولة وتقديم طلبات أو إبداء أوجه دفاع إلا إذا طلبت الهيئة نفسها ذلك.

وتواصل الهيئة عقد جلساتها لحين استكمال ما تـراه لازمًـا للفصـل في النـزاع، ولا يعوقها عن ذلك تخلف أحد الطرفين عن الحضور طالما تم إخطاره، كما لا يعوقهـا عـلى الوصول بالتحكيم إلى غايته تقاعس أو رفض أحد الأطـراف تقـديم المسـتندات التـي طلبت الهيئة تقديمها، فللهيئة المضي في طريقها وإصـدار الحكـم اسـتنادًا عـلى عنـاصر الإثبات الموجودة أمامها.

عدم تقديم المدعي البيان المكتوب بدعواه دون عذر وعن تقديم مذكرة بدفاعه:

١- إذا لم يقدم المدعي دون عذر مقبول مكتوبًا بدعواه وجب أن تأمر هيئة التحكـيم بإنهاء إجراءات التحكيم ما لم يتفق الطرفان على ذلك.

٢- وإذا لم يقدم المدعي عليـه مـذكرة بدفاعـه وجـب أن تسـتمر هيئـة التحكـيم في إجراءات التحكيم دون أن يعتبر ذلك بذاته إقـرارًا مـن المـدعي عليـه بـدعوى المدعي ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

والبيان المكتوب الذي يتعين على المدعي تقديمه هو صـحيفة الـدعوى المشـتملة عـلى اسمه وعنوانه وصفته واسم المدعي عليه وعنوانه وشرح تفصيلي للدعوى والأسانيد التـي يستند إليها والطلبات التي يطلبها في ختام صحيفة الدعوى، فإذا تخلف المدعي عـن تقـديم هذا البيان فإن هيئة التحكيم يتعين عليها أن تصدر قرارًا بإنهـاء إجـراءات التحكـيم وهـذا الحكم وجوبي لا تترخص فيه الهيئة. ومع ذلك فقد نصت المادة على أنـه إذا اتفـق الطرفـان على عدم إنهاء الإجراءات رغم عدم تقدم المدعي لهـذا البيـان وجـب عـلى هيئـة التحكـيم الالتزام بذلك إعمالًا لإرادة الطرفين، كما ألزمت المادة المدعي عليه بالرد على دعوى المدعي خلال الأجل المتفق عليه أو الذي تحدده الهيئة فإذا تقاعس عن أداء ذلك أوجـب المشرع أن

تستمر الهيئة في المضي في إجراءات التحكيم دون أن يعتبر عدم رد المدعي عليه بمثابة قبول ضمني من جانبه لادعاءات المدعي ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

وخلاصة ما تقدم فإنه يجب التزام كل من المدعي والمدعي عليه على نحو ما أوضحنا تفصيلًا، وفي الحالتين يجوز للمدعي والمدعي عليه الاتفاق على خلاف هذه القواعد فيجوز مثلًا أن يتفق الطرفان على أنه في حالة عدم تقديم المدعي للبيان المطلوب تستمر الهيئة في نظر النزاع، ويجوز مثلًا الاتفاق على أنه في حالة عدم تقديم المدعي عليه البيان المطلوب أن تعتبر إجراءات التحكيم منتهية، والمشروع في ذلك كله يؤكد مبدأ سلطان الإرادة ويطبق إرادة المتعاقدين حتى لو خالفت نص القانون لأن إعلاء إرادة العاقدين مصدره القانون ذاته.

جزاء التخلف عن حضور جلسات التحكيم:

«إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور إحدى الجلسات عن تقديم ما طلب منه من مستندات جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم وإصدار حكم في النزاع استنادًا إلى عناصر الإثبات الموجودة أمامها».

وهذا النص يعالج حالة غياب أي من الطرفي أو كلاهما عن حضور جلسات التحكيم أو التقاعس عن تنفيذ ما طلب من أي منهما من المستندات.

والتحكيم يعطي الهيئة الحق في أن تطلب من أي الطرفين أن يقدم أصول المستندات أو الوثائق في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، فإذا عملت الهيئة هذا الحق وتقاعس الخصم المطلوب منه المستندات وامتنع عن تقديمها جاز لها أن تمضي في نظر الدعوى بحالتها أي بالمستندات والأوراق المقدمة فيها حتى لو كانت صورًا ضوئية أو أوراقًا عرفية، فإذا ما انتهت في حكمها على عدم الأخذ بهذه المستندات مثلًا فإن

الخصم الذي قدمها يتحمل نتيجة تقصيره لأن الهيئة طلبت منه تقديم الأصول ولم يمتثل، كذلك إذا تخلف أي من الطرفين عن حضور الجلسات فإن ذلك لا يمنع الهيئة من نظر الدعوى بحالتها فتصدر قرارها في ضوء ما هو موجود منها من أوراق أو مستندات وبيان الدعوى والطلبات فيها ورد الخصم الآخر عليها، فهذه الإجراءات تعتبر تطبيقًا للقاعدة العامة في الفصل في الخصومات أمام المحاكم بصفة عامة.

الاستعانة بأهل الخبرة:

١- لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفهي يثبت في محضر الجلسة بشأن مسائل معينة تحددها وترسل إلى كل من الطرفين من قرارها لتحديد المهمة المسندة إلى الخبير.

٢- وعلى كل من الطرفين أن يقدم إلى الخبير المعلومات المتعلقة بالنزاع وأن يمكنه من معاينة وفحص ما يطلبه من وثائق أو بضائع أو أموال أخرى متعلقة بالنزاع وتفصل هيئة التحكيم في كل نزاع يقوم بين الخبير وأحد الطرفين في هذا الشأن.

٣- وترسل هيئة التحكيم صورة من تقرير الخبير بمجرد ادعائه إلى كل من الطرفين مع إتاحة الفرصة له لإبداء رأيه فيه ولكل من الطرفين الحق في الاطلاع على الوثائق التي استند إليها الخبير في تقريره وفحصها.

٤- ولهيئة التحكيم بعد تقديم تقرير الخبير أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناءا على طلب أحد طرفي التحكيم عقد جلسة لسماع أقوال الخبير مع إتاحة الفرصة للطرفين لسماعه ومناقشته بشأن ما ورد في تقريره ولكل من الطرفين أن يقدم في هذه الجلسة خبيرًا أو أكثر من طرفه لإبداء الرأي في المسائل التي تناولها تقرير الخبير الذي عينته هيئة التحكيم ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك.

وحيث إن المقصود مما أوردته هذه المادة في فقراتها الأولى هو حق هيئة التحكيم في تعيين خبير أو أكثر، وعلى الهيئة تحديد المسائل المنوط بالخبير القيام بها وتثبت هذا التعيين في محضر الجلسة وترسل إلى كل من طرفي التحكيم صورة من قرارها بندب الخبير وتحديد المهمة المسندة إليه.

سماع الشهود والإجراءات القانونية:

إن هيئة التحكيم لا تملك اتخاذ إجراءات قانونية ضد الشاهد إذا رفض الحضور أو رفض الإدلاء بما لديه من معلومات.

انقطاع سير الخصومة:

تنقطع الخصومة في حالة، وفاة أحد الخصوم، أو فقد أهلية الخصومة، أو زوال صفة من كان يباشر الإجراءات من النائبين إلا إذا كانت الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها.

ومع ذلك إذا طلب أحد الخصوم أجلًا لإعلان من يقوم مقام الخصم الذي تحقق في شأنه سبب الانقطاع وجب على المحكمة قبل أن تقضي بانقطاع سير الخصومة أن تكلف الخصم بالإعلان خلال أجل تحدده، فإذا لم يقم به خلال الأجل دون عذر قضت الهيئة بانقطاع سير الخصومة منذ تحقق سببه.

ومؤدى ما تقدم أن ينقطع سير خصومة التحكيم إذا توفى المدعي أو المدعي عليه (أحد طرفي التحكيم) أو إذا فقد أهلية الخصومة كأن صدر حكم بإشهار إفلاسه أو زوال صفة الشركة بالتصفية أو الاندماج، أو بزوال صفة الممثل القانوني للشركة أو الشخص الاعتباري الذي يكون طرفًا في التحكيم.

وشرط انقطاع الخصومة في هذه الأحوال أن تكون المنازعة لا زالت متداولة أمام

هيئة التحكيم، أما إذا كانت الهيئة قد أنهت إجراءات المرافعة وحجزتها لإصدار القرار فلا يؤثر وفاة أحد الطرفين أو زوال أهلية الخصومة عنه في إصدار الهيئة للقرار، واستثناءا من الانقطاع بقوة القانون أجاز المشرع لأحد طرفي التحكيم وسواء أكان هو الطرف الذي حق في شأنه الانقطاع أو كان الطرف الآخر أن يطلب من الهيئة أجلًا لإعلان من يقوم مقام الطرف الذي حقق في شأنه سبب الانقطاع، وحينئذ لا ترخص الهيئة في قبول أو رفض هذا الطلب بل يتعين عليها- وقبل أن تقضي بالانقطاع-أن تكلفه بالإعلان خلال الأجل الذي تحدده، فإذا لم ينفذ قرار الهيئة أي تقاعس عن اتخاذ الإجراء بدون عذر وكان سبب الانقطاع ما زال قائمًا فإن الهيئة تصدر قرارا بانقطاع سير الخصومة[(١)].

ولتفعيل التحكيم وإجرائه نخلص إلى ما يلي:

أولاً: لابد أن ينضبط التحكيم بضوابط الشرع التي تقتضي أن يكون الحكم بما أنزل الله وغير مخالف لشرع الله.

ثانيًا: لابد أن يكون كل واحد من أعضاء هيئة التحكيم أهلًا للقضاء لأنه صار بمنزلة القاضي أو الحاكم[(٢)].

ثالثًا: أن يكون أهلًا للشهادة فلا يصح أن يكون أعمى أو محدودا في قذف.

رابعًا: أن تجتمع فيه شروط الحاكم لأنه تولى عمل القاضي والحاكم.

---

(١) المرجع فيما ذكر بعد الإيجاز والتعديل إلى: التحكيم التجاري الدولي دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكم في المواد المدنية والتجارية. د. مختار أحمد بربري، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية. د. على عوض حسن.

(٢) انظر المبسوط للسرخسي، ج١٦، ص١١١.

خامسًا: أن تتوفر فيه النزاهة والحياد والاستقلالية عن الخصوم والكفاية العلمية والفنية.

سادسًا: لابد أن يتوافر في التحكيم ما يلي:

١- قيام خصومة على أمر متنازع فيه.

٢- قبول التحكيم من قبل المتنازعين.

٣- الاتفاق على قبول أفراد التحكيم وأهليتهم لذلك.

٤- أن يكون التحكيم في غير الحدود والقصاص.

٥- يجب الاستمرار على التحكيم حتى صدور الحكم.

٦- يجب تنفيذ الحكم الذي صدر عن هيئة التحكيم وعلى الأطراف المتنازعة قبول هذا الحكم لأنهم ارتضوا هذا التحكيم فصار الحكم كالقاضي[(١)].

الفرق بين هيئة التحكيم وهيئة الخبراء:

أولاً: هيئة التحكيم كما علمنا هي هيئة يرتضيها المتنازعون لفض النزاع بينهم وهي ملزمة طالما تم الاتفاق على ذلك أما هيئة الخبراء: فهي هيئة صاحبة خبرة لدى أفرادها في حدود تخصصهم وفي موضوع معين لهم خبرتهم وصلاحيتهم فيه.

والخبرة لا تعتبر طريقًا للفصل في النزاع تحكيمًا، وإنما يقوم الخبير في حدود تخصصه وإبداء رأيه وليس لرأيه قوة إلزامية. إلا في الحدود الممنوحة له من حيث الصلاحيات والإمكانات. فإن منح حق الفصل في النزاع فهو حينئذ كالحكم، وإن كانت

(١) انظر نظام القضاء في الشريعة الإسلامية د. عبد الكريم زيدان، ص٢٥١.

الصلاحيات الممنوحة له مجرد إبداء الرأي فهو مجرد خبير لا يتجاوز حدوده. وإن ارتضى الطرفان حكم الخبراء صار حكمهم ملزمًا وصارت المسألة تحكيمًا وإلا فهو مجرد رأي خبير يستفاد فقط من خبرته وإرشاده ونصحه[(١)].

الفرق بين هيئة التحكيم والوكالة:

من المعلوم أن الوكيل يعمل لصالح موكله وينوب عنه فيما وكله فيه، ولا يحل له أن يعمل أي عمل بمقتضى الوكالة الممنوحة له إلا فيما فيه توكيل يناط به، وفي حدود مصلحة الموكل، وهو أمين ومؤتمن على النصح لوكيله أمام المحكمة، أما المحكمون فهم مستقلون تمامًا عن المتخاصمين وهم دائمًا على الحياد في موضوع التقاضي. وبمجرد اعتماد وثيقة التحكيم تثبت لهم الصفة القضائة بين أطراف النزاع. ويصبح حكمهم ملزمًا لأطراف النزاع[(٢)].

كما لا يجوز لأحد المحكمين أن يميل مع أحد خصومه أو ينحاز له لكونه حكمًا له. بل عليه أن يكون محايدًا نزيهًا مهمته أن يحكم بين الطرفين بالعدل لأنه قاضي تم تعيينه باتفاق الخصوم، وهو يمارس عمله كقاضي بين المتنازعين، وليس كوكيل عن أحدهم. وعليه ألا يراعي رغبة من حكمه، وألا يهتم بتحقيق مطلبه. بل يكون الاهتمام باحقاق الحق وإبطال الباطل وفقًا لشرع الله عز وجل.

ومن هنا نقول أن المحكم غير الوكيل والتحكيم ليس كالوكالة لأن المحكم لا يعنيه تحقيق رغبة من حكمه، وهو ليس مدافعًا عنه، وليس متحملًا عبئًا في إثبات حقه[(٣)].

---

(١) انظر التحكيم في المملكة العربية السعودية: محمد البجاد ص٤٤.

(٢) انظر مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي د.زيد بن عبد الكريم الزيد، ص٥.

(٣) التحكيم الاختياري والإجباري: أحمد أبو الوفا، ص٣٠.

مشروعية التحكيم:

لقد اعترف الإسلام بمشروعية التحكيم فقد أجازه، وندب إليه، بل أوجبه في حالات عديدة.

وقد جاء ذلك واضحًا في الكتاب والسنة وما روي عن جمهور الأمة.

أدلة المشروعية من القرآن الكريم:

١- قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ ﴾[(١)].

فعند الشقاق والخلاف بين الزوجين يشرع تكليف حكمين لفض النزاع بينهما.

وتقاس سائر الخصومات على ذلك إذا تراضى المتخاصمون على من يحكم بينهم ويصلح شأنهم.

يقول الإمام القرطبي رحمه الله تعالى[(٢)]: «وفي هذه الآية دليل على إثبات التحكيم وليس كما يقول الخوارج: إن الحكم إلا لله».

ويقول الإمام الرازي رحمه الله تعالى[(٣)] بعد أن أورد هذه الآية «فهذا أصل من جواز التحكيم»

٢- قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْتُلُواْ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾[(٤)].

---

(١) سورة النساء: ٣٥.

(٢) انظر الجامع لأحكام القرآن، ج، ص١٧٩.

(٣) انظر شرح أدب القاضي للخصاف، ص٣٩١.

(٤) سورة المائدة: ٩٥.

وقد احتج بهذه الآية ابن عباس رضي الله عنهما أثناء مناقشته للخوارج.

ويقول ابن العربي رحمه الله تعالى [(١)]: عند هذه الآية: (وهذا دليل على مشروعية التحكيم).

٣- قوله تعالى: ﴿ وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا ۖ فَإِنۢ بَغَتْ إِحْدَىٰهُمَا عَلَى ٱلْأُخْرَىٰ فَقَٰتِلُوا۟ ٱلَّتِى تَبْغِى حَتَّىٰ تَفِىٓءَ إِلَىٰٓ أَمْرِ ٱللَّهِ ۚ فَإِن فَآءَتْ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا بِٱلْعَدْلِ وَأَقْسِطُوٓا۟ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ﴿٩﴾ إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ﴾ [(٢)].

يقول الإمام ابن تيمية رحمه الله تعالى [(٣)]: (إن الله أمر بقتل الفئة الباغية حتى تفيء إلى أمر الله فإن فاءت فالصلح بينهما بالعدل) وهيئة التحكيم من المسلمين هم الذين يفضون النزاع بين الفئتين ويصلحون شأنهم.

٤- قوله تعالى: ﴿ ۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ ﴾ [(٤)].

ففي هذه الآية أمر الله تعالى بالحكم بالعدل والحكم لا يكون إلا بواسطة المحكمين فدل ذلك على مشروعية التحكيم.

---

(١) أحكام القرآن ج٢، ص٦٧٤.

(٢) سورة الحجرات: ٩- ١٠.

(٣) الفتاوى ج٤، ص٤٣٦.

(٤) سورة النساء: ٥٨.

أدلة المشروعية من السنة النبوية:

١- عن هانيء ﷺ أنه لما وفد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم مع قومه سمعهم يكنونه بأبي الحكم فدعاه رسول الله ﷺ فقال (إن الله هو الحكم وإليه الحكم فلم تكنى أبا الحكم؟) فقال إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضى كلا الفريقين. فقال ﷺ (ما أحسن هذا. فما لك من الولد) قال: لي شريح ومسلم وعبد الله قال : (فمن أكبرهم؟) قلت: شريح. قال : (فأنت أبو شريح)[(١)]. ويؤخذ من الحديث استحسان النبي ﷺ هذا الأسلوب في الصلح بين الناس والتحكيم بينهم[(٢)].

٢- عن أبي سعيد الخدري ﷺ قال: نزل أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ فأرسل النبي ﷺ إلى سعد فأتاه على حمار فلما دنا من المسجد قال للأنصار: (قوموا على سيدكم أو خيركم فقال: هؤلاء نزلوا على حكمك) فقال: تقتل مقاتلهم، وتسبى ذراريهم. قال قضيت بحكم الله[(٣)]. قال الإمام ابن حجر رحمه الله تعالى وفيها تحكيم الأفضل من هو مفضول[(٤)]. وقال الإمام النووي رحمه الله تعالى[(٥)]: (في الحديث الشريف جواز التحكيم في أمور المسلمين وفي مهماتهم العظام، وقد أجمع المسلمون عليه، ولم يخالف إلا الخوارج).

---

(١) أخرجه النسائي في سننه كتاب آداب القضاة ج٨، ص٢٢٦ وأخرجه أبو داوود في سننه كتاب الأدب برقم ٤١٤٥.

(٢) انظر عون المعبود للعظيم أبادي تحقيق عبد الرحمن محمد، ج١٣، ص٢٩٦.

(٣) أخرجه البخاري ومسلم واللفظ للبخاري كتاب المغازي برقم ٤١٢١.

(٤) فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر، ج٧، ص٤١٦.

(٥) انظر شرح صحيح مسلم، ج١٢، ص٩٢.

٣- عن أبي هريرة ﷺ قال: قال النبي ﷺ اشترى رجل من رجل عقارا فوجد الرجل الذي اشترى العقار في عقاره جرة فيها ذهب. فقال له الذي اشترى العقار: خذ ذهبك مني، إنما اشتريت منك الأرض، ولم ابتع منك الذهب، وقال الذي له الأرض: إنما بعتك الأرض وما فيها. فتحاكما إلى رجل. فقال الذي تحاكما إليه: ألكما ولد؟ قال أحدهما: لي غلام، وقال الآخر: لي جارية قال: انكحوا الغلام الجارية، وأنفقوا على أنفسهما منه، وتصدقا[(١)]، وقد ذكر الإمام ابن حجر رحمه الله تعالى [(٢)]أن ظاهر قوله (فتحاكما) يدل على مشروعية التحكيم.

٤- عن الشعبي رحمه الله تعالى قال كان بين عمر ﷺ وأبي ﷺ خصومة قال: فقال عمر ﷺ اجعل بيني وبينك رجلًا قال: فجعلا بينهما زيد بن ثابت رضي الله عنه قال: فأتوه. قال: فقال عمر ﷺ أتيناك لتحكم بيننا وفي بيته يؤتى الحكم. قال: فلما دخلوا عليه أجلسه معه على صدر فراشة. قال: هذا أول جور جرت في حكمك. أجلسني وخصمي مجلسا قال: فقصا عليه القصة. قال: فقال زيد: لأبي: اليمين على أمير المؤمنين، فإن شئت أعفيته. قال: فأقسم عمر ﷺ على ذلك، ثم أقسم له لا تدرك باب القضاء حتى لا يكون لي عندك على أحد فضيلة[(٣)]. ويؤخذ من الحديث أن عمر وأبي رضي الله عنهما حكما زيد بن ثابت في نزاع بينهما فدل ذلك على مشروعية التحكيم.

---

(١) رواه البخاري ومسلم واللفظ للبخاري باب رقم ٥٤. حديث رقم ٣٤٧٢ وانظر فتح الباري لابن حجر، ج٧، ص٤١٦.

(٢) انظر فتح الباري ج٦، ص٥١٩.

(٣) انظر السنن الكبرى للبيهقي، ج١٠، ص١٤٤. وانظر المغني لابن قدامة، ج٩، ص١٠٨.

٥- روى أبو مليكة رحمه الله أن عثمان ﷺ ابتاع من طلحة بن عبيد الله ﷺ أرضًا بالكوفة فلما تبايعا ندم عثمان ﷺ ثم قال بايعتك ما لم أره فقال طلحة إنما النظر لي إنما ابتعت مغيبا، وأما أنت فقد رأيت ما ابتعت. فجعلا بينهما حكما هو جبير بن مطعم ﷺ فقضى على عثمان أن البيع جائز، وأن النظر لطلحة أنه ابتاع مغيبا [(١)]. ويؤخذ من هذا الحديث دليل على مشروعية التحكيم. وقد استدل بعض الفقهاء بهذا أيضًا على جواز التحكيم [(٢)].

٦- أخرج أبو داوود بسنده عن عبد الرحمن بن قيس عن أبيه عن جده قال: اشترى الأشعث رقيقًا من رقيق الخمس من عبد الله بعشرين ألفًا فأرسل عبد الله في ثمنهم. فقال: إنما أخذتهم بعشرة آلاف فقال عبد الله فاختر رجلا يكون بيني وبينك. فقال الأشعث أنت بيني وبين نفسك فقال عبد الله فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة. فهو ما يقول رب السلعة أو يتتاركان [(٣)] وعلق الإمام ابن تيمية رحمه الله على ذلك بأنه إذا حكم أحد الخصمين على الآخر جاز [(٤)] وأجاز الإمام السهارنفوري رحمه الله تعالى أن يكون الحكم أحد الخصمين [(٥)]. وفي هذا أيضًا دليل على مشروعية التحكيم وقد وقع ذلك مع صحابة رسول الله ﷺ.

٧- ما رواه ابن كثير رحمه الله تعالى في قضية التحكيم بين علي ومعاوية رضي الله

---

(١) انظر السنن الكبرى للبيهقي، ج٥، ص٢٦٧- ٢٦٨.

(٢) انظر كشاف القناع للبهوتي، ج٦، ص٣٠٩.

(٣) أخرجه أبو داوود، ج٢/ ٦٧٠ برقم ٢٩٩٧.

(٤) انظر الاختيارات الفقهية، ص٥٧٦.

(٥) انظر بذل المجهود في حل أبي داوود.

عنهما حيث حكَّم على أبا موسى الأشعري رضي الله عنهما، وحكم معاوية عمرو بن العاص رضي الله عنهما. فاستدل الفقهاء بهذه القصة على مشروعية التحكيم [(١)].

الخلاصة:

ونخلص بعد هذا العرض للأدلة على مشروعية التحكيم من الكتاب والسنة واتفاق الأمة واجتماع الصحابة ﷺ.

وقد وقع هذا التحكيم فيما بينهم بل حدث التحكيم مع رسول الله ﷺ حين حكموه في وضع الحجر الأسود في الكعبة المشرفة، وارتضوه حكما بينهم.

وعلى هذا يمكن القول بأن التحكيم جائز شرعًا، وقد يرقى هذا الجواز إلى درجة الاستحباب، وأحيانًا يرتفع إلى درجة الوجوب، وذلك فيما لو احتاج المتنازعان أو احدهما حاجة ملحة لحكم قضائي وهما في بلاد خارج بلاد الإسلام لا تحكم بشرع الله تعالى، فليس أمامهما إلا تحكيم طرف ثالث يحكم بينهما بشرع الله عز وجل [(٢)] وحينئذ يجب عليهما التحكيم توصلا لما احتاجا إليه، أو احتاج أحدهما إليه تلك الحاجة الملحة.

فالتحكيم هنا واجب لأن الحاجة إليه واجبة ولا يتوصل إليها إلا به، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب [(٣)].

(١) انظر البداية والنهاية لابن كثير، ج٧، ص٢٧٦. وانظر الحاوي الكبير للماوردي، ج١٦، ص٣٢٥.
(٢) انظر التحكيم في الفقه الإسلامي: حسن الغزالي، ص٨٨.
(٣) انظر شرح مختصر الروضة للطوفي، ج١، ص٣٣٥.

أنواع التحكيم:

يأخذ التحكيم أنواعا عديدة، وقد تتضح هذه الأنواع بعد الاستقراء للقوانين المتعلقة به، ومن الاطلاع على التطبيقات العملية للمراكز والهيئات المتخصصة في شأنه ومن هذه الأنواع ما يلي:

أولاً: التحكيم الخاص: وهو ما نعني به تحكيم الحالات الخاصة وفي هذا النوع من التحكيم يجدد فيه أطراف النزاع المشكلة المراد التحكيم فيها واختيار المحكمين للفصل فيها [(١)].

ثانيًا: التحكيم المؤسسي: وهو ما يختص بالعلاقات التجارية على المستويات الإقليمية أو الدولية [(٢)].

ثالثًا: التحكيم الدولي: ويقصد به التحكيم في مجال العلاقات التجارية الدولية، والمصالح الخارجية لأطراف النزاع، أي التي تكون خارج الدول التي ينتمون إليها [(٣)].

رابعًا: التحكيم الداخلي: وهو التحكيم الذي يتم طبقًا لأحكام القانون الوطني لأطراف النزاع داخل دولتهم.

خامسًا: التحكيم الاختياري: ويقصد به التحكيم الذي يتم بإرادة أطراف النزاع واختيارهم للمحكمين الذين يقومون بفض النزاع القائم بينهم بناء على رضاهم واختيارهم للتحكيم بديلًا عن اللجوء للمحاكم [(٤)].

---

(١) انظر أنواع التحكيم: أحمد يوسف خلاوي، ص٣.

(٢) المرجع السابق، ص٤.

(٣) انظر التحكيم الإجباري والاختياري: د. أحمد أبو الوفا.

(٤) المرجع السابق وانظر أنواع التحكيم: أحمد يوسف خلاوي، ص٨.

سادسًا: التحكيم الإلزامي: وهو الذي يلزم أطراف النزاع في اللجوء إلى التحكيم، والخضوع لأحكامه، طالما تم الاتفاق على حل المشكلات عن طريق التحكيم، حيث أصبح هو الوسيلة الأساسية لحسم المنازعات[1].

الخلاصة:

ان التحكيم أصبح له آفاق عديدة بعد تطوره من مرحلة التطبيق في المجتمع البدائي حيث كانت العلاقات الاجتماعية يومئذ تعطي للفرد أو القبيلة تحصيل حقه بنفسه ثم تطورت الأحوال وأصبح التحكيم هو الوسيلة لفض المنازعات واسترداد الحقوق بعد التنازل عن أخذها بأيديهم، ثم تطورت إلى إنشاء السلطات العامة التي تتولى استرداد الحقوق عن طريق القضاء ثم أصبح التحكيم عاملًا مساعدًا بل عاملًا أساسيًا في حل المشكلات المحلية.

وأخيرًا ظهر نوع جديد من التحكيم تجاوز الحدود المكانية المحلية إلى العبور من المحلية إلى الدولية، وأصبح التحكيم وسيلة عالمية لحل النزاع وتسوية المشكلات.

مجالات التحكيم:

تتعدد ميادين التحكيم ومجالاته تبعًا لتعدد المشكلات والمستجدات المعاصرة وطبقًا لتطور الحياة، وما أفرزه هذا التطور من آثاره للعديد من القضايا الدينية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية وأصبحت هذه القضايا ملحة في إيجاد الوسائل المناسبة لحلها.

ومن هنا كان اللجوء إلى التحكيم لحل هذه المشكلات ولذا تعددت ميادينه حتى شملت جميع المجالات:

(١) انظر موسوعة التحكيم، ج٢،١ وانظر فض المنازعات: د. إبراهيم العيسى.

وسنأخذ بعضها كنماذج لنرى كيف كان التحكيم هو العلاج الحكيم فى هذه الميادين.

أولاً: المجال الديني:

لقد أصبح التحكيم في هذا المجال ضرورة ملحة يجب تفعيلها وتطبيق أحكام الله فيها وإلا أدى تعطيلها إلى الكفر والظلم والفسوق.

كما حذرنا ربنا في قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْكَٰفِرُونَ﴾[1]، ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾[2]، ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾[3].

والتحكيم في **المجال الديني** يقصد به إقامة شرع الله تعالى -كما قلنا- والمراد بالتحكم هنا إقامة الحكم وتطبيقه لا انشاؤه ولهذا لا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لأن الله هو الذي شرعه وبينه وهو سبحانه أحكم الحاكمين، وأحسن المشرعين ﴿وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ ٱللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ﴾[4].

سواء في العقائد أو العبادات أو المعاملات ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُواْ فِيٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيمًا﴾[5].

---

(١) سورة المائدة: ٤٤.

(٢) سورة المائدة: ٤٥.

(٣) سورة المائدة: ٤٧.

(٤) سورة المائدة: ٥٠.

(٥) سورة النساء: ٦٥.

ثانيًا: المجال السياسي:

لقد اتضح دور التحكيم في المجال السياسي من خلال النزاعات التي حدثت في موضوع الخلافة والحكم، وان أول نزاع حدث بعد وفاة الرسول ﷺ كان في تعيين الخليفة بعد الرسول ﷺ.

وأول تحكيم كان في موضوع السلطة والحكم بين علي ومعاوية رضي الله عنهما حيث اختار كل منهما حكمًا من طرفه للفصل في هذا النزاع الذي قد يفضي إلى انهيار الدولة، ويؤثر في سياستها، ويعوق سلامتها ورسالتها [(١)].

ثالثًا: المجال الاجتماعي:

لقد حاول التشريع الإسلامي أن يصون الأسرة والمجتمع من الشجار والشقاق والعراك فوضع الضوابط والوسائل التي تحقق ذلك. فكان التحكيم هو الوسيلة المثلى التي عبر عنها القرآن الكريم وهو الدستور السماوي الذي بتطبيقه تستقيم الحياة، ويسعد المجتمع ويسلم من الدمار والانهيار وجاء ذلك واضحًا في جعل التحكيم علاجًا لما يعتري الأسرة من مشكلات وخلافات ويخوض التحكيم غمار هذا الميدان تطبيقًا لمنهج الله تعالى في إصلاح الأسرة وعلاج المجتمع، كما يتضح ذلك جليًا في الحياة الزوجية وما ينشب بين الزوج وزوجه كما في قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ [(٢)].

(١) انظر مستقبل التحكيم في البلاد العربية: عبد الحميد الأجدب، ص٣.

(٢) سورة النساء: ٣٥.

ويقاس على ذلك سائر المشاكل الاجتماعية التي غالبًا ما يكون التحكيم هو العلاج الشافي لها.

رابعًا: المجال الاقتصادي:

لا شك أن تطور الحياة الاقتصادية جعل ميدان العمل وآلياته ومتطلباته مرتعا خصبا للعديد من المشاكل التي تتطلب الحلول العاجلة قبل تفاقمها خصوصًا وأنها قد تشعبت وتجاوزت المحلية إلى العالمية فكان النظام الجديد في التحكيم الموائم لهذه المستجدات متمثلًا فيما يسمى اليوم بالتحكيم الدولي والتحكيم الخارجي. الذي تجاوز الزمان والمكان فانتقل هذا التحكيم من المحلية إلى العالمية[1].

ضرورة التحكيم وأهميته عمومًا وخارج ديار الإسلام على وجه الخصوص:

١- لا شك أن التحكيم يتميز بمرونته وسرعته فهو من ناحية المرونة يسمح للمتنازعين بتشكيله على النحو المناسب لهم.

وأما تميزه بالسرعة فلا يخفي أن أشد العيوب التي عانى منها القضاء هو البطء الناتج عن تراكم القضايا وكثرتها مما جعل من الصعوبة بمكان أن يفصل القاضي بين هذا الكم الغفير من المتنازعين في مدة وجيزة لا تمكن القاضي من دراسة القضية موضوع النزاع خصوصًا وقد تشعبت القضايا وتعقدت شئون الحياة، وكثرت مشاكلها، وهذا مما يجعل النظم القضائية تبطئ في إنجاز قضاياها..حتى قيل إن العدل البطيء ظلم.

٢- التحكيم هو أنسب الطرق لحل المنازعات التي تثيرها العلاقات ذات الطابع

(١) انظر التحكيم في بلاد الغرب: المستشار فيصل مولوي، ص٣.

الدولي، فوجود العنصر الأجنبي في العلاقة يؤدي إلى احتياج أطرافها إلى جهة محايدة لحل ما تثيره من مشكلات، ويكون التوصل إلى المحكم المحايد أو على الأقل من ينتمي إلى الأطراف بمثابة طوق النجاة الذي يحظى بقبول الطرفين [(١)].

٣- يحقق التحكيم العديد من المصالح التي توفر الوقت والجهد والمال.

٤- تلافي الحقد والبغض والعداوة التي تنجم عن اللجوء إلى المحاكم، بينما المحكمين يحافظون على السرية والمودة حيث إن اختيارهم تم بناء على رغبتهم وحسن ظنهم بهم وثقتهم فيهم.

٥- التحكيم يحفظ العلاقة الطيبة، ويتلافى المشاحنات والمعاركات لأنه يتم في أضيق الحدود التي لا يحضرها إلا القليل بينما المحاكم أماكن عامة يظهر الأطراف فيها كيدهم مما ينتج عن ذلك من المشاحنة[(٢)] والمقاطعة وحيث لا يهم القاضي دوام العلاقة بين المتنازعين بينما تهتم هيئة التحكيم بدوام العلاقة والمودة والمحبة بين المتخاصمين فيكون الوئام بدلًا من الخصام.

٦- التحكيم يعالج مشكلة تنازع القوانين خصوصًا في المعاملات المالية فالبعض يريد أن يتحاكم إلى النظم السائدة في بلده والبعض الآخر يريد أن يحكم قوانين دولته.

فيأتي نظام التحكيم ليحل هذا الإشكال[(٣)].

---

(١) انظر التحكيم ضرورة عصرية: فريد عنبر، ص١.

(٢) انظر محكمة التحكيم: محمد خلوصي، ص٥٤.

(٣) انظر مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي: د. زيد بن عبد الكريم الزيد، ص٧.

٧- التحكيم يتيح الطمأنينة لأطراف النزاع خصوصًا عند تعدد الجنسيات، وحين لا تكون الرغبة في الاحتكام إلى المحاكم الأجنبية. لاختلاف قوانينها عن شريعة الإسلام.

٨- في بعض الدول يتأثر القضاء بالظروف السياسية للدولة، ويخشى من يتعامل معها من الخارج على مصالحه الدينية أو الدنيوية.

٩- إن التحكيم يعطي للمتحاكمين مخرجًا من الالتزام بما يخالف شرع الله عز وجل وذلك عندما يكون المتنازعون في بلد لا يحكم بشرع الله، فيجد المتنازعون في التحكيم فرجا ومخرجا وفرصة لإنهاء النزاع بينهم عن طريق هيئة التحكيم التي تقيم شرع الله وتحكمه فيما بينهم [(١)] وهنا لا يكون التحكيم جائزًا فحسب بل هو حينئذ واجب وضرورة لحفظ الدين، وتطبيق الشريعة.

حقيقة التحكيم وأهميته خارج ديار الإسلام:

لقد اتضح مما سبق أن التحكيم ضرورة ملحة للجاليات التي تقيم خارج ديار الإسلام وضرورة وجوده كضرورة وجود من يقيم لها شعائرها، ويحفظ لها دينها وهويتها.

ومن هنا فالتحكيم حينئذ واجب شرعًا وليس جائزًا فحسب؛ بل إنه عندما تكلم الفقهاء عن جواز التحكيم، كانوا يتكلمون عن المسلمين في مجتمع إسلامي، إذا وقع بينهم خلاف فهناك قضاء إسلامي رسمي يحكم بينهم، فإذا تراضيا على حكم معين من غير القضاة الرسميين فذلك جائز، لكن حكم هذا الحَكَم بعد صدوره لا ينفذ إلا إذا رضى به الطرفان أو أجازه القاضي.

---

(١) انظر:التحكيم في الفقه الإسلامي: حسن الغزالي، ص٩٦.

أما المسلمون اليوم في بلاد الغرب، سواء كانوا متجنسين أو مقيمين، فحين يقع بينهم خلاف فهو يحال إلى قضاء الدولة التي يعيشون فيها. وهو قضاء غير إسلامي، ولقد أجاز الفقهاء المعاصرون اللجوء إلى القضاء غير الإسلامياضطرارًا للوصول إلى الحق أو حسم الخلاف إذا كان هو الطريق الوحيد إلى ذلك ولا طريق غيره. والمسلم حين يلجأ إلى القضاء غير الإسلامي مضطرًا فلا إثم عليه. أما إذا كان أمامه مجال الاختيار بين القضاء الإسلامي والقضاء غير الإسلامي فيجب عليه أن يختار القضاء الإسلامي، ولا يلجأ للقضاء غير الإسلامي.

قال تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى ٱلَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ ءَامَنُوا۟ بِمَآ أُنزِلَ إِلَيْكَ وَمَآ أُنزِلَ مِن قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَن يَتَحَاكَمُوٓا۟ إِلَى ٱلطَّٰغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوٓا۟ أَن يَكْفُرُوا۟ بِهِۦ﴾[1].

وقال تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوٓا۟ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِّنْهُم مُّعْرِضُونَ﴾[2].

وقال تعالى: ﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ ٱلْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوٓا۟ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَن يَقُولُوا۟ سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ﴾[3].

وقال تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا۟ فِىٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا۟ تَسْلِيمًا﴾[4].

ولقد بلغت بعض الدول الغربية في مراعاة حقوق الإنسان شأنًا كبيرًا، خاصة إذا

(١) سورة النساء: ٦٠.
(٢) سورة النور: ٤٨.
(٣) سورة النور: ٥١.
(٤) سورة النساء: ٦٥.

كان من أبنائها أو المقيمين عندها أو المتجنسين بجنسيتها فأباحت لهم أن يتفقوا على التحكيم بصورة واسعة جدًا. بحيث إن المسلمين منهم يستطيعون الاتفاق على تطبيق الأحكام الشرعية بينهم، أو على تطبيق قانون إحدى الدول الإسلامية بعينها، أو أحد المذاهب الإسلامية، أو مجلة الأحكام العدلية، وهم يختارون المحكمين بكامل حريتهم، فيمكنهم اختيار أحد العلماء ليحكم بينهم، وهذه الأحكام بعد صدورها عن المحكّمين تعرض على القضاء الرسمي الذي يجيزها إذا لم تكن تخالف النظام العام في البلاد أو القواعد الأساسية للقضاء، وإذا نفذ الحكم إرادة الفريقين الرجوع إلى قانون معين، وليس من شأن هذا القضاء أن يعيد بحث الموضوع وفق قانونه الرسمي.

وهكذا أصبح المسلم في البلاد الغربية مخيرًا بين الاتفاق على التحكيم وفق الأحكام الشرعية، وبين الخضوع للقوانين الغربية. وفي هذه الحالة يكون اللجوء إلى التحكيم واجبًا وليس فقط جائزًا، وإلا وقع المسلم تحت حكم الآيات المذكورة آنفًا، والتي تعتبر اختيار الحكم غير الإسلامي من صفات الكافرين والفاسقين والظالمين.

اختيار المحكمين وعزلهم:

حيث يتفق الأطراف على حل نزاعهم بواسطة التحكيم فإنهم يقومون باختيارهم مع مراعاة توافر الشروط المؤهلة لتحكيمهم من الاستقلالية والحيادية والعدالة والخبرة وقيل ينبغي أن تتوافر في المحكم صفات القاضي.

وذلك أولى وهو الراجح[1].

(١) انظر التحكيم ضرورة عصرية: فريد عنبر، ص٤.

ومتى اتفق الأطراف على حل نزاعهم بالتحكيم يبدؤن في تشكيل هذه الهيئة بكل دقة وأمانة لأنه سيترتب عليها نجاح التحكيم أو فشله.

وتشكل هيئة التحكيم باتفاق الأطراف من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يوجد اتفاق على عددهم كان العدد ثلاثة وفي حالة تعددهم يجب أن يكون عددهم وترا حتى يمكن الترجيح عند الاختلاف[(١)].

والقانون السائد في أكثر البلاد العربية ينص على أنه لا يجوز عزل المحكمين إلا باتفاق الخصوم، كما في القانون الجزائري (٤٤٥) والمغربي (٣١٠) والقانون السعودي (١١) والقانون المصري (٥٠٣) والقانون السوري (٥١٥) ومتى تم اختيار المحكمين وتمت الموافقة عليهم فلا يصح بعد ذلك عزلهم أو عزل أي واحد منهم من قبل أحد أطراف الخصومة إلا إذا تم الاتفاق على ذلك[(٢)] فالرأي الراجح إذن هو عدم جواز عزل هيئة التحكيم بعد الشروع في المحاكمة إلا باتفاق الخصوم حتى يكون التحكيم وسيلة جدية في حل النزاع، ولو جاز العزل لمجرد الهوى لبطل المقصود من التحكيم.

أتعاب المحكمين وحقوقهم:

لا شك أن على المحكمين واجبات، ولهم أيضًا حقوق ومن حقهم الحصول على أجر مكافأة لأتعابهم وجهودهم وبذل وقتهم وإعمال خبرتهم ومقابل قيامهم بعملهم الذي نيط بهم أثناء عملية التحكيم، وذلك مما يستسيغه الشرع، ويحث على أن الأجر نظير العمل وإعطاء الأجير حقه قبل أن يجف عرقه.

---

(١) انظر التحكيم في الفقه والقضاء المقارن د. على الإمام، ص٦.

(٢) انظر قانون التحكيم السعودي الجديد ولائحته التنفيذية ١٩٨٥. وانظر التحكيم في بلاد الغرب: المستشار فيصل مولوي، ص١١.

والمحكم كالقاضي، وقد أجاز العلماء أن يحصلوا لهم أتعابا مقابل عملهم وكما أن للقاضي أجرًا على تفرغه للقضاء بين الناس فكذلك المحكم لأنه فرغ وقته، وأجهد نفسه لفض النزاع بين المتخاصمين[(١)]. وقد يكون استحقاق الأجر لهم قياسًا على الحاكم حيث إن الصحابة ﷺ بعد مبايعتهم لأبي بكر ﷺ بالخلافة، رأوه في اليوم التالي ذاهبًا إلى السوق للتجارة بحثًا عن رزقه ورزق عياله، فقرر الصحابة ﷺ أن يجعلوا له جعلا من بيت المال يكفي حاجته وحاجة عياله[(٢)].

وقد تقدر أتعاب المحكمين بحسب ما تحدده الجهات المختصة طبقًا لجداول معينة ونسب محددة حسب الخبرة، وطبيعة العمل.

وقد نص نظام التحكيم السعودي الجديد على أن تحدد أتعاب المحكمين باتفاق الخصوم، وتصرف لهم خلال أسبوع من صدور الحكم[(٣)].

وثيقة التحكيم:

هي الصياغة التي تحدد القضية المتنازع فيها، وتنص على اختيار المحكمين، وعددهم، وأسلوب التقاضي بينهم، والأسس الشرعية التي يؤسس المحكمون عليها أحكامهم، وتحديد المدة التي يجب أن يصدر الحكم من خلالها.

وكذلك يجب أن تتضمن الوثيقة عدد الشهود وطريقة استدعاؤهم، والخبراء الذين يستعان بخبراتهم والمحامون الذين يمكن أن يستفاد من دفاعهم. وأن تحدد أيضًا لغة التخاطب بين المتنازعين والمحكمين.

---

(١) انظر حقوق المحكمين: عادل روزي، ص١٥.

(٢) انظر أدب القضاء للسروجي.

(٣) انظر نظام التحكيم السعودي المادة: ٢٢.

وكذلك يجب أن تحدد الوثيقة قيمة التكاليف والمصاريف والأجور وكيفية احتسابها، وطريقة استيفائها.

ولقد نصت المادة الأولى من نظام التحكيم السعودي: (بأنه يجوز الاتفاق على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين)[1].

ومن خلال هذه المادة سالفة الذكر -يتبين أنه يصح أن يتفق على التحكيم بعد ظهور النزاع- وفي هذه الحالة تسمى الوثيقة عند المستشارين القانونيين (مشارطة التحكيم) كما يجوز أن يكون هناك اتفاق مسبق في أحد بنود العقد الأصلي الموقع من الطرفين أن يحال أي نزاع ينشأ من العقد إلى التحكيم، وفي هذه الحالة يطلق على هذا الشرط مسمى: (شرط التحكيم) وفي هذه الحالة لا يكون النزاع قد ظهر، ولذا يفضل أن لا يتضمن الشرط بنودًا تحدد مؤهلات المحكمين، حتى يكون هناك فرصة لتقرير الخبرات المطلوبة عند ظهور النزاع[2].

فالخلاصة: إن وثيقة التحكيم هي في حقيقتها اتفاق شامل لكل متطلبات التحكيم ومقتضياته، وتنظيم كامل لكل ما يتعلق بهذا التحكيم، وبهذا تكون وظيفة الوثيقة هي استكمال واستخدام العناصر اللازمة لإعمال هذا التحكيم وتفعيله، حتى يتحقق به المقصد الأسمى، في إحقاق الحق، وتحقيق العدل، والإصلاح بين الناس، على هدى من الله، بتحكيم شرع الله.

---

(١) انظر نظام التحكيم السعودي الجديد مادة (١)اللائحة التنفيذية.

(٢) انظر اختيار المحكمين:عادل روزي، ص٦. وانظر الخبرة في التحكيم ونظامها القانوني:أكثم الخولي.

الخاتمة

وتتضمن موجز البحث- والنتائج – والتوصيات ومشروع قرار.

أ- ملخص البحث:

بعد هذا العرض الموجز الذي تناولت فيه موضوع التحكيم، وبينت مفهومه والمقصود منه وأنه نظام للحكم يرتضيه أطراف النزاع ليحكم بينهم، ويكون بمثابة القضاء الخاص الذي تزال به الخصومة، وتحقق به العدالة، في ضوء شرع الله عز وجل، بعيدًا عن المحاكم الرسمية، والنظم القانونية.

وتناولت مشروعيته مستندًا إلى الكتاب والسنة، وجمهور فقهاء الأمة.

وبينت أنواعه المحلية والعالمية، ومجالاته العديدة، والتي تشمل ميادينه في الأمور الدينية والدنيوية سواء كانت مشاكل اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية..إلخ.

ووضحت الفرق بينه وبين آليات التقاضي الأخرى، وإن كان المحكم يأخذ شروط القاضي لكنه ليس قاضيًا حيث إن القضاء يوليه السلطان، أما الحكم فيوليه أطراف النزاع، والمحكم ليس وكيلًا ولكنه محايد لا تربطه روابط التوكيل بموكله.

ثم بينت حقيقته وحكمه، وأنه ضرورة وواجب على الجاليات الإسلامية المقيمة خارج ديار الإسلام، وأن وجوبه كوجوب إقامة الشعائر؛ لأنه تحكيم لشرع الله، ورفض للقوانين التي لا تحكم بما أنزل الله. ويلزم الجاليات تكليف الأئمة وطلاب العلم بتشكيل هيئة للتحكيم، تتولى ذلك فيما بينهم، ومن لم يستطع أن يقيم حكم الله ويحافظ على شعائر دينه في بلاد الغربة فلا يحق له الإقامة فيها.

ولا يكون نظام التحكيم قاصرًا على الجاليات في بلاد الغربة فحسب؛ بل يعم ذلك في مواطن الأمة كلها، تفعيلًا وتطبيقًا لأحكام شرع الله، حتى تستقيم الحياة.

ثم بينت كيفية اختيار المحكمين، ومتى يعزلون، ومتى ترد أحكامهم طبقا للشرع وما تقتضيه الأحوال والنظم التي لا تتعارض مع النقل والعقل.

وقد بينت حقوق المحكمين فطالما عليهم واجبات، فلهم أيضًا حقوق نتيجة جهدهم، وخبرتهم، وتقدر هذه الحقوق راتبًا نقديًا، أو نسبة مئوية، حسب مقتضيات كل قضية ، وحسب الاتفاق الذي يرتضونه فيما بينهم.

وفي النهاية ختمت عناصر البحث بوثيقة التحكيم لتكون هذه الوثيقة بمثابة دليل العمل، والمذكرة التنويرية، والخطة التوضيحية، التي تستنير بها هيئة التحكيم، فيأتي حكمها كاملا متكاملا وشاملا وعادلا، ومرضيا لله، ومصلحًا للمتخاصمين من عباد الله.

ب- نتائج البحث:

لقد اتضحت نتائج البحث فيما يلي:

١- التحكيم أسرع من القضاء، واحفظ للأسرار وأرجى للقبول، وأبقى للود والوئام.

٢- التحكيم في بلاد الغربة أصبح واجبا وضرورة ملحة في حق الجاليات الإسلامية.

٣- يحفظ الشريعة من الضياع والانصياع ولا يجعل للكافرين على المؤمنين سبيلًا.

٤- يحفظ هوية الجالية الإسلامية من الذوبان والتميع في الوسط اللاديني في البلاد الغربية.

٥- يرفع الحرج والإثم الناتج عن تحكيم القوانين الوضعية.

٦- إعطاء الفرصة في استخدام التحكيم في الدول التي تعني بحقوق الإنسان، وتخير الجاليات بين التحكيم الشرعي أو القانون الوضعي.

ج- التوصيات:

١- نوصى بتكوين هيئة تحكيم في كل ولاية أو منطقة وتتكون هذه الهيئة من الأئمة وأهل العلم والخبرة، ولا تقتصر فقط على مؤسسات الفتوى القائمة في هذه الدولة.

٢- نوصى بتعيين مستشار قانوني وخبير متخصص مع هيئة التحكيم ليكون تفعيل التحكيم قانونيا ونظاميا.

٣- نوصي بالإكثار من هيئات التحكيم لتيسير التقاضي، وحسم النزاع، وتحقيق الإصلاح بين الناس، وتخفيف العبء عن المحاكم.

٤- نوصي بتعميم التحكيم ليس على مستوى الجاليات المقيمة خارج بلاد الإسلام؛ وإنما ليشمل الأمة جميعها، في كل موطن لا تحكم فيه الشريعة الإسلامية.

٥- نوصي بالمزيد من العناية والاهتمام بالتحكيم وتفعيله بصورة جدية، ليصبح البديل المثالي للقضاء.

٦- نوصي بدعوة الدول الأعضاء في المجامع الفقهية ومنظمة المؤتمر الإسلامي بتعظيم شأن التحكيم وتنظيمه وتطبيقه في إطار الشرعية الإسلامية.

٧- نوصي جهات الاختصاص- القضاة والمستشارين والخبراء- بتقديم نماذج وصيغ للعقود والبنود، خصوصا في المجالات الاقتصادية والاجتماعية، على أن تكون متوافقة مع الشريعة الإسلامية.

٨- نوصي بتحويل قرارات هيئة التحكيم إلى جعلها أحكاما ملزمة، وذلك باعتماد أحكامها لدى الجهات القضائية، حتى يكون حكمها كحكم المحكمة.

٩- نوصي الجاليات الإسلامية المقيمة خارج ديار الإسلام بأهمية التحكيم وضروريته من أجل المحافظة على الهوية الدينية ومرجعية الشريعة الإسلامية.

مشـــروع قـــرار

في المؤتمر السنوي السابع لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا بعد الإطلاع على البحوث الواردة بالمجمع بخصوص موضوع: التحكيم وضوابطه الشرعية والإجرائية وبعد الاستماع للمناقشات التي دارت حوله.

أرى أن يكون مشروع القرار كما يلي:

أولاً: التحكيم هو اتفاق بين أطراف الخصومة على تفويض من يفصل بينهم بحكم ملزم في إطار الشرعية الإسلامية.

ثانيًا: يستمد التحكيم شرعيته من الكتاب والسنة وجمهور فقهاء الأمة.

ثالثًا: لا يجوز التحكيم في كل ما هو حق لله تعالى كالحدود والقصاص.

رابعًا: يشترط في المحكمين أن تتوافر فيهم شروط القضاء.

خامسًا: التحكيم وجوده ضرورة من ضروريات الجاليات الإسلامية، كضرورة وجود من يقيم لها شعائرها، وهو واجب على الجاليات الإسلامية خارج بلاد الإسلام حتى لا تقع الجاليات تحت حكم القوانين الوضعية التي تخالف الحكم بما أنزل الله.

سادسًا: يكون التحكيم ملزما بمجرد الشروع فيه، ولا يرد إلا بالاتفاق.

سابعًا: قرارات هيئة التحكيم ملزمة إلا إذا وقع فيها جور أو كانت مخالفة للشرع.

ثامنًا: المجمع هو الجهة التي تدقق أمامها قرارات هيئة التحكيم.

والله الموفق، والهادي إلى الصراط المستقيم . .

د. سيد السيلي

المراجع والمصادر

(١) أبو داود: سنن أبي داود، ط الرياض.

(٢) ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط الرياض.

(٣) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، جمع عبد الرحمن النجدي، ط الرياض.

(٤) ابن اللحام: الاختيارات الفقهية، ط الرياض.

(٥) ابن حزم: المحلى- تحقيق أحمد شاكر، ط القاهرة.

(٦) ابن كثير: البداية والنهاية، ط بيروت.

(٧) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ط بيروت.

(٨) ابن قدامه، المغني، ط الرياض.

(٩) أبو بكر الجزائري، أيسر التفاسير، ط بيروت.

(١٠) أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء والصلح، ط المعارف.

(١١) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ط المعارف.

(١٢) أحمد دياب، النظم الإسلامية، القاهرة.

(١٣) أحمد الشيخ قاسم، مفهوم التحكيم وطبيعته.

(١٤) البهوتي، شرح منتهى الإرادات.

(١٥) البهوتي، كشف القناع، ط بيروت.

(١٦) البيهقي، السنن الكبرى.

(١٧) الجصاص، شرح أدب القاضي.

(١٨) حسن الغزالي، التحكيم في الفقه الإسلامي، الرياض.

(١٩) الرازي، مختار الصحاح، ط بيروت.

(٢٠) زيد بن عبد الكريم الزيد، مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي.

(٢١) السهار نفوري، بذل المجهود، ط بيروت.

(٢٢) الشربيني: مغني المحتاج، ط دار الفكر.

(٢٣) صالح الحسن، الضوابط الشرعية في التحكيم.

(٢٤) عبد الله بن خنين، التحكيم في الشريعة الإسلامية.

(٢٥) علي إبراهيم الإمام: التحكيم في الفقه والقضاء المقارن.

(٢٦) عصام العبد- جمال الهوب، تحكيم الشريعة الإسلامية.

(٢٧) الكاساني: بدائع الصنائع، ط بيروت.

(٢٨) محمد عبد القادر أبو فارس، النظام السياسي في الإسلام.

(٢٩) مرغني على شمس، التحكيم في منازعات المشرع العام.

(٣٠) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام.

الفهـــــرس

المقدمة..... ١٥٨
تعريف التحكيم:..... ١٦١
لجنة فض المنازعات:..... ١٦٢
المجالس العرفية:..... ١٦٢
مجالس الصلح:..... ١٦٣
الفرق بين التحكيم وآليات التقاضي الأخرى:..... ١٦٣
الفرق بين التحكيم والقضاء:..... ١٦٣
إجراءات التحكيم:..... ١٦٦
ماهية طلب التحكيم:..... ١٦٧
طرح النزاع على هيئة التحكيم:..... ١٦٨
دور المدعي في خصومة التحكيم:..... ١٦٨
دور المدعي عليه (المحتكم ضده) في خصومة التحكيم:..... ١٦٩
حق المحتكم ضده (المدعي عليه)في الدفوع والطلبات العارضة:..... ١٦٩
التدخل في خصومة التحكيم:..... ١٧٠
تقديم المستندات:..... ١٧٠
تعديل الطلبات:..... ١٧١
المرافعة أمام هيئة التحكيم:..... ١٧١
عدم تقديم المدعي البيان المكتوب بدعواه دون عذر وعن تقديم مذكرة بدفاعه:..... ١٧٣
جزاء التخلف عن حضور جلسات التحكيم:..... ١٧٤
الاستعانة بأهل الخبرة:..... ١٧٥
سماع الشهود والإجراءات القانونية:..... ١٧٦
انقطاع سير الخصومة:..... ١٧٦
الفرق بين هيئة التحكيم وهيئة الخبراء:..... ١٧٨
الفرق بين هيئة التحكيم والوكالة:..... ١٧٩
مشروعية التحكيم:..... ١٨٠
أنواع التحكيم:..... ١٨٦
مجالات التحكيم:..... ١٨٧
أولاً: المجال الديني:..... ١٨٨
ثانيًا: المجال السياسي:..... ١٨٩

ثالثًا: المجال الاجتماعي: ١٨٩
رابعًا: المجال الاقتصادي: ١٩٠
ضرورة التحكيم وأهميته عمومًا وخارج ديار الإسلام على وجه الخصوص: ١٩٠
حقيقة التحكيم وأهميته خارج ديار الإسلام: ١٩٢
اختيار المحكمين وعزلهم: ١٩٤
أتعاب المحكمين وحقوقهم: ١٩٥
وثيقة التحكيم: ١٩٦
الخاتمة ١٩٨
مشـــروع قـــرار ٢٠٢
المراجع والمصادر ٢٠٣
الفهرس ٢٠٥

تعريف بالتحكيم في الشريعة الإسلامية

إعداد الدكتور

شوقي أحمد دنيا

أستاذ الاقتصاد الإسلامي

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

نظام التحكيم نظام قديم ربما قدم الإنسان، نشأ وازدهر في التاريخ البشري القديم ثم انزوي مفسحا المجال أمام نظام القضاء، ثم عاد أخيرًا ليحتل أهمية كبري في دنيا الناس في عصرنا الراهن، كأسلوب فعال لعلاج المنازعات المعاصرة، كما كان كذلك في الحياة الأولية وما تلاها من عصور حتى بداية الحديث.

وعندما جاء الإسلام رحب بنظام التحكيم، وأقره ووضع له من الضوابط ما يكفل له النهوض بمهمته.

ومعروف أن نظام التحكيم له ميزاته العديدة إذا ما قورن بنظام القضاء الذي هو الآخر له ميزاته، والحق أنهما نظامان متكاملان، لا يستغني عادة بأحدهما دون الآخر.

وإدراكًا من أمانة مجمع فقهاء الشريعة بأن نظام التحكيم قد يلبي للجاليات الإسلامية من المنافع والمصالح الشيء الكثير، والذي قد لا ينهض النظام القضائي بالقيام بها وتحقيقها نظرًا للأوضاع والملابسات الخاصة التي تحيط وتعايش هذه الجاليات فقد رأت أن يكون موضوع التحكيم هو موضوع المؤتمر السابع للمجمع وهو تقدير في محله فجزاهم الله خيرًا.

وهذه الورقة إن هي إلا إسهامًا متواضعًا في التعريف بهذا الموضوع معتمدة على ما قدمه علماء قدامي ومعاصرين من جهود طيبة في هذا المجال، وهي لا تخرج من كونها تعريفًا مبسطًا ببعض مسائل هذا الموضوع وهي:

مفهوم التحكيم ومشروعيته، وشروطه، والتمييز بينه وبين النظم الشبيهة ومجالات التحكيم، وبعض من أحكامه.

مفهوم التحكيم:

المفهوم اللغوي:

التحكيم مصدر حكم، يقال: حكم، يقال فلان فلانًا في الأمر جعله حكمًا والحكم من يختار للفصل بين المتخاصمين[(١)].

المفهوم الاصطلاحي:

لا يخرج المفهوم الاصطلاحي عن المفهوم اللغوي للتحكيم، اللهم إلا في بعض الإيضاحات والتغيرات، فهو اتخاذ الخصمين برضاهما شخصًا يفصل فيما بينهما من خصومة ونزاع[(٢)].

مشروعية التحكيم:

قبل الدخول في بيان مشروعية التحكيم نقدم بكلمة عن الفكرة الرئيسية وراء التحكيم: من سنن الله تعالى في خلقه وجود تعامل بين الناس في مختلف مجالات وشئون الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وغيرها.

فالإنسان مدني بنظرته، لا يعيش بمعزل عن غيره، ولا مناص من التفاعل والتعامل بين أفراده وشعوبه ودوله، والإنسان من وجهة أخرى محب لنفسه مفطور على الحرص على مصالحه، فيه نوازع التعاون وفيه كذلك نوازع التغالب، ويعني ذلك أن التنازع والتخاصم في دنيا الناس وارد لا محالة في الكثير من التعاملات، وحتى تستقر وتستقيم حياة الناس، عليهم أن ينسوا بشكل أو بآخر ما يطرأ عليهم من

(١) لسان العرب والقاموس الوسيط.

(٢) الموسوعة الفقهية، الكويت، جـ١٠، صـ٢٣٤.

نزاعات وخصومات وأول مسلك أمام المتخاصمين هو التصالح والتراضي بينهما، ومن ثم زوال النزاع والخصومة، وفي الغالب قد لا يحتاج هذا المسلك إلى توسيط طرف آخر وقد يحدث ذلك.

فإذا سويت مسألة الخصومة بالصلح والتراضي فيها ونعمت، وإلا كان أمام طرفي الخصومة مسالك أخري منها اللجوء إلى الإفتاء إذا ما كانت مسألة النزاع مسألة شرعية، ومنها اللجوء إلى القضاء ومنها اللجوء إلى التحكيم.

ومعنى ذلك أن التحكيم مسلك من المسالك لإزالة النزاع والخصومة بين الأشخاص، ويلجأ فيها المتخاصمين بإرادتهما الحرة ورضاهما إلى شخص ما أو جهة ما للفصل فيما بينهما من نزاع على أن ينزلها على حكمه، ولما كانت إزالة النزاع والشحناء بين الأفراد من مصالح الناس كانت مقصدًا من مقاصد الشريعة، ومن ثم وجدنا الإسلام يرحب بنظام التحكيم ويقره ويضع له من الضوابط ما يجعله يقوم بمهمته خير قيام.

ومشروعية التحكيم في الإسلام ثبتت بالقرآن والسنة وإجماع الصحابة [(١)] قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعَۢا بَصِيرٗا﴾ [(٢)]، وقال تعالى: ﴿وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا﴾ [(٣)] وغير ذلك من الآيات البينات.

---

(١) الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، جـ١٠، ص٢٣٥.

(٢) سورة النساء: ٥٨.

(٣) سورة النساء: ٣٥.

وفي السنة الشريفة نجد العديد من المواقف التي استخدم فيها الرسول ﷺ التحكيم ومن ذلك ما جري مع يهود بني قريظة وتحكيم سعد بن معاذ رضي الله عنه في موضوعهم.

وقد جرى التحكيم بين الصحابة في وسائل عديدة من أشهرها ما تم بين على ومعاوية رضي الله عنهما، دون كثير من الصحابة.

ومع ذلك فإن هناك من يرى من الفقهاء عدم جواز التحكيم، ومنهم من يري جوازه على الإطلاق، وراء كل ذلك اعتبارات متعددة والأولي هو القول بجواز التحكيم بضوابط معينة، حفاظًا على الأحكام الشرعية وعلى سلطة الحكام وعلى مصلحة المتنازعين [1].

أركان وشروط التحكيم:

قلنا إن المتنازعين قد يلجأ بإرادتهما الحرة إلى شخص ثالث ليفصل في مسألة النزاع بينهما.

ومعني ذلك أن التحكيم يقوم علي: طرفين نزاع، وحكم، وصيغة، أي أننا أمام اتفاق بين طرفي نزاع على أن محكمًا شخصيًا ما بينهما وأمام اتفاق بين هذين الطرفين وشخص ثالث على قيامه بالتحكيم، فهناك اتفاقان مرتبطان، أولهما بين طرفين الخصومة والثاني بين طرفي الخصومة وشخص ثالث.

وبالطبع فإن أي اتفاق أو تعاقد إنما يتم من خلال صيغة معينة، وكشأن أي تعاقد له أركانه فإن هناك شروطًا يجب توفرها ، حتى يكون التعاقد صحيحًا.

(١) الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، جـ١٠، ص٢٣٦.

والشرط المجمع عليه في طرفي النزاع أن يكون لهما أهلية التصرف في محل النزاع وفيما عدا ذلك لا نجد اتفاقًا بيم الفقهاء فهناك من الشروط البلوغ وهناك من يكتفي بالتمييز، وهناك من يشترط عدم الحجر وهناك من لا يشترط [(١)].

وليس هناك شرط مجمع عليه بين الفقهاء فيمن يتولى التحكيم، وما يشترطه هذا لا يلتفت إليه ذاك [(٢)].

وبوجه عام فإن طبيعة التحكيم تجعل من شروط المحكم أيسر وأسهل بكثير من شروط القاضي. ومن ثم فهناك مجال واسع لاستخدام نظام التحكيم، الأمر الذي يهم كثيرًا في تحقيق مصالح الناس والحفاظ على ما بينهم من مودة وتعاون.

والشرط الوحيد المجمع عليه بين الفقهاء في صيغة التحكيم أن تكون واضحة صريحة الدلالة في التعبير عن رغبة وإدارة المتنازعين في لجوئهما إلى التحكيم، ولا يهم بعد ذلك إن كانت هذه الصيغة قوليه أو فعلية أو غير ذلك [(٣)].

بين التحكيم والإفتاء:

كما سبقت الإشارة إلى أن كلا من التحكيم والإفتاء مسلكان يمكن أن يلجأ إليهما من بينهم شيء من نزاع أو خصومة.

وبين كلا الناظمين وجوه اشتراك ووجوه افتراق، ومن ثم فوجودهما معًا يحقق للناس قدرًا من المصالح فيما لو كان أحدهما فقط هو الموجود.

---

(١) محمد بدري المنياوي: مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلام، العدد٩، الجزء٤، ص ٤٢.

(٢) د/ عبد الله محمد عبد الله: مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مجله مجمع الفقه الإسلامي العدد٩، الجزء٤، ص١٢٣.

(٣) محمد بدر المنياوي: مرجع سابق، ص٣٨.

أ- من نقاط الاشتراك: [1]

١- كلاهما يبتغيا حكم الله في المسألة المعروضة، فالمفتي يبتغي بفتواه تبيان حكم الله تعالى في موضوع الفتوى، وكذلك المحكم، إذا ما أراد أن يكون تحكيمه شرعيًا يبتغي تبيان حكم الله، والحكم بما يراه متفقًا وهذا الحكم الشرعي. ويمكن أن نعرض المسألة الواحدة على كل من المفتي والمحكم، فإذا حدث اتفاق بينهما في الرأي فيها ونعمت، وإن اختلفت بحث عن مصدر الاختلاف، وهناك كلام فيما يجري حين ذاك ليس هنا داع للخوض فيه.

٢- كلاهما لا يتوقف على ولاية عامة مثل القضاء، وإنما يتم ذلك من خلال إرادة ورغبة ورضى الطرفين، فقد يلجأ الفرد أو الطرفان إلى عالم في البلدة يستعينان به، وقد يلجأ إلى شخص ما ليحكم بينهما في قضية ما، وليس معني ذلك غياب دور الحكام كلية هنا، فمن حقه، بل من واجبه المراقبة والمتابعة ووضع الضوابط والحيلولة دون أية تجاوزات سواء من قبل المفتي أو من قبل المحكم، حفاظًا على مصالح الناس وحماية للأحكام الشرعية.

٣- من حق كل من المفتي والمحكم أن يعتذر عن الفتوى وعن التحكيم، بعكس القاضي، وحكمنا هنا عن المفتي غير المتعين للفتوى، وإلّا فليس من حقه رفض الفتوى.

---

(١) بدر المنياوي: مرجع سابق، ص٢١./ د. عبد الله محمد عبد الله: مرجع سابق، ص١١٨/ د. محمد جبر الألفي : مرجع سابق، ص١٧٣.

ب- من نقاط الافتراق:[1]

١- التحكيم لا يكون إلا في خصومة ونزاع حقيقي بين الطرفين، أما الإفتاء فلا يتوقف على وجود خصومة أو نزاع.

٢- التحكيم يكون ملزمًا طالما صدر الحكم أو حتى شرع فيه طالما كان مبناه خصومة بين طرفين حسمًا وقطعًا لهذه الخصومة، أما الفتوى فهي غير ملزمة قضاءًا لمن طلبها.

٣- التحكيم لا يكون في العبادات وكذلك في بعض المسائل، بينما الفتوى يمكن أن تجري في كل ذلك، فالفتوى عامة والتحكيم جزئي.

بين التحكيم والقضاء:

كما كان بين التحكيم والإفتاء وجوه اتفاق ووجوه اختلاف كذلك الحال بين التحكيم والقضاء.

من نقاط الاتفاق بين التحكيم والقضاء:[2]

كلاهما يعمل على تطبيق الشريعة فيما هو معروض بغض النظر عن رغبات وشهوات هذا الطرف أو ذاك تطبيقًا لأمر الله تعالى لنا أن يكون مرجعنا هو الشرع عند التنازع يستوي في ذلك أن يكون الأسلوب هو أسلوب التحكيم أو أسلوب القضاء، والخلاصة أن الحكم في الحالين غير متأثر برأي هذا الخصم أو ذاك.

---

(١) نفس المرجع.

(٢) بدر المنياوي: مرجع سابق ص٢٥م د. عبد الله : مرجع سابق ص١٦. / د. محمد جبر الألفي، مرجع سابق، ص١٧٤.

١- كلاهما يتم من خلال وجود خصومة حقيقة بين طرفين وقد لجأ إلى التحكيم أو القضاء لحسم وفض هذه الخصومة. ومن ذلك ضرورة وجود خصومة حقيقية من وجهة وأن يرفع إليهما طرفا الخصومة الأمر للبت والفصل فيه من وجهة أخرى.

٢- الحكم في كل منهما ملزم للطرفين ولا مجال للتراجع أو الرفض بعد صدور الحكم.

ب- من وجوه الاختلاف:[١]

١- يختلفان في المصدر الذي يستند إليه كل منهما، فبينما يصدر التحكيم عن رضى واختيار الطرفين المتنازعين فإن مصدر القضاء هو الولاية العامة للدولة.

٢- صلاحيات أطراف النزاع في التحكيم أقوى وأوسع منهما في القضاء، فلهم رسم نطاق وحدود العمل، ولهم العدول عن التحكيم طالما لم يصدر حكم بعد، و لأطراف النزاع الحق في عزل المحكم بخلاف القاضي. ومن الواضح أنهما نظامان متكاملان، لا يستغني بأحدهما دون الآخر، وفي حالات كثيرة لا يجدي فيها التحكيم وفي حالات كثيرة لا يجدي فيها القضاء.

(١) نفس المراجع.

مزايا نظام التحكيم:

للتحكيم العديد من المزايا التي تجعل أطراف الخصومة تفضل اللجوء إليه بدلًا من اللجوء إلى القضاء، ومن ذلك على سبيل المثال[1]:

١- خفة التكاليف والأعباء عما عليه نظام القضاء.

٢- سرعة البت، وتلافي التعطيل لفترات قد تطول في القضاء.

٣- هو أكثر مواءمة وملاءمة لأحوال ظروف الخصومة من نطاق القضاء.

٤- يحافظ لأطراف النزاع على الخصومات والسرية، عكس نطاق القضاء الذي يقوم على العلانية.

٥- وجود سلطة كبيرة للمتنازعين في اختيار من يريدونه حكما بينهم يتوسمون فيه الخبرة، عكس القضاء، فلا خيرة لهم في اختيار القاضي الذي ينظر في قضيتهم.

٦- في حالات معينة قد لا يكون الجاليات الإسلامية في الدول الأجنبية، التي لا يتفق قانونها والأحكام الشرعية.

مجالات التحكيم:[2]

هل كل من مواضع النزاع يمكن اللجوء فيها إلى التحكيم أم أن هناك مسائل وقضايا لا مدخل فيها؟

---

(١) د. محمد جبر الألفي: مرجع سابق، ص١٧٧.

(٢) الموسوعة الفقهية، ج١٠، ص . / بدر المنياوي: ص٤٥./ عبد الله محمد عبد الله: ص١٢٥./ الألفي، ص٢٠٠./ على التسخيري: ص٢٣٨، مجمع الفقه ا لإسلامي، القرار رقم ٩١.

إن التحكيم نظام يخضع لإرادة الطرفين، وبالتالي فلا يسري إلا في حقوق يملك التصرف فيها طرفا النزاع، حيث كان الأمر كذلك فمن الطبيعي ألا يشمل كل المجالات ومسائل النزاع، لأن منهما ما لا يخضع أصلًا في جوازه أو منعه لإرادة الطرفين.

وهذا محل اتفاق بين الفقهاء، ومع ذلك فإن هناك تنوعًا في المواقف حيال هذه القضايا التي يمكن اللجوء إلى التحكيم والقضايا التي لا يمكن للتحكيم أن يعمل فيها، وجمهور الفقهاء على عدم اندراج الحدود واللعان والقصاص في قضايا التحكيم ويمكن التعبير عن ذلك بأن التحكيم لا مجال له في حقوق الله تعالي، وكذلك في حقوق المتنازعين إذا ما تعلق بها حق لغيرهم مثل اللعان، وكذلك لا مجال في كل أمر طر لولي الأمر التحكيم فيه.

ومهما كان الموقف فإن المسائل المالية تدخل في مجالات التحكيم وكذلك العديد من مسائل الأحوال الشخصية.

ومن المجالات الجديرة بالاهتمام والتي تستحق المزيد من العناية البحثية مجال الجاليات الإسلامية في الدول الأجنبية وبخاصة فيما يتعلق بالأحوال الشخصية.

وبوجه عام فإن هذه الدول الأجنبية منها من يسمح لتلك الجاليات بتنصيب قضاه لهم يحكمون بالشريعة، ومنها ما لا يسمح لهم بذلك، في الحال الأولي فأما تلك الجاليات تنصب قضاة محكمون بينهم، ومن ثم فإن مجال التحكيم إذ ربما كان غير موجود، وفي الحال الثانية، فإن الحال الثانية، فإن أسلوب التحكيم قد يكون هو السائد.

من أحكام التحكيم:[1]

١- الحكم الصادر من التحكيم حكم ملزم لأطراف الأنواع، حسمًا للخصومة وقطعًا للنزاع، ومعني ذلك عدم قدرة أي طرف على التراجع.

٢- يجوز أن يتم الاتفاق على التحكيم قبل وقوع النزاع، كما يجوز أن يكون بعد وقوعه، ومعني ذلك جواز وإمكانية أن ينص في أي اتفاق على أنه إذا حدث نزاع فيلجأ إلى التحكيم.

٣- لا ينتج التحكيم أثره إلا في مواجهة من رضي به فقط فمثلًا لو كان أحد الطرفين مكونًا من أكثر من فرد أو من وجهة وقام بعض أفراده بالتحكيم مع الطرف الآخر فإن التحكيم لا يلزم من لم يدخل فيه من بقية أفراد هذا الطرف.

٤- إذا تم التحكيم في أمر لا يجوز التحكيم فيه فإن الحكم لا ينفذ عند جمهور الفقهاء، وعند المالكية ينفذ إن كان صوابًا.

٥- ينتج عن التحكيم تنازل الطرفين عن اللجوء إلى القضاء للفصل مرة ثانية في الخصومة.

٦- لا يملك المحكم التراجع في حكمه ولا تعديله بعد صدوره.

٧- يجوز أن يكون الحكم فردًا واحدًا أو جهة واحدة، كما يجوز أن يكون متعددًا، وعند التعدد لا بد من اتفاق جميع المحكمين، إلا إذا كان هناك اتفاق سابق يقضي بغير ذلك.

---

(١) بدر المنياوي: مرجع سابق، ص٦٤ وما بعدها./ د. عبد الله محمود: مرجع سابق، ص١٣٤ وما بعدها./ د. محمد جبر الألفي: مرجع سابق، ص١٨٨ وما بعدها.

إجابات عن بعض التساؤلات التي أوردتها أمانه المجمع:

سوف نقتصر على ذكر الإجابة دون ذكر السؤال، وهناك بعض الأسئلة أترك الإجابة عليها للسادة الفقهاء، وبعضها أجيب عليه في الفقرات السابقة.

في بعض الأوضاع يكون التحكيم فرضًا كفائيًا، ولا يقتصر ذلك على الجاليات الإسلامية وقد بات في الحقيقة في بعض الحالات مثل حالات بعض الأقليات والجاليات الإسلامية ضرورة مثل وجود مقيم للصلاة.

وعلي كل من يستطيع أن يدلي بدلوه في هذه القضية أن يسعى لتحقيق هذه الفريضة وإلا أثم في التقصير في ذلك.

ولا أري مانعًا من قيان المجمع بتدقيق أحكام التحكيم لكن في ظل ضوابط محددة صريحة، حتى لا يفقد التحكيم أثره.

ولا أري حرجًا في تحميل المتحاكمين مصروفات الخصومة، كما أن هناك رسومًا للتقاضي، غاية الأمر أن يصدر بذلك من المجمع مثلًا تنظيم وتجديد صريح لكل جوانبها ابتعادًا عن الشبهات.

وربما يكون من المفيد التفكير في إقامة صندوق لمصروفات التحكيم يلجأ إليه في حالات الضرورة مثل حالات سفر أحد الخصوم أو انسحابه.

مراجع البحث

(١) القرآن الكريم.

(٢) مجموعة من الفقهاء. الموسوعة الفقهية. وزارة الأوقاف. الكويت.

(٣) لسان العرب.

(٤) القاموس الوسيط.

(٥) محمد بدر المنياوي: مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه، العدد ٩ الجزء٤.

(٦) د. عبد الله محمد عبد الله: مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه. العدد٩، الجزء ٤.

(٧) د. محمد جبر الألفي: التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه، العدد ٩ الجزء ٤.

(٨) علي التسخيري: التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه العدد٩، الجزء ٤.

(٩) مجمع الفقه الإسلامي قرار رقم ٩١.

الفهـــــــرس

مقدمة..... ٢٠٨
مفهوم التحكيم:..... ٢٠٩
المفهوم اللغوي: ٢٠٩
المفهوم الاصطلاحي:..... ٢٠٩
مشروعية التحكيم:..... ٢٠٩
أركان وشروط التحكيم: ٢١١
بين التحكيم والإفتاء: ٢١٢
بين التحكيم والقضاء: ٢١٤
مزايا نظام التحكيم: ٢١٦
مجالات التحكيم: ٢١٦
من أحكام التحكيم: ٢١٨
إجابات عن بعض التساؤلات التي أوردتها أمانه المجمع: ٢١٩
مراجع البحث..... ٢٢٠
الفهـــــــرس ٢٢١

بحـــث فـــــي التحكيم

إعداد الدكتور

أحمد علي طه ريان

أستاذ الفقه المقارن بجامعة الأزهر

ورئيس لجنة موسوعة الفقه الإسلامي بالمجلس

الأعلى للشؤون الإسلامية بوزارة الأوقاف

التحكيم في اللغة:

التحكيم لغة: جعل الحكم فيما لك لغيرك. ويقال: حكّمته في مالي: إذا جعلت له الحكم فيه.

ويقال أيضا: حكمت الرجل بالتشديد فوضت الحكم إليه.[(١)]

التحكيم في الاصطلاح:

في مذهب الحنفية: جاء في الدر المختار: التحكيم: تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما.

وفي تعليق ابن عابدين عليه قال:[تولية الخصمين]: أى الفريقين المتخاصمين، فيشمل ما لو تعدد الفريقان، كما نقل ابن عابدين عن أهل اللغة: أن الخصم يقع على المفرد وغيره، والذكر والأنثى بلفظ واحد. وقال بعض أهل اللغة: يطابق في التثنية والجمع. و[حاكما] المراد به ما يعم الواحد والمتعدد.[(٢)]

وفي مذهب المالكية: حيث أدخله أهل المذهب مع الحاكم أي القاضي في التعريف؛ حيث قالوا: التحكيم هو حكم حاكم أو محكم بأمر ثبت عنده كدين، ليرتب على ما ثبت عنده مقتضاه، أو حكمه بذلك المقتضى. مثل الحكم بالدين، ليرتب على ذلك الغرم على المدين. أو يقول: حكمنا على فلان بكذا لثبوت الدين عليه.[(٣)]

واضح أن تعريف للدر المختار تناول أمرين؛ إنشاء التحكيم، وبيان مهمة

---

(١) الصحاح للجوهري:حرف الحاء والميم، والمصباح المنير: حرف الحاء والميم.

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ج٥ ص٤٢٧.

(٣) الشرح الصغير على أقرب المسالك كلاهما لأبى البركات الدردير ج٤ ص١٨٦ طبعة دار المعارف.

التحكيم، بينما اقتصر التعريف في المذهب المالكي على بيان مهمة التحكيم، وأنه يقوم بنفس الوظيفة التي يقوم بها القاضي. وكأن إنشاء التحكيم أمر مسلم به في الشريعة لا يحتاج إلى النص عليه، بالإجازة أو المنع باعتباره نوعا من القضاء.

حكم التحكيم شرعًا:

التحكيم مشروع بالكتاب والسنة والإجماع، وقد وصل بعض العلماء بهذه المشروعية إلى درجة الوجوب وخصوصا فيما يتعلق بالتحكيم بين الزوجين؛ حيث جاء في المحلى: [هل بعث الحكمين واجب أو مستحب؟ وجهان، صحح في الروضة الوجوب].[1]

أما من الكتاب العزيز فيدل على مشروعيته قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾[2]

أما من السنة المشرفة فمنها:

أولاً: أن النبي ﷺ رضى بتحكيم سعد بن معاذ رضي الله عنه في أمر يهود بنى قريظة، حين رضى اليهود بحكمه[3].

ثانيًا: أن رسول الله ﷺ رضى بتحكيم الأعور بن بشامة في أمر بنى العنبر حين انتهبوا أموال الزكاة[4].

---

(١) المحلى على المنهاج ج٣ ص٣٠٧.

(٢) سورة النساء: ٣٥.

(٣) صحيح البخاري ينظر فتح الباري ج٦ ص المطبعة السلفية.

(٤) الإصابة لابن حجر ج١ ص٥٥١: وقيل في الحديث جهالة. ط الرسالة.

ثالثًا: رضاه ﷺ وإظهار سروره بتحكيم أبا شريح بين قومه ورضاهم به؛ ففي أبى داود بإسناد حسن؛ أن أبا شريح بن هانئ رضي الله عنه لما وفد إلى رسول الله ﷺ مع قومه سمعهم يكنونه بأبي الحكم، فقال له رسول الله ﷺ: «**إن الله هو الحكم وإليه الحكم فلم تكنى أبا الحكم؟ فقال: إن قومي إن اختلفوا في شيء أتوني فحكمت فرضى كلا الفريقين، فقال رسول الله ﷺ: ما أحسن هذا؛ فمالك من الولد؟ قال: لي شريح ومسلم وعبد الله، قال: فما أكبرهم؟ قلت: شريح، قال: أنت أبو شريح ودعا لي ولولدي**». وإسناده[1]

ومن الآثار عن الصحابة الكرام رضي الله عنهم ما يلي:

أولاً: تحكيم عثمان رضي الله عنه ابن عباس ومعاوية رضي الله عنهما في تسوية الشقاق الذي حدث بين عقيل بن أبى طالب وزوجته فاطمة بنت عتبة بن ربيعة؛ حيث كان عقيل رضي الله عنه إذا دخل عليها؛ تقول: يا بنى هاشم؛ والله لا يحبكم قلبي أبدا؛ أين الذين أعناقهم كأباريق الفضة، تُرَدُّ أنوفهم قبل شفاههم؛ أين عتبة بن ربيعة، أين شيبة بن ربيعة؟ فيسكت عنها، حتى دخل عليها يوما، وهو بَرِمٌ، فقالت له: أين عتبة بن ربيعة؟ فقال: على يسارك في النار إذا دخلت، فنشرت عليها ثيابها، فجاءت عثمان رضي الله عنه، فذكرت له ذلك، فأرسل ابن عباس ومعاوية، فقال ابن عباس: لأفرقن بينهما، وقال معاوية: ما كنت لأفرق بين شيخين من بنى عبد مناف فأتياهما فوجداها قد سدّا عليهما أبوابهما وأصلحا أمرهما.[2]

ثانيًا: ما رواه الدار قطنى من حديث محمد بن سيرين عن عبيدة؛ في هذه الآية: ﴿ وَإِنْ

(١) أبو داود ج٥ ص٢٤٠، والنسائي ج٨ ص٢٢٦ وجامع الأصول ج١ ص٣٧٣.
(٢) القرطبي ج٣ ص١٧٤٦ طبعة الشعب.

خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا ...﴾ الآية، قال: جاء رجل وامرأة إلى عليﷺ، مع كل واحد منهما فئام من الناس -جماعة مختلطة- فأمرهم فبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها، وقال للحكمين: هل تدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن تفرقا فرّقا، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله تعالى بما عليّ فيه ولى، وقال الزوج: أما الفرقة فلا، فقال عليّ: كذبت، والله لا تبرح حتى تقر بمثل الذي أقرت به. قال هذا إسناد ثابت عن عليﷺ من وجوه ثابتة عن ابن سيرين عن عبيدة، قاله أبو عمر.[1]

ثالثًا: أ- ما حدث من تحاكم كل من عمر وأبى رضى الله عنهما إلى زيد بن ثابتﷺ.

ب- ما حدث من تحاكم عمرﷺ مع أعرابي إلى شريح قبل توليه القضاء.

ج- ما حدث من تحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم ولم يكن قاضيا.

ولم يتوقف في إجازة التحكيم في تسوية الخصومات إلا بعض الفقهاء من الشافعية؛ فبعضهم منعه مطلقا بحجة أنه يؤدى إلى الافتيات على القضاه، والبعض الآخر قصر إجازته على الأموال فقط والبعض الثالث أجازه في حالة عدم وجود قاض بالبلد، ووصف هذا القول عنده بأنه المعتمد، ولكن الأدلة من الكتاب والسنة والآثار ترد عليهم.

ومن مزية التحكيم الجمع بين إيجابيات القضاء والتصالح، نعم اعتبره الحنفية من باب التصالح، لكنه يزيد غليه؛ خصوصا إذا كان التحكيم بأمر القضاء:بجوانب: الإلزام، وعدم جواز نقض ما يصدر عنه، واعتراف القضاء به.

فوسائل تسوية المنازعات في الشريعة الإسلامية ثلاثة أنواع: **القضاء، والتحكيم، والتصالح.**

(١) القرطبي ج٣ ص١٧٤٧ طبعة الشغب.

ما يشترط في التحكيم:

أولاً: ما يشترط لصحة التحكيم، في المُحكِّمَين أي الخصمين إن كان التحكيم من جهتهما:

بأن قام الخصمان باختيار المحكِّمَين، سواء كان ذلك بمحض إرادتهما أو بأمر من القاضي لهما باختيار كلٍ منهما حكما من جهته ليتوليا بحث الخصومة بينهما، ففي هذه الحالة ليكون اختيارهما للحكمين صحيحا شرعا يشترط فيهما عدة شروط:

أولها: العقل؛ بأن يكون الخصمان عاقلين. فلا يصح ذلك من المجنون أو المعتوه وكل من به خلل في عقله. وهذا القدر محل اتفاق بين الفقهاء.[1]

٢- الرشد؛ بأن يكون الخصم الذي يقوم بالتولية؛ بالغا غير سفيه وغير فاسق وهذا الشرط صرح به الشافعية، الذين أجازوا التحكيم.

وأجاز الحنفية تولية الفاسق، قال ابن عابدين؛ يجوز تولية الفاسق؛ لأنه أهل للقضاء -أي عندهم- وإن كان الأولى عدم توليته.[2]

٣- الإسلام؛ وهذا الشرط يفهم من كلام الحنفية إن كانت الخصومة بين المسلمين؛ قال ابن عابدين: [ويكون تراضى الذميين على تحكيم الذمي كتقليد السلطان، وحكمه نافذ على أهل الذمة دون المسلمين]، ويفهم من هذا؛ أن الحنفية يشترطون كون الخصم مسلما أي كان النزاع بين مسلمين، فإن كان الخصم كافرا قبل الحكم ثم

(١) الدر وحاشية ابن عابدين عليه ج٥ ص٤٢٧ والمحلى على المنهاج ج٤ ص٢٩٨، والشرح الصغير ج٤ ص١٩٨.

(٢) المحلى على المنهاج ج٤ ص٢٩٨ وابن عابدين ج٥ ص٤٢٧.

أسلم لم ينفذ عليه حكم الكافر المحكم.[1]

٤- انتفاء القرابة القريبة؛ بأن لا يكون أصلا أو فرعا للمحكمين أو أحدهما، وألا يكون عدوا لهما أو لأحدهما. وقد صرح بذلك الشافعية.[2]

٥- أن يعلنا رضاهما بحكم الحكمين؛ بلسان الحال أو المقال، ويستمر هذا الرضا إلى نطقهما بالحكم؛ فإن رجعا أو أحدهما بعد التحكيم فلا أثر لهذا الرجوع وينفذ الحكم عليهما وهذا محل اتفاق بين الفقهاء، لما في ذلك من بطلان المقصود من التحكيم.

أما إن رجعا قبل الحكم فإنه يقبل الرجوع مادام قبل النطق بالحكم، وهذا عند الحنفية وعلى أحد القولين عند الحنابلة وعند الشافعية على الأظهر، وعند المالكية يجوز ذلك مالم يكن الحكمان استوعبا الكشف عن كل جوانب النزاع ويعزما على الحكم ففي هذه الحالة لايقبل الرجوع. وهذا مقيد بما إذا لم يكن الحكمان موجهين من القاضي وإلا فلا يقبل الرجوع ولو لم يستوعبا الكشف عن جوانب القضية، لعدم اختيارهما في إقامتهما.

والقول الثاني عند الحنابلة بمجرد الشروع في التحكيم لا يحق الرجوع حتى لا يبطل المقصود من التحكيم[3] وهذا هو قول ابن الماجشون من المالكية.[4]

---

(١) ابن عابدين ج٥ ص٤٢٧.

(٢) المحلى على المنهاج ج٤ ص٢٩٨.

(٣) ابن عابدين ج٥ ص٤٢٧، الشرح الصغير ج٤ ص٥١٤، المحلى على المنهاج ج٤ ص٢٩٦ والمغنى ج٩ ص١٠٧.

(٤) تبصرة الحكام ج١ ص٥٦.

ومعلوم أن يحق للطرفين أن يتفقا على تحكيم شخص واحد يرضيانه للفصل بينهما ويلتزمان بحكمه. وإن كان بعض المالكية يتوقف في ذلك إذا كان من جهة الحاكم أو الوليين.

ولاية التحكيم من القاضي:

كما تكون تولية الحكمين من طرفي الخصومة أو أطرافها؛ يجوز أن تكون هذه التولية من قاضي الجهة التي تقع فيها الخصومة، وفي هذه الحالة لا كلام للطرفين، مادام الحكمان قد اجتمعت فيهما شروط التحكيم.

ثانيًا: ما يشترط لصحة التحكيم في المحكَّمَين اللذين يفصلان في النزاع بين طرفي الخصومة أو أطرافها:

هذا الجانب أولاه الفقهاء أهمية بالغة؛ باعتبار أن كل الأنظار تتجه إليه؛ سواء من قبل الخصوم، أو القاضي أو غيرهما من الجهات التي تهتم بجانب العدالة في المجتمع، لذا وضعوا شروطا كافية حتى تتوفر ثقة الجميع فيمن يتولى مهمة التحكيم؛ وبصفة عامة: يشترط أن تتوفر في المحكم شروط القضاء.

و من أهم هذه الشروط التي نص على توفرها في المحكم:

الشرط الأول: أن يكون مسلما؛ صرح بهذا المالكية والشافعية والحنابلة، كما يفهم ذلك من بعض التفاصيل التي يذكرها الحنفية حيث يقول ابن عابدين: [فلو حكما عبدا فعتق أو صبيا فبلغ أو ذميا فأسلم ثم حكم لا ينفذ] لأنهم يشترطون توفر الشروط؛ في الحالين: وقت التحكيم ووقت الحكم جميعا، وبما أنه كان كافرا قبل الحكم أي وقت التحكيم، فلا ينفذ قضاؤه، حتى لو كان مسلما أثناء الحكم.[1]

(١) الشرح الصغير ج٤ ص١٩٨، والمحلى على المنهاج ج٤ ص٢٩٨ والمغنى ج٧ ص٤٩ ولبن عابدين ج٥ ص٤٢٧.

الشرط الثاني: أن يكون بالغا؛ وقد صرح بذلك الحنابلة والأكثر من فقهاء المالكية، كما يفهم ذلك من كلام ابن عابدين في المثال الذي ذكره في الشرط السابق، كما يؤخذ ضمناً من مذهب الشافعية لأنهم يشترطون فيه توفر شروط القضاء، والبلوغ شرط لمن يتولى القضاء عندهم.[(١)]

الشرط الثالث: أن يكون عاقلا، وقد صرح بذلك المالكية والحنابلة، كما يفهم ضمناً من كلام الشافعية لأنهم يشترطون فيه توفر شروط القضاء، والعقل من أهم شروط تولى القضاء، وكذلك الحنفية حيث يشترطون صلاحيته للقضاء.[(٢)]

الشرط الرابع: أن يكون المحكم عدلاً، وقد صرح بذلك؛ المالكية والحنابلة، كما يفهم ضمناً من كلام الشافعية لأنهم يشترطون توفر شروط القضاء في المحكم، والعدالة من أهم شروط القضاء عندهم.

أما عند الحنفية؛ فلا تشترط العدالة، بل هي أولوية، ولذا قال ابن عابدين:[ويجوز تحكيم الفاسق لصلاحيته للقضاء، والأولى ألا يحكما فاسقا].[(٣)]

الشرط الخامس: الذكورة، صرح بذلك المالكية والحنابلة، والشافعية.

---

(١) الشرح الصغير ج٤ ص١٩٨ والمغنى ج٧ ص٤٩ وابن عابدين ج٥ ص٤٢٧ والمحلى على المنهاج ج٤ ص٢٩٦.

(٢) الشرح الصغير ج٤ ص١٩٨ والمغنى ج٧ ص٤٩ والمحلى على المنهاج ج٤ ص٢٩٦ وابن عابدين ج٥ ص٤٢٧.

(٣) الشرح الصغير ج٤ ص١٩٨ والمحلى على المنهاج ج٤ ص٢٩٦ والمغنى ج٧ ص٤٩ وابن عابدين ج٥ ص٤٢٧.

أما الحنفية؛ فيجوز عندهم تحكيم المرأة لأنها تصلح للقضاء في الجملة. [1]

الشرط السادس: أن يكون عالما بما ولى التحكيم فيه؛ ففي النكاح: يشترط أن يكون عالما بأسباب حسن العشرة، وأسباب التفريق. وفي المعاملات أن يكون على دراية بأحكام المعاملة التي ولى فيها، وهكذا: صرح بذلك الشافعية والحنابلة وأكثر المالكية ويفهم ذلك ضمنا عند الحنفية. [2]

الشرط السابع: ألا تكون هناك عداوة بين الحكمين أو بينهما وبين الخصمين أو أحدهما، لأن من شأن العداوة أنها تورث الضغائن والأحقاد، وتعمى عن طريق الحق، وقد صرح بذلك الشافعية[3] وغيرهم وإن لم يصرح بها في مجال التحكيم، لكنها أحد المؤثرات في معيار العدالة، وإن كان المالكية يقصرون هذا التأثير على العداوة الدنوية دون العداوة الدينية، لكن أخذها بصفة عامة في الاعتبار أولى.

الشرط الثامن: يشترط المالكية في التحكيم بين الزوجين أن يكون الحكمان من أهل الزوجين إذ هما أقعد بأحوال الزوجين فإن لم يوجد من أهلهما من يصلح لذلك فمن غيرهما. وهذا إلى جانب مراعاة الشروط الأخرى، التي أشرنا إليها من قبل.

أما غير المالكية؛ فذلك عندهم من باب الأولوية، أي أنه من الأولى أن يكونا من أهل الزوجين.

---

(١) الشرح الصغير ج٤ ص١٩٨ والمحلى على المنهاج ج٣ ص٣٠٧ والمغنى ج٧ ص٤٩ وابن عابدين ج٥ ص٤٢٧.

(٢) الشرح الصغير ج٤ ص١٩٨ والمغنى ج٧ ص٤٩ وابن عابدين ج٥ ص٤٢٧ والمحلى على المنهاج ج٣ ص٣٠٧.

(٣) المحلى على المنهاج ج٣ ص ٣٠٧.

كما يفضل أن يكون الحكمان من جيران الزوجين، لإطلاعهما على غالب أحوالهما.[1]

الشرط التاسع: أن يكون المحكم معلوما، إذا كان من جهة الطرفين: قال ابن عابدين: [فلو حكما أول داخل للمسجد فلا يصح إجماعا للجهالة][2] ولعل هذا الإجماع هو لفقهاء الحنفية، إذ لم أره لغيرهم.

طبيعة الحكمين:

اختلفت أنظار بعض الفقهاء إلى طبيعة الوظيفة التي تقلدها أحد الحكمين بمجرد اختيار الخصم له، أو اختيار القاضي له؛ هل هو حاكم أو وكيل؟ وما أثر اختلاف ذلك الوصف على قيامه بهمة التحكيم؟

وهذا الاختلاف في طبيعة الحكمين؛ انشغل بها فقهاء الشافعية والحنابلة في مجال التحكيم بين الزوجين دون القضايا الأخرى. بينما اقتصر وصف فقهاء المذهبين: الحنفية والمالكية بأنهما حكمان، وينطبق على تصرفاتهما نفس الآثار التي تنطبق على تصرفات القاضي في الجملة.

في المحلى على المنهاج:[هما وكيلان لهما، وفي قول: حاكمان موليان من الحاكم،؟ لأن الله تعالى سماهما حكمين والوكيل مأذون وليس بحكم].[3]

وفي المغنى:[اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الحكمين: الأولى: أنهما وكيلان، فلا يملكان التفريق إلا بإذنهما. وهذا رأى عطاء وأحد قولى الشافعي، وحكى ذلك عن الحسن وأبى حنيفة؛ وذلك لأن البضع حقه، والمال حقها وهما رشيدان، فلا يجوز

(١) القرطبي ج٣ ص١٧٤٦، المحلى على المنهاج ج٣ ص٣٠٧ والمغنى ج٧ ص٤٩.

(٢) حاشية ابن عابدين ج٥ ص٤٢٧.

(٣) المحلى على المنهاج ج٣ ص٣٠٧.

لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما أو ولاية عليهما.

والثانية: أنهما حاكمان؛ ولهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعوض وبعير عوض، ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاهما، وروى نحو ذلك عن علي وابن عباس وأبي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي والنخعي وسعيد بن جبير ومالك والأوزاعي وإسحاق وابن المنذر]. (١)

أولاً: وجهة من قال بأنهما وكيلان:

أ – إن معالجة الوضع قد يؤدي إلى الحكم بالفراق بين الزوجين، ومعلوم أن البضع حق للزوج بمقتضى عقد الزواج، والمال حق للزوجة لأنها استحقته بالدخول، وهما رشيدان فلا ينبغي أن يولى عليهما في شيء هو حق لهما.

لذلك يشترط رضاهما ببعث الحكمين؛ فيوكل الزوج حكمه بإيقاع الطلاق وقبول عوض الخلع، وتوكل الزوجة حكمها ببذل العوض وقبول الطلاق، وبذلك يتم التفريق بينهما إن رأياه صوابا.

ب – كما أن تصرفاتهما تمضي مع غيبة الطرفين أو أحدهما؛ لأن الوكالة لا تبطل بالغيبة، بخلاف لو كانا حاكمين؛ فلا يجوز لهما إمضاء الحكم، لأن كل واحد منهما محكوم له وعليه، والقضاء للغائب لا يجوز إلا أن يكونا قد وكلاهما فيفعلان ذلك بحكم التوكيل لا بالحكم. (٢)

ثانيًا: وجهة من قال بأنهما حاكمان:

أ– قوله تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ﴾ فالقرآن الكريم سماهما حكمين

(١) المغني ج٧ ص٤٨.

(٢) المحلى على المنهاج ج٣ ص٣٠٧ والمغني ج٧ ص٤٨.

ولم يعتبر رضا الزوجين، ثم قال: ﴿إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا﴾ فخاطب الحكمين بذلك.

ب- ما أثر عن عليﷺ أنه قال للحكمين: [هل تدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن تفرقا فرقا، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله تعالى بما عليَّ فيه ولى، وقال الزوج: أما الفرقة فلا، فقال عليٌّ: كذبت، والله لا تبرح حتى تقر بمثل الذي أقرت به]. وتقدم. ويفهم منه؛ أنه لا عبرة برضا الطرفين أو عدم رضاهما بنتيجة التحكيم، بل ينفذ الحكم عليهما بكل حال.

جـ- إن عثمانﷺ لم يأخذ موافقة كل من عقيل وزوجته حين بعث إليهما كلا من ابن عباس ومعاويةﷺ.

د – قال صاحب المغنى: [ومن ناحية العقل فلا تمتنع الولاية على الرشيد عند امتناعه عن أداء الحق، كما يقضى الدين من ماله إذا امتنع، ويطلّق الحاكم على المولى إذا امتنع].[1]

ويظهر لي أن الوصف بالحاكمية للمحكمين أولى وأظهر، خصوصا إذا كان التحكيم من جهة الحاكم، وكذلك إذا كان التحكيم من جهة الطرفين؛ وقد وصل التحكيم إلى مشارف النهاية ولم يبق أمام المحكمين إلا الموازنة بين حجج الطرفين، ثم الحكم.

ما يجرى فيه التحكيم وما لا يجرى فيه:

أولاً: ما لا يجرى فيه التحكيم:

يكاد أن يكون هناك إجماع في عدم جواز جريان التحكيم؛ في القصاص والحدود واللعان، وذلك لأن الحق في هذه الأمور يتعلق بغير الطرفين؛ وذلك مجالها القضاء.[2]

وقد توسع المالكية في الأمور التي لا يجرى فيها التحكيم؛ فأضافوا إلى ما تقدم:

---

(١) المغنى لابن قدامة ج٧ ص٤٨.

(٢) المحلى على المنهاج ج٤ ص٢٩٨، الشرح الصغير ج٤ ص١٩٨ وحاشية ابن عابدين ج٥ ص٤٥٩ والمغنى ج٩ ص١٠٧.

النسب والطلاق وفسخ النكاح، والرشد والسفه، وأيضا فيما يتعلق بمال الغائب وزوجته وحياته وموته، وكذلك فيما يتعلق بالوقف، وكذلك لا يجرى التحكيم فيما يتعلق بتصحيح العقود أو فسادها[(١)]

ويشترك الشافعية مع المالكية في عدم جريان التحكيم في النكاح، أي في توفر الظروف المناسبة له[(٢)].

كما يشترك الحنفية مع المالكية في عدم جريان التحكيم في الوقف وهذا على رأى الإمام أبى حنيفة في عدم لزوم الوقف.[(٣)]

يقول الإمام ابن فرحون في بيان سبب عدم جريان التحكيم في تلك الأمور: [فلا يجوز التحكيم فيها لتعلق الحق بغير الخصمين؛ إما لله تعالى؛ كالحدود والقتل والعتق والطلاق، وإما لآدمى كاللعان والولاء والنسب؛ ففي اللعان حق الولد بقطع نسبه، وفي الولاء والنسب؛ ترتيب أحكامهما؛ من نكاح وعدمه، وإرث وعدمه، وغير ذلك على الذرية التي ستوجد.

فإن حكم المحكَّم في هذه الأمور التي لا يجوز أن يحكم فيها؛ بأن جعل حكما، فحكم صوابا مضى ولا ينقض، لأن حكم المحكم برفع الخلاف.

وأدّب لإفتياته على الحاكم، ومحل تأديبه إن نفذ حكمه بأن اقتص أوحدَّ أو طلَّق، لا بمجرد قوله حكمت ونحوه].[(٤)]

---

(١) تبصرة الحكام ج١ ص٥٥.

(٢) المحلى على المنهاج ج٤ ص٢٩٨.

(٣) حاشية ابن عابدين ج٥ ص٤٣١.

(٤) تبصرة الحكام ج١ ص٥٥ وحكم المحكم يرفع الخلاف عند غير الحنفية أما الحنفية فإنه لا يرفع الخلاف على الصحيح من المذهب. ابن عابدين ج٥ ص٤٣١.

وهنا يثور إشكال:

الجاليات الإسلامية في البلاد الغربية لا تستطيع تحكيم الشريعة في بعض مجالات الحدود كالزنا والردة والقذف وشرب الخمر وحتى القصاص؛ فهل تكفي التعاذير بالغرامات المالية، بدلا من العقوبات المحددة في الشريعة الإسلامية؟

بعض الفقهاء يذهب إلى منع إقامة الحدود في دار الحرب، وفي حالة الأخذ بهذا الرأي: لا بد من بديل موجع ورادع ليفيد معنى الردع والزجر، والبديل المتاح هناك هو الغرامات المالية.

لكن هذا الافتراض يحتاج إلى دليل على أن تلك البلاد هي دار حرب، وهذا أمر يصعب إقامة الدليل عليه، للعلاقات الحسنة الآن بين الدول الإسلامية وبين تلك الدول، ثم النص في قصة العسيف الزاني برد الحكم بالأموال، وأن هذا الحكم مخالف لكتاب الله تعالى.

ثانيًا: ما يجرى فيه التحكيم:

من محاسن شريعة الإسلام أن المباح أو الجائز فيها هو الأصل؛ فمن القواعد المحفوظة لدى طلاب العلم الشرعي: أن الأصل في الأشياء الإباحة إلا ما استثنى، إلا فيما يتعلق بالأعراض لأن مبناها على التحوط، ومن النصوص الشاهدة على ذلك قوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُۥ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ﴾[1]

وفي موضوعنا؛ أن التحكيم يجرى في كل شيء ما عدا الأمور المستثناة التي أشرنا إليها قبل قليل في البند: أولاً.

(١) سورة الأنعام: ١٤٥.

قال صاحب الدر المختار: [يصح التحكيم في حقوق العباد، في كل المسائل التي يسوغ فيها الاجتهاد، من حقوق العباد كالطلاق والكتابة والكفالة والشفعة والنفقة والديون والبيوع][1]

وفي مذهب المالكية: [يكون التحكيم في المال، من دين وبيع وشراء، فله الحكم بثبوت ما ذكر أو عدم ثبوته، ولزومه وعدم لزومه، وجوازه وعدمه.

ويكون التحكيم في الجرح ولو عَظُمَ كجائفة وآمة ومنقلة وموضحة، أو قطع لنحو يد].

قال الشيخ الصاوي في الحاشية: [سواء كان الجرح عمدا أو خطأ].[2]

وفي المحلى على المنهاج:[ولو حكّم- بتشديد الكاف- خصمان رجلا في غير حدٍّ لله تعالى جاز مطلقا.. وقيل.. يختص الجواز بمال دون قصاص ونكاح ونحوهما..].[3]

وفي المغنى: [إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماه بينهما ورضياه، وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز ذلك ونفذ حكمه عليهما.

لا يجوز نقض حكمه فيما لا ينقض به حكم من له ولاية... وحكمه لازم للخصمين...].[4]

وعلى ذلك يمكننا القول؛ بأن الجمهور الأعظم يجيزون التحكيم في كل ما يتعلق

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ج٥ ص٤٢٩.
(٢) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ج٤ ص١٩٨.
(٣) المحلى على المنهاج ج٤ ص٢٩٨.
(٤) المغنى لابن قدامة ج٩ ص١٠٧.

بمصالح العباد إلا ما استثنى مما أشرنا إليه قبل قليل.

وفي مقابل الجمهور: يذهب بعض الشافعية إلى المنع مطلقا من التحكيم، وبعض آخر من الشافعية لا يجيزونه إلا إذا خلا البلد من قاض. وذكر عندهم أن ذلك القول هو المعتمد.

حكم المحكمين لا ينقض بعد صدوره:

وإذا ثبت ذلك وصدر قرار التحكيم سواء كان المحكم واحدا أم اثنين، وسواء كانت التولية من القاضي أو من الطرفين؛ فلا ينقض هذا الحكم بإرادة أحد الطرفين أو بإراداتهما معا، لأن حكمهما كقضاء القاضي لا ينقض بعد صدوره إلا إذا كان جورا بينا.

في حاشية ابن عابدين:[إذا قال لأحد الخصمين: أقررت عندي، أو قامت بينة عليك بهذا، فعدلوا عندي، وقد ألزمتك بذلك، وحكمت لهذا فأنكر المقضي عليه لا يلتفت إلى إنكاره. ومضى القضاء عليه مادام المجلس باقيا، لأن المحكم مادام تحكيمهما قائما كالقاضي المقلد، إلا أن يخرجه المخاطب عن الحكم ويعزله قبل أن يقول حكمت عليك..].[1]

وفي التبصرة: [إذا حكم المحكم فليس لأحد أن ينقض حكمه ولو خالف مذهبه إلا أن يكون جورا بينا لم يختلف فيه أهل العلم].[2]

في المحلى على المنهاج:[ينفذ حكم المحكم على من رضى به لفظا- في غير البكر-إلا

(١) ابن عابدين ج٥ ص٤٣٠.

(٢) تبصرة الحكام ج١ ص٥٦.

إذا كان أحد المحكمين قاضيا لم يحتج إلى رضا لأنه نائب الحاكم... ولا ينقض حكمه..].[1]

وفي المغنى:[لا يجوز نقض حكمه_ أي المحكم_ فيما لا ينقض به حكم من له ولاية].

فالجميع متفق على ثبات حكم المحكمين وعدم نقضه من الخصمين أو غيرهما، ما عدا قاضى البلد حيث أجاز له الحنفية النقض إذا خالف الحكم مذهبه، وهو ما سنعرض له فيما يلي:

هل للقاضي أن ينقض حكم المحكمين بعد صدوره؟

عبارات أكثر الفقهاء تفيد أن القاضي لا يملك حق نقض حكم المحكمين وأصرح المذاهب في ذلك هو المذهب الحنبلي، جاء في المغنى: [إذا كتب هذا القاضي -أي المحكم- بما حكم به كتابا إلى قاض من قضاة المسلمين لزمه قبوله وتنفيذ كتابه لأنه حاكم نافذ الأحكام، فلزم قبول كتابه كحاكم الإمام] [2] وهذه قاعدة عامة إلا في بعض المسائل وفي مذاهب معينة:

عند الحنفية: ويمضى القاضي حكمه إن وافق مذهبه وإلا أبطله، لأن حكمه لا يرفع خلافا، ومعنى: لا يرفع خلافا؛ لقصور ولايته عليهما بخلاف القاضي العام.[3]

وعند المالكية: قال الإمام المازي: [إذا كان المحكم من أهل الاجتهاد – مالكيًا- ولم

(١) المحلى على المنهاج ج٤ ص٢٩٨.
(٢) المغنى ج٩ ص١٠٨.
(٣) ابن عابدين ج٥ ص٤٣١.

يخرج باجتهاده عن مذهب مالك لزم حكمه، وإن خرج عن ذلك لم يلزم إذا كان الخصام بين مالكيين، لأنهما لم يحكماه على أن يخرج عن قول مالك وأصحابه، وكذلك إن كانا شافعيين أو حنفيين، وحكماه على مثل ذلك لم يلزم حكمه بينهما بغير ذلك]. (١)

وعند المالكية استثناء خاص بالتحكيم بين الزوجين: حيث جاء عندهم:[وأتيا_ أي الحكمان_ الحاكم بعد حكمهما بما اقتضاه النظر فأخبراه ونفذ حكمهما وجوبا ولا يجوز تعقبه ولا نقضه وإن خالف مذهبه، وفائدته جمع الكلمة وعدم الاختلاف]. (٢)

وعدم أحقية القاضي في الاعتراض على قضاء الحكمين اللذين اختارهما للتحكيم بين الزوجين مطلقا سواء اتفق القضاء الذي حكما به مع مذهبه أم لا، والتزامه بتنفيذه كما هو؛ قد انفرد به المذهب المالكي، ومن باب أولى؛ لا يحق للزوجين أو أحدهما الاعتراض غلى هذا الحكم.

وبناء على ذلك: فإن كلام الإمام المازي وهو من كبار فقهاء المذهب المالكي_ في عدم التزام الزوجين بقرار الحكمين إذا خرج عن قواعد المذهب المالكي، محله؛ إذا كانت تولية الخصمين للحكمين مشروطة بأن يكون التحكيم من خلال قواعد الفقه المالكي لا غير، ويطبق ذلك في المذاهب الأخرى كما هو تعميم كلام المازي.

أما إذا خلت التولية من هذا الشرط، أو كانت التولية من الحاكم، فلا كلام لهما، ولا للحاكم فيما توصلت إليه لجنة التحكيم.

ومعلوم أنه إذا عجز المحكمان عن التوصل إلى قرار في النزاع، أو حالت ظروف

---

(١) التبصرة ج١ ص٥٦.

(٢) الشرح الصغير ج٢ ص٥١٣.

أخرى دون ذلك، فإنه يحق للقاضي أن يعين حكمين آخرين لفصل النزاع.[1]

ضوابط التحكيم:

يجب أن تتضمن الأوراق الخاصة بإجراءات التحكيم عبارة عامة تفيد:

بأن التحكيم سيكون حسب القواعد الفقهية التي تقتضيها مصلحة الطرفين، وبذلك تعطى لجنة التحكيم فرصة أوسع للنظر في قواعد المذاهب المختلفة وتتخير منها، قواعد المذهب التي تساعدها في تحقيق مهمتها.

كما تتضمن الإجراءات، أن قرارات لجان التحكيم نهائية، وفي حالة تظلم أحد الطرفين أو كلاهما، تتولى اللجنة العليا للتحكيم في المجمع تدقيق ما توصلت إليه لجنة التحكيم من قرارات للتأكد من صحة القواعد التي بنيت عليها قرارات التحكيم، والإجراءات التي اتبعتها اللجنة في توصلها إلى هذه القرارات.

فإذا ثبت لديها سلامة الإجراءات، وصحة القواعد التي بنى عليها قرار لجنة التحكيم صار القرار نهائيًا، وإلا بأن ثبت لديها عدم سلامة الإجراءات، أو عدم صحة القواعد التي بنى عليها قرار لجنة التحكيم، فإنها تعيد تشكيل لجنة التحكيم، لاستئناف التحكيم من جديد.

مع مراعاة وضع تحديد مدة لكل مرحلة من مراحل التحكيم؛ وهى مراحل؛ الإجراءات وتقديم الوثائق، ثم الاجتماعات لفحص الوثائق ودراسة القواعد التي يبنى عليها التحكيم، ثم التدقيق إذا حدث تظلم.

ثم إذا كان الحكمان من أهل الزوجين أو من أهل الطرفين المتنازعين وقاما بهذا

---

(١) المحلى على المنهاج ج٣ ص٣٠٧.

التحكيم بلا مقابل فبها ونعمت، أما إذا تعذر وجود من يتبرع بالتحكيم فيقترح له مكافأة يختلف قدرها حسب موضوع النزاع، والأمد الذي يستغرقه، والجهود التي تبذل في تسويته.

وبناء على الأمد المحدد لتسوية النزاع إذا توقف الحل بسبب من الطرفين أو من غيرهما، فيقدر لهما الأجر الذي يتناسب مع ما بذل من جهد ووقت، وتتولى اللجنة العليا للتحكيم في المجمع تقدير الجهد الذي بذل والأتعاب المناسبة له.

ويصعب تحميل الخصمين أتعاب المحكمين مباشرة لكن يرجى أن ينشأ صندوق خاص بالمجمع لتسوية النزاعات ويعطى منه الحكمان أتعابهما. حسب تقدير اللجنة العليا للتحكيم. وفي هذه الحالة لا بأس أن يساهم الخصوم في حصيلة هذا الصندوق.

الرجوع عن التحكيم:

سبقت الإشارة إلى مدى أحقية الخصمين أو أحدهما الرجوع عن التحكيم في أكثر من مناسبة، ونوجز ذلك فيما يلي:

أ - إذا كانت التولية من الحاكم فلا يجوز للخصمين الرجوع عن التحكيم منذ صدور القرار بهما ويستثنى من ذلك: إذا تنازل صاحب الدعوى عن دعواه، وذلك لعدم الحاجة إلى التحكيم حينئذ.

ب- إذا كانت التولية من الخصمين فإنه يحق لهما أو لأحدهما الرجوع عن التحكيم؛ قبل النطق بالقرار الذي توصلت إليه لجنة التحكيم، وهذا رأى أكثر الفقهاء.

وبعض الفقهاء يحدد حق الرجوع بما إذا لم تستوعب اللجنة جوانب المشكلة وتصل إلى قناعاتها بقواعد الحل، ولم يبق أمامها إلا المراجعة لقواعد الحل وصياغة القرار، ففي

هذه الحالة سيكون الرجوع فيه إضاعة لكل جهود اللجنة التي اقتربت من إنهاء النزاع.

وهناك فريق ثالث أقل من سابقه يعطى حق الرجوع فقط للطرفين؛ مالم تسمع اللجنة من الطرفين. فإذا ما استمعت اللجنة لكلا الطرفين بحيث بسطت أوجه النزاع أمام اللجنة فلا يحق لهما الرجوع.

وأرى أن الأخذ برأي الفريق الثاني هو الأولى، حفاظا على الجهود التي بذلتها اللجنة في فحص الوثائق والاستماع إلى كل الأطراف، والوقت الذي بذل في الاستماع إلى كل وجهات النظر. ثم جمع كل ذلك وتحليله، ثم الوصول إلى القواعد التي ستكون أساسا للحل، فمن الخسارة الفادحة إضاعة كل هذه الجهود.

قواعد في التحكيم انفردت بها بعض المذاهب:

(١) أنه يصح التحكيم في الدية إذا ثبت القرار بإقرار القاتل أو ثبتت الجراحة. ببينة والأرش أقل مما تحمله العاقلة خطأ كانت الجراحة أو عمدا أو كانت قدر ما تتحمله العاقلة ولكن كانت الجراحة عمدا لا توجب قصاصا فينفذ حكم المحكم.[(١)]

(٢) حكم المحكم لا يتعدى الخصمين إلى غيرهما. إلا في مسألة؛ ما لو حكم أحد الشريكين وغريما له رجلا فحكم بينهما وألزم الشريك، تعدى للشريك الغائب لأن حكمه كالصلح والصلح من صنيع التجار، فكان كل واحد من الشريكين راضيا بالصلح وما في معناه.

فلو حكما في عيب مبيع فقضى برده، ليس للبائع رده على بائعه إلا برضا البائع الأول والثاني والمشترى؛ بتحكيمه.[(٢)]

---

(١) حاشية ابن عابدين ج٥ ص٤٢٥.

(٢) ابن عابدين ج٥ ص٤٢٥.

(٣) حكمه لأهله أو عليهم:

لا يصح حكمه لأبويه وولده وزوجته كحكم القاضي، بخلاف حكمهما؛ أي القاضي والمحكم، عليهم حيث يصح كالشهادة.[١]

(٤) أنه لا يحكم المحكم بكتاب قاض إلا إذا رضى الخصمان.[٢]

(٥) لا يصح حكمه على صبى صغير بما فيه ضرر على الصغير.[٣]

(٦) أنه لا يتعدى حكمه على وكيل بعيب المبيع إلى موكله.[٤]

وفي المذهب المالكي:

(١) يجوز تحكيم العامي العدل إذا استرشد بالعلماء، فإن حكم ولم يسترشد رد حكمه حتى لو وافق حكمه أحد الأقوال؛ لما في ذلك من المخاطرة والغرر.[٥]

(٢) إذا حكم أحد الخصمين صاحبه فحكم لنفسه أو عليها جاز ومضى ما لم يكن جورا بينا.. – قال أصبغ لا أحب ذلك؛ فإن وقع مضى، وليذكر في حكمه رضاه بالتحاكم إليه.[٦]

(٣) في القرطبي في كيفية الصلح بين الزوجين: أن المحكم الفقيه الصالح العدل من

---

(١) ابن عابدين ج٥ ص٤٢٥.
(٢) ابن عابدين ج٥ ص٤٣١.
(٣) ابن عابدين ج٥ ص٤٣١.
(٤) التبصرة ج١ ص٥٦.
(٥) التبصرة ج١ ص٥٦.
(٦) التبصرة ج١ ص٥٦.

أهل الزوج [يخلو به ويقول له: أخبرني بما في نفسك؛ أتهواها أم لا حتى أعلم مرادك؟ فإذا قال: لا حاجة لي فيها خذ لي منها ما استطعت وفرق بيني وبينها، فيعرف أن من قبله النشوز. وإن قال: إنى أهواها فأرضها من مالي بما شئت ولا تفرق بيني وبينها، فيعلم أنه ليس بناشز] وكذلك المحكم الفقيه الصالح العدل من قبل الزوجة [يخلو بها ويقول لها: أتهوى زوجك أم لا؟ فإن قالت: فرق بيني وبينه، وأعطه من مالي ما أراد؛ فيعلم أن النشوز من قبلها، وإن قالت: لا تفرق بيننا ولكن حثه على أن يزيد في نفقتي، ويحسن إلَيَّ؛ علم أن النشوز ليس من قبلها.

فإذا ظهر لهما الذي كان النشوز من قبله؛ يقبلان عليه بالعظة والزجر والنهى، فذلك قوله تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ﴾[1]

والحمد لله رب العالمين . . .

(١) القرطبي ج٣ ص١٧٧٦.

الفهـــرس

التحكيم في اللغة:..... ٢٢٤
التحكيم في الاصطلاح: ٢٢٤
حكم التحكيم شرعًا: ٢٢٥
ما يشترط في التحكيم:..... ٢٢٨
ولاية التحكيم من القاضي:..... ٢٣٠
طبيعة الحكمين:..... ٢٣٣
ما يجرى فيه التحكيم وما لا يجرى فيه: ٢٣٥
حكم المحكمين لا ينقض بعد صدوره:..... ٢٣٩
هل للقاضي أن ينقض حكم المحكمين بعد صدوره؟..... ٢٤٠
ضوابط التحكيم: ٢٤٢
الرجوع عن التحكيم: ٢٤٣
قواعد في التحكيم انفردت بها بعض المذاهب:..... ٢٤٤
الفهـــرس..... ٢٤٧

مجالات التحكيم

إعداد الشيخ الدكتور

عكرمة سعيد صبري

عضو مؤسس لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا وحبيبنا محمد النبي الأمي الأمين، وعلى آله الطاهرين المبجلين، وصحابته الغر الميامين المحجلين، ومن تبعهم واقتفى أثرهم واستن سنتهم وانتهج نهجهم، وخطا دربهم إلى يوم الدين.

أما بعد: فإني إذ أشكر الأمانة العامة لمجمع فقهاء الشريعة لاختيارها موضوعاً مهماً وحساساً يتعلق بالتحكيم، والذي سيناقش في المؤتمر السابع للمجمع.

وقد تناولت في بحثي هذا (مجالات التحكيم) من خلال تمهيد وسبعة محاور وخاتمة. واستعرضت أثناء تحضيري إلى آراء المذاهب الفقهية الأربعة (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة)، مع ذكر المصادر والمراجع المعتمدة لديهم، وبينت الراجح من المرجوح في مذاهبهم، مع الإشارة إلى الأدلة فيما يجوز فيه التحكيم... وفي المحور السادس ذكرت عدداً من القواعد العامة في التحكيم، وفي المحور السابع دونت عدداً من المقترحات آمل الاطلاع عليها، ثم الخاتمة التي تضمنت: ميزات التحكيم، والحكمة من مشروعيته.

فان أصبت في تحضيري فذلك بتوفيق من الله عز وجل، وان أخطأت فمن نفسي، والكمال لله وحده لا شريك له.

والحمد لله رب العالمين...

الباحث

د. الشيخ عكرمة سعيد صبري

عضو مؤسس لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا

القدس في٢٩ جمادى الآخرة ١٤٣١هـ

الموفق ١٢ حزيران (يونيو) ٢٠١٠م

التمهيد

تعريف التحكيم لغة واصطلاحاً:

تعريف التحكيم لغة:

يقال في اللغة حكّم في الأمر تحكيماً، أي طلب منه إصدار حكم في الأمر، وحكمه في ماله تحكيماً إذا جعل إليه الحكم فيه، أي طلب منه أن يصدر حكماً فيه. وحكَّمتُ الرجل: فوّضتُ الحكم إليه. ومنْ اختاره الطرفان للتحاكم إليه يُدعى: حَكَماً بفتحتين، أو محكّماً: بتشديد الكاف المفتوحة، ويُطلق على كلّ منْ أَطراف النزاع: محتكِم- بكسر الكاف المخفضة، ومُحكِّم- بكسر الكاف المشددة، والحكم هو القضاء، وأصله المنع. يقال: حكمتُ عليه بكذا: إذا منعته من خلافه.[1]

تعريف التحكيم اصطلاحاً:

هناك عدة تعريفات اصطلاحية للتحكيم وهي متقاربة في مضمونها، منها:

أ- هو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما.

ب- هو تولية الخصمين المتنازعين حاكماً يحكم بينهما فيما تنازعا فيه، فيكون الحكم بين الخصمين كالقاضي في حق كافة الناس وفي حق غيرهما بمنزلة المصلح.

ج- هو عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصاً آخر حكماً بينهما لفصل خصومتهما[2].

وعلى العموم فإن حقيقة التحكيم هو أن يحتكم طرفان إلى طرف ثالث يختارانه

---

(١) لسان العرب لابن منظور، مادة (حكم)، والمصباح المنير لأحمد بن محمد المقري الفيومي، ج١، ص: ٢٠٠، ومختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر للرازي، ص: ١٤٨، والنهاية في غريب الحديث لابن الأثير،ج١،ص: ٤١٩، وص: ٤٢٠.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني، ج٧، ص: ٣. والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، ج٧، ص: ٢٤. ورد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) ج٥، ص: ٤٢٧، ومعين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، للطرابلسي، ص: ١١٢، والشرح الصغير للدردير، ج٤، ص: ١٩٨، والمدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا، ج١، ص: ٦٠١

برضاهما ليكون حاكماً بينهما في دعواهما بدلاً من القاضي.

ويمكن أن يكون المحكم شخصاً واحداً بمفرده يختاره الطرفان برضاهما، ويمكن أن يتولى التحكيم شخصان اثنان بحيث يختار كل طرف محكماً واحداً من طرفه. ويمكن أن يكون التحكيم عبارة عن ثلاثة أشخاص بحيث يختار كل طرف محكماً واحداً من طرفه، ويكون الثالث مميزاً أو مرجحاً تعينه المحكمة أو الجهة المختصة أو يختاره الطرفان برضاهما أيضاً، وتكون مهمة المميز منحصرة بترجيح أحد الرأيين في حال حصول خلاف بين المحكميْن. أما أن اتفق المحكمان على رأي أو حل واحد فلم يَعُد للمميز حاجة في إبداء رأيه، وبمعنى أوضح لا يحق له أن يبدي أيَّ رأي يغاير ما اتفق عليه الطرفان.

المحور الأول

ما يجوز فيه التحكيم

إن العلماء وأصحاب المذاهب الفقهية الأربعة يتفقون على مبدأ التحكيم، وانه يمثّل صورة من صور الصلح، وذلك لاتفاق المحتكمين على التحاكم والرضا بما يحكم به المحكم، وأن ما لا يجوز فيه الصلح من الأحكام لا يجوز الاحتكام بشأنها.

فالعلماء المسلمون متفقون على جواز التحكيم فيما يجوز فيه العفو والإبراء، وما له علاقة بإسقاط الحقوق والتنازل عنها من دعاوى الأموال المنقولة، ومن عقود المعاوضات، والمتعلقة بحقوق العباد الخالصة.[1]

(١) الهداية، شرح بداية المبتدي لبرهان الدين أبي الحسن على الميرغناني، ج٣، ص: ١٠٨. وشرح فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفي، ج٥، ص: ٥٠٠. والمبسوط لشمس الدين محمد السرخسي، ج١٦، ص: ١١١. والفتاوى الهندية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة، والمسمى بالفتاوى العالمكيرية، ج٣، ص: ٣٩٧، والبحر الرائق، شرح كنز الدقائق، ج٧، ص: ٢٨. ومعين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من أحكام، لعلاء الدين أبي الحسن على بن خليل الطرابلسي الحنفي، ص: ٢٥. وحاشية المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين) ج٥، ص: ٤٢٨ – ص:

المحور الثاني

ما لا يجوز التحكيم فيه

لقد اتفقت المذاهب الفقهية الأربعة على أن حقوق الله الخالصة لا مجال للتحكيم فيها أي ما لا يملك الخصمان المتنازعات فعله بأنفسهما وحقوق الله الخالصة نوعان:

(١) **النوع الأول**: ما وجبت فيه العقوبة حين تركه وعدم القيام به كالعبادات من الصلاة والزكاة والصوم والحج.

(٢) **النوع الآخر**: ما وجب فيه الحد لارتكاب فعل محظور كحد الزنا والسرقة وشرب الخمر والحرابة.

---

٤٣٠. التاج والإكليل لمختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن يوسف الشهير بالمراق، ج٦، ص: ١١٢. وأحكام القرآن لابن العربي،ج٢، ص: ٦١٩. والشرح الصغير للدردير، ج٤، ص: ١٩٨، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج٤، ص: ١٩٩. والمنتقى، شرح موطأ مالك للقاضي أبي الوليد الباجي الأندلسي، ج٥، ص: ٢٢٩. وأسهل المدارك شرح ارشاد السالك لأبي بكر بن حسن الكشناوي، ج٣، ص: ٢٠٩. وتبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام للقاضي برهان الدين إبراهيم بن فرحون المالكي، ج١، ص: ٥٥. وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين محمد عرفة الدسوقي، ج٤، ص: ١٣٦. ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لمحمد الخطيب الشربيني، ج٤، ص: ٣٧٩. وحاشيتا فليوبي وعميرة، ج٤، ص: ٢٩٨ وروضة الطالبين للإمام النووي، ج١١، ص: ١٣١. والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج٥، ص: ١٤٢. أدب القضاء لقاضي القضاة شهاب الدين أبي اسحق إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبي الدم الحموي الشافعي، تحقيق الدكتور محمد مصطفى الزحيلي، ص: ١٤٠. وحاشية الشرواني وابن القاسم على تحفة المحتاج لشرح المنهاج، ج١٠، ص: ١١٨. وأدب القاضي للماوردي، ج٢، ص: ٣٨٠. والمغني لابن قدامة، ج١٠، ص: ٩٥. والفروع، ج٤، ص: ٤٤٠. ومطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى، ج٦، ص: ٤٧١، والإنصاف، ج١١، ص: ١٩٧ و ص: ١٩٨. والفواكه العديدة في المسائل المفيدة، ج٢٥،ص: ١٩٧.

فهذه كلها لا يجوز فيها التحكيم ولا الشفاعة فهي من حقوق الله الخالصة، ونستطيع القول إنما يختص الإمام أو نائبه الحكم فيه من الأحكام لا يصح التحكيم فيه تمشياً مع السياسة الشرعية، فيقول رسولنا الأكرم محمد بن عبد الله ﷺ مخاطباً الصحابي الجليل أسامة بن زيد رضي الله عنهما: «**أتشفع في حدّ من حدود الله؟ ثم قام واختطب ثم قال: إنما أهلك الذين قبلكم انهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد!! وأيم الله، لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها**»[(١)].

وكذلك بالنسبة للأمور المبنية على الاحتياط والاختصاص مثل: فرض الحجر على السفيه، أو رفع الولاية عن اليتيم حين وصوله سن الرشد، أو الحكم في اللعان، فهذه الأمور مما تناط بنظر الحاكم العام، ومن ثمَّ لا يجوز التحكيم فيها.[(٢)]

(١) متفق عليه عن الصحابية الجليلة أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، والحادثة مشهورة ومعلومة.

(٢) فتح القدير، ج٥، ص: ٥٠٠، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٧، ص: ٢٨. والمبسوط، ج١٦، ص: ١١١، ومعين الحكام ص:٥ والفتاوى الهندية، ج٣، ص: ٣١٦. أحكام العربي لابن العربي، ج٢، ص: ٦١٩ شرح موطأ مالك، ج٥، ص: ٢٢٩، والتاج والإكليل، لمختصر خليل، ج٦، ص: ١١٢. ومعنى المحتاج،ج٨، ص: ٢٣٠، وأدب القضاء، لابن أبي الدم الحموي. وأدب القاضي للماوردي، ج٢، ص: ٣٨٠. والمغني، ج١٠، ص: ٩٥. والتحكيم في الشريعة الإسلامية. مسعد عواد حمدان البرقاني الجهني، ص: ٢٢٢

المحور الثالث

ما اختلف فيه التحكيم

لقد تشعبت المذاهب الفقهية في الموضوعات التي يجوز فيها التحكيم أو عدمه بين موسّع ومضيّق، على النحو الآتي:

أولاً: مذهب الحنفية:

لا يجوز التحكيم في الحدود بما في ذلك حد القذف على الرأي الراجح لديهم، وكذلك لا يجوز التحكيم في الدية على العاقلة، واللعان حيث يغلب حق الله فيها على حق العبد، وهي ما يخص الإمام أو نائبه النظر والحكم فيها. ويجوز التحكيم عندهم في الأموال وفي الطلاق والعتاق والنكاح والكفالة والكفارات، وكذلك في الارش دون الجناية، وسائر الأمور الاجتهادية أيضاً.

أما القصاص فقد اختلف الحنفية فيما بينهم في جواز التحكيم فيه أو عدمه إلى رأيين:

(١) **الرأي الأول**: القول بجواز التحكيم فيه لأن القصاص من باب ما اجتمع فيه الحقان: حق الله وحق العبد، وان حق العبد هو الغالب، بدليل ما فيه من مماثلة فيقول ﷻ: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾[1] وكذلك لجواز العفو في القصاص لقوله ﷻ: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾[2] وعللوا ذلك بأن التحكيم عبارة عن تفويض وتولية من المحتكمين، وان كان بمثابة الصلح في حق غيرهما، وهما يملكان استيفاء القصاص بأنفسهما دون السلطان فيصح التفويض إلى غيرهما.

(٢) **الرأي الآخر**: لا يجوز التحكيم في القصاص، واستدلوا بما يأتي:

---

(١) سورة المائدة: ٤٥.

(٢) سورة البقرة: ١٧٨.

- أن التحكيم بمنزلة الصلح، وكل ما يجوز استحقاقه بالصلح يجوز التحكيم فيه، وان الصلح لا يجوز إلا فيما يجوز ترك الحق فيه. وان حدي القذف والقصاص لا مجال لاستيفائهما بالصلح لعدم صحة ترك الحق فيهما، إذ أن الحق فيهما مشترك بين حق الله وحق العبد، وما لم يتمخض فيه حق العبد لا يصح فيه التحكيم.
- أن الحدود تدرأ بالشبهات لقول الرسول محمد بن عبد الله ﷺ: «**ادرؤا الحدود بالشبهات**» وفي رواية ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان له مخرج فخلّوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة.[1] ثم انه لا ولاية للمحتكمين في ذلك، إذ لا يملكان إباحة دمهما، ولهذا لا يجوز فيهما حكم المحكم[2].

(١) أخرجه الترمذي عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، وأخرجه الدارقطني عن الصحابي الجليل الإمام علي بن أبي طالب كرم الله وجهه ورضي الله عنه، وأخرجه ابن ماجه وأبو يعلى الموصلي عن الصحابي الجليل أبي هريرة ﷺ. وقد روي هذا الحديث النبوي الشريف مرفوعاً إلى الرسول ﷺ، وأحياناً يروى هذا الحديث الشريف موقوفاً عن الصحابة الأجلاء: عمر وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود ﷺ. وأحياناً يروى مرسلاً عن الخليفة الأموي عمر بن عبد العزيز ﷺ. (انظر: عارضة الاحوذي بشرح سنن الترمذي، ج٦، ص: ١٩٨ – كتاب الحدود– باب ما جاء في درر الحدود، وسنن الدارقطني، ج٣، ص: ٨٤. وسنن ابن ماجه، ج٢، ص: ٨٥٠ رقم ٢٥٤٥. ونصب الراية للزيلعي، ج٣، ص: ٣١٠، وص: ٣١١. ومنتخب كنز العمال لمتقي على هامش مسند أحمد، ج٢، ص: ٣٩٣. ومسند أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز،ص: ٢٢٦. وتمييز الطيب من الخبيث للشيباني الشافعي، المعروف بابن الديبع، ص: ١٢، ومشكاة المصابيح للخطيب التبريزي، ج٢، ص: ٢٩٢، رقم ٣٥٧٠. والأشباه والنظائر للسيوطي، ص: ١٢٢ والأشباه والنظائر لابن نجيم، ج١، ص: ١٦١.

(٢) الهداية، ج٣، ص: ١٠٨. وفتح القدير، ج٥، ص: ٥٠٠، وص: ٥٠١. والمبسوط، ج١٦، ص: ١١١. والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٧، ص: ٢٦–٢٨. وحاشية ابن عابدين، ج٥، ص: ٤٢٨. ومعين الحكام ص: ٢٥. والفتاوى الهندية، ج٣، ص: ٣١٦. وشرح العناية على الهداية للإمام أكمل الدين، محمد بن محمود البابرتي على هامش شرح فتح القدير، ج٥، ص: ٥٠٠. وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين عثمان لفخر الدين عثمان بن على الزيلعي، ج٤، ص: ١٩٣. والتحكيم في الشريعة الإسلامية، ص: ٢٢٣.

الترجيح بين الرأيين لدى الحنفية:

ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني هو الأرجح، وان أدلة أصحاب هذا الرأي هي الأقوى لكونها تنسجم مع القواعد العامة للتحكيم، وهو رأي الإمام أبي حنيفة ورجحه ابن الهمام وابن نجيم والخصاف، وذلك لأن القصاص ليس من حقوق العباد الخالصة، بل هو من قبيل ما اجتمع فيه الحقان: حق الله، وحق العباد؛ إلا أن الغالب فيه هو حق الله.[1]

ثانياً: مذهب المالكية:

يرى المالكية أن ما يجوز لأحد الخصمين ترك حقه فيه فانه يجوز فيه التحكيم، وهذه القاعدة العامة تنسجم مع ما قاله أصحاب المذاهب الفقهية الأخرى بأن التحكيم يصح فيما يجوز فيه العفو والإبراء، على ضوء القاعدة التي وضعها المالكية فإنه لا يجوز التحكيم، وهذه القاعدة العامة تنسجم مع ما قاله أصحاب المذاهب الفقهية الأخرى بأن التحكيم يصح في ما يجوز فيه العفو والإبراء. وعلى ضوء القاعدة التي وضعها المالكية فانه لا يجوز التحكيم أيضاً في الطلاق والعتاق والنسب والولاء لأن هذه الأمور لا يبت فيها إلا الإمام أو من ينوب منابه.[2]

هذا وقد فصّل الدردير في كتابه الشرح الصغير مجالات التحكيم لدى المالكية بقوله: «..وجاز للخصمين تحكيم رجل عادل بأن يكون مسلماً حراً بالغاً عاقلاً غير فاسق وغير

(١) فتح القدير، ج٥، ص: ٥٠٠، وص: ٥٠١، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٧، ص: ٢٦.

(٢) التاج والإكليل لمختصر خليل، ج٦، ص: ١١٢. والمنتقى شرح موطأ مالك ج٥، ص: ٢٢٩. والشرح الصغير، ج٤، ص: ١٩٨، وص: ١٩٩. وحاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج٤، ص: ١٩٩. وتبصرة الحكام ج١، ص: ٥٥. وأسهل المدارك ج٣، ص: ٢٠٩، وص: ٢١٠. وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، ص: ١٣٦.

خصم... وذلك من مال من دَيْن وبيع وشراء فله الحكم بثبوت ما ذكر أو عدم ثبوته، ولزومه وعدم لزومه، وجواز وعدم جوازه، وكذلك في جرح ولو عظم...» ثم يعدد الدردير الأمور التي لا يجوز فيها التحكيم وهي: الحد من الحدود كالقصاص أو الجلد أو الرجم، وفي القتل: في ردة أو حرابة أو قصاص، وفي اللعان، وفي الولاء لشخص آخر، وفي النسب كذلك، وفي الطلاق، وفي فسخ النكاح، وفي العتق، وفي الرشد والسنة، وفي أمر غالب مما يتعلق بماله وزوجته وحياته ومماته، وفي الحبس، وفي العقد مما يتعلق بصحته وفساده. وذلك لأن هذه الأمور إنما يحكم فيها القضاة فهي من اختصاصهم، فلا يجوز التحكيم فيها وذلك لتعلق الحق فيها لغير الخصمين: أما حق لله كالحدود، وإما تتعلق بحقوق الآخرين كاللعان والنسب والولاء، وإذا افترضنا أن التحكيم قد جرى في أحد هذه الأمور فإنه ينظر: إن كان قرار التحكيم صائباً سليماً فإن قرار المحكم يمضي ولا ينقص لأن حكم المحكم يرفع الخلاف. وإن كان قراره غير صائب فإنه يُنقض ويلغى، ومع ذلك فإن المُحكَّم يؤدب من قبل الإمام أو القاضي في الحالتين لتجاوزه صلاحية الحاكم[1].

هذا وقد استدل المالكية فيما ذهبوا إليه بما يأتي:

(١) لقد استدلوا على منع التحكيم في الحدود بما استدل به الحنفية من كون الحدود تدرأ بالشبهات؛ ولأنها من حقوق الله الخالصة التي يقصد منها الزجر عن التعدي على الحرمات، فلا يكون الحكم فيها لغير ولي الأمر.

(٢) أن التحكيم لا يجوز أيضاً في الطلاق والعتاق؛ لأن الحكم فيهما يتعارض مع الحكم الشرعي فلا يجوز في الطلاق البائن ردّ المرأة إلى عصمة زوجها حتى ولو أرادت ذلك. وكذلك لا يجوز رد العبد بعد تحريره إلى الرق حتى ولو رضي به.

---

(١) ص: ١٩٨-ص: ٢٠٠.

(٣) استدل المالكية على عدم جواز التحكيم في الولاء والنسب؛ لأن أطرافاً أخرى، غير المتخاصمين، لهم علاقة بموضوع الولاء وموضوع النسب مثل النكاح أو عدمه، والتوريث أو عدمه بما يمنع التحكيم في الولاء والنسب. وما سوى ذلك فيجوز التحكيم فيه.[(١)]

ثالثاً: مذهب الشافعية ومذهب الحنابلة:

حين استعراض آراء الشافعية وآراء الحنابلة في موضوع مجالات التحكيم نرى انها متطابقة، لهذا تناولنا المذهبين معاً.

لقد اختلف أتباع المذهبين: الشافعية والحنابلة فيما بينهم، فيما يجوز فيه التحكيم وفيما لا يجوز إلى رأيين أساسيين:

(١) **أصحاب الرأي الأول**: يجوز التحكيم في كل ما يصح أن يتحاكم فيه الخصمان كما يجوز حكم الذي ولاه الإمام؛ لأن منْ صح حكمه في حاله صحَّ حكمه في غيره، أي في جميع الحقوق المتعلقة بالله والحقوق المتعلقة بالآدميين.[(٢)]

(٢) **أصحاب الرأي الآخر**: ينحصر التحكيم في الأحوال دون الأمور الأربعة: القصاص، والنكاح، واللعان، وحد القذف، فلا يجوز التحكيم فيها لأنها حقوق وحدود بنيت على الاحتياط إذ لا يحكم فيها إلا باليقين والقطع من غير تخمين،

---

(١) الشرح الصغير، ج٤، ص: ١٩٩. وحاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج٤، ص: ١٩٩، والتحكيم في الشريعة الإسلامية ص: ٢١٨

(٢) مغني المحتاج، ج٤، ص: ٣٧٩، وقليوبي وعميرة ج٤، ص: ٢٩٨. وروضة الطالبين ج١١،ص١٣١،وص: ١٣٢. والإقناع،ج٥،ص١٤٢، وكتاب ادب القضاء لابن أبي آدم ص: ١٤٠، وحاشية الشرواني وابن القاسم، ج١١، ص: ١١٨. والمغني،ج١٠،ص:٩٥. والإنصاف،ج١١،ص: ١٩٧. ومطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى،ج٦، ص: ٤٧١. والفروع،ج٦، ص: ٤٤٠. وكتاب القضاء في الإسلام- الدكتور محمد عبد القادر أبو فارس،ص: ١٧٥ - ص: ١٧٧.

فتناط بنظر الحاكم أو نائبه أو ما يقوم مقامه. وكذلك بقية الحدود، فلا يصح فيها التحكيم؛ لأنها من حقوق الله المحضة حيث ليس لها طالب معين فتختص بنظر الحاكم لأن حكم المحكم لا ينفذ إلا من رضى بتحكيمه فقط.[1]

وان ما ذكره ابن قدامة بجواز التحكيم فيما عدا هذه الأحكام الربعة ليس على إطلاقه، إذ أن المتفق عليه انه لا يصح التحكيم في الحدود كلها، فلعله قد ترت ذكرها لأنها معدومة ولأنها موضع اتفاق في عدم جواز التحكيم.

هذا وقد تناول الماوردي هذه الأحكام وقسمها إلى ثلاثة أقسام:

(١) قسم يجوز فيه التحكيم وهو حقوق الأموال وعقود المعاوضات وكل ما يصح فيه العفو والإبراء.

(٢) قسم لا يجوز فيه التحكيم وهو ما اختص القضاء به من حقوق الله تعالى، والولايات على الأيتام، وإيقاع الحجر على سفيه.

(٣) قسم مختلف فيه وهو أربعة أحكام: النكاح واللعان والقذف والقصاص.

ثم ذكر أن في هذه الأحكام الأربعة وجهين:

أحدهما: جواز التحكيم فيها لوقوفها على رضا المحتكمين.

والوجه الآخر: عدم جواز التحكيم فيها؛ لأنها حقوق وحدود يختص الولاة بها.[2]

---

(١) مغني المحتاج، ج٨،ص: ٢٣٠. والمغني،ج١٠،ص: ٩٥. والقضاء في الإسلام-د. محمد عبد القادر أبو فارس،ص: ١٧٦

(٢) كتاب أدب القاضي للماوردي،ج٢، ص:٣٨٠.

المحور الرابع

ملخص آراء الفقهاء والترجيح لديهم

على ضوء ما تقدم يمكن تقسيم الأحكام حسب آراء الفقهاء فيها إلى ما يأتي:

أ - **قسم يجوز فيه التحكيم مطلقاً**: وهو حقوق الأموال وعقود المعاوضات وكل ما يصح فيه التنازل والعفو والإبراء، وعلى هذا أصحاب المذاهب الفقهية الأربعة.

ب-**قسم لا يجوز فيه التحكيم اتفاقاً**: وهو ما اختص به القضاة والولاة من حقوق الله تعالى الخالصة كالحدود والتي ليس فيها حق مشترك بين الله والعبد، كالولاية على الأيتام، وإيقاع الحجر على السفهاء، وعلى هذا أصحاب المذاهب الفقهية الأربعة.

ج-**قسم مختلف فيه**: وهو القصاص وحد القذف والنكاح واللعان والحكم بالدية على العاقلة والولاء والنسب، والطلاق والعتاق، وذلك على النحو الآتي:

١. الحنفية يجيزون التحكيم في الولاء والنسب والطلاق والعتاق والنكاح، ويمنعون التحكيم في اللعان وحد القذف والدية على العاقلة. وأنهم يختلفون فيما بينهم بشأن القصاص إلى رأيين: **الرأي الأول**: جواز التحكيم فيه باعتبار انه من حقوق العباد. **والرأي الآخر**: لا يجوز التحكيم فيه لأنه لم يتمخض فيه حق العبد، وهو الرأي الراجح لديهم.[(١)]

٢. **المالكية**: لا يجوز التحكيم في القصاص واللعان والحكم بالدية على العاقلة، وفي الطلاق والعتاق، والنسب والولاء.[(٢)]

---

(١) فتح القدير،ج٥، ص:٥٠٠، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق ج٧،ص:٢٦،وص:٢٧، ومعين الحكام ص٢٥، والفتاوى الهندية،ج٣،ص: ٣١٦، وحاشية ابن عابدين،ج٥،ص: ٤٢٨.

(٢) التاج والإكليل على مختصر خليل،ج٦، ص:١١٢، ص:١١٣، والشرح الصغير،ج٤، ص:١٩٩، والمنتقى، شرح موطأ مالك ص:٢٢٩.

٣. **الشافعية والحنابلة**: هناك رأيان لهم في هذه الأحكام:

الرأي الأول: جواز التحكيم فيها مطلقاً حيث يقولون: انه يجوز التحكيم في كل ما يصح أن يتحاكم فيه الخصمان إلى القاضي، وان التحكيم فيها جائز ما دام برضى المحتكمين.

الرأي الآخر: يجوز التحكيم فيها باستثناء أربعة أحكام وهي: النكاح واللعان وحد القذف والقصاص؛ لأن لهذه الأحكام ميزة على غيرها، فاختص الإمام أو نائبه بالنظر فيها فهي حقوق وحدود كان البت فيها من اختصاص الولاة، وهذا هو الأرجح لديهم.[(١)]

(١) مغني المحتاج،ج٤،ص:٣٧٩، وأدب القاضي للماوردي،ج٢،ص: ٣٨٠، والمهذب،ج٢،ص: ٣٧٢، والمغني لابن قدامة،ج١٠،ص:٩٥

المحور الخامس

المناقشة والترجيح

إن ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة في أحد الوجهين لديهم، من جواز التحكيم في القصاص واللعان وحد القذف والنكاح، وكذلك قولهم أن كل ما يصح فيه التقاضي إلى القاضي يصح فيه التحكيم.. هذا قول وفيه انتقاص لصلاحية الوالي أو لصلاحية القاضي المعين من قبل الوالي، كما يُعد تعد على اختصاص الإمام، وان المعارضين لهذا الرأي قالوا: يجب أخذ الحيطة في هذه الأمور، وذلك بأن تناظر بالحاكم أو القاضي حتى يبت بها حيث أن الإمام والوالي والقاضي يمثلون الولاية العامة، وهذا هو مذهب المالكية، ومذهب الإمام أبي حنيفة، وأحد الوجهين عند كل من الإمام أحمد وأصحاب الشافعي، وهذا ما رجحه أكثر الفقهاء كابن الهمام وابن النجيم، والماوردي وغيرهم.[1]

وأرى ما يأتي:

(١) فيما يتعلق بالقصاص أرى انه يجوز فيه التحكيم، وفي حالة أن يتنازل أهل القتيل عن حقهم في تنفيذ العقوبة على القاتل، وحينما يصلون إلى الصلح، كما يتناول التحكيم موضوع الدية سواء القتل العمد أو في القتل الخطأ من حيث تثبيت مقدار الدية أو التنازل عنها أو عن جزء منها.

(٢) فيما يتعلق باللعان فأرى انه لا مجال فيه للتحكيم؛ لأن الاتهام الموجه من الزوج إلى زوجته لا يبت فيه إلا القضاء، وذلك من خلال أداء أيمان اللعان التي نصّ عليها القرآن الكريم، بالإضافة إلى أن اللعان يتعلق به أشخاص آخرون غير

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٧، ص:٢٦، وشرح موطأ مالك، ج٥،ص: ٢٢٩، وأدب القاضي للماوردي، ج٢،ص:٣٨٠.

المتخاصمين.

(٣) فيما يتعلق بحد القذف فأرى انه لا مجال فيه للتحكيم؛ لأن الحدود هي من اختصاص القضاء، لأن التهمة إذا ثبتت على القاذف لا مجال فيها للتحكيم، وإنما لا بد من تنفيذ العقوبة بحق القاذف، فالقذف يُعد حداً من حدود الله وهي مرتبطة بالوالي أو من ينوب عنه.

(٤) فيما يتعلق بالنكاح: أرى أن مجال التحكيم فيه يكون حينما يقع الخلاف والنزاع بين الزوجين، سواء كان قبل الدخول أو بعده، وان الآية الكريمة واضحة في هذا الموضوع، فيقول الله ﷻ: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[1] فإما أن يتم الإصلاح، وتستمر الحياة الزوجية، أو أن يتم التفريق بينهما، ويحدد حينئذ نسبة الضرر من الزوج أو الزوجة، وعلى ضوء ذلك تحدد الحقوق المالية لكل منهما.

(٥) فيما يتعلق بالطلاق فأرى أن مجال التحكيم يكون حين وقوع الطلاق الرجعي.

(٦) فيما يتعلق بالدية على العاقلة: كما هو معلوم أن الدية تطلب من عاقلة إذا كان القتل خطأً. وان مجال الإصلاح وارد لتقريب وجهات النظر بين أهل القاتل، وبالتالي فإن التحكيم يكون وارداً قطعاً. ومثل ذلك في القتل العمد إذا تمّ الإصلاح، والتوافق على مقدار محدد من الدية.

(٧) أما فيما يتعلق بالولاء والنسب والعتاق والطلاق البائن بينونة صغرى أو كبرى، فإني أرجح الرأي القائل بأنه لا مجال للتحكيم فيها لتعلق أشخاص سوى المتخاصمين بهذه الأمور.

---

(١) سورة النساء: ٣٥.

المحور السادس

قواعد عامة في التحكيم

يحسن أن أضع بعض القواعد العامة في التحكيم:

(١) إن كل ما يصح فيه التنازل أو العفو أو الإبراء يجوز فيه التحكيم.

(٢) أن التحكيم بمنزلة الصلح، فكل ما يجوز فيه الصلح من الأحكام يجوز فيه التحكيم.

(٣) أن مجال التحكيم يكون في المسائل الاجتهادية، فلا يجوز التحكيم في الأمور النصّية والحدية التي تتعلق بعفو من الله ﷻ، ورسولنا الأكرم محمد بن عبد الله ﷺ قال قولته المشهورة للصحابي الجليل أسامة بن زيد رضي الله عنهما (انظر المحور الثاني)

(٤) أن ما يختص فيه الإمام أو نائبه من الأحكام لا يصح التحكيم فيه تمشياً مع السياسة الشرعية، وكذلك؛ بالنسبة للأمور المبنية على الاحتياط، مثل فرض الحجر على السفيه، ورفع الولاية عن اليتيم حين بلوغه سن الرشد، فهي تناط بنظر الحاكم العام أو من يقوم مقامه.

المحور السابع

مقترحـــــــات

هناك عدد من المقترحات المستمدة من هذا البحث ومن تجربتي الخاصة أقدمها للمسلمين بعامة، وللجاليات الإسلامية في أمريكا وغيرها، وهي:

(١) أن تعمم ثقافة «التحكيم» بمختلف وسائل الإعلام المرئية والمسموعة والمقروءة، ليكون المسلمون على وعي وإدراك من أمرهم.

(٢) أن التحكيم ينزع الخصومة والعداوة من قلوب المتخاصمين؛ لأن الموافقة على التحكيم، من حيث المبدأ، يعني الرضا بما يصدره الحاكم.

(٣) أن التحكيم يقوم في الغالب على التسامح والتراضي والتنازل فيما بين الأطراف المتنازعة.

(٤) أنصح عدم اللجوء إلى المحاكم قدر الإمكان؛ لأن المحاكم لا تستطيع أن ترضي الطرفين معاً، فمن الممكن أن ترضي طرفاً دون الآخر، وأحياناً فإن المحكمة لا ترضي الطرفين معاً. بالإضافة إلى مضيعة الوقت وما يترتب على ذلك من خسائر مادية ومعنوية، كما يترتب على اللجوء إلى المحاكم من نفقات مالية للمحكمة ولأتعاب المحامين.

(٥) أقترح تشكيل لجان تحكيم في المدن والإحياء للبت في القضايا التي يجوز فيها التحكيم، واقترح أيضاً أن يكون جهد وعمل اللجان حسبة لله تعالى دون مقابل، وأن يكون الأعضاء متطوعين، وأن يكون تشكيل اللجان من أهل الاختصاص في الفقه والقانون ومن أهل الإصلاح.

الخاتمة

هذا استعراض موجز لمجالات التحكيم في الشريعة الإسلامية قدمتها من خلال سبعة محاور، وما من شك أن للتحكيم ايجابيات يتميز بها عن المحاكم والقضاء، فان التحكيم يستهدف الصلح كما يستهدف الفصل بحكم ملزم، وفي وقت قصير نسبياً، وفي تكلفة اقل من المحاكم، بل قل إن التحكيم في الغالب يتم من خلال التطوع والتكافل الاجتماعي، بينما نشاهد المحاكم تأخذ إجراءات روتينية تستدعي إطالة الوقت بل إضاعة الوقت وهدر الجهد، بالإضافة إلى النفقات والخسائر المنظورة وغير المنظورة.

وقد أشار ابن تيمية إلى أن التحكيم له ثلاثة مقاصد، وهي: قطع الخصومة، وإيصال الحقوق إلى مستحقيها، وإصلاح ذات البين. [(١)]

ومن أجل ذلك أراد الشارع الحكيم رفع المشقة عن الناس والتيسير عليهم بمشروعية التحكيم، حيث يصعب على الناس حضور مجالس القضاء والمحاكم كلما نشأت خصومة فيما بينهم، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل.

(١) مجمع فتاوى ابن تيمية، ج٣٥، ص: ٣٥٦.

فهرس المصادر والمراجع

الرقم	اسم الكتاب	اسم المؤلف
القرآن الكريم وتفسيره:		
١-	القرآن الكريم	
٢-	أحكام القرآن- الطبعة الأولى- دار إحياء الكتب العربية / مصر ١٣٧٦هـ/ ١٩٥٧م	أبو بكر محمد بن عبد الله (المعروف بابن العربي) ٥٤٣هـ/ ١١٤٨م
٣-	تفسير القرآن العظيم (المعروف بتفسير ابن كثير) – دار إحياء الكتب العربية- مصر	عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي ٧٧٤هـ/ ١٣٧٢م
٤-	الجامع لأحكام القرآن (الشهير بتفسير القرطبي) الطبعة الثانية- دار الكتب المصرية-مصر١٣٧٢هـ/ ١٩٥٢م	أبو عبد الله محمد الأنصاري القرطبي، ٦٧١هـ/ ١٢٧٢م
الحديث الشريف ومصطلحه:		
٥-	الترغيب والترهيب- الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي-بيروت-١٣٨٨هـ / ١٩٦٨م	أبو محمد عبد العظيم بن عبد القوي المنذري ٦٥٦هـ / ١٢٥٨م.

٦-	تمييز الطيب من الخبيث على ما يدور على ألسنة الحديث-دار الكتاب العربي- بيروت ١٣٢٤هـ١٩٠٦م	عبد الرحمن بن على بن محمد بن عمر الشيباني الشافعي (المعروف بابن الديبع) ٩٤٤هـ/ ١٥٣٧م
٧-	سنن ابن ماجة- دار الفكر-بيروت، مطبعة عيسى الحلبي- القاهرة- ١٣٧٣هـ/ ١٩٥٤م	محمد بن يزيد القزويني (الملقب بابن ماجة) ٢٧٣هـ/ ١٨٨٦م.
٨-	سنن ابن داود- دار الفكر- بيروت	الإمام أبو داود سليمان بن الاشعث السجستاني الأسدي- ٢٧٥هـ/ ٨٨٨م
٩-	سنن الدارقطني-عالم الكتب- بيروت.	الإمام على بن عمر الدارقطني ٣٨٥هـ/ ٩٩٥م.
١٠-	سنن سعيد بن منصور- الطبعة الأولى- دار الكتب العلمية- بيروت ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م	الإمام سعيد بن منصور بن شقبة الخرساني المكي ٢٢٧هـ/ ٨٤١م
١١-	السنن الكبرى- مطبعة مجلس دائرة المعارف- الهند- ١٣٥٥هـ/ ١٩٣٦م	أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، ٤٥٨هـ/ ١٠٦٥م
١٢-	سنن النسائي (المحجتبى)- الطبعة	الإمام أحمد بن شعيب

	الأولى- دار الفكر- بيروت ١٣٤٨هـ/ ١٩٣٠م	النسائي ٣٠٤ هـ/ ٩١٤م.
١٣-	صحيح البخاري -دار المعرفة - بيروت ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٨م	أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري-سمرقند ٢٥٦ هـ/ ٨٦٩م.
١٤-	صحيح مسلم (الجامع الصحيح) مؤسسة دار التحرير الشرقية، القاهرة، ١٣٨٤ هـ/ ١٩٦٤م.	أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيا بوري ٢٦١ هـ/ ٨٧٦م.
١٥-	صحيح مسلم بشرح النووي، الطبعة الثانية- دار الفكر- بيروت ١٣٩٢ هـ/ ١٩٧٢م.	الإمام يحيى بن شرف النووي ٦٧٦ هـ/ ١٢٧٧م.
١٦-	عارضة الاحوذي بشرح صحيح الترمذي- دار العلم للجميع- دمشق.	الإمام حافظ بن العربي/ المالكي٥٤٣هـ/ ١١٤٨م.
١٧-	مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، دار المعارف، بيروت ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦	نور الدين على بن أبي بكر الهيثمي ٨٠٧هـ/ ١٤٠٤م
١٨-	مسند الإمام أحمد- الطبعة الثانية- دار الفكر- بيروت ١٣٩٨هـ/ ١٩٧٨م	الإمام أحمد بن حنبل ٢٤١ هـ/ ٨٥٥م.

١٩-	مسند أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز (١٠١ هـ/ ٧١٩م) الطبعة الثانية- مؤسسة علوم القرآن- دمشق- بيروت- ١٤٠٤ هـ/ ١٩٨٤م	تخريج الإمام الحافظ أبو بكر بن محمد بن سليمان الباغندي ٣١٢ هـ/ ٩٢٤م
٢٠-	مشكاة المصابيح- الطبعة الأولى- منشورات المكتب الإسلامي- دمشق ١٣٨٠ هـ/ ١٩٦١م.	ولي الدين محمد بن عبد الله الخطيب العمري التبريزي ٧٣٧ هـ/ ٩٢٤م
٢١-	منتخب كنز العمال على هامش مسند أحمد- الطبعة الثانية- دار القلم- بيروت ١٤٠٤ هـ/ ١٩٨٤م	علاء الدين على بن حسام (الشهير بالمتقي) ٩٧٠ هـ/ / ١٥٦٢م.
٢٢-	المنتقى- شرح موطأ الإمام مالك بن أنس (٧٩ هـ/ ٧٩٥م) الطبعة الأولى- مطبعة السعادة بمصر ١٣٢٢هـ/ ١٩٠٣م	القاضي أبو الوليد سليمان بن سعد بن أيوب الباجي الأندلسي ٤٩٤هـ/ ١١٠١م.
٢٣-	نصب الراية لأحاديث الهداية- دار الحديث- القاهرة.	جمال الدين أبو محمد بن عبدالله بن يوسف الحنفي الزيلعي ٧٦٢هـ/ ١٢٦٠م.

الفقه بمختلف مذاهبه: **الفقه الحنفي:**		
٢٤-	الأشباه والنظائر- دائرة الطباعة العامة- القاهرة ١٢٩٠هـ/ ١٨٧٣م	زين الدين أبو اسحق بن إبراهيم بن نجيم (الشهير بابن نجيم)- القاهرة ٩٧٠هـ/ ١٥٦٢م.
٢٥-	البحر الرائق في شرح كنز الدقائق- الطبعة الثانية- دار الفكر- بيروت	زين الدين أبو اسحق بن إبراهيم بن نجيم (الشهير بابن نجيم)- القاهرة ٩٧٠هـ/ ١٥٦٢م.
٢٦-	بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع- الطبعة الثانية- دار الكتاب العربي- بيروت ١٤٠٢ هـ/ ١٩٨٢م	علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (الملقب بملك العلماء)٥٨٧ هـ/ ١١٩١م
٢٧-	البناية في شرح الهداية –الطبعة الأولى- دار الفكر- بيروت ١٤٠١ هـ/ ١٩٨١م	بدر الدين أبو أحمد محمود بن أحمد العيني الحنفي ٨٥٥هـ/ ١٤٥١م
٢٨-	تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق- الطبعة الأولى- المطبعة الأميرية ببولاق مصر	فخر الدين عثمان على الزيلعي الحنفي ٧٦٢ هـ/ ١٢٦٠م.

	المحمية- القاهرة ١٣٤١ هـ/ ١٨٩٦م	
٢٩-	حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، حاشية ابن عابدين- الطبعة العثمانية- مصر ١٣٢٤ هـ/ ١٩٠٦م	محمد أمين عابدين بن عمر عابدين (الشهير بابن عابدين) ١٢٥٢هـ/ ١٨٣٦م
٣٠-	شرح العناية على الهداية على هامش فتح القدير- المكتبة التجارية الكبرى بمصر	أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي، ٨٦١هـ/ ١٤٥٦م
٣١-	شرح فتح القدير على الهداية- الطبعة الثانية- دار الفكر- بيروت ١٣٩٧ هـ/ ١٩٧٧م	كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفي ٦٨١ هـ/ ١٢٨٢م
٣٢-	الفتاوى الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة (الفتاوى العالمكرية) نسبة للسلطان أبي المظفر محيي الدين عامكير، دار المعرفة- بيروت	مجموعة من علماء الهند برئاسة عبد الرحمن الحنفي البحراوي ١٠٧٠ هـ/ ١٦٥٩م
٣٣-	المبسوط- دار المعرفة- بيروت ١٤٠٦ هـ/ ١٩٨٦م	شمس الدين أبو بكر محمد بن أحمد السرخسي ٤٩٠ هـ/ ١٠٩٧م
٣٤-	معين الحكام فيما يترر بين الخصمين من	علاء الدين أبي الحسن على بن

	الأحكام- المطبعة اليمنية- مصر ١٣١٠هـ/ ١٨٩٢م	خليل الطرابلسي الحنفي ٨٤٤هـ/ ١٤٤٠م
٣٥-	الهداية- الطبعة الأولى- المطبعة الخيرية- القاهرة ١٣٢٦هـ/ ١٩٠٨م	برهان الدين على بن أبي بكر المرغيناني ٥٩٣هـ/ ١١٩٦م.
الفقه المالكي:		
٣٦-	أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك-الطبعة الثانية- مطبعة عيسى الباني الحلبي وشركاه.	أبو بكر بن حسن الكشناوي.
٣٧-	التاج والإكليل لمختصر الخليل (بهامش مواهب الجليل)	أبو عبد الله بن يوسف بن أبي القاسم الشهير بالمواق ٨٩٧ هـ/ ١٤٩١م
٣٨-	تبصرة الحكام في أصول الأُقفية ومنهاج الحكام- الطبعة الأخيرة، مطبعة البابي الحلبي- مصر، ١٣٧٨هـ/ ١٩٧٤م	برهان الدين على بن أبي القاسم بن فرحون ٧٩٩هـ/ ١٣٩٦م.
٣٩-	حاشية الدسوقي على الشرح الكبير- مطبعة محمد على صبيح- مصر ١٣٥٣ هـ/ ١٩٣٤م	محمد عرفة الدسوقي ١٢٣٠ هـ/ ١٨١٤م.

٤٠-	حاشية الصاوي على الشرح الصغير- مكتبة دار المعارف- مصر ١٣٩٢ هـ/ ١٩٧٤م	أحمد بن محمد الصاوي ١٢٤١هـ/ ١٨٢٥م
٤١-	الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، مكتبة دار المعارف، مصر ١٣٩٢ هـ/ ١٩٧٤م	أبو بركات أحمد بن محمد الدردير ١٢٠٢هـ/ ١٧٨٦م.
الفقه الشافعي:		
٤٢-	الأحكام السلطانية والولايات الدينية- الطبعة الثالثة	أبو الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردي ٤٥٠ هـ/ ١٠٥٨م
٤٣-	أدب القاضي، تحقيق محي الدين هلال السرحان- الطبعة الرابعة- مطبعة العاني-بغداد ١٣٩٢هـ/ ١٩٧٢م	أبو الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردي ٤٥٠ هـ/ ١٠٥٨م
٤٤-	أدب القضاء، تحقيق محمد مصطفى الزحيلي، الطبعة الاولى- مطبعة زيد بن ثابت، دمشق ١٣٩٥ هـ/ ١٩٧٥م	شهاب الدين أبو اسحق إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبي الدم الحموي الشافعي، ٦٤٢ هـ/ ١٢٤٢م.
٤٥-	الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه	جلال الدين عبد الرحمن

	الشريعة- الطبعة الأولى- دار الكتب العلمية- بيروت ١٤٠٣ هـ/ ١٩٨٣م.	السيوطي ٩١١هـ/ ١٥٠٥م.
٤٦-	أنوار المسالك شرح عمدة السالك وعدة الناسك- الطبعة الثانية-مطبعة مصطفى البابي الحلبي- القاهرة ١٣٦٧هـ/ ١٩٤٩م	محمد الزهري الغمراوي ١٣٦٣هـ/ ١٩٤٣م
٤٧-	حاشية الشرواني (ابن القاسم على تحفة المحتاج لشرح المنهاج- شهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمي ٩٧٢ هـ/ ١٥٦٤م- المطبعة الميمنية-مصر ١٣١٥ هـ/ ١٨٩٧م	عبد الحميد الشرواني، وأحمد بن قاسم العبادي ٩٩٢هـ/ ١٥٨٤م
٤٨-	حاشية قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي على شرح منهاج الطالبين- مطبعة دار إحياء الكتب العربية بمصر.	شهاب الدين أحمد القليوبي ١٣٠٩ هـ/ ١٨٦١م شهاب الدين أحمد عميرة ٩٥٧ هـ/ ١٥٥٠م
٤٩-	روضة الطالبين- الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، بيروت ١٣٩٥هـ/ ١٩٧٥م	يحيى بن شرف النووي ٦٧٦هـ/ ١٢٧٧م

٥٠-	مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج- المكتبة التجارية الكبرى بمصر ١٣٧٤هـ/ ١٩٥٥م	شمس الدين محمد أحمد الشربيني الخطيب الشافعي ٩٧٧ هـ/ ١٥٦٩م
الفقه الحنبلي:		
٥١-	الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل- الطبعة الأولى- مطبعة السنة المحمدية ١٣٧٤هـ/ ١٩٥٥	علاء الدين المرداوي ٨٨٥ هـ/ ١٤٨٠م.
٥٢-	الفروع- الطبعة الرابعة، عالم الكتب- بيروت ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م	أبو عبد الله محمد بن مفلح ٧٦٣هـ/ ١٣٦١م
٥٣-	الفواكه العديدة في المسائل المفيدة- الطبعة الأولى- المكتبة الإسلامية، دمشق ١٣٠٨ هـ/ ١٩٠١م	أحمد بن محمد المنقور التميمي النجدي ١١٢٥ هـ/ ١٧١٣م
٥٤-	كشاف القناع على متن الإقناع- الطبعة الأولى- المطبعة العامرية الشرقية- مصر١٣١٩ هـ/ ١٩٠١م	منصور بن إدريس بن يونس ١٠٥١هـ/ ١٦٤١م
٥٥-	مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى- الطبعة الأولى-المكتب الإسلامي، دمشق	مصطفى السيوطي الرحيباني ١٢٤٣هـ/ ١٨٢٧م

	١٣١٨ هـ/ ١٩٦١م	
٥٦-	معجم الفقه الحنبلي، المطبعة العصرية،الكويت ١٣٩٣هـ/ ١٩٧٣م	وزارة المقدسات والشؤون الإسلامية/ الكويت
٥٧-	المغني- طبعة دار الرياض الحديثة- الرياض ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م	موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة ٦٧٠ هـ/ ١٢٧١م
٥٨-	المغني-دار الفكر- بيروت، ١٤١٤ هـ/ ١٩٩٤م	موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة ٦٧٠ هـ/ ١٢٧١م.
كتب حديثة في الفقه والقضاء:		
٥٩-	الأصول القضائية في المرافعات الشرعية- الطبعة الثانية- مطبعة النهضة-مصر ١٤٣٣ هـ/ ١٩٢٥م	علي محمد قراعة- مصر ١٣٨٩هـ/ ١٩٦٩م
٦٠-	التحكيم في الشريعة الإسلامية- الطبعة الأولى- مكتبة دار الإيمان- المدينة المنورة ١٤١٤ هـ/ ١٩٩٤م	مسعد عواد وحمدان البرقاني الجهني- المدينة المنورة.
٦١-	القضاء في الإسلام، الطبعة الرابعة- دار الفرقان- اربد، الأردن ١٤١٥	د. محمد عبد القادر أبو

	هـ/ ١٩٩٥م	فارس- فلسطين
٦٢-	المدخل الفقهي العام-الطبعة الخامسة- مطبعة الجامعة السورية- دمشق ١٣٧٦ هـ/ ١٩٥٧م	أحمد مصطفى الزرقا، ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م
٦٣-	اليمين في القضاء الإسلامي- الطبعة الأولى-دار النفائس، عمان-الأردن. ١٤٢٩ هـ/ ٢٠٠٩م	د. عكرمة سعيد صبري، القدس-فلسطين
المعجم اللغوي:		
٦٤-	لسان العرب، دار الصادر- بيروت	أبو الفضل محمد بن منظور ٧١١هـ/ ١٣١١م
٦٥-	مختار الصحاح	محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ٦٦٦ هـ/ ١٢٧٦م
٦٦-	المصباح المنير في غريب الشرح الكبير- الطبعة الخامسة-المطبعة الأميرية-القاهرة ١٣٤١ هـ/ ١٩٢٢م	أحمد بن محمد المقري الفيومي ٧٧٠هـ/ ١٣٦٨م
٦٧-	المعجم الوسيط-المكتبة العلمية-طهران.	معجم اللغة العربية-طهران

٦٨-	النهاية في غريب الحديث والأثر- المطبعة العثمانية ١٣١١هـ/ ١٨٩٣م	مجد الدين الجزري المعروف بابن الأنير ٦٠٦ هـ/ ١٢٠٩م.

الفهـــرس

المقدمة..... ٢٥٠
التمهيد ٢٥١
تعريف التحكيم لغة واصطلاحاً: ٢٥١
المحور الأول: ما يجوز فيه التحكيم..... ٢٥٢
المحور الثاني: ما لا يجوز التحكيم فيه ٢٥٣
المحور الثالث: ما اختلف فيه التحكيم..... ٢٥٥
أولاً: مذهب الحنفية:..... ٢٥٥
الترجيح بين الرأيين لدى الحنفية: ٢٥٧
ثانياً: مذهب المالكية:..... ٢٥٧
ثالثاً: مذهب الشافعية ومذهب الحنابلة: ٢٥٩
المحور الرابع: ملخص آراء الفقهاء والترجيح لديهم ٢٦٢
المحور الخامس: المناقشة والترجيح ٢٦٤
المحور السادس: قواعد عامة في التحكيم..... ٢٦٦
المحور السابع: مقترحات ٢٦٧
الخاتمة ٢٦٨
فهرس المصادر والمراجع ٢٦٩
الفهـــرس..... ٢٨٢

مبدأ التحكيم

ومدى إفادة الأقلية الإسلامية منه

في ظل قوانين غير إسلامية

دراسة فقهية مقارنة بالقانون

إعداد الأستاذ الدكتور

علي محيي الدين القره داغي

الأمين العام للاتحاد العالمي لعلماء المسلمين

بسم الله الرحمن الرحيم

القسم الأول

المبادئ العامة للتحكيم

الحمد لله ربّ العالمين والصلاة والسلام على رسوله الأمين وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

فإن الإسلام أولى عناية منقطعة النظير بالفصل بين المنازعات على أساس العدل، وجعل العدل أهم أسس تقوم عليها شريعته الغرّاء، بل العدل هو أساس الكون وعليه قامت السموات والأرض وبه تتقدم الدول والأمم، وبعدمه تنـزل المصائب والفتن وتدمر الحضارات وتتهاوى الأمم وتنـتهي الحكومات، ولذلك جاءت الآيات والأحاديث النبوية تـترى لتأكيد هذا الأمر، حتى حصر القرآن الكريم وظائف الرسل والكتب في تحقيق العدل بمعناه الشامل فقال تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِٱلْبَيِّنَٰتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ ٱلْكِتَٰبَ وَٱلْمِيزَانَ لِيَقُومَ ٱلنَّاسُ بِٱلْقِسْطِ﴾[1].

ولم يكتف الإسلام في حلّ المنازعات بإصلاح الفرد وتقوية عقائده وأخلاقه وتقويم سلوكياته، ولا بالمواعظ الدينية المؤثرة، بل فرض لحلها القضاء وأنشأ له المحاكم والدواوين بدءاً من الرسول الكريم ﷺ حيث كان حاكماً وقاضياً إلى الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم ومن تبعهم بإحسان.

(١) سورة الحديد: ٢٥.

وبما أن الإسلام باعتباره ديناً وأخلاقاً ـ إضافة إلى كونه نظاماً ودولة ـ لا يجعل حل المنازعات عن طريق القضاء الحل الأول، بل يجعل حلها عن طريق التراضي، والصلح هو الحل الأمثل، فقال تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٌ﴾[1]، أي خير مطلق، وأفضل من جميع الطرق، وكان الرسول ﷺ يشير إلى المتخاصمين أولاً بالصلح فإذا لم يرتضيا حكم عليهما بالحكم البيّن[2]. وقد ضمن الخليفة الراشد عمر رضي الله عنه أهمية الصلح في رسالته في القضاء إلى أبي موسى الأشعري، وقد روى مسعر بن أزهر عن محارب قال: قال عمر: (ردّوا الخصوم حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يورث بينهم الشنآن)[3].

وإضافة إلى هذه الوسائل الأخلاقية، والقضائية، والاتفاقية فإن الإسلام شرع أمراً آخر يسهل عملية التقاضي ويختصرها وهي وسيلة التحكيم من خلال اللجوء إلى المحكم والحكم، وهي وسيلة أولى لها الفقه الإسلامي عناية قصوى، فنظمها تنظيماً جيداً ووضع لها ضوابط وقواعد، كما كان لها دورها في حل النـزاعات بين المسلمين.

وقد غدا للتحكيم اليوم أهمية قصوى وبالأخص في نطاق التجارة الدولية حيث أصبح أهم وسيلة تلجأ إليها الشركات والمؤسسات المالية لحسم خلافاتها التي تتعلق بتفسير العقد، أو تنفيذه، وذلك بسبب التكاليف الباهظة للمحاكم وخاصة في الدول

---

(١) سورة النساء: ١٢٨.

(٢) وقد عقد البخاري في كتاب الصلح أربعة عشر باباً اشتمل على واحد وثلاثين حديثاً وافقه مسلم على تخريج غير المكرر سوى حديث واحد، وكان منها باب: «هل يشير الإمام بالصلح؟» قال الحافظ في الفتح (٥/ ٣٠٧):(الجمهور استحبوا للحاكم أن يشير بالصلح)، ومنها باب: «إذا أشار الإمام بالصلح فأبى، حكم عليه بالحكم البيّن» انظر صحيح البخاري – مع الفتح – (٥/ ٢٩٧ – ٣١١)

(٣) انظر رسالة عمر وهذه المرويات في أعلام الموقعين ط. شقرون بمصر (١/ ٨٦ – ١٠٨).

الغربية، وبطء قراراتها وإجراءاتها، إضافة إلى جهل أحد الطرفين بتفاصيل النظام القضائي لتلك الدولة التي تتـتْبعها الشركة، أو عدم الثقة به، ناهيك عن أن التحكيم يستند أساساً إلى إدارة الطرفين اللذين يختاران الأشخاص الذين يتولون مهمة التحكيم ممن يتصفون بالحياد والاستقلال ومعرفة نوعية التعامل التجاري الذي حدث النـزاع بسببه والقواعد الواجبة التطبيق، مما يؤدي إلى ثقة الطرفين بأن نـزاعهما ستتم تسويته بشكل عادي وقانوني وبشكل طوعي وليس قسراً، وهذا يجعل العلاقة بينهما مستمرة دون ضغينة أو قطيعة.

ولأجل هذه الأهمية وجدت مراكز للتحكيم الدولي في مختلف المجالات وبالأخص في مجال التحكيم التجاري، وأصبحت لها مكانة مرموقة دولياً، مما حدا بالمنظمات الدولية بوضع قواعد خاصة بالإجراءات التي تتبع في سير عملية التحكيم[1].

ولهذه الأهمية الدولية للتحكيم أنشأت الأمم المتحدة لجنة خاصة تسمى لجنة القانون التجاري الدولي، وقامت بوضع قواعد خاصة بالتحكيم تسمى بقواعد لجنة القانون التجاري الدولي،كما قامت بوضع قانون سمي بالقانون النموذجي للتحكيم حتى تهتدي به الدول الأعضاء لتطوير قوانيها الخاصة بالتحكيم.

وقد تطورت فكرة التحكيم في الغرب مع النهضة الصناعية والتجارية فأنشأت في لندن عام ١٨٩٢م غرفة لندت للتحكيم، ثم تحولت إلى محكمة لندن للتحكيم عام

(١) د. فوزي محمد سامي: «التحكيم التجاري الدولي» ط. دار الثقافة بعمان (ص: ١١، ١٢).

١٩٠٣م، ثم تغير اسمها إلى محكمة التحكيم الدولي في لندن (**L C I A**) منذ عام ١٩٨١م، ولا تخلو الدول الغربية الأخرى عن مثلها، ففي باريس توجد محكمة التحكيم للغرفة التجارية الدولية، وفي نيويورك جمعية التحكيم الأمريكية: (**A A A**) منذ عام ١٩٨٤م، وفي فينّا المركز التحكيمي للغرفة التجارية الاقتصادية، إضافة إلى مراكز كثيرة في بلدان العالم تختص بالتحكيم الدولي التجاري وغيره.

وقد اهتمت البلاد الإسلامية والعربية بالتحكيم فأفردت له باباً خاصاً في قوانين المرافعات المدنية والتجارية، أو من أصول المحاكمات المدنية، بل خصته بعض الدول كالمملكة العربية السعودية بنظام مستقل من خلال المرسوم الملكي رقم (٢٦)في ١٢/ ٧/ ١٤٠٣هـ، كما أن معظمها انضمت إلى اتفاقية نيويورك عام ١٩٥٨م وصادقت عليها.

ومن جانب آخر أنشئت مراكز دائمة دولية وإقليمية للتحكيم منها المركز الإقليمي للتحكيم بالقاهرة، والمركز الإقليمي للتحكيم في كوالالمبور بماليزيا[(١)]، ومنها مركز التحكيم الإسلامي بجامعة الأزهر الذي بدأ يزاول نشاطه منذ عام ١٩٩٥م، والذي تنصّ المادة (٢٣) من لائحته على أن (تطبق هيئة التحكيم على النـزاعات المعروضة أمامها مبادئ الشريعة الإسلامية وتختار ما تراه مناسباً من الآراء وفقاً لاجتهادها إلاّ إذا ألزمها الطرفان بتطبيق مذهب فقهي معين دون غيره) [(٢)].

---

(١) أنشئ هذان المركزان بقرار من اللجنة الاستشارية القانونية الأسيوية الأفريقية (**AALCC**) التي عقدت دورتها العادية في يناير ١٩٧٨ بالدوحة، ووافق عليه رئيس جمهورية مصر بالقرار رقم (١٠٤) لسنة ١٩٨٤، يراجع: بحث المستشار محمد بدر يوسف المنياوى،المنشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع، الجزء الرابع، (ص١٥).

(٢) بحث المستشار محمد بدر يوسف المنياوى (ص١٩).

وقد أولت الدول والمؤسسات المالية عناية كبيرة بهذا المجال حيث عقدت اتفاقيات جماعية وثنائية، وتعقد سنوياً عدة مؤتمرات دولية وندوات علمية لأجل توضيح معالمها ومتابعة آخر القوانين واللوائح الدولية والإقليمية والتطورات القضائية والفقهية.

وبحثنا هذا لا يخوض في غمار التحكيم ذلك البحر المتلاطم الأمواج، وإنما يتجه نحو التركيز على المبادئ العامة للتحكيم في الفقه الإسلامي وكيفية التحكيم في البنوك الإسلامي والمؤسسات المالية الإسلامية مستعيناً بالله تعالى أولاً، ومستفيداً من كلّ ما أمكن الاستفادة منه من الكتب الفقهية والقانونية والاقتصادية، ومن التطبيقات في هذا المضمار.

وأعتقد أن علينا جميعاً ـ باحثين وأصحاب مال ومؤسسات إسلامية ـ واجباً كبيراً لتوضيح معالم شريعتنا الغراء في مجال التحكيم، والقيام بدراسات مستفيضة وندوات علمية، بل ومؤتمرات دولية للوصول إلى إقناع المجتمع الدولي بعظمة الشريعة في هذا المجال أيضاً، وأن فقهنا الإسلامي الخاص بالتحكيم مرن متطور يستجيب لكل قواعد العدالة، حتى لا يتكرر مثلما حدث في بعض التحكيمات الدولية من استبعاد قانون إحدى دول الخليج بزعم أنه قانون متخلف لا يمكن استخدامه لتفسير، أو حكم العلاقات التجارية الحديثة، أو ما قيل في سبب رفض نظام آخر مأخوذ من الشريعة من ادعاء جاهل بأنه (لا يحتوي أي حل للمشكلة المطروحة)[1].

(١) أبو زيد رضوان: «الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي» ط. دار الفكر العربي بالقاهرة ص١٤٦-١٤٧، وبحث المستشار المنياوي السابق ص١٦ -١٧.

ونحن نقسم بحثنا هذا إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: المبادئ العامة للتحكيم، التعريف به، وأركانه، وشروطه، وهل هو عقد مستقل أم لا؟ وهل هو لازم أم لا؟ ونحو ذلك.

القسم الثاني: تطبيقه في البنوك الاسلامية (العقبات والاقتراحات).

القسم الثالث: كيفية إفادة الأقلية الاسلامية من التحكيم في ظل قوانين غير إسلامية.

والله أسأل أن يوفقنا جميعاً لخدمة شريعته الغراء، إنه وليّ التوفيق . . .

كتبه الفقير إلى ربه

علي محي الدين القره داغي

التحكيم عند اللغويين:

التحكيم: لغة مصدر حكّم يحكّم ـ بتشديد الكاف ـ أي جعله حكماً. والحُكْم ـ بضم الحاء وسكون الكاف ـ هو القضاء، وجاء بمعنى العلم والفقه والقضاء بالعدل، ومنه قوله تعالى: ﴿وَءَاتَيْنَٰهُ ٱلْحُكْمَ صَبِيًّا﴾[1]، ومنه الحكمة بمعنى وضع الشيء في محله.

والحَكَم ـ بفتح الحاء والكاف ـ من أسماء الله تعالى، قال تعالى: ﴿أَفَغَيْرَ ٱللَّهِ أَبْتَغِى حَكَمًا﴾[2]، ويطلق على من يختار للفصل بين المتنازعين وبهذا ورد أيضاً في القرآن الكريم ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ﴾[3].

والمحكم هو الحكم، واحد المحكمة هم الخوارج الذين قالوا: لا حكم إلاّ لله[4].

وقد تكرر لفظ (حكم) ومشتقاته في القرآن الكريم أكثر من مائتي مرة منها القضاء بين الناس وفصل منازعاتهم العامة والخاصة بالقسط كقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ﴾[5]، وبمعنى البيان والحكم لخلافاتهم حول الإله والكون والمبدأ والمصير، والقضايا الإنسانية كقوله تعالى: ﴿إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ﴾[6].

---

(١) سورة مريم:١٢.

(٢) سورة الأنعام:١١٤.

(٣) سورة النساء: ٤٥.

(٤) لسان العرب، والقاموس المحيط، والمعجم الوسيط مادة «حكم».

(٥) سورة النساء:٥٨.

(٦) سورة النساء:١٠٥.

وورد بلفظ (يحكموك) في قوله تعالى:﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾[1]، حيث نزلت هذه الآية في الزبير ورجل من الأنصار قد شهد بدراً، تخاصما إلى رسول اللهﷺ في شراج من الحرّة كانا يسقيان به كلاهما فقال رسول الله ﷺ للزبير: «**اسق، ثم أرسل إلى جارك**» فغضب الأنصاري فقال: يا رسول الله أن كان ابن عمتك، فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال: «**اسق، ثم احبس حتى يبلغ الجدر**»[2]،حيث يدل على أن رسول الله ﷺ أراد أن يصلح بينهما بشيء فيه سعة للطرفين، فلما لم يرض بالصلح حكم عليه بالحكم البيّن الذي فيه الحق الكامل للزبير[3].وبلفظ (يحكمونك) في قوله تعالى: ﴿ وَكَيْفَ يُحَكِّمُونَكَ وَعِندَهُمُ التَّوْرَاةُ فِيهَا حُكْمُ اللَّهِ ﴾[4].

وبلفظ (حكماً) ثلاث مرات وهي قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ﴾[5]، والمراد بالحكم هنا من يرتضيه الزوج أو الزوجة للفصل بينهما بعدل، أو من يختاره ولي الأمر أو من ينوب عنه من القضاة من أهل الزوجين للفصل في شقاق بينهما[6]. ومنها قوله تعالى:

---

(١) سورة النساء:٦٥.

(٢) رواه الإمام البخاري في كتاب الصلح، باب: «إذا أشار الإمام بالصلح فأبى، حكم عليه بالحكم البين» مع فتح الباري (٥/ ٣٠٩ - ٣١٠).

(٣) فتح الباري (٥/ ٣١٠).

(٤) سورة المائدة: ٤٣.

(٥) سورة النساء: ٣٥.

(٦) المحرر الوجيز المشهور بتفسير ابن عطية، ط. قطر (٤/ ٤٧).

﴿ أَفَغَيْرَ ٱللَّهِ أَبْتَغِي حَكَمًا وَهُوَ ٱلَّذِيٓ أَنزَلَ إِلَيْكُمُ ٱلْكِتَٰبَ مُفَصَّلًا ﴾[1]، أي حكماً يرجع إليه في الحكم والقضاء ولا يختلف الأمر عن السنة حيث وردت هذه الكلمة ومشتقاتها كثيراً بهذه المعاني المذكورة[2].

التحكيم في اصطلاح الفقهاء:

عرَّفته مجلة الأحكام العدلية في مادتها ١٧٩٠ فقالت: (التحكيم عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما)، ويقال لمن ارتضى به الطرفان الحَكَم ـ بفتح الحاء والكاف ـ، والمُحَكّم ـ بضم الميم وفتح الحاء، والكاف المشددة ـ وبما أن حكم الحكمين ملزم (لأنه إذا لم يكن ملزماً لم تتحقق الفائدة المنشودة) فلا بدّ من إضافة الإلزام إلى التعريف، فيكون التعريف الجامع المانع في نظري هو: أن التحكيم اتفاق طرفي الخصومة على تولية من يفصل بينهما بحكم ملزم)[3].

والاتفاق يتم إما عن طريق العقد الموقع بينهما الذي ينصّ على شرط التحكيم، أو يتم بأية وسيلة أخرى، وخرج بلفظ الاتفاق القضاء حيث انه منصوب بأمر الدولة. ويشمل (طرفا الخصومة) الشخصين الطبيعيين، أو الاعتباريين، والمراد بالخصومة ما جرى فيه النـزاع بين الطرفين سواء كان المتنازع فيه مالاً أو غيره، ولا بدّ من الخصومة والنـزاع، لأنه بدونه لا يسمى تحكيماً. وقوله (من يفصل بينهما) شامل لفرد واحد أو

(١) سورة الأنعام: ١١٤.

(٢) المعجم المفهرس لألفاظ السنة المشرفة مادة «حكم».

(٣) عرف قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي (قرار رقم ٩٥/ ٨/ د٩٠) التحكيم بأنه: «اتفاق بين طرفي خصومة معينة على تولية من يفصل في منازعة بينهما بحكم ملزم يطبق الشريعة الإسلامية».

لأكثر، كما أنه شامل لهيئة، أو مركز، أو أية شخصية اعتبارية مثل مراكز التحكيم، وخرج (بحكم ملزم) الفتيا التي يصدرها المفتي عندما يلجأ إليه المتخاصمان).

والتحكيم في اصطلاح القانونيين:

هو الاتفاق على إحالة ما ينشأ بين الأفراد من النـزاع بخصوص تنفيذ عقد معين، أو على إحالة أي نـزاع نشأ بينهم بالفعل على واحد، أو أكثر من الأفراد يسمون المحكمين ليفصلوا في النـزاع المذكور بدلاً من أن يفصل فيه القضاء المختص.

ويسمي أكثرهم الاتفاق مقدماً قبل قيام النـزاع على عرض المنازعات التي قد تنشأ في المستقبل خاصة بتنفيذ عقد معين على محكمين: شرط التحكيم، وسماه نظام التحكيم السعودي والقانون المصري الجديد: وثيقة التحكيم، في حين سماه القانون الكويتي، ومجمع اللغة المصري: اتفاق التحكيم، وسماه القانون اللبناني (الفقرة الحكمية).

وأما الاتفاق على التحكيم في نـزاع معين بعد نشوئه فيسمونه مشارطة التحكيم، وسماه القانون اللبناني (العقد التحكيمي)[1].

وقد عرفت المادة ٣٧ من اتفاقية لاهاي الأولى عام ١٩٠٧م التحكيم الدولي بأنه تسوية المنازعات فيما بين الدول بواسطة القضاة الذين تختارهم وعلى أساس احترام القانون الدولي.

---

(١) د. قحطان الدوري: «عقد التحكيم والفقه الإسلامي والقانون الوصفي»، ط. الخلود، بغداد ١٤٠٥هـ-، (ص٢٢)، ود. أحمد أبو الوفا: «عقد التحكيم وإجراءاته» ط. منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٧٤ (ص١٥)، ود. فوزي محمد سامي «التحكيم التجاري الدولي» (ص١٧ - ١٨)، ود. محمد محمود هاشم: «النظرية العامة للتحكيم» ط. دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٩٠ (١/ ٧٢ - ٧٦).

وإذا نظرنا إلى هذه التعريفات القانونية والدولية لوجدناها متقاربة لا تختلف في جوهرها عن تعريف الفقه الإسلامي، ولا يضيره أنه لم يقسم التحكيم إلى ما قبل النـزاع وبعده وذلك لأن تعريفه له يشملهما، وأن صدره لا يضيق بالتقسيمات الفنية بل يرحب بها.

المصطلحات المتشابهة بالتحكيم:

هناك عدة مصطلحات (مثل القضاء، والصلح والإفتاء، والتوفيق) لها شبه بالتحكيم من حيث البحث عن بيان حكم الله تعالى للمنازعات ومن حيث بعض الأحكام الأخرى، وهي القضاء، والصلح والإفتاء.

فالقضاء له شبه بالتحكيم من الأوجه التالية:

١. كلاهما يبحثان عن بيان حكم الله تعالى للقضية المتنازع فيها.

٢. كلاهما يفصلان في الخصومات.

٣. كلاهما يلزم بأحكامهما المتنازعان، فحكم المحكم كحكم القاضي في الإلزام.

٤. كلاهما لا يتصدى لمنازعات الناس دون رفع الأمر إليهما.

ولكن مع ذلك توجد فروق جوهرية من أهمها:

(١) أن ولاية القاضي أو الحاكم مستمدة من السلطة الشرعية، في حين أن ولاية المحكم مستمدة من طرفي النـزاع، وقد تكون مستمدة من القاضي في بعض الحالات.

ولا شك أن استناد التحكيم إلى رضاء من يلجأون إليه يضع في أيديهم رسم نطاق محدد لا يحق للمحكم أن يتجاوزه، في حين أن القاضي ليس للمتنازعين سلطان عليه في رسم نطاق التقاضي إلاّ ما يخص بنود الاتفاقية.كما أن المتنازعين يملكان عزل المحكم في حين أن المتخاصمين ليس لهم أي علاقة بفصل القاضي، بل القضاء في الإسلام وفي النظم المعاصرة مستقل عن السلطة التنفيذية.

(٢) أن ولاية القاضي أو الحاكم ولاية عامة حيث لا يخرج عن سلطة القضاء أحد، ولا يستثنى من اختصاصه موضوع كما أنها هي الأصل والمبدأ العام في فصل المنازعات، أما ولاية المحكم فهي ولاية فرعية خاصة بموضوع التحكيم المتفق عليه بين الطرفين[١].

(٣) أن عقد التحكيم عقد رضائي، في حين أن القضاء ليس كذلك بالنسبة للمتخاصمين، بل هو سلطة ونظام.

(٤) أن حكم المحكّم إذا لم يطبقه المتخاصمان، وتنازعا فيه يلجأن إلى القضاء للإلزام إذن فمصيره إلى القضاء في هذه الحالة، في حين أن حكم القاضي ملزم وواجب التنفيذ حيث تنفذه الأجهزة التنفيذية مباشرة.

(٥) إن حكم المحكم إذا رفع إلى القاضي يجوز له أن ينقضه إذا وجد فيه خللاً في مراحل التحكيم وقواعده، في حين أن حكم القضاء في نفس مرتبته لا ينقض.

(٦) إن حكم المحكم إذا رفع إلى القاضي وكان محل التحكيم أمراً اجتهادياً يجوز له

(١) يراجع: الموسوعة الفقهية الكويتية (١٠/ ٢٣٤)، وبحث المستشار المنياوي السابق (ص١٢٨)

أن ينقضه عند بعض الفقهاء، أما إذا كان حكماً قضائياً فإن حكم القاضي لا ينقض بحكم قاض آخر، فالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله.

(٧) إن حكم المحكم بثبوت الوقف لا يجعله لازماً عند الحنفية، في حين أن حكم القاضي يجعله لازماً، لأنه يرفع الخلاف.

(٨) إن حكم المحكم على وصي الصغير بما هو ضرر على الصغير لا يصح، لأن تحكيم الوصي بمنـزلة الصلح وهو لا يلزم الصبي فيما هو ضرر عليه، أما حكم القاضي بذلك فصحيح إذا توافرت شروطه[(١)].

(٩) إن حكم المحكم برد الشهادة للتهمة لا يلزم غيره كما لا يلزم القاضي إذا عرض عليه الأمر وشهدت البينة بعدالة الشاهد، أما إذا ردّ الشهادة القاضي للتهمة فإنه لا يحق لقاضٍ آخر أن يقبلها[(٢)].

وأما الصلح وإن كان يتفق مع التحكيم في فصل المنازعات لكنه يختلف معه في أن الصلح يتم بين الطرفين المتنازعين عن طريق تنازلهما، أو تنازل أحدهما ودياً أي بالتراضي دون تحاكمهما إلى طرف ثالث، فالقرار يصدر منهما معاً، أو من أحدهما حتى لو تدخل مصلح فهو لتقريب وجهات النظر دون إصدار القرار، أما التحكيم فهو

---

(١) البحر الرائق (٧/ ٤ – ٢٧)، والفتاوى الهندية (٣/ ٤٠٠)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ٤٣١ – ٤٣٢) ومطالب أولي النهى (٦/ ٤٥٣)، ومغني المحتاج (٤/ ٣٧٢)، ويراجع: د. قحطان الدوري: المرجع السابق (ص٠٠٢٣)، وبحث المستشار المنياوي السابق (ص٢٨ – ٢٩).

(٢) يراجع: البحر الرائق (٧/ ٢٧)، والأستاذ محمد سلام مذكور: " القضاء في الإسلام " ط. (ص)، وبحث المستشار المنياوي (ص٢٩)، وشرح المجلة لخالد الأتاسي (٦/ ٢٤)

يصدر من الطرف الثالث (غير طرفي النـزاع) فالصلح عقد يرفع النـزاع ويقطع الخصومة بتراضي الطرفين، أما التحكيم فإنه يقطع الخصومة عن طريق إصدار حكم ملزم من المحكم.

وأما الإفتاء فهو يشترك مع التحكيم في أن كلاً منهما يبحث عن بيان حكم الله في النازلة أو المنازعة وأنه لا يتطلب ولاية الإمام، بل برضاء المستفتي، أو المتنازعين، لكنه يختلف عنه في أن حكم المفتي ليس ملزماً، في حين أن حكم المحكم ملزم، كما أن الإفتاء أعمّ حيث يمكن أن يكون في المنازعات أو في العبادات، أو غيرهما، أما التحكيم فهو خاص بالمنازعات التي التجأ أصحابها إلى المحكم[(١)]. وقد لخص ابن فرحون هذا الفرق بعبارة موجزة فقال في الفرق بينهما: (المفتي مخبر، والحاكم ملزم)[(٢)].

وهناك مصطلح آخر في القانون يسمى التوفيق (Conciliation)، حيث يقصد به التقريب بين وجهات نظر الطرفين، فالموفق هو الوسيط الذي يحاول أن يقرب بين وجهات نظرهما للوصول إلى اتفاق لتسوية النـزاع، لكن قراره ليس ملزماً كما هو الحال في التحكيم، وكما لا يلتزم الموفق بتطبيق قانون معين[(٣)].

---

(١) يراجع: الفروق للقرافي (٤/ ٥٢)، وتبصرة الحكام لابن فرحون (١/ ٦٥)، ومغني المحتاج (٤/ ٣٧٢)، ويراجع: كتاب «الفتيا ومناهج الإفتاء» للدكتور محمد سليمان الأشقر، ط. دار النفائس بالأردن (ص ١٣ وما بعدها)

(٢) تبصرة الحكام (١/ ٦٥)

(٣) أولت لجنة القانون التجاري الدولي عناية بالتوفيق فأصدرت مجموعة من القواعد الخاصة به التي أقرت من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٤/ ١٢/ ١٩٨٠ مع التوصية بالأخذ بها في حل المنازعات التجارية الدولية ودياً..

أدلة مشروعية التحكيم:

يدل على مشروعية التحكيم الكتاب، والسنة، والإجماع:

الكتاب:

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ﴾[1]، فالآية صريحة في مشروعية التحكيم، بل استحبابه للإصلاح بين الزوجين في حالة الخوف من شقاق بينهما، قال القاضي أبوبكر ابن العربي: «وهي من الآيات الأصول في الشريعة» ثم ذكر أقوال العلماء في المخاطب به فقال سعيد بن جبير: المخاطب: السلطان، وقال مالك: قد يكون السلطان وقد يكون الوليين إذا كان الزوجان محجورين، ثم قال القاضي: «فأما من قال: إن المخاطب الزوجان فلا يفهم كتاب الله، وأما من قال: إنه السلطان فهو الحق، وأما قول مالك: إنه قد يكون الوليين فصحيح، ويفيده لفظ الجمع فيفعله السلطان مرة ويفعله الوصي أخرى،وإذا أنفذ الوصيان حكمين فهما نائبان عنهما، فما أنفذاه نفذ، كما لو أنفذه الوصيان»[2].

وعلى هذا القول بأنه السلطان فقط جماهير الفقهاء[3]، قال القاضي: (وقد روى محمد بن سيرين وأيوب عن عبيدة عن علي، قال: جاء إليه رجل وامرأة ومعهما فَئام (أي جماعة) من الناس، فأمرهم فبعثوا حكماً من أهله، وحكماً من أهلها، ثم قال

---

(١) سورة النساء: ٣٥.

(٢) أحكام القرآن ط. دار المعرفة بلبنان (١/ ٤٢١، ٤٢٣)، ويراجع لنفس المعنى تفسير القرطبي ط. دار الكتب المصرية (٥/ ١٧٩)، وتفسير ابن عطية ط. قطر (٤٨)، والبحر المحيط لأبي حيان (٣/ ٢٤٣)

(٣) انظر: أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٢٣١)، وأحكام القرآن لابن العربي (١/ ٤٢١ - ٤٢٣)، والأم (٥/ ١٧٧)، ونهاية المحتاج (٦/ ٣٨٥)، وكشاف القناع (٥/ ٢١١)

للحكمين: أتدريان ما عليكما؟ إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما، فقالت المرأة رضيت بما في كتاب الله لي وعليَّ، وقال الزوج أما الفرقة فلا، فقال: لا تنقلب حتى تقرّ بمثل الذي أقرّت) [1]. ثم ذكر القاضي أن قوله تعالى: (حكماً من أهله وحكماً من أهلها)، نصٌّ من الله سبحانه في أنهما قاضيان لا وكيلان ....) [2].

كما أرجع القرآن الكريم الأمر في موضوع جزاء الصيد إلى حكمين فقال تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ﴾ [3].

السنة:

وأما السنة فقد دلت على مشروعية التحكيم من عدة جوانب:

أ ـ منها ما صحّ أن رسول الله ﷺ قد رضي بتحكيم سعد بن معاذ رضي الله عنه في أمر اليهود من بني قريظة حينما رضوا بالنزول على حكمه) [4].

ب ـ ومنها أن الرسول ﷺ أرسل وقد كانت العرب (بل وغيرهم) يقرون التحكيم، ويلتزمون به، فأقره الرسول ﷺ، حيث روى النسائي وغيره عن أبي شريح أن قومه كانوا يكنونه: أبا الحكم، فدعاه رسول الله ﷺ، وقال: (إن الله هو الحكم،

(١) أحكام القرآن (١/ ٤٢٣ - ٤٢٤)، ورواه الدار القطني، وقال القرطبي في تفسيره (٥/ ١٧٩) تعليقاً على هذا الخبر: وهذا إسناد صحيح ثابت عن ابن سيرين عن عبيدة)

(٢) المصادر السابقة

(٣) سورة المائدة: ٩٥.

(٤) الحديث متفق عليه، انظر صحيح البخاري، كتاب الجهاد - مع الفتح - (٦/ ١٦٥)، ومسلم كتاب الجهاد (٣/ ١٣٨٩)

وإليه الحكم، فلم تكنى أبا الحكم؟) فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم، فرضي كلا الفريقين، فقال رسول الله ﷺ: «**ما أحسن هذا**»[(١)] حيث يدل الحديث على هذا الإقرار والتقرير الواضح للتحكيم السائد في عرف العرب، ولكنه مقيد بالعدل ونحوه من المبادئ الإسلامية القاضية.

الإجماع:

وأما الإجماع فقد ثبت منذ عهد الصحابة الكرام من خلال عدة قضايا تـنازع فيها بعضهم فالتجأوا إلى التحكيم فقبلوه، منها أنه كان بين عمر وأبيّ بن كعب منازعة في نخل فحكّما بينهما زيد بن ثابت رضي الله عنه[(٢)]، واختلف عمر مع رجل فتحاكما إلى شريح[(٣)]، ومنها أن عثمان وطلحة تحاكما إلى جبير بن مطعم[(٤)] رضي الله عنه علماً بأن هؤلاء المحكمين لم يكونوا قضاة في ذلك اليوم. ومنها ما ثبت أن المهاجرين والأنصار اختلفوا في وجوب الغسل من الختانين دون نـزول الماء فحكموا علياً فقضى بالغسل[(٥)]، ومنها تحكيم أهل الشورى عبدالرحمن بن عوف[(٦)]، وتحكيم على أبا موسى الأشعري، وتحكيم ومعاوية

(١) رواه النسائي، وصححه الألباني في صحيح سنن النسائي ط. الرياض ١٤٠٩هـ- (٣/ ١٠٩١) الحديث رقم ٤٩٨٠.

(٢) سنن الدار القطني (٤/ ٢٤٢)، والبيهقي (١٠/ ١٤٤)

(٣) أخبار القضاة لوكيع (٢/ ١٨٩)

(٤) شرح معاني الآثار للطحاوي (٤/ ١٠)، وتلخيص الحبير (٣/ ٦)

(٥) المصنف لعبدالرزاق (١/ ٢٤٩)، وكنز العمال (٩/ ٣٢٦)

(٦) يراجع صحيح البخاري مع فتح الباري (٧/ ٦١ -٦٢)

عمرو بن العاص رضي الله عنهما[1]. والآثار المروية تدل على تكرار ذلك أكثر من مرة أمام جمع كبير من كبار الصحابة ولم يسمع بمخالفة أحدهم لذلك، ولا إنكارهم ذلك فكان ذلك إجماعاً[2].

وعلى جواز التحكيم مطلقاً (مع وجود القاضي أو عدمه) جماهير الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية في قول، والحنابلة، والزيدية، وبعض الإمامية، وهو مروي عن الشعبي، وابن سيرين، وعبدالله بن عتبه[3].

وخالفهم في ذلك ابن حزم الظاهري، والشافعية في قول حيث قيدوا جواز التحكيم بعدم وجود قاض في البلد، في حين منع مطلقاً الشافعية في قول آخر لهم والإمامية[4]. وأمام أدلة الجمهور التي ذكرنا بعضها يصبح هذان القولان ضعيفين لا ينهضان للوقوف أمامها، ولا يسع البحث للخوض في الردّ عليها[5].

الالتزام بالعقود والشروط:

ومن المتفق عليه أن الأدلة الشرعية تدل بوضوح على وجوب الالتزام بالعقود

(١) تأريخ الطبري (٥/ ٦٧)، و د. قحطان الدوري: المرجع السابق (ص٣٧)

(٢) المبسوط للسرخسي (٢١/ ٦٢)، وفتح القدير مع شرح العناية (٥/ ٤٩٨)

(٣) يراجع: المبسوط (٢١/ ٦٢)، وفتح القدير مع شرح العناية (٥/ ٤٩٨)، ومواهب الجليل (٦/ ١١٢)، والدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٣٥)، ونهاية المحتاج (٨/ ٢٣٠)، ومطالب أولي النهى (٦/ ٤٧)، والمغني (٩/ ١٠٧ - ١٠٨)

(٤) المحلى لابن حزم (٩/ ٤٣٥)، وتحفة المحتاج (١٠/ ١١٨)

(٥) المراجع السابقة، ويراجع للتفصيل د. قحطان الدوري المرجع السابق (ص٧١ - ٧٢)

والشروط الصحيحة، منها قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[1] ومنها قوله ﷺ: «**المؤمنون عند شروطهم**»[2] ومن المعلوم أن التحكيم يأتي إما في صورة شرط التحكيم، وحينئذ يجب الوفاء به باعتباره التزاماً التزم به العاقد الشارط، وإما أن يتفق الطرفان قبل، أو بعد النزاع على التحكيم، وحينئذ يتفقان على وثيقة التحكيم التي تتضمن جميع متطلبات التحكيم وشروطه مما يجوز الاتفاق عليه فيه[3]، وحينئذ يكون عقداً داخلاً في الوفاء بالعقود.

سعة دائرة التحكيم:

لقد رأينا في المبحث السابق أن التحكيم في القرآن الكريم شمل الجوانب الأسرية، وجزاء الصيد، وأن السنة النبوية المشرفة قد طبقته في مجال الأسرة والمال، والحرب، وأما تطبيقات الصحابة الكرام فقد شملت مختلف القضايا السياسية والمالية، والقضايا الكبرى كاختيار الإمام كما في قصة تحكيم أهل الشورى لعبدالرحمن بن عوف، وعزله كما في تحكيم سيدنا على ومعاوية الحكمين أبا موسى، وعمرو بن العاص رضي الله عنهم، والقضايا الصغرى الفرعية في مجالات النـزاع على الأموال والحقوق.

ومن هنا فدائرة التحكيم في الفقه الإسلامي واسعة جداً بحيث يمكن اللجوء إليها في

---

(١) سورة المائدة: ١

(٢) الحديث صحيح صححه الكثيرون، فرواه الترمذي في سننه – مع تحفة الأحوذي – (٤/ ٥٨٤) وقال: حديث حسن صحيح وأبو داود في سننه – مع العون – (٩/ ٥١٦) ورواه البخاري تعليقاً بصيغة الجزم – مع الفتح (٤/ ٤٥١) ورواه الحاكم في المستدرك (٢/ ٤٩) وقال الألباني في الارواء (٥/ ١٤٢): صحيح)

(٣) المراجع القانونية السابقة

المسائل المالية والاقتصادية والاجتماعية والدستورية والسياسة الشرعية ونحوها إلاّ في الحدود واللعان ونحوهما مما هو من حقوق الله تعالى (الحق العام) كما سيأتي، ومن هنا فالتحكيم في الفقه الإسلامي يسع كل الأنواع والتسميات المعاصرة مثل التحكيم التجاري العادي، الدولي، والتحكيم في المنازعات البحرية، والتحكيم في القانون الدولي وفي مجال تطبيق قانون العمل بالنسبة للعمال وربّ العمل.

أركان التحكيم:

يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في أن اتفاق التحكيم عقد رضائي، وليس شكلياً يتوقف على شكل معين، لكنه يختلف معه في إثبات الاتفاق على التحكيم يتوقف على كونه مكتوباً نظراً لأهميته، وخطورته[1]، وكذلك الأمر بالنسبة لجميع شروطه وبنوده في حين أن الفقه الإسلامي لا يشترط الكتابة فيه، بل يجوز إثباته بها، وبالاتفاق الشفهي أيضاً، وبالشهادة، لكن الفقه الإسلامي يندب إلى إثبات الحقوق بكل الوسائل المتاحة، ومن هنا فلو اشترطت الدولة، أو الطرفان أن لا يتم التحكيم إلاّ مكتوباً فلا أخال أن في ذلك مخالفة للشريعة الغراء التي أمرت بالكتابة في عصر كانت الكتابة فيه نادرة، فقال تعالى: ﴿فَٱكۡتُبُوهُۚ وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِبُۢ بِٱلۡعَدۡلِ﴾[2].

وأركان العقد معروفة وهي العاقدان، والصيغة المعبرة عن العقد، ومحل التحكيم

(١) وقد نصت معظم القوانين الوضعية على ذلك مثل القانون الفرنسي في المادة (١٠٠٥)، وقانون المرافعات المصري في مادته (٥٠١)، وقانون المرافعات العراقي في مادته (٢٥٢)، وغيرها من القوانين، ويراجع: د. قحطان الدوري: المرجع السابق (ص٨٢)، و د. أبو الوفا: المرجع السابق (ص٢٧)

(٢) سورة البقرة: ٢٨.

هو الأمر المتنازع عليه، ولا أدخل في تفاصيل الشروط العامة لأركان العقد[1]، ولكنني اذكر أهم الشروط الخاصة بالتحكيم وهي:

(١) أن يكون المحكم أهلاً لولاية القضاء، لأن المحكم كالقاضي[2] عند أكثر الفقهاء ـ منهم المالكية والشافعية ـ، ومعظم القوانين المعاصرة التي تتجه إلى عدّ التحكيم قضاء يحسم النزاع، في حين ذهب جماعة من الفقهاء ـ منهم الحنفية والشافعية ـ إلى اعتباره توكيلاً لأجل المصالحة، حيث يستنبط من مواد مجلة الأحكام العدلية في موادها (١٧٤١ – ١٨٥١) ذلك وأن قوة القرار التحكيمي أضعف من قوة القرار القضائي، وأنه يجوز للقاضي أن يلغي القرار التحكيمي إذا كان مخالفاً للأصول، وأنه يلزم إجماع المحكمين في حالة تعددهم، كما أنه يجوز لكل من الطرفين عزل المحكم قبل الحكم[3]، وبالتالي فإن المحكم في نظر هؤلاء وكيل عن المتخاصمين[4].

(٢) أن لا يكون محل التحكم في الحدود واللعان عند جماهير الفقهاء (الحنفية،

---

(١) يراجع لتفصيل ذلك في الفقه الإسلامي والقانون: «مبدأ الرضا في العقود» ط. دار البشائر الإسلامية بيروت ١٩٨٥م

(٢) البحر الرائق (٧/ ٢٤)، ومواهب الجليل (٦/ ١١٢)، ومغني المحتاج (٤/ ٣٧٨)، والمغني (٩/ ٠٠٠١٠٧)، والموسوعة الفقهية الكويتية (١٠/ ٢٣٧).

(٣) يراجع: الشيخ فيصل مولوي: التحكيم الشرعي في بلاد الغرب، بحث منشور في مجلة المجلس الأوروبي للافتاء والبحوث العدد٣ص١٦١

(٤) يراجع: المصادر الفقهية السابقة، والموسوعة الفقهية الكويتية، مصطلح (التحكيم) (١٠/ ٢٤٤ وما بعدها)

والمالكية، والشافعية، والحنابلة في رواية على تفصيل داخل المذاهب، ولا القصاص والديات عند جماعة من الفقهاء منهم الحنفية، وذلك لخطورة هذه الأمور وأنها منوطة بالسلطة القضائية[1] وقد وضع ابن عرفة معياراً لذلك وهو أنه يجوز التحكيم فيما يصح لأحدهما ترك حقه فيه[2] وهو معيار صحيح دقيق لأن الحقوق العامة كما في الحدود واللعان لا يمتلكها الإنسان نفسه، في حين أن ظاهر كلام أحمد أن التحكيم جائز في جميع القضايا، قال القاضي أبو يعلى: (وينفذ حكم من حكّماه في جميع الأحكام إلاّ أربعة أشياء: النكاح، واللعان، والقذف والقصاص، لأن لهذه الأحكام مزية على غيرها فاختص الإمام بالنظر فيها، ونائبه يقوم مقامه، وقال أبو الخطاب: ظاهر كلام أحمد أنه ينفذ حكمه فيها، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين)[3].

(٣) تراضي طرفي الخصومة على التحكيم، أما إذا عين القاضي المحكم فلا يشترط رضاهما، لأنه نائب عن القاضي والمقصود أن يتم اتفاقهما على قبول مهمة التحكيم إما في العقد نفسه قبل نشوب النـزاع، أو بعده[4].

وهذا التراضي يمثل ركن التحكيم وجوهره، لأنه عقد لا ينعقد إلاّ بالإيجاب والقبول

(١) البحر الرائق (٧/ ٢٦)، والفتاوى الهندية (٣/ ٢٦٨)، والشرح الكبير مع الدسوقي (٤/ ١٣٦)، وروضة الطالبين (١١/ ١٢)، والمغني لابن قدامه (٩/ ١٠٨)

(٢) تبصرة الحكام (١/ ٤٣ - ٤٤)، وحاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٤/ ١٣٦)

(٣) المغني لابن قدامه (٩/ ١٠٨)

(٤) المصادر السابقة

ولذلك يشترط فيهما الشروط التي ذكرها الفقهاء من كونهما متصلين واقعين على محل واحد، ثم إن هذا التواصي قد يعبر عنه العاقدان المحكمان (بكسر الكاف المشددة) صراحة كم لو قالا: اتفقنا على التحكيم، أو حكمناك فيما بيننا، وقد يظهر دلالة كما لو اختصما إلى رجل ليحكم بينهما[1].

وللمحكمين الحق في تقييد رضاهما أو إطلاقهما ووضع الشروط ما دام ذلك لا يخالف نصاً من الكتاب والسنة، كما أن لهما تعليقه، أو إضافته إلى المستقبل عند بعض الفقهاء منهم أبو يوسف[2].

طبيعة عقد التحكيم:

هناك عقدان للتحكيم:

العقد الأول هو الذي قبل النـزاع من خلال شرط في العقد يضعه الطرفان وينصّ فيه عادة: أنه إذا حدث نـزاع في تفسير العقد، أو في تنفيذه، أو فيما يتعلق به من آثاره فإنه يصار إلى التحكيم.

وهذا ـ كما سبق ـ يسمى بشرط التحكيم في معظم القوانين الغربية، أو وثيقة التحكيم في نظام التحكيم السعودي، والقانون المصري الجديد، أو اتفاق التحكيم في القانون الكويتي، وهذا الاسم هو الذي اختاره مجمع اللغة المصري.

وقد يتم التحكيم بعد حدوث النـزاع، وحينئذٍ يبرم الطرفان المتنازعان اتفاقاً

(١) حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٢٨)، ومغني المحتاج (٤/ ٣٧٩)

(٢) البحر الرائق (٧/ ٢٤ - ٢٩).

باللجوء إلى التحكيم، ويسمى مشارطة التحكيم ـ كما سبق ـ، وهو حينئذ عقد يتم بالإيجاب والقبول، كما أنه عقد مقرر في الشريعة ـ كما سبق ـ وحتى لو كان جديداً فإن الأصل جوازه وصحته.

وفي ضوء ذلك يكون هناك فرق بين شرط التحكيم الذي ينطبق على نزاع محتمل وغير محدود وبين أن اتفاق التحكيم الذي يجب أن يكون خاصاً بنزاع قائم فعلاً[(١)].

(ولكن قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في مادته العاشرة أجاز إبرام مشارطة التحكيم، أو وثيقة قل نشوء النزاع على خلاف ما كان مستقراً من مشارطة التحكيم أو وثيقته يتم الاتفاق على إبرامها بعد نشوء النزاع فعلاً)[(٢)].

وقد يثور التساؤل حول مدى صحة هذا الشرط بسبب أنه شرط معلق على أمر مستقبلي لم يقع، وبالتالي يطبق عليه ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من عدم جواز تعليق العقود؟.

ويمكن الإجابة عليه بعدة وجوه:

(١) أن التعليق الذي منعه الجمهور هو في عقود المعاوضات الناقلة للملكية مثل البيع، وبالتالي فتنزيل رأيهم على غيرها غير دقيق أو من باب لازم المذهب الذي

(١) حكم محكمة السويس الابتدائية – دائرة استئنافية – الصادر في ٢٣/ ٢/ ١٩٦٤ المنشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول لسنة ٩ يناير ١٩٦٥ ص ١٦٢

(٢) أ.د. محمد سليم العوا: شرط التحكيم في الفقه الاسلامي، بحث مقدم إلى ندوة التحكيم في الشريعة الاسلامية بدبي ٢٧-٢٨/ ١٠/ ٢٠٠١

لا يعد مذهباً عند المحققين[1].

(٢) إن وجود شرط التحكيم في العقد لا يجعله معلقاً، لأن مقصود العلماء بتعليق العقود أن يرتبط العقد به، وجوداً وعدماً، وأن يصبح العقد معلقاً غير ناجز إلى أن يتحقق المعلق عليه بحيث لا تترب عليه آثاره، ولذلك يعبرون عن ذلك بصيغة التعليق بإحدى أدوات الشرط، أما وجود شرط لا يؤثر في حقيقة العقد ونجازته وآثاره الشرعية فإن هذا لا يدخل في تعليق العقود، لأن العقد قد توافر فيه سبب انعقاده[2].

(٣) إنه من المتفق عليه أن رأي الجمهور لا يعتبر حجة ملزمة ـ على فرض صحته ـ وإنما الحجة في الاجماع الصحيح، وهذا لم يتحقق، حيث ذهب إلى خلافهم جماعة من الفقهاء ـ منهم أحمد في رواية رجحها ابن تيمية، وابن القيم ـ إذا كان فيه منفعة للناس فذهبوا إلى جواز تعليق العقود، فقد ذكر ابن قيم الجوزية: أن تعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر تدعو إليه الضرورة، أو الحاجة، أو المصلحة، فلا يستغنى عنه المكلف، وان أحمد نص على جواز تعليق البيع في قوله: إن بعت هذه الجارية فأنا أحق بها بالثمن، واحتج بأنه قول ابن مسعود، وما روى عن عمر أنه تعليق عقد المزارعة على شرط، ولم

(١) يراجع: الفروق للقرافي (١/ ٢٢٨) والمنثور الزركشي (١/ ٣٧٧)

(٢) مسلم الثبوت (١/ ٤٢٣) وحاشية ابن عابدين (٤/ ٣٣٢) والشيخ الضرير: الغرر ص ٤٤، والموسوعة الفقهية الكويتية (١٢/ ٣٠١-٣١٠) والمنثور للزركشي (١/ ٣٧٧)

يخالف أحد من الصحابة فكان إجماعاً، ويقاس عليها البيع[1].

ففي الحالتين تمّ عقد التحكيم بتراضي الطرفين، وهو من العقود الرضائية في الشريعة والقانون ـ كما سبق ـ وهو عقد اختياري محله المعقود عليه المنازعة والخصومة وهدفه الفصل فيها للوصول إلى حلّ عادل.

هذا هو الأصل العام، ولكنه يقول أهل القانون أنه قد استحدث في المجتمعات الاشتراكية نوع من التحكيم يسمى التحكيم الإجباري وهو الذي يقرر المشرع أنه لا يجوز إطلاقاً الالتجاء إلى القضاء، أو ينصّ على وجوب طرحه عند النـزاع على هيئة التحكيم، وهذا يعتبر استثناءً من الأصل[2].

ولم أرَ من تطرق إلى هذه المسألة في الفقه الإسلامي من المعاصرين، في حين أن التحكيم الإجباري نوع أساسي في الفقه الإسلامي وليس استثناءً، فقد ذكر جماعة من الفقهاء منهم الشافعية على المعتمد، وبعض المالكية، وهو مروي عن على وابن العباس

(١) الاختيارات للبعلي (١/ ٣٩٠) واعلام الموقعين (٣/ ٣٨٧) والانصاف (٤/ ٣٥٦) وقد اختار هذا الرأي الشيخ عبدالرحمن السعدي في المختارات الحلية ص ٩٦، والشيخ على الخفيف في أحكام المعاملات ص٢٥٦، والشيخ مصطفى الزرقا في المدخل الفقهي فقرة ٢٣٣، والشيخ ابن عثيمين في الشرح الممتع (٨/ ٢٦٠) وقد ذكر ابن القيم أيضاً: أن هذا مروي عن عثمان وعبدالرحمن بن عوف في صفقة أفراس حيث اشترط عبدالرحمن: إن كانت الصفقة أدركتها وهي حية مجموعة إلى الراعي ليست بضالة فقد وجب البيع. يراجع: اعلام الموقعين (٣/ ٣٨٧-٤٠٠)

(٢) انظر: طه أبو الخير: «حرية الدفاع» ط. منشأة المعارف بالاسكندرية (ص٣١٨) وقد استقصى مسائل التحكيم الإجباري فوجدها قليلة، و د. قحطان الدوري: المرجع السابق (ص٧٣)

ومعاوية والشعبي[1] إلى أن التحكيم واجب عند حدوث الشقاق بين الزوجين حيث قال الله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ﴾[2] فالآية صريحة في دلالتها على الوجوب وقد تبنى هذا الرأي القاضي ابن العربي فقال: (إذا علم الإمام من حال الزوجين الشقاق لزمه أن يبعث إليهما حكمين) [3]وقد ذكر القاضي أن المراد بالمخاطب هو ولي الأمر ونائبه المتمثل في القاضي[4]، حيث لا يجوز له البت في الأمر إلاّ بعد هذا الإجراء، وهو إرسال حكم من أهله، وحكم من أهلها، أو أن المراد أولياء الزوجين إذا كانا محجورين، وأن الحكمين هما بمثابة القاضيين وليسا وكيلين، قال القاضي ابن العربي: (هذا نصّ من الله تعالى من أنهما قاضيان لا وكيلان، وللوكيل اسم في الشريعة ومعنى، وللحكم اسم في الشريعة ومعنى، فإذا بين الله سبحانه كلّ واحد منهما فلا ينبغي لشاذ ـ فكيف لعالم ـ أن يركب معنى أحدهما على الآخر فذلك تلبيس وإفساد للأحكام، وإنما يسيران بإذن الله تعالى ويخلصان النية لوجه الله وينظران فيما عند الزوجين بالتثبيت، فإن رأيا للجمع وجهاً جمعا، وإن وجداهما قد أنابا تركاهما،...) وإن وجداهما قد اختلفا ولم يمكن الجمع بينهما، أو أن الجمع لا ينفع لوجود تجارب أخرى فرّقا بينهما وهذا مروي عن على

(١) الأم (٥/ ١٧٧)، ونهاية المحتاج (٦/ ٣٨٥)، وأحكام القرآن (١/ ٤٢٧)

(٢) سورة النساء: ٣٥.

(٣) أحكام القرآن (١/ ٤٢٧)

(٤) المصدر السابق نفسه، وتفسير ابن عطية (٤/ ٤٨)، والتفسير الكبير للرازي ط. دار احياء التراث العربي ببيروت (١٠/ ٩٢)، وتفسير ابن عباس، ومروياته في الكتب الستة، للدكتور عبدالعزيز بن عبدالله الحميدي ط. جامعة أم القرى (١/ ٢٣٧)

وابن عباس ومعاوية والشعبي، وهو مذهب مالك دافع عنه القاضي ابن العربي دفاعاً مستميتاً، وقد ذكر عدة أدلة على ذلك[1].

وقال إذا فرّقا فتكون الفرقة طلقة بائنة، وأن هذه الفرقة لوقوع الخلل في مقصود النكاح من الألفة وحسن العشرة ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[2] وقد ردّ على من قال: بأن الظلم من أحد الزوجين لا ينافي النكاح، بأن هذا نظر قاصر يتصور في عقود الأموال، فأما عقود الأبدان فلا تتمّ إلاّ بالاتفاق والتآلف وحسن التعاشر، فإذا فقد ذلك لم يكن لبقاء العقد وجه، وكانت المصلحة في الفرقة، ثم أوضح بأن حكم الحكمين كما أنه ملزم في الجمع، أو الفرقة، ملزم كذلك فيما يخص بقية الحقوق المالية من المنازلة أو أخذ شيء من أحدهما[3] ثم بيّن بأن القاضي لا يقضي بعلمه، ولكن الشرع خصّ هاتين الواقعتين (الشقاق وجزاء الصيد) بحكمين لينفذ حكمهما بعلمهما وترتفع بالتعدد التهمة عنهما[4].

ومع وجود هذا التحكيم الإجباري في حالة الشقاق فإنه لا مانع شرعاً من التحكيم الاختياري من الزوجين أو من أهلهما، أو من أوليائهما سواء اختارا حكمين، أو حكماً واحداً، أو أكثر من اثنين لأن التحكيم جائز وينفذ حكم المحكم إذا توافرت شروط التحكيم[5].

---

(١) أحكام القرآن (١/ ٤٢١ - ٤٢٤).

(٢) سورة البقرة: ٢٢٩).

(٣) أحكام القرآن (١/ ٤٢٥).

(٤) المصدر السابق (١/ ٤٢٥)، وتفسير الكبير للرازي (١٠/ ٩٣).

(٥) أحكام القرآن لابن العربي (١/ ٤٢٧).

الواقعة الثانية للتحكيم الإجباري في جزاء الصيد حيث قال الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡتُلُواْ ٱلصَّيۡدَ وَأَنتُمۡ حُرُمٞۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدٗا فَجَزَآءٞ مِّثۡلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحۡكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ ﴾[1]. فالآية صريحة في إرجاع الحكم بالجزاء إلى حكمين عدلين فقط وليس إلى غيرهما، فهذا تحكيم إجباري طبقه الخلفاء الراشدون، والصحابة الكرام ومن تبعهم بإحسان[2] كما أن الراجح أن هذا التحكيم مستمر في كل حادثة قتل لصيد الحرم دون الاكتفاء بما صدر عن العصور السابقة من الأحكام، وهذا هو قول طاووس، وابن أبي ليلى، والحسن بن حيّ، والثوري، وأبي حنيفة، ومالك والزيدية في أحد قوليهم[3].

وقد طبق الخلفاء الراشدون هذا التحكيم والتزموا به، فعن ميمون بن مهران أن أعرابياً أتى أبابكر رضي الله عنه فقال: قتلت صيداً وأنا محرم فما ترى على من الجزاء؟ فقال أبوبكر لأبي بن كعب وهو جالس عنده: ما ترى فيها؟ قال: فقال الاعرابي: أتيتك وأنت خليفة رسول أسألك، فإذا أنت تسأل غيرك، فقال أبوبكر: وما تنكر؟ يقول الله تعالى: ﴿فَجَزَآءٞ مِّثۡلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحۡكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدۡلٖ ﴾ فشاورت صاحبي حتى إذا اتفقنا على أمر أمرناك به[4].

---

(١) سورة المائدة: ٩٥.

(٢) يراجع: أحكام القرآن لابن العربي (٢/ ٦٧٤)، وأحكام القرآن للجصاص (٢/ ٤٦٩)،وتفسير ابن عطية (٥/ ٠)، والتفسير الكبير للرازي (١٢/ ٨٦ - ٩٢)، وفتح القدير للشوكاني ط. عالم الكتب (٢/ ٧٨).

(٣) البحر الزخار (٣/ ٣٢٨)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٨٣)، والخرشي (٢/ ٣٧٦)، وبداية المجتهد (١/ ٣٤٦)، والمغني مع الشرح الكبير (٣/ ٥٣٥)، والسيل الجرار (٢/ ١٨٤)، ود. قحطان الدوري: المرجع السابق (ص٣٢١)

(٤) انظر الدر المنثور (٢/ ٣٢٩) وأسنده إلى ابن أبي حاتم، وعبيد بن حميد، وتفسير ابن كثير (٢/ ٩٩)

وحدث مثل هذه القصة مع عمرﷺ حيث قال قبيصة بن جابر: حججنا زمن عمر فقتل أحد أصحابه ظبياً وهو محرم، فأتينا عمر فسألناه عن ذلك، وإذا على جنبه رجل، يعني عبدالرحمن بن عوف، فالتفت إليه فكلمه، ثم أقبل على صاحبنا.. فأمره بذبح شاة.. قال قبيصة: فقلت لصاحبي: أيها الرجل أعظم شعائر الله، والله ما درى أمير المؤمنين ما يفتيك حتى شاور صاحبه، اعمد إلى ناقتك فانحرها ... فبلغ عمر مقالتي، فلم يفجأنا إلاّ ومعه الدرة.. [1]. والمقصود أن هذا التحكيم إجباري بأن يحتكم قاتل الصيد إلى حكمين عدلين، وليس له غير هذا بنصّ القرآن الكريم.

العقد الثاني: هو العقد بين المتنازعين والمحكّم، أو هيئة التحكيم فهو أيضاً عقد رضائي.

عقد التحكيم بين الاستقلال والتبعية:

يثور التساؤل حول عقد التحكيم (الثاني بين المتنازعين والمحكم أو هيئة التحيكم) هل هو عقد مستقل أم هو تابع لأحد العقود المسماة؟

ذهب جماعة الفقهاء إلى أن التحكيم ليس عقداً مستقلاً، وأن الحكمين وكيلان عن الزوج والزوجة، وهذا هو رأي الحنفية، والشافعي في أحد قوليه، وأحمد في أشهر أو أصح روايتيه، وبه قال الطبري والزيدية، وهو مروي عن الإمام علي ﷺ وعن عمرو

(١) رواه الحاكم في المستدرك (٣/ ٣١٠) وقال صحيح على شرط الشيخين، يراجع: الدر المنثور (٢/ ٣٢٩) وقال أخرجه ابن جرير وابن المنذر وابن أبي حاتم والطبراني، ومجمع الزوائد (٣/ ٢٣١ - ٢٣٢) وقال رواه الطبراني في الكبير ورجاله ثقات.

بن العاص، وعطاء، والحسن، وأبي ثور، والسدي[1]، حيث استدلوا بقوله تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ﴾ ووجه الاستدلال أن تقييد الحكمين من أهله، وأهلها يدل على أنهما وكيلان وليسا قاضيين أو حكمين، قال الجصاص: (ويدل قوله تعالى هذا على أن الذي من أهله وكيل له، والذي من أهلها وكيل لها) ثم ذكر أن رأي الحنفية أن الحكمين وكيلان لهما،وكذا روي عن على بن أبي طالب رضي الله عنه وعلى ضوء ذلك ليس لهما الحق في الفرقة أو الخلع إلاّ برضا الموكل)[2].

واستدلوا كذلك بقوله تعالى: ﴿إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآ﴾ وجه الاستدلال أن القرآن الكريم لم يضف إليهما إلاّ الإصلاح وهذا يقتضي أنهما لا يستطيعان أن يعملا شيئاً من الفرقة ونحوها إلاّ برضا الموكل الذي له الشأن[3].

وذهب أهل المدينة ومالك، والشافعي في أحد قوليه، وأحمد في الرواية الثانية التي رجحها ابن تيمية وابن القيم، والظاهرية إلاّ ابن المعلّس إلى أن التحكيم ليس توكيلاً، بل هو حكم وقضاء يتم باتفاق الطرفين[4] وبه أخذت معظم قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية[5].

---

(١) أحكام القرآن للجصاص (٢/ ١٩١)، والأم (٥/ ١٠٣ - ١٠٤)، والغاية القصوى تحقيق على القره داغي(٢/ ٧٧٣)، والانصاف (٨/ ٣٨٠)، وتفسير الطبري (٨/ ٣٢٩)، البحر الزخار (٤/ ٨٩)، والمصنف لعبدالرزاق الصنعاني (٦/ ٥١١).

(٢) أحكام القرآن للجصاص (٢/ ١٩١ - ١٩٢).

(٣) التفسير الكبير للرازي (١٠/ ٩٣).

(٤) نهاية المحتاج (٦/ ٣٨٥)، والانصاف (٨/ ٣٨١)، ومجموع الفتاوى لابن تيمية (٣٢/ ٢٥)، وزاد المعاد ط. مؤسسة الرسالة (٥/ ١٩٠)، والمحلى لابن حزم (٧/ ٨٨).

(٥) انظر: د. قحطان الدوري: المرجع السابق (ص٤٦٧).

واستدلوا بظاهر قوله تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ﴾ فقالوا: فهو نصٌّ في أنهما حكمان وليسا وكيلين، ولو كان الله تعالى يريد أن يكونا وكيلين، فالتعبير يكون حينئذٍ بذلك وليس بالحكمين، قال القاضي ابن العربي: (هذا نصٌّ من الله سبحانه في أنهما قاضيان، لا وكيلان، وللوكيل اسم في الشريعة ومعنى، وللحكم اسم في الشريعة ومعنى، فإذا بيّن الله سبحانه كل واحد منهما فلا ينبغي لشاذ ـ فكيف لعالم ـ أن يركب معنى أحدهما على الآخر، فذلك تلبيس وافساد للأحكام ....)[1].

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: (والحكمان كما سماهما الله تعالى هما حكمان عند أهل المدينة وأحد القولين للشافعي وأحمد، وعند أبي حنيفة والقول الآخر لهما: هما وكيلان، والأول أصح، لأن الوكيل ليس بحكم، ولا يحتاج فيه إلى أمر الأئمة، ولا يشترط أن يكون من الأهل، ولا يختص بحال الشقاق، ولا يحتاج إلى نصّ خاص، ولكن إذا وقع الشقاق فلا بدّ من ولي لهما يتولى أمرهما، لتعذر اختصاص أحدهما بالحكم على الآخر، فأمر الله تعالى أن يجعل أمرهما إلى اثنين من أهلهما فيفعلان ما هو الأصلح من جمع بينهما وتفريق، بعوض أو بغيره ....)[2].

قال ابن القيّم: والعجب كل العجب ممن يقول: هما وكيلان لا حاكمان، والله تعالى قد نصبهما حَكَمين، وجعل نصبهما إلى غير الزوجين، ولو كانا وكيلين، لقال: فليبعث وكيلاً من أهله، ولتبعث وكيلاً من أهلها. وأيضاً فلو كانا وكيلين، لم يختصا بأن يكونا من الأهل.

---

(١) أحكام القرآن (١/ ٤٢٤).

(٢) مجموع الفتاوى (٣٢/ ٢٥ - ٢٦)

وأيضاً فإنه جعل الحُكْمَ إليهما فقال: ﴿إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآ﴾، والوكيلان لا إرادة لهما، إنما يتصرفان بإرادة موكليهما. وأيضاً فإن الوكيل لا يسمى حكماً في لغة القرآن، ولا في لسان الشارع، ولا في العرف العام ولا الخاص.

وأيضاً فالحكم من له ولاية الحُكْمِ والإلزام، وليس للوكيل شيء من ذلك. وأيضاً فإن الحَكَمَ أبلغ من حاكم، لأنه صفة مشبهة باسم الفاعل دالة على الثبوت، ولا خلاف بين أهل العربية في ذلك، فإن كان اسم الحاكم لا يصدق على الوكيل المحض، فكيف بما هو أبلغ منه.

وأيضاً فإنه سبحانه خاطب بذلك غير الزوجين، وكيف يصحُّ أن يوكِّل عن الرجل والمرأة غيرهما، وهذا يحُوِجُ إلى تقدير الآية هكذا: (وإن خفتم شقاق بينهما)، فمروهما أن يوكِّلا وكيلين: وكيلاً من أهله ووكيلاً من أهلها، ومعلوم بُعْدُ لفظ الآية ومعناها عن هذا التقدير، وأنها لا تدل عليه بوجه، بل هي دالة على خلافه، وهذا بحمد الله واضح.

وبعث عثمان بن عفان عبدالله بن عباس ومعاوية حَكمين بين عقيل بن أبي طالب وامرأته فاطمة بنت عتبة بن ربيعة، فقيل لهما: إن رأيتما أن تفرّقا فرقتما[(١)]، وصحّ عن على بن أبي طالب أنه قال للحكمين بين الزوجين: عليكما إن رأيتما أن تفرِّقا، فرَّقتما، وإن رأيتما أن تجمعا، جمعتما[(٢)]. فهذا عثمان، وعليّ، وابن عباس، ومعاوية، جعلوا الحكم

(١) أخرجه عبدالرزاق (١١٨٨٥)، والطبري (٥/ ٤٥) ورجاله ثقات

(٢) أخرجه الشافعي في المسند (٢/ ٣٦٢) وفي الأم (٥/ ١٧٧)،والطبري(٩٤٠٧)، وعبدالرزاق في المصنف (١١٨٨٣)، والبيهقي في السنن (٧/ ٣٠٥ - ٣٠٦)، وإسناده صحيح

إلى الحكمين، ولا يعرف لهم من الصحابة مخالف، وإنما يعرف الخلاف بين التابعين من بعدهم، والله أعلم [1].

ويمكن أن نناقش دليلي القول الأول بأنهما لا ينهضان حجة على دعواه، وذلك أن تقييد الحكمين بكونهما من أهلهما لا يدل على أنهما وكيلان، وإنما لخصوصية قضايا الأسرة أراد الله تعالى أن تبقى أسرارها بين الحريصين على عدم كشفها وعلى الإصلاح بدافع القرابة إضافة إلى دافع الإيمان، كما أن ذكر إرادة الإصلاح لا ينفي أن لهما دوراً آخر، بل الآية نفسها تدل على أن بذل الجهد والإخلاص للإخلاص حرصاً منه تعالى على إبقاء عرى الأسرة متماسكة.

ولذلك فالراجح هو القول الأخير، وعلى ضوء ذلك فعقد التحكيم ليس عقد الوكالة، وإنما هو عقد مستقل له خصائصه التي ذكرناها من خلال النقول السابقة.

وهكذا الأمر في مسألة الحكمين في باب جزاء الصيد، حيث لا يرد أن يكونا وكيلين لأنه حينئذٍ يثور التساؤل حول كونهما وكيلين عمن؟ ومن الذي وكلهما؟ وإنما هما حكمان بأمر من الشرع يحكمان بالعدل والإنصاف.

نعم لا ينكر أن يكون في التحكيم بعض الشبه بالتوكيل، ولكن هذا الشبه لا يؤدي إلى انصهار التحكيم في بوتقة التوكيل، كما هو الحال بالنسبة للمضارب، والشريك مع كونهما لهما حكم الوكيل ولكنهما مختلفان عنه، فالمضاربة والمشاركة عقدان مستقلان وليسا تابعين للوكالة.

---

(١) زاد المعاد، تحقيق الشيخين شعيب الأرنؤوط عبدالقادر الأرنؤوط ط. الرسالة (٥/ ١٩٠- ١٩١)

وحتى في عقد التحكيم المالي سواء أكان مشروطاً في العقد، أم كان الاتفاق بعد النـزاع لا يمكن أن تطبق عليه أحكام الوكالة وإن كان فيه بعض الشبه والآثار، وذلك لأن مقتضى عقد الوكالة أن الوكيل يعبر دائماً عن إرادة موكله، ويحافظ على مصالحه، في حين أن الحكم أو المحكم يعبر عن إرادته حسب ما يقتضيه العدل والإنصاف فهو حكم وحاكم ولا يجوز له أن يميل عن الحق ويعدل عنه، ثم إن الحكم قد يكون شخصاً واحداً طبيعياً أو اعتبارياً (مركز التحكيم) فكيف يعبر عن إرادتي الموكلين المتعارضين، والحق أن اعتبار عقد التحكيم عقد وكالة لا يستقيم مع الآثار الكثيرة للتحكيم التي تختلف تماماً عن كثير من آثار عقد الوكالة، وقد ذكرنا بعضها آنفاً.

ثم إن عقد التحكيم قد دلت على اعتباره الأدلة الخاصة من الكتاب والسنة والإجماع شأنه في ذلك شأن العقود المسماة في الفقه الإسلامي بل أدلته أقوى وأكثر من أدلة الوكالة.

ومن جانب آخر حتى لو لم يرد به نصٌّ خاص فإن النصوص العامة من وجوب الوفاء بالعقود والشروط التي لم تخالف نصّاً صريحاً تستوعبه إضافة إلى أن الأصل في العقود والشروط الإباحة عند جمهور الفقهاء كما أثبتنا ذلك في رسالتنا الدكتوراه[1].

عقد التحكيم بين اللزوم والجواز:

ويثور تساؤل آخر هل عقد التحكيم عقد لازم للطرفين بعد انعقاده بحيث لا يحق لواحد منهما فسخه إلاّ برضا الآخر كما هو شأن العقود اللازمة، أم هو عقد جائز غير لازم يجوز لأي واحد منهما فسخه متى شاء؟ وإذا كان عقداً غير ملزم فهل يظل غير لازم حتى بعد صدور الحكم؟

(١) مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة ط. دار البشائر الإسلامية بيروت ١٩٨٥ (٢/ ١١٤٨ - ١١٦٤)

إذن فالاحتمالات ثلاثة:

الاحتمال الأول: أن عقد التحكيم يصبح لازماً بمجرد انعقاده بالإيجاب والقبول إذا توافرت شروطه.

الاحتمال الثاني: أنه عقد جائز (غير ملزم) مطلقاً حتى بعد صدور الحكم حتى يحتاج إلى رضاء الطرفين بالحكم وإلاّ لم يصبح ملزماً.

الاحتمال الثالث: أنه عقد غير ملزم إلى الشروع في الحكم،فإذا شرع في إجراءات الحكم أصبح لازماً.

الاحتمال الرابع: أنه عقد جائز (غير ملزم) من حيث هو إلى أن يصدر الحكم فحينئذٍ يصبح ملزماً.

وذهب إلى الاحتمال الثاني الشافعية في أحد قوليهم ورجحه المزني، في حين رجح النووي القول الثاني[1] والإمامية[2] والزيدية في أحد قوليهم[3].

وهؤلاء يذهبون إلى أن الحكمين لكل واحد منهما حق الفسخ والرجوع قبل

---

(١) الروضة حيث وصف هذا القول بغير الأظهر (١١/ ١٢٢)، ونهاية المحتاج (٨/ ٢٣١)، وأدب القاضي للماوردي (٢/ ٣٨٢)،يقول النووي في الروضة (١١/ ١٢٢): (وهل يلزم حكمهما بنفس الحكم كحكم القاضي أو لا يلزمه إلا بتراضيهما بعد الحكم؟ فيه قولان، ويقال:وجهان، أظهرهما الأول، ومتى رجع أحدهما قبل الحكم امتنع الحكم حتى لو أقام المدعي شاهدين،فقال المدعى عليه:عزلتك لم يكن له أن يحكم)،ويراجع د. الدوري: المرجع السابق ص١٥٢.

(٢) مفتاح الكرامة (١٠/ ٣).

(٣) البحر الزخار (٦/ ١١٤).

صدور الحكم، وحتى إذا صدر لا بدّ من رضاهما حيث لا يلزم الحكم إلاّ بتراضيهما، فحينئذ يكون حكمهما كالفتوى، وهكذا الأمر بالنسبة للحكم حيث له الحق في رفض التحكيم مطلقاً ورده.

وهؤلاء قاسوا التحكيم على الفتيا، وأن رضا المتخاصمين معتبر في بداية التحكيم فلا بدّ أن يكون معتبراً في نهايته، وأن إلزامهما بحكم الحكم افتاتٌ على القاضي والإمام.

وهذا دليل ضعيف لا ينهض أمام المناقشة، فقياس التحكيم على الفتيا قياس مع الفارق ـ كما بينا الفوارق بينهما في بداية البحث ـ وقياس النهاية على البداية قياس سقيم ومع الفارق، ولو قيل به لأدى إلى عدم لزوم أي عقد، فجميع العقود لا بدّ فيها من التراضي في البداية في حين لا يشترط فيها الرضا بآثار العقد في النهاية، كما أنه ليس فيه افتئات على القاضي والإمام لأن نطاق سلطة التحكيم محصوره فيما تراضى عليه الخصمان، أما سلطة القاضي والإمام فواسعة تشمل كل القضايا، كما تشمل إصدار الحكم بالعقوبات.

وذهب إلى الاحتمال الثالث جمهور المالكية والحنابلة في الرواية المشهورة عندهم حيث أجازوا حق الرجوع إلى الشروع بإجراءات الحكم من إحضار البينة ونحوها وحينئذٍ يصبح العقد لازماً لا حق لهم من الرجوع[1] وقد رجح مجمع الفقه الإسلامي

(١) الذخيرة للقرافي (٨/ ٥٠)، والإنصاف (١١/ ١٩٩)، وجاء في تبصرة الحكام (١/ ٤٣): أنه لو أقاما البينة عند الحكم، ثم أراد أحدهما أن يرجع عن التحكيم قبل الحكم تعين على الحكم أن يصدر حكمه، وجاز حكمه. فعلى ضوء ذلك لهما الحق في الرجوع إلى أن يقيما البينة، فإذا فعلا ذلك امتنع الفسخ، وذهب اصبغ إلى أن حق الفسخ باق إلى لأن تبدأ الخصومة أمام الحكم، فإذا بدأت لم يبق حق الفسخ وتعين المضي فيها إلى النهاية.

في قراره رقم ٩٥/ ٨/ ٩ هذا الرأي فقال: (التحكيم عقد غير لازم لكل من الطرفين المحتكمين، والحكم فيجوز لكل من الطرفين الرجوع فيه ما لم يشرع الحكم في التحكيم، ويجوز للحكم أن يعزل نفسه ـ ولو بعد قبوله ـ ما دام لم يصدر حكمه، ولا يجوز له أن يستخلف غيره دون إذن الطرفين، لأن الرضا مرتبط بشخصه).

وذهب إلى الاحتمال الرابع فقهاء الحنفية[١]، والشافعية في أظهر قوليهم[٢]، وبعض المالكية[٣]، وبعض الحنابلة[٤]، والإمامية[٥]. فهؤلاء ذهبوا إلى أن لكل واحد من المتخاصمين الحق في فسخ التحكيم ما دام الحكم لم يصدر، قياساً على الوكيل حيث للموكل الحق في فسخ عقد الوكالة مادام الوكيل لم ينفذ المهمة الموكلة إليه وقياساً على سلطة السلطان في عزل القاضي (وهكذا الأمر بالنسبة للحكم).

ويمكن الإجابة عن هذه الأدلة بأن قياس التحكيم على التوكيل قياس مع الفارق، فالوكيل نائب عن الموكل فيكون للموكل الحق في الاستغناء عنه كما أن الوكيل قد تمّ توكيله من قبل إرادة واحدة في حين أن الحكم قد تمّ بإرادة شخصين متخاصمين لتحقيق غرض واضح، فما ثبت بتراضي الطرفين وجب أن لا يفسخ إلاّ بإرادتيهما، وإلاّ فيكون عمل المتحاكم في فسخ التحكيم وحده سعياً في نقض ما تمّ من جهته وجهة غيره، فيجب أن ينقض، وحاول بعضهم قياس التحكيم على المشاركة، والجواب عنه

(١) حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٢٩)
(٢) روضة الطالبين (١١/ ١٢٢)
(٣) المنتقى للباجي (٥/ ٢٢٧)، وأحكام القرآن لابن العربي (١/ ٠٠٤٢١)
(٤) الإنصاف (١١/ ١٩٩)
(٥) مفتاح الكرامة (١٠/ ٣)

بما سبق إضافة إلى أن عقد المشاركة ملزم عند جماعة من الفقهاء منهم المالكية[1].

وذهب إلى الاحتمال الأول ابن ماجشون من المالكية[2] حيث يرى أن التحكيم يصبح لازماً للمتحاكمين بعد موافقتهما على ذلك، وليس لواحد منهما حق الرجوع وحده وفسخ عقد التحكيم إلاّ بموافقة الآخر.

وهذا الرأي هو الذي يظهر لي رجحانه إذ أنّ أكثر اعتماد القائلين بكون التحكيم غير ملزم على القياس على عقد الوكالة، وهو قياس لا يستقيم كما أوضحناه فيما سبق، ومن جانب آخر فالأصل في العقود اللزوم إلاّ ما دلّ دليل على غير لزومه، أو أن صيغته تقوم على الجواز كما هو الحال في الوكالة حيث إن الأصل فيها أنها من عقود التبرع، ومن جانب آخر فإن التحكيم من باب الولاية الخاصة بالحكم بين الخصمين اللذين أوجب كل واحد منهما ـ بقبوله التحكيم ـ للآخر حقاً في الفصل في المنازعة، وحينئذٍ لا يجوز له الرجوع إلاّ برضا الآخر[3].

أما التحكيم الذي جاء شرطاً في العقود اللازمة مثل البيع والإجارة والاستصناع ونحوه فإنه لازم لزوم الشروط الصحيحة في العقود ـ كما سبق ـ لأن القول بعدم لزومية التحكيم يؤدي إلى خلخلة العقد وعدم الفائدة من الشرط وكونه عبثاً مع أن الشروط الواردة في العقود ملزمة ما دامت تلك الشروط غير مخالفة للنصوص الشرعية أو الإجماع، حيث دلت النصوص الشرعية على وجوب الوفاء بالعقود والشروط

(١) انظر: حاشية الدسوقي (٣/ ٣٤٨)
(٢) المنتقى للباجي (٥/ ٢٢٧)
(٣) حاشية الرهوني على الزرقاني (٧/ ٣٠١)

والعهود ما دامت لا تتعارض مع كتاب الله وسنة رسوله ﷺ[1].

إلزامية الحكم بعد الصدور:

ومع الاختلاف السابق بين الفقهاء في مدى إلزامية التحكيم بعد صدور الحكم فإنهم يكادون يتفقون على أن الحكم إذا صدر من المحكم أو المحكمين فإنه لازم للخصمين، فلا يجوز لهما، أو لأحدهما الرجوع عن التحكيم، ولا عزل المحكم، وأن رجوعهما باطل، ولكن هذا الحكم خاص بهما فقط فلا يتعداهما إلى غيرهما، وذلك لأنه صدر بحقهما عن ولاية شرعية نشأت من اتفاقهما فقط على اختيار الحكم للحكم عليهما، فلا يسري أثر الحكم على غيرهما[2].

التحكيم عقد ملزم في القانون:

يعتبر القانون أن التحكيم ـ سواء جاء شرطاً في العقد قبل حدوث النـزاع (شرط التحكيم) أو جاء بعد حدوث النـزاع من خلال اتفاق مستقل (مشارطة التحكيم) ـ ملزم للطرفين بمعنى أنه لا يجوز لأحدهما الفسخ دون الآخر، كما أنه لا يجوز له رفض اللجوء إلى التحكيم، فقد جاء في قرار لمحكمة التميز العراقي: (أن القول بأن رفض اللجوء إلى التحكيم لا سند قانوني له، لأن هذا الشرط سواء كان مطلقاً أو مقيداً فهو لازم للطرفين، وليس لأحدهما أن يستبد بفسخه، أو تعطيل أحكامه، أو الامتناع عن تنفيذه بإرادته المنفردة وإلاّ انعدمت قيمته العلمية، وأصبح عبثاً وغير لازم، وهذا

---

(١) يراجع للتفصيل " مبدأ الرضا في العقود " دراسة مقارنة، ط. دار البشائر الإسلامية / بيروت (٢/ ١٠٣٢، ١١٤٨)

(٢) البحر الرائق (٧/ ٢٧)، وحاشية الدسوقي (٣/ ٣٤٨)، ونهاية المحتاج (٨/ ٢٣١)، والكافي لابن قدامه (٣/ ٤٣٦)، ومطالب أولي النهى (٦/ ٤٧٢)

يتعارض مع إرادة المتعاقدين في تـثبيت شرط التحكيم في المقاولة، ومن الطبيعي في مثل هذه الحالة لا يبقى للطرف الآخر الممتنع عن تنفيذ شرط التحكيم وتعيين المحكمين لحسم النـزاع الناشىء بينهما عملاً بالاتفاق، وعليه فالمبدأ عند الاتفاق على التحكيم لا يجوز اللجوء ابتداءً إلى القضاء لحسم النـزاع) [(١)].

مدى التزام المحكم بالمضي في التحكيم:

من المعروف المتفق عليه أن موافقة الخصمين على اللجوء إلى محكم لا يترتب عليه أي التـزام على المحكم إلاّ إذا وافق عليه، لأن قرار القبول بيده لا يجبره أحد ولا يلزمه إلاّ إذا التـزم هو، على عكس القاضي الذي لا يستطيع رفض القيام بمهمته مادام ذلك ضمن اختصاص محكمته وضمن صلاحيته، لأنه معين من طرف وليّ الأمر لهذا الغرض، فإذا قبل المحكم ذلك فحينئذٍ وجب عليه النظر في النـزاع وإصدار القرار النهائي بشأن الموضوع خلال الفترة التي حددها الطرفان، أو القانون وفق الصيغة التي يتطلبها الواجب تطبيقه، وتوقيع قراره، وبيان أسباب حكمه إذا كان الاتفاق، أو القانون يشترط ذلك [(٢)].

وفي الفقه الإسلامي ترد الآراء السابقة حول مدى عدم لزوم التحكيم في هذه المسألة أيضاً، والذي يظهر لنا رجحانه هو أن الحكمين إذا اتفقا على محكم فلا ينفرد أحدهما بعزله، بل لا بدّ من اتفاقهما على ذلك، وأن اتفاقهما إنما يؤثر في عزله قبل إصدار

(١) رقم قرار محكمة التميـز ٩٨/ هيئـة عامـة أولى / ١٩٧٦ في ٩/ ١٠/ ١٩٧٦، منشـور في مجلـة الأحكـام العدلية / العدد الرابع، السنة السابعة ١٩٧٦ (ص١٨٦)، ويراجع: د. نوري محمد سامي: " التحكـيم التجاري الدولي " (ص١١٤)

(٢) د. فوزي محمد سامي: المرجع السابق (ص ٢٣٥، ٢٣٩)

الحكم فقط[1] وهذا ما عليه القوانين حيث لا تجيز لأحد الخصمين عزل الحكم إلاّ بتوافقهما جميعاً[2] وذلك للأدلة الدالة على وجوب الالتـزام بالعقود والعهود من حيث المبدأ، ولأن ذلك قد ثبت بتراضي طرفين فينبغي أن لا ينفرد أحدهما بعزل الحكم وإلاّ أدى ذلك إلى هدر إرادة الآخر.

وأما الحكم نفسه فهل له حق الرجوع عن قبول التحكيم؟ للإجابة عن ذلك: أن الآراء الفقهية السابقة تنطبق عليه، وأن الذي يظهر لنا رجحانه هو أن الحكم ملزم بما وافق عليه، فلا يجوز له ردّ التحكيم بعد موافقته إلاّ إذا وافق على ذلك الخصمان.

حالة عدم ذكر الحكم:

إذا تمّ التعاقد على التحكيم ولم يذكر فيه المحكم فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المرجع في ذلك هو القضاء[3].

هل يمنع التحكيم اللجوء إلى القضاء؟

سبق أن ذكرنا أربعة آراء للفقهاء حول لزوم عقد التحكيم، فعلى ضوء ذلك فمن أجاز للخصمين الرجوع وجعل التحكيم غير ملزم جاز له اللجوء إلى القضاء، لأنه غير ملزم بالمضي في التحكيم، ومن جعل التحكيم ملزماً لم يجز لهما الرجوع، وبالتالي

(١) المغني لابن قدامه مع الشرح الكبير (١١/ ٤٨٤)، والمصادر السابقة في الفقرة السابقة

(٢) وهذا ما نصّت عليه المادة (٥٠٣) من قانون المرافعات المصري، والمادة (٨٤٥) من قانون الأصول اللبناني، والمادة (٥١٥) من قانون الأصول السوري، وغيرها، ويراجع د. فوزي: المرجع السابق، ود. قحطان الدوري: المرجع السابق (ص١٤٥)

(٣) يراجع:تبين الحقائق(٤/ ١٩٤)،وروضة الطالبين(١١/ ١٢١)،ويراجع:أ.د.محمد رأفت عثمان:القضاء في الفقه الإسلامي

اللجوء إلى القضاء على ضوء التفصيل السابق،ونحن رجحنا القول بلزوم عقد التحكيم إذا توافرت أركانه وشروطه، فعلى ضوء ذلك فلا يقبل لجوؤهما إلى المحكمة وهذا ما عليه معظم القوانين العربية، فقد نصّت الفقرة الخامسة من المادة (٢٠٣) من القانون المدني الإماراتي على أنه: (إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نـزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء، ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى جاز نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغياً)، وجاء في المادة (٢٣٦) من قانون المرافعات المدنية التجارية البحرينية قريب مما سبق، ونصّت المادة (السابعة) من نظام التحكيم السعودي على عدم جواز نظر القضاء في الموضوع بعد اتفاقهم إلاّ وفقاً لاحكام هذا النظام، ومع موافقة القانون العراقي على هذا المبدأ لكنه أجاز نظر الدعوى عند أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتراض الآخر في الجلسة الأولى حيث اعتبر ذلك إلغاءً لشرط التحكيم، أما إذا اعترض الخصم فتقرر المحكمة اعتبار الدعوى مستأخرة حتى يصدر قرار التحكيم (م ٢٥٣ من قانون المرافعات المدنية العراقي، فقرة ٢، ٣).

والتحقيق أن التحكيم لا يلغي دور القضاء، ولا يمس اختصاص المحكمة المختصة أصلاً بنظر النـزاع، وإنما يمنعها فقط من النظر في الدعوى ما دام شرط التحكيم قائماً، ولذلك إذا لم يتمّ التحكيم لأي سبب مقبول، أو رفض تنفيذ القرار الخاص بالتحكيم فإن المحكمة المختصة ستنظر في دعوى النـزاع[1].

(١) د. أحمد أبو الوفا: المرجع السابق (ص١٢٥)

دور القضاء بعد صدور حكم التحكيم:

بعد صدور الحكم من المحكم يكون الحكم لازماً واجب التنفيذ، ولا يجوز للقاضي نقضه إلاّ للأسباب التي ينقض بها حكم القاضي مثل أن يكون الجور واضحاً، وهذا رأي جمهور الفقهاء (المالكية، والشافعية، والحنابلة، والإمامية، والإمام يحيى من الزيدية، وابن أبي ليلى)[1].

وذهب الحنفية، والزيدية على المذهب[2] إلى أن القاضي له الحق في نقضه إذا خالف مذهب القاضي، قال الكاساني في بيان أوجه الفرق بين حكم القاضي وحكم الحكم: (ومنها أنه إذا حكم في فصل مجتهد فيه، ثم رفع حكمه إلى القاضي، ورأيه يخالف رأي الحاكم المحكم له أن يفسخ حكمه)[3].

والراجح هو قول جمهور الفقهاء، لأنه لو كان للقاضي فسخه دون سبب مؤثر مقبول لما كان للتحكيم فائدة، بل يكون عبثاً وعبئاً وتضييعاً للوقت، ومن جانب آخر فإن رضا الطرفين يترتب عليه الالتزام باحترام كل واحد منهما إرادته، وما القضاء إلاّ لتنفيذ التزامات الناس، كما هو الحال في العقود، حيث حينما تعرض على القضاء يلزم الطرفين بآثار عقودهما وهكذا ينبغي بالنسبة للتحكيم، ومن جانب آخر فالحكم برضا

---

(١) تبين الحقايق (٤/ ١٩٤)، وإرشاد السالك (ص١٨٢)، ونهاية المحتاج (٨/ ٢٣١)، وروضة الطالبين (١١/ ١٢٣)، والمغني مع الشرح الكبير (١١/ ٤٨٤)، مفتاح الكرامة (١٠/ ٣)، والبحر الزخار (٦/ ١١٤)

(٢) حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٣١)، والبحر الزخار (٦/ ١١٤)، ويراجع د. قحطان الدوري: المرجع السابق (ص٦٣٠)

(٣) بدائع الصنايع ط. زكريا يوسف بالقاهرة (٩/ ٤٠٨١)

من له الولاية ـ فإن الخصمين قد جعلا الحكم حاكماً بإرادتهما وولايتهما على نفسيهما، فيكون حكمه كحكم القاضي الذي أعطاه الولاية من له حق الولاية على المسلمين، ولا يوجد فرق جوهري إلاّ في أن الحكم خاص بالطرفين، والحاكم عام.

تنفيذ حكم المحكم:

وأما تنفيذ حكم المحكم إذا لم ينفذه المحكوم طوعاً فيكون عن طريق القاضي، إذ لا سلطة تنفيذية لديه إلاّ عن طريق القضاء، والولاية العامة.

والقوانين الوضعية اتفقت مع رأي جمهور الفقهاء في أن حكم المحكم لا ينقض إلاّ من حيث ينقض حكم القاضي[(١)].

وأما التنفيذ فيتم عن طريق المحكمة بعد تصديقها، حيث نصَّت المادة (٢١٥) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم (١١) لعام ١٩٩٢ على أنه:

لا ينفذ حكم المحكمين إلاّ إذا صادقت عليه المحكمة التي أودع الحكم قلم كتابها، وذلك بعد الاطلاع على الحكم ووثيقة التحكيم، والتثبت من أنه لا يوجد مانع من تنفيذه، وتختص هذه المحكمة بتصحيح الأخطاء المادية في حكم المحكمين بناء على طلب ذوي الشأن بالطرق المقررة لتصحيح الأحكام، ٢: ويختص قاضي التنفيذ بكل ما يتعلق بتنفيذ حكم المحكمين).

ولا تختلف القوانين الأخرى عن مضمون هذا النّص مثل المادة (٢٠٣)، والمادة

(١) انظر المادة (٥٠٣) من قانون المرافعات المصري، والمادة (٢٦١/ ١) من قانون المرافعات العراقي، والمادة (٣٦) من لائحة إجراءات التحكيم التي أقرت من قبل لجنة التعاون التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي بالرياض في نوفمبر ٩٩٤، والتعديلات المعتمدة في ٥/ ١٠/ ١٩٩٩ بمدينة العين بالإمارات.

(٢٠٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم (١٣) لسنة ١٩٩٠ الباب الثالث عشر، والمادة (٥٠٨) من قانون المرافعات المصري، والمادة(٢٧١) من قانون المرافعات العراقي، وغيرها.

وقد يكون حكم المحكمين واجب التنفيذ عندما يصبح نهائياً، وذلك بأمر من الجهة المختصة أصلاً بنظر النـزاع، ويصدر هذا الأمر بناءً على طلب أحد ذوي الشأن مع التثبت من عدم وجود ما يمنع تنفيذه شرعاً، وهذا هو نص المادة (٢١) من نظام التحكيم السعودي، وغيره.

ولا تختلف القوانين الغربية كثيراً عما سبق، فقد جعل القانون الفرنسي في مادته (١٤٧٧) رئيس المحكمة الابتدائية هو الذي يصدر الأمر بتنفيذ قرار التحكيم بناءً على طلب أحد الأطراف وبعد إيداع قرار التحكيم ونسخة من الاتفاق الخاص بالتحكيم قلم المحكمة المختصة بالنـزاع والإيداع يكون من قبل المحكم أو أحد الأطراف، يتمّ إضفاء الصفة التنفيذية بالتأشير على قرار الحكم من قبل رئيس المحكمة وفي حالة رفض التنفيذ يجب أن يكون الرفض مسبباً المادة (١٤٧٨) [(١)].

وقد فصل قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني رقم (٩) لسنة ١٩٩٤ كيفية تصحيح قرار التحكيم وتفسيره، في المادة (٣٣)، والطعن في قرار التحكيم في المادة (٣٤)، والاعتراف والتنفيذ في المادة (٣٥)، وأسباب رفض الاعتراف، أو التنفيذ في المادة (٣٦).

(١) د. فوزي محمد سامي: المرجع السابق (٣٧١ - ٣٧٢).

طلب بطلان حكم المحكم:

يجوز للخصمين طلب بطلان حكم المحكمين عندما تنظر المحكمة في المصادقة عليه في الحالات التالية كما في المادة (٢٧٣) من قانون المرافعات العراقي، والمادة (٢١٦) من قانون الإجراءات الإماراتي: (١ـ إذا صدر حكم المحكم بغير بينة تحريرية، أو بناءً على اتفاق باطل، أو إذا كان القرار قد خرج عن حدود الاتفاق، ٢ـ إذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام، أو الآداب، أو قاعدة من قواعد التحكيم المبينة في هذا القانون، ٣ـ إذا تحقق سبب من الأسباب التي يجوز من أجلها إعادة المحاكمة، ٤ـ إذا وقع خطأ جوهري في القرار، أو الإجراءات التي تؤثر في صحة القرار).

وهذا ما نصَّت عليه المادة (٢٠٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري، كما نصَّت المادة (٢٠٥) منه على أنه (يجوز لها في حالة الحكم بطلان حكم التحكيم كله، أو بعضه أن تعيد القضية إلى المحكمين لإصلاح ما شاب حكمهم تفضل في النـزاع بنفسها إذا وجدت أنه صالح للفصل فيه).

ونصَّت المادة (٢٠٥) منه على أن (أحكام المحكمين يجوز استئنافها طبقاً للقواعد المقررة لاستئناف الأحكام الصادرة من المحكمة المختصة أصلاً بنظر النـزاع، وذلك خلال خمسة عشر يوماً من إيداع أصل الحكم قلم كتاب المحكمة، ويرفع الاستئناف أمام محكمة الاستئناف المختصة، ومع ذلك لا يكون الحكم قابلاً للاستئناف إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح، أو كانوا محكمين في الاستئناف، أو كان الخصوم قد نزلوا صراحة عن حق الاستئناف).

وهذا ما نصَّت عليه المادة (٢١٤)، والمادة (٢١٥)، من قانون الإجراءات المدنية

الإماراتي، والمادة (١٨)، (١٩) من نظام التحكيم السعودي، والمادة (٢٤٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني، بل إن قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني رقم (٩) لسنة ١٩٩٤ قد فصَّل كيفية الطعن في قرار التحكيم في المادة (٣٤)، والمادة (٣٥)، والمادة (٣٦) لا يسع المجال لذكرها.

قصر حكم الحكم على المتحاكمين:

وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء[(١)]، وبه أخذت معظم القوانين.

الخلاصة مع ذكر المبادئ العامة:

اتضح من خلال هذا البحث أن التحكيم مشروع تدل عليه الأدلة من الكتاب والسنة، وأنه يختلف عن الإفتاء، والقضاء والصلح والتوفيق، وأنه عقد مستقل له خصوصيته وشروطه وضوابطه ومبادؤه، وأن التحكيم في الفقه الإسلامي تسع دائرته كل المجالات المالية والاجتماعية والسياسية ونحوها ما عدا الحدود واللعان والعقوبات.

وهنا نذكر مجموعة من المبادئ العامة للتحكيم توصل إليها البحث منها:

من أهم مبادئ التحكيم ما يأتي:

أولاً: مبدأ العدالة الذي قامت عليه الشريعة الإسلامية كلها، بل قامت السموات والأرض على العدل كما دلت على ذلك الآيات الكثيرة التي لا تعدّ هنا ولا تحصى.

(١) البحر الرائق (٧/ ٢٦)، ونهاية المحتاج (٨/ ٢٣١)، والإنصاف (١١/ ١٩٨).

وعلى ضوء ذلك تطبق جميع مبادئ العدالة التي ذكرها الفقهاء في باب الحكم والقضاء، وكذلك يمكن تقسيم الحكام (جمع حكم بفتح الكاف) إلى ثلاثة أنواع ـ كما هو الحال في القضاة ـ حكمان في النار، وحكم واحد في الجنة وهو الذي يعرف الحق ويعمل به دون مجاملة لأحد ولا مراعاة لأي شيء سوى تحقيق العدل الذي يريده الله تعالى[1].

ثانياً: أن التحكيم يدخل ضمن ما يسميه الفقهاء بالعادات (أي غير العبادات) ومن هنا فالأصل فيه الإباحة، كما أنه عقد، أو شرط وأن جمهور الفقهاء على أن الأصل في الشروط والعقود الإباحة إلاّ ما دلّ دليل خاص على حظره[2]، وأن ما ورد فيه من النصوص القطعية لا يجوز تجاوزها، وما سوى ذلك فهو محل اجتهاد، كما أن ما ذكره الفقهاء من بعض الشروط والتفاصيل الخاصة بالتحكيم اجتهادات فقهية محترمة لا ينكر تأثرها بالأعراف السائدة والظروف المحيطة بها، يمكن أن يستفاد منها، من خلال الانتقاء منها، وإعادة النظر فيها نظراً لتغير الظروف والأعراف والأحوال، وأما النوازل الجديدة في التحكيم التي لم يتطرق

---

(١) إشارة إلى الحديث المعروف الذي رواه أبو داود، الحديث ٣٥٧٣ وابن ماجه، الحديث ٢٣١٥ والترمذي (١/ ٢٤٨) والبيهقي (١٠/ ١١٦) والحاكم (٤/ ٩٠) وقال: صحيح الاسناد بسندهم عن ابن بريدة عن النبي ﷺ قال : القضاة ثلاثة، واحد في الجنة، واثنان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به، ورجل عرف الحق فجار فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار) وقد صححه الألباني في إوراء الغليل (٨/ ٢٣٥) الحديث ٢٦١٤، وقبله صححه الآخرون منهم الحافظ في التلخيص (٤/ ١٨٥)

(٢) أثبتنا في رسالتنا الدكتوراه: «مبدأ الرضا في العقود» ط. دار البشائر الإسلامية ببيروت (٢/ ١١٤٨) أن جماهير الفقهاء ما عدا الظاهرية يقولون بهذا الأصل.

إليها فقهاؤنا العظام فهي خاضعة للاجتهاد الإنشائي الذي يعتمد على النصوص الشرعية والأدلة المعتبرة.

ومن هذا المنطلق نقول: إن التحكيم له مبادئ وشروط أساسية ذكرتها النصوص الشرعية، وفيما عدا ذلك فإن جميع التفاصيل والشروط والقيود التي ذكرتها القوانين والاتفاقات الدولية والإقليمية تخضع لمبدأ واحد من مبادئ الشريعة الغراء وهو: أن لا تخالف نصّاً صريحاً من نصوص الكتاب والسنة.

وهذا المبدأ عبر عنه جمهور الفقهاء بقولهم: الأصل في العقود والشروط والقيود الإباحة إلاّ ما دل دليل صريح على حرمته وحظره، فكل صلح جائز بين المسلمين إلاّ صلحاً أحلَّ حراماً، أو حرَّم حلالاً، وهكذا الأمر بالنسبة للشروط، فكل شرط جائز إلاّ شرطاً خالف نصَّاً صريحاً من نصوص الكتاب والسنة، أو الإجماع[1].

وبهذا المبدأ يسع التحكيم كل ما هو جديد نافع مادام لا يتعارض مع نصوص الشرع، ومن المعلوم أن من حكمة الله تعالى أن جعل النصوص في مثل هذه القضايا قليلة حتى يترك المجال للاجتهادات والتطوير مع تغير الزمان والمكان.

فأساس العقود هو التراضي وموجبها ما أوجبه العاقدان على أنفسهما حيث يجب حينئذٍ الوفاء به لقوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾[2] والآيات والأحاديث الكثيرة التي

(١) وقد روي في هذا المعنى عدة أحاديث منها حديث: المسلمون عند شروطهم) قال الألباني في الإرواء (٥/ ١٤٢) الحديث ١٣٠٣ صحيح وقد روي من حديث أبي هريرة، وعائشة، وأنس بن مالك، وعمرو بن عوف، ورافع بن خديج، وعبدالله بن عمر.

(٢) سورة المائدة: ١.

أوجبت الوفاء بالعقود والعهود والشروط.

ثالثاً: بما أن التحكيم اتفاق بين الطرفين فلا بدّ من اتفاق الخصمين على التحكيم سواء كان في نفس العقد (أي عقد كان) أو بعد نشوب النـزاع، فهذا هو الركن الأساس له. ولا يشترط ذكر المحكم وفي هذه الحالة يلجأ في تحديد المحكم وفق الحاجة إما إلى القضاء، أو إلى اتفاقهما على محكم.

رابعاً: يجوز للطرفين تقييد التحكيم، واشتراط الشروط المناسبة مادام ذلك لا يتعارض مع نصّ من الكتاب والسنة أو الإجماع، كما يجوز تعليقه، أو إضافته إلى وقت مستقبلي عند جماعة من الفقهاء.

خامساً: التحكيم ملزم للطرفين على الرأي الذي رجحته فلا يجوز فسخه من طرف واحد، أما إذا اتفقا على الفسخ قبل صدور الحكم فهذا من حقهما كما هو الحال في العقود الملزمة.

سادساً: وجوب توافر شروط القضاء في المحكم عند جمهور الفقهاء وقد نصَّ قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي ٩٥/٨/٩ على أنه يشترط في الحكم بحسب الأصل توافر شروط القضاء، وتوافر الأهلية في القانون، ولا شك أن شروط الفقه أحوط لأهمية التحكيم الذي هو في جملته بمثابة القضاء، وأن لا يكون ممنوعاً من التحكيم بأمر من وليّ الأمر كتعيين رجال القضاء بدون موافقة مجلس القضاء، وهذا التقييد مقبول في الفقه الإسلامي، لأن وليّ الأمر يملك ذلك.

سابعاً: محل التحكيم لا بدّ أن يكون مما تجوز المصالحة عليه بأن لا يكون من الحدود كما في الفقه الإسلامي، أو من الحقوق العامة كما في القانون، وقد نصّ قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي (قرار رقم ٩٥/٨/٩) على أنه: (لا يجوز التحكيم في كلّ ما هو حق الله تعالى كالحدود، ولا فيما استلزم الحكم فيه إثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المتحاكمين ممن له ولاية عليه كاللعان...).

ثامناً: جواز أن يكون المحكم واحداً أو أكثر، وقد اشترط القانون أن يكون العدد وتراً في حالة التعدد مثل الثلاثة، أو الخمسة وفي هذه الحالة يكون الحكم بالغالبية، ولم يشترط الفقه الإسلامي ذلك ولكنه لا يمنع من هذا الاتفاق الذي يصدر من المتخاصمين، أو من الدولة، بل يجب احترامه[(١)].

تاسعاً: حكم المحكم، أو المحكمين بعد صدوره حجة ملزمة للطرفين، ولكن إذا لم ينفذا فإنه لا بدّ من عرضه على القضاء لاعطائه القوة، وقد نصّ قرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي (رقم القرار ٩٥/٨/٩) على أن الأصل أن يتم تنفيذ حكم المحكم طواعية، فإن أبى أحد المحتكمين عرض الأمر على القضاء لتنفيذه.

عاشراً: ليس للقضاء نقض حكم المحكم إلاّ إذا كان ظلماً مبيناً، أو مخالفاً لحكم الشرع وهذا ما نصَّ عليه قرار المجمع (٩٥/٨/٩).

---

(١) يراجع: د. عبدالله محمد عبدالله: «مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون» منشور في مجلة المجمع العدد التاسع، الجزء الرابع (ص١٣٩)

أحد عشر: الأصل عدم جواز احتكام المسلم إلى غير المسلمين قضاءً أو حكماً إلاّ إذا لم يمكنه الوصول إلى حقه إلاّ بذلك فحينئذٍ يجوز من باب الضرورة، أو الحاجة التي تنـزل منـزلة الضرورة، وبالأخص للمسلمين الذين يعيشون في البلاد غير الإسلامية ولا توجد فيها محاكم إسلامية تخصهم.

ومما لا شك فيه أن التحكيم مطلقاً معتبر أيضاً في البلاد غير الإسلامية، لذلك على المسلم أن يلجأ إلى المحكم المسلم أو مراكز التحكيم الملتزمة بالإسلام، إن أمكنه ذلك، ولكن إذا احتاج إلى تنفيذ حكم المحكم في البلاد غير الإسلامية فيجوز له الاحتكام إلى محاكمها للتنفيذ.

وقد أجاز قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي (رقم القرار ٩٥/ ٨/ ٩) احتكام الدول والمؤسسات الإسلامية إلى محاكم دولية غير إسلامية حيث نصَّ على أنه: (إذا لم تكن هناك محاكم دولية إسلامية يجوز احتكام الدول أو المؤسسات الإسلامية إلى محاكم دولية غير إسلامية توصلاً لما هو جائز شرعاً).

ثاني عشر: التحكيم يقوم على حسن النية، ولذلك يجب على المحكم أن يبحث عن المصالح المشتركة والعادلة للطرفين، وأن يطبق الشروط والآثار والمقتضيات التعاقدية بحرص وعناية مع مراعاة الظروف التي أحاطت بالقضية، أو التعاقد.

القســم الثاني

التحكيم في البنوك الإسلامية (العقبات والاقتراحات)

بعض مشاكل التحكيم في البنوك الإسلامية:

تنصُّ معظم عقود البنوك الإسلامية للمرابحات والاستصناع وغيرهما على التحكيم عند التنازع، وذلك لسهولة إجراءات التحكيم، ولكن بعض البنوك الإسلامية في بعض الدول بدأت تتراجع عن هذا الشرط، وتنصّ في عقودها على اللجوء إلى المحاكم بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص العقد.

(١) فمثلاً تعتبر الرسوم القضائية في دولة قطر قليلة حيث لا يتجاوز ثلاثة آلاف ريال قطري مهما كانت قيمة العقد، في حين أن مصاريف التحكيم وأتعاب المحكمين أكثر بهذا بكثير، بل قد تكون باهضة الثمن إذا كانت قيمة العقد كبيرة، ولذلك يلجأ إلى القضاء بدل التحكيم.

(٢) ومن جانب آخر فإن قضايا عدم سداد ديون البنوك أو التأخير فيه أصبحت كثيرة، فبعض البنوك لها أكثر من خمسين قضية فكيف سيكون الوضع لو كانت هذه القضايا محالة على التحكيم.

(٣) ومن جانب آخر فإن اللجوء إلى التحكيم قد يكون المبرر فيه هو سرعة البت في الموضوع وقد وجد أن بعض الدول مثل دولة قطر لا تتأخر فيها القضايا كثيراً، وأن محاكمها تأخذ بنظر الاعتبار ظروف البنوك الإسلامية التي لا تأخذ فوائد التأخير فتقدمها على القضايا المالية التي تؤخذ على تأخيرها الفوائد الربوية، ومن

هنا فلا تتأخر قضايا البنوك الإسلامية في المحاكم القطرية كثيراً، ربما يتقارب الزمن المطلوب للبت في القضية في المحاكم من زمن إصدار الحكم من المحكمين.

(٤) وأيضاً فإن هناك مشاكل شكلية تعيق عملية التحكيم مثل وجود سهو في العنوان البريدي لمكان التحكيم أو خطأ فيه، أو في عناوين الأطراف حيث يجعل ذلك سبباً لعدم انعقاد التحكيم.

(٥) وهناك مشكلة المحكمين أنفسهم حيث أن عدداً ليس بالقليل منهم لا يستوعبون فنيات وشكليات التحكيم ومتطلباته القانونية، وحينئذٍ يترتب على ذلك بالضرورة بطلان حكم التحكيم وضياع حقوق وأموال ووقت أطراف النـزاع.

(٦) وهناك معضلة أخرى لا تقل عن سابقتها وهي أن أحد أطراف النـزاع قد يعاند في تعيين المحكم وحينئذٍ يتعين على الطرف الآخر، أو بقية الأطراف اللجوء إلى المحكمة المختصة بنظر النـزاع لتعيين محكم الطرف الممتنع مما يترتب عليه إطالة أمد النـزاع، وفقدان أهم ميزة للتحكيم.

ومن جانب آخر فإن اختيار المحكم المرجح قد يستغرق وقتاً طويلاً، ووقتاً أكثر في الاتفاق على بنود وثيقة التحكيم وهكذا نجد أشهر أو سنوات تمر دون إصدار حكم من هيئة التحكيم، فهناك قضية كان فيها شرط التحكيم ظلت متداولة بالمحاكم لمدة خمس سنوات حتى صدر فيها حكم بتعيين الحكم المرجح.

(٧) وهناك مشكلة أخرى تمس قضية الطعن بالتزوير حيث يوقف عمل هيئة التحكيم حتى تفصل المحاكم المختصة في دعوى التزوير الأصلية المقامة من أحد الأطراف.

ولهذه الأسباب بدأت بعض البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية تلجأ إلى المحاكم بدلاً من التحكيم ولاسيما في البلاد التي لا تـزال إجراءات القضاء غير معقدة.

بعض التحسينات في العقود لعلاج بعض هذه المشاكل مع مثال:

ونظراً للمشاكل السابقة فقد حاولت مع محامي البنك أن تتجاوز بعضها من خلال ذكر التفصيلات الكافية في البند الخاص بالتحكيم، ومن خلال أن يكون اختيار محكم يتم ترشيحه من قبل هيئة الرقابة الشرعية، ومحكم يتم ترشيحه من قبل غرفة تجارة وصناعة قطر، ومحكم يتم ترشيحه من قبل المحكمين الأوليين.

وبهذا الشرط اختصرنا الزمن، وتجاوزنا معاندة أحد أطراف النـزاع، أو مماطلته في الاختيار. كما أننا أدخلنا التفصيلات القانونية الكافية في نفس البند الخاص بالتحكيم حتى لا يتجاوزها المحكمون، ولأهمية ذلك أذكر البند الخاص بقضية كنتُ أحد أعضاء هيئة التحكيم فيها وهو:

البند الثامن: «أي خلاف أو نـزاع ينشأ بين طرفي/ أطراف هذا العقد خاص بتفسير أو تنفيذ أي بند من بنوده يعرض على هيئة تحكيم ثلاثية يتم اختيارها كالتالي:

(١) محكم يتم ترشيحه من قبل هيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول.

(٢) محكم يتم ترشيحه من قبل غرفة تجارة وصناعة قطر.

(٣) محكم مرجح يتم ترشيحه من قبل المحكمين الأوليين، فإذا لم يتفقا على ذلك تفوض هيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول في ترشيحه.

وتبدأ إجراءات التحكيم بموجب كتاب مسجل يرسل من طالب التحكيم للطرف الثاني للنـزاع يعلنه بموجبه بأسباب النـزاع والطلبات المراد الحكم بها ورغبته

في إحالة الموضوع للتحكيم وذلك في خلال أسبوعين من تاريخ إرسال الكتاب المسجل، فإذا انقضت تلك المدة دون أن يتسلم طالب التحكيم ردّ من الطرف الثاني للنـزاع أو دون أن يتم الاتفاق بين طرفي النـزاع على إحالته للتحكيم، فإنه يحق لطالب التحكيم السير فوراً في إجراءات التحكيم وذلك بإرسال كتابين مسجلين الأول لهيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول، والثاني لغرفة تجارة وصناعة قطر (ونسخة منهما للطرف الثاني للنـزاع) وذلك على العنوان التالي: ص.ب: ٦٤٤ الدوحة ـ قطر لهيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول، ص.ب: ٤٠٢ لغرفة تجارة وصناعة قطر، يعلنهما بموجبهما بنشوء نزاع بينه وبين أحد / باقي أطراف هذا العقد (مع ذكر ملخص النـزاع والطلبات المراد الحكم بها) وعدم توصلهما إلى اتفاق بشأنه، وطالباً ترشيح محكم من كل منهما لنظر ذلك النـزاع، وبمجرد ورود اسمي العضوين المرشحين، يجب على الطرف طالب التحكيم إرسال كتاب مسجل إلى الطرف الثاني للنـزاع يعلنه فيه بضرورة تواجده بمقر الطرف الأول وفي مواعيد عمله الرسمية (من الساعة السابعة والنصف وحتى الساعة الحادية عشر والنصف صباحاً) للتوقيع على وثيقة التحكيم، مع إحضاره باسمي المحكمين اللذين تم ترشيحهما من قبل هيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول وغرفة تجارة وصناعة قطر، وذلك في خلال عشرة أيام من تأريخ إرسال الكتاب المسجل.

إذا تواجد الطرف الثاني للنـزاع بمقر الطرف الأول خلال المهلة المحددة، يتم التوقيع على وثيقة التحكيم والتي يجب فيها تسمية المحكم المرجح مع تحديد أول جلسة لنظر النـزاع وآخر ميعاد لتقديم المستندات ومذكرات الدفاع، فإذا تخلف الطرف الثاني

للنـزاع عن الحضور فإنه يتم إبلاغه بواسطة هيئة التحكيم بموجب كتاب مسجل بميعاد أو جلسة أسبوعين فإذا لم يحضر ـ رغماً عن ذلك ـ تؤجل الجلسة الأولى إلى جلسة أخرى تعقد في خلال مدة أقصاها أسبوعين يعلن بها الخصم الغائب، فإذا لم يحضر الأخير الجلسة المؤجلة أو لم يودع مستنداته أو مذكرة بدفاعه، ينظر النـزاع في غيبته ويصدر الحكم بناء على المستندات المقدمة في النـزاع وفي نطاق ما ورد بوثيقة التحكيم، ويسري نفس الحكم في حالة حضور الطرف الثاني للنـزاع لإحدى جلسات التحكيم وغيابه عن باقي الجلسات حتى ولو لم يودع مستنداته أو مذكرة بدفاعه.

في حالة استقالة أي محكم (بما في ذلك رئيس الهيئة) أو وفاته (لا قدر الله ذلك) أو امتناعه أو عجزه عن العمل أو اعتزاله أو عزل منه أو قام مانع من مباشرته له يعين محكم بدله بنفس الطريقة التي عين بها المحكم الأصلي، ويكون للخلف جميع سلطات المحكم الأصلي ويقوم بجميع واجباته.

ويتم الفصل في النـزاع على أساس ما ورد ببنود هذا العقد في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص القوانين القطرية والأعراف والقواعد الخاصة والعامة التي لا تـتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وتحدد الهيئة الإجراءات الخاصة بها مستهدية في هذا العقد بإجراءات التحكيم الوارد في قانون المرافعات القطري رقم (١٣) لسنة ١٩٩٠ (المواد من ١٩٠ حتى ٢١٠).

ويكون لهيئة التحكيم الحق في الفصل في جميع طلبات طرفي النـزاع المرتبطة بالنـزاع الأصلي، وفي جميع المسائل الأولية التي يتوقف عليها الفصل في النـزاع الأصلي بما في ذلك الفصل في جميع المسائل المتعلقة باختصاصها عدا المسائل التي تخرج أصلاً عن ولايتها،

وعلى سبيل المثال يكون لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد طرفي النـزاع اتخاذ ما يلي من إجراءات الإثبات: ندب الخبراء، سماع الشهود، توجيه اليمين المتممه، توجيه اليمين الحاسمة.

ويجب أن يصدر حكم هيئة التحكيم في خلال ثلاثة أشهر على الأكثر من تأريخ توقيع المحكمين على وثيقة التحكيم، مالم يرتض طرفي النـزاع كتابة بامتداده. ويكون حكم هيئة التحكيم سواء صدر بالإجماع أم بالأغلبية باتاً ونهائياً وغير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن.

إذا ثارت أي منازعة بين طرفي النـزاع بشأن تفسير حكم هيئة التحكيم فإنه لا يجوز لأيهما أن يطلب كتابة من هيئة التحكيم في خلال مدة أقصاها خمسة عشر يوماً من تأريخ صدور الحكم، إصدار تفسير له، وعلى الهيئة إصدار التفسير المطلوب في غضون خمسة عشر يوماً من تأريخ تسلمها لطلب التفسير، ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً من كل الوجوه للحكم الذي يفسره ويسري عليه ما يسري على الحكم الأصلي من كونه باتاً ونهائياً، ولا يترتب علة تقديم طلب التفسير وقف تنفيذ الحكم الأصلي.

هذا ويلتزم من يحكم ضده من طرفي النـزاع بجميع مصروفات التحكيم وأتعاب المحكمين أو بنسبة ما يحكم به عليه، وعلى أن تسدد أتعاب المحكمين مقدماً وبالتساوي بين طرفي النـزاع عند التوقيع على وثيقة التحكيم، أو تسدد كاملة من طالب التحكيم في حالة غياب الطرف الثاني للنـزاع».

القسم الثالث

كيفية الاستفادة من التحكيم في البلاد غير الإسلامية

من المعلوم أن التحكيم هو مبدأ إسلامي أصيل يلتجئ إليه المسلم وغيره في ظل الدول الإسلامية، وسيادة الشريعة، ومن هنا فيكون لجوء المسلم إلى التحكيم باشتراطه أو إقراره عند النزاع مباحاً مشروعاً، إذ يمكنه اللجوء إلى القضاء الإسلامي دون حرج.

ولكن الأمر مختلف بالنسبة للمسلم في الديار التي لا تطبق فيها الشريعة الإسلامية الغراء، أو أن القانون المطبق يتعارض مع الحكم الشرعي الذي يريده ذلك المسلم، ففي هذه الحالة يجب عليه اللجوء إلى التحكيم في جميع عقوده ونزاعاته إذا كان محققاً غرضه المشروع في عدم الوقوع فيما حرمه الله تعالى، وذلك لأن الله تعالى أمرنا بتنفيذ أوامره والامتناع عن الوقوع في المحرمات ما استطعنا إلى ذلك سبيلاً، فإذا وجدنا أن السبيل الوحيد لذلك هو التحكيم فيجب اللجوء إليه، لأن ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب، ولأن هذا هو المستطاع فقد قال تعالى: ﴿فَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ مَا ٱسۡتَطَعۡتُمۡ﴾[1].

ومن جانب آخر أن عدم اللجوء إلى التحكيم ـ في الحالة التي يكون حكم القانون السائد فيها متعارضاً مع الشريعة ـ يؤدي إلى التحاكم إلى ما هو محرم شرعاً، فقال تعالى: ﴿أَلَمۡ تَرَ إِلَى ٱلَّذِينَ يَزۡعُمُونَ أَنَّهُمۡ ءَامَنُواْ بِمَآ أُنزِلَ إِلَيۡكَ وَمَآ أُنزِلَ مِن قَبۡلِكَ يُرِيدُونَ أَن يَتَحَاكَمُوٓاْ إِلَى ٱلطَّٰغُوتِ وَقَدۡ أُمِرُوٓاْ أَن يَكۡفُرُواْ بِهِۦ﴾[2].

(١) سورة التغابن: ١٦

(٢) سورة النساء: ٦٠.

وأما إذا عرف أن حكم القانون السائد في القضية لا يتعارض من حيث المبدأ مع أحكام الشريعة الإسلامية فإنه يكون من الأفضل للمسلم أن يلتجئ إلى أيضاً إلى التحكيم دون القضاء؛ لأنه يستطيع أن يفرض المبادئ والأحكام الشرعية في التحكيم.

ومن هنا فعلى المسلم في ظل تطبيق القوانين المخالفة للشريعة أن يكون حذراً فيضع بنداً خاصاً باللجوء إلى التحكيم الذي لا يتعارض حكمه مع مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها، أو التقيد بقانون إسلامي لدولة إسلامية، عند ظهور أي نزاع، وإذا لم يتمكن من وضع مثل هذا البند فعليه أن يسعى جاهداً لإقناع الآخر عند النزاع بالتوقيع على وثيقة التحكيم، كما أن عليه أن يختار الحكم، أو أكثر، أو مركز التحكيم الذي يعرف أنه يحقق الهدف المنشود في عدم معارضة الشريعة الغراء.

تطبيق غير القانون السائد:

وهنا يرد سؤال: هل يمكن للمتخاصمين فرض أحكام الشريعة على هيئة التحكيم؟

للجواب عن ذلك نقول: إن معظم القوانين السائدة تجيز أن يشترط المتخاصمان ذلك، حيث تنص المادة (٣٩) من قانون التحكيم المصري على ما يأتي:

(١) تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة أتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك.

(٢) وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع.

وتضيف المادة (٣٩) في فقرتها الرابعة: (يجوز لهيئة التحكيم – إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح – أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون).

وتنص المادة (٧٧٥) من قانون أصول المحاكمات اللبناني على أنه: (يجوز أن يتفق الخصوم في البند التحكيمي أو في عقد التحكيم أو في عقد مستقل على أن يكون التحكيم عادياً أو مطلقاً، كما يجوز تفويض المحكم أو المحكمين التوفيق بين الخصوم).

وتضيف المادة (٧٧٦) من أصول محاكمات: (في حالة شك في وصف التحكيم فإنه يعتبر تحكيماً عادياً).

وفي التحكيم العادي يطبق المحكم أو المحكمون قواعد القانون وأصول المحاكمة العادية باستثناء ما لا يتفق منها مع أصول التحكيم ولا سيما القواعد المبينة في هذا الباب، كما يجوز للخصوم إعفاء المحكم أو المحكمين من تطبيق أصول المحاكمة العادية أو بعضها، باستثناء تلك التي تتعلق بالنظام العام بشرط أن تكون متفقة مع قواعد وأصول التحكيم. ولكن لا يجوز أن يتناول الإعفاء بوجه خاص المبادئ المنصوص عليها في المواد ٣٦٥ إلى ٣٦٨ و ٣٧١ إلى ٣٧٤ حيث (لا يثبت الإعفاء المشار إليه إلا بنص صريح في اتفاق التحكيم أو في اتفاق مستقل).

وتنص المادة (٧٧٧) على أنه: (في التحكيم المطلق يعفى المحكم أو المحكمون من تطبيق قواعد القانون وأصول المحاكمة العادية ويحكمون بمقتضى الإنصاف.

تستثنى من هذا الإعفاء قواعد القانون المتعلقة بالنظام العام والمبادئ الأساسية

لأصول المحاكمة لاسيما المتعلقة بحق الدفاع وبتعليل الحكم وأيضاً القواعد الخاصة بنظام التحكيم.)

وتنص المادة ٧٨٩ على أنه: (يفصل المحكمون في النزاع وفق القواعد المعينة في المادة (٧٧٦) ما لم يخولهم الخصوم في عقد التحكيم صلاحية فصله كمحكمين مطلقين فيطبقون عندئذ القواعد المعينة في المادة ٧٧٧.)

يقول الدكتور فتحي والي: (وهذه النصوص سالفة الذكر في القانون اللبناني خاصة بالتحكيم الداخلي

أما التحكيم الدولي الخاضع للقانون اللبناني، فقد نصت المادة ٨١٢ على عدم تطبيق هذه المواد عليه، وإنما تطبق عليه المادة (٨١٣) التي تنص على أن:

(يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الخصوم، وإلا فوفقاً للقواعد التي يراها مناسبة. وهو يعتد في جميع هذه الأحوال بالأعراف التجارية.

وهو يفصل في النزاع كمحكم مطلق إذا حددت اتفاقية الخصوم مهمته على هذا الوجه)[1].

ففي ضوء ما سبق أن القانون المصري حسب المادة (٣٩) أجاز أن تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي اتفق عليها الطرفان، وهكذا الأمر في

(١) يراجع: د. فتحي والي، بحثه: تحيكم الشريعة الإسلامية في نظر القانون المصري واللبناني، المقدم إلى المؤتمر الاسلامي الثاني للشريعة والقانون ١٤٢١هـ- / ٢٠٠٠، معهد طرابلس للدراسات الاسلامية – لبنان ص ٢٥٩-٢٦٠

القانون اللبناني إذا كان التحكيم دولياً، أما إذا كان داخلياً فإن الفقه وجد له مخرجاً في تطبيق الشريعة بناء على تكييفه بأنه تحكيم مطلق تطبق عليه المادة (٧٧٧).

تحكيم غير المسلمين:

من المعلوم أن المسلم في البلاد الاسلامية يستطيع اختيار حكمين مسلمين، أو هيئة تحكيم مسلمة بسهولة، لكنه قد يصعب عليه ذلك في بلاد غير إسلامية، وهنا يثور التساؤل حول: مدى إمكانية تحكيم كافر، أو هيئة غير إسلامية للتحكيم؟

للإجابة عن هذا التساؤل نقول: إن المذاهب الفقهية الأربعة متفقة على أنه لا يجوز للمسلم أن يتحاكم إلى قاض غير مسلم[(١)]؛ لأنه نوع من الولاية وقد قال تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾[(٢)] وكذلك الأمر بالنسبة للتحاكم إلى محكم غير مسلم غير مسلم بناءً على أنه بمثابة القاضي.

وفي ضوء ذلك فلا يجوز للمسلم التحاكم إلى غير المسلمين إلاّ للضرورة التي تبيح المحظورات، أو الحاجة الملحة، أو أن حقه لن يصل إليه إلاّ من خلال اللجوء إلى محكمة غير إسلامية، أو أن قانون بلده غير الإسلامي لن يوافق على الحكم إلاّ إذا صدر في ظل قوانين البلد، ففي هذه الحالات يجوز اللجوء إلى قضاء غير إسلامي، او تحكيم غير إسلامي.

وقد ذكر الإمام محمد بن حسن الشيباني في السير الكبير عدة حالات أجاز فيها للمسلم اللجوء إلى حاكم غير مسلم، منها:

---

(١) يراجع: فتح القدير (٥/ ٤٩٩) وحاشية ابن عابدين (٤/ ٣٤٨) والمنتقى للباجي (٥/ ٢٢٨) وشرح المحلى على المنهاج مع حاشيتي قليوبي وعميرة (٤/ ٢٩٨) ومطالب أولى النهى (٦/ ٤٧٢)

(٢) سورة النساء: ١٤١.

المسألة (٢٦٧٥): (ولو استودع مسلم مسلماً شيئاً وأذن له إن غاب أن يخرجه معه فارتد المودع ولحق بدار الحرب فلحقه صاحبه وطلبه منه فمنعه واختصما فيه إلى سلطان تلك البلاد فقصر يد المسلم عنه ثم أسلم أهل الدار فالوديعة للمودع لا سبيل لصاحبها عليها.

لأنه ما كان ضامناً لها في دار الإسلام وحين منعها في دار الحرب كان هو حربياً لو استهلكها لم يضمن فكذلك إذا منعها ولأنه بهذا المنع يصير في حكم الغاصب فكأنه غصبه منه الآن ابتداء فيتم إحرازه بقوة السلطان) [(١)].

ومنها المسألة (٢٦٧٨): (وكذلك لو لم يكن الغاصب رده ولكن المغصوب منه قدر عليه فأخذه ثم خاصمه فيه الغاصب فرده عليه سلطان أهل الحرب.

لأنه أخذه منه فهذا والأول سواء لأن الغاصب برئ من ضمانه حين أخذه المغصوب منه من يده فالتحق هذا المال بمال آخر أدخله مع نفسه فإذا غلب عليه الغاصب بقوة السلطان يصير محرزاً له)[(٢)].

ومنها المسألة (٢٦٧٩): (ولو أن رجلين أسلما في دار الحرب ثم غصب أحدهما صاحبه شيئاً وجحده فاختصما إلى سلطان تلك البلاد فسلمه للغاصب لكونه في يده ثم أسلم أهل الدار والرجلان مسلمان على حالهما فالمغصوب مردود على المغصوب منه.

---

(١) شرح كتاب السير الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني، إملاء محمد بن أحمد السرخسي، تحقيق عبدالعزيز أحمد، ط. شركة الاعلانات الشرقية ١٩٧١م (٤/ ١٣٨٥).

(٢) المرجع السابق (٤/ ١٣٨٦).

لأن رد العين مستحق على الغاصب بحكم اعتقاده فإسلام أهل الدار لا يزيده إلا وكادة وبقوة سلطان أهل الحرب المسلم لا يصير محرزاً مال المسلم ولا متملكاً لأنهما لو كانا في دار الإسلام لم يكن هو متملكاً بحكم سلطان المسلمين فكيف يصير متملكاً بحكم سلطان أهل الحرب)[1].

وقد اعتبر مجمع الفقه الإسلامي الدولي أن عدم وجود محاكم دولية إسلامية بمثابة الحاجيات المعتبرة، حيث نص في قراره رقم (٩٥(٨/ ٩) في ١-٦ من ذي القعدة ١٤١٥هـ الموافق ١-٦/ ٤/ ١٩٩٥ على ما يأتي: (إذا لم تكن هناك محاكم دولية إسلامية يجوز احتكام الدول والمؤسسات الإسلامية إلى محاكم دولية غير إسلامية توصلاً لما هو جائز شرعاً)[2].

وإذا جاز التحاكم إلى القضاء الدولي في الحالة ذكرت في القرار فإن تحكيم هيئات دولية للتحيكم عند عم وجود هيئات إسلامية للتحكيم جائز بطريق أولى.

وفي نظري أن التحكيم أخف بكثير من التقاضي من حيث إن التحكيم محل خلاف أساساً بين الفقهاء: هل هو قضاء، أم عقد توكيل، وأن المحكم هل هو يعامل في كل شيء معاملة القاضي أم لا.

ومن المتفق عليه أن عقد التحكيم أو شرط التحكيم من العقود الرضائية وليس له علاقة بالقضاء، وأن اللجوء إلى التحكيم يتم بتراضي الطرفين من خلال شرط في العقد، أو عقد جديد.

---

(١) المرجع السابق (٤/ ١٣٨٦).

(٢) يراجع: مجلة مجمع الفقه الاسلامي الدولي ع٩ ج ٤ ص ٣٨٥.

ومن جانب آخر فإن المحكم يتم التوافق عليه بتراضي الطرفين، أو من لوازم التراضي ـ كما سبق ـ.

ويبقى السؤال: هل المحكم قاض أو بمثابة القاضي؟

فقد اختلف الفقهاء حيث ذهب جماعة منهم إلى أن الحكم وكيل ـ كما سبق ـ بالإضافة إلى أن جماعة من الفقهاء ذهبوا إلى أن حكم المحكم ليس بلازم ـ حسب التفصيل السابق ـ في حين أن الفقهاء متفقون في إلزامية حكم القاضي.

وبالإضافة إلى ذلك فإن القاضي تعينه الدولة وتستمد قوته وسلطانه منها في تنفيذ أحكام الشريعة، في حين أن المحكم يستمد قوته من العاقدين، وبعبارة أخرى أن طرفي العقد في القضاء هما الدولة والقاضي، في حين أن الطرفين في التحكيم الاختياري هما: الخصمان من جانب، والمحكم أو هيئة التحكيم من الجانب الآخر.

ومما يؤكد ذلك أن بعض الفقهاء الحنابلة نصوا على أن الصفات العشر التي ذكرها الفقهاء في القاضي لا يشترط توافر جميعها في المُحَكّم[1] وذكر الخرشي أن الصبي المميز والعبد والمرأة، والفاسق إذا حُكمّوا في المال والجرح ففي ذلك أربعة أقوال: الصحة مطلقاً لأصبغ، وعدم الصحة مطلقاً لمطرف، والثالث: الصحة إلاّ في تحكيم الصبي لأنه غير مكلف ولا إثم عليه إن جار وهو لأشهب، والرابع: الصحة إلاّ في تحكيم الصبي والفاسق وهو لعبدالملك[2] وذكر الباجي أن ابن الماجشون من رواية ابن حبيب: إن كان العبد والمرأة بصيرين عارفين مأمونين فإن تحكيمهما وحكمها جائز إلاّ في خطأ بيّن، وقاله أصبغ

(١) كشف القناع (٦/ ٣٠٩).

(٢) شرح الخرشي على مختصر خليل (٧/ ١٤٦).

وأشهب، قال ابن حبيب قال: وبه آخذ، وقد ولي عمر الشفاء ـ وهي أم سليمان بن أبي حتمه ـ سوق المدينة، ولا بد لوالي السوق من الحكم بين الناس ولو في صغار الأمور، ونقل الباجي أيضاً عن أصبغ جواز تحكيم المحدود، والصبي الذي له عقل وعلم بالسنة والقضاء، ثم عقب الباجي على هذه الأقوال بقوله: (وأصلها على أن من جعل التحكيم من باب الوكالة لم يراع شيئاً من ذلك إذا لم يكن ذاهب العقل، ومن جعله من باب الولاية في حكم خاص لم يجز فيه إلاّ من اجتمعت فيه صفات الحاكم)[1].

وأهم من كل ما سبق هو أن العاقدين أو المتنازعين يستطيعان فرض احكام الشريعة، أو المبادئ الإسلامية، أو قانون لا يتعارض مع أحكام الشريعة على هيئة التحكيم، أو المحكم ـ كما سبق ـ في حين أن معظم المحاكم الرسمية في الدول غير الإسلامية لا تلتزم بأحكام الشريعة الإسلامية حتى ولو قُيّد الحكم بها، إما من باب ما يسمى بالسيادة، أو غير ذلك.

وحينئذ فيرفع اشتراط التحكيم الحرج الأكبر عن المسلمين في التحكيم وهو إصدار حكم يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية الغراء.

ولذلك فالذي يظهر لي رجحانه أنه يجوز عند الحاجة وعدم وجود هيئة تحكيم إسلامية اللجوء إلى التحكيم إلى هيئة غير إسلامية أو محكم غير مسلم، بشرط أن تلتزم الهيئة، أو المحكم بالشريعة الإسلامية، أو قانون إسلامي، أو بالمبادئ والإجراءات والأحكام التي تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها السمحة.

---

(١) المنتقى (٥/ ٢٢٨).

وهذا ما تبناه معيار التحكيم الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في فقرته ٨/ ٢ حيث نص على أن: (الأصل أن يكون المحكم مسلماً، وإذا دعت الحاجة المتعينة إلى اختيار محكم غير مسلم فيجوز ذلك للتوصل إلى ما هو جائز شرعاً).

ولكن ينبغي للمسلين في بلاد الغرب، والمؤسسات المالية الإسلامية الحرص الشديد على المحاكم الإسلامية في البلاد الإسلامية ما دام ذلك ممكناً ميسوراً غير معسور، وإذا لم يمكنهم ذلك فإن في التحكيم إلى هيئات تحكيم إسلامي أو محكّمين مسلمين مندوحة ومخرجاً، وإذا لم يتيسر لهم ذلك فإن عليهم بذل كل ما في وسعهم لتفادي صدور أي حكم يتعارض مع عقيدتهم وشريعتهم وذلك باشتراط التزام المحكم أو هيئة التحكيم أو المحكم بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، وقد تبين لنا أن القوانين الغربية تسمح لهم بتقييد التحكيم بالأحكام والإجراءات الخاصة بدين معين، أو مذهب محدد.

وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين . . .

والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه ومن تبع هداه إلى يوم الدين . . .

الفهـــــرس

القسم الأول: المبادئ العامة للتحكيم ٢٨٤
التحكيم عند اللغويين: ٢٩٠
التحكيم في اصطلاح الفقهاء: ٢٩٢
والتحكيم في اصطلاح القانونيين: ٢٩٣
المصطلحات المتشابهة بالتحكيم: ٢٩٤
أدلة مشروعية التحكيم: ٢٩٨
الكتاب: ٢٩٨
السنة: ٢٩٩
الإجماع: ٣٠٠
الالتزام بالعقود والشروط: ٣٠١
سعة دائرة التحكيم: ٣٠٢
أركان التحكيم: ٣٠٣
طبيعة عقد التحكيم: ٣٠٦
عقد التحكيم بين الاستقلال والتبعية: ٣١٣
عقد التحكيم بين اللزوم والجواز: ٣١٨
إلزامية الحكم بعد الصدور: ٣٢٣
التحكيم عقد ملزم في القانون: ٣٢٣
مدى التزام المحكم بالمضي في التحكيم: ٣٢٤
حالة عدم ذكر الحكم: ٣٢٥
تنفيذ حكم المحكم: ٣٢٨
طلب بطلان حكم المحكم: ٣٣٠
قصر حكم الحكم على المتحاكمين: ٣٣١
القسم الثاني: التحكيم في البنوك الإسلامية (العقبات والاقتراحات) ٣٣٧
بعض مشاكل التحكيم في البنوك الإسلامية: ٣٣٧
بعض التحسينات في العقود لعلاج بعض هذه المشاكل مع مثال: ٣٣٩
القسم الثالث: كيفية الاستفادة من التحكيم في البلاد غير الإسلامية ٣٤٣
تطبيق غير القانون السائد: ٣٤٤
تحكيم غير المسلمين: ٣٤٧
الفهـــــرس ٣٥٣

التحكيم ضرورة شرعية وحاجة عصرية

إعداد الدكتور

كمال طه

أستاذ الشريعة الإسلامية بجامعة البحرين

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث الأمين الرحمة المهداة للعالمين، الذي أمره ربه بالحكم بين الخلائق أجمعين فقال وهو أحسن القائلين: ﴿ وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعۡ أَهۡوَآءَهُمۡ وَٱحۡذَرۡهُمۡ أَن يَفۡتِنُوكَ عَنۢ بَعۡضِ مَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ إِلَيۡكَ ﴾[1]، فحكم بينهم فكان أنصف وأعدل الحاكمين، صلوات ربي وسلامه عليه، وعلى آله وصحبه ومن اتبع نهجه واستن بسنته إلى يوم الدين.

فمن سنن الله الكونية الخلاف الذي ينشأ بين الأفراد والمجتمعات، وقد نشأ التحكيم لفض المنازعات منذ قديم الزمان حقيقًا للأمن و الأمان، والتحكيم سابق على القضاء، الذي وجد بوجود نظام الدولة فقد أخذت الدولة على عاتقها إقامة العدل والمساواة بين رعاياها وذلك عن طريق إيجاد الأجهزة القضائية التي لها سلطة فض المنازعات، وهي صاحبة الولاية العامة في ذلك، وعلى الرغم مما اتخذت من إجراءات لإعداد وتطوير الجهاز القضائي للفصل في الخصومات إلا أنه في كثير من أحيانه يبقى الضغائن والأحقاد، لذلك أقرت التشريعات المختلفة ما جاءت به الشريعة الغراء من مبادئ التحكيم كوسيلة لفض المنازعات بين الأفراد والمجتمعات ويعتبر نظام التحكيم نظامًا قديمًا من حيث تلبيته لرغبات المجتمعات البدائية في فض المنازعات، وجديدًا من حيث تلبيته لرغبات المجتمعات الحديثة بسرعة فض المنازعات، وقد زادت أهميته في الوقت الحاضر، لتسوية المنازعات التجارية، وأنشئت من أجل ذلك مراكز متخصصة

(١) سورة المائدة: ٤٩.

للفصل في المنازعات، سواء على المستوى المحلي أو الإقليمي، ولقد اهتمت الدول العربية بإنشاء مراكز للتحكيم التجاري كمركز التحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري والدولي، ومركز التحكيم المحلي والدولي بتونس وغيرها من المراكز المنتشرة.

ومن هنا تأتي أهمية مؤتمر التحكيم وضوابطه الشرعية والإجرائية بمحاوره الثلاثة، من حيث الموضوعات، ومن حيث الوصول إلى النتائج التي تخدم التحكيم وتحقق له ما يصبوا إليه من إقامة العدل الذي قامت عليه السموات و الأرض.

وقد تشرفت **بطلب فضيلة الدكتور الشيخ محمد أبو النجا** رئيس مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا بالكتابة حول محور من محاور المؤتمر، ولم يسعني أمام هذا الطلب الكريم إلا الاستجابة والمساهمة بهذا البحث المتواضع، الذي يتناول المحور الأول من محاور المؤتمر قضية التحكيم على الصعيد الشرعي.

وأسميته التحكيم ضرورة شرعية وحاجة عصرية وقد قسمته إلى ثلاثة فصول هي كالتالي:

الفصل الأول: نظرية التحكيم في الشريعة الإسلامية ويشتمل على أربعة مباحث:

- **المبحث الأول**: تعريف التحكيم والفرق بينه وبين بعض المصطلحات المشابهة.
- **المبحث الثاني**: أهمية التحكيم.
- **المبحث الثالث**: تاريخ التحكيم.
- **المبحث الرابع**: مشروعية التحكيم في الإسلام.

الفصل الثاني: نظام التحكيم وضوابطه الشرعية والقانونية ويشتمل على أربعة مباحث هي كالتالي:

- **المبحث الأول**: حكم التحكيم.
- **المبحث الثاني**: مجال التحكيم.
- **المبحث الثالث**: مشروعية التعويض المالي.
- **المبحث الرابع**: أنواع التحكيم.

الفصل الثالث: طبيعة التحكيم ويشتمل على مبحثين هما كالتالي:

- **المبحث الأول**: طرق التحكيم.
- **المبحث الثاني**: الاتفاق على التحكيم.

والله أسأل التوفيق والسداد، والعصمة من الخطأ والذلل والإخلاص في القول والعمل بالسر والعلن، والعفو والغفران والقبول لبضاعتنا المزجاه فهو نعم المولى ونعم النصير.

الفصل الأول

نظرية التحكيم في الشريعة الإسلامية

المبحث الأول

تعريف التحكيم

التحكيم لغة: مصدر حكمه في الأمر و الشيء: أي جعله حكمًا وفوض الحكم إليه، وحكمه بينهم أي طلب منه أن يحكم بينهم فهو حكم ومحكم، وأحْكَمَهُ: أتقنه فاستحكم ومنعه عن الفساد، كحكمه حكمًا وعن الأمر: رجعه فحكم ومنعه مما يريد.

كَحَكَمَه وحَكَّمه والفرس جعل للجامه حَكَمَةً والحَكَمَةُ: ما أحاط بحنكي الفرس من لجامه، ومن هذا قيل للحاكم بين الناس حاكم، لأنه يمنع الظالم من الظلم[(١)].

التحكيم اصطلاحًا: توليه الخَصْمَينِ حاكمًا يحكم بينهما[(٢)].

وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه: (اتخاذ الخصمين برضاهما حاكمًا يفصل خصومتهما ودعواهما يقال حَكَم، بفتحتين، ومُحَكَّم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة)[(٣)]

التحكيم في اصطلاح القانونيين: هو الاتفاق على إحالة ما ينشأ بين الأفراد من

---

(١) القاموس المحيط مادة (حكم) وانظر لسان العرب وأساس البلاغة ماده حكم.

(٢) الدر المختار بحاشية رد المختار حـ ٥ ص ٤٢٨ والبحر الرائق حـ ٧ ص ٢٤ وانظر: طلبة الطلبة ص ١٤٦ والفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٣٩٧ عن محيط السرخسي.

(٣) شرح مجله الأحكام العدلية – منير القاضي حـ ٤ ص ١٦٩.

النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين، أو على إحالة أي نزاع نشأ بينهم بالفعل، على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكَّمين، ليفصلوا في النزاع المذكور بدلًا من أن يفصل فيه القضاء المختص...[٤]

فيتضح مما سبق أن التحكيم طريق خاص لحل المنازعات بعيدًا عن طرق التقاضي العادية.

(كما اتفق على ذلك تعريف أهل القانون والفقهاء) واتضح أن التحكيم يرتكز على أساسين:

الأول: أن أطراف النزاع هم الذين يختارون قضاتهم، فالحكم ينشأ من إراده طرفى الخصومة، ولقد حرصت النظم القانونية الحديثة على دعم هذا النظام، لما يحتويه من سرعة في فض النزاع مع رضاء الأطراف بالحكم الذي يصدره الحكم.

الثاني: إقرار المشروع لهذه الإرادة، بأن تكشف إرادة الأطراف عن رغبتهم في النزول عن الالتجاء إلى القضاء، وفى حسم النزاع عن طريق التحكيم.

الفرق بين التحكيم وبعض المصطلحات المشابهة:

الفرق بين التحكيم والقضاء:

القضاء لغة: الإلزام قال تعالى: ﴿ ۞ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعۡبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ ﴾[١]. ويأتي

(٤) طرق التنفيذ والتحفظ ص ٩١٨ وقواعد تنفيذ الأحكام والمحررات الموثقة ص ٦٣ وانظر التنفيذ علمًا وعملًا ص٧٣٠، وشرح القانون المدني الجديد – مريي – العقود المسماة حـ١ ص ٥٤١، وشرح المرافعات المدنية والتجارية للشرقاوي ص ٦٢٠ وعقد التحكيم ص ١٥.

(١) الإسراء: ٢٣

بمعنى الإخبار قال تعالى: ﴿وَقَضَيْنَآ إِلَىٰ بَنِيٓ إِسْرَٰٓءِيلَ فِي ٱلْكِتَٰبِ لَتُفْسِدُنَّ فِي ٱلْأَرْضِ مَرَّتَيْنِ﴾[1]. والقضاء في الاصطلاح: قول ملزم يصدر عن ولاية عامة، والتعريف الاصطلاحي لم يخرج عن المعنى اللغوي فهو إلزام بحكم القاضي لأنه صادر عن ولاية عامه.

ويجدر بنا في هذا المقام أن نوضح نقاط الاتفاق بين التحكيم والقضاء ونقاط الاختلاف:

فمن أهم نقاط الاتفاق بين التحكيم والقضاء:

١- كل منها له ولاية حكم لذلك قال بعض الفقهاء إن التحكيم شعبة من القضاء.
٢- كل منهما يكتسب ولاية الحكم ممن ولاه، ويتقيد كل منهما بما يقيده به من ولاه، من حيث زمان الولاية ومكانها، والموضوعات التي يحكم فيها.
٣- المولى للقاضي والحكم له حق عزلهما في أي وقت.

الفرق الجوهري بين القضاء والتحكيم:

- أن ولاية القاضي عامة، يستطيع النظر في أي قضيه تعرض عليه، لأن المولى له هو الإمام، وهو صاحب السلطة العامة في فصل جميع المنازعات، بخلاف التحكيم فولايته خاصة مقصورة على القضية المتنازع عليها، لأن المولى له هما طرف النزاع في القضية، فلا تتعداها إلى قضية أخرى.
- فالحكم لا يحكم إلا في الدعوى المحكم فيها فقط، أما القاضي فله النظر في كل القضايا.

(١) سورة الإسراء: ٤.

- الحكم إذا قضى في فصل مجتَهَد فيه، ثم رفع إلى القاضي أو حكم آخر أمضاه إن وافق رأيه وإلا نقضه.
- لا يجوز التحكيم في حد وفودٍ وديةٍ على الصحيح، لأن تحكيمهما بمنزلة صلحهما، وهما لا يملكان دمهما، ولهذا لا يباح بالإباحة، وكذلك لا ولاية على العاقلة، ولا ينفذ حكمه عليها ولا على القاتل بالدية.
- أن الخصم لا يجب عليه إجابة خصمه إلى التحكيم إذا دعاه إليه، أما إذا دعاه القضاء فيجب الإجابة.
- لا يجوز للحكم أن يستخلف غيره ليتولى التحكيم نيابة عنه إلا بموافقة الطرفين، لأن الرضا بالتحكيم مرتبط بشخص، أما القاضي فيجوز له أن يستخلف غيره في نظر القضايا المعروفة.

١- حُكم الحَكَمَ لا يرفع الخلاف، بخلاف حكم القاضي يرفع الخلاف.

٢- التحكيم لا يصح إلا برضا الخصمين، أما القضاء فلا يشترط رضا الخصمين.

الفرق بين التحكيم والوكالة:

الوكالة عقد بمقتضاه يخول شخص ينوب عنه فيها وكل فيه ويسمى الموكل فهو يعمل لمصلحه موكله وفى حدود الوكالة الممنوحة له.

أما التحكيم فهو تعيين شخص أجنبي عن طرفي النزاع، يعمل مستقلا عن الخصوم، ويطبق القانون الذي ارتضاه الخصوم، ويجب عليه أن يعمل بحيادية مطلقه، ولا يميل لأحد الخصوم، ولا يجوز للخصوم أن يتدخلوا في عمله، وحكمه مفروض عليهم ولازم لهم، كما أن الوكيل قابل للعزل بواسطة موكله على عكس المحكم الذي يتعذر عزله إلا باتفاق الخصوم.

التحكيم والصلح:

الصلح عقد يحصل به قطع المنازعة القائمة أو المحتملة، يترك بموجبه أي منهما جزءًا من ادعاءاته على وجه التقابل لإرضاء الآخر، وقد يتفق المتخاصمان على تعين من يقوم بدور المصلح، أو يتدخل المصالح نفسه أو المصالحين من تلقاء أنفسهم بخلاف التحكيم فهو عقد يتم فيه تعيين المحكمين بواسطة طرفي النزاع أو حسب الاتفاق، ويلتزم المحكمون في أحكامهم تطبيق القانون الذي تم الاتفاق عليه.

المبحث الثاني

أهميه التحكيم

نشأ التحكيم لفض المنازعات بين الخصوم منذ زمن بعيد قبل وجود القضاء المنظم الذي نشأ مع نشوء نظام الدولة بمعناها القانوني، ومع وجود القضاء المنظم لم يتم إلغاء التحكيم كطريقة ثانوية لفض المنازعات لفوائده العديدة.

من أهم هذه الفوائد:

١ - السرعة في فض المنازعات:

لأن المحكمين يكونون عادة متفرغين للفصل في خصومة واحدة فيتيسر لهم حسمها في وقت أقرب مما يلزم عادةً للمحاكمة.[(١)]

وخاصة فيما يتعلق بالتجارة والمصالح التي يتعلق بها ربح أو خسارة فهي تحتاج إلى سرعة في فض النزاع، لتقليل حجم الخسائر التي قد تصل إلى ملايين بل إلى مليارات الدولارات كسفن محمله بالبضائع وربما تتعرض للفساد أو أجرة حمولة وغيرها من التبعات أو مجمعات تجارية أو شركات إنتاجيه يتعرض أصحابها لخسائر وهمية من طول انتظار فض النزاع عليها عن طريق القضاء.

ولهذا يقول شراح القانون: إن علاقة التجارة الدولية لا تتحمل بما تقتضيه من سرعة ومرونة، بطء وتعقيدات إجراءات التقاضي أمام المحاكم الداخلية لدولة معينة.

ويعتبر عامل السرعة من العوامل الهامة في تنفيذ المعاملات الدولية التي تتأثر بتقلبات أسعار المواد والصرف.[(٢)]

ولأهمية الوقت، فقد حرصت نظم التحكيم الدولية على إلزام هيئه التحكيم بالفصل في النزاع خلال مده محدده منعا للماطلة في الإجراءات والكيد للخصم، مثال

---

(١) التنفيذ علما وعملا – قمحه والسيد ص: ٧٣٠ .

(٢) انظر جورج خربون، النظام القانوني للتحكيم الأجنبي في القانون الداخلي، ومجلة الحقوق الكويت، السنة ١١، العدد٤ ديسمبر١٩٨٧م، ص١٨٧

ذلك ما تنص عليه المادة (٧) من نظام لائحة مركز أبو ظبي للتوقيف والتحكيم التجاري التي تنص على انه يتعين على هيئه التحكيم أن تصدر قرارًا ما خلال مدة أقصاها ستة أشهر من تاريخ استلام المهمة، ما لم يتفق الطرفان على مدة أطول.

٢- الاقتصاد وقلة التكلفة:

فالبعض يفضل التحكيم، لقلة النفقة المالية، التي لا تذكر بجانب نفقات القضاء التي تستدعى رسومًا قضائية وأتعاب محاماة وخبراء، كما أن نظر الدعوى أمام القضاء يتم عادة على درجتين أو أكثر من درجات التقاضي مما يترتب عليه زيادة الإنفاق وعلى العكس من ذلك التحكيم لأنه ليس له إلا درجه واحدة غالبا.

٣- تلافى الأحقاد والعداوة بين الخصوم:

لأن الحكم مختار من قبل الخصوم، وهو حائز على ثقتهم ورضاهم مما يستدعى النفس بقبول الحكم والرضي به، بخلاف الحكم من القضاء فهو مفروض على الطرفين وقد سبقه مشاحنات وخصومات، مما قد يولد العداء والبغضاء وخاصة عند حدود الحكم، فالتحكيم يحقق العدل بلا عداوة، أما القضاء فيحقق العدل، ولكن كثير ما يبقى وراءه العداوة والأحقاد بين المتنازعين.

التحكيم يتيح للمتنازعين فرصة اختيار محكمين أصحاب تخصص دقيق في موضع النزاع، ويسهم في فهم سريع ودقيق لموضوع الخلاف وبخاصة في بعض القضايا الفنية الدقيقة التي قد لا تتوافر في القاضي الذي ينظر في مختلف القضايا، ويعتمد على رأى أهل الخبرة، وبالتالي يكون الحكم المتخصص أفهم للقضية وأسرع للقضية في الفصل

من غيره.[1]

التحكيم يعطى الفرصة لتطبيق الشريعة الإسلامية في فض المنازعات، وخاصه في الدول التي لا تطبق الشريعة الإسلامية.[2]

فنظام التحكيم أضحى وسيلة من وسائل تطبيق أحكام الشريعة، فقد أصبحنا في زمن غلبت فيه القوانين الوضعية، التي تعانى من القصور الدائم في ظل التطورات المتلاحقة، والثغرات المتغلغلة في ثنايا النصوص التشريعية فالمخرج من هذا القصور وهذه الثغرات أوجد بيئة خصبة للرجوع إلى تطبيق الشريعة الإسلامية؛ مما دفع بعض الدول العربية للعمل بأحكام الشريعة.

حيث تتضمن بعض الدساتير نصوصًا تؤكد الحرص على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية مثل دستور المملكة العربية السعودية الذي صدر عام ٢٧/٨/١٤١٢هـ والذي ينص على اعتبار الشريعة الإسلامية بمصدريها الكتاب والسنة دستور المملكة العربية السعودية، ومثله الدستور المصري الدائم لعام ١٩٧١م، والدستور السوري لعام ١٩٧٣، والدستور الكويت، ونصت قوانين العقوبات في بعض الدول مثل السودان واليمن وليبيا وموريتانيا والإمارات على الأخذ بجرائم الحدود والقصاص والدية إلى جانب جرائم التعزير، ووضعت مشروعات لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في بعض الدول العربية في مجال المعاملات المدنية والقانون الجنائي وقانون المرافعات المدنية والتجارية كما هو الحال في مصر والكويت[1].

(١) انظر: محمد بن ناصر البجاد التحكيم في المملكة العربية السعودية٣١.

(٢) انظر محمد خلوصي وزميله، المطالبات ومحكمه التحكيم ص ٥٤.

(١))انظر التحكيم والصلح وتطبيقهما في المجال الجنائي، د. محمد عرفة ص ٤٧٢،٤٧٥.

التحكيم يتيح فرصه كبيرة للسرية في المعاملة المتنازع عليها، إما لكون عقودها تحتاج إلى سرية أو لكون النزاع ذاته لا يرغب الطرفان في معرفة الآخرين بوجود نزاع بينهما.

التحكيم يتيح للناس فرصه اختيار مكان التحكيم وزمانه وحكامه بالتحكيم يتيح مجالًا رحبًا للمتحاكمين لإجراء التحاكم بينهما في مكان مناسب وجو مريح.[٢]

(٢) انظر قحطان الدوري، عقد التحكيم ص ١٠٦.

المبحث الثالث

تاريخ التحكيم

نشأة التحكيم:

التحكيم قديم في نشؤه، فقد عرفه القدماء في جميع الحقب الحضارية المتعاقبة، فقد عرفه السومريون، وقدماء الإغريق والرومان، والعرب قبل الإسلام فكان النظام القبلي الذي يحكم، وكان لكل قبيلة حكامها الذين عرفوا برجاحة العقل وسعة الإدراك

قال اليعقوبى[(١)]:

«وكان للعرب حكام ترجع إليها في أمورها، وتتحاكم في منافراتها ومواريثها ومياهها ومائها، لأنه لم يكن يرجع إلى شرائعه فكانوا يحكمون أهل الشرق والصدق والأمانة والرئاسة والسن والمجد والتجربة[(٢)]، وبرز عدد من المحكمين حيث إن كل قبيلة لها محكميها ومن أشهر حكامهم: أكتم بن صيفي[(٣)] وحاجب بن زراره والأقرع بن حابس[(٤)]، وربيعه بن مخاسن وخمره بن ضمره في تميم وعامر بن الطرب العدواني

(١) اليعقوبي: أحمد بن أبي يعقوب إسحاق بن جعفر بن وهب بن واضح العباسي، مولى بني هاشم، يعرف بابن واضح وباليعقوبي وابن اليعقوبي وابن اليعقوبي مؤرخ، من مؤلفاته: التاريخ وأسماء البلدان، توفى سنة ٢٨٤ هـ ومعجم الأدباء جـ٥ ص ١٥٣ ومعجم المؤلفين جـ١ ص ١٦١.

(٢) المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام جـ٥ ص ٦٣٥ – ٦٣٨.

(٣) أكتم بن صيفى بن رباح التميمي الحكيم المشهور، وهو عم حنظلة بن الربيع بن صيفي الصحابي المشهور لم يلفه النبي ﷺ ولم يصلح إسلامه. الإصابة حـ١ ص ١١٠، والاستيعاب جـ١ ص١٢٨.

(٤) الأقرع بن حابس بن عقال المجاشعي الدرامي التميمي: اسمه فراس ولقب بالأقرع لقرع رأسه وهو من المؤلفة قلوبهم وقد حسن إسلامه. كان شريفًا في الجاهلية والإسلام وكان حكمًا في الجاهلية. قتل باليرموك في عشرة من بينه الإجابة جـ١ ص٥٨.

وغيلا بن سلمه في قيس وعبدالله وأبو طالب والعاصي بن وائل والعلاء بن حارثه في قريش واشتهر بعض النساء بذلك: مثل صحر بنت لقمان، وهند بنت الحنس وجمعة بنت حابس، وحصيلة بنت عامر بن الظرب[٥].

وكان إذا هلك منهم حاكم أخذ مكانه ابنه أو آخر من الأسرة المختصة بالقضاء حتى جاء الإسلام[٦]، وقد كان العرب يتحاكمون إلى رسول الله قبل الإسلام كما روي عن الربيع من خيثم أنه قال: كان يتحاكم إلى رسول الله في الجاهلية قبل الإسلام.[٧]

وقد حقن الرسول ﷺ دماء قومه في جاهليتهم بالتحكيم لما أرادوا أن يرفعوا الحجر الأسود واختصموا فيه حتى كادوا يتقاتلون قالوا:- يحكم بيننا أول من يدخل من باب هذا المسجد، فكان أول داخل عليهم، فلما رأوه قالوا: هذا الأمين رضينا، هذا محمد فلما انتهى إليهم، وأخبروه الخبر، قال: هلم إلى ثوبًا، فأتى به فأخذ الركن فوضعه فيه بيده، ثم قال: لتأخذ كل قبيلة بناحية من الثوب، ثم ارفعوه جميعًا ففعلوا، حتى إذا بلغوا به موضعه، وضعه هو بيده، ثم بنى عليه.[١]

---

(٥) تاج العروس مادة (حكم).

(٦) المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام جـ٥ ص ٦٥٢ – ٦٥٣.

(٧) طبقات ابن سعد حـ١ ص١٥٧ (دار صادر).

الربيع بن خيسم بن عائد الثوري الكوفي التميمي، أبو يزيد، من عباد الكوفة وزهادهم، قال له ابن مسعود: لو رآك رسول الله لأحبك مات بالكوفه سنة ٦٣هـ مشاهير علماء الأمصار٩٩ وتقريب التهذيب جـ١ ص٢٢٤ الدوري.

(١) سند الإمام أحمد حـ٣ ص٢٤٥، وانظر سيرة ابن هشام ص٢٢١.

المبحث الرابع

مشروعية التحكيم في الإسلام

جاء الإسلام نورًا وهدى للناس، ونظم التحكيم واعتبره نوعًا من أنواع القضاء الخاص لفض المنازعات بين الخصوم بعيدًا عن ضراوة الأحقاد، ونار العداوات وحدة الخصومات التي قد تحدث في القضاء العادي، لذلك جاء تشريع التحكيم في القرآن والسنة والإجماع.

التحكيم في القرآن الكريم:

ورد التحكيم نصًا في العديد من آيات القرآن الكريم فهناك آيتان في القرآن الكريم تنصان على مبدأ التحكيم.

الأولى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾[1]

وهذه الآية دليل على مشروعية التحكيم في حل الخلافات الزوجية واذاجاز التحكيم في المنازعات بين الزوجين، دل ذلك على جوازه في سائر المنازعات.

الثانية: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓ ﴾[2]

واستدلوا بهذه الآية على جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالأموال والمنازعات

(١) سورة النساء: ٣٥.

(٢) سورة النساء: ٥٨.

بصفة عامة وقال تعالى: ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُمۡ أَوۡ أَعۡرِضۡ عَنۡهُمۡۖ وَإِن تُعۡرِضۡ عَنۡهُمۡ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيۡـٔٗاۖ وَإِنۡ حَكَمۡتَ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِٱلۡقِسۡطِۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُقۡسِطِينَ﴾[٣]

وقال تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤۡمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيۡنَهُمۡ ثُمَّ لَا يَجِدُواْ فِيٓ أَنفُسِهِمۡ حَرَجٗا مِّمَّا قَضَيۡتَ﴾[٤] أي أن المحكم يمكن أن يفصل النزاع ويصدر قرارًا إلزاميًا لأطراف النزاع إذا لم يستطيع أن يصلح بينهم، لذلك أمر المحكم أن يحكم بالقسط وان يحكم بالعدل لما فيه إلزام قد يضر بالمحكوم عليه.

التحكيم في السنة النبوية:

عين النبي ﷺ حكمًا وهو سعد بن معاذ رضي الله عنه في أمر يهود بن قريظة، حين جنحوا إلى ذلك، ورضوا بالنزول على حكمه[١].

وقد قال «**من حكم بين اثنين تحاكما وارتضيا به فلم يعد بينهما بالحق فعليه لعنة الله**»[٢]

ولما قدم أبو شريح هاني بن يزيد رضي الله عنه إلى رسول الله ﷺ مع قومه. سمعهم يكنونه بابي الحكم فقال رسول الله ﷺ: إن الله هو الحكم وإليه الحكم، فلم تكنى أبا الحكم؟ فقال إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم، فرض كلا الطرفين فقال رسول الله ﷺ ما أحسن هذا؟ فمالك من ولد؟

---

(٣) سورة المائدة:٤٢.

(٤) سورة النساء:٦٥.

(١) في البخاري ومسلم .

(٢) أخرجه الترمزي وأبو داود والنسائي وإسناده حسن...".

قال: لي شريح ومسلم وعبد الله فقال: فمن أكبرهم؟ قلت شريح

قال: أنت أبو شريح، ودعا له ولولده»[1]

مشروعية التحكيم بالإجماع: أجمع فقهاء المسلمين على مشروعية التحكيم

قال الإمام النووي: قد أجمع العلماء على التحكيم ولم يخالف فيه إلا الخوارج[3]

وقد أجمع الصحابة رضوان الله عليهم على صحة التحكيم لفض المنازعات ومن الآثار التي رويت عن إجماع الصحابة على مشروعية التحكيم.

ما حدث من نزاع بين عمر بن الخطاب رضي الله عنه وبين أحد من عوام الناس يدعى أبى كعب حيث اتفقا على تحكيم زيد بن ثابت للفصل في النزاع، وعندما ذهب الخليفة مع خصمه إلى زيد قال أتيناك لتحكم فيما بيننا وفى بيته يؤتى الحكم، فدهش وسأل الخليفة عن سبب عدم استدعاءه إليه بدلًا من حضوره شخصيًا، فأجابه الخليفة عندما تحكم نأتي إلى بيت الحكم فأعطاه زيد وسادة ليرتاح عليها فرفض وقال هذا أول تصرف يفتقد إلى الإنصاف، وقد كان اليمين على عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال زيد لأبى بن كعب لو أعفيت أمير المؤمنين، فقال عمر: يمين لزمتني»[1]

---

(١) أخرجه أبو داود والنسائى وإسناده حسن.

(٣) أبو زكريا يحيى بن شرف النووى (ت ٦٧٦) صحيح مسلم بشرح النووي بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط ٢، ١٣٩٢هجرية،الجزء ١٢، ص ٩٢.

(١) أحمد بن الحسين بن على بن موسى أبو بكر البيهقي، (توفى ٤٥٧هـ) السنة الكبرى (سنن البيهقي) مكة المكرمة دار الباز باب ماجاء في التحكيم الجزء العاشر ص٢٣٣

الفصل الثاني

نظام التحكيم وضوابطه الشرعية والقانونية

المبحث الأول

حكم التحكيم

اختلف العلماء في حكم التحكيم على ثلاثة أقوال هي كالتالي:

القول الأول: وهو جواز التحكيم، وقد ذهب إليه جمهور العلماء الحنفية[1] والمالكية[2] وأكثر الشافعية[3] والحنابلة[4].

واستدلوا على جواز التحكيم بالأدلة المتضافرة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس

فمن القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾[5]

---

(١) الهداية ومعها فتح القدير والعناية حـ٥ ص٤٩٩، والبحر الرائق جـ٧ ص٢٤ والمبسوط جـ١٦ ص٧٣، وو٢١ ص٦٢

(٢) تبصرة الحكام جـ١ ص٥٥، مختصر سيدي خليل وعليه: الخطاب والموق جـ٦، ص١١٢. والشرح الكبير للدر دبر والدسوقي عليه جـ٤ ص١٣٥

(٣) نهاية المحتاج جـ٨ ص ٢٣٠، منهاج الطالبين وعليه مغنى الممتاج جـ٤ ص٣٧٨ وأسن المطالب جـ٤ ص٢٨٧-٢٨٨

(٤) المغنى لابد قدامة جـ١١، ص٤٨٣ وبها؟؟ الشرح الكبير ص٣٩٢ ومنتهى الإرادات للبهوتى جـ٢ ص٥٧٨

(٥) سورة النساء: ٣٥.

هذه الآية بينت مشروعية التحكيم بين الزوجين عند الشقاق والنزاع وإذا جاز التحكيم بين الزوجين عند النزاع والخصومة فمن باب أولى فيقاس عليه سائر الخصومات والمنازعات.

قال القرطبي: «وفى هذه الآية دليل على إثبات التحكيم، وليس كما تقول الخوارج إنه ليس التحكيم لأحد سوى الله»[(١)]

قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡتُلُواْ ٱلصَّيۡدَ وَأَنتُمۡ حُرُمٞۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدٗا فَجَزَآءٞ مِّثۡلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحۡكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ ﴾[(٢)].

وقد أحتج بهذه الآية بن عباس (رضي الله عنهما) أثناء مناقشته للخوارج في شأنه التحكيم الذي أتفق عليه على ومعاوية رضي الله عنهما[(٣)]

والأدلة من السنة:

عن هانيرضي الله عنه أنه لما وفد على رسول اللهﷺ مع قومه سمعهم يكنونه بأبي الحكم، فدعاه رسول الله ﷺ فقال: «**إن الله هو الحكم وإليه الحكم فلم تكن أبا الحكم؟ فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرض كلا الفريقين فقال رسول اللهﷺ ما أحسن هذا!، فمالك من الولد؟ قال: لي شريح ومسلم وعبد الله قال: (فمن أكبرهم؟) قلت: شريح قال: فأنت أبو شريح**»[(٤)].

فقد استحسن النبي ﷺ تحكيم القوم لهاني، ورضي به وحكمه بينهم.

---

(١) القرطبى الجامع لأحكام القرآن جـ٥/ ص ١٧٩

(٢) سورة المائدة: ٩٥.

(٣) أخرج القصة الحاكم في المستدرك ٢/ ١٥٠ – ١٥٢ وصححها ووافقه الذهبى في التلخيص

(٤) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأدب، باب في تغيير الاسم القبيح. واللفظ لـه وصـححه الالبـانى في صحيح سنه أبى داود ٣/ ٩٣٦ رقم الحديث (١٤١٥) وأخصه النسائى في سـننه، كتابـآداب القضـاة، باب إذا حكموا رجلًا فقضى بينهم. مصورة عن الطبعة الأولى (بيروت: دار الفكر ١٣٤٨) ٨/ ٢٢٦.

وقد وردت عدة قضايا تحكيمية من الصحابةﷺ: بل قد نقل إجماع الصحابة على جواز التحكيم[٥]، ومن هذه القضايا: التحكيم الذي جرى بين على بن أبى طالب ومعاوية بن أبى سفيان – رضي الله عنهما – حيث حكم بينهما أبا موسى الأشعري و عمرو بن العاص يوم صفين.

قال الإمام الماوردي:[٢] «ولأنه لما حكم على ابن أبى طالب في الإمامة كان التحكيم فيما عداها أولى»

قال الدسوقي في الشرح الكبير: «وأما تحكيم شخصين في نازلة معينة فلا أظنهم يختلفون في جوازه وقد تحاكم عمر وعباس إلى أبى بن كعب بن المنذر في دار كانت للعباس إلى جنب المسجد، فقضى للعباس على عمر»[٣]

القول الثاني: يجوز التحكيم بشرط أن لا يوجد قاض في البلد، فإن وجد قاض لم يجز التحكيم وهو قول للشافعية[٤]، وهو قول ابن حزم[٥] واستدلوا بأن الحكم بين الناس من عمل الإمام ونوابه، وفى التحكيم إفتيات على عمل الإمام فلا يجوز، فإن لم يوجد قاضٍ جاز لوجود الضرورة حينئذ[٦].

القول الثالث: لا يجوز التحكيم مطلقًا وإذا حكم الحكم لا ينفذ حكمه.

---

(١) ابن كثير البداية والنهاية، الطبعة الرابعة (بيروت مكتبة المعارف ١٤٠٢هـ) ٧/ ٢٧٦

(٢) انظر الماوردي، الحاوي الكبير ٦/ ٢٣٥.

(٣) الدسوقي، الشرح الكبير د/ ١ (بيروت دار الفكر، د.ت) ٤/ ١٣٤.

(٤) الشربيني، مغنى المحتاج ٤/ ٣٧٩

(٥) ابن حزم، المحلى، تحقيق أحمد محمد شاكر د.ط (القاهرة: دار التراث د.ت) ٩/ ٤٣٥

(٦) انظر: الشربيني، مغنى المحتاج ٤/ ٣٧٩.

وهو قول للشافعية[1] والإمامية[2]، وبه قال الخوارج

واستدلالهم: أن حكم الحكم افتيات على الإمام ونوابه، فيؤدى إلى اختلال أمر الحكام وقصور نظرهم والافتيات عليهم بأن الحكم ليس له حبس ولا ترسيم ولا استيفاء عقوبة لآدمى ثبت وجوبها عنده، لئلا يخرق ابهتهم، فلا افتيات.

الترجيـــح:

وبعد استعراض الأقوال الثلاثة، تبين قوة القول الأول من حيث الدليل وهو القول بجواز التحكيم مطلقا لدلالة القران عليه والسنة النبوية والإجماع والعقل، وهو قول جمهور العلماء، وهذا الجواز قد يرتفع إلى درجة الاستحباب[3] إذا كان فيه جلب منفعة لأحد الأطراف،كسرعة حسم النزاع فتتحقق الأرباح الكبيرة وتمنع الخسائر الكثيرة وخاصة إذا كان النزاع على مشروع تجارى كمصنع أو مجمع تجارى أو غير ذلك، وقد يصل التحكيم إلى درجة الوجوب إذا احتاج الخصمان إلى فصل النزاع وهما في بلد لا يحكم بشرع الله، كما سنبين الحكم فيما يلي:

حكم التحكيم في البلاد التي لا تطبق الشريعة الإسلامية:

استعرضنا أقوال الفقهاء فيما سبق عن جواز التحكيم، في المجتمع الإسلامي الذي تطبق فيه الشريعة الإسلامية ويحكم فيها القضاء الإسلامي، أما المسلمون الذين يعيشون في بلاد غريبة أو بلاد لا تطبق الشريعة الإسلامية، فيجوز لهم أن يلجأوا إلى قضاء غير إسلامي للوصول إلى الحق أو حسم الخلاف، إذا لم يكن هناك طريق أخر

(١) مناهج الطالبين وعليه مغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٧٩

(٢) انظر الخلاف للطومي ح ٣ ص ٣٢٢ ومفتاح الكرامة ح ١٠ ص ٢،٨

(٣) نهاية المحتاج حـ ٨ ص ٢٣٠ وتحفة المحتاج حـ ١٠ ص ١١٨.

لاستخلاص الحق إلا هذا الطريق.

أما إذا كان هناك طريق للتحكيم الإسلامي، فيجب اللجوء إليه دون غيره وإذا لجأ إلى قضاء غير الإسلامي فهو أثم.

قال تعالى: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾[1]

وقال تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴾،... وقال تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾، وقال تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾.

وقال تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا أُنزِلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنزِلَ مِن قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَن يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَن يَكْفُرُوا بِهِ ﴾[1].

فتحكيم الشريعة الإسلامية واجب على عموم الأمة، والمسلم واجب عليه أن يطبق شرع الله في كل حياته، ويتحاكم إليه في كل شؤنه قدر استطاعته سواء في بلاد غربية أو شرقية.

وأصبح المسلم الآن في مأمن من هذا الجانب في البلاد الغربية؛ فقد أباحوا التحكيم بما يتناسب مع كل فئة من الفئات، بحيث إن المسلمين يتحاكمون فيما بينهم بالشريعة الإسلامية أو يتفقون على تطبيق مذهب محدد أو قانون دول إسلامية محددة، ويختارون

(١) سورة النساء: ٦٥.

(١) سورة النساء: ٦٠.

الحكام كيف يشاؤون، والأحكام الصادرة عن هيئه التحكيم ترفع إلى القضاء والرسمي فإذا لم تكن مخالفة للنظام العام تنفذ ويلزم الخصم بها وقد نشرت صحيفة «صانداي تايمز» البريطانية أن هناك خمس محاكم تطبق الشريعة الإسلامية في بعض حالات النزاع وهى محاكم لندن وبرمنجهام وبرادفورد ومانشستر ونایاتون ومن المقرر إقامة محكمتين أخريين في جلاسكو وإدنبره وتعتمد هذه المحاكم على الشريعة الإسلامية خاصة في قضايا الطلاق والنزاعات المالية، بالإضافة إلى العنف الأسري كما تستمد شرعيتها من قانون عام ١٩٩٦م الذي يسمح بوجود هيئات تحكيم خاصة، تعتمد على طرق مختلفة من القانون البريطاني في بعض الحالات الخاصة.

المبحث الثاني

مجال التحكيم

اختلف علماء المسلمين فيما يجوز فيه التحكيم وما لا يجوز فيه، ويرجع الاختلاف حول طبيعة التحكيم ذاته هل هو وكالة عن الخصوم فلا يعمل إلا بما وكل به أم أنه محكم مستقل له الحق في اتخاذ القرار المناسب، وتفصيل ذلك عند المذاهب الأربعة على استقلال فيما يلي:

أولاً: المذهب الحنفي:

للمذهب فيما يجوز فيه التحكيم قولان:

القول الأول: يجيز التحكيم في كل شيء إلا في الحدود كالسرقة والزنا وشرب الخمر والردة، والقصاص فيما دون النفس كقطع اليد، وفقأ العين وعلتهم في ذلك أن الحدود حق لله تعالى واستيفاؤها خاص بالإمام أو من ينيبه من القضاة.

وهذا الرأي باتفاق الروايات في المذهب الحنيفي وهو رأى المالكية وفقهاء والشافعية ويعتمد أصحاب هذا الرأي على أن حكم المحكم بمنزله الصلح، كما يرون أن المحكم هو مفوض أو موكل عن الخصوم في حل منازعتهم، وعليه فإنه لا يجوز تفويضه أو توكيله إلا في حدود ما يملك التصرف فيه[1].

(١) راجع جماعة علماء الهند في الفرق في الحادي عشر الهجري، الفتاوى الهندسية العالمكيرية، القاهرة، بيروت طباعة، دار الطباعة، دون تاريخ ص٢٦٨ ولذلك علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاساني (ت ٥٨٧)، بدائع الصناع في ترتيب الشرائح، بيروت دار الكتاب العربي ١٤٠٢ هجرية الجزء ٧، ص٣.

القول الثاني[٢]: أجاز التحكيم في حد القذف والقصاص، ولم يجيزه في الحدود الواجبة لله تعالى.

وعلل أصحاب هذا القول أن حد القذف والقصاص حقها والاستيفاء إليهما فيصبح تفويضه إلى غيرهما، وهو ما ذكره شمس الأئمة السرخسي عن بعض الحنفية[١]، إلا أن ابن نجيم ضعفه فقال: إنه ضعيف رواية ودراية، لأنه لم يتمحض حق العبد، بل هو من قبيل ما اجتمع فيه الحقان، وإن كان الغالب حق العبد، بدليل شهادة النساء فيه، وكتاب القاضي إلى القاضي وإنه كالحدود إلا في مسائل، منها: إن يقضى به بعلمه كما في الخلاصة[٢].

ثانيًا: المذهب المالكي:[٣]

ذهب المالكية إلى جواز التحكيم في الأموال كدين وبيع وشراء وجراح ولو عظمت كجائفة وموضحة، وفى كل ما يصح لأحد المحكمين ترك حقه فيه، كما ذهبوا إلى عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بحق الله، كالحدود واللعان والقتل والولاء لشخص آخر، والطلاق، والعتق.

---

(٢) راجع المصدر السابق الجزء الرابع ص٦٣.

(١) العناية وفتح القدير جـ٥ ص٥٠٠، والبحر الرائق جـ٧ ص٢٦ ورد في جـ٥ ص٤٢٩ عن البحر. وشرح أدب القاضي والسرجى: أبو بكر شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبى سهل: تخرج بعيد العزيز الحلوانى، كان عالمًا أصوليًا مناظرًا من أئمة الحنفية، من كتبه المبسوط في عشرة أجزاء ضخمة المبع بثلاثين جزءًا أملاه فى السجن بأرزجن من غير مطالعة كتاب ولا مراجعة تعليق؟؟ في أصول الفقه جزآن ضخمان، وشرح السير الكبير في جزئين ضخمين، وأملاهما وهو في السجن أيضًا، مات سنة ٥٠٠ هـ تاج التراجم ٥٢، والفوائد البهيه ص ١٥٨.

(٢) البحر الرائق جـ٧ ص ٢٦.

(٣) زين العابدين إبراهيم بن نجيم المصرى الحنفى (ت ٩٧٠هـ)، البحر الرائق شرح كنز الرقائق بيروت، دار الكتاب الإسلامي جـ٧ ص٢٦

فلم يجيزوا هذه المسائل، لاستلزمها إثبات حكم أو نفيه عن غير المتحاكمين

ثالثًا: المذهب الشافعي:[1]

اختلف فقهاء الشافعية فيما يجوز فيه التحكيم على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يجوز التحكيم في كل المسائل التي يجوز فيها للقاضي نظرها دون استثناء. كالمسائل المتعلقة بالأموال والزوجية والجنايات وعلتهم في ذلك بأن المحكم كالمولى من جهة الإمام فإن صح حكمه في مال صح في غيره.

القول الثاني: يجوز التحكيم في كل شيء إلا العقوبات التي لله حدا وتعزير، وحق الله تعالى الذي لا طالب له معين، والولاية على الأيتام، وإيقاع الحجر على مستحقه[2] وهو قول أكثر الشافعية.

القول الثالث: يجوز التحكيم على الأموال وعقود المعاوضات ولا يجوز في حدود الله تعالى كالقصاص والنكاح، واللعان.

وعللوا ذلك بأن هذه لأمور بنية على الاحتياط فلا يجوز جعلها محلًا للتحكيم[3].

(١) راجع أبو زكريا يحيى بن شرف النورى (توفى ٦٧٦ هـ)، مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، شرح محمد الشربيني الخطيب عين أعيان علماء الشافعين في القرن العاشر الهجرى على متن المنهاج، القاهرة، مطبعة، مصطفى البابى الحلبى ١٩٥٨، الجزء الرابع، ص٣٧٩

(٢) أبو زكريا يحيى بن شرف النورى، روضة الطالبين بيروت، الكتب الإسلامي، ١٩٨٥، جـ١٠ ص ٣٧٨

(٣) النورى، رفضة الطالبين، ص١٢١.

رابعًا: المذهب الحنبلي:

اختلف فقهاء الحنابلة فيما يجوز فيه التحكيم على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يجوز التحكيم في كل المسائل وفى جميع المنازعات كالمال والقصاص والحدود والنكاح وغيرها.[1]

القول الثاني[2]**:** يجوز التحكيم في الأموال دون النكاح واللعان والقصاص، حيث يختص بها الإمام أو نائبه القاضي بماله من ولاية عامة في نظرها.

القول الثالث:[3] يجوز التحكيم في كل شيء ماعدا الفروج

الترجيح فيما يجوز فيه التحكيم:

بعد استعراضنا لأقوال العلماء يتبين لي ما يلي:

أن الفقهاء اتفقوا على عدم جواز التحكيم في القصاص والحدود على خلاف فيما كان حقا لله فلا يجوز فيه التحكيم، أو حقا لآدمي فيجوز فيه التحكيم عند البعض فقالوا:

١- أن ما كان حقًا خالصًا لله كالحدود حد السرقة والزنا وغيره، فقد شرعها الله لحفظ أمن المجتمع، فهي مصلحة عامة ولا يملك أحد إسقاطها والتنازل عنها لذلك نسبها الله إلى نفسه.

---

(١) علاء الدين أبى الحسن على بن سليمان المرداوى الحنبلى (ت ٨٨٥) الإنصاف في معرفة الرجح من الخلاف على مذهب الإمام احمد بن حنبل، تحقيق محمد حامد فقى، القاهرة،؟؟ السنة المحمدية،١٩٥٨، جـ٩، ص٢٤١ جـ١١، ص١٩٧.

(٢) موفق الدين أبو ممد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، توفي (٦٣٠هـ) المغني على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين الحزمي (٣٣٤هـ) ويليه الشرح الكبير، بيروت، دار الكتاب العربي ١٩٧٢ مـ جـ٢ صـ١٠٨.

(٣) الإنصاف، جـ١١، ص ١٩٨.

٢- وما كان فيه حقان حق لله وحق للعبد، كحد القذف فيه حق لله وحق للعبد مع غلبة حق الله فيه والقصاص غلب فيه حق العبد على حق الله. فلا يحكم فيها إلا صاحب ولاية عامة كالقاضي.

٣- أما ما كان حقًا خالصًا للعبد فيجوز التحكيم فيه كالبيوت والكفالة.. إذا لم يخالف النظام العام أو الكتاب والسنة فجمهور الفقهاء على أن التحكيم جائز في الحقوق التي يملك الأفراد التصرف فيها، وهي غالبًا الأموال.

أما الأنظمة الوضعية: فلا تجيز التحكيم إلا في المنازعات التي يجوز الصلح فيها، والمادة ٥٠١/ ٤ من قانون المرافعات المصري على أنه: «ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح»، وجاءت المادة ١٧٣/ ٣ من قانون المرافقات الكويتي بنفس عبارات القانون المصري، وكذلك المادة ٢٥٤ من القانون العراقي، ٥٠٧ من القانون السوري.

فقد نصت المادة الثانية من نظام التحكيم السعودي على أنه «لا يقبل التحكيم في المسائل التي يجوز فيها الصلح»

فالمسائل التي لا يجوز التحكيم فيها هي المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، وتكاد تجمع الأنظمة على أن المسائل التي لا يجوز فيها الصلح هي المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكنها في الوقت نفسه تجيز الصلح في المسائل المالية المترتبة على الحالة الشخصية أو على ارتكاب إحدى الجرائم [١]

(١) انظر المواد: ٥٥١ مدنى مصرى، ٥٥٣ مدنى كويتى، ٨٠٦ مرافعات إيطالى، ٢٠٦ مدنى فرنسى.

لهذا نخلص إلى أن المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها هي المنازعات المتعلقة بالنظام العام وهي: [1]

١- مسائل الأحوال الشخصية كالمتعلقة بالنسب والطلاق والأهلية.

٢- المنازعات المتعلقة بالنظام العام: لا يجوز في أية مسألة من المسائل الآتية:

أ- الجنسية: كمنحها أو سحبها.

ب- الجنائية والمسئولية عنها: كتحديد الجرائم وعقوبتها ونسبتها إلى أشخاص معينين.

٣- المسائل التي تتدخل فيها النيابة وجوبًا، اعتبارًا بأن النيابة العامة لا تؤدى دورها إلا أمام القضاء فلا تؤديها أمام المحكمين. [2]

٤- المنازعات المتعلقة بالمنفعة العامة كنزع ملكية للمنفعة العامة وإن كان يجوز التحكيم في المنازعات المثارة حول تقدير قيمة التعويض المقدم والمستحق لمن نزعت ملكيته للمنفعة العامة.

٥- المنازعات المتعلقة بإجراءات التقاضي والتنفيذ.

٦- المنازعات التي تدخل في الاختصاص المنفرد للقضاء الوطني، فلا يجوز تحكيم هيئة أجنبية أو محكم أجنبي في نزاع يتعلق بعقار موجود في مصر أو بلد عربي أما إذا كان الاختصاص بنظر المنازعة مشتركا بين القضاء المصري و بين قضاء دولة أجنبية، وتم التحكيم في هذه الدولة فإنه يجوز الأمر بتنفيذ الحكم الصادر فيه بحسبانه حكمًا أجنبيًا.

---

(١) انظر: الدكتور محمود محمد هاشم النظرية العامة للتحكيم، ص (١٤٦- ١٥٠)

(٢) انظر: فتحى والى الوسيط في قانون القضاء المدني (١٩٨٠) دار النهضة العربية القاهرة. ص ٩٢٨.

٧- المنازعات التي تخرج من ولاية القضاء عمومًا: مثل المنازعات المتعلقة بأعمال السيادة مثلًا، فإنها لا يمكن أن تكون محلًا للتحكيم.

تبين مما سبق أن الشريعة الإسلامية أجازت اللجوء للتحكيم ليس فقط في المنازعات المالية، وإنما أيضًا في الخلافات العائلية، وحتى في النزاع على السلطة كما حصل بين على ومعاوية بن أبى سفيان، إلا أنها لم تجز التحكيم في مسائل الحدود والقصاص، والجواز هنا متعلق بالكلام عن التحكيم في الدول الإسلامية التي بها قضاء إسلامي، أما التحكيم في الدول التي ليس فيها قضاء إسلامي فهو واجب، حماية لمقاصد الشريعة الخمس، الدين والعقل والعرض والنسب،والمال وأيضا إقامة العدل بين الناس.

وخاصة أن الدول الغربية قد بلغت مراعاة حقوق الإنسان فيها شأنًا عاليًا، فأباحت للناس أن يتحاكموا بصورة واسعة كل بما يتفق مع معتقداته ومذهبه، فالمسلمون لهم أن يتحاكموا إلى الشريعة الإسلامية، وتنفذ أحكامهم من قبل القضاء الرسمي ما لم تخالف النظام العام، فجرائم الحدود والقصاص، لا يسمح النظام العام بتطبيق عقوباتها المقررة شرعًا،، فهل يجوز النظر في بعضها لتسوية منازعاتها صلحًا بحيث تتحول عقوباتها إلى تعويض مالي كعقوبة تعزيرية. مثال: من زنا وتدخلت هيئات التحكيم للنظر في هذا الأمر فهل يسوغ لها توجيه الخصوم إلى التصالح على غرم مالي يتحمله المعتدى في هذه الحالة في ظل قانون لا يجرم الزنا. وللإجابة على هذا السؤال لابد أن نضع أمام أعيننا أن:

كون الشريعة الإسلامية ربانية فهذا ينتج عنه قاعدتان أساسيتان:

الأولى: ثبات الأحكام والقواعد الشرعية ولو تغير الحكام أو المحكومين ولو تغير الزمان أو المكان ولو تغيرت الأنظمة أو السياسات.

الثانية: المساواة في التزام بالأحكام الشرعية فلا فرق بين حاكم ومحكوم أو بين غنى وفقير أو بين كبير وصغير.

والعقوبات تقسم من حيث جسامة العقوبة إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: جرائم الحدود:

والحد هو العقوبة المقدرة التي لا يزاد فيها ولا ينقص، ولا تتبدل ولا تتغير وهى حق لله لا تقبل الإسقاط من الأشخاص، لأن الله أوجبها حرصًا على المصلحة العامة. وجرائم الحدود معينة وهي الزنا، والقذف، وشرب الخمر، والحرابة، والردة والبغي.

القسم الثاني: جرائم القصاص:

وهى حد القصاص أي مقدرة ذات حد واحد لا يزاد عليه ولا ينقص منه، وهى حق للعبد فله أن يعفو ويسقط العقوبة كاملة وجرائم القصاص القتل العمد، والقتل شبه العمد، والقتل الخطأ والجناية على ما دون النفس عمدًا، الجناية على ما دون النفس خطأ.

القسم الثالث: جرائم التعزير:

وهى الجرائم التي يعاقب فاعلها بأكثر من عقوبة فيختار أشدها أو أخفها الحاكم بما يتناسب مع المحكوم عليه.

فمشروعية التعويض المالي عن العقوبات المقررة للحدود والقصاص بحيث تقوم

بمبالغ نقدية لا يجوز شرعًا، لأن العقوبات المقررة محددة لا يزاد فيها ولا ينقص منها ولا تتبدل ولا تتغير؛ ولأنها تعبدية توقيفية كالصلاة، والصيام، والزكاة، والحج... وغيرها من العبادات التي يلتزم فيها بالهيئة والمقدار المقرر شرعًا

قال ابن قدامة الحنبلي (رحمة الله): «وإن صالحه عن حد القذف: لم يصح الصلح، لأنه إن كان لله تعالى: لم يكن له أن يأخذ عوضًا ولكونه ليس بحق له، فأشبه حد الزنا والسرقة، وإن كان حقًا له: لم يجز الاعتياض عنه، لكونه حقًا ليس بمالي ولهذا لا يسقط إلى بدل، بخلاف القصاص، ولأنه شرع لتنزيه العرض فلا يجوز أن يعتاض عن عرضه بمالي». [(١)]

وقال الحطاب المالكي (رحمة الله): «من صالح من قذف على مال: لم يجز، ورد، بلغ الإمام أولا.. لأنه من باب الأخذ على العرض مالًا». [(٢)]

وقد سئلت اللجنة الدائمة للإفتاء بالمملكة العربية السعودية عن هذه المسألة فأجابت بأنه لا يجوز تقويم عقوبات الحدود بمبالغ نقدية، لأن الحدود توقيفية، ولا يجوز تغييرها عما حده الشارع.

---

(١) المغني ٥/ ٣٣.

(٢) مواهب الجليل (٦/ ٣٠٥).

المبحث الثالث

أنواع التحكيم

تتعدد أنواع التحكيم بحسب تعدد زوايا النزاع وملابساته، فقد يكون التحكيم إختياريًا وقد يكون إجباريًا ومن جهة أخرى، قد يكون التحكيم بالقضاء، وقد يكون بالصلح،وقد يكون التحكيم مؤسسيًا وقد يكون داخليًا وقد يكون دوليًا.

أولاً:التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري:

فالتحكيم الاختياري: هو التحكيم الذي يلجأ إليه أطراف النزاع برضاهم لتسوية نزاعهم مما يترتب عليه تنازلهم مؤقتًا عن اللجوء للقضاء المختص أصلًا[(١)] أي يكون التحكيم بمحض إرادة الخصوم.

التحكيم الإجباري: هو التحكيم الذي ينص فيه القانون على ضرورة لجوء أطراف النزاع إلى التحكيم، بحيث لا يجوز لهم اللجوء إلى القضاء المختص به أصلًا، وإلا حكم القاضي برد الدعوى لعدم الاختصاص[(٢)].

فالدولة توجب على الأفراد لحسم النزاع في هذا النوع الالتجاء إلى التحكيم ومن أمثلة هذا النوع من التحكيم في القانون المصري التحكيم في منازعات المشروعات العامة، وهي المنازعات الواقعة بين شركات القطاع العام بعضها مع بعض، أو بين المؤسسات العامة أو الجهات الحكومية المركزية[(٣)].

---

(١) محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن الصلح والوكالة الخيرة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.٢٠٠٦، ص ١٤٧ وما بعدها.

(٢) فتحي والي، مبادئ قانون القضاء المدني، القاهرة، ص ٤٢، بند ٣، احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، ص ٣٣١، ومابعدها بند ٢٤٠ وما بعده.

(٣) انظر دراسة مستفيضة للتحكيم في منازعات المشروع العام رسالة شمس مرغني المشار إليها وهي "التحكيم في منازعات المشروع العام "عالم الكتب،١٩٧٣ ص ٧ ومابعدها، وشرح القانون المصري ص ٤٩٥ ومابعدها.

ثانيًا: التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح:[1]

التحكيم بالقضاء هو التحكيم الذي لا يكون للمحكم فيه إلا سلطة القضاء في المنازعة المعروضة عليه، متقيدًا في حكمه بقواعد القانون الموضوعي، أي عندما تنحصر مهمة الحكم هي فصل النزاع فقط يكون في هذه الحالة كالقاضي تمامًا يصدر الحكم بناءًا على وقائع الدعوى ووسائل الإثبات دون مراعاة لإرادة الخصوم أو وجهات النظر.

أما التحكيم بالصلح هو التحكيم الذي يفاوض فيه المحكم الخصوم بإجراء الصلح في النزاع أي إن مهمة المحكم في هذا النوع هو تقريب وجهات النظر بين الخصوم بناء على ما يقدم له من وثائق ومستندات، والتحكيم بالصلح حالة استثنائية أما التحكيم بالقضاء هو الأصل، لذلك يجب أن يكون منصوصًا على التحكيم بالصلح صراحة في وثيقة التحكيم، ويجب على المحكم المكلف بالصلح أن يتقيد بجميع الأحكام الواردة في نظام التحكيم ولائحته للتنفيذية أثناء نظره للنزاع.

ثالثًا: التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر:

فالتحكيم المؤسسي هو الذي تتولاه هيئات منظمة دولية أو وطنية وفق قواعد وإجراءات محددة وموضوعة سلفًا، تحددها الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة هذه الهيئات[2].

---

(١) انظر الدكتور محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي ١٩٩٠ الجزء الأول ص ٣٩ وما بعدها. والدكتور محمد بن ناصر بن محمد البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، مركز البحوث والدراسات الإدارية، المملكة العربية السعودية ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م ص ٥٢ وما بعدها.

(٢) انظر الدكتور محمود هاشم النظرية العامة للتحكيم ص ٤٩.

ومن أمثلة التحكيم المؤسسي التحكيم الذي يتم في إطار مركز التحكيم التجاري الخليجي، ومحكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس، والمركز الإقليمي للتحكيم بالقاهرة، وغيره من المراكز التي قامت غرف التجارة والنقابات في مختلف دول العالم بإنشائها، والتي تقوم خدماتها لفض المنازعات.

التحكيم الحر: هو التحكيم الذي يحدد فيه الخصوم المهل والمواعيد بأنفسهم ويعينون المحكمين ويقومون بعزلهم وردهم، كذلك يقومون بتحديد الإجراءات اللازم إتباعها للفصل في الدعوى التحكيمية، ثم يتولى هؤلاء المحكمون الفصل في النزاع المعروض عليهم وفقًا لما حدده لهم الخصوم من القواعد أو وفقًا للقواعد العامة للتحكيم[٢].

رابعًا: التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي:

التحكيم الداخلي: هو الذي يتعلق بنزاع ترتبط عناصره بإقليم الدولة، أي أنه لا يتضمن أي عنصر خارجي أو أجنبي، فأطرافه مواطنون، وموضوعه يتعلق بنزاع داخلي بحت، ومكان التحكيم يكون في الدولة التي ينتمي إليها الخصوم بجنسيتهم والتي يرتبط بها النزاع برابطة وثيقة[٣].

التحكيم الدولي: فهو التحكيم الذي تكون أحد عناصره أجنبية كجنسية الخصوم أو موضوع النزاع أو مكان التحكيم أو القانون الواجب التطبيق على النزاع.وتختلف الأحكام التي تطبق على كل نوع من هذين النوعين، ولكن بعض الدول العربية لا

(٢) انظر الدكتور محمود هاشم النظرية العامة للتحكيم ص ٤٩.

(٣) انظر: أحمد الشيخ قاسم، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في القانون السوري والعربي و الأجنبي، دار الجاحظ للطباعة والنشر دمشق، ١٩٩٤م.

تفرق بين هذين النوعين من التحكيم كنظام التحكيم في المملكة العربية السعودية[1]، وهناك من الدول العربية من قد نصت في قوانينها على التمييز بين النوعين وقد وضعت لكل منهما أحكامًا خاصة كقانون التحكيم المصري وقانون التحكيم التونسي[2].

(١) انظر الدكتور محمد بن ناصر بن البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية ص ٥٥.

(٢) انظر د. محمد السيد عرفة، التحكيم والصلح وتطبيقاتها في المجال الجنائي، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف للعلوم الأجنبية الرياض، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م، ص ١٥٤.

الفصل الثالث

طبيعة التحكيم

المبحث الأول

طرق التحكيم

فالتحكيم قد يتم استنادًا إلى مشارطة تحكيم خاصة أو شرط وارد في العقد، وقد يتم استنادًا إلى حكم قضائي بإجراء التحكيم.

الطريقة الأولى: عقد التحكيم في الشريعة الإسلامية:

التحكيم عقد رضائي ملزم للجانبين:

ورد في مجلة الأحكام أن «حكم المحكم يحصل بعد رضا الخصمين»[(١)] وعليه فإنه يقصد بالتحكيم ذلك الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون القضاء، وإن كان ليس هناك ما يمنع من اتفاق الخصوم على تحكيم رجال القضاء أنفسهم إذا لم تكن هناك موانع تحول دون ذلك[(٢)].

وعلى ذلك يكون التحكيم من قبيل العقود والتصرفات الرضائية الملزمة للجانبين، وهو أيضًا من عقود المعوضة، فهو عقد رضائي بمعنى أن الرضا يكفي لانعقاده، وهو ملزم للجانبين بمعنى أنه يترتب التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين هي حقوق

(١) درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام تأليف على حيدر الرئيس الأول بمحكمة التمييز في الدولة العثمانية ص ٦٣٩.

(٢) د. أحمد أبو الوفاء، طبعة ١٩٧٤ ص ٢٧.

لكل منهما في ذات الوقت فكل منهما يمتنع عليه الالتجاء لغير المحكم ويلتزم بطرحه عليه وفرضه عليه حكمه وفي ذلك تقرر محكمة النقض المصرية بأن السبب في التزام أحد طرفي التحكيم هو نزول الطرف الآخر عن الحق في الالتجاء إلى القضاء مع التزامه بطرح النزاع أمام محكم ليفصل فيه بحكم ملزم له[٣].

ركن التحكيم:

التحكيم عقد كسائر العقود، فلابد من توفر ركناه: الإيجاب والقبول ولوازمه وهما العاقدان، والمحل:أي الأمر المتنازع عليه، والصيغة الدالة على العقد.

والإيجاب: هو ما صدر أولاً من أحد العاقدين، والقبول هو ما صدر ثانيًا من العاقد الثاني، وينعقد بأي لفظ يدل على التحكيم، سواء كان الإيجاب أمرًا مثل: أحكم، أم مضارعًا مثل نُحكِّمُك، أم ماضيًا: حكمناك كما ينعقد التحكيم بالإشارة كالأخرس، وبالكتابة: إذا كان أحد الأطراف غائبًا، فإذا وصل الكتاب إلى الطرف الآخر وقَبِلَ، انعقد العقد[١].

فكما تبين أن عقد التحكيم كأي عقد له أركان ثلاثة هي:

١ – العاقدان اللذان يصدران الإيجاب والقبول.

٢ – المحل الذي يرد عليه العقد وهو المعقود عليه.

٣ – الصيغة التي يتم بها العقد.

(٣) نقض مصري، في ١٨ نوفمبر ١٩٤٨ المحاماة، ص ٢٩: ١٠٤.

(١) انظر الدكتور قحطان الدوري، عقد التحكيم ص ١١٥.

شروط الإيجاب والقبول:

لا ينعقد العقد ولا يترتب عليه شيء من آثاره إلا إذا توافرت شروط في القبول والإيجاب وهي:

١- توافق الإيجاب والقبول أي تراضي المحكمين على من يحكمانه مع قبول الحكم تحكيمهما.

٢- أن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على مراد المتعاقدين.

٣- اتصال القبول والإيجاب أي يصدر القبول والإيجاب في وقت واحد إن كانا حاضرين، وفي حالة تغيب أحدهما، فبمجرد علمه بالإيجاب ينبغي عليه أن يظهر رأيه ليتصل قبوله بالإيجاب، ويعتبر المجلس منتهيًا عندهم إذا رجع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول، أو قام أحدهما عن المجلس قبل القبول، أو حدث ما يدل على الإعراض من الاشتغال بعمل آخر، أو الانتقال إلى حديث آخر[١][٢].

أي اشترطوا الرضا على التحكيم من قبل المتخاصمين.

وقد أشترط بعض أهل العلم استدامة الرضا من ابتداء التحكيم إلى نهايته وهو صدور الحكم، فإن رجع أحدهما قبل صدور الحكم، فليس للحاكم أن يحكم، وهذا هو قول الشافعية[١]، والحنفية[٢]، وبعض الحنابلة[٣] كما قال به الإمامية[٤].

---

(٢) انظر المدخل للفقه الإسلامي ص ٥١٩.

(١) انظر مغني المحتاج جـ١٠ ص ١١٨، ونهاية المحتاج جـ٨ ص المنهج والجمل هعليه جـأ٥ ص ٣٤٠،إعانة الطالبين جـ٤ ص ٢٢١، واسني المطالب جـ٤ص٢٨٨.

(٢) انظر البحر الرائق جـ٧ص ٢١٦، والدرر المختار ورد المحتار عليه جت٥ ص٤٢٩.

(٣) انظر المغنى جـ١١ص ٤٨٤ ومنتهى الإرادات للبهسوقي جـ٢ ص ٥٧٨.

واستدلوا بما يلي:

١- أن التحكيم من الأمور الجائزة، فينفرد أحدهما بنقض عقد التحكيم قبل صدور الحكم، كما ينفرد أحد العاقدين بنقض العقد في الوكالة، فللموكل العزل متى شاء، وللوكيل نقض عقد الوكالة بشرط علم الطرف الآخر، وكذلك عقد المضاربة والشركة فإن كلًا من المتعاقدين له نقض العقد.

٢- كما أن للسلطان الحق في عزل القاضي قبل حكمه لأنه جهة الولاية، فكذلك المتحاكمين أو أحدهما له الحق في عزل الحكم قبل أن يحكم؛ لأنهما هما جهة الولاية، ولم يشترط كثير من أهل العلم استدامة الرضا من ابتداء التحكيم إلى تمامه، وقالوا: إن الحكم لا يعزل برجوع أحد المحكمين في التحكيم وهذا هو القول المشهور عند الحنابلة[٥]، وقال به بعض الزيدية[٦] واستدلوا على ذلك بما يلي:

- أن الحكم كالحاكم المولى من قبل الإمام، فإذا شرع في الحكم وابتدأ بالرضا فليس لأحد رده أو الرجوع عنه.
- فيه افتيات لمقصود التحكيم وهو فض النزاع، لأن ذلك يؤدي إلى أن كل واحد منهما إذا رأى من الحكم مالا يوافقه رجع، فبطل المقصود.

ومذهب أهل القانون في ذلك:

- إنه لا يجوز عزل المحكمين إلا بتراضي الخصوم جميعًا، لأن الحكم يستمر

---

(٤) قواعد العلامة في مفتاح الكرامة جـ١٠ ص ٣.

(٥) المغنى، جـ ١١ ص ٤٨٤.

(٦) البحر الزهار: جـ٦ ص ١١٤ (الدوري).

ولايته في الحكم من اتفاق الخصوم على اختياره فيجوز عزله أيضًا باتفاق الخصوم جميعًا، فتزول سلطته ويتنع عليه الحكم في النزاع[1].

فتبين من عرض أقوال الفقهاء، ونصوص القانون المعمول بها أن جمهور العلماء والقانونيين اتفقوا على عدم جواز حكم الحكم إذا اتفق الخصمان على الرجوع وعدم جواز عزل المحكم برجوع أحد المتخاصمين واشترطوا لعزل الحكم رضا المتخاصمين، ولكن ماذا عن استدامة الرضا بعد الحكم؟

للعلماء فيه قولان:

القول الأول: لا يشترط الرضا بعد الحكم وهو رأي جمهور الفقهاء: المالكية[2]، الحنفية[3]، والحنابلة[4]، والأظهر عند الشافعية[5]، وهو الصحيح عند الإمامية[6] والزيدية[7] واستدلوا بما يلي:

---

(١) المادة٢٣٤ من قانون المرافعات البحريني، المادة ٥٠٣ من قانون المرافعات المصري، وطرق التنفيذ والتحفظ ص ٩٢٢ بند ١٣٧، وقواعد تنفيذ الأحكام والمحررات ص ٧٧ بند ٦٨.

(٢) انظر بداية المجتهد جـ٢ ص ٤٥٢ وجواهر الإكليل جـ٢ ص ٤٥٢ سيدي خليل وعليه الشرح الكبير للدردير الدسوقي عليه جـ٤ ص ١٣٦.

(٣) انظر الهداية وفتح القدير والعناية عليها جـ٥ ص ٤٩٩ وبدائع الصنائع جـ٩ ص ٤٠٨٠- ٤٠٨١وبداية المجتهد جـ٢ ص ٤٥٢

(٤) انظر المغنى جـ١١ ص ٤٨٣-٤٨٤ وبها الشرح الكبير ص ٣٩٢ ومنتهى الإرادات جـ٢ ص٥٧٨.

(٥) انظر منهاج الطالبين في مغنى المحتاج جـ٤ ص ٣٧٩ واسنى المطالب جـ٤ ص١٠٣.

(٦) مفتاح الكرامة جـ١٠ ص ٣.

(٧) البرح الزخار جـ٦ ص ١١٤.

١- قول الرسول ﷺ: إذا كنتم ثلاثة فأمروا عليكم واحدًا[٨] فأصبح بتأميرهم له نافذ الولاية والحكم عليهم.

٢- قول الرسول ﷺ: من حكم بين إثنين تراضيا به، فلم يعد بينهما، فعليه لعنة الله فكأن الوعيد دليلًا على لزوم حكمه[٩].

٣- قول الرسول ﷺ: من علم علمًا وكتمه ألجمه الله يوم القيامة بلجام من نار[١٠] فدل الوعيد على لزوم الحكم بما أبداه.

٤- لولا اللزوم لما كان للترافع إليه معنى فهو إضاعة للوقت وتشتيت للجهد.

٥- المتحاكمان قدموا الحكم ليفصل بينهما فولوه على نفسيهما والولاية نبعت من رضا وتهيئة نفس لقبول الحكم إذا صدر من هذا الحكم فكان لزامًا عليهما أن يلتزما بحكمه.

القول الثاني: يشترط رضا الخصمين بعد الحكم وهو أحد قولي الشافعية[١]، وبعض الإمامية[٢]، وبعض الزيدية[٣]، واستدلوا بما يلي:

---

(٨) رواه الطبراني بإسناد جين عن إبن مسعود كشف الخفاء للعلجوني رقم ٢٦٧ جـ١ ص ٩٧.

(٩) تقدم تخريجه.

(١٠) رواه ابوداوودغ والترمذي وإبن ماجه وإبن حبان والحاكم وصححاه عن إبي هريرة وقال الترمذي: إنه حسن صحيح المقاصد الحسنة رقم ١١٦٨ ص ٤٢٥.

(١) مغنى المحتاج جـ٤ ص ٣٧٩ ونهاية المحتاج جـ٨ ص ٢٣١.

(٢) مفتاح الكرامة جـ ١٠ ص ٣.

(٣) البحر الزهار جـ٦ ص ١١٤.

١- في إلزام حكم الحكم إفتئات على القاضي و الإمام[٤].

٢- رضا المتحاكمين معتبر في أصل الحكم فكذا في لزومه كالفتيا لأنه وقف على خيارهما الإبتداء وجب أن يقضي على خيارهما في الانتهاء[٥].

يتضح مما سبق أن القول بعدم اشتراط الرضا بعد الحكم هو الراجح من حيث قوة الأدلة، فإلزام حكم الحكم ليس فيه إفتيات على القاضي والإمام ولا خرق لأبهتهم، لأن حكم الحكم لا ينفذ إلا بعد إقرار القاضي، ونظره في إجراءات ومعايير الحكم.

ثانيًا إن التزامًا الرضا ابتداءًا معناه التزام ما يحكم به انتهاءًا ولو لم يحدث التزام بالحكم انتهاء لما كان لرضا بالحكم ابتداءًا معنى.

ويبطل الإيجاب بما يلي:

١- رجوع الموجب عن الإيجاب قبل قبول الطرف الآخر كأن يقول الموجب احتكم في الموضوع إلى عمر وقبل صدور القبول من الطرف الآخر يقول احتكم إلى زيد فالقول الثاني مبطلًا للإيجاب الأول.

٢- خروج الموجب عن أهليته قبل القبول: فإذا أصدر الإيجاب بالتحكيم من أحد المتعاقدين وهو أهل للتعاقد ثم قبل القبول أو الإعراض خرج الموجب عن أهليته للتعاقد بأن مات أو عرض له جنون فإن إيجابه يبطل حينئذٍ.

٣- رفض الإيجاب ممن وجه إليه صراحة أو ضمنًا.

---

(٤) روضة القضاة جـ١ ص ٧٩.

(٥) أدب القاضي للماوردي جـ٢ ص ٣٨٢.

٤- تغيير المعقود عليه تغييرًا يجعله شيئًا آخر كأن يهلك محل التحكيم.

٥- انتهاء مجلس العقد بإعراض أحدهما أو كلاهما فإن مجلس العقد يعتبر منتهيًا.

الركن الثاني لعقد التحكيم هو المحل:

وهو ما يثبت فيه أثر العقد وأحكامه وهو إما أعيان مالية أو منافع أو أعمال وتبعًا لذلك تنوعت أسماء العقود، وهناك شروط في المعقود عليه يجب توافرها وهي:

١- أن يكون قابلًا لحكم العقد شرعًا أي ما كان التحكيم بخصوصه ينبغي أن يكون صالحًا لوقوع الحكم عليه كأن يكون مالًا كسيارة أو عقار، أو منفعة كسكنى العقار أو ركوب السيارة. أو عملًا كعمل المعلم، أو المهندس، أو الطبيب، بخلاف المال المحرم الذي لا يعتبره الشرع كلحم الميتة والخمر أو المنفعة المحرمة كاستئجار شخص للقتل.

٢- العلم المنافي للجهالة أن يكون المحل معلومًا للمتعاقدين، اشترط الشافعية هذا الشرط في جميع العقود والحنفية اشترطوه في عقود المعاوضات المالية والمالكية اشترطوه في عقود المعاوضات المالية ولم يشترطوه في عقود التبرعات كالهبة والوصية[(١)].

٣- القدرة على التسليم: أن يكون المحل مقدور التسليم وقت التعاقد ولو حكمًا، فإذا كان المعقود عليه معروفًا وكان عينًا أو منفعة أو عملًا فقد اتفق الفقهاء على أن المعدوم الذي يستحيل وجوده في المستقبل لا يصلح أن يكون محلًا للعقد، وقد ثار الخلاف بين الفقهاء في حال ما إذا كان العقد واردًا على عين مالية فهل يشترط أن يكون المحل موجودًا أم لا؟ فالشافعية والحنفية اشترطوا ذلك في

(١) انظر الفروق للقرافي: جـ ١ ص ١٥٠، الفرق الرابع والعشرين.

جميع العقود دون تفريق [٢] بين المعاوضات والتبرعات أما المالكية فقد اشترطوا وجود المحل في عقود المعوضات لا غير و الحنابلة أجازوا التعاقد على المعدوم في كل العقود مادام للعين أوصاف.

٤- الوجود: أن يكون عينًا أو منفعة أو عملًا فقد اتفق الفقهاء على أن المعدوم الذي يستحيل وجوده في المستقبل لا يصلح أن يكون محلًا للعقد.

الركن الثالث العاقدان:

المحكم ويسمى المحتكم ويراد به الاثنان اللذان يحتكمان إلى حكم ليفصل بينهما وقد يكونوا أكثر من اثنين، واشترط الحنفية[١] والشافعية[٢] في المحكم العقل ولم يشترطوا الإسلام لأن تحكيم الذمي ذميًا صحيح.

وقد ورد في درر الأحكام شرح مجلة الأحكام بخصوص العاقدين "أن يكون الطرفان عاقلين لذلك لا يجوز تحكيم الصبي أو المجنون"[٣].

أما القانون فقد نص على أن إجراء التحكيم لا يصح إلا ممن له أهلية التصرف، ولا يملك التحكيم قاصرٌ ولا محجور عليه، ولا وكيل لم يفوض تفويضًا خاصًا بالالتجاء وللتحكيم رفضه أو قبوله[٤].

الطريقة الثانية: التحكيم في الشريعة بتكليف الحاكم أو السلطان:

---

(٢) انظر التحكيم بين الشريعة والقانون عامر على رحيم ص ٨٥، ٨٦.

(١) انظر البحر الرائق جـ٧ ص ٢٤ عن المحيط، والدرر المختار ورد المحتار عليه جـ٥ ص ٤٢٨

(٢) القليوبي على الحلال المحلى جـ٤ ص٢٩٨.

(٣) درر الأحكام، شرح مجلة الأحكام تأليف على حسين الرئيس الأول بمحكمة التمييز بالدولة العثمانية منشورات مكتبة النهضة العربية ببيروت – بغداد ص ٦٤٠.

(٤) انظر قواعد المرافعات للعشماوي جـ١ ص ٢٩٥ بند٢٤٣ والمادة ٧٠٢ من القانون المدني المصري والمادة ٢٣٣ من قانون المرافعات التجريبي، وطرق التنفيذ والتحفظ – أبو هيف ص ٩١٩ بند ١٣٦٦.

جاء في مواهب الجليل إذا اختلف الزوجان إلى مالا يحل من المشاتمة كان على السلطان أن يبعث حكمين ينظران في أمرهما وأن يرفعا ويطلبان ذلك منه فلا يحل له أن يتركهما على ماهما عليه من المشاتمة وفاسد الدين[٥].

قال تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ﴾

فبين العلماء أن هذه الآية موجهة للحكام الذين بيدهم مقاليد الأمور، وعليهم إقامة العدل بين الناس.

(٥) مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل الخطاب جأ٤ ص ١٦ مكتبة النجاح طرابلس.

المبحث الثاني

الاتفاق على التحكيم

يقصد باتفاق التحكيم الاتفاق الذي يتم توقيعه بين طرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات التي نشأت أو تنشأ مستقبلًا بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية[1]

صور اتفاق التحكيم:

من خلال التتبع و الاستقراء نجد أن لاتفاق التحكيم صورتين:

الصورة الأولى:

وهي شرط التحكيم أن ينص طرفا العقد في العقد على أن ما ينشأ بينهما من نزاع حول بنود العقد وتنفيذه يحل عن طريق التحكيم، فيقصر على الحالة التي يتفق فيها المتعاقدان على عرض المنازعات.

الصورة الثانية:

اتفاق طرفا النزاع على عرض ما وقع بينهما من نزاع ولم ينص عليه في العقد على محكم أو أكثر ويسمى هذا الاتفاق مشارطة، فيكون شرط التحكيم تهيئ لما قد يقع من نزاع في المستقبل أما المشارطة فإنها تتعلق بما وقع من نزاع فعلًا. فالأولى يكتفي بما نص عليه العقد والأخرى بالمنازعات الناشئة عن علاقة غير تعاقدية فالصورة الثانية أكثر

---

(١) انظر التحكيم والصلح وتطبيقاتها د.محمد السيد عرفة ٣١٤، اتفاق التحكيم: ناريمان عبد القادر ص٤٤ الطبعة الأولى ١٩٩٦ دار النهضة العربية القاهرة، فوزي محمد سامي التحكيم التجاري الدولي جامعة عمان الأهلية، الأردن ١٤١٢هـ،١٩٩٢ ص ١٠٩.

اتساعًا وقد عمل بها قانون التحكيم التجاري الدولي بمملكة البحرين، فقد ورد في المادة السابعة منه بأنه:

اتفاق بين الطرفين على أن يحيل إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل.

أي أن التحكيم يأتي بصورتين، إما بنص في صلب العقد ذاته، وإما باتفاق لا حق مستقل أي عقد خاص بالتحكيم.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على خير البريات وعلى آله وصحبه أفضل الصلوات والتسليمات، ومن اتبع هداه إلى أن يبعث الله الأرض والسموات.

فقد توصلت من خلال هذه الدراسة العاجلة إلى نتائج وتوصيات أهمها:

(١) أن الشريعة الإسلامية قد أقرت مبدأ التحكيم كوسيلة فعالة لحل الخلافات، كما أن كثيرًا من التشريعات الوضعية قد أخذت عن الشريعة الإسلامية بالمبدأ العام للتحكيم والحكمة من ورائه.

(٢) التحكيم نظام قديم عرفه المجتمع البدائي قبل ظهور الدولة بتنظيماتها المعاصرة، فقد عرفته العرب منذ القدم، ثم جاء الإسلام فأضفى عليه الشرعية الإسلامية، والضوابط الربانية، التي تحيط النظام بأسس ومبادئ غاية في الأحكام والدقة.

(٣) الدول العربية اهتمت بقضية التحكيم اهتمامًا بالغًا، فأصدرت القوانين والأنظمة الخاصة بالتحكيم الداخلي والدولي، كما أنشأت مراكز متخصصة تتولى تسوية المنازعات الخاصة.

(٤) التحكيم مشروع بأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة و الإجماع والمعقول، وحكمه الجواز الذي قد يرتفع إلى الوجوب.

(٥) لا يجوز التحكيم في كل ما هو حق خالص لله تعالى ولا يجوز التفريط أو التهاون في تطبيقه كالعقوبات المقدرة في جرائم الحدود ولا في المسائل التي يجتمع فيها حق لله سبحانه وحق للعبد سواء أكان حق الله فيها غالبًا كحد القذف أو كان فيها حق العبد غالبًا كالقصاص والتعزيز.

(٦) يجوز التحكيم في المسائل المالية المتعلقة بحقوق الأشخاص، لأن المستفيد له الحق في التنازل برضائه، واختياره، ولا يجوز اللجوء إلى التحكيم للفصل في مسائل الأحوال الشخصية مثل تقدير الحقوق المترتبة على الطلاق والحضانة.

ومن خلال الدراسة تبين لي أن هناك بعض التوصيات المهمة أبرزها ما يلي:

(١) ضرورة إنشاء مراكز للتحكيم تابعة لمجمع فقهاء الشريعة تنتشر بأمريكا وأوروبا بإشراف دقيق من العلماء والخبراء والقانونيين.

(٢) إنشاء مركز عربي إسلامي يهتم بالدراسات والبحوث المتعلقة بالتحكيم ويتابع المستجدات، ويقدم الحلول للنوازل والمستجدات الطارئة، ويقارن بين الحلول القانونية الوضعية والحلول الشرعية الربانية التي تبرز من خلالها جمال الشريعة الإسلامية، وصلاحية تطبيقها في كل زمان ومكان، وأنها تصلح كأداة نموذجية وفعالة لتطوير النظم القانونية تطويرا يلبي الحاجات الاقتصادية والاجتماعية المتلاحقة.

(٣) ضرورة إبراز التحكيم في العالم العربي، وتقديمه كوسيلة متميزة لفض المنازعات عن طريق وسائل الإعلام المرئية والمسموعة والمقروءة وعن طريق عقد الندوات والمحاضرات التوعوية بهذا الجانب.

المراجع

(١) القرآن الكريم.

(٢) **اتفاق التحكيم ناريمان عبد القادر:**

الطبعة الأولى ١٩٩٦، دار النهضة العربية – القاهرة

(٣) **أسنى المطالب في شرح روض الطالب:**

شيخ الإسلام أبو يحيى زكريا بن محمد بن احمد الأنصاري الشافعي، المتوفى سنه ٩٢٦هـ، وروض الطالب للإمام شرف الدين إسماعيل بن أبى بكر عبد الله ابن إبراهيم اليمنى الشافعي، المعرف بالمقري والزبيدي، المتوفى سنه ٨٣٧هـ

(٤) **أساس البلاغة:**

جارالله أبوالقاسم محمود الزمخشري (ت ٥٣٨هـ) تحقيق عبد الرحيم محمود، مطبعة اورفان بالقاهرة الطبعة الأولى (١٩٥٣م)

(٥) **أدب القاضي:**

وهو قسم من كتاب الجاوى الكبير أبو الحسن على بن جيب الماوردي البصري الشافعي المتوفى سنه ٤٥٠هـ تحقيق: محيي هلال سرحان رئاسة وبوان الأوقاف – بغداد الجزء الأول مطبعه الإرشاد سنه ١٩٧١م

(٦) **ألفاظ المناهج:**

شرح محمد الشربيني الخطيب عين أعيان علماء الشافعية في القرن العاشر الهجر على متن المناهج القاهرة، مطبعه البابي الحلبي ١٩٥٨.

(٧) **الإنصاف في معرفه الراجح من الخلاف:**

على مذهب الإمام احمد بن حنبل، تحقيق محمد حامد فقي، القاهرة مطبعه السنة المحمدية ١٩٥٨

(٨) **أنواع التحكيم وتميزه عن الصلح والوكالة والخبرة:**
محمود السيد عمر التحيدى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠٦

(٩) **البداية والنهاية:**
عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير الطبعة الرابعة، بيروت مكتبه المعارف ١٤٠٢هـ

(١٠) **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع:**
علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكساني (ت ٥٨٧) دار الكتاب العربي ١٤٠٢هـ ومطبعه العاصمة بالقاهرة، ومطبعه الإمام بمصر انتهى طبعه سنه ١٩٧٢م

(١١) **تاج العروس من جواهر القاموس:**
محمد مرتضى الحسيني ت (١٢٠٥هـ) إصدار وزاره الإعلام بالكويت مطبعه حكومة الكويت سنه ١٩٦٥م

(١٢) **التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري:**
د. أحمد أبو الوفا،منشأة المعارف الإسكندرية،١٩٨٧م

(١٣) **التحكيم في المملكة العربية السعودية:**
الدكتور ممد بن ناصر البجاد مركز البحوث الإدارية، المملكة العربية السعودية ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

(١٤) **التحكيم في منازعات المشروع العام:**
الدكتور شمس المرغني على، عالم الكتب بالقاهرة سنه (١٩٧٣م) التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنه في القانون السوري والعربي والأجنبي، أحمد الشيخ قاسم، دار الجاحظ للطباعة والنشر، دمشق ١٩٩٤ م.

(١٥) **التحكيم التجاري الدولي:**

فوزي محمد سامي جامعه عمان الأهلية، الأردن ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

(١٦) **التحكيم بين الشريعة والقانون:**

عامر على رحيم، طرابلس

(١٧) **التحكيم والصلح وتطبيقاتها في المجال الجنائي:**

محمد السيد عرفه مركز الدراسات والبحوث جامعه نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض.

(١٨) **الشرح الكبير:**

أحمد بن محمد بن أحمد الدردير العدوى المالكي (ت ١٢٠١هـ)، دار الفكر بيروت.

(١٩) **الخلاف:**

أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي ت (٤٦٠هـ)شركه دار المعارف الإسلامية **بطهران**

(٢٠) **شرح مجله الأحكام العدلية:**

منير القاضي

(٢١) **عقد التحكيم:**

الدكتور قحطاني الدوري مطبعه الخلود بغداد، الطبعة الأولى (١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م)

(٢٢) **عقد التحكيم واجراءاته:**

الدكتور احمد أبو الوفا الناشر: منشأة المعار بالإسكندرية، الطبعة الثانية ١٩٧٤م

(٢٣) **الفتاوى الهندية:**

جماعه من علماء الهند في القرن الحادي عشر

(٢٤) **المكتبة الإسلامية:**

بديار بكر بتركيا الطبعة الثالثة ١٣٩٣

(٢٥) **الفروق للقرافي:**

عبد القاهر بن طاهر بن محمد البغدادي الاسفرائيتى التميمي ت (٤٩٢هـ) تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد مكتبه محمد على جيح وأولاده بمصر – مطبعه المدني بالقاهرة

(٢٦) **فتح القدير للعاجز الفقير:**

وهو شرح الهداية كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري الحنفي المعروف بابن الهمام المتوفى سنه ٨٦١هـ مطبعة مصطفى محمد صاحب المكتبة التجارية الكبرى بمصر ١٣٥٦هـ

(٢٧) **المحلى لابن حزم:**

تحقيق احمد محمد شاكر القاهرة دار التراث

(٢٨) **مباديء قانون القضاء المدني:**

فتحي والي

(٢٩) **النظرية العامة للتحكيم في إعداد المدنية:**

الدكتور محمود ممد هاشم دار الفكر العربي ١٩٩٠م.

(٣٠) **المدخل للفقه الإسلامي تاريخه ومصادره ونظرياته العامه:**

محمد سلام مدكور الباشر: دار النهضة العربية بالقاهرة المطبعة العالمية الطبعة الثالثة (١٩٩٦م)

(٣١) **مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل:**

للحطاب مكتبة النجاح طرابلس

(٣٢) مغنى المحتاج إلى معرفه ألفاظ المنهاج:

شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني القاهري (ت ٩٧٧هـ) وهو شرح منهاج الطالبين. لمحيي الدين أبى زكريا يحيى بن شرف الدين المنووى (ت ٦٧٦هـ) مكتبه مصطفى البابي الحلبي (١٩٥٨هـ)

(٣٣) المغنى:

موفق الدين أبو محمد عبد الله بن محمد بن قدامه المقدسي (٦٢٠هـ) دار الكتاب العربي بيروت سنة ١٩٧٢م.

(٣٤) منتهى الإرادات في جمع المقنيع مع التنقيح وزيادات:

تقي الدين محمد بن احمد الفتوحي المصري الشهير ابن النجار الحنبلي المتوفى في حدود سنه ٩٧٢هـ مكتبه دار العروبة بالقاهرة – دار الجبل للطباعة (ت ١٣٨هـ)

(٣٥) مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة:

لمحمد الجواد بن محمد الحسيني (ت ١٢٢٦) الطبعة الأولى في القاهرة

(٣٦) مجموع فتاوى شيخ الإسلام احمد بن تيميه (٧٢٨هـ):

جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمى النجدي الطبعة الأولى مطابع الرياض.

(٣٧) مصادر الحق في الفقه الإسلامي:

المجتمع العربي والإسلامي منشورات دار محمد الدية، بيروت.

(٣٨) المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام:

الدكتور جواد على دار العلم للملايين بيروت.

(٣٩) القاموس المحيط:

مجد الدين الفيروزأبادى (ت ٨١٧هـ) المكتبة التجارية بمصر.

(٤٠) **درر الأحكام في شرح مجله الأحكام:**

على حيدر الرئيس الأول، محكمه التميز في الدولة العثمانية، من منشورات مكتبه النهضة – بغداد وهى طبعه مصوره توزيع دار العلم للملايين بيروت.

(٤١) **طرق التنفيذ والتحفيظ في الموارد المدنية والتجارية في مصر:**

الدكتور عبد الحميد أبو هيف الطبعة الثانية ١٩٢٣م مطبعه الاعتماد بمصر

(٤٢) **الدر المختار ورد المحتار عليه شرح تنوير الأبصار.**

(٤٣) **رد المحتار:**

للسيد محمد أمين عابدين بن السيد عمر عابدين بن عبد العزيز الدمشقي الحنفي (ت ١٢٥٢) والدر المختار لمحمد بن عبد الله بن احمد الخطيب. الترتاسي الحنفي الغزي المتوفى ١٠٠٤هـ، مطبعه مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة - الطبعة الثانية ١٩٦٦ م.

(٤٤) **النظام القانوني للتحكيم الأجنبي في القانون الداخلي:**

جورج خربون مجله الحقوق الكويت السنة (١١) العدد ٤، ديسمبر ١٩٨٧

(٤٥) **الهداية في شرح بداية المبتدي في الفقه:**

برهان الدين أبى الحسن على بن أبى بكر الرشداني المرغيناني(٥٩٣هـ)

(٤٦) **الوجيز في التحكيم:**

حسين المؤمن المحامى مطبعه الفجر بيروت (١٩٧٧م)

(٤٧) **الوسيط في قانون القضاء المدني:**

١٩٨٠م دار النهضة العربية القاهرة

الفهـــــرس

المقدمة..... ٣٥٦
الفصل الأول: نظرية التحكيم في الشريعة الإسلامية..... ٣٥٩
المبحث الأول: تعريف التحكيم..... ٣٥٩
الفرق بين التحكيم وبعض المصطلحات المشابهة: ٣٦٠
الفرق بين التحكيم والقضاء:..... ٣٦٠
الفرق الجوهري بين القضاء والتحكيم: ٣٦١
الفرق بين التحكيم والوكالة: ٣٦٢
المبحث الثاني: أهميه التحكيم ٣٦٤
المبحث الثالث: تاريخ التحكيم ٣٦٨
نشأة التحكيم: ٣٦٨
المبحث الرابع: مشروعية التحكيم في الإسلام ٣٧٠
التحكيم في القرآن الكريم: ٣٧٠
التحكيم في السنة النبوية:..... ٣٧١
الفصل الثاني: نظام التحكيم وضوابطه الشرعية والقانونية ٣٧٣
المبحث الأول: حكم التحكيم..... ٣٧٣
حكم التحكيم في البلاد التي لا تطبق الشريعة الإسلامية: ٣٧٦
المبحث الثاني: مجال التحكيم..... ٣٧٩
أولاً: المذهب الحنفي:..... ٣٧٩
ثانيًا: المذهب المالكي:..... ٣٨٠
ثالثًا: المذهب الشافعي:..... ٣٨١
رابعًا: المذهب الحنبلي:..... ٣٨٢
الترجيح فيما يجوز فيه التحكيم: ٣٨٢
القسم الأول: جرائم الحدود:..... ٣٨٦
القسم الثاني: جرائم القصاص:..... ٣٨٦
القسم الثالث: جرائم التعزير:..... ٣٨٦
المبحث الثالث: الأنواع التحكيم ٣٨٨
أولاً:التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري:..... ٣٨٨
ثانيًا: التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح:..... ٣٨٩
ثالثًا: التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر:..... ٣٨٩

رابعًا: التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي: ٣٩٠
الفصل الثالث: طبيعة التحكيم ٣٩٢
المبحث الأول: طرق التحكيم ٣٩٢
الطريقة الأولى: عقد التحكيم في الشريعة الإسلامية: ٣٩٢
ركن التحكيم: ٣٩٢
شروط الإيجاب والقبول: ٣٩٤
الطريقة الثانية: التحكيم في الشريعة بتكليف الحاكم أو السلطان: ٤٠٠
المبحث الثاني: الاتفاق على التحكيم ٤٠٢
صور اتفاق التحكيم: ٤٠٢
الخاتمة ٤٠٤
المراجع ٤٠٦
الفهـــــرس ٤١٢

التحكيم القضائي

بين المسلمين في أمريكا الشمالية

إعداد الدكتور

محمد آدم الشيخ

رئيس دار الحكمة للاستشارات الشرعية

الولايات المتحدة

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه أستعين في البدء والختام... الصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين.

قبل الشروع في الحديث عن التحكيم ينبغي أن نعرفه أولاً ثم نؤصله من القرآن والسنة ثانيًا.

أولاً: التعريف:

التحكيم هو تفويض شخص أو أكثر للنظر في الدعوى لفض النزاع بين المتنازعين. فإن كان المحكم شخص واحد فيجب أن ينال رضي الطرفين المتنازعين وإن كان الأطراف متعد دون، اثنان أو أكثر فقد يكون لكل طرف محكم خاص يمثله ففي هذه الحالة يقوم الممثلان باختيار محكم ثالث يعهدان إليه رئاسة جلسة التحكيم و قد تقوم المحكمة بتعيين المحكم الثالث.

التطور التاريخي للتحكيم القضائي:

عرفت البشرية نظام التحكيم القضائي منذ أن وجدت على سطح الأرض. فقد كانت البشرية في حياتها البدائية تعيش في مجتمعات قبلية. وقد اقتضت حاجة الحياة القبلية وحفظا لمصالحها المشتركة على تبنى نظاما من النظم القضائية لدرء المفاسد وحفظ الأمن ورد المظالم وتعويض الخسائر. فكان لرئيس القبيلة سلطة لفض ما يطرأ من منازعات داخل القبيلة ومن يحتمي بحماها ولكن تلك السلطة محدودة بحدود عرقية أو جغرافية لا تتعداها إلا بقد ر ما تسمح به القبيلة أو القبائل المجاورة لها. وبما أن المنازعات عادة تقع بين القبائل المتجاورة أكثر من وقوعها داخل القبيلة الواحدة

فإن الفصل في هذا النوع من المنازعات يتطلب التعاون بين زعماء القبائل المتجاورة أو المعنية. وكان النظام القبلي يعطى الفرد حق استيفاء حقه بنفسه سواء كان ذلك الحق متعلق به شخصيا أو بشخص آخر من أقاربه. [(١)]

ولكن المجتمع القبلي تجاوز مرحلة التماس العدالة من شخص واحد المتمثل في رئيس القبيلة إلى مرحلة الحكم الجماعي، وهو ما بات يعرف بسلطة الأجاويد. وكانت هيئة الأجاويد تشكل من رؤساء القبائل أنفسهم ومن وجهاء البلد، ويشارك في اختيارهم أصحاب الشأن ليتولوا التداول والفصل في المنازعات التي تقع بين أفراد القبيلة الواحدة أو بينها وبين الجماعات المنحدرة من قبائل مختلفة. إذن يمكن القول بأن الأجاويد مفوضون من قُبل الأطراف المعنية ليتولوا التفاوض نيابة عن أصحاب القضية وعن قبائلهم التي يمثلونها. وفيما نعلم أن الأجاويد لم يكونوا يتقاضون أجرا مقابل عملهم لا من قبيلتهم ولا من القبائل الأخرى بل كانوا يقومون بهذا العمل تطوعا دون أجر سوى ما يعود إليهم وإلى أفراد أسرهم من سمعة أدبية بين المجتمع القبلي المحيط بهم. ولا تزال المجتمعات القبلية في أفريقيا وغيرها قبلة الفرقاء المتخاصمين للحصول على العدالة.

ثم تقدمت البشرية من مرحلة الأجاويد إلى مرحلة الإدارة الأهلية. ومرحلة الإدارة الأهلية عبارة عن تنظيم للمهام التي كانت تقوم بها هيئة الأجاويد. وقد استعانت الدول التي استعمرت المجتمعات القبلية في أفريقيا وآسيا كالهند والسودان وغيرهما بهيئات الأجاويد وقامت بتنظيمها ومدها بألقاب وسلطات مثل لقب الناظر

---

(١) المجلة العلمية للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث. العدد الثالث، دبلن، أيرلندا. ربيع الثاني ١٤٢٤هـ يونيو ٢٠٠٣م.

والسلطان وشيخ الخط والعمدة وشيخ القرية. ولأن الإدارة الأهلية تحتاج إلى مقر ومكاتب وكتبة وحراس فقد أوكلت السلطات الاستعمارية الحاكمة إلى بعض هذه الإدارات الأهلية مهمة جمع الضرائب والعشور وخاصة تلك الضرائب المتعلقة بالثروة الحيوانية والمحاصيل الزراعية ومن عائدها يتم الصرف على هذه الشريحة من الإدارة الأهلية. وعلى الرغم من بعض

التقدم الذي تتمتع به الدول الحديثة كالسودان فقد أبقت على الإدارة الأهلية كعامل مساعد للإدارة الحديثة في القرى والأرياف. وكانت السلطات القضائية الممنوحة للمحكمين في المجتمعات القبلية تقوم على تحقيق العدالة حيث كانوا يقررون التعويضات المالية التي كانوا يقدرونها بالمواشي كالإبل والأبقار والأغنام. ولكن هذا لا ينفي أن التحكيم في كل مراحله التاريخية كان يهتم اهتمامًا بالغا بالصلح بين الفرقاء حيث أن مبدأ الصلح هو المبدأ الوحيد الذي يقابل العقوبات التي يفرضها النظام القضائي الحديث على الجاني. فكان المحكم ينظر إليه باعتباره مصلحا وقاضيا في آن واحد.

قال الدكتور فيصل مولوى في مقال له نشر في المجلة العلمية سالفة الذكر: إنه في النصف الثاني من القرن الماضي ظهر نوع جديد من التحكيم يعنى بالتجارة بقسميها كالتجارة الداخلية والتجارة الدولية. ويتميز هذا النوع من التحكيم بخاصيتين هامتين هما الاتفاق المسبق بين الفرقاء بموجب عقد موقع منهما يتضمن فقرة تلزم الطرفين أو أكثر على اللجوء إلى التحكيم القضائي في حالة نشوء أي نزاع بين الطرفين. على خلاف ما كان عليه الأمر سابقا حيث كانت جلسات التحكيم تعد لفض النزاعات بعد وقوعها دون شروط مسبقة. والميزة الثانية هي ظهور هيئات ومنظمات دائمة تعنى بهذا

النوع من التحكيم وترعى شؤونها... ويمكن تبرير ظهور هذا النوع من التحكيم وما ترتب عليه من ظهور الهيئات والمنظمات وهو أن الفرقاء في التجارة الدولية ينتمون إلى جنسيات مختلفة وإن القوانين الخاصة بالتجارة تختلف من دولة إلى أخرى. ولا يقبل أي من الطرفين بأن يكون عرضة لقانون بلد لا يعرف لغتها ولا قانونها. فليس أمام الطرفين أفضل من التحكيم الدولي وسيلة لفض النزاعات التي تطرأ بينهما يتم عقده في بلد محايد يفهم الطرفان لغة وقوانين ذلك البلد.[(١)]

التأصيل الشرعي للتحكيم القضائي والدليل على وجوبه أو «جوازه»:

أما التأصيل الشرعي للتحكيم القضائي في الإسلام فمصدره الكتاب والسنة كقول المولى جل شأنه: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾[(٢)]. وقوله تعالى: ﴿ ۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ ﴾[(٣)] فالآية الأولى تتحدث عن المنازعات العائلية بينما نجد الآية الثانية ذات دلالة عامة تعم جميع أنواع المنازعات القضائية.

وأما الدليل على جواز التحكيم ولوازمه من السنة النبوية المطهرة، فمنه ما ورد أنه لما وفد هاني بن يزيد رضي الله عنه إلى رسول الله ﷺ، وكان قومه يكنونه بأبا الحكم.. استنكر عليه ذلك النبي ﷺ وقال له: «إن الله هو الحكم وإليه الحكم، فلم تكنى أبا الحكم؟ قال إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني، فحكمت بينهم، فرضي كلا الطرفين بحكمي

(١) المرجع السابق ص. ١٨٦.

(٢) سورة النساء: ٣٥.

(٣) سورة النساء: ٨٥.

فكنوني أبا الحكم. فأعجب ذلك رسول الله ص. فقال ما أحسن هذا؟ فسأله عن أسماء أولاًده فقال شريح ومسلم وعبد الله، فقال ﷺ، فأنت أبو شريح ودعا له ولولده. سنن النسائي: كتاب آداب القضاء باب: إذا حكموا رجلا فقضى بينهم.[1] وكذلك ما رواه الإمام البخاري في صحيحه: أن رسول الله ﷺ رضي بتحكيم سعد بن معاذ رضي الله عنه في شأن اليهود من بنى قريظة حين طلبوا ذلك ورضوا بالنزول على حكمه. صحيح[2].

وفى البحث الذي قدمه الدكتور مولوى قال: (عندما تكلم الفقهاء عن جواز التحكيم، كانوا يتكلمون عن المسلمين في مجتمع إسلامي، إذا وقع بينهم خلاف، فهناك قضاء إسلامي رسمي يحكم بينهم، فإذا تراضيا على حكم معين من غير القضاة الرسميين فذلك جائز،... أما المسلمون اليوم في بلاد الغرب، سواء متجنسين أو مقيمين، فحين يقع بينهم خلاف فهو يحال إلى قضاء الدولة التي يعيشون فيها، وهو قضاء غير إسلامي. لقد أجاز الفقهاء المعاصرون إلى القضاء غير الإسلامي للوصول إلى الحق أو حسم الخلاف إذا كان الطريق إلى ذلك، ولا طريق غيره. والمسلم حين يلجأ إلى القضاء غير الإسلامي مضطرا فلا إثم عليه. أما إذا كان أمامه مجال الاختيار بين القضاء الإسلامي والقضاء غير الإسلامي فيجب عليه اختيار الأول، ولا يجوز له أن يلجأ إلى الثاني... ثم قال:

قد بلغت الشعوب الغربية في مراعاة حقوق الإنسان شأنًا كبيرًا،... فأباحت للناس أن يتفقوا على التحكيم بصورة واسعة جدا، بحيث إن المسلمين منهم يستطيعون

(١) حديث رقم (٥٢٩٢).

(٢) الإمام البخاري، كتاب المغازي حديث رقم ٣٨١٣.

الاتفاق على تطبيق الأحكام الشرعية بينهم... ثم أرد ف قائلًا:

هكذا أصبح المسلم في البلاد الغربية مخيرا بين الاتفاق على التحكيم وفق الأحكام الشرعية، وبين الخضوع للقوانين الغربية. وفى هذه الحالة يكون اللجوء إلى التحكيم واجبا وليس فقط جائزا، وإلا وقع المسلم تحت حكم الآيات: ﴿ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ ۚ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ يُدْخِلْهُ جَنَّٰتٍ تَجْرِى مِن تَحْتِهَا ٱلْأَنْهَٰرُ خَٰلِدِينَ فِيهَا ۚ وَذَٰلِكَ ٱلْفَوْزُ ٱلْعَظِيمُ ﴿١٣﴾ وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُۥ يُدْخِلْهُ نَارًا خَٰلِدًا فِيهَا وَلَهُۥ عَذَابٌ مُّهِينٌ ﴿١٤﴾ وَٱلَّٰتِى يَأْتِينَ ٱلْفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ فَٱسْتَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ۖ فَإِن شَهِدُوا۟ فَأَمْسِكُوهُنَّ فِى ٱلْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ﴿١٥﴾ وَٱلَّذَانِ يَأْتِيَٰنِهَا مِنكُمْ فَـَٔاذُوهُمَا ۖ فَإِن تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا۟ عَنْهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَّحِيمًا﴾[1]، ﴿ وَلَوْلَا فَضْلُ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُۥ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْءَاخِرَةِ لَمَسَّكُمْ فِى مَآ أَفَضْتُمْ فِيهِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿١٤﴾ إِذْ تَلَقَّوْنَهُۥ بِأَلْسِنَتِكُمْ وَتَقُولُونَ بِأَفْوَاهِكُم مَّا لَيْسَ لَكُم بِهِۦ عِلْمٌ وَتَحْسَبُونَهُۥ هَيِّنًا وَهُوَ عِندَ ٱللَّهِ عَظِيمٌ ﴾[2]، التي تعتبر اختيار الحكم غير الإسلامي من صفات المنافقين، أو الكافرين أو على الأقل من كبائر المعاصي).[3]

الاتفاق والاختلاف بين القضاء العادي والتحكيم القضائي:

التحكيم القضائي يتفق مع القضاء العادي في أوجه ويختلف عنه في أخرى: حيث إنهما يتفقان في المصدر والمقاصد إذ إن شرعية كليهما صادرة عن سلطة شرعية وأن

(١) سورة النساء: ١٣-١٦.

(٢) سورة النور: ١٤-١٥.

(٣) فيصل مولوى: المصدر السابق ذكره في الصفحة رقم ١.

الحكم الصادر منهما حكم شرعي وأنه حكم ملزم للطرفين وغايتهما هو إقامة العدل بين الناس.. ويختلفان في كون المحكم يختاره أصحاب الشأن بمحض إرادتيهما وقد تختارهما السلطة الحاكمة أو أصحاب النفوذ في المجتمع ولكن بموافقة أصحاب الشأن. بينما القاضي تعينه السلطة الرسمية القائمة في البلد المعين. وليس لأي من الطرفين حق الاعتراض على القاضي المعين من قبل السلطة الحاكمة.. ولا على المثول أمام القاضي الذي تعينه الدولة في أية محكمة ذات اختصاص في موضوع الدعوى بعد إعلانه رسميا.. كما لا يملك أي من الخصوم الاعتراض على الاختصاص المكاني ولا في المدة الزمنية التي حددها القانون.

والقاضي يختص بكل أنواع المخالفات بما في ذلك القضايا الجنائية ولكن المحكم تنحصر سلطته في الموضوع الذي تم اختياره لأجله ولا تشمل القضايا الجنائية إلا إذا كان التوجه الغالب في الدعوى من قبل الأطراف المعنية هو الجنوح إلى السلم والمصالحة.. وهذا في مجال التحكيم في المنازعات الداخلية حيث تكون الأطراف تنتمي إلى دولة واحدة. أما المنازعات الدولية تجارية كانت أم سياسية أم غيرها فتلجأ الأطراف المعنية بها إلى الهيئات الدولية المختصة للتحكيم في منازعاتها.

أهداف التحكيم:

أهم أهداف التحكيم هو إقامة العدل بين الناس وينبغي على الحكم فردا أو جماعة أن يبدأ وينهى التحكيم بمحاولة إصلاح ذات البين وإزالة الضغائن بين الأطراف المتنازعة بصفة عامة وبصفة أخص في التحكيم بين طرفين أو أطراف تربطهما علاقات نسب أو زواج. كما ورد في القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا

أَوۡ إِعۡرَاضٗا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحٗاۚ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾[1]. وإنني أسأل الله العون على إقامة مؤسسة قضائية تحقق العدالة والصلح بين الناس في الولايات المتحدة.. وتكون ملجأ قضائيا يحتكم إليها المسلمون في الغرب فيما ينزغ بينهم من منازعات ومشاكل وخصومات.. والعمل المؤسسي يقتضى تضافر الجهود ممن هم أهل لتحمل المسئولية.. وهؤلاء يجب اختيارهم بعناية ليكونوا مصابيح الهدى يهتدي إليها المسلون في الغرب.. ولا بأس من وضع شروط مسبقة وأخرى لاحقة للالتحاق بمؤسسة كهذه.

الاختصاص الموضوعي:

إن المتصلين بالقضاء يعتبرون الاختصاص الموضوعي أحد مصوغات قبول أو رفض النظر في الدعوى. وهو أمر جد مهم بالنسبة لمن يمارس التحكيم القضائي، حيث يجب عليه أن يعلم حدود اختصاصه الموضوعي فيقف عنده ولا يتجاوزه. فقد اتفق جمهور فقهاء المسلمين مع المشرعين المعاصرين في الدول الإسلامية بأن مجال التحكيم القضائي محصور في العقود والأموال ولا يتعداه إلى الحدود والقصاص. أو بمعنى آخر إن التحكيم القضائي مقصور على القضايا المدنية والمسؤولية التقصيرية والأحوال الشخصية ولا يشمل القضايا الجنائية. فإن ذلك مما يندرج ضمن مسؤولية الدولة بالمفهوم الشرعي والدستوري. فلا يجوز على محكم في أي زمان ومكان، ولو كان ذلك بناء على رضا الطرفين، أن يقبل النظر في دعوى فضلا من أن يصدر حكما في حد من الحدود أو في دعوى من دعاوى القصاص.

والذى نتحدث عنه هنا في هذا البحث المتواضع هو التحكيم القضائي حسب ما

(١) سورة النساء: ١٢٨.

قرره جمهور فقهاء المسلمين القدامى منهم والمعاصرون. حيث حصروا مجال التحكيم في العقود والأموال. كما نقله الشيخ فيصل مولوى بأن التحكيم القضائي الشرعي الذي يجوز للمسلمين المقيمين في الغرب، أوربا وأمريكا، الالتجاء إليه هو الذي تسمح به القوانين في تلك البلاد. وبالتحديد يعنى القضايا ذات الصلة بالمعاملات التجارية المتبادلة بين الأفراد والجماعات والهيئات والعقود المدنية والمهنية وقضايا الأحوال الشخصية وغيرها من المنازعات الثنائية والجماعية [(١)].

التماس السلطة القضائية داخل أمريكا الشمالية:

هل من الممكن إنشاء محكمة إسلامية خاصة لتتولى تطبيق الشريعة الإسلامية في حل منازعات الأقلية المسلمة في أمريكا الشمالية؟ الجواب في رأى لا، ولا ينبغي أن يطالب به المسلمون والحال كحالهم الحالي حتى يغيروا ما بأنفسهم... وعندئذ لا نحتاج إلى التماس ولا طلب.. بل ستتحقق لنا ذلك تلقائيا وبسلام تام وبدون طلب منا ولا التماس كما تحققت في ماليزيا وأندونيسيا. وذلك لأن القضاء جزء لا يتجزأ من سيادة كل دولة، وأمريكا دولة مستقلة ذات سيادة والمسلمون في أمريكا هم جزء منها ولا يملكون دولة ولا من أهدافهم إنشاء دولة داخل دولة.

صحيح إن المسلمين يشعرون اليوم بنوع من العزلة وعدم الانسجام مع بعض القوانين الأمريكية التي تتعارض مع مبادئ دينهم وتقاليدهم ويرغبون في تطبيق قوانين نابعة من عقيدتهم وأعرافهم لاسيما في مجال تطبيق قوانين الأحوال الشخصية والقوانين الخاصة بالتركات والمواريث. لذلك، مثلا، لا يكتفي المسلمون بعقود الزواج التي تعقدها الدوائر الحكومية على الرغم من التزامهم بالقانون وذهابهم إلى هذه الدوائر

(1) Ibid, Mawlawy, Faisal, page 1

الرسمية للحصول على العقـود المدنية لكن ليس للعمل بموجب تلك العقود ولكن للإتيان بها إلى المسجد أو إلى المركز الإسلامي الذي بدوره يقوم بإجراء عقـود شرعية والتي بموجبها يشعر الزوجان بأن زواجهما قد اكتمل وفقا للشرع الإسلامي الحنيف. وبموجب هذا العقد الديني يستبيح الزوجان العيش معا تحت سقف واحد كزوج وزوجة.

ومن المفارقات في أمريكا الشمالية إن المسلمين ليسوا وحدهم الذين يعانون من العزلة وعدم الانسجام مع بعض النظم والقوانين العلمانية في أمريكا، بل يشاركهم في نفس الشعور اليهود والمسيحيون الملتزمون بتعليم التوراة والإنجيل. كما أن سكان أمريكا الأصليين المعروفين باسم

(الهنود الحمرّ) يعانون العزلة نفسها على مدى قرون وهم يعيشون في حظائر محمية لا يجوز الدخول إليهم إلا بإذن خاص. لهم أوضاعهم القانونية الخاصة بهم داخل حظائرهم تلك وهى قوانين فاعلة وسارية المفعول حتى الآن. [(١)] و هنا نود أن نشير إلى ما كتبه الراباى إسموشا كراوس عن رأى الدين اليهودى في مقال تم نشره في المجلة القانونية لليهود:

(١) راجع الكتاب المقدس لليهود (إكسود فصل ٢١) وللمزيد من المعلومـات دق عـلى كورينثينـا ١ وعـلى ماثيو ١٧:١٨ فى الإقتباس أعلاه

Rabbi Simcha Krauss:

Litigation In Court Secular Court System

This stringency is also expressed In the codes of the halacha. Rambam states:

"Whoever submits a suit for adjudication to gentile judges In their courts, even if the judgment rendered by them is In accord with Jewish law, is a wicked man. It is as though he reviled, blasphemed and rebelled against the law of Moses, our teacher, for it is said, 'Now these are the ordinances which thou shall set before them.' (Exod. 21:1) - 'before them', not before heathens, and not before laymen."

يقول النص أعلاه: أنه كل من يتقدم بدعوى إلى قضاة ومحاكم غير يهودية، وحصل على حكم حتى لو كان ذلك الحكم موافق على ما في قانون اليهود، فهو رجل شرير. فهو كمن تمرد وارتد أو ارتكب عملا مضادا للقانون الذي جاء به موسى (عليه السلام)[١].

Christian Versus Christian Civil Dispute: According to 1 Corinthians 6:1-8, a Christian is not to civilly file a lawsuit

(١) وراجع الكتاب المقدس (كورنثيانيون الفصل السادس) وهو يتحدث عن حرمة اللجوء إلى القضاة العلمانيين " المتهتكين" للحصول على العدالة أوبغية حل النزاع.

against another Christian in a secular court of law. Rather, the disputed matter should be arbitrated or judged by a wise Christian or Christians. However, in our modern societal system, there are exceptional situations that may not fall squarely within this principle. Such special circumstances will be discussed later in this article. Lastly, if a fellow Christian will not submit to a Christian-based resolution system, then a number of commentators believe that, pursuant to Matthew 18:17, as a last resort, a lawsuit in the secular law courts may be permitted.

عنوان الفقرة أعلاه تتحدث عن (نزاع مسيحي/ ضد/ مسيحي أمام قضاء علماني) وتقول إنه على حسب المادة الأولى من المصدر المقدس (كورينثيان الفقرة ٦ بنود من ١ إلى ٨: لا يجوز لمسيحي أن يقاضى مسيحا آخر أمام محكمة علمانية. وبدلا من ذلك يجب حل ذلك النزاع بينهما عن طريق التحكيم القضائي يتولاه مسيحي واحد أو أكثر. ولكن في ظل نظام عصر العلمانية الذي نعيش فيه هناك حالات استثنائية قد لا تقع ضمن دائرة النص المذكور كما سيذكر لاحقًا.

وفى النهاية إذا كان الفرد المسيحي يرفض الاستسلام لنظام التحكيم المسيحي، فإن بعض العلماء يعتقدون أنه يمكن الإعتماد على ما ورد في الفصل رقم ١٨ والفقرة ١٧ من إنجيل ماثيو، كحل أخير، حيث يسمح بالتقدم بدعوى قضائية أمام المحاكم العلمانية (إضطرارا).

وقد جرت محاولات جادة ومضنية من قبل اليهود المخلصين ليهوديتهم والنصارى الملتزمين بالكتاب المقدس للسماح لهم بإنشاء محاكم قضائية خاصة بكل منهما – ولا يسع المجال هنا لتناولها تفصيلا في هذه الورقة. ولكن الذي يهمنا هنا هو أن كل تلك المحاولات لنيل السلطة القضائية داخل دولة أمريكا الشمالية باءت بالفشل لنفس السبب المذكور أعلاه.

أما الهنود الحمر (سكان أمريكا الأصليين) فقد كانت لهم نظمهم القضائية النابعة من تقاليد هم الاجتماعية ولكن بعد احتلال الأوروبيون لبلادهم فقد فرضت عليهم الكثير من القوانين العلمانية الوافدة. ولكن مع كل ذلك فإن أوضاعهم القضائية أوفر حظا من غيرهم، حيث تولت الحكومة الفدرالية دراسة أحوالهم الاجتماعية والثقافية ومشاكلهم القانونية، فسمح بقدر بالحرية لتطبيق بعض عاداتهم وتقاليدهم الموروثة على اختلاف تنوعاتها حسب تنوعهم القبلي والعرقي. فإلى جانب السماح لهم بممارسة بعض سلطاتهم النابعة من صميم عاداتهم وتقاليدهم أبا عن جد، فقد أخذ المشرع الفيدرالي على عاتقه مهمة صياغة بعض القوانين الخاصة بتسيير شؤون الحياة لهذه الشريحة من المجتمع الأمريكي.

إذن لقد بذل كل من اليهود والنصارى قصارى جهدهم لإنشاء منابر قضائية ذات سيادة وسلطان ولكن فشلت جهودهم في إنشاء محاكم خاصة بهم تحكم بما في كتبهم المقدسة. وكل منهما وجد نفسه بين أمرين أحلاهما أمر من الآخر، وهما إما المضي على إنشاء المحاكم الخاصة وتنفيذ الأحكام والواردة في نصوص الكتاب المقدس مع مواجهة السلطة الحاكمة.. وإما إقامة تلك المحاكم القضائية مجردة من الهيبة والسلطة ولا تجد يدا لتنفيذ ما تصدره من الأحكام مما يحول أحكامها الصادرة منها ضربا من العبث وضياعا للوقت والجهد.

ونحن المسلمون في أمريكا الشمالية لسنا بدعا من الأمم الأخرى ولا أطول يدا منهم ولا أكثر ذكاء. إذن لسنا في حاجة إلى تكرار ما سبق أن قام به الآخرون من قبلنا. وإن فعلنا فلا اعتقد أننا سوف نكون أوفر حظا ممن سبقنا.

البدائل القضائية المتاحة في أمريكا الشمالية:

فإن كانت السلطة القضائية في أمريكا الشمالية بعيدة المنال لاستحالة الحصول على نفوذ سيادي مستقل داخل دولة مستقلة ذات سيادة، فإنه من حسن الطالع أن لجان المشرعين للقوانين في الولايات المتحدة، الفدرالية منها والولائية، في هيئتي البرلمان (مجلس النواب ومجلس الشيوخ) و(مجالس التشريع في الولايات) قد شجعت وتشجع مواطنيها أفرادا وجماعات وهيئات وشركات إلى اللجوء إلى التحكيم القضائي لفض نزاعاتهم المختلفة غير ذات الصبغة الجنائية.. وسمحت لإتحاد المحامين الأمريكان American Bar Association في الولايات المختلفة بأن يقدموا كل التسهيلات اللازمة لمن يريدون حل نزعاتهم عن طريق التحكيم بدلا من اللجوء إلى المحاكم النظامية التابعة للحكومة الفدرالية أو الولايات.

ويتولى المحامون والقضاة المتقاعدون تسير هذا النوع من القضاء الخاص حتى غـدا التحكيم القضائي يبدوا وكأنه يجارى ما يعرف اليوم بالتعليم الخاص The Private Education الذي أضحى ينتشر في المدن والقرى بل و حتى في الأحياء، حتى وكأنه يكاد يحل محل التعليم الرسمي في أمريكا الشمالية. [1]

إذن فلا غروة أن ينهض التحكيم القضائي كمنبر قضائي خاص مواز للقضاء الرسمي على منوال ما يعرف اليوم في دنيا المال والأعمال بالخصخصة حيث يزحف القطاع الخاص بخطى وئيدة، ولكن ثابتة، نحو الاستئثار بما كان في الماضي في حمى الدولة أو القطاع العام. وعليه فإني أرى أن التحكيم القضائي Arbitration Judiciary هو الأمثل والأجدر أن تركز عليه الجالية المسلمة في أمريكا الشمالية، كبديل للمطالبة بالقضاء الشرعي المستقل.

(1) www.Log on Arbitration / Law/ USA/:

إيجابيات ومزايا التحكيم القضائي:

لقد تنبه رجال الأعمال في الغرب لأهمية التحكيم وما فيه من مزايا تفوق كثيرا مزايا اللجوء إلى محاكم الدولة العادية لحل منازعاتهم المالية والتجارية. فقد أضحت الشركات التجارية والمؤسسات المالية في الغرب تنظر إلى الأنظمة أو المؤسسات القضائية باعتبارها مؤسسات شائخة عفا عليها الزمن فلا تكاد اليوم صالحة للوفاء بمتطلبات العصر، لقد أصبح الوقتلا «في العصر الحديث «سلعة» من أثمن السلع التي تتنافس عليها المؤسسات الصناعية والشركات التجارية والبيوتات الاستثمارية في العالم. فقد أصبحت العبارة المتداولة على ألسنة الناس في الغرب «Time is Money» عقيدة راسخة في ذهن رجال المال والأعمال في الغرب. لذلك اتجه رجال الأعمال في الغرب إلى التحكيم القضائي في حل ما يطرأ لهم في منازعاتهم فطفقوا يضمنون عقوداتهم المالية واتفاقياتهم الثنائية وغيرها بنودا تحدد التحكيم القضائي الوسيلة الأولى والأخيرة لحل خلا فاتهم بعد المفاوضات الودية الثنائية ومحالات المصالحة الودية، وذلك لأسباب ومزايا عديدة تكمن في التحكيم القضائي يمكن تلخيص بعضها في النقاط التالية:

أولاً: من أهم مزايا اللجوء إلى التحكيم القضائي الشرعي:

بالنسبة للمسلم الملتزم إن اللجوء إلى التحكيم القضائي عبارة عن الالتجاء إلى الله ورسوله استجابة لأمره تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱسۡتَجِيبُواْ لِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ إِذَا دَعَاكُمۡ لِمَا يُحۡيِيكُمۡ ﴾[1]. وقوله تعالى: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤۡمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيۡنَهُمۡ ثُمَّ لَا يَجِدُواْ فِيٓ أَنفُسِهِمۡ حَرَجٗا مِّمَّا قَضَيۡتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسۡلِيمٗا ﴾[2].

(١) سورة الأنفال: ٢٤.

(٢) سورة النساء: ٦٥.

ثانيًا: الشفافية والمصارحة:

وذلك يتلخص في أن التحكيم القضائي يعطى كل طرف من طرفي الخصومة فرصة ليكشف عما يدور في خلده ضد خصمه ما يمكنه من الرد على ما يثيره خصمه من الحجج دون أن يقاطعه محام أو يوقفه قاض من على المنصة كما هو في القضاء التقليدي. ففي التحكيم القضائي، نجد أن الأطراف المعنية هي التي تحدد نقاط الاتفاق والاختلاف وتتولى بنفسها اختيار أمثل الحلول لكل نقطة خلاف بين الطرفين. وقد تستخدم أطراف النزاع أسلوب المقايضة لحسم بعض النقاط المستعصية. ويكون دور المحكم، هو دور الرائد الذي يقوم برسم خارطة الطريق المؤدى إلى تقليص نقاط الاختلاف وحسم ما قد يتبقى من نقاط النزاع لصالح هذا الطرف أو ذاك.

ثالثًا: سرية الجلسات وخصوصية محاضرها:

على خلاف الحال في القضاء العادي، فإن جلسات التحكيم القضائي جلسات سرية لا يحضرها سوى من يهمهم الأمر. وإن محاضرها ليست للنشر لأن ذلك قد يسفر على ضرر لأحد الطرفين أو على كليهما.

رابعًا: الاقتصاد في الوقت:

حيث إنه من ميزات التحكيم القضائي السرعة في حسم القضايا حيث يندر أن تلبث القضية أكثر من ثلاث إلى خمس جلسات، وستكون مددها متقاربة لأن جدول المحكم غير مزدحم كما هو الحال بالنسبة لجداول القضاة العاديين التـابعيين للقضاء العادي حيث تزدحم الجداول ويؤدى ذلك إلى تأجيل القضايا لفترات متباعدة فتمكث القضية أزمنة طويلة قد تمتد جلساتها إلى سنوات.

خامسًا: الاقتصاد في التكلفة:

من الفوائد التي يحققها اللجوء إلى التحكيم القضائي هو التوفير في الصرف المالي. فقد لا يحتاج الطرفان إلى محامين ولا يكلفهم التحكيم سوى الرسوم المقررة لزمن المحكم. لذلك قد تنخفض المنصرفات إلى أدنى مستوى في حين المقاضاة أمام المحاكم العادية يتطلب أتعلب المحامين ورسوم التسجيل التي تدفع بموجب نسبة المبالغ موضوع الدعوى ورسوم قضائية أخرى مما تفرضه المحاكم المختلفة وبذلك ترفع التكاليف إلى أضعاف مضاعفة.

سادسًا: أهلية المحكمين:

ليس الأمر كما في المحاكم العادية حيث تتحكم الفرص في المثول أمام قاض مؤهل مقتدر. وليس لأي من الطرفين سلطان على تعيين القاضي الذي يحكم له أو عليه لأن إدارة المحكمة هي التي تختار لك من ينظر في قضيتك. ولكن في التحكيم القضائي يتولى طرفا النزاع اختيار المحكم المؤهل الذي يقضى في النزاع. وبطبيعة الحال يختاران المحكم الذي يثقون في نزاهته وكفاء ته ومؤهلاته.

شروط ومؤهلات المحكم:

إن النفوس البشرية تركن إلى من تعتقد فيه النزاهة في السلوك والتصرف والكفاءة العلمية المصاحبة للعمل والمقدرة القضائية على توفير ما تصبوا إليه هذه النفوس من إيجاد حل لما تشكوا منه.. لذلك فإنه من الضرورة أن يتولى التحكيم بين الناس من تتوفر فيه شروط قبل اختياره حكما وتضاف إليها شروط أخرى بعد اختياره عضوًا.. على سبيل المثال لا الحصر.. الشروط والمؤهلات التالية قبل اختياره:

(١) أن يكون ملتزما بالقواعد والسلوك الإسلامي وممن يشهد الصلاة جماعة في

المساجد وعرف بأداء الواجبات واجتناب المنهيات والبعد عن الشبهات.

(٢) الحصول على المؤهلات العلمية اللازمة.. ويفضل خريجوا كليات الشريعة والقانون من جامعات معترف بها دوليا. كما يفضل بصفة خاصة من لهم خلفية تدريس في الجامعات أو من لهم خبرة قضائية.

(٣) الحصول على الجنسية أو الإقامة الدائمة في الولايات المتحدة.

(٤) إجادة اللغتين الإنجليزية والعربية.

(٥) الإلمام بعادات وتقاليد الناس في الولايات المتحدة الأمريكية والتي تقيم فيها الأطراف المتنازعة. وأما الشروط اللاحقة لاختيار الحكم والعضو المؤسس.. فمنها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي:

- الالتحاق بدورات في مجال التوسط والتحكيم القضائي. وهى دورات تنظمها اتحادات المحامين في الولايات الأمريكية المختلفة.. فهي تزود منتسبيها بمعرفة الإجراءات القضائية وأساليب التحكيم وأشكالها المتنوعة.
- الحياد التام مع عدم وجود أية صلة أبوة أو بنوة أو زواج أو علاقة عمل مشترك أو مصلحة خاصة بين الحكم وأحد المتخاصمين.
- أن يقبل به الطرفان أو على الأقل الطرف الذي جاء به حكما.
- كتابة وقائع الجلسات والاحتفاظ بها في ملفات خاصة.
- الالتزام بأخلاقيات المهنة وعدم إفشاء أسرار الخصوم بين الناس.
- التعاون والعمل مع الآخرين.. فإن يد الله مع الجماعة.

شروط ومؤهلات التحكيم بصورة عامة:

من الناحية العامة ليس هناك شروط معينة ولا شهادات خاصة يطالب بها الشخص لتؤهله ليكون حكما لفض النزاع بين المتنازعين سوى ارتضاء أصحاب الشأن وقبولهم به وما سيصدر منه من حكم. ولكن هناك بعض فرق بين الحكم العام الذي يصدره المحكم والحكم الخاص. فالحكم العام لا يحتاج إلى شهادات أكاديمية ولا مؤهلات دراسية. فهو يصدر حكمه بموجب ما يعرفه من عادات الناس وتقاليدهم السائدة بين أهله وعشيرته.وقد يكون أميا لا يقرأ ولا يكتب ولكن يحظى بثقة قومه لما وهبه الله من فطنة وذكاء وعقل وبصيرة كما كان حال هاني ابن يزيد أبو شريح الذي كان يكنى بأبي الحكم لأنه كان يأتيه قومه لحكم بينهم ويقبلون حكمه. ولكن الحكم الخاص الذي نرغب فيه هو الحكم الذي يتمتع بما يتمتع به الحكم العام ويزيد عليه بالحصول على درجات علمية وتدريبات مهنية. وهى المؤهلات التي ترشح الحكم للنظر في قضايا ذات طبائع خاصة لا يتطلع عليها إلا من هم أهل لها. وهى شهادات أكاديمية وتدريبات مهنية. لما تقدم من الأسباب نجد القضاة في الولايات المتحدة لا يحيلون القضايا للتحكيم إلا إلى من يحملون مؤهلات خاصة بالإضافة إلى المؤهلات العلمية والخبرة العملية.

ولكي يحصل الشخص على اعتراف من القضاة التابعين للهيئة القضائية في أمريكا الشمالية ويدرج اسمه كحكم. يجب عليه أن يراجع قانون الولاية التي يعيش فيها ليتعرف على متطلباتها. حيث إن المتطلبات تخلف من ولاية لأخرى.

Generally there is no requirements or certification needed to mediate or arbitrate a case if the parties choose you as a mediator or arbitrator. As long as they agree, then the mediator or arbitration is valid, However to be referred by the court, there are a couple of ways to get recognized

as an arbitrator or mediator and it depends by the state. Which state are you planning to get certification in?

Certification generally is only for court appointed mediation where the court refers the mediator. Most states do not certify or appoint arbitrators.

المؤهلات المطلوبة لممارسة الوساطة القضائية والتحكيم في ولاية فرجينيا:

يمكن الإطلاع على متطلبا ت محاكم ولاية فرجينيا للحصول على شهادة الوساطة القضائية والتحكيم وذلك بالدخول في موقعهم المبين أدناه. ويمكننا تلخيص شروطهم ومتطلباتهم تلك فيما يلي: [١]

أولاً: الشهادة الجامعية:

الحصول على شهادة بكالوريوس في القانون من جامعة معترف بها. فمن يحصل على الشهادة الجامعية ويرغب في ممارسة الوساطة القضائية أو التحكيم القضائي عليه أن يتقدم بطلب إلى مجلس الخدمات الخاصة بفض المنازعات الإعفاء من هذا الشرط. ويجب أن يتضمن الطلب ذكر ما يلي:

(١) وصف علاقة عملك الذي تمارسه في حياتك اليومية وصلته بالوساطة القضائية أو التحكيم

(٢) إرسال السيرة الذاتية مفصلة مع طلب الإعفاء.

(٣) الحصول على خطابين من شخصين معروفين للتزكية. والشهادة على مقدرتك

---

(2) http://www.courts.state.va.us/courtadmin/aoc/djs/programs/drs/mediation/certification_process/certification_requirements.html

الخطابية والكتابية لا تقل على مستوى جيد. (٧٥٪) فما فوق. ربما يطالب المجلس المزيد من الطلبات.

ثانيًا: أقسام ودرجات تأهيل الوسطاء والمحكمين:

درجات تأهيل المحكمين والوسطاء القضائيين تنقسم إلى أربعة أقسام:

(١) دائرة محكمة الجزئية العامة بالمقاطعة.

(٢) دائرة المحكمة المدنية.

(٣) دائرة محاكم القصر والعلاقات لأسرية.

(٤) دائرة محاكم المقاطعة لشؤون الأحوال الشخصية.

ثالثًا: شهادة تأهيل على مستوى المحكمة الجزئية للمقاطعة

General District Court (GDC)

يجب على من يريد الحصول شهادة تؤهله للتحكيم والوساطة القضائية على مستوى دائرة المحاكم المقاطعة الجزئية العامة أن يقوم بالآتي:

(١) أن يسجل لتدريب نفسه في كورس خاص لا تقل عدد ساعاته عن ٢٠ ساعة لدراسة أساسيات ومبادئ التحكيم والوساطة القضائية.

(٢) أن سجل نفسه في كورس خاص لمدة أربع ساعات لدارس النظام القضائي لولاية فرجينيا.

(٣) أن يحضر على الأقل جلستين لمراقبة سير العمل وإدارة جلسات الوساطة القضائية أو التحكيم.

(٤) أن يحضر ثلاث جلسات للتحكيم القضائي كمشارك مع شـخص أخر مدرب في الوساطة القضائية.

رابعًا: إسناد المهام على حسب المؤهلات:

الوسطاء القضائيون الذين يحملون شهادات لممارسة التحكيم والوساطة القضائية على مستوى المحاكم العامة **GDC** يسمح لهم في ممارسة الوساطة القضائية والتحكيم في القضايا المدنية الناشئة في حدود الاختصاص الموضوعي للمحا كم المدنية مثل:

(١) قضايا العقود المهنية والتجارية.

(٢) قضايا الأذى الجسدي البسيط.

(٣) المنازعات المتعلقة بالمشاكل التي تنشأ بين العامل ورب العمل.

(٤) المنازعات الخاصة باستئجار المنازل السكنية والمحلات التجارية ونحو ذلك.

خامسًا: التأهيل للوساطة القضائية والتحكيم على مستوى:

Circuit Court (CC)

الحصول على شهادة تؤهل الوسيط القضائي لممارسة الوساطة القضائية والتحكيم يتطلب كورسات إضافية لا تقل عدد ساعاتها عن عشرين (٢٠) ساعة ينخرط فيها الطالب في تدريبات متقدمة في القوانين المدنية ويكتسب الخبرة في الجوانب الإجرائية للقضايا الأكثر تعقيدا. الوسطاء الحاصلون على شهادة محاكم المديرية (CC) ستؤهلهم شهاداتهم للتوسط والتحكيم في القضايا المدنية على مستوى محاكم المديرية.

سادسًا: التأهيل للوساطة القضائية في محاكم الأطفال والعلاقات الأسرية:

التأهيل لشهادة التحكيم والوساطة القضائية في شؤون القصر و العلاقات الأسرية تتطلب تدريبا لا تقل مدته عن أربعين ٤٠ ساعة تفاصيلها كالتالي:

(١) ٢٠ ساعة للمبادئ الأساسية للوساطة والتحكيم.

(٢) ٢٠ ساعة للتدريب الخاص بشؤون العلاقات الأسرية.

(٣) ٤ ساعات كورس في مادة النظام القضائي لولاية فرجينيا.

(٤) ٨ ساعات في الفحص والتعامل مع العنف وسوء المعاملة في العلاقات الأسرية من خلال والوساطة القضائية.

(٥) حضور جلستين من جلسات الوساطة الأسرية على الأقل للمراقبة في سير الجلسات.

(٦) حضور خمس جلسات للوساطة القضائية على الأقل كمشارك فاعل في إدارة تلك الجلسات.

(٧) الوسطاء والمحكمون الحاصلون على شهادات التحكيم في شؤون القصر والعلاقات الأسرية يسمح لهم في التوسط في دعاوى على مستوى محاكم القصر والعلاقات الأسرية. (J&DR) ويشمل ذلك قضايا الحضانة والنفقة الزوجية ونفقة الأولاًد والمسائل المتعلقة بالزيارات ...إلخ.

سابعًا: دائرة محاكم الأحوال الشخصية (CCF):

يجب على الطالب الذي يرغب في الحصول على شهادة تؤهله للتحكيم وممارسة

الوساطة القضائية على مستوى دائرة محاكم الأحوال الشخصية في ولاية فرجينيا أن يضيف ١٢ ساعة أخرى على ما تقدم من الساعات في التدريبات المتقدمة في مجال الاُقتصاد العائلي وما يتعلق به من دخول ومنصرفات والإنصاف في التوزيع. ويندرج في ذلك النفقة الزوجية. هكذا فمن حصل على هذه الشهادة يكون له الحق في التوسط والتحكيم في قضايا على مستوى محاكم الأحوال الشخصية. وبعض الوسطاء والمحكمين قد يجمعون بين أكثر من مؤهل ويمارسون التحكيم والوساطة القضائية في دوائر قضائية متعددة.

Certification Requirements

in the commonwealth of Virginia:

In Virginia, mediators may be **certified** pursuant to the Guidelines for the Training and Certification of Court-Referred Mediators established by the Judicial Council of Virginia.

You must have earned a minimum of a Bachelor's Degree to qualify for certification as a court-referred mediator in Virginia. You may apply for a waiver of this requirement by submitting a letter to Dispute Resolution Services, describing your relevant work and life experience. The letter must be accompanied by a resume and two letters of recommendation that address your oral and written communication skills. Additional information may be requested. If certification is your objective, you should seek a waiver prior to beginning mediation training.

Mediators may be certified in four categories: General District Court (GDC), Circuit Court-Civil (CCC), Juvenile and Domestic Relations District Court (J&DR), and Circuit Court-Family (CCF).

General District Court (GDC) certification requires at least 20 hours of Basic Mediation training, a 4-hour course on Virginia's Judicial System, two mediation observations and three co-mediations with a certified Mentor. Mediators who are certified in GDC are qualified to mediate civil cases arising in the General District Court such as contracts, personal injury, employment disputes, or landlord-tenant

disputes.

Circuit Court-Civil (CCC) certification requires an additional 20 hours of advanced civil training and experience in mediating procedurally complex cases. Mediators with CCC certification are qualified to mediate civil cases at the Circuit Court level.

Juvenile and Domestic Relations District Court (J&DR) certification requires 40 hours mediation training (20 hours of Basic and 20 hours of Family specific training), a 4-hour course on Virginia's Judicial System, an 8-hour course on Screening for and Dealing with Domestic Abuse in the Mediation Context, two family mediation observations and five family co-mediations. Mediators who are certified in J&DR are qualified to mediate cases arising in the Juvenile and Domestic Relations District Court, such as custody, visitation or support matters.

Circuit Court-Family (CCF) certification requires an additional 12 hours of advanced training in family finance and economic issues including equitable distribution and spousal support in addition to experience in mediating such cases, thus qualifying these mediators to handle cases at the Circuit Court-Family level. Some mediators are certified as both general and family mediators.

ولاية ميريلاند

تدريب وتأهيل الوسطاء القضائيين والمحكمين لفض المنازعات وفقا لأحكام وقوانين ولاية ميريلاند:

أولاً: تدريب الوسطاء والمحكمين:

تختلف مواقف الولايات اختلافا كبيرا في مسألة تأهيل وتقنين وتدريب المحكمين والوسطاء القضائيين. ويمكن القول بأن هناك خمس وسائل عامة تؤدى إلى الحصول على الوسيط القضائي أو المحكم. كل تلك الوسائل تخبرك بصورة أو بأخرى عن الوسيط وعن خبرته وما حصل عليه من الخبرة والتدريب. وهذه الوسائل الخمس هي:

(١) الوسطاء والمحكمون الخصوصيون. وهم المهنيون الذين يقدمون خدماتهم للجمهور. إن ولاية ميريلاند لا تطالب مثل هؤلاء بالشهادات ولا بالتدريب.

(٢) الوسطاء القضائيون المرتبطون بالمحاكم: فهؤلاء، لأجل تنظيم العمل القضائي، فإن ولاية ميريلاند تطالبهم ببعض المؤهلات كما سيأتي لاحقًا.

(٣) الوسطاء والمحكمون المرتبطون ببعض برنامج للتوسط القضائي. ومعظمهم بهدف الحصول على فرص الاعتراف والاستدعاء للوساطة القضائية. لذلك نجد أن القائمين على شؤون هذه القوائم يفرضون على زبائنهم ما يناسبهم من الرسوم. ولهم معايير مهنية وأخلاقية خاصة بهم من بينها التدريب والتأهيل يلزمون بها زبائنهم كما يلتزمون هم أنفسهم بها.

(٤) الوسطاء والمحكمون التجاريون الذين سجلوا أسماءهم في وسائل الإعلام المختلفة. وهؤلاء تتحكم فيهم الشركات التي يتعاملون معها وتفرض عليهم شروطها ومعاييرها في التأهيل والتدريب.

(٥) الوسطاء والمحكمون المسجلون ضمن قائمة محاكم الولاية والتى تصرف عليها الولاية من ميزانيتها السنوية. فهؤلاء الوسطاء هم الذين تحيل إليهم قضاة محاكم الولاية القضايا للوساطة القضائية وتتولى الولاية من خلال محاكمها المختلفة أمر تأهيل هؤلاء الوسطاء وتدريبهم.

Training, Certification, and Credentials for Dispute Resolution Professionals in accordance with the State of Maryland:

Training: *Mediators What does certification mean? What are the court ordered/appointed mediator training requirements for mediators?*

Mediator Training in the State of Maryland:

There are no national training requirements or credentials for mediators. States vary widely in their approach to regulating mediation. There are 5 general ways that people find a mediator. Each may tell you something about the experience and training of the mediator.

- **Private mediators** – professionals who offer their services to the public. Maryland does not require training or certification for a private mediator. **Court affiliated mediators** – Maryland does have requirements for a court ordered/appointed mediator.
- **Mediators affiliated with a mediation program** – Most independent mediation programs impose their own training or experience standards on mediators.
- **Mediators listed through national or state nonprofit professional organizations** – There is an increasing trend toward mediator rosters and credentialing programs through national or state professional mediation organizations. These offer referral lists or directories of members. Some national mediation membership organizations set training and experience requirements and ethical standards for their practicing members.
- **Mediators listed in commercial mediation directories** - Many mediation referral services also impose training, experience or other requirements on mediators who wish to be included in their rosters. Any individual mediator may fit into any or all of the above categories. Many private mediators, and most of those who work for or are associated with mediation organizations and programs, have

training, experience, or both. A mediator may have a certificate of training completed. While the certificate is a confirmation that the person has successfully completed training, it does not necessarily confirm that the person has attained any level of competence.

Court ordered/appointed mediator training requirements for mediators in Maryland?

In Maryland, there is a list of mediators to which the court makes referrals. These **"court registered"** mediators must meet certain requirements.

ثانيًا: شروط الالتحاق بقائمة الوسطاء الذين تحال إليهم القضايا:

حسب القوانين السارية في ولاية ميريلاند تحت القاعدة رقم ١٧ – ١٠٤ تحيل المحاكم بالولاية قضايا الوساطة القضائية إلى الوسطاء المؤهلين والمسجلين لديها للتوسط فيها عدا قضايا الأحوال الشخصية. وفيما يلي شروط ومؤهلات هؤلاء الوسطاء.

(١) يجب أن يكون الوسيط قد بلغ من العمر ٢١ سنة

(٢) يجب عليه أن يكون حاصلًا على درجة جامعية أو كلية معترف بها.

(٣) يجب عليه أن يكون قد أكمل ٤٠ ساعة تدريبية للقواعد الأساسية الخاصة بالوساطة القضائية.

(٤) يجب عليه أن يكون قد حصل على موافقة الإدارة القضائية. أو القاضي الذي يملك السلطة الإدارية.

Under Maryland Rule 17-104, "Court registered" mediators of **non-domestic law matters must**

- be at least 21 years old,
- have a college degree (unless waived by the court),
- have completed an approved 40 hour basic mediation program an, and
- be approved by the Administrative Judge of the court.

ثالثا: شروط التوسط في قضايا الأحوال الشخصية:

للحصول على شهادة للتوسط في قضايا الأحوال الشخصية والإجازة القضائية للالتحاق بقائمة الوسطاء الذين تحال إليهم قضايا الأحوال الشخصية، يجب على الراغب في ذلك أن يتمتع بالتدريبات الإضافية التالية:

(١) لكي يسمح للوسيط في التوسط في قضايا الحضانة والزيارات يجب عليه الحصول على التدريب في المبادئ الأساسية المطلوبة أعلاه، وإكمال ساعات التدريب العشرين الإضافية في مؤسسة ذات برنامج معترف به وذى صلة بحضانة الأطفال وما يتصل بذلك من زيارة الأولاًد.

(٢) ولكي يسمح للوسيط للتوسط في أمور الممتلكات الزوجية يجب عليه الحصول على التدريبات المذكورة أعلاه، وإكمال برنامج التدريب الخاص بالساعات العشرين الإضافية المذكورة أعلاه في مؤسسة خاصة بتدريب الوسطاء في مجال فض المنازعات الخاصة بالمسائل المتعلقة بتقسيم الممتلكات الزوجية.

To mediate in domestic law matters and be listed by the court, a mediator must have additional training.

- To mediate in **custody or visitation** matters, a mediator must meet the basic requirements noted above and have completed an additional 20 hours of training in an approved program relating to child custody and visitation.
- To mediate in **martial property** matters, a mediator must meet the basic requirements noted above and have completed an additional 20 hours of training in an approved marital property mediation training.

Training, Certification, and Credentials for Dispute Resolution Professionals Mediator Training

There are no national training requirements or credentials for mediators. States vary widely in their approach to regulating mediation.

There are 5 general ways that people find a mediator. Each may tell you something about the experience and training of the mediator.

- **Private mediators** – professionals who offer their services to the public. Maryland does not require training or certification for a private mediator.
- **Court affiliated mediators** – Maryland does have requirements for a court ordered/appointed mediator.
- **Mediators affiliated with a mediation program** – Most independent mediation programs impose their own training or experience standards on mediators.
- **Mediators listed through national or state nonprofit professional organizations** – There is an increasing trend toward mediator rosters and credentialing programs through national or state professional mediation organizations. These offer referral lists or directories of members. Some national mediation membership organizations set training and experience requirements and ethical standards for their practicing members.
- **Mediators listed in commercial mediation directories** - Many mediation referral services also impose training, experience or other requirements on mediators who wish to be included in their rosters.

Any individual mediator may fit into any or all of the above categories. Many private mediators, and most of those who work for or are associated with mediation organizations and programs, have training, experience, or both. A mediator may have a certificate of training completed. While the certificate is a confirmation that the person has successfully completed training, it does not necessarily confirm that the person has attained any level of competence.

Under Maryland Rule 17-104, "Court registered" mediators of **non-domestic law matters must**

- be at least 21 years old,
- have a college degree (unless waived by the court),
- have completed an approved 40 hour basic mediation program an, and
- be approved by the Administrative Judge of the court.
- To mediate in domestic law matters and be listed by the court, a mediator must have additional training.

- To mediate in **custody or visitation** matters, a mediator must meet the basic requirements noted above and have completed an additional 20 hours of training in an approved program relating to child custody and visitation.
- To mediate in **martial property** matters, a mediator must meet the basic requirements noted above and have completed an additional 20 hours of training in an approved marital property mediation training.

What "court registered" does not mean - Being included on an approved list of mediators for a particular court does not mean that the person is an experienced mediator but only that the mediator has received the required training. Also any mediator can help you work out an agreement that you can file with the court as part of an ongoing case. "Court registered" simply means that the person is eligible to receive referral from the court.

التحكيم القضائي في أمريكا الشمالية:

حسب القانون في الولايات المتحدة الأمريكية التحكيم عبارة عن منصة قضاء بديلة عن القضاء العادي وذلك لفض المنازعات بين المتخاصمين حيث يسلم كل طرف دعواه مكتوبة إلى محكم كطرف ثالث محايد بموجب اتفاق موقع بين الطرفين على قبول المحكم وما يتوصل إليه من الحكم. وعادة يلجأ الناس إلى هذا البديل عندما لاتوجد في البلد محاكم رسمية تابعة للحكومة أو أنها موجودة ولكن إجراءاتها تتسم بالبط ء او انها باهظة التكاليف أو أن القضاة القائمين بالأمر متهمون بالتحيز.

لقد ثبت جدوى إستخدام التحكيم القضائي لحل منازعات إضرابات العمال والموظفين والطلاب حيث تفوض إدارات المؤسسات شخصا واحدا من بين المنسوبين إليها للتفاوض من المضربين بغية الوصول معهم إلى حل يرتضيه الطرفان كما نقرأ في الفقرتين التاليتين:

Arbitration, *in the context of United States law, is a form of*

alternative dispute resolution — specifically, a legal alternative to litigation whereby the parties to a dispute agree to submit their respective positions (through agreement or hearing) to a neutral third party (the arbitrator(s) or arbiter(s)) for resolution. In practice arbitration is generally used as a substitute for judicial systems, particularly when the judicial processes are viewed as too slow, expensive or biased. Arbitration is also used by communities which lack formal law, as a substitute for formal law.

Arbitration may also serve a distinct purpose: as an alternative to strikes and lockouts as a means of resolving labor disputes. Labor arbitration comes in two varieties: ***interest arbitration****, which provides a method for resolving disputes about the terms to be included in a new contract when the parties are unable to agree, and* ***grievance arbitration****, which provides a method for resolving disputes over the interpretation and application of a collective bargaining agreement.*

التحكيم القضائي حسب القانون الأمريكي يعالج أمورًا كثيرة و له حق الاختصاص في مجالات شتى منها على سبيل المثال لا الحصر: التحكيم بين العمال وأرباب المصانع أوالتحكيم بين الموظفين وأرباب الوظائف للوصول إلى اتفاق بين الطرفين لتحقيق العدالة والحصول على حقوق أو منافع يرى العمال أو الموظفون أنهم محرومون منها أومغبونون فيها، أو إهمالا وقصوراً في أداء الواجبات يعتقد أرباب العمل أن المستخدمين مقصرون في تحقيقها. وقد يستخدم لحل مثل هذه المنازعات التحكيم الفردى كما هو الحال في المثال أعلاه. ولكن الغالب في حل مشاكل المساومات في الحقوق والواجبات مثل تدنى الأجور والمرتبات وما يتعلق بساعات العمل قلة وكثرة وحق التدريب المهنى والتأمين الصحى وغيره من التأمينات وتوفير وسائل السلامة والأمان للعا ملين وحق المشاركة مع إدارة المصنع أو المؤسسة في صنع القرار وغيرها من المنازعات التي تنهض بين العمال والموظفين من جهة وبين أصحاب

المصانع وأرباب المؤسسات المدنية هوإستخدام أسلوب التحكيم الجماعى كما نرى في الإقتباس التالى:

Hide

Wikipedia is getting a new lookHelp us find bugs and complete user interface translations

Collective Arbitration

Collective bargaining *is a process between employers and employees to reach an agreement regarding the rights and duties of people at work. Collective bargaining aims to reach a collective agreement which usually sets out issues such as employees pay, working hours, training, health and safety, and rights to participate in workplace or company affairs.*

ممثلو نقابة الموظفين أو نقابة العمال يتولون تمثيل العمال أو الموظفين كلهم كما في الاقتباس أدناه وهم الذين يساومون الطرف الآخر ويناقشونه نيابة عنهم. وقد يمثل الإدارة شخص واحد كممثل لجميع حملة أسهم الشركة أو يمكنه أن يحاور الطرف الآخر على تمثيل المنظمات الأخرى المتحالفة معه (الفدريشان) حسب ما تسمح به قوانين الولاية أو الدولة. يمكن لمن يريد متابعة جانبا من هذا المجال أن يواصل قراءة النص التالي: (١)

During the bargaining process, employees are typically represented by a trade union.[2] The union may negotiate with a single employer (who is typically representing a company's shareholders) or may negotiate with a federation of businesses, depending on the country, to reach an industry wide agreement.

(1) Log on United State/Arbitration/law

In the United States, the National Labor Relations Act (1935) covers most collective agreements in the private sector. This act makes it illegal for employers to discriminate, spy on, harass, or terminate the employment of workers because of their union membership or to retaliate against them for engaging in organizing campaigns or other "concerted activities" to form "company unions", or to refuse to engage in collective bargaining with the union that represents their employees.

تجارب خاصة من خلال تحريات دار الحكمة للاستشارات الشرعية[1]:

مؤسسة دار الحكمة للاستشارات الشرعية تأسست عام ١٩٨٩م حيث تم تسجيلها في مقاطعة فيرفاكس بولاية فرجينيا. وهى تعنى بتقديم الخدمات الشرعية للجالية المسلمة في أمريكا الشمالية. ومن خلالها نوقشت وقدمت العديد من الحلول القضائية عن طريق التحكيم القضائي في مجال قضايا الأحوال الشخصية والمدنية وفض المنازعات المهنية وغيرها.

Darul Hikmah is a progressive theological, judicial, cultural and educational institution. It serves the Muslim community by performing Islamic marriages, Islamic divorces, family counseling, domestic violence prevention, and conflict resolution involving civil and occupational disputes.

Darul Hikmah provides the Muslim community in America with the same privileges provided by the civil and Shari'ah courts in Muslim countries, including acquisition of judgments based on arbitration or mediation that springs from Islamic Shari'ah rules. Darul Hikmah arbitration is recognized by the American legal system and is honored by courts in the United States and worldwide.[2]

لدار الحكمة الاستشارية تجارب تمتد إلى أكثر من عقدين في مجال التحكيم القضائي

(1) For more information log into (www.darulhikmah.org)
(2) See Ibid: www.darulhikmah.org.

في أمريكا الشمالية. ويمكنني بتوفيق الله أن ألخص بعضا من هذه التجارب التي أعتقد أنها ذات صلة وجدوى لما نحن بصدده ألا وهو السعي لإنشاء هيئة عليا للتحكيم في أمريكا الشمالية. وسوف ألخص تجربتي في شكل نقاط تشتمل على اقتراحات أرجو أن تحظى بالنقاش البناء المؤدى إلى اتخاذ خطوات عملية نحو الهدف المنشود:

أولاً: إنشاء هيئة تحكيم للقضاة:

استبعاد فكرة المطالبة بإنشاء محكمة شرعية في أمريكا الشمالية للأسباب سالفة الذكر والتركيز على تكوين هيئة قضائية للتحكيم فيما عدا ما يمكن تصنيفه بالقضايا الجنائية. أقول هذا لأنبه على أهمية الابتعاد عن قضايا الحدود والقصاص والتعزير وكلما يتصف بالعقوبات الجسدية، حيث إننا كجالية مسلمة في أمريكا الشمالية لسنا دولة ذات سيادة ولا نملك السلطة لتنفيذ القضايا ذات الصبغة الجنائية. وإنه من حسن الطالع أن القوانين السائدة في أمريكا الشمالية تمنح المسلمين الحق أن يختاروا التحكيم كوسيلة لتنفيذ الكثير من القضايا الشرعية من خلال التحكيم القضائي. واقترح تكوين هيئة تمهيدية للتحكيم تكون من مهامها الآتي:

(١) كتابة مسودة دستور لهيئة التحكيم القضائي في أمريكا الشمالية.
(٢) فتح باب العضوية للأفراد مؤهلين لتولى منصب القضاء حسب الشروط الشرعية.
(٣) عقد منتدى التحكيم الشرعي خلال عام ٢٠١١م لمناقشة وإجازة الدستور وانتخاب القيادة حسب نصوص الدستور.
(٤) إنشاء ما لا يزيد على ثلاثة فروع إقليمية بهدف التدريب والتأهيل.
(٥) خلق علاقة مع هيئات التحكيم القائمة في أمريكا كهيئة (البار) التي تعد الجهة الرئيسة في تنفيذ قوانين التحكيم القضائي.

ثانيًا: إنشاء ثلاثة أقاليم قضائية:

تقسيم البلد إلى ثلاثة أقاليم: بحيث تقام إدارة تحكيم قضائي في كل إقليم لخدمة أفراد الجالية.. والأقاليم المقترحة هي:

(١) الإقليم الشرقي: ويكون مقره العاصمة القومية (واشنجطون ديسى).

(٢) والإقليم الغربي: ويكون مقره لوس إنجليس، ولاية كاليفورنيا.

(٣) والإقليم الوسط: ويكون مقره مدينة شيكاغو، ولاية إلينوي.

تتولى إدارة كل إقليم النظر في القضايا الخاصة بالجالية التي تقيم في الإقليم حسب ما ينص عليه دستور الهيئة المرتقب.

ثالثًا: التوقيع على الموافقة والالتزام:

من المهم جدا أن يفهم كل من يتولى التحكيم القضائي بأن الخطوة الأولى بل وقبل البدء في إجراءات التحكيم عليه أن يضمن توقيع الطرفين أو أطراف النزاع أو على الأقل من يمثلونهم على اتفاقية مكتوبة شاملة يكون من بين بنودها قبول كل طرف بالمحكم القضائي المعين أو المختار بدون تحفظ وقبول ما سيصدره المحكم من الأحكام سواء كانت له أم عليه. وأن يلتزم كل من الطرفين أو من يمثلهما بدفع ما يخصه من تكاليف التحكيم. وينبغي دفع رسوم التحكيم على دفعتين متساويتين الأولى قبل البدء في التحكيم والثانية بعد الانتهاء من الحيثيات وتلخيص الدعوى وقبل النطق بالحكم.

رابعًا: عدم الانسحاب بعد الشروع في العمل:

يجب على المحكم أو رئيس لجنة المحكمين إن كانوا كثر ان يقرأ على الطرفين الشروط ويبين لهم ما لهم وما عليهم وما يجب أن يتحلى به كل طرف أثناء سير الدعوى من بين ذلك أنه لا يجوز لأي طرف أن ينسحب من الجلسة أو الجلسات بعد الشروع

في التحكيم ويوضح للطرفين أن الانسحاب أو مقاطعة الجلسات لا يحول دون الاستمرار في النظر في الدعوى إلى نهايتها وأن الحكم سيصدر ملزما للطرفين. ولا تتوقف الإجراءات بعد البدء فيها إلا بطلب موقع من الطرفين فعندئذ يتوقف المحكم عن السير في الدعوى، ويكون له الحق في حيازة المبلغ المد فوع مقدما.

خامسًا: ضرورة كتابة محضر الجلسات القضائية:

يجب على المحكم أن لا يتجاهل أو يتكاسل عن كتابة محضر كل جلسة من جلسات التحكيم، إما بتكليف كاتب قضائي محترف يتم استجلابه من إحدى المحاكم على نفقة الطرفين وإما يتولى المحكم الكتابة بنفسه حيث يكتب عن طريق رؤوس الأقلام short hand ثم يقوم بتدوين المحضر بعد الجلسة.. أيضًا على حساب الطرفين وفقا للزمن الذي يستقرقه التلخيص. لقد رفعت بعض الأحكام التي أصدرتها إلى محاكم أمريكية مختلفة الدرجات وإلى محكمة الاستئناف العليا وتم تأييد ها كلها بفضل الله ثم بفضل الالتزام بتدوين وقائع الجلسات. وتدوين الوقائع مهم في كل القضايا وبصفة خاصة القضايا الكبرى ذات المبالغ التي تشتمل على الملايين من الدولارات. لذلك أوصى بأهمية استئجار كاتب المحكمة لتدوين محاضر الجلسات على الرغم من ما في ذلك من زيادة التكلفة على الطرفين.

سادسًا: مراعاة المحظورات القانونية:

يجب على المحكم مراعاة الجوانب القانونية للبلد الذي تنعقد فيه جلسات التحكيم مثل الابتعاد عن إبرام عقود الزيجات لطالبيها ما لم يأتوا بإذن رسمي من السلطات الحكومية القائمة في البلد المعنى بالحكم Marriage license وعدم إصدار طلاق شرعي ما لم يحصل الطرفان على الطلاق المدني من محكمة مدنية ذات اختصاص. ولكن

من الممكن أن يستصدر الخصمان شهادة الطلاق الشرعي إذا اتفق الطرفان على ذلك ووقعا على الطلب إذ أن ذلك من شأنه أن يساعد الطرفين في الحصول على الطلاق المدني باعتباره طلاقا متفقا عليه من الطرفين طواعية uncontested Divorce ولأن ذلك يوفر لهما الوقت والمال كما يسهم من إزالة الآثار السلبية التي عادة ما تصاحب التقاضي أمام القضاء العادي حيث قلما يجد الطرفان فرصة لإبراز الكوامن النفسية التي تهدم العلاقات الطيبة التي سبق أن سادت بين الطرفين ردحًا من الزمن.

سابعًا: استئنافات الحكم:

بعد صدور الحكم يقوم بتلاوته المحكم على طرفي النزاع ويعطيهما فرصة لاستئناف الحكم خلال مدة لا تتجاوز أسبوعين من تاريخ صدور الحكم. وعلى الطرف الذي يرغب في استئناف الحكم أن يقوم بدفع تكاليف الاستئناف مقدما. وعلى المحكم أن يشكل لجنة برئاسة شخص ثالث إن لم يتول ذلك بنفسه. ويمكن الطرفان من اختيار ممثليهما. وعلى طالب الاستئناف نفقة اللجنة بأكملها. وإذا صدر الحكم لصالح المستأنف فعلى الطرف المنهزم قبول الحكم أو رفع الأمر إلى القضاء الحكومي متحملا جميع نفقات الاستئناف.

ثامنًا: تنفيذ الحكم:

في حالة إذعان الطرفين لحكم المحكم، يعقد المحكم جلسة خاصة للنظر في كيفية تنفيذ الحكم وديا بين الطرفين. ويحرص المحكم على أن يتم ذلك في جو تسود فيه روح المصالحة بين الطرفين. أما إذا رفض الطرف المهزوم تنفيذ الحكم وديا فعلى الطرف المحكوم له القيام برفع الحكم إلى القضاء الحكومي لتنفيذه بقوة القانون، وعندئذ يتكفل كل طرف بما يتعرض عليه من النفقات.

تاسعًا: التأييد الأدبي والمعنوي لهيئة التحكيم:

حسب تجربتي الخاصة أنه لا مناص من الحصول على نوع من الاعتراف الأدبي والتأييد المعنوي من المنظمات الاجتماعية والمؤسسات الفكرية والمراكز الإسلامية ذات التأثير الديني والثقافي. حيث إن ذلك يقوم مقام التنصيب القضائي الشرعي من حيث إن لسواد المسلمين الحق في تنصيب القضاة في حالة عدم توفر الحكومة الإسلامية التي تتولى القيام بما هو واجب كفائي.. فقد لمست من بعض الخصوم أنهم لا يعيرون اهتمامًا لتطبيق الأحكام الشرعية كاهتمامهم بمصدر سلطة من يمثلون أمامه ليحكم لهم أو عليهم. وبعض الخصوم ينتابهم الشك في جدوى الحصول على حكم من فرد أو جماعة نصبت نفسها دون أن تعترف بها دولة ذات سيادة أو جماعة المسلمين حتى ولو كان ذلك الفرد إمام مسجد أو مدير مركز إسلامي. وفى رأيي أن هذا النوع من التوجس له ما يبرره شرعا.. ولكن في ذات الوقت من الممكن أن نتجاوز هذا الجانب السلبي وذلك بالحصول على اعترافات مكتوبة من الهيئات والمؤسسات الإسلامية بالهيئة كمنصة لخدمة الجالية المسلمة من خلال التحكيم القضائي.. وذلك أمر سهل إن أخذنا بالأسباب وأتقنا تنظيم أنفسنا وأعمالنا.

د كتور
محمد آدم الشيخ
رئيس دار الحكمة للاستشارات الشرعية
الولايات المتحدة

الفهـــــــرس

أولاً: التعريف: ٤١٦
التطور التاريخي للتحكيم القضائي: ٤١٦
التأصيل الشرعي للتحكيم القضائي والدليل على وجوبه أو «جوازه»: ٤١٩
الاتفاق والاختلاف بين القضاء العادي والتحكيم القضائي: ٤٢١
أهداف التحكيم: ٤٢٢
الاختصاص الموضوعي: ٤٢٣
التماس السلطة القضائية داخل أمريكا الشمالية: ٤٢٤
البدائل القضائية المتاحة في أمريكا الشمالية: ٤٢٩
إيجابيات ومزايا التحكيم القضائي: ٤٣٠
أولاً: من أهم مزايا اللجوء إلى التحكيم القضائي الشرعي: ٤٣٠
ثانيًا: الشفافية والمصارحة: ٤٣١
ثالثًا: سرية الجلسات وخصوصية محاضرها: ٤٣١
رابعًا: الاقتصاد في الوقت: ٤٣١
خامسًا: الاقتصاد في التكلفة: ٤٣٢
سادسًا: أهلية المحكمين: ٤٣٢
شروط ومؤهلات المحكم: ٤٣٢
شروط ومؤهلات التحكيم بصورة عامة: ٤٣٤
المؤهلات المطلوبة لممارسة الوساطة القضائية والتحكيم في ولاية فرجينيا: ٤٣٥
أولاً: تدريب الوسطاء والمحكمين: ٤٤١
ثانيًا: شروط الالتحاق بقائمة الوسطاء الذين تحال إليهم القضايا: ٤٤٣
ثالثا: شروط التوسط في قضايا الأحوال الشخصية: ٤٤٤
التحكيم القضائي في أمريكا الشمالية: ٤٤٦
تجارب خاصة من خلال تحريات دار الحكمة للاستشارات الشرعية ^O: ٤٤٩
أولاً: إنشاء هيئة تحكيم للقضاة: ٤٥٠
ثانيًا: إنشاء ثلاثة أقاليم قضائية: ٤٥١
ثالثًا: التوقيع على الموافقة والالتزام: ٤٥١
رابعًا: عدم الانسحاب بعد الشروع في العمل: ٤٥١

خامسًا: ضرورة كتابة محضر الجلسات القضائية:.....٤٥٢
سادسًا: مراعاة المحظورات القانونية:.....٤٥٢
سابعًا: استئنافات الحكم: ٤٥٣
ثامنًا: تنفيذ الحكم:.....٤٥٣
تاسعًا: التأييد الأدبي والمعنوي لهيئة التحكيم: ٤٥٤
الفهـــــــرس..... ٤٥٥

التحكيم الشرعي والقانوني في العصر الحاضر

إعداد الأستاذ الدكتور

محمد الزحيلي

عضو مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا

كلية الشريعة – جامعة الشارقة

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم:

الحمد لله رب العالمين، وأحكم الحاكمين، والصلاة والسلام على رسول الله، المبعوث رحمة للعالمين، وهو أول قاض في الإسلام، وسيد المحكَّمين في المنازعات والصلح، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فقد خلق الله تعالى الإنسان في أحسن تقويم، وفضله على سائر المخلوقات، وجعله خليفة في الأرض، وأكرمه بإرسال الرسل، وإنزال الكتب، للهداية إلى الحق والطريق القويم.

ولكن هذا الإنسان ينطوي على غرائز عدة، وعواطف متباينة، ومطامع واسعة، وكثيرًا ما يختلف عن أخيه الإنسان في جوانب فرعية، ويخالفه في أمور كثيرة، لحكمة إلهية، قال تعالى: ﴿وَلَوْ شَآءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ ٱلنَّاسَ أُمَّةً وَٰحِدَةً وَلَا يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ ﴿١١٨﴾ إِلَّا مَن رَّحِمَ رَبُّكَ وَلِذَٰلِكَ خَلَقَهُمْ﴾[1].

وهذا الخلاف والاختلاف ملازم للإنسان منذ وجد، ومرافق للبشرية في جميع أطوارها، وبدأ ذلك منذ آدم عليه السلام عندما اختلف ولداه، واستمر طوال التاريخ حتى اليوم، وسيبقى إلى المستقبل.

ولكن الله تعالى أخبر آدم عليه الصلاة والسلام منذ نزوله إلى الأرض أنه لن يتركه

(١) سورة هود: ١١٨-١١٩.

سُدى، ولم يخلقه عبثًا، وأنه سيكرمه بالهدى والهداية الإلهية، قال تعالى: ﴿قُلْنَا ٱهْبِطُوا۟ مِنْهَا جَمِيعًا ۖ فَإِمَّا يَأْتِيَنَّكُم مِّنِّى هُدًى فَمَن تَبِعَ هُدَاىَ فَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ﴾[1].

ومن الهدي الإلهي للإنسان الإرشاد إلى وسائل إنهاء الخلاف، وفصل الخصومات، بوسائل عدة، أهمها الصلح، والقضاء، والتحكيم.

وشرع الله التحكيم على جميع المستويات، الفردية، والأسرية، والجماعية، والدولية، بدءًا من الإصلاح بين الأطفال في البيت، إلى التوفيق بين الزوجين، فالأسر، والقبائل، والجماعات والدول.

وورد النص على التحكيم في الشرع الحكيم، ثم جاءت التشريعات بتنظيمه وترتيبه، بل أصبح من ضروريات الحياة والمجتمع والمعاملات في العصر الحاضر، وصدرت فيه الأنظمة والقوانين، ودعت إليه المنظمات والهيئات والجماعات والمصلحون والحكماء، وهو موضوع هذا البحث مع التركيز على الجانب القانوني، لبيان حالة التحكيم في العصر الحاضر.

خطة البحث:

جاء البحث في تقديم وأربعة مباحث وخاتمة، وهي:

التقديم: إطلالة على التحكيم وعناصر البحث.

المبحث الأول: تمهيد في تعريف التحكيم وأهميته وأنواعه.

---

(١) سورة البقرة: ٣٨.

المبحث الثاني: ترسيم التحكيم في أركانه وشروطه.

المبحث الثالث: في إجراء التحكيم وخطواته.

المبحث الرابع: قرار التحكيم والحكم فيه وحجيته.

الخاتمة: في تلخيص نتائج البحث والتوصيات، ثم فهرس المصادر والمراجع.

منهج البحث وطريقته:

التزمت في البحث المنهج الاستقرائي بالتتبع لما ذكره الفقهاء وعلماء القانون والأنظمة والقوانين والاتفاقيات الدولية والمعاهدات عن التحكيم، مع المنهج التحليلي للنصوص الشرعية والفقهية والقانونية التي وردت في البحث، والمنهج المقارن إلى حد ما بالموازنة بين الفقه والقانون، وبيان آراء المذاهب الفقهية باختصار.

وسرت في البحث حسب الخطة السابقة، مع وضع العناوين الجانبية، والترقيم للفقرات لسهولة سردها وضبطها، وبينت موطن الآيات في سور القرآن الكريم، وتحديد رقم الآية، وعزوت الأحاديث الشريفة إلى كتب السنة المطهرة، بالإضافة إلى توثيق المعلومات بإحالتها إلى المصادر والمراجع، والتركيز على التطبيقات العملية للتحكيم عامة، وللمسلمين في البلاد غير الإسلامية خاصة.

الدراسات السابقة:

إن أحكام التحكيم وردت في النصوص الشرعية، وفي جميع المصادر الفقهية، ولكنها مبثوثة فيها، ومختصرة، كما كتبت فيها رسائل علمية، مثل عقد التحكيم للدكتور قحطان الدوري، ولكنه كتبها قبل ثلاثين سنة، ويندر فيها التطبيقات

المعاصرة، وصدرت كتب عن التحكيم التجاري، والدولي، والأسري، وهي كتب واسعة وعامة.

وصدر في التحكيم قوانين وأنظمة ولوائح ومعاهدات، ونصت عليها معظم كتب المرافعات أو الإجراءات أو أصول المحاكمات، وسوف نشير إليها، وتحتاج إلى الشرح والبيان وذكر التطبيقات القضائية والعملية في الحياة.

وجاء البحث ليستفيد مما سبق، ويقدم خلاصة للتحكيم الشرعي والقانوني في العصر الحاضر، مع التركيز والإشارة للتحكيم الذي يجري بين المسلمين في البلاد غير الإسلامية، ليلتزموا بالأحكام الشرعية، وليتجنبوا الأحكام القانونية التي تخالف الدين والعقيدة، مع تجنب الشكليات والإجراءات التي يلتزم بها القضاء في تلك البلاد[1].

فالتحكيم قديم وجديد، قديم في التاريخ، والفقه الإسلامي، والأنظمة المختلفة، وجديد في طرحه واتساعه وتنظيمه، وأهميته، وميزاته، ولذلك جاء هذا البحث ليلقى إطلالة عليه، وتذكيرًا به، ودعوة إلى ترشيده والاعتناء به، لأن التحكيم يتطور بسرعة[2].

---

(١) وهذا ليس تعصبًا، بل عقيدة وشريعة، ثم معاملة بالمثل، فقد اتخذت الشركات الغربية الكبرى، ومن ورائها حكوماتها، التحكيم وسيلة لاستبعاد القوانين العربية الداخلية في النزاعات القانونية الأكثر أهمية، وهي منازعات النفط واستخراجه وتسويقه وصناعته، ثم تطور التعامل عامة مع التحكيم المحلي والدولي بسبب الاتصال المتزايد بين الدول العربية والدول الغربية، وقد استغل المستعمر التحكيم لامتصاص خيرات البلاد المحتلة، حتى اضطرت السعودية وليبيا لمنع شرط التحكيم في منازعات الحكومة مع الشركات الأجنبية لفترة، ثم سمحتا به.

انظر: عقد التحكيم، العوا ص١٥، ٢٩٩، ٣٠٠.

(٢) عقد التحكيم، العوا ص١٤، ١٦، ٢٠٧.

ونسأل الله التوفيق والسداد، وندعو الله ونتوسل إليه أن يرد المسلمين إلى دينهم وعزتهم وشريعتهم ردًا جميلًا، وأن يحفظ المسلمين في كل زمان ومكان تحت ظلال الشريعة الغراء وأحكام الإسلام.

وصلى الله على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، والحمد لله رب العالمين . . .

الأستاذ الدكتور

محمد الزحيلي

عضو مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا

الشارقة في ١٠/٧/١٤٣١هـ

٢٢/٦/٢٠١٠م

المبحث الأول

تعريف التحكيم ومشروعيته وأهميته وأنواعه

أولاً: التحكيم لغة:

التحكيم في اللغة مصدر حكّمه في الشيء والأمر تحكيمًا، وأمره أن يحكم فاحتكم، أي جعله حَكَمًا، ومُحكّما، ومنه احتكم الخصمان إلى الحاكم: رفعا خصومتهما إليه، وحكّمت الرجل: فوَّضت الحكم إليه، ويأتي الحكم والقضاء بمعنى واحد، لأن فيهما المنع من الظلم أو المنع من التصرف[1].

ثانيًا: التحكيم اصطلاحًا:

تعددت تعريفات الفقهاء للتحكيم، فعرفته مجلة الأحكام العدلية بقولها: «التحكيم عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكمًا برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما»[2]، وعرف فقهاء الحنفية بأنه: تولية الخصمين حاكمًا يحكم بينهما[3]، وهو تعريف مختصر ومفيد، وباقي التعريفات تدخل فيه، ولا تخرج عنه.

ثالثًا: التحكيم في القانون:

وردت تعريفات كثيرة للتحكيم عند شراح القانون، منها: اتفاق ذوي الشأن على

---

(١) القاموس المحيط، مادة حكم، المعجم الوسيط ١/ ١٩٠.

(٢) مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٧٩٠، وانظر: الموسوعة الفقهية الميسرة ١/ ٤٣٦، الموسوعة الفقهية ١٠/ ٢٣٤.

(٣) حاشية ابن عابدين ٥/ ٤٢٨، البحر الرائق ٧/ ٥٨، وانظر: الموسوعة الفقهية ١٠/ ٢٣٤، عقد التحكيم، الدوري ص٢١، فتح القدير ٥/ ٤٩٨.

عرض نزاع معين قائم على فرد أو أفراد أو هيئة للفصل فيه دون المحكمة المختصة[1]، وفيه إشارة إلى كون التحكيم لفرد أو أفراد أو لهيئة، وأنه خارج القضاء، مع أن التحكيم أحد الوسائل التي قد يلجأ إليها القاضي، وتنص عليه بعض القوانين، ولعل هذا التعريف ينصرف للعلاقات الدولية.

وعرف أهل القانون التحكيم بين الأفراد بأنه: الاتفاق على إحالة ما ينشا بين الأفراد من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين، أو على إحالة نزاع نشأ بينهم بالفعل، على واحد أو أكثر من الأفراد، يسمون محكَّمين، ليفصلوا في النزاع المذكور بدلًا من أن يفصل فيه القضاء المختص[2].

وهذا التعريف هو المراد عند اللجوء إليه في الحياة والمجتمع، وخاصة خارج البلاد الإسلامية، لحاجة الناس هناك لحل نزاعاتهم وخلافاتهم بما يتفق مع شريعتهم واتفاقاتهم، دون اللجوء إلى المحاكم المختصة التي تحكم بقانون ذلك البلد، وبذلك يكون التحكيم بديلًا عن القضاء.

رابعًا: مشروعية التحكيم:

وردت مشروعية التحكيم في القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع وعمل

(١) التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ص٦٩، التحكيم أحكامه ومصادره ص١٩.

(٢) عقد التحكيم، الدوري ص٢١، التحكيم والتصالح ص٣٧، وعرفته المادة ١٠ من قانون التحكيم الجديد المصري بأن «اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت، أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية»، وانظر: عقد التحكيم، العوا ص٢٨٨.

الصحابة ومن بعدهم.

آيات القرآن الكريم في التحكيم:

قال تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾[1]، وهذا للتحكيم بين الزوجين عند الاختلاف والشقاق، قال القرطبي رحمه الله تعالى: «إن هذه الآية دليل إثبات التحكيم»[2]، وتأكد ذلك بآية أخرى، فقال تعالى: ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًاۚ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌۗ ﴾[3]، والصلح والإصلاح بين الزوجين هو تحكيم بينهما.

وقال تعالى: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُواْ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَهُمَا﴾ ثم قال تعالى: ﴿فَإِن فَآءَتْ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَهُمَا بِٱلْعَدْلِ ﴾[4]، وهذا تحكيم بين الفئات والجماعات والقبائل، ومنه قام التحكيم بين على ومعاوية رضي الله عنهما في معركة صفين، ويستدل على التحكيم بعموم الآيات التي تأمر بالحكم والقضاء والفصل في المنازعات؛ لأن التحكيم يشارك القضاء في ذلك.

التحكيم في السنة:

لما وفد هانئ بن يزيدﷺ إلى رسول اللهﷺ مع قوم، سمعهم يكنّونه **بأبي الحكم**، فدعاه رسول الله ﷺ فقال: «**إن الله هو الحكم، وإليه الحكم، فلِمَ تُكنى أبا الحكم فقال:**

(١) سورة النساء: ٣٥.

(٢) تفسير القرطبي ٥/ ١٧٩.

(٣) سورة النساء:١٢٨.

(٤) الحجرات: ٩.

إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم، فرضي كلا الفريقين، فقال رسول الله ﷺ: ما أحسن هذا، فمالك من الولدقال شريح ومسلم وعبدالله، فقال: من أكبرهم؟ قلت: شريح، قال: فأنت أبو شريح»[1]، فهنا أقر رسول الله ﷺ ما كان يقوم به أبو شريح، وشهد أن عمله بين قومه حسن.

ورضي رسول الله ﷺ بتحكيم سعد بن معاذ رضي الله عنه في أمر اليهود من بني قريظة، حين اقترحوا ذلك، ورضوا بالنزول على حكمه، قال أبو سعيد الخدري رضي الله عنه: «**نزل أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ**»[2].

الإجماع:

عمل الصحابة رضي الله عنهم بالتحكيم، ولم يظهر لهم مخالف في ذلك، فكان إجماعًا[3].

عمل الصحابة:

ثبت القول بالتحكيم والعمل به بين عدد من الصحابة رضي الله عنهم، فتحاكم عمر وأبي بن كعب في نخل إلى زيد بن ثابت رضي الله عنهم[4]، وتحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم رضي الله عنهم[5]،

---

(١) هذا الحديث رواه أبو داود، وهذا لفظه ٢/ ٥٨٥، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب القضاء، باب إذا حكموا رجلًا رقم ٥٩٤٠، والبيهقي، كتاب آداب القاضي، باب جاء في التحكيم رقم ٢١٠١٥، ١٠/ ١٤٥.

(٢) هذا الحديث رواه البخاري، كتاب المغازي، باب ٢٨ مرجع النبي من الأحزاب ٤/ ١٥١٠ رقم٣٨٩٦، ومسلم، كتاب الجهاد والسير، باب جواز قتال من نقض العهد ١٢/ ٩٢، ٩٥ رقم ١٧٦٨، ١٧٨٩.

(٣) المبسوط ٢١/ ٦٢، فتح القدير ٥/ ٤٩٨، البناية شرح الهداية ٨/ ٦٦، مغني المحتاج ٤/ ٣٧٨، المهذب ٥/ ٤٧٣، ٤٧٧، نهاية المحتاج ٨/ ٢٣٠.

(٤) هذا الأثر رواه البيهقي ١/ ١٣٦، ١٤٥.

(٥) هذا الأثر رواه البيهقي ٥/ ٢٦٨.

وتحاكم عمر ﷺ عندما أخذ فرسًا على سوم الشراء لتجربتها فعطبت، فتحاكم مع صاحبها إلى شريح رحمه الله تعالى[(١)].

وتحاكم على ﷺ مع يهودي في درع إلى شريح رحمه الله تعالى[(٢)]، وقال على ﷺ: «الحكمان بهما يجمع الله وبهما يفرق»[(٣)].

ووقع خلاف بين عقيل بن أبي طالب وفاطمة بنت عتبة، وكان الحكمان معاوية وابن عباس ﷺ[(٤)].

وسار على ذلك التابعون ومن بعدهم، قال الشعبي رحمه الله تعالى: «ما قضى الحكمان جائز»[(٥)].

لذلك اتفق الفقهاء في المذاهب الأربعة وغيرهم على جواز التحكيم، والعمل به، حتى قال البابرتي وابن الهمام: «هذا باب من فروع القضاء»[(٦)].

ونشير هنا للفرق بين التحكيم والصلح، بأن الصلح يتم غالبًا بين الخصوم

---

(١) هذا الأثر رواه عبد الرزاق، المصنف رقم ١٦٠٥٢.

(٢) هذا الأثر رواه البيهقي ١٠/ ١٣٦.

(٣) مصنف ابن أبي شيبة، كتاب الطلاق، باب ما قالوا في الحكمين رقم ١٩٣٤٤.

(٤) هذا الأثر رواه البيهقي، كتاب القسم والنشوز، باب الحكمين في الشقاق رقم ١٥١٨٣.

(٥) هذا الأثر رواه ابن أبي شيبة، كتاب الطلاق، باب ما قالوا في الحكمين، رقم ١٩٣٤٥.

(٦) فتح القدير ٥/ ٤٩٨، وانظر: بدائع الصنائع ٧/ ٣، مواهب الجليل ٦/ ١١٢، تبصرة الحكام ١/ ٥٠، مغني المحتاج ٤/ ٣٧٨، المهذب ٥/ ٤٧٣، ٤٧٧، نهاية المحتاج ٨/ ٢٣٠، المغني ١٠/ ١٩٠، الروض المربع ص٧٠٦، الموسوعة الفقهية ١٠/ ٢٣٥، عقد التحكيم، الدوري ص٨٣.

أنفسهم، أو من ينوب عنهم، أما التحكيم فلا بد من وجود الحكم الذي يقوم بمهمة القاضي، ويصدر الحكم سواء رضي الخصم أم أبى[(١)].

خامسًا: ميزات التحكيم ومضاره:

يمتاز التحكيم بميزات عدة، وله فوائد كثيرة، قد يخلو منها القضاء، ولذلك يلجأ الناس والمؤسسات والدول له، أهمها:

(١) الإسراع في فض النزاع.
(٢) الاقتصاد في المصروفات غالبًا.
(٣) تلافي الحقد بين المتخاصمين.
(٤) تجنب الشكليات، والقيود، والإجراءات الملزمة للقاضي.
(٥) اختيار المحكم من طرفي النزاع[(٢)].

لكن يكتنف التحكيم مضار كثيرة وسلبيات، أهمها:

(١) عدم القوة الملزمة فيه عمليًا، ولذلك يضطر الطرفان إلى رفع الخلاف للقضاء للتصديق عليه، ومنحه قوة القضية المقضية.
(٢) عدم الخبرة الكافية في المحكم، وخاصة في الإجراءات الضرورية، والثقافة القانونية.
(٣) إن نفقات التحكيم في الوقت الحاضر باهظة جدًا خاصة في باب المنازعات

(١) عقد التحكيم، الدوري ص٣٢.
(٢) عقد التحكيم، الدوري ص٣٣، أصول المحاكمات الشرعية ص٣٠١، التحكيم والتصالح ص٢٠، التحكيم أحكامه ومصادره، الأحدب ص٨، عقد التحكيم، العوا ص٢٢٢.

الدولية والمؤسسات الاقتصادية[1].

ولكن هذه المضار والسلبيات قليلة بجانب ما يحققه التحكيم من منافع، ولذلك يكثر وينتشر ويعم ويخفف العبء عن القضاء.

أهمية التحكيم:

إن التحكيم قريب الشبه من القضاء، وهو نوع من القضاء الاختياري للخصوم[2]، بأن يختار المتنازعان شخصًا يتمتع بالثقة منهما، والخبرة والمعرفة في موضوع النزاع، لينظر فيه، ثم يبين الحكم الشرعي لهما، وقد يكون المرجع هيئة، وقد يكون الحكم حسب قانون ما أو حسب الاتفاق والعقد.

كما أن التحكيم أحد الوسائل التي يستطيع بها القضاة حل المنازعات، وإنهاء الخلافات، وخاصة بقصد إصلاح ذات البين، وتحقيق الصلح بين الأطراف، سواء على مستوى الأفراد، أو الأسرة، أو الجماعات[3].

وتزداد أهمية التحكيم عندما يقع بين الدول، وأصبح هو القاعدة في مجال التجارة الدولية، وازداد اليوم عند اللجوء إليه من الهيئات والوزارات والشركات المحلية

(١) المراجع السابقة.

(٢) عدت مجلة الأحكام العدلية التحكيم أحد الوسائل لحسم الخلاف والنزاع مع الصلح والإبراء والدعوى القضائية، انظر: عقد التحكيم، العوا ص٢٥١.

(٣) التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ص٤٧، عقد التحكيم، الدوري ص٣٣.

والدولية[1]، مما دعا لتنظيمه رسميًا ونظاميًا وقانونيًا.

كما تزداد أهميته اليوم للمسلمين المواطنين والقاطنين والمقيمين في بلاد غير إسلامية، أو البلاد التي لا تطبق الشريعة، بل تحكم بقوانين مخالفة لها[2].

سادسًا: الفرق بين التحكيم والقضاء:

(١) إن ولاية القاضي عامة ومطلقة في جميع الدعوى، وولاية التحكيم خاصة على القضية المتنازع فيها، وفيما عدا الحدود والقصاص غالبًا.

(٢) القاضي معين من الدولة بشروطه، والمحكم يعين من طرفي الخصومة أو من القاضي.

(٣) حكم القاضي عام ويطبق على الكافة، وحكم المحكم خاص على طرفي الخصومة.

(٤) القاضي مقيد بزمان ومكان، والمحكم غير مقيد بزمان ومكان إلا فيما يتم الاتفاق عليه.

(٥) القاضي لا يمكن للأطراف عزله، والمحكم يمكن لطرفي الخصومة عزله قبل الحكم في القضية.

(٦) القاضي أعلى مرتبة من المحكم، ولذلك ترفع قرارات التحكيم إلى القضاء لتصديقها ثم لتنفيذها.

---

(١) عقد التحكيم، العوا ص١٤، ٢٩٠، الإصلاح والتحكيم ص٦١، التحكيم والتصالح ص٢٤، التحكيم في القوانين العربية ص٣٦، التحكيم أحكامه ومصادره ص٣٣.

(٢) انظر أهمية نظام التحكيم عند الأقليات المسلمة في البلاد غير الإسلامية، في: التحكيم في القوانين العربية ص٣٩.

(٧) لا يشترط في القضاء رضا الخصمين في الخصومة والدعوى، بينما التحكيم يعتمد على التراضي من الخصمين.

(٨) يشترط في القاضي شروط مقررة شرعًا وفقهًا، ويشترط في المحكم بعض هذه الشروط، وليس كلها.

(٩) يلتزم القاضي بشكل كامل بالأحكام الفقهية أو القوانين والأنظمة في المرافعات، والمحكم يراعي بعضها فقط، وللأطراف أن يختاروا المكان والزمان والإجراءات[(١)].

سابعًا: تنظيم التحكيم وتقنينه:

نظرًا لأهمية التحكيم، والحاجة إليه في الحياة العملية، وفي التطبيق الفردي والرسمي، والمحلي والدولي، فقد نظمته الدول والحكومات في أنظمة مستقلة، أو ضمن القوانين، وأهمها قانون المرافعات أو الإجراءات أو أصول المحاكمات المدنية، ونذكر بعضها:

(١) **نظام التحكيم (السعودي)** الذي صدر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٦، تاريخ ١٢/٧/١٤٠٣هـ، ونشر الجريدة أم القرى في عددها رقم ٢٩٦٩ تاريخ ٢٢/٨/١٤٠٣هـ.

(٢) **قانون التحكيم (الأردني)** رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١م، ونشر في الجريدة الرسمية رقم ٤٤٩٦ تاريخ ١٦/٧/٢٠٠١، وسبق الأردن غيره في إصدار قانون التحكيم عام ١٩٣٣م.

---

(١) عقد التحكيم، الدوري ص٢٨، التنظيم القضائي ص٨٧، ٩٨، ١٠٩، الإصلاح والتحكيم بين الزوجين ص٥٠، الموسوعة الفقهية ١٠/ ٢٣٤، عقد التحكيم، العوا ص٢٤٣، ٣٠٢، التحكيم أحكامه ومصادره ص١٩ وما بعدها.

(٣) **قانون التحكيم (المصري)** رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، والذي خصص نصوص الباب الثالث من الكتاب الثالث من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م.

بالإضافة إلى قانون التحكيم الإماراتي ١٩٩٢، واليمني ١٩٩٢، والكويتي ١٩٩٥، والجزائري ١٩٩٣، والبحريني ١٩٩٤، والعماني ١٩٩٧، وغيرها كثير[(١)].

ويدخل في التنظيم القانوني الاتفاقيات الدولية الكثيرة التي تعقد بين الدول، والمنظمات الإقليمية والدولية لاعتماد التحكيم أساسًا لفض المنازعات بين الدول، ويتم النص في المعاهدات والاتفاقات الدولية باللجوء إلى التحكيم عند الاختلاف[(٢)].

وذلك نطالب **بإنشاء مراكز للتحكيم الشرعي** في كل بلد يوجد فيه مسلمون وعرب لرعاية شؤونهم، وحماية حقوقهم، وبما يؤكد هويتهم، ويحفظ كيانهم وتميزهم، تأسيًا بمراكز التحكيم المنتشرة في العالم.

ثامنًا: مراكز التحكيم:

وتأكيدًا لأهمية التحكيم، وشيوعه، وانتشاره، فقد أنشئت مراكز متخصصة للتحكيم، بعضها رسمي (حكومي) وبعضها خاص، وبعضها دولي، ونذكر بعضها:

---

(١) التحكيم والتصالح، الشواربي ص٩، ١٠، التحكيم أحكامه ص١٠، ٩٣، عقد التحكيم، العوا ص١٥، ٢٨٢، ٣١٣، التحكيم في قوانين البلاد العربية ص٨، ١٩.

(٢) انظر: اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، ومنها القرارات التحكيمية، في كتاب: التحكيم في البلاد العربية، الأحدب ص٦٧٣، التحكيم الدولي، الأحدب ص١١، واتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨، في التحكيم الدولي ص٣٧، واتفاقية جنيف لعام ١٩٦١، المرجع السابق ص٤٣، واتفاقية موسكو لعام ١٩٧٢م، وغيرها كثير، في كتاب: التحكيم الدولي ص٤٨، ٥٦، ٦٩.

(١) المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم، دبي، وهو مؤسسة دولية مستقلة غير ربحية (وخاص).
(٢) مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة.
(٣) مركز دبي للتحكيم التجاري.
(٤) مركز الرباط للتحكيم التجاري الدولي.
(٥) مركز التحكيم والوساطة.
(٦) المركز اليمني للتوفيق والتحكيم.
(٧) مركز البحرين للتحكيم.
(٨) مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدى دول الخليج العربي، الدمام.
(٩) قامت غرف التجارة والنقابات في مختف دول العالم بإنشاء المراكز الدائمة والمتخصصة في التحكيم[1]، وغير ذلك كثير.
(١٠) التحكيم في غرفة التجارة الدولية (باريس) ومحكمة لندن للتحكيم الدولي، وهيئة التحكيم الأمريكية.

وفي هذا المجال تظهر أهمية ودور المراكز الإسلامية المنتشرة خارج البلاد الإسلامية وما تقوم به من أعمال جبارة وطيبة ومشكورة في التحكيم بين المواطنين المسلمين في تلك الدول، والإصلاح بينهم، وفض المنازعات الأسرية، والعائلية، والمالية، والاجتماعية.

وخاصة أن تلك الدول تعتمد التحكيم اعتمادًا رسميًا وأساسيًا، ولذلك يتم النص في عقود الزواج والشركات وغيرها، بحصر حسم الخلاف بالتحكيم أو بالمراكز الإسلامية.

(١) التحكيم والتصالح ص٢٤، التحكيم في البلاد العربية، الأحدب ص٣.

تاسعًا: أنواع التحكيم:

وذلك بحسب اعتبارات عدة، منها:

(١) **التحكيم الاختياري** الوارد في معظم قوانين المرافعات والإجراءات وأصول المحاكمات، وفي قانون العمل في بعض البلاد، وفي منازعات التجارة الدولية، والمنازعات البحرية، **والتحكيم الإلزامي أو الإجباري** في بعض قوانين العمل والعلاقات الدولية وقوانين الأحوال الشخصية والاتفاقيات أو المعاهدات الدولية، وغيرها.

(٢) **التحكيم العادي التقليدي** الحر بين الأفراد، والتحكيم **الإداري** الذي تلجأ إليه الإدارة ويسمى التحكيم **المؤسسي** بين الأشخاص الاعتباريين داخل الدولة، أو بين الهيئات الدولية.

(٣) التحكيم **التجاري الداخلي**، والتحكيم **التجاري الدولي**[1]، ويكون غالبًا تحكيمًا مؤسسيًا.

(٤) **التحكيم الأسري** أو بين الزوجين في المسائل الأحوال الشخصية، و**التحكيم المالي والتجاري**.

(٥) تحكيم **وطني** عام أو داخلي، وتحكيم **دولي أو أجنبي**، لاختلاف الأنظمة والقوانين المطبقة على كل منهما.

(٦) التحكيم **بالقانون** (أو بالشريعة أو بمذهب معين) والتحكيم **بالصلح** عند التفويض لهيئة التحكيم بعدم التقيد بقانون معين، لتحكم بما تراه عدلًا وصلحًا،

---

(١) انظر: متى يكون التحكيم التجاري دوليًا في: التحكيم الدولي، الأحدب ص١.

وهذا ما ركزت عليه قوانين التحكيم والمرافعات والإجراءات.

(٧) التحكيم **النظامي**، أي الذي تنظمه القوانين والأنظمة، والتحكيم **الخاص** بين الأفراد.

(٨) التحكيم **الأجنبي** الذي يصدر في دولة أخرى، والتحكيم **الدولي** الذي يتم أمام محاكم دولية، وله أسسه ومقوماته الخاصة[1].

(١) عقد التحكيم، الدوري ص٧٦، عقد التحكيم، العوّا ص٢٩٠، التحكيم والتصالح ص٢٥،٢٣، التحكيم أحكامه ومصادره ص١٢، ٤٢، التحكيم الدولي ص٥، ٢١، ٣٥.

المبحث الثاني

ترسيم التحكيم في أركانه وشروطه

إن كل تحكيم يقوم على أربعة أركان، أو مقومات أساسية، لابدّ منها، ولكل واحد منها شروط خاصة، وهو ما نعرضه هنا.

أولاً: الركن الأول: طرفا التحكيم:

أو العاقدان وهما الخصمان المختلفان في أمر ما، ويتفقان سلفًا، أو لاحقًا، على فض النزاع بينهما عن طريق التحكيم، وكل منهما يسمى المحكِّم، وقد يكون الخصمان اثنين، وقد يكونان أكثر من ذلك، وقد يكونان شخصين طبيعيين وقد يكونان شخصين اعتباريين، كالشركتين، والمؤسستين، والدولتين، والأسرتين، والقبيلتين[(١)].

ويشترط في كل طرف أن تتوفر فيه **الأهلية الصحيحة** بالبلوغ والعقل، وأن يوجد بين الطرفين **خلاف ونزاع واختلاف** لم يستطيعا حله وإنهاءه، وهذا باتفاق الشرع والقانون والأعراف، ونصت القوانين أن التحكيم لا يصح إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه[(٢)].

---

(١) قانون التحكيم الأردني م/ ٩، وانظر: الموسوعة الفقهية ١٠/ ٢٣٦، عقد التحكيم، العوا ص٢٥٥، ٢٥٧.

(٢) قانون المرافعات المصري م٥٠١، أصول المحاكمات السوري م٥٠٧،نظام التحكيم السعودي م/ ٢، قانون التحكيم الأردني م/ ٩، مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٨٧٦، قانون التحكيم المصري م/ ١١، قانون المرافعات العراقي م٢٥٤، قانون المرافعات الكويتي م٢٥٥، قانون الإجراءات الإماراتي م/ ٢٠٣، وغيرها، وانظر: عقد التحكيم، الدوري ص١٧٩، الكافي، ابن عبد البر ٢/ ٣٤٥، الموسوعة الفقهية الميسرة ١/ ٤٣٧، الموسوعة الفقهية ١٠/ ٢٣٦.

ويتوفر هذان الطرفان في كل مكان، وقد يلجآن للقضاء أو لغيره، وكثيرًا ما يلجأ الناس إلى التحكيم، وخاصة خارج البلاد الإسلامية، لتجنب مشكلات القضاء وما يترتب عليه من إلزام بأحكام غير شرعية أحيانًا.

ومتى اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع فلا يجوز **رفع الدعوى** به أمام القضاء إلا باتفاق جديد[1]، ولا يجوز لأحد الخصوم **عزل المحكم** المتفق عليه، إلا بتراضي الخصوم، كما لا يجوز لهم عزل المحكم الذي عينته المحكمة، إلا إذا طلب أحد الخصوم ووافقت المحكمة[2].

ثانيًا: الركن الثاني: المحكِّم أو الحَكَم:

وهو الشخص الذي يُحتكم إليه، وقد يكون متعددًا، وهنا يشترط اجتماعهما قطعًا، ولا ينفرد واحد بالتحكيم، وقد يكون الحكمان من أهل الرجل ومن أهل المرأة، كما نصت الآية السابقة، وقد يتفق الطرفان على محكم واحد، أو يختار كل منهما محكمًا، وقد يختاره القاضي، ونصت غالب القوانين في البلاد العربية على وجوب كون العدد **وترًا**، ليتم الترجيح عند تعدد الآراء[3]، إلا في حالة الاختلاف بين الزوجين فيكفي اثنان، وفي حالة التفويض للمحكمين بالصلح[4].

(١) قانون الإجراءات المدنية الإماراتي م/ ٢٠٣/ ٥، قانون التحكيم الأردني م/ ٨، ١٢.

(٢) نظام التحكيم السعودي م/ ١١، قانون الإجراءات المدنية الإماراتي م/ ٢٠٧/ ٢، قانون التحكيم المصري، المادة ١١.

(٣) قانون التحكيم المصري م/ ١٥، قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، المادة ٢٠٦، قانون التحكيم الأردني، المادة ١٤ وأجاز القانون الأردني تعيين اثنين وهما يعينيان المرجح، المادة ٥.

(٤) عقد التحكيم، الدوري ص١٨٣، قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، المادة ٢٠٣/ ٤، ٢٠٥، التحكيم والتصالح ص١٤.

واشترط معظم الفقهاء في المذاهب الأربعة في المحكم أن تتوفر فيه **شروط القاضي**[1]، وتساهل الحنابلة في قول والإمامية في قول والظاهرية في بعض الشروط، فقال الإمامية: يكفي شروط الفتوى، وقال الظاهرية: يجوز أي واحد من المسلمين إن طبق الشرع، وقال الإباضية: يكفي العلم، وأضافوا أن يتم **تراضي الخصمين** واتفاقهما على تعيينه إن كان التعيين منهما، وأن يكون معينًا، وأهم الشروط أن يكون المحكم **عالمًا** بالأحكام التي تتعلق بالتحكيم، وخاصة أن يكون عنده **خبرة** في محل النزاع، وفي الشقاق بين الزوجين يستحب أن يكون الحكم من أهل الزوجين، ويجوز للطرفين **الرجوع** عن اختيار المحكم وتعيينه ما لم يحكم فإن حكم فلا رجوع[2].

وهنا يأتي عمل **التحكيم المؤسسي** باختيار مؤسسة للتحكيم بما لديها من محكمين متخصصين، وتختارهم من ذوي الخبرة والكفاءة والثقة، وكذلك المراكز الإسلامية في البلاد غير الإسلامية، فيقوم المركز بهذا العبء الجسيم بما لديه من أهل الخبرة والاختصاص والكفاءة.

---

(١) شروط القاضي عشرة عند الجمهور، وهي الإسلام، البلوغ، العقل، الحرية، الذكورة، العدالة، سلامة الحواس، الاجتهاد، العلم بالأحكام، وخالف الظاهرية والحنفية في الذكورة، وحصل تغيير في شرطي العدالة والاجتهاد، انظر: التنظيم القضائي ص٨٨ لتفصيل ذلك ومراجعه، بداية المجتهد ٤/ ١٧٦٧، بدائع الصنائع ٧/ ٣.

(٢) فتح القدير ٥/ ٤٩٩، ٥٠٠، حاشية ابن عابدين ٥/ ٤٢٨، البحر الرائق ٧/ ٢٤، المبسوط ١٦/ ١١١، تبصرة الحكام ١/ ٥٠، مواهب الجليل ٦/ ١١٢، مغني المحتاج ٤/ ٣٧٨، نهاية المحتاج ٨/ ٢٣٠، المهذب ٥/ ٣٧٣، ٣٧٧، الروضة ١١/ ١٢٢، حاشية الدسوقي ٤/ ١٣٥، شرح الخرشي ٧/ ١٤٥، كشاف القناع ١٥/ ٦٢، التحكيم أحكامه ومصادره ص٧٧، الروض المربع ص٧٠٦، الموسوعة الفقهية الميسرة ١/ ٤٣٧، المحلى ٩/ ٤٣٥، جوابات السالمي الإباضي ٥/ ٥٠، الروضة البهية ١/ ٢٣٨، عقد التحكيم، الدوري ص١٩٦، عقد التحكيم، العوا ص٢٦٢.

ونص نظام التحكيم السعودي على أن «يشترط في المحكم أن يكون من ذوي الخبرة، حسن السيرة والسلوك، كامل الأهلية، وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترًا»، وكذا الأردني وغيره[(١)].

وإذا تعذر تعيين المحكم من الأطراف قامت الجهة المختصة أصلًا بنظر النزاع بتعيين المحكمين بناء على طلب أحد الخصوم[(٢)].

ثالثًا: الركن الثالث: الصيغة:

وهي الاتفاق الذي يتم بين طرفي الخصومة والمحكَّم، ويسمى عادة في العقد الإيجاب وهو اللفظ الذي يصدر عن طرفي الخصومة باللجوء إلى التحكيم، ثم يأتي القبول من المحكَّم.

ويشترط في الصيغة أن ينص طرفا الخصومة على **الرضا بالتحكيم** إما عند إنشاء العقد والاتفاق والمعاهدة، وإما بعد العقد، وإما عند وقوع النزاع والخلاف، وإما أثناء الدعوى أمام القضاء، فيتفقان على اللجوء إلى التحكيم، واليوم يجب أن يكون **مكتوبًا**.

ثم يأتي **القبول** من المحكم بالموافقة على القيام بالتحكيم، ويمكن أن يبادر المحكم إلى الإيجاب، ثم يتم القبول من طرفي الخصومة، وتكون الصيغة شفاهًا أو كتابة، واشترطت الأنظمة والقوانين المعاصرة أن يكون القبول **كتابة**[(٣)].

وإن حصل الاتفاق على التحكيم سلفًا فيسمى **الشرط التحكيمي**، وصيغته غالبًا:

---

(١) نظام التحكيم السعودي، المادة ٤، قانون التحكيم الأردني م/ ١٤، قانون التحكيم المصري م/ ٢٥.

(٢) قانون الإجراءات المدنية الإماراتي م/ ٢٠٤، نظام التحكيم السعودي م/ ١٠، قانون التحكيم المصري م/ ٩.

(٣) أصول المحاكمات الشرعية ص٣٠٥، المادة ٢٠٧ إماراتي، المواد ١١،١٠، ١٤ أردني، مجلة الأحكام العدلية م/ ١٨٥١، عقد التحكيم، الدوري ص١٣٠، قانون المرافعات المصري م/ ٥٠١، قانون التحكيم المصري، المادة ١٢، عقد التحكيم، العوا ص٢٥٤.

إذا نشأ خلاف بين الطرفين (الأطراف) حول تفسير أو تطبيق هذا العقد (الاتفاقية) يُحال النزاع إلى محكمين (أو هيئة تحكيم) تفصل في النزاع بحكم نهائي وملزم طبقًا للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في نظام كذا[1]، واشترطت معظم القوانين أن يثبت الاتفاق على التحكيم **كتابة**[2]، وفي المجال الدولي يسمى **العقد التحكيمي** الدولي، أو **الشرط التحكيمي**.

فإن لم يوجد هذا الشرط المسبق، واتجه الطرفان إلى التحكيم لفض النزاع فيمكنهم ذلك، ويجب التوقيع على **مشارطة التحكيم** التي تُعِدها الهيئة أو المركز.

ويشترط **تراضي طرفي الخصومة** على المحكَّم لتثبت ولايته للنظر في الخلاف[3]، إلا في التحكيم القضائي فيتم الاختيار غالبًا من القاضي، ويسمى الاتفاق أحيانًا: **وثيقة التحكيم**، أو **شرط التحكيم**، أو **اتفاق التحكيم**[4].

ويشترط استدامة الرضا من ابتداء التحكيم إلى نهايته، خلافًا للقضاء، ولو رجع أحد طرفي الخصومة عن التحكيم (غير القضائي) قبل تمام الحكم انتهى التحكيم، وعزل المحكم عند جمهور الفقهاء، لأن التحكيم عقد باتفاقهما، فلا يحكم المحكم إلا برضاهما جميعًا، ولأن التحكيم عقد غير لازم، أي يجوز لكل طرف فسخه بإرادته

(١) انظر: نشرة المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم، دبي، العدد الأول يناير ٢٠٠٩ ص١٨، عقد التحكيم، الدوري ص٢٢.

(٢) قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، المادة ٢٠٣/ ٢.

(٣) عقد التحكيم، الدوري ص١٣٧، نظام التحكيم السعودي م/ ١.

(٤) عقد التحكيم، الدوري ص٢٢-٢٣، التحكيم أحكامه ومصادره ص٦٩.

المنفردة، وفرق بعض الفقهاء في الرجوع قبل الشروع وبعده، وهي أمور اجتهادية، ويمكن الاتفاق، أو التصريح، أو النص، على لزوم العقد بمجرد الاتفاق عليه، ومنع الرجوع عنه، وهو ما أيدته الأنظمة والقوانين المعاصرة وأن **الاتفاق لازم**[1].

رابعًا: الركن الرابع: محل التحكيم:

وهو موضوع النزاع المختلف فيه بين طرفي الخصومة، ويريدان بيان الحق، أو الصواب، الذي يتفق مع الشرع غالبًا، أو مع العقد، أو الاتفاقية، أو القانون الواجب التطبيق، أو القانون والمذهب والدين الذي يحدده طرفا النزاع للفصل بموجبه وبما يتفق عليه.

وتوسع الحنابلة والإمامية والظاهرية وبعض الشافعية في **جواز التحكيم في كل شيء**، حتى في الحدود والقصاص، مع استثناءات لبعضهم أحيانًا[2].

وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية إلى **منع التحكيم في الحدود باتفاق**، ومنعه في القصاص غالبًا، وأجازوه فيما عدا ذلك، مع استثناءات أحيانًا[3].

ولا مجال للبحث عن التحكيم اليوم في الحدود والقصاص، ويبقى الباب مفتوحًا في جواز التحكيم في كل ما يقع به خلاف ونزاع، ويحتاج إلى حل وبيان وحكم،

---

(١) فتح القدير ٥/ ٥٠٢، البحر الرائق ٧/ ٢٥، حاشية ابن عابدين ٥/ ٤٢٨، تبصرة الحكام ١/ ٥٠، مغني المحتاج ٤/ ٣٧٩، عقد التحكيم، الدوري ص١٢٠، ١٤٣، ١٥٥، الموسوعة الفقهية ١٠/ ٢٤١، وما بعدها، التحكيم والتصالح ص١٤، ٣٥، التحكيم في القوانين العربية ص٨٧، ٩٤، التحكيم الدولي ص٩٩، ١٢٦.

(٢) المغني ٢/ ٢٥٤٠، كشاف القناع ١٥/ ٦٢، الإنصاف ١١/ ١٩٧، الروض المربع ص٧٠٧، المحلى ٩/ ٤٣٥، القواعد ومفتاح الكرامة ١٠/ ٣، المهذب ٥/ ٣٧٣، الروضة ١١/ ١٢١، مغني المحتاج ٤/ ٣٧٨، عقد التحكيم، الدوري ص٢٦٨، عقد التحكيم، العوا ص٢٥٩.

(٣) فتح القدير ٥/ ٥٠٠، البحر الرائق ٧/ ٢٦، المبسوط ١٦/ ١١١، حاشية ابن عابدين ٥/ ٤٢٩، بدائع الصنائع ٧/ ٣، تبصرة الحكام ١/ ٥٠، حاشية الدسوقي ٤/ ١٣٦، نهاية المحتاج ٨/ ٢٣٠، المهذب ٥/ ٣٧٣، الروضة ١١/ ١٢١، مغني المحتاج ٤/ ٣٧٨، التحكيم في قوانين البلاد العربية ص٦٠.

وخاصة التحكيم في الأسرة بين الزوجين، وبين الأقارب، ثم في التجارة وسائر الأعمال والتصرفات المحلية والدولية، الفردية والمؤسساتية، وفي موجبات الحدود والقصاص بالصلح والتعويض، وليس بالعقوبة، مع ما يحتاجه المسلمون في البلاد غير الإسلامية في قضايا الأسرة والمعاملات المالية، والاجتماعية، ليكون ذلك وسيلة لهم للاستغناء عن القضاء، والأحكام والقوانين المخالفة للشريعة، وخاصة أن كثيرًا من الأنظمة الأجنبية تفتح مجالًا واسعًا للتحكيم الفردي، وتحميه وترعاه، لكن نصت بعض القوانين المعاصرة على حصر التحكيم في كل **ما يجوز الصلح فيه**[1].

(١) قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، المادة ٢٠٣/ ٤، أصول المحاكمات الشرعية ص٣٠٢، نظام التحكيم السعودي، م/ ٢، قانون التحكيم الأردني م/ ٩، قانون التحكيم المصري، المادة ١١، التحكيم في القوانين العربية ص٦٦.

المبحث الثالث

إجراءات التحكيم وخطواته

لم يتوسع الفقهاء في بيان إجراءات التحكيم، وتركوا ذلك لاتفاق الأطراف، وتغير الأعراف والأحوال[1]، ولذلك فلا يلتزم المحكم عند نظر القضية بالإجراءات المطلوبة من القضاة، وله حرية التحرك والتصرف في الزمان والمكان والعمل، ويستثنى بعض الأمور الضرورية التي يجب الالتزام بها لتيسير العمل، ويجوز للخصوم الاتفاق على إجراءات معينة ليسير عليها المحكم[2].

ويتبع المحكم الخطوات الآتية في إجراءات التحكيم:

أولاً: إعلام الخصوم:

خلال مدة معينة بإخطارهم بتاريخ أول جلسة تحدد لنظر النزاع، وبمكان انعقادها، وذلك لتقديم مستنداتهم ومذكراتهم وأوجه دفاعهم[3].

ثانيًا: تقديم المستندات مع وثيقة التحكيم والدفوع:

والنظر بها بعد تقديمها، فإن تخلف أحدهم عن التقديم في الموعد المحدد، وقدم الآخر ذلك، جاز النظر فيما قدمه جانب واحد، لاعتبار الأول مقصرًا، أو عاجزًا عن التقديم، أو فاقدًا للمستندات والدفوع[4].

---

(١) عقد التحكيم، العوا ص٢٤٧،٢٤٦.

(٢) قانون الإجراءات المدنية الإماراتي م/ ٢١٢/ ١، قانون التحكيم الأردني م/ ٥، ٢٤، قانون التحكيم المصري م/ ٢٥.

(٣) قانون الإجراءات المدنية الإماراتي م/ ٢٠٨، قانون التحكيم المصري م/ ٧، ٢٧، ٣٠.

(٤) أصول المحاكمات الشرعية ص٣٠٧، قانون التحكيم الأردني م/ ٢٩، ٣٠، ٣١.

ثالثًا: النظر الجماعي في التحكيم:

يجب على المحكمين عند تعددهم أن ينظروا في القضية مجتمعين، ويتولوا إجراءات التحقيق التي يرونها ضرورية لاستجلاء الحقيقة، وتكوين القناعة الكافية، ويتأكد ذلك بوجوب توقيع كل منهم على محضر التحكيم[(١)]، ويجب أن يكون التحكيم باللغة العربية **ما لم يتفق** الطرفان، أو هيئة التحكيم على لغة أخرى[(٢)].

رابعًا: الإثبات:

يطلب المحكم من الطرفين الأدلة والحجج والبينات التي تؤكد صحة أقوالهما، ويسمع الخبراء، وشهادة الشهود كالقاضي، ويتثبت من الأدلة الكتابية، وله تحليف الطرفين بالأيمان على صحة أقوالهم، كما أن له **تحليف الشهود** إذا كان النظر في التحكيم محتاجًا لشهادة الشهود فيقوم المحكم باستدعاء الشاهد للمثول أمامه، ويحلفه اليمين[(٣)]، وتعد اليمين أمام المحكم كاليمين أمام القاضي، في الأداء، والصيغة، والنية،

---

(١) قانون الإجراءات المدنية الإماراتي م/ ٢٠٨، نظام التحكيم السعودي م/ ٥، مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٨٤٣، ١٨٤٤، وانظر: أصول المحاكمات، أنطاكي ص٨١١، قواعد المرافعات، عشماوي ص٣٠٢، حاشية الدسوقي٤/ ١٣٤، قال الخطيب الشربيني رحمه الله تعالى: «يجوز أن يتحاكما إلى اثنين، فلا ينفذ حكم أحدهما حتى يجتمعا» مغني المحتاج ٤/ ٣٧٩، وقال المرغيناني رحمه الله تعالى: «ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما، لأنه أمر يحتاج فيه إلى الرأي» الهداية وفتح القدير ٥/ ٥٠٢؛ لأن الخصمين رضيا برأيهما فلا ينفرد أحدهما، فتح القدير ٥/ ٥٠٢، وانظر: المبسوط ١٦/ ١١١، البحر الرائق ٧/ ٢٦، عقد التحكيم، العوا ص٢٦٣.

(٢) قانون التحكيم المصري م/ ٢٩، قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، المادة ٢١٢/ ٦، قانون التحكيم الأردني، المادة ٢٨، وانظر: أصول المحاكمات الشرعية ص٣١١.

(٣) قال المرغيناني رحمه الله تعالى عن المحكم: «ويجوز أن يسمع البينة، ويقضي بالنكول، وكذا بالإقرار» الهداية مع فتح القدير ٥/ ٥٠١، وانظر: عقد التحكيم، الدوري ص٢٤٩، التحكيم والتصالح ص٧٥.

والصدق، فإن أدى الشاهد شهادة كاذبة أمام المحكمين فيعتبر مرتكبًا لجريمة شهادة الزور ديانة وقضاء كما هو الشأن أمام المحكمة[(١)].

خامسًا: أجل التحكيم:

يتم التحكيم خلال المدة الكافية له، ولا تحديد لها، فإن اشترط الخصوم في اتفاقهم على التحكيم أجلًا للحكم وجب على المحكم الالتزام به ما أمكن، فإن لم يشترطوا أجلًا كان على المحكم أن يحكم في مدة معقولة، وحددتها بعض القوانين بثلاثة أشهر أو بستة أشهر، حدًا أقصى من تاريخ جلسة التحكيم الأولى[(٢)]، فإن مضت المدة بدون إنهاء النزاع جاز لمن شاء من الخصوم رفع النزاع إلى المحكمة المختصة، أو المضي في نظر النزاع إذا كان مرفوعًا أمامها، وتوقفت به لإحالته إلى التحكيم، فيعود الحق إليها.

ويجوز للخصوم الاتفاق - صراحة أو ضمنًا- على **مدّ الميعاد المحدد** بإرادتهم، أو بالقانون، ولهم تفويض المحكم في مدّه إلى أجل معين، كما يجوز للمحكمة بناء على طلب المحكم أو أحد الخصوم مدّ الأجل المحدد لمدة ثانية تراها مناسبة لفصل النزاع[(٣)].

---

(١) قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، م/ ٢١١، قانون التحكيم الأردني م/ ٣٢، قانون التحكيم المصري م/ ٣٦.

(٢) حددها القانون السوري والمصري بثلاثة أشهر، والإماراتي بستة أشهر، والسعودي بتسعين يومًا، م٩، والمصري الجديد بستة أشهر.

انظر: أصول المحاكمات، أنطاكي ص٨٠٦، قواعد المرافعات، عشماوي ٣٠٨، أصول المحاكمات الشرعية ص٣٠٩، قانون الإجراءات المدنية الإماراتي م/ ٣١٠، التحكيم أحكامه ومصادره ص٨٣.

(٣) إجراءات مدنية إماراتي م/ ٢١٠، نظام التحكيم السعودي م/ ١٥، قانون التحكيم الأردني م/ ٣٧، قانون التحكيم المصري م/ ٤٣، وانظر: التحكيم والتصالح ص٥٤.

سادسًا: انقطاع الخصومة ووقفها:

تنقطع الخصومة بين الأطراف أمام المحكم إذا قام سبب من أسباب انقطاع الخصومة أمام القضاء، مثل **وفاة** أحد الخصوم، أو **فقد أهليته**، أو **زوال صفته** في الخصومة، ويترتب على ذلك وقف جميع المواعيد، وبطلان جميع الإجراءات التي تحصل بعد الانقطاع، وتستأنف الخصومة، وسير المواعيد من تاريخ زوال سبب الانقطاع كحضور الورثة لإتمام المدة[(١)].

كما تقف الخصومة إذا اعترض التحكيم **مسألة أولية** تخرج عن ولايته، أو في حالة الطعن بتزوير ورقة، أو حدث إجراء قضائي في الموضوع، أو وقع حادث جنائي له صلة بالقضية والخصوم، فهنا يوقف المحكم عمله حتى يصدر الحكم انتهائي[(٢)].

كما يوقف المحكم عمله للرجوع إلى المحكمة المختصة للحكم بعقوبة الشاهد الذي يتخلف عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة، أو للحكم على غير الطرفين ممن كلف بإبراز مستند في حوزته، وهو ضروري للتحكيم[(٣)].

---

(١) قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، المادة ٢٠٩، نظام التحكيم السعودي، م١٢، قانون التحكيم الأردني م/ ٣٥، ٤٣، قانون التحكيم المصري م/ ٤٦، وانظر: أصول المحاكمات، أنطاكي ص٨١٢، قواعد المرافعات، عشماوي ص٣٠٤، أصول المحاكمات الشرعية ص٣٠٨، عقد التحكيم، الدوري ص١٣١.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) المراجع السابقة.

المبحث الرابع

الحكم في التحكيم

بعد الانتهاء من إجراءات التحكيم كاملة، المقررة شرعًا أو قانونًا، أو نظامًا، أو بالاتفاق، فتأتي مرحلة إصدار الحكم، أو تقرير التحكيم، كما يلي:

أولاً: قواعد إصدار الحكم:

يصدر المحكم حكمه في القضية على مقتضى القواعد العامة للإجراءات القانونية التي تطبق على القضاة والمحاكم عند إصدار أحكامهم، ما لم يتفق الخصوم على إعفاء المحكم في نظر القضية من الالتزام ببعضها، ولا يحكم القاضي بحبس؛ لأن ذلك من اختصاص القاضي[(١)].

ثانيًا: مكان الحكم:

يجب أن يصدر حكم المحكم في الدولة التي تم التحكيم فيها، وإلا اعتبر صادرًا في بلد أجنبي، ويتبع في شأنه القواعد المقررة لأحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي، ويجوز الاتفاق على ذلك[(٢)].

ثالثًا: التصويت والكتابة:

إذا كان المحكمون متعددين، فيجب أن يصدر الحكم بعد المداولة بينهم، والاتفاق بإجماع الآراء، أو أكثريتها، ويجب كتابة الحكم، مع بيان الرأي المخالف عند الاختلاف، ويحرر كما تحرر الأحكام القضائية، وإذا كان التحكيم تفويضًا بالصلح فيجب صدور الحكم بالإجماع[(٣)].

---

(١) الروضة ١١/ ١٢٢.

(٢) قانون التحكيم الأردني م/ ٢٧، ٢٨، قانون الإجراءات المدنية الإماراتي م/ ٢١٢، قانون أصول المحاكمات السوري م/ ٥٢٨، الليبي م/ ٧٦١، التونسي م/ ٢٧٧، وانظر: الدوري ص٢٦١، قانون التحكيم المصري ٢٧، التحكيم أحكامه ومصادره ص٨٥.

(٣) نظام التحكيم السعودي م/ ١٦، ولم ينص على ذلك الإماراتي م/ ٢١٢، قانون التحكيم الأردني م/ ٣٨، ٤١، قانون التحكيم المصري م/ ٤٠، ٤٣، التحكيم أحكامه ومصادره ص٨٧.

رابعًا: بيانات الحكم:

يجب أن يشتمل الحكم (أو تقرير الحكم) على مقدماته وأهمها صورة من الاتفاق على التحكيم، وعلى ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم، وأسباب الحكم ومستنده الشرعي أو القانوني، ثم يأتي منطوق الحكم، وتاريخ صدوره، والمكان الذي صدر فيه، وتوقيع المحكمين، مع سائر البيانات التي يتضمنها الحكم القضائي عادة كأسماء الخصوم، وعناوينهم، ومحل الخصومة...، ويكتب الحكم باللغة العربية، في الأصل، ما لم يتفق الخصوم على غير ذلك صراحة، وخاصة في البلاد غير العربية، ثم تاريخ صدور الحكم، وهو تاريخ توقيع المحكمين، وعندئذ تنتهي مهمة المحكمين، إلا إن كانوا مكلفين بذلك من القاضي، فلا تنتهي مهمتهم حتى يتم إيداع الحكم لدى المحكمة، فإن كان التحكيم خارج المحكمة فيجب على المحكمين تسليم صورة من الحكم لكل الأطراف[1].

خامسًا: تصديق حكم المحكمين:

إذا كان التحكيم من قبل المحكمة، فيرفع القرار للمحكمة لتتابع إجراءاتها القضائية.

وإذا كان التحكيم خارج المحكمة، وصدر الحكم فيه، وسلم للأطراف، فيحق

---

(١) قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، المادة ٢١٢، نظام التحكيم السعودي، المادة ١٧، ١٨، نظام التحكيم الأردني م/ ٤١.

وانظر: أصول المحاكمات، أنطاكي ص٨١٣، قواعد المرافعات، عشماوي ص٣٠٥، أصول المحاكمات الشرعية ص٣١٠، قانون التحكيم الأردني م/ ٤٢، ٤٤، الإصلاح والتحكيم ص٩١، قانون التحكيم المصري م/ ٢٩، ٣٩، ٤٣.

لكل من طرفي الخصومة أن يرفعوا الحكم إلى المحكمة المختصة، لتقوم بتصديقه أو إبطاله حسب الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى[1]، ويسمى ذلك **إكساء حكم المحكمين صيغة التنفيذ**، فإن رأت المحكمة صحة الإجراءات في التحكيم وصحة الحكم **صدقته**، وصار بمثابة **حكم قضائي**، وسند تنفيذي يقبل التنفيذ الجبري أو القضائي من قبل السلطات التنفيذية الرسمية في الدولة[2].

ويجوز للمحكمة أن تعيد الحكم للمحكمين للنظر فيما أغفلوا الفصل فيه في مسائل التحكيم، أو لتوضيح الحكم لإمكان تنفيذه.

سادسًا: إبطال حكم المحكمين:

إذا رفع حكم المحكمين إلى المحكمة، ورأت أنه يخالف الشرع والأنظمة والقوانين المرعية فلها إبطاله ورده، إما تلقائيًا من نفسها، وإما بطلب أحد الخصوم إذا صدر الحكم مخالفًا للشروط الشرعية أو القانونية أو النظامية أو المتفق عليها، وتحكم المحكمة ببطلان الحكم، فتسلب منه القوة اللازمة لتطبيقه وتنفيذه الجبري أو القضائي[3].

وحدد قانون التحكيم المصري حالات بطلان التحكيم إذا رفع إلى المحكمة، ومن تلقاء نفسها إذا كان الحكم مخالفًا للنظام العام (المادة ٥٣) كما يجوز إبطاله إذا كان مخالفًا للشروط التي سبقت في أركان التحكيم، أو خالف ما اتفق عليه طرفا التحكيم مسبقًا،

---

(١) نصت المادة ١٨٤٩ من مجلة الأحكام العدلية أنه «عرض حكم المحكم على الحاكم المنصوب من قبل السلطان صدقه إن كان موافقًا للأصول وإلا نقضه».

(٢) قانون الإجراءات المدنية الإماراتي المادة ٢١٥، وانظر: أصول المحاكمات، أنطاكي ص ٨١٦، قواعد المرافعات، عشماوي ص ٣١٠، أصول المحاكمات الشرعية ص ٣١٣، الإصلاح والتحكيم ص ٩٢، ٩٤.

(٣) أصول المحاكمات، أنطاكي ص ٨٢١، قواعد المرافعات، عشماوي ص ٣١٣، أصول المحاكمات الشرعية ص ٣١٤.

وكذلك مخالفة إجراءات التحكيم لحكم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم، ويتم طلب الإبطال في هذه الحالات بطلب أحد الطرفين، وبطريقة رفع الدعوى أصولًا، خلال مدة تحددها الأنظمة والقوانين عادة[(١)]، وهذه الدعوى لإبطال حكم المحكم ليست طريقًا من طرق الطعن الآتي.

سابعًا: الطعن في حكم المحكمين:

قرر الفقهاء أن حكم المحكمين كحكم القاضي، فلا ينقض إلا إذا خالف نصًا شرعيًا في القرآن والسنة، أو خالف الإجماع أو القياس الجلي، وهذا عند الجمهور، وأضاف بعض الحنفية أن للقاضي إمضاء حكم المحكمين إن وافق مذهبه، وإلا نقضه[(٢)].

وأما الأنظمة والقوانين فقد تفاوتت في ذلك، فنص قانون الإجراءات الإماراتي والأردني والمصري على أن «أحكام المحكمين لا تقبل الطعن فيها بأي طريقة من طرق الطعن»[(٣)]. بينما قرر قانون أصول المحاكمات المدنية السوري وقانون المرافعات المصري، قبول حكم المحكمين للطعن بالاستئناف كأحكام المحاكم إلا إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح، أو كان المحكمون في الاستئناف، أو تنازل الخصوم

---

(١) قانون التحكيم المصري . م/ ٥٢، ٥٤، وانظر: التحكيم والتصالح ص ٥٧.

(٢) وهذا ما نص عليه الكاساني والمرغيناني، بدائع الصنائع ٧/ ٥، فتح القدير ٥/ ٥٠٠، وانظر: البحر الرائق ٧/ ٦٩، حاشية ابن عابدين ٥/ ٤٣١، حاشية الدسوقي ٤/ ١٣٦، الكافي، ابن عبد البر ٢/ ٣٤٥، تبصرة الحكام ١/ ٥٠، الروضة ١١/ ١٢٢، مغني المحتاج ٤/ ٣٧٩، كشاف القناع ١٥/ ٦٣، المغني ١٠/ ١٩٠، الموسوعة الفقهية الميسرة ١/ ٤٣٧.

(٣) قانون الإجراءات الإماراتي ص ٢١٧، قانون التحكيم الأردني م/ ٤٨، قانون التحكيم المصري م/ ٥٢، وانظر: أصول المحاكمات الشرعية ص ٣١٥.

صراحة عن حق الاستئناف، أو كان موضوع النزاع أو قيمته مما يفصل فيه بحكم غير قابل للاستئناف، ويجوز الطعن بأحكام المحكمين بطريقة إعادة المحاكمة حسب القواعد المقررة لها[(١)].

لكن الحكم الصادر من المحكمة في الإمارات بالمصادقة على حكم المحكمين أو ببطلانه يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المناسبة، لأنه يعتبر حكمًا قضائيًا في هذه الحالة، إلا باستثناءات محددة[(٢)].

ثامنًا: أثر حكم الحكمين، وقوته:

متى أصدر المحكَّم حكمه أصبح **ملزمًا** للخصمين المتنازعين، وتعين **إنفاذه** دون أن يتوقف ذلك على رضا الخصمين، ويصبح حكم المحكم في ذلك كحكم القاضي، ويرفع الخلاف[(٣)]، وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٨٤٨.

ولا يصح للمحكَّم أن **يرجع عن حكمه**، لأن الحكومة قد تمت بالقضاء، فلو رجع

---

(١) أصول المحاكمات، أنطاكي ص ٨١٨، قواعد المرافعات، عشماوي ص ٣١١.

(٢) قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، المادة ٢١٧، وانظر: أصول المحاكمات الشرعية ص ٣١٥.

(٣) قانون التحكيم المصري م/ ٨٣، التحكيم أحكامه ومصادره ص ٨٨، قال ابن قدامة رحمه الله تعالى عن قبول كتاب المحكم: «وتنفيذ كتابه، لأنه حاكم نافذ الأحكام فلزم قبول كتابه، كحاكم الإمام» المغني ٢/ ٢٥٤٠، وقال البهوتي رحمه الله تعالى: «ويلزم من يكتب إليه المحكم بحكمه القبول، ويلزمه تنفيذه، لأنه حاكم نافذ الأحكام، فلزمه قبوله كحاكم الإمام» كشاف القناع ١٥/ ٦٣، وانظر: فتح القدير ٥/ ٤٩٩، البحر الرائق ٧/ ٢٨، الموسوعة الفقهية الميسرة ١/ ٤٣٧، تبصرة الحكام ١/ ٥٠، المهذب ٥/ ٤٧٣، الروضة ١١/ ١٢٢، الروض المربع ص ٧٠٧، المغني ٢/ ٢٥٤٠.

عن حكمه، وحكم للآخر كان الحكم الثاني باطلًا[1].

وحكم المحكم الملزم **ينحصر في الخصمين** فقط، ولا يتعدى غيرهما؛ لأنه صدر في حقهما عن ولاية للمحكم نشأت من اتفاقهما على اختياره للحكم بينهما، ولا ولاية لأي منهما على غيره، فلا يسرى حكم المحكم على غيرهما، وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٨٤٢[2].

ومتى صدر الحكم فلا يشترط **الرضا به من الخصمين**، بل صار الحكم لازمًا، ولا يشترط دوام الرضا إلى حين نفوذ الحكم في المذاهب الفقهية الأربعة[3].

تاسعًا: تنفيذ حكم المحكمين:

إذا كان التحكيم من جهة القضاء، أو صدقت المحكمة حكم المحكمين، فيكون حكمهم **واجب التنفيذ** عندما يصبح **نهائيًا** بناء على طلب أحد ذوي الشأن، بعد التثبت من عدم وجود ما يمنع من تنفيذه شرعًا، ويكون حكم المحكمين في هذه الحالة بقوة السند التنفيذي، وفي قوة الحكم الصادر من المحاكم.

ويقدم المحكوم له في التحكيم طلبًا إلى المحكمة لتنفيذ الحكم، ويرفقه بأصل الحكم أو صورة موقعة منه، وصورة من اتفاق المحكمين، وترجمة مصدقة عليها إذا لم يكن صادرًا

---

(١) البحر الرائق ٧/ ٦٦، الكافي لابن عبد البر ٢/ ٣٤٥، عقد التحكيم، الدوري ص ١٥٦.

(٢) استثنى الحنفية في التحكيم بين الشريك ودائنه، فيسرى الحكم على الشريك الغائب، انظر: حاشية ابن عابدين ٨/ ١٢٨، البحر الرائق ٧/ ٦٤، نهاية المحتاج ٨/ ٢٤٢، كشاف القناع ١٥/ ٦٣، فتح القدير ٥/ ٢٩٥، عقد التحلية، العوا ص ٢٦٩.

(٣) البحر الرائق ٧/ ٢٧، فتح القدير ٥/ ٥٠٠، حاشية الدسوقي ٤/ ١٣٦، مغني المحتاج ٤/ ٣٧٩، المهذب ٥/ ٤٧٣، تبصرة الحكام ١/ ٥٠، المغني ٢/ ٢٥٤٠، كشاف القناع ١٥/ ٦٣، عقد التحكيم، الدوري ص ١٥٦، ١٦٣، التحكيم والتصالح ص ١٥.

بالعربية، وصورة من محضر إيداع الحكم، واشترط قانون التحكيم المصري م/ ٥٨ لتنفيذ حكم المحكمين أن لا يتعارض مع حكم سابق في المحاكم في موضوع النزاع، وأنه لا يخالف النظام العام، وأنه تم إعلان الحكم للمحكوم عليه إعلانًا صحيحًا[(١)].

أما في التحكيم الاختياري الذي لم يطلب من المحكمة تصديقه، فإن تنفيذه واجب ديانة، ويقوم الأطراف بتنفيذه طوعًا واختيارًا[(٢)].

عاشرًا: أتعاب وأجور ومصاريف التحكيم:

يجوز أن يكون التحكيم مجانًا، ويتبرع المحكم بعمله، ولكن الغالب في العصر الحاضر أن يحصل المحكمون على أتعاب وأجور، ويترك لهم تقديرها، ولهم تقدير مصاريف التحكيم أيضًا، ولهم أن يحكموا بها كلها أو بعضها على الطرف الخاسر.

لكن يجوز للمحكمة بناء على طلب أن الخصوم تعديل هذا التقدير بما يناسب الجهد المبذول وطبيعة النزاع بغية تحقيق الإشراف والعدالة التي يتمتع بها القضاة عادة عند الاختلاف[(٣)].

وكثيرًا ما يتم الاتفاق بين الطرفين لتوزيع أتعاب ومصاريف التحكيم، وقد يتم حسب العرف والعادة في مجالات محددة، أو في مراكز التحكيم، وقد تنص عليها الأنظمة والقوانين حسب الأصناف والحالات.

---

(١) التحكيم والتصالح ص ٥٩، ٦٠.

(٢) قانون التحكيم السعودي م/ ٢٠، ٢١ ،قانون التحكيم الأردني م/ ٥١، ٥٢، التحكيم والتصالح ص ٢٣.

(٣) قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، المادة ٢١٨، قانون التحكيم السعودي م/ ٢٢، وانظر: أصول المحاكمات الشرعية ص ٣١٦.

الخاتمة

نختم هذا البحث بتقديم خلاصة للبحث بعرض أهم النتائج التي وصل إليها، ثم نضيف بعض التوصيات في هذا الخصوص.

أولاً: خلاصة البحث ونتائجه:

(١) **التحكيم** هو اتخاذ الخصمين حاكما برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما، وله أنواع متعددة.

(٢) التحكيم **مؤسسة شبه قضائية**، وهو قديم وموغل في القدم، ومساير للتاريخ، وحديث معاصر، وضروري، ومتطور اليوم وفي المستقبل، وله ميزاته على القضاء، وله بعض المضار والسلبيات، ويختلف عن القضاء في عدة أمور.

(٣) التحكيم **أقره الشرع** الحنيف وطبقه المسلمون، وصار له اليوم هيئات ومنظمات، وازدادت أهميته، وصدرت فيه أنظمة وقوانين، واتفاقيات ومعاهدات، وصار له مراكز داخلية ودولية حسب أنواعه المتعددة.

(٤) إن **طرفي التحكيم** هما الركن الأول له، ويشترط فيهما الأهلية الكاملة، مع وجود خلاف في القضية بينهما، ثم اتفاق على التحكيم.

(٥) **المحكَّم** هو الركن الثاني للتحكيم، ويشترط فيه **الأهلية والخبرة**، واشترط فيه معظم الفقهاء أهلية القاضي وشروطه، وصار اليوم هيئة، ويتم تعيينه من الطرفين أو من المحكمة أو من الهيئات والمراكز الداخلية والدولية، ويشترط **قبول المحكم** للقيام بالعمل.

(٦) **صيغة التحكيم** هي الركن الثالث له، ويتم الاتفاق عليها مسبقًا أو لا حقًا، وتسمى الشرط التحكيمي، أو مشارطة التحكيم، أو وثيقة التحكيم، ويشترط فيها **الرضا من الطرفين**.

(٧) **محل التحكيم** هو الركن الرابع، وله مجاله الواسع حسب موضوع النزاع، ومنعه جمهور الفقهاء في الحدود والقصاص، ويتوسع في مجال الأسرة والخلافات الزوجية، ويتوسع أكثر في المعاملات المالية، وفي مجال التجارة الداخلية والخارجية، بل حتى المنازعات الدولية.

(٨) **إن إجراءات التحكيم** واسعة جدًا، وقد تستأنس بإجراءات التقاضي، وكثيرًا ما تخضع لاتفاق الطرفين، والشرط التحكيمي، ولكن تلتزم بالقواعد العامة كإعلام الخصوم، وتقديم المستندات، والالتزام بالنظر الجماعي عند تعدد المحكمين، والأخذ بوسائل الاثبات، وأجل التحكيم، وانقطاع الخصومة ووقفها.

(٩) **الحكم في التحكيم** هو الهدف والغاية، ويتبع في إصداره عدة مراحل في المداولة والتصويت والكتابة والقواعد العامة لإصدر الحكم القضائي وبيان أسباب الحكم، وذكر بياناته الكاملة.

(١٠) **يتم تصديق حكم المحكمين**، من المحكمة المختصة **لإكسائه صيغة التنفيذ** إذا توفرت فيه أركانه وشروطه، وتم حسب الإجراءات المقررة أو المتفق عليها.

(١١) يحق للمحكمة **إبطال حكم المحكمين** إذا فقد ركنًا أو شرطًا، أو خالف الإجراءات المطلوبة، أو خالف الشرع والأنظمة والقوانين والنظام العام،

فتسلب منه القوة التنفيذية.

(١٢) يخضع حكم المحكمين **للطعن أمام القضاء** الذي ينقضه إذا خالف النص والإجماع والقياس الجلي، وأقرت بعض الأنظمة والقوانين الطعن بحكم المحكمين أمام القضاء، ومنعته أنظمة وقوانين إلا استثناء، مع الاتفاق على أن الحكم الصادر من المحكمة بالتصديق على حكم المحكمين يجوز الطعن به كسائر أحكام القضاء.

(١٣) متى صدر حكم المحكمين صحيحًا اكتسب **قوة القضية المقضية**، وصار **لازمًا** للأطراف، ولايمكن لهم الرجوع عنه، ولا يمكن للمحكم أن يتراجع، ولا يشترط رضى الطرفين به بعد صدوره.

(١٤) يتم **تنفيذ حكم المحكمين** طوعًا واختيارًا، كما يتم تنفيذه عن طريق القضاء، وسائر المؤسسات المحلية والدولية.

(١٥) يجوز أن يكون التحكم مجانًا، ويجوز **أخذ الأجرة والأتعاب والمصاريف** التي يقدرها المحكم أو هيئة التحكيم، أو مراكز التحكيم، أو حسب الأنظمة والقونين والأعراف، أو حسب الاتفاق عليها، ويحق للمحكمة التدخل في تعديل ذلك، ويتم توزيع الأجر والأتعاب والمصاريف حسب الاتفاق أو على الفريق الخاسر، أو حسب الأنظمة والقوانين.

ثانيًا: التوصيات:

(١) نوصي بشدة وإلحاح **كبير بإنشاء مراكز للتحكيم** في كل مدينة، أو مقاطعة خارج بلاد المسلمين، بمجرد وجود عدد من المسلمين والعرب، لحماية حقوقهم،

ورعاية شؤونهم، وحفظ هويتهم، وبقاء كيانهم وتميزهم.

(٢) نوصي بوضع **ميثاق للتحكيم الشرعي** في عدة مجالات، وخاصة في التحكيم الأسري وبين الزوجين، والتحكيم المالي للعلاقات والعقود المالية بين الأفراد.

(٣) نوصي بوجوب النصح **والتوجيه والإرشاد والرعاية** لحل الخلافات والمنازعات عن طريق التحكيم.

(٤) نحذر مراكز التحكيم الداخلية والخارجية من اتخاذ التحكيم وسيلة للرزق، **والمغالاة في الأجور**، واستغلال حالات النزاع والخلاف لابتزاز الأموال.

(٥) نحذر المؤسسات والشركات والدول من **الخضوع للتحكيم الخارجي والدولي** إذا كان مخالفًا للشريعة، أو يمس كيان الأمة وكرامتها وسيادتها وحقوقها.

(٦) نوصي بأن يتم فتح **مراكز للتحكيم الأسري** في جانب المحاكم الشرعية، **ومراكز للتحكيم التجاري** بجانب المحاكم المدنية.

(٧) نوصي بأن يستفيد المحكم أو هيئة التحكيم من **الخبراء**، كل في اختصاصه، كالطبيب النفسي، والقانوني، والمحاسبي، والمخبري، ليقدم التصور الدقيق للوقائع والمسائل.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، والحمد لله رب العالمين . . .

أهم المصادر والمراجع

أولاً: الكتب:

(١) الإصلاح والتحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي، إسماعيل كامل البريمي، رسالة ماجستير- كلية الشريعة – جامعة الشارقة – ١٤٣١هـ / ٢٠١٠م.

(٢) أصول المحاكمات الشرعية، الأستاذ الدكتور محمد الزحيلي، نشر جامعة الشارقة – الشارقة – ط ٢ – ١٤٣١هـ / ٢٠١٠م.

(٣) أصول المحاكمات المدنية، للدكتور رزق الله أنطاكي – مطبعة جامعة دمشق – دمشق – ١٣٨٢هـ/ ١٩٦٢م.

(٤) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم **بن نجيم** (٩٧٠هـ) دار الكتب العربية للحلبي، القاهرة – ١٣٣٣هـ.

(٥) بدائع الصنائع، علاء الدين بن مسعود **الكاساني** (٥٨٧هـ) مط الجمالية – القاهرة – ١٣٢٨هـ/ ١٩١٠م.

(٦) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد، **ابن رشد** القرطبي (٥٩٥هـ) ت ماجد الحموي، دار ابن حزم، بيروت – ١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م.

(٧) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن محمد **بن فرحون** اليعمري المالكي (٧٩٩هـ) دار الكتب العلمية – بيروت – ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م.

(٨) التحكيم، أحكامه ومصادره، المحامي عبد الحميد الأحدب، مؤسسة نوفل، بيروت – د.ت.

(٩) التحكيم الدولي، المحامي عبد الحميد الأحدب، مؤسسة نوفل، بيروت – د.ت.

(١٠) التحكيم في البلاد العربية، المحامي عبد الحميد الأحدب، مؤسسة نوفل، بيروت– د.ت.

(١١) التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الدكتورة سامية راشد، دار النهضة العربية، القاهرة – ١٩٨٤م.

(١٢) التحكيم في القوانين العربية (وخاصة اليمن) الدكتور نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، رسالة دكتوراه، المكتب الجامعي الحديث – الإسكندرية – ٢٠٠٦م.

(١٣) التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، الدكتور عبد الحميد الشواربي – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية – ١٩٩٦م.

(١٤) تفسير القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، محمد بن أحمد الأنصاري **القرطبي** (٦٧١هـ) مصور عن الطبعة الثالثة ١٣٨٧هـ/ ١٩٦٧م، دار الكاتب العربي – القاهرة.

(١٥) التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، الأستاذ الدكتور محمد الزحيلي، دار الفكر، دمشق – ط ٢ – ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٢م.

(١٦) جوابات الإمام السالمي، عبد الله بن حميد بن سلّوم **السالمي** (٣٣٢١هـ) مطابع النهضة، د.ن، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م.

(١٧) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير **للدردير** (١٢٠١هـ) على مختصر خليل (٧٧٦هـ) محمد بن عرفة **الدسوقي** (٦٢٣٠هـ) مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة– د.ت.

(١٨) حاشية ابن عابدين: رد المحتار، محمد أمين الشهير **بابن عابدين** (١٢٥٢هـ) مطبعة مصطفى البابي الحلبي – القاهرة – ١٣٨٦هـ/ ١٩٦٦م، على الدر المختار **للحصكفي** (١٠٨٨هـ) على تنوير الأبصار **للتمرتاشي** (١٠٠٤هـ).

(١٩) الروض المربع، منصور بن يونس **البهوتي** الحنبلي (١٠٥١هـ) مؤسسة الرسالة – بيروت – ط١ – ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م.

(٢٠) الروضة، روضة الطالبين، يحيى بن شرف **النووي** (٦٧٦هـ) المكتب الإسلامي، دمشق – ١٣٩٥هـ/ ١٩٧٥م.

(٢١) الروضة البهية، زين الدين بن نور الدين الجبعي **العاملي** (٩٦٥هـ) دار الكتاب العربي – مصر – ١٣٧٨هـ، الجزء الثاني – بيروت – ١٣٧٩هـ.

(٢٢) سنن البيهقي: السنة الكبرى، أحمد بن الحسين **البيهقي** (٤٥٨هـ) حيدر آباد – الهند – ط١ – ١٣٤٤هـ.

(٢٣) سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث **السجستاني** (٢٧٥هـ) مط مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٧١هـ/ ١٩٥٢م.

(٢٤) سنن النسائي، أحمد بن شعيب **النسائي** (٣٠٣هـ) مط مصطفى البابي الحلبي، القاهرة – ١٣٨٣هـ/ ١٩٦٤م.

(٢٥) شرح الخرشي على مختصر خليل (٧٧٦هـ)، محمد **الخرشي** (١١٠١هـ) المطبعة الأميرية – بولاق – القاهرة، ط٢ – ١٣١٧هـ.

(٢٦) صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل **البخاري** (٢٥٦هـ) ت الدكتور مصطفى البغا، دار القلم – دمشق – ١٤٠١هـ/ ١٩٨١م.

(٢٧) صحيح مسلم، **مسلم** بن الحجاج القشيري النيسابوري (٢٦١هـ) المطبعة

المصرية – القاهرة، ١٣٤٩هـ/ ١٩٣٠م، مع شرح النووي.

(٢٨) عقد التحكيم في الشريعة والقانون، الدكتورة فاطمة محمد العوا، رسالة دكتوراه، المكتب الإسلامي، بيروت، ط١ – ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٢م.

(٢٩) عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الدكتور قحطان الدوري، رسالة دكتوراه – دار الفرقان – عمان، الأردن – ط١ – ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠٢م.

(٣٠) فتح القدير شرح الهداية للمرغيناني (٥٩٣هـ) **الكمال بن الهمام** (٨٦١هـ) مط المكتبة التجارية – القاهرة – ١٣٥٦، وبهامشه العناية، محمد بن محمد **البابرتي** (٧٨٦هـ).

(٣١) القاموس المحيط، محمد بن يعقوب **الفيروزابادي** (٨١٧هـ) دار الفكر، دمشق – ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٥م.

(٣٢) قواعد المرافعات، المحامي محمد العشماوي، والدكتور عبد الوهاب العشماوي، مكتبة الآداب ومطبعتها، القاهرة، د.ت.

(٣٣) الكافي على مذهب أهل المدينة، يوسف بن عبد الله، **ابن عبد البر** القرطبي الأندلسي (٤٦٣هـ) ت محمود القيسية – مؤسسة النداء، أبوظبي – ط١- ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٤م.

(٣٤) كشاف القناع، منصور بن يونس **البهوتي** الحنبلي (١٠٥١هـ) ت لجنة في وزارة العدل بالسعودية، نشر وزارة العدل – ط١ – ١٤٢٩هـ/ ٢٠٠٨م.

(٣٥) المبسوط، محمد بن أبي سهل **السرخسي** (٤٨٣هـ) مطبعة السعادة، القاهرة – د.ت.

(٣٦) المحلى، على بن أحمد، **ابن حزم** الظاهري الأندلسي (٤٥٦هـ) طبع المنيرية – القاهرة – د.ت.

(٣٧) المصنف، **عبد الرزاق بن همام** الصنعاني (٢١١هـ) ت حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي – بيروت، ط١ – ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.

(٣٨) المصنف في الأحاديث والآثار، الكتاب المصنف، عبد الله بن **محمد بن أبي شيبة** (٢٣٥هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت – ط٢ – ١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥م.

(٣٩) المعجم الوسيط، إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر، عطية الصوالحي، محمد خلف الله أحمد، دار الأمواج، بيروت – ط٢ – ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م.

(٤٠) المغني، عبد الله بن أحمد، موفق الدين **ابن قدامة** المقدسي (٦٢٠هـ) ط بيت الأفكار، عمان، الأردن، د.ت، مجلدان + الطبعة المنيرية، القاهرة – د.ت – ١١ جزءًا.

(٤١) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ «المنهاج للنووي ٦٧٦هـ» محمد **الشربيني الخطيب** (٩٧٧هـ) مطبعة مصطفى البابي الحلبي – القاهرة – ١٣٧٧هـ/ ١٩٥٨م.

(٤٢) المهذب في الفقه الشافعي، إبراهيم بن على بن يوسف، الشيخ أبو اسحاق **الشيرازي** (٤٧٦هـ) ت الدكتور محمد الزحيلي – دار القلم، دمشق – ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م، ست مجلدات.

(٤٣) مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٧٧٦هـ) محمد بن محمد المعروف **بالحطاب** (٩٥٤هـ) مطبعة السعادة، القاهرة – ط١ – ١٣٢٩هـ.

(٤٤) الموسوعة الفقهية/ الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت –

١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.

(٤٥) الموسوعة الفقهية الميسرة، الدكتور محمد رواس **قلعة جي**، دار النفائس، بيروت – ط١ – ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.

(٤٦) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للنووي (٦٧٦هـ) محمد بن أحمد **الرملي** (١٠٠٤هـ) مط مصطفى البابي الحلبي، القاهرة – ١٣٨٦هـ/ ١٩٦٧م.

ثانيًا:القوانين والأنظمة:

(١) قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٤م، وتعديلاته ٢٠٠٥م.

(٢) قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١م.

(٣) قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري، رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م.

(٤) مجلة الأحكام العدلية في الدولة العثمانية – ١٢٨٦هـ/ ١٢٩٣هـ.

(٥) نظام التحكيم السعودي، المرسوم الملكي رقم م/٤٦ تاريخ ١٢/ ٧/ ١٤٠٣هـ.

الفهـــرس

خطة البحث: ٤٥٩
منهج البحث وطريقته: ٤٦٠
الدراسات السابقة: ٤٦٠
المبحث الأول: تعريف التحكيم ومشروعيته وأهميته وأنواعه ٤٦٣
أولاً: التحكيم لغة: ٤٦٣
ثانيًا: التحكيم اصطلاحًا: ٤٦٣
ثالثًا: التحكيم في القانون: ٤٦٣
رابعًا: مشروعية التحكيم: ٤٦٤
خامسًا: ميزات التحكيم ومضاره: ٤٦٨
أهمية التحكيم: ٤٦٩
سادسًا: الفرق بين التحكيم والقضاء: ٤٧٠
سابعًا: تنظيم التحكيم وتقنينه: ٤٧١
ثامنًا: مراكز التحكيم: ٤٧٢
تاسعًا: أنواع التحكيم: ٤٧٤
المبحث الثاني: ترسيم التحكيم في أركانه وشروطه ٤٧٦
أولاً: الركن الأول: طرفا التحكيم: ٤٧٦
ثانيًا: الركن الثاني: المحكِّم أو الحَكَم: ٤٧٧
ثالثًا: الركن الثالث: الصيغة: ٤٧٩
رابعًا: الركن الرابع: محل التحكيم: ٤٨١
المبحث الثالث: إجراءات التحكيم وخطواته ٤٨٣
أولاً: إعلام الخصوم: ٤٨٣
ثانيًا: تقديم المستندات مع وثيقة التحكيم والدفوع: ٤٨٣
ثالثًا: النظر الجماعي في التحكيم: ٤٨٤
رابعًا: الإثبات: ٤٨٤
خامسًا: أجل التحكيم: ٤٨٥
سادسًا: انقطاع الخصومة ووقفها: ٤٨٦
المبحث الرابع: الحكم في التحكيم ٤٨٧
أولاً: قواعد إصدار الحكم: ٤٨٧

ثانيًا: مكان الحكم: ٤٨٧
ثالثًا: التصويت والكتابة: ٤٨٧
رابعًا: بيانات الحكم: ٤٨٨
خامسًا: تصديق حكم المحكمين: ٤٨٨
سادسًا: إبطال حكم المحكمين: ٤٨٩
سابعًا: الطعن في حكم المحكمين: ٤٩٠
ثامنًا: أثر حكم الحكمين، وقوته: ٤٩١
تاسعًا: تنفيذ حكم المحكمين: ٤٩٢
عاشرًا: أتعاب وأجور ومصاريف التحكيم: ٤٩٣
الخاتمة ٤٩٤
أولاً: خلاصة البحث ونتائجه: ٤٩٤
ثانيًا: التوصيات: ٤٩٦
أهم المصادر والمراجع ٤٩٨
أولاً: الكتب: ٤٩٨
ثانيًا: القوانين والأنظمة: ٥٠٣
الفهـــرس ٥٠٤

التحكيم وضوابطه الشرعية والإجرائية

إعداد الدكتور

محمد جبر الألفي

أستاذ الفقه المقارن في المعهد العالي للقضاء

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، وبه نستعين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، نبينا محمد، وعلى آله وأصحابه ومن اهتدى بهداهم إلى يوم الدين.

أما بعد:

فترتبط فكرة العدل والفصل في الخصومات ارتباطًا وثيقًا بالعقيدة الدينية: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾[1]، ومقتضى ذلك أن يكون للمؤمن وازع من دينه يدعوه إلى الخير ويحجزه عن الشر، وقد أفرد الإمام مسلم في صحيحه كتابًا جمع فيه الأحاديث التي تحرم الظلم وتتوعد الظالمين[2]، بدأها بالحديث القدسي: «**يا عبادي، إني حرمت الظلم على نفسي، وجعلته بينكم محرمًا، فلا تظالموا**»[3].

وأورد في باب القصاص وأداء الحقوق يوم القيامة قول رسول الله ﷺ: «**أتدرون ما المفلس؟ قالوا: المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع، فقال: المفلس من أمتي: من يأتي يوم القيامة بصلاة وزكاة وصيام، ويأتي وقد شتم هذا، وقذف هذا، وأكل مال هذا، وسفك دم هذا، وضرب هذا، فيُعطى هذا من حسناته، وهذا من حسناته، فإن فنيت**

(١) سورة الحديد: ٢٥.

(٢) مختصر صحيح مسلم للحافظ المنذري، طبعة الكويت: ١٣٩٩-١٩٧٩، ح٢ ص ٢٤٣-٢٤٥، كتاب الظلم.

(٣) المرجع السابق: حديث رقم ١٨٢٨.

حسناته قبل أن يُقضى ما عليه، أخذ من خطاياهم فطرحت عليه، ثم طرح في النار»[(١)].

من أجل ذلك جاءت تعالم الإسلام تأمر بالعدل والإحسان[(٢)] والوفاء بالعقود[(٣)] وترغب في العفو عن المسيء[(٤)]، وتنهى عن قربان ما يؤدي إلى العداوة والبغضاء والسعي في الأرض بالفساد[(٥)]، ومن شأن هذا كله أن يستتب الأمن بين المسلمين، ويسود السلام علاقاتهم بغيرهم.

ومع ذلك فقد وجدت ظروف وملابسات خفي فيها وجه الصواب، أو التبس الحق بالباطل، أو تعذرت إقامة الأحكام فظهرت الحاجة ماسة إلى النصح والإفتاء، أو إصلاح ذات البين، أو إقامة حكم عدل، أو نصب قاض يفصل بين المتنازعين، وهذه كلها وسائل مترابطة يسلم بعضها إلى بعض، وتنحو نحو هدف واحد.

وموضوع هذا البحث يتناول إحدى هذه الوسائل «التحكيم في الفقه الإسلامي» على الترتيب الذي أعده مجمع فقهاء الشريعة ليشمل العناصر الجوهرية التي تؤدي إلى إماطة اللثام عن أحكامه، وليجيب عن التساؤلات التي تدور اليوم في أذهان المسلمين أفرادًا وجماعات.

---

(١) نفس المرجع السابق: حديث رقم ١٨٣٦.

(٢) سورة النحل: ٩٠.

(٣) سورة المائدة: ١، وسورة الإسراء: ٣٤.

(٤) سورة النحل: ١٢٦-١٢٨، سورة الشورى: ٤٠.

(٥) على سبيل المثال: سورة البقرة: ١٨٨، ٢٧٨-٢٨٣، سورة النساء: ٢-٣٥، سورة الإسراء: ٢٣-٣٨، سورة الحجرات: ٦-١٢.

فنخصص مبحثًا للحديث عن عموميات التحكيم، وآخر لبيان أركانه وشروطه، ونوضح في مبحث ثالث طبيعة عقد التحكيم، ونستعرض في مبحث رابع الأسئلة التي طرحتها الأمانة العامة، والإجابة عنها بإيجاز.

والله ولي التوفيق . . .

المبحث الأول

عموميات التحكيم

معنى التحكيم - الفرق بين التحكيم والإفتاء والقضاء - مشروعية التحكيم - أهمية التحكيم.

معنى التحكيم:

التحكيم في اللغة:

حَكَمَ بالأمر يحكُم حُكْمًا: قضى، يقال: حكم له، وحكم عليه، وحكم بينهم. وحكَّم فلانًا في الشيء أو الأمر: جعله حَكَمًا، ومنه قوله تعالى: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾[1]، واحتكم الخصمان إلى الحاكم: رفعا خصومتهما إليه. والحَكَم: من يختار للفصل بين المتنازعين، قال تعالى:﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا ﴾[2]. وحكَّمه في الأمر تحكيمًا: أمره أن يحكم. وحكَّمتُ الرجل: فوّضت الحكم إليه. فالتحكيم في اللغة: اختيار شخص للفصل في نزاع. وقد يطلق التحكيم لغة على إجازة الحكم، فيقال: حكَّمنا فلانًا، أي: أجزنا حكمه[3].

---

(١) سورة النساء: ٦٥.

(٢) سورة النساء:٣٥.

(٣) أساس البلاغة؛ تاج العروس؛ الزاهر: ٩٧٢؛ الصحاح؛ القاموس المحيط؛ لسان العرب؛ المصباح المنير؛ المعجم الوسيط.

التحكيم في اصطلاح الفقهاء:

لا يضع كثير من الفقهاء تعريفًا للتحكيم اكتفاء بما وقر في الأذهان من معناه اللغوي وبما تواضع عليه العرف والعمل، وإنما يبينون حكمه بعبارات يمكن أن يستخلص منها تعريف للتحكيم. من ذلك قولهم: «لو أن رجلين حكما بينهما رجلًا، فحكم بينهما، أمضاه القاضي...»[١]. «وإذا حكّما رجلًا ورضيا بحكمه، لزمهما حكمه...»[٢]، «إذا اختصم رجلان في حق من الحقوق المالية، فحكّما رجلًا، هل ينفذ حكمه؟ قولان »[٣]، «ولو حكّم خصمان رجلًا في غير حد الله تعالى، جاز مطلقًا...»[٤]، «وإن تحاكم شخصان إلى رجل للقضاء بينهما فحكم، نفذ حكمه...»[٥]، «... إلا في قاضي التحكيم، وهو الذي تراضى به الخصمان ليحكم بينهما مع وجود قاض منصوب من قبل الإمام »[٦]، «وجاز للخصمين تحكيم رجل عدل...»[٧].

ومع ذلك، نجد في كتابات بعض الفقهاء تعريفًا للتحكيم لا يخرج عن هذه المعاني، من ذلك قول صاحب الدر: «وعرفًا: تولية الخصمين حاكمًا يحكم بينهما»[٨]. وبهذا المعنى جاء في المجلة: «التحكيم: هو اتخاذ الخصمين برضاهما حاكمًا يفصل خصومتهما ودعواهما...»[٩].

---

(١) الحطاب، مواهب الجليل وبهامشه: التاج والإكليل للمواق، ط٢، ١٩٧٨، ٦/ ١١٢.

(٢) نفس المرجع السابق، ٦/ ١١٣.

(٣) ابن أبي الدم، كتاب أدب القضاء، بغداد: ١٩٨٤، ١/ ٤٢٨.

(٤) النووي، منهاج الطالبين، مع مغني المحتاج للشربيني الخطيب، القاهرة: ١٩٥٨، ٤/ ٣٧٨.

(٥) البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، بيروت، ١٩٨٣، ٦/ ٣٠٨.

(٦) العاملي، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، القاهرة: ١٣٧٨، ١/ ٢٣٨.

(٧) الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، القاهرة: ١٩٧٤، ٤/ ١٩٨.

(٨) الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مع حاشية ابن عابدين، ط٢، القاهرة: ١٩٦٦، ٥/ ٤٢٨.

(٩) مجلة الأحكام العدلية، المادة: ١٧٩٠.

الفرق بين التحكيم والإفتاء والقضاء:

الإفتاء:

يقال: أفتى في المسألة، إذا بين حكمها، واستفتى: سأل عن الحكم[1]، قال تعالى: ﴿ وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي ٱلنِّسَآءِ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ ﴾[2]، والإفتاء عند علماء الفقه والأصول: إظهار الحكم الشرعي المتعلق بأمر من الأمور[3].

وهكذا يتفق التحكيم والإفتاء في أن كلًا منهما إخبار عن الحكم الشرعي في الواقعة، ولكنهما يختلفان في كثير من الأمور:

(١) فالتحكيم يستلزم وجود نزاع بين طرفين، أما الإفتاء فقد يكون نتيجة طلب شخص يريد أن يعرف الحكم ليعمل به في خاصة نفسه.

(٢) والتحكيم يجري في مسائل حددتها كتب الفقه واختلف في تعدادها الفقهاء. أما الإفتاء فمحله يتناول جميع المسائل والأحكام.

(٣) والتحكيم -في رأي أكثرية الفقهاء- عقد ملزم لأطرافه وينبغي عليهم الالتزام بنتيجته. أما الإفتاء فليس عقدًا ولا تكون نتيجته ملزمة للمستفتي.

(٤) وقد اشترط كثير من الفقهاء أن تتوافر في المحتكم إليه شروط القاضي. أما المفتي فلا يشترط فيه ذلك.

---

(١) تاج العروس؛ لسان العرب؛ معجم مقاييس اللغة؛ المعجم الوسيط.

(٢) سورة النساء: ١٢٧.

(٣) ابن عبدالشكور، مسلم الثبوت مع المستصفى للغزالي، بولاق مصر: ١٣٢٢هـ، ٢/ ٤٠٣؛ السبكي، جمع الجوامع، الحلبي: ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م، ٢/ ٣٩٢، ٣٩٥، ٣٩٧؛ القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام، المكتب الثقافي: ١٩٨٩، ص ٢٥، ٢٦؛ مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى، دمشق: ١٩٦١، ٦/ ٤٣٧.

(٥) والتحكيم يتطلب من المحتكم إليه تمحيص الوقائع التي تقدم إليه قبل أن يصدر حكمه فيها، أما المفتي فإنه يسلم بالواقعة التي طلب منه إظهار الحكم فيها دون مناقشتها.

القضاء:

يقال: قضى يقضي قضيًا وقضاء وقضية: حكم وفصل. وقضى الله: أمر، قال تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ﴾[1]. والقضاء: الحكم، أو الأداء، أو عمل القاضي[2].

وفي الاصطلاح: إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه[3]. فلئن كان التحكيم والقضاء يشتركان في إظهار حكم الشرع في أمر من الأمور، إلا أنهما يختلفان من عدة وجوه:

(١) فالقاضي يستمد ولايته من عقد التولية، ولذلك يكون القضاء هو الأصل في فض المنازعات. أما الحكم فإنه يستمد ولايته من عقد التحكيم، فيكون التحكيم فرعًا عن القضاء.

(٢) وبناء على ما سبق اشترط الفقهاء فيمن يتولى القضاء شروطًا لا تلزم فيمن يقوم بالتحكيم.

(٣) وتطبيقًا لذلك جاز أن تكون ولاية القاضي عامة، أما المحكم فإنه يقتصر على الفصل في النزاع المطروح أمامه دون أن يتعداه إلى غيره، وخاصة ما يمتنع عليه أن ينظر فيه.

(٤) وأهم ما يفترق فيه القضاء عن التحكيم: أن الأول لا يحتاج إلى اتفاق المتنازعين

---

(١) سورة الإسراء: ٢٣.

(٢) تاج العروس؛ لسان العرب؛ المصباح المنير؛ المعجم الوسيط.

(٣) الشربيني الخطيب؛ مغني المحتاج: ٤/ ٣٧٢. وانظر في نفس المعنى: الكاساني؛ بدائع الصنائع: ٧/ ٢؛ مطالب أولي النهى: ٦/ ٤٣٧؛ الشرح الصغير للدردير: ٤/ ١٨٦.

حتى ترفع الواقعة إليه -كما في التحكيم- وإنما لكل من المتنازعين أن يرفع الدعوى إلى القضاء، بإرادته المنفردة ودون الحاجة إلى رضاء خصمه.

(٥) فإذا رفع الأمر إلى القضاء، التزم كلا الخصمين بالسير في الدعوى إلى حين صدور الحكم، أما في التحكيم فالعقد غير ملزم لأطرافه –عند البعض- ولا يصير ملزمًا إلا بعد صدور الحكم -عند البعض الآخر-.

مشروعية التحكيم:

ثبتت مشروعية التحكيم بالكتاب والسنة والإجماع.

الكتاب:

قال تعالى: ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِ ﴾[(١)]. أمر الله من يحكم بين الناس أن يحكم بالعدل. والحكم بين الناس له طرق: منها الولاية العامة والقضاء، ومنها تحكيم المتخاصمين لشخص في قضية خاصة[(٢)].

وقال تعالى: ﴿ وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآ ﴾[(٣)]، وهذه الآية دليل على إثبات التحكيم ومشروعيته[(٤)].

السنة:

---

(١) سورة النساء: ٥٨.

(٢) تفسير المنار، الهيئة المصرية العامة للكتاب: ١٩٧٣، ٥/ ١٣٩.

(٣) سورة النساء: ٣٥.

(٤) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن: ٥/ ١٧٩؛ تفسير المنار: ٥/ ٦٣-٦٦.

ورد في الصحاح أن النبي ﷺ قبل تحكيم سعد بن معاذ فيما بين المسلمين وبني قريظة، وأنه أنفذ حكم سعد، وقال له: «**لقد حكمت فيهم بحكم الملك**»[(١)].

وفي الحديث الشريف: «**من حكم بين اثنين تحاكما إليه وارتضيا به فلم يعدل بينهما بالحق، فعليه لعنة الله**» رواه أبو بكر. ولولا أن حكمه يلزمهما لما لحقه هذا الذم[(٢)].

الإجماع:

العمل بالتحكيم «وقع لجمع من كبار الصحابة، ولم ينكره أحد. قال الماوردي: فكان إجماعًا»[(٣)]. من ذلك:

كان بين عمر بن الخطاب وأبي بن كعب منازعة في نخل، فحكما بينهما زيد بن ثابت، ولم يكن قاضيًا[(٤)].

اشترى طلحة بن عبيدالله مالًا من عثمان بن عفان، فقيل لعثمان: إنك قد غبنت، فقال: لي الخيار، فحكم بينهما جبير بن مطعم[(٥)].

حين اشتد القتال في موقعة «صفين» بين جيش على بن أبي طالب وجيش معاوية

---

(١) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان، جمعه محمد فؤاد عبدالباقي، الكويت: ١٩٧٧، ص ٤٥١، حديث رقم ١١٥٥.

(٢) كشاف القناع:٦/ ٣٠٩.

(٣) مغني المحتاج: ٤/ ٣٧٨.

(٤) ابن الهمام، فتح القدير: ٥/ ٤٩٨.

(٥) الزيلعي، نصب الراية: ٤/ ١٠؛ النووي، المجموع: ٩/ ٣١٦.

ابن أبي سفيان، تم التراضي على تحكيم أبي موسى الأشعري وعمرو بن العاص، وكتب عقد التحكيم، وأعلنت الهدنة[(١)].

اعتراض على التحكيم:

كان قبول على التحكيم سببًا في انفصال عدد كبير من جيشه، لا يجيز العدول عن حكم الله إلى حكم الرجال، ولا يجيز مبدأ التحكيم في الدماء[(٢)].

وهؤلاء هم الذين أطلق عليهم «المحكّمة الأولى».

وبعدم جواز التحكيم قال بعض الشافعية، لما فيه من الافتئات على الإمام، وأجازه بعضهم بشرط عدم وجود قاض بالبلد، لوجود الضرورة حينئذ[(٣)]. ومن المالكية من لم يجزه ابتداء[(٤)].

وقد أفتى بعض الحنفية بمنع التحكيم لكيلا يتجاسر العوام على تحكيم أمثالهم فيحكموا بغير ما شرع الله من الأحكام، وفي ذلك مفسدة عظيمة[(٥)].

أهمية التحكيم:

(١) ابن الأثير، الكامل في التاريخ، الحلبي: ١٣٠٣هـ، ٣/ ١٣٤.

(٢) ابن الأثير، نفس الموضع السابق. وهم يقصدون بحكم الله ما جاء في سورة الحجرات ﴿ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ ﴾.

(٣) مغني المحتاج: ٤/ ٣٧٩.

(٤) الحطاب، مواهب الجليل: ٦/ ١١٢.

(٥) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٤٣٠.

كان التحكيم في بادئ الأمر هو الوسيلة الوحيدة لحسم المنازعات إلى أن تكونت الوحدة السياسية ذات السيادة والسلطان، فنشأ نظام القضاء ليطبق شريعة هذه الوحدة السياسية، ومع ذلك ظل التحكيم قائمًا إلى جانب القضاء يؤدي دورًا هامًا في المجتمع الإنساني.

(١) فهو يجنب الخصوم كثيرًا من النفقات التي تتمثل في رسوم التقاضي وأتعاب المحامين وما شابه ذلك.

(٢) وهو يختصر الوقت الذي يستغرقه بطء التقاضي، والتنقل بين درجاته، وإجراءات تنفيذ الأحكام.

(٣) والتحكيم يتناسب وظروف أطراف النزاع، الذين يحددون بالاتفاق مع المحتكم إليهم ما يلائمهم من أوقات لا تتعارض مع أعمالهم وارتباطاتهم.

(٤) وقد يلجأ أطراف النزاع إلى التحكيم حفاظًا على الخصوصية التي تسود علاقاتهم، ولا يرغبون في عرضها علنًا أمام القضاء.

(٥) ومما يشجع على تفضيل التحكيم، حرية أطراف النزاع في اختيار محكمين على درجة كبيرة من الخبرة الفنية التي لابد منها في فهم طبيعة النزاع ودقة الحكم فيه.

(٦) ويحتل التحكيم مكانة مهمة في القانون الدولي العام، حيث التنظيم القضائي لا يزال قاصرًا.

(٧) وللتحكيم دور بارز في حسم المنازعات التي تظهر في أوساط الأقليات الدينية أو العرقية أو المذهبية، التي لا تقبل أحكام القانون السائد في البلد الذي تعيش فيه، فيجدون في التحكيم مخرجًا من تطبيق هذا القانون الذي قد يتعارض مع

شرائعهم ومعتقداتهم وأعرافهم، وحينئذ يعدّ التحكيم فرض كفاية في واقعنا المعاصر، عند عدم توافر القضاء الإسلامي.

واحتكام المسلم إلى محاكم غير إسلامية -في الوقت الراهن- صار من الأمور التي عمت بها البلوى، فاغلب البلاد الإسلامية واقعة تحت تأثير خارجي شرس يمنعها من تطبيق الشريعة الإسلامية، فالقضاة الذين يحكمون على المسلمين منهم المسلم وغير المسلم، والقانون الذي يحكم به على المسلمين خليط من قواعد إسلامية وغير إسلامية، وهذه الدول الإسلامية ترتبط بمواثيق ومعاهدات دولية، وتسري عليها أحكام ومبادئ القانون الدولي وقرارات المنظمات الدولية. وتقدر بعض المصادر الإسلامية عدد المسلمين الذين يعيشون في دول غير إسلامية -سواء كانوا ينتمون بجنسيتهم إلى تلك الدول أو إلى دول أخرى أو كانوا من رعايا الدول الإسلامية - بنحو ٢٣٠ مليون مسلم، ويعتقد بعض الباحثين أن هذا العدد قد يصل إلى حوالي ثلث مليار نسمة[(١)].

وإزاء هذا الوضع، لا يسهل الأخذ بالحلول التقليدية التي وضعها الفقهاء إبان وحدة العالم الإسلامي وعزته، من نحو وجوب الهجرة على من يقدر عليها، وإقامة الحدود أو التعامل بالربا في دار الحرب.. ونحو ذلك[(٢)]. وإنما ينبغي مساندة الهيئات الإسلامية والإنسانية التي تهتم بأوضاع الشعوب الإسلامية التي لم تستقل بعد، والتي تعمل على تمتع الأقليات المسلمة بحقوقها السياسية والدينية والاجتماعية، وقد نص

(١) عبدالله الأشعل، أصول التنظيم الإسلامي الدولي، القاهرة: ١٩٨٨، ص٣٢٩-٣٣٠، والمراجع التي أشار إليها في هامش ٣.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع: ٧/ ٣٠-٣١؛ الخرشي على خليل: ٣/ ٢٢٦؛ الرملي، نهاية المحتاج: ٨/ ٨٢؛ المرداوي، الإنصاف: ٤/ ١٢١.

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

إذا تقرر ذلك، فإن احتكام المسلم إلى محاكم غير إسلامية يدخل في باب الضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، وحينئذ يرخص للمسلم في الاحتكام إلى محاكم غير إسلامية، باعتباره نوعًا من التحكيم الفاسد، الذي ينفذ لموافقة الحكم قواعد القانون الطبيعي ومبادئ العدالة[(٢)].

ولكن خصوصية قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين تتطلب وقفة متأنية، ذلك أن أحكام الزواج والطلاق والنسب والمحرمات من النساء، وعدة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها وتوزيع التركات ونحو ذلك، قد ثبتت بنصوص من الكتاب والسنة، ومجال اجتهاد الفقهاء فيها محدود، فهي أقرب اتصالًا بالعقيدة، والفصل فيما ينشأ عنها من نزاع يقتضي الكثير من الخشية والاحتياط.

---

(١) الرملي، نهاية المحتاج: ٨/ ٨٢؛ النووي، روضة الطالبين: ١٠/ ٦.

(٢) قرب: فتوى الشيخ محمد رشيد رضا عن مسألة الحكم بالقوانين الإنكليزية في الهند، التي أثبتها في تفسير المنار: ٦/ ٣٣٥-٣٣٨؛ وقد قرأت في كتاب الأغاني لأبي الفرج الأصفهاني، ط. دار الكتب المصرية، ٨/ ٣٠٣ بمناسبة ترجمة الشاعر النصراني «الأخطل» تحت عنوان: «كان حكم بكر بن وائل» ما يلي: أخبرنا محمد بن العباس اليزيدي، قال: حدثنا الخراز عن المدائني، قال: قال أبو عبدالملك: كانت بكر بن وائل إذا تشاجرت في شيء رضيت بالأخطل، وكان يدخل المسجد فيقدمون إليه. كذلك قرأت في كتاب «مصر في العصور الوسطى من الفتح العربي إلى الفتح العثماني» لعلي إبراهيم حسن، الطبعة الثانية: ١٩٤٩م، ص ٣٠٣، أنه: إذا حدث نزاع بين مسلم وقبطي، تقدم المتقاضون إلى مجلس مؤلف من قضاة يمثلون الفريقين المتنازعين.

والمسلمون الذين يعيشون في بلاد غير إسلامية على ضربين:

(١) أقليات إسلامية تتمتع بقدر من الاستقلال الداخلي أو الحكم الذاتي، إما بنص أو معاهدة، وإما بحكم الأمر الواقع: وهؤلاء ينبغي عليهم إقامة نظام قضائي شرعي، ويكون تعيين قضاتهم إما بتولية من كبيرهم (شيخ الإسلام - أمير الجماعة - الحاكم)، وإما بتولية مباشرة من رئيس الدولة أو نائبه (غير المسلم)، وإما باتفاق من الجالية الإسلامية على شخص تتوافر فيه صفات القاضي ليحكم بينهم، وإما بأي طريق آخر يتناسب وأوضاعهم.

وقد نص الفقهاء على صحة هذه التولية، من ذلك ما جاء في فتح القدير: «إذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقلد منه - كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار، أقروا المسلمين عندهم-.. يجب عليهم أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليًا، فيولي قاضيًا ليقضي بينهم، أو يكون هو الذي يقضي بينهم»[(١)]. وفي قواعد الأحكام: «لو استولى الكفار على إقليم عظيم، فولوا القضاء لمن يقوم بمصالح المسلمين العامة، فالذي يظهر: إنفاذ ذلك كله، جلبًا للمصالح العامة ودفعًا للمفاسد السابقة»[(٢)]. وفي تبصرة الحكام: «القضاء ينعقد بأحد وجهين: احدهما عقد أمير المؤمنين.. والثاني: عقد ذوي الرأي وأهل العلم والمعرفة والعدالة لرجل منهم، كملت فيه شروط القضاء للضرورة الداعية إلى ذلك»[(٣)]. وفي الأحكام السلطانية: «لو اتفق أهل بلد — قد خلا من قاض- على أن قلدوا عليهم قاضيًا، فإن كان إمام الوقت

(١) ابن الهمام، فتح القدير: ٥/ ٤٦١.

(٢) عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ١/ ٨١.

(٣) ابن فرحون: تبصرة الحكام: ١/ ١٥.

موجودًا بطل التقليد، وإن كان مفقودًا صح التقليد، ونفذت أحكامه عليهم»[1].

(٢) أقليات إسلامية في بلاد لا يسمح نظامها بغير قضاء الدولة: وهؤلاء ليس أمامهم إلا الالتجاء إلى التحكيم، فيختارون مسلمًا عدلًا عالمًا بالشرع يفصل في قضاياهم المتعلقة بالأحوال الشخصية، وغالبًا ما تتولى هذه المهمة اتحاداتهم أو روابطهم أو جمعياتهم أو المراكز الثقافية الإسلامية لديهم. وبعد صدور حكم المحتكم إليه، إما أن ينفذه الأطراف من تلقاء أنفسهم، بدافع من الإيمان أو بتأثير من الجماعة، وإما أن يرفع الحكم إلى القضاء ليأخذ صيغة تنفيذية.

والواقع أن نظام التحكيم -في كثير من صوره- أصبح الآن معترفًا به في معظم الدول، ولا يعترض عليه القضاء إلا إذا خالف النظام العام أو حسن الآداب، سواء كان تحكيمًا حرًا «تحكيم الحالات الخاصة»، أو كان تحكيم مؤسسات وهيئات، والكثير من الدول تمنح هذه الأحكام قوة تنفيذية.

ولهذا نرى أن يقوم مجمع فقهاء الشريعة بتكوين لجنة من علمائه لمراجعة أحكام التحكيم التي تصدر عن هيئات تحكيم محلية، يجب إقامتها في مختلف الأقاليم، بدعم علمي ومالي وإداري وقانوني من المجمع، مع إعلام الجاليات المقيمة خارج ديار الإسلام بضرورة الالتجاء -شرعًا- إلى هذه الهيئات، حرصًا على تطبيق شرع الله على يد من يوثق في دينه وعلمه، والله أعلم، وهو أحكم الحاكمين.

(١) الماوردي، الأحكام السلطانية: ٧٦، أبو يعلى، الأحكام السلطانية: ٧٣.

المبحث الثاني

أركان التحكيم وشروطه

أطراف التحكيم - صيغة التحكيم - مجالات التحكيم.

أطراف التحكيم:

يقوم التحكيم على اتفاقين متكاملين: الأول بين الخصمين، بمقتضاه يتراضيان على شخص يفصل في النزاع القائم بينهما. والآخر فيما بينهما وبين هذا الشخص الذي ارتضياه، وبمقتضاه: يقبل أن يفصل في هذا النزاع. وقد يكون الخصمان اثنين أو أكثر، وقد يكون المحتكم إليه واحدًا أو أكثر. وسوف نبدأ باستعراض الشروط الواجب توافرها في طرفي النزاع، ثم شروط المحتكم إليه.

شروط طرفي النزاع:

لا يعرض الفقهاء لشروط كل واحد من أطراف النزاع، اكتفاء بأحكام الأهلية والولاية والتراضي، إلا قليلًا منهم ذكر هذه الشروط بإيجاز مجمل، مثل: «وشرط التحكيم أن يكون الخصمان عاقلين»[(١)].

وقد وردت إشارات في كتب الفقه يفهم منها أن التحكيم وإن كان تولية في الصورة إلا أنه صلح في المعنى[(٢)]، وأن تحكيم الحَكَم في الخصومة يشبه الوكالة من وجه

(١) سليم رستم باز، شرح المجلة، نسخة مصورة عن الطبعة الثالثة، الآستانة: ١٣٠٥هـ، ٢/ ١١٩٤، نقلًا عن رد المحتار؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٧/ ٢٤.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق: ٧/ ٢٤-٢٥؛ سليم رستم باز، شرح المجلة، ٢/ ١١٩٤، نقلًا عن الفتاوى الهندية.

ويشبه حكم القاضي من وجه آخر[1]. وبناء على ذلك، يمكن القول بأنه: يشترط في الخصم أن يكون أهلًا لرفع الدعوى وإبرام عقد الصلح. ولما كان كل منهما تصرفًا يحتمل النفع والضرر، فإن جمهور الفقهاء يشترطون فيمن يباشرهما أن يكون عاقلًا بالغًا غير محجور عليه، ويكفي عند الحنفية أن يكون عاقلًا مميزًا.

وقد تعرض بعض الفقهاء لعدة فروع، من ذلك ما جاء في مغني المحتاج: «واستثنى البلقيني من جواز التحكيم: الوكيلين، فلا يكفي تحكيمهما، بل المعتبر تحكيم الموكلين، والوليين، فلا يكفي تحكيمهما إذا كان مذهب المحكم يضر بأحدهما.

والمحجور عليه بالفلس لا يكفي رضاه إذا كان مذهب المحكم يضر بغرمائه، والمأذون له في التجارة وعامل القراض لا يكفي تحكيمهما بل لا بد من رضاء المالك.

والمحجور عليه بالسَّفَه لا أثر لتحكيمه. قال: ولم أر من تعرض لذلك»[2].

شروط المحتكم إليه:

الأصل عند جمهور الفقهاء: أن يكون المحتكم إليه أهلًا لولاية القضاء[3]، وهذه الأهلية تختلف باختلاف المذاهب. ومع ذلك يتسامح الفقهاء في غياب بعض شروطها

---

(١) سليم رستم باز، شرح المجلة: ٢/ ١١٩٦ (حيدر أفندي عن الزيلعي).

(٢) الشربيني الخطيب، مغني المحتاج: ٤/ ٣٧٩؛ وانظر كذلك: لبن عابدين: ٥/ ٤٣٠؛ الفتاوى الهندية: ٣/ ٢٧١. وقد نصت المادة (٢٠٣/ ٤) من القانون الاتحادي رقم (١١) لسنة ١٩٩٢ في شأن الإجراءات المدنية على أنه لا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع: ٧/ ٣؛ الحطاب مواهب الجليل: ٦/ ١١٢؛ الشربيني الخطيب، مغني المحتاج: ٤/ ٣٧٨؛ مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى: ٦/ ٤٧١؛ العاملي، الروضة البهية: ١/ ٢٣٨.

لدى المحتكم إليه، مراعاة لإرادة المتنازعين اللذين وقع اختيارهما عليه لصفات قد لا تتوافر في القاضي، ولأن ولايته قاصرة على نزاع بعينه، ويمكنه التنحي قبل إصدار حكمه.

فنستعرض فيما يلي أهم هذه الشروط:

(١) يشترط أن يكون المحتكم إليه معلومًا ومعينًا بالاسم أو بالصفة، فلو اتفق الخصمان على تحكيم أول من يدخل المسجد –مثلًا– لم يجز بالإجماع، لما فيه من الجهالة[(١)].

(٢) يشترط أن يكون المحتكم إليه مكلفًا، بأن يكون بالغًا عاقلًا، وذلك لنقص كل من الصبي والمجنون[(٢)]. ولا يكتفى فيه بالعقل الذي يتعلق به التكليف من علمه بالمدركات الضرورية حتى يكون صحيح التمييز جيد الفطنة بعيدًا من السهو والغفلة، يتوصل بذكائه إلى إيضاح ما أشكل وفصل ما أعضل[(٣)].

(٣) يشترط أن يكون المحتكم إليه ذكرًا. وقال أبو حنيفة: يجوز أن تقضي المرأة فيما تصح فيه شهادتها. وشذ ابن جرير الطبري فجوّز قضاءها في جميع الأحكام[(٤)].

(٤) يشترط أن يكون المحتكم إليه مسلمًا، وأجاز الحنفية تقليد غير المسلم القضاء على غير المسلمين[(٥)].

---

(١) ابن نجيم، البحر الرائق: ٧/ ٢٦؛ الزيلعي، تبيين الحقائق: ٤/ ١٩٤

(٢) الشربيني الخطيب، مغني المحتاج: ٤/ ٣٧٥. وقارن: حاشية الدسوقي: ٤/ ١٣٦-١٣٧.

(٣) الماوردي، الأحكام السلطانية، القاهرة: ١٣٨٦-١٩٦٦، ص٦٥.

(٤) الأحكام السلطانية: ٦٥؛ حاشية الدسوقي: ٤/ ١٣٦-١٣٧، الشوكاني، نيل الأوطار: ٨/ ٢٧٤؛ ابن قدامة، المغني مع الشرح الكبير، ١١/ ٣٨٠؛ وانظر: العاملي، الروضة البهية: ١/ ٣٣٨، حيث يقول: وأما الذكورية فلم ينقل أحد فيها خلافًا، ويبعد اختصاص قاضي التحكيم بعدم اشتراطها وإن كان محتملًا، ولا ضرورة هنا إلى استثنائها.

(٥) ابن عابدين: ٤/ ٤٢٩؛ قال في مغني المحتاج: ٤/ ٣٧٥: «وأما جريان العادة بنصب حاكم من أهل الذمة عليهم، فقال الماوردي والروياني: إنما هي رياسة وزعامة، لا تقليد حكم وقضاء، ولا يلزمهم حكمه بإلزامه، بل بالتزامهم».

(٥) يشترط في المحتكم إليه العدالة، أي: «أن يكون صادق اللهجة، ظاهر الأمانة، عفيفًا عن المحارم، متوقيًا المآثم، بعيدًا من الريب، مأمونًا في الرضا والغضب، مستعملًا لمروءة مثله في دينه ودنياه، فإذا تكاملت فيه فهي العدالة التي تجوز بها شهادته، وتصح معها ولايته»[(١)]. وعند الحنفية: العدالة ليست شرطًا لجواز التقليد، ولكنها شرط كمال: فيجوز تقليد الفاسق، وتنفيذ قضاياه إذا لم يتجاوز فيها حد الشرع. وبذلك قال بعض المالكية[(٢)].

(٦) كمال الخلقة، بأن يكون سميعًا بصيرًا ناطقًا، وقد جوز بعض أصحاب الشافعي قضاء الأعمى[(٣)]، فيصح الاحتكام إليه. وعند المالكية: يجب أن يكون الحاكم سميعًا بصيرًا متكلمًا، واتصافه بذلك واجب غير شرط، فينفذ حكم الأعمى والأصم والأبكم إن وقع صوابًا[(٤)].

(٧) يشترط أن يكون المحتكم إليه من أهل الاجتهاد، وقال بعض الحنفية: يجوز أن يكون عاميًا، فيحكم بالتقليد، لأن الغرض منه فصل الخصائم، فإذا أمكنه ذلك بالتقليد جاز، كما يحكم بقول المقومين[(٥)]. وبمثل ذلك قال ابن فرحون المالكي[(٦)].

---

(١) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص٦٦.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع: ٧/ ٣؛ حاشية الدسوقي: ٤/ ١٣٦-١٣٧، الفتاوى الهندية: ٣/ ٣٠٧.

(٣) ابن قدامة، المغني: ١١/ ٣٨٠-٣٨١.

(٤) الدردير، الشرح الصغير: ٤/ ١٩١.

(٥) ابن قدامة، المغني: ١١/ ٣٨٢؛ الماوردي، الأحكام السلطانية، ص٦٦.

(٦) ابن فرحون، تبصرة الحكام: ١/ ٤٤.

وقد نقل الكمال بن الهمام عن الغزالي: «أن اجتماع هذه الشروط، من العدالة والاجتهاد وغيرهما، متعذر في عصرنا، لخلو العصر عن المجتهد والعدل. فالوجه: تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة، وإن كان جاهلًا وفاسقًا»[(١)]. وإذا كان هذا القول ينصب على القاضي، فإنه -من باب أولى- يصدق بالنسبة للمحتكم إليه.

(٨) يشترط في المحتكم إليه ألا تكون بينه وبين أحد الخصمين قرابة تمنع من الشهادة، ويجوز أن يحكم الخصم خصمه، ويمضي حكمه إن لم يكن جورًا بينًا، وهذا مذهب الحنفية والحنابلة، وهو المعتمد عند المالكية، وبه قال بعض الشافعية[(٢)].

صيغة التحكيم:

سبق أن ذكرنا أن التحكيم ينتج عن عقدين رضائيين، يتم أولهما بين طالبي التحكيم أنفسهم، ويتم الآخر بينهم وبين المحتكم إليه.

وكما هو الشأن في العقود، لابد من صيغة تعبر عن الإرادة بما يدل على مقصود العاقدين دلالة واضحة، من قول أو فعل أو غيرهما.

وقد اشترط بعض الفقهاء أن يتقدم التراضي على عقد التحكيم، ولم يشترط البعض الآخر ذلك، بحيث «إذا فصل واحد الدعوى الواقعة بين اثنين، ولم يكونا قد حكماه، صح حكمه ونفذ، إذا رضيا به أجازاه» بشرط أن يكون الحكم موافقًا للأصول المشروعة[(٣)].

---

(١) ابن الهمام، فتح القدير: ٧/ ٤٥٤؛ ابن عابدين: ٤/ ٣٣٠. ويلاحظ أن الغزالي الذي نسب إليه هذا القول توفي سنة ٥٠٥هـ.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق: ٧/ ٢٨؛ البهوتي، كشاف القناع: ٦/ ٣٠٣؛ الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير: ٤/ ١٣٥؛ الماوردي، أدب القاضي: ٢/ ٣٨٥؛ ابن أبي الدم، كتاب أدب القضاء، بغداد: ١٩٨٤، ١/ ٤٣١.

(٣) سليم رستم باز، شرح المجلة: ٢/ ١١٩٩؛ ابن نجيم، البحر الرائق: ٧/ ٢٥.

ولأطراف التحكيم تقييد الصيغة بشرط مشروع يتعلق بالزمان أو المكان أو اتباع مذهب معين أو استشارة شخص بذاته أو صفاته، أو غير ذلك مما يتعلق به غرضهم، كإقرار الحكم من هيئة الإشراف على التحكيم في المجمع.

والغالب أن يتم تراضي أطراف التحكيم بمناسبة قيام النزاع ويطلق عليه القانون «مشارطة التحكيم». وهذا لا يمنع من أن يدرج المتعاقدان في العقد شرطًا يتم بموجبه اللجوء إلى التحكيم في حالة وقوع نزاع حول تنفيذ هذا العقد، وهو ما يطلق عليه «شرط التحكيم». وقد اتفق الفقهاء على صحة التحكيم بمناسبة قيام نزاع وخصومة حول حق من الحقوق، ولم يعترض البعض على صحة التحكيم مع عدم وجود خصومة، فقد جاء في مغني المحتاج -تعليقًا على النووي «ولو حكم خصمان رجلًا»-: قوله: خصمان، يوهم اعتبار الخصومة، وليس مرادًا، فإن التحكيم يجري في النكاح، فلو قال: اثنان، كان أولى[(١)].

ولم يشترط الفقهاء الإشهاد أو الكتابة على اتفاق التحكيم، ومع ذلك: فإنهم يستحسنون الإشهاد خشية الجحود[(٢)]. إلا أنهم يشترطون —لقبول قول الحكم برضاء الخصمين بحكمه - أن يشهد عليهما في مجلس الحكم[(٣)].

---

(١) الشربيني الخطيب، مغني المحتاج: ٤/ ٣٧٨.

(٢) السرخسي، المبسوط: ٢١/ ٦٣؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤/ ١٣٥؛ مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى: ٦/ ٤٧٢ «ينبغي أن يشهد المتحكم على الخصمين بالرضا بحكمه قبل أن يحكم بينهما»؛ العاملي، الروضة البهية: ١/ ٢٣٨ «.. ومن أراد منهما ضبط ما يحتاج إليه أشهد عليه».

(٣) البابرتي، العناية على الهداية: ٥/ ٥٠٢؛ ابن أبي الدم، كتاب أدب القضاء: ١/ ٤٣٢؛ أحمد بن عبدالله القاري، مجلة الأحكام الشرعية، م: ٢٠٩٥ مع هـ ٥.

مجالات التحكيم:

بعد استقراء الآراء المتنوعة في الفقه الإسلامي، يمكن القول بأن «ما يجري فيه التحكيم» يخضع لاتجاهين مختلفين:

(١) **الاتجاه الأول**: يغلب في التحكيم جانبه الرضائي المستند على إرادة أطرافه، فلا يجيز التحكيم فيما لا تملكه هذه الإرادة[١]، لأن التحكيم بمنزلة الصلح[٢].

ويمثل هذا الاتجاه: الحنفية[٣]، وظاهر الروايات في مذهب مالك[٤]، وهو وجه من طريق في مذهب الشافعي[٥]، وبه أخذ القاضي من الحنابلة[٦].

وبناءً على ذلك: لا يصح التحكيم، عند الحنفية، في الحدود أو القصاص أو فيما يجب من الدية على العاقلة، وكذلك لا يصح التحكيم في اللعان لأنه يقوم مقام الحد[٧].

وعند المالكية: يجوز التحكيم في الأموال والجراحات ويمتنع في الحدود والقصاص

---

(١) علاء الدين الطرابلسي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، بولاق مصر: ١٣٠٠هـ، ص ٢٧: «يصح التحكيم فيما يملكان فعل ذلك بأنفسهما».

(٢) نفس المرجع السابق، ص٢٨ نقلًا عن الخصاف: «... لأن حكم المحكم بمنزلة الصلح، فكل ما يجوز استحقاقه بالصلح يجوز التحكيم فيه، وما لا فلا».

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق: ٧/ ٢٦؛ الكاساني، بدائع الصنائع: ٧/ ٣.

(٤) ابن فرحون، تبصرة الحكام: ١/ ٤٢-٤٤؛ الدردير: الشرح الصغير: ٤/ ١٩٨-١٩٩. قال ابن عرفة: ظاهر الروايات أنه يجوز التحكيم فيما يصح لأحدهما ترك حقه فيه.

(٥) الشربيني الخطيب، مغني المحتاج: ٤/ ٣٧٩.

(٦) ابن مفلح، كتاب الفروع: ٦/ ٤٤٠؛ ابن قدامة، المغني: ١١/ ٤٨٤.

(٧) ابن نجيم، البحر الرائق: ٧/ ٢٦؛ الكاساني، بدائع الصنائع: ٧/ ٣.

والولاء والنسب والرشد والسفه وأمر الغائب والحبس والطلاق واللعان والعتق والفسخ لنكاح ونحوه وما يتعلق بصحة العقد وفساده، «فلا يجوز التحكيم فيها لتعلق الحق فيها بغير الخصمين»[(١)].

ولا يأتي التحكيم، عند الشافعية، في حدود الله تعالى، إذ ليس لها طالب معين، «وفي وجه من طريق: يختص جواز التحكيم بمال، لأنه أخف، دون قصاص ونكاح ونحوهما كلعان وحد قذف، لخطر أمرها، فتناط بنظر القاضي ومنصبه»[(٢)].

وفي الفقه الحنبلي: «قال القاضي: وينفذ حكم من حكماه في جميع الأحكام إلا أربعة أشياء: النكاح واللعان والقذف والقصاص؛ لأن لهذه الأحكام مزية على غيرها، فاختص الإمام بالنظر فيها، ونائبه يقوم مقامه»[(٣)].

(٢) **والاتجاه الآخر**: يغلب في التحكيم جانب السلطة التي يستمدها المحتكم إليه من اتفاق التحكيم وصلاحيته للقضاء، فيجيز التحكيم في جميع الأمور.

ويظهر هذا الاتجاه بوضوح في الفقه الحنبلي، حيث يعتبر أن المحتكم إليه حاكم نافذ الأحكام، فإن حكم «نفذ حكمه في كل ما ينفذ فيه حكم من ولاه إمام أو نائبه، حتى في الدماء والحدود والنكاح واللعان وغيرها، حتى مع وجود قاض»[(٤)].

---

(١) الدردير، الشرح الصغير: ٤/ ١٩٨-١٩٩. وقارن: تبصرة الحكام: ١/ ٤٣-٤٤.

(٢) الشربيني الخطيب، مغني المحتاج: ٤/ ٣٧٩.

(٣) ابن قدامة، المغني: ١١/ ٤٨٤.

(٤) الرحيباني، مطالب أولي النهى: ٦/ ٤٧١-٤٧٢؛ ابن قدامة، المغني: ١١/ ٤٨٤؛ البهوتي، كشاف القناع: ٦/ ٣٠٨.

وعند المالكية: إن حكم المحتكم إليه في الأمور التي لا يجوز له الحكم فيها –بأن جعل فيها حكمًا- فحكم صوابًا مضى حكمه ولا ينقض، لأن حكم المحكم يرفع الخلاف[1].

والصحيح -عند الشافعية- جواز التحكيم في المال والقصاص والنكاح واللعان وحد القذف، «لأن من صح حكمه في مال صح في غيره، كالمولى من جهة الإمام»[2].

وفي شرائع الإسلام: «لو تراضى خصمان بواحد من الرعية، وترافعا إليه، فحكم بينهما، لزمهما الحكم... ويعم الجواز كل الأحكام»[3].

وبناء على هذا الاتجاه: لا نرى ما يمنع من القول بأن جرائم الحدود والقصاص -خارج ديار الإسلام- تتحول إلى جرائم تعزيرية، لتعذر إقامة الحدود، على أن تكون العقوبة التعزيرية مقتصرة على المال (كتعويض يدفعه الجاني للمجني عليه)، أو يعزر الجاني بحرمانه من بعض ما يُقدمه المجمع للمسلمين من تيسيرات مادية أو معنوية.

(١) الدردير، الشرح الصغير: ٤/ ١٩٩-٢٠٠.

(٢) الشربيني الخطيب، مغني المحتاج: ٤/ ٣٧٩. وجاء في المهذب للشيرازي (٢/ ٢٩١): واختلف أصحابنا فيما يجوز فيه التحكيم، فمنهم من قال: يجوز في كل ما تحاكم فيه الخصمان كما يجوز حكم من ولاه الإمام.

(٣) الحلي، شرائع الإسلام، تحقيق عبدالمحسن محمد علي، النجف: ١٣٨٩ هـ، ١٩٦٩، ق ٤ ص ٦٨.

المبحث الثالث

طبيعة اتفاق التحكيم

مدى لزوم التحكيم - إلزامية الحكم - تنفيذ الحكم - الأجرة على التحكيم.

مدى لزوم التحكيم:

المراد بمدى لزوم عقد التحكيم: مدى حرية أحد أطرافه في نقضه، وبعبارة أخرى: هل يجب أن يستمر الاتفاق على التحكيم بين الخصمين، وأن يستمر اتفاقهما مع المحتكم إلى حين انتهائه من المهمة التي أسندت إليه بإصداره الحكم؟

يبدو أن الفقهاء قاسوا عقد التحكيم على عقد الوكالة، وهو عقد غير لازم، فذهبوا إلى أن الأصل في التحكيم عدم اللزوم، بمعنى: أن كل واحد من المتنازعين يجوز له نقض التحكيم، وأن المتنازعين يمكنهما عزل المحتكم إليه، وأن المحتكم إليه يستطيع عزل نفسه، وفي كل حالة من هذه الحالات ينتقض العقد ولا يكون للتحكيم أثر.

غير أن هؤلاء الفقهاء قد وضعوا لذلك ضوابط تضمن استقرار التعامل وتؤدي إلى احترام العقود.

فعند الحنفية: يجوز لكل واحد من الخصمين الرجوع عن التحكيم، كما يجوز لهما ذلك مجتمعين، وفي هذا عزل للمحتكم إليه، بشرط أن يكون الرجوع قبل صدور الحكم، وبعد صدور الحكم لا يكون لهذا الرجوع أثر، ويظل الحكم قائمًا لأنه صدر عن

ولاية شرعية للمحكم، كالقاضي الذي يصدر حكمه، ثم يعزله من ولاه[1].

وتشعبت الآراء في مذهب مالك: فبينما يرى سحنون ضرورة دوام الرضاء بالتحكيم إلى حين صدور الحكم، يرى ابن القاسم ومطرف وأصبغ أن جواز الرجوع مشروط بعدم البدء في الخصومة وإقامة البينة أمام المحتكم إليه، وقال ابن الماجشون: ليس لأحدهما أن يرجع مطلقًا في اتفاق التحكيم[2].

والمذهب -عند الشافعية- أن رضا الخصمين هو المثبت للولاية، «ويشترط استدامة الرضا إلى تمام الحكم، وحينئذ: إن رجع أحدهما قبل تمام الحكم، ولو بعد إقامة البينة والشروع فيه، امتنع الحكم، لعدم استمرار الرضا»[3].

«وفيه وجه بعيد: أنهما إذا رضيا أولاً، فلما خاض رجع أحدهما، لم يؤثر رجوعه ونفذ الحكم، وهذا الوجه حكاه الإمام واستبعده، وحكاه الماوردي عن أبي سعيد الإصطخري ولم يستبعده»[4].

وعند الحنابلة: «لكل واحد من الخصمين الرجوع عن تحكيمه قبل شروعه في الحكم؛ لأنه لا يثبت إلا برضاه، فأشبه ما لو رجع عن التوكيل قبل التصرف. وإن رجع بعد شروعه ففيه وجهان: أحدهما: له ذلك، لأن الحكم لم يتم، أشبه قبل الشروع. والثاني: ليس له ذلك، لأنه يؤدي إلى أن كل واحد منهما إذا رأى من الحكم ما لا يوافقه رجع، فبطل المقصود به»[5].

---

(١) ابن نجيم، البحر الرائق: ٧/ ٢٦؛ ابن الهمام، فتح القدير: ٥/ ٥٠٠، ابن عابدين، رد المحتار: ٥/ ٤٢٩.

(٢) ابن فرحون، تبصرة الحكام: ١/ ٤٣؛ الحطاب، مواهب الجليل: ٦/ ١١٢.

(٣) الشربيني الخطيب: مغني المحتاج: ٤/ ٣٧٩؛ ابن أبي الدم، كتاب أدب القضاء: ١/ ٤٢٩.

(٤) ابن أبي الدم، كتاب أدب القضاء: ١/ ٤٣٠.

(٥) ابن قدامة، المغني: ١١/ ٨٤، وفي نفس المعنى: مطالب أولي النهى: ٦/ ٤٧٢.

إلزامية الحكم:

يكاد يتفق الفقهاء على أن حكم المحتكم إليه يلزم الخصمين بدون حاجة إلى رضاء جديد، مثله في ذلك مثل حكم القاضي[(١)]. «واختيار المزني: أنه لا يلزم حكمه ما لم يتراضيا بعد الحكم، لضعفه»[(٢)].

وإلزامية الحكم تقتصر على الخصمين، فلا تتعداهما إلى غيرهما، لأن مصدر الحكم اتفاقهما على التحكيم، وهو اتفاق لا يمتد أثره إلى الغير[(٣)].

تنفيذ الحكم:

أثر التحكيم يظهر في لزوم الحكم ونفاذه، نتيجة للولاية التي نشأت من اتفاق التحكيم. فإذا رضي الخصمان بالحكم فإنهما يقومان بتنفيذه، وإذا سخطه أحدهما أو كلاهما فيكون مرد الأمر إلى القضاء، الذي يختص –بما له من الولاية العامة– بتنفيذ الأحكام.

وقد اختلف الفقهاء في مدى سلطة القضاء إذا رفع إليه حكم المحتكم إليه:

فعند الحنفية: لا يجبر القاضي على أن يأمر بتنفيذ هذا الحكم، بل ينظر فيه، فإن وجده يوافق مذهبه أخذ به وأمضاه، ويكون إمضاؤه بمنزلة الحكم –ابتداء– في هذا النزاع، وإن وجده يخالف مذهبه، كان له الخيار: إن شاء أمضاه وأمر بتنفيذه، وإن شاء أبطله[(٤)].

---

(١) ابن نجيم، البحر الرائق: ٧/ ٢٦-٢٧؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام: ١/ ٤٣؛ الشربيني الخطيب: مغني المحتاج: ٤/ ٣٧٩؛ ابن قدامة، المغني: ١١/ ٤٨٤.

(٢) ابن أبي الدم، كتاب أدب القضاء: ١/ ٣٢٩.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق: ٧/ ٢٦؛ الشربيني الخطيب، مغني المحتاج: ٤/ ٣٧٩؛ البهوتي، كشاف القناع: ٦/ ٣٠٣.

(٤) ابن عابدين، حاشية: ٥/ ٤٣١؛ ابن نجيم، البحر الرائق: ٧/ ٢٧.

وعند المالكية: لا يجوز للقاضي أن ينظر في حكم المحتكم إليه، بل يمضي حكمه ويأمر بتنفيذه، ولا ينقضه إلا إذا كان جورًا بينًا، وسواء في ذلك أكان هذا الحكم يوافق مذهبه أم كان مخالفًا له، «لأن حكم المحكم يرفع الخلاف»[(١)].

وعند الشافعية والحنابلة: لا يجوز للقاضي أن ينقض حكم المحتكم إليه إلا بما ينقض به قضاء غيره من القضاة[(٢)].

التحكيم بين الزوجين:

إذا تضرر أحد الزوجين أو كلاهما، وتكررت الشكوى، مع العجز عن إثبات الضرر، فينبغي بعث حكمين، استنادًا إلى قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾[(٣)].

وقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة هذا النوع من التحكيم ومدى السلطة المخولة للحكمين، على رأيين:

الرأي الأول: أن الحكمين وكيلان عن الزوجين، فلا يجوز لهما التفريق إلا بإذن الزوجين، وهذا رأي الحنفية[(٤)]، وقول في مذهب مالك[(١)]، والأظهر

---

(١) الدردير، الشرح الصغير: ٤/ ١٩٩-٢٠٠؛ الحطاب، مواهب الجليل: ٦/ ١١٢؛ الباجي، المنتقى: ٥/ ٢٢٦.

(٢) الشربيني الخطيب، مغني المحتاج: ٤/ ٣٧٩: «.. ويمضي حكم المحكم كالقاضي، ولا ينقض حكمه إلا بما ينقض به قضاء غيره»؛ ابن أبي الدم، كتاب أدب القضاء: ١/ ٤٢٩: «.. ولو رفع حكمه إلى حاكم أجراه على وفق الشرع، كغيره من القضاة»؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى: ٦/ ٤٧١: «.. ولا يجوز نقض حكمه فيما لا ينقض فيه حكم من له ولاية، كنائب إمام»؛ ابن قدامة، المغني: ١١/ ٤٨٤: «وإذا كتب هذا القاضي (المحتكم إليه) بما حكم به كتابًا إلى قاض من قضاة المسلمين، لزمه قبوله وتنفيذ كتابه، لأنه حاكم نافذ الأحكام، فلزم قبول كتابه كحاكم الإمام».

(٣) سورة النساء: ٣٥.

(٤) ابن الهمام، فتح القدير: ٣/ ٢٢٣.

عند الشافعية[٢]، والصحيح من المذهب عند الحنابلة[٣]، وهو رأي القاضي من الجعفرية[٤]، خلافًا للمشهور عندهم من أن «بعثهما يكون تحكيمًا، لا توكيلًا»[٥]، وإن كانت النتيجة واحدة؛ لأن الحكمين «إن اتفقا على التفريق لم يصح إلا بإذن الزوج في الطلاق، وإذن الزوجة في البدل إن كان خلعًا، لأن ذلك هو مقتضى التحكيم»[٦].

والرأي الآخر: أن الحكمين طريقهما الحكم، لا الوكالة ولا الشهادة، ولو كانا من جهة الزوجين، ويلزم من ذلك: أنهما إذا حكما بالتفريق، نفذ حكمهما بدون حاجة إلى رضاء الزوجين أو مراجعة القاضي. وهذا هو المشهور من مذهب مالك[٧]، والقول الآخر للشافعي[٨]، والرواية الثانية عند الحنابلة[٩].

الأجرة على التحكيم:

يرى جمهور الفقهاء أن اتفاق التحكيم يمكن اعتباره عقد وكالة، والأصل في

---

(١) الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير: ٢/ ٣٤٦.

(٢) الشربيني الخطيب، مغني المحتاج: ٣/ ٢٦١.

(٣) المرداوي، الإنصاف: ٨/ ٢٨٠.

(٤) العاملي، الروضة البهية: ٢/ ١٣٤.

(٥) العاملي، الروضة البهية: ٢/ ١٣٤.

(٦) العاملي، المرجع السابق: نفس الموضع.

(٧) الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير: ٢/ ٣٤٦-٣٤٧؛ الحطاب، مواهب الجليل: ٤/ ١٧.

(٨) الشربيني الخطيب، مغني المحتاج: ٣/ ٢٦١؛ الشيرازي، المهذب: ٢/ ٧٤.

(٩) ابن قدامة، المغني: ٨/ ١٦٨ «والثانية: أنهما حاكمان، ولهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق، بعوض وغير عوض، ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاهما».

الوكالة: أنها من عقود التبرع، وهذا لا يمنع من الاتفاق على أجر للوكيل، وحينئذ تطبق أحكام الإجارة أو أحكام الجعالة –حسب طبيعة العقد–، ويستأنس لذلك بما جاء في آية مصارف الزكاة: ﴿ ۞ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱلۡعَٰمِلِينَ عَلَيۡهَا وَٱلۡمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمۡ وَفِي ٱلرِّقَابِ وَٱلۡغَٰرِمِينَ وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ﴾[1]، فسهم العاملين عليها يعتبر أجرًا لهم –كوكلاء في قبض الزكاة وصرفها– وذلك جُعل لهم إذا لم يكن لهم رزق في بيت المال[2].

والمحكم –عادة– لا يشغل وظيفة عامة، فيجوز له أخذ أجرة (أتعاب) على ما يقوم به من عمل، وما قد ينفقه في سبيل التحقق من ادعاءات الأطراف وإصدار الحكم.

وقد نص نظام التحكيم –في المملكة العربية السعودية–[3] على أن:

«تحدد أتعاب المحكمين باتفاق الخصوم، ويودع ما لم يدفع منها لهم خلال خمسة أيام من صدور القرار باعتماد وثيقة التحكيم لدى الجهة المختصة أصلًا بنظر النزاع، ويصرف خلال أسبوع من تاريخ صدور الأمر بتنفيذ الحكم»[4].

أما المادة (٢٣) من النظام فقد واجهت حالة خلو اتفاق التحكيم من تحديد هذه الأتعاب، فنصت على أنه: «إذا لم يوجد اتفاق حول أتعاب المحكمين، وقام نزاع

(١) سورة التوبة: ٦٠.

(٢) الشنقيطي، أضواء البيان: ٤/ ٤٩؛ الرملي، نهاية المحتاج: ٨/ ٢٤٣.

(٣) الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٤٦ وتاريخ ١٢/ ٧/ ١٤٠٣هـ.

(٤) المادة ٢٢ من النظام.

بشأنها، تفصل فيه الجهة المختصة أصلًا بنظر النزاع، ويكون حكمها في ذلك نهائيًا»[1].

ونرى أن تقوم لجنة التحكيم بالمجمع –المقترحة– مقام الجهة المختصة أصلًا بنظر النزاع، والمنصوص عليها في هذا النظام.

(١) المادة ٢٣، وما جاء بشأنها في اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم ٧/ ٢٠٢١/ م في ٨/ ٩/ ١٤٠٥هـ (المادتان ٤٥، ٤٦).

المبحث الرابع

أسئلة المجمع والإجابة عنها[1]

س١: ما حقيقة التحكيم؟

ج – التحكيم اتفاق طرفي خصومة معينة، على تولية من يفصل في منازعة بينهما، بحكم ملزم، يطبق الشريعة الإسلامية.[2].

س٢: هل يعد هذا التحكيم من الفرائض الكفائية في واقعنا المعاصر؟

ج – يرى الباحث أن التحكيم يعد من فروض الكفاية، في كل حالة لا يطبق فيها شرع الله، يستوي في ذلك أن تكون هذه الحالة خارج ديار الإسلام أو داخلها.

س٣: من المكلف بإقامة هيئة التحكيم؟

ج – المكلف بإقامة التحكيم –في الأصل– أطراف الخصومة التي لا تطبق فيها أحكام الشريعة، ويجب على مؤسسات الفتوى أن تمهد الطريق؛ بتحديد شروط من يصلح لعضوية هيئة التحكيم، وتوفير ما يلزم من إمكانات علمية ومالية وإدارية وقانونية.

س٤: ما هي مجالات التحكيم؟

ج – لا يجوز التحكيم في كل ما هو حق لله تعالى كالحدود، ولا فيما يتعلق به حق للغير كاللعان، ولا نرى ما يمنع هيئات التحكيم –خارج ديار الإسلام– من توجيه الخصوم إلى التصالح على جميع حقوقهم المتنازع عليها، مقابل تعويض مادي أو أدبي.

س٥: ما مدى إلزامية اتفاق التحكيم؟

ج – التحكيم عقد غير لازم لكل من الطرفين المحتكمين والحكم، فيجوز لكل من

---

(١) يعتبر هذا المبحث خلاصة لما ورد في البحث، وإبرازًا للرأي المختار في حالة تعدد الاتجاهات الفقهية.

(٢) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، رقم ٩١ (٨/ ٩).

الطرفين الرجوع فيه ما لم يشرع الحكم في التحكيم، ويجوز للحكم أن يعزل نفسه مادام لم يصدر حكمه[1]. وإذا نقض اتفاق التحكيم قبل صدور الحكم، ألزم المتسبب في نقضه بتعويض ما ترتب على ذلك من ضرر، مثل: أتعاب المحكم، وأتعاب الخبير، ونفقات التحكيم الإدارية والقانونية وغيرها.

س٦: هل يجوز الطعن في قرار هيئة التحكيم؟

ج – الأصل أن قرار هيئة التحكيم ملزم للطرفين، ويجب عليهما تنفيذه طواعية دون حاجة إلى رضاء جديد. فإن اعترض على الحكم أحد الخصمين أو كلاهما، رفع الأمر إلى القضاء ليشمله بالصيغة التنفيذية -إن كان ذلك مما يدخل في اختصاصه- وإلا كان المجمع هو الجهة التي تنظر في الاعتراض على قرارات هيئات التحكيم، ولا يجوز للمجمع نقض الحكم إلا إذا وجده مخالفًا للشرع أو يتضمن جورًا بينًا.

ويجوز أن يتضمن اتفاق التحكيم -منذ البداية- تحديدًا للجهة التي تنظر الطعن في قرار التحكيم.

والله من وراء القصد . . .

محمد جبر الألفي

الرياض في الخامس من رجب ١٤٣١هـ

(١) قرار المجمع المشار إليه.

المصادر والمراجع

(١) ابن أبي الدم، أدب القضاء، بغداد: ١٩٨٤.

(٢) الأناسي، محمد خالد، شرح المجلة، حمص: ١٣٤٩هـ.

(٣) ابن الأثير، على بن محمد، الكامل في التاريخ، القاهرة: ١٣٠٣هـ.

(٤) الأحدب، عبدالحميد، موسوعة التحكيم، ط٢، مؤسسة نوفل - بيروت.

(٥) الأزهري، أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، تحقيق: محمد جبر الألفي، الكويت ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

(٦) البابرتي، أكمل الدين محمد بن محمود، شرح العناية على الهداية، مطبوع على هامش فتح القدير لابن الهمام، القاهرة: ١٣١٥هـ.

(٧) باخشب، عمر، شرح نظام التحكيم السعودي، جدة: ١٤٢٤هـ.

(٨) باز، سليم بن رستم، شرح المجلة، الآستانة ١٣٠٥هـ.

(٩) البخاري، أبو عبدالله محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح، تحقيق: مصطفى ذيب البغا، عجمان: ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

(١٠) البغدادي، أحمد بن علي، أصول الدين، بيروت: ١٩٨١م.

(١١) البهوتي، منصور بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، بيروت: ١٩٨٣م.

(١٢) البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين، أحكام القرآن للشافعي، بيروت: د.ت.

(١٣) التهانوي، محمد علي، كشاف اصطلاحات الفنون، كلكتا - الهند: ١٨٦٢.

(١٤) الجرجاني، السيد الشريف على بن محمد، التعريفات، الحلبي - مصر: ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م.

(١٥) الجصاص، أبو بكر أحمد بن على الرازي، احكام القرآن، الآستانة: ١٣٣٥هـ - ١٣٣٨هـ.

(١٦) الجنبيهي، منير وممدوح محمد، الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية: ٢٠٠٥م.

(١٧) الجويني، إمام الحرمين أبو المعالي، كتاب الإرشاد إلى قواطع الأدلة في أصول الاعتقاد، القاهرة: ١٩٥٠م.

(١٨) ابن حزم، أبو محمد علي، المحلى، تحقيق أحمد شاكر، دار التراث - القاهرة.

(١٩) حسن، على إبراهيم، مصر في العصور الوسطى من الفتح العربي إلى الفتح الإسلامي، القاهرة: ١٩٤٩م.

(٢٠) الحسن، صالح بن محمد، الضوابط الشرعية للتحكيم، ط١، الرياض: ١٤١٧هـ.

(٢١) الحطاب، محمد بن عبدالرحمن، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط٢: ١٩٧٨م.

(٢٢) الحلي، جعفر بن الحسن، شرائع الإسلام بتحقيق عبدالحسين محمد علي، النجف: ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م.

(٢٣) حميد الله، محمد، مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، بيروت: ١٩٨٣م.

(٢٤) الخرشي، عبدالله محمد، شرح على مختصر خليل وحاشية العدوي عليه، المطبعة العامرة: ١٣١٦هـ.

(٢٥) الخطيب، محمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،

القاهرة: ١٩٥٨م.

(٢٦) آل خنين، عبدالله بن محمد، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ط١: ١٤٢٠هـ.

(٢٧) الدردير، محمد بن أحمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك، القاهرة: ١٩٧٤م.

(٢٨) الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية على الشرح الكبير للدردير، القاهرة: ١٣٤٥هـ.

(٢٩) الدوري، قحطان، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، مطبعة الخلود، بغداد: ١٩٨٥م.

(٣٠) الرحيباني، مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهى، دمشق: ١٩٦١م.

(٣١) رضا، محمد رشيد، تفسير الإمام محمد عبده، المسمى بتفسير المنار، القاهرة: ١٩٧٣م.

(٣٢) الرملي، شمس الدين محمد بن أحمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ومعه: حاشية الشبراملسي وحاشية الرشيدي، القاهرة: ١٢٨٦هـ.

(٣٣) الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس شرح القاموس، تحقيق عبدالستار أحمد فراج، الكويت: ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م.

(٣٤) الزرقاني، أبو عبدالله محمد بن عبدالباقي، شرح على مختصر خليل، وحاشية البناني عليه، القاهرة: ١٣٨٢هـ.

(٣٥) زيدان، عبدالكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، بغداد: ١٩٨٤م.

(٣٦) الزيلعي، جمال الدين أبو محمد بن عبدالله بن يوسف، نصب الراية لأحاديث الهداية، القاهرة: ١٣٥٧هـ-١٩٣٨م.

(٣٧) الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، وبهامشه حاشية شهاب الدين أحمد الشلبي، بولاق مصر: ١٣١٣هـ - ١٣١٥هـ.

(٣٨) سالم، أحمد حسين علي، الشقاق والنزاع والتحكيم، دار الفرقان، الأردن: ٢٠٠٥م.

(٣٩) السبكي، تاج الدين، جمع الجوامع، القاهرة: ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م.

(٤٠) السرخسي، أبو بكر محمد بن أبي سهل، المبسوط شرح الكافي، القاهرة: ١٣٣١هـ.

(٤١) سلطان، حامد، القانون الدولي العام في وقت السلم، القاهرة: ١٩٧٦م.

(٤٢) الشافعي، الإمام أبو عبدالله محمد بن إدريس، كتاب الأم، بولاق مصر: ١٣٢١هـ.

(٤٣) الشنقيطي، محمد الأمين، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، المطابع الأهلية – الرياض.

(٤٤) الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، القاهرة: ١٣٨٠هـ-١٩٦٠م.

(٤٥) الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف، المهذب في فقه الإمام الشافعي، القاهرة: ١٩٥٩م.

(٤٦) الصاوي، أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك مطبوع مع الشرح الصغير للدردير، القاهرة: ١٩٧٤م.

(٤٧) الصاوي، محمد منصور، أحكام القانون الدولي، الإسكندرية: ١٩٨٤م.

(٤٨) طاش كبرى زاده، المولى أحمد بن مصطفى، مفتاح السعادة ومصباح السيادة في موضوعات العلوم، حيدر آباد - الدكن: ١٣٢٨هـ - ١٣٥٦هـ.

(٤٩) الطرابلسي، علاء الدين، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، بولاق مصر: ١٣٠٠هـ.

(٥٠) ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ط٢، القاهرة: ١٩٦٦م، ومعه: الدر المختار للحصكفي.

(٥١) عالمكير، الفتاوى العالمكيرية المعروفة بالفتاوى الهندية، وضعها جماعة من علماء الهند برئاسة الشيخ نظام، تنفيذًا لأمر السلطان محمد أورنك زيب بهادر عالمكير، مصر: ١٣١٠هـ- ١٣١١هـ.

(٥٢) العاملي، زين الدين بن علي، المعروف بالشهيد الثاني، الروضة الندية شرح اللمعة الدمشقية، القاهرة: ١٣٧٨هـ.

(٥٣) العبادي، أحمد مختار، في تاريخ المغرب والأندلس، مكتبة الأنجلو المصرية: ١٩٨٦م.

(٥٤) ابن عبدالسلام، عز الدين عبدالعزيز، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، القاهرة: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

(٥٥) ابن عبدالشكور، محب الدين، مسلم الثبوت وشرحه، فواتح الرحموت لابن نظام الدين، مع المستصفى للغزالي، بولاق، مصر: ١٣٢٢هـ-١٣٢٤هـ.

(٥٦) ابن العربي، أبو بكر، أحكام القرآن، بيروت: ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

(٥٧) العسقلاني، أحمد بن على بن حجر، رفع الأصر عن تاريخ قضاة مصر، القاهرة: د. ت.

(٥٨) العناني، إبراهيم محمد، اللجوء إلى التحكيم الدولي، القاهرة: ١٩٧٣م.

(٥٩) العوا، فاطمة محمد، عقد التحكيم في الشريعة والقانون، المكتب الإسلامي، بيروت: ٢٠٠٢م.

(٦٠) الفخر الرازي، محمد فخر الدين، التفسير الكبير، دار الفكر: ١٤٠٢هـ - ١٩٨١م.

(٦١) الفراء، القاضي أبو يعلى، الأحكام السلطانية، القاهرة: ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م.

(٦٢) ابن فرحون، إبراهيم بن على بن محمد، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، القاهرة: ١٣٠٢هـ.

(٦٣) الفيروزآبادي، مجد الدين الشيرازي، القاموس المحيط، القاهرة: ١٣٢٢هـ - ١٩١٣م.

(٦٤) القاري، أحمد بن عبدالله، مجلة الأحكام الشرعية، دراسة وتحقيق: عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان ومحمد إبراهيم أحمد علي، جدة: ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.

(٦٥) القاضي، منير، شرح المجلة، بغداد: ١٩٤٩م.

(٦٦) ابن قدامة، موفق الدين عبدالله بن أحمد المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقي، ومعه الشرح الكبير على متن المقنع لشمس الدين ابن قدامة المقدسي، القاهرة: ١٣٦٧هـ.

(٦٧) القرافي، شهاب الدين أبو العباس، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، المكتب الثقافي: ١٩٨٩م.

(٦٨) القرطبي، أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن،

القاهرة: ١٩٣٣هـ - ١٩٥٠م.

(٦٩) قليوبي وعميرة، حاشيتان على شرح جلال الدين المحلى لمنهاج النووي، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة: د. ت.

(٧٠) ابن القيم، محمد بن أبي بكر، أحكام أهل الذمة، بيروت: ١٩٨١م.

(٧١) الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، القاهرة: ١٣٢٧هـ - ١٣٢٨هـ.

(٧٢) مالك، الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، القاهرة: ١٣٢٤هـ.

(٧٣) الماوردي، على بن محمد بن حبيب، الأحكام السلطانية، القاهرة: ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م.

(٧٤) المحاسني، محمد سعيد، شرح المجلة، دمشق: ١٩٢٧هـ.

(٧٥) المرداوي، علاء الدين أبو الحسن على بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، القاهرة: ١٣٧٤هـ.

(٧٦) ابن مفلح، أبو عبدالله محمد بن مفلح المقدسي، كتاب الفروع، ومعه: تصحيح الفروع للمرداوي، القاهرة: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٧م.

(٧٧) ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

(٧٨) المواق، محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل لمختصر خليل، بهامش مواهب الجليل للحطاب، ط٢، ١٩٧٨م.

(٧٩) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، تحقيق محمد مطيع الحافظ، دمشق: ١٩٨٦م.

(٨٠) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المطبعة العلمية: ١٣١١هـ.

(٨١) النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، المنهاج مطبوع مع مغني المحتاج للخطيب، القاهرة: ١٩٥٨م.

(٨٢) النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر: د. ت.

(٨٣) النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، القاهرة: ١٣٤٤هـ.

(٨٤) النيسابوري، مسلم بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم بشرح النووي، مكتبة الغزالي، دمشق: ١٣٤٩هـ.

(٨٥) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبدالواحد، فتح القدير، القاهرة: ١٣١٥هـ.

(٨٦) أبو هيف، على صادق، القانون الدولي العام، الإسكندرية، ١٩٧٥م.

(٨٧) أبو الوفاء، احمد، التحكيم في القوانين العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية.

(٨٨) اليوسف، مسلم محمد جودت، المحاماة في ضوء الشريعة الإسلامية والقوانين العربية، مؤسسة الريان، بيروت: ١٤٢٢هـ.

الفهـــرس

مقدمة ٥٠٨
المبحث الأول: عموميات التحكيم ٥١١
معنى التحكيم: ٥١١
الفرق بين التحكيم والإفتاء والقضاء: ٥١٣
الإفتاء: ٥١٣
القضاء: ٥١٤
مشروعية التحكيم: ٥١٥
الكتاب: ٥١٥
السنة: ٥١٥
الإجماع: ٥١٦
اعتراض على التحكيم: ٥١٧
أهمية التحكيم: ٥١٧
المبحث الثاني: أركان التحكيم وشروطه ٥٢٣
أطراف التحكيم: ٥٢٣
شروط طرفي النزاع: ٥٢٣
شروط المحتكم إليه: ٥٢٤
صيغة التحكيم: ٥٢٧
مجالات التحكيم: ٥٢٩
المبحث الثالث: طبيعة اتفاق التحكيم ٥٣٢
مدى لزوم التحكيم: ٥٣٢
إلزامية الحكم: ٥٣٤
تنفيذ الحكم: ٥٣٤
التحكيم بين الزوجين: ٥٣٥
الأجرة على التحكيم: ٥٣٦
المبحث الرابع: أسئلة المجمع والإجابة عنها ٥٣٩
أسئلة المجمع والإجابة عنها ٥٣٩
المصادر والمراجع ٥٤١
الفهـــرس ٥٤٩

حجية الحكم التحكيمي

في الفقه الإسلامي

إعداد الأستاذ الدكتور

محمد عثمان شبير

جامعة قطر- كلية الشريعة

قسم الفقه و الأصول

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد الله رب العالمين الداعي إلى الحكم بين الناس بالقسط، والصلاة والسلام على سيدنا محمد بن عبد الله أول المحكمين في الإسلام، وعلى آله وصحبه والتابعين له بإحسان والسائرين على نهجه إلى يوم الدين.

وبعد... فإن التحكيم من الوسائل المهمة في فصل الخصومات وقطع المنازعات ووضع حد للخلافات التي تعد نتيجة ضرورية لاجتماع الناس وتعاملهم فيما بينهم. وهو في حقيقته وجوهره أمر بالمعروف ونهي عن المنكر ونصر للمظلوم وأداء الحق لمستحقه ورد الظالم عن ظلمه وإصلاح بين الناس.

وإذا كان القضاء يشاطر التحكيم في هذه المهمة فإن التحكيم يمتاز عن القضاء بأنه أسرع منه في إنجاز تلك المهمة،لأن المحكَم يكون متفرغاً للنظر في قضية واحدة، فيحصل له حسمها في أقرب وقت ممكن، في حين أن القاضي النظامي يحكم في عدة قضايا، ولا يحكم في القضية إلا بعد عدة تأجيلات لأدنى الأسباب، وهذا يستغرق وقتاً طويلاً.هذا بالإضافة إلى أن التحكيم يوفر على الخصمين كثيراً من المصروفات المالية التي يتكبدها الخصوم عند رفع قضيتهم إلى القضاء النظامي.

ولكن لا يمكن أن تتحقق تلك المهمة للتحكيم من فصل الخصومات إلا إذا كان الحكم التحكيمي موضع الاحترام والإلزام والتنفيذ في الواقع، وهو ما يعرف في القوانين المعاصرة بمبدأ حجية الحكم التحكيمي.فما موقف الفقه الإسلامي من هذا

المبدأ؟وما حقيقته؟ وما مظاهره؟ وما القيود الواردة علية؟هذه الأسئلة وغيرها سنجيب عليها في هذا البحث إن شاء الله تعالى.

ولما كان البعد الفقهي هو البعد الرئيس في هذا الموضوع، فقد رجعت إلى عدد وافر من المراجع الفقهية التي تمثل أكثر المذاهب الفقهية ذيوعاً.

وقد قسمت البحث إلى ثلاثة مباحث وخاتمة.

تكلمت في البحث الأول عن حقيقة حجية الحكم التحكيمي.

وفي المبحث الثاني عن مظاهر حجة الحكم التحكيمي.

وفي المبحث الثالث عن القيود الواردة على حجية الحكم التحكيمي.

وفي الخاتمة لخصت أهم نتائج البحث.

والله أسال أن يتقبل مني هذا الجهد، ويجعله في ميزان حسناتي يوم لا ينفع مال ولا بنون.

المبحث الأول

حقيقة حجية الحكم التحكيمي

إن معرفة موقف الفقه الإسلامي من مبدأ حجية الحكم التحكيمي يتوقف على بيان حقيقة حجية الحكم التحكيمي، ولكي تستبين تلك الحجية لا بد من بيان حقيقة حكم التحكيم، وتأصيل تلك الحجية.ولذا سيشتمل هذا المبحث على مطلبين هما:

الأول:حقيقة حكم التحكيم.

الثاني:تأصيل حجية الحكم التحكيمي في الفقه الإسلامي.

وفيما يلي بيان ذلك:

المطلب الأول

حقيقة حكم التحكيم

حكم التحكيم هو النتيجة المستهدفة من عملية التحكيم. وهو مركب إضافي يتكون من حكم. وتحكيم، ويتوقف تعريفه كلقب على معرفة مفرداته. ولذا سيشتمل هذا المطلب على أمرين:

الأول: حقيقة حكم التحكيم باعتباره مركباً إضافياً.

الثاني: حقيقة حكم التحكيم باعتباره لقباً.

أولاً:حقيقة حكم التحكيم باعتباره مركباً إضافياً:

تعريف الحكم:

حَكَمَة في اللغة:المنع، فيقال:حكمت علية بكذا إذا منعته من خلافه، ومنه حكمة الدابة لأنها تمنعها. قال ابن فارس في بيان أصل الحكم في اللغة: «الحاء والكاف والميم أصل واحد وهو المنع، وأول ذلك الحكم، وهو المنع من الظلم»[(١)]

والحكم في الاصطلاح -بالمعنى العام- «إسناد أمر إلى آخر إيجاباً أو سلباً»[(٢)] وهو يطلق -بالمعنى الخاص- على عدة إطلاقات تختلف باختلاف المستعملين له من علماء المنطق، وعلماء الكلام و الأصوليين والفقهاء والقضاة. ويهمنا في هذا البحث استعمال القضاة للحكم فما تعريف القضاة للحكم؟

فقد عرفه ابن عرفة بأنه: «جزم القاضي بحكم شرعي على وجه الأمر»[(٣)] وعرفه ميارة في شرحه لتحفة الحكام بأنه: «الإلزام بالحكم الشرعي»[(٤)].

وعرفه الشيخ زكريا الأنصاري بأنه: «إظهار حكم الشرع في الواقع ممن يجب عليه إمضاؤه»[(٥)] وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٧٨٦) بأنه: «قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها»[(٦)] وعرفه صاحبا معجم لغة الفقهاء بأنه: «القرار الذي

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس٢/ ٩١.

(٢) التعريفات للجرجاني ص١٢٣.

(٣) حاشية البناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل للبناني٧/ ١٤٩.

(٤) شرح تحفة الحكام لميارة١/ ٨.

(٥) شرح عماد الرضا للمناوي ١/ ٢٢٨.

(٦) مجلة الأحكام العدلية ص٣٦٤.

يصدره القاضي لينهي المخاصمة بين المخاصمين»[1].

وهي تعريفات متقاربة تتضمن عدة عناصر أساسية وهي:

أ- صدور قرار من القاضي أو المحكم للفصل في الخصومة.

ب- موافقة القرار لحكم الشرع.

ج- إلزام الخصمين بتنفيذ القرار. وبهذا يختلف الحكم القضائي أو الحكم التحكيمي عن حكم المفتي فهو لا يتضمن الإلزام، وإنما يكون على وجه الإعلام به.

تعريف التحكيم:

التحكيم في اللغة: مأخوذ من حكَّمت الرجلَ: أي فوضت الحكم إليه. وهو يتفرع عن المعنى الأصلي للحكم وهو المنع، فبقال حكَّمت الرجل تحكيماً منعته مما أراد[3]

والتحكيم في اصطلاح الفقهاء:جاء في شكل شرح لمعنى التحكيم ولم يأت في صورة حد منطقي في كثير من كتابات الفقهاء. ومن ذلك ما جاء في التبصرة لابن فرحون: «ومعناه أن الخصمين إذا حكما بينهما رجلاً وارتضياه لأن يحكم بينهما فإن ذلك في الأموال وما في معناها»[4] ما جاء في المغني: «وإذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماه بينهم ورضياه»[5] وهذا لا ينفي وجود بعض التعريفات الموجزة للتحكيم مثل تعريف

(١) معجم لغة الفقهاء لقلعه جي وقنيبي ص١٨٤.

(٢) المصباح المنير للفيومي ص٢٠٠،البحر الرائق لابن نجيم ٧/ ٢٤.

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون ١/ ٤٣.

(٤) المغنى لابن قدامة ٩/ ١٠٧. وانظر تعريف الطرابلسي في معين الحكام ص٢٧ حيث قال:(أن الخصمين إذا حكما بينهما رجلاً وارتضياه لأن يحكم بينهما)

ابن نجيم وهو: «تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما»[٦] وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٧٩٠) بأنه: «اتخاذ الخصمين حاكما يرضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما»[٧] وعرفه الأستاذ محمد سلام مدكور بأنه: «أن يحكم اثنان آخر بينهم ليفض النزاع ويطبق حكم الشرع»[٨] وعرَّفه صاحبا معجم لغة الفقهاء بأنه: «اتفاق الخصمين على قبول حكم شخص معين في فصل الخصومة بينهما»[٩] وعرفه الشيخ مصطفى الزرقاء بأنه: «أن يحتكم طرفان مختصمان إلى شخص يختارانه برضاهما ليكون حاكماً بينهم في دعواهما بدلاً من القاضي»[١٠].

مما سبق يتبين أن عناصر التحكيم هي:

أ- وجود قضية متنازع فيها وهي محل التحكيم.

ب- رضا الخصمين بالمحكم وهو ركن التحكيم.

ج- قبول المحكم للسير في إجراءات التحاكم وإصدار الحكم.

د- شروع المحكم في إجراءات التحكيم.

هـ- صدور الحكم في القضية المتنازع فيها.

و- إلزام الخصمين بالحكم الصادر عن المحكم.

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم ٧/ ٢٤.

(٢) مجلة الأحكام العدلية ص٣٦٥.

(٣) القضاء في الإسلام لمحمد سلام مدكور ص١٣١.

(٤) معجم لغة الفقهاء لقلعه جي وقنيبي ص١٢٣.

(٥) المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء ١/ ٤٥١.

ز- مطابقة حكم المحكم للشرع.

ويتنوع التحكيم- باعتبار وقت صدور إرادة الخصمين- إلى اختياري وإجباري[1]

فالتحكيم الاختياري: هو اتفاق الخصمين على إحالة النزاع الحاصل بينهما على التحكيم بدلاً من القضاء النظامي. فهو يرتكز على إرادة الخصمين وقت حدوث النزاع. فيكون لهما الخيار بين اللجوء إلى القضاء النظامي أو إلى التحكيم.

وأما التحكيم الإجباري: فهو الالتزام مقدماً بإحالة النزاع الذي يحدث في المستقبل على التحكيم،إذا كان النزاع من النوع الذي يخضع للتحكيم.

وهو يتنوع - باعتبار الجهة التي تقوم بتعيين المحكم- إلى عادي، ورسمي بمنزلة القضاء.

فالتحكيم العادي: هو الذي تصدق عليه التعريفات السابقة للتحكيم مثل: «تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما»[2]

وأما التحكيم الرسمي الذي هو بمنزلة القضاء: فهو الذي يرتكز على أساس تولية إمام المسلمين للمحكم أو تولية القاضي له. فقد نص الحنفية على أنه لو أمر الإمام رجلاً أن يحكم بين أثنين، فهذا المحكم يكون بمنزلة القاضي المولى من قبل الإمام.[3] ونص المالكية على أنه إذا أمر القاضي رجلاً ليحكم بين اثنين فهو بمنزلة قضاء القاضي

(١) عقد التحكيم لقحطان الدوري ص٧١(بتصرف).
(٢) البحر الرائق لابن نجيم ٧/ ٢٤.
(٣) البحر الرائق لابن نجيم ٧/ ٢٤.

وكأن الحكم وقع من القاضي.[٤] وهذا النوع من التحكيم لا يدخل في موضوع بحثنا لأن الحكم يستمد حجيته من تولية الإمام للمحكم، أو تولية له القاضي.

ثانياً: حقيقة حكم التحكيم باعتباره لقبًا:

إذا كان الحكم القضائي هو القرار الذي يصدر عن القاضي لينهى المخاصمة على سبيل الإلزام، فإن حكم التحكيم هو القرار الذي يصدر عن الحكَم لفصل الخصومة بين المتخاصمين على سبيل الإلزام لهما.

وبالرغم من أن حكم التحكيم صادر عن شخص ليس له ولاية القضاء، وهو المحكَم إلا أنه يعد بمثابة الحكم القضائي، لأن الإسلام أقر التحكيم احتراماً لإرادة الخصوم. فإرادة الخصوم هي التي أوجدت التحكيم وجعلت المحكم يقوم بعمله ويتخذ إجراءات التقاضي التي يتخذها القاضي. هذا بالإضافة إلى أن التحكيم نظام قضائي مشروع في الإسلام بدليل قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[٢] قال القرطبي: «هذه الآية دليل على إثبات التحكيم»[١] وقال الجصاص: «هذا أصل في جواز التحكيم بين الخصمين»[٢]

ولا يخرج عمل المحكم عند تقريره الحكم عن الاجتهاد الذي يحتمل الصواب والخطأ. فهو يجتهد في أمرين هما:

---

(١) حاشية الدسوقي ٤/ ١٣٥، الزرقانى على مختصر خليل ٧/ ١٢٩.

(٢) سورة النساء: ٣٥.

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥/ ١٧٧.

(٤) شرح أدب القاضي للجصاص ص٥٨٤.

الأول: اكتشاف الحكم الشرعي أثناء طلبه في مصادره الشرعية من الكتاب والسنة والقياس وغير ذلك.

والثاني: إنزال الحكم الشرعي على الوقائع التي ادعاها أطراف الخصومة، وكشف عنها التحقيق. وهي قد تكون مطابقة للواقع وقد تكون غير مطابقة للواقع. كما أخبر الرسول ﷺ: «**إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلى، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فاقضي له بنحو ما أسمع، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً فإنما أقطع له قطعة من نار**»[(٣)].

وبناء على ما سبق يمكن تعريف حكم التحكيم باعتباره لقباً بأنه: «القرار الشرعي الذي يصدر عن المحكم لفصل الخصومة بين المتخاصمين على سبيل الإلزام لهما».

(١) صحيح البخاري، كتاب الشهادات باب(٢٧) ٣/ ١٦٢.

المطلب الثاني

تأصيل حجية الحكم التحكيمي في الفقه الإسلامي

إن مبدأ حجية الحكم القضائي في القوانين المعاصرة يعنى أن الحكم حجة فيما بين الخصوم وبالنسبة إلى ذات الحق محلاً وسبباً[٤]. وبعبارة أخرى أن الأحكام القضائية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق إذا اتحد أطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم، وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً[١]. فينبغي أن يحوز الحكم الاحترام أمام المحكمة التي أصدرته وأمام غيرها من المحاكم، بحيث إذا أثار أحد الخصوم نفس النزاع من جديد وجب الحكم بعدم قبول الدعوى، كما أن المسألة التي سبق حسمها بالحكم يجب التسليم بها في كل نزاع جديد[٢]

وإذا كان الحكم التحكيمي بمثابة الحكم القضائي - كما بينا سابقاً- فإنه يكون للحكم التحكيمي حجية الحكم القضائي من الاحترام والإلزام والتنفيذ الجبري في الواقع، فلا يقبل الرجوع عنه والتنصل منه.

والناظر في كتب فقهاء المذاهب الإسلامية يجد أنهم أكدوا على احترام الحكم التحكيمي والإلزام به وتنفيذه في. الواقع فقد قال البابرتي الحنفي: «وإذا حكم رجلان رجلاً ليحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز؛ لأن لهما ولاية على أنفسهما فيصح تحكيمهما،

(١) حجية الحكم الجنائي لادوارد غالي الذهبي ص٣٨.

(٢) معجم المصطلحات القانونية لعبد الواحد كرم ص١٨٠.

(٣) حجية الحكم الجنائي لادوارد غالي الذهبي ص٣٩.

وإذا حكم لزمهما»[٣] وقال الخصاف الحنفي: «وحكم الحَكم لازم للخصمين كما يلزم القاضي»[٤] وقال ابن فرحون المالكي: «وإذا حكم المحكَم فليس لأحدهما أن ينقض حكمه وإن خالف مذهبه»[٥] وقال الماوردي الشافعي: «وإذا جاز التحكيم في الأحكام فنفاذ حكمه معتبر بأربعة شروط...»[٦] وقال المرداوي الحنبلي: «إن تحاكم رجلان إلى رجل يصلح للقضاء، فحكماه بينهما نفذ حكمه»[٧] وجاء في مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية (م٢٠٩٣): «يصح أن يحكم الخصمان رجلاً ليحكم بينهما، فينفذ حكمه في كل ما ينفذ فيه حكم القاضي»[٨] فهذه النصوص الفقهية إن دلت على شيء فهي تدل على حرص العلماء على إبراز حجية الحكم التحكيمي وأنه ملزم للمتخاصمين، فلا يجوز لأحدهما بعد أن يصدر المحكم حكمه في الخصومة أن ينقض حكم المحكم ويتنصل من تنفيذه و الالتزام به؛ لأنه بمثابة الحكم الصادر عن القاضي النظامي. فقد اعتبر ابن نجيم اللزوم أثراً ضرورياً للحكم سواء صدر عن القاضي أم عن المحكم حيث قال: «بالنسبة إلى الحكم اللزوم، فليس لأحد نقضه حيث كان مجتهداً فيه ومستوفياً شرائطه الشرعية»[٩].

ويستند لزوم الحكم التحكيمي إلى كثير من الأدلة وهي:

---

(١) العناية للبابرتي مع فتح القدير ٧/ ٣١٦.

(٢) أدب القاضي للخصاف مع شرحه للجصاص ص٥٨٥.

(٣) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون ص٤٤.

(٤) أدب القاضي للماوردي ٢/ ٣٨٠.

(٥) الإنصاف للمرداوي ١١/ ١٤٨.

(٦) مجلة الأحكام الشرعية لأحمد عبد الله القاري ص٦٠٧.

(٧) البحر الرائق لابن نجيم ٦/ ٢٨١.

١- قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[١]. فهذه الآية دليل على إثبات التحكيم وإقراره احتراماً لإرادة المتخاصمين اللذين رضيا بحكم المحكم والتزما بالقبول به، فيعد لازماً لهما بذلك الإقرار.

٢- وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ ۚ﴾[٢]. فهذه الآية تدل على وجوب التزام جميع المؤمنين بكل عقد جارٍ على رسم الشريعة[١]، والتحكيم عقد من العقود، فينبغي الوفاء به. كما قال مصطفى الزرقاء: «التحكيم عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصاً آخر حاكما بينهما لفصل خصومتهما»[٢]

٣- ما روى أبو داود عن شريح عن أبيه عن جده شريح عن أبيه هانئ أنه لما وفد إلى رسول الله مع قومه سمعهم يكنونه بأبي الحكم، فدعاه رسول الله ﷺ، فقال: إن الله هو الحكم وإليه الحكم فلم تكنى أبا الحكم، فقال إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني،فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين. فقال رسول الله ﷺ: «**ما أحسن هذا، فما لك من الولد؟ قال:لي شريح ومسلم وعبد الله. قال: فمن أكبرهم؟ قلت:شريح. قال: فأنت أبو شريح**»[٣] فهو دليل على إقرار الرسول ﷺ لإلزام الخصمين بحكم أبي شرح التحكيمي.

---

(١) سورة النساء: ٣٥.

(٢) سورة المائدة: ١.

(٣) المحرر الوجيز لابن عطية ٤/ ٢١٣.

(٤) المدخل الفقهي العام للزرقاء ١/ ٥٥٥.

(٥) سنن أبي داود، كتاب الأدب، باب تغيير الاسم القبيح، رقم (٤٩٥٥) وصححه الألباني.

٤- وقال ﷺ: «**من حكم بين أثنين تراضيا فلم يعدل بينهما فعليه لعنة الله**»[٤].

قال القرافي: «وهو دليل الجواز و الالتزام»[٥] ووجه ذلك أنه لولا أن حكم المحكم يلزمهما لما لحقه هذا الذم.

٥- قياس حجية الحكم التحكيمي على حجية الحكم القضائي الصادر عن القاضي المولى من قبل الإمام، فكما أن القاضي ينفذ حكمه من غير توقف على رضا من أي من الخصمين، فالمحكم أيضاً ينفذ حكمه دون رضا الخصمين بهذا الحكم[٦].

(١) تلخيص الحبير لابن حجر ٤/ ١٨٥ وتعقبه ابن الجوزي.

(٢) الذخيرة للقرافي ١٠/ ٣٥.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ١٩٣، وكشاف القناع للبهوتي ٦/ ٣٠٩، والكافي لابن قدامة ٤/ ٤٣٦.

المبحث الثاني

مظاهر حجية الحكم التحكيمي

إذا كانت حجية الحكم التحكيمي تعنى لزوم الحكم وتنفيذه في الواقع، فإن هـذا المعنـى يظهر بجلاء من خلال المظاهر التالية:

المظهر الأول: عدم تعقب قاضي البلد لأحكام المحكمين:

اتفق الفقهاء على أن أحكام المحكمين يجب أن تكـون مطابقـة للأصـول الشرعيـة وإلا عد الحكم باطلاً وجب نقضه. واختلفوا فيما إذا كان حكم المحكم موافقاً لمـذهب أحد المجتهدين، إلا أنه مخالف لمذهب قاضي البلد فهل يتعقبه القاضي بالنقض؟

القول الأول: ذهب المالكية و الحنابلة و الشافعية في قول إلى أن حكم المحكم لازم كحكم القاضي المولى من قبل الإمام ولا يجوز لقاضي البلد نقضه بحال مـن الأحـوال، ولو طلب أحد الخصمين ذلك من القاضي. قال ابن فرحون المالكي: «فأما العالم العادل فلا يتعرض لأحكامه إلا على وجه التجويز لها، فأما على وجـه الكشـف لهـا و التعقـب فلا، وإن سأله الخصم ذلك»[1] وقال علـيش المـالكي في عـدم تعقـب القـاضي لحكـم المحكم: «أمضاه القـاضي ولا يـرده إلا أن يكـون جـوراً بينـاً»[2] وقـال ابـن أبي الـدم الشافعي: «بناء على القول بأن نفاذ الحكم لا يحتاج إلى رضا الخصمين، لو رفـع الحكـم

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون١/ ٥٨.

(٢) منح الجليل على مختصر خليل لعليش ٤/ ١٥٣.

إلى الحاكم أجراه على وفق الشرع كغيره من القضاة»[٣] وقال البهوتي الحنبلي: «ويلزم من كتب إليه بحكمه القبول وتنفيذه كحاكم الإمام، ولا يجوز نقض حكمه فيما لا ينقض»[٤] وقال ابن مفلح الحنبلي: «ولا يجوز أن ينقض حكمه (المحكم) إلا فيما ينقض من حكم غيره (القاضي)»[٥].

يظهر من خلال هذه النصوص الفقهية أن هذا القول يستند إلى قياس حكم المحكم على حكم القاضي المولى من قبل الإمام، فكما أن حكم القاضي لا يقبل الطعن فيه من قبل قاضٍ آخر فكذلك حكم المحكم؛ لأنه حاكم نافذ الأحكام وجب على القاضي قبول حكمه.

القول الثاني: ذهب الحنفية و الشافعية في قول إلى جواز تعقب القاضي لحكم المحكم ونقضه. فقد بني الشافعية رأيهم هذا على القول بأن رضا الخصمين شرط للزوم الحكم، فإذا لم يرض أحد الخصمين بالحكم وطلب من القاضي تعقبه و نقضه وإعادة المحاكمة نقضه وأعاد المحاكمة. قال الشربيني الشافعي: «لا يشترط الرضا بعد الحكم في الأظهر كحكم المولى. والثاني: يشترط؛ لأن رضاهما معتبر في أصل الحكم، فكذا في لزومه»[١] وأما الحنفية فقد أجازوا للقاضي نقض حكم المحكم إذا كان الحكم مخالفاً لمقتضى مذهب قاضي البلد. أما إذا لم يكن مخالفاً لمذهبه فلا ينقضه؛ لأنه لا فائدة من

(١) أدب القضاء المسمى(الدرر المنظومات قي الأقضية و الحكومات) لأبي أسحق إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبي الدم ص١٣٩.

(٢) كشاف القناع للبهوتي ٦/ ٣٠٩، وانظر أيضاً الإنصاف للمرداوي ١١/ ١٤٩.

(٣) المبدع لابن مفلح ١٠/ ٢٧.

(٤) مغني المحتاج للشربيني ٤/ ٣٧٩.

نقضه ثم إبرامه مرة أخرى على ذلك الوجه. قال ابن نجيم الحنفي: «إذا رفعا (الخصمان) حكمه (المحكم) إلى القاضي وتداعيا عنده عمل القاضي بموجبه إن وافق مذهبه، لأنه لا فائدة في نقضه ثم إبرامه»[٢]. وقد نبه الحنفية الخصوم إلى ضرورة التصديق على حكم المحكم من قبل القاضي ليلاقي نقضه من قبل قاض آخر. كما قال ابن نجيم: «وفائدة هذا الإمضاء أن لا يكون لقاض آخر يرى خلافه نقضه إذا رفع إليه؛ لأن إمضاءه بمنزلة قضائه ابتداء»[٣]. ويستدل لجواز تعقب القاضي لحكم المحكم ونقضه بما يلي:

١- إن ولاية المحكم مقصورة على المتخاصمين فقط، فلا ولاية له على القاضي صاحب الولاية العامة فلا يلزم القاضي إنفاذ حكم المحكم[٤]

٢- ولأن تولية الخصمين المحكم ليحكم بينهما بمنزلة اصطلاحهما على شيء من المجتهدات، فكان للقاضي أن يبطله أو ينفذه، فهو كالاجتهاد، يجوز نقضه[٥].

والراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من عدم جواز تعقب القاضي الحكم المحكم ونقضه؛ لأن للمحكم ولاية على الخصمين تستند إلى رضاهما بحكمه، وإقرار الشارع لمبدأ التحكيم، فلا ينقض حكم المحكم من قبل قاضي البلد احتراماً لإرادة الخصوم وصيانة لجهود المحكم، ولأن في جواز نقض القاضي لحكم المحكم نقضاً لمبدأ استقرار القضاء و التحكيم.

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم ٧/ ٢٧.

(٢) المرجع السابق.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ١٩٤.

(٤) المرجع السابق.

المظهر الثاني: عدم جواز رجوع المحكَم عن حكمه بعد صدوره:

إذا أصدر المحكم حكماً في خصومة فقضي لشخص على آخر، فلا يجوز له أن يرجع عن ذلك الحكم فيقضى للآخر على الأول بناء على تجدد الاجتهاد في ذلك، ولو فعل ذلك لم ينتقض حكمه؛ لأن الحكومة تمت بالقضاء الأول، كما قال ابن نجيم: «ولو رجع المحكم عن حكمه فقضى للآخر لم يصح لأنها تمت الحكومة بالقضاء الأول»[(١)] ويستثنى من ذلك ما إذا كان حكم المحكم يتضمن خطأ بيناً صريحاً فينقض حكم المحكم كما ينقض حكم القاضي إذا تضمن ذلك الخطأ.ويستند عدم جواز رجوع المحكم عن حكمه إلى أن حكمه بمثابة حكم القاضي وهو مما لا يجوز الرجوع عنه ويؤيد ذلك:

١- ذكر الشعبي أن الرسول ﷺ كان يقضى بالقضاء ثم ينزل القرآن بغير الذي قضى، فلا يرد قضاءه ويستأنف[(٢)]. قال الخصاف معلقاً على ذلك: «فهذا دليل على أن القاضي إذا قضى بالاجتهاد في حادثة ليس له فيها كتاب ولا سنة ثم تحول عن رأيه، فإنه يقضى في المستقبل ولا ينقض ذلك الذي كان منه برأيه»[(٣)].

(١) البحر الرائق لابن نجيم ٧/ ٢٧.
(٢) شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/ ١٦٧.
(٣) المرجع السابق.

٢- وروي عن عمر بن الخطابﷺ أنه حكم في مسألة المشركة[١] بحكم لم يشرك فيه بين الأخوة لأم والأخوة الأشقاء. وبعدها بعام واحد عرضت عليه قضية مماثلة فشرك، فيها بينهم بالتساوي. فلما سئل عن ذلك قال: «تلك على ما قضيتا، وهذه على ما نقضي»[٢].

٣- وروي عن شريح القاضي كان يقضى بالقضاء، ثم يرجع عنه فيقضي بخلافه، ولا يرد ما كان قضى به أولاً. و شريح كان قاضياً زمن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما، فما فعله فالظاهر أنه فعله سماعاً منهما.[٣]

المظهر الثالث: إلزام الخصوم بحكم المحكم ولو خالف مذهب أحدهم:

إذا شرع المحكم في إجراءات التحكيم في القضية المعروضة وأصدر حكمه فيها فهل يلزم جميع الخصوم تنفيذه، ولو خالف مذهب أحدهم؟ أختلف الفقهاء في ذلك على قولين هما:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية و الحنابلة والشافعية في قول إلى أن حكم المحكم يلزم جميع الخصوم ويجب عليهم تنفيذه، ولو خالف مذهب أحدهم.قال الزيلعي الحنفي: «صح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما؛ لأنه بمنزلة الحاكم في حقهما»[٤] وقال

(١) المسألة المشركة: من مسائل المواريث المشهورة التي جرت لعمر بن الخطاب وتسمى بالمسألة الحمارية، ويشترك فيها الأخوة لأم في نصيبهم حين لا يبقى للأخوة الأشقاء شيء من الميراث. وصورتها: ماتت امرأة عن زوج وأم و أخوة لأم وأخوة أشقاء.

(٢) أدب القاضي للماوردي ١/ ٦٨٤.

(٣) شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/ ١٦٨،المبسوط للسرخسي ٢٠/ ١٢٧.

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ١٩٣، وانظر: المبسوط للسرخسي ٢٠/ ١٢٧.

ابن جزي المالكي: «إذا حكم المتخاصمان رجلاً لزمهما حكمه إذا حكم بما يجوز»[1] وقال ابن أبي الدم الشافعي: «مهما حكم عليهما وبينهما وفصل القضية بطريقها فهل يلزمه حكمه بنفسه؟ أم لا بد من تراضيهما بعد الحكم؟ فيه قولان ذكرهما الجماعة، و وجهان ذكرهما الإمام أصحهما أنه يلزم بنفسه كالحاكم. والثاني وهو اختيار المزني أنه لا يلزم حكمه ما لم يتراضيا بعد الحكم لضعفه»[2] وقال البهوتي الحنبلي: «وإن تحاكم شخصان إلى رجل للقضاء بينهما، فحكم نفذ حكمه»[3] ويستدل لهذا القول بما ذكرنا من أدلة عند تأصيل حجية الحكم التحكيمي.

القول الثاني: ذهب الشافعية في قول إلى عدم إلزام الخصوم بحكم المحكم لأن اللزوم يتوقف على رضا الخصوم بالحكم بعد صدوره.

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من إلزام الخصوم بحكم المحكم بعد صدوره، ولو خالف مذهب أحدهم، ولا يتوقف هذا اللزوم على رضا الخصوم بالحكم بعد صدوره؛ لأنهم تعاقدوا مع المحكم على الرضا بحكمه بعد صدوره فيلزمهم، ولأن الأصل في عقد التحكيم عدم اللزوم قبل صدور الحكم، ولكنه يلزم بعد صدور الحكم من المحكم.

مدى تعدي حكم المحكم إلى غير الخصوم:

اتفق الفقهاء على أن حكم المحكم مقصور على الخصوم، ولا يتعدى غيرهم في الغالب؛ لأن غير الخصوم لم يرضوا بحكم المحكم وليس للمحكم ولاية على غير الخصوم بخلاف القاضي الذي يملك الولاية العامة. ولأن المحكم كالمصالح في حق

(١) قوانين الأحكام الفقهية لابن جزي ص ٣٢٥.

(٢) أدب القضاء لابن أبي الدم ص ١٣٩.

(٣) أدب القضاء لابن أبي الدم ص ١٣٩، مغنى المحتاج للخطيب الشربيني ٤/ ٣٧٩.

غير الخصوم وكالقاضي في حق الخصوم. كما قال البابرتي الحنفي: «وحكم الحكَم لا ينفذ على غير المحكمين»[1] وجاء في مجلة الأحكام العدلية (م١٨٤٢) «لا يجوز ولا ينفذ إلا في حق الخصمين اللذين حكماه، وفي الخصوص الذي حكماه به فقط ولا يتجاوز غير ذلك ولا يشمل سائر خصوماتهما»[2] وقال ابن فرحون المالكي في تعليل عدم صحة التحكيم في القصاص والقذف و الطلاق و العتق و النسب و اللعان: «إنما استثنيت هذه المسائل من هذه القاعدة لا ستلزامها إثبات حكم أو نفيه عن غير المتحاكمين، ومن عدا هذين المتحاكمين لم يرض بحكم هذا المحكم، فاللعان يتعلق به حق الولد في نفي نسبه من أبيه، فقد ينفيه هذا المحكم وليس له ولاية على الحكم في هذا الولد وكذلك النسب»[3] وقال ابن أبي الدم الشافعي: «اعلم أن الحكم بين المتحاكمين في التحكيم لا يتعدى إلى ثالث غير المتحاكمين إلا في مسألة العاقلة»[4] وقال ابن قدامة الحنبلي: «فإن حكمه لازم للخصمين»[5]

واستثنى الشافعية من قصر الإلزام على الخصوم مسألة العاقلة وهي ما إذا تحاكم إلى المحكم رجلان في قتل خطأ، وحكم المحكم بثبوت القتل الخطأ على الجاني فإن الحكم يتعدى إلى العاقلة **في وجه عند الشافعية** لأن إلزام العاقلة بالدية متصل بثبوت القتل الخطأ ولا ينفصل عنه، فالقاتل خطأ رضي بحكم المحكم، وقبل أن الدية تجب عليه ثم تتحملها العاقلة. **وأما الوجه الثاني** في هذه المسألة فهو أن العاقلة لا تلزم بحكم

(١) العناية للبابرتي مع فتح القدير ٧/ ٣١٨، وانظر البحر الرائق لابن نجيم ٧/ ٢٩.

(٢) مجلة الأحكام العدلية ص ٣٧٥.

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون ص ٤٤.

(٤) أدب القضاء لابن أبي الدم ص ١٤١.

(٥) المغنى لابن قدامة ٩/ ١٠٨، كشاف القناع ٦ للبهوتي/ ٣٠٩.

المحكم ولا تتحمل الدية لعدم رضاهم بحكمه وتحكيمه[1].

والراجح هو الوجه الأول من أن العاقلة تلزم بدفع الدية، لأن الشارع الزمها بالدية من باب التكافل الاجتماعي، فمتى ثبت قتل الخطأ لزم العاقلة ما ألزمها به الشرع.

المظهر الرابع: عدم تأثر الحكم التحكيمي بالشبهات و التغيير في البينات:

إذا صدر الحكم من المحكم بناء على حيثيات وبينات معينة، ثم تغيرت تلك الحيثيات بعد صدور الحكم، فيختلف أثر ذلك في الحكم باختلاف قوة دلالة ذلك التغير على الخطأ. فإن كانت دلالته على الخطأ بينة وقاطعة نقض الحكم: كما لو بني المحكم حكمه على الاجتهاد بالرأي ثم وجد النص الشرعي بخلافه، وكذلك إذا بنى حكمه على بينة مزورة ثم تبين خلافه. كما قال السيوطي: «وإنما ينقض حكم الحاكم لتبين خطئه. و الخطأ قد يكون في نفس الحكم بكونه خالف نصاً أو شيئاً مما تقدم، وقد يكون الخطأ في السبب كأن يحكم ببينة مزورة، ثم يتبين خلافه. وقد يكون الخطأ في الطريق إذا حكم ببينه ثم بان فسقها»[2].

وأما إذا كانت دلالة التغير على الخطأ غير قاطعة أو تحتمل الخطأ فلا ينقض الحكم في الراجح كما قال السيوطي: «فإن لم يتعين الخطأ، بل حصل مجرد التعارض كقيام بينة بعد الحكم بخلاف البينة التي ترتب عليها فلا ينقض في الراجح»[3] ونص فقهاء الحنفية على أنه إذا صدر الحكم بناء على إقرار من أحد الخصمين، ثم أنكر المقضي عليه

(١) أدب القاضي القضاء للماوردي ٢/ ٣٨٤.

(٢) الأشباه و النظائر للسيوطي ص ١١٧.

(٣) المرجع السابق.

أن يكون أقر المحكم عند بشيء أو قامت عليه بينه بشيء، ثم أنكر ذلك بعد إصدار الحكم لم يلتفت إلى إنكار المقضي عليه ويمضي القضاء عليه وينفذ الحكم. وعلل الحنفية بأن المحكم يملك إنشاء الحكم عليه بذلك فيملك، الإقرار كالقاضي المولى إذا قال في حال قضائه لإنسان: قضيت عليك لهذا بإقرارك أو ببينة قامت عندي على ذلك، فإنه يصدق المحكم في ذلك، ولا يلتفت إلى إنكار المقضي عليه[1].

المظهر الخامس: انتفاء مسؤولية المحكم عما يصدره من أحكام:

المحكم كالقاضي لا يُسأل مدنياً ولا جنائياً عن الأحكام التي يصدرها إذا كانت مطابقة للأصول الشرعية و الضوابط الفقهية في القضاء و التقاضي. أما إذا كانت مخالفة للأصول الشرعية، بأن كان المحكم جاهلاً بالأحكام الشرعية فإنه يُسأل عن الأحكام التي يصدرها، وما تسببه تلك الأحكام للغير من أضرار، وكذلك فيما لو حكما لمحكم بشهادة أطفال غير مميزين أو بشهادة مجانين، وهو يعلم أنهم مجانين، فإنه يضمن ما الحقه بالمحكوم عليه من أضرار. كما قال ابن قدامة: «أن الحاكم إذا حكم بشهادة اثنين في قطع أو قتل وانفذ ذلك، ثم بان أنهما كافران أو فاسقان أو أحدهما، فلا ضمان على الشاهدين لأنهما مقيمان على أنهما صادقان فيما شهدا به، وإنما الشرع منع قبول شهادتهما بخلاف الراجعين عن الشهادة، فإنهما اعترفا بكذبهما. ويجب الضمان على الحاكم أو الإمام الذي تولى ذلك لأنه؛ حكم بشهادة من لا يجوز له الحكم بشهادته، ولا قصاص عليه لأنه مخطئ وتجب الدية»[2] أما إذا كان حكم المحكم أو القاضي جارياً على وفق الأصول الشرعية و الضوابط الفقهية، فلا يضمن الحاكم ولو بان خطأ الحكم لأن خطأ

(١) انظر شرح أدب القاضي لمازة المعروف بالصدر الشهيد ٤/ ٦٥، شرح أدب القاضي للجصاص ص ٥٨٧، الهداية للمرغيناني مع فتح القدير ٧/ ٣١٩.

(٢) المغنى لابن قدامة ٩/ ٢٥٦.

الحاكم في حكمه سائغ مألوف في الأمور الاجتهادية. قال ابن فرحون: «ولا شيء على القاضي لأن؛ خطأ السلطان في الأموال على الاجتهاد هدر»[1] ويبدو أن عدم مسؤولية القاضي أو المحكم لا تنحصر في الأموال فقط، وإنما تتعداها إلى النفوس أيضاً ما دام حكمه صدر عن اجتهاد سائغ.[2]

ولا يقف الأمر عند هذا الحد، بل يتعداه إلى حماية الحاكم تمكينا للعلماء و الوجهاء من القيام بواجبهم في فض المنازعات وحل المشكلات.[3]

(١) التبصرة لابن فرحون ١/ ٩٢.

(٢) نظام القضاء في الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان ص٨٣.

(٣) حجية الأحكام القضائية لمحمد نعيم ياسين ص٣٠.

المبحث الثالث

القيود الواردة على حجية الحكم التحكيمي

إن الحكم التحكيمي لا يكتسب الحجية أو اللزوم في الفقه الإسلامي إلا إذا توفرت فيه الشروط و القيود التالية:

القيد الأول: رضا الخصوم بالتحكيم و المحكم الذي يصدر الحكم:

اتفق الفقهاء على أن رضا الخصوم بالتحكيم و المحكم للفصل في خصومتهم شرط للزوم الحكم وحجيته، إذا لم يكن المحكم معيناً من قبل الإمام أو القاضي، أما إذا كان المحكم معيناً من قبل جهات رسمية كالإمام أو القاضي، فلا يشترط رضا الخصوم بالتحكيم والمحكم، لأنه نائب عنها، ويكتسب حكمه الحجية بذلك التعيين أو التولية. ويعتبر الفقهاء الرضا بالمحكم تولية له، وهي في حق الخصوم بمنزلة تقليد الإمام له[(١)]. ولا بدَّ من رضا جميع الخصوم، فإن رضي بعضهم دون البعض لا ينعقد التحكيم، ولم يلزم الحكم، ولم يكن حجة. قال الصدر الشهيد الحنفي: «ذكر عن الشعبي أنه قال إذا رضي الخصمان بقول رجل جاز عليهما ما قال»[(٢)] وقال ابن فرحون المالكي في تعليل عدم إلزام غير المتحاكمين بحكم المحكم: «من عدا هذين المتحاكمين لم يرض بحكم هذا المحكم»[(٣)] وقال الماوردي الشافعي: «وإذا جاز التحكيم في الأحكام فنفاذ حكمه معتبر بأربعة شروط... والشرط الثاني: أن يتفق الخصمان على التراضي به إلى حين

(١) حاشية ابن عابدين ٤/ ٣٤٨.

(٢) شرح أدب القاضي للصدر الشهيد (مازة) ٤/ ٥٧.

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون ١/ ٤٤.

الحكم فإن رضى أحدهما دون الأخر أو رضيا به، ثم رجعا أو رضي أحدهما بطل تحكيمه، ولم ينفذ حكمه سواء حكم للراضي أو للراجع» [(١)] وقال الرحيباني الحنبلي: «لا يلزمه حكمه إلا برضى الخصمين» [(٢)] واختلف الفقهاء بعد هذا الاتفاق في جواز تأخر الرضا إلى ما بعد صدور الحكم من المحكم على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية و الحنابلة إلى أنه لا بد من تقدم الرضا بالتحكيم قبل صدور حكم المحكم؛ لأن التحكيم عقد يتوقف انعقاده على رضا الخصوم الذي يعد بمثابة الإيجاب. كما يتوقف على قبول المحكَم بذلك التحكيم [(٣)]

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى أنه لا يشترط تقدم رضا الخصوم بالتحكيم، بل لو رضوا بحكمه بعد صدوره جاز ولزم [(٤)].

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن الرضا بالتحكيم لابد أن يتقدم على الحكم، فلا يصح التحكيم بدون رضا الخصوم به، لأن الرضا يعتبر ركناً أساسياً للتحكيم لا يوجد التحكيم بدونه.وبعبارة أخرى: إن الرضا بالتحكيم يمثل قاعدة هرم التحكيم والحكم يمثل رأسه، فلا يوجد الرأس بدون القاعدة.

---

(١) أدب القاضي للماوردي ٢/ ٣٨٠، وانظر أيضاً: روضة الطالبين للنووي ١١/ ١٢٢، ونهاية المحتاج للرملي ٦/ ٤٧٢.

(٢) مطالب أولي النهى للرحيباني ٦/ ٤٧٢.

(٣) الذخيرة للقرافي ١٠/ ٣٥، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ١٣٨، مغني المحتاج للشربيني ٤/ ٣٧٩، كشاف القناع للبهوتي ٦/ ٤٧٢.

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ١٩٣،حاشية ابن عابدين ٤/ ٣٤٨.

وإذا كان الرضا عنصراً أساسياً في التحكيم فإنه يتحقق بظهوره صراحة أو دلالة. فالرضا الصريح يتمثل في قول الخصوم للمحكم: حكمناك بيننا. أو قول المحكم للخصوم: أحكم بينكم فقبلوا. وأما الرضا دلالة فيتمثل في اصطلاح الخصوم على رجل ليحكم بينهم ولم يعلموا بذلك، ولكنهم اختصموا إليه فحكم بينهم[(١)].

ويشترط لصحة رضا الخصوم بالتحكيم أن يكون صادراً ممن له أهلية، فلا يصح الرضا من الصغير والمجنون. كما يشترط له أن تكون صيغته منجزة، فلا يصح الرضا بصيغة معلقة على شرط، ولا مضافة إلى زمن مستقبل عند أبي يوسف: كأن يقول عبد أو ذمي: إن عتقت أو أسلمت فاحكم بيننا. أو قال شخصان لرجل: إذا أهل هلال رمضان فاحكم بيننا. واستدل أبو يوسف لذلك بأن التحكيم فيه شبه من الصلح. في حين ذهب محمد بن الحسن الشيباني إلى عدم اشتراط هذا الشرط فيصح أن تكون الصيغة معلقة أو مضافة إلى زمن مستقبل؛ لأن التحكم يشبه القضاء[(٢)]. وهو الراجح؛ لأن التحكيم تفويض الخصوم حكَماً ليحكم بينهما كالقضاء. والقضاء يصح تعليقه وإضافته وبه أخذت مجلة الأحكام العدلية في(١٨٤٦م).

ولا يشترط لرضا الخصوم الإشهاد عليه باتفاق الفقهاء، لكن جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة، لكنهم قالوا: الأولى الإشهاد خوف الجحود بعد صدور

(١) البحر الرائق لابن نجيم ٧/ ٢٤، معين الحكام للطرابلسي ص ٢٧.

(٢) المرجع السابق.

الحكم[٤]. ولا مانع من الإشهاد على الرضا من باب الاحتياط والوقاية والتوثيق. كما أنه لا مانع من اللجوء إلى وسيلة الكتابة في صك يوقع عليه الخصوم.

القيد الثاني: عدم رجوع الخصوم عن التحكيم:

اتفق الفقهاء على أن التحكيم بنفسه غير لازم، لأنه يرتبط بإرادة الأطراف المجردة فيجوز لكل طرف الرجوع عنه، ولا يلزم إلا في حالة معينة، وهي محل اختلاف الفقهاء فهل يلزم بصدور الحكم أم بالشروع في إجراء التحكيم على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في قول وسحنون من المالكية إلى أن التحكيم يعد جائزاً إلى حين صدور الحكم، فإذا رجع أحد الخصوم قبل صدور الحكم عن الرضا بالتحكيم بطل هذا التحكيم؛ لأنه فقد ركناً أساسياً من أركانه. ويترتب على ذلك عدم صحة الحكم الصادر عن المحكم في هذه الحالة، وبالتالي عدم لزومه للخصوم. قال الخصاف الحنفي: «وإذا حكَّم الرجلان بينهما حكماً، فلكل واحد منهما أن يرجع عن ذلك؛ لأنه لم يقض عليه الحكم بعد، فله أن لا يلزمه، كما له أن لا يدخل معه في العقد. فإذا أمضى الحكم بينهما، فليس لواحد منهما الرجوع عن ذلك»[١] وقال الشربيني الشافعي: «ويشترط استدامة الرضا إلى تمام الحكم، وحينئذ إن رجع أحدهما

(١) المبسوط للسرخسي ٢٠/ ١٢٧، حاشية الدسوقي ٤/ ١٣٥، حاشية الزرقاني على مختصر خليل ٧/ ١٢٩، أدب القضاء لابن أبي الدم ص١٤١، أدب القاضي للماوردي ٢/ ٣٨٤، كشاف القناع للبهوتي ٦/ ٣٠٩،مطالب أولى النهى للرحيباني ٦/ ٤٧٢.

(٢) أدب القاضي للخصاف مع شرحه للجصاص ص ٥٨٥، وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٤/ ٥٩،وتبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ١٩٣ البحر الرائق لابن نجيم ٧/ ٢٦، حاشية ابن عابدين ٤/ ٣٤٨، فتح القدير للكمال بن الهمام ٧/ ٣١٧.

قبل تمام الحكم، ولو بعد إقامة البينة والشروع فيه امتنع الحكم لعدم استمرار الرضا»[٢] وقال ابن قدامة الحنبلي: «فإن رجع أحد الخصمين عن تحكيمه قبل شروعه في الحكم، فله ذلك؛ لأنه إنما صار حكماً لرضاه به فاعتبر دوام الرضا، وإن رجع بعد شروعه فيه وقبل تمامه ففيه وجهان: أحدهما: له ذلك لأن الحكم لم يتم أشبه ما قبل الشروع. والثاني: ليس له ذلك؛ لأنه يؤدي إلى أن لكل واحد منهما إذا رأى من الحكم ما لا يوافقه، رجع فيبطل المقصود بذلك»[٣] وقال ابن فرحون نقلاً عن سحنون: «لكل واحد منهما الرجوع ما لم يفصل الحكم بينهما»[٤] ويستند هذا القول إلى الأدلة التالية:

١- قياس التحكيم على القضاء، فللسلطان الذي ولى القاضي عزله قبل أن يحكم، أما لو حكم قبل عزله نفذ، وعزله بعد ذلك لا يبطل الحكم، فكذا التحكيم[٤].

٢- قياس التحكيم على الصلح، فليس لأحد المتعاقدين فسخ عقد الصلح بعد وقوعه. فكذا التحكيم لا يبطل حكمه بعد صدوره[٥].

القول الثاني: ذهب المالكية والحنابلة في القول المشهور عندهم إلى أن التحكيم يعد جائزاً إلى حين الشروع في إجراءات التقاضي من بحث في البينات والسماع إلى الشهود

(١) مغني المحتاج للشربيني ٤/ ٣٧٩،وانظر: آدب القضاء لابن أبي الدم ص١٣٩، و روضة الطالبين للنووي ١١/ ١٢٢.

(٢) الكافي لابن قدامة ٤/ ٤٩٦،وانظر: كشاف القناع للبهوتي ٦/ ٣٠٩، و مطالب أولى النهى للرحيباني ٦/ ٤٧٢.

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون ١/ ٤٤.

(٤) ذفتح القدير للكمال بن الهمام ٧/ ٣١٧.

(٥) أدب القاضي للخصاف مع شرح الجصاص له ص ٥٨٥.

وغير ذلك،فإذا رجع أحد الخصوم قبل الشروع في التحكيم من قبل المحكم جاز، وبطل التحكيم، ويترتب على ذلك عدم لزوم الحكم الصادر عن المحكم. قال ابن فرحون المالكي: «ولا يشترط دوام الرضا إلى حين نفوذ الحكم، بل لو أقاما البينة عنده، ثم بدا لأحدهما قبل أن يحكم فليقض بينهما ويجوز حكمه. وقال أصبغ: لكل واحد منهما الرجوع ما لم ينشبا في الخصومة عنده، فيلزمهما التمادي فيها»[(١)] وقال القرافي المالكي: «إذا حكماه وأقاما البينة عنده ليس لأحدهما رجوع إذا أبلى ذلك صاحبه؛ لأنه حق له وجب براحته من نظر القضاة»[(٢)] وقال المرداوي الحنبلي: «إن رجع(أحد الخصمين) قبل شروعه، وقبل تمامه ففيه وجهان...»[(٣)] ويستند هذا القول إلى ما يلي:

١- قياس التحكيم على الوكالة، فللموكل عزل الوكيل قبل التصرف فيما وكل فيه، فكذلك التحكيم يجوز الرجوع فيه قبل الشروع[(٤)].

٢- قياس التحكم على القضاء، فإذا باشر القاضي القضية، فليس للخصوم الرجوع عنها[(٥)].

٣- ولأن القول بعدم لزومه بعد الشروع فيه يؤدي إلى أن كل واحد من المتخاصمين إذا رأى من المحكم ما لا يوافقه رجع عن التحكيم، فبطل المقصود[(٦)].

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ١/ ٤٤.

(٢) الذخيرة للقرافي ١٠/ ٣٧.

(٣) الإنصاف للمرداوي ١١/ ١٤٩.

(٤) الذخيرة للقرافي ١٠/ ٣٧، مطالب أولى النهى للرحيباني ٦/ ٤٧٢.

(٥) تبصرة الحكام لابن فرحون ١/ ٤٤.

(٦) الكافي لابن قدامة ٤/ ٤٣٦.

والراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من أن التحكيم لا يلزم إلا بعد صدور الحكم من المحكم. أما قبل صدوره فهو جائز يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الرجوع عنه، لأن المحكم مقلد من قبل المتخاصمين، فلهما عزله قبل أن يحكم، فإذا حكم بعد عزله، فلا يصح الحكم، ولا يلزم المتخاصمين. ولأن المحكم لا سلطان له على المتخاصمين قبل صدور الحكم.

القيد الثالث: أن يصدر الحكم ممن هو أهل للتحكيم:

اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المحكم أن يكون أهلاً للتحكيم، فلا يلزم حكم غير الأهل لذلك. واختلفوا في ضابط تلك الأهلية على أقوال:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن ضابط الأهلية للتحكيم أن يكون على صفة يصلح للقضاء مطلقاً. قال الزيلعي الحنفي: «وشرط أن يكون صالحاً للقضاء؛ لأنه بمنزلة القاضي فيما بينهما (الخصمين) فيشترط فيه ما يشترط في القاضي، حتى لو حكما كافراً أو عبداً أو محجوراً أو محدوداً في قذف أو صبياً لا يجوز، لأنه لا يصلح قاضياً لانعدام أهلية الشهادة فكذا حكَماً»[1] قال ابن أبي الدم الشافعي: «ويشترط في المحكَم أن يكون حراً بالغاً عاقلاً عدلاً مقبول الفتوى عالماً بالشريعة. والضابط فيه أن يكون على صفة يجوز للإمام أن يوليه القضاء مطلقاً»[2] وقال ابن قدامة الحنبلي: «وإذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماه بينهما ورضياه، وكان ممن يصلح

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ١٩٤. وانظر: الهداية للمرغيناني مع فتح القدير ٧/ ٣١٦، البحر الرائق لابن نجيم ٧/ ٢٤، شرح أدب القاضي لمازة ٤/ ٦١٣.

(٢) أدب القضاء لابن أبي الدم ص١٤٠. وانظر: أدب القاضي للماوردي ٢/ ٣٨٠، وروضة الطالبين للنووي ١١/ ١٢٢، ونهاية المحتاج للرملي ٨/ ٢٤٢ وتحفة المحتاج للهيتمي ١٠/ ١١٧، وحاشية قليوبي ٤/ ٢٩٨.

للقضاء، فحكم بينهما جاز ذلك، ونفذ حكمه عليهما»[1] ويستدل لهذا القول بأن المحكَم في حق المتخاصمين بمنزلة القاضي، فلا يصح تولية المحكم الذي لا يصلح للقضاء، ولا يلزم حكمه ولا ينفذ. واستثنى الشافعية من ذلك جواز تحكيم غير المؤهل للقضاء في الزواج، لأنه يعسر في هذه الحالة.

القول الثاني: ذهب بعض فقهاء الحنفية إلى أن ضابط أهلية التحكيم أن يكون المحكم أهلاً للشهادة. جاء في المحيط للبرهاني الحنفي: «يشترط أن يكون أهلاً للشهادة وقت التحكيم جميعاً، حتى أنه إذا لم يكن أهلاً للشهادة وقت التحكيم، وصار أهلاً للشهادة وقت الحكم: بأن كان عبداً فاعتق وحكم لا ينفذ حكمه. ويجوز تحكيم المكاتب والصبي المأذون كما يجوز تحكيم الحر»[2] وقال الطرابلسي الحنفي: «وكل من تقبل شهادته في أمر جاز أن يكون حكَماً فيه، ومن لا فلا. و المرأة تصلح حكَماً»[3]

القول الثالث: ذهب المالكية إلى أن ضابط أهلية التحكيم أن يكون المحكم عدلاً من أهل الاجتهاد أو عامياً يسترشد بآراء العلماء والمجتهدين، فإن لم يسترشدهم لم يجز حكمه ويرد. ونقل هذا القول عن اللخمي. جاء في التبصرة لابن فرحون المالكي: «قال اللخمي: إنما يجوز التحكيم إذا كان المحكَم عدلاً من أهل الإجتهاد أو عامياً واسترشد العلماء، فإن حكم ولم يسترشد ردَّ، وإن وافق قول قائل؛ لأن ذلك تخاطر منهما وغرر. وقال المازري: لا يحكم إلا من يصلح يولي القضاء.. وإذا حكم الخصمان عبداً أو إمرأة أو مسخوطاً أو صبياً أو معتوهاً أو موسوساً أو كافراً أو مجنوناً. فإن

(١) المغنى لابن قدامة ٩/ ١٠٧، وانظر:الكافي لابن قدامة ٤/ ٤٣٦.

(٢) حاشية سعدي جلبي على الهداية مع فتح القدير ٧/ ٣١٦.

(٣) معين الحكام للطرابلسي ص٢٧.

أحكام المجنون والموسوس والكافر لا تلزم بلا خلاف. واختلف فيمن؟ عداهم»[1]
وقال القرافي في تعليل عدم لزوم حكم المحكم غير المجتهد إذا لم يسترشد العلماء: «لأن الحكم عند عدم الاسترشاد مخاطرة، فترد المعاملات»[2]

القول الرابع: ذهب ابن حزم الظاهري وشيخ الإسلام ابن تيمية إلى عدم تقييد المحكم بكونه أهلاً للقضاء أو الشهادة أو الاجتهاد، وتكفي القدرة على التحكيم بأن يكون قادراً على الفصل في القضية وفق أحكام الشريعة الإسلامية. كما قال ابن حزم: «ليس كل من حكم فهو نافذ حكمه، فوجب عليهم أن لا ينفذوا حكم أحد إلا من أوجب القران ورسول الله نفاذ حكمه»[3] وقال ابن تيمية: «لا يشترط فيمن يحكمه الخصمان شروط القاضي العشرة، فيجوز أن يتولى مقدمو الأسواق والمساجد الوساطات والصلح عند الفورة والمخاصمة»[4]

وقد ترتب على هذا الاختلاف تعدد الأقوال واختلاف الآراء فيمن يصلح للتحكيم
ويلزم حكمه. فقد ذكر المازري أن في المذهب المالكي أربعة أقوال في جواز تحكيم كل من المرأة والعبد والمسخوط والصبي والمعتوه. وهي الجواز في الجميع، والمنع في الجميع، والجواز إلا في الصبي، والجواز إلا في المسخوط والصبي.[5] وذكر الشافعية

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ١/ ٤٤.وانظر: حاشية الدسوقي ٤/ ١٣٥.
(٢) الذخيرة للقرافي ١٠/ ٣٦.
(٣) المحلى لابن حزم الظاهري ٩/ ٤٣٥.
(٤) الإنصاف للمرداوي ١١/ ١٥٠، مطالب أولى النهى للرحيباني ٦/ ٤٧٢، كشاف القناع للبهوتي ٦/ ٣٠٩.
(٥) تبصرة الحكام لابن فرحون١/ ٤٤..

وجهين في جواز حكم العدو على عدوه[1]. وذكر الحنفية قولين في الفاسق.. وهكذا ولا يمكن حسم الخلاف في أكثر هذه المسائل إلا بعد بيان الراجح في ضابط أهلية المحكم. فأرى أن الراجح ما عليه جمهور الفقهاء من أن الضابط أن يكون المحكم على صفة يصلح للقضاء؛ لأن المحكَم بمنزلة القاضي في النظر في القضايا بالدقة والإحاطة المطلوبة، فلا ينفذ حكم المحكَم الذي لا تتوفر فيه صفات القاضي، ولا يكتسب الحجية. ووقت مراعاة تلك الصفات يكون عند انعقاد عقد التحكيم، ويستمر إلى وقت صدور الحكم. ولذا فلا يشترط توفر شروط القاضي في المحكم قبل انعقاد التحكيم ولا بعد صدور الحكم[2]. وأما شروط القاضي التي ينبغي أن تتوفر في المحكم فهي:الإسلام، والعقل والبلوغ والعدالة والعلم الشرعي والبصر والنطق والسمع باتفاق الفقهاء[3]. واختلفوا في الذكورة والاجتهاد. فجمهور الفقهاء لم يجيزوا قضاء المرأة. في حين أن الحنفية والظاهرية قالوا بجوازه[4]. وأما الاجتهاد فقد اعتبره جمهور الفقهاء شرط صحة. في حين اعتبره الحنفية شرط أولوية. وقال المالكية: يمكن تقليد أمثل مقلد يعمل بقول مقلده[5].

(١) أدب القاضي للماوردي ٢/ ٣٨٦.

(٢) البحر الرائق لابن نجيم ٧/ ٢٤.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ٢٠٩، قوانين الأحكام لابن جزي ص ٣٢٣، مغني المحتاج للشربيني ٤/ ٣٧٥، كشاف القناع للبهوتي ٦/ ٢٩٤.

(٤) المرجع السابق، المحلى لابن جزم ٩/ ٣٦٣.

(٥) المراجع السابقة.

القيد الرابع: أن تكون القضية المراد إصدار الحكم فيها داخلة في مجال التحكيم:

اتفق الفقهاء على أن الحقوق المالية الناتجة عن عقود المعاوضات المالية وما يصح فيها العفو والإبراء تدخل في مجال التحكيم. واختلفوا فيما عدا ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في قول وهو المذهب عندهم، والحنابلة في قول، وهو الذي نصَره القاضي أبو يعلى إلى أنه لا يدخل في مجال التحكيم ما كان حقاً خالصاً لله تعالى: كحد الزنا وحد السرقة، ولا ما اجتمع فيه حق الله تعالى وحق العبد: كالقصاص وحد القذف. وأضاف المالكية إلى دائرة الممنوعات من التحكيم الطلاق والنسب واللعان والعتق والولاء.في حين أضاف الشافعية والحنابلة إلى دائرة الممنوعات النكاح واللعان. فلا ينفذ الحكم ولا يلزم إذا كان يتعلق بقضية من القضايا الممنوعة كما قال الزيعلي الحنفي: «وشرط لنفوذ حكمه أن يكون في غير حد وقود ودية على العاقلة؛ لأن تحكيمهما بمنزلة الصلح بينهما، وليس لهما ولاية على دمهما، ولهذا لا يملكان إباحته. وكذا لا ولاية لهما على العاقلة، فلا ينفذ حكم من حكماه على عاقلته، ولا على القاتل لعدم التزام العاقلة حكمه، ولكونه مخالفاً لحكم الشرع؛ لأن الدية تجب على العاقلة، لا على القاتل»[1] وقال ابن فرحون المالكي: «فإن ذلك جائز في الأموال، وما في معناها، ولا يقيم المحكم حداً ولا يلاعن بين زوجين ولا يحكم في قصاص أو قذف أو طلاق أو إعتاق أو نسب أو ولاء، وإنما استثنيت هذه المسائل من هذه القاعدة لاستلزامها إثبات حكم أو نفيه عن غير المتحاكمين ومن عدا هذين

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ١٩٣، وانظر: شرح أدب القاضي لمازة ٤/ ٦٣، حاشية ابن عابدين ٤/ ٣٤٨، ومعين الحكام للطرابلسي ص٢٧، الهداية للمرغيناني مع الفتح القدير ٤/ ٣١٨، البحر الرائق لابن نجيم ٧/ ٢٦.

المتحاكمين لم يرض بحكم هذا المحكم»[1] وقال قليوبي الشافعي: «ولا يجري التحكيم حدود الله، وكذا حقوق الله المالية التي ليس لها طالب معين أخذاً من العلة»[2] وقد أشار الشربيني إلى هذه العلة بقوله:«لا يأتي التحكيم في حدود الله إذ ليس لها طالب معين»[3] وقال ابن قدامة الحنبلي: «وينفذ حكم من حكما في جميع الأحكام إلا أربعة أشياء: النكاح واللعان والقذف والقصاص؛ لأن لهذه الأحكام مزية على غيرها، فاختص الإمام بالنظر فيها، ونائبه يقوم مقامه. وقال أبو الخطاب: ظاهر كلام أحمد أنه ينفذ حكمه فيها»[4] ويستدل لهذا القول بعدة أدلة وهي:

١- لأن حكم المحكم بمنزلة الصلح، فكل ما يجوز استحقاقه بالصلح يجوز التحكيم فيه، ومالا يجوز الصلح فيه لا يجوز التحكيم فيه، ومن ذلك حدود الله التي تتضمن حقاً ولله تعالى[5].

٢- لأن الحدود تندرأ بالشبهات، وفي حكم المحكم شبهة يدرأ بها الحد؛لأن المحكم يحكم في حق المتخاصمين دون غيرهما. وحدود الله تتعلق بها حقوق غير

(١) تبصرة الحكام ١/ ٤٣- ٤٤. وانظر: حاشية الدسوقي ٤/ ١٣٦، وشرح الزرقاني على خليل ٧/ ١٢٩، الذخيرة للقرافي ١٠/ ٣٤- ٣٧منح الجليل لعليش ٤/ ١٥٤.

(٢) حاشية قليوني ٤/ ٢٩٨، وانظر: أدب القاضي للماوردي ٢/ ٣٨٠.

(٣) مغني المحتاج للشربيني ٤/ ٣٧٨. وانظر: تحفة المحتاج للهيتمي ١٠/ ١١٨.

(٤) المغني لابن قدامة ٩/ ١٠٨.وانظر: الإنصاف للمرداوي ١١/ ١٤٨، الكافي لابن قدامة ٤/ ٤٣٦، مطالب أولى النهى للرحيباني ٦/ ٤٧١.

(٥) البحر الرائق لابن نجيم ٧/ ٢٦.

المتخاصمين، وهي حقوق الله تعالى، فلا يصح التحكيم فيها[١].

٣- ولأن المحكم لا ولاية له على الدم، فلا يصح الحكم بالقصاص[٢].

القول الثاني: ذهب الشافعية في قول وأبو الخطاب من الحنابلة وعزاه إلى الإمام أحمد؛ إلى أنه يجوز التحكيم في جميع القضايا من حدود وقصاص وأموال، كما يصح القضاء في جميع القضايا ولأن التحكيم موقوف على رضا المتحاكمين[٣].

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن التحكيم لا يجري في حقوق الله تعالى الخالصة: كحد الزنا وحد السرقة، ولا في الحقوق المشتركة بين حق الله وحق العباد: مثل القصاص والقذف وغير ذلك؛ لأن حكم المحكم مقتصر على حقوق المتخاصمين ولا يتعداهما.

القيد الخامس: أن يصدر الحكم باتفاق المحكمين:

أجمع العلماء على أنه لابد من اتفاق المحكمين على الحكم التحكيمي إذا كانوا متعددين، فلا ينفذ الحكم التحكيمي، ولا يعد لازماً إذا كانت آراء المحكمين متعددة، ولا يكفي صدور الحكم بالأغلبية كما هو معمول به في القوانين الوضعية المعاصرة.وقد نقل الإجماع على ذلك كل من الطبري[٤] وابن عبد البر[٥]. وابن رشد[٦] وغيرهم.

---

(١) العناية للبابرتي مع فتح القدير ٧/ ٣١٨، حاشية الدسوقي ٤/ ١٣٦.

(٢) العناية للبابرتي مع فتح القدير ٧/ ٣١٨.

(٣) أدب القاضي للماوردي ٢/ ٣٨٠.، المغني لابن قدامة ٩/ ١٠٨.

(٤) تفسير الطبري ٨/ ٣٢٩.

(٥) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ١/ ٤٩٣.

(٦) بداية المجتهد لابن رشد ٢/ ٩٩.

قال الصدر الشهيد الحنفي: «لو حكما رجلين فحكم أحدهما، ولم يحكم الآخر لم يجز ذلك حتى يحكما جميعاً؛ لأن الحكومة أمر يحتاج فيه إلى الرأي، وهما رضيا برأيهما والرضا برأي المثنى فيما يحتاج فيه إلى الرأي لا يكون رضا برأي الواحد. كما في البيع ونحوه»[1] وجاء في مجلة الأحكام العدلية (م ١٨٤) «وإذا تعدد المحكمون على ما ذكر آنفا، فيلزم اتفاق رأي كلهم، وليس لواحد منهم أن يحكم وحده»[2] وقال القرافي المالكي: «ولو حكما رجلين، فحكم أحدهما دون الآخر لم يجز»[3] وقال الماوردي الشافعي: «وإذا رضي المتنازعان بتحكيم اثنين لم ينفذ حكم أحدهما حتى يجتمعا، فإن اختلفا في الحكم لم ينفذ حكم واحد منهما حتى يتفقا على الحكم كما اتفقوا على النظر»[4] ويستند هذا القيد إلى ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «إذا حكم أحد الحكمين، ولم يحكم الآخر فليس حكمه بشيء حتى يجتمعا»[5] ولأن المتحاكمين رضيا بحكم المحكمين جميعاً، ولم يرضيا بحكم واحد منهم ولا بحكم الأغلبية فلا بد من اتفاق المحكمين على الحكم، وإلا لم ينفذ الحكم، ولا يعد حجة.

القيد السادس: أن لا يكون الحكم مخالفاً للنصوص القطعية في الشريعة:

اتفق الفقهاء على أنه يشترط في حكم كل من القاضي و المحكم أن لا يكون مخالفاً

(١) شرح أدب القاضي للصدر الشهيد «مازة» ٤/ ٦٨: وانظر شرح أدب القاضي للجصاص ص٥٨٩، المبسوط للسرخسي ٢٠/ ١٢٧، حاشية ابن عابدين ٤/ ٣٤٩.

(٢) مجلة الأحكام العدلية ص ٣٧٥.

(٣) الذخيرة للقرافي ١٠/ ٣٦، وانظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥/ ١٧٧.

(٤) شرح أدب القاضي للماوردي ٢/ ٣٨٥، وانظر: مغني المحتاج للشربيني ٤/ ٣٧٩.

(٥) كنز العمال ٢/ ٢٥٠.

للنصوص القطعية في الشريعة الإسلامية، فإذا خالفها نقض الحكم، ولم يلزم الخصوم، لأنه قضاء لم يصادف شرطه فوجب نقضه. السرخسي: «واتفقوا على وجوب الحكم بالقرآن و السنة والإجماع واتفقوا على أن من حكم بغير هذه الثلاثة أو القياس أو الاستحسان... فقد حكم بباطل لا يحل»[(١)] ويؤيد ذلك حديث معاذ بن جبل حينما سأله الرسول بم تقضي؟ قال: بكتاب الله، فإن لم تجد؟ فبسنة رسول الله، فإن لم تجد؟ أجتهد رأيي ولا آلو. فقال ﷺ: «**الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي الله ورسوله**»[(٢)] فهو يدل على وجوب الرد إلى كتاب الله، فإن لم يجد فإلى سنة رسول الله، فإن لم يجد فيجتهد كما قال السيوطي: «وإنما ينقض حكم الحاكم لتبين خطئه. والخطأ قد يكون في نفس الحكم بكونه خالف نصاً»[(٣)]

وقد سبق أن أشرت إلى هذا عند تعريف الحكم وفي المظهر الرابع من مظاهر حجية الحكم التحكيمي: فلا داعي للتفصيل فيه.

(١) المبسوط للسرخسي ٢٠/ ١٥٠.

(٢) سنن أبي داود، كتاب القضاء، باب اجتهاد الرأي، رقم"٢٥٩٢" ص٣٩٧.

(٣) الأشباه و النظائر للسيوطي ص١١٧، وانظر: معين الحكام للطرابلسي ص٢٨، وقوانين الأحكام لابن جزي ص٣٢٢، المغني لابن قدامة ٩/ ٥٦.

الخاتمة

بعد بيان حقيقة حجية الحكم التحكيمي والأحكام الفقهية المتعلقة بها نستطيع أن نوجز أهم ما انتهينا إليه في النقاط التالية:

١- حجية الحكم التحكيمي تعني لزوم حكم المحكم للخصوم وتنفيذه في الواقع واحترامه.

٢- تستند حجية الحكم التحكيمي إلى إرادة الخصوم أنفسهم، واحترام الشرع الإسلامي لهذه الإرادة بإقرار نظام التحكيم.

٣- تظهر حجية الحكم التحكيمي بجلاء في المظاهر التالية:

أ-عدم تعقيب قاضي البلد لأحكام المحكمين.

ب- عدم جواز رجوع المحكَم عن الحكم بعد صدوره.

ج- إلزام الخصوم بالحكم، ولو خالف مذهب أحدهم.

د- عدم تأثر الحكم التحكيمي بالشبهات و التغيير في البينات.

هـ- انتفاء مسؤولية المحكم عما يصدره من أحكام.

٤- تقيد حجية الحكم التحكيمي بالقيود و الشروط التالية:

أ- رضا الخصوم بالتحكيم.

ب- عدم رجوع الخصوم عن التحكيم.

ج- أن يصدر الحكم ممن هو أهل للتحكيم.

د- أن تكون القضية المراد إصدار الحكم فيها داخلة في مجال التحكيم.

هـ- أن يصدر الحكم باتفاق المحكمين.

و- أن لا يكون الحكم مخالفاً للنصوص القطعية في الشريعة.

وسبحانك اللهم وبحمدك أشهد أن لا إله إلا أنت استغفرك وأتوب إليك

المصادر و المراجع

١- أدب القاضي لأحمد بن عمرو الخصاف مع شرح الجصاص، دار نشر الثقافية، القاهرة، ١٩٨٠م.

٢- أدب القاضي لعلي بن محمد الماوردي، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٢م.

٣- أدب القضاء لإبراهيم بن عبد الله الحموي «أبن أبي الدم» تحقيق محمد الزحيلي.

٤- الأشباه و النظائر لجلال الدين السيوطي، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة.

٥- الإنصاف لعلي بن سليمان المرداوي، دار إحياء التراث العربي، ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت.

٦- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين ابن نجيم، دار المعرفة، بيروت.

٧- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لمحمد بن أحمد بن رشد، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٦٠م.

٨- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لإبراهيم بن محمد بن فرحون، دار الكتب العلمية، بيروت.

٩- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لعثمان بن على الزيلعي، دار المعرفة، بيروت.

١٠- تحفة المحتاج بشرح المنهاج لأحمد بن حجر الهيتمي، مطبعة أصح المطابع، بومباي الهند.

١١- التعريفات لمحمد بن على الجرجاني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط١، ١٩٨٥م.

١٢- تفسير القرآن العظيم لإسماعيل بن كثير، دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٩٦٩م.

١٣- تلخيص الحبير لعلي بن محمد بن حجر العسقلاني، المكتبة الأثرية، باكستان.

١٤- الجامع لأحكام القرآن لمحمد بن أحمد القرطبي، دار الكتاب العربي، القاهرة،١٩٦٧م.

١٥- جامع البيان في تأويل أي القرآن لمحمد بن جرير الطبري، تحقيق محمود شاكر، دار المعارف، القاهرة.

١٦- حاشية ابن عابدين. رد المحتار على الدر المختار، دار الكتب العلمية، بيروت.

١٧- حاشية البناني بهامش شرح الزرقاني على خليل، دار الفكر، بيروت.

١٨- حاشية الدسوقي، مطبعة عيسى الحلبي، القاهرة.

١٩- حاشية سعدي جلبي بهامش فتح القدير، مطبعة الحلبي، القاهرة.

٢٠- حجية الحكم الجنائي لادوارد غإلى الذهبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١م.

٢١- حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية لمحمد نعيم ياسين، دار الفرقان، الأردن عمان، ط١، ١٩٨٤م.

٢٢- الذخيرة لأحمد بن إدريس القرافي، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

٢٣- روضة الطالبين للنووي، المكتبة الإسلامي، بيروت.

٢٤- الزرقاني على خليل، دار الفكر، بيروت.

٢٥- سنن أبي داود، بيت الأفكار الدولية، الرياض.

٢٦- شرح أدب القاضي للخصاف لعمر بن عبد العزيز بن مازة «الصدر الشهيد» الدار العربية للطباعة، بغداد، ١٣٩٨هـ، ١٩٧٨م.

٢٧- شرح تحفة الحكام لمحمد بن أحمد ميارة، دار الفكر، بيروت.

٢٨- شرح عماد الرضا ببيان أدب القضاء لعبد الرؤوف المناوي، الدار السعودية، جدة، ١٩٨٦.

٢٩- صحيح البخاري، المكتبة الإسلامية، استنبول، ١٩٧٩م.

٣٠- عقد التحكيم في الفقه و القانون الوضعي لقحطان عبد الرحمن الدوري، مطبعة الخلود، بغداد، ١ط،١٩٨٥م.

٣١- العناية على الهداية لمحمد بن محمود البابرتي مع فتح القدير، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة.

٣٢- فتح القدير شرح الهداية للكمال بن الهمام، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة.

٣٣- القضاء في الإسلام لمحمد سلام مدكور، دار النهضة العربية، القاهرة.

٣٤- قوانين الأحكام الشرعية لمحمد بن أحمد بن جزي، دار العلم للملايين، بيروت.

٣٥- الكافي لعبد الله بن قدامة، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٩٨٨م.

٣٦- كشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور البهوتي، مكتبة النصر الحديثة، الرياض.

٣٧- المبدع في شرح المقنع لإبراهيم بن مفلح، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٩٨٠م.

٣٨- المبسوط لأبي بكر محمد السرخسي، دار المعرفة، بيروت.

٣٩- مجلة الأحكام الشرعية لأحمد عبد الله القاري، مطبوعات تهامة، ط١، ١٩٨١م.

٤٠- مجلة الأحكام العدلية، مطبعة شعاركو، ط٥، ١٩٦٨م.

٤١- المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز لعبد الحق بن عطية، طبعة الأوقاف قطر،١٩٨٢م.

٤٢- المحلى لأبي محمد على بن حزم، دار الاتحاد العربي، القاهرة، ١٩٦٨م.

٤٣- المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء، دار الفكر، بيروت.

٤٤- مطالب أولى النهى لمصطفى الرحيباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٦١م.

٤٥- معجم لغة الفقهاء لمحمد رواس قلعه جي وحامد قنيبي، دار النفائس، بيروت، ط١، ١٩٨٥م.

٤٦- معجم المصطلحات القانونية لعبد الواحد كرم، عالم الكتب، ومكتبة النهضة الحديثة، ١٩٨٧م.

٤٧- معجم مقاييس اللغة لأبي فارس، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٧٢م.

٤٨- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من أحكام لعلي بن خليل الطرابلسي، طبعة قديمة دون تحديد مطبعة ولا تاريخ.

٤٩- المغني لعبد الله بن قدامة، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.

٥٠- مغني المحتاج لمحمد الشربيني الخطيب، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٨٥م.

٥١- منح الجليل لمحمد عليش، مكتبة النجاح، ليبيا، طرابلس.

٥٢- نظام القضاء في الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، ودار البشائر، عمان، ط٢، ١٩٨٩م.

٥٣- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لأحمد بن حمزة الرملي، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة.

٥٤- الهداية شرح البداية لعلي المرغيناني مع فتح القدير، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة.

الفهـرس

المقدمة..... ٥٥٢
المبحث الأول: حقيقة حجية الحكم التحكيمي..... ٥٥٤
المطلب الأول: حقيقة حكم التحكيم..... ٥٥٤
أولاً:حقيقة حكم التحكيم باعتباره مركباً إضافياً: ٥٥٥
ثانياً:حقيقة حكم التحكيم باعتباره لقبًا: ٥٥٩
المطلب الثاني: تأصيل حجية الحكم التحكيمي في الفقه الإسلامي ٥٦١
المبحث الثاني: مظاهر حجية الحكم التحكيمي ٥٦٥
المظهر الأول: عدم تعقب قاضي البلد لأحكام المحكمين:..... ٥٦٥
المظهر الثاني: عدم جواز رجوع المحكَم عن حكمه بعد صدوره:..... ٥٦٨
المظهر الثالث: إلزام الخصوم بحكم المحكم ولو خالف مذهب أحدهم: ٥٦٩
مدى تعدي حكم المحكم إلى غير الخصوم: ٥٧٠
المظهر الرابع: عدم تأثر الحكم التحكيمي بالشبهات و التغيير في البينات: .. ٥٧٢
المظهر الخامس: انتفاء مسؤولية المحكم عما يصدره من أحكام:..... ٥٧٣
المبحث الثالث: القيود الواردة على حجية الحكم التحكيمي ٥٧٥
القيد الأول: رضا الخصوم بالتحكيم و المحكم الذي يصدر الحكم:..... ٥٧٥
القيد الثاني: عدم رجوع الخصوم عن التحكيم: ٥٧٨
القيد الثالث: أن يصدر الحكم ممن هو أهل للتحكيم:..... ٥٨١
القيد الرابع: أن تكون القضية المراد إصدار الحكم فيها داخلة في مجال التحكيم:..... ٥٨٥
القيد الخامس: أن يصدر الحكم باتفاق المحكمين:..... ٥٨٧
القيد السادس: أن لا يكون الحكم مخالفاً للنصوص القطعية في الشريعة: ٥٨٨
الخاتمة ٥٩٠
المصادر و المراجع ٥٩٢
الفهـرس..... ٥٩٧

التحكيم في الشريعة الإسلامية

التعريف والقواعد العامّة للمقيمين خارج ديار الإسلام

إعداد الدكتور

معن خالد القضاة

عضو لجنة الفتوى بمجمع فقهاء الشّريعة بأمريكا

بسم الله الرحمن الرحيم

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، أما بعد:

فإن موضوع التحكيم خارج ديار الإسلام مما تمسّ الحاجة إلى إمعان النّظر فيه وتجليته للخلق وبيان أصوله وفروعه، فهو أمرٌ شديد التعلّق بعقيدة المسلمين ابتداءً فوق كل أرضٍ وتحت كل سماء، فوجوب الحكم بالشريعة ممّا عُلم من الدّين بالضرورة، وجحود الشريعة وإنكارها جملةً كفرٌ وردّة، وتزداد الحاجة إلى بيان أحكامه خارج ديار الإسلام لعدم إحاطة كثيرٍ من النّاس بهذه الأحكام، أو لعدم إدراك بعضهم لأهمية الأمر وكونه جزءاً لا يتجزأ من الدين والهويّة الإسلامية في الغرب.

إنّ الناظر في أحوال المسلمين في الولايات المتّحدة-مثلاً- لا يحتاج لكثير بحثٍ حتى يدرك مقدار العبء الملقى على كاهل المسلمين عموماً، وعلى أهل العلم منهم خصوصاً لوضع أمر التحكيم في موضعه الصحيح، فنسبة المحتكمين للشرع وأهله إلى غير المحتكمين نسبةٌ ضئيلةٌ، وسواءٌ أكان ذلك في قضايا البيوع والمعاملات والعلاقات التجارية، أو كان ذلك في قضايا الأحوال الشخصية من زواجٍ وطلاقٍ ونفقةٍ وعدّةٍ وحضانةٍ وميراث، أو حتى في الخلافات الشخصيّة والمشاجرات.

ولقد كان لآحاد العلماء و للمجامع الفقهية المعاصرة قدم السّبق في هذا المضمار، فلقد ألقيت محاضراتٌ وعقدت ندواتٌ ولقاءاتٌ، وانعقدت مؤتمراتٌ بأكملها لمناقشة هذا الأمر والتأصيل له فكراً وتطبيقاً، بل وقامت بعض المحاولات العملية لإنشاء

المحاكم الإسلامية ولجان التحكيم والإصلاح بين الناس في الولايات المتّحدة، وكُتب لبعضها النجاح فوقفت على ثغرةٍ من ثغور الإسلام في هذه البلاد، وحفظت على المسلمين دينهم وهويّتهم في هذا الجانب، وجنّبتهم الاحتكام إلى القوانين الوضعية، فجزى الله كلّ من أسهم في هذا العمل الجليل خير الجزاء.

هدف البحث:

وهذا البحث محاولةٌ للمزيد من التأصيل لهذا الموضوع، خاصّةً فيما لا يسع المسلم جهله من المقيمين خارج ديار الإسلام، مع بيان بعض الأحكام الفقهية التي تعين على فهم الموضوع، خاصّةً فيما يتعلّق بمجالات التحكيم وما الذي يمكن للجاليات المسلمة تطبيقه على أرض الواقع.

مصادر البحث:

نظراً لأن الاهتمام منصبّ على التأصيل للتحكيم الإسلامي وبيان فروعه، فإن مصادر المعلومات للفروع الفقهية هي أمهات كتب الفقه على المذاهب الأربعة المتبوعة وكتب الفقه المقارن وفقه الحديث كشروح الصحيحين والسّنن وأدلّة الأحكام وشروحها. وللآيات القرآنية كتب التفسير وآيات الأحكام، وللعقيدة كتب عقيدة أهل السّنة والجماعة.

خطّة البحث:

تنقسم هذه الدّراسة إلى مباحث ثلاثةٍ هي كما يلي:

المبحث الأول:

التعريف بالتحكيم: لغةً واصطلاحاً عند الفقهاء وعند القانونيين نظراً لأن القوانين المدنيّة والتجارية أشارت إليه، وكذا الفرق بينه وبين غيره من أنواع التقاضي كالإفتاء والقضاء والصّلح والوكالة والخبرة.

المبحث الثاني:

مشروعيّة التحكيم: ويشمل ذلك مكانة الحكم بما أنزل الله سبحانه من الدّين

ابتداءاً، وحكم اللجوء للتحكيم مع وجود القضاء الشّرعي الرّسميّ، وحكم ذلك عند عدم وجوده، ثمّ ما الذي يتفرّع من الأحكام عند القول بوجوب التحكيم بين المسلمين المقيمين في الغرب.

المبحث الثالث:

مجالات التحكيم خارج ديار الإسلام: وفيه محاولة تأصيلٍ لمسألة تطبيق أقصى ما يمكن تطبيقه من الأحكام الشرعية السلطانية (أو أعمال السّيادة كما يسمّيها القانونيّون) ومناقشةٌ لمدى جواز تحويل الحدود إلى جرائم تعزيريّة إذا كان ذلك غاية المستطاع والبديل الوحيد المتاح عند تعطيل الحدود وإلغائها.

وأما ما سوى ذلك من الفروع كأخذ الأجر على التحكيم ونقض الحكم وعزل المحكّم قبل التحكيم أو بعد الشّروع فيه و قبل إصدار الحكم، وغيرها من الأحكام الفرعية، فلعل الوقت يتّسع لمناقشتها في بحوثٍ قادمةٍ بإذن الله.

وختاماً، فلقد آثرت في هذا البحث عدم الاسترسال في بيان الخلافات الفقهية أو الالتزام بمذهبٍ بعينه، وإنما الأخذ بالأقوى دليلاً والأصلح لتعبيد الناس لربّهم وإنزالهم على حكمه وشريعته سبحانه وتعالى، وأن تكون العبارة سهلةً ليتسنّى لغير المشتغلين بطلب العلم الاستفادة من البحث وتطبيق ما فيه.

أسأل الله السّداد والرشاد، وأن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم

إنه وليّ ذلك والقادر عليه، وصلى الله على خير خلقه محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين . . .

د. معن خالد القضاة

هيوستن- الولايات المتحدة الأمريكية

٨ ذو القعدة لعام ١٤٣١ للهجرة

١٧ أكتوبر ٢٠١٠ للميلاد

المبحث الأول

التعريف بالتحكيم

التحكيم في اللغة مصدرٌ للفعل (حكم) بمعنى قضى، والحُكم: القضاء. ويقال: حكم بينهم يحكُم بالضم حُكما و حكم له وحكم عليه. و حكّمه في ماله تحكيماً إذا جعل إليه الحكم فيه فاحتكم عليه في ذلك. واحتكموا إلى الحاكم و تحاكموا بمعنى، والمحاكمة: المخاصمة إلى الحاكم[1].

وبذلك يظهر أن التحكيم لا يختلف عن القضاء في المعنى اللغوي، فالمحكّم قاضٍ والقاضي محكّم. وليس الأمر كذلك في الاصطلاح إذ يفترقان:

قال صاحب البحر الرائق (وَأَمَّا فِي الِاصْطِلَاحِ: فَهُوَ تَوْلِيَةُ الْخَصْمَيْنِ حَاكِمًا يَحْكُمُ بَيْنَهُمَا)[2] وفي مجلة الأحكام العدلية (التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكما برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما)[3] فهو عند الفقهاء دون مرتبة القضاء إذ يتولى طلبه من الغير الخصوم أنفسهم وليس السلطان أو من يقوم مقامه من أصحاب الولاية على الناس كما هو الحال في القضاء.

---

(١) مختار الصحاح، ج١ ص ٦٢، اسم المؤلف: محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، دار النشر: مكتبة لبنان ناشرون – بيروت –١٤١٥ – ١٩٩٥، الطبعة: طبعة جديدة، تحقيق: محمود خاطر. وانظر مثل التفصيل السابق تحت مادّة (حكم) في: المعجم الوسيط ج ١ ص ١٩٠، اسم المؤلف: إبراهيم مصطفى/ أحمد الزيات/ حامد عبد القادر / محمد النجار، دار النشر: دار الدعوة، تحقيق: مجمع اللغة العربية.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٧ ص ٢٤ اسم المؤلف: زين الدين ابن نجيم الحنفي الوفاة: ٩٧٠هـ، دار النشر: دار المعرفة – بيروت، الطبعة: الثانية

(٣) مجلة الأحكام العدلية، ج ١ ص ٣٦٥، دار النشر: كارخانه تجارت كتب، تحقيق: نجيب هواويني.

وقد نحى القانون المدنيّ والتجاريّ منحى الفقه في تعريف التّحكيم فعرّفه- مثلاً- بقوله (هو نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها. أو هو مكنة أطراف النزاع بإقصاء منازعتهم عن الخضوع لقضاء المحاكم المخول لها طبق القانون، كيما تُحل عن طريق أشخاص يختارونهم)[1] وسيأخذ هذا البحث بالتعريف الفقهيّ والقانونيّ للتحكيم.

ويشترك التحكيم مع بقية وسائل فضّ النّزاعات بين الناس في بعض الأمور ويفترق في بعضها الآخر، ولذلك لا بد من بيان أوجه الاتفاق والاختلاف حتى تتمايز الأشياء ويستطيع أهل العلم بيان أحكام (التّحكيم)، فإن الحُكم على الشيء فرعٌ عن تصوّره.وفي المطالب التالية بيان ذلك[2]:

(١) التحكيم التجاري الدولي، اسم المؤلّف: صادق محمد الجبران. دار النشر: منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة: الأولى ٢٠٠٥ م.

(٢) تمّت الاستفادة من بحثين في موضوع الفرق بين التحكيم وغيره:

الأول: التحكيم والتحاكم الدولي في الشريعة الإسلامية للدكتور عجيل النّشمي، وهو بحثٌ مقدّم للمجلس الأوروبي للإفتاء والبجوث للدورة العادية التاسعة المنعقدة في فرنسا.

والثاني: مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي للدكتور زيد عبد الكريم الزيد، عميد المعهد العالي للقضاء في العراق. ولا أعلم أن أيّاً من البحثين منشورٌ أو مطبوع حتى تاريخ كتابة هذا البحث.

المطلب الأول

التحكيم والقضاء

التحكيم شعبةٌ من شعب القضاء. قال صاحب تبصرة الأحكام (وأما ولاية التحكيم بين الخصمين فهي ولاية مستفادة من آحاد الناس وهي شعبة من القضاء متعلقة بالأموال دون الحدود واللعان والقصاص)[1]، ولذلك يذكره الفقهاء عادةً في باب القضاء، فكلٌ من المحكّم والقاضي يستمدّ سلطته ممن ولّاه، فالقاضي يعيّنه الإمام والمحكّم يعيّنه الخصوم، وينعزل كلٌ منهما إذا عزله من ولّاه، والحُكمُ الصادر عن كلٍ منهما حكمٌ شرعيّ متى كان صحيحاً مستوفياً لشروطه.

قال ابن النقيب الشافعيّ جامعاً لهذه الأحكام (ويجوز في بلدٍ قاضيان فأكثر،ولا يصحّ إلا بتولية الإمام له أو نائبه، وإن حكّم الخصمان رجلاً يصلح للقضاء جاز ولزم حكمه وإن لم يتراضيا به بعد الحكم، لكن إن رجع فيه أحدهما قبل أن يحكم امتنع الحكم)[2].

وبذلك أخذت مجلة الأحكام العدلية فنصّت في مادّتها رقم ١٤٤٨ بالقول (كما أن حكم القضاة لازم الإجراء في حق جميع الأهالي الذين في داخل قضائهم، كذلك حكم

(١) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ج ١ ص ١٧، اسم المؤلف: أبي عبد الله محمد بن فرحون اليعمري، الوفاة: ٧٩٩هـ، دار النشر: دار الكتب العلمية - لبنان/ بيروت - ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م تحقيق: جمال مرعشلي.

(٢) عمدة السالك وعدّة الناسك، ص ١٦٣، اسم المؤلف: أحمد بن النقيب المصري، الوفاة:٧٦٩هـ. دار النشر: دار الجيل-بيروت.

المحكّمين لازم الإجراء على الوجه المذكور في حق من حكّمهم وفي الخصوص الذي حكموا به، فلذلك ليس لأي واحد من الطرفين الامتناع عن قبول حكم المحكّمين بعد حكم المحكّمين حكماً موافقاً لأصوله المشروعة)[1].

ويظهر أيضاً مما سبق من أقوال أهل العلم بعض الفروق: ففي التحكيم يجب رضا الخصمين بالمحكّم، ولا تجب إجابة الخصم للتحكيم أمام شخصٍ بعينه إلا إذا تعيّن، ويجوز الرّجوع من أحد الطرفين قبل الحُكم، وتنحصر صلاحية المحكّم فيما حكّمه فيه الخصمان فقط فليست له سلطةٌ على غيرهما حتى وإن كان ذلك من مستلزمات قضائه بينهما، وليس له النّظر في قضايا الحدود والقصاص واللعان، وسيأتي بيان ذلك تفصيلاً في المبحث الثالث إن شاء الله.

وأخيراً فإن (التحكيم أوسع من القضاء في الاختصاص المكاني، فالتحكيم يصح بين الطرفين، ولو اختلفت أمكنتهم، أما قضاء القاضي فمقيد بالنظر وفق الاختصاص المكاني.وبالتالي يجوز للحكم أن ينظر في قضية برضى الطرفين ولو كان المدعى عليه لا يقيم في بلد التحكيم)[2]

(١) مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق.

(٢) مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي للدكتور زيد عبد الكريم الزيد، ص ٤، مرجع سابق.

المطلب الثاني

التحكيم والإفتاء

كلٌ من التحكيم والإفتاء بيانٌ لحكم الشرع في واقعةٍبعينها، لكنّ التحكيم بيانٌ مع الإلزام والسلطة، والإفتاء بيانٌ بغير إلزامٍ ولا سلطة تنفيذ.

ففي الفروق للقرافي مع هوامشه (الفتوى محض إخبار عن الله تعالى في إلزام أو إباحة والحكم إخبار ما له الإنشاء والإلزام أي التنفيذ والإمضاء لما كان قبل الحكم فتوى)[1] والفتوى لا تقتصر على المستفتي وحده بل يعمل بها غيره اختياراً بينما التحكيم خاصٌ بالخصوم.

وبين التحكيم والإفتاء عمومٌ وخصوص حيث أن (كل ما يتأتى فيه الحكم تتأتى فيه الفتوى ولا عكس، وذلك أن العبادات كلها على الإطلاق لا يدخلها الحكم البتة بل إنما تدخلها الفتيا فقط فكل ما وجد بها من الإخبارات فهي فتيا فقط فليس لحاكم أن يحكم أن هذه الصلاة صحيحة أو باطلة)[2] كما أن الفتوى تكون في كل أبواب الفقه والتحكيم لا يكون إلّا في القضية محل النّظرإن كانت فيما يجوز فيه التحكيم أصلاً، كما في غير الحدود والقصاص واللعان على ما سيأتي بيانه في موضعه.

---

(١) الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق (مع الهوامش)، ج ٤ ص ١١٢اسم المؤلف: أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، الوفاة: ٦٨٤هـ، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م، الطبعة: الأولى، تحقيق: خليل المنصور.

(٢) المرجع السابق، ج٤ ص ١١٤.

المطلب الثالث

التحكيم والصّلح

عرّفت المادة ١٥٣١ من مجلّة الأحكام العدلية الصّلح بأنه (عقد يرفع النّزاع بالتراضي) [١]. وفي شرح المجلة (أي بِتَرَاضِي الطَّرَفَيْنِ الْمُتَخَاصِمَيْنِ وَيُزِيلُ الْخُصُومَةَ وَيَقْطَعُهَا بِالتَّرَاضِي. ورُكْنُهُ عِبَارَةٌ عَنْ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ،وَيَنْعَقِدُ وَيَصِحُّ بِحُصُولِ الْإِيجَابِ مِنْ طَرَفٍ وَالْقَبُولِ مِنْ الطَّرَفِ الْآخَرِ) [٢]

فيظهر من التعريف وشرحه أن الصّلح وسيلةٌ لفضّ الخلاف، لكن الذي يتولى ذلك هو الخصوم أنفسهم في الأعمّ الأغلب، ويكون ذلك بتنازل كلّ طرفٍ عن جزءٍ من حقّه طوعاً لا كرهاً إلى أن يصل الطرفان إلى حلّ وسطٍ فيتّفقان عليه. ولا يمنع ذلك وجود طرفٍ ثالثٍ، فقد قال تعالى موجهاً في مسألة حلّ الخلافات الزوجية ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾ [٣].

وبالمقارنة مع التحكيم:فإن كلاً منهما وسيلةٌ لفضّ النزاع بعيداً عن القضاء الرّسمي، إلا أن التحكيم فيه صفة الإلزام من المحكّم والصّلح لا إلزام فيه،ويترتّب على ذلك غالباً رضى الطرفين في الصلح وعدم رضاهما- أو أحدهما على الأقل- في التحكيم. والصلح فيه تنازل اختياريٌ عن بعض الحقوق المدّعاة من الخصوم، والتحكيم لا يستوجب ذلك بل قد يستأثر أحد الخصوم بالحق كلّه عند الحكم له.

---

(١) مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، اسم المؤلف: على حيدر، ج ٤ ص ٢، دار النشر: دار الكتب العلمية - لبنان/ بيروت، تعريب: المحامي فهمي الحسيني.

(٣) سورة النساء: آية ٣٥.

المطلب الرابع

التحكيم والوكالة

تعرّف الوكالة بأنها (إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم)[١] وتوسّعت مجلة الأحكام مع شرحها في تعريف الوكالة فنصّت على أنها (تَفْوِيضُ أَحَدٍ فِي شُغْلٍ مَعْلُومٍ مِنْ الْمُعَامَلَاتِ مَعَ بَقَاءِ حَقِّ التَّصَرُّفِ فِي يَدِهِ وَذَلِكَ مِمَّا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِنَفْسِهِ وَيَكُونُ فِيهِ مَالِكًا لِلتَّصَرُّفِ وَمُقْتَدِرًا عَلَيْهِ بِالنِّسْبَةِ إلَى أَهْلِيَّةِ نَفْسِهِ وَأَصْلُ التَّصَرُّفِ وَإِقَامَتُهُ فِي ذَلِكَ الشُّغْلِ مَقَامَ نَفْسِهِ)[٢]

فالتفويض الذي هو مقتضى الوكالة يوجب أن يعمل الوكيل لما فيه مصلحة الموكّل وأن ينوب عنه في تحصيل ما يدّعيه من الحقّ أمام خصمه ولا يتصرّف إلا بإذنه وأمره،لا أن يُخضع الموكّل للتحقيق والحكم على موقفه صحةً وخطأً كما هو الحال في التحكيم، فالفرق بينهما كالفرق بين القاضي ومحامي الدفاع حيث أن المحامي وكيلٌ بالخصومة.

قال ابن العربي المالكي مظهراً الفرق بينهما في معرض شرحه لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾[٣] ما نصّه: (هذا نص من الله سبحانه في أنهما قاضيان لا وكيلان وللوكيل اسم في الشريعة ومعنى وللحَكَم اسم في الشريعة ومعنى، فإذا بين الله سبحانه كل واحد منهما فلا ينبغي لشاذٍّ فكيف لعالم أن يركب معنى أحدهما على الآخر فذلك تلبيس وإفساد للأحكام)[٤]

---

(١) حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج ٧ ص ٢٦٥ اسم المؤلف: ابن عابدين. الوفاة: ١٢٥٢، دار النشر: دار الفكر للطباعة والنشر. - بيروت. - ١٤٢١هـ.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج ٣ ص ٥٢٤ المادة ١٤٤٩.

(٣) سورة النساء: آية ٣٥.

(٤) أحكام القرآن، ج ١ ص ٥٣٩، اسم المؤلف: أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي. الوفاة: ٥٤٣هـ، دار النشر: دار الفكر للطباعة والنشر - لبنان، تحقيق: محمد عبد القادر عطا.

المطلب الخامس

التحكيم والخبرة[1]

الخبير هو صاحب الاختصاص في مجالٍعيّن، كأن يكون طبيباً أو تاجراً أو محاسباً أو غير ذلك من المهن والاختصاصات، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا يُنَبِّئُكَ مِثْلُ خَبِيرٍ﴾[2]، ويدلي الخبير برأيه وخبرته في الوقائع محلّ النزاع إذا شقّ على المحكمة الإلمام بمسألةٍ بعينها من الناحية الفنّية، وإذا طُلب منه ذلك فقط، إما من القاضي أو من أحد الخصوم، وليس لرأيه إلزام فلا يقيّد الخصوم ولا يقيّد المحكمةٌ. ولا مانع أن يكون الخبير محكّماً إذا اتفق عليه الطرفان و كان أهلاً للتحكيم على ما سيأتي بيانه في شروط المحكّم.

ويظهر بذلك اتفاق التحكيم مع الخبرة في أن كلاً من المحكّم والخبير ليسا من أعضاء الجهاز القضائي و يصدران رأياً فنّياً في قضيةٍ معيّنةٍ. ويختلفان في أن الخبير يبدي رأيه في الوقائع دون القانون فلا يحكم، والمحكّم يبدي رأيه في كليهما فيحكم بناءً على خبرته القضائية. ولا يشترط تعيين الخبير بالاسم ويشترط في المحكّم. ولا يجوز الطّعن في شهادة الخبير ويجوز أن يطعن الخصوم في حكم المحكّم.

فخلاصة هذا المبحث أن التحكيم نظامٌ إسلاميٌ أصيلٌ للفصل في الخصومات يختلف عن الوكالة والخبرة، وهو فوق الصلح والإفتاء لكن دون سلطة التنفيذ ، ودون القضاء لكن مع الإلزام.

---

(١) تمّ الاقتباس لهذه الفقرة من بحثٍ بعنوان (الفرق بين التحكيم والوسائل الأخرى في حسم المنازعات) ص ٣ و ٤ لسلطان راشد العاطفي،مدير إدارة التحكيم في وزارة العدل بدولة الكويت. وليس البحث مطبوعاً أو منشوراً فيما أعلم، وإنما متاحٌ على شبكة الإنترنت على الرابط http://www.moj.gov.sa/documentations/tahkeem/6new.doc.

(٢) سورة فاطر: آية ١٤.

المبحث الثاني

مشروعيّة التحكيم

يقصد بالمشروعية هنا الحكم التكليفيّ الذي يعرّفه الأصوليون بأنه ما اقتضى طلب فعلٍ من المكلّف أو كفّه عن فعلٍ أو تخييره بين الفعل والكفّ، وهو الذي سمّاه القرافي خطاب التكليف بقوله (خطاب التكليف في اصطلاح العلماء هو الأحكام الخمسة: الوجوب والتحريم والندب والكراهة والإباحة)[1]

والحديث عن مشروعية التحكيم هو فرعٌ عن أصلٍ وهو مكانة الحكم بالشريعة الإسلامية من الدّين ابتداءً، ويتبع ذلك بيان حكم اللجوء للفرع وهو التحكيم مع وجود الأصل وهو القضاء الإسلاميّ ومع عدم وجوده كما هو حال الجاليات المسلمة في هذه البلاد وخارج ديار الإسلام عموماً، وحكم رفض أحد الخصوم لمبدأ التحكيم أوالمرشّح للتحكيم، وإرغام الخصم على المثول أمام القضاء غير الإسلامي، ثم حكم اللجوء للقضاء غير الإسلامي إذا تعيّن سبيلاً وحيداً للعدل وردّ المظالم. وفيما يلي بيان ذلك موجزاً:

(١) الفروق مع هوامشه ج١ ص ٢٩٢، مرجع سابق.

المطلب الأول

الحكم بالشريعة الإسلامية

الإسلام نظامٌ إلهي يُصلِح للبشر دينهم ودنياهم وآخرتهم، فيه أحكامٌ للعبادات والمعاملات والعقوبات والأحوال الشخصية والعلاقات الدولية. ولا يُعدّ المرء مسلماً إلا إذا استسلم لله بالتوحيد وأقرّ له بالحاكميّة- عزّ وجل- وانقاد له بالطاعة في كل شأنٍ من شؤون حياته، وما سوى ذلك فليس من الإسلام في شيءٍ حتى وإن زعم المرء أنّه مسلم. ويستوي في ذلك الحاكم والمحكوم، فيُطلب من الحاكم أن يحكُم بشرع الله في كل شأنه لا يجاوزه قيد أنملةٍ، ويُطلب من المحكوم أن يحتكم إلى الشرع بقبولٍ وتسليمٍ.

قال تعالى: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾[1].

قال الجصّاص في شرح الآية الكريمة (وفي هذه الآية دلالة على أن من رد شيئا من أوامر الله تعالى أو أوامر رسوله ﷺ فهو خارج من الإسلام، سواء رده من جهة الشك فيه أو من جهة ترك القبول والامتناع من التسليم)[2].

وبمثل ذلك قال ابن كثير في بيان معنى قوله تعالى: ﴿ أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ ۚ وَمَنْ

(١) سورة النساء: آية ٦٥.

(٢) أحكام القرآن، ج ٣ ص ١٨١، اسم المؤلف: أحمد بن على الرازي الجصاص أبو بكر الوفاة: ٣٧٠، دار النشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت - ١٤٠٥، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي.

أَحْسَنُ مِنَ ٱللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾[1] فقال رحمه الله (ينكر تعالى على من خرج عن حكم الله المحكم المشتمل على كل خير الناهي عن كل شر وعدل إلى ما سواه من الآراء والأهواء والاصطلاحات التي وضعها الرجال بلا مستند من شريعة الله كما كان أهل الجاهلية يحكمون به من الضلالات والجهالات بما يضعونها بآرائهم وأهوائهم وكما يحكم به التتار من السياسات الملكية.... فمن فعل ذلك فهو كافر يجب قتاله حتى يرجع إلى حكم الله ورسوله فلا يحكم سواه في قليل ولا كثير)[2].

بل ينقل شيخ الإسلام ابن تيمية اتفاق أهل العلم على كفر من استبدل الشرع الحنيف بغيره فيقول (والإنسان متى حلّل الحرام المجمع عليه أو حرم الحلال المجمع عليه أو بدل الشرع المجمع عليه كان كافرا مرتدا باتفاق الفقهاء)[3]. وفي موضعٍ آخر من الفتاوى يوضّح أن تبديل الشّرع لا يكون بالتكذيب فقط، بل المعاداة وردّ الدين كفرٌ أيضاً حتى وإن زعم صاحبه الإيمان والتّصديق، فيقول (والكفر لا يختص بالتكذيب، بل لو قال أنا أعلم أنك صادق لكن لا أتبعك بل أعاديك وأبغضك وأخالفك ولا أوافقك لكان كفره أعظم)[4]

وعليه، فإن الحكم بالشريعة للحاكم والاحتكام للشرع للمحكوم أصلٌ عظيمٌ من

---

(١) سورة المائدة: آية ٥٠.

(٢) تفسير القرآن العظيم، ج ٢ ص ٦٨ اسم المؤلف: إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي أبو الفداء الوفاة: ٧٧٤، دار النشر: دار الفكر - بيروت – ١٤٠١.

(٣) فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٣ ص ٢٦٧، اسم المؤلف: أحمد عبد الحليم بن تيمية الحراني أبو العباس الوفاة: ٧٢٨، دار النشر: مكتبة ابن تيمية، الطبعة: الثانية، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي.

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية، المرجع السابق: ج ٧ ص ٢٩٢.

أصول الدّين لا يسع المسلم الانفكاك عنه فوق كل أرضٍ وتحت كل سماءٍ، لا يصحّ إيمانه بغيره إلا بعارضٍ معتبرٍ شرعاً كالإكراه والجهل والتأويل، وبشروطٍ ينبغي توافرها في كل عارض، وقد ذكرها أهل العلم تفصيلاً ممّا لا يتّسع المقام لبسطه.

المطلب الثاني

اللجوء للتحكيم مع وجود القضاء الشرعي

يكاد الإجماع ينعقد على مشروعية التحكيم وإباحته في الجملة من كثرة النّقول الواردة في كتب المذاهب المتبوعة الدّالّة على ذلك، ومن اعترض من أهل العلم فاعتراضه ليس على أصل مشروعية التحكيم وإنما على ما ينبغي تحقّقه من الضوابط لإباحة التحكيم كاشتراط أهلية الحكم وعدم وجود قاضٍ بالبلد خشية منافسة التحكيم للقضاء.

قال النّووي رحمه الله شارحاً لحديث نزول بني قريظة على حكم سعد بن معاذ ومقرّراً الإجماع الآنف ذكره (فيه جواز التحكيم في أمور المسلمين وفي مهماتهم العظام، وقد أجمع العلماء عليه ولم يخالف فيه إلا الخوارج، فإنهم أنكروا على على التحكيم وأقام الحجة عليهم..... وإذا حكم بشيء لزم حكمه ولا يجوز للإمام ولا لهم الرجوع عنه ولهم الرجوع قبل الحكم) [1]

وفيما يلي مثالان من أقوال فقهاء كل مذهبٍ من المذاهب الأربعة المتبوعة:

قال السرخسي من الحنفية (الأصل في جواز التحكيم قوله تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ﴾ والصحابة رضي الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم) [2].

(١) صحيح مسلم بشرح النووي، باب جواز قتال من نقض العهد، ج ١٢ ص ٩٢ اسم المؤلف: أبو زكريا يحيى بن شرف النووي. الوفاة: ٦٧٦، دار النشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية عام ١٣٩٢ هـ.

(٢) المبسوط، ج ٢١ ص ٦٢ اسم المؤلف: شمس الدين السرخسي الوفاة: ٤٨٣، دار النشر: دار المعرفة – بيروت.

وقال ابن عابدين في حاشيته (حكم المحكّم كالقضاء على الصحيح.....ولا يُفتى به لئلا يتطرّق الجهّال إلى هدم المذهب)[1].

ومن المالكية قال صاحب منح الجليل (تحكيم الخصمين غيرهما جائز كما يجوز أن يستفتيا فقيها يعملان بفتواه في قضيتهما)[2] وقول الدّسوقي (كُلَّ ما لَا يَجُوزُ التَّحْكِيمُ فيه وكان الْحُكْمُ فيه مُخْتَصًّا بِالْقُضَاةِ إذَا وَقَعَ وَنَزَلَ وَحَكَمَ فيه الْمُحَكَّمُ وكان حُكْمُهُ صَوَابًا فإنه يَمْضِي وَلَيْسَ لِأحد الخصمين وَلَا لِلْحَاكِمِ نَقْضُهُ وَأَمَّا ما هو مُخْتَصٌّ بِالسُّلْطَانِ كالاقطاعات فَحُكْمُ الْمُحَكَّمِ فيه غَيْرُ مَاضٍ قَطْعًا)[3].

وفي المذهب الشافعيّ، قال الشربيني (ويمضي حكم المحكم كالقاضي ولا يُنقض حكمه إلا بما ينقض به قضاء غيره)[4] وكذلك قال الرّملي في معرض حديثه عن وجوب الوليّ في عقد النكاح (ولا يختص ذلك بفقد الحاكم بل يجوز مع وجوده سفرا أو حضرا بناء على الصحيح في جواز التحكيم)[5].

وكذلك الأمر عند الحنابلة، فقد قال ابن قدامة (فإن تحاكم رجلان إلى من يصلح

---

(١) حاشية رد المختار على الدر المختار، الشهير بحاشية ابن عابدين، ج ٣ ص ٣٤٧.اسم المؤلف: ابن عابدين. الوفاة: ١٢٥٢، دار النشر: دار الفكر للطباعة والنشر. - بيروت. - ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠.

(٢) منح الجليل شرح على مختصر خليل، ج ٨ ص ٢٨٣، اسم المؤلف: محمد عليش. الوفاة: ١٢٩٩، دار النشر: دار الفكر - بيروت - ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٤ ص ١٣٦، اسم المؤلف: محمد عرفه الدسوقي الوفاة: ١٢٣٠، دار النشر: دار الفكر– بيروت.

(٤) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج ٤ ص ٣٧٩، اسم المؤلف: محمد الخطيب الشربيني الوفاة: ٩٧٧، دار النشر: دار الفكر – بيروت.

(٥) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٦ ص ٢٢٤، اسم المؤلف: أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير. الوفاة: ١٠٠٤هـ.، دار النشر: دار الفكر للطباعة - بيروت - ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

للقضاء فحكّماه ليحكم بينهما جاز)[1] وذكر صاحب كشاف القناع- وهو كتابٌ معتمدٌ في المذهب- ماهو أكثر من ذلك فقال (وإن تحاكم شخصان إلى رجل للقضاء بينهما فحكم نفذ حكمه في المال والقصاص والحد والنكاح واللعان وغيرها حتى مع وجود قاض)[2].

فيظهر ممّا سبق أن لا خلاف يُعتبر في مشروعية التحكيم وجوازه، وقد استدل أهل العلم بأدلةٍ كثيرةٍ على هذا الجواز، كقوله تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ﴾[3]، وكتحكيم النبيّ ﷺ لسعدٍ رضي الله عنه في حادثة بني قريظة، وكذلك التحكيم الذي وقع بين الإمام علي ومعاوية رضي الله عنهما، و ليس هذا مقام بسط هذه الأدلة.

كما ويلاحظ من تاريخ وفاة العلماء الأجلّاء الذين أُخذَت من كتبهم النّقول السابقة أنّ الفقه الذي ذهبوا إليه كان في زمان ومكان الخلافة الإسلامية أو-على الأقل- في ظل حكوماتٍ تأخذ على عاتقها الحكم بالشّرع وحمل الناس على الالتزام به، فالقضاء الشرعيّ كان منصوباً كي لا يسمح لأحدٍ أن يفتات على السلطان أوينتقص من سيادته،ومن حكّم أو احتكم خارج نطاق القضاء الرّسمي فقد فعل ذلك بإذن السلطان ورضاه، فيستساغ القول- والحالة هذه- أن التحكيم خارج دائرة نظام القضاء الرّسميّ مباحٌ شرعاً وليس واجباً.

---

(١) الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، ج ٤ ص ٤٣٦، اسم المؤلف: عبد الله بن قدامة المقدسي، الوفاة: ٦٢٠، دار النشر: المكتب الاسلامي – بيروت.

(٢) كشاف القناع عن متن الإقناع، ج ٦ ص ٣٠٨، اسم المؤلف: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الوفاة: ١٠٥١، دار النشر: دار الفكر - بيروت - ١٤٠٢، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال.

(٣) سبق بيان قول السرخسي من الأحناف أن هذه الآية أصلٌ في مشروعية التحكيم.

المطلب الثالث

اللجوء للتحكيم مع عدم وجود القضاء الشرعي

القول بإباحة التحكيم في المطلب السابق حكمٌ له مناط، ومناطه هو وجود القضاء الشّرعي الرّسميّ الذي تتبنّاه الدولة وتشرف عليه، فما دام القضاء الشّرعيّ منصوباً فإن من يلجأ من الخصوم للقضاء أو يلجأ لمحكّم يحكُم بشرع الله فقد احتكم إلى الشرع وبرأت ذمّته بذلك. ولكن ما الحكم إذا لم يكن هناك قضاءٌ شرعيّ؟

إن إجابة هذا السؤال هو ما يجب أن يستفيض به البيان للمسلمين المقيمين خارج ديار الإسلام ممّن ليس لهم إلا خياران: القضاء غير الإسلاميّ أو التحكيم الإسلامي، بل حتّى للمسلمين المقيمين في العالم الإسلامي وتحكمهم أنظمةً علمانيّة لا تقيم للشريعة وزناً، فإن هؤلاء ينطبق عليهم ما ينطبق على سابقيهم من عدم وجود قضاءٍ إسلاميّ يحتكمون إليه.

قال الإمام القرافيّ مقرّراً أن الوسائل تأخذ حكم المقاصد (...فإن القاعدة الشرعية أن وجوب الوسائل تبع لوجوب المقاصد ولأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب)[1] بمعنى أنّه متى كان المقصد واجباً كانت الوسيلة لهذا المقصد واجبةً أيضاً.

وفي مسألتنا هذه، إذا كان الاحتكام للشرع واجبٌ وأصلٌ عظيمٌ من أصول الّدين كما سبق، أو (مقصدٌ) على حدّ عبارة القرافيّ، وكان تطبيق هذا الأصل لا يتمّ خارج ديار الإسلام إلا بالتحكيم، فالتحكيم (وسيلةٌ) لهذا المقصد، وهو واجبٌ شرعاً،لأن مالا يتمّ الواجب إلا به فهو واجب.

(١) الفروق مع هوامشه، ج١ ص ٣٠٢، مرجع سابق.

وقد صرّح بهذا الوجوب عددٌ من علماء السّلف عبر القرون، فمن علماء القرن الخامس نذكر قول الإمام الجويني في كتابه الشهير (غياث الأمم). قال-رحمه الله- في معرض حديثه عن خلوّ الزمان عن السلطان وما الذي يجب على النّاس فعله للحكم بالشّرع (فإذا خلى الزمان عن السلطان **وجب** البدار على حسب الإمكان إلى درء البوائق عن أهل الإيمان..... فإن ما يتولاه السلطان من أمور السياسة أوقع وأنجح وأدفع للتنافس وأجمع لشتات الرأي في تمليك الرعايا أمور الدماء)[1].

فهو يقرّر وجوب قيام الناس بتنصيب قاضٍ بحسب إمكانهم وأن ذلك أدفع لمفسدة تولّي آحاد الناس تطبيق الأحكام السلطانيّة، خاصّةً ماله علاقةٌ بالدماء كالحدود والقصاص. ولازم كلامه-رحمه الله- أنه إن كانت تولية محكّمٍ هو غاية ما يستطيعون فيجب عليهم ذلك.

ومن علماء القرن السابع قول السّيواسي (وإذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقلد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة في بلاد المغرب الآن وبلنسية وبلاد الحبشة وأقروا المسلمين عندهم على مال يؤخذ منهم **يجب** عليهم أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولّي قاضيا أو يكون هو الذي يقضي بينهم...)[2].

---

(١) غياث الأمم والتياث الظلم، الشهير بالغياثيّ، ج ١ ص ٢٧٩ اسم المؤلف: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي الوفاة: ٤٧٨، دار النشر: دار الدعوة - الإسكندرية - ١٩٧٩، الطبعة: الأولى، تحقيق: د. فؤاد عبد المنعم، د. مصطفى حلمي.

(٢) شرح فتح القدير، ج ٧ ص ٢٦٤ اسم المؤلف: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي الوفاة: ٦٨١هـ، دار النشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: الثانية.

ومن القرن الثالث عشر قول ابن عابدين (وإذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقلد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة الآن يجب على المسلمين أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولي قاضيا ويكون هو الذي يقضي بينهم وكذا ينصبوا إماما يصلي بهم الجمعة)[1].

فيظهر من هذه النّقول أن الكلمة مجتمعةٌ على وجوب الحكم بالشّريعة حتّى مع الإقامة خارج ديار الإسلام، وحتى عند عدم وجود السلطان أو وجود السلطان الكافر أو المعطّل لأحكام الشرع متى كان الناس قادرين على ذلك.

إذا تقرّر ذلك، فإنّ القول بوجوب التحكيم يتفرّع عنه عددٌ من الأحكام، منها:

الفرع الأول:

الأصل هو حرمة اللجوء للقضاء غير الإسلاميّ لغير عذرٍ مقبولٍ شرعاً متى كان التحكيم متوفّراً لأن في ذلك تركٌ للواجب، وترك الواجب ذنبٌ يستوجب العقوبة. قال الجصّاص – رحمه الله- (ترك الواجب يُستحَق به العقاب)[2].

كما أنّ في قوله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى ٱلَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ ءَامَنُوا۟ بِمَآ أُنزِلَ إِلَيْكَ وَمَآ أُنزِلَ مِن قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَن يَتَحَاكَمُوٓا۟ إِلَى ٱلطَّٰغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوٓا۟ أَن يَكْفُرُوا۟ بِهِۦ﴾[3] بيانُ ذلك شافياً، فإن الله سبحانه بيّن أن التحاكم إلى الطاغوت منافٍ للإيمان لأن الزّعم كُنية الكذب كما يُقال.

(١) حاشية ابن عابدين، مرجع سابق ج ٥ ص ٣.
(٢) أحكام القرآن للجصاص، ج١ ص ٢٩٧، مرجع سابق.
(٣) سورة النّساء: آية ٦٠.

قال الشاطبيّ- رحمه الله- في بيان هذه الاية (فكأن هؤلاء قد أقروا بالتحكيم غيرأنهم أرادوا أن يكون التحكيم على وفق أغراضهم زيغا عن الحق وظنا منهم أن الجميع حُكمٌ.....وجهلوا أن حكم النبي ﷺ هو حكم الله الذي لا يرد وأن حكم غيره مردودٌ إن لم يكن جارياً على حكم الله)[1]

الفرع الثاني:

لا يجوز للمسلم أن يرفض التحكيم بغير عذرٍ مشروعٍ متى دُعي إليه وتعيّن وسيلةً لفضّ النزاع، وسواءً علم أنّ الحقّ له أو عليه أو لم يعلم ذلك البتّة.

قال تعالى: ﴿ وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ ﴿٤٨﴾ وَإِن يَكُن لَّهُمُ ٱلۡحَقُّ يَأۡتُوٓاْ إِلَيۡهِ مُذۡعِنِينَ ﴿٤٩﴾ أَفِي قُلُوبِهِم مَّرَضٌ أَمِ ٱرۡتَابُوٓاْ أَمۡ يَخَافُونَ أَن يَحِيفَ ٱللَّهُ عَلَيۡهِمۡ وَرَسُولُهُۥۚ بَلۡ أُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴿٥٠﴾ إِنَّمَا كَانَ قَوۡلَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ إِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ أَن يَقُولُواْ سَمِعۡنَا وَأَطَعۡنَاۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡمُفۡلِحُونَ ﴾[2].

قال ابن تيمية- رحمه الله- في بيان ما يستنبط من الآية (فنفى الإيمان عمن تولى عن طاعة الرسول وأخبر أن المؤمنين إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم سمعوا وأطاعوا فبين أن هذا من لوازم الإيمان)[3]

الفرع الثالث:

لا يأثم المسلم إذا أُلجئ إلى القضاء إلجاءاً من قِبلِ خصمه مع عدم رضاه بذلك لأن

(١) الاعتصام، ج ١ ص ١٣٦ اسم المؤلف: أبو إسحاق الشاطبي الوفاة: ٧٩٠، دار النشر: المكتبة التجارية الكبرى – مصر.

(٢) سورة النور: ٤٨-٥١.

(٣) مجموع الفتاوى، ج ٧ ص ٢٢١، مرجع سابق.

هذا من الإكراه المعفوّ عنه شرعاً. قال تعالى رافعاً الإثم عن المكره (إلا من أكـره وقلبـه مطمئنٌ بالإيمان)[1] ولقوله ﷺ: «**إن الله وضع عن أمّتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه**»[2]، والأمر بالمثول أمام القضاء إكراهٌ لما يترتّب على مخالفته من عواقب وخيمةٍ.

قال الشيرازي-رحمه الله- في المهذّب شارحاً حديث الإكراه السـابق: (ولا يصـير مكرها إلا بثلاثة شروط، أحدها أن يكون المكرِه قاهراً له لا يقدر على دفعه، والثـاني أن يغلب على ظنه أن الذي يخافه من جهته يقع به، والثالث أن يكون ما يهدده به مما يلحقـه ضرر به كالقتل والقطع والضرب المبَرّح والحبس الطويل....)[3]

الفرع الرابع:

كما لا يأثم المسلم إذا لجأ للقضاء غير الإسلاميّ إذا كانت الطريقة الوحيدة لضـمان حقّه أو استرداده من غاصبه باعتبار ذلـك مـن الضّرورات، وعـلى اعتبـار أن الضرورة

(١) سورة النحل: آية ١٠٦.

(٢) صحّحه الحاكم وقال: صحيحٌ على شرط الشيخين، وحسّنه النووي والبيهقي. وقد ذكر ابن الملقّن ثمانية طرق بعباراتٍ متقاربةٍ لهذا الحديث جلّها للوضع والضعف أقرب منها للحسـن والصّـحة، ولم يصرّح هو بضعفٍ ولا بصحّة. انظر:
البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثـار الواقعـة في الشرح الكبـير، ج ٤ ص ١٧٧ ومـا بعـدها. اسـم المؤلف: سراج الدين أبي حفص عمر بن على بن أحمد الأنصاري الشافعي المعروف بابن الملقـن الوفـاة: ٨٠٤، دار النشر: دار الهجرة للنشر والتوزيع - الريـاض-السـعودية - ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، الطبعـة: الأولى، تحقيق: مصطفى أبو الغيط و عبدالله بن سليمان وياسر بن كمال.

(٣) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج ٢ ص ٧٨، ا سم المؤلف: إبراهيم بن على بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق الوفاة: ٤٧٦، دار النشر: دار الفكر – بيروت.

هي (ما يلحق المكلّف ضررٌ بتركه، ولا يقوم غيره مقامه)[1] وليس فقط (بلوغ الإنسان حدّاً إذا لم يتناول الممنوع هلك أو قارب)[2].

ومن صور ما سبق: أن لا يوجد تحكيمٌ إسلاميّ البتة، أو يكون المحكّم سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع التحكيم لعدم الكفاءة، أو كان ممّن لا يُقبل تحكيمه لرحمٍ أو مصاهرةٍ مع أحد الخصوم، أو لشبهة انتفاع المحكّم بشراكةٍ أو مصلحةٍ ظاهرة مع أحدهما، أو لعداوةٍ ومظنّة انتقامٍ، أو غير ذلك من الأسباب المُعتدّ بها شرعاً.

وقد ذهب مجمع الفقه الإسلامي هذا المذهب فقال (إذا لم تكن هناك محاكم دولية إسلامية، يجوز احتكام الدول أو المؤسسات الإسلامية إلى محاكم دولية غير إسلامية توصلاً لما هو جائز شرعاً)[3]. وظاهرٌ من القرار أن الاحتكام لا يشترط أن يكون لتحصيل أمرٍ لو فُقد لأدّى للهلاك أو لمقاربة الهلاك.

وبمثل قول مجمع الفقه قال المجلس الأوروبي للإفتاء (الأصل أن يختار المسلم عند

---

(١) نظر تمييزاً بين الضرورة والحاجة على أساس (وجود البديل) عند ابن قدامة في المغني ج٢ ص ٢٣٥ دار الفكر العربي طبعة عام ١٤٠٥ هـ، فقد اعتبر –رحمه الله– ما يحتاجه الناس وله بديلٌ حاجةً، ولازم كلامه أن ما يحتاجه الناس وليس لهم بديلٌ سواه يُعد ضرورةً. كما وانظر مناقشةً وانتصاراً لهذا الرأي في: القروض الطلابيّة في الولايات المتحدة: واقعها وحكمها، ص ١٩ وما بعدها، د. معن القضاة، وهو بحثٌ منشورٌ على موقع مجمع فقهاء الشريعة باللغة العربية، ومنشورٌ باللغة الإنجليزية في مجلة اللغات والترجمة– جامعة الأزهر، العدد لعام الصفحات. www.amjaonline.com

(٢) الأشباه والنظائر ج ١ ص ٨٥، المؤلف: جلال الدين السيوطي، دار النشر: مصطفى البابي الحلبي، طبعة عام ١٣٩٨ هـ.

(٣) مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي: المؤتمر التاسع المنعقد في دولة الإمارات–أبو ظبي عام ١٩٩٥ م، انظر: مجلة المجمع، العدد ٩ ج ٤ ص ٥، القرار السادس حول مبدأ (التحكيم في الفقه الإسلامي).

حاجته إلى تحكيم محكّمين مسلمين، أو مراكز تحكيم ملتزمة بأحكام الشريعة الإسلامية، وإذا لم يمكن ذلك فيجوز الاحتكام إلى جهات تحكيم غير إسلامية توصلا لما هو مطلوب شرعاً)[1]

فخلاصة هذا المبحث أن الحكم بالشّريعة الإسلامية من لوازم الإيمان للراعي والرّعية، وأن التحكيم مباحٌ عند وجود القضاء الشّرعي، وواجبٌ بحسب الاستطاعة عند فقده، فيحرم اللجوء للقضاء غير الإسلامي مع وجود التحكيم، ويحرم رفض التحكيم بغير عذرٍ، ويُعذر المكره والذي لا يحصّل حقّه إلا بالقضاء غير الإسلاميّ.

(١) المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، قرار حول (التحكيم في المنازعات) برقم ٤-١١. ويمكن قراءة القرار على موقع المجلس http://www.e-cfr.org/ar/index.php?ArticleID=279.

المبحث الثالث

مجالات التحكيم خارج ديار الإسلام

اتّفقت كلمة الجمهور- في الجملة - أنّه لا يجوز التحكيم فيما كان من حقوق الله تعالى كالحدود، ولا في القصاص، ولا فيما لا سلطة للمحكّم عليه كحقوق غير الخصوم كاللعان إذ فيه إثباتٌ أو نفيٌ لنسب الولد مع أنه ليس طرفاً في النّزاع، ولا فيما يختصّ به القضاء لأنّه من الأحكام السلطانيّة - على خلافٍ بينهم فيما يختصّ به القضاء- وخالف الحنابلة في قولٍ منسوبٍ للإمام أحمد- رحمه الله - فأجازوا للمحكّم ما يجوز للقاضي.

وما سبق هو حكمٌ إجماليّ فقط، وإلّا فبين المذاهب- بل داخل المذهب الواحد- من الخلافات والتفصيلات فيما يشمله التحكيم ما يحتاج إلى بحثٍ مستقل.

وقد وضع فقهاء المذاهب المتبوعة ضوابط لما يجوز فيه التحكيم ومثّلوا لذلك، وفيما يلي مثالٌ واحدٌ من كل مذهب:

قال النابلسيّ –رحمه الله- من الحنفية (وَيَصِحُّ التَّحْكِيمُ فِيمَا يَمْلِكَانِ فِعْلَ ذَلِكَ بِأَنْفُسِهِمَا وَهُوَ حُقُوقُ الْعِبَادِ، وَلَا يَصِحُّ فِيمَا لَا يَمْلِكَانِ وَهُوَ حُقُوقُ اللهِّ تَعَالَى)[1].

ثم استطرد مفصّلاً فقال (حَتَّى يَجُوزَ التَّحْكِيمُ فِي الْأَمْوَالِ وَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالنِّكَاحِ وَالْقِصَاصِ وَتَضْمِينِ السَّرِقَةِ، وَلَا يَجُوزُ فِي حَدِّ الزِّنَا وَالسَّرِقَةِ وَالْقَذْفِ؛ لأن

(١) معين الحكام، ج ١ ص ٨٦ اسم المؤلف: على بن خليل الطرابلسي، أبو الحسن، علاء الدين، الوفاة: ٨٤٤،بدون دار النشر أو رقم الطبعة.

التَّحْكِيمَ تَفْوِيضٌ وَالتَّفْوِيضُ يَصِحُّ بِمَا يَمْلِكُ الْمُفَوِّضُ فِيهِ بِنَفْسِهِ وَلَا يَصِحُّ فِيمَا لَا يَمْلِكُ كَالتَّوْكِيلِ.

وَذَكَرَ الْخَصَّافُ: وَلَا يَجُوزُ حُكْمُ الْمُحَكَّمِ فِي حَدٍّ أَوْ قِصَاصٍ؛ لأن حُكْمَ الْمُحَكَّمِ بِمَنْزِلَةِ الصُّلْحِ، فَكُلُّ مَا يَجُوزُ اسْتِحْقَاقُهُ بِالصُّلْحِ يَجُوزُ التَّحْكِيمُ فِيهِ، وَمَا لَا فَلَا، وَحَدُّ الْقَذْفِ وَالْقِصَاصِ لَا يَجُوزُ اسْتِيفَاؤُهُمَا بِالصُّلْحِ وَبِعَقْدٍ مَا فَلَا يَجُوزُ التَّحْكِيمُ فِيهِمَا.

وَذُكِرَ فِي الْأَصْلِ أَنَّهُ يَجُوزُ التَّحْكِيمُ فِي الْقِصَاصِ؛ لأن التَّحْكِيمَ تَفْوِيضٌ وَتَوْلِيَةٌ فِي حَقِّهِمَا)[1] ويظهر الخلاف داخل المذهب حول جواز التحكيم في القصاص.

وقال محمد عليش -رحمه الله- من المالكية (إنما يجوز التحكيم فيما يصح لأحدهما ترك حقه فيه)[2]

ثمّ شرح ما سبق فنقل عن أئمّة المذهب وسمّاهم (اللخمي وغيره إنما يصح في الأموال وما في معناها لا يجوز التحكيم في حدٍ لقذف أو زنا أو سرقة أو سكر و لا في قتلٍ لقاتل أو تارك صلاة و لا في لعان سحنون ولا ينبغي في لعان ولا حد إنما هما لقضاة الأمصار العظام أصبغ ولا في قصاصٍ ولا حد قذف ولا طلاق ولا عتق ولا نسب ولا ولاء لأنها للإمام و لا في ولاء بفتح الواو ممدودا على عتيق و لا في نسب لأب و لا في طلاق و لا في عتق لخطر هذه المسائل وتعلق حق غير الخصمين بها إما لله تعالى كالطلاق والعتق وإما لآدمي كحق الولد في اللعان والنسب والعصبة في الولاء)[3].

(١) معين الحكام: المرجع السابق والصفحة.

(٢) منح الجليل شرح على مختصر خليل، ج ٨ ص ٢٨٤، ٢٨٥، مرجع سابق.

(٣) منح الجليل: المرجع السابق والصفحة.

ومن فقهاء الشافعيّة قال الشربينيّ- رحمه الله - (لا يأتي التحكيم في حدود الله تعالى إذ ليس لها طالب معين)[1] وذكر أمثلةً فقال (يختص جواز التحكيم بمالٍ لأنه أخف دون قصاصٍ ونكاحٍ ونحوهما كلعانٍ وحد قذفٍ لخطر أمرها فتناط بنظر القاضي ومنصبه)[2].

وأما الحنابلة الذين توسّعوا في التحكيم- على قولٍ عندهم- فقد قال ابن قدامة- رحمه الله - نقلاً عن الخطّاب (ظاهر كلام أحمد أن تحكيمه يجوز في كل ما يتحاكم فيه الخصمان قياسا على قاضي الإمام)[3] ثمّ استدرك على كلام الإمام أحمد-رحمه الله- فقال (وقال القاضي: يجوز حكمه في الأموال خاصة فأما النكاح واللعان والقذف والقصاص فلا يجوز التحكيم فيها لأن لهذه الأحكام مزية على غيرها فاختص حاكم الإمام بالنظر فيها كالحدود[4] ولم يجزم بأن أيّاً من القولين هو المذهب.

وحاصل هذه النّقول ما سبق تقريره أنهم- في الجملة- يجيزون التحكيم في الحقوق الخاصّة التي يملك الخصوم إسقاطها. أو بعبارة ابن العربي-رحمه الله- (إنّ كل حقّ اختصّ به الخصمان جاز التّحكيم فيه ونفذ تحكيم المحكّم فيه)[5].

وقد أفتى بما سبق مجمع الفقه الإسلامي فقال (لا يجوز التحكيم في كل ما هو حق

(١) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج ٤ ص ٣٧٩، مرجع سابق.
(٢) مغني المحتاج: المرجع السابق والصفحة.
(٣) الشرح الكبير لابن قدامة، ج ١١ ص ٣٩٣ اسم المؤلف: ابن قدامة المقدسي، عبد الرحمن بن محمد، الوفاة: ٦٨٢، بدون دار النشر أو رقم الطبعة.
(٤) الشرح الكبير: المرجع السابق والصفحة.
(٥) أحكام القران لابن العربي ج٢ ص ١٢٥، مرجع سابق.

لله تعالى كالحدود، ولا فيما استلزم الحكم فيه إثبات حكمٍ أو نفيه بالنّسبة لغير المتحاكمين ممن لا ولاية للحَكَم عليه كاللعان لتعلّق حقّ الولد به، ولا فيما ينفرد القضاء دون غيره بالنّظر فيه)[1].

كما و أخذ المجلس الأوروبي للإفتاء بهذا المذهب فقال (لا يجوز التحكيم في كل ما هو حق لله تعالى، ولا فيما استلزم الحكم فيه إثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المتعاملين ممن لا ولاية للمحكّم عليه، ولا فيما ينفرد القضاء به دون غيره بالنظر فيه)[2].

هذا ما أفتت به المذاهب المتبوعة وقالت به المجامع الفقهية المعاصرة. وحول هذا الفقه عددٌ من الملاحظات شديدة التعلّق بحال المسلمين المقيمين خارج ديار الإسلام فيما يلي ذكرها موجزاً:

الفرع الأول:

ليس للخلافات الفقهية فيما يجوز فيه التحكيم- ممّا سبق بيانه- عظيمُ أثرٍ على أرض الواقع، لأن مردّ الأمر في النهاية إلى ما تسمح بالتحكيم فيه قوانينُ هذه الدول. وهذا بابٌ واسعٌ لأهل القانون والخبرة من المسلمين أن يتعرّفوا على كل ما تجيز القوانين التحكيم فيه، فبلادٌ كالولايات المتحدة- مثلاً- قد تختلف قوانين التحكيم فيها - في الفروع وليس في الأصول- من ولايةٍ لأخرى.

(١) مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي: القرار السابق.

(٢) المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث: القرار السابق.

الفرع الثاني:

بالاستقراء والخبرة[1]، فإن معظم خلافات أبناء الجاليات المسلمة في الغرب تتمحور حول القضايا التالية:

(١) المعاملات التجارية والمالية عموماً من مداياناتٍ ومشاركاتٍ وبيوع.

(٢) الأحوال الشخصيّة من خطبةٍ ونكاحٍ وفسخٍ وطلاقٍ وخلعٍ ونشوزٍ وإيلاءٍ وهجرٍ وعنفٍ أسَريٍّ ونفقةٍ وسكنى وحضانةٍ وميراثٍ ووصيةٍ.

(٣) الخلافات الشخصية والمشاجرات و الاتهامات ونشر الإشاعات والإساءة المعنوية للغير.

(٤) الأمور الأخلاقية عموماً كالخيانات الزوجية والعلاقات بين الشباب من الجنسين والشذوذ الجنسي والقذف بالزنا.

(٥) الخلاف بين القائمين على العمل الإسلامي ومؤسساته، إمّا لولاءاتٍ حزبيةٍ وما يتبعها من انقلاباتٍ انتخابيةٍ لإدارة هذه المؤسسات، أو لأسبابٍ إداريةٍ وماليّة، أو لأسبابٍ إقليمية وعِرقيّة، أو لخلافاتٍ عقائديةٍ أو فقهيةٍ.

فيظهر أن كثيراً من هذه الخلافات ليست من حقوق الله تعالى التي لا يجوز فيها التحكيم. وعليه فإن مساحة ما يجوز فيه التحكيم بين المسلمين في الغرب- شرعاً وقانوناً- مساحةٌ كبيرةٌ ولله الحمد.

---

(١) تحدّثاً بنعمة الله أقول: مضى عقدٌ من الزمان على إقامتي في الولايات المتحدة، عملت فيها في مجالاتٍ شتّى: في التعليم الجامعيّ- ولا أزال- و الإمامة، والبحث العلمي والإفتاء من خلال مجمع فقهاء الشريعة، والتحكيم في قضايا متنوّعة من خلال محكمة دالاس الإسلامية وغيرها، فتشكّلت لديّ خبرةٌ جيدة في هذا المجال، ولله الفضل والمنّة.

الفرع الثالث:

وأمّا في حقوق الله تعالى، فهل يُستساغ القول بأنّ للمحكّم المسلم أن يُعزّر بالمال مَن زنا أو قذف أو شرب خمراً بدلاً من إقامة الحدّ عليه إن سمحت بذلك القوانين؟ وأن ذلك أقصى ما في الوسع في بلادٍ لا تعتبر ما سبق من الجرائم؟ ولئن يغرّم الزاني والشارب خيرٌ من أن يُترَك وشأنه فتُطمس المنكرات ولا يُعاقب عليها البتّة؟

إنّ الحُكم السابق فرعٌ عن أصلين اثنين، فإلى أيّهما كان أقربُ أخذ حُكمَه:

الأصل الأول: حرمة الابتداع في الدّين. فالحدود الشرعيّة توقيفيّةٌ مقدّرةٌ كالعبادات لا مجال للنّظر فيها ولا للاجتهاد.

ذكر الكاساني تعريفها وتقديرها بقوله (وفي الشَّرْعِ عِبَارَةٌ عن عُقُوبَةٍ مُقَدَّرَةٍ وَاجِبَةٍ حَقًّا للهِ تَعَالَى عز شَأْنُهُ بِخِلَافِ التَّعْزِيرِ فإنه ليس بِمُقَدَّرٍ، قد يَكُونُ بِالضَّرْبِ وقد يَكُونُ بِالْحَبْسِ وقد يَكُونُ بِغَيْرِهِمَا وَبِخِلَافِ الْقِصَاصِ فإنه وَإِنْ كان عُقُوبَةً مُقَدَّرَةً لَكِنَّهُ يَجِبُ حَقًّا لِلْعَبْدِ حتى يَجْرِيَ فيه الْعَفْوُ وَالصُّلْحُ)[1].

وذكر ابن رجب الحنبلي أنّ تغييرها من البدع في الدّين، وذلك عند شرحه لأصلٍ عظيمٍ في النّهي عن البدع وهو قوله ﷺ: «**من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو ردّ**»[2] فقال- رحمه الله- (وأما المعاملات كالعقود والفسوخ ونحوهما فما كان منها مغير الأوضاع

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٧ ص ٣٣ اسم المؤلف: علاء الدين الكاساني الوفاة: ٥٨٧، دار النشر: دار الكتاب العربي - بيروت - ١٩٨٢، الطبعة: الثانية.

(٢) صحيح مسلم، ج ٣ ص ١٣٤٣، بَاب نَقْضِ الْأَحْكَامِ الْبَاطِلَةِ وَرَدِّ مُحْدَثَاتِ الْأُمُورِ، حديث رقم (١٧١٨)، اسم المؤلف: مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري الوفاة: ٢٦١، دار النشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.

الشرعية **كجعل حد الزنا عقوبة مالية** وما أشبه ذلك فإنه مردود من أصله لا ينتقل به الملك لأن هذا غير معهود في أحكام الإسلام، ويدل على ذلك أن النبي ﷺ قال[1] للذي سأله: إن ابني كان عسيفاً على فلان فزنى بامرأته فافتديت منه بمائة شاة وخادم فقال النبي ﷺ: «**المائة الشاة والخادم رد عليك وعلى ابنك مائة جلدة وتغريب عام**»[2].

والأصل الثاني: التكليف بالمستطاع. وأصله معروفٌ في الكتاب والسنّة، كقوله تعالى: ﴿ **لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا** ﴾[3] وقوله ﷺ: «**إذا أمرتكم بأمرٍ فأتوا منه ما استطعتم**»[4].

قعّد الفقهاء لهذه الأدلّة واستنبطوا منها قاعدة وهي أن(من كلف بشيء من الطاعات فقدر على بعضه وعجز عن بعضه فإنه يأتي بما قدر عليه ويسقط عنه ما عجز عنه)[5] أو بتعبير آخر (الميسور لا يسقط بالمعسور)[6] وكذلك أخذوا من هذه الأدلّة

---

(١) الجامع الصحيح المختصر، الشهير ب (صحيح البخاري)، ج ٢ ص ٩٥٩، بَاب إذا اصْطَلَحُوا على صُلْحِ جَوْرٍ فَالصُّلْحُ مَرْدُود،رقم الحديث (٢٥٤٩) اسم المؤلف: محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي الوفاة: ٢٥٦، دار النشر: دار ابن كثير ، اليمامة - بيروت - ١٤٠٧ - ١٩٨٧، الطبعة: الثالثة، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا.

(٢) جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم، ج ١ ص ٦١ اسم المؤلف: زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين البغدادي الوفاة: ٧٩٥هـ، دار النشر: مؤسسة الرسالة - بيروت - ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م، الطبعة: السابعة، تحقيق: شعيب الأرناؤوط / إبراهيم باجس.

(٣) سورة البقرة: آية ٢٨٦.

(٤) صحيح مسلم ج ٢ ص ٩٧٥، باب:فرض الحجّ مرةً في العمر، حديث (٧٣). مرجع سابق.

(٥) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج ٢ ص ٥، اسم المؤلف: أبي محمد عز الدين السلمي الوفاة: ٦٦٠، دار النشر: دار الكتب العلمية – بيروت.

(٦) الأشباه والنظائر، ج ١ ص ١٥٩، مرجع سابق.

قاعدة (ما لا يدرك كلّه لا يُترك كلّه)[1]، وضربوا عليها الأمثلة.

وفي مسألتنا هذه – على افتراض صحّة هذا التخريج– فإنّ إقامة الحدّ معسورٌ والتعزير بالمال ميسور، فينبغي الإتيان بالمقدور ويسقط المعسور.

وبتأمّل الأصلين السابقين يُلاحظ أن محلّ النّهي عن الابتداع بتغيير الحدود هو عند القدرة على تنفيذها، فالنّبي ﷺ حكم ونفّذ شرع الله سبحانه وتعالى لقدرته على ذلك، وليس الحال كذلك في مسألتنا للعجز عن التنفيذ. فادّعاء الابتداع– والحالة هذه– فيه تكلّفٌ ظاهر.

وفي الوقت ذاته، التعزير بالمال عند العجز عن تطبيق الحدّ هو إتيانٌ بالمستطاع وتوقيعٌ لما يسمّى (عقوبة) في الشرائع السماويّة والقوانين الأرضيّة، والعقوبة بما تيسّر واجبةٌ إعمالاً لقاعدة عدم سقوط الميسور بالمعسور.

إنّ تراثنا الفقهيّ حفظ لنا فيما حفظ أن الحدود تسقط كلّها أو بعضها وتُستبدل بالتعزير، وذلك في موضعين اثنين:

الأول: عند عدم ثبوت الحدّ:

قال السّيوطي في التمثيل على إسقاط الحدّ وتطبيق التعزير بدلاً منه (لو شك في الحدّ أَرَجمٌ أو جَلدٌ فإنه **لا يُحدّ بل يُعزر** كما قرره ابن المسلم أن التردد بين جنسين من

(١) مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، ج ١ ص ١٢١، اسم المؤلف: علي بن سلطان محمد القاري الوفاة: ١٠١٤هـ، دار النشر: دار الكتب العلمية – لبنان/ بيروت – ١٤٢٢هـ – ٢٠٠١م، الطبعة: الأولى، تحقيق: جمال عيتاني.

العقوبة إذا لم يكونا قتلاً يقتضي إسقاطهما والانتقال إلى التعزير)[1].

وفي حاشية ابن عابدين حول حكم تناول المسكرات من غير الخمر: (مطلب في البنج والأفيون والحشيشة: قوله «لكن دون حرمة الخمر» لأن حرمة الخمر قطعية يكفر منكرها بخلاف هذه. قوله «**لا يحد بل يعزر**» أي بها دون الحد)[2]

والثاني: في دار الحرب:

قال الكاساني-رحمه الله- في الأحكام التي تختلف باختلاف الدّارين: (منها أَنَّ الْمُسْلِمَ إذَا زَنَا في دَارِ الْحَرْبِ أو سَرَقَ أو شَرِبَ الْخَمْرَ أو قَذَفَ مُسْلِمًا لَا يُؤْخَذُ بِشَيْءٍ من ذلك لأن الْإِمَامَ لَا يَقْدِرُ على إقَامَةِ الْحُدُودِ في دَارِ الْحَرْبِ لِعَدَمِ الْوِلَايَةِ..... وَكَذَلِكَ إذَا قَتَلَ مُسْلِمًا لَا يُؤْخَذُ بِالْقِصَاصِ وَإِنْ كان عَمْدًا لِتَعَذُّرِ الِاسْتِيفَاءِ إلَّا بِالْمَنَعَةِ..... **وَيَضْمَنُ الدِّيَةَ خَطَأً كان أو عَمْدًا وَتَكُونُ في مَالِهِ لَا على الْعَاقِلَةِ** لأن الدِّيَةَ تَجِبُ على الْقَاتِلِ ابْتِدَاءً أو لأن الْقَتْلَ وُجِدَ منه وَلِهَذَا وَجَبَ الْقِصَاصُ وَالْكَفَّارَةُ على الْقَاتِلِ لَا على غَيْرِه فَكَذَا الدِّيَةُ تَجِبُ عليه ابْتِدَاءً وهو الصَّحِيحُ، ثُمَّ الْعَاقِلَةُ تَتَحَمَّلُ عنه بِطَرِيقِ التَّعَاوُنِ لِمَا يَصِلُ إلَيْهِ بِحَيَاتِهِ من الْمَنَافِعِ من النُّصْرَةِ وَالْعِزِّ وَالشَّرَفِ بِكَثْرَةِ الْعَشَائِرِ وَالْبِرِّ وَالْإِحْسَانِ لهم وَنَحْوِ ذلك وَهَذِهِ الْمَعَانِي لَا تَحْصُلُ عِنْدَ اخْتِلَافِ الدَّارَيْنِ فَلَا تَتَحَمَّلُ عنه الْعَاقِلَةُ.

وَكَذَلِكَ لو كان أَمِيرًا على سَرِيَّةٍ أو أَمِيرَ جَيْشٍ وَزَنَا رَجُلٌ منهم أو سَرَقَ أو شَرِبَ الْخَمْرَ أو قَتَلَ مُسْلِمًا خَطَأً أو عَمْدًا لم يَأْخُذْهُ الْأَمِيرُ بِشَيْءٍ من ذلك لأن الْإِمَامَ ما فُوِّضَ إلَيْهِ إقَامَةُ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ لِعِلْمِهِ أَنَّهُ لَا يَقْدِرُ على إقَامَتِهَا في دَارِ الْحَرْبِ إلَّا أَنَّهُ **يُضَمِّنُهُ**

(١) الأشباه والنظائر ج ١ ص، ٥٧، المرجع السابق.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤٢، مرجع سابق.

السَّرِقَةَ إنْ كان اسْتَهْلَكَهَا وَيُضَمِّنُهُ الدِّيَةَ في بَابِ الْقَتْلِ لِأَنَّهُ يَقْدِرُ على اسْتِيفَاءِ ضَمَانِ الْمَالِ)[1].

فانظر كيف أسقط الحدّ واستبدله: فأوجب الدّية في قتل العمد دون إذن وعفو وليّ الدّم، وأوجب الدّية على القاتل في قتل الخطأ وليس على العاقلة، وضَمّن السارق ما سرق ولم يقطعه، فكل ذلك تغييرٌ للأحكام الثابتة ابتداءاً، لكنّه أفتى بها إما لعدم القدرة على التنفيذ ففعل ما يستطيع، أو لعدم الولاية على الجاني.

فالقول إذاً بجواز استبدال الحدود بعقوبةٍ أخرى- أو على الأقل- تنفيذ ما يُستطاع منها ليس بدعاً من القول.

وإضافةً لقول الأحناف السابق، أخذ بهذا الرأي من المعاصرين الشيخ محمد رشيد رضا- رحمه الله- مفتياًبه المسلمين في الهند، فقال بجواز توليّ الوزارات تحت سلطان الاستعمار الإنجليزي **والقضاء بقوانينهم في رقاب المسلمين** وأعراضهم وأموالهم معتبراً أن قوانينهم هي أقرب القوانين للتشريعات الإسلامية لأنّها قائمةٌ على مراعاة العدل والمصلحة، وكذلك في الشريعة الإسلامية إذ غالبها آيلٌ للتعزير، والتعزير موكولٌ إلى اجتهاد القاضي[2].

وباستقراء ما سبق: إذا جاز وضع ضابط (**وجود المانع**) لجواز إسقاط الحدود في

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣١،١٣٢، مرجع سابق.

(٢) هكذا نَقلتُ العبارة من مصدرها على شبكة الإنترنت، إذ لم أجدها فيما توفّر لديّ من مصادرمحدودة، وينسبها النّاقل إلى المصدر التالي:
تفسير المنار لمحمد رشيد رضا ج٦ ص ٤٠٦-٤٠٩، وعلى أي حال، فاشتهار نسبة هذا الرأي للشيخ- رحمه الله- قد يغني عن توثيقه من مصدره الأم.

دار الحرب أوعند عدم ثبوتها واستبدال ذلك بالتعزير، إمّا بالغرامة المالية أو بتوقيع ما دون الحد، فإنّه يجوز طرداً لذلك أن نقول:

يجوز للمحكّم المسلم أن يُعزّر من زنا أو قذف أو شرب خمراً، إمّا بالمال أو بها دون الحدّ بما تسمح به القوانين بدلاً من إقامة الحدّ عليه **لوجود المانع** وهو عدم القدرة، ولأن ذلك أقصى ما في الوسع، و(إقامة حدّ في الأرض خيرٌ لأهلها من مطر أربعين ليلة)[1]

وخلاصة هذا المبحث هو جواز التحكيم في كلّ ما تسمح به القوانين خارج ديار الإسلام دون استثناء، والقول باستبدال الحدود بعقوباتٍ تعزيريّةٍ ماليّةٍ ضمن ما تسمح به القوانين قولٌ له حظٌ من النّظر.

وبعد:

هذا ما يسّر الله جمعه حول التحكيم الإسلامي خارج ديار الإسلام، والحمد لله أولاً وآخراً، وصلّى الله على خير خلقه محمّد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

(١) رواه أصحاب السّنن بأسانيد مختلفة و بعباراتٍ متقاربة، وهو حديثٌ حسنٌ في الجملة. حسّنه المنذري في الترغيب والترهيب ج٣ ص ٢٤٤ فقال: إسناده صحيح أو حسن أو ماقاربها. وانظره عند ابن ماجة في باب فضل إقامة الحدود، سنن ابن ماجه، ج ٢ ص ٨٤٨ اسم المؤلف: محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني الوفاة: ٢٧٥، دار النشر: دار الفكر - بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.

ملخّص البحث

(١) التحكيم نظامٌ إسلاميٌ أصيلٌ للفصل في الخصومات يختلف عن الوكالة والخبرة، وهو فوق الصلح والإفتاء لكن دون سلطة التنفيذ، ودون القضاء لكن مع الإلزام.

(٢) الحكم بالشّريعة الإسلامية من لوازم الإيمان وأصوله.

(٣) التحكيم مباحٌ عند وجود القضاء الشّرعي.

(٤) التحكيم واجبٌ بحسب الاستطاعة عند عدم وجود القضاء الشرعيّ إذا تعيّن وسيلةً لفضّ النّزاعات، كمن يقيمون خارج ديار الإسلام.

(٥) لا يجوز اللجوء للقضاء غير الإسلامي مع وجود التحكيم.

(٦) يحرم رفض التحكيم بغير عذرٍ مقبولٍ شرعاً.

(٧) يُعذر المكره إذا ألجئ إلى القضاء غير الإسلاميّ.

(٨) يجوز اللجوء للقضاء غير الإسلاميّ إذا تعيّن وسيلةً لتحصيل الحقوق المشروعة.

(٩) يجوز التحكيم في كلّ ما تسمح به القوانين خارج ديار الإسلام دون استثناء.

(١٠) يجوز استبدال الحدود بعقوباتٍ تعزيريّةٍ ماليّةٍ ضمن ما تسمح به القوانين.

الفهـــــــــرس

هدف البحث: ٦٠١
مصادر البحث: ٦٠١
خطّة البحث: ٦٠١
المبحث الأول: التعريف بالتحكيم ٦٠٣
المطلب الأول: التحكيم والقضاء ٦٠٥
المطلب الثاني: التحكيم والإفتاء ٦٠٧
المطلب الثالث: التحكيم والصّلح ٦٠٨
المطلب الرابع: التحكيم والوكالة ٦٠٩
المطلب الخامس: التحكيم والخبرة ٦١٠
المبحث الثاني: مشروعيّة التحكيم ٦١١
المطلب الأول: الحكم بالشريعة الإسلامية ٦١٢
المطلب الثاني: اللجوء للتحكيم مع وجود القضاء الشرعي ٦١٥
المطلب الثالث: اللجوء للتحكيم مع عدم وجود القضاء الشرعي ٦١٨
المبحث الثالث: مجالات التحكيم خارج ديار الإسلام ٦٢٥
ملخّص البحث ٦٣٦
الفهـــــــــرس ٦٣٧

الإمام ودوره في التحكيم الشرعي في أمريكا

أهميته والطرق العملية لتطويره

إعداد الدكتور

محمد موفق بن عبد الله الغلاييني

عضو لجنة لإفتاء التابعة للمجمع

وعضو هيئة التدريس بأكاديمية الشريعة بأمريكا

والجامعة الإسلامية الأمريكية

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد: فإن للإمام دورا بالغ الأهمية في المجتمع الإسلامي في أمريكا، فمهمته لا تقتصر على إمامة الصلاة وأداء خطبة الجمعة، بل يعتبر المرجع المباشر للمسلمين في شؤونهم الشرعية والاجتماعية وأحيانا الاقتصادية والسياسية. وقد غدا من المألوف أن تطلب القاضية أو القاضي الأمريكي من الزوجين المتخاصمين أن يسشيرا إمام محلتهم، وربما طُلبت المحكمة من الإمام مساعدتها في شرح بعض القضايا المتعلقة بأحكام الزواج في الإسلام للتوصل إلى صيغة تتسق وما اتفق عليه الزوجان حين إجراء عقد الزواج كالمهر ونحوه.

ومن هنا نجد أن من الخير للفريقين أن يقصدا الإمام لحل الخلاف ابتداء. وبهذا يختصران الوقت والجهد على نفسيهما وعلى غيرهما.

ورغم أن من النادر أن يقصد المتخاصمان في القضايا المالية الإمام لتسوية الخلاف، فإن من الواجب شرعا، ومن الأيسر واقعا أن يحكمانه في هذا الأمر طلبا لمرضاة الله سبحانه أولى باتباع شرعه، وخلاصا من أعباء المحاكم المتعددة ثانيا.

إن هذا الأمر يقتضي منا الحديث عن معقد الولايات في أمريكا. فيا ترى ما هي الهيئة المخولة شرعًا بعقد الولايات هنا كولاية القضاء والإمامة والإفتاء ونحوها؟ فقد نجد من يفتي المسلمين في أمور دينهم – على ندرة- ولكنا لا نجد قضاة مسلمين

يفصلون في الخلافات الناشئة بينهم، إذ مرد ذلك للقضاء المحاكم الأمريكية. فما هو الحل لهذه المعضلة؟

سأجيب بعون الله في هذا البحث عن هذا التساؤل. كما سأتعرض للتحديات الذي تواجه معظم الأئمة هنا والتي تتمثل في جانب هام منها بالإشكالات القانونية للمسألة والتي من المؤمل أن يجيب عنها الأخوة المتخصصون في الشؤون القانونية ممن سيحضر مؤتمرنا هذا، ومنها على سبيل المثال:

١- معرفة آليات التحكيم التي تتناسب مع مقتضيات القضاء الأمريكي، والتي – في الوقت نفسه- لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

٢- معرفة الصيغة القانونية للتحكيم الملزم شرعًا وقانونًا.

كما أن الأئمة بحاجة إلى اقتراحات عملية تساعدهم في تجنب الإشكالات الاجتماعية المختلفة الناتجة عن التحكيم، ومن الأمثلة على هذا:

١- تجنب التورط في إنشاء خصومات جانبية ممن يلوذ بأحد الأطراف المتحاكمين.

٢- عدم الوقوع في إشكالية مع إدارة المسجد أو أفراد من الجالية المسلمة التي قد تسئ فهم دور الإمام في هذه المسألة.

وبناء على هذا فإن بحثي سيشتمل على ثلاثة مطالب هي:

١- معقد الولايات وأهميته في تحديد دور الإمام.

٢- الواقع الحالي للأئمة فيما يتعلق بالتحكيم.

٣- اقتراحات عملية لتطوير أداء الأئمة في مجال التحكيم.

أسال الله سبحانه أن يوفق المجتمعين في هذا المؤتمر لإيجاد الأجوبة الناجعة لما يواجه الجالية المسلمة في أمريكا من مشكلات تتعلق بالتحكيم، وبخاصة فيما يتعلق بمهمة الإمام في هذا المجال علنا نعين الأئمة في تطوير أدائهم، وكذلك تخفف معاناة الجالية المسلمة في ديار الغربة. والله من وراء القصد وهو حسبنا ونعم الوكيل.

المطلب الأول

معقد الولايات وأهميته في تحديد دور الإمام

المقصود بمعقد الولايات في فقهنا الإسلامي: الجهة التي يناط بها شرعا عقد ألوية الجهاد، والاتفاقيات مع غير المسلمين في حال السلم والحرب، ونحو ذلك من الشؤون العامة والحيوية للأمة مثل: عقد الولايات من تعيين الولاة والقضاة الذين يفصلون بين الناس، ويتولون تزويج من لا ولي لها، أو التفريق بين الزوجين في بعض الحالات الخاصة.

من المعلوم أن الذي يقوم بهذا أصلا هو إمام المسلمين أي الخليفة في ديار الإسلام، وبما أنه لا وجود للخليفة الآن، فمن هو الذي يقوم مقامه في أداء هذه المهمات الجسام؟

بهذا تتضح أهمية هذا المبحث كمدخل ضروري للحديث عن بعض مشكلات الأسرة المسلمة في ديار الغربة. ولهذا فان حديثي هنا سيكون الإجابة عن السؤال الذي يطرح باستمرار وهو: بما أن هذه ديار لا يحكمها الإسلام فمن هي الجهة المخولة شرعا بعقد هذه الولايات التي تتولى الفصل في الخصومات في أمريكا الشمالية؟

إن هذه المشكلة لا تنحصر في واقعنا الحالي هنا في ديار غير المسلمين، بل هي تشمل معظم العالم الإسلامي، فليس للمسلمين الآن خليفة واحد يرعى شؤونهم، ويقوم بعقد هذه الولايات.

ولكننا عند البحث والتنقيب لا نجد إلا قلة نادرة من فقهائنا القدامى ممن بحث في

هذه المسألة وهي: تصور خلو الزمان من السلطان المسلم[1]. وقد حدث هذا في تاريخنا الإسلامي فعلياً بعد انهيار النظام الإسلامي الحاكم فيها بجملته، فقد وقع هذا وقت ظهور التتار والصليبيين على بعض أقطار المسلمين في القرنين السادس والسابع الهجريين، وكما حصل أيضا بعد سقوط الأندلس في أيدي أعداء الإسلام في نهاية القرن التاسع الهجري عام: ٨٩٨هـ.

والسبب في قلة بحث فقهائنا لهذا الموضوع أنه لم يكن أحد منهم ليتصور وقوع مثل هذا الأمر من غياب سلطان للمسلمين يرعى شؤونهم الدينية والدنيوية. ولكن هذا قد حدث فعلا في الماضي كما أشرت، وحدث في عصرنا حين وقعت الطامة الكبرى بإلغاء منصب الخلافة في تركيا، وإنهاء الخلافة العثمانية عام ١٩٢٤م. على يد عدو الإسلام: (مصطفى كمال) وبتشجيع من الإنكليز وحلفائهم.

لقد ذهب الإمام: الجويني إلى أن الأمر في هذه الحالة يسند للعلماء.[2] وذهب الشيخ عبد الحميد الشرواني الشافعي إلى أن الأمر يسند إلى أعلم أهل ذلك الزمان.[3]

لكن أغلب العلماء ذهبوا إلى أن أهل الحل والعقد هم الذين يتولون هذه المهمة عند فقد السلطان. ومن هؤلاء الشيخ: سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي الذي ذهب إلى أنه إذا عدم السلطان بمحل لزم أهل الشوكة الذين هم أهل الحل والعقد أن ينصبوا

---

(١) ممن ألف في هذا إمام الحرمين: أبو المعالي الجويني حيث ضمنه كتابه: (غياث الأمم في التياث الظلم) وكذلك الإمام أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي المتوفى عام٩١٤ هـ بفاس في كتابه: (المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب) وقد ألفه بعد سقوط الأندلس بقليل.

(٢) أنظر لإمام الجويني في كتابه: غياث الأمم في التياث الظلم: ١/ ٣٩.

(٣) أنظر حاشية الشرواني للشيخ: عبد الحميد الشرواني: ٩/ ٧٦.

قاضيا، وتنفذ أحكامه للضرورة الملجئة.[1] وممن أيد هذا الرأي أيضا الشيخ زين الدين بن عبد العزيز المليباري حيث قال: (لا بد من توليه – أي القاضي – من الإمام أو مأذونه ولو لمن تعين للقضاء، فان فقد الإمام فتوليه أهل الحل والعقد في البلد أو بعضهم مع رضا الباقين)[2]

فمدار الخلاف إذا هو بين أن يتولى ذلك – تعيين القضاة – العلماء، أو أهل الحل والعقد. والفارق بين الرأيين يسير لأن أغلب الفقهاء عدوا أهل العلم ضمن أهل الحل والعقد. رغم أن هناك من رأى ضرورة اعتبار أولي الأمر بين أهل الحل والعقد كما سوف نرى.

ولكن كيف يمكن لنا تنزيل هذه الاجتهادات على واقع المسلمين في أمريكا؟ هل للعلماء هنا شأن ومكانة تؤهلهم للقيام بهذه المهمة الخطيرة لوحدهم؟ سوف أؤجل الحديث عن هذا الموضوع إلى المطلب الثاني عندما أتحدث الواقع الحالي للأئمة بإذن الله، ولكني أستطيع القول هنا باختصار أن الأئمة في أمريكا لا يستطيعون – بظروفهم الحالية – القيام بهذه المهمة منفردين. أما موضوع أهل الحل والعقد فلا بد من الحديث عنه هنا بالتفصيل لأنه الموضع المناسب.

إن مفهوم أهل الحل والعقد قد غدا غريبا ومجهولا عند أغلب المسلمين، وذلك بسبب غربة الإسلام ومفاهيمه، وبعد المسلمين عموما عن تطبيق أحكام دينهم.[3]

---

(١) أنظر حاشية البجيرمي للفقيه الشافعي: سليمان بن محمد البجيرمي: ٣/ ٢٤٠.

(٢) فتح المعين للشيخ زين الدين بن عبد العزيز المليباري: ٤/ ٢١٠.

(٣) يعتبر كتاب الدكتور صلاح الصاوي: (جماعة المسلمين: مفهومها وكيفية لزومها في واقعنا المعاصر) من المراجع المفيدة والهامة في هذا الموضوع.

ويمكننا القول بأن غالبية المسلمين غافلون عنه إلا لمن كتب له الاطلاع على تراث الإسلام وتاريخه. لذا فان تحديد واختيار أهل الحل والعقد في عصرنا أمر شاق ويحتاج أولا وقبل أي شئ إلى أوبة حقيقية من المسلمين إلى دينهم بوصفه منهاجا شاملا للحياة، ولكن ورغم عدم توفر هذا حاليا فإنني لا أرى ما يمنع من بحث هذا الأمر- ولو نظريا- للحصول على إطار عام قد يسهم في المستقبل في إيجاد هيئة قريبة – بقدر الإمكان- من مواصفات أهل الحل والعقد، والتي كان لها أثر واضح في تاريخنا الإسلامي كما هو معلوم.

إن التسلسل المنهجي للحديث عن أهل الحل والعقد يقتضي الوقوف على النقطتين التاليتين:

١- مفهوم أهل الحل والعقد عند علمائنا.

٢- الفئات التي يمكن لها الانضواء تحت مفهوم أهل الحل والعقد في أمريكا.

١ - مفهوم أهل الحل والعقد عند علمائنا:

ذهب بعض علمائنا إلى أن أهل الحل والعقد يشمل: العلماء والرؤساء ووجوه الناس[(١)] وذهب بعضهم إلى أنهم العلماء ووجوه الناس[(٢)] وقد وصل الإمام البنا رحمه الله إلى رأي قريب من هذين الرأيين استخلاصا من مطالعاته في أقوال الفقهاء ووصفهم إياهم، حيث وجد أن هذا الوصف ينطبق على ثلاث فئات هم:

(١) نص عليه الإمام النووي في منهاج الطالبين: ١/ ١٢١ والعلامة: محمد الزهري الغمراوي الشافعي في كتابه: السراج الوهاج: ١/ ٥١٨.

(٢) ذكره الشيخ إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو اسحق في كتابه: (المبدع) ١٠/ ١٠ والماوردي الشافعي في كتابه: (الإقناع) ٢/ ٥٥٠.

- **الفقهاء المجتهدون الذين يعتمد على أقوالهم في الفتيا واستنباط الأحكام.**
- **أهل الخبرة في الشؤون العامة.**
- **من لهم نوع قيادة أو رئاسة في الناس كزعماء البيوت والأسر وشيوخ القبائل ورؤساء المجموعات.**[1]

وقد اشترط فقهاؤنا في أهل الحل والعقد أن تتوافر فيهم نفس صفات الشهود من العدالة وغيرها لما لهم من أهمية في المجتمع الإسلامي.

لقد كان لأهل الحل والعقد مكانة كبيرة في تاريخنا الإسلامي، فقد كانوا بمثابة برلمان مصغر، فرغم أنهم لم ينتخبوا بالاقتراع لكنهم حازوا هذه المكانة من خلال سلوكهم الإسلامي الرفيع من علم بأحكام هذا الدين، وحكمة في وزن الأمور مع عقل راجح وخبرة عملية وافية، لذا فقد كان لهم دور في تعيين الولاة – بما فيهم الخليفة والقضاة – ونصح الحكام وتوجيههم لما فيه خير البلاد والعباد. فهم إذاً كانوا يمثلون الأمة ولو لم يتم انتخابهم عبر صناديق الانتخابات. وقد وصفهم الأستاذ أبو الأعلى المودودي بقوله: (هم الحائزون لثقة العامة الذين يطمئن إليهم الناس لإخلاصهم ونصحهم وأمانتهم وأهليتهم، والذين تضمن مشاركتهم في قضية الحكومة أن الأمة ستمد إلى الحكومة يد التعاون في تنفيذ هذه القضية).[2]

٢ - الفئات التي يمكن لها الإنضواء تحت مفهوم أهل الحل والعقد في أمريكا:

تحدث بعض علمائنا قديما وحديثا –كما رأينا– حول أهل الحل والعقد في ديار

(١) مجموعة رسائل الإمام حسن البنا. رسالة (مشكلاتنا في ضوء النظام الإسلامي) ص: ٣٢٨.
(٢) تدوين الدستور الإسلامي لأبي الأعلى المودودي: ٥٨.

الإسلام، ولكن لم يكتب في هذا الموضوع أحد – في حدود معرفتي- حولهم في أمريكا. ولذا سأجتهد رأيي في هذا الموضوع.

إن الجهات الفاعلة بين المسلمين في أمريكا والتي يمكن لها الانضواء تحت مفهوم أهل الحل والعقد متنوعة ومتشعبة، وهذا ما يجعل مهمة الباحث في هذا المجال صعبة. ولعل في البحث عن الفئات التي ذكرها الإمام البنا ما يسهل من هذه المهمة:

بالنسبة للفقهاء المجتهدين الذين يعتمد على أقوالهم في الفتيا واستنباط الأحكام:

أستطيع القول- بناء على خبرتي- بأنه لا يوجد اتفاق بين المسلمين في أمريكا حاليا على فقهاء من هذا النوع وذلك لأسباب متنوعة لا مجال لذكرها هنا. نعم لدينا بعض الفقهاء ولكن قد لا تتوفر فيهم صفة الاجتهاد التي نص عليها الفقهاء.[(١)]

وهنا أشير إلى وجود مجالس لبعض المنظمات الإسلامية مثل: المجلس الفقهي الأمريكي التابع لاسنا: (الاتحاد الإسلامي لأمريكا الشمالية) أو لجان فقهية تابعة لبعض

---

(١) **يقسم علماؤنا المجتهدين إلى ثلاثة أقسام:**

أ – مجتهد مطلق وهو من لديه القدرة على الاستنباط من الأدلة الشرعية مباشرة، ويشترط فيه أن يكون عالما بالقران والسنة ومسائل الإجماع وأصول الفقه واللغة العربية.

ب- مجتهد المذهب: وهو الذي يتمكن من تخريج الوجوه التي يبديها على نصوص إمامه، كأن يقيس ما سكت عنه الإمام على ما نص عليه. وقد يقوم مجتهد المذهب باستنباط الأحكام الشرعية مباشرة من نصوص الشرع متقيدًا بقواعد إمامه الأصولية، وتسمى أقواله بالوجوه.=

=ج- مجتهد الفتيا: وهو المتبحر في مذهب إمامه، المتمكن من ترجيح أقوال إمامه بعضها على بعض،وكذلك ترجيح وجوه الأصحاب بعضها على بعض. أنظر: (الوجيز في أصول التشريع الإسلامي) للدكتور: محمد حسن هيتو: ٥٢٥ – ٥٣١.

المراكز الإسلامية، ولكنها لا تفي بالغرض الذي أتحدث عنه.[1] إن الحل الأمثل – في نظري – لهذه المشكلة أن يلتئم شمل أهل العلم في مجمع فقهي يجمع علماء من خارج أمريكا ممن يشهد لهم بالعلم، إلى جانب أهل العلم من داخل أمريكا، مع وجود خبراء ثقات في مختلف التخصصات العلمية والطبية والفلكية ونحوها على أن يجتمع أعضاؤه بصورة دورية.[2] وبذلك يتمكن أهل العلم في أمريكا من ممارسة دورهم المنشود كما أمرهم الله سبحانه.

بالنسبة للخبراء في الشؤون العامة:

إن وجودهم هام لأنهم الأعلم بواقع البيئة في أمريكا، ووجودهم ضروري ليساعدوا أهل العلم في تنزيل الأحكام الشرعية على الواقع في مختلف الأمور التربوية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية والطبية والفلكية وغيرها. ومن الأمثلة على هؤلاء أرباب التربية والتعليم في الجامعات والمدارس، والأطباء والمهندسون في مختلف التخصصات، ورجال الأعمال وما شابههم.

أما الرؤساء والقادة:

فهم من يصغي الناس إلى رأيهم عادة لما لهم من احترام وتقدير ينشان في العادة

---

(١) السبب في هذا هو عدم وحدتها ولقائها على صعيد واحد، وهذا من أسباب ضعف أداء العمل الإسلامي في أمريكا عموما.

(٢) تم تشكيل مجمع لفقهاء الشريعة في أمريكا عام: ١٤٢٣ هـ – ٢٠٠٢م في واشنطن ضم لفيفا من العلماء من خارج أمريكا، إضافة لبعض أهل العلم والخبرة من داخلها، ممن لديهم الخبرة العملية في واقع البيئة الأمريكية. ومن المؤمل أن يتم التوسع فيه بإذن الله ليشمل معظم أصحاب العلم والكفاءة هنا ليقوم بمهمته على الوجه الأكمل. نسأل الله سبحانه أن يوفق القائمين عليه للإسهام في مواجهة المشكلات التي تواجه المسلمين في هذه الديار. علما بأنه أصدر عدة كتيبات تعالج عددا من المشكلات التي يواجهها المسلمون في أمريكا.

بمرور الوقت، وحصول الثقة بينهم وبين الناس. ومن الأمثلة على هؤلاء في أمريكا: رؤساء المنظمات الإسلامية الكبرى التي سبق وأن ذكرت بعضها في الباب الأول، إضافة لرؤساء بعض المراكز الإسلامية الذين مضى على رئاستهم زمن طويل في خدمة الجالية المسلمة ونحوهم ممن يشهد لهم بالاستقامة والخبرة.

هذه لمحة عن أهل الحل والعقد الذين يمكن أن يشكل منهم مجلس يتولى مهمة عقد ولاية القضاء لمن هم أهل لذلك في المدن والولايات التي يوجد فيها عدد كبير من المسلمين مثل: نيويورك، و كاليفورنيا، ونيوجرسي، وشيكاغو، وديترويت، وبنسلفانيا وأوهايو، وفرجينيا، وتكساس.

وهؤلاء القضاة بدورهم يقومون بإيجاد الحلول العملية للقضايا المعقدة وبخاصة التحكيم بين المتخاصمين وبخاصة الزوجان إضافة للقضايا الأسرية الشائعة مثل تزوج من لا ولي لها، أو تطليق من غاب عنها زوجها الفترة التي حددها الفقهاء كأجل يصح للزوجة بعده أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها. أو التفريق بسبب الشقاق ووقوع الضرر على الزوجة في حال تمكنها من إثبات دعواها.

لكن تطبيق هذا الأمر – إيجاد مجلس لأهل الحل والعقد، وبالتالي تعيين القضاة- يحتاج لجهود كبيرة تقتضي من الدعاة المسلمين في أمريكا إخلاص النية لله سبحانه، والتجرد والبعد عن الحساسيات والعصبيات المتنوعة لجنس أو لفئة أو جماعة.

الخلاصة:

نجد من خلال ما سبق أن للإمام في أمريكا – إن أعطي الفرصة- دورا هاما على جميع الأصعدة. فهو قد يكون عضوا في مجلس أهل الحل والعقد، وقد يعين كقاض

لمنطقة معينة. وهو في جميع الحالات جدير في أن يكون ضمن هيئة التحكيم التي نحن بصدد الحديث حولها لما له من خلفية شرعية، ولما لديه من خبرة عملية بأحوال الجالية الإسلامية التي يقوم بخدمتها، ولما يتمتع به من علاقات طيبة بجمهور المسلمين تكسبه الثقة المطلوبة لتولي مهمة صعبة كهذه. والسؤال الهام هنا: هل يُعطى الإمام في أمريكا هذا الدور أو نحوا منه؟ أم أن دوره مهمش ويقتصر على القيام بشعائر العبادة وما يتبعها من أمور محدودة؟ هذا ما سأحاول الإجابة عنه في المطلب التالي.

المطلب الثاني

الواقع الحالي للأئمة فيما يتعلق بالتحكيم

ليس للأئمة في أمريكا دور كبير في هذا المجال لأسباب متعددة لا مجال للخوض في تفاصيلها هنا. ولكن لا بد من الإشارة هنا إلى أن ما عليه حال الأئمة هنا هو عبارة عن مظهر من مظاهر الضعف التي يعيشها الأئمة بصورة عامة.[1]

وقبل الحديث عن واقع الأئمة فيما يتعلق بالتحكيم أستعرض – بصورة موجزة– الأدلة الشرعية للتحكيم، وآراء المذاهب الفقهية فيه.[2]

أولاً: التحكيم في القرآن الكريم:

هناك آيتان في القرآن الكريم تنصان على مبدأ التحكيم:

الأولى: خاصة بالنزاعات العائلية بين الزوجين وهي قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾[3].

وقد اختلفت الفقهاء في هذا التحكيم على رأيين:

الأول: يعتبر أن مهمة المحكَّمَيْن هي المصالحة فقط، وأنّهما إن عجزا عن ذلك

(١) بحثت هذا الموضوع في كتابي: (أنشطة المراكز الإسلامية بأمريكا الشمالية. دراسة فقهية) وبخاصة الباب الثالث: الإمام: مسؤولياته وواقعه: ص ٤٢٥ – ٤٨٨

(٢) اقتباسا مما كتبه فضيلة الشيخ فيصل مولوي حول هذا الموضوع.

(٣) سورة النساء: ٣٥.

يرفعان الأمر إلى القاضي الذي يملك وحده أن يصدر قرارًا إلزاميًا لكن بغير التفريق. وهذا رأي المذهب الحنفي والشافعي في أحد قوليه، وأحمد في إحدى الروايتين عنه.

الثاني: يعتبر أن مهمة المحكَّمَيْن هي السعي للمصالحة أولاً، فإن عجزا عن ذلك أصدرا قرارًا إلزاميًا ولو بالتفريق بين الزوجين، ويجب على القاضي أن يأخذ بهذا القرار. فالمحكَّمان ليسا وكيلين عن الزوجين، إنما هما حكمان أي لهما حقّ الحكم. وهذا هو رأي المالكية والشافعي في القول الثاني له، وأحمد في الرواية الثانية عنه.

الثانية: عامة لجميع المنازعات وهي قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعَۢا بَصِيرٗا﴾[1] ومعنى ذلك أن المحكَّم يمكن أن يفصل النزاع ويصدر قرارًا إلزاميًا للفرقاء إذا لم يستطع الإصلاح بينهم. ومتى أصدر المحكَّم قراره أصبح هذا القرار ملزمًا للخصمين المتنازعين، وتعيّن إنفاذه دون أن يتوقّف على رضا الخصمين، اتفق على ذلك جمهور الفقهاء، واعتبروا حكم المحكَّم كحكم القاضي.

ثانيًا: التحكيم في السنة المطهرة:

للتحكيم أدلته من السنة النبوية، فقد رضي رسول الله ﷺ بتحكيم سعد بن معاذ رضي الله عنه في أمر يهود بني قريظة، حين رضوا بالنزول على حكمه.[2] ولما وفد أبو شريح هانئ بن يزيد رضي الله عنه إلى رسول الله ﷺ مع قومه. سمعهم يكنونه بأبي الحكم، فقال رسول

(١) سورة النساء: ٥٨

(٢) أخرجه البخاري وهو موجود في كتب السيرة

الله ﷺ: إن الله هو الحَكَم، وإليه الحُكْم، فلم تكنّى أبا الحكم؟ فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني، فحكمت بينهم، فرضي كلا الطرفين. فقال رسول الله ﷺ: ما أحسن هذا؟ فما لك من الولد؟ قال: لي شريح ومسلم وعبد الله. فقال: فمن أكبرهم؟ قلت: شريح، قال: أنت أبو شريح، ودعا له ولولده.[1]

ثالثًا: التحكيم في المذاهب الأربعة.

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز التحكيم. هذا هو ظاهر مذهب الحنفية والأصح عندهم، وهو الأظهر عند جمهور الشافعية، وهو مذهب الحنابلة. أما المالكية فظاهر كلامهم: نفاذه بعد الوقوع. قال أصبغ: لا أحب ذلك، فإن وقع مضى. أما خلاصة نظرة المذاهب إلى التحكيم فنوجزها فيما يلي:

أ- **المذهب الحنفي**: يعتبر التحكيم بمثابة توكيل من الطرفين لإجراء المصالحة. وقد اعتبرت (المجلة العثمانية- مجلة الأحكام العدلية)[2] أن التحكيم هو مصالحة، ولذلك

(١) أخرجه أبو داود والنّسائي وإسناده حسن.

(٢) صيغت مواد هذه المجلة بصورة قانونية استمدادا من الفقه الحنفي خلال الفترة الأخيرة من الحكم العثماني. وقد أُنشأت بعد توقف حرب القرم الأولى بين المسلمين العثمانيين والروس والتي أدت إلى بقاء جالية إسلامية ضخمة تحت سلطة الروس فطلبت السلطنة العثمانية من الكنيسة الأرثوذكسية في موسكو تقنينا واضحا لكيفية معاملة الرعايا المسلمين مما دفع الروس للرد بالمثل فأنشأ السلطان عبد المجيد لجنة من فقهاء المذهب الحنفي مع مساهمين من المذاهب الثلاث الأخرى كمراقبين لتقنين القضاء والأحكام الفقهية الإسلامية. فصدرت هذه المجلة. وهي مجموعة من التشريعات مكونة من ستة عشر كتابا أولها كتاب البيوع وآخرها كتاب القضاء، صدر آخر أعدادها في فترة الخلافة العثمانية في شعبان سنة ١٢٩٣ هجرية ١٨٨٢ ميلادية وإلى جانب التقنين الفقهي الإسلامي جرى تقنين لما يخص القضاء الأحوال المدنية في شؤون جميع الأديان والمذاهب في الدولة العثمانية.

يمكن في أي وقت طلب رد المحكَّم أو عزله طالما لم يصدر حكمه (مادة ١٨٤٧)، وأن حكم المحكَّم يحصل بعد رضا الخصمين خلافًا لحكم القاضي، وأنه إذا تعدد المحكَّمون يجب أن يصدر الحكم عنهم بالإجماع (مادة ١٨٤٤).

ب- **المذهب الشافعي**: يقترب من المذهب الحنفي في اعتبار التحكيم توكيلاً من الطرفين لإجراء المصالحة، ولذلك يمكن عنده أيضًا الرجوع عن التحكيم قبل صدور الحكم، وإذا تعدد المحكّمون لا بد من اتفاقهم على الحكم والقرار التحكيمي ليس قابلاً للتنفيذ إلا إذا اتفق الفريقان على تنفيذه.

ج- **المذهب المالكي**: يميل إلى إعطاء الهيئة التحكيمية بعد تعيينها برضا الطرفين صلاحية الاستمرار في عملها حتى إصدار الحكم النهائي، ولذلك لا يُشترط عندهم دوام رضا الخصمين حتى صدور الحكم، ولو رجع أحدهما عن التحكيم فليس له ذلك ولو قبل الخصومة عند ابن الماجشون، ولا يجوز له ذلك بعد ابتداء الخصومة عند أصبغ ويجوز قبلها.

د- **المذهب الحنبلي**: يقترب من المذهب المالكي في إعطاء الهيئة التحكيمية صلاحية الاستمرار في عملها حتى إصدار حكمها النهائي الملزم، ولذلك يصح الرجوع عن التحكيم قبل الشروع في الحكم، أما بعد ذلك فليس لأي من الخصمين الرجوع عن التحكيم لأنه يؤدي إلى أن كل واحد منهما إذا رأى من المحكَّم ما لا يوافقه رجع فبطل مقصودة.

نستنتج من هذا العرض الملخص للمذاهب السنية الأربعة أن المذهبين الحنفي والشافعي يميلان إلى «التحكيم بالمصالحة» بينما يميل المذهبان المالكي والحنبلي إلى «التحكيم المؤدي إلى قرار إلزامي».

المهام التي يتولاها الإمام فيما يتعلق بالتحكيم:

يُنظر كثير من المسلمين للأئمة على أنهم مقيمو شعائرلا أصحاب تخصص معين هو: الشريعة الإسلامية. ولعل مما أسهم في انتشار هذا التصور أن المتخصصين في هذا المجال في أمريكا ليسوا بالأغلبية. بل إن كثرة من المتخصصين لا يمارسون دورهم المنشود في مجال التحكيم.

فأغلب المسلمين – مع الأسف- يلجؤون مباشرة للمحاكم الأمريكية لحل خلافاتهم. ولكن هذا لا يمنع من وجود من يرضى بتحكيم الإمام بدافع إسلامي، فالمسلمون في أمريكا كحال بقية المسلمين. منهم الملتزمون بدينهم، ومنهم المتفلتون. أما الملتزمون فإنهم يفضلون تحكيم الإمام في خلافاتهم حرصا منهم على إراحة ضميرهم الإسلامي بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية. أما الآخرون فإنهم يظنون أن المحكمة هي المكان الوحيد الذي يستطيعون من خلاله الحصول على حقوقهم بغض النظر عن القوانين غير الإسلامية التي يتم التحاكم إليها.

١- المشاورات والإستفتاءآت الفقهية:

اعتادت الجمهرة الغالبة من المسلمين على اللجوء إلى الإمام للاستفتاء (معرفة الحكم الشرعي في واقعة معينة). ويتم هذا من خلال المسجد الذي يعتبر ملاذ المسلمين في بلاد الغربة. أما الذين لا يرتادون المسجد، فيندر أن يبادروا إلى ذلك. فمعظمهم لا ينظرون للدين على أنه نظام شامل للحياة، وهذا ليس بالأمر الغريب لأن المسلم المرتبط بالمسجد لابد وأن يعلم أن للإسلام أحكاما تتعلق بمختلف نواحي الحياة. وأن الخير كل الخير في اتباع الشريعة الإسلامية لأنها ربانية المصدر، وتتوفر فيها أسباب العدالة لجميع الأطراف. أما البعيد عن هذه البيئة الإيمانية فلا يجد في نفسه حاجة لذلك.

ولعل أبعاد هذا السلوك يتصل بمنهج التفكير. فبعض المسلمين متأثرين بالعلمانية في تفكيرهم.إذ لا ينظر هؤلاء للإسلام على أنه منهج للحياة. وهذا ناتج عن الفصام النكد الذي حصل في بلاد الإسلام بين الدين والحياة على يد العلمانيين. فكيف بحال من يعيش في أمريكا!!

٢- إنهاء الخلافات الزوجية:

من المعلوم فقها أنه عندما يتعذر حل الخلاف بين الزوجين داحل المنزل يرفع الأمر للقاضي المسلم. وعندها يعين القاضي حكما من أهله وحكما من أهلها وفقا للتوجيه القرآني الكريم: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾[1] ولعل هذا الأمر هو من أكثر ما يُطلب من الإمام الإسهام فيه. إذ تكثر هذه الخلافات – وبخاصة بين الشباب- لقلة العلم بالأحكام الفقهية المتعلقة بالأسرة، أو لقلة الالتزام بأحكام الدين لضعف التقوى.

وهنا تأتي أهمية وجود إمام خبير مؤهل. إذ يستطيع – من خلال خبرته- إيقاف التدهور في العلاقة الزوجية. فالوقاية خير من العلاج، وتدارك الخلل قبل أن يستفحل الخلاف أمر يحرص عليه العقلاء. ويستطيع الإمام القيام بهذا من خلال تدخله الإيجابي بمعرفة أسباب الخلاف أولا، ومن ثم طرح الحلول الإسلامية التي تعالج هذا الخلل، وإقناع الطرفين باتباعها إرضاء للرحمن وحرصا على الحفاظ على الأسرة. ومن ثم يتولى الإمام متابعة التنفيذ للتأكد من قيام كل طرف بما يتوجب عليه مما تم الاتفاق عليه.

من المعلوم أن مما يعين الإمام عموما في أداء هذه المهمة أن جميع الأطراف يثقون به

(١) سورة النساء: ٣٥.

ويطمئنون إليه روحيا. لأنه الإمام الذي يقتدون به في صلاتهم، ويستمعون باستمرار إلى توجيهاته ونصائحه. فهو محل ثقتهم، والأولى بحمل أسرارهم وهمومهم.

وهذا يجعل مسؤولية كبيرة أمام الله وأمام الجالية المسلمة التي تأمل منه الكثير في هذا لمجال. إذ يجب أن يكون على مستوى هذه المسؤولية. فيتقي الله فيمن لجأ إليه من إخوانه المسلمين. فلا يكشف أسرارهم، ولا يشي بمشكلاتهم، ولا يتهكم عليهم. فالمستشار مؤتمن كما ثبت من قول الصادق المصدوق ﷺ فيما رواه أبو هريرة عنه مرفوعا: (المستشار مؤتمن)[1]

٣- التحكيم بإشراف الإمام:

وهذا النوع هو من أقل ما يناط بالإمام في أمريكا، وذلك للأسباب التي سبق ذكرها والتي ألخصها بما يلي:

- سهولة التقاضي أمام المحاكم الأمريكية رغم كثرة تكاليفها المادية.
- قلة الأئمة المؤهلين لهذه المهمة.
- قلة خبرة معظم الأئمة بهذا الأمر وبخاصة الجانب القانوني المتعلق بمعرة نقاط التماس بين القوانين الأمريكية والشريعة الإسلامية.

ورغم هذا فإن إسهام الإمام في حل الخلافات الناشئة في الجالية الإسلامية في أمريكا أمر لا بد منه، فهذا يمكّن المسلمين من ممارسة إسلامهم، لأن الإمام – في الغالب- أعلم الموجودين في جاليته بأحكام الشريعة، وإسهامه في هذا لأمر يعني الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية والعمل بها.

(١) أخرجه أبو داود والترمذي وحسنه، وابن ماجه وإسناده صحيح.

طرق إنشاء التحكيم:

يتم التحكيم عادة بأحد طريقين:

الأول: توقيع اتفاق للتحكيم: (وثيقة تحكيم) بين الطرفين بعد وقوع النزاع بينهما.

وهذا يكون عادة عندما لا ينص العقد الأصلي الموقع بين الطرفين على مثل هذا البند التحكيمي. فالواجب الإسلامي يحتم عليهما في حال وقوع الخلاف أن يلجآ إلى التحكيم وفق الشريعة الإسلامية عوضا عن اللجوء إلى القضاء الرسمي والذي لا يلتفت إلى الشريعة الإسلامية مطلقا. وفي هذه الحالة يجب عليهما توقيع اتفاق تحكيمي فيما بينهما. وهذا الاتفاق يتضمن عادةً على: ذكر ملخص للعقد السابق بين الطرفين، ومن ثم تحديد نقاط الخلاف التي يريدان الفصل فيها، وتعيين حكم أو أكثر، وذكر أسمائهم، وتحديد القانون الذي سيحتكمون إليه: (الشريعة ككل، أو أحد المذاهب، أو أحد القوانين الإسلامية المعاصرة) وتعيين المدة المعطاة للمحكِّم من أجل فصل القضية، وتحديد الأتعاب إن تطلب الأمر ذلك. ولا بد من وجود شاهدين يوقعان على هذه الوثيقة كيلا يتنصل منها أي طرف.

إن من البدهي في أمريكا أن يجري هذا التحكيم تحت إشراف الإمام لأنه الأعرف بأحكام الشريعة، أو أن يكون هو الحكم أو أحد الحكمين في حال عدم وجود من يستطيع القيام بهذه المهمة.

الثاني: وضع بند مسبق عند توقيع العقد الأصلي بين الطرفين.

فعندها يُنص في العقد على التزام المتعاقدين بالتحكيم الشرعي عند حصول خلاف ينشأ عن هذا العقد. وقد يُنص على مذهب معين للتحاكم، أو يوكل الأمر إلى اجتهاد المحكّمين المقيد بالقرآن الكريم والسنة المطهرة.

محل التحكيم:

اتفق جمهور الفقهاء أن التحكيم لا يصح في الحدود والقصاص واللعان لأنها من حق الله سبحانه، وإنما يختص بالأموال أي بالمعاملات المالية. وخالف الحنابلة في رواية عندهم فقالوا: إنه يجوز في كل ما يمكن أن يُعْرَض على القاضي من خصومات. قال أبو يعلى: يستوي في ذلك المال والقصاص والحد والنكاح واللعان وغيرها. لكن هذا الخلاف لا أثر في التحكيم المعاصر. لأن معظم القوانين الحديثة في العالم الإسلامي حصرت جواز التحكيم بالأموال أو بالعقود. أما في أمريكا فإنه لا مجال أصلا للتطرق لقضايا الحدود والقصاص لأن مردها للنظام القضائي. وبالتالي فإن التحكيم الشرعي المطروح على المسلمين هنا هو ما تسمح به القوانين في تلك البلاد مما له علاقة بالمبادلات التجارية بجميع أنواعها. وهذا باب واسع جدًّا، ولهذا فإن بإمكان لمسلمين أن يلجؤوا للتحكيم الشرعي في حل خلافاتهم. ولعل التحكيم في الخلافات الزوجية ممكن من باب أولى بل إن بعض القضاة الأمريكيين يفضلونه طلبا للتخفيف من أعبائهم.

إلزامية التحكيم:

عرفنا من خلال استعراض آراء الأئمة في هذا المجال أن هناك اجتهادين رئيسيين في فقهنا الإسلامي. يذهب أولهما إلى التحكيم بالمصالحة، وهذا ليس له صفة الإلزام وهو ما مال إليه السادة الحنفية والشافعية. بينما يميل المذهبان المالكي والحنبلي إلى التحكيم المؤدي إلى قرار إلزامي.

ولعل هذا الرأي الأخير هو الأنسب للمسلمين في أمريكا لعدم وجود القاضي المسلم. وهذا يساعد الحكم على إنهاء النزاع. إذ لو اقتصر الأمر على المصالحة لكان

هناك مجال كبير لاستمرار النزاع برجوع أحد الطرفين أو كلاهما عن حكم المحكّم نظرا لقلة العلم من جهة، وسيطرة الأهواء وقلة الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية في هذه البلاد من جهة أخرى.

المطلب الثالث

اقتراحات عملية لتطوير أداء الأئمة في مجال التحكيم

١ - تأهيل الأئمة علميًا.

٢- تنظيم دورات تدريبية للأئمة بإشراف محامين مسلمين.

٣- تنظيم دورات شرعية تتعلق بنظام الأسرة في الإسلام لبعض المحامين المسلمين. مع بيان سبل التعاون مع الأئمة في هذا المجال.

تأهيل الأئمة علميًا:

والمقصود بهذا تعميق معلومات الأئمة بما يتعلق بالأمور الشرعية من جهة، وفيما يتعلق بالجانب القانوني من جهة أخرى. أما بالنسبة للجانب الأول فإن من المعلوم أن الأئمة في أمريكا ليسوا على سوية واحدة، فبعضهم لم تتح لهم الفرصة للتعمق في الجانب الشرعي لتخرجهم من كليات أصول الدين، أو من معاهد شرعية تمنح شهادة في الدراسات الإسلامية.

أما الجانب القانوني – مما له تعلق بالقانون واللوائح الأمريكية- فقلة البضاعة فيه عامة بين الأئمة إلا ما ندر. فهذه المعرفة تتطلب مهارة في اللغة الإنكليزية من جهة، كما تتطلب اهتماما من قبل الإمام بهذا المجال. وهذا ما لا نراه متوفرا في عدد لا بأس فيه من الأئمة.

والطريق العملي لحل هذه المشكلة هي في إقامة دورات علمية شرعية تتولاها جهات تتوفر فيها الإماكانات المطلوبة. ولعل مجمع فقهاء الشريعة في أمريكا هو من

أهم هذه الجهات. فهاهي دورتنا هذه تقدم أنموذجا طيبا لما يمكن أن تقوم به المنظمات الإسلامية في أمريكا. وربما تشكل هذه الخطوة حافزا لبقية هذه المنظمات المعنية بهذا الأمر لتقيم دورات مماثلة تغطي حاجة الأئمة الملحة في طول البلاد وعرضها.

تنظيم دورات تدريبية للأئمة بإشراف محامين مسلمين

فالمعرفة النظرية بالقانون واللوائح لا تكفي لإكساب المهارة الأزمة في هذا المجال، فلا بد إذا من الخبرة العملية. وبما أن أعداد المحامين المسلمين في أمريكا في ازدياد مطرد – والحمد لله – فعلينا أن نستثمر هذه الإمكانات المتاحة بإنشاء هذه الدورات للأئمة على أن تشتمل على حضور الأئمة المشاركين في الدورة لبعض المحاكمات المتعلقة بالموضوع بإشراف المحامي المسلم لاكتساب الخبرة العملية.

تنظيم دورات شرعية تتعلق بنظام الأسرة في الإسلام للمحامين المسلمين. مع بيان سبل التعاون مع الأئمة في هذا المجال:

ربما لم تتح الفرصة لكثير من محامينا المسلمين في أمريكا لدراسة نظام الأسرة في الإسلام من الناحية الفقهية، لذا فإن هؤلاء لا يحسنون الإسهام في حل الخلافات الأسرية الناشئة بين الزوجين المسلمين وفق أحكام الشريعة الإسلامية. فهذه الدورات المقترحة تزودهم بالحد الأدنى من المعلومات اللازمة في هذا الشأن، مما يخفف العبء على الإمام من جهة، ويظهرنا بمظهر طيب أمام القضاء الأمريكي من جهة أخرى. فمن المعلوم أن الزوجين في أمريكا إذا اتفقا على صيغة معينة لحل الخلاف بينهما فإن القاضي – في الغالب – يقر هذا الاتفاق. فقد حدث أن طلب القاضي غير المسلم من بعض الأسر المسلمة الذهاب إلى إمامهم للاتفاق على صيغة مرضية لحل الخلاف في بعض الحالات التي استشرى فيها الخلاف بين الزوجين المسلمين!!

ومن الضروري أن تتضمن هذه الدورات سبل التعاون مع بين المحامين المسلمين والأئمة ليتم التكامل بين الجانب الشرعي والقانوني، فنخفف العبئ على أسرنا المسلمة التي تتيه بين التزاماتها الدينية والتزاماتها القانونية.

التوصيات

في نهاية هذا البحث أوصي المؤتمر السابع للمجمع بأن يراعي في قراراته التوصيات التالية فيما يتعلق بدور الإمام في أمريكا بالتحكيم:

(١) إنشاء مجلس لأهل الحل والعقد في الولايات الرئيسية التي يوجد فيها عدد كبير من المسلمين من الفقهاء المتمكنين الذين يعتمد على أقوالهم في الفتيا، وأهل الخبرة في الشؤون العامة، ومن لهم نوع قيادة أو رئاسة في الناس كرؤساء المراكز الإسلامية والحكماء من أبناء الجالية المسلمة. ويناط بهذا المجلس تعيين بعض القضاة ليتولوا الفصل في القضايا الشائكة والتي يصعب على الإمام العادي البت بها. وذلك مثل الخلع، والتفريق بين الزوجين بسبب وقوع الضرر وسوء العشرة، أو الغيبة ونحو هذا.

(٢) حث المنظمات الإسلامية في أمريكا على العناية بالجانب العلمي للأئمة بتخصيص دورات شرعية مكثفة لتعميق الجانب العلمي لديهم، وبخاصة فيما يتعلق بأحكام الأسرة، والطرق الواجب إتباعها عند قيام الإمام بالتحكم.

(٣) حث المحامين المسلمين في أمريكا على تعميق معرفتهم بالأحكام الشرعية فيما يتعلق بالخصومات عموما، وبالخلافات الزوجية على وجه الخصوص. وحث المنظمات الإسلامية على تنظيم دورات شرعية لهم لتزويدهم بالمعلومات الشرعية الضرورية.

(٤) حث المسلمين على النص في أصل عقودهم على طريقة حل الخلاف الناشئ عن العقد المبرم، وآلياته، والمرجعية الشرعية التي يفضلونها – مع ذكر الأسماء إن

أمكن – للرجوع إليها عند الاختلاف سواء في تفسير العقد، أو في طرق تنفيذه.

(٥) حث القائمين على المراكز الإسلامية في أمريكا على تشجيع وتسهيل حضور الأئمة للدورات الشرعية التي تسهم في زيادة معلوماتهم وخبراتهم لما لهذا من أثر في تطوير وتحسين أدائهم.

الفهـــــــرس

المطلب الأول: معقد الولايات وأهميته في تحديد دور الإمام..... ٦٤٣
١ - مفهوم أهل الحل والعقد عند علمائنا:..... ٦٤٦
٢ - الفئات التي يمكن لها الإنضواء تحت مفهوم أهل الحل والعقد في أمريكا: .. ٦٤٧
الخلاصة:..... ٦٥٠
المطلب الثاني: الواقع الحالي للأئمة فيما يتعلق بالتحكيم ٦٥٢
أولاً: التحكيم في القرآن الكريم:..... ٦٥٢
ثانيًا: التحكيم في السنة المطهرة:..... ٦٥٣
ثالثًا: التحكيم في المذاهب الأربعة..... ٦٥٤
المهام التي يتولاها الإمام فيما يتعلق بالتحكيم:..... ٦٥٦
١- المشاورات والإستفتاءآت الفقهية:..... ٦٥٦
٢- إنهاء الخلافات الزوجية:..... ٦٥٧
٣- التحكيم بإشراف الإمام:..... ٦٥٨
طرق إنشاء التحكيم:..... ٦٥٩
الأول: توقيع اتفاق للتحكيم: (وثيقة تحكيم) بين الطرفين بعد وقوع النزاع بينهما..... ٦٥٩
الثاني: وضع بند مسبق عند توقيع العقد الأصلي بين الطرفين..... ٦٥٩
محل التحكيم:..... ٦٦٠
إلزامية التحكيم:..... ٦٦٠
المطلب الثالث: اقتراحات عملية لتطوير أداء الأئمة في مجال التحكيم..... ٦٦٢
تأهيل الأئمة علميًا:..... ٦٦٢
تنظيم دورات تدريبية للأئمة بإشراف محامين مسلمين..... ٦٦٣
تنظيم دورات شرعية تتعلق بنظام الأسرة في الإسلام للمحامين المسلمين. مع بيان سبل التعاون مع الأئمة في هذا المجال:..... ٦٦٣
التوصيات..... ٦٦٥
الفهرس..... ٦٦٧

آداب التحكيم وصفات المحكمين

من خلال كتاب عمر لأبي موسى رضي اللّه عنهما

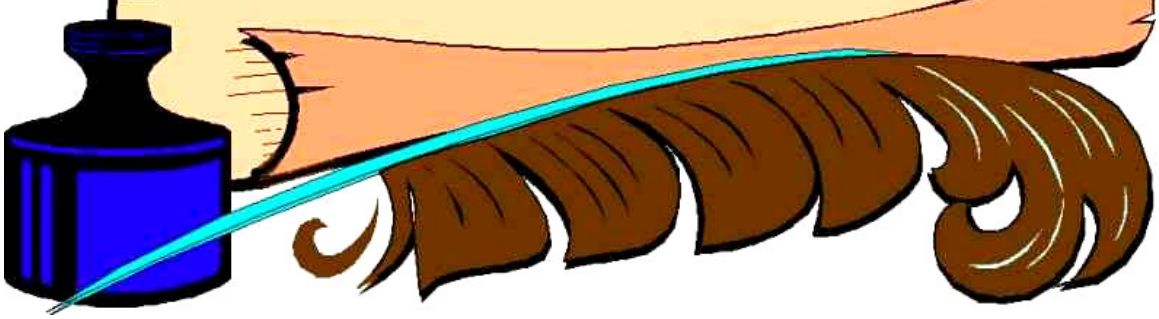
إعداد الدكتور

وليد بن إدريس المنيسي

عضو اللجنة الدائمة للإفتاء بمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا

ونائب رئيس اتحاد الأئمة بأمريكا

ونائب رئيس الجامعة الإسلامية بولاية منيسوتا



بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، و نعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له و من يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدًا عبده و رسوله ﷺ، أما بعد:

فإن من أبواب العدل والإنصاف، وأداء الحقوق، وإبراء الذمة، والإصلاح بين الناس، تحكيم المتنازعين بينهم رجلًا أو أكثر يختارونه إما عند حدوث التنازع ليحكم بينهم وإما قبل حدوث تنازع يشترطون وقت تعاقدهم أنه إن حدث تنازع أو اختلاف في تفسير شيء من شروط التعاقد أنهم يحكمون بينهم محكَّما يختارونه.

وإذا كانت البلاد الإسلامية يتوفر فيها خيار آخر بديل عن التحكيم وهو اللجوء إلى القاضي المسلم ليحكم بين المتنازعين، فإن هذا الخيار لا يتوفر للمسلم الحريص على التمسك بدينه في البلاد الغربية التي يحكم فيها القضاة بغير ما أنزل الله، لاسيما وقد اشترط أهل العلم شروطا لابد من توافرها حتى يباح التحاكم إلى المحاكم الوضعية، وهي أن يكون خصمه قد رفض التحاكم إلى الشرع أو تحاكم إليه ثم رفض تنفيذ الحكم، وأنه إن حكم له القاضي الوضعي بزيادة على حقه الشرعي ألا يأخذ الزيادة، وأن يكون المتحاكم كارها بقلبه للحكم بغير ما أنزل الله عالما أنه ألجأته إليه الضرورة عازما على الاستغناء عنه متى وجد البديل الشرعي، وهذا مما يؤكد على أهمية توفير البديل الإسلامي للمسلمين في الغرب، وهو التحكيم.

ولأهمية هذا الموضوع فقد نظم مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا دورة علمية كاملة بمدينة هيوستن بالولايات المتحدة في ذي القعدة سنة ١٤٣١ هـ، ويليها في نفس الشهر

مؤتمر للمجمع ينعقد بدولة الكويت، لتغطية الجوانب الشرعية المختلفة للتحكيم من جهة تعريفه وأقسامه ومجالاته وأهميته وآليات تطبيقه في الغرب، وقد كُلِّفتُ من قبل مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا بإعداد بحث عن الصفات التي لا بد من توافرها في المحكَّمين، والآداب التي تجب مراعاتها عند التحكيم، لتكون نواة لوثيقة شرف يتعاهد المحكمون المسلمون على العمل بها والتحلي بما فيها، وقد حوى هذه الآداب كتاب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما، كتبه إليه حين عينه حاكما للبصرة وقاضيا بين أهلها، والكتاب وإن كان في آداب القضاء إلا أن القضاء والتحكيم بينهما صلة وثيقة، إذ مهمة القاضي والمحكّم واحدة، وهي إقامة العدل بين الناس، وإن كانت سلطة القاضي مستمدة من تولية السلطان له، وسلطة المحكم مستمدة من اختيار المتنازعين إياه، ولذا وجدنا كثيرا من الفقهاء يعدون المحكّم قاضيًا.

هذا وقد قسمت البحث إلى فصلين:

الفصل الأول: أهمية كتاب عمر رضي الله عنه وأسانيده.

الفصل الثاني: شرحه وما اشتمل عليه من آداب التحكيم وصفات المحكمين.

ثم الخاتمة أوردت فيها وثيقة شرف مقترحة للمحكّمين المسلمين، ثم ملحق باللغة الإنجليزية فيه تلخيص لقوانين التحكيم وأنظمته المعمول بها في ولاية منيسوتا، وهي مشابهة لأنظمة التحكيم في أغلب الولايات الأمريكية، وقد ساعدني في إعداد هذا الملحق الأستاذ إسماعيل عبده المحامي وفقه الله، ثم فهرس المراجع وفهرس الموضوعات، وأسأل الله تعالى أن يكتب لهذا البحث القبول، وأن ينفع به المسلمين.

وكتب

وليد بن إدريس بن عبد العزيز المنيسي

منيابوليس – منيسوتا

غرة ذي القعدة ١٤٣١ هـ

كتاب عمر لأبي موسى
وما اشتمل عليه من آداب التحكيم وصفات المحكمين

وفيه فصلان:

الفصل الأول: أهمية الكتاب وأسانيده.

الفصل الثاني: شرحه وبيان ما اشتمل عليه.

الفصل الأول

أهمية الكتاب وتخريجه وأسانيده

هذا الكتاب الجليل يعتبر أصلا في بابه، وعليه اعتمد الفقهاء في كتبهم عند كلامهم عن القضاء وأحكامه وآدابه، ويستمد الكتاب أهميته من كون كاتبه هو أمير المؤمنين عمر الذي قال فيه النبي ﷺ: «**عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي**» وقوله: «**اقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر**» وهو وأبو بكر من الدين بمنزلة السمع والبصر.

وكاتب الكتاب هو عمر بن الخطاب بن نفيل، القرشي، العدوي، أبو حفص، ثاني الخلفاء الراشدين، وأول من لقب بأمير المؤمنين، أحد العشرة المبشرين بالجنة، وأفضل الصحابة بعد أبي بكر الصديق، تزوج النبي ﷺ ابنته حفصة رضي الله عنها، لقبه النبيﷺ بالفاروق، استشهدرضي الله عنه سنة ٢٤ هـ.

والمكتوب إليه الكتاب هو أبو موسى الأشعري عبد الله بن قيس بن سليم والأشعري نسبة إلى الأشعريين وهم قبيلة قحطانية من قبائل اليمن، ولد في زبيد في اليمن ووفد على مكة في أول ظهور الإسلام فأسلم وهاجر إلى الحبشة، وبعد أن نصر الله المسلمين وانتشر الإسلام في الجزيرة العربية ولاَّه الرسول ﷺ على زبيد وعدن ثم ولاه عمر البصرة، وفي خلافة عثمان أصبح والياً على الكوفة، وفي خلافة على كان أحد الحَكمَين توفيرضي الله عنه سنة ٤٤ هـ.

وتاريخ كتابة عمر هذا الكتاب إلى أبي موسى الأشعري هو حين ولاه قضاء البصرة سنة ١٧ هـ.

وقد تعددت أسانيد هذا الكتاب وطرقه وتلقاه أهل العلم بالقبول ونص على صحته عدد من المحدثين، فقد أخرجه ابن شبة في تاريخ المدينة قال حدثنا عبد الله بن يزيد قال حدثنا عبد الملك بن الوليد بن معدان قال حدثنا أبي قال كتب عمر إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما[(١)].

وأخرجه الدارقطني في سننه من طريق أحمد ثنا سفيان بن عيينة ثنا إدريس الأزدي قال أتيت سعيد بن أبي بردة فسألته عن رسائل عمر التي كان يكتب إلى أبي موسى، وكان أبو موسى قد أوصى إلى أبي بردة، قال فأخرج إلى كتبا فرأيت في كتاب منها..[(٢)]

ورواه الخطيب البغدادي في تاريخه قال أخبرنا الحسن بن ابي بكر أنا أبو سهل احمد بن محمد بن عبد الله بن زياد القطان نا على بن محمد بن عبد الملك بن أبي الشوارب نا إبراهيم بن بشار نا سفيان بن عيينة نا ادريس أبو عبد الله بن إدريس قال:أتيت إلى سعيد بن ابي بردة....[(٣)].

ورواه البيهقي قال أخبرنا أبو عبد الله الحافظ ثنا أبو العباس محمد بن يعقوب ثنا محمد بن إسحاق الصنعاني ثنا محمد بن عبد الله بن كناسة ثنا جعفر بن برقان عن معمر البصري...[(٤)]

ورواه الحافظ ابن عساكر من طريق جعفر بن برقان، عن معمر البصري، عن أبي

---

(١) تاريخ المدينة(١/ ٤١٢).

(٢) سنن الدارقطني (٤/ ٢٠٦-٢٠٧).

(٣) تاريخ بغداد للخطيب.

(٤) البيهقي في السنن (٦/ ٦٥و١٠/ ١١٥و١١٩و١٣٥و١٥٠) و في معرفة السنن(١٤/ ٢٤٠-٢٤١) تاريخ دمشق (٢٢/ ٧١ - ٧٢).

العوام البصري، قال: كتب عمر، إلى أبي موسى الأشعري، ومن طريق يحيى بن الربيع المكي، نا سفيان بن عيينة، عن إدريس الأودي، قال: أخرج إلينا سعيد بن أبي بردة كتاباً، فقال: هذا كتاب عمر إلى أبي موسى.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله:

(ورسالة عمر المشهورة في القضاء، إلى أبى موسى الأشعري، ومن طرقها: ما رواه أبو عبيد، وابن بطة، وغيرهما بالإسناد الثابت)[1].

وقال الإمام ابن القيم رحمه الله: (وهذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة والحاكم والمفتي أحوج شيء إليه وإلى تأمله والتفقه فيه)[2].

و قال الحافظ ابن كثير رحمه الله: (هذا أثر مشهور، وهو من هذا الوجه غريب ويسمى وجادة، والصحيح أنه يحتج بها إذا تحقق الخط لأن أكثر كتب رسول الله ﷺ إلى ملوك الأقطار كذلك، وقد بسطت القول بصحتها في أول كتاب البخاري)[3].

وصححه من المعاصرين الشيخ الألباني رحمه الله[4].

---

(١) منهاج السنة ٦/ ٧١.

(٢) إعلام الموقعين ١/ ٨٥.

(٣) وانظر: مسند الفاروق للحافظ ابن كثير (٢/ ٥٤٦)، الإحكام للإمام ابن حزم (٧/ ١٤٦)، نصب الراية للحافظ الزيلعي (٤ / ٨١ – ٨٢).

(٤) إرواء الغليل (٢٦٣٦).

الفصل الثاني

شرحه وبيان ما اشتمل عليه

في هذا الفصل نشرح كتاب عمر رضي الله عنه ونبين ما تضمنه من آداب التحكيم والقضاء وما ينبغي أن يتحلى به القاضي والمحكم

قوله: بسم الله الرحمن الرحيم

افتتح أمير المؤمنين كتابه بالبسملة اقتداء بكتاب الله وبكتب رسول الله ﷺ وبكتب الرسل السابقين، والبسملة فيها الثناء على الله تعالى بالرحمة، وكان حديث: «**الراحمون يرحمهم الرحمن ارحموا من في الأرض يرحمكم من في السماء**»[1] أول ما يُسمعه المحدثون لطلابهم، ليغرسوا في قلوبهم الرحمة بالمتعلم، وكأن أمير المؤمنين قصد كذلك الحث على التخلق بالرحمة، كما قصد تنبيه الحاكم إلى الصدور عن كتاب الله وسنة رسوله في جميع أقواله وأفعاله.

قوله: من عبد الله عمر أمير المؤمنين إلى عبد الله بن قيس :

تلقيب عمر نفسه بعبد الله في هذا المقام فيه حث للحاكم على استحضار عبوديته لله وأن القضاء بين الناس باب من أبواب العبادة تستحضر فيه النية، ويحتسب فيه الأجر، كما فيه الحث على التواضع والحذر من الكبر الذي هو من المهلكات

قوله: «سلام عليك، أما بعد...»

حيّاه بتحية الإسلام، التي هي من حق المسلم على المسلم، وأتى بفصل الخطاب

(١) رواه أحمد وأبو داود والترمذي.

وهو أما بعد، للفصل بين المقدمة والموضوع.

قوله: «فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة»

القضاء لغة: مأخوذ من «قضى» وهو في الأصل يدل على إحكام الأمر وإتقانه والفراغ منه. قال الله تعالى: ﴿فَقَضَىٰهُنَّ سَبْعَ سَمَٰوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾[1] أي: أحكم خلقهن.

والقضاء: الحكم، قال سبحانه: ﴿فَٱقْضِ مَآ أَنتَ قَاضٍ﴾[2] أي: اصنع واحكم، ومنه سمي القاضي قاضياً، لأنه يحكم الأحكام وينفذها ويرد القضاء بمعنى القطع والفصل والإعلام.

والقضاء في الاصطلاح يدور معناه على فصل الخصومات، وقطع المتنازعات بحكم شرعي على سبيل الإلزام وأركان القضاء ستة هي: [القاضي – المقضي به – المقضي عليه – المقضي فيه – المقضي له – كيفية القضاء].

فالقاضي: هو الحاكم المنصوب للحكم.

والمقضي به: هو الحكم الصادر عنه.

والمقضي عليه: هو المحكوم عليه المُلْزَم بحكم الحاكم.

والمقضي فيه: هو موضع التقاضي والمنازعة.

والمقضي له: هو المحكوم له على خصمه بالحق الواجب له عليه.

وكيفية القضاء: تعني طرق الحكم الموصلة إليه.

---

(١) سورة فصلت: ١٢.

(٢) سورة طه: ٧٢.

وكلام عمر رضي الله عنه يحتمل تفسيرين التفسير الأول: أن تولي مسؤولية القضاء والحكم بين الناس فريضة أي على الكفاية بمعنى أنه يلزم أن يكون للناس من يقضي بينهم، ومحكمة أي غير منسوخة، وهو سنة متبعة أي من سنن المرسلين وهديهم وطريقتهم التي أمرنا باتباعها، لأنهم كانوا يقضون بين الناس، وليست السنة هنا مقابل الواجب بل مقابل البدعة، والتفسير الثاني وهو الذي اختاره الإمام ابن القيم رحمه الله أنه يريد به أن ما يحكم به الحاكم نوعان: أحدهما: فرض محكم غير منسوخ، كالأحكام الكلية التي أحكمها الله في كتابه والثاني: أحكام سنها رسول الله ﷺ، وهذان النوعان هما المذكوران في حديث عبد الله بن عمر عن النبي ﷺ: «**العلم ثلاثة فما سوى ذلك فهو فضل: آية محكمة، وسنة قائمة، وفريضة عادلة**».

وقوله: «فافهم إذا أُدليَ إليك».

الفهم لغة: هو إدراك الشيء على ما هو به، واصطلاحاً: هو الاعتقاد الجازم المطابق للواقع، والفرق بين الفهم والعلم أن العلم أخص من الفهم بمعناه العام والفهم الصحيح أخص من العلم، والعلم يحتاج إلى الفهم لذا ترجم الإمام البخاري بباب الفهم في العلم، وصحة الفهم نور يقذفه الله في قلب العبد، يميز به بين الصحيح والفاسد، والحق والباطل، والهدى والضلال، قال ابن القيم: ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم: أحدهما: فهم الواقع والفقه فيه واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علما والنوع الثاني: فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان قوله في هذا الواقع، ثم يطبق أحدهما على الآخر ؛ فمن بذل جهده واستفرغ وسعه في ذلك لم يعدم أجرين أو أجرا ؛ فالعالم من يتوصل بمعرفة الواقع والتفقه فيه إلى معرفة

حكم الله ورسوله، كما توصل شاهد يوسف بشق القميص من دبر إلى معرفة براءته وصدقه، وكما توصل سليمان ﷺ بقوله: «**ائتوني بالسكين حتى أشق الولد بينكما**» إلى معرفة عين الأم، وكما توصل أمير المؤمنين على عليه السلام بقوله للمرأة التي حملت كتاب حاطب ما أنكرته لتخرجن الكتاب أو لأجردنك إلى استخراج الكتاب منها وكما توصل الزبير بن العوام بتعذيب أحد ابني أبي الحقيق بأمر رسول الله ﷺ حتى دلهم على كنز حُيَيّ لما ظهر له كذبه في دعوى ذهابه بالإنفاق بقوله: المال كثير والعهد أقرب من ذلك. اهـ[1]

ومعنى «أدلى إليك» أي توصل به إليك من الكلام الذي تحكم به بين الخصوم، ومنه قولهم: أدلى فلان بحجته، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ ﴾ أي تضيفوا ذلك إلى الحكام وتتوصلوا بحكمهم إلى أكلها.

وقوله: «فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له».

النفاذ هو التنفيذ والتطبيق، أي لابد للحاكم من قوة تنفيذية تتولى تطبيق الأحكام على أرض الواقع، قال ابن القيم: ومراد عمر بذلك التحريض على تنفيذ الحق إذا فهمه الحاكم، ولا ينفع تكلمه به إن لم يكن له قوة تنفيذه، فهو تحريض منه على العلم بالحق والقوة على تنفيذه، وقد مدح الله سبحانه أولي القوة في أمره والبصائر في دينه فقال: (واذكر عبادنا إبراهيم وإسحاق ويعقوب أولي الأيدي والأبصار) فالأيدي: القوى على تنفيذ أمر الله، والأبصار: البصائر في دينه. اهـ

وقوله: «وآس الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف في

(١) إعلام الموقعين ١/ ٨٧.

حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك».

آسِ بين الناس أي سَوِّ بينهم، ولو كان أحدهم ذا منزلة وجاه وكان خصمه ضعيفا لا جاه له، ولا تفرِّق بينهم ولا تميز بعضهم على بعض في مجلس الحكم، فلا تخص أحد الخصمين فتأذن له في الدخول عليك دون الآخر أو بالقيام له أو بصدر المجلس أو تجلسه على كرسي والآخر على الأرض أو على كرسي دونه بل اجعل مجالسهم متشابهة، ولا تخص أحدهما بالإقبال عليه والبشاشة له والنظر إليه دون الآخر حتى لا يطمع الشريف في ميلك معه لشرفه ولا ييأس الضعيف من إنصافك، قال ابن القيم: وفي تخصيص أحد الخصمين بمجلس أو إقبال أو إكرام مفسدتان إحداهما: طمعه في أن تكون الحكومة له فيقوى قلبه وجنانه، والثانية: أن الآخر ييأس من عدله، ويضعف قلبه، وتنكسر حجته.اهـ ومعنى حيفك: ظلمك وجورك.

وقوله: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر».

الْبَيِّنَةُ: الدليل هو كل ما يثبت به الحق، ويظهر من الشهود والوثائق، وقال ابن القيم:البينة في كلام الله ورسوله وكلام الصحابة اسم لكل ما يبين الحق فهي أعم من البينة في اصطلاح الفقهاء، حيث خصوها بالشاهدين أو الشاهد واليمين، ولا حجر في الاصطلاح ما لم يتضمن حمل كلام الله ورسوله عليه فيقع بذلك الغلط في فهم النصوص..، فإنها في كتاب الله اسم لكل ما يبين ا لحق كما قال تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ﴾[1] وقال: ﴿قُلْ إِنِّي عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّي﴾[2].. ولم يختص لفظ البينة بالشاهدين، بل ولا استعمل في الكتاب فيهما البتة إذا عرف هذا فقول النبي ﷺ

(١) سورة الحديد: ٢٥ .

(٢) سورة الأنعام: ٥٧.

للمدعي: «ألك بينة؟» وقول عمر «البينة على المدعي» وإن كان هذا قد روي مرفوعا المراد به ألك ما يبين الحق من شهود أو دلالة،..كترجيح شاهد الحال على مجرد اليد في صورة من على رأسه عمامة وبيده عمامة وآخر خلفه مكشوف الرأس يعدو أثره، ولا عادة له بكشف رأسه، فبينة الحال ودلالته هنا تفيد من ظهور صدق المدعي أضعاف ما يفيد مجرد اليد عند كل أحد ؛ فالشارع لا يهمل مثل هذه البينة والدلالة، ويضيع حقا يعلم كل أحد ظهوره وحجته،..وقد ذكر الله سبحانه نصاب الشهادة في القرآن في خمسة مواضع ؛ فذكر نصاب شهادة الزنا أربعة في سورة النساء وسورة النور، وأما في غير الزنا فذكر شهادة الرجلين والرجل والمرأتين في الأموال فقال في آية الدين: ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ﴾ هذا في التحمل والوثيقة التي يحفظ بها صاحب المال حقه، لا في طريق الحكم وما يحكم به الحاكم، فإن هذا شيء وهذا شيء، وأمر في الرجعة بشاهدين عدلين، وأمر في الشهادة على الوصية في السفر بإشهاد عدلين من المسلمين أو آخرين من غيرهم، وغير المؤمنين هم الكفار، والآية صريحة في قبول شهادة الكافرين على الوصية في السفر عند عدم الشاهدين المسلمين، وقد حكم به النبيﷺ والصحابة بعده ولم يجئ بعدها ما ينسخها فإن المائدة من آخر القرآن نزولا، وليس فيها منسوخ، وليس لهذه الآية معارض البتة، فليس في القرآن نفي الحكم بشاهد ويمين، ولا بالنكول، ولا باليمين المردودة[1]، ولا بأيمان القسامة، ولا بأيمان اللعان، وغير ذلك مما يبين الحق ويظهره ويدل عليه،..ويوضحه أيضا أن النبي ﷺ قال للمدعي لما قال: هذا غصبني أرضي، فقال:

(١) اليمين المردودة أي أن يمتنع المدعى عليه عن الإقرار بالحق، ويمتنع عن تأكيد ذلك باليمين، فمن دعي للحضور للمحكمة لأداء اليمين وجب عليه إن كان حاضراً بنفسه أن يحلفها فوراً أو يردها على خصمه فيحلف خصمه.

«**شاهداك أو يمينه**» وقد عرف أنه لو أتى برجل وامرأتين حكم له، فعلم أن هذا يقوم مقام الشاهدين، وأن قوله: «**شاهداك أو يمينه**» إشارة إلى الحجة الشرعية التي شعارها الشاهدان، فإما أن يقال لفظ «شاهدان» معناه دليلان يشهدان، وإما أن يقال رجلان أو ما يقوم مقامهما والمرأتان دليل بمنزلة الشاهد، يوضحه أيضا أنه لو لم يأت المدعي بحجة حلف المدعى عليه، فيمينه كشهادة آخر؛ فصار معه دليلان يشهدان أحدهما البراءة والثاني اليمين، وإن نكل عن اليمين فمن قضى عليه بالنكول قال: النكول إقرار أو بدل،.. وأما الأكثرون فيقولون: إذا نكل ترد اليمين على المدعي فيكون نكول الناكل دليلا، ويمين المدعي ثانيا ؛ فصار الحكم بدليلين شاهد ويمين ا.هـ.

وقوله: «والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالاً».

الصُلح لغةً هو قطْع النزاع، واصطلاحاً عرف بتعريفات: فعرّفه الحنفيّة والشافعيّة بأنّه: (عقْد وضْعٍ لرفْع المُنازعة)[1] وعرّفه المالكيّة بأنّه: (انتقال عن حقٍّ أو دعوى بعوَض، لرفعِ نزاعٍ أو خوف وقوعه)[2] وعرّفه الحنابلة بأنّه: (معاقدة يتوصّل بها إلى الإصلاح بين المختلفَين)[3]، وقد أمر الله بالصلح بين الطائفتين في الدماء فقال: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُواْ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَهُمَاۖ﴾ وندب الزوجين إلى الصلح عند التنازع في حقوقهما، فقال: ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًاۚ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌۗ﴾، وقال تعالى: ﴿لَّا خَيْرَ فِى كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَىٰهُمْ إِلَّا

(١) ردّ المحتار على الدرّ المختار ابن عابدين: ٤/ ٤٩٣، مغني المحتاج على متن المنهاج الشربيني: ٢/ ١٧٧.
(٢) دليل السالك، ص ١١٥.
(٣) المغني ابن قدامة: ٤ / ٤٧٦، غاية المنتهى: ٢/ ١١٨.

مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَٰحٍ بَيْنَ ٱلنَّاسِ﴾ وأصلح النبي ﷺ بين كعب بن مالك وابن أبي حدرد في دين على ابن أبي حدرد بأن أمر كعبا أن يضع الشطر و أمر غريمه بقضاء الشطر، وعن عمرو بن عوف المزني أن رسول الله ﷺ قال : الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطًا حرم حلالا أو أحل حرامًا[1] ومن هذا الحديث اقتبس عمر رضي الله عنه وصيته، قال ابن القيم: والحقوق نوعان: حق الله، وحق الآدمي؛ فحق الله لا مدخل للصلح فيه كالحدود والزكوات والكفارات ونحوها، وإنما الصلح بين العبد وبين ربه في إقامتها، لا في إهمالها، ولهذا لا يقبل بالحدود، وإذا بلغت السلطان فلعن الله الشافع والمشفع.

وأما حقوق الآدميين فهي التي تقبل الصلح والإسقاط والمعاوضة عليها، والصلح العادل هو الذي أمر الله به ورسوله ﷺ كما قال: ﴿فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا بِٱلْعَدْلِ﴾ والصلح الجائر هو الظلم بعينه، وكثير من الناس لا يعتمد العدل في الصلح، بل يصلح صلحا ظالما جائرا.. والنبي ﷺ صالح بين كعب وغريمه أعدل الصلح فأمره أن يأخذ الشطر ويدع الشطر ؛ وكذلك لما عزم على طلاق سودة رضيت بأن تهب له ليلتها وتبقى على حقها من النفقة والكسوة، فهذا أعدل الصلح، فإن الله سبحانه أباح للرجل أن يطلق زوجته ويستبدل بها غيرها، فإذا رضيت بترك بعض حقها وأخذ بعضه وأن يمسكها كان هذا من الصلح العادل، وكذلك أرشد الخصمين اللذين كانت بينهما المواريث بأن يتوخيا الحق بحسب الإمكان ثم يحلل كل منهما صاحبه، وقد أمر الله سبحانه بالإصلاح بين الطائفتين المقتتلتين أولا فإن بغت إحداهما على الأخرى فحينئذ أمر بقتال الباغية لا بالصلح فإنها ظالمة، ففي الإصلاح مع ظلمها هضم لحق الطائفة

(١) رواه الترمذي وصححه.

المظلومة، وكثير من الظلمة المصلحين يصلح بين القادر الظالم والخصم الضعيف المظلوم بما يرضي به القادر صاحب الجاه، ويكون له فيه الحظ، ويكون الإغماض والحيف فيه على الضعيف، ويظن أنه قد أصلح، ولا يمكن المظلوم من أخذ حقه، وهذا ظلم، بل يمكن المظلوم من استيفاء حقه، ثم يطلب إليه برضاه أن يترك بعض حقه بغير محاباة لصاحب الجاه، والصلح الذي يحل الحرام ويحرم الحلال كالصلح الذي يتضمن تحريم بضع حلال، أو إحلال بضع حرام، أو إرقاق حر، أو نقل نسب أو ولاء عن محل إلى محل، أو أكل ربا، أو إسقاط واجب، أو تعطيل حد، أو ظلم ثالث، وما أشبه ذلك ؛ فكل هذا صلح جائر مردود، فالصلح الجائز بين المسلمين هو الذي يعتمد فيه رضا الله سبحانه ورضا الخصمين ؛ فهذا أعدل الصلح وأحقه، وهو يعتمد العلم والعدل ؛ فيكون المصلح عالما بالوقائع، عارفا بالواجب، قاصدا للعدل، فدرجة هذا أفضل من درجة الصائم القائم، كما قال النبيﷺ: «**ألا أنبئكم بأفضل من درجة الصائم القائم، قالوا: بلى يا رسول الله، قال: إصلاح ذات البين ؛ فإن فساد ذات البين الحالقة، أما إني لا أقول تحلق الشعر، ولكن تحلق الدين**» ا.هـ

وقوله: «**من ادعى حقا غائبا أو بينة فاضرب له أمدا ينتهي إليه فإن أحضر بينة أخذ بحقه وإلا وجهت القضاء عليه فإن ذلك أجلى للعمى وأبلغ في العذر**».

أي إذا كان أحد الخصمين يحتاج إلى مهلة لإحضار أدلته كالشهود، أو الوثائق التي تثبت حقه أعطاه القاضي أو المحكم مهلة لذلك، قال ابن القيم: هذا من تمام العدل، فإن المدعي قد تكون حجته أو بينته غائبة، فلو عجل عليه بالحكم بطل حقه، فإذا سأل أمدا تحضر فيه حجته أجيب إليه، ولا يتقيد ذلك بثلاثة أيام، بل بحسب الحاجة، فإن ظهر عناده ومدافعته للحاكم لم يضرب له أمدا، بل يفصل الحكومة، فإن ضرب هذا

الأمد إنما كان لتمام العدل، فإذا كان فيه إبطال للعدل لم يجب إليه الخصم.ا.هـ

ومعنى أجلى للعمى أي يؤدي إلى البصيرة ووضوح الحق في الأمر المبهم فشبه من استعجل بمن حكم وهو أعمى لا يرى حجة المتحاكمين، وأبلغ في العذر أي أوضح في إقامة الحجة.

وقوله: «ولا يمنعنك قضاء قضيت به اليوم فراجعت فيه رأيك وهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق، فإن الحق قديم، ولا يبطله شيء، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل».

يرشد عمر رضي الله عنه الحكام إلى أن يدوروا مع الحق حيث دار وأن العالم كلما ازداد علما وبصيرة وخبرة كلما تبين له أنه كان أخطأ في أقضية سابقة، فعليه ألا يتكبر عن الرجوع إلى الحق، وليحكم فيما استجد من الوقائع بالحكم الجديد، قال ابن القيم: يريد إنك إذا اجتهدت في حكومة ثم وقعت لك مرة أخرى فلا يمنعك الاجتهاد الأول من إعادته، فإن الاجتهاد قد يتغير، ولا يكون الاجتهاد الأول مانعا من العمل بالثاني إذا ظهر أنه الحق، فإن الحق أولى بالإيثار لأنه قديم سابق على الباطل، فإن كان الاجتهاد الأول قد سبق الثاني والثاني هو الحق فهو أسبق من الاجتهاد الأول لأنه قديم سابق على ما سواه، ولا يبطله وقوع الاجتهاد الأول على خلافه، بل الرجوع إليه أولى من التمادي على الاجتهاد الأول،.. قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في امرأة توفيت وتركت زوجها وأمها وأخوتها لأبيها وأمها وأخويها لأمها، فأشرك عمر بين الأخوة للأم والأب والإخوة للأم في الثلث، فقال له رجل: إنك لم تشرك بينهم عام كذا وكذا، قال عمر: تلك على ما قضينا يومئذ، وهذه على ما قضينا اليوم ؛ فأخذ أمير المؤمنين في كلا الاجتهادين بما ظهر له أنه الحق، ولم يمنعه القضاء الأول من الرجوع إلى الثاني، ولم

ينقض الأول بالثاني. ا.هـ[1]

قوله: «والمسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا مجربا عليه شهادة زور، أو مجلودا في حد، أو ظنينا في ولاء أو قرابة».

العدول جمع عدل، وعرف العدل بتعريفات منها تعريف القاضي أبي يوسف: (أن يكون مجتنبا عن الكبائر ولا يكون مصرًا على الصغائر ويكون صلاحه أكثر من فساده وصوابه أكثر من خطئة وأن يستعمل الصدق ديانة ومروءة يجتنب عن الكذب ديانة ومروءة) ويشير كلام أمير المؤمنين عمر إلى أن الأصل هو أن المسلم عدل تقبل شهادته على غيره من المسلمين، إلا من قام به مانع يمنع قبول الشهادة، وهو أن يكون قد جرب عليه شهادة الزور ؛ فلا يوثق بعد ذلك بشهادته، أو من جلد في حد والمقصود به هنا حد القذف خاصة لأن الله سبحانه نهى عن قبول شهادته وهذا متفق عليه قبل التوبة، والقرآن نص فيه ؛ وأما إذا تاب ففي قبول شهادته قولان مشهوران أحدهما: لا تقبل، وهو قول أبي حنيفة والثاني: تقبل، وهو قول الشافعي وأحمد ومالك.

والظنين هو المتهم، والولاء هو العتق وما يترتب عليه من صلة بين المعتق والعتيق والمقصود هنا أن المتهم بأن يجر إلى نفسه نفعا من المشهود له كشهادة السيد لعتيقه بمال أو شهادة العتيق لسيده إذا كان السيد يعوله أو يناله نفعه، وكذلك شهادة القريب لقريبه، والفقهاء منهم من أجاز شهادة القريب لقريبه مطلقا وهم الظاهرية، ومنهم من منعها مطلقا لأنها مظنة للمحاباة، ومنهم من منع شهادة الأصول للفروع والعكس وأجاز غيرها، ورجح ابن القيم أن شهادة القريب لقريبه لا تقبل مع التهمة، وتقبل

(١) إعلام الموقعين ١/ ٩٠.

بدونها.

وقوله: «فإن الله تبارك وتعالى تولى من العباد السرائر وستر عليهم الحدود إلا بالبينات والأيمان».

أي أن من ظهرت لنا منه علانية خير قبلنا شهادته ووكلنا سريرته إلى الله سبحانه فإن الله سبحانه لم يجعل أحكام الدنيا على السرائر، بل على الظواهر، واستدل جماعة من الفقهاء بهذا على قبول شهادة كل مسلم لم تظهر منه ريبة وإن كان مجهول الحال؛ وخالفهم آخرون فاشترطوا عدالة الباطن أي لابد من سؤال جيرانهم ومن طالت ملازمتهم لهم عن خفايا أحوالهم حتى تقبل شهادتهم، قال ابن القيم: قوله: «وستر عليهم الحدود» يعني المحارم، وهي حدود الله التي نهى عن قربانها، والحد يراد به الذنب تارة والعقوبة أخرى «إلا بالبينات والأيمان» يريد بالبينات الأدلة والشواهد، فإنه قد صح عنه الحد في الزنا بالحبل، فهو بينة صادقة، بل هو أصدق من الشهود، وكذلك رائحة الخمر بينة على شربها عند الصحابة وفقهاء أهل المدينة وأكثر فقهاء الحديث وقوله: «والأيمان» يريد بها أيمان الزوج في اللعان، وأيمان أولياء القتيل في القسامة، وهي قائمة مقام البينة[1].

قوله: «ثم الْفَهْمَ الْفَهْمَ، فِيمَا تلجلج فِي صَدْرِكَ مِمَّا لَمْ يليس في كتاب ولا سنة».

تقدم بيان معنى الفهم وأنه الإدراك الجازم والاعتقاد المطابق للواقع، أسلوب إغراء فيه حث على ضرورة الفهم وهو مفعول لفعل محذوف تقديره الزم، وتكرار كلمة الفهم توكيد لفظي، ومعنى تلجلج تحرك وتردد، وجاء في رواية: «الفهم الفهم فيما أدلي

(١) إعلام الموقعين ١/ ١٠١.

إليك» أي في الأدلة التي يتوصل بها المحتكمون إليك إلى حقوقهم، وهنا يحث عمر الحاكم القادر على الاجتهاد على أن يجتهد برأيه إذا لم يجد نصا في الكتاب أو السنة في خصوص مسألته، والاجتهاد بذل الجهد لإدراك حكم شرعي من أدلته، ومن الاجتهاد القياس الذي أرشد إليه في الوصية التالية.

قوله: «ثم اعْرِفِ الأَمْثَالَ وَالأَشْبَاهَ، فقِسِ الأُمُورَ عند ذلك، وَاعْمَدْ إلى أقربها إِلَى اللهِّ، وَأَشْبَهِهَا بِالْحَقِّ فيما ترى».

الأمثال والأشباه أي الأمور المماثلة والمشابهة و اعمد أي اقصدْ واتجه، أي إذا عرض لك ما ليس منصوصا على حكمه في الكتاب والسنة، فابحث عما يشابهه من المنصوص عليه ويماثله في علة الحكم، وسو بينهما في الحكم، وهنا يوصي عمر رضي الله عنه بالعمل بالقياس، وهو حجة ودليل من أدلة الأحكام عند الأئمة الأربعة، والقياس في اصطلاح الأصوليين: هو إلحاق واقعة لا نص على حكمها بواقعة ورد نص بحكمها، في الحكم الذي ورد به النص، لتساوي الواقعتين في علة هذا الحكم.

فإن دل نص على حكم واقعة، وعرفت علة هذا الحكم بطريق من الطرق التي تعرف بها علل الأحكام، ثم وجدت واقعة أخرى تساوي واقعة النص على علة تحقق علة الحكم فيها فإنها تسوي بواقعة النص في حكمها بناء على تساويهما في علته، لأن الحكم يوجد حيث توجد علته.

وهذه أمثلة من الأقيسة الشرعية توضح هذا التعريف:

(١) شرب الخمر: واقعة ثبت بالنص حكمها، وهو التحريم الذي دلّ عليه قوله سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ

﴿فَٱجۡتَنِبُوهُ﴾[1]، لعلة هي الإسكار، فكل نبيذ توجد فيه هذه العلة يسوى بالخمر في حكمه ويحرم شربه.

(٢) قتل الوارث مورّثه: واقعة ثبت بالنص حكمها، وهو منع القاتل من الإرث الذي دل عليه قوله ﷺ: «**لا يرث القاتل**» لعله هي أن قتله فيه استعجال الشيء قبل أوانه فيرد عليه قصده ويعاقب بحرمانه، وقتل الموصى به له.

(٣) البيع وقت النداء للصلاة من يوم الجمعة: واقعة ثبت بالنصب حكمها وهو الكراهة التي دل عليها قوله سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوۡمِ ٱلۡجُمُعَةِ فَٱسۡعَوۡاْ إِلَىٰ ذِكۡرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلۡبَيۡعَۚ﴾[2]، لعله هي شغله عن الصلاة. والإجارة أو الرهن أو أية معاملات وقت النداء للصلاة من يوم الجمعة توجد فيها هذه العلة، وهي شغلها عن الصلاة فتقاس بالبيع في حكمه وتكره وقت النداء للصلاة.[3]

قوله: «وإياك والغلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر عند الخصومة (أو الخصوم) فإن القضاء في مواطن الحق مما يوجب الله به الأجر ويحسن به الذكر (أو الذخر)».

الغلق: ضيق الصدر والضجر: قلة الصبر، ينهى عمر أبا موسى الأشعري عن ضيق صدره بالخصوم وقلة صبره عندما تبسط القضايا وتتشعب، والتنكر هو التذمر والتوعد قال ابن القيم: في التنكر للخصوم من إضعاف نفوسهم، وكَسْر قلوبهم،

(١) سورة المائدة: ٩٠.

(٢) سورة الجمعة: ٩.

(٣) أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف صـ٥٢.

وإخراس ألسنتهم عن التكلم بحُجَجِهم خشيةَ معرِة التنكر، ولاسيما أن يتنكر لأحد الخصمين دون الآخر؛ فإن ذلك الداء العُضال. اهـ، قال ابن قدامة: لا خلاف بين أهل العلم فيما علمناه، في أن القاضي لا ينبغي له أن يقضي وهو غضبان. كره ذلك شريح، وعمر بن عبد العزيز، وأبو حنيفة، والشافعي. وكتب أبو بكرة إلى عبد الله بن أبي بكرة وهو قاض بسجستان، أن لا تحكم بين اثنين وأنت غضبان ؛ فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان**» متفق عليه. وكتب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى: إياك والغضب، والقلق، والضجر، والتأذي بالناس، والتنكر لهم عند الخصومة، فإذا رأيت الخصم يتعمد الظلم، فأوجع رأسه، ولأنه إذا غضب تغير عقله، ولم يستوف رأيه وفكره.

وفي معنى الغضب كل ما شغل فكره من الجوع المفرط، والعطش الشديد، والوجع المزعج، ومدافعة أحد الأخبثين، وشدة النعاس، والهم، والغم، والحزن، والفرح، فهذه كلها تمنع الحاكم ؛ لأنها تمنع حضور القلب، واستيفاء الفكر، الذي يتوصل به إلى إصابة الحق في الغالب، فهي في معنى الغضب المنصوص عليه، فتجري مجراه. فإن حكم في الغضب أو ما شاكله، فحكي عن القاضي، أنه لا ينفذ قضاؤه ؛ لأنه منهي عنه، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه. وقال في «المجرد»: ينفذ قضاؤه.

وهو مذهب الشافعي ؛ لما روي، أن النبي ﷺ اختصم إليه الزبير ورجل من الأنصار، في شراج الحرة، فقال النبي ﷺ للزبير: «**اسق، ثم أرسل الماء إلى جارك. فقال الأنصاري: أن كان ابن عمتك. فغضب رسول الله ﷺ وقال للزبير: اسق، ثم احبس الماء حتى يبلغ الجدر**». متفق عليه. فحكم في حال غضبه. وقيل: إنما يمنع الغضب الحاكم إذا كان قبل أن يتضح له الحكم في المسألة، فأما إن اتضح الحكم، ثم عرض

الغضب، لم يمنعه ؛ لأن الحق قد استبان قبل الغضب، فلا يؤثر الغضب فيه.اهـ[1]

وقد بين عمرﷺ هنا فضل القضاء وأنه سبب للذكر الحسن عند الله أو الذخر وهو ما يدخر عند الله من العاقبة الحميدة والثواب.

قوله: فإنه من يصلح نيته فيما بينه وبين الله تعالى (أو خلصت نيته في الحق ولو على نفسه) يكفه الله ما بينه وبين الناس ومن تزين للناس بما يعلم الله منه غير ذلك شانه الله فإن الله لا يقبل من العباد إلا ما كان له خالصا فما ظنك بثواب عند الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته والسلام عليك ورحمة الله .

ختم أمير المؤمنين عمر بموعظة عظيمة يحث فيها على الإخلاص وإصلاح النية وإصلاح العبد ما بينه وبين الله، ويحذر من الرياء والنفاق، قال ابن القيم: وقول عمرﷺ: «فمن خلصت نيته في الحق ولو على نفسه» إشارة إلى أنه لا يكفي قيامه في الحق لله إذا كان على غيره، حتى يكون أول قائم به على نفسه، فحينئذ يقبل قيامه به على غيره، وإلا فكيف يقبل الحق ممن أهمل القيام به على نفسه ؟.. ولما كان المتزين بما ليس فيه ضد المخلص فإنه يظهر للناس أمراً وهو في الباطن بخلافه عامله الله بنقيض قصده، فإن المعاقبة بنقيض القصد ثابتة شرعا وقدرا، ولما كان المخلص يعجل له من ثواب إخلاصه الحلاوة والمحبة والمهابة في قلوب الناس عجل للمتزين بما ليس فيه من عقوبته أن شانه الله بين الناس، لأنه شان باطنه عند الله، وهذا موجب أسماء الرب الحسنى وصفاته العليا وحكمته في قضائه وشرعه هذا، ولما كان من تزين للناس بما ليس فيه من الخشوع والدين والنسك والعلم وغير ذلك قد نصب نفسه للوازم هذه

(١) المغني ١٠/ ١٤٠.

الأشياء ومقتضايتها فلا بد أن تطلب منه، فإن لم توجد عنده افتضح، فيشينه ذلك من حيث ظن أنه يزينه، وأيضا فإنه أخفى عن الناس ما أظهر لله خلافه، فأظهر الله من عيوبه للناس ما أخفاه عنهم، جزاءً له من جنس عمله.. وقوله: «فما ظنك بثواب عند الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته» يريد به تعظيم جزاء المخلص وأنه رزق عاجل إما للقلب أو للبدن أو لهما. ورحمته مدخرة في خزائنه ؛ فإن الله سبحانه يجزي العبد على ما عمل من خير في الدنيا ولا بد، ثم في الآخرة يوفيه أجره، كما قال تعالى: ﴿وَإِنَّمَا تُوَفَّوْنَ أُجُورَكُمْ يَوْمَ ٱلْقِيَـٰمَةِ﴾ فما يحصل في الدنيا من الجزاء على الأعمال الصالحة ليس جزاء توفية، وإن كان نوعا آخر كما قال تعالى عن إبراهيم: ﴿وَءَاتَيْنَـٰهُ أَجْرَهُۥ فِى ٱلدُّنْيَا ۖ وَإِنَّهُۥ فِى ٱلْـَٔاخِرَةِ لَمِنَ ٱلصَّـٰلِحِينَ﴾ وهذا نظير قوله تعالى: ﴿وَءَاتَيْنَـٰهُ فِى ٱلدُّنْيَا حَسَنَةً ۖ وَإِنَّهُۥ فِى ٱلْـَٔاخِرَةِ لَمِنَ ٱلصَّـٰلِحِينَ﴾ فأخبر سبحانه أنه آتى خليله أجره في الدنيا من النعم التي أنعم بها عليه في نفسه وقلبه وولده وماله وحياته الطيبة، ولكن ليس ذلك أجر توفية، وقد دل القرآن في غير موضع على أن لكل من عمل خيرا أجرين: عمله في الدنيا ويكمل له أجره في الآخرة كقوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ أَحْسَنُوا۟ فِى هَـٰذِهِ ٱلدُّنْيَا حَسَنَةٌ ۗ وَلَدَارُ ٱلْـَٔاخِرَةِ خَيْرٌ ۚ وَلَنِعْمَ دَارُ ٱلْمُتَّقِينَ﴾ وفي الآية الأخرى: ﴿وَٱلَّذِينَ هَاجَرُوا۟ فِى ٱللَّهِ مِنۢ بَعْدِ مَا ظُلِمُوا۟ لَنُبَوِّئَنَّهُمْ فِى ٱلدُّنْيَا حَسَنَةً ۖ وَلَأَجْرُ ٱلْـَٔاخِرَةِ أَكْبَرُ ۚ لَوْ كَانُوا۟ يَعْلَمُونَ﴾ اهـ[1]

ثم ختم عمر رضي الله عنه كتابه بالسلام كما بدأه به.

(١) إعلام الموقعين،٢/ ٤٣٢، طبعة دار الحديث.

الخاتمة

وثيقة شرف مقترحة للمحكمين المسلمين

وهي خلاصة للآداب الواردة في كتاب عمر لأبي موسى رضي الله عنهما...

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وبعد:

فإني بصفتي من المحكّمين المسلمين، وإدراكا مني لعظم المسؤولية التي تحملتها، فإني أتعهد بأن أتمسك بما جاء في هذه الوثيقة، وأن أكون من العاملين به:

١) أستحضر في نيتي أن الحكم بين الناس بالعدل عبادة أتقرب بها إلى الله

٢) أتعلم ما يلزم تعلمه من أحكام الفقه ذات الصلة بما أحكم فيه لأحكم على علم وبصيرة.

٣) أحرص على الإنصات للخصوم وتفهم حججهم وأدلتهم

٤) آخذ بالأسباب الممكنة لجعل الحكم قابلا للتنفيذ بأن أشترط على الخصوم التوقيع على وثيقة التحكيم التي يحدد فيها بدقة موضوع الخصومة وصلاحية المحكم، وتوثق لدى موثق قانوني، وأوثق الحكم كتابة، وإشهادا عليه.

٥) أعدل بين الخصوم وأساوي بينهم في المجلس، ولا أحابي قويا ولا أتحامل على ضعيف.

٦) أطلب من المدعي بينته فإن جاء بها حكمت له بها، وإلا طلبت من المدعى

عليه أن يحلف يمينا ينكر بها ما ادعي عليه.

٧) أسعى في الإصلاح بين الخصمين بالتراضي بينهم قبل اللجوء إلى التحكيم.

٨) من كانت شهوده أو وثائقه تحتاج إلى مدة لإحضارها أمهلته المدة الكافية ولم أتعجل بالحكم.

٩) أرجع إلى الحق ولا أتمادى في الباطل.

١٠) أتحرى عن الشهود وأستوثق من عدالتهم.

١١) أحكم بكتاب الله وسنة رسوله، وأقيس ما لا نص فيه على أشباهه ونظائره في الكتاب والسنة.

١٢) أستعد لمجلس الحكم وأتهيأ له وأتجنب الحكم بين الناس في ساعة غضب أو قلق أو ضجر أو غير ذلك مما يشوش الفكر.

١٣) أخلص النية لله في حكمي.

١٤) أحكم بالحق ولو على نفسي.

ملحق باللغة الإنجليزية

فيه تلخيص لقوانين التحكيم وأنظمته المعمول بها في ولاية منيسوتا ، وهي مشابهة لأنظمة التحكيم في أغلب الولايات الأمريكية، وقد ساعدني في إعداد هذا الملحق الأستاذ إسماعيل عبده المحامي وفقه الله

ARBITRATION IN MINNASOTA

I- Introduction

Arbitration is a voluntary agreement between parties to submit a dispute to arbitrators they choose. The parties agree in advance to accept the arbitrator's decision as final and binding Thus if the parties stipulate in writing that the arbitration will be binding, then the proceeding will be conducted pursuant to the Uniform Arbitration Act ("UAA"), codified as Minnesota Statute Annotated Chapter 572, ("M.S.A.") Sections 572.08 to 5723A. If the parties do not stipulate that arbitration will be binding, then the award is non-binding and will be conducted pursuant to Minnesota Rules of Practice for the District Courts, Rule I14.01 to 114.14. Namely Rule 1t4.49 ("The Rule"). Arbitration is favorable as an informal, less expensive and speedy resolution of disputes compared to litigation.

The parties may include an arbitration clause in their underlying written contract or write a separate agreement to arbitrate in case a dispute arises. The agreement of the parties governs the extent of arbitration and issues to be arbitrated and the procedures to be followed, so arbitration is a contract. Therefore the parties are free to agree to submit any dispute to arbitration, unless it is against the law or public policy.

II. Validity of Arbitration Agreement

M.S.A. Section 572.A9 provides: "A written agreement to submit any existing controversy to arbitration or a provision in a written contract to submit to arbitration, any controversy thereafter arising between the parties is valid, enforceable, and irrevocable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract " Thus, the parties are free to contract for arbitration and in the absence of any agreement to the contrary, the arbitration agreement will be interpreted according to the UAA

III. Qualifications of the Arbitrators

According to Minnesota Rules of Practice for the District Courts, arbitrators are selected on the basis of integrity, impartiality and expertise in the subject matter of arbitration to objectively render an award. It is a common practice that each party appoints an arbitrator and the two so appointed select a third neutral arbitrator. If no agreement is reached on the neutral arbitrator, the court shall appoint one. Only the neutral arbitrator needs to be unbiased and except for arbitrations under the American Arbitration Association, prior to selection a neutral arbitrator shall disclose any relationships the neutral has with any of the parties, their counsel, insurers" or representatives and any conflict of interest, or potential conflict of interest, the neutral may have. (See M.S.A. Section 572.10).

Rule I 14.12 Requires the State Court Administrator to establish a roster of neutrals for civil matters and another roster for family law matters.

Rule 1 14.13 establishes the required training, standards and qualifications for neutral rosters.

(a) **Civil Facilitative/Hybrid Neutral Roster**: Qualified neutrals

providing facilitative or hybrid service in civil, non-family matters, need to have a minimum of 30 hours of classroom training in the following topics:

1. Conflict resolution and mediation theory;
2. Mediation skills and techniques;
3. Components in the mediation process;
4. Mediator conduct;
5. Rules, statutes and practices.

(b) **Civil Adjudicative/Evaluative Neutral Roster**: Qualified neutrals serving as arbitrators need to have a minimum of 6 hours of classroom training in the following topics:

1. Pre-hearing communications;
2. Components of the hearing process;
3. Settlement techniques;
4. Rules, statutes, and practices covering arbitration in trial courts, including Supreme Court

ADR rules; and Management of presentation.

Family Law Neutrals providing facilitative, adjudicative or evaluative service in family law matters need to have a minimum number of hours of training, in addition to professional experience and practice in the area of family law.

According to Rule 114,14, Training required under Rule 114.13 may be waived upon application to Minnesota Supreme Court ADR Review Board.

Appendix to Rule 114 covers the Code of Ethics for Alternative Dispute Resolution (ADR)

IV. Powers and Authority of the Arbitrators

The agreement governs the limits of the power of arbitrators and if no provision in the agreement limits their power they can decide both the issues of fact and law. The agreement also controls the hearing procedures. Unlike the formal court proceedings, arbitration is informal.

However, witnesses may be called to testify and other evidence may be produced. Parties may be represented by attorneys. (M.S.A. Section 572.13).

V. Enforcement of Arbitration Agreement

The arbitration agreement is enforceable through procedure to compel or stay arbitration M. S.A. Section 572.09 grants the court the power to order or stay arbitration proceedings upon application of a party. To compel the parties to proceed with arbitration the court needs to find that there is a written arbitration agreement and that a party refuses to arbitrate. In case there is no agreement to arbitrate the court may stay arbitration proceedings. The section gives details of the procedures to compel or stay the Arbitration.

VL. Arbitrators' Actions

Arbitrators exercise their powers by majority unless otherwise provided by the agreement or by M.S.A. Sections 572.08ta 572.30. (M.S.A. section 572-11).

VII. The Award

The award shall be in writing and signed by the arbitrators joining in the award. The award must include interest. This section does not apply to arbitration between employers and employees. However, pre-award

interest is prohibited. {M.S.A. section 572.15).

VIII. Change, Modification or Correction of the Award.

The award may by changed by the arbitrators. (M S.A. Section 572.16).Also, the court may modify or correct the award, (M.S.A Section 572.20).

IX. Fees and Expenses of Arbitration

Arbitrators' fees and other expenses shall be paid as provided in the award unless otherwise provided in the agreement to arbitrate (M.S-A. Section 572.17) appoints an arbitrator and the two arbitrators so appointed select a third neutral arbitrator. In case the agreement is silent on how to select a third neutral arbitrator and the two appointed arbitrators fail to appoint neutral arbitrator, the court shall appoint a qualified neutral arbitrator. The neutral arbitrator is the only arbitrator needs to be unbiased and to disclose any conflict of interest or any relationship with any of the parties.

In Minnesota Arbitration is governed by the Uniform Arbitration Act, which Minnesota adopted on April 24,1957" and codified as Minnesota Statute Annotated Chapter 572 (M.S.A. Sections 572.08 to 572.30) and Minnesota Rules of Practice for the District Courts, Rule 114.01 to 114.14.

Arbitration is favored for informal, speedy and inexpensive resolution of present and future disputes between contracting parties where a contract contains an arbitration clause.

الفهـــــــــرس

المقدمة..... ٦٧٠
وكتب..... ٦٧١
وليد بن إدريس بن عبد العزيز المنيسي ٦٧١
منيابوليس – منيسوتا ٦٧١
غرة ذي القعدة ١٤٣١ هـ..... ٦٧١
الفصل الأول: أهمية الكتاب وتخريجه وأسانيده ٦٧٣
الفصل الثاني: شرحه وبيان ما اشتمل عليه ٦٧٦
الخاتمة ٦٩٣
ملحق باللغة الإنجليزية ٦٩٥
ARBITRATION IN MINNASOTA..... ٦٩٥
الفهـــــــــرس ٧٠٠

قضية التحكيم على الصعيد الشرعي

إعداد الأستاذ الدكتور

وهبة مصطفى الزحيلي

عميد كلية الشريعة

ورئيس قسم الفقه الإسلامي سابقًا بجامعة دمشق

عضو المجامع الفقهية

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

الحمد لله ربِّ العالمين، والعاقبة للمتقين، والصلاة والسلام على إمام الأنبياء وخاتم الرسل أجمعين وبعد:

فإن الشريعة الخاتمة تنشد في الميدان السياسي والاقتصادي والاجتماعي إحقاق الحق وإقامة العدل، ونشدان السلام والاستقرار، وإنهاء الخصومات والمنازعات بأيسر السبل، على جميع المستويات، سواء الدولة والأفراد، في العلاقات الخارجية والداخلية، والمعاملات المالية، والمشكلات الأسرية، إما بطريق القضاء أو التحكيم أو الإفتاء، فذلك مظهر حضاري رفيع، وظاهرة رضائية سهلة، يدل على إيثار الوفاق والوئام وحسم الخلافات من أقرب الطرق، وتسوية المنازعات بما يزيل الضرر، ويمكِّن الأسرة من الدوام والتفاهم، مع مراعاة مبدأ الاقتصاد والتدبير في الإنفاق، وحل المشكلات بالإنفاق القليل، وصون الروابط الاجتماعية والأسرية من التفكك والنزاع والفضيحة وتفشي الأسرار، فيكون التحكيم نظامًا مرغوبًا فيه في الشريعة، لفضِّ النزاعات الدولية والفردية على السواء.

ويعدُّ اللجوء إلى التحكيم أجدى السبل القضائية، لأسباب عديدة، حيث تصان أسرار المتخاصمين، وتحفظ الأموال، ويحسم الخلاف في أقرب وقت، ويتم التنفيذ بسرعة معقولة، لا تهدر فيه الجهود، ولا تضيع الأوقات، ولا تتعقد المشكلات، فيكون في التحكيم ميزات كثيرة تتحقق في مظلته، إذا قورن بنظام القضاء الطويل الأمد عادة، والذي يحتاج إلى نفقات كثيرة من توكيل المحامين، ونفقات التقاضي، فضلًا عن

الوساطة المملّة والمكْلفة والبطيئة في كثير من الأحيان.

وهذا ما نلمسه من بحث نظام التحكيم في نطاق الشريعة، حتى بالنسبة للدول المتنازعة.

ويتجلى ذلك في بيان خطة البحث، الشاملة لمبحثين هما:

(١) نظرية التحكيم في الشريعة (التعريف والقواعد العامة).

- مشروعية التحكيم وأنواعه ومجالاته، والفرق بينه وبين آليات التقاضي الأخرى.
- ضرورة التحكيم وأهميته خارج ديار الإسلام للمحافظة على الهُوِّية وتحكيم الشريعة.

(٢) نظرية التحكيم في الشريعة (نظام التحكيم وضوابطه الشرعية والإجرائية):

- أنواع التحكيم ووثيقة الاتفاق على التحكيم.
- اختيار المحكَّمين وعزلهم.
- مدة التحكيم وتمديدها وأتعاب المحكمين.
- الرقابة على الحكم ووجه الطعن فيه.
- القانون الواجب التطبيق.
- وثيقة الحكم.

ملحق: الإجابة عن أسئلة عملية من مجمع فقهاء الشريعة حول حكم المحكمين ومجالات التحكيم.

نظرية التحكيم في الشريعة (التعريف والقواعد العامة):

أفضِّل أولاً أن يقال مبدأ التحكيم أو قاعدة التحكيم، لأن كلمة «النظرية» قابلة

لإثبات العكس باعتبارها من وضع البشر، وأما المبدأ أو الحكم الشرعي: فهو من وضع الشارع الحكيم وهو الله تعالى أو رسوله بوحي من الله سبحانه، وهو حكم دائم مستقر مرجعه إلى الوحي الإلهي إما جملة وإما تفصيلًا، واجتهاد المجتهدين مقصور على ما قرره الشارع الحكيم في أصوله العامة، وتكون التفاصيل والمتغيرات معمولًا بها في ضوء مقررات الشريعة. ومقرراتها: تشمل الثوابت والمتغيرات. فإذا تغيرت المصلحة أو العرف أو القياس أو الاستحسان مما يدخل تحت دائرة المتغيرات، فإن الشرع ذاته أذن بالتغيير، لتظل الشريعة صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، تفعيلًا لمقاصد الشريعة القائمة على تحقيق العدالة، وجلب المصالح، ودرء المفاسد، ودفع الحرج، ورعاية الضرورة أو الحاجة العامة، كما هو معلوم في قواعد أصول الفقه، ومنها الاستحسان وغيره، وكذلك القواعد الكلية الفقهية في الشريعة.

أما مشتملات هذا المبحث فهي كما تقدم. وأبدأ بالمطلب الأول منها وهو:

مشروعية التحكيم وأنواعه ومجالاته، والفرق بينه وبين آليات التقاضي الأخرى:

مشروعية التحكيم وتعريفه:

التحكيم في اللغة: القضاء في الشيء بأنه كذا أو ليس كذا. وفي الفقه: هو كما ذكر الحنفية: تولية الخصمَيْن حاكمًا يحكم بينهما[(١)]. وغير الحنفية مثلهم في هذا من خلال شرح معناه[(٢)].

(١) الدر المختار ورد المحتار ٤/ ٣٤٧، ط دار الكتب العلمية، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم: ج٧، ط دار المعرفة – بيروت.

(٢) المنتقى شرح الموطأ ٥/ ٢٢٦، المغني والشرح الكبير ١١/ ٤٨٣.

والتحكيم مشروع باتفاق المذاهب بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أما الكتاب: فآيات هي:

قول الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِ﴾[1]، والآية تشمل الولاية العامة والقضاء وتحكيم المتخاصمين شخصًا آخر في قضية خاصة[2].

وقول الله عز وجل في التحكيم بين الزوجين: ﴿وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ﴾[3].

وقوله سبحانه في تقدير جزاء الصيد المقتول في حرم مكة: ﴿يَحۡكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾[4].

وهذه الآيات تدل صراحة على مشروعية التحكيم[5].

وأما السنة: فأحاديث كثيرة، منها:

- تحكيم الرسول ﷺ سعد بن معاذ سيد الأوس في يهود بني قُريظة، وقد روى الشيخان عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه تفصيل هذه الواقعة[6].

---

(١) سورة النساء: ٥٨.

(٢) تفسير المنار ٥/ ١٣٩، ط سنة ١٩٧٣.

(٣) سورة النساء: ٣٥.

(٤) سورة المائدة: ٩٥.

(٥) تفسير القرطبي ٥/ ١٧٦، ط دار الكتب المصرية.

(٦) فتح الباري بشرح البخاري: ٨/ ٤١٥، ط مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة.

- أخرج مسلم في صحيحه عن أبي هريرة ﷺ في قصة شراء عقار، وجد فيه المشتري جَرَّة ذهب، فاختلفا لمن هي، فتزوج غلام أحدهما ببنت الآخر، وجعل الذهب لهما، بالتحاكم إلى رجل، وأقرَّ النبي ﷺ هذا التحكيم.
- وأخرج البيهقي في سننه قصة تحكيم صحابي اسمه هانئ وولده شريح، ويكنى بأبي الحكَم، فقال له الرسول ﷺ: لِمَ تكنى أبا الحكم؟ فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني، فحكمت بينهم، فرضي كلا الفريقين، فقال رسول الله ﷺ: ما أحسن هذا ! وقال: فأنت أبو شريح[(١)].
- وفي كتاب أقضية رسول الله ﷺ لابن الطلاع – فيما رواه ابن شاهين – عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ حكَّم الأعور بن بشامة سيد بني العنبر في سباياهم المائة والسبعين حين منعوا الصدقة، فحكم أن يفدى شطر وأن يعتق شطر[(٢)].
- روى أبو بكر المرّوذي أن النبي ﷺ قال: «**من حكم بين اثنين تحاكما إليه، فلم يعدل بينهما بالحق، فعليه لعنة الله**»[(٣)].

وأما **الإجماع**: فقد أجمع الصحابة على مشروعية التحكيم، كما قال الماوردي، جاء في مغني المحتاج[(٤)]: ولو حكَّم خصمان رجلًا في غير حدّ الله تعالى جاز مطلقًا، بشرط

(١) السنن الكبرى ١٠/ ١٤٥، ط دار الفكر – بيروت.

(٢) أقضية رسول الله ﷺ لابن الطلاع المالكي: ص ٦٧٦، دار الكتاب اللبناني – بيروت.

(٣) أورده الحافظ ابن حجر في تلخيص التحبير ٤/ ١٨٥، ط مصر، ١٣٨٤، كشاف القناع عن متن الإقناع ٦/ ١٠٣، طبع مكة في مطبعة الحكومة، سنة ١٣٩٤ هـ.

(٤) ٤/ ٣٧٨.

أهلية القضاء، ولا يشترط عدم القاضي، لأنه وقع لجمع من كبار الصحابة، ولم ينكره أحد، قال الماوردي: فكان إجماعًا.

وأما **المعقول**: فإن التحكيم جائز للحاجة إليه، لأنه رَديف للقضاء، يسهم معه في تحقيق العدالة، وإحقاق الحق، كما تقدم.

أنواع التحكيم:

اتفق الفقهاء على جواز التحكيم في المسائل المالية، والأحوال الشخصية، والعلاقات الدولية كالحرب والسلم وإنهاء النزاع، ولا يجوز في العبادات كالصلاة ونحوها للحكم فيها بالصحة أو البطلان، ولا في المسائل العلمية كمعنى آية أو تفسير حديث، ولا في الأحكام الاعتقادية، ونحوها من الأمور الدنيوية والدينية المنصوص على حكمها صراحة في النصوص الشرعية[1].

واختلف الفقهاء على رأيين في مشروعية التحكيم في جرائم الحدود والقصاص واللعان، فمنعه الجمهور ولا ينفذ الحكم فيه لدى الأغلبية، وأجازه الحنابلة[2] وأنفذوا الحكم فيه، وهذه مقولاتهم بإيجاز.

- يرى الحنفية أن التحكيم يصح فيما يملك الخصمان فعله بأنفسهما من حقوق الناس، ولا يجوز في حد أو قصاص، لأن حكم المحكم بمنزلة الصلح، فكل ما يستحق بالصلح يجوز التحكيم فيه، وما لا فلا، والحدود والقصاص لا يجوز

---

[1] مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، بحث المستشار محمد بدر المنياوي: ص ٥ وما بعدها.

[2] المرجع السابق، التحكيم وأثره في حلّ الخصومات في ضوء الشريعة، د: محمود أبو ليل: ص ٣٩ – ٤١، التحكيم ومستجداته في ضوء الفقه الإسلامي، د: محمد جبر الألفي: ص ١٣ وما بعدها، موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر، وهبة الزحيلي: ٦/ ٥٠٥.

استيفاؤهما بالصلح، لأنه لا ولاية للخصمين على دمهما، ولهذا لا يملكان فيها الإباحة ولا الاستباحة برضاهما، أي فلا يملك أحد إسقاطها، ولا الاختيار في استيفائها أو العفو عنها، ولأن الحدود تدرأ بالشبهات، وحكم المحكّم: فيه شبهة، لأنه يتعدى إلى غير الخصمين[1].

- وأجاز المالكية التحكيم في الأموال والقصاص فيما دون النفس، ولا يجوز التحكيم في سبعة أمور هي: الحد، والقتل، واللعان، والولاء، والنسب، والطلاق، والعتق، لأنه يتعلق بهذه القضايا حقوق لغير الخصمين، إما لله تعالى كالحد، وإما لآدمي كالقصاص واللعان وغيرهما[2].
- وذهب الشافعية على الراجح إلى جواز التحكيم في كل شيء، غير العقوبة لله تعالى كالحد والتعزير، لأن من صح حكمه في مال صح في غيره، ولكن استثنيت الحدود، لأنها حق لله تعالى، فليس لها طالب معين[3].
- وظاهر مذهب الإمام أحمد كما حكاه أبو الخطاب: أن حكم الحاكم ينفذ في جميع الأشياء[4]، لأن المحكَّم كالقاضي في جميع الأحكام.

---

[1] المبسوط للسرخسي: ١٦/ ١١١، دار المعرفة – بيروت، ط ثانية، البحر الرائق لابن نجيم ٧/ ٢٦ وما بعدها، البدائع ٧/ ٣، دار الكتب العلمية – بيروت.

[2] الخرشي، فتح الجليل ٧/ ١٤٥، دار صادر – بيروت، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٤/ ١٣٦، دار الفكر – بيروت.

[3] مغني المحتاج للخطيب ٤/ ٣٧٩، دار الفكر – بيروت، وأضاف الماوردي للمستثنيات الولاية على اليتيم والحجر على مستحقه.

[4] الإنصاف للمرداوي ١١/ ١٩٧ – ١٩٨، كشاف القناع ٦/ ٣٠٣، الكافي في فقه الحنابلة ٤/ ٢٨٠، دار الفكر – بيروت.

والراجح لدي رأي الجمهور وهو قصر التحكيم على القضايا المالية، لقوة أدلتهم، ولأن معيار الأنظمة الحديثة أن يكون محل التحكيم من المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، كنظام التحكيم الكويتي والسعودي.

الفرق بين التحكيم وبين آليات التقاضي الأخرى بالمعنى الواسع:

هناك فروق بين آليات التقاضي أوضحها فيما يلي:

الفرق بين التحكيم والقضاء: هناك فروق كثيرة أهمها[1]:

(١) أن التحكيم رضائي يتم برضا الخصمين، فإرادتهما تبدو في التحكيم أبرز منها في القضاء، والقضاء سلطة إلزامية مفروضة من الدولة، أي إنه ولاية عامة كالإمارة والإمامة، فلا تظهر فيها إرادة الخصوم إلا في نطاق ضيق، كاختيار محكمة دون أخرى، واختيار زمن معين لتقديم الادعاء، وقد يتنازلون عن الادعاء، أو يقبلون بالصلح.

(٢) أن التحكيم لا يصح في رأي الجمهور في حق الله تعالى كالحدود والقصاص، أما سلطة القضاء: فتتناول الحكم في كل شيء من المنازعات المدنية والتجارية والجنائية، ومنها الحدود والقصاص.

(٣) أنه يجوز للمحكَّمين عزل المحكَّم بعد اختياره، فهو طريق استثنائي لفصل الخصومات. أما سلطة القضاء فهي دائمة ما لم يعزل القاضي من الدولة، فالقضاء أحد سلطات الدولة الرئيسة، لأنها المسؤولة عن صيانة الحقوق، وفرض العدالة.

---

[1] موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر، وهبة الزحيلي ٦/ ٥٠٢، بحث د: محمود أبو ليل: ص ٢٥ – ٣٠.

(٤) ولاية التحكيم مستندة لإرادة الخصوم، وأما ولاية القاضي فمستندة إلى ولاية الإمام، فكانت ولاية عامة، ودائرتها أوسع من دائرة التحكيم.

(٥) لا يلزم المحكَّم بقبول التحكيم، أما القاضي فيلزم بالنظر في الخصومات التي ترفع إليه.

(٦) لا يلزم الخصمان بالحضور إلى مجلس التحكيم، وإنما يأتيان باختيارهما، أما في القضاء فيلزم المدعى عليه أو وكيله بالحضور إلى المحكمة أمام القاضي.

(٧) لا يمنع المحكَّم من مزاولة التجارة أو غيرها من المهن الأخرى، لمحدودية عمله، أما القاضي فيمنع من مزاولة التجارات والمهن الحرة الأخرى.

(٨) يقتصر حكم المحكَّم على المتخاصمين فقط، وعلى الخصومة المرفوعة إليه، وليس له ولاية شرعية في غير ذلك. أما القاضي فيسري قراره على غير المتخاصمين، وولايته عامة.

(٩) للمحكمين عزل المحكم قبل الحكم، وليس للخصمين عزل القاضي، لأنه مولَّى من الدولة.

الفرق بين التحكيم والصلح:

(١) التحكيم يتم بأشخاص آخرين غير أطراف النزاع. وأما الصلح: فيتم بين المتخاصمين أنفسهم أو مع من يمثلونهم. وهو الاتفاق الاختياري القائم على التراضي لإنهاء المنازعة وتصفية الخلاف بالطرق الودية، دون استعانة بآخرين. عرفته مجلة الأحكام العدلية (م ١٥٣١) بأنه: «عقد يرفع النزاع بالتراضي، وينعقد بالإيجاب والقبول». ومن المعلوم أن القاضي في المحاكم النظامية يقترح في أول جلسة بين المتخاصمين الاحتكام إلى الصلح.

(٢) يتم الصلح غالبًا عن طريق تقديم تنازلات من كلا الطرفين. أما التحكيم فلا يشتمل على تقديم تنازلات.

(٣) لا يكون الصلح ملزمًا في ذاته إلا إذا تم أمام محكمة قضائية، وكان تنفيذه ممكنًا. أما التحكيم فيكون ملزمًا عند جمهور الفقهاء. ويكتسب الإلزام في القوانين الحديثة بعد التصديق عليه من المحكمة[(١)].

الفرق بين التحكيم والإفتاء:

التحكيم ملزم للطرفين بعد التراضي عليه وصدور الحكم، أما الإفتاء فمرشد غير ملزم.

وذكرت هذا الفرق لمجرد كون الإفتاء وسيلة لحل النزاع، وإن لم يكن قضاء.

الفرق بين التحكيم ونظام المحلَّفين:

كل من التحكيم ونظام المحلَّفين ذو صفة شعبية. لكن يختلف نظام المحلَّفين من نواحٍ ثلاث:

أما المحلَّفون: فهم عدد يختارون بالانتخاب أو بالقرعة من قوائم بأشخاص تتوافر فيهم شروط معينة، بحسب نظام كل بلد. وتكون مهمتهم مشاركة القضاة المتخصصين في النظر في القضايا بحسب كل بلد على حدة، ويتمتع المحلفون بحقوق القاضي نفسها[(٢)].

الفرق بين التحكيم والخبرة:

يختلفان فيما يلي:

مهمة التحكيم مهمة قضائية، وتشترط في المحكم شروط معينة، ويتقيد بقواعد

(١) المرجعان السابقان: الزحيلي: ص ٥٠١، أبو ليل: ص ٣٠.

(٢) د: عبد المنعم فرج الصدة: ص ١٣ – ١٤، أبو ليل: ص ٣١ – ٣٢.

المحاكمات ووسائل الإثبات الشرعية، ويكون لِحُكْم المحكمين صفة الإلزام.

وأما مهمة الخبير: فيختار من أجلها الخبير من أصحاب التخصصات الفنية، ولا يكلَّف إلا بإبداء رأي أو إعداد تقرير حول قضية ما، وعمله موسوم بالطابع الفني، ولا يتقيد بإجراءات أو ببينات، وليس رأيه أو تقريره ملزمًا للخصوم أو للقاضي، ولا يعدو أن يكون شهادة أو قرينة يستأنس بها في الحكم[1].

ضرورة التحكيم وأهميته خارج ديار الإسلام للمحافظة على الهوية وتحكيم الشريعة:

الناس بحاجة إلى التحكيم مع وجود القضاء لأسباب كثيرة، منها:

كونه أيسر على الخصمين، للتمكن من إقامته في كل زمان ومكان، ولما يمتاز به من توفير الوقت، وسرعة الحسم، لبساطة إجراءاته، وتجاوز الشكليات، وتفرغ المحكّم لمهمته، مع كونه خبيرًا مختصًا، ولأن نفقات التحكيم تكون عادة قليلة إذا قيست بنفقات الدعوى في المحاكم العادية من رسوم وأجور محاماة، وخبراء ومندوبين، ونفقات انتقال القاضي وإحضار الشهود ونحو ذلك. ولأن التحكيم يتلافى ما ينشأ عن الخصومة من أحقاد وعداوات، لأن في التحكيم محافظة على أسرار الخصوم، وبخاصة المسائل الزوجية.

وتزداد أهمية التحكيم وضرورة اللجوء إليه في البلاد غير الإسلامية للمحافظة على الهُوِّية الإسلامية، والتمكن من تطبيق الشريعة الملزمة أحكامها للمسلمين، وهذا مكسب كبير، يتلافى فيه الخصوم اللجوء إلى المحاكم غير الإسلامية، وتطبيق القوانين الوضعية، وذلك منهي عنه شرعًا، لأن القضاء ولاية وسلطة، ولا ولاية لغير المسلم

(١) الدكتور أحمد أبو الوفا: ص ٢٨.

على المسلم، لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾[1].

وهذا باتفاق علماء المسلمين، وهو الأصل العام في ألا يحكّم في شؤون المسلمين غير المسلم، لأن التحكيم قضاء، ولا يجوز أن يتقاضى المسلمون أمام قاض غير مسلم[2].

وذلك إلا أن يكون هناك ضرورة شرعية، بأن لم يكن هناك محكمة إسلامية أو تحكيم، عملًا بقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (٩٥) ٨/ ٩ عام ١٤١٥ هـ/ ١٩٩٥م.

وعلى هذا يكون للتحكيم أهمية حيوية في حسم المنازعات التي تحدث في أوساط الأقليات الدينية أو العرقية أو المذهبية التي لا تقبل أحكام القانون السائد في البلد الذي تعيش فيه كالدول الشرقية والغربية غير المسلمة، فيجدون في التحكيم مخرجًا من تطبيق هذا القانون الذي يتعارض غالبًا مع شرائعهم ومعتقداتهم وأعرافهم.

نظرية التحكيم في الشريعة (نظام التحكيم وضوابطه الشرعية والإجرائية):

إن طبيعة التحكيم واضحة وهو أنه عقد رضائي يتم باتفاق الطرفين المتحاكمين، كسائر العقود، ومهمة المحكّم يغلب عليها الصفة القضائية، وحكمه ملزم للخصومة باتفاق المذاهب، فيلزم المتحاكمان بتنفيذ قرار المحكّمين، ولا يجوز لأحدهما الرجوع عن التحكيم[3].

---

(١) سورة النساء: ١٤١.

(٢) شرح المحلي على المنهاج ٤/ ٢٩٨، ط عيسى البابي الحلبي بمصر، كشاف القناع ٦/ ٣٠٩، عالم الكتب، بيروت، الإنصاف للمرداوي ٦/ ٤٧٢، ط بيروت.

(٣) المبسوط ١٦/ ١١١، مطبعة السعادة بمصر، البدائع ٧/ ٣، مطبعة الإمام بمصر، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/ ١٣٦، بداية المجتهد لابن رشد ٢/ ٤٥٢، مطبعة الاستقامة، مغني المحتاج ٤/ ٣٧٩ دار

ويتعين على الخصوم احترام حكم التحكيم وتنفيذه، دون تباطؤ أو تلكؤ أو تحايل، لرضاهم سلفًا بإلزام الحكم، ويظل هذا الحكم قائمًا، حتى لو غاب الحكمان أو أغمي على أحدهما أو حبس أو سافر، لأن حكمه صدر عن ولاية شرعية على الخصمين، كالقاضي إذا حكم لزم حكمه، ولأنه لو لم يكن التحكيم لازمًا لفقد التحكيم غايته أو معناه، ولما كان للجوء إليه أي معنى.

وقد تقرر هذا في السنة النبوية حين رضي النبي ﷺ بحكم سعد بن معاذ في تحكيمه بشأن يهود بني قريظة بعد صلح الحديبية، لمشاركتهم مشركي مكة وغيرهم في حصار المدينة المنورة، علمًا بأن سعد بن معاذ تثبَّت سلفًا من لزوم الحكم الذي يحكم به على اليهود وعلى النبي ذاته ﷺ ولقوله ﷺ: «**من حكم بين اثنين تحاكما إليه، وارتضيا به، فلم يعدل بينهما بالحق، فعليه لعنة الله**»[(١)]. وهو دليل واضح على أن حكم المحكَّمين يلزم الخصمين، بسبب هذا الوعيد، ولأن التحكيم ليس أقل من الصلح، وبعد تمام الصلح لا يملك أحد الخصمين الرجوع عنه[(٢)].

نظام التحكيم: للتحكيم في الشريعة نظام معين، موضوعيًا وإجرائيًا، يتمثل في تحديد أركانه وشرائطه وبيان صفته أي لزومًا وغيره كما تقدم بيانه.

أما أركانه: فهي ثلاثة: محكِّمان، وصيغة، ومحل. أما المحكِّمان: فهما طرفا الخصومة،

الفكر – بيروت، المهذب ٢/ ٢٩١، دار الفكر – بيروت، المغني والشرح الكبير ١١/ ٤٨٣ وما بعدها، المحلّى ٩/ ٤٣٥، م ١٨٠٧، الروضة البهية ١/ ٢٣٧، الخلاف للطوسي ٣/ ٤٢٢، البحر الزخار ٦/ ١١٤، تحكيم المحكمين في الشقاق بين الزوجين، للشيخ المفتي أحمد الخليلي: ص ١٣.

(١) أخرجه الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ١٨٥، ط مصر، ١٣٨٤ هـ.

(٢) موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر، د: وهبة الزحيلي ٦/ ٥٠٩ – ٥١٠.

سواء في القضايا المالية، أو الزوجية، أو العامة من تسوية نزاع حول الحدود مثلًا، أو الاختلاف على ملكية، مكان كجزيرة، أو فض نزاع قائم بين دولتين أو طائفتين في شأن من الشؤون، أو لإنهاء حرب دائرة بينهما.

وأما **الصيغة**: فهي الاتفاق الحاصل بين طرفي الخصومة أو أطرافها بالإيجاب والقبول المعروفين لإبرام كل عقد، ومضمونه قبول الفصل في النزاع، وتفويض شخص أو أكثر أو هيئة أو منظمة أو محكمة لإنهاء النزاع. والتفويض يتضمن تراضي الطرفين، وقد يكون المتخاصمان اثنين أو أكثر، وقد يكون المحتكم إليه واحدًا أو أكثر.

وأما **محل التحكيم**: فهو المسألة المتنازع فيها، ويحدِّد الاتفاق محل النزاع، ومدة التحكيم ومكانه وإجراءاته بتسليم أدلته أو وثائق الإثبات من كلا الجانبين.

كما يلتزم الخصوم بدفع أتعاب المحكّم أو المحكمين، إما سلفًا وإما تقسيطًا، وإما بمجرد صدور حكم التحكيم من قبل المحتكم إليه، واحدًا أو أكثر.

وفي حال ظهور شقاق بين زوجين: يعين القاضي حكمين لتقصي أسباب الشقاق، وبذل الجهد للإصلاح بين الزوجين، ويحدد لهما مدة التحكيم. كما ورد في وثيقة التحكيم المقدمة من الأمين العام لمجمع فقهاء الشريعة (م ١٤٧) وجاء في المواد التالية (١٤٨، ١٤٩، ١٥٠، ١٥١) النص على تقديم الحكمين تقريرًا إلى القاضي يتضمن مدى إساءة كل من الزوجين أو أحدهما للآخر، وما يقترحانه من حلول، وللقاضي اعتماد تقرير الحكمين أو تعيين حكمين غيرهما بقرار معلَّل أو مسبب للقيام بمهمة التحكيم مجددًا.

وإذا تعذر الصلح واستمر الشقاق بين الزوجين حكم القاضي بالتطليق استنادًا إلى

تقرير الحكمين. وإذا حكم القاضي بتطليق المدخول بها بناء على الضرر، استحقت صداقها إلا إذا كانت الإساءة كلها أو أكثرها من جانبها، فيحدد القاضي ما يتعين عليها أن تعيده إلى زوجها من الصداق[(١)].

والقضايا المالية أو السلمية أو الحربية، أو الحدودية ونحوها تكون الإجراءات حسبما تقرره الشريعة، أو الأنظمة الدولية المقررة في التحكيم القانوني.

وأما **شروط التحكيم العامة** المتعلقة بأهلية المحكَّمين وأهلية الخصوم فيرجع في بيانها إلى القواعد العامة في نظرية العقد، ومن أهمها مراعاة أحكام الأهلية والولاية والقِوامة والوصاية، والتراضي، كما تعتمد الشروط الخاصة التي يتفق عليها أطراف الخصومة، وكل ذلك يتطلب خبرة معينة.

وقد صرح الفقهاء المسلمون أن التحكيم في معنى الصلح، وأن تحكيم الحكَم في الخصومة يشبه الوكالة من وجه، ويشبه حكم القاضي من وجه آخر[(٢)].

وبالرجوع إلى نظرية العقد في الشريعة يشترط لدى جمهور الفقهاء في أهلية الادعاء وإبرام الصلح كون طرف الخصومة ذا أهلية أداء تامة بتوافر العقل والبلوغ، وكونه غير محجور عليه، ويكفي عند الحنفية كون الطرف عاقلًا مميزًا[(٣)].

---

(١) وأتحفظ على المادة (١٥١) عملًا بالقاعدة الشرعية: «كل وطء في دار الإسلام لا يخلو من عَقر أو عُقر» أي حد أو مهر. فلا يجوز إسقاط حق الزوجة في الصداق إلا في حال الخيانة الزوجية، أو وجود أحد أسباب فسخ الزوجية بسبب عيب من العيوب المنفرة، كالجنون والجذام والبرص، حسبما فصل الفقهاء ذلك، ويرجع الزوج على من غرره. ويحسن تكوين لجنة للنظر في هذه الوثيقة.

(٢) شرح المجلة، سليم رستم: ٢/ ١١٩٤ – ١١٩٦.

(٣) بحث التحكيم أ- د: محمد جبر الألفي: ص ٩.

ويشترط في المحكَّم (المحتكم إليه) في فقهنا أن يكون أهلًا لولاية القضاء، بأن يكون معلومًا ومعينًا بالاسم أو بالصفة، وأن يكون مكلفًا (بالغًا عاقلًا) ذكرًا[1]، مسلمًا[2]، متصفًا بالعدالة[3]، وكامل الخِلْقة (بأن يكون سميعًا بصيرًا ناطقًا)[4] وأهلًا للاجتهاد[5]، وألا يكون بين أحد الخصوم والمحكَّم تهمة بسبب القرابة التي تمنع الشهادة.

أنواع التحكيم ووثيقة الاتفاق على التحكيم:

التحكيم المعاصر نوعان: اختياري وإجباري.

أما الاختياري: فهو أن يكون للخصوم الخيار بين اللجوء إلى القضاء العادي، أو عرض النزاع على التحكيم. وحالاته كثيرة، مثل تحكيم العمل بين العمال وبين أصحاب العمل. والتحكيم التجاري الدولي المتعلق بحسم المنازعات الخاصة بالتجارة الدولية. والتحكيم في المنازعات البحرية الناشئة عن النقل البحري.

وهذا مقبول في فقهنا لا إشكال فيه، لاعتماده على عنصر الاختيار والتراضي.

وأما التحكيم الإجباري: فهو الالتزام مقدمًا بإحالة أي نزاع قد ينشأ في المستقبل على التحكيم. وله حالتان:

---

[1] وأنفذ الحنفية قضاء المرأة إذا عينت.

[2] وأجاز الحنفية تعيين غير المسلم في ولاية القضاء (حاشية ابن عابدين ٤/ ٤٢٩).

[3] وأجاز الحنفية تقليد الفاسق القضاء (البدائع ٧/ ٣).

[4] وأنفذ المالكية حكم الأعمى والأصم والأبكم (الشرح الكبير للدردير ٤/ ١٩١).

[5] وأجاز الحنفية قضاء غير المجتهد، لتعذر ذلك في عصرنا.

أ – أن تقرر الدولة أنه لا يجوز إطلاقًا اللجوء إلى القضاء.

ب– أو تقرر أنه لا يجوز التقاضي إلا بعد عرض النزاع على هيئة تحكيم.

وهذا التحكيم أصبح منذ القرن الماضي وفي عصرنا إلزاميًا يقوم على أساس معاهدة توجب حسم المنازعات بالتحكيم[1].

وهو سائغ في فقهنا إن قبلت الدول الإسلامية الانضمام لمعاهدة التحكيم الإجباري، فتصبح ملزمة بموجبه.

وتحدد وثيقة التحكيم كل ما يتعلق بعناصر التحكيم. فإن كان التحكيم في مسألة مالية تجارية أو غيرهما يتفق طرفا التحكيم على الموضوع ومجاله، ومدته، ومكانه، وغير ذلك، لتكون الوثيقة مرجعًا واضحًا في المسألة، منعًا من نشوء أي منازعة.

وإن كان التحكيم في قضية دولية سلمية أو حربية، حددت وثيقة التحكيم غاية التحكيم ومتعلقاته.

وإن كان التحكيم في شأن الشقاق بين الزوجين ثار نقاش فقهي في صفة وظيفة الحكمين، أهما محكَّمان في أمر الزوجين أم هما شاهدان عليهما وموكلان عنهما، وذلك على رأيين[2].

وقبل بيان الرأيين أبيِّن:

أن التحكيم نوع من القضاء وجب على المحكَّم اتباع الأصول الشرعية في سماع

---

[1] عقد التحكيم، د: قحطان الدوري: ص ٧١.

[2] الفقه الإسلامي وأدلته، د: وهبة الزحيلي: ٧/ ٥٣٠. تحكيم الحكمين، الشيخ المفتي أحمد الخليلي: ص ٨ – ١٨، تفسير ابن عطية ٤/ ٤٨.

البينة والدفاع، وإبراز أي مستند ضروري للتحكيم أو استدعاء الشهود لأداء الشهادة.

ويكتفي المحكَّم نظرًا لطبيعة عمله بعلمه في تعديل الشهود وتجريحهم، وفي تقييم الشهادة والإقرار والوقائع، ولا يطعن بصحة شيء من ذلك.

ولا عبرة بمضي مدة التقادم المانعة من سماع الدعوى بالحق على المنكر قبل التحكيم، وهي مدة ١٥ سنة في رأي الحنفية.

ومن البدهي أن على المحكَّم مراعاة آداب القضاء المعروفة شرعًا كالتسوية بين الخصمين في المجلس والإقبال والكلام، وتجنب الرشوة.

وللمحكم أن يتقاضى أجرًا على عمله كما قرر فقهاء الشافعية[(١)].

رأيا الفقهاء في صفة وظيفة الحكمين:

للفقهاء رأيان:

رأي الجمهور (ومنهم عمر وعثمان وعلي) والأوزاعي وإسحاق، وهو الراجح لقوة حجته: يملك المحكّمان الجمع بين الزوجين والتفريق بينهما بطلقة أو أكثر، لأن الله تعالى سمى المبعوثين حكمين في قوله سبحانه: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ ﴾[(٢)]، والتحكيم يقتضي إطلاق تفويض المحكَّم والرضا بنفاذ قوله بين المتخاصمين، سواء بالجمع بين الزوجين والتفريق بينهما، والرضا بنفاذ قوله بين المتخاصمين، سواء بالجمع بين الزوجين والتفريق بينهما، قال ابن

(١) الروضة للنووي ١١/ ١٤٢ وما بعدها، وإعانة الطالبين ٤/ ١٣٢.

(٢) سورة النساء: ٣٥.

عباس: «بعثت أنا ومعاوية حكَمَين» وقال عثمان: «إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا فرَّقتما»[(١)]. وروى ابن جرير أيضًا عن محمد بن كعب القرظي أن عليًا كرم الله وجهه قال: «الحكمان بهما يجمع الله، وبهما يفرق» ولأن تسوية النزاع لا تتم إلا بالتفريق، ولأن الحكمة من إرسال الحكمين إزالة أسباب الخلاف والشقاق، باعتبار كون الحكمين من قرابة الزوجين، ولو كانا وكيلين لم يختصا بأن يكونا من الأهل. وذلك بشرط كون الحكمين أهلين لما فوضا به، بأن يكونا عدلين صالحين فقيهين.

والرأي الثاني للحنفية والحسن البصري وقتادة وعطاء وابن زيد، وداود الظاهري: أن الحكمين لا يملكان التفريق بين الزوجين، وإنما لهما الجمع والتوفيق، لأن وظيفتهما لا تعدو الشهادة على الزوجين والوكالة عنهما، فلا يسوغ لهما التفريق بين الزوجين، لأن بعثهما لا يعدو أن يكون للإصلاح بينهما فقط وإزالة أسباب الشقاق بينهما، كمنع النفقة عن المرأة حتى تستقيم بعد اعوجاجها، وتُحسن معاملة زوجها، وعلى الزوج رفع الإساءة عنها وإمساكها بالمعروف، كما أمره الله تعالى. قال قتادة عن الحسن البصري: إنما بعث الحكمان ليصلحا ويَشْهدا على الظالم بظلمه، وأما الفرقة فليست في أيديهما، ولم يملكا ذلك[٢]. ولأن الله تعالى قال: ﴿إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا﴾[(٣)] ولم يقل: «إن يريدان فرقة» ولأن بذل المال من الزوجة أو الزوج لا يجوز بغير إذنهما، لأنه تصرف في حقهما.

ومنشأ الخلاف بين الرأيين: هو صفة المحكمين، هل هما حاكمان أو وكيلان؟ فرأي الجمهور أنهما حاكمان، فلهما التفريق بين الزوجين بعوض وبغير عوض، ولو لم يرضيا

(١) أخرجه ابن جرير الطبري في تفسيره، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه، والبيهقي في السنن.
(٢) رواه البيهقي في سننه بمعناه.
(٣) سورة النساء: ٣٥.

بذلك. ورأي الحنفية أنهما وكيلان، فليس لهما التفريق إلا بإذن الزوجين أو بإلزام القاضي. وإذا كانا وكيلين فلا تكون الذكورة شرطًا في صحة الوكالة، وهي شرط عند أكثر الفقهاء باعتبارهما حاكمين.

ومما يرجِّح رأي الأكثرية أيضًا تسميتهما بالحكمين، والحكَم بمعناه الحقيقي يقتضي إطلاق التفويض، ولا يصار إلى المجاز إلا إذا تعذرت الحقيقة، ولأن قواعد الشريعة لا تمنع من ثبوت الولاية على الرشيد في بعض الأحوال، كتطليق الحاكم على المولي في الإيلاء إذا امتنع، وقيامه بقضاء الدين عن المماطل من ماله، فيكون للحكَم شرعًا سلطة التفريق بين الزوجين عند الاقتضاء، لما في ذلك من المصلحة الراجحة.

اختيار المحكَّمين وعزلهما:

الحكَم أو المحكَّم: هو من يصلح للحكومة بين الناس والإصلاح[1]. والتحكيم يستمد قوته من تراضي الطرفين المتخاصمين المحتكمين، فهو عقد رضائي أو عملية رضائية تعبر عن إرادة المحتكمين، فهما اللذان يحق لهما اختيار المحكَّمين للحكم في الخصومة المتنازع بشأنها، وهو طريق استثنائي لفصل الخصومات.

وهو كما تقدم عقد لازم بعد صدور الحكم، أما قبل صدور الحكم فهو عقد غير لازم يجوز الرجوع عنه، ويجوز عزل المحكَّم، لأن الفقهاء جعلوا عقد التحكيم كعقد الوكالة، وهو عقد غير لازم، فالأصل في التحكيم قبل صدور الحكم عدم اللزوم، أي يجوز لكل واحد من المتنازعين نقض التحكيم، وعزل المحتكم إليه، كما يستطيع المحكَّم عزل نفسه، مما يؤدي إلى نقص العقد أو انقضائه وانتهائه، وانعدام أثره.

(١) البحر المحيط لأبي حيان ٣/ ٢٤٣.

لكن للفقهاء ضوابط في العزل لضمان استقرار التعامل واحترام العقود[1].

قال فقهاء الحنفية: يجوز لكل واحد من الخصمين الرجوع عن التحكيم، كما يجوز لهما ذلك مجتمعين، فيعزل الحكَم، بشرط أن يكون الرجوع قبل صدور الحكم، لا بعده، لأن الحُكْم يظل قائمًا بعد صدوره، لأنه صدر عن ولاية شرعية للمحكّم، كالقاضي الذي يصدر حكمه، ثم يعزله من ولاه، فيظل الحكم نافذ المفعول[2].

ويرى فقهاء المالكية في الراجح لديهم عملًا برأي ابن القاسم ومطرِّف وأصبغ: أن جواز الرجوع مشروط بعدم البدء في بيان الخصومة، وإقامة البينة أمام المحتكم إليه.

ويرى سحنون ضرورة دوام الرضا بالتحكيم إلى حين صدور الحكم.

وقال ابن الماجشون: ليس لأحد المتخاصمين أن يرجع مطلقًا في اتفاق التحكيم[3].

ومذهب الشافعية: أن رضا الخصمين: هو المثبت للولاية، ويشترط استدامة الرضا إلى تمام الحكم، فإن رجع أحدهما ولو بعد إقامة البينة والشروع فيه، امتنع الحكم، لعدم استمرار الرضاء[4].

وذهب الحنابلة إلى أن لكل واحد من الخصمين الرجوع عن تحكيمه قبل الشروع. والثاني: ليس له ذلك، لأنه يؤدي إلى أن كل واحد منهما إذا رأى من الحكَم ما لا

(١) التحكيم ومستجداته في ضوء الفقه الإسلامي، د: محمد جبر الألفي: ص ١٥ – ١٦.
(٢) فتح القدير للكمال بن الهمام ٥/ ٥٠٠.
(٣) مواهب الجليل للحطاب ٦/ ١١٢.
(٤) مغني المحتاج للشربيني الخطيب ٤/ ٢٧٩، أدب القضاء، لابن أبي الدم ١/ ٤٣٠.

يوافقه، رجع، فبطل المقصود به[1].

فإذا صدر الحكم يَلْزم الخصمين باتفاق الفقهاء ما عدا المزني من دون حاجة إلى رضاء جديد، كحكم القاضي، واختار المزني أنه لا يلزم حكمه ما لم يتراضيا بعد الحكم لضعفه[2].

وإذا رضي الخصمان بالحكم فإنهما يقومان بتنفيذه، وإذا سخطه أحدهما أو كلاهما، فيكون مرد الأمر إلى القضاء.

وللفقهاء آراء في مدى **سلطة القضاء في تنفيذ الحكم**:

قال الحنفية: للقاضي أن ينظر في الحكم، فإن وافق مذهبه أمضاه، وإن خالف مذهبه خيِّر بين إمضائه وإبطاله.

وذهب المالكية إلى أنه لا يجوز للقاضي أن ينظر في حكم المحتكم إليه، بل يمضي حكمه، ويأمر بتنفيذه إلا إذا كان جورًا بيِّنًا، لأن حكم المحكم يرفع الخلاف[3].

واتجه الشافعية والحنابلة إلى أنه لا يجوز للقاضي أن ينقض حكم المحتكم إليه إلا بما ينقض به قضاء غيره من القضاة[4]. وآراء الجمهور غير الحنفية أدعى للقبول العملي والنظري.

---

(١) مطالب أولي النهى ٦/ ٤٧٢.

(٢) البحر الرائق لابن نجيم ٧/ ٢٦ وما بعدها، ابن فرحون ١/ ٤٣، مغني المحتاج للشربيني ٤/ ٢٧٩، المغني والشرح الكبير لابن قدامة ١١/ ٤٨٤.

(٣) الشرح الكبير للدردير ٤/ ١٩٩ وما بعدها، الحطاب ٦/ ١١٢.

(٤) مغني المحتاج ٤/ ٢٧٩.

مدة التحكيم وتمديدها وأتعاب المحكمين ومكان التحكيم:

قاس الفقهاء التحكيم على الوكالة، والوكالة إما مؤقتة بمدة زمنية معينة وإما مطلقة، ولا بد في التحكيم من تحديد مدة زمنية معقولة بحسب طبيعة النزاع، حتى تتبين ميزة التحكيم عن القضاء، ولإنجاز المهمة في أقرب فرصة ممكنة، فهذا ما يتوقعه الخصوم، لاسيما في مسائل الشقاق بين الزوجين.

ولا مانع حينئذ من اتفاق الطرفين على تمديد المدة المتفق عليها سابقًا، بحسب مقتضيات الحاجة وطروء ظروف طارئة في الإثبات وغيره، رعاية للمصلحة، وإنجازًا لمهمة المحكَّمين وتحقيق الغاية المنشودة.

ولا مانع من تقاضي المحكمين الأجر المناسب كالوكالة، لأن الوكالة إما أن تكون شرعًا بأجر أو بغير أجر، ومثلها التحكيم، فقد يكون مجانًا كما هو الشأن الحاصل في حل النزاعات القبلية والعشائرية والريفية في القرى والبلدان الصغيرة والسريعة الحل غالبًا. وهكذا القضاء، و التحكيم قضاء.

وقد يحتاج التحكيم لجهود كثيرة في المدن، تقتضي وقتًا أطول، للتعرف على طبيعة النزاع وملابساته، فلا بد حينئذ من اتفاق الخصمين على تقديم أجور للمحكمين إما سلفًا وإما بعد إنجاز المهمة، مقابل أتعابهم وجهودهم وشغل أوقاتهم، وهذا ما أقره فقهاء الشافعية كما تقدم بيانه، جاء في الروضة للنووي: «قال الشيخ أبو حامد (أي الغزالي): لو قال (أي الحكَم) للخصمين: لا أقضي بينكما حتى تجعلا رزقًا، جاز، ومثله عن القاضي أبي الطيب وغيره، وهذا إذا لم يكن له رزق من بيت المال»[1].

(١) الروضة ١١/ ١٤٢ – ١٤٣.

ويختلف تقدير أتعاب التحكيم بحسب المكان قربًا وبعدًا، في دولة المحكم أم في غيرها، ومدى بساطة الموضوع وتعقيده.

وثيقة الحكم:

وثيقة التحكيم أو الحكم مثل صيغة القرار القضائي تتطلب بيانات معينة لا بد منها في الحال أو في المستقبل، وهذه البيانات هي ما يأتي:

١- طلب التحكيم.

٢- بيان أسماء طرفي التحكيم أو أطرافه ومكان الإقامة: جواز السفر.

٣- موضوع التحكيم (أي الخصومة التي يحتكم بشأنها).

٤- أسماء المحكّمين وأهليتهم (بإيجاز).

٥- القانون الواجب التطبيق.

٦- مدة التحكيم.

٧- مكان التحكيم.

٨- طبيعة التحكيم أو صفته لزومًا وغيره.

٩- طرق الرقابة على الحكم وأوجه الطعن فيه.

١٠- إجراءات التحكيم.

١١- أدلة الإثبات والنفي المقدمة من الخصوم.

١٢- تنفيذ الحكم.

الرقابة على الحكم ووجه الطعن فيه:

لا حاجة للرقابة شرعًا على الحكم الصادر من هيئة التحكيم التي توافرت فيها الأهلية المطلوبة في المحكمين، لأن حكم المحكمين ملزم إلا في أحوال استثنائية.

وذلك كالطعن في حكم المحكمين في حالة وجود جور في قرار التحكيم فهو جائز شرعًا كما ذكر المالكية، كالطعن في حكم القاضي، أو إذا كان مصادمًا للأحكام الشرعية القطعية أو المنصوص عليها، أو المجمع عليها، وحينئذ ينقض الحكم، ويمكن أن يكون لمجمع فقهاء الشريعة أو غيره النظر في أوجه الطعن.

ولا يطعن في الحكم إذا كانت المسألة اجتهادية، فإذا أخذ الحكَمان برأي مذهب معين معتمد، فلا مسوِّغ للطعن فيه أو نقضه، إذا أبان الحكمان أدلة ترجيح ذلك المذهب.

القانون الواجب التطبيق:

إذا كانت العلاقة بين المسلمين، أو غير المسلمين معاهدين، فلا خلاف في أن المحكَّم كالقاضي يجب عليه الحكم بالشريعة الإسلامية ذات الطبيعة الإقليمية في ظل نظام الدولة الإسلامية، وهو ما نص عليه النظام الأساسي لمحكمة العدل الإسلامية (م٢٧) التي أقرها مؤتمر القمة الإسلامي الخامس (١٤٠٧/ ١٩٨٧) ونصها في الفقرة (أ) هو: الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي الذي تستند إليه المحكمة في أحكامها.

وكذلك مشروع النظام الأساسي لمحكمة العدل العربية الذي أعدته جامعة الدول العربية سنة ١٩٩١ حيث ورد النص فيه في الفقرة (٣) ما يأتي:

«تطبق المحكمة على النزاعات التي ترفع إليها أحكام الشريعة الإسلامية والعرف العربي والمبادئ العامة للقانون التي استقرت في الدول العربية، بالإضافة إلى مبادئ وقواعد ميثاق الجامعة وأحكام القانون الدولي».

ومصدر هذين النصين: الآية الكريمة وهي: ﴿ وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ ٱلْكِتَٰبِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ ۖ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ۖ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ عَمَّا جَآءَكَ مِنَ ٱلْحَقِّ ﴾[1] ومثلها (الآية ٤٩).

ويستثنى من ذلك عملًا بقاعدة: «أمرنا بتركهم وما يدينون» أحكام الزواج وما يعتقدون حله من المطعومات والمشروبات كالخمر والخنزير، والحرية في ممارسة شعائرهم، وهذا ما قرره الفقهاء[2].

فإن كان التحكيم في علاقة دولية غير إسلامية فيمكن العمل بها لا يتعارض مع أحكام الشريعة. وكذلك في قضايا حل مسائل النزاع المسلح يمكن قبول مشاركة غير المسلم في عضوية التحكيم للضرورة، ولأن طبيعة التحكيم تقتضي ذلك، حيث يتعذر كون المحكمين كلهم مسلمين، عملًا بما قرره فقهاء المالكية بأنه يجوز عقد هدنة مع غير المسلمين، على أن يحكموا بين مسلم وكافر إذا كان هناك خوف منهم[3].

---

(١) سورة المائدة: ٤٨.

(٢) المبسوط للسرخسي ٥/ ٣٨، الخرشي ٣/ ١٤٩، مغني المحتاج ٤/ ١٣٠ – ١٣٣، المغني والشرح الكبير ١٠/ ٦٣١.

(٣) الخرشي، الطبعة الأولى ٣/ ١٧٤، آثار الحرب في الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي: ص ٧٤٣ وما بعدها، ط أولى.

ملحق – الإجابة عن أسئلة حول المحكمين ومجالات التحكيم:

أولاً: حول حكم المحكمين:

التحكيم في الأصل مأمور به في آية التحكيم بين الزوجين ﴿فَابْعَثُوا﴾ والأصل في الأمر الوجوب إلا لقرينة تصرفه إلى معنى آخر، والمخاطب به إما الحاكم وإما الزوجان في الآية المذكورة، وفي غير الزواج كالمسائل المالية والحربية مندوب إليه بحسب رأي الحاكم واجتهاده في القضايا الحربية والسلمية، أو بحسب رأي القاضي في اختصاصه، أو بحسب تقدير المتنازعين المصلحة في العقود والمعاملات والأموال، فيكون حينئذ مندوبًا إليه، أو واجبًا عينيًا إذا تعين سبيلًا لإنهاء النزاع وإحقاق الحق وإقامة العدل، وإبطال الباطل، وأدنى مراتبه: صيرورته واجبًا كفائيًا إذا رئي فيه المصلحة.

لكن في وقتنا المعاصر يعد التحكيم واجبًا كفائيًا بين الأمة كلها بصفة عامة، ويصير فرضًا لازمًا على العلماء في شأن حل مشكلات الفئات المسلمة المقيمة خارج ديار الإسلام بصفة خاصة، ومن ضرورات الأقلية المسلمة المقيمة في غير البلاد الإسلامية كضرورتها لإقامة شعائر دينها، لأن تلك الأقلية تعيش في ظل قوانين غير إسلامية، وواجب على المسلمين العمل على تطبيق أحكام شريعتهم فيما يصادم أحكام القوانين الوضعية، لأن تطبيق هذه الأحكام القانونية يؤدي إلى الوقوع في المعصية والإثم.

ولا سبيل لهذه الأقليات إلا اللجوء إلى التحكيم بين المسلمين لضمان تطبيق أحكام شريعتهم.

ولا بد في كل إقليم أو مقاطعة أو مدينة كبيرة أو صغيرة من العمل على تعيين هيئة تحكيم محلية، وتوفير ما يلزم لها من إمكانات علمية أو تخصص شرعي – وهو الأهم –

وإمكانات مالية وإدارية، وإصدار قانون محلي يسمح للمسلمين بتعيين هيئة تحكيم، أو بالسعي إلى اعتماد محاكم القضاء في الدولة ما يصدر عن هيئة التحكيم من قرارات لتصبح نافذة وممكنة التطبيق دون الوقوع في مخالفة قانونية.

وهذا ما يقتضيه الاجتهاد المعاصر الذي يراعي مقاصد الشريعة ومنها رعاية مصالح المسلمين في كل زمان ومكان.

ولا شك بأن هؤلاء المسلمين الأقلية في ديار غير إسلامية يأثمون إذا أهملوا ذلك أو قصروا فيه، وبخاصة العلماء منهم.

وهذا ما أراه لازمًا على مجمع فقهاء الشريعة وغيره من المجامع من إصدار بيان شاف صريح، وإعلان حكم جازم في حل مشكلة الأقليات المسلمة خارج البلاد الإسلامية، لأنهم ملزمون بالتزام أحكام الشريعة كلها، واحترامها في أي مكان وجدوا، لأن المسلم مخاطب بجميع التكاليف الشرعية في كل زمان ومكان.

ثانيًا: حول مجالات التحكيم:

(١) إن مجالات التحكيم تشمل مختلف المسائل المالية والأحوال الشخصية من زواج وطلاق وميراث ووصية ووقف ونحوها، فعلى الأقليات الإسلامية السعي لإيجاد هيئات تحكيم للنظر في تلك المسائل التي تتعارض مع أحكام الشريعة.

(٢) ليست جرائم الحدود والقصاص محلًا مقبولًا للتحكيم، ولا تتحول إلى جرائم أو عقوبات تعزيرية، لا في ديار الإسلام ولا خارجها، إلا إذا انتفى تطبيق الحد أو القصاص بسبب شبهة أو عدم توافر شرط من شرائط إقامة الحد، فحينئذ يمكن التحول أو الانتقال إلى التعازير، لأن فقهاءنا قرروا إمكان انتقال عقوبة

الحد إلى تعزير إذا سقط الحد بسبب ما، لا مطلقًا[1].

فإن توافرت شرائط الحد أو القصاص، فلا يقبل في نظامنا التعزير المالي أو غيره. وما يجري بين الناس من حالات مصالحة أو ما يسمى بالجاهة، فهو مجرد عملية إرضائية لتسوية الخلاف، ولا تعد بديلًا عن الحد أو القصاص.

(٣) لا يقبل النظر في هيئات التحكيم في جرائم الحدود والقصاص كما تقدم في بحث التحكيم، ولا يصح تسوية منازعاتها صلحًا بحيث تتحول عقوباتها إلى تعويض مالي كعقوبة تعزيرية بديلة عن الحدود أو القصاص التي توافرت فيها شروط تطبيقها، وإنما يلجأ إلى الصلح من ناحية الواقع على تعويض مالي مجرد غير بديل عن الحد أو القصاص لتسوية النزاع، سواء أمكن تطبيق الحد أو القصاص وهو نادر اليوم، أو تعذر تطبيق الحد والقصاص المقررين شرعًا، وهو الغالب، ولكن لا يعد التعزير المالي بديلًا عن العقوبة الشرعية الأصلية.

وعلى هذا لا يجوز لهيئة التحكيم توجيه الخصوم إلى التصالح على غرم مالي في جريمة زنا مثلًا، سواء وقع عن تراض أو إكراه، لأن هذا التوجيه يصادم الحكم المقرر شرعًا. وإنما يترك الأمر لذوي العلاقة لإجراء تفاهم ودي أو تصالح عرفي، دون أن يكون ذلك حكمًا شرعيًا، وإلا أدى الأمر إلى إلغاء أو نسخ، يصادم أحكام الشريعة المقررة بصفة عامة، ويعطلها بالأهواء والآراء الشاذة.

(٤) التحكيم ملزم بالشروع في إصدار حكمه عند أكثر الفقهاء، ولا يحتاج لرضا جديد بالمحكَّمين ولا بالتحكيم. وتقتصر إلزاميته على الخصمين دون غيرهما.

---

(١) وقاعدتهم في هذا هي: كلما تعذر تطبيق الحد لسبب ما من الأسباب ينتقل إلى التعزير.

(٥) يجب على الخصمين تنفيذ حكم المحكّمين، ولا يجوز للقاضي أن ينقض حكم المحكّمين، إلا إذا كان جورًا بيّنًا في رأي المالكية، لأن حكم المحكَّم يرفع الخلاف، ويترتب عليه أنه لا يجوز الطعن في قرار هيئات التحكيم، وبالتالي ليس للطرفين من البداية الاتفاق على جهة للطعن في الحكم.

(٦) ليس لمجمع فقهاء الشريعة أو غيره من المجامع أن يدقق في قرارات هيئات التحكيم، إلا إذا أراد الخصمان أن تدقق هذه الأحكام في الأحوال الاستثنائية، وتشكك فيها خصم أو تردد في قبولها لوجود مخالفة شرعية فيها.

(٧) تصبح قرارات هيئة التحكيم ملزمة شرعًا وقانونًا، خلافًا لأحكام المحاكم القضائية الأخرى. لكن تحتاج هذه القرارات في البلاد غير الإسلامية في الغالب كأمريكا مثلًا إلى موافقة المحاكم أو اعتمادها إن أريد الاحتجاج بها أمام تلك المحاكم، لأن أحكام التحكيم بالنسبة إليها صادرة من جهة خاصة غير رسمية، وحينئذ تتحول هذه القرارات إلى قرارات ملزمة ذات صفة قانونية كأحكام المحاكم.

(٨) يترتب على مبدأ الإلزام بقرارات التحكيم أن تصبح ذات كيان خاص، ولها نماذج واضحة تبين فيها الإجراءات والمدد القانونية وصفات طلبات التحكيم، وتوصيف وثائق إصدار الأحكام، ومعالمها الأساسية، والخطوات التي يطالب بها مريد التحكيم وعليه استيفاؤها قبل الشروع في التحكيم كما أوضحت وثيقة التحكيم، ولا حاجة لوجود مستشار قانوني مع هيئة التحكيم ضمانًا للجدية والضبط القانوني، إذا توافرت أهلية التحكيم المقررة شرعًا وقانونًا منذ البداية في المحكّمين.

(٩) لا حرج في تحميل المتحاكمين مصروفات الخصومة، اعتمادًا على تأصيل مهمة التحكيم بأنها وكالة بأجر، كما تقدم بيانه، وعملًا بما صرح به الفقهاء من مشروعية

ذلك، ما لم يكن للمحكَّمين رزق من بيت المال، وهذا في عالمنا المعاصر غير موجود.

ولا مانع من جعل الأجر نسبة مئوية من قيمة الخصومة المتنازع عليها في المسائل المالية والتجارية، أخذًا بما قرره فقهاء الحنابلة في الشركات المالية ومنها المضاربة، إذ يؤول الأمر في النهاية إلى تحديد مبلغ معلوم.

وليس لتقاضي الأجور علاقة تمس نزاهة القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم، لأن تحمل هذه المصاريف ضئيل جدًا إذا قورن بمصروف التقاضي أمام المحاكم العادية.

وإذا تعثر التحكيم في أثناء مسيرته، وانسحب أحد الخصمين من التحكيم أو سافر من البلاد، فليس له الحق في استرداد ما دفعه، حفاظًا على جهد المحكمين ووقتهم، وإن لم يؤدِّ إلى نتيجة محسوسة، كجعل الجعالة بعد إنجاز المهمة المجعول لها فهو مستحق للمجعول له بعد إنجازه المهمة.

الملخص

يتناول البحث محورين:

الأول: نظرية التحكيم في الشريعة (التعريف والقواعد العامة).

الثاني: نظرية التحكيم في الشريعة (نظام التحكيم وضوابطه الشرعية والإجرائية).

وفي **المحور الأول**: مشروعية التحكيم وأنواعه ومجالاته والفرق بينه وبين آليات التقاضي الأخرى، وضرورة التحكيم وأهميته خارج ديار الإسلام للمحافظة على الهُوّية، وتحكيم الشريعة.

أما مشروعية التحكيم: فقد ثبتت بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول. فمن آي الكتاب: قوله تعالى في التحكيم بين الزوجين أحد أحواله قوله تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ﴾. ومن السنة النبوية حديث: «من حكم بين اثنين تحاكما إليه، وارتضيا به، فلم يعدل بينهما بالحق فعليه لعنة الله»، وأكد إجماع الصحابة ذلك، والمعقول جوازه للحاجة.

والتحكيم: هو تولية الخصمين حاكمًا يحكم بينهما.

وأنواعه كثيرة تشمل المسائل المالية والأحوال الشخصية والعلاقات الخارجية كالسلم والحرب، ولا يجوز في العبادات والمسائل العلمية والاعتقادات ونحوها من الأمور الدينية والدنيوية المنصوص على حكمها شرعًا، ولا يجوز أيضًا في رأي أكثر الفقهاء في الحدود والقصاص، وأجازه الحنابلة في جميع الأشياء.

وهناك فروق بين التحكيم وآليات القضاء الأخرى، فيختلف عن القضاء في أمور

كثيرة هي تسعة، منها كونه ظاهرة رضائية بين الخصمين، بينما القضاء سلطة إلزامية من الدولة، ويختلف عن الصلح في ثلاثة أمور، منها أن التحكيم يتوقف على اختيار أشخاص آخرين غير المتنازعين، والصلح يتم بين المتخاصمين أنفسهم أو مع ممثليهم. ويختلف عن الإفتاء في أنه ملزم للخصمين، أما الإفتاء فهو مرشد غير ملزم.

ويختلف عن نظام المحلَّفين في اشتراط كون المحكم له صفات القاضي، بينما المحلَّفون فإن الدولة تختارهم بحسب نظام كل دولة على حدة، ولهم حقوق القاضي.

ويفترق التحكيم عن الخبرة في أن مهمة التحكيم قضائية ملزمة، ومهمة الخبرة مجرد تقديم المشورة، من غير إلزام.

والتحكيم مرغوب فيه في الجملة لكونه أيسر على الخصمين، وضرورة متعينة خارج ديار الإسلام للحفاظ على هُوِّية المسلمين، والإبقاء على تحكيم الشريعة، وهذا متفق عليه بين العلماء.

أما **المحور الثاني** المتعلق بضوابط التحكيم الشرعية والإجرائية، فيوضح أن طبيعة التحكيم كونه عقدًا رضائيًا يتم باتفاق الطرفين المتحاكمين، وثمرته أنه ملزم للخصوم بعد صدور الحكم بالاتفاق النابع من السنة النبوية، ولا يجوز الرجوع عنه، وأركانه ثلاثة: محكَّمان وصيغة من الإيجاب والقبول المتبادلين، ومحل متنازع فيه. وإذا كان في حال شقاق بين زوجين، فيعين القاضي حكَمين لتقصي أسباب الشقاق، وبذل الجهد للإصلاح بين الزوجين، ويحدد لهما مدة التحكيم.

وشروط التحكيم العامة تحددها نظرية العقد في الشريعة، ومحورها ضرورة توافر أحكام الأهلية والولاية والقِوامة والوصاية والتراضي في المحكَّمين، كما يطلب توافر

طرق الإثبات المقررة شرعًا. وتراعى الشروط الخاصة التي يشترطها الخصوم. ولا بد من بيان كون التحكيم في معنى الصلح، ويشبه الوكالة من وجه، وحكم القاضي من وجه آخر. وتحدد وثيقة التحكيم عناصر التحكيم، وإجراءات التحكيم شبيهة بإجراءات القضاء لأنه نوع منه.

وللفقهاء رأيان في تحديد صفة المحكَّمين في حال الشقاق بين الزوجين، فيرى الجمهور: أن الحكَمين يملكان الجمع أو الصلح بين الزوجين، والتفريق بينهما بطلقة أو أكثر، لأن الله تعالى سمى المبعوثين حكَمين في آية التحكيم، والحكمان لهما مطلق التصرف. بينما ذهب الحنفية إلى أن الحَكَمين لا يملكان التفريق بين الزوجين، وإنما لهما الجمع والتوفيق، لأن مهمتهما الإصلاح فقط وإزالة أسباب الشقاق بين الرجل والمرأة. ومنشأ الخلاف: تحديد صفة المحكمين أهما حاكمان أم وكيلان؟ بالأول قال الجمهور، وبالثاني قال الحنفية.

ويكون اختيار الحكَمين بنحو عام في غير الزواج من الطرفين المتخاصمين، والتحكيم قبل صدور الحكم عقد غير لازم يجوز الرجوع عنه، وبعد صدور الحكم يكون لازمًا. ويجوز عزل الحكَم قبل صدور الحكم أو الشروع فيه كالوكالة، كما يجوز للحكَم عزل نفسه.

وللتحكيم مدة كالوكالة، ويجوز للطرفين المتحاكمين تمديد المدة المتفق عليها سابقًا. ويصح شرعًا كون التحكيم بأجر تقديرًا لوقت وجهود الحكَمين، كما هو المقرر في الوكالة، وصرح بمشروعيته فقهاء الشافعية.

وعناصر وثيقة التحكيم التي ذكرتها كعناصر الحكم القضائي، سواء في المقدمات أو النتائج.

ومن البدهي بيان أن القانون الواجب التطبيق بين المسلمين هو الشريعة الإسلامية ولا يصح للمسلم أو المسلمة اللجوء إلى محاكم القضاء الأجنبية لتحقيق مغنم مادي مثل الحكم للزوجة بنصف مال الزوج عند التفريق بينهما.

هذا.. وقد أجبت عن عشرة أسئلة من المجمع حول حكم المحكمين ومجالات التحكيم.

الفهـــــرس

تقديم ٧٠٢
نظرية التحكيم في الشريعة (التعريف والقواعد العامة): ٧٠٣
مشروعية التحكيم وأنواعه ومجالاته، والفرق بينه وبين آليات التقاضي الأخرى: ٧٠٤
مشروعية التحكيم وتعريفه: ٧٠٤
أنواع التحكيم: ٧٠٧
الفرق بين التحكيم وبين آليات التقاضي الأخرى بالمعنى الواسع: ٧٠٩
الفرق بين التحكيم والصلح: ٧١٠
الفرق بين التحكيم والإفتاء: ٧١١
الفرق بين التحكيم ونظام المحلّفين: ٧١١
الفرق بين التحكيم والخبرة: ٧١١
ضرورة التحكيم وأهميته خارج ديار الإسلام للمحافظة على الهوية وتحكيم الشريعة: ٧١٢
أنواع التحكيم ووثيقة الاتفاق على التحكيم: ٧١٧
رأيا الفقهاء في صفة وظيفة الحكمين: ٧١٩
اختيار المحكّمين وعزلهما: ٧٢١
مدة التحكيم وتمديدها وأتعاب المحكمين ومكان التحكيم: ٧٢٤
وثيقة الحكم: ٧٢٥
الرقابة على الحكم ووجه الطعن فيه: ٧٢٦
القانون الواجب التطبيق: ٧٢٦
ملحق – الإجابة عن أسئلة حول المحكمين ومجالات التحكيم: ٧٢٨
أولاً: حول حكم المحكمين: ٧٢٨
ثانيًا: حول مجالات التحكيم: ٧٢٩
الملخص ٧٣٣
الفهـــــرس ٧٣٧

لجان التحكيم عند المسلمين في ديار الغرب

إعداد الأستاذ الدكتور

ياسين غضبان

أستاذ التاريخ الإسلامي

عضو مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا

خطة البحث

لجان التحكيم عند المسلمين في ديار الغرب:

شروط التحكيم:

- التحكيم .. تعريف وتوضيح.
- المحاكم .. تعريف وتوضيح.
- نماذج من التحكيم في التاريخ الإسلامي:
  - الحكم في بني قريظة.
  - التحكيم بعد صفين.
- رضي الطرفين بلجان التحكيم.
- القوة المنفذة لآراء المحكمين:
  - القوة الحكومية (السلطات الحاكمة..).
  - الضمير الإنساني، والإيمان والقناعة البشرية.
- القوى التحكيمية في العالم المعاصر ـ مثال: الأردن، مصر:
- أنواع السلطات التحكيمية:
  - العطوات.
  - الجاهات.
  - قوة أصحاب النفوذ من العشائر والقوانين القبلية.
  - العرف والعادة.

المسلمون في الغرب وانتماءاتهم:

- تنوع واختلاف المسلمين من حيث:

- المصادر التي جاؤوا فيها.
- المعتقدات الدينية.
- الآراء السياسية والأيدولوجية.
- المرجعيات للمسلمين في الغرب.

- **تنوع واختلاف المرجعيات في الغرب:**
  - أئمة المساجد.
  - الجمعيات الإسلامية.
  - القوانين الوضعية الحكومية.
  - الاتفاقيات بين المسلمين والبلاد المضيفة لهم.
  - الحرية والآراء الشخصية.
  - القناصل والسفارات المسلمة.

مدى فائدة التحكيم في الغرب:

- **الإيجابيات:**
  - سمعة المسلمين وحرصهم على تطبيق شريعتهم.
  - مدى حرص المسلمين على دينهم.
  - استجابة المتخاصمين لآراء التحكيم.
  - تميز الجالية المسلمة ورغبتها بتطبيق مبادئ الإسلام.
- **السلبيات:**
  - عدم التزام المسلمين ـ غالبية عظمى ـ بمبادئ الإسلام.
  - قوة القوانين الوضعية وتأثيرها على المسلمين.
  - الفجوات بقوانين الهجرة، واضطرار المسلمين للخضوع لها.

- فقدان الوازع الديني والضمير الإنساني لدى بعض المسلمين.
- هشاشة المعتقد بين الحلال والحرام عند المسلمين.

ماذا يمكن أن تؤدي تقوية التحكيم وتنفيذه:

- التجمعات الإسلامية وازدياد تأثيرها على المسلمين.
- اعتراف السفارات الإسلامية بهذه التجمعات وحمايتها.
- توثيق الصلة بالحكومات الغربية وأخذ الاعتراف منها بقانونية هذه التجمعات.
- الاستفادة من نصوص وبنود الاتفاقات مع الحكومات المضيفة.
- الاستعانة بأصحاب السلطات بالضغط على المتخاصمين بقبول التحكيم .
- توخي العدل والإنصاف من لجان التحكيم.
- الضغط على أصحاب الأعمال لتنفيذ الأحكام ـ ضغط من العمل اقتطاع من الرواتب ومماسكات التقاعد. التهديد بالفصل من العمل.
- وجود سند مادي لد ى لجان التحكيم لدفع شيء من الغرامات بعد صدور الأحكام. عند رفض المحكوم عليهم.
- متابعة المتخاصمين من أصحاب النفوذ ذوي العلاقة معهم.

التحكيم: وردت تعاريف كثيرة لقضايا التحكيم والحكم ومجملها تُجمِع تقريبًا على الفصل بين المتخاصمين.

(حَكَمَ) بالأمر ـ حكمًا: قضى. يقال: حكم له، وحكم عليه، وحكم بينهم .

والفرس: جعل للجامه حكمة، وفلانًا منعه عما يريد ورَدَّه .

(حَكُمَ):حكمًا ـ صار حكيمًا.

(حاكمه) إلى الله تعالى، وإلى الكتاب، وإلى الحاكم خاصمه ودعاه إلى حكمه. والمذنب: استجوبه فيما جناه.

(حَكَّمَهُ) حَكَمَهُ .ويقال: حكم فلانًا عما يريد، وفلانًا في الشيء والأمر جعله حكمًا. وفي التنزيل ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾.

(احتكم) الشيء والأمر، توثق وصار محكمًا، والخصمان إلى الحاكم: رفعا خصومتهما إليه. وفي الشيء والأمر: تصرف فيه كما يشاء يقال: احتكم في مال فلان، واحتكم في أمره.

(تحاكما): احتكما.

(تَحَكَّمَ) في الأمر: احتكم واستبد. والحرورية من الخوارج قالوا: لا حكم إلا لله .

«الحاكم»: من نصب للحكم بين الناس (ج) حكام.

(الحُكْمُ): العلم والتفقه . و(الحكمة) يقال: الصمت حكم. والقضاء.

(الحَكَمُ) من أسماء الله تعالى والحاكم وفي التنزيل العزيز.. ﴿ أَفَغَيْرَ ٱللَّهِ أَبْتَغِي حَكَمًا ﴾[1] .ومن يختار للفصل بين المتنازعين، وفي التنزيل العزيز ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ ﴾[2] .

(الحكمة): معرفة أفضل الأشياء بأفضل العلوم.

---

(١) سورة الأنعام: ١١٤.

(٢) سورة النساء: ٣٥.

(المحكمة) هيئة تتولى الفصل في القضاء، ومكان انعقاد هيئة الحكم.[1]

وفي قضايا التحكيم قال تعالى في كتابه العزيز وتحديدًا في الخصومة بين الزوجين: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡۚ فَٱلصَّٰلِحَٰتُ قَٰنِتَٰتٌ حَٰفِظَٰتٞ لِّلۡغَيۡبِ بِمَا حَفِظَ ٱللَّهُۚ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًاۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيّٗا كَبِيرٗا ٣٤ وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا﴾[2].

التحكيم: خاطب الله الحكام والزوجين وأقاربهما في هذه المرحلة، فقال: إن علمتم بوجود الخلاف، أو النزاع و العداوة بين الزوجين فابعثوا حكمين: أحدهما من أهله والآخر من أهلها للسعي في إصلاح ذات بينهما بعد استطلاع حقيقة الحال بين الزوجين، ومعرفة سبب الخلاف، ومتى صدقت الإرادة وأخلص الحكمان النية والنصح لوجه الله، فالله يوفقهما بمهمتهما ويهدي إلى الخير، ويحقق الوفاق، والتفاهم والعودة إلى التواد والتراحم والألفة بين الزوجين ويبارك وساطتهما. فمعنى قوله تعالى: ﴿إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا﴾ أي الحكمين ﴿يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآ﴾ أي الزوجين.

إن الله تعالى كان وما يزال عليمًا خبيرًا، يعلم كيف يوفق بين المختلفين ويجمع بين المتفرقين. كما قال: ﴿لَوۡ أَنفَقۡتَ مَا فِي ٱلۡأَرۡضِ جَمِيعٗا مَّآ أَلَّفۡتَ بَيۡنَ قُلُوبِهِمۡ وَلَٰكِنَّ ٱللَّهَ أَلَّفَ بَيۡنَهُمۡ﴾[3].

(١) المعجم الوسيط: ١/ ١٩٠- ١٩١.

(٢) سورة النساء: ٣٤-٣٥.

(٣) سورة الأنفال: ٦٣.

وهل الأمر في قوله تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُواْ﴾ للوجوب أو للندب والاستحباب؟ قال الشافعي: الأمر للوجوب: لأنه من باب رفع الظلامات، وهو من الفروض العامة والمتأكدة على القاضي، وهو ظاهر الأمر .

أما كون الحكمين من أقارب الزوجين فهو على وجه الاستحباب، ويجوز كونهما من الأجانب. لأن مهمتهما وهي استطلاع حقيقة الحال بين الزوجين وإجراء الصلح بينهما والشهادة على الظالم منهما، تتحقق بالأجنبي كما تتحقق بالقريب، ولكن الأولى كونها من أهل الزوجين، حفاظًا على أسرار الحياة الزوجية، ومنعًا من التشهير بالسمعة، ولأن الأقارب أعرف بحال الزوجين من الأجانب، وأشد حرصًا على الإصلاح، وأبعد عن الميل إلى أحد الزوجين، وأقرب إلى اطمئنان النفس إليهم.

فأما مهمة الحكمين: فهي في رأي الإمام مالك والشافعي، وهو رأي علي وابن عباس الجمع والتفريق بين الزوجين، وإلزامهما بذلك بدون إذنهما يفعلان ما فيه المصلحة من تطبيق أو افتداء المرأة بشيء من مالها ولا يملكان أكثر طلقة واحدة بائنة.

قال ابن العربي في قوله تعالى: ﴿حَكَمًا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنۡ أَهۡلِهَآ﴾ هذا نص من الله سبحانه في أنهما قاضيان لا وكيلان[(١)]. ورأي الشافعية والحنابلة: أنه ليس للحكمين أن يفرقا إلا برضا الزوجين، فهما عندهما وكيلان للزوجين. وقال الحنفية، يرفع الحكمان ما يريدانه إلى القاضي، وهو الذي يطلق طلاقًا بائنًا، بناء على تقريرهما، فليس للحكمين التفريق إلا أن يفوضا فيه، وبكون رأي الحنفية كالشافعية والحنابلة.[(٢)]

(١) أحكام القرآن ١/ ٤٣٤.

(٢) التفسير المنير- وهبة الزحيلي ٥/ ٥٨-٥٩.

نستخلص من قضية التحكيم الواردة في القرآن الكريم ما يلي:

(١) كان التحكيم – كما ورد في القرآن الكريم- بين الزوجين بعد أن ييأس الرجل من إصلاح زوجته بالطرق الأخرى التي ذكرها الكتاب الكريم في مطلع الآية الكريمة.

(٢) هناك خصمان (رجل وامرأة) دب الخلاف بينهما لسبب ما .

(٣) الحكمان من أهلهما – ويمكن أن يكونا غير ذلك – لكن القرآن ذكر من أهلهما ولم ينف أن يكونا غير هذا.

(٤) المرجعية في الحكم وحدود الحكم في حال عدم الاتفاق أن للحكمين بموافقة الزوجين وفي حال الفراق ـ طلقة بائنة واحدة ـ.

(٥) تصديق قرار التحكيم من المحاكم الشرعية الموثقة بعقود الزواج وعقود الطلاق. وللقاضي بعض الرأي الإضافي في ذلك.

قياسًا على هذه القضية فقد شكلت لجان تحكيم خارجة عن الحياة الزوجية وعن الخلاف بين الزوجين إلى قضايا فض الخصومات في المال والملكية والأفراد والمشاحنات، والتعديات التي تكون بين الناس.

المحاكم:

تعريف: مضت بعض التعاريف المتعلقة بالحكم والمحاكم والحاكم ونذكر منها .(المحكم): العلم والثقافة، والحكمة: يقال: الصمت حكم والقضاء

المحكمة: معرفة أفضل الأشياء بأفضل العلوم. والعلم والتفقه وفي التنزيل:

﴿وَلَقَدْ ءَاتَيْنَا لُقْمَٰنَ ٱلْحِكْمَةَ﴾، والعدل، ويقال: حكمة التشريع، وما الحكمة في ذلك، والكلام الذي يقل لفظه، وسُجلّ معناه (ج) حكم.

و(المحكمة) هيئة تتولى الفصل في القضاء، ومكان انعقاد هيئة الحكم.[1]

وفي مجال النهي عن التحاكم إلى المحاكم فقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾[2].

وسبب نزول هذه الآية: قال مقاتل بن حيان، نزلت هذه لآية في امرئ القيس بن عابس الكندي، وفي عبدان بن أشوع الحضرمي وذلك أنهما اختصما إلى النبي ﷺ في أرض (١).

وكان (٢) ـ امرؤ القيس هو المطلوب (المدعى عليه)

و (٣) ـ عبدان: هو الطالب (المدعي). فأنزل الله تعالى هذه الآية. فحكم عبدان في أرضه، ولم يخاصمه[3].

وقال سعيد بن جبير: إن امرأ القيس بن عابس، وعبدان بن أشوع الحضرمي، اختصما في أرض وأراد امرؤ القيس أن يحلف، ففيه نزلت ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾.

---

(١) المعجم الوسيط ١/ ١٩٠.

(٢) سورة البقرة: ١٨٨.

(٣) البحر المحيط: ٢/ ٥٥.

أبان الله تعالى في آيات الصيام حِلَّ أكل الإنسان من ماله، وناسب هنا أن يذكر حكم أكل مال الغير.

نهانا الله تعالى أن يأكل بعضنا أموال بعض بغير وجه مشروع، وأضاف كلمة (أموال) إلى الجماعة إشعارًا بأن المال في الحقيقة مال الأمة أو الجماعة، فهي أمة واحدة متكافلة، وتنبيهًا إلى احترام وحفظ مال غيرك احترام وحفظ لمالك، فيكون التعدي على مال الآخرين جناية على الأمة التي هو فرد منها، وعضو فيها، وأضيفت الأموال إلى ضمير المنهي: لأن كل واحد منهي ومنهي عنه.

والأكل بالباطل: يشمل كل ما أخذ بغير وجه الحق، كالربا والقمار، لأنه أخذ بدون مقابل، والرشوة والدفاع بالباطل، لأنهما إعانة على الظلم، والصدقة على القادر على الكسب؛ لأنها إذلال له، ولا تحل للآخذ إذا كان غير مضطر إليه، والسرقة والغصب؛ لأنهما اعتداء على مال الغير، سواء أكان غصب مال عيني أم غصب المنافع، أم التعدي على منفعة الآخرين، كالتسخير بدون مقابل، أو الإنقاص من الأجر، وأكل مال اليتيم ظلمًا، وأجور الرقص والغناء ومهور البغايا، ومقابل التمائم والعزائم وختمات القرآن، والمأخوذ غشاً واحتيالًا وزورًا، وبهتانًا ونحو ذلك من أموال السحت الحرام، التي تؤدي إلى النار، لأن كل جسم نبت من حرام فالنار أولى به.

وقد جاء النهي عن أكل الأموال بالباطل في آيات أخرى، منها: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾[1]. ومنها: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأۡكُلُونَ أَمۡوَٰلَ ٱلۡيَتَٰمَىٰ ظُلۡمًا ﴾[1].

(١) سورة النساء: ٢٩.

ومعنى: ﴿وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ﴾ أي لا تلقوا الأموال إلى الحكام رشوة لهم لأخذ شيء من أموال الناس بالإثم كاليمين الكاذبة الفاجرة، أو شهادة الزور أو نحو ذلك من وسائط الوصول إلى الحرام، وتشمل الآية وجهين الأولى: تقديم الأموال رشوة إلى الحكام، ليقضوا لهم بالباطل وأخذ حق الغير، الثاني: رفع القضايا إلى للمحاكم اعتمادًا على الحجة الباطلة، وتزييف الحقائق، وشهادة الزور، واليمين الغموس، وهذا ما حذر منه النبي ﷺ في حديث أم سلمة الذي رواه مالك وأحمد وأصحاب الكتب الستة قالت: «**كنت عند رسول الله ﷺ فجاء رجلان يختصمان في مواريث وأشياء أخرى، فقال رسول الله ﷺ: إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له بنحو مما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئًا فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار**».

فبكى الخصمان، وقال كل واحد منهما أنا أحل لصاحبي. فقال ﷺ: «اذهبا فتوخيا، ثم استهما، ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه»[(٢)].

المحاكم: سلطة حكومية مهمتها الفصل بين المتخاصمين ومتابعة تنفيذ الأحكام بقوة الشرطة أو القوى المسلحة التي تحمل السلاح لفرض الأمن وتنفيذ الأحكام ويمكن القول بأن الله تعالى قد أمر المسلمين بأن يلجؤوا إلى إيمانهم و ضمائرهم لفك خصوماتهم ولا يدلوا بها إلى الحكام. وذلك ما بين حديث رسول الله ﷺ بالعودة إلى إيمان المتخاصمين لوجود إمكانية طغيان خصم على خصم بالمقدرة على التعبير (سلاح المحاماة) وبالمال، وبالجاه، وبالقوة، وبالغش، والكثير من الأساليب غير المشروعة.

---

(١) سورة النساء: ١٠.

(٢) دكتور وهبة الزحيلي: التفسير المنير ج٢/ ١٦٣ فما بعد.

وعلى أي حال ـ كما يقول الدكتور وهبة الزحيلي ـ لا يجوز لمؤمن أن يلجأ إلى المحاكم معتمدًا على مهارة وكلاء الدعاوى (المحامين) وهو يعلم أنه مبطل في ادعائه ولا يحل لمؤمن أن يأخذ مال أخيه أو غير حقه، وإن قضى له القاضي؛ لأن القاضي بشر معذور يقضي بالظاهر، وحكمه لا يغير المواقع، وإنما الذي يجب أن ينظر إليه هو الحساب الحق العدل أمام الله تعالى، و الذي لا تخفى عليه خافية، ويجزي كل إنسان بما عمل. فهو الذي تجب مراقبته بالسر والعلن وهو الذي يجب أن يخشاه المسلم في الظاهر والباطن .

وإن تقديم الأموال رشوة إلى الحكام .. تضييع للأموال وإهدار لها وإتلاف فلا يصح لمؤمن أن يصانع بأمواله الحكام ويرشوهم ليقضوا له على أكثر من حقه أو غير حقه.

واتفق أهل السنة على أن من أخذ ما وقع عليه اسم (مال) قل أو كثر إنه يُفَسَّق بذلك، وأنه محرم عليه أخذه. (انتهى) [1] .

أمثلة من التحكيم في التاريخ الإسلامي:

(١) الحكم في بني قريظة.. الحادثة معروفة ومتداولة وموثقة في جميع المصادر الإسلامية ـ التاريخية، والفقهية، والقضائية. وهي قضية استثنائية كان الطرف الإسلامي أحد طرفيها وبني قريظة الطرف الآخر. بناء على طلب الطرف الثاني تم تعيين سعد بن معاذ قاضيًا في هذه الحادثة. فهو من جهة قد أسلم وحسن إسلامه ويعتبر بين الأنصار ـ الأوس والخزرج ـ كأبي بكر ﷺ أجمعين بين المهاجرين في جمع قبائلهم وانتماءاتهم ومن ثم... فهو حليف لبني قريظة من

(١) ٢/ ١٦٨ نفس المصدر السابق.

اليهود في الجاهلية.

وقد سبق لعبد الله بن أبي بن أبي سلول قد حكم بين الرسول ﷺ وبني قينقاع وبني النضير بعد نقض عهودهم ومواثيقهم ونظرًا لحلفه معهم فقد دافع عنهم وتمكن من الحصول على حمايتهم على أن يخرجوا من المدينة .

وظن أولئك أن مصيرهم باختيار القاضي أن يكون مثل إخوانهم من اليهود الذين خرجوا بطلب عبد الله بن أبي خارج المدينة جزاء خيانتهم لعهودهم ونقضهم تحلفاتهم مع الرسولﷺ.

وفي جلسة الحكم نظر القاضي سعد بن معاذ إلى يهود بني قريظة وقال: أترضون بحكمي؟ قالوا نعم.. وأومأ برأسه إلى الرسول ﷺ وقال: من هنا أيرضى بحكمي؟ قال الرسول ﷺ: (نعم) فقال سعد أما حكمي: فأن يقتل الرجال وتسبى النساء وتؤخذ الأموال والذراري جزاء خيانة اليهود في وقت الحصار والحرب مع قريش والأحزاب ـ وهو ما عرف بغزوة الأحزاب فقال الرسول ﷺ: «**والله لقد حكمت بهم بحكم الله من فوق سبع سماوات**».

(٢) التحكيم في معركة صفين: رفع أنصار معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنه المصاحف في معركة صفين في وجه الإمام على بن أبي طالب ـ كرم الله وجهه ـ وأنصاره بعد أن كادت الهزيمة تحيق بهم، وذلك تنفيذًا لرأي عمرو بن العاص رضي الله عنهم أجمعين، وتردد الخصم (أنصار على عندما نادى المنادي نحتكم إلى كتاب الله. ووقع الوهن في جيش على الذي كان قاب قوسين أو أدنى من النصر. وتوقف القتال، واتفق الطرفان رضي الله عنهم جميعًا على التحكيم الذي كان اختيار الحكمين عمرو بن العاص عن معاوية وجماعته، وأبو موسى الأشعري عن على بن أبي طالب و

أنصاره.. وكان ما كان من نتيجة التحكيم من خروج الخوارج من جيش على والتحركات السياسية مما أفقد الحكم شيئًا من تداعياته ومواقعه ـ والقضية ما زالت تحت الدراسة الدقيقة للوصول إلى ما جرى في تلك الواقعة .. !

شروط التحكيم:

لا بد لأي تحكيم من توفر شروط انعقاده منها:

(١) رضى الطرفين المتخاصمين بلجان التحكيم.

(٢) القوة و المرجعية المنفذة لأحكام المحكمين:

- السلطات الحاكمة.
- الضمير الإنساني.
- الإيمان والقناعة البشرية بقوة المرجعية التي تم بها التحكيم ـ القرآن ـ السنة ـ الفقه الإسلامي ـ وحتى القوانين الوضعية ـ وذلك في المجتمعات الإسلامية.
- الرأي العام الذي يفرض قيمه على المتخاصمين.

القوى التحكيمية في العالم المعاصر:

أمثلة: **الأردن – مصر – البلدان العربية والإسلامية**

أنواع السلطات التحكيمية:

(١) العطوات: وهي عبارة عن لجان تحكيمية تفصل عادة بين المتخاصمين في الدماء والقتل – والثأر، والشرف.

وهي ليست دائمة ولكنها مؤقتة تتشكل عند وقوع الأحداث وعند ما تكون

جراحها نازفة. وتضم عادة كبار القوم، وحكمائهم، وذوي السلطان فيهم – السلطان الشعبي والقبلي– وليس السلطان الحكومي وتقوم لجان التحكيم بفض المنازعات، وفرض الديات، وطلب السماح إكرامًا للعطوة من الجانب المتضرر، وتتكرر جلسات العطوات ولا تسجل عادة مداولاتها، ولكن تسجل قرارات اللجان، وتصدق على الجهات الحكومية من أعلى السلطة في البلد – الملك، الرئيس، قاضي القضاة. وتختلف العطوات من قضية إلى أخرى، وقد يشارك بعض الأعضاء مرة واحدة، وقد تتكرر عضويتة، وطبعًا ليس هناك تعويضات مالية للعطوات أو رواتب، أو منح مالية.

(٢) الجاهات: الجاهات في أكثر البلاد العربية والإسلامية تتم لتحقيق مطلب معين من جهة من قبل جهة أخرى، ولعل انتشارها الواضح في الأردن، قد وضع لها عرف سائد .. بأن يتم تشكيل الجاهة من كبار القوم ن وعلمائهم، وشيوخهم لطلب خطبة فتاة لشاب من أصحاب الجاهة. ولا يعدم أن يكون لأهل المخطوبة جاهة وفي احتفالات تقام لهذه المناسبة يتم الطلب من ممثل عن الطالب والده، شيخ قبيلة، وجيه الحي، رجل مسن، حيث يمتنع عن تناول القهوة التي تقدم إليه حتى يجاب طلبه بعد خطبة بليغة يلقيها قي الاحتفال – وتكون كل الشروط متفق عليها قبل الجاهة ـ ويرد عليه والد العروس أو من حكيم في أقاربها، أو متنفذ، أو وجيه بخطبة تتحدث عن الزواج الشرعي والصفات التي يجب أن تتوفر في العروسين الخلقية والدينية والتعامل الحسن، ومن ثم يجيب على طلب الجاهة، يرضى بما جاءت به هذه الجاهة، ويطلب من الطالب ممثلًا عن جاهتة أن يتناول قهوته، وتوزع الحلوى، ويتعانق كل من أهل العريس وجاهته، وأهل العروس وجاهتهم، ويتم بذلك إزالة أي عقبة. وليست الجاهة حكرًا على

طلبات الزواج، بل تتعداها أيضًا لفض المنازعات، وطلب العفو عن الأخطاء، والصلح بين المتخاصمين، وحتى في الدماء أحيانًا، بأن يقبل أهل المقدور الجاهة سواء بدية أو بغير دية، وأحيانًا تقدم ذبائح وتعويضات يحملها أهل الجاهة.

وفي اليمن - يأتي كبير القوم إلى المحكمين من أصحاب الحق ويضع سلاحه (الجنبية)، (الخنجر) الذي يحمله في صدره بصورة دائمة أمام الطرف الآخر اعترافًا بالحق، وبأنه يضع سلاحه أمام خصومه طلبًا للسلام والصلح، وطردًا لكل أنواع الأحقاد أو الخصومات. وتختلف هذه الجاهات من بلد إلى آخر في أرجاء العالم الإسلامي. والمتخاصمون مسلمون، يحكم بينهم الوجهاء والسادة في أساليب يحفظها الجميع.

(٣) العرف والعادة، قوة تحكيمية بين المتخاصمين ويلجأ إليه المحكمون في القضايا المتخاصم بها لتكون المرجعية التي يلجأ إليها الحكام وخاصة في قضايا القتل والمال، والتعدي على حقوق الآخرين، وخاصة تعدي الأقوياء على الضعفاء، وتحفل كتب الأدب بالكثير من الأحداث، التي كانت بين الحكام والعوام من الناس في هذا المجال.

المسلمون في الغرب وانتماءاتهم:

بعد هذا السرد الطويل في هذه المقدمة ندخل في صلب موضوعنا وهو لجان التحكيم في ديار الغرب بين المتخاصمين من المسلمين. وننظر برؤيا فاحصة ودقيقة إلى هؤلاء الذين تعين لهم لجان التحكيم في ديار الغرب ـ أو ديار النصارى، وحتى في الصين مثلًا وفي الهند وفي المواقع التي يتواجد فيها المسلمون كأقليات بين قوى كبيرة تحكم بالقوانين الوضعية، أو العقيدية كالنصرانية والبوذية والإبراهيمية والوثنية في

أفريقيا وبعض مناطق في آسيا وأقيونوسيا.

(١) إن المسلمين في هذه الأماكن على اختلاف كبير بينهم فعدا عن انتماءاتهم لأقليات غير سنية فإن كثيرين منهم تخلوا عن الإسلام بل بالعكس فقد أصبحوا عنصر نقدٍ وكفرٍ به، وهم ليسوا قلة ومن عوام الناس فإنهم من الأدباء والرياضيين، وأصحاب المواقع العلمية وحتى السياسية، ومنهم من تحول عن الإسلام لاعتناق مبادئ أخرى وديانات مختلفة، ومنهم من مزج الإسلام بغيره وأحيوا بذلك بعض المذاهب الإسلامية الموات في التاريخ الإسلامي، ومنهم من وصل إلى مواقع حساسة سياسية واقتصادية وعلمية وغير ذلك ويمكن أن نجمل ذلك بما يلي:

- اختلاف الأماكن والمواقع والأصول التي جاؤوا منها.
- اختلاف المعتقدات المذهبية والدينية التي حملوها إلى الغرب.
- اختلاف الآراء السياسية والإيديولوجية التي اعتنقها هؤلاء.
- اختلاف المرجعيات التي يرتبط بها المسلمون ومنها:
  - أئمة المساجد.
  - الجمعيات الإسلامية.
  - الجمعيات الوطنية و القومية و الإقليمية.
  - القوانين الوضعية للبلاد التي يعيشون فيها.
  - الاتفاقات بين المسلمين والبلاد المضيفة، والتناقض الهائل بين القوانين

الوضعية التي ربما تخضع لها هذه الاتفاقيات وبين معتقدات المسلمين ـ مثلًا: الحجاب، المحرمات من الطعام والشراب واللباس والمسكن، حدود الاختلاط، النقاب، تعدد الزوجات والقصاص الذي قنن وطبق على المسلمين.

- الحرية المطلقة في الغرب وتفشي المخالفات الكثيرة لمعتقدات المسلمين ـ الخمر الزنا، الاختلاط، الربا، المغريات المادية والجنسية، وانغماس المسلمين بها دون الوقوف على خطوط حمراء إزاء ذلك ـ زواج المسلمة من غير المسلم، زواج المسلم من المشركات (ليس الكتابيات)، تشجيع الإعلام بمختلف فروعه لكل هذه المغريات، السفور للمرأة وتجاوز حدود العورات بشكل فاضح للرجل والمرأة.
- ضعف الدعاة، والتأثير بالجالية وعدم وجود مدارس قوية قادرة على الوقوف في وجه التحديات، أو وسائل الإعلام بلغات البلدان المضيفة ـ صحف، إذاعات، تلفزيون، سينما، مسرح.. الخ ما هنالك وحتى الإنترنت، والمدارس والجامعات
- القناصل والسفارات للدول الإسلامية، والانفصام النكد بين هذه السفارات والجالية المسلمة، وكثيرًا ما تكون هذه المواقع أداة طرد وحرب على المسلمين خاصة أن أكثر الجاليات المسلمة هي من المعارضة في بلادها، وكثير من المهاجرين المسلمين تركوا بلادهم نتيجة الظلم الذي حاق بهم في بلدانهم الأصلية، والكثير من وجوه الجاليات المسلمة. مطلوبون لحكوماتهم والعدد ليس قليلًا في هذا وربما هم

الأنشط في الجاليات المسلمة، ولعل هذا الأمر يجعل السفارات العربية والإسلامية يسيطر عليها العسكر ورجال المخابرات التابعة لتلك البلدان .

مدى فائدة وجود محكمين ولجان تحكيم في الغرب:

لا بد لنا أن نشير إلى الإيجابيات والسلبيات التي يمكن أن تحققها الجاليات الإسلامية بوجود محكمين من المسلمين لقضايا خطيرة تنتاب تلك الجالية في قوانين الأحوال الشخصية، وفي قوانين التعامل العام بين المسلمين، فمن الإيجابيات التي يمكن أن تحصل عليها ليكون المسلمون قضاة أنفسهم ما يلي:

- سمعة المسلمين وحرصهم على تطبيق شريعتهم أو أعرافهم التي يخضعون لها في بلادهم.
- إظهار مدى حرص المسلمين على تطبيق شريعتهم في حياتهم العامة والخاصة، والرضا بحكم صادر هن مؤسسات قضائية إسلامية، وليس عن القوانين الوضعية التي تخالف كثيرًا معتقداتهم
- استجابة المسلمين للأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم المسلمة يعني بالضرورة الحرص على قضايا الحلال والحرام ومدى تأثيرها على المسلمين سواء الجيل الأول أو الثاني أو الثالث من المهاجرين وحتى أبناء المسلمين من جنسيات تلك البلاد
- إظهار تميز الجالية الإسلامية عن المجتمع التي تعيش فيه وحرصهم على إظهار مدى طاعتهم لأوامر دينهم وارتباطهم بأوطانهم

السلبيات:

- عدم التزام المسلمين ـ والغالبية العظمى ـ بمبادئ الإسلام ولوجود العديد الذين يلجئون في حالة الخلافات الزوجية إلى القوانين الوضعية ـ سواء أكانوا متجنسين أو مقيمين ـ في قضايا الطلاق والميراث، ورعاية الأولاد، ودينهم فكثير من أبناء المسلمين يتنصرون أو يكونوا ملحدين. وخاصة إذا كانت الزوجة غير مسلمة، والمشكلة الكبرى الآن في المسلمين الذين يتزوجون يهوديات إسرائيليات ـ أو غير إسرائيليات، واتباع أولادهم أمهاتهم ليكونوا يهودًا يدخلون في تعداد جنود اليهود لحرب المسلمين والعرب منهم خاصة.
- قوة القوانين الوضعية والمدنية في البلاد التي يعيشون فيها وتأثيرها المباشر على المسلمين، ومحاكمتهم على أساسها في الحقوق والواجبات، والقصاص، والطاعة، والقضايا الشخصية في المعاملات.
- الفجوات الماحقة في القوانين والاتفاقات الخاصة بالهجرة واضطرار المسلمين للخضوع لها مثل العقوبات المتعلقة بتعدد الزوجات والقوانين الشخصية والقسم الذي يقسمه المسلم عند نيله جنسية البلد بطاعة هذه القوانين دون النظر إلى مخالفاتها الشرعية الفاضحة للإسلام والتي بدأت تقنن الآن بمنع الحجاب والنقاب وإقامة دور العبادة والمآذن الخ هذه القضايا.
- ضعف الوازع الديني لدى المسلمين في المهاجر عمومًا، وكذلك الضمير الإنساني، ووهن الرابطة بين المسلمين ـ إن لم يكن العكس هو الصحيح ـ و صدقية التزامهم بهذه الروابط
- هشاشة التأثير الديني لدى الكثير من المسلمين وخاصة في قضايا الحلال والحرام،

فمثلًا يعمق في النفوس الامتناع عن أكل لحم الخنزير، والخمر، ونسكت كما بين عن قضايا الزنا، وزواج المسلمات من النصارى ـ أذكر أنني طلبت من والد فتاة مسلمة تعيش مع صديق نصراني في بيت قريب من بيت أبيها ليكون معي لعقد زواج الفتاة من الشاب بعد أن اعتنق الإسلام ونطق بالشهادتين، وذلك لإقامة عقد زواج شرعي بينهما ـ مع أنها حامل منه ـ فكان يهدد بأنه لا يوافق على هذا الزواج وإذا جرى عليه ضغط من أي مصدر خاصة من الإمام فإنه كان يشرب الخمر خارج المنزل، فإنه سيحضره إلى المنزل.

نساء ـ علاقتهن في الحياة ممارسة الزنا مع المسلمين وغير المسلمين، ويحضرن الطعام في ليلة السابع والعشرين من رمضان إلى المسجد، والاحتفال بالأضحية في عيد الأضحى والمناسبات الدينية، وكذلك رجال يأتون إلى المساجد في رمضان وقت الإفطار وهم سكارى .. وأمور لا يمكن أن تحصى من ممارسات بعض المسلمين التي يكون التناقض فيها أساس الحياة ـ التأكيد على بعض السنن، وترك الفرائض، بل وممارسة الكثير من المحرمات كترك الصلاة، وأكل الحرام والربا وأكل لحم الخنزير وممارسة للزنا ـ ومن ثم يصلون، أو يصومون، وأحيانًا يحجون ويتصدقون والأحداث كثيرة وحتى الآن لم يتمكن الباحثون أن يرصدوا هذه القضايا، لأنها أكثر من أن تحصى أو ترصد، وذلك لعدم وجود الباحثين والدارسين.

ماذا يمكن لنا في مجمع فقهاء الشريعة أن نقوي قضية التحكيم، وتنفيذ الأحكام؟

هذه بعض المقترحات التي يمكن لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا وغيره من المجتمعات في تعميق قضية التحكيم في نفوس المسلمين في الغرب وازدياد الملتزمين بها:

- زيادة التجمعات الإسلامية ـ الجمعيات، النوادي، المنتديات، ودعمها وتقوية

روابطها، ومساعدتها في التأثير على المسلمين في الغرب، لتكون المرجعية الأولى للمسلمين في أماكن تواجدها. ووضع قوانين وضوابط لها في اختصاصاتها، والحدود التي يمكن أن تؤثر على المسلمين بها

ويضاف إلى ذلك محاولات التوافق بين التجمعات الإسلامية من أهل السنة والجماعة والتنسيق بينها، وعدم التقاطع معها في نشاطاتها بل العمل المتوازن والمتخصص لكل واحد منها، وهذه العملية تحتاج إلى مبادرات جادة وصادقة من هذه التجمعات وكسب الثقة مع القائمين عليها وإزالة التباغض والحسد والجفاء بينهم.

- اعتراف السفارات والبعثات الدبلوماسية والتجارية والاقتصادية للدول الإسلامية بهذه التجمعات، وتأييدها وحمايتها من المناهضين لها من المسلمين أو غيرهم. واعترافها بقراراتهم وتوصياتهم، وفتاواهم التي تصدر عنهم، وتوثيقها، ومن ثم تكون عونًا لها على نفاذ أحكامها، والضغط على الجالية المسلمة كل فيما يخص بالالتزام بما يصدر عنها من أحكام، وفتاوى، وقرارت.
- توثيق الصلة مع الحكومات الغربية، وأخذ الاعتراف منها بقانونية هذه التجمعات وقراراتها وأحكامها، والتصديق عليها والمساعدة في انفاذها.
- دراسة الاتفاقيات التي وقعها المسلمون مع الحكومات الغربية صاحبة الشأن التي تعترف بهم والمقيمون على أرضها، وتصحيح الخلل والفجوات التي حوتها هذه الاتفاقيات، والاستفادة ما أمكن من بنود هذه الاتفاقيات التي ترعى وتحمي مصالح الأقليات المسلمة هناك.
- إن بين المسلمين أصحاب شأن، اقتصاديون، مثقفون، علماء، أطباء، محامون،

مهندسون، ورؤساء عشائر في بلادهم، وأصحاب نفوذ أدبي وحتى سياسي .. يجب الاستفادة من هؤلاء وضمهم إلى هذه التجمعات، حتى يتمكن الاستفادة من تأثيراتهم لفرض الأحكام من لجان التحكيم والأقضيات وغيرها مما يصدر عن هذه اللجان، وإعطائهم دور قوي في المعاونة بتنفيذ هذه الأحكام.

- توخي العدل والإنصاف من لجان التحكيم وعدم التمييز بين المتخاصمين وإظهار الأحكام الإسلامية بأحكامها العادلة وعد الميل أو الهوى وذلك عند لختيار لجان التحكيم.
- التعاون مع أصحاب المؤسسات الاقتصادية التي يعمل بها المسلمون ومن المسلمين لاستخدام السلاح المادي في وجوههم لتطبيق الأحكام الصادرة عن لجان التحكيم ـ الاقتطاع من المعاشات والأجور، وحتى الفصل من العمل، والكفالات التي يؤمنها هؤلاء لعمالهم والمستخدمين لديهم.
- وجود سند مادي لدى لجان التحكيم لتسديد الغرامات عن الغارمين وعمل جمعيات اجتماعية اختيارية قادرة على سد العجز المادي لأي من المتضررين ووقف فصل الغارمين في الزكاة لهذه الجمعيات لإنقاذ المسجونين والموقوفين نتيجة ما أصابهم من غرم، أو الغير قادرين على تنفيذ الأحكام المادية، ودراسة جميع قضايا المسجونين في عالم الغرب للوقوف على أسباب تواجدهم هناك، إصلاح المفسدين وتسديد الغرامات عن الغارمين.
- متابعة المتخاصمين من أصحاب النفوذ وذوي العلاقة معهم والدفاع عن حقوق الضعفاء والعمال، والعاملين لديهم، وتدخل الفقه الإسلامي مع هؤلاء والضغط عليهم لدفع حقوق الآخرين.

رأي لتشكيل تحكيم ومحاكم تابعة لمجمع فقهاء الشريعة في أمريكا:

إن مجمع فقهاء الشريعة، بعد أن وصل إلى موقع ومكان مرموق لدى المسلمين في الغرب، بدراسة أحوالهم وإيجاد الحلول لها، وانتساب العديد من علماء المسلمين إليه، ووجود الخبراء والمشرعين فيه وكذلك الفتاوى التي تصدرها لجنة الفتوى الدائمة، والتزام المتعاملين معها فيما أصدرته من فتاوى فإنني أقترح تشكيل لجان تحكيم أولية بين المسلمين في الأماكن المتواجدين فيها، ومن ثم تشكيل محكمة عليا في المجمع مثلها مثل لجنة الفتوى الدائمة.

فلجان التحكيم الأولية تصدر أحكامها على المتخاصمين، ومن ثم تعود هذه الأحكام إلى المحكمة العليا المؤلفة من كبار العلماء القانونيين والفقهاء للتصديق عليها، أو لنقضها وإعادة النظر فيها، وذلك توخيًا للعدالة، ولكسب الثقة من المتخاصمين، وحل المشكلات المستعصية بين المسلمين الذي يسلكون طريق التحكيم الشرعي والقانوني وإبعاد (النصابين، والأدعياء، وأصحاب المصالح)، عن التحكم في قضايا المسلمين البسطاء، وتحكيم الشريعة ـ مثل الفتوى بها وتكون مرجعية موثوقة وصادقة لدى الجالية، وتوثيق هذه الأحكام كما نوثق الكثير من القضايا ضمن نشاط المجمع وقراراته وتوصياته، وكذلك توثيق هذه الأعمال لدى الحكومات صاحبة الشأن والأصدقاء من الحكومات العربية والإسلامية ومن ثم البدء مباشرة بالدراسات اللازمة لذلك على كافة المستويات، والاجتماعات السنوية، الاجتماعات الأخرى من قيادة المجمع ولجنة والفتوى، والفروع المتفرعة عن المجمع .

والله الموفق . . .

الفهـــــــرس

خطة البحث..... ٧٤٠
المحاكم: ٧٤٦
أمثلة من التحكيم في التاريخ الإسلامي: ٧٥٠
شروط التحكيم: ٧٥٢
القوى التحكيمية في العالم المعاصر:..... ٧٥٢
أنواع السلطات التحكيمية:..... ٧٥٢
المسلمون في الغرب وانتماءاتهم:..... ٧٥٤
مدى فائدة وجود محكمين ولجان تحكيم في الغرب: ٧٥٧
رأي لتشكيل تحكيم ومحاكم تابعة لمجمع فقهاء الشريعة في أمريكا:..... ٧٦٢
الفهرس..... ٧٦٣

القرارات والتوصيات

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه أما بعد:

فإنه في الفترة من ٢٣ – ٢٦ من شهر ذو القعدة ١٤٣٠ – الموافق ٣١ من شهر أكتوبر – ٣ من شهر نوفمبر ٢٠١٠ جرت بدولة الكويت وبرعاية كريمة من وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية فعاليات المؤتمر السابع لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا تحت عنوان التحكيم وضوابطه الشرعية والقانونية، وقد دارت مناقشات موسعة ومستفيضة على مدى أربعة أيام متتالية حول الموضوعات المقدمة من السادة أعضاء المجمع وخبرائه، وانتهى إلى هذه القرارات الآتية:

ثانياً: حول بعض مسائل النفقة والمتعة والحضانة:

- المبتوتة هي: المطلقة طلاقا بائنا مكملا للثلاث.
- للمبتوتة النفقة والسكنى مدة العدة حتى تضع حملها، وأما غير الحامل فلها النفقة والسكنى مدة العدة إن لم يكن لها مال تنفق منه أو تبذل منه أجرة المسكن.
- المتعة هي: مال يبذله الزوج لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق أو ما في معناه جبرا لخاطرها المنكسر بالطلاق.
- تجب المتعة لكل مطلقة قبل الدخول إذا لم يسم لها مهر في العقد، فإن سمي لها مهر استحب لها متعة، مع استحقاقها نصف الصداق.
- تجب المتعة لكل مطلقة بعد الدخول إذا سمي لها مهر، ولم تكن المفارقة بسبب من قبلها.
- يراعى في تقدير المتعة حال باذلها عسرا ويسرا.
- الحضانة هي: حفظ من لا يستقل بأموره، وتربيته بما يصلحه.
- يكون حق حضانة الولد لأمه، وتمتد حضانتها له إلى بلوغه سن السابعة.
- الحضانة مقررة لمصلحة المحضون، فيترك للمحكم أو القاضي تقدير مصلحة الولد

بعد السابعة إلى الخامسة عشرة: سواء أكان ذلك بتخييره بين أبويه، أو وضعه عند أحدهما، أو عند غيرهما، وفق ما تقتضيه مصلحة الصغير.

- لا يؤثر سفر الحاضنة في سقوط حقها في الحضانة، إلا إذا سافرت سفر نقلة إلى بلد آخر غير بلد ولي المحضون، بقصد الإقامة فيه، وبعدت المسافة بين بلد الولي والبلد الذي انتقلت إليه الحاضنة، بحيث يعنت بالولي أن يسافر إلى ولده لرؤيته في البلد الذي انتقلت إليه الحاضنة، أو كان الطريق إلى البلد المسافر إليه غير آمن، أو كان بهذا البلد قلاقل وفتن، سواء كان البلد المسافر إليه في داخل القطر أو خارجه.
- في حال سقوط الحضانة عن الحاضنة بسفر النقلة، تنتقل الحضانة إلى من يليها في الأحقية بالحضانة، إن كان مقيما غير مسافر.
- لغير الحاضن من الأبوين الاعتراض على سفر الحاضن بالمحضون، في الحالات التي يسقط السفر فيها حقه في الحضانة.
- لغير الحاضن الحق في زيارة المحضون عند الحاضن، أو في الموضع الذي يمكن فيه رؤيته، إذا روعيت في الزيارة الضوابط الشرعية.

من آداب الزيارة الشرعية للمحضون في بيت الحاضنة:

- تجنب الخلوة بالحاضنة، أو الاسترسال معها في الحديث، أو إطالة المكث عندها.
- اختيار الوقت المناسب للزيارة، وأن تكون مواقيتها على ما جرت به العادة.
- استئذان من في البيت قبل الدخول.
- أن لا يترتب على الزيارة أو الاستزارة الإضرار بمصلحة الصغير.
- أن لا يلقن الصغير ما يوغر صدره على أحد والديه، مع تعاونهما على تعليمه

وتربيته، والحفاظ على دينه وخلقه، بحيث يكون بارا بهما.

- يمكن اعتبار ما تقضي به قوانين المجتمع الذي به المحضون، فيما يتعلق بتنظيم الزيارة والاستزارة، بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.
- تتحدد نفقة الولد عند انفصال أبويه بمقدار كفايته من المطعم والمشرب والملبس والمسكن، وأجرة الحاضنة إذا افتقر إليها، ونفقات تعليمه في مراحل التعليم، ونفقات علاجه، وفقا لحال من تجب عليه النفقة عسرا ويسرا، ووفق ما يقتضيه العرف في ذلك.
- لا يمتنع اعتبار قوانين المجتمع الذي به المحضون في تقدير نفقته، إذا راعى مقدار كفايته من أنواع النفقة السابق ذكرها.

نفقة ومتعة المطلقة وأحكام المحضون

من الوثائق التشريعية لهيئات التحكيم

بمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا

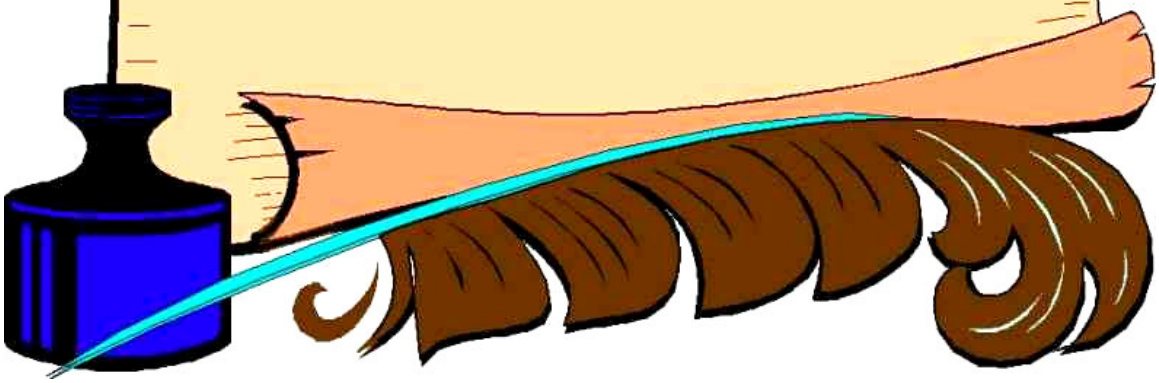
إعداد الأستاذ الدكتور

عبد الفتاح محمود إدريس

أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن

بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

الخبير بمجمعي الفقه الإسلامي للرابطة ومنظمة المؤتمر



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين.. وبعد:

فإن نفقة المبتوتة ومتعتها، وحضانة الصغير والسفر به ونفقته، وزيارة غير الحاضن من والديه له تثير إشكاليات عدة، فيما يتعلق بحكم نفقة المطلقة البائن ومتعتها، ومدى إمكان اشتمال المتعة على أجرة مسكن المطلقة، وسن المحضون، وانتهاء حضانته، وما يتم في حقه بعد انتهاء الحضانة، ومدى بقاء الحضانة حال سفر الحاضن سفر نقلة أو سفرًا مؤقتًا، إذا كان البلد المسافر إليه هو بلد ولي المحضون، أو بلدًا غيره، وما إذا كان هذا السفر في داخل الدولة أو خارجها، ومدى حق غير الحاضن في زيارة المحضون، ومناط تقدير نفقته، ومدى اعتبار ما يقرره قانون المجتمع الذي يوجد به المحضون في حق زيارة غير الحاضن له وفي تقدير نفقته، وأبين أحكام هذه المسائل في العجالة التالية.

المطلب الأول

نفقة المبتوتة

حقيقة المبتوتة:

المبتوتة: من بت الطلاق إذا قطعه، يقال بت الطلاق وأبته، فالأصل المبتوت طلاقها إليه، فصار ضميرا مستترا، والمبتوتة هي المرأة التي طلقها زوجها طلاقا بائنًا مكملا للثلاث[(١)].

وقد اتفق الفقهاء على أن المبتوتة إن كانت حاملا فلها النفقة بشعبها الثلاث: من إطعام وكسوة وسكنى[(٢)].

واستدلوا لذلك بما يلي:

أولاً: الكتاب الكريم:

قال الحق سبحانه: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ﴾[(٣)].

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

أمر الحق سبحانه بالإنفاق على المرأة الحامل حتى تضع حملها، والنفقة عليها تشمل

---

(١) البعلي: المطلع على أبواب المقنع / ٣٤٩.

(٢) الكاساني: بدائع الصنائع ٤/ ١٦، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٢/ ٥١٥، الرملي: نهاية المحتاج ٧/ ٢١١، الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٣٩٣، ابن قدامة: المغني ٨/ ١٨٥.

(٣) سورة الطلاق: ٦.

الإطعام والسكنى، والكسوة، فدل على وجوب أنواع النفقة لها.

ثانياً: السنة النبوية المطهرة:

ورد بعض أخبار فاطمة بنت قيس أن رسول الله ﷺ قال لها: «**لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملًا**»[(١)].

وجه الدلالة منه:

أفادت هذه الرواية أن البائن بينونة كبرى لا نفقة لها على زوجها، إلا أن تكون حاملا فتكون لها نفقة عليه من أجل هذا الحمل.

ثالثًا: إجماع الفقهاء:

حكى ابن قدامة وغيره وجوب نفقة المطلقة البائن على من أبانها عنه إن كانت حاملا[(٢)].

رابعًا: القياس:

إن المطلقة البائن بينونة كبرى حامل بولد من طلقا، ونفقة ولده منها واجبة عليه، ولا يتمكن من الإنفاق عليه مستقلا عن أمه، لأنه جزء منها، فوجب عليه أن ينفق عليها، كما وجب عليه أجرتها إذا أرضعت ولده[(٣)].

---

(١) أخرجها أبو داود في سننه ٢/ ٢٨٧.

(٢) المغني ٨/ ١٨٥.

(٣) نهاية المحتاج ٧/ ٢١١، المغني ٨/ ١٨٥.

واختلف الفقهاء في مدى وجوب النفقة لها إذا لم تكن حاملا، على مذهبين:

المذهب الأول:

يرى أصحابه أنه لا نفقة لها ولا سكنى، وهو مروي عن علي وابن عباس وجابر، وهو قول عطاء وطاوس والحسن، وعكرمة وميمون بن مهران، وإسحاق وأبي ثور، وهو رواية عن أحمد هي ظاهر مذهب الحنابلة، وهو قول داود وسائر فقهاء الظاهرية[(١)].

المذهب الثاني:

يرى أصحابه أن لها السكنى وليس لها غيرها من أنواع النفقة الأخرى، وهو مروي عن عمر وابنه عبد الله، وابن مسعود وعائشة، وهو قول فقهاء المدينة السبعة وإليه ذهب المالكية والشافعية، وهو رواية أخرى عن أحمد[(٢)].

المذهب الثالث:

يرى أصحابه أن لها النفقة والسكنى ما دامت في العدة، وهو مروي عن عمر، وهو قول أكثر الفقهاء العراقيين، وابن شبرمة وابن أبي ليلى، والثوري والحسن بن صالح، والبتي والعنبري، وإليه ذهب الحنفية[(٣)].

---

(١) المغني ٨/ ١٨٥، المرداوي: الإنصاف ٩/ ٣٦١، المحلى ١٠/ ٢٨٢.

(٢) شرح الخرشي ٤/ ١٩٢، حاشية الدسوقي ٢/ ٥١٥، الشيرازي: المهذب ٢/ ١٦٤، المغني ٨/ ١٨٥.

(٣) بدائع الصنائع ٤/ ١٦، المغني ٨/ ١٨٥.

أدلة هذه المذاهب:

استدل أصحاب المذهب الأول على أن المبتوتة غير الحامل لا نفقة لها ولا سكنى، بما يلي:

أولاً: السنة النبوية المطهرة:

١- روي عن أبي سلمة عن فاطمة بنت قيس: «**أنه طلقها زوجها في عهد النبي ﷺ، وكان أنفق عليها نفقة دون، فلما رأت ذلك قالت: والله لأعلمن رسول الله ﷺ، فإن كان لي نفقة أخذت الذي يصلحني، وإن لم تكن لي نفقة لم آخذ منه شيئا، قالت: فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال: لا نفقة لك ولا سكنى**»[(١)].

٢- فاطمة بنت قيس إن زوجها طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته، فقال: «**والله ما لك علينا من شيء، فجاءت رسول الله ﷺ تذكره ذلك له، فقال: ليس لك عليه نفقة ولا سكنى، فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك**»[(٢)]، وفي لفظ فقال رسول الله ﷺ: «**انظري يا ابنة قيس، إنما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعة، فإذا لم يكن عليها الرجعة فلا نفقة ولا سكنى**»[(٣)].

وجه الدلالة منه:

أفاد هذا الحديث برواياته المتعددة أن رسول الله ﷺ لم يجعل للمبتوتة على زوجها سكنى أو نفقة، وليست الواقعة قضية عين، لأن عموم قول رسول الله ﷺ في بعض الروايات: «**إنما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعة، فإذا لم يكن عليها**

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ٢/ ١١١٤.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ٢/ ١١١٤.

(٣) أخرجه أحمد في مسنده والبيهقي والنسائي والدارقطني. (سنن البليهقي ٧/ ٤٧٤، سنن الدارقطني ٤/ ٢٢، الشوكاني: نيل الأوطار ٧/ ١٠٨).

الرجعة فلا نفقة ولا سكنى»، يدل على أن عدم وجوب النفقة والسكنى للمبتوتة حكم عام.

ثانيًا: قول الصحابي:

١- روي عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عليا ﷺ قال في المبتوتة: «**لا نفقة لها ولا سكنى**»[(١)].

٢- روى ابن حزم بإسناده عن ابن عباس وجابر ﷺ أنهما قالا: «**تعتد المبتوتة حيث شاءت**»[(٢)].

وجه الدلالة من الآثار:

لم يجعل هذين الصحابيين لمن بت زوجها طلاقها سكنى، وجعلوا لها الحق في الاعتداد في أي موضع شاءت، ولو كان لها حق السكنى على من أبانها عنه، لم يكن لها أن تعتد في غير المسكن المخصص لها من قبل الزوج.

استدل أصحاب المذهب الثاني على أن المبتوتة الحائل لها السكنى وليس لها شيء غيرها من أنواع النفقة الأخرى، بما يلي:

أولاً: الكتاب الكريم:

قال الحق سبحانه: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ﴾.

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٧/ ٢٥.

(٢) المحلى ١٠/ ٢٨٣.

وجه الدلالة من الآية:

أفادت الآية الكريمة وجوب السكنى للمطلقات في عدتهن، وإن كانت من طلاق بائن بينونة كبرى، وأما سائر شعب النفقة فقد خص الله تعالى بها ذوات الحمل، فدلت الآية على أن المبتوتة غير الحامل لها السكنى دون غيرها من أنواع النفقة.

استدل أصحاب المذهب الثالث على أن المطلقة البائن لها النفقة والسكنى ما دامت في العدة، بما يلي:

أولاً: الكتاب الكريم:

١- قال الحق سبحانه: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ﴾.

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

أمر الحق سبحانه في هذه الآية الواردة في سياق بيان أحكام المطلقات المعتدات، بإسكان المطلقة في مثل ما يسكن فيه من طلقها، ونهي عن مضارتها أو التضييق عليها.

٢- قال تعالى: ﴿وَاتَّقُواْ اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾[1].

أمر جل شأنه بعدم إخراج المطلقات من بيوتهن اللاتي يمضين فيها مدة العدة، وهذه البيوت وإن أضيفت إليهن، إلا أن المطلقين منعوا من إخراجهن منها، مما يدل بطريق الإيماء على أن للمطلق سلطانا على هذه البيوت، وهذا دليل على أن عليهم

(١) سورة الطلاق: ١.

سكنى المطلقات المعتدات مطلقا، وإن كن معتدات من بينونة كبرى.

ثانيًا: السنة النبوية المطهرة:

روى عمرو بن عبد الله قال: كنت مع الأسود بن يزيد جالسا في المسجد الأعظم ومعنا الشعبي، فحدث الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس: «**أن رسول الله ﷺ لم يجعل لها سكنى ولا نفقة، ثم أخذ الأسود كفا من حصى فحصبه به فقال: ويلك! تحدث بمثل هذا؟، قال عمر: لا نترك كتاب الله وسنة نبينا ﷺ لقول امرأة لا ندري لعلها حفظت أو نسيت، لها السكنى والنفقة**»[(١)]، قال الله ﷻ: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾.

وجه الدلالة منه:

أفاد الحديث أن المطلقة البائن لها النفقة والسكنى ما دامت في عدتها من طلاق زوجها.

ثالثًا: قول الصحابي:

١- روي عن مغيرة قال: ذكرت لإبراهيم حديث فاطمة بنت قيس فقال: قال عمر: «لا ندع كتاب الله وسنة رسوله ﷺ لقول امرأة لا ندري حفظت أو نسيت، وكان عمر يجعل لها السكنى والنفقة»[(٢)].

٢- روي عن عمر قال: لا يخير قول المرأة في دين الله، المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة، زاد ابن فضيل: وقالت عائشة: ما لها في أن تذكر هذا خير[(٣)].

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ٢/ ١١١٨.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٤/ ١٠٩.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٤/ ١٠٨.

رابعًا: القياس:

إن المبتوتة الحائل مطلقة، فوجبت لها النفقة والسكنى كالمطلقة الرجعية [1].

المناقشة والترجيح:

والذي أرى رجحانه من هذه المذاهب – بعد استعراض أدلتها – ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول، من المبتوتة غير الحامل لا نفقة لها ولا سكنى، لما استدلوا به على مذهبهم، وما استدل به أصحاب المذهبين الثاني والثالث من النص، فهي نصوص عامة مخصوصة بحديث فاطمة بنت قيس، ولا يعترض عليه بما قاله عمر رضي الله عنه: «لا نترك كتاب الله وسنة نبينا ﷺ لقول امرأة لا ندري لعلها حفظت أو نسيت»، لأن ما ورد في الكتاب والسنة متعلقا بنفقة المطلقة وسكناها عام مخصوص بالمبتوتة الحامل، حيث وجبت النفقة ومنها السكنى لجنينها وليس لها، إلا أنه لما لم يتصور انتفاع الجنين المتصل بها بهذه النفقة إلا عن طريقها وجبت لها تبعا له، ولا يتصور من فاطمة نسيان، لأنها صاحبة الواقعة التي عاشت أحداثها وتحملت تبعات عدم الإنفاق عليها، كما لا يتصور أن يكون لها الحق في النفقة والسكنى على من بت طلاقها ثم تترك هذا الحق، خاصة وأن الذي دفعها إلى الشكوى لرسول الله ﷺ قلة النفقة التي بعثها إليها من طلقها، فلو كانت تستحق عليه نفقة لأمر رسول الله ﷺ وكيل من طلقها بدفع كفايتها منها إليها، ولأمر أحماءها بتمكينها من السكنى معهم، إلا أنه لم يفعل، فدل قوله المقرون بواقع الحال على أن فاطمة لم يعرض لها نسيان ما قرره رسول الله ﷺ بشأنها وشأن كل مبتوتة، ولا حجة في أقوال الصحابة في المسألة، لأنها معارضة بمثلها، فتتساقط، ولا يحتج ببعضها دون البعض الآخر.

---

(١) المغني ٨/ ١٨٥.

المطلب الثاني

متعة المطلقة

معنى المتعة:

المتعة في عرف أهل اللغة: اسم مشتق من المتاع، وهو جميع ما ينتفع أو يستمتع به.

وقد عرفها بعض الفقهاء بأنها: مال يجب على الزوج دفعه لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه بشروط[1].

وقد اختلف الفقهاء في حكمها، ومن تستحقها، وصفة استحقاقها لها، وفقا للتفصيل التالي:

الفرع الأول

حكم متعة الطلاق وصفتها الشرعية

اختلف الفقهاء في حكم متعة المطلقة ومن تستحقها وصفة استحقاقها لها، على مذهبين:

المذهب الأول:

يرى أصحابه أن المتعة تجب للمطلقة قبل الدخول بها إن لم يسم لها مهر في العقد، بأن كانت مفوضة ولم يفرض لها شيء في عقد نكاحها، وهو مروي عن ابن عمر وابن عباس، وهو قول الحسن وعطاء وجابر بن زيد، والشعبي والزهري والنخعي، والثوري وإسحاق وأبو عبيد، وإليه ذهب الحنفية وهو رواية عن أحمد هي ما عليه

(١) مغنى المحتاج ٣/ ٢٤١.

جمهور أصحابه، ويرى الشافعية أن المتعة واجبة لكل مطلقة، سواء أكان الطلاق قبل الدخول أم بعده، إلا لمطلقة قبل الدخول سمي لها مهر فإنه يكتفى لها بنصفه، وتجب المتعة عندهم لمطلقة قبل دخول إن لم يجب شطر مهر، وتجب في الأظهر لمدخول بها، ولكل فُرْقة لا تكون بسبب من قبل الزوجة: كردة الزوج ولعانه وإسلامه، ومذهب الظاهرية أن المتعة فرض على كل من طلق امرأة، وطئها أو لم يطأها، فرض لها صداقها أو لم يفرض لها شيئا، وكذلك تجب المتعة عندهم للمفتدية أيضا، ويجبره الحاكم على ذلك أحب أم كره، وممن أوجب المتعة لكل مطلقة: ابن شهاب الزهري وسعيد بن جبير وأبو قلابة، وعطاء بن أبي رباح والحسن البصري، وإبراهيم النخعي وسفيان الثوري[1].

المذهب الثاني:

يرى من ذهب إليه أن المتعة مندوبة لكل مطلقة بائن في نكاح لازم، فمن طلقت قبل الدخول وقبل التسمية (المفوضة) وليس لها شيء من الصداق، ومن طلقت بعد الدخول، سواء قبل التسمية أم بعدها، لهما متعة، ولا متعة في كل فراق يتم باختيار المرأة، ولا في الفراق بالفسخ، ولا للمختلعة، أو الملاعنة، إلا من فرض لها صداق وطلقت قبل البناء بها، ومن اختارت نفسها لعيب في الزوج، ومخيرة ومملكة في الطلاق إذا طلقت نفسها، إلى هذا ذهب المالكية، ووافق المالكية في عدم وجوب المتعة الليث بن سعد وابن أبي ليلى، ويرى الحنفية استحباب المتعة في الطلاق بعد الدخول، وكذا قبله في نكاح فيه تسمية، ويرى جمهور الحنابلة استحباب المتعة لكل مطلقة غير المفوضة التي

(١) بدائع الصنائع ٢/ ٢٩١، ٢٩٢، ابن عابدين: رد المحتار ٢/ ٣٣٥، الشيرازي: المهذب ٢/ ٦٣، مغني المحتاج ٣/ ٢٤١، المغني ٧/ ١٨٣، البهوتي: كشاف القناع ٥/ ١٥٧، المحلى ١٠/ ٢٤٥- ٢٤٧.

لم يفرض لها مهر، حيث تجب لها[1].

أدلة هذه المذهبين:

استدل أصحاب المذهب الأول على وجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول إذا لم يسم لها مهر، بما يلي:

أولاً: الكتاب الكريم:

١- قال الله تعالى: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[2].

٢- قال جل شأنه: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾[3].

وجه الدلالة منهما:

أمر الله تعالى في الآية الأولى بالمتعة للمطلقة قبل الدخول التي لم يسم لها شيء في عقد نكاحها، وأمر في الثانية بالمتعة للمطلقات بإطلاق، وهذا الأمر بمجرده يفيد وجوب بذل هذه المتعة لهن، إلا أنه انضم إليها ما يؤكد هذا الوجوب، وهو قوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ في الأولى و ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾ في الثانية، ولفظة ﴿حَقًّا﴾ تعني واجبا، كما أن حرف ﴿عَلَى﴾ في الآيتين يفيد الوجوب.

٣- قال الحق سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ

(١) بدائع الصنائع ٢/ ٢٩١، الآبي: جواهر الإكليل ١/ ٣٦٥، الآبي: الثمر الداني / ٤٦٩، ابن جزي: القوانين الفقهية / ٢٠٢، المغني ٧/ ١٨٣، كشاف القناع ٥/ ١٥٥.

(٢) سورة البقرة: ٢٣٦.

(٣) سورة البقرة: ٢٤١.

أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ﴾[1].

وجه الدلالة منها:

أمر الله تعالى من طلق امرأة قبل أن يدخل بها أن يبذل لها المتعة، والأمر يقتضي الفرضية عند تجرده عن القرائن الصارفة كما في الآية الكريمة، فأفادت وجوب المتعة للمطلقة.

ثانيًا: الإجماع:

ادعى النووي انعقاد الإجماع على وجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول، إذا لم يسم لها مهر في العقد[2].

ثالثًا: القياس:

إنه طلاق في نكاح يقتضي عوضا، فلم يعر عن العوض كما لو سمى مهرا، وأداء الواجب من الإحسان فلا تعارض بينهما.

رابعًا: المعقول:

إن المفوضة لم يحصل لها شيء، فتجب لها متعة للإيحاش، بخلاف من وجب لها شطر الصداق.

---

(١) سورة الأحزاب: ٤٩.

(٢) مغني المحتاج ٣/ ٢٤١.

واستدل من أوجبوا المتعة لكل مطلقة ولو بعد الدخول بها، بما يلي:

أولاً: الكتاب الكريم:

قال تعالى في حق أمهات المؤمنين: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزۡوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدۡنَ ٱلۡحَيَوٰةَ ٱلدُّنۡيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيۡنَ أُمَتِّعۡكُنَّ وَأُسَرِّحۡكُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا﴾[1].

وجه الدلالة من الآية:

إن الله تعالى لما أمر نبيه أن يمتع نساءه إذا اخترن الحياة الدنيا وزينتها، فإن ذلك كان في حق نساء دخل بهن، مما يدل على أن المدخول بها تجب لها المتعة وجوبها لغير المدخول بها.

ثانيًا: آثار الصحابة:

روي عن إياس بن عامر أنه سمع علي بن أبي طالب رضي الله عنه يقول: «**لكل مطلقة متعة**»[2].

وجه الدلالة منه:

أفاد قول علي أن لكل مطلقة متعة، سواء طلقت قبل الدخول أو بعده، سمي لها مهر في عقد نكاحها أم لم يسم لها، وهو لا يقوله إلا عن توقيف، لأنه لا مدخل للرأي فيه.

ثالثًا: القياس:

١- إن ما حصل من المهر للمدخول بها إنما هو بدل عن الوطء، وبقي الابتذال بغير بدل، فوجب لها المتعة كالمفوضة قبل الدخول.

---

(١) سورة الأحزاب: ٢٨.

(٢) أخرجه ابن حزم بسنده في المحلى ١٠/ ٢٤٧.

٢- إن جميع المهر وجب في مقابلة استيفاء منفعة البضع، فخلا الطلاق عن الجبر، بخلاف من وجب لها النصف فإن بضعها سلم لها، فكان الشطر جابرا للإيحاش.

استدل أصحاب المذهب الثاني على أن المتعة مندوبة لطوائف من المطلقات وفقا لما ورد به، بما يلي:

الكتاب الكريم:

١- قال تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾.

٢- قال جل شأنه: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾.

وجه الدلالة منهما:

إن الله تعالى خص المحسنين والمتقين بمخاطبتهم بهذه المتعة، مما يدل أنها على سبيل الإحسان والتفضل، والإحسان ليس بواجب، ولأنها لو كانت واجبة لم تختص المحسنين والمتقين دون غيرهم.

المناقشة والترجيح:

والذي يرجح في النظر من المذهبين – بعد الوقوف على أدلتهما – هو ما ذهب إليه الشافعية القائلون بوجوب المتعة لكل مطلقة بائن قبل الدخول أو بعده، إذا كان طلاقها بسبب من قبل الزوج، ولم يفرض لها شيء، لما استدلوا به على مذهبهم، جبرا لها عن حرمانها من نعمة الزواج الذي حرمته بسبب لم يكن من قبلها، ولأنه الذي يقتضيه

قول الحق سبحانه: ﴿فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾[1]، وقوله جل شأنه: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[2]، وقوله عز من قائل: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[3]، وليس من المعروف أن يطلق الزوج زوجته بسبب لا دخل لها فيه، ثم لا يواسيها على تسببه في حرمانها نعمة الزواج بشيء، وعموم الآيات يفيد أن هذه المتعة لكل مطلقة قبل الدخول أو بعده، كما أن الأمر بها في هذه الآيات ورد مطلقا مجردا عن القرائن الصارفة للفظ الأمر عن حقيقته إلى معانيه المجازية، فضلا عن اقترانه بمؤكدات الوجوب، ومن حمل الأمر فيها على الندب والاستحباب يفتقر إلى قرينة صارفة إليه، وهي مفتقدة فيها، فتعين حملها على الوجوب، كما أن إيجاب المتعة لكل مطلقة ولو كانت رجعية، يبعد بتشريع المتعة عن غايتها، فليست كل مطلقة يضيرها الطلاق، وليس كل طلاق يفقد المرأة نعمة الزواج، فكان من مقتضيات شرعية المتعة أن تكون في إطار جبر الضرر الذي لحق المرأة من الطلاق، أو تعويضها عن فقد نعمة لم تتسبب في زوالها عنها.

ومن ثم فإنه وفقا لمذهب الظاهرية ومن وافقهم من فقهاء التابعين وتابعيهم تجب المتعة لكل مطلقة، قبل الدخول أو بعده، فرض لها مهر أم لم يفرض، كما تجب للمختلعة، وهو ما ذهب إليه الشافعية في المطلقة قبل الدخول أو بعده إن لم يسم لها مهر، كما تجب المتعة في كل فُرْقة لا تكون بسبب من قبل الزوجة، ووفقا لمذهب المالكية فإن المتعة مندوبة لكل مطلقة بائن في نكاح لازم، كمن طلقت قبل الدخول وقبل

(١) سورة البقرة: ٢٢٩.

(٢) سورة البقرة: ٢٣١.

(٣) سورة الطلاق: ٢.

التسمية (المفوضة) وليس لها شيء من الصداق، ومن طلقت بعد الدخول، سواء قبل التسمية أم بعدها، ومن فرض لها صداق وطلقت قبل البناء بها، ومن اختارت نفسها لعيب في الزوج، ومخيرة ومملكة في الطلاق إذا طلقت نفسها، وهو مذهب الحنفية في كل مطلقة بعد الدخول، وكذا قبله في نكاح فيه تسمية، وهو مذهب جمهور الحنابلة لكل مطلقة غير المفوضة التي لم يفرض لها مهر في عقد نكاحها حيث تكون واجبة لها.

الفرع الثاني

مدى استيعاب المتعة لنفقة مسكن المطلقة

إن مناط القول في مدى استيعاب المتعة لنفقة مسكن المطلقة، هو نوع المتعة ومقدارها، ولما لم يرد نص عن الشارع بنوعها ومقدارها كان للفقهاء تفصيل في ذلك أبينه فيما يلي:

المقصد الأول

ما يراعى عند تقدير المتعة

لم يرد عن الشارع تحديد مقدار المتعة التي تبذل للمطلقة، وإنما الذي ورد النص عليه هو مراعاة حال باذل المتعة من اليسار والإعسار، قال تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾، ولذا اختلف الفقهاء فيمن يراعى حاله من الزوجين عند تقديرها، على مذاهب:

المذهب الأول:

يرى أصحابه أنه يراعى في تقدير المتعة حال الزوج يسارا وإعسارا، وهو قول السرخسي الحنفي، وإليه ذهب المالكية، وهو وجه لبعض أصحاب الشافعي، وهو ما نص عليه أحمد وما عليه مذهب الحنابلة [(١)].

(١) جواهر الإكليل ١/ ٣٦٥، ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي / ٢٩١، الشيرازي: المهذب ٢/ ٦٣، نهاية المحتاج ٢/ ٣٣٦، مغني المحتاج ٣/ ٢٤٢، المغني ٧/ ١٨٦.

المذهب الثاني:

يرى من ذهب إليه أنه يراعى في تقديرها حال الزوجين يسارا وإعسارا، ونسب الزوجة وصفاتها، وهو ما ذهب إليه جمهور الحنفية والشافعية [(١)].

المذهب الثالث:

يرى أصحابه أنه يراعى في تقدير المتعة حال الزوجة، وهو قول الكرخي واختيار القدوري من الحنفية، وهو وجه لبعض الشافعية [(٢)].

أدلة هذه المذاهب:

استدل أصحاب المذهب الأول على أنه يعتبر في تقدير المتعة حال الزوج، بما يلي:

أولاً: الكتاب الكريم:

قال الله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾.

وجه الدلالة من الآية:

نصت الآية الكريمة على أن المتعة يراعى في تقديرها حال الزوج من اليسار أو الإعسار، وأنها تختلف، ولو أجزأ ما يقع عليه الاسم سقط الاختلاف، ولو اعتبر بحال المرأة لما كان على الموسع قدره وعلى المقتر قدره.

ثانيًا: القياس:

ولأن المتعة معتبرة بالنفقة، لأنها في معناها، والنفقة تعتبر بحال الزوج فاعتبرت المتعة بحاله كذلك.

---

(١) رد المحتار ٢/ ٣٣٦، نهاية المحتاج ٦/ ٣٥٩، مغني المحتاج ٣/ ٢٤٢.

(٢) رد المحتار ٢/ ٣٣٦، المهذب ٢/ ٦٣.

استدل أصحاب المذهب الثاني على أنه يعتبر في تقدير المتعة حال الزوجين معا، بما يلي:

أولاً: الكتاب الكريم:

١- قال الله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾.

٢- قال جل شأنه: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾.

وجه الدلالة من الآيتين:

أمر الله تعالى في الآية الأولى بمراعاة حال الزوج من السعة والعسر عند تقدير المتعة، وأمر سبحانه في الآية الثانية بمراعاة العرف عند تقدير متعة المطلقة، وهذا العرف يراعى فيه حال من يبذل لها المتعة، فاعتبر حالهما معا عند تقديرها.

استدل أصحاب المذهب الثالث على أنه يراعى في تقدير المتعة حال الزوجة، بما يلي:

ثانيًا: القياس:

إن المتعة بدل عن المهر وقائمة مقامه، والمهر يعتبر بقدر المرأة وحسبها ومنزلتها وحدها، فقدرت المتعة بحال المرأة وحدها.

المناقشة والترجيح:

والذي أراه راجحا من هذه المذاهب الثلاثة – بعد استعراض أدلتها – هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول، من أن المتعة تقدر بحسب حال باذلها يسرا وعسرا، لما استدلوا به، ولأن باذلها هو الذي يطالب بها، فمراعاة حال المرأة مع حاله قد يعنت به ويرهقه، إن لم يكن في مقدوره أن يبذل لها ما يناسب حالها، خاصة وأنها رضيت بما ينفقه عليها، والمتعة معتبرة بالنفقة، وقد قال الله تعالى في شأن إنفاق الزوج على زوجته أيا كان حالها: «لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها»[(١)].

(١) سورة الطلاق: ٧.

المقصد الثاني

نوع ما تكون منه المتعة وأدناها وأعلاها

اختلف الفقهاء في نوع المتعة وأدنى ما تكون منه وأعلاها، ولهم في ذلك اتجاهان:

الاتجاه الأول:

يرى من ذهب إليه أن المتعة لا حد فيها أدنى أو أعلى، وإنما هي بحسب حال الزوج يسارا أو إعسارا، وهو قول الحسن وعطاء، ومذهب المالكية والظاهرية، وثمة وجه لبعض أصحاب الشافعي أن المتعة لا تقدر بشيء،

وإنما الواجب فيها ما يقع عليه اسم المال، حيث يصلح أن يكون متعة للمطلقة [(١)].

الاتجاه الثاني:

يرى من ذهب إليه أن للمتعة مقدارا وحدا معينا، لا تنزل عنه، وإن جازت مجاوزته، على خلاف بينهم في مقدارها وحدها الأعلى والأدنى، على مذاهب:

المذهب الأول:

يرى أصحابه أن أدنى المتعة كسوتها، روي هذا عن ابن عباس وعائشة، وهو قول الثوري والأوزاعي وأبي عبيد، ويرى الحنفية أن متعتها ثلاثة أثواب: درع وخمار وملحفة [(٢)].

المذهب الثاني:

يرى أصحابه أن أعلى المتعة خادم إذا كان الزوج موسرا، وأدناها إذا كان فقيرا كسوة

---

(١) الكافي في فقه أهل المدينة / ٢٩١، المهذب ٢/ ٦٣، مغني المحتاج ٣/ ٢٤٢، المحلى ١٠/ ٢٤٨.

(٢) السرخسي: لمبسوط ٥/ ٨٢، فتاوى السغدي ١/ ٢٩٨،

تجزئها في صلاتها وهي درع وخمار أو نحو ذلك، روي هذا عن ابن عباس، وهو قول الزهري والحسن، وهو رواية عن أحمد قال بها بعض أصحابه، وقيدت الكسوة بما يجزئها في صلاتها لأن ذلك أقل الكسوة[1].

المذهب الثالث:

يرى من ذهب إليه أن المتعة مقدرة بنصف مهر المثل، وهو رواية عن أحمد[2].

المذهب الرابع:

يرى أصحابه أن مقدار المتعة يحدده الحاكم باجتهاده، وهو ما عليه مذهب الشافعية، وإن استحبوا أن يمتعها بخادم أو ثياب أو ثلاثين درهما، بحيث لا تنقص المتعة عن ثلاثين درهما، فهي حدها الأدنى، وأعلاها خادم، وأوسطها الثياب، ويسن أن لا تبلغ نصف مهر المثل[3].

أدلة هذين الاتجاهين:

استدل أصحاب الاتجاه الأول على أن المتعة لا تتقدر بشيء، وأن ما يصدق عليه اسم المال يصلح أن يكون متعة، بما يلي:

أولاً: الكتاب الكريم:

١- قال الله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾.

٢- قال جل شأنه: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾.

---

(١) المغني ٧/ ١٨٦، كشاف القناع ٥/ ١٥٨.

(٢) ابن قدامة: الكافي ٣/ ١٠٨.

(٣) المهذب ٢/ ٦٣، مغني المحتاج ٣/ ٢٤٢.

وجه الدلالة من الآيتين:

قال ابن حزم: لو أن الله تعالى وكل المتعة إلى المتمتع لوقفنا عند أمره ﷻ وألزمناه ذلك، لكنه تعالى ألزمه على قدر اليسار والإقتار، فلزمنا فرضا أن نجعل متعة الموسر بقدره ومتعة المقتر بقدره، ولم نجد في ذلك عن رسول الله ﷺ حدا، فوجب حمل ذلك على المعروف عند المخاطبين، فوجب بهذا الرجوع إلى ما صح عن الصحابة فما كان هو المعروف عندهم في المتعة فهو الذي أراد الله ﷻ [(١)].

ثانيًا: القياس:

إن المتعة معتبرة بالصداق، ولما كان الصداق يصح بكل ما يصدق عليه مسمي المال شرعا، فإن المتعة تصح بما يقع عليه اسم المال قليلا كان أو كثيرا.

استدل أصحاب الاتجاه الثاني على أن للمتعة مقدار واحد معين لا تنزل عنه، بما يلي:

استدل أصحاب المذهب الأول على أن أدنى المتعة ثلاثة أثواب، بما يلي:

أولاً: آثار الصحابة:

روى عن ابن عباس وعائشة رضي الله تعالى عنهم أن المتعة ثلاثة أثواب [(٢)].

ثانيًا: المعقول:

إن المرأة تصلي في ثلاثة أثواب وتخرج في ثلاث أثواب عادة، فيكون ذلك متعة لها تذكرة من الزوج إذا فارقها قبل أن يدخل بها.

---

(١) المحلى ١٠/ ٢٤٨.

(٢) أخرجه البيهقي في سننه ٧/ ٢٤٤.

استدل أصحاب المذهب الثاني على أن أعلى المتعة خادم إذا كان الزوج موسرا وأدناها إذا كان فقيرا كسوة تجزئها في صلاتها، بما يلي:

أولاً: آثار الصحابة:

١- روي عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «**أعلى المتعة خادم ثم دون ذلك النفقة ثم دون ذلك الكسوة**»[(١)].

٢- روى كنيف السلمي «**أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر الكلبية، فحممها بجارية سوداء**»[(٢)].

ثانيًا: القياس:

إن المتعة إنما قدرت بكسوة تجوز لها الصلاة فيها، لأن الكسوة الواجبة بمطلق الشرع تتقدر بذلك: كالكسوة في الكفارة والسترة في الصلاة.

استدل أصحاب المذهب الثالث على أن المتعة مقدرة بنصف مهر المثل، بما يلي:

القياس:

إن المتعة تقدر بنصف مهر المثل لأنها بدل عنه، فيجب أن تتقدر به، إذ البدل يكون على نحو المبدل منه.

---

(١) أخرجه ابن حزم بسنده في المحلى ١٠/ ٢٤٨.

(٢) التحميم: هو المتعة، والأثر أخرجه البيهقي في سننه ٧/ ٢٤٤.

استدل أصحاب المذهب الرابع على أن مقدار المتعة يحدده الحاكم، وإن كان المستحب أن تكون خادما أو ثيابا أو ثلاثين درهما، بما يلي:

أولاً: الكتاب الكريم:

قال تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾.

وجه الدلالة من الآية:

أمر الله تعالى الأزواج ببذل المتعة لأزواجهم إذا طلقوهن، وجعلها مقدرة بحال الزوج يسارا وإعسارا، والذي يقدر أحوال الزوج في ذلك هو الحاكم، فكان له تقدير هذه المتعة.

ثانيًا: الآثار:

١- روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «**يستحب أن يمتعها بخادم، فإن لم يفعل فبثياب**»[(١)].

٢- وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «**يمتعها بثلاثين درهما**»[(٢)]، وروي عنه أنه قال: «**يمتعها بجارية**»[(٣)].

٣- روى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «**أدنى ما يجزئ في المتعة ثلاثين درهما**»[(٤)].

---

(١) أخرجه ابن حزم في المحلى ١٠/ ٢٤٨.

(٢) أخرجه البيهقي في سننه ٧/ ٢٤٤.

(٣) أخرجه البيهقي في سننه ٧/ ٢٤٤.

(٤) أخرجه ابن حزم بسنده في المحلى ١٠/ ٢٤٨.

٤- اتفق ابن عباس وعبد الرحمن بن عوف بحضرة الصحابة ﷺ لا يعرف لها في ذلك مخالف من الصحابة على أن «متعة الموسر المتناهي خادم سوداء، فإن زاد على ذلك فهو محسن»[(١)].

وجه الدلالة من الآثار:

أفادت هذه الآثار أنه يستحب للزوج أن يمتع زوجته إذا طلقها بخادم أو جارية، فإن لم يفعل دفع إليها ثيابا، أو أعطاها ثلاثين درهما، وهؤلاء الصحابة لا يصدر عنهم ذلك إلا عن توقيف، لأن المقادير لا تنصب بالرأي، وإنما تنصب من قبل الشارع، فدل هذا على استحباب أن تكون أدنى المتعة وأعلاها ذلك.

ثالثًا: القياس:

إن مقدار المتعة أمر لم يرد الشرع بتقديره، وهو مما يحتاج إلى الاجتهاد، فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم كسائر المجتهدات.

المناقشة والترجيح:

وما أراه راجحا من هذين الاتجاهين – بعد استعراض أدلتهما – هو ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول، من أن المتعة لا حد فيها أدنى أو أعلى، وإنما هي بحسب حال الزوج يسارا أو إعسارا، وتقدير الحد الأدنى منها بالكسوة، سواء كانت ثلاثة أثواب أو أكثر، والحد الأعلى بخادم أو جارية، والوسط هو ثلاثون درهما، لا نص فيه، وأقوال الصحابة وآثارهم في ذلك متعارضة، فابن عباس ذكر الخادم والثياب ولم يذكر النقود، وابن عمر مرة ذكر أن المتعة جارية، وذكر مرة أخرى أنها ثلاثين درهما، دون أن يبين

(١) أخرجه ابن حزم بسنده في المحلى ١٠/ ٢٤٩.

أهذا حدها الأعلى أم الأدنى، ولم يرد عن النبي ﷺ في تقديرها شيء، أو تقديم نوع من المال فيها دون غيره، وإنما الوارد فيها الآية الآمرة بمراعاة حال باذل المتعة يسرا وعسرا، فوجب العمل بمقتضاها.

وإذا كان الواجب في المتعة ما يناسب حال الزوج عسرا ويسرا، دون تقيد بمقدار معين من المال أو نوع منه، وكان حال الزوج يخفى على الناس، ويتشاح الناس فيما يتعلق ببذل المال للغير، بحسبانه موضع الضنة والمنع، فإن للقاضي أن يقدر هذه المتعة عند الاقتضاء باعتبارها حقا واجبا على المطلق، ولا يمتنع شرعا أن يقدر في ضمنها أجرة مسكن للمرأة المطلقة إن افتقرت إلى مسكن بصفة مؤقتة أو دائمة، وكان هذا لا يعنت بمن تؤخذ منه المتعة، ولا يرهقه أخذها منه.

المطلب الثالث

حقيقة الحضانة وحكمها

الفرع الأول

حقيقة الحضانة

معنى الحضانة في عرف أهل اللغة:

الحِضْنُ ما دون الإبط إلى الكشح، وقيل: هو الصدر والعَضُدان وما بينهما، والجمع أَحْضانٌ؛ ومنه الاحْتِضانُ، وهو احتمالُك الشيءَ وجعلُه في حِضْنِك كما تَحْتَضِنُ المرأَةُ ولدها فتحتمله في أَحد شِقَّيْها، وحاضنةُ الصبي: هي التي تقوم عليه في تربيته، وحَضَنَ الصبيَّ يَحْضُنُه حَضْناً وحَضِانَةً: إذا جعله في حِضْنِة [(١)].

معنى الحضانة في عرف الفقهاء:

عرفها بعض الفقهاء بأنها عبارة عن: حفظ من لا يستقل بأمور نفسه، ووقايته عما يؤذيه، لعدم تمييزه وتربيته بتعهده بعمل مصالحه، والقيام بكل ما يتعلق براحته [(٢)].

---

(١) الرازي: مختار الصحاح ١/ ٦٠، ابن منظور: لسان العرب ١٣/ ١٢٢، الفيروز آبادي: القاموس المحيط ٤/ ٢١٥.

(٢) بدائع الصنائع ٤/ ٤٠، الدردير: الشرح الصغير ٢/ ٧٥٦، مغني المحتاج ٤/ ٩٥، كشاف القناع ٥/ ٥٧٦.

الفرع الثاني

حكم الحضانة وصفتها الشرعية

اتفق الفقهاء على وجوب حضانة الصغير، لأن المحضون قد يهلك بتركها، أو يتضرر بترك الحفظ، فوجب حفظه من الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك، ووجوب الحضانة عيني يتعلق بمن تتقرر له الحضانة إن لم يوجد غيره، أو لم يقبل الصغير سواه، ويكون الوجوب كفائيا إذا تعدد المستحقون للحضانة، وأقبل الصغير عليهم[(١)].

قال الحطاب: حكى ابن رشد والمتيطي الإجماع على وجوب كفالة الأطفال الصغار، لأنه خلق ضعيف يفتقر لكافل يربيه حتى يقوم بنفسه، فهو فرض كفاية إن قام به قائم سقط عن الثاني، ولا يتعين إلا على الأب والأم في حولي رضاعه، إن لم يكن له أب أو مال، أو كان إلا أنه لا يقبل غيرها[(٢)].

(١) الفواكه الدواني ٢/ ١٠٢، المغني ٧/ ٦١٢، كشاف القناع ٥/ ٥٧٦.

(٢) مواهب الجليل ٤/ ٢١٤.

المطلب الرابع

سن الحضانة

الفرع الأول

وقت ثبوت الحضانة وانتهاؤها

اتفق الفقهاء على أن حضانة الصغير تبدأ منذ ولادته إلى بلوغه سن التمييز[(١)]، واختلفوا في بقائها بعد هذه السن في حق الصغير أو الصغيرة إذا كانا غير معتوهين وافترق أبواهما، على مذاهب:

المذهب الأول:

ذهب إليه الحنفية الذين يرون أن الحضانة في حق الغلام غير المعتوه تستمر إلى أن يستغني عن رعاية النساء له فيأكل وحده، ويشرب وحده، ويلبس وحده، وقدر ذلك ببلوغه سبع سنين، وتظل الحضانة على الأنثى غير المعتوهة قائمة وفق ظاهر الرواية حتى تبلغ، إن كانت الحاضنة هي الأم أو الجدة، أما غير الأم والجدة فإنهن أحق بالصغيرة حتى تشتهى، وقدر ذلك بتسع سنين وبه يفتى، وقال محمد بن الحسن والفتوى على قوله في المذهب: إن الحكم في الأم والجدة كالحكم في غيرهما، فتنتهي حضانة النساء مطلقا على الصغيرة عند بلوغها حد الاشتهاء الذي قدر بتسع سنين، وقريب من هذا ما قاله الليث بن سعد من أن الغلام يكون عند أمه

(١) تبيين الحقائق ٣/ ٤٨، المبسوط ٥/ ٢٠٧، فتح القدير ٤/ ٣٧٢، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير للدردير ٢/ ٥٢٦، المهذب ٢/ ١٨٣، مغني المحتاج ٣/ ٤٥٦، المقدسي: الشرح الكبير ١١/ ٥٢٤، كشاف القناع ٥/ ٥٠١.

حتى يبلغ ثماني سنين وبالجارية حتى تبلغ، وما قاله الحسن بن حي من أن الأم أولى بالصغير حتى تكعب الابنة، ويبفع الغلام فيخيران بين أبويهما [(١)].

المذهب الثاني:

يرى من ذهب إليه أن الحضانة في حق الغلام والجارية السويين تستمر إلى بلوغهما سن التمييز، وهو سن السابعة غالبا، وهو مروي عن عمر وعلي وشريح، وهو مذهب الشافعية والحنابلة [(٢)].

المذهب الثالث:

يرى أصحابه أن الحضانة تستمر على الغلام حتى يبلغ سن الحلم، وتنقطع حضانته بالبلوغ ولو مريضا أو مجنونا على المشهور، أما الحضانة بالنسبة للأنثى فتستمر إلى زواجها ودخول الزوج بها، وهو ما ذهب إليه المالكية [(٣)].

المذهب الرابع:

يرى من ذهب إليه أن حضانة الغلام والجارية تستمر إلى بلوغهما سن الحلم، مع التمييز وصحة الجسم، فإذا بلغاها كانا أملك لنفسيهما، وهذا ما ذهب إليه الظاهرية [(٤)].

---

(١) بدائع الصنائع ٤/ ٤٢- ٤٤، ابن نجيم: البحر الرائق ٤/ ١٨٤، فتح القدير ٤/ ٣٧٢، رد المحتار ٢/ ٦٤١، المحلى ١٠/ ٣٢٩.

(٢) الرملي: نهاية المحتاج ٧/ ٢٢٠- ٢٢٢، مغني المحتاج ٣/ ٤٥٦، النووي: روضة الطالبين ٥/ ٤١٨، المغني ٨/ ١٩١، كشاف القناع ٥/ ٥٠١، المرداوي: الإنصاف ٩/ ٤٣٠.

(٣) حاشية الدسوقي ٢/ ٥٢٦، مواهب الجليل ٤/ ٢١٤، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني: ٢/ ١٦٨، شرح الرسالة ٢/ ١٢٠.

(٤) المحلى ١٠/ ٣٢٣، ٣٣٠.

أدلة هذه المذاهب:

استدل أصحاب المذهب الأول على التفصيل الذي ذكروه في حق سن حضانة الولد ذكرا أو أنثى، بما يلي:

أولاً: السنة النبوية المطهرة:

روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «**مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين**»[(١)].

وجه الدلالة منه:

أفاد هذا الحديث أن سن السابعة هي السن التي يستطيع كل من الغلام والجارية القدرة على القيام بالصلاة فيها، وما تفتقر إليه الصلاة من طهارة، وهي وإن لم تكن على الكمال، إلا أن الشرع أمر بمخاطبتهما بها، لتمكنهما من إدراك حقيقة ما يؤمران به.

ثانيًا: المعقول:

١- إن سن سبع سنين هي السن التي يستغني بها الصغير عن الاستعانة بغيره في أموره، فكانت هي مدة انتهاء حضانته[(٢)].

٢- إن الأنثى إذا حاضت أو بلغت أن تشتهى زالت حضانة أمها لها، فتكون عند الأب لحاجتها إلى رعايته وحفظه، وهو أقدر على ذلك من الأم، لافتقار الأم هي الأخرى إلى من يرعاها.

---

(١) أخرجه أبو داود والبيهقي في سننيهما وسكتا عنه، وقال ابن حجر أخرجه الحاكم في المستدرك. (سنن أبي داود ١/ ١٣٣، سنن البيهقي ٣/ ٨٤، ابن حجر: تلخيص الحبير ١/ ١٨٤).

(٢) رد المحتار ٣/ ٥٦٦.

٣- ولأن الأنثى تكون في حاجة إلى من ينفق عليها، ونفقتها تجب على أبيها، فتكون عنده إذا بلغت المحيض، ليتولى ذلك منها.

٤- ولأن الأصل أن تتوقت الحضانة بالبلوغ في الذكر والأنثى جميعاً، لكن ترك هذا الأصل في الغلام بإجماع الصحابة، لما روي أن أبا بكر رضي الله عنه قضى بعاصم بن عمر لأمه ما لم يشبّ عاصم، أو تتزوج أمه، فبقي الحكم في الفتاة على الأصل.

٥- ولأن الغلام إذا استغنى يحتاج إلى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال واكتساب العلوم، والأب على ذلك أقدر وأقوم، والفتاة بعد الاستغناء عن الحضانة أحوج إلى تعلم آداب النساء والتخلق بأخلاقهن وخدمة البيت، والمرأة أقدر على ذلك بعدما تبلغ أو تحيض، فإذا بلغت احتاجت إلى الحماية والصيانة والحفظ عمن يطمع بها، والأب فيه أقوى وأهدى [(١)].

استدل أصحاب المذهب الثاني على أن الحضانة في حق الغلام والجارية السويين تستمر إلى بلوغهما سن التمييز، وهو سن السابعة غالبا، بما يلي:

المعقول:

١- إن تقدير سن انتهاء الحضانة بسبع سنين، لأنها السن التي إذا بلغها الغلام تمكن فيها من الإعراب عما في نفسه، واستطاع أن يميز بين الإكرام وضده.

٢- ولأن هذه السن هي أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبة الصغير بالأمر بالصلاة، فكانت هي السن المعتبرة في انتهاء حضانته [(٢)].

---

(١) رد المحتار ٣/ ٥٦٦.

(٢) المغني ٨/ ١٩١- ١٩٢.

استدل أصحاب المذهب الثالث أن الحضانة في حق الغلام تستمر إلى أن يبلغ سن الحلم، وبالنسبة للأنثى إلى زواجها ودخول الزوج بها، بما يلي:

القياس:

إنه لا حكم لاختيار الأنثى، ولا يمكن انفرادها، فكانت الأم أحق بها حتى تتزوج، كما هو الحال قبل بلوغها سن السابعة.

المعقول:

إن الصبي فاسد الاختيار قبل بلوغه الحلم، ولذا فإن حضانة أمه تستمر عليه إلى أن يبلغ الحلم، ليكون له اختيار معتبر، فيختار من يكون عنده بعد البلوغ.

استدل أصحاب المذهب الرابع على أن حضانة الغلام والجارية تستمر إلى بلوغهما سن الحلم، بما يلي:

أولاً: الكتاب الكريم:

قال الله ﷻ: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾[1].

ثانيًا: السنة النبوية المطهرة:

روي عون بن أبي جحيفة عن أبيه رضي الله عنه: «**أن رسول الله ﷺ آخى بين سلمان وأبي الدرداء، فجاء سلمان يزور أبا الدرداء، فوجد أم الدرداء متبذلة، فقال لها: ما شأنك؟، فقالت: إن أخاك ليست له حاجة في الدنيا، فلما جاء أبو الدرداء رحب به وقرب إليه طعاما، فقال له: كل، فقال: أو لست أطعم؟، فقال: ما أنا بآكل حتى تأكل، فأكل معه وبات عنده، فلما كان من آخر الليل ذهب أبو الدرداء يقوم، فحبسه سلمان، فلما كان**

(١) سورة الأنعام: ١٦٤.

عند الفجر قال: قم الآن، فقاما فصليا، فقال له سلمان: إن لربك عليك حقا، ولنفسك عليك حقا، ولأهلك ولضيفك عليك حقا، فأعط كل ذي حق حقه، فذكر ذلك للنبيﷺ فقال: صدق سلمان»[1].

وجه الدلالة منهما:

أفادت الآية والحديث أن للولد حقا على والده، وأن مقتضى ثبوت هذا الحق، أن يرعاه وأن يتعهده حتى يستقل بأمر نفسه، ولا يصل إلى ذلك إلا بالبلوغ، فكانت غاية حضانة الولد البلوغ.

ثالثًا: المعقول:

إنه لا معنى للفرق بين الذكر والأنثى في ذلك، ولا لمراعاة زواج الابنة، لأنه شرع لم يأذن به الله تعالى وقد تُزَوج الأنثى وهي في المهد، وقد لا تتزوج وهي بنت تسعين سنة، ورب بكر أصلح وأنظر من ذوات الأزواج، وبضرورة الحس يدري كل أحد أن الزواج لم يزدها عقلا لم يكن ولا صلاحا لم يكن[2].

المناقشة والترجيح:

وما أرى رجحانه من هذه المذاهب – بعد استعراض أدلتها – هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول، من الحضانة تستمر على الغلام إلى أن يبلغ سن التمييز، وهي السن التي يستطيع فيها أن يقوم بأمر نفسه، وبدرك النافع والضار في حقه، فإذا بلغها زالت عنه الحضانة، وأن الأنثى تستمر حضانتها كما روي عن محمد بن الحسن إلى أن

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٥/ ٢٢٧٣.

(٢) المحلى ١٠/ ٣٣١.

تبلغ حد الاشتهاء، فإذا بلغتها زالت الحضانة عنها، لما استدل بـه هـذا الفريـق لمذهبـه، ولأن السن التي يبلغها الصغير ذكرا كان أو أنثى وفقا لهذا المذهب سـن يـتمكن معهـا من معرفة وجوه النفع ووجوه الضرر، فلا يحتاج إلى من يتولى تبصـيره بهـا، ولـذا فـإن حاجة الغلام بعد هذه السن ماسة إلى من يعلمه علما أو حرفة أو أدبا أو سـلوكا قـويما، والرجال على ذلك أقدر، وتكون حاجة الفتاة بعد سـن الحضـانة ماسـة إلى مـن يتـولى حفظها ورعايتها وصيانتها، وتقويم سلوكها، والرجـال عـلى ذلـك أقـدر، فيكـون إلى الأب أمر الصغير أو الصغير بعد انتهاء حضانتها.

الفرع الثاني

مآل الولد بعد انتهاء الحضانة

اختلف الفقهاء في مآل الولد ذكرا كان أو أنثى بعد انتهاء الحضانة، ولهم فيه مذهبان:

المذهب الأول:

يرى أصحابه أن الولد بعد انتهاء الحضانة لا يخير بين أبيه وأمه المفترقان، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والظاهرية، وإنما يكون عند أبيه عند جمهور الحنفية، ويكون عند أمه عند المالكية وبعض الحنفية، ويرى الظاهرية أن الولد بعد انتهاء حضانته يكون حيث شاء [(١)].

المذهب الثاني:

يرى من ذهب إليه أن الغلام إذا انتهت مدة الحضانة خير بين أبويه المفترقين إذا تنازعاه بينهما، فأيهما اختار ضم إليه، وهو ما قضى به عمر وعلي وشريح، وقول جماعة من التابعين وتابعيهم، منهم: الحسن بن حي، وإسحاق، والأنثى مثل الغلام في التخيير عند الشافعية وأما الحنابلة فيرون أن الغلام يخير بين أبويه، وأما الجارية فإن الأب يكون أحق بها [(٢)].

---

(١) بدائع الصنائع ٤/ ٤٢- ٤٤، رد المحتار ٢/ ٦٤١، البحر الرائق ٤/ ١٨٦، حاشية الدسوقي ٢/ ٥٢٦، المحلى ١٠/ ٣٣١.

(٢) فتح القدير ٤/ ٣٧٤، المغني ٨/ ١٩١، ١٩٢، كشاف القناع ٥/ ٥٠١، المحلى ١٠/ ٢٢٩،

أدلة المذهبين:

استدل أصحاب المذهب الأول على أن الولد لا يخير بين أبويه بعد انتهاء الحضانة، بما يلي:

أولاً: الأثر:

لم ينقل أن الصحابة ﷺ خيروا الولد بين أبويه [(١)].

اعترض على الاستدلال به:

أسند عبد الرزاق عن عمر رضي الله عنه «أنه خير ابنا بين أبيه وأمه، فاختار أمه فانطلقت به».

أجيب عنه:

إن تخيير عمر الولد بين أبويه محمول على أنه عرف ميل الابن إلى أمه، وهي في الواقع أحق بحضانته، فأحب تطييب قلب الأب مخالفة للشرع، فخير الابن بين أبيه وأمه [(٢)].

ثانيًا: القياس:

إن الولد يكون دون البلوغ، فلم يخير بين أبويه كمن دون السبع [(٣)].

ثالثًا: المعقول:

١- إن الغلام لا قول له ولا يعرف حظه، وربما اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ويمكنه من شهواته، فيؤدي إلى فساده [(٤)].

---

(١) البحر الرائق ٤/ ١٨٦.

(٢) فتح القدير ٤/ ٣٧٤.

(٣) البحر الرائق ٤/ ١٨٦

(٤) فتح القدير ٤/ ٣٧٤.

٢- إن الولد لقصور عقله يختار من عنده اللعب، ولذا تظل ولاية الأب على الصغير والصغيرة إلى البلوغ عند الحنفية، فإذا بلغ الغلام مستغنيا برأيه مأمونا عليه خير بين المقام مع وليه أو حاضنته أو الانفراد بنفسه، وكذلك الأنثى إن كانت ثيبا أو كانت بكرا طاعنة في السن ولها رأي، فإنها تخير كما يخير الغلام، وإن كان الغلام أو الثيب أو البكر الطاعنة في السن غير مأمون عليهم لو انفردوا بأنفسهم، بقيت ولاية الأب عليهم، كما تبقى الولاية على البكر إذا كانت حديثة السن، وكذلك الحكم بالنسبة للمعتوه تبقى ولاية الأب عليه إلى أن يعقل[(١)].

استدل أصحاب المذهب الثاني على أن الولد يخير بين أبويه المفترقين إذا تنازعاه بينهما، فأيهما اختار ضم إليه، بما يلي:

أولاً: السنة النبوية المطهرة:

١- روى أبو هريرة رضي الله عنه: «**أن النبي ﷺ خير غلاما بين أبيه وأمه**»[(٢)].

٢- وروي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «**جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد سقاني من بئر أبي عنبة، وقد نفعني، فقال له النبي ﷺ: هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت، فأخذ بيد أمه فانطلقت به**»[(٣)].

---

(١) البحر الرائق ٤/ ١٨٦.

(٢) أخرجه البيهقي والترمذي في سننيهما، والشافعي في مسنده، وقال الترمذي: حسن صحيح، وقال ابن حجر: أخرجه الترمذي وابن حبان مختصرا " أن النبي ﷺ خير غلاما بين أبيه وأمه "، وأخرجه ابن أبي شيبة من وجه آخر عن أبي ميمونة وصححه ابن القطان. (مسند الشافعي ١/ ٢٨٨، سنن البيهقي ٨/ ٣، سنن الترمذي ٣/ ٦٣٨، ابن حجر: الدراية ٢/ ٨٢).

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرك، وصحح إسناده، وأخرجه البيهقي وأبو داود في سننيهما، وسكتا عنه. (المستدرك ٤/ ٩٧، سنن البيهقي ٨/ ٣، سنن أبي داود ٢/ ٢٨٣).

وجه الدلالة منهما:

أفاد الحديثان أن رسول الله ﷺ خير الغلام بين أبويه، ومكن من اختاره الغلام من ضمه إليه.

اعترض على الاستدلال بهما بما يلي:

- قال ابن نجيم: لا دلالة في الحديثين على تخيير الولد بين أبويه، فقد قال رسول الله ﷺ في بعض الأحاديث عند تخيير الولد بين والديه، وقد كان أحدهما مسلما والآخر كافر: «اللهم اهده»، ذلك ما رواه عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان «أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فجاءا بابن لهما صغير لم يبلغ، فأجلس النبي ﷺ الأب هنا والأم هنا، ثم خيره، وقال: اللهم اهده، فذهب إلى أبيه»، وفي لفظ آخر «أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فأتت النبي ﷺ فقالت: ابنتي وهي فطيم، وقال رافع: ابنتي، فأقعد النبي ﷺ الأم ناحية، والأب ناحية، وأقعد الصبية ناحية، وقال لهما: ادعواها فمالت الصبية إلى أمها، فقال رسول الله ﷺ: «**اللهم اهدها، فمالت إلى أبيها فأخذها**»[1]، فوفق لاختيار الأنظر بدعائه ﷺ، أو يحمل التخيير في الأحاديث على ما إذا كان الولد بالغا[2].
- وقال ابن الهمام: يجاب عن حديث أبي هريرة بوجهين، أحدهما: أنه ﷺ دعا أن يوفق لاختيار الأنظر، على ما رواه أبو داود في الطلاق والنسائي في الفرائض، قال ابن القطان بعد ذكر الروايتين: اختلف في أنه غلام أو جارية، ولعلهما قضيتان،

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك، وقال: صيح الإسناد ولم يخرجاه، وأخرجه البيهقي وأبو داود في سننيهما وسكتا عنه.(المستدرك ٢/ ٢٢٥، سنن البيهقي ٨/ ٣، سنن أبي داود ٢/ ٢٧٣).

(٢) البحر الرائق ٤/ ١٨٦.

وقد روى من طريق عثمان البتي عن عبد الحميد ابن سلمة عن أبيه عن جده أن أبويه اختصما فيه، رواه ابن أبي شيبة، ورواه غيره وقال فيه: عبد الحميد عن يزيد بن سلمة، ولا يصح ذلك، لأن عبد الحميد بن سلمة وأباه وجده لا يعرفون، ولو صحت لا ينبغي أن يجعل خلافا لرواية أصحاب عبد الحميد بن جعفر عن عبد الحميد بن جعفر، فإنهم ثقات، وهو وأبوه ثقتان، وجده رافع بن سنان معروف، وأفاد أن المراد بقوله: عن أبيه عن جده، جد أبيه، قال: فإنه عبد الحميد بن جعفر بن عبد الله بن الحكم بن سنان، ونحن نقول: إنه إذا اختار من اختاره الشرع دفع له، لكن الوقوف على ذلك متعذر، بتخيير غيره ﷺ مع دعائه، فيجب بعده ﷺ اعتبار مظنة الأنظرية وهو فيما قلنا، ثانيهما: أن الولد كان بالغا، بدليل الاستقاء من بئر أبي عنبة، ومن دون البلوغ لا يرسل إلى الآبار للاستقاء، للخوف عليه من السقوط فيه، لقلة عقله وعجزه عنه غالبا، ونحن نقول: إذا بلغ فهو مخير بين أن ينفرد بالسكنى وبين أن يكون عند أيهما أراد، اللهم إلا أن يبلغ سفيها مفسدا فحينئذ يضمه إلى نفسه اعتبارا لنفسه بماله، ولا نفقة له على الأب إلا أن يتطوع، أما الجارية فإن بلغت بكرا ضمها إلى نفسه، وإن بلغت ثيبا فلها أن تنفرد بالسكنى، إلا أن لا تكون مأمونة على نفسها ولا يوثق بها، فللأب آن يضمها إليه، ولهذا صح أن الصحابة رضي الله عنهم لم يخيروا الولد بين أبويه [(١)].

- قال ابن حزم: في سند هذا الحديث أبو ميمونة، وهو مجهول، ليس هو والد هلال الذي روى عنه الحديث، ثم إذا تدبر الحديث لم تكن فيه حجة، لأنه ليس فيه أن الولد لو تخير أباه قضي له به، وأيضا فنحن لا ننكر تخييره إذا كان أحد الأبوين

(١) فتح القدير ٤/ ٣٧٣- ٣٧٤.

أرفق به، ولا شك في أن رسول الله ﷺ لا يخير بين خير وشر، ولا شك في أنه عليه الصلاة والسلام لا يخير إلا بين خيرين، ونحن على يقين من أنه عليه الصلاة والسلام لا يترك أحدا على اختياره ما هو فساد له في دينه أو في حالته، فقد يسوء اختيار الصغير لنفسه، ويميل إلى الراحة والإهمال، فلا شك في أنه عليه الصلاة والسلام إن كان خير الصبي فلم ينفذ اختياره إلا وقد اختار الذي يجب أن يختار، وما روي أنه خير ولدا بين أبويه وكان الأب مسلما والأم غير مسلمة، فاختار الولد أمه فقال رسول الله ﷺ: «**اللهم اهده، فذهب إلى أبيه**»، قلنا هذا خبر لم يصح قط، لأن الرواة له اختلفوا في سنده، وكل رواته مجهولون، ولا يجوز تخيير بين كافر ومسلم أصلًا [(١)].

ثانيًا: إجماع الصحابة:

١- روي عن عبد الرحمن بن غنم: «أن عمر رضي الله عنه خير غلاما بين أبيه وأمه» [(٢)].

٢- روي عن عمارة الجرمي أنه قال: «خيرني على بين عمي وأمي، وكنت ابن سبع أو ثمان» [(٣)].

٣- روي عن يونس بن عبيد الله الجرمي: «أن عمارة بن ربيعة خاصم فيه أمه وعمه إلى علي، قال: فخيرني على ثلاثا كلهن اختار أمي، ومعنا أخ لي صغير، فقال علي: هذا إذا بلغ مبلغ هذا خُيِّر» [(٤)].

---

(١) المحلى ١٠/ ٣٢٧.

(٢) أخرجه البيهقي في سننه ٨/ ٤.

(٣) أخرجه الشافعي في مسنده والبيهقي في سننه. (مسند الشافعي ١/ ٢٨٨، سنن البيهقي ٨/ ٤).

(٤) أخرجه ابن حزم في المحلى ١٠/ ٣٢٨.

٤- روي عن أبي ميمونة قال: «**شهدت أبا هريرة خير غلاما بين أبيه وأمه، وقال: إن رسول الله ﷺ خير غلاما بين أبيه وأمه**»[(١)].

قال ابن قدامة: إنه إجماع الصحابة، وهذه قصص في مظنة الشهر، ولم تنكر فكانت إجماعا منهم على مشروعية تخيير الولد بين أبويه[(٢)].

ثالثًا: المعقول:

١- إن التقديم في الحضانة يلحق به الولد، فيتقدم من هو أشفق، لأن حظ الولد عنده أكثر، واعتبرت الشفقة بمظنتها إذا لم يمكن اعتبارها بنفسها، فإذا بلغ الغلام حدا يستطيع فيه أن يعرب عن نفسه، ويميز بين الإكرام وضده، فمال إلى أحد الأبوين، دل على أنه أرفق به وأشفق عليه، فقدم بذلك، وقيد سن التخيير بالسبع، لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة.

٢- ولأن الأم قدمت في حال الصغر، لحاجة الولد إلى من يحمله ويباشر خدمته، وكانت الأم بذلك أعرف من غيرها به وأقوم، فإذا استغنى عن ذلك تساوى والداه، لقربهما منه فرجح باختياره[(٣)].

٣- إن الصغير إذا مال إلى أحد أبويه، دل على أنه أرفق به، واعتبر التخيير عند بلوغه السابعة، لأنها السن التي أمر الشارع فيها بمخاطبته بالصلاة، بخلاف الأم فإنها قدمت في حال الصغر، لحاجة الصغير إلى حمله ومباشرة خدمته، وهي أعرف بذلك من الأب[(٤)].

---

(١) أخرجه ابن حزم في المحلى ١٠/ ٣٢٦.

(٢) المغني ٨/ ١٩١.

(٣) المغني ٨/ ١٩١،

(٤) كشاف القناع ٥/ ٥٠١.

ووجه ما ذهب إليه الشافعية من استواء الذكر والأنثى في التخيير، ما يلي:

القياس:

إن كل سن خير فيه الغلام تخير فيه الجارية كسن البلوغ[1].

اعترض على الاستدلال به:

قال ابن قدامة: لا يصار إلى تخيير الجارية إذا تجاوزت السن التي تكون فيها حضانتها، لأن الشرع لم يرد به فيها، ولا يصح قياسها على الغلام، لأنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج كحاجتها إليه، ولا يصح قياس ذلك على سن البلوغ، لأن قولها حينئذ معتبر في إذنها وتوكيلها وإقرارها واختيارها، بخلاف مسألتنا، ولا يصح قياس ما بعد السبع على ما قبلها لما سبق[2].

ووجه الحنابلة في التفريق بين الذكر والأنثى في التخيير، وأن الأنثى تكون عند أبيها دون تخيير، ما يلي:

المعقول:

١- إن الغرض من الحضانة هو الأحظ للمحضون، والأحظ للجارية بعد بلوغها سبع سنين أن تكون عند أبيها، لأنها تحتاج إلى حفظ، والأب أولى بذلك، لأن الأم تحتاج إلى من يحفظها ويصونها.

٢- إن الأنثى إذا بلغت سبع سنين فقد قاربت الصلاحية للتزويج، وقد تزوج النبيﷺ عائشة وهي ابنة سبع، وإنما تخطب الجارية من أبيها لأنه وليها، فهو

(١) روضة الطالبين ٩/ ١٠٥.

(٢) المغني ٨/ ١٩٣.

المالك لتزويجها، وهو أعلم بالكفء وأقدر على البحث عنه، فينبغي أن يقدم على غيره، ولا يصار إلى تخييرها، لأن الشرع لم يرد به فيها[1].

المناقشة والترجيح:

بعد استعراض أدلة هذين المذهبين، وما ورد على بعضها من اعتراض به، فإني أرى رجحان ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول، من عدم تخيير الغلام أو الجارية بعد انتهاء حضانتهما، وأرجح ما ذهب إليه جمهور الحنفية في أنهما يكونان عند أبيهما دون اختيار منهما، لما استدلوا به على مذهبهم، ولأن الغلام أو الجارية إذا خيرا بين أبيهما وأنهما، فإنهما لابد وأن يختارا من بقيا عنده أمدا بعيدا، لا من يراهما بعض الوقت ثم ينصرفان عنه، وينصرف عنهما، خاصة وأن اختيارهما في هذه السن اختيار فاسد لا عبرة به، لسهولة استمالتهما والتغرير بهما من قبل الحاضن أو غيره دون أن يفطنا إلى ذلك، فضلا عن أنه تصرف وهما ليسا من أهله، يضاف إلى هذا أن الولاية عليهما تعتمد مصلحتهما، ومصلحة الغلام لدى من يعلمه أدبا أو خلقا أو سلوكا أو صنعة، وكذلك الفتاة، فإن مصلحتها لدى من يحفظها ويؤدبها ويرعاها، والأب على ذلك أقدر من غيره، فيكونان عنده.

وقد جر تطبيق غبر ذلك فيمن تكون له الولاية على الصغير والصغيرة بعد انتهاء حضانتهما، الكثير من المفاسد التي اصطلت بنارها بعض المجتمعات الإسلامية حتى يومنا.

وما ورد من أخبار تفيد جواز التخيير، فقد اعترض على الاستدلال بها بما لم يدفع، فنال من حجتها على مذهب المستدل بها، فلم يعد له فيها مستمسك.

---

(١) المغني ٨/ ١٩٣.

المطلب الخامس

أثر السفر على الحق في الحضانة

- اتفق الفقهاء على أن مكان حضانة الصغير هو المسكن الذي يقيم فيه والده، إذا كانت الحاضنة أمه وكانت الزوجية قائمة بينها وبين والد المحضون، أو كانت في عدته من طلاق رجعي أو بائن، ذلك أن الزوجة ملزمة بمتابعة زوجها والإقامة معه حيث يقيم، والمعتدة يلزمها البقاء في مسكن الزوجية حتى تنقضي عدتها سواء مع الولد أو بدونه، لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾[1]، وإذا انقضت عدة الأم فمكان الحضانة هو البلد الذي يقيم فيه والد المحضون أو وليه، وكذلك إذا كانت الحاضنة غير الأم، لأن للأب حق رؤية المحضون، والإشراف على تربيته، وهذا لا يتأتى إلا إذا كان الحاضن يقيم في بلد الأب أو الولي[2].

وأبين فيما يلي مدى سقوط الحضانة بسفر الحاضن إلى غير بلد الحضانة، سواء كان سفر نقلة أو غيرها، ومدى حق غير الحاضن في السفر بالمحضون إلى بلد آخر.

---

(١) سورة الطلاق: ١.

(٢) بدائع الصنائع ٤/ ٤٤، حاشية الدسوقي ٢/ ٥٢٧، المواق: التاج والإكليل ٤/ ٢١٥- ٢١٧، ابن جزي: القوانين الفقهية / ٢٢٤، الشيرازي: المهذب ٢/ ١٨٤، مغني المحتاج ٣/ ٤٥٨، المغني ٧/ ٦١٨، كشاف القناع ٥/ ٥٠٠، المحلى ١٠/ ٣٢٨.

الفرع الأول

مدى سقوط الحضانة بسفر الحاضن

للفقهاء تفصيل في ذلك:

أولاً: اتفق جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة ومن وافقهم من فقهاء التابعين: كالليث بن سعد وغيره) على المسائل التالية فيما يتعلق بسفر الحاضن:

- إذا أراد أحد الأبوين السفر لحاجة: كالتجارة أو الحج أو الاستشفاء، أو الاصطياف، أو السياحة، أو نحو ذلك، ولم يكن القصد من السفر الاستيطان في البلد المسافر إليه، أو الإقامة به، وكان الآخر مقيما في بلد الحضانة، فالمقيم أولى بالحضانة من المسافر، وإن كان المقيم غير حاضن، لأن في المسافرة بالولد إضرارا به، فبقاؤه مع المقيم أصلح له.

- وإذا كان سفر أحدهما للنقلة والانقطاع سقطت حضانة الأم، وتنتقل الحضانة لمن هو أولى بها بعدها، بشرط أن يكون الطريق آمنا، والمكان المنتقل إليه مأمونا بالنسبة للولد، ويكون أولى الناس بحضانته أبوه، سواء أكان هو المقيم أم المسافر، لأن الأب هو الذي يقوم بتأديب الصغير وحفظ نسبه والإنفاق عليه، فإذا لم يكن الولد في بلد الأب ضاع، لأنه في أن يكون مع أمه حضانة، وفي أن يكون مع أبيه حفظ نسبه وتأديبه، ويمكن أن يقوم مقام الأم غيرها في الحضانة، أما الأب فلا يقوم أحد مقامه في حفظ نسب الصغير، فكان الأب أحق، وقيد الحنابلة أولوية الأب بحضانة الصغير، بما إذا لم يرد مضارة الأم وانتزاع الولد منها، فإذا أراد مضارتها بذلك لم يُجب إليه، بل يعمل ما فيه مصلحة الولد.

- وإن كان أحدهما منتقلا إلى بلد ليقيم به، وكان الطريق أو البلد الذي ينتقل إليه مخوفا، فالمقيم أولى بالحضانة من المسافر كذلك، لأن في السفر به خطرا عليه وإضرارا به، حتى ولو اختار الولد السفر في هذه الحالة لم يجب إليه، لأن فيه تغريرا به.
- وإن كان البلد الذي ينتقل إليه للإقامة به آمنا وطريقه آمنا، فيكون الأب أحق بحضانته من الأم، سواء كان هو المقيم أو المنتقل، لأن الأب هو الذي يحفظ نسب ولده، ويمكن أن يقوم غير الأم مقامها في حضانة الولد، بخلاف الأب فلا يقوم به غير الأب، فكان أولى بالحضانة من الأم، ولأنه يقوم بتأديبه وتعليمه والإشراف على سلوكه، وفي مقامه معه تسهيل له للإنفاق عليه، إلا أن تكون المسافة بين البلدين قريبة بحيث يراهم الأب كل يوم ويرونه فتكون الأم على حضانتها.
- وإذا سافر الحاضن والوالد الآخر للولد إلى بلد واحد، فتكون حضانة الأم باقية لعدم وجود ما يسقطها، لاجتماعهما في بلد واحد، وكذا لو أخذ الأب الولد ثم اجتمع ووالدة المحضون في بلد، حيث تعود الحضانة للأم [(١)].

إلا أن هؤلاء الفقهاء اختلفوا في تحديد مسافة السفر، التي يكون السفر إليها مؤثرا في حكم الحضانة، بحيث يكون مسقطا لحضانة المسافر، وناقلا الحق في الحضانة إلى غيره:

فيرى فريق منهم أن مسافة السفر المؤثرة في حكم الحضانة تحدد بمسافة القصر، وهو

(١) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٢/ ٤٧٢- ٤٧٣، النفراوي: الفواكه الدواني ٢/ ٦٦، ابن جزي: القوانين الفقهية / ٢٢٤، المواق: التاج والإكليل ٤/ ٢١٧، المهذب ٢/ ١٨٤، مغني المحتاج ٣/ ٤٥٨- ٤٥٩، الغزالي: الوسيط ٦/ ٢٤٢، النووي: منهاج الطالبين ١/ ١٢١، المغني ٨/ ١٩٣، الماوردي: الإقناع ١/ ١٦٢، كشاف القناع ٥/ ٥٠٠، ابن تيمية: المحرر في الفقه ٢/ ١٢٠، البهوتي: الروض المربع ٣/ ٢٥٠، ابن مفلح: المبدع ٨/ ٢٣٦، المحلى ١٠/ ٣٣٠.

وجه عند بعض أصحاب الشافعي، وقول القاضي أبي يعلى وغيره من الحنابلة، وهو الذي نص عليه أحمد، ومذهب المالكية أن هذه المسافة مقدرة بستة برد [1] فأكثر، والأصح عند الشافعية أنه لا فرق في تقدير المسافة المؤثرة بين القريب والبعيد في ذلك [2].

ومن ثم فإذا كان السفر قريبا، بأن كان دون المسافة التي حددها الفقهاء، فلا تنزع حضانة الصغير ممن عنده، فإذا كان مع الأم لم ينزع منها، لأنها أتم شفقة، والسفر القريب كعدم السفر أصلا، فلا يترتب عليه ما يترتب على السفر البعيد، ولأن الانتقال لما دون المسافة المؤثرة في الحكم كالإقامة في محلة أخرى من البلد المتسع لإمكان مراعاة الولد [3].

وإن كنت أرى أن مسافة القصر التي حددها جمهور الفقهاء، أو ما هو أبعد منها وفقا للضابط الذي ذكره المالكية، لا يكون له أثر في الأسفار في زماننا، إذ الإنسان يقطع ما يقارب هذه المسافة وهو داخل حدود بعض المدن الآن، ولذا ينبغي أن يكون تحديد الضابط وفق ما يرفق بولي الصغير ولا يشق عليه، والذي أراه يرفق به، أن تحدد المسافة إلى البلد الذي تسافر إليه الحاضنة بالصغير، بالمسافة التي يتمكن معها وليه من قطعها لرؤيته ليعود إلى موطنه من نفس اليوم كما ذكر فقهاء الحنفية، فما تحقق فيه هذا الضابط كان سفرًا قريبًا غير مؤثر في الحضانة، وما لا يتحقق فيه ذلك عد سفرًا بعيدًا مؤثرًا فيها.

---

(١) البريد: لفظ معرب، وهو الرسول الذي ينقل الأخبار والرسائل، عبر به عن مقدار المسافة التي يقطعها رجل البريد إذا خرج من بلد، لإبلاغ الرسالة فعاد إلى نفس البلد الذي خرج منه في نفس يوم خروجه، ومسافة البريد قدرها أربع فراسخ، والفرسخ ثلاثة أميال، فمقدار البريد بالأمتار هي: ٤×١٢= ٤٨٠٠ ذراعا= ٢٢١٧٩ مترا ، ومن ثم فمقدر ستة برد هو: ٦×٢٢١٧٩= ١٣٣,٠٧٤ كم تقريبًا.

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢/ ٥٣١، مغني المحتاج ٣/ ٤٥٩، المهذب ٢/ ١٧٢، منهاج الطالبين ١/ ١٢١، المغني ٨/ ١٩٣، كشاف القناع ٥/ ٥٠٠.

(٣) مغني المحتاج ٣/ ٤٥٩، كشاف القناع ٥/ ٥٠٠، الروض المربع ٣/ ٢٥٠.

ثانيًا: يرى الحنفية:

أنه إذا كانت الأم هي الحاضنة حال قيام الزوجية بينها وبين والد الصغير، أو أثناء اعتدادها من طلاق أو وفاة، فمكان الحضانة: هو المكان الذي تقيم فيه مع الزوج، ولا يجوز لها الانتقال منه بالصغير إلا بإذن الزوج؛ لأن الزوجة ملزمة بمتابعة زوجها والإقامة معه حيث يقيم، والمعتدة يلزمها البقاء في مسكن الزوجية، سواء مع الولد أو بدونه، لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾[1].

أما الأم المطلَّقة بعد انتهاء العدة: فمكان حضانتها للصغير هو مكان إقامة الزوج كذلك، ولا يجوز لها الخروج من بلدة إلى أخرى ليست بلدا لها، ولم يعقد عليها بها، إذا كان بينهما وبين بلد الأب بعد في المسافة، بحيث لا يمكنه أن يبصر ولده، ثم يرجع في نهاره إلى بلده، فإن كان انتقالها به إلى وطنها الذي تزوجها والد الصغير فيه، جاز لها الانتقال بالمحضون إليه، ولو بعدت المسافة بينه وبين بلد الأب، وإلا لم يجز، ويسقط حقها في الحضانة حينئذ، لما روي عن عبد الرحمن بن الحارث بن أبي ذئاب أن عثمان ﷺ صلى بمنى أربعا، ثم قال: قال رسول الله ﷺ: «**من تأهل في بلدة فهو من أهلها، يصلي صلاة المقيم، وإني تأهلت منذ قدمت مكة**»، وفي رواية أخرى بلفظ: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**إذا تزوج الرجل ببلد فهو من أهله، وإنما أتممت لأني تزوجت بها منذ قدمتها**»[2].

---

(١) سورة الطلاق: ١.

(٢) أخرجه أبو يعلى وأحمد في مسنديهما، وابن أبي شيبة في مصنفه، وذكره البيهقي في المعرفة ولم يصل سنده به، ثم قال: منقطع وفي سنده عكرمة الأزدي ضعيف. (الهيثمي: مجمع الزوائد ٢/ ١٥٦، نيل الأوطار ٣/ ٢٥٩، الزيلعي: نصب الراية ٣/ ٢٧١).

وكذا يسقط حقها في الحضانة إذا سافرت به إلى بلدها الذي تم فيه عقد نكاحها، إذا كانت دار حرب، لما فيه من الإضرار بالولد والوالد المسلم أو الذمي، حتى لو كان الوالد والوالدة حربيين، ولو كان كلاهما مستأمنا جاز لها السفر بالمحضون إلى هذا البلد، لأنه لما عقد نكاحها به فالظاهر أنه يقيم معها فيه، فإذا خرج بعد ذلك وقد أعطاها المهر وجب عليها المتابعة، لأن المنكوحة ليس لها الخروج به من بلد إلى آخر مطلقا، لأن حق السكنى للزوج بعد إيفاء المعجل خصوصا بعدما خرجت معه، وإذا زالت الزوجية لم تجب المتابعة فيعود الأمر إلى الأول.

ولو كان الأولاد غيبا بأن تزوجها ببلد فولدت له أولادا فخرج بهم إلى غيره، ثم طلقها، فخاصمته فيهم ليردهم إليها، فإن أخرجهم بإذنها فليس عليه أن يأتي بهم إليها، وإنما يقال لها: اذهبي إليهم فخذيهم، وإن كان أخرجهم بغير إذنها فعليه آن يأتي بهم إليها، وفي الحال الثانية له منعها من السفر بهم، سواء كان موطنها إلا أنه لم يعقد نكاحها فيه، أو عقد نكاحها فيه ولم يكن موطنا لها على أصح الروايتين في المذهب، إلا أن تخرج إلى مَصَر قريب، بحيث لو خرج الأب لرؤية ولده أمكنه أن يبيت في أهله أو قريته في يوم سفره إليه، إذا كان العقد في قرية، لأنه كالانتقال من حارة إلى أخرى، وإن لم يكن العقد في قرية بل في مصر فليس لها إخراج الولد إلى القرية القريبة، وهذا كله فيما بين الأب والأم.

وقال بعض فقهاء الحنفية: الظاهر أن المتوفى عنها زوجها كالمطلقة في ذلك، فلا تملك السفر بالصغير بلا إذن الأولياء، لقيامهم مقام الأب، وما فيه إضرار بالولد ظاهر المنع.

وإذا أرادت الحاضنة السفر إلى بلد آخر، و كان بين الموضعين تقارب بحيث يتمكن

الأب من مطالعة ولده والرجوع إليه في نهاره، جاز لها أن تنتقل إليه سواء كان وطنا لها أو لم يكن، وسواء وقع عقد نكاحها فيه أو لم يقع، لأن الانتقال إلى بلد قريب بمنزلة الانتقال من محلة إلى محلة في بلدة واحدة.

أما إذا كانت الحاضنة غير الأم: كالجدة أو الأخت أو الخالة أو العمة، فلا يجوز لها الانتقال بالمحضون إلى غير بلد أبيه إلا بإذنه ورضاه، حتى لا يتضرر الولد، فلو انتقلت إلى بلد آخر بغير إذن الأب، سقط حقها في الحضانة، ونقل ابن حزم عن ابن أبي ليلى أنه يرى نحو ذلك[(١)].

ووفقا لمذهب الحنفية فإن المسافة بين البلد الذي يقيم فيه ولي الصغير وبين البلد الذي تنتقل إليه الحاضنة، والتي يكون لها تأثير في الحكم، هي المسافة التي إذا قطعها الأب لرؤية ولده لم يمكنه أن يرجع ليبيت في أهله أو قريته من نفس اليوم الذي سافر فيه، فما دون ذلك لا أثر له في الحكم.

ثالثًا: يرى الظاهرية:

أن الولد ذكرا أو أنثى يكون مع أمه الحاضنة له حيث أقامت إلى أن يبلغ الحلم، سواء تزوجت الأم أم لم تتزوج، وسواء كان البلد الذي تقيم فيه الأم هو بلد الزوج أو غيره، وسواء ارتحل عنه الأب أو أقام، إذا كانت الأم مأمونة في دينها ودنياها[(٢)].

وإنما كانت الحضانة للأم إلى أن يبلغ الولد وإن انتقلت به إلى غير بلد الأب، لقوله

(١) فتح القدير ٤/ ٣٧٤- ٣٧٥، الزيلعي: تبيين الحقائق ٣/ ٥٠، رد المحتار ٣/ ٥٦٩، المحلى ١٠/ ٣٣٠.
(٢) المحلى ١٠/ ٣٢٣.

تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾[1]، ولأن الولد قبل بلوغه يكون في يدها، لأنه في حجرها مدة الرضاع بنص قول الله ﷻ: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾[2]، فلا يجوز نقله أو نقلها عن موضع جعلهما الله تعالى فيه بغير نص، ولم يأت نص صحيح قط بأن الأم إن تزوجت يسقط حقها في الحضانة، ولا بأن الأب إن رحل عن ذلك البلد سقط حق الأم في الحضانة، وقد روي عن أبي هريرة ﷺ قال: «**قال رجل: يا رسول الله من أحق الناس بحسن صحابتي؟، قال: أمك قال: ثم من؟، قال: أمك، قال: ثم من؟، قال: أمك، قال: ثم من؟، قال: أبوك**»[3]، وروي عن أبي هريرة ﷺ قال: «**قال رجل: يا رسول الله من أحق الناس بحسن الصحبة؟، قال: أمك ثم أمك ثم أمك ثم أباك، ثم أدناك أدناك**»[4]، فهذا نص جلي على إيجاب الحضانة لها[5].

(١) سورة الأنفال: ٧٥.

(٢) سورة البقرة: ٢٣٣.

(٣) أخرجه الشيخان في صحيحيهما. (صحيح البخاري ٥/ ٢٢٢٧، صحيح مسلم ٤/ ١٩٧٤).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه ٤/ ١٩٧٤.

(٥) المحلى ١٠/ ٣٢٤.

الفرع الثاني

مدى حق غير الحاضن في الانتقال بالمحضون إلى بلد آخر

من خلال بيان آراء الفقهاء في حكم الانتقال بالمحضون إلى بلد آخر غير الذي كان فيه، فإنه يكون لغير الحاضن الانتقال بالمحضون إلى غير بلد الحاضن في الحالات التالية:

- إذا سافر والد المحضون إلى بلد آخر سفر نقلة وانقطاع، حيث تسقط حضانة الأم، وفق لما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، وتنتقل الحضانة إلى الأب، بشرط أن يكون الطريق آمنا، والمكان المنتقل إليه مأمونا بالنسبة للولد، لأن الأب هو الذي يقوم بتأديب الصغير وحفظ نسبه، فإذا لم يكن الولد في بلد الأب ضاع، لأنه يحتاج إلى الأب ليحفظ نسبه، ويتعهد تربيته وتأديبه والقيام على أمره، وليس ثمة من يقوم بذلك غير الأب، فكان هو الأحق بحضانته في هذه الحالة من الأم، وقيد الحنابلة أولوية الأب بحضانة الصغير، بما إذا لم يرد مضارة الأم وانتزاع الولد منها، فإذا أراد مضارتها بذلك لم يُجَب إليه، بل يعمل ما فيه مصلحة الولد.

- إذا تزوج الرجل ببلد فولدت له زوجته أولادا، فخرج بهم إلى غير البلد الذي تزوجها به، ثم طلقها، فخاصمته فيهم ليردهم إليها، فإن أخرجهم بإذنها فليس عليه أن يجيء بهم إليها وفقا لمذهب الحنفية.

- لا يجوز وفقا لمذهب الظاهرية سفر غير الحاضن بالمحضون مطلقا إلى غير بلد الحاضن، سواء كان المسافر هو الأب أو غيره، قريبا كان السفر أو بعيدا، إذا كان الحاضن مأمونا في دينه ودنياه.

المطلب السادس

مدى حق غير الحاضن من الأبوين في الاعتراض على سفر الحاضن بالمحضون

- اتفق جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة) كما سبق، على أن الأم إذا كانت هي الحاضنة حال قيام الزوجية بينها وبين والد الصغير، أو أثناء اعتدادها من طلاق أو وفاة، فمكان الحضانة: هو المكان الذي تقيم فيه مع الزوج، ولا يجوز لها الانتقال منه بالصغير إلا بإذن الزوج؛ لأن الزوجة ملزمة بمتابعة زوجها والإقامة معه حيث يقيم، والمعتدة يلزمها البقاء في مسكن الزوجية، سواء مع الولد أو بدونه، ومن ثم فإنه يكون للزوج أن يعترض على سفر زوجته الحاضنة بولده منها، إن لم يأذن لها فيه، سواء كانت الزوجية قائمة بينهما أو كانت تعتد من طلاقه الرجعي أو البائن، كما لا يجوز لها أن تسافر بالولد إلى بلد غير وليه، إن كانت متوفى عنها زوجها، ويكون للأب أو ولي الصغير حق الاعتراض على سفر الحاضنة بالصغير إلى بلد غير الذي يقيمان به.

- إذا أراد الحاضن من الأبوين السفر بالمحضون إلى بلد آخر لحاجة: كالتجارة أو الحج أو الاستشفاء، أو السياحة، أو نحو ذلك، ولم يكن القصد من السفر الاستيطان في البلد المسافر إليه، أو الإقامة به، إذا كان غير الحاضن من الأبوين مقيما في بلد الحضانة، حيث يكون المقيم منهما أولى بالحضانة من غيره، وفقا لما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لما في السفر بالمحضون في هذه الحالة من الإضرار به، ووفقا لهذا يكون من حق المقيم منهما وإن كان غير حاضن أن يعترض على سفر الحاضن بالولد إلى بلد آخر.

- إذا سافرت الأم سفر نقلة وانقطاع، وأقام الأب فلم يسافر، حيث تنتقل الحضانة من الأم إليه، وفقا لمذهب الجمهور، بحسبانه الذي يقوم بتربية الولد وتأديبه وحمايته وحفظ نسبه، وليس ثمة من يمكنه القيام بذلك غير الأب، هذا إذا لم يرد بعدم سفره مجرد مضارتها، بانتزاع الولد منها وفقا لما قيد به الحنابلة انتقال الحضانة منها إليه، حيث يكون للأب في هذه الحالة حق الاعتراض على سفر الأم الحاضنة بالمحضون إلى بلد غير الذي يقيم به.

- إذا أراد الحاضن أن يسافر سفر نقلة بالمحضون إلى بلد آخر، وكان الطريق إليها غير آمن، أو كانت البلد التي يراد الانتقال إليها غير آمنة، حيث تنتقل الحضانة وفقا لمذهب الجمهور من المسافر إلى المقيم من الزوجين، لما في السفر بالولد في هذه الحالة من لحاق الضرر به من الطريق المسلوكة أو البلد التي يقام بها، ويكون من حق المقيم منهما الاعتراض على سفر الحاضن بالولد عبر هذا الطريق، أو إلى هذه البلد.

- لا يجوز للحاضنة المطلقة البائن وفقا لمذهب الحنفية الخروج من بلد غير بلد من طلقها، إلى أخرى ليست بلدا لها، ولم يعقد عليها بها، إذا كان بينها وبين بلد الأب مسافة كبيرة، بحيث كان بعد المسافة بين البلدين لا يتمكن معه الأب أن يبصر ولده، ثم يرجع في نهاره هذا إلى بلده، ويكون للأب حق الاعتراض على سفرها بالولد إلى هذا البلد.

- ويسقط حق الأم في حضانة الولد، ويكون للأب حق الاعتراض على سفرها بولده، إذا سافرت به إلى بلدها، الذي لم يعقد والد الصغير نكاحه عليها فيه، وهذا وفقا لمذهب الحنفية.

- ولا يجوز لها وفقا لمذهب الحنفية السفر به إلى البلد الذي تم فيه عقد نكاحها وإن كان موطنا لها، إذا كانت دار حرب، لما فيه من الإضرار بالولد والوالد المسلم أو الذمي، حتى لو كان الوالد والوالدة حربيين، ولأن الولد يتخلق بأخلاق الكفار، ويكون للأب حق الاعتراض على سفرها بولده إلى هذا البلد.
- ووفقا لمذهب الحنفية إذا كانت الحاضنة غير الأم: كالجدة أو الأخت أو الخالة أو العمة، فلا يجوز لها الانتقال بالمحضون إلى غير بلد أبيه إلا بإذنه ورضاه، حتى لا يتضرر الولد، فلو انتقلت إلى بلد آخر بغير إذن الأب، سقط حقها في الحضانة، وكان لغير الحاضن حق الاعتراض على سفر الحاضنة بالمحضون إلى هذا البلد، ونقل ابن حزم عن ابن أبي ليلى أنه يرى نحو ذلك.

ووفقًا لمذهب الظاهرية لا يملك غير الحاضن الاعتراض على سفر الحاضن بالمحضون، إلا أن يكون الحاضن غير مأمون في دينه ودنياه، حيث تنتقل الحضانة منه إلى من هو أولى بها من المستحقين لحضانة الصغير، والذي يكون له حق الاعتراض عند انعدام أمانة الحاضن في دينه ودنياه.

المطلب السابع

أثر السفر الداخلي أو الخارجي على بقاء الحق في الحضانة

بين الفقهاء المسافة التي ينوى الحاضن قطعها بالمحضون إلى البلد الذي يريد السفر إليه، والتي يكون لها أثر على بقاء حضانة المسافر أو زوالها عنه:

- حدد جمهور الفقهاء المسافة بين البلد الذي يكون فيه ولي المحضون أو الزوجة وبين البلد الذي يريد الحاضن السفر إليه، والتي يكون لها أثر في بقاء الحضانة أو زوالها، إذ حددها بعض الشافعية والحنابلة بمسافة القصر، وهو الذي نص عليه أحمد، وقدرها المالكية بستة برد فأكثر، وعلى الأصح عند الشافعية أنه لا فرق بين السفر القريب والبعيد في ذلك، فكل مسافة يقطعها الحاضن بالمحضون بين بلدين في الحالات التي لا يجوز له فيها السفر به، تُسقط حقه في الحضانة، ويرى الحنفية أن المسافة بين البلد الذي يريد الحاضن السفر إليه بالمحضون وبين بلد الأب أو الولي هي المسافة الكبيرة، التي يكون بعد المسافة فيها بين البلدين مانعا الأب أو الولي من أن يبصر الصغير، ثم يرجع في نهاره هذا إلى بلده، حيث تكون هذه المسافة مسقطة للحق في الحضانة [(١)].

- ووفقا لما ذهب إليه هؤلاء من تحديد مسافة سفر الحاضن المؤثرة في بقاء الحضانة، فإن سفر الحاضن إلى بلد تكون المسافة بينها وبين بلد ولي الصغير أدنى من هذه المسافة، فلا يسقط الحق في حضانة المسافر إليها، لأن السفر القريب كعدم السفر

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢/ ٥٣١، مغني المحتاج ٣/ ٤٥٩، المهذب ٢/ ١٧٢، منهاج الطالبين ١/ ١٢١، المغني ٨/ ١٩٣، كشاف القناع ٥/ ٥٠٠.

أصلا، فلا يترتب عليه ما يترتب على السفر البعيد، ولأن الانتقال لما دون المسافة المؤثرة في الحكم، كالإقامة في محلة أخرى من البلد المتسع، لإمكان مراعاة الولد.

- فإذا كان سفر الحاضن إلى بلد سفرا لا تقصر فيه الصلاة، وهو سفر في داخل الدولة أو الولاية أو المحافظة، فإنه لا يؤثر في بقاء الحق في الحضانة لمن ثبت له، عند من يرى ذلك من الشافعية والحنابلة، وقريب منه ما يراه الحنفية، باعتبار أن هذه المسافة التي تكون دون مسافة القصر يتمكن معها ولي الصغير من السفر لرؤيته في البلد الذي نقل إليه، وعوده منه في نفس اليوم إلى بلده.
- ومثل هذا في الحكم إذا سافر إلى بلد بينها وبين بلد ولي الصغير أدنى من ستة برد (١٣٣ كم) تقريبا، وهذا لا يصدق إلا على من سافر سفرا داخليا، بين قريتين أو محافظتين أو ولايتين تقل المسافة بينهما عن هذا المقدار.
- وقد ذكر جمهور الفقهاء أن الحاضن إذا سافر والوالد الآخر للولد إلى بلد واحد، فتكون حضانة الأم باقية للولد، لعدم وجود ما يسقطها، لاجتماعهما في بلد واحد، وكذا لو أخذ الأب الولد ثم اجتمع ووالدة المحضون في بلد واحد، حيث تعود الحضانة للأم، وكذلك تعود الحضانة بعد زوالها إذا سافر الحاضن سفرا يزيل عنه أحقيته في حضانة الولد، ثم عاد، لأن الحضانة إذا زالت لمانع ثم زال المانع عاد الحق في الحضانة، لأن سبيلها قائم، وأنها امتنعت لمانع فإذا زال المانع عاد الحق بالسبب السابق الملازم، طبقا للقاعدة المعروفة «إذا زال المانع عاد الممنوع»، وهذا كله متفق عليه بين الفقهاء [(١)].

---

(١) رد المحتار ٢/ ٦٤٠، حاشية الدسوقي ٢/ ٥٣٢- ٥٣٣، المهذب ٢/ ١٧٠، مغني المحتاج ٣/ ٤٥٦- ٤٥٧، كشاف القناع ٥/ ٤٩٨- ٤٩٩، ٥٠٠.

- ووفقا لمذهب الحنفية إذا كانت الحاضنة غير الأم: كالجدة أو الأخت أو الخالة أو العمة، فلا يجوز لها الانتقال بالمحضون إلى غير بلد أبيه إلا بإذنه ورضاه، حتى لا يتضرر الولد، فلو انتقلت إلى بلد آخر بغير إذن الأب حتى ولو كان بلدا قريبا، سقط حقها في الحضانة، وقد نقل ابن حزم عن ابن أبي ليلى أنه يرى نحو ذلك.
- وأما على الأصح من مذهب الشافعية فكل سفر مؤثر، حتى ولو كان من قرية أو محلة إلى أخرى تجاورها.

المطلب الثامن

مدى حق غير الحاضن في زيارة المحضون

الفرع الأول

حدود حق زيارة غير الحاضن للمحضون

لما كان المقصود من زيارة الصغير الاطمئنان على حسن رعايته والقيام على أمره من قبل من يحضنه، وكان هذا الحق مقررا لغير الحاضن من الوالدين وغيرهم من ذوي قرباه، فإن حق الزيارة لا يقتصر على مجرد الرؤية، بل يتعداه إلى تعليم المحضون وتأديبه وتمريضه وصيانته كذلك، بل ذكر الفقهاء أن الأم أولى بتمريض الولد ذكرا كان أو أنثى من الأب وإن كان حاضنا، وتقوم الأم بتمريضهما في بيت الأب، فإن امتنع من تمريضها لهما في بيته مرضتهما في بيتهما، ويقوم الأب بعيادتهما عندها، وللأب وإن كان غير حاضن أن يتولى تعليم ولده الأمور الدينية، وتأديبه بما يليق به، وتعليمه إن كان ذكرا صنعة أو حرفة، بل له تسليمه إلى من يعلمه صنعة أو حرفة أو علمًا.

إلا أن الفقهاء ذكروا قيودا لهذه الزيارة: منها:

١- أن من له حق زيارة المحضون لا يطيل المكث في سكن الحاضن.

٢- وأن لا يترتب على زيارته خلوة محرمة بالحاضن، فإن كان الزائر هو الأم وجب على الأب الحاضن أن يخلي لها وللمحضون حجرة لتكون مع المحضون بها مدة زيارتها له، فإن ضاق المسكن عن تخصيص حجرة لهما، وجب على الأب أن يخرج من المسكن، حتى لا يترتب على وجوده به مع مطلقته خلوة محرمة، إن لم

يكن بالمسكن غيرهما والمحضون.

٣- أن لا يتبسط غير الحاضن من والدي المحضون مع الطرف الآخر، حتى لا يفضي ذلك إلا مواقعة المحظور، بحسبان كل منهما أجنبيا عن الآخر.

٤- أن يكون توقيت هذه الزيارة وفقا للعادة، بحيث تكون يوما في الأسبوع على الأقل إذا بعد مقام الزائر عن المحضون، فإن كان مقامه بجواره جاز له أن يزوره كل يوم.

٥- أن يكون غير الحاضن مأمونا على المحضون، فإن خيف منه أن يفسد طباعه أو خلقه، أو يوغر صدره على الحاضن أو يغريه بعقوقه أو الإساءة إليه منع من الخلوة به.

٦- أن لا يترتب على زيارة غير الحاضن إلحاق الضرر به، بأن كان مريضا أو زمنا أو به مانع يمنعه من القدوم إلى سكن الحاضن، فإن قام به ذلك بعث الحاضن بالمحضون إلى الطرف الآخر رفقا به، إذا أمن خروج المحضون وذهابه إليه.

ومن نصوص الفقهاء الدالة على حدود هذا الحق ما يلي:

- قال المواق: «وللأب تعاهده وأدبه وبعثه للمكتب.. وإذا كان الابن في حضانة أمه لم يمنع من الاختلاف لأبيه يعلمه ويأوي لأمه، لأن للأب تعليمه وتأديبه وإسلامه في المكتب والصنائع»[(١)].
- وقال الحطاب: «وللأب تعاهد ولده عند أمه وأدبه وبعثه للمكتب ولا يبيت إلا

(١) المواق: التاج والإكليل ٤/ ٢١٥.

عند أمه.. فإذا تزوجت سقطت حضانتها، ولذلك شرط في الجدة التي لا تكون عند أمه التي سقطت حضانتها، قال في التوضيح يمكن أن تكون العلة أن للأب تعاهدهم عند الأم وأدبهم، فإذا سكنت الحاضنة مع أمهم لم يكن للأب تعاهدهم لسبب ما يحدث بذلك مما لا يخفى، وللأب القيام بجميع أمور ولده: يختنه ويصنع الصنيع، وله أن يختنه في داره ثم يرسله لأمه»[1].

- قال الشربيني: «ولا تمنع الأم زيارة ولديها على العادة كيوم في أيام لا في كل يوم، ولا يمنعها من دخولها بيته، وإذا زارت لا تطيل المكث، وهي أولى بتمريضها عنده، لأنها أشفق وأهدى إليه، هذا إن رضي به وإلا فعندها ويعودهما، ويحترز في الحالين عن الخلوة بها، وإذا اختارها ذكر فعندها ليلا وعنده نهارا، ليعلمه الأمور الدينية والدنيوية على ما يليق به، لأن ذلك من مصالحه.. أو اختارتها أنثى أو خنثي.. فعندها ليلا ونهارا لاستواء الزمنين في حقها، ويزورها الأب على العادة، ولا يطلب إحضارها عنده، وإن اختارهما مميز أقرع بينهما، ويكون عند من خرجت قرعته منهما، أو لم يختر واحدا منهما فالأم أولى لأن الحضانة لها ولم يختر غيرها»[2].

- قال ابن ضويان: «فإن اختار أباه كان عنده ليلا ونهارا ليحفظه ويعلمه ويؤدبه، ولا يمنع من زيارة أمه ولا هي من زيارته، لما فيه من الإغراء بالعقوق وقطعية الرحم، وإن اختار أمه كان عندها ليلا، لأنه وقت الانحياز إلى المساكن، وعند أبيه نهارا ليطعمه ويؤدبه لئلا يضيع، ولأن النهار وقت التصرف في الحوائج وعمل الصنائع»[3].

---

(١) الحطاب: مواهب الجليل ٤/ ٢١٥.

(٢) الشربيني: الإقناع ٢/ ٤٩١.

(٣) ابن ضويان: منار السبيل ٢/ ٢٨٢.

- قال ابن قدامة: «إذا كانت الجارية عند الأم أو عند الأب فإنها تكون عنده ليلا ونهارا، لأن تأديبها وتخريجها في جوف البيت، من تعليمها الغزل والطبخ وغيرها.. ولا يمنع أحدهما من زيارتها عند الآخر، إلا أن يخلو الزوج بأمها، ولا يطيل ولا يتبسط.. وإن مرضت فالأم أحق بتمريضها في بيتها، وإن كان الغلام عند الأم.. كان عندها ليلا ويأخذه الأب نهارا ليعلمه في مكتب أو في صناعة، لأن القصد حظ الغلام وحظه فيما ذكرناه، وإن كان عند الأب كان عنده ليلا ونهارا ولا يمنع من زيارة أمه.. وإن مرض كانت الأم أحق بتمريضه في بيتها»[1].

وهذه النقول وكثير غيرها يفيد أن لغير الحاضن أن يقوم بزيارة المحضون بالضوابط التي وردت في ثنايا كتبهم متعلقة برؤية المحضون وتهده من غير الحاضن.

(١) المغني ٨/ ١٩٣.

الفرع الثاني

مدى اعتبار القانون المنظم للزيارة في المجتمع الذي به المحضون

بين الفقهاء أن غير الحاضن لا يمنع من زيارة المحضون في مسكن من يحضنه بالضوابط السابق ذكرها، سواء كان من له حق زيارته هو الأب أو الأم أو غيرهما، كما بينوا أن هذه الزيارة تكون كل أسبوع مرة على الأقل، وفي مسكن الحاضن، ولم يمنعوا أن تكون المدة التي تفصل بين الزيارة والأخرى أقل من أسبوع، وفقا لما تقتضيه متابعة غير الحاضن حال المحضون وما وصل، وبما لا يترتب عليه الاستيحاش بينهما أو العقوق، ولم يمنعوا أن تكون زيارة غير الحاضن المحضون في غير مسكن من يحضنه.

وإذا كان الغرض من الحضانة هو مراعاة الأحظ للولد ذكرا كان أو أنثى، من تأديبه وتربيته، وحفظه، وتعهده، وتعليمه أمور الدين، وما ينصلح به مستقبل حياته من الحرف أو الصنائع، واكتساب الخبرات العلمية والعملية في المجالات المختلفة، مع تحقيق صلة الولد بوالديه وعدم عقوقهما، وكان قانون المجتمع الذي يوجد به المحضون ينظم هذه الزيارة على نحو معين، تتحقق معه هذه المقاصد الشرعية، ولا يخل بشيء منها، فإنه يعتد بنصوصه في تنظيم هذه الزيارة، فإنه حيث توجد المصلحة المشروعة فثم شرع الله تعالى.

الفرع الثالث

معيار تحديد نفقة الطفل حال انفصال أبويه

المقصد الأول

من تجب عليه نفقة الولد

لا خلاف بين الفقهاء على وجوب نفقة الأولاد الذين لا مال لهم ولا كسب، على أبيهم الموسر بالنفقة إن فضلت عن حاجة نفسه، فإن لم يكن لهم أب موسر بها، وجبت نفقتهم على أمهم عند الحنفية والشافعية والحنابلة، خلافا للمالكية في وجوبها على الأم في هذه الحالة [(١)].

ومما استدل به لذلك ما يلي:

أولاً: الكتاب الكريم:

١- قال الحق سبحانه: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [(٢)].

وجه الدلالة منها:

أوجب الله تعالي في الآية الأجرة لإرضاع الأولاد على آبائهم، وهذا يقتضي إيجاب مؤنتهم ونفقتهم على أصولهم.

---

(١) رد المحتار ٢/ ٦٩٧، تبيين الحقائق ٣/ ٦٢، الفواكه الدواني ٢/ ١٠٦، الشنقيطي: مواهب الجليل ٣/ ٢٣٤، مغني المحتاج ٣/ ٤٤٦- ٤٤٧، الكوهجي: زاد المحتاج ٣/ ٥٩٤، المغني ٧/ ٥٨٢، ٥٨٣، ٥٨٤، الكافي ٣/ ٣٧٣، المحلي ١١/ ٣٤٢.

(٢) سورة الطلاق: ٦.

٢- قال عز من قائل: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[(١)].

وجه الدلالة من الآية:

أوجبت الآية على المولود له أجرة من أرضعت ولده، والمولود له هو الأب، فأوجب الله تعالى عليه رزق النساء لأجل الأولاد، فتجب عليه نفقة الأولاد بالأولى.

ثانيًا: السنة النبوية المطهرة:

روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: «**دخلت هند بنت عتبة - امرأة أبي سفيان - على رسول الله ﷺ، فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني، إلا ما أخذت منه ماله بغير علمه، فهل على في ذلك جناح؟، فقال: خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك**»[(٢)].

وجه الدلالة منه:

أفاد هذا الحديث إذن رسول الله ﷺ لهند أن تأخذ من مال زوجها كفاية أبنائها من النفقة بالمعروف، فدل على وجوب نفقة الأولاد على والديهم.

ثالثا: الإجماع:

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم[(٣)].

---

(١) سورة البقرة: ٢٣٣.

(٢) أخرجه البخاري ومسلم في الصحيحين. (عون الباري ٥/ ١٤٦، السراج الوهاج ٥/ ٥٠٤).

(٣) زاد المحتاج ٣/ ٥٩٤، المغني ٧/ ٥٨٣.

رابعًا: القياس:

إن ولد الإنسان بعضه، وهو بعض والده، فكما يجب على الإنسان أن ينفق على نفسه وأهله، فكذلك يجب عليه أن ينفق على بعضه[(١)].

المقصد الثاني

معيار تحديد نفقة الولد

اتفق الفقهاء على أن الواجب في نفقة الأولاد قدر الكفاية من الطعام والكسوة والسكنى، وكذا الرضاع إن كان الولد رضيعا[(٢)].

ومما يدل لاعتبار معيار الكفاية من ذلك بالنسبة للولد، ما يلي:

أولاً: نصوص الكتاب الكريم والسنة المطهرة المذكورة في المقصد السابق:

وجه الدلالة منها:

أفادت هذه النصوص أن نفقة الولد تكون بمقدار كفايته بالمعروف، فيراعى في الطعام والكسوة والسكنى والإرضاع إن افتقر إليه مقدار كفايته، وإن احتاج إلى خادم فعلى المنفق إخدامه، لأن ذلك من تمام كفايته.

ثانيًا: المعقول:

١- إن النفقة وجبت للحاجة، فتقدر بما تندفع به الحاجة.

٢- إن النفقة والكسوة والسكنى والخادم الذي يفتقر إليه الولد من جملة كفايته، فتكون على الأب الموسر أو المتوسط الحال القادر على بذلها.

---

(١) المغني ٧/ ٥٨٣.

(٢) بدائع الصنائع ٤/ ٣٨، المبسوط ٥/ ٢١٠، شرح فتح القدير ٤/ ٤١١- ٤١٢، مواهب الجليل ٤/ ٢٢٠، حاشية الدسوقي ٢/ ٥٢٣، مغني المحتاج ٣/ ٤٤٨، حواشي الشرواني ٨/ ٣٥٩، المغني ٧/ ٥٩٥.

الفرع الرابع

مدى اعتبار ما يقرره قانون المجتمع الذي به المحضون في تحديد نفقته

لما كان مناط تقدير نفقة الولد حال انفصال أبويه، هو مقدار كفايته بالمعروف وفقا لما ورد في نصوص الشرع، وكان تقدير كفاية المنفق عليه من النفقة مختلفا من مجتمع إلى آخر، وفقا لحاجات الناس فيه، وما يفتقرون إليه للعيش في هذا المجتمع، ومستوى معيشة أهله وتكاليفها، فإن تقدير حد الكفاية في النفقة لمن يقيم في المجتمع تفتقر إلى اجتهاد موضوعي من أهل الاختصاص في ذلك، يحدد وجوه الإنفاق لكل حالة في ضوء الاحتياجات الضرورية والحاجية، وما يكفي من نفقة لذلك، ومدى مقدرة من تجب عليه النفقة على الوفاء بهذه النفقات، والقاضي هو من يمكنه القيام بذلك في ظل القوانين المنظمة لتقدير النفقة في المجتمع الذي به مستحق النفقة من أولاد المطلقين، بما لديه من سلطات يمكنه بها الوقوف على حقيقة ما يفتقر إليه هؤلاء من وجوه النفقة، وقيمتها، ومدى مقدرة من تجب عليه في الوفاء بها، ولذا فلا يمتنع شرعا أن يحدد قانون المجتمع الذي به الولد المحضون مقدار النفقة وفقا لما سبق، إذا راعى في تقديرها كفاية المحضون من أنواع النفقة.

أهم نتائج البحث

١- اتفق الفقهاء على أن المبتوتة إن كانت حاملا فلها النفقة بشعبها الثلاث: من إطعام وكسوة وسكنى، والراجح أنه لا نفقة لها ولا سكنى إن كانت حائلًا.

٢- تجب متعة لكل مطلقة قبل الدخول أو بعده إن لم يسم لها مهر، كما تجب في كل فُرْقة لا تكون بسبب من قبل الزوجة.

٣- إذا كان الواجب في المتعة ما يناسب حال الزوج عسرا ويسرا، دون تقيد بمقدار معين من المال أو نوع منه، وكان حال الزوج يخفى على الناس، ويتشاح الناس فيما يتعلق ببذل المال للغير، بحسبانه موضع الضنة والمنع، فإن للقاضي أن يقدر هذه المتعة عند الاقتضاء باعتبارها حقا واجبا على المطلق، ولا يمتنع شرعا أن يقدر في ضمنها أجرة مسكن للمرأة المطلقة إن افتقرت إلى مسكن بصفة مؤقتة أو دائمة، وكان هذا لا يعنت بمن تؤخذ منه المتعة، ولا يرهقه أخذها منه.

٤- اتفق الفقهاء على أن حضانة الصغير تبدأ منذ ولادته إلى بلوغه سن التمييز، وأن الحضانة تستمر على الغلام إلى أن يبلغ سن التمييز، وهي السن التي يستطيع فيها أن يقوم بأمر نفسه، ويدرك النافع والضار في حقه، فإذا بلغها زالت عنه الحضانة، وأن الأنثى تستمر حضانتها كما روي عن محمد بن الحسن إلى أن تبلغ حد الاشتهاء، فإذا بلغتها زالت الحضانة عنها.

٥- إنه لا يخير الغلام أو الجارية بعد انتهاء حضانتهما، وإنما يكونان عند أبيهما دون اختيار منهما، لأنهما إذا خيرا بين أبويهما، اختارا بداهة من بقيا عنده أمدا بعيدا، لا من يراهما بعض الوقت ثم ينصرفان عنه وينصرف عنهما، خاصة وأن اختيارهما في هذه السن اختيار فاسد، لسهولة استمالتهما والتغرير بهما دون أن يفطنا إلى ذلك، فضلا عن أن تخييرهما تصرف وهما ليسا من أهله، يضاف إلى هذا أن

الولاية عليهما تعتمد مصلحتهما، ومصلحة الغلام لدى من يعلمه أدبا أو خلقا أو سلوكا أو صنعة، ومصلحة الفتاة تكون لدى من يحفظها ويؤدبها ويرعاها ويزوجها الكفء ويتحرى لذلك وسعه، والأب على ذلك أقدر من غيره، فيكونان عنده.

٦- مكان حضانة الصغير هو المسكن الذي يقيم فيه والده، إذا كانت الحاضنة أمه وكانت الزوجية قائمة بينها وبين والد المحضون، أو كانت في عدته من طلاق رجعي أو بائن، وإذا انقضت عدة الأم فمكان الحضانة هو البلد الذي يقيم فيه والد المحضون أو وليه، وكذا إذا كانت الحاضنة غير الأم، ويسقط حق الحاضن في الحضانة بسبب سفره في الحالات التالية:

أ- إذا أراد أحد الأبوين السفر لحاجة: ولم يكن القصد من السفر الاستيطان أو الإقامة في البلد المسافر إليه، وكان الآخر مقيما في بلد الحضانة، حيث يكون المقيم أولى بالحضانة من المسافر، وإن كان المقيم غير حاضن.

ب- إذا كان سفر أحدهما للنقلة والانقطاع سقطت حضانة الأم، وانتقلت الحضانة لمن هو أولى بها بعدها، بشرط أن يكون الطريق آمنا، والمكان المنتقل إليه مأمونا بالنسبة للولد، ويكون أولى الناس بحضانته أبوه، سواء أكان هو المقيم أم المسافر.

ج- إن كان أحدهما منتقلا إلى بلد ليقيم به، وكان الطريق أو البلد الذي ينتقل إليه مخوفا، فالمقيم أولى بالحضانة من المسافر كذلك، والمسافة التي يؤثر انتقال الحاضن إليها في حقه في الحضانة، هو البعيد الذي يبلغ مسافة لا يتمكن معها ولي الصغير من رؤيته ثم العودة من يومه إلى بلده.

د- إذا كان انتقال الحاضنة بالصغير إلى غير وطنها الذي تزوجها والد الصغير فيه، وكانت المسافة بين البلدين من البعد بحيث لا يمكن لوالد الصغير أو وليه، أن يذهب لرؤية الصغير فيه ثم يعود من يومه إلى بلده، أو كان انتقالها إلى وطنها إلا أنه لم يتزوجها فيه، أو تزوجها فيه، إلا أنه دار حرب وفق ما ذهب إليه الحنفية، وكذا يسقط حقها في الحضانة عندهم إن كانت غير الأم، وانتقلت بالولد إلى بلد آخر بغير إذن الأب.

٧- يكون من حق الأب غير الحاضن السفر بالمحضون إذا سافر إلى بلد آخر سفر نقلة وانقطاع، وكان الطريق آمنا وكذلك البلد الذي ينتقل إليه، حيث تسقط حضانة الأم، ما لم يقصد من انتقاله إلى هذا البلد مضارة الأم وانتزاع الولد منها، فإن قصد ذلك لم يُجَب إليه، وروعي ما فيه مصلحة الولد، وكذا يكون له السفر بالمحضون إذا تزوج بأم المحضون ببلد فولدته هنالك، ثم خرج بالمحضون إلى غير ذلك البلد.

٨- لغير الحاضن الاعتراض على السفر بالمحضون في الحالات التي لا يجوز للحاضن فيها السفر به، وهي الحالات التي ذكرت آنفا، وهي:

أ - سفر الأم الحاضنة بالولد دون إذن والده سواء كانت الزوجية قائمة بينهما أو كانت تعتد من طلاقه الرجعي أو البائن، أو سافرت به إلى بلد غير وليه، إن كانت متوفى عنها زوجها، حيث يكون للأب أو ولي الصغير حق الاعتراض على سفر الحاضنة بالصغير إلى بلد غير التي يقيمان بها.

ب - إذا أراد الحاضن السفر بالمحضون إلى بلد آخر لحاجة، ولم يقصد الإقامة بها، وكان غير الحاضن مقيما بالبلد، فيكون للمقيم حق الاعتراض على

سفر الحاضن بالصغير.

جـ- إذا سافرت الأم سفر نقلة وانقطاع وأقام الأب، انتقلت إليه حضانة الصغير، وإن كان البلد الذي تسافر إليه الحاضنة والطريق إليها مأمونا، وكذا إذا أراد الحاضن أن يسافر سفر نقلة بالمحضون إلى بلد آخر، وكان الطريق إليها غير آمن، أو كانت البلد التي يراد الانتقال إليها غير آمنة، فإن الحضانة تنتقل إلى المقيم، ويكون من حق من انتقلت إليه الحضانة في الحالين أن يعترض على سفر الآخر بالصغير.

د - إذا خرجت الحاضنة من بلد غير بلد من طلقها، إلى أخرى ليست بلدا لها، ولم يعقد عليها بها، بينها وبين بلد الأب أو ولي الصغير مسافة لا يتمكن معه الأب أو والولي أن يبصر الصغير، ثم يرجع في نهاره هذا إلى بلده، أو سافرت به إلى بلدها إلا أنه لم يعقد عليها، أو كانت بلدها التي عقد نكاحه عليها بها إلا أنها دار حرب، أو كانت الحاضنة غير أم الصغير وسافرت به دون إذن وليه، حيث يكون للأب أو ولي الصغير حق الاعتراض على سفرها بالولد إلى هذا البلد.

٩- إن سفر الحاضن إلى بلد بينها وبين بلد ولي الصغير أدنى من المسافة التي حددها الفقهاء، لا يسقط حقه في الحضانة، فإذا سافر وولي الصغير إلى مدينة أو قرية في نفس البلد، أو كان السفر إلى أدنى من المسافة المؤثرة في الحضانة وفق ما رجحت، بحيث يتمكن معها ولي الصغير من السفر لرؤيته في البلد الذي نقل إليه، وعوده منه في نفس اليوم إلى بلده، فلا يؤثر ذلك في الحق في الحضانة، سواء

كان هذا في نطاق سلطان بلد الولي أو خارجه، بحسبان أن الشريعة الإسلامية تحكَّم في جميع الأحوال في ذلك، خاصة وأن معيار القرب والبعد إنما يراعى فيه مصلحة الصغير، وحفظ نسبه ورعايته وتربيته، وإنما الذي يرعاها هو وليه، الذي لا يتأتى له ذلك إلا مع قرب المسافة بينه وبين البلد الذي نقل إليه الصغير.

١٠- لما كان المقصود من زيارة الصغير الاطمئنان على حسن رعايته والقيام على أمره من قبل من يحضنه، وكان هذا الحق مقررا لغير الحاضن من الوالدين وغيرهم من ذوي قرباه، فإن حق الزيارة يتعدى رؤية المحضون إلى تعليمه وتأديبه وتمريضه وصيانته كذلك، وللأب وإن كان غير حاضن أن يتولى تعليم ولده الأمور الدينية، وتأديبه بما يليق به، وتعليمه إن كان ذكرا صنعة أو حرفة، بل له تسليمه إلى من يعلمه صنعة أو حرفة أو علما، إلا أنه يراعي في ثبوت حق الزيارة لغير الحاضن: أن لا يطيل المكث في سكن الحاضن، وأن لا يترتب على زيارته خلوة محرمة بالحاضن، وأن لا يتبسط معه حتى لا يفضي ذلك إلا مواقعة المحظور، وأن يكون توقيت هذه الزيارة وفقا للعادة، بحيث تكون يوما في الأسبوع على الأقل إذا بعد مقام الزائر عن المحضون، وأن يكون غير الحاضن مأمونا على المحضون، وأن لا يترتب على زيارة غير الحاضن إلحاق الضرر به.

١١- إذا كان الغرض من الحضانة مراعاة الأحظ للولد من تأديبه وتربيته وحفظه وتعهده وتعليمه أمور الدين وما ينصلح به مستقبل حياته من الحرف أو الصنائع، واكتساب الخبرات العلمية والعملية في المجالات المختلفة، مع تحقيق صلة الولد بوالديه وعدم عقوقهما، وكان قانون المجتمع الذي يوجد به المحضون ينظم هذه الزيارة على نحو معين، تتحقق معه هذه المقاصد الشرعية، ولا يخل بشيء منها، فإنه يعتد بنصوصه في تنظيم هذه الزيارة.

١٢- تجب نفقة الأولاد الذين لا مال لهم ولا كسب، على أبيهم الموسر بالنفقة إن فضلت عن حاجة نفسه، فإن لم يكن لهم أب موسر بها، وجبت نفقتهم على أمهم، ويجب أن تكون نفقة الأولاد بقدر كفايتهم من الطعام والكسوة والسكنى، وكذا الرضاع إن كان الولد رضيعا.

١٣- لما كان تقدير نفقة الولد المحضون من أحد والديه المنفصلين يفتقر إلى اجتهاد ونظر، فإن القاضي هو من يمكنه القيام بذلك في ظل القوانين المنظمة لتقدير النفقة في المجتمع الذي به مستحق النفقة من أولاد المطلقين، بما لديه من سلطات يمكنه بها الوقوف على حقيقة ما يفتقر إليه هؤلاء من وجوه النفقة، وقيمتها، ومدى مقدرة من تجب عليه في الوفاء بها، ولذا فلا يمتنع شرعا أن يحدد قانون المجتمع الذي به الولد المحضون مقدار النفقة وفقا لحاجاته، إذا راعى في تقديرها كفاية المحضون من أنواع النفقة.

وأحمد الله تعالى وأصلي وأسلم على خاتم أنبيائه ورسله

وآله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين

أ.د. عبد الفتاح محمود إدريس

أهم مصادر البحث

١- القرآن الكريم.

٢- الإقناع: على بن محمد بن حبيب الماوردي. مكتبة البابي. القاهرة.

٣- الإنصاف: على بن سليمان المرداوي، مكتبة السنة المحمدية، القاهرة.

٤- البحر الرائق: زين الدين بن نجيم، وتكملته: نجم الدين الطوري، دار المعرفة، بيروت.

٥- بدائع الصنائع: أبو بكر بن مسعود الكاساني، مطبعة الإمام، القاهرة

٦- بداية المجتهد: محمد بن أحمد بن رشد «الحفيد»، دار المعرفة، بيروت.

٧- التاج والإكليل: محمد بن يوسف العبدري (المواق)، دار الفكر، بيروت.

٨- تبيين الحقائق: عثمان بن على الزيلعي، المطبعة الأميرية، بولاق، القاهرة.

٩- تلخيص الحبير: أحمد بن على بن حجر العسقلاني، دار المعرفة، بيروت.

١٠- حاشية الدسوقي: محمد بن عرفة الدسوقي، على الشرح الكبير: أحمد الدردير، عيسى الحلبي، القاهرة.

١١- الدراية في تخريج أحاديث الهداية: أحمد بن على بن حجر العسقلاني، دار المعرفة، بيروت.

١٢- رد المحتار: محمد أمين بن عابدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

١٣- الروض المربع: منصور بن يونس البهوتي، المكتبة السلفية، القاهرة.

١٤- روضة الطالبين: يحيى بن شرف النووي، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، بيروت.

١٥- سنن أبي داود: سليمان بن الأشعث السجستاني، المكتبة العصرية، بيروت.

١٦- سنن الترمذي: محمد بن عيسي بن سورة السلمي، مطابع الفجر الحديثة، حمص.

١٧- سنن الدارقطني: على بن عمر الدارقطني، دار المحاسن، القاهرة.
١٨- السنن الكبرى: أحمد بن الحسين البيهقي، مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد الدكن، الهند.
١٩- سنن النسائي: أحمد بن شعيب النسائي، مكتبة مصطفي الحلبي، القاهرة.
٢٠- صحيح البخارى: محمد بن إسماعيل البخارى، عالم الكتب، بيروت.
٢١- صحيح مسلم: مسلم بن الحجاج النيسابوري، مكتبة عيسي البابي الحلبي، القاهرة.
٢٢- الفواكه الدوانى: أحمد بن غنيم النفراوى، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة.
٢٣- القاموس المحيط: محمد بن يعقوب الفيروز آبادى، مؤسسة الحلبي، القاهرة.
٢٤- القوانين الفقهية: محمد بن أحمد بن محمد (ابن جزي الكلبي)، دار العلم، بيروت.
٢٥- كشاف القناع: منصور بن يونس البهوتي، مكتبة النصر الحديثة، الرياض.
٢٦- كفاية الطالب الرباني: على بن خلف المنوفي المصري، دار الفكر، بيروت.
٢٧- لسان العرب: محمد بن مكرم جلال الدين (ابن منظور الإفريقي)، دار لسان العرب، بيروت.
٢٨- المبدع: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح، المكتب الإسلامي، بيروت.
٢٩- المبسوط: محمد بن أحمد السرخسي، مطبعة السعادة، القاهرة.
٣٠- مجمع الزوائد: على بن أبي بكر الهيثمي، مكتبة القدسي، القاهرة.
٣١- المجموع: يحيى بن شرف النووي، مطبعة التضامن الأخوي، القاهرة.
٣٢- مختار الصحاح: محمد بن أبي بكر الرازي، دار الكتب العلمية، بيروت.

٣٣- المستدرك: محمد بن عبد الله الحاكم، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب.
٣٤- مسند الشافعي: محمد بن إدريس الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت.
٣٥- مطالب أولى النهى: مصطفى الرحيباني، المكتب الإسلامي، بيروت.
٣٦- المغنى: عبد الله بن قدامة المقدسي، عالم الكتب، بيروت.
٣٧- مغنى المحتاج: محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، المكتبة التجارية، القاهرة.
٣٨- منهاج الطالبين: يحيى بن شرف النووي، مكتبة مصطفى الحلبي، القاهرة.
٣٩- المهذب: إبراهيم بن على بن يوسف الفيروز آبادى، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.
٤٠- مواهب الجليل: محمد بن محمد بن عبد الرحمن (الحطاب)، دار الكتاب اللبناني، بيروت.
٤١- نهاية المحتاج: محمد بن أحمد بن حمزة الرملي، مكتبة مصطفي الحلبي، القاهرة.
٤٢- نيل الأوطار: محمد بن على الشوكاني، المكتبة التوفيقية، القاهرة.
٤٣- الهداية: على بن أبي بكر المرغيناني، وفتح القدير عليه: كمال الدين محمد بن عبد الواحد (ابن الهمام)، والعناية على الهداية: محمد بن محمود البابرتي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٤٤- الوسيط: محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، الطبعة الأولي ١٤١٧هـ، دار السلام، القاهرة.

الفهـــــــرس

المطلب الأول: نفقة المبتوتة ٧٧١
حقيقة المبتوتة: ٧٧١
وجه الدلالة من الآية الكريمة: ٧٧١
المطلب الثاني: متعة المطلقة ٧٧٩
معنى المتعة: ٧٧٩
الفرع الأول: حكم متعة الطلاق وصفتها الشرعية ٧٧٩
الفرع الثاني: مدى استيعاب المتعة لنفقة مسكن المطلقة ٧٨٧
المقصد الأول: ما يراعى عند تقدير المتعة ٧٨٧
المقصد الثاني: نوع ما تكون منه المتعة وأدناها وأعلاها ٧٩٠
المطلب الثالث: حقيقة الحضانة وحكمها ٧٩٧
الفرع الأول: حقيقة الحضانة ٧٩٧
معنى الحضانة في عرف أهل اللغة: ٧٩٧
معنى الحضانة في عرف الفقهاء: ٧٩٧
الفرع الثاني: حكم الحضانة وصفتها الشرعية ٧٩٨
المطلب الرابع: سن الحضانة ٧٩٩
الفرع الأول: وقت ثبوت الحضانة وانتهاؤها ٧٩٩
الفرع الثاني: مآل الولد بعد انتهاء الحضانة ٨٠٦
المطلب الخامس: أثر السفر على الحق في الحضانة ٨١٥
الفرع الأول: مدى سقوط الحضانة بسفر الحاضن ٨١٦
الفرع الثاني: مدى حق غير الحاضن في الانتقال بالمحضون إلى بلد آخر ٨٢٣
المطلب السادس: مدى حق غير الحاضن من الأبوين في الاعتراض على سفر الحاضن بالمحضون ٨٢٤
المطلب السابع: أثر السفر الداخلي أو الخارجي على بقاء الحق في الحضانة ٨٢٧
المطلب الثامن: مدى حق غير الحاضن في زيارة المحضون ٨٣٠
الفرع الأول: حدود حق زيارة غير الحاضن للمحضون ٨٣٠
الفرع الثاني: مدى اعتبار القانون المنظم للزيارة في المجتمع الذي به المحضون. ٨٣٤
الفرع الثالث: معيار تحديد نفقة الطفل حال انفصال أبويه ٨٣٥
المقصد الأول: من تجب عليه نفقة الولد ٨٣٥
المقصد الثاني: معيار تحديد نفقة الولد ٨٣٧
الفرع الرابع: مدى اعتبار ما يقرره قانون المجتمع الذي به المحضون في تحديد

نفقته ٨٣٨
أهم نتائج البحث ٨٣٩
أهم مصادر البحث ٨٤٥
الفهرس ٨٤٨

فلسفة التحكيم

وأثره في استقرار الأسرة المسلمة

إعداد الدكتور

محمد السيد الجليند

أستاذ الفلسفة الإسلامية

كلية دار العلوم- جامعة القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيد

إن بناء الأسرة في التصور الإسلامي- كما بينه القرآن الكريم ووضحته السنة النبوية المطهرة- يختلف اختلافًا جذريًا عن بناء الأسرة في الحضارات المختلفة وخاصة الحضارة الغربية الحديثة، التي يدندن حولها الإعلام العربي بل والإسلامي، ليجعل منها النموذج والقدوة التي تقتدي بها الأسرة المسلمة، فأوصي المسلم بحسن اختيار الزوجين كل منهما للآخر، قال تعالى: ﴿وَٱلطَّيِّبَٰتُ لِلطَّيِّبِينَ وَٱلطَّيِّبُونَ لِلطَّيِّبَٰتِ﴾[1].

وقال ﷺ: «**تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء وأنكحوا إليهم**»[2].

وقال ﷺ وهو يوصي رجلًا: «**وانظر في أي بضع تضع ولدك فإن العرق دساس**»[3].

وقال أيضًا: «**تنكح المرأة لأربع: لمالها ولحسبها، وجمالها، ولدينها، فأظفر بذات الدين تربت يداك**»[4]. فأوصي باختيار ذات الدين وتفضيلها على ذات المال والحساب.

وفي المقابل قال ﷺ عن اختيار الزوجة لزوجها: «**إذا أتاكم من ترضون خلقه ودينه**

(١) النور: ٢٦.

(٢) سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب ٤٦، حديث رقم: ١٩٦٨.

(٣) مسند الشهاب للقضاعي.

(٤) صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب ١٥، حديث رقم: ٥٠٩٠.

فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض»[1].

وهذا المعيار الديني والأخلاقي لا نظير له في أي حضارة أخرى، ذلك أن معيار الاختيار في الحضارات المختلفة، خاصة الغربية يركز على معيار (هوى النفس) والمال ..... لأن المقصد من بناء الأسرة في الإسلام يختلف في مقاصده وغاياته عن أهداف بناء الأسرة في الغرب.

وليس الاختلاف في بناء الأسرة بين الحضارتين الإسلامية والغربية قاصرًا على الشكل والمظهر فقط، لا إنه يمتد إلى جذور البناء الأسرى وأصوله، ذلك أن فلسفة بناء الأسرة في الإسلام تقوم على دعائم تتأصل جذورها في البناء العقدي للإنسان المسلم الذي يمتلئ قلبه بحب الله ورسوله، وينعكس هذا الحب في سلوك الزوجين وفي تعاملهما وفي علاقتهما في داخل الأسرة وفي خارجها.

وأهم هذه الدعائم وأقواها في الحفاظ على بناء الأسرة سليمًا معافًا صامدًا أمام تقلبات الزمن هو الدعامة الإيمانية القلبية المؤسسة على تحقيق مقاصد الشريعة من الزواج نفسه، والتي حددها القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾[2].

وقال سبحانه وتعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾[3].

وقوله سبحانه: ﴿ وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَٰجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ ﴾[4].

---

(١) سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب ٤٦، حديث رقم: ١٩٦٧.

(٢) سورة الروم: ٢١.

(٣) سورة البقرة: ١٨٧.

(٤) سورة النحل: ٧٢.

فجعل سبحانه وتعلي المقصد الأسمى من الزواج تحقيق السكن النفسي، الذي هو غاية الغايات في حياة الإنسان، وقد أحاط هذا السكن النفسي بأهم دعامتين، يمثلان السياج والحصن الذي يحفظ هذا السكن ويحرسه من غوائل الزمان وعادياته، وهما دعامتا المودة والرحمة.

وقد عبر عن ذلك القرآن الكريم بقوله سبحانه: ﴿خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾[1]. فجعل السكن النفسي غاية الزواج ومقصده الأسمى. ثم أحاطه بهاتين الدعامتين ﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ وكان التعبير بالفعل الماضي (جعل) الماضي ليفيد أن المودة والرحمة سنة الله ماضية في استقرار السكن النفسي للحياة الزوجية، وهذه السنة تعتبر من السنن الكونية التي تقر بها حياة الزوجين، وتقر بها عيناهما، ولا نستطيع أن نتصور قرارًا للحياة الزوجية وتحقيق مقاصد الشريعة في السكن النفسي للزوجين إلا بشيوع هذه السنة الإلهية في حياة الزوجين وشمولها لكل مظاهر الحياة بينهما، ما خفي منها وما ظهر، ما يجوز الإفصاح عنه للغير من أسرار وما لا يجوز، ما تحدث به للنفس صاحبها ولا تسمح بالحديث عنه للآخر، وما هو أخفي من ذلك، ولو تصورنا شكلًا هندسيًا كالمثلث، تمثل فيه زاوية الرأس المقصد الشرعي للحياة الزوجية (السكن النفسي)، وتمثل زوايتا القاعدة الدعامتين الأساسيتين لهذا البناء العظيم (المودة والرحمة)، وتمثل نقطة التقاء الزوايا الثلاثة في قلب المثلث الحياة الزوجية الحقيقية التي يقصدها القرآن الكريم، ويهدف إليها في بناء الأسرة المسلمة، ويعمل تحقيقها والحفاظ على ديمومتها بهذا الدفء القلبي الذي ينعكس أثره على الثمرة المرجوة من الحياة الزوجية من الأبناء والبنات.

---

(١) سورة الروم: ٢١.

الحياة الزوجية في الإسلام:

ولو تصورنا الحياة الزوجية على هذا النحو الذي تتكامل فيه الزوايا الثلاثة، وتتلاقي لتحقيق المقصد الأسمى لحياة الزوجين، فإن السعادة الزوجية سوف تنشر مناخها في هذه الأسرة، ولا تتم المقاصد الشرعية إلا بهذا التكامل والتلاقي لتحقق تلك السعادة. وهذا التصور يتطلب من الزوجين أن تتأسس علاقة كل منهما بالآخر على هذا النحو التكاملي، الذي يفرض على كل واحد منهما أن يمد يده نحو الآخر بكل ما يستطيع، ليلتقي معه عند نقطة المركز التي يتم عندها تكامل الحياة الزوجية، بالتقاء القلوب قبل لقاء الأبدان، وسكن النفس قبل سكن الجسد، ولقاء الروح قبل لقاء الأيدي، وتشابك المشاعر قبل تشابك الكلمات والألفاظ.

وهذا كله يفرض على الزوجين التعامل بخلق الإيثار وليس بخلق الأثرة، التعامل بأسلوب المبادرة بأداء الواجب نحو الآخر قبل السؤال عن الحق من الآخر والمطالبة به، البحث عما يرقق المشاعر وينميها قبل البحث عن عوامل تجفيفها وإماتتها.

وفلسفة البناء الأسري في الإسلام تقوم على تحقيق المعاني النبيلة في البيت المسلم، وتدور أصولها وفروعها حول غرس هذه المعاني الإنسانية في نفس الرجل والمرأة على سواء، حتى يتأسس البيت المسلم على غرس هذه المعاني وتأصيلها في عقول ونفوس الذرية من الأبناء والحفدة، حتى إذا شبوا عن الطوق وخرجوا إلى المجتمع كانوا شموعًا مضيئة لنشر هذه المعاني وتقويتها بين أفراد المجتمع كله ألفة ومودة ومحبة.

وإذا ألقينا نظرة فاحصة على الأصول الشرعية التي أسست لهذه المعاني وجعلتها المقصد الشرعي للزواج، فسوف نلتقي بالعديد من النصوص الشرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، التي تؤكد هذه المقاصد وتشير إليها، فالآية الكريمة

﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾[1] وقد عبرت عن هذا الهدف الأسمى باستخدام لام التعليل ﴿لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا﴾ قاصرة الغاية والهدف من الزواج في هذه القضية على (السكن)، وليس السكن البدني، فلو كان المراد السكن البدني لجاءت العبارة لتسكنوا فيها، التي تفيد الظرفية، وبالإضافة إلى ذلك فقد جاء في القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا﴾[2] ومعروف أن لام التعليل تفيد كل هذه المعاني.

وفي السنة النبوية المطهرة كثير من الآثار التي تؤكد هذا المعني وتقويه تحثُ المؤمن على حراسته والسهر على تحقيقه. قال ﷺ: «**خيركم خيركُم لأهله وأنا خيركم لأهلي**»[3].وفي المعني نفسه: أن خير مال الرجل ما أنفقه على أهل بيته.

وقد قال ﷺ:«**من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فإذا شهد أمرا فليتكلم بخير أو ليسكت واستوصوا بالنساء فإن المرأة خلقت من ضلع وإن أعوج شيء في الضلع أعلاه إن ذهبت تقيمه كسرته وإن تركته لم يزل أعوج استوصوا بالنساء خيرًا**»[4].

وقال: «**ما أكرمهن إلا كريم**».

وقال: «وفي بضع أحدكم صدقة». قالوا: يا رسول الله أيأتي أحدنا شهوته ويكون له فيها أجر؟ قال: «**أرأيتم لو وضعتها في حرام أكان عليه فيها وزر فكذلك إذا وضعتها في الحلال كان له أجر**»[5].

---

(١) سورة الروم: ٢١.

(٢) سورة الأعراف: ١٨٩.

(٣) سنن ابن ماجه، كتاب المناقب، باب ٦٤، حديث رقم: ٤٢٦٩.

(٤) صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب ١٨، حديث رقم: ٣٧٢٠.

(٥) صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب ١٦، حديث رقم ٢٣٧٦.

وفي المقابل جعل الرسول ﷺ حسن تبعل المرأة لزوجها يعدل الجهاد، ويعدل التعبد لله تعالى وطاعته.

والنصوص في ذلك كثيرة تفوق العد والإحصاء، وكلها تؤكد أن فلسفة البناء الأسرى في الإسلام تقوم على حراسة وتحقيق هذه المعاني الإنسانية وتجسيدها، السكن النفسي، المودة، الرحمة، وكلها توجب على الزوجين نمطًا معينًا من السلوك كل منهما تجاه الآخر. فيجسد هذا السلوك في خلق الإيثار والنفور من الأثرة ومحاربته في المسارعة بتقديم الواجب تجاه الآخر قبل مطالبته بالحق منه.

ويتأسس على تحقيق هذا المقصد الشرعي فلسفة الإسلام في معالجه المشكلات الزوجية التي تقع داخل الأسرة- وهذا شيء واقع ولابد أن يقع- شأنه شأن الحياة اليومية وما تتطلبه من اختلاف في الرؤى وتنوعها وتعدد المشكلات الحياتية واختلاف مقاصدها، وفي هذا المناخ تبرز أهمية أسلوب المعالجة لهذه المشكلات وآلياته، ويختلف هذا الأسلوب بالضرورة تبعًا لاختلاف ثقافة الزوجين وحظهما من التخلق بأخلاق الإسلام وحرصهما على ذلك، ومخافة كل واحد منهما أن يتعدى حدود الله في الآخر، ومراقبة الله في ذلك والحرص عليه.

وهذا تكمن فلسفة اللجوء إلى التحكيم فإن القرآن الكريم قد أشار إلى اللجوء إليه كحل أخير يلجأ إلى المسلم اضطرارًا، وذلك بعد ظهور عوامل الشقاق على سطح الحياة الزوجية، وظهورها أمام الأهل والمقربين من الأسرة، وأن مخافة هدم الكيان الأسري أصبح واقعًا، ومن هنا وجب اللجوء إلى التحكيم بعد أن مارس الرجل حقه في الوعظ بالحسنى كمرحلة أولي، وهجر الفراش كمرحلة ثانية، ثم اللجوء إلى العقاب البدني (واضربوهن) كمرحلة ثالثة يضطر إليها الزوج بشرطه، حفاظًا على بيت

الزوجية، ومستقبلها، وليس إهانة للزوجية أو النيل منها، هذه كلها مراحل سابقة على اللجوء إلى التحكيم، الذي يلجأ إليه بعد مراحل سابقة عليه بالضرورة لا بد من اعتبارها والاستعانة بها قبل اللجوء إلى التحكيم.

ذلك أن التحكيم يقتضي اللجوء إلى طرف ثالث خارج عن دائرة الأسرة يعتبر أجنبيًا عنها مهما كانت القرابة، فلا يلجأ إليه بالكشف عن أسرار الحياة الزوجية مهما كانت درجة قرابته لهما أبًا كان أو أمًا أو أخًا، فهو في كل أحواله غير مصرح له بمعرفة أسرار الزوجين في الأحوال العادية، ولا يجوز لأحد الزوجين أن يكشف عن أسرار حياته مع الزوجين في الأحوال الآخر إلا بعد أن يفشل في معالجة مشكلاته بالأساليب والوسائل التي أشار إليها القرآن الكريم قبل اللجوء إلى التحكيم، وذلك حرصًا على أسرار البيت وصونًا لحقوق كل منهما على الآخر في كتمان أسراره والحفاظ عليها بأمانة.

ولقد أشار القرآن الكريم إلى هذه المراحل في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًا﴾[1].

وقد تكلم الفقهاء كثيرًا حول هذه المراحل الثلاث وخصوصية كل مرحلة منها وما يجوز الأخذ به في كل مرحلة وما لا يجوز، بل إن بعضهم قد أشار إلى أن هناك من النساء من يصلح معها الوعظ دون غيرها، وهناك من لا يصلح معها إلا الضرب بشروطه. وهذا تابع لمستويات كل إنسان كل إنسان وحظه من الثقافة والتعليم، لكنهم أجمعوا على القول بأن اللجوء إلى التحكيم لا يصار إلى إلا بعد فشل المراحل السابقة من

(١) سورة النساء: ٣٤.

الوعظ والهجر والضرب، حرصا منهم على صون حرمة الحياة الزوجية وحفظ أسرارها من أن تكون حدوتة على ألسنة الناس، ولو كانوا من المقربين إليهما.

وهذا يفسر لنا فلسفة الإسلام في اللجوء إلى التحكيم بعد استنفاد المراحل السابقة، ذلك أن دلالة لفظ الزوج في الأسرة المسلمة يحمل معني تكامل الرجل والمرأة داخل بيت الزوجية، بحيث لا يستعمل لفظ الزوج إلا دالًا على زوجية أحد الطرفين للآخر وتكامله معه، فإذا سمعت من يقول لك: «زوج» فإنه يرد على عقلك تلقائيًا زوج لمن؟ فدلالة الكلمة على طرفي الحياة الزوجية دلالة وضعية في أصل اللغة، ولا تستعمل أبدًا للدلالة على فرد واحد منهما إلا وتستدعي الطرف الآخر معه. وهذا يستدعي من كل منهما أن يتذكر نصفه الآخر، كلما تذكر نفسه لأنه شطر نفسه، ويتذكر حق نصفه الآخر كلما تذكر حق نفسه، ويعلم أن قوله تعالى: ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا ﴾ أن المرأة شطر نفس الرجل، وأن تتذكر المرأة أن الرجل شطر نفس المرأة، وأن الحياة الزوجية لا تتكامل مقاصدها الشرعية إلا بتكامل شطري النفس تحت مظلة المودة والرحمة.... وتحت سقف هذه المظلة القرآنية تكون قداسة أسرار الحياة الزوجية بدقائقها وتفصيلاتها، بحرماتها التي حرم الشرع الاطلاع عليها لغير الزوجين، بقدسيتها التي أحاط بها الشرع هذه الحياة التي بدأت باستحلالها بكلمة الله، وصانتها أحكام الشريعة بما لم يتوفر لأي خلية اجتماعية خارج نطق الإسلام، ومن هنا نستطيع أن نفهم السر في أن للحياة الزوجية في الإسلام قداسة وحرمة، بل حرمات لا يجوز أن يجترئ عليها أحد خارج نطاق هذه الأسرة. ولذلك كان اللجوء إلى الحكمين هو آخر ما في الجعبة من محاولات للحفاظ على كيان هذه الأسرة الآيلة للسقوط، ومعلوم أن آخر الدواء الكي كما يقول العرب قدمًا، وإفشاء أسرار الأسرة

للغير، حتى ولو كان للحكمين هو أقسى على النفوس بل أشد من قسوة النار في موضع الكي حتى لو كان ذلك للعلاج.

إن فلسفة الإسلام في بناء الأسرة تقوم على أساس تحقيق العدل في توزيع الوظائف داخل الأسرة حسب ما يتمتع به الرجل والمرأة من مواهب وخصوصيات ميزت بينهما، وجعلت كل واحد منهما مهيئًا لأداء وظائف لا ينهض بها الطرف الآخر، وهي في نفس الوقت مكملة لوظائفه ومتممة لبناء كيان الأسرة، ولقد راعي المنهج الرباني هذه المواهب وتوزيعها ليكتمل بها بناء الأسرة، ويستقر هذا البناء، ويتحقق السكن النفسي لكل من الزوجين، وعند ظهور أية بادرة لإحداث الخلل في هذا البناء يسارع الإسلام بالإشارة إلى الأخذ بأسباب الوقاية قبل وقوع الخلل، لأن المنهج القرآني يشير إلى ضرورة المسارعة بالأخذ بأسباب العلاج قبل وقوع الكارثة، ولعل ذلك يعطينا سر التعبد بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾ حيث كان التعبير ﴿فَعِظُوهُنَّ﴾ بالفاء التي لا تترك مساحة زمنية للتراخي عن الأخذ بأسباب العلاج السريع، ولا ينتظر حتى يقع النشوز، وترفع راية العصيان والتمرد، بل لابد من المبادرة في العلاج قبل استفحال الأمر، ويتحول النشوز إلى شقاق، لأن الأمر خطير، ولا بد من ملاحقته ﴿فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّ﴾ كل ذلك في سبيل صيانة الحياة الزوجية، ليس نيلًا من أحد الطرفين لحساب الطرف الآخر كما يشاع ذلك في الكتابات المعاصرة، وليس ذلك من باب تجسيد القوامة الذكورية على المرأة كما يردد البعض، وإنما هو صيانة وحفاظ على حياة مقدسة لها حرمتها، ولا يصح أن تتركها لعاصفة هوجاء تدمر أمرها وتهد كيانها، إنه أشبه بالإجراء الوقائي الذي ينصح به الطبيب حفاظًا على المناعة ضد أمراض المجتمع التي تحاول أن تتسلل إلى البيوت

المسلمة، لتنال منها، وتهدم كيانها، إنها ليست للنيل من المرأة ولا امتهانًا لكرامتها، بل هي محاولات لرأب الصدع قبل انتشار المرض وإفشاء أسرار البيت المسلم.

إن القضية ليست معركة بين الرجل والمرأة كما يحاول البعض أن يصورها كذلك، لا. البيت المسلم محضن لصناعة الأمة رجالًا ونساءً، وما لم يتوفر له من شروط التنشئة الصالحة للأجيال التي تولد وتتربى فيها، فإن مصير المجتمع كله سوف يكون إلى الضياع، ولهذا حرص الإسلام على سلامة هذا المحضن، وجعل فلسفة بناء الأسرة نموذجًا فريدًا لا نظير له في أية حضارة أخري مهما علا نباح الإعلام الغربي بالأكاذيب.

إن حرص الإسلام على سلامة هذا المحضن الأسري ينطلق من حرصه على سلامة بناء المجتمع المسلم في أشخاصه وحراسته لأن الأسرة هي الخلية الأولي للمجتمع، فإذا صلحت هذه الخلية صلح بالتالي المجتمع كله، وإذا فسدت تبع ذلك بالضرورة فساد المجتمع نفسه، ولعل الواقع المعاصر يؤكد لنا هذه الحقيقة، فكم من مجتمعات قد انهد كيانها بسبب فساد الأسرة وانحلالها، وهذا ما يراد للمجتمع المسلم المعاصر أن ينفصم عرى الأسرة وينهد كيانها باعتبارها المحضن الرئيس للمجتمع الناشئ وأساس بنائه.

إن حراسة هذا المحضن مقصد شرعي يبادر الشرع إلى وضع الوسائل المتاحة للحفاظ عليه، فإذا فشلت محاولات الوعظ والهجر وغيرهما لا ينبغي أن يكون ذلك مدعاة لليأس أو استسلامًا للواقع، فإن القرآن الكريم ينصح بوجوب اللجوء إلى الحكمين كوسيط لوصل ما انقطع من عرى هذه الأسرة ومحاولة لرأب الصدع الذي أدى إلى هذا الشقاق.

لا يدعو الإسلام إلى الاستسلام لحالة اليأس التي قد تبدو في الواقع بعد فشل

المراحل السابقة على التحكيم، ولا يشجع على تسرب روح اليأس من الإصلاح أو التفكير في فصم عرى الزواج وهدم كيان الأسرة. إنه يلجأ إلى التحكيم كوسيلة أخيرة مع ما فيها من خطورة على البيت المسلم، وأشدها خطرًا هو تفشي أسرار الحياة الزوجية مع قداستها وحرمة البوح بها لأجنبي.

ولخطورة هذا الموقف تكلم الفقهاء والمفسرون كثيرًا حول قضية التحكيم. ومن يصلح لأداء هذه المهمة الخطيرة، ومن لا يصلح لها، وما هي الشروط الواجب أن يتحلى بها الحكمان.

وقضية اللجوء إلى التحكيم ليست بجديدة على الحياة العربية خاصة في الجزيرة العربية، فقد كان العرب على علم بها، ومارسوها في حياتهم، فقد كانوا يختارون من عقلائهم من يتوسمون فيه القدرة على الإصلاح بين المتحاكمين، فقد تحاكم عامر بن الطفيل، وتحاكم علقمة بن علاثة لدى هرم بن سنان العبسي، وهي المحاكمة التي ذكرها الأعشى في قصيدته الرائية التي قال فيها:

علقم ما أنت إلى عامر *** الناقض والأوتار والواتر

وتحاكم أبناء نزار بن معد عدنان إلى الأفص الجرهمي.

فالتحاكم ليس جديدًا على البيئة العربية والقرآن الكريم أشار إلى القضية بلفظ ﴿حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ﴾[1] بيانًا للطرفين أن يختار كل منهما من يراه مؤهلًا للحديث باسمه والتعبير عما في نفسه بصدق وأمانة، ولعل في لفظ (الحكم) إشارة إلى الخصائص والصفات التي يتحلى بها من يتصدى لأداء المهمة، من رجاحة العقل، والحكمة

(١) سورة النساء: ٣٥.

والأمانة والصدق، ومراقبة الله تبارك وتعالى في إرادة الصلح والعمل على جمع الكلمة والتئام الشمل، ولذلك فقد اشترط بعض الفقهاء في الحكمين أن تتوفر فيهما شروط الشهادة المقبولة شرعًا من العدل والإنصاف، والبعد عن الانفعال وعدم التأثر بالعصبية والقرابة أو العوامل التي كدرت صفو الأسرة وأفسدت العلاقة بين الزوجين، وأن تكون الرغبة في الإصلاح ظاهرة وواضحة عندهما، أشار إلى ذلك ابن عاشور في التحرير والتنوير، وسيد قطب في الظلال، والرازي في مفاتيح الغيب، كما تكلم عنها الفقهاء.

والآية الكريمة تشير إلى وجوب بعث الحكمين عند نزاع الزوجين المعبر عنه بالشقاق، وسواء كان الخطاب في الآية موجهًا إلى ولي الأمر أو الزوجين فإن القضية قد وضعها المفسرون موضع الوجوب الشرعي الذي ينبغي القيام به ولا تراجع عنه، والحكمان المبعوثان ليسا وكيلين عن الزوجين وكالة عامة، كما قال بذلك أئمة الفقهاء من الصحابة والتابعين، وقضي به عمر بن الخطاب وعثمان وعلي، وقال به ابن عباس والنخعى والشعبي ومالك والأوزاعي والشافعي، وقال جمهور العلماء إن ما يقضي به الحكمان من فرقة بين الزوجين أو بقاء أو مخالعة يمضي، ولا مقال للزوجين في ذلك، لأن ذلك هو معني التحكيم ومقصده، يقول ابن عاشور: «ولا يمنع هؤلاء من أن يوكل الزوجان رجلين للنظر في شئونهما، ولا أن يحكما حكمين على نحو تحكيم القاضي. وخالف في ذلك ربيعة فقال: لا يحكم إلا القاضي دون الزوجين، وللحكمين أن يحددا وسائل الزجر المناسبة لزجر من يرونه مستحقًا لذلك من أحد الزوجين أو كليهما بما يناسب حال كل منهما، وليس لهما حق التطليق إلا برضا الزوجين، لأن ذلك يحتاج إلى الوكالة وليس التحكيم، وبذلك قال أبو حنيفة والشافعي، ورجح الرازي أن يكون الحكمان من أهل الزوجين، لأنهما أشد طلبًا للإصلاح بينهما، وأعرف بحقيقة

الحال من الأجنبي، وأعرف بمزاج كل من الزوجين ورغبته في الإصلاح أو عدم ذلك، ولأن ذلك هو منطوق الآية الكريمة [(١)].

وناقش الرازي مسألة مهمة بخصوص الحكمين فقال: فهل يجوز للحكمين أن ينفذا أمرًا يلزم الزوجين دون إذن منهما، وهي مسألة مهمة في التحكيم، حكي عن الشافعي فيها قولين: أحدهما: يجوز ذلك للحكمين، وبه قال مال وإسحق، والثاني: لا يجوز إلا بإذنهما، وبه قال أبو حنيفة [(٢)].

وحين تعرض الإمام رشيد رضا وشيخه محمد عبده لمسألة الحكمين، فنظرا إليها في ضوء المنهج القرآني وحديثه عن العلاقة الزوجية، وما يحيط بها من ملابسات قد تكون سببًا في نشأة النزاع بين الزوجين، ورتبا القول فيها على الموقف العام من المراحل السابقة على اللجوء إلى الحكمين، وحاول كل إمام منهما أن يفسر إشارة القرآن الكريم إلى مراحل الوعظ والهجر في المضطجع ثم الضرب، وشرحا أن اللجوء إلى الضرب هو آخر مراحل العلاج قبل اللجوء إلى التحكيم، وأن الضرب لا يتناسب مع كل امرأة، فقد تنزجر المرأة بالوعظ وأخري بالهجر، لكن هناك من لا يصلحها إلا الضرب بقصد الإصلاح لا بقصد الإهانة مع كراهة ذلك شرعًا لكثرة الأحاديث المانعة من ذلك.

قال ﷺ: «**علام يضرب أحدكم امرأته، ولعله أن يضاجعها من آخر النهار أو آخر الليل**»[(٣)] مستكرها ذلك ناهيا عنه إلا للضرورة القصوى وبقدره، وبعيدًا عن المواضع التي

(١) التحرير والتنوير لابن عاشور: ٣/ ٤١٢.
(٢) مفاتيح الغيب ٥/ ١٩٦-١٩٨.
(٣) رواه أحمد في مسنده عن عبد الله بن زمعة.

نهي عنها الشرع، وأهما تجنب الوجه، ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾[1] مادام قد حصل المقصود من ذلك. ثم قال: إن النشوز قد يكون بنشوز المرأة، وقد يكون بظلم واقع عليها من الرجل، فنشوز المرأة يعالجه بأقرب التأديبات التي أشارت إليها الآية بمراحلها الثلاث، ولا يتجاوز أحدها إلى الآخر التي تليها إلا إذا لم تفلح الأولي في تحقيق المطلوب.

وإذا كان بظلم واقع من الرجل على الرجل على المرأة ولم يكف عن أذاها وظلمها وجب على المكلفين المتكافلين بمصالحهما من الأهلين أن يقوموا بالتحكيم، وأن يتولى ذلك من الأهل من هو أعرف بحال الزوجين وأقرب إلى قلوبهما وأكثر تأثيرًا عليهما، ويجب على هذين الحكمين أن يخلصا النية، وأن يوجها إرادتهما إلى إصلاح ذات البين، ومتي صدقت إرادة الطرفين وأخلصا النية لله فإن الله تعالى يمدها بالتوفيق والمعونة المؤدية إلى إصلاح ذات بينهما، لقوله تعالى: ﴿إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾[2] وعند ذلك يجب الخضوع لحكم الحكمين والعمل به[3].

والقصد من بعث الحكمين أن يقوما بدراية أحوال الزوجين، ويتعرفا على ظروف الأسرة والأسباب المؤدية إلى الشقاق الحاصل بينهما، وهل تقع مسئوليته على الرجل أو على المرأة أو هل هناك عوامل من خارج الأسرة تسببت في هذا الشقاق. وهذه الدراسة السابقة على اجتماع الحكمين لها أهميتها في توضيح الرؤية وتجلية المواقف والكشف عن الأسباب الظاهرة والباطنة الخفية ودورها في إثارة النزاع ووقوع الشقاق، وهذا أمر ضروري، لكي يتعرف الحكمان على أنسب الطرق المرجوة لإصلاح أمر الزوجين والجمع بينهما، قد روى الطبري أن آية التحكيم قد نزلت في شأن الرجل والمرأة على سواء إذا تفاسدا الذي بينهما، أمر الله تعالى أن يبعثوا رجلًا صالحًا من أهل الرجل

(١) سورة النساء: ٣٤.

(٢) سورة النساء: ٣٥.

(٣) انظر: المنار ٥/ ٦٣-٦٤.

ورجلًا مثله من أهل المرأة، فينظران أيهما المسيء حجبوا عنه المرأة وألزموه بالنفقة، وإن كانت المرأة هي المسيئة قسروها على زوجها ومنعوها النفقة، فإن اجتمع أمرهما على أن يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز، فإن رأيا أن يجتمعا فرضي أحد الطرفين وكره ذلك الآخر، ثم مات أحدهما فإن الذي رضي يرث الذي كره، ولا يرث الكاره الراضي، وأكثر فقهاء المذاهب المعروفة لا يقولون بهذا القول الذي رواه الطبري عن ابن عباس، والمسألة عندهم اجتهادية، والخلاف حاصل في وضع الحكمين، وهل هما وكيلان أو قاضيان فمن قال هما قاضيان فإنه يقول بوجوب نفاذ ما قضيا به على الزوجين، ومن قال هما وكيلان قال لا يجوز لهما أن ينفذا إلا ما وكلا فيه دون غيره من مسائل الزوجين [(١)].

ولقد أشار القرآن الكريم إلى وظيفة الحكمين الأساسية، وهي الإصلاح، وأن يكون ذلك هو المراد الأول من التحكيم، ولذلك أشار إليه القرآن بقوله تعالى: ﴿إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآ﴾ مما يشعر الحكمين بضرورة بذل الوسع في تحقيق إرادة الإصلاح، وهذه الإشارة القرآنية إلى إرادة الإصلاح تدل على عناية القرآن الكريم بأحكام النظام الذي تقوم عليه الأسرة والعناية به وإحاطته بشمول العناية الإلهية. يقول الشيخ الإمام: فانظر إلى كيف لم يذكر التفريق في مقابل التوفيق عند تعينه، لم يذكره حتى لا يذكر به، لأنه يبغضه، فأبغض الحلال إلى الله الطلاق، وليشعر النفوس أنه ليس من شأنه أن يقع [(٢)]، فقال سبحانه: ﴿إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآ﴾ ولم يذكر «وإن يريدا فراقا....» حرصا وتنبيهًا إلى ما ينبغي أن يتحلى به الحكمان من إرادة الإصلاح.

والله أعلم . . .

(١) المنار: ٥/ ٦٤.

(٢) السابق: ٥/ ٦٥.

أهم المصادر

(١) تيسير الكريم الرحمن للسعدي، تحقيق: عيد الرحمن بن معلا، نشر مؤسسة الرسالة، ط سنة ٢٠٠٠م.

(٢) روح المعاني للألوسي.

(٣) معالم التنزيل للبغوي، دار طيبة للنشر، سنة ١٩٩٧م.

(٤) تفسير المنار لرشيد رضا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة ١٩٩٠م.

(٥) التحرير والتنوير لابن عاشور، الدار التونسية، سنة ١٩٨٤م.

(٦) نظم الدرد للبقاعي.

(٧) في ظلال القرآن لسيد قطب، دار الشروق.

الفهـــــــــرس

تمهيد ٨٥٢
الحياة الزوجية في الإسلام ٨٥٥
أهم المصادر..... ٨٦٧
الفهـــــــــرس ٨٦٨

نفقة ومتعة المطلقة وأحكام المحضون

حول الوثائق التشريعية لهيئات التحكيم

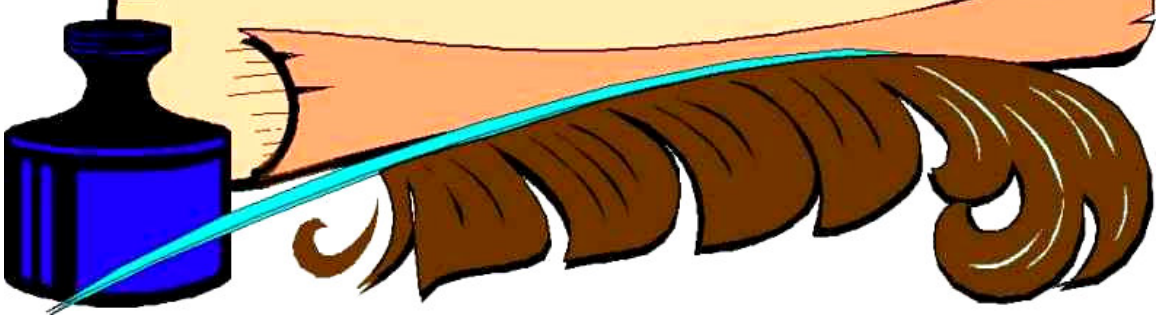
إعداد الشيخ

محمد عبد العزيز أبو النجا

مدير مكتب المجمع بالقاهرة

بالمجلس الإسلامي العالمي للدعوة والإغاثة

والخبير بالمجمع



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادى له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم.

من دواعي سروري واعتزازي مشاركتي مع أساتذتي الأجلاء وإخواني الأعزاء بهذا الجهد المقل، رزقنا الله تعالى الإخلاص، ووفقنا إلى ما يحبه ويرضاه، آمين.. آمين.. آمين.

وثيقة المجمع للأحوال الشخصية من الصدقات الجارية إن شاء الله تعالى، مما يدفع المسلم للمشاركة والمساهمة فيها بأي نصيب، جعله الله تعالى لوجهه الكريم.

القضايا التي اقترحت للاستكتاب:

السؤال الأول: هل للمبتوتة نفقة وسُكنى أو لا؟

تعريف المبتوتة لغة: البتَّ: القطع المستأصل، يقال: بتتُّ فابنْتَت. وفي المحكم: بَتّ الشيء يبُتُّ بالضم ويَبِتُّ بالكسر، الأول على القياس؛ لأنه المعروف في مضارع فعل المفتوح المتعدي والثاني على الشذوذ بتًا كالإبتات: قطعه قطعًا مستأصلًا [(١)].

اصطلاحًا: المطلقة طلاقًا بائنًا [(٢)].

تجب النفقة بأنواعها المختلفة من طعام وكسوة وسُكنى، بالاتفاق [(١)] للمطلقة

(١) تاج العروس: ١٠٤٧١١

(٢) انظر طلبة الطلبة ١٢٩١٢، ومعجم لغة الفقهاء ١/ ٤٠٠.

طلاقًا رجعيًا في عدتها؛ لأن المعتدة تعد زوجة ما دامت في العدة، لأن النكاح قائم، قال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [٢].

وإن كانت معتدة من طلاق بائن وهي حامل وجبت لها النفقة بأنواعها المختلفة بالاتفاق كذلك، لقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[٣]. ولأنها حامل بولده وهو يجب أن ينفق عليه، ولا يمكن الإنفاق على الحمل إلا إذا أنفق على أمه، فيجب على الزوج أن ينفق على تلك الأم، كما يجب عليه أجرة الإرضاع[٤].

واختلفوا في وجوب النفقة لها إن كانت غير حامل على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لها السُكنى والنفقة ما دامت في العدة، وإليه ذهب الحنفية[٥]، وهو مروي عن الثوري والحسن بن صالح وابن شبرمة وابن أبي ليلى وغيرهم، وهو رواية عن أحمد [٦] دليلهم: قال الله عز وجل: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّۚ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[٧].

- وبما رواه أبو إسحاق- عمرو بن عبد الله- قال: كنت مع الأسود بن يزيد جالسًا في المسجد الأعظم ومعنا الشعبي، فحدث الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس: «أن رسول

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد ٢/ ٦٥.

(٢) سورة الطلاق: ٦.

(٣) سورة الطلاق: ٦.

(٤) المهذب ٢/ ١٦٤، نهاية المحتاج ٧/ ٢١١، والمغني ٩/ ٢٨٨.

(٥) بدائع الصنائع ٤/ ١٦.

(٦) المغني ٩/ ٢٨٩.

(٧) سورة الطلاق: ٦.

الله ﷺ لم يجعل لها سُكنى ولا نفقة»، ثم أخذ الأسود كفًا من حص فحصبه به فقال: ويلك! تحدث بمثل هذا؛ قال عمر: لا نترك كتاب الله وسنة نبينا ﷺ لقول امرأة لا ندري لعلها حفظت أو نسيت، لها السُكنى والنفقة؛ قال الله عز وجل: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾[1].

- وبسبب احتباسها في العدة لحق الزوج.

القول الثاني: لها السُكنى دون النفقة وإليه ذهب المالكية[2] والشافعية[3] وهو رواية عن الحنابلة[4] دليلهم: قال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[5] فقد أوجب سبحانه السُكنى لكل مطلقة، ومنها البائن غير الحامل، وأما النفقة فقد خص بها الحامل دون الحائل فدل ذلك على وجوب السُكنى للبائن غير الحامل دون النفقة.

إن الله تعالى أوجب للمطلقة السُكنى مطلقًا بقوله ﴿أَسْكِنُوهُنَّ﴾، ولا تجب لها نفقة الطعام والكسوة لمفهوم قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ فدل بمفهومه على عدم وجوب النفقة لغير الحامل.

---

(١) سورة الطلاق: ١، الحديث أخرجه مسلم في صحيحه ٢/ ١١١٩.

(٢) حاشية الدسوقي ٢/ ٥١٥، شرح الخرشي ٤/ ١٩٢.

(٣) المهذب ٢/ ١٦٤.

(٤) المغني ٩/ ٢٨٨.

(٥) سورة الطلاق: ٦.

القول الثالث: لا نفقة لها ولا سُكنى وهو المذهب عند الحنابلة [(١)] لما ورد عن فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها ثلاثًا فلم يجعل لها رسول الله ﷺ نفقة ولا سكن [(٢)].

القول الأقرب هو القول الثالث: يقول ابن قدامة في المغني [(٣)]، يقول ابن عبد البر: قول أحمد بن حنبل ومن تابعه أصح وأحجَّ! لأنه ثبت عن النبي ﷺ نصًا صريحًا، فأي شيء يعارض هذا إلا مثله عن النبي ﷺ، الذي هو المبين عند الله مراده؟ ولا شيء يدفع ذلك، ومعلوم أنه أعلم بتأويل قول الله تعالى: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾ وأما قول عمر ومن وافقه، فقد خالفه على وابن عباس ومن وافقهما والحجة معهم، ولو لم يخالفه أحد منهم، لما قبل قوله المخالف لقول رسول الله ﷺ، فإن قول رسول الله ﷺ حجة على عمر وعلى غيره، ولم يصح عن عمر أنه قال: لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة، فإن أحمد أنكره؛ وقال: أما هذا فلا، ولكن قال: لا نقبل في ديننا قول امرأة.

والله تعالى أعلى وأعلم . . .

- المعتدة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة:

اتفق الفقهاء على أن المعتدة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة لا نفقة لها إن كانت

(١) الإنصاف ٩/ ٣٦١.

(٢) أخرجه أحمد ٧/ ٢٦٥، وأبو داود ١٩٥٨، والنسائي ٣٣٦٩.

(٣) المغني ١٨/ ٢١٧.

حائلًا، واستثنى المالكية من ذلك السُكنى فقالوا: تجب لها [1].

وأما إن كانت حاملًا فقد اختلفوا في وجوب النفقة على قولين:

القول الأول: تجب النفقة وإليه ذهب المالكية [2] والحنابلة [3] وهو أحد القولين عند الشافعية [4] وذلك لأن الحمل يلزمه وعليه نفقته كالرضاع، ولا تصل النفقة إلى الحمل إلا بالإنفاق عليها فوجبت لها النفقة.

ولأن الحمل في النكاح الفاسد كالحمل في النكاح الصحيح في لحوق الولد بالزوج والاعتداء.

القول الثاني: لا تجب النفقة وإليه ذهب الحنفية والشافعية على الأصح لأن النفقة إنما تجب في نكاح صحيح.

والأقرب: قول الجمهور لقوة استدلالهم وقياسهم.

والله تعالى أعلى وأعلم . . .

(١) البدائع ٤/ ١٦، مواهب الجليل ٤/ ١٨٩، المهذب ٢/ ١٦٥، المغني ٩/ ٢٩٣، الدسوقي ٢/ ٤٨٩، مغني المحتاج ٣/ ٤٠١، ٤٤١.

(٢) مواهب الجليل ٤/ ١٨٩، والدسوقي ٢/ ٤٨٩.

(٣) كشاف القناع ٥/ ٤٦٧.

(٤) المهذب ٢/ ١٦٥، ومغني المحتاج ٣/ ٤٠١١، ٤٤١.

السؤال الثاني: هل تجب متعة الطلاق لجميع المطلقات أم لا؟

تعريف المتعة: لغة: اسم مشتق من المتاع، وهو جميع ما ينفق أو يستمتع به[(١)].

اصطلاحًا: اسم لمال يدفعه الرجل لمطلقته التي فارقها بسبب إيحاشه إياها بفرقة لا يد لها فيها غالبًا[(٢)].

أدلة المشروعية:

١- قوله تعالى: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾[(٣)].

٢- قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾[(٤)].

٣- قوله تعالى: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾[(٥)].

اتفق الفقهاء على مشروعية المتعة للمطلقة والاختلاف في وجوبها من ندبها على أربعة أقوال:

الأول: سنة في جميع الحالات، وبهذا قال الفقهاء السبعة والإمام مالك – رحمه الله – وهو رواية عن الإمام أحمد.

---

(١) اللسان العربي ٨/ ٣٢٨.

(٢) معجم لغة الفقهاء ١/ ٤٠٢، ومغني المحتاج ٣/ ٢٤١.

(٣) سورة البقرة: ٢٤١.

(٤) سورة الأحزاب: ٢٨.

(٥) سورة البقرة: ٢٣٦.

الثاني: الوجوب في حالة واحدة وهي الطلاق قبل الفرض وقبل الدخول، وقالوا بالندب فيما عدا ذلك، وبهذا قال الحنفية ورواية عن الإمام مالك – رحمه الله – ورواية عن الإمام أحمد [(١)].

الثالث: الوجوب إلا في حالة واحدة، وهي المطلقة بعد الفرض وقبل الدخول، وبهذا قال الإمام الشافعي – رحمه الله – في القديم ورواية عن الإمام أحمد [(٢)].

الرابع: الوجوب مطلقًا، وبهذا قال أمير المؤمنين على والحسن وأبو العالية وابن جبير والزهري وأبو قلابة وعطاء وقتادة والضحاك وأبو ثور والطبري وابن حزم ورواية عن الإمام أحمد وقال به الشافعي – رحمه الله – في الجديد واختاره ابن تيمية [(٣)].

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: وتجب المتعة لكل مطلقة، وهي رواية عن الإمام أحمد نقلها حنبل، وهو ظاهر دلالة القرآن.

- استدل أصحاب القول الأول بأن المتعة سنة في جميع الحالات وليست واجبة بعدم تقديرها ووصف التقوى والإحسان لمن قام بها، والإحسان ليس واجبًا على المسلم وهو واضح من الاسم، والتقوى أمر قلبي، لا مناط به الأحكام الشرعية العملية.
- واستدل أصحاب القول الثاني بوجوب المتعة في حالة واحدة، وهي إذا طلقت قبل الفرض وقبل الدخول، وتكون مندوبة في غير ذلك، بقوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ

(١) بدائع الصنائع ٢/ ٣٠٢، والمغني مع الشرح الكبير ٨/ ٤٩.
(٢) المهذب ٢/ ٦٣، نهاية المحتاج ٦/ ٣٥٨، المغني ٨/ ٤٨، الفروع ٥/ ٢٨٨.
(٣) المغني ٨/ ٤٩، المحلي ١٠/ ٢٤٥-٢٤٧، الفروع ٥/ ٢٨٨، الإنصاف ٨/ ٣٠، ومجموع الفتاوى ٣٢/ ٢٧.

عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗ وَمَتِّعُوهُنَّ﴾[1]، فالأمر بالمتعة ورد في هذه الآية لهذا الصنف من المطلقات، فدل على عدم وجوبها لغيرهن من المطلقات.

- واستدل أصحاب القول الثالث بوجوب المتعة لكل مطلقة فيما عدا التي طلقت قبل الدخول، وقد فرض لها الصداق، فليس لها متعة، وإنما واجب لها نصف الصداق فقط، بقوله تعالى: ﴿ وَلِلۡمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُتَّقِينَ ﴾[2]، وقوله تعالى في حق أزواج الرسولﷺ ﴿فَتَعَالَيۡنَ أُمَتِّعۡكُنَّ وَأُسَرِّحۡكُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا﴾[3]، وأزواج الرسول ﷺ كن مدخولاً بهن مفروضًا لهن. لا يستثنى شيء من المطلقات إلا ما استثناه الشارع، وقد استثنى الشارع المطلقة بعد الفرض وقبل الدخول، فالله جل في علاه ذكر المطلقة قبل الدخول بصنيفها، المفروض لها وغير المفروض لها في آيتين متعاقبتين، وقرن كل صنف بحكم، الأمر الذي يشعر باختصاص كل صنف بالحكم الذي قرن به، فقال: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلۡمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلۡمُقۡتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾[4]، ثم عقب ذلك بقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدۡ فَرَضۡتُمۡ لَهُنَّ فَرِيضَةٗ فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ﴾[5].

(١) سورة البقرة: ٢٣٦.
(٢) سورة البقرة: ٢٤١.
(٣) سورة الأحزاب: ٢٨.
(٤) سورة البقرة: ٢٣٦.
(٥) سورة البقرة: ٢٣٧.

- ففي الآية الأولى أمر بتمتيع المطلقة قبل الدخول التي لم يفرض لها شيء، وفي الثانية أوجب للمطلقة قبل الدخول التي فرض لها المهر، نصف المسمى، ولم يوجب لها متعة، فتعين التقيد بما ورد في النص.

- واستدل أصحاب القول الرابع بوجوب المتعة لكل مطلقة، سواء طلقت قبل الدخول أم بعده، فرض لها أم لم يفرض، بقول تعالى: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾، والآية عامة تشمل كل مطلقة قبل الدخول أو بعده، فرض لها أم لا.

- وبقوله جل شأنه: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾[1]، الآية عامة كذلك.

- ولعل أقرب الأقوال هو الرابع كما رجح ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى، لموافقته، لظاهر القرآن، بلا حاجة لتأويل أو حمل الأمر على غير ظاهره، ولا ينبغي صرف الأمر عن ظاهره من غير دليل.

والله أعلم . . .

أما حجة القول الأول بعدم تقدير المتعة وهو دليل سنيتها.

فالرد: أن عدم التقدير لا يلزم منه عدم الوجوب، فقد فرض الله النفقة ولم يبين مقدارها.

وأما حجة التعليق على المحسنين والمتقين.

(١) سورة الأحزاب: ٤٩.

فالرد: فاعل الواجب محسن ومتق، وهو من باب التكريم والتشريف والحض على الفعل بهذا الثناء الموصف به.

يؤيد هذا ما جاء في سبب نزول قوله تعالى: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾، قال بعض السلف لما نزل قوله تعالى ﴿مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾، قال بعضهم: إن شئت أحسنت ففعلت وإن شئت لم أفعل، فأنزل الله هذه الآية: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾[1].

وأما الاستدلال بالآية الكريمة ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ على عدم وجوب المتعة للمفروض لها غير المدخول بها، لأن لها نصف المفروض، فالله تعالى لم يقل: فنصف ما فرضتم ولا متعة لها، وثبوت حكم في آية لا يدل على إسقاط حكم ثبت بآية أخرى، مادام لا يترتب على اجتماعهما محال، وهو أخذ بكل الأدلة، والجمع أولى من الترك.

- والمتعة استحقاق للفراق، والمهر ونصفه استحقاق للعقد والنكاح، فقد أوجب الإسلام الصداق بالعقد والمتعة بالطلاق وهو تعويض لجبر إيحاش الطلاق.

والله تعالى أعلى وأعلم . . .

ويجدر بالذكر أنه يشترط لاستحقاق المتعة أمران:

١- ألا يكون الطلاق بسبب من المرأة.

٢- ألا يكون على الإبراء.

(١) أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٩٢، وتفسير ابن كثير ١/ ٢٩٧، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/ ٢٠.

- وكذلك من الممكن أن يتم التراضي على المتعة بين الطرفين، فإن حدث خلاف ومشاحة فليرفعا الأمر إلى القاضي ليفصل فيه.
- هل يمكن أن تستوعب المتعة التي يحكم بها تدبير مسكن دائم للمرأة المطلقة إذا رأي القاضي ذلك؟

لم يرد نص في تحديد مقدار المتعة ولا نوعها، ويرجع في تقديرها إلى أحوال الزوج المالية مع مراعاة العرف وهو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة، بخلاف النفقة فإنها تقدر بحالهما.

ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾.

وعلى هذا يمكن أن تكون المتعة مسكنًا دائمًا إذا رأى القاضي هذا بشرطين يجب مراعاتهما:

١- حال الزوج.

٢- والعرف الساري.

وفي كل ما سبق من أحكام، دعوة لغير المسلمين للنظر والبحث في جواهر هذا الدين الخاتم الكفيل وحده بسعادة البشرية في كل زمان ومكان وصدق الله القائل: ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ ٱللَّطِيفُ ٱلْخَبِيرُ﴾[1].

(١) سورة الملك: ١٤.

ثانيًا: القضايا المقترحة في الحضانة:

تمهيد: تعريف الحضانة:

لغة: مصدر حضن، ومنه حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه [(١)].

شرعًا: هي حفظ ما لا يستقل بأموره، وتربيته بما يصلحه [(٢)].

الحكم التكليفي للحضانة:

واجبة شرعًا؛ لأن المحضون قد يهلك، أو يتضرر بترك الحفظ، فيجب حفظه عن الهلاك، يتعين الوجوب إذا لم يوجد إلا الحاضن، أو وجد ولكن لم يقبل الصبي غيره، والوجوب الكفائي عند تعدد الحاضن [(٣)].

صفة المحضون:

تثبت الحضانة على الصغير باتفاق الفقهاء، وكذلك الحكم عند الجمهور- الحنفية والشافعية والحنابلة وفي قول عند المالكية- بالنسبة للبالغ المجنون والمعتوه.

والمشهور عند المالكية أن الحضانة تنقطع في الذكور بالبلوغ ولو كان زمنًا أو مجنونًا [(٤)].

مقتضى الحضانة:

مقتضى الحضانة حفظ المحضون، وإمساكه عما يؤذيه، وتربيته لينمو، وذلك بعمل ما يصلحه وتعهده بطعامه وشرابه، وغسله وغسل ثيابه، ودهنه، وتعهد نومه ويقظته [(٥)].

حق الحضانة:

لكل الحاضنة والمحضون حق في الحضانة، فهي حق الحاضن بمعنى أنه لو امتنع

---

(١) اللسان العربي ١٣/ ١٢٢، والمصباح المنير ١/ ٧٦.

(٢) القوانين الفقهية ٢٢٤، المغني ٧/ ٦١٣، مغني المحتاج ٣/ ٤٥٢، كشاف القناع ٥/ ٤٩٥.

(٣) المغني ٧/ ٦١٢.

(٤) المغني ٧/ ٦١٤، حاشية ابن عابدين ٢/ ٦٤١، نهاية المحتاج ٧/ ٢١٤، كشاف القناع ٥/ ٤٩٦.

(٥) البدائع ٤/ ٤٠، مغني المحتاج ٣/ ٤٥٢، كشاف القناع ٥/ ٤٩٦.

عن الحضانة، لا يجبر عليها، لأنها غير واجبة عليه، ولو أسقط حقه فيها سقط، وإذا أراد العود وكان أهلًا لها عاد إليه حقه عند الجمهور؛ لأنه حق يتجدد بتجدد الزمان.

وهي حق المحضون، بمعنى أنه لو لم يقبل المحضون غير أمه أو لم يوجد غيرها، أو لم يكن للأب ولا للصغير مال، تعينت الأم للحضانة وتجبر عليها، وهذا عند الحنفية والشافعية والحنابلة، ويوافقهم المالكية في المشهور عندهم، غير أنهم يخالفون الجمهور في عودة الحق بعد الإسقاط، فعندهم إذا أسقط الحاضن حقه في الحضانة دون عذر بعد وجوبها؛ سقط حقه ولا يعود إليه الحق بعد ذلك لو أراد [1].

السؤال الأول: ما هي السن التي يمتد إليها الحق في حضانة الطفل للأم ثم ينتقل بعدها إلى الأب؟

إجابة السؤال الأول:

هذه مسألة تنازع فيها الفقهاء تحقيقًا لمصلحة المحضون ورعايته وصيانته، وهذا هو الأصل الذي يجب أن يضعه نصب عينيه القاضي وهو يحكم والله هو الموفق.

قال الحنفية: يكون الطفل الذكر عند أمه حتى يستغنى عن رعاية النساء له، فيأكل وحده، ويشرب وحده، أو يلبس وحده، وقدر ذلك بسبع سنين، فإذا انقضت حضانة النساء فلا يخير المحضون ذكرًا كان أو أنثى، بل يضم إلى الأب، لأنه لقصور عقله يختار من عنده اللعب. وتظل الحضانة على الأنثى قائمة إلى بلوغها أو زواجها، إن كانت الحاضنة الأم أو أمهاتها، وإن كانت الحاضنة غير الأم والجدة فتكون أحق بالصغيرة

(١) حاشية ابن عابدين ٢/ ٦٣٦، حاشية الدسوقي ٢/ ٥٣٢، نهاية المحتاج ٧/ ٢١٩، المغني ٧/ ٦٢٤.

حتى تشتهي، وقدّر بتسع سنين، ثم تكون الحضانة للأب [١].

وقال المالكية: يكون الطفل الذكر عند أمه إلى بلوغه وفى قول عندهم: إلى الإثغار [٢]، وتكون الأنثى إلى دخول الزوج بها [٣].

قال ابن رشد: إذا بلغ الولد حد التمييز فقال قوم: يخير وبقى قوم على الأصل؛ لأنه لم يصح عندهم هذا الحديث [٤].

قال الشافعية والحنابلة: بتخيير الطفل، وقصر الحنابلة التخيير على الطفل الذكر دون الأنثى، والمقصود بالطفل المخير هنا المميز [٥].

وهذا القول أقرب ولكن بقيد مصلحته وقد دلت الأحاديث والآثار على ذلك ومنها:

- حيث أبي هريرة رضي الله عنه والذي فيه: أنه خيرَّ غلامًا بين أبويه، وأخبر أن النبي ﷺ فعل ذلك [٦].
- حديث رافع بن سنان: والذي فيه أن النبي ﷺ خير ابنته بينه وبين أمها وهي لم تسلم [٧].
- قول عمر حين اختصم إليه في صبي فقال: هو مع أمه حتى يعرب عنه لسانه فيختار [٨].

---

(١) الهداية ٢/ ٣٧، بدائع الصنائع ٤/ ٤٢، واللباب في شرح الكتاب ٣/ ٢٤.

(٢) الإثغار: ثغر الغلام ثغرًا سقطت أسنانه الرواضع فهو مثغور. لسان العرب ٤/ ١٠٣، القاموس المحيط ١/ ٤٥٨.

(٣) الاستذكار ٧/ ٢٩٢، حاشية الدسوقى ٢/ ٥٢٦.

(٤) بداية المجتهد ٢/ ٤٦.

(٥) الأم ٥/ ٩٩، وروضة الطالبين ٦/ ٥١١، المغني ٩/ ٣٠١ والإنصاف ٩/ ٣١٧.

(٦) أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي وأحمد وصححه الترمذي والخاتم وابن القطان والألباني.

(٧) أخرجه أبو داود وأحمد والحاكم والبيهقي وصححه الحاكم.

(٨) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه.

- حديث عمارة بن ربيعة الجرمي أن عليا بن أبي طالب ﷺ خيره بين أمه وعمه، ثم قال علي ﷺ: «**وأخوك هذا إذا بلغ ما بلغت خير كما خيرت**»[(١)].

السؤال الثاني: ما مدى تأثير سفر أحد الوالدين على الحق في الحضانة؟

السؤال الثالث: ما مدى من لم تكن له الحضانة من الأبوين في الاعتراض على ذلك.

السؤال الرابع: وهل يفرق في ذلك بين السفر الداخلي والخارجي الذي يخرج به عن سلطان قوانين هذه المجتمعات؟

إذا انقضت عدة الأم فمكان الحضانة هو البلد الذي يقيم والد المحضون أو وليه، وكذلك إذا كانت الحاضنة غير الأم؛ لأن للأب حق رؤية المحضون، والإشراف على تربيته، وذلك لا يتأتى إلا إذا كان الحاضن يقيم في بلد الأب أو الولي[(٢)].

يفرق جمهور الفقهاء- المالكية والشافعية والحنابلة- بين سفر الحاضنة أو الولي للنقلة والانقطاع والسُكنى في مكان آخر، وبين السفر لحاجة كالتجارة والزيارة.

فإن كان سفر أحدهما «الحاضنة أو الولي» للنقلة والانقطاع سقطت حضانة الأم، وتنتقل لمن هو أولى بالحضانة بعدها، بشرط أن يكون الطريق آمنًا، والمكان المنتقل إليه مأمونًا بالنسبة للصغير، والأب هو الأولى بالمحضون سواء أكان هو المقيم أو المنتقل، لأن الأب في العادة هو الذي يقوم بتأديب الصغير، وحفظ نسبه، فإذا لم يكن الولد في بلد الأب ضاع، لكن قيد الحنابلة أولوية الأب بها إذا لم يرد مضارة الأم وانتزاع الولد منها، فإذا أراد ذلك لم يجب إليه، بل يعمل ما فيه مصلحة الولد.

---

(١) أخرجه الشافعي – رحمه الله – وابن منصور والبيهقي وابن أبي شيبة.

(٢) البدائع ٤/ ٤٤، وحاشية الدسوقي ٢/ ٥٢٧، ومغني المحتاج ٣/ ٤٥٨، والمغني ٧/ ٦١٨.

وإن سافرت الأم مع الأب بقيت على حضانتها.

وإن كان السفر لحاجة كتجارة وزيارة، كان الولد مع المقيم منهما يعود المسافر، وسواء أكان السفر طويلًا أم قصيرًا، وكذا يكون الولد مع المقيم لو كان الطريق المنتقل إليه غير آمن في سفر النقلة والانقطاع.

وهذا عند الشافعي – رحمه الله – والحنابلة، وزاد الشافعية أنه إن كان المقيم الأم وكان في مقامة معها مفسدة أو ضياع مصلحة، كعدم تعليم الصبي القرآن أو حرفة حيث لا يقوم مقام الأب غيره في ذلك، فالمتجه كما قال الزركشي تمكين الأب من السفر به، لاسيما إن اختاره الولد.

وعند المالكية إن كان سفر أحدهما- الحاضنة أو الولي- لتجارة أو زيارة فلا تسقط حضانة الأم، وتأخذه معها إن سافرت، ويبقى معها إن سافر الأب، وسواء أكانت مسافة السفر ستة برد أم أقل أم أكثر على ما قاله الأجهوري وعبد الباقي وقال إبراهيم اللقاني والخرشي والعدوي: لا تأخذ الولد معها إلا إذا كان السفر قريبًا كبريد، فإن بعد فلا تأخذه، وإن كانت حضانتها باقية [(١)].

أما الحنفية فقد ذهبوا إلى أنه لا يجوز للأم الحاضنة التي في زوجية الأب أو في عدته الخروج إلى بلد آخر، وللزوج منعها من ذلك، أما إن كانت منقضية العدة؛ فإنه يجوز لها الخروج بالمحضون إلى بلد آخر في الأحوال الآتية:

(١) إذا خرجت إلى بلدة قريبة بحيث يمكن لأبيه رؤيته والعودة في نهاره على ألا يكون المكان

(١) حاشية الدسوقي ٢/ ٥٣١، ومغني المحتاج ٣/ ٤٥٨، وكشاف القناع ٥/ ٥٠٠، والمغني ٧/ ٦١٨، والإنصاف ٩/ ٤٢٧.

الذي انتقلت إليه أقل حالًا من المكان الذي تقيم فيه حتى لا تتأثر أخلاق الصبي.

(٢) إذا خرجت إلى مكان بعيد مع تحقق الشروط الآتية:

أ- أن يكون البلد الذي انتقلت إليه وطنها.

ب- أن يكون الزوج قد عقد نكاحه عليها في هذا البلد.

ج- ألا يكون المكان الذي انتقلت إليه دار حرب إذا كان الزوج مسلمًا أ ذميًا.

فإذا تحققت هذه الشروط جاز لها السفر بالمحضون إلى هذا المكان البعيد، لأن المانع من السفر أصلًا هو ضرر التفريق بين الأب وبين ولده، وقد رضى به لوجود دليل الرضا وهو التزوج بها في بلدها، لأن من تزوج امرأة في بلدها فالظاهر أنه يقيم فيه، والولد من ثمرات النكاح، فكان راضيًا حضانة الولد في ذلك البلد، فكان راضيًا بالتفريق، وعلى هذا فليس لها أن تنتقل بولدها إلى بلدها إذا لم يكن عقد النكاح قد وقع فيه، ولا أن تنتقل إلى البلد الذي وقع فيه عقد النكاح إذا لم يكن بلدها، لأنه لم يوجد دليل الرضا من الزوج، فلابد من تحقق الشرطين على ما ذكر محمد في الأصل، واعتبر أبو يوسف مكان العقد فقط أما شرط ألا يكون المكان عربيًا إذا كان الزوج مسلمًا أو ذميًا فلما في ذلك من إضرار بالصبي لأنه يتخلق بالأخلاق الكفار.

هذا إذا كانت الحاضنة هي الأم، فإن كانت غيرها؛ فلا يجوز لها الخروج بالصغير إلى أي مكان إلا بإذن الأب لعدم العقد بينهما.

كما يرى الحنفية أنه ليس للأب أو الوليَّ أخذ الصغير ممن له الحضانة من النساء والانتقال به من بلد أمه بلا رضاها ما بقيت حضانتها قائمة، ولا يسقط حقها في الحضانة بانتقاله، وسواء أكان المكان الذي ينتقل إليه قريبًا أم بعيداً ولعل هذا القول هو

أنسب الأقوال للمغتربين لخلو الأدلة النقلية مع الأخذ في الاعتبار ضرورة وضع مصلحة المحضون نصب العين عند الحكم والله تعالى أعلى وأعلم.

السؤال الخامس: وما حدود حق الزيارة والاستزارة لغير صاحب الحضانة من الزوجين؟

من المتفق عليه بين الفقهاء أن لكل من أبوي المحضون إذا افترقا حق رؤيته وزيارته، لكنهم يختلفون في بعض التفاصيل التي تعود إلى الضوابط الشرعية العامة والعرف السائد.

ولهذا فقد وجدت من المناسب ذكر قرار المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث في أحكام الحضانة والذي يختص برؤية المحضون لاسيما مع تشابه الأعراف: يؤكد المجلس على حرمة منع أحد الوالدين في حال الطلاق أو التفريق من رؤية الأولاد، ويوصي لمنع ذلك بالآتي:

(١) على الأب أو الأم الاتفاق ابتداءً – في إطار الأحكام الشرعية – على تنظيم العلاقة في حال الحضانة إذ هو الضمان الوحيد لكل الحقوق، ولاسيما أن القضاة في المحاكم المدنية يحبذون الاتفاق بين الأبوين على كل ما يعود على المحضون بالمصلحة والحفظ.

(٢) إذا كان المحضون صغيرًا دون سن التعليم القانونية ولا يستطيع البقاء مع أبيه، أو كان الأب عاجزًا عن القيان بشؤون طعامه وشرابه وتنظيفه، فعلى الحاضن تهيئة الظروف المناسبة لرؤية المحضون في بيت الحاضنة.

(٣) إذا كان المحضون في سن التعليم فعلى الأب أن يأخذه للتعليم والتأديب بشرط أن يبيت في بيت الحاضنة، وأن يكون ذلك بالاتفاق بينهما.

(٤) على الأب أن يُراعي آداب الزيارة للمحضون، كعدم حدوث خلوة بين الأبوين المفترقين بعد العدة، وعدم إطالة المكث، واختيار الوقت المناسب منعًا للشبهة،

واستئذان صاحب البيت للدخول، فإن لم يؤذن له أخرج الولد إليه ليستطيع رؤيته.

(٥) تكون الرؤية على ما جرت به العادة كيومي عطلة الأسبوع أو أكثر وكل ذلك بحسب الاتفاق بين الأبوين.

(٦) التنبيه على حرمة تلقين المحضون قطيعة الرحم وعقوق الوالدين، والتحذير من منع المحضون من زيارة أرحامه وأقاربه سواء من جهة الأب أو من جهة الأم.

(٧) التعاون الكامل بين الأبوين على كل ما يحافظ على دين المحضون وأخلاقه في هذه الديار، وذلك كالتردد على المساجد والمراكز الإسلامية وحضور الجمع والجماعات وحلقات تحفيظ القرآن الكريم.

السؤال السادس: هل يمكن اعتبار القوانين التي تنظم ذلك في هذه المجتمعات باعتبار ذلك من الخبرات الميدانية والتراتيب الإدارية؟

يمكن ذلك والله تعالى أعلى وأعلم طالما يحقق مصلحة المحضون وبما لا يخالف شرع الله تعالى عامة وخاصة أي فيما يختص بأحكام الحضانة وفي إطار ما سبق تناوله.

السؤال السابع: ما هي معايير تحديد نفقة الطفل في حالة انفصال الزوجين؟

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن الحاضنة لها أجرة المثل، وخالف المالكية في المشهور فقالوا: لا أجرة للحاضنة، وإنما لها إذا كانت فقيرة أن تأخذ نفقة لها من مال المحضون.[(١)]

وهذا مشروط بتفرغ الأم الحاضنة لأولادها، فإذا كانت عاملة فالاختيار أن لا أجرة لها لانتفاء العلة.

(١) حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٦١، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٨، حاشية الدسوقي ٢/ ٥٣٤، كشاف القناع ٣/ ٣٢٦.

أما المسكن فاتفق الفقهاء على وجوب تهيئة السكن المناسب للحاضنة والمحضون على تفصيل، والشافعية والحنابلة اعتبروا السكن جزءًا من النفقة الواجبة للمحضون، في حين قيد الحنفية ذلك بشرط عدم وجود مسكن للحاضنة.

وعند المالكية: ما يخص المحضون من أجرة المسكن فهو على الأب باتفاق، وإنما الخلاف فيما يخص الحاضنة من أجرة المسكن، ومذهب المدونة الذي عليه الفتوى أن أجرة المسكن على الأب للمحضون والحاضنة معًا وقيل تؤدي الحاضنة حصتها من الكراء، وقيل تكون الأجرة على قدر الرءوس فقد يكون المحضون متعددًا.[(١)]

أما النفقة على المحضون وتشمل الغذاء والكسوة والعلاج والتعليم وغير ذلك فلا خلاف بين العلماء في وجوب نفقة الأب على أبنائه حال قيام الزوجية أو بعد الطلاق حتى نقل ابن المنذر الإجماع على ذلك فقال: أجمع كل من نحفظ من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم.[(٢)]

ويرى جمهور الفقهاء أن مؤنة الحضانة تكون في مال المحضون، فإن لم يكن له مال، فعلى الأب أو من تلزمه نفقته؛ لأنها من أسباب الحفظ والكفاية والإنجاء من المهالك.[(٣)]

السؤال الثامن: هل يُمكن اعتبار ما تقضي به القوانين في هذه المجتمعات باعتبار من الخبرات الميدانية والتراتيب الإدارية؟

لا بأس بذلك في ضوء ما سبق بيانه لأن العرف محكم بشروطه كما هو معلوم،

(١) حاشية ابن عابدين ٢/ ٦٣٧، حاشية الخرشي ٤/ ٢١٨، مغني المحتاج ٣/ ٤٤٦، كشاف القناع ٥/ ٤٤٦٠.
(٢) الإجماع لابن المنذر ٧٩.
(٣) بدائع الصنائع ٤/ ٣٣، المجموع ١٧/ ١٣٢، مغني المحتاج ٣/ ٤٤٦، المغني ٧/ ٥٨٢.

وهذا ولله الحمد والفضل والمنة من عظمة تشريعنا ومرونته وصلاحيته لكل زمان ومكان إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها...

والله تعالى أعلى وأعلم . . .

أسأل الله جل وعز التوفيق والسداد والرشاد والإخلاص، فما كان صوابًا فمن الله وحده لا شريك له، وما كان من خطأ فمن نفسي ومن الشيطان عفا الله عنا جميعًا.

وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم . . .

والحمد لله رب العالمين . . .

أهم المصادر والمراجع

(١) أحكام القرآن لابن العربي.

(٢) الأم .

(٣) الإنصاف.

(٤) البدائع.

(٥) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي.

(٦) الحضانة في السنة النبوية: د. سليمان القصير.

(٧) الفروع.

(٨) القوانين الفقهية.

(٩) اللباب في شرح الكتاب.

(١٠) اللسان العربي.

(١١) المحلي.

(١٢) المهذب.

(١٣) الموسوعة الفقهية الكويتية.

(١٤) الهداية.

(١٥) بحث عناية الشريعة بالمطلقة: د. محمد بن أحمد الصالح.

(١٦) بدائع الصنائع.

(١٧) بداية المجتهد لابن رشد.

(١٨) تاج العروس.

(١٩) تفسير ابن كثير.

(٢٠) حاشية ابن عابدين.
(٢١) حاشية الدسوقي.
(٢٢) روضة الطالبين.
(٢٣) شرح الخرشي.
(٢٤) كشاف القناع.
(٢٥) مجموع الفتاوى.
(٢٦) معجم لغة الفقهاء.
(٢٧) مغني المحتاج.
(٢٨) مواهب الجليل.
(٢٩) نهاية المحتاج.

الفهـــــرس

مقدمة ٨٧٠
القضايا التي اقترحت للاستكتاب: ٨٧٠
السؤال الأول: هل للمبتوتة نفقة وسكن أو لا؟ ٨٧٠
السؤال الثاني: هل تجب متعة الطلاق لجميع المطلقات أم لا؟ ٨٧٥
أدلة المشروعية: ٨٧٥
ثانيًا: القضايا المقترحة في الحضانة: ٨٨١
السؤال الأول: ما هي السن التي يمتد إليها الحق في حضانة الطفل للأم ثم ينتقل بعدها إلى الأب؟ ٨٨١
الحكم التكليفي للحضانة: ٨٨١
صفة المحضون: ٨٨١
مقتض الحضانة: ٨٨١
حق الحضانة: ٨٨١
السؤال الثاني: ما مدى تأثير سفر أحد الوالدين على الحق في الحضانة؟ ٨٨٤
السؤال الثالث: ما مدى من لم تكن له الحضانة من الأبوين في الاعتراض على ذلك. ٨٨٤
السؤال الرابع: وهل يفرق في ذلك بين السفر الداخلي والخارجي الذي يخرج به عن سلطان قوانين هذه المجتمعات؟ ٨٨٤
السؤال الخامس: هل يمكن اعتبار القوانين التي تنظم ذلك في هذه المجتمعات باعتبار ذلك من الخبرات الميدانية والتراتيب الإدارية؟ ٨٨٨
السؤال السادس: ما هي معايير تحديد نفقة الطفل في حالة انفصال الزوجين؟ ٨٨٨
السؤال السابع: هل يُمكن اعتبار ما تقضي به القوانين في هذه المجتمعات باعتبار من الخرات الميدانية والتراتيب الإدارية؟ ٨٨٩
الخاتمة ٨٩٠
أهم المصادر والمراجع ٨٩١
الفهرس ٨٩٣

دراسة وثيقة المجمع

مع بعض المباحث الأخرى

إعداد الأستاذ الدكتور

يوسف قاسم

وكيل كلية الحقوق جامعة القاهرة

الأسبق للدراسات العليا والبحوث

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد...

فإن اجتماع المؤتمر السابع لمجمع فقهاء الشريعة بمدينة الكويت مناسبة كريمة لإقامة التواصل بين العلماء الذين يجتمعون لإبداء الرأي والمشورة حول المسائل الشرعية التي تهم الشعوب الإسلامية، وخاصة أبناء الإسلام الذين يقيمون في دول غير إسلامية، حيث يفرز الواقع العملي الذي يعيشون فيه قضايا مستجدة ليس فيها نص بخصوصها؛ فيصبح اجتماع العلماء من الضروريات التي توجب البحث عن الحكم الشرعي فيما يستجد من قضايا وأحداث.

وإذا كان القائمون على هذا المجمع زادهم الله توفيقًا وإيمانًا قد وضعوا محاور للبحث وخيروا أعضاء المجمع في اختيار أي محور يريدون البحث فيه.

فبناء عليه استخرت الله تعالى في أن أكتب عن وثيقة المجمع والأبحاث المتعلقة بها أو المطلوب بحثها بجانب دراسة الوثيقة.

لذلك:

فقد قسمت الدراسة في هذا المقام إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الإجابة على التساؤل الأول وما يتعلق به.

المبحث الثاني: الإجابة عن التساؤل الثاني وما يتعلق به.

استعراض نصوص الوثيقة

بعون الله تعالى تمت مراجعة وثيقة المجمع للأحوال الشخصية. ومع توجيه الشكر الجزيل للأستاذ الدكتور صلاح الصاوي أمين عام المجمع على الجهد الكبير الذي بذله في إعداد هذه الوثيقة، فإني أرى أن تكون تسميتها: وثيقة المجمع لحقوق الأسرة أو لأحكام الأسرة في الفقه الإسلامي؛ ذلك أن اصطلاح الأحوال الشخصية اصطلاح لم يرد على ألسنة فقهاء الشريعة، بل إن سبب وجود هذا الاصطلاح هو النظام القانوني الشاذ الذي طرأ على التشريع المصري، حينما استوردت القوانين الوضعية بدلاً من الشريعة الإسلامية.

فاصطلاح الأحوال الشخصية ليس له أصل في الفقه الإسلامي، بل هو تعبير دخيل عليه. والسبب في اختراع هذا الاصطلاح هو الوضع التشريعي الشاذ في مصر؛ ذلك أنه قبل استيراد القوانين الوضعية الباطلة شرعًا لم يكن لهذا التعبير وجود على الإطلاق. فكان اختراع هذا المصطلح لكي تكون المسائل المتصلة بالأسرة متروكة لكل طائفة حسب شريعتها[1].

المواد من ١ إلى ٥ : لا تعليق لنا عليها.

المادة (٦) : يستحسن القول: الخطبة تواعد، اتساقًا مع المادة الأولى.

المادة (١١) : يستحسن القول: المتعاقدون عند شروطهم ليشمل شروط الأولياء.

---

(١) حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي للدكتور يوسف قاسم ص ١٩، سنة ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤م. وقد أشار المشرع المصري إلى هذا في مقدمته للقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

المادة (١٦) : «... فإذا أبرم العقد بدونه – أي الولي – صح اعتبارًا لمن قال بعدم اشتراطه،... أرى – والله أعلم – حذف هذه العبارة، لأن الإمام أبا حنيفة حينما قال بعدم اشتراط الولي لم تكن أحاديث الولاية قد بلغته. وهذا مع احترامنا لجميع المذاهب ولمذهب أبي حنيفة خاصة. ولعل الواقع العملي الحالي يفرض الالتزام ببعض الشِّدَّة التي توجب ضرورة حضور الولي في عقد الزواج.

المادة (٢١) : أمور الزواج وما يتعلق به.

المادة (٢٧) : سواء أكان التحريم مؤقتًا أم مؤبدًا.

المادة (٢٨) : وبنات الإخوة والأخوات وإن نزلن والخالات والعمات دون أولادهم...

المادة (٣٢) : سواء أكان التحريم بنسب أم برضاع.

المادة (٥٧) : ... وأنها ليست ناشزًا.

المادة (٧٣) : يراعى في تقدير النفقة حال الزوج للآية الكريمة: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦۖ﴾.

المادة (١٠٢) : أُفَضِّل لفظ الشهادة امتثالاً للآية الكريمة.

المادة (١٠٦) : البصمة الوراثية باعتبارها قرينة.

المادة (١١٤) : أو غضب شديد[1] أو غيره.

المادة (١٢٨) : حسب حال المطلق يسرًا أو عسرًا للآية الكريمة.

المادة (١٥٧) : أهمية اشتراط السنة.

المادة (١٧٨) : حذف العبارة الأخيرة: «وهي مدخل شرعي...» وتذكر في المذكرة الإيضاحية.

المادة (١٨٨) : يلاحظ تقديم قرابة الأم على قرابة الأب.

المادة (٢١٠) : توضيح.

المادة (٢١٨) : ٧ س حذف الواو. و ٤ س فقه الأسرة.

(١) الذي يفقد العقل بحيث لا يدري ماذا قال.

المبحث الأول

عن التساؤل الأول ومتعلقاته

التساؤل الأول يقول: هل للمبتوتة نفقة وسكنى أم؟

وللإجابة على هذا التساؤل يمكن تلخيص المذاهب الفقهية الواردة في هذا الموضوع على النحو التالي:

المذهب الأول: أن المبتوتة لا نَفَقَة لها ولا سُكْنى. وهو مذهب أحمد وإسحق وداود وأبي ثور. وهو مروي عن على كرَّم الله وجهه وابن عباس رضي الله عنهما، وجابر، وطاووس، والحسن، وميمون بن مهران، رحمهم الله تعالى. ودليل هذا المذهب ما رُوِيَ عن فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها البتة، وهو غائب، فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته؛ فقال: والله مالَكِ علينا من شيء، فجاءت رسول الله ﷺ تذكر ذلك له فقال: «**ليس لَكِ عليه نفقة ولا سُكْنَى، فأمرها ﷺ أن تعتد في بيت أم شُريك**»[(١)]. وفي بعض الروايات أنها انتقلت لتعتد في بيت عبد الله بن أم مكتوم[(٢)].

المذهب الثاني: أن المبتوتة لا نفقة لها ولا سُكْنَى، إلا إذا كانت في حالة حمل، فإنه ينفق عليها حتى تلـد من أجل الولـد. وهو مروي عن عطاء وقتادة[(٣)]

(١) نيل الأوطار جـ ٧ ص ١٠٥ طبعة دار الجيل. المُحَلَّى لابن حزم جـ ١١ ص ٦٧٠، ط سنة ١٩٧٠م. المغني جـ ٩ ص ٢٦٤ دار الغـد

(٢) المُحَلَّى جـ ١١ ص ٩

(٣) المرجع السابق ص ٦٧٤

وهو مذهب سعيد بن المسيب و عمر بن عبد العزيز. وبإيجاب السكنى بكل حال يقول مالك والشافعي وأبي عبيد وعبد الرحمن بن مهدي[(١)].

المذهب الثالث: لها السُّكْنَى ولا نفقة لها. وهو مروي عن عُروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها أنها أنكرت على فاطمة بنت قيس. يعني في انتقال المطلقة ثلاثًا.

المذهب الرابع: أن المبتوتة لها النفقة والسُّكْنَى ما دامت في عدتها. وهو مروي عن عمر بن الخطاب و عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما. ويمكن الاستدلال لهذا المذهب بظاهر عموم الآيات والأحاديث التي توجب النفقة والسُّكْنَى لكل مطلقة مادامت في العدة، وأخذ أصحاب هذا المذهب بما رُوِي عن عمر في رفضه لحديث فاطمة بنت قيس: «لا نترك كتاب الله لقول امرأة لا تدري أحفظت أو نسيت».

ولعل الراجح من هذه المذاهب المذهب الأول الذي يقول إن المبتوتة لا نفقة لها ولا سُكْنَى. فهي وإن كانت من عموم المطلقات، لكن حديث فاطمة بنت قيس خصص هذا العموم؛ لأنه حديث صحيح بل في قمة الصحة. فقد قال عنه ابن حزم – بعد رده لمعظم الروايات الواردة في هذا الموضوع –: «وأما خبر فاطمة فمنقول نقل كافة قاطع للعذر»[(٢)]. ومعنى نقل كافة أنه نقل متواتر يمنع أي خلاف حوله. ويقول عنه في موضع آخر: خبر فاطمة كالشمس لأنها من المهاجرات المبايعات الأول. وقد

(١) المرجع السابق ص ٦٧٤

(٢) المحلى لابن حزم جـ ١١ مسألة ٢٠٠٨

شهد الله عز وجل لكلهم بالصدق[1] وذلك في قوله سبحانه: ﴿لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَٰجِرِينَ ٱلَّذِينَ أُخْرِجُوا۟ مِن دِيَٰرِهِمْ وَأَمْوَٰلِهِمْ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِّنَ ٱللَّهِ وَرِضْوَٰنًا وَيَنصُرُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥٓ ۚ أُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلصَّٰدِقُونَ﴾[2]. وليس ابن حزم وحده الذي يرجح هذا المذهب بل كثير من أئمة العلم والفضل منهم العلامة الشوكاني، والعلامة ابن القيم رحمهما الله تعالى.

فقد جاء في نيل الأوطار؛ عن ما نسب إلى عمر بشأن حديث فاطمة بنت قيس ما يأتي: قال العلامة ابن القيم: «ونحن نشهد بالله شهادةً نُسأَلُ عنها إذا لقيناه أن هذا كذب على عمر وكذب على رسول الله ﷺ. وينبغي أن لا يحمل الإنسانَ فرطُ الانتصار للمذاهب، والتعصب، على معارضة السُّنة الصريحة الصحيحة بالكذب البحت.. »[3].

(١) المرجع السابق ص ٧٠١

(٢) سورة الحشر : الآية ٨

(٣) ثم يقول الشوكاني: «فإن قلت: إن ذلك القول من عمر يتضمن الطعن على رواية فاطمة لقوله: لقول امرأة لا تدري لعلها حفظت أو نسيت. قلت هذا مطعن باطل بإجماع المسلمين؛ للقطع بأنه لم ينقل عن أحد من العلماء أنه رد خبر المرأة لكونها امرأة فكم من سنة قد تلقتها الأمة بالقبول عن امرأة واحدة من الصحابة، وهذا لا ينكره من له أدنى نصيب من علم السنة، ولم ينقل أيضًا عن أحد من المسلمين أنه يرد الخبر بمجرد تجوز نسيان ناقله، ولو كان ذلك مما يقدح به لم يبق حديث من الأحاديث النبوية إلا وكان مقدوحًا فيه لأن تجويز النسيان لا يسلم منه أحد، فيكون ذلك مفضيًا إلى تضييع السنة بأسرها مع كون فاطمة المذكورة من المشهورات بالحفظ كما يدل لذلك حديثها الطويل في شأن االدجال ولم تسمعه عن رسول الله ﷺ إلا مرة واحدة يخطب به على المنبر فوعته جميعه، فكيف يظن بها أنها تحفظ مثل هذا وتنسى أمرًا متعلقًا بها مقترنًا بفراق زوجها وخروجها من بيته. واحتمال النسيان أمر مشترك بينها وبين من اعترض عليها فإن عمر قد نسي تيمم الجنب... ونسي قوله تعالى: ﴿وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا﴾ حتى ذكرته امرأة، ونسي: ﴿إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُم مَّيِّتُونَ﴾، حتى سمع أبا بكر يتلوها. وهكذا..» نيل الأوطار جـ ٧ ص ١٠٧ وما بعدها.

ومن متعلقات هذا الموضوع: هل تجب متعة الطلاق لجميع المطلقات أم؟ وهل يمكن أن تستوعب المتعة التي يُحْكَمُ بها تدبيرَ مسكن دائم للمرأة المطلقة إذا رأى القاضي ذلك؟

أما الجواب عن الأمر الأول: فإن متعة الطلاق جاءت عامة في النصوص القرآنية الكريمة.

يقول الله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴿٢٤١﴾ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمْ ءَايَٰتِهِۦ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾[1].

فقد أوجب الله تعالى المتاعَ للمطلقات، ما هو ظاهر من النص الكريم المشار إليه.

ولكنه نص عام. فهل يظل على عمومه أم قد يدخله التخصيص؟

ذهب بعض الفقهاء إلى أن المتاع واجب للمطلقة بعد الدخول سواء فُرِضَ لها صداق أم لم يُفْرَضْ.

والمتاع واجب كذلك للمطلقة قبل الدخول التي لم يُفْرَضْ لها صداق. لأن القرآن الكريم واجه هاتين الحالتين بنص صريح واضح غاية الوضوح.

أما المطلقة قبل الدخول، والتي فُرِضَ لها صداق، فإنها تستحق نصف الصداق المفروض بقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[2].

---

(١) سورة البقرة: ٢٤١- ٢٤٢.

(٢) سورة البقرة: ٢٣٧.

وحيث إنها أخذت نصف الصداق فإن المناسب أنه لا متعة لها.

بقيت أمامنا الحالة الأخيرة، وهي حالة المطلقة قبل الدخول، والتي فُرِضَ لها صداق ولكنها عفت عن نصف الصداق، الذي وَجَّه الله إليه في قوله سبحانه: ﴿إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ وَأَن تَعۡفُوٓاْ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰ﴾[1].

فحيث إنها عفت عن نصف الصداق عَمَلاً بالتوجيه الرباني الكريم فإني أرى – والله أعلم – أنها تستحق المتعة التي وَجَّهَ الله إليها في مثل هذه الحالة، ويقول سبحانه ﴿وَأَن تَعۡفُوٓاْ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰۚ وَلَا تَنسَوُاْ ٱلۡفَضۡلَ بَيۡنَكُمۡ﴾[2].

والجواب عن الأمر الثاني المتعلق بالتساؤل الأول. وهو الذي يقول: وهل يمكن أن تستوعب المتعة التي يحكم بها تدبير مسكن دائم للمرأة المطلقة إذا رأى القاضي ذلك؟

هذا التساؤل من نوازل العصر الحديث. فلم أطلع على قول لأحد أئمة الفقه السابقين إجابة على هذا التساؤل ولو من قبيل التلميح. وأيضًا لم أقرأ لأحد من الباحثين المعاصرين في الفقه الإسلامي شيئًا يفيدني في الإجابة على هذا التساؤل.

لكن وبحمد الله تعالى – أمامنا وإمامنا البحر الخضم الذي ليس له ساحل، ألا وهو كتاب الله الكـريم الذي ضَمّـَنه الله سبحـانه كل ما تحتاج إليه البشرية في جميع عصورها.

فقوله سبحانه: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلۡمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلۡمُقۡتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُحۡسِنِينَ﴾[3]

(١) سورة البقرة : ٢٣٧.

(٢) سورة البقرة : ٢٣٧.

(٣) سورة البقرة : ٢٣٦.

يتضمن الجواب الشافي لهذا التساؤل؛ ذلك أن الله سبحانه لم يحدد للمتعة حدًا أعلى ولا حدًا أدنى، وإنما جعلها موكولة إلى ضمير الزوج حسب قدرته المالية وحسب إمكاناته وظروفه.

إذن ليس في شرع الله ما يمنع أن تكون المتعة بهذا القدر من الضخامة، ما دامت حالة الزوج المطلق تسمح بذلك، خاصة إذا كان زوجًا يراقب الله تعالى ويحكم ضميره المتدين في كل تصرفاته.

وهناك واقعة وردت في ذهني – وقد تلقيتها سماعًا عن أحد الصحابة رضي الله عنهم. مؤداها أن الحسن بن علي رضي الله عنه طلق امرأة من نسائه وأرسل إليها ألف دينار على سبيل المتعة فقالت – رحمها الله – متاع قليل من حبيب مفارق.

هذه القصة وإن كانت غير موثقة فإنها تفيدنا في الإجابة على هذا التساؤل. وهي أنه ليس في شرع الله ما يمنع أن تستوعب المتعة، التي يحكم بها القاضي، تدبير مسكن دائم للمرأة المطلقة إذا رأى القاضي ذلك.

وهذا كله في إطار قول الله تعالى: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[1]

والله تعالى أعلم . . .

(١) سورة البقرة : ٢٣٦.

المبحث الثاني

التساؤل الثاني وما يتعلق به

يثور التساؤل: ما هي السن التي يمتد إليها الحق في حضانة الطفل للأم ثم ينتقل بعدها إلى الأب؟ ما مدى تأثير سفر أحد الوالدين على الحق في الحضانة؟ وما مدى حق من لم يكن له الحق في الحضانة من الأبوين في الاعتراض على ذلك؟ وهل يفرق بين السفر الداخلي والسفر الخارجي الذي يخرج به عن سلطان قوانين هذه المجتمعات؟ وما حدود حق الزيارة والاستزارة لغير صاحب الحضانة من الزوجين؟ وهل يمكن اعتبار القوانين التي تنظم ذلك في هذه المجتمعات باعتبار ذلك من الخبرات الميدانية والترتيب الإدارية؟ وما هي معايير تحديد نفقة الطفل في حالة انفصال الزوجين؟ وهل يمكن اعتبار ما تقضي به القوانين في هذه المجتمعات باعتبارها من الخبرات الميدانية والتراتيب الإدارية؟

التساؤل الأصلي في هذا المبحث:

ما هي السن التي يمتد إليها الحق في حضانة الطفل للأم ثم ينتقل بعدها إلى الأب؟

القاعدة العامة في هذا الشأن أن انتهاء سن الحضانة مرتبط بمدى استغناء الصغير عن خدمة النساء. ومع ذلك فإن جمهور الفقهاء يقولون إن سن السابعة هي المناسبة لسن الحضانة. فإذا بلغها الصغير أمكنه الاستغناء عن خدمة النساء ويجوز للقاضي أن يمد هذه الفترة حسب ما يراه محققًا لمصلحة الصغير أن يقضي بتسليمه لأبيه.

وهذا مذهب الحنفية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] والزيدية[٤]. أما المالكية[٥] والظاهرية[٦] فلم يحددوا سنًا لانتهاء الحضانة اللهم إلا انتهاء طور الطفولة وبلوغ الصغير سن التكليف الشرعي.

أما عن مدى تأثير سفر أحد الوالدين على الحق في الحضانة فالشأن فيه أنه لا ينبغي أن يؤثر حق على حق. فإذا كان حق السفر والنقل مكفولاً فإن حق الطفل في الاستقرار تجب مراعاته وكذلك حق الزوج الآخر ولاشك أنه يفرق بين السفر القريب والسفر البعيد ويفرق كذلك بين السفر داخل القطر أو في الخارج كل هذه اعتبارات يجب مراعاتها وتنظيم حق الطفل ووالديه بما لا يضر الآخرين.

أما عن حدود حق الزيارة أو الاستزارة لغير صاحب الحق في الحضانة فينبغي أن يراعى الطرف الآخر وحقه في الرؤيا لطفله أو أطفاله بطريقة لا تؤثر على نفسية الطفل.

وهنا يمكن للقاضي الاستئناس بما هو مقرر في قانون بلد التقاضي باعتباره من الخبرات الميدانية أو التراتيب الإدارية التي تعين القاضي على الوصول إلى ما يحقق مصلحة جميع الأطراف وعلى الأخص مصلحة الطفل نفسه.

ومعيار تحديد نفقة الطفل في حالة انفصال الزوجين يتركز في الوفاء بحاجات

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٥٦٦ ط الحلبي

(٢) المجموع شرح المهذب جـ ٢٠ ص ٢٣٥ ط جـدة

(٣) المغني لابن قدامة جـ ٩ ص ٢٧٣ ط دار الغد

(٤) شرح الأزهار جـ ٢ ص ٥٢٣

(٥) الشرح الكبير لسيدي أحمد الدردير جـ ٢ ص ٥٢٦

(٦) المحلى جـ ١١ ص ٧٤٢ مسألة رقم ٢٠١٨

الطفل المعتادة وحسب حالة والده يسرًا وعسرًا؛ لأن هذا المعيار هو الأصل الذي يستعين به القاضي في تحديد النفقات عمومًا حسب ما جاء في كتاب الله تعالى وسنة نبيهﷺ، حيث يقول الله تعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾[1].

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات . . .

(١) سورة الطلاق: ٧.

الفهـــرس

استعراض نصوص الوثيقة..... ٨٩٧
المبحث الأول: عن التساؤل الأول ومتعلقاته..... ٩٠٠
المبحث الثاني: التساؤل الثاني وما يتعلق به ٩٠٦
الفهرس ٩٠٩

الفهـــرس العـــــام

البحث	معد البحث	رقم الصفحة
التحكيم الشرعي بين المسلمين في بلاد الغرب	د./أحمد الصويعي شليبك	١٧
قضية التحكيم على الصعيد الشرعي	د./أسامة عبد الرحيم	٧٣
نظام التحكيم وضوابطه الشرعية والإجرائية	د./حاتم الحاج	١٠٩
قضية التحكيم على الصعيد الشرعي	أ.د./سيد عبد العزيز السيلي	١٥٧
تعريف بالتحكيم في الشريعة	د./ شوقي أحمد دنيا	٢٠٧
بحث فـــى التحكيـــم	د./أحمد طه علي ريان	٢٢٣
مجالات التحكيم	الشيخ الدكتور عكرمة سعيد صبري	٢٤٩
مبدأ التحكيم	أ.د./علي محيي الدين قرة داغي	٢٨٣
التحكيم ضرورة شرعية وحاجة عصرية	د./ كمال طه	٣٥٥
التحكيم القضائي بين المسلمين في أمريكا الشمالية	د./ محمد آدم الشيخ	٤١٥
التحكيم الشرعي والقانوني في العصر الحاضر	أ.د./ محمد الزحيلي	٤٥٧

البحث	معد البحث	رقم الصفحة
التحكيم وضوابطه الشرعية والإجرائية	د./ محمد جبر الألفي	٥٠٧
حجية الحكم التحكيمي في الفقه الإسلامي	أ.د./ محمد عثمان شبير	٥٥١
التحكيم في الشريعة الإسلامية	د./ معن خالد القضاة	٥٩٩
الإمام ودوره في التحكيم الشرعي في أمريكا	د./ محمد موفق الغلاييني	٦٣٩
آداب التحكيم وصفات المحكمين.	د./ وليد بن إدريس المنيسي	٦٦٩
قضية التحكيم على الصعيد الشرعي	أ.د./ وهبة مصطفى الزحيلي	٧٠١
لجان التحكيم عند المسلمين في ديار الغرب	أ.د./ ياسين الغضبان	٧٣٩
نفقة ومتعة المطلقة وأحكام المحضون	أ.د./ عبد الفتاح محمود إدريس	٧٦٩
فلسفة التحكيم وأثره في استقرار الأسرة المسلمة	د./ محمد السيد الجليند	٨٥١
نفقة ومتعة المطلقة وأحكام المحضون	د./ محمد عبد العزيز أبو النجا	٨٦٩
دراسة وثيقة المجمع مع بعض المباحث الأخرى	د./ يوسف قاسم	٨٩٥
الفهـرس العـــام		٩١١