

رفع

عبد الرحمن القحطاني
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

البيِّنَاتُ

فِي ضَوْءِ أَحْكَامِ الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ



تأليف
أقدري محمد محمود

دار الصميعي
للنشر والتوزيع

رَفَعُ

عبد الرحمن البخاري

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

أصل الكتاب
رسالة ماجستير

جامعة طنطا كلية الحقوق
قسم الشريعة الإسلامية

تحت إشراف الأستاذ الدكتور
زكي زكي زيدان
أستاذ الشريعة الإسلامية

التحكيم

في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية

ح) دار الصميعي للنشر والتوزيع ١٤٣٠هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

أحمد، قدري محمد

التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية / قدري محمد أحمد -

الرياض، ١٤٣٠هـ

ص ٢٤ × ١٧ سم

ردمك : ١-٠٧-٨٠٥٠-٦٠٣-٩٧٨

١- التحكيم (قانون مرافقات) ٢- الأحكام الشرعية ٣- التحكيم (فقه

إسلامي) أ. العنوان

ديوي : ٢٥٧،٥ ٤٣١٦ / ١٤٣٠

رقم الإيداع : ٤٣١٦ / ١٤٣٠

ردمك : ١-٠٧-٨٠٥٠-٦٠٣-٩٧٨

محفوظة
جميع الحقوق

الطبعة الأولى

١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م

الصف والإخراج الفني
بدار الصميعي

دار الصميعي للنشر والتوزيع /

المملكة العربية السعودية

الرياض ص.ب : ٤٩٦٧

الرمز البريدي ١١٤١٢

المركز الرئيسي : الرياض - السعودي -

شارع السعودي العام

هاتف : ٤٢٥١٤٥٩ - ٤٢٦٢٩٤٥ ،

فاكس : ٤٢٤٥٣٤١

فرع القصيم : عنيزة - بجوار مؤسسة الشيخ

محمد بن عثيمين الخيرية

هاتف : ٣٦٢١٧٢٨ تلفاكس : ٣٦٢٤٤٢٨

الموزع في المنطقة الغربية والجنوبية

/ جوال ٠٥٠٩٧٧١٥٦٨

مدير التسويق ٠٥٥٥١٦٩٠٥١

البريد الإلكتروني :

daraisomaie@hotmail.com

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الفردوس
www.moswarat.com

التكبير

في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية

تأليف
قدري محمد محمود

دار الصميعي
للنشر والتوزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قَالَ تَعَالَى:

﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي
أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ (٦٥)

[النساء: ٦٥]

صدق الله العظيم

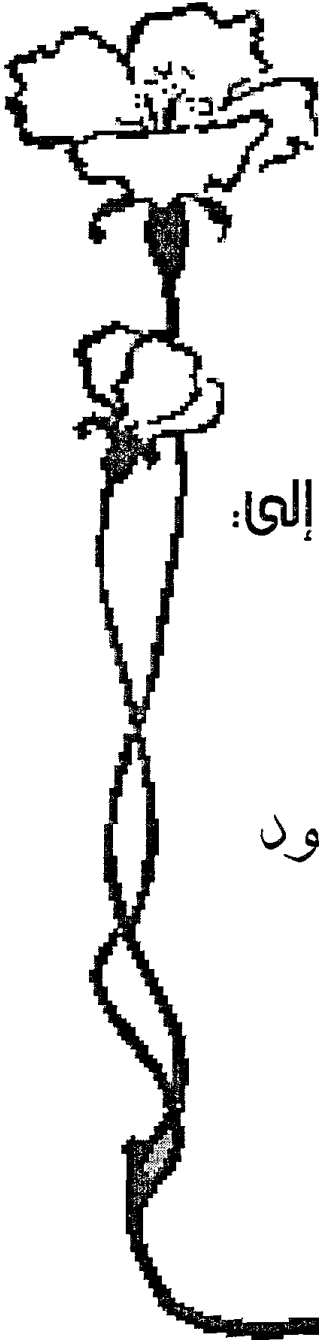
قَالَ تَعَالَى:

﴿ سَتَجِدُونَ لِلْكَذِبِ أَكْثَرُونَ لِلسُّخْتِ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ
عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَكَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ
بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾ (٤٤) [المائدة: ٤٢].

صدق الله العظيم

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com



إهداء

أهدى هذا البحث العلمي إلى:

* روح والديّ.

* أبنائي الأعزاء:

كاريمان و محمود

رَفْعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

المقدمة

إنَّ الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا ونبينا محمد ﷺ وعلى آله وصحبه أجمعين إلى يوم الدين.

وبعد،،

فإن الغاية التي استهدفها الشرائع السماوية جميعها هي «السلام» إذ إن السلام ونبذ الخلاف وفض المنازعات بين الناس غاية طالما سعى إليه العقلاء في كل مكان وزمان.

وكان أفضل اسم للمؤمنين هو المسلمون فإسم الإسلام مشتق من السلام.

وقال الله ﷻ: ﴿ قَلِيلٌ مِّنْكُمْ إِذْ رُفِعَ إِلَيْكُمْ أَسْمَانُ الْيَوْمِ الْيَوْمِ الَّذِي تَكْفُرُونَ ﴾ [الحج: ٧٨].

وحقيقة الدين الإسلامي هي الإسلام لرب العالمين إذ قال ﷻ: ﴿ وَأَمْرًا إِلَىٰ نَسِيبِ

لِرَبِّ الْعَالَمِينَ ﴾ [الأنعام: ٧١].

وتحية أهل هذا الدين فيما بينهم «السلام عليكم ورحمة الله وبركاته». وختام صلاتهم

سلام يَمَنَّةً ويسارًا.

ومن أسمائه تعالى السلام إذ قال ﷻ: ﴿ هُوَ اللَّهُ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْمَلِكُ

الْقُدُّوسُ السَّلَامُ ﴾ [الحشر: ٢٣].

ولن يتأخر المسلم عن الاستجابة لدعوة السلام ﴿ وَإِنْ جَنَّحُوا لِلسَّلَامِ فَأَجْنَحَ لَهَا

وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴾ [الأنفال: ٦١].

ومن كل ما تقدم يتضح لنا أن الإسلام هو شريعة السلام، ودين الرحمة والمحبة

والتأخي، ويتواصى المؤمنون به بالصبر والرحمة، ﴿ تَعْرَفُونَ الَّذِينَ آمَنُوا وَقَوَّصُوا بِالصَّبْرِ

وَقَوَّصُوا بِالرَّحْمَةِ ﴾ [٧] أُولَٰئِكَ أَصْحَابُ الْمُنَنَةِ ﴾ [البلد: ١٧: ١٨].

وشعار المسلم دائمًا عند كل قول أو عمل: «بسم الله الرحمن الرحيم»، والآيات

القرآنية الكريمة، والأحاديث الشريفة فرضت السلام تدريباً عملياً للناس، بُعداً عن الرذائل والتردي في مهاوي الضلال.

فالقاعدة الأساسية التي سنّها الإسلام للحياة هي: الاستقرار والأمن والسلام والراح. فوَجّه واقع الناس، لأن المجتمع - إذ يضم ذوى الأهواء والنوازع، ويضم أيضاً المعتدى والظالم ومريض النفس - يحتاج من يداوي تلك الأمراض فيه، فشرع التشريعات المختلفة حرصاً عليه من أن تناله يدُ البغي والظلم وإقامة للعدل بين الناس، وإيضالاً للحق إلى مستحقه.

ومن تلك التشريعات التي تفض بها المنازعات:

- الصلح: وهو عقد يتم به قطع النزاع .
 - والقضاء: وهو حُكْم مُلْزِم يصدر عن ولاية عامة.
 - والتحكيم: وهو تَوَلِيَّةُ الخصمين حاكماً يحكم بينهما برضاها.
- وهو موضوع رسالتنا هذه .

ولما كانت وظيفة الحاكم في الإسلام وغيره من الشرائع الربانية فريضة شرعية، وضرورة إنسانية، قَالَ تَعَالَى: ﴿يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ ﴿١٦﴾ [ص: ٢٦].

ذلك أن الحق يكتسب قوته من مقوماته التي تستند إلى الأدلة الصحيحة، وتتفق مع الفطرة السليمة، ويدعمها النظر العقلي السديد، ويؤازرها الواقع المشاهد والعملي في حياة الناس والشعوب؛ ولكن عوارض الحياة التي تغشى الأعين وتتغلب فيها الهوى وتنتصر لها النفس بالباطل تحول دون إظهار الحق وإعلاء كلمته حتى يكون له سلطان يؤيده، ويزود عنه، ويحمي حوزته، وتلك هي سنة الله في المدافعة بين الحق والباطل؛

يقول ﷺ: ﴿وَلَوْلَا دَفَعُ اللَّهُ النَّاسَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا فَكِدَمَتِ صَوَامِعُ وَبَيْعٌ وَصَلَوَاتٌ وَمَسْجِدٌ يُذَكَّرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا وَلَيَنْصُرَنَّ اللَّهُ مَنْ يَنْصُرُهُ إِنَّ اللَّهَ لَقَوِيٌّ عَزِيزٌ﴾ [الحج: ٤٠].

إن وجوب تحكيم الشريعة الإسلامية أمرٌ لا يجادل فيه إلا مكابر بدلالة النصوص القطعية، وشواهد الواقع التاريخي للأمة الإسلامية، كما وإن كثيرًا من الناس يفضلون فض خصوماتهم عن طريق التحكيم بدلًا من القضاء لأهميته الكبيرة التي تتجلى في: - الإسراع في فض المنازعات وسرعة البتِّ فيها، لأن المحكِّمين يتفرغون للفصل في تلك الخصومة.

- الاقتصاد في الرسوم والنفقات، فلا تحتاج إلى رسوم القضاء.

- وكذلك تلافي الحقد والضغينة بين المتخاصمين، لأن حسم النزاع بينهم سيكون بعد التراضي بطيب خاطر بواسطة أشخاص - المحكِّمين - حازوا ثقتهم التامة.

ولما كان التحكيم من السبل التي لجأ الناس إليها منذ المراحل الأولى لتكوين الفكر القانوني عند الإنسان، وتطور مع النمو الحضاري للبشرية إلى وقتنا هذا، نال اهتمام الفقهاء المسلمين، فعرضوا مسأله في مواضع مختلفة متباعدة من الكتب والمراجع، وأشبعوها بحثًا وتدقيقًا خاصة في مجال قانون المرافعات المدنية والتجارية، شأنه بذلك شأن المسائل الفقهية الأخرى.

إلا أنني رأيت الباحثين المعاصرين من أهل ورجالات القانون وغيرهم حين يتحدثون عن «التحكيم» لم يتعرضوا لما كتبه فقهاؤنا المسلمون فيه، ..

ولما كانت جزئيات موضوع التحكيم ومسائله متناثرة في كتب التفسير والحديث، وفي أبواب مختلفة من كتب الفقه، ولم يجمعها كتاب، لا سيما أن فيها مذاهب وآراء كثيرة جديرة بالعرض والمناقشة.

لذلك رأيت أن أكتب في هذا الموضوع جامعًا شتات مسائله وأحكامه قدر جهدي ومعرفتي، عارضًا لما ذكره أساتذتنا وفقهاؤنا المسلمون وبين بعض ما ذكر أساتذتنا فقهاء القانون، لكي أحاول جاهدًا ومجتهدًا إظهار أصالة وعمق تفكير أساتذتنا وفقهائنا الأوائل، ومعالجتهم لما يكتنف المجتمع من مشاكل.

هذا ومهما أوتيت من بلاغة الأسلوب وجزالة التعبير وحسن التنسيق والتنسيق فلن أستطيع أن أفي حق كل من قَدَّمَ لي النصيح والتوجيه بكلمة أو تعليق أو إرشاد عن بعض المراجع فجزاهم الله خيرًا، ووفقنا لما يحبه ويرضاه.

وأخص بالشكر أستاذي ومعلمي الأستاذ الدكتور زكي زكي زيدان أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق جامعة طنطا على ما بذله معي من جهد ووقت وتوجيه وتصحيح وتعديل لهذه الرسالة.

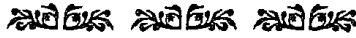
والله أسأل أن يتقبل مني هذا العمل المتواضع، وأن ينفع به المسلمين وينفعني، وأن يوفقنا لما يحبه ويرضاه من القول والعمل، ويثبت أقدامنا، وينصرنا على القوم الكافرين. وأخرُ دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الباحث

قدري محمد محمد مصطفى محمود

سبب اختيار الموضوع

- ١ - بيانُ عظمة الشريعة الإسلامية في بيان كيفية إنهاء الخصومات والمنازعات بين أفراد المجتمع.
- ٢ - بيانُ قواعد وأسس التحكيم في الشريعة الإسلامية، حتى يلجأ إليها المتخاصمان.
- ٣ - أن أساهمَ ولو بقدر ضئيل في كشف كنوز التشريع الإسلامي حتى أكون من الذين يبلغون العلم ولا يكتمونونه.
- ٤ - أن أقارن قدر استطاعتي بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، لأبين مدى الاتفاق والاختلاف في هذا الموضوع الهام الذي أصبح من أهم الوسائل في فض المنازعات.



خطة البحث

وتتكون من فصل تمهيدي وخمسة أبواب على النحو التالي:

← الفصل التمهيدي: في التعريف بالتحكيم وتطوره التاريخي

□ المبحث الأول: تعريف التحكيم في اللغة والاصطلاح.

□ المبحث الثاني: التطور التاريخي للتحكيم.

□ المطلب الأول: التحكيم عند الأمم السابقة.

□ المطلب الثاني: التحكيم عند العرب قبل الإسلام.

← الباب الأول: التحكيم في الإسلام ومدى مشروعيته

□ الفصل الأول: مدى مشروعية التحكيم في الإسلام.

□ الفصل الثاني: التحكيم في عصر النبي محمد ﷺ.

□ الفصل الثالث: التحكيم في عصر الخلافة الراشدة.

← الباب الثاني: المقومات الأساسية للتحكيم

□ الفصل الأول: أركان التحكيم.

□ الفصل الثاني: الحقوق التي يتم فيها التحكيم.

□ الفصل الثالث: مدى لزوم حكم المحكم.

□ الفصل الرابع: الفرق بين التحكيم وبين غيره من وسائل فض النزاع.

← الباب الثالث: القواعد العامة للتحكيم وطرق إثباته

□ الفصل الأول: قواعد التحكيم.

□ الفصل الثاني: طبيعة عمل المحكم.

□ الفصل الثالث: طرق إثبات التحكيم.

□ الفصل الرابع: شروط التحكيم .

↳ الباب الرابع: أبرز التطبيقات العملية للتحكيم في الإسلام

□ الفصل الأول: التحكيم بين الزوجين.

□ الفصل الثاني: التحكيم في حالات الحرب.

□ الفصل الثالث: التحكيم بين المسلمين في بلاد الغرب.

↳ الباب الخامس: وسائل انقضاء التحكيم

□ الخاتمة

□ المراجع



رَفْعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الفردوس
www.moswarat.com

الفصل التمهيدي
في
التعريف بالتحكيم وتطوره التاريخي

رَفْعٌ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

الفصل التمهيدي

في

التعريف بالتحكيم وتطوره التاريخي

سنعرض في هذا الفصل تحديد المعنى المقصود من التحكيم لغةً واصطلاحاً، ثم نميز بين التحكيم وما يشبهه به من الأنظمة القانونية الأخرى، وبعد ذلك نتناول بإيجاز توضيح الجانب التاريخي للتحكيم بالقدر الذي يبين لنا معالم هذا النظام قبل الإسلام، ودوره في فض المنازعات والخصومات بين الأفراد والقبائل، وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

◀ المبحث الأول: في تعريف التحكيم.

◀ المبحث الثاني: في التطور التاريخي للتحكيم وعرضه في مطلبين:

- المطلب الأول: التحكيم عند الأمم السابقة.

- المطلب الثاني: التحكيم عند العرب قبل الإسلام.

وذلك على النحو التالي.

المبحث الأول

في تعريف التحكيم في اللغة والاصطلاح

أولاً: تعريف التحكيم في اللغة:

للتحكيم في لغة العرب معانٍ عديدةٌ احتوتها قواميس اللغة العربية، فالتحكيم مصدرٌ حَكَمَ (تشديد الكاف مع الفتح)، يقال حَكَّمته في مالي فاحتكمت، أي جاز فيه حكمه، واستحكمت فلان في مال فلان إذا جاز فيه حكمه^(١).

والحُكْمُ لله ﷻ أحكم الحاكمين وهو الحكيم له الحكمُ، وقال الأزهري من صفات الله ﷻ الحَكْمُ والحكيم وهما بمعنى الحاكم، وهو القاضي فهو فعيل بمعنى فاعل، أو هو الذي يحْكُم الأشياء ويتقنها فهو فعيل بمعنى مفعول، ويقال أيضاً: حاكَمه إلى الحاكم: أي دعاه وخاصمه والمحاكمة المخاصمة إلى الحكام^(٢).

واحتكموا أو تحاكموا إلى الحاكم إذ رفعوا أمرهم إليه^(٣).

وقال الله ﷻ: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ [النساء: ٦٥].

ويقول ﷻ: ﴿يُرِيدُونَ أَن يُتَّحَكَّمُوا إِلَى الظَّالِمِينَ وَقَدِ امْرَأَةٌ آتَتْكَ بِوَدْعِ غَنَمٍ فَأُوتِهَا فَهِيَ تَأْكُلُ مِمَّا بَدَدَتْ قَدْرًا﴾ [النساء: ٦٠].

وقال حَكَّموه بينهم أي أمروه أن يحْكَم بينهم، ويقال حَكَّمنا فلاناً فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا، وحكمه في الأمر، فاحتكم جاز فيه حكمه، ويقال حَكَّمت فلاناً: أطلقتُ يده فيما يشاء، وحاكمتنا فلاناً إلى الله أي دعوناه إلى حكم الله.

(١) الرازي (محمد بن أبي بكر عبد القادر) مختار الصحاح ص ١٤٨ - الزبيدي - تاج العروس ج ٨ ص ٢٥٢. الأزهري (أبي منصور محمد بن أحمد . ت: ٣٧٠هـ) تهذيب اللغة ج ٤ ص ١١٣، بن سيده (أبي الحسن علي ابن اسماعيل . ت ٤٥٨هـ) المخصص ج ٣ المختصر ١٢ ص ٢٣٥.

(٢) ابن منظور (جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم . ت: ٧١١هـ)، لسان العرب ج ٢ ص ١٥١.

(٣) الرازي - مختار الصحاح ص ١٤٨، المعجم الوسيط وضع مجمع اللغة العربية ج ١ ص ١٩٠.

والحكم بالضم القضاء في الشيء بأنه كذا أو ليس كذا، وأصله المنع، يقال حكمت عليه بكذا إذ منعته من خلافة، وحكمت بين القوم فصلت بينهم وجمعه أحكام^(١).
 والتحكيم لغة هو أيضا: التفويض في الحكم فهو مأخوذ من حكم، وأحكم، فاستحكم، أي صار محكماً في ماله «تحكياً» إذ جعل الله الحكم فيه، فاحتكم عليه ذلك^(٢).

ويطلق الحكم على من يُختار للفصل بين المتنازعين^(٣)، قال ﷺ: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٣٥].

ويتضح مما تقدم أن التحكيم في المعنى اللغوي يفيد إطلاق اليد في الشيء، أو تفويض الأمر للغير للعمل على فض النزاع أو الخلاف بين الخصمين، يقال حكّم زيد عمراً في ماله إذا أطلق يده فيه والمفوض إليه في الخصومة يسمى حكماً.

ثانياً: تعريف التحكيم اصطلاحاً:

«عرفه الفقهاء بعدة تعريفات، نذكر منها ما يلي:

[١] عرفه الحنفية بأنه: هو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما، وركنه اللفظ الدال

عليه مع قبول الآخر.

وقيل: هو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما وركنه اللفظ الدال عليه^(٤).

[٢] وعرفه المالكية بأنه: «أن الخصمين إذا حكما بينهما رجلاً وارتضياه لأن يحكم

(١) تاج العروس ج ٨ ص ٢٥٢، ابن سيدة المحكم ج ٣ ص ٣٥.

(٢) مختار الصحاح للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي - طبعة حديثة منقحة دار الجليل -

بيروت لبنان ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م، ص ١٤٨ (نظام التحكيم - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية

والقانون الوضعي الكويتي والمصري - د/ سيد أحمد محمود - دار النهضة العربية ٢٠٠٥).

(٣) المعجم الوسيط ج ١ ص ٢٩٠.

(٤) البحر الرائق، شرح كتر الدقائق ج ٧ ص ٢٤.

بينهما جاز»^(١).

[٣] وعرفه الخنابلة بأنه: «إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكّماه بينهما ورضياه وكان مما يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز»^(٢).

[٤] وعرفه الشافعية بأنه: «هو أن يتخذ الخصمان رجلاً من الرعية ليقضى بينهما فيما تنازعا»^(٣).

ولا ضرر إذا قلنا بأن هذا المعنى الاصطلاحي الذي يتمثل في أن التحكيم في الشريعة الإسلامية هو «عقد توليةٍ وتقليدٍ من طرفي الخصومة إلى طرف ثالث ليفصل فيما تنازعا فيه»، فهو عقد كعقد تولية القاضي منصب القضاء وهو الإمام أو نائبه باعتباره وكيلاً عن الأمة، ومنوطاً به حراسة الدين وسياسة الدنيا، أما تولية الحكم فلا يجب أن تتوافر فيمن يوليه مثل تلك الصفة، بمعنى أنه يصح أن يقع التحكيم من آحاد الناس أو ممن له صفة خاصة كالإمام^(٤). والمراد بالخصمين: هما الفريقان المتخاصمان فيشمل ما لو تعدد الفريقان، والمراد بالحاكم: هو ما يعمُّ الواحد والمتعدد^(٥).

[٥] وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٧٩٠) حيث نصّت على أن «التحكيم عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاها، لفصل خصوماتها ودعواها، ويقال لذلك حكّم «بفتحتين» ومُحكّم «بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة»^(٦).

(١) ابن فرحون (برهان الدين المالكي) هامش تبصرة الحكام ج١ ص ٥٥.

(٢) المغني لابن قدامة - مكتبة الرياض الحديثة - طبعة ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م ج٩ ص ١٠٧.

(٣) أدب القاضي ج٢ ص ٣٧٩ للماوردي.

(٤) التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ اسماعيل الأسطل، مكتبة النهضة العربية ص ١٦.

(٥) الدر المختار ج٣ ص ٢٠٧.

(٦) منير القاضي ج٤ ص ١٦٩، شرح مجلة الأحكام العدلية.

ثالثاً: تعريف التحكيم في القانون^(١):

عُرِّفَ بأنه: الإتفاق على إحالة ما ينشأ بين الأفراد من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين، أو على إحالة أي نزاع نشأ بينهم بالفعل، على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين، ليفصلوا في النزاع المذكور بدلاً من أن يفصل فيه القضاء المختص. وأُطلق على التحكيم في نزاع معين بعد نشوئه: مشاركة التحكيم وسموا الاتفاق مقدماً وقبل قيام النزاع على عرض المنازعات التي قد تنشأ في المستقبل خاصة بتنفيذ عقد معين على محكمين: شرط التحكيم.

* الموازنة بين تعريف التحكيم في الشريعة والقانون:

تعريف شراح القانون لم يخرج عما ذكره الفقهاء المسلمون، لاشتغاله على العناصر الآتية:

- ١- الاتفاق بين الخصمين على حسم النزاع بينهما بطريق التحكيم لا بطريق القضاء.
 - ٢ - طرفا التحكيم: والطرف الأول: الخصمان ولو تعددوا والطرف الثاني: الحكم أو هيئة التحكيم يعين باتفاق الخصمين ويحسم النزاع بينهما.
 - ٣ - محل التحكيم وهو فض النزاع القائم بين الخصمين.
- وقد عرّف بعض الباحثين المعاصرين التحكيم^(٢) بأنه «عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاها شخصاً آخر حكماً بينهما للفصل في خصوماتها^(٣) بدلاً من

(١) عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د/ قحطان الدوري ص ٢١، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، مطبعة الخلود، بغداد.

(٢) التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ١٧.

(٣) المدخل الفقهي العام لفضيلة الأستاذ مصطفى الزرقا ج ١ ص ٥٥٥ بند ٢٨٥.

القاضي»^(١). وهذا التعريف لا يشمل جميع مراحل التحكيم بمعنى أنه لا يدل دلالة عامة على التحكيم، فالتحكيم يمر بمراحل متعددة، واتفق الخصوم على حل منازعاتهم بطريق التحكيم بدلاً من اللجوء إلى القضاء لا يلزم الحكم بنظر النزاع وأن عليه «الحكم» في العقد، بل لا بد من رضائه على تعيينه وتوليته، أي لا بد من قبوله لإيجاب الخصوم على تعيينه وهذا في ذاته يعتبر عقداً، كعقد القضاء، فالتولية تصدر من الإمام أو نائبه وهو الولي والقبول من المولى.

ولا يفوتنا هنا أن نذكر في إيجاز أهمية التحكيم، ثم مضار التحكيم على النحو التالي:

أولاً: أهمية التحكيم:

كثيراً ما يلجأ الخصوم إلى فض منازعاتهم عن طريق التحكيم^(٢) وذلك لأن للتحكيم فوائد عديدة تتجلى فيما يلي:

[١] الإسراع في فض النزاع:

لأن المحكمين يكونون عادة متفرغين للفصل في خصومة واحدة، فيتيسر لهم حسمها في وقت أقرب مما يلزم عادة للمحاكم. ولأن القضاء النظامي لا يحكم في قضية إلا إذا جاء دورها، وبعد أن تنال من التأجيلات ما لا يتسع معه صدر الخصوم، وما لا يتفق مع مصلحتهم في كثير من الأحوال.

(١) الزرقا، المرجع السابق، ج١ ص ٤٥١ بند ٢٠٠، ويعرفه الدكتور/ عبد الحميد أبو هيف بأنه: «حق حرزه القانون للأفراد يخول لهم الاتفاق على إحالة ما ينشأ بينهم من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين، أو على إحالة أي نزاع نشأ بينهم بالفعل على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين ليفصلوا في النزاع المذكور بدلاً من القضاء المختص». طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية ص ٨٣٠ طبعة ١٩١٨ (التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ الأسطل، المرجع السابق).

(٢) عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د/ الدوري - الطبعة الأولى - مطبعة الخلود - بغداد

[٢] الاقتصاد في المصروفات:

لأن التحكيم لا يستدعي إلا نفقات زهيدة لا تذكر في جانب ما تستدعيه حالة الدعوى أمام المحاكم من نحو الرسوم القضائية، وأتعاب المحاماه، وأتعاب الخبير، ومصروفات أخرى.

[٣] تلافي الحقد بين المتخاصمين:

لأن حسم النزاع سيكون بعد التراضي بطيب خاطر بين الجانبين بواسطة أناس حائزين لثقتهم التامة، مما يجعل الحُكْم كأنه صادر من مجلس عائلي، بخلاف الحال لو أن الحكم صدر على أثر المشاحنات واحتداد العدا، واشتداد النفور، مما قد يتولد عن الخصومات المرفوعة أمام القضاء.

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات المصري: لم يزل التحكيم مطلوبًا ليستغني به الناس عن المحاكم: قصدًا في النفقة والوقت، ورغبةً من شطط الخصومة القضائية واللدد فيها.

[٤] أن تكون طبيعة المنازعة ما يحتاج الفصل فيها إلى خبرة فنية خاصة أو إلى الإلمام بالظروف المحيطة بالنزاع وبأسراره مما قد يصعب على القاضي إدراكه بسهولة^(١).

ثانيًا: مضار التحكيم:

انتقد البعض التحكيم، بأنه لا يخلو من الضرر بالمتخاصمين وذلك:

١- لأن الخصوم سيكبلون الأمر إلى المحكِّمين في التصرف في حقهم على غير حد معلوم، فهو من هذه الوجهة أشد خطرًا عن الصلح، لأن المصالح يكون على علم مقدمًا بقيمة ما هو متنازل عنه.

(١) أصول علم القضاء (قواعد المرافعات في التنظيم القضائي والدعوي والاختصاص - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وبأنظمة المملكة العربية السعودية - د/ عبد الرحمن عياد ١٤٠١هـ - ١٩٨١م ص ٥٥.

٢- لأنه من الوجهة العملية: من أصعب الأمور على النفس، ومن أشد العقود خطرًا على المال، ومن الأنظمة التي يشتغل القضاء النظامي كثيرًا بسببها، فلا تكاد تخلو حالة تحكيم من الالتجاء إلى ذلك القضاء: إما للطعن في صحة التحكيم، أو في حكم المحكمين أو بخصوص أتعابهم، وبخصوص تعيين المحكمين في الأحوال التي لم يعينهم فيها الخصوم، وفي الأحوال التي لا يُتم فيها أحد المحكمين عمله، وفي حالة اختلافهم عند عدم جعل عددهم وترًا من أول الأمر، لذلك كان التحكيم سببًا في كثرة القضايا التي تعرض على المحاكم.

٣- يجرم الخصوم من الضمانات التي أحاط بها المشرع عمل القاضي في القضاء العام، والتي تكفل للخصوم حرية الدفاع.

٤- لأن المحكمين رغم ثقة الخصوم فيهم ليست لهم قُدرة القضاة الناشئة عن ثقافتهم القانونية وخبرتهم التي كسبوها من تمرسهم بدراسة القضايا وتحقيقتها، مما يصعب معه إذعان النفوس لنتائج عمل المحكمين.

٥- نفقات التحكيم في الوقت الحاضر باهظة جدًا في باب المنازعات الدولية خاصة.

٦- ولا يخلو نظام التحكيم من أخطار ومَصَارٍ، إذ إن المحكمين كثيرًا ما يقعون في الخطأ إذا لم تكن لهم قدرة رجال القضاء وثقافتهم القانونية وخبرتهم، لذا يشترط الفقه الإسلامي أن يكون الحكم من أهل الاجتهاد، وإلّا فإن حكمه لا ينفذ لبطلان تحكيمه^(١).

وذهب رأى في هذا الفقه أن للقاضي النظر فيما قضى به المحكم فإن كان موافقًا للحق ورأيه أمّضاه وإن كان لا يوافق الحق رأيه ردّه. وذهب رأى آخر إلى أنه إذا كان

(١) أصول علم القضاء. د/ عبد الرحمن عيد، المرجع السابق، ص ٥٥.

قضاء الحكم مخالفاً لرأى القاضى ومذهبه فهو بالخيار إن شاء أمضاه وإن شاء رده، وهذا بخلاف ما إذا رفع إليه حكم قاضى لا يبطله وإن خالف مذهبه إلا أن يخالف الكتاب والسنة والإجماع^(١).

إلا أن هذا النقد المتقدم لم يُحَلْ دُونَ رَواج الاتفاق على التحكيم، واتساع أغراضه، خصوصاً في المعاملات التجارية، سيما ما كان منها متميزاً بطابع التخصص أو الصفة الدولية. ثم إن التحكيم في المنازعات الدولية يمثل مكاناً وسطاً بين صلابة القضاء الدولى وبين مرونة الوساطة وغيرها من طرق التسوية غير الإلزامية، لما يتميز به التحكيم من روح الاعتدال والوسطية، ومن نظرة مدركة إلى مصالح الطرفين، وهذه الميزة تمكنه من القيام بدور جليل في تسوية المنازعات الدولية.

يبدو أن هذه المضارَّ المذكورة احتمالاتٌ لا تكاد تذكر بجانب الفوائد الجليلة التي يقدمها التحكيم.

أما كَوْنُ التحكيم من الأنظمة التي يشتغل القضاء كثيراً بسببها فلا يعني أنه ضارٌّ، لأن الأصل في رد المنازعات هو أن يكون إلى القضاء، باعتباره السلطة التي تتولاها الدولة، فتقيم بها العدالة، رضي الفرد بذلك أم لا. وإباحة المشرع تحكيم غير القاضى يعني إقرار القضاء حُكْمَ المحكَّم إن وافق الحق وإلا أبطله القاضى، فإذا أبطل حكم المحكم عادت للقضاء سلطته، لأن إقامة العدالة بين الناس الواجب الأساسي الذي تضطلع به الدولة، ولذلك فإن إقامة الحكم العدل بين المتخاصمين خفف على القضاء مؤنة النظر في تلك المنازعة، وإن لم يقم العدل نظر القاضى فيها كأن الأمر معروض عليه ابتداءً.

(١) روضة القضاة وطريق النجاة لأبي القاسم، تحقيق صلاح الدين القاضى، طبعة ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م،

ففي التحكيم نفعٌ غالبًا كما هو واضح. ثم إن قرار المحكِّمين لا يُنفذ في دوائر التنفيذ، ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع، ومصادقة المحكمة لا يكون إلا بعد التدقيق في إجراءات المحكِّمين وفي حُكْمِهِم وعما إذا كان موافقًا لأحكام القانون. أما كون النفقات باهظة حالياً، فإن ذلك يعود إلى حجم وأهمية المسألة المعروضة على هيئة التحكيم في المنازعات الدولية، فما تراه باهظاً هو في حقيقته يسير بالنسبة إلى حجم وأهمية تلك المسألة.

وتبقى النفقات يسيرة في المنازعات الخاصة التي تعرض على القضاء في الأصل، إذا ما قيست بأتعاب المحاماة والخبرة والرسوم القضائية.



المبحث الثاني

التطور التاريخي للتحكيم

كان اللجوء إلى الانتقام الفردي أو الجماعي سائدًا قبل الإسلام إلا أن نظام التحكيم عرف عند العرب وغير العرب، إذ يُعتبر ذلك مرحلة راقية وصلت إليها الجماعات البشرية.

وتحدثنا المصادر عن (قاضي السوق) الذي كان يجلس في سوق عكاظ فإن حكم هذا القاضي لا يعدو أن يكون محكمًا اختارته جماعة السوق ليحكم بينهم في أمور محددة، وفي موسم معين ثم تنتهي مهمته. وكذلك تبين هذه المصادر أن بنى سَهْم في مكة كانوا أصحاب حكومة، ولكن هذه الحكومة لم تكن منصبًا وإنما كانت لقبًا أطلق على بنى سهم لكثرة المحكمين منهم. وكان الناس في الجاهلية يحتكمون إلى شيخ القبيلة في منازعاتهم وخلافاتهم ويلجأون إليه بوصفه رمزًا للسلطة والحكم.

وكان الناس أيضًا يلجأون للعراف والكاهن للاستشارة في الأمور الغيبية، فالكهانة والعرافة هي مطالعة الغيب، والإخبار بالحوادث الماضية والآتية، وقد يخص بعض العلماء الكاهن بعلم المستقبل والعراف بعلم الماضي .. وكانوا يزعمون أن لهم أتباعًا من الجن يَسْتَرْقُونَ السمع ويأتونهم بالأخبار، فاشتد اعتقاد العرب في الجاهلية فيهم، وكثر التجاؤم إليهم يستشيرونهم في المعضلات من الخصومات.

ولم يكن التحكيم ملزمًا للمُحَكَّم، فإن شاء قَبِل أن يقوم بهذه المهمة وإن شاء أبى، وليس لأحد حق أن يجبره على هذه المهمة، وكان لا بد من اتفاق الطرفين للحضور أمام المحكم وليس لأحدهما الحق في إجبار الآخر على المخاصمة والحضور أمام المحكم ولا

عبرة للتحكيم إلا إذا رضى به الخصمان كلاهما وحضر كلٌّ منهما باختياره إلى المحكم^(١). يُعتبر التحكيم أعلى مراحل التطور الذي وصلت إليه الجماعات الفطرية، وقد استقرت فكرة التحكيم في أذهان الناس وألّفوا اللجوء إليها، حتى أصبحت عادةً أصلية في نفوسهم. ومع ذلك كان اللجوء إلى التحكيم اختياريًا، وتنفيذ الحكم الصادر متروك أمره إلى المتنازعين^(٢).

لم يكن للحكام قانون مدون في العصر الجاهلي: لم يكن الحكام الذين كان يقصدهم الناس للفصل في قضاياهم يحكمون بقانون مُدَوَّن، وإنما يرجعون إلى عرفهم وتقاليدهم وخبراتهم وتجاربهم أحيانًا.

ولكنَّ الحُكْمَ فيهم يجري أحيانًا بتوجيه من الغريزة والفطرة يرتضون نظامًا يتفق مع مفاهيمهم الساذجة فيصير بمرور السنين عرفًا لا يستطيع تغييره أحد. وكان لكل قبيلة عرفًا وتقاليدهم خاصة قد تخالف ما للقبائل الأخرى من أعراف وتقاليدهم وقد تتفق معها في كثير أو قليل^(٣).

وأشار الأستاذ أحمد أمين في كتابه (فجر الإسلام ونظم الحكم في العصر الجاهلي) إلى أنه لم يصل لأهل الحجاز من العالم المتحضر إلا آثار من اليهودية والنصرانية وقليل من الحكمة والفلسفة عن طريق غير معبد. ومع أنهم لم يرثوا مدينة أو علمًا عن أمم حكموهم وتعاقبوا عليهم فقد أورثهم استقلالهم أنفةً وعزة، واعتدادًا بالنفس،

(١) التحكيم في الشريعة الإسلامية: د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٢٤، التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية، عزة رشاد ص ١٨، ١٩، القضاء في الإسلام، د/ محمد رأفت عثمان ص ١٦.

(٢) مبادئ تاريخ القانون، د/ صوفي أبو طالب ص ٧٩، طبعة ١٩٥٧، مكتبة النهضة المصرية.

(٣) القضاء في الإسلام، د/ محمد رأفت عثمان، المرجع السابق ص ١٨، التاريخ الإسلامي والحضارة الإسلامية. أحمد شلبي ج ١ ص ٤٤، عزة رشاد قطورة، المرجع السابق ص ١٩.

وحرية، وجاوزت الحد حتى لقد حاولوا أن يكونوا ملوكًا أجمعين^(١).
وعلى ضوء ما تقدم، كان التحكيم والالتجاء إليه إختياريًا، وتنفيذ الحكم الصادر متروكٌ أمرُهُ إلى المتنازعين^(٢).

وستتناول هذا المبحث من خلال مطلبين على النحو التالي:

- المطلب الأول: التحكيم عند الأمم السابقة.

- المطلب الثاني: التحكيم عند العرب قبل الإسلام.



◀ المطلب الأول ▶

◀ التحكيم عند غير العرب قبل الإسلام ▶

(الأمم السابقة)

عَرَفَتِ الدول الأوروبية قديمًا في اليونان وروما، والدول الشرقية في بابل وآشور نظام التحكيم سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي على النحو التالي^(٣):
- أولًا: التحكيم عند الإغريق:

عَرَفَ قدماء الإغريق التحكيم، فكان يفصل في المنازعات بين دويلات المدن اليونانية مجلس دائم للتحكيم «الأمفيكتيونى»، وكان التحكيم الوسيلة التي تُقَضُّ بموجبها المنازعات في المراحل الأولى من الحضارة في العراق القديم، فكان أكبر الأعضاء سنًا من المشتركين يقوم بالتحكيم.

(١) فجر الإسلام، أحمد أمين ص ٢١١.

(٢) مبادئ تاريخ القانون، د/ صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٧٩ طبعة ١٩٥٧م، مكتبة النهضة المصرية.

(٣) التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٢٥.

ولم تكن عملية التحكيم قد شكّلت عملاً مستقلاً عن المجتمع، وإنما كانت تتم في سياق الوظيفة العامة للمجتمع، والعقوبة التي تترتب عليها تتم باسم المجتمع أيضاً. وأصبح تحكيم المحكّمين الذين يلجأ إليه المتخاصمون لفضّ النزاع بينهم، من السوابق القضائية التي صارت مصدراً مهماً للقانون المدوّن فيما بعد^(١).

كما عرّف اليونان التحكيم على نطاق واسع في العلاقات الداخلية والخارجية على السواء، ففي مجال العلاقات الداخلية، المدنية منها والتجارية. كان يلزم كل مواطن من مواطني أثينا تسجيل إسمه في قوائم المحكّمين للقيام بهذه المهمة، نظراً لازدياد العبء على المحاكم الشعبية، ومن يتخلف عن هذا الواجب يحرم من بعض الحقوق. وكانت مهمة المحكم الإصلاحي بين الخصمين، فإن أخفق أصدر قراره مشفوعاً بقسم، قابلاً للاستئناف أمام المحاكم الشعبية، إذ إنّ هذه الأخيرة عندما يعرض عليها النزاع تُحيله إلى هيئة المحكمين للإصلاح بين المتخاصمين، فإن تمّ ذلك فيها ونعمت، وإلا رُفِع الأمر ثانية إلى المحاكم الشعبية^(٢).

وفي مجال العلاقات الخارجية، فقد كان هناك مجلس دائم للتحكيم يتولى الفصل في المنازعات التي تقوم بين المدن اليونانية، سواء فيما يتعلق بالمسائل المدنية والتجارية أو تلك المتعلقة بالحدود، وعرفوا معاهدات التحكيم الدائمة بالإضافة إلى حالات التحكيم المنفردة^(٣).

- (١) عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د/ الدوري، المرجع السابق، ص ٣٧.
- (٢) د/ فخرى أبو سيف مبروك، مظاهر القضاء الشعبي لدى الحضارات القديمة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة السادسة، العدد الأول يناير ١٩٧٤ ص ١٠٣، ١٠٤. د/ إسماعيل الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ٢٥.
- (٣) إبراهيم العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، ص ١٢؛ د/ عبد الحسين القطيفي، التحكيم في المنازعات الدولية، مجلة العلوم القانونية، بغداد، العدد الأول، سنة ١٩٦٩، ص ٣٢.

- ثانيًا: التحكيم عند الرومان:

اقتصر القانون الروماني على التحكيم في القانون الخاص، أما التحكيم الدولي فلم يعرفه، لأنهم أنكروا المساواة بين الدول^(١).

ولكن كان الملك في روما قبل إنشاء الجمهورية يتولى بمعاونة الكهنة تحديد العقوبات، وتوقيعها على مرتكبيها، والتي قد تصل إلى حد الموت أحيانًا، أما المسائل المدنية فعلى ما يبدو أن الأمر كان متروكًا للتحكيم الخاص، ثم أنشئت وظيفة خاصة، يتولاها حاكم يسمى «البريتور»، وذلك نتيجة لكثرة الأعباء الملقاة على عاتق الملك، ويقتصر دور البريتور على سماع ادعاءات الخصوم، وتسجيلها ثم يرفع النزاع برمته إلى المحكم الذي يختاره الخصوم ليفصل في نزاعهم^(٢).

ثم أنشئ بريتور الأجنبي بعد أن اعترف لهم ببعض الحقوق، إذ إن الأجنبي قبل الاعتراف له ببعض الحقوق يعتبر عدوًا يباح قتله وسلبه واسترقاقه، ولا يملك التقاضي ولا المخاصمة، إذ إن ذلك كان حقًا مقصورًا على الوطنيين دون الأجنبي.

ويتولى بريتور الأجنبي سماع ادعاءات الخصوم، ثم يرفع النزاع إلى هيئة التحكيم^(٣)، ولم يكن لقرارات التحكيم أية سلطة أو قوة تنفيذية، ولم يعدو قرار المحكم عن كونه فكرة أو إقتراحًا، وليس له صفة الحكم، وكل ما يترتب على عدم تنفيذه إختيارًا هو ملاحقة الممتنع عن تنفيذ قرار التحكيم بدعوى لدفع غرامة أو عقوبة مالية بمقتضى شرط في اتفاق التحكيم^(٤).

(١) دور التحكيم في فض المنازعات الدولية ص ٤، د/ الدوزي، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والوضع ص ٣٦.

(٢) مبادئ القانون الروماني، د/ محمد عبد المنعم بدر (رحمة الله عليه) والدكتور عبد المنعم البدر ص ٢٠، ٢٤.

(٣) تاريخ القانون المصري، للدكتور محمود السقا ص ٢٥٤، ٣٧٠.

(٤) الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، د/ أبو زيد رضوان (رحمة الله عليه)، ص ٤.

- ثالثاً: التحكيم عند البابليين والآشوريين:

وكما كان نظام التحكيم معروفاً في الدول الأوروبية قديماً^(١)، كان معروفاً في الدول الشرقية عند البابليين والآشوريين، فكان فصل الخصومات في آشور يعتمد على الكهنة وتحكيم الآلهة، وعُثِرَ في القرن الحالى على لوح حجرى كتب عليه باللغة السومرية نصوص معاهدة صلح أُبرِمتْ في القرن الحادى والثلاثين قبل الميلاد - أى منذ خمسة آلاف سنة - بين دولتى مدينة «لجش» ومدينة «أوما» السومريتين في جنوب العراق، ونصت تلك المعاهدة على احترام خندق الحدود بين الطرفين، وعلى شرط التحكيم لفضّ أى نزاع ينشأ بينهما بشأن الحدود^(٢).

- رابعاً: التحكيم عند قدماء المصريين:

كان الملك عند قدماء المصريين يمارس عمل القاضى، وإن كان لا يباشر القضاء بنفسه إلا في حالات نادرة، إذ كان مخصصاً للفصل في الخصومات بين الأفراد، موظفون من الكهنة، يتلقون التشريع من المعابد، ثم عين لمحاكم الأقاليم قضاة بالانتخاب، ثم انفرد أمراء الأقاليم في عهد الأسرة السادسة بالسلطة عن الملك، وأصبح أمير الإقليم هو القاضى، يفصل في الخصومات بحكم نهائى لا يقبل الطعن فيه، ومع هذا فقد كان للأفراد حق اللجوء إلى التحكيم لفضّ ما ينشأ فيما بينهم من منازعات، واتفاق التحكيم هو الذي يحدد أعضاء هيئة التحكيم، والإجراءات المتبعة أمامها، والجزاء الذي يوقع، وحكم هيئة التحكيم نهائى وقابل للتنفيذ دون حاجة إلى

(١) د/ إسماعيل الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ٢٧.

(٢) د/ شعيب أحمد سليمان - التحكيم في منازعات الخطة الاقتصادية العامة ص ١٤، د/ القطيفى، المرجع

عرضه على القضاء، والتحكيم على هذا النحو يسمى بالقضاء الخاص^(١).



◀ المطلب الثاني ▶

◀ التحكيم عند العرب قبل الإسلام ▶

ساد النظام القبلي في عصر ما قبل الإسلام بعباداته وتقاليده. وكان للقبائل محكميها الذين عرفوا برجاحة العقل وسعة الإدراك والعدل والابتعاد عن الدنيا والصدق في إعطاء الأحكام.

ولم تكن لهم سلطة تشريعية تُسنُّ القوانين لهم، فالْمَحْكَمُ أو الحاكم لم يكن عمله رسميًا من أعمال الحكومة كما هو معروف عندنا، وإنما كان القضاء أمرًا يعود إلى الناس، إن شاءوا رجعوا إلى عقلاء القبيلة لفضِّ النزاع، وإن شاءوا اختاروا حكمًا يرتضونه ليقضي بينهم.

ولم يكن الحاكم من رؤساء القبيلة بالضرورة، وإنما هو من الذين برزوا في مجتمعاتهم بالفهم والمعرفة لطبائع القوم وأعرافهم.

وكانت العرب تعيش حياة قبلية تعتمد على التنقل والترحال جزيًا وراء أسباب الحياة المادية، مما كان له الأثر الواضح على حياتهم الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، إذ كانت العرب منقسمة إلى قبائل، وتنقسم القبائل إلى بطون وأفخاذ وعشائر، على رأس كل قبيلة رجل يدعى شيخ القبيلة أو سيدها، يَسُوسُ أمورها الداخلية بين أفرادها، وأمورها الخارجية مع غيرها من القبائل الأخرى^(٢).

(١) حكم الإسلام في القضاء الشعبي، د/ فؤاد عبد المنعم ص ١٨، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٢٧.

(٢) عقد التحكيم، د/ الدوري، المرجع السابق، ص ٣٨، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٢٧، ٢٨.

وحكم شيخ القبيلة ينفذ على أفراد قبيلته، إما لمكانته بينهم أو خوفاً من سطوته وبطشه، إذا ما كان صاحب عصبية قوية، بل أحياناً يمتد سلطانه إلى غير قبيلته، فلقد كان زهير بن جذيمة الملك العبسي يتقاضى الإتاوة من هوازن^(١).

ويتولى منصب شيخ القبيلة، أنبل أفرادها وأشرفهم نسباً، ومن اتصفوا بالنجدة والسخاء والصبر والحلم والتواضع، وأقواهم عصبية، وأشدهم بطشاً، وكثيراً ما كانت هذه الخصال موضع تفاخر وتنافر بين رجالات القبيلة في تولية رياستها، حال موت سيدها إن لم يكن له ولد يستحق رياستها بالوراثة^(٢).

□ صور التحكيم في الجاهلية:

تعددت صور التحكيم عند العرب في الجاهلية بالنظر إلى شخص المحتكم إليه، فقد يكون رئيس القبيلة أو العشيرة وقد يكون الاحتكام إلى حكام عُرفوا بأصالة الرأي، وسعة المدارك، والصدق، والعدل في الحكم، أو إلى الكهنة، أو إلى النار، أو إلى الأزام.

□ حكام العرب في الجاهلية:

وفي ذلك يقول د/ إسماعيل الأسطل في كتابه (التحكيم في الشريعة الإسلامية):
«كان للعرب في الجاهلية حكام يلجأون إليهم لفض منازعاتهم، ممن اتصفوا بأصالة الرأي، وسعة المدارك، ورجاحة العقل، ويقظة الضمير، ومن لهم علم بأعراف القوم وتقاليدهم^(٣)، كأكثم بن صيفي بن رباح، إذ كان يقول لقومه، وقد طعن به السن إذا رأيتم مني حسناً فاقبلوه، وإن رأيتم غير ذلك فقوموني أستقيم، ولما بلغه بعثة محمد ﷺ

(١) تاريخ الجنس العربي ج ٥ ص ١٥٢.

(٢) آثار الحرب، د/ وهبه الزحيلي ص ٤٢، الفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، د/ جواد علي ج ٤

ص ٢٤٤، محاضرات في تاريخ الأمم لفضيلة الشيخ الخضري بك، ج ١ ص ٢٢، ٢٣.

(٣) تاريخ البعقوبي ج ١ ص ٢٥٨، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٣١ وما بعدها.

دعا قومه إلى الإسلام^(١)، وكعامر بن الظرب العدواني، فلم تكن بين العرب نائرة^(٢) (أى عداوة وشحناء) إلا تحاكموا إليه^(٣).

وكحاجب بن زراره بن عدس التميمي، وهاشم بن عبد مناف القرشي وعبد المطلب بن هاشم القرشي جد الرسول ﷺ وأبو طالب ابن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف عم الرسول ﷺ^(٤).

ولقد تحاكت قريش وخزاعة إلى يعمر بن عوف في ولاية البيت^(٥). وتحاكت قريش إلى رسول الله ﷺ قبل بعثته، عندما تنازعت الشرف في وضع الحجر الأسود في مكانه عند إعادة بناء الكعبة^(٦).

ومنصب الفصل في الخصومات لم يكن قصرًا على الرجال دون النساء في الجاهلية، بل كانت هناك نساء حكيمات ممن اتصفن بإصابة الحكم، وفصل الخصومات، كهند بنت الحسن الأيادي، وجمعة بنت حابس الأيادي، وصخر بنت نعمان، فكانت العرب تتحاكم عندها فيما ينوبهم من مشاجرات في الأنساب وغيرها، وخصيلة بنت عامر ابن الظرب العدواني وخزام بنت الريان، وغيرهن^(٧).

ويحدثنا التاريخ بالشئ الكثير عما كان عليه العرب من الفوضى والاضطراب وما شاع بينهم من قبيح العادات والأحكام.

ومن أحكامهم التي تدل على ذلك أيضًا أن المدين إذا عجز عن أداء ما عليه كان

(١) بلوغ الإرب، ج١، ص ٣٠٨.

(٢) سيرة ابن كثير، ج١، ص ١٣٤.

(٣) بلوغ الإرب ج١ ص ٣٠٨.

(٤) سيرة ابن هشام ج١ ص ١٣٦، د/ الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص ٣٠.

(٥) سيرة ابن هشام ج١ ص ٢١٤.

(٦) المفصل في تاريخ العرب ج٥ ص ٦٣٨، بلوغ الإرب للالوسى.

للدائن أن يَسْتَرِقَهُ في نظير دَيْنِهِ وجاء الإسلام وحرّم ذلك^(١).

ويقول ابن خلدون في مقدمته^(٢): (ليس عندهم من أخذ الأموال حدًّا ينتهون إليه وليس لهم عناية بالأحكام وزجر الناس عن المفاصد وإنما همهم ما يأخذونه من أموال نهبًا أو مغرمًا، فإذا توصلوا إلى ذلك أعرضوا عما بعده من تسديد أموالهم، والنظر في مصالحهم وهم متنافسون في الرياسة، وقلّ أن يُسَلِّمَ واحد منهم الأمر لغيره ولو كان أباه أو أخاه أو كبير عشيرته إلا في الأقل النادر، فتعدد الحكام منهم والأمرء، واختلاف الأيدي على الرعية في الجباية والأحكام فيفسد العمران).

□ الإحتكام إلى الكهنة:

وفي ذلك يقول أيضًا الأستاذ الدكتور/ إسماعيل الأسطل في مرجعه المشار إليه «التحكيم في الشريعة الإسلامية»^(٣):

إلى جانب حكام العرب، كانت تشد الرحال إلى الكهنة^(٤)، طلبًا لتحكيمهم فيما يقع بينهم من منازعات، اعتقادًا منهم بأن الكاهن يستطيع بما يعلمه من الغيب أن يعلم الظالم من المظلوم وصاحب الحق من غيره.

فلقد تحاكم عبد المطلب جد النبي ﷺ وقريشي عندما نازعته في تجديد حفر بئر زمزم، إلى كاهنة بنى سعد بأشراف الشام^(٥). وحاكم قريشًا، كذلك عندما حاولت منعه من

(١) مدخل الفقه الإسلامي، الأستاذ محمد مصطفى شلبي، ص ٤٦، التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية - عزة رشاد قطورة ص ٢١.

(٢) الأستاذ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٤٧، مقدمة ابن خلدون ص ١٢٦.

(٣) د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٣١ وما بعدها.

(٤) الكاهن: هو الذي يخبر عن الكوائن في مستقبل الزمان، ويدعى معرفة الأسرار ومطالعة علم الغيب - تعريفات الجرجاني ص ١٦٠.

(٥) الروض الأنور للسيهيلي ج ١ ص ١٤٨، سيرة ابن هشام ج ١ ص ١٦٦، ١٦٧.

تنفيذ نذر بذبح ابنه عبد الله والد النبي ﷺ إلى عرافة بالحجاز^(١).

□ الاحتكام إلى النار:

وقال الدكتور الأسطل في كتابه «التحكيم في الشريعة الإسلامية»:

«عَرَفَت العرب وسيلة الاحتكام إلى النار فيما ينشأ بينهم من منازعات اعتقادًا منهم أن الظالم تأكله النار، وأن البريء لا تمسه بسوء، ولقد ذكر ابن إسحق عن أبي مالك بن ثعلبة بن مالك القرطي، أنه سمع إبراهيم بن محمد بن طلحة بن عبد الله يحدث: أن تُبَعَّا لما دنا من اليمن ليدخلها حالت حَمِيرٌ بينه وبين ذلك وقالوا له لا تدخلها علينا وقد فارقت ديننا، فدعاهم إلى دينه وقال: إنه خير من دينكم، فقالوا: حاكبًا إلى النار، قال نعم وكانت باليمن فيما يزعم أهل اليمن نار تأكل الظالم ولا تضر المظلوم، فلما خرج قومه إلى النار بأوثانهم وما يتقربون به، أقبلت النار نحوهم حتى غشيتهم فأكلت الأوثان، ومن حمل ذلك من الرجال، وخرج الحيران، يتصاحفها في أعناقها، تقطر جباهم، لم تضرهم، فأصفت^(٢) عند ذلك حَمِيرٌ على دينه^(٣)».

وجدير بالذكر أن الاحتكام إلى النار لا يزال معروفًا إلى يومنا هذا عند العرب في شمال سيناء، حيث يأخذون المِقلاة فيحمون عليها في النار حتى إذا اشتد احمرارها،

(١) وكان قد نذر جد النبي ﷺ عبد المطلب لئن ولد له عشرة نفر لينحرن أحدهم لله عند الكعبة، فلما توافق بنوه عشرة، وبلغوا معه أشدهم، جمعهم وأبلغهم بنذره، ودعاهم للوفاء لله بذلك، وذهب إلى قدام هبل بالكعبة ليحتكم إليها في تحديد من سيقع عليه النذر، وخرجت على عبد الله والد النبي ﷺ، فلما أراد أن يوفي نذره حالت بينه وبين ذلك قريش حتى لا يكون ذلك سنة تتبع بعده، واختصموا إلى عرافة بالحجاز فقضت أن يفدي بالإبل بأن توضع في جانب والإبل في جانب ويقرع بينهما، فإذا خرجت على عبد الله يزداد في الإبل حتى تخرج القرعة عليها، فلما بلغت المائة خرجت القرعة عليها ثم نحرها. الروض الأنور ج١ ص ١٧٨، سيرة ابن هشام ج١ ص ١٦٥ وما بعدها، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٣١.

(٢) أصفت على دينه، أي أجمعت عليه بأن اعتنفته ورجعت عما كانت عليه من عبادة الأوثان.

(٣) سيرة ابن هشام، ج١ ص ٢٣.

يدعى المتهم بحضور جمع من الناس للمسها بلسانه، فإن تردد أو أكلته فعليه الحق، وإن لم تضره فقد برئ مما نسب إليه^(١).

□ الاحتكام إلى الأزام^(٢):

وفي ذلك أيضًا قال الدكتور الأسطل في مرجعه السابق:

«الاحتكام إلى الأزام وسيلة معروفة لدى العرب في الجاهلية في ظعنهم وإقامتهم، وتجارتهم ومناكحاتهم، وفُضَّ خصوماتهم، إذ كان بالكعبة صنم كبير يدعي هبل، وبجواره أزام موسومة، يافعل أو لا تفعل، وأمرنى أو انهانى ربي، وبنعم أو لا، وبإخراج أو لا تخرج، وبمنكم أو من غيركم، فإن وقع النزاع في أمر لجأوا إلى أمين الأزام فيحيل القداح الموسومة فما خرج منها أخذوا به. فإذا ما وقع نزاع في نسب أحدهم مثلاً، استقسم^(٣) أمين الأزام الموسومة بـ (منكم، ومن غيركم وملصق) فإذا ظهر منكم، اعزوا ذلك الرجل الذي اشتبهوا في نسبه، وتنازعا في أمره، واحترموه غاية الاحترام، وإذا ظهر (من غيركم) نفروا منه واجتنبوه، وإن ظهر (ملصق) يبقى الرجل مجهول النسب على ما كان من قبل عندهم^(٤)».

ولقد حرّم الحق ﷺ هذه الوسيلة كغيرها من الوسائل الأخرى، لما فيها من الإضرار بالله والحكم بغير ما أنزل الله فقال جل شأنه: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْخِطْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿٩٠﴾﴾ [المائدة: ٩٠].

- (١) مقدمة القانون، د/ أحمد صفوت، ص ٣٧٨، الطبعة الثانية ١٩٢٤، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٣٢.
- (٢) الأزام: جمع زلم - بفتح الزاي وضمها مع فتح اللام - وهى القدح الذى لا ريش عليه، والزلم والسهم والقدح مترادفة المعنى، تدل كلها على قطعة من غصن مسواه مشدبة، الموسوعة الفقهية ج ٣ ص ١٣٨.
- د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٣٢.
- (٣) استقسم بالأزلام: أى طلب علم ما قسم لهم أو لم يقسم بالأزلام.
- (٤) تفسير الطبري ج ٦ ص ٧٧، بلوغ الأرب للأوسى ج ٣ ص ٦٦، د/ الأسطل، المرجع السابق ص ٣٢.

الرسول محمد ﷺ مكم قبل نيوتنه

والثابت: أن رسول الله ﷺ كان يحتكم إليه الناس قبل الإسلام.
روى عن الربيع بن جثيم أنه قال:

كان يُتَحَاكَم إلى رسول الله ﷺ في الجاهلية قبل الإسلام^(١)، وقد احتكم العرب إليه في وضع الحجر الأسود عند بناء الكعبة فانتهى بحكمه النزاع.

فالثابت تاريخياً أنه: لما بلغ رسول الله ﷺ خمساً وثلاثين سنة، اجتمعت قريش لبنين الكعبة، وكانوا يهمون بذلك ليستقوها، ويهابون هدمها، وإنما كان رضياً فوق القامة، فأرادوا رفعها وتسقيفها، وذلك أن نفرًا سرقوا كنزاً للكعبة.

فقال الوليد بن المغيرة: أنا أبدوكم في هدمها، فأخذ المعول، ثم قام عليها، وهو يقول: اللهم لم تُرْعَ - قال ابن هشام: ويقال: لم نزع - اللهم إنا لا نريد إلا الخير، ثم هدم من ناحية الركنين .. ثم إن القبائل من قريش جمعت الحجارة لبنائها، كل قبيلة تجمع على حده، ثم بنوها، حتى بلغ البنين موضع الركن، فاختموا فيه، كل قبيلة تريد أن ترفعه إلى موضعه دون الأخرى، حتى تحاوروا وتحالفوا، وأعدوا للقتال. فقربت بنو عبد الدار جفنة مملوءة دماً، ثم تعاهدوا هم وبنو عدى ابن كعب بن لؤى على الموت، وأدخلوا أيديهم في ذلك الدم، في تلك الجفنة، فَسُمُّو كَعَقَةَ الدم.

فمكثت قريش أربع ليالٍ أو خمساً، ثم إنهم اجتمعوا في المسجد، وتشاوروا وتناصفوا. فزعم بعض أهل الرواية: أن أبا أمية بن المغيرة بن عبد الله بن عمر ابن مخزوم، وكان عاميئذ أسنَّ قريش كلها، قال: يا معشر قريش اجعلوا بينكم فيما تختلفون فيه أول من يدخل من باب هذا المسجد يقضي بينكم فيه، ففعلوا.

(١) الشفا - بشرح نسيم الرياضي ج ٢ ص ١٠٧، طبقات ابن سعد ج ١ ص ١٥٧ دار صادر، عقد التحكيم في الشريعة الإسلامية د/ الدوري، المرجع السابق، ص ٤٦.

فكان أول داخل عليهم رسول الله ﷺ فلما رآوه قالوا: هذا الأمين، رضيانا، هذا مُحَمَّدٌ. فلما انتهى إليهم، وأخبروه الخبر، قال ﷺ: هَلَمْ إِلَى 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).

□ عمر بن الخطاب حَكَمَ قَبْلَ إِسْلَامِهِ:

وكان عمر بن الخطاب يقضى قبل الإسلام بين الناس:

- قال رباح بن الحارث:

كان عمر بن الخطاب يقضى فيما سَبَتِ العرب بعضها من بعض قبل الإسلام وقبل أن يبعث النبي ﷺ^(٢).

وَمُحَدِّثُنَا الْمَصَادِرُ عَنْ (قَاضِي السُّوقِ) الَّذِي كَانَ يَجْلِسُ فِي سُوْقِ عَكَازٍ، وَلَا يَعْدُو أَنْ يَكُونَ مُحَكِّمًا اخْتَارَتْهُ جَمَاعَةُ السُّوقِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ فِي أُمُورٍ مُحَدَّدَةٍ وَمَوْسَمٍ مُعَيَّنٍ ثُمَّ تَنْتَهَى مَهْمَتُهُ.

- كما أنه لم يكن للحكام قانون مدون في العصر الجاهلي:

لم يكن الحكام الذين كان يقصدهم الناس للفصل في قضاياهم يحكمون بقانون مدون، وإنما يرجعون إلى عرفهم وتقاليدهم وخبراتهم وتجاربهم أحيانًا. وكان الحكم فيهم يجري أحيانًا بتوجيه من الغريزة والفطرة يرتضون نظامًا يتفق مع مفاهيمهم الساذجة فيصير بمرور السنين عرفًا لا يستطيع فرد أن يغيره.

وقد كان لكل قبيلة عرف وتقاليد خاصة قد تخالف ما للقبائل الأخرى من أعراف

(١) سيرة ابن هشام ج١ ص ٢٢١-٢٢٨.

(٢) طبقات بن سعد ج٦ ص ١٥٣.

وتقاليد وقد تتفق معها في كثير أو قليل^(١).

وقد أشار الأستاذ أحمد أمين في كتابه «فجر الإسلام ونظم الحكم في العصر الجاهلي» إلى أنه لم يصل لأهل الحجاز من العالم المتحضر إلا آثار من اليهودية والنصرانية وقليل من الحكمة والفلسفة عن طريق غير معبد.

ومع أنهم يرثوا مدنية وعلماً عن أمم حكموهم وتعاقبوا عليهم فقد أورثهم استقلالهم أنفة وعزة واعتداداً بالنفس وحرية تجاوزت الحد حتى لقد حاولوا أن يكونوا ملوكاً أجمعين^(٢).

ومع ذلك كان عندهم شيء من الإلمام ببعض الضوابط الفقهية التي يفصلون بها خصوماتهم كقولهم في القصاص: القتل أنفى للقتل والدية على العاقلة، ونظام القسامة، غير أن تطبيق هذه المبادئ كان يلتوي حيناً ويلغى حيناً آخر فيندفع أولياء القتل من طريق معوج وهو الأخذ بالثأر الذي لا يقف عند حد، ويرجع ذلك إلى أنهم لم يكن عندهم سلطة عليا تشرف على التنفيذ وإن القضاء لم يكن مُلزماً في ذلك الوقت.

وقد كانت لهم مع تلك العلوم معاملات مالية وغير مالية تعاملوا بها بحكم الحاجة إليها ساروا فيها على ضوء ما بقى عندهم من شريعة إبراهيم وولده إسماعيل عليهما السلام، وما نقل إليهم من الشريعة الموسوية التي دخلت بلادهم مع جماعة اليهود الذين رحلوا إليها من الشام بسبب الاضطهاد وما عرفوه من أنظمة الدول المجاورة كالفرس والروم بواسطة الاتصال الذي كان يتم عن طريق التجارة والرحلات.

- وقد أدخلت هذه المعاملات مفاصد كثيرة حتى كاد يضيع أساسها السليم، فهناك

(١) القضاء في الإسلام، د/ محمد رأفت عثمان، ص ١٨، التاريخ الإسلامي والحضارة الإسلامية، أحمد شلبي

ج ١ ص ٤٤.

(٢) فجر الإسلام، الأستاذ أحمد أمين ص ٢١١.

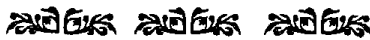
بجانب البيع عن تراضٍ من المتبايعين البيع بإلقاء الحصاة وبيع الملامسة والمنابذة وبيع الغرر والربا.

وكانت لهم أحكام فاسدة في الزواج ... كزواج الأخدان (وهو أن يشترك جمع من الرجال في الزواج من امرأة واحدة) وزواج المقت (وهو أن يرث الابن الأكبر زوجة أبيه بعد موته فيتزوجها شاءت أم أبت).

وهكذا في بقية ما تعاملوا به من أحكام الإجازة وشركات المضاربة والرهن وغيرها^(١). ومن هذا السرد التاريخي .. نرى أن العرب كان لهم بقايا دين لكنه دين هو وشرك، ولهم قانون ولكنه في نطاق ضيق غير أنه لم تكن هناك سلطة عليا تشرف على تنظيمه وتطبيقه .

فالعربي مركز في طبيعته حب السلطان والرياسة، وقلما يخضع لسلطان غيره إلا تحت تأثير القوة القاهرة أو الوازع الديني ولو كان ذلك الغير أباه أو أخاه أو أقرب الناس إليه.

ونخلص مما تقدم إلى أن التحكيم عند العرب وغير العرب قبل بعثته ﷺ كان معروفاً لدى المجتمعات القديمة، بل وكان شريعة عامة وعرفاً سائداً عند العرب قبل الإسلام، إلا أن اللجوء إليه كان اختيارياً، وذلك لعدم وجود السلطة العامة التي تُلزم الأفراد به، وحكم المحكم كان ينفذ اختيارياً ولا سبيل لجبر المختصين بتنفيذه، إلا إذا التزموه ونفذوه طواعية، فإذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم طواعية لم يكن هناك من سبيل لجبره بتنفيذه، وكان ذلك يؤدي إلى الاقتتال بين أفراد القبيلة أو بين القبائل وبعضها البعض.



(١) مدخل الفقه الإسلامي، د/ مصطفى شلبي ص ٤٢، ٤٣. التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية، عزة رشاد، ص ٢٠، ٢١، المرجع السابق.

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com



التحكيم في الإسلام ومدى مشروعيتها

رَفْعٌ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

الباب الأول

التحكيم ضيا الإسلام ومدى مشروعيته

وبعد أن أوضحنا في الفصل التمهيدي تعريف التحكيم لغةً واصطلاحًا. ثم تناولنا التطور التاريخي للتحكيم عند الأمم السابقة وعند العرب قبل الإسلام، ..

نفرد لهذا الباب مفهوم التحكيم في الإسلام من حيث مدى مشروعية التحكيم ثم التحكيم في عصر النبي ﷺ، وأخيرًا التحكيم في عصر الخلافة الراشدة.

وعليه سنقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول على النحو التالي:

↔ الفصل الأول: مدى مشروعية التحكيم في الإسلام.

↔ الفصل الثاني: التحكيم في عصر النبي ﷺ.

↔ الفصل الثالث: التحكيم في عصر الخلافة الراشدة.

الفصل الأول

التحكيم في الإسلام ومدى مشروعيته >

- تمهيد وتقسيم:

بعد أن تناولنا في الفصل التمهيدي المعنى اللغوي والاصطلاحي للتحكيم والجوانب التاريخية له قبل بعثته ﷺ، نتناول في هذا الفصل إقامة الدليل على مشروعيته، ثم حكمه الشرعي والحكمة التي قصدها الشارع من تشريع هذه القاعدة وعليه سنقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: مشروعية التحكيم بالكتاب الكريم.

المبحث الثاني: مشروعية التحكيم بالسنة.

المبحث الثالث: مشروعية التحكيم بالإجماع وعمل الصحابة.

المبحث الرابع: حكم التحكيم وحكمة مشروعيته.



المبحث الأول

مشروعية التحكيم بالكتاب الكريم

الشريعة هي جملة الأحكام المشروعة، فإن كان مصدرها السماء بأن تنزل بها الوحي سُميت شريعة سماوية وإن كانت تشريعات بشرية سميت شريعة وضعية .. وفي كل لا توجد هذه أو تلك إلا حيث يوجد المجتمع البشري .. وهذا المجتمع يلزمه قوانين تنظم العلاقات القاسمة بينه.

ومن هنا جعل الله ﷺ الشرع الإلهي منهاجًا وحكمًا للمسلمين لتستقيم حياتهم وشتى أمورهم ويسود الأمن والعدل والحق فيما بينهم.

قال ﷺ: ﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَبَكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِبِينَ خَصِيمًا ۝١٠٥ ﴾ [النساء: ١٠٥].

وقال ﷺ في كتابه العزيز: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِمْ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهِمَا إِنْ يُرِيدَ إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ۝٣٥ ﴾ [النساء: ٣٥].^(١)

وفي هذه الآية تتجلى مشروعية التحكيم.

ذلك أن الحق ﷺ الخبير أمر ببعث الحكامين حكمًا من أهل الزوج وحكمًا من أهل الزوجة، إذا ما خيف وقوع الشقاق بينهما فكان ذلك نصًا منه تبارك وتعالى على جواز التحكيم في حق الزوجين.

وإذا ما جاز التحكيم في حق الزوجين دل ذلك على جوازه في سائر الحقوق والدعاوى. وإذا كان الله ﷺ قد شرع التحكيم لرأب الصدع في كيان الأسرة، وحفاظًا على تماسكها، وعلى المودة والرحمة بين ركنيها وهي النواة الأولى لكيان المجتمع المسلم، كان

(١) وذكر الاستدلال بالآية على جواز التحكيم في: المبسوط ط ٢١-٢٢ صفحة ٦٢، والبحر الرائق ج ٧ ص ٢٥، والعناية على الهداية ج ٥ ص ٤٩٨.

جوازه أولى فيما يقع بين أفراد المجتمع من منازعات وخصومات حفاظاً على المجتمع المسلم وتماسكه والوحدة بين أفرادها وقطع دابر الشر فيه، وكان ذلك أدعى إلى استقراره^(١).

ولا خلاف بين الفقهاء على جواز بعث الحكّمين إذا ما وقع الشقاق بين الزوجين أو خيف وقوعه^(٢).

ويقول أبو جعفر^(٣) في قوله ﷺ: «حتى يحكموك» حتى يجعلوك حكماً بينهم فيما اختلط بينهم من أمور، والحكم عند أهل اللغة هو من يختار للفصل بين المتنازعين^(٤)، وهذا هو التحكيم، فلا ولاية للحكم برضا خصم دون الآخر بل لابد من رضا كلا الخصمين بشخص الحكم.

أما الحاكم فهو الذي يُنصَّبُ ويعين ممن له ولاية تعيينه للفصل بين المتنازعين، وتنعقد ولايته لنظر النزاع دون الحاجة لرضا أى من الخصمين. وكان ﷺ يتولى الفصل في الخصومات باعتباره حاكماً ومُحكماً.

وقيل أن الآية قد نزلت في شأن اليهودى والمنافق في خصومة بينهما فترافعا إلى رسول الله ﷺ ففضى لليهودى على المسلم، فلم يرضى المنافق، فقدموا إلى أبى بكر ﷺ، ففضى بما قضى به ﷺ فلم يرضَ المنافق، فقدموا إلى عمر ﷺ، فقتل المنافق عندما علم أنه يرض بحكم رسول الله ﷺ.

(١) د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٣٥.

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد د-٢ ص ٨٣.

(٣) أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان ج٥ ص ١٥٨.

(٤) المعجم الوسيط ج١ ص ١٠٩، وجاء في حاشية الصاوي: «الحاكم ما كان مقاماً من طرف السلطان، والمحكم ما كان مقاماً من طرف الأخصام» في الشرح الصغير ج٥ ص ٤٩٤.

وقال ﷺ: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن كُنْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴿٥٩﴾ [النساء: ٥٩].

وقال ﷺ: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ ءَامَنُوا بِمَا أُنزِلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنزِلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَن يَتَحَكَّمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَن يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يُضِلَّهُمْ ضَلَكَلًا بَعِيدًا ﴿٦٠﴾ [النساء: ٦٠].

وقال ﷺ: ﴿أَنْتَ تَحْكُمُ بَيْنَ عِبَادِكَ فِي مَا كَانُوا فِيهِ يَخْتَلِفُونَ ﴿٦١﴾ [الزمر: ٤٦].

فأدرك الرسول ﷺ أن الله وكل إليه بيان الحكم باجتهاده فاجتهد على ضوء ما نزل عليه من أحكام وما ألهمه الله من سر التشريع واجتهد الصحابة من بعده، لقد كان الرسول عليه أفضل الصلوات والسلام المُحَكِّمُ الأول للأمة الإسلامية، يحكم بما أنزل الله إليه من الآيات البيّنات ولقد أثبت الله صفة الحاكمية هذه في رسوله الكريم بآية صريحة واضحة قال فيها الحق ﷺ: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا سَلِيمًا ﴿٦٥﴾ [النساء: ٦٥].

وتتجلى مشروعية التحكيم في تلك الآية .. وهنا نجد أن الحق ﷺ في قوله: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ﴾ أقسم على نفى الإيذان عنهم إلا بالترافع إليه ﷺ وطلب الحكم فيه بقوله ﷺ: ﴿حَتَّى يُحَكِّمُوكَ﴾ أى يجعلوك حكماً فيما بينهم من خصومات ومنازعات، وما التحكيم إلا ذلك.

ويقول ﷺ: ﴿وَكَيْفَ يُحَكِّمُونَكَ وَعِنْدَهُمُ التَّوْرَةُ فِيهَا حُكْمُ اللَّهِ ثُمَّ يَتَوَلَّوْنَ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَمَا أُولَئِكَ بِالْمُؤْمِنِينَ ﴿٤٣﴾ [المائدة: ٤٣].

وقال ﷺ: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّوْرَةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا وَالرَّبَّانِيُّونَ وَالْأَحْبَارُ بِمَا اسْتُحْفِظُوا مِنْ كِتَابِ اللَّهِ وَكَانُوا عَلَيْهِ شُهَدَاءً فَلَا تَخْشَوُا النَّكَاسَ وَآخِشُوا وَلَا تَسْتَفْتُوا بِبَيِّنَاتِي نَسْنَا قَلِيلًا وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ

فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴿٤٤﴾ [المائدة: ٤٤].

وقال ﷺ: ﴿وَلِيَحْكُمُوا أَهْلُ الْأَنْبِيَاءِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فِيهِ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفٰسِقُونَ ﴿٤٧﴾ [المائدة: ٤٧].

وقال ﷺ: ﴿وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّهُ يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ النَّاسِ لَفٰسِقُونَ ﴿٤٩﴾ [المائدة: ٤٩].

قال ﷺ: ﴿أَفْحَكْمُ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴿٥٠﴾ [المائدة: ٥٠].

وقال ﷺ: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ ﴿٥٨﴾ [النور: ٥٨].

وقال ﷺ: ﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴿٥١﴾ [النور: ٥١].

كما أن أساس مشروعية التحكيم في المسائل المتعلقة بالأموال^(١) هو قول الله ﷻ في محكم آياته: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴿٥٨﴾ [النساء: ٥٨].

وقال ﷺ: ﴿اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ إِلَيْكُمْ مِنْ دِينِكُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا مِنْ دُونِهِ أَوْلِيَاءَ قَلِيلًا مِمَّا تَدْكُرُونَ ﴿٢﴾

[الأعراف: ٣].

ومن كل ما تقدم يتضح أن آيات الله الكريمة قد جاءت ملزمة بالحكم بشريعة الله، وتنهى الحاكم عن الخروج عن حكم غير الله.

فالصواب أن يحكم الحاكم بقانون الله، ويفصل في الأمور بشريعة الخالق بوصفه خليفة لله، ونائباً عنه في الأرض.

(١) نظام التحكيم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري، د/ سيد احمد محمود، ٢٠٠٥، دار النهضة العربية ص ٢٣.

وفي كثير من الآيات السابقة .. ومنها قوله ﷺ: ﴿فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ﴾ [المائدة: ٤٨]. أى فاحكم يا محمد بين الناس بما أنزل الله إليك في هذا الكتاب العظيم، ولا توافقهم على أغراضهم الفاسدة عادلاً عما جاءك في هذا القرآن^(١).

وقال ابن كثير: أى لا تنصرف عن الحق الذي أمرك الله به إلى أهواء هؤلاء من الجهلة الأشقياء.

وقوله ﷺ: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨]. فهذا أمر منه ﷺ بالحكم بالعدل بين الناس، ولهذا قال زيد بن أسلم أن هذه الآية إنما نزلت في الأمراء يعنى الحكام بين الناس^(٢).

وقوله ﷺ: ﴿يٰۤاِدَاوُدُ اِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِى الْاَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوٰى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيْلِ اللّٰهِ﴾ [ص: ٢٦].

أى يا داود إنا استخلفناك على الناس لتدبير شئونهم ومصالحهم فاحكم بينهم بالعدل وبشريعة الله التي أنزلها عليك ولا تتبع هوى النفس في الحكومات وغيرها فيضلك اتباع الهوى عن دين الله القويم وشرعه المستقيم^(٣).



(١) صفوة التفسير د/ محمد على الصابوني، القسم الثالث، تفسير المائدة ص ٢٥، التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية - عزة قطوره، المرجع السابق، ص ٤٥.

(٢) تفسير ابن كثير سورة النساء المجلد الأول ص ٤٦.

(٣) صفوة التفسير، د/ محمد الصابوني - القسم الرابع عشر، تفسير سورة (ص) صفحة (٢٦).

المبحث الثاني

مشروعية التحكيم في السنة

تناولنا في المبحث السابق مشروعية التحكيم بالكتاب الكريم، وسنعرض في هذا المبحث لمشروعية التحكيم في السنة وذلك من خلال الأدلة الآتية:-

قال أبو داود في سننه:

□ الدليل الأول: عن شريح عن أبيه هاني:

أنه لما وفد إلى رسول الله ﷺ مع قومه سمعهم يكتفون بأبي الحكم، فدعاه رسول الله ﷺ فقال: «إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْحُكْمُ وَإِلَيْهِ الْحُكْمُ فَلِمَ تُكْفَى أبا الحكم»، فقال: «إِنَّ قَوْمِي إِذَا اخْتَلَفُوا فِي شَيْءٍ أَتَوْنِي فَحَكَمْتُ بَيْنَهُمْ فَرَضِي كِلَا الْفَرِيقَيْنِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَا أَحْسَنَ هَذَا فَمَا لَكَ مِنَ الْوَلَدِ»، قَالَ: لِي شُرَيْحٌ وَمُسْلِمٌ وَعَبْدُ اللَّهِ، قَالَ: «فَمَنْ أَكْبَرُهُمْ؟» قُلْتُ: شُرَيْحٌ، قَالَ: «فَأَنْتَ أَبُو شُرَيْحٍ»، قَالَ أَبُو دَاوُدَ: شُرَيْحٌ هَذَا هُوَ الَّذِي كَسَرَ السُّلَيْسَةَ وَهُوَ مِمَّنْ دَخَلَ تُسْتَرٌ، قَالَ أَبُو دَاوُدَ: وَبَلَّغَنِي أَنَّ شُرَيْحًا كَسَرَ بَابَ تُسْتَرٍ وَذَلِكَ أَنَّهُ دَخَلَ مِنْ سِرْبٍ^(١) ودعاه له ولولده^(٢)، فأقرار الرسول ﷺ لأبي شريح على

(١) سنن أبي داود بحاشية عون المعبود. ج٤ ص ٤٤٤ وفيه قال: المنذري وأقره النسائي وهو من سنن أبي

داود، ٣٥ كتاب الأدب، ٧٠ باب تغيير الإسم القبيح - رقم ٤٩٥٥ - ص ٢٤٠.

* سعد بن معاذ بن النعمان: سيد الأوس في الجاهلية والإسلام، أسلم بالمدينة بين العقبة الأولى والثانية على يدي مصعب بن عمير، وشهد بدرًا وأحدًا والخندق ورمي يوم الخندق بهم، فعاش بعد ذلك شهرًا حتى حكم في بني قريظة، ثم انتقض جرحه فمات وذلك في سنة ٥ هـ. قال فيه رسول الله ﷺ، اهتز العرش لموت سعد بن معاذ، والذي رماه بسهم هو جبان بن العرقه، فقال رسول الله ﷺ: غرَّقَ اللهُ وجهه في النار.

أسد الغابة ج٢ ص ٢٩٦، والاستيعاب ج٢ ص ٢٧ والإصابة ج٢ ص ٣٧.

(٢) حديث إن الله هو الحكم «أخرجه أبو داود ج٥ ص ١٤٠، ط عزت عبيد دعاس. سنن أبي داود ج٣ - ١٣

رقم ٤٩٣٤، والنسائي ج٥/ ١٩٩، ٢٦٦، ط المكتبة التجارية - وجامع الأصول ج١ ص ٣٧٣ وإسناده حسن. (نظام التحكيم دراسة مقارنة، د/ سيد أحمد محمود، المرجع السابق، هامش ص ٢٥).

حكمه بين قومه بتراضيها دليل على جواز التحكيم ومشروعيته وقال رسول الله ﷺ من حكم بين اثنين تحاكما إليه وارتضيا به، فلم يعدل بينهما بالحق فعليه لعنة الله^(١). ونهى ما روي أنه ﷺ قال: «مَنْ حَكَمَ بَيْنَ اثْنَيْنِ تَرْضَايَا بِهِ فَلَمْ يَعدُلْ بَيْنَهُمَا فَهُوَ مَلْعُونٌ»^(٢). كما أن رسول الله ﷺ رضى بتحكيم سعد بن معاذ ؓ في أمر اليهود من بنى قريظة، حين جنحوا إلى ذلك ورضوا بالنزول على حكمه^(٣). كما أن رسول الله ﷺ رضى بتحكيم الأعرور بن شامة في أمر بنى العنبر حين انتهبوا أموال الزكاة^(٤).

□ الدليل الثانى: في تحكيم رسول الله ﷺ لسعد في بنى قريظة^(٥):

عن أبي سعيد الخدرى أنه قال: «نَزَلُ أَهْلُ قُرَيْظَةَ عَلَى حُكْمِ سَعْدِ بْنِ مُعَاذٍ فَأَرْسَلَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى سَعْدٍ فَأَتَى عَلَى جِمَارٍ فَلَمَّا دَنَا مِنَ الْمَسْجِدِ قَالَ لِلْأَنْصَارِ قُومُوا إِلَى سَيِّدِكُمْ أَوْ خَيْرِكُمْ فَقَالَ هَؤُلَاءِ نَزَلُوا عَلَى حُكْمِكَ فَقَالَ تَقْتُلُ مُقَاتِلَتَهُمْ وَتَسْبِي ذُرَارِيَهُمْ قَالَ فَضَيْتَ بِحُكْمِ اللَّهِ وَرَبِّي قَالَ بِحُكْمِ الْمَلِكِ»^(٦).

- (١) كشاف القناع ج٦ ص ٣٠٣، هامش نظام التحكيم، د/ سيد محمود، المرجع السابق، ص ٢٥.
- (٢) المغنى ج٩ ص ١٠٧، عبد الفتاح محمد ابو العينين، القضاء والإثبات في الفقه الإسلامى، مع المقارنة بقانون الإثبات اليمنى، إيداع ١٩٨٣، ص ١١٢.
- (٣) تحكيم سعد بن معاذ في أمر اليهود، أخرجه البخارى، الفتح ج٦ ص ١٦٥، الطبعة السلفية، صحيح مسلم بشرح النووى ج١٢ ص ٩٢، تبين الحقائق، ط أولى ١٣١٣ هـ ج٤ ص ١٩٣، البحر الرائق، ج٧ ص ٢٧ وما يليها، على حيدر «درر الحكام في شرح مجلة الأحكام» كتاب التنظيم القضائى، مشار إليه في الأحذب، الجزء الأول ص ٥٧ هامش ٥. (نظام التحكيم، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون. د/ سيد محمود، المرجع السابق، ص ٢٥).
- (٤) حديث أن رسول الله ﷺ رضى بتحكيم الأعرور بن شامة أخرجه ابن شاهين في الصحابة.
- (٥) مسند الإمام أحمد ج٦ ص ١٤٢، سنن الترمذى ج٤ ص ١٤٤، فتح البارى ج٧ ص ٤١٢، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٤٩.
- (٦) رواه عن أبي سعيد الخدرى الإمام أحمد في مسنده ج٣ ص ٢٢، ومسلم، صحيح مسلم بشرح النووى ج١٢ ص ٩٢، وفتح البارى ج٧ ص ٤١١، وقال الشوكانى متفق عليه، نيل الأوطار ج٥ ص ٦٢.

وفي رواية ابن اسحق: «لَقَدْ حَكَمْتَ فِيهِمْ بِحُكْمِ اللَّهِ مِنْ فَوْقِ سَبْعَةِ أَرْقَعَةٍ»^(١).
وروى البخارى عن عائشة - رضي الله عنها - أنهم نزلوا على حكم رسول الله ﷺ،
فرد الحكم إلى سعد^(٢).

- وجه الدلالة لتحكيم رسول الله ﷺ لسعد في بنى قريظة:

أن رسول الله ﷺ قبل تحكيم بنى قريظة له لما نزلت على حكمه ثم جعل الحكم فيهم
إلى سعد بن معاذ برضاهم، فكان الحديث نصاً في جواز التحكيم، وإلا لما حَكَّم فيهم
سعداً برضاهم، ولما عمل بحكم سعد فيهم، إذ أن التحكيم لو لم يكن مشروعاً لما صح
حكم سعد، ولما وجب تنفيذه، وأن المجمع عليه بين الفقهاء أن رسول الله ﷺ قد عمل
بحكم سعد فيهم^(٣).

□ الدليل الثالث: تحكيم أبو بكر فيما وقع بين النبي ﷺ وعائشة - رضي الله عنها -:
فعن عائشة - رضي الله عنها - قالت: كان بيني وبين النبي ﷺ كلام، فقال: أجعل
بينى وبينك عمر، فقلت: لا. قال: أجعل بينى وبينك أباك: قلت نعم^(٤).

- (١) نيل الأوطار للشوكاني ج٨ ص ٦٢، سيرة ابن هشام ج٣ ص ٢٤٠.
- (٢) التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٤٩.
- (٣) البحر الرائق ج٥ ص ٤٩٨، والتحكيم في الشريعة، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٤٩.
- (٤) مجمع الزوائد ج٤ ص ١٩٦، وفيه رواه الطبراني في الأوسط، وفيه صالح بن أبي الأسود، وهو ضعيف.
عائشة بنت أبي بكر الصديق أم المؤمنين، من أكبر فقهاء الصحابة، كانت تكنى بأُم عبد الله ابن اختها
أسماء. قالت رضي الله عنها «تزوجني رسول الله ﷺ وأنا بنت سبع سنين، وبنى بي وأنا بنت تسع سنين،
وقبض عني وأنا ابنة ثمان عشرة سنة»، كانت أحب نساته إليه ﷺ وأكثرهن رواية للحديث عنه، توفيت
سنة ٥٧ هـ وقيل ٥٨ هـ ودفنت بالبقيع.
- طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٤٧، والرياض المستطابة ص ٣١٠، وأسد الغابة ج٥ ص ٥٠١،
والاستيعاب ج٤ ص ٣٥٦، والإصابة ج٤ ص ٣٥٩ وتذكرة الحفاظ ج١ ص ٢٧.

جرى بينه ﷺ وبين عائشة كلام، حتى أدخلها بينهما أبو بكر ﷺ حكماً واستشهده، فقال لها رسول الله ﷺ تكلمين أو أتكلم؟ فقالت: بل تكلم أنت، ولا تقل إلا حقاً، فلطمها أبو بكر حتى دمي فوها، وقال لها: يا عديّة نفسها، أو تقول غير الحق؟ فاستجارت برسول الله ﷺ وقعدت خلف ظهره، فقال له النبي ﷺ لم ندعك لهذا، ولا أردنا منك هذا^(١).

□ الدليل الرابع: عن محمد بن سيرين عبدة قال:

شهدت علياً وقد جاءته امرأة وزوجها مع كل واحد منهما فقام من الناس، فأخرج هؤلاء حكماً وهؤلاء حكماً فقال عليّ للمحكّمين أتدريان ما عليكما؟ أن عليكما أن رأيكما أن تجمعا جمعتهما (أي إن كان قصدكما إصلاح ذات البين بورك في صلحكما). فقالت المرأة رضيت بكتاب الله لي وعلي. وقال الزوج أما الفرقة فلا فقال علي: كذبت والله لا تبرح حتى ترضى بكتاب الله ﷺ لك وعليك (رواه ابن أبي حاتم)^(٢).

□ الدليل الخامس: تحكيم رسول الله ﷺ الأعور بن شامة:

روى ابن شاهين بإسناده عن ابن عباس قال: أصابت بنو العنبر دماً في قومهم

أبو بكر الصديق: عبد الله بن أبي قحافة، واسم أبي قحافة عثمان بن عامر التيمي القرشي، أول من آمن برسول الله ﷺ من الرجال ورفيقه في الغار، من أغنياء قريش وساداتها، شهد الغزوات كلها، أول الخلفاء الراشدين، مات سنة ١٣ هـ.

أسد الغابة ج ٣ ص ٢٠٥، تاريخ الخلفاء للسيوطي ص ٢٧، طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٣٦، الاستيعاب ج ٢ ص ٢٤٣، وأبو بكر الصديق لعليّ الطنطاوي (عقد التحكيم د/ الدوري، المرجع السابق، ص ٨٩).

(١) إحياء علوم الدين ج ٢ ص ٤٤.

وفي المغني عن حمل الأسفار بهامشه، حديث جرى بينه وبين عائشة كلام حتى أدخل بينهما أبو بكر حكماً... الحديث - الطبراني في الأوسط والخطيب في التاريخ من حديث عائشة بسند ضعيف.

(٢) تفسير بن كثير تحقيق محمد علي الصابوني، سورة النساء (التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية) - عزة رشاد، المرجع السابق.

فارتحلوا فنزلوا بأخوالهم من خزاعة، فبعث رسول الله ﷺ مصداقاً لخزاعة، فصدقهم ثم صدق بنى العنبر، فلما رأت بنو العنبر الصدقة قد أحرزها وثبوا فانتزعوها، فقدم على رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله إن بنى العنبر منعوا الصدقة فبعث إليه عيينة بن حصين في سبعين ومائة، فوجد القوم خلوقاً فاستاق تسعة رجال وإحدى عشرة امرأة وصبياناً، فبلغ ذلك بنى العنبر، فركب إلى رسول الله ﷺ منه سبعون رجلاً منهم الأقرع بن حابس، ومنهم الأعور بن شامة العنبري، فلما قدموا المدينة بهش إليه النساء والصبيان فوثبوا على حجر رسول الله ﷺ وهو في قائلته فصاحوا به: يا محمد علام تسب نساءنا ولم تنزع يداً من طاعتك؟ فنخرج إليهم فقال: إجعلوا بيني وبينكم حكماً؟ فقالوا يا رسول الله الأعور بن شامة فقال بل أسيدكم بن عمرو. قالوا يا رسول الله الأعور بن شامة، فحكّمه رسول الله ﷺ فحكّم أن يفدى شطر وإن يعتق سطر^(١).

□ الدليل السادس: ما كان يفعله رسول الله ﷺ مع أمراء الجيوش وقادة السرايا^(٢):

روى مسلم عن بريدة أن رسول الله ﷺ كان إذا أمر أميراً على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيراً ثم قال: «وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله، فلا تنزلهم على حكم الله ولكن أنزلهم على حكمك، فإنك لا تدري أتصيب حكم الله أم لا»^(٣).

- وجه الدلالة: أن رسول الله ﷺ فيما يبلغه عن ربه في مقام الهداية والتشريع أوصى

(١) المكي (عبد الله بن فرج) أقضية رسول الله ﷺ ١٩٧٨ م طبعة أولى ص ٦٧٦ - التحكيم عند العرب كوسيلة لفض المنازعات بين الأفراد - دراسة تاريخية مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة من المدرس المساعد/ عبد الكريم محمد عبد الكريم نصير، بكلية الحقوق جامعة طنطا، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.

(٢) التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٥١ وما بعدها.

(٣) وفي الحديث: «وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه، فلا تجعل لهم ذمة الله ولا ذمة نبيه، ولكن اجعل لهم ذمتك وذمة أصحابك، فإنكم إن تخفروا ذمكم وذم أصحابكم أهون من أن تخفروا ذمة الله وذمة رسوله». صحيح مسلم بشرح النووي ج-١٢ ص ٣٩.

قواده بقبول التحكيم إذا ما طلبه الخصم، والرسول ﷺ لا يأمر ولا يوصي إلا بما هو مشروع، فكان الحديث دليلاً على جواز التحكيم.

- ووجه قوله ﷺ لا تنزلهم على حكم الله ولكن أنزلهم على حكمك، فإنه محمول على عدم علم القائد عين حكم الله فيهم، وهذا يكون من وجهين: أنه على عهد رسول الله ﷺ، فقد ينزل الوحي بحكم على خلاف ما يعلمه القائد أو ناسخ له، أو ينزل بحكم جديد لم يكن موجوداً من قبل، والوحي لا ينزل على غير رسول الله ﷺ فأراد ﷺ أن يجنب قواده من أن ينسبوا إلى الله ما لم يُعدَّ حكماً. وهذا لم يعد له وجود بعد قوله ﷺ: «اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً»، وبعد انتقاله ﷺ إلى الرفيق الأعلى.

ويقول في ذلك الأستاذ الدكتور إسماعيل الأسطل^(١): «والوجه الثاني وهو الذي أميل إلى ترجيحه، أن المسألة اجتهادية، والمجتهد مكلف بالأخذ بما يؤديه إليه اجتهاده أصاب الحق عند الله أو لم يصبه، بمعنى أن المجتهد قد يصيب في حكمه وقد يخطئ وحكم الله لا يرد عليه هذا الاحتمال، فوجب تنزيهه عن ذلك، فالخطأ ممتنع على الخالق جلا وعلا، لذا وجب وصف الحكم في المسألة الاجتهادية بأنه حكم الحاكم (القاضي) وليس حكم الله، لذا قال الرسول ﷺ «لَا تُنْزِلُهُمْ عَلَى حُكْمِ اللَّهِ وَلَكِنْ أَنْزِلُهُمْ عَلَى حُكْمِكَ فَإِنَّكَ لَا تَدْرِي أَتُصِيبُ حُكْمَ اللَّهِ فِيهِمْ أَمْ لَا»^(٢).

□ الدليل السابع: التحكيم في أول معاهدة مكتوبة للنبي ﷺ:

لما هاجر النبي ﷺ إلى المدينة، آخى بين المهاجرين والأنصار ثم أخذ يضع أسس ومبادئ

(١) التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٥٢.

(٢) صحيح مسلم: (٣٢٦١)، يقول الشوكاني: «والحديث حجة على أنه ليس كل مجتهد مصيب بل الحق

عند الله واحد». نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٦٢.

الدولة الإسلامية بالمدينة، وبدأ ينظم العلاقات بين الأمة الإسلامية بالمدينة المنورة والأمم الأخرى، وأول ما بدأ باليهود الذين كانوا حول المدينة، فأبرم معهم معاهدة، وكانت بين المسلمين كأمة واليهود كأمة^(١)، أقرهم فيها على معتقدتهم وأموالهم لا يجبرون على الإسلام، وتضمنت هذه المعاهدة تنظيمًا دقيقًا للعلاقات الداخلية والخارجية.

وفي ذلك يقول الأستاذ الدكتور إسماعيل الأسطل: «والذي يعيننا في هذا المقام، ما كان خاصًا بالاتفاق على التحكيم مسبقًا، بين المسلمين كأمة واليهود كأمة، واختياره ﷺ حكمًا بين الطرفين فيما سيقع من نزاع مستقبلاً، فقد جاء في كتاب العهد: «وأنه ما كان بين أهل هذه الصحيفة من حدث أو شجار» يخاف فساد، فإن مرده إلى الله وإلى محمد رسول الله ﷺ».

فهذا رسول الله ﷺ قَبِلَ بالتحكيم فيما سيجد بينه وبين اليهود، في الخصومات التي قد تحدث مستقبلاً بين كلا الأمتين، فدل ذلك على أن التحكيم أحد القواعد التي أقرتها الشريعة الإسلامية، والتي كان معمولاً بها قبل الإسلام، فكما رأينا قَبْلُ فإن التحكيم عند العرب قبل الإسلام كان شريعة عامة، وعرفاً سائداً، تلجأ إليه القبائل والأفراد في حسم نزاعاتهم وقطع خصوماتهم.



(١) الشريعة والقانون الدولي العام، للمستشار على منصور ص ٢١٢، التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٥٢.

(٢) وفي رواية ابن إسحاق «وإنكم مهاختلفتم فيه من شئ فإن مرده إلى الله عز وجل وإلى محمد ﷺ»، سيرة ابن هشام ج ٢ ص ١٢١، د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٥٣.

(٣) سيرة ابن هشام ج ٢ ص ١٢١، عيون الأثر لابن سيد الناس ج ١ ص ٢٣٩. مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، محمد حميد الله ص ٦٣ (د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٥٣).

المبحث الثالث

مشروعية التحكيم بالإجماع وعمل الصحابة

فقد كان الصحابة رضي الله عنهم مجتمعين على جواز التحكيم^(١). لأن ذلك وقع لجمع من الصحابة، ولم ينكر مع اشتهاؤه فكان إجماعاً^(٢).

- وقد جاء في البناية: «والتحكيم مشروع بالكتاب والسنة والإجماع.

ومن ثم فالإجماع منعقد على جواز التحكيم، ولم يخالف هذا الإجماع مخالف إلى يومنا هذا.

ومن الآثار التي رويت عن الصحابة في ذلك ما يأتي^(٣):

١- روى أبو داود في سننه عن عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث عن أبيه عن جده، قال: اشترى الأشعث رقيقاً من رقيق الخُمس من عبد الله بعشرين ألفاً، فأرسل عبد الله إليه في ثمنهم، فقال: إنما أخذتهم بعشرة آلاف. فقال عبد الله: فاختر رجلاً يكون بيني وبينك. قال الأشعث: أنت بيني وبين نفسك، قال عبد الله فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إِذَا اخْتَلَفَ الْبَيْعَانِ وَكَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيْتُهُ فَهُوَ مَا يَقُولُ رَبُّ السُّلْعَةِ أَوْ يَتَّارَكَانِ»^(٤).

(١) العناية على الهداية جـ ص ٤٩٨، وتبيين الحقائق جـ ص ١٩٣، ومغنى المحتاج جـ ص ٣٧٨، نهاية

المحتاج جـ ص ٢٣٠، وعميره جـ ص ٢٩٨، والمبسوط جـ ص ٢١٨.

(٢) أسنى المطالب جـ ص ٢٢٨، تحفة المحتاج جـ ص ١٠٨، ومن نقل إجماعهم الماوردي كما في مغنى

المحتاج، السابق، البناية شرح الهداية جـ ص ٦٦.

(٣) عقد التحكيم، د/ الدوري، المرجع السابق، ص ٩١.

(٤) سنن أبو داود في ١٧ كتاب البيوع عن محمد بن يحيى بن فارس، حدثنا عمر بن حفص بن غياث، حدثنا

أبي، عن أبي عُميس، أخبرني عبد الرحمن بن قيس.

و(عبد الله) هو: عبد الله بن مسعود، وقوله: (يكون بيني وبينك)، أي حكمًا^(١).
فقوله (اختر رجلاً يكون بيني وبينك) وجواب الأشعث، صريح في أن التحكيم أمر مشهور لا ينكره أحد، وهذا إجماع.

٢- روي عبد الرزاق عن معمر، قال: أخبرني من سمع أبا جعفر يقول «كان المهاجرون يأمرون بالغسل، وكانت الأنصار يقولون: الماء من الماء، فمن يفصل بين هؤلاء، وقال المهاجرون: إذا مس الختان الختان فقد وجب الغسل، فحكّموا بينهم علي بن أبي طالب فاختموا إليه، فقال: أرأيتم لو رأيتم رجلاً يدخل ويخرج، أيجب عليه الحد؟ قال: فيوجب الحد ولا يوجب عليه صاعاً من ماء؟ ففضى للمهاجرين، فبلغ ذلك عائشة، فقالت: ربنا فعلنا ذلك أنا ورسول الله ﷺ فقمنا واغتسلنا»^(٢).

فتحكيم المهاجرين والأنصار علياً فيما اختصموا فيه، دليل على إجماعهم على جواز التحكيم مطلقاً.

(١) عون المعبود جـ ٣ ص ٣٠٥، عقد التحكيم، د/ الدوري، المرجع السابق، ص ٩٢.

وفي الحديث رقم ٣٥١٢ ص ٧٨٣: حدثنا عبد الله بن محمد النفيلي، حدثنا هشيم، أخبرنا ابن ليل، عن القاسم بن عبد الرحمن، عن أبيه، أن ابن مسعود باع من الأشعث بن قيس رقيقاً، فذكر معناه، والكلام يزيد وينقص.

وحديث اشترى الأشعث .. في تيسير الوصول جـ ٤ ص ٦٧ وقال: أخرجه أبو داود، وأخرج النسائي منه المسند فقط، والحديث في مستدرک الحاكم جـ ٢ ص ٤٥ رواه عن محمد بن صالح بن هانئ والحسن بن يعقوب وإبراهيم بن عصمة قالوا: حدثنا السري بن خزيمة حدثنا عمر بن حفص بن غياث ... بطريق أبي داود. وقال حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. وعقب الذهبي في تلخيص المستدرک عليه بأنه صحيح. وفي تلخيص الخبير جـ ٣ ص ٣١ أورد المسند وقال: هو عند أبي داود والنسائي وصححه الحاكم وحسنه البيهقي. وقال ابن عبد البر: هو منقطع إلا أنه مشهور الأصل عند جماعة العلماء، تلقوه بالقبول وبنو عليه كثير من فروعه.

(٢) المصنف لعبد الرزاق جـ ١ ص ٢٤٩ رقم ٩٥٥، وهو في كنز العمال جـ ٩ ص ٣٢٦ رقم ٢٧٠٨، عن عبد الرزاق عن مجاهد. مع اختلاف يسير في أوله.

٣- عن ابن عون عن محمد قال: «كان بين عمر بن الخطاب وبين معاذ بن عفراء دعوى في شيء فحكما أباي بن كعب، فقص عليه عمر، فقال أباي: اعفُ أمير المؤمنين، فقال: لا، لا تعفني منها إن كانت عليّ. قال: قال أباي: فإنها عليك يا أمير المؤمنين.

قال: فحلف عمر، ثم: أتراني قد أستحقها بيمينتي، إذهب الآن فهي لك»^(١).

فتحكيم عمر ومعاذ أباي في الدعوى، ولم ينكر عليهم أحد، صريح في إجماعهم على جواز التحكيم مطلقاً.

٤- روي عن شريح أنه قال: «لما رجع عليّ عليه السلام من قتال معاوية وجد درعاً له افتقده بيد يهودي يبيعها، فقال عليّ عليه السلام: درعى ولم أبع، فقال اليهودي: درعى وفي يدي، فاخصمنا إلى شريح، فقال شريح لعليّ هل لك بينة؟ قال نعم قنير والحسن ابني، قال شريح لا يجوز للأب، وقضى لليهودي بالدرع»^(٢).

٥- روي عن الشعبي أن عمر بن الخطاب أخذ فرساً على سوم فحمل عليه رجلاً ليشوره، فعطب الفرس، فقال الرجل، بيني وبينك شريحاً العراقي، فأتياه، فقال: يا أمير المؤمنين أخذته سليماً على سوم، فعليك أن ترده سليماً كما أخذته»^(٣).

٦- تحاكم عمر والعباس إلى أبي بن كعب بن المنذر في دار كانت للعباس إلى جنب المسجد، فقضى للعباس على عمر»^(٤).

مما سبق يتضح أن التحكيم جرى به عمل الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين.

(١) سنن الدارقطني - الأفضية والأحكام - رقم ١٣٨ - ج٤ ص ٢٤٢ رواه عن دعلج ابن أحمد عن معاذ بن المثني عن أبيه عن ابن عون عن محمد.

(٢) أخبار القضاة لوكيع ج٢ ص ١٩٤، التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٥٧.

(٣) تاريخ ابن كثير ج٩ ص ٢٥، أخبار القضاة لوكيع ج٢ ص ١٨٩.

(٤) طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٣.

- أما الدليل العقلي على جواز التحكيم مطلقاً فهو ما يأتي :-

- ١- أن للمحكّمين ولاية على أنفسهما، فصح تحكيمهما^(١) لأن صحة تحكيم المحكّمين مبنية على تمتعها بالولاية على النفس.
 - ٢- تحكيم الخصمين غيرهما جائز، كما يجوز أن يَسْتَفْتِيَا فقيهاً يعملان بفتواه في قضيتهما^(٢).
 - ٣- إذا لم يجز التحكيم ضاق الأمر على الناس، لأنه يَشُقُّ على الناس الحضور إلى مجلس الحكم، فجاز التحكيم للحاجة^(٣).
- فكثير من الناس يرون سهولة اللجوء إلى التحكيم، لاسيما إذا كانوا بعيدين عن مكان القضاء، أو لا يستطيعون الوصول إلى القاضي إلا بصعوبة.
- بالإضافة إلى تفضيلهم التحكيم لبساطة إجراءاته، وقلة نفقاته، وقصر وقته، ورغبة في الابتعاد عن الخصومة واللدّ فيها.



(١) الاختيار ج١ ص ٢٦٤، شرح أدب القاضي لابن مازة ج٣ ص ٥٥، تبيين الحقائق ج٤ ص ١٩٣،

والهداية ج٥ ص ٤٩٩، والقضاء في الفقه الإسلامي، د/ محمد رأفت عثمان ص ٢٨.

(٢) المواق ج٦ ص ١١٢ عن المازري.

(٣) معين الأحكام ص ٢٥.

المبحث الرابع

حكم التحكيم وحكمة مشروعيتها^(١)

□ حكم التحكيم:

التحكيم قد يكون واجباً وذلك في حالتين هما:

↔ الحالة الأولى: إذا ورد النص الدال على الوجوب كما في قوله ﷺ: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٣٥]. فالأمر هنا على الوجوب لعدم اقترانه بالقرينة الصارفة عن الوجوب.

وقد بين الفقهاء ذلك في نصوصهم، فقد جاء في فتح الجليل (آية بعث الحكّمين محكمه غير منسوخة فالعمل بها واجب)^(٢).

وجاء في نهاية المحتاج «إذا اشتد الشقاق - أي الخلاف بين الزوجين - بعث القاضي وجوباً للأمة، لأنه من باب دفع الظلمات وهو من الفروض العامة على الحاكم»^(٣). وفي حاشية الباجوري «إذا اشتد الشقاق بينهما بعث القاضي وجوباً حكّمين مسلمين حرين عدلين عارفين بالمقصود»^(٤).

↔ الحالة الثانية: إذا أمر السلطان به، وذلك لأن تصرف الإمام منوطاً بالمصلحة.

وقد يكون التحكيم محظوراً، وذلك إذا رأى الإمام أن المصلحة في منعه.

ماعداد هذه الحالات يبقى الحكم العام في التحكيم، وقد اختلف الفقهاء فيه على

ثلاثة أقوال:-

(١) التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٦٠.

(٢) منح الجليل على مختصر خليل للشيخ عlish ج٢ ص ١٧٨.

(٣) نهاية المحتاج ج٦ ص ٣٩٢.

(٤) الباجوري على بن القاسم ج٢ ص ١٢٩.

١- جواز التحكيم مطلقاً ولو وجد قاضٍ في البلد.

٢- يجوز التحكيم إذا لم يوجد قاضٍ في البلد.

٣- لا يجوز مطلقاً.

□ القول الأول: جواز التحكيم مطلقاً:

وإليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية وبعض

الإمامية^(١).

- وقد استدلوا على ذلك: بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

(أ) من الكتاب:

١- قوله ﷺ: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِمْ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٣٥].

- وجه الدلالة: أن هذه الآية دلت على وجوب التحكيم بين الزوجين، ولما كان

التحكيم بين الزوجين مشروعاً دُلَّ ذلك على مشروعيته في سائر الخصومات والدعاوى.

٢- قوله ﷺ: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [المائدة: ٤٤].

- وجه الدلالة: أن التحكيم هو لون من ألوان إحقاق الحق ورده إلى أهله.

(ب) من السنة:

وردت عدة أحاديث تُبين مشروعية التحكيم، من هذه الأحاديث:-

١- ما روى عن عائشة رضی الله عنها أنها قالت: (كان بيني وبين النبي ﷺ كلام

(١) المبسوط ج٦ ص ٧٣، معين الحكام ص ٢٤، الفتاوى الهندية ج٣ ص ٣٩٧، بدائع الصنائع ج٩

ص ٤٠٨، مواهب الجليل ج٦ ص ١١٢، تبصرة الحكام ج١ ص ٥٥، الشرح الكبير مع الدسوقي ج٤

ص ١٣٥، نهاية المحتاج ج٨ ص ٢٣٠، مغني المحتاج ج٤ ص ٣٧٨، المغني لابن قدامة ج١١ ص

٤٨٣، الإنصاف ج١١ ص ١٩٧، البحر الزخار ج٦ ص ١١٣، الروضة البهية ج١ ص ٢٣٨.

فقال: أجعل بيني وبينك عمر، فقلت: لا. قال: أجعل بيني وبينك أباك، قلت: نعم^(١). وفي رواية أخرى جرى بينه ﷺ وبين عائشة كلام، حتى أدخلها بينهما أبا بكر ﷺ حكماً، فقال لها رسول الله ﷺ تكلمين أو أتكلم؟ فقالت: بل تكلم أنت، ولا تقل إلا حقاً، فلطمها أبو بكر حتى دمى فوها، وقال لها: يا عديّة نفسها، أو يقول غير الحق؟ فاستجارت برسول الله ﷺ وقعدت خلق ظهره، فقال له النبي ﷺ لم ندعك لهذا، ولا أردنا منك هذا.

- وجه الدلالة: لو لم يكن التحكيم مشروعاً ما لجأ إليه المصطفى ﷺ.

(ج) من الإجماع:

أجمع الصحابة على مشروعية التحكيم وقد وقع التحكيم في عصرهم في وقائع عديدة؛ ولم ينكر أحد عليه، فدل ذلك على إجماعهم على مشروعيته^(٢).

(د) من المعقول:

التحكيم يتم به فُضُّ المنازعات وإصلاح ذات البين، وعدم جوازه يؤدي إلى ضياع الحقوق واشتداد المشاحنات، ومن ثم فالعقل لا يمنع جوازه.

كما أن التحكيم من العقود التي تعارف عليها الناس قبل الإسلام ولم يرد نص يجرمه، والأصل في الأشياء الإباحة^(٣).

□ القول الثاني: جواز التحكيم بشرط عدم وجود قاضٍ في البلد:

وإلى هذا ذهب بعض الشافعية والظاهرية^(٤).

(١) أخرجه مجمع الزوائد ج٤ ص ١٩٦.

(٢) تحفة المحتاج ح ١٠ ص ١١٨.

(٣) د/ الدوري، المرجع السابق، ص ١١٠.

(٤) نهاية المحتاج ج٨ ص ٢٣١، المحلى ج٩ ص ٤٣٥.

- وقد استدلوا على ذلك: أن التحكيم في هذه الحالة للضرورة كي تُقضى المنازعات، إما إذا وجد القاضي امتنع التحكيم، لأن حكم المحكم أدنى رتبة من حكم القاضي، وذلك لعموم ولاية القاضي.

□ القول الثالث: عدم جواز التحكيم مطلقاً:

وإلى هذا ذهب بعض الشافعية وبعض الإمامية وبه قال الخوارج^(١).
- وقد استدلوا على ذلك: بأن حكم الحكم فيه أفتيات على الإمام ونوابه، فيؤدى إلى اختلال أمر الحكام وقصور نظرهم.

← الرأي الراجح:

- مما سبق يتضح رجحان القول الأول: القائل بجواز التحكيم مطلقاً لقوة أدلتهم ولضعف أدلة المخالفين وذلك لأن القول الثاني لم يرد في النصوص ما يمنع الحكم من الحكم ولأنه يشترط في الحكم ما يشترط في القاضي.

وكذلك القول الثالث ضعيف لأن حكم الحكم ليس فيه أفتيات على الإمام بل إن الإمام قد يعين من يقوم بالحكم بين الناس.

□ حكمة مشروعية التحكيم:

هي الباعث على التشريع، والثمرة المترتبة عليه، فهى الغرض من التشريع، والهدف الذي يرمى الشارع إلى تحقيقه^(٢) إما جلب مصلحة أو دفع مفسدة.

(١) نهاية المحتاج ح ٨ ص ٢٣٠.

(٢) على خلاف العلة: فهى الوصف الظاهر - المنضبط الذى يبنى عليه الحكم بحيث يكون دالاً على وجوده، والأحكام الشرعية تبنى على علتها وجوداً وعدماً، فعلة تحريم الخمر هى السكر، وعلة الإفطار فى السفر هى السفر، أما حكمتها فهى حفظ العقل فى تحريم الخمر، ودفع المشقة فى إباحة الإفطار فى السفر، الأستاذ الدكتور/ يوسف قاسم، أصول الأحكام الشرعية ص ١٥٨، والأستاذ الدكتور/ زكريا البرديسي، أصول الفقه ص ٢٦٢.

وأمر الشارع بفعله أو تركه، يرمي إلى تحقيق غاية معينة أدركها الإنسان أو لم يدركها، تحققت لدى الناس كافة أو لبعضهم، والغرض من تشريع التحكيم يتمثل في إدراك الدور الذي يقوم به التحكيم في فصل الخصومات والمنازعات، والتي من شأنها أن تشيع العداوة والبغضاء، وفساد ذات البين إذا ما تركت دون الفصل فيها بحكم، يستوى أن يكون محكم قاض موالى أو حكم محكم، وبهذا فالتحكيم يحقق كلا المصلحتين^(١)، مصلحة القضاء في تخفيف العبء عنه، ومصلحة الأفراد في رفع المشقة عنهم في الانتظار في طوابير القضاء للبت والفصل في القضايا .. أو تكاليف الترافع أمام القضاء .. والتي تكون في بعض الأحوال حائلًا دون تحقيق العدالة في إيصال الحق إلى أهله فحاجة الناس إلى التحكيم قائمة، نظرًا لیسر إجراءاته وقلة تكلفته، وسرعة الفصل في الخصومات، والحق ﷺ يقول: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥].

وعن عائشة - رضي الله عنها - قالت: «مَا خَيْرَ النَّبِيِّ ﷺ بَيْنَ أَمْرَيْنِ إِلَّا اخْتَارَ أَيْسَرَهُمَا مَا لَمْ يَأْتُمْ فَإِذَا كَانَ الْإِثْمُ كَانَ أَبْعَدَهُمَا مِنْهُ»^(٢).
 والتحكيم فضلًا عن أنه يؤدي إلى قطع المنازعات، ورفع المشقة عن المتخاصمين، فإنه يؤدي إلى إصلاح ذات البين فيما بين المتخاصمين، فإن فصل القضاء، كما قال عمر رضي الله عنه: «يورث في القوم الضغائن»^(٣).

وإلى هذه الفائدة أشارت الآية الكريمة في التحكيم في الشقاق بين الزوجين بقوله

(١) معين الحكام ص ٢٥، أحكام القرآن لابن العربي ج ٦ ص ٦١٩.

(٢) روى الحديث بخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها، فتح الباري ج ١٢ ص ٨٦، كتاب الحدود رقم الحديث ٦٧٨٦، صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٥ ص ٨٣ (التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٦٣).

(٣) المصنف في الأحاديث والآثار لابن أبي شيبة ج ٧ ص ٢١٣.

جلا وعلا: ﴿إِنْ يُرِيدَ إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ [النساء: ٣٥].

- أما عن جواز تحكيم المرأة في الشريعة الإسلامية:

فلنا أن نتناول هذا الموضوع بشئ من التفصيل لما ناله من رعاية واهتمام على الساحة في الآونة الأخيرة، وعلى وجه التحديد في جمهورية مصر العربية، ومنذ أيام قليلة وفي غضون شهر ربيع الأول في العام ١٤٢٨ هـ الموافق شهر مارس ٢٠٠٧ م. حيث تم بالفعل تعيين أكثر من ثلاثين قاضية تقلدن مناصب مختلفة من القضاء الجالس وذلك بناء على القرار الجمهوري الصادر بذلك.

هذا من جانب لما ارتآه فقهاؤنا حديثاً، وأقروه .. وصدر بالفعل القرار الجمهوري بذلك .. وتم العمل به بالفعل .. ولنا تحفظ سنورده في موضعه.

ونتناول أولاً ما ذهب إليه أصحاب المذاهب في هذا الشأن:

فذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز تولى المرأة القضاء أو التحكيم حتى في الأحوال التي يجوز لها فيها الشهادة وإلا كان حكماً باطلاً^(١).

واستند الجمهور في ذلك لقوله ﷺ في القرآن الكريم: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣٤] ، هذا يعني أن للرجال القوامة على المرأة وذلك برعايتها والإشراف عليها وتوجيهها. كما أن رسول الله ﷺ أكد على عدم فلاح الأمة التي تولى

(١) أدب القضاء لابن أبي الدم، ج١ ص ٤٣١، المهذب لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزبادي الشيرازي، توفي ٤٧٦ هـ. طبعة مصطفى الحلبي ١٣٤٣ هـ ج٢ ص ٣٠٧، ٣٠٨، أدب القاضي للماوردي ج١ ص ٦٢٥، ٦٢٨، المنتقى شرح موطأ مالك، للقاضي أبو الوليد سليمان بن خلف بن أيوب ابن وارث الباجي الأندلسي توفي ٤٩٤ هـ. الطبعة الأولى ص ٣٣١ مطبعة السعادة ج٥ ص ٢٢٨، إسماعيل الأسطل، المرجع السابق ص ٩١، نظام التحكيم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري، الأستاذ الدكتور/ سيد أحمد محمود، الناشر دار النهضة العربية ٢٠٠٥ م، ص ٤٢.

أمرها لامرأة حيث جاء فيه [لن يفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة]^(١).

كما لم يثبت منذ عهد الرسول ﷺ وصحابته والتابعين أن تولّت المرأة القضاء أو التحكيم - مما يفيد معنى الإجماع - كما أن تحكيمها يُفضى إلى ارتكاب محذور لما فيه من الاختلاط مع الرجال والخلوة ببعض الخصوم أو الشهود^(٢).

كما أن الله ﷻ لم يُجزّ شهادتها في المعاملات المالية ولو معها ألف امرأة حيث يقول جل شأنه ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ قَرَّبُونَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ [البقرة: ٢٨٢].

فإذا كانت لا تصح شهادتها منفردة بهذه الأمور فلا تصح توليتها الحكم فيها^(٣).

* ومع ذلك ذهب جانب من الفقه الإسلامي - كابن جرير الطبري وابن حزم - إلى جواز تولي المرأة القضاء - بجواز فتياها - أو التحكيم مطلقاً مثل الرجل، حيث إن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد ولي الشفاء ولاية الحسبة على السوق، كما أن أنوثة المرأة لا تمنع من فهمها لموضوع النزاع وحجج الخصوم ومعرفة الحق وبالتالي يصح حكم المرأة وينفذ^(٤).
- كما ذهب بعض المالكية - على عكس مذهبهم في تولية القضاء - إلى جواز تحكيم المرأة لأن التحكيم من باب الوكالة لا الولاية، وبما أنه يجوز وكالة المرأة كالرجل فيصح حكمها في التحكيم وينفذ ما لم يكن جوراً^(٥).

- كما استدلوا أيضاً إلى واقعة تولي الشفاء على سوق المدينة وهي امرأة يمكنها الحكم

(١) أخرجه البخاري في كتاب الفتن، مطبوع مع عمدة القارئ ج ٤ ص ٢٠٤.

(٢) التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٩١.

(٣) د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٩١.

(٤) المغني لابن قدامة ج ٩ ص ٣٩، وكابن حزم المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٤٠، أدب القاضي للباوردي

ج ١ ص ٦٢٦، د/ سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، المرجع السابق، ص ٤٣.

(٥) المتقى للباجي ج ٥ ص ٢٢٨، التبصرة لابن فرحون ج ١ ص ٤٤.

بين الناس ولو في صغار الأمور، كما رُوي عن ابن الماجشون قوله: وإذا كان العبد والمرأة بصيرين عارفين مأمونين، فإن تحكيمهما وحكمهما جائز إلا في خطأ يبين^(١).

- ويرى الحنفية صحة تولية المرأة القضاء أو التحكيم فيما تجوز فيه شهادتها عدا الحدود والقصاص، واستنادًا لقاعدة «من صحت شهادته صحت ولايته»، وبالتالي صحت ولاية التحكيم للمرأة ما عدا القصاص والحدود^(٢).

- كما أجاز بعض فقهاء المسلمين المعاصرين تولي المرأة على اعتبار أنه لا يتضمن ولاية عامة، وأن قيامه مرجعه إلى إرادة واختيار الخصوم، ودائرته الفصل في المنازعات القائمة بينهم وبرضاؤهم وأنه نوع من الولاية الخاصة غير الممنوعة على المرأة^(٣).

ولنا في ذلك قول رسول الله ﷺ الأسوة الحسنة .. وألا نحيد عن قوله عندما قال: تركت فيكم ما إن تمسكتم به لن تضلوا بعدى أبدًا: «كتاب الله وسنتي»، «فَمَنْ رَغِبَ عَن سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي».

ومما لا شك فيه وأنه أصدق القائلين قول سيدنا «محمد» ﷺ «لن يفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة».

ذلك لأن الرجولة لها شأؤٌ ومسحة وهيبة دائمة وحضور وفراسة .. قد تغيب هذه الصفات غالبًا عن المرأة.

ومن ثم فالقاضي يحضره محافل الخصوم والرجال ويحتاج دائمًا فيه إلى كمال الرأي

(١) المتقى للباجي ج٥ ص ٢٢٨.

(٢) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج٥ ص ٤٢٨، تبين الحقائق للزيلعي ج٤ ص ١٩٣، إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٩٢.

(٣) عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز الحميضي، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، ط ٠ أولى ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م، ص ٥١، ٥٦، ص ١٢٣: ١٣١.

وتمام الفطنة، والمرأة ناقصة العقل ضعيفة الرأي لقلّة خبرتها، وليست من أهل الحضور في محافل الرجال .. ولا تقبل شهادتها ولو كان معها ألف امرأة مثلها، ما لم يكن معهن رجل^(١).

كما وأن المرأة لا تصلح للإمامة العظمى ولا لتولية البلدان، ولهذا لم يول النبي ﷺ ولا أحدًا من خلفائه ولا من بعدهم امرأة لتحكم ولا قضاء ولا ولاية فيما بلغنا ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالبًا.

وفي كلِّ وإن كانت الآراء بين مؤيد ومعارض .. فإننا نرى رأيًا «أنه لا يجوز أن تتولى المرأة القضاء للأسباب التي سقناها .. وعليه فإنه لا يجوز لها أيضًا أن تحكم .. وإن كان لا بد أن تحكم فيجب أن يكون ذلك لضرورة مُلِحَّة، ومنها عدم وجود من يصلح للتحكيم في هذا الوقت وفي هذه البلاد من الرجال .. أى أن يكون ذلك بتحفظ ونؤيد ما قال به الأستاذ الدكتور/ سيد أحمد محمود^(٢): وهو ألا تتولّى التحكيم منفردة، بل يجوز لها الاشتراك في هيئة التحكيم في المسائل التي يجوز فيها ذلك وعلى نطاق ضيق. وفي ذلك يرى أيضًا ابن القاسم^(٣) أن شهادة المرأة لا تصح إلا في قضايا الأموال، وما لا يطلع عليه الرجال غالبًا كالولادة واستهلال المولود وعيوب النساء التي تحت الثياب كالرثق والقرن.



(١) الشرح الكبير ج٦ - ابن قدامة.

(٢) نظام التحكيم دراسة مقارنة د/ سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص ٤٤ - ٤٥.

(٣) القضاء في الفقه الإسلامي، د/ محمد رأفت عثمان، ونظام القضاء في الإسلام، د/ إبراهيم عبد الحميد ص ٣٢.

الفصل الثاني

التحكيم في عصر النبي ﷺ

نستطيع أن نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

◀ المبحث الأول: قضاء الرسول ﷺ قبل البعثة.

◀ المبحث الثاني: قضاء الرسول ﷺ بعد البعثة.

◀ المبحث الثالث: بعث الرسول ﷺ للقضاء بين الناس.

المبحث الأول

قضاء الرسول ﷺ قبل البعثة^(١)

لقد اقتضت حكمة المولى ﷺ في بناء الكعبة - وإن كانت من الأحجار التي لا تضر ولا تنفع - أن تكون أول بيت وضع للناس - باسم الله، ولعبادته، وتوحيده فيه، في هذا خلاف كبير فيرى البعض أن أبو الأنبياء إبراهيم عليه السلام بعد أن عانى من حرب الأصنام، وهدم المعابد التي نصبت فيها فبناها بوحى^(٢) من الله ﷻ وأمر له بذلك وهذا مصداقاً لقوله ﷻ: ﴿وَإِذْ رَفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴿١٢٧﴾﴾ [البقرة: ١٢٧] وهذا البيت هو أول بيت وضع للناس، وذلك كما في قوله ﷻ: ﴿إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ لَلَّذِي بِبَكَّةَ مُبَارَكًا وَهُدًى لِلْعَالَمِينَ ﴿١٦﴾﴾ [آل عمران: ٩٦]، وقيل هو أول بيت بُني في الأرض؟ قال ولكنه أول بيت وضع فيه البركة والهدى للناس، مقام إبراهيم ومن دخله كان آمناً^(٣).

(١) حجية الأحكام بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي للباحث المهدي إبراهيم منصور شلبي المرجع السابق ص ٢٣٥. وعقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د/الدوري، المرجع السابق ص ٤٦.
(٢) فقه السيرة للدكتور/ محمد سعيد رمضان البوطي، ص ٧٣.
(٣) فيما رواه البيهقي من حديث السياك بن حرب عن خالد بن عرعة قال سأل رجلاً علياً عن أول بيت وضع أو بني للناس، البداية والنهاية، الجزء الأول ص ٧٨.

ولقد تعرضت الكعبة بعد ذلك للعوادي التي أوْهت بنيانها، وصدّعت جدرانها وكان من بين هذه العوادي سيل عَرَم، الذي جرف مكة قبل البعثة بسنوات قليلة^(١) حيث زاد ذلك من تصدع جدرانها، وضعف بنيانها، فلم تجد قريش بُدًا من إعادة تشييد الكعبة وتعظيمها بقية مما ظل محفوظًا من شرعة إبراهيم عليه السلام بين العرب.

ولقد شارك الحبيب قبل البعثة في بناء الكعبة، وإعادة تشييدها مشاركة فعالة، فلقد كان ينقل الحجارة على كتفه الكريم ما بينها وبينه إلا إزاره، وكان له من العمر إذ ذاك خمسة وثلاثون سنة في الأصح، وهو ما رواه البخاري في صحيحه من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال لما بنيت الكعبة، ذهب النبي صلى الله عليه وسلم والعباس ينقلان الحجارة، فقال العباس للنبي صلى الله عليه وسلم اجعل إزارك على رقبتك، فخر إلى الأرض، وطمحت عيناه إلى السماء فقال: أرني إزارى فشدته عليه حتى لا ينكشف جسده الشريف فشد عليه العباس وكانت قريش قد اتفقت على ألا يدخل في بناءها إلا طيبًا، وكانوا يهابون هدمها فابتدأ بها الوليد بن المغيرة المخزومي، فأخذ المعول، وقال اللهم لا نريد إلا الخير، ثم هدم ناحية الركنين، وقريش تنظر ماذا سوف يحدث له، لأنهم كانوا يهابون الكعبة، ولما لم يصبه شيء تبعه الناس في الهدم في اليوم التالي .. بعدما انتظرت قريش، وقالوا ننظر، فإن أصيب لم نهدم منها شيئًا، ورددناها كما كانت، وإن لم يصبه شيء فقد رضى الله ما صنعنا هدمنا^(٢) فأصبح الوليد من ليله غاديًا على عمله، فهدم والناس معه حتى انتهى الهدم إلى قواعد إبراهيم، ثم أرادا الأخذ في البناء، فجزأوا الكعبة وخصصوا لكل قبيلة جزءًا منها، فجمعت كل قبيلة حجارة وأخذوا يبنونها وتولى البناء «بناء» قبيلة اسمه «باقوم» وظلا يقيمون البناء لأعظم بناء على وجه الأرض بناء الكعبة المشرفة قبله الله في

(١) فقه السيرة، د/ محمد سعيد رمضان البوطي، ص ٧٣.

(٢) تاريخ الطبري، تاريخ الأمم والملوك لابن جعفر محمد بن جرير الطبري، المجلد الأول ص ٥٢٦.

أرضه، حتى وصل البناء إلى تمامه وهيئته الأخيرة التي هي عليه، وعندئذ أرادوا وضع الحجر، وهنا وقع الخلاف وهذه هي القضية.

وبعد أن شاركت قريش بشتى قبائلها في بناء الكعبة، بعدما بدأها الوليد بن المغيرة في هدمها دون أن يصاب بأذى وشاركته في ذلك القبائل في الهدم حتى وصلوا إلى قواعد إبراهيم، ثم شاركت القبائل في البناء بعدما جمعوا الحجارة، وشارك الرسول ﷺ والعباس في جمع الحجارة كما تقدم، وكانت القبائل قد خُصص لكل منهم جزءاً، أقامت كل قبيلة الجزء المخصص لها، حتى بلغ البنيان تمامه واكتملت لبناته، إلا موضع الحجر الأسود، فاختلفت القبائل فيمن يمتاز بشرف وضع الحجر في موضعه ومكانه، ولكن القبائل بعدما بلغوا بالبنيان موضع الركن اختصموا فيه، كل قبيلة تريد أن ترفعه إلى موضعه دون الأخرى، حتى تجاوزوا وتحالفوا وتواعدوا القتال، واستمر النزاع طيلة أربع ليالٍ أو خمس.

ويتجلى موضوع القضية والنزاع هنا في وضع الحجر الأسود في موضعه في الركن اليبان، بعدما شاركت القبائل في تمام البناء واكتمال أركانه ولبناته، وأصبح الخلاف على كيفية وضع الحجر الأسود، ومن الذي سوف يضعه في موضعه، ومن الذي سوف ينال شرف ذلك .. نعم إن الأمر يستحق الصراع وإنه لشرف عظيم، فنحن الآن نرى كيف يتصارع الحجيج والمعمرون على كيفية الوصول إليه، ذلك الحجر الذي أنزله الله ﷻ من الجنة .. ولذلك فإن الأمر يستحق أن تتصارع القبائل على من سيكون له الشرف في وضعه في مكانه بعدما بلغ بناء الكعبة تمامه.

وهنا ظلت القبائل متربصة ببعضها البعض مقبلة على حرب ضروس لا يعلم إلا الله مداها.

وبعد أن ارتضيت قريش بتحكيم من يدخل عليهم من باب المسجد والقصة

المعروفة والتي تناولناها سلفاً.

وبعد أن قالوا هذا الأمين رضينا حكماً، فهذا ما يقطع دلالة على أنه الأمين حقاً .. وأن عنده الحكم الصواب في القضية، وكان ذلك قبل بعثته أى قبل ما يوحى إليه بخمس سنوات .. وقد رضوا بحكمه ﷺ وهو ما يقطع بأن حكم الرسول ﷺ حسم النزاع بينهم، وأصبح حجة عليهم عند إنكارهم لدعوته ونبوته، واعتراضهم على رسالته بعد ذلك.

ولما جاء حكم رسول الله ﷺ على هذا النحو فلقد كان حكماً دافعاً وحاسماً للنزاع. ومنتقل الآن إلى المبحث الثاني.



المبحث الثاني

قضاء الرسول ﷺ بعد البعثة

رأينا كيف احتكمت إليه ﷺ قريش في وضع الحجر الأسود في موضعه، وكيف كان حكمه حاسماً للنزاع وكيف صار حجة عليهم جميعاً .. وكيف كان قضاؤه هذا حجة على سادات قريش، ورجالاتهم، وشيوخهم جميعاً وهذا قبل البعثة، فماذا كان قضاؤه ﷺ بعد بعثته وبعد نزول الوحي إليه، وموافقته للأمين جبريل ﷺ؟ لقد تنوعت أفضيته التي شملت كافة مناحي الحياة الاجتماعية، والسياسية، والاقتصادية، والحربية .. وخلاف ذلك من أفضية متنوعة، ومتعددة ومتغيرة وأصبحت سوابق قضائية، يقتدى بها في حسم المنازعات والخصومات القضائية، وكيف كانت لهذه الأفضية حجية قاطعة.

□ الرسول ﷺ أول قاضي في الإسلام:

إن من الأهداف الأساسية للرسالة الخاتمة وغاية بعث الحبيب محمد ﷺ إقامة الدولة الإسلامية، وذلك لإقامة العدل بين الناس، حتى يُرسى العدل ويأمن كل إنسان على نفسه وعرضه وماله، وإذا ما تم إرساء قواعد الأمن وتحقيق مبادئ العدل والإنصاف.

وهذا الهدف السامي من الرسالة الخاتمة والذي تحقق في قوله ﷺ: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا

بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾ [الحديد: ٢٥].

وأيضاً قوله ﷺ: ﴿فَإِنْ نَنْزَعْنَاهُ مِنْ شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرُّسُولُ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ

الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ (٩) [النساء: ٥٩].

والبيّن أن رسول ﷺ قد جمع الله له الرسالة والإمامة والقضاء والفتوى أى جمع الله له الولاية بأنواعها. فالرسول ﷺ كان يُبلّغ الرسالة وكان يستمع إلى الخصومة ويقضي بين الخصوم فيستمع للدعوى وينظر في البيّنات والحجج ويحكم بمقتضى ما ظهر له من

الأدلة^(١). وهذا هو القضاء..

ولذلك قيل^(٢) أن رسول الله ﷺ الإمام الأعظم والقاضي الأحكم والمفتي الأعلّم، فهو ﷺ إمام الأئمة وقاضي القضاة وعالم العلماء، فجميع المناصب الدينية فوضها الله ﷻ في رسالته، وهو أعظم من تولى منصباً منها في ذلك إلى يوم القيامة، لذلك فإن الرسول ﷺ اجتمع له ما لا يجتمع لغيره من السلطة التشريعية والقضائية والتنفيذية، لأن الرسالة التي أمر بتبليغها هي الرسالة العامة والخاتمة التي تفي بحاجات البشرية إلى يوم الدين.

ويتضح ذلك كله في قوله ﷺ لرسوله ﷺ: ﴿ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بِيَدِكَ مِنْ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ ﴾ [المائدة: ٤٨].

وأيضاً قوله ﷺ: ﴿ وَأَنْ أَحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَأَحْذَرُهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ ﴾ [المائدة: ٤٩].

وأيضاً قوله ﷺ: ﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِبِينَ خَصِيمًا ۝١٠٥ ﴾ [النساء: ١٠٥].

وفي الإجمال ولمن تتبع لأفضية الرسول ﷺ في عهده النبوي أن القضاء في عهده كان يأخذ عدة صور:

- ١- الرسول ﷺ يتولى القضاء بنفسه.
- ٢- الرسول ﷺ كان يعهد لأحد من الصحابة بالفصل في قضية معينة.
- ٣- الرسول ﷺ كان يبعث أحد الصحابة للولاية على بلد ويفصل في القضاء.
- ٤- الرسول ﷺ كان يولى أحد الصحابة الفصل في القضاء في غيبته.

(١) النظام القضائي في العهد النبوي، للأستاذ/ مناع القطان ص ١٨.

(٢) الإمام القراني، في الفروق، الجزء الأول، ص ٢٠٥، ٢٠٦.

فكان الخصوم يتوجهون إلى رسول الله ﷺ ويعرضون عليه خصوماتهم فيستمع لحججهم ويجتهد فيها ويخبرهم بالحكم .. فإن كان اجتهاده صواباً أقره الله على هذا الحكم .. وإن لم يكن كذلك أنزل الله عليه الوحي لينبهه إلى حكم الله فيها، هذا هو الدليل من كتاب الله ﷻ.

وكان الخصوم يرضون حكمه ويقوم المحكوم عليه بتنفيذه طوعاً دون حاجة إلى إجباره. وكان الرسول ﷺ شديد الميل إلى إصلاح ذات البين، فقد كان عليه الصلاة والسلام يقول: «ردوا الخصوم كي يصطلحوا» وهو منهج جليل أخذت به القوانين المعاصرة^(١). وقد كان رسول الله ﷺ يحكم بنفسه في كثير من القضايا التي كانت تعرض عليه. ومن ذلك ما رواه الإمام أحمد في مسنده عن أم سلمة .. هند زوج النبي ﷺ أنها قالت: جاء رجلان يختصمان في موارث بينهما وليس بينهما بينة فقال رسول الله ﷺ «إنكم تختصمون إلى رسول الله، وأنا أنا بشر، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، وإنما أفضى بينكم على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار يأتي بها اسطاماً^(٢) في عنقه يوم القيامة، فبكى الرجلان وقال كل واحد منهما: حقي لأخي، فقال رسول الله ﷺ أما إذا فقوما فاذهبا فلتقتسما، ثم استهما^(٣) ثم ليحلل كل واحد منكم صاحبه^(٤).



- (١) التشريع والقضاء في الإسلام للمستشار أنور العمروسي ص ٨١، التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية، عزة قطورة ص ٣٣.
- (٢) أقطع له سطمًا من النار أي قطعة منها، ويرى اسطاماً وهي الحديدية التي تحرك بها النار وتسعر أي قطع له ما يسعر به النار على نفسه ويشعلها أو أقطع له نار مسعرة.
- (٣) الاقتسام والاستهام بمعنى أن يقوم بالقسمة أحد الطرفين، فيما يقوم الآخر باختيار السهم الذي يرغب فيه وواضح أن هذا الأسلوب يجعل صاحب القسمة حريصاً على العدل، لأنه لا يعلم أي السهمين سيختاره الطرف الآخر.
- (٤) القضاء في الفقه الإسلامي، د/ محمد رأفت عثمان ص ١٩، بلوغ المرام، باب القضاء، حديث ١٤١٧ ص ٢٨٨.

الفصل الثالث

التحكيم في عصر الخلافة الراشدة

كان منهاج عصر الخلافة الراشدة في التحكيم يطابق إلى حد كبير ما كان عليه زمن الرسول ﷺ وما بينها من فرق هو وجود الرسول بشخصه في العصر الأول، فكانت له السلطة الأخيرة للفصل في الأمور.

أما بعد انتقاله إلى الرفيق الأعلى، فقد انتقلت هذه السلطة إلى أحاديثه وما أثر عنه من سنة حفظت في صدور الناس وأذهانهم.

ولقد وجدت في عصر الخلافة ثلاث دوائر مستقلة كانت منزلتها ومكانتها تفسيراً وشرحاً لمعنى قول الله ﷻ: ﴿فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾^(١).

- أولاً: عامة أهل العلم الذين كانوا يعرفون كتاب الله كما كانوا على علم بأحكام رسوله ﷺ أي منهجه وسلوكه وما أقره قولاً وعملاً. ولم يكن عامة الناس وحدهم يقصدونهم طلباً للفتوى في أمور حياتهم بل كان الخلفاء الراشدون أنفسهم يرجعون إليهم إذا احتاجوا إلى ضرورة العلم فيما إذا كان الرسول ﷺ قد أصدر في المسألة كذا وكذا حكماً أم لا.

فها هو أبو بكر ﷺ كان يقوم إلى المسلمين ليسألهم عنه سنة للرسول ﷺ في المسألة التي تعرض عليه ليقضى فيها.

فإذا روى أحدهم أنه يعرف أن الرسول ﷺ حكم في مسألة معينة بحكم، قال أبو بكر - عندئذ - الحمد لله الذي جعل فينا من يحفظ عن نبينا^(٢).

وكثيراً ما حدث أن قضى خليفة العصر برأيه في مسألة ما، ثم رجع عنه وأبدله عندما

(١) الحكومة الإسلامية، أبو الأعلى المودودي ص ١٤٧، التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية، عزة قطورة ص ٣٥.

(٢) التشريع والقضاء في الإسلام، المستشار أنور العمروسي ص ٨٢.

علم أن الرسول ﷺ قد أصدر فيها حكماً آخر.

- ثانياً: التحكيم يعنى القضاء .. والقضاء يعنى المحاكم التي أوضح سيدنا عمر بن الخطاب قوانينها وضوابطها في كتابه إلى القاضي شريح^(١).

حيث قال: (أما بعد .. إذا جاءك شيء في كتاب الله فاقض به ولا يفتنك عن الرجال. فإن جاءك أمر ليس في كتاب الله فانظر سنة رسول الله ﷺ فاقض بها، فإن جاءك أمر ليس في كتاب الله ولم يكن في سنة من رسول الله فانظر ما اجتمع عليه الناس فخذ به، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله ولم يكن فيه من رسول الله ولم يتكلم فيه أحد قبلك فاختر أي الأمرين شئت أن تجتهد رأيك وتقدم. فتقدم وإن شئت أن تأخر فتأخر ولا أرى التأخير إلا خيراً لك).

وقد يكون المقصود بالتأخير هنا أحد أمرين: إما أن ينتظر القاضي مدة ليرى ما إذا كانت أية محكمة أخرى قد فصلت في هذا الأمر من قبل، أو أن يرفع القاضي هذه المسألة إلى الهيئة الثالثة وهو (أولو الأمر) بدلاً من الحكم فيها بنفسه^(٢).

ولم تكن لهذه المحكمة سلطة الفصل في المنازعات التي تنشب بين العامة وحدهم فحسب بل كانت تستمع أيضاً إلى دعاوى الناس ضد السلطة التنفيذية وتحكم فيها ولا يستثنى من المثول أمامها أحد حتى ولو كان والى الإقليم أو الخليفة نفسه.

- ثالثاً: أولو الأمر: يعنى الخليفة ومجلس الشورى وهم آخر سلطة كانت تشاور فيها بينهما وتقرر ما هو الحكم القاطع في كتاب الله وسنة رسوله ﷺ بصدد ما يعرض للمجتمع من منازعات وما هو الأسلوب الأمثل في علاج ما لم يرد فيه حكم من الكتاب أو السنة.

(١) الفاروق عمر بن الخطاب (ثاني الخلفاء الراشدين) محمد رضا ص ٦١.

(٢) الحكومة الإسلامية للمودودي ص ٢٤٩.

وبالرغم من أن السلطة النهائية الفعلية في عصر الخلافة الراشدة كانت لأولى الأمر وحدهم، إلا أنهم كانوا يسلمون من الناحية القانونية بأن كتاب الله وسنة رسوله هما الفيصل والحكم النهائي. وكان المجتمع الإسلامي يطيع سلطتهم مطمئناً إلى أنهم لم ولن يجيدوا في أحكامهم عن اتباع القرآن والسنة.

ومما سبق يتضح أن جهاز الحكم في الخلافة الراشدة كان قائماً على أساس معاهدة يطيع الخليفة فيها الله ورسوله، فتطوع الأمة الخليفة، وقد أعلن ذلك في أول يوم ولدت فيه الخلافة بعد وفاة الرسول ﷺ حينما أعلن أبو بكر الصديق ﷺ في خطبته عند الخلافة (أطيعوني ما أطعت الله ورسوله فإن عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم).

وكذلك كان عمر يرى أن الحكم ثقيلاً ومسئولية جسيمة فعليه أن ينظر في أمر رعيته وينصفهم ولا يظلمهم شيئاً ويتضح ذلك من قوله (أيما عامل لي ظلم أحداً فبلغتني مظلّمته فلم أغيرها فأنا ظلمته).

وإن الناس إنما يقتدون بحكامهم ورؤسائهم فإن أساء الحاكم أساء المحكومون وإن أحسن أحسنوا^(١).

ونذكر هنا من وقائع التحكيم المشهورة في عصر الخلافة الراشدة مما لم يرد ذكره فيما بعد، تحكيم عليّ بن أبي طالب ومعاوية بن أبي سفيان في واقعة صيفين أبا موسى الأشعري وعمرو بن العاص^(٢).

(١) الفاروق عمر بن الخطاب (ثاني الخلفاء الراشدين)، محمد رضا، ص ٧١، دار الكتب العلمية.

(٢) عقد التحكيم، د/ الدوري المرجع السابق ص ٤٩، ٥٠.

(٣) عليّ بن أبي طالب بن عبد المطلب، ابن عم النبي ﷺ وختنه، قاضي الأمة وفارسها، شهد له ﷺ بالجنة، رابع الخلفاء الراشدين، الفقيه الجليل والمناقب الكبرى، استشهد سنة ٤٠ هـ الاستيعاب ج ٣ ص ٢٦، والإصابة ج ٢ ص ٥٠٧، وتاريخ الخلفاء للسيوطي ص ١٦٦، وأسد الغابة ج ٤ ص ١٦، وطبقات الفقهاء للشيرازي ص ٤١، وتذكرة الحفاظ ج ١ ص ١٠ =

□ التحكيم إثر معركة صفين^(١):

حين تسلّم الإمام عليّ بن أبي طالب عليه السلام زمام الأمور بعد مقتل عثمان رضي الله عنه، بادر إلى عزل الولاة الذين ولاهم عثمان قبل أن تصل إليه بيعة الأنصار، لأنهم كانوا بنظر الإمام عليّ مثار الفتنة وخروج الثوار عليه. ولم يأخذ الإمام عليّ نصح عبد الله بن عباس والمغيرة بن شعبة له بعدم عزلهم إلى أن تستتب الأمور.

وقد أذعن جميع الولاة وانصرفوا عن ولاياتهم، إلا معاوية بن أبي سفيان الذي كان والياً على الشام منذ أيام عمر وعثمان رضي الله عنهما، والذي استطاع أن يكون حزباً قوياً، لما كان يمدّه بالأرزاق والأعطيات^(٢).

= معاوية بن أبي سفيان صخر بن حرب بن أمية، أبو عبد الرحمن الأموي، أسلم يوم الفتح، وقيل قبل ذلك. من كتاب الوحي، روى عن النبي صلى الله عليه وآله وعن أبي بكر وعمر وأخته أم حبيبة، وروي عنه جرير بن عبد الله البجلي وابن عباس وآخرون. ولاة عمر بن الخطاب الشام بعد أخيه يزيد، فأقره عثمان مدة ولايته. ثم ولى الخلافة. قال ابن إسحاق: كان معاوية أميراً عشرين سنة وخليفة عشرين سنة، مات سنة ٦٠ هـ تهذيب التهذيب جـ ١٠ ص ٢٠٧، وتقريب التهذيب جـ ٢ ص ٢٥٩، وتطهير الجنان واللسان عن المحظور والتفوه بطلب سيدنا معاوية لابن حجر البيهقي. وأسد الغابة جـ ٤ ص ٣٨٥، وتاريخ الخلفاء للسيوطي ص ١٩٤. أبو موسى الأشعري: هو الصحابي الجليل عبد الله بن قيس، أسلم بمكة، وهاجر إلى الحبشة، ولاة عمر بن الخطاب رضي الله عنه البصرة، فافتتح الأهواز، واستعمله عثمان على الكوفة، مات بمكة، وقيل بالكوفة سنة ٤٢، وقيل غير ذلك، وهو أحد الحكمين اللذين ولاهما على ومعاوية، كان من أجلاء فقهاء الصحابة. طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٤٤، الاستيعاب جـ ٤ ص ١٧٣، والإصابة جـ ٢ ص ٣٥٩. عمرو بن العاص بن وائل السهمي، القرشي، أبو عبد الله: هو أحد دهاة العرب، أسلم سنة ثمان قبل الفتح، أمره النبي صلى الله عليه وآله على سرية نحو الشام، واستعمله على عمان، ولاة عمر فلسطين وفتح مصر ولاة عليها، وأقره عثمان عليها ثم عزله، وأعاد معاوية إلى ولاية مصر بعد أن كان إلى جانبه بالتحكيم في صفين، توفي بالقاهرة سنة ٤٣ هـ.

(١) صفين: موضع بقرب الرقة على شاطئ الفرات من غربيها مراد الإطلاح جـ ٢ ص ٨٤٦.

(٢) تاريخ الإسلام السياسي - حسن إبراهيم حسن جـ ١ ص ٣٦٨، محاضرات في تاريخ الأمم الإسلامية للخضري جـ ٢ ص ٥١ - ٥٢.

□ الأسباب التي دعت معاوية إلى عدم مبايعته الإمام عليًا هي:

- ١- أنه لم يُسْتَسَرَّ في عقد البيعة للإمام، وهو من أعظم قريش، ومن أكبر الولاة، وتحت إمرته ما لا يقل عن مائتي ألف من الجند.
 - ٢- أنه اتَّهَمَ الإمام بأنه مشترك بقتل عثمان، لأنه آوى في جيشه من قتله، ولم يأخذ القصاص من أحد منهم، ولأن أول من نَدب الإمام عليًا للخلافة هم قاتلوا عثمان.
 - ٣- أن كثيرًا من الصحابة رفضوا بيعة الإمام علي^(١).
- أعلن معاوية لأهل الشام عدم مبايعته للإمام علي، ووضع لهم على المنبر قميص عثمان الذي قتل فيه مخضوبًا بالدم، وأصابع زوجته نائلة^(٢) معلقة فيه، فبكى أهل الشام، وجهازوا جيشًا منهم، وبايعوا معاوية على الموت، أو يقتلوا قتلة عثمان رضي الله عنهم، وأجمعوا على قتال الإمام علي، وقالوا: إن عليًا قتله، وآوى قتلته، فإما أن يقتلهم أو يقتلوه^(٣).
- فعلم بذلك الإمام علي، وجرت بينهما مراسلات لم تُثمر^(٤).
- فسار عليٌّ من الكوفة إلى صِفِّين على الفرات في تسعين ألفًا، وسار معاوية من الشام في خمسة وثمانين ألفًا^(٥).

(١) محاضرات في تاريخ الأمم الإسلامية جـ ٢ ص ٦٨.

(٢) نائلة بنت الفرافصة بن الأحوص الكلبية. امرأة عثمان بن عفان، كانت خطيبة شاعرة شجاعة حملت إلى عثمان من بادية السامرة، فتزوجها وأقامت معه في المدينة، وحين داهم قتلة عثمان داره، وضع أحدهم ذباب سيفه في بطنه: أمسكت نائلة السيف فحز أصابعها. وقتل عثمان، فخرجت تستغيث وخطبت في الناس، وأرسلت إلى معاوية بالشام قميص عثمان مضرجًا بالدم وبعض أصابعها المقطوعة مع النعمان ابن بشير، ولما سكنت الفتنة خطبها معاوية بن أبي سفيان فألح عليها فقلعت نتيها، وبعثت بها إليه، فأمسك حيثذ عنها. المخبر ص ٣٩٦ و ٢٩٤، والأعلام جـ ٧ ص ٣٤٣.

(٣) الكامل في التاريخ لابن الأثير جـ ١ ص ٢٧٧.

(٤) تاريخ الطبري جـ ٥ ص ٥ وما بعدها.

(٥) البداية والنهاية جـ ٧ ص ٢٦١، مروج الذهب للمسعودي جـ ٢ ص ٣٧٥.

وبعدها اشتعلت نار الحرب بين الفريقين أيامًا. حتى إذا أشرف جند الإمام عليّ على النصر، تشاور معاوية وعمرو بن العاص في رفع المصاحف على الرماح، فرفعت، وقال قائلهم: «هذا كتاب الله ﷻ بيننا وبينكم، مَنْ لثغور أهل الشام بعد أهل الشام، من لثغور أهل العراق بعد أهل العراق؟».

فلما رأى الناس المصاحف قد رُفِعَتْ، قالوا: نجيب إلى كتاب الله ﷻ ونذيب إليه. وأراد معاوية أن يفت في عضدهم، ويفل جمعهم ليكفوا عن مواصلة الحرب فقال الإمام عليّ لهم: ما رفعوا المصاحف لكم إلا خديعة وهنأ ومكيدة، فقالوا له ما يسعنا أن ندعى إلى كتاب الله ﷻ فنأبى أن تقبله. وقال رجالهم: يا عليّ أجب إلى كتاب الله ﷻ إذ دُعيت إليه، وإلا ندفعك برمّتك إلى القوم.

- وجاء في عقد التحكيم للدكتور الدوري ما هو نصّه^(١):

وطلبوا منه أن يبعث إلى الأشتر، ليترك القتال، فأرسل إليه .. فقال الأشتر للرسول: قل له ليس هذه الساعة التي ينبغي لك أن تزيلني فيها عن موقفي، إنى رجوت أن يفتح لي فيها، فلا تعجلني.

فرجع الرسول يزيد بن هانيء بالخبر، فقال له القوم: والله ما نراك إلا أمرته أن يقاتل .. فابعث إليه فليأتك وإلا والله اعتزلناك، فقال عليّ للرسول: ويحك يا يزيد قل له: أقبل إليّ، فإن الفتنة قد وقعت^(٢).

(١) عقد التحكيم د/ الدوري، المرجع السابق، ص ٥٤ وما بعدها.

(٢) تاريخ الطبري ج٥ ص ٤٩ - ٥٠.

الأشتر: مالك بن حارث بن عبد يغوث النخعي: ذكر البخاري أنه شهد خطبة عمر بالجابية، شهد اليرموك فذهبت عينه، وكان رئيس قومه، روى عن عمر وخالد بن الوليد وأبى ذر وعلى وشهد معه الحمل وصفين. ذكر ابن سعد: أنه ممن ألب على عثمان وشهد حصره. مات سنة ٣٨هـ وقيل سنة ٣٧هـ الإصابة - ٣ ص ٤٨٢، وتقريب التهذيب ج٢ ص ٢٢٤.

فلم يسعه إلا المجوع وترك ساحة القتال.

فأرسل عليّ الأشعث بن قيس إلى معاوية يستطلع رأيه، فقال له معاوية: لنرجع نحن وأنتم إلى ما أمر الله ﷻ به في كتابه: تبعثون منكم رجلاً ترضون به، ونبعث منا رجلاً، ثم نأخذ عليهما أن يعملوا بها في كتاب الله لا يعدوانه، ثم نتبع ما اتفقنا عليه. فقال له الأشعث هذا الحق. فانصرف إلى عليّ، فأخبره بالذي قال معاوية.

فقال الناس: فإننا قد رضينا وقبلناه، فاختار أهل الشام عمرو بن العاص، واختار الأشعث والذين صاروا خوارج فيما بعد أبا موسى الأشعري^(١).

فاجتمع الحكماء بدومة الجندل، فكتبا عقد التحكيم في الأربعاء ١٣ / صفر / ٣٧ هـ. على أن يوافي عليّ ومعاوية موضع الحكمين بدومة الجندل في شهر رمضان - بعد ثمانية أشهر - ومع كل واحد منهما أربعمئة من أصحابه^(٢).

ولما حان موعد اجتماع الحكمين في رمضان بعث عليّ أربعمئة رجل عليهم شريح بن هانئ الحارثي، وعبد الله بن عداس يصلون بهم ويلى أمورهم وأبو موسى الأشعري معهم.

وبعث معاوية بن أبي سفيان عمرو بن العاص في أربعمئة من أهل الشام واجتمع الحكماء، وكتب صحيفة ذكر المسعودي أنه خلع معاوية وعلياً فيها وأن المسلمين يولون عليهم من أحبوا^(٣).

(١) تاريخ الطبري ج ٥ ص ٥١.

(٢) تاريخ الطبري ج ٥ ص ٥٧ و ٥٩.

ودومة الجندل: حصن على سبع مراحل من دمشق، بينها وبين المدينة/ معجم البلدان ج ٢ ص ٤٨٧، ومراصد الإطلاع ج ٢ ص ٥٤٢، هامش قطحان الدوري ص ٥٥.

(٣) مروج الذهب ج ٢ ص ٤٠٠ - ومحاضرات في تاريخ الأمم الإسلامية ج ٢ ص ٧٢، وتاريخ الإسلام السياسي ج ١ ص ٣٧٤، عزة قطورة، المرجع السابق ص ٤١.

وهذا التحكيم لم يقع فيه خداع ومكر وغفلة، إذ إن الطرفين قد اتفقا على ترك النظر في إمامة المسلمين إلى كبار الصحابة، فلم يغلب عمرو وأبا موسى، ولم يقرر في التحكيم غير الذي قرره أبو موسى ولم يخرج عما اتفقا عليه معاً.

ولكن هذا التحكيم لم ينتج شيئاً، إذ لم يكن من وراء الحكمين قوة من المسلمين تستطيع تنفيذ حكمهما، فبقى الخلاف بين الطرفين، وبقي الإمام عليّ خليفة المسلمين، ومعاوية أمير الشام. وتثبيت ركن معاوية لم يكن بالتحكيم، بل كان يعود إلى تمسك جيشه، وتفانيه في نصرته، وتفرق جيش عليّ وخروج الخوارج عليه.

وحين انتهى التحكيم بهذه الصورة عزم الإمام عليّ على العودة إلى الحرب مع معاوية والمسير إلى الشام، فجاءه خبر خروج الخوارج عليه^(١).

وخلاصة القول هنا .. يتضح لنا مما تقدم أن الإمام عليّاً ومعاوية ومعهما جموعهما من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم اتفقا في بداية الأمر على تحكيم حكمين اثنين يردان هذا الأمر إلى كتاب الله.

فيعتبر هذا الإجماع دليلاً على أن التحكيم في الأصل سبيل اتُّخِذَ لحل النزاع بين الخصوم في عهد الخلافة الراشدة.

ويطيب لنا في هذا الفصل «التحكيم في عصر الخلافة الراشدة» أن نتناول بعض الأفضية والمناهج في كثير من مناحي الحياة المختلفة .. والتي ظلت نبراساً للبشرية جمعاء وحتى يومنا هذا.. ذلك لكونها كانت من هدى كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم.



(١) تاريخ الإسلام السياسي ج١ ص ٣٧٥، د/ قحطان الدوري ص ٦٠.

المبحث الأول

حجية أقضية الإمام عليؑ في عصر الخلافة الراشدة

كان أمير المؤمنين عليّ بن أبي طالبؑ، من علماء الصحابة الكبار حيث لزم النبي ﷺ وهو ما جعله يقول ﷺ في جمعه للقرآن: آئِثُّ بيمين أن لا أرتدى بردائي إلى الصلاة حتى أجمع القرآن^(١).

وهو في ذلك يقول ﷺ: ما دخل النوم عيني، ولا غمض رأسي على عهد رسول الله ﷺ حتى علمت ما نزل به جبريل ﷺ من جلال أو سنة أو كتاب أو أمر أو نهى وفيمن نزل^(٢)، وكان ﷺ يتلقى النص مباشرة من رسول الله ﷺ، فلقد كان عالماً ربانياً كما جاء فيما رواه الحافظ أبو نُعَيْم عن كُمَيْل بن زياد قال: أخذ عليّ بن أبي طالب ﷺ بيدي فأخرجني إلى ناحية الجبان - يعني الصحراء - فلما أضحَرنا جلس، ثم تنفس، ثم قال: يا كميل بن زياد، القلوب أوعية فخيرها أوعاها للعلم، إحفظ ما أقول لك: الناس ثلاثة: عالم رباني، ومتعلم على سبيل النجاة، وَهَمَّجٌ رِعَاعٌ يتبعون كل نَاعِقٍ، يميلون مع كل ريح، لم يستضيئوا بنور العلم، ولم يلجئوا إلى ركن وثيق^(٣).

حقاً كان للإمام علي ركن ركين إليه كبراء الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين من أمثال أبي بكر وعمر وعثمانؓ أجمعين.

ومن هنا كانت مرجعية الصحابة في كل ما أشكل عليهم إلى الإمام عليؑ. ولنا هنا أن نبين في عُجالة بعض تطبيقات أقضيتهؑ.. وما قضى به فيما أشكل على الصحابة ورجعوا في ذلك إليه ﷺ. وذلك على النحو التالي.

(١) الطبقات الكبرى - لابن سعد ج٢ ص ٣٣٨.

(٢) سنن الإمام زيد ص ٣٤٣ نقلاً عن - منهج عليّ بن أبي طالب في الدعوى - مشار إليه في أسنى المطالب في سيرة أمير المؤمنين عليّ بن أبي طالب كرم الله وجهه - ج١ ص ٢٤١.

(٣) حلية الأولياء - ج١ ص ١٧٥، صفة الصفوة - ج١ ص ٣٢٢٩.

المطلب الأول >

< حجية قضاء الإمام عليؑ في خلافة أبي بكرؓ >

إن عصر الرسالة كان له الأثر الكبير في النفوس وكان أثر الإيمان العامل الفعال للقدرة على العفو والصفح والتزام كل منهم بحقه دونما اعتداء على حقوق الآخرين. ولما كان عهد الصديق تتجلى أهميته لصلته الوثيقة بالعهد النبوي الشريف، وأن امتداد القضاء في العهد النبوي وتنوعه في زمن الخلافة شديد التأثير بالقضاء في العهد النبوي .. وهو ما جعل أبا بكر يقضي بنفسه إذا عرض له القضاء ولم يفصل ولاية القضاء عن الولاية العامة في عهده، ولم يكن للقضاء ولاية منفصلة كما كان الأمر في عهد رسول الله ﷺ، إذ كان الناس على مقربة من عصر النبوة، يأخذون أنفسهم بهدي الإسلام، وتقوم شريعتهم وحياتهم على شريعته، لذا فقد عهد أبو بكر إلى عمر بالقضاء في المدينة ليستعين به في بعض الأفضية، ولكن هذا لم يعط لعمر بن الخطاب صفة الاستقلال بالقضاء^(١).

- تعددت أفضية الإمام عليؑ في خلافة الصديق وتناول منها:

□ قضاؤه في أعظم الذنوب:

[١] أن مما رواه الثقات عن الإمام جعفر الصادقؑ قال: بينما أمير المؤمنين عليؑ في ملاً من أصحابه إذ جاءه رجل فقال: إني وقعت على غلام فجئت إليك أسألك أن تظهرني يا أمير المؤمنين؟

وبعد أن هدأت العاصفة في صدر الإمام توجه بالحديث إلى هذا الرجل .. فقال له: يا هذا عُدْ إلى منزلك لعل سوء فرجك هاج بك فأوقعك في هذا البلاء المبين، ولم يسع

(١) وقائع ندوة النظم الإسلامية - أبو ظبي (١، ٣٦٦) مشار إليه في تاريخ الخلفاء الراشدين - د/ علي محمد محمد الصلابي، الانشراح ورفع الضيق بسيرة أبي بكر الصديق، ص ١٧١.

الرجل إلا أن رجع إلى منزله، ولكنه عاد إليه يطلب إليه أن يطهره. فقال عليّ ﷺ: أن نظهرك مما اقترفته يقتضى أحد أمور ثلاثة:

(أ) أن يضرب عنقك بالسيف ضربة بالغة ما بلغت.

(ب) أو نقذف بك من شاهق جبل مشدود اليدين والرجلين.

(ج) أو أن تحرق بالنار.

فاختر أيهن شئت .. ولكن الرجل سأل أمير المؤمنين أى الثلاثة أبلغ أذى وأشد إيلامًا؟ فأجابه ﷺ: الحرق بالنار هو الأبلغ الأشد، فقال الرجل: فإنى قد اخترت هذا على ما سواه فطهرنى به رضى الله عنك.

.. واستعد الرجل لذلك .. ثم قام يبكى حتى جلس في الحفرة التي حفروها له، وهو يرى النار تتأجج ولم يتمالك أمير المؤمنين أن بكى وبكى معه أصحابه ثم قال للرجل: يا هذا إنك أبكيت ملائكة الله في سمائه وأرضه، وإنى أرى بذلك لك توبة .. فقم وإياك أن تعاود شيئًا مما قلت، والله غفور رحيم.

وهنا نرى أن الإمام عليّ ﷺ قد رأى أن ذلك عفو كبير ممن يملك المقدرة عليه، لقد رأى الإمام أن المذنب تاب توبة خالصة لله، بل إن حاله كان أشبه بحال أهل النار في الآخرة، فعفا .. وهو بهذا العفو الجميل قد مضى به على صراط النبي ﷺ المستقيم.

[٢] وكان من أول ما قضى به الإمام بعد انتقال الرسول ﷺ إلى الرفيق الأعلى:

كان قضاء الإمام في خلافة أبي بكر الصديق لم يقض به أحدٌ بعد انتقال رسول الله ﷺ إلى الرفيق الأعلى وبعدهما أفضى الأمر إلى أبي بكر.

وثبت هذا فيما رواه الكليني مسندًا عن الصادق^(١) قال: قضى أمير المؤمنين عليّ بقضية

(١) علي بن أبي طالب كرم الله وجهه حاكمًا وفتيًا - للدكتور حامد جامع - الجزء الثاني من آثار الإمام العلمية والفقهية - وفي رواية جاء لفظها - جئ إليه برجل شرب الخمر - في فتاوى وأفضية وأحكام الإمام على للأستاذ عرفات القصبي قرون - ص ٦٢ وما بعدها - حجية الأحكام بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - بحث مقدم من الباحث/ المهدي إبراهيم منصور شلبي لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق سنة ٢٠٠٧.

ما قضى بها أحد قبله، وكانت أول قضية قضى بها بعد وفاة رسول الله ﷺ وأفضى الأمر إلى أبي بكر الصديق.

أتى رجل قد شرب الخمر^(١). فقال له أبو بكر: هل شربت الخمر؟ فقال الرجل لقد أسلمت يا خليفة رسول الله ومنزلي بين ظهرائي قوم يشربون الخمر ويستحلونها ولو علمت أنها حرام لاجتنبتها، فالتفت أبو بكر ﷺ قائلاً له: ما يقول يا أبا حفص في هذا الرجل؟ فقال عمر: معضلة ليس لها إلا أبا الحسن.

فدعا أبو بكر بغلام له، أمره أن يذهب إلى الإمام فيدعوه إليه، غير أن عمر ﷺ قال: يؤتى الحكم في منزله، ثم قام ومعه أبو بكر ﷺ ومعهما سلمان الفارسي، فأخبروا الإمام بقصة الرجل فقام ﷺ لأبي بكر ﷺ. أبعث مع الرجل من يدور به على مجالس المهاجرين والأنصار، فمن كان قد تلا عليه آية تحريم الخمر فليشهد عليه، فإن لم يكن من يشهد عليه بذلك فعليهم أن يتلوا عليه آية التحريم ثم لا شئ عليه بعد.

ففعل أبو بكر ما أشار به عليه الإمام، ولكن أحداً لم يشهد عليه فحلى سبيله الإمام. وهنا أخذت سلمان الفارسي ﷺ الغيرة على الإسلام فقال: لقد أرشدتهم وكأنه إنما أراد أن يعترض على قضاء الإمام فقال ﷺ، إنما أردت أن أجدد تجويد هذه الآية في دينهم ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تَفْلِحُونَ ﴿٩٠﴾ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصَلِّدَكُمْ عَنِ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْهَوُونَ ﴿٩١﴾﴾ [المائدة: ٩٠ - ٩١].

ثم توجه الإمام موجهًا خطابه بعد قضاؤه وتلاوة آية الخمر إلى سلمان ومن معه بأن تلى عليهم قوله ﷺ: ﴿أَمَّنْ يَهْدِي إِلَى الْحَقِّ أَحَقُّ أَنْ يُتَّبَعَ أَمَّنْ لَا يَهْدِي إِلَّا أَنْ يَهْدَىٰ فَمَا لَكَرَّ كَيْفَ تَحْكُمُونَ ﴿٣٥﴾﴾ [يونس: ٣٥].

(١) قضاء أمير المؤمنين على كرم الله وجهه ص ٥٢.

وقد فعل أبو بكر بالرجل ما قال به الإمام عليّ ؑ، فلم يشهد عليه أحد، فعندئذ خلى سبيله ولقد رواه الخاصة والعامه^(١).

ومن هنا نجد أن خليفة رسول الله ﷺ أبو بكر الصديق أنفذ قضاء أمير المؤمنين عليّ ؑ وأعمل حجية قضائه وكان أول قضاء بعدما قبض رسول الله ﷺ وكان في خلافة أبي بكر ؑ.

هذه هي بعض التطبيقات من أقضية الإمام عليّ ؑ في خلافة الصديق أبو بكر ؑ. ولا يفوتنا أن نذكر ما قاله الإمام عليّ ؑ وهو يرثي ثاني اثنين ؑ حين وقف بعد وفاته فقال:

«رحمك الله أبا بكر - كنت والله أول القوم إسلامًا .. وأخلصهم إيمانًا .. وأشدهم يقينًا .. صدقت رسول الله حين كذبه الناس .. وواسيته حين تخلوا .. وقمت معه حين قعدوا .. كنت والله للإسلام حصنًا، وللكافرين ناكبًا .. لم تهن حجتك .. ولم تضعف بصيرتك .. ولم تُجبن نفسك .. كنت والله ما قال الرسول فيه .. ضعيفًا في بدنك قويًا في دينك .. متواضعًا في نفسك .. فلا حرمننا الله أجرك .. ولا أضلنا بعدك...!!^(٢)»



◀ المطلب الثاني >

◀ أقضية الإمام عليّ ؑ في خلافة الفاروق عمر بن الخطاب ؑ >

في خلافة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ؑ، تألقت ملكة الإمام عليّ القضائية تألقًا رائعًا وعظيمًا، وتفجرت قدرته الفقهية عن اجتهادات مبتكرة وغير مدركة ولا مسبوقة فيما جد من وقائع وأحداث، وبدت أفكاره العلمية واضحة جلية، فلقد كان المجال

(١) قضاء الإمام علي كرم الله وجهه (قضاء أمير المؤمنين) ص ٥٣.

(٢) خلفاء حول الرسول ﷺ المفكر الإسلامي للمرحوم خالد محمد خالد ص ٤٣٥.

العلمي هو المتنفس لطاقت عليّ وقدراته.

وقد أثار عن عمر قوله: لا يفتى أحد وعليّ حاضر في المسجد^(١). وقوله يا ابن أبي طالب ما زلت كاشف كل شبهة وموضح كل حكم^(٢).

ولقد أولى عمر عليًا ثقته وتأييده، وعرف له مكانته السامية في الفقه والقضاء، فكان يستشير، ويكل إليه القضاء في المعضلات، فإذا مضى فيها ولو على خلاف رأى عمر. فكان عمر رضي الله عنه يعمل قضاء عليّ رضي الله عنه وينفذ حجته، ولقد قال عمر في تواضع وصدق ونقاء، لو لا عليّ رضي الله عنه هلك عمر، بل كان عمر يسعى إلى عليّ في بيته ومعه الخصوم ليقتضى بينهم ويقول: في بيته يؤتى الحكم.

فقد كان عليّ هو المرجع والمرجعية الكاملة في الفصل في القضاء والتحكيم بين الناس.. وسوف يكون المرجعية الكاملة لكل من يعمل بالقضاء لمن أراد القول الفصل والحكم العدل بين المتخاصمين على مر العصور بما يعرض عليه من قضاء، إذ إن قضاء الإمام عليّ رضي الله عنه أصبح سوابق قضائية يجب إعمال حجته ويجب إعمالها وإنفاذ حجيتها، ذلك لأن قضاءه رضي الله عنه بُنى على أسس مكتسبة من النصوص، وروح التشريع وسلامة فطنته وعمق نظرته، وحسن الاستنباط، ومرجعية قضاءه من ملازمته للحبيب صلى الله عليه وآله.

□ قضاؤه في «السبي»:

إن من أقضية الإمام عليّ رضي الله عنه وفي خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما جاء بنات يزدجرد ملك فارس، وهذا ما يرويه الزمخشري في ربيع الأبرار^(٣): فيقول يرحمه الله، لما جرى إلى المدينة بسبي فارس في خلافة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب كان من بين هذا السبي

(١) علي بن أبي طالب رضي الله عنه حاكمًا وفتيًا. د/ حامد جامع، الجزء الثاني ص ٥٦.

(٢) تاريخ القضاء ص ١١٢، نقلًا عن كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال ج ٥ ص ٤٩٨.

(٣) قضاء الإمام علي - الفتاوى والأقضية والأحكام ص ٦١.

ثلاث بنات ليزدجرد. فأمر عمر رضي الله عنه ببيع البنات الثلاث، فقال الإمام علي رضي الله عنه: ليس كذلك يا أمير المؤمنين، يريد أن يقضي فيهن، فقال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، وما الأمر يا أبا الحسن: فقال الإمام علي رضي الله عنه: إن بنات الملوك لا يعاملن معاملة غيرهن من بنات السوق.

فسأله أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه: كيف الطريق إلى العمل معهن يا أبا الحسن. فقال رضي الله عنه: يقومن يا أمير المؤمنين ومعهن مبلغ ثمنهن قام به من يختارهن. فأعمل أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضاء الإمام علي رضي الله عنه فقومهن، ثم دفع بواحدة لعبد الله بن عمر، ودفع بالثانية إلى محمد بن أبي بكر، ودفع بالثالثة إلى الحسين، على أن يكون البنات الثلاثة زوجات لأكفاءهن من العرب، فولدت زوجة الحسين علياً زين العابدين.

وبذلك نرى أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب أنفذ قضاء علي رضي الله عنه وأعمل حجية هذا القضاء.

وهذا قضاء من يعرف فضل الناس وشرف كل طبقة، فينزل كل على منزلته، فقد عامل علي رضي الله عنه أولاد الملوك بأشراف العرب، وذلك من حسن الفطن والطوية في قضاءه.

□ قضاء الإمام علي رضي الله عنه في «العفو عن العقوبة»:

جاءه رجل رضي الله عنه فأقر بالسرقة فقال له الإمام: أتقرأ شيئاً من القرآن؟ قال الرجل: نعم

أقرأ سورة البقرة. قال الإمام لقد وهبت يدك لسورة البقرة!

فلم يلقَ قضاؤه هذا عند الأشعث الكندي قبولاً، فقال الأشعث الكندي: أتعتل

حدًا من حدود الله يا أمير المؤمنين؟

قال الإمام: وما يدريك ما هذا، إن البيعة إذا قامت فليس لأمر أن يعفو، ولكن إذا

أقر الرجل على نفسه فذاك إلى الإمام: إن شاء عفا وإن شاء قطع.
وتلك سنة سنّها الإمام عليّ لولاية الأمور، فإن للوالى أن يعفو عن المقر إذا رأى في العفو مصلحة عامة للناس، وأن يقيم الحد إذا ما توافرت البينة وهذا مبدأ قضائى هام ومشهور.

وهو ما أقره أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه وكان له حجته وأعمل أثره ووجب على القضاة أعمال هذه الحجية باعتبار أن هذه سابقة قضائية يجب إعمال حجيتها كلما توافرت شروطها.

□ قضاء الإمام «في الطمث يغلب الدم»:

إن من أقضية الإمام عليّ رضي الله عنه ورضى عنه ما يذكره الثقات عن الإمام جعفر الصادق عليه السلام حيث قال: إن رجلاً أتى بامرأة إلى عمر فقال: يا أمير المؤمنين هذه امرأتى وهى كما ترى سوداء وأنا أسود، وقد ولدت غلاماً أبيض. فالتفت عمر إلى الحاضرين قائلاً له: ما ترون؟ قالوا: نرى أن نرجمها. أمر عمر أن ترجم وفيها هي في الطريق إلى الحفرة أقبل الإمام عليّ رضي الله عنه فحدثوه بما أمر به أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأرضاه، فقال الإمام عليّ للأسود: أتتهم امرأتك، قال الرجل: لا. فمضى الإمام يسأل حتى قال: هل أتيتها وهي طامثة؟ قال الرجل: لقد قالت لى في ليلة أنى طامث، فظننت أنها تتقى البرد فوقعت عليها. فتوجه الإمام للمرأة بالسؤال قائلاً لها هل أتاك وأنت طامث؟ قالت: نعم. واسأله إنني قد فرجت عليه ورأيت أن أطاوعه، قال الإمام: إنطلقا والمولود ابنكما، وإنما غلب الدم لنطفه^(١). نعم القضاء يا إمام وصدق أمير المؤمنين عمر بن الخطاب لولا عليّ هلك عمر.

(١) فتاوى وأقضية وأحكام الإمام على للأستاذ/ عرفات القصبي قرون ص ٦٨.

(٢) قضاء أمير المؤمنين - للعلامة المحقق الشيخ/ محمد تقي التستري ص ٤٣.

□ قضاء الإمام عليّ عليه السلام في «الوطء الخطأ»:

ومن قضاء الإمام في خلافة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب عليه السلام « هذا القضاء: «إن امرأة حُرّة تزيت بزّي الإمام، ثم راحت تلتمس رجلاً كانت تريده، وما زالت به حتى واقعها معتقداً أنها جاريتها، فلم يتبينها والرغبة جامحة والظلام شديد. فلما رفع أمرهما إلى أمير المؤمنين عمر عليه السلام أرسل إلى الإمام عليّ عليه السلام يستفتيه فقال له الإمام عليّ الحكم عندي: أن أضرب الرجل حدّاً في السر، وأضرب المرأة حدّاً في العلانية»^(١). وذلك هو عين اليقين والصواب للقضاء. فالرجل أتى المرأة جاهلاً بحقيقتها، ولعله راقبها معتقداً أنها جاريتها، فلا ضرورة في تلك الحال للتشهير به، فكما واقع سراً يجلد سراً، أما المرأة قد احتالت إلى هذه الواقعة بكل غرائرها فحق عليها الحد في العلن. نعم القضاء يا إمام، ولذلك نفذه أمير المؤمنين عمر بن الخطاب عليه السلام. ونفعنا الله بعلمهم جميعاً، نعم إنه عصر الخلافة الراشدة، جعلها الله دائماً نوراً للسائرين على الدرب أبداً يستنير به طلاب العلم في ظلمات الدجى.

□ قضاء الإمام عليّ عليه السلام في «الطلاق»:

إن أعظم قضاء الإمام عليّ ما يروي به الثقة من أن رجلاً جاء إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب فقال: إني طلقت امرأتى تطليقة في الشرك وتطليقتين في الإسلام، فما ترى أمير المؤمنين؟ فسكت عمر: فقال الرجل: ما تقول يا أمير المؤمنين. فقال عمر: كما أنت حتى يجيء عليّ بن أبي طالب، فلما جاء قصّر عليه الرجل قضيته، فقال الإمام: لقد هدم الإسلام ما كان قبله والمرأة عندك على واحدة. وذلك إعمالاً وتصديقاً للحديث

(١) فتاوى وأقضية وأحكام الإمام عليّ كرم الله وجهه للأستاذ/ عرفات القصبي قرون ص ٧٣؛ حجية الأحكام بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - للباحث المهدي إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص ٤٧٠ وما بعدها.

الشريف [الإسلام يجب ما قبله]^(١).

□ ومن أجل القضاء للإمام عليّ في خلافة عمر ما جاء في «النسب»:

وما جاء في الجرائم العامة في تزوير خاتم الخلافة (خاتم شعار الجمهورية الآن):

↪ الأولى: في النسب:

يبين قضاء الإمام عليّ في قضية النسب هذه فيما رواه شريح القاضي؛ لأنها رويت برواية أخرى والرواية التي للقاضي شريح يقول: كنت أقضى لعمر بن الخطاب بمعنى أنه كان قاضياً على عهد أمير المؤمنين فأتاني رجل فقال لي: يا أبا أمية: إن رجلاً أودعني امرأتين .. أحدهما حرة مهيرة والأخرى سرية (أمة) فجعلتهما في دار وأصبحت اليوم فإذا هما قد ولدتا غلاماً وجارية وكلتاها تدعي الغلام لنفسها وتتفي الجارية، وقد جئتك أيها القاضي أطلب قضاءك بينهما.

- يقول شريح: فلم يحضرنى شيء فيهما أقضى به، فأتيت أمير المؤمنين عمر فقصصت عليه القصة فقال: فما الذي قضيت بينهما؟ قلت: لو كان عندي قضاء فيهما ما أتيت .. وإلى أن ذهب إلى عليّ عليه السلام .. فوجوده في حائط يزكّل على مسحاة ويقرأ قول الله تعالى: ﴿ أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى ﴾ [القيامة: ٣٦]. ثم يبكي بكاءً شديداً .. إلى أن خرج إليهم وعليه قميص قدت أكمّاه إلى النصف منها ثم قال عليه السلام: ما الذي جاء بك يا شريح! قلت: أمر عرض جثنا نسأل عنه.

فأمري فقصصت عليه القصة فقال: فيم حكمت فيهما، قلت: لم يحضرنى حكم فيهما. فأخذ بيده من الأرض شيئاً ثم قال: الحكم فيها أهون من هذا. ثم أمر بإحضار المرأتين وأحضر قدحاً ثم أعطاه إلى إحداهن قائلاً: إحلبي فيه، فامتثلت المرأة فحلبت فيه، ثم وزنه، ثم قال للأخرى، إحلبي أنت أيضاً في قدح أخرى ثم وزنه أيضاً ثم قال

(١) المرجع السابق، ص ٨٠.

لصاحبة اللبن الخفيف: خذى ابنتك، وقال لصاحبة اللبن الثقيل خذى ابنك.
ثم التفت عليّ ﷺ إلى أمير المؤمنين عمر ﷺ قائلاً: أما علمت أن الله حط المرأة عن
الرجل في ميراثها فكذلك كان لبنها دون لبنه، فقال عمر لقد أراءك الحق يا أبا الحسن.
فقال الإمام: خفض عليك أبا حفص. إن يوم الفصل كان ميقاتاً نعم إن هذا أفضى
القضاء يا إمام كرم الله وجهك ورضى الله عنك.

← الثانية: في تزوير خاتم شعار الخلافة:

- بقصد اختلاس مالاً من خراج الكوفة: وهذا ثبت فيما روي من حديث ابن حجر
في الإصابة^(١) والبلاذري في فتوح البلدان^(٢) أن رجلاً يقال له معن بن زائدة انتقش على
خاتم الخلافة فأصاب مالاً من خراج الكوفة على عهد عمر بن الخطاب، فبلغ ذلك
عمر، فكتب إلى المغيرة بن شعبة: بلغني أن رجلاً يقال له معن بن زائدة .. إلخ الرواية.
فإذا جاءك كتابي هذا فنفذ أمري، وأطلع رسولي، فلما صلى المغيرة العصر، وأخذ الناس
مجالسهم، خرج ومعه رسول عمر، فاشرب الناس ينظرون إليه حتى وقف على معن، ثم
قال للرسول: أن أمير المؤمنين أمرني أن أطيع أمرك فيه، فمرني بما شئت، فقال للرسول:
أدعولي بجامعة أعقلها في عنقه، فأتى بجامعة، فجعلها في عنقه وجذبها جذباً شديداً، ثم
قال لمغيرة: احبسه حتى يأتيك فيه أمر أمير المؤمنين، وكان السجن يومئذ في قصب، فتحمل
معن للخروج حتى قدم على عمر فقال: السلام عليك يا أمير المؤمنين، فقال وعليك، من
أنت؟ قال: معن بن زائدة جئتك نائباً، قال عمر: أنت؟ فلا يجيبك الله، فلما صلى الصبح قال
للناس مكانكم، فلما طلعت الشمس قال: هذا معن بن زائدة انتقش على خاتم الخلافة
فأصاب مالاً من خراج الكوفة، فما تقولون فيه؟ فقال قائل: إقطع يده، وقال قائل: اصلبه

(١) الإصابة في معرفة الصحابة لابن حجر، مشار إليه لدى الدكتور/ حامد جامع، المرجع السابق ص ٦٠.
(٢) أنساب الأشراف لأحمد بن يحيى المعروف بالبلاذري - مشار إليه في علي بن أبي طالب رضى الله عنه
حاكماً وفقهياً، الجزء الثاني ص ٦٠ للدكتور حامد جامع.

... وعلى بن أبي طالب ساكت فقال عمر: ماذا تقول يا أبا الحسن.

قال: يا أمير المؤمنين، رجل كذب كذبة، عقوبته في بشره .. فضربه عمر ضرباً شديداً وحبسه ما شاء الله، ثم انتبه له فقاسمه وخلق سبيله.
وهذا من أجمل ما قضى الإمام عليّ ﷺ وأرضاه.



◀ المطلب الثالث ▶

◀ أقضية الإمام عليّ في خلافة عثمان ▶

وقد واصل الإمام عليّ كرم الله وجهه منهجه في مجال إنشاء المؤسسة القضائية في عصر عثمان، وهو ما سوف نبينه في بعض تطبيقاته القضائية وأحكامه العادلة لما عرض عليه ﷺ في خلافة عثمان بن عفان ﷺ، ومنها:

[١] وجه قضاءه ﷺ في المرأة التي ولدت لسته أشهر في خلافة عثمان ﷺ:

ذلك أن جاء رجل يشكو إليه أن زوجته قد ولدت بعد ستة أشهر فأراد أمير المؤمنين (عثمان) أن يقيم الحد عليها، فقال له عليّ ﷺ: ليس لك ذلك يا أمير المؤمنين، فإن الله ﷻ يقول: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] ثم أعقب الإمام عليّ ﷺ قوله ﷻ: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَّمَّ الرِّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

من ذلك رأى الإمام عليّ كرم الله وجهه أن من مفهوم الآية الأولى (سورة الأحقاف) أن مدة الحمل والرضاعة ثلاثون شهراً، ومن مفهوم الآية الثانية وهي من (سورة البقرة) أن مدة الرضاعة حولين كاملين، بمعنى أن مدة الرضاعة أربعة وعشرون شهراً من جملة مدة الحمل والرضاعة التي هي ثلاثون شهراً، ومن هنا استنبط أن أقصر مدة حمل هي ستة أشهر، ولذلك أعمل عثمان قضاء الإمام عليّ كرم الله وجهه.

[٢] قضاء عليه السلام في ميراث النصرانية المعلقة في خلافة عثمان رضي الله عنه:

رُوي عن سفيان بن عيينه بإسناده عن محمد بن يحيى قال: كان لرجل من الأنصار امرأتان: امرأة من الأنصار وامرأة من بني هاشم، فطلق الأنصارية ثم مات بعد مدة، فذكرت الأنصارية أنها في عدتها، وأقامت عند عثمان البينة بميراثها منه، فلم يدر ما يحكم به، وردهن إلى عليّ، فقال: تحلف أنها لم تحض بعد أن طلقها ثلاث حيضات وترثه، فقال عثمان للهاشمية: هذا قضاء ابن عمك، قالت: قد رضيت، فلتحلف ولترث. وهنا تخرجت الأنصارية من اليمين وتركت الميراث^(١) وهنا أعمل عثمان رضي الله عنه حجية قضاء الإمام عليّ كرم الله وجهه وأنفذه.



(١) قضاء أمير المؤمنين ص ٥٧ وما بعدها، حجية الأحكام بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .. للباحث/ المهدي إبراهيم منصور شلبي، المرجع السابق ص ٤٧٤.

المبحث الثاني

حجية أقضية الإمام عليّ كرم الله وجهه في خلافته الراشدة

رأينا في عصر الخلافة الراشدة كم كان عليّ كرم الله وجهه المرجع والملاذ في خلافة أبي بكر، في الفصل في الخصومات وحسم المنازعات، ثم رأينا كيف كان عليّ صاحب حل العقد في أعضل القضايا في عصر عمر وكان دائماً يردد لولا عليّ هلك عمر، ليس لها إلا أبا الحسن، ثم كان المرجع أيضاً في خلافة عثمان بن عفان رضي الله عنه. ولا يسعنا هنا إلا أن نتناول في هذا المقام بعض النماذج الفريدة من أقضية الإمام عليّ رضي الله عنه في خلافته الرشيدة.

[١] قضاءه رضي الله عنه في مسئولية من قتل في الزحام:

بما قضى به الإمام عليّ كرم الله وجهه: أن من قتل في الزحام ولم يعلم قاتله فإن ديته على بيت مال المسلمين^(١). وأن أجمل ما ذكر في ذلك ما ذكره البعض من رجال الفقه^(٢) فيما ثبت عن يزيد مذكور الهمداني أن رجلاً قتل يوم الجمعة في المسجد في الزحام، فجعل عليّ رضي الله عنه ديته من بيت المال^(٣).

[٢] قضاءه رضي الله عنه في مسئولية السائق والقائد والراكب:

إن من أجمل ما قضى به الإمام عليّ كرم الله وجهه في مسئولية سائق الدابة وقائدها وراكبها، ولقد ثبت ذلك فيما روى عن عليّ رضي الله عنه: أن سائق الدابة وقائدها وراكبها ضامنون إذا وطئت الدابة أو ضربت برجلها أحداً أو شيئاً عند عليّ إذا ثبت التقصير وعدم التحرز

(١) فقه الإمام عليّ - ج ٢ - ص ٨٣٨.

(٢) د/ محمد محمد الصلابي، في سيرة الإمام علي بن أبي طالب ج ١ - ص ٣٧٧.

(٣) الخلافة الراشدة - يحيى اليحى ص ٥٠٢، حجية الأحكام بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي للباحث المهدي إبراهيم منصور شلبي، لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، المرجع السابق ص ٤٧٦، ٤٧٧.

والتثبت إليهم^(١).

ورُوي عن خلاص عن عليّ: أنه كان يضمن القائد والسائق والراكب^(٢)، وهو ما يقابل في القانون الوضعي الالتزام بضمان السلامة^(٣) بأن الناقل مسئول قانونًا أن ينقل الراكب إلى مكان الوصول سليمًا معافيًا كما ذهب الأستاذ الدكتور/ محمد علي عمران بقوله: «بأن عقد النقل يلتزم فيه الناقل بأن ينقل الراكب من مكانه إلى محطة الوصول سليمًا معافي لا جثة هامدة».

[٣] قضاءه فيمن استأجر صغيرًا أو عبدًا بغير إذن وليه:

ومما ثبت عنه ﷺ أيضًا في قضايا العمل والعمال، أن من استخدم صغيرًا بغير إذن وليه، أو عبدًا بغير إذن مولاه في عمل أو حمله على دابة فمات إثر ذلك فهو ضامن عند عليّ ﷺ، فعن الحكم قال: قال عليّ: من استعمل مملوك قوم صغيرًا أو كبيرًا فهو ضامن^(٤)، وقال أيضًا الإمام عليّ ﷺ: من استعان صغيرًا حرًا ... فهو ضامن ومن استعان كبيرًا لم يضمن^(٥).

[٤] قضاءه فيمن رَوَّع إنسانًا فقتله:

كما أن من أجل الأفضية للإمام عليّ ﷺ، قضاءه في الفعل المعنوي، كالإخافة وإدخال الرهبة أو الترويع أو ما شابهها إذا سبب قتل إنسان أو غضبه توجب المسؤولية

(١) فقه الإمام علي ج٢ ص ٨٤١، مشار إليه في أسنى المطالب في سيرة أمير المؤمنين علي بن أبي طالب ج١ ص ٣٧٧.

(٢) منصف ابن أبي شيبة ج٩ ص ٢٥٩، مشار إليه في المرجع السابق.

(٣) الالتزام بضمان السلامة، د/ محمد علي عمران، وهو أول من كتب في هذا البحث، الناشر دار النهضة العربية ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م.

(٤) منصف ابن أبي شيبة ج٩ ص ٣٧٧.

(٥) المرجع السابق، ذات الموضع ج٥ ص ٣٧٧.

الجنائية^(١) عند علي كرم الله وجهه.

وقد روى عن ابن جريح قال قلت لعطار: رجل نادى صبيًا على جدار أن استأخر فخر فمات؟ قال: يروون عن علي أنه قال يغرمه ويقول أفزعه^(٢).

وإيجاب المسؤولية على الفعل المعنوي إجمالاً وهذا هو قول جمهور العلماء.

[٥] قضاءه في المسؤولية الطبية:

في قضاءه في المسؤولية الطبية ومسئولية الطبيب بصفة عامة في حالة ما إذا خالف الطبيب أو البيطري شروط المعالجة، فَعَطِبَ الإنسان والحيوان فهو ضامن^(٣). وقد ثبت هذا فيما روي عن الضحاك بن مزاحم قال: خطب علي ﷺ الناس فقال: يامعشر الأطباء البيطريين والمطبيين من عالج منكم إنساناً أو دابة فليأخذ لنفسه البراءة، فإنه إن عالج شيئاً ولم يأخذ لنفسه البراءة فَعَطِبَ فهو ضامن^(٤).

وعن مجاهد أن علياً قال في الطبيب إن لم يشهد على ما يعالج فلا يلومن إلا نفسه، بمعنى أنه يضمن^(٥).

ومما يفهم من قضاء الإمام أن على الطبيب أن يراعي قواعد وشروط المسؤولية الطبية فإذا خالف هذه الشروط في معالجة إنسان أو حيوان ضَمِنَ إذا ما ترتب على ذلك عَطْبُ عضو سواء كان في إنسان أو حيوان، وعلى الطبيب أن يأخذ لنفسه البراءة، وإن خالف ذلك كان ضامن لما عطب نتيجة لخطأه.

(١) فقه الإمام علي ج ٢ ص ٨٣٨.

(٢) كنز العمال ٨٦ / ٤٠ مشار إليه في اسنى المطالب في سيرة الإمام علي بن أبي طالب. د/ الصلابي ص ٣٧٩.

(٣) فقه الإمام علي بن أبي طالب ج ٢ ص ٨٤٦.

(٤) مصنف عبد الرزاق ١٨٠٤٧.

(٥) المرجع السابق، ذات الموضوع السابق ١٨٠٦٤.

أما عن قوله في إذا لم يُشهد على ما يعالج فلا يلومن إلا نفسه أى أنه يجب أن يراعي قواعد التبصير كما هو الحال في الفقه الوضعي^(١)، وإذا خالف ذلك كان ضامن لما ترتب عليه - وتحمل مغبة تقصيره وعدم الإفصاح والتبصير مع مراعاة قواعد التبصير وضوابطه^(٢).

[٦] قضاءه في قاتل اعترف بالقتل لدفعه التهمة عن برئ:

رُوي أنه أتى رجل إلى أمير المؤمنين عليّ كرم الله وجهه من خربة وبيده سكين ملطخة بدم وبين يديه قتيل يتشخط في دمه، فسأله، فقال: أنا قتلته، قال: اذهبوا به فاقتلوه، لما ذهبوا به أقبل رجل مسرعاً: فقال يا قوم لا تعجلوا ردوه إلى عليّ، فردوه، فقال الرجل لأمير المؤمنين أنا الذي قتلته، فقال عليّ: ما حملك على أن قتلت أو على أن قلت ذلك، ولم تقتله؟ قال: يا أمير المؤمنين، وما أستطيع أن أصنع، وقد وقف العسس على الرجل يتشخط في دمه، وأنا واقف بين يدي سكين، وفيها أنثر الدم، وقد أخذت في الخربة، فخفت ألا يقبل مني، وأن يكون قسامه، فاعترف بما لم أصنع، وأحتسب نفسي عند الله فقال عليّ: بئس ما صنعت، فكيف كان حديثك، قال إني رجل قصاب، خرجت إلى حانوتي في الغلس، فذبحت البقرة وسلختها، فبينما أنا أسلخها، والسكين في يدي أخذني البول، فأتيت خربة كانت بقري، فدخلتها لقضاء حاجتي، وعدت أريد حانوتي، فإذا أنا بهذا المقتول يتشخط في دمه، فاسترعاني أمره ووقفت أنظر إليه والسكين في يدي، فلم أشعر إلا بأصحابك قد وقفوا عليّ فأخذوني، فقال الناس: هذا قتل هذا، ما له من قاتل سواه، فأيقنت أنك لا تترك قولهم بقولي، فاعترفت بما لم أجنه فقال عليّ للمقر الثاني: وأنت كيف كان قصتك، فقال أغواني إبليس فقتلت الرجل طمعاً في ماله، ثم سمعت حس العسس فخرجت من الخربة، واستقبلت هذا القصاب، على

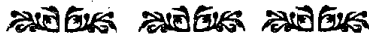
(١) معصومية الجسد، د/ حمدي عبد الرحمن، ص ٣٨ وما بعدها، بحث في مشكلات المسؤولية الطبية ونقل

الأعضاء سنة ١٩٨٧.

(٢) معصومية الجسد، د/ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق.

الحال التي وصفها، فاستتر منه ببعض الخبرة، حتى أتى العَسَس فأخذوه وأتوك به، فلما أمرت بقتله علمت أنني سأبو بدمه أيضًا، فاعترفت بالحق، فقال عليّ للحسن ما الحكم في هذا؟ قال أمير المؤمنين، إن كان قد قتل نفسًا فقد أحيانا نفسًا، وقد قال الله ﷻ: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢]. فخلى عنها عليّ، وأخرج دية القتل من بيت المال^(١)، ولعله فعل ذلك بعد أن أسقط أولياء القتل حقهم بالقصاص^(٢).

ونخلص من كل ما تقدم من أفضية أنها جميعها تصلح كسوابق قضائية تتخذ كأساس للفصل في الخصومة التي ترفع إلى ساحة القضاء دليلاً يَسْتَرِشِدُ به لحُصْم ما قد يُثَار من منازعات مشابهة لها، ومع أن البعض من الفقه^(٣) يرى أن ذلك لا يجوز لأن كل قضية بذاتها لها ظروفها ووقائعها التي تلازمها ولا تصلح لغيرها.



-
- (١) الطرق الحكمية ص ٣٦، القضاء في الإسلام د/ أحمد عبد المنعم البهي - طبعة لجنة البيان العراقي، ١٥٤، وتاريخ القضاء في الإسلام د/ محمد الزحيلي ص ١٥٣، حجية الأحكام في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، للباحث المهدي إبراهيم منصور شلبي، المرجع السابق، ص ٤٧٩.
- (٢) القضاء في الإسلام، د/ أحمد عبد المنعم البهي ص ١٥٤، طبعة لجنة البيان العراقي.
- (٣) أسنى المطالب في سيرة الإمام علي بن أبي طالب، د/ محمد محمد الصلابي ج١ ص ٣٨٥.

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الباب الثاني

المفاهيم الأساسية

للتكريم

رَفْعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

الباب الثاني

المقومات الأساسية للتكريم

ونتناول في هذا الباب الكتابة في أركان التحكيم في فصل أول، ثم الحقوق التي يتم فيها التحكيم في فصل ثان، ثم مدى لزوم حكم المحكم في فصل ثالث، وأخيراً الفرق بين التحكيم وبين غيره من وسائل فض النزاع. وذلك على النحو التالي.

الفصل الأول

أركان التحكيم

عرفنا أن التحكيم اصطلاحاً: هو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما وهذا يعني وجود إيجاب من الخصمين، وقبول من الحكم، وعاقدين، ومحل «معقود عليه». وهذه الأمور الثلاثة إذا وجدت تحقق وجود العقد. وذلك لأن العقد عند الحنفية، وهو قول جمهور الفقهاء، بأنه: تعلق كلام أحد العاقدين بكلام الآخر شرعاً، على وجه يظهر أثره في المحل^(١).

وهذا التعريف يفيد أن العقد لا يوجد إلا إذا وجدت أمور ثلاثة هي:

١- الإيجاب والقبول.

٢- العاقدان.

٣- المحل، أي المعقود عليه.

ويختلف الفقهاء في اعتبار هذه الأمور الثلاثة أركان العقد.

(١) العناية ج ٥ ص ٧٤ والمدخل للفقهاء الإسلاميين ص ٥٠٦، عقد التحكيم د/ الدوري، المرجع السابق ص ١١٢.

- فالخفية يرون: أن ركن العقد هو ما كان جزءاً من الشيء، ولا يوجد إلا به. وعليه
 فركن العقد عندهم هو: الإيجاب والقبول فقط، وهما اللذان يُكوّنان صيغة العقد.
 - أما العاقدان والمحل فليسا من أجزاء العقد، وإنما هما لوازم للإيجاب والقبول، لأنه
 يلزم من وجوب الإيجاب والقبول وجود موجب وقابل، ووجودهما مرتبطين يستلزم
 وجود محل يظهر فيه أثر هذا الارتباط.
 والخفية على عكس الشافعية^(١) لا تشترط أن يكون التراضي قبل صدور الحكم بل
 يجوز أن يكون بعد صدوره.

- اتفاق المتخاصمين والحكم على قبول مهمة التحكيم.
 ومجمل هذين الاتفاقين يشكل ركن التحكيم الذي هو: لفظه الدال عليه مع قبول
 الآخر.

وهذا الركن قد يظهر صراحةً إذا قال الخصمان: حَكَمْنَاكَ بَيْنَنَا، أو قال لهما: أحكم
 بينكما، فقبلا. وقد يظهر دلالة .. فلو اصطلح الخصمان على رجل بينهما، ولم يعلماه
 بذلك، ولكنها اختصاصاً إليه، فحكّم بينهما، جاز وإن لم يقبل الحكم؟، لم يجز حكمه إلا
 بتحديد التحكيم^(٢).

للخصمين أن يقيدا التحكيم بشرط ... فلو حكّماه على أن يحكم بينهما في يومه أو في
 مجلسه وجب ذلك، ولو حكّماه على أن يستفتي فلاناً، ثم يقضى بينهما بما قال جاز. ولو

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٥٠٢، مجلة الأحكام العدلية م/ ١٨٥١ التي تنص على أنه: «إذا فصل أحد الدعوى
 الواقعة بين شخصين ولم يكن محكماً يكون حكمه نافذاً إذا رضى الطرفان وأجاز حكمه»، كتاب شرح
 المجلة ص ١١١٢، البحر الرائق جـ ٧ ص ٢٥.

(٢) الموسوعة الفقهية ص ٢٤١، حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٤٢٨، نظام التحكيم دراسة مقارنة بين
 الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري. د/ سيد محمود المرجع السابق ص ٢٨ وما
 بعدها.

حكماً رجلين، فحكم أحدهما، لم يجوز، ولا بد من اتفاقهما على المحكوم به. فلو اختلفا لم يجوز^(١).

* وكذلك لو اتفقا على تحكيم رجل معين، فليس له أن يفوض غيره بالتحكيم لأن الخصمين لم يرضيا بتحكيم غيره.

ولو فرض، وحكم الثاني بغير رضاهما، فأجاز الأول حكمه، لم يجوز لأن الإذن منه ابتداءً لا يصح، فكذا في الانتهاء، ولا بد من إجازة الخصمين بعد الحكم. وقيل ينبغي أن يجوز، كالوكيل الأول إذا أجاز بيع الوكيل الثاني، إلا أن تعليق التحكيم على شرط، كما لو قال لعبد: إذا أُعْتِمَّتْ فاحكم بيننا، وإضافته إلى وقت، كما لو قال لرجل: جعلناك حكماً غداً، أو قال: رأس الشهر. كل ذلك لا يجوز في قول أبي يوسف خلافاً لمحمد، والفتوى على القول الأول^(٢).

* ليس للخصمين أن يتفقا على محكم أهلاً للتحكيم غير المسلم بين مسلمين، فأجازا حكمه، لم يجوز، كما لو حكماه في الابتداء^(٣).

* الأشهاد على الإتفاق على التحكيم ليس بلازم ولكنه من المأمول وجود هذا الأشهاد، وخوفاً من جحود المحكوم عليه من الخصمين لوجود التحكيم حيث لم يقبل قول الحكم أن الجاحد إلا بيينة.

* ويجب أن يستمر الاتفاق على التحكيم حتى صدور الحكم، إذ إن رجوع أحد

(١) مغني المحتاج ج٤ ص ٣٧٩، الفتاوى الهندية ج٣ ص ٥٦٨، البحر الرائق ج٧ ص ٢٦، حاشية ابن عابدين.

(٢) الموسوعة الفقهية ص ٢٤٢، الفتاوى الهندية ج٣ ص ٢١٧ / ٥٧٠، فتح القدير ج٥ ص ٥٠٢، حاشية ابن عابدين ج٥ ص ٤٣١، البحر الرائق ج٧ ص ٢٤، ٢٩.

(٣) فتح القدير ٥ / ٥٠٢، البحر الرائق ج٧ ص ٢٤، حاشية ابن عابدين ج٥ ص ٤٢٨، الموسوعة الفقهية ص ٢٤٢، الفتاوى الهندية ج٣ ص ٣٦٨.

الخصمين عن التحكيم قبل صدور الحكم يلغي التحكيم.

فلو قال الحكم لأحدهما: أقررت عندي أو قامت عندي بينة عليك بكذا، وقد ألزمتك وحكمت بهذا، فأنكر المقضى عليه الإقرار أو البينة لم يلتفت لقوله، ومضى 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^(١).

يتسم التحكيم بصفة الجوازية لذلك يتفرع منه حق الخصم في الرجوع عن التحكيم، ولكن هذا الحق ليس مطلقاً، حيث ذهب الحنفية وسحنون من المالكية إلى جواز الرجوع لكل خصم قبل صدور الحكم دون حاجة إلى اتفاقهم على ذلك، وإن رجع كان في ذلك عزل للمحكم^(٢).

أما بعد صدور الحكم فلا يجوز للخصم الرجوع عن التحكيم، ولا عزل المحكم، لأن رجوعه لا يبطل الحكم الصادر من محكم له ولاية إصداره مثل القاضي الذي يصدر حكمه ثم يعزله السلطان وعلى هذا: فإن اتفق رجلان على حكم يحكم بينهما في عدد من القضايا، ففضى على أحدهما في بعضهما ثم رجع المحكوم عليه عن تحكيم هذا الحكم، فإن القضاء الأول نافذ، وليس للحكم أن يحكم فيما بقي، فإن حكم لا ينفذ.

وإن قال الحكم لأحد الخصمين: قامت عندي الحجة ما ادعى عليك من الحق، فعزله هذا الخصم، ثم حكم عليه الحكم بعد ذلك لا ينفذ حكمه عليه^(٣).

وعند المالكية: لا يشترط دوام رضا الخصمين إلى حين صدور الحكم بل لو أقاما

(١) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٣٦٩، فتح القدير جـ ٥ ص ٥٠١، ٥٠٢، المبسوط جـ ٢١ ص ٦٢، الموسوعة الفقهية ص ٢٤٢.

(٢) الموسوعة الفقهية ص ٢٤٣.

(٣) تبصرة الحكام جـ ١ ص ٤٣، البحر الرائق جـ ٧ ص ٢٦، الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٣٦٨، فتح القدير جـ ٥ ص ٥٠٠، الموسوعة الفقهية ص ٢٤٣.

البينة عند الحكم، ثم بدأ أحدهما أن يرجع عن التحكيم قبل الحُكْم، تعين على الحكم أن يقضى وجاز حكمه.

وعند الشافعية: يجوز الرجوع قبل صدور الحكم، ولو بعد إقامة البينة وعليه المذهب، وقيل بعدم جواز ذلك، أما بعد الحكم فلا يشترط رضا الخصمين به كحكم القاضى، وقيل يشترط، لأن رضاهما مُعتبر في أصل التحكيم، فكذا في لزوم الحكم، والأظهر الأول^(١).

وقال أصبغ: لكل واحد منهما الرجوع ما لم يبدأ الخصومة أمام الحكم، فإن بدأت تعين عليهما المضى فيها حتى النهاية^(٢).

وقال ابن الماجشون: ليس لأحدهما الرجوع ولو قبل بدء الخصومة^(٣).

وعند الحنابلة: لكل من الخصمين أن يرجع عن التحكيم قبل الشروع في الحكم، أما بعد الشروع فيه وقبل تمامه، ففي الرجوع قولان:

أحدهما: له الرجوع لأن الحكم لم يتم، أشبه قبل الشروع.

والثاني: ليس له ذلك، لأنه يؤدي إلى أن كل واحد منهما إذا رأى من الحكم ما لا يوافق رجوع فبطل مقصوده، فإن صدر الحكم نفذ^(٤).

***الاشهاد على الحكم:** ليس هذا شرطاً لصحة التحكيم، وإنما هو شرط لقبول قول الحكم عند الإنكار ولا بد من الإشهاد في مجلس الحكم^(٥).

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٣١، الموسوعة الفقهية ص ٢٤٤، روضة الطالبين ج ١١ ص ١٢٢، مغنى

المحتاج ج ٤ ص ٣٧٩، نظام التحكيم د/ سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص ٣١.

(٢) الموسوعة الفقهية ص ٢٤٤.

(٣) تبصرة الحكام ج ١ ص ٤٣، الموسوعة الفقهية ص ٢٤٤.

(٤) مطالب أولى النهي ج ٦ ص ٤٧٢، كشاف القناع ج ٦ ص ٣٠٣، المغنى ج ١٠ ص ١٩٠، ١٩١، الكافي

ج ٣ ص ٤٣٦، الموسوعة الفقهية ص ٢٤٤.

(٥) الموسوعة الفقهية ص ٢٤٤، شرح العناية ج ٥ ص ٥٠٢.

وعليه فإن التحكيم عقد كسائر العقود يشترط فيه الرضا، وسأبين ركنيه وهما الإيجاب والقبول، ولوازمه وهما العاقدان والمحل.

* الإيجاب والقبول:

- الإيجاب: هو ما صدر أولاً من أحد العاقدين.

- والقبول: هو ما صدر ثانياً من العاقد الثاني، وهذا هو قول الحنفية^(١).

لذلك قالوا: إن ركن التحكيم هو لفظه الدال عليه مع قبول الآخر^(٢). فهو إيجاب المحكمين بلفظ دال على التحكيم، كقولها، أحكم بيننا، أو: جعلناك حكماً، أو حكمناك في كذا^(٣). فلو حكماً رجلاً فلم يقبل، لا يجوز حكمه عندئذ إلا بتجديد التحكيم^(٤). ومثله لو قال الحكم للخصمين: أحكم بينكم، فقبلاً^(٥).

(١) المدخل للفقهاء الإسلاميين ص ٥١٣ نقلاً عن فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٤.

أما غير الحنفية فيرون: أن الإيجاب هو ما صدر من المملك، والقبول هو ما صدر من المملك. فعبارة البائع والمؤجر والزوجة هي الإيجاب عندهم سواء صدرت أولاً أو أخيراً، لأن تمليك العين أو المنفعة أو العصمة صادر من جهتهم، وعبارة المشتري والمستأجر والزوج هي القبول، لأنهم هم الذين سيتملكون العين أو المنفعة أو البضع، عقد التحكيم د/ الدوري، المرجع السابق ص ١١٤.

(٢) الدر المختار رد المحتار ج ٥ ص ٤٢٨، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٤.

(٣) الطحطاوي على الدر ج ٣ ص ٢٠٧، رد المحتار ج ٥ ص ٤٢٨.

(٤) البحر الرائق، السابق. ورد المختار، السابق. والطحطاوي، السابق.

(٥) الطحطاوي على الدر، السابق.

ويقول د/ الدوري في عقد التحكيم صفحة ١١٥ «وعليه فإن عقد التحكيم يتعقد بالعبارة: أى التلطف بالإيجاب والقبول لكن ليس له صيغة معينة، وإنما يعقد بأى لفظ يدل على التحكيم، سواء كان الإيجاب أمراً مثل: أحكم، أم مضارعاً مثل: نحكمك، أم ماضياً مثل: حكمناك أو جعلناك حكماً، مع قبول الطرف الآخر. ويستترد د/ الدوري قائلاً: ولا أرى مانعاً من أن يتعقد عقد التحكيم أيضاً بالإشارة: لمن لا يُحسن العبارة كإشارة الأخرس إذا فهم منها معنى العقد في حالة ما إذا لم يحسن الكتابة. وبالكتابة: إذا كان أحد طرفي العقد غائباً، فيصح أن يرسل كتاباً إلى الطرف الآخر يذكر فيه صيغة الإيجاب، فإذا وصل الكتاب إلى الطرف الآخر المرسل إليه، وقبل، انعقد العقد. وبالرسول: فإذا حمل رسول إيجاب الطرف الأول إلى الطرف الثاني فقبل الطرف الثاني انعقد العقد.

وإذا انعقد عقد التحكيم، فهل يحتاج إلى بينة تثبت أن الحكم قد حُكِّمَ الخصمان؟
وللإجابة على هذا السؤال نتناول الآتي:
□ الشهادة على تحكيم الحكم:

اختلف الفقهاء في احتياج التحكيم إلى شهود تشهد على الخصمين بأنها حُكِّمَ على قولين:

☞ القول الأول: لا يحتاج التحكيم إلى شهود تشهد على الخصمين بأنها حُكِّمَ وبه يقول المالكية^(١).

☞ القول الثاني: تنبغي الشهادة بالرضا به قبل أن يحكم بينهما، لئلا يجحد المحكوم عليه منها أنه حُكِّمَ، فلا يقبل قوله عليه إلا بينة وبه يقول الحنابلة^(٢)، والحنفية^(٣) والشافعية^(٤)، وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

- ١- أن الحكم بعد القيام من المجلس انعزل، فصار كسائر الرعايا، فلا تقبل شهادته على فعل باشره إلا بشهادة غيره^(٥).
- ٢- أنه يدعي لنفسه عليهما ولاية تنفيذ القول، وهو غير مصدق فيما يدعي عليهما،

(١) الصاوي على الشرح الصغير للرددير ج٤ ص ١٩٨، العدوي على الخرشى ج٧ ص ١٤٥، الدسوقي على الشرح الكبير للرددير ج٤ ص ١٣٥، عقد التحكيم، د/ الدوري، المرجع السابق ص ١١٦.
(٢) كشاف القناع ج٦ ص ٣٠٩، مطالب أولى النهي ج٦ ص ٤٧٢.
(٣) الفتاوى الهندية ج٣ ص ٣٩٩، المبسوط ج١٦ ص ١١١، وج٢١ ص ٦٣، وشرح أدب القاضي لابن مازة ج٤ ص ٦٢، وروضة القضاة ج١ ص ٨٠، والعناية وفتح القدير ج٥ ص ٥٠٢.
(٤) تحفة المحتاج ج١٠ ص ١١٩، نهاية المحتاج ج٦ ص ٢٣١ والجمل ج٥ ص ٣٤٠، القليوبي ج٤ ص ٢٩٨، مغنى المحتاج ج٤ ص ٣٧٩، والأنوار ج٢ ص ٦١٦، وأسنى المطالب ج٤ ص ٢٨٨ وكلهم عن الماوردي. وأيضا قول الماوردي في أدب القاضي ج٢ ص ٣٨٤.
(٥) الفتاوى الهندية، السابقة، المبسوط ج١٦ ص ١١١، العناية وفتح القدير المشار إليهما سابقا.

إذا كانا يجحدانه^(١).

٣- أنه أقر بشيء لا يملك إنشائه، فلا يصح إقراره، كالقاضي المعزول إذا قال: قضيت عليك بكذا وكذا^(٢).

← الرأي الراجح:

أرى رُجحان القول الثاني، لأن المحكوم عليه قد يجحد هذا الحكم، فيحتاج الحكم إلى الإثبات.

← موقف القانون:

ذهب فقهاء القانون إلى أن التحكيم من عقود التراضي، فينعقد الاتفاق عليه بالإيجاب والقبول بين المتعاقدين، ولا يشترط للتحكيم شكل خاص، فللطرفين أن يجررا مشارطته بأي شكل أرادا، شأن العقود الرضائية الأخرى، فلا يتقيد شكله بلفظ معين^(٣)، باتفاق الفقه والقضاء^(٤).

إلا أن القانون قد نصَّ على أنه: لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة^(٥)، وذلك: لأن ولاية التحكيم تقتصر على ما انصرفت إليه إرادة المحتكمين، وهذا يقتضي إثبات التحكيم بالكتابة لأهمية عقد التحكيم وخطورته، فلا سبيل لإثباته بغير طريق الكتابة نظرًا لطبيعته الخاصة التي خرج بها على القواعد العامة، ورغبة في تفادي النزاع حول

(١) المبسوط ج١ ص ٦٣.

(٢) شرح أدب القاضي لابن مازه ج٤ ص ٦٢.

(٣) عقد التحكيم، د/ أحمد أبو الوفا ص ٢٧ بند ٨، د/ الدوري ص ١١٨، ١١٩.

(٤) الوجيز في التحكيم ص ١٣.

(٥) المادة ١٠٠٥ من القانون الفرنسي، وتوافقها المادة ٥٠١ من القانون المصري ٢٥٤ من القانون الكويتي،

٢/٢ من قانون التحكيم الأردني، ٥٠٩ من قانون أصول المحاكمات السوري، ٢٣٣ من قانون المرافعات

البحريني، ٣٠٧ من ق المسطرة المدنية المغربي، عقد التحكيم د/ الدوري، المرجع السابق، ص ١١٩.

إثبات محتويات العقد، وحتى لا يتجاوز المحكمون مهمتهم إلى شيء آخر، أو إلى التطرق إلى ما يتفرع عن النزاع، وإلا بطل قرارهم.

ومقتضى هذا النص: أنه لا يجوز إثبات الاتفاق على التحكيم بشهادة الشهود أو بالقرائن مهما قلت قيمة الموضوع.

ولكن الكتابة ليست شرطاً لانعقاد العقد، وإنما هي طريقة لإثباته، فالتحكيم عقد رضائي وليس عقداً شكلياً، وينبنى على هذا أن عقد التحكيم غير المكتوب يجوز إثباته بالإقرار^(١).

وإذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما، فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء، إلا بعد استنفاد طريق التحكيم، فالاتفاق على التحكيم مُلزم للطرفين، يمنعها من طرح النزاع على المحكمة، ماداماً مُتفقين على التحكيم. على أن ذلك لا يمنع من التجاء الطرفين إلى المحاكم لاتخاذ الإجراءات العاجلة أو الضرورية، كتعيين حارس قضائي لاستغلال بعض الأموال، وإيداع ما يتحصل منها في صندوق المحكمة، حتى يتم الفصل في النزاع، أو لتعيين محكم إذا لم يتفق الخصوم على تعيينه مقدماً، أو قام مانع من مباشرته، أو اعتزل أو عزل عنه.

والحكّم غير مُلزم بقبول التحكيم فهو حر في قبوله أو رفضه، سواء كان تعيينه من الخصوم أو من المحكمة^(٢).

لكنه إذا قبل التحكيم لا يجوز له أن يتنحى بغير عذر مقبول^(٣)، حتى لا يتراحى

(١) المرافعات المدنية والتجارية للشرقاوي ص ٦٢٣ بند ٤٥٤.

(٢) شرح المرافعات المدنية والتجارية للدكتور الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٦٢٣ بند ٤٥٤.

(٣) المادة ٥٠٣ من قانون المرافعات المصري، والمادة ٢٦٠ من قانون المرافعات العراقي، ٥١٤ من قانون الأصول السوري، ٢٣٤ من قانون المرافعات البحريني، ٧٤٨ من ق المرافعات الليبي، ٢٦٥ من مجلة الإجراءات التونسية، ٤٤٨ من قانون الإجراءات الجزائري، ٣١٣ من قانون المسطرة المغربي.

الفصل في النزاع مما يضار به المحتكمان أو أحدهما.

أما إذا تخلى الحكم عن مهمته بغير عذر مشروع كالمرض الشديد أو السفر الطويل كان مسئولاً أمام الخصوم عن تعويض الضرر الذي يكون لحقهم بسبب امتناعه^(١).

ويقول الدكتور الدوري في «عقد التحكيم»^(٢):

«ولما كان الواجب أن يبدأ المحكّمون بفصل النزاع من حين قبولهم مهمة التحكيم اشترط القانون العراقي: أن يفصلوا فيه خلال المدة المحددة في العقد، ما لم يتفق الخصوم على تمديد المدة.

فإذا لم تشترط مدة لصدور قرار المحكمين، وجب عليهم إصداره خلال ستة أشهر من تاريخ قبولهم للتحكيم.

وفي حالة وفاة أحد الخصوم أو عزل المحكّم أو تقديم طلب برده يمتد الميعاد لإصدار قرار التحكيم إلى المدة التي يزول فيها هذا المانع^(٣).

وعلة تحديد المدة على الوجه المتقدم أن تتحقق الغاية من التحكيم بحسم النزاع في أقصر وقت ممكن.

فإذا لم يقم المحكّمون بالفصل في النزاع خلال المدة المشروطة في اتفاهم أو المدة

(١) مفاد المادة ٥٠٣ من قانون المرافعات المصري، ٥١٤ من قانون الأصول السوري، ٨٤٣ من قانون الأصول اللبناني، ٢٣٤ من قانون المرافعات البحريني، ٧٤٨ من قانون المرافعات الليبي، ٢٦٥ من مجلة الإجراءات التونسي.

(٢) عقد التحكيم د/ الدوري، المرجع السابق، ص ١٢٤.

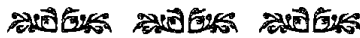
(٣) المادة ٢٦٢ من قانون المرافعات العراقي، ومدة صدور قرار المحكمين هذه هي: شهر في المادة ٨٤٢ من قانون الأصول اللبناني، وشهران في المادة ٥٠٥ من قانون المرافعات المصري، وثلاثة أشهر في المادة ٢٥٩ من قانون المرافعات الكويتي، والمادة ٥٢٠ من قانون الأصول السوري، والمادة ٥ من قانون التحكيم الأردني، والمادة ٧٥٢ من قانون المرافعات الليبي، والمادة ٤٤٤ من قانون الإجراءات الجزائري، والمادة ٣٠٨ من قانون المسطرة المغربي.

المحددة في القانون، أو تعذر على المحكّمين تقديم تقريرهم لسبب قهري جاز لكل خصم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع، لإضافة مدة جديدة للفصل في النزاع أو لتعيين محكمين آخرين للحكم فيه، وذلك حسب الأحوال.

وكذلك الحال إذا عرضت خلال التحكيم مسألة أوليّة تخرج عن ولاية المحكمين، أو طعن بالتزوير في ورقة، أو اتّخذت إجراءات عقابية عن تزويرها، أو عن حادث آخر، يوقف المحكمون عملهم^(١).

وتخلّص مما تقدم إلى أن ما ذهب إليه فقهاء القانون هو نفسه ما ذهب إليه فقهاء المسلمون في نصّهم على ذلك، مع عدم الاشتراط لصيغة بعينها.

أما فيما يتعلق بالنصّ على وجوب إثبات التحكيم بالكتابة فقد أراد المشرع به تفادي المنازعات على إثبات موضوع التحكيم ذي الأهمية والخطورة، وهو يتفق مع روح الشريعة الإسلامية، إذ أن مقصود الشريعة هو حماية حقوق العباد والحرص على مصالحهم.



(١) المادة ٥٠٦ من قانون المرافعات المصري، والمادة ٢٦٨ من قانون المرافعات العراقي، والمادة ٥٢٥ من قانون الأصول السوري، والمادة ٧٥٧ من قانون المرافعات الليبي، والمادة ٢٧٤ من مجلة الإجراءات التونسية، والمادة ٤٤٨ من قانون الإجراءات الجزائري، والمادة ٣١٣ من قانون المسطرة المغربي، (د/الدوري، المرجع السابق، ص ١٢٤).

الفصل الثاني

◀ شروط الإيجاب والقبول ▶

إذا كان العقد هو الارتباط بين الإيجاب والقبول، فهذا الارتباط لا يكفي في ثبوته مجرد صدور العبارة أو ما يقوم مقامها من العاقدين.

ويمكن إجمال شروط الإيجاب والقبول فيما يلي:-

١- أن يتوافق كل من الإيجاب والقبول على محل عقد بعينه.

٢- أن يكون محل العقد قابلاً للتعاقد شرعاً.

٣- اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد.

٤- أن يكون العاقد أهلاً للتعاقد.

- وسأوضح هذه الشروط بشيء من التفصيل:

□ الشرط الأول: توافق الإيجاب والقبول:

يتوافق الإيجاب مع القبول، ويتلاقى معه إذا كان مطابقاً له في كل جزئية من جزئياته، سواء كانت هذه الموافقة صريحة أو ضمنية.

فلو قال شخص لآخر بعتك هذه الدارَ بألفي دينار، فقال الآخرُ قبِلْتُ، فالموافقة هنا صريحة.

أما إذا لم يتوافق القبول والإيجاب كلياً أو جزءاً لم ينعقد العقد، كما لو قال شخص لآخر، بعتك هذه السيارة بألف دينار، فقال الآخر: قبلت حديقتك بهذا الثمن، أو قال قبلتها بخمسمائة دينار، ففي هاتين الصورتين لا ينعقد العقد لمخالفة القبول للإيجاب كلياً أو جزءاً.

والمقصود بتوافق الإيجاب والقبول في الفقه الإسلامي هو توافر الرضا بالعقد بين

طرفيه وذلك:

١- لأن رضا الخصمين هو الميث للولاية، فلا بد من تقدمه^(١).

٢- ولأن ما كان وجوده من شيئين، لا بد له من وجودهما، وأما عدمهما فلا يحتاج إلى عدمها، بل يعدم بعدم أحدهما^(٢).

➔ استدامة الرضا إلى تمام الحكم:

ذهب جمهور الفقهاء إلى ضرورة استدامة الرضا من ابتداء الحكم إلى تمام الحكم، فإن رجع أحدهما قبل تمام الحكم ولو بعد إقامة البينة والشروع فيه بأن قال المدعى عليه للحكم عزلتكم فليس له أن يحكم لعدم استمرار الرضا، وإلى هذا ذهب الحنفية وبعض المالكية والشافعية وبعض الحنابلة^(٣). وإلى هذا ذهب سحنون، وقد استدلوا على ذلك بما يلي: لأنه لا يحكم إلا برضاها، ولأن التحكيم من الأمور الجائزة فيجوز لأحدهما نقضه كما في الشركات والمضاربات والوكالات^(٤).

وذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يلزم توافر الرضا إلى وقت صدور الحكم، فيكتفي أن يتم الرضا بالتحكيم ابتداءً، إذ إن التحكيم قد انعقد برضا الخصوم وقد تم ذلك بقبول المحكم^(٥).

(١) حاشية ابن عابدين ج٤ ص ١٦، حاشية الدسوقي ج٤ ص ٢، المغني لابن قدامة ج٤ ص ٤٠.

(٢) العناية على الهداية ج٥ ص ٥٠١.

(٣) أدب القاضي للماوردي ج٢ ص ٣٨٠ (قال: سواء حكم للراضي أو للراجع) وإعانة الطالبين ج٤ ص ٢٢١، والخطيب والبجيرمي ج٤ ص ٣٢٣، والأنوار ج٢ ص ٦١٥، وروضة القضاة ج١ ص ٧٩، وعقد التحكيم د/ الدوري، المرجع السابق، ص ١٣٥.

(٤) تبين الحقائق ج٤ ص ١٩٣، التبصرة لابن فرحون، ج١ ص ٥٥.

(٥) حاشية الرهوني ج٧ ص ٣٠١.

- موقف القانون من ذلك:

وذهب فقهاء القانون إلى أن رجوع أحد الطرفين قبل الحكم لا ينقض حكم الحكم، فلا يجوز عزل المحكمين إلا بتراضي الخصوم جميعاً^(١).

- اشتراط الرضا بعد الحكم:

وهل يشترط في نفوذ حكم المحكم تراضي الخصمين به بعد الحكم؟

- اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:-

< القول الأول: لا يشترط الرضا بعد الحكم:

فإن حكم المحكم نفذ حكمه على المتحاكمين ولزمها، وليس لأحدهما أن يرجع عن تحكيمه. وهذا هو قول جمهور الفقهاء من الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والحنابلة^(٤) وهو أحد قولي الشافعية.

- وحجة هذا القول:

[١] قوله ﷺ [من حكم بين اثنين تراضياً به، فلم يعدل بينهما، فعليه لعنة الله]. فكان الوعيد دليلاً على لزوم حكمه. كما قال ﷺ في الشهادة ﴿ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ ءَاثِمٌ

(١) المادة ٥٠٣ من قانون المرافعات المصري، و٨٤٥ من قانون الأصول اللبناني، و٤ من قانون التحكيم الأردني، و٥١٥ من قانون الأصول السوري، و٢٣٤ من قانون المرافعات البحريني، و٧٤٩ من قانون المرافعات الليبي، و٢٦٧ من مجلة الإجراءات التونسية، و٣١٠ من قانون المسطرة المغربي، وهو مفاده المادة ٢٥٣/٢-٣ من قانون المرافعات العراقي.

(٢) المحيط البرهاني والمبسوط ج٦ ص ١٦١ والدر المختار ورد المحتار عليه ج٥ ص ٤٢٩، والكنز والبحر الرائق ج٧ ص ٢٦. وأدب القاضي للهاوردي ج٢ ص ٣٨٢. وتبيين الحقائق ج٤ ص ١٩٣.

(٣) جواهر الإكليل ج٢ ص ٢٢٣، والمتقى ج٥ ص ٢٢٦، وإرشاد السالك ص ١٨٣، وبداية المجتهد ج٢ ص ٤٥٢، والقوانين ص ٣٢٥، ورحمة الأمة ج٢ ص ١٩٤، والميزان الكبرى ج١ ص ١٩٢.

(٤) غاية المنتهي مع مطالب أولى النهي ج٦ ص ٤٧١، والإقناع وكشاف القناع عليه ج٦ ص ٣٠٨ - ٣٠٩، والإنصاف ج١١ ص ١٩٧، ومنتهى الإيرادات ج٢ ص ٥٧٨، عقد التحكيم د/الدوري،

المرجع السابق، ص ١٤٧، ١٤٨.

قَلْبُهُ ﴿ [البقرة: ٢٨٣]، فَدَلَّ الوعيد على لزوم الحكم بشهادته، وكقوله ﷺ [من عَلِمَ علماً وكتّمه أَلْجَمَهُ اللهُ يومَ القيامةِ بلجامٍ من نارٍ]، فَدَلَّ الوعيد على لزوم الحكم بما أبداه^(١).

[٢] قوله ﷺ [إذا كتّم ثلاثة فأمرّوا عليكم واحداً] فصار بتأميرهم له نافذ الحكم عليهم كنفوذه لو كان والياً عليهم. ولذلك انعقدت الإمامة للإمام باختيار أهل الاختيار^(٢).

[٣] لولا اللزوم لما كان للترافع إليه معنى^(٣).

[٤] التحكيم لا يكون دون الصلح، وبعد ما تمّ الصلح ليس لواحد أن يرجع^(٤).

← القول الثاني:

يشترط رضا الخصمَين بعد الحكم «.. فلا يلزم حُكْمُ الحُكْمِ إلا بتراضيهما ويكون

(١) المغني ج١ ص ١١٤ وكشاف القناع ج٦ ص ٣٠٩ والخلاف ج٣ ص ٣٢٢. وحديث (من حكم بين اثنين ..) رواه أبو بكر في الكشاف. وورد في تلخيص الجبر ج٤ ص ١٨٥: (الحديث) ابن الجوزي في التحقيق، قال ذكر عبد العزيز من اصحابنا من نسخة عبد الله بن جراد فذكره، وتعقبه صاحب التنقيح فقال: هي نسخة باطلة، كما صرح هو به في الموضوعات، وبالغ في الخط على الخطيب لاحتجاجه بحديث منها فيما مضى من كتاب التحقيق. وأنظر: جواهر الأخبار ج٦ ص ١١٤ عن التلخيص.

وحديث (من عَلِمَ علماً وكتّمه أَلْجَمَهُ اللهُ يومَ القيامةِ بلجامٍ من نارٍ): رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وابن حبان والحاكم وصحاحه عن أبي هريرة وقال الترمذي: أنه حسن صحيح. المقاصد الحسنة رقم ١١٦٨ ص ٤٢٥ ولفظه: من كتّم علماً يعلمه أَلْجَمَ اللهُ يومَ القيامةِ بلجامٍ من نارٍ.

(٢) أدب القاضي السابق - وحديث [إذا كتّم ثلاثة فأمرّوا عليكم واحداً] رواه الطبراني بإسناد حسن عن ابن مسعود. كشف الخفاء للعجلوني رقم ٢٦٧ ج١ ص ٩٧.

(٣) الخلاف ج٣ ص ٣٢٢.

(٤) شرح منير القاضي على المجلة ج٤ ص ١٩٣ وتبين الحقائق ج٤ ص ١٩٣، فتح القدير ج٥ ص ٥٠٠ والمبسوط ج٦ ص ١١١.

ذلك الحكم كالفتوى منه». وهو أحد قولَي الشافعية^(١) وأحد قولَي الزيدية^(٢) والإمامية^(٣).

- وقد استدلوا على ذلك بأنه:-

١- أن المُحكَّم ليس بحاكم^(٤).

٢- حُكْم المُحكَّم إنما يلزم بالرضا به، ولا يكون إلا بعد المعرفة بحكمه^(٥).

٣- رضا المتحاكِّمين معتبر في أصل الحُكْم، فكذا في لزومه^(٦) كالفتيا، لأنه لما وقف

على خيارهما في الابتداء وجب أن يقف على خيارهما في الانتهاء^(٧).

(١) اختلاف العراقيين في الأم جـ٧ ص ١٠٣ وأدب القاضي للماوردي جـ٢ ص ٣٨٢ عن اختلاف العراقيين، ومغنى المحتاج جـ٤ ص ٣٧٩ ونهاية المحتاج جـ٥ ص ٢٣١ والجلال جـ٤ ص ٢٩٨، والسراج الوهاج ص ٥٨٩ والمهذب جـ٢ ص ٢٩١. والمغني جـ١١ ص ٤٨٣ وبهامشه الشرح الكبير ص ٣٩٢. ونص الشافعي في اختلاف العراقيين المشار إليه آنفاً هو:

(وإذا اصططح الرجلان على أن يحكم الرجل بينهما في شيء يتنازعان فيه فحكم لأحدهما على الآخر، فارتضعا إلى القاضي، فرأى خلاف ما يرى الحكم بينهما، فلا يجوز في هذا إلا واحداً من قولين:- الأول: إما أن يكون إذا اصططحا جميعاً على حكمه ثبت القضاء، وافق ذلك قضاء القاضي أو مخالفه، فلا يكون القاضي أن يرد من حكمه إلا ما يرد من حكم القاضي غيره من خلاف كتاب أو سنة أو إجماع أو شيء داخل في معناه.

الثاني: وإما أن يكون حكمه بينهما كالفتيا، فلا يلزم واحداً منهما شيء، فيبتدئ القاضي النظر بينهما كما يبتدئه بين من لم يحاكم إلى أحد).

وظاهر هذا النص أن هذين القولين يكونان عند ارتفاع الخصمين إلى القاضي بعد حُكْم الحُكْم بينهما، ورأى القاضي خلاف ما يرى الحُكْم.

ثم إن القاضي عند الشافعية لا يجوز له تَقْضُ حكم الحُكْم إلا من حيث ينقض حكم القاضي، كما ذكره الشافعي هنا، فلا فرق بعد حكم الحكم عليهما، بين ارتفاع الخصمين إلى القاضي أو عدم ارتفاعهما إليه.

(٢) البحر الزخار جـ٦ ص ١١٤.

(٣) مفتاح الكرامة جـ١٠ ص ٣ عن المبسوط والروضة جـ١ ص ٢٣٨.

(٤) البحر الزخار، السابق.

(٥) المغني والشرح الكبير، السابقان.

(٦) مغني المحتاج ونهاية المحتاج والمهذب وروضة القضاة السابقة، وأنظر د/ الدوري ص ١٥٣.

(٧) أدب القاضي للماوردي جـ٢ ص ٣٨٢، عقد التحكيم للدوري، المرجع السابق ص ١٥٣.

٤- في إلزام حكم الحكم أفتتات على القاضي والإمام^(١).

* تعليق التحكيم وإضافته:

- التحكيم بالشرط كقولها لرجل: إذا قدمت القاهرة فاحكم بيننا.

- وإضافة التحكيم إلى وقت: كقولها لرجل: جعلناك حكماً غداً^(٢).

وقد اختلف الحنفية في تعليقه وإضافته على قولين:

◀ القول الأول: يجوز، وهو قول الإمام محمد، وبه أخذت مجلة الأحكام العدلية في

المادة ١٨٤٦.

لأن التحكيم تولية وتفويض، لأن كل واحد من الخصمين بالتحكيم يُفوض إلى الحكم، ما كان يملك فعل ذلك بنفسه، فأشبه القضاء، وتقليد القضاء يجوز مضافاً ومعلقاً، فكذا التحكيم^(٣).

◀ القول الثاني: لا يجوز وهو قول أبي يوسف^(٤)، وعليه الفتوى^(٥).

لأن التحكيم تولية صورة وصلاح معنى، لأنه لا يثبت إلا بتراضى الخصمين، والمقصود به قطع منازعة قد تحققت بينهما، وهذا هو معنى الصلح، فلا يصح معلقاً ومضافاً قياساً على سائر المصالحات.

(١) روضة القضاة ج١ ص ٧٩ والمهذب.

(٢) مجمع الأنهر ج٢ ص ١١٣، وجامع الفصولين ج٢ ص ٢، والفتاوى الهندية ج٣ ص ٣٩٨، ومعين الحكام ص ٢٥، والفتاوى الطروسية ص ٣٢٠ - ٣٢٢ نقلًا عن البحر المحيط وتممة الفتاوى والمحيط وقاضيخان.

(٣) الوجيز في التحكيم ص ١٧، وعقد التحكيم وإجراءاته، د/ أحمد أبو الوفا ص ٢٧ بند ٧.

(٤) جامع الفصولين والفتاوى الهندية ومجمع الأنهر ومعين الحكام، السابقة، وأنظر رأي أبي يوسف أيضًا في: فتح القدير ج٥ ص ٤٩٨ والبحر الرائق ج٧ ص ٢٤ و ٢٧ ورد المختار ج٥ ص ٤٢٧ عن البحر.

(٥) مجمع الأنهر ج٢ ص ١١٣ عن الخانية.

◀ توقيت التحكيم:

إذا اصطلحا على حَكَمٍ يحكُم بينهما في يومه هذا، أو في مجلسه هذا، فهو جائز، ألا يرى أنه جائز تقليد القضاء مؤقتاً؟ فكذا التحكيم. فإن مضى ذلك اليوم، أو قام عن مجلسه ذلك، لا يبقى حكماً^(١).

□ الشرط الثاني: أن يكون محل العقد قابلاً للتعاقد شرعاً:

ومحل العقد هو ما كان التعاقد بخصوصه وواقعاً عليه. ويشمل ذلك ما كان مآلاً كالكتاب والدار، أو منفعة مال كسكنى الدار وركوب السيارة، أو منفعة ما ليس بهال كالمنفعة المترتبة على عقد الزواج. أو عملاً كعمل الطبيب، والمعلم والمهندس. فهذه كلها ينعقد عليها العقد، ويترتب عليه أثره ما دام المحل قابلاً لظهور حكم الشرع فيه وغير منهي عنه^(٢).

فلو كان محل العقد لا يعتبر مآلاً في نظر الشارع كلحم الميتة، أو كان منفعة مال لا يعتبرها الشارع كاستئجار سلاح لقتل شخص بغير حق، أو منفعة ما ليس بهال ولا يعتبره الشارع كالزواج بمحرم، أو عملاً نهى الشارع عنه كاستئجار شخص للسرقة، فإن ذلك العقد لا ينعقد ولا يرتب آثاراً رغم الإيجاب والقبول في الظاهر^(٣).
والمحل في عقد التحكيم هو فضلُّ النزاع بين المتخاصمين وإصلاح ذات البين، فهو منفعة ما ليس بهال، أي: هو منفعة مترتبة على عقد التحكيم.

□ الشرط الثالث: أن يتصل الإيجاب والقبول في مجلس العقد:

وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء ولكنهم يختلفون في المراد بالاتصال.

(١) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٩٨ والبحر الرائق ج ٧ ص ٢٧، د/ الدوري، المرجع السابق، ص ١٥٧.

(٢) روضة الطالبين ج ٣ ص ٣٤، حواشي الشرواني ج ٤ ص ٢٣.

(٣) المدخل للفقهاء الإسلامي ص ٥١٧، د/ الدوري، المرجع السابق، ص ١٥٩.

فمن الفقهاء كالشافعية كما جاء في نهاية المحتاج من يقول: إن المراد به كون القبول فور الإيجاب فإذا توسط بين الإيجاب والقبول كلام أجنبي ولو لم يعتبر إعرافاً عن العقد لا يتحقق الاتصال فينتفي انعقاد العقد^(١).

ورأى الحنفية أن إلزامه بالفورية تضيق عليه، والخرج مرفوع فهو بحاجة إلى التدبر والتأمل، ولكن لا يجوز أن يسمح له أن يتأخر في الرد على الموجب بالقبول أو الرفض لأن فيه ضرراً على الموجب، وفيما ذهب إليه الحنفية توسعة وتيسير على الناس في معاملاتهم.

والاتصال هنا معناه: أن يصدر القبول متصلًا بالإيجاب في مجلس العقد إن كانا حاضرين دون أن يفصل بينهما فاصل. فإن كان أحدهما حاضرًا والآخر غائبًا فيجب على الغائب بمجرد وصول الإيجاب إلى علمه أن يظهر رأيه ليتصل قبوله بالإيجاب بدون فاصل.

وعند الحنفية يعتبر 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^(٢).

ومن ذلك يتضح أن الخصمين إذا حكما الحكم فصدر الإيجاب منهما، وقبل الحكم ذلك، واتصل قبوله بإيجابها، انعقد عقد التحكيم، وإن لم يكن ذلك الاتصال فوراً في المجلس، مادام لم يتأخر في الرد على الموجب، كما قال الحنفية.

(١) د/ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق ص ٤٢٢، أ، عزة قطوره، المرجع السابق ص ٦٧.

(٢) المدخل للفقهاء الإسلاميين، ص ٥١٩، والمدخل لدراسة الشريعة ص ٢٩٠، التحكيم في الشريعة الإسلامية د/

الدوري المرجع السابق ص ١٦١، د/ أحمد زكي عويس، النظريات العامة في الفقه الإسلامي ص ٦٥٥.

□ الشرط الرابع: أن يكون العاقد أهلاً للتعاقد:

ويقصد بذلك أن يكون الشخص مميزاً يتحقق فيه الإرادة، ولا يتحقق هذا إلا في شخص له أهلية الأداء^(١).

ويعرف الأصوليون أهلية الأداء بأنها: صلاحية المكلف لأن تعتبر شرعاً أقواله وأفعاله، بحيث إذا صدر منه عقد أو تصرف كان معتبراً شرعاً، وترتبت عليه أحكامه. وقد اعتبر الفقهاء هذا الشرط في المحكم لأنه لما كان كالحاكم اعتبرت فيه شروط القاضي.



(١) المدخل للفقهاء الإسلاميين ص ٥١٥.

الفصل الثالث

الحقوق التي يتم فيها التحكيم

اختلف الفقهاء فيما يجوز فيه التحكيم وما لا يجوز على أقوال عديدة، وذلك على النحو التالي:

□ أولاً: الأحناف:

يرى الأحناف أن التحكيم في منزلة الصُّلح، فما يجوز فيه الصُّلح يجوز فيه التحكيم، وبالتالي يجوز التحكيم في أي نزاع ما عدا الحدود كالسرقة والزنا وشرب الخمر والردة^(١)، والقصاص فيما دون النفس كقطع اليد وفقاً العين وما إلى ذلك، والدية على العاقلة^(٢).

- ووجه عدم جواز التحكيم في الحدود:

- ١- أنها حق لله ﷻ، وأن الإمام هو المتعين لاستيفائها^(٣).
- ٢- أن حكم الحكم بمنزلة الصُّلح وهذه لا تجوز بالصُّلح، فلا تجوز بالتحكيم^(٤).

- (١) معين الحكام ص ٢٥، البناية على الهداية ج٧ ص ٦٩، فتح القدير ج٦ ص ٤٠٩.
- (٢) بدائع الصنائع ج٧ ص ٣، الفتاوى الهندية ج٣ ص ٢٦٨، رد المحتار على الدر المختار ج٥ ص ٤٢٩، الزيلعي ج٤ ص ١٩٣، فتح القدير ج٥ ص ٥٠٠، حاشية ابن عابدين ج٤ ص ١٣٦، البحر الرائق ج٧ ص ٢٦، شوكت عليان - السلطة القضائية في الإسلام - رسالة دكتوراه، الأزهر ١٣٩٢ هـ - ١٩٩٣ م، ص ٤٦٣ وما يليها.
- (٣) أدب القاضي لابن مازة ج٤ ص ٦٣، الفتح القدير والغابة ج٥ ص ٥٠٠، البحر الرائق ج٧ ص ٢٦، عقد التحكيم للدوري المرجع السابق ص ٢٤٤، القضاء في الفقه الإسلامي، رأفت عثمان المرجع السابق ص ٣٢، القضاء في الإسلام، محمد عبد القادر ص ١٧٦.
- (٤) أدب القاضي لابن مازة ج٤ ص ٦٣، الفتح القدير والغاية ج٥ ص ٥٠٠، البحر الرائق ج٧ ص ٢٦، عقد التحكيم للدوري المرجع السابق ص ٢٤٤، القضاء في الفقه الإسلامي، رأفت عثمان المرجع السابق ص ٣٢، القضاء في الإسلام، محمد عبد القادر ص ١٧٦.

٣- أن حكم المحكّم حجة فقط في حق الذين جكّماه وليس حجة في حق غير المحكّمين فيكون في هذا شبهة والقصاص والحدود تُذَرَأُ بالشبهات^(١).

٤- المحكّمان لا يملكان إباحة دمهما فلا يجوز حكم الحكم فيهما لتوقف حكمه على صحة تحكيمهما.

فمن عليه الحد لا يقيمه على نفسه، وكذلك ليس للحكم أن يقيم شيئاً من ذلك^(٢).

٥- التحكيم تفويض، والتفويض يصح بما يملك المفوض فيه بنفسه وما لا يصح فيه لا يملك كالتوكيل^(٣).

وحيث إن استيفاء عقوبة الدية مما يستقل به ولي الأمر وأن حكم المحكّم ليس بحجة في حق غير الخصوم، فكان فيه شبهة، والحدود تُذَرَأُ بالشبهات كما أن القصاص لا يجوز فيه لعدم خضوعه للصلح، حيث إن الإنسان لا يملك دمه حتى يجعله موضعاً للصلح، كما لا يصحُّ التحكيم في ما يجب من الدية على العاقلة، كما أسلفنا، لأنه لا ولاية للحكّمين على العاقلة، ولا يمكنهما الحكم على القاتل وحده بالدية، لمخالفته حكم الشرع الذي يوجب الدية على القاتل وحده دون العاقلة إلا في مواضع محددة، كما لو أقرَّ بالقتل خطأ^(٤). أما في تلك المواضع المحددة فإن التحكيم جائز ونافذ^(٥).

وَأَحَقُّ الحنفية «اللعان» بالحدود لأنه قائم مقام الحد.

(١) تبين الحقائق جـ٤ ص ١٩٣، عقد التحكيم للدوري ص ٢٤٤.

فتح القدير وشرح الغاية على الهداية للجابرتي جـ٧ ص ٣١٨.

(٢) المبسوط جـ١٦ ص ١١١.

(٣) قحطان الدوري في عقد التحكيم، المرجع السابق، ص ٢٤٥، معين الحكام ص ٢٥، د/ الأسطل ص ١٣٥.

(٤) بدائع الصنائع جـ٧ ص ٣، الموسوعة الفقهية ص ٢٣٩، البحر الرائق جـ٧ ص ٢٦.

(٥) البحر الرائق جـ٧ ص ٢٦.

وقد اختلف فقهاء الحنفية في حَدِّي القذف والقصاص، وسأبيِّن ذلك على النحو التالي:
(أ) حَدُّ القذف:

اختلفت آراء فقهاء المذهب الحنفي في حَدِّ القذف على قولين:

«القول الأول: يجوز التحكيم فيه وهو ما ذكره شمس الأئمة السرخسي عن بعض الحنفية^(١) وهو قول ضعيف^(٢)».

«القول الثاني: لا يجوز التحكيم فيه وذلك لما يأتي^(٣)»:

١- لأن الغالب فيه حَقُّ الله ﷻ على الأصحَّ^(٤).

٢- لأن حُكْم الحُكْم بمنزلة الصلح ولا يجوز استيفاء حَدِّ القذف بالصلح.

٣- لأنه يَنْدَرِيُّ بالشبهة، وفي حكمه شبهة لأنه حكم في حقها لا في حق غيرها، وأى شبهة أعظم من هذا^{(٥)؟!}

(ب) القصاص: وللحنفية فيه قولان:

- أولهما: يجوز التحكيم في القصاص. وهو ما ذكره شمس الأئمة عن بعض

الحنفية^(٦):

وذلك لما يأتي:

١- أن ولي القصاص لو استوفى القصاص من غير أن يرفع إلى السلطان جاز فكذا

(١) شرح أدب القاضي لابن مازة ج٤ ص ٦٣، البحر الرائق ج٧ ص ٢٦.

(٢) رد المحتار على الدر المختار ج٥ ص ٤٢٩.

(٣) شرح ابن مازة المرجع السابق، البحر الرائق المرجع السابق، فتح القدير ج٥ ص ٥٠٠.

(٤) البحر الرائق ج٧ ص ٢٦.

(٥) فتح القدير وشرح الغاية على الهداية للجابري ج٧ ص ٣١٨.

(٦) الغاية ج٥ ص ٥٠٠، شرح أدب القاضي لابن مازة ج٤ ص ٦٣.

إذا حكم فيه؛ لأنه من حقوق العباد^(١).

٢- التحكيم تفويض وتولية في حقها وإن كان صالحاً في حق غيرهما وهما يملكان استيفاء القصاص فيصح تفويضه إلى غيرهما^(٢).

وقد ضعفه ابن نجيم لأنه لم يكن حقاً محضاً للعبد بل هو من قبيل ما اجتمع فيه الحقان^(٣)، وإن كان الغالب حق العبد.

- ثانيهما: لا يجوز التحكيم في القصاص لأن القصاص كالحدود وحجة قولهم:

١- أنه لا ولاية للمحكّمين على دمها ولهذا لا يملكان الإباحة^(٤).

٢- حُكْم المحكّم ليس بحجة في حق غير المحكّمين فكانت شبهة والقصاص كالحدود لا تستوفى بالشبهات^(٥).

٣- حُكْم المحكّم بمنزلة الصلح والقصاص كحدّ القذف لا يجوز استيفاؤه بالصلح فلا يجوز بالتحكيم^(٦).

٤- القصاص لم يتمحص حق العبد بل هو من قبيل ما اجتمع فيه الحقان وإن كان الغالب حق العبد^(٧) كما أسلفنا.

(١) فتح القدير ج٥ ص ٥٠١، البحر الرائق ج٧ ص ٢٦، قطحان الدوري، المرجع السابق ص ٢٥٢، عزة قطورة المرجع السابق ص ٧٧.

(٢) معين الحكام ص ٢٥.

(٣) البحر الرائق ج٧ ص ٢٦.

(٤) البحر الرائق ج٧ ص ٢٦.

(٥) الغاية ج٥ ص ٥٠٠.

(٦) شرح أدب القاضي لابن مازة ج٤ ص ٦٣، البحر الرائق المرجع السابق، معين الحكام ص ٢٥، عن الخصاف.

(٧) البحر الرائق وقحطان الدوري المرجع السابق.

□ ثانياً: المالكية^(١):

التحكيم جائز عندهم في الأموال والجراح ولكن لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بحق الله ﷻ كالحُدود كالزنا والردة والقتل والعِتق والطلاق، كما لا يجوز التحكيم في الحقوق المتعلقة بالغير - كاللعان والولاء لشخص على آخر والنسب كإثباته أو نفيه^(٢). والحكم إذا حكم فيما لا يجوز له التحكيم فيه، فإنه يمضي إن كان صواباً وليس لأحدهما ولا لحاكم غيرهما أن ينقضه، لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف كحكم الحاكم^(٣).

□ ثالثاً: مذهب الشافعية:

اختلف الشافعية فيما يجوز فيه التحكيم على النحو التالي:

↔ القول الأول: إن التحكيم جائز في كل شيء كالمولى من جهة الإمام^(٤).

↔ القول الثاني: إن التحكيم جائز في غير حدود الله ﷻ، وكذا حقوق الله المالية التي ليس لها طالب معين كالزكاة.

↔ القول الثالث: إن التحكيم جائز في الأموال فقط، أما النكاح واللعان والقصاص وحد القذف وغيرهم فلا يجوز فيهم التحكيم مطلقاً بحجة مايلي:

١- أن المال أخف.

٢- لخطر هذه الأمور الأربعة، فتُناط بنظر القاضي ومنصبه^(٥).

(١) د/ سيد محمود (نظام التحكيم) المرجع السابق ص ٥١.

(٢) تبصرة الحكام ج١ ص ٤٣، ٤٤، ٥٥، المتقى شرح الموطأ ج٥ ص ٢٢٨، حاشية الخرخشي ج٥ ص ٢٩٩.

(٣) الشرح الصغير للدردير ج٤ ص ١٩٩، ٢٠٠، والشرح الكبير والدسوقي عليه ج٤ ص ١٣٦، عقد التحكيم للدوري ص ٢٦٤، د/ الأسطل ص ١٣٨.

(٤) روضة الطالبين ج١١ ص ٢٦٢، مغنى المحتاج ج٤ ص ٣٧٩، القضاء في الإسلام د/ محمد عبد القادر أبو فارس ص ١٧٧.

(٥) المغني ج١١ ص ٤٨٤ وبهامشه الشرح الكبير ص ٣٩٣.

٣- حيث إنها حقوق بُيِّنَتْ على الاختيَّاط فلا يجوز فيها التحكيم كما ورد:
بأن الصحيح عدم الاختصاص، لأن من صح حكمه في مال صحَّ في غيره كالمولى
من جهة الإمام.

ونقل الإجماع على عدم جواز التحكيم في هذه الأمور الأربعة^(١).

□ رابعاً: مذهب الحنابلة:

إن المعتمد في مذهب الإمام أحمد بن حنبل (رحمه الله) أن حكم المحكم ينفذ في المال
والقصاص والحدود والنكاح واللعان، أى في جميع الحقوق المتعلقة بالله، والحقوق
المتعلقة بالآدميين.

وذلك بحجة: أنه كحاكم الإمام، الذي ينفذ حكمه في جميع الأحكام.

ويرى بعض فقهاء الحنابلة أنه ينفذ حكم المحكم في جميع الأحكام إلا في أربعة: هي
.. الزواج - اللعان - القذف - القصاص^(٢). لأنها لها مُزَيَّة على غيرها، وللتغليظ فيها، فلا
يتولى الحكم فيها إلا الإمام ونائبه^(٣). وخصوا اللعان لأن فيه دعوى إنكار.

وصرَّح صاحب كشاف القناع من فقهاء الحنابلة بأن حكمه ينفذ في كل الأمور من
قصاص أو حدٍّ أو زواج أو لعان أو غيرها^(٤).

* خلاصة آراء الفقهاء^(٥):

يقول الدكتور الأسطل: «إنه لا خلاف بين الفقهاء على أنه يجوز التحكيم في الأموال

(١) نقل الإجماع على عدم جواز التحكيم في هذه الأربعة، ولكن ليس ذلك بصواب لورود الأقوال
الأخرى، هامش عقد التحكيم د/ الدوري، المرجع السابق ص ٢٦١.
(٢) المغنى ج٥ ص ١٠٨، د/ رأفت عثمان، المرجع السابق ص ٣٤.
(٣) المغنى ج١١ ص ٤٨٤ وبهامشه الشرح الكبير ص ٣٩٣ وكلاماً عن القاضي. الشرح الكبير لابن قدامة
ص ١٦٥.

(٤) كشاف القناع من الإقناع لليهوتي ج٦ ص ٣٠٣.

(٥) التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ الأسطل المرجع السابق ص ١٤١.

وما يجرى مجراها وما عدا ذلك، كحدود الله وحقوقه المالية، فإن الجمهور على أنه لا يجوز فيها التحكيم لأنه لا طالب لها معين، أو لأن الشارع استلزم فيمن يباشر النظر فيها أن يكون صاحب ولاية عامة لخطرها، ولما يعود على المجتمع بالضرر العام إذا أُبيح لغير الحاكم النظر فيها.

وبعد أن تناولنا بيان آراء الفقهاء واختلافاتهم في تحديد النطاق الموضوعي للتحكيم.. فإنه يجب لتحديد هذا النطاق التفرقة بين أمرين:

- الأول: إذا كان التحكيم قد صدر من أشخاص عاديين، ولم تكن لهم الصفة العامة.. أى إذا صدر التحكيم من شخص ليست له ولاية عامة ففى هذه الحالة يفرق بين الأمور التي تستلزم فيمن يباشرها أن يكون صاحب ولاية عامة سواء بأمر السلطان أو نظرًا لطبيعتها، أى لكونها تتعلق بالصالح العام، إذ إن القاعدة، [ما كان نفعه أو ضرره عامًا فإن أمر النظر فيه يكون للإمام أو إلى من يفوضه الإمام إليه]^(١)؛ وهى ما تعرف في إصطلاح القانونيين بالأمور المتعلقة بالنظام العام، والتي ينظمها القانون بقواعد أمرّة، وهذه الأمور لا يصح اتفاق الخصوم على التحكيم بشأنها كالتحكيم في الحدود التي تجب حقًا لله ﷻ كحد السرقة والسكر والقتل، أو الحجر على السفه أو المفلس، أو التصرف في مال اليتيم وغيرها من الأمور التي يستلزم فيمن يباشرها أن يكون له ولاية عامة.

- الثانى: إذا صدر التحكيم من له ولاية عامة، وباعتبار تلك الصفة كالإمام أو نائبه إذا كان مأذونًا له، كالوزير أو الأمير، أو صاحب ولاية الحرب أو الحسبة أو ولاية المظالم وغيرها من الولايات العامة، فإنه يصح وينفذ على الكافة، بمعنى أن التحكيم في

(١) السير الكبير للشيباني ج-٢ ص ٥٧٦، التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ الأسطل المرجع السابق ص ١٤١.

الأمر المتعلقة بالنظام العام، يجب أن يصدر ممن له ولاية عامة كالإمام أو نائبه. وبهذا نجد أن التحكيم أوسع نطاقاً مما تناوله الفقهاء في كتب الفقه، ومرجع ذلك أن الفقهاء تناولوا التحكيم باعتباره ولاية مُسْتَمَدَّة من آحاد الناس، وليس مستمداً ممن له ولاية عامة.

وفي هذا يقول ابن فرحون^(١): «وأما ولاية التحكيم بين الخصمين فهي ولاية مستفادة من آحاد الناس، ومثل ذلك في معين الحكام^(٢)».

وقد يقول قائل أن التحكيم الذي يصدر من الإمام يكون فيه الحكم قاضياً بتعيين الإمام له، ويباشر عمله باعتباره قاضياً مولى وليس حكماً، ولكن هذا القول منقوض بما وقع على عهد رسول الله ﷺ عندما حكم سعداً في بني قريظة فلقد استوثق سعد من تحقق الرضا من كلا الفريقين وقبل إصدار الحكم، ولو كان قاضياً لما كان في حاجة للتثبت من رضا بني قريظة، وعليه فإن الإمام إذا احتكم مع خصمه إلى أحد رعيته، صح ذلك وإنما يشترط رضا الخصم ولا يقال أن الحكم هو نائب الإمام فلا يشترط رضا الخصم.

ونستطيع أن نتبين نطاق التحكيم في القانون الوضعي على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية وذلك على النحو التالي: بداية يجب تحديد موضوع التحكيم إذ به تتحدد ولاية المحكمين، فيكون قرارهم إن خرجوا عليه باطلاً. ويكفي كقاعدة عامة أن يبين

(١) تبصرة الحكام ج١ ص ٤.

(٢) الطرابلسي ص ١٢، ويقول الماوردي في أدب القاضي: «وإذا حكم خصمان رجلاً من الرعية .. جاز فذكر أن التحكيم يصدر من الشخص باعتباره من آحاد الناس وليس صاحب صفة، ثم ذكر الدليل على الجواز، تحكيم علي رضي الله عنه في الإمامة، وقد وقع منه رضي الله عنه باعتبار صفة كخليفة، وإلا لما صح منه ذلك».

الخصوم موضوع التحكيم بوجه عام دون تفصيل لكل أوجه النزاع. ولا يشترط أن يكون التحديد في مشاركة التحكيم، أو في شرط التحكيم، بل من الجائز اتفاق الخصوم على هذا التحديد أثناء المرافعة أمام المحكمين، فإن لم يتم هذا التحديد فيكون الاتفاق على التحكيم باطلاً^(١).

كما يجب أن يكون التحكيم بشأن المصالح المالية التي تترتب عليها الحالة الشخصية التي تنشأ عن ارتكاب جريمة. والقصد من خروج هذه المسائل عن ولاية التحكيم أنها تمس المصلحة العامة (الأحوال الشخصية - الجنسية - أو أى موضوع يتصل بوجه عام بالنظام العام) فيجب أن تكون تحت رقابة وإشراف السلطة العامة المتمثلة في المحاكم، والتي يجب أن تسرى عليها قواعد عامة موحدة.

ومن هنا لا يجوز التحكيم في خصومة تتصل بصحة جواز أو وراثة أو حَجْر، وإنما يجوز التحكيم في دعوى تتعلق بتحديد مقدار النفقة الواجبة لأحد الأقارب أو الزوجة، أو بتلك المتعلقة بتقسيم تركة بين الورثة، أو تقسيم إدارتها قبل تقسيمها. أما بالنسبة للجرائم لا يجوز التحكيم بصدد تحديد مسئولية الشخص الجنائية لإصدار قرار بشأن ارتكابه جريمة، أو براءته منها، والقول بغير ذلك يؤدي إلى الفتنة والاضطراب، وإنما يجوز التحكيم فيما يتعلق بالآثار المالية للجرائم، مثل التعويض والاسترداد والإزالة^(٢).

وفي الفقه الإسلامي تحديد لنطاق التحكيم المسلم به أن هناك منازعات يجوز

(١) أصول علم القضاء - قواعد المرافعات - في التنظيم القضائي والدعوي والاختصاص، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وبأنظمة المملكة العربية السعودية. د/ عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، طبعة ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.

(٢) التحكيم بالقضاء والصلح د/ أحمد أبو الوفا طبعة ١٩٦٤ ص ١١، النظام القضائي المدني د/ محمد عبد الخالق عمر طبعة ١٩٧٦ ص ١٨ - ١٩، أصول علم القضاء د/ عبد الرحمن عياد، المرجع السابق ص ٦٠.

التحكيم فيها وتشمل الحقوق المالية وعقود المعاوضات وما يصح فيه العفو والإبراء، ومواضع لا يجوز فيها التحكيم وهو ما اختص القضاة بالإجبار إليه من حقوق الله ﷻ والولايات على الأيتام وإيقاع الحجر على مستحقه^(١)، .. وقسم ثالث مختلف فيه، ويشمل النكاح واللعان والقذف والقصاص، وذلك كما أسلفنا في ذات المبحث.

فَرَأَى يَذْهَبُ إِلَى جَوَازِ التَّحْكِيمِ فِي كُلِّ شَيْءٍ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ «وَأِنْ تَحَاكَمَ شَخْصَانِ إِلَى رَجُلٍ صَالِحٍ لِلْقَضَاءِ بَيْنَهُمَا فَحُكْمٌ، نَفَذَ حُكْمَهُ فِي الْمَالِ وَالْقَصَاصِ وَالْحُدِّ وَالنِّكَاحِ وَاللِّعَانِ وَغَيْرِهَا»^(٢).

وقال آخر: «فلو حكم اثنان فأكثر شخصاً صالحاً للقضاء نفذ حكمه في كل ما ينفذ فيه حكم من ولاة الإمام أو نائبه، لحديث أبي شريح المشهور وفيه أنه قال (يا رسول الله إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كل الفريقين. قال: ما أحسن هذا) ثم استدلل بتحاكم بعض الصحابة إلى محكمين وقال بأن حكم المحكم يرفع الخلاف ولا يجوز نقضه حيث أصاب الحق لأن من جاز حكمه لزم لتقاضى الإمام»^(٣).

ولكن السواد الأعظم من الفقهاء^(٤) يُقَصِّرُونَ التَّحْكِيمَ عَلَى الْحُقُوقِ الْمَالِيَةِ دُونَ الْحُدُودِ وَاللِّعَانِ وَالْقَصَاصِ وَيُلْحَقُ بِهَا جَمِيعُ الْجَرَائِمِ لِاتِّحَادِ الْعِلَّةِ^(٥) وَفِي تَبْيِينِ الْحَقَائِقِ^(٦): «شَرَطٌ لِنَفُوذِ حُكْمِهِ أَنْ يَكُونَ فِي غَيْرِ حَدِّ وَقُودٍ وَدِيَّةٍ عَلَى الْعَاقِلَةِ لِأَنَّ تَحْكِيمَهُمَا بِمَنْزِلَةِ

(١) الماوردي في أدب القاضي ج٢ ص ٣٨١، نقلًا عن القضاء في الإسلام للدكتور/ عبد العزيز خليل بديوي طبعة ١٩٧٩ ص ١٨، د/ عبد الرحمن عياد المرجع السابق، ص ٦٠.

(٢) كشف القناع ج٦ ص ٢٤٨.

(٣) منار السبيل ج٢ ص ٤٥٩.

(٤) النظام القضائي الإسلامي د/ عبد الرحمن عبد العزيز القاسم، طبعة ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م، ص ٤٥٩.

(٥) تبصرة الحكام ج١ ص ٢١٩، معين الحكام ص ٢٧، د/ عبد الرحمن عياد المرجع السابق ص ٦١.

(٦) تبين الحقائق ج٤ ص ١٩٣.

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».

وقال الخصاص «ولا يجوز أن يحكم في حد ولا قصاص، وإن حكماه في دم خطأ فحكم على العاقلة بالدية لم يجوز، لأن العاقلة لم ترض به». وعلى ذلك يقتصر التحكيم على الأموال وما في معناها، فلا يقيم الحكم حداً ولا بلا حق بين الزوجين، ولا يحكم في قصاص أو قذف ولا طلاق ولا نسب»^(١).

- ويطيب لنا أن نختم هذا المبحث بما نراه أن يكون هو الراجح وذلك على النحو التالي:

[١] لا يجوز التحكيم في:

أ - ما هو حق خالص لله ﷻ، كالحدود الواجبة حقاً لله ﷻ كحد الزنا والسرقة والبغاه.. لأن حقوق الله تعتبر حقاً للمجتمع، وشرعت للمصلحة العامة لا لمصلحة فرد، وهي من النظام العام، ولم يملك أحد إسقاطها ولعظم أمرها لا تُنأط إلا بالقاضي.

ب - ولا في ما اجتمع فيه الحقان: حق الله وحق المكلف، سواء غلب فيه حق الله كحد القذف. أم حق المكلف كالقصاص والتعزير. فلا بد من الاحتياط لها بأن لا يحكم فيها إلا القائم بالولاية العامة^(٢).

[٢] يجوز التحكيم في:

ما هو حق خالص للمكلف كالبيوع والكفالة والطلاق.. إذا لم يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع؛ لأن حق المكلف شرع لمصلحته الخاصة فله الخيرة إن شاء استوفاه أو

(١) المغنى ج ٩ ص ١٠٨.

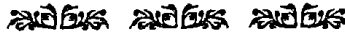
(٢) علم أصول الفقه د/ عبد الوهاب خلاف ص ٢٥٠ وما بعدها، د/ الدوري المرجع السابق ص ٢٦٧، الوجيز في

أصول الفقه للدكتور عبد الكريم زيدان ص ٦٦، ومباحث الحكم عند الأصوليين ص ٢٠٤ وما بعدها.

أسقطه، فجاز فيه التحكيم.

أما في القانون الوضعي فقد نُصَّ على أن التحكيم لا يصح إلا في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح^(١). فقد ضيق القانون نطاق التحكيم وقيده في مسائل معينة وغير منضبطة، تبعاً لنظرة الدول إلى ما يُعدُّ من النظام العام أو الآداب.

أما الفقه الإسلامي فقد أباح التحكيم في جميع المسائل عدا ما ذكرنا، ما لم يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، فالتحكيم في الفقه أوسع من القانون وأكثر تحديداً.



(١) مادة (٢) من قانون المرافعات المصري ومادة ٢٥٥ من قانون المرافعات الكويتي، ومادة ٢ من نظام التحكيم بالمملكة العربية السعودية، ومادة ٨٢٨ من قانون المحاكمات اللبناني، ومادة ٢٣٣ من قانون المرافعات البحريني، ومادة ٧٤٠ من قانون المرافعات الليبي.

الفصل الرابع

﴿ مدى لزوم حكم المحكم ﴾

نظراً لأهمية الفصل بين المتخاصمين في أي نزاع .. سواء كان هذا الفصل عن طريق القضاء أو عن طريق التحكيم .. وذلك لإعطاء كل ذي حق حقه وتستقر المعاملات بين العباد. فلا بد من تراضي الخصمين واتفاقهما على اختيار إنسان ليحكم بينهما، ويرضيا به كمحكم.

أما إذا نصّب إنسان نفسه حكماً بين اثنين فحكمه غير نافذ، حتى وإن كان حكمه صواباً، والأكثر من ذلك إذا قبله أحد الخصمين ورفضه الآخر لا يعتبر حكمه نافذاً عليها ولا يُعتدُّ به.

أما إذا اختاره الخصمان واستمع إليهما ثم حكم بعد ذلك فحكمه مُلزم للطرفين ونافذ بحقهما عند جمهور الفقهاء. وذلك دون توقف على رضا الخصمين، وحكمه في ذلك كحكم القاضي. وليس للمحكم أن يرجع عن حكمه فلو رجع عن حكمه وقضى للآخر لم يصح قضاؤه لأن الخصومة قد تمت بالقضاء الأول فكان القضاء الثاني باطلاً^(١).

(١) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٢٧١، البحر الرائق جـ ٧ ص ٢٧، الموسوعة الفقهية ص ٢٤٤، ويرجع ذلك إلى أن السلطة العامة موضوعة تحت تصرف المحكم لتمكينه من فرض الاحترام لقراره فله سلطة الأمر والحبس في حال وجود أي تمنع عن تنفيذ قراره «رد المحتار جـ ٤ ص ٤٨٦». ويقضي أن يتمتع بالصفات والأهلية التي تخوله أن يكون قاضياً «مواهب الجليل جـ ٦ ص ١١٢»، ولكن رغم الصفة القضائية لحكم المحكم إلا أنه يختلف عن الأحكام القضائية حيث إنه إذا كان لقرار التحكيم بحد ذاته الصفة التنفيذية، فإنه ليست للمحكم سلطة التنفيذ ويحتاج لتدخل من القاضي ليتمكن من تنفيذ قراره، الأحدب جـ ١ ص ٨٥. ولكن وفقاً لرأي آخر منسوب للإمام الشافعي «الماوردي - أدب القاضي - جـ ٢ ص ٣٨٢» فإن الصفة الإلزامية للقرار التحكيمي ترتكز على إرادة الفرقاء، وأن موافقة هؤلاء هي ضرورية لتنفيذ القرار التحكيمي حتى بعد صدوره، ويبدو أن المجلة قد اعتمدت نفس النظرية التعاقدية التي تقرب القرار التحكيمي إلى المصالحة «الأحدب - جـ ١ ص ٨٥»، نظام التحكيم د/ سيد أحمد محمود المرجع السابق ص ٦٩ وما بعدها.

ولكن هذا الالتزام الذي يتصف به حكم المحكم ينحصر في الخصمين فقط ولا يتعدى إلى غيرهما، ذلك لأنه صدر بحقهما عن ولاية شرعية نشأت من اتفاقهما على اختيار الحكم للحكم فيما بينهما من نزاع وخصومة. ولا ولاية لأي منهما على غيره، فلا يسري أثر حكم على غيرهما^(١).

وبناءً على ذلك فلو حكّم الخصمان رجلاً في عيب المبيع ففضى الحكم برده، لم يكن للبائع حق برده على بائعه. إلا أن يرضى البائع الأول والثاني والمشتري بتحكيمه، فعندئذ يرده على البائع الأول.

وكذلك لو أن رجلاً ادّعى على آخر ألف درهم، ونازعه في ذلك فادعى أن فلاناً الغائب قد ضمّنها له عن هذا الرجل، فحكما بينهما رجلاً، والكفيل غائب فأقام المدعى بيّنة على المال، وعلى الكفالة، فحكم الحاكم بالمال، وبالكفالة صح الحكم، في حق الدائن والمدين ولم يصح بالكفالة، ولا على الكفيل^(٢).

وإن حضر الكفيل والمكفول غائب فتراضى الطالب والكفيل، فحكم المحكم بذلك كان الحكم جائزاً ونافذاً بحق الكفيل دون المكفول^(٣).

ولم يشذ عن هذا المبدأ غير مسألة واحدة نصّ عليها الحنفية هي: «ما لو حكّم أحد الشريكين وغريمه رجلاً فحكم بينهما، وألزم الشريك شيئاً من المال المشترك نفذ هذا الحكم، وتعدى إلى الشريك الغائب، لأن حكمه بمنزلة الصلح في حق الشريك

(١) الموسوعة الفقهية ص ٤٥، نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٣١، الكافي لابن قدامة ج ٣ ص ٤٦٣، كشاف القناع ج ٦ ص ٣٠٣، والبحر الرائق ج ٧ ص ٢٦.

(٢) نظام التحكيم - للدكتور سيد أحمد محمود المرجع السابق ص ٧٠.

(٣) حاشية بن عابدين ج ٥ ص ٤٣١، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٧، فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٩، من هامش نظام التحكيم د/ سيد محمود المرجع السابق ص ٧٠.

الغائب، والصلح من صنيع التجار. فكان كل واحد من الشريكين راضياً بالصلح وفي معناه...»^(١).

«وبعبارة أخرى فإن العُرفَ بين التجار قد جعل التحكيم من أحد الشركاء كأنه تحكيم من سائر الشركاء. ولهذا لزم الحكم ونَقَدَ في حقهم جميعاً^(٢). ولا يشترط رضا المتخاصمين بالحكم بعد صدوره^(٣).

وذكر الشافعي أن حُكْمَ الْمُحَكَّمِ لا يكون ملزماً للمتخاكرين إلا برضاهما، واختار هذا القول وصَوَّبَهُ المازني - رحمه الله - وعَلَّلَ ذلك بأن حكم المُحَكَّمِ ضعيف^(٤). وأما إذا حكم الخصمان رجلاً مؤهلاً ورجع أحدهما أو كلاهما بعد اختياره وقبل الشروع في الحُكْمِ فلا يلزمان بالاحتكام إليه، وإذا أصدر حكماً بعد ذلك فإنها لا يلزمان أيضاً بتنفيذ حكمه لأنه مقلد من جهتهما وهما الموليان له. فلهما كذلك عزله قبل أن يصدر الحكم^(٥).

وإذا شرع المحكَّم واستمع إلى بينة أحدهما ثم بدا للآخر قبل أن يحكم المحكَّم أن يرجع عن تحكيمه للمحكَّم فليس له ذلك. وللمحكَّم أن يحكم بينهما وحكمه ملزم لهما. لأنه إذا أجزنا لأحدهما الرجوع بعد الشروع في الحكم فإنه يؤدي ذلك إلى أن كل واحد منهما إذا رأى أن الحُكْمَ ليس موافقاً له رجع عنه، وهذا بدوره يؤدي إلى إبطال الهدف من التحكيم. قال بهذا القول جمهور الفقهاء واستبعده الإمام الشافعي - رحمه الله -^(٦).

(١) الدر المختار ج ٥ ص ٤٢٩، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٧، الموسوعة الفقهية ص ٢٤٥.

(٢) الموسوعة الفقهية ص ٢٤٥، نظام التحكيم للدكتور سيد محمود المرجع السابق ص ٧٠.

(٣) شرح فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٠، أنوار المسالك شرح عمدة السالك وعدة الناسك ص ٢٦٩، أدب القضاء ص ١٣٩.

(٤) حاشية الثرواني وابن القاسم ج ١٠ ص ١١٩، أدب القضاء ص ١٣٩.

(٥) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٥٦، أدب القضاء ص ١٣٩، فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٠.

(٦) المغنى ج ١٠ ص ٩٥، أدب القضاء ص ١٣٩، تبصرة الحكام ج ١ ص ٥٦.

← شروط لزوم حكم المحكم للطرفين ونفاذه:

١- أن يكون الحكم مقصوراً على المتحاكَمين .. فلا يتعدى حكم المُحَكَّم إلى شخص ثالث يترتب عليه نتيجة التحكيم التزام من الالتزامات أو ضرر من الأضرار المادية أو المعنوية، فلو تحاكم رجلان في قتل فَحَكَّم المُحَكَّم بأن القتل خطأ وبالدية على العاقلة فلا يلزم العاقلة حكم المُحَكَّم لأن المُحَكَّم لا ولاية له على العاقلة إذا لم يُحَكِّموه^(١).
ولو حكماه في عيب بيع ففضى برده ليس للبائع أن يرده على بائعه إلا أن يرضى البائع الأول والثاني المشتري عن تحكيمه^(٢).

٢- ألا يحكم المُحَكَّم لأصوله أو فروعه ولا لشريكه فيما يختص بهال الشركة ولا لزوجته، ولا يحكم على من كانت بينه وبين المُحَكَّم عداوة دنيوية، لأن الحكم لهؤلاء أو على من كانت بينه وبينهم عداوة مظنة التهمة، ويورث الشبهة، والمُحَكَّم ينبغي أن يكون بعيداً عن مواطن التُّهْم والرَّيْب، أما إذا كانت بين المُحَكَّم وبين أحد المتخاصمين عداوة دينية فحكمه جائز ونافذ، وملزم للطرفين لأن دينه يمنعه من الظلم.
٣- أن لا يحكم المُحَكَّم في الحدود والقصاص: وهذه مسألة اختلف فيها الفقهاء وتناولناها بوضوح سلفاً.

٤- عدم وجود قاضٍ في البلد: وهذا الشرط انفرد به الشافعية .. فقالوا بجواز التحكيم عند عدم وجود قاضٍ في البلد، فإذا وُجِدَ القاضي فلا يجوز التحكيم وحينئذ لا يكون الحكم الصادر عن المُحَكَّم مُلْزَمًا لهما مخالفين بذلك جمهور الفقهاء^(٣).

(١) القضاء في الإسلام د/ محمد عبد القادر أبو فارس ص ١٨٠.

(٢) البحر الرائق ج٧ ص ٢٦.

(٣) حاشية قليوبي وعميرة ج٤ ص ٢٩٨، كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم ص ١٣٨ - ١٣٩، روضة

الطالبين ج١١ ص ١٢١، أدب القاضي ج٢ ص ٣٧٩.

أما عن جواز الرجوع عن التحكيم وفقاً للمذاهب الأربعة، وطبيعة الحكم الصادر من المحاكم، أي مدى لزوم الحكم للمتخاصمين ومدى نقض الحكم بواسطة القضاء «قد يرتضي الخصمان بالحكم، فيعملان على تنفيذه، وقد يرى أحدهما رفعه إلى القضاء لمصلحة يراها».

- وبتناول المذاهب الأربعة تباعاً:

[١] الشافعية:

للشافعية في هذا المجال قولان أصحهما: «الحكم مُلزم مثل حكم القاضي» أي لو رفع حكمه إلى حاكم أجراه على وفق الشرع، والقول الثاني: «أن الحكم لا يلزم إلا بشرط تراضي الخصمين بعد الحكم، لأن الحكم هنا يحتاج إلى عنصر الرضا منهما، ولأن إصدار الحكم كان متوقفاً على رضائهما ابتداءً، فوجب وقف نفاذ الحكم أيضاً على رضائهما في الانتهاء. ولكل واحد منهم الرجوع بعد التحكيم، وقبل صدور الحكم».

[٢] الأحناف:

ويرى الأحناف لزومية الحكم للمتخاصمين وعدم نقضه، ويجوز لأحدهما الرجوع عن التحكيم بعد وقوعه وقبل صدور الحكم مثل أحد المتعاقدين في مضاربة وشركة ووكالة بدون التماس طالب^(١). وإذا رفع حكم المحكوم إلى القاضي نظر فيه فإذا وجد موافقاً مذهبه أخذ به وأمضاه - لتفادي نقضه من قاضي آخر يرى خلافه - وإذا وجد خلاف مذهبه أبطله وأوجب عدم العمل بمقتضاه، وإن كان مما يختلف فيه الفقهاء وهذا الإبطال ليس على سبيل اللزوم، بل هو على سبيل الجواز، إن شاء القاضي أبطله،

(١) أدب القضاء لابن أبي الدم، ص ١٧٧.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٢٩.

وإن شاء أمضاه وأنفذه^(١).

ويجب أن تكون هذه الإجازة من القاضي بعد حكم المحكم، وعليه فلو حكما رجلاً فأجاز القاضي حكومته قبل أن يحكم، ثم حكم بخلاف رأى القاضي لم يجوز، لأن القاضي أجاز المعدوم، وإجازة الشيء قبل وجوده باطلة، فصار كأنه لم يجوز. ولكن السرخسي قال: «هذا الجواب صحيح فيما إذا لم يكن القاضي مأذوناً في استخلاف غيره. وأما إذا كان مأذوناً في الاستخلاف فيجب أن تجوز إجازته، وتجعل إجازة القاضي بمنزلة استخلافه إياه في الحكم بينهما، فلا يكون له أن يُبطل حكمه بعد ذلك».

وإن حكما رجلاً، فحكّم بينهما، ثم حكّمًا آخر، ففضى بحكم آخر ثم رفع الحكمان إلى القاضي، فإنه ينفذ حكم الموافق لرأيه^(٢).

وقال السرخسي^(٣) أيضاً: «إذا حكم الحكم بين رجلين ثم تخصصوا إلى حكم آخر فحكم بينهما سوى ذلك ولم يعلم بالأول ثم ارتفعا إلى القاضي فإنه ينفذ الحكم الذي يوافق رأى القاضي. وأن حكم كل واحد منهما غير مُلزم شيئاً. وإذا حكّم رجلان حكّمًا في خصومة بينهما ما دام في مجلسه ذلك فتجاحدا وقالوا لم تحكم بيننا، وقال الحاكم حكمت فإنه يصدق ما دام في مجلس الحكومة، ولا يصدق بعد القيام منه حتى يشهد على ذلك غيره، لأنه مادام في مجلسه فهو يملك إنشاء الحكم بينهما فلا تتمكن التهمة إقراره به، فأما بعد القيام فهو لا يملك إنشاء الحكم فتتمكن التهمة في إقراره وهو نظير المولى إذا أقر بألف والمطلق إذا أقر بالرجعة في الفرق بينهما إذا أقر قبل مُضي المدة وبينهما

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٣١، الموسوعة الفقهية ص ٢٤٦، البحر الرائق ج ٤ ص ٢٧.

(٢) الموسوعة الفقهية ص ٢٤٦.

(٣) المبسوط ج ١١ ص ٦٣ - ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع.

بعده، وإن حكماءه ولا يشهدا على تحكيمهما إياه لم يقبل قول الحكم فيه عليهما لأنه يدعى لنفسه عليهما ولاية تنفيذ القول، وهو غير مصدق فيما يدعى عليهما إذا كان يجحدانه، والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

[٣] المالكية:

ويرى المالكية عدم نَقْض الحكم الصادر من المُحَكَّم لأنه مثل حكم القاضي متى كان مبنياً على صواب^(١)، وبالتالي فالقاضي لا ينقض حكم المُحَكَّم طالما لم يخالف الكتاب والسنة أو الإجماع^(٢). إلا إذا كان جَوَازاً بَيِّنًا، سواء كان موافقاً للقاضي، أم مخالفًا له وقالوا بأن هذا لم يختلف فيه أهل العلم، وبه قال ابن أبي ليلى^(٣).

[٤] الحنابلة:

لا يُنْقَض مثل حكم الوالي أو نائبه القاضي، ومع ذلك يجوز لكل من المتخاصمين الرجوع عن التحكيم طالما كان قبل الشروع في الحكم، مثل رجوع الموكل عن التوكيل قبل التصرف فيما وُكِّل فيه، أما إذا شرع في الحكم وقبل تمامه فلا يصح لأحدهما الرجوعُ قياسًا على رجوع الموكل بعد صدور ما وُكِّل فيه وَكَيْلَهُ من تصرفات^(٤).

- وبناءً على ما سبق ذكر الحنفية ما يأتي:

١- إذا رُفِع حُكْم الحُكْم في المجتهديات إلى قاضٍ يرى خلاف ما حكم، فنفضه مع

(١) الشرح الكبير لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ١٣٠٤ هـ ج٤ ص ٣٦.

(٢) هذا ما يراه المالكية والحنفية حاشية الدسوقي ج٤ ص ١٣٦، فتح القدير ج٧ ص ٣١٧، معنى المحتاج

ج٩ ص ١٠٨، مشار إليهم في عبد الفتاح أبو العينين، المرجع السابق، ص ١١٧، هوامش ٢، ٣، ٤.

(٣) تبصرة الحكام ج١ ص ٤٤، البحر الرائق ج٧ ص ٢٧، حاشية ابن عابدين ج٥ ص ٤٣١، الموسوعة

الفقهية ص ٢٤٦.

(٤) كشف القناع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، توفي سنة ١٠٥١ هـ مراجعه وتعليق الشيخ هلال

مصيلحي مصطفى هلال، الناشر مكتبة النصر الحديثة ج٦ ص ٣٠٣.

ذلك، ثم رفع إلى قاضي آخر يرى ردَّ حُكْمِ الحُكْمِ أيضًا، فالقاضي الثاني لا يرده، لأن إجازة القاضي حُكْمِ الحُكْمِ بمنزلة إنشاء القضاء منه. والقاضي إذا قضى في المجتهدات بخلاف رأيه ينفذ قضاؤه^(١).

٢- إذا اصطُح الحُصمان على حُكْمٍ مُحَكَّمٍ بينهما وأجاز القاضي حكومته قبل أن يحكم بينهما، فهذه الإجازة من القاضي لُغُو، حتى لو حَكَمَ الحُكْمِ بخلاف رأى القاضي، فللقاضي أن يبطله.

٣- وإذا حَكَمَ الحُكْمِ بين رجلين، ثم تخاصموا إلى حُكْمٍ آخر، فحُكْمٌ بينهما بسوى ذلك، ولم يعلم بالأول، ثم ارتفعا إلى القاضي، فإنه ينفذ الحُكْمِ الذي يوافق رأيه القاضي من ذلك، لأن حُكْمَ كل واحد منهما غير ملزم شيئاً^(٢).

- إجراءات التحكيم في القانون:

أوجب القانون على المحكِّمين اتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات، وذلك لأن التحكيم قضاء بين الخصوم للفصل في نزاعهم.

فعليتهم مراعاة القواعد المتبعة في المحاكم من مواعيد وإعلانات واستماع إلى أقوال الخصوم وتكليفهم بتقديم لوائحهم ومستنداتهم خلال موعد مقرر.

ويتولى المحكِّمون مجتمعون إجراءات التحقيق، ويوقع كل منهم على المحاضر.

ويرجع المحكِّمون إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع لإصدار قرارها في الإنابة القضائية التي قد يقتضيها الفصل في النزاع، أو إذا اقتضى الأمر اتخاذ إجراء مترتب على تخلف الشهود أو الامتناع عن الإجابة.

ويصدرون قرارهم بالاتفاق أو بالأكثرية، ويجب كتابته بالطريقة التي يكتب بها

الحُكْمِ الذي يصدر من المحكمة.

(١) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٤٠١ عن المحيط بلا تعليل، المحيط البرهاني.

(٢) المبسوط جـ ٢١ ص ٦٣، والمسألة في الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٣٩٩، عن محيط السرخسي.

- ويجب أن يشتمل القرار على:

- ١- ملخص وقائع اتفاق التحكيم من حيث شروطه وموضوع النزاع والمكان الذي جرى فيه التحكيم وتاريخه وأقوال الخصوم.
- ٢- وأسباب القرار بعرض أدلة الطرفين ومستنداتهم ومناقشتها تفصيلاً، والسند القانوني الذي اعتمده.

٣- ومنطوق القرار وهو الجزء الذي يفصل في موضوع النزاع سلباً أو إيجاباً. وبعد صدور قرار المحكمين يجب عليهم إعطاء صورة منه لكل من الطرفين وتسليم القرار مع أصل اتفاق التحكيم إلى المحكمة المختصة بالنزاع بوصل يوقع عليه كاتب المحكمة. هذه الإجراءات المذكورة، ومثلها ما ورد في القانون من تقرير أجور المحكمين^(١) ليس فيها ما يخالف الأصول العامة في الشريعة الإسلامية، بل هي أمور أريد بها ضبط الأحكام، وتقريب التحكيم من العمل القضائي بضوابط معلومة.

* كتاب المحكم إلى القاضي:

إذا كتب المحكم كتاباً إلى القاضي بما حكم به، فهل يلزم القاضي قبوله وتنفيذه؟
اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

◀ القول الأول:

يلزم القاضي قبول كتاب المحكم وتنفيذه، وإلى هذا ذهب الحنابلة^(٢) والشافعية^(٣).

(١) المادة ٢٧٦ من قانون المرافعات العراقي، و١٩ من قانون التحكيم الأردني، و١٥٢ من قانون الإجراءات السوداني - والعقود المسماة ج١ ص ٥٥٢ بند ٢٩٥ شرح القانون المدني، مرسى. وشرح المرافعات المدنية للشرفاوي ص ٦٣٤ بند ٤٦٦. وعقد التحكيم د/ الدوري المرجع السابق، ص ٦٤٠.

(٢) الإنصاف ج١ ص ١١٨، وغاية المنتهى ومطالب أولى النهي ج٦ ص ٤٧٢، والمغنى ج١١ ص ٤٨٤ وبهامشه الشرح الكبير ص ٣٩٣ والإقناع وكشاف القناع عليه ج٦ ص ٣٠٩.

(٣) الأنوار ج٢ ص ٦١٥.

لأن المحكّم حاكم نافذ الأحكام، فلزم قبول كتابه كحاكم الإمام.

◀ القول الثاني:

لا يجوز كتاب المحكّم بُحكّم إلى القاضي، لأنه في حقه بمنزلة واحد من الرعايا، والقاضي لا يقضي بكتاب واحد من الرعايا^(١)، وكذلك لا ينبغي للحكّم أن يقضى بكتاب كتبه قاضي إلى قاضي آخر^(٢). لأنه لم يكتب إليه، إلا إذا رضي الخصمان أن ينفذ الحكم القضاء بينهما، فيجوز ابتداءً، لأنها رضيا بحكمه^(٣).

- تولية الإمام محكّماً:

لو أمر الإمام رجلاً أن يحكم بين اثنين، فهذا الحكم يكون بمنزلة القاضي المولّى. فإذا رفع حكمه إلى قاضي لا يراه أمّصاه فلا يمكنه نقضه لأن حكمه عندئذ كحكم القاضي المولّى^(٤).

- تولية القاضي حكّماً:

ولو أمر القاضي رجلاً أن يحكم بين اثنين فقيه قولان:

◀ القول الأول:

إذا كان القاضي مأذوناً بالاستخلاف جاز. فإن لم يكن القاضي مأذوناً بالاستخلاف لا يجوز أمره، إلا أن يجيزه القاضي بعد الحكم، أو يتراضى به الرجلان بعد الحكم وهو قول الحنفية^(٥).

(١) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٤٠٠ عن المحيط، وفتح القدير جـ ٥ ص ٥٠٢، والبحر الرائق جـ ٧ ص ٢٧،

ورد المختار جـ ٥ ص ٤٣١، والطحطاوي على الدر جـ ٣ ص ٢٠٣، وكلاهما عن البحر.

(٢) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٤٠٠ عن محيط السرخسي، المحيط البرهاني.

(٣) الفتاوى الهندية السابقة، ورد المختار والطحطاوي السابقان.

(٤) فتح القدير جـ ٥ ص ٥٠٢، البحر الرائق جـ ٧ ص ٢٥ عن المحيط والصدر الشهيد، والبحر الرائق جـ ٧ ص ٢٥.

(٥) البحر الرائق جـ ٥ ص ٥٠٢ عن المحيط والصدر الشهيد، فتح القدير جـ ٥ ص ٥٠٢.

وبه أخذت المادة ١٨٤٧ من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على أنه: «لكل من الطرفين عزل المحكّم قبل الحُكْم، ولكن إذا أجازَه الحاكم المنصوب من قبل السلطان المأذون بنصب النائب تعدّ تحكيم الطرفين إياه، فيكون بمنزلة نائب هذا الحاكم، لأنه استخلفه».

◀ القول الثاني:

الحكّم إذا كان مولىً من قبل القاضي فكأن الحُكْم وقع من القاضي وهو قول المالكية^(١). إذ إن المحكّم عند المالكية يتنقذ حكمه ولا يجوز للقاضي نقضه.

↪ وفي ختام هذا الفصل..

نجد أن التحكيم في الشريعة الإسلامية يختلف عن القضاء من عدة أمور^(٢):

١- من حيث اللجوء إلى كل منهما فإن المحكّم لا يفصل في النزاع إلا بموافقة الطرفين على اختياره لذلك، بعكس القاضي فهو يتصدى للنزاع دون رضا الخصوم بذلك.

٢- المحكّم أقل مرتبة من القاضي، لأنه لا يحكم في كل ما يحكم فيه القاضي، ولأن ولاية القاضي عامة على الناس، وأما المحكّم فإن ولايته قاصرة على الخصمين فقط^(٣).

٣- ومن حيث الاختصاص: فالقاضي - نائبٌ من الوالي أو الحاكم - له ولاية عامة في نظر كافة المنازعات دون استثناء، وإذا كان له اختصاص نوعي فهذا يكون بتوجيه

(١) الدسوقي على الشرح الكبير للدرديري ح ٤ ص ١٣٥.

(٢) د/ أحمد رسلان - القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي والقانون اليمني، ط ٢، ١٩٩٧، دار النهضة العربية، ص ٢٢٥، نظام التحكيم دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري، المرجع السابق ص ٧٩.

(٣) فتح القدير ج ٧ ص ٣١٥، عبد الفتاح أبو العينين، المرجع السابق، ص ١١٤ هامش ١.

من الإمام صاحب الولاية العامة والذي ينوب عنه القاضي في القضاء، أما المحكّم وفقاً لرأى غالبية الفقه الإسلامي فإن ولايته تنحصر عن الحدود والقود والدية عند الحنفية، والقصاص واللعان والقذف وفسخ النكاح عند الحنابلة والشافعية (كما ذكرنا سلفاً)، وبالتالي فإن اختصاصه يكون محدوداً ومقيداً بعكس القاضي^(١).

والمحكّم يحكم في الجرح والمال دون غيرهما، بعكس القاضي يحكم في كل شيء وهذا للمالكية، وهكذا باتفاق العلماء يجوز التحكيم في الحقوق المالية عقود المعاوضات وما يصح فيه العفو والإبراء^(٢).

٤ - وإذا اختار الخصمان حكماً مسلماً عالمًا ثم ارتدَّ المحكّم بعد اختياره للتحكيم وقبل صدور الحكم منه ثم عاد للإسلام وحكّم لا ينفذ حكمه، بل لا بد من تحكيم جديد لأن الأول بطل بالردة ولا كذلك القضاء وهذا الفرق عند الحنفية. أما المالكية ومن معهم ممن شرط عدالة القاضي فقالوا أسقطت عدالته بالردة فيحتاج إلى تولية جديدة.

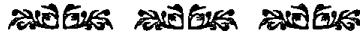
٥ - إذا اختير عبدٌ للتحكيم فحكّم - نفذ حكمه - وليس للقاضي نقضه، وهذا بخلاف القاضي وهذا الفرق للحنفية أيضاً، أما المالكية والشافعية ومن معهم فقالوا لا يلي القضاء عبدٌ.

٦ - أن للمحتكّمين عزل المحكّم بعد اختياره وقبل صدور الحكم ولا كذلك القاضي، وأيضاً لكل منهما عزله عند من ذهب إلى شرط دوام الرضا.

(١) التحكيم قاصر على من رضي به فقط وهو خاص بالمسائل المدنية، على خلاف القضاء الذي يتعدى إلى الغير دون رضا، كما أنه شامل لكافة القضايا المدنية والجنائية على السواء. محمد سلام مذكور، ص ١٣٣، القضاء في الإسلام، القاهرة ١٩٦٤ دار النهضة العربية. وسهير عاليه، القضاء والعرف في الإسلام، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ - ١٩٨١ م، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص ٣٨.

(٢) محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص ٥٧.

- ٧- المُحَكَّم لا يجوز له تفويض التحكيم إلى غيره بخلاف القاضى فإن له ذلك.
- ٨- يجوز للمحكَّم أن يحكم لنفسه أو عليها، ولا كذلك للقاضى وهذا للشافعية وابن فرحون وابن عرفه من المالكية^(١).
- ٩- ومن حيث الحكم فإن حكم القاضى مُلْزِم ولا يجوز استئنافه أو نقضه إلا إذا كانت هناك مخالفة في تأسيسه، أما حُكْم المحكم فإن لزومه محل خلاف بين الفقهاء المسلمين بين مؤيد ومعارض ومنهم بعض الشافعية كالمنزى الذي اشترط تراضى الطرفين على الحكم بعد صدوره كالتراضى الصادر منهم قبل صدوره^(٢).
- ١٠- إذا كتب المحكم إلى قاضى آخر يخبره فيه بأنه حكم بكذا بين فلان وفلان فإن كتابه باطل لا يترتب عليه أثر، وكما أنه لا يجوز له أن يكتب إلى القاضى، لا يجوز للقاضى أن يكتب إليه، لأن اختياره للتحكيم إنما هو اختيار من قبل الخصمين ولذلك لم يصح كتابه للقاضى، ولا عكسه بخلاف القاضى.
- ١١- المُحَكَّم لا يجوز له أن يحكم بكتاب قاضى رضى الخصمان به أو لم يرضيا، لأن الذى يحكم بكتاب القاضى هو القاضى.
- ١٢- أن للقاضى الحبس واستيفاء ما حكم به ولا كذلك للمُحَكَّم^(٣).



(١) أنظر محمد شوكت عليان، السلطة القضائية في الإسلام، دراسة موضوعية مقارنة، رسالة دكتوراه كلية الشريعة والقانون - الأزهر - عام (١٣٩٢ هـ - ١٣٩٣ هـ)، دار الرشيد للنشر والتوزيع ص ب ١٦٣٠٤، الرياض ص ٤٧١ - ٤٧٤، والمراجع التى أشار إليها في هذا الصدد: أحمد مليجي، النظام القضائي الإسلامى، الناشر مكتبة وهبه بالقاهرة ١٩٧٤م، ص ٦٦، لنفس المؤلف قواعد التحكيم فى القانون الكويتى، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الأولى ١٩٩٦، ص ٦٦ هامش ١.

(٢) أنظر ما سبق ص ٧٢ وما يليها.

(٣) شوكت عليان المرجع السابق ص ٤٧١ - ٤٧٤، نظام التحكيم د/ سيد أحمد محمود المرجع السابق ص ٨٠ - ٨١.

الفصل الخامس

﴿ الفرق بين التحكيم وبين غيره من وسائل فض النزاع ﴾

للكتابة في هذا الموضوع يجب أن نتناول تلك الموضوعات والأنظمة التي قد تتشابه

مع موضوع التحكيم ... وهي على النحو التالي:

* التحكيم والوكالة.

* التحكيم والصلح.

* التحكيم والخبرة.

* التحكيم والقضاء.

ثم نتناول الفرق بين الشاهد والخبير.

ثم نعرض للكلام عن أمين سر التحكيم.

هذه الموضوعات من الأهمية بمكان، حيث تستلزم منا الكلام عنها بشيء من

التفصيل والإيضاح، لذا ارتأينا أن نقسم هذا الفصل إلى خمسة مباحث على النحو

الآتي:

﴿ المبحث الأول: الفرق بين التحكيم والقضاء.

﴿ المبحث الثاني: الفرق بين التحكيم والوكالة.

﴿ المبحث الثالث: التحكيم والصلح.

﴿ المبحث الرابع: الفرق بين المحكم والخبير.

﴿ المبحث الخامس: أمين سر التحكيم «الكاتب».

المبحث الأول

الفرق بين التحكيم والقضاء

التحكيم هو فصل في خصومات الناس .. ويشترط في المحكم غالباً وبشكل عام ما يشترط في القاضي من الإسلام والعقل والبلوغ والحرية والذكورة والعلم وسلامة الحواس والأعضاء كالسمع والبصر والنطق، إلا أن هناك فروقاً بين القضاء والتحكيم^(١) من أهمها:

- ١- الجهة المؤلّية لكل من القاضي والمحكم، فالقاضي مُؤلّى من قبل الإمام أو نائبه كوزير التفويض، أما المحكم فمُؤلّى من جهة المتخاصمين الذين احتكموا إليه.
 - ٢- ومن حيث الاختصاص، فالقاضي نائبٌ من الوالي أو الحاكم، لأن له ولاية عامة، وولاية الإمامة عامة، والقاضي نائب عن الوالي أو الحاكم أو الإمام، فولايته عامة ودائرتها أوسع من دائرة التحكيم.
- أما المحكم حسب رأى غالبية الفقه الإسلامي فإن ولايته تنحصر عن الحدود والقود والدية عند الحنفية، والقصاص واللعان والقذف وفسخ النكاح عند الحنابلة والشافعية.

ومن هنا فولاية التحكيم قاصرة على المتحاكمين فقط لا تتعدى إلى سواهما، وهى ولاية خاصة لأنها صادرة من تولية رجلين أو أكثر وهؤلاء ولايتهم خاصة، وذهب كثيرٌ من الفقهاء إلى أنه يقضى في الأموال وما يؤول إلى مالٍ دون الحدود والقصاص^(٢).

(١) القضاء في الإسلام، د/ محمد عبد القادر أبو فارس ص ١٨٣ - ١٨٤.

(٢) فتح القدير ج٥ ص ٤٩٨، المبسوط للسرخسي ج٦ ص ١١١، تبين الحقائق شرح كتر الدقائق ج٤ ص ١٩٣، د/ سيد أحمد محمود، المرجع السابق ص ٧٩، وعزة قطورة، المرجع السابق ص ٩٤، د/ محمد رأفت عثمان، المرجع السابق ص ٥٧.

وكذلك يحكم في الجرح وعقود المعاوضات وما يَصِحُّ فيه العفو والإبراء.

٣- القاضي أعلى مرتبة من المُحَكِّم، ومن ثمَّ فالمُحَكِّم أقل مرتبة من القاضي لأنه لا يحكِّم في كل ما يحكِّم فيه القاضي ولأن ولاية القاضي عامة على الناس، أما المحكم فولايته قاصرة على الخصمين فقط^(١). كما أن القاضي يملك فسخ حكم المُحَكِّم في الاجتهادات وغيرها إذا خالف حكم المحكم رأى القاضي عند بعض الفقهاء، أما المحكم فليس له هذا.

٤- إذا اختار الخصمان حكماً مسلماً عالمًا ثم ارتد المُحَكِّم بعد اختياره للتحكيم وقبل صدور الحكم منه ثم عاد للإسلام وحكم لا يَنْفُذُ حكمه، بل لا بد من تحكيم جديد؛ لأن الأول بطل بالردة ولا كذلك القضاء وهذا الفرق عند الحنفية، أما المالكية ومن معهم فقالوا لو سقطت عدالته بالردة فيحتاج إلى تولية جديدة.

كما لا يشترط في القضاء موافقة المتخاصمين على القاضي الذي يفصل بينهما في الخصومة ابتداءً وانتهاءً، بل له أن يُكْرِهه وَيُجْبِر المدعى عليه على الحكم ويلزمه به بخلاف التحكيم، فيشترط فيه موافقة المتخاصمين على المُحَكِّم ولا يَنْعَقِدُ حُكْمُهُ إلا إذا وُلِّيَاه ورضيا به.

والقاعدة أن حكم المُحَكِّم لا ينفذ إلا في مواجهة من رضي به، فلا ينفذ في مواجهة العاقلة عند الحنفية رضيت أم لم ترض^(٢)، وعند بعض الشافعية لا يَنْفُذُ في مواجهتها إلا

(١) القضاء في الإسلام، د/ محمد عبد القادر أبو فارس ص ١٨٤، فتح القدير ج ٧ ص ٣١٥، د/ عبد الفتاح أبو العينين، المرجع السابق ص ١١٤، هامش ١، نظام التحكيم للدكتور سيد أحمد محمود، المرجع السابق ص ٧٩، التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية، عزة قطورة، المرجع السابق ص ٩٤.

(٢) تبين الحقائق للزليعي ج ٤ ص ١٩٣، فتح القدير ج ٦ ص ٤٠٩، الأسطل، المرجع السابق ص ١٥٢، عزة قطورة، المرجع السابق ص ٩٤، د/ سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص ٨٠.

إذا رضيت بالتحكيم^(١).

ولا يتعدى حكمه إلى الغائب، ولو كان ما يُدعى عليه سبباً لما يدعى على الحاضر، كالتحكيم بين الكفيل والدائن في غياب الأصيل، فحكم المحكم لا ينفذ في مواجهته لعدم الرضا، إلا في مسألة الشريك^(٢).

٥- المحكم لا يجوز له تفويض التحكيم إلى غيره بخلاف القاضي فإن له ذلك.

كما أن التحكيم لا يتقيد ببلد، فللمحكم أن يحكم في للبلاد كلها^(٣) ما لم يقيد به السلطان.

٦- إن للمختكمين عزل المحكم بعد اختياره وقبل صدور الحكم، ولا كذلك القاضي. وأيضاً لكل منهما عزله عند من ذهب إلى شرط دوام الرضا.

والذي يملك عزل القاضي هو الإمام أو نائبه، ولا يملك الخصوم أن يعزلوه بخلاف المحكم فإن الذي يعزله هو الذي ولّاه من الخصوم مجتمعين، أو منفردين^(٤).

كما أن المحكم عند الحنفية إذا ارتد انعزل، فإذا أسلم بعد ذلك لم يكن له أن يقضى إلا بتحكيم جديد بخلاف القضاء^(٥).

٧- أما عن صفات وشروط كل منهما: فيشدد الفقهاء في الشروط التي ينبغي توافرها في القاضي أكثر من تشدهم في الشروط التي ينبغي توافرها في المحكم. وأن الشروط والمواصفات متقاربة بشكل عام، إلا أن طلبها بحق القاضي أشد وألزم.

(١) أدب القضاء لابن أبي الدم ج١ ص ٤٣٢، الأسطل، المرجع السابق ص ١٥٢.

(٢) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج٤ ص ٣٦٢، حاشية الطحاوي ج٢ ص ٢٠٣، البحر الرائق

ج٧ ص ٢٧، الأسطل، المرجع السابق ص ١٥٢.

(٣) البحر الرائق ج٧ ص ٢٨، شرح الأشباه ج٢ ص ٢٦٦.

(٤) البحر الرائق ج٧ ص ٢٦.

(٥) البحر الرائق لابن نجيم ج٧ ص ٢٧.

فعلى سبيل المثال يشترط جمهور الفقهاء أن يبلغ القاضى مرتبة الاجتهاد، ولا يشترطون ذلك في المحكم، بل يتساهلون فيه وفي غيره من دون القضاة وكذلك الكتابة فتشترط في القاضي، أما في المحكم فيتساهل البعض في أمرها بالنسبة للمحكم، وعلتهم في ذلك .. أن رسول الله [ﷺ] كان أمياً وهو سيد الحُكَّام، والقضاة والخلق أجمعين وليس من ضرورة الحُكْم الكتابة، فلا تعتبر شرطاً فما احتاج إلى ذلك جاز توليته لمن يعرفها، كما أنه قد يحتاج إلى القسمة بين الناس وليس من شرطه معرفة الحساب، ويحتاج إلى التقويم وليس من شروط القضاء أن يكون عالماً بَقِيمِ الأشياء^(١).

٨- يجوز للمُحَكَّم أن يحكم لنفسه أو عليها، ولا كذلك القاضي، وهذا للشافعية وابن فرحون وابن عَرَفَه من المالكية^(٢).

٩- ومن حيث الحُكْم فإن حكم القاضي ملزم ولا يجوز استئنافه أو نقضه، إلا إذا كانت هناك مخالفة في تأسيسه، أما حكم المحكم فإن لزومه محل خلاف بين الفقهاء المسلمين بين مؤيد ومعارض، وهم بعض الشافعية كالمزني الذي اشترط تراضي الطرفين على الحكم بعد صدوره كالتراضي الصادر منهم قبل صدوره. وعند الشافعية - على ما رجَّحه الزركشي - يصح حكم المحكم لنحو ولده وعلى عدوه، لزوال التهمة بالرضا بخلاف القضاء، فلا ينفذ حُكْم القاضي لولده ولوالده وعلى عدوه للتهمة^(٣).



(١) الشرح الكبير لابن دقاتق ج٦ ص ١٦٣، عزة قطورة، المرجع السابق ص ٩٤.
 (٢) أنظر شوكت محمد عليان السلطة القضائية في الإسلام، المرجع السابق، والمراجع التي أشار إليها في هذا الصدد، أحمد ملبجي، النظام القضائي الإسلامي، الناشر مكتبة وهبة بالقاهرة ١٩٧٤ ص ٦٦، لنفس المؤلف قواعد التحكيم في القانون الكويتي مؤسسة دار الكتب، الطبعة الأولى ١٩٩٦، ص ٦٦ هامش ١.
 (٣) الفتاوى الكبرى لابن حجر ج٤ ص ٢٩٠، الأسطل، المرجع السابق ص ١٥٣.

المبحث الثاني الفرق بين التحكيم والوكالة

الوكالة: هي «إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم يملكه»^(١) وقابل للنيابة^(٢).

وتتفق الوكالة مع التحكيم في أن كلاً منهما يعتبر نوعاً من الولاية، وأن الرضا هو التثبت لهذه الولاية ومداهما، فلا يملك الوكيل مباشرة العمل الموكل به إلا بإذن الموكل ورضاه، وفي حدود ما وضع له من قيود، والمُحكّم لا تتعدّد له ولاية نظر النزاع إلا برضى المحكّمين إليه، وفي النطاق والحدود الذي رسم له سواءً من حيث الموضوع أو الزمان أو المكان.

والوكالة شأن التحكيم من العقود الرضائية، وغير اللازمة لكلا طرفيه - الموكل أو الوكيل - فيملك أحدهما إنهاء الوكالة قبل تمام الفعل الموكل به وبإرادته المنفردة، كما يملك المُحكّم إنهاء التحكيم بإرادته المنفردة قبل صدور الحكم.

وإنما يفترقان في أن الوكيل لا يتصرف إلا بما هو في مصلحة الموكل، فالوكيل بالبيع بضمن معين لا يملك البيع بضمن أقل، وإن كان له أن يبيع بأكثر من الثمن المحدد في عقد الوكالة، لما في ذلك من مصلحة للموكل، والوكيل بالشراء بضمن معين لا يملك الشراء بضمن أكثر، وإن كان له الشراء بضمن أقل، لما فيه من الخيرة والمصلحة للموكل.

* فالوكيل يتصرف بإرادة موكله الصريحة أو الضمنية، حتى نهاية الوكالة، ولا

(١) مختصر كتاب المعاملات، أحد أبو الفتح ص ١٦٢، مختصر أحكام العائلات للشيخ على الخفيف ص ١١٥، د/ الأسطل، المرجع السابق ص ٢١.

(٢) الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي د/ محمد يوسف موسى، ص ٢٦١ - الطبعة الأولى ١٣٧٢ هـ - ١٩٥٢ م، مطابع دار الكتاب العربي بمصر، د/ الأسطل، المرجع السابق ص ٢١.

يملك مخالفتها، وإلا كان تصرفه باطلاً وموقوفاً على إجازة الموكل على رأى^(١).
 * أما المحكّم، بعد أن تتعدّد له سلطة نظر النزاع برضاء المحكّمين إليه، يباشر عمله باستقلال عن إرادتهما، له أن يوجه حكمه إلى أى منهما، حسب ما يقتضيه الدليل عنده، وإن كان ذلك مخالفاً لإرادة أحد المحكّمين أو أحدهما؛ ويكون حكمه لازماً لهما ما لم يكن جوراً، هذا من جهة.

ومن جهةٍ أخرى فهناك فرق، ألا وهو أن الوكالة يشترط لصحتها أن يملك الموكل فعل ما وكّل به بنفسه^(٢)، فالصبي الذي لا يملك البيع أو الشراء، لا يمكنه توكيل غيره بالبيع أو الشراء، إذ إن فاقد الشيء لا يعطيه، ولكننا نجد أن المحكّمين أطراف الخصومة لا يملكون إنهاء النزاع بينهما، وهو الفعل الموكول به إلى المحكّم وإن كان لهم ذلك بطريق آخر، كالصلح أو ترك الخصومة.

* وهناك وكيل شرعي كالمحامي مثلاً الذي يعمل باسم الأصيل (الموكل) وحسابه أيضاً كما أنه يتقيد في أداء عمله بتعليمات الأصيل وحدود الوكالة^(٣)، فإن خالفها الوكيل أو تجاوزها كان مسئولاً وحده عن ذلك، إذ إن الموكل لا يلتزم بحسب الأصيل بالأعمال التي يقوم بها الوكيل خارج حدود وكالته.

* ولا يجوز أن يكون محكّماً من حكم بشهر إفلاسه ما لم يكن قد ردّ إليه اعتباره، أما إن حجر على الوكيل لفسس، فالوكالة بحالتها لأنه لم يخرج عن أهلية التصرف وإن

(١) يراجع في حكم تجاوز الموكل حدود وكالته، نظرية العقد الموقوف، ص ٢٥٦ وما بعدها، عبد الرزاق حسن فرج، رسالة دكتوراه ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م.

(٢) مختصر كتاب المعاملات، حمد أبو الفتوح ص ١٦٣، الأسطل المرجع السابق ص ٢٢.

(٣) محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم ص ٢٩، وبهامشه (انظر نقض مدني ١٩٨٨/٢١ في الطعن رقم ٢٧٤ لسنة ٥٣ ق، ونقض ١٩٨٨/١٢/٢٨ في الطعن رقم ٢١٨٠ لسنة ٥٤ ق، نقض ١٩٨٨/٥/٢٩ في

الطعن رقم ١٢٠٣ لسنة ٥٣ ق. عزة قطورة، المرجع السابق ص ٩٦.

كانت في الخصومة أو في الشراء أو في الذمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص لم تبطل لأن الموكل أهل لذلك^(١).

* إن حكم المحكم لازم للخصمين ولم يكن موقوفاً على أحدهما^(٢) لما روى عن النبي ﷺ أنه قال: [من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فهو ملعون] ولولا أن حكمه يلزمها لما لحق هذا الذم^(٣).

أما وكالة الوكيل ودفاعه فهو موقوف على أحد الخصوم وهو موكله فقط.

* كذلك يشترط الإسلام في المحكم كاشتراطه في القاضى، باتفاق الفقهاء لقوله ﷺ: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١].

ذلك لأنه لا ولاية للكافر على المسلم، ولأنه يشترط العدالة في الحاكم، وهى لا تتوافر إلا بالإسلام، وذلك بعكس الوكيل (المحامى) فلا يشترط فيه الإسلام فيصح توكيل المسلم كافراً فيما يصح تصرفه فيه سواء كان ذمياً أو مستأثماً أو حريباً، لأن العدالة لا تشترط في صحة الوكالة^(٤).

* كذلك تشترط العدالة في المحكم كما تشترط في القاضى. ولذا لا يجوز تولية فاسق^(٥) لقوله ﷺ: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنْ جَاءَ كُرْ فَاسِقٌ بِنَا فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِمَهَلَةٍ فَتُصْحِرُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾ [الحجرات: ٦].

فأمر سبحانه بالتبيين عند قول الفاسق ولا يجوز أن يكون الحاكم ممن لا يقبل قوله

(١) الشرح الكبير ج ٣ ص ١٠٥.

(٢) الشرح الكبير ج ٦ ص ١٦٥.

(٣) أخرجه النسائي.

(٤) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، د/ محمد مصطفى شلبي ص ٥٣٨.

(٥) الشرح الكبير ج ٦ ص ١٦٢.

ويجب التئُّن عند حكمه، ولأن الفاسق لا يجوز أن يكون شاهداً فلا يجوز من باب أولى أن يكون قاضياً أو حاكماً، أما إن كان فسقه بعد توليته فينعزل الحاكم بفسقه.

أما الوكيل الشرعي (المحامى) فما دام أنه لا يشترط فيه الإسلام ويجوز أن يكون الوكيل ممن لا يدينون بالإسلام، والإسلام يعنى العدالة فلا اعتبار هنا للعدالة كشرط من شروط الوكيل. ولو كان الوكيل مسلماً وفَسَقَ حتى ولو بعد وكالته فلا ينعزل، لأنه من أهل التصرف إلا أن تكون الوكالة فيما ينافيه الفسق كالإيجاب في عقد النكاح^(١).

* تثبت للوكيل وكالة نيابة خاصة^(٢)، فإن كانت بأجر أصبحت العلاقة بينه وبين موكله علاقة بين الأجير والمؤجر، وأصبحت الوكالة إجارة في المعنى فيلتزم كل منهما ولا يستبد أحدهما بفسخه من غير رضا الآخر، إلا إذا وجد سبب موجب للفسخ، وعلى هذا يلزم الوكيل بالمضى في العمل وليس له أن يتخلى عنه بدون عذر يبيح ذلك.

* أما المحكم فتثبت له ولاية شرعية مُتعدِّية^(٣) نياية، تُرتب آثار شرعية على تصرفاته بمجرد ثبوتها، ورغم أنها تجعله مستقلاً في أداء عمله تماماً عن الخصوم ولا يملكون التدخل في عمله، إلا أن للخصوم عزله قبل أن يصدر الحكم.



(١) الشرح الكبير ج٣ ص ١٠٥، ١٠٦.

(٢) تعريف الفقه الإسلامى د/ مصطفى شلبى ص ٥٢٠.

(٣) د/ مصطفى شلبى، المرجع السابق ص ٥١٨، ٥٢٠.

المبحث الثالث التحكيم والصلح

الصلح: هو عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة.

وهو في اللغة: قطع النزاع.

وشرعاً: عقد يحصل به قطع المنازعة.

- والصلح أنواع: صلح بين المسلمين والكفار، وبين الإمام والبغاة، وبين الزوجين في الشقاق، وصلح في المعاملة.

وهو عقد مشروع مندوب إليه، لأنه عقد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم، وهما منشأ الفساد ومثار الفتن، قال ﷺ: **﴿ وَإِنْ طَافَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَقْتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا ﴾** [الحجرات: ٩].

وقال ﷺ: **﴿ وَإِنْ أَمْرَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾** [النساء: ١٢٨].

وقال ﷺ: **﴿ [الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا] ﴾**. وعلى ذلك إجماع المسلمين^(١).

ما سبق كان مقدمة لزم أن نقدمها عن الصلح حتى نتقل إلى التفرقة بين التحكيم والصلح.

(١) المغني لابن قدامة وبهامشه الشرح الكبير ج ٥ ص ٢ ومغني المحتاج ج ٢ ص ١٧٧، والاختيار ج ٢ ص ٦٨، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٩، وحديث: الصلح جائز... رواه أحمد في مسنده وأبو داود والحاكم في المستدرک عن أبي هريرة، ورواه الترمذي وابن ماجه عن عمرو بن عوف، وهو صحيح، الجامع الصغير ج ٢ ص ٥٠، د/ الدوري، المرجع السابق، ص ٢٣.

فالصلح هو عقد وُضِع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما^(١)، ويجمع بين التحكيم والصلح أن كلاً منهما يُعتبر عقداً رضائياً، وأنها يؤديان إلى إنهاء النزاع، وغالباً ما يؤدي التحكيم شأن الصلح، إلى التصالح بين المتخاصمين وعودة المودة والوئام بينهما، مما يؤدي بدوره إلى إشاعة السُّلم الاجتماعي واستقرار التعامل بين الأفراد. إنما يختلف التحكيم عن الصلح، في أن التحكيم عقدٌ الأصل فيه عدم اللزوم، فلكل من طرفيه فسْخُه بالرجوع عنه ما لم يصدر المحكِّم حكمه، فإذا حكم امتنع على أيٍّ منهما الرجوع عنه، وأصبح لازماً لهما، أما عقد الصلح، فهو عقدٌ لازم، إذا ما انعقد صحيحاً مستوفياً لشرائطه، لا يكون لأىٍّ من طرفيه الرجوع عنه إلا بتراضيهما معاً^(٢).

وعقد الصلح سواء أُبرِم بواسطة طرفي الخصومة المتصالحين أو من ينوب عنهما، فالمُصالح يكون على بينة من أمره بشأن الحق الذي سيتنازل عنه أو بعضه إذا كان الصلح بغير مقابل، وما سيعود عليه من الحق إذا كان الصلح بمقابل، في حين أن المحتكم لا يعلم أيقضي له أم عليه.

والصلح عادة يتضمن النزول عن بعض الحق، لذا لا يقبل من الولى أو الوصى أو المتولى، صلح عن عائد لصغير أو قاصر أو لوقف، على بدل أقل من قيمة هذه الحقوق؛ لأن النقص في قيمة البدل في حكم التبرع، وهؤلاء لا يملكون التبرع بشيء من أموال القاصرين والأوقاف^(٣). والتحكيم لا يتَّصَّن نزولاً عن الحق أو بعضه فهو يرمي إلى إيصال الحق إلى مُستَحِقِّه وبحكم مُلْزم.

(١) مرشد الخيران إلى معرفة أحوال الإنسان، لمحمد قدرى باشا، المادة ٦، ١٠.

(٢) مختصر أحكام المعاملات الشرعية، لفضيلة الشيخ علي الخفيف، ص ٢٤٩.

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي العام، بند ٢٨٤.

* التحكيم العادي والتحكيم مع التفويض بالصلح^(١):

في التحكيم العادي يتقيد المحكّمون بقواعد القانون الموضوعي، بينما لا يتقيدون به في التحكيم مع التفويض بالصلح. أما بالنسبة لإجراءات المرافعات فإن المحكمين في كلا النوعين لا يتقيدون فيها إلا بما تضمنته المبادئ الأساسية في التقاضي، وأهمّها تمكين كلّ خصم من الدفاع عن وجهة نظره وإبداء دَفْوَعِه وأوجِه دفاعه تمكينًا كاملاً، بالإضافة إلى ما تتضمنه التشريعات في تنظيمها للتحكيم.

ويجب في التحكيم مع التفويض بالصلح أن ينصّ الاتفاق على ذلك صراحةً، إذ الأصل في التحكيم أنه تحكيم عادي، مما يتعين معه أن تفسر عبارات الاتفاق تفسيراً ضيقاً، من ذلك أنه لا يعتبر اتفاقاً على تحكيم مع تفويض بالصلح النص فيه على اعتبار حكم المحكمين غير قابل لأي طعن.



(١) أصول علم القضاء للدكتور عبد الرحمن عياد، المرجع السابق ص ٥٩.

المبحث الرابع الفرق بين المحكم والخبير

الخبرة هي المعرفة ببواطن الأمور^(١)، والخبير هو العالم الذي له باع في علم من العلوم أو في فن من الفنون، ولا يشترط أن يكون عالماً في جميع العلوم والفنون، فقد يكون في فرع واحد من فروع المعرفة كالطب أو الزراعة أو الصناعة أو التجارة أو الضرائب... وهكذا.

وكل ما يقوم به الخبير هو تقديم رأيه بناء على خبرته في موضوع مُعين طُلب منه إبداء الرأي فيه، ولا يكون لرأيه هذا أى قوة إلزامية لا للخصوم أو القاضي، فهو يستجلي جانب الغموض في مسألة معينة، ولا يعدو رأيه عن كونه رأياً استشارياً، للمحكم أو القاضي الأخذ به أو تركه.

في حين أن حكم المحكم إذا ما صدر صحيحاً، يكون ملزماً للخصوم ولو كان مخالفاً لرغباتهم وآرائهم^(٢).

وليس هناك ما يمنع أن يكون الخبير محكماً، إذا ترفع إليه الخصوم ليفصل في منازعاتهم، شريطة أن تتوافر فيه إلى جانب خبرته أهليته للحكم. وإن كان يجب اشتراط الخبرة في المحكم فالمقصود بها درايته بالقواعد الشرعية، والأنظمة التجارية، والعرف السائد، وهذا ما أُعتبر ضمناً في الأنظمة الأخرى. وقد يستعين المحكم بطرق الإثبات المختلفة للعلم بوقائع الدعوى.

وتيسيراً للوصول للحقيقة، وتحقيقاً للعدل والإنصاف قد يستعين المحكم بطرق

(١) تعريفات الجرجاني ص ٨٧، د/ الأسطل المرجع السابق، ص ٢٣، ٢٤.

(٢) التحكيم التجاري الدولي. د/ محسن شفيق ص ٢٥، التحكيم الاختياري والإجباري د/ أحمد أبو الوفا

ص ٢٨، د/ الأسطل، المرجع السابق ص ٢٤.

الإثبات كحجة للحكم من إقرار ويمين وبينه.

إلا أنه قد يستعين بطرق أخرى مشروعة كالاستعانة بالخبراء لتكوين عقيدته، وخاصة إذا ما كانت مسائل فنية ليس لديه بها علم، مثل مُصَاهَاة الخطوط مثلاً، أو إجراء محاسبة، أو موضوعات تحتاج إلى مهندس أو طيبب مثلاً، وغير ذلك، لذا فيستعين بأهل الخبرة في تلك الحالات بانتداب خبير لإبداء رأيه فيما يُشكّل عليه من موضوعات حتى يفصل فيما يَعرِض عليه مُكَوَّنًا عقيدته على علم ودراية مُزَوَّدًا بأهل الخبرة.

فلهيئة التحكيم الاستعانة بخبير في الدعوى دون توقف ذلك على طلب من جانب الخصوم، واختيار الخبير من سلطات المُحكِّم فلا يستطيع أى من الخصوم طلب تعيين خبير معين.

وقد تحتاج المسائل المعروضة عليه لرأى أكثر من خبير لتشعب نقاط البحث فيها أو حتى لو كانت نقطة واحدة فقط ترى اطمئنانها في اجتماع أكثر من خبير وفي أى صورة يجوز هيئة التحكيم أن تتدب أكثر من خبير في الدعوى وتحدد الهيئة ميعادًا للخبير ليقدم تقريره فيه^(١).

ويُشترط أن يقدم الخبير تقريره كتابة، فإن تأخر الخبير عن تقديم التقرير في مواعده جاز للمُحكِّم أن يستبدل به خبيرًا آخر^(٢).

□ تقدير رأى الخبير:

إذا قدم الخبير تقريره فيما طلب إليه إبداء الرأى فيه فإنه يصبح من بين الأدلة

(١) وبالمقابل مادة (٨٧) من قانون الإجراءات الجنائية المصرى حيث نصت على أن: «يحدد قاضي التحقيق ميعادًا للخبير يقدم تقريره فيه وللقاضي أن يستبدل به خبير آخر إذا لم يقدم التقرير في الميعاد».

(٢) أصول الإجراءات الجنائية د/ حسن صادق المرصفاوي، ص ٣٦٦.

المطروحة للمناقشة أمام هيئة التحكيم، ولا يوجب تلاوة التقرير في الجلسة بل يكون مجلًا لتقديرها وهو تقديرٌ موضوعي. فإن شاءت أخذت بنتيجته، وإن أرادت طرحتَه، ولها أن تأخذ بأجزاء منه وتستبعد الأجزاء الأخرى، وفي كل الأحوال لا تكون الهيئة مقيدة برأى. وإن تعددت تقارير الخبراء فإنها تفاضل بينها وتأخذ منها ما تراه وتطرح ما عداه^(١). والهيئة في كل الأحوال لا تكون مقيدة برأى الخبير.

وإذا رأت المحكمة استدعاء الخبير لاستجلاء بعض النقاط في التقرير المقدم منه فإنه يحضر أمام المحكمة للمناقشة في التقرير، ولكنه لا يُعتبر شاهدًا، ولا يجب تحليفه لأنه يكتفى باليمين التي حلفها قبل مباشرة عمله، أو المأمورية التي انتدب من أجلها. وقد انتفت عنه صفة الشاهد لأنه يدلي ببيانات ومعلومات فنية عند المناقشة وليس فيما يقول ما استقى من خارج العمل الذي نُدب له، ومناقشته تعتبر إتمامًا للإجراء الذي تعرف رأيه فيه^(٢).

ويجوز في جميع الأحوال أن يؤدي الخبير مأموريته بغير حضور الخصوم^(٣). لأن الإجراءات التي يباشرها الخبير في الغالب مسائل فنية كمضاهاة بصمات، أو تحقيق صحة خطوط، فلا فائدة من حضور الخصوم.

□ الفرق بين المحكم والخبير:

١- يشترط في المحكم أن يكون على دراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية والعرف السائد، أما الخبير فلا يُشترط فيه إلا علمه وخبرته في مجال المسألة المتدب من أجلها وإبداء رأيه فيها.

(١) أصول الإجراءات الجنائية د/ حسن صادق المرصفاوي، ص ٦١٢.

(٢) د/ المرصفاوي، المرجع السابق، ص ٦١٢، عزة قطورة، المرجع السابق ص ١٠٥.

(٣) مادة (٨٥) إجراءات جنائية من القانون المصري.

٢- في التحكيم لابد من تراضى الخصوم على تعيين المحكم وببإشراف المحكم سلطته بناءً على اتفاق الخصوم. أما الخبير فلا يشترط رضا الخصوم به ويُعين بواسطة الهيئة الحاكمة وببإشراف سلطته بناءً على حكمها بانتدابه.

٣- الإسلام .. يشترط في المحكم الإسلام لأنه لا ولاية للكافر على المسلم. ولا يُشترط الإسلام في الخبراء لأن مهمتهم ليست ولاية بل الإدلاء بمعلومات علمية أو فنية في مسألة معينة تُدب من أجلها، فقد يكون النزاع بين مؤسسة أجنبية وعربية وفي حاجة لخبير أجنبي.

٤- العدل .. وهو من الشروط المتفق عليها في المحكم مادام يشترط فيه الإسلام وهي شروط القاضي بلا خلاف ولا يشترط العدل في الخبير وإنما العلم والخبرة فيما يعرض عليه، وذلك لأن للهيئة المحكمة الحق في طرح نتيجة التقرير جانباً إذا لم تطمئن إليها، إذ أن تقرير الخبير ليس إلا استشارياً ويخضع لتقدير هيئة التحكيم.

٥- مهمة المحكم تتم بحضور الخصوم والجلوس بين يديه وفي مكان واحد وعلى مستوى واحد، أما الخبير فيؤدي مأموريته بغير حضور الخصوم.

٦- تنتهي مهمة المحكم بالحكم في النزاع المعروض عليه، بينما مهمة الخبير تنتهي بتقديم التقرير إلا إذا شاءت المحكمة استدعائه لإتمام الإجراء.

٧- الأصل في حكم المحكم إذا كان صواباً وواقعاً ضمن اختصاصه أن يكون ملزماً لمن حكمه، ونافذاً عليهما، أما الرأي الذي ينتهي إليه الخبير في تقريره لا يعدو أن يكون استشارياً ويخضع لتقدير هيئة التحكيم إن شاءت أخذت به وإن شاءت طرحته جانباً.



المبحث الخامس

أمين سر التحكيم «الكاتب»

لكثرة أشغال الحاكم ونظرة فيما يرفع إليه من دعاوى، فيُستَحَبُّ له أن يتخذ كاتبًا مسلمًا مكلفًا عدلًا حافظًا عالمًا، يُجْلِسُهُ حيث يشاهد ما يكتبه ويجعل القمطر مضمومًا بين يديه^(١).

- مشروعية اتخاذ الكاتب:

إن النبي ﷺ استكتب كثيرًا من الصحابة رضوان الله عليهم ل يكتبوا الوحي وغير الوحي، زاد عددهم على أربعين كاتبًا^(٢) منهم الخلفاء الأربعة، وأبي بن كعب، والزيبر بن العوام، وعامر بن فهيرة، وعمرو بن العاص، ومعاوية بن أبي سفيان، وزيد بن ثابت، وغيرهم رضوان الله عليهم وعنهم أجمعين^(٣).

□ شروط الكاتب^(٤):

اشترط الفقهاء في كاتب الحاكم نوعين من الشروط:

* شروط جواز . * شروط استحباب .

أولاً: شروط الجواز:

١- الإسلام: فلا يجوز أن يُولى غير المسلم (كاليهودي والنصراني والمشرِك) كاتبًا لدى الحاكم لقوله ﷺ: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا بَطَانَةً مِّنْ دُونِكُمْ لَا يَأْتُونَكُمْ خَبْرًا﴾ [آل عمران: ١١٨].

(١) الشرح الكبير ج٦ ص ١٧٢.

(٢) معنى المحتاج ج٤ ص ٣٨٨، القضاء في الإسلام، عبد القادر أبو فارس ص ٦٠.

(٣) أنظر زاد المعاد ج١ ص ٢٩، ٣٠، فقد سرد صاحبه سبعة عشر صحابيًا عملوا كاتبًا للنبي ﷺ.

(٤) المبسوط للسرخسي ج١٦ ص ٩٣، ٩٤، المغني لابن قدامة ج١٠ ص ٦٤، الشرح الصغير على أقرب

المسالك ج٤ ص ٢٠٢.

ومن الآثار .. ما روي عن عمر بن الخطاب قوله لأبي موسى الأشعري رضى الله عنهما في كتابه النصراني: لا تكرموهم إذ أهانهم الله، ولا تأمنوهم إذ خوتهم الله، ولا تدنهم إذ أقصاهم الله. فقال أبو موسى: لا قوام للبصرة إلا به، فقال عمر رضي الله عنه: مات النصراني والسلام، يعنى هب أنه قد مات فما كنت صانعاً حينئذ فاصنعه الساعة واستغن عنه بغيره^(١).

ومن الحديث أيضًا .. روى ابن ماجه رحمه الله في سننه بإسناده عن عروة بن الزبير عن عائشة رضى الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ [إِنَّا لَا نَسْتَعِينُ بِمَشْرُكٍ]^(٢).

٢- العدالة: فيشترط في الكاتب أن يكون عدلاً لأن الكتابة مَوْضِعُ أمانة^(٣)، أى يقوم بالفرائض والأركان، ويتجنّب الكبائر من الآثام، ولا يُصِرُّ على الصغائر، وأن يكون بعيداً عن مواطن الرّيب مأموناً وقت الرضا والغضب.

٣- الأهلية الكاملة: فينبغى أن يكون مكلفاً، أى يتمتع بالأهلية الكاملة فيكون بالغاً عاقلاً تجوز شهادته لأنه قد يحتاج القاضي إلى شهادته.

ثانياً: الشروط المستحبة:

استحب فقهاؤنا الأجلّاء رحمهم الله فيمن يعين كاتباً أن تتوافر فيه الصفات التالية:

١- أن يكون حافظاً فقيهاً لأنه قد يحتاج إلى الاختصار والحذف من كلام الخصمين، وليعرف مواقع الألفاظ التي تتعلق بها الأحكام ويفرق بين الجائز والواجب.

(١) المغنى لابن قدامة ج١٠ ص ٦٤، المبسوط ج١٦ ص ٩٣، ٩٤.

(٢) تفسير ابن ماجه ج٢ ص ٩٤٥ رقم الحديث ٢٨٣٢ قال صاحب مختصر شرح الجامع الصغير ج١

ص ١٧٣ (رواه الإمام أحمد في المسند وأبو داود في السنن وابن ماجه في سننه عن عائشة وهو صحيح).

(٣) الشرح الكبير ج٦ ص ١٧٢ (قال أصحاب الشافعي في اشتراط عدالته وإسلامه وجهان: (أحدهما)

يشترط لأن الإسلام من شروط العدالة، والعدالة شرط. (والثاني) لا يشترط لأن ما يكتبه لا بد من

وقوف القاضي عليه فهو من الخيانة).

- ٢- أن يكون صحيح الضبط لئلا يفسد ما يكتبه بجهله.
- ٣- أن يكون جيد الخط حتى يتمكن غيره من قراءته إذا دعت الحاجة واقتضى الأمر.
- ٤- أن يكون الكاتب أميناً حراً.
- ٥- أن يكون ورعاً نزيهاً لا يُسْتَمَالُ بهدية أو رشوة.
- ٦- أن يكون ذو خبرة بكتابة المحاضر والسجلات والصكوك والأوامر والقرارات القضائية.

□ اختصاصات أمين سر التحكيم (الكاتب):

من الأعمال التي يقوم بها كاتب هيئة التحكيم ما يلي:

- ١- يقوم كاتب الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع بأعمال سكرتارية هيئة التحكيم وإنشاء السجلات اللازمة لقيود طلبات التحكيم وعرضها على الجهة المختصة لاعتماد وثيقة التحكيم، كما يتولى الإخطارات والإعلانات المنصوص عليها في نظام التحكيم وأية اختصاصات أخرى يحددها الوزير المختص.
- ٢- وعلى الكاتب أيضاً إخطار المحكّمين والمُحكّمين بالقرار الصادر بشأن اعتماد وثيقة التحكيم خلال أسبوع من تاريخ صدوره.
- ٣- كما يحظر كاتب الجلسة المحكّمين بميعاد الجلسة التي ينظر فيها التحكيم وذلك قبل ميعاد الجلسة بمدة لا تتجاوز خمسة أيام.
- ٤- وعلى كاتب هيئة التحكيم أن يثبت الوقائع والإجراءات التي تتم في الجلسة في محضر يجره تشرف عليه الهيئة، ويثبت في المحضر تاريخ ومكان انعقاد الجلسة وأسماء الهيئة والسكرتير والمحكّمين، ويتضمن أقوال أصحاب الشأن ويوقع عليه بعد أن يوقع عليه رئيس الهيئة والمحكمون.
- ٥- وكلّ تبليغ أو إخطار أو إعلان يتعلق بخصوصية التحكيم يتم بمعرفة كاتب الجهة

المختصة أصلاً بنظر النزاع عن طريق المراسل والجهات الرسمية.
٦- ومن مهام الكاتب للهيئة المختصة بنظر النزاع أيضاً أن يسلم المحكوم له صورة
من السند التنفيذي لقرار التحكيم موضحاً به الأمر بالتنفيذ.



رَفْعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الباب الثالث

القواعد العامة للتكريم
وطرق إثباته

رَفْعٌ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

الباب الثالث

القواعد العامة للتكيم وطرق إثباته

- ويشتمل على ثلاثة فصول:

□ الفصل الأول: قواعد التكيم .

□ الفصل الثاني: طرق إثبات التكيم .

□ الفصل الثالث: شروط التكيم .

الفصل الأول

قواعد التكيم

المبحث الأول

الحكم بشريعة الله

إن التحاكم إلى ما أنزل الله والتزام ما فصل لعباده من الحِلِّ والحُرْمَةِ وسائر الشرائع صورة من صور العبادة لا يجوز أن تصرف إلى غير الله، ومن فعل غير ذلك من الحكام فهو كافر يجب قتاله حتى يرجع إلى حكم الله ورسوله فلا يحكم سواه من قليل ولا كثير.

وذلك لقوله ﷺ: ﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴾ [المائدة: ٤٤].

﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ [المائدة: ٤٥].

﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ [المائدة: ٤٧].

فهم كافرون لأنهم جحدوا حكم الله قصداً منهم وعناداً وعمداً.

وهم ظالمون لأنهم لم ينصفوا المظلوم من الظالم في الأمر الذي أقرَّ الله بالعدل^(١).
 والتسوية بين الجميع فيه فخالفوا وظلموا وتعدى بعضهم على بعض.
 وهم فاسقون لأنهم خارجون عن طاعة ربهم مائلون إلى الباطل تاركون الحق^(٢).
 يقول الأستاذ أبو الأعلى المودودي في (الحكومة الإسلامية) تعقيباً على تلك الآيات
 الثلاثة من سورة المائدة أن الله هنا أصدر ثلاثة أحكام في شأن من لا يحكمون بقانون
 الله المنزَّل.

الأول: أنهم كافرون. الثاني: أنهم ظالمون. الثالث: أنهم فاسقون.

ومعنى هذا بوضوح أن من يترك حكم الله وقانونه ويحكم بقانون آخر وضعه هو
 بنفسه أو وضعه أناسٌ غيره يَرْتَكِبُ ثلاث جرائم:

الأولى: أن تَصْرَفَه هذا يعني رَفُضَ حكم الله وهكذا كفر.

الثانية: أن فعله هذا يخالف العدل والإنصاف ويخافيه، لأن الحكم الذي ينطبق تمام
 الانطباق هو ما أصدره الله، فإن حَادَ عنه ثم حكم فقد ظلم بكل تأكيد وبقين.

الثالثة: أنه مع كونه عبداً فقد عصى قانون سيده ومالكه، ونَقَذَ قانونه الخاص أو
 قانون غيره من البشر، ومن ثَمَّ فقد خرج فعلاً عن دائرة العبودية، وشَدَّ عن إطار
 الطاعة، وهذا فسق وانحراف عن حكم وطاعة الله ﷻ.

ولا يمكن أن يكون هناك ائْتِعَاد عن الحكم بما أنزل الله دون أن توجد هذه النقاط
 الثلاثة^(٣).

(١) تفسير ابن كثير، المجلد الأول ص ٥٢٠، ٥٢٢، مختصر وتحقيق محمد على صابوني، عزة قطوره، المرجع
 السابق ص ١٢٩.

(٢) تفسير ابن كثير، المرجع السابق ص ٥٢٠، ٥٢٢، مختصر وتحقيق محمد على صابوني.

(٣) تحكيم الشريعة ودعاوي العلمانية، د/ صلاح الصاوي ص ٦٣، والحكومة الإسلامية للمودودي، ص ١٠٠، ١٠٦.

من هنا إذا أردنا التحكيم وفقاً لشريعة الله ﷻ فيجب على الحاكم أن يقضى ويفصل بين المتنازعين وفقاً لحكم الله ﷻ وسنة رسوله ﷺ ليستنبط الحكم ويقضي بالحق، وذلك لقوله ﷻ: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴿٥٩﴾﴾ [النساء: ٥٩].

فهذا أمر من الله ﷻ بَرَدُّ أَيِّ شَيْءٍ يَتَنَازَعُ فِيهِ النَّاسُ مِنْ أَصُولِ الدِّينِ وَفُرُوعِهِ يُرَدُّ التَّنَازَعُ فِيهِ إِلَى الْكِتَابِ وَالسَّنَةِ.

كما قال ربُّ العزة: ﴿وَمَا أَخْلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ ذَلِكَمُ اللَّهُ رَبِّي عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ ﴿١٠﴾﴾ [الشورى: ١٠].

أما قوله ﷻ: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَبَكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِبِينَ خَصِيمًا ﴿١٠٥﴾﴾ [النساء: ١٠٥].

فليس معناها تحويل النبي ﷺ الحق في أن يحكم بما رأى، بل معناها أنك تطبق حكم الله عليهم.

فالحكم الإلهي قد نزل إجمالي وعموم ومجرد. والرسول ﷺ إنما يبين انطباقه على الوقائع المفردة تفصيلاً ويلزم به، وذلك يحتاج إلى رأى منه ﷺ واجتهاد في الرأى والتفسير.

ويؤيد هذا الفهم والتفسير قوله ﷻ في الآية الأخرى ﴿وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩].

ويقول ﷻ أيضاً في كتابه الكريم: ﴿فَإِنْ جَاءُوكَ فَأَحْكَمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَكَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴿٤٢﴾﴾ [المائدة: ٤٢].

إن الله ﷻ خير نبيه ﷺ^(١) إذا جاءه أهل الكتاب محتكمين إليه، طالبين منه الحكم في خصوماتهم^(٢)، بين الحكم أو الإعراض عنهم، وأخبره جَلَّ شأنه أن الإعراض عن المحتكمين إليه لا يُرتب عليه ضرراً لا في الدين ولا في الدنيا، وهذا هو عين التحكيم، فللمحكّم مُطلق الحرية في الخيار بين الحكم أو الإعراض عن المحتكمين إليه. وإذا ما اختار الإعراض عنهم فلا سبيل لإلزامه ولا جزاء عليه. هذا على خلاف الحاكم المنصب للفصل في الخصومات بين الناس فلا يستطيع الخيار بين الحكم أو الإعراض بين الخصوم إذا ما ترافعا أو أحدهما إليه^(٣).

ويقول الله ﷻ أيضاً في كتابه العزيز: ﴿وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ (النساء: ٦٥)^(٤).
ويقول الله ﷻ في كتابه العزيز أيضاً: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْلُوبُوا الصِّدْقَ وَأَنْتُمْ حَرَمٌ وَمَنْ قَلَّهٖ مِنْكُمْ مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًا بَلِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّرَةٌ

(١) د/ سيد محمود، المرجع السابق ص ٢٣.

(٢) زنا اليهوديين وقصة الرجم: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن الكريم، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (ت ١٧١ هـ) الطبعة الثالثة، دار الكتب المصرية، الناشر دار إحياء الكتاب العربي ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧ م، ج٦ ص ١٧٦؛ د/ سيد محمود، المرجع السابق، هامش ٥ ص ٢٣.

(٣) د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق ص ٣٧، د/ سيد محمود، المرجع السابق ص ٢٤.

(٤) ويقول أبو جعفر محمد بن جرير الطبري في قوله تعالى (حتى يحكموك) حتى يجعلوك حكماً بينهم فيما اختلط بينهم من أمور، أنظر جامع البيان ج ٥ ص ١٥٨، والحكم عند أهل اللغة هو من يختار للفصل بين المتنازعين، أنظر المعجم الوسيط ج ١ ص ١٩٠ م، مشار إليه في أحمد مليجي، قواعد التحكيم، ص ٥٩، هامش ١، وجاء في حاشية الصاوي «الحاكم ما كان مقاماً من طرف السلطان والمحكم ما كان مقاماً من طرف الأخصام»، الشرح الصغير: للشيخ أحمد بن محمد الصاوي، ت ١٢٤١ هـ. مطبوع مع الشرح الصغير - طبعة عيسى الحلبي ١٩٧٦ م، ج ٥ ص ٤٩٤؛ د/ سيد محمود، المرجع السابق هامش ٢ ص ٢٤.

طَعَامُ مَسْكِينٍ أَوْ عَدَلٌ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْقِمُ اللَّهُ مِنْهُ
 وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ ﴿٩٥﴾ [المائدة: ٩٥]. وهنا نهى الله عباده المؤمنين عن قتل الصيد ما
 داموا حُرْمًا، وجعل على من قتله الجزاء، يحكم به عدلان، وعُموم الآية أعطى قاتل
 الصيد إقامة عدلين للحكم عليه بالجزاء، وبغير إذن الإمام، ويجزئ إخراج الجزاء بناءً
 على حكمها، فدل ذلك على أن الآية نص على جواز التحكيم^(١).

وإذا كان الحكم الإلهي عام ومجرد - كما أسلفنا - والرسول ﷺ يبين انطباقه على الوقائع
 المفردة ويلزم به وذلك يحتاج إلى رأى منه مصحوبًا باجتهد، ويؤيد ذلك الفهم قول الله
 ﷻ في الآية الأخرى ﴿وَأَن أَحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾ (كما أسلفنا).

إذن كانت السنة دليلًا شرعيًا لا من حيث أنها صادرة عن محمد ﷺ لذاته، بل من
 حيث إنها دالة على أحكام الله مصداقًا لقوله ﷻ: ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ ۗ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ
 يُوحَىٰ﴾ ﴿٤﴾ [النجم: ٣، ٤].

وفي ذلك يقول الدكتور سليمان الأشقر^(٢): «كما أن المجتهد إذا استنبط حكمًا في
 مسألة اجتهادية فهو ليس حاكمًا وإنما هو مُخَيَّرٌ عن أنه يظهر له أن حكم الله ﷻ في المسألة
 هو كذا وكذا مما أخبره به .. ثم إن شرع الله يأمره بالعمل بما غلب عليه ظنه أنه الحق.

ويقول ابن القيم رحمه الله (والصحيح أن الحكم بغير ما أنزل الله يتناول الكافرين
 الأصغر والأكبر بحسب حال الحكم فإنه إن اعتقد وجوب الحكم بما أنزل الله في هذه
 الواقعة وعدل عنه عصيًّا مع اعترافه بأنه مستحق للعقوبة، فهذا كفر أصغر وإن اعتقد
 أنه غير واجب وأنه مخير فيه مع تيقنه أنه حكم الله فهذا كفر أكبر، وإن جهله وأخطأه

(١) د/ اسماعيل الأسطل، المرجع السابق ص ١٩؛ أحمد مليجي، قواعد التحكيم، ص ٤٥٨ د/ سيد محمود،
 المرجع السابق ص ٢٤.

(٢) الواضح في أصول الفقه للمبتدئين، د/ سليمان الأشقر ص ١٦؛ عزة فطورة، المرجع السابق ص ١٣٢.

فهذا مخطئ له حكم المخطئين^(١).

ومن لم يحكم بما أنزل الله وهو لم يَسْتَخِفْ به ولم يحتقره ولم يعتقد أن غيره أصلح منه وأنفع للخلق، وإنما حكم بغيره تسلطاً على المحكوم عليه، أو انتقاماً منه لنفسه، أو نحو ذلك، فهذا ظلم وليس بكافر وتختلف مراتب ظلمه بحسب المحكوم به ووسائل الحكم.

ومن لم يحكم بما أنزل الله لا استخفافاً بحكم الله ولا احتقاراً ولا اعتقاداً أن غيره أصلح وأنفع للخلق وإنما حكم بغيره محاباةً للمحكوم له أو مراعاة لرشوة أو غيرها من عرض الدنيا، فهذا فاسق وليس بكافر، وتختلف مراتب فسقه بحسب المحكوم به ووسائل الحكم^(٢).



(١) مدارك السالكين لابن القيم ج١ ص ٣٦٥، تحكيم الشريعة د/ صلاح الصاوي ص ٥٦، عزة قطورة، المرجع السابق ص ١٣٢.

(٢) المجموع الثمين من فتاوى محمد بن صالح العثيمين، الجز الأول ص ١٤٢، عزة قطورة، المرجع السابق ص ١٣٢.

المبحث الثاني العدل

نزلت آيات العدل عامة، فالأمر فيها مُطلق غير مُقيد، وفي بعضها تحذيرٌ من ترك العدل سِوَاءٌ من بُغضٍ أو قرابة أو غيرها.

فقال ﷺ: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨].

وقال ﷺ: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ [النحل: ٦٠].

وقال ﷺ: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَت إِحْدَاهُمَا عَلَى الْآخَرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبَغَىٰ حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِنَّ فَاءَ ت فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ [١] ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾ [١٠] [الحجرات: ٩، ١٠].

يتضح من تلك الآيات البينات أن التشريع الإسلامي ينظر إلى الناس كلهم نظرة المساواة في الخضوع لأحكامه وفي المؤاخذة على مخالفتها لا فرق بين حاكم ومحكوم، ولا بين غني وفقير، ولا بين شريف وغير شريف، ولا بين عربي وأعجمي، ولا بين أبيض وأسود، فلا يعفى شخص من المؤاخذة بما له من جاه أو سلطان.

وفي تفسير الآيتين السابقتين (وإن طائفتان من المؤمنين ..) لابن كثير، ذكر سعيد بن جبیر أن الأوس والخزرج كان بينهما قتال بالسعف والنعال فأنزل الله ﷻ هذه الآية فأمر بالصلح بينهما.

قال السدي: كان رجل من الأنصار يقال له عمران وكانت له امرأة تدعى أم زيد وأن المرأة أرادت أن تزور أهلها فحبسها زوجها، وجعل من عليها لا يدخل عليها أحدًا من أهلها، وأن المرأة بعثت إلى أهلها فجاء قومها وأنزلوها ينطلقون بها وأن الرجل كان قد خرج فاستعان

بأهله فجاء بنو عمه ليحولوا بين المرأة وبين أهلها فتدافعوا واجتدلوا بالنعال .. فنزلت فيهم هذه الآية، فبعث إليهم رسول الله ﷺ وأصلح بينهم ففأوا إلى أمر الله.

وقوله ﷺ: ﴿ فَإِن فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾ (١)

[الحجرات: ٩] أى اعدلوا بينهما بالقسط وهو العدل (إن الله يحب المقسطين).

وروى ابن أبي حاتم عن عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما قال: أن رسول الله ﷺ قال: «المقسطون عند الله تعالى يوم القيامة على منابر من نورٍ على يمين العرش، الذين يعدلون في حكمهم وأهاليهم وما ولوا».

وقوله ﷺ: ﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ ﴾ [الحجرات: ١٠] أى الجميع إخوة في الدين، فيجب ألا نحابي البعض على البعض، وأن نحكم بينهم بالعدل. وكما قال رسول الله ﷺ [المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله].

وقوله ﷺ: ﴿ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ ﴾ يعنى الفئتين المقتلتين. ﴿ وَأَتَّقُوا اللَّهَ ﴾ أى فى جميع أموركم: ﴿ لَعَلَّكُمْ تَرْحَمُونَ ﴾. وهذا تحقيق منه ﷺ للرحمة لمن اتقاه.

فهذه الآيات فى هذه القصة ترشدنا وتدلنا إلى قواعد التحكيم، فهى توجب على الحاكم أن يقوم بالإصلاح أولاً بين الخصمين، وأن يحكم بينهما بالعدل، ولا يظلم، ويتقى الله فى أحكامه. ومن منهج الله الحكيم ليبين للناس أمانة العدل.

قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: ﴿ يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىَٰ أَن تَعْدِلُوا وَإِن تَلَوُّا أَوْ نَعَرْتُمْ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴾ [النساء: ١٣٥].^(١)

نعم إنها أمانة القيام بالقسط، بالقسط على إطلاقه فى كل حال وفى كل مجال، القسط

(١) فى ظلال القرآن، سيد قطب، دار الشروق، ص: ٧٧٢، ٧٧٥.

الذي يمنع البغى والظلم في الأرض والذي يكفل العدل بين الناس والذي يعطى كل ذى حق حقه من المسلمين وغير المسلمين.

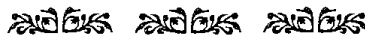
ففى هذا الحق يتساوى عند الله المؤمنون وغير المؤمنين، والأقارب وغيرهم، ويتساوى أيضًا الأصدقاء كما يتساوى الأغنياء والفقراء.

فهذا رسولنا الكريم صلوات الله عليه وسلامه، يقول لمن جاء يشفع لامرأة من بنى مخزوم سرت: [إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها]^(١).

وقصة هذه المرأة^(٢): هي أن امرأة من بنى مخزوم سرت حلياً أو متاعاً، ورفع أمرها إلى النبي ﷺ فاعترفت بالسرقة، فخشى قومها أن ينفذ الرسول عقوبة السارق فيها فينفضحوا، وجاءوا إلى أسامة بن زيد، وكان أسامة يحظى بحب النبي ﷺ له ولأبيه زيد وكلموه في أن يشفع للمرأة ألا ينفذ فيها العقوبة وكلم رسول الله فغضب عليه الصلاة والسلام وقال: أتشفع في حد من حدود الله؟! ثم جمع الناس فخطب فيهم قائلاً: أيها الناس، إنما أهلك من كان قبلكم.... إلخ الحديث.

فهذا الأسلوب القاطع في منع المحاباة في إقامة حدود الله، وتنفيذ أحكامه يدل دلالة واضحة على أن المساواة بين الناس أصل أصيل في شريعة الإسلام وأن العدل هو أساس التحكيم وضبطه.

ونرى هنا أن العدل لم يقع إلا في القلوب التي عمرت بعقيدة الإيمان بالله وبتشريعه.



(١) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، د/ محمد مصطفى شلبى، ص ٩٥.

(٢) المرأة هي فاطمة بنت أبي أسد، رياض الصالحين للنووي، ص ٢٨٩؛ عزة قطورة، المرجع السابق، ص ١٣٦.

الفصل الثاني

طبيعة عمل المحكم

اختلف الفقهاء المسلمون في تحديد طبيعة عمل المحكم، فمنهم من أسبغ على عمله الصفة القضائية، ومنهم من اعتبر عمله بمثابة عمل الوكيل، ومنهم من أخذ مذهباً وسطاً بين القضاء والوكيل (الوكالة).

وفىما يلي سنتناول اختلافهم إلى ثلاثة آراء بإيجاز شديد، وذلك على النحو التالي:

□ الرأي الأول: الحُكْمُ شأنه شأن القاضي .. نأفِذ الأحكام:

وهذا يشكل الرأي الغالب في الفقه الإسلامي، بمعنى أن الحكم في الشريعة الإسلامية يقوم بعمل قضائي شأنه في ذلك شأن القاضي المولى من قبل الإمام أو نائبه. فجاء في روضة الطالبين «وإذا رفع حكم المحكم إلى القاضي لم ينقضه إلا بما يستقض به قضاء غيره»^(١).

وفي الشرح الصغير «وإن حكم المحكم فيما يجوز له الحكم فيه فحُكْمٌ صواباً مضى حكمه ولا يُنْقَضُ لأن حكم المحكم يرفع الخلاف»^(٢).

وفي الكافي في فقه الإمام أحمد «إذا حكم بينهما لزم حكمه لأن من جاز حكمه لزم كقاضي الإمام»^(٣).

(١) ابن شرف النووي، روضة الطالبين ج ١ ص ١٢١ - ١٢٢، يقول الأردبيلي: «ولو كتب المحكم إليه أي إلى القاضي المولى - بما حكم يجب أن يقبل»، الأنوار لأعمال الأبرار ج ٢ ص ٦١٥، الأسطل، المرجع السابق، ص ١٢٤ د/ عبد الكريم نصير، المرجع السابق، ص ١٩١.

(٢) الدردير، الشرح الصغير ج ٥ ص ٥١٢ د/ الأسطل، المرجع السابق ص ١٢٤ د/ عبد الكريم، المرجع السابق ص ١٩١.

(٣) ابن قدامة (أبي محمد موفق الدين)، الكافي ج ٤ ص ٤٣٦.

وفي أدب القاضي للماوردي «إن المحكم قد صار بالتحكيم حاكماً»^(١).

وجاء في الإنصاف «يلزم من يكتب إليه بحكمه القبول وتنفيذه كحاكم الإمام»^(٢).

□ الرأي الثاني: المحكّم وكيل وليس حاكماً:

وذهب هذا الرأي إلى أن المحكم وكيل وليس حاكماً، وهو قول بعض المالكية.. فالتحكيم عند هؤلاء البعض من المالكية من باب الوكالة لا الولاية. جاء في المنتقى شرح موطأ مالك «أن التحكيم عند ابن القاسم ومن تابعه من باب الوكالة لأنه حكم خاص والولاية عامة، وأن حكمه إنما يكون بإذن من يحكم له أو عليه وهذا معنى الوكالة»^(٣).

□ الرأي الثالث: المحكّم قاضي من وجه ووكيل من وجه آخر:

قال أصحاب هذا الرأي أن المحكّم في عمله يشبه القاضي من وجه ويشبه الوكيل من وجهة آخر، فيشبه القاضي في أنه يعمل باستقلال عن إرادة الخصوم، ويشبه الوكيل في أنه لا يمكنه مباشرة عمله إلا بتحكيم الخصوم له، قال بهذا الرأي الحنفية. فجاء في أحكام القرآن للجصاص: «وتحكيم المحكم في الخصومة بين رجلين يشبه حكم الحاكم من وجه، ويشبه الوكالة كما أوضحنا»^(٤).

وجاء في الاختيار لتعليل المختار «متى كان - أي المحكّم - كالقاضي في حقهما -

(١) الماوردي، أدب القاضي ج ٥ ص ٣٨٠ د/ الأسطل، المرجع السابق ص ١٢٤ د/ عبد الكريم نصير، المرجع السابق ص ١٩٢.

(٢) المراداي، الإنصاف ج ١ ص ١٩٨ د/ عبد الكريم، المرجع السابق، ص ١٩١.

(٣) أنظر في ذلك الباجي - المنتقى ج ٥ ص ٢٢٧ د/ عبد الكريم نصير، المرجع السابق ص ١٩٢.

(٤) الجصاص، أحكام القرآن ج ٢ ص ٢٢٢.

المتخاصمين - والمصالح في حقَّ غيرهما لأنَّ غيرهما لم يرضى بحكمه^(١)».

ويتفق الاتجاه الغالب في الفقه الوضعي من أنَّ حكم الحكم يعد بمثابة حكم صادر من جهة قضائية^(٢). إذ اشترط في الحكم ما يشترط في القاضي المولى، وأنَّ عمل الحكم أحيط بكافة الضمانات التي يُحاط بها عمل القاضي المولى .. فهو في النهاية ملتزم بأحكام وقواعد الشرع ووسائل الإثبات الشرعية.

والمحكَّم في الشريعة الإسلامية حسب الراجح كالقاضي المولى من جهة الإمام أو نائبه، وفي هذا يتفق التحكيم في الشريعة مع نظام التحكيم بالقضاء المعروف في القانون إذ يتعين على الحكم في التحكيم بالقضاء أن يحكم في النزاع على مقتضى القانون مثله في ذلك مثل القاضي.

وما يخضع له القاضي حين إصداره لحكمه في النزاع يتمثل في المصادر والأدلة الشرعية التي يستقي أو يتعين عليه أن يستقي حكمه منها .. وقد جاء في رد المحتار على الدر المختار «قضاء القاضي يرد بكل حال إذا خالف نصًّا أو إجماعًا»^(٣).

وإذا كان الحكم في الشريعة الإسلامية شأنه شأن القاضي المولى فإنه يتعين عليه الالتزام بما التزم به القاضي المولى، وبالتالي يتعين عليه أن يستقي حكمه من [الكتاب - أو السنة - أو الإجماع - أو القياس]. وألا يكون مخالفاً للقواعد الفقهية.



(١) ابن مودود (عبد الله بن محمود الموصلي ت ٦٨٣ هـ) الاختيار لتعليل المختار ج٢ - ص ٩٣؛ د/ عبد

الكريم نصير، المرجع السابق ص ١٩٣.

(٢) أبو الوفا (د/ أحمد) ص ١٩٦ - ١٩٨.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٥ ص ٣٩٤.

الفصل الثالث

طرق إثبات التحكيم

إن قواعد الإثبات في الفقه الإسلامي تقوم على البينة - الشهادة - دون الكتابة، حيث لم تكن منتشرة، وقابلة للتقليد والتزوير رغم أن القرآن الكريم قد حثَّ على ذلك بقوله ﷻ: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُمُ بَدَيْنَ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ولما كان القضاء هو المرجع الأساسي في فصل المنازعات وإنهاء الخصومات، والحكم الفصل في إظهار الحقوق وضمائها لأصحابها، ووضَّع له الإسلام القواعد والضوابط التي تمنع ذوي النفوس المريضة من التناول والتسلط، ومُحَفِّظ الأمة من العبث والظلم^(١).

والتحكيم في الشريعة الإسلامية يُتَمُّ عن طريق عقد رضائي يكفي لانعقاده مجرد تلاقي الإيجاب والقبول^(٢). كأن يقول الأطراف أو الطرفان المتنازعان لرجل ما - فرد أو أكثر - أحكم بيننا أو جعلناك حكماً بيننا، فيقول قبلت، فهذا ينعقد العقد دون حاجة لأي إجراء آخر وهذا ما عبَّر عنه الفقهاء في كتبهم الفقهية بأن التحكيم ركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر^(٣).

- وإثبات التحكيم في الشريعة الإسلامية للفقهاء فيه قولان:

(١) عزة قطورة، المرجع السابق، ص ١٣٩.

(٢) ابن نجيم البحر الرائق جـ ٧ ص ٢٤، الطحطاوي حاشية الطحطاوي جـ ٣ ص ٢٠٧، د/ عبد الكريم،

المرجع السابق، ص ١٥٦.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق جـ ٧ ص ٢٤، الطحطاوي حاشية الطحطاوي جـ ٣ ص ٢٠٧.

«القول الأول: لا يحتاج التحكيم إلى شهود تشهد على الخصمين أنها حكما الحكم وبهذا قال المالكية^(١)».

«القول الثاني: وجوب الشهادة على التحكيم لثلاثيَّحَد المحكوم عليه من الخصوم إنه حكم الحكم وبهذا قال الحنابلة^(٢)».

والراجح هو الرأي الثاني حيث وجوب إثبات التحكيم بالشهادة لما فيه مصالح العباد وقطعا لدابر النزاع مستقبلا، ولا مانع من إثبات التحكيم بالكتابة ووجوب ذلك لنفس الغاية، وأيضا نص القانون على ضرورة إثبات التحكيم بالكتابة لأهميته وخطورته^(٣).

ويخضع عبء الإثبات لقاعدتين هما^(٤):

(أ) البينة على المدعي الذي يدعي خلاف الظاهر واليمين على من أنكر أي على الذي يثبت بهذا الظاهر.

(ب) القاعدة هي غياب الموجب والحفاظ على الأشياء على حالها وذلك لقول رسول الله ﷺ: [البينة على المدعي واليمين على من أنكر]. [ولو يعطى الناس بدعواهم لادّعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على المدعي]^(٥).

(١) الزرقاني (سيد عبد الباقي بن يوسف بن احمد ت ١٠٩٩هـ) على مختصر خليل ج٧ ص ١٣٩،

الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ ص ١٣٥، الخرشى، شرح الخرشى ج٧ ص ١٤٥.

(٢) البهوتي كشاف القناع ج٦ ص ٣٠٩، الرحيباني مطالب أولى النهى ج٦ ص ٤٧٢.

(٣) أبو الوفا (د/أحمد) ص ٢٤، مادة ٥٠١/٢ من قانون المرافعات المصري، المادة ٢٥٢ من قانون المرافعات العراقي، المادة ٧٤٢ من قانون المرافعات الليبي.

(٤) الأحذب، الجزء الأول ص ٨٢، د/ سيد محمود، المرجع السابق، ص ٦٥.

(٥) البخاري ومسلم الطرق القضائية في الشريعة الإسلامية (أحمد إبراهيم) ص ١٦، مشار إليه في الأحذب،

الجزء الأول ص ٨٣ هامش ١.

والمحكّمين يلتزمون باتباع الإجراءات التي يتبعها القضاة عادة ويؤسسون الأحكام على ذات الأسانيد التي يؤسّس عليها القضاة قضاءهم، أي أنه يجب أن تكون أسباب الحكم كأسباب حكم القاضي مبنياً على البينة أو الإقرار أو اليمين أو النكول عن اليمين^(١).

ونستطيع هنا أن نذكر أهم طرق الإثبات التي عرّفها العرب قبل الإسلام وساروا عليها ما يلي (الشهادة - اليمين - القسامة - الإقيافة والعيافة) وتتناول منهم الطريقة الثالثة والرابعة بشئ من التفصيل لاحقاً.

فعلى ذلك للمدعي إذا عجز عن إثبات دعواه أمام المحكمة أن يطلب تحليف خصمه اليمين، فإذا حلف المدعي عليه اليمين فليس للمدعي أن يطلب بعد ذلك تحليفه اليمين أمام القاضي.

وطُرق العلم بوقائع الدعوى أنواع مختلفة. فذهب الحنفية إلى أنها^(٢): الإقرار، البينة، اليمين، النكول، القسامة، القرائن البالغة إلى حدّ اليقين.

وزاد غيرهم طرقاً أخرى منها: علم القاضي.

وهذه الطرق لم تكن قاصرة على القضاء وحده وإنما يحصل بها الإثبات ويحكم بها أيضاً المحتسب ووالي: المظالم وكل من ولي ولاية شرعية إسلامية^(٣).

وتتناول بداية طرق الإثبات في التحكيم بصورة مفصلة وذلك طبقاً للمذهب الحنفي الذي شرط حُكم المحكّم أن يكون إما إقراراً أو بينة أو يميناً أو نكولاً ليوافق حكم الشرع.



(١) درر الحكام، شرح مجلة الأحكام ص ٦٤١ (التحكيم بين الشريعة والقانون) عامر رحيم ص ٣٣٠، عزة قطورة ص ١٣٩.

(٢) عقد التحكيم، د/ الدوري، المرجع السابق ص ٢٢٧.

(٣) القضاء في الإسلام، د/ مذكور ص ٧٣.

المبحث الأول

الإقرار

ويسمى الاعتراف، وهو إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه^(١).

وهو من أقوى الحجج، ومع ذلك فهو حجة قاصرة على المقر^(٢).

والأصل فيها قوله ﷺ: ﴿ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا﴾

[آل عمران: ٨١].

وقول ﷺ: ﴿كُونُوا قَوْمِينَ بِالْأَيْسِطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥].

والإقرار يستلزم وجود المقر والمقر له والمقر به.

المقر: هو المدعي عليه الذي يثبت حق الغير عنده.

المقر له: هو المدعي الذي يقر له الحق.

المقر به: هو الشيء موضوع الخصومة والنزاع.

وإذا أقر المدعي عليه لزمه ما ادّعى عليه وليس للحاكم أن يحكم عليه إلا بمسألة

المقر له لأن الحكم عليه حق فلا يستوفيه إلا بمسألة مستحقة^(٣).

ولا خلاف في أنه يجوز للحاكم الحكم بالإقرار والبيّنة في مجلسه إذا سمعه معه شاهد

واحد فله الحكم نص عليه.

وقال القاضي لا يحكم به حتى يسمعه معه شاهد لأنه إذا لم يسمعه معه أحد كان

حكماً بعلمه^(٤).

(١) كثر الدقائق وتبين الحقائق عليه ح ٥ ص ٢.

(٢) القضاء في الإسلام، د/ مذكور ص ٨٠.

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة ج ٦ ص ١٨١.

(٤) الشرح الكبير ج ٦ ص ١٨٢.

فإن الله ﷻ حكم في الزنا بأربعة شهود. ثم قد أرسل النبي ﷺ إلى المرأة الزانية أنيسًا وحده وقال له (إن اعترفت فارجمها)^(١).



(١) حديث متفق عليه بين البخاري ومسلم، رواه البخاري في ٨٦ كتاب الحدود - ٤٦ باب هل يأمر الإمام رجلاً فيضرب الحد غائب؟ رقم ٦٨٥٩، ٦٨٦٠ - فتح الباري ج٢ ص ١٢٥. رواه مسلم في ٢٩ كتاب الحدود - صحيح مسلم ج٣ ص ١٣٢٤ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.

المبحث الثاني البينة

وهي اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، فهي الحجة والدليل والبرهان، وهي الشهود.. مأخوذ من البيان وهو الكشف والإظهار أو إقرار المدعى عليه وتصديقه للمدعي^(١).

والشهادة هي: إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظة الشهادة لإثبات الحق^(٢).

والأصل فيه قوله سبحانه: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢].

وقوله ﷺ: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْمَعُوا أَنْ تَكُنُ بُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمٌ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكُنُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

والبينة في اصطلاح الفقهاء مرادف للشهادة ويطلب بها المدعي وهو من يدعي الحق على غيره ويطلبه به.

وما روي عن رسول الله ﷺ عن علقمة بن وائل بن حجر الحضرمي عن أبيه قال: جاء رجل من حضر موت ورجل من كندة إلى رسول الله ﷺ، فقال الحضرمي: يا رسول الله هذا غلبني على أرض كانت لأبي فقال الكندي: هي أرض في يدي أزرعها ليس فيها حق، فقال النبي ﷺ للحضرمي: «ألك بينة؟ قال: لا. قال فلك يمينه»^(٣).

(١) الوافي في شرح الأربعين النووية ص ٢٤٣.

(٢) فتح القدير والغاية ج٦ ص ٢، عزة قطورة، المرجع السابق، ص ١٤٣.

(٣) أبو داود، سنن أبي داود ج٣ ص ٣١٢ رقم ٣٦٢٣.

وروى عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد^(١).
 والمحكم لا يقبل الشهادة إلا ممن توافرت فيه شروطها وأحكامها المبينة في كتب
 الفقه، شأنه في ذلك شأن القاضي المولى، فلا يقبل شهادة عدو على عدو، ولا شهادة
 والد لولده، ولا ولد لوالده، ولا شهادة المجلود في حدٍّ إلى غير ذلك من الشروط التي
 بسطها الفقهاء في كتاباتهم.

فالبينة حجة المدعي واليمين حجة المدعى عليه . والحكمة في هذا التوزيع:
 أن المدعي يدعي أمرًا خفيًا فهو بحاجة إلى حجة قوية لإظهاره، والبينة حجة قوية
 لأنها قول من ليس بخصم فجعلت في جانب المدعي.
 أما اليمين فهي أقل قوة لأنها كلام أحد الخصمين، والمدعى عليه لا يدعي أمرًا خفيًا
 وإنما يتمسك بالأصل واستمرار الحال، فصلحت له الحجة الأضعف وهي اليمين
 فجعلت في جانبه^(٢).



(١) مسلم (أبي المحسن مسلم بن الحجاج ت ٢٦١هـ) صحيح مسلم ج٢ ص ٤٠.
 (٢) الوافي ص ٢٤٥.

المبحث الثالث

اليمين

أصل اليمين في اللغة: اليد.

وفي الشرع: توكيد الشيء بذكر اسم أو صفة لله^(١).

قال الحافظ ابن حجر وهذا أقصر التعاريف وأقربها.

وقيل لأن اليد اليمنى من شأنها حفظ الشيء فسمي الحلف بذلك لحفظ المحلوف

عليه وسمي المحلوف عليه يميناً لتلبسه بها^(٢).

فمن حَقَّ المدعي عند العجز عن إثبات دعواه وإنكار المدعى عليه لها أن يطلب من

المُحَكَّم توجيه اليمين إليه على نفس الدعوى. لحديث الرسول ﷺ: «البينة على من ادعى

واليمينُ على من أنكر»^(٣).

فإذا حَلَف المدعى عليه خَسِر المدعي دعواه. لما رُوِيَ عن الأشعث بن قيس قال: كان

بيني وبين رجل خصومة في بئر فاخصمنا إلى رسول الله ﷺ، فقال: شاهداك أو يمينه،

فقلت إنه إذن يحلف ولا يبالي، فقال: «مَنْ حَلَفَ على يمينٍ يقطعُ بها مَال امرئٍ مسلمٍ هو

فيها فاجرٌ لقي الله وهو عليه غضبانٌ»^(٤).

وما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما إن النبي ﷺ قال: «لو يُعطى الناسُ بدعواهم

لادعى ناسٌ دماءَ رجالٍ وأموالهم ولكن اليمينُ على المدعى عليه»^(٥).

(١) أحكام الأحكام هامش ص ١٤٠.

(٢) المرجع السابق، ذات الموضوع.

(٣) بلوغ المرام ص ٢٩١، حديث ٤٣٧، عزة قطورة، المرجع السابق، ص ١٤٦.

(٤) الشوكاني، نيل الأوطار، ج٩ ص ٢٨٢.

(٥) صحيح مسلم ج٢ ص ٤٠، سنن أبي داود ج٣ ص ٣١١ رقم ٣٦١٩.

واليمينُ المحلوفُ به هو «الله الذي لا إله إلا هو»^(١). وهو على نية المحلّف فلا تصحّ فيه التوريةُ ولا ينفعُ فيه الاستثناء، واليمينُ على أربعة أصناف:

- الأول: يمين المنكر على نفي الدعوى فإن حلف بريء اتفاقاً.
 - الثاني: يمين المدعي على صحة دعواه إذا انقلبت اليمين إليه.
 - الثالث: يمين المدعي مع شاهده فيحلف أنه شهد له بالحق.
 - الرابع: يمين القضاء بعد ثبوت الحق على الغائب^(٢).
- والغالب أن مكان الحلف كان في المسجد قائماً مستقبل القبلة^(٣). على أنه لا يوجد ما يمنع أن يكون الحلف في مكان انعقاد جلسات التحكيم فلعل الحلف في المسجد كان راجعاً إلى كون المسجد كان يُعد مكاناً لنظر المنازعات في صدر الإسلام.
- حجة المدعي مقدمة على حجة المدعى عليه:

وعلى ذلك إذا عجز المدعي عن إقامة البينة، وطلب يمين خصمه استحلفه القاضي فإن حلف بريء وانتهت الدعوى.

ودليلُ هذا قوله ﷺ للمدعى: «ألك بينة؟ قال: لا، قال: فلك يمينه» فقد سأل النبي ﷺ المدعي عن البينة أولاً، ورتّب استحقاق اليمين على فقدانها فقرر أن حجة المدعى قبل حجة المدعى عليه.

□ بم تكون اليمين؟

إذا توجهت اليمين على أحد المتخاصمين حلّفه المحكّم بالله ﷻ، ولا يجوز أن يحلّفه

(١) سنن أبي داود ج٣ ص ٣١١ رقم ٣٦٢٠.

(٢) ابن جزى (محمد بن أحمد بن جزى ت ٧٤١هـ) قوانين الأحكام الشرعية ١٩٨٥، ص ٣١٦.

(٣) ابن جزى، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣١٦.

بغير ذلك، سواء كان الحالف مسلماً أم غير مسلم.

روى البخاري ومسلم وغيرهما: عن ابن عمر رضی الله عنهما عن النبي ﷺ قال: «ألا إن الله ينهاكم أن تحلفوا بأبائكم، فمن كان حالفًا فليحلف بالله أو ليصمت»^(١). وللقاضي أن يغلظ اليمين بذكر أوصاف الله ﷻ التي تجعل اليمين أعظم في نفس الحالف، وتكفه عن الحلف وإن كان يعلم من نفسه الكذب^(٢).

وإن نكل المدعي عليه عن اليمين حكم عليه بالحق المدعى به إلا إذا كان قصاصًا بالنفس، ومع هذا فإن الحق لا يسقط ولا تبرأ ذممة المدعى عليه على ما يرى البعض^(٣).

ويحلف اليهود والنصارى حيث يعظمون من كنائسهم: روى عن أبي هريرة قال: قال النبي ﷺ: «أنشدكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى ما تجدون في التوراة على من زنى»^(٤). وعن أبي هريرة قال: قال النبي ﷺ: «أذكركم بالله الذي نجاكم من آل فرعون وأقطعكم البحر وظلل عليكم الغمام وأنزل عليكم المن والسلوى وأنزل عليكم التوراة على موسى»^(٥).



(١) الوافي ج٢٤٧.

(٢) متفق عليه - بلوغ المرام ص ٢٨٣ - حديث ١٣٨٦ كتاب الأيمان والنذور.

(٣) الوافي ص ٢٤٧.

(٤) أبو داود سنن أبي داود ج٣ ص ٣١٢ رقم ٣٦٢٤.

(٥) أبو داود سنن أبي داود ج٣ ص ٣١٣ رقم ٣٦٢٦.

المبحث الرابع النكول

النُّكُول لغة: مصدر نكل كعقد ومعناه نكص عن شئ قاله أو شهادة أراد أداءها أو يمين وجبت عليه أو رجع عن عدو قاومه^(١).

وإصطلاحًا: الرجوع عن شهادة أراد أداءها أو يمين وجبت عليه^(٢).
والنكول في معنى الإقرار، فهو حجة قاصرة أيضًا.

فهو يحصل من امتناع المدعى عليه عن اليمين وإصراره بقول المحكم جعلتك ناكلاً أو قضيت عليك بالنكول^(٣). وهو قول الحنفية^(٤)، وهو السائد في القوانين الوضعية.

ومن الفقهاء من يرى ألا يقضى بالنكول، بل ترد اليمين على المدعى، فإن حلف قضى له وهو قول الشافعية والمالكية، ومنهم من يرى إجبار المدعى عليه على أداء اليمين إذا طلب منه ولا يقضى بنكوله ولا يرد اليمين على المدعى وهو قول الظاهرية^(٥).
وللفقهاء مذاهب مختلفة من نكول المدعى عليه عن اليمين.

□ سبب الاختلاف^(٦):

إن النكول عند أبي حنيفة بذل من المدعى عليه للمدعي، والبذل لا يجري في هذه الأشياء، وأما عند الصاحبين فالنكول إقرار، والإقرار يجري فيها إلا أنه إقرار فيه

(١) الزبيدي تاج العروس ج ٨ ص ١٤٥.

(٢) مفتاح (د/ محمود محمد) القضاء في الإسلام ص ٢٩٨.

(٣) أدب القضاء ابن أبي الدم ص ٢٢٠.

(٤) مذكور (د/ محمد سلام) القضاء في الإسلام ص ٨٩، مفتاح (د/ محمود محمد) ص ٣٠٠.

(٥) مذكور (د/ محمد سلام) القضاء في الإسلام ص ٨٩، مفتاح (د/ محمود محمد) ص ٢٩٩، د/ عبد

الكريم، المرجع السابق، ص ١٨٣.

(٦) القضاء في الإسلام، د/ مذكور، المرجع السابق، ص ١٣٧.

شبهة، والحدود تُدْرَأُ بالشبهات، واللعان في معنى الحدود.

وروى عن الإمام أحمد رحمه الله أكثر من رواية.

فعنه أنه يقضي بالنكول في المال وما يقصد به المال فقط، وعنه أنه يقضي بالنكول فيما دون النفس، ولا يقضي به في قصاص النفس، وعنه يقضي بالنكول فيما دون النفس وفي النفس.

وذهب فريق من الفقهاء إلى أنه ليس للقاضي أن يقضي على المدعي عليه لنكوله بل ينبغي أن يرد اليمين إلى المدعي، فيقسم بالله على صحة وصدق دعواه فيما ادّعاه، فإن أقسم حكم له القاضي على المدعي عليه وألزمه بالحكم.

وهو قول الإمام الشافعي ومالك وفقهاء الحجاز واستدلوا بما يلي:

١- احتج الإمام الشافعي رحمه الله بقول النبي ﷺ البيّنة على المدعي واليمين على المدعي عليه. جعل البيّنة حجة المدعي ولم يذكر عليه الصلاة والسلام النكول ولو كان حجة المدعي لذكره.

٢- وقالوا: إنما قلنا لا يقضي المحكّم على المدعي عليه بالنكول لأن الحق يثبت بالإقرار أو البيّنة، والنكول ليس بإقرار ولا بيّنة^(١).

٣- روى الدارقطني بإسناده عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ رد اليمين على طالب

الحق^(٢).

٤- ومن حجة الإمام مالك رحمه الله أن الحقوق عنده إنما تثبت بشيئين: إما بيمين وشاهد، وإما بنكول وشاهد، وإما بنكول ويمين، أصل ذلك شرط الاثنية في

(١) القضاء في الإسلام، د/ مذكور، المرجع السابق ص ١٣٠، المجموع شرح المهذب.

(٢) المغني لابن قدامة ج- ١٠ ص ٢٢١، بلوغ المرام ص ٣٢١.

الشهادة^(١).

□ الحقوق التي ترد اليمين فيها إلى المدعى:

إن الذين قالوا برّد اليمين إلى المدعي اختلفوا في أي الحقوق تُردُّ:

- فقال الإمام مالك: تُردُّ اليمين في الأموال ولا تُردُّ في النكاح ولا في الطلاق والعتق وغير الأموال عموماً.

- وقال الشافعي وأيدّ ثور وسائر أصحابه: تُردُّ اليمين في كل شيء وفي القصاص في النفس فما دونها وفي النكاح والطلاق والعتاق.

- وذهب فريق من الفقهاء إلى: أن نكل المدعى عليه عن اليمين فإن المحكم لا يجوز له أن يحكم عليه بالنكول ولا يجوز له أن يرد اليمين إلى المدعي، بل يجب عليه أن يجبر المدعى عليه على اليمين بالضرب حتى يَحْلِفَ أو يُقِرَّ، وإذا قاوم يَسْتَعْمَلُ معه العنف ولو أدى إلى قتله. قال بهذا الإمام أبو محمد بن حزم^(٢).

وإلى إجبار المدعى عليه على اليمين ذهب ابن أبي ليلى^(٣). وفي رواية في مذهب الإمام أحمد رحمه الله أنه يجبر على القسم^(٤).

واستدل ابن حزم بما يلي:

- ١- كتب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري في رسالة ذكرها أبو عبيد (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)، فلم يذكر نكولاً ولا ردّ يمين.
- ٢- قال ﷺ: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢].

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٦٣.

(٢) أنظر المحل ج ١٠ ص ٥٤٦.

(٣) المغني ج ١٠ ص ٢١١.

(٤) القضاء في الإسلام، د/ مذكور، المرجع السابق ص ١٣٢ - الفروع ج ٦ ص ٤٧٨.

فمن أطلق للمطلوب الامتناع فقد أعانه على الإثم والعدوان وعلى ترك ما افترض الله عليه وألزمه إياه وأخذه به.

٣- قال رسول الله ﷺ من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلمه وذلك أضعف الإيوان.

قال ابن حزم، بعد ذكر الحديث: فوجدنا الممتنع بما أوجب الله ﷻ أخذه به من اليمين قد أتى منكراً بيقين فوجب باليد بأمر رسول الله ﷺ والتغيير باليد هو الضرب فيمن لم يمتنع أو بالسلاح في المدافع بيده الممتنع عن أخذه بالحق فوجب ضربه أبداً حتى يجيه الحق من إقراره أو يميته أو يقتله الحق، من تغيير ما أعلن به من المنكر.

قال ﷺ: ﴿ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾ [الطلاق: ١]، ومن أطاع الله فقد أحسن^(١).

وبعد أن تناولنا مذاهب الفقهاء السابقة في هذا الموضوع واستعرضنا أدلة كل منهم على ما استند إليه، فيتضح أن القول القائل: إذا امتنع المدعى عليه عن اليمين فإنها ترد إلى المدعي فإن حلف حكم له المحكم بدعواه .. هو القول الأفضل بحججه وأسانيده .. وذلك لكونه قد تحرى العدالة والكشف عنها بدقة عالية. لأنه إذا أقسم المدعي، فهنا لا يدع مجالاً للشك، ويؤكد دعواه وخاصة أن المدعى عليه سكت عن اليمين وحجة الإمام مالك حجة صائبة وغايتها الوصول إلى الحقيقة وإظهار العدالة.

المقارنة بين آراء الفقهاء، حول وجوب الإثبات عند الحكم

تباينت آراء الفقهاء حول حجج الإثبات عند الحكم .. هذا وكانت طرق العلم بوقائع الدعوى كثيرة ومختلفة:

(١) المحلى ج ١٠ ص ٥٤٦، هامش القضاء في الإسلام، د/ مذكور، المرجع السابق ص ١٣٤، عزة قطورة،

المرجع السابق، ص ١٥٥.

□ مذهب الأحناف: نصّ الحنفية على أن شرط حُكْم المُحَكَّم أن يكون إما بينة أو إقرارًا أو نكولًا لتوافق حكم الشرع^(١).

□ مذهب الحنابلة^(٢) والشافعية^(٣): قد اشترطوا البينة فقط كحجة للحكم. وقالوا: إذا تولى الحكم القضاء بعد سماع البينة حكم بها بعده من غير إعادتها. وعلى ذلك تكون البينة والإقرار قد أجمع العلماء على اعتبارها حجة للقاضي والحاكم في الإثبات.

-والآن يثار التساؤل: هل يجوز للحكم أن يحكم بعلمه؟

اختلف الفقهاء في مدى جواز حُكْم الحَكَم بعلمه ولهم في ذلك قولان: القول الأول: لا يجوز للحكم أن يحكم بعلمه وبهذا قال الحنفية^(٤). جاء في مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر «وحكمه لا يجوز بعلمه»^(٥)، وهو المعتمد من القولين عند الشافعية، وذلك لانحطاط رتبته عن القاضي^(٦)، جاء في شرح البيجيرمي على منهج الطلاب «المعتمد لا يجوز للحكم ولا لقاضي الضرورة الحكم بعلمهما»^(٧)، إذ ليس له حق الحبس ولا الترسيم ولا الحكم بشيء من العقوبات كالتقصاص وخذ القذف. وهذا القول هو ظاهر مذهب الحنابلة.. حيث لا يحكم الحاكم بعلمه سواءً أكان

(١) أدب القاضي لابن مازة ج٤ ص ٦٥، البحر الرائق ج٧ ص ٢٦، تبين الحقائق ج٤ ص ١٩٣.

(٢) مطالب أولي النهى ج٦ ص ٤٧٢ وفيه: لا يقبل قوله عليه إلا بينة.

(٣) تحفة المحتاج ج١٠ ص ١٩، الرمل على أسنى المطالب ج٤ ص ٢٨٨، عن شريح الرواني، نهاية المحتاج ج٨

ص ٢٣١، الجمل ج٥ ص ٣٤١، عن الرملي بهامش قحطان الدوري، عقد التحكيم، المرجع السابق، ص ٧٩.

(٤) ابن نجيم، البحر الرائق ج٧ ص ٢٦.

(٥) شيخ زاده، مجمع الأنهر ج٢ ص ١٧٣.

(٦) الأنصاري أسنى المطالب ج٤ ص ٢٨٨، قليوبى وعميره ج٤ ص ٢٩٨، د/ عبد الحكيم، المرجع

السابق ص ١٨٤.

(٧) البيجيرمي (سليمان بن عمر بن محمد ت ٢٢١هـ) حاشية البيجيرمي على منهج الطلاب ج٤ ص ٣٦٣.

قاضيًا أم مُحَكِّمًا في حدٍّ أم غيره. واستدلوا على ذلك بحديث أم سلمة^(١): «عن أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ.. سمع جلبة خصم بباب حُجْرَتِهِ، فخرج إليهم فقال ألا إنما أنا بشرٌ وإنما يأتيني الخصمُ فلعلَّ بعضكم أن يكون أبلغ من بعضٍ فأحسبُ أنه صادقٌ فأقضي له، فمن قضيتُ له بحقٍ مسلمٍ فإنما هي قطعةٌ من النارِ فليحملها أو يذرْها».

وقال النووي في شرح مسلم إنَّ قوله (عليه الصلاة والسلام): «ألا إنما أنا بشرٌ» معناها التنبيه على حالة البشرية، وإن البشر لا يعلمون من بواطن الأمور إلا أن يطلعهم الله ﷻ على شيء من ذلك، وأنه يجوز عليه في أمور الأحكام ما يجوزُ عليهم، وأنه إنما يحكم بين الناس بالظاهر والله يتولى السرائر، فيحكم بالبينة وباليمين ونحو ذلك من أحكام الظاهر مع إمكان كونه في الباطن خلاف ذلك ولكنه إنما كُلفَ الحُكْمَ بالظاهر. أما القول الثاني: يجوز للحكِّم أن يحكِّمَ بعلمه قال به بعض الشافعية^(٢).

وقد نصَّ على ذلك بعض الشافعية، وقالوا باعتباره كقاضي الضرورة لكن ضعف قولهم^(٣). ويلاحظ أن هذا مبني على آراء الفقهاء في مسألة حكم القاضي بعلمه. يتضح لنا مما تقدم أن الحكم في التحكيم ذو ولاية شرعية إسلامية، شأنه في ذلك

(١) أحكام الأحكام - باب القضاء حديث ٣ ص ١٦٥. أخرجه البخاري من غير موضع بالفاظ متقاربة، ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه والإمام أحمد بن حنبل: وقوله: «سمع جلبة خصم» بفتح الجيم واللام: وفي رواية لمسلم «لجبة خصم» بتقديم اللام وهما لغتان صحيحتان منا هما اختلاط الأصوات. والخصم هنا الجماعة وهو من الألفاظ التي تقع على الواحد والجمع، عزة قطورة، المرجع السابق ص ١٥٧ هامش ٢.

(٢) البيجيري: حاشية البيجيري ج ٤ ص ٣٦٣، الشافعي الصغير، نهاية المحتاج ج ٥ ص ٢٤٣، بن محمد الهيثمي، تحفة المحتاج ج ١٠ ص ١١٩.

(٣) وهو الأوجه عند ابن حجر - فتح المعين وإعانة الطالبين عليه ج ٤ ص ٢٢١، وجاتر ولا وجه لمنعه في تحفة المحتاج.

شأن القاضي .. فيشترط أن يكون حكمه بحجة من حجج الإثبات المعتبرة التي ذكرناها آنفاً .. كالإقرار والبينة واليمين والنكول، وإن حَكَمَ بغير ذلك فحكمه باطل .
ولكن هل للتحكيم في الشريعة الإسلامية مهلة تعاقدية أو قانونية تنتهي خلالها المهلة؟
لا يعطي الفقه أية إجابة على هذا التساؤل، ويمكن القول أنه يترك للفرقاء حرية تحديد مهلة مناسبة لإنجاز التحكيم فإن لم يتم خلالها يعود التحكيم خاضعاً لأية مهلة إضافية^(١).

وتشير المجلة العدلية إلى المهلة التعاقدية في (١٨٤٦م) التي تنهي التحكيم بنهايتها ولا يجوز للمحكم أن يصدر قراره بعد انقضائها وإلا لا يكتسب صيغة تنفيذية.
وعليه فإن التحكيم ليس مرتبطاً إذاً بمهلة قانونية ولكن يمكن الاتفاق على مهلة تعاقدية، يقتضى أن يصدر القرار التحكيمي خلالها، أو عند نهايتها، وإلا اعتبر القرار غير قائم وقابلًا للإبطال. هذا على الأقل ما ذهب إليه المذهب الحنفي، الذي استخلصت منه المجلة هذه القاعدة، أما بقية المذاهب الفقهية فهي لم تتخذ أيَّ موقف بهذا الصدد^(٢).

المُحكَم لا يتعدى حكمه إلى الغائب إذا كان المدعى عليه يصلح أن يكون سبباً لما يدعي به على الحاضر، كما لو ادعى شخص زواج امرأة غائبة أو ادعت طلاقها من زوجها الغائب فإن حكم المحكم لا يسرى عليها، ولا كذلك القاضي^(٣).
وإذا وَكَّلَ شخص شخصاً لبيع له سلعة فوجد المشتري بها عيباً، فاختار المشتري

(١) الأحذب، الجزء الأول ص ٨٣ وما يليها، د/ سيد محمود، المرجع السابق، ص ٦٥ وما يليها.

(٢) الأحذب، الجزء الأول ص ٨٣ وما يليها.

(٣) شوكت عليان المرجع السابق ص ٤٧٢، والمراجع المشار إليها في هامش ١ ص ٤٧١، د/ سيد أحمد

محمود، المرجع السابق ص ٦٦.

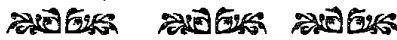
والوكيل رجلاً ليحكم بينهما، فحكم بثبوت العيب على الوكيل، فَرُدَّتْ على الوكيل، فهل الردُّ على الوكيل يستلزم الردَّ على الموكل أو لا ؟

إن كان الحكم صدر من محكم فليس له الرد على الموكل لأنه لم يختار من الموكل بل من الوكيل، كما أن الموكل اختار الأخير لبيع السلعة فقط وليس للتحكيم، فلذا لم يرد عليه بالسلعة، وهذا بخلاف القاضي، لأن حكم القاضي غير مشروط برضا أحد^(١).

وإذا سافر رجل وله صغار أو مات وقد أوصى عليهم شخصاً بتولى شئونهم فوقع نزاع بين الوصي وغيره، فادعى الغير بأن الموصي قد وهب أو أعار أو تصرف أو وقف ما له شيئاً وخالف الموصي في ذلك واختار شخصاً على أن يكون حكماً بينهما فلا يجوز للمحكم أن يحكم بنفاذها، ذلك لأن في هذا ضرر على الصغير، بخلاف القاضي فإن له أن يحكم^(٢).

وإذا مات شخصٌ وترك ورثة، فاختر أحد الناس للحكم، فحكم بثبوت ميراث شخص من مورثه، فإن حكمه لا يتعدى لمائل له من الورثة الآخرين، وذلك بخلاف القاضي^(٣).

إن حكم المحكم برفع الخلاف كحكم القاضي فلا يجوز نقضه، بخلاف القاضي، وهذا عند المالكية والشافعية والحنابلة، أما الحنفية فقالوا إن حكم المحكم لا يرفع الخلاف، ومن ثم يجوز نقضه^(٤).



(١) شوكت عليان المرجع السابق ص ٤٧٣، والمراجع المشار إليها في هامش ١ ص ٤٧١.

(٢) المرجع السابق، ذات المواضع.

(٣) المرجع السابق، ذات المواضع.

(٤) المرجع السابق، ص ٤٧٢، والمراجع المشار إليها في هامش ١ ص ٤٧١.

الفصل الرابع

< شروط التحكيم >

سبق أن عرفنا التحكيم بأنه: اتفاق بين طرفين على تولية طرف ثالث ليفصل في خصومتها بحكم الشرع، والذي يظهر في التعريف أن أطراف التحكيم أربعة:

* مُحْتَكِم (أو محتكمين).

* وَمُحْتَكَم (المحتكم إليه).

* ومحكوم فيه.

* وحُكْم.

- فالمحتكم: هو كل من الطرفين المتخاصمين.

- والحكم أو المحكم: هو الشخص الذي اختاره الخصمان ليفصل في خصومتها.

- والمحكوم فيه: هو الحق موضوع الخصومة.

- والحُكْم: هو القرار الصادر من الحكم فاصلاً في موضوع النزاع.

وفي هذا الفصل سنوضح الشروط المتعلقة بالمحتكم والمحكم والمحكوم فيه.

وهل يصح أن يكون كل شخص حكماً، أم أن هناك صفات معينة يجب أن تتوافر فيه؟

وهل يصح منحه سلطة الفصل في الموضوع من كل شخص، أم أنه لا بد من أن

تتوافر فيه صفات معينة؟

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث على النحو التالي:

< المبحث الأول: الشروط المتعلقة بالمحتكم.

< المبحث الثاني: الشروط المتعلقة بالمحتكم إليه.

< المبحث الثالث: الشروط المتعلقة بموضوع التحكيم (بمجال التحكيم).

المبحث الأول

الشروط المتعلقة بالمحتكم

□ المحتكم:

هو أحد أطراف عقد التحكيم، ويُعتبر رضاه هو المُثبت لولاية الحكم لنظر النزاع، لذا يجب أن تكون عبارته معتبرة شرعاً، أى يجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف، وعليه فإن الشروط المعتبرة في المحتكم منها ما يجب توافره لصحة تحكيمه وهى المتعلقة بالأهلية، ومنها ما يجب توافره لصحة توجه الحكم عليه باعتباره مدعياً أو مُدعي عليه ومحكوماً له أو عليه، وهذه محلها الحديث عن صحة حكم المُحكم .
وعليه سنفرد هذا المبحث للحديث عن أهلية المحتكم.

- أهلية المحتكم:

يشترط في المحتكم البلوغ والعقل^(١)، وهذا شرط في صحة جميع التصرفات فلا يصح تحكيم الصبي غير المميز، والمجنون، لانعدام أهلية التصرف عند كل منهما بانعدام العقل، وإذا أبرم غير المميز أو المجنون عقد التحكيم فإن تصرفه يكون باطلاً ولا يُرتب أثراً^(٢)، وإذا حكم المحكم بناءً على تحكيمها لا يصح حكمه لعدم الولاية.

ويصح تحكيم الصبي المميز المأذون له كما يصح صلحُه، وخصومته وتصرفاته في حدود الإذن، إلا إذا كان تحكيمه يضرُّ بغير مائه، فلا بد من رضاهم لنفوذ حكم الحكم في مواجهتهم^(٣). وإذا لم يكن الصبي المميز مأذوناً له، فصحة تحكيمه موقوف على إذن

(١) البحر الرائق ج٧ ص ٢٤، حاشية أبو السعود ج٣ ص ٣٩، د/إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٨٣، ٨٤.

(٢) الأموال ونظرية العقد للدكتور يوسف موسى ص ٣٢٢.

(٣) يقول القدوري: «ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي، والمحدود في القذف والفسق والصبي»

مختصر القدوري مع الجوهرة النيرة ج٢ ص ٢٤٥.

وليه. فإذا أجازَه صحَّ ونفذ حكم المحكَّم في حقِّه، هذا عند أبي حنيفة أما عند الشافعية فإن تصرفات الصبي المميز المترددة بين النفع والضرر باطلة، ولا يصححها لا الإذن اللاحق ولا السابق^(١).

ويصحُّ تحكيمُ الولي والوصي عن الصغير، وإذا حكَّم المحكَّم بناءً على تحكيم الولي صحَّ حكمه إذا كان فيه نظر للصغير، ويكون تحكيمه بمنزلة صلح الوصي، وليس للحكَّم أن يحكم بما فيه ضررٌ على الصغير^(٢).

ويصحُّ تحكيم الوكيل إذا أُذِنَ له الموكل، لأن الوكالة ولاية قاصرة ومُستفادة من الإذن وفي حدوده^(٣).

فإذا أُذِنَ الموكل للوكيل بإجراء التحكيم، صحَّ ونفذ حكم المحكم في مواجهة الموكل، ولا تكفي الوكالة العامة لإجراء التحكيم بل لابدَّ من النصِّ على توكيل الموكل بإجراء التحكيم.

ولا يُشترط في المحتكم الإسلام: أي أن يكون مسلمًا، فمن الجائز أن يكون ذميًّا أو معاهدًا، أو مُستأمنًا للمسلم، أو غير مسلم^(٤).

ولا يشترط في المحتكم الحرية، فيجوز تحكيم المكاتب، والعبد المأذون، مثل ما يجوز تحكيم الحر^(٥).

(١) نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ص ٣٠٦، عبد الرازق حسن فرج، رسالة دكتوراه ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

(٢) البحر الرائق ج٧ ص ٢٦.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٥، د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق ص ٨٤.

(٤) ابن نجيم، البحر الرائق ج٧ ص ٢٥، العيني البناية على الهداية ج٧ ص ٦٧، د/ عبد الكريم، المرجع السابق، ص ١٥٤.

(٥) الطحطاوي حاشية الطحطاوي ج٣ ص ٢٠٧، الكمال بن الهمام فتح القدير ج٥ ص ٤٩٩، ابن نُجَيم،

البحر الرائق ج٧ ص ٢٤.

أما إذا كان المحتكم مرتدًا فتحكيمه عند أبي حنيفة موقوف على إسلامه، فإن مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب بطل تحكيمه، وإن أسلم صح تحكيمه^(١). وعند أبي يوسف ومحمد يجوز تحكيم المرتد بكل حال^(٢)، ووافق أبو حنيفة، الحنابلة في إحدى الروايتين^(٣)، وقول عند الشافعية^(٤)، وعلى الأصح عند المالكية^(٥). إلا أنه عند أبي يوسف يجوز تحكيمه وجميع عقودهم، كما يجوز مع الصحيح المباح دمه، وعند محمد يصح تصرفه كما يصح تصرف المريض الذي يخاف عليه^(٦).



-
- (١) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٩٨، ابن نجيم، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٤، الكمال بن الهمام فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٢.
 (٢) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٩٨، ابن نجيم، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٤، الكمال بن الهمام فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٢.
 (٣) المحرر في الفقه ج ٢ ص ١٦٨، القواعد لابن رجب ص ٤٠٨.
 (٤) الوجيز للغزالي ج ٢ ص ١٦٧، الأشباه للسيوطي ص ٥٢٦.
 (٥) تبصرة الحكام لابن مأمون ج ٢ ص ١٩٣.
 (٦) روضة القضاة للسمناني ج ٢ ص ١٢٢٧، ١٢٢٨، تحفة الفقهاء للسمرقندي ج ٣ ص ٣١٠، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٤.

المبحث الثاني
الشروط المعتبرة في المحكم
(المحتكم إليه)

فإذا كان المحكم ممن قال عنهم رَبُّ العِزَّةِ في مُحْكَم آيَاتِهِ:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴿٥٩﴾﴾ [النساء: ٥٩].

وقال ﷺ [مَنْ أَطَاعَنِي فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ، وَمَنْ عَصَانِي فَقَدْ عَصَى اللَّهَ، وَمَنْ أَطَاعَ أَمِيرِي فَقَدْ أَطَاعَنِي، وَمَنْ عَصَى أَمِيرِي فَقَدْ عَصَانِي] (١).

فمن عصى إماماً أو قاضياً أو حَكَمًا (وهو ما نبحت عن شروطه في هذا المبحث) من الحكام فيما أمر به من الحقِّ أو حَكَم فيه بوجه العدل، فقد عصى الله ورسوله، وتعدى حُدُودَهُ، وأما إن قضى بغير العدلِ أو أمر بغير الحقِّ، فطاعته غير لازمة، لقول رسول الله ﷺ [لا طاعةَ لمخلوقٍ في معصيةِ الخالقِ] (٢). إلا أن يخشى أن تؤدي مخالفته إلى هرج أو فساد فتجب عليه الطاعة على كل حال (٣).

□ شروط صلاحية المحكم:

الحكم بين الناس بالعدل من أفضل أعمال البرِّ وأعلى درجات الأجر، وذلك لقوله تبارك وتعالى: ﴿سَمِعُونَ لِلْكَذِبِ أَكْثَرُونَ لِلسُّحْتِ فَإِن جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ

(١) أخرجه أحمد والبخاري ومسلم والنسائي وابن ماجه من حديث أبي هريرة: أنظر فتح الكبير ج٣ ص ١٦٣.

(٢) أخرجه أحمد والحاكم في المستدرک من حديث عمران بن حصين والحكم بن عمر الغفاري، الجامع الصغير يشرح فيض القدير ج٦ ص ٤٣٢.

(٣) المقدمات الممهدة لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المتوفى عام ٥٢٠هـ الجزء الثاني، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، مطبعة دار العرب الإسلامي - بيروت - لبنان.

أَوْ أَعْرَضَ عَنْهُمْ وَإِنْ تَعَرَّضَ عَنْهُمْ فَكَانَ يَضْرُوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُمْ
بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴿٤٢﴾ [المائدة: ٤٢].

وقال رسول الله ﷺ: «المقسطون على متابِرٍ من نُورِ يومِ القيامةِ على يَمِينِ الرَّحْمَنِ
وكلنا يَدِيهِ يَمِينٌ»^(١)، وقال ﷺ: «سبعةٌ يُظْلَهُمُ اللهُ في ظِلِّهِ يَوْمَ لا ظِلَّ إِلا ظِلُّهُ»^(٢) فبدأ
بالإمام العادل، وظلَّ اللهُ في هذا الحديثِ رحمتهُ وجنتُهُ.

قال الله ﷻ: ﴿إِنَّ الْمُتَّقِينَ فِي ظِلَالٍ وَعُيُونٍ ﴿٤١﴾﴾ [المرسلات: ٤١] وقال ﴿مَثَلُ
الْجَنَّةِ الَّتِي وَعَدَ الْمُتَّقُونَ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ أُكُلُهَا دَائِمٌ وَظِلُّهَا تِلْكَ عُقْبَى الَّذِينَ
اتَّقَوْا وَعُقْبَى الْكَافِرِينَ النَّارُ ﴿٣٥﴾﴾ [الرعد: ٣٥]، ومن كان في ظل الله ورحمته يوم القيامة
فهو آمن من هول الموقف وشدته، سالم مما يلحق الناس فيه من الشدة والضيق، وهذه
نهاية في الأجر والثواب^(٣).

هذه هي مما يلحق الإمام العادل، الذي يحكم بالعدل من ثواب أخروي خصه الله به
وكذلك رسول الله ﷺ لما له من مكانة عند رب العزة فالحكم بين الناس بالعدل ينسحب
أيضاً على المحكَّم (المحتكم إليه) وليس الإمام العادل فقط .. إذن هي صفة من الصفات
التي صبغها رَبُّ العزة على الإمام العادل، أو الحكم العدل بين الناس، وذلك الثواب
والأجر الذي سيناله في أخراه .. فما أعظم هذه الظلال .. وهل من بعد ظلِّ، اللهُ ﷻ يوم
لا ظلَّ إِلا ظِلُّهُ ظلُّ آخر، حاشا لله.

ويشترط في المحكَّم على ما ذهب إليه أكثر الفقهاء ما يشترط في القاضي المولى من

(١) رواه أحمد ومسلم والنسائي من حديث عمرو بن العاص، أنظر الترغيب والترهيب ج ٣ ص ١٦٧،

المقدمات الممهّدات، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

(٢) حديث متفق عليه.

(٣) المقدمات الممهّدات، المرجع السابق، ص ٢٥٦.

البلوغ والعقل والإسلام والذكورة والعدالة والحرية وسلامة الحواس.

وإذا تناولنا شروط صلاحية ولاية وصحة التحكيم في المحكم^(١) في الفقه الإسلامي إجمالاً فسنجدُها على النحو التالي:

١- أن يكون المحكّم معلوماً:

فلو حَكَّم الخصمان أول من يدخل المسجد مثلاً لم يَجْزُ بالإجماع، لما فيه من الجهالة^(٢) إلا إذا رَضُوا به بعد العلم، فيكون حيثُذ تحكيمياً معلوم^(٣).

٢- أن يكون المحكّم ممن يصلح للقضاء بكونه أهلاً للشهادة:

فلو حَكَّم الخصمان عبداً أو صبيّاً أو ذمياً أو محدوداً في قذف لم يصح، وتشترط الأهلية من وقت التحكيم إلى وقت الحكم^(٤). وعلى ذلك أكثر فقهاء المذاهب الأربعة، على خلاف فيما بينها في تحديد عناصر تلك الأهلية^(٥).

وفي قول للشافعية: أن هذا الشرط يمكن الاستغناء عنه عندما لا يوجد الأهل لذلك

(١) هي شروط يلزم توافرها في المحكّم من وقت التحكيم إلى صدور الحكم، شوكت محمد عليان، السلطة القضائية في الإسلام، ١٣٩٢-١٣٩٣ هـ رسالة دكتوراه ص ٤٦٣، د/ سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص ٣٢.

(٢) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٢٦٩، البحر الرائق جـ ٧ ص ٢٦، الموسوعة الفقهية، ص ٢٣٧.

(٣) الموسوعة الفقهية ص ٢٣٧.

(٤) مجمع الأنهر ملتقى الأبحر لعبد الرحمن بن شيخ محمد بن سليمان المدعو شيخ زادة ت ١٠٧٨ هـ طبعة الحاج محرم أفندي ١٢٨٩ هـ جـ ٢ ص ١٧٣، الفتاوى الهندية، تأليف جماعة من علماء الهند في القرن الحادي عشر للهجرة برئاسة الشيخ نظام، وذلك بأمر السلطان أبي المظفر محي الدين محمد أرنك زيب بهادر عالم كبير، الطبعة الثانية، بالمطبعة الأميرية الكبرى بمصر ١٣١٠ هـ الناشر دار الطباعة والنشر بيروت، جـ ٢ ص ٣٩٧، كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٠٦، البحر الرائق جـ ٧ ص ٢٤، فتح القدير جـ ٥ ص ٤٤٩، وحاشية بن عابدين جـ ٥ ص ٤٢٨، مشار إليه في أحمد رسلان، المرجع السابق ص ٢١٨، هامش ٢، د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق ص ٩٧، مشار إليه في سيد أحمد محمود، المرجع السابق ص ٣٢-٣٣.

(٥) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣، تبصرة الحكام ١/٤٣، مغنى المحتاج ٤/٣٧٨، البحر الرائق ٧/٢٤ ص ٢٤، الكافي ٣/٤٣٦، الموسوعة الفقهية ص ٢٣٧.

ومنهم من قال عدم اشتراطه مطلقاً، ومنهم من قيد جواز التحكيم بعدم وجود قاضٍ أو قيل: يتقيد بالمال دون القصاص والنكاح، أي إثبات عقد النكاح^(١). وفي قول للحنابلة: «إن المحكّم لا تشترط فيه كل صفات القاضي».

ومن هنا يتضح أن التحكيم نوع من القضاء، وأن المحكّم من الحكام أو القضاة، وأن حُكْم المحكّم كحكم القاضي، إذ إن أكثر فقهاء الإسلام اشترطوا أهلية القضاء في المحكم وقت التحكيم، فلم يميزوا تحكيم الصبي حال صباه، ولو حكم بعد بلوغه، وإذا كان التحكيم في الفقه الإسلامي نوع من القضاء، وأن المحكّم كالقاضي، فإن المحكم في الفقه الإسلامي لا يكون بالضرورة وكيلاً من الخصوم، إذ إن القاضي لا يكون وكيلاً عن الخصوم، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن المحكم لا يمكن اعتباره خيرياً في الدعوى، إذ إن المحكّم يحكم في النزاع وفقاً لما يعرض عليه من ظروف النزاع ووقائعه، وله أن يستعين بالخبراء ليقدموا له الرأي فيما أشكل عليه، ويكون له الأخذ بهذا الرأي أو طرّحه جانباً.

٣- أن يكون حرّاً بالغاً عاقلاً مقبول الفتوى عالماً بالشريعة:

أي أن يكون على صفة يجوز بها للإمام أن يولّيه القضاء مطلقاً^(٢)، كما أن البلوغ والعقل يتعلق بهما التكليف، ويعتبران من شروط صلاحية المحكم، فلا يصح تحكيم الصبي غير المميز ولا المجنون لعدم التمييز، لأنه لا ولاية لأحدهما على نفسه، فأولى به أن لا تكون له على غيره^(٣).

(١) الموسوعة الفقهية ص ٢٣٧.

(٢) آداب القضاء للقاضي شهاب الدين ابن إسحاق إبراهيم بن عبد الله الهمداني الحموي المعروف بابن أبي الدم الشافعي ت ٦٤٣ هـ تحقيق الدكتور محي هلال السرحان، الطبعة الأولى ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م، مطبعة الإرشاد نشر وزارة الأوقاف العراقية، ص ١٧٨.

(٣) لا يكفي بالعقل المشترك في التكليف، بل لابد من أن يكون صحيح التمييز جيد الفطنة بعيداً عن السهو والغفلة، يتوصل بذلكه إلى حل ما أشكل عليه وفصل ما أعضل، أدب القاضي للهاردي ج١ ص ٦١٩، تبصرة الحكام لابن فرحون، ج١ ص ١٨، إسماعيل الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ٨٨.

ويشترط في المحكّم (البلوغ والعقل)^(١) شأنه في ذلك شأن القاضي المولّى إذ باجتماع البلوغ والعقل يتعلق التكليف.

وهذا الشرط محل اتفاق الفقهاء^(٢)، وعليه لا يصحّ أن يكون حكماً، الصبي غير المميز، ولا المجنون لانعدام التمييز لديهما، ولأن هؤلاء رفع عنهم التكليف^(٣). فلا ولاية لأحدهما على نفسه فأولى به أن لا يكون له ولاية على غيره، فإذا حكم الخصمان صبيّاً أو مختل العقل لا يصحّ تحكيمه، وإذا حكم لا ينفذ حكمه^(٤).

وأجاز اصبح من المالكية تحكيم الصبي، أي جعله حكماً إذا ما عقل وعرف، فَرَبَّ غلام لم يبلغ يكون له علم بالسنة والقضاء، ولعل أساس هذا القول راجع إلى أن التحكيم عنده من باب الوكّالة لا الولاية^(٥).

٤- ألا يكون المحكّم خصماً:

جاء في الشرح الكبير للدردير: «وجاز للمتداعيين تحكيم رجل غير خصم من غير تولية قاضي له تحكيمه في النازلة بينهما، لا يتحكم خصم من الخصمين فلا يجوز ولا ينفذ حكمه^(٦)».

(١) د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٨٧، حيدر (على) دور الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الكتب العلمية، طبعة أولى ١٩٩١، مجلد ٤ ص ٦٤٠.

(٢) د/ قحطان الدوري، المرجع السابق، ص ١٨٤، د/ عبد الكريم نصير، المرجع السابق، ص ١٣٧.

(٣) روى البخاري في صحيحه عن علي رضي الله عنه أنه قال لعمر بن الخطاب رضي الله عنه «أما علمت أن القلم رُفِعَ عن ثلاث، عن المجنون حتى يفيق، وعن الصبي حتى يدرك، وعن النائم حتى يستيقظ» كتاب الحدود باب ٢٢ ح ١٢٠ ص ١٢٠، د/ عبد الكريم نصير، المرجع السابق، ص ١٣٧.

(٤) د/ عبد الكريم نصير، المرجع السابق، ص ١٣٧.

(٥) الباجي (أبو الوليد سليمان بن خلف بن أيوب ت ٤٩٤هـ) المنتقى شرح موطأ مالك ج ٥ ص ٢٢٨.

(٦) فإن كان المحكّم خصماً، وحكّم بالجور لم يُلْزَم حكّمه ونُقِضَ فإن حكّم بحكم الله تعالى، نَقَدَ حكمه، شوكت عليان، السلطة القضائية في الإسلام ١٣٩٢-١٣٩٣هـ ص ٤٦٣.

٥- أن يكون المحكم مسلمًا:

يجب أن يكون المحكم مسلمًا حتى يتولَّى التحكيم ويصبح حكمه نافذًا. فلا يجوز تحكيم الكافر ليتولَّى الفصل في الخصومات بين المسلمين، كما لا يجوز توليته القضاء ليحكم بين المسلمين، لأن الكافر لا تصحُّ شهادته على المسلم، «ومن لا تجوز شهادته لا تجوز ولايته».

وعلى ذلك فإن حكم غير مسلم في نزاع بين المسلمين فيكون حكمه باطلاً، لأن الإسلام شرط للصلاحيّة ولصحة الولاية في القضاء، وفي التحكيم ولصحة الحكم بين المسلمين، وهذا موضع اتفاق بين الفقهاء^(١) - كما أن غير المسلم لا يجوز شهادته على المسلم - بعكس جواز شهادته على غير المسلم وأهليته للتحكيم بين غير المسلمين^(٢).

وخير دليل على ما قلناه من أن: «من لا تجوز شهادته لا تجوز ولايته» هو قول المولى عليه السلام في مُحْكَم آياته: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١] وإذا كان أحد طرفي الخصومة مسلمًا، فالجمهور على أنه لا يصح تحكيم غير المسلم للحكم بينها.

وعند الحنفية، يجوز تحكيم الكافر في حق الكافر، لأنه من أهل الشهادة في حقه، وسواء اتحدت ملته أم اختلفت لأن الكفر ملة واحدة^(٣)، ومرجع ذلك عند الحنفية أن كل من تقبل شهادته في أمرٍ جاز أن يكون حكمًا فيه ومن لا فلا. فتحكيم الذمّي ليحكم

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون، ج١ ص ١٨، بدائع الصنائع ج٢ ص ٣، شرح الدر ج٢ ص ١٥٠، أدب القاضي للماوردي ج٢ ص ٣٨١، د/ الأسطل ص ٨٨، وما يليها هامش ٢١، د/ سيد محمود، نظام التحكيم، ص ٣٦، هامش ٤.

(٢) الموسوعة الفقهية ص ٢٣٧.

(٣) روضة القضاة للسمناني ج١ ص ٢٠٢، تبين الحقائق للزليعي ج٤ ص ١٩٣، د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٨٩.

بين أهل الذمة دون المسلمين جائز، ويكون تراضيهما عليه في حقها كتقليد السلطان إياه، وتقليد الذمي ليحكم بين المسلمين فهو باطل، وإذا قُلد الذمي ليحكم بين أهل الذمة ثم أسلم قبل الحكم ثم قضى بين المسلمين صح حكمه دون حاجة إلى تولية جديدة^(١).

فالحنفية هنا فرقوا بين التقليد والقضاء بالفعل، وقالوا بأهلية غير المسلم لتولى القضاء، ولكنه لا يصح قضاؤه بين المسلمين. فإذا تولى ذمي القضاء ثم أسلم فحكم بين المسلمين صح حكمه دون الحاجة إلى تولية جديدة. وكذلك التحكيم، فإذا حكّم ذميان ذميًا ثم أسلم الحكم كان على حكومته دون حاجة إلى تحكيم جديد، إلا أن يخرجاه أو أحدهما عن الحكومة قبل الحكم، أما إذا أسلم الخصمان فرج عن حكومته، وإذا حكم بعد إسلامها بطل حكمه وإن أجازاه لعدم الولاية^(٢).

أما إذا أسلم أحد الخصمين خرج عن الحكومة في الحكم على المسلم للذمي، أما إذا حكم للمسلم على الذمي صح حكمه، على ما جاء في الفتاوى الهندية عن صاحب المبسوط: «مسلم وذمي حكّمًا ذميًا، جاز حكمه على الذمي دون المسلم وكذلك مسلم وذمي حكّمًا مسلمًا وذميًا فإن حكما للمسلم على الذمي جاز وإن حكما للذمي على المسلم فلا يجوز»^(٣).

وموقف الحنفية من هذا الأمر مُتَقَدِّدٌ عقلاً - من جانب البعض^(٤) - حيث إن الشهادة أدنى مرتبة من ولاية الحكم، فمن جاز شهادته في أمر يعتبر قد جاز في الأدنى ولا يصلح

(١) معين الحكام للطرابلسي ص ٢٥، أدب القاضي للخصاف شرح الجصاص ص ٥٨٦.

(٢) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٩٨، د/ سيد محمود، المرجع السابق ص ٣٧، د/ الأسطل، المرجع السابق ص ٨٩.

(٣) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٩٧.

(٤) د/ إسماعيل الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية - المرجع السابق ص ٩٠، د/ سيد محمود، المرجع

السابق ص ٣٨.

للأعلى، ولكن العكس صحيح، وبالتالي «فمن جاز ولايته في الحكم جاز شهادته من باب أولى»، وبالتالي جاز ولايته في التحكيم، ولكن من يجوز شهادته في أمر ما لا يجوز تحكيمه فيه، لأن التحكيم نوع من الولاية في الحكم وهي الأعلى «فمن يملك الأدنى لا يملك الأعلى، ولكن من يملك الأعلى يملك الأدنى» هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى «القول بأن حُكْمَ الذَّمِّيِّ على الذمى صحيح وحكمه على المسلم غير صحيح إذا كان التحكيم للذمى من المسلم والذمى، فمن غير المنطقي اعتبار الحكم صحيحًا بالنسبة لأحد الخصوم دون الآخر، أي إن الحكم صحيح وغير صحيح في واقعة واحدة وبين الخصوم ذاتهم، فالحكم إما أن يكون صحيحًا أو غير صحيح، أما أن يكون صحيحًا أو غير صحيح في واقعة واحدة وهو التناقض بعينه، وأضرب مثلًا بوضوح فساد هذا الرأي، فإذا اختصم مسلم ودمى إلى ذمى في عيب بالمبيع، فحكم برد المبيع إلى البائع، وبرد الثمن للمشتري، فإذا كان البائع هو المسلم كان معنى ذلك أن الذمى يلزمه ردُّ الثمن إلى البائع المسلم للزوم الحكم له، ولا يلتزم المسلم برد الثمن إلى الذمى لعدم لزوم الحكم له، والعكس إذا كان المسلم هو المشتري، وقضى الحكم بما سبق فيلزم الذمى رد المبيع إلى المسلم، ولا يلتزم المسلم برد الثمن، وفي هذا يجمع المسلم في كلتا الحالتين بين المبيع والثمن، وهذا يؤدي إلى مزيد من الخصومات والمنازعات، كما أنه يؤدي إلى انتشار المفاسد في المجتمع وعدم استقرار التعامل فيه، وهذا يخالف الحكمة التي من أجلها شرع القضاء والتحكيم»^(١).

أما حكم المرتد بتحكيمه عند أبي حنيفة رضي الله عنه موقوف، فإن عاد إلى الإسلام صحَّ، وإلا بطل، وعند أبي يوسف ومحمد جائز في كل حال. وعلى ذلك فلو حكَّم مسلم ومرتد

(١) د/ إسماعيل الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية - المرجع السابق ص ٩٠، د/ سيد محمود، المرجع

رجالاً، فحكّم بينهما، ثم قُتِل المرتد، أو لَحِقَ بدار الحرب لم يُجْزَ حكمه عليهما^(١).
وعلى ذلك لو أن الخصمين حكّمًا صبيًا فبلغ، أو غير مسلم فأسلم، ثم حكم، لم يَنْفُذْ
حُكْمُهُ، ولو حكّمًا مسلمًا، ثم ارتدّ لم يَنْفُذْ حكمه أيضًا وكان في رده عَزْلُهُ، فإذا عاد إلى
الإسلام فلا بدّ من تحكيم جديد.

ولو عَمِيَ المحكّم، ثم ذَهَبَ العَمَى، وحكم لم يُجْزَ حكمه، أما إن سافر أو مرض أو
أُغْمِيَ عليه، ثم قَدِمَ من سفره أو بَرِيءَ وحكّم جاز لأن ذلك لا يقدر بأهلية القضاء^(٢).
ولو أن حكّمًا غير مسلم، حكمه غير المسلمين، ثم أسلم قبل الحكم، فهو على حكومته،
لأن تحكيم غير المسلمين للمسلم جائز ونافذ.

ولو أن أحد الخصمين وكّل الحكم بالخصومة فقبل، خرج عن الحكومة على قول أبي يوسف،
ولم يخرج عنها على قول الإمام محمد، وقد قال بعض العلماء: أنه يخرج عنها في قول الكل^(٣).

٦- أن يُختار المحكّم برضاء الخصمين:

إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكّمًا بينهما ورضياه، وكان ممن يصحّ للقضاء، فحكم
بينهما جاز ذلك ونفّذ ذلك ونفّذ حكمه عليهما^(٤).

٧- سلامة حواسب المحكّم:

المحكّم هنا شأنه شأن القاضى المولى من قبل الإمام. فيشترط فيه أن يكون ناطقًا،

(١) البحر الرائق ٧/ ٢٤، الفتاوى الهندية ٣/ ٢٦٨ - ٢٦٩، حاشية ابن عابدين ٥/ ٤٣٨، وفتح القدير

٥/ ٥٠٢، الموسوعة الفقهية ص ٢٣٨.

(٢) الموسوعة الفقهية ص ٢٣٨.

(٣) البحر الرائق ٧/ ٢٤ - ٢٥، وابن عابدين ٥/ ٤٣١، وفتح القدير ٥/ ٩٩، والفتاوى الهندية ٣/ ٣٦٨ وما

يليه، الموسوعة الفقهية ص ٢٣٨.

(٤) المغني لابن محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسى، ت ٦٢٠هـ، مكتبة الرياض الحديثة، طبعة

١٤٠١هـ - ١٩٨١م ج ٩ ص ١٠٧.

سميعًا، بصيرًا .. فأما من حيثُ النطقِ، فذلك حتى يتَسَنَّى له النطق بالحكم، والسمع حتى يمكنه من سماعِ حُجَجِ الخصومِ وشهادةِ الشهود، وأما البَصْرُ، فحتى يمكنه من تمييز الطالب من المطلوب، والمدَّعي من المدَّعي عليه، قال بهذا الشافعية^(١) والحنابلة^(٢) والحنفية^(٣) (باستثناء قول عندهم بجواز القضاء للأطرش).

أما المالكية فلم يشترطوا في الحكم النطق والسمع والبصر^(٤)، في حين أنهم اعتبروها شرطًا في استمرار ولاية القاضي لا في صحتها^(٥).

٨- أن لا يكون بين المحكم وأحد الخصمين قرابة تمنع من الشهادة:

إذا اشترى المحكَّم الشيء الذي اختصما إليه فيه، أو اشتراه ابنه أو أحد ممن لا يجوز شهادته له، فقد خرج من الحكومة.

وإن حَكَّم الحَضْمُ حَضْمَهُ، فحكم لنفسه أو عليها جاز تحكيمه ابتداءً، ومضى حكمه إن لم يكن جَوْرًا بَيْنًا، وهو مذهب الحنفية والحنابلة^(٦)، أما المالكية فلهم في ذلك ثلاثة أقوال:

- القول الأول: أنه يجوز مطلقًا، سَوَاءً أكان الحَضْمُ المحكَّم قاضيًا أم غيره.

- القول الثاني: أنه لا يجوز مطلقًا للتهمة.

(١) الخطيب مغني المحتاج ج٤ ص ٣٧٨، الشافعي الصغير نهاية المحتاج ج٨ ص ٢٤٢.

(٢) ابن قدامة الكافي في فقه الإمام احمد ج٤ ص ٤٣٦، المرادوي، الأنصاف ج١١ ص ١٩٧، د/ عبد الكريم نصير، التحكيم عند العرب، دراسة تاريخية مقارنة ص ١٤٤.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع ج٧ ص ٣، الفتاوى الهندية ج٣ ص ٣٩٨، الخصاص شرح الجصاص، أدب القاضي ص ٥٨٦.

(٤) الخرشي شرح الخرشي ج٧ ص ١٤٧، الباجي، المتقى ج٥ ص ٢٢٨، الدسوقي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ ص ١٣٦-١٣٧.

(٥) الخرشي شرح الخرشي ج٧ ص ١٤٠.

(٦) الموسوعة الفقهية ص ٢٣٨.

- القول الثالث: التفرقة بين أن يكون المحكم قاضياً أو غيره، فإن كان الخصم المحكم قاضياً لم يجوز، وإن لم يكن قاضياً جاز، والقول الأول هو المعتمد وبه أخذ الخنابلة^(١).

٩- أن لا يكون المحكم امرأة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز أن تتولى المرأة القضاء أو التحكيم حتى في الأحوال التي يجوز لها فيها الشهادة وإلا كان حكماً باطلاً^(٢).

وذلك استناداً لقوله ﷺ: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾ [النساء: ٣٤] ولحديث رسول الله ﷺ [لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَوْ أَمَرَهُمْ أَمْرًا]^(٣).

كما لم يثبت منذ عهد الرسول ﷺ وصحابته والتابعين أن تولت المرأة القضاء أو التحكيم - مما يفيد معنى الإجماع - كما أن تحكيمها يُفْضِي إلى ارتكاب محظور لما فيه من الاختلاط مع الرجال والحُلُوة ببعض الخصوم أو الشهود^(٤).

كما أن الله ﷻ لم يجز شهادتها في المعاملات المالية ولو معها ألف امرأة فقال جل شأنه: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ ءِلَّا أَجَلٌ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٥٠٢، البحر الرائق جـ ٧ ص ٢٨، الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ٣٧٩، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٣٧٩، ومطالب أولى النهي جـ ٦ ص ٤٧٢، وكشاف القناع جـ ٦ ص ٣٠٣، الموسوعة الفقهية ص ٢٣٩.

(٢) أدب القاضي للماوردي، جـ ١ ص ٦٢٥ - ٦٢٨، أدب القضاء لابن أبي السدم جـ ١ ص ٤٣١. المنتقى شرح موطأ مالك، للقاضي أبو الوليد سليمان بن خلف بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي، ت ٤٧٦ هـ طبعة مصطفى الحلبي ١٣٤٣ هـ جـ ٢ ص ٣٠٧، ٣٠٨، د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٩١، د/ سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص ٤٢.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الفتن - مطبوع مع عمدة القارئ جـ ٢ ص ٢٠٤، وسبق تخريجه.

(٤) د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٩١.

الْحَقُّ وَلَيَحْتَقِ اللَّهُ رَبَّهُ وَلَا يَبْحَسُ مِنْهُ شَيْئاً فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ﴿البقرة: ٢٨٢﴾، فإذا كانت لا تصح شهادتها منفردة بهذه الأمور فلا تصح توليتها الحكم فيها^(١).

ومع ذلك ذهب جانب من الفقه الإسلامي - كابن جرير الطبري وابن حزم - إلى جواز تولي المرأة القضاء - بجواز فتياها - أو التحكيم مطلقاً مثل الرجل حيث إن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد ولي الشفاء ولاية الحسبة على السوق، كما أن أئمة المرأة لا تمتنع من فهمها لموضوع النزاع حجم الخصوم ومعرفة الحق وبالتالي يصح حكم المرأة وينفذ^(٢).

كما ذهب بعض المالكية - على عكس مذهبهم في تولية القضاء - إلى جواز تحكيم المرأة لأن التحكيم من باب الوكالة لا الولاية، وبما أنه يجوز وكالة المرأة كالرجل، فيصح حكمها في التحكيم وينفذ ما لم يكن جوراً^(٣). كما استدلوا أيضاً بواقعة تولي الشفاء على سوق المدينة وهي امرأة يمكنها الحكم بين الناس ولو في صغار الأمور، كما روي عن ابن الماجشون قوله: «إذا كان العبد والمرأة بصيرين عارفين مأمونين، فإن تحكيمها وحكمها جائز إلا في خطأ بين^(٤)».

ويرى الحنفية صحة تولية المرأة القضاء، أما التحكيم فيما تجوز فيه شهادتها عدا

(١) د/إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٩٨.

(٢) كابن جرير للطبري، أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ٦٢٦، المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٣٩، وكابن حزم المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٩٠.

(٣) التبصرة لابن فرحون ج ١ ص ٤٤، المنتقى للبايجي ج ٥ ص ٢٢٨، د/سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص ٤٣.

(٤) المنتقى للبايجي ج ٥ ص ٢٢٨.

الحدود والقصاص واستنادًا لقاعدة «من صحت شهادته صحَّت ولايته»، وبالتالي صحت ولاية التحكيم للمرأة ما عدا القصاص والحدود^(١).

كما أجاز بعض فقهاء المسلمين المعاصرين تولّي المرأة على اعتبار أنه لا يتضمن ولاية عامة، وأن قيامه مرجعه إلى إرادة واختيار الخصوم ودائرته الفصل في المنازعات القائمة بينهم برضاهم، وأنه نوع من الولاية الخاصة غير الممنوعة على المرأة^(٢).

١٠- أن يكون المحكّم عدلاً:

العدالة عند جمهور الفقهاء معتبرة في القضاء، وفي كل ولاية وهي أن يكون الحكم صادق اللهجة، ظاهر الأمانة، عفيفاً عن المحارم، متوقياً للمآثم، بعيداً عن الريب، مأموناً في الرضا والغضب، مستعملاً لروءة مثله في دينه^(٣). فينبغي في الحكم شأنه شأن القاضي المولّي أن يكون عدلاً حافظاً لأموال الناس وحقوقهم.

وعليه فلا يصحّ تحكيم الفاسق وإذا حكّمه الخصمان ثم قضى لا ينفذ حكمه^(٤).

أما الحنفية، فالعدالة عندهم شرط أولوية وليست شرطاً لصحة الولاية^(٥)، وهي تشترط عندهم في الشهادة للوجوب لا لصحة القبول، فغير العدل لا تقبل شهادته وإن قبلها القاضي وحكم بناء عليها صح حكمه، والتحكيم عندهم شأن القضاء مبنئ على

(١) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج ٥ ص ٤٢٨، تبيين الحقائق للزيلعي ج ٤ ص ١٩٣،

د/إسماعيل الأسطل، المرجع السابق ص ٩١، د/ سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص ٤٣.

(٢) عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز الحميضي، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، طبعة أولى ١٤٠٩ هـ -

١٩٨٩ م، ص ٥١-٥٦، ص ١٢٣-١٣١، د/ سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص ٤٤.

(٣) الخطيب، مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٩، الماوردي، الأحكام السلطانية، ص ٦٦.

(٤) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٩٨، ابن قدامة (ابن محمد عبد الله بن أحمد - ٦٢٠ هـ) المغني ج ٩ ص ٤٠،

الخصاف شرح الجصاص، أدب القاضي ص ٥٨٨، د/ عبد الكريم نصير، المرجع السابق، ص ١٣٩.

(٥) الزيلعي تبيين الحقائق ج ٤ ص ١٩٣، الخصاف شرح الجصاص، أدب القاضي ص ٥٨٦.

الشهادة. لهذا أجازوا تحكيم الفاسق، والأولى أن لا يحكم، أما إذا حكمه الخصوم ففضى صح حكمه^(١). وفي قول آخر عندهم أنه لا يجوز أن يحكم الخصمان فاسقاً^(٢). وقد ذهب الفقهاء إلى أنه إذا حكم الخصمان رجلاً على أنه عدل ثم ظهر أنه على خلاف ذلك انعزل لأنه ولى على شرط العدالة، أما إذا كان الخصمان يعلمان بنفسه وقت التحكيم فلا ينعزل لرضاهما به حكماً على تلك الصفة^(٣).

١١- ألا يكون المحكم جاهلاً:

اشترط الفقهاء في الحكم أن يكون من أهل الاجتهاد أى عالماً بالأحكام الشرعية علماً مشتملاً على العلم بأصولها^(٤). إلا أنهم اختلفوا في نطاق هذا الاجتهاد ومداه ولهم في ذلك قولان:
- القول الأول: اشتراط الاجتهاد مطلقاً:

قال بذلك الشافعية^(٥) والحنابلة^(٦) وابن حزم الظاهري^(٧). وعليه فإنه يشترط في الحكم أن يكون مجتهداً على وجه الإطلاق في مسألة بعينها.
- القول الثاني: اشتراط الاجتهاد فيما حكم فيه:

قال بهذا الماوردي من الشافعية^(٨) وقول جمع متأخر من الشافعية^(٩).

- (١) الهداية شرح بداية المبتدئ ج٣ ص ٧٠٤ - ٧٠٥، ابن نجيم البحر الرائق ج٧ ص ٢٦، العيني البناية شرح الهداية ج٧ ص ٦٨، المرغيناني (برهان الدين أبو الحسن على بن أبي بكر ت ٥٩٣هـ).
- (٢) الفتاوى الهندية ج٣ ص ٣٩٧، الخصاص شرح الجصاص، أدب القاضي ص ٥٨٨.
- (٣) قاضي سماوه (بدر الدين محمود بن إسماعيل ت ٨٢٣هـ)، جامع الفصولين ج١ ص ١٦.
- (٤) الماوردي (ابن الحسن على بن محمد بن حبيب) الأحكام السلطانية ١٩٧٣م، ص ٦٦.
- (٥) الخطيب مغنى المحتاج ج٤ ص ٣٧٨، ابن حجر الهيتمي حاشيتي (شهاب الدين أحمد ت ٩٧٤هـ)، تحفة المحتاج، شرح المنهاج، مطبوع هامش حاشيتي الشرواني وابن القاسم ج١٠ ص ١١٨.
- (٦) ابن قدامة المغنى ج٩ ص ٤١.
- (٧) ابن حزم المحلى ج٩ ص ٣٦٣.
- (٨) الأنصاري أسنى المطالب ج٤ ص ٢٨٨.
- (٩) السيد البكري (أبو بكر بن محمد شطا الدماطي المكي) إعانة الطالبين على فتح المعين ج٤ ص ٢٢٠.

وأخذًا بشرط الاجتهاد قيل أنه لا يجوز تحكيم الجاهل، وإذا حكم لا ينفذ حكمه^(١) وهو قول المالكية والراجح عند الشافعية والحنابلة والظاهرية، لأن تحكيم الجاهل فيه خطر وغرر.

وأجاز الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والشافعية عند الضرورة وفي عقد النكاح^(٤) تحكيم الجاهل إذا ما استرشد العلماء، فالجاهل المشاور للعلماء فيما حكم لا يعتبر حكمه حكم جاهل، بل يعتبر حكمًا بما أنزل الله ﷻ يحصل به المقصود من التحكيم، بقطع النزاع وإيصال الحق إلى مستحقه، والله ﷻ يقول: ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلَّا رِجَالًا نُوْحِيْ اِلَيْهِمْ فَمَتَّلَوْا اَهْلَ الذِّكْرِ اِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُوْنَ ﴾ [النحل: ٤٣].

من كل ما تقدم، يتضح لنا أن الجاهل بصفة عامة لا يجوز أن يكون حكمًا وإن تحاكم إليه الطرفان وجب عليه الاسترشاد بأهل الذكر من العلماء أصحاب الخبرة في حكمه وإلا كان حكمه باطلاً.

وفي قول لابن حبيب: «فإن لم يكن معه علم، ومعه عقل وورع فذلك يكفي لأنه بالعقل يسأل، وبالورع يعف، فإن طلب العلم وحده، وإن طلب العقل إذا لم يكن فيه لم يجده»^(٥).

(١) الخرشبي (ابن عبد الله محمد بن عبد الله س ١١٠١) حاشية الخرشبي جـ ٧ ص ١٤٥، الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٤ ص ١٣٩، ابن قدامة المغني جـ ٩ ص ٤١، ابن حجر الهيتمي (أحمد شهاب الدين بن محمد ت ٩٧٤هـ)، الفتاوى الكبرى جـ ٤ ص ٢٩٨.

(٢) جامع الفصولين جـ ١ ص ٦٤، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣، وذكر عن أبي يوسف قوله: «لأن يكون القاضي ورعًا أحب إلي من أن يكون مجتهدًا» الاختيار لتعليل المختار جـ ٢ ص ١٣١.

(٣) الخرشبي جـ ٧ ص ١٤٤، التبصرة لابن فرحون جـ ١ ص ٤٤.

(٤) حاشية البيجيرمي على منهج الطلاب جـ ٤ ص ٣١٨، الفتاوى الكبرى لابن حجر جـ ٤ ص ٢٩٨.

(٥) الزرقاني على مختصر خليل جـ ٧ ص ١٢٥.

وقت توافر أهلية المحكم:

يشترط أن تتوافر أهلية المحكم وقت التحكيم ووقت إصدار الحكم شأن القاضي المولى، فإذا لم يكن أهلاً وقت التحكيم، كأن يكون صبيًا أو ذميًا أو عبدًا. ثم بلغ أو أسلم أو أعتق فَحَكَمَ لا يصح حُكْمُهُ إلا بتولية جديدة، وكذا إذا كان أهلاً وقت التحكيم ثم زالت أهليته قبل الحكم كأن يرتد أو يجبر عليه، وإذا قضى على هذه الحال بطل حكمه^(١). لذا فقد اشترط الفقهاء أهلية الحكم للقضاء لا للشهادة، لأن الشهادة إنما تشترط وقت الأداء لا التحمل عند الشافعية والحنفية^(٢).

كما أن الأحناف في مسألة الحُكْم قد خالفوا ما درجوا عليه في مسألة القاضي، وقالوا بأن المحكم إذا كان أهلاً وقت التحكيم ثم عمى أو ارتد، وأسلم بعد ذلك أو ذهب عنه العمى، لا يصح حكمه إلا بتحكيم جديد. وإذا لم يكن أهلاً للحكم وقت التحكيم كأن يكون ذميًا أو صبيًا ثم أسلم أو بلغ فقضى لا يصح قضاؤه إلا بتولية جديدة، في حين أن القاضي إذا ارتد بعد التولية ثم أسلم فَحَكَمَ صحَّ حكمه دون الحاجة إلى تولية جديدة. جاء في الوقعات الحسامية: «الفتوى على أنه لا ينزل - أى القاضي - بالردة والكفر لا ينافي ابتداء القضاء، وبه علم أن تقليد الكافر صحيح وإن لم يصح قضاؤه حال كفره»^(٣). وجاء في الأشباه: «أن الأمام إذا أذن لعبدته بالقضاء فقضى بعد عتقه جاز بلا تجديد إذن»^(٤).

- (١) حاشية الطحاوي جـ ٣ ص ٢٠٧، حاشية أبو السعود جـ ٣ ص ٣٩، البحر الرائق جـ ٧ ص ٢٤، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر جـ ٢ ص ١٦٥.
 (٢) جواهر العقود للسيوطي جـ ٢ ص ٤٤١.
 (٣) البحر الرائق جـ ٦ ص ٢٨٢، شرح الأشباه للحموي جـ ٢ ص ٣٩٦.
 (٤) شرح الأشباه للحموي جـ ٣ ص ٣٣٧.

وفي الفتح نقلاً عن الخلاصة مثل ذلك^(١)، لهذا ذهب أبو السعود في حاشيته: إلى أنه لا يشترط توافر أهلية المحكم وقت التحكيم، وإنما يكفي بتوافرها وقت الحكم قياساً على القاضى أولى على ما نقله سعدي أفندي عن المبتغى في الواقعات الحسامية «من أن العبد إذا استقضى ثم عتق فقضى فصح قضاؤه»^(٢)، فإذا كانت إنما تلتزم وقف الحكم، فأولى أن لا تستلزم في الحكم مطلقاً، وإن لم يكن أهلاً للقضاء وقته بأن يكون كافراً أو عبداً ثم أسلم أو أعتق قبل حكمه^(٣).



-
- (١) قال أن العبد إذا قلد ثم اعتق جاز أن يقضى بتلك الولاية من غير حاجة إلى تجديد كما لو تحمل الشهادة حال الرق ثم اعتق فتصح شهادته، فتح القدير للكمال بن الهمام ج٧ ص ٢٥٣.
- (٢) حاشية سعدي أفندي، هامش فتح القدير ج٦ ص ٤٧.
- (٣) حاشية أبو السعود ج٣ ص ٣٩، د/إساعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٩٨.

المبحث الثالث

الشروط المتعلقة بموضوع التحكيم

(مجال التحكيم الموضوعي)

بعد أن بيّنا الشروط المتعلقة بأشخاص التحكيم، نتناول في هذا المبحث الشروط المتعلقة بموضوع التحكيم. وهو أن يكون الحق موضوع التحكيم مما يصح أن يكون موضوعاً للتحكيم. والتساؤل الذي يثور هنا هو ماهي الحقوق التي يجوز فيها التحكيم وتصح أن تكون موضوعاً له؟

والإجابة على التساؤل هي موضع خلاف بين الفقهاء سنعرض لكل منهم على حدة:
[١] رأي الحنفية:

أجاز الحنفية التحكيم فيما يملك الأفراد فعله من حقوق العباد كال دعاوى المتعلقة بالأموال كالأعيان والديون، والبيوع والإجارة والرهن .. ونحوها^(١).

أما حقوق الله ﷻ، فلا يجوز فيها التحكيم كالحدود التي توجب حقاً لله ﷻ كحد السرقة وحد الشرب وحد الزنا، فإن المتعين لاستيفاء هذه الحقوق هو الإمام أو نائبه لأن القاعدة أن ما كان نفعه أو ضرره عاماً فإن استيفاءه يكون للإمام، أي من له ولايه عامة، فلا يجوز للحكم أن يقضي في شيء من ذلك، لأن التحكيم تفويض، ولا يصح التفويض إلا فيما يملك المفوض فعله بنفسه كالتوكيل، فمن لا يملك إقامة الحد على نفسه لا يملك تفويض إقامة لغيره، إذ أن فاقد الشيء لا يعطيه.

(١) فتح القدير ج٦ ص ٤٠٩، رد المختار ج٤ ص ٣٦٣، البناية على الهداية ج٧ ص ٦٩، حاشية الطحاوي ج٣ ص ٢٠٧، معين الحكام ص ٣٥، وجاء في الفتاوى الخيرية: «ويصح التحكيم في مسألة العينة؛ لأنه ليس بحد ولا قود ولا دية على العاقلة» ج٢ ص ١٦، د/إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ١٣٥.

- وحقوق الله ﷻ لا يجوز التصالح عليها:

إذ إن حقوق الله ﷻ لا مدخل فيها للصلح، وإنما الصلح بين العبد وربّه في إقامتها لا في إهمالها، ولا تسقط بالاسقاط ولا تقبل المعارضة عليها بالمال ولا يجري فيها الإرث، فلا يملك الفرد ولا الجماعة إسقاط حق من حقوق الله ﷻ، وفي هذا قال ﷺ لمن جاءه يشفع في حدٍّ من حدود الله: [والله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها]، فعفو المسروق عن السارق بعدما رفع الأمر إلى السلطان لا أثر له، ورَضِيَ المجني عليه بالقتل أو الجرح، أو إباحة الفرد أو الجماعة، الربا أو المسكرات لا أثر له في تحريم ذلك.

أما حقوق العباد، فيجري فيها الصلح وتسقط بالإسقاط، وتقبل المعارضة عليها بالمال، ويجري فيها الإرث، ففي حد القصاص يَصِحُّ لولي المقتول التصالح عليه، وقبول الدية بدلاً منه، وله أن يعفو عن القاتل بلا مقابل، والدائِنُ إذا توفي كان لورثته استيفاء مبلغ الدين من المدين، ولورثة المقتوف الذين تضرروا بالقذف، المطالبة بحد القذف عند من يرى أن حق العبد فيه غالب.

ويرى الحنفية أيضًا: أن ما اجتمع فيه الحقان، حقُّ الله وحقُّ العبد واستوفى أحدهما سقط الآخر، فلا يجتمع القصاص مع الدية، ولا الحد مع المهر في الزنا وفي قول أبي يوسف ومحمد يضمن السارق السرقات المتقومة^(١).

ومن ناحية أخرى أن حكم المحكّم أدنى مرتبة من حكم القاضي المولى، فلا ينفذ إلا في مواجهة من رضي به، وهذا أورث شُبُهَةً فيه، والحدود تُدرأُ بالشبهات^(٢) لقوله ﷺ

(١) الفتاوى للسعدي جـ ٢ ص ٦٣٩، مباحث الحكم عن الأصوليين د/ سلام مذكور ص ٢٠٥ وما بعدها، د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ١٣٤.

(٢) البناية على الهداية للعيني جـ ٧ ص ٦٩، فتح القدير جـ ٦ ص ٤٠٨.

[إذراء والحدود بالشبهات] (١).

وذهب بعض الحنفية إلى جواز التحكيم في القصاص وحد القذف استنادًا إلى أن فيها حقًا للعبد، إذ إن وليَّ المقتول لو استوفى القصاص من غير أن يرفع أمره إلى السلطان جاز، كذلك إذا حكم فيه كما في الأموال (٢).

ونقل الحموي عن البرجندی: «أن الحكم (المحكم) ليس له أن يلاعن» (٣).

وقال ابن نجيم: «لم أرَ التحكيم في اللعان مع أنه قائم مقام الحد» (٤).

ولا ينفذ حكم المحكم بالدية على العاقلة. لأن حكم المحكم لا ينفذ إلا في مواجهة من رضي به، ولا رضا من العاقلة لعدم التحكيم منها.

[٢] رأى المالكية:

يرى المالكية أنه يجوز التحكيم في الأموال كالأعيان والديون، فيجوز للحكم أن يحكم فيما يجري مجرى المال، كالبيع والإجارة والرهن والإقرار والغصب والقتل الخطأ، ونحو ذلك.

ولا خلاف بين المالكية في جواز التحكيم في هذه الأمور ابتداءً وإذا قضى المحكم فيها صحَّ حكمه ونفذ (٥).

(١) أخرجه الترمذي من حديث عائشة رضی الله عنها، كتاب الحدود رقم الحديث ١٤٢٤، وأخرجه الحاكم

وصححه ورده الذهبي ج٤ ص ٣٨٤، والبيهقي ج٨ ص ٢٣٨، والدارقطني ج٣ ص ٨٤.

(٢) رمز الحقائق بشرح كثر الدقائق ج٢ ص ٧٦، ٧٥، البناء على الهداية ج٧ ص ٦٩، فتح القدير ج٦ ص ٤٠٨.

(٣) حاشية أبو السعود ج٢ ص ٤٠.

(٤) البحر الرائق ج٧ ص ٢٦.

(٥) الملتقى شرح موطأ مالك ج٥ ص ٢٢٨، الشرح الصغير للدردير ج٥ ص ٥١١، الأحكام في تمييز

الفتاوى عن الأحكام، القراني ص ٤٧، التبصرة لابن فرحون ج١ ص ٤٦، د/إساعيل الأسطل، المرجع

السابق ص ١٣٧.

- وقالوا إن التحكيم لا يجوز في عشرة أمور هي:

[الحدود - القصاص - الوصية - الحبس - النسب - الولاء بأن فلاناً له الولاء على فلان - الرشد ومضاده هو السفه «بأن يحكم فلاناً رشيداً وذاك سفياً» - أمر الغائب - أمر اليتيم ترشيداً أو بيعاً أو قسماً]، فإن هذه الأمور لا يحكم فيها إلا القضاء، إما لعظم قدرها أو خطرها، أو لتعلق حق الله بها كما في الحدود، وإما لاستلزام الحكم فيها إثبات حكم أو نفيه من غير المتحاكمين، ولا ولاية للمحكم عليهم^(١).

وأضاف بعض المالكية على هذه الأمور [الطلاق - واللعان - والعِتاق]، وقالوا بعدم الجواز للتحكيم فيها ابتداءً، لتعلق حق الله بها، وهذا لا يستوفيه إلا الإمام أو نائبه، أو لتعلق حق غير المتحاكمين بها.

ولكن الخرشي صَعَّفَ الرأي القائل بعدم جواز التحكيم في هذه الأمور الثلاثة الأخيرة ابتداءً وقال إن هذه الأمور يحكم فيها القضاة وغيرهم^(٢).

وجاء في الشرح الصغير^(٣) أنه «إذا قضى الحكم في أيٍّ من هذه الأمور التي لا يجوز التحكيم فيها ابتداءً، والتي اختص بها القضاة دون غيرهم، مضى إن كان صواباً، وليس لأحد الخصمين ولا للحاكم نقضه وإن خالف رأيه، لأن حكم المحكم يرفع الخلاف.

وفي ذلك جاء في حاشية الدسوقي^(٤): «وينهى عن العود لمثل ذلك وأدب أن نفذ حُكْمَهُ بأن اقتصَّ أو حد أو طلق وإن اقتصر على الحكم ولم ينفذ يُزَجَّر ولا يؤدب، وإن

(١) الخرشي جـ ٧ ص ١٤٥، ص ٢٩٩، الزرقاني على مختصر خليل جـ ٧ ص ١٢٩، جـ ٥ ص ٣٠٠، الشرح الصغير للدردير حـ ٥ ص ٥١١.

(٢) الخرشي جـ ٥ ص ٥١١.

(٣) الشرح الصغير للدردير حـ ٥ ص ٥١٣.

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٤ ص ١٣٦، الزرقاني على مختصر خليل جـ ٧ ص ١٣٠، د/إسماعيل الأسطل، المرجع السابق ص ١٣٨.

كان حكمه خطأ وترتب عليه إتلاف عضو فالدية على عاقلته، وإن ترتب عليه إتلاف مال كان الضمان عليه في ماله^(١).

وإذا قضى الحكم فيما هو من اختصاص السلطان كالاقتاعات فحكمه غير ماضٍ قطعاً^(٢).
[٣] رأى الشافعية:

هناك خلاف في مذهب الشافعية على أقوال:

«القول الأول: إن التحكيم يجوز في كل ما يتحاكم فيه الخصمان، كما يجوز حكم الحاكم الذي ولّاه الأمام،

وفي هذا يقول الشرييني الخطيب^(٣): «والصحيح عدم الاختصاص، لأن من صحَّ حكمه في مالٍ صحَّ في غيره، كالمولى من جهة الإمام».

«القول الثاني: يرى أن التحكيم لا يجوز في حدود الله ﷻ وحقوقه المالية كالزكاة إذا كان المستحقون لها غير محصورين^(٤) لأنه لا طالب لها معين.

«القول الثالث: ذهب إلى أن التحكيم يجوز في الأموال دون سواها، فالتكاح واللعان والقصاص لا يجوز فيها التحكيم قطعاً^(٥)».

ويقول السيوطي: «فأما النكاح واللعان والقذف والقصاص والحدود فلا يجوز فيها

(١) حاشية الصاوي هامش الشرح الصغير ج٥ ص ٥١٢، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ١٣٩.

وجاء في التبصرة: «وحيث قلنا لا يحكم بعد هذه المسائل فلو حكم فيها بغير الجوز نفذ حكمه، وينهى عن العود لمثله، ولو أقام ذلك بنفسه فقتل أو اقتص أو ضرب الحد أدب وزجر، ومضى ما كان صواباً من حكمه، وصار المحدود بالقذف محدوداً والتلاعن ماضياً» ج١ ص ٤٤.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ ص ١٣٦.

(٣) مغنى المحتاج ج٤ ص ٢٧٩.

(٤) البيجرمي على شرح الخطيب ج٤ ص ٣٤٥، تكملة المجموع شرح المذهب ج١٨ ص ٣٦٣.

(٥) الروضة للنووي ج١١ ص ١٢١.

التحكيم إجماعاً»^(١).

[٤] رأي الحنابلة:

عند الحنابلة يجوز التحكيم في الأموال، والحدود، والقصاص، والنكاح، واللعان وغيرها، وهو الظاهر من كلام أحمد على ما نقله أبو الخطاب، فيجوز أن يقضي الحكم في كل ما يرفع إليه كالقاضي المولى^(٢).

ونقل عن القاضي أبي يعلى الفراء، أن حكم المحكم يُنفذ في كل شئ إلا في أربعة أشياء: النكاح - واللعان - والقذف - والقصاص. إذ إن هذه الأمور يختص بها القضاة دون غيرهم من الحكام، لما لها من منزلة خاصة على غيرها لعظمتها وخطر تفويض النظر فيها إلى غير ذي صاحب ولاية عامة^(٣).

من كل ما تقدم، يتضح أنه لا خلاف بين الفقهاء على أنه يجوز التحكيم في الأموال وما يجري مجراها وما عدا ذلك كحدود الله وحقوقه المالية، فإن الجمهور على أنه لا يجوز فيها التحكيم لأنه لا طالب لها معين، أو لأن الشارع استلزم فيمن يباشر النظر فيها أن يكون صاحب ولاية عامة لخطرها، ولما يعود على المجتمع بالضرر العام إذا أُبِيحَ لغير الحاكم النظر فيها.



(١) جواهر العقود ج ٢ ص ٣٧٦.

(٢) الانصاف للمرداوي ج ١ ص ١٩٧، الكافي، الفقه ج ٣ ص ٤٤٦، وجاء في مجلة الأحكام الشرعية:

«يصح أن يحكم الخصمان رجلاً يرتضيانه ليحكم بينهما في كل ما ينفذ فيه حكم القاضي» م / ٢٠٩١.

(٣) الانصاف المرجع السابق نفس الجزء ونفس الصفحة، المعنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٠٨.

المبحث الرابع

شروط صحة حكم المحكم

بعد أن يستمع المحكم إلى طلبات وادعاءات المدعى ودفاع ودفع المدعى عليه، ويُمكن كل منهم من تقديم ما لديه من مستندات أو مذكرات ويفحص تلك الأدلة والحجج والبراهين التي يقوموا بتقديمها.

وبعد أن يخلص من كل ذلك إلى رأي معين في النزاع المعروض عليه، يقوم بإصدار الحكم الفاصل في موضوع النزاع.

ويتضح من أقوال الفقهاء في هذا الخصوص أنهم قد اشترطوا عدة شروط حتى يصدر الحكم صحيحًا.

شروط صحة إصدار الحكم^(١):

١- رضا الخصوم بالتحكيم إلى وقت الحكم.

٢- أن يصدّر الحكم ممن له ولاية إصداره.

٣- أن يكون قد صدر في خُصومة شرعية.

٤- أن يكون موافقًا لأصوله المشروعة.

٥- أن يصدر في الخصوص الذي حَكَّمه فيه الخصوم.

وتتناول هذه الشروط تباعًا بشئ من التفصيل المناسب.

- أولًا: اشتراط الرضا بالحكم:

لا اختلاف بين الفقهاء في وجوب توافر الرضا الصحيح بالتحكيم ابتداءً، إذ إن

(١) التحكيم عند العرب د/ عبد الكريم نصير، المرجع السابق ص ٢٣٢؛ د/ إسماعيل الأسطل، المرجع

ولاية التحكيم مُستَمَدّة من رضا الخصوم بالتحكيم حتى تنعقد ولاية الحكم، وتكون له سلطة نظر النزاع المطروح عليه.

بينما ثار الخلاف بين الفقهاء حول مدى ضرورة اشتراط دوام الرضا إلى حين صدور الحكم ولهم في ذلك أقوال:

قول يرى بأهمية وضرورة دوام الرضا إلى تمام الحكم وهو قول الشافعية^(١) وبعض الحنابلة^(٢) وبعض من المالكية^(٣) وبعض من الحنابلة^(٤).

أى أنه إذا رجع أحد المحتكمين قبل تمام الحكم ولو بعد إقامة البينة والشروع فيه بأن قال للحكم عزلتك، فليس له (أى للحكم) أن يحكم، ذلك أن التحكيم من الأمور الجائزة من غير لزوم فيستبد أحدهما بنقضه كما في المضاربات، والشركات، والوكالات^(٥).

وعلى هذا إذا اصططح الرجلان على حكم يحكم بينهما، ففرض لأحدهما على صاحبه في بعض الدعاوى التي حكمها فيها، ثم رجع المحكوم عليه عن تحكيم هذا المحكم فيما بقى بينهما من المنازعات فإن قضاءه الأول نافذ، وما يقضي به بعد ذلك غير نافذ^(٦).

وقول آخر:

يرى أنه يكفي الرضا بالتحكيم ابتداءً، وهو قول ابن الماجشون من المالكية حيث قال ليس لأحدهما، أى أحد الخصوم أن يبدو له، كان ذلك قبل أن يقاعد صاحبه أو

(١) الشافعي الصغير نهاية المحتاج ج٨ ص ٢٤٣؛ الأنصاري إسنَى المطالب ج٤ ص ٢٨٨؛ الخطيب مغني المحتاج ج٤ ص ٣٧٩.

(٢) ابن نجيم البحر الرائق ج٧ ص ٢٦، السرخسي المبسوط ج١٦ ص ١١١؛ الزيلعي تبين الحقائق ج٤ ص ١٩٣.

(٣) الباجي، المنتقى ج٥ ص ٢٢٧.

(٤) ابن قدامة (أبي محمد موفق الدين) الكافي ج٤ ص ٤٣٦، المرادوي، الانصاف ج١ ص ١٩٩.

(٥) الزيلعي المرجع السابق.

(٦) الفتاوى الهندية ج٣ ص ٤٠١.

بعد ما ناشبه الخصومة وحكمه لازم لهما^(١).

وهناك قول آخر:

ذَهَبَ إِلَى التَّفْرِيقِ بَيْنَ الشَّرْعِ فِي الْحُكْمِ وَقَبْلَ الشَّرْعِ فِيهِ - فَقَالُوا بِضُرُورَةِ دَوَامِ الرِّضَا إِلَى مَا قَبْلَ الشَّرْعِ فِي الْحُكْمِ، فَإِنْ رَجَعَ أَحَدُ الْمُحْتَكَمِينَ قَبْلَ شُرُوعِ الْمُحْكَمِ فِي الْحُكْمِ فَلَهُ ذَلِكَ كَمَا فِي حَالَةِ رَجُوعِ الْمُوَكَّلِ عَنِ التَّوَكُّلِ قَبْلَ التَّصَرُّفِ فِيهَا وَكُلٌّ فِيهِ وَهُوَ قَوْلُ الْحَنَابِلَةِ^(٢).

أما الحنفية وما عليه مذهب الشافعية فإنهم يشترطون توافر الرضا إلى حين الانتهاء من الحكم، فإذا حَكَمَ الْمُحْكَمُ فِي بَعْضِ جُزْئِيَّاتِ مَوْضُوعِ النِّزَاعِ ثُمَّ رَجَعَ أَحَدُ الْمُحْتَكَمِينَ صَحَّ رَجُوعُهُ، وَيَمْتَنَعُ عَلَى الْمُحْكَمِ الْحُكْمَ فِيهَا لَمْ يَحْكَمْ فِيهِ قَبْلَ الرَّجُوعِ^(٣). وفي ذلك أيضًا نَصَّتْ الْمَادَّةُ ٢٠٩٣ مِنْ مَجْلَدِ الْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ عَلَى أَنَّهُ «لِكُلِّ مَنْ الْخَصَمِينَ الْمُحْتَكَمِينَ الرَّجُوعَ عَنِ التَّحْكِيمِ قَبْلَ شُرُوعِ الْمُحْكَمِ فِي الْحُكْمِ^(٤)، وَقَرِيبٌ مِنْ هَذَا الْقَوْلِ مَا قَالَ بِهِ ابْنُ الْقَاسِمِ مِنَ الْمَالِكِيَّةِ «إِذَا حَكَّمَاهُ وَأَقَامَا الْبَيْنَةَ عِنْدَهُ ثُمَّ بَدَأَ لِأَحَدِهِمَا الرَّجُوعَ قَبْلَ أَنْ يَحْكَمْ قَالَ أَرَى أَنْ يَقْضَى بَيْنَهُمَا، وَيَجُوزُ حُكْمُهُ وَنَحْوُهُ قَوْلُ مُطَرَفٍ وَإِصْبَغٍ مِنَ الْمَالِكِيَّةِ فِي كِتَابِ ابْنِ حَبِيبٍ^(٥).

(١) أنظر ابن فرحون، تبصرة الحكام ج١ ص ٥٦، الباجي المتقى ج٥ ص ٢٢٧.

(٢) الانصاف للمرداوي ج١١ ص ١٩٩، كشاف القناع للبهوتي ج٦ ص ٣٠٩، الرحيباني مطالب أولي النهى ج٦ ص ٤٧٢، المغني لابن قدامة ج٩ ص ١٠٨.

(٣) البحر الرائق ج٧ ص ٢٦، روضة القضاة للسمناني ج١ ص ١١٨، تبيين الحقائق للزيلعي ج٤ ص ١٩٤، أدب القاضي للخصاص ص ٥٨٠، أدب القضاء لابن أبي الدم ج١ ص ٤٢٩، أدب القاضي للماوردي ج٢ ص ٢٧٩، روضة الطالبين ج١١ ص ١٢١.

(٤) الفاروق (أحمد عبد الله، مجلة الأحكام الشرعية).

(٥) ابن فرحون - تبصرة الحكام ج١ ص ٤٤، الباجي، المتقى ج٥ ص ٢٢٧، التحكيم عند العرب،

للدكتور عبد الحكيم المرجع السابق ص ٢٣٥.

وقال بعض الشافعية أيضًا أن محلَّ اشتراطِ الرضا إذا لم يكن أحدَ الخصمين القاضي، وإلا فلا يشترط رضا الخصم الآخر لصحة حكم المُحكّم، وهذا مبني على أن تحكيم القاضي المحكّم إنما هو إجابة له في الفصل في الدعوى فلا يشترط رضا الخصم بذلك^(١).

- ثانيًا: أن يصدرَ الحُكْمُ من له ولاية إصداره:

الأصل أن الرضا هو المثبت لولاية الحكم، فإذا زال الرضا زالت هذه الولاية، وإذا زالت الولاية لهذا السبب أو لغيره من أسباب انتهاء الولاية كرجوع أحدِ المحكّمين أو موته قبل الحكم، امتنع عليه الحكم، وإذا قضي لا يصحُّ حكمه ولا يُنفذ^(٢).

كما يتعين أن يكون الحكم الصادر في النزاع صادرًا من الشخص الذي عهد إليه الخصوم بمهمة فُضِّ هذا النزاع، فإذا صدر الحكم من شخص آخر غير حَكِّمِهِ الخصوم كان حكمه باطلاً، سواءً أكان هذا الشخص أجنبيًا عن المحكّمين أى لم يسبق لهما أن ولياه مهمة التحكيم بينهما كما أسلفنا.

وإذا تعدد المحكّمون وجب اتفاقهم جميعًا على الحكم، فإذا لم يتفقوا على الحكم بأن قضي أحدهما بغير ما قضي الآخر أو إذا قضي أحدهما دون الآخر لا يصح الحُكْمُ^(٣).

لأن الرضا إنما كان برأى المحكّمين جميعًا لا برأى بعضهم دون البعض، فإذا قال رجل لزوجته: أنت عليّ حرام ولم ينو عودًا فقال أحد المحكّمين بأن هذه تطلقه بائنة، وقال الآخر، قد حكمت بأنها بائنة ثلاثًا، لم يُجْزِ الحكم في ذلك حتى يجتمعا على أمر

(١) الباجوري على ابن القاسم ج٢ ص ٣٢٥، روضة الطالبين ج١١ ص ١٢١.

(٢) د/ إساعيل الأسطل المرجع السابق ص ١٦٣.

(٣) مغني المحتاج ج٤ ص ٣٧٩، الماوردي أدب القاضي ج٢ ص ٣٨٥، السرخسي ج١٦ ص ١١١، ابن

نجيم، البحر الرائق ج٧ ص ٢٦، د/ عبد الكريم، المرجع السابق ص ٢٣٦.

واحد^(١).

ويجب أن يصدر في مواجهة من رضي به، إذ إن ولاية المحكم قاصرة على من رضي به، فلا يصح حكمه بالدية على العاقلة في القتل الخطأ لعدم رضاها بالتحكيم، ويجب أن يصدر حكمه في الخصومة الذي حكمه الخصوم فيها، وفي حدود ما رُسم له من سلطات في ضوء عقد التحكيم، مع مراعاة ما يضعه السلطان من قيود على سُلطته، فيمتنع على المحكم أن يقضي خارج نطاق سُلطاته، فإذا ثار نزاع بين شخصين في دَين وعَين، وارتضيا حكماً بينهما ليفصل في الدَين دون العين، فليس للمحكم أن يقضي إلا في الدَين، وإذا قضى في العين كان حكمه فضولياً لا يُنفذ إلا برضا الخصوم عليه^(٢).

- ثالثاً: أن يصدر الحكم في خصومة شرعية:

يشترط لصحة حكم المحكم شأن حكم القاضي المولى أن يكون في حادثة، بمعنى أن تكون هناك بين الخصوم المحتكمين خصومة حقيقية وتنازع في نفس الأمر المدعى به، وهذا الشرط محل اتفاق بين الحنفية والشافعية^(٣).

فإذا قضى الحكم مع عدم تحقق هذا الشرط لا ينفذ حكمه، ومن هنا وجب على الحكم التحقق من وجود خصومة حقيقية بين المحتكمين وأن التنازع بينهم بالفعل على المدعى به موضوع الدعوى^(٤).

ولا يكفي أن يكون هناك تنازع وتخاصم بين المتداعين في الظاهر بل يجب أن يكون هناك تطابق بين الدعوى في الظاهر والواقع، فإذا كانت الدعوى مسموعة بحسب الظاهر، والمحكم يعلم أن باطن الأمر كظاهره وأنه لا تنازع حقيقي بين الخصوم في

(١) أدب القاضي للخصاف شرح الجصاص ص ٥٨٨ فقرة ٦٨٣، د/ الأسطل، المرجع السابق ص ١٠٤، ص ١٦٣.

(٢) شرح المجلة على حيدر ج ٤ ص ٦٤٢.

(٣) ابن الغرس (محمد بن خليل على ت ٨٩٤هـ)، المجاني الزهرية على الفواكه البدرية ص ١٤٤، ١٤٦.

(٤) د/ الأسطل، المرجع السابق ص ١٦٤، ١٦٥.

الأمر المدعى به، فلا يجوز له سماع الدعوى وإذا ما قضى مع ذلك فإن قضاءه لا ينفذ، لعدم تحقق الشرط ويكون لغيره أن يقضى في الأمر إذا ما وقع فيه تخاصم حسب رأيه. فالتحكيم إنما شرع باعتباره وسيلة لفض المنازعات، وإحقاق الحق، ولم يشرع كوسيلة للاحتيال والحصول على الأحكام، ووصولاً لأمر آخرى غير موضوع الدعوى، وإلا كان التحكيم وسيلة لانتشار الظلم بدلاً من إحقاق الحق، ووسيلة لأكل أموال الناس بالباطل، وهذا منافي للحكمة التي شرع من أجلها التحكيم.

- رابعاً: يشترط أن يكون حكمه في مواجهة من يجوز أن يشهد له أو عليه:

الأصل أن القضاء يرمي إلى إحقاق الحق، ورفع الظلم طبقاً لأحكام الشرع. ويستوي في ذلك القاضي المولى والمحكم، لذا يشترط لصحة حكم المحكم ونفاذه أن يكون قد صدر في مواجهة من يجوز أن يشهد له أو عليه إذ إن الشهادة ولاية، ومن لا تكون له ولاية الشهادة أولى أن لا تكون له ولاية الحكم^(١).

فيرى الحنفية أن حكم المحكم لمن لا يجوز أن يشهد له، باطل ولا ينفذ للتهمة وإذا رفع إلى القاضي أبطله وافق الحق عنده أم خالفه.

أما قضاء المحكم على أصوله وفروعه وزوجته فلا خلاف في جوازه، كما تجوز شهادته عليهم، وما ذكر عن الشافعي من عدم جواز شهادة الولد على والده في الحدود والقصاص لاتباعه في الميراث^(٢) لا تحل لها في التحكيم، لعدم جواز التحكيم في هذه الأمور عنده.

(١) أسباب التهمة إما لأنه يجز لنفسه نفماً - كأن يشهد الوارث على مورثه المحصن بالزنا، أو قتل العمد أن يكون مورثه فقيراً، وكالوصي له إذا شهد بذلك للميت، وإما لأنه يدفع عن نفسه ضرراً، كشهادة العاقلة الأغنياء الأقربين على شهود القتل بالفسق. لأنهم يدفعون عن أنفسهم التحمل، وكشهادة الضامن ببراءة المضمون، د/ الأسطل، المرجع السابق هامش ٢٧ ص ١٦٦.

(٢) يروى عن الشافعي أنه قال «لا تقبل شهادة الولد على والده في القصاص والحدود لاتباعه في الميراث» جواهر العقود للسيوطي ج٢ ص ٤٤٣.

وذهب بعض الشافعية إلى أنه يصحُّ حكم المُحكَّم لأصوله وفروعه وعلى عدوه وإن لم يُجْز أن يشهد لهم أو عليهم، لأن التحكيم ولاية مستمدة من رضا الخصوم، وبالرضا تنتفي التهمة^(١).

وفي قول عند أحمد أن حكم المحكم شأن حكم القاضي المولى يصحُّ لأصوله وفروعه، وإن لم يُجْز أن يشهد لهم، لأن الخصوم أمام القضاء سواءً أقارب للحاكم أم أجانِب فيصح حكم المحكوم لأبويه ولولده ومن لا يجوز أن يشهد له^(٢).
وحسبَ هذا الرأي فإن المحكم إذا ما قضى لأبيه أو لابنه أو لزوجته صحَّ حكمه ونفذ.

- خامساً: أن يكون حكمه موافقاً لأصول الشرع:

ذكر الحنفية أنه يشترط لصحة حكم المُحكَّم ونفاذه، أن يكون حُكْمُه مستنداً إلى أحد الحجج الثلاث: [البينة - أو الإقرار - أو النكول]^(٣)، فللمدعي إذا ما عجز عن إثبات دعواه أمام المُحكَّم أن يطلب تحليف المدعى عليه، فإذا تكفل قضي عليه بالنكول^(٤)، فهل معنى ذلك أنه لا يجوز للمحكَّم أن يقضي بعلمه؟
كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن المُحكَّم لا يقضي على خلاف علمه كالقاضي

(١) أدب القضاء لابن أبي الدم جـ ١ ص ٤٣١، أدب القاضي للماوردي جـ ٢ ص ٣٨٥، ٣٨٦، ويقول ابن حجر «يجوز للمحكَّم الحكم لنحو والده وعلى عدوه على ما رجحه الزركشي، لرضا المحكوم عليه بذلك»، الفتاوى الكبرى ص ٢٩٠.

(٢) المغني والشرح الكبير جـ ١١ ص ٤٨٣.

(٣) الجوهرة النيرة لمختصر القدوري جـ ٢ ص ٢٤٦، تبين الحقائق للزيلعي جـ ٧ ص ١٩٢.

(٤) عند مالك والشافعي يرد اليمين إلى المدعي بعد نكول المدعي عليه، فإن حلف ولا قضي عليه بالنكول للمدعى عليه، والبعض يقول: يجس المدعى عليه حتى يحلف أو يقر ولا ترد اليمين إلى المدعي، [الشروط الصغيرة للطحاوي جـ ٢ ص ٧٧٦، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٥٩].

المولى^(١)، وإنما الخلاف في جواز قضائه بعلمه. بمعنى أن المُحَكِّم إذا ما سمع رجلاً يقر لرجل بهال أو يطلق امرأته أو يقذف رجلاً، عند من يرى جواز الحُكْم في القذف، أو رآه وهو يدفع ثمن المبيع للبائع، أو وهو يعمل عنده، ثم اختصما إليه في شيء مما ذكر هل له أن يقضي بينهما مُستنداً إلى علمه في ذلك؟

يصح حُكْم المُحَكِّم المُستند إلى السبب المتفق عليه، كالبينة والإقرار، أو الحكم بعلمه في الجرح والتعديل قياساً على القاضي المولى.

وعند الشافعية فيه خلاف: فذهب البعض إلى أنه يجوز أن يقضي المُحَكِّم بعلمه كما يجوز لقاضي الضرورة القضاء بعلمه، جاء في تَحْفَةُ الْمُحْتَاج: «وللمُحَكِّم أن يحكم بعلمه، خلافاً لما نازع فيه، إذ لا وجه لمنعه»^(٢)، والمعتمد في المذهب أنه لا يجوز للمُحَكِّم ولا لقاضي الضرورة الحكم بعلمهما^(٣).

وقال الدميري: «والراجع أنه ليس له - أي المُحَكِّم - أن يحكم بعلمه لانحطاط رتبته»^(٤).

على ما ذكره ابن حجر بقوله^(٥): «إن الحكم المُستند إلى القضاء أقوى من الحكم

(١) قال السيوطي: «ولا يقضي القاضي بغير علمه بالإجماع»، جواهر العقود ج٢ ص ٣٦٤، ويقول الإمام النووي: «وأجمع المسلمون على أنه لا يقضي - أي القاضي - على خلاف علمه وإن شهد به عدول كثيرون» فتاوى الإمام النووي المساء المسائل المثورة، ترتيب علاء الدين بن العقاد ص ١٣٦ - دار الكتب العلمية بيروت، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ١٦٨.

(٢) تحفة المحتاج هامش حاشيتي الشرواني وابن القاسم ج١٠ ص ١١٩.

(٣) حاشية الشرواني وابن القاسم ج١٠ ص ١١٩، جاء في نهاية المحتاج «وقضية كلامهم أن للمُحَكِّم أن يحكم بعلمه وهو ظاهر، وإن زعم بعض المتأخرين خلافاً، قال الأذرعى لم أر فيه شيئاً صريحاً، بشرط اجتهاده وكونه ظاهر التقوى والورع، ولكن المعتمد منع ذلك لانحطاط رتبته عن القاضي» ج١ ص ٢٤٣. فتاوى الرملي هامش الفتاوى الكبرى ج٤ ص ١٢٤.

(٤) حاشية الرملي الكبير - هامش إسنى الطالب ج٢ ص ٢٨٨.

(٥) طرق الإثبات الشرعية لفضيلة الشيخ أحمد إبراهيم بك ص ٥١.

المستند إلى التحكيم، فالقاضي أعلى رتبة من المُحكّم، فلا يُلزَم من إلحاقه به في جواز الحكم المستند إلى السبب المتفق عليه من البينة والإقرار، إلحاقه به في جواز الحكم المستند إلى السبب المختلف فيه وهو علمه».

مما سبق يتضح أن غالبية الفقهاء لا يميزون للمُحكّم أن يقضي بعلمه فيما يعرض عليه من منازعات، وهذا هو الواجب الاتباع خاصة في أيامنا هذه، إذ إن تهمة الميل والحيّف في هذه الأيام قائمة أكثر من أي زمن مضى، لفساد الأخلاق وشيوع ذلك في هذا الزمان، وأن الرضا بالتحكيم أو تعدد المحكمين لا يزيل التهمة، فالعبرة للأعم الغالب والمظان الكلية هي مناط الأحكام.

□ الإشهاد على الحكم:

يقصد بالإشهاد على الحُكْم إن ثبت المحكم أنه قد أصدر حُكْمَه في مجلس الحكم. إذ إن التحكيم عقد رضائي، ينعقد بتلاقي الإيجاب والقبول - والإشهاد هذا هو وسيلة المُحكّم في إثبات حكمه، وبالتالي فهو ليس شرطاً في صحة الحكم ولا ركناً في العقد ولا شرطاً من شروط انعقاده، وإنما هو شرط في ثبوته عند غير ممن أصدره، وإنما يلزم المُحكّم الإشهاد على التحكيم قبل أن يصدر حكمه، حتى يتجنب جحود الخصوم لتحكيمه بعد الحكم، فإذا لم يشهد على الرضا بحكمه، لا يقبل قوله بشأن ذلك. لأنه يدعي لنفسه ولاية عليها لتنفيذ قوله، وهو غير مصدق فيما يدعيه إذا كانا يجحدان ذلك^(١). فالإشهاد إنما يكون لإثبات التحكيم لا لانعقاده^(٢).

وجاء في أدب القاضي للماوردي: «وإذا حكم بينهما أي المُحكّم أشهد به في المجلس

(١) كشاف القناع ج٦ ص ٣٠٣، المبسوط للسرخسي ج٢١ ص ٦٣.

(٢) جاء في حاشية الدسوقي: «ولا يحتاج التحكيم إلى شهود تشهد على الخصمين بأنها حكماهما كما هو قضية كلام بعضهم» ج٤ ص ١٣٥.

الذي حكم فيه قبل التفرق»^(١).

وجاء في أدب القاضي للخصاف «لو حكّمًا رجلًا فحكم بينهما بحكم ولم يشهد على ذلك في المجلس الذي حكم فيه فإنه لا يصدق إذ قال قد حكمت بينهما بكذا لأنه إذا حكم خرج عن التحكيم»^(٢).

والإشهادُ على الحكم عند صدوره محلُّ اتفاق الفقهاء^(٣)، وبه أخذت مجلة الأحكام الشرعية حيث نصّت على أنه «لا يُقبَل قول المُحكّم برضاء الخصمين بحكمه، فينبغي للمحكّم أن يُشهد عليهما بالرضا بحكمه قبل أن يحكم بينهما وأن يشهد على نفسه بحكمه»^(٤).



(١) الماوردي، أدب القاضي ج٢ ص ٣٨٤.

(٢) الخصاف شرح الجصاص، أدب القاضي ص ٥٨٦.

(٣) الزيلعي، تبين الحقائق ج٤ ص ١٩٤، العيني، العناية شرح الهداية ج٧ ص ٧١، الخرشي شرح الخرشي

ج٧ ص ١٤٤، الخطيب، مغني المحتاج ج٤ ص ٣٧٩، قليوبي وعميره ج٤ ص ٢٩٨.

(٤) مادة ٢٠٩ أنظر القارئ مجلة الأحكام الشرعية ص ٦٠٧.

رَفْعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن العجمي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الباب الرابع

أبرز التطبيقات العملية
للتحكيم في الإسلام

رَفْعٌ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

الباب الرابع

أبرز التطبيقات العملية للتحكيم في الإسلام

ونتناول في هذا الباب الكتابة في أبرز تلك التطبيقات العملية للتحكيم في الإسلام. وذلك في ثلاثة فصولٍ نبدأها بالتحكيم بين الزوجين (الفصل الأول)، ثم التحكيم في حالات الحرب (الفصل الثاني)، وأخيراً التحكيم بين المسلمين في بلاد الغرب (الفصل الثالث)، وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول

التحكيم بين الزوجين

قال ﷺ: **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ، وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا** **إِنْ يُرِيدَ إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا** ﴿٣٥﴾ [النساء: ٣٥].
ولتوضيح ذلك يمكننا أن نتناول هذا الفصل من خلال مبحثان على النحو التالي:

المبحث الأول: في إجراءات التحكيم.

المبحث الثاني: في مهمة الحكّمين.



المبحث الأول في إجراءات التحكيم

وتتناول فيه: الشقاق الذي يوجب بَعَثُ الحكّمين [أولاً]، وتعيين الحكّمين [ثانياً] وشرط الحكّمين [ثالثاً] ثم أثر غياب أحد الزوجين أو تغيير أهليته [رابعاً]. وذلك على النحو التالي:

□ أولاً: الشقاق الذي يوجب بعث الحكّمين:

إن حقيقة الشقاق أن يصير هذا في شِقِّ وذاك في شِقِّ - بالكسر - أي ناحية، وأصله النصف، فإن الشئ إذا شُقَّ شقين - صار نصفين^(١).

والشقاق هو الخلاف بين الزوجين، يقال شاقه مشقة، وشقاقاً أي خالفه.

والله ﷻ العليم الخبير، شرع من الوسائل التي من شأنها أن تقيّد الوحدة والمودة والرحمة بين الزوجين إذا ما دب بينهما الخلاف.

ومن هذه الوسائل بَعَثُ الحكّمين، ولكن هل يمكن استعمال هذه الوسيلة في أي وقت كان عليه الزوجان من آية أو ثمة خلافات كبيرة أو بسيطة، أم أن هناك حالات لبعث الحكّمين دون سواها؟

والله ﷻ أرشد كلاً من الزوجين إلى اتباع وسائل، إذا ما ظهر في جو الحياة الأسرية بوادر الشقاق ومقدماته، فقال ﷻ: ﴿وَأَلْبَسُوا نَخَافُونَ نُشُورَهُمْ ﴿٣٤﴾ فَعَظُّوهُمُ ﴿٣٥﴾ وَأَهْجُرُوهُمْ فِي الْمَصَاحِمِ وَأَضْرِبُوهُمْ فَإِنْ أَطَعْنَاكُمْ فَلَا تَبِعُوا عَلَيْهِمْ سَكِينًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا ﴿٣٦﴾﴾ [النساء: ٣٤].

وهذه الوسائل التي شرعها ربّ العزّة لعلاج نشوز الزوجة على النحو الوارد بالآية

الكريمة قد اختلف في تفسيره العلماء من حيث أن يتخير الزوج من هذه الوسائل: [الموعظة الحسنة - والهجر في المضجع - والضرب غير المبرح] أم له الجمع بينها جميعاً؟ وإن كان يجب أولاً وعظها، فإن لم يجد فالهجر، فإن لم يجد فالضرب، وعليه ظاهر المذهب عند الحنابلة، وبه قال بعض الشافعية^(١).

إلا أن الوسيلة إذا لم يحسن استعمالها، أو قام بها من لا يجيدها لا تأتي بثمارها المرجوة منها بل ستؤدي إلى زيادة الشقاق بين الزوجين واستفحاله.

وفي المقابل فإن بعض الزوجات لا يجدي معهن إلا الضرب، وبعضهن الهجر أشد وطأة على نفسها من الضرب، والبعض منهن الملامة تكفيها.

وفي الحقيقة فإن هذه الوسائل لا تخرج عن نطاق الأسرة بل الزوجين، ولا يطلع على إتيانها سوى الزوجين، وعليه فإن بعث الحكيمين في مثل هذه الحالات، في غير محلّه، بل ويعتبر تعدياً على حق جعله الشارع في يد الزوج لعلاج نشوز زوجته.

وكذلك خاطب الحق ﷺ موضحاً لهن السبيل إذا ما خفن نشوز الأزواج أو إعراضهم عنهن فقال جل شأنه: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨]. ولا شك أنه لا مجال لبعث الحكيمين إذا ما استخدمت هذه الوسيلة وتصلح كل من الزوجين.

وفي ذلك يقول الجصاص: «إن الله لم يجعل بعد الضرب للزوج إلا المحاكمة إلى من يُنصف المظلوم من الظالم ويتوجه حكمه عليه .. فإذا اختلفا وادّعى النشوز، وادّعت عليه ظلمه وتقصيره في حقوقها، حينئذ بعث الحاكم حكماً من أهله وحكماً من أهلها

(١) الانصاف للمرداوي ج ٨ ص ٣٨٦، الفخر الرازي ج ١٠ ص ٩١، فتح البيان ومقاصد القرآن ج ٢

ص ٢٣١، الكافي في فقه الإمام أحمد ج ٢ ص ٧٦١.

ليتوليا النظر في أمرهما، ويردا إلى الحاكم ما اتفقتا عليه من أمرهما»^(١).

- وقال مالك: «الأمر الذي يكون فيه الحكمان، إنما ذلك إذا افتح ما بين الرجل وامرأته حتى لا تثبته بيته، ولا يستطيع أن يتخلص إلى أمرهما، فإذا بلغ ذلك بعث الوالي رجلاً من أهلها ورجلاً من أهله»^(٢) وهذا الذي عليه أكثر المالكية^(٣). وإنما شرطوا لبعث الحكمين تكرار الشكوى، فإذا اشتكى أحدهما صرَّ صاحبه، ولا بيته له رفض القاضي دعواه، فإذا عاد ورفع دعواه ثانية، كشف القاضي عن حالهما، فإن لم يتيسر له وخاف الشقاق بينهما بعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها^(٤).

إلا أن ابن العربي يرى أنه لا يُشترط لبعث الحكمين اشتباه حال الزوجين حتى لا يُعرف المحقُّ من المبطل منها، بل إن استمرار الزوجة في نُشوزها وغلوائها، بعد استفاد الوسائل التي شرعها الله ﷻ من وَعْظٍ وَهَجْرٍ وَضَرْبٍ لعلاج ذلك النشوز، يرفع أمره إلى الحاكم فيبعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها، وذلك بنص القرآن الكريم، فإن الله ﷻ قال: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣٤]، فمن خاف من امرأته نشوزاً وغلواً، فإن أبْتْ وإلا هجرها في المضجع، فإن اعوزت وإلا ضربها، فإن أستمرت في غلوائها مشى المحكمان إليهما، وهذا إن لم يكن نصاً وإلا فليس في القرآن بيان.

قال سعيد بن جبیر في قوله ﷻ ﴿وَالَّذِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤]^(٥) يعظها

(١) أحكام القرآن ج٢ ص ٢٣١.

(٢) المدونة ج٥ ص ٤٩.

(٣) فتح الجليل ج٢ ص ١٧٨.

(٤) التبصرة لابن فرحون ج١ ص ١١٨، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

(٥) أحكام القرآن لابن العربي ج١ ص ٤٢٠.

فإن هي قَبِلَتْ وإلا هَجَرها، فإن هي قَبِلَتْ وإلا ضَرَبها، فإن هي قَبِلَتْ وإلا بعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها^(١).

ويرى فضيلة المرحوم الشيخ أبو زهرة أن بعث الحكيم يجب عند كل خلاف، عُرِف المسئ منها أو لم يُعْرَف، تكررت الدعوى أو لم تتكرر فيقول: «والحق أن تحكيم الحكيم واجب عند كل خلاف بين الزوجين وذلك بنص القرآن»^(٢).

- أما في القانون:

جعل القانون إضرار الزوج بزوجه سبباً لطلب التطلق أخذاً بما في المذهب المالكي، فإذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا تستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب التطلق من القاضي، ويجبها القاضي إلى ذلك إذا ما أثبتت الضرر، وعجز عن الإصلاح بينهما. فإذا لم تُثبِت الضرر رَفَضَ دعاها، فإذا ما عادت الشكوى لإضرار الزوج بها ولم تُثبِت الضرر بعث القاضي الحكيم (م/٦١/١٩٢٩).

- فالقانون اشترط لبعث الحكيم:

أولاً: أن يكون الإضرار من الزوج للزوجة، أما إضرار الزوجة بزوجه لا يُبيح له طلب التفريق سَوَاءً أثبت الضرر أو لم يثبت، مع أن المالكية جعلوا إضرار أحد الطرفين بالآخر سبباً لطلب التفريق.

ثانياً: عدم إثبات الضرر، أما إذا أثبتت الزوجة إضرار زوجها بها وطلبت التفريق، أجابها القاضي إذا عجز عن الإصلاح بينهما بطلقة بائنة، أما إذا لم تطلب التفريق، وأثبتت الضرر كان للقاضي زَجْرُه بما يراه مناسباً، وإذا لم تُثبِت الضرر رَفَضَ دعاها^(٣).

(١) أخرجه الطبري ج ٥ ص ٧١.

(٢) الأحوال الزوجية قسم الزواج ص ٣٦٤ لفضيلة الشيخ أبو زهرة.

(٣) الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص ٥٦٣، فرق الزواج للشيخ على الخفيف ص ٢١٠، أحكام الأسرة في الإسلام د/ محمد سلام مذكور ج ٢ ص ١٥٤.

ثالثاً: تكرار الدعوى لا يكفي لبعض الحكمين أن تدعي الزوجة إضرار زوجها لها وعدم استطاعتها إثبات الضرر، بل اشترط القانون أن تتكرر دعواها للضرر، ويجب أن يكون رَفُضُ الدعوى الأولى لعدم استطاعتها إثبات الضرر لا لسبب آخر كعدم صحة الدعوى أو لعدم ثبوت الضرر الذي تدعيه، ويجب عدم استطاعتها إثبات الضرر في الدعوى الثانية، أما إذا أثبتته وطلبت التفريق أجازها القاضي بطلقة بائنة^(١).

وذهب القضاء إلى أن ظهور التَّفْطِيقِ في دعوى التطليق لا يمنع عن تكرار الشكوى من بعث الحكمين^(٢).

وروى أن رجلاً وزوجته اختصما فترافعا إلى عمر، وأحدهما من بنى هاشم والآخر من بنى عبد شمس فبعث ابن عباس وعثمان حكمين بين الزوجين، فرجعا ولم يُصْلِحَا فقال لهما عمر: ما قَصَدْتما وجه الله فإن الله يقول: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ [النساء: ٣٥].

إذن فينبغي على الحكمين أن ينويا الإصلاح وَيُحْلِصَا في تلك النية لوجه الله ﷻ .. إذ إن من حَسُنَتْ نيته أصلح الله مبتغاه، وكان سبباً في حصول ما يَهْدَفُ إليه من إصلاح وليس أدل على ذلك من تلك الآية الكريمة التي ذكرناها.

وإذا توجه الحكمان باشرا أمورهما وسألا عن بطانتهما^(٣)، وأوجب القانون السوري،

(١) مجلة المحاماة الشرعية السنة الثامنة ص ٢٩٩، محكمة أطسا الشرعية، الحكم الصادر في ١٨ ربيع الثاني لسنة ١٣٥٦ هـ الموافق ٦/٢٧/١٩٣٧ م.

(٢) مجلة المحاماة الشرعية السنة الرابعة العدد السابع والثامن ص ٦٢٧، محكمة مصر الابتدائية ٣٠ ذو القعدة ١٣٥٠ هـ - ٦ إبريل ١٩٣٢ م.

(٣) جواهر الأخبار بهامش البحر الزخار ج٤ ص ٩٠ نقلاً عن الانتصار - وفي إحياء علوم الدين ج٢ ص ٥١ - بعث عمر رضي الله عنه إلى زوجين فعاد ولم يصلح أمرهما، فعلاه بالذرة وقال: إن الله تعالى يقول: «إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا» فعاد الرجل وأحسن النية وتلطف بهما فأصلح بينهما - هامش عقد التحكيم قحطان الدوري المرجع السابق ص ٤٠٣.

ومثله القانون الليبي، والقانون المصري، تحليف الحكيم اليمين على أن يقوم بمهمتها بعدل وأمانة ولم يشترط ذلك فقهاء المذهب^(١).

وبعد أن يقوم كل من الحكيم بالإطلاع على حالة الزوجين فينبغي أن لا يخفي أحد الحكيم عن الآخر شيئاً إذا اختلى به.

وَيُخْلَصُ دورهما في الإنصاف باستعمال الترغيب والتخويف وان يُلَطَّفَا القول، ولا يخصا بذلك أحدهما عن الآخر ليكون أقرب للتوفيق بينهما^(٢). وقولهما نافذ في الجمع بينهما وإن لم يوكلهما الزوجان بإجماع الفقهاء، لأن غاية بعث الحكيم هو الإصلاح.

وقد استمدت هذا الحكم المادة التاسعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المصري، حيث ورد فيها «على الحكيم أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين وبيدلاً جهدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة»^(٣).

وأجمع العلماء على أن الحكيم إذا اختلفا لم ينفذ قولهما، وأجمعوا على أن قولهما في الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين.

□ ثانياً: تعيين الحكيم:

اختلف الفقهاء فيمن له سلطة تعيين الحكيم، وأساس هذا الاختلاف قوله ﷺ:

﴿وَأِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا﴾ [النساء: ٣٥].

(١) عقد التحكيم .. د/ الدوري المرجع السابق ص ٤٠٤، الخطاب ج٤ ص ١٧، نقلاً عن ابن عرفه والمتطي وابن منخون وغيرهم وتكملة عبارتهم: «فإذا وقفا على حقيقة أمرهما أصلحاً إن قليلاً وإلا قرأ»، عزة قطورة، المرجع السابق ص ٤٧.

(٢) عقد التحكيم، د/ الدوري، المرجع السابق ص ٤٠٦، الإقناع وعليه كشف القناع ج٥ ص ٢١١.

(٣) مادة ٨ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المصري التي علق عليها في: فرق الزواج - الخفيف ص ٣١١، والأحوال الشخصية للذهبي ص ٣٠٦، ونحو هذه المادة أيضاً ما ورد في المادة ٤٠/٣ من قانون الأحوال الشخصية العراقي والمادة ١١٣/١، ١١٤/١ من القانون السوري، المادة ٧ من القانون الليبي.

فيرى جمهور الفقهاء أن المأمور ببعث الحكامين هو الحاكم أو من يتوب عنه، لأن الحاكم هو المناط به تنفيذ الأحكام الشرعية، والنظر بين الخصوم، والمانع من التعدي والظلم^(١).

وقال الجصاص في تفسيره لقوله ﷺ: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا﴾ الأولى أن يكون خطاباً للحاكم الناظر بين الخصمين والمانع هو التعدي والظلم. ثم قال: «على أن الذي من أهله وكيل له والذي من أهلها وكيل لها، كأنه قال جَلَّ شأنه فابعثوا رجلاً من قبَله، ورجلاً من قبَلِها»^(٢).

ويرى البعض أن الخطاب عام لجميع المسلمين، فقوله ﷺ: «فابعثوا» نص عام لم يخص فيبقى على عمومته، ومحلُّه على بعض أفراده ليس أولى من محلِّه على البقية، وإن بعث الحكامين في الشقاق بين الزوجين يجري مجرى دفع الضرر لكل واحد القيام به^(٣).

ويقول الطبري في ذلك^(٤): «إن الله خاطب المسلمين بذلك وأمرهم ببعث الحكامين عن خوف الشقاق بين الزوجين للنظر في أمرهما. ولم يُخصص بالأمر بذلك بعضهم دون البعض».

وفي ذلك أيضاً قال السدي وابن عباس والشافعي في قول: إن الحكامين عندهم وكيلان لا حاكمان لا يفعلان إلا ما وُكِّلا به من قبل الزوجين، وليس للحاكم أن يبعث

(١) ابن كثير ج ١ ص ٤٩٣، المنتقى ج ٤ ص ١١٣، القرطبي ج ٥ ص ١٧٥، تفسير الخازن ج ١ ص ٣٨٢، عاسن التأويل للقاسمي ج ٥ ص ١٢٢٥ - وقال ربيعه: لا يبعث الحكامين إلا السلطان - المدونة ج ٥ ص ٥٣، ويقول ابن العربي: «من قال إن المخاطب الزوجان فلا يفهم كتاب الله، وأما من قال إن المخاطب هو السلطان فهو الحق» أحكام القرآن ج ١ ص ٤٢٣.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٢٣١.

(٣) يراجع الفخر الرازي ج ١٠ ص ٩٢، تفسير الخازن ج ١ ص ٣٨٢.

(٤) جامع البيان للطبري ج ٥ ص ٧٥.

الحكمين دون رضاها.

* حكم القانون:

جاء في القانون أن تعيين الحكمين في مسألة الشقاق بين الزوجين مرجعه للقاضي، فنصت المادة ٦٥ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أنه إذا رفض طلب الزوجة ثم تكررت الشكوى ولم تثبت الضرر بعث القاضي حكماً.

□ ثالثاً: شروط الحكم:

استلزمت الآية في مسألة التحكيم في الشقاق بين الزوجين شروطاً عامة نتناولها على النحو التالي:

حيث يظهر من قوله ﷺ: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٣٥]. أن يكون الحكمان من الأهل، وذكرت التعدد كما في آية الصيد في قوله ﷺ: ﴿يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [المائدة: ٩٥]، فهل يمكن تحكيم غير الأهل وهل يُجْزَى تحكيم الواحد؟

* آراء المذاهب الفقهية في شرط الأهل:

- قال الشافعية والحنابلة: إن شرط الأهل شرط أولوية، فالمستحب أن يكون الحكمان من الأهل، كما أجازا تحكيم غير الأهل ولو مع وجود الأهل، وإذا كانا من غير الأهل فجائز، إذ إن القرابة ليست شرطاً لا في الحاكم ولا الوكيل.

- كما يقول الشافعي أيضاً: المستحب أن يبعث الحاكم عدلين ويجعلها حكمين والأولى أن يكون واحد من أهله وواحد من أهلها، لأن أقاربيها أعرف بحالها من الأجانب وأشد طلباً للإصلاح فإن كانا أجنبيين فجائز^(١).

(١) تفسير الخازن ج١ ص ٣٨٢، تفسير الفخر الرازي ج١٠ ص ٩٣.

واشترط المالكية وبعض الحنابلة^(١) وابن حزم^(٢) أن يكون الحكم من الأهل إن وجد، فعلى الحاكم أن يبعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها، لنص الآية، فإذا لم يوجد الأهل، كأن يكون الزوجان لا أهل لهما، أو وُجد الأهل دون أن تتوافر فيهم الصلاحية لهذه المهمة، أو توافرت فيه الصلاحية ولكن لم يتمكن من بعثه كان له أن يبعث حكماً عدلين فقيهين من غيرهما، ويستحب أن يكونا جارين^(٣).

ولكنَّ سؤالاً يطرح نفسه .. إذا بعث الحاكم غير الأهل مع وجود الأهل، هل يبطل حكمه أم لا؟

في المذهب تردّد، ظاهر المذهب النّقص، لظاهر الآية^(٤).

- ويقول الخرشي: «يشترط وجوباً كون الحكمين من أهل الزوجين مع الإمكان، ولا يجوز للحاكم أن يبعث أجنبيين مع وجود الأهل ولو واحداً»^(٥).

- ويقول القرطبي: «والحكمان لا يكونان إلا من أهل الرجل والمرأة، إذ هما أقعد بأحوال الزوجين .. فإن لم يوجد من أهلها من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما عدلين عامين»^(٦).

وإذا كان العيب من قبل الزوجين، كان لهما بعث الأهل وغير الأهل ولو مع وجود

(١) يقول ابن تيمية: ووجوب كونها - أي الحكمين - من أهلها هو مقتضى كلام الخرقي، فإنه اشترطه كما اشترط الأمانة، وهذا أصح، فإنه نص القرآن. ولأن الأقارب أخبر بالعلل الباطنة وأقرب إلى الأمانة والنظر في المصلحة، الاختيارات الفقهية ص ٢٤٩.

(٢) المحل ج ١١ ص ٣١٩ بند ١٩٢٥.

(٣) القرطبي ج ٥ ص ١٧٥، أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٤٥٦، البهجة شرح النحلة ج ١ ص ٣٠٩، منح الجليل ج ٢ ص ١٧٨.

(٤) حاشية الصاوي مع الشرح الصغير ج ٣ ص ٣١٣.

(٥) الخرشي ج ٤ ص ٨.

(٦) تفسير القرطبي ج ٥ ص ١٧٥.

الأهل، وذلك حسب ما يَرَيَان أن فيه ما يحقق مصلحتها. لأن اشتراط الأهل إنما هو حَقٌّ للزوجين ويملكان إسقاطه ولأن لهما تسوية أمورهما دون الأهل، فكان لهما تحكيم غير الأهل فيما يملكان فعله بأنفسهما والتحكيم جائز^(١).

* حكم القانون:

على غرار المذهب المالكي اشترط القانون أن يكون الحكمان من الأهل ما أمكن ذلك، وإلا كان للقاضي بَعَثُ حكّمين من غير الأهل ممن لهم خبرة بحال الزوجين، قادران على الإصلاح بينهما^(٢).

- شروط التعدد وهل يُجزئ إرسال الواحد:

يقول الله ﷻ: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِمْ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ فهل التعدد

شرط في صحة الحكم أم أنه يجزئ إرسال الواحد؟

يتضح من ظاهر الآية أنه يلزم توافر شرط التعدد في التحكيم للشقاق بين الزوجين، كما في جزاء الصيد، فلا يجزئ إرسال الواحد من الأهل أو من غير الأهل للنظر في الشقاق بين الزوجين على الصحيح عند الشافعية^(٣).

- وقال المالكية: يُجزئ إرسال الواحد؛ لأن الله ﷻ حكم في الزنا بأربعة شهود، وقد

(١) التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ الأسطل، المرجع السابق ص ٢٣٠.

(٢) المادة ٧ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ تنص على أنه يشترط في الحكّمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما. وهو نفس الحكم في القانون الأردني، فنصت المادة ١٣٢ فقرة جـ على أنه «يشترط في الحكّمين أن يكونا رجلين عدلين قادرين على الإصلاح، وإن لم يكونا أحدهما من أهل الزوجة والآخر من أهل الزوج إن أمكن، وإن لم يتيسر ذلك حكم القاضي رجلين من ذوي الخبرة والعدالة والقدرة على الإصلاح».

(٣) مغني المحتاج ج٣ ص ٢٦١، نهاية المحتاج ج٦ ص ٣٩٢.

أرسل رسول الله ﷺ إلى المرأة الزانية أنيسًا وحده، وقال له: [إِنْ اغْتَرَفَتْ فَارْجُمَهَا]^(١).
 وإذا استطاع الزوجين أن يسويا خلافتهما دون اللجوء إلى القضاء أو التحكيم كان
 لهما ذلك، فكذاك لهما أن يجعلان أمرهما إلى من يكون أهلاً للنظر فيه قريباً كان أو بعيداً.
 - وقال سحنون: إذا كان ذلك - أي التحكيم - منهم (أي من الزوجين) إلى رجل
 واحد اجتماعاً عليه، هل يكون بمنزلة الحكيمين لهما جميعاً.

- قال ابن القاسم: نعم إنما هي أمورهما التي لو أخذها دون من يحكم فيها كان ذلك
 لهما، وكذاك هي لمن جعلها إليه إذا كان يَسْتَأْمَلُ أن يكون ممن يجعل ذلك إليه^(٢).
 هذا إذا كانت القولية لواحد من الزوجين.

- أما إذا كان البعث من الحاكم أو الولي ففيه خلاف:
 بعض المالكية ذهب إلى أنه لا يجوز للحاكم ولا الولي تحكيم الواحد قريباً كان أو
 بعيداً، بل لابد من توافر شرط التعدد، لأن ذلك يتضمن إسقاطاً لحق الزوجين، ولا
 يملكان إسقاطه.

والبعض فَرَّقَ بين ما إذا كان البعث من الحاكم أو الولي الأجنبي - عن الزوجين أو
 لقریب لهما - فإذا كان التحكيم للأجنبي صَحَّ وَنَفَذَ حكمه، لأن اختصاص العدد
 بالأهل في الآية الكريمة لتهمة الميل إذا كان قريباً لأحدهما، أما إذا كان التحكيم
 للأجنبي يصح وينفذ حكمه لعدم التهمة، وإذا كان البعث لقریب لهما على السوية
 فحكمه حكم الأجنبي لعدم التهمة، وإذا كان التحكيم لقریب لهما أو لأحدهما فإنه لا
 يصح اتفاقاً بل لا بُدَّ من توافر العدد^(٣).

(١) رواه مسلم في كتاب الحدود ج٢ ص ٥٣، الطحاوي في مشكل الآثار ج١ ص ٢٢.

(٢) المدونة للإمام مالك ح٥ ص ٥٠.

(٣) يراجع الخرشبي ج٤ ص ١٠، ١١ حاشية العدوي هامش الخرشبي نفس الصفحات.

وجاز تحكيم شخص واحد في الشقاق بين الزوجين دون التحكيم في جزاء الصيد مع أن النص قد ورد في كلا الموضوعين بتحكيم اثنين، لأن الحكمين في جزاء الصيد في حق من حقوق الله ﷻ، ولا يملك أحد إسقاطه، وفي الشقاق بين الزوجين إنما هو حق لهما فكان لهما إسقاطه، لذا صح تحكيم رجل واحد من قبل الزوجين قريباً كان أو بعيداً^(١).

□ رابعاً: تغيب أحد الزوجين أو تغير أهليته:

قد تغير أهلية أحد الزوجين أو كليهما أو وكيليهما أو أحدهما قد تغيب عن حضور جلسات الحكمين فما أثر ذلك على مهمة الحكمان؟

بمعنى هل يستمر الحكمان في نظر الشقاق بين الزوجين أم أنه ينقطع نظرهما؟
اختلفت إجابة الفقهاء في صفة الحكمين هل هما حاكمان أم وكيلان^(٢).

أ - فإذا كانا وكيلين باعتبارهما، فإن غياب أحد الزوجين بعد البعث لا يمنع الحكمين من الاستمرار في نظرهما للشقاق، لأن غياب الموكل لا يمنع الوكيل من القيم بالعمل الموكل به.

وإذا جُنَّ أحدهما أو أُغْمِيَ عليه بعد البعث، ولو بَعُدَ أن يبلغ الحكمين رأيه، انقطع نظر الحكمين، لأن الوكالة تنتهي بالإغماء والجنون^(٣).

ب - أما إذا كان على اعتبار الحكمين حاكمين لا وكيلين، فإنه بغياب أحدهما ينقطع نظر الحكمين، فإذا ما حكما فإن حكمهما غير نافذ لعدم جواز الحكم على الغائب، وإذا أُغْمِيَ على أحدهما أو جُنَّ بعد البعث لم ينقطع نظر الحكمين ولهما الاستمرار في نظر

(١) الخرشبي ج٤ ص ١١.

(٢) يراجع زاد المعاد ج٥ ص ١٩١، الانصاف للمرداوي ح٨ ص ٣٨١، كشف القناع ج٤ ص ٢١١، نهاية المحتاج ج٥ ص ٣٩٢.

(٣) الكافي في فقه أحمد ج٢ ص ٧٦٣، كشف القناع ج٤ ص ٢١٨، الفروع الصحيحة ج٣ ص ١٥٥.

الشقاق، وأمرهما نافذ لأنه يجوز الحكم على المجنون، وفي المغني والمحرم ينقطع نظرهما لعدم الشقاق. إذ إن وجود الشقاق إلى حين الحكم وحضور المتداعين شرط لصحة الحكم، فإذا جن أحدهما انقطع نظر الحكمين لعدم تحقق الشرط^(١).

* حكم القانون:

تنص المادة ٩ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أنه: «لا يؤثر على سير عمل المحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره». ويستفاد من ذلك أن القانون لم يجعل لتغيب أحد الزوجين أو امتناعه عن حضور جلسات التحكيم أثرًا على عمل الحكمين، إذا ما تمَّ إخطاره إخطارًا صحيحًا، فللحكماء الاستمرار في نظر الشقاق بين الزوجين، والوقوف على أسبابه، وإبداء الرأي، ومن ثمَّ رفع التقرير في الميعاد المحرر وفقًا لقرار المحكمة، وذلك بغض النظر عن امتناع عن الحضور من الزوجين.



(١) المغني لابن قدامه ج٧ ص ٥٠، المحدد في الفقه ج٢ ص ٤٤.

المبحث الثاني مهمة الحكّمين

* الإصلاح بين الزوجين:

يقول الله ﷻ: ﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ﴾ [الحجرات: ١٠]

ويقول جل شأنه: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾

[النساء: ١٢٨].

ويقول أيضًا رسول الله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحًا حرم حلالًا أو أحل حرامًا»^(١).

ومما تقدم يتضح لنا أن نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة تأمر بالصلح وتحث عليه، ذلك أن في الصلح الترابط والوثام بين طرفي الأسرة، وقطعًا للخصومات وإصلاح ذات البين، على خلاف حكم القاضي الذي يورث الحقد، واستفحال الضغائن بين الأفراد، وإن كان يؤدي أيضًا إلى فصل الخصومات، إذ إن طرَحَ النزاع بين الزوجين أمام القضاء غالبًا ما ينتهي إلى الشقاق والفرقة بين الزوجين.

فإذا أدركنا أن التحكيم لا يُجَدِّث مثل تلك السلبات والإصلاح بين الزوجين، لا يعتبر تحكيميًا بالصلح على ما هو عليه في القوانين الوضعية، لأن الحكّمين في الشقاق بين الزوجين يقومان بهذه المهمة، إتباعًا لنص القرآن، وإن لم يوكلهما الزوجان، في حين أن المحكّم في التحكيم بالصلح في القانون الوضعي لا يقوم بهذه المهمة، إلا إذا كان مفوضًا بالصلح من قبل المحتكّمين إليه، واتضح من إرادة الخصوم وضوحًا تامًا

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى من حديث أبي هريرة ج٦ ص ٦٣.

صريحًا، أنها قصدت إسناد هذه المهمة للمُحكّم^(١).

* حكم القانون:

للمحكّمين التعرف على أسباب الخلاف بين الزوجين المتخاصمين، وأن يبذلا في ذلك جهدهما بغرض الإصلاح بينهما على أية طريقة يريانها ممكنة، ولهما الاستعانة في سبيل تحقيق ذلك بما يَسْمَعان من الأقارب والجيران، ومع من يكون من شأن التعاون معه الوصول إلى تحقيق الإصلاح أو يؤدي إلى كشف حالهما.

- سلطة الحكمين في التفريق بين الزوجين:

إن المهمة الأساسية هي بذل الجهد في الإصلاح بين الزوجين، ولكن إذا لم يُوفَّقَا في الإصلاح هل لهما التفريق بينهما بِعَوْضٍ أو بغيره، ودون رضا الزوجين، أم أنه لا بد من رضاهما في التفريق سواء كان بمقابل أم بغير مقابل؟

للإجابة على هذا السؤال يجب الوقوف على صفة المُحكّم هل هو حاكم أم وكيل؟
والفقهاء في هذا على رأيين:

□ الرأي الأول: ويرى أن الحكمين حاكمان لا وكيلان، وعليه فلها أن يضعوا ما يريانه من جمع أو تفريق ودون رضا الزوجين، كحاكم الإمام، فلها التفريق بين الزوجين بعَوْضٍ وبغير عوض، ولو لم يَرْضَ الزوج الذي يملك الطلاق أصلاً، ولها - الحكمان - أن يختلعا بشيء من مال الزوجة، وإن لم تأذن بذلك، وبهذا الرأي قال مالك والأوزاعي وإسحاق، وهو مروى عن عثمان وعلي وابن عباس والشعبي، والنخعي والشافعي في قول وعليه الجمهور.

□ الرأي الثاني: ويرى أن الحكمين وكيلان لا حاكمان، ويرى في مهمة الحكمين

(١) د/ أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري ص ٣٨.

أنها مقصورة على الإصلاح بين الزوجين، وليس لهما أن يُفَرِّقاً بينهما بعوض أو بغيره إلا برضاء الزوجين وتوكيلهما، فيوكل الزوج الحكم الذي من قبَله بطلاق أو خلع، وتوكل الزوجة الحكم الذي من قبَلها بقبول الطلاق أو بئذ العوض، فما حكما به من تفريق أو خلع ينفذ بلا خلاف، وبه قال عطاء والحكم، والحسن البصري وأبو ثور وهو مذهب أبي حنيفة^(١).

- سلطة الحكمين في التفريق بين الزوجين في القانون:

نصت المادة ١٠ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أنه «إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

- ١- فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطلق بطلقة بائنة دون مَسَّاس بشئ من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.
 - ٢- وإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطلق نظير بدل مناسب يُقدَّرانه تَلْزَمُ به الزوجة.
 - ٣- وإذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطلق دون بدل أو يبدل يتناسب مع نسبة الإساءة.
 - ٤- وإن جهل الحال فلم يعرف الشئ منها اقترح الحكمان تطلقاً دون بدل.
- وعلى الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملاً على الأسباب التي بنى عليها.
- * قرار الحكمين:

تنتهي إجراءات التحكيم في الشقاق بين الزوجين بقرار يصدر من المحكِّمين بما

(١) يقول إسماعيل القنوي في حاشيته على البيضاوي: «وقال علماؤنا الحنفية، إن كانت الإساءة من الزوج فرقا بينهما، وإن كانت منها فرقا على بعض ما أصدقا كذا قيل وفيه إجمال وإهمال، لأن هذا إن كان في صورة الوكالة في الجمع والتفريق فلا كلام فيه وإلا ففيه إشكال»، التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/إسماعيل الأسطل، المرجع السابق ص ٢٣٩.

اتفقا عليه الحكمان في الجمع بين الزوجين نافذ بالإجماع وإن لم يוכלهما الزوجان^(١).
 وقرار الحكمين بالتفريق بين الزوجين بعوض وبغير عوض نافذ في مواجهة
 الزوجين، ظاهرًا وباطنًا وافق رأي القاضي أم خالفه، وسواء قلنا إن الحكمين وكيلان
 أم حاكمان، إذ إن الحكمين لو كانا مُقَامَيْن من قبل الزوجين، فقرارهما نافذ سواءً بالجمع
 أو التفريق في مواجهة الزوجين، وإن لم يرضيا به أو أحدهما أو الحاكم، فأولى إذا أقامها
 الحاكم^(٢).

وإذا اتفقا الحكمان على التفريق واختلفا على المقابل، كأن أحدهما بالتفريق بمقابل
 والآخر بغير مقابل، فلا يلزم الزوج الطلاق إلا إذا التزمت الزوجة بالمقابل، فإذا
 التزمت بالمقابل، الذي قضى به أحدهما لزم الطلاق للزوج، وإذا اتفقا الحكمان على
 التفريق، واختلفا على مقدار المقابل أو صفته أو نوعه، يقع الطلاق ويكون الواجب
 خلع المثل^(٣).

وإذا طلق أحدهما ثلاثًا والآخر واحدة، قيل تَنفُذ واحدة ويلغى ما زاد كالشاهدين
 إذا اختلفا بالعدد قضي بالأقل، وهو قول عبد الملك وابن الواز^(٤)، وقيل لا ينفذ طلاقهما
 لعدم اتفاقهما على المقضي به، حكاه ابن حبيب عن أصعب^(٥)، وذكره الخصاص في أدب
 القاضي^(٦).

أما إذا لم يتفقا الحكمان على شيء، بعث القاضي غيرهما، حتى يجتمعا على شيء، فإن

(١) ابن كثير ج١ ص ٤٩٣.

(٢) يراجع الشرح الصغير ج٣ ص ٣١٣، الكافي في فقه أهل المدينة ج٢ ص ٥٩٦.

(٣) الشرح الصغير ج٣ ص ٣١٣.

(٤) أحكام القرآن لابن العربي ج١ ص ٤٢٧، القرطبي ج٥ ص ١٧٧.

(٥) القرطبي ج٥ ص ٧٧.

(٦) أدب القاضي للخصاص ص ٥٥٨ بند ٦٨٣.

امتنع الزوجان على رأي من ذهب إلى أن الحكّمين هما وكيلان عنهما لا يجبرهما الحاكم على البعض، وأدّب القاضي الظالم منهما، واستوفى للمظلوم حقه^(١). وقيل يُجبرُهما، فإن امتنعا بعث الحاكم حكّمين وجعل لهما الجمع والتفريق^(٢).



(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ٣٩٢، حاشية الباجوري على بن القاسم ج ٢ ص ١٢٩.
 (٢) الانصاف للمرداوي ح ٩ ص ٣٨١.

الفصل الثاني

التحكيم في حالات الحرب

* تعريف الحرب، ولماذا الحرب:

الحرب في الشريعة الإسلامية ليست هدفاً يتمناه المسلمون، وإن كان الصراع بين الحق والباطل قائم حتى قيام الساعة، لذا قال رسول الله ﷺ: «الجهادُ ماضٍ حتى قيام الساعة»^(١). والحربُ هي صراعٌ بين دولتين أو أكثر، يستخدم فيه المتصارعون قواتهم المسلحة بقصد التغلب على بعضهم، وفرض شروط الصلح على المغلوب كما يشاؤها الغالب^(٢). ولما للحرب من دمار وخراب وإراقة دماء بريئة، فهي أمر لا تميل إليه طبائع البشر وتنفّر منه النفس البشرية، لما تخلفه الحرب من آثار ونتائج سلبية على البشرية، إلا أنه مع هذا فالشرائع السماوية والقوانين الوضعية تعترف بها كوسيلة لبلوغ غايات وتحقيق أهداف، قد تكون سياسية أو اقتصادية لا يمكن الوصول إلى تحقيقها إلا بسبيلها، حتى إنها أصبحت ظاهرة اجتماعية.

ومع ذلك فالحرب في الشريعة الإسلامية لم تكن هدفاً يتمناه المسلمون ويتطلعون إليه رغبة في سفك الدماء أو لسلب خيرات الشعوب أو لحمل الناس على الدخول في دين الإسلام، فالحق ﷻ يقول: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾ [البقرة: ٢٥٦]. والإسلام قد أباح الحرب ولكنه لطف من جدتها، حتى جاوز ما أدخلته المدنية عليها بمراحل كثيرة:

□ أولاً: أن تكون لغرض مشروع كالدفاع عن الحوزة، لا لهوى ملك ولا متابعة

(١) رواه أبو داود في كتاب الجهاد ج٣ ص ١٨ رقم الحديث ٢٥٣٢، ورواه سعيد بن منصور في سننه ج٢ ص ١٤٣ رقم الحديث ٢٣٦٧.

(٢) أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية للدكتور حامد سلطان ص ٢٤٥.

لإطباع رئيس.

□ ثانيًا: أن تكون الرحمة شعار المؤمنين، فلا يقتلون طفلًا ولا امرأة ولا شيخًا، ولا رَجُلَ دِينٍ ولا مستسلمًا، ولا امرأة ولا أحدًا من خَدَم المحاربين، ولا أن يحرقوا دُور أعدائهم، أو يقطعوا أشجارهم.

□ ثالثًا: أن لا يسرفوا في استثمار انتصارهم، فلا يُجْرِدُون المغلوبين من حقوقهم ولا يُصَادِرُون أموالهم، ولا يضطهدونهم لدينهم، ولا يتقاضون منهم إلا الجزية، وهي مبلغ من المال.

ولم يُحمل الإسلام مع هذا كله أن يشير على ذويه بأنه لو جاء وقت تعتبر فيه الحرب من الوسائل الوحشية، عندما تصل الإنسانية إلى درجة من الرقى تسمح للمتخاصمين أن يحلوا منازعاتهم بالتحكيم، فعليهم مسaire هذا التطور العظيم، ويدخلوا فيما دخل فيه الناس من النظام الجديد فقال ﷺ: ﴿ وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴾ [الأنفال: ٦١].

ويُحَضِّرُنِي في هذا المقام ما جاء به الكاتب الإسلامي «محمد فريد وجدي» في مؤلفه «من معالم الإسلام»^(١) من قول للمسيو (هنري دو كاستري) وهو أحد حكام الجزائر السابقين، في كتابه (الإسلام - تأثيرات ودراسات): *L' Islam, impressions et études*.

بعد أن دَانَ العرب للإسلام، واستنارت قلوبهم بهذا الدين، برزوا في حال جديدة أمام أهل الأرض كَأَفَّةٍ، هو حال المسالمة وحرية الأفكار في المعاملات، إتيانًا منهم بما وَرَدَ في القرآن من الإيصاء بمحاسبة الناس، بعد تلك الآيات التي كانت تنذر القبائل المارقة: إلى أن قال:

«هكذا كانت تعاليم النبي ﷺ بعد أن دخل العرب في الإسلام، وقد اقتفى أثره فيها

(١) من معالم الإسلام، للكاتب محمد فريد وجدي، طبعة خاصة تصدرها الدار المصرية اللبنانية ضمن مشروع مكتبة الأسرة لمهرجان القراءة للجميع، سنة ٢٠٠٠، ص ١٠٤، ١٠٧.

خلفاؤه من بعده، وذلك يضطرننا إلى القول بما قاله قبلنا «روبنسون» وما زال «هنرى دو كاسترى» مستطردًا في قوله، أن شيعة محمد (عليه الصلاة والسلام) هم وحدهم الذين جمعوا بين محاسنة الأجانب، ومحبة انتشار دينهم.

هذه العاطفة هي التي دفعتهم في سبيل الفتح، وهو سبب لا حرج فيه، فنشر القرآن جناحيه خلف جيوشه الظافرة، إذ أغاروا على الشام، وانقضوا انقضاض الصواعق على أفريقيا الشمالية من البحر الأحمر إلى المحيط الأطلنطيقي، ولم يتركوا أثرًا للعسف في طريقهم (تأمل)، إلا ما كان لا بد منه في كل حرب، فلم يبيدوا قط أمة آتت الدخول في الإسلام.

ثم قارن المسيو (هنرى دو كاسترى) بين هذه الرحمة والعطف من الإسلام، وبين الشدة والروح الحربية في الأديان التي تقدمته، فنقل عن الكتاب الخامس من الزبور قوله: [إذا اقتربت من مدينة لتحصرها فاعرض عليها الإيوان، فإن قبلته فقد سلم كل من فيها، وإن أبت وبادأتك بالعدوان فشدد الحصار عليها، ومتى وفقك الله للظفر بها فأحطم رأس كل ذكرٍ فيها بحد الحسام] ... وذلك إلى أن قال:

«وهذه المحاسنة العظيمة من جهة المنتصر للمقهور هي التي أضعفت تأثير الديانة النصرانية جدًّا، ثم زالت بالمرّة من شمال أفريقيا. على أن الإسلام لم يكن له دعاة يقومون بنشره. فلم يُكره على الأخذ به أحدًا بالسيف ولا باللسان، بل دخل القلوب عن حُبِّ واختيار. وكان هذا من آثار ما أُودِع في القرآن من صفات التأثير والأخذ بالألباب».

ولقد زادت محاسنة المسلمين للمسيحيين في بلاد الأندلس حتى صاروا في حالة أنها من التي كانوا عليها أيام خضوعهم لحكم قدماء الجرمانيين الذين يقال لهم (الفرنجيو)، هذه نبذة عن أثر الفتوح الإسلامية، والحروب التي شنّها المسلمون على الأمم بقصد نشر الدعوة كما طلبه الحق إليهم، وكلفهم بالقيام به، وهى سيرة لا يوجد لها مثيل في التاريخ الدينى أو الاجتماعى لأمة من أمم الأرض.

ذلك أن الأصل في العلاقات الدولية في الإسلام السلم. والحرب إنما شرعت لأحد أمرين:
 □ الأمر الأول: إما لردع الاعتداء عن المسلمين ودفع الشر عنهم ودزئ كل فتنة،
 وكل ما من شأنه أن يعكر أمنهم، وطمانيتهم على أنفسهم، وأموالهم وأعراضهم،
 ومعتقداتهم، وفي ذلك يقول الحق ﷺ: ﴿فَمَنْ أَعَدَّى عَلَيْكُمْ فَأَعِدُّوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا
 أَعَدَّى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ١٩٤].
 ويقول جل شأنه: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ فَإِنْ آنَهَوْا فَلَا عُدْوَانَ
 إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾ [البقرة: ١٩٣].

ويقول رب العزة: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ
 اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ [البقرة: ١٩٠]

□ والأمر الثاني: وهو تأمين الدعوة إلى الله ﷻ، وإزالة كل ما يعترض سبيل تبليغ
 هذا الدين للناس أو يحول دون بلوغ تلك الغاية كرسالته ﷺ للناس كافة، وليست
 لعرب دون العجم، ولا للأبيض دون الأسود، فيلزمه ﷻ وأتباعه من بعده، تبليغ هذا
 الدين على هذا النحو، وفي هذا يقول الحق ﷻ:
 ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَكَاْفَةً لِلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا
 يَعْلَمُونَ﴾ [سبا: ٢٨].

ويقول جل وعلا: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ [الأنبياء: ١٠٧].
 - الطرق الشرعية لإنهاء الحرب:

الحرب تنتهي إما باستنفاد أغراضها كإسلام العدو، أو استسلامه وطلبه الأمان، أو
 بعقد الذمة، وحينئذ لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين، وإما أن تنتهي بالمهادنة
 والموادة والمصالحة.

وسواء كانت صلحًا دائمًا أو مؤقتًا، بمقابل أو بغير مقابل^(١) فيقول رب العزة:

﴿ وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلَامِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴾ (٦١)

[الأنفال: ٦١].

وصالح ﷺ كفار قريش يوم الحديبية، وصالح أهل خيبر وأهل نجران وغيرهم. وإما أن تنتهي الحرب بترك القتال إذا كانت فيه مصلحة للمسلمين كدفع الضرر عن الجند أو الحفاظ على قوته أو إدراك مصلحة يخشى فواتها^(٢).

وتنتهي الحرب كذلك بقبول التحكيم، كما وقع منه ﷺ يوم أن حاصر بنى قريظة، ونزلوا على حكمه ﷺ فجعل الحكم فيهم برضاهم لسعد بن معاذ، وكما وقع بين علي ومعاوية رضى الله عنها.

والذي يعنينا هنا هو التحكيم باعتباره وسيلة لإنهاء الحرب الدولية.

□ التحكيم لإنهاء الحرب الدولية:

اختلف الفقهاء في إجابة الكفار إذا ما طلبوا التحكيم، وهل تكون إجابتهم بالإنزال على حكم الله أم على حكم العباد؟

□ هل يجوز إنزال أهل الكفر على حكم الله:

يرى أبو يوسف أنه يصح إنزال أهل الكفر على حكم الله إذا ما طلبوا ذلك، ويكون الإمام بعد ذلك خيّرًا بين مقاتلتهم وسبي نسائهم وذراريهم، أو أن يسبى الجميع، أو أن يجعلهم ذمة، وهذا هو حكم الله المشروع للمسلمين في حق الكافرين، والذي يجوز إنزالهم عليه، وهو الذي أخبر عنه ﷺ عندما قال في حكم سعد: لقد حكمت فيهم بحكم الله من فوق سبعة أرقعة. وما ورد عنه ﷺ من نهيه لقواده وجنّده وسراياه عن إجابة أهل الحصن من المشركين من إنزالهم على حكم الله، ولكن بنزولهم على حكمهم،

(١) يُراجع في وسائل إنهاء الحرب، أبو زهرة، العلاقات الدولية في الإسلام ص ١٠٧، د/ وهبة الزحيلي، آثار الحرب ص ٦٥٦.

(٢) د/ وهبة الزحيلي، آثار الحرب ص ٧٥٩.

لا احتمال ورود النسخ على حكم الله ﷻ، أثناء حياته، فيكون إجابتهم إلى ذلك إنزال على حكم منسوخ، لم يعد حكمًا لله ﷻ، وهذا مالا وجود له بعد كمال الشريعة، واستقرار الأحكام الشرعية بوفاته ﷺ^(١).

ويرى محمد رحمه الله ﷻ بالتفرقة بين ما إذا كان المسلمون ظاهرين على الكتاب وبين ما إذا كانوا ممتنعين متحصنين في حصونهم، ومع ذلك نزلوا على حكم الله ﷻ: فإن كان المسلمون ظاهرين عليهم وطلبوا النزول على حكم الله ﷻ فيجوز للإمام إجابتهم إلى ذلك، لأن حكم الله ﷻ في هذه الحالة معلوم لما أخبر به ﷺ بأن حكم سعد في بنى قريظة هو حكم الله من فوق سبعة أرفعة.

أما إذا كان أهل الحصن ممتنعين في حصنهم، ونزلوا على حكم الله ﷻ فلا يجوز للإمام أن يجيبهم إلى ذلك لقوله ﷺ، حديث بريدة: فلا تنزلم على حكم الله ولكن أنزلهم على حكمك، فإنك لا تدري أتصيب حكم الله فيهم أم لا، فأخبر ﷺ أن حكم الله ﷻ في هذه الحالة، غير معلوم، وفي إنزالهم على حكم الله قضاء بالمجهول، وهذا لا يصح، وإذا لم يصح إنزالهم على حكم الله تعين دعوتهم إلى الإسلام، وإن أبوا لا يقتلهم ولا يسيبهم، ولكن يجعلهم ذمة، عليهم الجزية، وأراضيهم خراجية، ولا يردهم إلى مأنهم وإن طلبوا، لأنه بالرد يصيرهم حربًا للمسلمين، وهذا لا مصلحة للمسلمين فيه^(٢).

- وعند الشافعية: لا يجوز إنزال أهل الحصن على حكم الله ﷻ إذا ما طلبوا ذلك لعدم العلم بحكم الله فيهم لخبر بريدة، قاله البغوي^(٣).

- وبهذا قال المالكية: جاء في حاشية المواقي^(٤): «لا يجوز الإنزال على حكم الله، فإن

(١) بدائع الصنائع ج٩ ص ٤٣٢٢، المبسوط ج١٠ ص ٧، د/إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٢٥٢، ٢٥٣.

(٢) بدائع الصنائع ج٩ ص ٤٣٢٢، ٤٣٢٣، المبسوط ج١٠ ص ٧.

(٣) روضة الطالبين ج١٠ ص ٩٣، أسنى المطالب ج٤ ص ٢٠٨.

(٤) هامش مواهب الجليل للخطاب ج٣ ص ٣٦٠.

أنزلهم الإمام ردوا إلى مأمئهم، وينزلهم على حكمه لا على حكم غيره ولو طلبوه فإن أنزلهم على حكم غيره وحكم، فإن كان مسلماً عدلاً نفذ حكمه ولم يردهم إلى مأمئهم، فإن كان فاسقاً تُعقب حكمه، فإن رآه حسناً أمضاه وإلا نَقَضَهُ وحكم بما يراه حسناً ولا يردُّهم إلى مأمئهم».

- وعند الحنابلة: على الصحيح أنه يلزم الإمام إجابتهم إذا ما طلبوا النزول على حكم الله ﷻ، ويكون شأنهم شأن الأسرى، يغير الإمام فيهم بين القتل والرق والمن والفداء، وقيل يكره إنزالهم على حكم الله، وقيل لا ينزلهم على حكم الله لأنه كإنزالهم على حكمنا ولم يرضوا به^(١).

□ نزول المشركين على حكم العباد:

يجوز نزول المشركين على حكم رجل أو أكثر من المسلمين شريطة أن يكون صالحاً للحكم بأن تتوافر فيه شروط المحكم السابق ذكرها، وإذا نزلوا على حكم من لا يصح أن يكون حاكماً لا يصح، وإذا قضى بطل حكمه ولا يلزم أحداً لعدم تحقق شرطه.

وقال المالكية: وينزلهم الإمام على حكمه لا على حكم غيره ولو طلبوه، وما تحكيمه ﷻ لسعد في بنى قريظة إلا تطبيقاً لنفوس الأوس لما طلبوا منه ذلك، فإذا أجابهم لحكم غيره، رجل مسلم عدل نَقَدَ حكمه مطلقاً ولا يردهم إلى مأمئهم، وإذا نزلوا على حكم فاسق تعقب الإمام حكمه وأمضاه إن كان حسناً، وإلا رَدَّهُ وقضى فيهم بما يراه حسناً، ولا يردهم إلى مأمئهم^(٢).

ويصح نزولهم على حكم رجل مسلم يعينه الإمام، لأنه لا يعين إلا من يصلح للحكم، وإذا رضوا بحكم رجل مسلم ولم يعينوه كان للإمام تعيينه، وليس للإمام أن

(١) حاشية الروض الرابع ج٤ ص ٢٧٢، الإنصاف للمرداوي ج٤ ص ١٤٠.

(٢) الخرشبي ج٣ ص ١٥٠، مواهب الجليل للخطاب ج٣ ص ٣٦٠، المواقها مش الخطاب نفس الجزء ونفس الصفحة.

يجبرهم على حكم رجل لم يرفضوه، فلقد جعل ﷺ الحكم في بنى قريظة لسعد برضاهم، ولقد استوثق سعد من وجود هذا الرضا قبل الحكم عليهم.
ولا يُلْزَم الإمام إجابة أهل الكفر إلى حكم رجل مسلم إذا ما نزلوا على حكمه، بل الأمر جوازي للإمام فله أن يجيبهم إلى ما طلبوه، وله عدم إجابتهم، رائده في ذلك مصلحة المسلمين.

ولا يَصِحُّ نزولهم على حكم أسير من المسلمين في أيديهم لأنه مُتَّهَر غير ممتنع منهم، فكما «لا يصح أمانه لا يصح تحكيمه»، وتاجر من المسلمين في دارهم، ورجل أسلم منهم وهو في دارهم، ورجل منهم في عسكر المسلمين^(١).

وإذا نزلوا على حكم رجل معين، فمات قبل الحكم، صاروا كما لو نزلوا على حكم الله ﷻ، وكذا لو نزلوا على حكم صبي قد عقل، وإذا نزلوا على حكم الله وحكم خلافه، ففي هذه الحالات يعتبر كما لو نزلوا على حكم الله سبحانه^(٢).

□ هل يصح إشراك غير المسلم في هيئة التحكيم:

عند الجمهور لا يجوز تحكيم غير المسلم ليحكم بين المسلمين وغير المسلمين، فلا يصح نزول أهل الحصن على حكم رجل غير مسلم ذمياً أو مستأثماً، وإذا أجابهم الإمام لحكم غير المسلم، وقضى فيهم بالقتل أو السبى أو المن لا يصح، ولا ينفذ حكمه، فلا يجلب لأهل الكفر أن يحكموا في حروب المسلمين، إلا أن يحكموا فيهم بأن يكونوا ذمّة، فيصح ذلك، لأنهم إذا صاروا ذمّة من غير حكم قبل ذلك منهم وعليهم الخراج^(٣).

وعند الحنفية يصح نزول أهل الحصن على حكم ذمى لأنه أهل لشهادة عليهم، إذ إن

(١) الفتاوى الهندية ج٢ ص ٢٠٢.

(٢) الفتاوى الهندية ج٢ ص ٢٠٢، د/إساعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٢٥٦.

(٣) الفتاوى الدولية في الحروب الإسلامية للشيخ على قراعة ص ٨٩.

مَنَاط أهلية الحكم عندهم بأهلية الشهادة، فمن يصلح شاهداً يصح توليته حكماً، ومن لا فلا، فيصح إشراك غير المسلم مع المسلم في الحكم على أهل الكفر دون المسلمين، وينفذ ما حكم به على أهل الحرب من قتل مقاليتهم وسبى نسائهم وذراريهم وغير ذلك.

- وذكر المالكية: أن اشتراط تحكيم غير المسلم بين المسلم وغير المسلم في عقد المهادنة هو شرط الأصل فيه الفساد، وعدم جوازه، إلا أن الضرورة إذا دعت إليه صح، فيقول الخرشي: «يجوز مهادنة الإمام أو نائبه مع أهل الكفر، لمصلحة يراها الإمام بشروط .. منها أن يخلو عقد الهدنة من شرط فاسد وإلا لم يجز، كشرط بقاء المسلم أسيراً في أيديهم .. أن يحكموا بين مسلم وكافر .. إلا لخوف منهم فيجوز كل ما يمنع»^(١).

ويقول الدكتور وهبه الزحيلي: «وإذا جاز التحكيم فلا يمنع من اشتراك غير المسلمين فيه، فقد صرح فقهاء المالكية بأنه يجوز عقد هُدنة مع غير المسلمين، على أن يحكموا بين مسلم وكافر إذا كان هناك خوف منهم، وعبارة خوف تصور حال المصلحة في ذلك الزمان، أما اليوم فقد يكون من المصلحة أن يقبل المسلمون مبدأ التحكيم لإيقاف القتال لأسباب أخرى كالمحافظة على السلم ونشر الإسلام بالطرق السلمية أو لدفع ضرر عام .. بل أن اشتراك غير المسلم في هيئة التحكيم أصبح اليوم أمراً لا بد منه، وأن ذلك هو طبيعة التحكيم بالمعنى الصحيح، وذلك حتى يتبين كل فريق وجهات نظر الطرف الآخر ويدافع عن قومه بكل ما أوتى من قوة بيان وسعة عرفان وذلك يضمن قبول قرار التحكيم»^(٢).

وتعقيباً على ذلك يقول الدكتور إسماعيل الأسطل^(٣): « لا يمكن التسليم بهذا القول، لأنه أولاً مخالف لما استند إليه، وهو رأى المالكية، ومخالف لما هو محل اتفاق بين

(١) حاشية الخرشي ج ٣ ص ١٥٠.

(٢) د/ وهبه الزحيلي، آثار الحرب ص ٧٤٤.

(٣) التحكيم في الشريعة الإسلامية د/ إسماعيل الأسطل، المرجع السابق ص ٢٥٨.

الفقهاء من أنه لا يجوز تولية غير المسلم ليقضى بين المسلم وغير المسلم، فالتحكيم ولاية حكم كالقضاء ولا ولاية لغير المسلم على المسلم، والله ﷻ يقول: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ (١٤١) [النساء: ١٤١].

- والمالكية ما أجازوا اشتراك غير المسلم مع المسلم في الحكم بين المسلم وغير المسلم، إلا بشرطين:

□ الأول: توافر حالة الضرورة، وهي الخشية من الهلاك الذي لا يمكن دفعه إلا عن هذا السبيل وإلا فلا.

□ والثاني: أن يخرج تحكيم غير المسلم مخرج الشرط في عقد المهادنة بمعنى أن يُصِرَّ المشركون على مثل هذا الشرط، وإلا فلا يُعْرَضُ عليهم، وإذا كان التحكيم يقوم أساساً على مبدأ الرضا، تعذر تحقيق هذا الشرط، وإذا تخلف أحد هذين الشرطين لم يكن للمسلمين تحكيم غير المسلم ولا اشتراكه حسب رأى المالكية ليحكم بين المسلم وغير المسلم. ولكن الواضح أن نظرية الضرورة قد أُلْبِسَتْ ثوباً في هذه الأيام يشمل نطاقاً غير الذي وضعه الفقهاء لها. إذ القاعدة ((أن الضرورة تقدر بقدرها))، فتلمس المبررات الشرعية لتبرير وضع قائم لا يميل إليه البعض ولا يشجعه، فالوضع الخاطئ لا تعالج تبريره شرعاً، وإنما بإصلاحه ووضعه في موضعه الصحيح^(١).

□ ما يحكم به الحكم:

وإذا نزل أهل الكفر على حكم رجل مسلم فقضى فيهم لقتل المقاتلة وسبى النساء والذرية صح الحكم، لأن سعداً ؓ حكم بهذا في بنى قريظة، وصوبه رسول الله ﷺ، وأخبر بأنه حكم الله ﷻ من فوق سبعة أرقعة. وإذا قضى بالمن على المقاتلة، لزم حكمه، لأن الحكم مفوض إليه فيما يرى المصلحة فيه، فله الخيار بين القتل والسبي والمن

(١) شرح الأشباه للحموي ج ١ ص ٢٧٦، د/ الأسطل، المرجع السابق ص ٢٥٩.

كالإمام في الأسير، وهذا هو مذهب الإمام أحمد، واختيار القاضي^(١)، ومذهب الشافعية^(٢)، وقيل لا يلزم لأن الحكم يلزمه الحكم بما فيه الحظ للمسلمين ولا حظ للمسلمين في المن، قاله أبو الخطاب^(٣)، والروماني^(٤).

وإذا قضى بقتل النساء والذرية، أو برد أهل الحصن إلى مأمئهم لم ينفذ حكمه لا على المسلمين ولا على غيرهم لمخالفته حكم الشرع^(٥).

□ سلطة الإمام في تعديل الحكم:

وإذا قضى الحكم بشئ نَفَذَ على الإمام وإن خالف رأيه^(٦). ولا يكون له تعديل الحكم بالتشديد فيه، كأن يقضي لمحكّم بسبي الجميع، فلا يكون للإمام قتل المقاتلة، ولكن له التحقيق من الحكم، فإذا قضى المحكّم بقتل المقاتلة، فله المنّ عليهم أو على بعضهم أو سبي الجميع، وإذا قضى الحكم بالاسترقاق ليس للإمام المنّ إلا برضا الغانمين لأنهم بالحكم صاروا مالا لهم.

□ مدة الحكم في بنى قريظة:

وإذا نظرنا إلى ما فعلته بنى قريظة نجد أن صفة المحاربين كانت ملازمة لهم إلى آخر لحظة، وأن قتالهم كان امتدادًا لقتال الأحزاب، ثم إن بنى قريظة لما راق عزم المسلمين على قتالهم وفتح حصنهم على حكم سعد، وارتضت ما يحكم به لينفذ عليها مسبقًا وقبل صدور الحكم، ولو رأوا سبيًا في مقاتلة النبي ﷺ ما توانوا في ذلك لحظة، ولو

(١) الانصاف للمرداوي ج٤ ص ١٤٠، المغنى ج٥ ص ٤٨١.

(٢) تكملة المجموع ج١ ص ١٠٤، روضة الطالبين للنووي ج١٠ ص ٢٩٢، د/ الأسطل، المرجع السابق ص ٢٦٠.

(٣) المغنى لابن قدامة ج٥ ص ٤٨١، الانصاف للمرداوي ج٤ ص ١٤٠.

(٤) روضة الطالبين للنووي ج١٠ ص ٢٩٢.

(٥) اسنى المطالب ج٤ ص ٢٠٨، على قراعة ص ٢٩٠، مواهب الجليل للخطاب ج٣ ص ٣٦٠، بدائع الصنائع ج٥ ص ٤٣٢٢.

(٦) الكافي في فقه الإمام أحمد ج٣ ص ٢٧٥، الوجيز للغزالي ج٢ ص ١٩٦، اسنى المطالب ج٤ ص ٢٠٨.

تمكنوا منه ﷺ لقتلوه، وقتلوا الإسلام. فلقد نقضوا العهد وقتلوا مع الأحزاب جنباً إلى جنب ضد النبي ﷺ وصحبه وشرّدوا أهل المدينة، فما كان منه ﷺ إلا أن يعاملهم بما كانوا يُضْمِرُونَ له لو كتبت لهم الغلبة، فهم جُنَاةٌ والعفو عن الجاني ظلم، ودفع الظلم واقتلعه من أساسه جاءت به الشريعة الإسلامية^(١).

ولقد كانوا يشعرون بأنفسهم بأن ما وقع بهم كان قصاصاً عادلاً. فلقد روى أن حبي بن أخطب عندما قدم لضرب عنقه، قال لرسول الله ﷺ والله: ما لمتُ نفسي في عداوتك، ولكن من يُخَذِّلِ اللهُ يُخَذِّلُهُ ثم أقبل على الناس فقال: أيها الناس، إنه لا بأس بأمر الله كتاب وقدر وملحمة كتبها^(٢).

هكذا يتضح لنا أن بنى قريظة لم يبقوا ما يوجب الرأفة أو الرحمة بهم، بل إن الرحمة إنزال الحكم بهم، فالعدالة رحمة .. والقصاص حياة.

□ أثر الإسلام في الحكم:

وإذا أسلم أهل الحرب أو بعضهم قبل صدور حكم المحكّم فيهم، أو اختيار الإمام، إن نزلوا على حكمه فقد عصموا دمايتهم وأموالهم إلا بحق الإسلام، وتكون أراضيهم عشرية، وإذا أسلموا بعد الحكم بقتلهم، امتنع قتلهم لحرمة إراقة دم المسلم إلا بحق، وإنما أموالهم تبقى ملكاً للمسلمين، لأنها صارت إليهم بالحكم قبل إسلامهم، وإذا قضى بتصيرهم ذمّة، وقبل توظيف الخراج أسلموا، تكون أراضيهم خراجية^(٣).

يبدو للمطلع على هذا الجزء من البحث .. أن التحكيم باعتباره وسيلة لإنهاء الحرب قد تناوله الفقهاء في حالة ظهور المسلمين على أهل الكفر، أو تحصن أهل الكفر حصنهم ومنعتهم، ومع ذلك نزلوا على حكم رجل مسلم، فينفذ فيهم ما قضى به، أما

(١) أبو زهرة خاتم النبيين ج ٢ ص ٨٠٢.

(٢) سيرة ابن هشام ج ٣ ص ٢٦٠.

(٣) المغني لابن قدامة ج ٨ ص ٤٨١، روضة الطالبين للنووي ج ١٠ ص ٢٩٢، بدائع الصنائع ج ٩ ص

٤٣٢٣، الفتاوى الهندية ج ٢ ص ٢٠٢.

في حالة ظهور أهل الشرك على المسلمين فلا يتضح من عبارات الفقهاء تنظيمًا للتحكيم كطريق لإنهاء الحرب، مما يُظنّ معه، أن هناك قصورًا في الشريعة وعدم تحقيق التوازن في تنظيم العلاقات مع اختلاف الظروف والأحوال^(١).

ولكن هذا القول يغفل إذا ما عَلِمَ أن التحكيم ما تم على مبدأ الرضاية فإذا قبل أهل الشرك مع ظهورهم على المسلمين تحكيم رجل مسلم، جاز وينفذ حكمه على المسلمين ويحكم بما فيه مصلحة المسلمين ودفع الضرر عنهم، ولو قضى بدفع مالٍ لأهل الشرك لقاء انصرافهم عن المسلمين صح حكمه ونفذ على الإمام.

* ويقول أيضًا الدكتور إسماعيل الأسطل:

«ولكن إذا أصرَّ أهل الشرك على تحكيم غير المسلم، فلا ينبغي إيجابتهم إلى ذلك إلا في حالة الخوف من الاستيلاء على المسلمين أو قتلهم، فإن الضرر الذي يعود على المسلمين من عدم قبول تحكيم غير المسلم أعظم من قبول تحكيمه والضرر والأشدُّ يُدفع بالأقل، وإذا لم يطلب أهل الشرك تحكيم غير المسلم، لم يكن للمسلمين عرض تحكيمه، بل إذا أمكن دفع أهل الشرك بغير التحكيم في هذه الحالة كالموادعة والمصالحة تعين ذلك، لأن الضرر الذي يعود على المسلمين من قبل الموادعة والمصالحة ولو بمقابل أخف من الضرر الذي يعود عليهم بقبول التحكيم، فالتحكيم في هذه الحالة أخطر من الموادعة والمصالحة، فإن المسلمين يكونون على بينة من مدى الضرر الذي يلحق بهم والحقوق التي يتنازلون عنها.

ومن كل ما تقدم يتضح أن قواعد الشريعة الإسلامية بها مُتَّسَع لتظيم العلاقات في مختلف الظروف والأصول، وما قد يُظنُّ من أن هناك قصورًا في بعض الجوانب إنما يرجع إلى عدم فهم قواعد هذا الدين ومبادئه لا لقصور فيه.



(١) التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٢٦٢، ٢٦٣.

رَفَع

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com



الباب الخامس
وسائل انقضاء التمكيم

رَفْعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

الباب الخامس

وسائل انقضاء التحكيم

أجمع الفقهاء على أن ولاية المحكم تنتهي بأحد الأسباب الآتية^(١):

١- عزل الطرفين أو أحدهما قبل أن يقول: حكمتُ بكذا^(٢). أو عزل المحكم نفسه من

التحكيم^(٣).

٢- انتهاء المهمة .

٣- زوال أهلية المحكم.

هذا ونتناول هذه النقاط بشيء من التفصيل.

□ أولاً: العزل (فَسَخُّ التحكيم):

تنتهي ولاية المحكم إما بعزله - من تلقاء نفسه أو بعزل المحتكمين أو أحدهما له قبل

الحكم وبعده - ومن ثم لا يستطيع أن يعدل حكمه أو أن يلغيه بعد ذلك ولو تبين له

خطأه إلا إذا حكمه الخصمان ثانية^(٤).

وإذا عُرِّلَ المحكم زالت ولايته وأصبح كأحد الناس، شأنه شأن القاضي المولى بعد العزل.

ولكن لنا في ذلك أن نذكر بشيء من التفصيل أنه في عزل المحكم يشترط لصحة

(١) نظام التحكيم، د/ سيد محمود، المرجع السابق ص ٤٨، التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ١١١ وما بعدها، عقد التحكيم، د/ الدوري، المرجع السابق ص ٦٥٦، ٦٥٧، تبصرة الحكم، المرجع السابق، ص ٧٦.

(٢) فتح القدير ج٥ ص ٥٠٢، ورد المختار ج٥ ص ٤٣٠ عن فتح القدير، وشرح مجلة الأحكام العدلية، منير القاضي ج٤ ص ١٩١، ١٩٢، والمادة ١٨٤٧ من المجلة، البحر الرائق ج٧ ص ٢٨، والمحيط البرهاني، وتبيين الحقائق ج٤ ص ١٩٤ عن المحيط، والفتاوى الطرطوسية ص ٣٢٠ عن البحر المحيط، وانظر موضوع: (إستدامة الرضا إلى تمام الحكم).

(٣) شرح المجلة، السابق، ص ١٩٣.

(٤) د/ إساعيل الأسطل، المرجع السابق ص ١١٢، د/ سيد محمود، المرجع السابق، ص ٤٨.

توليه الحكم عدم عزله سواء من قبل أحد الخصوم أو بعزل نفسه .
 إذ لا خلاف بين الفقهاء في أن للمحكمن الاتفاق على عزل المحكم قبل أن يصدر حكمه، حتى ولو بعد الترافع أمامه وإقامة البينة، وإذا تراضى الخصوم على عزل المحكم، وقضى بعد العزل لا يعتد بقضائه كالقاضي المولى إذا قضى بعد العزل.
 وكما أن للخصوم الاتفاق على عزل المحكم قبل الحكم فإن لهذا الأخير عزل نفسه قبل إصداره الحكم، وفي أى وقت شاء شريطة علم المحكمن بعزله كالوكيل إذا عزل نفسه لا ينعزل حتى يعلم الموكل بالعزل، ولا يقال إنه لا يملك أن يعزل نفسه لتعلق حق الخصوم بقضائه، إذ إن باب القضاء مفتوح أمامهم، ولهم رفع خصومتهم أمامه.
 والخلاف بين الفقهاء إذا كان الحكم على صلاحيته على ما كان عليه وقت التحكيم، ولم يصدّر فيه ما يقتضى عزله، أو يتصف بما يتنافى مع أهليته، هل لأحد الخصوم بإرادته المنفردة عزله بعد الاتفاق على تحكيمه؟ خلاف بين الفقهاء !!

« الرأي الأول:

يرى جمهور المالكية: أن لأى من الخصوم عزل المحكم بالرجوع عن التحكيم قبل الترافع إليه، وإذا ما عزل امتنع عليه الحكم، وإذا حكم بعد العزل لا ينفذ حكمه، أما بعد الترافع إليه والمخاصمة أمامه، فلا عبرة برجوع من رجع، وللمحكّم أن ينظر الدعوى ويُلزم الخصوم التمادي فيها حتى صدور الحكم، وفي ذلك قال كل من:

- أصبة: «لكل واحد منهما - أى الخصوم - الرجوع ما لم يَنشأ في الخصومة عنده - أى عند الحكم - فيلزمها التمادي فيها»،

- وقال ابن القاسم في المجموعة: «إذا حكّمها وأقاما البينة عنده ثم بدا لأحدهما قبل أن يحكم قال: أرى أن يحكم بينهما ويجوز حكمه،

- ويقول مطرف: «له النزوع قبل نظر الحاكم بينهما في شئ فأبعد أن يَنشأ في الخصومة عنده ونظره في شئ من أمرهما، فلا نزوع لواحد منهما ويلزمها التمادي في

الدعوى أمامه»^(١).

- ويقول القرافي: «عقود الولايات - المقصود بالعقد يحصل بعد العقد، وهذا القسم لا تستلزم مصلحته مع اللزوم بل مع الجواز وعدم اللزوم وهو خمسة عقود [الجعالة - والقراض - والمفارسة - والوكالة - وتحكيم الحاكم] ما لم يشرعاً في الحكومة»^(٢).
وقال أصحاب هذا الرأي إن المحكم حاكم خاص يُباشِر عمله بإذن من يحكم له أو عليه، شأن الوكيل لا يباشِر عمله إلا بإذن موكله، فكما أن الوكالة لا يلزم الموكل إلا بشروع الوكيل بالعمل الموكول به فكذا التحكيم لا يلزم المحتكمين إلا بمباشرة الدعوى أمام الحكم والترافع إليه.
وكالخصوم إذا ترفعوا عند القاضي فكما أنه ليس لأحد منهم أن يوكل وكيلاً أو يعزله ليس للمحتكم الرجوع عن التحكيم بعد الترافع أمام الحكم»^(٣).

◀ الرأي الثاني:

يرى أن الخصم ينقطع حقه في عزل المحكم بالرجوع عن التحكيم بشروع المحكم في الحكم وقبل تمامه، فإذا ترفع الخصوم أمام المحكم، ثم قال أحدهما للمُحكّم وقبل أن يشرع في إصدار الحكم «عزلتُك» امتنع عليه نظر الخصومة، وإذا قضى بعد ذلك لا ينفذ قضاؤه، أما بعد شروعه في الحكم ولو قبل تمامه، فلا أثر لرجوع من رجع منهما، وللحكم أن يصدر حكمه بغيض النظر عن إتياء من أبى، ويلزمهم حكمه، وبهذا قال الحنابلة^(٤)

(١) يراجع في هذه الأقوال، المنتقى شرح موطأ مالك ج ٥ ص ٢٢٧.

(٢) الفروق للقرافي ج ٤ لفرق ٢٠٤ ص ١٣.

(٣) المنتقى شرح موطأ مالك ج ٥ ص ٢٢٧.

(٤) كشف القناع ج ٦ ص ٣٠٩، المغني لابن قدامة ج ٩ ص ١٠٨، مطالب أولي النهي ج ٦ ص ٤٧٢

والكافي في فقه الإمام أحمد ج ٣ ص ٤٣٦، جاء في المادة ٢٠٦٣ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: «لكل من الخصمين الرجوع عن التحكيم قبل شروع المحكم في الحكم» وبعض الحنابلة قال بأن حق المحتكمين في الرجوع انقطع إذا ما أشهد الحكم عليهما بالرضا بحكمه ولو لم يدخل فيه بعد» الانصاف للمرداوي ج ١١ ص ١٩٩.

وحكاه الماوردي عن أبي سعيد^(١).

واستدل أصحاب هذا الرأي، بأن الرضا هو الميثب لولاية الحكم، فإذا تخلف الرضا برجوع أحدهم عن التحكيم قبل شروع المحكم في الحكم زالت ولايته، كالموكل إذا رجع عن الوكالة قبل مباشرة الوكيل التصرف الموكل به، أما بعد شروعه في الحكم فلا أثر للرجوع شأن الموكل إذا رجع بعد شروع الوكيل في العمل الموكل به.

وإذا أتيح للخصوم الرجوع عن التحكيم بعد شروع المحكم في الحكم وقبل تمامه فإن ذلك سيؤدى إلى أنه لا يلزم بالتحكيم حُكْمٌ، لأن الحكم مُتَوَجِّه لأحدهما لا محالة، فإذا ما شعر الخصم أن الحكم متوجه عليه رجع، وبذا يصبح التحكيم وسيلة لإضاعة الوقت، والمماطلة بالحقوق، وتنقلب مزاياه إلى أضراره، وَيَبْطُلُ المقصود منه.

◀ الرأي الثالث:

ويرى أن للخصم حَقَّ عَزْلِ الْمُحَكِّمِ ما لم يصدر الحكم، فإذا ما صدر لزم ولا عبرة برجوع من رجع، وإذا عزله قبل الحكم امتنع عليه الحكم لعدم الولاية، لأن الرضا هو الميثب للولاية، فإذا زال الرضا زالت الولاية كالقاضي إذا قضى بعد العزل، وبهذا قال الحنفية^(٢) وهو مذهب الشافعية^(٣) وبعض المالكية^(٤)، رُوي عن سحنون قوله: «لكل واحد منهما - أى الخصمين - أن يرجع في ذلك ما لم يمكن الحكم فيه، فإذا أمضاه بينهما فليس لأحدهما أن يرجع فيه».

(١) أدب القاضي للماوردي جـ ٢ ص ٣٨٣ فقرة ٣٦١٦.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي جـ ٤ ص ١٩٤، روضة القضاء للسمناني جـ ١ ص ١١٨، أدب القاضي للخصاف شرح الجصاص ص ٥٨٥، البحر الرائق جـ ٧ ص ٢٦، حاشية الطحاوي جـ ٣ ص ٢٠٧، وجاء في الفتاوى الهندية: «إذا قال الحكم لأحد الخصمين قامت عندى الحجة بما ادعى عليك له من الحق، ثم إن الذى توجه عليه الحكم عَزَلَهُ، ثم حكم عليه بعد ذلك لا ينفذ حكمه»، جـ ٣ ص ٣٩٨.

(٣) مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٣٧٩، الروضة للنووي جـ ١١ ص ١٢١، أدب القاضي للماوردي جـ ٢ ص ٣٧٩.

(٤) التبصرة لابن فرحون جـ ١ ص ٤٤، المنتقى للبايجى جـ ٥ ص ٢٢٧.

واستدلوا بأن التحكيم من العقود الجائزة غير اللازمة، بمعنى أنه لأي من طرفيه فسُخِّه بإرادته المنفردة كما في عقد الشركة والمضاربة^(١). وأن التحكيم ولاية كولاية القضاء، وإن كان أدنى مرتبة منه، فكما أن للوالي عَزْلَ الموَلَّى، فإن للخصوم عزل المُحكَّم، إذ إن إرادة الخصوم هي التي منحت الحُكْمَ سلطة نظر النزاع، فإن لها سلب هذه الولاية وتلك السلطة قبل الحكم، أما بعد الحكم فلا وجود أصلاً لتلك السلطة حتى تحتاج إلى سَلْب، شأنه شأن القاضي الموَلَّى إذا عَزِلَ فلا أثر للعزل على ما صدر منه من أحكام قبل العزل^(٢).

وإذا عَزِلَ المُحكَّم قبل أن يصدر حكمه امتنع عليه الحكم، وإذا حكم لا ينفذ حكمه لعدم الولاية، شأن القاضي الموَلَّى إذا قضى بعد العزل.

ومن ناحية أخرى أن التحكيم ليس بأدنى مرتبة من الصلح، فكما أن المصالح لا يملك الرجوع عن الصلح بعد تمامه، فليس لأحد الخصوم المحتكمين الرجوع من التحكيم بعد تمامه بصدور الحكم^(٣).

◀ الرأي الرابع:

ويرى أنه ليس لأحد الخصوم عَزْلَ المُحكَّم بعد الاتفاق على التحكيم وحتى صدور الحكم، وبه قال بعض المالكية، يقول ابن الماجشون: «ليس لأحدهما - أي لأحد الخصوم - أن يبدو له (أي الرجوع)، كان ذلك قبل أن يُقَاتِحَهُ صاحبه أو بعدما نَاشَبَهُ الخصومة، وحكمه لازم لهما كحكم السلطان لمن أحب منهما أو كره، نظر لصاحبه، كما ينظر السلطان في حق الغائب»^(٤).

(١) تبين الحقائق للزليعي ج٤ ص ١٩٣.

(٢) التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ١٠٩.

(٣) أدب القاضي للخصاف ص ٥٨٧، د/ الأسطل، المرجع السابق، ص ١١٠.

(٤) المتقى للبايجي ج٥ ص ٢٢٧.

واستدلوا بأن إرادة كلا الخصمين هي المنشئة لولاية الحكم فلا تستبد إحداهما بعزله بلا لا بد من اتفاق إرادتهما على عزله.

ويرى ابن الماجشون أن التحكيم من باب الولاية لا الوكالة، والولاية تختص بالحكم على الخصمين بخلاف ما يرضيانه، على خلاف الوكالة إذ لا تكون بحضرة الموكل إلا بما يرضاه^(١)، ثم إن الخصم أوجب لخصمه حقاً بالتحكيم وهو فصل النزاع عن طريق التحكيم ولراحة من نظر القضاة فليس له أن يرجع عن ذلك إلا برضاه^(٢).

وإن إعطاء الخصم إنهاء التحكيم بإرادته المنفردة فيه مخالفة لقاعدة شرعية، والتي تقضى بعدم تمكين الشخص نقض ما تم من جهته^(٣). والله ﷻ أمر بالوفاء بالعقود في قوله ﷻ: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وهذا أخذ على ﷻ عندما أبرم عقد التحكيم مع معاوية حينما جاءه نقر من الخوارج، مطالبين إياه أن يحمل على معاوية ومن معه قرده قاتلاً: كيف بعد أن أعطينا العهود والمواثيق^(٤).

□ ثانياً: إنتهاء مهمة المحكم:

تنتهي مهمة ولاية المحكم بانتهاء مهمته الموكلة إليه، وذلك بصدور الحكم أو بمرور الوقت إذا كان التحكيم مؤقتاً دون صدوره.

فالغاية من التحكيم هي صدور الحكم فاصلاً في موضوع النزاع على الوجه

(١) المرجع السابق، ذات الموضوع.

(٢) حاشية الرهوني على الزرقاني ج٧ ص ٣٠١، د/ الأسطل المرجع السابق ص ١١٠.

(٣) يراجع في شرح هذه القاعدة شرح الأشباه والنظائر للحموي ج٢ ص ٣٧٤، وشرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا ص ٤٠٧.

(٤) تاريخ الطبري ج٩ ص ٧٢، وذكر الدينوري أبو حنيفة أن محرز بن خنيس بن ضليح قام فقال يا أمير المؤمنين أما إلى الرجوع عن هذا الكتاب سبيل؟ فوالله إني لخائف أن يورثك ولا؟ فقال على: «أبعد أن كتبناه نقضه؟ هذا لا يجوز» الأخبار الطوال للدينوري ص ١٩٧.

المشروع، فإذا أصدر الحكم قراره انتهت مهمته، ويصبح كأحد الناس ولا يصح إخباره بالحكم بعد صدوره، لأن ذلك يعتبر شهادة منه على فعل نفسه.

ولا أثر لغياب المحكم عن مجلسه قبل صدور الحكم، إلا إذا قيده الخصوم بالحكم في مجلسه، فإذا سافر أو حُبس أو أغمى عليه ثم عاد من سفره أو أطلق سراحه أو برئت ساحتها كان على حكومته، لأن هذه الأشياء لا تبطل الشهادة فلا تبطل الحكومة^(١).

وإذا كان التحكيم مؤقتاً انتهت ولاية الحكم بمرور الوقت المحدد دون أن يصدر حكمه، فإذا حكم الخصوم رجلاً على أن يقضي بينهم في شهر كذا أو يوم كذا، فإذا مضى الشهر أو اليوم المحدد دون أن يصدر حكمه انتهت ولايته ولا يكون له نظر النزاع إلا بتجديد التولية^(٢).

وإذا اشترى الحكم المال موضوع النزاع الذي اختصم المحكمون إليه فيه أو اشتراه ابنه أو أحد ممن لا تجوز شهادته له خرج عن الحكومة^(٣).

□ ثالثاً: زوال أهلية الحكم:

تنتهي ولاية الحكم بسقوط أهليته للحكم، بأن تخلفت أحد شروط صلاحيته للحكم، فإذا ارتد أو عمى أو جُنَّ انعزل، فإذا أسلم بعد ردّته أو أبصر أو زال عنه الجنون، وحكم لا يصح حكمه إلا بتجديد التحكيم ثانية^(٤).

(١) البحر الرائق ج٧ ص ٢٨، تبين الحقائق للزليعي ج٤ ص ١٩٤، فتح القدير للكمال ابن الهمام ج٦ ص ٤٠٨.

(٢) شرح المجلة لعلی حيدر ج٧ ص ٢٨، تبين الحقائق للزليعي ج٤ ص ١٩٤.

(٣) الفتاوى الهندية ج٣ ص ٣٩٩.

(٤) الفتاوى الهندية ج٣ ص ٦٤٣، تبين الحقائق للزليعي ج٤ ص ١٩٤، د/ الأسطل، المرجع السابق ص ١١٣، د/ سيد محمود، المرجع السابق، ص ٤٩.

وبموجب المذهب الحنفي وأحكام المجلة ينتهي التحكيم أيضًا^(١):

أ - بصدور القرار التحكيمي.

ب - بموت المحكم أو بفقدانه أهليته المدنية أو أهليته للشهادة أو الصفات المطلوبة

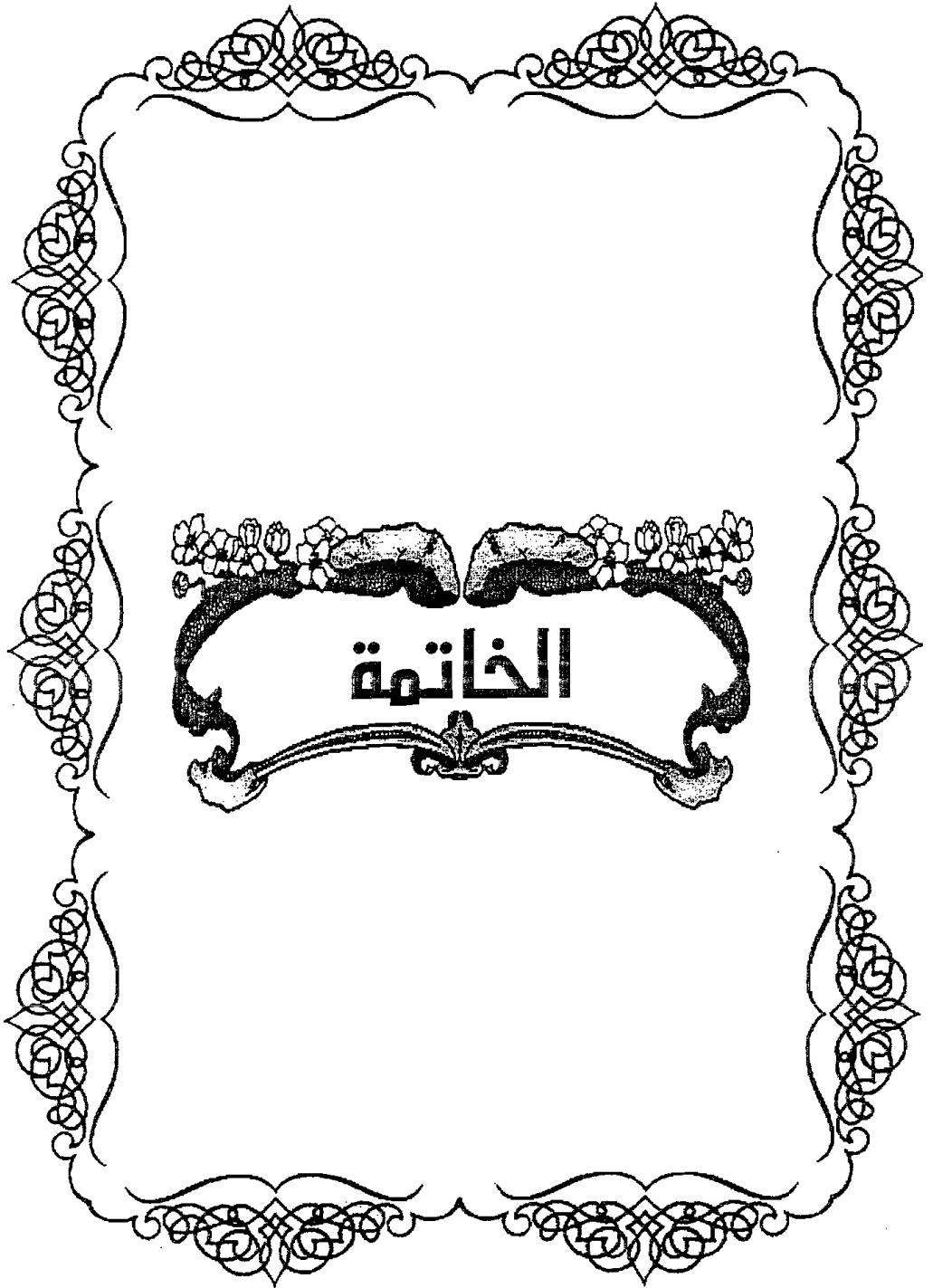
في الحكم.

ج - بعزل المحكم.

د - بموت أحد الفرقاء حتى ولو كان جميع ورثته راشدين.

❦ ❦ ❦

(١) الأحدث، الجزء الأول ص ٨٤، د/ سيد محمود، المرجع السابق، ص ٤٩.



الخاتمة

رَفْعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

الفاتحة

بعد أن بذلت قصارى جهدي في جمع جزئيات هذا البحث أسجّل أهم النتائج التي توصلت إليها على النحو التالي:-

١- التحكيم وسيلة عُرِفَتْ قبل الإسلام لنفي النزاع وأقرّها الإسلام وتعدُّ من أهم الوسائل المعاصرة الآن.

٢- التحكيم يتوقف على إرادة طرفي النزاع، فهو اختياري مهما كان نوع المنازعة.

٣- التحكيم عقد كسائر العقود له أركان وشروط وإجراءات وقد بيّنا ذلك في ثنايا البحث.

٤- الحكم الذي يصدر في قضية النزاع محل التحكيم مُلْزِمٌ للطرفين، فهو كحكم القاضي المولّى من جهة الإمام، ومن ثمّ فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا كما ينقض حكم القاضي.

٥- حكم الحكم يجب أن يصدر موافقاً لحكم الشرع وإلا كان باطلاً.

٦- لا يجوز عزل المحكم إلا بتراضي الخصوم، ويجوز للمحكم المعزول المطالبة بالتعويض إذا كان قد شرع في مهمته قبل عزله.

٧- يشترط في المحكم أن يكون من ذوى الخبرة، وكامل الأهلية وحسن السير والسلوك، وفي اشتراط الإسلام والذكورة خلاف بين الفقهاء ويشترط بصفة عامة كل ما يشترط في القاضي كما بيّنا ذلك.

٨- وفي حالة تعدد المحكمين يجوز أن يصدر الحكم بأغلبية الأعضاء المحكمين.

٩- يختلف التحكيم عن غيره من وسائل فض المنازعات كالقضاء والصلح والوكالة.

١٠- يجوز للمحكم أن يتخذ له أمين سرّ التحكيم وقد بيّن الفقهاء بأنه يشترط في

أمين السر شروطاً محددة أهمها الإسلام والعدالة والأهلية والأمانة والضبط والخبرة،

وأن يُثبِتَ الوقائع والإجراءات التي تتم في جلسة التحكيم، وإعلان الخصوم بحكم التحكيم بعد انتهائه.

١١- بيّن فقهاء الإسلام القواعد العامة للتحكيم وأهم هذه القواعد الحكم بشريعة الله، والعدل.

١٢- اختلف الفقهاء في طبيعة عمل المُحكّم، فمنهم من أصبَحَ عليه الصفة القضائية، ومنهم من اعتبر عمله بمثابة عمل الوكيل، ومنهم من قال بأنه يشبه عمل القاضي من جهة وعمل الوكيل من جهة أخرى.

١٣- اختلف الفقهاء في ضرورة إثبات التحكيم على قولين، فذهب البعض إلى أن التحكيم لا يحتاج إلى شهود تشهد على الخصمين بأنها حكما الحكم وبهذا قال المالكية، وذهب البعض إلى وجوب الإشهاد على عقد التحكيم لئلا يُجَحِّده أحد الخصوم.

١٤- بيّن الفقهاء أنه يجوز إثبات التحكيم بأي وسيلة من وسائل الإثبات الشرعية المعروفة في الفقه الإسلامي كالشهادة واليمين والإقرار.

١٥- بيّن الفقهاء بأن التحكيم لا يجوز في حقوق الله ﷻ، أما حقوق العباد فللفقهاء تفصيلات دقيقة فيما يجوز فيه التحكيم وما لا يجوز. وقد بينت آراء الفقهاء في ثنايا البحث.

١٦- بينت أبرز التطبيقات العملية للتحكيم في الإسلام وهي التحكيم بين الزوجين والتحكيم في حالات الحرب، والتحكيم بين المتخاصمين.

١٧- بينت وسائل انقضاء التحكيم ولعل أهمها: العزل، وزوال أهلية المُحكّم، وانتهاء مهمة المُحكّم.

وأخيراً أسأل الله أن يجعل هذا العمل في ميزان حسناتي يوم القيامة وأن ينفع به من يطلع عليه.

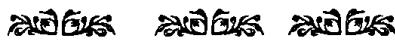
أهم مراجع البحث

- ١- أحكام القرآن، لأبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي، مطبعة عيسى الحلبي.
- ٢- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، للإمام القرافي المالكي، طبعة أولى، سنة ١٩٨٥.
- ٣- أدب القاضي، لأحمد بن عمرو الخصاص مع شرح الجصاص، دار نشر الثقافة، ١٩٨٠م.
- ٤- أدب القاضي، لعلي بن محمد الماوردي، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٢م.
- ٥- أدب القاضي، لإبراهيم بن عبد الله الحموي، بدون طبعة.
- ٦- الأشباه والنظائر، لجلال الدين السيوطي، مطبعة عيسى الحلبي.
- ٧- بدائع الصنائع، في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين الكاساني، مطبعة الإمام.
- ٨- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لمحمد بن أحمد بن رشد، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٦٠م.
- ٩- التاج والإكليل لمختصر خليل مطبوع مع مواهب الجليل، طبعة دار الفكر.
- ١٠- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لإبراهيم بن محمد ابن فرحون، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١١- تحفة المحتاج بشرح المنهاج، لأحمد بن حجر الهيتمي، طبعة الهند.
- ١٢- التحكيم في الشريعة الإسلامية، د/إسماعيل أحمد الأسطل، دار النهضة العربية بالقاهرة.
- ١٣- التعريفات، لمحمد بن علي الجرجاني، دار الكتاب العربي سنة ١٩٨٥م.
- ١٤- تفسير القرآن العظيم، لإسماعيل بن كثير، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٩٦٩م.
- ١٥- تلخيص الحبير، لعلي بن محمد بن حجر العسقلاني، طبعة المكتبة الأثرية بباكستان.
- ١٦- الجامع لأحكام القرآن، للإمام محمد بن أحمد القرطبي، طبعة دار الكتاب العربي بالقاهرة، سنة ١٩٦٧م.
- ١٧- جامع البيان في تأويل آي القرآن، للإمام محمد بن جرير الطبري، طبعة دار المعارف

بالقاهرة.

- ١٨- حاشية ابن عابدين مع رد المحتاج على الدر المختار، طبعة دار الكتب.
- ١٩- حاشية البيجرمي على منهج الطلاب، الطبعة الثالثة، القاهرة.
- ٢٠- حاشية البناني بهامش الزرقاني على مختصر خليل، طبعة دار الفكر بيروت.
- ٢١- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير والشرح الكبير، مطبعة عيسى الحلبي بالقاهرة.
- ٢٢- حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، لعبد الرحمن بن محمد.
- ٢٣- حاشية قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي، طبعة عيسى الحلبي بالقاهرة.
- ٢٤- الحاوي الكبير، للإمام علي بن محمد الماوردي، طبعة دار الفكر بيروت.
- ٢٥- حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، د/ محمد نعيم ياسين، دار الفرقان، الأردن سنة ١٩٨٤ م.
- ٢٦- الذخيرة للإمام أحمد بن إدريس القرافي، دار العزب الإسلامي، بيروت.
- ٢٧- روضة الطالبين، للإمام النووي، المكتب الإسلامي، بيروت.
- ٢٨- سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث، طبعة دار الجيل.
- ٢٩- سنن الترمذي، لأبي عيسى محمد بن عيسى، طبعة دار الكتب، بيروت.
- ٣٠- سنن النسائي، للإمام السيوطي، دار الريان للتراث.
- ٣١- شرح أدب القاضي لعمر بن عبد العزيز الخصاصف، الدار العربية ببغداد سنة ١٩٧٨ م.
- ٣٢- شرح تحفة الحكام، لمحمد بن أحمد ميارة، دار الفكر بيروت.
- ٣٣- صحيح البخاري، للإمام محمد ابن إسماعيل البخاري، طبعة دار الريان للتراث.
- ٣٤- صحيح مسلم، للإمام مسلم، مطبعة عيسى الحلبي.
- ٣٥- عقد التحكيم في الفقه والقانون الوضعي، د/ عبد الرحمن الدوري، مطبعة الخلود ببغداد سنة ١٩٨٥ م.
- ٣٦- فتح القدير شرح الهداية للكمال بن الهمام، مطبعة مصطفى الحلبي.

- ٣٧- القضاء في الإسلام، د/ محمد سلام مذكور، دار النهضة العربية بالقاهرة.
- ٣٨- قوانين الأحكام الشرعية، لمحمد بن أحمد بن جزي، دار العلم للملايين.
- ٣٩- الكافي، لعبد الله بن قدامة، المكتب الإسلامي، بيروت، سنة ١٩٨٨ م.
- ٤٠- كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور البهوتي، مكتبة النصر بالرياض.
- ٤١- المبدع في شرح المقنع، لإبراهيم بن مفلح، المكتب الإسلامي، بيروت.
- ٤٢- المبسوط، لأبي بكر محمد السرخسي، دار المعرفة، بيروت.
- ٤٣- المحرر في الفقه، لأبي البركات مجد الدين، مكتبة المعارف.
- ٤٤- المحلّ، لأبي محمد بن حزم، دار الاتحاد العربي بالقاهرة.
- ٤٥- المغنبي، لابن قدامة أبي محمد عبد الله بن محمد بن قدامة، مكتبة الرياض.
- ٤٦- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، لمحمد الشرييني الخطيب، مطبعة مصطفى الحلبي مصر.
- ٤٧- منهج الجليل، لمحمد عليش، مكتبة النجاح، ليبيا.
- ٤٨- المهذب، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، مصطفى الحلبي.
- ٤٩- مواهب الجليل للحطاب المالكي مع التّاج والإكليل، دار الفكر.
- ٥٠- نظام التحكيم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري، د/ سيد أحمد محمود، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٥ م.
- ٥١- نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، د/ عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة.
- ٥٢- النظام القضائي في الفقه الإسلامي، د/ محمد رأفت عثمان، مكتبة الفلاح بالكويت.
- ٥٣- نظرية العَقْد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية سنة ١٩٩٠ م.
- ٥٤- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لأحمد بن حمزه الرملي، مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة.
- ٥٥- الهداية شرح البداية، لعلي المرغيناني مع فتح القدير، مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة.



فهرس الرسالة

الصفحة	الموضوع
٥	إهداء
٧	مقدمة
١١	سبب اختيار الموضوع
١٢	خطة البحث
١٥	الفصل التمهيدي: في التعريف بالتحكيم وتطوره التاريخي
١٨	المبحث الأول: تعريف التحكيم في اللغة والاصطلاح
٢٧	المبحث الثاني: التطور التاريخي للتحكيم
٢٩	المطلب الأول: التحكيم عند الأمم السابقة
٣٣	المطلب الثاني: التحكيم عند العرب قبل الإسلام
٤٣	الباب الأول: مفهوم التحكيم في الإسلام
٤٦	الفصل الأول: مدى مشروعية التحكيم في الإسلام
٤٧	المبحث الأول: مشروعية التحكيم بالكتاب الكريم
٥١	المبحث الثاني: مشروعية التحكيم بالسنة
٥٩	المبحث الثالث: مشروعية التحكيم بالإجماع وعمل الصحابة
٦٢	المبحث الرابع: حكم التحكيم وحكمة مشروعيته
٧٢	الفصل الثاني: التحكيم في عصر النبي محمد ﷺ
٧٢	المبحث الأول: الرسول ﷺ يقضى قبل البعثة
٧٦	المبحث الثاني: أقضية الرسول ﷺ بعد البعثة
٧٩	الفصل الثالث: التحكيم في عصر الخلافة الراشدة
٨٧	المبحث الأول: حجية أقضية الإمام علي عليه السلام في عصر الخلافة الراشدة
٨٨	المطلب الأول: حجية قضاء الإمام علي عليه السلام في خلافة أبي بكر عليه السلام
٩١	المطلب الثاني: أقضية الإمام علي عليه السلام في خلافة الفاروق عمر بن الخطاب عليه السلام

الصفحة	الموضوع
٩٨	المطلب الثالث: أفضية الإمام علي في خلافة عثمان
١٠٠	المبحث الثاني: حجية أفضية الإمام علي <small>عليه السلام</small> في خلافته الراشدة
١٠٥	الباب الثاني: المقومات الأساسية للتحكيم
١٠٧	الفصل الأول: أركان التحكيم
١١٨	الفصل الثاني: شروط الإيجاب والقبول
١٢٧	الفصل الثالث: الحقوق التي يتم فيها التحكيم
١٣٩	الفصل الرابع: مدى لزوم حكم المحكم
١٥٢	الفصل الخامس: الفرق بين التحكيم وبين غيره من وسائل فُض النزاع
١٥٣	المبحث الأول: الفرق بين التحكيم والقضاء
١٥٧	المبحث الثاني: الفرق بين التحكيم والوكالة
١٦١	المبحث الثالث: التحكيم والصُلح
١٦٤	المبحث الرابع: الفرق بين المحكم والخبير
١٦٨	المبحث الخامس: أمين سر التحكيم «الكاتب»
١٧٣	الباب الثالث: القواعد العامة للتحكيم وطرق إثباته
١٧٥	الفصل الأول: قواعد التحكيم
١٧٥	المبحث الأول: الحكم بشريعة الله
١٨١	المبحث الثاني: العدل
١٨٤	الفصل الثاني: طبيعة عمل المحكم
١٨٧	الفصل الثالث: طرق إثبات التحكيم
١٩٠	المبحث الأول: الإقرار
١٩٢	المبحث الثاني: البيّنة
١٩٤	المبحث الثالث: اليمين
١٩٧	المبحث الرابع: التَّكْوُل
٢٠٠	المقارنة بين آراء الفقهاء حول حجج الإثبات عند الحكام
٢٠٥	الفصل الرابع: شروط التحكيم

الصفحة	الموضوع
٢٠٦	المبحث الأول: الشروط المتعلقة بالمحكّم
٢٠٩	المبحث الثاني: الشروط المعتبرة في المحكّم (المحكّم إليه)
٢٢٦	المبحث الثالث: الشروط المتعلقة بموضوع التحكيم (مجال التحكيم)
٢٣٢	المبحث الرابع: شروط صحة حكم المحكّم
٢٤٣	الباب الرابع: أبرز التطبيقات العملية للتحكيم في الإسلام
٢٤٥	الفصل الأول: التحكيم بين الزوجين
٢٤٦	المبحث الأول: في إجراءات التحكيم
٢٥٩	المبحث الثاني: في مهمة الحكّمين
٢٦٤	الفصل الثاني: التحكيم في حالات الحرب
٢٧٧	الباب الخامس: وسائل انقضاء التحكيم
٢٧٩	أولاً: العزل (فسخ التحكيم)
٢٨٤	ثانياً: انتهاء مهمة الحكم
٢٨٥	ثالثاً: زوال أهلية الحكم
٢٨٧	الخاتمة وأهم نتائج البحث
٢٩١	المراجع
٢٩٤	الفهرس

تم الجمع والصف

بمكتب الرضا للدعاية والإعلان

١٥ ش امتداد رمسيس بجوار وزارة المالية - عمارات صف الضباط - مدينة نصر - القاهرة

تليفون: ٠٢٢٣٤٢٨٨٢٩ - ٢٣ (٠٨٢) - محمول: ٠١٠١٤٦٠٨٦١

E.MAIL: Reda_mesr@yahoo.com



رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

التَّحْكِيمُ

في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية

