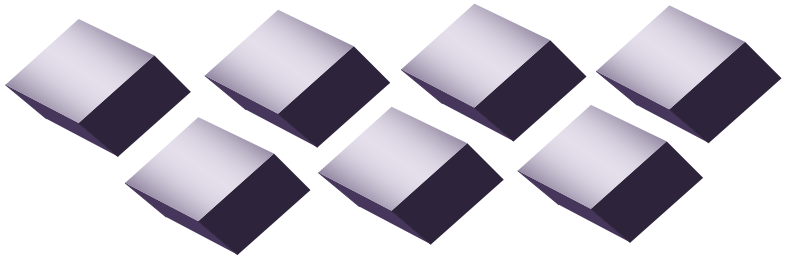
مجلة جنوب الوادي للدراسات القانونية - كلية الحقوق بقنا - العدد الثاني - الجزء الاول ٢٠١٧



التحكيم في المسائل الجنائية في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة

د/ حازم أبو الحمد حمدي الشريف

مدرس الشريعة الإسلامية

كلية الحقوق - جامعة أسيوط

جامعة ظفار – سلطنة عمان

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، خلق الإنسان علمه البيان، وأخرجه من ظلمات الكفر والجهل إلى نور الإيمان والعلم، وجعل له نورا يمشي به بين الناس، فاللهم لك الحمد حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه.

ثم الصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم، أخر إرسالات السماء لهدي الأرض، ولسان الصدق الذي بلغ عن الحق مراده من الخلق، سيد ولد آدم أجمعين، القائل في حديثه الشريف: " من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين"(١).

وبعد،،،

كان الناس قديما إذا ما ثار بينهم نزاع، أو نشبت بينهم خصومة يحتكمون إلى من يرتضونه ليفصل بينهم ويقضي في منازعاتهم، وكان الأشخاص المتنازعين هم من يختارون الشخص الذي يحكم بينهم، ومن ثم نشأ نظام التحكيم كوسيلة لفض المنازعات وفصل الخصومات بين أطرافها، ولقد عرفت هذا النظام كل المجتمعات القديمة، قبل نشأة الدولة، وتنظيم مرفق القضاء.

وكان العرب قبل الإسلام قبائل متفرقة، لا تجمعهم دولة، ولا يحكمهم قانون، إلا أنهم كانوا يحتكمون إلى شيخ القبيلة، أو إلى الكهان والعرافين، وأحيانا إلى محكمين من بينهم يختارونهم بأنفسهم، حتى اشتهر بينهم في كل قبيلة أشخاص محددين للحكم بين الناس، وصار هذا الأمر مبعثا للفخر فيما بينهم، وفي ذلك يقول عنترة بن شداد:

ونحن العادلون إذا حكمنا ونحن المشفقون على الرعية

ويقول حسان بن ثابت رضي الله عنه:

وتزور أبواب الملوك ركابنا ومتى نحكم في البرية نعدل

ولما جاء الإسلام أقر النبي صلى الله عليه وسلم هذا النظام واستحسنه، وذلك في مواضع كثيرة سيرد ذكر بعضها في هذا البحث تباعا إن شاء الله تعالى.

ولقد تحدث الفقهاء عن التحكيم باعتباره وسيله لفض المنازعات وانهاء الخصومات، بعيدا عن منصة القضاء الرسمي في كثير من الحالات، محددين له الضوابط والقواعد والموضوعات التي ينبغي أن يكون عليها التحكيم في الشريعة الإسلامية، ومميزين بينه وبين غيره من الأنظمة المشابهة كالصلح والافتاء.

وفي زماننا مع تشعب المعاملات وزيادتها بين الأفراد والمجتمعات، وكثرة النزاعات بين الدول وبين المؤسسات والشركات العالمية، أصبح التحكيم هو الوسيلة الأسرع والأنجع لحل ما ينشأ من خلاف، وما يثور بينهم من نزاع، حتى أصبح شرط التحكيم بندا رئيسا في كثير من عقود الشركات والمؤسسات المحلية

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ كتاب العلم، باب من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين (٢٥/١) رقم ٧١/ ومسلم في صحيحه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، كتاب الزكاة، باب النهي عن المسألة (٧١٨/٢) رقم ١٠٣٧.

والعالمية، وكذلك لجأت كثير من الدول إلى التحكيم لحل منازعاتها مع جيرانها فيما يتعلق بمسائل ترسيم الحدود البرية والبحرية وغيرها من المشكلات الدولية، وعليه فقد بات التحكيم في عصرنا الحاضر يجد مجاله الرحب في المنازعات المدنية والتجارية، وأيضا في مجال العقود الإدارية، وأيضا المشكلات الدولية.

ولقد انتشرت مراكز ومؤسسات التحكيم المحلية والدولية في كثير من بلدان العالم، وأصدرت معظم دول العالم قوانين ولوائح خاصة بها لتنظيم عملية التحكيم فيما يتعلق بالمسائل المدنية والتجارية والإدارية والدولية، وجاءت معظم هذه القوانين خلوا من تنظيم التحكيم في المسائل الجنائية، ومن ثم كان التساؤل المهم: هل التحكيم جائز في هذه المسائل الجنائية؟ أم يمتنع التحكيم فيها من الأساس؟ وعليه فلا داعي لتنظيمه أصلا في المسائل الجنائية؟

ومن خلال هذه الدراسة نحاول الإجابة على هذا التساؤل من منظور الفقه الإسلامي، من التلميح إلى وضع التحكيم في المسائل الجنائية في بعض القوانين المعاصرة.

وقبل البدء في الإجابة على التساؤل السابق، ينبغي الإشارة أولا إلى حدود هذه الدراسة من خلال بيان المقصود من المسائل الجنائية في الشريعة الإسلامية، ليقف القارئ على حدودها، ويتبين معالمها.

المقصود بالمسائل الجنائية في الفقه الإسلامي:

لفظة الجنائي يستخدمها الباحثين حديثا في الفقه والقانون، وهي مشتقة من الجناية أو الجنايات، فما المراد بها عند فقهاء الشريعة الإسلامية؟

الجناية في اللغة: الذنب والجرم وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة، وجنى فلان جناية: أذنب، فهو جان، والجمع: جناة [(١)].

والجناية في الشرع لها معنيان، عام وخاص:

المعنى العام: يطلق الفقهاء الجناية بالمعنى العام على كل فعل محظور يتضمن ضررا، ويكون تارة على نفسه، وتارة على غيره[(٢)].

وقيل: الذنب والجرم ما يفعله الانسان مما يوجب عليه العقاب في الدنيا والأخرة[(٣)].

أو هي كل فعل محرم شرعا سواء وقع الفعل على النفس أو المال أو غيرهما[(٤)].

---

(١) لسان العرب، ابن منظور، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة ١٤١٤هـ (١٥٤/١٤)/ القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، الدكتور سعدي أبو حبيب، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م ص٧٠.

(٢) الاختيار لتعليل المختار، للموصلي، تحقيق: عبد اللطيف محمد عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة ١٤٢٦- ٢٠٠٥ (٢٢/٥)/ بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن رشد القرطبي، دار الحديث، القاهرة، بدون طبعة (١٧٧/٤).

(٣) المجموع شرح المهذب، محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر (١٨/ ٣٤٣-٣٤٤).

(٤) الموسوعة الفقهية الكويتية صادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، دار السلاسل، الكويت، ومطابع دار الصفوة، مصر، ووزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة من: ١٤٠٤ - ١٤٢٧ هـ (٦٢/٣١)/ الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، سوريَّة، دمشق، الطبعة الرابعة (٥٦١١/٧).

والجناية على الغير قد تكون على النفس أو البدن والطرف أو العرض أو المال، مثل القتل، والضرب والشج، وقطع الأعضاء، القذف والسرقة وغيرها من الجرائم الأخرى.

المعنى الخاص: يطلق الفقهاء الجناية بمعناها الخاص ويريدون بها الاعتداء الواقع على نفس الانسان أو أعضائه وأطرافه فقط(١).

وقيل في تعريفها بأنها: إتلاف مكلف غير حربي نفس إنسان معصوم أو عضوه، أو اتصالا بجسمه، أو معنى قائما به، أو جنينه، عمدا أو خطأ بتحقيق أو تهمة(٢).

وقيل هي: القتل والقطع والجرح الذي يزهق ولا يبين(٣).

فالجناية بمعناها الخاص لا تطلق على الجرائم المتعلقة بالاعتداء على الأموال والأعراض، مثل السرقة والخيانة والقذف وغيرها، وإنما تشمل جرائم الاعتداء على النفس وما دون النفس.

فوفقاً للمفهوم العام للجناية فإنها تكون مرادفة لمعنى الجريمة، فكل جريمة جناية، وكل جناية جريمة(٤)، والمقصود في هذا البحث هو المعنى العام، فالمراد هو بيان مدى جواز التحكيم في الفقه الإسلامي فيما يتعلق بمسائل الجريمة والعقاب عليها.

وعليه يمكن القول أن المسائل الجنائية في الفقه الإسلامي هي: المسائل المحددة للجرائم في الشريعة الإسلامية والعقوبات الواجبة عليها.

وسوف أقوم بتقسيم هذا البحث: "التحكيم في المسائل الجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة" إلى فصلين رئيسين، وعدة مباحث، على النحو الآتي:

الفصل الأول: المقصود بالتحكيم، والتمييز بين التحكيم وغيره من الأنظمة المشابهة.

المبحث الأول: تعريف التحكيم وأدلة مشروعيته.

المطلب الأول: تعريف التحكيم في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: أدلة مشروعية التحكيم.

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المعروف بابن نجيم المصري، دار الكتاب الإسلامي (٣٢٦/٨)/ شرح مختصر خليل، محمد بن عبد الله الخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت (٣/٨)/ روضة الطالبين وعمدة المفتين، محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ- ١٩٩١م (١٢٢/٩)/ الكافي في فقه الإمام أحمد، موفق الدين بن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م (٢٥١/٣).

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي (٣/٨).

(٣) العناية شرح الهداية، للبابرتي، دار الفكر، بدون رقم طبعة (١٠/ ٢٠٣)/ روضة الطالبين (١٢٢/٩).

(٤) حيث أن الجريمة في الفقه الإسلامي كما عرفها الإمام الماوردي هي: محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير. مشار إليه لدى: الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي (٥٢٧٦/٧)/ الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون، د. منصور محمد منصور الحفناوي، مطبعة الأمانة، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦م ص ٢٦-٢٨.

المبحث الثاني: التمييز بين التحكيم وبين غيره من الأنظمة المشابهة في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: التمييز بين التحكيم والقضاء.

المطلب الثاني: التمييز بين التحكيم والصلح.

المطلب الثالث: التمييز بين التحكيم والإفتاء.

المبحث الثالث: اتفاق التحكيم، وشروط المحكم في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: شروط اتفاق التحكيم في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: المحكم وشروطه في الفقه الإسلامي.

الفصل الثاني: مجالات التحكيم في الفقه الإسلامي

المبحث الأول: أنواع الحقوق، وشروط الحق محل التحكيم في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: أنواع الحقوق في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: شروط الحق الذي يجوز التحكيم فيه (شروط الحق محل الصلح).

المبحث الثاني: النطاق الموضوعي للتحكيم في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: تحديد المسائل التي يجوز فيها التحكيم في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: مدى جواز التحكيم في المسائل الجنائية في الفقه الإسلامي

المطلب الثالث: مدى جواز التحكيم في المسائل الجنائية في بعض قوانين الدول العربية

الخاتمة: وقد اشتملت على أهم النتائج والتوصيات.

وبعد،،،

فالله عز وجل أسأل الإخلاص القبول، وأن يجبر النقص والزلل، ويعفو عن الخطأ والتقصير، وما كان من صواب فذلك فضل الله تعالى فله الحمد وله المنة، وما كان من خطأ أو نقص أو تقصير فذلك من نفسي ومن الشيطان، والله عز وجل ورسوله منه بريئان، والكمال لله وحده سبحانه وتعالى، سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم.

وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

وصل اللهم وسلم وبارك على حبيبنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً

الفصل الأول

المقصود بالتحكيم، وشروطه، والتمييز بينه وبين غيره من الأنظمة المشابهة

تمهيد وتقسيم

التحكيم نظام قديم لفصل الخصومات بين البشر، وهو معروف قبل معرفة نظام القضاء الرسمي في الدول والحكومات، وهو نظام متميز عن غيره من الأنظمة المشابهة كالقضاء والصلح، ونظام التحكيم في الفقه الإسلامي محدد الضوابط والشروط، ومع ذلك فقد سمعت من بعض شراح القانون من يحاول قصر نظام التحكيم على بعض المسائل كالمدنية والتجارية والإدارية والدولية دون غيرها، أو أن التحكيم في الفقه الإسلامي غير واضح الحدود والملامح، أو أن ما يسميه الفقهاء تحكيما هو من باب الصلح أو غير ذلك، لذا كان هذا الفصل الأول من الدراسة لتوضيح تلكم المسائل في الفقه الإسلامي.

وقد تم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: تعريف التحكيم وأدلة مشروعيته.

المطلب الأول: تعريف التحكيم في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: أدلة مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: التمييز بين التحكيم وبين غيره من الأنظمة المشابهة في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: التمييز بين التحكيم والقضاء.

المطلب الثاني: التمييز بين التحكيم والصلح.

المطلب الثالث: التمييز بين التحكيم والإفتاء.

المبحث الثالث: اتفاق التحكيم، وشروط المحكم في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: شروط اتفاق التحكيم في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: المحكم وشروطه في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول

تعريف التحكيم وأدلة مشروعيته

المطلب الأول

تعريف التحكيم في اللغة والاصطلاح

أولاً: تعريف التحكيم في اللغة:

التحكيم من الحُكم، والحَكَم– بفتح الحاء والكاف – هو الله تبارك وتعالى، وهو أحكم الحاكمين، وهو الحكيم له الحكم، والحُكم بضم الحاء هو: العلم والفقه، قال تعالى: (وَآتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيًّا) [١] أي: علماً وفقهاً[٢].

والحُكم أيضاً: القضاء بالعدل، والعرب تقول: حَكَمت، وأَحْكَمت، وحَكمت بمعنى منعت ورددت، ولهذا قيل للحاكم بين الناس: حاكم، لأنه يمنع الظالم من الظلم، وحاكمه إلى الله تعالى، وإلى الكتاب، وإلى الحاكم: خاصمه ودعاه إلى حكمه، وحكَّم فلانا في الشيء أو الأمر: جعله حكما، وفوض الحكم إليه(٣)، وفي القرآن الكريم: (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما) [٤].

وحكَّمه في ماله تحكيماً، إذا جعل إليه الحكم فيه، فاحتكم إليه في ذلك[٥].

والمفوض إليه الفصل في الخصومة يسمى: حَكَمَاً، محركة ومُحَكمَاً، بتشديد الكاف مع الفتح، أو مُحْتَكَماً إليه في المنازعة، ويطلق على من يختار للفصل بين المتنازعين: الحكم[٦].

قال تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا) [٧].

وعلى هذا فإن التحكيم في اللغة يأتي بمعان منها: المنع، لأنه يمنع الظالم من التمادي في ظلمه، كما أنه أيضاً يعني تفويض الغير في الأمر وإطلاق يده فيه بالنظر والحكم.

---

(١) سورة مريم، من الآية (١٢).
(٢) تهذيب اللغة، أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى ٢٠٠١، (جزء ٤ ص ٦٩).
(٣) لسان العرب (١٤١/١٢)/ القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، ص٩٦.
(٤) سورة النساء، من الآية ٦٥.
(٥) مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر الرازي، تحقيق: محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، طبعة ١٤١٥هـ، ١٩٩٥م، ص ١٦٧.
(٦) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار) دار الدعوة (٢٩٠/١).
(٧) سورة النساء آية (٣٥).

وكل هذه المعاني مقصودة في التحكيم، لأنه يهدف إلى منع الظلم وإنهاء الخصومة عن طريق الرضا بحكم من يختاره للفصل بينهما.

ثانياً: تعريف التحكيم في الفقه الإسلامي:

عرف الفقهاء التحكيم بعدة تعريفات تتخذ جميعها من المعني اللغوي للتحكيم منطلقاً لها:

تعريف الحنفية: هو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما(١).

وجاء في كتب الشافعية تعريف التحكيم بأنه: تحكيم الخصمين شخصاً من الرعية دون القاضي(٢).

وفي التاج المذهب التحكيم هو: أن يتفق الخصمان على المرافعة إلى شخص ليفصل بينهما، فيما شجر بينهما(٣).

وجاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٧٩٠) تعريف التحكيم: هو عبارة عن اتخاذ الخصمين آخر حاكماً برضاهما لفصل خصوماتهما ودعواهما، ويقال لذلك حكم بفتحتين، ومُحَكَّم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة(٤).

وعرفه مجمع الفقه الإسلامي بأنه: اتفاق بين طرفي خصومة معينة، على تولية من يفصل في منازعة بينهما بحكم ملزم، يطبق الشريعة الإسلامية، وهو مشروع سواء أكان بين الأفراد أم في مجال المنازعات الدولية (٥).

ثالثاً: تعريف التحكيم عند شراح القانون:

جاءت معظم قوانين التحكيم في الدول العربية خالية من تعريف التحكيم، بيد أن بعض هذه القوانين قام بإيراد تعريف لاتفاق التحكيم دون إيراد تعريف التحكيم ذاته كنظام مستقل للفصل في المنازعات(٦).

وقد حاول شراح القانون وضع تعريف للتحكيم ومنها:

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧/ ٢٤)/ رد المحتار على الدر المختار المسمى حاشية بن عابدين، دار الفكر بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ (٥/ ٤٢٧).

(٢)الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسن علي بن محمد الشهير بالماوردي، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٩ هـ -١٩٩٩م (١٦/ ٣٢٥)/ أسنى المطالب في شرح الروض الطالب، الشيخ: زكريا الأنصاري، تحقيق: د. محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٠م (٤/ ٢٨٧).

(٣) التاج المذهب لأحكام المذهب، القاضي أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني، دار الحكمة اليمانية، صنعاء، اليمن، طبعة ١٤١٤ه- ١٩٩٣م (٤/٢٠٤).

(٤) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، على حيدر خواجة أمين أفندي تعريب: فهمي الحسيني، الناشر: دار الجيل، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م (٤/٥٧٨).

(٥) مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، التابع لمنظمة التعاون الإسلامي بجدة ، العدد ٩، جزء ٤، ص ٥.

(٦) عرف قانون التحكيم المصري اتفاق التحكيم بأنه: اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية. مادة ١٠ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

عرفه البعض بأنه: نظام للقضاء الخاص، تقصى فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي ويعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها(١).

كما عرفه البعض أيضاً: الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين، يسمون محكمين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة(٢).

وعند البعض هو: "علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن تثور في المستقبل عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين، ويتولى الأطراف تحديد أشخاص المحكمين، أو على الأقل يضمنون اتفاقهم على التحكيم بياناً لكيفية اختيار المحكمين، أو أن يعهدوا لهيئة أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقاً للقواعد أو اللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز(٣).

وفي تعريف آخر هو: "نظام خاص للتقاضي ينظمه القانون ويسمح بمقتضاه للخصوم في منازعات معينة بأن يتفقوا على إخراج منازعة قائمة أو مستقبلية عن ولاية القضاء العام في الدولة، وذلك لكي تحل هذه المنازعات بواسطة شخص أو أشخاص عاديين يختارهم الخصوم كقاعدة، ويسندون إليهم مهمة الفصل في هذا النزاع بحكم ملزم(٤).

وتعليقاً على هذه التعريفات يمكن ملاحظة ما يلي:

١- اتفق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وشراح القانون على أن التحكيم عبارة عن اتفاق قانوني بين المتخاصمين، حتى وإن سماه بعض شراح القانون نظام قضائي خاص فهم يقصدون بذلك طبيعته لا حقيقته، لذا لا بد فيه من توافر الرضا المسبق قبل الحكم، وخلو الإرادة من العيوب، وأهلية كل من المتخاصمين.

٢- التحكيم عند كل من الفقهاء وشراح القانون نظام متميز عن القضاء الرسمي.

٣- التعريفان الأخيران عند فقهاء الشريعة الإسلامية يتضمنان ضرورة أن يكون حكم المُحَكَّم ملتزما أحكام الشرع، غير مخالف لها.

٤- كل من تعريف الفقهاء وشراح القانون لم يتضمن تحديدا لموضوع المنازعة محل التحكيم، فمن الجائز أن تكون منازعة مدنية أو تجارية أو إدارية أو دولية أو جريمة جنائية.

---

(١) مبادئ التحكيم، د. محمد سعد خليفه، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١١.

(٢) قواعد التحكيم في القانون الكويتي، د. أحمد المليجي، دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، طبعة ١٩٩٦، ص ١٢٣ ١٣.

(٣) التحكيم الاختياري والإجباري، د. أحمد أبو الوفا، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٣، ص١٥.

(٤) خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، د. على بركات، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ١٤١٧هـ، ١٩٩٦م، ص ١٤.

المطلب الثاني

أدلة مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي

التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي تنشأ بين الأفراد مشروع بنص الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أولاً: أدلة مشروعية التحكيم من القرآن الكريم:

وردت بعض الآيات التي تتحدث عن وجود التحكيم، وقبول حكم المُحَكَّم بين الناس ومنها:

١- قوله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا) [١].

قال القرطبي رحمه الله: وفي هذه الآية دليل على إثبات التحكيم[٢].

ويقول ابن العربي رحمه الله في تفسير هذه الآية: لو أرسل الزوجان حكمين، وحكما، نفذ حكمهما، لأن التحكيم عندنا جائز وينفذ فعل الحَكَم في كل مسألة[٣].

وهذه الآية صريحة في جواز وقوع التحكيم في النزاع بين الزوجين، ولا يصح تأويلها بالقول أن الحكمين هنا وكيلين عن الزوجين، أو أن هذه الآية لا تدل على التحكيم بمعناه المعروف.

يقول الشيخ محمد الطاهر عاشور رحمه الله: والآية دالة على وجوب التحكيم، وبعث الحكمين عند نزاع الزوجين النزاع المستمر المعبر عنه بالشقاق، وظاهرها أن الباعث هو الحاكم وولي الأمر، لا الزوجان، لأن فعل "ابعثوا" مؤذن بتوجههما إلى الزوجين، فلو كانا معينين من الزوجين لما كان لفعل البعث معنى، وصريح الآية: أن المبعوثين حكمان لا وكيلان، وبذلك قال أئمة العلماء من الصحابة والتابعين[٤].

٢- قال الله تعالى:(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ) [٥].

---

(١) سورة النساء الآية ٣٥.

(٢) تفسير القرطبي، تحقيق أحمد البردوني، وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤(٥/ ١٧٩).

(٣) أحكام القرآن، ابن العربي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٣٤هـ-٢٠٠٣(٢/ ١٢٥).

(٤) التحرير والتنوير للشيخ محمد الطاهر عاشور، مؤسسة التاريخ العربي، لبنان، بيروت (٤/ ١٢٠).

(٥) سورة المائدة، من الآية ٩٥.

فهذه الآية الكريمة جاءت لبيان جزاء قتل الصيد في الحرم، وأوجبت تحكيم شخصين عدلين لبيان مقدار هذه العقوبة بالقدر المتناسب مع الصيد المقتول، والتحكيم هنا في مقدار عقوبة دينية لتصحيح العبادة، يقول ابن العربي رحمه الله: وهذا دليل على التحكيم[١].

٣- قال تعالى: (يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ لَا يَحْزُنْكَ الَّذِينَ يُسَارِعُونَ فِي الْكُفْرِ مِنَ الَّذِينَ قَالُوا آمَنَّا بِأَفْوَاهِهِمْ وَلَمْ تُؤْمِنْ قُلُوبُهُمْ وَمِنَ الَّذِينَ هَادُوا سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ سَمَّاعُونَ لِقَوْمٍ آخَرِينَ لَمْ يَأْتُوكَ يُحَرِّفُونَ الْكَلِمَ مِنْ بَعْدِ مَوَاضِعِهِ يَقُولُونَ إِنْ أُوتِيتُمْ هَذَا فَخُذُوهُ وَإِنْ لَمْ تُؤْتَوْهُ فَاحْذَرُوا وَمَنْ يُرِدِ اللَّهُ فِتْنَتَهُ فَلَنْ تَمْلِكَ لَهُ مِنَ اللَّهِ شَيْئًا) [٢].

يقول الإمام القرطبي في تفسير هذه الآية: فيه ثمان مسائل.....الثالثة، قال مالك: إذا حكم رجلاً فحكمه ماض وإن رفع إلى قاض أمضاه، ثم قال ابن العربي: وذلك في الأموال والحقوق التي تختص بالطالب، فأما الحدود فلا يحكم فيها إلا السلطان، والضابط أن كل حق اختص به السلطان جاز التحكيم فيه ونفذ حكم المحكم فيه، وتحقيقه أن التحكيم بين الناس إنما هو حقهم لا حق الحاكم، بيد أن الاسترسال على التحكيم خرم لقاعدة الولاية، ومؤد إلى تهارج الناس كتهارج الحمر فلابد من فاصل، فأمر الشارع بنصب الوالي ليحسم قاعدة الهرج، وأذن في التحكيم تخفيفاً عنه وعنهم في مشكلة الترافع لتتم المصلحتان وتحصل الفائدة [٣].

فهذه الآيات الكريمات تدل دلالة واضحة على مشروعية التحكيم في الشريعة الإسلامية، وأنه غير قاصر على التحكيم في حالة الشقاق بين الزوجين، أو في حالة قتل الصيد في الحرم، وإنما يتعدى هذين الأمرين ليشمل أموراً ومنازعات أخرى بين الأفراد، والظاهر في تفسير هذه الآيات أن الفقهاء المتقدمين – رحمهم الله تعالى – كانوا على دراية بنظام التحكيم بين الأفراد في منازعاتهم، وأنه طريق مستقل عن القضاء وغيره من طرق الفصل في الخصومات.

ثانياً: الأدلة من السنة النبوية:

ورد في السنة النبوية الشريفة أحاديث وآثار كثيرة تدل على مشروعية التحكيم ومنها:

١- ما روي عن المقدام بن هانئ:(أن هانئاً لما وفد على رسول الله صلى الله عليه وسلم مع قومه فسمعهم يكنون هانئاً "أبا الحكم"، فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: إن الله هو الحكم، وإليه الحكم، فلم تكني أبا الحكم؟ قال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء رضوا بي حكماً فأحكم بينهم، فقال: إن ذلك لحسن، فمالك من ولد؟ قال: شريح، وعبد الله، ومسلم، قال: فأيهم أكبر؟ قال: شريح، قال: فأنت أبو شريح، فدعا له ولولده)[٤].

---

(١) أحكام القرآن ابن العربي (٢/ ١٨٥).
(٢) سورة المائدة الآية ٤١.
(٣) تفسير القرطبي (١٧٩/٦ – ١٨٠).
(٤) أخرجه بن حبان في صحيحه، تحقيق: شعيب الأرناؤوط ، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ - ١٩٩٣ (٢/ ٢٥٧)/ وأبو داود في سننه، تحقيق: شعَيب الأرناؤوط - محَمَّد كامِل قره بللي، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م (٧/ ٣٠٩)، وقال شعيب الأرناؤوط: إسناده جيد، وقال الألباني: صحيح.

فهذا الحديث استدل به كثير من الفقهاء على مشروعية التحكيم، وأنه متى لجأ الطرفان إلى حاكم ليحكم بينهما نفذ حكمه، وقد أقره النبي صلى الله عليه وسلم، بل وارتضاه منه واستحسنه(١).

٢- ما روي أنه كان بين عمر وأُبي رضى عنهما خصومة في حائط، فقال عمر رضى الله عنه: (بيني وبينك زيد بن ثابت، فانطلقا فطرق عمر الباب، فعرف زيد صوته ففتح الباب، فقال: يا أمير المؤمنين ألا بعثت إلي حتى أتيك؟ فقال: في بيته يؤتى الحكم، قال: فلما دخلوا عليه أجلسه معه على صدر فراشه، قال: هذا أول جور، جُرت في حكمك، أجلسني وخصمي مجلساً، قال: فقصَّا عليه القصة، فقال زيدٌ لأُبي: اليمين على أمير المؤمنين فإن شئت أعفيته، قال: فأقسم عمر رضى الله عنه على ذلك، ثم أقسم له: لا تدرك باب القضاء حتى لا يكون لي عندك على أحد فضيلة)(٢).

وقد أخرج الإمام البيهقي هذا الأثر تحت باب ما جاء في التحكيم، وهو يدل على جواز التحكيم بين المتنازعين في المسائل المالية متى كان المُحَكَّم مشهوراً بالفقه والعلم(٣).

٣- ما روي عن أبي أمامة قال: (سمعت أبا سعيد الخدري رضى الله عنه يقول: نزل أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ، فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى سعد، فأتى على حمار، فلما دنا من المسجد، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: قوموا إلى سيدكم، فجاء فجلس إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: إن هؤلاء نزلوا على حكمك، قال: فإني أحكم أن تقتل المقاتلة، وأن تسبى الذرية، قال: لقد حكمت فيهم بحكم الملك)(٤).

وفي هذا الحديث دليل على أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر رضا بني قريظة في النزول على حكم سعد بن معاذ رضى الله عنه، فالرضا موجود وقائم في حق بني قريظة، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لسيدنا سعد بن معاذ رضى الله عنه: "إن هؤلاء نزلوا على حكمك"، وقد أقر النبي صلى الله عليه وسلم حكم سعد بن معاذ رضى الله عنه وعمل به.

يقول الإمام النووي في شرحه لصحيح مسلم: في هذا الحديث جواز التحكيم في أمور المسلمين وفي مهامهم العظام، وقد أجمع العلماء عليه ولم يخالف فيه إلا الخوارج، فإنهم أنكروا على علي رضي الله عنه التحكيم، وأقام الحجة عليهم(٥).

---

(١)المغني، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الشهير بابن قدامة المقدسي، مكتبة القاهرة، تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م (١٠/ ٩٤)/ أحكام القرآن لابن العربي (١٢٥/٢)/ الذخيرة، للقرافي، تحقيق: محمد حجي، وسعيد أعراب، ومحمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤ (١٠/ ٣٥)/.

(٢) أخرجه البيهقي في سننه: تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م (٢٤٣/١٠)/ وابن الجعد في مسنده، تحقيق عامر أحمد حيدر، مؤسسة نادر، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م (١/ ٢٦٠).

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٢٥/٧)/ المجموع شرح المهذب (١٤٢/٢٠).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب إذا نزل العدو على حكم رجل (٦٧/٤) رقم ٣٠٤٣/ ومسلم في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب جواز قتال من نقض العهد (٣/ ١٣٨٨) رقم ١٧٦٨.

(٥) شرح النووي على صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية ١٣٩٢هـ (١٢/ ٩٢).

وجاء في شرح صحيح البخاري لابن بطال قوله: "قال المهلب: فيه جواز التحكيم في أمر الحرب وغيره، وذلك رد على الخوارج الذين أنكروا التحكيم على عليّ رضي الله عنه، وفيه: أن التحاكم في الدنيا إلى رجل معلوم الصلاح والخير لازم للمتحاكمين، فكيف بيننا وبين عدونا فى الدين؟ وأن المال أخف مؤنة من النفس والأهل"(١).

ثالثاً: الإجماع.

أجمع أهل العلم على جواز العمل بالتحكيم واللجوء إليه كوسيلة لفض المنازعات وإنهاء الخصومات، ولم يخالف في ذلك إلا الخوارج، ولا يعتد بخلافهم لأن علياً رضى الله عنه أقام عليهم الحجة بعمل النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء من بعده، وقد حكى هذا الإجماع غير واحد من العلماء، كما حكي إجماع الصحابة على العمل بالتحكيم(٢).

رابعاً: من المعقول:

الشريعة الإسلامية هي خاتمة الشرائع وهي كلها عدل وإنصاف، وما شرع المولى عز وجل أمراً إلا لتحقيق مصلحة أو دفع مفسدة، وكل الأوامر والنواهي والتشريعات تدور في فلك دفع المفاسد وجلب المصالح، سواء عُلمت المصلحة أم كانت خفية غير معلومة، وسواء بان وجه المفسدة، أم لا.

وقد شرع الله عز وجل التحكيم بين المتخاصمين لدفع المفسدة وجلب المصلحة، أما جانب دفع المفسدة فهو ظاهر في إنهاء الخصومات والنزاعات بين الأفراد والمتخاصمين، وما في ذلك من القضاء على الضغائن ومنع الأحقاد بحكم شرعي يراعي مقتضى الشرع والقانون والعرف، وفي ذلك دفع المفسدة والخصومة والنزاع، وطريق التحكيم من أسرع الوسائل في تحقيق هذه الغاية.

أما جانب جلب المصلحة فيظهر في تخفيف العبء عن القضاء وعن المتخاصمين إذا لجأوا إلى القاضي المعين، مع ما في ذلك من تكاليف وأعباء، وقد يطول أمد النزاع أمام القضاء فيتضرر الناس، أما في التحكيم فليس فيه كثير من تعقيدات القضاء الإجرائية والوقتية(٣).

وبذلك تتحقق مصلحة الأفراد في الفصل في الخصومة وبيان وجه الحق فيها بأسرع الوسائل وأقلها عبئاً.

وقد جاء في قرارات مجمع الفقه الإسلامي، المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، في مؤتمره التاسع، المنعقد في أبو ظبي بالإمارات العربية المتحدة في الفترة من ١-٦ ذي القعدة ١٤١٥هـ - الموافق ١- ١٦ أبريل ١٩٩٥م، في القرار رقم ٩١(٨/٩) بشأن مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي أنه مشروع سواء أكان بين

---

(١) شرح صحيح البخاري لابن بطال، علي بن خلف بن عبد الملك، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، السعودية، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م (٥/ ٢٠١).

(٢) البحر الرائق(٢٥/٧)/ المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة – بيروت، طبعة ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م (٢١/ ٦٢)/ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ (٤/ ١٣٤)/ شرح النووي على صحيح مسلم (٩٢/١٢)/ الحاوي الكبير للماوردي (١٦/ ٣٢٥).

(٣) التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي، د/ محمد السيد عرفه، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، الطبعة الأولى ١٤١٧ه – ٢٠٠٦ م ص ٥٠-٥٢.

الأفراد أم في مجال المنازعات الدولية، وإذا لم تكن هناك محاكم دولية إسلامية، يجوز احتكام الدول أو المؤسسات الإسلامية إلى محاكم دولية غير إسلامية، توصلاً لما هو جائز شرعاً[١].

المبحث الثاني

التمييز بين التحكيم وغيره من الأنظمة المشابهة

التحكيم طريق مستقل للفصل في الخصومات وقطع النزاعات، ومع ذلك قد يشتبه بغيره من الطرق والوسائل التي تؤدي نفس الغرض، وتهدف إلى نفس الغاية، لذا وجب التمييز بينه وبين غيره من الأنظمة المشابهة كالقضاء، والصلح، والافتاء،ومن خلال هذا المبحث نميز بين التحكيم وبين هذه الأنظمة المشابهة.

المطلب الأول

التمييز بين التحكيم والقضاء

القضاء في اللغة هو: الفصل في الحكم، والقاضي هو الحاكم، والقضاء بمعنى الإلزام[٢]، قال تعالى: (وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا)[٣].

والقضاء بمعنى التقدير، يقال: قضى الحاكم بالنفقة إذا قدرها(٤)، وبمعنى الفراغ، قال تعالى: (فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ)[٥].

والقضاء في الاصطلاح: القضاء صفة حكمية، توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين[٦].

وقيل هو: قول ملزم يصدر عن ولاية عامة[٧].

فكل من القضاء والتحكيم وسيلة لفض الخصومات والفصل فيها.

وعليه فكل منهما يتفق في أمور ويختلف في أخرى:

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة ، العدد ٩، جزء ٤، ص ٥.
(٢) تهذيب اللغة (١٧٠/٩).
(٣) سورة الإسراء، من الآية ٢٣.
(٤) مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر الرازي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، الناشر: المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، الطبعة الخامسة ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م ص ٢٥٥.
(٥) سورة الجمعة، من الآية ١٠.
(٦) المختصر الفقهي، محمد بن محمد ابن عرفة، تحقيق: حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية الطبعة الأولى، ١٤٣٥- ٢٠١٤م (٩/ ٢٣٢)/ شرح كتاب النيل وشفاء العليل، محمد يوسف أطفيش، دار الفتح، بيروت، مكتبة الارشاد، جدة، مكتبة التراث العربي، ليبيا، الطبعة الثانية ١٣٩٣ه- ١٩٧٣م (١٢/١٣).
(٧) الاختيار لتعليل المختار (٩٢/٢).

أوجه الاتفاق بين التحكيم والقضاء:

١- يتفق التحكيم والقضاء في أن كلا منهما يفصل في الخصومات والمنازعات بين الناس- متى دفعت إليه - بحكم ملزم للطرفين المتنازعين، ويستند كل منهما في حكمه على تطبيق شرع الله تعالى بغية الوصول إلى صاحب الحق من خلال الأدلة والبراهين والحجج، فلا يجوز أن ينبني الحكم في أي منهما على الهوى والتشهي، أو أن يتقيد برأي من اختاره أو عينه، ولا برأي قاض غيره فيما يتعلق بالشق الموضوعي للنزاع[١].

٢- يتفق كل منهما في أن الحكم الصادر سواء من القاضي أو المحكم ملزم لطرفيه في خصوص الدعوى المرفوعة إليه موضوع النزاع، ولا يتعدى المحكوم عليه[٢].

٣- كذلك يتفقان في أن كلا منهما لا يتصدى للنظر في النزاع من تلقاء نفسه، ولابد من وجود دعوى مرفوعة إليه من ذوي الشأن[٣].

أوجه الاختلاف بين التحكيم والقضاء:

من حيث المصدر: فإن مصدر السلطة في القضاء هو الولاية العامة الصادرة ممن يملك ذلك سواء كان الحاكم أو من ينيبه.

للجوء إلى التحكيم أما التحكيم فإن مصدر سلطة المحكم هو الرضا الصادر من طرفي النزاع المتمثل في اتفاقهم لإنهاء النزاع.

من حيث النطاق: يعد نطاق سلطة القاضي أكبر وأوسع من نطاق ولاية المحكم سواء من حيث النطاق الموضوعي أو المكاني، فالقضاء هو صاحب الولاية العامة في الفصل في كل الخصومات أياً كان مكانها داخل حدود الولاية، ولا يملك الأفراد رسم حدود أو نطاق التقاضي إلا في حدود ضيقة.

أما التحكيم فإن نطاقه الموضوعي قاصر على بعض المنازعات، وحدود ولاية المحكم محددة بالنطاق الذي يقرره طرفي النزاع، ومن ثم فإن المحكم لا يملك العدول عن المسار الذي رسمه له من التجأ إليه[٤].

من حيث حدود الولاية: يختلف القضاء عن التحكيم في أن طرفي النزاع في التحكيم يملكون - بحسب الأصل - عزل المحكم واللجوء إلى غيره، لأنه يستمد سلطته من اتفاقهم على اللجوء إليه - أي منهم- أما في القضاء فلا يملك المتخاصمون حق عزل القاضي لأنه لا يستمد سلطته منهم وإنما ممن ولاه.

---

(١) السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الإسلامي، د. محمد عبد الرحمن البكر، الزهر للإعلام العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م، ص ٩٧- ١٠٦.
(٢) التحكيم والصلح د/ محمد السيد عرفه، ص٩.
(٣) السلطة القضائية وشخصية القاضي، د. محمد عبد الرحمن البكر، ص ١٩١.
(٤) التحكيم والصلح، د/ محمد السيد عرفه، ص ٢٧.

وبناء على ذلك أيضاً فإن المحكم يملك الحق في قبول التحكيم أو التنحي، أما القاضي فإن قضاءه في الدعوى محل النزاع واجب عليه[١].

من حيث حجية الحكم الصادر: الحكم الصادر من القضاء يتمتع بحجية مطلقة في مواجهة الكافة، أما حكم التحكيم فإن حجيته قاصرة على طرفي خصومة التحكيم[٢].

المطلب الثاني

التمييز بين التحكيم والصلح

الصلح من الصلاح وهو ضد الفساد، وهو من المصالحة التي هي المسالمة، وهو خلاف المخاصمة، والصلح إنهاء الخصومة وإنهاء حالة الحرب والسلم[٣].

والصلح هو: معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين[٤].

وقيل هو: انتقال عن حق أو دعوى بعوض، لدفع نزاع أو خوف وقوعه[٥].

ويتفق كل من الصلح والتحكيم في أن كل منهما وسيلة لحسم النزاع والفصل فيه دون اللجوء إلى القضاء[٦].

ويختلف كل منهما في ما يلي:

١- أن الصلح هو عبارة عن ثمرة تفاوض بين أطراف النزاع، سواء مباشرة أو عن طريق ممثليهم، ومن ثم فهو يقتضي تنازلات متبادلة بين الطرفين.

أما التحكيم فإن المتنازعين يلجئان إلى التحكيم ويتركان للمحكم سلطة حسم النزاع بحكمه، دون تدخل منهما أو تنازل أي منهما عن بعض طلباته، ومن ثم فإن المحكم قد يقضي بطلبات أحد الطرفين ويرفض طلبات الطرف الآخر[٧].

٢- أن المصالح يستهدف من تدخله بالصلح أن يتنازل الطرفان أو أحدهما عن بعض طلباته، أما المحكم فهو يستهدف طلب الحق بغض النظر عن طلبات الخصوم[٨].

---

(١) التحكيم والصلح، د/ محمد السيد عرفه، ص٢٨.
(٢)السلطة القضائية وشخصية القاضي، د. محمد عبد الرحمن البكر، ص ١٩١..
(٣) لسان العرب (٢١٦/٢)/ المعجم الوسيط (٥٢٠/١).
(٤) المغني لابن قدامة (٤/ ٣٥٧).
(٥) شرح كتاب النيل وشفاء العليل (٦٣٩/١٣).
(٦) مبادئ التحكيم، د/ محمد سعد خليفه، ص ٣٧.
(٧) مبادئ التحكيم، د/ محمد سعد خليفه، ص٣٧.
(٨) الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٧/ ٣٢٤).

٣- أن عمل المصالح وما يتم التوصل إليه من نتائج هو مجرد تقريب وتوفيق بين وجهات النظر، ولا يكون ملزماً لأطرافه إلا بعد التوقيع عليه بالتراضي بين المتنازعين في صورة عقد الصلح.

أما التحكيم فإنه ينتج عنه قرار وحكم ملزم لطرفي الخصومة، وهو قابل للتنفيذ مباشرة ويتمتع بخصائص الأحكام القضائية[١].

٤- عقد الصلح غير قابل للتنفيذ في ذاته إلا إذا أقر به الخصوم أمام المحكمة، أو كان ثابتاً في وثيقة رسمية، وعليه فلابد من تصديق المحكمة حتى يتم وضع الصيغة التنفيذية عليه.

أما حكم التحكيم فهو قرار حاسم للنزاع وقابل للتنفيذ مباشرة، متى صدر أمر من القضاء بتنفيذه[٢].

٥- عقد الصلح الموقع من الطرفين نتيجة التوفيق بينهما لا يجوز الطعن عليه بطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية، وإنما هو مجرد عقد يخضع لقواعد العقود المدنية أو التجارية من حيث البطلان أو الفسخ، أما حكم التحكيم فإنه قرار قضائي يجوز الطعن عليه وفقاً للقواعد القانونية المنظمة للطعن على أحكام التحكيم[٣].

(١) التحكيم والصلح، د/ محمد السيد عرفه ٣٧- ٣٨.
(٢) مبادئ التحكيم، د/ محمد سعد خليفه، ص٣٨.
(٣) التحكيم والصلح، د/ محمد السيد عرفه، ص ٣٩.

المطلب الثالث

التمييز بين التحكيم والافتاء

الافتاء في اللغة: هو مصدر، وأفتى في المسألة: أبان الحكم فيها، واستفتى فلانا: سأله رأيه في مسألة[١]، وفي القرآن الكريم: (ويستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن) [٢] .

وأصل الافتاء والفتيا هو تبيين المشكل من الأحكام[٣]، وأفتاه في الأمر: أبانه له، وأفتى الرجل في المسألة واستفتيته فيها فأفتاني إفتاء وفتوى[٤].

والإفتاء في الاصطلاح: هو الإخبار بحكم الله تعالى باجتهاد عن دليل شرعي، لمن سأل عنه في أمر نازل[٥].

وقيل هو: الاخبار عن حكم شرعي لا على وجه الالزام[٦]، والمفتي هو من يبين الحكم الشرعي ويخبر به من غير إلزام[٧].

ويتفق التحكيم والإفتاء في الآتي:

١- يتفق التحكيم والافتاء في أن كلا من المحكم والمفتي يبحث عن حكم الله تعالى في المسألة المعروضة، فالمحكم يكيف الواقعة ثم ينزل عليها حكم الله حسب اجتهاده ويحكم بمقتضاه بين المتخاصمين أو المتحاكمين إليه.

والمفتي كذلك يبحث عن حكم الله في الواقعة المعروضة عليه في مصادر الشرع الحكيم ويخبر من يستفتيه بالحكم الذي يؤدي إليه اجتهاده[٨].

٢- كذلك يتفق التحكيم والإفتاء في أن كلا من المفتي والمحكم مخير في عمله بين قبول الحكم أو قبول الفتوى وبين الرفض أو الرد، ومع ذلك فقد يتعين على الشخص الإفتاء متى كان مولى على ذلك من قبل الحاكم أو الدولة[٩].

---

(١) القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، ص ٢٨١.
(٢) سورة النساء، من الآية ١٢٧.
(٣) تهذيب اللغة، محمد بن أحمد الأزهري، تحقيق محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى ٢٠٠١م (١٤/ ٢٣٤).
(٤) لسان العرب (١٤٧/١٥).
(٥) الفتيا والافتاء د/ محمد سليمان الأشقر، دار النفائس، الأردن، ص ١٣.
(٦) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، للحطاب، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢ه، ١٩٩٢م (٣٢/١).
(٧) الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي ، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية (١٨٦/١١).
(٨) الفتيا والافتاء د/ محمد سليمان الأشقر، ص ١٤.
(٩) آداب الفتوى والمفتي والمستفتي، للنووي، تحقيق: بسام عبد الوهاب الحابي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى ١٤٠٨، ص ٦٢.

وبناء عليه فإن كل من التحكيم والإفتاء لا يتطلب ولاية من الحاكم بحسب الأصل – وإن وجد المفتي المعين لاحقاً – فالمحكم يستمد سلطته من رضاء المتحاكمين به ولجؤهم إليه، وكذلك المفتي يستند في حكمه إلى طلب المستفتي.

ومع ذلك فإن استناد كل منهما إلى رضاء الطرفين به أو لجؤهم إليه لا يسلب حق الدولة أو الحاكم في نقض حكم المحكم أو فتوى المفتي، أو تنظيم مسالة التحكيم والفتوى من الأساس ووضع القواعد المنظمة لكل منهما.

ويختلف كل منهما فيما يلي :

١- على المحكم أن يمحص الدعوى فيتتبع الحجج التي يبديها كل خصم، ويستمع إليه، ويبحث عن الأدلة والبينات وينقحها ويحقق فيها حتى يصل إلى وجه الحقيقة في النزاع المعروض عليه، فينزل عليه الحكم المناسب حسبما يصل إليه اجتهاده وفي ضوء هذه الأدلة والبينات.

أما المفتي فليس من شأنه البحث عن الحجج والأدلة والبراهين فهو يأخذ الواقعة كما يرويها المستفتي وينزل عليها الحكم الشرعي المناسب دون أن يجهد نفسه في تمحيص الأدلة والبحث عن الوقائع(١).

٢- أن مجال عمل المحكم لا يبدأ إلا إذا كان هناك خصومة حقيقية بين أكثر من خصم، فإذا لم تكن ثمة خصومة في الواقع فلا مجال للتحكيم.

أما الإفتاء فليس شرطاً فيه وجود خصومة فالمفتي يظهر ما يرى أنه حكم الله في المسألة المعروضة عليه، ولو لم تكن هناك خصومة قائمة أو حتى محتملة(٢).

٣- الأصل في التحكيم أنه ملزم لأطرافه من المتخاصمين لأنهما رضيا بالتحكيم بقصد حسم النزاع وما داما باقيين على هذا الرضا إلى وقت صدور حكم المحكم فإن الحكم يكون ملزما لهما.

أما الإفتاء فكما سبق وأن بينا في تعريفه بأنه غير ملزم، فالمستفتي لم يعلن صراحة أو ضمناً قبوله فتوى المفتي فهو مطالب بتنفيذ هذه الفتوى ديانة بينه وبين الله إذا اطمئن إليها(٣).

٤- التحكيم أضيق دائرة من الفتوى فلا تحكيم في المكروهات والمستحبات لأنه لا إلزام فيها وحكم التحكيم ملزم.

أما الفتوى فإنها تجوز في الواجبات والمستحبات والمكروهات والمحرمات والمباحات فالتحكيم جزئي والفتوى عامة(٤).

---

(١) السلطة القضائية وشخصية القاضي، د/ محمد عبد الرحمن البكر، ص ١٠١، ١٠٦.
(٢) السلطة القضائية، ص١٠٦.
(٣) مواهب الجليل (٣٢/١)/ كشاف القناع (٢٩٩/٦).
(٤) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد٩، جزء ٤،ص٥.

المبحث الثالث

اتفاق التحكيم وشروط المحكم في الفقه الإسلامي

التحكيم في حقيقته اتفاق بين طرفين متخاصمين بموجبه يتم اللجوء إلى طرف ثالث يسمى مُحَكَّماً أو حَكَماً ليقضي ويفصل فيما بينهما من خصومة، هذا الطرف الثالث "المُحَكَّم" يقوم بدور يشبه إلى حد كبير دور القاضي المولى، إلا أن الخصمين هما من يوليانه للفصل فيما بينهما من نزاع.

وعليه فإن التحكيم يمثل في جانب منه اتفاقا تعاقديا بين الخصمين يسمى اتفاق التحكيم، كما يمثل في جانب آخر حكما أشبه بالقضائي.

ومن ثم فلابد من وجود بعض الشروط التي يجب توافرها عند إبرام اتفاق التحكيم، وشروط أخرى يجب توافرها في الشخص المُحَكَّم، وسوف نلقي الضوء على هذه الشروط في مطلبين مستقلين.

المطلب الأول

اتفاق التحكيم وشروطه في الفقه الإسلامي

اتفاق التحكيم هو: اتفاق أطراف النزاع على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية[١].

هذا الاتفاق القانوني هو في حقيقته أشبه بعقد يبرمه الطرفان، سواء كان عقداً مستقلاً فعلاً، أو كان عبارة عن شرط داخل عقد سابق بينهما، وهو ما عبر عنه الفقهاء عند تعريفهم للتحكيم بأنه: عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكما برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما [٢].

فالفقهاء اشترطوا الرضا للجوء إلى التحكيم، والرضا كما هو معروف شرط للعقود وليس شرطاً للقضاء.

وبما أن اتفاق التحكيم عقد بين طرفين فيجب أن يتوافر في المتعاقدين بعض الشروط وهي:

أولاً: أهلية المتعاقدين:

يجب أن يتوافر في كل من طرفي التحكيم الأهلية الصحيحة للتعاقد، هذه الأهلية قوامها البلوغ والعقل[٣].

فلا يصح أن يكون أي من طرفي اتفاق التحكيم مجنوناً أو سفيهاً أو معتوهاً كما لا يصح أن يكون صغيراً.

---

(١) الفقرة الأولى من المادة (١٠) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.
(٢) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (٥٧٨/٤).
(٣) الهداية في شرح بداية المبتدي(٨/٣)/ البحر الرائق (٢٤/٧)/ شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، أبو القاسم جعفر بن محمد الشهير بالمحقق الحلي، تعليقات للسيد صادق الشيرازي، دار القارئ، بيروت، الطبعة الحادية عشر ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م (٢١٥/٢).

والأهلية المطلوبة في المتعاقدين هي أهلية التصرف في الحقوق[١].

ذلك أن التحكيم قد ينتهي إلى عدم استحقاق كل أو بعض الشيء المتنازع عليه، وهو ما يعني التنازل عنه أو تسليمه للطرف الآخر، هذه الأهلية عبر عنها الفقهاء باشتراطهم أن يكون المتخاصمين لهما الولاية على أنفسهما حتى يحكمان غيرهما[٢].

وبناء عليه فإنه يترتب على عدم توافر هذه الأهلية بطلان حكم التحكيم نظراً لعدم صحة العقد من الأساس وبطلانه[٣].

ولا يصح للوكيل أن يعقد اتفاق التحكيم دون إذن الموكل، ولا إذن الصغير المأذون له في التجارة من غير إذن وليه، كما لا يصح اتفاق التحكيم من الولي أو الوصي والمحجور عليه بالإفلاس إذا كان يضر بمصلحة القاصر أو الغرماء[٤].

ثانياً: الرضا:

لابد في اتفاق التحكيم من توافر عنصر الرضا في طرفي التحكيم المتعاقدين وهو ما نص عليه الفقهاء صراحة، فلا يصح التحكيم إلا برضا المتخاصمين بتحكيم ثالث بينهما، واشترط البعض استمرار هذا الرضا لغاية صدور الحكم من المحكم[٥].

والرضا معناه أن تكون إرادة كل طرف من طرفي اتفاق التحكيم إرادة حرة لا يشوبها أي عيب من عيوب الإرادة التي تعدم الرضا أو تنقصه، كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال[٦].

ولابد من استمرار الرضا لغاية صدور الحكم من المحكم حتى يكون حكم التحكيم صحيحاً.

ولكن هل يصح لأي من الطرفين الرجوع عن هذا الرضا؟

أجاز الحنفية والإباضية لكل واحد من المتخاصمين أن يرجع عن التحكيم قبل صدور الحكم فلا يحكم المحكم إلا برضاهما جميعاً، فلكل واحد منهما الرجوع قبل الحكم لأنه تقلد التحكيم من جهتهما فكان لكل واحد منهما عزله وينفرد به أحدهما[٧].

---

(١) مبادئ التحكيم، د/ محمد سعد خليفه، ص ٥٨.
(٢) البحر الرائق (٢٤/٧)/ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٤٠/٤)/
(٣) مبادئ التحكيم، د/ محمد سعد خليفه، ص٦٠/ التحكيم والصلح، د/ محمد السيد عرفه، ص ٣٢٢.
(٤) الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٣٧/١٠).
(٥) العناية شرح الهداية (٣١٥/٧)/ المحيط البرهاني في الفقه النعماني، برهان الدين محمود بن أحمد البخاري، تحقيق عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى ١٤٢٤- ٢٠٠٤ (١١٧/٨)/ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(٤/ ١٤١)/ منح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ عليش، دار الفكر، بيروت، طبعة ١٤٠٩ه- ١٩٨٩م (٨/ ٣٠١)/ تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لابن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، ودار إحياء التراث العربي، بيروت (١١٨/١٠)/ روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ١٢)/ المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن مفلح، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م (١٥٩/٨)/ الشرح الممتع على زاد المستقنع، ابن عثيمين، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ (١٥/ ٢٨٥).
(٦) مبادئ التحكيم، د/ محمد سعد خليفه، ص ٦٤.
(٧) العناية شرح الهداية (٣١٧/٧)/ البحر الرائق (٢٦/٧)/ شرح كتاب النيل وشفاء العليل (١١/١٣).

وعند المالكية إذا تراضيا على التحكيم، فهل يحق لهما الرجوع قبل الحكم؟ أو لأحدهما؟

إذا رجعا معاً صح رجوعهما ولا يحكم المحكم، أما إذا رجع أحدهما ففيها روايتان:

الأولى: ليس لأحدهما الرجوع قبل الحكم ولو رجع لم ينفعه الرجوع، وللثاني أن يبت الحكم عليه، أي ينفذه عليه ولو لم يرض وهذا هو الراجح عندهم.

الثانية: يجوز لأحدهما الرجوع قبل الحكم ولا ينفذ الحكم عليه.[١]

وعند الشافعية لابد أن يتفق الخصمان على التراضي بهذا الحكم وأن يستمر هذا الرضا إلى حين صدور الحكم، فإذا رجعا معاً أو رجع أحدهما لم يكن له أن يحكم بينهما لعدم توافر الرضا، وكان التحكيم باطلاً ولا ينفذ الحكم سواء حكم للراضي أو للراجع[٢].

وإذا استمر الرضا من المتخاصمين لغاية صدور الحكم فلا يلزم بعد ذلك لتنفيذ الحكم رضاءهما به، وينفذ ولو لم يرض به أحدهما بناء على الرواية الثانية عن الإمام الشافعي، وفي الرواية الأولى لا يلزم الحكم إلا إذا التزما به بعد صدوره من المحكم[٣].

وعند الحنابلة يلزم توافر الرضا بالتحكيم قبل الشروع فيه، وإذا شرع المحكم في الحكم فلا يجوز لأي من المتخاصمين الرجوع فيه، أما قبل الشروع في الحكم فيجوز الرجوع لأي واحد منهما، وطالما شرع المحكم في التحكيم فلا يجوز لأحد المتخاصمين منفرداً الرجوع عن التحكيم[٤].

وقد قاس الحنابلة رجوع أحد الخصمين عن التحكيم على رجوع الموكل عن التوكيل، فإذا جاز للموكل الرجوع عن التوكيل قبل التصرف فيما وكل فيه صح كذلك رجوع أحد الخصمين عن التحكيم قبل الشروع فيه، أما بعد الشروع في التحكيم لا يجوز الرجوع قياساً على عدم جواز الرجوع في التوكيل بعد التصرف فيما وكل فيه[٥].

وينبغي على المحكم أن يشهد عليهما بالرضا قبل حكمه لئلا يجحد المحكوم عليه منهم[٦].

وفي الراجح عند الإمامية إذا تراضى الخصمان على تحكيم شخص بينهما فلا يشترط لنفوذ حكمه أن يظل هذا الرضا قائما إلى وقت الحكم، فلو رجع أحدهما بعد الحكم نفذ الحكم عليه، وإلا كان مستخفا بحكم الله[١].

الله[١].

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(٤/١٤٠- ١٤١)/ منح الجليل شرح مختصر خليل (٨/ ٣٠١).
(٢) الحاوي الكبير(١٦/ ٣٢٦)/ روضة الطالبين (١١/ ١٣٢).
(٣) الحاوي الكبير(١٦/ ٣٢٥)/ مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م (٦/ ٢٦٧).
(٤) كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي، دار الكتب العلمية، بيروت (٦/ ٣٠٩)/ الكافي (٤/ ٢٢٤).
(٥) دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى، الناشر: عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م (٣/٤٩٥)/ كشاف القناع عن متن الإقناع (٦/ ٣٠٩).
(٦) كشاف القناع (٦/ ٣٠٩).

ثالثاً: أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً:

اشترط قانون التحكيم المصري أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وذلك في المادة (١٢) من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والتي جاء فيها: يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً"، وقد رتب القانون على عدم كتابة اتفاق التحكيم بطلان حكم التحكيم، واكتفى القانون في الكتابة أن تثبت بأي طريق من طرق الكتابة سواء في عقد مستقل، أو شرط ضمن العقد الأصلي، أو حتى إذا تضمنته ما تناوله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة.

وشرط الكتابة كما هو واضح من نصوص القانون هو شرط لانعقاد اتفاق التحكيم وليس شرطاً لإثبات اتفاق التحكيم، فإذا اتفق الطرفان على التحكيم لفظاً دون كتابته لم يصح التحكيم ويكون الاتفاق باطلاً بطلاناً مطلقاً[٢].

وعند فقهاء الشريعة الإسلامية نجد الحنابلة يشترطون قبل الشروع في التحكيم أن يُشهد المُحَكَّم على الخصمين شهوداً بأنهم قبلوا التحكيم حتى لا يجحد أي منهما الحكم بعد صدوره [٣].

فهم يشترطون توثيق اتفاق التحكيم بالإشهاد على رضا كل من الطرفين به وقبولهم لنتيجة الحكم.

وقد نص الحنفية والشافعية أيضا على ضرورة أن يشهد المحكم على الخصوم ولكن بعد الحكم في مجلس الحكم قبل التفرق، لأن قوله لا يقبل عليهما بعد الافتراق، فلزم الاشهاد على الحكم في المجلس[٤]

والظاهر من كلام الفقهاء في اشتراط الرضا من الخصمين قبل التحكيم أن العبرة بثبوت الرضا بأي طريقة، سواء بالكتابة أو الشهادة أو غيرها من وسائل الإثبات، وعليه فليست الكتابة شرطاً في اتفاق التحكيم في الفقه الإسلامي، فهي ليست من شروط الانعقاد، ولا من شروط الصحة وأن العبرة بإثبات الرضا بأي وسيلة.

والناظر في كتب الفقهاء نجد أنهم لا يشترطون الكتابة – بذاتها – في أي عقد من العقود، وأن العبرة بثبوت العقد من الناحية الشرعية تبعا لطبيعة وموضوع كل عقد، وأن شرط الكتابة لاتفاق التحكيم إنما هو مسلك سلكه القانون نظرا لأن اتفاق التحكيم في زماننا يؤدي إلى تنحية القضاء جانبا، وإلقاء مهمة الفصل في النزاع إلى أشخاص أخرين قد لا تتوافر فيهم شروط تولي القضاء، كما أن التحكيم قد يكون دوليا أو محليا، ومن ثم فقد تترتب عليه أثارا خطيرة جدا، لذا أحسن القانون حين نص على ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا.

---

(٧) شرائع الإسلام (٢/ ٣١٦)/ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، الشيخ زين الدين العاملي الشهير بالشهيد الثاني، تحقيق ونشر: مجمع الفكر الإسلامي بقم، الطبعة الثانية عشر ١٤٣٧ه (٧٨/٢).

(١) مبادئ التحكيم، د/ محمد سعد خليفه،٦٧- ٦٨.

(٢) كشاف القناع (٦/ ٣٠٩)/ المبدع في شرح المقنع (١٦٠/٨).

(٣) العناية شرح الهداية (٣٢٠/٧)/ الحاوي الكبير (٣٢٧/١٦).

رابعاً: التزام المُحَكَّم بالنطاق المحدد لاتفاق التحكيم:

يجب على المُحَكَّم عند التحكيم عدم تجاوز النطاق الذي حدده له الخصوم في اتفاق التحكيم، سواء كان هذا النطاق زمنيا، كما إذا ألزماه بالحكم خلال مدة معينة من الزمن، أم كان هذا النطاق موضوعيا إذا حددا له موضوعاً معيناً للحكم فيه، فلا يجوز للمحكم أن يتجاوز هذا النطاق المحدد سلفاً في اتفاق التحكيم(١).

كذلك ليس للمُحَكَّم أن يتجاوز ما ورد في اتفاق التحكيم من حيث الأشخاص، فلا يتعدى بحكمه إلى غير الخصوم أو إلى الغائب أو الوارث(٢).

وأيضاً إذا اشترط عليه الخصوم أن يسأل أو يستفتي شخصاً بعينه، أو أن يضم إليه في الحكم شخصاً أخر فكل ذلك يجب مراعاته قبل الحكم وإلا لم يكن حكم التحكيم نافذاً(٣).

كما لا يجوز للمُحَكَّم أن يستخلف غيره للحكم بين الخصوم إلا بإذنهم، لأنهم رضوا بالتحاكم إليه دون غيره فلا يجوز له إنابة غيره إلا بعد استئذان الخصوم(٤).

خامساً: مشروعية موضوع التحكيم (محل التحكيم):

لجوء أطراف النزاع إلى طريق التحكيم لفصل النزاع وانتهاء الخصومة معناه أنهما أرادا عزل القاضي الطبيعي عن نظر النزاع والنأي بالخصومة عن ساحات القضاء، وهذا يقتضى أن يكون محل التحكيم مما يجوز النأي به عن نظر القاضي الطبيعي والزج بهذا النزاع أمام القاضي المختار "المُحَكَّم".

ولكن هل كل الخصومات والنزاعات يجوز التحكيم فيها؟

للإجابة على هذا السؤال نقول: الفقهاء مختلفون فيما بينهم على المسائل التي يجوز نظرها بطريق التحكيم إلى أكثر من رأي، وسوف نحاول أن نتبين آراء الفقهاء في هذه المسألة من خلال الفصل الثاني من هذه الدراسة.

أما عن موقف القانون فإن معظم القوانين العربية المتعلقة بالتحكيم اشترطت عدم قبول التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها، والمسائل التي تتعلق بالنظام العام(٥).

فيجب ألا يكون موضوع النزاع محل اتفاق التحكيم غير متعلق بالنظام العام أو الآداب العامة.

---

(١) البحر الرائق (٧/ ٢٧)/ منح الجليل (٨/ ٢٨٣)/ روضة الطالبين(١٢٢/١١).
(٢) البحر الرائق(٢٧/٧)/ التبصرة، على بن محمد اللخمي، تحقيق د/ أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية قطر، الطبعة الأولى، ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م (١١/ ٥٣٣٧)/ الحاوي الكبير(١٦/ ٣٢٧)/ الدر المختار(٥/ ٤٣١).
(٣) الحاوي الكبير(٣٢٧/١٦)/ البحر الرائق (٢٧/٧)، التبصرة (٥٣٣٧/١١).
(٤) حاشية بن عابدين (٥/ ٤٣١)/ العناية شرح الهداية (٣١٧/٧).
(٥) التحكيم والصلح، د/ محمد السيد عرفه، ص ٣٢٧، مبادئ التحكيم، د/ محمد سعد خليفه، ص٦٦، وانظر: المادة(٢) من نظام التحكيم السعودي: "لا يقبل التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها"، والمادة (١٧٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي:" لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها"، والمادة (١١) من قانون التحكيم العماني: "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح".

ومع الأخذ في الاعتبار أن فكرة النظام العام فكرة مرنة ومتطورة من مكان لآخر ومن زمان لآخر، فهي فكرة نسبية، ومن ثم لا يمكن وضع حصر لمجموع المسائل التي تخرج عن نطاق التحكيم لكونها مما يتعلق بالنظام العام، ومن ثم فإن تحديد ما يدخل ضمن اتفاق التحكيم وما يمكن يخرج عن نطاقه يخضع لتقدير القضاء(١).

المطلب الثاني

المُحَكَّم وشروطه في الفقه الإسلامي

تعريف المُحَكَّم في اللغة: المُحَكَّم – بضم الميم وفتح الحاء والكاف مع الشديد– من الحُكم، وهو العلم والفقه(٢)، قال تعالى: (وَآتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيًّا) (٣)، أي علماً وفقهاً، والحكم: العلم والفقه والقضاء بالعدل، وهو مصدر حكم يحكم، ويقال: حكمنا فلاناً بيننا، أي: أجزنا حكمه بيننا(٤).

والحَكَم بفتحتين الحاكم، والمحاكمة المخاصمة إلى المحاكم، وحكمه في ماله تحكيماً إذا جعل إليه الحكم فيه فاحتكم إليه في ذلك(٥).

وفي الاصطلاح المُحَكَّم هو: الشخص الذي يتولى مهمة التحكيم، يتمتع بثقة الخصوم، أولوه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهم(٦).

والمُحَكَّم هو الذي يوليه الخصوم مهمة الفصل بينهم في النزاع، وهو يتمتع بالثقة فيما بينهم بحسب الأصل، ومع ذلك فقد يتفق الخصوم على أن تتولى جهة معينة تعيين شخص المُحَكَّم، أو يلجأ الخصوم إلى مركز تحكيم ويقوم المركز بتحديد شخص المُحَكَّم.

وهذا المُحَكَّم يقوم بدور القاضي في نظام القضاء الرسمي، فهو الذي يحقق موضوع النزاع، ويستمع إلى الخصوم، ويطلب سماع شهادة الشهود، ويتأكد من أدلة كل خصم وحججه، ويلتزم باحترام حقوق الدفاع، وعقد جلسات مرافعة، وإخطار الخصوم بمواعيد الجلسات والاجتماعات، ومن ثم فهو يمارس دور القاضي الطبيعي فيما يتعلق بالنزاع المعروض عليه ثم يصدر الحكم المناسب بناء على ما يمليه عليه اجتهاده في ضوء الظروف والملابسات والأدلة والبراهين في حياد ونزاهة تامة(٧).

ومع ذلك فهل يشترط في المحكم وفقاً للشريعة الإسلامية نفس شروط القاضي؟ أم لا؟

للإجابة على هذا السؤال نقول: للفقهاء في هذه المسألة رأيان:

---

(١) التحكيم والصلح، د/ محمد السيد عرفه، ص ٣٢٨.
(٢) لسان العرب (١٤٠/١٢).
(٣) سورة مريم، من الآية ١٢.
(٤) تهذيب اللغة، (٧٠/٤)/ لسان العرب (١٤٠/١٢).
(٥) مختار الصحاح، للرازي ص ٧٨.
(٦) التحكيم والصلح، د/ محمد السيد عرفه، ص ٢٦٧.
(٧) مبادئ التحكيم، د/ محمد سعد خليفه، ص ١٥٦، ١٦٣.

القول الأول: ذهب جمهور العلماء منهم: الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة في الظاهر[٤]، والزيدية[٥]، والإباضية[٦]، والإمامية في الراجح[٧]، إلى أنه يشترط في المُحَكَّم أن يكون على شروط القاضي، بمعنى أن يكون من أهل الشهادة فيما يحكم فيه، لأن الحَكَم فيما بين المُحكِمين بمنزلة القاضي المولى في حق الكل وإنما يصلح للقضاء من صلح شاهداً[٨].

ويجب أن يكون المُحَكَّم أهلاً للشهادة والحكم وقت التقليد ووقت الحكم جميعاً، فإن كان أهلاً للشهادة وقت التحكيم ولم يكن أهلاً لها وقت التقليد فحكم لا ينفذ حكمه[٩].

ولا يجوز تحكيم الرجل لأبويه وولده وزوجته ويقع تحكيمه باطلاً، لأن هؤلاء لا يجوز لهم أن يقضوا لهم[١٠].

القول الثاني: ذهب الحنابلة في الراجح[١١] إلى أنه لا يشترط في المُحَكَّم شروط القاضي فمن يختاره المتخاصمين للفصل بينهما جاز توليته وإن لم يكن على شروط القاضي، لأن المُحَكَّم إنما يحكم في قضية معينة لخصوم معينين فليست ولايته عامة حتى نشترط فيه ما يشترط في القاضي، بخلاف القاضي المنصوب من قبل ولي الأمر فحكمه عام يتحاكم الناس إليه سواء حكموه أم لم يحكموه، فلو رضي الخصمان تحكيمه فلا مانع ولو لم تتوفر فيه الشروط[١٢].

ولعل الراجح هو مذهب الجمهور فيجب في المحكم أن يكون على شروط القاضي فيما يحكم فيه، حتى لا يجور في الحكم، أو يقضي بغير علم.

هذه هي آراء الفقهاء من حيث المبدأ في ما يجب أن يتوفر في المُحَكَّم من شروط، ولكن ما هي شروط القاضي التي اشترطها الجمهور في المُحَكَّم؟ وما هي آراء الفقهاء فيها؟

---

(١) المحيط البرهاني (١١٧/٨) العناية شرح الهداية، للبابرتي (٧/ ٣١٦).
(٢) مواهب الجليل (٨٧/٦)/ شرح مختصر خليل للخرشي (١٣٨/٧- ١٣٩).
(٣) الحاوي الكبير (٣٢٥/١٦)/ روضة الطالبين (١١/ ١٢٢).
(٤) المغني (١٠/ ٩٤)/ المبدع في شرح المقنع (١٥٩/٨).
(٥) التاج المذهب لأحكام المذهب (٢٠٤/٤).
(٦) شرح كتاب النيل وشفاء العليل (١٩/١٣).
(٧) شرائع الإسلام (٣١٦/٢)/ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (٧٦/٢).
(٨) البحر الرائق (٢٤/٧).
(٩) المحيط البرهاني (٨/ ١١٧).
(١٠) العناية شرح الهداية (٧/ ٣٢٠)/ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(٤/ ١٣٥).
(١١) المغني (١٠/ ٩٤)/ كشاف القناع عن متن الاقناع (٦/ ٣٠٩).
(١٢) شرح منتهى الإرادات (٤٩٥/٣).

هذه الشروط هي:

أولاً: الإسلام:

اشترط الجمهور أن يكون المُحَكَّم مسلماً، إذا كان المتخاصمان مسلمين فلا يجوز تحكيم غير المسلم على المسلم، لقوله تعالى: (وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا) [١]، فلا يجوز تحكيم غير المسلم، المسلم، لأن الكافر لا يجوز شهادته على المسلم [٢].

وذهب الحنفية إلى جواز تحكيم غير المسلم بين غير المسلمين، ولو أسلم أحد الخصمين قبل الحكم لم ينفذ حكمه للكافر على المسلم، وينفذ للمسلم على الذمي، وفي رواية: لا يجوز للمسلم أيضاً فلو أسلم أحدهما بطل التحكيم، وجواز تحكيم غير المسلم لأن غير المسلم تجوز شهادته على غير المسلم فيجوز حكمه عليه أيضاً وله[٣].

ويجب أن يكون المحكم مسلماً وقت التولية ووقت الحكم، والقاعدة عند الحنفية أن من تقبل شهادته في أمر جاز أن يقضي ويحكم فيه، ومن لا يجوز له أن يشهد في أمر ما، لا يجوز له أن يحكم أو يقضي فيه[٤].

ثانياً: البلوغ والعقل(الأهلية):

يجب أن يكون المحكم بالغاً عاقلاً، لأن البلوغ والعقل شرط أهلية التكليف والصبي والمجنون لا تجوز ولا تقبل شهادتهما، فكذلك لا يجوز تحكيمهما[٥].

واشتراط البلوغ والعقل لازم ذلك أن كل منهما غير مكلف ولا يستطيع التمييز ومن كان هذا حاله فكيف له أن يحكم بين الناس ويقضي بينهم.

ثالثاً: العلم فيما يحكم فيه:

الأصل أن يكون المحكم عالماً فيما يحكم فيه فلا يجوز تحكيم الجاهل، والعلم المفترض والمشروط في المحكم هو العلم فيما يحكم فيه دون غيره، فمن حكم في أمر متعلق بالبيع وجب أن يكون عالماً بأحكام البيع والشراء وما يتعلق بهما من أحكام، لأن المحكم ملتزم أن يحكم بما أنزل الله تعالى مثله مثل القاضي، والجاهل لا يعلم حكم الله فكيف له أن يقضي به؟.

يقول النبي صلى الله عليه وسلم القضاة ثلاثة: (اثنان في النار وواحد في الجنة، قاض عرف الحق فقضي به فهو في الجنة، وقاض قضى بجهل فهو في النار، وقاض عرف الحق فجار فهو في النار) [١].

---

(١) سورة النساء، من الآية (١٤١).
(٢) البحر الرائق(٢٥/٧)/ مواهب الجليل (٨٧/٦)/ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٣٥/٤).
(٣) البحر الرائق (٢٥/٧).
(٤) العناية شرح الهداية (٧/ ٣١٦)/ المحيط البرهاني (١١٧/٨).
(٥) المحيط البرهاني (١١٨/٨)/ العناية (٣١٦/٧)/ مواهب الجليل (٦/ ١١٣)/ حاشية الصاوي على الشرح الصغير(بلغة السالك لأقرب المسالك)، أحمد بن محمد الخلوتي الصاوي، دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ (٤/ ١٩٨)/ روضة الطالبين (١٢٢/١١).

وعند الحنفية كون القاضي أو المحكم عالماً بكل الأحكام بالغاً رتبة الاجتهاد ليس شرطاً في التولية، وإن كان من شروط الندب والاستحباب، لأنه يمكنه أن يقضي ويحكم بعلم غيره عن طريق الرجوع إلى فتوى غيره من العلماء، وإن كان الأفضل ألا يولى أو يقلد الجاهل، لأن الجاهل يفسد أكثر ما يصلح بل يقضي بالباطل من حيث لا يشعر، ولحديث النبي صلى الله عليه وسلم السابق[٢].

وعند بقية الفقهاء يجب أن يكون المحكم عالماً ولا يجوز تحكيم الجاهل مطلقاً لما فيه من التخاطر[٣].

وإذا كان الجاهل لا يجوز له أن يفتي الناس، وهم لا يلزمهم رأيه، فلا يجوز له أن يحكم بينهم وهو يُلزمهم الحكم من باب أولى[٤].

وعند الحنابلة لو حكموا شخصاً مقلداً غير عالم وقالوا: نرضى بحكمه فما المانع؟! ولذا قالوا لا يشترط في المحكم ما يشترط في القاضي لأن المحكم أشبه بالمصلح بين خصمين فيجوز من يتراضى عليه الخصمان[٥].

ولعل الصواب أن يكون المحكم عالماً فيما يحكم فيه ويقضي، ولا يشترط فيه بلوغ رتبة الاجتهاد بل يكتفى فيه بالعلم الظاهر، بحيث يستطيع الرجوع إلى كتب العلماء والفقهاء ونصوص القانون وما يقضي به العرف في المسألة المعروضة عليه محل التحكيم، بحيث يستطيع أن يستخلص منها الرأي الصحيح والقول الصواب، قدر المستطاع، والمعتبر في كل شرط بقدره حسب الظروف والأحوال.

رابعاً: سلامة الحواس:

يقصد بسلامة الحواس أن يكون المحكم سميعاً بصيراً ناطقاً حتى يتسنى له الفصل بين الخصوم.

وعند الحنفية[٦]، والشافعية في رواية [٧]، والزيدية[٨]، والإباضية[٩]، يجب أن يكون المحكم ناطقاً بصيراً، لأن النطق والبصر شروط في جواز التحكيم قياساً على القضاء، ولو حكم الأعمى لم يصح حكمه لأن الأعمى خرج من أن يكون أهلاً للحكومة.

وعند المالكية[١] إذا حكما بينهما أعمى أو أبكم أو أصم نفذ حكمه، فلا يشترط في صحة الولاية البصر أو السمع أو النطق، وإن كان الأولى عدم تولية أحدهم، ووجب عزله، ونفذ حكمه.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٩٩/٣)/ والترمذي في سننه (٦/٣) رقم ١٣٢٢/ والنسائي في السنن الكبرى (٥/ ٣٩٧) رقم ٥٨٩١، وقال الألباني في تعليقه على سنن أبي داود: صحيح.
(٢) بدائع الصنائع، للكاساني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٦ه- ١٩٨٦م (٣/٧).
(٣) التاج والإكليل شرح مختصر خليل ، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، المواق المالكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ-١٩٩٤م (١٠٠/٨)/ حاشية الصاوي (٤/ ١٩٨)/ المجموع شرح المهذب (١٢٧/٢٠)/ روضة الطالبين (١٢٢/١١)/ الكافي في فقه الإمام أحمد (١٣٠/٤)/ الشرح الممتع على زاد المستقنع (٢٨٦/١٥)/ المحلى (٤٢٧/٨)/ شرح كتاب النيل وشفاء العليل (٢٥/١٣)/ شرائع الإسلام (٣١٥/٢)/ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (٧٥/٢).
(٤) المجموع شرح المهذب (١٢٧/٢٠).
(٥) شرح منتهى الإرادات (٤٩٥/٣)/ الشرح الممتع على زاد المستقنع، لابن عثيمين (٢٨٦/١٥).
(٦) بدائع الصنائع (٣/٧)/ المحيط البرهاني(١٢٠/٨).
(٧) أسنى المطالب(٢٨٩/٤)/ مغني المحتاج (٢١٦).
(٨) التاج المذهب لأحكام المذهب (١٨٥/٤).
(٩) شرح كتاب النيل وشفاء العليل (٢٣/١٣).

وقال الباجي من المالكية: لا خلاف في منع ولاية الأعمى[٢].

وعند الحنابلة في الراجح[٣] لا يشترط في المحكم ما يشترط في القاضي فمن رضى به المتخاصمين حكماً صح، وإن لم يكن على صفات القاضي، وعليه فيجوز عندهم أن يكون المحكم أعمى أو أخرس أو أبكم أو أصم، وإن كان لا يجوز ذلك في القاضي.

وعند الشافعية في رواية[٤]، والإمامية[٥] يجوز تحكيم الأعمى إذا تراضى عليه الخصمان لأن حكمه في واقعة أو وقائع خاصة يمكن ضبطها بدون البصر، أو لا يجب عليه ضبطها، ولأن المتخاصمين رضيا به ومن أراد منهما ضبط شيء أشهد عليه.

خامساً: الذكورة:

يقصد بالذكورة أن يكون المحكم ذكرا غير امرأة، فهل يجوز تحكيم الأنثى؟

يشترط المالكية[٦] والشافعية[٧]، والحنابلة[٨] والإمامية[٩] في القاضي أن يكون ذكراً فلا يجوز عندهم تولية المرأة منصب القضاء لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة"[١٠].

وعند الحنفية[١١] يجوز للمرأة أن تقضي فيما يجوز لها أن تشهد فيه، وهو سائر الأمور والقضايا عدا الحدود والقصاص.

وذهب بعض الفقهاء منهم ابن حزم[١٢] الظاهري وابن جرير الطبري[١٣] إلى أنه يجوز للمرأة أن تقضي في سائر المنازعات لأن صفة الأنوثة لا تمنع من فهمها للنزاع والخصومة ومن تبيان وجه الحق والصواب فيها، وردوا على الحديث السابق بقولهم إنما قال ذلك رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في الأمر العام الذي هو الخلافة.

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي (١٤٠/٧).
(٢) شرح مختصر خليل للخرشي (٧/ ١٤٠).
(٣) كشاف القناع (٣٠٩/٦)/ الشرح الممتع على زاد المستقنع، لابن عثيمين (٢٨٤/١٥).
(٤) أسنى المطالب(٢٨٩/٤)/ مغني المحتاج (٢١٦).
(٥) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (٧٧/٢).
(٦) بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٢٤٣/٤)/ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٢٩/٤).
(٧) روضة الطالبين (٩٥/١١)/ مغني المحتاج (٦/ ٢٦٢).
(٨) الكافي في فقه الإمام أحمد (٢٢٢/٤)/ كشاف القناع (٢٩٤/٦).
(٩) شرائع الإسلام (٣١٥/٢)/ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (٧٧/٢).
(١٠) أخرجه البخاري في صحيحة، كتاب المغازي، باب كتاب النبي صلى الله عليه وسلم إلى كسرى وقيصر (٨/٦) رقم ٤٤٢٥.
(١١) المحيط البرهاني (٨/ ١١٨)/ الاختيار لتعليل المختار (٩٤/٢).
(١٢) المحلى (٥٢٨/٨).
(١٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٢٤٣/٤).

أما فيما يتعلق بالتحكيم فإن الحنفية يجوز عندهم تولية المرأة الحكم فيما يجوز لها أن تشهد فيه قياساً على القضاء، ومن ثم يجوز تولية المرأة الحكم بين المتخاصمين في سائر المنازعات التي يجوز فيها التحكيم عندهم، لأن الحنفية لا يجيزون التحكيم في الحدود والقصاص كما سنعرف لاحقاً[١].

أما المالكية فهم يرون جواز تحكيم المرأة، فإذا رضوا بتحكيم المرأة جاز وحكمها ماض، هذا في رواية أشهب، وابن حبيب، وأصبغ، وقال سحنون: تحكيم المرأة باطل لا يجوز[٢].

والشافعية والإمامية يشترطون في المحكم أن يكون على صفات القاضي بمعنى أن تتوافر فيه شروط القضاء، وعندهم لا يجوز للمرأة أن تتولى منصب القضاء ولا التحكيم[٣].

أما الحنابلة فقد سبق القول أنهم لا يشترطون – في الراجح – في المحكم شروط القاضي وبناء عليه يجوز تحكيم المرأة عندهم، ومع ذلك فإنهم ينصون في بعض كتبهم على كون المحكم رجلا بقولهم: لو تحاكم رجلان إلى رجل يصلح للقضاء[٤].

والحنابلة يجيزون تحكيم المرأة مطلقا فيما يجوز فيه التحكيم لأن التحكيم ليس ولاية عامة حتى يشترط فيها الذكورة، وإنما هو يشبه المصالحة من بعض الوجوه فلا مانع من تحكيم المرأة [٥].

وعليه فإن جمهور العلماء الحنفية، والمالكية في أكثر الروايات، والحنابلة، يرون جواز أن تكون المرأة حاكماً بين المتخاصمين في بعض المنازعات.

بينما يذهب الشافعية، ورواية في المذهب المالكي، إلى عدم جواز أن تكون المرأة محكماً قياساً على القضاء.

ولعل الفرق واضح بين التحكيم والقضاء، فالقضاء ولاية عامة وله شروط معينة من بينها الذكورة على رأي بعض الفقهاء، أما التحكيم فهو ولاية خاصة لا يشترط فيه كل ما يشترط في القضاء.

---

(١) المحيط البرهاني (٨/ ١١٨)/ الاختيار لتعليل المختار (٩٤/٢).
(٢) التاج والإكليل لمختصر خليل (٨/ ١٠٢)/ شرح مختصر خليل للخرشي (٧/ ١٤٦).
(٣) رضة الطالبين (١١/ ١٢٢)/ مغني المحتاج (٦/ ٢٦٧)/ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (٧٧/٢).
(٤) كشاف القناع (٣٠٩/٦)/ الشرح الممتع زاد المستقنع، لابن عثيمين (١٥/ ٢٧٢).
(٥) المبدع في شرح المقنع (١٥٩/٨).

سادساً: العدالة:

العدالة في اللغة هي: التوسط والاعتدال والاستقامة.

وفي الاصطلاح هي: اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر، وقيل هي: استواء أحوال الشخص في دينه، واعتدال أقواله وأفعاله، فهي صفة توجب مراعاتها الاحتراز عما يخل بالمروءة عادة ظاهرا(١).

والمراد بالعدالة هي العدالة الظاهرة دون البحث في بواطن الناس ومكنون أحوالهم، فهذا أمر مرجعه إلى الله عز وجل، والعدالة ضد الفسوق فالعادل ضد الفاسق(٢).

وقيل يجب توفر العدالة المحققة التي هي الورع، والتي تزيد على عدالة الشاهد، فلا يغتفر في حقه ما يغتفر في حق الشاهد، ويجب أن يكون شديدا في أمر الله تعالى بلا عنف، ولينا بلا ضعف، يستوي عنده الشريف والدنيء، ويبعد عن المحاباة في حكمه(٣).

وهي مطلوبة في كل ولاية عامة بحسب الأصل، فينبغي على من له سلطة الولاية أن يختار العادل دون الفاسق، وعلى المتخاصمين إذا ما لجئوا إلى التحكيم أن يختاروا العادل الذي يقوم بينهم بالقسط، ولكن هل يجوز أن يخلوا المحكم من صفة العدالة؟

يرى السادة الحنفية أن العدالة ليست شرطاً في المحكم لأنها ليست شرطاً في تولية القضاء، وإن كانت شرط كمال، فيجوز تقليد الفاسق وتنفيذ قضاياه إذا لم يجاوز فيها حد الشرع، لأن الفاسق عندهم أهل للشهادة فيكون أهلاً للقضاء والحكم، لكن ينبغي ألا يولى لأنها أمانة فلا يقوم بالوفاء بها إلا من كمل ورعه وتم تقواه(٤).

وعند المالكية روايتان: الأولى: يشترط في المحكم أن يكون عدلاً، فلا يجوز أن يكون فاسقاً، وإذا حكم الفاسق فحكمه باطل غير صحيح ولا ينفذ، وهي رواية أشهب وابن الماجشون ومطرف(٥).

وفي الرواية الأخرى لأصبغ: أن تحكيم الفاسق صحيح وينفذ حكمه(٦).

وعند الشافعية لا بد في المحكم أن يكون على صفات القاضي، وعندهم يشترط في القاضي أن يكون عدلاً فلا يجوز تولية الفاسق(٧).

وعند الحنابلة لا يشترطون في المحكم ما يشترط في القاضي، وعليه فلم يذكر الحنابلة شرط العدالة ضمن شروط المحكم على الصواب عندهم، وإن كانت بعض كتبهم تشترط في المحكم أن يكون كالقاضي

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٩٨/٢٩).
(٢) المختصر الفقهي، لابن عرفة (٩/ ٢٣٢).
(٣) التاج المذهب لأحكام المذهب (١٨٥/٤)/ شرح كتاب النيل وشفاء العليل (٢٣/١٣).
(٤) بدائع الصنائع (٣/٧)/ الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر الفرغاني المرغيناني، تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان (١٠٨/٣).
(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٣٧/٤)/ شرح مختصر خليل للخرشي (١٤٦/٧).
(٦) التاج والإكليل لمختصر خليل(١٠٢/٨)/ حاشية الصاوي على الشرح الصغير(٤/ ١٩٨).
(٧) روضة الطالبين (١٢٢)/ مغني المحتاج (٢٦٧/٦).

من حيث الشروط لكن شروحهم لا تشترط هذا الشرط، وتكتفي بأن من تراضى عليه الخصمان حكماً بينهما جاز حكمه[١].

والحنابلة في رأي لهم يرون جواز التحكيم في الحدود والقصاص كما سيتبين لنا ذلك لاحقاً، وعلى هذا الرأي فإنه يشترط في المحكم أن يكون على صفات القاضي[٢].

ولعل الصواب أنه يجب في المحكم أن تتوافر فيه صفة العدالة، لأنها هي التي تمنع صاحبها من الجور في الحكم، واستبيان وجه الحق في النزاع، حتى يمكن الاطمئنان إلى حكمه، والوثوق في رأيه وقوله، خاصة أن العدالة المقصودة هي العدالة الظاهرة دون البحث في خفايا الأمور وبواطن النفوس. والله أعلى وأعلم.

(١) كشاف القناع (٣٠٩/٦)/ الشرح الممتع (١٥/ ٢٨٤).
(٢) الانصاف للمرداوي (١٩٧/١١)/ شرح منتهى الإرادات (٤٩٥/٣).

الفصل الثاني

مجالات التحكيم في الفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم

منازعات الأفراد متنوعة ومتعددة تشمل شتى مناحي الحياة ولا تقف عند موضوع بعينه، فهل كل المنازعات والخصومات يمكن للمتخاصمين فيها اللجوء إلى التحكيم؟ أم أن هناك من المنازعات والخصومات ما يخرج عن هذا النظام؟

قبل تفصيل الإجابة عن هذه التساؤلات لابد أن نتطرق أولاً إلى تقسيم فقهاء الشريعة الإسلامية للحقوق التي هي محل الخصومات بين البشر، حتى يتبين لنا ما يمكن أن يشمله التحكيم وما هو خارج نطاق هذا النظام.

وسوف نتناول بيان هذه الموضوعات في هذا الفصل في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: أنواع الحقوق، وشروط الحق محل التحكيم في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: أنواع الحقوق في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: شروط الحق الذي يجوز التحكيم فيه (شروط الحق محل الصلح).

المبحث الثاني: النطاق الموضوعي للتحكيم في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: تحديد المسائل التي يجوز فيها التحكيم في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: مدى جواز التحكيم في المسائل الجنائية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: مدى جواز التحكيم في المسائل الجنائية في بعض قوانين الدول العربية.

المبحث الأول

أنواع الحقوق وشروط الحق محل التحكيم في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول

أنواع الحقوق في الفقه الإسلامي

الحق نقيض الباطل وجمعه حقوق وحقاق، وحق الأمر يحق حقاً وحقوقاً، صار حقاً وثبت، معناه وجب يجب وجوباً، وحق عليه القول أي: ثبت، قال تعالى: ﴿وَلَكِنْ حَقَّتْ كَلِمَةُ الْعَذَابِ عَلَى الْكَافِرِينَ﴾ [1]، أي وجبت وثبتت[2].

والحق هو: الشيء الموجود من كل وجه ولا ريب في وجوده[3].

وقد قسم فقهاء الشريعة الإسلامية الحقوق إلى عدة أقسام طبقاً للاعتبار الذي يقسم على أساسه[4].

والذي يتصل بموضوع البحث هو تقسيم الحق باعتبار ما يضاف إليه، أو تقسيم الحق باعتبار صاحب الحق أو من يثبت له، وينقسم الحق بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: حقوق الله الخالصة.

القسم الثاني: حقوق خالصة للعباد.

القسم الثالث: حقوق مشتركة بين العبد وربه. وهذه الأخيرة نوعين:

أ- حقوق مشتركة بين العبد وربه، وحق الله فيها غالب.

ب-حقوق مشتركة بين العبد وربه، وحق العبد فيها غالب.

القسم الأول: حقوق الله الخالصة:

حقوق الله تعالى هي ما يتعلق بها النفع العام من غير اختصاص بأحد، فينسب الحق إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه[5].

وحقوق الله الخالصة هي: مالا مدخل للصلح فيه كالعبادات وخمس الغنائم والحدود والكفارات وحرمان القاتل من الميراث إذا قتل مورثه وغيرها، والصلح بين العبد وربه في إقامتها لا في إهمالها[1].

---

(١) سورة الزمر، من الآية ٧١.
(٢) لسان العرب لابن منظور(٤٩/١٠).
(٣) البحر الرائق (١٤٨/٦).
(٤) الموافقات، إبراهيم بن موسى اللخمي الشهير بالشاطبي، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان دار ابن عفان، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م (٥٣٩/٢)/ الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق، شهاب الدين أحمد بن إدريس الشهير بالقرافي، دار عالم الكتب (١٤٠/١).
(٥) شرح التلويح على التوضيح، مسعود بن عمر التفتازاني، وبهامشه: «التَّوْضِيح فِي حَلِّ غَوَامِضِ التَّنْقِيحِ»، للمحبوبي، مكتبة صبيح، مصر (٣٠٢/٢).

والجرائم التي تمثل اعتداء على حقوق الله تعالى تعرف عند شراح القانون الوضعي بالجرائم التي تقع ضد الجماعة: وهي التي شرعت عقوبتها لحفظ مصالح الجماعة، سواء وقعت الجريمة على فرد، أو على جماعة، أو على أمن الجماعة ونظامها(٢).

والجرائم التي تقع على هذا الحق تلحق ضررًا عامًا بأمن المجتمع، وسلامته مع ما تحمله في طياتها من اعتداء على شخص، أو أكثر من أفراد المجتمع، غير أن الشارع قد نظر إلى ما في هذا النوع من الجرائم من ضرر عام، وعنى به وقدمه عند محاكمة الجاني، وإلزامه العقوبة(٣).

وكل حكم شرعي ليس بخال عن حق الله تعالى وهو جهة التعبد، فإن حق الله على العباد أن يعبدوه لا يشركوا به شيئاً، وعبادته امتثال أوامره واجتناب نواهيه بإطلاق(٤).

وحقوق الله تعالى لا يعود نفعها إليه سبحانه وتعالى – تنزه ربنا جل وعلا عن أن ينفعه أحد أو يضره أحد – وإنما يعود نفعها على عموم الناس فلا يختص به أحد وإنما ينسب إلى الله تعالى تعظيماً وتشريفاً فلا يختص به أحد من الملوك أو الجبابرة(٥).

وتعتبر العقوبة في الشريعة الإسلامية حقاً لله تعالى كلما استوجبتها المصلحة العامة وهي دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم، فكل جريمة يرجع فسادها للعامة وتعود منفعة عقوبتها عليهم تعتبر العقوبة عليها حقاً لله تعالى (٦).

ويمكن أن يكون من حقوق الله تعالى الخالصة الضرائب العامة، وكل ما يمس حقوق الجماعة ويؤثر على أمنها ونظامها وتماسكها وقوتها، لأن الشريعة الإسلامية الغراء إنما وضعت لتحقيق مصالح الأفراد(٧).

وحقوق الله تعالى يترتب عليها ما يلي(٨):

١- حقوق الله تعالى لا تسقط بالعفو أو الصلح أو التنازل عنها، فلا يسقط حد الزنا مثلاً بعفو الزوج أو رضا الزوجة، كما لا يسقط حد السرقة بعفو المسروق منه أو صلحه أو تنازله إذا كان قد بلغ الحاكم.

---

(١) الموافقات للشاطبي (٥٣٩/٢)/ شرح التلويح على التوضيح (٢/ ٣٠٣)/ أصول السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة، بيروت، بدون رقم طبعة (٢٩٠/٢).

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الشيخ عبد القادر عودة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى ١٤٣٦ه- ٢٠١٥م (٦٣/١).

(٣) الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون، د. منصور الحفناوي ص٤٧.

(٤) شرح التلويح على التوضيح (٢/ ٣٠٣).

(٥) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام، مراجعة: طه عبد الرؤوف سعد، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة ١٤١٤- ١٩٩١ (١/ ١٥٣)/ الموسوعة الفقهية الكويتية (١٤/١٨).

(٦) التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي (٨٢/١).

(٧) التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي (٦٣/١).

(٨) شرح التلويح على التوضيح (٢/ ٣٠٨)/ الفروق للقرافي (١٤١/١)/ قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام(١٦٧/١)/ الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، سوريا، دمشق، الطبعة الرابعة (٥٣٦٩/٧)/ الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون، د. منصور الحفناوي ص٤٧.

٢- حقوق الله تعالى لا تورث أي لا تنتقل بالإرث من المورث إلى الوارث، فلا يجب على الورثة إخراج الزكاة الواجبة على مورثهم إلا إذا أوصى بإخراجها.

٣- يجري التداخل في العقوبات الواجبة حقاً لله تعالى، فمن زنى أكثر من مرة أو سرق أكثر من مرة لم يعاقب عن كل مرة فيكتفى بعقوبة واحدة، أما لو سرق أو زنى وأقيم عليه الحد ثم فعلها مرة أخرى بعد الحد يقام عليه الحد مرة أخرى.

٤- أن استيفاء عقوبة الجرائم الواجبة حقاً لله تعالى للحاكم أي القاضي المولى، فهو الذي يؤدب على ترك العبادات ويقيم الحدود والتعزيزات على العصاة منعاً للفوضى في المجتمع وتثبتاً من وقوع الجريمة.

٥- لا يجوز تغيير العقوبة المقدرة من الله تعالى الواجبة في حد من حدوده بعقوبة أخرى، فلا يجوز استبدال الرجم أو الجلد أو القطع بغيره، ويترتب على ذلك أن حقوق الله تعالى لا تشترط فيها المماثلة بين الفعل وجزاءه، فالعقوبة تجب جزاء على الفعل كما قدره المولى عز وجل كما في سائر الحدود.

ثانياً: حقوق العباد المحضة:

حق العبد هو مصالحه، وحق العبد على الجملة هو الأمر الذي يستقيم به في دنياه وأخرته[١].

فحقوق العباد نفعها يكون خاصاً بشخص بعينه مثل حقوق الأشخاص المالية أو المتعلقة بالمال، كحق استيفاء الدين وحق استرداد الشيء المغصوب أو قيمته، والحق في الدية وغيرها[٢].

والجرائم التي تقع ضد الأفراد: هي التي شرعت عقوبتها لحفظ مصالح الأفراد، ولو أن ما يمس مصلحة الأفراد هو في الوقت ذاته ماس بمصالح الجماعة[٣].

وكون الحق خالص للعبد، لا يعني خلوه من حق الله تعالى لأن كل حق للعبد فيه حق لله، وهو أمر الله تعالى بإيصال الحقوق إلى مستحقيها فيوجد حق الله تعالى دون حق للعبد، ولا يوجد حق العبد إلا وفيه حق الله تعالى، وهو حق الاستجابة والطاعة لأوامر الله تعالى ونواهيه[٤].

وكذلك إذا اعتبرت بعض الجرائم ماسة بمصلحة الأفراد فذلك لأنها تمس مصلحة الأفراد أكثر مما تمس مصلحة الجماعة، ففيها تغليب حق الفرد على حق الجماعة[٥].

ويترتب على ثبوت حق العبد في أمر ما يلي[١]:

(١) الفروق للقرافي (١٤٠/١)/ الذخيرة للقرافي (٣٤١/٥).
(٢) أصول السرخسي (٢٩٧/٢).
(٣) التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي (٨٢/١).
(٤) الفروق للقرافي (١٤١/١)/ قواعد الأحكام (١٦٧/١).
(٥) التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي (٨٢/١).

١- أن حق العبد يقبل الإسقاط والعفو والصلح والإبراء، فيجوز للعبد أن يتنازل عنه أو يعفو أو يتصالح، لأنه خالص حقه وتصرف الإنسان في ملكه جائز بأي وسيلة إذا كان جائز التصرف، وكان المحل قابلاً للإسقاط، ولم يكن هناك مانع كتعلق حق الغير به.

٢- استيفاء حق العبد منوط بصاحب الحق نفسه أو وليه، فإذا أسقط حقه فهذا لا يُسقط حق ولي الأمر في التعزيز عليه عملاً برأي بعض الفقهاء إغلاقاً لباب الجرأة على الله تعالى.

٣- حقوق العباد لا تقبل التداخل فتكرر فيها العقوبة عن كل جريمة على حده مهما تكرر الفعل.

٤- الأصل في حقوق العباد أنها تقبل التوارث – أي تنتقل من المورث إلى الوارث- كما في الحقوق المالية أو المتعلقة بالمال، أما حقوق العباد المتعلقة بنفس المورث فهي تنتهي بموته، ومن ثم فإنها لا تنتقل إلى الورثة، لأنها تنتهي بالموت فلا يبقى حق بعد الموت، فالورثة لا يرثون فكر مورثهم ولا شهوته فلا يرثون ما يتعلق بهذه الأمور فما لا يورث بذاته لا يورث ما يتعلق به، وقد اصطلح تسمية هذه الحقوق بالحقوق الشخصية المحضة.

٥- حقوق العباد تجب بطريق المماثلة بحسب الأصل، والمماثلة قد تكون صورة ومعنى كما في القصاص، وقد تكون معنى لا صورة كما في التعويضات المالية في بعض الجرائم، وذلك لأنها تجب بمقابلة المحل جبراً للنقص الحاصل، والجبر لا يحصل إلا بالمثل.

ثالثاً: الحق المشترك:

الحق المشترك هو ما اجتمع فيه الحقان – حق الله تعالى وحق العبد – وقد يغلب فيه حق الله تعالى وقد يغلب فيه حق العبد، وهو نوعان:

النوع الأول: ما اجتمع فيه حق الله تعالى وحق العبد ولكن حق الله غالب:

وهو ما تعلق به المصلحتان معاً – المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للعبد – ولكن يكون المنظور إليه أكثر هو المصلحة العامة[٢].

ومثال هذا حد القذف عند الحنفية فإن هذا الحد زاجر يعود نفعه إلى عامة العباد كما أن فيه دفع العار عن المقذوف، ولكن الغالب فيه هو المعنى الأول الزجر الراجع نفعه إلى عامة العباد[٣].

ويترتب على تغليب حق الله في مثل هذه الحقوق المشتركة أنها تكون أقرب إلى حقوق الله الخالصة في أحكامها وعليه[١]:

---

(١) قواعد الأحكام (١٦٧/١)/ الموافقات (٥٤٢/٢)/ أصول السرخسي (٢٩٦/٢)/ الفروق للقرافي (١٤١/١)/ الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبه الزحيلي (٣٧١/٤)/ دراسات فقهية مقارنة، د/ عبد الرحمن محمد عبد القادر ص ٨٣١.
(٢) دراسات فقهية مقارنة، د. عبد الرحمن عبد القادر، ص٨٣.
(٣) أصول السرخسي (٨٢٩٦/٢)/ شرح التلويح على التوضيح (٢/ ٣٠٨).

١- لا تسقط بالعفو من جانب العبد فلا يملك المقذوف العفو بعد بلوغ الحاكم.

٢- لا يجري فيها التوارث عند من يقول أن حق القذف يغلب فيه حق الله.

٣- تتداخل فيها العقوبة، فلو قذف جماعة ولو بكلمات متفرقة لا يقام عليه إلا حد واحد.

٤- يفوض استيفاء هذه العقوبات للإمام ولا يملك الأفراد استيفاءها بأنفسهم.

النوع الثاني: ما اجتمع فيه حق الله تعالى وحق العبد، ولكن حق العبد غالب:

وهو الذي تعلق به تحقيق المصلحتين معاً – العامة والخاصة – ولكن المنظور إليه أكثر هو تحقيق المصلحة الخاصة[٢].

ومن أمثلة ما اجتمع فيه حق الله تعالى وحق العبد وكان حق العبد غالب القصاص من القاتل عمداً عدواناً فإن الله عز وجل له فيه حق، لأنه اعتدى على النفس البشرية ولله فيها حق الاستعباد، كما أن في القصاص مصلحة عامة للمجتمع وهي حفظ الأرواح وصيانة الأنفس عن الهلاك فيعم الأمن ويسود الاستقرار.

ويدل على حق العبد فيه أن العبد له حق الاستمتاع بحياته ببقاء نفسه وصيانتها، وفي القتل إهدار للحياة وضياع لهذه الحقوق فشرع المولى عز وجل القصاص صيانة للأرواح وحفظاً لها من الضياع، كذلك في القصاص شفاء لصدور أولياء المقتول من الغل والغيظ على قتل وليهما[٣].

ويدل على حق العبد فيه أيضاً اعتبار المماثلة في القصاص، واعتبار المماثلة بين الجريمة والعقوبة من خصائص حقوق العباد.

والحقوق المشتركة التي يغلب فيها حق العبد تلحق بحقوق العباد ومن ثم فإنه يجوز التنازل عنها، وإسقاطها، والصلح عليها بعوض أو بغير عوض، وهي مما تنتقل بالإرث، ويجوز استيفاء هذه الحقوق بواسطة الشخص بنفسه كما في القصاص على رأي بعض الفقهاء إذا كان يحسن التنفيذ.

وتقسيم الحقوق بهذا الشكل، وما يتفرع عن هذا التقسيم من جرائم وعقوبات، يجعل لكل قسم من هذه الأقسام مزايا وسمات خاصة بكل قسم، ويترتب على ذلك بعض الآثار والنتائج فيما يتعلق مثلا بموضوع لزوم الخصومة وعدم لزومها، وتقادم الدعوى الجنائية، وكيفية الإثبات، وأثر التوبة[٤].

---

(١) شرح التلويح على التوضيح (٢/ ٣٠٨)/ الموسوعة الكويتية (١٨/١٨)/ الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون، د. منصور الحفناوي ص٥٠.
(٢) دراسات فقهية مقارنة، د/ عبد الرحمن عبد القادر، ص ٨٦.
(٣)شرح التلويح على التوضيح (٢/ ٣٠٨).
(٤) الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي د. منصور الحفناوي ص٥١ وما بعدها.

المطلب الثاني

شروط الحق الذي يجوز التحكيم فيه

(شروط الحق محل الصلح)

جمهور الفقهاء وشراح القانون يقررون أن المسائل التي يجوز فيها التحكيم، أو الحقوق التي يجوز فيها التحكيم هي نفسها الحقوق التي يجوز التصالح عليها، ومن ثم فوجب علينا أن نبين في هذا المطلب شروط الحق محل الصلح والذي من الممكن أن يكون محلاً للتحكيم.

وقد بينا في المطلب السابق أن الحقوق تتنوع إلى حقوق لله تعالى، وحقوق للعباد، وحقوق مشتركة، فأي نوع من هذه الأنواع يصح التصالح عليه؟

للإجابة على هذا التساؤل لا بد أولاً من بيان بعض الشروط المتعلقة بالصلح من حيث الحقوق محل الصلح، والبدل فيه، ونجملها فيما يلي:

الشرط الأول: ألا يكون الحق محل الصلح حقاً لله تعالى:

يجب أن يكون الحق الذي يجري التصالح عليه حقاً للعبد سواء كان حقاً خالصاً للعبد، أم كان حقاً مشتركاً بينه وبين خالقه سبحانه وتعالى، وعليه فلا يجوز أن يكون المصالح عنه حقاً لله تعالى، سواء كان مالاً عينياً أو ديناً أو حقاً ليس بمال، فلا يجوز ولا يصح الصلح عن حد الزنا والسرقة وشرب الخمر، فلو أخذ زانيا أو شارب خمر، أو سارق وصالحه على مال على ألا يرفع أمره إلى القاضي فلا يصح لأن هذه الحدود حق لله تعالى، ولا يجوز الصلح عن حقوقه تعالى لأن الشخص المصالح يتصرف في حق نفسه إما باستيفاء كل حقه، أو استيفاء بعضه وإسقاط البعض الآخر، أو المعاوضة عليه وكل هذا لا يجوز في غير حقه[١].

أما حد القذف فإنه أيضاً لا يجوز الصلح عليه، لأنه وإن كان فيه حق للعبد إلا أنه أيضاً فيه حق لله تعالى، وحقوق الله تعالى لا يجوز الصلح عليها لأن المغلب فيه حق الله تعالى والمغلوب في حكم المعدوم[٢].

ولو صالح شخص شاهداً يريد أن يشهد عليه على مال على ألا يشهد عليه، فهو باطل، لأن الشاهد هنا محتسب حقاً لله تعالى، قال تعالى: (وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ) (٣)، والصلح عن حقوق الله لا يجوز وهو باطل[٤].

أما الصلح عن القصاص في النفس أو ما دون النفس فإنه يصح، لأن القصاص حق للعبد سواء تم الصلح بعوض أو بدل، أم تم الصلح بحيث أسقط حقه مطلقاً[١].

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام، ملا خسرو، دار إحياء الكتب العربية، (٣٩٦/٢)/ التاج المذهب لأحكام المذهب (١٧٣/٤)/ الموسوعة الكويتية (٣٤٩/٢٧).
(٢) بدائع الصنائع (٤٨/٦).
(٣) سورة الطلاق، من الآية (٢).
(٤) بدائع الصنائع (٤٨/٦).

ومن ثم فإن الحق متى كان خالصاً للعبد فإنه يجوز له أن يتنازل عنه أو يتصالح عليه سواء بمقابل أو بغير مقابل لأنه يتصرف في حق نفسه، أما إذا كان الحق خالصاً لله تعالى فلا يجوز التصالح عليه مطلقاً، أما الحقوق المشتركة فما كان حق الله فيه غالب يلحق بحقوق الله تعالى ولا يجوز فيه الصلح، وما كان حق العبد فيه غالب فإنه يجوز للعبد أن يتصالح فيما هو حق له دون حق الله تعالى، فإذا تصالح الإنسان عن حقه في القصاص فأسقط حقه فيه ببدل أو بغير بدل فإن ذلك لا يسقط حق الله تعالى المتمثل في جواز العقاب على فعل القتل أو القطع بما هو مناسب حتى ولو سقط القصاص.

والفقهاء حين يتكلمون عن سقوط القصاص أو الصلح عليه بفعل العبد لم يتكلموا عن سقوط العقاب بل سقوط القصاص وفقط، فهذا ما يملك العبد التصرف فيه والصلح عليه ويظل حق الله – حق الدولة أو المجتمع – كما هو قائم، وعلى ولي الأمر إذا ما أسقط العبد حقه أن يوازن بين إسقاط حق المجتمع أو توقيع عقاب على الجاني حسب ما تقتضيه المصلحة.

الشرط الثاني: أن يكون الحق المصالح عنه ثابتاً للمصالح:

يجب أن يكون الحق محل الصلح ثابتاً، فما لا يكون حقاً للمصالح أو ثابتاً له لا يجوز الصلح عنه، كما لو كان الحق لغير المصالح، أو كان غير ثابت له بمعنى أنه لم يكن قد وجب له فعلاً [٢].

فكل حق لغير المصالح أو له ولكنه غير ثابت لا يجوز الصلح عليه، فلو أن امرأة طلقها زوجها ثم ادعت عليه جنيناً في يدها أنه ابنه منها وجحد الرجل فصالحت على النسب على شيء فالصلح باطل، لأن النسب حق للصبي وليس للمرأة فلا تملك الاعتياض عنه، ولأن الصلح إما إسقاط أو معاوضة والنسب لا يحتملهما[٣].

الشرط الثالث: أن يكون الحق المصالح عنه معلوماً:

بالنسبة للشيء المصالح عنه– محل الصلح – هل يجب أن يكون معلوماً؟

ذهب الحنفية[٤]، والحنابلة[٥]، والإباضية[٦]، والإمامية[٧] إلى جواز الصلح ولو كان المصالح عنه مجهولاً سواء كان عيناً أم ديناً لأن جهالة المصالح عنه لا تفضي إلى المنازعة، فمن ادعى على أخر في عين حقاً فأقر به المدعى عليه أو أنكر فصالح على مال معلوم جاز، لأن الصلح كما يصح بطريق

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ٣٩٦)/ الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢٠٧)/ شرح كتاب النيل وشفاء العليل (٦٥٢/١٣).
(٢) بدائع الصنائع(٦/ ٤٩)/ المغني (٤/ ٣٥٨).
(٣) الموسوعة الكويتية (٢٧/ ٣٥٠).
(٤) بدائع الصنائع (٦/ ٤٩).
(٥) الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢٠٧).
(٦) شرح كتاب النيل وشفاء العليل (٦٥٢/١٣).
(٧) شرائع الإسلام (٣٧٩/١)/ الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية (٤٣٨/٢).

المعاوضة يصح أيضاً بطريق الإسقاط وهذا إسقاط حق فصح في المجهول كالعتق والطلاق، وجهالة المصالح عنه إسقاط والساقط لا يفضي إلى المنازعة[١].

وكذلك فإن الصلح إذا كان صحيحاً مع العلم وإمكان أداء الحق بعينه فلأن يصح مع الجهل أولى، لأنه لو لم يجز الصلح حينئذ أدى إلى ضياع المال، والصلح في مثل هذه الحالة ليس بيعاً ولكنه إبراء، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في رجلين اختصما في مواريث درست: (استهما وتوخيا وليحلل أحدكما صاحبه)[٢].

وذهب المالكية[٣]، والشافعية[٤]، والزيدية [٥]، إلى عدم جواز الصلح عن المجهول فيجب أن يعرف المدعي قدر ما يصالح عنه من الدين، وذلك لأن الصلح بيع ولا ويصح بيع المجهول، فما جاز فيه البيع جاز فيه الصلح، ومع ذلك يصح الصلح عن المجمل عندهم مادام معلوماً وإن لم يسمياه، إذا كان الصلح بمعنى الإبراء[٦].

وعند المالكية إذا كان المصالح عنه مما يتعذر علمه جاز الصلح عليه[٧].

الشرط الرابع: أن يكون الحق المصالح عنه مما يجوز أخذ العوض عنه:

الحق محل الصلح يجب أن يكون مما يجوز أخذ العوض عنه سواءً كان مما يجوز بيعه أو مما لا يجوز، وسواء أكان مالاً أو غير مال، وعليه فإنه يجوز الصلح عن قود النفس وما دون النفس، فإنه وإن كان مما لا يجوز بيعه إلا أنه يجوز الاعتياض عنه بالمال، أو العفو من غير مال بالإسقاط[٨].

وإذا صالح الإنسان على القصاص جاز الصلح سواء تم الصلح بمثل ديته أو بأكثر أو أقل، لقوله تعالى:(فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ) [٩].

ومعنى فمن عفي له، أي: أعطي له، وكلمة شيء اسم يتناول القليل والكثير، فدلت الآية الكريمة على جواز الصلح عن القصاص على القليل والكثير، ولأن القصاص حق ثابت في المحل ويجري فيه العفو بغير مقابل فجاز الصلح عليه بالتعويض سواء كان قليلاً أو كثيراً[١٠].

---

(١) بدائع الصنائع (٤٩/٦)/ المغني (٤/ ٣٦٨).
(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٤/ ٦١)، رقم ١٨٢٣/ وأبو داود في سننه (٣/ ٣٠١)، رقم ٣٥٨٤ وقال الألباني: ضعيف.
(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣١٠/٣)/ مواهب الجليل (٨٠/٥).
(٤) المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الكتب العلمية، بيروت (٣٣٣/١)/ روضة الطالبين (٢١٨/٢).
(٥) التاج المذهب لأحكام المذهب (١٧٣/٤-١٧٤).
(٦) روضة الطالبين (٢١٨/٢).
(٧) مواهب الجليل (٨٠/٥).
(٨) فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ (٨/ ٤٠٤)/ بدائع الصنائع (٦/ ٤٩)/ مواهب الجليل (٨٥/٥)/ شرح منتهى الإرادات (٤٩٥/٣)/ المغني (٣٦٩/٤).
(٩) سورة البقرة، من الآية (١٧٨).
(١٠) بدائع الصنائع (٦/ ٤٩).

وبناء على ما سبق فإنه لا يجوز الصلح على شيء لا يجوز أخذ العوض عنه، كما لو صالح امرأة على مال مقابل أن تقر له بالزوجية، لأنها لو أرادت بذل نفسها بعوض لا يجوز ذلك لها[١].

الشرط الخامس: أن يكون الصلح في ذاته مشروعاً:

يجب أن يكون الصلح مما يجوز شرعاً، بمعنى ألا يترتب عليه معصية أو بمعصية[٢]، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "كل صلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو حلل حراماً"[٣].

فلو صالح على خمر أو خنزير أو شيء مما حرم الله، أو صالح على ستر محرم، أو ترتب عليه تحريم الحلال أو تحليل الحرام كان الصلح باطلاً، إذ لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق.

كل ما سبق شروط في محل الصلح أثرنا أن نذكرها لأن الفقهاء يقيسون التحكيم والمسائل التي يجوز فيها التحكيم على الصلح، وهناك شروط أخرى في الصلح متعلقة بشخص المصالح، أو البدل في الصلح منها:

الشرط الأول: أن يكون المصالح بالغاً عاقلاً: يجب أن يكون المصالح عاقلاً بالغاً لأن العقل شرط في جميع التصرفات الشرعية فلا يصح صلح المجنون أو صبي لم يبلغ[٤].

الشرط الثاني: أن يكون البدل في الصلح مالا متقوما أو منفعة مباحة: الأصل في الصلح أنه يحمل على أقرب العقود إليه، فلو صالح عن مال بمال كان أشبه بالبيع، وعليه فلا يجوز أن يكون الصلح على خمر أو خنزير أو ما هو غير متقوم عندنا، لأنه لا يصلح عوضاً في الصلح إلا ما يصلح عوضاً في البيع، وهذه لا تصلح عوضاً في البيع، ويصح أن يكون البدل في الصلح منفعة مباحة معلومة[٥].

الشرط الثالث: أن يكون البدل في الصلح معلوماً: إذا كان البدل في الصلح مالاً فإنه يجب أن يكون معلوماً غير مجهول، وذلك متى كان محتاجاً إلى قبضة حتى لا يفضي إلى المنازعة، فإن كان لا يحتاج إلى التسليم والتسلم فإنه لا يشترط العلم به، كما إذا ادعى كل من رجلين على صاحبه شيئا، ثم تصالحا على أن يجعل كل منهما حقه بدل صلح عما للأخر[٦].

---

(١) الموسوعة الكويتية (٢٧/ ٣٥٢).
(٢) العناية شرح الهداية (٨/ ٤٠٧)/ الفروق للقرافي (٦/٤)/ الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية (٤٣٧/٢).
(٣) أخرجه ابن حبان في صحيحه، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م (١١/ ٤٨٨) رقم ٥٠٩١ / والطبراني في معجمه (٢٢/١٧)/ وأبو داود في سننه (٣/ ٣٠٤)، رقم ٣٥٩٤، قال الألباني في تعليقه على سنن أبي داود: حسن صحيح.
(٤) درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ٣٩٥).
(٥) درر الأحكام (٣٩٦/٢)/ المهذب (٣٣٣/١).
(٦) بدائع الصنائع (٦/ ٤٩)/.

المبحث الثاني

النطاق الموضوعي للتحكيم في الفقه الإسلامي

المطلب الأول

تحديد المسائل التي يجوز فيها التحكيم في الفقه الإسلامي

يقسم فقهاء الشريعة الإسلامية كما بينا سابقاً الحقوق إلى ثلاثة أقسام:

-حقوق خالصة لله تعالى.

-حقوق خالصة للعبد.

-حقوق مشتركة بين المولى عز وجل وبين العبد.

وبالنظر إلى أنواع الحقوق السابقة فإن هذه الحقوق منها ما هو متعلق بمسائل جنائية مثل الحدود والقصاص وسائر الجرائم التي تمثل اعتداء على المجتمع أو أحد أفراده.

ومنها أيضاً ما هو متعلق بمسائل مدنية وتجارية مثل البيع والرهن والايجار والتعويضات وسائر المعاملات التي تجري بين الأشخاص بعضهم البعض والمسائل المتعلقة بصحة التصرفات.

ومنها ما هو متعلق بمسائل الأسرة والأحوال الشخصية، من حيث عقود الزواج ومسائل الطلاق والخلع والحصانة والرضاعة وثبوت النسب، وغيرها من مسائل الأسرة أوالأحوال الشخصية، ومسائل الميراث والوصية والوقف.

فهل كل هذه المسائل سواء الجنائية أو المدنية أو الأحوال الشخصية يمكن أن تكون محلاً للتحكيم؟ أم أن بعض هذه المسائل مما تخرج عن إطار التحكيم؟

وسنحاول الإجابة عن هذا التساؤل فيما يلي:

اختلف الفقهاء في مدى جواز التحكيم بحسب الأصل في كل المسائل أم في بعضها إلى قولين:

القول الأول: ذهب الحنابلة في قول، وهو الظاهر عند الإمام أحمد[1]، وقول مرجوح عند الشافعية[2]، إلى جواز التحكيم في كل المسائل، سواء في مسائل الأموال أم في غيرها من المسائل من الحدود والقصاص والنكاح واللعان وغيرها، وحكم المحكم في مثل هذه المسائل جائز وينفذ حكمه وهو كالحَكَم أو القاضي المولى من الإمام أو ولي الأمر، بشرط أن يكون المُحَكم على شروط القضاء.

---

(١) الكافي في فقه أحمد بن حنبل (٤/ ٢٢٤)/ الانصاف للمرداوي (١٩٩/١١)، وجاء فيه: (وان تحاكم رجلان إلى رجل يصلح للقضاء فحكماه نفذ حكه في المال، وينفذ في القصاص والحد والنكاح واللعان في ظاهر كلامه، وذكره أبو الحطاب في الهداية وهو المذهب).

(٢) المهذب للشيرازي (٢/ ٢٩١)/ مغني المحتاج (٢٦٨/٦) وجاء فيه: (لأن من صح حكمه في مال صح في غيره كالمولى من جهة الإمام)، وجاء في المهذب: (واختلف اصحابنا فيما يجوز فيه التحكيم، فمنهم من قال يجوز في كل ما تحاكم فيه الخصمان كما يجوز حكم القاضي الذي ولاه الإمام).

وجاء في بعض كتب الشافعية ما مفاده أن التحكيم يجوز في كل المسائل بشرط عدم وجود قاض في البلد، ولعل ذلك تخريجاً للرأي المرجوح عند الشافعية من جواز التحكيم في كل المسائل[١].

وقد استدل هذا الفريق على جواز التحكيم في سائر المسائل والحقوق بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في قصة أبي شريح، أنه قال للنبي صلي الله عليه وسلم: (إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي علي الفريقان، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما أحسن هذا) [٢].

ومما روي أيضاً أن عمر بن الخطاب وأبي بن كعب رضى الله عنهما تحاكما إلى زيد بن ثابت، وتحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم رضى الله عنهم أجمعين.

وأيضاً فإن المحكم تراضى عليه الخصمان فيقاس على قاضي الإمام، لأنهم يشترطون في المحكم نفس شروط القاضي[٣].

القول الثاني: ذهب الحنفية[٤]، والمالكية[٥]، والشافعية في الراجح[٦]، والقاضي من الحنابلة[٧]، والزيدية[٨]، إلى جواز التحكيم في بعض المسائل دون البعض الآخر، فهم يرون خروج بعض المسائل من نطاق التحكيم نظراً لخطورة هذه المسائل وتعلقها بالقواعد العامة في الشريعة الإسلامية، وبعض هذه المسائل محل إجماع بين هذا الفريق وبعضها محل خلاف بينهم.

وقد استدل هذا الفريق على جواز التحكيم في بعض المسائل بما ورد عن الصحابة الكرام – رضوان الله عليهم أجمعين – أنهم كانوا يتحاكمون في كثير من المسائل فهذا يعد إجماعاً منهم على جواز التحكيم[٩].

فقد ورد أن عمر بن الخطاب **رضى** الله عنه كانت بينه وبين أبي بن كعب مدارة في شيء فحكما بينهما زيد بن ثابت، وكذلك تحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم رضى الله عنهم أجمعين.

كما أن للمتخاصمين ولاية على أنفسهما فكان تحكيم آخر بينهما بمنزلة القاضي في حقهما، والمصالح في حق غيرهما[١٠].

---

(١) مغني المحتاج (٢٦٨/٦).
(٢ سبق تخريجه .
(٣) شرح منتهى الإرادات (٤٩٥/٣)/ كشاف القناع (٣٠٩/٦) .
(٤) البحر الرائق (٢٦/٧)/ الاختيار لتعليل المختار (٩٣/٢).
(٥) التاج والإكليل (١٠٠/٨)/ الذخيرة للقرافي (٧/ ٣٥).
(٦) روضة الطالبين (١٢١/١١)/ الحاوي الكبير (١٦/ ٣٢٦).
(٧) الكافي (٢٢٤/٤)/ المبدع في شرح المقنع (١٦٠/٨).
(٨) التاج المذهب لأحكام المذهب (٤/ ٢٠٤).
(٩) المبسوط للسرخسي (٦٢/٢١).
(١٠) الاختيار لتعليل المختار (٩٣/٢)/ الذخيرة (٣٥/١٠).

أما المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم فهي المسائل التي ليس لهما فيها ولاية، فما كان المتخاصمين يملكانه، ولهما فيه ولاية جاز لهما أن يتحاكما فيه، وما ليس لهما فيه ولاية ولا يملكانه لا يجوز لهما التحكيم فيه[١].

كما أن الحقوق التي لا يجوز التحكيم فيها هي الحقوق التي بنيت على الاحتياط حتى وإن كانت من حقوق العباد، كالنكاح والقصاص واللعان وحد القذف عند من يرجح حق العبد فيه[٢].

وإذا كان هذا الفريق من الفقهاء متفق على جواز التحكيم في بعض المسائل دون البعض الآخر، فإن لكل مذهب منهم تفصيل في تحديد المسائل التي يجوز فيها التحكيم والمسائل التي تخرج عن نطاق التحكيم على النحو الآتي:

أولاً: رأي الحنفية: يرى الحنفية أن التحكيم جائز في كل المسائل عدا الحدود والقصاص والحكم بالدية على العاقلة[٣].

والسبب في عدم جواز التحكيم في الحدود والقصاص أن التحكيم بمنزلة الصلح، فكما لا يجوز استيفاء القصاص والحدود ومنها حد القذف بالصلح فكذلك لا يجوز الاتفاق على التحكيم فيها، كما أن الحدود والقصاص تدرأ بالشبهات، وفي حكم المحكم شبهة، لأنه حكم في حقهما لا في حق غيرهم، وهذا شبهة عظيمة[٤].

وتخصيص السادة الحنفية جواز التحكيم بما عدا الحدود والقصاص يدل على أن التحكيم جائز في سائر المسائل التي يجوز الاجتهاد فيها كالطلاق والنكاح وغيرهما، وهذا هو الصحيح عندهم كما هو الظاهر في كتبهم، إلا أنهم أيضاً يقولون بجواز التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح إلا أنهم لا يفتنون الناس بذلك حتى لا يتجاسر العوام على التحكيم في مثل هذه المسائل.

وإذا حكم المحكم في الدم الخطأ بالدية على العاقلة فإن هذا يعد خطأ في الحكم ولا ينفذ حكمه، لأن المحكم لا ولاية له على العاقلة لأنهم لم يحكموه[٥].

وكذلك لو حكم المحكم في القتل الخطأ على القاتل بوجوب الدية في ماله دون العاقلة، فإنه أيضاً مخالف لرأي الشرع ويرده القاضي، ويقضي بالدية على العاقلة لأنها هي التي تعقل الخطأ إلا إذا اثبت القتل بالإقرار[٦].

---

(١) المبسوط للسرخسي (٦٢/٢١)/ الذخيرة للقرافي (٧/ ٣٥)/ روضة الطالبين (١٢١/١١)/ الكافي (٢٢٤/٤).
(٢) المجموع شرح المهذب (٢٠/ ١٢٧).
(٣) البحر الرائق (٢٦/٧)/ الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٩٩).
(٤) فتح القدير (٣١٨/٧)/ الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٩٩).
(٥) الهداية شرح بداية المبتدي (٣/ ١٠٨)/ فتح القدير (٣١٨/٧).
(٦) الهداية (٣/ ١٠٨)، وجاء في فتح القدير: (ولو حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لا ينفذ لأنه لا ولاية له على العاقلة إذا لم يحكموه، وكذا لو حكم على القاتل بالدية في ماله، فإن القاضي يرده ويقضي بما هو الحق ،وهو كونه على العاقلة لأنه مخالف لرأيه وللنص)، فتح القدير للكمال بن الهمام (٣١٩/٧).

ويبدو من كلام الحنفية أن للقضاء سلطة الرقابة على أعمال المحكمين فيجوز للقاضي أن يرد حكم المحكم متى كان حكم المحكم مخالفاً لنص شرعي، وعليه فإن حكم المحكم مشروط بعدم مخالفة النص الشرعي أو الإجماع، بخلاف المسائل محل الاجتهاد، فيجوز للمحكم الاجتهاد فيها حتى وإن خالف رأي القاضي ولا يملك القاضي نقضه.

ويمكن القول أن الحنفية يشترطون لصحة حكم المحكم في غير الحدود والقصاص ما يلي[١]:

١- أن يكون المحكم ممن يصلح أن يكون قاضياً، بمعنى أن يكون على شرط القاضي المولى وذلك فيما يحكم فيه.

٢- أن يكون حكم المحكم مستنداً على الإقرار أو البينة أو النكول، بحيث يبني حكمه على واحد من هذه الأدلة حتى يكون موافقاً لحكم الشرع، وإلا وقع حكمه باطلاً، وعليه فلا يجوز للمحكم أن يحكم بعلمه أو بالقرائن بناء على الظاهر من مذهبهم وإن لم يصرحوا بذلك.

٣- أن يكون حكم المحكم فيما يجوز فيه الاجتهاد، وألا يخالف نصا شرعيا أو أمرا مجمعا عليه.

٤- أن تكون المسألة محل التحكيم مما يجوز للمتخاصمين الصلح عليها، فإذا كانت الواقعة محل التحكيم مما لا يقبل الصلح فلا يجوز فيها الاتفاق على التحكيم حتى ولو كانت من غير مسائل الحدود والقصاص، مثل اللعان والحضانة وثبوت النسب، لأن هذه المسائل ليست محلاً للصلح عليها لتعلق حق الغير بها، ولأن التحكيم يقاس على الصلح لأنهما بمنزلة واحدة.

٥- أن يستمر رضا المتخاصمين بالتحكيم والحَكَم لغاية صدور الحُكم، فيجوز لأي منهما الرجوع قبل الحكم وليس لهما ذلك بعد الحكم، لأنه في هذه الحالة صدر عن ولاية صحيحة فلا يملك أي منهما الرجوع عنه.

هذه شروط جواز التحكيم عند الحنفية في غير الحدود والقصاص، وذهب الإمام أبو بكر الرازي – رحمه الله – من الحنفية إلى جواز التحكيم في القصاص لأن ولي القصاص لو استوفى القصاص من غير أن يرفع إلى السلطان جاز، فكذلك يجوز إذا حكم فيه لأنه من حقوق بني آدم[٢].

إلا أن الصحيح في المذهب الحنفي هو عدم جواز التحكيم في القصاص، لأنه وإن كان الغالب فيه حق العبد إلا أن فيه حقاً لله تعالى[٣].

وعليه فإن الحنفية يرون عدم صحة التحكيم في الحدود جميعها سواء في ثبوت الحد أو مقدار العقوبة، لأن إثبات الحدود ونفيها وعقوباتها مقدرة من قبل الشارع الحكيم بنصوص قطعية، وليس فيها عفو أو صلح أو تنازل لأنها حق لله تعالى، أو حق الله فيها غالب، والصلح مع الله تعالى بإقامتها كما أمر سبحانه وتعالى.

---

(١) البحر الرائق (٢٦/٧)/ فتح القدير (٣١٨/٧)/ الهداية شرح البداية (١٠٨/٣) الاختيار (٩٩/٢).
(٢) فتح القدير (٣١٨/٧)، المحيط البرهاني (١٢٣/٨).
(٣) درر الأحكام شرح مجلة الأحكام (٤/ ٦٤٠) شرح المادة ١٨٤١.

كذلك بالنسبة للقصاص فإن المحكم لا يملك إثبات القتل أو نفيه بالبينة[١].

وإذا ثبتت الجريمة في حق الجاني بالإقرار فهل يجوز التحكيم في تقدير العقوبة سواء كانت الدية أو أرش الجراحات؟

الظاهر من كلام الحنفية أنهم يرون جواز التحكيم في تقدير العقوبة على الجاني بعد ثبوتها بالإقرار، وتراضي كل من الجاني والمجني عليه أو أولياءه على اللجوء إلى التحكيم، لأن العقوبة في هذه الحالة على الجاني وليس على العاقلة، لأن العاقلة لا تعقل الدية في القتل الثابت بالإقرار، كما لا تعقل القتل العمد والصلح على الدية[٢].

ثانياً: رأي المالكية: يرى السادة المالكية جواز التحكيم في كل ما يصح لأحدهما ترك حقه فيه، وهو يشمل الأموال وما في معناها[٣].

ولا يجوز التحكيم عندهم في الحدود واللعان والقصاص والطلاق والعتق والنسب والولاية، لأن ولاية المحكم قاصرة وضعيفة وهذه الأمور عظيمة وتحتاج إلى ولاية عظيمة وهي ولاية الولاة المعينين من قبل ولي الأمر[٤].

وقد نص بعض المالكية على سبعة أمور لا يجوز فيها التحكيم عندهم وهي: الحدود واللعان والقتل والولاء والنسب والطلاق والعتق[٥].

والسبب أن هذه الأمور والمسائل يتعلق بها حق لغير الخصمين، إما لله تعالى، وإما لأدمي.

ففي اللعان حق للولد لقطع النسب، وكذلك في النسب والولاء يتعلق بهما حق للولد، أما العتق فهو حق لله تعالى، وكذلك الطلاق والعتق حق لله تعالى فلا يجوز بقاء المطلقة البائن في العصمة بعد الطلاق، ولا رد العبد إلى الرق بعد العتق[٦].

وفي الحدود والقتل لوجود حق الله تعالى فيها، فكل هذه المسائل لا يجوز فيها التحكيم.

وعند المالكية يجوز التحكيم في سائر الأموال والجراح حتى ولو كنت تشكل جريمة جنائية سواء كانت عمداً أو خطأ، كبيرة أو صغيرة، وذلك لأن مثل هذه المسائل مما يجوز للإنسان ترك حقه فيها، والقاعدة عندهم جواز التحكيم في كل ما يصح للإنسان ترك حقه فيه، ومتى لجأ المتخاصمان إلى التحكيم في واحد من المسائل المذكورة وحكم بينهما فإن حكم المحكم لا ينفذ حتى ولو وافق الصواب وينقض القاضي حكمه، وإن لم يوافق الصواب فعليه الضمان[٧].

---

(٤) المحيط البرهاني (٨/ ١١٧).
(١) فتح القدير (٧/ ٣١٩ – ٣٢٠)/ درر الأحكام شرح مجلة الأحكام (٦٤٠/٤).
(٢) التاج والإكليل (١٠٠/٨)/ الذخيرة للقرافي (١٠/ ٣٤).
(٣) الذخيرة (٣٤/١٠)/ التاج والإكليل (١٠٠/٨).
(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٣٦/٤)/ شرح مختصر خليل للخرشي (٧/ ١٤٥).
(٥) شرح مختصر خليل للخرشي (١٤٥/٧).
(٦)حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٣٦).

وزاد بعض المالكية في المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم النكاح والرشد والسفة والولاية على الغائب والحبس وصحة العقود ومال اليتيم والوصية لأن هذه المسائل من اختصاص القاضي المولي ولا يحوز التحكيم فيها[١].

وعليه فإن المالكية يرون صحة اللجوء إلى التحكيم فيما عدا المسائل المنصوص عليها عندهم من عدم جواز التحكيم فيها، فيجوز التحكيم في كل ما يتعلق بمسائل الأموال والتعويضات والجراح والقطع والاعتداء على ما دون النفس مما ليس فيه قصاص، والتحكيم في ضمان أرش هذه الجراحات إذا كانت العقوبة هي الضمان، أما إذا كانت العقوبة هي القصاص فلا يجوز التحكيم فيها ولو كانت على ما دون النفس، لأنهم يرون عدم جواز التحكيم في القصاص كما ذكره بعضهم[٢].

وكذلك يجوز التحكيم في كل جرائم الاعتداء على الأموال طالما أنها لا ترقى إلى درجة الحد سواء حد السرقة أو الحرابة وطالما لا تدخل ضمن حقوق الله تعالى.

ثالثاً: عند الشافعية: يرى الشافعية أن الأحكام والخصومات من حيث مدى جواز التحكيم فيها تنقسم إلى ثلاثة أقسام[٣]:

القسم الأول: يجوز فيه التحكيم بلا خلاف عندهم ويشمل الحقوق المالية، وعقود المعاوضات وما يصح فيه العفو والإبراء.

القسم الثاني: لا يجوز فيه التحكيم بالاتفاق وهو ما اختص القضاة بالإجبار عليه من حقوق الله تعالى كالحدود والولايات على الأيتام والحكم بالحجر على مستحقه.

القسم الثالث: وهذا القسم محل خلاف بينهم ففريق منهم يرى جواز التحكيم فيه لأن المسائل التي تشمله متوقفة على رضا المتحاكمين، وفريق ثان يرى عدم جواز التحكيم فيها لأنها حقوق وحدود يختص بها القضاة والولاة ويشمل هذا النوع أربعة مسائل وهي النكاح واللعان والقذف والقصاص[٤].

هذا هو رأي جمهور الشافعية في حين يرى الإمام الشافعي والإمام الغزالي –رحمهما الله تعالى– عدم جواز التحكيم أصلاً في كل المسائل حتى في مسائل الأموال وغيرها، وقيد بعضهم رأي الإمام الشافعي رحمه الله في منع التحكيم مطلقاً في كل المسائل بما إذا كان في البلد قاض، فإن لم يوجد قاض مولى جاز التحكيم في حقوق الآدميين[٥].

---

(٧) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٣٦).
(١) التاج والإكليل شرح مختصر خليل (١٠٠/٨).
(٢) الحاوي الكبير للماوردي (١٦/ ٣٢٥)/ المجموع شرح المهذب (٢٠/ ١٢٧).
(٣) الحاوي الكبير للماوردي (١٦/ ٣٢٥)/ روضة الطالبين(١٢١/١١).
(٤) روضة الطالبين (١٢١/١١)/ تحفة المحتاج شرح المنهاج (١١٨/١٠).

وعند الشافعية لا يجوز للمحكم أن يقضي بالحبس بل غايته أن يثبت الواقعة أو ينفيها ثم يحكم فيها، وإذا حكم بالحبس فليس له ذلك، وإذا حكم به فلا يجوز له أن يستوفيه لأن تنفيذ العقوبات من اختصاص القضاة والولاة[١].

وعلى رأي الشافعية لا يجوز التحكيم في كل عقوبة وجبت حقاً لله تعالى من حد أو تعزير، لأن هذه العقوبات والحقوق ليس لها طالب معين، حتى ولو كانت هذه الحقوق التي لله تعالى حقوقا مالية مثل الزكاة، لأن المستحقين لها غير محصورين وهي وجبت حقاً لله تعالى(٢) فلا يجوز التحكيم فيها، ويجب في المحكم أن يكون على شروط القاضي وأن يرضى الخصمين به حكماً قبل الحكم[٣].

ويصرح الشافعية بعدم جواز التحكيم في الحدود والتعازير التي وجبت حقاً لله تعالى لأن مثل هذين الأمرين ليس لهما مطالب من العباد فتخرج من نطاق التحكيم وتبقي بحسب الأصل من اختصاص القضاة والولاة.

رابعاً: عند الحنابلة: قلنا سابقاً أن الحنابلة في الظاهر عندهم عن الإمام أحمد هو جواز التحكيم في كل المسائل التي يتحاكم فيها الخصمان قياساً على قاضي الإمام.

بينما يرى القاضي من الحنابلة وغيره من علماءهم جواز التحكيم في بعض المسائل دون البعض الآخر، وهم يرون أن التحكيم إنما يجوز في الأموال خاصة دون غيرها فلا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص والنكاح وحد القذف لأن مثل هذه المسائل مبني على الاحتياط فيختص القاضي فقط للحكم فيها[٤].

وبناء على هذا الرأي إذا حكما رجلاً في قود أو لعان أو نكاح لا ينفذ حكمه، وينفذ حكمه في غير الفروج(٥)، وليس للمحكم عندهم أن يحبس في عقوبة، ولا أن يستوفي القصاص، ولا أن ينفذ الحدود أو يضرب الدية في الخطأ على العاقلة[٦].

خامساً: عند الزيدية: لا يجوز التحكيم عند الزيدية في اللعان والحدود لأنه يحتاج في هذه المسائل إلى الإمام لينفذ حكمه، فلا يجوز تحكيمه فيها[٧].

---

(٥) أسنى المطالب (٢٨٨/٤).
(١) تحفة المحتاج شرح المنهاج (١١٨/١٠)/ مغني المحتاج (٦/ ٢٦٨).
(٢) مغني المحتاج (٦/ ٢٦٧).
(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٢٤)/ المبدع في شرح المقنع (١٥٩/٨).
(٤)الانصاف (١٩٨/١١)/ كشاف القناع (٦/ ٣٠٨).
(٥) الانصاف (١٩٩/١١).
(٦) التاج المذهب لأحكام المذهب (٢٠٤/٤).

المطلب الثاني

مدى جواز التحكيم في المسائل الجنائية في الفقه الإسلامي

بينا في المطلب السابق آراء الفقهاء في المسائل التي يجوز فيها التحكيم والمسائل التي لا يجوز، ويبدو مما سبق أن جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في قول يرون عدم جواز التحكيم في مسائل الحدود والقصاص وكل جريمة أو عقوبة تمثل اعتداء على حق من حقوق الله تعالى ولو كانت عقوبتها التغرير.

ولكن هل يجوز اللجوء إلى التحكيم في الجرائم الواقعة على الأفراد أو منهم ولا تعد في ذاتها – الجريمة – أو عقوبتها حقاً لله تعالى؟ وما هو مفهوم حق الله تعالى في زماننا؟

للإجابة على التساؤلات السابقة نبدأ بالسؤال الثاني، ما هو مفهوم حق الله تعالى في زماننا؟

قلنا سابقاً أن حقوق الله تعالى هي: ما يتعلق بها النفع العام من غير اختصاص بأحد.

أو هي مالا مدخل للصلح فيها.

وقد قسم الفقهاء حقوق الله تعالى فمنها ما هو عقوبة خالصة كالحدود، ومنها ما هو عقوبة قاصرة كحرمان القاتل من الميراث والوصية، ومنها ما هو عبادة، ومنها ما هو مؤنة، ومنها ما هو مشترك بين العبادة والمؤنة.

والذي يهمنا هنا من حقوق الله تعالى ما يتعلق بالمسائل الجنائية منها.

وقد ذكر الفقهاء أن حقوق الله تعالى فيما يتعلق بالجرائم أو العقوبات أنها هي التي لا تقبل الإسقاط من جانب العبد، فلا يجوز للعباد أن يتفقوا فيما بينهم أو بالإرادة المنفردة من أي منهم أن يسقط العقوبة فيها، وإنما يجب توقيع العقاب على مرتكب الجريمة التي تمثل اعتداء على حق من حقوق الله تعالى، وعليه أيضاً فإن إثبات الجريمة والسير في إجراءات المحاكمة فيها لا يخضع لإرادة الأفراد، وإنما متى وقعت الجريمة وجب إقامة الدعوى فيها والسير في إجراءات المحاكمة من جانب النيابة العامة باعتبارها ممثل الادعاء العام عن المجتمع أي عن حقوق الله تعالى.

وعليه فإن أي جريمة لا يستطيع الأفراد إيقاف الدعوى فيها أو وقف تنفيذ العقوبة فيها بإرادتهم المنفردة تعد الجريمة اعتداء على حق من حقوق الله، وتعد العقوبة تنفيذا لحق من حقوق الله تعالى.

وأي جريمة أخرى يستطيع الأفراد إيقاف الدعوى فيها أو وقف تنفيذ العقوبة بعد صدورها بإرادتهم المنفردة لا تعد اعتداء على حق من حقوق الله تعالى، وإنما تعد اعتداء على حق من حقوق العباد.

كذلك فإن حقوق الله تعالى هي التي لا يجوز الصلح عليها من جانب الأفراد وعليه فإن أي جريمة يجوز الصلح عليها، أو أي عقوبة يجوز الصلح على مقدارها أو إسقاطها لا تعد حقاً لله تعالى وإنما تعد من حقوق العباد(١).

وبناء عليه فإن أي جريمة يجوز إيقافها أو إسقاطها أو الصلح عليها أو التنازل عنها من جانب الأفراد، وكذلك أي عقوبة يجوز إسقاطها أو الصلح عليها أو على مقدارها من جانب الأفراد، كل من هذه العقوبات وتلك الجرائم لا تعد من حقوق الله تعالى وإنما هي من حقوق العباد.

ثم للإجابة على التساؤل الأول الذي مفاده: ما هي الجرائم والعقوبات التي يجوز الصلح عليها؟

للإجابة على هذا التساؤل نقول:

أن جمهور الفقهاء متفقون على عدم جواز التحكيم في الحدود والقصاص لأن الحدود حق لله تعالى لا يجوز العفو عنه أو إسقاطه من جانب الأفراد، ولأن القصاص مما لا يجوز إثباته بالصلح، حتى وإن جاز التصالح عنه كما صرح بذلك الحنفية(٢).

كذلك لا يجوز التحكيم في إثبات الدية على العاقلة لأن حكم المحكم لا يتجاوز خصومة التحكيم من حيث الأشخاص والموضوع.

وعند المالكية لا يجوز التحكيم في بعض المسائل الأخرى التي لا تعد من المسائل الجنائية محل البحث، كمسائل النكاح والطلاق والنسب والحضانة والولاية وغيرها.

وعليه فإنه إذا تصور وجود بعض الجرائم التي يجوز إثباتها بالصلح فإنه من الممكن القول بجواز التحكيم فيها، وكذلك كل عقوبة جاز العفو عنها أو إسقاطها أو التصالح عليها جاز كذلك التحكيم فيها.

وبالنظر إلى آراء الفقهاء نجد أن هناك بعض العقوبات التي يجوز الاتفاق على الصلح فيها أو العفو عنها، مثل عقوبة القصاص بعد ثبوتها، فيجوز العفو عن القطع والضربة والشجة والجراحة سواء ثبت الجريمة بالإقرار أو البينة(٣).

كذلك يجوز الاتفاق على التحكيم لتقدير التعويض المالي المستحق للمجني عليه بعد ثبوت الجريمة، فهذا التعويض ليس من المسائل الجنائية(٤).

وعنه فكل ما جاز الصلح عليه أو العفو عنه جاز التحكيم فيه باتفاق طرفي الخصومة، ومن ثم لا يجوز التحكيم بين الأفراد فيما يتعلق بتحديد المسئولية الجنائية، وما إذا كان الشخص مذنبا أم لا، وتقدير العقاب الواجب حقا لله تعالى، لأنه مما لا يجوز الاتفاق على الصلح عليه.

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي (٨٢/١).
(٢) حاشية بن عابدين (٥/ ٤٢٩).
(٣) المبسوط للسرخسي (٢٦/ ١٥٤)/ الهداية (٤/ ٤٥٤).
(٤)التحكيم والصلح، د/ محمد السيد عرفه، ص ١٨٢.

ولم أجد في ما اطلعت عليه في كتب الفقه الإسلامي ما يمكن القول معه أن الجريمة من الممكن أن تثبت بالتصالح عليها، مع وجود الكثير من جواز التصالح على العقوبة بعد ثبوت الجريمة بالإقرار أو البينة.

فقد صرح الفقهاء بجواز العفو عن القصاص أو الصلح عليه بعد ثبوته سواء كان القصاص في النفس أو ما دونها[١].

قال تعالى: (فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ) [٢]، فقد أوجب الله تعالى الاتباع بالإحسان بمجرد العفو، فمن عفي له مقابل دفع الدية فليتبع بالإحسان في دفعها.

والعفو عن القصاص يصح مقابل الدية، ويصح بدون مقابل، قال تعالى: (فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ) [٣].

ولا أتصور ثبوت الجريمة بالصلح إلا أن تثبت بإنكار الجاني أو سكوته، ثم قبوله الصلح على العقوبة أما لو تصالح بعد إقراره بالجناية فإن الجريمة هنا تكون ثابتة بالإقرار لا بالصلح.

فلو سكت الجاني أو أنكر الجريمة ثم قبل الصلح على العقوبة فلا يمكن القول أن الجريمة ثابتة بالصلح مع إمكان القول أن العقوبة ثابتة بالصلح.

وللمحكم متى جاز له أن يحكم في بعض المسائل الجنائية في الفقه الإسلامي، خاصة فيما يتعلق بتقدير العقاب الواجب على الجاني، فإنه يصير كما القاضي، فيجوز له أن يستعين بذوي الخبرة والاختصاص للمساعدة في تقدير بعض العقوبات، مما ليس فيها نص شرعي يستطيع الرجوع إليه، وقد عرف في الفقه الإسلامي نظاماً لتقدير العقوبات الواقعة على ما دون النفس مما ليس فيها تقديرا محددا من الشرع، وهو ما يسميه الفقهاء "حكومة العدل"، وهي تقدير من ذوي الخبرة لمقدار العقوبة – على رأي البعض– أو الضمان – على رأي البعض الأخر– الواجب على الجاني إذا ارتكب جريمة تمثل اعتداءً على ما دون النفس[٤].

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٠٤)/ درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ٣٩٦)/ الذخيرة للقرافي (١٢/ ٤١٣)/ المهذب للشيرازي (١٩٧/٣)/ المجموع (١٨/ ٤٧٢)/ أسني المطالب (٤/ ٤٢)/ الكافي في فقه الإمام أحمد (٣/ ٢٧٨)/ المغني (٤/ ٣٦٩).

(٢) سورة البقرة آية (١٧٨).

(٣) سورة المائدة آية(٤٥).

(٤) حكومة العدل: تطلق على الواجب يقدره عدل في جناية ليس فيها مقدار معين من المال من قبل الشارع. ويسميها الحنفية حكومة عدل، في حين يكثر عند المالكية والشافعية قولهم فيها الاجتهاد.

وتجب حكومة العدل كعقوبة أو تعويض عن كثير من جرائم الاعتداء على ما دون النفس مما ليس فيه أرش مقدر في الشرع، وذلك صونا للجناية عن الهدر، أو أن يهدر دم في الإسلام، ومن أمثلة الجرائم التي تجب فيها حكومة عدل: الجرائم التي تؤدي إلى كسر أي من عظام الجسم عدا السن ففيها حكومة عدل، لأن السن يمكن فيه القصاص بخلاف باقي عظام جسد الأدمي فإنه يتعذر فيها القصاص، وكذلك الجراحات التي ليس لها أرش مقدر في الشرع وهي ما دون الموضحة من الشجاج، وكذلك الاعتداء على عضو من أعضاء الإنسان الذي ذهبت منفعته وظل قائما، مثل الاعتداء غلى العين القائمة الذاهب نورها، وقطع لسان الأخرس، وقطع اليد الشلاء، وفي الإصبع والسن الزائدة، وغير ذلك مما ليس فيه أرش مقدر في الشرع، لأنه لا قصاص في هذه الأشياء، وليس فيها أرش مقدر أيضا. انظر: بدائع الصنائع (٣٢٤/٧)/ حاشية بن عابدين (٥٨٢/٦-٥٨٥)/ حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣٨١/٤)/ التاج والإكليل (٣٣٥/٨)/ المجموع شرح المهذب (٤١٧/١٨)/ مغني المحتاج (٧٧/٤)/ المغني (١٧٧/١٢)/ الانصاف (٥٢٨/٢٥)/ الموسوعة الفقهية الكويتية (٤٥/٢١).

المطلب الثالث

مدى جواز التحكيم في المسائل الجنائية في بعض القوانين العربية

بالنظر إلى القوانين العربية في الدول الإسلامية التي تنظم التحكيم فإن هذه القوانين جميعها لم تنص على عدم جواز التحكيم في المسائل الجنائية، أي في الجرائم والعقوبات ولكنها نصت في مجملها على أن التحكيم يجوز فيما يجوز فيه الصلح، وذكر بعض هذه القوانين بعض المسائل التي لا يجوز الصلح عليها ومن ثم لا يجوز التحكيم فيها.

وسوف أتعرض بشكل سريع لبعض هذه القوانين العربية التي تجيز الصلح في بعض المسائل الجنائية، ومن ثم من الجائز الالتجاء إلى التحكيم في مثل تلكم المسائل[١].

الوضع في قوانين جمهورية مصر العربية:

ربط قانون التحكيم المصري الصادر بالقانون رقم ٢٧لسنة ١٩٩٤ المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم بالمسائل التي لا يجوز فيها الصلح بطريق الاستبعاد، فما لا يجوز الصلح فيه لا يجوز التحكيم فيه حيث نصت المادة (١١) في الفقرة الثانية منها: "ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح".

ولمعرفة المسائل التي لا يجوز فيها الصلح في القانون المصري يرجع إلى نصوص القانون المدني نجد المادة(٥٥١) منه تنص علي: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب بعض الجرائم".

ومن ثم فإن المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية للإنسان كمسائل الأهلية والحالة المدنية، وصحة الزواج ونفيه، والولاية وغيرها من المسائل المتعلقة بحالة الشخص لا يجوز الصلح عليها، ومن ثم فهي أيضاً لا يجوز التحكيم فيها.

كذلك أيضاً لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام في مصر.

ومفهوم النظام العام مفهوم واسع وليس له ضابط محدد، ويمكن القول بأن مفهوم النظام العام يعني: جميع القواعد التي تتعلق بالمصالح العامة العليا في المجتمع، الذي تحفز له الحماية اللازمة لاستقراره واستمراره وتحقيق العدالة لأفراده"[٢].

وعليه فكل ما يتعلق بمسائل الحالة المدنية، ومسائل النظام العام ويرتبط بهما ارتباطاً وثيقاً بحيث يعد منهما لا يجوز التحكيم فيه – بحسب الأصل – لأنه لا يجوز الصلح عليه.

---

(١) الدراسة في الأصل خاصة بجانب الفقه الإسلامي، وأتعرض بشكل بسيط للجانب القانوني بما يخدم الدراسة، مراعيا قدر المستطاع عدم الإطالة والإسهاب.

(٢) التحكيم والصلح، د/ محمد السيد عرفه، ص ١٨٣.

والسبب في عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام هو ارتباط مثل هذه المسائل بالمصالح العليا لكل أفراد المجتمع على وجه العموم، ومن ثم فمن الخطر اخضاع مثل هذه المسائل لسلطة المحكم تحقيقا لمبدأ العدالة والمساواة بين كل أفراد المجتمع، وخوفا من تجاوز المحكمين لمثل هذه الاعتبارات والمصالح العليا في المجتمع(١).

أما ما يترتب على مسائل الحالة الشخصية للإنسان وما يترتب على الجرائم من أمور ومصالح مادية ومالية فإنه يجوز الصلح عليه، ومن ثم يجوز التحكيم فيه، حتى ولو كانت هذه المصالح المالية ناشئة أو مترتبة على ارتكاب بعض الجرائم.

ومن ثم فإن نص المادة (٥٥١) من القانون المدني يمكن القول بأنها تشير بطريقة ضمنية إلى أن مسائل تحديد المسئولية الجنائية وإثبات الجرائم وتقدير العقوبة عليها تعد من النظام العام، وعليه فلا يجوز الصلح عليها أو التحكيم فيها، وهذا الكلام غير صحيح بعمومه ذلك لأن نصوص قانون الإجراءات الجنائية وبعض القوانين الأخرى أجازت الصلح أو التصالح في بعض الجرائم والعقوبات.

وبالنظر إلى قانون الإجراءات الجنائية المصري وبعض القوانين الأخرى نجد أنها أجازت الصلح أو التصالح فيما يتعلق ببعض الجرائم وعقوباتها سواء كانت هذه الجرائم من قبيل المخالفات أو الجنح أو حتى الجنايات في بعض الأحيان، مع ملاحظة أن هذا التصالح يتم بعد ثبوت الجريمة، ويؤتي أثره في تقدير العقوبة، وأيضا قد ينصرف أثر التصالح في بعض الجرائم إلى زوالها بالكلية، وانقضاء الدعوى العمومية بشأنها واعتبارها كأن لم تكن، ومن ذلك ما يلي:

١- ما نص عليه قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ والمعدل بالقانون رقم ١٧٤لسنة ١٩٩٨ حيث نصت المادة (١٨) مكرر والمادة (١٨) مكرر (أ) الصلح والتصالح في بعض الجرائم البسيطة في بعض مواد المخالفات والجنح التي يعاقب عليها القانون بالغرامة فقط(٢).

٢- في تعديل أخير لقانون الإجراءات الجنائية صدر القرار الجمهوري رقم ١٦ لسنة ٢٠١٥ بإضافة نص المادة(١٨) مكرر (ب) إلى قانون الإجراءات الجنائية، هذه المادة التي أجازت التصالح في الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات، وهي جرائم اختلاس المال العام والعدوان عليه والعذر، هذه الجرائم في أغلبها هي من قبيل الجنايات وهي تقع على المال العام من قبل موظفي الدولة وعمالها ومن هذه الجرائم على سبيل المثال.

جرائم الاستيلاء بغير حق على المال العام أو تسهيل ذلك للغير، وعقوبتها السجن المشدد والمؤبد، المادة(١١٣).

وجريمة طلب الموظف مالا يستحق أو ما يزيد عن المستحق مع العلم بذلك، وعقوبتها السجن أو السجن المشدد، (مادة ١١٤).

---

(١) التحكيم والصلح، د/ محمد السيد عرفه، ص ١٤٨.
(٢) نص المادة (١٨) مكرر.

وجرائم التربح من الوظيفة، وعقوبتها السجن المشدد، مادة (١١٥).

وجريمة تعدي الموظف على الأرض الزراعية أو أرض فضاء، وعقوبتهما السجن المشدد أو المؤبد (مادة ١١٥مكرر أ).

وجريمة إضرار الموظف العام عمداً بالمال العام أو المعهود به إليه، وعقوبتها السجن المشدد(مادة ١١٦مكرر أ) [١].

ومع ملاحظة أن هذه الجرائم هي من قبيل جرائم الجنايات التي تقع من الموظفين العموميين في الغالب إلا أن القانون أجاز التصالح عليها، ونظم طريقة التصالح بمعرفة لجنة من الخبراء يصدر بتشكيلها قرار من رئيس مجلس الوزراء، أي أنها لجنة إدارية وليست لجنة قضائية، وتقوم اللجنة بتحرير محضر مواقعة التصالح وأطرافها، ويعتمد هذا المحضر من قبل مجلس الوزراء سواء كانت الدعوى في مرحلة التحقيق أو المحاكمة، ويترتب على هذا التصالح انقضاء الدعوى الجنائية عن الواقعة محل التصالح بجميع أوصافها، وتأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبات المحكوم بها على المهتمين في الواقعة إذا تم الصلح قبل صدور الحكم البات، ويجوز إجراء التصالح في الأحكام الصادرة غيابياً.

٣- أجازت بعض القوانين الصلح أو التصالح في بعض الجرائم، من ذلك على سبيل المثال، ما نص عليه قانون التجارة رقم١٧ لسنة ١٩٩٩ في المادة (٥٣٤) حيث أجازت الصلح في الجرائم المتعلقة بإصدار شيك ليس له مقابل وفاء قابل للصرف، ويترتب على التصالح في هذه الجريمة انقضاء الدعوى الجنائية ووقف تنفيذ العقوبة ولو بعد صيرورة الحكم باتاً.

٤- كذلك أجازت بعض القوانين الخاصة التصالح في بعض جرائم التهرب من الضرائب والجرائم الاقتصادية منها:

نص المادة (٥٦) من القانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٨١ بشأن التصالح في جرائم التهرب من الضريبة على الاستهلاك.

ونص المادة (١٩١) من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ المتعلق بالضرائب على الدخل بشأن الصلح مع الممول في الجرائم الضريبية.

ونص المادة (١٤) من القانون رقم٩٧ لسنة ١٩٩٦ بشأن التصالح في جرائم التعامل بالنقد الأجنبي.

ونص المادة(١٣٤) مكرر المضافة بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٠ إلى القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ بشأن التصالح في جريمة تهريب البضائع الأجنبية.

وهناك نصوص في قوانين أخرى تجيز التصالح في بعض الجرائم كمخالفات المرور وغيرها في القوانين الأخرى.

---

(١) لمزيد من المعلومات راجع قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ وما عليه من تعديلات، في الباب الرابع من الكتاب الثاني من المادة رقم (١١٢) إلى المادة رقم (١١٩ مكرر ١).

ويتم الصلح أو التصالح في بعض هذه الجرائم بناء على اقتراح من المتهم أو مأمور الضبط أو جهة الإدارة.

فالقوانين المصرية أجازت الصلح أو التصالح في كثير من الجرائم وعقوباتها، سواء كانت هذه الجرائم من قبيل المخالفات أو الجنح وأحياناً حتى في جرائم الجنايات.

وإذا كان التحكيم يقاس على الصلح فما لا يجوز فيه الصلح لا يجوز فيه التحكيم فإنه عملاً بمفهوم المخالفة فإن ما يجوز فيه الصلح يجوز فيه التحكيم من حيث المبدأ، مع الأخذ في الاعتبار ضرورة وجود تنظيم قانوني للتحكيم في مثل هذه المسائل.

ويلاحظ على الوضع القانوني في مصر أنه توسع كثيراً بعد صدور القرار بقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠١٥ فيما يتعلق بالمسائل التي يجوز فيها التصالح، حيث أدخل نوعاً جديداً من الجرائم تعد من قبل جرائم الجنايات– في تكييف قانون العقوبات المصري– كما أن هذه الجرائم التي يجوز التصالح فيها وفقاً لهذا القانون هي جرائم متعلقة بإهدار المال العام والاستيلاء عليه والاعتداء عليه واختلاسه وجرائم الغدر التي تقع في غالب الأحوال من الموظفين العموميين، وكان الأولى بالقانون ألا يتوسع في جواز التصالح في أمثال هذه الجرائم.

تلك الجرائم السابقة تعد في الشريعة الإسلامية من قبيل جرائم التعازير فهي ليست من الحدود ولا القصاص، ومع ذلك فإن الشريعة الإسلامية تنظر إلى الاعتداء على المال العام باعتباره جريمة متعلقة بحق من حقوق الله تعالى حتى ولو كانت مما يعاقب عليها بالتعزير، إلا أنه لا يجوز التصالح فيها والعفو عنها ويجب توقيع العقاب على مرتكب مثل هذه الجرائم، وعليه فلا يجوز الصلح عليها أو التحكيم فيها في الشريعة الإسلامية.

الوضع في قوانين بعض الدول العربية:

أما عن الوضع في الدول العربية فإن قوانين بعض هذه الدول تنص أيضاً – كما في القانون المصري– على عدم جواز التحكيم في مالا يجوز الصلح فيه، كما في قوانين التحكيم في الأردن، وسلطنة عمان، والمملكة العربية السعودية، واليمن(١).

كما أضافت بعض هذه القوانين عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام كما هو نص القانون اليمني للتحكيم.

وقد نص أيضاً القانون اليمني على بعض المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها على سبيل المثال وذكر منه: مسائل الحدود واللعان، وفسخ عقود النكاح، ورد القضاة ومخاصمتهم، والمنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ جبراً.

وفي نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية نص على عدم جواز التحكيم في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، والمسائل التي لا يجوز الصلح فيها.

وعليه فإن هذه القوانين تتفق مع القانون المصري في عدم جواز التحكيم في مالا يجوز فيه الصلح وفي المسائل المتعلقة بالنظام العام، وإن اختلف مفهوم النظام العام من دولة إلى أخرى.

وفي الختام فإن التحكيم نظام قديم موجود في الشريعة الإسلامية منذ نشأتها وهو وسيلة ناجحة لحسم الخصومات وفض المنازعات بعيداً عن القضاء الرسمي في الدولة طالما تم برضا الطرفين وكان فيما يجوز فيه التحكيم.

والأصل في التحكيم أن يكون فيما يتعلق بالمسائل المالية وما ينشأ عن الجرائم من مسائل مالية، ومع ذلك فإن القانون أجاز الصلح في بعض الجرائم وعليه فإنه من الجائز أن تكون هذه الجرائم محلاً للتحكيم متى وجد التشريع القانوني المنظم لها.

أما الشريعة الإسلامية فإنها أجازت التحكيم في مالا يعد حداً من حدود الله تعالى ولا قصاصاً وكان خالصاً للعبد، ومنعته في كل ما هو حق لله تعالى وإن لم يكن حداً ولا قصاصاً.

هذا والله أعلى وأعلم بالصواب.

---

(١) انظر: نص المادة (٩) من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١، ونص المادة (١١) من قانون التحكيم العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٤٧/٩٧ لسنة ١٩٩٧، ونص المادة (٢) من نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية الصادر بالأمر الملكي رقم م/٣٤ بتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤هـ ، ونص المادة (٥) من قانون التحكيم اليمني الصادر بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٢) لسنة١٩٩٢.

الخاتمة

تشتمل الخاتمة على أهم النتائج والتوصيات

أولاً: النتائج:

١- التحكيم في الشريعة الإسلامية هو نظام مستقل عن القضاء والصلح وغيره من الأنظمة المشابهة، ولقد كانت حدود هذا التميز واضحة في كتابات أئمتنا الفقهاء ومؤلفاتهم، مما يعني أن فقهاء الشريعة الإسلامية كان لهم فضل السبق في صياغة مبادئ النظرية العامة للتحكيم ووضع حدوده وضوابطه.

٢- المحكم في الفقه الإسلامي – عند جمهور الفقهاء – ينبغي أن يكون على شروط القاضي فيما يحكم فيه، لأنه بمنزلة القاضي المولى، وينبغي توافر هذه الشروط فيه وقت التقليد ووقت الحكم معا.

٣- التحكيم في طبيعته هو اتفاق أو عقد بين طرفيه، لذا لابد في طرفي النزاع من توافر أهلية التعاقد والتراضي على اللجوء إلى التحكيم، ولا يتصل عمل المحكم بموضوع النزاع إلا بعد التأكد من وجود هذا الرضا.

٤- ليست كل الحقوق محلا للتحكيم – عند جمهور الفقهاء – فهناك بعض الحقوق بمنأى عن جواز التحكيم فيها، والقاعدة عند جمهور الفقهاء أن ما يجوز فيه الصلح يجوز فيه التحكيم.

٥- التحكيم في المسائل الجنائية من حيث المبدأ جائز في الشريعة الإسلامية، مع تفصيلات عند الفقهاء في محل الحقوق التي يجوز فيها التحكيم والتي لا يجوز فيها.

٦- أن قوانين التحكيم في مصر وكثير من البلدان العربية أجازت التحكيم في المسائل التي يجوز فيها الصلح، ولم تنص صراحة على عدم جواز التحكيم في المسائل الجنائية، مع الأخذ في الاعتبار أن بعض القوانين المتعلقة بالجزاء في مصر أجازت الصلح أو التصالح في بعض الجرائم.

ثانياً: التوصيات:

١- يوصي الباحث إخوانه من المتخصصين في الفقه الإسلامي والقانون على حد سواء عمل مزيد من البحث والدراسة في هذا الموضوع، نظرا لما يمكن أن يسهم به في تحقيق العدالة الناجزة في المجتمع، والتخفيف عن كاهل القضاء.

٢- السماح بإنشاء وتنظيم عمل مراكز وطنية للتحكيم في بعض المسائل الجنائية، مع تأهيل كوادر من المتخصصين للعمل بها .

٣- العمل على صياغة قانون يسمح للقاضي الجنائي بإحالة بعض القضايا المحددة سلفا إلى التحكيم بناء على طلب وموافقة كل من الجاني والمجني عليه، ويكون حكم المحكم في هذه القضايا ملزما ونافذا في مواجهة أطرافه، وأمام المؤسسات الوطنية.

وفي الختام فهذا غاية جهد المقل، فالله أسأل أن يتجاوز عن الخطأ، ويعفو عن الزلل، وأن يجبر التقصير والنسيان، وأن يجعل هذا العمل من باب علم ينتفع به الدنيا، وعمل صالح في الآخرة

وصل اللهم وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

قائمة المراجع

القرآن الكريم جل من أنزله

أولاً: كتب تفسير القرآن الكريم وعلومه:

- أحكام القرآن، محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٣٤هـ- ٢٠٠٣م.
- التحرير والتنوير، الشيخ محمد الطاهر عاشور، مؤسسة التاريخ العربي، لبنان، بيروت.
- الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤ م.

ثانياً: كتب السنة النبوية الشريفة:

- الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه (صحيح الإمام البخاري)، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ.
- سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث السِّجِسْتاني، تحقيق: شعَيب الأرناؤوط، محَمَّد كامِل قره بللي، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى١٤٣٠هـ- ٢٠٠٩م.
- السنن الكبرى، أحمد بن الحسين الخراساني، أبو بكر البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- شرح صحيح البخاري لابن بطال، علي بن خلف بن عبد الملك، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، السعودية، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
- صحيح ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان التميمي، أبو حاتم الدارمي، تحقيق: شعيب الأرناؤوط ، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ - ١٩٩٣.
- مسند بن الجعد، علي بن الجَعْد بن عبيد الجَوْهَري، تحقيق عامر أحمد حيدر، مؤسسة نادر، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
- المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (صحيح الإمام مسلم)، الامام مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية ١٣٩٢هـ.

ثالثاً: كتب الفقه الإسلامي :

الفقه الحنفي:

- الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، تحقيق: عبد اللطيف محمد عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة ١٤٢٦- ٢٠٠٥.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري القادري وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- درر الحكام شرح غرر الأحكام، ملا خسرو، دار إحياء الكتب العربية، بدون رقم الطبعة.
- درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، علي حيدر خواجه أمين أفندي، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، الطبعة الأولى ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- رد المحتار على الدر المختار المسمى حاشية بن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، دار الفكر بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ،١٩٩٢م .
- فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي، دار الفكر، بدون طبعة أو تاريخ.
- المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة، بيروت، طبعة ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
- المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن مَازَةَ البخاري، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م.
- الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر الفرغاني المرغيناني، تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

الفقه المالكي:

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن رشد القرطبي، دار الحديث، القاهرة، بدون طبعة.
- بلغة السالك لأقرب المسالك، المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ)، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي، الناشر: دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ.

- التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م.
- التبصرة، على بن محمد اللخمي، تحقيق د. أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، قطر، الطبعة الأولى، ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- الذخيرة، شهاب الدين أحمد بن إدريس الشهير بالقرافي تحقيق: محمد حجي، وسعيد أعراب، ومحمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
- شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، دار الفكر للطباعة، بيروت.
- المختصر الفقهي، محمد بن محمد ابن عرفة، تحقيق: حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية، الطبعة الأولى، ١٤٣٥- ٢٠١٤م.
- منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عليش المالكي، دار الفكر، بيروت، طبعة:١٤٠٩هـ- ١٩٨٩م.
- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب المالكي، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

الفقه الشافعي:

- أسنى المطالب في شرح الروض الطالب، الشيخ: زكريا الأنصاري، تحقيق: د. محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٠م
- تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، ودار إحياء التراث العربي، بيروت.
- الحاوي الكبير، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري الشهير بالماوردي، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ -١٩٩٩ م.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، دار المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ- ١٩٩١م.
- المجموع شرح المهذب، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، دار الفكر.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
- المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت.

الفقه الحنبلي:

- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية.
- دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف ب(شرح منتهى الإرادات)، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي، دار عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م .
- الشرح الممتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح بن محمد العثيمين، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى ١٤٢٢ - ١٤٢٨ هـ.
- الكافي في فقه الإمام أحمد، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الشهير بابن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.
- كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلي، دار الكتب العلمية، بيروت .
- المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.
- المغني، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الشهير بابن قدامة المقدسي، مكتبة القاهرة، تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

الفقه الزيدي:

- التاج المذهب لأحكام المذهب، القاضي أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني، دار الحكمة اليمانية، صنعاء، اليمن، طبعة ١٤١٤هـ- ١٩٩٣م.

الفقه الظاهري:

- المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، الناشر: دار الفكر، بيروت.

الفقه الإباضي:

- شرح كتاب النيل وشفاء العليل، محمد يوسف أطفيش، دار الفتح، بيروت، مكتبة الارشاد، جدة، مكتبة التراث العربي، ليبيا، الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ- ١٩٧٣م.

الفقه الشيعي الإمامي:

- الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، الشيخ زين الدين العاملي الشهير بالشهيد الثاني، تحقيق ونشر: مجمع الفكر الإسلامي، قم، الطبعة الثانية عشر ١٤٣٧هـ.
- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، أبو القاسم جعفر بن محمد الشهير بالمحقق الحلي، تعليقات للسيد صادق الشيرازي، دار القارئ، بيروت، الطبعة الحادية عشر ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م.

رابعاً: كتب فقهية وقانونية عامة:

- آداب الفتوى والمفتي والمستفتي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: بسام عبد الوهاب الجابي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ.
- أصول السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة، بيروت، بدون رقم طبعة.
- التحكيم الاختياري والإجباري، د. أحمد أبو الوفا، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٨٣م.
- التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي، د. محمد السيد عرفه، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ – ٢٠٠٦م.
- التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الشيخ عبد القادر عودة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى ١٤٣٦هـ- ٢٠١٥م.
- خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، د. على بركات، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ١٤١٧هـ، ١٩٩٦م.
- السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الإسلامي، د. محمد عبد الرحمن البكر، الزهر للإعلام العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.
- الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون، د. منصور محمد منصور الحفناوي، مطبعة الأمانة، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦م.
- شرح التلويح على التوضيح، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، وبهامشه، «التَّوْضِيح فِي حَلِّ غَوَامِضِ التَّنْقِيحِ» للمحبوبي، مكتبة صبيح، مصر، بدون رقم طبعة أو تاريخ نشر، وبهامشه
- الفروق، المسمى: «أنوار البروق في أنواء الفروق »، شهاب الدين أحمد بن إدريس الشهير بالقرافي، دار عالم الكتب، بدون رقم الطبعة، وبهامشه حاشية: «إدرار الشروق على أنوار الفروق »، الشيخ قاسم بن عبد الله المعروف بابن الشاط، وأيضا حاشية: «تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية »، للشيخ محمد بن علي بن حسين مفتى المالكية بمكة المكرمة.
- الفقْه الإسلامي وأدلته، الدكتور: وهبة بن مصطفى الزحيلي، دار الفكر، سوريَّة، دمشق، الطبعة: الرابعة المنقحة المعدلة .
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام، مراجعة: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، وصورتها دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة ١٤١٤هـ- ١٩٩١م
- قواعد التحكيم في القانون الكويتي، د. أحمد المليجي، دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، طبعة ١٩٩٦م.
- مبادئ التحكيم، د. محمد سعد خليفه، دار النهضة العربية، القاهرة.
- الموافقات، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ- ١٩٩٧م.

- الموسوعة الفقهية الكويتية، صادر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، الناشر: دار السلاسل، الكويت، ومطابع دار الصفوة، مصر، ووزارة الأوقاف الكويتية، الطبعات: من ١٤٠٤ – ١٤٢٧ هـ .

خامساً: كتب اللغة والمعاجم :

- تهذيب اللغة، أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى ٢٠٠١.
- القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، الدكتور سعدي أبو حبيب، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ – ١٩٨٨م.
- لسان العرب، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين بن منظور الأنصاري الإفريقي، الناشر: دار صادر، بيروت ، الطبعة الثالثة ١٤١٤ هـ.
- مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، الناشر: المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، الطبعة الخامسة، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م .
- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار)، الناشر: دار الدعوة، بدون تاريخ نشر .

الفهــرس

الموضوع	الصفحة
المقدمة	٤٣١
الفصل الأول: المقصود بالتحكيم، والتمييز بين التحكيم وغيره من الأنظمة المشابهة.	٤٣٥
المبحث الأول: تعريف التحكيم وأدلة مشروعيته.	٤٣٦
المطلب الأول: تعريف التحكيم في اللغة والاصطلاح.	٤٣٦
المطلب الثاني: أدلة مشروعية التحكيم.	٤٣٩
المبحث الثاني: التمييز بين التحكيم وبين غيره من الأنظمة المشابهة في الفقه الإسلامي.	٤٤٣
المطلب الأول: التمييز بين التحكيم والقضاء.	٤٤٣
المطلب الثاني: التمييز بين التحكيم والصلح.	٤٤٥
المطلب الثالث: التمييز بين التحكيم والإفتاء.	٤٤٧
المبحث الثالث:اتفاق التحكيم، وشروط المحكم في الفقه الإسلامي.	٤٤٩
المطلب الأول: شروط اتفاق التحكيم في الفقه الإسلامي.	٤٤٩
المطلب الثاني: المحكم وشروطه في الفقه الإسلامي.	٤٥٤
الفصل الثاني:مجالات التحكيم في الفقه الإسلامي	٤٦٢
المبحث الأول:أنواع الحقوق، وشروط الحق محل التحكيم في الفقه الإسلامي.	٤٦٣
المطلب الأول: أنواع الحقوق في الفقه الإسلامي	٤٦٣
المطلب الثاني: شروط الحق الذي يجوز التحكيم فيه (شروط الحق محل الصلح).	٤٦٨
المبحث الثاني: النطاق الموضوعي للتحكيم في الفقه الإسلامي.	٤٧٢
المطلب الأول: تحديد المسائل التي يجوز فيها التحكيم في الفقه الإسلامي	٤٧٢
المطلب الثاني: مدى جواز التحكيم في المسائل الجنائية في الفقه الإسلامي	٤٧٩
المطلب الثالث: مدى جواز التحكيم في المسائل الجنائية في بعض قوانين الدول العربية	٤٨٢
الخاتمة: وقد اشتملت على أهم النتائج والتوصيات.	٤٨٧
المراجع:	٤٨٩
الفهرس:	٤٩٥