التحكيم وأهميته في فض المنازعات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

أ.بودلال فطومة
معهد الحقوق والعلوم السياسية
المركز الجامعي غليزان.

مقدمة

فقد يسرت الشريعة الإسلامية للناس سبل السلام والاستقرار والأمان، لكي تكون الأجواء المحبة سائدة بين الأفراد، ولكي تبقى الحياة سعيدة نقي، لا يعكر صفراها كدر ولا ضغينة.فالقاعدة الأساسية التي سنها الإسلام للحياة هي الاستقرار والأمن والسلام والتراحم فواجه واقع الناس وشرع التشريعات المختلفة وإقامة العدل بين الناس وإيصال الحق إلي مستحقيه ومن تلك التشريعات الصلح والقضاء والتحكيم.و لما كانت وظيفة الحاكم في الإسلام وغيره من الشرائع فريضة شرعية وضرورة إنسانية فإن وجوب تحكيم الشريعة الإسلامية أمر لا يجادل فيه.كما أن كثير من الناس يفضلون فض خصوماتهم عن طريق التحكيم بدلا من القضاء لأهميته الكبيرة التي تتجلى في:

- الإسراع في فض المنازعات وسرعة البت فيها.
- الاقتصاد في الرسوم والنفقات فلا تحتاج إلي رسوم القضاء.
- و كذلك تلافي الحقد والضغينة بين المتخاصمين لأن حسم النزاع بينهم سيكون بعد التراضي.
- ومن أجل هده الأهداف السامية تطرقت لهده الجزئية بالذات في نظام التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي وأثره في فض المنازعات،

لأظهر أصالة الفقه الإسلامي وعمق تفكير فقهائنا الأوائل ومعالجتهم لما يكتنف المجتمع من مشاكل فالتساؤل الذي يطرح هو مدى مشروعية التحكيم في الإسلام؟ وماهي المقومات الأساسية للتحكيم ؟

ولمعالجة هده الإشكاليات ارتأينا تقسيم هده الدراسة على النحو التالي

المبحث الأول: ماهية التحكيم.

المطلب الأول: تعريف التحكيم.

المطلب الثاني: أهمية التحكيم.

المطلب الثالث: تاريخ التحكيم.

الفرع الأول: مشروعية التحكيم من الكتاب الكريم.

الفرع الثاني: مشروعية التحكيم من السنة.

الفرع الثالث: مشروعية التحكيم من الإجماع والصحابة.

المبحث الثاني: حكم التحكيم وحكم مشروعيته.

المطلب الأول: جواز التحكيم.

المطلب الثاني: حكم مشروعية التحكيم.

المطلب الثالث: تحكيم المرأة في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثالث: مجالات التحكيم وطرق إثباته.

المطلب الأول: مجلات التحكيم.

المطلب الثاني: طرق الإثبات في التحكيم.

الخـــاتـــمـــة.

المبحث الأول: ماهية التحكيم

تتسم إجراءات التقاضي في غالبية الأحيان بالبطء والتعقيد، لذا فإن اتفاق الأطراف على التحكيم، يكشف عن رغبة، في حسم ما قد يثور بينهم من خلافات وينزع إلى حد كبير" صفة الخصومة "و يقضي على طول الإجراءات. والتحكيم هو اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة (عقدية أو غير عقدية)، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل(أو التي تحتمل أن تثور) عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين ويتولى الأطراف تحديد أشخاص المحكمين أو على الأقل يضمنون اتفاقهم على التحكيم بيانا لكيفية اختيار المحكمين أو أن يتعهدوا لهيئة أو مركز من مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقا للقواعد أو النتائج الخاصة بهده الهيئات أو المراكز.

المطلب الأول: تعريف التحكيم:

التحكيم في أصل اللغة: حاكمه إلى الحاكم: دعاه وخاصمه.وحكموهم بينهم، أمره أن يحكم بينهم.

ويقال: حكمنا فلان فيما بيننا: أي أجزنا حكمه بيننا، وحكمه في الأمر تحكيما: أي أمره أن يحكم فأحتكم وتحكم، ورجل محكم منسوب إلى الحكمة[1].

وفي قوله تعالى (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم)[2].

وحكمه بينهم: أمره أن يحكم بينهم فهو حكم ومحكم.

و أما الحديث الشريف: "**إن الجنة للمحكمين** " فالمراد به اللذين يقعون في يد العدو، فيخيرون بين الشرك والقتل فيختارون القتل تباتا على الإسلام[3].

---

(1) انظر ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم، باب حكم نشر من دار صادر لبنان بيروت 1376ه المتوفى سنة 711ه.

(2) انظر سورة النساء الآية 65.

(3) أنظر جار الله محمود بن عمر الزمخشري ،الفائق في غريب الحديث وهم قوم من أصحاب الأخدود، دار إحياء الكتب العربية ط1 1945 في القاهرة.

التحكيم في اصطلاح الفقهاء: توليه الخصمين حاكما يحكم بينهما[1]. وهنا المراد بالخصمين هما الفريقان المتخاصمان.إذن" التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين حكما برضاهما لفصل في خصومتهما ودعواهما ".

ويقال لذلك: حكم بفتحتين، ومحكم بضم الميم، وفتح الحاء، وتشديد الكاف المفتوحة[2].

وعرف فقهاء القانون التحكيم: بأنه الاتفاق على إحالة ما ينشأ بين الأفراد من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين، أو على إحالة أي نزاع نشأ بينهم بالفعل، على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين.ليفصلوا في النزاع بدلا من أن يفصل فيه القضاء المختص.وسموا الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بعد نشوئه: مشارطه التحكيم.وسموا الاتفاق مقدما وقبل قيام النزاع على عرض المنازعات التي قد تنشأ في المستقبل خاصة بتنفيذ عقد معين على محكمين: شرط التحكيم[3].

التحكيم في القانون: هو الاتفاق على إحالة ما ينشأ بين الأفراد من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع نشأ بينهم بالفعل، على واحد أو أكثر من الأفراد يسمونهم محكمين، ليفصلوا في النزاع بدلا من أن يفصل فيه القضاء المختص.

الموازنة بين تعريف التحكيم في الشريعة والقانون إن تعريف فقهاء القانون لم يخرج عما ذكره فقهاء الشريعة الإسلامية لاشتماله على العناصر التالية:

---

(1) انظر ما جاء به الفقه الحنفي، دار المختار للحصيفي–دار المعرفة –بيروت.

(2) علي حيدر دار الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية وهو تعريف لفهمي الحسيني.179 من منشورات مكتبة النهضة بغداد وهي طبعة مصورة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية –الموسوعة الفقهية 10/ 235 الطبعة الثانية 1978 م.

(3) انظر الشرقاوي ،شرح المرافعات المدنية والتجارية ص 620.

-الاتفاق بين الخصمين على حسم النزاع بينهما بطريق التحكيم لا بطريق القضاء.

-طرفي التحكيم، الطرف الأول: الخصمان ولو تعددوا، والطرف الثاني الحكم أو الهيئة التحكمية، يعين باتفاق الخصمين وبحسم النزاع بينهما.

-محل التحكيم وهو فض النزاع القائم بين الخصمين.

كماقد عرف بعض الباحثين المعاصرين التحكيم[1]: "بأنه عقد بين طرفين متنازعين، يجعلان فيه برضاهما شخصا آخرا حكما، بينهما للفصل في خصومتهما[2] بدلا من القاضي".إذن فاتفاق الخصوم على حل منازعاتهم عن طريق التحكيم، بدلا من اللجوء إلي القضاء لا يلزم الحكم على النظر في النزاع بل لا بد من قبوله على تعيينه حكما في نزاعهم.

ويلعب التحكيم دورا أساسيا ومهما كوسيلة من وسائل فض المنازعات عرفها الإنسان مند القديم.و بمرور الزمن تطور إلي أن أصبح ظاهرة من ظواهر عصرنا الحديث في مجال الفصل في المنازعات، نظرا لما يقدمه من مزايا وفوائد للمتخاصمين.و يعتبر التحكيم قضاء غير رسمي، يقوم بجانب القضاء الرسمي.

ولذلك عرف الباحثون في القانون التحكيم بأنه "الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به"[3]،والتحكيم في العلاقات الدولية هو أحد وسائل الفصل في المنازعات التي تقوم بين دولتين

---

(1) إسماعيل الأسطل التحكيم في الشريعة الاسلامية ص17.

(2) القرطبي: أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي بكر الأنصاري الخزرجي القرطبي ،الجامع لأحكام القرآن طبعة دار الكتب بالقاهرة وهي مصورة من دار الكتب المصرية.

(3) أحمد أبوالوفا: عقد التحكيم وإجراءاته الطبعة الثانية 1974 م ص15.

أو أكثر، يتولاه شخص أو أكثر، أو شخصية سياسية أو هيئة دولية، ينتهي بقرار ويلزم به أطرافه[1].

أما بالنسبة إلي طرفي فض النزاع بطرق أخرى كالصلح، والقضاء، وبيان الفرق بينهما وبين التحكيم، لأن هدا ما تحرص عليه الشريعة الإسلامية. لإقامة العدل وفض الخصومات بين الناس عن طريق شرعيتها لهده الطرق:

1 –**الصلح:**

في اللغة: قطع النزاع.

و شرعا: قد يحصل به قطع المنازعة. وله عدة أنواع مثلا عند الزوجين عند الشقاق والصلح في المعاملة. قال الله تعالى "وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما "[2].

وقال ﷺ: (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا) [3].

وروى عن عمر رضي الله عنه أنه قال: **"ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يحدث بينهم الضغائن "**[4].

2- **القضاء:** ومشروعية القضاء تبث بالكتاب والسنة والإجماع وأجمع المسلمون على مشروعية نصب القضاء والحكم به فيما يخص قضايا الناس، ولأن فيه إنصاف المظلوم من الظلم وإيصال الحق إلى المستحق ودفع الظلم عن

---

(1) مسعد عواد حمدان البر قاني التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الطبعة الأولى سنة 1994 م الناشر مكتبة دار الإيمان في المدينة المنورة ص35.

(2) سورة الحجرات ،جزء من الآية رقم: 9.

(3) أنظر ما رواه الترمذي وابن ماجة عن عمرو بن عوف.و هو صحيح الجامع الصغير ص 50.

(4) نجم الدين أبي حفص بن محمد النسقي ،ضبط وتعليق الشيخ عبد الرحمن العك طبعة الأولى 1995 م دار النفائس بيروت المتوفى سنة 537ه.

العباد والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

المطلب الثاني: أهمية التحكيم:

لتحكيم فوائد كثيرة وهدا ما سمح للكثير من المتخاصمين إلي اللجوء إليه لفض منازعاتهم وتتجلي في:

في العوامل التي ساعدت على انتشار التحكيم كبديل عن الالتجاء إلي محاكم الدولة هو عدم ملائمة التنظيم القضائي والقوانين الوضعية للفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد، فالتحكيم يحقق لأطراف النزاع الرغبة في التحرر من القيود التي تفرضها النظم القانونية على المتقاضي أمام المحاكم[1]. وهنا تظهر مرونة التحكيم وهدا ما يسمح لأطراف النزاع بتشكيله على النحو المناسب لهم لأن التحكيم ينفر من القوالب الجامدة[2].

1- الإسراع في فض المنازعات وهدا لأن إجراءاته أيسر وأخف وقلة نفقاته تكاد لا تذكر بجانب ما يستدعيه حالة الدعاوى في المحاكم وثقل الأعباء نتيجة تكدس وتراكم القضايا في كافة المنازعات وفي مختلف الدول مما أصيب القضاء بالبطء في تحقيق العدالة والعدل البطيء نوع من الظلم[3] وهدا أهم مبرر يتطلب ضرورة البحث عن بدائل لفض المنازعات بغير طريق القضاء وكان من أهم هده البدائل التحكيم[4].

2- كذلك تلافي الحقد بين المتخاصمين لأن حسم النزاع عن طريق التحكيم سيكون بعد التراضي بين المتنازعين بواسطة ناس حازوا ثقتهم

---

(1) السيد عمر التحيوي التحكيم الحر والتحكيم المقيد طبعة 2001 ص15.

(2) إبراهيم أحمد إبراهيم اختيار ، طريق التحكيم ومفهومه ص3.

(3) إبراهيم أحمد إبراهيم نفس المرجع ص5.

(4) أحمد السيد الصاوي،التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 المتعلق بأنظمة التحكيم الدولية ،بند 3 ،ص 8.

واحتدام المشاحنات بينهم.

ولهذا يظهر أهمية التحكيم في واقعنا العملي وهو ما أجازته الشريعة الإسلامية وأقره القانون.

المطلب الثالث: تـــاريخ التـــحكيم:

مكانة التحكيم في الشريعة الإسلامية: وهنا نقصد إقامة الدليل على مشروعيتها وحكمها الشرعي والحكمة التي قصدها الشارع من تشريع هذه القاعدة.

الفرع الأول: مشروعية التحكيم بالكتـــاب الكـــريم:

الشريعة هي مجموعة الأحكام المشرعة، جعلها الله سبحانه وتعالى منهاجا وحكما للمسلمين لتستقيم حياتهم ويسود العدل والأمن فيما بينهم.

وقال سبحانه وتعالى: "وإن خفتم شقاقا بينهما فابعثوا حكما من أهله، وحكما من أهلها إن يريد إصلاحا، يوفق الله بينهما، إن الله كان عليما خبيرا"[1].

فتتجلى مشروعية التحكيم في حق الزوجين حفاظا على تماسكها، ودل ذلك على جواز التحكيم في صائر الخصومات والدعاوي[2]، فكان الحكم من

---

(1) سورة النساء 35.

(2) اعتبر التحكيم القاعدة في الفصل في المنازعات القائمة بين الأفراد أو بين الجماعات في المجتمعات القديمة ،و شكل دلك معلما بارزا في مدنيتها وحضارتها ،بعد أن كان الالتجاء إلي الانتقام الفردي سائدا ،و الاحتكام إلي القوة مبدأ، وكان التحكيم في بداية أمره اختياريا ،و تنفيد حكم التحكيم الصادر متروكا أمره للمتنازعين ،ثم صار التحكيم إجباريا في مرحلة لاحقة ،و قد عرف لدى قدماء الإغريق التحكيم في المنازعات القائمة بين دويلات المدن اليونانية ،كما نظموا معاهدات التحكيم الدائمة ،و عرف في روما في عصر الإمبراطورية القديمة وفي عصر الإمبراطورية السفلى ،و بصفة خاصة في العقود الرضائية ،و نظام التحكيم عرفه المصريون القدماء ،و الأشوريون ،و البابليون ،و العرب قبل الإسلام. انظر: صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، ط1، 1957 م، ص 79.

الحكمين بمنزلة القاضي المقلد.

الفرع الثاني: مشـــروعية التحكيم من السنة:

مر التحكيم بمراحل تطور طويلة عبر عصور تاريخية[1]، مما دل على ضرورته في حسم أو فض المنازعات بين أطراف التحكيم، تبعا لما يتمتع به من مزايا تجعله مفضلا لدى المحاكمين على اللجوء إلي القضاء، ذات الولاية العامة، في حسم نزاعاتهم الخاصة بهم[2] ولكن التحكيم لم يرتق في مراحل تطوره التاريخي، عندما أنتظم الإسلام العرب في دولة واحدة، فإن هم النبي والخلفاء الراشدين أتجه إلي توطيد أركان "الدولة"بالمعنى الذي نعرفه اليوم.(شعب، سلطة، إقليم) وكانت ركيزة التصور السياسي والقانوني لدى

---

(1) للتحكيم مزايا يفضل بها على التقاضي ،أبرزها: رغبة المتعاملين ،خاصة في نطاق التعامل التجاري ،في التحرر من قيود النظم القانونية المنظمة لتقاضي ،و التي تشتمل على تعدد درجات التقاضي ،و بطئ إجراءات المرافعات ،و طول مدة فصل النزاع بواسطة القضاء.كما يحرصون على حل منازعاتهم بأقل قدر من العلانية والنشر ودلك يعود بالأثر الإيجابي على سمعة أطراف التحكيم ، وإمكانية استمرار التعامل بينهم.كذلك حصولهم على العدالة بمنظورهم بواسطة التحكيم ،و كذلك اعتماد القيم الاقتصادية المنتقلة عبر حدود الدول والتي أفضت إلي تعاظم أهمية التجارة الدولية ، وظهور أشكال جديدة من المعاملات الدولية التي طغت أهميتها على العقود التقليدية مثل عقود الشركات المشتركة ،و كدا حرية أطراف التحكيم في رسم مسار عملية التحكيم وتحديد نطاقه ،مرورا بتعيين إجراءات التحكيم بشكل مباشر أو غير مباشر ،و كدا الحال في تعيين المحكمين ، والقانون الواجب التطبيق.

انظر أشرف عبد العليم الرفاعي ،اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية "دراسة فقهية قضائية مقارنة "،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية الطبعة الأولى 2003 م ،ص 6-2.

(2) flory.la notion de territoire arabe et son application au problème -21 .du Sahara.in annuaire français de droit international.1957.p73

المسلمين، فالإقليم يرتبط في التصور الإسلامي بتصور اجتماعي لفكرة الأمة، أي الرابطة الإنسانية ودار الإسلام تمثل إطارا متحركا يحيى فيه المؤمنين الدين يكونون الأمة، والإقليم الإسلامي لا يتأسس على حق المواطن، ولا على حق الدم، ولكن يقوم على الحق الديني[1] وكذلك يذهب الأستاذ Florey إلى أن فكرة الخليفة كرئيس للدولة بعيدة تماما عن التصور الحديث للسلطة الإقليمية[2]، والواقع كان يبين دلك عند سماح المسلمين للأجانب بتطبيق قانونهم الشخصي على أراضي البلاد الإسلامية، وما أخرجه أبو عبد الرحمن النسائي عن شريح بن هانئ عن أبيه هانئ: "أنه لما وفد إلي الرسول ﷺ فقال: إن الله هو الحكم وإليه الحكم فلم تكنى أبا الحكم ؟فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم، فرضي عني كلا الفريقين.فقال الرسول ﷺ "ما أحسن هدا فمالك من الولد ؟قال لي شريح وعبد الله ومسلم قال: فمن أكبرهم قال شريح، قال فأنت أبو شريح؟ودعا له ولولده "أخرجه النسائي في كتاب أدب القضاء.

وقد حكم سعيد بن معاذ رضي الله عنه بين رسول الله ﷺ والمسلمين من جهة، وبين يهود بني قريظة من جهة أخرى، لما حاصرهم رسول الله ﷺ بعد إن ارتكبوا الخيانة العظمى بحق المسلمين، فنكثوا العهد ونقضوا الميثاق، وتآمروا مع الأحزاب للقضاء على المسلمين في المدينة، فحكم سعد رضي الله عنه بأن يقتل المحاربون وتقسم الأموال ونفد حكمه على الطرفين[3].

---

(1) Milliot ,introductions a l'étude du droit musulman.no56-72-22.

(2) من كتب الحنفية: زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم (اسم بعض أجداده) البحر الرائق شرح كنز الدقائق المتوفى سنة 970ه ص25.

(3) حديث أن رسول الله ﷺ رضي بتحكيم الأعور بن شامة أخرجها بن شاهين في الصحابة.

كما أن رسول الله رضي بتحكيم الأعور بن شامة في أمر بني العنبر حين انتهبوا أموال الزكاة[1] كذلك ما وقع بين النبي ﷺ وعائشة رضي الله عنها قالت كان بيني وبين النبي ﷺ كلام، فقال اجعل بيني وبينك عمر، فقلت: لا.فقال: اجعل بيني وبينك أباك: قلت نعم[2].

الفرع الثالث: مشروعية التحكيم من الإجماع والصحابة:

فقد قال شمس الأئمة السرخسي: "الصحابة مجمعون على جواز التحكيم "فعل الرسول ﷺ في حياته، وعمل به الصحابة رضوان الله تعالى عليهم ودلك بعد وفاته ﷺ، ولم ينكر مع اشتهاره فانعقد الإجماع على جوازه ومشروعيته العمل به من عصر الرسول ﷺ إلي يومنا هذا[3].

ومن الأمثلة على دلك:

1-روى أبو داود في سننه عن عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث عن أبيه عن جده فقال: اشترى الأشعة رقيقا من رقيق الخمس من عبد الله بعشرين ألفا، فأرسل عبد الله إليه في ثمنهم، فقال: إنما أخذتهم بعشرة آلاف.فقال عبد الله: فأختر رجلا يكون بيني وبينك.فقال عبد الله أني سمعت رسول الله ﷺ يقول: "إذا اختلفا البيعان وليس بينهما بينة فهو ما يقول رب السلعة أو يتتاركان"[4].

2-تحاكم عمر بن الخطاب والعباس رضي الله عنهما إلى أبي بن كعب بن المنذر في دار

---

(1) ما رواه الطبراني في الأوسط،وهو ضعيف.

(2) عائشة بنت أبي بكر الصديق أم المؤمنين، من أكبر فقهاء الصحابة، كانت تكنى بأم عبد الله ابن أختها أسماء.

(3) من كتب الحنابلة: المغني موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد قدامه المقدسي وهو شرح مختصر أبي القاسم عمر بن حسن بن عبد الله بن أحمد الخرقي ،الناشر دار الكتاب العربي بيروت سنة 1976.

(4) البيوع عن محمد بن يحي بن فارس سنن أبو داوود 17 كتاب.

كانت للعباس إلى جوار مسجد رسول الله ﷺ فقضي أبي العباس على عمر[1].

3- حكم عثمان بن عفان وطلحة رضي الله عنهما جبير بن مطعم بن عدي في خصومة كانت بينهما[2] وقد وقع مثل دلك لجمع من كبار الصحابة ولم ينكره أحد فكان إجماعا منهم على جواز التحكيم المطلق[3] والعقل السليم يقضي بجواز التحكيم، لأنه لو لم يجز لضاق الأمر على الناس

المبحث الثاني: حكم التحكيم وحكمة مشروعيته:

يقصد بحكم التحكيم، بيان حكمه بمعنى هل هو واجب أو مباح أم محرم ؟

1 - فالتحكيم يكون واجبا إذا ورد به نص دالا على الوجوب كما في قول تعالى: "فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها "[4] والأمر هنا إذا تجرد من القرائن يدل على الوجوب حقيقتا.

وقد بين الفقهاء دلك في نصوصهم، فجاء في نهاية المحتاج: "فإذا اشتد الشقاق –أي الخلاف بين الزوجين –بعث القاضي وجوبا للآية، لأن من باب دفع الظلمات وهو من الفروض العامة على الحاكم "[5] وفي حاشية الباجوري "فإذا اشتد الشقاق بينهما بعث القاضي وجوبا حكمين مسلمين حرين عدليين

---

(1) السرخسي شمس الأئمة أبو بكر محمد أحمد بني أبي سهل السرخسي الحنفي ،طبعة ثانية دار المعرفة بيروت وهي طبعة مصورة من النسخة التي تم طبعها سنة 1331 ه بمطبعة السعادة بمصر وتوفي سنة 483 ه.

(2) ابن سعد: الطبقات الكبرى 6 / 132.

(3) ابن قدامة المقدسي المرجع السابق: المغني ص 190.

(4) سورة النساء الآية 35.

(5) شمس الدين بن أبي العباس شهاب الدين أحمد بن حمزة الرملي الشهير بالشافعي الصغير ،نهاية المحتاج إلى شرح المحتاج مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر سنة 1938 م المتوفى سنة 1004 ه ص392.

عارفين بالمقصود[1].

2- ويكون التحكيم واجبا إلي جانب وجوبه بالنص، إذا أمر السلطان به، ورأى أن من المصلحة فض خصومة أو خصومات معينة بالتحكيم، فالقاعدة أن تصرف الإمام منوط بالمصلحة[2] وعليه فإن التحكيم يكون واجبا في حالتين:

-إذا ورد به النص دالا على الوجوب.

-أو إذا أمر به السلطان.

المطلب الأول: جـواز التـحكيـم

وفيما عدا هاتين الحالتين فإن التحكيم يكون حكمه الجواز[3] واختلف فيه الفقهاء على ثلاث أقوال:

القول الأول:

-يجوز التحكيم مطلقا، ولو مع وجود قاض في البلد يعني "إذا رضي الخصمان بقول رجل جاز عليهما ما قال، وبه قال ابن سرين وعبد الله بن عقبة وهو قول دهب إليه (الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية والزيدية وبعض الإمامية) وقد استدلوا على دلك: بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

---

(1) حاشية الباجوري علي ابن قاسم ،لشيخ إبراهيم الباجوري شرح العلامة ابن قاسم الغزي على متن أبي شجاع ،طبعة دار إحياء الكتب العربية 1372 ه ص129.

(2) الشيخ أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية الناشر دار الغرب الإسلامي ،الطبعة الأولى 1403، ص246.

(3) العناية على الهداية: لمحمد بن محمود البابرتى مطبوع على هامش فتح القدير غمر عيون البصائر: السيد أحمد بن محمد الحنفي الحموي وهو شرح لكتاب الإشباه والنظائر لابن نجيم صاحب البحر الرائق الطبعة الأولى 1975 .الناشر دار الكتب العلمية -بيروت -لبنان ص437.

القول الثاني:

-يجوز التحكيم بشرط عدم وجود قاض في البلد.

وهدا القول للشافعية، فإذا وجد القاضي في البلد امتنع التحكيم به، وهدا الرأي مبني على تقديم مكانة القضاء على التحكيم ولأن الحكم في حكمه أحط رتبة من القاضي نص عليه الحنفية والشافعية[1].

و قوله تعالى: "أعدلوا هو أقرب للتقوى "-سورة المائدة الآية8، وكذلك قوله تعالى "كونوا قوامين بالقسط "-سورة النساء الآية135، وقال ابن حزم في المحلى "لا يجوز الحكم إلا ممن ولاه الإمام فإن لم يقدر على دلك فكل من أنفد حقا فهو نافد، ومن أنفد باطلا فهو مردود.

القول الثالث:

لا يجوز التحكيم مطلقا وإذا حكم الحكم –و لو كان مجتهدا –لا ينفد حكمه.و هو قول الشافعية والإمامية وبه قال الخوارج[2].

ورأيهم مشهور في التحكيم / أثر معركة الصفين ووجهة نظرهم ووجهة نظرهم أن حكم الحكم إفتيات على الإمام ونوابه فيؤدي إلي اختلال أمر الحكام وقصور نظرهم والإفتيات عليهم[3].

والراجح عند العلماء بعد عرض الآراء أن بعث الحكمين في شقاق الزوجين واجب لأن قوله "فابعثوا" صيغة أمر.و الخطاب موجه إلي من يمثل

---

(1) انظر كمال بن الهمام، فتح القدير ،مطبعة مصطفى محمد المكتبة التجارية الكبرى بمصر1352 ه ص498. ابن نجيم المصري البحر الرائق ،المرجع السابق ص42.

(2) الخوارج جمع الخارجة، وهي الطائفة، وكل من خرج على الإمام الذي اتفقت الجماعة عليه يسمى خارجيا ،سواء كان الخروج في أيام الصحابة على الأئمة الراشدين أو كان بعدهم على التابعين بإحسان والأئمة في كل زمان ،وكل من وافق الخوارج من أنكارهم التحكيم.

(3) قحطان الدوري: عقد التحكيم بين الشريعة والقانون ص106.

جماعة المسلمين وينوب عنهم وهم الحكام باعتبارهم نوابا للسلطان الذي يمثل جماعة المسلمين وأن يكون الحكمان من أهل الزوجين لوروده في الآية الكريمة فدل ظاهر الآية على الوجوب[1].

ولهدا جاز اختيار الحكمين في غير أهل الزوجين، والحكمان وكيلان لزوجين ويعتبر رضي الزوجين فيما يحكمان به هدا قول أحمد ورأى أبي حنيفة وأصحابه وقال مالك والشافعي لا يفتقر حكم الحكمين إلي رضى الزوجين[2].

المطلب الثاني: حكـــم مشـروعية التحـكيم:

هي الغرض من التشريع والهدف الذي يرمي الشارع إلي تحقيقه[3] إما جلب مصلحة أو دفع مفسدة.و الغرض من تشريع التحكيم يتمثل في الدور الذي يقوم به التحكيم في فصل الخصومات والمنازعات والتي من شأنها أن تشيع العداوة والبغضاء، وبهذا فالتحكيم يحقق كلا المصلحتين[4].

مصلحة القضاء في تخفيف العبء عنه، ومصلحة الأفراد في رفع المشقة في انتظار القضاء فالتحكيم فضلا على أنه يؤدي إلى قطع المنازعات فإنه يؤدي إلي

---

(1) فخر الدين الرازي: أبو عبد الله محمد عمر ابن حسين البكري الطبرستاني مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير طبعة دار الفكر بيروت سنة 1993 ص 92،توفي 606ه.

(2) عبد الكريم زيدان – المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية طبعة الثالثة – موسوعة الرسالة 9ص420.

(3) على خلاف العلة: فهي الوصف الظاهر المنضبط الذي يبنى عليه الحكم بحيث يكون دالا على وجوده ،و الأحكام الشرعية تبنى على علتها وجودا وعدما ،فعلة تحريم الخمر هي السكر ،و علة الإفطار في السفر هي السفر ،أما حكمتهما فهي حفظ العقل في تحريم الخمر ،و دفع المشقة في إباحة الإفطار في السفر ،الأستاذ الدكتور يوسف قاسم ،أصول الأحكام الشرعية ص 158.

(4) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للطرابلسي –مطبعة مصطفى الحلبي بمصر طبعة ثانية ص 25.

إصلاح ذات البين فيما بين المتخاصمين، كما قال عمر رضي الله عنه "يورث في القوم الضغائن "[1].

المطلب الثالث: جواز تحكيم المرأة في الشريعة الإسلامية:

دهب جمهور الفقهاء إلي عدم جواز تحكيم المرأة، كما لا يجوز توليتها القضاء حتى في الأحوال التي يجوز لها فيها الشهادة، فإذا حكمت تم قضت فإن حكمها باطل[2]. لقوله تعالى: "الرجال قوامون على النساء "[3]، ولحديث رسول الله ﷺ: "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة "[4] فما جعله الشارع للرجل على المرأة من القوامة بالرعاية والتوجيه والإشراف وهدا كله لما فيه من الاختلاط مع الرجال، والنظر والخلوة ببعض الخصوم أو الشهود، وأن الله سبحانه وتعالى لم يجز شهادتها في المعاملات المالية ولو معها ألف امرأة فقال سبحانه وتعالى: "و استشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكون رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل أحداهما فتذكر أحداهما الأخرى "[5] فإذا لم تصح شهادتها في هده الأمور فلا تصح توليتها الحكم فيه.

و مع ذلك دهب جانب من الفقه الإسلامي "- كابن جرير الطبري وابن حزم –إلي جواز تولي المرأة القضاء، ويجوز للمرأة أن تكون حاكمة في كل شيء شأنها شأن الرجل، حيث أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد ولي الشفاء ولاية الحسبة على السوق، كما أن أنوثة المرأة لا تمنع من فهمها لموضوع النزاع وحجج

(1) ابن أبي شيبة المصنف في الأحاديث والآثارص213.

(2) الماوردي ،أدب القاضي تحقيق محي هلال السرحان الناشر رئاسة ديوان الأوقاف –بغداد الطبعة الأولى سنة 1971المتوفى سنة 450ه.

(3) سورة النساء الآية 282.

(4) أخرجه البخاري في كتاب الفتن – مطبوع مع عمدة القارئ ص204.

(5) سورة البقرة الآية 34.

الخصوم ومعرفة الحق وبالتالي يصح حكم المرأة وينفذ[1].

كما ذهب بعض المالكية:

أجازوا تحكيم المرأة خلافا لما هو عليه من عدم جواز توليتها القضاء، لأن التحكيم من باب الوكالة لا الولاية وبما أنه يجوز وكالة المرأة كالرجل فيصح حكمها في التحكيم وينفذ ما لم يكن جورا[2].

و يرى الحنفية:

صحة تولية المرأة القضاء أو التحكيم فيما تجوز فيه شهادتها، عدى الحدود والقصاص، واستنادا للقاعدة "من صحت شهادته صحت ولايته "، وبالتالي صحة ولاية التحكيم للمرأة ما عدا القصاص والحدود"[3].

كما أجاز بعض فقهاء المسلمين المعاصرين تولي المرأة على اعتبار أنه ليتضمن ولاية عامة، وأن قيامه مرجعه إلي إرادة واختيار الخصوم وبرضائهم وأنه نوع من الولاية الخاصمة غير الممنوعة على المرأة[4] ولنا في دلك قول رسول الله الأسوة الحسنة...و كذلك ﷺ "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة، لأن الرجولة لها شأن وهيبة، قد لا توجد في المرأة غالبا.

و في كل هده الآراء بين مؤيد ومعارض....فإننا نرى رأيا "أنه لا يجوز أن تتولى المرأة القضاء للأسباب التي ذكرت سابقا...و عليه لايجوز لها أيضا أن تحكم، وإن كان لابد أن تحكم فيجب أن يكون دلك لضرورة ملحة أي أن

---

(1) سيد أحمد محمود ،نظام التحكيم ،المرجع السابق ص43.

(2) المنتفي شرح موطأ الإمام مالك –للباجي–مطبعة السعادة بمصر طبعة الأولى 1336 ه.

(3) إسماعيل الأسطل المرجع السابق ص92.

(4) عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز الحميضي ،القضاء ونظامه في الكتاب والسنة ،الطبعة الأولى 1989 م ص 56ا51 وص123 ،131.

يكون دلك بتحفظ كما جاء به الأستاذ الدكتور / سيد أحمد محمود[1] وهو أن لا تتولى التحكيم منفردة، بل يجوز لها الاشتراك في هيئة التحكيم في المسائل التي يجوز فيها دلك وعلى نطاق ضيق.

المبحث الثالث: مجلات التحكيم وطرق إثباته:

اختلف الفقهاء في ما يجوز فيه التحكيم وما لا يجوز فيه التحكيم.

المطلب الأول: مجلات التحكيم.

سوف نبين آراء الفقهاء من خلال المذاهب ويكون على النحو التالي:

القول الأول: دهب المالكية

إلي أن التحكيم جائز في الأمور التي يتعلق بها حق الله المتعلقة بالحدود والعتق والقتل والطلاق أو حقوق لغير المتحاكمين، كالنسب واللعان والولاء والحجر والوصية ومال اليتيم وضابط ما يصح التحكيم فيه عندهم أن ما يصح لأحد الخصمين ترك حقه، فإنه يجوز فيه التحكيم بمعنى التحكيم يصح فيما يصح فيه العفو والإبراء[2].

القول الثاني: أما الحنابلة

يجيزون التحكيم في جميع الأحكام، كالحدود والقصاص والنكاح واللعان وغيرها والذي ينفد حكمه في جميع الأحكام

القول الثالث: أما الحنفية:

فقولهم في دلك لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقا لله تعالى وألحق

---

(1) السيد أحمد محمود ،نظام التحكيم دراسة مقارنة ،المرجع السابق ،ص44 ،45.

(2) المواق: أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمواق–مطبعة دار الكتاب اللبناني وهي مصورة على المطبوعات بمطبعة السعادة بمصر التي تم طبعها سنة 1329 ه توفي 897 ه.

اللعان بالحدود، لأنه قائم مقام الحد فتخصيص الحدود يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات من حقوق العباد، كالطلاق والعتاق والكتابة والكفالة، والشفعة والنفقة والديون والبيوع، بخلاف ما خالف كتابا أو سنة أو إجماعا[1].

و سبب منع التحكيم في الحدود والقصاص: أن حكم المحكم في منزلة الصلح ولا يجوز استيفاء الحدود بالصلح، وفي حكم المحكم شبهة لأنها حكم في حقهما لا في حق غيرهما[2].

وظاهر الهداية أنه يجيب بل يحل ولهدا نص الحنفية على جواز التحكيم في تضمين السرقة دون القطع[3]. أما القذف للحنفية رأيان: الأول: يجيز التحكيم فيه، وهو ما ذكره شمس الأئمة السرخسي[4]. وهو ضعيف والثاني لا يجوز التحكيم فيه لأن في الغالب فيه حق الله تعالى، ولأن حكم الحكم بمنزلة الصلح ولا يجوز استيفاء حد القذف بالصلح وكذلك لأنه يدرئ بالشبهة لأنه حكم في حقهما لا في حق غيرهما وصححه الخصاف[5]. وصاحب الولوالجية[6].

---

(1) انظر الهداية ومعها فتح القدير والعناية ،مطبعة مصطفى محمد صاحب المكتبة التجارية الكبرى بمصر 1352 ه.

(2) الدكتور عبد الكريم زيدان نظام القضاء في الإسلام ص248.

(3) انظرمعين الحكام،المرجع السابق ص 25.

(4) العناية وفتح القدير،المرجع السابق ص400.
السرخسي: أبو بكر شمس الأئمة محمد بن أحمد بني أبي سهل ،كان عالما أصوليا مناظرا من أئمة الحنفية ،من كتبه المبسوط في عشرة، أجزاء وله شرح السير الكبير في جزأين ضخمين مات سنة 500ه.

(5) راجع: شرح أدب القاضي المرجع السابق.

(6) انظر البحر الرائق ص26 عن الولواجين وفيها: الأصح أنه لا يجوز في الحدود كلها.-الولواجي: أبو الفتح ظهر الدين عبد الرشيد بن أبي حنيفة بن عبد الرازق ،من ولوالج بلدة من طخارستان سكن سمرقند إمام فاضل حنفي مات سنة 540ه له الفتاوى المعروفة بالولواجية.

أما في ما يخص القصاص للحنفية فيه رأيان، أولهما: يجوز التحكيم في القصاص، وهو ما ذكره شمس الأئمة عن بعض الحنفية بحجة أن ولي القصاص لو استوفى القصاص من غير أن يرفع إلي سلطان جاز، فكدا إذا حكم فيه، لأنه من حقوق العباد[1]، والحجة الثانية أن التحكيم تفويض وتولية في حقهما وإن كان صلحا في حق غيرهما، وهما يملكان استيفاء القصاص، فيصح تفويضه إلي غيرهما[2].

ثانيهما لا يجوز التحكيم في القصاص: وهو قول الإمام أبي حنيفة، والخصاف[3].....الخ وحجتهم في دلك، أن القصاص كالحدود وهو لا يتمخض حق العبد، بل هو من قبيل ما اجتمع فيه الحقان، وإن كان الغالب هو حق العبد[4] كما تقدم.

أماالشافعية:

فدهب فريق منهم إلى أن التحكيم جائز في الأموال فقط، وأما النكاح والقصاص واللعان وحد القذف فلا يصح لأنها حقوق بنيت على الاحتياط فلا يجوز التحكيم فيها إلا باليقين وهدا الرأي دهب إليه غالبية الشافعية.

ودهب فريق من الشافعية إلي أن التحكيم جائز في كل ما يصح أن يتحاكم فيه الخصمان.

المطلب الثاني: طرق الإثبات في التحكيم:

إذا أراد القاضي الفصل في الخصومة.و قضاؤه محقق للعدالة.فعليه أن يعلم

---

(1) انظر: فتح القدير المرجع السابق ص 501.

(2) راجع معين الحكام المرجع السابق ص25.

(3) انظر: الهداية وفتح القدير،المرجع السابق ص 500. المرغيناني: برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني الرشداني ،من فقهاء الحنفية ،من كتبه: بداية المبتدي وشرحه الهداية. 42 ، ص 141 توفي سنة593.

(4) راجع البحر الرائق المرجع السابق.

بوقائع الدعوى، وأن يعلم بحكم الله تعالى فيها.لكن هده الطريقة تكلف وقت طويل ففضلوا سماع الشهود وإقرار المدعى عليه أما علمه بحكم الله فيكون معرفته بالنصوص القطعية أو ما أجمع عليه المسلمين، أوبالاجتهاد، وهو مبني على غلبة الظن.

و طرق العلم بوقائع الدعوى أنواع مختلفة: دهب الحنفية إلي أنها الإقرار، والبينة، واليمين، والنكول، والقسامة والقرائن البالغة حد اليقين.وكذلك يمكن الاعتداد بعلم القاضي.

و هده القرائن وجميع طرق الإثبات لم تكن قاصرة على القضاء وحده بل يعتد بها المحتسب ووالي

و منها الحكم في التحكيم، شأنه شأن القاضي.

البينة: هي اسم لكل ما يبن الحق ويظهره، فهي الحجة والدليل والبرهان، ومن البينة الشاهدان، ودلالة الحال على صدق المدعي.

و الشهادة: هي إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظة الشهادة لإثبات حق، وقد أجمعوا على أن الشهادة دليل القاضي يعتمدها في إصدار حكمه

اليمين: من حق المدعى عند العجز عن إثبات دعواه، وإنكار المدعي عليه لها، أن يطلب من القاضي توجيه اليمين إليه على نفي الدعوى.قال ﷺ: **"البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر "**.و إذا حلف المدعى عليه في مجلس القضاء انقطعت الخصومة بينه وبين المدعى لأن الإثبات بالبينة.

النكول: النكول في معنى الإقرار، فهو حجة قاصرة أيضا وفيه ثلاث أوجه.

الأول: يقضى بمقتضاه وهنا قصة أن عبد الله بن عمر باع عبدا بثمانمائة درهم بالبراءة، فخاصم فيه المشتري فيه البائع إلي عثمان.فقال عثمان للبائع – ابن عمر –: احلف بالله لقد بعته وما به من داء علمته فأبى ابن عمر أن يحلف

على هدا.

ثانيا: لا يقضى بالنكل، بل ترد اليمين على المدعى، فإن حلف قضى له وإلا صرفها.

ثالثا: يجيز على المدعى عليه على اليمين إذا طلب منه، ويضرب على دلك ويحبس حتى يحلف أو يقر ولا يقضى بنكله، ولا يرد اليمين على المدعى.

علم القاضي: اختلف الفقهاء في حكم القاضي بعلمه وهدا في ثلاث أقوال.

القول الأول: لا يحكم الحاكم بعلمه، في حد ولا غيره، لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها إذن إنما يقضي بما يسمع لا بما يعلم.

القول الثاني: يجوز دلك وهدا لما جاءت هند للنبي ﷺ وقالت له إن أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني وولديا. قال: "خدي ما يكفيك وولدك بالمعروف. فحكم لها من غير بينة ولا إقرار بعلمه بصدقها.

القول الثالث: ما كان من حقوق الله لا يحكم فيه بعلمه، لأن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة والمسامحة.

الخاتمة:

نستنتج أن الحكم في التحكيم ذا ولاية شرعية إسلامية، شأنه بدلك شأن القاضي، فيشترط أن يكون حكمه بحجة من حجج الإثبات والحكم بغير دلك فحكمه باطل.