النطاقُ الموضُوعيُ للتحكيمِ ومحلُّه في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

*****

⋆ د. عمـر مونـة و ⋆ د . بوزيد كيحول – جامعة غردايـــة.

*****

الملخص

إن القضاء من الوظائف الهامة التي تروم إحقاق الحقِّ وإقامة العدل بيد أن بعض الملابسات قد تضعف من قدرته على تحقيق ذلك؛ فكان من حكمةِ التَّشريع أن شرع وسيلةً أخرى مساعِدةً لهيئةِ القضاءِ في تحصيل مقصده هو عقد **التحكيمُ**، ونظرا لخصوصية هذا العقد احتاج إلى بحث جاد؛ جاء هذاالبحث مجيبا على إحدى متعلقاته وهي **مسألة نطاق التحكيم ومحله** ومدى **سريان التحكيمِ على مختلف الأحكام**والخصوماتِ؛فعرض البحث إلى تقسيم الحقوقِ باعتبارِ أصحابِها، وماهو قابل للتَّنازل والإسقاط؛ لما له من تعلُّقٍ بالتحكيمِ ثم جاء البحث على ذكر آراء الفقهاء في محل التحكيم ونطاقه مع مقارنته بالقانون الوضعي؛ ليخلص إلى رأي مختار في المسألة يكون أشبه بمقصود الشرع في ذاك العقد.

الكلمات المفتاحية: عقد – تحكيم – محل – الشريعة – القانون

the field of the arbitration in Islamic law and positive law.

Abstract :

Jurisdiction is an important function to set rights and establish justice, but sometimes it is not enough, that's why Islamic Jurisprudence came with another way to help the judge, that is Arbitration contract. This research treats the field of the arbitration, and its applicability in different verdicts and conflicts, then states the different views of islamic scholars about it, compared to modern law, to finally conclude with the most apropriate opinion.

Key words: Contract, Arbitration, Islamic Jurisprudence, Law

مقدِّمة:

الحمد لله وصلى الله وسلَّم على رسوله ومصطفاه، وبعد:

فإنَّ أحكام الشَّريعة ونصوصَها قاضيةٌ بأنَّ إقامة العدلِ وإحقاقَ الحقِّ من أنفسِ ما قصد التشريعُ إليهِ، ليحيى الناس سعداء في دنياهم وآخرتهم، وليس تحديدُ كيفيات المعاملات

وضبطُها، وتعيينُ أنواعِ الحقوقِ لأصحابِها-: إلاَّ دليلاً قاطعا أن الشريعة تتغيَّا إيصال الحقوقِ إلى أربابِها إن رام رائمٌ اغتصابها منهم، إذ إنَّ الحقوقَ معرَّضةٌ للاغتصابِ بدافعِ الشَّهوةِ أو سورة الغضب، ومحتملةٌ للإضاعةِ بسوءِ فهمٍ أو جهلٍ.

وأخذاً للحيطةِ في بلوغِ مقاصد التشريعِ السامية، ولاحتمال أن يحول حائلٌ دون تنفيذ أحكامه العادلةِ في الخلقِ؛ تعيَّنَ إقامةُ ولاةٍ للأمور، وإعدادُ قوَّةٍ تعينهم على تنفيذها، فكانت الحكومة والسلطان من لوازمِ الشَّريعةِ لئلاَّ تكون في بعضِ الأوقات معطَّلةً[1].

ومن المرافق الحكوميَّة المهمة مرفق القضاءِ الذي يرومُ إحقاق الحقِّ وإظهاره، وإعادته إلى أصحابه، وفضَّ النزاعات وقطع الخصومات، ومن ثمة؛ إقامة العدل بين الناسِ، ولكنَّ هذا المرفق الحكوميُّ قد يعجز أحيانا عن بلوغِ مرامه نظراً لبعضِ الملابساتِ، وقد تقوى عليه وتكثر القضايا والمشكلات؛ فكان من حكمةِ التَّشريع وحرصِه على مقصِده السامي في فضِّ النزاعاتِ وإصلاح ذات البينِ وإقامة العدل بين الأنام؛ أن شرع وسيلةً أخرى مساعِدةً لهيئةِ القضاءِ في تحصيل ما تتغيَّاه، وهي **التحكيمُ**، وهي وسيلةٌ يتفق عليها المتخاصمان لعدةِ فوائد نافعة لهما، ولا يفوتنا التنبيه إلى أنَّها متنفسٌ هامٌّ لتحقيق رغبات المسلمين أفرادا وجماعات للتحاكم إلى الشريعةِ الغراء، لا سيَّما في دولٍ لا تحتكمُ إلى شرعِ الله في تقنيناتها، غيرَ أن ما يميِّزُ التحكيمَ كونه من العقودِ الرضائيَّة، تُنشِؤُه إرادةُ المتحاكمَينِ بدءًا، وللعلماءِ كلامٌ متباينٌ في مدى اشتراطِ استدامةِ رضا الطرفينِ بالتحكيمِ إلى حين إصدار الحكم أو نفاذِه... كلُّ ذلك يستوجِب البحثَ الجادَّ في **سريان التحكيمِ على الأحكامِ**، وهل حكمه مختلِف في ما تعلَّق بحقوقِ المتحاكمَين، وما تعلَّق بحقوق الله ﷻ وهي متعلقات النِّظام العامِّ، **فما هو النِّطاق الموضوعيُّ للتَّحكيم؟ وما محلُّه؟** وهل يسري في جميعِ الخصوماتِ شأنُه شأن

---

[1]- ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلاميَّة: (ص/495-496).

القضاء؟ أم أنَّ القضاء يتميَّزُ عنه باختصاصه بالأمورِ الهامَّةِ ومتعلَّقاتِ النِّظامِ العامِّ؟ هذا ما سيُعنى بتحريره هذا البحثُ إن شاءَ الله.

واستلزم البحث تمهيدا عن تقسيم الحقوقِ باعتبارِ أصحابِها، وماهو قابل للتَّنازل والإسقاط لما له من تعلُّقٍ بالتحكيمِ إذ هو فرعٌ عنه كما سيأتي مبيَّنا في تصاريف البحثِ، فجاءت خطة البحثِ على الترتيبِ الآتي:

المطلب الأول: أنواع الحق في الفقه الإسلاميِّ.

المطلب الثاني: النِّطاق الموضوعيُّ للتحكيمِ ومحلُّه في التشريع الإسلامي.

الفرع الأول: تحرير محل النزاع.

الفرع الثاني: أقوال العلماءِ في محلِّ التحكيم وأدلَّتُهم.

المطلب الثالث: رأي القانون الوضعي في نطاق التحكيم ومحلّه.

الخاتمة: وفيها الرأي المختار.

المطلب الأول:

أنواع الحقِّ في الفقه الإسلامي

إنَّ إطلاقَ كلمة الحقِّ عند الفقهاء تنتظمُ أنواعا كثيرةً، تختلف باختلاف الاعتبارات: فله أنواعٌ باعتبار صاحب الحقِّ، وكذا باعتبار محلِّ الحق، وباعتبار طريق تحصيله، وباعتبار سبب ثبوته لصاحبه[2].

وليس هذا محلُّ بسطها وتفصيلها، وإنما وإنما احتيج إلى بيانِ أنواعه باعتبار صاحب الحقِّ ومَن أُضيفَ إليه في هذه التَّقدمة؛ **لما يترتَّب عليها من أحكام متعلّقة بجواز إسقاطها والمصالحة عليها، وهو فرع جواز التحكيم فيها.**

---

[2]- ذكر تفصيل هذه الاعتبارات لتقسيم الحق محمد مصطفى أبّوه الشنقيطي في كتاب: دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة: (2/686-696)

أقسام الحقوق باعتبار صاحبها:

ينقسم الحق باعتبار صاحبه أي المختص به إلى ثلاثة أقسام: حقُّ الله، حقُّ العبد، وحقٌّ مشترك[3].

القسم الأول: حق خالص لله ﷻ: هو امتثال أوامره واجتناب نواهيه، وكذا **مايتعلق بالنفع العام مما لا يختص به أحد**: وضابط هذه الحقوق تعلُّقها بالنفع العام دون اختصاصِ جهةٍ معينةٍ أو فرد من آحاد الناس بها؛ كحدِّ الحرابة والزنا والقطع وشرب الخمر، والرِّدة، وخمس الغنائم والزكوات المفروضة والعشور وغيرها، مما له شبه كبير بما يوسم في القانون الوضعي بمتعلقات **النظام العام**. وأضيف هذا النوع من الحقوق إلى الله ﷻ، تنويها بعلو قدرها وعظم خطرها[4]. ومن أهمِّ **الأحكام المتعلقة** بهذا النوع:

-أن هذه الحقوق **لا تورث**[5].

- **عدم قبول الإسقاط**: الأصل أن حقوق الله عز وجل لا تقبل الإسقاط، سواء كانت هذه الحقوق عبادات كالصلاة، أو عقوبات كالحدود، أو مترددة بينهما كالكفارات، أو ثبتت لشخص بصفته الذاتية كالولاية على الصغير، واستثني من ذلك التعزير فقد ذكر العلماء أن للإمام إسقاطه وعدم استيفائه، ويرجع كل ذلك إلى تقديره لأن تصرفاته منوطة بالمصلحة كما هو مقرر شرعا[6].

---

[3]- العلائي المجموع المذهب في قواعد المذهب، (194/2)، والشاطبي، الموافقات: (241/2-245).

[4]- محمد مصطفى أبّوه الشنقيطي، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة: (687/2).

[5]- نفس المرجع والصفحة.

[6]- ابن نجيم، الأشباه والنظائر: (ص376)

القسم الثاني: حقٌّ خالصٌ للعبد: وهو ما يكون الحقُّ فيه وسيلةً لتحقيق مصلحة خاصة بالشخص، كالديون وحق الشفعة والخلو والمرور والحقوق الزوجية وغيرها كثير[7]. **ومن أهم أحكامه:**

- **جواز إسقاطه:** يجوز لصاحب الحق إن كان جائز التصرف؛ التنازل عنه وإسقاطه وإبراؤه وإباحته[8]؛ إلا إذا تعلق بإباحة محرم، أو بتفويت حقِّ الغير فإنه يمنع[9].

القسم الثالث: حقٌّ مشترك يتنازعه الطَّرفان: وهو ما كان مشتركا بين حق الله وحق العبد، وهي الحقوق التي اجتمع فيها حق الله والعبد، وقد يغلب أحدهما على الآخر كالقصاص وحدِّ القذف، على خلاف بين العلماء في ما يُغلَّب من الحقَّين فيهما، وأيُّهما رجحَ عن قسيمه وغلبَ أجريت أحكامُه[10].

المطلب الثاني:

النِّطاق الموضوعيُّ للتحكيمِ ومحلُّه في التشريع الإسلامي.

الفرع الأول: تحرير محل النِّزاع:

اتفق رأي العلماء القائلين بالتحكيم على جوازه في التَّصرفات الماليَّة، واختلفوا فيما عداها على النحوِ الذي يأتي بيانه تباعاً.

الفرع الثاني:اتجاهات العلماء في محلِّ التحكيم وأدلتهم:

تباينت آراءُ العلماءِ وتمايزت أقوالُهم في مدى سريانِ التَّحكيم في غيرِ الأموال على اتِّجاهات ثلاثةٍ:

---

[7]- العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام: (222/1)، الشنقيطي، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة: (687/2).

[8]- ينظر قريب منه: العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام: (238/1).

[9]- الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية: (ص/133-134)، والموسوعة الفقهية: (250/4).

[10]- الشنقيطيُّ، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة: (687/2)،

الاتِّجاهُ الأوَّلُ: قصروا محلَّ التحكيم على الأموال دون غيرِها وهو قول ضعيف عند الشافعيَّة[11].

وحجتهم: أنه إنما جاز في الأموال دون غيرها؛ لخِفَّة أمرِ الأموال مقارنةً بالحدود والنُّفوس وغيرها؛ فلا تناط هذه الأخيرةُ إلا بالقضاء لعِظَم أمرها[12].

الاتجاه الثاني: أجازوا التَّحكيم في جميع الأحكام المتنازَع فيها بلا استثناءٍ، وهو ظاهر مذهب الحنابلة[13] والظاهريَّة[14].

حجَّتُهم:

1- عموم الأدلة المجيزةِ للتَّحكيمِ إذ لم تُفرِّق بين الأموالِ والحدودِ وغيرها؛ كقصَّةِ أبي شُريحٍ، وفيه لما قدم وفد قومه إلى رسول الله ﷺ فسمعهم يكنونه أبا الحكم، فدعاه رسول الله ﷺ فقال: «إن الله هو الحكم، وإليه الحكم، فلم تكنى أبا الحكم؟» قال: قومي إذا اختلفوا في شيء رضوا بي حكما، فأحكم بينهم. فقال: «إن ذلك لحسن، فما لك من الولد؟ قال:

---

[11]- ابن حجر الهيتميُّ، تحفة المحتاج شرح المنهاج: (119/10)، حاشية قليوبي وعميرة: (299/4). الشربيني، مغني المحتاج: (268/6)، قحطان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي: (ص/261)

[12]- ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج شرح المنهاج: (119/10)، الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية: (ص/139)، عزة قطورة، التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية: (ص/81).

[13]- المرداوي، الإنصاف: (198/11)، البهوتي، كشَّاف القناع على متن الإقناع: (309/6)، وشرح منتهى الإرادات: (496/3)، الرحيباني، مطالب أولي النُّهى شرح غاية المنتهى: (472/6).

[14]- ابن حزم، المحلى بالآثار: (435/9).

شريح وعبد الله ومسلم. قال: «فأيُّهم أكبرُ؟» قال: شريح. قال: «فأنت أبو شريح» فدعا له ولولده[15]، وتحاكمِ عمرَ وأبيٍّ إلى زيدِ بن ثابتٍ رضوان الله عليهم، وغيرِها[16].

2- أنَّ الحَكَمَ بمثابةِ المولَّى من طريقِ الحاكم فَينفُذُ حكمُه في الأموال وغيرها؛ شأنُه شأن الأوَّل[17].

الاتجاه الثالث: أجازو التَّحكيم في بعض الأحكام دون بعضٍ، وهؤلاء ثلاثة فِرقٍ:

الفريق الأول: قالوا بجواز التَّحكيم في جميعِ الأحكام، باستثناءِ الحدودِ التي وَجَبَت حقا لله ﷻ، أي ما تعلَّق بالنِّظام العامِّ، والضَّابطُ عندهم **جوازُ التَّحكيم في ما يَصِحُّ للخصمَينِ التَّوليةُ فيه**، وإليه ذهب الحنفيَّةُ[18] وألحقوا بالحدودِ اللِّعانَ[19]، ولم يجيزوا التحكيم في الدية فيما يجبُ على العاقلة[20]، وعلى ذلك –جواز التحكيم في جميعِ الأحكام، باستثناءِ الحدودِ التي

---

[15]- أخرجه ابن حبان في الصحيح (رقم: 504)، باب: ذكر إيجاب الجنة للمرء بطيب الكلام وإطعام الطعام: (257/2).

[16]- ينظر: البهوتي، شرح منتهى الإرادات: (496/3)، والرحيباني مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى:(472/6)، وابن قدامة، المغني شرح مختصر الخرقي: (8298/10).

[17]- الرحيباني مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى:(472/6)، والبهوتي، شرح منتهى الإرادات: (496/3)، عزة قطورة، التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية: (ص/81).

[18]- الزيلعيُّ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: (194/4)، الكمال ابن الهمام، فتح القدير: (319/7) البابرتي، العناية شرح الهداية: (319/7)، للطرابلسي، معين الحكام: (26/1).

[19]- قال ابن نجيمٍ: «ولم أر حُكمَ التَّحكيمَ في اللِّعان مع أنَّه قائمٌ مقام الحدِّ» البحر الرائق: (27/7).

[20]- فيجوز التحكيم في حالين: 1- إذا كانت الدية شأنها أن تلزم العاقلة لكن ثبتت بإقرار الجاني؛ لأنه يتحملها وحده. 2- الجنايات التي لاتتحملها العاقلة وذلك فيما نقص عن ثلث الدية.قال

وَجَبَت حقا لله ﷻ- أكثرُ الشَّافعيَّة[21] وأضافوا إلى ذلك التَّعزيراتِ والحقوقَ الماليَّةَ التي وجبت حقا لله، وليس لها طالبٌ مُعيَّنٌ[22].

حُجَّتُهم:

1/ أنَّ حُكمَ الحَكَمِ بتَوليةٍ من المتخاصمين، ولهما ولايةٌ على أنفسِهما؛ فصحَّ تحكيمُهما له، وينفُذُ حكمُه عليهما; لأنَّه بمنزلة الحاكِمِ في حقِّهما[23].

2/ **وإنما استُثنيَ القصاصُ** لأنَّ الخصمين لا وِلايةَ لهما على دَمِهما؛ ولهذا لا يَملِكان الإباحةَ، والتَّحكيمُ فرعٌ عن جواز التَّوليةِ في الحقِّ[24].

الطرابلسي: «ولا يجوز حكمه في الدم الخطأ; لأن العاقلة لم ترض به, وحكم المحكم إنما ينفذ على من يرضى بحكمه, ... إلا أن يكون القاتل أقر بالقتل خطأ فيجوز حينئذ حكمه بالدية عليه; لأن ما يجب بالاعتراف لا تتحمله العاقلة, وإنما يجب على المقر»: معين الحكام: (ص/26). وينظر: البابرتي، العناية شرح الهداية:: (319/7).

[21]-زكريا الأنصاري: أسنى المطالب: (288/4)، الهيتمي، تحفة المحتاج شرح المنهاج (118/10)، قال الشَّربيني: «والصحيح عدم الاختصاص -أي عدم اختصاص الجواز بالأموال-; لأنَّ من صحَّ حكمُه في مالٍ صحَّ في غيرِه؛ كالمُولَّى مِن جهةِ الإمام» مغني المحتاج: (268/6).

[22]- قال الهيتمي: « أما حد الله تعالى , أو تعزيره فلا يجوز التحكيم فيه ; إذ لا طالب له معين , وأخذ منه أن حق الله تعالى المالي الذي لا طالب له معين لا يجوز التحكيم فيه» تحفة المحتاج: (118/10)، وفي معناه: الشربيني، مغني المحتاج: (268/6-269).

[23]- الزيلعيُّ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: (194/4).

[24]- البابرتي، العناية شرح الهداية: (319/7)، والعبادي، الجوهرة النيرة: (147/2).

3/ **وأما الحدودُ** فهي حقوقٌ لله ﷻ، والإمام هو الذي يستوفيها فتختص بالقضاءِ، وفي الحدود حقٌّ للجميع، وليس للمتحاكمين وِلايةٌ على سائر النَّاس[25].

4/ ولأنَّ حكم المحكَّم ليس حجةً في حقِّ غيرِ المُحكِّمَين، فكانت فيه شبهةٌ، والحدود والقصاص يُدرأُ بالشُّبهات[26].

5/ كما أنَّ الحدود الواجبةَ حقا لله ليس لها طالبٌ معيَّنٌ؛ ومناط جواز التحكيم رضا المُستَحِقِّ وهو مفقود؛ فلا تحكيمَ فيها[27].

ملحوظة: اختلف الحنفية في حدِّي **القذف والقصاصِ** على قولين:

1)- ذكر بعض الحنفية جواز التحكيم في القذف والقصاص؛ لأن فيهما شائبة من حق العبد وله التنازل عنه[28].

- ولأنَّ ولي القصاص لو استوفاه من غير أن يرفعه إلى السلطان جاز؛ فكذلك تحكيمه فيه لأنه تولية من صاحب الحقِّ.

ولكن هذا القول ضعيفٌ عندهم[29].

---

[25]- الكمال ابن الهمام، فتح القدير شرح الهداية: (319/7).

[26]- البابرتي، العناية شرح الهداية: (319/7)، والعبادي، الجوهرة النيرة: (147/2).

[27]- الهيتمي، تحفة المحتاج: (118/10)، الشربيني، مغني المحتاج: (268/6-269)؟، حاشية قليوبي وعميرة: (299/4-300)، الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية: (ص/139).

[28]- الكمال ابن الهمام، فتح القدير: (319/7)، والبابرتي، العناية شرح الهداية: (319/7)، الزيلعي تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: (194/4-195).

[29]- ينظر: البابرتي، العناية شرح الهداية: (319/7)، الكمال ابن الهمام، فتح القدير: (319/7)، قحطان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي: (ص/252-253).

2)– وقال آخرون بعدم الجواز وهو الصحيح من مذهبهم[30]، قال ابن عابدين «وما ذكره من مَنعِه في القِصاصِ تبعًا للكنز وغيرِه هو قولُ الخَصَّافِ وهو الصَّحيحُ كما في الفتح, وما في المحيطِ من جَوَازِه فيه؛ لأَنَّه من حُقُوقِ العباد–: ضَعِيفٌ رِوايةً ودِرايةً»[31].

– لأن القذف والقصاص وإن كانت فيهما شائبة حقِّ العبدِ إلاَّ أنه لم يتمحَّض حقا للعبد،

– ولأن حكم الحكم بمنزلة الصلح, ولا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف بالصلح, فكذلك بالتحكيم لما فيه من معنى الصلح. كما استدلوا بنفس الأدلة السابقة القاضيةِ باستثناء الحدود والقصاص[32].

لكن ابن عابدين ذكر توفيقا قال: «منشأ الاعتراض عدم فهم المراد فإن المراد أنَّ هذه الثلاثة لا تثبت بالصلح؛ أي بأن اصطلحا على لزوم الحد أو لزوم القصاص إلخ وما سيأتي في الصلح معناه أنه يجوز الصلح عن القصاص بمال؛ لأنه يجوز الاعتياض عنه بخلاف الحد, فالقصاص هنا مصالح عنه, وفي الأول مصالح عليه, والفرق ظاهر كما لا يخفى»[33].

فمنشأ الاعتراض عند الاتفاق على لزوم القصاص بالصلح وكذا التحكيم، وليس التصالح عنه بعد وجوبه، فهذا يجوز؛ لجواز الاعتياض عنه، دون الأول.

واستظهر الدُّكتورُ محمود السرطاويُّ أنَّ القول بجواز التحكيم في حقِّ القذف –كما صرح السرخسيُّ[34]– وليس في حدِّ القذفِ، لأنَّ المغلَّبَ عند الحنفية في القذف قبل رفعه إلى

---

[30]– الكمال ابن الهمام، فتح القدير: (319/7)، والبابرتي، العناية شرح الهداية: (319/7).

[31]– ابن عبدين، رد المحتار: (29/5).

[32]– ينظر: الطرابلسي، معين الحكام: (ص/26) والبابرتي، العناية شرح الهداية: (319/7).

[33]– ابن عبدين، رد المحتار: (29/5).

[34]– ابن عبدين، رد المحتار: (29/5).

الحاكم حقٌّ العبد، وبعد رفعه إليه حق الله ﷻ، وهذا ما يتَّسق مع أصول الحنفية –رحمة الله عليهم– [35].

الفريق الثاني: قالوا بجواز التحكيم في جميعِ الأحكام واستثنوا أربعةَ أمور: النِّكاحَ واللِّعانَ والقصاصَ والقذفَ، وقال به بعضُ الحنابلة منهم القاضي أبو يعلى[36]، وهو قولٌ عند الشافعيَّةِ[37]، حتى نقل بعضهم الإجماعَ على ذلك[38].

وحجَّتهم: أنَّ هذه الأمور أمرها خطير فيختصُّ بها القضاءُ وليس يجري فيها التحكيمُ، وخصوا اللِّعان لأن فيه دعوى وإنكارا[39].

الفريق الثالث: أجازوا التحكيم في الأموال والجراحات لا في الحدود ولا في النُّفوسُ، وهُم المالكيَّةُ[40]، وقاعدتُهم في ذلك: يجوزُ التَّحكيمُ فيما يصحُّ لأحدِهما تركُ حقِّه فيه[41].

---

[35]– الدكور السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية: (ص/25)، بحث غير منشور.

[36]– المرداوي، الإنصاف: (198/11–199)، وابن قدامة، المغني شرح مختصر الخرقي: (8298/10).

[37]– المحلي، شرح منهاج الطالبين: (299/4) ومعه حاشيتا قليوبي وعميرة.

[38]– الأسيوطي، جاهر العقود: (367/2) نقلا عن الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلاميَّة: (140).

[39]– المرداوي، الإنصاف: (198/11–199).

[40]– القرافي: الذخيرة: (34/10)، والدردير، الشّرح الصّغير: (199/4–200)، والشرح الكبير: (137/4)، والخرشي، شرح مختصر خليل: (146/7)، والحطاب، مواهب الجليل: (88/6)، وعليش، منح الجليل: (8/ 285–286).

[41]– المواق، التاج والإكليل بشرح مختصر خليل: (101/8).

واستثنوا بذلك أموراً: القصاصَ والحدَّ والقذفَ والطَّلاقَ والعِتقَ والنَّسبَ والوَلاءَ[42].

وحجَّتُهم في ذلك:

1- لعظم هذه الأمور المستثنيات فنيطت بالقضاة، والحكَمُ ولايته قاصرة وضعيفة[43].

2- أنه يتعلق بهذه المذكورات حقٌّ لغير الخصمين، إمَّا لله تعالى، وإما لآدميٍّ غيرِ المتخاصمين[44]. **وتفصيل ذلك**: أنَّ اللِّعانَ والنَّسبَ تعلَّقَ بهما حقُّ الولد بقطع نسبه.

وأما الحدُّ والقتل والعتقُ والطَّلاقُ فالحقُّ فيها لله تعالى; لأنَّ الحدود والقصاص زواجر؛ وهو حقٌّ لله ﷻ، ولأنَّ المطلَّقة بائنًا لا يجوز إبقاؤُها في العِصمة، ولا يجوز ردُّ العبدِ للرِّقِّ وهو حقٌّ لله ﷻ[45]. وإن حكم نفذ حكمه ونهاه الحاكم عن العودِ لذلك[46]. وإن أقام الحد والقصاص بنفسِه، زجره الإمام وأدبه وأمضى صوابَ حكمه[47].

---

[42]- الباجي، المنتقى شرح الموطا: (229/5)، كما ذكر بعضُهم أنه لا تحكيم في فسخ لنكاح، وفي رُشدٍ وسَفه، ولا في أمرٍ غائبٍ ممَّا يَتعلَّقُ بماله وزوجته وحياته وموته، ولا في حَبسٍ مُعَقَّبٍ (على معلوم ومجهول كالحبس على أحمدَ ووعَقبه)، ولا في عقد بما يتعلَّقُ بصحَّته وفساده، ولا وصية (في أصلها وصحتها)؛ لأنَّ هذه الأمور إنَّما يحكُمُ فيها القضاةُ ولتعلق حق الله بها، ينظر: الدردير، الشّرح الصّغير: (199/4-200)، والخرشي، شرح خليل: (146/7).

[43]- القرافي: الذخيرة: (34/10).

[44]- ابن فرحون، تبصرة الحكام: (63/1)، والدردير، الشرح الكبير :(137/4)، الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية: (ص/138).

[45]- الدردير، الشّرح الصّغير: (199/4) مع بلغة السالك للصَّاوي، وعليش، منح الجليل: (8/ 286).

[46]- الباجي المنتقى: (229/5).

[47]- عليش، منح الجليل: (285/8)، والمواق، التاج والإكليل: (101/8).

قال الدردير: «محل تأديبه إن نفذ حكمه بأن اقتص أو حدَّ أو طلق, لا بمجرد قوله: حكمت, ونحوه»[48]؛ فالضابط أنه إن حكم وأصاب نفذ حكمه ونهي عن العودِ لذلك، فإن أقام الحد بنفسه أدِّب وعُزِّر.

وإن حَكَم فيما يختص به السلطان كالإقطاعات لا ينفذ حكمه[49].

المطلب الثالث: رأي القانون الوضعي في نطاق التحكيم ومحلّه : يرى القانونيُّون أنَّ التَّحكيم لا يجوز في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح وهذا مانصَّت عليه المادة 501 من القانون[50].

وفي القانون الجزائري يجوز التحكيم في كل حق للإنسان يجوز له التصرف فيه مطلقاً، كما في المعاملات المالية والعقود، دون قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما يتعلق بحالة الأشخاص وأهليتهم . ويمنع التحكيم أيضا في كل مايتعلق بالنظام العام.

وهذا ما ذهبت إليه المادة 994 في موضوع الوساطة ، وكذا المادة 1006 في التحكيم . المنصوص عليهما في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

وتنص المادة 551 من القانون المدني المصري على أنَّ الصلح لا يجوز في المسائل المتعلّقة بالحالة الشخصيَّةِ أوالجنسيَّة وكذا لا يجوز الصلح في المسائل المتعلّقة بالنِّظام العامِّ، وإنما يجري الصُّلحُ في المنازعات المتعلّقة بالتَّصرفات الماليَّةِ وما جرى مجراها[51].

---

[48]- الدردير، الشرح الصغير: (200/4).

[49]- الدسوقي، حاشيته على الشرح الكبير: (136/4).

[50]- ينظر: أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري: (ص/65)، وعقد التحكيم وإجراءاته: (ص/71-72).

[51]- ينظر: أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري: (ص/65)، وعقد التحكيم وإجراءاته: (ص/71-72).

وإنما المقصود بعدم جواز التحكيم في مسائل الأحوال الشَّخصيَّةِ والمتَّصلةِ بالنِّظام العامِّ؛ أن تكون خاضعةً لرقابةِ وإشرافِ السُّلطةِ العامَّةِ التي تسعى إلى حفظِ النِّظامِ وتطبيقِ القوانين العادلةِ على جميعِ الأفرادِ[52].

ومما يلاحظ أن القانون الوضعي يوافق الشريعة مجملا فيما سبقته إليه في موضوع التحكيم؛ إذ أنَّ ما يخالف النظام العام تدخل فيه الحدود والقصاص والتي تدخل ضمن حقوق الله تعالى.

ونرى أنه لا فرق بين ما ذكرناه فيما ذهب إليه كل من القانون الجزائري والقانون المصري في باب النطاق الموضوعي للتحكيم وبين من أجازوا التحكيم في الأموال والجراحات، لا في الحدود ولا في النُّفوسُ، وهُم المالكيَّةُ، وقاعدتُهم في ذلك: يجوزُ التَّحكيمُ فيما يصحُّ لأحدِهما تركُ حقِّه فيه. واستثنوا بذلك أموراً: القصاصَ والحدَّ والقذفَ والطَّلاقَ والعِتقَ والنَّسبَ والوَلاءَ .

الخاتمة: وفيها الرأي المختار:

إنَّ التحكيمَ من العقودِ المهمة ذاتِ الفوائدِ الكثيرةِ التي تعود بالنفع على الفرد والمجتمعِ، نظرًا لما يسديه من فضٍّ للنزاعات الثائرة، وبتٍّ في الخصوماتِ الشَّاجرة، وكذا ما يوفِّرُه على المتحاكمين من رسومٍ باهضة قد يُضطَرُّون إليها إذا ما ترافعوا إلى القضاءِ بدلاً عن التحكيمِ، علاوةً عن تخفيفِه العبءَ عن القضاء والمحاكم.

بيدَ أنه ولكونِ الفصلِ في النزاعاتِ والخصوماتِ من وظائفِ القضاءِ وصلاحيَّات القضاةِ، ولأنَّ التحكيمَ ولايةٌ متميِّزةٌ عن ولايةِ القضاءِ وقاصرةٌ عنها في بابِها؛ لكونها اختياريةً استُمدَّت من إرادة الخصمينِ وتراضيهما، ولما فيه من معنى الصلح والتنازل-: **استتبعت هذه الميزات ضرورةً؛ تحديدَ النطاقِ الموضوعيِّ للتحكيمِ**، فكلُّ هذه الفوائد والمقاصِد لم تخوِّلْ

---

[52]- ينظر: أحمد أبو الوفا، وعقد التحكيم وإجراءاته: (ص/72).

لهذا العقد نطاقا مطلقا دون تقييد، ولذا بحث فقهاء التشريع الإسلامي وكذا أهلُ القانون هذه المسألةَ باهتمام، كما هو مبيَّنٌ في تصاريف هذا البحث.

وبعد تتبعِ آراء الفقهاء في محلِّ التحكيمِ ومدى اتِّساع نطاقِه الموضوعيِّ، تخلَّص لدى الباحثين ما يأتي:

1- أنَّ **الاتفاق قائمٌ بين أهل العلمِ** -القائلين بجواز التحكيم- **على جوازِ التحكيمِ في الحقوق الماليَّة** وما جرى مجراها من العقودِ، لأنها حقٌّ خالصٌ لأصحابها ولهم كاملُ الحريَّةِ في تولية من ينظر في أمرِها، ولا شكَّ أن التحكيم ولايةٌ من جملةِ تلكم الولايات.

2- وأمَّا ما تعلَّق بالحدودِ التي شُرِعَت حقا لله تعالى، كالقطعِ في السرقة وحدِّ الزنا والحرابة؛ **فجمهرةُ أهلِ العلمِ على منعِ التحكيمِ فيها**، وكذا رأيُ أهل القانون، **وهو الذي أستلوحُ وجاهتَه** -والعلم عند الله-؛ لأنَّها حقٌّ لله ﷻ؛ فلا أحد يملك التنازل عنها فيحكِّمَ فيها؛ فاختصَّ بالنظر فيها الحاكمُ ونوابه -القضاة-، علاوةً عن كونها من الأمورِ الخطيرةِ وولاية التحكيمِ قاصرةٌ فلا ترقى لتكون سبيلاً للبتِّ في الحدود التي تمحضَّت حقا لله ﷻ.

3- أمَّا الحدود التي يتجاذبها الحقَّان —حقُّ الله وحقُّ العبد- كالقذف والقصاصِ؛ **فالذي يَلُوحُ لنا أنّها مما يختصُّ به القضاءُ ولا يسوغ التحكيمُ فيها**؛ لأنَّ القذف والقصاص وإن كانت فيهما شائبةُ حقِّ العبدِ إلاَّ أنه لم يتمحَّض حقا للعبد، ولما في التحكيمِ من معنى الصلحِ؛ إذ لا يجوز استيفاء القصاصِ وحدِّ القذف بالصلح.

على أنَّ هذا الحكمَ في محلِّ التحكيمِ ابتداءً قبل وقوعه، أمَّا إذا جرى التحكيمُ فيما يُمنَع فيه كالحدود والقصاص، ورُفع إلى الحاكمِ فقد رأى المالكيَّةُ جوازَ إمضاءِ حكمه إن وافق الصوابَ؛ على أن ينهاهُ الحاكم عن العودِ لمثلِ ذلك —وقد سبق بيانه مفصلا-.

فعقد التحكيمِ حقيقٌ بتحقيق جملةٍ من المنافع والمصالح لا تتأتَّى عن طريقِ القضاءِ بل فيه فوائدُ عائدةٌ إلى القضاءِ نفسه، **لكنَّ هذا لا يفتح له المجالَ الرحيبَ دون تقييد؛ بل ينبغي تقييده بما يتناسبُ وطبيعةُ هذا العقدِ**، فتخرُجُ عن نطاقه قضايا ومسائلُ ممَّا يختصُّ بها

القضاءُ نظراً إلى طبيعتها غيرِ المتلائمة لأن يُبَتَّ فيها بطريق عقد التحكيمِ، كما بينه البحثُ مفصَّلا في أفانين مباحثه.

وكما أن القانون الوضعي قد استفاد كثيرا جدا من بنيات اتجاهات فقه المسلمين السابقين ومذاهبه وكتبه ومخطوطاته التي تزخر بها مكتبات العالم ومدارسه وجامعاته، فكان يرى ما يراه الفقه في باب نطاق التحكيم ومسائله وموضوعاته.

والله المستعان وعليه التكلان، ولله الحمد من قبل ومن بعدُ، وصلَّى الله على سيِّدنا محمد وعلى آله وصحبه والتابعينَ.

ثَبتُ المصادرِ والمراجع:

1. الأسطل، إسماعيل أحمد، **التحكيم في الشريعة الإسلامية**، رسالة دكتوراه: كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر : 1986م.
2. الأنصاري، زكريا بن محمَّد، **أسنى المطالب شرح روض الطَّالب**، دار الكتاب الإسلامي.
3. البابرتيُّ، محمّد بن محمّد، **العناية شرح الهداية**؛ دار الفكر.
4. الباجي، سليمان بن خلف(ت474هـ)، **المنتقى شرح الموطَّأ**؛ دار الكتاب العربي.
5. البلخي، نظام الدين، مع لجنة من العلماء، **الفتاوى الهندية**؛ دار الفكر.
6. البهوتي، منصور بن يوسف، **شرح منتهى الإرادات**؛ دار عالم الكتب، بيروت.
7. ــ، **كشّاف القِناع عن متن الإقْناع**؛ دار الكتب العلمية، بيروت.
8. ابن حبان، أبو حاتم البستي(ت543هـ)، **الصحيح**، تحقيق، شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت.
9. ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**؛ دار إحياء التراث العربي، بيروت.
10. الحطاب، محمد بن محمد (ت954هـ)، **مواهب الجليل شرح مختصر خليل**؛ دار الفكر.
11. حيدر، علي، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**؛ دار الجيل، بيروت.
12. الخرشي، محمد بن عبد الله، **شرح مختصر خليل**، مع حاشية العدوي دار الفكر.
13. الدوري، قحطان، **عقد التحكيم في الفقه الإسلامي**، مطبعة الخلود، بغداد، الجمهورية العراقية، «ط:01»: 1985م.

14. الدّسوقي، محمد بن أحمد، **حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير**؛ دار إحياء الكتب العربية.
15. الرحيباني، مصطفى بن سعيد، **غاية المنتهى بشرحه مطالب أولي النُّهى**؛ المكتب الإسلامي، بيروت.
16. الزَّيلعي، عثمان بن علي، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**؛ دار الكتاب الإسلامي.
17. السَّرخسي، محمد بن أحمد، **المبسوط**؛ دار المعرفة.
18. الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللّخمي(ت790هـ)، **الموافقات في أصول الشَّريعة**، بشرح عبد الله دراز؛ دار الكتب العلمية، بيروت.
19. الشربيني، محمّد بن أحمد، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**؛ دار الكتب العلمية، بيروت.
20. الشنقيطي، محمد مصطفى أبوه، **دراسة شرعيَّة لأهمّ العقود الماليّة**؛ المكتبة المكيَّة.
21. الصاوي، أحمد بن محمد، **بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير**، تحقيق، مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة.
22. –الطرابلسي، أبو الحسن علاء الدين، **معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام**، دار الفكر، بيروت.
23. ابن عابدين، محمد أمين، **ردّ المحتار على الدرّ المختار**؛ دار الكتب العلمية، بيروت.
24. ابن عاشور، محمد الصاهر، **مقاصد الشريعة الإسلاميَّة**. تح: محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، عمان، ط: 02، 2001م.
25. والعبادي، أبو بكر بن علي، (ت: 800هـ)، **الجوهرة النيرة**. المطبعة الخيرية.
26. ابن عبد السلام، عز الدين(660هـ)، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، ، تحقيق، طه عبد الرؤوف سعد، مكتب الكليات الأزهرية، القاهرة.
27. العلائي، خليل بن كيكلدي(هـ)، **المجموع المذهب في قواعد المذهب**، تحقيق، مجيد علي العبيدي وأحمد خضير عباس، المكتبة المكية ودار عمار، 1425هـ
28. عليش، محمَّد بن أحمد، **منح الجليل شرح مختصر خليل**؛ دار الفكر.
29. ابن فرحون، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، دار الكتب العلمية بيروت.
30. قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لعام 2008 م .

31.ابن قدامة، موفَّق الدين المقدسي(ت630هـ)، **المغني شرح مختصر الخرقي**؛ دار إحياء التراث العربي، بيروت.

32.القرافي، شهاب الدين (ت:684هـ)، الذخيرة، تح: محمد أبو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ط01: 1994م.

33.قطورة، عزة رشاد، **التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية**، الغرفة التجارية الصناعية، جدة المملكة العربية السعودية، «ط:01»: 1994م.

34.القليوبي، أحمد سلامة وعميرة؛ أحمد البراسي، **حاشيتا قليوبي وعميرة**؛ دار إحياء الكتب العربيّة، بيروت.

35.الكاساني، أبوبكر مسعود بن أحمد، **بدائعُ الصَّنائع في ترتيب الشَّرائع**؛ دار الكتب العلمية، بيروت.

36.المرداوي، علي بن سليمان، **الإنصاف**، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

37.المؤَّاق، محمد بن يوسف، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، دار الكتب العلمية، بيروت

38.ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم(ت970هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**؛ دار الكتاب الإسلامي.

39.النووي ، يحي بن شرف(ت676هـ)، **روضة الطالبين**، المكتب الإسلامي، بيروت.

40.ابن الهمام، كمال الدين بن عبد الواحد، **فتح القدير**؛ دار الفكر.

41.وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، **الموسوعة الفقهية**، الكويت.

42.أبو الوفا، أحمد، **عقد التحكيم وإجراءاته**: منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، «ط:02»: 1974م.