

# مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي

"دراسة فقهية مقارنة"

دكتور  
محمد علي عكاز  
مدرس بقسم الفقه العام  
بكلية الشريعة والقانون فرع جامعة الأزهر - بدمنهور

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي من علينا بالإسلام، وفصل لنا من الحلال والحرام ما تقررت به مصالح الخلق وتحقق به قواعد الحق. والصلاة والسلام على رسول الله ﷺ - أقام دولة الإسلام على قواعد العدل والمساواة بين الناس..

ويعد.....

فإن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق مصالح الناس كافة، ومن أولى هذه المصالح إقامة العدل بين الناس، والناظر الآن في أحكام القضاء، يجد إجراءات التقاض معقدة، وأصبح الناس لا يستطيعون الحصول على حقوقهم من خلال القضاء إلا بعد سنوات وسنوات طويلة بل نجد إن كثيراً من قضايا الأحوال الشخصية المتعلقة بالميراث وغيره، تبقى في المحاكم عشرات السنوات، بل قد يموت صاحب الحق دون أن يصل إلى حقه. لذلك فقد أقرت شريعتنا الغراء الصالحة لكل زمان ومكان التحكيم، وأجاز جمهور الفقهاء التحكيم في قضايا الأموال. كما أقرت الشريعة أن كل طريق يوصل إلى العدل بين الناس يكون مطلوباً في الشرع، قال ابن القيم:

" إذا ظهرت أمارات العدل واسفر وجهه بأى طريق كان، فثم وجه الله ودينه، فأى طريق استخرج به العدل والقسط فهو من الدين وليس مخالفاً له"<sup>(١)</sup>. والتحكيم من أعظم وأسمى وسائل تحقيق العدل بين الناس، ولذلك تولاه الحكماء وكبار القوم في كل بلد من البلاد قبل الإسلام وبعده.. وقد قسمت هذا البحث إلى ثلاثة فصول على النحو التالي:

**الفصل الأول:** في تعريف التحكيم، ومدى مشروعيته، وشروطه في الفقه الإسلامي.

**الفصل الثاني:** مجالات التحكيم، ومدى جواز الرجوع عنه في الفقه الإسلامي.

**الفصل الثالث:** الآثار المترتبة على التحكيم في الفقه الإسلامي.

(١) ابن القيم - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية - (ص ١٦).

## الفصل الأول

في تعريف التحكيم، ومدى مشروعيته، وشروطه في الفقه الإسلامي  
وفيه مبحثان:



### المبحث الأول

تعريف التحكيم، ومدى مشروعيته، والفرق بين الحكم والقاضي  
وفيه ثلاثة مطالب:



#### المطلب الأول: في تعريف التحكيم

التحكيم في اللغة:

مصدر حَكَمَهُ في الأمر والشئ، ويقال: حكم فلاناً عما يريد، وفلاناً في الشئ والأمر جعله حكماً، وفوض الحكم إليه (١).  
ومنه قوله تعالى ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ..﴾ (٢).  
ويقال لمن يتولى هذه المهمة، حكم بفتحتين، ومُحَكَّم بضم الميم، وفتح الحاء، وتشديد الكاف المفتوحة.  
وفي الاصطلاح يعرف التحكيم بأنه: تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما (٣)  
وفي مجلة الأحكام العدلية: التحكيم عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاها لفصل خصومتها ودعواها (٤).

#### حكم التحكيم:

ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية، والشافعية (٥)

(١) المعجم الوسيط (١/١٩٧).

(٢) سورة النساء آية (٦٥).

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفى - (ح ٢٤/٧) ط دار المعرفة - بيروت وحاشية ابن عابدين (٨/١٤٠) ط دار المعرفة بيروت.

(٤) مجلة الأحكام العدلية (١/١٩٧).

(٥) وتحقيق مذهب الشافعية في هذه المسألة أن لهم ثلاثة آراء:

والحنابلة<sup>(١)</sup> إلى جواز التحكيم، وأن التحكيم مشروع.

واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

١- أما الكتاب الكريم فقولته تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا..﴾<sup>(٢)</sup>.

**وجه الدلالة:**

دلت هذه الآية على أمر الله سبحانه وتعالى المؤمنين أو الحكام على أن يبعثوا عند الشقاق بين الزوجين رجلاً صالحاً من أهل الرجل، ورجلاً مثله من أهل المرأة، فينظران أيهما المسئ، فإن كان الرجل هو المسئ حجبا عنه امرأته وقصروه على النفقة، وإن كانت المرأة هي المسيئة وعجز الرجل عن أن يعالج نشوزها بالوسائل الثلاثة المذكورة في الآية التي تسبق هذه الآية وهي

**الرأى الأول:** وهو رأى جمهور الشافعية أنه يجوز التحكيم بشرط أن تتوفر في المحكم أهلية القضاء.

**والرأى الثاني:** انه لا يجوز التحكيم مطلقاً، لأن فيه افتتات - أى تعدى على رئيس الدولة ونوابه، فلا يجوز لهذا المعنى.

وقد أوجب على هذا بأن المحكم ليس له سلطة الحبس، ولا استيفاء عقوبة لإنسان ثبت عنده ما يستوجبها، وبالتالي فلا يوجد هذا التعدى الذى ذكرتموه.

**الرأى الثالث:** يرى جواز التحكيم بشرط عدم وجود قاض بالبلد، فتكون حالة ضرورة وهي تجيز ذلك، أما إذا وجد قاض بالبلد فلا يجوز التحكيم.

والرأى الرابع هو الرأى الأول القائل بجواز التحكيم مطلقاً.

قال صاحب مغنى المحتاج - " ولا يشترط عدم القاضى، لأنه وقع لجمع من كبار الصحابة، ولم ينكره أحد، وقال الماوردى: وإذا حكم خصمان رجلاً من الرعية ليقضى بينهما فيما تنازعا في بلد فيه قاض أو ليس فيه قاض جاز.

مغنى المحتاج (٣٧٨/٤، ٣٧٩)، والحاوى الكبير للماوردى (٣٢٥/١٦).

(١) المحيط البرهاني فى الفقه النعمانى للإمام برهان الدين بن مازة البخارى- الطبعة الأولى ١٤٢٤ هـ (١١٧/٨)، ومواهب الجليل (١١٢/٦)، ونهاية المحتاج (٢٤٢/٨)، والمغنى لابن قدامة (٤٨٣/١١).

(٢) سورة النساء (٣٥).

الوعظ والهجر والضرب بحسب ترتيبها، وجب على المؤمنين المتكافلين في مصالحهم ومنافعهم أن يبعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها، لأن أقاربهما أعرف بحالهما من الأجانب، وأشد طلباً للصالح ويجب على هذين الحكّمين أن يوجها أراذلهما إلى إصلاح ذات البين، ومن صدقت الإرادة كان التوفيق الإلهي رفيقهما إن شاء الله تعالى (١).

وهذا يدل على مشروعية التحكيم.

فقد قال الإمام القرطبي " إن هذه الآية دليل إثبات التحكيم " (٢).

٢- وأما السنة، فقد دل على مشروعية التحكيم فيها الأحاديث الآتية:

١- ما رواه الإمام النسائي، قال أبو شريح يا رسول الله إن قومي

إذا اختلفوا في شيء، فأتوني فحكمت بينهم، فرضى عنى الفريقان،

فقال عليه الصلاة والسلام ما أحسن هذا،.. وما رواه أبو داود في سننه عن

شريح بن هانئ عن أبيه هانئ أنه لما وفد إلى رسول الله ﷺ مع قومه،

سمعهم يكتفون هانئاً أبا الحكم، فقال له رسول الله ﷺ إن الله هو

الحكم، وإليه الحكم فلم تكني أبا الحكم؟ فقال: إن قومي إذا اختلفوا

في شيء أتوني، فحكمت بينهم، فرضى كلا الفريقان، فقال رسول الله

ﷺ ما أحسن هذا قال: فما لك من الولد؟ قال: لي شريح، ومسلم،

(١) تفسير القرآن العظيم مسنداً عن رسول الله ﷺ والصحابة والتابعين للحافظ عبد الرحمن

بن محمد بن إدريس الرازي ابن أبي حاتم المتوفى سنة ٣٢٧ هـ، ط دار الفكر - ٢٠٠٣

م - (ج ٣/١٥٧)، وتفسير الفخر الرازي المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب، ط دار

الفكر (ج ٨/٩٦)، وتفسير القرآن الحكيم الشهير بتفسير المنار المجلد الخامس (ص .

٧٧) ط دار المعرفة.

(٢) تفسير القرطبي - طبعة دار الشعب (ج ٢/١٧٤٥).

وعبد الله. قال: فما أكبرهم؟ قلت: شريح، قال: أنت أبو شريح ودعا له ولولده<sup>(١)</sup>.

وجه الدلالة:

إن النبي ﷺ لما سأل عن عمل أبي شريح، وأخبره بالتحكيم، استحسنت فعله، بل دعا له ولولده، وهذا يدل على مشروعية التحكيم.

٢- ما روته السيدة عائشة - رضى الله عنها - قالت ((كان بيني، وبين النبي - ﷺ - كلام فقال: أجعل بيني وبينك عمر، فقلت: لا، قال: أجعل بيني وبينك أباك، قلت نعم))<sup>(٢)</sup>.

وجه الدلالة:

أن النبي - ﷺ - وافق على تحكيم أبي بكر بينه وبين زوجته، وهذا دليل على مشروعية التحكيم في النكاح.

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على أن النبي ﷺ عمل بحكم سعد بن معاذ لما اتفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم مع رسول الله ﷺ<sup>(٣)</sup>.

ولقد روى الإمام النسائي عن سعد بن إبراهيم قال: سمعت أبا أمامة يحدث عن سعيد أنه سمعه يقول: لما نزل أهل قريظة على حكم سعد أتى النبي ﷺ على حمار فقال: ((هؤلاء نزلوا على حكمك، قال: فإني أحكم أن تقتل مقاتلتهم وتسبى ذراريهم: قال: حكمت فيهم بحكم الملك))<sup>(٤)</sup>.

(١) السنن الكبرى للإمام أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي ط دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١ - ١٩٩١ م - (ج ٤٦٦/٣)، وسنن أبي داود (٢٤٠/٥).

(٢) مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيثمي - ط دار الكتاب العربي بيروت - (١٩٦/٤).

(٣) البحر الرائق (ج ٢٥/٧).

(٤) السنن الكبرى (٤٦٥/٣).

وقال الإمام السرّخسى - الحنفى - والصحابة - رضى الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم، ولهذا بدأ الباب بحديث الشعبى رحمه الله - قال ((كان بين عمر وأبى بن كعب - رضى الله عنهما - مداراة - أى خصومة ولجاج - فحكما بينهما زيد بن ثابت - رضي الله عنه فأتياه فخرج زيد بن ثابت إليهما فقال لعمر هلا بعثت إلي فأتيتك يا أمير المؤمنين، فقال عمر فى بيته يؤتى الحكم، فدخل بيته فألقى لعمر وسادة، فقال عمر هذا أول جورك، وكانت اليمين على عمر، فقال زيد لأبى لو أعفيت أمير المؤمنين، فقال عمر يمينى لزمتهنى، فقال أبى نغى أمير المؤمنين ونصده))<sup>(١)</sup>.

وقد وقع مثل ذلك لجمع من كبار الصحابة، ولم ينكره أحد.  
قال الماوردى: فكان إجماعاً<sup>(٢)</sup>.

وأما المعقول: فلأن كثيرا من الناس الآن يحتاجون إلى التحكيم. إما لوجودهم بعيداً عن مجلس القضاء، وإما لتعثر وتعقيد إجراءات التقاضى الآن، فلو لم نجز التحكيم لضاق الأمر على الناس، لأنه يشق على الناس الحضور لمجلس الحكم فجزونا التحكيم للحاجة<sup>(٣)</sup>.



(١) المبسوط للسرّخسى (٦٢/٢١).

(٢) معنى المحتاج (٣٧٨/٤).

(٣) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للطرابلسى (صد ٢٤).

## المطلب الثاني

### مدى مشروعية جواز التحكيم عند جمهور الفقهاء

بعد أن اتفق الفقهاء على جواز التحكيم، إلا أن منهم من ضيق في هذا الجواز، ومنهم من وسع فيه، ومنهم من لم يجزه إلا بعد وقوع التحكيم. لذا رأينا أنه من الأمانة أن نذكر مدى مشروعية التحكيم عند الفقهاء الأربعة.

فمن الحنفية من امتنع عن الفتوى بجواز التحكيم. وحجتهم: أن السلف كانوا يختارون للحكم من كان عالماً صالحاً ديناً، فيحكم بما يعلمه من أحكام الشرع، أو بما أدى إليه اجتهاد المجتهدين، فلو قيل بصحة التحكيم اليوم لتجاسر العوام، ومن كان في حكمهم إلى تحكيم أمثالهم، فيحكم الحكم بجهله بغير ما شرع الله تعالى من الأحكام، وهذا مفسدة عظيمة، ولذلك أفتوا بمنعه (١).

#### قال ابن نجيم:

إلا أن أصحابنا امتنعوا من هذه الفتوى - أي جواز التحكيم - وقالوا لا بد فيها من حكم المولى كالحدود كي لا يتجاسر العوام (٢). وقال شمس الأئمة الحلواني: مسألة حكم المحكم تعلم ولا يفتى بها، وكان يقول ظاهر المذهب أنه يجوز إلا أن الإمام الأستاذ أبا على النسفى كان يقول يكتم هذا الفصل ولا يفتى به كي لا يتطرق الجهال إلى ذلك فيؤدى إلى هدم مذهبنا (٣).

(١) حاشية ابن عابدين (٤٣٠/٥).

(٢) البحر الرائق نقلاً عن السراج الوهاج (٢٦/٧).

(٣) العناية - بهامش فتح القدير - (٤٠٨/٦).

ويمكن أن يرد عليهم بأن شروط المحكم هي شروط القاضي كما ذهب جمهور الفقهاء، وأن من أهم هذه الشروط هي العدالة فيشترط في المحكم أن يكون عدلاً كما هو شرط في القاضي، وكون العدالة أصبحت قليلة في زمننا هذا لا يعد مسوغاً لعدم جواز التحكيم..

وقال أصبغ من المالكية - لا أحب ذلك - أي التحكيم - فإن وقع مضي.. (١).

وقال بعض الشافعية بجواز التحكيم بشرط إذا لم يكن في البلد قاضي، ومنهم من قال بجواز التحكيم في المال فقط.

ونخلص من ذلك إلى أن جمهور الفقهاء قد قالوا بجواز التحكيم فهو ظاهر مذهب الحنفية، والأصح عندهم والأظهر عند جمهور الشافعية، وهو مذهب الحنابلة (٢)، أما المالكية فظاهر كلامهم نفاذ التحكيم بعد الوقوع (٣).



(١) مواهب الجليل (١١٢/٦).

(٢) العقود الدرية لابن عابدين (٣١٩/١)، وروضة الطالبين (١٢١/١١).

(٣) مواهب الجليل (١١٢/٦)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٢٣٦/١٠).

### المطلب الثالث

#### الفرق بين المحكم والقاضي

فرق الحنفية بين المحكم والقاضي في سبعة عشر موضعاً:

**الأول:** أنه لا بد من تراضى المتحاكمين على كونه حكماً بينهما بخلاف القاضي.

**الثاني:** أن حكم المحكم لا يتعدى إلى العاقلة في القتل الخطأ بخلاف القاضي.

**الثالث:** لا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص والدية على العاقلة بخلاف القضاء.

**الرابع:** لا يفتى بجوازه في فسخ اليمين المضافة بخلاف القضاء به.

**الخامس:** كتاب المحكم إلى القاضي لا يجوز، كما لا يجوز كتاب القاضي إليه، ويجوز كتاب القاضي إلى القاضي.

**السادس:** لا يحكم المحكم بكتاب قاض إلا إذا رضى الخصمان.

**السابعة:** المحكم إذا ارتد انعزل، فإذا أسلم فلا بد من تحكيم جديد بخلاف القاضي.

**الثامنة:** لو رد المحكم الشهادة بتهمة ثم اختصم إلى آخر أو قاضٍ فزكيت البينة يقضى، لأن المحكم لم يكن قاضياً في حق غير الخصمين، ولم يتصل بهذه الشهادة رد قاضٍ من قضاة المسلمين، إنما اتصل بها رد واحد من الرعايا، فكان للقاضي إبطال هذا الرد بخلاف ما لورد قاضٍ شهادته للتهمة لا يقبلها قاضٍ آخر لأن القضاء بالرد نفذ على الكفاية.

**التاسعة:** لا يتعدى حكمه بالعيب من المشتري على بائعه إلا برضا بائعه.

**العاشر:** لا يصح حكمه على وصي صغير بما فيه ضرر عليه.

**الحادي عشر:** أنه لا يتعدى حكمه من وارث إلى الباقي والميت.

**الثاني عشر:** أنه لا يتقيد ببلد التحكيم، بل له الحكم في البلاد كلها بخلاف القاضي .

**الثالث عشر:** أن القضاء يتعدى إلى الكافة في أربع الحرية والنسب، والنكاح، والولاء ولم يصرحوا بحكمها من المحكم، ويجب أن لا يتعدى، فتسمع دعوى الملك في المحكوم بعقده من المحكم بخلاف القاضي .

**الرابع عشر:** لا يجوز تعليق التحكيم ولا إضافته بخلاف القضاء.

**الخامس عشر:** أن حكم المحكم لا يتعدى إلى الغائب لو كان ما يدعى عليه سببا لما يدعى على الحاضر.

**السادس عشر:** مما خالف فيه المحكم القاضي لو اختلف الشاهدان فشهد أحدهما أنه وكله بخصومة فلان إلى قاضي الكوفة والآخر إلى قاضي البصرة تقبل، ولو شهد أحدهما بذلك إلى الفقيه فلان فشهد الآخر به إلى الفقيه فلان آخر لم تقبل.

**السابعة عشر:** الصحيح أن حكم المحكم بالوقف لا يرفع الخلاف (١) بخلاف القاضي .



(١) البحر الرائق (٢٧/٧)، وما بعدها)، وحاشية ابن عابدين (١٤٦/٨).

## المبحث الثاني

### شروط التحكيم

اشتراط الفقهاء شروطاً للتحكيم، منها ما يرجع إلى طرفي التحكيم، ومنها ما يرجع إلى المحكم.

#### أولاً: شروط طرفي التحكيم:

طرفا التحكيم هما الخصمان اللذان اتفقا على فض النزاع به فيما بينهما، وكل منهما يسمى المحكم بتشديد الكاف المكسورة.

وقد يكون الخصمان اثنين، وقد يكونان أكثر من ذلك.

والشروط في طرفي التحكيم الأهلية الصحيحة للتعاقد التي قوامها العقل، إذ بدونها لا يصح العقد<sup>(١)</sup>.

وإذا كان أحد طرفي التحكيم وكيلًا، أو محامياً، فلا يجوز له التوكيل إلا بعد موافقة موكله.

وكذا إذا كان أحد طرفي التحكيم صبيًا مميزًا مأذونًا له في التجارة، فلا يجوز له التحكيم إلا بعد أن يأذن له وليه في التحكيم، قال ابن نجيم: ليس للمحكم أن يحكم بشئ فيه ضرر على الصغير<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان أحد طرفي التحكيم عاملاً في شركة المضاربة، فلا يجوز له أن يلجأ إلى التحكيم في القضايا الخاصة بمال المضاربة إلا بإذن المالك أو صاحب رأس المال.

كما لا يجوز لمن كان له ولاية أو صاية على قُصّر، أو محجور عليهم، فلا يجوز لهم التحكيم إلا بشرط أن لا يضر التحكيم بمصلحة القاصر والغرماء<sup>(٣)</sup>.

(١) البحر الرائق (٢٤/٧).

(٢) البحر الرائق نقلاً عن الفتية (٢٦/٧).

(٣) الفتاوى الهندية (٢٧١/٣).

### قال صاحب معنى المحتاج:

" واستثنى من جواز التحكيم الوكيلين، فلا يكفي تحكيمهما، بل المعتبر تحكيم الموكلين والوليّين، فلا يكفي تحكيمهما إذا كان مذهب المحكم يضر بأحدهما، والمحجور عليه بالفلس لا يكفي رضاه إذا كان مذهب المحكم يضر بغرمائه، والمأذون له في التجارة، وعامل القراض لا يكفي تحكيمهما، بل لابد من رضا المالك، والمحجور عليه بالسفه لا أثر لتحكيمه " (١).

### ثانياً: شروط الحكم:

اشترط الحنفية في المحكم أن تتوفر فيه أهلية القضاء من وقت التحكيم إلى وقت الحكم.

وبناء على ذلك فإنه يشترط في المحكم الشروط الآتية:-

١- الإسلام.

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يشترط في المحكم أن يكون مسلماً، فلا يجوز أن يتولى التحكيم غير المسلم، وهذا في التحكيم بين المسلمين. قال صاحب الفتاوى الهندية " ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي " (٢).

ودليلهم على ذلك أن الإسلام شرط في القاضي باتفاق الفقهاء والمحكم مثل القاضي فلا بد أن تكون الشروط المطلوبة في القاضي متحققة في المحكم وقت التحكيم ووقت الحكم جميعاً، وهذا في التحكيم بين المسلمين كما قلنا، أما إذا كان التحكيم بين غير المسلمين فقد اختلف فيه الفقهاء على رأيين: **الرأى الأول:** ذهب المالكية، والشافعية والحنابلة، إلى أنه يشترط في المحكم الإسلام، كما هو الشرط في التحكيم بين المسلمين، وعلى هذا لا يصح أن يكون المحكم ذمياً، حتى ولو كان التحكيم بين غير المسلمين (٣).

(١) معنى المحتاج (٤/٣٧٩).

(٢) الفتاوى الهندية (٣/٣٩٧)، أستاذنا الدكتور/نصر فريد واصل - السلطة القضائية ص ١٥٠.

(٣) مواهب الجليل (٦/١١٢)، نهاية المحتاج (٨/٢٣٠) وكشاف القناع (٦/٣٠٦).

**الرأى الثانى:** ذهب الحنفية إلى جواز تحكيم الذمى فيما بين الذميين فى (١) دولة الإسلام.

**قال البابرتى:**

" وإن حكمه - أى الذمى - بين أهل الذمة جاز، لأنه من أهل الشهادة فيما بينهم " (٢).

**أدلة الجمهور:**

**أولاً:** قول الله تعالى: ﴿ قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾ (٣).

**وجه الدلالة:**

دلّت الآية على أن الذميين يعطوا الجزية وهم صاغرون، فلو اجزنا لهم التحكيم فى الدولة الإسلامية لكان فى ذلك نفيًا للصغار الذى دلّت عليه الآية الكريمة.

**ثانيًا:** ما روى أن رسول الله ﷺ قال ((الإسلام يعلو ولا يعلى عليه)) (٤).

فلو جعل الذمى محكما - ولو بين الذميين - لكان له ولاية فى دولة الإسلام وهذا لا يجوز.

**ثالثاً:** القصد من التحكيم إنهاء الخصومات وفصل الأحكام، وغير المسلم جاهل بالأحكام الشرعية (٥).

(١) شرح فتح القدير (٤٠٧/٦).

(٢) العناية للبابرتى (٤٠٧/٦).

(٣) سورة التوبة الآية (٢٩).

(٤) سنن الدار قطنى (٧٨/١)، والمعجم الأوسط للطبرانى (١١٢/١).

(٥) مواهب الجليل (١٠٠/٨) ط دار الكتب العلمية.

### استدل الحنفية بالقرآن والقياس:

**أولاً:** قول الله تبارك وتعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ۗ﴾ (١).

#### وجه الدلالة:

دللت الآية على أن اليهود والنصارى لهم ولاية بعضهم على بعض، فيتناول هذا أن لهم ولاية تحكيم الذمي فيما بينهم.

**ثانياً:** قالوا: إن حكم الذمي بين أهل الذمة جائز، لأن أهل الذمة دون المسلمين، ويكون تراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان إياه (٢).

**ثالثاً:** أن العرف جرى في البلاد الإسلامية منذ فجر التاريخ الإسلامي على تعيين قضاة من أهل الذمة ليحكموا بينهم (٣).

#### الرأى الراجح:

ونحن نرى ترجيح مذهب الحنفية، وذلك لحاجة الذميين في الدولة الإسلامية إلى تحكيم رجل من بينهم يفصل في قضاياهم، يكون عالماً بالأحكام الشرعية الخاصة بهم.

وقد رجح بعض أساتذتنا الفضلاء (٤) مذهب الحنفية لعدة أمور:-

**الأول:** أن العرف الذي استند إليه الحنفية له أصل شرعي، وهو أن عمرو بن العاص، بعد ما فتح مصر ولى القضاء قضاة من بين النصارى ليحكموا بين أهل ديانتهم، ولما بلغ ذلك عمر بن الخطاب أقره ولم يعلم لهما مخالف من

(١) سورة المائدة الآية ٥١.

(٢) الفتاوى الهندية (٣/٣٩٧) حاشية ابن عابدين (٨/١٤٠).

(٣) حاشية ابن عابدين (٨/٣٠)، ود/محمد رأفت عثمان - النظام القضائي في الفقه الإسلامي - ط دار البيان، (ص ٧٩).

(٤) أستاذنا الدكتور/عبد العال عطوة - محاضرات في علم القضاء - (ص ٤٤).

الصحابة، وهذا هو أصل القضاء الملى في البلاد المصرية، وإذا كان يجوز تولية غير المسلم القضاء، فإنه يجوز تحكيمه من باب أولى.

**الثاني:** أنه يفهم من كلام الحنفية أن القول بجواز تحكيم غير المسلم بين أهل ديانتهم، إنما هو نوع من التسامح مع أهل الذمة، فلا ينبغي أن يفهم من هذا الجواز أكثر من هذا، كما لا يفهم منها أن غير المسلمين مجبرون على أن يتحاكموا إلى غير المسلمين، لأن لهم الحق في التحاكم إلى المسلمين<sup>(١)</sup>.

وبعد أن ذكرنا ورجحنا مذهب الحنفية في جواز تحكيم الذمي بين أهل الذمة، فما هو حكم تحكيم المرتد عندهم.

اختلف الحنفية في جواز تحكيم المرتد.

فذهب الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه إلى أن تحكيم المرتد موقوف، فإن عاد إلى الإسلام صح تحكيمه وإلا بطل.

وذهب الصحابان أبو يوسف ومحمد رضي الله عنهما إلى أن تحكيم المرتد جائز في كل حال<sup>(٢)</sup>.

**قال ابن نجيم:-**

وتحكيم المرتد موقوف عنده، فإن حكم ثم قتل المرتد أو لحق بطل الحكم وإن أسلم نفذ وعندهما جائز بكل حال<sup>(٣)</sup>.

وعلى ذلك فلو حكم مسلم ومرتد رجلاً، فحكم بينهما، ثم قتل المرتد، أو لحق بدار الحرب لم يجز حكمه عليهما<sup>(٤)</sup>.

ورتبوا على ذلك آثاراً تظهر في بعض الصور التفريعية.

(١) د/ محمد رأفت عثمان - النظام القضائي - (ص ٨٠).

(٢) الفتاوى الهندية (٣/٣٩٨).

(٣) البحر الرائق (٧/٢٤).

(٤) شرح فتح القدير (٦/٤٠٧).

من ذلك أن الخصمين لو حكما صبياً فبلغ، أو غير مسلم فأسلم، ثم حكم لم ينفذ حكمه ولو حكما مسلماً، ثم ارتد لم ينفذ حكمه أيضاً، وكان في رده عزله، فإذا عاد إلى الإسلام فلا بد من تحكيم جديد.

ولو عمى المحكم، ثم ذهب العمى، وحكم لم يجز حكمه، أما إن سافر أو مرض أو أغمى عليه ثم قدم من سفره أو برئ وحكم جاز، لأن ذلك لا يقدح بأهلية القضاء.

### قال صاحب الفتاوى الهندية:

" ولو سافر الحكم أو مرض أو أغمى عليه ثم قدم من سفره أو برئ وحكم جاز، ولو عمى الحكم ثم ذهب العمى وحكم لم يجز " (١).

ومن هنا نعلم أن الحنفية ومعهم جمهور الفقهاء يشترطون في المحكم أن يكون أهلاً للقضاء وقت التحكيم ووقت الحكم جميعاً حتى قالوا. إنه لو كان أهلاً في أحدهما وليس أهلاً في الآخر بطل حكمه..

### الشرط الثاني: من شروط المحكم - أن يكون معلوماً -

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يشترط في المحكم أن يكون شخصاً محدداً معلوماً، فلو حكم الخصمان مثلاً أول من يدخل المسجد لم يجز هذا التحكيم بالإجماع، لما فيه من الجهالة (٢).

وفي خصوص هذا الشرط قال الفقهاء أنه لو حكما الخصمان إلى رجلين لم ينفذ حكم أحدهما حتى يجتمعا، ولا بد من اتفاقهما على المحكوم به، فلو اختلفا لم يجز التحكيم (٣).

(١) الفتاوى الهندية (٣/٣٩٨).

(٢) حاشية ابن عابدين (٨/١٤١، ١٤٢).

(٣) البحر الرائق (٧/٢٢٦)، ومغنى المحتاج (٤/٣٧٩).

### قال الخصاف:

" لو قال لامرأته أنت على حرام ونوى الطلاق دون الثلاث فحكما رجلين فحكما أحدهما بأنها بائن وحكم الآخر بأنها بائن بالثلاث لم يجز لأنهما لم يجتمعا على أمر واحد " (١).

ووجه ذلك أنهما إذا رضيا بحكم رجلين أو رجال، فلا يلزمهما حكم بعضهم دون بعض، كما لو وكل رجل رجلين يشتريان له ثوباً أو يطلقان امرأته، ففعل ذلك أحدهما لم يلزمه، وإذا اتفقا على ذلك، فقد وجد الحكم من جميع من تراضيا بحكمه كما لو كان واحداً فانفرد حكمه على الصواب (٢).

### الشرط الثالث:

أن لا يكون بين المحكم وأحد الخصمين قرابة تمنع من الشهادة.

قال صاحب الهداية:

" وحكم الحاكم - سواء كان قاضياً أو محكماً - لأبويه وولده وزوجته وكل من لا تقبل شهادته له باطل لمكان التهمة " (٣).

ووجه ذلك أن أهلية الشهادة شرط للقضاء، والشهادة لهؤلاء غير مقبولة فكذا الحكم (٤).

فالمعتبر فى المحكم هو جواز شهادته لمن يحكم لهم أو عدم جوازها، ولذلك قالوا يجوز أن يقضى لأبى امرأته وأمها، وكذا لامرأة ابنه أو لزوج ابنته إن كان المقضى له على قيد الحياة، لأن شهادته جائزة لهؤلاء.

(١) شرح أدب القاضى للخصاف - شرحه عمر بن عبدالعزيز المعروف بالحسام الشهيد

(ص ٤٨٦) ط دار الكتب العلمية.

(٢) المنتقى للباچى (٢٢٧/٥) ط دار الكتاب العربى.

(٣) الهداية - مع شرح فتح القدير (٤١٠/٦).

(٤) العناية - مع فتح القدير (٤١٠/٦).

أما إن كان المقضى له ميتا لم يجز التحكيم، لأن القضاء لهم قضاء لزوجته وولده إذا كانوا يتوارثون، وإن كان لا يتوارثون جاز التحكيم لعدم التهمة.

كما يجوز التحكيم للإخوة وأولادهم والأعمام، لأن شهادته لهم جائزة (١).

ومن ذلك أيضا إذا اشترى المحكم الشيء الذي اختصما إليه فيه، أو اشتراه ابنه أو أحد ممن لا تجوز شهادته له، فقد خرج من الحكومة. قال ابن قدامة " وليس للحاكم أن يحكم لنفسه، كما لا يجوز أن يشهد لنفسه، فإن عرضت له حكومة مع بعض الناس جاز أن يحاكمه إلى بعض خلفائه أو بعض رعيته " (٢).

#### الشرط الرابع: ألا يكون التحكيم معلقا أو مضافا.

ومعنى هذا الشرط أنه لا يجوز التحكيم إذا علق على أمر من الأمور، أو أضيف التحكيم إلى زمان أو مكان.

وقد ذكر لنا بعض الفقهاء صور التعليق والإضافة.

فقال صاحب الفتاوى الهندية:

" صورة التعليق إذا قالوا للعبد إذا اعتقت فاحكم بيننا، أو قالوا لرجل إذا أهل الهلال فاحكم بيننا، وصورة الإضافة إذا قالوا لرجل جعلناك حكما غدا، أو قالوا رأس الشهر وإذا اصطلحا على حكم يحكم بينهما على أن يسأل فلانا الفقيه ثم يحكم بينهما جاز، وكذا إذا اصطلحا على حكم بينهما على أن يسأل الفقهاء ثم يحكم بينهما بما أجمعوا عليه جاز " (٣).

وقد اختلف أصحاب الإمام أبي حنيفة في هذا الشرط:

(١) تبين الحقائق (٤/١٩٤).

(٢) المغنى (١١/٤٨٣).

(٣) الفتاوى الهندية (٣/٣٩٨)، وحاشية ابن عابدين (٨/١٤٦).

فقال أبو يوسف - رحمه الله - لا يجوز التحكيم معلقاً بالأخطار ولا مضافاً إلى وقت في المستقبل وقال محمد - رحمه الله - يصح صورة التعليق إذا قال لعبد، إذا أعتقت فأحكم بيننا أو الإضافة إذا قال الرجل جعلناك حكماً غداً.

فوجه قول محمد - رحمه الله - أن التحكيم تولية وتفويض، لأن كل واحد من الخصمين بالتحكيم معرض إلى الحكم ما كان يملك فعل ذلك بنفسه، فأشبه القضاء وتقليد القضاء يجوز مضافاً ومعلقاً فكذا الخصومة.

وجه قول أبي يوسف - رحمه الله - أن التحكيم صح معنى، لأنه لا يثبت إلا بتراضى الخصمين والمقصود منه قطع منازعة تحققت بينهما هاهنا، وهذا هو معنى الصلح فلا يصح معلقاً ومضافاً قياساً على سائر المصلحات بخلاف القضاء والإمارة، لأنه تفويض وتركية حقيقة ومعنى ليس فيهما معنى الصلح، لأن الصلح لا يثبت إلا بالتراضى ولا يصلح إليه إلا بقطع منازعة تحققت وهذا الحد لا يوجد في القضاء والإمارة، فأما التحكيم إن كان تفويضاً من الوجه الذي قلتم، ففيه معنى الصلح من الوجه الذي قلنا، فلئن كان يصح تعليقه وإضافته من الوجه الذي قلتم لا يصح من الوجه الذي قلنا فلا يصح بالشك<sup>(١)</sup>.

وبهذا يتبين أنه لا يجوز التحكيم إذا كان معلقاً أو مضافاً إلى فعل أو زمان أو مكان وهو الذي نختاره.

#### الشرط الخامس: من شروط المحكم - العدالة -

اشتراط الفقهاء وجوب توافر ما في القاضي من شروط للمحكم، وأهم هذه الشروط العدالة.

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني للإمام ابن مازن البخاري الحنفي - ط دار الكتب العلمية بيروت (١١٨/٨، ١١٩).

فذهب جمهور الفقهاء الحنفية في رواية<sup>(١)</sup>، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والشيعة الإمامية والزيدية إلى أنه يشترط في المحكم أن يكون عدلاً كما هو الشرط في القاضي ولو كان فاسقاً لا ينفذ حكمه حتى لو وافق الحق.

**قال صاحب مجمع الأنهر:-**

" ولو حكم الخصمان من يصلح قاضياً بكونه أهلاً للشهادة، فلو حكما عبداً أو صبيّاً أو ذمياً أو محدوداً في قذف لم يصح وتشتترط الأهلية وقت التحكيم ووقت الحكم " <sup>(٢)</sup>.

**وقال الخصاف:**

" وإن حكما فاسقاً لم يجز حكمه عليهما " هذا رأى صاحب الكتاب على ما سبق في صدر الكتاب أن الفاسق عنده ليس من أهل القضاء، والقاضي إذا فسق ينعزل بنفسه فسق فصار بمنزلة الأعمى والمكاتب والمحدود في القذف والذمي " <sup>(٣)</sup>.

**وقال ابن فرحون:**

" إنما يجوز التحكيم إذا كان المحكم عدلاً من أهل الاجتهاد أو عامياً واسترشد العلماء، فإن حكم ولم يسترشد رد وإن وافق قول قائل، لأن ذلك

(١) وتحقيق مذهب الحنفية أن لهم رأياً: -

**الرأى الأول:** وهو في ظاهر المذهب عندهم أن العدالة ليست شرطاً من شروط الحكم، لأنها ليست شرطاً في القاضي، وإنما هي شرط من شروط الكمال، أى الأفضل والأكمل أن يكون المحكم عدلاً.

**الرأى الثانى:** وهو ما اختاره الطحاوى وعلى الرازى والخصاف من الحنفية - أنه يشترط في المحكم أن يكون عدلاً وهو ما نرجحه شرح فتح القدير مع العناية (٣٥٨/٦)

(٢) مجمع الأنهر (١٥٢/٢)، وشرح أدب القاضي (ص ٤٨٥).

(٣) شرح أدب القاضي للخصاف (ص ٤٨٥).

تخاطر منهما وغرر، وقال المازري لا يحكم إلا من يصح أن يولى القضاء " (١).

وقال ابن أبي الدم - من الشافعية -:

" ويشترط في المحكم أن يكون حراً بالغاً عاقلاً عدلاً مقبول الفتوى، عالماً بالشريعة، والضابط فيه أن يكون على صفة يجوز للإمام أن يوليه القضاء مطلقاً " (٢).

وقد اشترط ابن قدامة في المحكم أن يكون ممن يصلح للقضاء.

فقال " وإذا تحاكم رجلان إلى رجل حكما بينهما ورضياه وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز ذلك " (٣).

والمقصود بالعدالة المشترطة في المحكم: أن يكون الشخص صادق اللهجة ظاهر الأمانة عفيفاً عن المحارم التي حرمها الله متوخياً ما لا يوقعه في الإثم بعيداً عن الريب وسوء السمعة مأموناً في الرضا والغضب، مستعملاً لمروءة مثله في دينه ودنياه (٤).

#### الشرط السادس: قيام نزاع وخصومة حول حق من الحقوق:

وهذا الشرط يستدعي حكماً قيام طرفين متشاكسين، كل يدعى حقا له قبل الآخر (٥).

#### الشرط السابع: الذكورة:

اختلف الفقهاء في اشتراط الذكورة في المحكم على رأيين:

(١) تبصرة الحكام (٤٤/١).

(٢) أدب القضاء (ص ١٧٨).

(٣) المغنى (٤٨٣/١١).

(٤) الأحكام السلطانية للماوردى (ص ٦٦).

(٥) الكافي لابن قدامة (٤٣٦/٣).

### الرأى الأول:

ذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، وزفر من الحنفية، والشيعة الإمامية والشيعة الزيدية والإباضية انه يشترط فى المحكم أن يكون رجلاً، ولا يجوز أن يكون المحكم امرأة، سواء أكان ذلك فى قضايا الحدود والقصاص، أم فى قضايا الأموال، وذلك لأن المحكم عندهم منزل منزلة القاضي<sup>(١)</sup>.

### الرأى الثانى:

ذهب الحنفية - ما عدا زفر - أنه لا يشترط الذكورة فى المحكم، ويجوز أن تكون المرأة محكمة فى الأمور التى تصح فيها شهادتها، وهى ما عدا قضايا الحدود والقصاص.

### قال الزيلعى:

" وإن حكماً فاسقاً أو امرأة جاز كما القضاء لأنهما أهل للشهادة " <sup>(٢)</sup>.

### وقال الطرابلسى:

" وكل من تقبل شهادته فى أمر جاز أن يكون حكماً فيه ومن لا فلا، والمرأة تصلح حكماً " <sup>(٣)</sup>.

وقد استدلل جمهور الفقهاء بالقرآن الكريم والسنة:

(١) تبصرة الحكام (٢٣/١)، الحاوى الكبير (١٥٦/١٦)، المغنى (٣٨٨/١١)، شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام (٦٧/٤) منشورات دار الأضواء، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة (٦/١٨) دار إحياء التراث العربى بيروت، والبحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار (١١٨/٦) ط دار الكتاب الإسلامى بالقاهرة.

(٢) تبيين الحقائق (١٩٣/٤).

(٣) معين الحكام (٢٥).

**أولاً: القرآن الكريم:** قول الله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ..﴾ الآية (١).

فقد أفادت الآية حصر القوامة في الرجال، لأن الرجال مبتدأ معرف بلام الجنس وهو يقصر على الخبر مثل الكرم التقوى، والإمام من قريش، والمعنى القوامة للرجال على النساء وليس العكس، وهذا يستلزم ان لا تجوز ولا تصح أن تكون المرأة حكماً.

**ثانياً: من السنة:** ما روى عن أبي بكر أنه قال: لما بلغ رسول الله ﷺ أن أهل فارس ملكوا بنت كسرى قال " لن يفلح قوم ولو أمرهم امرأة " (٢).

فقد أخبر الحديث عن عدم فلاح القوم الذين ولو أمرهم امرأة، والتحكيم ولاية من الولايات الخاصة.

واستدل الحنفية على جواز أن تكون المرأة حكماً في الأمور التي تصح فيها شهادتها: - بالقياس على الشهادة، والمرأة يجوز أن تكون شاهدة في غير قضايا الحدود والقصاص، فيجوز أن تكون حكماً في غيرهما (٣).

ونوقش استدلال الحنفية: بأن التحكيم يلزم الحق بدون واسطة، وأما الشهادة فلا تلزم إلا بواسطة حكم المحكم، فالفارق متحقق بين الشهادة والتحكيم، وإذا تحقق الفارق فلا يصح أن تبني أحدهما على الأخرى.

### قال الباجي:

وأصل الخلاف بين العلماء في صفات المحكم أن من جعله من باب الوكالة لم يراع فيه شيئاً من ذلك إذا لم يكن ذاهب العقل، ومن جعله من باب الولاية في حكم خاص اشترط فيه الشروط التي يجب أن تتحقق في القاضي (٤).

(١) سورة النساء من الآية رقم ٣٤.

(٢) سنن الترمذى (١١٩/٩).

(٣) العناية - بهامش شرح فتح القدير (٣٥٧/٦).

(٤) المنتقى للباجي - سابق (٢٢٨/٥).

### الرأى الراجح:

ونرى أن الرأى الراجح هو رأى جمهور الفقهاء فى أنه لا يجوز أن تكون المرأة حكماً لقوة أدلتهم، ولأن المحكم يحتاج إلى وجهة بين الناس حتى ينفذ حكمه على الخصوم ويلتزمون به، وهذا مما يتحقق فى الرجال أكثر من النساء خاصة فى مجتمعاتنا الريفية.

### الشرط الثامن:

أن يكون التحكيم فيما يملك المحكم إقامته بنفسه، لأن ولاية الحكم بحكم التحكيم فيقتصر على ما يملك الحكم فيه إقامته بنفسه، وحكم هذا الحكم يفارق حكم القاضي المولى من حيث أن حكم هذا الحكم إنما ينفذ فى حق الخصمين، ومن رضى بحكمه ولا يتعدى إلى من لم يحكم - وجعل فى حق من لم يرضى بحكمه كأنه حكم واحد من الرعايا بخلاف القاضي المولى (١).

### الشرط التاسع: الإشهاد على الحكم:

وليس هذا شرطاً لصحة التحكيم، وإنما هو شرط لقبول قول الحكم عند الإنكار، ولا بد من الإشهاد فى مجلس الحكم:

### قال البابرتى:

" لو قال الحكم قامت عندى عليك بينة لهذا بكذا فعدلوا عندى وقد ألزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك فأنكر المقضى عليه أن يكون أقر عنده بشئ أو قامت عليه بينة بشئ لم يلتفت إلى قوله وقضى القاضي و نفذ لأن المحكم يملك إنشاء الحكم عليه بذلك " (٢).



(١) المحيط البرهانى فى الفقه النعمانى (١١٧/٨).

(٢) العناية - بهامش شرح فتح القدير (٤٠٩/٦).

## الفصل الثانى

### مجالات التحكيم، ومدى جواز الرجوع عنه فى الفقه الإسلامى

وفيه مبحثان:

المبحث الأول : مجالات التحكيم .

وفيه ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول : مدى جواز التحكيم فى قضايا الأحوال الشخصية .
- المطلب الثانى : مدى جواز التحكيم فى قضايا الحدود والقصاص .
- المطلب الثالث : مدى جواز التحكيم فى الدية وأرش الجراحات .

المبحث الثانى : مدى جواز الرجوع عن التحكيم فى الفقه الإسلامى .

## المبحث الأول: مجالات التحكيم:

بعد أن اتفق الفقهاء على مشروعية التحكيم، اختلفوا في القضايا التي يجوز فيها التحكيم والتي لا يجوز فيها بين مضيق وموسع. لذلك فإننا نقسم القضايا إلى ثلاثة أقسام:

### القسم الأول:

الحقوق المالية، وتشمل عقود المعاوضات، وكل ما يصح فيه العفو والإبراء<sup>(١)</sup>، وهذا القسم اتفق الفقهاء على جواز التحكيم فيه<sup>(٢)</sup>.

### القسم الثاني:

قضايا الأحوال الشخصية، كالزواج، والطلاق، واللعان والنسب، وهذا القسم اختلف فيه الفقهاء بين مجوز للتحكيم، وعدم مجوز.

### القسم الثالث:

قضايا الحدود والقصاص وهذا القسم اتفق الفقهاء على عدم جواز التحكيم فيه، إلا أن لذلك تفصيلاً يجب ذكره في محله. وسوف نذكر آراء الفقهاء وأدلّتهم في القسمين الثاني، والثالث في ثلاثة مطالب.

## المطلب الأول: مدى جواز التحكيم في قضايا الأحوال الشخصية:

إن فقهاء المذاهب الأربعة اختلفوا في جواز التحكيم في قضايا الأحوال الشخصية، مما يقتضى بيان كل مذهب على حدة.

### أولاً: مذهب الحنفية:

ذهب الحنفية إلى جواز التحكيم في قضايا الأحوال الشخصية في الزواج والطلاق والنفقة والنسب وغيرها مما يملك المحكمين فعل ذلك بأنفسهما.

(١) ما يصح فيه الإبراء، كثمن المبيع، والأجرة، وبدل الخلع، والمهر، وضمان المتلفات.

(٢) شرح فتح القدير (٦/٤٠٨، ٤٠٩)، الحاوي الكبير للماوردي (١٦/٣٢٥).

وذلك لورود النص الصريح في جواز التحكيم في الطلاق في قوله تعالى  
﴿.. فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا..﴾.

قال صاحب الفتاوى الهندية:

" ويصح التحكيم فيما يملكان فعل ذلك بأنفسهما وهو حقوق العباد، ولا يصح فيما لا يملكان فعل ذلك بأنفسهما وهو حقوق الله تعالى حتى يجوز التحكيم في الأموال والطلاق والعتاق والنكاح " (١).

وقال الإمام ابن مازة البخاري الحنفي:

" وحكم الحكم بالطلاق والنكاح والعتاق والكتابة والكفالة بالنفس والكفالة بالمال والشفعة والنفقة والديون، والقروض، وسائر حقوق العباد بينهم، فهو جائز إذا وافق رأى القاضي، أما الطلاق والعتاق وسائر الحقوق المالية فلا شك في جواز التحكيم فيها، لأن حكم الحكم صلح من وجه وتقويض من وجه، وأيا ما كان فهو جائز " (٢).

حكم التحكيم في الطلاق المضاف (٣) عند الحنفية.

ذهب الحنفية إلى أن حكم المحكم في الطلاق المضاف صحيح وينفذ.

قال ابن عابدين:

" حكم المحكم في الطلاق المضاف ينفذ وقد روى عن أصحابنا أوسع من هذا، وهو أن صاحب الحادثة لو استفتى فقيها عدلاً فأفتاه ببطلان اليمين وسعه إتباع فتواه وإمساك المرأة المحلوف بطلاقها، وروى عنهم ما هو أوسع

(١) الفتاوى الهندية (ج ٣/٣٩٧).

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/١٢٣).

(٣) الطلاق المضاف: هو أن يضيف الزوج الطلاق إلى زمن معين بدون أداة من أدوات الشرط أو ما في معناها، كقول الزوج لزوجته: أنت طالق غداً، أو أنت طالق أول العام القادم، فإن الطلاق لا يقع إلا عند وجود هذا الزمن المعين. فالطلاق المضاف يتعد سبباً في الحال، ولكنه لا يترتب عليه حكمه إلا عند مجئ الوقت المضاف إليه.

وهو إن تزوج أخرى وكان حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها فاستفتى فقيها آخر فأفتاه بصحة اليمين فإنه يفارق الأخرى ويمسك الأولى عملاً بفتواهما " (١).

حكم التحكيم فى اللعان (٢) عند الحنفية.

ذهب الحنفية إلى أنه لا يجوز التحكيم فى اللعان، وذلك لأن اللعان بين الزوجين بمنزلة حد القذف فيما بين الأجانب (٣).

وقد توقف ابن نجيم من الحنفية - عن القول بجواز التحكيم فى اللعان أو عدم جوازه -.

### ثانياً. مذهب المالكية:

ذهب المالكية إلى أنه يجوز التحكيم فى بعض قضايا الأحوال الشخصية الخاصة بالنكاح، والخلع، ولا يجوز التحكيم فى القضايا الأخرى الخاصة بالطلاق، واللعان، والنسب.

قال الباجى - من المالكية -:

" لا يقضى بينهما فى قصاص ولا حد قذف ولا عتق ولا طلاق ولا نسب ولا ولاء (٤)، لأن هذه أشياء لا يقطعها إلا الإمام " (٥).

وقد عد بعض فقهاء المالكية ثلاثة عشر موضعاً لا يجوز فيها التحكيم هي:

(١) حاشية ابن عابدين (١٤٣/٨) وشرح أدب القاضى للخصاف شرحه الإمام عمر بن عبد العزيز المعروف بالحسام (صد ٤٨٤).

(٢) اللعان هو قذف الزوج زوجته بالزنا، أو نفى نسب ولدها إليه، ولم يستطع إثبات ذلك بشهادة الشهود الأربعة، فإنه يدرأ عنه حد القذف، وهو ثمانون جلدة، ويكون الواجب هو اللعان، وهو أن يقول الزوج عند الحاكم على المنبر فى جماعة من المسلمين: أشهد بالله إننى لمن الصادقين فيما رميت به زوجتى فلانة من الزنا أربع مرات، ويقول فى الخامسة بعد أن يعظه الحاكم: وعلى لعنة الله إن كنت من الكاذبين - كفاية الأختيار للحصنى (ج ١٢٠/٢).

(٣) شرح أدب القاضى للخصاف (صد ٤٩٧).

(٤) **الولاء**: هى علاقة تكون بين السيد وعبده، فإذا اعتق العبد باختيار سيده أو جبراً عنه تنشئ بينهما صلة تسمى الولاء يحق للسيد بمقتضى هذه الصلة أن يرث عتيقه هذا إذا لم يخلف وارثاً غير سيده.

(٥) المنتقى للباغى (٢٢٨/٥) دار الكتاب العربى.

الرشد، وضده، وأمر الغائب، والنسب، والولاء، والوصية، والوقف، والحد، والقصاص، ومال اليتيم، والطلاق، والعق، واللعان<sup>(١)</sup>.

### وقال ابن فرحون:

" ولا يقيم المحكم حداً ولا يلاعن بين الزوجين، ولا يحكم في قصاص أو قذف أو طلاق أو عتاق أو نسب " (٢).

وسبب ذلك كما قال ابن فرحون:

" وإنما استثنت هذه المسائل من هذه القاعدة، لاستلزامها إثبات حكم أو نفيه عن غير المتحاكمين ومن عدا هذين المتحاكمين لم يرض بحكم هذا المحكم، فاللعان يتعلق به حق الولد في نفى نسبه عن أبيه فقد ينفيه هذا المحكم وليس له ولاية على الحكم في هذا الولد، وكذلك النسب والولاء يسرى ذلك إلى غير المحكمين، ومن يسرى ذلك إليه لم يرض بحكم المحكم، وكذلك الطلاق والعق فيهما حق الله تعالى، إذ لا يجوز أن تبقى المطلقة البائن في العصمة، ولا أن يرد العتيق إلى الرق وإن رضى " (٣).

وقد وضع ابن عرفة حداً لما يجوز فيه التحكيم، فقال: " ظاهر الروايات أنه يجوز التحكيم فيما يصح لأحدهما ترك حقه فيه " (٤).

ومن هنا يتبين لنا أن المالكية ضيقوا في التحكيم، فلم يجيزوه إلا في الأموال، وبعض قضايا الأحوال الشخصية التي لا تتعدى غير المحكمين ويجوز لأحدهما ترك حقه فيه.

إلا أنهم قالوا لو حكم المحكم في هذه القضايا التي لا يجوز التحكيم فيها مضى حكمه ونفذ إن كان صواباً فقد قال الخرشي " ومضى إن حكم صواباً

(١) حاشية الدسوقي (١٣٦/٤).

(٢) تبصرة الحكام (٤٣).

(٣) المرجع السابق (١/٤٤).

(٤) الشرح الكبير للدريير (١٣٦/٤).

وأدب، يعنى أن المحكم إذا حكم فيما لا يجوز له التحكيم فيه، فإنه يمضى إن كان صواباً وليس لأحدهما ولا لحاكم غيرهما أن ينقضه " (١).

### ثالثاً: مذهب الشافعية:

ذهب الشافعية إلى جواز التحكيم في قضايا الأحوال الشخصية بشرط أن تتوفر في المحكم أهلية القضاء.

قال صاحب مغنى المحتاج.

" ولو حكم خصمان رجل في غير حد الله تعالى جاز مطلقاً بشرط أهلية القضاء " (٢).

وقد حكى بعض المتأخرين في المذهب الشافعي أن هناك وجهين عند أصحاب الإمام الشافعي في جواز التحكيم في الأحوال الشخصية.

**أحدهما:** يجوز لوقوفها على رضا المتحاكمين.

**والثاني:** لا يجوز لأنها حقوق يختص الولاية بها.

فلو أن امرأة لا ولي لها خطبها رجل فتحاكما إلى رجل ليزوج أحدهما بالآخر، فإن كانا في دار الحرب أو في بادية لا يصلان إلى حاكم جاز تحكيمهما وتزويج المحكم لهما، وإن كانا في دار الإسلام وحيث يقدران فيه على الحاكم كان في جوازه وجهان على ما ذكرنا (٣).

ومن هنا يتبين لنا أن الشافعية يجيزون التحكيم مطلقاً في قضايا الأحوال الشخصية إذا لم يوجد قاض بالبلد أو كان المتخاصمين في مكان لا يستطيعون فيه الوصول إلى القاضي، أما إذا كان بالبلد قاض ويسهل الوصول إليه، ففي جواز التحكيم في قضايا الأحوال الشخصية عندهم وجهان ذكرناهما.

(١) الخرشى على مختصر سيدى خليل - دار الفكر للطباعة والنشر (٤/١٤٦).

(٢) مغنى المحتاج (٤/٣٧٨).

(٣) الحاوى الكبير (١٦/٣٢٦).

#### رابعاً: مذهب الحنابلة:

اختلفت الحنابلة في جواز التحكيم في قضايا الأحوال الشخصية على قولين:  
**القول الأول:** وهو ظاهر كلام الإمام أحمد أن التحكيم يجوز في قضايا الزواج والطلاق واللعان وكل ما يمكن أن يعرض على القاضي من خصومات.  
قال أبو الخطاب: ظاهر كلام أحمد أنه ينفذ حكمه فيهما، يستوى في ذلك المال والحد والنكاح واللعان وغيرها<sup>(١)</sup>.

**القول الثاني:** وهو اختيار القاضي أبي يعلى بعدم جواز التحكيم في النكاح والطلاق وقضايا الأحوال الشخصية.  
وذلك، لأن لهذه الأحكام مزية على غيرها، فاختص الإمام بالنظر فيها ونائبه يقوم مقامه، فهذه الأحكام مبينة على الاحتياط، فلا بد من عرضها على القضاء للحكم<sup>(٢)</sup>.

ونرى جواز التحكيم في قضايا الأحوال الشخصية - كما ذهب إلى ذلك أغلب الفقهاء على التفصيل السابق -

وذلك لحاجة الناس إلى ذلك، فإن الناظر الآن في القضايا المرفوعة في المحاكم يجد عشرات الآلاف، بل مئات الآلاف من القضايا المرفوعة في المحاكم من هذا النوع، والزيادة المستمرة في ارتفاع أعداد هذه القضايا تجعل المدعى ينتظر الفصل فيها لسنوات وسنوات.

فيمكن أن يحل التحكيم بدلاً من القضاء في هذا النوع من القضايا التي يبغى كلا المتخاصمين الوصول إلى حقه في أسرع وقت ممكن.

(١) المغنى لابن قدامة (٤٨٤/١١).

(٢) الكافي لابن قدامة (٤٣٦/٣)، ومطالب أولى النهي (٤٧١/٦).

## المطلب الثاني

### مدى جواز التحكيم في قضايا الحدود والقصاص

اختلف الفقهاء في جواز التحكيم في قضايا الحدود والقصاص ولكل مذهب من المذاهب تفصيل في هذه المسألة:-

#### أولاً: مذهب الحنفية:

اختلف فقهاء المذهب الحنفى في جواز التحكيم في الحدود والقصاص مما يقتضى التفرقة بين الحدود والقصاص.

#### أولاً: الحدود:

إن الحدود في الإسلام خمسة أنواع " حد الزنا، وحد السرقة، وحد شرب الخمر، وحد القذف، وحد التعزير "

فاتفق الحنفية على جواز التحكيم في الحدود الثلاثة الأولى، واختلفوا في حد القذف والتعزير.

وسبب هذه التفرقة عند الحنفية أنهم قالوا يجوز التحكيم في الحدود الخالصة حقا لله تعالى، ولا يجوز التحكيم في حقوق العباد، أو الحدود المشتركة بين الله والعبد.

قال صاحب الهداية " ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص " (١).

ثم فسر ذلك البابرته فقال:

" لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقا لله تعالى باتفاق الروايات، لأن الإمام هو المتعين لاستيفائها " (٢).

ومع اتفاق فقهاء الحنفية على أنه لا يجوز التحكيم في الحدود الخالصة لله تعالى إلا أنهم قالوا: يجوز التحكيم في تضمين السرقة، لأنه خالص حق المسروق منه، وله ولاية الاستيفاء (٣).

(١) الهداية - بهامش فتح القدير (٤٠٨/٦).

(٢) العناية بهامش شرح فتح القدير (٤٠٨/٦).

(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١٢٣/٨).

وأما التحكيم في حد القذف والتعزير<sup>(١)</sup>، فقد اختلفت آراء فقهاء المذهب الحنفي في جواز التحكيم فيهما فقال بعضهم بجواز التحكيم فيهما، وقال البعض الآخر بعدم جواز التحكيم فيهما وهو الصحيح واختاره الخصاصف - من فقهاء الحنفية -، وذلك لأن حكم المحكم بمنزلة الصلح، ولا يجوز استيفاء حد القذف بالصلح<sup>(٢)</sup>.

والذي أختاره عدم جواز التحكيم في حد القذف والتعزير، وذلك لأن هذه الحدود مشتركة بين الله والعباد، فتكون هذه شبهة في درء الحد، وقد لا يعلمها المحكم، فوجب أن يختص بالحكم فيها رئيس الدولة أو من ينوب مقامه من الولاة والقضاة.

وذلك لأن عقوبة التعزير قد تكون حقا خالصاً لله تعالى، كما في الجرائم التي تتعلق بالاعتداء على الدين، أو حياة الناس العامة، كما في سب الأديان غير الإسلام، أو إلقاء القاذورات في الطريق العام، أو إغراء الناس بالفساد كراقصة في الشارع العام، أو أصحاب المحلات الذين يأجرون شرطة الفيديو التي تشيع الانحلال الأخلاقي فهذه من حقوق الله تبارك وتعالى التي يجب تعزير فاعلها<sup>(٣)</sup>.

### ثانياً: القصاص.

اختلف الحنفية في جواز التحكيم في القصاص على رأيين حكاهما الإمام محمد بن الحسن في كتاب "الأصل".

(١) التعزير هو عقوبة غير مقدرة حقا لله تعالى أو العبد وسببه ما ليس فيه حد من المعاصي: بدر المتقى في شرح الملتقى - بهامش مجمع الأنهر - (٢/٦٠٩).

(٢) شرح أدب القاضي للخصاصف (٤٨٣، ٤٨٤).

(٣) د/ عبدالسميع إمام - منهاج الطالب في المقارنة بين المذاهب - (ص ٢٨٤).

### الرأى الأول: جواز التحكيم فى القصاص:

وجه هذا الرأى: أن القصاص من حقوق العباد، وهما يملكان الاستيفاء بأنفسهما، فيملكان التفويض إلى غيرهما قياساً على سائر حقوق العباد. قال الكمال نقلاً عن أبى بكر الرازى فى القصاص " فينبغى أن يجوز، لأن ولى القصاص لو استوفى القصاص من غير أن يرفع إلى السلطان جاز فكذا إذا حكم فيه، لأنه من حقوق بنى آدم، وتوجيه المصنف بأنها لا ولاية لهما على دمهما ولذا لا يملكان الإباحة يعنى لو قال لشخص اقتلنى لا يصح أمره ولا يصح للآخر قتله " (١).

### الرأى الثانى: أنه لا يجوز التحكيم فى القصاص:

وجه ذلك: أن التحكيم صلح من وجه، ولا يجوز استيفاء القصاص بالصلح، ولأنه ليس بحجة فى حق غير الحكيم فكان فيه شبهة، والقصاص لا يستوفى مع الشبهات (٢). ونرى أن الراجح هو الرأى الثانى القائل بعدم جواز التحكيم فى القصاص، وذلك لأن القصاص من القضايا الخطيرة التى يجب الأخذ فيها بالحيطه والحذر، وقد يتعجل المحكم الحكم به، فلذلك وجب إسناده إلى القضاة الذين يتحرون الدقة فى إصدار الأحكام.

### ثانياً. مذهب المالكية:

يرى المالكية أن التحكيم لا يجوز فى قضايا الحدود والقصاص. وعللوا ذلك بأن هذه القضايا تعلق بها حق لغير الخصمين إما لله تعالى، أو للإنسان، فوجب أن يحكم فيها القضاة لا المحكمون.

(١) شرح فتح القدير (٤٠٨/٦).

(٢) المحيط البرهانى فى الفقه النعمانى (١٢٣/٨)، وشرح فتح القدير (٦ / ٤٠٨).

وغلب المالكية الحق في القصاص لله تعالى على حق العبد، وذلك لأن القصاص إنما شرع للزجر عن الاعتداء على حياة الإنسان<sup>(١)</sup>. ومع أن المالكية قرروا عدم جواز التحكيم في الحدود والقصاص إلا أنهم قالوا أن المحكم إذا حكم في هذه القضايا، فإنه يصح حكمه وينفذ إن كان صواباً.

### قال الخرشى:

" إن المحكم إذا حكم فيما لا يجوز له التحكيم فيه، فإنه يمضى إن كان صواباً وليس لأحدهما ولا لحاكم غيرهما أن ينقضه، ولكن إذا استوفى الحكم بالحد والقتل يؤدب لا فتياته على الإمام في الاستيفاء وإلا فلا يؤدب بل يزجر ولا يؤدب على المعول عليه " <sup>(٢)</sup>.

### ثالثاً: مذهب الشافعية:

يرى الشافعية أنه لا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص.

قال صاحب مغنى المحتاج:

" لا يأتي التحكيم في حدود الله تعالى، إذ ليس لها طالب معين، ويؤخذ من هذا التعليل أن حق الله تعالى المالى الذى لا طالب له معين لا يجوز فيه التحكيم " <sup>(٣)</sup>

### رابعاً: مذهب الحنابلة:

اختلفت الحنابلة في جواز التحكيم في الحدود والقصاص على رأيين:

**الرأى الأول:** يرى بعض فقهاء الحنابلة أنه ينفذ حكم المحكم في جميع الأحكام إلا في أربعة أشياء: الزواج، واللعان، والقذف، والقصاص.

(١) الشرح الكبير (١٣٦/٤).

(٢) الخرشى على مختصر سيدي خليل (١٤٦/٤).

(٣) مغنى المحتاج (٣٧٩/٤).

وقال أبو الخطاب من فقهاء الحنابلة - ظاهر كلام أحمد أنه ينفذ حكمه فى هذه الأربعة<sup>(١)</sup>.

**الرأى الثانى:** ما ذكره صاحب كشف القناع - من فقهاء الحنابلة - أن حكم المحكم ينفذ فى كل الأمور من مال، أو قصاص، أو حد، أو زواج، أو لعان، أو غيرها<sup>(٢)</sup>.

### **الرأى الراجح:**

وأرى أن الرأى الراجح هو أنه لا يجوز التحكيم فى الحدود، لأنها حقوق لله سبحانه وتعالى، والموكل بتنفيذ هذه الحدود هو الوالى أو القاضى، والمحكم عند ما ينفذ هذه الحدود يكون هذا افتتاحاً على سلطة رئيس الدولة والقاضى وهو لا يجوز.

وأما القصاص فنرى أيضاً عدم جواز التحكيم فيها إذا انتهى الحكم إلى القصاص ولم يعفوا الأولياء.

أما إذا عفى الأولياء عن القصاص، وانتقلت العقوبة إلى الدية، فإنه يجوز للمحكم الحكم بالدية كما سنتعرف فى المطلب التالى.



(١) المغنى لابن قدامة (٤٨٤/١١).

(٢) كشف القناع (٣٠٣/٦).

### المطلب الثالث

#### مدى جواز التحكيم في الدية وأرش الجراحات

ونتكلم عن هذا المطلب في فرعين:-

##### الفرع الأول:- مدى جواز التحكيم في الدية.

فرق الحنفية في جواز التحكيم في القتل الخطأ بين ما إذا ثبت بالبينة أو بالإقرار، فإن ثبت القتل بالبينة فلا يجوز التحكيم، لأنه إن حكم بالدية على العاقلة لا يجوز، لأن العاقلة لم ترض بحكمه، وحكم المحكم إنما ينفذ على من رضى به دون غيره.

وإن قضى بالدية على القاتل لا يجوز أصلاً، لأن هذا الحكم مخالف للشرع، وهو ما ورد في حديث حمل بن مالك<sup>(١)</sup>.

##### قال الباهرتي:

" وإن حكاه في دم خطأ لا ينفذ إلا في صورة، لأنه إما أن يحكم بالدية على العاقلة أو في مال القاتل، فإن كان الأول لم ينفذ حكمه لأنه لا ولاية له عليهم إذ لا يحكم من جهتهم وحكم الحكم لا ينفذ على غير المحكمين، وإن كان الثاني رده القاضي ويقضى بالدية على العاقلة، لأنه يخالف رأيه ومخالف لنص حديث حمل بن مالك " <sup>(٢)</sup>.

وإن كان القتل الخطأ ثبت بالإقرار، فإنه يجوز التحكيم، ويكون حكم المحكم بالدية على القاتل وحده.

(١) وهو ما روى عن حمل بن مالك أنه قال كنت بين ضرتين فضربت إحداهما الأخرى بعمود قسطاط أو بمسطح خيمة فألقت جنيناً ميتاً فاختمت أولياؤها إلى رسول الله - ﷺ - فقال ﷺ لأولياء الضاربة أئدى فقال أخوها أئدى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ودم مثله يطل فقال ﷺ أسجع كسجع الكهان، وفي رواية دعنى وأرجيز العرب قوموا فدوه. شرح فتح القدير (١٤٦/٩).

(٢) العناية بهامش شرح فتح القدير - (٤٠٩/٦)، وحاشية الشلبي - بهامش تبیین الحقائق (١٩٣/٤) ومعين الحكام للطرابلسي (صد ٢٥).

## قال الخصاف:

" إلا أن يكون القاتل أقر بالقتل خطأ فحينئذ يجوز حكمه بالدية عليه " لأن ما يجب بالاعتراف لا تتحملة العاقلة، وإنما تجب على المقر فكان حكماً موافقاً للشرع فينفذ (١).

وبالنظر في فقه الشافعية، وجدت وجهين عند أصحاب الإمام الشافعي: قال ابن أبي الدم: " ثم أعلم أن الحكم بين المتحاكمين في التحكيم لا يتعدى إلى ثالث غير المتحاكمين إلا في مسألة العاقلة، وهو ما إذا تحاكم إليه اثنان في قتل الخطأ، وقامت البينة على ذلك، ففي وجوب الدية على العاقلة وجهان:

**أحدهما:** لا تجب لعدم رضاها بحكمه.

**والثاني:** بلى، لأن الرضا حصل من القاتل.

وهذا الخلاف مبنى على أن الدية تجب ابتداء على القاتل، ثم تتحملها العاقلة عنه، أو تجب على العاقلة ابتداء، فإن قلنا: تجب أولاً (على القاتل، وجبت ههنا على العاقلة، وإن قلنا تجب أولاً على العاقلة، فلا تجب لعدم رضاها بها (٢).

## الفرع الثاني: مدى جواز التحكيم في أروش الجراحات:

إن جمهور الفقهاء قد توسعوا في جواز التحكيم في أروش الجراحات أكثر من القصاص والدية، ولذلك نجد تعبير الفقهاء بأن الواجب في أروش الجراحات عند تعذر القصاص أو عفو المجنى عليه هو حكومة عدل (٣).

(١) شرح أدب القاضي للخصاف (ص ٤٨٤)، والفتاوى الهندية (٣/٣٩٧).

(٢) أدب القاضي لابن أبي الدم (ص ١٧٩).

(٣) الحكومة: القضية المحكوم بها.

وفي الجراح عند أهل العلم كلهم: أن يقوم المجنى عليه كأنه عبد لا جناية به، ثم يقوم وهي به قد برئت، فما نقصته الجناية فله مثله من الدية، كأن تكون قيمته وهو عبد صحيح عشرة وقيمه وهو عبد به الجناية تسعة، فيكون فيه عشر دينته. القاموس الفقهي (ص ٩٧).

فذهب الحنفية إلى جواز التحكيم في أروش الجراحات، إن كانت دون أرش الموضحة وهو خمسمائة درهم، وقضى على الجاني جاز، لأنه لم يخالف الشرع وقد رضى الجاني بحكمه، وإن كانت الأرش خمسمائة درهم فصاعداً، وقد ثبتت الجناية بالبينة وكان خطأ لا يجوز قضاؤه، بها أصلاً.

**قال صاحب المحيط البرهاني:**

" وأما أروش الجراحات، فإن كانت بحيث لا يتحملها العاقلة وتجب في مال الجاني بأن كانت دون أرش الموضحة وهو خمسمائة درهم، أو ثبت ذلك بالإقرار أو النكول وقضى على الجاني جاز لأنه لا يخالف حكم الشرع وقد رضى الجاني بحكمه عليه فيجوز، وإن كانت بحيث تتحملها العاقلة بأن كانت خمسمائة فصاعداً، وقد ثبت بالبينة وكان خطأ لا يجوز قضاؤه أصلاً، لأنه إن قضى بها على الجاني فقد قضى بخلاف حكم الشيء، وإن قضى بها على العاقلة فالعاقلة ما رضوا به " (١).



(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (ص ١٢٣)، والعناية (٦/٤٠٩).

## المبحث الثاني

### في مدى جواز الرجوع عن التحكيم في الفقه الإسلامي

وفيه مطلبان :-

**المطلب الأول :- طريق الحكم :-**

**المطلب الثاني :- مدى جواز الرجوع عنه :-**

وستتحدث عن كل مطلب من هذين المطلبين على حدة:

**المطلب الأول :- طريق الحكم :-**

إن طريق كل شيء هو ما يوصل إليه، حكماً كان أو غيره<sup>(١)</sup>.

وعليه فإن طريق الحكم معناه، هو ما يثبت به الحق موضوع النزاع

والخصومة.

وطريق إثبات الحكم عند المحكم لا يكون إلا بالبينة، أو الإقرار، أو

النكول عن حلف اليمين ولو شهد الحكم أنه قضى بالبينة لفلان على فلان

جاز كما يجوز من القاضي<sup>(٢)</sup>.

وإذا شهد شاهدان أن هذا الحكم قضى ليلاً على هذا بألف درهم، وشهد

آخران أن هذا الحكم أبرأ هذا عن الألف التي ادعاها هذا والحاكم ميت أو

غائب أو حاضر، إلا أنه يجحد البعض ويقر البعض فإنني أقضى بالبراءة.

ولو كانت الخصومة في دار، وشهد شاهدان آخران للخصم الآخر أن

الحكم قضى بها لهذا تهاترت البيئتان وتترك الدار في يد من كانت قبل هذا

قضاء ترك، لأنه تعذر العمل بالبيئتين، لأن إحداهما كاذبة بيقين وتعذر العمل

بإحداهما إذ ليست أحدهما للعمل بها أولى من الأخرى.

ولو كانت الخصومة بينهما في ألف درهم، وأقام المدعى بينة أن الحكم

قضى له على المدعى عليه بالألف التي ادعاها يوم السبت، وأقام المدعى

(١) كشف القناع (٦/٣٢٤).

(٢) الفتاوى الهندية (٣/٣٩٩).

عليه بينة أن المدعى عليه أخرجته عن الحكومة قبل ذلك فحكمه باطل، لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت عياناً، ولو عاينا أن المدعى عليه أخرج الحكم عن الحكومة قبل يوم السبت، ثم إن الحكم حكم عليه بعد ذلك يوم السبت كان حكمه باطلا كذا هنا (١).

### وقال الخصاف:

" وإن قضى على رجل بنكول عن يمين أو إقرار أو بينة فذلك جائز لأنه موافق للشرع، وإن قال المحكم بينهما لأحدهما قد أقررت عندى لهذا بكذا وكذا أو قامت عندى عليك بينة لهذا بكذا وكذا فعدلوا عندى وقد أئزمتك ذلك وحكمت به عليك لهذا، وأنكر المقضى عليه أن يكون أقر عنده بشئ أو قامت عليه بينة بشئ لم يلتفت إلى قوله، ومضى القضاء عليه ونفذ لأن المحكم يملك إنشاء الحكم عليه بذلك فيملك الإقرار كالقاضي المولى إذا قال فى حال قضائه لإنسان قضيت عليك لهذا بإقرارك أو ببينة قامت عندى على ذلك، فإنه يصدق فى ذلك. ولا يلتفت إلى إنكار المقضى عليه فكذا هاهنا، إلا أن يخرجته من الحكم أو يعزله عنه قبل أن يقول قد حكمت عليك، فإن المحكم حينئذ لا يصدق عليه (٢).

ولا يجوز كتاب الحكم إلى القاضي ، وكذلك كتاب القاضي إليه. كما لا يحكم الحكم بكتاب القاضي إلى قاضى آخر، لأنه لم يكتب إليه إلا إذا رضى الخصمان أن ينفذ الحكم القضاء بينهما فيجوز ابتداء، لأنهما رضيا بحكمه (٣).

وذهب الحنابلة إلى جواز ونفاذ كتاب الحكم إلى القاضي . والذي أرجحه رأى الحنابلة، وذلك لأن المحكم وإن كان أقل سلطة من القاضي ، إلا أن القاضي يمكن له أن يستأنس فى حكمه بكتاب المحكم (١).

(١) المحيط البرهانى فى الفقه النعمانى (١٢٢/٨).

(٢) شرح أدب القاضى للخصاف (ص ٤٨٤).

(٣) الفتاوى الهندية (٤٥/٣).

كما انه ليس للحكم أن يفوض التحكيم إلى غيره، فإن فوض وحكم الثانى بغير رضاهما لم يجر التحكيم حتى وإن أجازة الحكم الأول.

قال صاحب الفتاوى الهندية:

" وليس للحكم أن يفوض التحكيم إلى غيره، لأن الخصمين لم يرضيا بتحكيمه غيره، فإن فوض وحكم الثانى بغير رضاهما، وأجاز الحكم الأول لم يجر إلا أن يجيزه الخصمان " (٢).



(١) المغنى (١١/٤٨٤).

(٢) الفتاوى الهندية (٣/٤٠٠).

## المطلب الثاني

### في مدى جواز الرجوع عن التحكيم

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن لكل واحد من الخصمين أن يرجع عن التحكيم، ولكن هذا الحق لهما ليس مطلقاً.

فذهب الحنفية، وسحنون من المالكية إلى التفارقة بين أمرين، قبل صدور الحكم، وبعد صدور الحكم فقالوا: إن من حق كل واحد من الخصمين أن يرجع عن التحكيم قبل صدور الحكم، ولا حاجة لاتفاق الخصمين على ذلك، فإن رجع أحدهما كان في ذلك عزل للمحكم.

أما بعد صدور الحكم، فليس لهما حق الرجوع عن التحكيم، فإن رجع أحدهما أو كلاهما بعد الحكم لم يبطل الحكم، لأنه صدر عن ولاية شرعية للمحكم، كالقاضي الذي يصدر حكمه، ثم يعزله السلطان.

### قال الزيلعي - من الحنفية -

" ولكل واحد من المحكمين أن يرجع قبل حكمه، لأنه مقلد من جهتهما فكان لهما عزله قبل أن يحكم بينهما كما أن المقلد من جهة الإمام له أن يعزله قبل أن يحكم بين الناس،.. ثم قال فإن حكم لزمهما، لأنه حكمه صدر عن ولاية شرعية عليهما كالقاضي إذا حكم لزم، ثم بالعزل لا يبطل حكمه فكذا هذا، ولأن حكمه لا يكون دون صلح جرى بينهما بتراضيهما وفيه لا يكون لأحدهما أن يرجع عنه بعد تمامه فهذا أولى " (١).

وعلى هذا: فإن اتفق رجلان على حكم يحكم بينهما في عدد من الدعاوى، فحكم في بعضها، ثم رجع أحدهما فيما بقي بينهما من الدعاوى، فإن القضاء الأول نافذ، وليس للحكم أن يحكم فيما بقي، فإن حكم لا ينفذ.

(١) تبيين الحقائق (٤/١٩٣)، شرح فتح القدير (٦/٤٠٧)، ومجمع الأنهر (٢/١٧٣)،

وتبصرة الحكام (١/٤٤).

### قال صاحب الفتاوى الهندية:

" وإذا اصطح الرجلان على حكم يحكم فيما بينهما فقاضى لأحدهما على صاحبه في بعض الدعاوى التي حكماؤها فيها ذلك، ثم رجع المقضى عليه عن تحكيم هذا الحكم فيما بقي بينهما من الدعاوى، فإن القضاء الأول نافذ، وما يقضى بعد ذلك لا ينفذ " (١).

وزهد المالكية: إلى أنه لا يشترط دوام الرضا إلى حين نفوذ الحكم بل لو أقاما البينة عند الحكم فلا يجوز الرجوع وينفذ الحكم.

قال ابن فرحون: " ولا يشترط دوام الرضا إلى حين نفوذ الحكم بل لو أقاما البينة عنده ثم بدا لأحدهما قبل أن يحكم فليقض بينهما ويجوز حكمه ".

وقال أصبغ: لكل واحد منهما الرجوع ما لم تبدأ الخصومة أمام الحكم، فإن بدأت تعين عليهما المضى فيها حتى النهاية.

وقال ابن الماجشون: ليس لأحدهما الرجوع كان ذلك قبل أن يقاعد صاحبه أو بعد ما ناشبه الخصومة وحكمه لازم لهما (٢).

وعند الشافعية: اختلفوا في جواز رجوع المحكمين عن التحكيم إلى رأيين:

**الرأى الأول:** وهو الرأى الراجح عندهم، يجوز الرجوع في أى مرحلة من مراحل التحكيم، قبل الحكم أو بعده، ولو بعد إقامة البينة.

**الرأى الثانى:** لا يجوز الرجوع قبل الحكم ولا بعده.

ولا يشترط رضا المحكمين قبل الحكم باتفاق الشافعية، أما بعد الحكم

ففيه وجهان:

**الأول:** لا يشترط الرضا بعد الحكم في الأظهر.

**والثانى:** يشترط، لأن رضاهما معتبر في أصل التحكيم، فكذا في لزوم الحكم، والأول هو الراجح (٣).

(١) الفتاوى الهندية (٤٠١/٣).

(٢) الحاوى الكبير (٣٢٦/١٦)، الوسيط فى المذهب للغزالي (٢٩٣/٧)، مغنى المحتاج (٣٧٩/٤).

(٣) الحاوى الكبير (٣٢٦/١٦)، الوسيط فى المذهب للغزالي (٢٩٣/٧)، مغنى المحتاج (٣٧٩/٤).

وعند المناقشة: انفقوا على جواز الرجوع قبل الشروع في التحكيم.

وأما بعد الشروع فيه فقد اختلفوا على قولين:-

- قال صاحب الكافي - من المناقشة -

" ولكل منهما - أي من المتحاكمين - الرجوع عن تحكيمه قبل شروعه في الحكم، وأما بعد الشروع فيه وقبل تمامه، ففي الرجوع قولان:

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

**والثاني:** ليس لهما ولا لأحدهما الرجوع، وهو الراجح <sup>(١)</sup>.

**الرأي الراجح:**

وأرى أن الرأي الراجح من قول فقهاء المذاهب الأربعة، هو القول بجواز الرجوع عن التحكيم من الخصمين قبل الحكم وقبل الشروع في التحكيم، وأما بعد الشروع في التحكيم فلا يجوز الرجوع لأننا لو جوزنا الرجوع بعد الحكم لأدى ذلك إلى أن المحكوم عليه إذا رأى ما لا يوافقه يرجع عن التحكيم، فيبطل المقصود الأصلي من التحكيم وهو إنهاء الخصومات وإعطاء كل ذي حق حقه.



(١) الكافي (٤٣٦/٣)، ومعونة أولى النص شرح المنتهى (٥٠/٩).

## الفصل الثالث

### الآثار المترتبة على التحكيم في الفقه الإسلامي

وفيه ثلاثة مباحث:

#### المبحث الأول: نفاذ حكم المحكم ولزومه:

ذكرنا قبل ذلك أن من حق كل من المتخاصمين أن يرجع عن تحكيمه قبل شروع المحكم في الحكم، وهذا باتفاق الفقهاء.

أما إذا أصدر المحكم حكمه، فقد اختلف الفقهاء في لزوم ونفاذ هذا الحكم في حق كل من الخصمين المتحاكمين إلى رأيين:

**الرأى الأول:** ذهب جمهور الفقهاء الحنفية، والمالكية، والقول الراجح للإمام الشافعي، والحنابلة، والإمامية، والإباضية إلى أن المحكم إذا أصدر حكمه، أصبح نافذاً ولازماً في حق كل من المتخاصمين ولا يتوقف على رضاهما<sup>(١)</sup>.

**الرأى الثاني:** ذهب الإمام الشافعي في قوله الآخر، والإباضية إلى أن حكم المحكم لا يلزمهما ولا ينفذ عليهما إلا بتراضيهما<sup>(٢)</sup>.

ولكل رأى من هذين الرأيين أدلته:

#### أدلة الرأى الأول:

استدل جمهور الفقهاء على نفاذ حكم المحكم بمجرد صدوره بالسنة والقياس:

**أولاً:** ما روى عن النبي - ﷺ - قال ((من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فعليه لعنة الله))<sup>(١)</sup>.

(١) شرح فتح القدير (٤٠٧/٦)، وشرح أدب القاضى (ص ٤٨٢)، وتبصرة الحكام

(٤٤/١)، والحاوى الكبير (٣٢٦/١٦) والمغنى (٤٨٤/١١) وشرح كتاب النيل وشفاء

العليل لمحمد بن يوسف أطفيش (١١/١٣).

(٢) الحاوى الكبير للماوردى (٣٢٦/١٦)، ومحمد بن يوسف أطفيش - شرح كتاب النيل

وشفاء العليل ١٠/١٣ مكتبة الإرشاد جدة، وأستاذنا الدكتور/نصر فريد واصل -

السلطة القضائية ص ١٧٩.

### وجه الدلالة:

دل هذا الحديث على أن حكم الحكم يلزمهما ؛ لأنه رتب على عدم العدل بينهما عقوبة كبيرة، فكان الوعيد دليلاً على لزوم حكمه كما قال في الشهادة ﴿.. وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ..﴾<sup>(٢)</sup> فدل الوعيد على لزوم الحكم بشهادته<sup>(٣)</sup>.

ثانياً: قوله عليه الصلاة والسلام ((من علم علماً وكتمه ألجمه الله يوم القيامة بلجام من نار))<sup>(٤)</sup>.

وجه الدلالة: دل هذا الوعيد على لزوم الحكم بما أبداه.

ثالثاً: ما روى عن النبي - ﷺ - أنه قال ((وإذا كنتم ثلاثة فأمروا عليكم واحداً))<sup>(٥)</sup>.

وجه الدلالة: دل هذا الحديث على أنه بتأميرهم لواحد منهم صار نافذ الحكم عليهم كنفوذه لو كان والياً عليهم، ولذلك انعقدت الإمامة باختيار أهل الاختيار<sup>(٦)</sup>.

### رابعاً: القياس على القاضي:

استدل جمهور الفقهاء بقياس المحكم على الذى تولى الحكم من جهة رئيس الدولة - وهو القاضي - فكما أن القاضي ينفذ حكمه من غير وقف على رضا أى من الخصمين، فالمحكم أيضاً يجب أن ينفذ حكمه ولا يشترط رضا أى من الطرفين بهذا الحكم قياساً على القاضي<sup>(٧)</sup>.

(١) نيل الأوطار (٨٩/٦)، والسنن الكبرى (١٤٢/٨).

(٢) البقرة: ٢٨٣.

(٣) معونة أولى النهى (٤٩/٩).

(٤) مسند الإمام أحمد (٤٩٩/٢)، مجمع الزوائد (١٦٣/١)، ومستدرك الحاكم (١٠٢/١).

(٥) كشف الخفاء ومزيل الألباس للطبرانى (١٠٣/١).

(٦) الحاوى الكبير للماوردى (٣٢٦/١٦).

(٧) نهاية المحتاج (٢٤٣/٨).

### أدلة الرأي الثاني:

استدل أصحاب الرأي الثاني بأن رضاها معتبر في الحكم، فكذا في لزومه<sup>(١)</sup>.

### الرأي الراجح:

وأرى ترجيح الرأي الأول القائل بأنه متى أصدر المحكم حكمه، أصبح هذا الحكم ملزماً للخصمين المتنازعين وتعين إنفاذه دون أن يتوقف ذلك على رضاها. وحكمه في ذلك كحكم القاضي .

ولكن هذا الإلزام الذي يتصف به حكم الحكم ينحصر في الخصمين فقط، ولا يتعدى إلى غيرهما، ذلك لأنه صدر بحقهما عن ولاية شرعية نشأت من اتفاقهما على اختيار الحكم للحكم فيما بينهما، من نزاع وخصومة، ولا ولاية لأى منهما على غيره، فلا يسرى أثر حكم الحكم على غيرهما<sup>(٢)</sup>.

وتطبيقاً لهذا المبدأ فلو حكم الخصمان رجلاً في عيب بالمبيع فقضى برده، ليس للبائع أن يرده على بائعه إلا أن يتراضى البائع الأول والثاني والمشتري بتحكيمة، فحينئذ يرده على البائع الأول<sup>(٣)</sup>.

وكذلك لو أن رجلاً ادعى على آخر ألف درهم، ونازعه في ذلك، فادعى أن فلاناً الغائب قد ضمنها له عن هذا الرجل، فحكما بينهما رجلاً، والكفيل غائب، فأقام المدعى بينة على المال وعلى الكفالة، فحكم الحكم بالمال وبالكفالة، صح الحكم في حق الدائن والمدين ولم يصح بالكفالة ولا على الكفيل..

(١) الحاوي الكبير للماوردي.

(٢) نهاية المحتاج (٢٤٣/٨)، وشرائع الإسلام للحلى (٦٨/٥).

(٣) شرح فتح القدير (٤٠٧/٦)، وحاشية ابن عابدين (١٤٣/٨).

وإن حضر الكفيل، والمكفول غائب، فتراضى الطالب والكفيل، فحكم المحكم بذلك كان الحكم جائزاً ونافاذاً بحق الكفيل دون المكفول. ولم يشذ عن هذا المبدأ غير مسألة واحدة نص عليها الحنفية، وهي: ما لو حكم أحد الشريكين وغريمه رجلاً فحكم بينهما، وألزم الشريك شيئاً من المال المشترك نفذ هذا الحكم، وتعدى إلى الشريك الغائب، لأن حكمه بمنزلة الصلح في حق الشريك الغائب، والصلح من صنيع التجار، فكان كل واحد من الشريكين راضياً بالصلح، وما في معناه...  
وبعبارة أخرى فإن العرف بين التجار قد جعل التحكيم من أحد الشركاء كأنه تحكيم من سائر الشركاء، ولهذا لزم الحكم، ونفذ في حقهم جميعاً<sup>(١)</sup>.



(١) البحر الرائق (٢٨/٧)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٢٤٥/١٠).

## المبحث الثاني

### نقض حكم المحكم

قد يرضى الخصمان بالحكم، فيعملان على تنفيذه، وقد يرى أحدهما رفعه إلى القضاء لتضرره من الحكم، أو لمصلحة يراها، فما مدى سلطة القاضي في نقض حكم المحكم.

أختلف الفقهاء في هذه المسألة:

**أولاً:** ذهب الحنفية إلى أن حكم المحكم إذا رفع إلى القاضي، نظر فيه، فإن وجد موافقا لمذهبه أخذ به وأمضاه، لأنه لا جدوى من نقضه، ثم إبرامه.

قال البايبرتي:

" وإذا رفع حكمه إلى حاكم فوافق مذهبه أمضاه، لأنه إذا نقضه لم يحكم إلا بذلك فلا فائدة في نقضه ثم إبرامه على ذلك الوجه، وفائدة إبرامه أنه لو رفع إلى حاكم يخالف مذهبه لم يتمكن من نقضه.. وإن خالف مذهبه لعموم ولايته، فكان قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز لقاضي آخر أن يردده " (١).

وأما أن وجد القاضي حكم المحكم مخالفا لمذهبه فله أن يبطله، حتى وإن كان مما يختلف فيه الفقهاء.

قال الكاساني:

" إذا حكم أي المحكم في فصل مجتهد فيه، ثم رفعه إلى القاضي، ورأيه يخالف رأى الحاكم المحكم، له أن يفسخ حكمه " (٢).

وعبارة الكاساني تدل على أن هذا الإبطال ليس على سبيل اللزوم، بل هو على سبيل الجواز إن شاء القاضي أبطله، وإن شاء أمضاه وأنفذه (٣).

وقال الحنفية: ويجب أن تكون هذه الإجازة من القاضي بعد حكم المحكم.

(١) العناية - بهامش شرح فتح القدير (٤٠٨/٦)، والبحر الرائق (٢٧/٧).

(٢) بدائع الصنائع (٣/٢).

(٣) البحر الرائق (٢٧/٧).

جاء فى المحيط البرهانى " وإذا اصطلحا على حكم حكم بينهما وأجاز القاضى حكومته قبل أن يحكم بينهما، فهذه الإجازة من القاضى لغو، حتى لو حكم الحاكم بخلاف رأى القاضى فللقاضى أن يبطله، لأن هذه الإجازة لو اعتبرت إما أن يعتبر إنفاذ التحكيم ولا وجه إليه، لأن التحكيم نفذ بين الخصمين لا يوقف فيها، فلا تعمل الإجازة فيها، لأن الإجازة إنما تعمل فى الموقوف لا فى غير الموقوف، وإما أن يعتبر إنفاذ الحكم ولا وجه إليه أيضاً، لأن الحكم لم يوجد وأجازه الشئ قبل وجوده باطلة، فصار وجود هذه الإجازة والعدم بمنزلة.

قال شمس الأئمة السرخسى - رحمه الله - وهذا الجواب صحيح فيما إذا لم يكن القاضى مأذوناً فى الاستخلاف فأما إذا كان مأذوناً فى الاستخلاف يجب أن تجوز إجازته، ويجعل إجازة القاضى بمنزلة استخلافه إياه فى الحكم بينهما فلا يكون له أن يبطل حكمه بعد ذلك <sup>(١)</sup>.

وقد فرق الخصاف - من علماء الحنفية بين حكم المحكم والقاضى ، فأجاز للقاضى نقض حكم المحكم إذا كان مخالفاً لرأيه ولم يجز له نقض حكم القاضى إذا كان فى فصل مجتهد فيه وكان مخالفاً لرأيه، فقال: والفرق هو أن الحاكم المحكم له ولاية على المحكمين وليس له ولاية على غيرهما، والقاضى الذى رفع إليه حكمهما غيرهما، فلا يكون حجة عليه وهو بمنزلة الصلح فى حقه فكان له أن يرده إذا كان ذلك مخالفاً لرأيه وقضيه إذا كان موافقاً لرأيه، فأما القاضى فله ولاية على الناس كافة فكان قضاؤه حجة فى حق الكل فلا يكون لهذا القاضى أن يرده إذا صادف القضاء محله، وهو الفصل المجتهد فيه <sup>(٢)</sup>.

(١) المحيط البرهانى فى الفقه النعمانى (١٢٥/٨).

(٢) شرح أدب القاضى (٤٨٢، وما بعدها).

**ثانياً:** ويرى المالكية أن القاضي لا ينقض حكم المحكم إلا إذا كان جوراً بيناً، سواء أكان موافقاً لرأى القاضي ، أم مخالفاً له.

**قال ابن فرحون:**

" ثم إذا حكم المحكم فليس لأحدهما أن ينقض حكمه وإن خالف مذهبه إلا أن يكون جوراً بيناً لم يختلف فيه أهل العلم " (١).

**ثالثاً:** وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن القاضي إذا رفع إليه حكم المحكم لم ينقضه إلا بما ينقض به قضاء غيره من القضاة (٢).

**قال الماوردي:**

" ولم يكن للقاضي أن يرد حكمه إلا ما يرده من حكم غيره من القضاة " (٣).

والقاضي لا ينقض حكم غيره من القضاة إلا ما كان مخالفاً لنص من كتاب أو سنة أو إجماع.

**قال ابن قدامة:**

" ولا ينقض من حكم غيره إذا رفع إليه إلا ما خالف نص كتاب أو سنة أو إجماعاً " وجملة ذلك أن الحاكم إذا رفعت إليه قضية قد قضى بها حاكم سواه فبان له خطؤه أو بان له خطأ نفسه نظر، فإن كان الخطأ لمخالفة نص كتاب أو سنة أو إجماع نقض حكمه، وبهذا قال الشافعي وزاد إذا خالف نصاً جلياً نقضه (٤).

وأرى أن الرأي الراجح هو رأى جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة من أن القاضي لا يجوز له نقض حكم المحكم إلا إذا كان مخالفاً

(١) تبصرة الحكام (٤٤/١).

(٢) مغنى المحتاج (٣٧٩/٤)، وكشاف القناع (٣٠٣/٦).

(٣) الحاوى الكبير (٣٢٧/١٦).

(٤) المغنى (٤٠٢/١١) ، المحلل لابن حزم ٣٦٥/٩.

صراحة لنص من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس جلى، وهى الأحكام التى يخالف فيها حكم المحكم جمهور الفقهاء.

وذلك لأننا لو أعطينا هذا الحق للقاضى لفات المقصود من التحكيم أصلاً، إذ إن المحكوم عليه إذا لم يرضى بالحكم يستطيع أن يرفع هذا إلى القاضى فينقضه له، فيفقد التحكيم الهدف منه وهو إنهاء الخصومات بين الناس.



## المبحث الثالث

### انعزال الحكم

اتفق الفقهاء على أن الحكم ينعزل عن التحكيم بواحد من هذه الأسباب الآتية:

#### أولاً - العزل:

ذكرنا قبل ذلك أنه باتفاق الفقهاء أن لكل واحد من المتحاكمين أن يرجع عن التحكيم قبل شروع المحكم في الحكم، فيكون ذلك عزلاً للمحكم. قال ابن قدامة:

" لكل واحد من الخصمين الرجوع عن تحكيمه قبل شروعه في الحكم، لأنه لا يثبت إلا برضاه، فأشبهه ما لو رجع عن التوكيل قبل التصرف " (١).

وهذا الحق يكون لكل من المتحاكمين، إلا إذا كان هذا المحكم قد وافق عليه القاضي، فليس لهما عزله، لأن القاضي استخلفه. أما إذا كان رجوع أحد المتحاكمين عن التحكيم، وعزل المحكم بعد شروعه في الحكم، فلا يجوز ذلك على الرأي الراجح عند الفقهاء، وكذلك إذا كان هذا العزل بعد صدور الحكم من المحكم، فإن هذا الحكم يكون واجب التنفيذ

#### ثانياً - انتهاء الوقت المحدد للتحكيم قبل صدور الحكم:

قد يتفق رجلان على أن يحكماً بينهما حكماً ويشترطان عليه أن يصدر الحكم في وقت معين نظراً لمصلحة أحدهما أو كلاهما، أو يكون أحدهما أو كليهما على سفر ويريد أن يغادر بلد المحكم.

(١) المغنى (١١/٤٨٤).

فإذا انتهى الوقت المحدد من المتحاكمين قبل أن يصدر الحكم حكمه، فإنه يكون معزولاً بمجرد انتهاء هذا الوقت، وهذا باتفاق الفقهاء.

### جاء في الفتاوى الهندية:

" وإذا اصطلاحاً على حكم يحكم بينهما في يومه هذا أو في مجلسه هذا فهو جائز، وإن مضى ذلك اليوم وقام عن مجلسه ذلك لا يبقى حكماً " (١).

### ثالثاً: خروج عن أهلية التحكيم:

اشتراط الفقهاء شروطاً في المحكم حتى يصح تحكيمه - ذكرناها فيما سبق - .  
فلو توافرت في المحكم هذه الشروط وقت التحكيم، ثم عرض له أي أمر أفقده شرطاً من هذه الشروط، فإنه يكون معزولاً من قبل نفسه، ولا يجوز تحكيمه.

### قال صاحب - معنى المحتاج -

" جن قاض قاض أو أغمى عليه أو عمى أو ذهب أهلية اجتهاده وضبطه بغفلة أو نسيان لم ينفذ حكمه " (٢).

### وقال الزيلعي: - من الحنفية -

" إنما يخرج عن الحكومة بأحد أسباب ثلاثة إما بالعزل، أو بانتهاء الحكومة نهايتها بأن كان مؤقتاً فمضى الوقت، أو بخروجه من أن يكون أهلاً للشهادة بأن عمى أو ارتد والعياذ بالله تعالى وإن لم يلحق بدار الحرب " (٣).

### خامساً: صدور الحكم من المحكم:

إذا صدر الحكم من المحكم، فقد انتهى التحكيم وعزل المحكم عن الحكم جاء في المحيط البرهاني.

" والأصل في هذا أن الحكومة متى صحت لا يخرج الحكم عن الحكومة إلا بانتهاء الحكومة بأن كانت مؤقتة أو تفصل الخصومة أو يخرج الحكم من أن يكون أهلاً للحكومة باعتراض الردة أو ما أشبه ذلك أو

(١) الفتاوى الهندية (٣/٣٩٨).

(٢) معنى المحتاج (٤/٣٨٠).

(٣) تبين الحقائق (٣/١٩٤).

بالعزل، لأن الحكم فيما بين المتخاصمين بمنزلة القاضي المولى لا يخرج عن القضاء إلا بأحد ما ذكرنا من الأسباب كذا ها هنا " (١).

ومن هنا نخلص إلى أن التحكيم ينتهى بأحد الأمور الخمسة التى ذكرتها، لأن التحكيم مرتبط بالخصومة ، فإذا انتهت الخصومة أو صدر الحكم ، فقد انتهى التحكيم ، ووصل إلى الغاية المرجوة منه .



(١) المحيط البرهانى فى الفقه النعمانى (١٢٠/٨).

## النتائج والتوصيات

وبعد أن انتهينا من بحث موضوع التحكيم، توصلنا إلى نتائج ومقترحات وتوصيات نذكرها فيما يلى:-

أولاً: نقترح أن تنشأ الدولة مؤسسة أو منظمة للتحكيم تكون تابعة لوزارة العدل، تتولى هذه المنظمة تعيين محكمين فى كل قرية، وفى كل حى من أحياء الدولة يعلن عنهم ويعرفهم الناس فى كل حى، ويشترط فى هؤلاء المحكمين شروط القاضي وأن تتوفر فيهم صلاحية القضاء وقت التحكيم ووقت الحكم جميعاً. ثانياً: نقترح أيضاً أن يكون هؤلاء المحكمين من المستشارين الذين بلغوا سن المعاش أو من كبار القوم فى كل بلد من البلاد حتى يهابهم الناس ويكون حكمهم ملزماً.

ثالثاً: نقترح أن تسن وزارة العدل قانوناً ، تنظم فيه عمل هؤلاء المحكمين، وتجعل حكمهم بمثابة حكم ابتدائي يصدر من محكمة أول درجة. رابعاً: إننا بتنظيمنا لموضوع التحكيم نحل مشكلة تعطل القضايا فى المحاكم العادية لسنوات وسنوات، ويشهد لذلك الحقيقة التاريخية بأن نظام التحكيم ظهر قبل ظهور الدولة ونظام القضاء، فقد كان حل المنازعات متروكا لصاحب المصلحة التى يحميها القانون وعشيرته.

خامساً: إن التحكيم بالمفهوم الذى ذكرناه أصبح ظاهرة شائعة منظمة فى العصر الحديث، فعلى المستوى الإقليمي عم الاعتراف بشرعية التحكيم كافة أفراد المجتمع الدولى، وباتت كافة دول العالم تترك له مكاناً واسعاً فى تحقيق العدالة، وتحيط مؤسساته الوطنية فيها بالرعاية وعلى المستوى الموضوعى نجد أنه قد اتسع نطاق القابلية للتحكيم ليشمل مجالات كانت بالأمس القريب بعيدة منه، كما هو الحال مثلاً بالنسبة للمنازعات التى تكون الدولة أو أحد الأشخاص العامة طرفاً فيها.

سادساً: نقترح أن تمنع الدولة القضاء من النظر في منازعات معينة - مثل قضايا الأحوال الشخصية وقضايا الأموال البسيطة - وأن تجيز للإفراد القيام بمهمة الفصل في بعض المنازعات عن طريق اختيار طرف ثالث لحل هذا النزاع وغالبا ما يكون ذلك عن طريق التحكيم، ولهذا نجد أن كثيراً من النظم المعاصرة تعترف بهذا النظام وتنظمه وتحدد له اختصاصاته، بالرغم من وجود القضاء المنظم، فهو قضاء من نوع خاص في عالمنا المعاصر، زادت كثيراً أهميته في حل المنازعات القائمة لا سيما التجارية منها، وتدعو إليه اعتبارات علمية، هي ضرورة الاتفاق على التحكيم لطرح المنازعات على أشخاص يكونوا محل ثقة الخصوم، بدلاً من طرحها على المحاكم العادية.

سابعاً: شروط المحكم هي شروط القاضي، وزاد الحنفية هي أن يكون أهلاً لأهلية القضاء وقت التحكيم ووقت الحكم جميعاً.

ثامناً: مجالات التحكيم هي قضايا الأموال باتفاق الفقهاء، وقضايا الأموال الشخصية على الراجح من أقوال الفقهاء، وأما قضايا الحدود والقصاص فلا يجوز التحكيم فيها إلا ما يختص منها بالدية والأموال.

تاسعاً: من أهم الآثار المترتبة على التحكيم نفاذ حكم المحكم ولزومه بعد التحكيم ويجب على الدولة أن تعمل على تنفيذ أحكام المحكمين.

عاشراً: لا يجوز نقض حكم المحكم إلا إذا كان مخالفاً صراحة لنص صريح من الكتاب أو السنة، وأما في المسائل الاجتهادية فيجب على القاضي تنفيذ حكم المحكم وعدم نقضه مادام أنه يوافق رأياً أو مذهباً من مذاهب الفقهاء.



## فهرس المراجع

### أولاً: كتب التفسير وعلوم القرآن.

- ١- عبدالرحمن محمد بن إدريس الرازي - تفسير القرآن العظيم مسنداً عن رسول الله ﷺ والصحابة والتابعين - ط دار الفكر - ٢٠٠٣م.
- ٢- تفسير الفخر الرازي المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب - ط دار الفكر.
- ٣- تفسير القرآن الحكيم الشهير بتفسير المنار - طبعة دار المعرفة.
- ٤- أحكام القرآن الشهير بتفسير القرطبي - ط دار الشعب.

### ثانياً: من كتب السنة:

- ١- مجمع الزوائد منبع الفوائد للهيثمي - ط دار الكتاب العربي - بيروت.
- ٢- السنن الكبرى للإمام أبي عبدالرحمن أحمد بن شعيب النسائي - ط دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٣- سنن أبي داود طبعة دار صادر .
- ٤- سنن النسائي طبعة دار الكتب العلمية - بيروت .

### ثالثاً: كتب المذاهب الفقهية:

### أولاً الفقه الحنفي:

- ١- المحيط البرهاني في الفقه النعماني للإمام برهان الدين محمود بن مازة البخاري الحنفي وتحقيق عبدالكريم الجندي - دار الكتب العلمية بيروت - الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ.
- ٢- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت - الطبعة الثانية .
- ٣- البحر الرائق شرح كنز الرقائق لابن نجيم الحنفي دار المعرفة - بيروت.

- ٤- حاشية ابن عابدين - ط دار المعرفة - بيروت.
- ٥- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للطرابلسي الحنفى.
- ٦- المبسوط للإمام السرخسى طبعة دار المعرفة - بيروت - الطبعة الرابعة.
- ٧- شرح فتح القدير للإمام الكمال بن الهمام ط دار الفكر.
- ٨- العناية للبارتى - بهامش شرح فتح القدير - طبعة دار الفكر - الطبعة الثانية ١٩٧٧م.
- ٩- الفتاوى الهندية - مجموعة علماء الهند - طبعة دار إحياء التراث العربى - بيروت - الطبعة الرابعة.
- ١٠- مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر طبعة دار إحياء التراث العربى.
- ١١- شرح أدب القاضي للخصاف - شرحه الإمام عمر بن عبدالعزيز.

#### ثانياً: الفقه المالكي:

- ١- المنتقى للبايى - دار الكتاب العربى.
- ٢- تبصرة الحكام لابن فرحون - طبعة دار الكتب العمالية - الطبعة الأولى .
- ٣- الخرشي على مختصر سيدى خليل دار الفكر للطباعة.
- ٤- الشرح الكبير للدردير.
- ٥- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل - دار الفكر - الطبعة الثانية.

#### ثالثاً: الفقه الشافعى:

- ١- مغنى المحتاج طبعة مصطفى البابى الحلبي.
- ٢- الحاوى الكبير للماوردى ط دار الفكر.
- ٣- الوسيط فى المذهب للغزالى - طبعة دار السلام الطبعة الأولى.

٤- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج طبعة مصطفى البابى الحلبي.

رابعاً: الفقه الحنبلي:

١- الكافي لابن قدامة طبعة المكتب الإسلامى للطباعة والنشر.

٢- الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف - طبعة دار التراث العربى

٣- المغنى لابن قدامة.

خامساً: الإمامية:

١- شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام - منشورات دار الأضواء.

٢- شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام - منشورات دار الأضواء.

سادساً: الزيدية:

١- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار دار الكتاب الإسلامى.

٢- وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة - دار إحياء التراث العربى.

سابعاً: الإباضية:

٣- محمد بن يوسف أطفيش - شرح كتاب النيل وشفاء العليل - طبعة مكتبة

الإرشاد جدة.



## فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٣٦٤	الفصل الأول : فى تعريف التحكيم ومدى مشروعيته وشروطه...
٣٦٤	المبحث الأول : تعريف التحكيم ، ومدى مشروعيته ، والفرق بين المحكم والقاضي .....
٣٧٣	المبحث الثانى : شروط الحكيم .....
٣٨٧	الفصل الثانى: مجالات التحكيم، ومدى جواز الرجوع عنه فى الفقه الإسلامى
٣٨٨	المبحث الأول : مجالات التحكيم .....
٤٠٢	المبحث الثانى : مدى جواز الرجوع عن التحكيم فى الفقه الإسلامى..
٤٠٨	الفصل الثالث : الآثار المترتبة على التحكيم فى الفقه الإسلامى
٤٠٨	المبحث الأول : نفاذ حكم المحكم ولزومه .....
٤١٢	المبحث الثانى : نقض حكم المحكم .....
٤١٦	المبحث الثالث : انعزال الحكم .....
٤١٩	النتائج والتوصيات.....
٤٢١	فهرس والمراجع .....
٤٢٤	فهرس الموضوعات.....