مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَولِيّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ
Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

العدد السابع – كانون الاول – December / 2023

قضاء التحكيم في الفقه الإسلامي

أ.م.د شذى مظفر حسين [1]
[1] كلية القانون - جامعة القادسية - العراق

shatha.hussien@qu.edu.iq

ملخص. إن التحكيم هو فرع من القضاء الذي هو من أجل العلوم قدراً وأشرفها ذكراً لأنه من مناصب الأنبياء... وهو عبارة عن إتخاذ المتنازعين حكماً برضاهما للفصل في الخصومة، وهو من الأنظمة القديمة الحديثة في آنٍ واحد، وقد عرفتها البشرية منذ القدم، كونه الوسيلة الشرعية الميسورة لفض الخلاف. لذا وقع إختيارنا لهذا الموضوع قاضي التحكيم، للوقوف على الآراء الفقهية المتعلقة به، وخاصة الإمامية منها؛ ولأن الفقه الإسلامي أحد مصادر القانون الوضعي أحياناً، وأن من بين الآراء الفقهية من يذهب إلى جواز التحكيم في جميع الأحكام بينما القانون الوضعي حدده بالموارد التي يجوز فيها الصلح فقط. ... وذلك ضمن مقدمة ومبحثين وخاتمة، متبعين المنهج الإستقرائي التحليلي المقارن.

الكلمات المفتاحية: الفقه– الفقه الإمامي– القضاء– التحكيم..

Abstract. Arbitration is a branch of the judiciary, which is for the sake of sciences in measure and the most honorable of them in remembrance because it is one of the positions of the prophets. It is about the two disputing parties taking arbitration with their consent to settle the dispute, and it is one of the ancient and modern systems at the same time, and mankind has known it since ancient times, being the legal means easy to resolve the dispute. Therefore, we have chosen the arbitration judge for this topic, to find out the jurisprudential opinions related to it, especially the Imami ones. And because Islamic

Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256
مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ

jurisprudence is sometimes one of the sources of positive law, and that among the jurisprudential opinions are those who go to the permissibility of arbitration in all judgments, while positive law limited it to the resources in which reconciliation is permissible only. ...in an introduction, two chapters and a conclusion, following the comparative analytical inductive approach

Keywords: Jurisprudence - Imami jurisprudence - judiciary - arbitration.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد المبعوث رحمة للعالمين، وأنه سيد المحكين في المنازعات والصلح، وعلى آله وصحبه إلى يوم الدين..

يحظى التحكيم بعناية كبيرة في التشريع الإسلامي؛ لارتباطه بمسائل الخلاف، وهو طبيعة بشرية لا يمكن أن ينتهي أو يُحدَّد بزمنٍ، بل إنّه من غايات بعثت الأنبياء (ع)؛ قال تعالى:" فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّينَ مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ وَأَنزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِيمَا اخْتَلَفُوا فِيهِ"(سورة البقرة/ 213)، فمن الهدي الإلهي للإنسان الإرشاد إلى إنهاء الخلاف بوسائل عدة أهمها الصلح والقضاء والتحكيم.

مشكلة البحث

أن التحكيم اليوم محط أنظار القوانين الوضعية، وهو من المواضيع التي وردت أحكامه في الفقه الإسلامي وقد اختلفت فيه الآراء ويأتي ذلك نتيجة لاهتمام وعناية الفقهاء به، حتى تكون البحث فيه منطلقاً للقوانين الوضعية خاصة وأننا نجد أكثر القوانين إعتمدت قضاء التحكيم في الموارد التي يجوز فيها الصلح فقط.

منهج البحث:

يعتمد البحث المنهج الإستقرائي والتحليلي المقارن بالتتبع للآراء الفقهية في التحكيم.

خطة البحث:

تتكون الخطة من مقدمة ومبحثين، وخاتمة في النتائج والمقترحات، تليها المصادر وذلك طبق الآتي:

مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ
Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

المبحث الاول: مفهوم قاضي التحكيم وفيه ثلاثة مطالب:

الأول: تعريف قاضي التحكيم، والثاني: سوابق قاضي التحكيم الفقهية، أما الثالث: أدلة مشروعية قاضي التحكيم.

المبحث الثاني: في أحكام قاضي التحكيم، في ثلاثة مطالب:

الأول: شروط قاضي الحكيم، والثاني: حدود قاضي التحكيم أما الثالث: نفوذ قاضي التحكيم.

1 .المبحث الأول

مفهوم قاضي التحكيم

إن البحث في موضوع قاضي التحكيم لابد أن نبين معناه اللغوي والإصطلاحي، وكذلك التأصيل الفقهي لقاضي التحكيم ومشروعيته في التشريع الإسلامي، وذلك ضمن ثلاثة مطالب، وهي كالآتي.

1.1. المطلب الأول: تعريف قاضي التحكيم

1.1.1. أولاً: قاضي التحكيم لغة

القاضي لغةً: مأخوذٌ من القضاء، بمعنى فصل الأمر، قولاً كان ذلك أو فعلاً (الراغب الأصفهاني، 1412، ص 248) قال أبو البقاء في كلياته:" قد أكثر أئمة اللغة في معناه، وآلت أقوالهم إلى أنه إتمام الشيء قولاً وفعلاً"(أبو البقاء، ج1/ 705) ... فالقضاء في اللغة يراد به الحكم لغةً". (محمد الزحيلي، 1995، ص19).

أمّا التحكيم، فهي مشتقّة من حَكَمَ، وهو بمعنى المنع، قال الراغب:" حَكَمَ أصله: منع منعاً لإصلاح. قال الله تعالى: "وَتُدْلُوا بِها إِلَى الْحُكَّامِ "(سورة البقرة/ 188)، والحَكَمُ: المتخصص بذلك" (الراغب، 1412، 674).

الفيومي في "المصباح المنير" يقول فيه: الحُكْمُ: الْقَضاءُ وأَصْلُهُ الْمَنْعُ يقالُ (حَكَمْتُ) عَلَيْهِ بِكَذَا إِذَا مَنَعْتَهُ مِنْ خِلَافِهِ فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْخُرُوجِ مِنْ ذَلِكَ و (حَكَمْتُ) بَيْنَ الْقَوْمِ فَصَلْتُ بَيْنَهُمْ فَأَنَا (حَاكِمٌ) (حَكَّمْتُ) الرَّجُلَ بِالتَّشْدِيدِ.. فَوَّضْتُ الْحُكْمَ إلَيْهِ و (تحكَّمَ) في كَذَا فَعَلَ مَا رَآهُ" (الفيومي، ج1/ 145).

1.1.2. ثانياً: قاضي التحكيم إصطلاحاً

قال الزحيلي: التحكيم أن يحكّم المتخاصمان شخصاً آخر لفضّ النزاع القائم بينهما على هدى حكم الشرع (وهبة الزحيلي، 1405، ج6/ 756) ، وهو ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية له في المادة

(1790) على أن:" التحكيم هو عبارة عن: اتّخاذ الخصمين آخر حاكماً برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما"(محمد حسين كاشف الغطاء، 1422، ج4/ 456).. ، وعُرِفَ أيضاً بأنه: لو تراضى خصمان بواحد من الرعيّة وترافعا إليه فحكم بينهما لزمهما الحكم، ولا يشترط رضاهما بعد الحكم. (المحقق الحلي، 1408هـ، ج4/ 60).

ومما تقدم فإن البحث يرى: أن الأصل في التحكيم هو المنع والرد، ووضع حد للظلم في فض النزاعات.

1.2. المطلب الثاني: التأصيل الفقهي لقاضي التحكيم

يعد التحكيم من الأنظمة القديمة التي أمضاها الإسلام ولم يؤسس لها؛ كونها وجدت قبله، فشرع الرسول الأكرم (ص)، والأئمة من بعده (ع) والفقهاء على اختلاف مذاهبهم بوضع أحكامه وفق المبادئ الإسلامية في هذا المطلب سنتناول التأصيل الفقهي لقاضي التحكيم وذلك ضمن الآتي...

1.2.1. أولاً: التحكيم قبل الإسلام

لم يكن للعرب في الجاهلية حكومة، وإنما كانوا قبائل تربط أفراد كل قبيلة بها رابطة الدم وحسن الجوار، وكان لكل قبيلة شيخ أو رئيس يدير شؤونها ولكل قبيلة عرف وتقاليد. فإذا ما وقع نزاع، كانت مهمة حسم النزاعات لا يقوم بها القضاء، إذ كان العرب يرضون بأحد عقلائهم ليكون حكما في مشاكلهم (محمد ابن عاشور،1984، ج5/ 46).

وإذا ما وقع نزاع بين قبيلة وأخرى، فإنهما يتحاكمان إلى أجنبي عنهما كرئيس قبيلة ثالثة أو هيئة مشتركة يختارها الطرفان المتنازعان، وهذا قريب مما أصبح معروفاً اليوم من التحكيم بين دولتين، حيث كانت القبيلة وحدة دولية آنذاك"(وهبة الزحيلي، 1962، ص 761 – إبراهيم العناني، 1973، ص 12).

فالتحكيم كان من الظواهر المعروفة عند العرب لكنه كان بدائياً، ومن مميزاته أنه إذا صدر القرار عن المحكم يكون غير ملزم للأطراف وليست له القوة التنفيذية.

ومن موارد التحكيم قبل الإسلام:

- من الموارد التي تذكر في التحكيم منها ما ذكره صاحب كتاب "المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام": تحكيم عمرو بن هند في النزاع بين قبيلتي بكر بن وائل وتغلب، فقد إختلفت القبيلتان بسبب قتل كليب بن ربيعة لفصيل وناقة لإمرأة من بنى وائل بن مرة تسمى "البسوس " فقامت

الحرب بين القبيلتين حرب ضروس دامت حوالي أربعين عاماً حتى كرهوا الحرب، وخوفاً من أن تعود دعا بعضهم بعضاً إلى الصلح فإحتكموا إلى عمرو بن هند ملك الحيرة:" فتداعوا إلى الصلح، فتحاكموا إلى الملك "عمرو بن هند"، وحل الخصومة عمرو بن هند (جواد علي، ج5/ 253).

- وفي كتاب السيرة النبوية أشار ابن هشام إلى بعض موارد التحكيم منها: التحكيم في واقعة الحجر الأسود، فقد إختلفت القبائل حول إعادة بناء الكعبة الشريفة لمّا انهدمت. وقد رغبت كل قبيلة بشرف إعادة البناء، ولمّا اختلفوا على ذلك، اتفقوا على تحكيم محمد بن عبد الله الهاشمي – الرسول الكريم قبل نزول الوحي – الذي بسط عباءته وتولى ممثلو القبائل وضع الحجر الأسود على العباءة ليحملها ممثلو القبائل كل بطرف حتى يُوضع الحجر في مكانه (ابن هشام الحميري، ج1/ 182).

وفي أهمية التحكيم يقول أحد الباحثين:" لم تكن هناك طريقة واحدة لإيقاف الحروب، بل تعددت هذه الطرق، فالتحكيم أنهى قصي لبني خزاعة وبكر، والوساطة أنهت حرب الفجار وكذا حرب البسوس، والهزيمة – ولو لحين– أنهت الحرب بين الأوس والخزرج ومن الواضح إذ أن بعض الأدوات السليمة كانت توظف لإنهاء القتال (مصطفى منجود، 1417، ص 84).

1.2.2. ثانياً: التحكيم في الإسلام

يحظى القضاء في تاريخ القضاء الإسلامي، كان تطبيقاً عملياً كاملاً ودقيقاً للآيات القرآنية والأحاديث الشريفة، وهو جزء من الدولة التي يستمد منها السلطة والإلزام... (محمد الزحيلي، 1995، ص 40).

ومن أشهر وقائع التحكيم في الإسلام:

- أورد الشيخ السبحاني في كتابه المعروف بـ (الملل والنحل): واقعة الخلاف الذي وقع بين الإمام علي (عليه السلام) ومعاوية بعد مقتل الخليفة عثمان:" أنّ علياً (عليه السلام) وشيعته رضوا أن يبعثوا عبد الله بن قيس ناظراً ومحاكماً، ورضى معاوية وشيعته أن يبعثوا عمر وبن العاص ناظراً ومحاكماً، ... وأخذ عبد الله بن قيس وعمرو بن العاص على عليّ ومعاوية عهد الله وميثاقه بالرضا بما حكما به من كتاب الله وسنّة نبيه (صلى الله عليه وآله) وليس لهما أن ينقضا ذلك ولا يخالفاه إلى غيره.." (جعفر سبحاني، ج5/ 57).

مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ
Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

1.2.3. ثالثاً: التحكيم في الفقه الإسلامي

- خلت كتب الفقهاء القدامى كـ (الشيخ الصدوق والشيخ المفيد) تخلو من بحث قاضي التحكيم، بعنوانه هذا، لكن الظاهر أنّ أوّل من بحثه من دون عنوان (قاضي التحكيم) من الإمامية هو الشيخ الطوسي في كتابيه المعروفين؛ وهما (الخلاف)، (محمد بن الحسن الطوسي، 1417، ج6/ 241) والثاني(المبسوط). (محمد بن الحسن الطوسي، 1351، ج8/ 164)، وأوّل من تعرّض وبحثه كمسألة بعنوان «قضاء التحكيم» هو الشهيد الأوّل في كتاب الدروس فذكره على أنه أحد أقسام القضاء فقال: «القضاء قسمان؛ أحدهما قضاء التعميم وهو مشروط بإذن الإمام خصوصاً أو عموماً ... والثاني، قضاء التحكيم وهو سائغ وإن كان في البلد قاضٍ."(الشهيد الأول، 1417، ج2/ 66).

1.3. المطلب الثالث

مشروعيّة قاضي التحكيم

يمكن الإستدلال على مشروعية قاضي التحكيم في النصوص كـ (القرآن الكريم والسنة الشريفة) والإجماع، وذلك حسب التقسيم الآتي..

1.3.1. أولاً: النصوص الشرعية ومشروعية قاضي التحكيم

سنتناول بيان أدلة مشروعية قاضي التحكيم في كل من القرآن الكريم والسنة الشريفة:

- **القرآن الكريم:**

وردت آيات كثيرة في الحكم والقضاء، ومنها جعل الإيمان متوقفاً على التحاكم بشرع الله ودينه، مع قبول الحكم، ووجوب تنفيذه منها:

1. قوله تعالى: "إِذا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ" (النساء/ 58).
2. قوله تعالى: "ومَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِما أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولئِكَ هُمُ الْكافِرُونَ" (المائدة/ 44).. وغير ذلك من الآيات ممّا يستفاد منها صحّة الحكم بالحقّ والعدل والقسط من كلّ مؤمنكما ذكر ذلك الفاضل الهندي في "كشف اللثام"، (الفاضل الهندي، ج2/ 320) وآخرون أمثال صاحب الجواهر، (محمد حسن النجفي،1362، ج40/ 15) والسيد الخوئي من المعاصرين (أبو القاسم الخوئي، 1396، ج1/ 9).
3. آية النشوز: " وإِنْ خِفْتُمْ شِقاقَ بَيْنِهِما فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وحَكَماً مِنْ أَهْلِها إِنْ يُرِيدا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُما"(النساء/ 35)، بخصوص هذه الآية احتمل المفسرون أن يكون مرجع الضميرين

في «يُرِيدا» و «بَيْنِهِما» الزوجين (محمد حسين الطباطبائي، 1397، ج4/ 346)، أو الحكمين أو الأوّل راجع إلى الحكمين والثاني إلى الزوجين (الفضل بن الحسن الطبرسي، 1427، ج2/ 44).. فالآية استدلّ بها الشيخ كاشف الغطاء (محمد حسين كاشف الغطاء، 1422، ج4/ 196)، وبعض فقهاء السنّة (وهبة الزحيلي، 1405، ج9/ 756).

- **الروايات:**

- روى أبو بصير عن الإمام الصادق(ع) قال: قلت لأبي عبد الله (ع): قول الله عزّوجلّ في كتابه: (وَلا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالباطِلِ وَتُدْلُوا بِها إِلَى الحُكّامِ (البقرة/ 188) فقال: «يا أبا بصير إنّ الله عزّ وجلّ قد علم أنّ في الأُمّة حكّاماً يجورون أما إنّه لم يعن حكّامَ العدل ولكنّه عنى حكّام أهل الجور يا أبا محمد! انّه لو كان لك على رجل حقّ فدعوته إلى حكّام العدل فأبى عليك إلاّ أن يرافعك إلى حكّام أهل الجور ليقضوا له لكان ممن حاكم إلى الطاغوت (محمد الكليني، 1367، ج7/ 411) ...
- رواية أبي خديجة، بناءً على ما ذكره السيد الخوئي في خصوص هذه الرواية وأنها ناظرة للمحكِم: " الصحيح أنّ الرواية غير ناظرة إلى نصب القاضي ابتداءً وذلك؛ لأنّ قوله (عليه السلام): " فإنّي قد جعلته قاضياً" متفرّع على قوله عليه السلام: «فاجعلوه بينكم» وهو القاضي المجعول من قبل المتخاصمين" (الخوئي، 1396، ج1/ 8)... ويرى ذلك الشيخ السبحاني أيضاً و ذلك في كتابه المعروف بـ "رسائل فقهية في قاضي التحكيم والمأذون" فقال: أنها تدل على نفوذ حكم قاضي التحكيم: ... فالرواية تدلّ على نفوذ حكم هذا الحَكَم (السبحاني، *http://www.imamsadeq.org/fa/index/articlelist*).
- ومن الروايات الأخرى بهذا الخصوص، ذيل مقبولة عمر بن حنظلة الواردة فيما «إذا اختار كلّ واحد رجلًا من أصحابنا، فرضيا أن يكونا الناظرين في حقّهما واختلف فيهما حكماً وكلاهما اختلفا في حديثكم؟ فقال الحكم ما حكم به أعدلهما وأفقههما وأصدقهما في الحديث وأورعهما، ولا يلتفت إلى ما يحكم به الاخر قال: فقلت: فإنهما عدلان مرضيان عند أصحابنا لا يفضل واحد منهما على صاحبه؟ قال: فقال: ينظر إلى ما كان من روايتهما عنا في ذلك الذي حكما به المجمع عليه عند أصحابك فيؤخذ به من حكمنا ويترك الشاذ الذي ليس بمشهور عند أصحابك فان المجمع عليه لا ريب فيه (الحر العاملي،1414،ج27/ 106) ، يعلل السبحاني في الكتاب

نفسه كون المقبولة ناظرة إلى قضاء التحكيم: أن ما يوهم كون مورد المقبولة من قبيل قاضي التحكيم أمران:(السبحاني، *http://www.imamsadeq.org/fa/index/articlelist*)

1. قوله (ع): "فليرضوا به حكماً، فإنّي قد جعلته عليكم حاكماً" فإنّ رأي القاضي المنصوب والمأذون نافذ شرعاً رضيا به أم لا.
2. فرض تعدّد القاضي ... وجه الدلالة: إنّ اختيار كل من الطرفين رجلاً لا يصحّ في القاضي المنصوب بل يجب عليهما فيه الرجوع إلى قاض واحد، فالقاضي المنصوب وإن كان يتعدّد وجوداً لكن لا يتعدّد رجوعاً، ... فقد فرض فيه أنّ كلّاً من طرفي النزاع، اختار رجلًا وهذا صريح في قاضي التحكيم.

1.3.2. ثانياً: الإجماع ومشروعية قاضي التحكيم

يرى أغلب الفقهاء أن الإجماع هو الدليل على مشروعية التحكيم (الطوسي،1417، ج6/ 241- الشهيد الثاني، 1413، ج13/ 332- المحقق الأردبيلي،1228، ج12/ 17- الشيخ الأنصاري، 1415، ص46)، وقال في الجواهر: انحصار دليل مشروعيّة التحكيم بالإجماع المدّعى، وهو حجّة على من لم يتبيّن خلافه (النجفي، 1326، ج40/ 29).

ومما تقدم بيانه، فإن البحث يرى:

أن الروايات مجتمعة يفهم منها قبول قضاء التحكيم كونه الطريق المتعارف عند الناس. أنه لا شكّ في مشروعيّة الرجوع إلى قاضي التحكيم ومشروعيّة حكمه ولزوم العمل به.

2. المبحث الثاني: أحكام قاضي التحكيم في الفقه الإسلامي

ذكر أغلب الفقهاء أحكام في قاضي التحكيم أهمها: إن حكم قاضي التحكيم بمثابة حكم القاضي وإن كان لا يملك صفة وسلطة القضاء وولايته العامة، إلا أنه يحل محل القضاء في النزاع المتفق فيه على التحكيم، ويعتد بحكمه بين الخصوم، والسبب في ذلك يعود إلى طبيعة المهمة الملقاة على عاتقه بناءاً على إتفاق الخصوم والحكم بينهم على مقتضى العدالة، فيكون حكمه بمثابة حكم القاضي المنصوب؛ ولهذا السبب صار من اللازم بيان ما لقاضي التحكيم من شروط ونفوذ حكمه فيما يجوز وما لا يجوز، وذلك بتقسيم المبحث على مطلبين، الأول: في شروط قاضي التحكيم، والثاني: في نفوذ حكمه...

2.1. المطلب الأول: شروط قاضي التحكيم

مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ
Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

إهتم فقهاء المسلمين بموضوع التحكيم وأولوه بالغ الاهتمام، فكتبوا فيه من حيث الشروط الواجب توافرها فيه، لما لعمله من الفوائد والأخطار في آنٍ واحد، فهو يغني أطراف الخلاف عن القضاء قصداً في الوقت والنفقات، (ونحن بغض النظر عن الشروط اللازم توافرها في القاضي نذكر أوجه الخلاف الفقهي فيما يتعلق بالشروط اللازم توافرها في قاضي التحكيم لأن الخوض فيها خارج عما يقتضيه البحث رعاية للإختصار) ... وهي على قولين:

القول الأول: يشترط فيه ما يشترط في القاضي المنصوب عن الإمام:

ذهب أغلب الفقهاء (الشيخ الطوسي،1351، ج8/ 165- المحقق الحلي،1408، ج4/68-الشهيد الأول،1417، ج2/ 66)، والعاملي في مفتاح الكرامة (محمد جواد العاملي، ج10/ 3- العلامة الحلي، 1419، ج3/ 419) إلى أنه يشترط استجماع الشرائط في قاضي التحكيم، وبعضهم إدعى الإجماع عليه. (الشهيد الثاني، ج13/ 333- الشهيد الثاني، 1398، ج3/ 70).

القول الثاني: عدم اشتراط كل ما يذكر من الشروط في قاضي التحكيم:

قال الشهيد الثاني: لا بدّ (في القاضي) من الكمال و العدالة و أهليّة الإفتاء و الذكورة و الكتابة و البصر إلّا في قاضي التحكيم (الشهيد الثاني، 1398، ج3/ 67) ، والعاملي في مفتاح الكرامة: "إنّا لا نسلّم أنّه يشترط فيه جميع ما يشترط في القاضي من الكتابة و البصر و نحوه"(العاملي، ج10/ 3) ، و في الجواهر: "إنّه إذا كان المدرك له الإطلاق المزبور فليس في شيءٍ منه إيماء إلى الشرائط المزبورة...نعم يتّجه اعتبار ما كان دليلها عامّاً لمثله من الشرائط كالبلوغ و الإسلام و نحوهما"(النجفي،1362، ج40/ 28) ، ويرى الشيخ الأنصاري أنه:" إنّا لم نجد مستنداً لاعتبار تلك الشروط في قاضي التحكيم(الأنصاري، 1415، ص 47) ، ونفى السيد الخوئي اشتراط الإجتهاد في قاضي التحكيم (الخوئي،1396،ج1/ 9).

ومن فقهاء السنة والجماعة، الدكتور الزحيلي أنه يقول: "يشترط في المحكّم أن يكون أهلًا للشهادة رجلًا كان أو امرأة"(وهبة الزحيلي، 1405، ج6/ 757)، وقال الدكتور إسماعيل البدوي: شروط المحكّم أخفّ وأيسر من شروط القاضي فالاجتهاد يشترط في القاضي ولا يشترط في المحكّم (إسماعيل البدوي، 1989، ص146).

ومما تقدم فإن البحث يرى:

أنّ القائلين بالاشتراط لم يقيموا دليلًا خاصّاً في هذا الخصوص؛ فالمهمّ في المسألة أن يكون الحَكَم قادراً صالحاً للتحكيم وإقامة العدل؛ وهذا يختلف باختلاف الدعاوي والأزمان والشرائط؛ ففي بعض

مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ
Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

الدعاوي يجب أن يكون المحكّم مجتهداً خبيراً، وفي كثير من الموارد لا يلزم ذلك كما أنّه لا يلزم أن يكون الحكم رجلًا في كلّ الأحوال بل، في بعضها يجب أن يكون رجلًا وفي بعضها أن يكون امرأة.

2.2. المطلب الثاني: نفوذ حكم قاضي التحكيم

فيما يتعلق بنطاق ونفوذ سلطة قاضي التحكيم، نجد أن التحكيم طريق إستثنائي للفصل في المنازعات المتفق عليها بين الخصوم، فهناك أمور يجوز أن تخضع للتحكيم وأخرى لا يجوز التحكيم فيها، وقد إختلف الفقهاء فيما يجوز وما لا يجوز على ثلاثة أقوال:

القول الأول: جواز التحكيم في جميع الأحكام:

يرى بعض الفقهاء أن التحكيم جائزاً في جميع الأحكام، فحكمه ينفذ في حقوق الله وحقوق الناس، حتّى العقوبات، وممن ذهب إلى هذا القول، الشيخ الطوسي وآخرين (الطوسي، 1352، ج8/ 165- العلامة الحلي،1419، ج3/ 419- الشهيد الأول، 1417، ج2/ 67- النجفي، 1362 ج40/ 27.).

وهذا القول إختاره بعض الحنابلة وبعض الشافعيّة والظاهرية بحجّة أنّه كحاكم الإمام الذي ينفذ حكمه في جميع الأحكام. كما ذكر ذلك ابن قدامة في المغني وأشار إليه. (ابن قدامة، ج11/ 484).

القول الثاني: جواز التحكيم في كلّ الأحكام إلّا أربعة منها: يرى بعض الفقهاء (الطوسي، 1352، ج8/ 165): أن لقاضي التحكيم أن يحكم في كل الأحكام إلا أربعة منها وهي: النكاح والقذف واللعان والقصاص، فقد نقل هذا القول الشيخ الطوسي فقال: في الناس من قال يجوز في كلّ الأحكام إلّا أربعة؛ النكاح والقذف واللعان والقصاص؛ لأنّ لهذه الأحكام مزيّة على غيرها فلم يملك النظر فيها إلّا الإمام أو من إليه النظر.

اختاره بعض الشافعيّة والحنفية (ابن قدامة، ج11/ 484) والحنابلة والقاضي من العامّة والزيديّة، بحجّة أنّ لهذه الأحكام خصوصية ومزيّة على غيرها وللتغليظ فيها فلا يتولّى الحكم فيها إلّا الإمام ونائبه (الدوري،1422، ص 260).

القول الثالث: جواز التحكيم في حقوق الناس

من الفقهاء (الشهيد الثاني،1413، ج13/ 334- الدوري، 1422، ص259) من ذهب إلى صحة حكم قاضي التحكيم في حقوق الناس دون حقوق الله، ومن ذهب إلى ذلك هو الشهيد الثاني أن قاضي التحكيم: "يختصّ بحقّ الآدميّ من حيث إنّه متوقّف على نصب المتخاصمين، فلا يحكم في حقوق الله تعالى؛ إذ ليس لها خصم معيّن. ويختصّ حكمه بمن رضي به"

ومما سبق بيانه فإن البحث يرى:

مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ
Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

إن الترجيح مع من يقول بأن التحكيم جائز في جميع الأحكام، لأنه أمر تقتضيه متطلبات الحياة الحديثة، ويحاكي الواقع، وهو ما كنا نبغي ونروم الوصول إليه؛ ليكون ملهماً للقوانين الوضعية، وإن كان ما ذُكِر بأنّ التحكيم خاص بالأمور التي تخصّ الطرفين في الدعوى الراجعة إلى الحَكَم فقط، فلا يجوز التحكيم فيما هو حقّ الله محضاً كحدّ الزنا والارتداد وما شابههما ولا فيما اجتمع فيه حقّ الله وحقّ الآدميّ كالقذف وبعض التعزيرات.

نعم في بعض حقوق الآدميّ أيضاً لا يجوز التحكيم لعظم شأنها و لزوم التحقيق فيها من قبل سلطة مبسوطة اليد ذات مراتب عديدة، كأمر القصاص مثلًا ؛ وذلك لأنه أمر يتوافق ويقتضيه أمر الاحتياط و كذلك من مزاياه أنه يتفق والقوانين التي دوّنها العقلاء (الصابوني، 2005، ص 245) ؛ ففي القانون العراقي(قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969) وغيره (قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994): نجد أن نصوصه فيها أنّ التحكيم لا يصحّ إلّا في المسائل التي يجوز فيها الصلح (الدوري، 2017، ص 268) ؛ ففي القانون العراقي نصت المادة (254):" لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح.." وأيضاً حسب مسودة قانون التحكيم العراقي المادة (11) فقرة ثالثاً: لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح (المركز العراقي للتحكيم الدولي، *http://www.icacn.org/rules-htm*) ، والصلح كما ورد تعريفه في مجلة الأحكام العدلية المادة (1531) الصُّلْحُ: هُوَ عَقْدٌ يَرْفَعُ النِّزَاعَ بِالتَّرَاضِي. وَيَنْعَقِدُ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ؛ فهناك وجه شبه بينهما وهو أنه يؤدي إلى فض النزاع من دون حكم قضائي وكذلك التحكيم.

ومن أهم ما يلفت النظر أننا إذا لاحظنا التحكيم في الدعاوي الدوليّة، فإننا نجد أن نظام التحكيم العالمي تحكيماً فقهياً، وإن سمّي قضاءًا في اصطلاح القانون العامّ الدولي– ولا يمكن فصل الخصومة وإقامة السلم والأمن العالميّ إلّا بالتحكيم، ومن هنا فإن للتحكيم شمول عامّ، ولأنّ إقامة العدل والأمن العالميّ من الضروريّات التي لا تكون إلّا به، وإلّا يلزم الهرج والمرج والحرب ويختلّ النظام العالميّ والروابط الدوليّة..

وأخيراً: فإنّ البحث في التحكيم يطول الكلام فيه لأنه يتميز بكونه باباً واسعاً منذ القدم إلى الآن وهو في توسّع دائم وفيه مباحث شتّى تحتاج إلى رسائل مستقلّة.

الخاتمة

من النتائج التي توصل إليها البحث:

1. إن التحكيم هو تولية خصمين حَكَماً يحكم بينهما، وهو من أقدم الوسائل التي اتخذت لحل الخلافات في كل العصور، وأصبح مظهراً من مظاهر العصر.
2. إن أثر التحكيم يعتبر من أهم موضوعات التحكيم لأنه الثمرة التي يتمخض عنها التحكيم والمتمثلة في كون حكم المحكم ملزماً للخصمين يجب تنفيذه لفصل الخصومة.
3. أن الفقه الإسلامي فرق بين التحكيم والقضاء وجعلت لكل منهما اختصاصاته فحصرت اختصاصات المحكم بالفصل في قضايا محددة، ومنعته من الفصل في موارد أخرى كالحدود كون الفصل فيها من اختصاص القضاء، وكذلك اختلفت الآراء الفقهية في الشروط الواجب توافرها في قاضي التحكيم وأعطت الحق للمحتكمين في اختيار المحكم وهي من الأمور التي قضت بها القوانين الوضعية إذ أن أغلب أحكامها هي تفسير لأحكام الشريعة الإسلامية.
4. إن التشريعات الوضعية وخاصة العربية كان لها موقفاً سلبياً من التحكيم في فترة من الفترات وذلك يعود لأسباب موضوعية وسياسية ولكنها سرعان ما عدلت هذه التشريعات وأصبح التحكيم أمراً متعارفاً وقد ثبتت كفاءته وقدرته على فض النزاعات محلياً ودولياً.
5. إن معظم قوانين التحكيم تكاد تُجمع على منح المحكم سلطات وإلتزامات متشابهة وموحدة وهذا التقارب بين أنظمة التحكيم، يدل على الأهمية الكبيرة التي يحتلها التحكيم اليوم وهي خطوة تبشر بتوحيد قواعد التحكيم في القريب العاجل.

ومن التوصيات:

1. نوصي بوضع قانون للتحكيم الشرعي في عدة مجالات، وخاصة في التحكيم الأسري وبين الزوجين، والتحكيم المالي للعقود المالية بين الأفراد.
2. نوصي بإقامة نظام عالمي قضائي وتحكيميّ على أساس قوانين إسلاميّة من خلال تقنين أحكام التحكيم على ضوء التشريع الإسلامي، وذلك من منطلق قوله تعالى:" كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ"(آل عمران/ 110)، إذ لا يصح شرعاً أن يحتكم المسلمون إلى محاكم يكون المحكمون فيها من غير المسلمين.

المصادر

القرآن الكريم
[1] الطباطبائي، محمد حسين، (ت 1412هـ)، الميزان في تفسير القرآن، طهران، دار الكتب

الإسلامية،1397ش.

[2] الطبرسي، الفضل بن الحسن، من أعلام القرن السادس الهجري، مجمع البيان، قدم له السيد محسن الأمين، بيروت، منشورات مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، 1427هـ.

[3] أبو البقاء، أيوب بن موسى، (ت 1094هـ)، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش– محمد المصري، بيروت، مؤسسة الرسالة.

[4] الراغب الاصفهاني، مفردات الفاظ القران المحقق: صفوان عدنان الداودي، ط1، الناشر: دار القلم، الدار الشامية – دمشق، بيروت، 1412.

[5] الفيومي، احمد بن محمد، المصباح المنير، بيروت، المكتبة العلمية.

[6] ابن رشد، محمد بن أحمد، (ت 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيروت، دار الفكر، 1995م.

[7] ابن عاشور، محمد الطاهر محمد، (ت 1393هـ)، التحرير والتنوير، تونس: الدار التونسية للنشر، 1984هـ.

[8] ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، (630هـ)، المغني، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع.

[9] البدوي، إسماعيل إبراهيم، نظام القضاء الإسلامي، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، 1989م.

[10] الحر العاملي، محمد بن الحسن (ت 1104هـ)، وسائل الشيعة، ط2، قم، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث (عليهم السلام)، 1414هـ.

[11] الحميري، ابن هشام عبد الملك، (ت 213هـ)، السيرة النبوية، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد.

[12] الزحيلي، محمد، تاريخ القضاء في الإسلام، ط1، بيروت، دار الفكر، دمشق، دار الفكر، 1995م

[13] الزحيلي، وهبة بن مصطفى

– الفقه الإسلامي وأدلّته، دمشق، ط2، دار الفكر، 1405 هـ.

– آثار الحرب في الفقه الإسلامي، دمشق، دار الفكر، 1962م.

[14] السبحاني، جعفر، الملل والنحل، قم، مؤسسة النشر الإسلامي.

[15] السيد الخوئي، أبو القاسم، (ت 1411هـ)، مباني تكملة المنهاج، ط2، النجف، مطبعة الآداب، 1396هـ.

[16] الشهيد الأول، محمد بن مكي، (ت 786هـ) الدروس الشرعيّة، ط1، قم، مؤسسة النشر الإسلامي،1414هـ.

[17] الشهيد الثاني، زين الدين بن علي، (ت 966هـ)

– الروضة البهيّة، تحقيق محمد كلانتر، ط2 1398هـ.

– مسالك الأفهام، ط1، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، 1413هـ.

[18] الشيخ الأنصاري، مرتضى، (ت1282هـ) القضاء والشهادات ، ط1، قم، 1415هـ.

[19] الشيخ الطوسي، محمد بن الحسن، (ت 460هـ)

– المبسوط، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، مطبعة الحيدري، 1351هـ.

– كتاب الخلاف، ط1، قم، مؤسسة النشر الإسلامي ، 1417هـ

[20] العاملي، محمد جواد (ت 1226هـ)، مفتاح الكرامة، دار إحياء التراث العربي.

[21] العلامة الحلي، الحسن بن يوسف، (726هـ)، قواعد الأحكام، ط1، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، 1419هـ.

[22] علي، جواد، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام.

[23] الفاضل الهندي، بهاء الدين محمد بن الحسن، (ت 1137هـ)، كشف اللثام، قم، مؤسسة النشر الإسلامي.

[24] كاشف الغطاء، محمد حسين، تحرير المجلة، قم، مؤسسة الامام الصادق(عليه السلام)، 1422هـ .

[25] الكليني، محمد بن يعقوب، (ت 329هـ)، الفروع من الكافي، تحقيق: علي أكبر الغفاري، ط3، طهران، دار الكتب الإسلامية، 1367هـ.

[26] المحقق الأردبيلي، (ت 993هـ)، مجمع الفائدة والبرهان، تحقيق: مجتبى العراقي، قم، مؤسسة النشر الإسلامي.

[27] المحقق الحلي، جعفر بن حسن، (ت 676هـ)، شرائع الإسلام، تحقيق: عبد الحسين محمد علي، ط2، قم، مؤسسة إسماعيليان، 1408هـ.

[28] منجود، مصطفى محمود، الأبعاد السياسية لمفهوم الأمن في الإسلام، القاهرة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 1417هـ.

[29] النجفي، محمد حسن، (ت 1192هـ)، جواهر الكلام، تحقيق: عباس القوجاني، ط7، بيروت،

دار إحياء التراث العربي، 1362هـ.

[30] الدوري، قحطان، عقد التحكيم، ط1، عمان، دار الفرقان، 1422هـ.

[31] الصانوري، مهند أحمد، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005م.

[32] العناني، إبراهيم محمد، اللجوء إلى التحكيم الدولي، ط1، دار الفكر العربي، 1973م.

[33] السبحاني، جعفر، رسائل فقهية: في قاضي التحكيم والمأذون /http://www.imamsadeq.org

[34] المركز العالمي للتحكيم الدولي http://www.icacn.org/rules-htm

[35] قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 م.

[36] في قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل.

[37] قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001م.